



DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Edição nº 111/2020 – São Paulo, terça-feira, 23 de junho de 2020

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

PUBLICAÇÕES JUDICIAIS I – TRF

SUBSECRETARIA DOS FEITOS DA VICE-PRESIDÊNCIA

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0022577-92.2014.4.03.6100

APELANTE: COMPANHIA ULTRAGAZ S A, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: EDUARDO SIMOES FLEURY - SP273434-A

APELADO: COMPANHIA ULTRAGAZ S A, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELADO: EDUARDO SIMOES FLEURY - SP273434-A

OUTROS PARTICIPANTES:

CERTIDÃO

Certifico a regularidade formal do(s) recurso(s) excepcional(ais) interposto(s) nestes autos pela Fazenda Nacional, ID 114948161 - fls. 401/seguintes, quanto à tempestividade.

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0004785-70.2014.4.03.6183

RELATOR: Gab. Vice Presidência

APELANTE: CLAUDIA PEREIRA

Advogado do(a) APELANTE: DIVINO APARECIDO SOUTO DE PAULA - SP234305

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

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

DESPACHO

Certidão ID 128410041: Intime -se a parte recorrida - Cláudia Pereira - para, no prazo de 5 (cinco) dias, promover a regularização da sua representação processual.

Int.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5027033-88.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. Vice Presidência

AGRAVANTE: LUCIDIA PEREIRA HENRIQUE

Advogados do(a) AGRAVANTE: GISELE MAGDA DA SILVA RODRIGUES - SP282112-A, VERA REGINA COTRIM DE BARROS - SP188401-A

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL- INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Cuida-se de recurso especial, com fundamento no art. 105, III, da Constituição Federal, interposto por **Lucidia Pereira Henrique** contra decisão monocrática.

Decido.

O recurso não comporta admissão.

Com efeito, o inciso III do artigo 105 da Constituição Federal exige que o recurso especial, para ser admitido, seja interposto em face de "*causas decididas, em única ou última instância (...)*".

O presente recurso, entretanto, foi apresentado contra decisão monocrática, proferida com fundamento no artigo 932 do Código de Processo Civil, e em face da qual é cabível a interposição de agravo ao órgão competente para o julgamento, nos termos do art. 1.021 do mesmo diploma legal.

Não tendo sido esgotada a instância ordinária, o recurso especial não pode ser admitido, por não preencher um de seus requisitos formais.

Nesse sentido é a orientação firmada na Súmula 281 do E. Supremo Tribunal Federal - aplicável analogicamente aos recursos especiais, *in verbis*:

"É inadmissível o recurso extraordinário quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada".

Assim é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APELO NOBRE INTERPOSTO CONTRA JULGAMENTO MONOCRÁTICO. NÃO ESGOTAMENTO DE INSTÂNCIA. SÚMULA 281/STF.

1. "É inadmissível o recurso extraordinário quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada" (Súmula 281/STF).

2. No caso, o recurso especial foi interposto contra decisão monocrática proferida na instância inferior.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp 858.787/GO, Rel. Ministra DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO), SEGUNDA TURMA, julgado em 04/08/2016, DJe 12/08/2016)

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

Intimem-se.

São Paulo, 16 de junho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CRIMINAL (417) Nº 0000164-06.2019.4.03.6005

APELANTE: MAURO TURESSO JUNIOR

Advogado do(a) APELANTE: LIGIA CHRISTIANE MASCARENHAS DE OLIVEIRA - MS11603-A

APELADO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL NO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL

OUTROS PARTICIPANTES:

CERTIDÃO

Certifico a regularidade formal do(s) recurso(s) excepcional(ais) interposto(s) nestes autos quanto à tempestividade.

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos encontram-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) **contrarrrazões** ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos dos Artigos 638 e 798 do Código de Processo Penal, c/c Artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Agravos em Recursos Excepcionais - DAEX

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0007798-43.2015.4.03.6183

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: ORLANDO MAEDA
Advogado do(a) APELADO: MARTA MARIA RUFFINI PENTEADO GUELLER - SP97980-A
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA CONTRAMINUTA

Certifico que os presentes autos encontram-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) resposta ao(s) agravo(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.021, § 2º, e/ou 1.042, § 3º, do Código de Processo Civil.

São Paulo, 19 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Agravos em Recursos Excepcionais - DAEX

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5026064-43.2018.4.03.6100

APELANTE: UNIAO FEDERAL

APELADO: DORCAS BACCO

Advogado do(a) APELADO: ARTUR VICTOR VOSS - PR91366-A

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA CONTRAMINUTA

Certifico que os presentes autos encontram-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) resposta ao(s) agravo(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.021, § 2º, e/ou 1.042, § 3º, do Código de Processo Civil.

São Paulo, 19 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Agravos em Recursos Excepcionais - DAEX

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5279042-19.2019.4.03.9999
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: NEUSA APARECIDA VELA DE REZENDE
Advogado do(a) APELADO: MARCO ANTONIO DA SILVA FILHO - SP365072-N
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA CONTRAMINUTA

Certifico que os presentes autos encontram-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) resposta ao(s) agravo(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.021, § 2º, e/ou 1.042, § 3º, do Código de Processo Civil.

São Paulo, 19 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Agravos em Recursos Excepcionais - DAEX

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0007866-49.2009.4.03.6103
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA DO ESTADO DE SAO PAULO - CREA SP
Advogado do(a) APELANTE: CID PEREIRA STARLING - SP119477
APELADO: HOKKAIDO PLASTICS INDUSTRIA E COMERCIO EIRELI
Advogado do(a) APELADO: RICARDO STOCKLER SANTOS LIMA - SP251673
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA CONTRAMINUTA

Certifico que os presentes autos encontram-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) resposta ao(s) agravo(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.021, § 2º, e/ou 1.042, § 3º, do Código de Processo Civil.

São Paulo, 19 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Agravos em Recursos Excepcionais - DAEX

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0005341-36.2015.4.03.6119

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: JEFFERSON LARA

Advogado do(a) APELADO: MARIA EMILIA DE OLIVEIRA RADZEVICIUS DIAS - SP178061-A

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA CONTRAMINUTA

Certifico que os presentes autos encontram-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) resposta ao(s) agravo(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.021, § 2º, e/ou 1.042, § 3º, do Código de Processo Civil.

São Paulo, 19 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5017045-13.2018.4.03.6100

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ARTEFATOS DE METAIS CONDOR LTDA

Advogado do(a) APELADO: GERD FOERSTER - SP308224-A

VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico a regularidade formal do(s) recurso(s) excepcional(ais) interposto(s) nestes autos quanto à tempestividade.

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) **contrarrrazões** ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 19 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Agravos em Recursos Excepcionais - DAEX

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5050907-15.2018.4.03.9999

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: BEATRIZ VACCARO CARVALHO

Advogado do(a) APELADO: ODIMAR PEREIRA - SP262132-N
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA CONTRAMINUTA

Certifico que os presentes autos encontram-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) resposta ao(s) agravo(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.021, § 2º, e/ou 1.042, § 3º, do Código de Processo Civil.

São Paulo, 19 de junho de 2020

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002688-22.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. Vice Presidência
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: ALESSANDRA DOS SANTOS RAMOS
Advogado do(a) APELADO: CLAUDIA GODOY - SP168820-N
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

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

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

D e c i d o.

O recurso não merece seguimento.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ante o exposto, **nego seguimento** ao recurso extraordinário.

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

Dê-se ciência.

Manifestação de ID nº123635564: Esgotada a competência desta Vice Presidência, o pedido deverá ser apreciado pelo Juízo de origem.

São Paulo, 17 de março de 2020.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5001410-95.2019.4.03.9999

RELATOR: Gab. Vice Presidência

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: EVAROSA ALMEIDA

Advogado do(a) APELADO: TAISE SIMPLICIO RECH BARBOSA - MS18066-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

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

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

D e c i d o.

O recurso não merece seguimento.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ante o exposto, **nego seguimento** ao recurso extraordinário.

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

Dê-se ciência.

Manifestação de ID nº 123772434 : O pedido deverá ser apreciado pelo Juízo de origem

São Paulo, 16 de março de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0004395-47.2007.4.03.6183
RELATOR: Gab. Vice Presidência
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELANTE: MARCIA REGINA SANTOS BRITO - SP231710
APELADO: SOLON RODRIGUES DE SOUZA
Advogado do(a) APELADO: EVANS MITH LEONI - SP225431
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social contra acórdão proferido por Turma Julgadora deste Tribunal Regional Federal.

Decido.

O recurso não merece seguimento.

O presente feito versa sobre a aplicabilidade do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei 11.960/09, em relação às condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza, para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, matérias submetidas à sistemática dos recursos repetitivos e/ou da repercussão geral, vinculadas aos **Temas 491, 492 e 905 - STJ** e ao **Tema 810 - STF**.

Não remanesce possibilidade alguma de acolhimento da proposição defendida pela parte recorrente, visto que o excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento do **RE 870.947 - Tema 810**, fixou as seguintes teses pela sistemática da repercussão geral, *in verbis*:

DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS INCIDENTE SOBRE CONDENAÇÕES JUDICIAIS DA FAZENDA PÚBLICA. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97 COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.960/09. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DO ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE (CRFB, ART. 5º, XXII). INADEQUAÇÃO MANIFESTA ENTRE MEIOS E FINS. INCONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DO RENDIMENTO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO ÍNDICE DEFINIDOR DOS JUROS MORATÓRIOS DE CONDENAÇÕES IMPOSTAS À FAZENDA PÚBLICA, QUANDO ORIUNDAS DE RELAÇÕES JURÍDICO-TRIBUTÁRIAS. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA ENTRE DEVEDOR PÚBLICO E DEVEDOR PRIVADO (CRFB, ART. 5º, CAPUT). RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput), no seu núcleo essencial, revela que o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, os quais devem observar os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito; nas hipóteses de relação jurídica diversa da tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto legal supramencionado. 2. O direito fundamental de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII) repugna o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, porquanto a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina. 3. A correção monetária tem como escopo preservar o poder aquisitivo da moeda diante da sua desvalorização nominal provocada pela inflação. É que a moeda fiduciária, enquanto instrumento de troca, só tem valor na medida em que capaz de ser transformada em bens e serviços. A inflação, por representar o aumento persistente e generalizado do nível de preços, distorce, no tempo, a correspondência entre valores real e nominal (cf. MANKIW, N.G. *Macroeconomia*. Rio de Janeiro, LTC 2010, p. 94; DORNBUSH, R.; FISCHER, S. e STARTZ, R. *Macroeconomia*. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 2009, p. 10; BLANCHARD, O. *Macroeconomia*. São Paulo: Prentice Hall, 2006, p. 29). 4. A correção monetária e a inflação, posto fenômenos econômicos conexos, exigem, por imperativo de adequação lógica, que os instrumentos destinados a realizar a primeira sejam capazes de capturar a segunda, razão pela qual os índices de correção monetária devem consubstanciar autênticos índices de preços. 5. Recurso extraordinário parcialmente provido.

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

O acórdão recorrido está em conformidade com a jurisprudência da Suprema Corte, autorizada a dizer, com cunho definitivo, acerca de interpretação de postulado de natureza constitucional. Dessa forma, impõe-se o juízo negativo de admissibilidade do recurso excepcional.

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

Por destoar a pretensão recursal da orientação firmada pelo Pretório Excelso, aplicável ao caso os arts. 1.030, I, "a", e 1.040, I, do CPC.

Ante o exposto, **nego seguimento** ao recurso extraordinário.

Int.

DECISÃO

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

Decido.

Constata-se que o acórdão recorrido ao considerar que a regra do artigo 496 do Código de Processo Civil vigente tem aplicação imediata aos processos em curso, por incidência do princípio *tempus regit actum*, colide com o entendimento sufragado pela instância superior

Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. AUSÊNCIA DE RECURSO VOLUNTÁRIO. ACÓRDÃO A QUO QUE NÃO CONHECEU DA REMESSA NECESSÁRIA. APLICAÇÃO RETROATIVA DO CPC/2015. INVIABILIDADE. ADOÇÃO DO PRINCÍPIO TEMPUS REGIT ACTUM. OBSERVÂNCIA DA LEI EM VIGOR NA DATA DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA. 1. Cuida-se de Recurso Especial interposto pelo Estado do Rio Grande do Norte contra acórdão que não conheceu da remessa oficial, tendo em vista a aplicação imediata da norma introduzida pela Lei 13.105/2015 quanto ao Reexame Necessário nas ações com valor inferior a 500 (quinhentos) salários mínimos (art. 496, § 3º, II, do CPC/2015).

2. A jurisprudência do STJ consolidou o entendimento de que a lei em vigor no momento da prolação da sentença regula os recursos cabíveis contra ela, bem como sua sujeição ao duplo grau obrigatório, repelindo-se a retroatividade da norma nova. Precedente: EREsp 600.874/SP, Rel. Ministro José Delgado, Corte Especial, julgado em 1º/8/2006, DJ 4/9/2006.

3. O art. 14 do CPC/2015 tem a seguinte redação: "a norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada".

4. Em tais condições, não é possível a aplicação retroativa da lei nova, para regulamentar atos processuais prévios à data de sua entrada em vigor. Tratando-se de recursos ou remessa oficial, a regra geral é de que eles são regidos pela lei vigente à época da decisão recorrida.

5. No caso concreto, a sentença contra a Fazenda Pública foi proferida quando em vigor o CPC de 1973, de modo que essa é a norma a ser observada para o exame dos pressupostos recursais.

6. Preenchidos os pressupostos do reexame obrigatório à luz da lei vigente (art. 475 do CPC), a superveniente modificação da norma pelo CPC/2015, quando já ultrapassado o prazo do recurso voluntário, não compromete o direito processual da Fazenda de ver reapreciada a sentença pelo Tribunal.

7. Recurso Especial provido.

(REsp 1689664/RN, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/10/2017, DJe 16/10/2017)

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

Int.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5020478-55.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. Vice Presidência

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: ALGODOEIRA PALMEIRENSE SOCIEDADE ANONIMA APSA

Advogado do(a) AGRAVADO: HELIO GONCALVES PARIZ - SP110263

DESPACHO

ID 133014281: trata-se de petição intercorrente manejada por **ALGODOEIRA PALMEIRENSE S/A – APSA** alegando a existência de matéria de ordem pública pertinente ao debate dos autos.

No caso em comento, a União Federal manejou agravo de instrumento contra decisão que indeferiu o pedido de redirecionamento do feito executivo fiscal originário. O órgão colegiado desta Corte Regional proveu o agravo reformando a decisão singular.

A petionária manejou recurso especial ao qual já foi analisado por esta Vice-Presidência.

Após a recorrente manejou agravo interno e também o agravo previsto no art. 1.042 do CPC.

Nesse momento processual a competência desta Vice-Presidência restringe-se ao julgamento do agravo interno, que será oportunamente pautado, consistindo tão somente no juízo de conformação entre o acórdão desta Corte e o recurso repetitivo pertinente ao debate.

Ante o exposto, **nada a decidir** quanto ao pedido do contribuinte.

Int.

Após, façam conclusos os autos para análise do agravo interno.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0006193-96.2014.4.03.6183

RELATOR: Gab. Vice Presidência

APELANTE: NILSON GUIMARAES, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) APELANTE: IDELI MENDES DA SILVA - SP299898-A

Advogado do(a) APELANTE: PRISCILA FIALHO TSUTSUI - SP248603-N

APELADO: NILSON GUIMARAES, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) APELADO: IDELI MENDES DA SILVA - SP299898-A

Advogado do(a) APELADO: PRISCILA FIALHO TSUTSUI - SP248603-N

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de recurso especial interposto pela parte autora contra decisão monocrática.

Decido.

Atendidos os requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade do recurso, passo ao exame de seus pressupostos constitucionais.

De pronto, observo que a decisão recorrida é impugnável na via recursal ordinária, por meio de agravo.

Consoante dispõe a Constituição Federal, para que o recurso especial seja admitido, exige-se, dentre outros requisitos, que a decisão impugnada tenha sido proferida por tribunais federais ou estaduais, em única ou última instância, *verbis*:

"Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

(...)

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; (com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004)

c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

(...)"

(grifei)

Não se atende, portanto, a exigência do esgotamento de instância, pressuposto específico dos recursos excepcionais, previsto na Súmula nº 281, do Excelso Supremo Tribunal Federal, que preconiza, *verbis*:

"É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada."

Nesse passo, mesmo que a alegação formulada diga respeito a ofensa a texto infraconstitucional, cumpria ao recorrente o prévio exaurimento da via recursal ordinária, nos termos do supramencionado enunciado sumular, o que não o fez.

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

Intimem-se.

Trata-se de recurso especial interposto pelo **Instituto Nacional do Seguro Social – INSS** contra acórdão proferido por Turma Julgadora deste Tribunal Regional Federal.

Decido.

O recurso não merece admissão.

Não cabe o recurso por eventual violação ao artigo 1.022 do Código de Processo Civil, dado que o acórdão hostilizado enfrentou o cerne da controvérsia submetida ao Judiciário, consistindo em resposta jurisdicional plena e suficiente à solução do conflito e à pretensão das partes. Nesse sentido, já se decidiu que "não prospera o recurso por violação do art. 535, II, quando o acórdão recorrido, ainda que de modo sucinto, dá resposta jurisdicional suficiente à pretensão das partes" (STJ, RESP nº 1.368.977/SP, Rel. Min. Castro Meira, DJe 25.03.2013). Ademais, "inexiste violação do art. 535 do CPC quando o acórdão apresenta-se adequadamente fundamentado. O simples fato de as teses apresentadas não serem integralmente repelidas não significa, por si só, irregularidade, pois o juiz não está obrigado a se manifestar sobre todos os argumentos suscitados pelas partes" (STJ, Segunda Turma, AgRg no RESP nº 1.345.266/SC, Relator Min. Og Fernandes, j. 11.02.2014, DJe 06.03.2014).

O acórdão recorrido deixou de reconhecer a decadência ao fundamento de que fora formulado pedido de revisão do benefício em manutenção (adequação da renda mensal do benefício aos novos valores "teto" das ECs 20/98 e 41/2003), não se tratando, pois, de revisão do ato de concessão do benefício originário.

O acórdão impugnado, portanto, *não diverge* do entendimento sufragado pelo C. STJ, consoante se colhe dos seguintes arestos, *in verbis*:

CONSTITUCIONAL, PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. REVISÃO DE BENEFÍCIO. INCIDÊNCIA DOS NOVOS TETOS ESTABELECIDOS PELAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS 20/1998 E 41/2003. DECADÊNCIA. ART. 103, CAPUT, DA LEI 8.213/1991. NÃO INCIDÊNCIA. MATÉRIA DECIDIDA SOB ENFOQUE CONSTITUCIONAL.

1. Consta-se que não se configura a ofensa ao art. 1.022 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, em conformidade com o que lhe foi apresentado, manifestando-se de forma clara a respeito da readequação do benefício aos tetos das Ecs. 20/1998 e 41/2003.
2. Não incide a decadência prevista no art. 103, caput, da Lei 8.213/1991 nas pretensões de aplicação dos tetos das Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003 a benefícios previdenciários concedidos antes dos citados marcos legais, pois consubstancia mera revisão das prestações supervenientes ao ato de concessão.
3. Outrossim, da leitura do acórdão recorrido, depreende-se que foi debatida matéria com fundamento eminentemente constitucional, sendo sua apreciação de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, conforme infere-se dos arts. 102 e 105 da CF.
4. Agravo conhecido para conhecer parcialmente do Recurso Especial apenas no que diz respeito à alegação de ofensa ao art. 1.022 do CPC e, nessa parte, não provê-lo.

(AREsp 1538350/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/10/2019, DJe 11/10/2019)

RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. REVISÃO DE BENEFÍCIO PARA ADEQUAÇÃO AOS TETOS INSTITUÍDOS PELAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS N. 20/1998 E 41/2003. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. REVISÃO COM FUNDAMENTO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. INVIABILIDADE DE ANÁLISE EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SÚMULA 126/STJ. PRAZO DE DECADÊNCIA. NÃO INCIDÊNCIA.

1. O Tribunal de origem fundamentou adequada e suficientemente o julgado, não se havendo de falar em omissão.
2. O acórdão recorrido deu provimento à pretensão autoral, fundamentado no entendimento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 564.354, ao reconhecer que não ofende o ato jurídico perfeito a aplicação imediata dos arts. 14 da Emenda Constitucional n. 20/1998 e 5º da Emenda Constitucional n. 41/2003 aos benefícios previdenciários limitados a teto estabelecido antes da vigência dessas normas. Esse fundamento, eminentemente constitucional, impede a análise em recurso especial.
3. Ademais, havendo fundamento constitucional e não interposto recurso extraordinário, incide no caso o teor da Súmula 126/STJ.
4. A aplicação dos tetos previstos nas Emendas Constitucionais n. 20/1998 e 41/2003 não é caso de revisão do ato de concessão do benefício previdenciário, razão pela qual não incide o prazo decadencial previsto no caput do art. 103 da Lei n. 8.213/1991.
5. Recurso especial do INSS parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido.

(REsp 1794203/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/05/2019, DJe 30/05/2019)

Por tal razão deve incidir, na espécie, o óbice retratado na súmula 83/STJ.

Quanto às alegações suscitadas acerca da concessão do benefício no período denominado "buraco negro", tem-se que a questão foi dirimida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do **RE 937.595/RG**, decidido sob a sistemática da repercussão geral da matéria, oportunidade em que reafirmou a jurisprudência no sentido de que os benefícios concedidos entre 05.10.1988 e 05.04.1991 ("buraco negro"), não estão, em tese, excluídos da possibilidade de readequação segundo os tetos instituídos pelas ECs 20/98 e 41/03. Confira-se, *in verbis*:

Direito previdenciário. Recurso extraordinário. Readequação de benefício concedido entre 05.10.1988 e 05.04.1991 (buraco negro). Aplicação imediata dos tetos instituídos pelas EC's n° 20/1998 e 41/2003. Repercussão geral. Reafirmação de jurisprudência. 1. Não ofende o ato jurídico perfeito a aplicação imediata dos novos tetos instituídos pelo art. 14 da EC n° 20/1998 e do art. 5° da EC n° 41/2003 no âmbito do regime geral de previdência social (RE 564.354, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em regime de repercussão geral). 2. Não foi determinado nenhum limite temporal no julgamento do RE 564.354. Assim, os benefícios concedidos entre 05.10.1988 e 05.04.1991 (buraco negro) não estão, em tese, excluídos da possibilidade de readequação, segundo os tetos instituídos pelas EC's n° 20/1998 e 41/2003. O eventual direito a diferenças deve ser aferido caso a caso, conforme os parâmetros já definidos no julgamento do RE 564.354. 3. Repercussão geral reconhecida, com reafirmação de jurisprudência, para assentar a seguinte tese: "os benefícios concedidos entre 05.10.1988 e 05.04.1991 (período do buraco negro) não estão, em tese, excluídos da possibilidade de readequação segundo os tetos instituídos pelas EC's n° 20/1998 e 41/2003, a ser aferida caso a caso, conforme os parâmetros definidos no julgamento do RE 564.354, em regime de repercussão geral.

(RE 937595 RG, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 02/02/2017, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-101 DIVULG 15-05-2017 PUBLIC 16-05-2017)

Sendo assim, descabe o enfrentamento da matéria em sede do recurso especial, por tratar-se de matéria decidida sob o enfoque constitucional, sujeita à competência do Supremo Tribunal Federal.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ante o exposto, **nego seguimento** ao recurso especial no que tange à questão da correção monetária e **não o admito** quanto ao demais alegado.

Int.

Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo **Instituto Nacional do Seguro Social - INSS** contra acórdão proferido por Turma Julgadora deste Tribunal Regional Federal.

Decido.

O recurso não merece seguimento.

Tem-se que o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do **RE 626.489/SE**, decidido sob a sistemática da repercussão geral da matéria (CPC/1973, art. 543-B), assentou o entendimento de que é legítima a instituição de prazo decadencial para a revisão do ato de concessão de benefício previdenciário, tal como previsto no art. 103 da Lei 8.213/91 - na redação conferida pela MP 1.523/97 -, incidindo a regra legal inclusive para atingir os benefícios concedidos antes do advento da citada norma, por inexistir direito adquirido a regime jurídico.

O precedente supracitado recebeu a seguinte ementa:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL (RGPS). REVISÃO DO ATO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. DECADÊNCIA. 1. O direito à previdência social constitui direito fundamental e, uma vez implementados os pressupostos de sua aquisição, não deve ser afetado pelo decurso do tempo. Como consequência, inexistente prazo decadencial para a concessão inicial do benefício previdenciário. 2. É legítima, todavia, a instituição de prazo decadencial de dez anos para a revisão de benefício já concedido, com fundamento no princípio da segurança jurídica, no interesse em evitar a eternização dos litígios e na busca de equilíbrio financeiro e atuarial para o sistema previdenciário. 3. O prazo decadencial de dez anos, instituído pela Medida Provisória 1.523, de 28.06.1997, tem como termo inicial o dia 1º de agosto de 1997, por força de disposição nela expressamente prevista. Tal regra incide, inclusive, sobre benefícios concedidos anteriormente, sem que isso importe em retroatividade vedada pela Constituição. 4. Inexiste direito adquirido a regime jurídico não sujeito a decadência. 5. Recurso extraordinário conhecido e provido."

(STF, Pleno, RE nº 626.489/SE, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 16.10.2013, DJe 23.09.2014)

No caso em exame, descabe a alegação da ocorrência da decadência, tendo em vista que fora formulado pedido de revisão do benefício em manutenção (adequação da renda mensal do benefício aos novos valores "teto" das ECs 20/98 e 41/2003), não se tratando, pois, de revisão do ato de concessão do benefício originário.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do **ARE 1.172.622/RG**, assentou a *inexistência de repercussão geral* da "controvérsia relativa às situações abrangidas pelo prazo decadencial previsto no art. 103 da Lei nº 8.213/91 fundada na interpretação do termo 'revisão' contido no referido dispositivo legal".

A ementa do citado precedente, transitado em julgado em 11/05/2019, é a que segue, *verbis*:

Recurso extraordinário com agravo. Previdenciário. Revisão de Benefício. Artigo 103 da Lei nº 8.213/1991. Situações abrangidas pelo prazo decadencial. Termo 'revisão'. Interpretação da legislação infraconstitucional. Questão infraconstitucional. Ausência de repercussão geral. É infraconstitucional, a ela se aplicando os efeitos da ausência de repercussão geral, a controvérsia relativa às situações abrangidas pelo prazo decadencial previsto no art. 103 da Lei nº 8.213/91 fundada na interpretação do termo 'revisão' contido no referido dispositivo legal.

(ARE 1172622 RG, Relator(a): Min. MINISTRO PRESIDENTE, julgado em 13/12/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-077 DIVULG 12-04-2019 PUBLIC 15-04-2019)

No mais, o presente feito versa sobre a aplicabilidade do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei 11.960/09, em relação às condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza, para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, matérias submetidas à sistemática dos recursos repetitivos e/ou da repercussão geral, vinculadas aos **Temas 491, 492 e 905 - STJ** e ao **Tema 810 - STF**.

Não remanesce possibilidade alguma de acolhimento da proposição defendida pela parte recorrente, visto que o excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento do **RE 870.947 - Tema 810**, fixou as seguintes teses pela sistemática da repercussão geral, *in verbis*:

DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS INCIDENTE SOBRE CONDENAÇÕES JUDICIAIS DA FAZENDA PÚBLICA. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97 COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.960/09. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DO ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE (CRFB, ART. 5º, XXII). INADEQUAÇÃO MANIFESTA ENTRE MEIOS E FINS. INCONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DO RENDIMENTO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO ÍNDICE DEFINIDOR DOS JUROS MORATÓRIOS DE CONDENAÇÕES IMPOSTAS À FAZENDA PÚBLICA, QUANDO ORIUNDAS DE RELAÇÕES JURÍDICO-TRIBUTÁRIAS. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA ENTRE DEVEDOR PÚBLICO E DEVEDOR PRIVADO (CRFB, ART. 5º, CAPUT). RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput), no seu núcleo essencial, revela que o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, os quais devem observar os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito; nas hipóteses de relação jurídica diversa da tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto legal supramencionado. 2. O direito fundamental de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII) repugna o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, porquanto a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina. 3. A correção monetária tem como escopo preservar o poder aquisitivo da moeda diante da sua desvalorização nominal provocada pela inflação. É que a moeda fiduciária, enquanto instrumento de troca, só tem valor na medida em que capaz de ser transformada em bens e serviços. A inflação, por representar o aumento persistente e generalizado do nível de preços, distorce, no tempo, a correspondência entre valores real e nominal (cf. MANKIW, N.G. Macroeconomia. Rio de Janeiro, LTC 2010, p. 94; DORNBUSH, R.; FISCHER, S. e STARTZ, R. Macroeconomia. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 2009, p. 10; BLANCHARD, O. Macroeconomia. São Paulo: Prentice Hall, 2006, p. 29). 4. A correção monetária e a inflação, posto fenômenos econômicos conexos, exigem, por imperativo de adequação lógica, que os instrumentos destinados a realizar a primeira sejam capazes de capturar a segunda, razão pela qual os índices de correção monetária devem consubstanciar autênticos índices de preços. 5. Recurso extraordinário parcialmente provido.

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

O acórdão recorrido está em conformidade com a jurisprudência da Suprema Corte, autorizada a dizer, com cunho definitivo, acerca de interpretação de postulado de natureza constitucional. Dessa forma, impõe-se o juízo negativo de admissibilidade do recurso excepcional.

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

Por destoar a pretensão recursal da orientação firmada pelo Pretório Excelso, aplicável ao caso os arts. 1.030, I, "a", e 1.040, I, do CPC.

Ante o exposto, **nego seguimento** ao recurso extraordinário.

Int.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001585-91.2019.4.03.6183

APELANTE: LUIS DE SOUSA

Advogado do(a) APELANTE: MARCELO OLIVEIRA CHAGAS - SP360351-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 20 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002725-55.2018.4.03.6100

INTERESSADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

INTERESSADO: SILVIO QUIRICO, SILVIA REGINA QUIRICO MIOTTO, LUCIANA CRISTINA QUIRICO

Advogado do(a) INTERESSADO: NELSON WILIAN S FRATONI RODRIGUES - SP128341-A

Advogado do(a) INTERESSADO: NELSON WILIAN S FRATONI RODRIGUES - SP128341-A

Advogado do(a) INTERESSADO: NELSON WILIAN S FRATONI RODRIGUES - SP128341-A

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 20 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000947-75.2018.4.03.6124

APELANTE: HELENA APARECIDA DA SILVA

Advogados do(a) APELANTE: DENIVALDO TARCINAVO SANTOS - SP374064-A, LIVIA KAWANO PAVAN - SP424576-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 20 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017702-53.2017.4.03.0000

AGRAVANTE: ALCEBIADES PEREIRA CAMPIONI

Advogado do(a) AGRAVANTE: BRUNO BERNADO SOARES DE ARAUJO - RJ156625

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 20 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5006952-97.2018.4.03.6000

APELANTE: ERONDINA LOPES DA SILVA

Advogado do(a) APELANTE: JOSE NICODEMOS DE ARAUJO JUNIOR - MS18270-A

APELADO: UNIAO FEDERAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 20 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5029112-74.2018.4.03.0000

AGRAVANTE: ELZA DE OLIVEIRA LAGOA, ELZA MAULE GOMES PINTO, EMILIA D ANGIOLI MODOLO, EMILIA DUARTE GUIMARAES, EMILIA GUERREIRO GIMENES FRANCO

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCELO JAIME FERREIRA - DF 15766-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCELO JAIME FERREIRA - DF 15766-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCELO JAIME FERREIRA - DF 15766-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCELO JAIME FERREIRA - DF 15766-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCELO JAIME FERREIRA - DF 15766-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 20 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5004739-67.2018.4.03.6114

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, RASSINI-NHK AUTOPECAS LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: SAMUEL LUIZ MANZOTTI RIEMMA - SP215430-A

APELADO: RASSINI-NHK AUTOPECAS LTDA., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELADO: SAMUEL LUIZ MANZOTTI RIEMMA - SP215430-A

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 20 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000930-21.2017.4.03.6109
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: BOM PEIXE INDUSTRIA E COMERCIO LTDA
Advogados do(a) APELADO: LAURA BERTONCINI MENEZES - SP320604-A, RODRIGO PINTO VIDEIRA - SP317238-A

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 20 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0017273-86.2008.4.03.6112
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELANTE: ILDERICA FERNANDES MAIA SANTIAGO - SP415773-N
APELADO: EVA DA CONCEICAO CORDEIRO PERES
Advogado do(a) APELADO: SEBASTIAO DA SILVA - SP351680-N
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 20 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5003183-05.2019.4.03.0000

AGRAVANTE: CLAUDIONOR DE CARVALHO BRANDAO

Advogado do(a) AGRAVANTE: LEANDRO CAMARA DE MENDONCA UTRILA - SP298552-A

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 20 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000583-09.2018.4.03.6123

APELANTE: LUCIANO GUIMARAES MENDES

Advogado do(a) APELANTE: MARCUS VINICIUS DO COUTO SANTOS - SP327569-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 20 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002593-26.2018.4.03.9999

APELANTE: ADEMIA REZENDE DO PRADO

Advogado do(a) APELANTE: LUCIANA SIQUEIRA DANIEL GUEDES - SP158799-N

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 20 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0011913-44.2014.4.03.6183
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELANTE: VICTOR CESAR BERLANDI - SP236922-N
APELADO: CARLOS ALBERTO DOMINGUES
Advogado do(a) APELADO: ABEL MAGALHAES - SP174250-A
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 20 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003593-67.2017.4.03.6100
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: SALEHTEX INDUSTRIA E COMERCIO DE ARTIGOS TEXTEIS LTDA
Advogado do(a) APELADO: GABRIELA NOGUEIRA ZANI GIUZIO - SP169024-A
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 20 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5015783-28.2018.4.03.6100

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: WESTWING COMERCIO VAREJISTA LTDA

Advogados do(a) APELADO: EINAR ODIN RUI TRIBUCI - SP269793-A, FABIAN EMANUEL DALTOE DALMINA - SP369349

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 20 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5017833-27.2018.4.03.6100

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: SUPERSONIC LOGISTICA E TRANSPORTES LTDA, SUPERSONIC LOGISTICA E TRANSPORTES LTDA

Advogados do(a) APELADO: THIAGO MANCINI MILANESE - SP308040-A, JONATHAN CELSO RODRIGUES FERREIRA - SP297951-A, BRUNO TREVIZANI BOER - SP236310-A
Advogados do(a) APELADO: THIAGO MANCINI MILANESE - SP308040-A, JONATHAN CELSO RODRIGUES FERREIRA - SP297951-A, BRUNO TREVIZANI BOER - SP236310-A
Advogados do(a) APELADO: THIAGO MANCINI MILANESE - SP308040-A, JONATHAN CELSO RODRIGUES FERREIRA - SP297951-A, BRUNO TREVIZANI BOER - SP236310-A
Advogados do(a) APELADO: THIAGO MANCINI MILANESE - SP308040-A, JONATHAN CELSO RODRIGUES FERREIRA - SP297951-A, BRUNO TREVIZANI BOER - SP236310-A
Advogados do(a) APELADO: THIAGO MANCINI MILANESE - SP308040-A, JONATHAN CELSO RODRIGUES FERREIRA - SP297951-A, BRUNO TREVIZANI BOER - SP236310-A
Advogados do(a) APELADO: THIAGO MANCINI MILANESE - SP308040-A, JONATHAN CELSO RODRIGUES FERREIRA - SP297951-A, BRUNO TREVIZANI BOER - SP236310-A
Advogados do(a) APELADO: THIAGO MANCINI MILANESE - SP308040-A, JONATHAN CELSO RODRIGUES FERREIRA - SP297951-A, BRUNO TREVIZANI BOER - SP236310-A
Advogados do(a) APELADO: THIAGO MANCINI MILANESE - SP308040-A, JONATHAN CELSO RODRIGUES FERREIRA - SP297951-A, BRUNO TREVIZANI BOER - SP236310-A
Advogados do(a) APELADO: THIAGO MANCINI MILANESE - SP308040-A, JONATHAN CELSO RODRIGUES FERREIRA - SP297951-A, BRUNO TREVIZANI BOER - SP236310-A
Advogados do(a) APELADO: THIAGO MANCINI MILANESE - SP308040-A, JONATHAN CELSO RODRIGUES FERREIRA - SP297951-A, BRUNO TREVIZANI BOER - SP236310-A
Advogados do(a) APELADO: THIAGO MANCINI MILANESE - SP308040-A, JONATHAN CELSO RODRIGUES FERREIRA - SP297951-A, BRUNO TREVIZANI BOER - SP236310-A
Advogados do(a) APELADO: THIAGO MANCINI MILANESE - SP308040-A, JONATHAN CELSO RODRIGUES FERREIRA - SP297951-A, BRUNO TREVIZANI BOER - SP236310-A
Advogados do(a) APELADO: THIAGO MANCINI MILANESE - SP308040-A, JONATHAN CELSO RODRIGUES FERREIRA - SP297951-A, BRUNO TREVIZANI BOER - SP236310-A
Advogados do(a) APELADO: THIAGO MANCINI MILANESE - SP308040-A, JONATHAN CELSO RODRIGUES FERREIRA - SP297951-A, BRUNO TREVIZANI BOER - SP236310-A
Advogados do(a) APELADO: THIAGO MANCINI MILANESE - SP308040-A, JONATHAN CELSO RODRIGUES FERREIRA - SP297951-A, BRUNO TREVIZANI BOER - SP236310-A
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) **contrarrazões** ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 20 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6071413-58.2019.4.03.9999
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: JOSE LUIZ BALDIM
Advogado do(a) APELADO: FERNANDA MENDES DE SOUZA - SP330723-N
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) **contrarrazões** ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 20 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000793-11.2018.4.03.6107
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: COMERCIAL DE PRODUTOS ALIMENTICIOS ROSAFELIPE LTDA
Advogado do(a) APELADO: JOAO ANTONIO JUNIOR - SP140407-A
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 20 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001101-36.2018.4.03.6143
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ECO FORTE BIOENERGIA LTDA
Advogados do(a) APELADO: ANA CECILIA FIGUEIREDO HONORATO - SP330385-A, GUILHERME MAGALHAES CHIARELLI - SP156154-A
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 20 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5004130-69.2018.4.03.6119
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: BEIRA ALTA COSMETICOS LTDA

Advogados do(a) APELADO: REGINALDO PELLIZZARI - SP240274-A, VIVIANE MEDINA PELLIZZARI - SP188272-A

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 20 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5005979-70.2017.4.03.6100

APELANTE: KAP COMPONENTES ELETRICOS LTDA., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: ANDREA LIZI CASTRO CALIL - SP210736-A, LUIZ ANTONIO ATTIE CALIL JORGE - SP140525-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, KAP COMPONENTES ELETRICOS LTDA.

Advogados do(a) APELADO: LUIZ ANTONIO ATTIE CALIL JORGE - SP140525-A, ANDREA LIZI CASTRO CALIL - SP210736-A

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 20 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002372-97.2018.4.03.6105

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, FSN FIEIRAS E SINTERIZADOS NACIONAIS LTDA

Advogados do(a) APELANTE: FABIANA DA SILVA MIRANDA COVOLO - SP154399-A, VICTOR GUSTAVO DA SILVA COVOLO - SP171227-A

APELADO: FSN FIEIRAS E SINTERIZADOS NACIONAIS LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELADO: FABIANA DA SILVA MIRANDA COVOLO - SP154399-A, VICTOR GUSTAVO DA SILVA COVOLO - SP171227-A

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) **contrarrazões** ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 20 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5005303-88.2018.4.03.6100
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: STILO PLAST INDUSTRIA COMERCIO IMP E EXP DE PLAST LTDA
Advogado do(a) APELADO: CLEIDE PORTO DE SOUZA - SP135647-A
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) **contrarrazões** ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 20 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5004379-50.2018.4.03.6109
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: CATALISE INDUSTRIA E COMERCIO DE METAIS LTDA
Advogado do(a) APELADO: GENTIL BORGES NETO - SP52050-A
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) **contrarrazões** ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 20 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5003032-28.2017.4.03.6105
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: OUTDOOR IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA
Advogado do(a) APELADO: ANDIARA DE OLIVEIRA PIMENTA - SP192863-A
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 20 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000013-02.2017.4.03.6109
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: LUIS ANTONIO DA SILVA FELICIANO
Advogados do(a) APELADO: BRUNA FURLAN GALLO - SP369435-A, MARCELA JACOB - SP282165-A, CRISTINA DOS SANTOS REZENDE - SP198643-A
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 20 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002702-59.2017.4.03.6128
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: IMARFE INDUSTRIA E COMERCIO INTERNACIONAL LTDA
Advogado do(a) APELADO: DANIEL DE AGUIAR ANICETO - SP232070-A
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 20 de junho de 2020

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5006168-44.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. Vice Presidência

AGRAVANTE: CHIARELLI MINERACAO LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANNA LUCIA DA MOTTA PACHECO CARDOSO DE MELLO - SP100930-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de recurso especial, com fundamento no art. 105, III "a" da Constituição Federal, interposto por CHIARELLI MINERAÇÃO LTDA contra acórdão proferido por órgão fracionário desta Corte.

O acórdão restou assimementado:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. APLICABILIDADE DO ART. 739-A, §1º, DO CPC ÀS EXECUÇÕES FISCAIS. NECESSIDADE DE GARANTIA DA EXECUÇÃO E ANÁLISE DO JUIZ A RESPEITO DA RELEVÂNCIA DA ARGUMENTAÇÃO (FUMUS BONI JURIS) E DA OCORRÊNCIA DE GRAVE DANO DE DIFÍCIL OU INCERTA REPARAÇÃO (PERICULUM IN MORA) PARA A CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AOS EMBARGOS DO DEVEDOR OPOSTOS EM EXECUÇÃO FISCAL.

1. A Lei nº 6.830/80 - LEF quanto o art. 53, §4º da Lei n. 8.212/91 não fizeram a opção por um ou outro regime, isto é, são compatíveis com a atribuição de efeito suspensivo ou não aos embargos do devedor. Por essa razão, não se incompatibilizam com o art. 739-A do CPC/73 (introduzido pela Lei 11.382/2006) que condiciona a atribuição de efeitos suspensivos aos embargos do devedor ao cumprimento de três requisitos: apresentação de garantia; verificação pelo juiz da relevância da fundamentação (fumus boni juris) e perigo de dano irreparável ou de difícil reparação (periculum in mora).

2. Em atenção ao princípio da especialidade da LEF, mantido com a reforma do CPC/73, a nova redação do art. 736, do CPC dada pela Lei n. 11.382/2006 - artigo que dispensa a garantia como condicionante dos embargos - não se aplica às execuções fiscais diante da presença de dispositivo específico, qual seja o art. 16, §1º da Lei n. 6.830/80, que exige expressamente a garantia para a apresentação dos embargos à execução fiscal.

3. O Superior Tribunal de Justiça afastou a nova redação do art. 736, do CPC dada pela Lei nº 11.382/2006 - artigo que dispensa a garantia como condicionante dos embargos e que não se aplica às execuções fiscais diante da presença de dispositivo específico, qual seja, o art. 16, §1º da Lei nº 6.830/80, que exige expressamente a garantia para a apresentação dos embargos à execução fiscal.

4. O juiz pode atribuir efeito suspensivo quando preenchidos quatro requisitos cumulativos: a) requerimento específico do embargante; b) garantia por penhora, depósito ou caução suficientes; c) relevância dos fundamentos dos embargos (*fumus boni iuris*); e d) possibilidade de ocorrência de dano de difícil ou incerta reparação (*periculum in mora*).

5. Agravo de instrumento a que se dá parcial provimento.

Os embargos de declaração opostos pela União Federal foram rejeitados.

A recorrente alega violação ao art. 919 §1º do CPC, na medida em que se encontram presentes os requisitos para o recebimento dos embargos à execução com efeito suspensivo. Pugna pela admissibilidade recursal para viabilizar a reforma do acórdão recorrido pela Corte Superior.

É o relatório.

Decido.

Cinge-se a controvérsia recursal sobre a possibilidade de atribuir o efeito suspensivo no recebimento dos embargos à execução fiscal.

O magistrado singular deixou de receber os Embargos à Execução opostos, em razão da ausência de penhora integral.

A turma julgadora deu parcial provimento ao agravo de instrumento para determinar o processamento dos embargos à execução sem efeito suspensivo, consignando que: 1) aplicável às execuções fiscais os dispositivos do Código de Processo Civil quanto ao regime para a atribuição de efeito suspensivo aos embargos do devedor; 2) no caso concreto, ante a ausência de garantia integral do débito, não se encontra preenchida uma das condições necessária à atribuição do pretendido efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal.

O debate dos autos se encontra sedimentado no âmbito do E. Superior Tribunal de Justiça em julgamento sob a sistemática dos recursos repetitivos.

É pacífico o entendimento no E. Superior Tribunal de Justiça a afirmar que a concessão do efeito suspensivo fica condicionada ao cumprimento de todos os requisitos legais.

Como efeito, a Corte Superior por ocasião do julgamento do **REsp 1.272.827/PE - tema 526**, alçado como representativo de controvérsia e submetido à sistemática dos recursos repetitivos, assentou o entendimento de que o art. 739-A do CPC/73 (919 NCPC), e introduzido pela Lei 11.382/2006, se aplica às execuções fiscais, e consolidou a seguinte tese:

A atribuição de efeitos suspensivos aos embargos do devedor fica condicionada "ao cumprimento de três requisitos: apresentação de garantia; verificação pelo juiz da relevância da fundamentação (fumus boni iuris) e perigo de dano irreparável ou de difícil reparação (periculum in mora)".

Dessa forma, se da análise das provas dos autos, o acórdão impugnado consignou que não estão presentes todos os requisitos legais para a concessão do efeito suspensivo aos embargos do devedor, para se chegar à conclusão em sentido contrário, como pretende a recorrente, invariavelmente implicará em revolvimento do conteúdo fático-probatório, cujo propósito encontra óbice na orientação da Súmula 7 do STJ, que veda o reexame de provas no âmbito do recurso especial.

Pelos fundamentos acima, confira-se:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. APLICAÇÃO DO ART. 739-A, § 1º, DO CPC/1973. RESP 1.272.827/PE, JULGADO SOB O RITO DO ART. 543-C, CPC/1973. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS ENSEJADORES DO EFEITO SUSPENSIVO PRETENDIDO. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. ANÁLISE PREJUDICADA

1. No julgamento do REsp 1.272.827/PE, processado nos moldes do art. 543-C do Código de Processo Civil/1973, firmou compreensão no sentido de ser aplicável o art. 739-A, § 1º, do CPC/1973 aos processos de execução fiscal, desde que presentes os seguintes requisitos: requerimento do embargante; garantia do juízo; verificação pelo juiz da relevância da fundamentação (fumus boni iuris) e do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação (periculum in mora).

2. É vedado em Recurso Especial o exame da presença dos pressupostos para a atribuição de efeito suspensivo aos Embargos à Execução previstos no art. 739-A, § 1º, do Código de Processo Civil/1973, porquanto tal providência demanda incursão nos elementos fático-probatórios dos autos, ataindo a incidência da Súmula 7 do STJ.

3. O óbice da Súmula 7 do STJ atinge também o Recurso Especial interposto com fundamento na alínea c do inciso III do artigo 105 da Constituição da República, porque impede o exame de dissídio jurisprudencial, uma vez que falta identidade entre os paradigmas apresentados e os fundamentos do acórdão, tendo em vista a situação fática do caso concreto, com base na qual a Corte de origem deu solução à causa.

4. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

(REsp 1661642/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/04/2017, DJe 02/05/2017)

Ante o exposto, **nego seguimento** ao recurso especial no tocante ao **tema 526** dos recursos repetitivos, conforme autoriza o art. 1.030, I, “b” do CPC.

Intimem-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AÇÃO RESCISÓRIA (47) Nº 5004392-77.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. Vice Presidência

AUTOR: IVAN CUNHA VIEIRA JUNIOR

Advogados do(a) AUTOR: ALEXANDRE ARAUJO KONESCKI - SC6894, DANIEL REMOR BASCHIROTO - SC10735

REU: UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por IVAN CUNHA VIEIRA JUNIOR contra acórdão proferido por órgão fracionário deste Tribunal Regional Federal.

Decido.

O recurso não merece admissão.

Comefeito, o acórdão recorrido, atento às peculiaridades dos autos, assim decidiui:

AÇÃO RESCISÓRIA. ARTIGO 966, V E VIII, DO CPC/2015. INOCORRÊNCIA DE ERRO DE FATO NO JULGAMENTO RESCINDENDO. NÃO VERIFICAÇÃO DE VIOLAÇÃO MANIFESTA AO ART. 371 CPC/2015. RESCISÓRIA IMPROCEDENTE.

1. *Ação Rescisória ajuizada por Ivan Cunha Vieira Júnior em face da União, visando à desconstituição do acórdão proferido pela E. Segunda Turma deste Tribunal Regional Federal da 3ª Região que, por unanimidade, negou provimento à apelação do ora autor; nos autos de nº 0000056-51.2004.403.6118 ou 2004.61.18.000056-7, para confirmar a sentença que negou o pedido de anulação do ato administrativo de exclusão das fileiras da Aeronáutica e de reinclusão no Curso de Formação de Sargentos da Escola de Especialistas da Aeronáutica.*
2. *A parte autora fundamentou o pedido rescisório no art. 966, incisos V e VIII, asseverando a ocorrência de erro de fato na ação rescindenda e violação de norma jurídica.*
3. *O ajuizamento da presente ação rescisória respeitou o prazo decadencial de dois anos.*
4. *Afirma o autor a existência de erro de fato, “porque a decisão de mérito reconheceu fato inexistente; qual seja, a suposta realização das provas do certame por terceiro, equivalente à prática de fraude na execução do concurso público”.*
5. *A incursão na avaliação realizada durante a sindicância perante a Aeronáutica e, em sequência, no curso da ação rescindenda, não permite concluir por erro de fato. Ao que se infere da sentença e do acórdão inexistente erro na avaliação da situação fático-jurídica do autor; quanto ao preenchimento de formulário de inscrição por terceiro, em seu nome. Essa foi a conduta analisada na esfera administrativa (sindicância) e na esfera judicial, e a conclusão da Aeronáutica é de incompatibilidade de referida conduta com os termos do edital do certame, tendo havido infringência a cláusulas do edital, ao passo que na esfera judicial entendeu-se, adstrito ao exame de legalidade do ato administrativo, a inexistência de ilegalidade.*
6. *O acórdão rescindendo não considerou existente qualquer fato inexistente ou considerou inexistente fato efetivamente ocorrido, como disposto no art. 966, VIII, c.c. §1º, CPC/2015.*
7. *Alega o autor violação literal ao art. 371 do CPC/2015 (art. 131 CPC/1973), “pois não houve o atendimento aos fatos e circunstâncias presentes nos autos, isso decorre do nítido erro de fato, que desconsiderou todo o conjunto fático-probatório favorável ao Autor”.*
8. *A apuração da sindicância é conclusiva por infringência aos termos do edital do Curso de Formação de Sargentos, passível de punição com a anulação da inscrição; ao passo que na esfera judicial o ato administrativo de anulação da inscrição do curso e exclusão do autor do certame restou apreciado sob o aspecto de legalidade, como sói de ser, sem a constatação de ilegalidade.*
9. *Tanto a sentença quanto o acórdão consideraram o panorama fático-probatório delineado na ação rescisória, sem divorciar-se dessa realidade fática e jurídica, atentando-se para a conduta atribuída ao autor; tida como violadora do edital do curso e, por isso, descabe falar que o juiz deixou de apreciar a prova produzida de forma livre, desatrelado das circunstâncias peculiares dos autos e condizentes ao autor.*
10. *Não se vislumbra negativa de vigência ao art. 371 do CPC/2015.*
11. *A via rescisória não se presta à insurgência da parte em face de julgado que considera injusto, sob pena de desvirtuar a finalidade do instituto e criar uma terceira instância revisora de fatos e de provas, o que é vedado pelo ordenamento jurídico.*
12. *Ação rescisória improcedente.*

No caso vertente, a pretexto de alegar violações à lei federal, a parte recorrente pretende rediscutir a justiça da decisão em seu contexto fático-probatório.

Revisitar referida conclusão pressupõe revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, inviável no âmbito de recurso especial, nos termos do entendimento consolidado na Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça: *"A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial"*.

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

Int.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5008460-36.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. Vice Presidência

AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) AGRAVANTE: FERNANDO FREZZA - SP183089-N

AGRAVADO: EDNA SALLES

Advogado do(a) AGRAVADO: FAUSTO HERCOS VENANCIO PIRES - SP301283-N

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

ID 107332221: Verifico, nesta oportunidade, que o recurso especial do INSS não trata do julgamento do RESP nº 1.786.590/SP e Resp 1.788.700/SP. Desse modo, **acolho os embargos de declaração interpostos pela parte agravada e torno sem efeito a decisão sob o ID 106162596.**

Trata-se de recurso especial interposto pelo Instituto Nacional de Seguro Social contra acórdão proferido por órgão fracionário deste Tribunal Regional Federal.

Decido.

O recurso não merece admissão.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. *Recurso Especial desprovido.*

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

Cumprido ressaltar que a matéria versada nestes autos não se relaciona com a dos paradigmas Resp 1.786.590/SP e Resp 1.788.700/SP, vinculados ao Tema 1013/STJ, na medida em que a afetação não abrange a hipótese em que o INSS somente alega o fato impeditivo do direito (o exercício de trabalho pelo segurado) na fase de cumprimento de sentença, como é o presente caso.

A pretensão recursal encontra óbice na **Súmula 83 do STJ**, aplicável, também, quando da interposição de recurso com base no permissivo da alínea "a" do art. 105, III, da Carta Magna.

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

Int.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001777-41.2017.4.03.6103
APELANTE: UNIAO FEDERAL- FAZENDA NACIONAL

APELADO: DELUZ INDUSTRIA DE LUMINARIAS EIRELI
Advogado do(a) APELADO: TAIS CRISTINA REGINALDO - MG122385-A
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) **contrarrrazões** ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 20 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5004531-62.2017.4.03.6100

APELANTE: LOUIS DREYFUS COMPANY SUCOS S.A

Advogados do(a) APELANTE: EULO CORRADI JUNIOR - SP221611-A, JOSE ROZINEI DA SILVA - PR50448-S

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 20 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000379-59.2017.4.03.6103

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: FREUDENBERG NAO-TECIDOS LTDA.

Advogado do(a) APELADO: OCTAVIO TEIXEIRA BRILHANTE USTRA - SP196524-A

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 20 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002251-54.2018.4.03.6110

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: TUBOS PETRALTA.
Advogado do(a) APELADO: LYGIA BOJIKIAN CANEDO - SP222576-A
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 20 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002891-24.2017.4.03.6100
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: WOLF HACKER & CIA LTDA - EPP
Advogado do(a) APELADO: MARCELO MONZANI - SP170013-A
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 20 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000513-37.2018.4.03.6108
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: PIATA - BORRACHAS E FERRAMENTAS LTDA.
Advogados do(a) APELADO: GILBERTO ANDRADE JUNIOR - SP221204-A, EDSON FRANCISCATO MORTARI - SP259809-A
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 20 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5006711-51.2017.4.03.6100

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

APELADO: LOUIS DREYFUS COMPANY SUCOS S.A

Advogados do(a) APELADO: EULO CORRADI JUNIOR - SP221611-A, JOSE ROZINEI DA SILVA - PR50448-S

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 20 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5004661-12.2018.4.03.6102

APELANTE: E.POLITI - EPP

Advogado do(a) APELANTE: GUSTAVO LUIS POLITI - SP259827-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 20 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5004373-71.2017.4.03.0000
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) AGRAVANTE: GIOVANA DE OLIVEIRA LIBERATTI - SP318622
AGRAVADO: DONIZETE PEREIRA ADRIANO
Advogado do(a) AGRAVADO: ANA MARIA GOUVEIA PELARIN - MS12302-A
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 20 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003303-76.2018.4.03.6113
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: JULIO CESAR LAMEIRAO
Advogado do(a) APELADO: NEREIDA PAULA ISAAC DELLA VECCHIA - SP262433-A
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 20 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002377-93.2012.4.03.6113
APELANTE: UNIAO FEDERAL

APELADO: FRANCISCO DE ASSIS FALLEIROS, JULIO MARIA FALLEIROS, RITA DE CASSIA FALLEIROS MACHADO, ANTONIO DE PADUA FALLEIROS, JOSE VANDERLEI FALLEIROS

Advogado do(a) APELADO: JOSE FRANCISCO MARITAN - SP348048
OUTROS PARTICIPANTES:
TERCEIRO INTERESSADO: MARIANA PIMENTEL FALLEIROS, LUIZ TADEU FALLEIROS

ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: JOSE FRANCISCO MARITAN

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) **contrarrazões** ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 20 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000907-35.2018.4.03.0000
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: CELIA REGINA BERTOCCO - EPP, CELIA REGINA BERTOCCO, DB INDUSTRIA E COMERCIO DE CARNES E DERIVADOS LTDA, LUIZ CLAUDIO DUARTE
Advogado do(a) AGRAVADO: PAULO SERGIO MUNHOZ - SP126461-A
Advogado do(a) AGRAVADO: PAULO SERGIO MUNHOZ - SP126461-A
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) **contrarrazões** ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 20 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0013497-94.2011.4.03.6105
APELANTE: W.C.A. SERVICOS EMPRESARIAIS LTDA.
Advogado do(a) APELANTE: GLAUCIA SCHIAVO - SP232209-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 20 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 0017302-66.2013.4.03.0000

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: TRANSIT DO BRASIL S.A., TELEMÍNIO SERVICOS DE TELEMÁTICA LTDA - ME, RAULALEX SALINAS CASANOVA

Advogado do(a) AGRAVADO: ULISSES PENACHIO - SP174064-A

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 20 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5019072-03.2017.4.03.6100

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: RBV SUPERMERCADO EIRELI

Advogado do(a) APELADO: LEANDRO MACHADO - SP166229-A

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 20 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

AÇÃO RESCISÓRIA (47) Nº 5000320-47.2017.4.03.0000
AUTOR: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

REU: PEDRO TERAOKA
Advogado do(a) REU: JULIO CESAR POLLINI - SP128933-N
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 20 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5020621-14.2018.4.03.6100
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ETC - EMPRESA TRANSMISSORA CAPIXABA S.A.
Advogados do(a) APELADO: MARCELO BAETA IPPOLITO - SP111361-A, RAFAEL CASTRO DE OLIVEIRA - SP257103-A, DANIEL LUIZ FERNANDES - SP209032-A
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 20 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5013111-47.2018.4.03.6100
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: FLEISHMAN HILLARD BRASIL COMUNICACAO LTDA., CRITICAL MASS COMUNICACAO DIGITAL LTDA., THE MARKETING ARM COMUNICACAO LTDA.

Advogado do(a) APELADO: RICARDO ALESSANDRO CASTAGNA - SP174040-A

Advogado do(a) APELADO: RICARDO ALESSANDRO CASTAGNA - SP174040-A

Advogado do(a) APELADO: RICARDO ALESSANDRO CASTAGNA - SP174040-A

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) **contrarrazões** ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 20 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5013232-75.2018.4.03.6100

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: N2 NETBRA DISTRIBUICAO INTEGRADA LTDA

Advogados do(a) APELADO: SIDNEI GUEDES FERREIRA - MT7900-A, FILIPE BRUNO DOS SANTOS - MT17327-A

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) **contrarrazões** ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 20 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000817-87.2014.4.03.6100

APELANTE: PANALPINA LTDA

Advogado do(a) APELANTE: MARCELO DE LUCENA SAMMARCO - SP221253-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) **contrarrazões** ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 20 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5017312-82.2018.4.03.6100
APELANTE: ANA PAULA PORT LOURENCO
Advogado do(a) APELANTE: MARCELO WINTHER DE CASTRO - SP191761-A
APELADO: UNIAO FEDERAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) **contrarrazões** ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 20 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5006052-17.2018.4.03.6000
APELANTE: ERMANDO VIEIRA DE SOUZA
SUCESSOR: UNIAO FEDERAL
Advogado do(a) APELANTE: CELSO LUIS RODRIGUES PERIN - MS15195-A
APELADO: UNIAO FEDERAL
SUCESSOR: ERMANDO VIEIRA DE SOUZA
Advogado do(a) SUCESSOR: CELSO LUIS RODRIGUES PERIN - MS15195-A
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) **contrarrazões** ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 20 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0010072-43.2003.4.03.6104
APELANTE: UNIÃO FEDERAL

APELADO: RENATO FAUSTINO DE OLIVEIRA FILHO, IVONE GLORIA PINTO RODRIGUES DE OLIVEIRA, FERNANDA MARME RODRIGUES, FERNANDO SENA RODRIGUES, MARIA DO CEU MARME RODRIGUES, ANTONIO DE OLIVEIRA SALERA

Advogado do(a) APELADO: FERNANDA MARME RODRIGUES - SP314609

Advogado do(a) APELADO: FERNANDA MARME RODRIGUES - SP314609

Advogado do(a) APELADO: FERNANDA MARME RODRIGUES - SP314609

Advogado do(a) APELADO: MARCELLA VIEIRA RAMOS BARACAL - SP269408

Advogado do(a) APELADO: MARCELLA VIEIRA RAMOS BARACAL - SP269408

Advogado do(a) APELADO: MARCELLA VIEIRA RAMOS BARACAL - SP269408

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 20 de junho de 2020

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5030561-33.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. Vice Presidência

AGRAVANTE: ACASSIL JOSE DE OLIVEIRA CAMARGO JUNIOR, ACASSIL JOSE DE OLIVEIRA CAMARGO

Advogado do(a) AGRAVANTE: DANILO MARCELINO - SP344946

Advogado do(a) AGRAVANTE: DANILO MARCELINO - SP344946

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de recurso especial, com fundamento no art. 105, III, "a" e "c" da Constituição Federal, interposto por **ACASSIL JOSÉ DE OLIVEIRA CAMARGO JUNIOR E OUTRO** contra acórdão proferido por órgão fracionário desta Corte Regional.

O julgado impugnado recebeu a seguinte ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. EXCLUSÃO DOS AGRAVANTES DO POLO PASSIVO. INCLUSÃO NA CDA COM FULCRO NO ART. 13, DA LEI Nº 8.620/96. DISPOSITIVO LEGAL DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONCORDÂNCIA DA UNIÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NÃO CABIMENTO. RECURSO IMPROVIDO.

- O art. 19, § 1º, inc. I, da Lei nº 10.522/02 ao afastar a condenação da Fazenda Pública em honorários advocatícios, nas hipóteses que especifica, dispõe, contudo, ser necessário que, ao ser citada para apresentar resposta, reconheça expressamente a procedência do pedido, de modo a não configurar resistência à pretensão.

- A Fazenda Nacional, à vista do julgamento pelo Plenário do Eg. Supremo Tribunal Federal, no âmbito do RE nº 562.276, julgado pelo regime da repercussão geral (DJe 10/02/2011), não opôs resistência ao pedido dos agravantes de serem excluídos do polo passivo da execução fiscal subjacente, restando, configurada, portanto, a situação descrita no dispositivo legal em comento.

- Não há falar-se em condenação da União Federal em verba honorária, considerando enquadrar-se o caso na dispensa legal prevista no inc. I, § 1º, do art. 19, da Lei nº 10.522/2002.

- Inaplicabilidade do teor da Súmula 153 do C. Superior Tribunal de Justiça, uma vez que, na espécie, não se cuida de desistência, pela Fazenda, da demanda executiva, mas sim concordância com a exclusão dos ora agravantes do polo passivo daquela demanda, em virtude da existência de jurisprudência pacífica da Suprema Corte acerca do tema, havendo previsão legal no sentido de desobrigar o exequente do pagamento de honorários advocatícios.

- Agravo de instrumento improvido.

Pugna a recorrente pela admissibilidade recursal para viabilizar a reforma do acórdão recorrido pela Corte Superior, ante o acolhimento das alegações apontadas em suas razões de recorrer.

Alega, em suma, negativa de vigência aos arts. 85, § 3º e 90 do CPC.

Decido.

No caso dos autos, cinge-se a controvérsia recursal sobre a condenação em verba honorária.

O órgão colegiado desta Corte Regional manteve a decisão singular que deixou de condenar a exequente em honorários.

O acórdão hostilizado consignou que a hipótese dos autos comporta a isenção da condenação em honorários consoante previsão expressa do art. 19, § 1º, I da Lei 10.522/02.

Pois bem, no caso em comento o recurso não comporta admissão, constata-se a ocorrência de vício intransponível à admissibilidade recursal.

Com efeito, a decisão impugnada se fundamentou exclusivamente na previsão do art. 19 da Lei 10.522, enquanto a recorrente aponta negativa de vigência aos artigos 85 e 90 do CPC, pertinentes ao debate, porém não foram enfrentados por esta Corte, evidenciando a ausência de questionamento. Ademais, a recorrente não manejou os embargos declaratórios para suprir suposta omissão no julgado.

Ainda que superada tal deficiência, sobre o tema confira-se a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça:

(...) CONDENAÇÃO DA FAZENDA NACIONAL EM HONORÁRIOS DE ADVOGADO. DESCABIMENTO. ART. 19, § 1º, I, DA LEI 10.522/2002 (COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 12.844/2013). APLICABILIDADE.

(...)

3. "De acordo com a atual redação do inciso I do § 1º do art. 19 da Lei n. 10.522/2002, que foi dada pela Lei n. 12.844/2013, a Fazenda Nacional é isenta da condenação em honorários de sucumbência nos casos em que, citada para apresentar resposta, inclusive em embargos à execução fiscal e em exceções de pré-executividade, reconhecer a procedência do pedido nas hipóteses dos arts. 18 e 19 da Lei n. 10.522/2002" (AgInt no AgInt no AREsp 886.145/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/11/2018, DJe 14/11/2018).

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 1544450/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/12/2019, DJe 12/12/2019)

Verifica-se que o entendimento emanado desta Corte encontra-se no mesmo sentido da jurisprudência superior o que faz a pretensão recursal esbarrar no óbice da Súmula 83 do STJ.

De outra parte, também não é possível trânsito recursal com fundamento na alínea "c" do permissivo constitucional porquanto, uma vez afastada a tese recursal pela alínea "a" fica prejudicada a análise da divergência jurisprudencial.

Por oportuno, destaca-se:

PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC/2015 CONFIGURADA. EMBARGOS ACOLHIDOS SEM EFEITOS INFRINGENTES.

(...)

2. Referente à alínea "c", ressalte-se, por fim, que fica prejudicada a análise da divergência jurisprudencial quando a tese sustentada já foi afastada no exame do Recurso Especial pela alínea "a" do permissivo constitucional.

(...)

(EDcl no REsp 1755434/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe 11/03/2019)

Saliente-se, por fim que a hipótese dos autos não se adequa à demanda repetitiva indicada pela recorrente, porquanto no caso em tela há previsão legal expressa no sentido de isenção da verba honorária.

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

Int.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5009207-49.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. Vice Presidência

AGRAVANTE: CRAIDE & MENDES COMERCIAL E SERVICOS LTDA, ANTONIO CARLOS CATAO MENDES CARNEIRO, MAIRA DE AZEREDO MENDES CARNEIRO

Advogados do(a) AGRAVANTE: ANDRE FONSECA LEME - SP172666, PAULO DE ABREU LEME FILHO - SP151810

Advogados do(a) AGRAVANTE: ANDRE FONSECA LEME - SP172666, PAULO DE ABREU LEME FILHO - SP151810

Advogados do(a) AGRAVANTE: ANDRE FONSECA LEME - SP172666, PAULO DE ABREU LEME FILHO - SP151810

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de recurso especial, com fundamento no art. 105, III da Constituição Federal, interposto por CRAIDE & MENDES COMERCIAL E SERVIÇOS LTDA. E OUTROS contra acórdão proferido por órgão fracionário desta Corte.

O acórdão restou assimementado:

EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. BACENJUD EFETUADO. POSTERIOR SUBSTITUIÇÃO DAS CDAs. PRESCRIÇÃO PARCIAL. LIBERAÇÃO DO NUMERÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DA GARANTIA DA EXECUÇÃO REMANESCENTE. PRECLUSÃO DA MATÉRIA DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. ARTIGO 2º, § 8º, DA LEI 6.830/80. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Quanto à penhora de valores constantes de instituição financeira, de acordo com o entendimento firmado pelo STJ no REsp 1.184.765/PA, sob o rito instituído pelo art. 543-C do CPC/73, adotado também por esta Terceira Turma, diante do caráter preferencial do dinheiro como objeto de penhora, estabelecido no art. 11, I, da Lei n. 6.830/80 e no art. 655, I, do CPC (com a redação conferida pela Lei n. 11.382/06), torna-se prescindível a busca de outros meios de garantia antes de realizar a constrição sobre dinheiro.

2. O caso concreto trata de bloqueio de ativos financeiros posterior à citação da ação originária, mas anterior à intimação dos executados sobre a substituição das CDAs pela Fazenda, após ter sido declarada, por decisão judicial, a prescrição de parte dos débitos executados.

3. A jurisprudência firmada pela Terceira Turma desta Corte Regional é no sentido de admitir o bloqueio de numerário mesmo antes de realizada a citação da parte executada, com o propósito de garantir maior efetividade da medida. Precedentes.

4. O fato de ter sido determinada a regularização das CDAs originais não produz o efeito de anular o ato de constrição, tendo em vista que a execução prossegue quanto aos novos títulos apresentados pela Fazenda. Ainda que não tenha havido a intimação dos executados para manifestar sobre as CDAs retificadas, o produto da medida constritiva mantém-se como forma acautelatória de garantia do débito restante.

5. Emendadas ou substituídas as CDAs pela exequente, em razão de o Juízo haver reconhecido a prescrição de parcela das inscrições executadas, novo prazo há de ser concedido ao devedor para oposição de defesa, a qual fica restrita aos valores remanescentes em cobrança. Não há, portanto, ocorrência de preclusão nesse caso, entendimento que se fundamenta na regra do artigo 2º, § 8º, da Lei 6.830/80. Precedentes.

6. Agravo de instrumento parcialmente provido.

Opostos Embargos de Declaração, foram rejeitados.

Os recorrentes alegam violação aos arts. 805 e 1.022 do CPC e art. 2º §§ 5º e 8º da Lei 6.830/80, na medida em que é ilegal a manutenção do bloqueio de valores por meio do Bacenjud, visto que implementado antes da regularização das CDAs pela exequente e da prévia citação para pagamento do valor retificado. Pugna pela admissibilidade recursal para viabilizar a reforma do acórdão recorrido pela Corte Superior, ante o acolhimento das alegações apontadas em suas razões de recorrer.

Decido.

Cinge-se a controvérsia recursal sobre a possibilidade de manutenção de penhora *on line* por meio do sistema Bacenjud, determinada antes da retificação das certidões de dívida ativa que embasama execução fiscal.

O órgão colegiado desta Corte manteve parcialmente a decisão singular, reconhecendo a desnecessidade de citação dos executados, uma vez que esta já fora efetivada nos autos, mantendo a penhora, afastando, contudo, a preclusão quanto à concessão de novo prazo para apresentação de defesa, restrita aos valores remanescentes em cobrança.

Inicialmente, no tocante à alegação de suposta violação ao art. 1.022/CPC, uma vez que a decisão recorrida analisou detidamente as circunstâncias peculiares do caso concreto, não se deve confundir obscuridade, omissão ou contradição com simples julgamento desfavorável à parte. Ademais o acórdão recorrido enfrentou o cerne da controvérsia submetida ao Judiciário, consistindo em resposta jurisdicional plena e suficiente à solução do conflito e à pretensão das partes, conforme entendimento pacífico do E. STJ.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 489, § 1º, E 1.022 DO CPC/2015. NÃO OCORRÊNCIA. ACÓRDÃO RECORRIDO SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO. SERVIDOR PÚBLICO. INSS. TÉCNICO E ANALISTA DO SEGURO SOCIAL. DESVIO DE FUNÇÃO. TESE AFASTADA NA ORIGEM. REVISÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME DAS PROVAS DOS AUTOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. PRECEDENTES. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. ANÁLISE INVIABILIZADA. PRESENÇA DE ÓBICE PROCESSUAL.

1. Não configura ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015, quando o Tribunal local julga integralmente a lide, apenas não adotando a tese defendida pelo recorrente. Não se pode confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

2. Esta egrégia Corte Superior possui precedente no sentido de que, "se os fundamentos do acórdão recorrido não se mostram suficientes ou corretos na opinião do recorrente, não quer dizer que eles não existam. Não se pode confundir ausência de motivação com fundamentação contrária aos interesses da parte, como ocorreu na espécie. Violação do art. 489, § 1º, do CPC/2015 não configurada" (AgInt no REsp 1.584.831/CE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 14/6/2016, DJe 21/6/2016).

(...)

(REsp 1689206/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/05/2018, DJe 09/05/2018)

No mais, no acórdão recorrido ficou consignado que:

1) O caso concreto trata de bloqueio de ativos financeiros posterior à citação da ação originária, mas anterior à intimação dos executados sobre a substituição das CDAs pela Fazenda, após ter sido declarada, por decisão judicial, a prescrição de parte dos débitos executados;

2) O fato de ter sido determinada a regularização das CDAs originais não produz o efeito de anular o ato de constrição, tendo em vista que a execução prossegue quanto aos novos títulos apresentados pela Fazenda. Ainda que não tenha havido a intimação dos executados para manifestar sobre as CDAs retificadas, **o produto da medida constritiva mantém-se como forma acautelatória de garantia do débito restante.** [Destaque nosso]

A respeito do tema confira-se:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA. PODER GERAL DE CAUTELA. AGRAVANTE QUE POSSUI DÉBITOS ATIVOS DE SIGNIFICATIVA MONTA SEM SUSPENSÃO DE EXIGIBILIDADE. MANIFESTAÇÃO DA UNIÃO SOBRE A EXISTÊNCIA DE PENHORA NO ROSTO DOS AUTOS. REVISÃO DAS CONCLUSÕES ADOTADAS NA ORIGEM. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE.

(...)

2. O STJ possui o entendimento de que, "valendo-se do poder geral de cautela, pode o magistrado determinar, de ofício, providência que lhe pareça cabível e necessária ao resultado útil do processo" (AgInt no AREsp 975.206/BA, Rel. Ministra Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 27/4/2017, DJe 4/5/2017).

3. Verifica-se que a instância de origem decidiu a controvérsia com fundamento nos elementos de convicção dos autos. Desse modo, a análise da controvérsia demanda reexame do contexto fático-probatório, o que é inviável em Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ.

4. Agravo Interno não provido.

(AgInt no AREsp 1210641/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 23/11/2018)

Constata-se que a parte recorrente apresentou razões pertinentes a sua defesa, porém não enfrentou o fundamento do acórdão, o que faz incidir ao caso o óbice da Súmula 283 do STF, aplicada por analogia aos recursos especiais.

Ainda que assim não fosse, para rever o entendimento consignado nesta Corte quanto à necessidade da medida acautelatória é imprescindível o revolvimento do arcabouço fático, o que faz a pretensão recursal também esbarrar no óbice da Súmula 7 do STJ, que veda o reexame de provas naquela Corte.

No particular, destaca-se:

PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA DE MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7 DO STJ. FUNDAMENTO INATACADO. DEFICIÊNCIA RECURSAL. SÚMULAS 283 E 284 DO STF.

(...)

3. A instância de origem decidiu a controvérsia com fundamento no suporte fático-probatório dos autos. Desse modo, verifica-se que a análise da controvérsia demanda o necessário reexame do contexto fático-probatório, o que é inviável no Superior Tribunal de Justiça. Óbice da Súmula 7/STJ.

(...)

(AgRg no AREsp 786.905/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 05/02/2016)

Por derradeiro, para aferir se a medida fere o princípio da menor onerosidade é imprescindível o revolvimento de conteúdo fático-probatório, cuja pretensão encontra o obstáculo já mencionado acima.

A respeito:

(...) PENHORA ON LINE. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. REFORMA DO JULGADO. NECESSIDADE DE REEXAME DOS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7 DO STJ. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO CPC/73. MANUTENÇÃO DO JULGADO PELOS SEUS PRÓPRIOS TERMOS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A interpretação conferida pelo acórdão recorrido encontra respaldo na orientação jurisprudencial desta Corte, de que é possível a penhora recair sobre o dinheiro da empresa, sem que tal fato importe ofensa ao princípio da menor onerosidade para o devedor, previsto no art. 620 do CPC/73. Precedentes.

2. Tendo o acórdão recorrido, ao manter a decisão que determinou a penhora via BACEN-JUD, consignado os motivos pelos quais, na hipótese vertente, a penhora em dinheiro não confrontaria com o princípio da menor onerosidade, a pretensão de revisar os fundamentos adotados na Corte de origem demandaria o reexame do conteúdo fático-probatório dos autos, o que encontra óbice no enunciado da Súmula nº 7 desta Corte.

3. Não sendo a linha argumentativa apresentada pelo agravante capaz de evidenciar a inadequação dos óbices invocados pela decisão agravada, o presente agravo não se revela apto a alterar o conteúdo do julgado impugnado, devendo ser ele integralmente mantido.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 710.264/ES, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 03/05/2016)

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

Intimem-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5009820-69.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. Vice Presidência

AGRAVANTE: ALTAIR ANTUNES PEREIRA

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

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

D E C I S Ã O

Trata-se de recurso especial interposto pela parte agravante contra acórdão proferido por órgão fracionário deste Tribunal Regional Federal.

Decido.

A presente impugnação merece admissão.

O acórdão recorrido aparenta divergir do entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme evidenciamos seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. TRÂNSITO EM JULGADO PENDENTE DO JULGAMENTO DE RECURSO INTERPOSTO EXCLUSIVAMENTE PELO SEGURADO/EXEQUENTE. PAGAMENTO DO VALOR INCONTROVERSO. EXPEDIÇÃO DO PRECATÓRIO PARCIAL. POSSIBILIDADE. MATÉRIA PACIFICADA NO STJ E NO STF. SÚMULA 31 DA AGU.

1. O Tribunal a quo consignou (destaquei): "No caso, o sistema de acompanhamento processual aponta a interposição de recurso especial/agravo denegatório de recurso especial, exclusivamente pelo segurado, os quais foram desprovidos, aguardando retorno para o juízo de origem. Contudo, essa circunstância não constitui óbice ao prosseguimento do cumprimento do julgado, pois tais recursos são recebidos apenas no efeito devolutivo. Ademais, possíveis equívocos no cálculo poderão ser corrigidos na fase do cumprimento do julgado. (...) Portanto, perfeitamente possível o prosseguimento do cumprimento parcial da sentença, que se dará até o acolhimento do cálculo, ficando vedada a expedição de precatório, porque, em se tratando de Fazenda Pública, é necessário o trânsito em julgado do título judicial para o pagamento do crédito devido, conforme dispõe o artigo 100, §§ 3º e 5º, da Constituição Federal".

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que, "na execução contra a Fazenda Pública, a expedição de precatório referente à parte incontroversa dos valores devidos não afronta a Constituição da República" (AgR no RE 504.128/PR, Relatora Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, publicado no DJe-157 e no DJ em 7.12.2007, p. 55, bem como no Ementário vol. 2302-04, p. 829). No mesmo sentido: AgR no RE 556.100/MG, Relator Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, publicado no DJe-078 e, 2.5.2008 e no Ementário vol. 2317-06, p. 1.187.

3. Outrossim, o Superior Tribunal de Justiça já analisou a possibilidade de expedição de precatório da parte incontroversa e firmou posicionamento no sentido de que a execução da parcela da dívida não impugnada pelo ente público deve ter regular prosseguimento, ausente, em consequência, óbice à expedição de precatório.

4. Ressalte-se o disposto na Súmula 31/AGU: "É cabível a expedição de precatório referente a parcela incontroversa, em sede de execução ajuizada em face da Fazenda Pública".

5. Dessume-se que o acórdão recorrido não está em sintonia com o atual entendimento do STJ, razão pela qual merece prosperar a irresignação.

6. Recurso Especial provido.

(REsp 1803958/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 31/05/2019)

EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE EFEITO SUSPENSIVO PELA SIMPLES OPOSIÇÃO DE EMBARGOS. POSSIBILIDADE DE PAGAMENTO DO VALOR INCONTROVERSO. SATISFAÇÃO DA PARCELA CONTROVERTIDA SUJEITA AO TRÂNSITO EM JULGADO. 1. Não se configura a ofensa ao art. 535 do CPC/1973, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada. 2. A contradição que enseja a interposição de Embargos de Declaração é a aquela interna ao julgado, que em um momento diz algo, e em seguida diz o contrário. 3. A Lei 11.382/2006, ao revogar o § 1º do art. 739 do CPC/1973, eliminou a concessão automática de efeito suspensivo à Execução pela simples oposição dos Embargos à Execução, passando este a depender de provimento judicial específico, que pressupõe a demonstração de que o prosseguimento da execução possa acarretar ao executado dano de difícil ou incerta reparação. 4. **O simples fato de a Execução contra a Fazenda Pública ter sido embargada não implica deva ela ser paralisada. Em relação à parcela não especificamente impugnada, ou seja, incontroversa, a Execução poderá prosseguir com a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor. Quanto à parcela controvertida, a sistemática prevista do art. 100 da Constituição faz com que só seja possível a requisição após a solução da discussão transitar em julgado.** 5. Recurso Especial não provido.

(REsp 1642717/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/03/2017, DJe 25/04/2017)

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

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

Intimem-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002930-51.2018.4.03.0000
AGRAVANTE: AUTO ESTUFA GOIAS CAR LTDA - EPP
Advogado do(a) AGRAVANTE: LAUDEVIAN ARANTES - SP182200-A
AGRAVADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

CERTIDÃO

Certifico a regularidade formal do(s) recurso(s) excepcional(ais) interposto(s) nestes autos quanto à tempestividade, e representação processual. Certifico, ainda, que o Recurso Especial em agravo de instrumento é isento de preparo, a partir de 19/02/16, nos termos da Resolução STJ/GP nº 1, de 18/02/16, e Resolução STJ/GP nº 2/2017.

VISTA- CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 19 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5018637-25.2019.4.03.0000

AGRAVANTE: SULAMERICA COMPANHIA NACIONAL DE SEGUROS

Advogado do(a) AGRAVANTE: LOYANNA DE ANDRADE MIRANDA - MG111202-A

AGRAVADO: MARILUCE PEREIRA DE LEMOS DUARTE ROCHA, SHEILA CRISTINA DE PAULA, CELMA DA SILVA SCHREIBER, ADELAIDE DE LIMA LEITE, LUIZ FERNANDO ALVES DA SILVA, MARA CRISTINA DA SILVA CAMARGO, SOLANGE ROSA DAMASCENO, VERILDA FERREIRA VILELA, EVALDO DUARTE ROBERTO, DEBORA APARECIDA SOARES, BENEDITA APARECIDA DE SOUZA, MARILAINE GOMES DE ALMEIDA, CARLOS HENRIQUE DA SILVA OLIVEIRA, EDINA MARIA JACINTO GUERRA, MIRIAN ROSIMARA DE SOUSA, TATIANA GOMES DE ALMEIDA, ROSENITA JESUS CHAVES, GERALDO CALIXTO GOMES, CECILIA ZULATO FERNANDES, EVA DE JESUS SILVA, ARLENE LEAL, EDNEIA BARBOSA FELIPE VALLIN, ROSA APARECIDA MATOSO DE OLIVEIRA, MARIA JOSE DA SILVA ADOLFO

INTERESSADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

Advogado do(a) AGRAVADO: MARIO MACEDO MELILLO - RJ139142-S

OUTROS PARTICIPANTES:
INTERESSADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL, CAIXA SEGURADORAS/A

ADVOGADO do(a) INTERESSADO: ANDRE LUIZ DO REGO MONTEIRO TAVARES PEREIRA

ATO ORDINATÓRIO - VISTA- CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) **contrarrazões** ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 21 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5014088-69.2019.4.03.0000

AGRAVANTE: COMPANHIA EXCELSIOR DE SEGUROS

Advogados do(a) AGRAVANTE: DENIS ATANAZIO - SP229058-A, MARIA EMILIA GONCALVES DE RUEDA - PE23748-A

AGRAVADO: ADEMIR ALVES DE OLIVEIRA, APARECIDO VALENTIM PARRO, ANA TEREZA GALLEGU ALBA, ANTONIO BINO DOS SANTOS, ANTONIO CARLOS MARTINS

INTERESSADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

Advogado do(a) AGRAVADO: LUIZ CARLOS SILVA - SP168472-A

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) **contrarrazões** ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 21 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0005027-38.2015.4.03.6104

APELANTE: PAULO AFONSO NOGUEIRA RAMALHO

Advogado do(a) APELANTE: FERNANDA PEDROSO CINTRA DE SOUZA - SP306781-A

APELADO: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SECCAO DE SAO PAULO

Advogado do(a) APELADO: MARIANE LATORRE FRANCO LIMA - SP328983-A

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) **contrarrazões** ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 21 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5000039-97.2018.4.03.6130
PARTE AUTORA: MURILO ROBERTO VIEIRA DO PRADO
Advogado do(a) PARTE AUTORA: CAROLINA FERREIRA AMANCIO - SP309998-A
PARTE RE: UNIVERSIDADE FEDERAL DE SAO PAULO

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 21 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5008771-60.2018.4.03.6100
APELANTE: ALINUTRI REFEICOES INDUSTRIAIS LTDA
Advogado do(a) APELANTE: JOAQUIM VAZ DE LIMA NETO - SP254914-A
APELADO: LIQUIGÁS DISTRIBUIDORA S.A
Advogado do(a) APELADO: ANA CAROLINA REMIGIO DE OLIVEIRA - SP335855-A
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 21 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0010931-14.2007.4.03.6106
APELANTE: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP, UNIAO FEDERAL

APELADO: LUIZ FERNANDO CARNEIRO, DIRCEU LUIZ PEDROSO JUNIOR, DENICE RIBEIRO CACURI,
MARIA EUNICE BALBO
Advogado do(a) APELADO: MATEUS SANDRIN DE AVILA - SP345836
Advogado do(a) APELADO: ISABELLA MARTINHO EID - SP375082-A
Advogado do(a) APELADO: ISABELLA MARTINHO EID - SP375082-A
Advogado do(a) APELADO: FRANCISCO JOSE DAS NEVES - SP122257
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 21 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5010481-18.2018.4.03.6100
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE EDUCACAO FISICA DA 4 REGIAO

Erro de interpretação na linha: '

{processoTrfHome.processoPartePoloAtivoDetalhadoStr}

': java.lang.ClassCastException: br.jus.pje.nucleo.entidades.PessoaJuridica cannot be cast to br.jus.pje.nucleo.entidades.PessoaFisica

APELADO: MAURICIO DA COSTA GONCALVES
PROCURADOR: CONSELHO REGIONAL DE EDUCACAO FISICA DA 4 REGIAO
Advogado do(a) APELADO: CAROLINA REGINA DE GASPARI - SP289669-A
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 21 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5006437-83.2019.4.03.0000
AGRAVANTE: SULAMERICA COMPANHIA NACIONAL DE SEGUROS
Advogado do(a) AGRAVANTE: LOYANNA DE ANDRADE MIRANDA - MG111202-A

AGRAVADO: FRANCISCO DE ANDRADE
INTERESSADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL
Advogado do(a) AGRAVADO: NEWTON COLENCI JUNIOR - SP110939-A
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 21 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0004448-15.2014.4.03.6108
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZACAO E REFORMA AGRARIA INCRA
Advogado do(a) APELANTE: RENATO CESTARI - SP202219-N
APELADO: LAJAO AVARE MATERIAIS PARA CONSTRUCAO LTDA, NEREIDE DOS SANTOS ANDRADE DE MELO
Advogado do(a) APELADO: CELIA MARIA DE ANDRADE ALARCAO - SP296395-A
Advogado do(a) APELADO: SOPHIA BOMFIM DE CARVALHO - SP341356-A
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 21 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001129-79.2013.4.03.6106
APELANTE: ANATEL - AGENCIA NACIONAL DE TELECOMUNICACOES
Advogado do(a) APELANTE: PAULA CRISTINA DE ANDRADE LOPES VARGAS - SP139918-N
APELADO: H S TECNOLOGIA EM INFORMATICA LTDA - ME
Advogado do(a) APELADO: MARCIA REGINA RODRIGUES IDENAGA NAVARRO - SP236875
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) **contrarrazões** ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 21 de junho de 2020

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5003513-02.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. Vice Presidência
AGRAVANTE: FABIO AMICIS COSSI
Advogado do(a) AGRAVANTE: FABIO AMICIS COSSI - SP62253-A
AGRAVADO: GOAR SILVESTRE LORENCINI
INTERESSADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL
Advogado do(a) AGRAVADO: RENATO CUNHA LAMONICA - SP88413
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por FABIO AMICIS COSSI contra acórdão proferido por órgão fracionário deste Tribunal Regional Federal.

Decido.

O recurso não merece admissão.

Como feito, o acórdão recorrido, atento às peculiaridades dos autos, assim decidiu:

Trata-se de recurso versando sobre a execução de honorários advocatícios convencionais pelo trabalho realizado pelo advogado, ora agravante, em sede de cumprimento de sentença.

O juiz de primeiro grau decidiu a questão nos seguintes termos:

"1. ID nº 14566473: noticia o advogado Fábio Amicis Cossi a interposição de agravo de instrumento em face do r. despacho ID nº 14168065, no qual restou consignado que, uma vez que ainda existe pendência a respeito de eventual valor líquido e certo em favor dos Autores/Exequentes, por ora, não havia possibilidade de analisar o pedido de execução definitiva de honorários advocatícios convencionais.

2. ID nº 18370978: igualmente, por outro lado, requer o advogado acima mencionado a suspensão do presente feito, argumentando, para tanto, a ocorrência do disposto no artigo 313, V, "a" e "b", do Código de Processo Civil.

3. Pois bem.

4. Analisando o feito, notadamente a r. decisão proferida às fls. 3.485/3.492, observo que o advogado requerente foi destituído do patrocínio de interesses alheios nesta ação, permanecendo como exequente advogando em causa própria apenas e tão somente em função de possuir interesse em recorrer da sentença que extinguiu a execução de honorários sucumbenciais e também da sua destituição.

5. Ademais, consoante a r. decisão proferida às fls. 3.933/3.934, constato que foi determinada a distribuição, por dependência a estes autos originários, de um outro feito para prosseguimento apenas e tão somente no tocante à extinção da execução de verba sucumbencial e à destituição levada a efeito, uma vez que já haviam sido interpostas apelações e contrarrazões neste particular.

6. Assim, os novos autos, distribuídos no sistema PJe sob o nº 5026834-36.2018.4.03.6100, foram devidamente remetidos ao E. Tribunal Regional Federal.

7. Com efeito, diante dessa quadra, observo que os pedidos feitos nestes autos pelo advogado requerente sequer podem ser conhecidos, pois não detém mais capacidade postulatória em nome dos coautores.

8. Além disso, não bastasse, os requerimentos do citado patrono também não podem ser objeto de apreciação por este Juízo porque já se encontram submetidos ao exame da Instância Superior; não havendo qualquer notícia da concessão de efeito suspensivo em face das r. decisões relativas à extinção da execução de honorários sucumbenciais e à destituição do patrocínio dos interesses dos coautores nestes autos, quer seja em sede de agravo de instrumento ou, ainda, em apelação.

9. Pelo exposto, e considerando tudo o mais que dos autos consta, não conheço dos pleitos.

São Paulo, 15 de julho de 2019.”

No presente caso, o agravante pleiteia a execução dos honorários convencionais, contudo, o mesmo não possui capacidade postulatória para peticionar nos presentes autos, como bem decidiu o magistrado a quo, uma vez que foi destituído da representação processual.

Destarte, a questão dos honorários contratuais deve ser discutida na via adequada, não cabendo decidir tal questão em sede de agravo de instrumento, nos autos do cumprimento de sentença, uma vez que tal pedido não guarda relação com o objeto da lide e o advogado não atua mais no processo.

A pretensão do agravante, portanto, deveria ser buscada em ação própria, em face de seu cliente originário.

Nesse sentido os seguintes julgados:

PROCESSUAL. PEDIDO DE RESERVA DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ADVOGADO DESTITUÍDO DO PATROCÍNIO DA CAUSA. IMPOSSIBILIDADE.

- Insurge-se o antigo mandatário, sustentando seu direito à percepção dos honorários advocatícios contratuais, em razão do trabalho realizado.

- A hipótese em tela refere-se a advogado destituído do mandato, devendo, pois, discutir a questão dos honorários contratados na via adequada.

- O agravante terá direito aos honorários, inclusive os sucumbenciais, se assim foi convencionado, desde que o prove e o requeira em ação própria, porque é questão entre ele e o antigo cliente, que não guarda relação com o objeto da lide, na medida em que não mais atua no processo. Outrossim, na falta de estipulação ou acordo, poderá pleitear seus direitos em ação autônoma de arbitramento, conforme previsto no art. 97, da Lei nº 4.215/63, dispositivo reproduzido na Lei nº 8.906/94, no artigo 22, § 2º.

- A questão, portanto, não pode ser decidida nos próprios autos da ação de conhecimento em que houve a condenação e, menos ainda, em sede de agravo de instrumento, porque a lide se instaurará entre a parte originária e seu advogado primitivo, fugindo, portanto, aos lindes da demanda originária.

- Agravo de instrumento a que se nega provimento. (AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 363112 / SP 0004995-22.2009.4.03.0000, Relator(a): DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA, OITAVA TURMA, Data do Julgamento 27/05/2013, Data da Publicação/Fonte e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/06/2013)

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NOVA PROCURAÇÃO. REVOGAÇÃO TÁCITA DO MANDATO. EXECUÇÃO DE HONORÁRIOS. NECESSIDADE DE AÇÃO AUTÔNOMA.

1. A constituição de novo advogado, sem ressalva, implica em revogação tácita dos mandatos anteriores.

2. Impossibilidade de execução de honorários sucumbenciais nos próprios autos pelo advogado que teve o mandato revogado. Necessidade de ação autônoma.

3. Agravo de instrumento desprovido. (AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO / SP 5012825-70.2017.4.03.0000, Relator(a): Desembargador Federal PAULO OCTAVIO BAPTISTA PEREIRA, 10ª Turma, Data do Julgamento 08/11/2018, Data da Publicação/Fonte e - DJF3 Judicial 1 DATA: 12/11/2018)

Por estes fundamentos, **nego provimento** ao recurso.

É como voto.

No caso vertente, a pretexto de alegar violações à lei federal, a parte recorrente pretende rediscutir a justiça da decisão em seu contexto fático-probatório.

Revisitar referida conclusão pressupõe revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, inviável no âmbito de recurso especial, nos termos do entendimento consolidado na Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça: "*A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial*".

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

Int.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5014928-16.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. Vice Presidência

AGRAVANTE: CARLOS ROBERTO GONCALEZ

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

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

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

Decido.

O recurso não merece admissão.

O acórdão recorrido concluiu: "*Os índices de correção monetária pretendidos pelo agravante (1,742% em abril de 2006 e 4,126% em janeiro de 2010), não são objeto da condenação, que determina a aplicação do Manual de Cálculos da Justiça Federal, sem acrescer qualquer outro índice.*"

O agravante não impugnou o fundamento central que motivou o *decisum* e que é suficiente para a sua manutenção, o que atrai à espécie o óbice das Súmulas nº 283 /STF e nº 284 /STF, respectivamente:

"Súmula 283 /STF: É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles."

"Súmula 284 /STF: É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia."

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

Intimem-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5026663-46.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. Vice Presidência
AGRAVANTE: DANILO APARECIDO BARBOSA PINHEIRO
Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCOS ALVES PINTAR - SP199051-A
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de recurso especial interposto pela parte agravante contra acórdão proferido por órgão fracionário deste Tribunal Regional Federal.

Decido.

O recurso não merece admissão.

O acórdão recorrido concluiu: "*Razão não lhes assiste. Isto porque, conforme exposto, os valores incontroversos apresentados pela Autarquia já foram objeto de expedição de ofícios e devidamente pagos, atualmente, as partes continuam a se insurgir quanto à parte complementar; referente aos juros e correção monetária, ou seja, a parte controversa que é objeto de dois agravos de instrumento onde as partes sustentam suas teses e, ainda, sem trânsito em julgado. Neste passo, agiu com acerto o R. Juízo a quo, haja vista que a infinita controvérsia das partes será pacificada com o julgamento definitivo dos referidos AI's.*"

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

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

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

Intimem-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5012760-41.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. Vice Presidência
AGRAVANTE: AGOSTINHO LIMA MATOS
Advogado do(a) AGRAVANTE: WILSON MIGUEL - SP99858-A
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de recurso especial interposto pela parte agravante contra acórdão proferido por órgão fracionário deste Tribunal Regional Federal.

DECIDO.

O recurso não merece admissão.

O acórdão recorrido concluiu: "*Recurso conhecido em parte, nos termos do parágrafo único, do artigo 1.015, do CPC, apenas no tocante aos critérios de cálculos apurados pela Contadoria do Juízo (correção monetária e juros de mora) e, não conhecido, quanto ao pedido objetivando a expedição de ofício do valor incontroverso e reserva dos honorários advocatícios contratuais, haja vista que tais pedidos não foram objeto de análise pelo R. Juízo a quo, Juiz natural do processo, de forma que, a apreciação, tal como requer o agravante, nesta esfera recursal, implicaria evidente supressão de instância.*"

Percebe-se que o agravante não impugnou o fundamento central que motivou o *decisum* e que é suficiente para a sua manutenção, o que atrai à espécie o óbice das Súmulas nº 283 /STF e nº 284 /STF, respectivamente:

"Súmula 283 /STF: É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles."

"Súmula 284 /STF: É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia."

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

Int.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5012350-17.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. Vice Presidência

AGRAVANTE: HIDENORI KUDO, PAULO MATSUNAGA

Advogado do(a) AGRAVANTE: LEONARDO OLIVEIRA DOS SANTOS - SC32284

Advogado do(a) AGRAVANTE: LEONARDO OLIVEIRA DOS SANTOS - SC32284

AGRAVADO: BANCO DO BRASIL SA

Advogado do(a) AGRAVADO: RAFAEL SGANZERLA DURAND - MS14924-A

D E C I S Ã O

Trata-se de recurso especial interposto pelo Banco do Brasil, com fundamento no artigo 105, III, da Constituição Federal, contra acórdão proferido por órgão fracionário deste Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Comcontrarrazões.

Decido.

O recurso não merece admissão.

Alega-se violação aos dispositivos infraconstitucionais que aponta, sustentando-se, em síntese, a competência da Justiça Federal para processar as ações individuais que versem sobre cumprimento de sentença da Ação Civil Pública nº 0008465-28.1994.4.01.3400.

A decisão atacada consignou o seguinte:

PROCESSUAL CIVIL. COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA.

*I- O E. STJ, em decisões proferidas em conflitos de competência suscitados em autos de liquidação individual da sentença proferida no âmbito da ação civil pública n. 0008465-28.1994.401.3400 – a mesma que originou o feito de origem –, estabeleceu o entendimento de que a competência funcional cede diante da competência *ratione personae* prevista no art. 109, I da CF/88.*

*II- Hipótese em que o cumprimento de sentença foi promovido tão somente em face do Banco do Brasil, inexistindo ente federal na lide a configurar a competência *ratione personae* prevista no art. 109, I da CF/88. Competência da Justiça Estadual que se reconhece.*

III- Recurso desprovido (ID Num. 96810144 - Pág. 13/14).

Referido entendimento se coaduna com aquele consolidado pelo E. Superior Tribunal de Justiça, encontrando a pretensão recursal óbice no na Súmula 83/STJ, aplicável também aos recursos interpostos com base na alínea "a" do permissivo constitucional: "*Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.*"

Nesse sentido:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. IMPUGNAÇÃO À FASE DE CUMPRIMENTO INDIVIDUAL DE SENTENÇA COLETIVA. CÉDULA RURAL. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Esta Corte tem decidido reiteradamente não se justificar o deslocamento da competência do feito e remessa dos autos à Justiça Federal, quando nenhum dos entes indicados no inciso I do art. 109 da Constituição Federal integram a lide, sendo, pois, competente a Justiça Estadual para o julgamento da demanda, quando figura como parte apenas o Banco do Brasil com instituição financeira que celebrou a avença com a parte.

2. Reconhecida a solidariedade entre União, Banco Central e o banco agravante, é possível o direcionamento do cumprimento provisório a qualquer um dos devedores solidários. É possível que a parte persiga seu crédito contra a instituição financeira com quem celebrou a avença, desde que não haja qualquer prova nos autos sobre a noticiada transferência do crédito à União.

3. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 1309643/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 29/04/2019, DJe 02/05/2019)

(GRIFONOSSO)

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.563.450 - RS (2019/0238586-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI

AGRAVANTE : BANCO DO BRASIL SA

ADVOGADOS : ALISSON DOS SANTOS CAPPELLARI - RS046946

RAFAEL IANSEN CEZAR - AM011910

SILVIA DO NASCIMENTO SCHLEMMER - RS098556

AGRAVADO : GERSON LUIZ TROJAN

ADVOGADOS : GUILHERME CARPENEDO MARTINS NETTO - RS065016

ALEXANDRE LOREA MAGALHÃES - RS062323

JOSÉ NEWTON CHAMORRO ZACHERT BIANCHI - RS062720

DECISÃO

Trata-se de agravo manifestado por Banco do Brasil S.A. com o qual se busca subida do recurso especial interposto pelo agravante em face de acórdão com a seguinte ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. LIQUIDAÇÃO INDIVIDUAL PROVISÓRIA DE SENTENÇA COLETIVA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CÉDULA RURAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

A Justiça Estadual é a competente para processar a liquidação/cumprimento individual provisório ou definitivo de sentença coletiva da ação civil pública nº 0008465-28.1994.4.01.3400-DF, quando ajuizada somente em face do Banco do Brasil S.A., sociedade de economia mista, ressalvado o entendimento do Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

Alegou-se, no especial, violação dos artigos 43, 489, § 1º, VI, 516, I, 526, II, 1.022 e 1.025 do Código de Processo Civil e 93 e 98, § 2º, I, do Código de Defesa do Consumidor. A Presidência do Tribunal local negou seguimento ao recurso especial com, entre outros, fundamento firmado no "RE.sp 1.145.146/RS (Tema 315 do STJ)" (e-STJ, fl. 359).

Da referida decisão, a instituição financeira interpôs agravo em recurso especial que, recebidos como agravo interno, foi julgado pela "Câmara da Função Delegada dos Tribunais Superiores" (e-STJ, fl. 426), levando a ementa a seguir:

AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. POSSIBILIDADE. RESP. 1.145.146/RS - TEMA 315 DO STJ.

Estando o acórdão vergastado de acordo com entendimento manifestado pelo STJ, em sede de Recursos Repetitivos - Tema n. 315, deve ser mantida a negativa de seguimento do recurso especial. Inteligência do artigo 1.030, I, 'b', do Novo Código de Processo Civil. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO COM APLICAÇÃO DE MULTA. Subiram, após, os autos a esta Corte, que já decidiu, todavia, caber ao Tribunal de origem o exame de eventual divergência entre o caso decidido e a decisão desta Corte, que julga questão representativa de controvérsia, descabendo recurso a esta Casa após aquela decisão.

Apropósito:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO CONTRA ACÓRDÃO DO TRIBUNAL A QUO QUE MANTÉM NEGATIVA DE SEGUIMENTO DE RECURSO ESPECIAL COM BASE NO ARTIGO 543-C, § 7º, DO CPC/73. NÃO CABIMENTO.

1. Esta Corte firmou compreensão de que "o único recurso cabível para impugnação sobre possíveis equívocos na aplicação do art. 543-B ou 543-C é o Agravo Interno a ser julgado pela Corte de origem, não havendo previsão legal de cabimento de recurso ou de outro remédio processual" (AgRg no AREsp 451.572/PR, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 1º/4/2014).

2. É manifestamente incabível agravo em recurso especial contra acórdão do Órgão Especial do Tribunal de origem que, julgando agravo interno, mantém negativa de seguimento de recurso especial com base nos artigos 1.030, I, b, ou 1.040, I, do CPC/2015 (anterior art. 543-C, § 7º, do CPC/73).

3. Na sistemática introduzida pelo artigo 543-C do CPC/73, incumbe ao Tribunal de origem, com exclusividade e em caráter definitivo, proferir juízo de adequação do caso concreto ao precedente formado em repetitivo, não sendo possível, daí em diante, a apresentação de qualquer outro recurso dirigido a este STJ, sob pena de tornar-se ineficaz o propósito racionalizador implantando pela Lei 11.672/2008 (Questão de Ordem no Ag 1.154.599/SP, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Corte Especial, DJe de 12/5/2011).

4. Agravo interno não provido. (AgInt no AREsp 1313420/RJ, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 6/12/2018)

AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INTERPOSIÇÃO CONTRA ACÓRDÃO QUE NEGOU PROVIMENTO A AGRAVO INTERNO DESAFIANDO DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RECURSO MANIFESTAMENTE INCABÍVEL. AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO.

1. O agravo em recurso extraordinário é cabível somente contra decisão monocrática que inadmite o recurso extraordinário, conforme previsto nos artigos 1.030, § 1º e 1.042, ambos do Código de Processo Civil.

2. É manifestamente incabível agravo em recurso extraordinário contra acórdão que negou provimento a agravo interno desafiando decisão que negou seguimento a recurso extraordinário. Incidência do enunciado nº 322/STF.

3. Tratando-se de recurso manifestamente incabível, que não suspende nem interrompe o prazo para a interposição de outro recurso, verifica-se a ocorrência do trânsito em julgado do acórdão que manteve a decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário.

4. Agravo em recurso extraordinário não conhecido.

(ARE no AgInt no RE nos EDcl no AgInt no AREsp 1116064/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, CORTE ESPECIAL, julgado em 3/10/2018, DJe 10/10/2018)

Diante do exposto, não conheço do presente agravo.

Intimem-se.

Brasília (DF), 28 de outubro de 2019. MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI Relatora (Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, 04/11/2019)

(GRIFO NOSSO)

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

Intimem-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5012920-03.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. Vice Presidência

AGRAVANTE: JOSE ROBERTO BERNARDES DE LUCA

Advogado do(a) AGRAVANTE: JONATHAN EXEQUIEL ABENDROTH PARRA - SP259162

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de recurso especial, com fundamento no art. 105, III, "a" e "c" da Constituição Federal, interposto por **José Roberto Bernardes De Luca** contra acórdão proferido por órgão fracionário desta Corte Regional.

O julgado impugnado recebeu a seguinte ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - MATÉRIA DE PROVA - DILAÇÃO PROBATÓRIA - IMPOSSIBILIDADE.

1. Admitem os Tribunais pátrios a alegação de prescrição ou decadência do crédito tributário, bem como outras matérias, independentemente do oferecimento de embargos do devedor; reconhecendo-se a aptidão da exceção de pré-executividade para veicular referidas questões. No entanto, o direito que fundamenta a referida exceção deve ser aferível de plano, possibilitando ao Juízo verificar, liminarmente, a existência de direito incontroverso do executado, ou do vício que inquina de nulidade o título executivo e, por consequência, obstar a execução. Assim, exclui-se do âmbito da exceção de pré-executividade a matéria dependente de instrução probatória.

2. Para a apuração das alegações é necessária a verificação das datas envolvendo a constituição definitiva do crédito, a notificação para pagamento após o exercício das defesas administrativas e o ajuizamento da execução, necessitando-se, pois, dilação probatória, sendo inviável sua produção em sede de exceção de pré-executividade. Ao autor incumbe provar a alegação. A mera referência a fatos, sem a competente demonstração processual, é inútil à atividade cognitiva. Precedentes (REsp 864018/SC, Rel. Min. João Otávio de Noronha).

3. Aplicação da Súmula 393, do Superior Tribunal de Justiça: "A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória".

Pugna a recorrente pela admissibilidade recursal para viabilizar a reforma do acórdão recorrido pela Corte Superior, ante o acolhimento das alegações apontadas em suas razões de recorrer.

Decido.

No caso dos autos, cinge-se a controvérsia recursal sobre a hipótese de cabimento da exceção de pré-executividade.

O órgão colegiado desta Corte Regional manteve integralmente a decisão singular.

O acórdão hostilizado consignou que a matéria em debate demanda dilação probatória evidenciando assim inadequação da via eleita.

Pois bem, o recurso não comporta admissão, verifica-se a existência de óbice intransponível ao trânsito recursal.

Com efeito, a recorrente **não indica expressamente** qual dispositivo de lei entende ter sido violado no aresto impugnado, em desatenção ao artigo 1.029 do Código de Processo Civil, do que decorre a deficiência de sua fundamentação, nos termos expressos pela Súmula 284 do STF, aplicada por analogia, *in verbis*:

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

A propósito, destaca-se:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CÉDULA DE CRÉDITO RURAL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 282/STF. INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL VIOLADO. AUSENTE. SÚMULA 284/STF. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. VEDAÇÃO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. COTEJO ANALÍTICO NÃO REALIZADO.

1. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados impede o conhecimento do recurso especial.

2. O recurso especial não pode ser provido quando a indicação expressa do dispositivo legal violado está ausente.

3. É vedado interpretar cláusulas contratuais em recurso especial.

4. O dissídio jurisprudencial deve ser comprovado mediante o cotejo analítico entre acórdãos que versem sobre situações fáticas idênticas.

5. Agravo no recurso especial não provido.

(AgRg no REsp 1374957/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/08/2013, DJe 29/08/2013)

Ademais, não basta para suprir a deficiência apontada acima a simples menção de artigos de lei no corpo do recurso a amparar o direito pleiteado.

No mesmo sentido:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO ARTIGO DE LEI QUE SE CONSIDERA VIOLADO. SÚMULA N.º 284 DO STF. DISSÍDIO PRETORIANO NÃO DEMONSTRADO.

1. A simples menção genérica de norma que se considera malferida não é suficiente para delimitar a insurgência, nos moldes preconizados pelo art. 105, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, sendo necessária a indicação expressa do artigo tido por violado.

Aplicável, pois, o verbete da Súmula n.º 284/STF.

2. Não havendo a devida demonstração do dissídio pretoriano nos moldes regimentais, não se conhece do recurso especial pela alínea c.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag 709.465/RN, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2005, DJ 06/02/2006, p. 301)

Destaque-se também que a deficiência indicada também impede o trânsito recursal com fundamento na alínea “c” do permissivo constitucional.

No particular, confira-se:

(...) AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL SUPOSTAMENTE VIOLADO E, AINDA, ACERCA DO QUAL HAVERIA O ALEGADO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. PRECEDENTES DA CORTE ESPECIAL.

1. "Para demonstração da existência de similitude das questões de direito examinadas nos acórdãos confrontados [é] imprescindível a indicação expressa do dispositivo de lei tido por violado para o conhecimento do recurso especial, quer tenha sido interposto pela alínea a quer pela c' (AgRg nos EREsp 382.756/SC, Rel. Min. LAURITA VAZ, Corte Especial, DJe 17/12/09)" (AgRg no REsp 1.346.588/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, CORTE ESPECIAL, DJe 17/03/2014). Nesse mesmo sentido: AgInt nos EAREsp 842.263/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, CORTE ESPECIAL, DJe 13/09/2017.

2. Uma vez que a indicação do dispositivo de lei federal é exigência que advém dos próprios permissivos constitucionais, afasta-se o argumento deduzido pelo ora agravante no sentido de seu recurso especial padecer de mero vício formal.

3. Agravo interno improvido.

(AgInt no AREsp 1193713/PR, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 19/06/2018)

Saliente-se, por fim que ainda que superada tal deficiência, o debate tal como posto no recurso especial invariavelmente implicará em revolvimento do arcabouço fático, o que também faz a pretensão recursal esbarrar no óbice da Súmula 7 do STJ, que veda o reexame de provas naquela Corte.

Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE.

1. Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (Enunciado Administrativo n. 2/STJ).

2. "A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória" (Súmula 393/STJ).

3. Hipótese em que o Tribunal a quo decidiu que a exceção de pré-executividade não poderia ser conhecida sob o fundamento de que, na espécie, não haveria prova inequívoca das alegações.

4. Alterar as premissas adotadas no acórdão recorrido encontra óbice na Súmula 7 do STJ.

5. Agravo interno desprovido.

(AgInt no AREsp 974.959/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe 09/08/2018)

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

Int.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0000807-73.2010.4.03.6103
APELANTE: UNIAO FEDERAL

APELADO: VICTOR HUGO PEREIRA DE MORAES
Advogados do(a) APELADO: JOSE ROBERTO SODERO VICTORIO - SP97321-A, RODRIGO MOREIRA SODERO VICTORIO - SP254585
OUTROS PARTICIPANTES:
TERCEIRO INTERESSADO: ROSANA PEREIRA

ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: JOSE ROBERTO SODERO VICTORIO

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) **contrarrazões** ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 21 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000257-95.2018.4.03.6140
APELANTE: ARIIVALDO ROMUALDO DE FELIPE SILVA, UNIAO FEDERAL
Advogados do(a) APELANTE: JOSE CARLOS DE ASSIS PINTO - SP96958-A, PAULO ROBERTO COUTO - SP95592-A
APELADO: UNIAO FEDERAL, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, COMPANHIA PAULISTA DE TRENS METROPOLITANOS, ARIIVALDO ROMUALDO DE FELIPE SILVA
Advogado do(a) APELADO: MARIA EDUARDA FERREIRA RIBEIRO DO VALLE GARCIA - SP49457-A
Advogados do(a) APELADO: PAULO ROBERTO COUTO - SP95592-A, JOSE CARLOS DE ASSIS PINTO - SP96958-A
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) **contrarrazões** ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 21 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5011882-18.2019.4.03.6100
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: POTENTE INDUSTRIA DE EQUIPAMENTOS HIDRAULICOS EIRELI
Advogado do(a) APELADO: VANESSA MIGNELI SANTARELLI - SP184878-A
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) **contrarrazões** ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 21 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002797-49.2018.4.03.6130
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, SERVICO NACIONAL DE APRENDIZAGEM COMERCIAL SENAC, SERVICO SOCIAL DO COMERCIO - SESC - ADMINISTRACAO REGIONAL NO ESTADO DE SAO PAULO, SERVICO DE APOIO AS MICRO E PEQ EMPRESAS DE SAO PAULO, SERVICO SOCIAL DA INDUSTRIA - SESI, SERVICO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL
Advogado do(a) APELANTE: ROBERTO MOREIRA DA SILVA LIMA - SP19993-A
Advogados do(a) APELANTE: FERNANDA HESKETH - SP109524-A, TITO DE OLIVEIRA HESKETH - SP72780-A
Advogado do(a) APELANTE: CRISTIANO VALENTE FERNANDES BUSTO - SP211043-A
Advogados do(a) APELANTE: GIULIANO PEREIRA SILVA - SP238464-A, JOSE BENEDITO DE ALMEIDA MELLO FREIRE - SP93150-A, MARCELO CAMARGO PIRES - SP96960-A
Advogados do(a) APELANTE: GIULIANO PEREIRA SILVA - SP238464-A, JOSE BENEDITO DE ALMEIDA MELLO FREIRE - SP93150-A, MARCELO CAMARGO PIRES - SP96960-A
APELADO: CSU CARDSYSTEM S/A
Advogados do(a) APELADO: ALESSANDRA FRANCISCO DE MELO FRANCO - SP179209-A, JOAQUIM MANHAES MOREIRA - SP52677-A, ROBERTO MOREIRA DA SILVA LIMA - SP19993-A, RICARDO MALACHIAS CICONELLO - SP130857-A
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) **contrarrazões** ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 21 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000940-12.2006.4.03.6118
APELANTE: PAULO CEZAR DA SILVA
Advogado do(a) APELANTE: ALEX TAVARES DE SOUZA - SP231197-N
APELADO: UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 21 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5006517-02.2018.4.03.6105
PARTE AUTORA: ROM MASTER POLIMEROS E PIGMENTOS - EIRELI
Advogado do(a) PARTE AUTORA: PEDRO RAFAEL TOLEDO MARTINS - SP256760-A
PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 21 de junho de 2020

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0005999-88.1999.4.03.6000
RELATOR: Gab. Vice Presidência
APELANTE: RICARDO DE SOUZA ROSA, CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
Advogado do(a) APELANTE: AIRES GONCALVES - MS1342-A
Advogado do(a) APELANTE: JUNE DE JESUS VERISSIMO GOMES - MS9877-A
APELADO: BANCO CENTRAL DO BRASIL, RICARDO DE SOUZA ROSA, CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
Advogado do(a) APELADO: DANIELLE ROMEIRO PINTO HEIFFIG - SP129551
Advogado do(a) APELADO: AIRES GONCALVES - MS1342-A
Advogado do(a) APELADO: JUNE DE JESUS VERISSIMO GOMES - MS9877-A

D E C I S Ã O

I – Recurso Extraordinário interposto pela CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

Trata-se de recurso extraordinário interposto pela Caixa Econômica Federal contra acórdão proferido por órgão fracionário deste Tribunal Regional Federal.

Com contrarrazões.

Decido.

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

A ação ordinária objetiva a condenação da Caixa Econômica Federal ao pagamento da diferença de BTN entre a data da celebração de compra e venda do imóvel do autor e a do efetivo pagamento da quantia.

As razões veiculadas no recurso extraordinário encontram-se dissociadas do *decisum* recorrido, evidenciando impedimento à sua admissão, com base no entendimento consolidado na Súmula 284/STF.

Nesse sentido:

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. RAZÕES DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO DISSOCIADAS DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA 284/STF. CARÁTER PROTETÓRIO. IMPOSIÇÃO DE MULTA.

1. A petição de agravo não impugnou o fundamento da decisão que inadmitira o recurso extraordinário. Nesses casos, é inadmissível o agravo, conforme a orientação do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. 2. As razões recursais do recurso extraordinário não guardam pertinência com a fundamentação do acórdão recorrido. Incidência, no caso, da Súmula 284/STF. 3. Nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, fica majorado em 25% o valor da verba honorária fixada anteriormente, observados os limites legais do art. 85, §§ 2º e 3º, do CPC/2015. 4. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015.

(STF, ARE 976385 AgR, Rel. Ministro ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe-183: 30-08-2016)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. DEDUÇÃO DE GASTOS COM EDUCAÇÃO. LIMITES.

1. É ônus da parte Agravante impugnar especificadamente os fundamentos da decisão recorrida. 2. As razões recursais apresentadas estão dissociadas dos fundamentos da decisão recorrida. Súmula 284 do STF. 3. Por não possuir função legislativa, o Poder Judiciário não pode estabelecer isenções tributárias, redução de impostos ou alterar limites de deduções previstas em lei, com base no princípio da isonomia. 4. Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, CPC.

(STF, ARE-AgR 1027716, Rel. Ministro EDSON FACHIN, Segunda Turma, DJe-138: 23/06/2017)

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

Int.

DECISÃO

I – Recurso Especial interposto pela CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

Trata-se de recurso especial interposto pela Caixa Econômica Federal contra acórdão proferido por órgão fracionário deste Tribunal Regional Federal.

Com contrarrazões.

Decido.

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

A ação ordinária objetiva a condenação da Caixa Econômica Federal ao pagamento da diferença de BTN entre a data da celebração de compra e venda do imóvel do autor e a do efetivo pagamento da quantia.

As razões veiculadas no recurso especial encontram-se dissociadas do *decisum* recorrido, evidenciando impedimento à sua admissão, com base no entendimento consolidado na Súmula 284/STF.

Nesse sentido:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. COBERTURA SECURITÁRIA. CLÁUSULA EXPRESSA DE EXCLUSÃO. INEXISTÊNCIA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS N.ºS 5 E 7/STJ. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. RAZÕES DISSOCIADAS. SÚMULA N.º 284/STF.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos n.ºs 2 e 3/STJ). 2. Na hipótese, rever o entendimento das instâncias ordinárias, para acolher a tese de que há cláusula expressa de exclusão de cobertura securitária pactuada livremente pelas partes, demandaria a análise de circunstâncias fático-probatórias dos autos e de cláusulas contratuais, procedimentos inviáveis em recurso especial pela incidência das Súmulas n.ºs 5 e 7/STJ. 3. É inadmissível o inconformismo por deficiência na fundamentação quando as razões do recurso estão dissociadas do que decidido no acórdão recorrido, sendo aplicada, por analogia, a Súmula n.º 284/STF. 4. Agravo interno não provido.

(STJ, AINTARESP 1527669, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, DJE DATA: 11/12/2019)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS. RAZÕES DISSOCIADAS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA 284/STF. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO COMPROVADO.

1. Ação de indenização por danos materiais, morais e estéticos. 2. Quando a parte apresenta razões dissociadas do que foi decidido pelo Tribunal de origem, incide a Súmula n. 284 do STF ante a impossibilidade de compreensão da controvérsia. 3. O reexame de fatos e provas em recurso especial é inadmissível. 4. O dissídio jurisprudencial deve ser comprovado mediante o cotejo analítico entre acórdãos que versem sobre situações fáticas idênticas. 5. Agravo interno não provido.

(STJ, AINTARESP 1551213, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJE DATA: 05/12/2019)

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

Int.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) N.º 0000227-57.2007.4.03.6100

RELATOR: Gab. Vice Presidência

APELANTE: PAQUETA ADMINISTRACAO, SERVICOS E PARTICIPACOES LTDA., CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

Advogado do(a) APELANTE: LUIZ EDUARDO MONTEIRO LUCAS DE LIMA - SP115735

Advogado do(a) APELANTE: CAMILO DE LELLIS CAVALCANTI - SP94066-A

APELADO: PAQUETA ADMINISTRACAO, SERVICOS E PARTICIPACOES LTDA., CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

Advogado do(a) APELADO: LUIZ EDUARDO MONTEIRO LUCAS DE LIMA - SP115735

Advogado do(a) APELADO: CAMILO DE LELLIS CAVALCANTI - SP94066-A

D E C I S Ã O

I – Regularização da razão social

Verifico que consta da autuação do processo judicial eletrônico “PAQUETA ADMINISTRACAO, SERVICOS E PARTICIPACOES LTDA” como parte autora, eis que vinculada ao cadastro da Receita Federal.

Tanto a decisão ID 128715321, como a petição ID 132869298, apresentam a anterior razão social “CS PARTICIPAÇÕES E COMÉRCIO LTDA”.

Dessa forma, na eventualidade de nova manifestação nos autos, deve a parte autora, por primeiro, efetuar a regularização de sua razão social.

II – Recurso adesivo interposto pela ré e embargos de declaração

O recurso adesivo possui subordinação de coexistência com o recurso principal, de acordo com o art. 997, III, do Código de Processo Civil:

Art. 997. Cada parte interporá o recurso independentemente, no prazo e com observância das exigências legais.

(...)

III - não será conhecido, se houver desistência do recurso principal ou se for ele declarado inadmissível.

No caso vertente, o recurso especial interposto pela parte autora não foi admitido. Logo, o recurso adesivo interposto pela ré não se sustenta isoladamente, em conformidade com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. INADMISSÃO DE RECURSO ESPECIAL E DE RECURSO ESPECIAL ADESIVO. ART. 500, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, in casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015, no julgamento do Agravo Interno.

II - O posicionamento desta Corte é cediço segundo o qual o recurso adesivo fica subordinado à sorte da admissibilidade do recurso principal.

III - No caso de negativa de seguimento ao recurso especial principal, forçoso reconhecer o não conhecimento do recurso adesivo, consoante prescreve o art. 500, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 1973.

IV - O Agravante não apresenta, no agravo, argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

V - Agravo Interno improvido.

(AgInt no REsp 1555764/MG, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/03/2017, DJe 29/03/2017)

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO PRINCIPAL. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. RECURSO ADESIVO. PREJUDICIALIDADE. ART. 997, § 2º, III, DO CPC/2015.

1. "O recurso adesivo está subordinado ao recurso principal, assim, negado seguimento ao recurso especial principal, decisão da qual não se recorreu, inadmissível a pretensão de se determinar o prosseguimento do recurso especial adesivo independentemente do recurso especial principal" (AgRg no Ag 1.367.835/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/04/2011, DJe 18/04/2011). 2. O não conhecimento do agravo em recurso especial principal torna prejudicado o recurso adesivo e seu respectivo agravo, nos termos do art. 997, § 2º, III, do CPC/2015. 3. Agravo interno não provido.

(AINTARESP 2014.02.48388-0, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJE 12/06/2019)

Ante o exposto, **não conheço** do recurso especial adesivo e dos embargos de declaração (IDs 131560299 e 131560301).

III – Petição ID 132869298

Homologo o pedido de desistência do prazo recursal (ID 132869298) protocolado pela autora, para que produza os regulares efeitos jurídicos.

Int.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000227-57.2007.4.03.6100

RELATOR: Gab. Vice Presidência

APELANTE: PAQUETAADMINISTRACAO, SERVICOS E PARTICIPACOES LTDA., CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

Advogado do(a) APELANTE: LUIZ EDUARDO MONTEIRO LUCAS DE LIMA - SP115735

Advogado do(a) APELANTE: CAMILO DE LELLIS CAVALCANTI - SP94066-A

APELADO: PAQUETAADMINISTRACAO, SERVICOS E PARTICIPACOES LTDA., CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

Advogado do(a) APELADO: LUIZ EDUARDO MONTEIRO LUCAS DE LIMA - SP115735

Advogado do(a) APELADO: CAMILO DE LELLIS CAVALCANTI - SP94066-A

D E C I S Ã O

I – Regularização da razão social

Verifico que consta da autuação do processo judicial eletrônico “PAQUETAADMINISTRACAO, SERVICOS E PARTICIPACOES LTDA” como parte autora, eis que vinculada ao cadastro da Receita Federal.

Tanto a decisão ID 128715321, como a petição ID 132869298, apresentam a anterior razão social “CS PARTICIPAÇÕES E COMÉRCIO LTDA”.

Dessa forma, na eventualidade de nova manifestação nos autos, deve a parte autora, por primeiro, efetuar a regularização de sua razão social.

II – Recurso adesivo interposto pela ré e embargos de declaração

O recurso adesivo possui subordinação de coexistência com o recurso principal, de acordo com o art. 997, III, do Código de Processo Civil:

Art. 997. Cada parte interporá o recurso independentemente, no prazo e com observância das exigências legais.

(...)

III - não será conhecido, se houver desistência do recurso principal ou se for ele declarado inadmissível.

No caso vertente, o recurso especial interposto pela parte autora não foi admitido. Logo, o recurso adesivo interposto pela ré não se sustenta isoladamente, em conformidade com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. INADMISSÃO DE RECURSO ESPECIAL E DE RECURSO ESPECIAL ADESIVO. ART. 500, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, in casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015, no julgamento do Agravo Interno.

II - O posicionamento desta Corte é cediço segundo o qual o recurso adesivo fica subordinado à sorte da admissibilidade do recurso principal.

III - No caso de negativa de seguimento ao recurso especial principal, forçoso reconhecer o não conhecimento do recurso adesivo, consoante prescreve o art. 500, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 1973.

IV - O Agravante não apresenta, no agravo, argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

V - Agravo Interno improvido.

(AgInt no REsp 1555764/MG, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/03/2017, DJe 29/03/2017)

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO PRINCIPAL. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. RECURSO ADESIVO. PREJUDICIALIDADE. ART. 997, § 2º, III, DO CPC/2015.

1. "O recurso adesivo está subordinado ao recurso principal, assim, negado seguimento ao recurso especial principal, decisão da qual não se recorreu, inadmissível a pretensão de se determinar o prosseguimento do recurso especial adesivo independentemente do recurso especial principal" (AgRg no Ag 1.367.835/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/04/2011, DJe 18/04/2011). 2. O não conhecimento do agravo em recurso especial principal torna prejudicado o recurso adesivo e seu respectivo agravo, nos termos do art. 997, § 2º, III, do CPC/2015. 3. Agravo interno não provido.

(AINTARESP 2014.02.48388-0, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJE 12/06/2019)

Ante o exposto, **não conheço** do recurso especial adesivo e dos embargos de declaração (IDs 131560299 e 131560301).

III – Petição ID 132869298

Homologo o pedido de desistência do prazo recursal (ID 132869298) protocolado pela autora, para que produza os regulares efeitos jurídicos.

Int.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5008643-41.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. Vice Presidência

AGRAVANTE: JOSE GABRIEL BUNGENSTAB, MENDEL MOISES GLAYCHMAN

Advogado do(a) AGRAVANTE: LEONARDO OLIVEIRA DOS SANTOS - SC32284

Advogado do(a) AGRAVANTE: LEONARDO OLIVEIRA DOS SANTOS - SC32284

AGRAVADO: BANCO DO BRASIL SA

Advogado do(a) AGRAVADO: LUIZ ANTONIO DE PAULA - SP113434

D E C I S Ã O

Trata-se de recurso especial interposto pelo Banco do Brasil, com fundamento no artigo 105, III, da Constituição Federal, contra acórdão proferido por órgão fracionário deste Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Comcontrarrazões.

Decido.

O recurso não merece admissão.

Alega-se violação aos dispositivos infraconstitucionais que aponta, sustentando-se, em síntese, a competência da Justiça Federal para processar as ações individuais que versem sobre cumprimento de sentença da Ação Civil Pública nº 0008465-28.1994.4.01.3400.

A decisão atacada consignou o seguinte:

PROCESSUAL CIVIL. COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA.

*I- O E. STJ, em decisões proferidas em conflitos de competência suscitados em autos de liquidação individual da sentença proferida no âmbito da ação civil pública n. 0008465-28.1994.401.3400 – a mesma que originou o feito de origem –, estabeleceu o entendimento de que a competência funcional cede diante da competência *ratione personae* prevista no art. 109, I da CF/88.*

*II- Hipótese em que o cumprimento de sentença foi promovido tão somente em face do Banco do Brasil, inexistindo ente federal na lide a configurar a competência *ratione personae* prevista no art. 109, I da CF/88. Competência da Justiça Estadual que se reconhece.*

III- Recurso desprovido (ID Num. 96801953 - Pág. 13).

Referido entendimento se coaduna com aquele consolidado pelo E. Superior Tribunal de Justiça, encontrando a pretensão recursal óbice no na Súmula 83/STJ, aplicável também aos recursos interpostos com base na alínea "a" do permissivo constitucional: "*Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.*"

Nesse sentido:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. IMPUGNAÇÃO À FASE DE CUMPRIMENTO INDIVIDUAL DE SENTENÇA COLETIVA. CÉDULA RURAL. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Esta Corte tem decidido reiteradamente não se justificar o deslocamento da competência do feito e remessa dos autos à Justiça Federal, quando nenhum dos entes indicados no inciso I do art. 109 da Constituição Federal integram a lide, sendo, pois, competente a Justiça Estadual para o julgamento da demanda, quando figura como parte apenas o Banco do Brasil com instituição financeira que celebrou a avença com a parte.

2. Reconhecida a solidariedade entre União, Banco Central e o banco agravante, é possível o direcionamento do cumprimento provisório a qualquer um dos devedores solidários. É possível que a parte persiga seu crédito contra a instituição financeira com quem celebrou a avença, desde que não haja qualquer prova nos autos sobre a noticiada transferência do crédito à União.

3. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 1309643/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 29/04/2019, DJe 02/05/2019)

(GRIFONOSSO)

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.563.450 - RS (2019/0238586-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI

AGRAVANTE : BANCO DO BRASIL SA

ADVOGADOS : ALISSON DOS SANTOS CAPPELLARI - RS046946

RAFAEL IANSEN CEZAR - AM011910

SILVIA DO NASCIMENTO SCHLEMMER - RS098556

AGRAVADO : GERSON LUIZ TROJAN

ADVOGADOS : GUILHERME CARPENEDO MARTINS NETTO - RS065016

ALEXANDRE LOREA MAGALHÃES - RS062323

JOSÉ NEWTON CHAMORRO ZACHERT BIANCHI - RS062720

DECISÃO

Trata-se de agravo manifestado por Banco do Brasil S.A. com o qual se busca subida do recurso especial interposto pelo agravante em face de acórdão com a seguinte ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. LIQUIDAÇÃO INDIVIDUAL PROVISÓRIA DE SENTENÇA COLETIVA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CÉDULA RURAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

A Justiça Estadual é a competente para processar a liquidação/cumprimento individual provisório ou definitivo de sentença coletiva da ação civil pública nº 0008465-28.1994.4.01.3400-DF, quando ajuizada somente em face do Banco do Brasil S.A., sociedade de economia mista, ressalvado o entendimento do Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

Alegou-se, no especial, violação dos artigos 43, 489, § 1º, VI, 516, I, 526, II, 1.022 e 1.025 do Código de Processo Civil e 93 e 98, § 2º, I, do Código de Defesa do Consumidor. A Presidência do Tribunal local negou seguimento ao recurso especial com, entre outros, fundamento firmado no "REsp 1.145.146/RS (Tema 315 do STJ)" (e-STJ, fl. 359).

Da referida decisão, a instituição financeira interpôs agravo em recurso especial que, recebidos como agravo interno, foi julgado pela "Câmara da Função Delegada dos Tribunais Superiores" (e-STJ, fl. 426), levando a ementa a seguir:

AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. POSSIBILIDADE. RESP. 1.145.146/RS - TEMA 315 DO STJ.

Estando o acórdão vergastado de acordo com entendimento manifestado pelo STJ, em sede de Recursos Repetitivos - Tema n. 315, deve ser mantida a negativa de seguimento do recurso especial. Inteligência do artigo 1.030, I, 'b', do Novo Código de Processo Civil. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO COM APLICAÇÃO DE MULTA. Subiram, após, os autos a esta Corte, que já decidiu, todavia, caber ao Tribunal de origem o exame de eventual divergência entre o caso decidido e a decisão desta Corte, que julga questão representativa de controvérsia, descabendo recurso a esta Casa após aquela decisão.

A propósito:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO CONTRA ACÓRDÃO DO TRIBUNAL A QUO QUE MANTÉM NEGATIVA DE SEGUIMENTO DE RECURSO ESPECIAL COM BASE NO ARTIGO 543-C, § 7º, DO CPC/73. NÃO CABIMENTO.

1. Esta Corte firmou compreensão de que "o único recurso cabível para impugnação sobre possíveis equívocos na aplicação do art. 543-B ou 543-C é o Agravo Interno a ser julgado pela Corte de origem, não havendo previsão legal de cabimento de recurso ou de outro remédio processual" (AgRg no AREsp 451.572/PR, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 1º/4/2014).

2. É manifestamente incabível agravo em recurso especial contra acórdão do Órgão Especial do Tribunal de origem que, julgando agravo interno, mantém negativa de seguimento de recurso especial com base nos artigos 1.030, I, b, ou 1.040, I, do CPC/2015 (anterior art. 543-C, § 7º, do CPC/73).

3. Na sistemática introduzida pelo artigo 543-C do CPC/73, incumbe ao Tribunal de origem, com exclusividade e em caráter definitivo, proferir juízo de adequação do caso concreto ao precedente formado em repetitivo, não sendo possível, daí em diante, a apresentação de qualquer outro recurso dirigido a este STJ, sob pena de tornar-se ineficaz o propósito racionalizador implantando pela Lei 11.672/2008 (Questão de Ordem no Ag 1.154.599/SP, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Corte Especial, DJe de 12/5/2011).

4. Agravo interno não provido. (AgInt no AREsp 1313420/RJ, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 6/12/2018)

AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INTERPOSIÇÃO CONTRA ACÓRDÃO QUE NEGOU PROVIMENTO A AGRAVO INTERNO DESAFIANDO DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RECURSO MANIFESTAMENTE INCABÍVEL. AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO.

1. O agravo em recurso extraordinário é cabível somente contra decisão monocrática que inadmite o recurso extraordinário, conforme previsto nos artigos 1.030, § 1º e 1.042, ambos do Código de Processo Civil.

2. É manifestamente incabível agravo em recurso extraordinário contra acórdão que negou provimento a agravo interno desafiando decisão que negou seguimento a recurso extraordinário. Incidência do enunciado nº 322/STF.

3. Tratando-se de recurso manifestamente incabível, que não suspende nem interrompe o prazo para a interposição de outro recurso, verifica-se a ocorrência do trânsito em julgado do acórdão que manteve a decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário.

4. Agravo em recurso extraordinário não conhecido.

(ARE no AgInt no RE nos EDcl no AgInt no AREsp 1116064/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, CORTE ESPECIAL, julgado em 3/10/2018, DJe 10/10/2018)

Diante do exposto, não conheço do presente agravo.

Intimem-se.

Brasília (DF), 28 de outubro de 2019. MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI Relatora (Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, 04/11/2019)

(GRIFONOSSO)

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

Intimem-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007212-69.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. Vice Presidência

AGRAVANTE: BERNARDINO GIRARDELO STEFANELLO, ENRIQUE MAYER, VALTER JOSE ANZILIERO

Advogado do(a) AGRAVANTE: LEONARDO OLIVEIRA DOS SANTOS - SC32284
Advogado do(a) AGRAVANTE: LEONARDO OLIVEIRA DOS SANTOS - SC32284
Advogado do(a) AGRAVANTE: LEONARDO OLIVEIRA DOS SANTOS - SC32284
AGRAVADO: BANCO DO BRASIL SA
Advogado do(a) AGRAVADO: TATIANA SUTO ROSTEI MARCHI - SP354988

D E C I S Ã O

Trata-se de recurso especial interposto pelo Banco do Brasil, com fundamento no artigo 105, III, da Constituição Federal, contra acórdão proferido por órgão fracionário deste Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Comcontrarrazões.

Decido.

O recurso não merece admissão.

Alega-se violação aos dispositivos infraconstitucionais que aponta, sustentando-se, em síntese, a competência da Justiça Federal para processar as ações individuais que versem sobre cumprimento de sentença da Ação Civil Pública nº 0008465-28.1994.4.01.3400.

A decisão atacada consignou o seguinte:

PROCESSUAL CIVIL. COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA.

*I- O E. STJ, em decisões proferidas em conflitos de competência suscitados em autos de liquidação individual da sentença proferida no âmbito da ação civil pública n. 0008465-28.1994.401.3400 – a mesma que originou o feito de origem –, estabeleceu o entendimento de que a competência funcional cede diante da competência *ratione personae* prevista no art. 109, I da CF/88.*

*II- Hipótese em que o cumprimento de sentença foi promovido tão somente em face do Banco do Brasil, inexistindo ente federal na lide a configurar a competência *ratione personae* prevista no art. 109, I da CF/88. Competência da Justiça Estadual que se reconhece.*

III- Recurso desprovido (ID Num. 96773877 - Pág. 17).

Referido entendimento se coaduna com aquele consolidado pelo E. Superior Tribunal de Justiça, encontrando a pretensão recursal óbice no na Súmula 83/STJ, aplicável também aos recursos interpostos com base na alínea "a" do permissivo constitucional: "*Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.*"

Nesse sentido:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. IMPUGNAÇÃO À FASE DE CUMPRIMENTO INDIVIDUAL DE SENTENÇA COLETIVA. CÉDULA RURAL. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Esta Corte tem decidido reiteradamente não se justificar o deslocamento da competência do feito e remessa dos autos à Justiça Federal, quando nenhum dos entes indicados no inciso I do art. 109 da Constituição Federal integram a lide, **sendo, pois, competente a Justiça Estadual para o julgamento da demanda**, quando figura como parte apenas o Banco do Brasil com instituição financeira que celebrou a avença com a parte.

2. Reconhecida a solidariedade entre União, Banco Central e o banco agravante, é possível o direcionamento do cumprimento provisório a qualquer um dos devedores solidários. É possível que a parte persiga seu crédito contra a instituição financeira com quem celebrou a avença, desde que não haja qualquer prova nos autos sobre a noticiada transferência do crédito à União.

3. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 1309643/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 29/04/2019, DJe 02/05/2019)

(GRIFONOSSE)

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.563.450 - RS (2019/0238586-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI

AGRAVANTE : BANCO DO BRASIL SA

ADVOGADOS : ALISSON DOS SANTOS CAPPELLARI - RS046946

RAFAEL IANSEN CEZAR - AM011910

SILVIA DO NASCIMENTO SCHLEMMER - RS098556

AGRAVADO : GERSON LUIZ TROJAN

ADVOGADOS : GUILHERME CARPENEDO MARTINS NETTO - RS065016

ALEXANDRE LOREA MAGALHÃES - RS062323

JOSÉ NEWTON CHAMORRO ZACHERT BIANCHI - RS062720

DECISÃO

Trata-se de agravo manifestado por Banco do Brasil S.A. com o qual se busca subida do recurso especial interposto pelo agravante em face de acórdão com a seguinte ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. LIQUIDAÇÃO INDIVIDUAL PROVISÓRIA DE SENTENÇA COLETIVA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CÉDULA RURAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

A Justiça Estadual é a competente para processar a liquidação/cumprimento individual provisório ou definitivo de sentença coletiva da ação civil pública nº 0008465-28.1994.4.01.3400-DF, quando ajuizada somente em face do Banco do Brasil S.A., sociedade de economia mista, ressalvado o entendimento do Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

Alegou-se, no especial, violação dos artigos 43, 489, § 1º, VI, 516, I, 526, II, 1.022 e 1.025 do Código de Processo Civil e 93 e 98, § 2º, I, do Código de Defesa do Consumidor. A Presidência do Tribunal local negou seguimento ao recurso especial com, entre outros, fundamento firmado no "REsp 1.145.146/RS (Tema 315 do STJ)" (e-STJ, fl. 359).

Da referida decisão, a instituição financeira interpôs agravo em recurso especial que, recebidos como agravo interno, foi julgado pela "Câmara da Função Delegada dos Tribunais Superiores" (e-STJ, fl. 426), levando a ementa a seguir:

AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. POSSIBILIDADE. RESP. 1.145.146/RS - TEMA 315 DO STJ.

Estando o acórdão vergastado de acordo com entendimento manifestado pelo STJ, em sede de Recursos Repetitivos - Tema n. 315, deve ser mantida a negativa de seguimento do recurso especial. Inteligência do artigo 1.030, I, 'b', do Novo Código de Processo Civil. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO COM APLICAÇÃO DE MULTA. Subiram, após, os autos a esta Corte, que já decidiu, todavia, caber ao Tribunal de origem o exame de eventual divergência entre o caso decidido e a decisão desta Corte, que julga questão representativa de controvérsia, descabendo recurso a esta Casa após aquela decisão.

A propósito:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO CONTRA ACÓRDÃO DO TRIBUNAL A QUO QUE MANTÉM NEGATIVA DE SEGUIMENTO DE RECURSO ESPECIAL COM BASE NO ARTIGO 543-C, § 7º, DO CPC/73. NÃO CABIMENTO.

1. Esta Corte firmou compreensão de que "o único recurso cabível para impugnação sobre possíveis equívocos na aplicação do art. 543-B ou 543-C é o Agravo Interno a ser julgado pela Corte de origem, não havendo previsão legal de cabimento de recurso ou de outro remédio processual" (AgRg no AREsp 451.572/PR, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 1º/4/2014).

2. É manifestamente incabível agravo em recurso especial contra acórdão do Órgão Especial do Tribunal de

origem que, julgando agravo interno, mantém negativa de seguimento de recurso especial com base nos artigos 1.030, I, b, ou 1.040, I, do CPC/2015 (anterior art. 543-C, § 7º, do CPC/73).

3. Na sistemática introduzida pelo artigo 543-C do CPC/73, incumbe ao Tribunal de origem, com exclusividade e em caráter definitivo, proferir juízo de adequação do caso concreto ao precedente formado em repetitivo, não sendo possível, daí em diante, a apresentação de qualquer outro recurso dirigido a este STJ, sob pena de tornar-se ineficaz o propósito racionalizador implantando pela Lei 11.672/2008 (Questão de Ordem no Ag 1.154.599/SP, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Corte Especial, DJe de 12/5/2011).

4. Agravo interno não provido. (AgInt no AREsp 1313420/RJ, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 6/12/2018)

AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INTERPOSIÇÃO CONTRA ACÓRDÃO QUE NEGOU PROVIMENTO A AGRAVO INTERNO DESAFIANDO DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RECURSO MANIFESTAMENTE INCABÍVEL. AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO.

1. O agravo em recurso extraordinário é cabível somente contra decisão monocrática que inadmite o recurso extraordinário, conforme previsto nos artigos 1.030, § 1º e 1.042, ambos do Código de Processo Civil.

2. É manifestamente incabível agravo em recurso extraordinário contra acórdão que negou provimento a agravo interno desafiando decisão que negou seguimento a recurso extraordinário. Incidência do enunciado nº 322/STF.

3. Tratando-se de recurso manifestamente incabível, que não suspende nem interrompe o prazo para a interposição de outro recurso, verifica-se a ocorrência do trânsito em julgado do acórdão que manteve a decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário.

4. Agravo em recurso extraordinário não conhecido.

(ARE no AgInt no RE nos EDcl no AgInt no AREsp 1116064/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, CORTE ESPECIAL, julgado em 3/10/2018, DJe 10/10/2018)

Diante do exposto, não conheço do presente agravo.

Intimem-se.

Brasília (DF), 28 de outubro de 2019. MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI Relatora (Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, 04/11/2019)

(GRIFONOSSO)

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

Intimem-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000004-56.2011.4.03.6103

RELATOR: Gab. Vice Presidência

APELANTE: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

Advogado do(a) APELANTE: ITALO SERGIO PINTO - SP184538-A

APELADO: MARIA DAS GRACAS DE CARVALHO

Advogado do(a) APELADO: LEONARDO AUGUSTO NOGUEIRA DE OLIVEIRA - SP293580-A

D E C I S Ã O

Cuida-se de **recurso especial** interposto contra decisão proferida por órgão fracionário deste Tribunal Regional Federal.

DECIDO.

O recurso não merece admissão.

A recorrente não apontou a lei federal que entende ter sido violada.

O recurso especial, como é sabido, tem fundamentação vinculada, de modo que não basta que a parte indique o seu direito **sem veicular ofensa a algum dispositivo específico de lei infraconstitucional**. É necessário que **haja efetivamente uma questão de direito federal**, pois o especial não se presta a examinar a justiça da decisão, mas sim solucionar a controvérsia acerca da interpretação das normas federais.

E no caso em tela, a parte recorrente limitou-se a defender sua tese como se fosse mero recurso ordinário. **Não apontou, de forma precisa, quais os dispositivos de lei federal que teriam sido violados e, conseqüentemente, não atendeu aos requisitos de admissibilidade do recurso extremo**. Em casos como este o C. Superior Tribunal de Justiça não tem admitido o especial, ao argumento de que *“a alegação genérica de violação à lei federal, sem indicar de forma precisa o artigo, parágrafo ou alínea, da legislação tida por violada, tampouco em que medida teria o acórdão recorrido vulnerado a lei federal, bem como em que consistiu a suposta negativa de vigência da lei e, ainda, qual seria sua correta interpretação, ensejam deficiência de fundamentação no recurso especial, inviabilizando a abertura da instância excepcional. Incidência da Súmula 284/STF”* (AgInt no AREsp 1270210/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 24/09/2019, DJe 30/09/2019). (g. m)

No mesmo sentido, destacam-se, ainda os seguintes julgados da Corte Superior: AgInt no AREsp 1153161/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 30/05/2019, DJe 04/06/2019; (REsp 1728318/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/08/2019, DJe 05/09/2019); e (AgInt no AREsp 739.429/PR, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 12/02/2019).

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

Int.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0001699-80.2009.4.03.6114

RELATOR: Gab. Vice Presidência

APELANTE: GENERAL MILLS BRASIL ALIMENTOS LTDA.

SUCESSOR: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: THIAGO TABORDA SIMOES - SP223886-A

APELADO: GENERAL MILLS BRASIL ALIMENTOS LTDA., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELADO: THIAGO TABORDA SIMOES - SP223886-A

D E C I S Ã O

Torno sem efeito a decisão ID nº [134766237](#), a qual, por um erro do sistema PJ-e, restou publicada em branco.

Intimem-se.

Após, retornem os autos conclusos para juízo de admissibilidade recursal.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0003795-56.2014.4.03.6126

RELATOR: Gab. Vice Presidência

APELANTE: UNIAO FEDERAL

APELADO: JOSE LIMA BORGES

Advogado do(a) APELADO: PAULO SERGIO TURAZZA - SP227407-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de recurso especial interposto pela União contra acórdão proferido por órgão fracionário deste Tribunal Regional Federal.

Decido.

O recurso preenche os requisitos formais e genéricos de admissibilidade. Além disso, foi apontado o dispositivo constitucional pretensamente violado e a matéria foi devidamente requestionada.

O recurso merece admissão quanto à alegada violação do art. 1026, § 2º, do Código de Processo Civil, dado que a aplicação da multa por embargos tidos por procrastinatórios, no caso concreto, configura violação ao entendimento consolidado na Súmula n.º 98 do Superior Tribunal de Justiça, cuja dicção é a seguinte:

Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não tem caráter protelatório.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO AO ART. 1022 DO CPC. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO AO ART. 1026, § 2º, DO CPC. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROTETATÓRIOS. MULTA AFASTADA. AUTO DE INFRAÇÃO. ARTIGO 135, III, DO CPC. PRESCRIÇÃO DO DÉBITO TRIBUTÁRIO CARACTERIZADA. ATO CITATÓRIO REALIZADO EM PARTE ILEGÍTIMA.

1. Consta-se que não se configurou a ofensa ao art. 1.022 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia. Não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução.

2. Na hipótese dos autos, a parte insurgente busca a reforma do aresto impugnado, sob o argumento de que o Tribunal local não se pronunciou sobre o tema ventilado no recurso de Embargos de Declaração. Todavia, constata-se que o acórdão impugnado está bem fundamentado, inexistindo omissão ou contradição.

3. Registre-se, portanto, que da análise dos autos extrai-se ter a Corte de origem examinado e decidido, fundamentadamente, todas as questões postas ao seu crivo, não cabendo falar em negativa de prestação jurisdicional.

4. Da análise dos autos, percebe-se que os Embargos de Declaração opostos na Corte de origem pela União não possuem intuito protelatório, pois, de fato, este recurso devolveu ao colegiado a reapreciação de temas intrincados e de verdadeira complexidade fática e jurídica, em exercício legítimo da ampla defesa e do contraditório.

5. Assim, de acordo com a Súmula 98/STJ, a aplicação da multa prevista no § 2º do art. 1.026 do CPC de 2015 deve ser afastada.

(...)

(REsp 1764919/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/10/2018, DJe 28/11/2018)(g.n)

O conhecimento dos demais argumentos defendidos pelo recorrente será objeto de exame pelo Superior Tribunal de Justiça, porquanto aplicável ao caso a Súmula n.º 292 do Supremo Tribunal Federal.

Ante o exposto, **admito** o Recurso Especial.

Intimem-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0006990-97.2014.4.03.6110
RELATOR: Gab. Vice Presidência
APELANTE: CARMEN SYLVIA SCUTTI
Advogado do(a) APELANTE: ANA PAULA LOPES GOMES DE JESUS - SP225174-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos, etc.

Por ora, determino a suspensão do feito até o julgamento final do REsp nº 1.799.305/PE e do REsp nº 1.808.156/SP, vinculados ao tema nº 1.011, que versa sobre a matéria tratada nos presentes autos.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001544-44.2014.4.03.6133
RELATOR: Gab. Vice Presidência
APELANTE: GERALDO LAZARO PEREIRA DA SILVA
Advogado do(a) APELANTE: CLAITON LUIS BORK - SP303899-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELADO: EDGARD DA COSTA ARAKAKI - SP226922-N
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de recurso especial interposto pela parte autora contra acórdão proferido por órgão fracionário deste Tribunal Regional Federal.

Decido.

O recurso deve ser admitido.

É firme a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o termo final de incidência dos honorários advocatícios deve ser a decisão que reconhece o direito ao benefício.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. TERMO FINAL PARA APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. OBSERVÂNCIA DA SÚMULA 111/STJ.

1. Conforme teor da Súmula 111 do Superior Tribunal de Justiça, o marco final da verba honorária deve ser a decisão em que o direito do segurado foi reconhecido: "Os honorários advocatícios, nas ações previdenciárias, não incidem sobre as prestações vencidas após a sentença".

2. Na hipótese, o acórdão recorrido, que concedeu o direito à aposentadoria especial, deve ser considerado como termo final. Nesse sentido: AgRg no AREsp 271.963/AL, Rel. p/a. Acórdão, Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 19/5/2014; EDcl no AgRg no REsp 1.271.734/RS, Rel. Min. Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE), DJe de 18/4/2013; AgRg nos EDcl no AREsp 155.028/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 24/10/2012.

3. Recurso Especial provido.

(REsp 1831207/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 19/12/2019)

Quanto às demais irresignações eventualmente contidas no recurso, aplicável a Súmula 292 do STF.

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

Intimem-se.

Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo **Instituto Nacional do Seguro Social - INSS** contra acórdão proferido por Turma Julgadora deste Tribunal Regional Federal.

Decido.

O recurso não merece seguimento.

O presente feito versa sobre a aplicabilidade do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei 11.960/09, em relação às condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza, para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, matérias submetidas à sistemática dos recursos repetitivos e/ou da repercussão geral, vinculadas aos **Temas 491, 492 e 905 - STJ** e ao **Tema 810 - STF**.

Não remanesce possibilidade alguma de acolhimento da proposição defendida pela parte recorrente, visto que o excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento do **RE 870.947 - Tema 810**, fixou as seguintes teses pela sistemática da repercussão geral, *in verbis*:

DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS INCIDENTE SOBRE CONDENAÇÕES JUDICIAIS DA FAZENDA PÚBLICA. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97 COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.960/09. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DO ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE (CRFB, ART. 5º, XXII). INADEQUAÇÃO MANIFESTA ENTRE MEIOS E FINS. INCONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DO RENDIMENTO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO ÍNDICE DEFINIDOR DOS JUROS MORATÓRIOS DE CONDENAÇÕES IMPOSTAS À FAZENDA PÚBLICA, QUANDO ORIUNDAS DE RELAÇÕES JURÍDICO-TRIBUTÁRIAS. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA ENTRE DEVEDOR PÚBLICO E DEVEDOR PRIVADO (CRFB, ART. 5º, CAPUT). RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput), no seu núcleo essencial, revela que o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, os quais devem observar os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito; nas hipóteses de relação jurídica diversa da tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto legal supramencionado. 2. O direito fundamental de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII) repugna o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, porquanto a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina. 3. A correção monetária tem como escopo preservar o poder aquisitivo da moeda diante da sua desvalorização nominal provocada pela inflação. É que a moeda fiduciária, enquanto instrumento de troca, só tem valor na medida em que capaz de ser transformada em bens e serviços. A inflação, por representar o aumento persistente e generalizado do nível de preços, distorce, no tempo, a correspondência entre valores real e nominal (cf. MANKIW, N.G. Macroeconomia. Rio de Janeiro, LTC 2010, p. 94; DORNBUSH, R.; FISCHER, S. e STARTZ, R. Macroeconomia. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 2009, p. 10; BLANCHARD, O. Macroeconomia. São Paulo: Prentice Hall, 2006, p. 29). 4. A correção monetária e a inflação, posto fenômenos econômicos conexos, exigem, por imperativo de adequação lógica, que os instrumentos destinados a realizar a primeira sejam capazes de capturar a segunda, razão pela qual os índices de correção monetária devem consubstanciar autênticos índices de preços. 5. Recurso extraordinário parcialmente provido.

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

O acórdão recorrido está em conformidade com a jurisprudência da Suprema Corte, autorizada a dizer, com cunho definitivo, acerca de interpretação de postulado de natureza constitucional. Dessa forma, impõe-se o juízo negativo de admissibilidade do recurso excepcional.

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

Por destoar a pretensão recursal da orientação firmada pelo Pretório Excelso, aplicável ao caso os arts. 1.030, I, "a", e 1.040, I, do CPC.

Ante o exposto, **nego seguimento** ao recurso extraordinário.

Int.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0000738-02.2014.4.03.6103

RELATOR: Gab. Vice Presidência

APELANTE: BENEDITO DE ALMEIDA

Advogado do(a) APELANTE: CLAITON LUIS BORK - SP303899-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) APELADO: MARCOS AURELIO CAMARA PORTILHO CASTELLANOS - SP98659-N

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

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

Decido.

O recurso não merece admissão.

O acórdão recorrido deixou de reconhecer a decadência ao fundamento de que fora formulado pedido de revisão do benefício em manutenção (adequação da renda mensal do benefício aos novos valores "teto" das ECs 20/98 e 41/2003), não se tratando, pois, de revisão do ato de concessão do benefício originário.

O acórdão impugnado, portanto, não diverge do entendimento sufragado pelo C. STJ, consoante se colhe dos seguintes arestos, *in verbis*:

CONSTITUCIONAL, PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. REVISÃO DE BENEFÍCIO. INCIDÊNCIA DOS NOVOS TETOS ESTABELECIDOS PELAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS 20/1998 E 41/2003. DECADÊNCIA. ART. 103, CAPUT, DA LEI 8.213/1991. NÃO INCIDÊNCIA. MATÉRIA DECIDIDA SOB ENFOQUE CONSTITUCIONAL.

1. Constata-se que não se configura a ofensa ao art. 1.022 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, em conformidade com o que lhe foi apresentado, manifestando-se de forma clara a respeito da readequação do benefício aos tetos das Ecs. 20/1998 e 41/2003.

2. Não incide a decadência prevista no art. 103, caput, da Lei 8.213/1991 nas pretensões de aplicação dos tetos das Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003 a benefícios previdenciários concedidos antes dos citados marcos legais, pois consubstanciam mera revisão das prestações supervenientes ao ato de concessão.

3. Outrossim, da leitura do acórdão recorrido, depreende-se que foi debatida matéria com fundamento eminentemente constitucional, sendo sua apreciação de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, conforme infere-se dos arts. 102 e 105 da CF.

4. Agravo conhecido para conhecer parcialmente do Recurso Especial apenas no que diz respeito à alegação de ofensa ao art. 1.022 do CPC e, nessa parte, não provê-lo.

(AREsp 1538350/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/10/2019, DJe 11/10/2019)

RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. REVISÃO DE BENEFÍCIO PARA ADEQUAÇÃO AOS TETOS INSTITUÍDOS PELAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS N. 20/1998 E 41/2003. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. REVISÃO COM FUNDAMENTO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. INVIABILIDADE DE ANÁLISE EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SÚMULA 126/STJ. PRAZO DE DECADÊNCIA. NÃO INCIDÊNCIA.

1. O Tribunal de origem fundamentou adequada e suficientemente o julgado, não se havendo de falar em omissão.

2. O acórdão recorrido deu provimento à pretensão autoral, fundamentado no entendimento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 564.354, ao reconhecer que não ofende o ato jurídico perfeito a aplicação imediata dos arts. 14 da Emenda Constitucional n. 20/1998 e 5º da Emenda Constitucional n. 41/2003 aos benefícios previdenciários limitados a teto estabelecido antes da vigência dessas normas. Esse fundamento, eminentemente constitucional, impede a análise em recurso especial.

3. Ademais, havendo fundamento constitucional e não interposto recurso extraordinário, incide no caso o teor da Súmula 126/STJ.

4. A aplicação dos tetos previstos nas Emendas Constitucionais n. 20/1998 e 41/2003 não é caso de revisão do ato de concessão do benefício previdenciário, razão pela qual não incide o prazo decadencial previsto no caput do art. 103 da Lei n. 8.213/1991.

5. Recurso especial do INSS parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido.

(REsp 1794203/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/05/2019, DJe 30/05/2019)

Por tal razão deve incidir, na espécie, o óbice retratado na súmula 83/STJ.

Quanto às alegações suscitadas acerca da concessão do benefício no período denominado "buraco negro", tem-se que a questão foi dirimida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do **RE 937.595/RG**, decidido sob a sistemática da repercussão geral da matéria, oportunidade em que reafirmou a jurisprudência no sentido de que os benefícios concedidos entre 05.10.1988 e 05.04.1991 ("buraco negro"), não estão, em tese, excluídos da possibilidade de readequação segundo os tetos instituídos pelas ECs 20/98 e 41/03. Confira-se, *in verbis*:

Direito previdenciário. Recurso extraordinário. Readequação de benefício concedido entre 05.10.1988 e 05.04.1991 (buraco negro). Aplicação imediata dos tetos instituídos pelas EC's n° 20/1998 e 41/2003. Repercussão geral. Reafirmação de jurisprudência. 1. Não ofende o ato jurídico perfeito a aplicação imediata dos novos tetos instituídos pelo art. 14 da EC n° 20/1998 e do art. 5° da EC n° 41/2003 no âmbito do regime geral de previdência social (RE 564.354, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em regime de repercussão geral). 2. Não foi determinado nenhum limite temporal no julgamento do RE 564.354. Assim, os benefícios concedidos entre 05.10.1988 e 05.04.1991 (buraco negro) não estão, em tese, excluídos da possibilidade de readequação, segundo os tetos instituídos pelas EC's n° 20/1998 e 41/2003. O eventual direito a diferenças deve ser aferido caso a caso, conforme os parâmetros já definidos no julgamento do RE 564.354. 3. Repercussão geral reconhecida, com reafirmação de jurisprudência, para assentar a seguinte tese: "os benefícios concedidos entre 05.10.1988 e 05.04.1991 (período do buraco negro) não estão, em tese, excluídos da possibilidade de readequação segundo os tetos instituídos pelas EC's n° 20/1998 e 41/2003, a ser aferida caso a caso, conforme os parâmetros definidos no julgamento do RE 564.354, em regime de repercussão geral.

(RE 937595 RG, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 02/02/2017, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-101 DIVULG 15-05-2017 PUBLIC 16-05-2017)

Sendo assim, descabe o enfrentamento da matéria em sede do recurso especial, por tratar-se de matéria decidida sob o enfoque constitucional, sujeita à competência do Supremo Tribunal Federal.

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

Int.

Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo **Instituto Nacional do Seguro Social - INSS** contra acórdão proferido por Turma Julgadora deste Tribunal Regional Federal.

Decido.

O recurso não merece seguimento.

O presente feito versa sobre a aplicabilidade do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei 11.960/09, em relação às condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza, para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, matérias submetidas à sistemática dos recursos repetitivos e/ou da repercussão geral, vinculadas aos **Temas 491, 492 e 905 - STJ** e ao **Tema 810 - STF**.

Não remanesce possibilidade alguma de acolhimento da proposição defendida pela parte recorrente, visto que o excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento do **RE 870.947 - Tema 810**, fixou as seguintes teses pela sistemática da repercussão geral, *in verbis*:

DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS INCIDENTE SOBRE CONDENAÇÕES JUDICIAIS DA FAZENDA PÚBLICA. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97 COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.960/09. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DO ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE (CRFB, ART. 5º, XXII). INADEQUAÇÃO MANIFESTA ENTRE MEIOS E FINS. INCONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DO RENDIMENTO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO ÍNDICE DEFINIDOR DOS JUROS MORATÓRIOS DE CONDENAÇÕES IMPOSTAS À FAZENDA PÚBLICA, QUANDO ORIUNDAS DE RELAÇÕES JURÍDICO-TRIBUTÁRIAS. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA ENTRE DEVEDOR PÚBLICO E DEVEDOR PRIVADO (CRFB, ART. 5º, CAPUT). RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput), no seu núcleo essencial, revela que o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, os quais devem observar os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito; nas hipóteses de relação jurídica diversa da tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto legal supramencionado. 2. O direito fundamental de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII) repugna o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, porquanto a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina. 3. A correção monetária tem como escopo preservar o poder aquisitivo da moeda diante da sua desvalorização nominal provocada pela inflação. É que a moeda fiduciária, enquanto instrumento de troca, só tem valor na medida em que capaz de ser transformada em bens e serviços. A inflação, por representar o aumento persistente e generalizado do nível de preços, distorce, no tempo, a correspondência entre valores real e nominal (cf. MANKIWI, N.G. *Macroeconomia*. Rio de Janeiro, LTC 2010, p. 94; DORNBUSH, R.; FISCHER, S. e STARTZ, R. *Macroeconomia*. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 2009, p. 10; BLANCHARD, O. *Macroeconomia*. São Paulo: Prentice Hall, 2006, p. 29). 4. A correção monetária e a inflação, posto fenômenos econômicos conexos, exigem, por imperativo de adequação lógica, que os instrumentos destinados a realizar a primeira sejam capazes de capturar a segunda, razão pela qual os índices de correção monetária devem consubstanciar autênticos índices de preços. 5. Recurso extraordinário parcialmente provido.

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

O acórdão recorrido está em conformidade com a jurisprudência da Suprema Corte, autorizada a dizer, com cunho definitivo, acerca de interpretação de postulado de natureza constitucional. Dessa forma, impõe-se o juízo negativo de admissibilidade do recurso excepcional.

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

Por destoar a pretensão recursal da orientação firmada pelo Pretório Excelso, aplicável ao caso os arts. 1.030, I, "a", e 1.040, I, do CPC.

Ante o exposto, **nego seguimento** ao recurso extraordinário.

Int.

Trata-se de recurso especial interposto pela parte autora contra acórdão proferido por órgão fracionário deste Tribunal Regional Federal.

Decido.

O recurso deve ser admitido.

É firme a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o termo final de incidência dos honorários advocatícios deve ser a decisão que reconhece o direito ao benefício.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. TERMO FINAL PARA A PURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. OBSERVÂNCIA DA SÚMULA 111/STJ.

1. Conforme teor da Súmula 111 do Superior Tribunal de Justiça, o marco final da verba honorária deve ser a decisão em que o direito do segurado foi reconhecido: "Os honorários advocatícios, nas ações previdenciárias, não incidem sobre as prestações vencidas após a sentença".

2. Na hipótese, o acórdão recorrido, que concedeu o direito à aposentadoria especial, deve ser considerado como termo final. Nesse sentido: AgRg no AREsp 271.963/AL, Rel. p/a. Acórdão, Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 19/5/2014; EDcl no AgRg no REsp 1.271.734/RS, Rel. Min. Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE), DJe de 18/4/2013; AgRg nos EDcl no AREsp 155.028/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 24/10/2012.

3. Recurso Especial provido.

(REsp 1831207/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 19/12/2019)

Quanto às demais irrisignações eventualmente contidas no recurso, aplicável a Súmula 292 do STF.

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

Int.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0004220-82.2009.4.03.6183
RELATOR: Gab. Vice Presidência
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELANTE: ANDREI HENRIQUE TUONO NERY - SP312583
APELADO: ELIAS ALVES DE JESUS
Advogado do(a) APELADO: MARCELO FLORES - SP169484-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

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

A despeito do julgamento do tema 810, verifica-se a afetação específica de outro tema no presente recurso e discutido pelo Superior Tribunal de Justiça nos RESP 1.767.789/PR e 1.803.154/RS, vinculados ao tema 1018.

Determino a suspensão do presente feito até decisão definitiva nos RESP 1.767.789/PR e 1.803.154/RS (tema 1018).

Int.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: JOSE ANTONIO GOMES ACIOLI
Advogado do(a) APELADO: EUNICE MENDONCA DA SILVA DE CARVALHO - SP138649-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social contra acórdão proferido por Turma Julgadora deste Tribunal Regional Federal.

Decido.

O recurso não merece seguimento.

O presente feito versa sobre a aplicabilidade do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei 11.960/09, em relação às condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza, para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, matérias submetidas à sistemática dos recursos repetitivos e/ou da repercussão geral, vinculadas aos **Temas 491, 492 e 905 - STJ** e ao **Tema 810 - STF**.

Não remanesce possibilidade alguma de acolhimento da proposição defendida pela parte recorrente, visto que o excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento do **RE 870.947 - Tema 810**, fixou as seguintes teses pela sistemática da repercussão geral, *in verbis*:

DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS INCIDENTE SOBRE CONDENAÇÕES JUDICIAIS DA FAZENDA PÚBLICA. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97 COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.960/09. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DO ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE (CRFB, ART. 5º, XXII). INADEQUAÇÃO MANIFESTA ENTRE MEIOS E FINS. INCONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DO RENDIMENTO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO ÍNDICE DEFINIDOR DOS JUROS MORATÓRIOS DE CONDENAÇÕES IMPOSTAS À FAZENDA PÚBLICA, QUANDO ORIUNDAS DE RELAÇÕES JURÍDICO-TRIBUTÁRIAS. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA ENTRE DEVEDOR PÚBLICO E DEVEDOR PRIVADO (CRFB, ART. 5º, CAPUT). RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput), no seu núcleo essencial, revela que o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, os quais devem observar os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito; nas hipóteses de relação jurídica diversa da tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto legal supramencionado. 2. O direito fundamental de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII) repugna o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, porquanto a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina. 3. A correção monetária tem como escopo preservar o poder aquisitivo da moeda diante da sua desvalorização nominal provocada pela inflação. É que a moeda fiduciária, enquanto instrumento de troca, só tem valor na medida em que capaz de ser transformada em bens e serviços. A inflação, por representar o aumento persistente e generalizado do nível de preços, distorce, no tempo, a correspondência entre valores real e nominal (cf. MANKIW, N.G. *Macroeconomia*. Rio de Janeiro, LTC 2010, p. 94; DORNBUSH, R.; FISCHER, S. e STARTZ, R. *Macroeconomia*. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 2009, p. 10; BLANCHARD, O. *Macroeconomia*. São Paulo: Prentice Hall, 2006, p. 29). 4. A correção monetária e a inflação, posto fenômenos econômicos conexos, exigem, por imperativo de adequação lógica, que os instrumentos destinados a realizar a primeira sejam capazes de capturar a segunda, razão pela qual os índices de correção monetária devem consubstanciar autênticos índices de preços. 5. Recurso extraordinário parcialmente provido.

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

O acórdão recorrido está em conformidade com a jurisprudência da Suprema Corte, autorizada a dizer, com cunho definitivo, acerca de interpretação de postulado de natureza constitucional. Dessa forma, impõe-se o juízo negativo de admissibilidade do recurso excepcional.

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

Por destoar a pretensão recursal da orientação firmada pelo Pretório Excelso, aplicável ao caso os arts. 1.030, I, "a", e 1.040, I, do CPC.

Ante o exposto, **nego seguimento** ao recurso extraordinário.

Int.

DECISÃO

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

Decido.

O recurso merece admissão.

Constata-se que o acórdão recorrido ao considerar que a regra do artigo 496 do Código de Processo Civil vigente tem aplicação imediata aos processos em curso, por incidência do princípio *tempus regit actum*, colide com o entendimento sufragado pela instância superior

Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. AUSÊNCIA DE RECURSO VOLUNTÁRIO. ACÓRDÃO A QUO QUE NÃO CONHECEU DA REMESSA NECESSÁRIA. APLICAÇÃO RETROATIVA DO CPC/2015. INVIABILIDADE. ADOÇÃO DO PRINCÍPIO TEMPUS REGIT ACTUM. OBSERVÂNCIA DA LEI EM VIGOR NA DATA DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA. 1. Cuida-se de Recurso Especial interposto pelo Estado do Rio Grande do Norte contra acórdão que não conheceu da remessa oficial, tendo em vista a aplicação imediata da norma introduzida pela Lei 13.105/2015 quanto ao Reexame Necessário nas ações com valor inferior a 500 (quinhentos) salários mínimos (art. 496, § 3º, II, do CPC/2015).

2. A jurisprudência do STJ consolidou o entendimento de que a lei em vigor no momento da prolação da sentença regula os recursos cabíveis contra ela, bem como sua sujeição ao duplo grau obrigatório, repelindo-se a retroatividade da norma nova. Precedente: EREsp 600.874/SP, Rel. Ministro José Delgado, Corte Especial, julgado em 1º/8/2006, DJ 4/9/2006.

3. O art. 14 do CPC/2015 tem a seguinte redação: "a norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada".

4. Em tais condições, não é possível a aplicação retroativa da lei nova, para regulamentar atos processuais prévios à data de sua entrada em vigor. Tratando-se de recursos ou remessa oficial, a regra geral é de que eles são regidos pela lei vigente à época da decisão recorrida.

5. No caso concreto, a sentença contra a Fazenda Pública foi proferida quando em vigor o CPC de 1973, de modo que essa é a norma a ser observada para o exame dos pressupostos recursais.

6. Preenchidos os pressupostos do reexame obrigatório à luz da lei vigente (art. 475 do CPC), a superveniente modificação da norma pelo CPC/2015, quando já ultrapassado o prazo do recurso voluntário, não compromete o direito processual da Fazenda de ver reapreciada a sentença pelo Tribunal.

7. Recurso Especial provido.

(REsp 1689664/RN, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/10/2017, DJe 16/10/2017)

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

Int.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002328-88.2014.4.03.6143

RELATOR: Gab. Vice Presidência

APELANTE: NEUZA APARECIDA MELLON

Advogado do(a) APELANTE: LUIS ROBERTO OLIMPIO - SP135997-N

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social contra acórdão proferido por Turma Julgadora deste Tribunal Regional Federal.

Decido.

O recurso não merece seguimento.

O presente feito versa sobre a aplicabilidade do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei 11.960/09, em relação às condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza, para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, matérias submetidas à sistemática dos recursos repetitivos e/ou da repercussão geral, vinculadas aos **Temas 491, 492 e 905 - STJ** e ao **Tema 810 - STF**.

Não remanesce possibilidade alguma de acolhimento da proposição defendida pela parte recorrente, visto que o excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento do **RE 870.947 - Tema 810**, fixou as seguintes teses pela sistemática da repercussão geral, *in verbis*:

DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS INCIDENTE SOBRE CONDENAÇÕES JUDICIAIS DA FAZENDA PÚBLICA. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97 COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.960/09. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DO ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE (CRFB, ART. 5º, XXII). INADEQUAÇÃO MANIFESTA ENTRE MEIOS E FINS. INCONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DO RENDIMENTO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO ÍNDICE DEFINIDOR DOS JUROS MORATÓRIOS DE CONDENAÇÕES IMPOSTAS À FAZENDA PÚBLICA, QUANDO ORIUNDAS DE RELAÇÕES JURÍDICO-TRIBUTÁRIAS. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA ENTRE DEVEDOR PÚBLICO E DEVEDOR PRIVADO (CRFB, ART. 5º, CAPUT). RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput), no seu núcleo essencial, revela que o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, os quais devem observar os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito; nas hipóteses de relação jurídica diversa da tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto legal supramencionado. 2. O direito fundamental de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII) repugna o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, porquanto a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina. 3. A correção monetária tem como escopo preservar o poder aquisitivo da moeda diante da sua desvalorização nominal provocada pela inflação. É que a moeda fiduciária, enquanto instrumento de troca, só tem valor na medida em que capaz de ser transformada em bens e serviços. A inflação, por representar o aumento persistente e generalizado do nível de preços, distorce, no tempo, a correspondência entre valores real e nominal (cf. MANKIWI, N.G. Macroeconomia. Rio de Janeiro, LTC 2010, p. 94; DORNBUSH, R.; FISCHER, S. e STARTZ, R. Macroeconomia. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 2009, p. 10; BLANCHARD, O. Macroeconomia. São Paulo: Prentice Hall, 2006, p. 29). 4. A correção monetária e a inflação, posto fenômenos econômicos conexos, exigem, por imperativo de adequação lógica, que os instrumentos destinados a realizar a primeira sejam capazes de capturar a segunda, razão pela qual os índices de correção monetária devem consubstanciar autênticos índices de preços. 5. Recurso extraordinário parcialmente provido.

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

O acórdão recorrido está em conformidade com a jurisprudência da Suprema Corte, autorizada a dizer, com cunho definitivo, acerca de interpretação de postulado de natureza constitucional. Dessa forma, impõe-se o juízo negativo de admissibilidade do recurso excepcional.

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

Por destoar a pretensão recursal da orientação firmada pelo Pretório Excelso, aplicável ao caso os arts. 1.030, I, "a", e 1.040, I, do CPC.

Ante o exposto, **nego seguimento** ao recurso extraordinário.

Int.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pela parte autora contra acórdão proferido por órgão fracionário deste Tribunal Regional Federal.

Decido.

O recurso merece admissão.

É pacífica a orientação da instância superior a dizer que o *dies a quo* do benefício previdenciário deve ser fixado na data da citação do INSS apenas quando inexistente requerimento administrativo do benefício.

Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. TERMO INICIAL DA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. JUNTADA DA DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA DO DIREITO NO CURSO DA AÇÃO. AFASTAMENTO DA SÚMULA 7/STJ. FIXAÇÃO NA DATA DA ENTRADA DO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO.

1. Hipótese em que o Tribunal regional consignou: "o documento que deu subsídios para o reconhecimento da especialidade requerida foi juntado apenas na via judicial às fls.203/236, não tendo sido oportunizado ao INSS, na via administrativa, a sua análise, assim, a data de início do benefício será a da citação, qual seja, 02/09/2014." (fl. 625, e-STJ).

2. Afasta-se a aplicação da Súmula 7/STJ, pois a questão é eminentemente de direito: definir se o termo inicial do benefício é a data do requerimento ou a da citação quando os documentos comprobatórios do direito são juntados no curso da ação judicial.

3. A Primeira Seção do STJ, no julgamento da Pet 9.582/2015, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 16.9.2015, consolidou o entendimento de que "a comprovação extemporânea da situação jurídica consolidada em momento anterior não tem o condão de afastar o direito adquirido do segurado, impondo-se o reconhecimento do direito ao benefício previdenciário no momento do requerimento administrativo, quando preenchidos os requisitos para a concessão da aposentadoria".

4. Agravo Interno provido.

(AgInt no REsp 1736353/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/10/2019, DJe 18/10/2019)

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO AO RITO DO ARTIGO 543-C DO CPC. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. TERMO INICIAL PARA A IMPLEMENTAÇÃO DO BENEFÍCIO CONCEDIDO NA VIA JUDICIAL. AUSÊNCIA DE PEDIDO ADMINISTRATIVO. ART. 219, CAPUT, DO CPC. CITAÇÃO VÁLIDA DA AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA. OMISSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. PRETENSÃO POR REAPRECIÇÃO DA TESE DEFENDIDA NO APELO NOBRE. OFENSA A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. EXAME. INVIABILIDADE NESTA VIA RECURSAL. 1. Embargos de declaração opostos pelo INSS nos quais se alega omissão quanto à tese segundo a qual não há como se exigir da Previdência Social o pagamento de benefício previdenciário antes da constatação da incapacidade do segurado, que, no caso, só se deu com a realização da perícia médica. Assim, se ausente o requerimento administrativo, o termo inicial do benefício deve ser fixado a partir do laudo do perito do Juízo e não da citação. 2. Não há falar em omissão, mas pretensão pelo rejuízo porque o colegiado já afastou a tese autárquica ao decidir que: "A constatação da incapacidade gerada pelo infortúnio quando realizada por meio do laudo médico-pericial do perito nomeado pelo Juiz elucida o fato já ocorrido a fim de que venha a ser considerado pelas partes e o julgador. Como prova, pertence ao processo judicial e declara situação fática preexistente, razão por que o momento no qual o aludido documento vem aos autos não deve ser considerado como termo inicial do que é devido pela autarquia previdenciária federal". Desse modo, fixou-se o entendimento segundo o qual "a detecção da incapacidade total e permanente do segurado através da perícia judicial associada a impossibilidade de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência impõe reconhecer como termo inicial da aposentadoria por invalidez o dia da citação, aplicando-se o caput do artigo 219 do CPC quando ausente o requerimento administrativo". 3. Não há omissão a respeito dos artigos 5º, LIV e LV, e 93, IX, da Constituição Federal, pois assente o entendimento nesta Corte de que o recurso especial não é meio adequado para observância de ofensa a dispositivos constitucionais, ainda que para fins de prequestionamento, diante da competência reservada ao Supremo Tribunal Federal (artigo 102, III, da Constituição Federal). A propósito, confirmam-se: EDcl no REsp 1.230.532/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, DJe 18/06/2013; EDcl no REsp 1.211.676/RN, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, DJe 17/12/2013; e AgRg nos EAREsp 7.433/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 07/03/2014. 4. Embargos de declaração rejeitados.

(STJ, Primeira Seção, EDcl no RESP nº 1.369.165/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 02.06.2014)

Neste caso, a pretensão do segurado converge para a orientação firmada na instância superior, o que autoriza a admissão do recurso especial.

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

As demais questões suscitadas no recurso submetem-se à instância superior nos termos da súmula nº 292 /STF.

Int.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0006003-36.2015.4.03.6301

RELATOR: Gab. Vice Presidência

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: CESAR NUNES DE SOUZA

Advogado do(a) APELADO: LEO CRISTOVAM DOS SANTOS - SP290066-A

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social contra acórdão proferido por Turma Julgadora deste Tribunal Regional Federal.

Decido.

O recurso não merece seguimento.

O presente feito versa sobre a aplicabilidade do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei 11.960/09, em relação às condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza, para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, matérias submetidas à sistemática dos recursos repetitivos e/ou da repercussão geral, vinculadas aos **Temas 491, 492 e 905 - STJ** e ao **Tema 810 - STF**.

Não remanesce possibilidade alguma de acolhimento da proposição defendida pela parte recorrente, visto que o excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento do **RE 870.947 - Tema 810**, fixou as seguintes teses pela sistemática da repercussão geral, *in verbis*:

DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS INCIDENTE SOBRE CONDENAÇÕES JUDICIAIS DA FAZENDA PÚBLICA. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97 COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.960/09. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DO ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE (CRFB, ART. 5º, XXII). INADEQUAÇÃO MANIFESTA ENTRE MEIOS E FINS. INCONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DO RENDIMENTO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO ÍNDICE DEFINIDOR DOS JUROS MORATÓRIOS DE CONDENAÇÕES IMPOSTAS À FAZENDA PÚBLICA, QUANDO ORIUNDAS DE RELAÇÕES JURÍDICO-TRIBUTÁRIAS. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA ENTRE DEVEDOR PÚBLICO E DEVEDOR PRIVADO (CRFB, ART. 5º, CAPUT). RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput), no seu núcleo essencial, revela que o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, os quais devem observar os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito; nas hipóteses de relação jurídica diversa da tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto legal supramencionado. 2. O direito fundamental de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII) repugna o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, porquanto a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina. 3. A correção monetária tem como escopo preservar o poder aquisitivo da moeda diante da sua desvalorização nominal provocada pela inflação. É que a moeda fiduciária, enquanto instrumento de troca, só tem valor na medida em que capaz de ser transformada em bens e serviços. A inflação, por representar o aumento persistente e generalizado do nível de preços, distorce, no tempo, a correspondência entre valores real e nominal (cf. MANKIWI, N.G. Macroeconomia. Rio de Janeiro, LTC 2010, p. 94; DORNBUSH, R.; FISCHER, S. e STARTZ, R. Macroeconomia. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 2009, p. 10; BLANCHARD, O. Macroeconomia. São Paulo: Prentice Hall, 2006, p. 29). 4. A correção monetária e a inflação, posto fenômenos econômicos conexos, exigem, por imperativo de adequação lógica, que os instrumentos destinados a realizar a primeira sejam capazes de capturar a segunda, razão pela qual os índices de correção monetária devem consubstanciar autênticos índices de preços. 5. Recurso extraordinário parcialmente provido.

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

O acórdão recorrido está em conformidade com a jurisprudência da Suprema Corte, autorizada a dizer, com cunho definitivo, acerca de interpretação de postulado de natureza constitucional. Dessa forma, impõe-se o juízo negativo de admissibilidade do recurso excepcional.

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

Por destoar a pretensão recursal da orientação firmada pelo Pretório Excelso, aplicável ao caso os arts. 1.030, I, "a", e 1.040, I, do CPC.

Ante o exposto, **nego seguimento** ao recurso extraordinário.

Int.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, a desafiar acórdão proferido por órgão fracionário deste Tribunal Regional Federal.

Decido.

A questão ventilada neste recurso foi objeto de apreciação definitiva pelo Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do RESP nº 1.727.069/SP, que adotando a sistemática do artigo 1.036 do Código de Processo Civil, assentou o entendimento segundo o qual “*É possível a reafirmação da DER (Data de Entrada do Requerimento) para o momento em que implementados os requisitos para a concessão do benefício, mesmo que isso se dê no interstício entre o ajuizamento da ação e a entrega da prestação jurisdicional nas instâncias ordinárias, nos termos dos arts. 493 e 933 do CPC/2015, observada a causa de pedir.*”

O precedente, julgado em 23/10/2019, restou assimmentado, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. REAFIRMAÇÃO DA DER (DATA DE ENTRADA DO REQUERIMENTO). CABIMENTO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. O comando do artigo 493 do CPC/2015 autoriza a compreensão de que a autoridade judicial deve resolver a lide conforme o estado em que ela se encontra. Consiste em um dever do julgador considerar o fato superveniente que interfira na relação jurídica e que contenha um liame com a causa de pedir.

2. O fato superveniente a ser considerado pelo julgador deve guardar pertinência com a causa de pedir e pedido constantes na petição inicial, não servindo de fundamento para alterar os limites da demanda fixados após a estabilização da relação jurídico-processual.

3. A reafirmação da DER (data de entrada do requerimento administrativo), objeto do presente recurso, é um fenômeno típico do direito previdenciário e também do direito processual civil previdenciário. Ocorre quando se reconhece o benefício por fato superveniente ao requerimento, fixando-se a data de início do benefício para o momento do adimplemento dos requisitos legais do benefício previdenciário.

*4. Tese representativa da controvérsia fixada nos seguintes termos: É possível a reafirmação da DER (Data de Entrada do Requerimento) **para o momento em que implementados os requisitos para a concessão do benefício**, mesmo que isso se dê no interstício entre o ajuizamento da ação e a entrega da prestação jurisdicional nas instâncias ordinárias, nos termos dos arts. 493 e 933 do CPC/2015, observada a causa de pedir.*

5. No tocante aos honorários de advogado sucumbenciais, descabe sua fixação, quando o INSS reconhecer a procedência do pedido à luz do fato novo.

6. Recurso especial conhecido e provido, para anular o acórdão proferido em embargos de declaração, determinando ao Tribunal a quo um novo julgamento do recurso, admitindo-se a reafirmação da DER.

Julgamento submetido ao rito dos recursos especiais repetitivos.

(REsp 1727069/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/10/2019, DJe 02/12/2019) (destaque nosso)

Neste caso, verifica-se que o acórdão recorrido *não diverge* do entendimento sufragado pela Corte Superior no precedente paradigmático em destaque.

Ante o exposto, **nego seguimento** ao recurso especial.

Int.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pela parte autora contra acórdão proferido por órgão fracionário deste Tribunal Regional Federal.

Decido.

O recurso não merece admissão.

É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a dizer que não é adequado o recurso especial para revolver as conclusões firmadas pelas instâncias ordinárias no tocante à alegada natureza especial do trabalho desenvolvido pelo segurado, bem como para reapreciar as provas amealhadas ao processo relativas ao caráter permanente ou ocasional, habitual ou intermitente, da exposição do segurado a agentes nocivos à saúde ou à integridade física.

A pretensão da parte recorrente, no ponto, esbarra no entendimento jurisprudencial consolidado Na Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

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

Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. EXPOSIÇÃO AO AGENTE NOCIVO RUÍDO NÃO COMPROVADA. ALTERAÇÃO DO ACÓRDÃO A QUO. SÚMULA 7/STJ. HONORÁRIOS. MAJORAÇÃO. SÚMULA 7.

1. O Tribunal a quo, soberano na análise do conjunto probatório, entendeu pela ausência de comprovação de exposição à atividade insalubre. Dessa forma, modificar tal conclusão demandaria o reexame de fatos e provas, o que é vedado pela Súmula 7/STJ.

2. A fixação da verba honorária pelo critério da equidade, na instância ordinária, é matéria de ordem fática insuscetível de reexame na via especial, ante o óbice da Súmula 7.

Agravo interno improvido.

(AgInt no AREsp 824.714/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/05/2016, DJe 12/05/2016)

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. EXPOSIÇÃO HABITUAL E PERMANENTE A AGENTES NOCIVOS. EXIGIDA SOMENTE A PARTIR DA EDIÇÃO DA LEI N. 9.032/95. SÚMULA 83/STJ. EXPOSIÇÃO EFETIVA AO AGENTE DANOSO. SÚMULA 7/STJ. 1. O entendimento firmado pelo Tribunal de origem, no sentido de que a comprovação do exercício permanente (não ocasional, nem intermitente) somente passou a ser exigida a partir da Lei n. 9.032/95, que deu nova redação ao § 3º do art. 57 da Lei n. 8.213/91, não merece censura, pois em harmonia com a jurisprudência desta Corte, o que atrai a incidência, ao ponto, da Súmula 83 do STJ. 2. In casu, concluindo as instâncias de origem que o autor estava exposto de modo habitual e permanente a condições perigosas, conclusão contrária demandaria reexame do acervo fático-probatório dos autos, o que é inviável em sede de recurso especial, sob pena de afronta ao óbice contido na Súmula 7 do STJ. Agravo regimental improvido.

(STJ, Segunda Turma, AgRg no AREsp 295.495/AL, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 15/04/2013)

AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. EXPOSIÇÃO AO AGENTE ELETRICIDADE. ENQUADRAMENTO NO DECRETO Nº 83.080/1979. AUSÊNCIA. IRRELEVÂNCIA. ROL EXEMPLIFICATIVO. COMPROVAÇÃO. SÚMULA Nº 7/STJ. 1. É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que, constando nos autos a prova necessária a demonstrar o exercício de atividade sujeita a condições especiais, conforme a legislação vigente na data da prestação do trabalho, deve ser reconhecido o respectivo tempo de serviço, ainda que não inscrito em regulamento, posto que o rol de atividades nocivas descritas no Decreto nº 83.080/1979 é meramente exemplificativo. 2. No caso, muito embora a atividade de eletricitista não estivesse expressamente mencionada no Anexo II do Decreto n.º 83.080/1979, tem-se que é pressuposto da aposentadoria especial não apenas o enquadramento da atividade, mas a efetiva exposição do trabalhador aos agentes nocivos à saúde, o que restou demonstrado nos autos. 3. Tendo a Corte de origem afirmado expressamente, que no desempenho de sua atividade, o autor estava submetido ao agente nocivo eletricidade, de modo habitual e permanente, verificar essa condição por este Superior Tribunal importaria reexame de fatos e provas, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos do enunciado sumular nº 7/STJ. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ, Quinta Turma, AgRg no REsp 1.170.672/RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe 29.06.2012)

Descabe também o recurso quanto à interposição pela alínea "c", uma vez que a jurisprudência é pacífica no sentido de que a incidência da Súmula 7/STJ impede o exame de dissídio jurisprudencial, na medida em que falta identidade entre os paradigmas apresentados e os fundamentos do acórdão, tendo em vista a situação fática do caso concreto com base na qual deu solução à causa a Corte de origem. Nesse sentido, v.g., Agint no REsp 1.566.524/MS, Rel. Ministra MARIA IZABEL GALOTTI, TERCEIRA TURMA, DJe 2/4/2020; Agint no AREsp 1.352.620/SP, Rel. Ministro MARCO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, DJe 06/04/2020.

Por fim, indefere-se o pedido de atribuição de efeito suspensivo, porquanto não cumprido o requisito da plausibilidade do direito postulado. a não admissibilidade do presente recurso redonda na ausência de probabilidade de seu provimento.

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

Int.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0011183-38.2011.4.03.6183

RELATOR: Gab. Vice Presidência

APELANTE: ELISIEL LIMA DA SILVA

Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE SANTOS LIMA - SP222787-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) APELADO: PLINIO CARLOS PUGA PEDRINI - SP108143

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

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

A despeito do julgamento do tema 810, verifica-se a afetação específica de outro tema no presente recurso e discutido pelo Superior Tribunal de Justiça nos RESP 1.767.789/PR e 1.803.154/RS, vinculados ao tema 1018.

Determino a suspensão do presente feito até decisão definitiva nos RESP 1.767.789/PR e 1.803.154/RS (tema 1018).

Int.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0012223-12.2008.4.03.6102

RELATOR: Gab. Vice Presidência

APELANTE: ADMIR ALVES MOREIRA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO ZACCARO GABARRA - SP333911-A

Advogado do(a) APELANTE: MARCO ANTONIO STOFFELS - SP158556-N

APELADO: ADMIR ALVES MOREIRA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) APELADO: CARLOS EDUARDO ZACCARO GABARRA - SP333911-A

Advogado do(a) APELADO: MARCO ANTONIO STOFFELS - SP158556-N

DESPACHO

Fl. 21; 306/308 e ID 110639089:

Manifeste-se o advogado CARLOS EDUARDO ZACCARO GABARRA - OABSP 333.911, uma vez não constar destes autos revogação dos poderes outorgados ao advogado RAFAEL MIRANDA GABARRA - OABSP 256.762, subscritor do petição constante do **ID 110639089**.

Prazo cinco (05) dias.

Intime-se.

Cumpra-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0003246-84.2005.4.03.6183

RELATOR: Gab. Vice Presidência

APELANTE: ANTONIO ROBERTO PADUIN

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

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) APELADO: WILSON HARUAKI MATSUOKA JUNIOR - SP210114

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

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

Decido.

Tendo em vista a afetação específica do tema aqui discutido pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 1.169.289/SC, tema 1.037 - discussão relativa à incidência de juros de mora entre a data da expedição do precatório ou da requisição de pequeno valor até o efetivo pagamento, bem como a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.812.521/SC (ementa abaixo), determino a suspensão do feito até decisão definitiva no RE nº 1.169.289/SC.

“Verifica-se que a questão jurídica objeto dos recursos especiais interpostos é, efetivamente, a incidência de juros da mora no período compreendido entre a data da expedição do precatório ou da requisição de pequeno valor (RPV) e o efetivo pagamento.

Ocorre que a matéria teve a sua repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito dos autos do RE 1.169.289, de relatoria do Min. Marco Aurélio, cujo processamento se encontra pendente naquela Corte (Tema 1.037).

Dessa forma, verificada a repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, por medida de economia processual e para evitar decisões dissonantes entre a Corte Suprema e esta Corte Superior, os recursos que tratam da mesma controvérsia no STJ devem aguardar; no Tribunal de origem, a solução no recurso extraordinário afetado, viabilizando, assim, o juízo de conformação, hoje disciplinado pelos arts. 1.039 e 1.040 do CPC/2015.

Nesse contexto, cumpre esclarecer que, somente depois de realizada essa providência, a qual representa o exaurimento da instância ordinária, o recurso especial deverá ser encaminhado, em sua totalidade, para este Tribunal Superior; a fim de que possam ser analisadas as questões jurídicas nele suscitadas e que não ficaram prejudicadas pelo novo pronunciamento da Corte a quo.

ANTE DO EXPOSTO, determino o retorno dos autos à Corte de origem, onde, após a deliberação final do STF nos autos do RE 1.169.289, deverá ser realizado o juízo de conformação do acórdão local, nos termos dos arts. 1.040 e 1.041 do CPC/2015.

Publique-se.

Brasília, 14 de maio de 2019.

MINISTRO SÉRGIO KUKINA - Relator”

Int.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0003873-90.1998.4.03.6100

RELATOR: Gab. Vice Presidência

APELANTE: SINDICATO DOS TRABALHADORES DO JUDICÁRIO FEDERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO, UNIAO FEDERAL

Advogado do(a) APELANTE: CESAR RODOLFO SASSO LIGNELLI - SP207804-A

APELADO: SINDICATO DOS TRABALHADORES DO JUDICÁRIO FEDERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO, UNIAO FEDERAL

Advogado do(a) APELADO: CESAR RODOLFO SASSO LIGNELLI - SP207804-A

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pelo Sindicato dos Trabalhadores do Judiciário Federal no Estado de São Paulo contra acórdão proferido por Turma Julgadora deste Tribunal Regional Federal.

Decido.

O recurso não merece seguimento.

O presente feito versa sobre a aplicabilidade do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei 11.960/09, em relação às condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza, para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, matérias submetidas à sistemática dos recursos repetitivos e/ou da repercussão geral, vinculadas aos **Temas 491, 492 e 905 - STJ** e ao **Tema 810 - STF**.

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

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SUBMISSÃO À REGRA PREVISTA NO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 02/STJ. DISCUSSÃO SOBRE A APLICAÇÃO DO ART. 1º-F DA LEI 9.494/97 (COM REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.960/2009) ÀS CONDENAÇÕES IMPOSTAS À FAZENDA PÚBLICA. CASO CONCRETO QUE É RELATIVO A CONDENAÇÃO JUDICIAL DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA. - TESES JURÍDICAS FIXADAS.

1. Correção monetária: o art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009), para fins de correção monetária, não é aplicável nas condenações judiciais impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza. 1.1 Impossibilidade de fixação apriorística da taxa de correção monetária. No presente julgamento, o estabelecimento de índices que devem ser aplicados a título de correção monetária não implica pré-fixação (ou fixação apriorística) de taxa de atualização monetária. Do contrário, a decisão baseia-se em índices que, atualmente, refletem a correção monetária ocorrida no período correspondente. Nesse contexto, em relação às situações futuras, a aplicação dos índices em comento, sobretudo o INPC e o IPCA-E, é legítima enquanto tais índices sejam capazes de captar o fenômeno inflacionário. 1.2 Não cabimento de modulação dos efeitos da decisão. A modulação dos efeitos da decisão que declarou inconstitucional a atualização monetária dos débitos da Fazenda Pública com base no índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, objetivou reconhecer a validade dos precatórios expedidos ou pagos até 25 de março de 2015, impedindo, desse modo, a rediscussão do débito baseada na aplicação de índices diversos. Assim, mostra-se descabida a modulação em relação aos casos em que não ocorreu expedição ou pagamento de precatório. 2. Juros de mora: o art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009), na parte em que estabelece a incidência de juros de mora nos débitos da Fazenda Pública com base no índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, aplica-se às condenações impostas à Fazenda Pública, excepcionadas as condenações oriundas de relação jurídico-tributária. 3. Índices aplicáveis a depender da natureza da condenação. 3.1 Condenações judiciais de natureza administrativa em geral. As condenações judiciais de natureza administrativa em geral, sujeitam-se aos seguintes encargos: (a) até dezembro/2002: juros de mora de 0,5% ao mês; correção monetária de acordo com os índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, com destaque para a incidência do IPCA-E a partir de janeiro/2001; (b) no período posterior à vigência do CC/2002 e anterior à vigência da Lei 11.960/2009: juros de mora correspondentes à taxa Selic, vedada a cumulação com qualquer outro índice; (c) período posterior à vigência da Lei 11.960/2009: juros de mora segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança; correção monetária com base no IPCA-E. 3.1.1 Condenações judiciais referentes a servidores e empregados públicos. As condenações judiciais referentes a servidores e empregados públicos, sujeitam-se aos seguintes encargos: (a) até julho/2001: juros de mora: 1% ao mês (capitalização simples); correção monetária: índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, com destaque para a incidência do IPCA-E a partir de janeiro/2001; (b) agosto/2001 a junho/2009: juros de mora: 0,5% ao mês; correção monetária: IPCA-E; (c) a partir de julho/2009: juros de mora: remuneração oficial da caderneta de poupança; correção monetária: IPCA-E. 3.1.2 Condenações judiciais referentes a desapropriações diretas e indiretas. No âmbito das condenações judiciais referentes a desapropriações diretas e indiretas existem regras específicas, no que concerne aos juros moratórios e compensatórios, razão pela qual não se justifica a incidência do art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009), nem para compensação da mora nem para remuneração do capital. 3.2 Condenações judiciais de natureza previdenciária. As condenações impostas à Fazenda Pública de natureza previdenciária sujeitam-se à incidência do INPC, para fins de correção monetária, no que se refere ao período posterior à vigência da Lei 11.430/2006, que incluiu o art. 41-A na Lei 8.213/91. Quanto aos juros de mora, incidem segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança (art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei n. 11.960/2009). 3.3 Condenações judiciais de natureza tributária. A correção monetária e a taxa de juros de mora incidentes na repetição de indébitos tributários devem corresponder às utilizadas na cobrança de tributo pago em atraso. Não havendo disposição legal específica, os juros de mora são calculados à taxa de 1% ao mês (art. 161, § 1º, do CTN). Observada a regra isonômica e havendo previsão na legislação da entidade tributante, é legítima a utilização da taxa Selic, sendo vedada sua cumulação com quaisquer outros índices. 4. Preservação da coisa julgada. Não obstante os índices estabelecidos para atualização monetária e compensação da mora, de acordo com a natureza da condenação imposta à Fazenda Pública, cumpre ressaltar eventual coisa julgada que tenha determinado a aplicação de índices diversos, cuja constitucionalidade/legalidade há de ser aferida no caso concreto. - SOLUÇÃO DO CASO CONCRETO. 5. No que se refere à alegada afronta aos arts. 128, 460, 503 e 515 do CPC, verifica-se que houve apenas a indicação genérica de afronta a tais preceitos, sem haver a demonstração clara e precisa do modo pelo qual tais preceitos legais foram violados. Por tal razão, mostra-se deficiente, no ponto, a fundamentação recursal. Aplica-se, por

analogia, o disposto na Súmula 284/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia". 6. Quanto aos demais pontos, cumpre registrar que o presente caso refere-se a condenação judicial de natureza previdenciária. Em relação aos juros de mora, no período anterior à vigência da Lei 11.960/2009, o Tribunal de origem determinou a aplicação do art. 3º do Decreto-Lei 2.322/87 (1%); após a vigência da lei referida, impôs a aplicação do art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009). Quanto à correção monetária, determinou a aplicação do INPC. Assim, o acórdão recorrido está em conformidade com a orientação acima delineada, não havendo justificativa para reforma. 7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. Acórdão sujeito ao regime previsto no art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, c/c o art. 256-N e seguintes do RISTJ.

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

DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS INCIDENTE SOBRE CONDENAÇÕES JUDICIAIS DA FAZENDA PÚBLICA. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97 COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.960/09. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DO ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE (CRFB, ART. 5º, XXII). INADEQUAÇÃO MANIFESTA ENTRE MEIOS E FINS. INCONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DO RENDIMENTO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO ÍNDICE DEFINIDOR DOS JUROS MORATÓRIOS DE CONDENAÇÕES IMPOSTAS À FAZENDA PÚBLICA, QUANDO ORIUNDAS DE RELAÇÕES JURÍDICO-TRIBUTÁRIAS. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA ENTRE DEVEDOR PÚBLICO E DEVEDOR PRIVADO (CRFB, ART. 5º, CAPUT). RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput), no seu núcleo essencial, revela que o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, os quais devem observar os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito; nas hipóteses de relação jurídica diversa da tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto legal supramencionado. 2. O direito fundamental de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII) repugna o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, porquanto a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina. 3. A correção monetária tem como escopo preservar o poder aquisitivo da moeda diante da sua desvalorização nominal provocada pela inflação. É que a moeda fiduciária, enquanto instrumento de troca, só tem valor na medida em que capaz de ser transformada em bens e serviços. A inflação, por representar o aumento persistente e generalizado do nível de preços, distorce, no tempo, a correspondência entre valores real e nominal (cf. MANKIWI, N.G. Macroeconomia. Rio de Janeiro, LTC 2010, p. 94; DORNBUSH, R.; FISCHER, S. e STARTZ, R. Macroeconomia. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 2009, p. 10; BLANCHARD, O. Macroeconomia. São Paulo: Prentice Hall, 2006, p. 29). 4. A correção monetária e a inflação, posto fenômenos econômicos conexos, exigem, por imperativo de adequação lógica, que os instrumentos destinados a realizar a primeira sejam capazes de capturar a segunda, razão pela qual os índices de correção monetária devem consubstanciar autênticos índices de preços. 5. Recurso extraordinário parcialmente provido.

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

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

QUATRO EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS DE FUNDAMENTAÇÃO NO ACÓRDÃO EMBARGADO. REJEIÇÃO. REQUERIMENTO DE MODULAÇÃO DE EFEITOS INDEFERIDO.

1. O acórdão embargado contém fundamentação apta e suficiente a resolver todos os pontos do Recurso Extraordinário. 2. Ausentes omissão, contradição, obscuridade ou erro material no julgado, não há razão para qualquer reparo. 3. A respeito do requerimento de modulação de efeitos do acórdão, o art. 27 da Lei 9.868/1999 permite a estabilização de relações sociais surgidas sob a vigência da norma inconstitucional, com o propósito de prestigiar a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima depositada na validade de ato normativo emanado do próprio Estado. 4. Há um juízo de proporcionalidade em sentido estrito envolvido nessa excepcional técnica de julgamento. A preservação de efeitos inconstitucionais ocorre quando o seu desfazimento implica prejuízo ao interesse protegido pela Constituição em grau superior ao provocado pela própria norma questionada. Em regra, não se admite o prolongamento da vigência da norma sobre novos fatos ou relações jurídicas, já posteriores à pronúncia da inconstitucionalidade, embora as razões de segurança jurídica possam recomendar a modulação com esse alcance, como registra a jurisprudência da CORTE. 5. Em que pese o seu caráter excepcional, a experiência demonstra que é próprio do exercício da Jurisdição Constitucional promover o ajustamento de relações jurídicas constituídas sob a vigência da legislação invalidada, e essa CORTE tem se mostrado sensível ao impacto de suas decisões na realidade social subjacente ao objeto de seus julgados. 6. Há um ônus argumentativo de maior grau em se pretender a preservação de efeitos inconstitucionais, que não vislumbro superado no caso em debate. **Prolongar a incidência da TR como critério de correção monetária para o período entre 2009 e 2015 é incongruente com o assentado pela CORTE no julgamento de mérito deste RE 870.947 e das ADIs 4357 e 4425, pois virtualmente esvazia o efeito prático desses pronunciamentos para um universo expressivo de destinatários da norma.** 7. As razões de segurança jurídica e interesse social que se pretende prestigiar pela modulação de efeitos, na espécie, são inteiramente relacionadas ao interesse fiscal das Fazendas Públicas devedoras, o que não é suficiente para atribuir efeitos a uma norma inconstitucional. 8. Embargos de declaração todos rejeitados. Decisão anteriormente proferida não modulada. (destaque nosso)

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

REPERCUSSÃO GERAL - ACÓRDÃO - PUBLICAÇÃO - EFEITOS - ARTIGO 1.040 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

A sistemática prevista no artigo 1.040 do Código de Processo Civil sinaliza, a partir da publicação do acórdão paradigma, a observância do entendimento do Plenário, formalizado sob o ângulo da repercussão geral.

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

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. INSURGÊNCIA VEICULADA CONTRA A APLICAÇÃO DA SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL (ARTS. 328 DO RISTF E 543-B DO CPC). PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO EM 15.3.2005.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal proclamou a repercussão geral da questão relativa à incidência do ICMS na importação de bens por meio de arrendamento mercantil, RE 540.829-RG/SP. **No sistema da repercussão geral, a decisão proferida no leading case deve ser aplicada a todos os recursos análogos, independentemente dos fundamentos específicos que os sustentam. O que releva é a questão constitucional decidida, não a causa petendi do apelo extremo. Concluído o julgamento do paradigma, cabe aos Tribunais de origem apreciar os recursos sobrestados, nos termos do art. 543, § 3º, do CPC, considerando o contexto fático-probatório dos autos. Agravo regimental, ao qual se nega provimento.**

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

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

1. A existência de precedente firmado pelo Tribunal Pleno da Corte autoriza o julgamento imediato de causas que versem

sobre a mesma matéria, independentemente da publicação ou do trânsito em julgado do paradigma. 2. Não havendo manifesta improcedência no recurso anteriormente interposto, é incabível a aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil. 3. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, tão somente para afastar a multa imposta no julgamento do agravo regimental.

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

Pelas razões colocadas, não remanesce possibilidade alguma de acolhimento da tese em favor da parte recorrente, alternativa àquelas já firmadas pela colenda Corte Especial.

Ante o exposto, **nego seguimento** ao recurso especial.

Int.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0006367-57.2004.4.03.6183

RELATOR: Gab. Vice Presidência

APELANTE: EDSON PAULINO DE OLIVEIRA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

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

Advogado do(a) APELANTE: RODRIGO OCTAVIO LEONIDAS KAHN DA SILVEIRA - SP188195

APELADO: EDSON PAULINO DE OLIVEIRA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

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

Advogado do(a) APELADO: RODRIGO OCTAVIO LEONIDAS KAHN DA SILVEIRA - SP188195

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

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

Decido.

Tendo em vista a afetação específica do tema aqui discutido pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 1.169.289/SC, tema 1.037 - discussão relativa à incidência de juros de mora entre a data da expedição do precatório ou da requisição de pequeno valor até o efetivo pagamento, bem como a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.812.521/SC (ementa abaixo), determino a suspensão do feito até decisão definitiva no RE nº 1.169.289/SC.

“Verifica-se que a questão jurídica objeto dos recursos especiais interpostos é, efetivamente, a incidência de juros da mora no período compreendido entre a data da expedição do precatório ou da requisição de pequeno valor (RPV) e o efetivo pagamento.

Ocorre que a matéria teve a sua repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito dos autos do RE 1.169.289, de relatoria do Min. Marco Aurélio, cujo processamento se encontra pendente naquela Corte (Tema 1.037).

Dessa forma, verificada a repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, por medida de economia processual e para evitar decisões dissonantes entre a Corte Suprema e esta Corte Superior, os recursos que tratam da mesma controvérsia no STJ devem aguardar, no Tribunal de origem, a solução no recurso extraordinário afetado, viabilizando, assim, o juízo de conformação, hoje disciplinado pelos arts. 1.039 e 1.040 do CPC/2015.

Nesse contexto, cumpre esclarecer que, somente depois de realizada essa providência, a qual representa o exaurimento da instância ordinária, o recurso especial deverá ser encaminhado, em sua totalidade, para este Tribunal Superior, a fim de que possam ser analisadas as questões jurídicas nele suscitadas e que não ficaram prejudicadas pelo novo pronunciamento da Corte a quo.

ANTE DO EXPOSTO, determino o retorno dos autos à Corte de origem, onde, após a deliberação final do STF nos autos do RE 1.169.289, deverá ser realizado o juízo de conformação do acórdão local, nos termos dos arts. 1.040 e 1.041 do CPC/2015.

Publique-se.

Brasília, 14 de maio de 2019.

MINISTRO SÉRGIO KUKINA - Relator”

Int.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0004887-49.2001.4.03.6183

RELATOR: Gab. Vice Presidência

APELANTE: PEDRO HELIO SALVADOR, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

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

Advogado do(a) APELANTE: BERNARDO BISSOTO QUEIROZ DE MORAES - SP162974

APELADO: PEDRO HELIO SALVADOR, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

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

Advogado do(a) APELADO: BERNARDO BISSOTO QUEIROZ DE MORAES - SP162974

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

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

Decido.

Tendo em vista a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.812.521/SC (ementa abaixo), determino a suspensão do feito até decisão definitiva no RE nº 1.169.289/SC.

“Verifica-se que a questão jurídica objeto dos recursos especiais interpostos é, efetivamente, a incidência de juros da mora no período compreendido entre a data da expedição do precatório ou da requisição de pequeno valor (RPV) e o efetivo pagamento.

Ocorre que a matéria teve a sua repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito dos autos do RE 1.169.289, de relatoria do Min. Marco Aurélio, cujo processamento se encontra pendente naquela Corte (Tema 1.037).

Dessa forma, verificada a repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, por medida de economia processual e para evitar decisões dissonantes entre a Corte Suprema e esta Corte Superior, os recursos que tratam da mesma controvérsia no STJ devem aguardar, no Tribunal de origem, a solução no recurso extraordinário afetado, viabilizando, assim, o juízo de conformação, hoje disciplinado pelos arts. 1.039 e 1.040 do CPC/2015.

Nesse contexto, cumpre esclarecer que, somente depois de realizada essa providência, a qual representa o exaurimento da instância ordinária, o recurso especial deverá ser encaminhado, em sua totalidade, para este Tribunal Superior, a fim de que possam ser analisadas as questões jurídicas nele suscitadas e que não ficaram prejudicadas pelo novo pronunciamento da Corte a quo.

ANTE DO EXPOSTO, determino o retorno dos autos à Corte de origem, onde, após a deliberação final do STF nos autos do RE 1.169.289, deverá ser realizado o juízo de conformação do acórdão local, nos termos dos arts. 1.040 e 1.041 do CPC/2015.

Publique-se.

Brasília, 14 de maio de 2019.

MINISTRO SÉRGIO KUKINA

Relator''

Int.

São Paulo, 26 de fevereiro de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0009031-41.2016.4.03.6183

RELATOR: Gab. Vice Presidência

APELANTE: BRUNO TODESCO

Advogado do(a) APELANTE: CLAITON LUIS BORK - SP303899-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos, etc.

Por ora, determino a suspensão do feito até o julgamento final dos REsp 1.761.874/SC, Resp 1.766.553/SC e Resp 1.751.667/RS, vinculados ao tema nº 1.005, que versa sobre a matéria tratada nos presentes autos.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002396-73.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. Vice Presidência
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

AGRAVADO: IRALDO ALFREDO CANELLA
Advogado do(a) AGRAVADO: FERNANDA SILVEIRA DOS SANTOS - SP303448-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social contra acórdão proferido por órgão fracionário deste Tribunal Regional Federal.

Por ora, determino o sobrestamento do processo até decisão definitiva nos Recursos Especiais **1.589.069/SP** e **1.595.745/SP**, vinculados ao **tema 951**, que versa sobre a matéria tratada nos presentes autos.

Int.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5004886-57.2018.4.03.6126
RELATOR: Gab. Vice Presidência
APELANTE: MARCOS APARECIDO DA SILVA
Advogado do(a) APELANTE: JAIRO GERALDO GUIMARAES - SP238659-A
APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

DECISÃO

Em atenção ao princípio da economia processual, torno sem efeito a decisão sob o ID 97120693 que negou seguimento ao recurso extraordinário e julgo prejudicado o agravo interno ID 99723254.

Determino, por ora, o sobrestamento do juízo de admissibilidade do recurso extraordinário até final julgamento pelo **Supremo Tribunal Federal da ADI n. 5090**, que versa sobre a incidência da TR como índice de correção monetária das contas fundiárias, nos termos da decisão proferida em 06/09/2019, *verbis*:

*DECISÃO: Considerando: (a) a pendência da presente ADI 5090, que sinaliza que a discussão sobre a rentabilidade do FGTS ainda será apreciada pelo Supremo e, portanto, não está julgada em caráter definitivo, estando sujeita a alteração (plausibilidade jurídica); (b) o julgamento do tema pelo STJ e o não reconhecimento da repercussão geral pelo Supremo, o que poderá ensejar o trânsito em julgado das decisões já proferidas sobre o tema (perigo na demora); (c) os múltiplos requerimentos de cautelar nestes autos; e (d) a inclusão do feito em pauta para 12/12/2019, **defiro a cautelar, para determinar a suspensão de todos os feitos que versam sobre a matéria, até julgamento do mérito pelo Supremo Tribunal Federal.** Publique-se. Intime-se. Brasília, 6 de setembro de 2019. Ministro Luís Roberto Barroso Relator*

Int.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5022233-21.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. Vice Presidência

APELANTE: MACIEL BALDOINO DA SILVA

Advogados do(a) APELANTE: VICTOR RODRIGUES SETTANNI - SP286907-A, JACIALDO MENESES DE ARAUJO SILVA - SP382562-A

APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

D E C I S Ã O

Em atenção ao princípio da economia processual, torno sem efeito a decisão sob o ID 97176558 que negou seguimento ao recurso extraordinário e julgo prejudicado o agravo interno ID 106856369.

Determino, por ora, o **sobrestamento do juízo de admissibilidade do recurso extraordinário** até final julgamento pelo **Supremo Tribunal Federal da ADI n. 5090**, que versa sobre a incidência da TR como índice de correção monetária das contas fundiárias, nos termos da decisão proferida em 06/09/2019, *verbis*:

*DECISÃO: Considerando: (a) a pendência da presente ADI 5090, que sinaliza que a discussão sobre a rentabilidade do FGTS ainda será apreciada pelo Supremo e, portanto, não está julgada em caráter definitivo, estando sujeita a alteração (plausibilidade jurídica); (b) o julgamento do tema pelo STJ e o não reconhecimento da repercussão geral pelo Supremo, o que poderá ensejar o trânsito em julgado das decisões já proferidas sobre o tema (perigo na demora); (c) os múltiplos requerimentos de cautelar nestes autos; e (d) a inclusão do feito em pauta para 12/12/2019, **deforo a cautelar, para determinar a suspensão de todos os feitos que versem sobre a matéria, até julgamento do mérito pelo Supremo Tribunal Federal.** Publique-se. Intime-se. Brasília, 6 de setembro de 2019. Ministro Luís Roberto Barroso Relator*

Int.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5006369-25.2017.4.03.6105

RELATOR: Gab. Vice Presidência

APELANTE: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

APELADO: MANN+HUMMEL BRASIL LTDA.

Advogados do(a) APELADO: RODRIGO ALEXANDRE LAZARO PINTO - SP235177-A, EDUARDO SIMOES FLEURY - SP273434-A

D E C I S Ã O

Trata-se de Recurso Extraordinário interposto por **MANN+HUMMEL BRASIL LTDA.**, com fundamento no art. 102, III, "a" da Constituição Federal, contra acórdão prolatado por órgão fracionário deste E. Tribunal Regional Federal.

Nos autos do **RE n.º 603.624/SC**, admitido pelo Supremo Tribunal Federal como representativo de controvérsia (**tema n.º 325** de Repercussão Geral), se discute a "Indicação de **bases econômicas** para delimitação da competência relativa à **instituição de contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, após o advento da Emenda Constitucional n.º 33/2001**").

A **generalidade da redação conferida ao tema n.º 325** de Repercussão Geral pelo STF indica ainda a disposição da Suprema Corte para a **análise da base econômica possível das exações em tese, com aplicação a todas as contribuições sociais gerais e interventivas**. Ainda que assim não fosse, a tese jurídica a ser fixada no recurso paradigma é essencialmente a mesma, não havendo como negar a sua inexorável influência na solução das discussões postas em análise.

Mais ainda, o próprio STF vem determinando a aplicação do tema n.º 325 na controvérsia envolvendo a constitucionalidade da contribuição ao FNDE - tributo cuja natureza jurídica, segundo a própria Suprema Corte, é de contribuição social geral (RE n.º 272.942 AgR/RS e RE n.º 280.140 ED/RS) - em face do advento da EC n.º 33/01. Por oportuno, confira-se:

"Vistos etc. Trata-se de recurso extraordinário admitido pelo Tribunal de origem nos seguintes termos: "Em seu recurso excepcional, a recorrente alega violação: i) ao artigo 93, IX, da Constituição Federal, em razão das omissões não sanadas no v. acórdão; e ii) aos artigos 5º, XXXVI, 149, § 2º, III, "a", e 212, § 5º, da Constituição Federal, uma vez que as normas que estabelecem a exação em tela teriam sido revogadas pela Emenda Constitucional n.º 33/2001. É o relatório. Decido. Pressupostos recursais presentes. Apesar de o E. Supremo Tribunal Federal ter decidido, no RE n.º 660.933/SP, que a contribuição denominada salário-educação é constitucional, a Suprema Corte não analisou colegiadamente a tese acerca de sua revogação pela Emenda Constitucional n.º 33/2001." Verifica-se similitude da controvérsia com o Tema n.º 325/STF, tratado no RE 603.624-RG, além de suscitada também nas razões do RE 630.898-RG (Tema n.º 495/STF), conforme relatado na manifestação de existência de repercussão geral: "Sustenta a recorrente afronta ao art. 149 da Constituição Federal... (...) "Prosegue sustentando que, com o advento da Emenda Constitucional n.º 33/01, que modificou o art. 149 da Constituição Federal, foram revogadas todas as contribuições instituídas pela União Federal com bases de cálculo distintas daquelas previstas no inciso III do § 2º da citada norma constitucional, pois referida emenda constitucional trouxe substanciais inovações no regramento das contribuições interventivas, delimitando e estabelecendo rigidamente as bases materiais suscetíveis de sua incidência." Esta Suprema Corte tem sobrestado os recursos em casos semelhantes. Cito: RE 1004827, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 03.5.2018, RE 1112871, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 17.4.2018, RE 1049397, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 09.02.2018, RE 1031213, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 26.6.2017, RE 1048486, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 16.6.2017, e o RE 1004427, de minha lavra, DJe 01.3.2017. O art. 328 do RISTF autoriza a devolução dos recursos extraordinários e dos agravos de instrumento aos Tribunais ou Turmas Recursais de origem para os fins previstos no Código de Processo Civil, relativos à sistemática da repercussão geral. Devolvam-se os autos à Corte de origem. Publique-se. Brasília, 13 de fevereiro de 2019. Ministra Rosa Weber Relatora"

(STF, RE n.º 1.180.281, Rel. Min. ROSA WEBER, julgado em 13/02/2019, publicado em DJe-039 DIVULG 25/02/2019 PUBLIC 26/02/2019) (Grifei).

No mesmo sentido, podem ser mencionados ainda os seguintes precedentes: RE n.º 1.004.827, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 03.5.2018; RE n.º 1.112.871, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 17.4.2018; RE n.º 1.049.397, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 09.02.2018; RE n.º 1.031.213, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 26.6.2017 e RE n.º 1.048.486, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 16.6.2017.

Especificamente no que atine à controvérsia acerca da **constitucionalidade da contribuição social instituída pelo art. 1.º da LC n.º 110/01 à luz EC n.º 33/01** - tributo que, novamente segundo a Suprema Corte, ostenta feição de **contribuição social geral** (ADI n.º 2.556-MC e RE 535.041 AgR) -, além das razões já expendidas, verifica-se precedente do próprio STF a perfilhar a tese até aqui exposta, o qual, pela relevância, transcrevo no trecho pertinente:

*"Vistos etc. Trata-se de embargos de declaração opostos de decisão monocrática, da minha lavra, mediante a qual aplicada a sistemática da repercussão geral com fundamento no RE 878.313-RG, em que examinada "a controvérsia relativa a saber se, constatado o exaurimento do objetivo – custeio dos expurgos inflacionários das contas vinculadas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – em razão do qual foi instituída a contribuição social versada no artigo 1º da Lei Complementar nº 110, de 29 de junho de 2001, deve ser assentada a extinção do tributo ou admitida a perpetuação da cobrança ainda que o produto da arrecadação seja destinado a fim diverso do original" (Tema 846). Os embargantes alegam omissis o julgado. Argumentam que "o acórdão paradigma apenas trata de dois dos três argumentos apresentados pela recorrente, quais sejam o esgotamento e o desvio de finalidade da Contribuição instituída pelo artigo 1º da Lei Complementar n. 110/2001". Acrescentam que a decisão embargada não cuidou "da inconstitucionalidade superveniente da base de cálculo da contribuição social ao FGTS, em virtude da edição da Emenda Constitucional n. 33 de dezembro de 2001, a qual preceitua que as aludidas contribuições, devem, necessariamente, ter por base de cálculo a receita bruta, o faturamento, o valor da operação ou o valor aduaneiro". [...] É o relatório. Decido. Satisfeitos os pressupostos extrínsecos, passo à análise do mérito dos aclaratórios, opostos já na vigência do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015). O art. 1.022 do CPC/2015 admite embargos de declaração "contra qualquer decisão judicial", autorizando, de forma expressa, na dicção do art. 1.024, § 2º, enfrentamento monocrático quando "opostos contra decisão de relator ou outra decisão unipessoal proferida em tribunal". Com base, pois, nesse permissivo legal, procedo à apreciação singular destes declaratórios. Com razão, em parte, os embargantes. [...] Por seu turno, a aferição da compatibilidade entre o art. 1º da Lei Complementar 110/2001 e o § 2º do art. 149 da Carta da República, na redação conferida pela Emenda Constitucional 33/2001, encontra-se em discussão no RE 603.624-RG (Tema 325), hoje sob minha relatoria, matéria que teve sua repercussão geral afirmada em acórdão assim ementado: **"TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES. BASES ECONÔMICAS. ART. 149, § 2º, III, A, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, INSERIDO PELA EC 33/01. FOLHA DE SALÁRIOS. CONTRIBUIÇÕES AO SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS - SEBRAE, À AGÊNCIA BRASILEIRA DE PROMOÇÃO DE EXPORTAÇÕES E INVESTIMENTOS - APEX E À AGÊNCIA BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL - ABDI INCIDENTES SOBRE A FOLHA DE SALÁRIOS. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL."** (RE 603.624-RG, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJe 23.11.2010.) A análise instaurada no mencionado paradigma, consoante consignado na manifestação apresentada por minha ilustre predecessora, abrange os "tributos e contribuintes que podem ser afetados pela definição acerca do caráter taxativo ou exemplificativo do rol de bases econômicas constante do art. 149, § 2º, III "a", da Constituição Federal". Na espécie, os temas versados na presente hipótese – (i) a arguição de inconstitucionalidade da contribuição social prevista no art. 1º da Lei Complementar nº 110/01, em face do exaurimento da finalidade a ela subjacente; e (ii) a taxatividade do rol de bases econômicas do art. 149, § 2º, da Constituição Federal, com o advento da Emenda Constitucional nº 33/2001 – encontram-se ambos submetidos, portanto, à sistemática da repercussão geral, no RE 878.313 e no RE 603.624, respectivamente. Cito algumas decisões nesse sentido: RE 863.372/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 31.5.2016; RE 902.053/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 11.11.2016; e RE 1.023.865/SC, de minha lavra, DJe 1º.3.2017. Nesse passo, constatada a omissão, acolho parcialmente os embargos declaratórios para acrescentar aos fundamentos do decisum embargado as razões supra, mantido o julgado quanto à devolução dos autos à Corte de origem para os fins previstos no art. 1.036 do CPC/2015. Publique-se. Brasília, 28 de junho de 2019. Ministra Rosa Weber Relatora.*

(STF, RE n.º 1.000.402 ED/SC, Rel. Min. ROSA WEBER, julgado em 28/06/2019, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-167 DIVULG 31/07/2019 PUBLIC 01/08/2019) (Grifei).

Por outro lado, a questão tratada no presente recurso é objeto do **Recurso Extraordinário n.º 878.313/SC**, admitido pelo Supremo Tribunal Federal como representativo de controvérsia (**tema n.º 846** de Repercussão Geral, no qual se discute a "**constitucionalidade da manutenção da contribuição social após atingida a finalidade que motivou a sua instituição**") e ainda pendente de julgamento.

Importa anotar, por oportuno, que o prosseguimento do feito em relação a eventuais outros recursos excepcionais interpostos é incompatível com a sistemática do microsistema processual de precedente obrigatório em que a unicidade processual deve ser respeitada.

Registre-se, nesta ordem de ideias, que o juízo de admissibilidade de Recurso Extraordinário ou Especial não pode ser realizado em etapas ou de forma fracionada, razão pela qual, havendo recurso a autorizar a suspensão da admissibilidade do expediente, nos termos do art. 1.036 do CPC vigente, mais não cabe senão suspender a marcha processual.

Eventuais recursos, e até mesmo teses ou capítulos recursais, que não cuidem de matéria submetida ao regime dos recursos representativos de controvérsia, deverão aguardar o desfecho do capítulo submetido a tal sistemática para, só então, serem apreciados.

Ante o exposto, com fundamento no art. 1.030, III do Código de Processo Civil, determino o sobrestamento do feito até a publicação do acórdão de mérito a ser proferido nos autos do **Recurso Extraordinário n.º 603.624/SC**, vinculado ao **tema n.º 325** de Repercussão Geral e nos autos do **Recurso Extraordinário n.º 878.313/SC**, vinculado ao **tema n.º 846** de Repercussão Geral.

Intimem-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) N° 5018697-32.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. Vice Presidência

AGRAVANTE: PAULO ROBERTO CANTON

Advogados do(a) AGRAVANTE: CILEIDE CANDOZIN DE OLIVEIRA BERNARTT - SP27175-A, MICHELE SENZIANI - SP309688-A

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de recurso especial interposto pela parte agravante contra acórdão proferido por órgão fracionário deste Tribunal Regional Federal.

Decido.

A presente impugnação não pode ser admitida.

Primeiramente, inviável a alegação de ofensa a dispositivos constitucionais por meio do Recurso Especial, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, pois o julgamento de matéria de índole constitucional é reservado ao Supremo Tribunal Federal.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO. VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE EM ÂMBITO DE RECURSO ESPECIAL.

1. Ao STJ é vedada a análise de violação a dispositivos constitucionais, uma vez que essa competência é exclusiva do Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o art. 102, III, da Constituição Federal, pela via do recurso extraordinário. E, no caso, nas razões recursais, a defesa aponta contrariedade apenas ao art. 5º, XXXVI e LV, da Constituição Federal.

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1867179/PA, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/05/2020, DJe 03/06/2020)

No mais, é pacífico o entendimento da instância superior a dizer que "*O conhecimento do recurso pela alínea "c" do permissivo constitucional exige a indicação do dispositivo legal ao qual foi atribuída interpretação dissonante e a demonstração da divergência, mediante o cotejo analítico do acórdão recorrido e dos arestos paradigmas, de modo a se verificarem as circunstâncias que assemelhem ou identifiquem os casos confrontados (arts. 255, § 1º, do RISTJ e 1.029, § 1º, do CPC/2015). Ausentes tais requisitos, incide a Súmula n. 284/STF.*" (AgInt no REsp 1863195/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 25/05/2020, DJe 28/05/2020). Ainda nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO. CONCESSÃO DE APOSENTADORIA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DOS ARTS. 186, 187, 927 E 944, TODOS DO CÓDIGO CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DOS ENUNCIADOS SUMULARES N. 282 E 356 DO STF. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 284/STF. PRESCRIÇÃO. PRETENSÃO DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA DO STJ.

I - Na origem, trata-se de ação objetivando o pagamento de indenização pela demora injustificada na concessão de aposentadoria ajuizada contra o Estado de Santa Catarina e o IPREV. Na sentença, julgaram-se parcialmente procedentes os pedidos para fixar o pagamento da indenização a partir do 31º dia após o requerimento da aposentadoria, descontados os períodos em que o autor esteve de férias. No Tribunal a quo, a sentença foi parcialmente reformada, ficando consignado que não assiste razão ao autor quanto ao cômputo na indenização dos períodos em que gozou férias e licença-prêmio, uma vez que não se justifica pagar indenização em relação ao período em que o autor não laborou. Esta Corte não conheceu do recurso especial.

II - Sobre a alegada violação dos arts. 186, 187, 927 e 944, todos do Código Civil, verifica-se que, no acórdão recorrido, não foi analisado o conteúdo dos dispositivos legais, nem foram opostos embargos de declaração para tal fim, pelo que carece o recurso do indispensável requisito do prequestionamento. Incidência dos Enunciados Sumulares n. 282 e 356, ambos do STF.

III - Não constando do acórdão recorrido análise sobre a matéria referida no dispositivo legal indicado no recurso especial, restava ao recorrente pleitear seu exame por meio de embargos de declaração, a fim de buscar o suprimento da suposta omissão e provocar o prequestionamento, o que não ocorreu na hipótese dos autos.

IV - No tocante ao dissídio jurisprudencial, verifica-se que, conforme a previsão do art. 255, § 1º, do RISTJ, é de rigor a caracterização das circunstâncias que identifiquem os casos confrontados, cabendo a quem recorre demonstrar tais circunstâncias, com indicação da similitude fática e jurídica entre os julgados, apontando o dispositivo legal interpretado nos arestos em cotejo, com a transcrição dos trechos necessários para tal demonstração. Em face de tal deficiência recursal, aplica-se o constante da Súmula n. 284 do STF.

V - Quanto à apontada divergência jurisprudencial, observa-se que os acórdãos confrontados não possuem a mesma similitude fática e jurídica, uma vez que, enquanto o acórdão recorrido trata da prescrição quanto à indenização pela demora injustificada na concessão de aposentadoria, os acórdãos paradigmas cuidam do termo inicial da prescrição para requerer a conversão de licença-prêmio não gozada em pecúnia. Nesse sentido: (AgInt no AREsp n. 1.002.220/BA, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 23/11/2017, DJe 4/12/2017 e REsp n. 1.666.682/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 6/6/2017, DJe 19/6/2017).

VI - A par da sintonia com a jurisprudência desta Corte Superior, a qual é firme no sentido de que, nos casos em que a pretensão possui natureza de trato sucessivo, em que o dano se renova a cada mês, ocorre a prescrição das parcelas anteriores ao quinquênio que precedeu à propositura da ação, nos termos da Súmula n. 85 do STJ (o que atrai a aplicação do enunciado da Súmula n. 83 do STJ), tem-se que a irrisignação do recorrente, acerca da prescrição, vai de encontro às convicções do julgador a quo, que, com lastro no conjunto probatório constante dos autos, decidiu o seguinte (fls.

197-198): "Portanto, assiste razão ao Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina quanto ao reconhecimento da prescrição quinquenal. Deste modo, tendo a ação sido ajuizada em 13/3/2014, deve-se reconhecer a prescrição dos valores anteriores a 13/3/2009." VII - Para rever tal posição e interpretar os dispositivos legais indicados como violados, seria necessário o reexame desses mesmos elementos fático-probatórios, o que é vedado no âmbito estreito do recurso especial. Incide na hipótese a Súmula n. 7/STJ.

VIII - Agravo interno improvido.

(AgInt no REsp 1659721/SC, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/05/2020, DJe 29/05/2020)

Neste caso concreto, verifica-se que a parte recorrente não efetuou o cotejo analítico entre o acórdão recorrido e os precedentes paradigmáticos citados, tampouco demonstrando a similitude fática entre eles, o que impede a subida do recurso especial interposto.

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

Intimem-se.

D E C I S Ã O

Trata-se de recurso extraordinário interposto pela parte agravante contra acórdão emanado de Turma Julgadora deste Tribunal Regional Federal.

DECIDO.

O recurso não merece trânsito.

No tocante à alegada violação aos preceitos constitucionais, tem-se que está assentado o entendimento de que a verificação, no caso concreto, da ocorrência de afronta a dispositivos constitucionais, se dependente da análise prévia da legislação infraconstitucional, configura ofensa constitucional reflexa ou indireta, a desautorizar o apelo extraordinário.

Nesse sentido:

EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Direito Processual Civil e Administrativo. Ação rescisória. Enquadramento em plano de carreira. Legislação infraconstitucional. Ofensa reflexa. Fatos e provas. Reexame. Impossibilidade. Precedentes. 1. Não se presta o recurso extraordinário para a análise de matéria infraconstitucional, tampouco para o reexame de fatos e provas dos autos. Incidência das Súmulas n.ºs 279 e 280/STF. 2. Agravo regimental não provido. 3. Havendo prévia fixação de honorários advocatícios pelas instâncias de origem, seu valor monetário será majorado em 10% (dez por cento) em desfavor da parte recorrente, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, observados os limites dos §§ 2º e 3º do referido artigo e a eventual concessão de justiça gratuita. (ARE 1188889 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 06/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-114 DIVULG 29-05-2019 PUBLIC 30-05-2019)

EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Direito Constitucional e Processual Civil. Ação rescisória. Violação da coisa julgada. Fatos e provas. Reexame. Impossibilidade. Legislação infraconstitucional. Ofensa reflexa. Precedentes. 1. Não se presta o recurso extraordinário para o reexame dos fatos e das provas constantes dos autos, nem da legislação infraconstitucional pertinente. Incidência das Súmulas n.ºs 279 e 636/STF. 2. Agravo regimental não provido, com imposição de multa de 1% (um por cento) do valor atualizado da causa (art. 1.021, § 4º, do CPC). 3. Havendo prévia fixação de honorários advocatícios pelas instâncias de origem, seu valor monetário será majorado em 10% (dez por cento) em desfavor da parte recorrente, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, observados os limites dos §§ 2º e 3º do referido artigo e a eventual concessão de justiça gratuita. (ARE 1181711 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 12/03/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-077 DIVULG 12-04-2019 PUBLIC 15-04-2019)

Neste caso, a verificação da alegada ofensa aos dispositivos constitucionais invocados demanda prévia incursão pela legislação ordinária, o que revela o descabimento do extraordinário interposto.

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

Int.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5007344-22.2018.4.03.6102

RELATOR: Gab. Vice Presidência

APELANTE: UNIMED DE RIBEIRAO PRETO COOPERATIVA DE TRABALHO MEDICO

Advogado do(a) APELANTE: JOSE LUIZ MATTHES - SP76544-A

APELADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

D E C I S Ã O

No caso concreto, a recorrente interpôs **RECURSO EXTRAORDINÁRIO e RECURSO ESPECIAL**.

O acórdão recorrido recebeu a seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. ATENDIMENTO NA REDE PÚBLICA DE SAÚDE. RESSARCIMENTO AO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - SUS. LEI Nº 9.656/98. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DO ÍNDICE DE VALORIZAÇÃO DO RESSARCIMENTO - IVR. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.

1. Cabe destacar que o ônus da prova cabe a quem alega e que o art. 41, da LEF, prevê que o processo administrativo ficará na repartição competente e dele poderão ser extraídas cópias ou certidões, a requerimento da parte ou do juízo. Dessa forma, no caso dos autos, não se sustenta a alegação de cerceamento de defesa, mormente porque a parte poderia, per si, ou seja, sem intervenção judicial, ter juntado cópia integral do processo administrativo. Esta Corte Federal já decidiu no sentido de que a intervenção judicial somente se faz necessária nos casos de comprovada resistência administrativa, o que não é o caso dos autos. Precedentes.

2. Nas demandas que envolvam pedido de ressarcimento ao Sistema Único de Saúde - SUS, nos termos do art. 32 da Lei nº 9.656/1998, a jurisprudência firmou entendimento de que é aplicável o prazo prescricional de cinco anos previsto no Decreto nº 20.910/1932. Precedentes do STJ e deste Tribunal.

3. É obrigatório o ressarcimento, por parte de operadoras de planos de saúde, dos valores despendidos para a prestação de serviços aos seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde (questão já analisada pelo Supremo Tribunal Federal no exame da ADI nº 1.931-8 MC).

4. No caso sub judice, não restou comprovado que os valores cobrados com a aplicação do Índice de Valorização do Ressarcimento (IVR) são superiores à média dos praticados pelas operadoras de planos de saúde, razão pela qual não há que se falar em abusividade ou excesso de cobrança.

5. Apelação desprovida.

1. RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Trata-se de Recurso Extraordinário interposto por UNIMED RIBEIRÃO PRETO COOPERATIVA DE TRABALHO MEDICO, com fundamento no art. 102, III, da Constituição Federal, em face de acórdão prolatado por órgão fracionário deste E. Tribunal Regional Federal.

Em seu recurso excepcional, a Recorrente alega, em especial, violação ao art. 5º, LV e LIV, da CF.

Decido.

Os autos versam sobre cobrança de dívida ativa não tributária consubstanciada no ressarcimento ao sistema único de saúde - SUS de valores gastos com usuários que possuem planos de saúde.

A Corte Suprema, no julgamento do **RE 597.064/RJ** (Tema 345), pela sistemática da repercussão geral, assentou entendimento no sentido de que *É constitucional o ressarcimento previsto no art. 32 da Lei 9.656/98, o qual é aplicável aos procedimentos médicos, hospitalares ou ambulatoriais custeados pelo SUS e posteriores a 4/6/1998, assegurados o contraditório e a ampla defesa, no âmbito administrativo, em todos os marcos jurídicos.*

A suposta violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e do devido processo legal, quando o julgamento da causa depender de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais, não possui repercussão geral (Tema 660/STF).

No mais, sobre o cerceamento de defesa, o acórdão recorrido, atento às peculiaridades dos autos, assim decidiu:

(...)

cabe destacar que o ônus da prova cabe a quem alega e que o art. 41, da LEF, prevê que o processo administrativo ficará na repartição competente e dele poderão ser extraídas cópias ou certidões, a requerimento da parte ou do juízo.

Dessa forma, no caso dos autos, não se sustenta a alegação de cerceamento de defesa, mormente porque a parte poderia, per si, ou seja, sem intervenção judicial, ter juntado cópia integral do processo administrativo.

Esta Corte Federal já decidiu no sentido de que a intervenção judicial somente se faz necessária nos casos de comprovada resistência administrativa, o que não é o caso dos autos.

(...)

É pacífica a orientação jurisprudencial da instância superior a dizer que não é cabível o recurso extraordinário para impugnar acórdão que tenha decidido, com base em fatos e nas provas dos autos, haja vista que a aferição do acerto ou equívoco de tal conclusão implica revolvimento do acervo fático-probatório dos autos.

A pretensão recursal, portanto, desafia o entendimento cristalizado na Súmula 279 do C. STF (*Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário*), dado que a revisão do quanto decidido pressupõe inescapável reexame do arcabouço fático-probatório dos autos.

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

2. RECURSO ESPECIAL

Trata-se de recurso especial interposto por UNIMED RIBEIRÃO PRETO COOPERATIVA DE TRABALHO MEDICO, com fundamento no artigo 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido por órgão fracionário deste Tribunal Regional Federal.

Defende a parte insurgente que o acórdão viola os dispositivos infraconstitucionais que aponta, em especial, os arts. 7º, 139, 372, 438 do CPC e o art. 32, §8º, da Lei 9.656/98.

Decido.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido da não admissão do recurso especial quando o acórdão recorrido não diverge de seus precedentes.

Sobre o tema impugnado no presente recurso:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO DEVIDO AO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - SUS PELAS OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE. ART. 32 DA LEI 9.656/98. PRAZO PRESCRICIONAL. APLICAÇÃO DO DECRETO 20.910/32. SÚMULA 83/STJ. 1. O Superior Tribunal de Justiça entende ser aplicável o prazo prescricional de cinco anos previsto no Decreto 20.910/32, e não o disposto no Código Civil, em caso de demanda que envolva pedido de ressarcimento ao Sistema Único de Saúde na hipótese do art. 32 da Lei 9.656/98. 2. Dessume-se que o acórdão recorrido está em sintonia com o atual entendimento do STJ, razão pela qual não merece prosperar a irresignação. Incide, in casu, o princípio estabelecido na Súmula 83/STJ: "Não se conhece do Recurso Especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida." 3. Cumpre ressaltar que a referida orientação é aplicável também aos recursos interpostos pela alínea "a" do art. 105, III, da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido: REsp 1.186.889/DF, Segunda Turma, Relator Ministro Castro Meira, DJ de 2.6.2010. 4. Agravo Regimental não provido. (AgRg no AREsp 666.802/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/06/2015, DJe 05/08/2015.

No mesmo sentido, o REsp 1435077/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, segunda turma, julgado em 19/08/2014, DJe 26/08/2014; o AgRg no AREsp 850.760/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, segunda turma, julgado em 07/04/2016, DJe 15/04/2016; o AgRg no AREsp 699.949/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, segunda turma, julgado em 06/08/2015, DJe 18/08/2015.

O acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, incidindo-se, pois, o óbice da Súmula 83 daquele Tribunal: *Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.*

Ademais, a matéria em questão é eminentemente constitucional, tanto que é objeto do Tema 345 do STF (Ressarcimento ao Sistema Único de Saúde - SUS das despesas com atendimento a beneficiários de planos privados de saúde), cujo mérito foi recentemente julgado, o que inviabiliza a análise em sede de Recurso Especial.

Precedente:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATOS ADMINISTRATIVOS E NULIDADE DE DÉBITO. RESSARCIMENTO AO SUS. TABELA TUNEP. NÃO OCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS ARTS. 128, 131, 165, 458 E 460 DO CPC/1973. ACÓRDÃO RECORRIDO FUNDAMENTADO EM MATÉRIA EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. COMPETÊNCIA DO STF. AGRADO REGIMENTAL DA EMPRESA DESPROVIDO. 1. De início, cumpre ressaltar que, nos termos do que decidido pelo Plenário do STJ, aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (Enunciado Administrativo 2). 2. Não há falar em ofensa aos arts. 128, 131, 165, 458 e 460 do CPC/1973, na medida em que o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos presentes autos. Nesse sentido: AgRg no AREsp. 241.749/RJ, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 27.8.2015. 3. Quanto ao tema inserto no art. 273, I do CPC/1973, a apreciação dos critérios previstos no mencionado dispositivo, com vistas a impedir a inscrição do nome da recorrente no CADIN e do débito em dívida ativa da ANS, tal como fez o juízo de origem, demandaria o reexame de matéria fático-probatória. 4. Ademais, o acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência desta Corte, segundo a qual a mera discussão judicial acerca do débito sem a correspondente caução não obsta, por si só, a possibilidade de inscrição no referido cadastro. A propósito: AgRg no REsp. 1.126.060/RJ, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 25.11.2009 e AgRg no REsp. 1.074.859/RJ, Min. CASTRO MEIRA, DJe 5.10.2009. 5. No que se refere ao ressarcimento ao SUS, a Corte a quo, ao manter a negativa de provimento à apelação da Recorrente quanto à violação ao art. 32, caput e § 8o. da Lei 9.656/1998, apreciou a questão amparando-se em fundamentos exclusivamente constitucionais (fls. 3.349/3.364 dos autos). 6. Agravo Regimental da empresa desprovido. (AgRg no AREsp 291.622/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 05/04/2017).

A verificação da existência ou não de cerceamento de defesa implicaria em análise do contexto fático-probatório do feito. Nesse sentido, a pretensão da recorrente esbarra no entendimento jurisprudencial consolidado na **Súmula n.º 7 do STJ**:

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

Este entendimento, cumpre registrar, se reverbera na jurisprudência do STJ:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PRETENSÃO AO RECONHECIMENTO DE DESVIO DE FUNÇÃO. OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC/2015 NÃO CONFIGURADA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ.

1. Hipótese em que o Tribunal local consignou: "Ao magistrado, como destinatário da prova, compete ponderar sobre a necessidade ou não da sua realização. A produção probatória deve possibilitar ao magistrado a formação do seu convencimento acerca da questão posta. No caso, o indeferimento da prova requerida não caracteriza cerceamento de defesa, não sendo o caso, portanto, de nulidade da sentença" (fl. 4.601, e-STJ).

2. Não se configura a ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada.

3. Não há como aferir eventual ofensa aos arts. 369 e 373 do CPC/2015 (arts. 332 e 333 do CPC/1973) sem que se verifique o conjunto probatório dos presentes autos. A pretensão de simples reexame de provas, além de escapar da função constitucional deste Tribunal, encontra óbice na Súmula 7 do STJ, cuja incidência é indubitosa no caso sob exame.

4. O art. 370 do CPC/2015 consagra o princípio da persuasão racional, habilitando o magistrado a valer-se do seu convencimento, à luz das provas constantes dos autos que entender aplicáveis ao caso concreto. Não obstante, a aferição acerca da necessidade de produção de prova pericial impõe o reexame do conjunto fático-probatório encartado nos autos, o que é defeso ao STJ, ante o óbice erigido pela Súmula 7/STJ.

5. Recurso Especial não conhecido.

(STJ, REsp n.º 1.671.550/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 30/06/2017).

No mais, em situação análoga, o STJ decidiu que a juntada do processo administrativo fiscal na execução fiscal é determinada segundo juízo de conveniência do magistrado, quando reputado imprescindível à alegação da parte executada:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. JUNTADA AOS AUTOS DE CÓPIA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PROVIDÊNCIA SUJEITA AO JUÍZO DE CONVENIÊNCIA DO MAGISTRADO. AFERIÇÃO DOS REQUISITOS DE VALIDADE DA CDA. SÚMULA 7/STJ.

1. "A juntada do processo administrativo fiscal na execução fiscal é determinada segundo juízo de conveniência do magistrado, quando reputado imprescindível à alegação da parte executada. A disponibilidade do processo administrativo na repartição fiscal impede a alegação de cerceamento de defesa." (REsp 1.180.299/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 8/4/10) 2. A alteração das conclusões adotadas pela Corte de origem, a respeito da regularidade da CDA que fundamenta o processo de execução fiscal, tal como colocada a questão nas razões recursais, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em sede de recurso especial, a teor do óbice previsto na Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 318.585/PE, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 04/02/2014)

O acórdão recorrido reconheceu a legitimidade dos valores constantes na tabela TUNEP, de modo que a análise da alegação de exorbitância dos valores cobrados implica em reanálise de fatos e provas dos autos, encontrando, mais uma vez, óbice na Súmula 7 do STJ. A propósito:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO AO SUS. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. DECRETO 20.910/1932. SÚMULA 83/STJ. APLICAÇÃO DA TABELA TUNEP. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7 DO STJ.

1. Quanto à prescrição da pretensão de cobrança do ressarcimento ao SUS, verifica-se que o acórdão recorrido está em harmonia com o entendimento do STJ de que a prescrição para a cobrança da dívida ativa de natureza não tributária é quinquenal, com base no Decreto 20.910/1932.

2. Verifica-se que o Tribunal de origem decidiu a causa em consonância com a orientação do STJ, pelo que incide, na espécie, a Súmula 83/STJ, enunciado sumular aplicável, inclusive, quando fundado o Recurso Especial na alínea "a" do inciso III do art. 105 da Constituição Federal. 3. A análise sobre a aplicação da tabela TUNEP e a verificação se os seus valores correspondem ao efetivamente praticado pelas operadoras de plano de saúde, exigiriam a apreciação dos elementos de provas constantes nos autos, cuja revisão é inviável no âmbito do Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7 do STJ.

4. Além disso, verificar a ocorrência ou não enriquecimento ilícito demandaria também reexame de matéria fático-probatória, vedado em Recurso Especial.

5. Recurso Especial não conhecido.

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

Na espécie, o recorrente não evidencia a identidade jurídica e não demonstra a situação de dissensão jurisprudencial, providência imprescindível para que se evidenciasse, de forma indubitosa, o dissídio.

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

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5007345-07.2018.4.03.6102

RELATOR: Gab. Vice Presidência

APELANTE: UNIMED DE RIBEIRAO PRETO COOPERATIVA DE TRABALHO MEDICO

Advogado do(a) APELANTE: JOSE LUIZ MATTHES - SP76544-A

APELADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

No caso concreto, a recorrente interpôs **RECURSO EXTRAORDINÁRIO e RECURSO ESPECIAL**.

O acórdão recorrido recebeu a seguinte ementa:

ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO EM EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. AUTO DE INFRAÇÃO. APLICAÇÃO DE MULTA. ANS. IMPLANTAÇÃO DE REAJUSTE SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO. INFRAÇÃO CONFIGURADA. LEGALIDADE DA MULTA. HONORÁRIOS. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

1. A prescrição intercorrente no processo administrativo está prevista no artigo 1º, § 1º, da Lei nº 9.873/99. No entanto, a referida prescrição intercorrente somente pode ser tida por ocorrida quando for patente a inércia da ANS na análise do processo administrativo, vale dizer que os despachos, pareceres e demais encaminhamentos são considerados atos de impulsionamento destinados a fornecer subsídios ao julgamento recursal, que não permitem concluir pela paralisação do processo.

2. Assim, no caso, os documentos constantes dos autos não indicam que o processo permaneceu paralisado por mais de três anos pendente de julgamento ou despacho, não restando configurada a prescrição intercorrente.

3. O artigo 4º, inciso XVII, da Lei 9.961/2000 prevê a competência da ANS para autorizar reajustes e revisões das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde. Ainda, a Resolução Normativa 99/2005, vigente à época dos fatos, também dispunha acerca da referida autorização.

4. Sendo assim, a não observância desta norma, enseja a aplicação da penalidade cabível, que, no caso, encontra previsão na Resolução 124/2006, sem restar caracterizado qualquer excesso, sendo certo que os acessórios devem igualmente ser cobrados, porquanto seguem a sorte do principal.

5. Ademais, a atuação do Poder Judiciário no âmbito do poder discricionário da Administração somente é legítima quando caracterizada ilegalidade na atuação administrativa, o que não ocorre no caso dos autos.

6. Apelação não provida.

Opostos embargos de declaração e proferido o seguinte julgamento:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIOS NO JULGADO. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. PREQUESTIONAMENTO. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Não há qualquer vício na decisão impugnada, sendo evidente que a embargante insatisfeita com o resultado do julgado objetiva alterá-lo, o que não é cabível na via de embargos declaratórios, cuja finalidade é tão somente aclarar alguma questão omissa, obscura, contraditória ou corrigir algum erro material.

2. Tampouco lhe assiste razão quanto à intenção de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário, a qual perde relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022 do novo Código de Processo Civil.

3. Aliás, veja-se que o artigo 1.025 do novo Código de Processo Civil bem esclarece que os elementos suscitados pelo embargante serão considerados incluídos no acórdão "para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade."

4. Embargos rejeitados.

1. RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Trata-se de Recurso Extraordinário interposto por UNIMED RIBEIRÃO PRETO COOPERATIVA DE TRABALHO MEDICO, com fundamento no art. 102, III, da Constituição Federal, em face de acórdão prolatado por órgão fracionário deste E. Tribunal Regional Federal.

Em seu recurso excepcional, a Recorrente alega, em especial, violação ao art. 5º, II, e art. 37 da CF.

Decido.

No que diz respeito à pretensa ofensa aos artigos 5º, II, e 37 da Constituição Federal, observo que os dispositivos mencionados pela recorrente como supostamente violados não foram objeto de análise pelas instâncias ordinárias, o que obsta o conhecimento do recurso pela Corte Suprema, configurada que está a inovação recursal e a ausência de prequestionamento.

Não foi obedecido, portanto, o requisito do prequestionamento, a atrair ao caso a incidência do óbice consubstanciado nas Súmulas 282 e 356/STF, *in verbis*:

Súmula 282: "É inadmissível o recurso extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada."

Súmula 356: "O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento".

Nesse sentido:

*EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL. LICENÇA MATERNIDADE. PRORROGAÇÃO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. EVENTUAL VIOLAÇÃO REFLEXA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA NÃO VIABILIZA O MANEJO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. APLICAÇÃO DA SÚMULA STF 282. INAPTIDÃO DO PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO OU FICTO PARA ENSEJAR O CONHECIMENTO DO APELO EXTREMO. INTERPRETAÇÃO DA SÚMULA STF 356. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 30.11.2010. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a discussão referente à prorrogação de licença maternidade de servidora pública estadual é de natureza infraconstitucional, o que torna obliqua e reflexa eventual ofensa, insuscetível, portanto de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário. Precedentes. O requisito do prequestionamento obsta o conhecimento de questões constitucionais inéditas. **Esta Corte não tem procedido à exegese a contrario sensu da Súmula STF 356 e, por consequência, somente considera prequestionada a questão constitucional quando tenha sido enfrentada, de modo expresse, pelo Tribunal a quo. A mera oposição de embargos declaratórios não basta para tanto. Logo, as modalidades ditas implícita e ficta de prequestionamento não ensejam o conhecimento do apelo extremo. Aplicação da Súmula STF 282: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada". Agravo regimental conhecido e não provido.***

(STF, ARE 707221 AgR, Relator(a): Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe-173 04-09-2013) (destaque nosso).

No mais, conforme decisão no ARE 1.143.077/RJ, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, não mereceria trânsito a alegada violação dos artigos 5º, inciso II, e 37 da Constituição Federal, uma vez que a afronta aos referidos dispositivos constitucionais seria, se ocorresse, indireta ou reflexa, o que não enseja reexame em sede de recurso extraordinário, conforme previsto na Súmula nº 636 desta Corte.

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

Intimem-se.

2. RECURSO ESPECIAL

Trata-se de recurso especial interposto por UNIMED RIBEIRÃO PRETO COOPERATIVA DE TRABALHO MEDICO, com fundamento no artigo 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido por órgão fracionário deste Tribunal Regional Federal.

Defende a parte insurgente que o acórdão viola os dispositivos infraconstitucionais que aponta, em especial o art. 2º da Lei 9784/99, o art. 16 da Lei 9.656/98 e o art. 4º, XVIII, da Lei 9.961/00.

Decido.

Em relação à legalidade da multa imposta, as questões relativas aos dispositivos alegadamente violados não foram apreciadas na fundamentação do acórdão recorrido.

De acordo como teor das Súmulas 211 do STJ e 282 do STF, o recurso excepcional é manifestamente inadmissível quando a decisão hostilizada não enfrentar a questão federal que se alega violada:

Súmula 211 do STJ: "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo."

Súmula 282 do STF: "É inadmissível o recurso extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada."

Ocorrendo a omissão, cabe ao recorrente opor embargos de declaração e, se estes forem rejeitados, **arguir violação ao art. 1.022 do CPC/15** (art. 535 do antigo CPC), sob pena de perseverar o óbice da ausência de prequestionamento. Nesse sentido:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE CANCELAMENTO DE PROTESTO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 211 DO STJ. ENDOSSO MANDATO. MÁ-FÉ DA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. NÃO COMPROVAÇÃO. MATÉRIA QUE DEMANDA REEXAME. SÚMULA 7. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. As matérias referentes aos arts. 514, II, do CPC/1973 e 1.013, §§1º e 2º, do CPC/2015, não foram objeto de discussão no acórdão recorrido, apesar da oposição de embargos de declaração, não se configurando o prequestionamento, o que impossibilita a sua apreciação na via especial (Súmula 211/STJ).

2. O STJ não reconhece o prequestionamento pela simples interposição de embargos de declaração. Persistindo a omissão, é necessária a interposição de recurso especial por afronta ao art. 1.022 do CPC de 2015 (antigo art. 535 do CPC de 1973), sob pena de perseverar o óbice da ausência de prequestionamento.

3. A pretensão recursal acerca da negligência da Instituição financeira no protesto do título, bem como que tivesse sido notificada pela agravante no devido tempo acerca da ausência de higidez do título de crédito levado a protesto, demandaria reexame de provas. Incidência da Súmula 7 do STJ.

4. A jurisprudência do STJ possui entendimento no sentido de que inexistindo má-fé do portador, não se pode obstaculizar a cobrança do seu crédito, nem mesmo penalizá-lo por protestar título higidamente recebido, e, menos ainda, tornar insubsistente a autônoma obrigação que surgiu com o endosso. Precedentes.

5. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp 1314865/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 18/12/2018)

Ausente o necessário prequestionamento da matéria, requisito formal indispensável para o processamento e posterior análise do recurso ora interposto, é de rigor a inadmissão do recurso excepcional.

Ausente violação ao art. 16 da Lei 9.656/98 e ao art. 4º da Lei 9.961/00, visto que, em conformidade com o a jurisprudência do STJ, o acórdão corretamente assinalou a competência da ANS para autorizar reajustes e revisões das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde. Neste sentido:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PLANO DE SAÚDE. AUTOGESTÃO. GEAP. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO E OMISSÃO. INEXISTENTES. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. AFASTADA. INTERESSE DA UNIÃO. INOCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DO CDC. SÚMULA 608/STJ. REAJUSTE DE PLANO DE SAÚDE COLETIVO. EQUILÍBRIO TÉCNICO-ATUARIAL. CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO. ESTATUTO DA ENTIDADE. ABUSIVIDADE. NÃO CONFIGURADA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS RECURSAIS.

(...)

6. Apenas os planos individuais/familiares estão sujeitos à autorização de reajuste pela ANS, conforme procedimento disciplinado pelos arts. 2º ao 11 da RN ANS 171/08, inclusive com previsão do índice de reajuste máximo autorizado pela Diretoria Colegiada da ANS.

(...)

10. Recurso especial conhecido e não provido, sem majoração de honorários advocatícios recursais, considerando ser sucumbente o autor de ação civil pública.

(REsp 1.770.119, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 06/12/18).

Sobre a ocorrência ou não de infração administrativa e a proporcionalidade do valor da multa, a pretexto de alegar violações à lei federal, a parte recorrente pretende rediscutir a justiça da decisão, em seu contexto fático-probatório, e encontra impedimento na **Súmula 7** do Superior Tribunal de Justiça.

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

Intimem-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5010119-17.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. Vice Presidência

AGRAVANTE: DILCAR ANTONIO DURIGON, NELSON YUKISHIGUE MURAKAMI

Advogado do(a) AGRAVANTE: LEONARDO OLIVEIRA DOS SANTOS - SC32284

Advogado do(a) AGRAVANTE: LEONARDO OLIVEIRA DOS SANTOS - SC32284

AGRAVADO: BANCO DO BRASIL SA

Advogado do(a) AGRAVADO: MARISE BERALDES SILVA DIAS ARROYO - SP58976

D E C I S Ã O

Trata-se de recurso especial interposto pelo Banco do Brasil, com fundamento no artigo 105, III, da Constituição Federal, contra acórdão proferido por órgão fracionário deste Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Com contrarrazões.

Decido.

O recurso não merece admissão.

Alega-se violação aos dispositivos infraconstitucionais que aponta, sustentando-se, em síntese, a competência da Justiça Federal para processar as ações individuais que versem sobre cumprimento de sentença da Ação Civil Pública nº 0008465-28.1994.4.01.3400.

A decisão atacada consignou o seguinte:

PROCESSUAL CIVIL. COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA.

*I- O E. STJ, em decisões proferidas em conflitos de competência suscitados em autos de liquidação individual da sentença proferida no âmbito da ação civil pública n. 0008465-28.1994.401.3400 – a mesma que originou o feito de origem –, estabeleceu o entendimento de que a competência funcional cede diante da competência *ratione personae* prevista no art. 109, I da CF/88.*

*II- Hipótese em que o cumprimento de sentença foi promovido tão somente em face do Banco do Brasil, inexistindo ente federal na lide a configurar a competência *ratione personae* prevista no art. 109, I da CF/88. Competência da Justiça Estadual que se reconhece.*

III- Recurso desprovido (ID Num. 96812058 - Pág. 13).

Referido entendimento se coaduna com aquele consolidado pelo E. Superior Tribunal de Justiça, encontrando a pretensão recursal óbice no na Súmula 83/STJ, aplicável também aos recursos interpostos com base na alínea "a" do permissivo constitucional: "*Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.*"

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. IMPUGNAÇÃO À FASE DE CUMPRIMENTO INDIVIDUAL DE SENTENÇA COLETIVA. CÉDULA RURAL. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Esta Corte tem decidido reiteradamente não se justificar o deslocamento da competência do feito e remessa dos autos à Justiça Federal, quando nenhum dos entes indicados no inciso I do art. 109 da Constituição Federal integram a lide, sendo, pois, competente a Justiça Estadual para o julgamento da demanda, quando figura como parte apenas o Banco do Brasil com instituição financeira que celebrou a avença com a parte.

2. Reconhecida a solidariedade entre União, Banco Central e o banco agravante, é possível o direcionamento do cumprimento provisório a qualquer um dos devedores solidários. É possível que a parte persiga seu crédito contra a instituição financeira com quem celebrou a avença, desde que não haja qualquer prova nos autos sobre a noticiada transferência do crédito à União.

3. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 1309643/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 29/04/2019, DJe 02/05/2019)

(GRIFONOS)

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.563.450 - RS (2019/0238586-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI

AGRAVANTE : BANCO DO BRASIL SA

ADVOGADOS : ALISSON DOS SANTOS CAPPELLARI - RS046946

RAFAEL IANSEN CEZAR - AM011910

SILVIA DO NASCIMENTO SCHLEMMER - RS098556

AGRAVADO : GERSON LUIZ TROJAN

ADVOGADOS : GUILHERME CARPENEDO MARTINS NETTO - RS065016

ALEXANDRE LOREA MAGALHÃES - RS062323

JOSÉ NEWTON CHAMORRO ZACHERT BIANCHI - RS062720

DECISÃO

Trata-se de agravo manifestado por Banco do Brasil S.A. com o qual se busca subida do recurso especial interposto pelo agravante em face de acórdão com a seguinte ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. LIQUIDAÇÃO INDIVIDUAL PROVISÓRIA DE SENTENÇA COLETIVA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CÉDULA RURAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

A Justiça Estadual é a competente para processar a liquidação/cumprimento individual provisório ou definitivo de sentença coletiva da ação civil pública nº 0008465-28.1994.4.01.3400-DF, quando ajuizada somente em face do Banco do Brasil S.A., sociedade de economia mista, ressalvado o entendimento do Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

Alegou-se, no especial, violação dos artigos 43, 489, § 1º, VI, 516, I, 526, II, 1.022 e 1.025 do Código de Processo Civil e 93 e 98, § 2º, I, do Código de Defesa do Consumidor. A Presidência do Tribunal local negou seguimento ao recurso especial com, entre outros, fundamento firmado no "REsp 1.145.146/RS (Tema 315 do STJ)" (e-STJ, fl. 359).

Da referida decisão, a instituição financeira interpôs agravo em recurso especial que, recebidos como agravo interno, foi julgado pela "Câmara da Função Delegada dos Tribunais Superiores" (e-STJ, fl. 426), levando a ementa a seguir:

AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. POSSIBILIDADE. RESP. 1.145.146/RS - TEMA 315 DO STJ.

Estando o acórdão vergastado de acordo com entendimento manifestado pelo STJ, em sede de Recursos Repetitivos - Tema n. 315, deve ser mantida a negativa de seguimento do recurso especial. Inteligência do artigo 1.030, I, 'b', do Novo Código de Processo Civil. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO COM APLICAÇÃO DE MULTA. Subiram, após, os autos a esta Corte, que já decidiu, todavia, caber ao Tribunal de origem o exame de eventual divergência entre o caso decidido e a decisão desta Corte, que julga questão representativa de controvérsia, descabendo recurso a esta Casa após aquela decisão.

A propósito:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO CONTRA ACÓRDÃO DO TRIBUNAL A QUO QUE MANTÉM NEGATIVA DE SEGUIMENTO DE RECURSO ESPECIAL COM BASE NO ARTIGO 543-C, § 7º, DO CPC/73. NÃO CABIMENTO.

1. Esta Corte firmou compreensão de que "o único recurso cabível para impugnação sobre possíveis equívocos

na aplicação do art. 543-B ou 543-C é o Agravo Interno a ser julgado pela Corte de origem, não havendo previsão legal de cabimento de recurso ou de outro remédio processual" (AgRg no AREsp 451.572/PR, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 1º/4/2014).

2. É manifestamente incabível agravo em recurso especial contra acórdão do Órgão Especial do Tribunal de origem que, julgando agravo interno, mantém negativa de seguimento de recurso especial com base nos artigos 1.030, I, b, ou 1.040, I, do CPC/2015 (anterior art. 543-C, § 7º, do CPC/73).

3. Na sistemática introduzida pelo artigo 543-C do CPC/73, incumbe ao Tribunal de origem, com exclusividade e em caráter definitivo, proferir juízo de adequação do caso concreto ao precedente formado em repetitivo, não sendo possível, daí em diante, a apresentação de qualquer outro recurso dirigido a este STJ, sob pena de tornar-se ineficaz o propósito racionalizador implantando pela Lei 11.672/2008 (Questão de Ordem no Ag 1.154.599/SP, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Corte Especial, DJe de 12/5/2011).

4. Agravo interno não provido. (AgInt no AREsp 1313420/RJ, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 6/12/2018)

AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INTERPOSIÇÃO CONTRA ACÓRDÃO QUE NEGOU PROVIMENTO A AGRAVO INTERNO DESAFIANDO DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RECURSO MANIFESTAMENTE INCABÍVEL. AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO.

1. O agravo em recurso extraordinário é cabível somente contra decisão monocrática que inadmite o recurso extraordinário, conforme previsto nos artigos 1.030, § 1º e 1.042, ambos do Código de Processo Civil.

2. É manifestamente incabível agravo em recurso extraordinário contra acórdão que negou provimento a agravo interno desafiando decisão que negou seguimento a recurso extraordinário. Incidência do enunciado nº 322/STF.

3. Tratando-se de recurso manifestamente incabível, que não suspende nem interrompe o prazo para a interposição de outro recurso, verifica-se a ocorrência do trânsito em julgado do acórdão que manteve a decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário.

4. Agravo em recurso extraordinário não conhecido.

(ARE no AgInt no RE nos EDcl no AgInt no AREsp 1116064/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, CORTE ESPECIAL, julgado em 3/10/2018, DJe 10/10/2018)

Diante do exposto, não conheço do presente agravo.

Intimem-se.

Brasília (DF), 28 de outubro de 2019. MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI Relatora (Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, 04/11/2019)

(GRIFONOSSO)

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

Intimem-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000982-56.2013.4.03.6105

RELATOR: Gab. Vice Presidência

APELANTE: CLARO S.A.

Advogado do(a) APELANTE: EDUARDO DE CARVALHO SOARES DA COSTA - SP182165-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de recurso especial, com fundamento no art. 105, III, "a" da Constituição Federal, interposto por **CLARO S/A** contra acórdão proferido por órgão fracionário desta Corte Regional.

O julgado impugnado recebeu a seguinte ementa:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. ERRO DO CONTRIBUINTE NO PREENCHIMENTO DA PER/DCOMP.

I - A condenação em honorários advocatícios é uma decorrência lógica do princípio da sucumbência, contido em Outro mais amplo, o princípio da causalidade, segundo o qual a parte que deu causa à instauração do processo deve arcar com os encargos dele decorrentes.

II - No caso em tela, conforme constatado pela perícia contábil, houve erro do contribuinte no preenchimento da linha de saldo negativo de IRPJ do PER/DCOMP, não correspondendo o saldo negativo ao relatado pelo contribuinte, o que impossibilitou o cruzamento dos dados, causando o não reconhecimento do crédito pleiteado. Ainda, após ser notificada do despacho decisório administrativo, a contribuinte ficou inerte, sem apresentar manifestação de inconformidade, encerrando a via administrativa e dando ensejo à propositura da execução fiscal e os presentes embargos.

III - Recurso de apelação improvido.

Pugna a recorrente pela admissibilidade recursal para viabilizar a reforma do acórdão recorrido pela Corte Superior, ante o acolhimento das alegações apontadas em suas razões de recorrer.

Alega, em suma, violação aos arts. 82 e 85 do CPC e 39 da LEF.

Decido.

No caso dos autos, cinge-se a controvérsia recursal sobre a condenação em verba honorária.

O órgão colegiado desta Corte Regional manteve a decisão singular que deixou de condenar a exequente em honorários.

O acórdão hostilizado consignou que:

A condenação em honorários advocatícios é uma decorrência lógica do princípio da sucumbência, contido em outro mais amplo, o princípio da causalidade, segundo o qual a parte que deu causa à instauração do processo deve arcar com os encargos dele decorrentes. No caso em tela, conforme constatado pela perícia contábil, houve erro do contribuinte no preenchimento da linha de saldo negativo de IRPJ do PER/DCOMP, não correspondendo o saldo negativo ao relatado pelo contribuinte, o que impossibilitou o cruzamento dos dados, causando o não reconhecimento do crédito pleiteado. Ainda, após ser notificada do despacho decisório administrativo, a contribuinte ficou inerte, sem apresentar manifestação de inconformidade, encerrando a via administrativa e dando ensejo à propositura da execução fiscal e os presentes embargos.

Sobre o tema confira-se precedente do E. Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS. SUCUMBÊNCIA. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. NÃO PROVIMENTO.

1. No Direito brasileiro, a imposição dos ônus processuais pauta-se pelo princípio da sucumbência, norteados pelo princípio da causalidade, segundo o qual aquele que deu causa à instauração do processo deve arcar com as despesas dele decorrentes.

2. Dissídio jurisprudencial não demonstrado nos moldes estabelecidos nos artigos 1.029, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015 e 255, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

3. *Agravo interno a que se nega provimento.*

(AgInt no AREsp 1379197/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 07/11/2019, DJe 18/11/2019)

Pois bem, inobstante a sucumbência decorra de determinação legal, a solução da controvérsia dependeu do princípio da causalidade e se deu pela análise das provas dos autos.

Logo, para se chegar a conclusão em sentido diverso do quanto consignado nesta Corte, como pretende a recorrente, implica invariavelmente em revolvimento do arcabouço fático, o que faz incidir ao caso o óbice da Súmula 7 do STJ, que veda o reexame de provas no âmbito do recurso especial.

No particular, destaca-se:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE EXECUÇÃO DE QUANTIA CERTA - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO - INSURGÊNCIA RECURSAL DO EXEQUENTE.

1. A sucumbência, para fins de arbitramento dos honorários advocatícios, tem por norte a aplicação do princípio da causalidade, de modo que a parte que suscitou instauração do processo deverá suportar os ônus sucumbenciais. Consoante o princípio da causalidade, os honorários advocatícios são devidos quando o credor desiste da ação de execução após o executado constituir advogado e indicar bens à penhora, independentemente da oposição ou não de embargos do devedor à execução. Precedentes.

2. Na hipótese, o Tribunal de origem, com base nos elementos fático-probatórios constantes dos autos, concluiu que quem deu causa à propositura da demanda foi a recorrente. Alterar tal conclusão demandaria o reexame de fatos e provas, inviável em recurso especial, a teor do disposto na Súmula 7 do STJ.

3. Agravo interno desprovido.

(AgInt no REsp 1849703/CE, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 30/03/2020, DJe 02/04/2020)

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

Int.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5006498-96.2018.4.03.6104

RELATOR: Gab. Vice Presidência

APELANTE: ASSOCIACAO NACIONAL DOS CONTRIBUINTES DE TRIBUTOS

Advogado do(a) APELANTE: GERMANO CESAR DE OLIVEIRA CARDOSO - DF28493-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

A parte recorrente interpôs recurso especial e recurso extraordinário. Passo a analisá-los, nesta ordem:

I - Recurso especial:

Trata-se de recurso especial interposto por Associação Nacional dos Contribuintes de Tributos - ANCC, com fundamento no art. 105, III, da Constituição Federal, contra acórdão prolatado por órgão fracionário deste Tribunal.

O acórdão recorrido recebeu a seguinte ementa:

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. TRIBUTÁRIO. ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE CONTRIBUINTES (ANDCT). AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR CONFIGURADA. INEXISTÊNCIA DE ASSOCIADOS PESSOA JURÍDICA A JUSTIFICAR A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL PERQUIRIDA, VOLTADA PARA O RECONHECIMENTO DA INEXIGIBILIDADE DA CONTRIBUIÇÃO DO PIS/COFINS SOBRE VALORES DAS PRÓPRIAS CONTRIBUIÇÕES. INGRESSO DE ASSOCIADO NO CURSO DO PROCESSO NÃO REPRESENTOU GENUÍNO INTERESSE ASSOCIATIVO, MAS TENTATIVA DE CAMUFLAR A INEXISTÊNCIA DE INTERESSE COLETIVO LATU SENSU. RECURSO DESPROVIDO. 1. A legitimidade ativa da associação para a impetração do mandado de segurança coletivo pressupõe apenas que a causa tenha por objeto interesse de seus associados ou da categoria que representa, independentemente de autorização expressa, dada a disposição constitucional de que nessa situação atua como substituto processual daqueles (RE 573.232/SC). O pressuposto configura o interesse de agir neste tipo de demanda, restando incólume a comprovação da necessidade e utilidade da jurisdição almejada, sob aquele prisma. 2. No caso, pede a associação de contribuintes o reconhecimento da não incidência do PIS/COFINS sobre valores referentes às próprias contribuições, em favor de seus associados e daqueles que futuramente se associem. Porém, não mantinha em seus quadros qualquer pessoa jurídica sujeita à circunscrição da autoridade impetrada, a justificar a necessidade ou a utilidade do ajuizamento, inexistindo assim o risco da ocorrência do fato gerador ora guerreado. A eventualidade do ingresso de pessoas jurídicas como associados não pode servir como pretexto para o atendimento ao interesse de agir; porquanto o binômio necessidade/utilidade deve ser verificado desde a impetração, sob pena de se conferir à associação título judicial em abstrato. 3. Não se diga que bastaria a pertinência temática para a dita comprovação. A finalidade da associação não se volta a uma categoria ou grupo específico de pessoas, mas sim a todos os contribuintes do país, qualidade deveras genérica a permitir como suficiente apenas que a causa em tela tenha relação com seu objeto social. O entendimento contrário daria à associação o direito de discutir todas as questões tributárias pertinentes ao ordenamento brasileiro, como agora intenta em diversas ações, independentemente do efetivo interesse de seus associados no tema, reforçando o risco da obtenção de jurisdição sem qualquer respaldo fático. 4. Nem se diga que bastaria a pertinência temática para a dita comprovação. A finalidade da associação não se volta a uma categoria ou grupo específico de pessoas, mas sim a todos os contribuintes do país, qualidade deveras genérica a permitir como suficiente apenas que a causa em tela tenha relação com seu objeto social. O entendimento contrário daria à associação o direito de discutir todas as questões tributárias pertinentes ao ordenamento brasileiro, como agora intenta em diversas ações, independentemente do efetivo interesse de seus associados no tema, reforçando o risco da obtenção de jurisdição sem o respaldo fático que a justifique. 5. O comportamento processual da impetrante, com a impetração de diversos mandados de segurança em diferentes Seções Judiciárias não só deste Tribunal, como também do TRF1 e TRF2, sempre sem demonstrar ao menos a existência de associados que justificassem a impetração, demonstra que litiga na verdade interesse próprio, voltado para alcançar o título judicial e, conseqüentemente, ofertá-lo no mercado para angariar novos associados naquelas regiões. Traduz, portanto, litigância de má-fé, em razão da alteração da verdade sobre os fatos, ou seja, sobre a real finalidade do processo, na forma do artigo 80, II, do CPC/2015, sujeitando a impetrante à multa prevista em seu art. 81, caput e §2º, aqui arbitrada em 05 salários mínimos, dado o valor irrisório atribuído à causa.

A parte recorrente pugna pela reforma do acórdão, sob alegação de violação de dispositivos de atos normativos federais, além da existência de dissídio jurisprudencial, referentes à possibilidade de impetração de mandado de segurança coletivo sem a apresentação da lista de representados.

É o relatório.

Decido.

Recurso tempestivo, além de estarem preenchidos os requisitos genéricos do artigo 541 do CPC/1973 (artigo 1.029, do CPC/2015).

Atendidos os requisitos do esgotamento das vias ordinárias e do prequestionamento.

O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido de não se exigir a apresentação de autorização dos associados e nem de lista nominal dos representados para impetração de mandado de segurança coletivo pela associação. A propósito, confira-se:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. ASSOCIAÇÃO. DESNECESSIDADE DE JUNTADA DE LISTA DE ASSOCIADOS. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. SÚMULA 629/STF.

1. Não se exige a apresentação de autorização dos associados e nem de lista nominal dos representados para impetração de mandado de segurança coletivo pela associação. 2. Precedentes: STF - MS 31.336, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, DJe 10/05/2017; MS 22.132, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ 18/10/1996; STJ - AgInt nos EDcl no REsp 1.595.376/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 26/09/2018; AgInt no AgInt no AREsp 1.187.832/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 20/06/2018; AgRg no RMS 30.826/CE, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 11/09/2015; REsp 693.423/BA, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 26/09/2005, p. 229.

3. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1567160/RS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/12/2018, DJe 14/12/2018)

O acórdão recorrido encontra-se em dissonância com a jurisprudência da Corte Superior de Justiça, o que enseja admissão do recurso excepcional.

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

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

Intimem-se.

II - Recurso extraordinário:

Trata-se de recurso extraordinário interposto por Associação Nacional dos Contribuintes de Tributos - ANCT, com fulcro no art. 102, III, da Constituição Federal, contra acórdão proferido por órgão fracionário deste Tribunal.

O acórdão recorrido recebeu a seguinte ementa:

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. TRIBUTÁRIO. ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE CONTRIBUINTES (ANDCT). AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR CONFIGURADA. INEXISTÊNCIA DE ASSOCIADOS PESSOA JURÍDICA A JUSTIFICAR A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL PERQUIRIDA, VOLTADA PARA O RECONHECIMENTO DA INEXIGIBILIDADE DA CONTRIBUIÇÃO DO PIS/COFINS SOBRE VALORES DAS PRÓPRIAS CONTRIBUIÇÕES. INGRESSO DE ASSOCIADO NO CURSO DO PROCESSO NÃO REPRESENTOU GENUÍNO INTERESSE ASSOCIATIVO, MAS TENTATIVA DE CAMUFLAR A INEXISTÊNCIA DE INTERESSE COLETIVO LATU SENSU. RECURSO DESPROVIDO. 1. A legitimidade ativa da associação para a impetração do mandado de segurança coletivo pressupõe apenas que a causa tenha por objeto interesse de seus associados ou da categoria que representa, independentemente de autorização expressa, dada a disposição constitucional de que nessa situação atua como substituto processual daqueles (RE 573.232/SC). O pressuposto configura o interesse de agir neste tipo de demanda, restando incólume a comprovação da necessidade e utilidade da jurisdição almejada, sob aquele prisma. 2. No caso, pede a associação de contribuintes o reconhecimento da não incidência do PIS/COFINS sobre valores referentes às próprias contribuições, em favor de seus associados e daqueles que futuramente se associem. Porém, não mantinha em seus quadros qualquer pessoa jurídica sujeita à circunscrição da autoridade impetrada, a justificar a necessidade ou a utilidade do ajuizamento, inexistindo assim o risco da ocorrência do fato gerador ora guerreado. A eventualidade do ingresso de pessoas jurídicas como associados não pode servir como pretexto para o atendimento ao interesse de agir, porquanto o binômio necessidade/utilidade deve ser verificado desde a impetração, sob pena de se conferir à associação título judicial em abstrato. 3. Não se diga que bastaria a pertinência temática para a dita comprovação. A finalidade da associação não se volta a uma categoria ou grupo específico de pessoas, mas sim a todos os contribuintes do país, qualidade deveras genérica a permitir como suficiente apenas que a causa em tela tenha relação com seu objeto social. O entendimento contrário daria à associação o direito de discutir todas as questões tributárias pertinentes ao ordenamento brasileiro, como agora intenta em diversas ações, independentemente do efetivo interesse de seus associados no tema, reforçando o risco da obtenção de jurisdição sem qualquer respaldo fático. 4. Nem se diga que bastaria a pertinência temática para a dita comprovação. A finalidade da associação não se volta a uma categoria ou grupo específico de pessoas, mas sim a todos os contribuintes do país, qualidade deveras genérica a permitir como suficiente apenas que a causa em tela tenha relação com seu objeto social. O entendimento contrário daria à associação o direito de discutir todas as questões tributárias pertinentes ao ordenamento brasileiro, como agora intenta em diversas ações, independentemente do efetivo interesse de seus associados no tema, reforçando o risco da obtenção de jurisdição sem o respaldo fático que a justifique. 5. O comportamento processual da impetrante, com a impetração de diversos mandados de segurança em diferentes Seções Judiciárias não só deste Tribunal, como também do TRF1 e TRF2, sempre sem demonstrar ao menos a existência de associados que justificassem a impetração, demonstra que litiga na verdade interesse próprio, voltado para alcançar o título judicial e, conseqüentemente, ofertá-lo no mercado para angariar novos associados naquelas regiões. Traduz, portanto, litigância de má-fé, em razão da alteração da verdade sobre os fatos, ou seja, sobre a real finalidade do processo, na forma do artigo 80, II, do CPC/2015, sujeitando a impetrante à multa prevista em seu art. 81, caput e §2º, aqui arbitrada em 05 salários mínimos, dado o valor irrisório atribuído à causa.

A parte recorrente pugna pela reforma do acórdão, sob alegação de violação de dispositivos constitucionais referentes à possibilidade de impetração de mandado de segurança coletivo sem a apresentação da lista de representados.

É o relatório.

Decido.

Recurso tempestivo, além de estarem preenchidos os requisitos genéricos do artigo 541 do CPC/1973 (artigo 1.029, do CPC/2015).

Atendidos os requisitos do esgotamento das vias ordinárias e do prequestionamento.

O Supremo Tribunal Federal possui entendimento no sentido de reconhecer a legitimidade ativa das associações para a impetração de mandado de segurança coletivo em defesa dos interesses de seus associados, independentemente de expressa autorização ou da relação nominal desses. Nesse sentido:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SUBSTITUÍDO PROCESSUAL. LEGITIMIDADE PARA EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL FORMADO EM MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. POSSIBILIDADE. TEMA 848. ALEGADA SEMELHANÇA. INEXISTÊNCIA. 1. O Supremo Tribunal Federal, com fundamento no art. 5º, LXX, b, da Constituição, reconhece legitimidade ativa a associações para a impetração de mandado de segurança coletivo em defesa dos interesses de seus associados, independentemente de expressa autorização ou da relação nominal desses. 2. A matéria discutida nestes autos não se assemelha à controvérsia do ARE 901.963-RG, tendo em vista que no Tema 848 a controvérsia não era caso de mandado de segurança coletivo, e sim de ação civil pública. 3. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, uma vez que não é cabível, na hipótese, condenação em honorários advocatícios (art. 25 da Lei nº 12.016/2009 e Súmula 512/STF). 4. Agravo interno a que se nega provimento.

(RE 1146736 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 23/08/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-191 DIVULG 02-09-2019 PUBLIC 03-09-2019)

O acórdão recorrido encontra-se em dissonância com a jurisprudência da Corte Suprema, o que enseja admissão do recurso excepcional.

Os demais argumentos expendidos pela recorrente serão objeto de conhecimento ou não pelo Supremo Tribunal Federal. Aplicáveis, na espécie, as Súmulas nº 292 e 528 do STF.

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

Intimem-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Agravos em Recursos Excepcionais - DAEX

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0016799-45.2018.4.03.9999

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: SUELI APARECIDA COGO

Advogado do(a) APELADO: ALEXANDRE AUGUSTO FORCINITTI VALERA - SP140741-N

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA CONTRAMINUTA

Certifico que os presentes autos encontram-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) resposta ao(s) agravo(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.021, § 2º, e/ou 1.042, § 3º, do Código de Processo Civil.

São Paulo, 21 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Agravos em Recursos Excepcionais - DAEX

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0014857-86.2011.4.03.6130

APELANTE: DANIEL SOARES DA SILVA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) APELANTE: DANIEL NOGUEIRA ALVES - SP210567-A

Advogado do(a) APELANTE: MARJORIE VIANA MERCES - SP213458-N

APELADO: DANIEL SOARES DA SILVA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) APELADO: DANIEL NOGUEIRA ALVES - SP210567-A

Advogado do(a) APELADO: MARJORIE VIANA MERCES - SP213458-N

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA CONTRAMINUTA

Certifico que os presentes autos encontram-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) resposta ao(s) agravo(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.021, § 2º, e/ou 1.042, § 3º, do Código de Processo Civil.

São Paulo, 21 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Agravos em Recursos Excepcionais - DAEX

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0003857-27.2008.4.03.6120

APELANTE: IVAN REINALDO SCARAFIZ

Advogado do(a) APELANTE: JOMARBE CARLOS MARQUES BESERRA - SP77517-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) APELADO: GUILHERME MOREIRA RINO GRANDI - CE17865

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA CONTRAMINUTA

Certifico que os presentes autos encontram-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) resposta ao(s) agravo(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.021, § 2º, e/ou 1.042, § 3º, do Código de Processo Civil.

São Paulo, 21 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5005440-71.2017.4.03.0000

AGRAVANTE: SULAMERICA COMPANHIA NACIONAL DE SEGUROS

Advogado do(a) AGRAVANTE: CLAUDIA VIRGINIA CARVALHO PEREIRA DE MELO - PE20670-A

AGRAVADO: ANTONIO JOSE DE PAULA FILHO, DIEGO TAUVA ALVES DA SILVA, EDUARDO DOS SANTOS NETO, EUZA BARBOSA DE MOURA, HORST GUNTHER MULLER, JUREMA APARECIDA DE PAULA

INTERESSADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

Advogado do(a) AGRAVADO: MARCIA PIKEL GOMES - SP123177-A

CERTIDÃO

Certifico a regularidade formal do(s) recurso(s) excepcional(ais) interposto(s) nestes autos quanto à tempestividade, preparo e representação processual.

VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 17 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002163-80.2017.4.03.6100

APELANTE: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DE SAO PAULO, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: COSAN S/A INDUSTRIA E COMERCIO

Advogado do(a) APELADO: FABIO PALLARETTI CALCINI - SP197072-A

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 22 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001371-36.2017.4.03.6130
APELANTE: INDACO COMERCIALIZAÇÃO E FABRICAÇÃO DE FERRAMENTAS LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELANTE: CRISTIANO FREDERICO RUSCHMANN - SP150269-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, INDACO COMERCIALIZAÇÃO E FABRICAÇÃO DE FERRAMENTAS LTDA
Advogado do(a) APELADO: CRISTIANO FREDERICO RUSCHMANN - SP150269-A
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 22 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5024797-36.2018.4.03.6100
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MY BUSINESS LTDA
Advogado do(a) APELADO: ANGELO NUNES SINDONA - SP330655-A
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 22 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0026527-75.2015.4.03.6100

APELANTE: BANCO SANTANDER (BRASIL) S.A.

Advogado do(a) APELANTE: GUSTAVO DAL BOSCO - SP348297-A

APELADO: EDVAR MAURICIO DE MORAES, FLAVIA PASSAGLIA CARABOLANTE, CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

Advogado do(a) APELADO: IZILDA MARIA DE MORAES GARCIA - SP85277

Advogado do(a) APELADO: IZILDA MARIA DE MORAES GARCIA - SP85277

Advogado do(a) APELADO: ZORAYONARA MARIA DOS SANTOS CARVALHO - SP215219-A

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 22 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000119-16.2013.4.03.6327

APELANTE: REINALDO FERNANDES DE OLIVEIRA, HELEN CARLA HONORATO

Advogado do(a) APELANTE: JOAO BENEDITO DA SILVA JUNIOR - SP175292-A

Advogado do(a) APELANTE: JOAO BENEDITO DA SILVA JUNIOR - SP175292-A

APELADO: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

CERTIDÃO

Certifico a regularidade formal do(s) recurso(s) excepcional(ais) interposto(s) nestes autos quanto à tempestividade e representação processual. Certifico, ainda, que a parte autora é beneficiária da Justiça Gratuita (fl.72).

VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 18 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0019299-20.2013.4.03.6100

APELANTE: TANIA REGINA CAPASSO, ESPÓLIO DE JOSÉ JULIO MOURA BORGES - CPF 130.214.628-98

REPRESENTANTE: TANIA REGINA CAPASSO

Advogados do(a) APELANTE: NELSON DE SOUZA PINTO NETO - SP280190-A, CARLOS HENRIQUE GALLUCCI - SP271198

Advogados do(a) APELANTE: NELSON DE SOUZA PINTO NETO - SP280190-A, CARLOS HENRIQUE GALLUCCI - SP271198,

APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

Advogados do(a) APELADO: MARIA FERNANDA SOARES DE AZEVEDO BERE MOTTA - SP96962-A, MARCOS UMBERTO SERUFO - SP73809-A, JOSE ADAO FERNANDES LEITE - SP85526-A
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) **contrarrazões** ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 22 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0021304-10.2016.4.03.6100

APELANTE: SINDICATO DAS SOCIEDADES DE FOMENTO MERCANTIL - FACTORING DO ESTADO DE SAO PAULO, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: CLEBER FABIANO MARTIM - SP180554-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, SINDICATO DAS SOCIEDADES DE FOMENTO MERCANTIL - FACTORING DO ESTADO DE SAO PAULO

Advogado do(a) APELADO: CLEBER FABIANO MARTIM - SP180554-A

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) **contrarrazões** ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 22 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5007164-46.2017.4.03.6100

APELANTE: LUIZ ANTONIO PEREIRA DA SILVA, MARIA DE OLIVEIRA DA SILVA

Advogados do(a) APELANTE: THALITA ALBINO TABOADA - SP285308-A, MARILIZA RODRIGUES DA SILVA LUZ - SP250167-A

Advogados do(a) APELANTE: MARILIZA RODRIGUES DA SILVA LUZ - SP250167-A, THALITA ALBINO TABOADA - SP285308-A

APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

CERTIDÃO

Certifico a regularidade formal do(s) recurso(s) excepcional(ais) interposto(s) nestes autos quanto à tempestividade e representação processual. Certifico, ainda, que a parte autora é beneficiária da Justiça Gratuita.

VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 17 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002784-64.2019.4.03.6114
APELANTE: CARLOS APARECIDO SERAFIM, MAIDAINES FERREIRA SERAFIM
Advogado do(a) APELANTE: LIGIA MARIA DE FREITAS CYRINO - SP191899-A
Advogado do(a) APELANTE: LIGIA MARIA DE FREITAS CYRINO - SP191899-A
APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

CERTIDÃO

Certifico a regularidade formal do(s) recurso(s) excepcional(ais) interposto(s) nestes autos quanto à tempestividade, preparo e representação processual.

VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 17 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000861-89.2017.4.03.6108
APELANTE: ROBERTO CARLOS SOARES
Advogado do(a) APELANTE: MARCELO MALAGOLI - SP259207-A
APELADO: SULAMERICA COMPANHIA NACIONAL DE SEGUROS, CAIXA ECONOMICA FEDERAL, UNIAO FEDERAL
PROCURADOR: DEPARTAMENTO JURÍDICO - CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
Advogado do(a) APELADO: ANDRE LUIZ DO REGO MONTEIRO TAVARES PEREIRA - SP344647-S
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 22 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0026261-50.1999.4.03.6100

APELANTE: SOC BENEFICIENTE DE SENHORAS HOSPITAL SIRIO LIBANES, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: IVES GANDRA DA SILVA MARTINS - SP11178-A

APELADO: SOC BENEFICIENTE DE SENHORAS HOSPITAL SIRIO LIBANES, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELADO: IVES GANDRA DA SILVA MARTINS - SP11178-A

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 22 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015142-07.2018.4.03.0000

AGRAVANTE: FEDERAL DE SEGUROS S/A EM LIQUIDACAO EXTRAJUDICIAL

Advogado do(a) AGRAVANTE: JOSEMAR LAURIANO PEREIRA - RJ132101-A

AGRAVADO: DAMRES MONTEIRO LIMA, DAMARES MONTEIRO LIMA

INTERESSADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

Advogado do(a) AGRAVADO: KIM HEILMANN GALVAO DO RIO APA - SC4390-A

Advogado do(a) AGRAVADO: KIM HEILMANN GALVAO DO RIO APA - SC4390-A

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 22 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5004000-69.2019.4.03.0000
AGRAVANTE: SULAMERICA COMPANHIA NACIONAL DE SEGUROS
Advogado do(a) AGRAVANTE: LOYANNA DE ANDRADE MIRANDA - MG111202-A
AGRAVADO: VIRLENE MARIA PILATI BARTOLOMEU
INTERESSADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL
Advogado do(a) AGRAVADO: LOURIVAL ARTUR MORI - SP106527-A

CERTIDÃO

Certifico a regularidade formal do(s) recurso(s) excepcional(ais) interposto(s) nestes autos quanto à tempestividade, preparo e representação processual.

VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 17 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0004571-81.2012.4.03.6108
APELANTE: MARIA CRISTINA MANTOVANI STRADIOTTI
Advogado do(a) APELANTE: SERGIO LUIZ RIBEIRO - SP100474-A
APELADO: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, FUNDACAO DOS ECONOMIARIOS FEDERAIS FUNCEF
Advogado do(a) APELADO: FABIO HEMETERIO LISOT - SP297180-A
Advogados do(a) APELADO: JUSUVENNE LUIS ZANINI - RJ130686, LUIZ FERNANDO PINHEIRO GUIMARAES DE CARVALHO - SP361409-A
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 22 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001700-05.2018.4.03.6133
DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 23/06/2020 149/4253

APELANTE: CLAUDINEI LOPES AGUIAR, ERIKA LURY ITIKAWA TANAKA
Advogado do(a) APELANTE: ROBSON GERALDO COSTA - SP237928-A
Advogado do(a) APELANTE: ROBSON GERALDO COSTA - SP237928-A
APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 22 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0013877-40.2008.4.03.6100
APELANTE: CASA DA MOEDA DO BRASIL
Advogado do(a) APELANTE: ROMULO HENRIQUES LESSA - RJ145408-A
APELADO: SAO PAULO TRANSPORTE S.A.
Advogado do(a) APELADO: MIRIAM MIDORI NAKA - SP176428
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 22 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002871-33.2017.4.03.6100
APELANTE: BAYER S.A.
Advogados do(a) APELANTE: MANOJA STEINBERG OSTAPENKO - SP287573, KAREN ROSSI FLORINDO - SP358187-A, DEBORAH SENA DE ALMEIDA - SP306426
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 22 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003190-25.2018.4.03.6113
APELANTE: HOSANO JUNIO DO NASCIMENTO
Advogado do(a) APELANTE: JOAO ANTONIO GOBBI - MG163567-A
APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 22 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001867-05.2016.4.03.6125
APELANTE: C. W. A. INDUSTRIAS MECANICAS LTDA
Advogado do(a) APELANTE: GLAUCO MARCELO MARQUES - SP153291-A
APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 22 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000012-34.2019.4.03.6113

APELANTE: BENEDITO GUITARRARA

REPRESENTANTE: MARIA CRISTINA COSTA GUITARRARA

Advogado do(a) APELANTE: JOAO ANTONIO GOBBI - MG163567-A,

Advogado do(a) REPRESENTANTE: JOAO ANTONIO GOBBI - MG163567-A

APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 22 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001632-33.2018.4.03.6108

APELANTE: ELIZABETE BALBINO GOMES

Advogado do(a) APELANTE: ANDREIA LIMA HERNANDES - SP386075-A

APELADO: SULAMERICA COMPANHIA NACIONAL DE SEGUROS, CAIXA ECONOMICA FEDERAL, UNIAO FEDERAL

Advogado do(a) APELADO: LOYANNA DE ANDRADE MIRANDA - MG111202-A

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 22 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5010711-27.2018.4.03.0000

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: EXOTECH CONSULTORIA EM INFORMATICA LTDA.

Advogado do(a) AGRAVADO:ALVARO TREVISIOLI - SP108491
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 22 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0003192-91.2015.4.03.6111

APELANTE:DAMIAO DE SOUZA

Advogados do(a) APELANTE: MARCIA PIKEL GOMES - SP123177-A, LUIZ CARLOS SILVA - SP168472-A, MARIO MARCONDES NASCIMENTO - SC7701-S

APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 22 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0006517-92.2015.4.03.6105

APELANTE: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

Advogado do(a) APELANTE: CARLOS ALBERTO PIAZZA - SP232476-N

APELADO: IRMANDADE DE MISERICORDIA DE CAMPINAS

Advogado do(a) APELADO: RENATO DAHLSTROM HILKNER - SP285465-A

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) **contrarrazões** ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 22 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0005482-54.2016.4.03.6108

APELANTE: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

APELADO: UNIMED DE LENCOIS PAULISTA COOP DE TRABALHO MEDICO

Advogados do(a) APELADO: AUDREY VIEIRA LEITE - SP236305-A, PAULO AFONSO DE MARNO LEITE - SP36246-A

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) **contrarrazões** ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 22 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003312-68.2018.4.03.6103

APELANTE: ANDERSON JOSE DA SILVA

Advogado do(a) APELANTE: MARIA RUBINEIA DE CAMPOS SANTOS - SP256745-A

APELADO: UNIAO FEDERAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) **contrarrazões** ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 22 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Agravos em Recursos Excepcionais - DAEX

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0012163-64.2016.4.03.6100

APELANTE: MANDARIM EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA

Advogado do(a) APELANTE: GABRIELABUJAMRA NASCIMENTO - SP274066-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO, DEPARTAMENTO JURÍDICO - CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

Advogado do(a) APELADO: CLAUDIO YOSHIHITO NAKAMOTO - SP169001-A

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA CONTRAMINUTA

Certifico que os presentes autos encontram-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) resposta ao(s) agravo(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.021, § 2º, e/ou 1.042, § 3º, do Código de Processo Civil.

São Paulo, 22 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Agravos em Recursos Excepcionais - DAEX

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0029808-25.2004.4.03.6100

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: CIPONAVE IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA - ME

Advogado do(a) APELADO: ALEXANDRE ALBERTO CARMONA - SP25703

OUTROS PARTICIPANTES:

TERCEIRO INTERESSADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, ALEXANDRE ALBERTO CARMONA

ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: ALEXANDRE ALBERTO CARMONA

ATO ORDINATÓRIO - VISTA CONTRAMINUTA

Certifico que os presentes autos encontram-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) resposta ao(s) agravo(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.021, § 2º, e/ou 1.042, § 3º, do Código de Processo Civil.

São Paulo, 22 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Agravos em Recursos Excepcionais - DAEX

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002479-52.2015.4.03.6100

APELANTE: MARCOS ANTONIO DA SILVA

Advogado do(a) APELANTE: ADAUTO BUENO DE CAMARGO - SP278684-A

APELADO: CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA DO ESTADO DE SÃO PAULO - CREA SP

Advogado do(a) APELADO: DENISE RODRIGUES - SP181374-A

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA CONTRAMINUTA

Certifico que os presentes autos encontram-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) resposta ao(s) agravo(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.021, § 2º, e/ou 1.042, § 3º, do Código de Processo Civil.

São Paulo, 22 de junho de 2020

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000382-80.2019.4.03.9999

RELATOR: Gab. Vice Presidência

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: CLAUDIA SOUSA MENDES - SP182321-A

APELADO: URSEL SILVIA RIECKMANN, SERRARIA MAYRU LTDA, DIETER RIECKMANN

Advogado do(a) APELADO: ROBERSON BATISTA DA SILVA - SP154345-N

ATO ORDINATÓRIO - VISTA PARA RESPOSTA AOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Certifico que os presentes autos encontram-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) resposta acerca dos embargos de declaração opostos, nos termos do artigo 1.023, § 2º, do Código de Processo Civil.

São Paulo, 11 de junho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Agravos em Recursos Excepcionais - DAEX

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5013710-16.2019.4.03.0000
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

AGRAVADO: RUI CARLOS DE CAMARGO
Advogados do(a) AGRAVADO: RODRIGO TREVIZANO - SP188394-N, RODRIGO GOMES SERRAO - SP255252-N
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA CONTRAMINUTA

Certifico que os presentes autos encontram-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) resposta ao(s) agravo(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.021, § 2º, e/ou 1.042, § 3º, do Código de Processo Civil.

São Paulo, 22 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Agravos em Recursos Excepcionais - DAEX

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0007422-50.2008.4.03.6103
APELANTE: SEBASTIAO DE OLIVEIRA, UNIAO FEDERAL
Advogado do(a) APELANTE: DENISE CRISTINA DE SOUZA - SP178767
APELADO: SEBASTIAO DE OLIVEIRA
Advogado do(a) APELADO: DENISE CRISTINA DE SOUZA - SP178767
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA CONTRAMINUTA

Certifico que os presentes autos encontram-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) resposta ao(s) agravo(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.021, § 2º, e/ou 1.042, § 3º, do Código de Processo Civil.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5006403-23.2018.4.03.6183
RELATOR: Gab. Vice Presidência
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: ELIEL BARBOZA
Advogado do(a) APELADO: FERNANDO GONCALVES DIAS - SP286841-S
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

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

Decido.

O recurso merece admissão.

É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o termo final de incidência dos honorários advocatícios deve ser a decisão que reconhece o direito ao benefício pleiteado pelo recorrente.

Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA 7 DO STJ. TERMO FINAL. SÚMULA 111 DO STJ. OBSERVÂNCIA.

1. A jurisprudência desta Corte Superior admite a revisão do juízo de equidade referente à fixação de honorários advocatícios (art. 20, § 4º, do CPC/1973) quando o valor arbitrado é irrisório ou exorbitante, pois, nesses casos, a violação à aludida norma processual exsurge de maneira flagrante a justificar a intervenção deste Sodalício como meio de preservar a aplicação da lei federal de regência.

2. Caso em que não se mostra desarrazoada a fixação dos honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação, cuja revisão esbarra no óbice da Súmula 7 do STJ.

3. A respeito do termo final da verba honorária, a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça é a de que deve ser fixado na data do julgamento favorável à concessão do benefício pleiteado, excluindo-se as parcelas vincendas, conforme determina a Súmula 111 desta Corte.

4. Agravo interno não provido."

(AgInt no AREsp 824.577/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 04/10/2017)

Assim, verifica-se que o acórdão aparenta divergir da orientação jurisprudencial da Corte Superior.

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

Int.

São Paulo, 5 de março de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Agravos em Recursos Excepcionais - DAEX

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007183-48.2019.4.03.0000

AGRAVANTE: IRACI PEREIRA DOS SANTOS

Advogado do(a) AGRAVANTE: FERNANDO HENRIQUE VIEIRA - SP223968-N

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA CONTRAMINUTA

Certifico que os presentes autos encontram-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) resposta ao(s) agravo(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.021, § 2º, e/ou 1.042, § 3º, do Código de Processo Civil.

São Paulo, 22 de junho de 2020

HABEAS CORPUS CRIMINAL (307) Nº 5015082-63.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. Vice Presidência

IMPETRANTE: JOSE MUSSI NETO

PACIENTE: HELIO CARDOSO

Advogado do(a) PACIENTE: JOSE MUSSI NETO - SP40783

IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE DOURADOS/MS - 2ª VARA FEDERAL

DECISÃO

Trata-se de recurso ordinário constitucional interposto em favor de HELIO CARDOSO, com fulcro no artigo 105, inciso II, letra "a", da Constituição Federal, contra decisão monocrática que indeferiu liminarmente o *habeas corpus*.

Decido.

No tocante ao recurso ordinário, dispõe o Regimento Interno desta Corte Regional (grifei):

"Art. 269 - Das decisões do Tribunal, denegatórias de "habeas corpus", em única ou em última instância, caberá recurso ordinário para o Superior Tribunal de Justiça (Constituição, art. 105, II, "a").

Parágrafo único - O recurso será interposto no prazo de 5 (cinco) dias, nos próprios autos em que se houver proferido a decisão recorrida, com as razões do pedido de reforma.

Art. 270 - Interposto o recurso, os autos serão conclusos ao Presidente do Tribunal, que ordenará seu seguimento, salvo se intempestivo.

**De acordo com redação dada ao art. 274 pela Emenda Regimental nº 03, publicada no DJ de 18.09.1995, Seção 2, pág. 62.035, os autos serão conclusos ao Vice-Presidente."*

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme certidão ID 134789529.

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

Observadas as formalidades legais, remetam-se os autos ao colendo Superior Tribunal de Justiça, nos termos do Regimento Interno.

Intimem-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020

HABEAS CORPUS CRIMINAL(307) Nº 5001608-25.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. Vice Presidência

PACIENTE: JOCIMAR APARECIDO DA SILVA

IMPETRANTE: GABRIELA TUANNE PASTRE, RODRIGO MORAS DA SILVA, MICHELLE CRISTINA POSSAGNOLI SIMONI

Advogados do(a) PACIENTE: RODRIGO MORAS DA SILVA - PR63775, MICHELLE CRISTINA POSSAGNOLI SIMONI - PR34356, GABRIELA TUANNE PASTRE - PR80133

IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO CARLOS/SP - 2ª VARA FEDERAL

DECISÃO

Trata-se de recurso ordinário constitucional interposto em favor de JOCIMAR APARECIDO DA SILVA, com fulcro no artigo 105, inciso II, letra "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido por órgão fracionário deste Tribunal que denegou a ordem de *habeas corpus*.

Decido.

No tocante ao recurso ordinário, dispõe o Regimento Interno desta Corte Regional (grifei):

"Art. 269 - Das decisões do Tribunal, denegatórias de "habeas corpus", em única ou em última instância, caberá recurso ordinário para o Superior Tribunal de Justiça (Constituição, art. 105, II, "a")."

Parágrafo único - O recurso será interposto no prazo de 5 (cinco) dias, nos próprios autos em que se houver proferido a decisão recorrida, com as razões do pedido de reforma.

Art. 270 - Interposto o recurso, os autos serão conclusos ao Presidente do Tribunal, que ordenará seu seguimento, salvo se intempestivo.

**De acordo com redação dada ao art. 274 pela Emenda Regimental nº 03, publicada no DJ de 18.09.1995, Seção 2, pág. 62.035, os autos serão conclusos ao Vice-Presidente."*

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme certidão ID 134867059.

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

Observadas as formalidades legais, remetam-se os autos ao colendo Superior Tribunal de Justiça, nos termos do Regimento Interno.

Intimem-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0015708-79.2015.4.03.6100

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) APELANTE: JANAINA LUZ CAMARGO - SP294751

APELADO: EDSON CAETANO GUERINO, UNIAO FEDERAL, COMPANHIA PAULISTA DE TRENS METROPOLITANOS

Advogado do(a) APELADO: JOSE CARLOS DE ASSIS PINTO - SP96958-A

Advogado do(a) APELADO: RAFAEL SALLES SANTOS BARCIA - SP319149

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao recorrido Edson Caetano Guerino para apresentar(em) **contrarrazões** ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 22 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Agravos em Recursos Excepcionais - DAEX

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5609711-79.2019.4.03.9999

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 23/06/2020 161/4253

APELANTE: MARINES APARECIDA BOTIGELLI TEIXEIRA
Advogados do(a) APELANTE: FABIANO DE MELLO BELENTANI - SP218242-N, LENISE MARIA DO VALLE
GONCALVES - SP389958-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA CONTRAMINUTA

Certifico que os presentes autos encontram-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) resposta ao(s) agravo(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.021, § 2º, e/ou 1.042, § 3º, do Código de Processo Civil.

São Paulo, 22 de junho de 2020

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5008604-10.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. Vice Presidência

AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) AGRAVANTE: FERNANDA HORTENSE COELHO - SP354414-N

AGRAVADO: FRANCISCO FERREIRA

PROCURADOR: JOSE BRUN JUNIOR

Advogado do(a) AGRAVADO: JOSE BRUN JUNIOR - SP128366-N

ATO ORDINATÓRIO - VISTA PARA RESPOSTA AOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Certifico que os presentes autos encontram-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) resposta acerca dos embargos de declaração opostos, nos termos do artigo 1.023, § 2º, do Código de Processo Civil.

São Paulo, 22 de junho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Agravos em Recursos Excepcionais - DAEX

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5008604-10.2018.4.03.0000
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) AGRAVANTE: FERNANDA HORTENSE COELHO - SP354414-N
AGRAVADO: FRANCISCO FERREIRA
PROCURADOR: JOSE BRUN JUNIOR
Advogado do(a) AGRAVADO: JOSE BRUN JUNIOR - SP128366-N
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA CONTRAMINUTA

Certifico que os presentes autos encontram-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) resposta ao(s) agravo(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.021, § 2º, e/ou 1.042, § 3º, do Código de Processo Civil.

São Paulo, 22 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0003335-82.2012.4.03.6112
APELANTE: LAURO DO NASCIMENTO, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELANTE: RHOBSON LUIZ ALVES - SP275223-A
Advogado do(a) APELANTE: VALERIA DE FATIMA IZAR DOMINGUES DA COSTA - SP117546-N
APELADO: LAURO DO NASCIMENTO, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELADO: RHOBSON LUIZ ALVES - SP275223-A
Advogado do(a) APELADO: VALERIA DE FATIMA IZAR DOMINGUES DA COSTA - SP117546-N
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 22 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5010679-55.2018.4.03.6100

APELANTE: MVA CONSTRUÇÕES E PARTICIPAÇÕES LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL, SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA - SESI, SERVIÇO DE APOIO AS MICRO E PEQ EMPRESAS DE SÃO PAULO, SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM COMERCIAL SENAC, SERVIÇO SOCIAL DO COMÉRCIO - SESC - ADMINISTRAÇÃO REGIONAL NO ESTADO DE SÃO PAULO

Advogados do(a) APELANTE: CAMILA SERRANO SANTANA - SP332371-A, FERNANDO BRANDAO WHITAKER - SP105692-A, GUSTAVO LORENZI DE CASTRO - SP129134-A

Advogados do(a) APELANTE: GIULIANO PEREIRA SILVA - SP238464-A, JOSE BENEDITO DE ALMEIDA MELLO FREIRE - SP93150-A

Advogados do(a) APELANTE: GIULIANO PEREIRA SILVA - SP238464-A, JOSE BENEDITO DE ALMEIDA MELLO FREIRE - SP93150-A

Advogados do(a) APELANTE: DANIELA MATHEUS BATISTA SATO - SP186236-A, CRISTIANO VALENTE FERNANDES BUSTO - SP211043-A

Advogados do(a) APELANTE: DENISE LOMBARD BRANCO - SP87281-A, ROBERTO MOREIRA DA SILVA LIMA - SP19993-A

Advogados do(a) APELANTE: FERNANDA HESKETH - SP109524-A, TITO DE OLIVEIRA HESKETH - SP72780-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO, SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL, SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA - SESI, SERVIÇO DE APOIO AS MICRO E PEQ EMPRESAS DE SÃO PAULO, SERVIÇO SOCIAL DO COMÉRCIO - SESC - ADMINISTRAÇÃO REGIONAL NO ESTADO DE SÃO PAULO, SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM COMERCIAL SENAC, MVA CONSTRUÇÕES E PARTICIPAÇÕES LTDA, INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA

Advogados do(a) APELADO: GIULIANO PEREIRA SILVA - SP238464-A, JOSE BENEDITO DE ALMEIDA MELLO FREIRE - SP93150-A

Advogados do(a) APELADO: GIULIANO PEREIRA SILVA - SP238464-A, JOSE BENEDITO DE ALMEIDA MELLO FREIRE - SP93150-A

Advogados do(a) APELADO: DANIELA MATHEUS BATISTA SATO - SP186236-A, CRISTIANO VALENTE FERNANDES BUSTO - SP211043-A

Advogados do(a) APELADO: FERNANDA HESKETH - SP109524-A, TITO DE OLIVEIRA HESKETH - SP72780-A

Advogado do(a) APELADO: ROBERTO MOREIRA DA SILVA LIMA - SP19993-A

Advogados do(a) APELADO: CAMILA SERRANO SANTANA - SP332371-A, GUSTAVO LORENZI DE CASTRO - SP129134-A, FERNANDO BRANDAO WHITAKER - SP105692-A

OUTROS PARTICIPANTES:

CERTIDÃO

Certifico a regularidade formal do(s) recurso(s) excepcional(ais) interposto(s) nestes autos, ID 130881812 e ID 130881821, quanto à tempestividade.

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) **contrarrazões** ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s) pela Fazenda Nacional, nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 22 de junho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5010679-55.2018.4.03.6100

APELANTE: MVA CONSTRUCOES E PARTICIPACOES LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, SERVICO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL, SERVICO SOCIAL DA INDUSTRIA - SESI, SERVICO DE APOIO AS MICRO E PEQ EMPRESAS DE SAO PAULO, SERVICO NACIONAL DE APRENDIZAGEM COMERCIAL SENAC, SERVICO SOCIAL DO COMERCIO - SESC - ADMINISTRACAO REGIONAL NO ESTADO DE SAO PAULO

Advogados do(a) APELANTE: CAMILA SERRANO SANTANA - SP332371-A, FERNANDO BRANDAO WHITAKER - SP105692-A, GUSTAVO LORENZI DE CASTRO - SP129134-A

Advogados do(a) APELANTE: GIULIANO PEREIRA SILVA - SP238464-A, JOSE BENEDITO DE ALMEIDA MELLO FREIRE - SP93150-A

Advogados do(a) APELANTE: GIULIANO PEREIRA SILVA - SP238464-A, JOSE BENEDITO DE ALMEIDA MELLO FREIRE - SP93150-A

Advogados do(a) APELANTE: DANIELA MATHEUS BATISTA SATO - SP186236-A, CRISTIANO VALENTE FERNANDES BUSTO - SP211043-A

Advogados do(a) APELANTE: DENISE LOMBARD BRANCO - SP87281-A, ROBERTO MOREIRA DA SILVA LIMA - SP19993-A

Advogados do(a) APELANTE: FERNANDA HESKETH - SP109524-A, TITO DE OLIVEIRA HESKETH - SP72780-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCACAO, SERVICO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL, SERVICO SOCIAL DA INDUSTRIA - SESI, SERVICO DE APOIO AS MICRO E PEQ EMPRESAS DE SAO PAULO, SERVICO SOCIAL DO COMERCIO - SESC - ADMINISTRACAO REGIONAL NO ESTADO DE SAO PAULO, SERVICO NACIONAL DE APRENDIZAGEM COMERCIAL SENAC, MVA CONSTRUCOES E PARTICIPACOES LTDA, INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZACAO E REFORMA AGRARIA - INCRA

Advogados do(a) APELADO: GIULIANO PEREIRA SILVA - SP238464-A, JOSE BENEDITO DE ALMEIDA MELLO FREIRE - SP93150-A

Advogados do(a) APELADO: GIULIANO PEREIRA SILVA - SP238464-A, JOSE BENEDITO DE ALMEIDA MELLO FREIRE - SP93150-A

Advogados do(a) APELADO: DANIELA MATHEUS BATISTA SATO - SP186236-A, CRISTIANO VALENTE FERNANDES BUSTO - SP211043-A

Advogados do(a) APELADO: FERNANDA HESKETH - SP109524-A, TITO DE OLIVEIRA HESKETH - SP72780-A

Advogado do(a) APELADO: ROBERTO MOREIRA DA SILVA LIMA - SP19993-A

Advogados do(a) APELADO: CAMILA SERRANO SANTANA - SP332371-A, GUSTAVO LORENZI DE CASTRO - SP129134-A, FERNANDO BRANDAO WHITAKER - SP105692-A

OUTROS PARTICIPANTES:

CERTIDÃO

Certifico a regularidade formal do(s) recurso(s) excepcional(ais) interposto(s) nestes autos, ID 130881812 e ID 130881821, quanto à tempestividade.

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) **contrarrazões** ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s) pela Fazenda Nacional, nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 22 de junho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5010679-55.2018.4.03.6100

APELANTE: MVA CONSTRUCOES E PARTICIPACOES LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, SERVICO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL, SERVICO SOCIAL DA INDUSTRIA - SESI, SERVICO DE APOIO AS MICRO E PEQ EMPRESAS DE SAO PAULO, SERVICO NACIONAL DE APRENDIZAGEM COMERCIAL SENAC, SERVICO SOCIAL DO COMERCIO - SESC - ADMINISTRACAO REGIONAL NO ESTADO DE SAO PAULO

Advogados do(a) APELANTE: CAMILA SERRANO SANTANA - SP332371-A, FERNANDO BRANDAO WHITAKER - SP105692-A, GUSTAVO LORENZI DE CASTRO - SP129134-A

Advogados do(a) APELANTE: GIULIANO PEREIRA SILVA - SP238464-A, JOSE BENEDITO DE ALMEIDA MELLO FREIRE - SP93150-A

Advogados do(a) APELANTE: GIULIANO PEREIRA SILVA - SP238464-A, JOSE BENEDITO DE ALMEIDA MELLO FREIRE - SP93150-A

Advogados do(a) APELANTE: DANIELA MATHEUS BATISTA SATO - SP186236-A, CRISTIANO VALENTE FERNANDES BUSTO - SP211043-A

Advogados do(a) APELANTE: DENISE LOMBARD BRANCO - SP87281-A, ROBERTO MOREIRA DA SILVA LIMA - SP19993-A

Advogados do(a) APELANTE: FERNANDA HESKETH - SP109524-A, TITO DE OLIVEIRA HESKETH - SP72780-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCACAO, SERVICO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL, SERVICO SOCIAL DA INDUSTRIA - SESI, SERVICO DE APOIO AS MICRO E PEQ EMPRESAS DE SAO PAULO, SERVICO SOCIAL DO COMERCIO - SESC - ADMINISTRACAO REGIONAL NO ESTADO DE SAO PAULO, SERVICO NACIONAL DE APRENDIZAGEM COMERCIAL SENAC, MVA CONSTRUCOES E PARTICIPACOES LTDA, INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZACAO E REFORMA AGRARIA - INCRA

Advogados do(a) APELADO: GIULIANO PEREIRA SILVA - SP238464-A, JOSE BENEDITO DE ALMEIDA MELLO FREIRE - SP93150-A

Advogados do(a) APELADO: GIULIANO PEREIRA SILVA - SP238464-A, JOSE BENEDITO DE ALMEIDA MELLO FREIRE - SP93150-A

Advogados do(a) APELADO: DANIELA MATHEUS BATISTA SATO - SP186236-A, CRISTIANO VALENTE FERNANDES BUSTO - SP211043-A

Advogados do(a) APELADO: FERNANDA HESKETH - SP109524-A, TITO DE OLIVEIRA HESKETH - SP72780-A

Advogado do(a) APELADO: ROBERTO MOREIRA DA SILVA LIMA - SP19993-A

Advogados do(a) APELADO: CAMILA SERRANO SANTANA - SP332371-A, GUSTAVO LORENZI DE CASTRO - SP129134-A, FERNANDO BRANDAO WHITAKER - SP105692-A

OUTROS PARTICIPANTES:

CERTIDÃO

Certifico a regularidade formal do(s) recurso(s) excepcional(ais) interposto(s) nestes autos, ID 130881812 e ID 130881821, quanto à tempestividade.

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) **contrarrazões** ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s) pela Fazenda Nacional, nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 22 de junho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0010890-43.2013.4.03.6104

APELANTE: MILTON SERGIO DO AMPARO

Advogado do(a) APELANTE: HUGO GONCALVES DIAS - SP194212-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELADO: RACHEL DE OLIVEIRA LOPES - SP208963-N

CERTIDÃO

Certifico a regularidade formal do(s) recurso(s) excepcional(ais) interposto(s) nestes autos pelo INSS (fls. 329/336, ID 109008612) quanto à tempestividade.

VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) contrarrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 22 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Agravos em Recursos Excepcionais - DAEX

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0005000-06.2013.4.03.6143

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) APELANTE: ANDERSON ALVES TEODORO - SP333185-N

APELADO: GLAUCIA BARBOSA GUIDO

Advogado do(a) APELADO: ANGELA MORGANA GOMES DA COSTA - SP256233

OUTROS PARTICIPANTES:

TERCEIRO INTERESSADO: NICIA BARBOSA GUIDO

ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: ANGELA MORGANA GOMES DA COSTA

ATO ORDINATÓRIO - VISTA CONTRAMINUTA

Certifico que os presentes autos encontram-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) resposta ao(s) agravo(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.021, § 2º, e/ou 1.042, § 3º, do Código de Processo Civil.

São Paulo, 22 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Agravos em Recursos Excepcionais - DAEX

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0008281-97.2012.4.03.6112

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) APELANTE: VALERIA DE FATIMA IZAR DOMINGUES DA COSTA - SP117546-N

APELADO: MARIA DO CARMO DE SOUZA GUARDACHONI

ATO ORDINATÓRIO - VISTA CONTRAMINUTA

Certifico que os presentes autos encontram-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) resposta ao(s) agravo(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.021, § 2º, e/ou 1.042, § 3º, do Código de Processo Civil.

São Paulo, 22 de junho de 2020

Expediente Processual (Despacho/Decisão) Nro 67597/2020

00001 APELAÇÃO CÍVEL N° 0041444-66.1996.4.03.6100/SP

	2001.03.99.032785-3/SP
--	------------------------

RELATOR	:	Desembargador Federal ANDRE NABARRETE
APELANTE	:	AKZO NOBEL LTDA
ADVOGADO	:	SP113570 GLAUCIA MARIA LAULETTA FRASCINO
APELANTE	:	União Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO	:	SP000004 RAQUEL VIEIRA MENDES E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO(A)	:	OS MESMOS
APELADO(A)	:	AKZO NOBEL LTDA
ADVOGADO	:	SP113570 GLAUCIA MARIA LAULETTA FRASCINO
APELADO(A)	:	União Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO	:	SP000004 RAQUEL VIEIRA MENDES E LÍGIA SCAFF VIANNA
REMETENTE	:	JUIZO FEDERAL DA 19 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG.	:	96.00.41444-0 19 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de pedido de substituição dos depósitos judiciais realizados nos autos por carta fiança/apólice de seguro-garantia, formulado por AKZO NOBEL LTDA.

O pleito fundamenta-se nas seguintes alegações: (i) "novo contexto fático que se observa e decorre da urgente necessidade de caixa/liquidez para que a Recorrente cumpra suas obrigações e tenha capacidade de manter empregos, diante da redução de suas receitas somada ao aumento exponencial de inadimplência, tudo em razão da pandemia da COVID-19"; (ii) "a disponibilidade dos valores depositados em juízo apresenta-se de absoluta importância à mitigação dos prejuízos econômicos e sociais da conjuntura vigente; (iii) "A circunstância superveniente de pandemia do Coronavírus impacta de forma incontornável a normalidade das atividades empresariais da Recorrente, que está exposta a situação de risco atual e iminente a justificar a adoção de medidas compatíveis com a urgência e natureza do problema"; (iv) "No caso, impõe-se a substituição do depósito judicial por carta fiança/apólice de seguro garantia a assegurar liquidez à Recorrente, para que tenha condições de manter suas atividades e cumprir suas obrigações, especialmente o pagamento de salários e encargos trabalhistas". Requer, ainda, "seja mantida a suspensão da exigibilidade dos débitos tributários com fulcro na previsão do artigo 151, V do Código Tributário Nacional, haja vista que os débitos estarão integralmente garantidos por apólice de seguro garantia e em razão da circunstância de força maior que ensejou a requerida substituição."

Intimada, a União sustentou: (i) "não há fundamento legal, nem mesmo em normas excepcionais criadas para combater o momento de crise, que autorize o pedido de substituição de depósito judicial, seja aquele realizado para suspender a exigibilidade do crédito, seja aquele dado em garantia em execução fiscal."; (ii) "Os depósitos judiciais e extrajudiciais de tributos e contribuições federais, nos termos da Lei n. 9.703/98, são imediatamente repassados à Conta Única do Tesouro Nacional. Trata-se, portanto, de valores que fazem parte do Orçamento da União, submetendo-se às devidas execuções orçamentárias."; (iii) "Segundo dados da Receita Federal do Brasil, o impacto, se houvesse o levantamento dos valores que atualmente estão depositados em juízo, giraria em torno de R\$ 167,5 bilhões"; (iv) "Além disso, conceder benefícios, levantamento de depósitos, moratórias, suspensão da exigibilidade de pagamento de tributos a alguns, apenas alguns, contribuintes pode configurar a quebra da isonomia? que, em qualquer tempo e em qualquer cenário jurídico e econômico, busca-se preservar?, tendo em vista não ser possível apurar, de maneira objetiva, quais são os contribuintes que mais precisariam, ou que precisariam de maneira mais urgente, desse tipo de concessão de medidas."

É o relatório.

Decido.

Tratam os autos originários de mandado de segurança impetrado em vistas ao reconhecimento do direito líquido e certo ao aproveitamento integral dos resultados negativos acumulados até 1991 (inclusive), devidamente atualizados, para apuração da base de cálculo da CPLL relativa aos períodos-base de 1994 e 1995, com reflexos nos períodos subsequentes, até a sua extinção.

Julgado precedente o *mandamus*, confirmando-se a liminar concedida, esse E. Tribunal deu provimento ao apelo fazendário e, em razão da consequente cassação da causa suspensiva do crédito tributário, a Recorrente ajuizou a Ação Cautelar nº 0065633-31.2003.4.03.0000, a fim de realizar o depósito judicial dos valores controvertidos.

Interpostos recursos excepcionais pela Recorrente, os autos foram sobrestados até o julgamento definitivo do Recurso Extraordinário nº 591.340/SP.

Postula, nesta oportunidade, a substituição dos depósitos pelo seguro-garantia ou fiança bancária, bem como seja mantida a suspensão da exigibilidade dos débitos tributários com fulcro na previsão do artigo 151, V do CTN, fundamentando seu pleito na crise econômica instalada com a pandemia da *covid-19*.

É importante, de início, fazer um breve retrospecto dos marcos legais e jurisprudenciais que se relacionam com o pedido ora formulado, antes da emergência da pandemia que, neste ano e em poucos meses, instaurou situações de extrema gravidade e demandas específicas no Judiciário, que é levado a pronunciar-se no contexto da chamada "jurisprudência de crises".

O pleito de substituição exposto é decorrente de previsão na Lei 6.830/1980 (art. 15, I), da possibilidade de, em processo de execução fiscal, o executado efetuar a garantia do juízo, mediante substituição da penhora, por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro-garantia, este último acrescentado pela Lei 13.043/2014.

A suspensão da exigibilidade do crédito tributário, por sua vez, está disciplinada pelo Código Tributário Nacional, que traz as causas suspensivas enumeradas no art. 151, atualmente com seis incisos. Originalmente, existiam os quatro primeiros incisos (moratória, depósito do montante integral do crédito, reclamações e recursos administrativos e medida liminar em mandado de segurança) e, com a LC 104/2001, foram incluídos os dois últimos incisos (liminar ou tutela antecipada em outras ações judiciais e parcelamento).

Não há, pois, como confundir as hipóteses de garantia do juízo da execução fiscal, previstas no art. 15, I, da Lei 6.830/80, com as causas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, objeto de disciplina pelo CTN, em seu art. 151.

Assim, para o depósito judicial ter o efeito de suspender a exigibilidade do crédito tributário, é exigido pelo art. 151, II, do CTN que seja depósito em dinheiro e no montante integral exigido, sendo deste teor o enunciado da Súmula 112 do STJ: "O depósito somente suspende a exigibilidade do crédito tributário se for integral e em dinheiro".

Os depósitos judiciais e extrajudiciais em dinheiro referentes a tributos e contribuições federais mereceram detalhada disciplina pela Lei 9.703/98, desde o momento em que são efetuados junto à Caixa Econômica Federal até sua devolução ao depositante após o trânsito em julgado ("após o encerramento da lide ou do processo litigioso"):

Art. 1º Os depósitos judiciais e extrajudiciais, em dinheiro, de valores referentes a tributos e contribuições federais, inclusive seus acessórios, administrados pela Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda, serão efetuados na Caixa Econômica Federal, mediante Documento de Arrecadação de Receitas Federais - DARF, específico para essa finalidade.

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, aos débitos provenientes de tributos e contribuições inscritos em Dívida Ativa da União.

§ 2º Os depósitos serão repassados pela Caixa Econômica Federal para a Conta Única do Tesouro Nacional, independentemente de qualquer formalidade, no mesmo prazo fixado para recolhimento dos tributos e das contribuições federais.

§ 3º Mediante ordem da autoridade judicial ou, no caso de depósito extrajudicial, da autoridade administrativa competente, o valor do depósito, após o encerramento da lide ou do processo litigioso, será:

I - devolvido ao depositante pela Caixa Econômica Federal, no prazo máximo de vinte e quatro horas, quando a sentença lhe for favorável ou na proporção em que o for, acrescido de juros, na forma estabelecida pelo § 4º do art. 39 da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995, e alterações posteriores; ou

II - transformado em pagamento definitivo, proporcionalmente à exigência do correspondente tributo ou contribuição, inclusive seus acessórios, quando se tratar de sentença ou decisão favorável à Fazenda Nacional.

§ 4º Os valores devolvidos pela Caixa Econômica Federal serão debitados à Conta Única do Tesouro Nacional, em subconta de restituição.

§ 5º A Caixa Econômica Federal manterá controle dos valores depositados ou devolvidos.

Diferentemente do depósito em dinheiro e no valor integral, que tem o condão de suspender a exigibilidade, como previsto no art. 151 do CTN, nem a fiança bancária, nem o seguro-garantia têm tal efeito, não figurando entre as hipóteses nele elencadas.

É certo que existe a previsão da suspensão da exigibilidade pela concessão de liminar em mandado de segurança e de liminar ou tutela antecipada em outras ações judiciais (CTN, art. 151, IV e V).

Com isso, em pedidos de substituição do depósito em dinheiro por fiança bancária ou seguro-garantia, é postulada pelo depositante a

concessão de liminar ou de tutela antecipada, como o objetivo de atribuir a tais garantias a pretendida eficácia de suspensão da exigibilidade tributária.

A questão foi por muito tempo objeto de discussões e de controvérsias na doutrina e nas instâncias administrativas e judiciais. Instalou-se dissídio jurisprudencial entre as Turmas do Superior Tribunal de Justiça, chegando-se finalmente à apreciação da 1ª Seção da Corte Especial por meio do EREsp 1.077.039/RJ, que, por maioria, em acórdão lavrado pelo Ministro Herman Benjamin, prolator do voto vencedor no julgamento ocorrido em 09/02/2011, firmou os seguintes posicionamentos:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENHORA DE DINHEIRO POR FIANÇA BANCÁRIA. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 9º, §§ 3º, e 4º, e 15, I, DA LEI 6.830/1980.

(...)

5. Nota-se, portanto, que, por falta de amparo legal, a fiança bancária, conquanto instrumento legítimo a garantir o juízo, não possui especificamente os mesmos efeitos jurídicos do depósito em dinheiro.

6. O fato de o art. 15, I, da LEF prever a possibilidade de substituição da penhora por depósito ou fiança bancária significa apenas que o bem constrito é passível de substituição por um ou por outro. Não se pode, a partir da redação do mencionado dispositivo legal, afirmar genericamente que o dinheiro e a fiança bancária apresentam o mesmo status.

7. Considere-se, ainda, que: a) o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil estabelece padrão de hermenêutica ("o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige"); b) o processo de Execução tem por finalidade primordial a satisfação do credor; c) no caso das receitas fiscais, possuam elas natureza tributária ou não-tributária, é de conhecimento público que representam obrigações pecuniárias, isto é, a serem quitadas em dinheiro; e d) as sucessivas reformas feitas no Código de Processo Civil (de que são exemplos as promovidas pelas Leis 11.232/2005 e 11.382/2006) objetivam prestigiar justamente a eficiência na entrega da tutela jurisdicional, a qual deve ser prestada, tanto quanto possível, preferencialmente em espécie.

8. Em conclusão, verifica-se que, regra geral, quando o juízo estiver garantido por meio de depósito em dinheiro, ou ocorrer penhora sobre ele, inexistente direito subjetivo de obter, sem anuência da Fazenda Pública, a sua substituição por fiança bancária

9. De modo a conciliar o dissídio entre a Primeira e a Segunda Turmas, admite-se, em caráter excepcional, a substituição de um (dinheiro) por outro (fiança bancária), mas somente quando estiver comprovada de forma irrefutável, perante a autoridade judicial, a necessidade de aplicação do princípio da menor onerosidade (art. 620 do CPC), situação inexistente nos autos.

10. Embargos de Divergência não providos.

(EResp 1.077.039/RJ, 1ª Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Rel. p/ acórdão Min. Herman Benjamin, DJe de 12.4.2011) - destaque nosso.

Alinham-se ao entendimento da decisão uniformizadora da 1ª Seção da Corte Especial transcrita os julgados subsequentes, inclusive de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, vencido naquela ocasião. A necessidade de prévia anuência da Fazenda Pública é bem reafirmada no *decisum*:

(...)

Ainda que se tratasse de ação executiva, a anuência da Fazenda Pública também seria necessária, este, aliás, o entendimento daquele Corte Superior, conforme se verifica a seguir:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. EXECUÇÃO GARANTIDA POR MEIO DE DEPÓSITO EM DINHEIRO. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO POR SEGURO GARANTIA JUDICIAL. INVIALIBILIDADE.

1. Garantida a execução fiscal por meio de depósito em dinheiro, a substituição por seguro garantia judicial só é possível com a anuência da Fazenda Pública.

2. Agravo regimental não provido."

(AgRg no Resp 213.678/SE, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 24/10/2012) - destaque nosso

Atente-se que, para conciliar o dissídio entre a Primeira e a Segunda Turmas, a 1ª Seção admitiu no citado EREsp 1.077.039/RJ, em caráter excepcional, a substituição de dinheiro por outra garantia, "somente quando estiver comprovada de forma irrefutável, perante a autoridade judicial, a necessidade de aplicação do princípio da menor onerosidade", previsto no art. 620 do CPC/1973 e, com poucas modificações, no art. 805 do CPC/2015.

Segue essa orientação o aresto abaixo exposto, de recurso especial julgado logo após, em 10/05/2011, com expressa referência à admissibilidade excepcional da substituição, "desde que não ocasione prejuízo ao exequente, sem que isso enseje afronta ao princípio da menor onerosidade da execução para o devedor".

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE COMPLEMENTAÇÃO DE AÇÕES - PROCEDÊNCIA - TRÂNSITO EM JULGADO - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - PRELIMINARES SUSCITADAS EM CONTRA-RAZÕES - PREQUESTIONAMENTO DOS DISPOSITIVOS INFRACONSTITUCIONAIS TIDOS POR VIOLADOS - OCORRÊNCIA - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL - NÃO-DEMONSTRAÇÃO - CONHECIMENTO DO RECURSO EM RELAÇÃO À ALÍNEA "A" DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL - MÉRITO - SUBSTITUIÇÃO DA PENHORA EM DINHEIRO POR CARTA DE FIANÇA - POSSIBILIDADE, EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS - PRECEDENTES DO STJ - NÃO-OCORRÊNCIA, NA ESPÉCIE - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO NESTA PARTE.

(...)

III - A despeito da nova redação do art. 656, § 2º, do Código de Processo Civil, a substituição da garantia em dinheiro por outro bem ou carta de fiança somente deve ser admitida em hipóteses excepcionais e desde que não ocasione prejuízo ao exequente, sem que isso enseje afronta ao princípio da menor onerosidade da execução para o devedor; IV - Recurso especial parcialmente conhecido e provido nesta parte.

(REsp 1090864/RS, RECURSO ESPECIAL 2008/0210565-4; Rel. Min. MASSAMI UYEDA; DJe 01/07/2011) - destaque nosso

Em 19/02/2018, foi publicado o trânsito em julgado do acórdão de julgamento de mérito, pela 1ª Seção do STJ, do REsp 1.156.668/DF, Rel. o então Ministro da Corte Especial, Luiz Fux, representativo da controvérsia repetitiva descrita no Tema 378, no qual se firmou a seguinte tese: "A fiança bancária não é equiparável ao depósito integral do débito exequendo para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, ante a taxatividade do art. 151 do CTN e o teor do Enunciado Sumular n. 112 desta Corte."

Os julgados a seguir adentram a análise dos requisitos da concessão da liminar ou tutela antecipada e reconhecem não configuradas a "probabilidade do provimento do recurso" (REsp 1759792/MG), constituindo óbice o fato de que apenas o depósito em dinheiro e pelo montante integral é causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário; ou a "plausibilidade do direito" diante do óbice do levantamento do depósito antes do trânsito em julgado (AgInt no TP 176/SP).

TRIBUTÁRIO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO TRIBUTO. SEGURO GARANTIA. IMPOSSIBILIDADE DE EQUIPARAÇÃO A DINHEIRO PARA ESSE EFEITO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 112/STJ.

1. Trata-se, na origem, de Ação de Anulação de Débito Fiscal em que o Tribunal regional entendeu que o seguro-garantia não tem finalidade de suspender a exigibilidade do débito fiscal e que só o depósito em dinheiro do montante integral do débito possui esta função.

2. É patente que a compreensão esposada pelo Tribunal local está de acordo com a pacífica orientação do STJ, que entende ser inviável a equiparação do seguro-garantia ou da fiança bancária ao depósito judicial em dinheiro e pelo montante integral para efeito de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, sob pena de afronta ao art. 151 do CTN.

3. A configuração da "probabilidade do provimento do recurso" encontra óbice no entendimento, já fartamente exposto, de que apenas o depósito judicial realizado em dinheiro e pelo montante integral é causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, conforme sedimentado no enunciado da Súmula 112/STJ: "O depósito somente suspende a exigibilidade do crédito tributário se for integral e em dinheiro".

4. Recurso Especial não provido.

(REsp 1759792/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/09/2018, DJe 21/11/2018) - destaque nosso.

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA. SUBSTITUIÇÃO DE DEPÓSITO JUDICIAL EFETUADO PARA SUSPENDER EXIGIBILIDADE DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO POR SEGURO GARANTIA. DESCABIMENTO. MOVIMENTAÇÃO DOS VALORES DEPOSITADOS EM JUÍZO. IMPOSSIBILIDADE ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DEMANDA À QUAL VINCULADOS. PLAUSIBILIDADE DO DIREITO INVOCADO. AUSÊNCIA.

1. Cuida-se de pedido de tutela de urgência formulado pela ora agravante objetivando apresentar seguro garantia no valor integral do crédito discutido em recurso especial, ainda sem juízo de admissibilidade no Tribunal de origem, em substituição ao depósito realizado.

2. É firme nesta Corte o entendimento no sentido de que o seguro garantia judicial não se enquadra como uma das hipóteses previstas no artigo 151 do CTN de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Precedentes.

3. A jurisprudência desta Corte reconhece que a movimentação do depósito judicial efetuado na forma do artigo 151, II, do CTN fica condicionada ao trânsito em fruto de julgado do processo a que se encontra vinculado. Precedentes.

4. Não demonstrada a plausibilidade do direito, obstado fica o trânsito da pretensão autoral.

5. Agravo interno não provido.

(AgInt no TP 176/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/11/2019, DJe 20/11/2019) - destaque nosso.

Em atuação na 6ª Turma desta Corte Regional, nos muitos feitos de minha relatoria com pedido de substituição de depósito em dinheiro por fiança bancária ou seguro-garantia, adotei a mesma orientação dos precedentes citados, fruto de uma longa construção e sedimentação a partir de marcos legais que nunca tiveram sua constitucionalidade questionada.

Serve de ilustração a decisão prolatada nos autos da Tutela Antecipada Antecedente (12083) nº 5029937-18.2018.4.03.0000, e já no exercício da Vice-Presidência, pronunciei-me no mesmo sentido ao apreciar pedido formulado pela Sky (AC nº 0009719-73.2007.4.03.6100/SP). Esta última decisão foi mencionada na matéria veiculada pelo Jornal "Valor Econômico", edição do dia 04/05/2020, intitulada "Justiça nega maioria dos pedidos para troca de depósito judicial por seguro". Segundo destaque feito logo após o título, "Nos tribunais federais, apenas sete de 45 decisões foram favoráveis aos contribuintes" (<https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2020/05/04/justica-nega-maioria-dos-pedidos-para-troca-de-deposito-judicial-por-seguro.ghtml>).

A questão que se coloca, bem própria deste momento, é se a grave crise econômica derivada da pandemia, de proporções globais, justifica a mudança de entendimento, uniformizado pela 1ª Seção da Corte Especial em 2011 (EResp 1.077.039/RJ) e afirmado no Tema 378, em relação à fiança bancária (REsp 1.156.668/DF, trânsito em julgado em 19/02/2018). Consolidou-se a interpretação sistemática do art. 15, II, da Lei de Execuções Fiscais como art. 151, II, do CTN, complementado pelo detalhado regramento dos depósitos judiciais em dinheiro feito pela Lei 9.703/98.

Efetivamente, o momento atual é extremamente crítico e as perspectivas e expectativas para o período pós-pandemia são igualmente críticas para toda a sociedade.

Grande tem sido a demanda no Judiciário de pedidos similares ao formulado nestes autos, de substituição dos depósitos judiciais efetuados para suspensão da exigibilidade dos créditos tributários por seguro-garantia ou fiança bancária. Alega-se a necessidade de liberação do valor depositado em razão da grave crise econômica que atingiu a maior parte do setor produtivo e de serviços com o avanço da pandemia da COVID-19, que levou à adoção das medidas de isolamento e de distanciamento sociais pelos diversos governos para combater o aumento, em escala geométrica, da contaminação coletiva pelo vírus, de grande potencial de letalidade.

Instada a manifestar-se, a União justifica seu posicionamento contrário à substituição postulada, baseada fundamentalmente no regramento da Lei 9.703/1998. São por ela destacados, entre outros pontos, que "os recursos financeiros são imediatamente repassados ao Orçamento

da União e, ato contínuo, submetem-se às devidas execuções orçamentárias, que correm de acordo com as afetações constitucionais dos tributos aos quais estão associados", conforme estabelece o art. 1º, § 2º, da lei mencionada. Sob essa perspectiva, "a devolução de ingressos orçamentários antes do trânsito em julgado é francamente descabida, quer sob o viés exclusivamente jurídico, quer sob as lentes do bem-estar social", na linha argumentativa da União.

De fato, de acordo com a disciplina da Lei 9.703/98, os depósitos judiciais efetuados na Caixa Econômica Federal são imediatamente repassados à Conta Única do Tesouro Nacional. Ingressam como disponibilidade financeira provisória da União submetida às execuções orçamentárias, de acordo com a finalidade constitucional definida para a respectiva exação. A devolução do valor do depósito, acrescido da taxa SELIC, somente se verifica com o trânsito em julgado do provimento jurisdicional favorável ao contribuinte, cumprida a ordem judicial pela CEF no prazo de 24 horas.

Não há dúvida de que a robusta legislação e jurisprudência existentes tornam temerária a liberação pelo Judiciário de vultosos depósitos e o risco de profundo desarranjo das contas públicas, diante da possibilidade do "efeito cascata" de liberação em larga escala provocado pelas decisões favoráveis ao pleito dos depositantes.

O que se tem observado nas decisões judiciais em pretensões semelhantes à ora examinada é a reafirmação, mesmo nessa grave crise atual, da inviabilidade da substituição pretendida, alicerçado esse posicionamento nas disposições da Lei 9.703/98 (art. 1º, §§ 2º e 3º, I e II), do Código Tributário Nacional e em jurisprudência consolidada dos nossos Tribunais, objeto, inclusive, de enunciados de Súmulas e de decisões definitivas em recursos repetitivos.

Servem de exemplos estas primeiras decisões provenientes do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

[...] além de o levantamento dos depósitos judiciais se dar de acordo com o resultado do processo, a ser verificado após o trânsito em julgado (TRF4, Súmula 81), a suspensão da exigibilidade do crédito por força de depósito judicial é medida atingida apenas com o depósito em dinheiro (art. 110 do Código Tributário Nacional e Súmula 112 do STJ), com o qual não se equipara o seguro garantia (STJ, REsp nº 1.796.295/ES, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 22-04-2019). Enfim, a liminar concedida pelo Conselho Nacional de Justiça no Procedimento de Controle Administrativo nº 0009820-09.2019.2.00.0000 se limitou a reconhecer o direito de substituir por seguro garantia ou fiança bancária o depósito recursal e para garantia da execução trabalhista, mas não o depósito judicial para efeito de suspensão da exigibilidade de crédito tributário. Ante o exposto, indefiro o requerimento formulado na petição do evento 7.

(TRF4, AC 5005714-77.2019.4.04.7003, SEGUNDA TURMA, Relator RÔMULO PIZZOLATTI, juntado aos autos em 14/04/2020) - destaque nosso.

[...] Embora a grande probabilidade da manutenção da sentença de origem, à vista do julgamento do Tema 69 do STF, não há que se cogitar da liberação dos valores referentes depositados em Juízo, à vista a ausência do trânsito em julgado. A L 9.703/1998, ao regulamentar os depósitos judiciais e extrajudiciais de tributos e contribuições federais, dispôs no inc. II do § 3º do art. 1º que após o encerramento do processo o valor do depósito será transformado em pagamento definitivo, proporcionalmente à exigência do correspondente tributo ou contribuição, inclusive seus acessórios, quando se tratar de sentença ou decisão favorável à Fazenda Pública. [...] Ademais, a pretensão objetiva da requerente contraria frontalmente a súmula 18 desta Corte: o depósito judicial destinado a suspender a exigibilidade do crédito tributário somente poderá ser levantado, ou convertido em renda, após o trânsito em julgado da sentença. Neste caso, o processo proposto pela ora requerente pende de julgamento de recurso, sem trânsito em julgado. Não prospera a pretensão de levantamento de valores depositados na ação no Juízo de origem em virtude dos efeitos econômicos gerados pela pandemia do novo coronavírus seja por contrariar súmula desta Corte, seja por não ser possível antever os benefícios que poderão ser oferecidos às empresas nacionais para minimização das suas perdas. Não é inequívoca, portanto, a prova do direito alegado, não lhe outorgando verossimilhança. Dispositivo. Pelo exposto, indefiro o pedido de liberação de valores.

(TRF4, AC 5009291-34.2017.4.04.7003, PRIMEIRA TURMA, Relator ALEXANDRE GONÇALVES LIPPEL, juntado aos autos em 01/04/2020) - destaque nosso.

Merecem destaque as inaugurais decisões monocráticas oriundas do Superior Tribunal de Justiça, em pedidos de tutela de urgência formulados em feitos objeto de recursos sob jurisdição dessa Corte.

Em decisão proferida em 28.04.2020, o Ministro Og Fernandes, ao indeferir pedido de substituição de depósito judicial por seguro-garantia fundado na crise econômica causada pela covid-19, registrou que, embora a "quadra vivenciada seja trágica", o Superior Tribunal de Justiça "compreende que não há direito subjetivo do devedor à substituição do depósito em dinheiro por seguro garantia sem o aval do ente público, à vista do princípio da primazia da satisfação do credor", e que "leis foram modificadas para adequar aos novos tempos outras formas de garantia, mas o entendimento jurisprudencial persiste, na avaliação segundo a qual a fiança bancária/seguro não possui a mesma equivalência que o depósito em dinheiro".

Ponderou que "há de se primar pelo equilíbrio em situações excepcionais, todavia, a flexibilização da jurisprudência requer cautela, sobretudo em lides tributárias, nas quais prevalece o interesse público e a legalidade estrita".

Quanto à decisão proferida pelo Conselho Nacional de Justiça, nos autos do PCA n. 0009820-09.2019.2.00.0000, o Ministro Og Fernandes esclareceu que o precedente "se refere à utilização do seguro garantia judicial e da fiança bancária em substituição ao depósito recursal e para garantia da execução trabalhista, não obrigando o magistrado à substituição de vultosa quantia depositada espontaneamente pela parte no decorrer do processo". (STJ, PET nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 655024-SP (2015/0011859-3), decisão publicada em 05.05.2020).

Outra decisão que merece realce é da Ministra Assusete Magalhães, publicada na mesma data da anterior (STJ, PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA 2.682-RJ (2020/0088488-1), em 05.05.2020). Refere-se a pedido de tutela provisória que objetiva a liberação dos depósitos judiciais efetuados nos autos de mandado de segurança atualmente submetido à jurisdição da Corte Superior, mediante o oferecimento de apólice de seguro-garantia, ao examinar o pedido de concessão de medida liminar fundado no art. 151, IV, do CTN, para manter a suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Decidiu a Senhora Ministra Relatora:

"*Havendo norma expressa a vedar o levantamento do depósito judicial, a medida somente poderia ser autorizada ou mediante a declaração de inconstitucionalidade, o que nos damos por escusado de apreciar, ou mediante aquilo que a doutrina denomina superação (defeasibility) da regra legal*".

E cita, a propósito, lições de Humberto Ávila (in "Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos", Malheiros Editores, 2010, p.114 e ss.):

"(...) as regras não devem ser obedecidas somente por serem regras e serem editadas por uma autoridade. Elas devem ser obedecidas, de um lado, porque sua obediência é moralmente boa e, de outro, porque produz efeitos relativos a valores prestigiados pelo próprio ordenamento jurídico, como segurança, paz e igualdade. Ao contrário do que a atual exaltação dos princípios poderia fazer pensar, as regras não são normas de segunda categoria. Bem ao contrário, elas desempenham uma função importantíssima de solução previsível, eficiente e geralmente equânime de solução de conflitos sociais". Por isso que "a superação de uma regra não exige apenas a mera ponderação do princípio da segurança jurídica com outro princípio constitucional específico, como ocorre nos casos de ponderação horizontal e direta de princípios constitucionais. (...) **Isso porque a superação de uma regra não se circunscreve à solução de um caso, como ocorre na ponderação horizontal entre princípios mediante a criação de regras concretas de colisão; mas exige a construção de uma solução de um caso mediante a análise da sua repercussão para a maioria dos casos**".

A argumentação jurídica desenvolvida a partir dessas considerações principiológicas é para afastar, na espécie, a superação da norma legal, representada pela Lei 9.703/98, e indeferir o pedido de tutela provisória de urgência:

Na espécie, a provável repercussão para a maioria dos casos milita contra o pleito da companhia. Os depósitos judiciais para a suspensão de exigibilidade de crédito tributário são destinados à conta única do Tesouro Nacional (art. 1º, § 2º, da Lei 9.703/98) e à conta única dos Tesouros Estaduais (art. 3º da Lei Complementar 151/2015). União e Estados, portanto, contam com os valores na gestão de seus fluxos de caixa. Em meio à pandemia, o levantamento dos depósitos, sem decisão judicial transitada em julgado, pode comprometer a implementação, pelo Poder Público, de políticas sociais e medidas econômicas anticíclicas. Claro está, pois, o risco à economia pública e à ordem social.

Concorda-se integralmente com a necessidade de manutenção do paradigma legal, que não deve ser afastado ou considerado superado mesmo neste grave momento de crise econômica. A eventual intervenção do Judiciário, autorizando os levantamentos dos depósitos prematuramente e sem aguardar o trânsito em julgado de decisão favorável ao depositante poderá agravar o desequilíbrio das contas públicas e comprometer ainda mais a difícil implementação das políticas sociais e medidas econômicas emergenciais ora em curso.

No caso do requerente, a segurança foi concedida em sentença submetida ao duplo grau obrigatório e impugnada por recursos de apelação da União Federal e da impetrante, que o fez para pleitear a reforma parcial do julgado, de modo a obter o direito de compensar nos anos posteriores aos resultados negativos de 1994 a 1995.

A 4ª Turma deste Tribunal, por unanimidade, deu provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial e negou provimento à apelação da impetrante.

Rejeitados os embargos de declaração pelo r. órgão fracionário, o requerente interpôs recursos especial e extraordinário.

Conforme já mencionado, a Vice-Presidência determinou em 25/07/2017 o sobrestamento do feito até o julgamento do representativo de controvérsia RE nº 591.340/SP, situação que perdura até o presente momento, uma vez que ainda não houve julgamento do tema pelo Supremo Tribunal Federal.

Por este relato, verifica-se que na espécie, não se faz presente a necessária condição a que alude a Lei 9.703/98 para a movimentação do depósito judicial efetuado na forma do art. 151, II, do CTN, visto que não houve trânsito em julgado no feito, sequer foi realizado o juízo de admissibilidade recursal/conformação, dada a ausência de manifestação definitiva sobre a matéria objeto do recurso pela Suprema Corte, o que inviabiliza o acolhimento da pretensão do requerente.

Os setores econômico e financeiro devem mobilizar-se junto às instâncias competentes do Legislativo e do Executivo, como já estão fazendo, para que sejam também contemplados com medidas econômicas emergenciais no curso e após o período da pandemia.

Por conseguinte, não há como se reconhecer direito subjetivo da requerente ao levantamento do depósito em dinheiro e sua substituição por fiança bancária ou seguro-garantia, de tal sorte que, afastado o requisito da probabilidade do direito exigido para a concessão da tutela provisória de urgência, não há como ser acolhido o pleito formulado.

Em face de todo o exposto, **indefiro** o pedido formulado por AKZO NOBEL LTDA.

Intimem-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

CONSUELO YOSHIDA

Vice-Presidente

00002 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000232-50.2005.4.03.6100/SP

	2005.61.00.000232-9/SP
--	------------------------

RELATOR	:	Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS
APELANTE	:	ABN AMRO BRASIL DOIS PARTICIPACOES S/A e outros(as)
	:	BRI PAR DOIS PARTICIPACOES S/A
	:	ABN AMRO BRASIL PARTICIPACOES FINANCEIRAS S/A
ADVOGADO	:	SP110862 RUBENS JOSE NOVAKOSKI F VELLOZA

	:	SP220925 LEONARDO AUGUSTO ANDRADE
APELADO(A)	:	União Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO	:	SP000003 JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA

DECISÃO

Trata-se de pedido de levantamento dos depósitos judiciais mediante substituição por seguro-garantia, formulado por BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A.

O pleito fundamenta-se nas seguintes alegações: (i) "a noticiada pandemia alcançou tamanha abrangência e periculosidade que seus efeitos transbordam a ordem da saúde, afetando com igual ameaça tanto a economia quanto as relações sociais em todo o planeta"; (ii) "na quadra atual não faz o menor sentido impedir a concessão de tutela pretendida, com a posterior liberação dos valores depositados a qual servirá para atender aos importantes anseios do setor produtivo brasileiro, especialmente aquelas atingidas pela atuação da instituição financeira petionante"; (iii) "em vez de ficar parado em conta judicial aguardando o julgamento da presente demanda, os mais de R\$ 206.133.405,15 poderiam se transformar em créditos para empresas nas mais variadas áreas da sociedade"; (iv) "a Executada igualmente sofre com os percalços trazidos pela crise da pandemia em curso, afetando significativamente a sua reserva de recursos a ser disponibilizada no mercado, na forma de crédito"; (v) "sem medidas capazes de lhe prover liquidez adicional neste momento, como a disponibilidade do depósito em dinheiro mantido nos presentes autos, a petionante terá reduzida a sua capacidade de colocar crédito à disposição do mercado"; (vi) "os depósitos judiciais colocados à disposição deste MM. Juízo serão essenciais para custear o aumento dos gastos e a retração da receita, notadamente a sustentação econômica do setor produtivo extremamente afetado pela pandemia do Coronavírus - COVID19, por meio de concessão de crédito, do que se espera a concessão da tutela ora pleiteada com a consequente liberação dos referidos depósitos judiciais". Requer, ainda, a concessão de tutela de urgência, para que seja determinada a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 300, § 1º, do Código de Processo Civil, c/c art. 151, V, do Código Tributário Nacional.

Intimada, a União sustentou: (i) "a regência da Lei n. 9.703/98 induz ao exame de pelo menos dois aspectos que não podem deixar de ser notados", a saber: "impossibilidade expressa de os depósitos judiciais serem levantados antes do trânsito em julgado, interdição que surge explícita no art. 1º, § 3º, inc. I, que é textual ao condicionar a devolução dos recursos se o depositante obtiver provimento final favorável"; "fato de os recursos depositados serem imediatamente repassados à Conta Única do Tesouro Nacional e impactarem diretamente na apuração do resultado primário do governo federal"; (ii) "a devolução de ingressos orçamentários antes do trânsito em julgado é francamente descabida, quer sob o viés exclusivamente jurídico, quer sob as lentes do bem-estar social"; (iii) inaplicabilidade do entendimento do CNJ no processo 0009820-09.2019.2.00.0000; (iv) "tratando-se de contribuinte com dívida inscrita, deve-se seguir o art. 11, inc. I, da lei n. 6.830/1980, o qual prevê a preferência absoluta do dinheiro como prioridade para garantia da execução fiscal, assim como aduz o art. 835, inc. I, do CPC"; (v) "a manutenção do depósito judicial em garantia é medida que se impõe em respeito às normas vigentes, ao entendimento jurisprudencial e, acima de tudo, é medida que está coordenada com os esforços para o combate à pandemia que estão sendo realizados por todos os atores sociais, públicos e privados".

É o relatório.

Decido.

Tratamos autos originários de mandado de segurança impetrado pela requerente como objetivo de afastar a incidência do PIS e da Cofins sobre as receitas financeiras oriundas dos juros sobre o capital próprio.

A requerente teve a ordem denegada em primeira instância e não obteve êxito em grau de apelação. Os recursos excepcionais que interpôs encontram-se sobrestados por força do representativo de controvérsia RE 1.043.313, vinculado ao Tema 939. Não há manifestação definitiva pelo Supremo Tribunal Federal sobre a matéria objeto do recurso.

No intuito de obter a suspensão da exigibilidade do crédito, a requerente efetuou depósitos judiciais nos termos do art. 151, II, CTN e postula, nesta oportunidade, a substituição dos depósitos pelo seguro-garantia, fundamentando seu pleito na crise econômica instalada com a pandemia da covid-19.

É importante, de início, fazer um breve retrospecto dos marcos legais e jurisprudenciais que se relacionam com o pedido ora formulado, antes da emergência da pandemia que, neste ano e em poucos meses, instaurou situações de extrema gravidade e demandas específicas no Judiciário, que é levado a pronunciar-se no contexto da chamada "jurisprudência de crises".

O pleito de substituição exposto é decorrente de previsão na Lei 6.830/1980 (art. 15, I), da possibilidade de, em processo de execução fiscal, o executado efetuar a garantia do juízo, mediante substituição da penhora, por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro-garantia, este último acrescentado pela Lei 13.043/2014.

A suspensão da exigibilidade do crédito tributário, por sua vez, está disciplinada pelo Código Tributário Nacional, que traz as causas suspensivas enumeradas no art. 151, atualmente com seis incisos. Originalmente, existiam os quatro primeiros incisos (moratória, depósito do montante integral do crédito, reclamações e recursos administrativos e medida liminar em mandado de segurança) e, com a LC 104/2001, foram incluídos os dois últimos incisos (liminar ou tutela antecipada em outras ações judiciais e parcelamento).

Não há, pois, como confundir as hipóteses de garantia do juízo da execução fiscal, previstas no art. 15, I, da Lei 6.830/80, com as causas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, objeto de disciplina pelo CTN, em seu art. 151.

Assim, para o depósito judicial ter o efeito de suspender a exigibilidade do crédito tributário, é exigido pelo art. 151, II, do CTN que seja depósito em dinheiro e no montante integral exigido, sendo deste teor o enunciado da Súmula 112 do STJ: "O depósito somente suspende a exigibilidade do crédito tributário se for integral e em dinheiro".

Os depósitos judiciais e extrajudiciais em dinheiro referentes a tributos e contribuições federais mereceram detalhada disciplina pela Lei 9.703/98, desde o momento em que são efetuados junto à Caixa Econômica Federal até sua devolução ao depositante após o trânsito em julgado ("após o encerramento da lide ou do processo litigioso"):

Art. 1º Os depósitos judiciais e extrajudiciais, em dinheiro, de valores referentes a tributos e contribuições federais, inclusive seus acessórios, administrados pela Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda, serão efetuados na Caixa

Econômica Federal, mediante Documento de Arrecadação de Receitas Federais - DARF, específico para essa finalidade.

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, aos débitos provenientes de tributos e contribuições inscritos em Dívida Ativa da União.

§ 2º Os depósitos serão repassados pela Caixa Econômica Federal para a Conta Única do Tesouro Nacional, independentemente de qualquer formalidade, no mesmo prazo fixado para recolhimento dos tributos e das contribuições federais.

§ 3º **Mediante ordem da autoridade judicial ou, no caso de depósito extrajudicial, da autoridade administrativa competente, o valor do depósito, após o encerramento da lide ou do processo litigioso, será:**

I - devolvido ao depositante pela Caixa Econômica Federal, no prazo máximo de vinte e quatro horas, quando a sentença lhe for favorável ou na proporção em que o for, acrescido de juros, na forma estabelecida pelo § 4º do art. 39 da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995, e alterações posteriores; ou

II - transformado em pagamento definitivo, proporcionalmente à exigência do correspondente tributo ou contribuição, inclusive seus acessórios, quando se tratar de sentença ou decisão favorável à Fazenda Nacional.

§ 4º Os valores devolvidos pela Caixa Econômica Federal serão debitados à Conta Única do Tesouro Nacional, em subconta de restituição.

§ 5º A Caixa Econômica Federal manterá controle dos valores depositados ou devolvidos.

Diferentemente do depósito em dinheiro e no valor integral, que tem o condão de suspender a exigibilidade, como previsto no art. 151 do CTN, nem a fiança bancária, nem o seguro-garantia têm tal efeito, não figurando entre as hipóteses nele elencadas.

É certo que existe a previsão da suspensão da exigibilidade pela concessão de liminar em mandado de segurança e de liminar ou tutela antecipada em outras ações judiciais (CTN, art. 151, IV e V).

Com isso, em pedidos de substituição do depósito em dinheiro por fiança bancária ou seguro-garantia, é postulada pelo depositante a concessão de liminar ou de tutela antecipada, como objetivo de atribuir a tais garantias a pretendida eficácia de suspensão da exigibilidade tributária.

A questão foi por muito tempo objeto de discussões e de controvérsias na doutrina e nas instâncias administrativas e judiciais. Instalou-se dissídio jurisprudencial entre as Turmas do Superior Tribunal de Justiça, chegando-se finalmente à apreciação da 1ª Seção da Corte Especial por meio do EREsp 1.077.039/RJ, que, por maioria, em acórdão lavrado pelo Ministro Herman Benjamin, prolator do voto vencedor no julgamento ocorrido em 09/02/2011, firmou os seguintes posicionamentos:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENHORA DE DINHEIRO POR FIANÇA BANCÁRIA. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 9º, §§ 3º, e 4º, e 15, I, DA LEI 6.830/1980.

(...)

5. *Nota-se, portanto, que, por falta de amparo legal, a fiança bancária, conquanto instrumento legítimo a garantir o juízo, não possui especificamente os mesmos efeitos jurídicos do depósito em dinheiro.*

6. *O fato de o art. 15, I, da LEF prever a possibilidade de substituição da penhora por depósito ou fiança bancária significa apenas que o bem constrito é passível de substituição por um ou por outro. Não se pode, a partir da redação do mencionado dispositivo legal, afirmar genericamente que o dinheiro e a fiança bancária apresentam o mesmo status.*

7. *Considere-se, ainda, que: a) o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil estabelece padrão de hermenêutica ("o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige"); b) o processo de Execução tem por finalidade primordial a satisfação do credor; c) no caso das receitas fiscais, possuem elas natureza tributária ou não-tributária, é de conhecimento público que representam obrigações pecuniárias, isto é, a serem quitadas em dinheiro; e d) as sucessivas reformas feitas no Código de Processo Civil (de que são exemplos as promovidas pelas Leis 11.232/2005 e 11.382/2006) objetivam prestigiar justamente a eficiência na entrega da tutela jurisdicional, a qual deve ser prestada, tanto quanto possível, preferencialmente em espécie.*

8. *Em conclusão, verifica-se que, regra geral, quando o juízo estiver garantido por meio de depósito em dinheiro, ou ocorrer penhora sobre ele, inexistente direito subjetivo de obter, sem anuência da Fazenda Pública, a sua substituição por fiança bancária*

9. *De modo a conciliar o dissídio entre a Primeira e a Segunda Turmas, admite-se, em caráter excepcional, a substituição de um (dinheiro) por outro (fiança bancária), mas somente quando estiver comprovada de forma irrefutável, perante a autoridade judicial, a necessidade de aplicação do princípio da menor onerosidade (art. 620 do CPC), situação inexistente nos autos.*

10. *Embargos de Divergência não providos.*

(EREsp 1.077.039/RJ, 1ª Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Rel. p/ acórdão Min. Herman Benjamin, DJe de 12.4.2011) - destaque nosso.

Alinham-se ao entendimento da decisão uniformizadora da 1ª Seção da Corte Especial transcrita os julgados subsequentes, inclusive de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, vencido naquela ocasião. A necessidade de prévia anuência da Fazenda Pública é bem reafirmada no *decisum*:

(...)

Ainda que se tratasse de ação executiva, a anuência da Fazenda Pública também seria necessária, este, aliás, o entendimento daquele Corte Superior, conforme se verifica a seguir:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. EXECUÇÃO GARANTIDA POR MEIO DE DEPÓSITO EM DINHEIRO. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO POR SEGURO GARANTIA JUDICIAL. INVIABILIDADE.

1. **Garantida a execução fiscal por meio de depósito em dinheiro, a substituição por seguro garantia judicial só é possível com a anuência da Fazenda Pública.**

2. **Agravo regimental não provido."**

(AgRg no Resp 213.678/SE, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 24/10/2012) - destaque nosso

Atente-se que, para conciliar o dissídio entre a Primeira e a Segunda Turmas, a 1ª Seção admitiu no citado EREsp 1.077.039/RJ, em

caráter excepcional, a substituição de dinheiro por outra garantia, "somente quando estiver comprovada de forma irrefutável, perante a autoridade judicial, a necessidade de aplicação do princípio da menor onerosidade", previsto no art. 620 do CPC/1973 e, poucas modificações, no art. 805 do CPC/2015.

Segue essa orientação o acerto abaixo exposto, de recurso especial julgado logo após, em 10/05/2011, com expressa referência à admissibilidade excepcional da substituição, "desde que não ocasione prejuízo ao exequente, sem que isso enseje afronta ao princípio da menor onerosidade da execução para o devedor".

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE COMPLEMENTAÇÃO DE AÇÕES - PROCEDÊNCIA - TRÂNSITO EM JULGADO - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - PRELIMINARES SUSCITADAS EM CONTRA-RAZÕES - PREQUESTIONAMENTO DOS DISPOSITIVOS INFRACONSTITUCIONAIS TIDOS POR VIOLADOS - OCORRÊNCIA - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL - NÃO-DEMONSTRAÇÃO - CONHECIMENTO DO RECURSO EM RELAÇÃO À ALÍNEA "A" DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL - MÉRITO - SUBSTITUIÇÃO DA PENHORA EM DINHEIRO POR CARTA DE FIANÇA - POSSIBILIDADE, EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS - PRECEDENTES DO STJ - NÃO-OCORRÊNCIA, NA ESPÉCIE - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO NESTA PARTE.

(...)

III - A despeito da nova redação do art. 656, § 2º, do Código de Processo Civil, a substituição da garantia em dinheiro por outro bem ou carta de fiança somente deve ser admitida em hipóteses excepcionais e desde que não ocasione prejuízo ao exequente, sem que isso enseje afronta ao princípio da menor onerosidade da execução para o devedor; IV - Recurso especial parcialmente conhecido e provido nesta parte.

(REsp 1090864/RS, RECURSO ESPECIAL 2008/0210565-4; Rel. Min. MASSAMI UYEDA; DJe 01/07/2011) - destaque nosso Em 19/02/2018, foi publicado o trânsito em julgado do acórdão de julgamento de mérito, pela 1ª Seção do STJ, do REsp 1.156.668/DF, Rel. o então Ministro da Corte Especial, Luiz Fux, representativo da controvérsia repetitiva descrita no Tema 378, no qual se firmou a seguinte tese: "A fiança bancária não é equiparável ao depósito integral do débito exequendo para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, ante a taxatividade do art. 151 do CTN e o teor do Enunciado Sumular n. 112 desta Corte."

Os julgados a seguir adentram a análise dos requisitos da concessão da liminar ou tutela antecipada e reconhecem não configuradas a "probabilidade do provimento do recurso" (REsp 1759792/MG), constituindo óbice o fato de que apenas o depósito em dinheiro e pelo montante integral é causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário; ou a "plausibilidade do direito" diante do óbice do levantamento do depósito antes do trânsito em julgado (AgInt no TP 176/SP).

TRIBUTÁRIO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO TRIBUTO. SEGURO GARANTIA. IMPOSSIBILIDADE DE EQUIPARAÇÃO A DINHEIRO PARA ESSE EFEITO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 112/STJ.

1. Trata-se, na origem, de Ação de Anulação de Débito Fiscal em que o Tribunal regional entendeu que o seguro-garantia não tem finalidade de suspender a exigibilidade do débito fiscal e que só o depósito em dinheiro do montante integral do débito possui esta função.

2. É patente que a compreensão esposada pelo Tribunal local está de acordo com a pacífica orientação do STJ, que entende ser inviável a equiparação do seguro-garantia ou da fiança bancária ao depósito judicial em dinheiro e pelo montante integral para efeito de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, sob pena de afronta ao art. 151 do CTN.

3. A configuração da "probabilidade do provimento do recurso" encontra óbice no entendimento, já fartamente exposto, de que apenas o depósito judicial realizado em dinheiro e pelo montante integral é causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, conforme sedimentado no enunciado da Súmula 112/STJ: "O depósito somente suspende a exigibilidade do crédito tributário se for integral e em dinheiro".

4. Recurso Especial não provido.

(REsp 1759792/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/09/2018, DJe 21/11/2018) - destaque nosso.

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA. SUBSTITUIÇÃO DE DEPÓSITO JUDICIAL EFETUADO PARA SUSPENDER EXIGIBILIDADE DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO POR SEGURO GARANTIA. DESCABIMENTO. MOVIMENTAÇÃO DOS VALORES DEPOSITADOS EM JUÍZO. IMPOSSIBILIDADE ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DEMANDA À QUAL VINCULADOS. PLAUSIBILIDADE DO DIREITO INVOCADO. AUSÊNCIA.

1. Cuida-se de pedido de tutela de urgência formulado pela ora agravante objetivando apresentar seguro garantia no valor integral do crédito discutido em recurso especial, ainda sem juízo de admissibilidade no Tribunal de origem, em substituição ao depósito realizado.

2. É firme nesta Corte o entendimento no sentido de que o seguro garantia judicial não se enquadra como uma das hipóteses previstas no artigo 151 do CTN de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Precedentes.

3. A jurisprudência desta Corte reconhece que a movimentação do depósito judicial efetuado na forma do artigo 151, II, do CTN fica condicionada ao trânsito em fruto de julgado do processo a que se encontra vinculado. Precedentes.

4. Não demonstrada a plausibilidade do direito, obstado fica o trânsito da pretensão autoral.

5. Agravo interno não provido.

(AgInt no TP 176/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/11/2019, DJe 20/11/2019) - destaque nosso.

Em atuação na 6ª Turma desta Corte Regional, nos muitos feitos de minha relatoria com pedido de substituição de depósito em dinheiro por fiança bancária ou seguro-garantia, adotei a mesma orientação dos precedentes citados, fruto de uma longa construção e sedimentação a partir de marcos legais que nunca tiveram sua constitucionalidade questionada.

Serve de ilustração a decisão prolatada nos autos da Tutela Antecipada Antecedente (12083) nº 5029937-18.2018.4.03.0000, e já no

exercício da Vice-Presidência, pronunciei-me no mesmo sentido ao apreciar pedido formulado pela Sky (AC nº 0009719-73.2007.4.03.6100/SP). Esta última decisão foi mencionada na matéria veiculada pelo Jornal "Valor Econômico", edição do dia 04/05/2020, intitulada "Justiça nega maioria dos pedidos para troca de depósito judicial por seguro". Segundo destaque feito logo após o título, "Nos tribunais federais, apenas sete de 45 decisões foram favoráveis aos contribuintes" (<https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2020/05/04/justica-nega-maioria-dos-pedidos-para-troca-de-deposito-judicial-por-seguro.ghtml>).

A questão que se coloca, bem própria deste momento, é se a grave crise econômica derivada da pandemia, de proporções globais, justifica a mudança de entendimento, uniformizado pela 1ª Seção da Corte Especial em 2011 (EREsp 1.077.039/RJ) e afirmado no Tema 378, em relação à fiança bancária (REsp 1.156.668/DF, trânsito em julgado em 19/02/2018). Consolidou-se a interpretação sistemática do art. 15, II, da Lei de Execuções Fiscais como o art. 151, II, do CTN, complementado pelo detalhado regramento dos depósitos judiciais em dinheiro feito pela Lei 9.703/98.

Efetivamente, o momento atual é extremamente crítico e as perspectivas e expectativas para o período pós-pandemia são igualmente críticas para toda a sociedade.

Grande tem sido a demanda no Judiciário de pedidos similares ao formulado nestes autos, de substituição dos depósitos judiciais efetuados para suspensão da exigibilidade dos créditos tributários por seguro-garantia ou fiança bancária. Alega-se a necessidade de liberação do valor depositado em razão da grave crise econômica que atingiu a maior parte do setor produtivo e de serviços como o avanço da pandemia da COVID-19, que levou à adoção das medidas de isolamento e de distanciamento sociais pelos diversos governos para combater o aumento, em escala geométrica, da contaminação coletiva pelo vírus, de grande potencial de letalidade.

Instada a manifestar-se, a União justifica seu posicionamento contrário à substituição postulada, baseada fundamentalmente no regramento da Lei 9.703/1998. São por ela destacados, entre outros pontos, que "os recursos financeiros são imediatamente repassados ao Orçamento da União e, ato contínuo, submetem-se às devidas execuções orçamentárias, que correm de acordo com as afetações constitucionais dos tributos aos quais estão associados", conforme estabelece o art. 1º, § 2º, da lei mencionada. Sob essa perspectiva, "a devolução de ingressos orçamentários antes do trânsito em julgado é francamente descabida, quer sob o viés exclusivamente jurídico, quer sob as lentes do bem-estar social", na linha argumentativa da União.

De fato, de acordo com a disciplina da Lei 9.703/98, os depósitos judiciais efetuados na Caixa Econômica Federal são imediatamente repassados à Conta Única do Tesouro Nacional. Ingressam como disponibilidade financeira provisória da União submetida às execuções orçamentárias, de acordo com a finalidade constitucional definida para a respectiva exação. A devolução do valor do depósito, acrescido da taxa SELIC, somente se verifica como trânsito em julgado do provimento jurisdicional favorável ao contribuinte, cumprida a ordem judicial pela CEF no prazo de 24 horas.

Não há dúvida de que a robusta legislação e jurisprudência existentes tornam temerária a liberação pelo Judiciário de vultosos depósitos e o risco de profundo desarranjo das contas públicas, diante da possibilidade do "efeito cascata" de liberação em larga escala provocado pelas decisões favoráveis ao pleito dos depositantes.

O que se tem observado nas decisões judiciais em pretensões semelhantes à ora examinada é a reafirmação, mesmo nessa grave crise atual, da inviabilidade da substituição pretendida, alicerçado esse posicionamento nas disposições da Lei 9.703/98 (art. 1º, §§ 2º e 3º, I e II), do Código Tributário Nacional e em jurisprudência consolidada dos nossos Tribunais, objeto, inclusive, de enunciados de Súmulas e de decisões definitivas em recursos repetitivos.

Servem de exemplos estas primeiras decisões provenientes do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

[...] além de o levantamento dos depósitos judiciais se dar de acordo com o resultado do processo, a ser verificado após o trânsito em julgado (TRF4, Súmula 81), a suspensão da exigibilidade do crédito por força de depósito judicial é medida atingida apenas com o depósito em dinheiro (art. 110 do Código Tributário Nacional e Súmula 112 do STJ), com o qual não se equipara o seguro garantia (STJ, REsp nº 1.796.295/ES, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 22-04-2019). Enfim, a liminar concedida pelo Conselho Nacional de Justiça no Procedimento de Controle Administrativo nº 0009820-09.2019.2.00.0000 se limitou a reconhecer o direito de substituir por seguro garantia ou fiança bancária o depósito recursal e para garantia da execução trabalhista, mas não o depósito judicial para efeito de suspensão da exigibilidade de crédito tributário. Ante o exposto, indefiro o requerimento formulado na petição do evento 7.

(TRF4, AC 5005714-77.2019.4.04.7003, SEGUNDA TURMA, Relator RÔMULO PIZZOLATTI, juntado aos autos em 14/04/2020) - destaque nosso.

[...] Embora a grande probabilidade da manutenção da sentença de origem, à vista do julgamento do Tema 69 do STF, não há que se cogitar da liberação dos valores referentes depositados em Juízo, à vista a ausência do trânsito em julgado. A L 9.703/1998, ao regulamentar os depósitos judiciais e extrajudiciais de tributos e contribuições federais, dispôs no inc. II do § 3º do art. 1º que após o encerramento do processo o valor do depósito será transformado em pagamento definitivo, proporcionalmente à exigência do correspondente tributo ou contribuição, inclusive seus acessórios, quando se tratar de sentença ou decisão favorável à Fazenda Pública. [...] Ademais, a pretensão objetiva da requerente contraria frontalmente a súmula 18 desta Corte: o depósito judicial destinado a suspender a exigibilidade do crédito tributário somente poderá ser levantado, ou convertido em renda, após o trânsito em julgado da sentença. Neste caso, o processo proposto pela ora requerente pende de julgamento de recurso, sem trânsito em julgado. Não prospera a pretensão de levantamento de valores depositados na ação no Juízo de origem em virtude dos efeitos econômicos gerados pela pandemia do novo coronavírus seja por contrariar súmula desta Corte, seja por não ser possível antever os benefícios que poderão ser oferecidos às empresas nacionais para minimização das suas perdas. Não é inequívoca, portanto, a prova do direito alegado, não lhe outorgando verossimilhança. Dispositivo. Pelo exposto, indefiro o pedido de liberação de valores.

(TRF4, AC 5009291-34.2017.4.04.7003, PRIMEIRA TURMA, Relator ALEXANDRE GONÇALVES LIPPEL, juntado aos autos em 01/04/2020) - destaque nosso.

Merecem destaque as inaugurações decisões monocráticas oriundas do Superior Tribunal de Justiça, em pedidos de tutela de urgência

formulados em feitos objeto de recursos sob jurisdição dessa Corte.

Em decisão proferida em 28.04.2020, o Ministro Og Fernandes, ao indeferir pedido de substituição de depósito judicial por seguro-garantia fundado na crise econômica causada pela *covid-19*, registrou que, embora a "*quadra vivenciada seja trágica*", o Superior Tribunal de Justiça "*compreende que não há direito subjetivo do devedor à substituição do depósito em dinheiro por seguro garantia sem o aval do ente público, à vista do princípio da primazia da satisfação do credor*", e que "*leis foram modificadas para adequar aos novos tempos outras formas de garantia, mas o entendimento jurisprudencial persiste, na avaliação segundo a qual a fiança bancária/seguro não possui a mesma equivalência que o depósito em dinheiro*".

Ponderou que "*há de se primar pelo equilíbrio em situações excepcionais, todavia, a flexibilização da jurisprudência requer cautela, sobretudo em lides tributárias, nas quais prevalece o interesse público e a legalidade estrita*".

Quanto à decisão proferida pelo Conselho Nacional de Justiça, nos autos do PCA n. 0009820-09.2019.2.00.0000, o Ministro Og Fernandes esclareceu que o precedente "*se refere à utilização do seguro garantia judicial e da fiança bancária em substituição ao depósito recursal e para garantia da execução trabalhista, não obrigando o magistrado à substituição de vultosa quantia depositada espontaneamente pela parte no decorrer do processo*". (STJ, PET nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 655024-SP (2015/0011859-3), decisão publicada em 05.05.2020).

Outra decisão que merece realce é da Ministra Assusete Magalhães, publicada na mesma data da anterior (STJ, PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA 2.682-RJ (2020/0088488-1), em 05.05.2020). Refere-se a pedido de tutela provisória que objetiva a liberação dos depósitos judiciais efetuados nos autos de mandado de segurança atualmente submetido à jurisdição da Corte Superior; mediante o oferecimento de apólice de seguro-garantia, ao examinar o pedido de concessão de medida liminar fundado no art. 151, IV, do CTN, para manter a suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Decidiu a Senhora Ministra Relatora:

"Havendo norma expressa a vedar o levantamento do depósito judicial, a medida somente poderia ser autorizada ou mediante a declaração de inconstitucionalidade, o que nos damos por escusado de apreciar, ou mediante aquilo que a doutrina denomina superação (defeasibility) da regra legal".

E cita, a propósito, lições de Humberto Ávila (in "*Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*", Malheiros Editores, 2010, p.114 e ss.):

"(...) as regras não devem ser obedecidas somente por serem regras e serem editadas por uma autoridade. Elas devem ser obedecidas, de um lado, porque sua obediência é moralmente boa e, de outro, porque produz efeitos relativos a valores prestigiados pelo próprio ordenamento jurídico, como segurança, paz e igualdade. Ao contrário do que a atual exaltação dos princípios poderia fazer pensar, as regras não são normas de segunda categoria. Bem ao contrário, elas desempenham uma função importantíssima de solução previsível, eficiente e geralmente equânime de solução de conflitos sociais". Por isso que "a superação de uma regra não exige apenas a mera ponderação do princípio da segurança jurídica com outro princípio constitucional específico, como ocorre nos casos de ponderação horizontal e direta de princípios constitucionais. (...) Isso porque a superação de uma regra não se circunscreve à solução de um caso, como ocorre na ponderação horizontal entre princípios mediante a criação de regras concretas de colisão; mas exige a construção de uma solução de um caso mediante a análise da sua repercussão para a maioria dos casos".

A argumentação jurídica desenvolvida a partir dessas considerações principiológicas é para afastar, na espécie, a superação da norma legal, representada pela Lei 9.703/98, e indeferir o pedido de tutela provisória de urgência:

Na espécie, a provável repercussão para a maioria dos casos milita contra o pleito da companhia. Os depósitos judiciais para a suspensão de exigibilidade de crédito tributário são destinados à conta única do Tesouro Nacional (art. 1º, § 2º, da Lei 9.703/98) e à conta única dos Tesouros Estaduais (art. 3º da Lei Complementar 151/2015). União e Estados, portanto, contam com os valores na gestão de seus fluxos de caixa. Em meio à pandemia, o levantamento dos depósitos, sem decisão judicial transitada em julgado, pode comprometer a implementação, pelo Poder Público, de políticas sociais e medidas econômicas anticíclicas. Claro está, pois, o risco à economia pública e à ordem social.

Concorda-se integralmente com a necessidade de manutenção do paradigma legal, que não deve ser afastado ou considerado superado mesmo neste grave momento de crise econômica. A eventual intervenção do Judiciário, autorizando os levantamentos dos depósitos prematuramente e sem aguardar o trânsito em julgado de decisão favorável ao depositante poderá agravar o desequilíbrio das contas públicas e comprometer ainda mais a difícil implementação das políticas sociais e medidas econômicas emergenciais ora em curso.

No caso do requerente, a sentença denegou a segurança pleiteada, para manter a exigibilidade do PIS e da Cofins sobre as receitas financeiras oriundas dos juros sobre o capital próprio, ao entendimento de que o art. 1º, parágrafo único, do Decreto 5.164/2004 não excede os limites da Lei 10.865/2004.

A sentença restou mantida por decisão que negou seguimento ao recurso de apelação interposto pelo requerente, com fulcro no art. 557, *caput* do CPC/73, o que ensejou a interposição de agravo legal, o qual foi desprovido pela C. Terceira Turma desse E. Tribunal, tendo sido interpostos recursos especial e extraordinário.

No âmbito da Vice-Presidência, o requerente postulou em outra oportunidade a substituição dos depósitos judiciais efetivados nos presentes autos, para o fim de assegurar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, por seguro garantia, bem como a concessão de efeito suspensivo aos recursos excepcionais interpostos.

À época, a União Federal foi ouvida e não concordou com a substituição do depósito judicial pelo seguro garantia.

Na ausência de anuência da requerida, o então Vice-Presidente desta Corte, Desembargador Federal Mairan Maia, rejeitou a substituição pretendida em decisão proferida em 08.07.2016.

Quanto ao pedido de efeito suspensivo, ponderou que "*na espécie, os impetrantes não objetivam obstar a produção dos efeitos do acórdão recorrido, desfavorável à sua tese, mas pretendem, isto sim, a atribuição de efeito suspensivo ativo aos recursos excepcionais interpostos, ou seja, almejam a antecipação dos efeitos da tutela recursal, com a modificação do decisum. Referido pleito se mostra inadmissível, porquanto a concessão de efeito suspensivo ativo a Recurso excepcional enseja a modificação do*

acórdão, com eficácia imediata, invadindo a competência ínsita à Corte Superior".

Sob a alegação de que a decisão teria sido omissa quanto ao pedido de tutela de urgência formulado às fls. 595/607, o requerente opôs embargos de declaração, os quais foram rejeitados com base nos seguintes fundamentos:

"[...]

O que se pretende é nova apreciação com os mesmos fundamentos, mas com a atualização do novo CPC, como pedido de tutela de urgência.

A tutela de urgência foi definida no art. 300 do CPC:

"A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo."

Ademais, ainda que fosse o de apreciação de pedido de tutela de urgência, no caso dos presentes autos não está comprovado o risco ou perigo de dano ao resultado do processo.

Além disso, o julgamento do RESP 1.200.492, ainda não transitado em julgado, foi contrário à tese do Impetrante.

[...]

Assim, não se justifica a reapreciação do pedido como se tratasse de tutela de urgência, pois o que efetivamente se pretende é a apresentação de seguro garantia em substituição aos depósitos efetuados, nos termos já manifestados anteriormente."

Conforme já mencionado acima, em decisão proferida em 04.04.2019, determinou-se o sobrestamento do feito até o julgamento do representativo de controvérsia RE nº 1.043.313 - Tema 939/STF, situação que se perdura até o presente momento, uma vez que ainda não houve julgamento do tema pelo Supremo Tribunal Federal.

Por este relato, verifica-se que na espécie, não se faz presente a necessária condição a que alude a Lei 9.703/98 para a movimentação do depósito judicial efetuado na forma do art. 151, II, do CTN, visto que não houve trânsito em julgado no feito, sequer foi realizado o juízo de admissibilidade recursal/conformação, dada a ausência de manifestação definitiva sobre a matéria objeto do recurso pela Suprema Corte, o que inviabiliza o acolhimento da pretensão do requerente.

Os setores econômico e financeiro devem mobilizar-se junto às instâncias competentes do Legislativo e do Executivo, como já estão fazendo, para que sejam também contemplados com medidas econômicas emergenciais no curso e após o período da pandemia.

Por conseguinte, não há como se reconhecer direito subjetivo da requerente ao levantamento do depósito em dinheiro e sua substituição por seguro-garantia, de tal sorte que, afastado o requisito da probabilidade do direito exigido para a concessão da tutela provisória de urgência, não há como ser acolhido o pleito formulado.

Em face de todo o exposto, **indeferido** o pedido formulado por BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A.

Intimem-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

CONSUELO YOSHIDA

Vice-Presidente

00003 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0003655-42.2010.4.03.6100/SP

	2010.61.00.003655-4/SP
--	------------------------

RELATOR	:	Desembargador Federal MAURICIO KATO
APELANTE	:	SBF COM/DE PRODUTOS ESPORTIVOS LTDA
ADVOGADO	:	RJ123070 BRUNO DE ABREU FARIA e outro(a)
	:	SP337034B LARISSA SANCHES MOCELIN
APELADO(A)	:	União Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO	:	SP000001 MARLY MILOCADA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
No. ORIG.	:	00036554220104036100 6 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de pedido de levantamento dos depósitos judiciais mediante substituição por seguro-garantia, formulado por SBF COMÉRCIO DE PRODUTOS ESPORTIVOS LTDA.

O pleito fundamenta-se nas seguintes alegações: "a requerente teve a ela imposta, por fato absolutamente imprevisível, alheio à sua vontade e ingerência, perda substancial de receita e, conseqüentemente, de seu fluxo de caixa, situação essa que, segundo previsão das Autoridades Públicas, ainda deve se prolongar por meses"; "no decorrer da paralisação decorrente do Coronavírus, o Grupo por ela integrado experimentará Resultados Operacionais negativos de dezenas de milhões de reais"; "como único meio de manter a fonte produtiva, foi ela obrigada até o fim da última semana a dispensar aproximadamente 1.500 de seus 7.000 colaboradores"; "todos os requisitos exigidos pela Portaria PGFN nº 164/2014 foram absolutamente observados pela Apólice oferecida".

Intimada, a União sustentou que: "nos termos da Lei n. 9.703/98, há óbice processual com relação ao levantamento dos depósitos judiciais antes do trânsito em julgado da presente demanda"; "com a promulgação da Lei 9.703/1998, os depósitos passaram a ser transferidos automaticamente para a conta única do Tesouro Nacional quando da sua realização, de modo que, desde essa data, eles estão disponíveis para utilização em políticas públicas, como saúde, educação e moradia"; "o pleito da contribuinte não encontra amparo em nenhuma fonte normativa do Direito (lei, jurisprudência e doutrina), inclusive aquelas criadas para amparar o estado de emergência causado pela pandemia

do COVID-19"; "a manutenção do depósito judicial é medida que se impõe em respeito às normas vigentes, ao entendimento jurisprudencial e, acima de tudo, é medida que está coordenada com os esforços para o combate à pandemia que estão sendo realizados por todos os atores sociais, públicos e privados".

É o relatório.

Decido.

Tratamos autos originários de mandado de segurança impetrado pela requerente com o objetivo de afastar a aplicação do Fator Acidentário de Prevenção (FAP) do cálculo da contribuição ao RAT (Riscos Ambientais do Trabalho), antigo SAT (Seguro Acidente de Trabalho). A requerente teve a ordem denegada em primeira instância e não obteve êxito em grau de apelação. O recurso extraordinário que interpôs encontra-se sobrestado por força do representativo de controvérsia RE 677.725, vinculado ao tema nº 554. Não há manifestação definitiva pelo Supremo Tribunal Federal sobre a matéria objeto do recurso.

No intuito de obter a suspensão da exigibilidade do crédito, a requerente efetuou depósitos judiciais nos termos do art. 151, II, CTN e postula, nesta oportunidade, a substituição dos depósitos pelo seguro-garantia ou fiança bancária, fundamentando seu pleito na crise econômica instalada com a pandemia da covid-19.

É importante, de início, fazer um breve retrospecto dos marcos legais e jurisprudenciais que se relacionam com o pedido ora formulado, antes da emergência da pandemia que, neste ano e em poucos meses, instaurou situações de extrema gravidade e demandas específicas no Judiciário, que é levado a pronunciar-se no contexto da chamada "jurisprudência de crises".

O pleito de substituição exposto é decorrente de previsão na Lei 6.830/1980 (art. 15, I), da possibilidade de, em processo de execução fiscal, o executado efetuar a garantia do juízo, mediante substituição da penhora, por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro-garantia, este último acrescentado pela Lei 13.043/2014.

A suspensão da exigibilidade do crédito tributário, por sua vez, está disciplinada pelo Código Tributário Nacional, que traz as causas suspensivas enumeradas no art. 151, atualmente com seis incisos. Originalmente, existiam os quatro primeiros incisos (moratória, depósito do montante integral do crédito, reclamações e recursos administrativos e medida liminar em mandado de segurança) e, com a LC 104/2001, foram incluídos os dois últimos incisos (liminar ou tutela antecipada em outras ações judiciais e parcelamento).

Não há, pois, como confundir as hipóteses de garantia do juízo da execução fiscal, previstas no art. 15, I, da Lei 6.830/80, com as causas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, objeto de disciplina pelo CTN, em seu art. 151.

Assim, para o depósito judicial ter o efeito de suspender a exigibilidade do crédito tributário, é exigido pelo art. 151, II, do CTN que seja depósito em dinheiro e no montante integral exigido, sendo deste teor o enunciado da Súmula 112 do STJ: "O depósito somente suspende a exigibilidade do crédito tributário se for integral e em dinheiro".

Os depósitos judiciais e extrajudiciais em dinheiro referentes a tributos e contribuições federais mereceram detalhada disciplina pela Lei 9.703/98, desde o momento em que são efetuados junto à Caixa Econômica Federal até sua devolução ao depositante após o trânsito em julgado ("após o encerramento da lide ou do processo litigioso"):

Art. 1º Os depósitos judiciais e extrajudiciais, em dinheiro, de valores referentes a tributos e contribuições federais, inclusive seus acessórios, administrados pela Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda, serão efetuados na Caixa Econômica Federal, mediante Documento de Arrecadação de Receitas Federais - DARF, específico para essa finalidade.

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, aos débitos provenientes de tributos e contribuições inscritos em Dívida Ativa da União.

§ 2º Os depósitos serão repassados pela Caixa Econômica Federal para a Conta Única do Tesouro Nacional, independentemente de qualquer formalidade, no mesmo prazo fixado para recolhimento dos tributos e das contribuições federais.

§ 3º Mediante ordem da autoridade judicial ou, no caso de depósito extrajudicial, da autoridade administrativa competente, o valor do depósito, após o encerramento da lide ou do processo litigioso, será:

I - devolvido ao depositante pela Caixa Econômica Federal, no prazo máximo de vinte e quatro horas, quando a sentença lhe for favorável ou na proporção em que o for, acrescido de juros, na forma estabelecida pelo § 4º do art. 39 da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995, e alterações posteriores; ou

II - transformado em pagamento definitivo, proporcionalmente à exigência do correspondente tributo ou contribuição, inclusive seus acessórios, quando se tratar de sentença ou decisão favorável à Fazenda Nacional.

§ 4º Os valores devolvidos pela Caixa Econômica Federal serão debitados à Conta Única do Tesouro Nacional, em subconta de restituição.

§ 5º A Caixa Econômica Federal manterá controle dos valores depositados ou devolvidos.

Diferentemente do depósito em dinheiro e no valor integral, que tem o condão de suspender a exigibilidade, como previsto no art. 151 do CTN, nem a fiança bancária, nem o seguro-garantia têm tal efeito, não figurando entre as hipóteses nele elencadas.

É certo que existe a previsão da suspensão da exigibilidade pela concessão de liminar em mandado de segurança e de liminar ou tutela antecipada em outras ações judiciais (CTN, art. 151, IV e V).

Com isso, em pedidos de substituição do depósito em dinheiro por fiança bancária ou seguro-garantia, é postulada pelo depositante a concessão de liminar ou de tutela antecipada, com o objetivo de atribuir a tais garantias a pretendida eficácia de suspensão da exigibilidade tributária.

A questão foi por muito tempo objeto de discussões e de controvérsias na doutrina e nas instâncias administrativas e judiciais. Instalou-se dissídio jurisprudencial entre as Turmas do Superior Tribunal de Justiça, chegando-se finalmente à apreciação da 1ª Seção da Corte Especial por meio do EREsp 1.077.039/RJ, que, por maioria, em acórdão lavrado pelo Ministro Herman Benjamin, prolator do voto vencedor no julgamento ocorrido em 09/02/2011, firmou os seguintes posicionamentos:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENHORA DE DINHEIRO POR FIANÇA BANCÁRIA. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 9º, §§ 3º, e 4º, e 15, I, DA LEI 6.830/1980.

(...)

5. Nota-se, portanto, que, por falta de amparo legal, a fiança bancária, conquanto instrumento legítimo a garantir o juízo, não

possui especificamente os mesmos efeitos jurídicos do depósito em dinheiro.

6. O fato de o art. 15, I, da LEF prever a possibilidade de substituição da penhora por depósito ou fiança bancária significa apenas que o bem constrito é passível de substituição por um ou por outro. Não se pode, a partir da redação do mencionado dispositivo legal, afirmar genericamente que o dinheiro e a fiança bancária apresentam o mesmo status.

7. Considere-se, ainda, que: a) o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil estabelece padrão de hermenêutica ("o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige"); b) o processo de Execução tem por finalidade primordial a satisfação do credor; c) no caso das receitas fiscais, possuam elas natureza tributária ou não-tributária, é de conhecimento público que representam obrigações pecuniárias, isto é, a serem quitadas em dinheiro; e d) as sucessivas reformas feitas no Código de Processo Civil (de que são exemplos as promovidas pelas Leis 11.232/2005 e 11.382/2006) objetivam prestigiar justamente a eficiência na entrega da tutela jurisdicional, a qual deve ser prestada, tanto quanto possível, preferencialmente em espécie.

8. Em conclusão, verifica-se que, regra geral, quando o juízo estiver garantido por meio de depósito em dinheiro, ou ocorrer penhora sobre ele, inexistente direito subjetivo de obter, sem anuência da Fazenda Pública, a sua substituição por fiança bancária

9. De modo a conciliar o dissídio entre a Primeira e a Segunda Turmas, admite-se, em caráter excepcional, a substituição de um (dinheiro) por outro (fiança bancária), mas somente quando estiver comprovada de forma irrefutável, perante a autoridade judicial, a necessidade de aplicação do princípio da menor onerosidade (art. 620 do CPC), situação inexistente nos autos.

10. Embargos de Divergência não providos.

(*REsp 1.077.039/RJ, 1ª Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Rel. p/acórdão Min. Herman Benjamin, DJe de 12.4.2011*) - destaque nosso.

Alinham-se ao entendimento da decisão uniformizadora da 1ª Seção da Corte Especial transcrita os julgados subsequentes, inclusive de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, vencido naquela ocasião. A necessidade de prévia anuência da Fazenda Pública é bem reafirmada no *decisum*:

(...)

Ainda que se tratasse de ação executiva, a anuência da Fazenda Pública também seria necessária, este, aliás, o entendimento daquele Corte Superior, conforme se verifica a seguir:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. EXECUÇÃO GARANTIDA POR MEIO DE DEPÓSITO EM DINHEIRO. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO POR SEGURO GARANTIA JUDICIAL. INVIABILIDADE.

1. Garantida a execução fiscal por meio de depósito em dinheiro, a substituição por seguro garantia judicial só é possível com a anuência da Fazenda Pública.

2. Agravo regimental não provido."

(*AgRg no Resp 213.678/SE, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 24/10/2012*) - destaque nosso

Atente-se que, para conciliar o dissídio entre a Primeira e a Segunda Turmas, a 1ª Seção admitiu no citado REsp 1.077.039/RJ, em caráter excepcional, a substituição de dinheiro por outra garantia, "somente quando estiver comprovada de forma irrefutável, perante a autoridade judicial, a necessidade de aplicação do princípio da menor onerosidade", previsto no art. 620 do CPC/1973 e, compoucas modificações, no art. 805 do CPC/2015.

Segue essa orientação o aresto abaixo exposto, de recurso especial julgado logo após, em 10/05/2011, com expressa referência à admissibilidade excepcional da substituição, "desde que não ocasione prejuízo ao exequente, sem que isso enseje afronta ao princípio da menor onerosidade da execução para o devedor".

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE COMPLEMENTAÇÃO DE AÇÕES - PROCEDÊNCIA - TRÂNSITO EM JULGADO - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - PRELIMINARES SUSCITADAS EM CONTRA-RAZÕES - PREQUESTIONAMENTO DOS DISPOSITIVOS INFRACONSTITUCIONAIS TIDOS POR VIOLADOS - OCORRÊNCIA - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL - NÃO-DEMONSTRAÇÃO - CONHECIMENTO DO RECURSO EM RELAÇÃO À ALÍNEA "A" DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL - MÉRITO - SUBSTITUIÇÃO DA PENHORA EM DINHEIRO POR CARTA DE FIANÇA - POSSIBILIDADE, EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS - PRECEDENTES DO STJ - NÃO-OCORRÊNCIA, NA ESPÉCIE - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO NESTA PARTE.

(...)

III - A despeito da nova redação do art. 656, § 2º, do Código de Processo Civil, a substituição da garantia em dinheiro por outro bem ou carta de fiança somente deve ser admitida em hipóteses excepcionais e desde que não ocasione prejuízo ao exequente, sem que isso enseje afronta ao princípio da menor onerosidade da execução para o devedor; IV - Recurso especial parcialmente conhecido e provido nesta parte.

(*REsp 1090864/RS, RECURSO ESPECIAL 2008/0210565-4; Rel. Min. MASSAMI UYEDA; DJe 01/07/2011*) - destaque nosso
Em 19/02/2018, foi publicado o trânsito em julgado do acórdão de julgamento de mérito, pela 1ª Seção do STJ, do REsp 1.156.668/DF, Rel. o então Ministro da Corte Especial, Luiz Fux, representativo da controvérsia repetitiva descrita no Tema 378, no qual se firmou a seguinte tese: "A fiança bancária não é equiparável ao depósito integral do débito exequendo para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, ante a taxatividade do art. 151 do CTN e o teor do Enunciado Sumular n. 112 desta Corte."

Os julgados a seguir adentram a análise dos requisitos da concessão da liminar ou tutela antecipada e reconhecem não configuradas a "probabilidade do provimento do recurso" (REsp 1759792/MG), constituindo óbice o fato de que apenas o depósito em dinheiro e pelo montante integral é causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário; ou a "plausibilidade do direito" diante do óbice do levantamento do depósito antes do trânsito em julgado (AgInt no TP 176/SP).

TRIBUTÁRIO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO TRIBUTO. SEGURO GARANTIA. IMPOSSIBILIDADE DE EQUIPARAÇÃO A DINHEIRO PARA ESSE EFEITO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 112/STJ.

- 1. Trata-se, na origem, de Ação de Anulação de Débito Fiscal em que o Tribunal regional entendeu que o seguro-garantia não tem finalidade de suspender a exigibilidade do débito fiscal e que só o depósito em dinheiro do montante integral do débito possui esta função.*
- 2. É patente que a compreensão esposada pelo Tribunal local está de acordo com a pacífica orientação do STJ, que entende ser inviável a equiparação do seguro-garantia ou da fiança bancária ao depósito judicial em dinheiro e pelo montante integral para efeito de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, sob pena de afronta ao art. 151 do CTN.*
- 3. A configuração da "probabilidade do provimento do recurso" encontra óbice no entendimento, já fartamente exposto, de que apenas o depósito judicial realizado em dinheiro e pelo montante integral é causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, conforme sedimentado no enunciado da Súmula 112/STJ: "O depósito somente suspende a exigibilidade do crédito tributário se for integral e em dinheiro".*
- 4. Recurso Especial não provido.*

(REsp 1759792/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/09/2018, DJe 21/11/2018) - destaque nosso.

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA. SUBSTITUIÇÃO DE DEPÓSITO JUDICIAL EFETUADO PARA SUSPENDER EXIGIBILIDADE DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO POR SEGURO GARANTIA. DESCABIMENTO. MOVIMENTAÇÃO DOS VALORES DEPOSITADOS EM JUÍZO. IMPOSSIBILIDADE ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DEMANDA À QUAL VINCULADOS. PLAUSIBILIDADE DO DIREITO INVOCADO. AUSÊNCIA.

- 1. Cuida-se de pedido de tutela de urgência formulado pela ora agravante objetivando apresentar seguro garantia no valor integral do crédito discutido em recurso especial, ainda sem juízo de admissibilidade no Tribunal de origem, em substituição ao depósito realizado.*
- 2. É firme nesta Corte o entendimento no sentido de que o seguro garantia judicial não se enquadra como uma das hipóteses previstas no artigo 151 do CTN de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Precedentes.*
- 3. A jurisprudência desta Corte reconhece que a movimentação do depósito judicial efetuado na forma do artigo 151, II, do CTN fica condicionada ao trânsito em fruto de julgado do processo a que se encontra vinculado. Precedentes.*
- 4. Não demonstrada a plausibilidade do direito, obstado fica o trânsito da pretensão autoral.*
- 5. Agravo interno não provido.*

(AgInt no TP 176/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/11/2019, DJe 20/11/2019) - destaque nosso.

Em atuação na 6ª Turma desta Corte Regional, nos muitos feitos de minha relatoria com pedido de substituição de depósito em dinheiro por fiança bancária ou seguro-garantia, adotei a mesma orientação dos precedentes citados, fruto de uma longa construção e sedimentação a partir de marcos legais que nunca tiveram sua constitucionalidade questionada.

Serve de ilustração a decisão prolatada nos autos da Tutela Antecipada Antecedente (12083) nº 5029937-18.2018.4.03.0000, e já no exercício da Vice-Presidência, pronunciei-me no mesmo sentido ao apreciar pedido formulado pela Sky (AC nº 0009719-73.2007.4.03.6100/SP). Esta última decisão foi mencionada na matéria veiculada pelo Jornal "Valor Econômico", edição do dia 04/05/2020, intitulada "Justiça nega maioria dos pedidos para troca de depósito judicial por seguro". Segundo destaque feito logo após o título, "Nos tribunais federais, apenas sete de 45 decisões foram favoráveis aos contribuintes" (<https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2020/05/04/justica-nega-maioria-dos-pedidos-para-troca-de-deposito-judicial-por-seguro.ghtml>).

A questão que se coloca, bem própria deste momento, é se a grave crise econômica derivada da pandemia, de proporções globais, justifica a mudança de entendimento, uniformizado pela 1ª Seção da Corte Especial em 2011 (EREsp 1.077.039/RJ) e afirmado no Tema 378, em relação à fiança bancária (REsp 1.156.668/DF, trânsito em julgado em 19/02/2018). Consolidou-se a interpretação sistemática do art. 15, II, da Lei de Execuções Fiscais como o art. 151, II, do CTN, complementado pelo detalhado regramento dos depósitos judiciais em dinheiro feito pela Lei 9.703/98.

Efetivamente, o momento atual é extremamente crítico e as perspectivas e expectativas para o período pós-pandemia são igualmente críticas para toda a sociedade.

Grande tem sido a demanda no Judiciário de pedidos similares ao formulado nestes autos, de substituição dos depósitos judiciais efetuados para suspensão da exigibilidade dos créditos tributários por seguro-garantia ou fiança bancária. Alega-se a necessidade de liberação do valor depositado em razão da grave crise econômica que atingiu a maior parte do setor produtivo e de serviços com o avanço da pandemia da COVID-19, que levou à adoção das medidas de isolamento e de distanciamento sociais pelos diversos governos para combater o aumento, em escala geométrica, da contaminação coletiva pelo vírus, de grande potencial de letalidade.

Instada a manifestar-se, a União justifica seu posicionamento contrário à substituição postulada, baseada fundamentalmente no regramento da Lei 9.703/1998. São por ela destacados, entre outros pontos, que "os recursos financeiros são imediatamente repassados ao Orçamento da União e, ato contínuo, submetem-se às devidas execuções orçamentárias, que correm de acordo com as afetações constitucionais dos tributos aos quais estão associados", conforme estabelece o art. 1º, § 2º, da lei mencionada. Sob essa perspectiva, "a devolução de ingressos orçamentários antes do trânsito em julgado é francamente descabida, quer sob o viés exclusivamente jurídico, quer sob as lentes do bem-estar social", na linha argumentativa da União.

De fato, de acordo com a disciplina da Lei 9.703/98, os depósitos judiciais efetuados na Caixa Econômica Federal são imediatamente repassados à Conta Única do Tesouro Nacional. Ingressam como disponibilidade financeira provisória da União submetida às execuções orçamentárias, de acordo com a finalidade constitucional definida para a respectiva exação. A devolução do valor do depósito, acrescido da taxa SELIC, somente se verifica com o trânsito em julgado do provimento jurisdicional favorável ao contribuinte, cumprida a ordem judicial pela CEF no prazo de 24 horas.

Não há dúvida de que a robusta legislação e jurisprudência existentes tornam temerária a liberação pelo Judiciário de vultosos depósitos e o

risco de profundo desarranjo das contas públicas, diante da possibilidade do "efeito cascata" de liberação em larga escala provocado pelas decisões favoráveis ao pleito dos depositantes.

O que se tem observado nas decisões judiciais em pretensões semelhantes à ora examinada é a reafirmação, mesmo nessa grave crise atual, da inviabilidade da substituição pretendida, alicerçado esse posicionamento nas disposições da Lei 9.703/98 (art. 1º, §§ 2º e 3º, I e II), do Código Tributário Nacional e em jurisprudência consolidada dos nossos Tribunais, objeto, inclusive, de enunciados de Súmulas e de decisões definitivas em recursos repetitivos.

Servem de exemplos estas primeiras decisões provenientes do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

[...] além de o levantamento dos depósitos judiciais se dar de acordo com o resultado do processo, a ser verificado após o trânsito em julgado (TRF4, Súmula 81), a suspensão da exigibilidade do crédito por força de depósito judicial é medida atingida apenas com o depósito em dinheiro (art. 110 do Código Tributário Nacional e Súmula 112 do STJ), com o qual não se equipara o seguro garantia (STJ, REsp nº 1.796.295/ES, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 22-04-2019). Enfim, a liminar concedida pelo Conselho Nacional de Justiça no Procedimento de Controle Administrativo nº 0009820-09.2019.2.00.0000 se limitou a reconhecer o direito de substituir por seguro garantia ou fiança bancária o depósito recursal e para garantia da execução trabalhista, mas não o depósito judicial para efeito de suspensão da exigibilidade de crédito tributário. Ante o exposto, indefiro o requerimento formulado na petição do evento 7.

(TRF4, AC 5005714-77.2019.4.04.7003, SEGUNDA TURMA, Relator RÔMULO PIZZOLATTI, juntado aos autos em 14/04/2020) - destaque nosso.

[...] Embora a grande probabilidade da manutenção da sentença de origem, à vista do julgamento do Tema 69 do STF, não há que se cogitar da liberação dos valores referentes depositados em Juízo, à vista a ausência do trânsito em julgado. A L 9.703/1998, ao regulamentar os depósitos judiciais e extrajudiciais de tributos e contribuições federais, dispôs no inc. II do § 3º do art. 1º que após o encerramento do processo o valor do depósito será transformado em pagamento definitivo, proporcionalmente à exigência do correspondente tributo ou contribuição, inclusive seus acessórios, quando se tratar de sentença ou decisão favorável à Fazenda Pública. [...] Ademais, a pretensão objetiva da requerente contraria frontalmente a súmula 18 desta Corte: o depósito judicial destinado a suspender a exigibilidade do crédito tributário somente poderá ser levantado, ou convertido em renda, após o trânsito em julgado da sentença. Neste caso, o processo proposto pela ora requerente pende de julgamento de recurso, sem trânsito em julgado. Não prospera a pretensão de levantamento de valores depositados na ação no Juízo de origem em virtude dos efeitos econômicos gerados pela pandemia do novo coronavírus seja por contrariar súmula desta Corte, seja por não ser possível antever os benefícios que poderão ser oferecidos às empresas nacionais para minimização das suas perdas. Não é inequívoca, portanto, a prova do direito alegado, não lhe outorgando verossimilhança.

Dispositivo. Pelo exposto, indefiro o pedido de liberação de valores.

(TRF4, AC 5009291-34.2017.4.04.7003, PRIMEIRA TURMA, Relator ALEXANDRE GONÇALVES LIPPEL, juntado aos autos em 01/04/2020) - destaque nosso.

Merecem destaque as inaugurações decisões monocráticas oriundas do Superior Tribunal de Justiça, em pedidos de tutela de urgência formulados em feitos objeto de recursos sob jurisdição dessa Corte.

Em decisão proferida em 28.04.2020, o Ministro Og Fernandes, ao indeferir pedido de substituição de depósito judicial por seguro-garantia fundado na crise econômica causada pela covid-19, registrou que, embora a "quadra vivenciada seja trágica", o Superior Tribunal de Justiça "compreende que não há direito subjetivo do devedor à substituição do depósito em dinheiro por seguro garantia sem o aval do ente público, à vista do princípio da primazia da satisfação do credor", e que "leis foram modificadas para adequar aos novos tempos outras formas de garantia, mas o entendimento jurisprudencial persiste, na avaliação segundo a qual a fiança bancária/seguro não possui a mesma equivalência que o depósito em dinheiro".

Ponderou que "há de se primar pelo equilíbrio em situações excepcionais, todavia, a flexibilização da jurisprudência requer cautela, sobretudo em lides tributárias, nas quais prevalece o interesse público e a legalidade estrita".

Quanto à decisão proferida pelo Conselho Nacional de Justiça, nos autos do PCA n. 0009820-09.2019.2.00.0000, o Ministro Og Fernandes esclareceu que o precedente "se refere à utilização do seguro garantia judicial e da fiança bancária em substituição ao depósito recursal e para garantia da execução trabalhista, não obrigando o magistrado à substituição de vultosa quantia depositada espontaneamente pela parte no decorrer do processo". (STJ, PET nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 655024-SP (2015/0011859-3), decisão publicada em 05.05.2020).

Outra decisão que merece realce é da Ministra Assusete Magalhães, publicada na mesma data da anterior (STJ, PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA 2.682-RJ (2020/0088488-1), em 05.05.2020). Refere-se a pedido de tutela provisória que objetiva a liberação dos depósitos judiciais efetuados nos autos de mandado de segurança atualmente submetido à jurisdição da Corte Superior, mediante o oferecimento de apólice de seguro-garantia, ao examinar o pedido de concessão de medida liminar fundado no art. 151, IV, do CTN, para manter a suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Decidiu a Senhora Ministra Relatora:

"Havendo norma expressa a vedar o levantamento do depósito judicial, a medida somente poderia ser autorizada ou mediante a declaração de inconstitucionalidade, o que nos damos por escusado de apreciar, ou mediante aquilo que a doutrina denomina superação (defeasibility) da regra legal".

E cita, a propósito, lições de Humberto Ávila (in "Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos", Malheiros Editores, 2010, p.114 e ss.):

"(...) as regras não devem ser obedecidas somente por serem regras e serem editadas por uma autoridade. Elas devem ser obedecidas, de um lado, porque sua obediência é moralmente boa e, de outro, porque produz efeitos relativos a valores prestigiados pelo próprio ordenamento jurídico, como segurança, paz e igualdade. Ao contrário do que a atual exaltação dos princípios poderia fazer pensar, as regras não são normas de segunda categoria. Bem ao contrário, elas desempenham uma função importantíssima de solução previsível, eficiente e geralmente equânime de conflitos sociais". Por isso que "a superação de uma regra não

exige apenas a mera ponderação do princípio da segurança jurídica com outro princípio constitucional específico, como ocorre nos casos de ponderação horizontal e direta de princípios constitucionais. (...) Isso porque a superação de uma regra não se circunscreve à solução de um caso, como ocorre na ponderação horizontal entre princípios mediante a criação de regras concretas de colisão; mas exige a construção de uma solução de um caso mediante a análise da sua repercussão para a maioria dos casos".

A argumentação jurídica desenvolvida a partir dessas considerações principiológicas é para afastar, na espécie, a superação da norma legal, representada pela Lei 9.703/98, e indeferir o pedido de tutela provisória de urgência:

Na espécie, a provável repercussão para a maioria dos casos milita contra o pleito da companhia. Os depósitos judiciais para a suspensão de exigibilidade de crédito tributário são destinados à conta única do Tesouro Nacional (art. 1º, § 2º, da Lei 9.703/98) e à conta única dos Tesouros Estaduais (art. 3º da Lei Complementar 151/2015). União e Estados, portanto, contam com os valores na gestão de seus fluxos de caixa. Em meio à pandemia, o levantamento dos depósitos, sem decisão judicial transitada em julgado, pode comprometer a implementação, pelo Poder Público, de políticas sociais e medidas econômicas anticíclicas. Claro está, pois, o risco à economia pública e à ordem social.

Concorda-se integralmente com a necessidade de manutenção do paradigma legal, que não deve ser afastado ou considerado superado mesmo neste grave momento de crise econômica. A eventual intervenção do Judiciário, autorizando os levantamentos dos depósitos prematuramente e sem aguardar o trânsito em julgado de decisão favorável ao depositante poderá agravar o desequilíbrio das contas públicas e comprometer ainda mais a difícil implementação das políticas sociais e medidas econômicas emergenciais ora em curso.

No caso do requerente, a sentença denegou a segurança pleiteada, para manter a exigibilidade da contribuição ao SAT calculada com aplicação do Fator Acidentário de Prevenção (FAP).

A sentença restou mantida por acórdão proferido pela C. Quinta Turma desse E. Tribunal, que negou provimento à apelação do requerente, tendo sido interposto recurso extraordinário.

Conforme já mencionado, a Vice-Presidência determinou em 04.04.2019 o sobrestamento do feito até o julgamento do representativo de controvérsia RE 677.725 - Tema 554/STF, situação que perdura até o presente momento, uma vez que ainda não houve julgamento do tema pelo Supremo Tribunal Federal.

Por este relato, verifica-se que na espécie, não se faz presente a necessária condição a que alude a Lei 9.703/98 para a movimentação do depósito judicial efetuado na forma do art. 151, II, do CTN, visto que não houve trânsito em julgado no feito, sequer foi realizado o juízo de admissibilidade recursal/conformação, dada a ausência de manifestação definitiva sobre a matéria objeto do recurso pela Suprema Corte, o que inviabiliza o acolhimento da pretensão do requerente.

Os setores econômico e financeiro devem mobilizar-se junto às instâncias competentes do Legislativo e do Executivo, como já estão fazendo, para que sejam também contemplados com medidas econômicas emergenciais no curso e após o período da pandemia.

Por conseguinte, não há como se reconhecer direito subjetivo da requerente ao levantamento do depósito em dinheiro e sua substituição por seguro-garantia, de tal sorte que, afastado o requisito da probabilidade do direito exigido para a concessão da tutela provisória de urgência, não há como ser acolhido o pleito formulado.

Em face de todo o exposto, **indeferido** o pedido formulado por SBF COMÉRCIO DE PRODUTOS ESPORTIVOS LTDA. Intimem-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

CONSUELO YOSHIDA

Vice-Presidente

00004 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0007828-94.2011.4.03.6126/SP

	2011.61.26.007828-0/SP
--	------------------------

RELATOR	:	Desembargador Federal NINO TOLDO
APELANTE	:	BMB BELGO MINEIRA BEKAERT ARTEFATOS DE ARAMES LTDA e outro(a)
ADVOGADO	:	SP206553 ANDRÉ FITTIPALDI MORADE
SUCEDIDO(A)	:	CORD BRASIL IND/ E COM/ DE CORDAS PARA PNEUMATICOS LTDA
APELANTE	:	TLM TOTAL LOGISTIC MANAGMENT SERVICOS DE LOGISTICA LTDA
ADVOGADO	:	SP206553 ANDRÉ FITTIPALDI MORADE
APELADO(A)	:	Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO	:	SP000001 MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
No. ORIG.	:	000782894201140361262 Vt SANTO ANDRE/SP

DECISÃO

Trata-se de pedido de levantamento dos depósitos judiciais mediante substituição por seguro-garantia, formulado por TLM - TOTAL LOGISTIC MANAGEMENT SERVIÇOS DE LOGÍSTICA LTDA.

O pleito fundamenta-se nas seguintes alegações: "a pandemia global do novo coronavírus está gerando fortes impactos nas mais diversas esferas dos negócios"; "diante da dificuldade de caixa das empresas para fazer frente às suas obrigações com fornecedores, empregados e perante o Fisco, surgem alternativas para assegurar minimamente a economia brasileira"; "uma das medidas elencadas, é a possibilidade de

liberação de recursos das empresas depositados em bancos públicos como garantia em processos no âmbito judicial, com a competente substituição por apólices de seguro garantia"; "o plenário do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em sessão virtual, manteve decisão proferida nos autos do Procedimento de Controle Administrativo nº 0009820-09.2019.2.00.0000, que concedeu a substituição de depósito judicial por apólice de seguro como garantia do débito em discussão"; "a Requerente pleiteia não apenas a substituição dos depósitos judiciais pelo Seguro Garantia, mas também a concessão de tutela de urgência, para suspensão da exigibilidade dos créditos em discussão nos termos do artigo 151, inciso V, do Código Tributário Nacional, bem como para determinar a imediata sustação de quaisquer atos constritivos ao patrimônio da Requerente, especialmente a inscrição em dívida ativa e o ajuizamento de Execução Fiscal".

Intimada, a União sustentou que: "com a promulgação da Lei 9.703/1998, os depósitos passaram a ser transferidos automaticamente para a conta única do Tesouro Nacional quando da sua realização, de modo que, desde essa data, eles estão disponíveis para utilização em políticas públicas, como saúde, educação e moradia"; "o pleito da contribuinte não encontra amparo em nenhuma fonte normativa do Direito (lei, jurisprudência e doutrina), inclusive aquelas criadas para amparar o estado de emergência causado pela pandemia do COVID-19"; "a manutenção do depósito judicial é medida que se impõe em respeito às normas vigentes, ao entendimento jurisprudencial e, acima de tudo, é medida que está coordenada com os esforços para o combate à pandemia que estão sendo realizados por todos os atores sociais, públicos e privados".

É o relatório.

Decido.

Tratamos autos originários de mandado de segurança impetrado pela requerente com o objetivo de se abster do recolhimento da contribuição previdenciária relativa ao Seguro de Acidentes do Trabalho (SAT) e sobre os Riscos Ambientais do Trabalho (RAT) mediante incidência dos critérios de cálculo do Fator Acidentário de Prevenção (FAP), previstos nos Decretos 6.042/2007 e 6.957/2009.

A parte requerente teve a ordem denegada em primeira instância, o que deu ensejo à interposição de apelação, provida parcialmente pela E Décima Primeira Turma desse E. Tribunal, para reconhecer a omissão da sentença e, nos termos do art. 1.013, § 3º, III, do CPC/15, apreciar o pedido de pagamento das contribuições sem o acréscimo da multa, julgando-o improcedente e para determinar a aplicação retroativa da Resolução CNPS nº 1.316/2010 ao período de janeiro a agosto de 2010.

O recurso extraordinário que interpôs encontra-se sobrestado por força do representativo de controvérsia RE 677.725, vinculado ao tema nº 554. Não há manifestação definitiva pelo Supremo Tribunal Federal sobre a matéria objeto do recurso.

No intuito de obter a suspensão da exigibilidade do crédito, a requerente efetuou depósitos judiciais nos termos do art. 151, II, CTN e postula, nesta oportunidade, a substituição dos depósitos pelo seguro-garantia ou fiança bancária, fundamentando seu pleito na crise econômica instalada com a pandemia da covid-19.

É importante, de início, fazer um breve retrospecto dos marcos legais e jurisprudenciais que se relacionam com o pedido ora formulado, antes da emergência da pandemia que, neste ano e em poucos meses, instaurou situações de extrema gravidade e demandas específicas no Judiciário, que é levado a pronunciar-se no contexto da chamada "jurisprudência de crises".

O pleito de substituição exposto é decorrente de previsão na Lei 6.830/1980 (art. 15, I), da possibilidade de, em processo de execução fiscal, o executado efetuar a garantia do juízo, mediante substituição da penhora, por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro-garantia, este último acrescentado pela Lei 13.043/2014.

A suspensão da exigibilidade do crédito tributário, por sua vez, está disciplinada pelo Código Tributário Nacional, que traz as causas suspensivas enumeradas no art. 151, atualmente com seis incisos. Originalmente, existiam os quatro primeiros incisos (moratória, depósito do montante integral do crédito, reclamações e recursos administrativos e medida liminar em mandado de segurança) e, com a LC 104/2001, foram incluídos os dois últimos incisos (liminar ou tutela antecipada em outras ações judiciais e parcelamento).

Não há, pois, como confundir as hipóteses de garantia do juízo da execução fiscal, previstas no art. 15, I, da Lei 6.830/80, com as causas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, objeto de disciplina pelo CTN, em seu art. 151.

Assim, para o depósito judicial ter o efeito de suspender a exigibilidade do crédito tributário, é exigido pelo art. 151, II, do CTN que seja depósito em dinheiro e no montante integral exigido, sendo deste teor o enunciado da Súmula 112 do STJ: "O depósito somente suspende a exigibilidade do crédito tributário se for integral e em dinheiro".

Os depósitos judiciais e extrajudiciais em dinheiro referentes a tributos e contribuições federais mereceram detalhada disciplina pela Lei 9.703/98, desde o momento em que são efetuados junto à Caixa Econômica Federal até sua devolução ao depositante após o trânsito em julgado ("após o encerramento da lide ou do processo litigioso"):

Art. 1º Os depósitos judiciais e extrajudiciais, em dinheiro, de valores referentes a tributos e contribuições federais, inclusive seus acessórios, administrados pela Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda, serão efetuados na Caixa Econômica Federal, mediante Documento de Arrecadação de Receitas Federais - DARF, específico para essa finalidade.

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, aos débitos provenientes de tributos e contribuições inscritos em Dívida Ativa da União.

§ 2º Os depósitos serão repassados pela Caixa Econômica Federal para a Conta Única do Tesouro Nacional, independentemente de qualquer formalidade, no mesmo prazo fixado para recolhimento dos tributos e das contribuições federais.

§ 3º Mediante ordem da autoridade judicial ou, no caso de depósito extrajudicial, da autoridade administrativa competente, o valor do depósito, após o encerramento da lide ou do processo litigioso, será:

I - devolvido ao depositante pela Caixa Econômica Federal, no prazo máximo de vinte e quatro horas, quando a sentença lhe for favorável ou na proporção em que o for, acrescido de juros, na forma estabelecida pelo § 4º do art. 39 da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995, e alterações posteriores; ou

II - transformado em pagamento definitivo, proporcionalmente à exigência do correspondente tributo ou contribuição, inclusive seus acessórios, quando se tratar de sentença ou decisão favorável à Fazenda Nacional.

§ 4º Os valores devolvidos pela Caixa Econômica Federal serão debitados à Conta Única do Tesouro Nacional, em subconta de restituição.

§ 5º A Caixa Econômica Federal manterá controle dos valores depositados ou devolvidos.

Diferentemente do depósito em dinheiro e no valor integral, que tem o condão de suspender a exigibilidade, como previsto no art. 151 do CTN, nem a fiança bancária, nem o seguro-garantia têm tal efeito, não figurando entre as hipóteses nele elencadas.

É certo que existe a previsão da suspensão da exigibilidade pela concessão de liminar em mandado de segurança e de liminar ou tutela antecipada em outras ações judiciais (CTN, art. 151, IV e V).

Com isso, em pedidos de substituição do depósito em dinheiro por fiança bancária ou seguro-garantia, é postulada pelo depositante a concessão de liminar ou de tutela antecipada, como objetivo de atribuir a tais garantias a pretendida eficácia de suspensão da exigibilidade tributária.

A questão foi por muito tempo objeto de discussões e de controvérsias na doutrina e nas instâncias administrativas e judiciais. Instalou-se dissídio jurisprudencial entre as Turmas do Superior Tribunal de Justiça, chegando-se finalmente à apreciação da 1ª Seção da Corte Especial por meio do EREsp 1.077.039/RJ, que, por maioria, em acórdão lavrado pelo Ministro Herman Benjamin, prolator do voto vencedor no julgamento ocorrido em 09/02/2011, firmou os seguintes posicionamentos:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENHORA DE DINHEIRO POR FIANÇA BANCÁRIA. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 9º, §§ 3º, e 4º, e 15, I, DA LEI 6.830/1980.

(...)

5. Nota-se, portanto, que, por falta de amparo legal, a fiança bancária, conquanto instrumento legítimo a garantir o juízo, não possui especificamente os mesmos efeitos jurídicos do depósito em dinheiro.

6. O fato de o art. 15, I, da LEF prever a possibilidade de substituição da penhora por depósito ou fiança bancária significa apenas que o bem constrito é passível de substituição por um ou por outro. Não se pode, a partir da redação do mencionado dispositivo legal, afirmar genericamente que o dinheiro e a fiança bancária apresentam o mesmo status.

7. Considere-se, ainda, que: a) o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil estabelece padrão de hermenêutica ("o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige"); b) o processo de Execução tem por finalidade primordial a satisfação do credor; c) no caso das receitas fiscais, possuem elas natureza tributária ou não-tributária, é de conhecimento público que representam obrigações pecuniárias, isto é, a serem quitadas em dinheiro; e d) as sucessivas reformas feitas no Código de Processo Civil (de que são exemplos as promovidas pelas Leis 11.232/2005 e 11.382/2006) objetivam prestigiar justamente a eficiência na entrega da tutela jurisdicional, a qual deve ser prestada, tanto quanto possível, preferencialmente em espécie.

8. Em conclusão, verifica-se que, regra geral, quando o juízo estiver garantido por meio de depósito em dinheiro, ou ocorrer penhora sobre ele, inexistente direito subjetivo de obter, sem anuência da Fazenda Pública, a sua substituição por fiança bancária

9. De modo a conciliar o dissídio entre a Primeira e a Segunda Turmas, admite-se, em caráter excepcional, a substituição de um (dinheiro) por outro (fiança bancária), mas somente quando estiver comprovada de forma irrefutável, perante a autoridade judicial, a necessidade de aplicação do princípio da menor onerosidade (art. 620 do CPC), situação inexistente nos autos.

10. Embargos de Divergência não providos.

(EREsp 1.077.039/RJ, 1ª Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Rel. p/ acórdão Min. Herman Benjamin, DJe de 12.4.2011) - destaque nosso.

Alinham-se ao entendimento da decisão uniformizadora da 1ª Seção da Corte Especial transcrita os julgados subsequentes, inclusive de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, vencido naquela ocasião. A necessidade de prévia anuência da Fazenda Pública é bem reafirmada no *decisum*:

(...)

Ainda que se tratasse de ação executiva, a anuência da Fazenda Pública também seria necessária, este, aliás, o entendimento daquele Corte Superior, conforme se verifica a seguir:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. EXECUÇÃO GARANTIDA POR MEIO DE DEPÓSITO EM DINHEIRO. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO POR SEGURO GARANTIA JUDICIAL. INVIABILIDADE.

1. Garantida a execução fiscal por meio de depósito em dinheiro, a substituição por seguro garantia judicial só é possível com a anuência da Fazenda Pública.

2. Agravo regimental não provido."

(AgRg no Resp 213.678/SE, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 24/10/2012) - destaque nosso

Atente-se que, para conciliar o dissídio entre a Primeira e a Segunda Turmas, a 1ª Seção admitiu no citado EREsp 1.077.039/RJ, em caráter excepcional, a substituição de dinheiro por outra garantia, "somente quando estiver comprovada de forma irrefutável, perante a autoridade judicial, a necessidade de aplicação do princípio da menor onerosidade", previsto no art. 620 do CPC/1973 e, compoucas modificações, no art. 805 do CPC/2015.

Segue essa orientação o aresto abaixo exposto, de recurso especial julgado logo após, em 10/05/2011, com expressa referência à admissibilidade excepcional da substituição, "desde que não ocasione prejuízo ao exequente, sem que isso enseje afronta ao princípio da menor onerosidade da execução para o devedor".

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE COMPLEMENTAÇÃO DE AÇÕES - PROCEDÊNCIA - TRÂNSITO EM JULGADO - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - PRELIMINARES SUSCITADAS EM CONTRA-RAZÕES - PREQUESTIONAMENTO DOS DISPOSITIVOS INFRACONSTITUCIONAIS TIDOS POR VIOLADOS - OCORRÊNCIA - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL - NÃO-DEMONSTRAÇÃO - CONHECIMENTO DO RECURSO EM RELAÇÃO À ALÍNEA "A" DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL - MÉRITO - SUBSTITUIÇÃO DA PENHORA EM DINHEIRO POR CARTA DE FIANÇA - POSSIBILIDADE, EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS - PRECEDENTES DO STJ - NÃO-OCORRÊNCIA, NA ESPÉCIE - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO NESTA PARTE.

(...)

III - A despeito da nova redação do art. 656, § 2º, do Código de Processo Civil, a substituição da garantia em dinheiro por outro bem ou carta de fiança somente deve ser admitida em hipóteses excepcionais e desde que não ocasiona prejuízo ao exequente, sem que isso enseje afronta ao princípio da menor onerosidade da execução para o devedor; IV - Recurso especial parcialmente conhecido e provido nesta parte.

(REsp 1090864/RS, RECURSO ESPECIAL 2008/0210565-4; Rel. Min. MASSAMI UYEDA; DJe 01/07/2011) - destaque nosso Em 19/02/2018, foi publicado o trânsito em julgado do acórdão de julgamento de mérito, pela 1ª Seção do STJ, do REsp 1.156.668/DF, Rel. o então Ministro da Corte Especial, Luiz Fux, representativo da controvérsia repetitiva descrita no Tema 378, no qual se firmou a seguinte tese: "A fiança bancária não é equiparável ao depósito integral do débito exequendo para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, ante a taxatividade do art. 151 do CTN e o teor do Enunciado Sumular n. 112 desta Corte."

Os julgados a seguir adentram a análise dos requisitos da concessão da liminar ou tutela antecipada e reconhecem não configuradas a "probabilidade do provimento do recurso" (REsp 1759792/MG), constituindo óbice o fato de que apenas o depósito em dinheiro e pelo montante integral é causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário; ou a "plausibilidade do direito" diante do óbice do levantamento do depósito antes do trânsito em julgado (AgInt no TP 176/SP).

TRIBUTÁRIO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO TRIBUTO. SEGURO GARANTIA. IMPOSSIBILIDADE DE EQUIPARAÇÃO A DINHEIRO PARA ESSE EFEITO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 112/STJ.

1. Trata-se, na origem, de Ação de Anulação de Débito Fiscal em que o Tribunal regional entendeu que o seguro-garantia não tem finalidade de suspender a exigibilidade do débito fiscal e que só o depósito em dinheiro do montante integral do débito possui esta função.

2. É patente que a compreensão esposada pelo Tribunal local está de acordo com a pacífica orientação do STJ, que entende ser inviável a equiparação do seguro-garantia ou da fiança bancária ao depósito judicial em dinheiro e pelo montante integral para efeito de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, sob pena de afronta ao art. 151 do CTN.

3. A configuração da "probabilidade do provimento do recurso" encontra óbice no entendimento, já fartamente exposto, de que apenas o depósito judicial realizado em dinheiro e pelo montante integral é causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, conforme sedimentado no enunciado da Súmula 112/STJ: "O depósito somente suspende a exigibilidade do crédito tributário se for integral e em dinheiro".

4. Recurso Especial não provido.

(REsp 1759792/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/09/2018, DJe 21/11/2018) - destaque nosso.

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA. SUBSTITUIÇÃO DE DEPÓSITO JUDICIAL EFETUADO PARA SUSPENDER EXIGIBILIDADE DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO POR SEGURO GARANTIA. DESCABIMENTO. MOVIMENTAÇÃO DOS VALORES DEPOSITADOS EM JUÍZO. IMPOSSIBILIDADE ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DEMANDA À QUAL VINCULADOS. PLAUSIBILIDADE DO DIREITO INVOCADO. AUSÊNCIA.

1. Cuida-se de pedido de tutela de urgência formulado pela ora agravante objetivando apresentar seguro garantia no valor integral do crédito discutido em recurso especial, ainda sem juízo de admissibilidade no Tribunal de origem, em substituição ao depósito realizado.

2. É firme nesta Corte o entendimento no sentido de que o seguro garantia judicial não se enquadra como uma das hipóteses previstas no artigo 151 do CTN de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Precedentes.

3. A jurisprudência desta Corte reconhece que a movimentação do depósito judicial efetuado na forma do artigo 151, II, do CTN fica condicionada ao trânsito em fruto de julgado do processo a que se encontra vinculado. Precedentes.

4. Não demonstrada a plausibilidade do direito, obstado fica o trânsito da pretensão autoral.

5. Agravo interno não provido.

(AgInt no TP 176/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/11/2019, DJe 20/11/2019) - destaque nosso.

Em atuação na 6ª Turma desta Corte Regional, nos muitos feitos de minha relatoria com pedido de substituição de depósito em dinheiro por fiança bancária ou seguro-garantia, adotei a mesma orientação dos precedentes citados, fruto de uma longa construção e sedimentação a partir de marcos legais que nunca tiveram sua constitucionalidade questionada.

Serve de ilustração a decisão prolatada nos autos da Tutela Antecipada Antecedente (12083) nº 5029937-18.2018.4.03.0000, e já no exercício da Vice-Presidência, pronunciei-me no mesmo sentido ao apreciar pedido formulado pela Sky (AC nº 0009719-73.2007.4.03.6100/SP). Esta última decisão foi mencionada na matéria veiculada pelo Jornal "Valor Econômico", edição do dia 04/05/2020, intitulada "Justiça nega maioria dos pedidos para troca de depósito judicial por seguro". Segundo destaque feito logo após o título, "Nos tribunais federais, apenas sete de 45 decisões foram favoráveis aos contribuintes"

(<https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2020/05/04/justica-nega-maioria-dos-pedidos-para-troca-de-deposito-judicial-por-seguro.ghtml>).

A questão que se coloca, bem própria deste momento, é se a grave crise econômica derivada da pandemia, de proporções globais, justifica a mudança de entendimento, uniformizado pela 1ª Seção da Corte Especial em 2011 (EREsp 1.077.039/RJ) e afirmado no Tema 378, em relação à fiança bancária (REsp 1.156.668/DF, trânsito em julgado em 19/02/2018). Consolidou-se a interpretação sistemática do art. 15, II, da Lei de Execuções Fiscais como art. 151, II, do CTN, complementado pelo detalhado regramento dos depósitos judiciais em dinheiro feito pela Lei 9.703/98.

Efetivamente, o momento atual é extremamente crítico e as perspectivas e expectativas para o período pós-pandemia são igualmente críticas para toda a sociedade.

Grande tem sido a demanda no Judiciário de pedidos similares ao formulado nestes autos, de substituição dos depósitos judiciais efetuados para suspensão da exigibilidade dos créditos tributários por seguro-garantia ou fiança bancária. Alega-se a necessidade de liberação do valor

depositado em razão da grave crise econômica que atingiu a maior parte do setor produtivo e de serviços como o avanço da pandemia da COVID-19, que levou à adoção das medidas de isolamento e de distanciamento sociais pelos diversos governos para combater o aumento, em escala geométrica, da contaminação coletiva pelo vírus, de grande potencial de letalidade.

Instada a manifestar-se, a União justifica seu posicionamento contrário à substituição postulada, baseada fundamentalmente no regramento da Lei 9.703/1998. São por ela destacados, entre outros pontos, que "os recursos financeiros são imediatamente repassados ao Orçamento da União e, ato contínuo, submetem-se às devidas execuções orçamentárias, que correm de acordo com as afetações constitucionais dos tributos aos quais estão associados", conforme estabelece o art. 1º, § 2º, da lei mencionada. Sob essa perspectiva, "a devolução de ingressos orçamentários antes do trânsito em julgado é francamente descabida, quer sob o viés exclusivamente jurídico, quer sob as lentes do bem-estar social", na linha argumentativa da União.

De fato, de acordo com a disciplina da Lei 9.703/98, os depósitos judiciais efetuados na Caixa Econômica Federal são imediatamente repassados à Conta Única do Tesouro Nacional. Ingressam como disponibilidade financeira provisória da União submetida às execuções orçamentárias, de acordo com a finalidade constitucional definida para a respectiva exação. A devolução do valor do depósito, acrescido da taxa SELIC, somente se verifica como trânsito em julgado do provimento jurisdicional favorável ao contribuinte, cumprida a ordem judicial pela CEF no prazo de 24 horas.

Não há dúvida de que a robusta legislação e jurisprudência existentes tornam temerária a liberação pelo Judiciário de vultosos depósitos e o risco de profundo desarranjo das contas públicas, diante da possibilidade do "efeito cascata" de liberação em larga escala provocado pelas decisões favoráveis ao pleito dos depositantes.

O que se tem observado nas decisões judiciais em pretensões semelhantes à ora examinada é a reafirmação, mesmo nessa grave crise atual, da inviabilidade da substituição pretendida, alicerçado esse posicionamento nas disposições da Lei 9.703/98 (art. 1º, §§ 2º e 3º, I e II), do Código Tributário Nacional e em jurisprudência consolidada dos nossos Tribunais, objeto, inclusive, de enunciados de Súmulas e de decisões definitivas em recursos repetitivos.

Servem de exemplos estas primeiras decisões provenientes do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

[...] além de o levantamento dos depósitos judiciais se dar de acordo com o resultado do processo, a ser verificado após o trânsito em julgado (TRF4, Súmula 81), a suspensão da exigibilidade do crédito por força de depósito judicial é medida atingida apenas com o depósito em dinheiro (art. 110 do Código Tributário Nacional e Súmula 112 do STJ), com o qual não se equipara o seguro garantia (STJ, REsp nº 1.796.295/ES, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 22-04-2019). Enfim, a liminar concedida pelo Conselho Nacional de Justiça no Procedimento de Controle Administrativo nº 0009820-09.2019.2.00.0000 se limitou a reconhecer o direito de substituir por seguro garantia ou fiança bancária o depósito recursal e para garantia da execução trabalhista, mas não o depósito judicial para efeito de suspensão da exigibilidade de crédito tributário. Ante o exposto, indefiro o requerimento formulado na petição do evento 7.

(TRF4, AC 5005714-77.2019.4.04.7003, SEGUNDA TURMA, Relator RÔMULO PIZZOLATTI, juntado aos autos em 14/04/2020) - destaque nosso.

[...] Embora a grande probabilidade da manutenção da sentença de origem, à vista do julgamento do Tema 69 do STF, não há que se cogitar da liberação dos valores referentes depositados em Juízo, à vista a ausência do trânsito em julgado. A L 9.703/1998, ao regulamentar os depósitos judiciais e extrajudiciais de tributos e contribuições federais, dispôs no inc. II do § 3º do art. 1º que após o encerramento do processo o valor do depósito será transformado em pagamento definitivo, proporcionalmente à exigência do correspondente tributo ou contribuição, inclusive seus acessórios, quando se tratar de sentença ou decisão favorável à Fazenda Pública. [...] Ademais, a pretensão objetiva da requerente contraria frontalmente a súmula 18 desta Corte: o depósito judicial destinado a suspender a exigibilidade do crédito tributário somente poderá ser levantado, ou convertido em renda, após o trânsito em julgado da sentença. Neste caso, o processo proposto pela ora requerente pende de julgamento de recurso, sem trânsito em julgado. Não prospera a pretensão de levantamento de valores depositados na ação no Juízo de origem em virtude dos efeitos econômicos gerados pela pandemia do novo coronavírus seja por contrariar súmula desta Corte, seja por não ser possível antever os benefícios que poderão ser oferecidos às empresas nacionais para minimização das suas perdas. Não é inequívoca, portanto, a prova do direito alegado, não lhe outorgando verossimilhança. Dispositivo. Pelo exposto, indefiro o pedido de liberação de valores.

(TRF4, AC 5009291-34.2017.4.04.7003, PRIMEIRA TURMA, Relator ALEXANDRE GONÇALVES LIPPEL, juntado aos autos em 01/04/2020) - destaque nosso.

Merecem destaque as inaugurações decisões monocráticas oriundas do Superior Tribunal de Justiça, em pedidos de tutela de urgência formulados em feitos objeto de recursos sob jurisdição dessa Corte.

Em decisão proferida em 28.04.2020, o Ministro Og Fernandes, ao indeferir pedido de substituição de depósito judicial por seguro-garantia fundado na crise econômica causada pela covid-19, registrou que, embora a "quadra vivenciada seja trágica", o Superior Tribunal de Justiça "compreende que não há direito subjetivo do devedor à substituição do depósito em dinheiro por seguro garantia sem o aval do ente público, à vista do princípio da primazia da satisfação do credor", e que "leis foram modificadas para adequar aos novos tempos outras formas de garantia, mas o entendimento jurisprudencial persiste, na avaliação segundo a qual a fiança bancária/seguro não possui a mesma equivalência que o depósito em dinheiro".

Ponderou que "há de se primar pelo equilíbrio em situações excepcionais, todavia, a flexibilização da jurisprudência requer cautela, sobretudo em lides tributárias, nas quais prevalece o interesse público e a legalidade estrita".

Quanto à decisão proferida pelo Conselho Nacional de Justiça, nos autos do PCA n. 0009820-09.2019.2.00.0000, o Ministro Og Fernandes esclareceu que o precedente "se refere à utilização do seguro garantia judicial e da fiança bancária em substituição ao depósito recursal e para garantia da execução trabalhista, não obrigando o magistrado à substituição de vultosa quantia depositada espontaneamente pela parte no decorrer do processo". (STJ, PET nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 655024-SP (2015/0011859-3), decisão publicada em 05.05.2020).

Outra decisão que merece realce é da Ministra Assusete Magalhães, publicada na mesma data da anterior (STJ, PEDIDO DE TUTELA

PROVISÓRIA 2.682-RJ (2020/0088488-1), em 05.05.2020). Refere-se a pedido de tutela provisória que objetiva a liberação dos depósitos judiciais efetuados nos autos de mandado de segurança atualmente submetido à jurisdição da Corte Superior, mediante o oferecimento de apólice de seguro-garantia, ao examinar o pedido de concessão de medida liminar fundado no art. 151, IV, do CTN, para manter a suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Decidiu a Senhora Ministra Relatora:

"Havendo norma expressa a vedar o levantamento do depósito judicial, a medida somente poderia ser autorizada ou mediante a declaração de inconstitucionalidade, o que nos damos por escusado de apreciar, ou mediante aquilo que a doutrina denomina superação (defeasibility) da regra legal".

E cita, a propósito, lições de Humberto Ávila (in "Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos", Malheiros Editores, 2010, p.114 e ss.):

"(...) as regras não devem ser obedecidas somente por serem regras e serem editadas por uma autoridade. Elas devem ser obedecidas, de um lado, porque sua obediência é moralmente boa e, de outro, porque produz efeitos relativos a valores prestigiados pelo próprio ordenamento jurídico, como segurança, paz e igualdade. Ao contrário do que a atual exaltação dos princípios poderia fazer pensar, as regras não são normas de segunda categoria. Bem ao contrário, elas desempenham uma função importantíssima de solução previsível, eficiente e geralmente equânime de solução de conflitos sociais". Por isso que "a superação de uma regra não exige apenas a mera ponderação do princípio da segurança jurídica com outro princípio constitucional específico, como ocorre nos casos de ponderação horizontal e direta de princípios constitucionais. (...) Isso porque a superação de uma regra não se circunscreve à solução de um caso, como ocorre na ponderação horizontal entre princípios mediante a criação de regras concretas de colisão; mas exige a construção de uma solução de um caso mediante a análise da sua repercussão para a maioria dos casos".

A argumentação jurídica desenvolvida a partir dessas considerações principiológicas é para afastar, na espécie, a superação da norma legal, representada pela Lei 9.703/98, e indeferir o pedido de tutela provisória de urgência:

Na espécie, a provável repercussão para a maioria dos casos milita contra o pleito da companhia. Os depósitos judiciais para a suspensão de exigibilidade de crédito tributário são destinados à conta única do Tesouro Nacional (art. 1º, § 2º, da Lei 9.703/98) e à conta única dos Tesouros Estaduais (art. 3º da Lei Complementar 151/2015). União e Estados, portanto, contam com os valores na gestão de seus fluxos de caixa. Em meio à pandemia, o levantamento dos depósitos, sem decisão judicial transitada em julgado, pode comprometer a implementação, pelo Poder Público, de políticas sociais e medidas econômicas anticíclicas. Claro está, pois, o risco à economia pública e à ordem social.

Concorda-se integralmente com a necessidade de manutenção do paradigma legal, que não deve ser afastado ou considerado superado mesmo neste grave momento de crise econômica. A eventual intervenção do Judiciário, autorizando os levantamentos dos depósitos prematuramente e sem aguardar o trânsito em julgado de decisão favorável ao depositante poderá agravar o desequilíbrio das contas públicas e comprometer ainda mais a difícil implementação das políticas sociais e medidas econômicas emergenciais ora em curso.

No caso do requerente, a sentença denegou a segurança pleiteada, para manter a exigibilidade da contribuição previdenciária relativa ao Seguro de Acidentes do Trabalho (SAT) e sobre os Riscos Ambientais do Trabalho (RAT) mediante incidência dos critérios de cálculo do Fator Acidentário de Prevenção (FAP), previstos nos Decretos nº 6.042/2007 e nº 6.957/2009, sob o argumento de inconstitucionalidade do art. 10 da Lei nº 10.666/2003.

A E. Décima Primeira Turma desse E. Tribunal deu parcial provimento à apelação da parte requerente, para reconhecer a omissão da sentença e, nos termos do art. 1.013, § 3º, III, do CPC/15, apreciar o pedido de pagamento das contribuições sem o acréscimo da multa, julgando-o improcedente e para determinar a aplicação retroativa da Resolução CNPS nº 1.316/2010 ao período de janeiro a agosto de 2010.

Após oposição de embargos de declaração, os quais foram rejeitados pelo r. órgão fracionário, a parte requerente interpôs recurso extraordinário.

Conforme já mencionado, em decisão proferida em 21.03.2019, a Vice-Presidência determinou o sobrestamento do feito até o julgamento do representativo de controvérsia RE 677.725 - Tema 554/STF, situação que perdura até o presente momento, uma vez que ainda não houve julgamento do tema pelo Supremo Tribunal Federal.

Por este relato, verifica-se que na espécie, não se faz presente a necessária condição a que alude a Lei 9.703/98 para a movimentação do depósito judicial efetuado na forma do art. 151, II, do CTN, visto que não houve trânsito em julgado no feito, sequer foi realizado o juízo de admissibilidade recursal/conformação, dada a ausência de manifestação definitiva sobre a matéria objeto do recurso pela Suprema Corte, o que inviabiliza o acolhimento da pretensão do requerente.

Os setores econômico e financeiro devem mobilizar-se junto às instâncias competentes do Legislativo e do Executivo, como já estão fazendo, para que sejam também contemplados com medidas econômicas emergenciais no curso e após o período da pandemia.

Por conseguinte, não há como se reconhecer direito subjetivo da requerente ao levantamento do depósito em dinheiro e sua substituição por seguro-garantia, de tal sorte que, afastado o requisito da probabilidade do direito exigido para a concessão da tutela provisória de urgência, não há como ser acolhido o pleito formulado.

Em face de todo o exposto, **indeferir** o pedido formulado por TLM - TOTAL LOGISTIC MANAGEMENT SERVIÇOS DE LOGÍSTICA LTDA.

Intimem-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

CONSUELO YOSHIDA

Vice-Presidente

RELATOR	:	Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO
APELANTE	:	PIRELLI PNEUS S/A e outro(a)
	:	TLM TOTAL LOGISTIC MANAGEMENT SERVICOS DE LOGISTICA LTDA
ADVOGADO	:	SP196258 GERALDO VALENTIM NETO e outro(a)
APELADO(A)	:	Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO	:	SP000003 JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
No. ORIG.	:	00045236320154036126 1 Vr SANTO ANDRE/SP

DECISÃO

Trata-se de pedido de levantamento dos depósitos judiciais mediante substituição por seguro-garantia, formulado por PIRELLI PNEUS LTDA. e TLM - TOTAL LOGISTIC MANAGEMENT SERVIÇOS DE LOGÍSTICA LTDA.

O pleito fundamenta-se nas seguintes alegações: (i) "a crise econômica pela qual atravessa o País, agravada pela pandemia do COVID-19, que culminou na decretação de calamidade pública e quarentena pela União, Estados e Municípios, com a paralisação das atividades por diversos setores da economia; (ii) que, diante da paralisação parcial de suas atividades, as Requerentes já sofreram diminuição significativa em suas receitas e estão enfrentando dificuldades para a manutenção de suas atividades, pagamento de impostos e manutenção da folha de salários e (iii) que os depósitos judiciais realizados nos presentes autos serão de suma importância para a manutenção das atividades das Requerentes, bem como considerando os recentes precedentes proferidos pelos E. TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS DA 1ª, 3ª E 4ª REGIÕES ("TRFS DA 1ª, 3ª E 4ª REGIÕES)".

Apresenta a Apólice de Seguro Garantia nº 0000000026823 ofertada ainda em forma de minuta, advertindo que será convertida em definitiva após a aceitação pela Requerida (vide Doc. 05).

Intimada, a União sustentou: (i) "O mais absoluto imperativo categórico de que vidas sejam salvas exige cautela e ponderação na aplicação do direito, como máximo respeito ao princípio da legalidade, que é um dos corolários do Estado de Direito"; (ii) "não há fundamento legal, nem mesmo em normas excepcionais criadas para combater o momento de crise, que autorize o pedido de substituição de depósito judicial dado em garantia em execução fiscal; (iii) "A pretensão do contribuinte, se deferida, em caráter liminar, resulta em periculum in mora inverso. O impacto sobre as contas públicas é irreversível"; (iv) "Além disso, conceder benefícios, levantamento de depósitos, moratórias, suspensão da exigibilidade de pagamento de tributos a alguns, apenas alguns, contribuintes pode configurar a quebra da isonomia."

É o relatório.

Decido.

Tratamos autos originários de mandado de segurança impetrado para afastar a exigência da contribuição ao PIS e da COFINS sobre as receitas financeiras auferidas pelas Impetrantes, nos termos estabelecidos pelos Decretos nº 8.426/2015 e 8.451/2015.

As requerentes tiveram a ordem denegada em primeira instância e não obtiveram êxito em grau de apelação. Os recursos excepcionais que interpuseram encontram-se sobrestados por força do representativo de controvérsia RE 1.043.313, vinculado ao Tema 939. Não há manifestação definitiva pelo Supremo Tribunal Federal sobre a matéria objeto do recurso.

No intuito de obter a suspensão da exigibilidade do crédito, a requerente efetuou depósitos judiciais nos termos do art. 151, II, CTN e postula, nesta oportunidade, a substituição dos depósitos pelo seguro-garantia ou fiança bancária, fundamentando seu pleito na crise econômica instalada com a pandemia da *covid-19*.

É importante, de início, fazer um breve retrospecto dos marcos legais e jurisprudenciais que se relacionam com o pedido ora formulado, antes da emergência da pandemia que, neste ano e em poucos meses, instaurou situações de extrema gravidade e demandas específicas no Judiciário, que é levado a pronunciar-se no contexto da chamada "jurisprudência de crises".

O pleito de substituição exposto é decorrente de previsão na Lei 6.830/1980 (art. 15, I), da possibilidade de, em processo de execução fiscal, o executado efetuar a garantia do juízo, mediante substituição da penhora, por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro-garantia, este último acrescentado pela Lei 13.043/2014.

A suspensão da exigibilidade do crédito tributário, por sua vez, está disciplinada pelo Código Tributário Nacional, que traz as causas suspensivas enumeradas no art. 151, atualmente com seis incisos. Originalmente, existiam os quatro primeiros incisos (moratória, depósito do montante integral do crédito, reclamações e recursos administrativos e medida liminar em mandado de segurança) e, com a LC 104/2001, foram incluídos os dois últimos incisos (liminar ou tutela antecipada em outras ações judiciais e parcelamento).

Não há, pois, como confundir as hipóteses de garantia do juízo da execução fiscal, previstas no art. 15, I, da Lei 6.830/80, com as causas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, objeto de disciplina pelo CTN, em seu art. 151.

Assim, para o depósito judicial ter o efeito de suspender a exigibilidade do crédito tributário, é exigido pelo art. 151, II, do CTN que seja depósito em dinheiro e no montante integral exigido, sendo deste teor o enunciado da Súmula 112 do STJ: "O depósito somente suspende a exigibilidade do crédito tributário se for integral e em dinheiro".

Os depósitos judiciais e extrajudiciais em dinheiro referentes a tributos e contribuições federais mereceram detalhada disciplina pela Lei 9.703/98, desde o momento em que são efetuados junto à Caixa Econômica Federal até sua devolução ao depositante após o trânsito em julgado ("após o encerramento da lide ou do processo litigioso"):

Art. 1º Os depósitos judiciais e extrajudiciais, em dinheiro, de valores referentes a tributos e contribuições federais, inclusive seus acessórios, administrados pela Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda, serão efetuados na Caixa Econômica Federal, mediante Documento de Arrecadação de Receitas Federais - DARF, específico para essa finalidade.

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, aos débitos provenientes de tributos e contribuições inscritos em Dívida Ativa da União.

§ 2º Os depósitos serão repassados pela Caixa Econômica Federal para a Conta Única do Tesouro Nacional, independentemente de qualquer formalidade, no mesmo prazo fixado para recolhimento dos tributos e das contribuições federais.

§ 3º Mediante ordem da autoridade judicial ou, no caso de depósito extrajudicial, da autoridade administrativa competente, o valor do depósito, após o encerramento da lide ou do processo litigioso, será:

I - devolvido ao depositante pela Caixa Econômica Federal, no prazo máximo de vinte e quatro horas, quando a sentença lhe for favorável ou na proporção em que o for, acrescido de juros, na forma estabelecida pelo § 4º do art. 39 da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995, e alterações posteriores; ou

II - transformado em pagamento definitivo, proporcionalmente à exigência do correspondente tributo ou contribuição, inclusive seus acessórios, quando se tratar de sentença ou decisão favorável à Fazenda Nacional.

§ 4º Os valores devolvidos pela Caixa Econômica Federal serão debitados à Conta Única do Tesouro Nacional, em subconta de restituição.

§ 5º A Caixa Econômica Federal manterá controle dos valores depositados ou devolvidos.

Diferentemente do depósito em dinheiro e no valor integral, que tem o condão de suspender a exigibilidade, como previsto no art. 151 do CTN, nem a fiança bancária, nem o seguro-garantia têm tal efeito, não figurando entre as hipóteses nele elencadas.

É certo que existe a previsão da suspensão da exigibilidade pela concessão de liminar em mandado de segurança e de liminar ou tutela antecipada em outras ações judiciais (CTN, art. 151, IV e V).

Com isso, em pedidos de substituição do depósito em dinheiro por fiança bancária ou seguro-garantia, é postulada pelo depositante a concessão de liminar ou de tutela antecipada, como objetivo de atribuir a tais garantias a pretendida eficácia de suspensão da exigibilidade tributária.

A questão foi por muito tempo objeto de discussões e de controvérsias na doutrina e nas instâncias administrativas e judiciais. Instalou-se dissídio jurisprudencial entre as Turmas do Superior Tribunal de Justiça, chegando-se finalmente à apreciação da 1ª Seção da Corte Especial por meio do EREsp 1.077.039/RJ, que, por maioria, em acórdão lavrado pelo Ministro Herman Benjamin, prolator do voto vencedor no julgamento ocorrido em 09/02/2011, firmou os seguintes posicionamentos:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENHORA DE DINHEIRO POR FIANÇA BANCÁRIA. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 9º, §§ 3º, e 4º, e 15, I, DA LEI 6.830/1980.

(...)

5. Nota-se, portanto, que, por falta de amparo legal, a fiança bancária, conquanto instrumento legítimo a garantir o juízo, não possui especificamente os mesmos efeitos jurídicos do depósito em dinheiro.

6. O fato de o art. 15, I, da LEF prever a possibilidade de substituição da penhora por depósito ou fiança bancária significa apenas que o bem constrito é passível de substituição por um ou por outro. Não se pode, a partir da redação do mencionado dispositivo legal, afirmar genericamente que o dinheiro e a fiança bancária apresentam o mesmo status.

7. Considere-se, ainda, que: a) o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil estabelece padrão de hermenêutica ("o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige"); b) o processo de Execução tem por finalidade primordial a satisfação do credor; c) no caso das receitas fiscais, possuem elas natureza tributária ou não-tributária, é de conhecimento público que representam obrigações pecuniárias, isto é, a serem quitadas em dinheiro; e d) as sucessivas reformas feitas no Código de Processo Civil (de que são exemplos as promovidas pelas Leis 11.232/2005 e 11.382/2006) objetivam prestigiar justamente a eficiência na entrega da tutela jurisdicional, a qual deve ser prestada, tanto quanto possível, preferencialmente em espécie.

8. Em conclusão, verifica-se que, regra geral, quando o juízo estiver garantido por meio de depósito em dinheiro, ou ocorrer penhora sobre ele, inexistente direito subjetivo de obter, sem anuência da Fazenda Pública, a sua substituição por fiança bancária

9. De modo a conciliar o dissídio entre a Primeira e a Segunda Turmas, admite-se, em caráter excepcional, a substituição de um (dinheiro) por outro (fiança bancária), mas somente quando estiver comprovada de forma irrefutável, perante a autoridade judicial, a necessidade de aplicação do princípio da menor onerosidade (art. 620 do CPC), situação inexistente nos autos.

10. Embargos de Divergência não providos.

(EREsp 1.077.039/RJ, 1ª Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Rel. p/ acórdão Min. Herman Benjamin, DJe de 12.4.2011) - destaque nosso.

Alinham-se ao entendimento da decisão uniformizadora da 1ª Seção da Corte Especial transcrita os julgados subsequentes, inclusive de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, vencido naquela ocasião. A necessidade de prévia anuência da Fazenda Pública é bem reafirmada no *decisum*:

(...)

Ainda que se tratasse de ação executiva, a anuência da Fazenda Pública também seria necessária, este, aliás, o entendimento daquele Corte Superior, conforme se verifica a seguir:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. EXECUÇÃO GARANTIDA POR MEIO DE DEPÓSITO EM DINHEIRO. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO POR SEGURO GARANTIA JUDICIAL. INVIABILIDADE.

1. Garantida a execução fiscal por meio de depósito em dinheiro, a substituição por seguro garantia judicial só é possível com a anuência da Fazenda Pública.

2. Agravo regimental não provido."

(AgRg no Resp 213.678/SE, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 24/10/2012) - destaque nosso

Atente-se que, para conciliar o dissídio entre a Primeira e a Segunda Turmas, a 1ª Seção admitiu no citado EREsp 1.077.039/RJ, em caráter excepcional, a substituição de dinheiro por outra garantia, "somente quando estiver comprovada de forma irrefutável, perante a

autoridade judicial, a necessidade de aplicação do princípio da menor onerosidade", previsto no art. 620 do CPC/1973 e, poucas modificações, no art. 805 do CPC/2015.

Segue essa orientação o acerto abaixo exposto, de recurso especial julgado logo após, em 10/05/2011, com expressa referência à admissibilidade excepcional da substituição, "desde que não ocasione prejuízo ao exequente, sem que isso enseje afronta ao princípio da menor onerosidade da execução para o devedor".

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE COMPLEMENTAÇÃO DE AÇÕES - PROCEDÊNCIA - TRÂNSITO EM JULGADO - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - PRELIMINARES SUSCITADAS EM CONTRA-RAZÕES - PREQUESTIONAMENTO DOS DISPOSITIVOS INFRACONSTITUCIONAIS TIDOS POR VIOLADOS - OCORRÊNCIA - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL - NÃO-DEMONSTRAÇÃO - CONHECIMENTO DO RECURSO EM RELAÇÃO À ALÍNEA "A" DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL - MÉRITO - SUBSTITUIÇÃO DA PENHORA EM DINHEIRO POR CARTA DE FIANÇA - POSSIBILIDADE, EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS - PRECEDENTES DO STJ - NÃO-OCORRÊNCIA, NA ESPÉCIE - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO NESTA PARTE.

(...)

III - A despeito da nova redação do art. 656, § 2º, do Código de Processo Civil, a substituição da garantia em dinheiro por outro bem ou carta de fiança somente deve ser admitida em hipóteses excepcionais e desde que não ocasione prejuízo ao exequente, sem que isso enseje afronta ao princípio da menor onerosidade da execução para o devedor; IV - Recurso especial parcialmente conhecido e provido nesta parte.

(REsp 1090864/RS, RECURSO ESPECIAL 2008/0210565-4; Rel. Min. MASSAMI UYEDA; DJe 01/07/2011) - destaque nosso Em 19/02/2018, foi publicado o trânsito em julgado do acórdão de julgamento de mérito, pela 1ª Seção do STJ, do REsp 1.156.668/DF, Rel. o então Ministro da Corte Especial, Luiz Fux, representativo da controvérsia repetitiva descrita no Tema 378, no qual se firmou a seguinte tese: "A fiança bancária não é equiparável ao depósito integral do débito exequendo para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, ante a taxatividade do art. 151 do CTN e o teor do Enunciado Sumular n. 112 desta Corte."

Os julgados a seguir adentram a análise dos requisitos da concessão da liminar ou tutela antecipada e reconhecem não configuradas a "probabilidade do provimento do recurso" (REsp 1759792/MG), constituindo óbice o fato de que apenas o depósito em dinheiro e pelo montante integral é causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário; ou a "plausibilidade do direito" diante do óbice do levantamento do depósito antes do trânsito em julgado (AgInt no TP 176/SP).

TRIBUTÁRIO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO TRIBUTO. SEGURO GARANTIA. IMPOSSIBILIDADE DE EQUIPARAÇÃO A DINHEIRO PARA ESSE EFEITO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 112/STJ.

1. Trata-se, na origem, de Ação de Anulação de Débito Fiscal em que o Tribunal regional entendeu que o seguro-garantia não tem finalidade de suspender a exigibilidade do débito fiscal e que só o depósito em dinheiro do montante integral do débito possui esta função.

2. É patente que a compreensão esposada pelo Tribunal local está de acordo com a pacífica orientação do STJ, que entende ser inviável a equiparação do seguro-garantia ou da fiança bancária ao depósito judicial em dinheiro e pelo montante integral para efeito de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, sob pena de afronta ao art. 151 do CTN.

3. A configuração da "probabilidade do provimento do recurso" encontra óbice no entendimento, já fartamente exposto, de que apenas o depósito judicial realizado em dinheiro e pelo montante integral é causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, conforme sedimentado no enunciado da Súmula 112/STJ: "O depósito somente suspende a exigibilidade do crédito tributário se for integral e em dinheiro".

4. Recurso Especial não provido.

(REsp 1759792/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/09/2018, DJe 21/11/2018) - destaque nosso.

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA. SUBSTITUIÇÃO DE DEPÓSITO JUDICIAL EFETUADO PARA SUSPENDER EXIGIBILIDADE DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO POR SEGURO GARANTIA. DESCABIMENTO. MOVIMENTAÇÃO DOS VALORES DEPOSITADOS EM JUÍZO. IMPOSSIBILIDADE ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DEMANDA À QUAL VINCULADOS. PLAUSIBILIDADE DO DIREITO INVOCADO. AUSÊNCIA.

1. Cuida-se de pedido de tutela de urgência formulado pela ora agravante objetivando apresentar seguro garantia no valor integral do crédito discutido em recurso especial, ainda sem juízo de admissibilidade no Tribunal de origem, em substituição ao depósito realizado.

2. É firme nesta Corte o entendimento no sentido de que o seguro garantia judicial não se enquadra como uma das hipóteses previstas no artigo 151 do CTN de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Precedentes.

3. A jurisprudência desta Corte reconhece que a movimentação do depósito judicial efetuado na forma do artigo 151, II, do CTN fica condicionada ao trânsito em fruto de julgado do processo a que se encontra vinculado. Precedentes.

4. Não demonstrada a plausibilidade do direito, obstado fica o trânsito da pretensão autoral.

5. Agravo interno não provido.

(AgInt no TP 176/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/11/2019, DJe 20/11/2019) - destaque nosso.

Em atuação na 6ª Turma desta Corte Regional, nos muitos feitos de minha relatoria com pedido de substituição de depósito em dinheiro por fiança bancária ou seguro-garantia, adotei a mesma orientação dos precedentes citados, fruto de uma longa construção e sedimentação a partir de marcos legais que nunca tiveram sua constitucionalidade questionada.

Serve de ilustração a decisão prolatada nos autos da Tutela Antecipada Antecedente (12083) nº 5029937-18.2018.4.03.0000, e já no exercício da Vice-Presidência, pronunciei-me no mesmo sentido ao apreciar pedido formulado pela Sky (AC nº 0009719-

73.2007.4.03.6100/SP). Esta última decisão foi mencionada na matéria veiculada pelo Jornal "Valor Econômico", edição do dia 04/05/2020, intitulada "Justiça nega maioria dos pedidos para troca de depósito judicial por seguro". Segundo destaque feito logo após o título, "Nos tribunais federais, apenas sete de 45 decisões foram favoráveis aos contribuintes" (<https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2020/05/04/justica-nega-maioria-dos-pedidos-para-troca-de-deposito-judicial-por-seguro.ghtml>).

A questão que se coloca, bem própria deste momento, é se a grave crise econômica derivada da pandemia, de proporções globais, justifica a mudança de entendimento, uniformizado pela 1ª Seção da Corte Especial em 2011 (EREsp 1.077.039/RJ) e afirmado no Tema 378, em relação à fiança bancária (REsp 1.156.668/DF, trânsito em julgado em 19/02/2018). Consolidou-se a interpretação sistemática do art. 15, II, da Lei de Execuções Fiscais como o art. 151, II, do CTN, complementado pelo detalhado regramento dos depósitos judiciais em dinheiro feito pela Lei 9.703/98.

Efetivamente, o momento atual é extremamente crítico e as perspectivas e expectativas para o período pós-pandemia são igualmente críticas para toda a sociedade.

Grande tem sido a demanda no Judiciário de pedidos similares ao formulado nestes autos, de substituição dos depósitos judiciais efetuados para suspensão da exigibilidade dos créditos tributários por seguro-garantia ou fiança bancária. Alega-se a necessidade de liberação do valor depositado em razão da grave crise econômica que atingiu a maior parte do setor produtivo e de serviços com o avanço da pandemia da COVID-19, que levou à adoção das medidas de isolamento e de distanciamento sociais pelos diversos governos para combater o aumento, em escala geométrica, da contaminação coletiva pelo vírus, de grande potencial de letalidade.

Instada a manifestar-se, a União justifica seu posicionamento contrário à substituição postulada, baseada fundamentalmente no regramento da Lei 9.703/1998. São por ela destacados, entre outros pontos, que "os recursos financeiros são imediatamente repassados ao Orçamento da União e, ato contínuo, submetem-se às devidas execuções orçamentárias, que correm de acordo com as afetações constitucionais dos tributos aos quais estão associados", conforme estabelece o art. 1º, § 2º, da lei mencionada. Sob essa perspectiva, "a devolução de ingressos orçamentários antes do trânsito em julgado é francamente descabida, quer sob o viés exclusivamente jurídico, quer sob as lentes do bem-estar social", na linha argumentativa da União.

De fato, de acordo com a disciplina da Lei 9.703/98, os depósitos judiciais efetuados na Caixa Econômica Federal são imediatamente repassados à Conta Única do Tesouro Nacional. Ingressam como disponibilidade financeira provisória da União submetida às execuções orçamentárias, de acordo com a finalidade constitucional definida para a respectiva exação. A devolução do valor do depósito, acrescido da taxa SELIC, somente se verifica com o trânsito em julgado do provimento jurisdicional favorável ao contribuinte, cumprida a ordem judicial pela CEF no prazo de 24 horas.

Não há dúvida de que a robusta legislação e jurisprudência existentes tornam temerária a liberação pelo Judiciário de vultosos depósitos e o risco de profundo desarranjo das contas públicas, diante da possibilidade do "efeito cascata" de liberação em larga escala provocado pelas decisões favoráveis ao pleito dos depositantes.

O que se tem observado nas decisões judiciais em pretensões semelhantes à ora examinada é a reafirmação, mesmo nessa grave crise atual, da inviabilidade da substituição pretendida, alicerçado esse posicionamento nas disposições da Lei 9.703/98 (art. 1º, §§ 2º e 3º, I e II), do Código Tributário Nacional e em jurisprudência consolidada dos nossos Tribunais, objeto, inclusive, de enunciados de Súmulas e de decisões definitivas em recursos repetitivos.

Servem de exemplos estas primeiras decisões provenientes do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

[...] além de o levantamento dos depósitos judiciais se dar de acordo com o resultado do processo, a ser verificado após o trânsito em julgado (TRF4, Súmula 81), a suspensão da exigibilidade do crédito por força de depósito judicial é medida atingida apenas com o depósito em dinheiro (art. 110 do Código Tributário Nacional e Súmula 112 do STJ), com o qual não se equipara o seguro garantia (STJ, REsp nº 1.796.295/ES, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 22-04-2019). Enfim, a liminar concedida pelo Conselho Nacional de Justiça no Procedimento de Controle Administrativo nº 0009820-09.2019.2.00.0000 se limitou a reconhecer o direito de substituir por seguro garantia ou fiança bancária o depósito recursal e para garantia da execução trabalhista, mas não o depósito judicial para efeito de suspensão da exigibilidade de crédito tributário. Ante o exposto, indefiro o requerimento formulado na petição do evento 7.

(TRF4, AC 5005714-77.2019.4.04.7003, SEGUNDA TURMA, Relator RÔMULO PIZZOLATTI, juntado aos autos em 14/04/2020) - destaque nosso.

[...] Embora a grande probabilidade da manutenção da sentença de origem, à vista do julgamento do Tema 69 do STF, não há que se cogitar da liberação dos valores referentes depositados em Juízo, à vista a ausência do trânsito em julgado. A L 9.703/1998, ao regulamentar os depósitos judiciais e extrajudiciais de tributos e contribuições federais, dispôs no inc. II do § 3º do art. 1º que após o encerramento do processo o valor do depósito será transformado em pagamento definitivo, proporcionalmente à exigência do correspondente tributo ou contribuição, inclusive seus acessórios, quando se tratar de sentença ou decisão favorável à Fazenda Pública. [...] Ademais, a pretensão objetiva da requerente contraria frontalmente a súmula 18 desta Corte: o depósito judicial destinado a suspender a exigibilidade do crédito tributário somente poderá ser levantado, ou convertido em renda, após o trânsito em julgado da sentença. Neste caso, o processo proposto pela ora requerente pende de julgamento de recurso, sem trânsito em julgado. Não prospera a pretensão de levantamento de valores depositados na ação no Juízo de origem em virtude dos efeitos econômicos gerados pela pandemia do novo coronavírus seja por contrariar súmula desta Corte, seja por não ser possível antever os benefícios que poderão ser oferecidos às empresas nacionais para minimização das suas perdas. Não é inequívoca, portanto, a prova do direito alegado, não lhe outorgando verossimilhança. Dispositivo. Pelo exposto, indefiro o pedido de liberação de valores.

(TRF4, AC 5009291-34.2017.4.04.7003, PRIMEIRA TURMA, Relator ALEXANDRE GONÇALVES LIPPEL, juntado aos autos em 01/04/2020) - destaque nosso.

Merecem destaque as inaugurais decisões monocráticas oriundas do Superior Tribunal de Justiça, em pedidos de tutela de urgência formulados em feitos objeto de recursos sob jurisdição dessa Corte.

Em decisão proferida em 28.04.2020, o Ministro Og Fernandes, ao indeferir pedido de substituição de depósito judicial por seguro-garantia fundado na crise econômica causada pela covid-19, registrou que, embora a *"quadra vivenciada seja trágica"*, o Superior Tribunal de Justiça *"compreende que não há direito subjetivo do devedor à substituição do depósito em dinheiro por seguro garantia sem o aval do ente público, à vista do princípio da primazia da satisfação do credor"*, e que *"leis foram modificadas para adequar aos novos tempos outras formas de garantia, mas o entendimento jurisprudencial persiste, na avaliação segundo a qual a fiança bancária/seguro não possui a mesma equivalência que o depósito em dinheiro"*.

Ponderou que *"há de se primar pelo equilíbrio em situações excepcionais, todavia, a flexibilização da jurisprudência requer cautela, sobretudo em lides tributárias, nas quais prevalece o interesse público e a legalidade estrita"*.

Quanto à decisão proferida pelo Conselho Nacional de Justiça, nos autos do PCA n. 0009820-09.2019.2.00.0000, o Ministro Og Fernandes esclareceu que o precedente *"se refere à utilização do seguro garantia judicial e da fiança bancária em substituição ao depósito recursal e para garantia da execução trabalhista, não obrigando o magistrado à substituição de vultosa quantia depositada espontaneamente pela parte no decorrer do processo"*. (STJ, PET nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 655024-SP (2015/0011859-3), decisão publicada em 05.05.2020).

Outra decisão que merece realce é da Ministra Assusete Magalhães, publicada na mesma data da anterior (STJ, PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA 2.682-RJ (2020/0088488-1), em 05.05.2020). Refere-se a pedido de tutela provisória que objetiva a liberação dos depósitos judiciais efetuados nos autos de mandado de segurança atualmente submetido à jurisdição da Corte Superior; mediante o oferecimento de apólice de seguro-garantia, ao examinar o pedido de concessão de medida liminar fundado no art. 151, IV, do CTN, para manter a suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Decidiu a Senhora Ministra Relatora:

"Havendo norma expressa a vedar o levantamento do depósito judicial, a medida somente poderia ser autorizada ou mediante a declaração de inconstitucionalidade, o que nos damos por escusado de apreciar, ou mediante aquilo que a doutrina denomina superação (defeasibility) da regra legal".

E cita, a propósito, lições de Humberto Ávila (in *"Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos"*, Malheiros Editores, 2010, p.114 e ss.):

"(...) as regras não devem ser obedecidas somente por serem regras e serem editadas por uma autoridade. Elas devem ser obedecidas, de um lado, porque sua obediência é moralmente boa e, de outro, porque produz efeitos relativos a valores prestigiados pelo próprio ordenamento jurídico, como segurança, paz e igualdade. Ao contrário do que a atual exaltação dos princípios poderia fazer pensar, as regras não são normas de segunda categoria. Bem ao contrário, elas desempenham uma função importantíssima de solução previsível, eficiente e geralmente equânime de solução de conflitos sociais". Por isso que "a superação de uma regra não exige apenas a mera ponderação do princípio da segurança jurídica com outro princípio constitucional específico, como ocorre nos casos de ponderação horizontal e direta de princípios constitucionais. (...) Isso porque a superação de uma regra não se circunscreve à solução de um caso, como ocorre na ponderação horizontal entre princípios mediante a criação de regras concretas de colisão; mas exige a construção de uma solução de um caso mediante a análise da sua repercussão para a maioria dos casos".

A argumentação jurídica desenvolvida a partir dessas considerações principiológicas é para afastar, na espécie, a superação da norma legal, representada pela Lei 9.703/98, e indeferir o pedido de tutela provisória de urgência:

Na espécie, a provável repercussão para a maioria dos casos milita contra o pleito da companhia. Os depósitos judiciais para a suspensão de exigibilidade de crédito tributário são destinados à conta única do Tesouro Nacional (art. 1º, § 2º, da Lei 9.703/98) e à conta única dos Tesouros Estaduais (art. 3º da Lei Complementar 151/2015). União e Estados, portanto, contam com os valores na gestão de seus fluxos de caixa. Em meio à pandemia, o levantamento dos depósitos, sem decisão judicial transitada em julgado, pode comprometer a implementação, pelo Poder Público, de políticas sociais e medidas econômicas anticíclicas. Claro está, pois, o risco à economia pública e à ordem social.

Concorda-se integralmente com a necessidade de manutenção do paradigma legal, que não deve ser afastado ou considerado superado mesmo neste grave momento de crise econômica. A eventual intervenção do Judiciário, autorizando os levantamentos dos depósitos prematuramente e sem aguardar o trânsito em julgado de decisão favorável ao depositante poderá agravar o desequilíbrio das contas públicas e comprometer ainda mais a difícil implementação das políticas sociais e medidas econômicas emergenciais ora em curso.

No caso do requerente, a sentença denegou a segurança pleiteada, para manter a exigibilidade do PIS e da Cofins sobre as receitas financeiras, nos termos do Decreto nº 8.426/2015, o que ensejou a interposição de apelação, a qual foi desprovida pela C. Terceira Turma desse E. Tribunal, tendo sido interpostos recursos especial e extraordinário.

Conforme já mencionado, a Vice-Presidência determinou em 10.09.2018 o sobrestamento do feito até o julgamento do representativo de controvérsia RE nº 1.043.313 - Tema 939/STF, situação que perdura até o presente momento, uma vez que ainda não houve julgamento do tema pelo Supremo Tribunal Federal.

Por este relato, verifica-se que na espécie, não se faz presente a necessária condição a que alude a Lei 9.703/98 para a movimentação do depósito judicial efetuado na forma do art. 151, II, do CTN, visto que não houve trânsito em julgado no feito, sequer foi realizado o juízo de admissibilidade recursal/conformação, dada a ausência de manifestação definitiva sobre a matéria objeto do recurso pela Suprema Corte, o que inviabiliza o acolhimento da pretensão do requerente.

Os setores econômico e financeiro devem mobilizar-se junto às instâncias competentes do Legislativo e do Executivo, como já estão fazendo, para que sejam também contemplados com medidas econômicas emergenciais no curso e após o período da pandemia.

Por conseguinte, não há como se reconhecer direito subjetivo da requerente ao levantamento do depósito em dinheiro e sua substituição por seguro-garantia, de tal sorte que, afastado o requisito da probabilidade do direito exigido para a concessão da tutela provisória de urgência, não há como ser acolhido o pleito formulado.

Em face de todo o exposto, **indefiro** o pedido formulado por PIRELLI PNEUS LTDA. e TLM - TOTAL LOGISTIC MANAGEMENT SERVIÇOS DE LOGÍSTICA LTDA.

Intimem-se.
São Paulo, 19 de junho de 2020.
CONSUELO YOSHIDA
Vice-Presidente

00006 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0004859-55.2015.4.03.6130/SP

	2015.61.30.004859-6/SP
--	------------------------

RELATOR	:	Desembargador Federal JOHNSOM DI SALVO
APELANTE	:	BIOLAB SANUS FARMACEUTICALTDA
ADVOGADO	:	SP101662 MARCIO SEVERO MARQUES e outro(a)
APELADO(A)	:	União Federal (FAZENDA NACIONAL)
PROCURADOR	:	SP000006 MARGARETH ANNE LEISTER E MARIA DA CONCEICAO MARANHÃO PFEIFFER
No. ORIG.	:	00048595520154036130 2 Vr OSASCO/SP

DECISÃO

Trata-se de pedido de substituição do valor depositado nos autos por seguro-garantia formulado por Biolab Sanus Farmacêutica Ltda. O pleito fundamenta-se nas seguintes alegações: (i) "A apelante é indústria farmacêutica e realiza a distribuição e comercialização de medicamentos, que é considerada atividade essencial. E diante da atual pandemia do COVID-19, a manutenção do depósito judicial como garantia aos valores impugnados - objeto dos presentes autos - é deveras onerosa para a Apelante, pois a privará de recursos indispensáveis à manutenção do seu quadro de funcionários e à regular prestação de serviços essenciais."; (ii) Além disso, o cenário de dificuldade tende a ser agravado, na medida em que alguns de seus principais clientes (distribuidoras, por exemplo) suspenderam os pagamentos e suas atividades em decorrência do necessário isolamento social; (iii) A substituição pretendida pela Apelante não trará nenhum prejuízo à Apelada, pois o seguro garantia poderá ser rapidamente convertido em dinheiro na hipótese de a decisão final do presente mandado de segurança lhe ser favorável."

Intimada, a União sustentou: (i) "O mais absoluto imperativo categórico de que vidas sejam salvas exige cautela e ponderação na aplicação do direito, com o máximo respeito ao princípio da legalidade, que é um dos corolários do Estado de Direito"; (ii) "não há fundamento legal, nem mesmo em normas excepcionais criadas para combater o momento de crise, que autorize o pedido de substituição de depósito judicial dado em garantia em execução fiscal; (iii) "A pretensão do contribuinte, se deferida, em caráter liminar, resulta em periculum in mora inverso. (...) O choque sobre as contas públicas é irreversível"; (iv) "Além disso, conceder benefícios, levantamento de depósitos, moratórias, suspensão da exigibilidade de pagamento de tributos a alguns, apenas alguns, contribuintes pode configurar a quebra da isonomia." É o relatório.

Decido.

Tratamos autos originários de mandado de segurança impetrado pela requerente com o objetivo de impugnar a majoração das alíquotas do PIS e da Cofins incidentes sobre as receitas financeiras, promovida pelo Decreto 8.426/15.

A requerente teve a ordem denegada em primeira instância e não obteve êxito em grau de apelação. Os recursos excepcionais que interpôs encontram-se sobrestados por força do representativo de controvérsia RE 1.043.313, vinculado ao Tema 939. Não há manifestação definitiva pelo Supremo Tribunal Federal sobre a matéria objeto do recurso.

No intuito de obter a suspensão da exigibilidade do crédito, a requerente efetuou depósitos judiciais nos termos do art. 151, II, CTN e postula, nesta oportunidade, a substituição dos depósitos pelo seguro-garantia ou fiança bancária, fundamentando seu pleito na crise econômica instalada com a pandemia da *covid-19*.

É importante, de início, fazer um breve retrospecto dos marcos legais e jurisprudenciais que se relacionam com o pedido ora formulado, antes da emergência da pandemia que, neste ano e em poucos meses, instaurou situações de extrema gravidade e demandas específicas no Judiciário, que é levado a pronunciar-se no contexto da chamada "jurisprudência de crises".

O pleito de substituição exposto é decorrente de previsão na Lei 6.830/1980 (art. 15, I), da possibilidade de, em processo de execução fiscal, o executado efetuar a garantia do juízo, mediante substituição da penhora, por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro-garantia, este último acrescentado pela Lei 13.043/2014.

A suspensão da exigibilidade do crédito tributário, por sua vez, está disciplinada pelo Código Tributário Nacional, que traz as causas suspensivas enumeradas no art. 151, atualmente com seis incisos. Originalmente, existiam os quatro primeiros incisos (moratória, depósito do montante integral do crédito, reclamações e recursos administrativos e medida liminar em mandado de segurança) e, com a LC 104/2001, foram incluídos os dois últimos incisos (liminar ou tutela antecipada em outras ações judiciais e parcelamento).

Não há, pois, como confundir as hipóteses de garantia do juízo da execução fiscal, previstas no art. 15, I, da Lei 6.830/80, com as causas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, objeto de disciplina pelo CTN, em seu art. 151.

Assim, para o depósito judicial ter o efeito de suspender a exigibilidade do crédito tributário, é exigido pelo art. 151, II, do CTN que seja depósito em dinheiro e no montante integral exigido, sendo deste teor o enunciado da Súmula 112 do STJ: "O depósito somente suspende a exigibilidade do crédito tributário se for integral e em dinheiro".

Os depósitos judiciais e extrajudiciais em dinheiro referentes a tributos e contribuições federais mereceram detalhada disciplina pela Lei

9.703/98, desde o momento em que são efetuados junto à Caixa Econômica Federal até sua devolução ao depositante após o trânsito em julgado ("após o encerramento da lide ou do processo litigioso"):

Art. 1º Os depósitos judiciais e extrajudiciais, em dinheiro, de valores referentes a tributos e contribuições federais, inclusive seus acessórios, administrados pela Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda, serão efetuados na Caixa Econômica Federal, mediante Documento de Arrecadação de Receitas Federais - DARF, específico para essa finalidade.

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, aos débitos provenientes de tributos e contribuições inscritos em Dívida Ativa da União.

§ 2º Os depósitos serão repassados pela Caixa Econômica Federal para a Conta Única do Tesouro Nacional, independentemente de qualquer formalidade, no mesmo prazo fixado para recolhimento dos tributos e das contribuições federais.

§ 3º Mediante ordem da autoridade judicial ou, no caso de depósito extrajudicial, da autoridade administrativa competente, o valor do depósito, após o encerramento da lide ou do processo litigioso, será:

I - devolvido ao depositante pela Caixa Econômica Federal, no prazo máximo de vinte e quatro horas, quando a sentença lhe for favorável ou na proporção em que o for, acrescido de juros, na forma estabelecida pelo § 4º do art. 39 da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995, e alterações posteriores; ou

II - transformado em pagamento definitivo, proporcionalmente à exigência do correspondente tributo ou contribuição, inclusive seus acessórios, quando se tratar de sentença ou decisão favorável à Fazenda Nacional.

§ 4º Os valores devolvidos pela Caixa Econômica Federal serão debitados à Conta Única do Tesouro Nacional, em subconta de restituição.

§ 5º A Caixa Econômica Federal manterá controle dos valores depositados ou devolvidos.

Diferentemente do depósito em dinheiro e no valor integral, que tem o condão de suspender a exigibilidade, como previsto no art. 151 do CTN, nem a fiança bancária, nem o seguro-garantia têm tal efeito, não figurando entre as hipóteses nele elencadas.

É certo que existe a previsão da suspensão da exigibilidade pela concessão de liminar em mandado de segurança e de liminar ou tutela antecipada em outras ações judiciais (CTN, art. 151, IV e V).

Com isso, em pedidos de substituição do depósito em dinheiro por fiança bancária ou seguro-garantia, é postulada pelo depositante a concessão de liminar ou de tutela antecipada, como objetivo de atribuir a tais garantias a pretendida eficácia de suspensão da exigibilidade tributária.

A questão foi por muito tempo objeto de discussões e de controvérsias na doutrina e nas instâncias administrativas e judiciais. Instalou-se dissídio jurisprudencial entre as Turmas do Superior Tribunal de Justiça, chegando-se finalmente à apreciação da 1ª Seção da Corte Especial por meio do EREsp 1.077.039/RJ, que, por maioria, em acórdão lavrado pelo Ministro Herman Benjamin, prolator do voto vencedor no julgamento ocorrido em 09/02/2011, firmou os seguintes posicionamentos:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENHORA DE DINHEIRO POR FIANÇA BANCÁRIA. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 9º, §§ 3º, e 4º, e 15, I, DA LEI 6.830/1980.

(...)

5. Nota-se, portanto, que, por falta de amparo legal, a fiança bancária, conquanto instrumento legítimo a garantir o juízo, não possui especificamente os mesmos efeitos jurídicos do depósito em dinheiro.

6. O fato de o art. 15, I, da LEF prever a possibilidade de substituição da penhora por depósito ou fiança bancária significa apenas que o bem constrito é passível de substituição por um ou por outro. Não se pode, a partir da redação do mencionado dispositivo legal, afirmar genericamente que o dinheiro e a fiança bancária apresentam o mesmo status.

7. Considere-se, ainda, que: a) o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil estabelece padrão de hermenêutica ("o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige"); b) o processo de Execução tem por finalidade primordial a satisfação do credor; c) no caso das receitas fiscais, possuem elas natureza tributária ou não-tributária, é de conhecimento público que representam obrigações pecuniárias, isto é, a serem quitadas em dinheiro; e d) as sucessivas reformas feitas no Código de Processo Civil (de que são exemplos as promovidas pelas Leis 11.232/2005 e 11.382/2006) objetivam prestigiar justamente a eficiência na entrega da tutela jurisdicional, a qual deve ser prestada, tanto quanto possível, preferencialmente em espécie.

8. Em conclusão, verifica-se que, regra geral, quando o juízo estiver garantido por meio de depósito em dinheiro, ou ocorrer penhora sobre ele, inexistente direito subjetivo de obter, sem anuência da Fazenda Pública, a sua substituição por fiança bancária

9. De modo a conciliar o dissídio entre a Primeira e a Segunda Turmas, admite-se, em caráter excepcional, a substituição de um (dinheiro) por outro (fiança bancária), mas somente quando estiver comprovada de forma irrefutável, perante a autoridade judicial, a necessidade de aplicação do princípio da menor onerosidade (art. 620 do CPC), situação inexistente nos autos.

10. Embargos de Divergência não providos.

(EREsp 1.077.039/RJ, 1ª Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Rel. p/ acórdão Min. Herman Benjamin, DJe de 12.4.2011) - destaque nosso.

Alinham-se ao entendimento da decisão uniformizadora da 1ª Seção da Corte Especial transcrita os julgados subsequentes, inclusive de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, vencido naquela ocasião. A necessidade de prévia anuência da Fazenda Pública é bem reafirmada no *decisum*:

(...)

Ainda que se tratasse de ação executiva, a anuência da Fazenda Pública também seria necessária, este, aliás, o entendimento daquele Corte Superior, conforme se verifica a seguir:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. EXECUÇÃO GARANTIDA POR MEIO DE DEPÓSITO EM DINHEIRO. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO POR SEGURO GARANTIA JUDICIAL. INVIABILIDADE.

1. Garantida a execução fiscal por meio de depósito em dinheiro, a substituição por seguro garantia judicial só é possível com a

anuência da Fazenda Pública.

2. Agravo regimental não provido."

(AgRg no Resp 213.678/SE, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 24/10/2012) - destaque nosso

Atente-se que, para conciliar o dissídio entre a Primeira e a Segunda Turmas, a 1ª Seção admitiu no citado REsp 1.077.039/RJ, em caráter excepcional, a substituição de dinheiro por outra garantia, "somente quando estiver comprovada de forma irrefutável, perante a autoridade judicial, a necessidade de aplicação do princípio da menor onerosidade", previsto no art. 620 do CPC/1973 e, compoucas modificações, no art. 805 do CPC/2015.

Segue essa orientação o aresto abaixo exposto, de recurso especial julgado logo após, em 10/05/2011, com expressa referência à admissibilidade excepcional da substituição, "desde que não ocasione prejuízo ao exequente, sem que isso enseje afronta ao princípio da menor onerosidade da execução para o devedor".

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE COMPLEMENTAÇÃO DE AÇÕES - PROCEDÊNCIA - TRÂNSITO EM JULGADO - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - PRELIMINARES SUSCITADAS EM CONTRA-RAZÕES - PREQUESTIONAMENTO DOS DISPOSITIVOS INFRACONSTITUCIONAIS TIDOS POR VIOLADOS - OCORRÊNCIA - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL - NÃO-DEMONSTRAÇÃO - CONHECIMENTO DO RECURSO EM RELAÇÃO À ALÍNEA "A" DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL - MÉRITO - SUBSTITUIÇÃO DA PENHORA EM DINHEIRO POR CARTA DE FIANÇA - POSSIBILIDADE, EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS - PRECEDENTES DO STJ - NÃO-OCORRÊNCIA, NA ESPÉCIE - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO NESTA PARTE.

(...)

III - A despeito da nova redação do art. 656, § 2º, do Código de Processo Civil, a substituição da garantia em dinheiro por outro bem ou carta de fiança somente deve ser admitida em hipóteses excepcionais e desde que não ocasione prejuízo ao exequente, sem que isso enseje afronta ao princípio da menor onerosidade da execução para o devedor; IV - Recurso especial parcialmente conhecido e provido nesta parte.

(REsp 1090864/RS, RECURSO ESPECIAL 2008/0210565-4; Rel. Min. MASSAMI UYEDA; DJe 01/07/2011) - destaque nosso

Em 19/02/2018, foi publicado o trânsito em julgado do acórdão de julgamento de mérito, pela 1ª Seção do STJ, do REsp 1.156.668/DF, Rel. o então Ministro da Corte Especial, Luiz Fux, representativo da controvérsia repetitiva descrita no Tema 378, no qual se firmou a seguinte tese: "A fiança bancária não é equiparável ao depósito integral do débito exequendo para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, ante a taxatividade do art. 151 do CTN e o teor do Enunciado Sumular n. 112 desta Corte."

Os julgados a seguir adentram a análise dos requisitos da concessão da liminar ou tutela antecipada e reconhecem não configuradas a "probabilidade do provimento do recurso" (REsp 1759792/MG), constituindo óbice o fato de que apenas o depósito em dinheiro e pelo montante integral é causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário; ou a "plausibilidade do direito" diante do óbice do levantamento do depósito antes do trânsito em julgado (AgInt no TP 176/SP).

TRIBUTÁRIO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO TRIBUTO. SEGURO GARANTIA. IMPOSSIBILIDADE DE EQUIPARAÇÃO A DINHEIRO PARA ESSE EFEITO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 112/STJ.

1. Trata-se, na origem, de Ação de Anulação de Débito Fiscal em que o Tribunal regional entendeu que o seguro-garantia não tem finalidade de suspender a exigibilidade do débito fiscal e que só o depósito em dinheiro do montante integral do débito possui esta função.

2. É patente que a compreensão esposada pelo Tribunal local está de acordo com a pacífica orientação do STJ, que entende ser inviável a equiparação do seguro-garantia ou da fiança bancária ao depósito judicial em dinheiro e pelo montante integral para efeito de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, sob pena de afronta ao art. 151 do CTN.

3. A configuração da "probabilidade do provimento do recurso" encontra óbice no entendimento, já fartamente exposto, de que apenas o depósito judicial realizado em dinheiro e pelo montante integral é causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, conforme sedimentado no enunciado da Súmula 112/STJ: "O depósito somente suspende a exigibilidade do crédito tributário se for integral e em dinheiro".

4. Recurso Especial não provido.

(REsp 1759792/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/09/2018, DJe 21/11/2018) - destaque nosso.

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA. SUBSTITUIÇÃO DE DEPÓSITO JUDICIAL EFETUADO PARA SUSPENDER EXIGIBILIDADE DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO POR SEGURO GARANTIA. DESCABIMENTO. MOVIMENTAÇÃO DOS VALORES DEPOSITADOS EM JUÍZO. IMPOSSIBILIDADE ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DEMANDA À QUAL VINCULADOS. PLAUSIBILIDADE DO DIREITO INVOCADO. AUSÊNCIA.

1. Cuida-se de pedido de tutela de urgência formulado pela ora agravante objetivando apresentar seguro garantia no valor integral do crédito discutido em recurso especial, ainda sem juízo de admissibilidade no Tribunal de origem, em substituição ao depósito realizado.

2. É firme nesta Corte o entendimento no sentido de que o seguro garantia judicial não se enquadra como uma das hipóteses previstas no artigo 151 do CTN de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Precedentes.

3. A jurisprudência desta Corte reconhece que a movimentação do depósito judicial efetuado na forma do artigo 151, II, do CTN fica condicionada ao trânsito em fruto de julgado do processo a que se encontra vinculado. Precedentes.

4. Não demonstrada a plausibilidade do direito, obstado fica o trânsito da pretensão autoral.

5. Agravo interno não provido.

(AgInt no TP 176/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/11/2019, DJe 20/11/2019) - destaque nosso.

Em atuação na 6ª Turma desta Corte Regional, nos muitos feitos de minha relatoria com pedido de substituição de depósito em dinheiro por fiança bancária ou seguro-garantia, adotei a mesma orientação dos precedentes citados, fruto de uma longa construção e sedimentação a partir de marcos legais que nunca tiveram sua constitucionalidade questionada.

Serve de ilustração a decisão prolatada nos autos da Tutela Antecipada Antecedente (12083) nº 5029937-18.2018.4.03.0000, e já no exercício da Vice-Presidência, pronunciei-me no mesmo sentido ao apreciar pedido formulado pela Sky (AC nº 0009719-73.2007.4.03.6100/SP). Esta última decisão foi mencionada na matéria veiculada pelo Jornal "Valor Econômico", edição do dia 04/05/2020, intitulada "Justiça nega maioria dos pedidos para troca de depósito judicial por seguro". Segundo destaque feito logo após o título, "Nos tribunais federais, apenas sete de 45 decisões foram favoráveis aos contribuintes" (<https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2020/05/04/justica-nega-maioria-dos-pedidos-para-troca-de-deposito-judicial-por-seguro.ghtml>).

A questão que se coloca, bem própria deste momento, é se a grave crise econômica derivada da pandemia, de proporções globais, justifica a mudança de entendimento, uniformizado pela 1ª Seção da Corte Especial em 2011 (EREsp 1.077.039/RJ) e afirmado no Tema 378, em relação à fiança bancária (REsp 1.156.668/DF, trânsito em julgado em 19/02/2018). Consolidou-se a interpretação sistemática do art. 15, II, da Lei de Execuções Fiscais como o art. 151, II, do CTN, complementado pelo detalhado regramento dos depósitos judiciais em dinheiro feito pela Lei 9.703/98.

Efetivamente, o momento atual é extremamente crítico e as perspectivas e expectativas para o período pós-pandemia são igualmente críticas para toda a sociedade.

Grande tem sido a demanda no Judiciário de pedidos similares ao formulado nestes autos, de substituição dos depósitos judiciais efetuados para suspensão da exigibilidade dos créditos tributários por seguro-garantia ou fiança bancária. Alega-se a necessidade de liberação do valor depositado em razão da grave crise econômica que atingiu a maior parte do setor produtivo e de serviços com o avanço da pandemia da COVID-19, que levou à adoção das medidas de isolamento e de distanciamento sociais pelos diversos governos para combater o aumento, em escala geométrica, da contaminação coletiva pelo vírus, de grande potencial de letalidade.

Instada a manifestar-se, a União justifica seu posicionamento contrário à substituição postulada, baseada fundamentalmente no regramento da Lei 9.703/1998. São por ela destacados, entre outros pontos, que "os recursos financeiros são imediatamente repassados ao Orçamento da União e, ato contínuo, submetem-se às devidas execuções orçamentárias, que correm de acordo com as afetações constitucionais dos tributos aos quais estão associados", conforme estabelece o art. 1º, § 2º, da lei mencionada. Sob essa perspectiva, "a devolução de ingressos orçamentários antes do trânsito em julgado é francamente descabida, quer sob o viés exclusivamente jurídico, quer sob as lentes do bem-estar social", na linha argumentativa da União.

De fato, de acordo com a disciplina da Lei 9.703/98, os depósitos judiciais efetuados na Caixa Econômica Federal são imediatamente repassados à Conta Única do Tesouro Nacional. Ingressam como disponibilidade financeira provisória da União submetida às execuções orçamentárias, de acordo com a finalidade constitucional definida para a respectiva exação. A devolução do valor do depósito, acrescido da taxa SELIC, somente se verifica com o trânsito em julgado do provimento jurisdicional favorável ao contribuinte, cumprida a ordem judicial pela CEF no prazo de 24 horas.

Não há dúvida de que a robusta legislação e jurisprudência existentes tornam temerária a liberação pelo Judiciário de vultosos depósitos e o risco de profundo desarranjo das contas públicas, diante da possibilidade do "efeito cascata" de liberação em larga escala provocado pelas decisões favoráveis ao pleito dos depositantes.

O que se tem observado nas decisões judiciais em pretensões semelhantes à ora examinada é a reafirmação, mesmo nessa grave crise atual, da inviabilidade da substituição pretendida, alicerçado esse posicionamento nas disposições da Lei 9.703/98 (art. 1º, §§ 2º e 3º, I e II), do Código Tributário Nacional e em jurisprudência consolidada dos nossos Tribunais, objeto, inclusive, de enunciados de Súmulas e de decisões definitivas em recursos repetitivos.

Servem de exemplos estas primeiras decisões provenientes do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

[...] além de o levantamento dos depósitos judiciais se dar de acordo com o resultado do processo, a ser verificado após o trânsito em julgado (TRF4, Súmula 81), a suspensão da exigibilidade do crédito por força de depósito judicial é medida atingida apenas com o depósito em dinheiro (art. 110 do Código Tributário Nacional e Súmula 112 do STJ), com o qual não se equipara o seguro garantia (STJ, REsp nº 1.796.295/ES, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 22-04-2019). Enfim, a liminar concedida pelo Conselho Nacional de Justiça no Procedimento de Controle Administrativo nº 0009820-09.2019.2.00.0000 se limitou a reconhecer o direito de substituir por seguro garantia ou fiança bancária o depósito recursal e para garantia da execução trabalhista, mas não o depósito judicial para efeito de suspensão da exigibilidade de crédito tributário. Ante o exposto, indefiro o requerimento formulado na petição do evento 7.

(TRF4, AC 5005714-77.2019.4.04.7003, SEGUNDA TURMA, Relator RÔMULO PIZZOLATTI, juntado aos autos em 14/04/2020) - destaque nosso.

[...] Embora a grande probabilidade da manutenção da sentença de origem, à vista do julgamento do Tema 69 do STF, não há que se cogitar da liberação dos valores referentes depositados em Juízo, à vista a ausência do trânsito em julgado. A Lei 9.703/1998, ao regulamentar os depósitos judiciais e extrajudiciais de tributos e contribuições federais, dispôs no inc. II do § 3º do art. 1º que após o encerramento do processo o valor do depósito será transformado em pagamento definitivo, proporcionalmente à exigência do correspondente tributo ou contribuição, inclusive seus acessórios, quando se tratar de sentença ou decisão favorável à Fazenda Pública. [...] Ademais, a pretensão objetiva da requerente contraria frontalmente a súmula 18 desta Corte: o depósito judicial destinado a suspender a exigibilidade do crédito tributário somente poderá ser levantado, ou convertido em renda, após o trânsito em julgado da sentença. Neste caso, o processo proposto pela ora requerente pende de julgamento de recurso, sem trânsito em julgado. Não prospera a pretensão de levantamento de valores depositados na ação no Juízo de origem em virtude dos efeitos econômicos gerados pela pandemia do novo coronavírus seja por contrariar súmula desta Corte, seja por não ser possível antever os benefícios que poderão ser oferecidos às empresas nacionais para minimização das suas perdas. Não é inequívoca, portanto, a prova do direito alegado, não lhe outorgando verossimilhança.

Dispositivo. Pelo exposto, indefiro o pedido de liberação de valores.

(TRF4, AC 5009291-34.2017.4.04.7003, PRIMEIRA TURMA, Relator ALEXANDRE GONÇALVES LIPPEL, juntado aos autos em 01/04/2020) - destaque nosso.

Merecem destaque as inaugurações decisões monocráticas oriundas do Superior Tribunal de Justiça, em pedidos de tutela de urgência formulados em feitos objeto de recursos sob jurisdição dessa Corte.

Em decisão proferida em 28.04.2020, o Ministro Og Fernandes, ao indeferir pedido de substituição de depósito judicial por seguro-garantia fundado na crise econômica causada pela *covid-19*, registrou que, embora a *"quadra vivenciada seja trágica"*, o Superior Tribunal de Justiça **"compreende que não há direito subjetivo do devedor à substituição do depósito em dinheiro por seguro garantia sem o aval do ente público, à vista do princípio da primazia da satisfação do credor"**, e que *"leis foram modificadas para adequar aos novos tempos outras formas de garantia, mas o entendimento jurisprudencial persiste, na avaliação segundo a qual a fiança bancária/seguro não possui a mesma equivalência que o depósito em dinheiro"*.

Ponderou que **"há de se primar pelo equilíbrio em situações excepcionais, todavia, a flexibilização da jurisprudência requer cautela, sobretudo em lides tributárias, nas quais prevalece o interesse público e a legalidade estrita"**.

Quanto à decisão proferida pelo Conselho Nacional de Justiça, nos autos do PCA n. 0009820-09.2019.2.00.0000, o Ministro Og Fernandes esclareceu que o precedente **"se refere à utilização do seguro garantia judicial e da fiança bancária em substituição ao depósito recursal e para garantia da execução trabalhista, não obrigando o magistrado à substituição de vultosa quantia depositada espontaneamente pela parte no decorrer do processo"**. (STJ, PET nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 655024-SP (2015/0011859-3), decisão publicada em 05.05.2020).

Outra decisão que merece realce é da Ministra Assusete Magalhães, publicada na mesma data da anterior (STJ, PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA 2.682-RJ (2020/0088488-1), em 05.05.2020). Refere-se a pedido de tutela provisória que objetiva a liberação dos depósitos judiciais efetuados nos autos de mandado de segurança atualmente submetido à jurisdição da Corte Superior; mediante o oferecimento de apólice de seguro-garantia, ao examinar o pedido de concessão de medida liminar fundado no art. 151, IV, do CTN, para manter a suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Decidiu a Senhora Ministra Relatora:

"Havendo norma expressa a vedar o levantamento do depósito judicial, a medida somente poderia ser autorizada ou mediante a declaração de inconstitucionalidade, o que nos damos por escusado de apreciar, ou mediante aquilo que a doutrina denomina superação (defeasibility) da regra legal".

E cita, a propósito, lições de Humberto Ávila (in *"Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos"*, Malheiros Editores, 2010, p.114 e ss.):

"(...) as regras não devem ser obedecidas somente por serem regras e serem editadas por uma autoridade. Elas devem ser obedecidas, de um lado, porque sua obediência é moralmente boa e, de outro, porque produz efeitos relativos a valores prestigiados pelo próprio ordenamento jurídico, como segurança, paz e igualdade. Ao contrário do que a atual exaltação dos princípios poderia fazer pensar, as regras não são normas de segunda categoria. Bem ao contrário, elas desempenham uma função importantíssima de solução previsível, eficiente e geralmente equânime de conflitos sociais". Por isso que "a superação de uma regra não exige apenas a mera ponderação do princípio da segurança jurídica com outro princípio constitucional específico, como ocorre nos casos de ponderação horizontal e direta de princípios constitucionais. (...) Isso porque a superação de uma regra não se circunscreve à solução de um caso, como ocorre na ponderação horizontal entre princípios mediante a criação de regras concretas de colisão; mas exige a construção de uma solução de um caso mediante a análise da sua repercussão para a maioria dos casos".

A argumentação jurídica desenvolvida a partir dessas considerações principiológicas é para afastar, na espécie, a superação da norma legal, representada pela Lei 9.703/98, e indeferir o pedido de tutela provisória de urgência:

Na espécie, a provável repercussão para a maioria dos casos milita contra o pleito da companhia. Os depósitos judiciais para a suspensão de exigibilidade de crédito tributário são destinados à conta única do Tesouro Nacional (art. 1º, § 2º, da Lei 9.703/98) e à conta única dos Tesouros Estaduais (art. 3º da Lei Complementar 151/2015). União e Estados, portanto, contam com os valores na gestão de seus fluxos de caixa. Em meio à pandemia, o levantamento dos depósitos, sem decisão judicial transitada em julgado, pode comprometer a implementação, pelo Poder Público, de políticas sociais e medidas econômicas anticíclicas. Claro está, pois, o risco à economia pública e à ordem social.

Concorda-se integralmente com a necessidade de manutenção do paradigma legal, que não deve ser afastado ou considerado superado mesmo neste grave momento de crise econômica. A eventual intervenção do Judiciário, autorizando os levantamentos dos depósitos prematuramente e sem aguarde o trânsito em julgado de decisão favorável ao depositante poderá agravar o desequilíbrio das contas públicas e comprometer ainda mais a difícil implementação das políticas sociais e medidas econômicas emergenciais ora em curso.

No caso do requerente, a sentença denegou a segurança pleiteada, para manter a exigibilidade do recolhimento do PIS/COFINS sobre receitas financeiras a partir das alíquotas fixadas pelo Decreto 8.426/15, o que deu ensejo à interposição de apelação, a qual foi desprovida pela C. Sexta Turma desse E. Tribunal, tendo sido interpostos recursos especial e extraordinário.

Conforme já mencionado, em decisão proferida em 24.01.2019, determinou-se o sobrestamento do feito até o julgamento do representativo de controvérsia RE nº 1.043.313 - Tema 939/STF, situação que perdura até o presente momento, uma vez que ainda não houve julgamento do tema pelo Supremo Tribunal Federal.

Por este relato, verifica-se que na espécie, não se faz presente a necessária condição a que alude a Lei 9.703/98 para a movimentação do depósito judicial efetuado na forma do art. 151, II, do CTN, visto que não houve trânsito em julgado no feito, sequer foi realizado o juízo de admissibilidade recursal/conformação, dada a ausência de manifestação definitiva sobre a matéria objeto do recurso pela Suprema Corte, o que inviabiliza o acolhimento da pretensão do requerente.

Os setores econômico e financeiro devem mobilizar-se junto às instâncias competentes do Legislativo e do Executivo, como já estão fazendo, para que sejam também contemplados com medidas econômicas emergenciais no curso e após o período da pandemia.

Por conseguinte, não há como se reconhecer direito subjetivo da requerente ao levantamento do depósito em dinheiro e sua substituição por seguro-garantia, de tal sorte que, afastado o requisito da probabilidade do direito exigido para a concessão da tutela provisória de urgência, não há como ser acolhido o pleito formulado.

Em face de todo o exposto, **indeferido** o pedido formulado por Biolab Sanus Farmacêutica Ltda.

Intimem-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

CONSUELO YOSHIDA

Vice-Presidente

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Agravos em Recursos Excepcionais - DAEX

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0007107-19.2008.4.03.6104

APELANTE: LAURITA ALEXANDRE

Advogado do(a) APELANTE: SERGIO RODRIGUES DIEGUES - SP169755-A

APELADO: UNIAO FEDERAL, WALTER BUGARIN MONTEIRO, NEWTON BUGARIN MONTEIRO, MARIA TERESA BUGARIN MONTEIRO, TEREZA CRISTINA BUGARIN MONTEIRO

Advogado do(a) APELADO: SILVIA PAULA MONTEIRO DA COSTA - SP142752

Advogado do(a) APELADO: SILVIA PAULA MONTEIRO DA COSTA - SP142752

Advogado do(a) APELADO: SILVIA PAULA MONTEIRO DA COSTA - SP142752

Advogado do(a) APELADO: SILVIA PAULA MONTEIRO DA COSTA - SP142752

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA CONTRAMINUTA

Certifico que os presentes autos encontram-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) resposta ao(s) agravo(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.021, § 2º, e/ou 1.042, § 3º, do Código de Processo Civil.

São Paulo, 22 de junho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0015263-46.2015.4.03.6105

APELANTE: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL, DNIT-DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES

APELADO: SYNGENTA PROTECAO DE CULTIVOS LTDA

Advogado do(a) APELADO: NANCY GOMBOSSY DE MELO FRANCO - SP185048-A

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) **contrarrazões** ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 1.030 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 22 de junho de 2020

SUBSECRETARIA DO ÓRGÃO ESPECIAL E PLENÁRIO

CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL (221) Nº 5014491-04.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 15 - DES. FED. ANDRÉ NEKATSCHALOW

SUSCITANTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 6ª VARA FEDERAL CÍVEL

SUSCITADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 1ª VARA FEDERAL PREVIDENCIÁRIA

OUTROS PARTICIPANTES:

PARTE AUTORA: NIZIA MARIA DE ARAUJO SILVA

ADVOGADO do(a) PARTE AUTORA: HELENA GUAGLIANONE FLEURY

ADVOGADO do(a) PARTE AUTORA: THAIS MELLO CARDOSO

ADVOGADO do(a) PARTE AUTORA: RAFAELA DE OLIVEIRA PINTO

ADVOGADO do(a) PARTE AUTORA: KAREN NICIOLI VAZ DE LIMA

ADVOGADO do(a) PARTE AUTORA: ARETA FERNANDA DA CAMARA

ADVOGADO do(a) PARTE AUTORA: ERAZE SUTTI

D E C I S Ã O

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo da 6ª Vara Cível Federal de São Paulo (SP) contra o Juízo da 1ª Vara Previdenciária de São Paulo (SP), nos atos do Mandado de Segurança n. 5016908-39.2019.4.03.6183, impetrado por Nizia Maria de Araujo Silva, por meio do qual requer seja concluída a análise de seu recurso administrativo.

Verifica-se que o mandado de segurança foi distribuído para a 1ª Vara Previdenciária de São Paulo, que declarou a sua incompetência absoluta para a análise da matéria e determinou a remessa do feito ao Juiz Distribuidor do Fórum Cível da Justiça Federal:

O Provimento n.º 186, de 28.10.1999, do Conselho da Justiça Federal, ao criar as varas especializadas previdenciárias estabeleceu expressamente a sua “competência exclusiva para processos que versem sobre benefícios previdenciários”.

Com efeito, referido provimento estabeleceu que as varas previdenciárias possuem competência para julgar apenas os feitos que versem sobre benefícios concedidos com base no regime geral da previdência social, regulados pela Lei 8.213/91 e legislação esparsa.

No presente caso, como ressaltado na inicial, tem-se que o pleito do Impetrante não se refere à concessão/revisão de benefício previdenciário, mas visa garantir a observância de prazo legal para que a autoridade coatora profira análise conclusiva de requerimento administrativo, não estando abarcado, por consequência, na competência das Varas Previdenciárias.

Nesse sentido já se pronunciou o Egrégio Tribunal Regional da 3ª Região, conforme decisão que segue:

(...)

Em face do exposto, declaro a incompetência absoluta deste juízo para a análise da matéria e determino a remessa do feito ao Juiz Distribuidor do Fórum Cível da Justiça Federal, dando-se baixa na distribuição (p. 25/26 do Idn. 133556021)

Redistribuído o mandado de segurança, o Juízo da 6ª Vara Cível de São Paulo suscitou o conflito, por entender que a competência é da Vara Previdenciária, tendo em vista que a parte requer que seja determinado que a autarquia federal se pronuncie sobre seu direito ao benefício previdenciário:

O suscitado alega que no caso dos autos se discute tão somente o direito da parte impetrante à razoável duração do processo, por deixar o INSS de cumprir os prazos legalmente assinados.

Aduz, ainda, que, conquanto a parte impetrante objetive, com o recurso administrativo, a revisão/concessão do benefício previdenciário, a ação restringe-se a determinar a análise imediata do recurso pela autoridade coatora, justamente por não cumprir os prazos da Lei n. 9.784/99, não pretendendo a reforma judicial da decisão administrativa que indeferiu a concessão de seu benefício previdenciário.

É de se rememorar que as Varas Federais Previdenciárias têm competência para processos que versem sobre benefícios previdenciários, exclusiva nos termos do art.3º do Provimento nº 228/2002, observado o art. 1º do Provimento nº 172/99.

No caso em comento, a parte impetrante requer seja determinado o pronunciamento da autarquia federal acerca do seu direito ao benefício previdenciário, como reconhece o requerido na r. decisão de ID 29123108.

Assim, com as devidas vênias, ousou discordar da decisão que declarou incompetência daquela unidade judiciária especializada, proferida pelo M.M. Juízo da 1.ª Vara Federal Previdenciária de São Paulo.

Pelo exposto, suscito o presente conflito negativo de competência perante o E. Tribunal Regional Federal da Terceira Região, com fulcro nos artigos 66, II c.c.art. 951, ambos do Código de Processo Civil.

Proceda a Secretaria, à vista do conflito de competência suscitado, à formação do instrumento, encaminhando-o àquela E. Corte com as homenagens deste Juízo. (p. 31/32 do Id n. 33556021)

O presente conflito foi distribuído ao Gabinete da Juíza Convocada Leila Paiva, que considerando a informação Id n. 133624813, determinou a sua redistribuição para o Órgão Especial deste Tribunal Regional Federal da 3ª Região (Id n. 133625887).

Redistribuídos os autos do conflito de competência, foi designado o Juízo suscitante para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes e dada vista ao Ministério Público Federal (Id. 133833893).

O Ilustre Procurador Regional da República, Dr. Márcio Domene Cabrini, manifestou-se pela improcedência do conflito (Id n. 134695561).

Decido.

Nizia Maria de Araujo Silva impetrou o Mandado de Segurança n. 5016908-39.2019.4.03.6183 por meio do qual requer seja concluída a análise de seu recurso administrativo contra a decisão que indeferiu o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, para que seja julgado, assim, por uma das Juntas de Recursos do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

O Juízo da 6ª Vara Cível Federal de São Paulo (SP) suscitou conflito contra o Juízo da 1ª Vara Previdenciária de São Paulo (SP), que havia declarado a sua incompetência absoluta para a análise da matéria e determinou a remessa do feito ao Juiz Distribuidor do Fórum Cível da Justiça Federal.

Verifica-se que foi juntada aos autos a sentença proferida no mandado de segurança, pelo Juízo da 6ª Vara Federal de São Paulo, que denegou a ordem, sem resolução do mérito, por não haver mais interesse processual da impetrante:

Trata-se de mandado de segurança impetrado por contra ato atribuído ao NIZIA MARIA DE ARAUJO SILVA objetivando em caráter liminar; que a PRESIDENTE DA JUNTA DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, autoridade impetrada proceda à análise imediata de recurso administrativo contra decisão que indeferiu o benefício de Aposentadoria por Tempo de Contribuição, uma vez que até a data da propositura da demanda não havia sido julgado por uma das Juntas de Recursos do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

Relata ter pleiteado benefício de Aposentadoria por tempo de contribuição, sob o nº 42/187.672.416-9, o qual foi indeferido. Afirma ter interpôs recurso administrativo junto ao Impetrado em 20/03/2019. Narra que até a data da impetração o recurso não havia sido apreciado.

Sustenta violação aos prazos previstos pela Lei nº 9.784/99 e pelo artigo 174 do Decreto nº 3.048/99.

Atribui à causa o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) e requer a concessão dos benefícios da justiça gratuita.

Os autos são originalmente distribuídos à 1ª Vara Previdenciária Federal de São Paulo, que posterga a apreciação da liminar para após a prestação de informações da autoridade coatora (ID nº 26086454), mas, posteriormente, ao ID nº 29123108, declina da competência em favor de uma das varas cíveis desta Subseção

Ao ID nº 33113065, é proferida decisão suscitando o conflito de competência e determinando a remessa dos autos ao Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Ao ID nº 33187456 é comprovado a autuação do conflito de competência e sua distribuição ao Colendo Órgão Especial do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, sob o nº 5014491-04.2020.4.03.0000.

Ao ID nº 33474080 consta decisão proferida pelo Colendo Órgão Especial determinando a resolução de medidas urgentes por este Juízo suscitante.

Vieram os autos à conclusão.

É o relatório. Passo a decidir:

As condições da ação devem existir quando da sua propositura e perdurar no momento da sentença.

Conforme disposto no artigo 493 do CPC, se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao Juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.

Como é cediço, o interesse processual pode ser desdobrado em três elementos: necessidade, utilidade e adequação. Ou seja, é preciso demonstrar a necessidade da tutela jurisdicional, a utilidade do provimento pretendido para solução da lide e a adequação da via eleita para a sua satisfação.

Com efeito, conforme se verifica dos autos o recurso administrativo interposto em 20/03/2019 não foi conhecido, por unanimidade, no Acórdão nº 2452/2019 da 13ª JR, proferido em 16/08/2019 (ID nº 25759186).

Assim, não existe interesse de agir da Impetrante no julgamento do referido recurso administrativo, posto que já se alcançou o bem da vida pretendido com a decisão proferida em 16/08/2019

Diante do exposto, reconheço a perda de interesse processual, e declaro extinto o processo, DENEGO A SEGURANÇA sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, VI, do Código de Processo Civil c/c artigo 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/09. Sem condenação em verba honorária, a teor do artigo 25 da Lei nº 12.016/09. Custas na forma da lei.

Comunique-se o julgamento à subsecretaria do Colendo Órgão Especial do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Após o trânsito em julgado, arquivem-se os autos, observadas as formalidades legais (Id n. 134525490).

Assim, considerando que houve o julgamento do mandado de segurança pelo Juízo suscitante, resta prejudicado este incidente.

Ante o exposto, **JULGO PREJUDICADO** o presente conflito negativo de competência.

Oficie-se a ambos os Juízes.

Dê-se ciência ao Ministério Público Federal.

Publique-se.

Considerando que a decisão Id n. 134525946 refere-se ao Mandado de Segurança n. 5001415-85.202.03.6183, impetrado por Luiz Carlos Moreira e não ao tratado nos autos, desvincule-se o documento e devolva ao Juízo da 6ª Vara Cível Federal de São Paulo (SP).

Após, arquivem-se os autos.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

IMPETRANTE: EDUARDO LUIZ RINALDI
Advogado do(a) IMPETRANTE: JOHN ROHE GIANINI - SP108634
IMPETRADO: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO - SEGUNDA SEÇÃO
INTERESSADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de mandado de segurança de competência originária impetrado contra ato praticado pelo Desembargador Federal Johonsom Di Salvo, pertencente à Sexta Turma desta Corte, que negou provimento ao Agravo de Instrumento 5028012-50.2019.4.03.0000, por meio de decisão monocrática, requerendo a concessão da segurança para que seja determinado o julgamento do agravo interno interposto pelo órgão colegiado.

Afirma o impetrante, em breve síntese, ter ingressado com exceção de pré-executividade em execução fiscal, pleiteando o reconhecimento da decadência, da prescrição intercorrente e da extinção do feito por inércia da Fazenda Nacional, a qual foi rejeitada sem apreciação dos dois últimos fundamentos, razão pela qual interpôs agravo de instrumento, improvido monocraticamente pela autoridade ora impetrada, bem como embargos de declaração, os quais não foram acolhidos, lhe sendo imposta, ainda, multa por procrastinação, com base no art. 1.026, § 2º, do CPC/2015.

Interpôs, destarte, agravo interno, aduzindo que (...) *para absoluta surpresa do impetrante foi o agravo interno/regimental, julgado, uma vez mais, monocraticamente (...) fato este que considera (...) manifestamente arbitrário e ilegal (...) uma vez que (...) afronta flagrantemente o princípio constitucional da colegialidade das decisões dos tribunais, consiste em cerceamento de defesa do executado, ora impetrante e viola o princípio da segurança jurídica (...) tendo (...) o impetrante o inarredável, insofismável, indiscutível, irrefutável e incontestável direito de ver seus pleitos e recursos apreciados por órgão colegiado.*

Dessa forma, assevera estar (...) *plenamente comprovado o direito líquido e certo do impetrante de ver seu agravo Interno/Regimental apreciado e julgado de forma colegiada.*

Decido.

É o caso de indeferimento da inicial, por ser a via mandamental realmente inadequada para impugnar o referido ato judicial.

Com efeito, a doutrina e a jurisprudência admitem, excepcionalmente, o remédio heroico contra ato judicial quando se tratar de decisão teratológica, de ato flagrantemente eivado de ilegalidade ou abuso de poder, ou, ainda, de impetração não por uma das partes da relação processual, mas por terceiro, prejudicado em seu patrimônio pelo ato judicial, o que não sucede na espécie.

Acerca do tema, colhe-se o ensinamento de Hely Lopes Meirelles:

A jurisprudência tem admitido a impetração do mandado de segurança contra atos judiciais independentemente da interposição de recurso sem efeito suspensivo quando ocorre violação frontal de norma jurídica, por decisão teratológica, ou nos casos em que a impetração é de terceiro, que não foi parte no feito, embora devesse dele participar, usando o remédio heróico para evitar que sobre ele venham a incidir os efeitos da decisão proferida, não se aplicando no caso a Súmula 267 do STF.

(Direito Administrativo Brasileiro; 27ª ed., Malheiros: 2004. p. 48) (destaque nosso)

de Justiça: Nesse mesmo sentido, os seguintes precedentes do Plenário do Pretório Excelso e da Corte Especial do Superior Tribunal

Embargos de declaração em mandado de segurança. 2. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. 3. Mandado de segurança contra ato judicial. Ausência de teratologia ou abuso de poder. Não cabimento. Precedentes. 4. Agravo regimental ao qual se nega provimento.

(STF, MS 30.669 ED, Rel. Min. GILMAR MENDES, TRIBUNAL PLENO, j. 17/03/2016, DJe-062 06/04/2016) (destaque nosso)

AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. NOVOS ARGUMENTOS HÁBEIS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE VERIFICÁVEL DE PLANO. PRETENSÃO MERAMENTE REVISIONAL. INADMISSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE INOVAÇÃO OU MOTIVAÇÃO DIVERSA NOS ATOS ATACADOS. DECISÕES ASSENTADAS NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

(...) II - Consoante a jurisprudência desta eg. Corte, a via estreita do writ não se presta para avaliar o acerto ou desacerto de decisões judiciais.

III - O mandado de segurança contra ato judicial é medida excepcional, cabível somente em situações nas quais pode se verificar, de plano, ato judicial eivado de ilegalidade, teratologia ou abuso de poder, que importem ao paciente irreparável lesão ao seu direito líquido e certo.

(...) Agravo interno desprovido.

(STJ, AgInt no MS 23.831/DF, Rel. Min. FELIX FISCHER, CORTE ESPECIAL, j. 07/03/2018, DJe 23/03/2018)

Ora, o mandado de segurança não pode, como regra, ser utilizado para rediscutir a decisão impugnada, não se enquadrando a hipótese dos autos em nenhuma das situações excepcionais em que a jurisprudência continua a admitir o cabimento do *mandamus* contra ato judicial.

Como bem destacado pelo Ministro Og Fernandes quando da apresentação de seu voto vista no julgamento do MS 21.463/SP pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça: (...) *a via mandamental não pode ser utilizada como um mero recurso ou instrumento rescisório das decisões judiciais, de modo a ensejar um novo debate sobre a melhor interpretação a ser conferida em determinado caso concreto. Do contrário, estar-se-á conferindo um incentivo às partes para eternizar o conflito, atraindo a solução do caso para uma nova jurisdição não prevista ordinariamente na legislação processual.*

No caso concreto, ao contrário do que afirma o impetrante, o agravo interno interposto contra a decisão monocrática foi levado à apreciação da Sexta Turma que, por unanimidade, lhe negou provimento.

Conforme Certidão de Julgamento acostada aos autos do AI 5028012-50.2019.4.03.0000 (ID 130468771) participaram da Sessão de Julgamento de 23/04/2020 os Desembargadores Federais Fábio Prieto, Carlos Muta, Johansom Di Salvo, Souza Ribeiro e a Juíza Federal Convocada Leila Paiva.

Como bem destacou o Desembargador Federal no acórdão proferido em 23/04/2020 (ID 130549133) (...) *cumpre lembrar o pleno cabimento de agravo interno - POR SINAL UTILIZADO PELA PARTE, AQUI - contra o decisum, o que afasta qualquer alegação de violação ao princípio da colegialidade e de cerceamento de defesa, a despeito da impossibilidade de realização de sustentação oral, já que a matéria pode, desde que suscitada, ser remetida à apreciação da Turma, onde a parte poderá acompanhar o julgamento colegiado, inclusive valendo-se de prévia distribuição de memoriais.*

Assim não se tratando de decisão teratológica ou de ato flagrantemente eivado de ilegalidade ou abuso de poder, não se mostra cabível a utilização do *writ* no presente caso.

Em face de todo o exposto, **indefiro a inicial e julgo extinto o processo, sem resolução do mérito**, com fulcro no art. 10 da Lei 12.016/2009 c/c art. 191 do Regimento Interno desta Corte.

Intimem-se.

Oportunamente, arquivem-se os autos.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

SUBSECRETARIA DA 1ª SEÇÃO

Justiça Federal
Tribunal Regional Federal da 3ª Região

São Paulo/SP, 17 de junho de 2020.

Intimação da Pauta de Julgamentos

Destinatário: Ministério Público Federal

O processo nº 5027905-06.2019.4.03.0000 (CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL (221)) foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes

Sessão de Julgamento

Data: 02-07-2020

Horário: 14:00

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

Justiça Federal
Tribunal Regional Federal da 3ª Região

São Paulo/SP, 17 de junho de 2020.

Intimação da Pauta de Julgamentos

Destinatário: Ministério Público Federal

O processo nº 5000215-05.2019.4.03.6110 (CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL (221)) foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes

Sessão de Julgamento

Data: 02-07-2020

Horário: 14:00

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

Justiça Federal
Tribunal Regional Federal da 3ª Região

São Paulo/SP, 17 de junho de 2020.

Intimação da Pauta de Julgamentos

Destinatário: Ministério Público Federal

O processo nº 5027775-16.2019.4.03.0000 (CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL (221)) foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes

Sessão de Julgamento
Data: 02-07-2020
Horário: 14:00
Local: 16º andar - Q1 - Av. Paulista, 1842, Torre Sul, Cerqueira Cesar, São Paulo - SP

Justiça Federal
Tribunal Regional Federal da 3ª Região

São Paulo/SP, 17 de junho de 2020.

Intimação da Pauta de Julgamentos

Destinatário: Ministério Público Federal

O processo nº 5026705-61.2019.4.03.0000 (CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL (221)) foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes

Sessão de Julgamento
Data: 02-07-2020
Horário: 14:00
Local: 16º andar - Q1 - Av. Paulista, 1842, Torre Sul, Cerqueira Cesar, São Paulo - SP

Justiça Federal
Tribunal Regional Federal da 3ª Região

São Paulo/SP, 17 de junho de 2020.

Intimação da Pauta de Julgamentos

Destinatário: Ministério Público Federal

O processo nº 5028777-21.2019.4.03.0000 (CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL (221)) foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes

Sessão de Julgamento
Data: 02-07-2020
Horário: 14:00
Local: 16º andar - Q1 - Av. Paulista, 1842, Torre Sul, Cerqueira Cesar, São Paulo - SP

Justiça Federal
Tribunal Regional Federal da 3ª Região

São Paulo/SP, 17 de junho de 2020.

Intimação da Pauta de Julgamentos

Destinatário: Ministério Público Federal

O processo nº 5026701-24.2019.4.03.0000 (CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL (221)) foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes

Sessão de Julgamento
Data: 02-07-2020
Horário: 14:00
Local: 16º andar - Q1 - Av. Paulista, 1842, Torre Sul, Cerqueira Cesar, São Paulo - SP

Justiça Federal
Tribunal Regional Federal da 3ª Região

São Paulo/SP, 17 de junho de 2020.

Intimação da Pauta de Julgamentos

Destinatário: Ministério Público Federal

O processo nº 5025442-91.2019.4.03.0000 (CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL (221)) foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes

Sessão de Julgamento

Data: 02-07-2020

Horário: 14:00

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

Justiça Federal
Tribunal Regional Federal da 3ª Região

São Paulo/SP, 17 de junho de 2020.

Intimação da Pauta de Julgamentos

Destinatário: Ministério Público Federal

O processo nº 5020197-02.2019.4.03.0000 (CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL (221)) foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes

Sessão de Julgamento

Data: 02-07-2020

Horário: 14:00

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

Justiça Federal
Tribunal Regional Federal da 3ª Região

São Paulo/SP, 17 de junho de 2020.

Intimação da Pauta de Julgamentos

Destinatário: Ministério Público Federal

O processo nº 5025337-17.2019.4.03.0000 (CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL (221)) foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes

Sessão de Julgamento

Data: 02-07-2020

Horário: 14:00

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

Justiça Federal

São Paulo/SP, 17 de junho de 2020.

Intimação da Pauta de Julgamentos

Destinatário: Ministério Público Federal

O processo nº 5029900-54.2019.4.03.0000 (CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL (221)) foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes

Sessão de Julgamento

Data: 02-07-2020

Horário: 14:00

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

Justiça Federal
Tribunal Regional Federal da 3ª Região

São Paulo/SP, 17 de junho de 2020.

Intimação da Pauta de Julgamentos

Destinatário: Ministério Público Federal

O processo nº 5029900-54.2019.4.03.0000 (CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL (221)) foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes

Sessão de Julgamento

Data: 02-07-2020

Horário: 14:00

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

Justiça Federal
Tribunal Regional Federal da 3ª Região

São Paulo/SP, 17 de junho de 2020.

Intimação da Pauta de Julgamentos

Destinatário: Ministério Público Federal

O processo nº 5024831-41.2019.4.03.0000 (CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL (221)) foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes

Sessão de Julgamento

Data: 02-07-2020

Horário: 14:00

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

Justiça Federal
Tribunal Regional Federal da 3ª Região

São Paulo/SP, 17 de junho de 2020.

Intimação da Pauta de Julgamentos

Destinatário: Ministério Público Federal

O processo nº 5028595-35.2019.4.03.0000 (CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL (221)) foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes

Sessão de Julgamento

Data: 02-07-2020

Horário: 14:00

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

Justiça Federal
Tribunal Regional Federal da 3ª Região

São Paulo/SP, 17 de junho de 2020.

Intimação da Pauta de Julgamentos

Destinatário: Ministério Público Federal

O processo nº 5025749-45.2019.4.03.0000 (CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL (221)) foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes

Sessão de Julgamento

Data: 02-07-2020

Horário: 14:00

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

Justiça Federal
Tribunal Regional Federal da 3ª Região

São Paulo/SP, 17 de junho de 2020.

Intimação da Pauta de Julgamentos

Destinatário: Ministério Público Federal

O processo nº 5025578-88.2019.4.03.0000 (CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL (221)) foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes

Sessão de Julgamento

Data: 02-07-2020

Horário: 14:00

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

Justiça Federal
Tribunal Regional Federal da 3ª Região

São Paulo/SP, 17 de junho de 2020.

Intimação da Pauta de Julgamentos

Destinatário: Ministério Público Federal

O processo nº 5026455-28.2019.4.03.0000 (CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL (221)) foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes

Sessão de Julgamento

Data: 02-07-2020

Horário: 14:00

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

Justiça Federal
Tribunal Regional Federal da 3ª Região

São Paulo/SP, 17 de junho de 2020.

Intimação da Pauta de Julgamentos

Destinatário: Ministério Público Federal

O processo nº 5021103-89.2019.4.03.0000 (CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL (221)) foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes

Sessão de Julgamento

Data: 02-07-2020

Horário: 14:00

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

Justiça Federal
Tribunal Regional Federal da 3ª Região

São Paulo/SP, 17 de junho de 2020.

Intimação da Pauta de Julgamentos

Destinatário: Ministério Público Federal

O processo nº 5025682-80.2019.4.03.0000 (CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL (221)) foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes

Sessão de Julgamento

Data: 02-07-2020

Horário: 14:00

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

Justiça Federal
Tribunal Regional Federal da 3ª Região

São Paulo/SP, 17 de junho de 2020.

Intimação da Pauta de Julgamentos

Destinatário: Ministério Público Federal

O processo nº 5026708-16.2019.4.03.0000 (CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL (221)) foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes

Sessão de Julgamento

Data: 02-07-2020

Horário: 14:00

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

Justiça Federal
Tribunal Regional Federal da 3ª Região

São Paulo/SP, 17 de junho de 2020.

Intimação da Pauta de Julgamentos

Destinatário: Ministério Público Federal

O processo nº 5029905-76.2019.4.03.0000 (CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL (221)) foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes

Sessão de Julgamento

Data: 02-07-2020

Horário: 14:00

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

Justiça Federal
Tribunal Regional Federal da 3ª Região

São Paulo/SP, 17 de junho de 2020.

Intimação da Pauta de Julgamentos

Destinatário: Ministério Público Federal

O processo nº 5029905-76.2019.4.03.0000 (CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL (221)) foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes

Sessão de Julgamento

Data: 02-07-2020

Horário: 14:00

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

Justiça Federal
Tribunal Regional Federal da 3ª Região

São Paulo/SP, 17 de junho de 2020.

Intimação da Pauta de Julgamentos

Destinatário: Ministério Público Federal

O processo nº 5030204-53.2019.4.03.0000 (CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL (221)) foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes

Sessão de Julgamento

Data: 02-07-2020

Horário: 14:00

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

Justiça Federal
Tribunal Regional Federal da 3ª Região

São Paulo/SP, 17 de junho de 2020.

Intimação da Pauta de Julgamentos

Destinatário: Ministério Público Federal

O processo nº 5021025-95.2019.4.03.0000 (CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL (221)) foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes

Sessão de Julgamento

Data: 02-07-2020

Horário: 14:00

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

Justiça Federal
Tribunal Regional Federal da 3ª Região

São Paulo/SP, 17 de junho de 2020.

Intimação da Pauta de Julgamentos

Destinatário: Ministério Público Federal

O processo nº 5027565-62.2019.4.03.0000 (CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL (221)) foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes

Sessão de Julgamento

Data: 02-07-2020

Horário: 14:00

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

Justiça Federal
Tribunal Regional Federal da 3ª Região

São Paulo/SP, 17 de junho de 2020.

Intimação da Pauta de Julgamentos

Destinatário: Ministério Público Federal

O processo nº 5027808-06.2019.4.03.0000 (CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL (221)) foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes

Sessão de Julgamento

Data: 02-07-2020

Horário: 14:00

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

Justiça Federal
Tribunal Regional Federal da 3ª Região

São Paulo/SP, 17 de junho de 2020.

Intimação da Pauta de Julgamentos

Destinatário: Ministério Público Federal

O processo nº 5009889-67.2020.4.03.0000 (CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL (221)) foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes

Sessão de Julgamento

Data: 02-07-2020

Horário: 14:00

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

Justiça Federal
Tribunal Regional Federal da 3ª Região

São Paulo/SP, 17 de junho de 2020.

Intimação da Pauta de Julgamentos

Destinatário: Ministério Público Federal

O processo nº 5013273-72.2019.4.03.0000 (CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL (221)) foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes

Sessão de Julgamento

Data: 02-07-2020

Horário: 14:00

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

AÇÃO RESCISÓRIA (47) Nº 5008123-76.2020.4.03.0000

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

AUTOR: INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZACAO E REFORMA AGRARIA - INCRA

PROCURADOR: RENATO CESTARI

Advogado do(a) AUTOR: RENATO CESTARI - SP202219-N

REU: JORGE IVAN CASSARO, RITA INES PIRAGINI CASSARO

Advogados do(a) REU: AUDREY VIEIRA LEITE - SP236305-A, PAULO AFONSO DE MARNÓ LEITE - SP36246-A

Advogados do(a) REU: AUDREY VIEIRA LEITE - SP236305-A, PAULO AFONSO DE MARNÓ LEITE - SP36246-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Petição ID 132364319: O **INCRA** opõe **embargos de declaração** em face da decisão que indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela.

Aponta a existência de omissão no *decisum*, asseverando que não foi enfrentada a alegação de definitividade da inmissão na posse em ações de desapropriação. Nessa direção, defende que tal caráter restou acentuado com a edição da Medida Provisória nº 700/2015, “que introduziu alterações no Decreto-lei 3.365/41, na Lei de Registros Públicos (6.015/73), no Código Civil e em outras leis, com o objetivo primordial de introduzir alterações no instituto da inmissão provisória na posse”. Invoca precedentes deste tribunal. Assevera, ainda, que a decisão não enfrentou a arguição de que, segundo informações colhidas junto à Administração, o INCRA não dispõe de terras livres para a realocação das famílias beneficiadas pelo assentamento levado a cabo nos autos de origem, tampouco lhe foram destinados recursos federais para a aquisição de novas áreas rurais, fator esse agravado pela crise pública deflagrada pela pandemia do COVID-19, cujo término do impacto sobre toda a sociedade ainda não se divisa, considerando o aumento da taxa de mortalidade em razão da referida doença, o que reforça a necessidade de concessão da medida pleiteada, ponderado o risco que a reintegração de posse acarretará para os assentados. Lembra que o projeto de assentamento está instalado na região há seis anos, não se constatando tenha havido degradação ambiental na área. Destaca, ainda, que os presentes embargos de declaração destinam-se também ao prequestionamento da matéria.

Os réus, que já haviam se dado por citados e oferecido contestação nos autos (IDs 132062364 e 132062373), compareceram mais uma vez espontaneamente ao feito para apresentar contraminuta aos aclaratórios (ID 132538641).

É o relatório.

DECIDO.

Consoante o artigo 1.022 do Código de Processo Civil, os embargos de declaração são cabíveis nas hipóteses de existência, na decisão judicial, de obscuridade, contradição, omissão ou ainda erro material a serem sanados pelo Juízo.

No presente caso, contudo, não resta caracterizada nenhuma dessas hipóteses.

A decisão embargada enfrentou os temas trazidos a julgamento. Devidamente fundamentada, apreciou e decidiu a matéria submetida a julgamento, tendo abordado as questões relevantes para a solução da controvérsia, **inclusive aquelas ora renovadas pelo embargante.**

A fundamentação desenvolvida mostra-se clara e precisa.

Embora tenha adotado tese de direito diversa daquela esgrimida pela parte ora embargante, verifico que o julgado atacado analisou de forma expressa as questões jurídicas postas em debate.

Denota-se, assim, o objetivo infringente que se pretende dar aos presentes embargos, com o revolvimento da matéria já submetida a julgamento, sem que se vislumbrem quaisquer das hipóteses autorizadas do manejo dos aclaratórios.

Face ao exposto, **rejeito** os embargos de declaração.

Manifeste-se o INCRA sobre a contestação e especifiquem ambas as partes as provas que pretendem produzir, justificando a necessidade e pertinência. Prazo: 15 (quinze) dias.

Dê-se vista dos autos ao Ministério Público Federal, devendo a Subsecretaria anotar a atuação do *Parquet* neste feito.

Int.

AÇÃO RESCISÓRIA(47) Nº 5000399-21.2020.4.03.0000

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

AUTOR: INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZACAO E REFORMA AGRARIA - INCRA

PROCURADOR: RENATO CESTARI

Advogado do(a) AUTOR: RENATO CESTARI - SP202219-N

REU: CLAUDIO MARCOS DIBO

Advogado do(a) REU: REGIS EDUARDO TORTORELLA - SP75325-A

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

1. Anote a Subsecretaria a atuação do *Parquet* Federal nestes autos.

2. Especifiquem as partes as provas que pretendem produzir, no prazo de 5 (cinco) dias, justificando a necessidade e pertinência.

Int.

SUBSECRETARIA DA 2ª SEÇÃO

AÇÃO RESCISÓRIA(47) Nº 5011637-71.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

AUTOR: TIAGO JOSE GOBETT

Advogado do(a) AUTOR: VINICIUS MARTINS DUTRA - SP315486-A

REU: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Retifique-se autuação, considerando o substabelecimento, sem reservas, juntado (Id 132929395).

Trata-se de embargos de declaração opostos por TIAGO JOSE GOBETT em face de decisão que não homologou pedido de desistência da presente ação rescisória.

Alega o embargante a existência de omissão na decisão embargada, em relação à perda do objeto desta ação, conforme informado “*pela parte na petição de id 114831221*” e que foi aplicada apenas de perdimento do bem, tendo o bem ido à leilão.

A embargada UNIÃO FEDERAL, em resposta, afirma que a decretação da pena de perdimento não constitui fato novo e superveniente, tendo sido aplicada em 10/04/2018, anteriormente, portanto, à propositura da ação. Junta documento.

Instado, o embargante afirma que a petição correta é a ID 91766042, através da qual se requereu a desistência da ação em comento, em razão do estado avançado em que se encontrava o bem importado.

Decido.

De início, cumpre ressaltar a tempestividade dos presentes aclaratórios.

Quanto ao mérito, padece de razão o embargante, posto que a decisão recorrida foi devidamente fundamentada, abordando todas as circunstâncias abarcadas na hipótese.

Outrossim, o pedido de desistência ID 91766042, como o próprio embargante reconhece, foi deduzido em razão do “*estado avançado em que se encontra o bem importado*” e não em razão da perda do objeto da ação, pela realização do leilão do bem.

Registre-se que, excluindo a petição ID 90788117, não há comprovação nos autos, de que o bem em apreço tenha sido levado à leilão e arrematado, o que – eventualmente – poderia caracterizar a perda do objeto da ação rescisória.

Como afirmado pela embargada, a pena de perdimento é anterior à propositura da ação rescisória, não podendo ser entendida como causa superveniente da perda do objeto da demanda.

Ante o exposto, **rejeito** os embargos de declaração.

Intimem-se.

Após, conclusos, para análise das questões suscitadas em defesa, inclusive, quanto à impugnação ao valor da causa apresentada.

São Paulo, 10 de junho de 2020.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL (221) Nº 5012404-75.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA

SUSCITANTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 7ª VARA FEDERAL DAS EXECUÇÕES FISCAIS

SUSCITADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE JUNDIAÍ/SP - 2ª VARA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado em ação de execução fiscal, processo nº 5002922-57.2017.4.03.6128, proposta pelo INMETRO, em desfavor de MPV MARTINS MINIMERCADO visando a cobrança de multa administrativa.

A ação foi distribuída inicialmente ao Juízo da 2ª Vara Federal de Jundiaí/SP. Posteriormente, foi localizado novo endereço do executado, razão pela qual esse Juízo, após oitiva do exequente, determinou a remessa dos autos ao d. Juízo suscitante ao fundamento de que a competência para a execução fiscal é fixada pelo domicílio do devedor.

Os autos foram, então, redistribuídos ao Juízo da 7ª Vara Federal das Execuções Fiscais/SP o qual suscitou o presente conflito, por entender que a competência territorial tem natureza relativa, não podendo ser declinada de ofício pelo juízo.

Dispensadas as informações, foi designado o d. Juízo suscitado para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes (id 133017018).

O i. representante do Ministério Público Federal opinou pela procedência do conflito (id 133758016).

DECIDO.

O feito comporta julgamento nos termos do artigo 955, inciso I do CPC de 2015.

Trata-se de conflito negativo de competência instaurado entre o Juízo Federal da 2ª Vara de Jundiaí/SP e o Juízo Federal da 7ª Vara das Execuções Fiscais/SP.

Na hipótese, a ação de execução fiscal que deu causa ao presente incidente foi originariamente distribuída em Jundiaí, em razão do domicílio do devedor constante na certidão de dívida ativa.

Infrutífera a tentativa de citação do executado e obtido novo endereço, o d. Juízo suscitado, após consulta ao exequente, declinou da competência, determinando a redistribuição do feito à Seção Judiciária de São Paulo.

Cinge-se a controvérsia, pois, em definir o local de processamento e julgamento do feito, considerando-se estar-se diante de execução fiscal, na qual se verificou suposta mudança de domicílio do devedor.

Razão assiste ao d. Juízo suscitante.

Os fundamentos trazidos pelo d. Juízo suscitado não encontram guarida na jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, uma vez que proposta execução fiscal fora do domicílio do executado, "*só este poderá recusar o juízo, mediante exceção declinatoria fori*" (CC 1.499-SP, Min. Ilmar Galvão, DJ 18.2.1991), por se tratar de competência territorial e, portanto, relativa.

É certo, por outro lado, que quando se trata de execução de título extrajudicial, o Código tem regra de competência específica:

"Art. 781. A execução fundada em título extrajudicial será processada perante o juízo competente, observando-se o seguinte:

I - a execução poderá ser proposta no foro de domicílio do executado, de eleição constante do título ou, ainda, de situação dos bens a ela sujeitos;

II - tendo mais de um domicílio, o executado poderá ser demandado no foro de qualquer deles;

III - sendo incerto ou desconhecido o domicílio do executado, a execução poderá ser proposta no lugar onde for encontrado ou no foro de domicílio do exequente;

IV - havendo mais de um devedor, com diferentes domicílios, a execução será proposta no foro de qualquer deles, à escolha do exequente;

V - a execução poderá ser proposta no foro do lugar em que se praticou o ato ou em que ocorreu o fato que deu origem ao título, mesmo que nele não mais resida o executado."

O *caput* daquele artigo reproduz expressões do [CPC/73](#) ao disciplinar que a execução será processada perante o juízo competente, mas nos seus incisos estabelece regras especiais que elegem foros concorrentes à escolha do exequente.

De qualquer forma, trata-se de competência relativa e, na forma expressa do art. 63 do CPC, cabe à parte contrária, em preliminar de contestação, alegá-la (artigos 64 e 65 do CPC).

Por outro lado, o artigo 43 do CPC determina ser o momento da distribuição do feito o correto à fixação da competência, o qual consagrou o princípio da *perpetuatio jurisdictionis, verbis*:

"Art. 43. Determina-se a competência no momento do registro ou da distribuição da petição inicial, sendo irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem órgão judiciário ou alterarem a competência absoluta."

Saliente-se que, ainda que se cuide de execução fiscal, não há exceção à regra da perpetuação da jurisdição consagrada no artigo 43 do atual Código, como visto.

A competência, mesmo em sede de executivo fiscal, é estabelecida no momento da propositura da ação, razão pela qual incide a Súmula nº 58 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça: "*Proposta a execução fiscal, a posterior mudança de domicílio do executado não desloca a competência já fixada.*"

Portanto, proposta a execução fiscal no Juízo suscitado, restou firmada a competência desse foro. Como asseverado, a regra de que a execução fiscal deve ser processada no domicílio do réu constitui espécie de competência relativa, a qual não pode ser declinada de ofício. Assim, até que alegada pelo executado, é defeso ao magistrado determinar a remessa dos autos, de ofício, a outro Juízo, consoante matéria já sedimentada pela Súmula n. 33 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça: "*A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício.*"

Nesse contexto, conclui-se que o d. Juízo suscitado declinou de sua competência indevidamente ao Juízo Federal suscitante, posto que a remessa dos autos não poderia desvincular-se dos ditames da lei processual vigente, ou seja, quando provocado pela parte interessada.

Nesse sentido, pacífico o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL PROPOSTA FORA DO DOMICÍLIO DO DEVEDOR. INCOMPETÊNCIA RELATIVA . IMPOSSIBILIDADE DE DECLINAÇÃO, EX OFFÍCIO, PELO MAGISTRADO. SÚMULA N. 33 DO STJ. PRECEDENTES.

1. O acórdão recorrido, ao reconhecer a possibilidade de declinação pelo magistrado, ex officio, de incompetência relativa - eis que a execução fiscal foi ajuizada fora do domicílio do devedor - acabou por contrariar a orientação desta Corte sobre o tema. É que, nos termos da Súmula n. 33/STJ, 'a incompetência relativa não pode ser declarada de ofício'.

2. Na hipótese de execução fiscal proposta fora do domicílio do devedor, compete exclusivamente ao executado se valer da exceção de incompetência para afastar a competência de Juízo relativamente incompetente. Nesse sentido: REsp 1.115.634/RS, DJe 19/08/2009; REsp n. 1.130.087/RS, DJe 31/08/2009.

3. Recurso especial provido."

(REsp 1206499/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 05/11/2010)

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. DOMICÍLIO DO DEVEDOR. COMPETÊNCIA TERRITORIAL. INCOMPETÊNCIA RELATIVA NÃO PODE SER DECLARADA DE OFÍCIO. SÚMULA 33/STJ. AUSÊNCIA DE EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. SÚMULA 58/STJ.

1. O foro competente para o ajuizamento da execução fiscal será o domicílio do réu, consoante a disposição contida no artigo 578, caput, do Código de Processo Civil. Por se tratar de competência relativa, a competência territorial não pode ser declarada ex officio pelo Juízo. Esse entendimento se consolidou com a Súmula 33 do Superior Tribunal de Justiça, in verbis: 'A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício.'

2. Na hipótese de execução fiscal proposta fora do domicílio do devedor, compete exclusivamente ao executado se valer da exceção de incompetência, para afastar a competência de Juízo relativamente incompetente.

3. Ademais, a posterior mudança de domicílio do executado não influi para fins de alteração de competência, conforme teor da Súmula 58 do Superior Tribunal de Justiça, in verbis: 'Proposta a execução fiscal, a posterior mudança de domicílio do executado não desloca a competência já fixada.'

4. Conflito de competência conhecido para declarar a competência do Juízo Federal de Sinop - SJ/MT, o suscitado."

(CC 101222/PR, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, DJe 23/03/2009)

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA - EXECUÇÃO FISCAL - REDIRECIONAMENTO - ALEGAÇÃO DE OBSCURIDADE E OMISSÃO.

1. Inexiste obscuridade ou omissão do acórdão que decidiu o conflito em respeito aos precedentes da Corte, que entendem ser impossível alteração da competência territorial de ofício (art. 112, CPC).

2. Alteração do pólo passivo na execução fiscal, que se volta contra o sócio-gerente de empresa com atividades encerradas, não é causa de alteração de competência de ofício, 'a menos que a parte interessada tenha manejado o incidente de exceção, que, julgado procedente, afastará a perpetuatio jurisdictiones' (CC 41.288/SP, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção). Embargos de declaração rejeitados."

(Edcl no AgRg no CC nº 33052/SP - Rel. Min. HUMBERTO MARTINS - DJe de 26.05.2008)

"PROCESSO CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL - EXECUÇÃO FISCAL - CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA - NÃO-LOCALIZAÇÃO DE PESSOA JURÍDICA EXECUTADA NO ENDEREÇO INDICADO - DECLINAÇÃO DA COMPETÊNCIA PARA O ENDEREÇO DO SÓCIO RESPONSÁVEL - IMPOSSIBILIDADE - COMPETÊNCIA TERRITORIAL SÓ ARGÜIDA POR MEIO DE EXCEÇÃO - PRECEDENTES.

1. Na linha dos precedentes desta Corte, a competência se estabelece no momento da propositura da ação. (arts. 87 e 578 do CPC).

2. Não há distinção a ser feita apenas por se tratar de execução fiscal movida em face de pessoa jurídica não encontrada no endereço indicado para citação.

3. Não pode a execução ser redirecionada de ofício ou a requerimento da exequente para o domicílio de representante legal da executada.

4. Competência territorial, que é relativa, só se altera com ação declinatória de foro (art. 112 CPC) a ser movida pelo executado. Leitura dos verbetes 33 e 58 do STJ.

5. Permanece competente o juízo suscitado, onde a ação foi inicialmente proposta. Agravo regimental improvido."

(AgRg no CC 33052/SP - Rel. Min. HUMBERTO MARTINS - DJ de 02.10.2006)

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO CONTRA SÓCIO-GERENTE. MUDANÇA DE FORO. ARGUIÇÃO DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE.

1. A competência territorial é relativa, sendo defeso ao órgão julgador declarar sua incompetência de ofício, que só poderá ser reconhecida por meio de exceção oposta pelo réu/ executado, a teor do que preceitua o enunciado da Súmula n.º 33/STJ.

2. A competência é determinada no momento em que se propõe a ação, sendo irrelevante qualquer modificação posterior no estado de fato ou de direito, ressalvadas as situações que envolvem alteração da competência em razão da matéria ou em razão da hierarquia.

3. O redirecionamento da execução contra sócio-gerente da pessoa jurídica executada não é causa suficiente para alterar-se a competência territorial fixada com a propositura da ação, a menos que a parte interessada tenha manejado o incidente de exceção, que, julgado procedente, afastará a perpetuatio jurisdictiones.

4. conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 5.ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Espírito Santo, o suscitado."

(CC n.º 41288/SP - Rel. Min. CASTRO MEIRA - DJ de 23.08.2004)

A mesma questão já foi objeto de apreciação por esta Corte Regional, *verbis*:

"PROCESSO CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZOS FEDERAIS ESPECIALIZADOS EM EXECUÇÕES FISCAIS. EXECUÇÃO FISCAL. COMPETÊNCIA FIRMADA EM RAZÃO DO DOMICÍLIO DA PARTE EXECUTADA. ART. 587, CAPUT, DO CPC/73 E ART. 46, § 5º, DO CPC/NCPC. CRITÉRIO DE DISTRIBUIÇÃO TERRITORIAL. COMPETÊNCIA DE NATUREZA RELATIVA. IMPOSSIBILIDADE DE DECLINAÇÃO DE OFÍCIO. ART. 112 DO CPC/73 E ARTS. 64, CAPUT, E 337, § 1º, DO NCPC. SÚMULAS N.º 33/STJ E N.º 23/TRF3. CONFLITO PROCEDENTE.

I. Na execução fiscal a competência em razão do domicílio da parte executada (art. 587, caput, do CPC/73 e do § 5º, do art. 46, NCPC) é firmada com base em critério de distribuição territorial, de natureza relativa. Dessa forma, é incabível ao juiz declinar de ofício, conforme regra inserta nos arts. 112 do CPC/73 e 64, caput, e 337, § 5º, do NCPC, assim como a teor das Súmulas n.ºs 33/STJ e 23/TRF3R.

II. É competente o r. Juízo Federal da 2ª Vara de Execuções Fiscais de Mogi das Cruzes/SP para processamento e julgamento do feito executório, onde originariamente distribuído.

III. Conflito negativo de competência procedente."

(CC n.º 5005048-63.2019.4.03.0000/SP, Rel. Desembargador Federal MARCELO MESQUITA SARAIVA, DJe 04/07/2019)

"PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. FORO COMPETENTE. ENDEREÇO CONSTANTE NA CERTIDÃO POSITIVA DE DÉBITOS. COMPETÊNCIA RELATIVA. PERPETUATIO JURISDICTIONIS. DECLINAÇÃO EX OFFICIO. IMPOSSIBILIDADE. CONFLITO NEGATIVO PROCEDENTE.

1. Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a competência do juízo, inclusive nas execuções fiscais, é fixada por ocasião da propositura da ação.

2. Iniciada a execução, a competência para o seu processamento, salvo exceções, não comporta alteração superveniente ante a perpetuatio jurisdictionis.

3. Fixada a competência territorial, de natureza relativa, a modificação posterior; no caso concreto, depende, necessariamente, de exceção de incompetência a ser manejada pelo executado. Não é, todavia, o que se verifica nos autos.

4. Em outras palavras, não cabe ao Magistrado, ex officio, em situações tais, determinar a remessa dos autos a outro juízo supostamente competente.

5. Conflito negativo de competência procedente."

(CC n.º 5021780-56.2018.4.03.0000/SP, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, DJe 25/03/2019)

"PROCESSO CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL. COMPETÊNCIA TERRITORIAL. PERPETUATIO JURISDICTIONIS. REDIRECIONAMENTO. ALTERAÇÃO DA COMPETÊNCIA, DE OFÍCIO, PARA O LUGAR DO DOMICÍLIO DOS SÓCIOS. IMPOSSIBILIDADE.

I - O critério de distribuição da competência em sede de execução fiscal é o territorial, porquanto determinada pelo foro do domicílio do réu, com o intuito de possibilitar o melhor desempenho da defesa do executado, fixando-se no momento da propositura da ação.

II - Em se tratando de competência relativa, a arguição é ato processual privativo da parte, consoante o disposto no art. 112, do Código de Processo Civil, e o enunciado da Súmula 33/STJ.

III - A ação executiva teve a competência para seu julgamento determinada no momento da propositura, a teor do art. 87, do Código de Processo Civil, sendo vedado o deslocamento o processo em razão de posterior mudança de fato ou de direito, como, na espécie, relacionada ao seu redirecionamento contra os sócios da executada.

IV - Os fatos apontados deixam em dúvida a instalação física da empresa no município sob jurisdição federal delegada, tendo ensejado pedido de redirecionamento da execução fiscal, situações que não se ajustam às exceções previstas no dispositivo processual à ocorrência da perpetuatio jurisdictionis, e nem tampouco dão suporte à modificação, de ofício, da competência.

V - Competência do Juízo de Direito da 1ª Vara da Comarca de Angatuba.

VI - conflito de competência improcedente."

(CC nº 2009.03.00.015408-9 - Rel. Desemb. Fed. REGINA COSTA - DJ de 18.09.2009)

De rigor, pois, manter a competência do Juízo Federal da 2ª Vara de Jundiaí/SP.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 955, inciso I do CPC, julgo procedente o conflito para declarar competente o Juízo Federal da 2ª Vara de Jundiaí/SP para julgamento da demanda subjacente.

Após as formalidades legais, arquivem-se os autos.

Intime-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL (221) Nº 5020024-90.2018.4.03.6182

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

SUSCITANTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 8ª VARA FEDERAL CÍVEL

SUSCITADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 11ª VARA FEDERAL DAS EXECUÇÕES FISCAIS

OUTROS PARTICIPANTES:

INTERESSADO: NOVA AMERICA FOMENTO MERCANTIL LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

ADVOGADO do(a) INTERESSADO: MARIA HELENA TAVARES DE PINHO TINOCO SOARES

D E C I S Ã O

Trata-se de conflito de competência.

A questão diz respeito à competência do Juízo especializado em execuções fiscais com relação a ações de impugnação à garantia do crédito tributário.

É uma síntese do necessário.

O Código de Processo Civil:

Art. 55. Reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir:

§ 1º Os processos de ações conexas serão reunidos para decisão conjunta, salvo se um deles já houver sido sentenciado.

A 2ª Seção desta Corte autoriza a **reunião de processos na Vara Especializada** quando a execução fiscal tem precedência na distribuição:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CONEXÃO ENTRE AÇÃO ANULATÓRIA E EXECUÇÃO FISCAL, AJUIZADA ANTERIORMENTE. REUNIÃO. POSSIBILIDADE. CONFLITO IMPROCEDENTE.

- Verifica-se que a ação anulatória de origem (nº 5020047-36.2018.4.03.6182) foi proposta com o fim de reconhecimento da nulidade do crédito tributário consubstanciado no processo administrativo nº 19515.002398/2004-89, que deu origem às CDAs 80.2.08.003709-43 e 80.6.08.011730-31, cobrada nos autos da execução fiscal nº 0024505-51.2008.403.6182.

- A Segunda Seção firmou o entendimento de que se verifica conexão entre a execução fiscal e a ação anulatória posteriormente ajuizada com o fim de questionar-se a mesma dívida. Precedentes.

- Conflito de competência improcedente.

(TRF3, CC 5031767-19.2018.4.03.0000, 2ª Seção, Desembargadora Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, Intimação via sistema DATA: 18/02/2020).

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CONEXÃO ENTRE EXECUÇÃO FISCAL E AÇÃO ANULATÓRIA POSTERIORMENTE AJUIZADA. POSSIBILIDADE. REUNIÃO. CABIMENTO.

- Verificada a conexão entre a execução fiscal e ação anulatória ajuizada posteriormente, é cabível a reunião dos processos para julgamento simultâneo. Precedentes desta corte e do STJ.

- Conflito negativo de competência desprovido para declarar a competência do suscitante.

(TRF3, CC 5015993-12.2019.4.03.0000, 2ª Seção, Desembargador Federal ANDRE NABARRETE NETO, - Intimação via sistema DATA: 17/12/2019).

De outro lado, não é viável a reunião na hipótese da ação anulatória ter sido ajuizada com precedência, diante da falta de especialização do Juízo Cível - **tese da qual não compartilho, por aparente falta de lógica, mas que aplico em atenção em regime de precedentes.**

Precedente específico da 2ª Seção:

E M E N T A - DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO ANULATÓRIA AJUIZADA ANTERIORMENTE À EXECUÇÃO FISCAL. CONEXÃO. REUNIÃO DE PROCESSOS. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGO 54 DO CPC/15. ALTERAÇÃO DE COMPETÊNCIA ABSOLUTA.

1. A controvérsia travada neste conflito consiste em verificar se há conexão entre a ação anulatória e o executivo fiscal que lhe foi posteriormente ajuizado com objetivo de cobrar o crédito tributário em discussão na demanda proposta pelo contribuinte.

2. De acordo com os artigos 58 e 59 do CPC/15, havendo conexão de causas, as ações devem ser reunidas no juízo prevento, assim considerado aquele em que se deu primeiramente o registro ou a distribuição da petição inicial.

3. **Com fundamento no artigo 54 do CPC/15, que dispõe que a conexão só modifica a competência relativa, e não a absoluta, o Superior Tribunal de Justiça entende pela "impossibilidade de serem reunidas Execução Fiscal e Ação Anulatória de Débito precedentemente ajuizada, quando o juízo em que tramita esta última não é Vara Especializada em Execução Fiscal, nos termos consignados nas normas de organização judiciária". Precedentes do E. STJ e da E. 2ª Seção.**

4. Na espécie, o juízo prevento seria o r. Juízo Federal da 9ª Vara Cível de São Paulo, para quem foi distribuída a primeira demanda proposta, a ação anulatória, contudo, este não possui competência para processar e julgar execuções fiscais (competência absoluta).

5. Vê-se, assim, que embora conexos, incabível a reunião dos feitos, tendo em vista que a modificação da competência pela conexão apenas será possível nos casos em que a competência for relativa e no caso importaria alteração de competência absoluta.

6. Competência do Juízo Federal da 9ª Vara Cível de São Paulo/SP para processar e julgar a ação anulatória nº. 5011334-27.2018.4.03.6100.

7. Conflito negativo de competência procedente.

(TRF3, CC 5030058-12.2019.4.03.0000, 2ª Seção, Desembargadora Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 12/02/2020).

No caso concreto, o contribuinte promoveu a distribuição da ação anulatória perante o Juízo especializado, onde já tramitava a execução fiscal.

É regular o processamento na Vara especializada.

Por tais fundamentos, julgo procedente o conflito negativo de competência. Declaro a competência do Juízo da 11ª Vara de Execuções Fiscais da Subseção Judiciária de São Paulo/SP, suscitado.

Publique-se. Intime-se.

Decorrido o prazo recursal, arquivem-se.

SUBSECRETARIA DA 3ª SEÇÃO

AÇÃO RESCISÓRIA(47) Nº 5007315-76.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA
AUTOR: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
REU: JOSE MARIO DOS REIS
Advogado do(a) REU: MARCIO SILVA COELHO - SP45683-A
OUTROS PARTICIPANTES:

AÇÃO RESCISÓRIA(47) Nº 5007315-76.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA
AUTOR: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
REU: JOSE MARIO DOS REIS
Advogado do(a) REU: MARCIO SILVA COELHO - SP45683-A

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA (RELATORA): Trata-se de ação rescisória ajuizada em 25/05/2017 (id. 650275) objetivando a rescisão da decisão de id 650290 (páginas 88/91) e 650291 (páginas 01/03), a qual determinou que a correção monetária incidiria sobre as prestações em atraso, desde as respectivas competências, na forma da legislação de regência, observando-se, a partir de 11/08/2016, a aplicação do INPC "como índice de atualização dos débitos previdenciários, nos termos do art. 31 da Lei nº 10.741/2003 c.c. o art. 41-A da Lei nº 8.213/91, com a redação que lhe foi dada pela Medida Provisória nº 316, de 11/08/2006, posteriormente convertida na Lei nº 11.430, de 26/12/2006, não se aplicando no tange à correção monetária as disposições da Lei nº 11.960/09 (AgRg no REsp 1285274/CE - REsp 1270439/PR)."

Foi certificado o trânsito em julgado, que se deu em 29/05/2015 (id. 650291 – página 09).

Diante disso, o INSS ajuizou a presente ação rescisória, pleiteando, com base no artigo 966, V, do CPC/2015, que a decisão rescindenda seja desconstituída, sustentando que houve violação ao da Lei nº 11.960/09, art. 5º, e art. 100, § 12 da Constituição Federal."

Aduz que a r. decisão rescindenda, ao determinar a aplicação da Resolução nº 267/2013 "na correção do débito, mostra-se incompatível com a Constituição Federal, pois ao admitir a repercussão geral no RE 870.947, o STF deixou bem claro que a validade do art. 5º da Lei 11.960/2009 permanece hígida nesse aspecto."

Argumenta que o "mesmo ocorre em relação ao julgamento das ADIs 4.357 e 4.425, propriamente ditas, pois o STF, que já havia determinado cautelarmente a manutenção do critério até que o Plenário decidisse a Questão de Ordem que resultou na modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, que só poderia ser invocada a partir de 25/03/2015."

Sustenta que a "Resolução do 267/2013 CJF não tem força de lei para revogar o art. 5º da 11.960/2009 e muito menos se sobrepõe à decisão proferida pelo STF em sede de ação direta de inconstitucionalidade."

Afirma que o "O acórdão deve ser rescindido por violar dispositivo constitucional vigente, qual seja, o art. 100, § 12, pois lhe deu interpretação contrária à adotada pelo STF nas ADIs 4.357 e 4.425, na decisão de modulação de 25/03/2015, e na Medida Cautelar AC 3.64/DF."

Pede, ainda, "antecipação de tutela nesta ação, apenas para o fim de suspender a execução quanto ao valor referente às diferenças de correção monetária" nos autos do processo nº 0002989-93.2004.4.03.6183/SP (2004.61.83.002989-3/SP).

A decisão de id. 761852 postergou a análise do pedido de tutela antecipada e determinou a citação do réu.

Citado, o réu apresentou contestação (id. 938122).

A decisão de id. 7690968 indeferiu o pedido de tutela de urgência, encerrou a instrução, determinando a intimação das partes para apresentação de razões finais, a começar pela parte autora, na forma do artigo 973, do CPC/2015, e a remessa dos autos ao MPF.

O INSS não se manifestou, ao passo que o réu apresentou razões finais (id. 38380335).

O MPF manifestou-se no sentido de ser desnecessária a sua intervenção no feito (id. 38390772).

É O RELATÓRIO.

AÇÃO RESCISÓRIA (47) Nº 5007315-76.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA
AUTOR: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

REU: JOSE MARIO DOS REIS
Advogado do(a) REU: MARCIO SILVA COELHO - SP45683-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A EXMA. SRA. DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA (RELATORA): Como o trânsito em julgado da decisão rescindenda se deu quando já estava em vigor o CPC/2015, aplica-se, *in casu*, o disposto no novo diploma processual.

Friso que, segundo a jurisprudência da C. 3ª Seção desta Corte, na análise da ação rescisória, aplica-se a legislação vigente à época em que ocorreu o trânsito em julgado da decisão rescindenda (TRF 3ª Região, TERCEIRA SEÇÃO, AR - AÇÃO RESCISÓRIA - 11342 - 0015682-14.2016.4.03.0000, Rel. JUIZ CONVOCADO RODRIGO ZACHARIAS, julgado por unanimidade em 10/05/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/05/2018)

E diferentemente não poderia ser, pois, como o direito à rescisão surge como trânsito em julgado, na análise da rescisória deve-se considerar o ordenamento jurídico então vigente.

DA OBSERVÂNCIA DO PRAZO DECADENCIAL

A decisão rescindenda transitou em julgado em 29/05/2015 (id. 650291 – página 09) e a presente ação foi ajuizada em 25.05.2017, ou seja, dentro do prazo previsto no artigo 975, do CPC/2015.

DA DECISÃO RESCINDENDA E DA PRETENSÃO RESCISÓRIA

A decisão objurgada, da lavra da e. Desembargadora federal LUCIA URSAIA, determinou que a correção monetária incidiria sobre as prestações em atraso, desde as respectivas competências, na forma da legislação de regência, observando-se, a partir de 11/08/2016, a aplicação do INPC "como índice de atualização dos débitos previdenciários, nos termos do art. 31 da Lei nº 10.741/2003 c.c. o art. 41-A da Lei nº 8.213/91, com a redação que lhe foi dada pela Medida Provisória nº 316, de 11/08/2006, posteriormente convertida na Lei nº 11.430, de 26/12/2006, não se aplicando no tange à correção monetária as disposições da Lei nº 11.960/09 (AgRg no REsp 1285274/CE - REsp 1270439/PR)."

Diante disso, o INSS ajuizou a presente ação rescisória, pleiteando, com base no artigo 966, V, do CPC/2015, que a decisão rescindenda seja desconstituída, sustentando que houve violação ao da Lei nº 11.960/09, art. 5º, e art. 100, § 12 da Constituição Federal."

Aduz que a r. decisão rescindenda, ao determinar a aplicação da Resolução nº 267/2013 "na correção do débito, mostra-se incompatível com a Constituição Federal, pois ao admitir a repercussão geral no RE 870.947, o STF deixou bem claro que a validade do art. 5º da Lei 11.960/2009 permanece hígida nesse aspecto."

Argumenta que o "mesmo ocorre em relação ao julgamento das ADIs 4.357 e 4.425, propriamente ditas, pois o STF, que já havia determinado cautelarmente a manutenção do critério até que o Plenário decidisse a Questão de Ordem que resultou na modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, que só poderia ser invocada a partir de 25/03/2015."

Sustenta que a "Resolução do 267/2013 C.JF não tem força de lei para revogar o art. 5º da 11.960/2009 e muito menos se sobrepõe à decisão proferida pelo STF em sede de ação direta de inconstitucionalidade."

Afirma que o "O acórdão deve ser rescindido por violar dispositivo constitucional vigente, qual seja, o art. 100, § 12, pois lhe deu interpretação contrária à adotada pelo STF nas ADIs 4.357 e 4.425, na decisão de modulação de 25/03/2015, e na Medida Cautelar AC 3.64/DF."

Posto isso, cumpre analisar o pedido de rescisão do julgado para depois, se o caso, apreciar o pedido rescisório.

DO JUÍZO RESCINDENTE - VIOLAÇÃO A NORMA JURÍDICA NÃO CONFIGURADA.

O artigo 966, V, do CPC/2015, prevê que "A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: [...] violar manifestamente norma jurídica".

A violação à norma jurídica precisa, portanto, ser manifesta, ou seja, evidente, clara e não depender de prova a ser produzida no bojo da rescisória. Caberá rescisória quando a decisão rescindenda conferir uma interpretação sem qualquer razoabilidade a texto normativo. Nessa linha, a Súmula 343 do STF estabelece que "Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais".

Na singularidade, não diviso a violação a norma jurídica alegada, mas sim que a decisão rescindenda conferiu à legislação de regência adequada interpretação, estando em total harmonia com a jurisprudência que veio a se consolidar quanto ao tema, o que interdita a rescisão do julgado.

Acresça-se que a pretensão do INSS no sentido de que a correção monetária seja calculada com base na TR - Taxa Referencial – foi rechaçada pelo E. STF (RE nº 870.947/SE, repercussão geral) e que a decisão rescindenda está em harmonia com recente decisão do Superior Tribunal de Justiça (REsp repetitivo nº 1.495.146/MG), que estabelece o INPC/IBGE como critério de correção monetária.

Por tais razões, a pretensão deduzida pelo INSS vem sendo rejeitada por esta C. Seção:

"PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO LITERAL À DISPOSITIVO DE LEI (L. 11.960/09). JUROS DE MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA. DISSENSO JURISPRUDENCIAL. INCIDÊNCIA SÚMULA STF N. 343. IUDICIUM RESCINDENS. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO RESCISÓRIA. VERBA HONORÁRIA. CONDENAÇÃO. IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA REJEITADA. 1. A viabilidade da ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei pressupõe violação frontal e direta da literalidade da norma jurídica, não se admitindo a mera ofensa reflexa ou indireta. 2. Trata-se de demanda rescisória voltada à desconstituição parcial de julgado, relativamente à fixação de consectários legais de forma diversa àquela supostamente prevista nas Leis n.º 10.741/03 (observado o disposto da Lei n.º 10.887/04) e 11.960/09. 3. O artigo 31 da Lei n.º 10.741/03 estabelece que o pagamento de parcelas relativas a benefícios, efetuado com atraso por responsabilidade da Previdência Social, será atualizado pelo mesmo índice utilizado para os reajustamentos dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, verificado no período compreendido entre o mês que deveria ter sido pago e o mês do efetivo pagamento. Por seu turno, a Medida Provisória n.º 167, de 19.02.2004, convertida na Lei n.º 10.887/04, previu o INPC como índice de correção dos salários de contribuição considerados no cálculo do valor dos benefícios previdenciários. Verifica-se, portanto, a ausência de suporte legal ao pleiteado pela autarquia, haja vista que alteração no critério de correção de salários de contribuição (Lei n.º 10.887/04) não implica a mesma modificação no critério de reajustamento anual das rendas mensais dos benefícios. 4. A partir de maio de 1996, com a edição da Medida Provisória n.º 1.440, de 10.05.1996, o Índice Geral de Preços - Disponibilidade Interna (IGP-DI) passou a ser utilizado como índice de reajustamento dos benefícios previdenciários, assim como de correção de prestações pagas em atraso. Tal previsão legal se manteve durante várias reedições da medida provisória, até que, com a edição da Medida Provisória n.º 1.620-38, de 10.06.1998, deixou de ser previsto em lei o índice de reajustamento e correção de prestações atrasadas. Após várias reedições, essa medida provisória foi convertida na Lei n.º 10.192/01, que apenas estabelecia a utilização da média de índices de preços de abrangência nacional, na forma de regulamentação a ser baixada pelo Poder Executivo (artigo 8º, § 2º). Com a edição da Medida Provisória n.º 316, de 11.08.2006, convertida na Lei n.º 11.430/06, voltou a ser previsto o Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC como índice de reajustamento e correção de prestações atrasadas de benefícios. Ressalta-se que o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, vigente à época do julgado rescindendo e atualmente, aprovado pelo Conselho da Justiça Federal prevê a aplicação do IGP-DI entre maio de 1996 e agosto de 2006. 5. Entre o interregno de junho de 1998 e agosto de 2006 não há que se falar em violação direta à disposição literal de lei decorrente da aplicação do IGP-DI, haja vista que o julgado rescindendo não se afastou dos parâmetros legais e jurisprudenciais que existiam à época. 6. **A matéria relativa à aplicação do artigo 1º-F da Lei n.º 9.494/97, desde sua inclusão pela Medida Provisória n.º 2.180-35/01, resultou em larga controvérsia jurisprudencial, seja quanto à constitucionalidade das normas diferenciadas relativas a juros moratórios e correção monetária incidentes nas condenações da Fazenda Pública, seja quanto ao momento de sua aplicação nas situações concretas. Precedentes dos e. STJ e STF.** 7. Ao longo de anos, sedimentaram-se as teses fixadas pelo e. Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral, no sentido de que: a) tem aplicabilidade imediata o disposto no artigo 1º-F da Lei 9.494/97 (AI/RG 842.063); b) o dispositivo legal, quanto aos juros moratórios, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (RE 870.947); c) **o dispositivo legal, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança (Taxa Referencial - TR), revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade, uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina (RE 870.947).** 8. Incidência o enunciado de Súmula n.º 343 do e. STF, adotadas as balizas fixadas no julgamento do RE n.º 590.809, ressaltando-se a natureza controversa da matéria à época do julgado rescindendo, inclusive no âmbito daquela Suprema Corte. 9. Verba honorária fixada em R\$ 1.000,00 (mil reais), devidamente atualizado e acrescido de juros de mora, conforme estabelecido do Manual de Cálculos e Procedimentos para as dívidas civis, até sua efetiva requisição (juros) e pagamento (correção), conforme prescrevem os §§ 2º, 4º, III, e 8º, do artigo 85 do CPC. 10. Rejeitada a impugnação ao valor da causa, por ausência de indicação da quantia que se pretendia ver reconhecida como devida e da respectiva memória de cálculo. 11. Rejeitada a matéria preliminar. Em juízo rescindendo, julgada improcedente a ação rescisória, nos termos dos artigos 269, I, do CPC/1973 e 487, I, do CPC/2015." (TRF 3ª Região, TERCEIRA SEÇÃO, AR - AÇÃO RESCISÓRIA - 9332 - 0013154-12.2013.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO, julgado em 12/07/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:23/07/2018)

"AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 966 INC. V DO CPC/2015. LEI N. 11.960/2009. CORREÇÃO MONETÁRIA. TAXA REFERENCIAL-TR. MATÉRIA CONTROVERTIDA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 343 DO E. STF. IMPROCEDÊNCIA. 1. Trata-se de ação rescisória com fundamento no artigo 966, inciso V do Código de Processo Civil/2015, visando a rescisão parcial da r. decisão monocrática proferida nos autos da Apelação Cível n. 2006.61.83.008340-9, notadamente com relação à atualização monetária das parcelas em atraso, determinando a observância dos critérios previstos no art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, na redação dada pela Lei n. 11.960/2009, mediante a aplicação da Taxa Referencial - TR. 2. A viabilidade da ação rescisória fundada no artigo 966, inciso V, do CPC (2015) decorre da não aplicação de uma determinada lei ou do seu emprego de tal modo aberrante que viole frontalmente o dispositivo legal, dispensando-se o reexame dos fatos da causa originária. 3. A jurisprudência do C. STJ posicionava-se no sentido de afastar a aplicação da Lei n. 11.960/2009 aos processos ajuizados antes de sua vigência. Nesse sentido: STJ, AgRg no REsp 1216204/PR, Quinta Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe 09/03/2011; STJ, AgRg no REsp 1233371/PR, Quinta Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe 17/05/2011). Posteriormente, o C. STJ alterou seu posicionamento, e no REsp 1.205.946/SP, julgado nos termos do artigo 543-C do CPC de 1973, passou a adotar o entendimento segundo o qual a Lei 11.960/09 deve ser aplicada de imediato aos processos em andamento. Por sua vez, o E. Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei nº 11.960/09 quando do julgamento das ADIN"s nº 4357/DF e nº 4425/DF. 4. Posteriormente, em julgamento realizado pelo E. STF, em 17.04.2015 (RE 870.947/SE), foi reconhecida pela Suprema Corte a repercussão geral a respeito do regime de atualização monetária e juros moratórios incidentes sobre condenações judiciais da Fazenda Pública, segundo os índices oficiais de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), conforme previsto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09. Por fim, em 20 de setembro de 2017, o E. Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento do RE 870.947/SE, submetido ao regime da repercussão geral, fixando, entre outras, a seguinte tese: "O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina". 5. Em julgamento de recursos especiais submetidos ao regime dos recursos repetitivos, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) definiu que a correção monetária das condenações impostas à Fazenda Pública deve se basear em índices capazes de refletir a inflação ocorrida no período - e não mais na remuneração das cadernetas de poupança, cuja aplicação foi afastada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) ao julgar inconstitucional essa previsão do artigo 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/09) (REsp 1.492.221/PR, Primeira Seção, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 20.03.2018). 6. Conclui-se, pois, que o julgado rescindendo adotou uma solução razoável para o caso. Ademais, a possibilidade de se eleger mais de uma interpretação à norma regente, em que uma das vias eleitas viabiliza o devido enquadramento dos fatos à hipótese legal descrita ou ao afastamento de sua incidência no caso, desautoriza a propositura da ação rescisória, a teor da Súmula n. 343 do STF. 7. Improcedência do pedido. Agravo regimental interposto pelo INSS prejudicado. Sem verba honorária em face da ausência de contestação." (TRF 3ª Região, TERCEIRA SEÇÃO, AR - AÇÃO RESCISÓRIA - 11261 - 0013228-61.2016.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON PORFIRIO, julgado em 10/05/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/05/2018)

Friso, inclusive, que as normas jurídicas extraídas dos dispositivos constitucionais invocados na exordial - artigo 5º, II, 37, 100, §12, 102, I, alínea "a" e §2º, 97 e 103-A, da Constituição Federal-, não afastam a incidência da Súmula 343, do E. STF, pois eventual violação a tais normas seria reflexa, portanto insuscetível de ser afastada em sede de recurso extraordinário, *a fortiori* em sede de rescisória.

Pelo exposto, julgo improcedente o pedido de rescisão do acórdão objurgado deduzido com base em violação à disposição legal (artigo 966, V, do CPC).

DO JUÍZO RESCISÓRIO.

Julgado improcedente o pedido de rescisão do julgado, fica prejudicada a análise do pedido rescisório.

DASUCUMBÊNCIA

Vencida o INSS, condeno-o ao pagamento da verba honorária, a qual fixo em R\$ 1.000,00 (mil reais), nos termos da jurisprudência desta C. Seção.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, julgo IMPROCEDENTE o pedido de rescisão, ficando prejudicada a análise do pedido rescisório; e condeno o INSS a arcar com o pagamento dos honorários advocatícios, na forma antes delineada.

É COMO VOTO.

joajunio

EMENTA

AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO A NORMA JURÍDICA NÃO CONFIGURADA.

1. Como o trânsito em julgado da decisão rescindenda se deu quando já estava em vigor o CPC/2015, aplica-se, in casu, o disposto no novo diploma processual. Segundo a jurisprudência da C. 3ª Seção desta Corte, na análise da ação rescisória, aplica-se a legislação vigente à época em que ocorreu o trânsito em julgado da decisão rescindenda. E diferentemente não poderia ser, pois, como o direito à rescisão surge como trânsito em julgado, na análise da rescisória deve-se considerar o ordenamento jurídico então vigente.
2. A presente ação foi ajuizada dentro do prazo previsto no artigo 975, do CPC/2015.
3. O artigo 966, V, do CPC/2015, prevê que “A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: [...] violar manifestamente norma jurídica”. A violação à norma jurídica precisa, portanto, ser manifesta, ou seja, evidente, clara e não depender de prova a ser produzida no bojo da rescisória. Caberá rescisória quando a decisão rescindenda conferir uma interpretação sem qualquer razoabilidade a texto normativo. Nessa linha, a Súmula 343 do STF estabelece que “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.
4. Embora o INSS faça alusão a dispositivos constitucionais em sua causa de pedir, certo é que a solução da controvérsia objeto desta rescisória limita-se ao plano da legislação infraconstitucional. A violação aos dispositivos constitucionais alegada pela autarquia seria, quando muito, reflexa.
5. A decisão rescindenda - que determinou que a correção monetária fosse calculada com base na variação do INPC - não incorreu em violação a norma jurídica alegada, tendo, em verdade, conferido à legislação de regência adequada interpretação, estando em total harmonia com a jurisprudência que veio a se consolidar quanto ao tema, o que interdita a rescisão do julgado. A pretensão do INSS no sentido de que a correção monetária seja calculada com base na TR - Taxa Referencial - foi rechaçada pelo E. STF (RE nº 870.947/SE, repercussão geral), ao passo que a decisão rescindenda está em harmonia com recente decisão do Superior Tribunal de Justiça (REsp repetitivo nº 1.495.146/MG), que estabelece o INPC/IBGE como critério de correção monetária.
6. Vencido o INSS, fica ele condenado ao pagamento da verba honorária, a qual fixo em R\$ 1.000,00 (mil reais), nos termos da jurisprudência desta C. Seção.
7. Ação rescisória julgada improcedente.

ACÓRDÃO

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

AÇÃO RESCISÓRIA (47) Nº 5024117-52.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA

AUTOR: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

REU: DARCIO BETTERELLI

Advogados do(a) REU: JULIO CESAR LARA GARCIA - SP104983-A, JOSIVALDO JOSE DOS SANTOS - SP136659-A

OUTROS PARTICIPANTES:

AÇÃO RESCISÓRIA(47) Nº 5024117-52.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA
AUTOR: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL- INSS

REU: DARCIO BETTERELLI

Advogados do(a) REU: JULIO CESAR LARA GARCIA - SP104983-A, JOSIVALDO JOSE DOS SANTOS - SP136659-A

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA (RELATORA): Trata-se de ação rescisória ajuizada em **12.12.2017** objetivando a rescisão da decisão de id 1492791 - Pág. 95 e seguintes, a qual assegurou o direito do réu executar os valores relativos ao benefício judicialmente deferido no período compreendido entre a DIB deste e o termo inicial do benefício que lhe fora posteriormente concedido no âmbito administrativo. O acórdão rescindendo transitou em julgado em 06.12.2016 (id. 1492791 - Pág. 129).

Diante disso, o INSS ajuizou a presente ação rescisória, pleiteando, com base no artigo 966, V, do CPC/2015, que a decisão rescindenda seja desconstituída, sustentando que houve violação ao artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91; 6º, §1º, da LIDB; 884/886, do CC/2001; e aos artigos 3º, I, 5º, II e XXXVI, 37, 40, 194, 195, §5º e 201, §4º, todos da Constituição Federal.

Aduz que *“a decisão rescindenda permite a cumulação indevida de duas aposentadorias ou, em outros termos, a ocorrência de DESAPOSENTAÇÃO INDIRETA sem restituição aos cofres públicos dos valores recebidos (que pretende executar), o que viola o ordenamento jurídico”*.

Pede, assim, a concessão de *“a antecipação dos efeitos da tutela, em caráter excepcional, para o fim de suspender a execução nos autos do processo nº 0015713- 90.2009.4.03.6301, que tramita na 5ª Vara Federal Previdenciária de São Paulo /SP, até a final decisão da ação rescisória”* e que *“seja a ação ora proposta julgada TOTALMENTE PROCEDENTE, para o fim de RESCINDIR o julgado proferido em sede de execução, prolatando-se nova decisão, com fiel observância dos dispositivos legais e constitucionais aqui apontados como violados, declarando-se a impossibilidade da execução das parcelas devidas entre 29.05.2008 a 14.07.2014, extinguindo-se a execução”*.

A decisão de id. 7450080 postergou a análise do pedido de tutela antecipada e determinou a citação do réu.

Citado, o réu apresentou contestação (id. 27243029), oportunidade em que requereu a concessão dos benefícios da Justiça Gratuita.

A decisão de id 121961682 deferiu ao réu os benefícios da gratuidade processual; indeferiu o pedido de tutela antecipada formulado pelo INSS; rejeitou a preliminar suscitada pelo réu; encerrou a instrução processual, determinando a intimação das partes para apresentação de razões finais, no prazo legal e sucessivo, a começar pela parte autora, na forma do artigo 973, do CPC/2015.

O INSS apresentou razões finais, na qual argumentou que *“em cumprimento a determinação do Superior Tribunal de Justiça, bem como ante ao preceituado no artigo 1.037, II, do Código de Processo Civil, haveria de ser determinado o sobrestamento do presente feito”*.

O réu apresentou razões finais (id. 124846100).

O MPF apresentou manifestação, aduzindo ser desnecessária sua intervenção no feito (id. 125517301).

É O RELATÓRIO.

AÇÃO RESCISÓRIA(47) Nº 5024117-52.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA
AUTOR: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL- INSS

REU: DARCIO BETTERELLI

Advogados do(a) REU: JULIO CESAR LARA GARCIA - SP104983-A, JOSIVALDO JOSE DOS SANTOS - SP136659-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A EXMA. SRA. DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA (RELATORA): Como o trânsito em julgado da decisão rescindenda se deu quando já estava em vigor o CPC/2015, aplica-se, *in casu*, o disposto no novo diploma processual.

Friso que, segundo a jurisprudência da C. 3ª Seção desta Corte, na análise da ação rescisória, aplica-se a legislação vigente à época em que ocorreu o trânsito em julgado da decisão rescindenda (TRF 3ª Região, TERCEIRA SEÇÃO, AR - AÇÃO RESCISÓRIA - 11342 - 0015682-14.2016.4.03.0000, Rel. JUIZ CONVOCADO RODRIGO ZACHARIAS, julgado por unanimidade em 10/05/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/05/2018)

E diferentemente não poderia ser, pois, como o direito à rescisão surge como trânsito em julgado, na análise da rescisória deve-se considerar o ordenamento jurídico então vigente.

DA OBSERVÂNCIA DO PRAZO DECADENCIAL

A decisão rescindenda transitou em julgado em 06.12.2016 (id. 1492791 - Pág. 129) e a presente ação foi ajuizada em 12.12.2017, ou seja, dentro do prazo previsto no artigo 975, do CPC/2015.

DA DECISÃO RESCINDENDA E DA PRETENSÃO RESCISÓRIA

O acórdão rescindendo, da lavra da e. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA, assegurou o direito do réu executar os valores relativos ao benefício judicialmente deferido no período compreendido entre a DIB deste e o termo inicial do benefício que lhe fora posteriormente concedido no âmbito administrativo.

Diante disso, o INSS ajuizou a presente ação rescisória, pleiteando, com base no artigo 966, V, do CPC/2015, que a decisão rescindenda seja desconstituída, sustentando que houve violação ao artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91; 6º, § 1º, da LIDB; 884/886, do CC/2001; e aos artigos 3º, I, 5º, II e XXXVI, 37, 40, 194, 195, § 5º e 201, § 4º, todos da Constituição Federal.

Aduz que *“a decisão rescindenda permite a cumulação indevida de duas aposentadorias ou, em outros termos, a ocorrência de DESAPOSENTAÇÃO INDIRETA sem restituição aos cofres públicos dos valores recebidos (que pretende executar), o que viola o ordenamento jurídico”*.

Pede, assim, que *“seja a ação ora proposta julgada TOTALMENTE PROCEDENTE, para o fim de RESCINDIR o julgado proferido em sede de execução, prolatando-se nova decisão, com fiel observância dos dispositivos legais e constitucionais aqui apontados como violados, declarando-se a impossibilidade da execução das parcelas devidas entre 29.05.2008 a 14.07.2014, extinguindo-se a execução”*.

Posto isso, cumpre analisar o pedido de rescisão do julgado para depois, se o caso, apreciar o pedido rescisório.

DO JUÍZO RESCINDENTE - VIOLAÇÃO A NORMA JURÍDICA NÃO CONFIGURADA.

O artigo 966, V, do CPC/2015, prevê que *“A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: [...] violar manifestamente norma jurídica”*.

A violação à norma jurídica precisa, portanto, ser manifesta, ou seja, evidente, clara e não depender de prova a ser produzida no bojo da rescisória. Caberá rescisória quando a decisão rescindenda conferir uma interpretação sem qualquer razoabilidade a texto normativo. Nessa linha, a Súmula 343 do STF estabelece que *“Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”*.

Na singularidade, o INSS sustenta que houve violação manifesta ao disposto no artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91; 6º, § 1º, da LIDB; 884/886, do CC/2001; e aos artigos 3º, I, 5º, II e XXXVI, 37, 40, 194, 195, § 5º e 201, § 4º, todos da Constituição Federal, pois a decisão objurgada permitiu ao réu, em caso de opção pela manutenção do benefício mais vantajoso concedido administrativamente, a execução das parcelas em atraso, referentes à aposentadoria por tempo de contribuição, deferida no âmbito judicial, no período anterior à concessão da aposentadoria implantada no âmbito administrativo.

A autarquia afirma que a melhor inteligência dos dispositivos citados conduziria à conclusão de que o segurado não pode executar os valores correspondentes a um benefício concedido judicialmente se optar pelo recebimento de um benefício mais vantajoso concedido administrativamente em momento posterior, sob pena de ficar caracterizada uma desaposentação indireta, instituto não admitido no sistema jurídico pátrio, conforme já assentado pelo E. STF.

Sendo assim, é preciso fazer alguns esclarecimentos, para a melhor compreensão da controvérsia posta em deslinde.

De início, friso que, embora o INSS faça alusão a dispositivos constitucionais em sua causa de pedir, certo é que a solução da controvérsia objeto desta rescisória limita-se ao plano da legislação infraconstitucional, em especial o artigo 18, da Lei 8.213/91. Isso, inclusive, é o que se infere do julgamento levado a efeito pela Primeira Seção do C. STJ, nos Recursos Especiais 1767789/PR e 1803154/RS, quando tal tema foi afetado na forma do artigo 1.037, do CPC/2015. Daí se poder concluir que a violação aos dispositivos constitucionais alegada pela autarquia seria, quando muito, reflexa.

A par disso, é preciso esclarecer que a decisão rescindenda não reconheceu o direito do réu à denominada "desaposentação" propriamente dita - tema já decidido pelo E. STF em julgamento em que se proferiu precedente de observância obrigatória -, mas sim a possibilidade de o segurado, que opta pelo gozo de um benefício concedido na esfera administrativa, executar as parcelas atrasadas de benefício judicialmente concedido em momento anterior, questão essa que ainda é objeto de ampla controvérsia judicial, inclusive nesta C. Seção.

Nesse passo, considerando que a questão suscitada nesta rescisória não envolve matéria constitucional e que sobre o tema ainda persiste ampla controvérsia jurisprudencial, forçoso é concluir que esta rescisória encontra óbice intransponível na Súmula 343, do E. STF, conforme se infere da jurisprudência deste Colegiado:

AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO INDIRETA. ART. 485, INC. V, DO CPC/73. RESCISÓRIA IMPROCEDENTE. AGRAVO INTERNO PREJUDICADO. I - Há violação a literal disposição de lei nas hipóteses em que a decisão rescindenda ofender frontalmente comando incontroverso estabelecido por norma da ordenação jurídica válida e vigente à época dos fatos. Exige-se, ainda, que o dispositivo violado possua interpretação pacífica nos Tribunais -- consoante a Súmula nº 343 do E. Supremo Tribunal Federal -- salvo nos casos de violação à Constituição Federal, hipótese na qual sempre deverá prevalecer a interpretação mais correta do texto da Lei Maior, em respeito ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional. II - O direito assegurado à parte autora -- caso opte pelo benefício deferido na esfera administrativa --, de executar os valores do benefício concedido judicialmente é bastante controvertido, não só nos Tribunais, como no âmbito desta E. Terceira Seção. De um lado posicionam-se aqueles que identificam a hipótese com o fenômeno da desaposentação, já definitivamente julgado pelo C. Supremo Tribunal Federal ao apreciar o RE nº 661.256, com repercussão geral reconhecida. Outros há, porém, que entendem ser o caso não propriamente de "desaposentação", mas sim de "desaposentação indireta", cujas premissas fáticas com ela não se confundem. Na desaposentação, o benefício recebido pelo segurado é desfeito por vontade própria do titular que, visando majorar o valor da prestação previdenciária que recebe, resolve aproveitar tempo de contribuição ulterior à concessão da benesse, para posterior contagem em nova aposentadoria, no mesmo ou em outro Regime Previdenciário. Já a "desaposentação indireta" não deriva de ato voluntário da parte, a atrair a incidência do art. 18, §2º, da Lei nº 8.213/91. III - O C. Superior Tribunal de Justiça, mesmo após o julgamento da Repercussão Geral no RE nº 661.256 (em 26/10/2016), continuou reconhecendo o direito de opção do segurado pelo benefício mais vantajoso, sem prejuízo da execução dos valores compreendidos entre o termo inicial do benefício judicialmente concedido e a data da entrada do requerimento administrativo (REsp. nº 1.653.913, Rel. Min. Gurgel de Faria, decisão proferida em 02/03/2017, DJe 15/03/2017; REsp. nº 1.657.454, Rel. Min. Francisco Falcão, decisão proferida em 09/03/2017, DJe 10/03/2017; REsp nº 1.650.683, Rel. Min. Hermann Benjamin, Segunda Turma, j. 09/03/2017, v.u., DJe 20/04/2017; AgREsp nº 1.365.873, Rel. Min. Benedito Gonçalves, decisão proferida em 31/10/2018, DJe 13/11/2018; AgREsp nº 1.385.071, Rel. Min. Sérgio Kukina, decisão proferida em 07/11/2018, DJe 13/11/2018). IV - A controvérsia imanente ao tema -- existente não só à época em que proferida a decisão rescindenda, mas até os dias atuais -- atrai a incidência da Súmula nº 343, do STF. V - Ação rescisória improcedente. Agravo Interno prejudicado. (TRF 3ª Região, TERCEIRA SEÇÃO, AR - AÇÃO RESCISÓRIA - 11353 - 0016086-65.2016.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA, julgado em 22/11/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/11/2018) Grifamos.

*PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AÇÃO RESCISÓRIA. EXECUÇÃO DE PARCELAS DE BENEFÍCIO CONCEDIDO JUDICIALMENTE. OPÇÃO PELO BENEFÍCIO MAIS VANTAJOSO NA VIA ADMINISTRATIVA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 343/STF. VIOLAÇÃO DE LEI NÃO CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE VÍCIOS NO ACÓRDÃO EMBARGADO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1) Embargos de declaração opostos pelo INSS, com fundamento no art. 1.022 do CPC/2015, em face de acórdão desta 3ª Seção que, por unanimidade, julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, por falta de interesse de agir; no tocante à pretensão de desconstituição do julgado em relação à correção monetária, e, no mais, julgado improcedente o pedido formulado na ação rescisória, condenando o INSS ao pagamento de honorários advocatícios de R\$ 1.000,00 (mil reais). 2) Alegação de omissão e contradição no julgado, por manter o reconhecimento da chamada "desaposentação indireta". 3) Os embargos de declaração têm finalidade integrativa e a primordial função de sanar vícios emanados do ato decisório, porquanto objetiva esclarecer obscuridade, eliminar contradição, suprir omissão e corrigir erro material. 4) **A questão referente à possibilidade de recebimento dos atrasados decorrentes da concessão judicial - tendo o segurado optado pelo benefício concedido administrativamente, por ser mais vantajoso - foi devidamente enfrentada pelo órgão julgador.** 5) Restou consignado no julgado o fato de que não se está diante de um recurso, em que o posicionamento da Relatora eventualmente poderia ser diverso. **Trata-se de ação rescisória, de cabimento restrito, em que não se cogita a existência de violação à literal disposição de lei quando há divergência jurisprudencial em torno do tema, aplicando-se ao caso o disposto na Súmula 343/STF.** 6) Não há qualquer vício no acórdão a justificar a sua reforma, tornando evidente que o embargante pretende, pela via imprópria, a alteração do julgado, o que denota o caráter infringente do recurso. 7) A possibilidade de cabimento dos embargos de declaração está circunscrita aos limites legais, não sendo instrumento processual adequado à manifestação de inconformismo ou rediscussão do julgado, e, portanto, inviável a sua utilização como sucedâneo recursal. 8) Para fins de prequestionamento, com vistas a possibilitar a futura interposição de recurso à superior instância, os embargos de declaração estão sujeitos à presença de vício no acórdão embargado. Vale dizer, existente contradição, omissão ou obscuridade, legitima-se a oposição dos embargos para a expressa manifestação acerca de controvérsia não resolvida a contento pelo julgado, o que não se verifica. 9) Embargos de declaração rejeitados. (TRF 3ª Região, TERCEIRA SEÇÃO, AR - AÇÃO RESCISÓRIA - 9602 - 0027503-20.2013.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS, julgado em 22/11/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/11/2018)*

E, conforme já mencionado, não se pode olvidar que a Primeira Seção do C. STJ, ao apreciar os Recursos Especiais 1767789/PR e 1803154/RS, afetou e submeteu, na forma do artigo 1.037, do CPC/2015, a seguinte questão a julgamento: “Possibilidade de, em fase de Cumprimento de Sentença, o segurado do Regime Geral de Previdência Social receber parcelas pretéritas de aposentadoria concedida judicialmente até a data inicial de aposentadoria concedida administrativamente pelo INSS enquanto pendente a mesma ação judicial, com implantação administrativa definitiva dessa última por ser mais vantajosa, sob o enfoque do artigo 18, § 2º, da Lei 8.213/1991” (Tema 1.018).

Em tal oportunidade, os eminentes Ministros determinaram a “suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem acerca da questão delimitada e tramitem no território nacional (acórdão publicado no DJe de 21/6/2019)”.

Esta C. Seção, entretanto, tem adotado o entendimento majoritário no sentido de que, em casos como o dos autos, não é cabível a suspensão do julgamento, “prestigiando-se o caráter protetivo do direito previdenciário, bem como a celeridade e efetividade da prestação jurisdicional” (AR 5005667-61.2017.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Carlos Delgado, julg. 27/05/2019, e - DJF3 Jud. 1 29/05/2019).

E não é demais dizer, no particular, que, ainda que o C. STJ venha a assentar o entendimento defendido pela autarquia, isso não ensejaria a rescisão do julgado, pois tal circunstância não afastaria a existência de controvérsia sobre o tema. Pelo contrário; a própria afetação do tema pelo C. STJ revela que ele é objeto de controvérsia nos Tribunais, o que impede a configuração da manifesta violação à norma jurídica.

Pelo exposto, julgo improcedente o pedido de rescisão do acórdão objurgado deduzido com base em violação à disposição legal (artigo 966, V, do CPC).

DO JUÍZO RESCISÓRIO.

Julgado improcedente o pedido de rescisão do julgado, fica prejudicada a análise do pedido rescisório.

DASUCUMBÊNCIA

Vencida o INSS, condeno-o ao pagamento da verba honorária, a qual fixo em R\$ 1.000,00 (mil reais), nos termos da jurisprudência desta C. Seção.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, julgo IMPROCEDENTE o pedido de rescisão, ficando prejudicada a análise do pedido rescisório; e condeno o INSS a arcar com o pagamento dos honorários advocatícios, na forma antes delineada.

É COMO VOTO.

joajunio

EMENTA

AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO INDIRETA. ART. 485, INC. V, DO CPC/73. RESCISÓRIA IMPROCEDENTE. OPÇÃO PELO BENEFÍCIO MAIS VANTAJOSO NA VIA ADMINISTRATIVA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 343/STF. VIOLAÇÃO DE LEI NÃO CONFIGURADA.

1. Como o trânsito em julgado da decisão rescindenda se deu quando já estava em vigor o CPC/2015, aplica-se, in casu, o disposto no novo diploma processual. Segundo a jurisprudência da C. 3ª Seção desta Corte, na análise da ação rescisória, aplica-se a legislação vigente à época em que ocorreu o trânsito em julgado da decisão rescindenda. E diferentemente não poderia ser, pois, como o direito à rescisão surge como trânsito em julgado, na análise da rescisória deve-se considerar o ordenamento jurídico então vigente.

2. A presente ação foi ajuizada dentro do prazo previsto no artigo 975, do CPC/2015.

3. O artigo 966, V, do CPC/2015, prevê que “A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: [...] violar manifestamente norma jurídica”. A violação à norma jurídica precisa, portanto, ser manifesta, ou seja, evidente, clara e não depender de prova a ser produzida no bojo da rescisória. Caberá rescisória quando a decisão rescindenda conferir uma interpretação sem qualquer razoabilidade a texto normativo. Nessa linha, a Súmula 343 do STF estabelece que “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.

4. Embora o INSS faça alusão a dispositivos constitucionais em sua causa de pedir, certo é que a solução da controvérsia objeto desta rescisória limita-se ao plano da legislação infraconstitucional, em especial o artigo 18, da Lei 8.213/91. A violação aos dispositivos constitucionais alegada pela autarquia seria, quando muito, reflexa.

5. A decisão rescindenda não reconheceu o direito do réu à denominada “desaposentação” propriamente dita - tema já decidido pelo E. STF em julgamento em que se proferiu precedente de observância obrigatória -, mas sim a possibilidade de o segurado que opta pelo gozo de um benefício concedido na esfera administrativa, execute as parcelas atrasadas de benefício judicialmente concedido em momento anterior, questão essa que ainda é objeto de ampla controvérsia judicial, inclusive nesta C. Seção.

6. Considerando que a questão suscitada nesta rescisória não envolve matéria constitucional, sendo resolvida no plano infraconstitucional e que sobre o tema ainda persiste ampla controvérsia jurisprudencial, forçoso é concluir que esta rescisória encontra óbice intransponível na Súmula 343, do E. STF. Precedentes da Seção.

7. Não se desconhece que a Primeira Seção do C. STJ, ao apreciar os Recursos Especiais 1767789/PR e 1803154/RS, afetou e submeteu, na forma do artigo 1.037, do CPC/2015, a seguinte questão a julgamento: “Possibilidade de, em fase de Cumprimento de Sentença, o segurado do Regime Geral de Previdência Social receber parcelas pretéritas de aposentadoria concedida judicialmente até a data inicial de aposentadoria concedida administrativamente pelo INSS enquanto pendente a mesma ação judicial, com implantação administrativa definitiva dessa última por ser mais vantajosa, sob o enfoque do artigo 18, § 2º, da Lei 8.213/1991” (Tema 1.018). Em tal oportunidade, os eminentes Ministros determinaram a “suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem acerca da questão delimitada e tramitem no território nacional (acórdão publicado no DJe de 21/6/2019)”. Esta C. Seção, entretanto, tem adotado o entendimento majoritário no sentido de que, em casos como o dos autos, não é cabível a suspensão do julgamento, “prestigiando-se o caráter protetivo do direito previdenciário, bem como a celeridade e efetividade da prestação jurisdicional” (AR 5005667-61.2017.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Carlos Delgado, julg. 27/05/2019, e - DJF3 Jud. 1 29/05/2019). E não é demais dizer que, ainda que o C. STJ venha a assentar o entendimento defendido pela autarquia, isso não ensejaria a rescisão do julgado, pois tal circunstância não afastaria a existência de controvérsia sobre o tema, impedindo a configuração da manifesta violação à norma jurídica.

8. Vencido o INSS, fica ele condenado ao pagamento da verba honorária, a qual fixo em R\$ 1.000,00 (mil reais), nos termos da jurisprudência desta C. Seção.

9. Ação rescisória julgada improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Seção, por unanimidade, decidiu julgar improcedente o
DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 23/06/2020 234/4253

pedido de rescisão, ficando prejudicada a análise do pedido rescisório, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL (221) Nº 5008509-09.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA
SUSCITANTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE OSASCO/SP - 2ª VARA FEDERAL
SUSCITADO: 06ª VARA PREVIDENCIÁRIA FEDERAL DE SÃO PAULO
OUTROS PARTICIPANTES:
INTERESSADO: LIRIDA DE FATIMA DOMINGOS DA SILVA

ADVOGADO do(a) INTERESSADO: MICHELE CARDOSO MONTEIRO AZEVEDO

CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL (221) Nº 5008509-09.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA
SUSCITANTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE OSASCO/SP - 2ª VARA FEDERAL
SUSCITADO: 06ª VARA PREVIDENCIÁRIA FEDERAL DE SÃO PAULO

OUTROS PARTICIPANTES:
INTERESSADO: LIRIDA DE FATIMA DOMINGOS DA SILVA

ADVOGADO do(a) INTERESSADO: MICHELE CARDOSO MONTEIRO AZEVEDO

RELATÓRIO

Trata-se de conflito negativo de competência, suscitado pelo JUÍZO FEDERAL DA 02ª VARA FEDERAL DE OSASCO/SP em face do JUÍZO FEDERAL DA 06ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO/SP, nos autos da ação proposta por LIRIDA DE FÁTIMA DOMINGOS DA SILVA, na qual pleiteia a concessão de aposentadoria por tempo de contribuição.

A parte autora ajuizou ação perante o Juízo Federal da 06ª. Vara Previdenciária da Capital, tendo o Magistrado declinado da competência para o Juízo Federal da 02ª. Vara Federal de Osasco, ao fundamento de ser incompetente para apreciar o feito, em razão do autor não residir em localidade submetida à 1ª. Subseção Judiciária de São Paulo.

Recebidos os autos, o MM. Juízo da 02ª Vara Federal de Osasco, suscitou o presente conflito negativo de competência ao argumento de que a competência relativa não pode ser declinada de ofício.

O Ministério Público Federal deixou de opinar por considerar que no caso em comento não restou caracterizada hipossuficiência específica idônea a atrair a intervenção ministerial.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL (221) Nº 5008509-09.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA
SUSCITANTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE OSASCO/SP - 2ª VARA FEDERAL

SUSCITADO: 06ª VARA PREVIDENCIÁRIA FEDERAL DE SÃO PAULO

OUTROS PARTICIPANTES:

INTERESSADO: LIRIDA DE FATIMA DOMINGOS DA SILVA

ADVOGADO do(a) INTERESSADO: MICHELE CARDOSO MONTEIRO AZEVEDO

VOTO

O conflito de competência deve ser julgado procedente, reconhecendo-se a competência da Subseção Judiciária de São Paulo/SP - 06ª Vara Federal Previdenciária.

A questão central versa sobre a possibilidade de o magistrado de vara especializada localizada na capital do estado, de ofício, reconhecer a sua incompetência relativa para processar e julgar determinado feito, determinando sua remessa para o juízo federal da cidade do domicílio do autor.

Primeiramente, cumpre gizar que o MM Juízo de primeiro grau, de Vara Federal Especializada da Capital do Estado, reconheceu, de ofício, a sua incompetência para processar o feito de origem. O referido *decisum* foi determinado por razões territoriais, já que fundamentado no fato de o autor residir numa cidade diversa daquela em que instalado o MM Juízo *a quo*.

Daí se concluir que a decisão em tela reconheceu uma **incompetência territorial**.

O artigo 62, do CPC/2015, estabelece que “*A competência determinada em razão da matéria, da pessoa ou da função é inderrogável por convenção das partes*”; ao passo que o artigo 63, do mesmo diploma, preceitua que “*As partes podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde será proposta ação oriunda de direitos e obrigações*”. Já o artigo 65, do CPC/2015, determina que “*Prorrogar-se-á a competência relativa se o réu não alegar a incompetência em preliminar de contestação*”.

De tais dispositivos, extrai-se que a competência determinada em razão da matéria, da pessoa ou da função, em regra é inderrogável, logo absoluta; e que a competência determinada em razão do valor e do território, em regra, é relativa, sendo esta, derogável.

No entanto, não se desconhece que há competências territoriais que, por serem determinadas por razões de ordem pública, constituem, excepcionalmente, hipóteses de competência absoluta. Em casos tais, não pode a parte ajuizar a ação em foro diverso daquele previsto pela legislação, podendo o magistrado declinar a competência de ofício. Cito, como exemplo, a situação versada pelo C. STJ no Tema Repetitivo 373 (Resp 1146194/SC e Resp 1187500/BA), que teve a seguinte tese firmada: “*A execução fiscal proposta pela União e suas autarquias deve ser ajuizada perante o Juiz de Direito da comarca do domicílio do devedor; quando esta não for sede de vara da justiça federal. A decisão do Juiz Federal, que declina da competência quando a norma do art. 15, I, da Lei nº 5.010, de 1966 deixa de ser observada, não está sujeita ao enunciado da Súmula nº 33 do Superior Tribunal de Justiça.*”

O caso em apreço, exatamente porque permeado pelo interesse público de garantir acesso à justiça ao segurado que litiga contra o INSS, não se enquadra no repertório de situações nas quais a competência é estabelecida por razões de ordem pública. Aqui, a competência territorial é prevista em razão da presunção de desvantagem de uma das partes, a do segurado ou beneficiário, em relação à outra, a Autarquia Previdenciária Federal. Nesse raciocínio, os interesses discutidos nas lides previdenciárias são privados e a competência territorial é relativa, para que o segurado tenha liberdade de escolher entre os foros previstos no rol normativo.

Não se deve confundir razões de ordem pública, que permitem que a competência territorial seja absoluta, com o reconhecimento normativo e jurisprudencial da hipossuficiência do segurado, que reconfigura a relação processual e indica o interesse público em garantir o direito de acesso à justiça.

Posto isto, constata-se que a incompetência aqui versada, realmente, é relativa, motivo pelo qual ela não poderia ter sido declarada de ofício pelo MM Juízo de primeiro grau, tendo em vista a previsão dos dispositivos processuais de que a competência relativa se prorroga quando não for arguida pelo réu, o que condiciona seu reconhecimento à arguição expressa e no momento processual estabelecido, impedindo seu reconhecimento de ofício. Trata-se de entendimento consolidado na jurisprudência pátria, sendo objeto da Súmula 33, do E. STJ: “A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício”.

Nesse cenário, forçoso é concluir que a decisão de primeiro grau não se harmoniza com o disposto na Súmula 33, do C. STJ, já que declara, de ofício, uma incompetência relativa, que deveria ter sido suscitada pela Autarquia Previdenciária e não o foi exatamente porque a orientação administrativa é exatamente no sentido oposto, conforme Súmula 23 da Advocacia Geral da União, editada em 2006, com o seguinte teor:

"É facultado a autor domiciliado em cidade do interior o aforamento de ação contra a União também na sede da respectiva Seção Judiciária (capital do Estado-membro)."

Apesar do transcurso temporal e da edição da citada súmula administrativa ter se dado a sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, não há dúvida que esteja em vigor, já que consta de publicação da AGU no Diário Oficial da União de 07 de fevereiro de 2018, que teve por finalidade “Consolidar as Súmulas da Advocacia-Geral da União, em vigor nesta data, de observância obrigatória para os órgãos de Consultoria e de Contencioso da AGU, da Procuradoria-Geral Federal e da Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil”.

Ainda sobre a Súmula 23 da AGU, vale destacar que as referências adotadas para consolidação do entendimento são: a Constituição Federal, art. 109, § 2º, e 110; e a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nos RE 233.990/RS, AgRg nº RE 364.465/RS (DJ de 15.8.2003), Rel. Min. Maurício Corrêa, RE 451.907/PR, Rel. Min. Marco Aurélio (Segunda Turma) e Decisão monocrática no RE 453.967/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa.

Deste modo, a base para a compreensão da matéria e para as possibilidades de exercício de acesso à justiça das partes, tanto da parte autora como da Autarquia Federal (que figura como ré), está nos artigos insculpidos na Constituição.

A par disso, é de se reconhecer que referido julgado contraria, também, o disposto na Súmula 689, do E. STF, a qual estabelece que

“O segurado pode ajuizar ação contra a instituição previdenciária perante o Juízo Federal do seu domicílio ou nas Varas Federais da capital do Estado-membro”.

E, conforme já mencionado, melhor refletindo sobre o tema, firmei a compreensão de que a Súmula 689 do STF não foi superada pelo CPC/2015, especialmente porque os precedentes que lhe deram origem não decorrem da interpretação da norma infralegal, mas sim do artigo 109, §§ 2º e 3º, da CF/88.

A ementa do RE 293.246-9 (STF, Ministro Relator Ilmar Galvão, DJU 16.08.2001) deixa clara a vinculação do julgado ao artigo 109, §3º, da CF/88, ao reconhecer a possibilidade de o segurado ou beneficiário optar entre ajuizar a ação na Justiça Federal da Capital.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO PROPOSTA POR SEGURADO CONTRA O INSS. ARTIGO 109, § 3.º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA. Em face do disposto no art. 109, § 3.º, da Constituição Federal, tratando-se de litígio contra instituição de previdência social, o ajuizamento da ação, se não ocorrer na Justiça Estadual, no foro do domicílio do segurado, pode ser feito tanto perante o juízo federal da respectiva jurisdição como perante as varas federais da capital do Estado-membro. Precedentes. Recurso extraordinário conhecido e provido.

Outros precedentes jurisprudenciais da Corte Suprema também indicam que a norma jurídica cristalizada na Súmula nº 689 foi extraída diretamente do artigo 109, §3º, da CF/88. Isso é o que se infere do seguinte julgado do E. STF:

O Pleno do Supremo Tribunal Federal, na Sessão do dia 02.8.2001, ao julgar o RE 287351-AgR, Maurício Corrêa, DJ 22.03.02, assim decidiu: "Agravo regimental em recurso extraordinário. Constitucional. Competência. Beneficiário da Previdência Social. Propositura de ação. Foro. Beneficiário da previdência social. Foro. Competência. Propositura de ação contra o Instituto Nacional do Seguro Social tanto no domicílio do segurado como no da Capital do Estado-membro. Faculdade que lhe foi conferida pelo artigo 109, § 3º, da Constituição Federal. Agravo regimental não provido." Este entendimento foi consubstanciado na Súmula 689 (...). [RE 341.756 AgR, rel. min. Sepúlveda Pertence, 1ªT, j. 7-6-2005, DJ de 1º-7-2005.] Grifamos.

Nesse cenário, considerando que a Súmula 689 do STF foi editada com base no artigo 109, §3º, da CF/88, não me parece que a alteração da legislação infralegal autorize a conclusão de que referido verbete sumular foi superado.

Por isso, considero inadequado argumentar que as decisões judiciais proferidas sob a égide do novo CPC não tenham lançado luzes para a adequação da nova redação do art. 51, parágrafo único, com os ditames constitucionais e com o entendimento sumulado. Da mesma forma, parece-me sem propósito considerar que a orientação da AGU, publicada no DOU em 2018, com a veiculação de súmula que vincula a Procuradoria Federal ao entendimento de “o segurado pode ajuizar ação contra a instituição previdenciária perante o Juízo Federal do seu domicílio ou nas Varas Federais da capital do Estado-membro” seja mera repetição irrefletida do entendimento consolidado a partir da interpretação feita por STF, baseado em redação de artigo do CPC de 1973.

Por outro lado, cumpre registrar que o texto do artigo 51, parágrafo único, do CPC/2015 não consiste numa verdadeira novidade legislativa, na medida em que ele muito se assemelha ao disposto no artigo 109, §2º, da CF/88, tendo o legislador infraconstitucional provavelmente se inspirado na Constituição.

O artigo 51, parágrafo único, do CPC/2015, assim dispõe:

Art. 51. É competente o foro de domicílio do réu para as causas em que seja autora a União.

Parágrafo único. Se a União for a demandada, a ação poderá ser proposta no foro de domicílio do autor; no de ocorrência do ato ou fato que originou a demanda, no de situação da coisa ou no Distrito Federal.

Já o artigo 109, §2º, da CF/88, diz que

“As causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor; naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal”.

Como se nota, o artigo 109, §2º, da CF/88, também não faz alusão expressa à competência do foro da capital do estado-membro para as causas ajuizadas contra a União, o que, entretanto, não impediu que o STF reconhecesse tal competência, ao editar a Súmula 689.

No entanto, diferente do artigo processual em comento, o dispositivo constitucional fala em SEÇÃO – divisão territorial que, na organização da Justiça Federal, abrange um estado-membro. Como essa amplitude não fora repetida no art. 51, p.ú, do CPC, há espaço para o argumento para se considerar apenas possível a propositura da ação no domicílio do autor.

Essa compreensão, no entanto, fere a finalidade constitucional de garantia de acesso à justiça, bem como inverte a lógica do sistema de justiça, já que permite que uma norma infraconstitucional afaste uma previsão constitucional. Assim, a interpretação mais adequada para o art. 51, p.ú. do CPC/2015 é a sistemática e teleológica, com base nos dispositivos constitucionais pertinentes, devendo-se considerar a literalidade do artigo 109, §2º em harmonia como artigo 109, §3º da CF e seus objetivos - especialmente o facilitar o acesso do segurado ou beneficiário do INSS à jurisdição.

Por estas razões, como a CF/88 autoriza que o segurado ajuíze a ação tanto no foro do seu domicílio quanto no DF – o que também se dá no artigo 51, p.u. -, não faz sentido excluir a competência da capital do estado. A mais abalizada doutrina, ao analisar o tema após a mudança da redação do dispositivo pelo CPC de 2015 também adotado o entendimento aqui exposto.

Ou seja, no âmbito da Excelsa Corte, entendeu-se, a meu ver acertadamente, que o constituinte optou por estabelecer um sistema de foros concorrentes como forma de facilitar o acesso à jurisdição, o que se concretiza, também, com a possibilidade do ajuizamento da demanda numa vara especializada da capital do estado, ainda que na cidade do autor exista vara federal. Nesse sentido, vale trazer trecho de recentíssimo artigo de Paulo Henrique Lucon:

“Identifica-se a mesma discussão, ainda, nas questões que versam sobre a competência territorial relativa ao processamento de demandas previdenciárias, propostas pelo beneficiário. Relembre-se que a Constituição Federal de 1988, no seu art. 109, §2º, dispõe que, nos processos em que a União figure no polo passivo, o autor poderá optar pelo ajuizamento da demanda na seção judiciária de seu domicílio, no foro de ocorrência do fato ou de situação da coisa e, ainda, no Distrito Federal.

Apenas lateralmente, cumpre mencionar que, muito embora o artigo ora citado discipline a competência territorial referente a processos ajuizados contra a União, trata-se de disposição de competência relativa. Em outras palavras, referida competência não pode ser alterada de ofício e será prorrogada na ausência de impugnação pela parte.

Essa disposição constitucional tem respaldo precisamente na lógica de que, à parte hipossuficiente, deve ser garantido o acesso à justiça. Nesse diapasão, o ordenamento jurídico permite que o cidadão se valha, dentre as hipóteses constantes do rol fixado em lei, do foro em que lhe seja menos penosa a busca pela tutela jurisdicional.

*Ocorre que, quando da promulgação do Código de Processo Civil de 2015, optou-se por determinar que o autor, nas causas ajuizadas perante a União, deve propor a ação no foro de seu domicílio, no de ocorrência do ato ou fato que originou a demanda, no de situação da coisa ou no Distrito Federal. **Veja-se, portanto, que ao invés de facultar ao autor a possibilidade de demandar em qualquer vara da seção judiciária de seu domicílio, o CPC/15 teria aparentemente restringido os foros competentes para ajuizamento de demandas contra a União.***

Fala-se, aqui, em restrição porque na mesma seção podem existir subseções que eventualmente abrangem a região de domicílio autor. Sendo assim, o CPC teria determinado que o autor se ativesse única e exclusivamente a um foro, afastando-o dos outros que compõem a seção judiciária.

A esse respeito, e especificamente quando se adentra na seara das demandas previdenciárias, a questão da fixação da competência se torna ponto sensível, uma vez que as seções judiciárias contam as varas especializadas no tema, que, contudo, não necessariamente integram a subseção de domicílio do beneficiário. **De acordo com a Constituição, portanto, o autor poderia se valer das varas especializadas, ao passo que, sob uma interpretação restritiva do dispositivo constante no CPC, o foro da subseção seria o único competente para processamento de suas demandas.**

Para resolver o aparente conflito de normas, deve ser considerada não apenas a expressa disposição constitucional, como, ainda, a lógica protetiva que se encontra por trás desta, já que, como se sabe, não pode a lei infraconstitucional opor-se à Carta Magna. Dito isso, reputa-se como viável o ajuizamento da demanda em qualquer um dos foros competentes, a critério do autor. Isso porque, na busca pela facilitação do acesso material à justiça, é possível que a parte hipossuficiente escolha ajuizar a demanda em local mais afastado do seu domicílio, mas que, precisamente em virtude da especialização, profira decisões mais técnicas, mais justas. (Paulo Henrique Lucon, Fixação de competência no direito brasileiro e foros concorrentes, Texto inédito) GRIFAMOS.

Nesse particular, faz-se mister observar que tornar a justiça mais acessível ao segurado ou beneficiário não significa, necessariamente, permitir o ajuizamento das demandas no órgão jurisdicional mais próximo fisicamente do domicílio do autor.

Uma das formas de concretizar o acesso à jurisdição – quiçá a mais efetiva - é permitir que o autor ajuíze sua demanda no foro da capital do estado-membro, ainda que mais distante do seu domicílio, pois a especialização das varas da capital pode se revelar mais relevante e benéfica para o autor do que a proximidade com a vara do interior, máxime no contexto atual de virtualização dos feitos.

Nesse ponto, mostra-se oportuno transcrever as reflexões apresentadas pela Ministra Ellen Gracie no julgamento do RE 293.246-9, merecendo destaque, em razão do tema aqui enfrentado - a parte em que Sua Excelência sublinhou que a interiorização da Justiça Federal não se contrapõe à sua especialização, notadamente em prejuízo do hipossuficiente:

A Sra. Ministra Ellen Gracie, A Sra. Ministra Ellen Gracie – Sr. Presidente, apenas gostaria de fazer algumas observações, porque me considero intitulada a tanto, tendo alguma experiência relativamente à interiorização da Justiça Federal.

No período em que exerci a Presidência do Tribunal Federal da 4ª Região, a primeira instância da Justiça Federal foi praticamente dobrada – encontrei 71 varas federais e deixei a primeira instância com 65 varas a mais. Nesse esforço de ampliação, a maior ênfase foi dada à interiorização da Justiça, permitindo o acesso amplo dos cidadãos. A Justiça Federal é, muitas vezes, a última esperança dos hipossuficientes, como é o caso dos segurados da Previdência Social.

Apesar disso, estou muito à vontade para acompanhar o eminente Relator quando ele reconhece a competência de uma das varas especializadas da Capital do Estado do Rio Grande do Sul. Comunico, também, a V. Exa., e ao Plenário que a cidade de Porto Alegre tem varas previdenciárias especializadas com grande atuação. Os juízes tornam-se realmente especializados na matéria e alguns deles já editaram livros sobre a matéria. As varas têm uma tramitação bastante acelerada. Isso não acontece apenas na Capital do Estado do Rio Grande do Sul, mas, também, nas Capitais de Santa Catarina e do Paraná. De certa forma, é natural que os segurados e os seus advogados procurem essas varas muito cêleres, especializadas, em vez de permanecerem na vala comum de uma vara federal, no interior do Estado que, muitas vezes, como bem lembrado por vários Colegas, pode estar sobrecarregada com 20, 30 mil processos para, às vezes, um único juiz sem um substituto.

Vejo que dois princípios se reúnem para nos permitirem decidir a questão dessa forma com o objetivo de facilitar a entrega da prestação jurisdicional, em tempo hábil, ao cidadão. Interiorização e especialização não são excludentes. Ademais, a exceção está posta na Constituição, podendo o segurado tanto valer-se dos serviços da Justiça Estadual, no foro do seu domicílio, quanto do foro federal. A interiorização da Justiça, como a especialização de varas, atendem exatamente ao mesmo propósito, ou seja, torna-la mais próxima do cidadão, mais célere e mais eficiente.

De modo que, posta a hipótese com um cidadão domiciliado na comarca estadual de Horizontina, embora incluída na circunscrição judiciária mais ampla da Vara Federal de Santo Ângelo, está perfeitamente correto o endereçamento da sua ação previdenciária à 11ª Vara especializada de Porto Alegre. Não vejo realmente nenhuma incoerência, nenhuma agressão ao texto constitucional quando estamos, na verdade, ao assim decidir; coerentes com o espírito que ensejou essa norma, que é o de tornar a Justiça mais acessível ao cidadão.

Pelo exposto, à luz do disposto no artigo 109, §§ 2º e 3º, da CF/88, é lícito concluir pela existência de um sistema de foros concorrentes, permanecendo válida a norma jurídica consolidada na Súmula 689, do E. STF, independentemente do disposto no CPC/2015.

Não se desconhece que, estando-se diante de foros concorrentes, é preciso conciliar a legítima possibilidade de o autor escolher, dentre os foros competentes, aquele que repute mais favorável – o que é um direito potestativo seu - com o princípio da boa-fé processual, sendo este um freio àquele.

Por tais razões, a doutrina desenvolveu, a partir do princípio do devido processo legal, as ideias de competência adequada e de foro não conveniente, como forma de impedir que a escolha do foro desemboque num abuso de direito - o que fica caracterizado, por exemplo, quando tal escolha dificulta a defesa do réu -, caso em que se faz possível o controle judicial.

Sobre o tema, oportunas as lições de Fredie Didier Jr.:

Há situações em que existem vários foros em princípio competentes para o conhecimento e julgamento de uma demanda; são os foros concorrentes.

[...]

É absolutamente natural que, havendo vários foros competentes, o autor escolha aquele que acredita ser o mais favorável aos seus interesses. É do jogo, sem dúvida. O problema é conciliar o exercício desse direito potestativo com a proteção da boa-fé. Essa escolha não pode ficar imune à vedação ao abuso do direito, que é exatamente o exercício do direito contrário à boa-fé.

É certo que vige no direito processual o princípio da boa-fé, que torna ilícito o abuso do direito. Também é certo que o devido processo legal impõe um processo adequado, que, dentre outros atributos, é aquele que se desenvolve perante um juízo adequadamente competente. A exigência de uma competência adequada é um dos corolários dos princípios do devido processo legal, da adequação e da boa-fé. Pode-se inclusive falar em um princípio da competência adequada.

[...]

A existência de foros concorrentes significa que todos eles são igualmente competentes para, em tese, julgar um determinado tipo de demanda. Essa circunstância, porém, não impede que se controle in concreto o exercício do direito de escolha do foro que, se se revelar abusivo, deverá ser rechaçado pelo órgão jurisdicional, que sempre tem a competência de julgar a própria competência. (Didier Jr, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento - 20. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2018, p. 246/249)

No caso, a escolha pela vara especializada da capital do estado não me parece configurar um abuso de direito do segurado ou beneficiário, justamente porque ela não enseja qualquer prejuízo à defesa, mas, ao revés, se alinha à estratégia da defesa do INSS, plasmada na Súmula 23, da AGU, a qual, conforme já demonstrado, foi recentemente consolidada no ano de 2018.

A par disso, o trâmite das demandas previdenciárias em varas especializadas tende a trazer benefícios para o bom andamento e desate das controvérsias, até porque esse é o objetivo maior da especialização. Isso vai ao encontro do interesse tanto do INSS quanto do segurado ou beneficiário.

Não diviso, tampouco, qualquer violação ao princípio do juiz natural, seja porque ambos os juízos são competentes para dirimir a controvérsia posta em deslinde, seja porque os recursos interpostos contra as decisões que venham a ser proferidas em qualquer um deles será apreciado pelo mesmo órgão de revisão, esta C. Corte.

Ademais, o ajuizamento das ações previdenciárias na capital em detrimento do interior não significa, necessariamente, que aquelas demandas serão julgadas de forma mais ou menos célere. Há inúmeras circunstâncias e variáveis que determinam a efetiva duração do processo. Logo, não me parece que afastar a competência das varas especializadas tenha o condão de diminuir a duração do trâmite processual, de modo a impor tal providência em deferência aos princípios da eficiência ou duração razoável do processo.

Sendo assim, com a devida *venia* daqueles que pensam em sentido contrário, entendo que a disposição constitucional não pode afastada por lei infraconstitucional e que a norma jurídica cristalizada na Súmula 689, do E. STF, permanece hígida, motivos pelos quais a decisão do MM Juízo da capital não pode subsistir.

Ante o exposto, julgo PROCEDENTE o conflito suscitado, reconhecendo a competência da Subseção Judiciária de São Paulo/SP - 06ª Vara Federal Previdenciária para processar e julgar o feito de origem.

É como voto.

EMENTA

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO FEDERAL DA CAPITAL E JUÍZO FEDERAL DO INTERIOR. DECLARAÇÃO DE OFÍCIO DE INCOMPETÊNCIA TERRITORIAL E RELATIVA - IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA SÚMULA 33 DO STJ. RECONHECIDA A COMPETÊNCIA DA VARA ESPECIALIZADA DA CAPITAL. SUBSISTÊNCIA DA SÚMULA 689 DO STF NÃO SUPERADA PELO CPC/2015. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 51, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC/2015 EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ARTIGO 109, §§ 2º e 3º). CONFLITO DE COMPETÊNCIA PROCEDENTE.

1. A fixação de competências está prevista no Código de Processo Civil de 2015, em dispositivos que estabelecem que a competência pode ser determinada em razão da matéria, da pessoa ou da função, sendo, em regra, inderrogável, logo absoluta e suscetível de ser declarada de ofício; ou em razão do valor e do território, sendo, em regra, relativa, logo derogável e insuscetível de ser declarada de ofício.
2. Apenas excepcionalmente a competência territorial assume feição absoluta e inderrogável, o que ocorre quando ela é estabelecida por razões de ordem pública.
3. No caso dos autos, a decisão de declinação de competência foi determinada por razões territoriais, já que fundamentado no fato de o autor residir numa cidade do interior, diversa daquela em que ajuizada a ação (capital).
4. Não configurada a excepcionalidade de competência territorial absoluta, eis que a competência não foi estabelecida por razões de ordem pública. A competência territorial nas ações previdenciárias, propostas pelos segurados e beneficiários contra o INSS, está baseada no reconhecimento normativo e jurisprudencial da hipossuficiência da parte autora, que presumidamente se encontra em situação de desvantagem em relação à Autarquia Previdenciária Federal. A possibilidade de escolha de um entre diversos foros concorrentes (previstos tanto no artigo 109, §§ 2º e 3º, da CF/88, quanto no artigo 51, do CPC/2015) é incompatível com a ideia de competência absoluta.
5. Tratando-se de incompetência territorial e relativa, não há possibilidade de o magistrado de vara previdenciária especializada localizada na capital do estado, de ofício, reconhecer a sua incompetência para processar e julgar feito, determinando sua remessa para o juízo federal da cidade do domicílio do autor, pois este reconhecimento está condicionado à arguição expressa pelo réu, nos termos do entendimento consolidado na Súmula 33 do E. Superior Tribunal de Justiça.
6. A falta de arguição da incompetência do juízo da vara especializada da capital, pelo INSS, é uma opção processual pautada na orientação da Advocacia Geral da União que consolidou, desde 2006, pela Súmula 23, o entendimento no sentido de que é facultado ao autor domiciliado em cidade do interior, o aforamento de ação contra a União também na sede da respectiva Seção Judiciária (capital do Estado-membro). Embora editada sob égide do CPC/1973, não há dúvidas sobre a vigência da Súmula 23 da AGU, já que foi publicada no Diário Oficial da União em 12 de fevereiro de 2019, no corpo de orientações consolidadas e válidas.
7. A decisão de declínio de competência contrária, também, o entendimento consolidado na Súmula 689, do E. Supremo Tribunal Federal, que não foi superado pelo artigo 51, parágrafo único, do CPC/2015, especialmente porque os precedentes que lhe deram origem não decorriam da interpretação do dispositivo pertinente do antigo CPC/1973, mas sim diretamente do artigo 109, §§ 2º e 3º, da CF/88.
8. O artigo 51, parágrafo único, do CPC/2015 é norma infraconstitucional que não pode afastar uma previsão constitucional (artigo 109, §§ 2º e 3º, a CF/88), que, com a finalidade garantir o efetivo acesso à justiça, autoriza o segurado a ajuizar a ação contra o INSS tanto no foro do seu domicílio quanto no da capital.
9. A escolha pela vara especializada da capital do estado encontra amparo na previsão normativa de foros concorrentes, não configurando abuso de direito do segurado ou beneficiário, porque não lhe confere vantagem ilegítima, nem ensejando qualquer prejuízo à defesa, já que há entendimento oficial expresso na Súmula 23 da AGU, reconhecendo o direito de escolha do segurado.

10. Não se divisa qualquer violação ao princípio do juiz natural, seja porque ambos os juízos são competentes para dirimir a controvérsia posta em deslinde, seja porque os recursos interpostos contra as decisões que venham a ser proferidas em qualquer um deles serão apreciados pelo mesmo órgão de revisão, esta C. Corte.

11. O trâmite das demandas previdenciárias em varas especializadas tende a trazer benefícios para o bom andamento e deslinde das controvérsias, objetivo maior da especialização.

12. Procedência do conflito suscitado, reconhecendo a competência da Subseção Judiciária de São Paulo/SP – 06ª. Vara Federal Previdenciária para processar e julgar o feito de origem.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Seção, por maioria, decidiu julgar procedente o conflito suscitado, reconhecendo a competência da Subseção Judiciária de São Paulo/SP, 6ª Vara Federal Previdenciária, para processar e julgar o feito de origem, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL (221) Nº 5011248-52.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO

SUSCITANTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO VICENTE/SP - 1ª VARA FEDERAL

SUSCITADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE MARÍLIA/SP - 2ª VARA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

PARTE AUTORA: N. E. S. D. S.

ADVOGADO do(a) PARTE AUTORA: MONICA VARGAS DE MAGALHAES

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

São Paulo, 19 de junho de 2020

Destinatário: SUSCITANTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO VICENTE/SP - 1ª VARA FEDERAL

SUSCITADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE MARÍLIA/SP - 2ª VARA FEDERAL

O processo nº 5011248-52.2020.4.03.0000 foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

O processo supra foi incluído em sessão de julgamentos, a qual será realizada por videoconferência, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Considerando a **Resolução PRES nº 343**, de 14 de abril de 2020, que disciplina a utilização de ferramenta de videoconferência nas sessões de julgamento e audiências na Justiça federal da 3ª Região, esta Sessão equivale à presencial para todos os efeitos legais.

Ficam as partes intimadas de que tendo interesse em sustentar oralmente deverão comunicar, até 48 horas (quarenta e oito) horas antes do horário indicado para realização da Sessão, por meio do endereço eletrônico da 3ª SEÇÃO (dij2@trf3.jus.br), constando as seguintes informações:

I- a data e horário em que ocorrerá a Sessão;

II- o número do processo e respectivo item de pauta;

III- indicar e-mail e número de telefone possibilitando o contato para ingresso na Sessão de Julgamento.

A ferramenta a ser utilizada nesta sessão será o Cisco Webex Meetings UTILIZADO PELO TRF3ª REGIÃO, ou outra a ser informada pela Subsecretaria em resposta à solicitação.

A manifestação de discordância quanto ao julgamento em sessão virtual deverá ser formalizada por meio de petição dirigida ao Relator, nos termos dos artigos 1º e seguintes, da Portaria USEC nº 2/2017, da 3ª Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Sessão de Julgamento

Data: 25/06/2020 14:00:00

Local: Eletrônica/Virtual (vide Portaria USEC 2/2017 e Resolução 343) - Tribunal Regional Federal da 3ª Região - São Paulo/SP

CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL (221) Nº 5012699-15.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO

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

SUSCITADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 9ª VARA FEDERAL PREVIDENCIÁRIA

OUTROS PARTICIPANTES:

PARTE AUTORA: CARLOS EDUARDO GUEDES DA ROCHA

ADVOGADO do(a) PARTE AUTORA: SILMARA LONDUCCI

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

São Paulo, 19 de junho de 2020

Destinatário: SUSCITANTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE GUARULHOS/SP - 2ª VARA FEDERAL

SUSCITADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 9ª VARA FEDERAL PREVIDENCIÁRIA

O processo nº 5012699-15.2020.4.03.0000 foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

O processo supra foi incluído em sessão de julgamentos, a qual será realizada por videoconferência, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Considerando a **Resolução PRES nº 343**, de 14 de abril de 2020, que disciplina a utilização de ferramenta de videoconferência nas sessões de julgamento e audiências na Justiça federal da 3ª Região, esta Sessão equivale à presencial para todos os efeitos legais.

Ficam as partes intimadas de que tendo interesse em sustentar oralmente deverão comunicar, até 48 horas (quarenta e oito) horas antes do horário indicado para realização da Sessão, por meio do endereço eletrônico da 3ª SEÇÃO (dij2@trf3.jus.br), constando as seguintes informações:

I- a data e horário em que ocorrerá a Sessão;

II- o número do processo e respectivo item de pauta;

III- indicar e-mail e número de telefone possibilitando o contato para ingresso na Sessão de Julgamento.

A ferramenta a ser utilizada nesta sessão será o Cisco Webex Meetings UTILIZADO PELO TRF3ª REGIÃO, ou outra a ser informada pela Subsecretaria em resposta à solicitação.

A manifestação de discordância quanto ao julgamento em sessão virtual deverá ser formalizada por meio de petição dirigida ao Relator, nos termos dos artigos 1º e seguintes, da Portaria USEC nº 2/2017, da 3ª Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Sessão de Julgamento

Data: 25/06/2020 14:00:00

Local: Eletrônica/Virtual (vide Portaria USEC 2/2017 e Resolução 343) - Tribunal Regional Federal da 3ª Região - São Paulo/SP

AÇÃO RESCISÓRIA(47) Nº 5004578-95.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
AUTOR: LUIS HENRIQUE MARIANO
Advogados do(a) AUTOR: CAIO GONCALVES DE SOUZA FILHO - SP191681-N, MARCELO GAINO COSTA-
SP189302-N
REU: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL- INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Vistos.

Dou por regularizada a representação processual da parte autora, tendo em vista a juntada de nova procuração ad judícia (id. 131126884 – pág. 1) contendo o propósito específico de ajuizamento da presente ação rescisória.

Rejeito a alegação de ocorrência de decadência da ação, com base nos fundamentos lançados na decisão id.125602716 – pág 1-4, que abaixo reproduzo:

“Dispõe o artigo 975, caput, do CPC, in verbis:

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

No caso vertente, o trânsito em julgado do v. acórdão rescindendo proferido se deu em 26.01.2017, conforme id. 125517100 – pág. 19, tendo o presente feito sido distribuído em 27.02.2020.

Nesse passo, verifica-se, de fato, a superação do prazo decadencial estabelecido na regra geral do art. 975, caput, do CPC, haja vista o transcurso temporal superior a 02 anos entre 26.01.2017 e a data da distribuição da presente ação rescisória (27.02.2020).

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

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

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

O documento ora apresentado como prova nova consiste em Perfil Profissiográfico Previdenciário emitido em 21.05.2018 (id. 125517117 – pág. 2), pelo Gerente de Departamento Pessoal da empresa “ITAIQUARA ALIMENTOS S/A”, dando conta de que o autor atuou como servente, na seção do “Depósito de cana”, no período de 01.05.1997 a 31.12.2002, com exposição ao agente agressivo ruído na intensidade de 91 dB.

Com efeito, é assente o entendimento no sentido de que prova nova é aquela que já existia, mas não foi apresentada ou produzida oportunamente no processo originário (AR 3380/RJ; 2005/012826-0; 3ª Seção; Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima; j. 27.05.2009; DJe 22.06.2009), de forma que o PPP trazido pela parte autora, emitido em 21.05.2018, posteriormente ao trânsito em julgado da r. decisão rescindenda (26.01.2017), não poderia, a rigor, ser aceito como prova nova.

Todavia, anoto que o Perfil Profissiográfico Profissional deve espelhar fielmente os dados apurados em laudos técnicos (STJ; REsp 1573551/RS; 2ª Turma; Rel. Ministro Herman Benjamin; j. 18.02.2016; DJe 19.05.2016), sendo que, no caso em tela, consta a afirmação de que ‘..as informações prestadas neste documento são verídicas e foram transcritas fielmente dos registros administrativos, das demonstrações ambientais e dos programas médicos de responsabilidade da empresa...’.

Assim sendo, considerando que o documento em comento se reporta, presumivelmente, a dados pretéritos, é possível reconhecer, pelo menos em tese, os contornos mínimos de “prova nova”, devendo ser considerada como data de sua “descoberta” o momento de sua emissão.

Destarte, não havendo a superação do prazo de 02 anos entre 21.05.2018 - data da descoberta da prova nova – e 27.02.2020, data do ajuizamento da presente ação rescisória, tampouco o sobrepujamento do prazo de 05 anos do trânsito em julgado do v. acórdão rescindendo, é de se reconhecer quanto a este tópico a tempestividade da presente ação rescisória”.

Importante acrescentar que nesta fase processual é exercido, tão somente, o juízo de admissibilidade da ação rescisória, que não implica o juízo de mérito, que será realizado pela Seção por ocasião do julgamento.

De outra parte, anoto que ação então ajuizada pela parte autora, que resultou no processo 1001424-81.2019.8.26.0103, em curso pela Vara Única da Comarca de Caconde, cujo pedido objetivava a conversão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição então concedido em aposentadoria especial, distingue-se do objeto da presente ação rescisória, posto que naquele não há pleito de reconhecimento de atividade especial de qualquer período, enquanto este há pretensão deduzida no sentido de desconstituir parcialmente o julgado rescindendo para que, em novo julgamento, seja reconhecido o exercício de atividade remunerada em condições especiais no período de 01.05.1997 a 31.12.2002.

Nesse passo, a resolução da presente causa não depende do julgamento no processo acima reportado, não se aplicando a suspensão do processo previsto no art. 313, V, a, do CPC.

Por outro lado, a discussão suscitada pelo réu, quanto à possibilidade do surgimento da situação de “desaposentação indireta”, guarda pertinência com o mérito da causa, posto que somente na hipótese do acolhimento da pretensão no âmbito do juízo rescindendo esta questão estaria colocada para exame pela Seção Julgadora.

De igual forma, a postulação pela parte autora no sentido de fixar o termo inicial do benefício em datas distintas daquela firmada na ação originária também depende do acolhimento da pretensão no juízo rescindendo, de modo que tal questão deve ser enfrentada por ocasião do julgamento do mérito. De qualquer forma, cumpre assinalar que esta Seção admite a reafirmação da DER em sede de ação rescisória (AR. n. 0031660-70.2012.4.03.0000; Rel. Desembargador Newton de Lucca; j. 26.05.2020), não se vislumbrando alteração da causa de pedir.

Em síntese, a preliminar de carência de ação suscitada pelo réu confunde-se com o mérito e com este será analisada por ocasião de julgamento a ser realizado pela Seção.

Intimem-se as partes para que apresentem as provas que pretendem produzir, justificando-as.

São Paulo, 3 de junho de 2020.

AÇÃO RESCISÓRIA(47) Nº 5005897-98.2020.4.03.0000

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

AUTOR: GERALDO DE SOUZA BRITO

Advogados do(a) AUTOR: CAIO GONCALVES DE SOUZA FILHO - SP191681-N, MARCELO GAINO COSTA - SP189302-N

REU: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL- INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Antes da análise da tempestividade da presente ação rescisória, em homenagem ao princípio do contraditório, manifeste-se a parte autora sobre a contestação apresentada, no prazo de 15 (quinze) dias.

Após, voltemos autos conclusos.

Int.

São Paulo, 10 de junho de 2020.

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

DESPACHO

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

Dê-se vista ao DD. Órgão do Ministério Público Federal.

AÇÃO RESCISÓRIA (47) Nº 5006958-91.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 31 - DES. FED. DALDICE SANTANA
AUTOR: JOSE GERALDO SANTOS
Advogados do(a) AUTOR: CAIO GONCALVES DE SOUZA FILHO - SP191681-N, MARCELO GAINO COSTA - SP189302-N
REU: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Id 134222418 -: Em sua contestação, o réu alega, preliminarmente, a carência de ação e a irregularidade na procuração apresentada, ante a ausência de poderes específicos para a propositura de ação rescisória.

Assim, intime-se a parte autora para que emende a inicial, juntando aos autos procuração original e atualizada (cf. STJ, AR n. 3.285/SC – Rel. p/ acórdão Min. Felix Fischer, Terceira Seção, julgado em 22/08/2007, DJe 5/3/2008; AgRg nos EDcl no REsp 1197927/MG, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, DJe 16/09/2015; AgRg no REsp 1168065/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 18/11/2010).

O não cumprimento da diligência acarretará o indeferimento da inicial, consoante o disposto no artigo 321, parágrafo único do Código de Processo Civil.

No mesmo prazo, manifeste-se o autor em réplica, requerendo o que entender de direito.

Prazo: 15 (quinze) dias.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL (221) Nº 5016277-83.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
SUSCITANTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE MAUÁ/SP - 1ª VARA FEDERAL
SUSCITADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SANTO ANDRÉ/SP - 2ª VARA FEDERAL
OUTROS PARTICIPANTES:
PARTE AUTORA: WASHINGTON LUIZ MENESES
ADVOGADO do(a) PARTE AUTORA: FERNANDA PEDROSO CINTRA DE SOUZA

D E C I S Ã O

Vistos.

Cuida-se de conflito negativo de competência suscitado pela Subseção Judiciária de Mauá/SP - 1ª Vara Federal, em face da Subseção Judiciária de Santo André/SP - 2ª Vara Federal, visando à definição do órgão jurisdicional competente para julgamento de ação ordinária objetivando a revisão de benefício previdenciário de aposentadoria por tempo de serviço/contribuição, ajuizada por WASHINGTON LUIZ MENEZES, residente, conforme a inicial, na cidade de Ribeirão Pires/SP.

O feito subjacente foi originalmente distribuído perante o Juízo requerido e, recebendo a inicial, o magistrado, considerando a localidade de morada do vindicante, determinou a redistribuição dos autos à Subseção de Mauá (ID 134706037 - p. 32).

Aportando os autos no Juízo requerente, este suscitou o presente incidente, à consideração de que a fixação da competência dá-se ao instante de registro ou distribuição da vestibular, sendo defesa declinação, de ofício, de competência relativa, como a ora esboçada (ID 134706037 - p. 34).

É o relatório.

Decido.

Aprecio, de forma monocrática, o conflito de competência, pautado na razoável duração do processo e em critério de economicidade processual. Com efeito, está-se diante de temática bastante conhecida neste E. Tribunal e versada em múltiplos julgados proferidos, de sorte a divisar-se, com segurança, a solução jurídica a ser esposada.

Colocada essa baliza, adianto ser hipótese de desacolhimento do incidente.

Primeiramente, é cediço que à luz da Súmula STF n. 689, “*O segurado pode ajuizar ação contra a instituição previdenciária perante o juízo federal do seu domicílio ou nas varas federais da Capital do Estado-Membro*”. A aplicabilidade do enunciado transcrito tem sido prestigiada por inúmeros julgados recentes deste Colegiado. Citem-se, a título de exemplo: TRF 3ª Região, 3ª Seção, CC - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - 5020186-70.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal SERGIO DO NASCIMENTO, julgado em 19/12/2019, Intimação via sistema DATA: 23/12/2019; CC - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - 5025288-73.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CARLOS EDUARDO DELGADO, julgado em 18/12/2019, Intimação via sistema DATA: 19/12/2019; CC - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - 5016412-32.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal MARISA FERREIRA DOS SANTOS, julgado em 19/11/2019, Intimação via sistema DATA: 24/11/2019.

Reconhece-se, pois, a possibilidade de ajuizamento de demanda previdenciária no juízo federal com jurisdição sobre o município do domicílio do segurado ou sobre a capital do respectivo Estado.

Por outra parte, não se ignora outra relevante inteligência em matéria competencial, consubstanciada em Súmula deste E. Tribunal Regional. Refiro-me ao verbete nº 24, segundo o qual “*É facultado aos segurados ou beneficiários da Previdência Social ajuizar ação na Justiça Estadual de seu domicílio, sempre que esse não for sede de vara da Justiça Federal*.”

De passagem, cumpre anotar que tal exegese experimenta temperamentos em se tratando de feitos distribuídos após 01/01/2020, quando será aplicável a hodierna dicção do art. 15 da Lei nº 5.010/1966, em sintonia com o atual redação do artigo 109, § 3º, da Constituição Federal (*verbis*: “*Art. 15. Quando a Comarca não for sede de Vara Federal, poderão ser processadas e julgadas na Justiça Estadual: III - as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado e que se referirem a benefícios de natureza pecuniária, quando a Comarca de domicílio do segurado estiver localizada a mais de 70 km (setenta quilômetros) de Município sede de Vara Federal*”).

Pois bem

In casu, não incide qualquer dos referidos regramentos flexibilizadores da distribuição de competência em matéria previdenciária. A parte autora do feito subjacente tem domicílio na cidade de Ribeirão Pires-SP, pertencente à Subseção Judiciária de Mauá-SP (cf. Provimento CJF-3ª Reg. 431/2014), e findou por agilizar a demanda matriz perante o MM. Juiz Federal de Santo André-SP.

Ora, na especificidade do caso, ao demandante não assistiria opção de escolha da aludida Subseção Judiciária para ajuizamento da ação. Não se trata do foro de seu domicílio, nem sequer se está a cogitar de competência concorrente do juízo federal sediado na Capital do Estado. Tampouco se cuida de hipótese de delegação de competência à Justiça Estadual. Nesses contornos, a competência da Vara Federal de Mauá-SP afigura-se absoluta e comporta, verdadeiramente, declaração de ofício. Portanto, não incide à hipótese a vedação contida na Súmula STJ nº 33, à luz da qual mostra-se defeso ao magistrado pronunciar, *motu proprio*, sua incompetência relativa.

Assim, antevê-se abusividade no aforamento da querela perante o Juiz Federal de Santo André-SP. A propositura ressentese da devida motivação e, a prevalecer tal possibilidade, calcada em singela conveniência do polo particular, violadas restariam as normas de competência e de organização judiciária, em consequente desprestígio ao princípio do juiz natural.

Consultem-se, nesse sentido, recentes precedentes deste E. Tribunal:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA COM MÚLTIPLOS FOROS DE DOMICÍLIO. AJUIZAMENTO EM FORO DIVERSO DO MUNICÍPIO, OU RESPECTIVA CAPITAL DO ESTADO, DE DOMICÍLIO DO BENEFICIÁRIO DA DEMANDA PREVIDENCIÁRIA. IMPROCEDÊNCIA.

1. Tratando-se de demanda de natureza previdenciária, na qual o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, autarquia federal, é réu há competência concorrente em razão do local, a qual não pode ser declinada de ofício, apenas entre o juízo federal com jurisdição sobre o município de domicílio do autor de demanda previdenciária e o juízo federal com jurisdição na capital do respectivo Estado, segundo entendimento majoritário desta 3ª Seção, do qual não compartilho. Vedou-se, assim, o ajuizamento em outras subseções judiciárias do Estado. Precedentes.

2. A única razão para se entender vedado o ajuizamento nas demais subseções judiciárias do Estado, é que, uma vez definidas as regras de jurisdição nas normas de organização judiciária, estas possuem natureza funcional e, portanto, implicam a competência absoluta dos respectivos juízos. Desta sorte, à exceção das mencionadas hipóteses de competência territorial concorrente, viola o princípio do juízo natural o ajuizamento de demanda previdenciária perante juízo que não detém jurisdição para sua solução.

3. Conflito negativo de competência julgado improcedente, restando mantida a competência do Juízo Federal da 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Mauá/SP para processar e julgar a ação previdenciária ajuizada.

(TRF 3ª Região, 3ª Seção, CC - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - 5026852-87.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CARLOS EDUARDO DELGADO, julgado em 18/12/2019, Intimação via sistema DATA: 19/12/2019)

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. COMPETÊNCIA ENTRE AS SUBSEÇÕES JUDICIÁRIAS DA JUSTIÇA FEDERAL DE 1º GRAU. CAUSA DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA. COMPETÊNCIA TERRITORIAL RELATIVA. NÃO CONFIGURAÇÃO. COMPETÊNCIA ABSOLUTA. DECLINAÇÃO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. IMPROCEDÊNCIA.

I - As normas acima transcritas tem o propósito de garantir a efetividade de acesso à Justiça aos segurados e beneficiários, hipossuficientes em sua maioria, que poderão promover a ação perante a Justiça Estadual da comarca em que residem, desde que a comarca não seja sede de Vara Federal, porém, se o segurado tem domicílio em município sede de Vara Federal, cessa essa possibilidade de opção, posto que a competência originária, oriunda da Constituição Federal - portanto de caráter absoluto, é da Justiça Federal, é o que se depreende, a contrario sensu, do exame do § 3º, do art. 109, da CF/88

II - No presente caso, em que a autora tem domicílio na cidade de Itaquaquecetuba-SP, cuja comarca não é sede da Justiça Federal, entendo, s.m.j, que o autor não tem opção de escolha de Subseção Judiciária para ajuizamento da ação, ou seja, a competência da Vara Federal de Guarulhos-SP afigura-se absoluta, podendo ser declarada de ofício; isso porque as normas que instituem a distribuição de competência não lhe facultam a opção de escolha.

III - Conflito negativo de competência julgado improcedente.

(TRF 3ª Região, 3ª Seção, CC - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - 5000622-71.2020.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal GILBERTO RODRIGUES JORDAN, julgado em 18/03/2020, Intimação via sistema DATA: 23/03/2020)

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PREVIDENCIÁRIO. ART. 109, §3º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. SEGURADO COM DOMICÍLIO EM CIDADE ABRANGIDA POR SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA NÃO ESCOLHIDA PARA O AJUIZAMENTO DA AÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE OPÇÃO POR OUTRA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA. JUÍZ NATURAL. CONFLITO IMPROCEDENTE. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITANTE.

1 - Ação de natureza previdenciária pode ser ajuizada perante Vara Federal da Subseção Judiciária circunscrita ao município em que está domiciliado o autor; perante as Varas Federais da Capital do Estado ou, ainda, no foro Estadual do domicílio do segurado, sempre que a comarca não seja sede de Vara do Juízo Federal, por se tratar de hipótese de competência delegada, nos moldes do art. 109, § 3º, da Constituição Federal.

2 - A competência no âmbito da Justiça Federal é concorrente apenas entre o Juízo Federal da Subseção Judiciária em que a parte autora é domiciliada ou que possua jurisdição sobre tal município e o Juízo Federal da Capital do Estado-Membro, ressalvada a opção do segurado prevista no art. 109, § 3º, da Constituição Federal (delegação de competência à Justiça Estadual). No caso, a parte autora possui domicílio no município de Poá/SP, abrangida pela Subseção Judiciária de Guarulhos, e optou por ajuizar a ação de rito ordinário perante a Justiça Federal de Mogi das Cruzes/SP.

3. Não é facultado ao segurado optar, por mera conveniência, entre as diversas Subseções Judiciárias que compõem a Seção Judiciária da respectiva unidade federativa, sob pena de afronta ao princípio do juízo natural e às normas de organização judiciária.

4 - Conflito negativo julgado improcedente.

Logo, assistindo razão ao i. magistrado suscitado, declaro a competência do Juízo Suscitante para a apreciação da ação originária.

Diante do exposto, **JULGO IMPROCEDENTE O CONFLITO DE COMPETÊNCIA.**

Dê-se ciência.

Respeitadas as cautelas de estilo, arquivem-se os autos.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

BATISTA GONÇALVES

Desembargador Federal

AÇÃO RESCISÓRIA(47) Nº 5020965-59.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 33 - DES. FED. GILBERTO JORDAN
AUTOR: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL- INSS
REU: GILSON APARECIDO DOS SANTOS
Advogado do(a) REU: HILARIO BOCCHI JUNIOR - SP90916-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Dê-se vista às partes, sucessivamente, pelo prazo de 10 (dez) dias, para oferecimento de razões finais, *ex vi* do art. 973 do Código de Processo Civil c.c. art. 199 do Regimento Interno desta Corte.

Intimem-se.

São Paulo, 12 de junho de 2020.

AÇÃO RESCISÓRIA(47) Nº 0022794-39.2013.4.03.0000
RELATOR: Gab. 34 - DES. FED. BAPTISTA PEREIRA
AUTOR: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL- INSS
Advogado do(a) AUTOR: CARLA MARIA LIBA - SP149704
SUCEDIDO: MANOEL AUGUSTO DA CRUZ
REU: MATILDE DOS SANTOS CRUZ

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

O e. Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da matéria em debate no RE 661256 e, em 26.10.2016, o Pleno encerrou o seu julgamento, dando provimento ao recurso extraordinário, considerando inviável o recálculo do valor da aposentadoria por meio da chamada desaposentação. Por maioria de votos, os ministros entenderam que apenas por meio de lei é possível fixar critérios para que os benefícios sejam recalculados com base em novas contribuições decorrentes da permanência ou volta do trabalhador ao mercado de trabalho após concessão da aposentadoria, fixando a tese nos seguintes termos:

"No âmbito do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à 'desaposentação', sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91".

Posteriormente, na sessão no dia 06/02/2020, a Excelsa Corte de Justiça deu parcial provimento aos embargos de declaração opostos pelos *amicus curiae* INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO – IBDP e CONFEDERAÇÃO BRASILEIRA DE APOSENTADOS E PENSIONISTAS – COBAP, restando assim assentado na ata de julgamento:

*Decisão: O Tribunal, por maioria, deu parcial provimento aos embargos de declaração, para assentar a irrepetibilidade dos valores alimentares recebidos de boa-fé, por força de decisão judicial, até a proclamação do resultado deste julgamento, e alterou a tese de repercussão geral, que ficou assim redigida: "No âmbito do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à 'desaposentação' ou à 'reaposentação', sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91", vencidos os Ministros Edson Fachin, que acolhia os embargos em maior extensão, e o Ministro Marco Aurélio, que já havia votado no sentido de acolher os embargos apenas para prestar esclarecimentos, sem eficácia modificativa. **Em seguida, o Tribunal, por maioria, decidiu preservar as hipóteses relativas às decisões transitadas em julgado até a data deste julgamento. Ficaram vencidos quanto às decisões transitadas em julgado os Ministros Dias Toffoli (Presidente e Relator), Gilmar Mendes e Luiz Fux. Quanto à fixação do marco temporal do trânsito em julgado, ficaram vencidos os Ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso e Cármen Lúcia, que fixavam a data de 27.10.2016. Na votação desses pontos, o Ministro Marco Aurélio reafirmou seu voto no sentido de que acolhera os embargos apenas para prestar esclarecimentos, sem eficácia modificativa, ficando, portanto, vencido.** Redigirá o acórdão o Ministro Alexandre de Moraes. Ausente, por motivo de licença médica, o Ministro Celso de Mello. Plenário, 06.02.2020 (grifo nosso).*

Destarte, tendo em vista a modulação dos efeitos da decisão proferida em sede de repercussão geral, determino o sobrestamento do feito, nos termos dos Arts. 1.036 e seguintes, do CPC, até a publicação da íntegra do acórdão dos embargos de declaração.

Intimem-se as partes, pelo prazo de 15 (quinze) dias.

Dê-se ciência ao MPF.

São Paulo, 17 de junho de 2020.

AÇÃO RESCISÓRIA (47) Nº 5015544-20.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 33 - DES. FED. GILBERTO JORDAN

AUTOR: CELIA BENEDITA COSTA

Advogados do(a) AUTOR: KENIA VIEIRA LOFEGO DIAS - SP195556-N, JACOB MODOLO ZANONI JUNIOR - SP197755-N

REU: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL- INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Providencie a parte autora a regularização da representação processual e apresente declaração de hipossuficiência, no prazo de 15 (quinze) dias.

Intime-se.

São Paulo, 21 de junho de 2020.

AÇÃO RESCISÓRIA (47) Nº 5011218-17.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 33 - DES. FED. GILBERTO JORDAN
AUTOR: ANTONIO CARLOS FRANCISCO DOS SANTOS
Advogado do(a) AUTOR: CLARICE DOMINGOS DA SILVA - SP263352-N
REU: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Providencie a parte autora, no prazo de 15 (quinze) dias, declaração de hipossuficiência e cópia integral dos autos subjacentes.

Intime-se.

São Paulo, 20 de junho de 2020.

AÇÃO RESCISÓRIA (47) Nº 5006231-35.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 34 - DES. FED. BAPTISTA PEREIRA
AUTOR: MARIA APARECIDA CORREIA
Advogado do(a) AUTOR: RONALDO LUIZ SARTORIO - SP311167-A
REU: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DESPACHO

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

São Paulo, 19 de junho de 2020.

SUBSECRETARIA DA 1ª TURMA

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015860-33.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 01 - DES. FED. VALDECI DOS SANTOS

AGRAVANTE: JOAO CARLOS GERIN

Advogados do(a) AGRAVANTE: CRISTIANE TAMY TINA DE CAMPOS - SP150204-A, MARIA ANDRÉIA FERREIRA DOS SANTOS SANTOS - SP154065-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por João Carlos Gerin contra decisão que, em sede de embargos à execução fiscal, indeferiu o pedido de produção de prova pericial e testemunhal, bem como de apresentação de expedientes administrativos pela exequente.

A r. decisão agravada, sem síntese, restou assim fundamentada, *in verbis*:

[...] indefiro a produção das provas testemunhal e pericial, requeridas pela Embargante, vez que impertinentes ao deslinde da questão trazida aos autos, já que as questões arguidas pelas partes demandam apenas a análise da prova documental coligida aos autos. Indefiro, ainda, o pedido de requisição dos processos administrativos que originaram os débitos, visto que o próprio embargante poderia ter acesso aos autos, deles extraindo cópias autenticadas ou certidões, nos termos do art. 41 da Lei nº 6.830/80, para fins de instrução do feito.

Por sua vez, a parte agravante insurge-se, resumidamente, alegando que a decisão representa "cerceamento de defesa", bem como a impossibilidade de acesso aos documentos fiscais em razão da situação de pandemia.

Diante disso, busca o provimento do recurso no tocante à dilação probatória.

É o relatório.

Decido.

O recurso não comporta conhecimento.

Nos termos do art. 1.015 do CPC, “Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:”

I - tutelas provisórias;

II - mérito do processo;

II - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;

IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;

V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;

VI - exibição ou posse de documento ou coisa;

VII - exclusão de litisconsorte;

VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;

IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;

X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;

XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1o;

XII - (VETADO);

XIII - outros casos expressamente referidos em lei.

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

Ademais, dispõe o art. 1.009 do CPC, *in verbis*:

Art. 1.009. Da sentença cabe apelação.

§ 1o As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.

Dessa feita, depreende-se que as decisões interlocutórias não sujeitas a agravo de instrumento não são irrecorríveis, mas apenas temo momento de revisão diferido.

Nesse cenário, observa-se que a decisão que indefere pedido de produção de provas, hipótese não prevista no rol do art. 1.015 do CPC, não é passível de recurso por meio de agravo de instrumento.

Nesse sentido:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE INDEFERIU A REALIZAÇÃO DE PERÍCIA EM EMBARGOS À EXECUÇÃO. ALEGAÇÕES EMINENTEMENTE DE DIREITO. PROVA PERICIAL: DESNECESSIDADE. RECURSO QUE NÃO SE SOBSPOME A QUAISQUER DAS HIPÓTESES LEGAIS. TAXATIVIDADE MITIGADA: INAPLICÁVEL NA SINGULARIDADE. AUSENTES A RELEVÂNCIA DOS FUNDAMENTOS E A URGÊNCIA. MATÉRIA A SER APRECIADA EM PRELIMINAR DE APELAÇÃO. AGRAVO IMPROVIDO.

1. O agravo de instrumento subjacente foi interposto contra a decisão de primeiro grau que indeferiu o pedido de realização de perícia em embargos à execução fiscal, recurso que não se subsume a quaisquer das hipóteses previstas no artigo 1.015 do Código de Processo Civil de 2015.

2. Ainda que considerado o atual entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido da taxatividade mitigada do rol do artigo 1.015 do Código de Processo Civil (Tema 988), no caso concreto não se verifica urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão em eventual recurso de apelação.

3. A matéria de suposto cerceamento de defesa deverá, se o caso, ser mencionada como preliminar de apelação na esteira do que dispõe a nova legislação processual civil.

4. Ademais, não há relevância das alegações. Isto porque os temas arguidos nos embargos à execução são, como aliás bem destacado na r. decisão agravada de 1º grau, são eminentemente de direito: nulidade do título executivo, por conta de fundamentação genérica, e do processo administrativo, pela fato de não ter sido oportunizada a defesa administrativa; e impossibilidade de cobrança concomitante da multa isolada e da multa de ofício e, ainda, a inviabilidade de cobrança desta última.

5. O pedido de prova pericial formulado na petição inicial dos embargos é genérico. Não há justificativa expressa a respeito de que ponto a executada/embargante pretende aclarar com a realização de tal prova.

6. Precedentes do STJ e desta Corte Regional (REsp 1729794/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/05/2018, DJe 09/05/2018; TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5004215-16.2017.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal LUIS CARLOS HIROKI MUTA, julgado em 20/09/2017, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 25/09/2017; TRF 3ª Região, 1ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5003580-35.2017.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal WILSON ZAUHY FILHO, julgado em 28/03/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 02/04/2019 e TRF 3ª Região, 6ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5008574-09.2017.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 22/06/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 02/07/2018).

7. Agravo interno improvido.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5017007-65.2018.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 02/12/2019, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019)

PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE INDEFERIU PRODUÇÃO DE PROVA. NÃO CABIMENTO. FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS NO ART. 1.015 DO CPC. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. As hipóteses de cabimento do agravo de instrumento estão elencadas no art. 1.015 do CPC e a decisão que não acolhe a produção de prova não se encontra elencada no rol.

2. A insurgência contra o indeferimento de produção da prova deve ser arguida em preliminar de apelação, não havendo nisso cerceamento do direito de defesa da agravante. Precedentes.

3. Agravo interno não provido.

(TRF 3ª Região, 1ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5028354-61.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal HELIO EGYDIO DE MATOS NOGUEIRA, julgado em 03/06/2020, Intimação via sistema DATA: 04/06/2020)

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE INDEFERIU PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. NÃO CABIMENTO. ROL TAXATIVO. RECURSO NÃO CONHECIDO.

1. O Código de Processo Civil de 2015 elenca as hipóteses taxativas de cabimento do agravo de instrumento em seu artigo 1.015.

2. No presente caso, o pronunciamento recorrido indeferiu pedido de produção de prova pericial formulado no bojo ação amulatória de débitos fiscais, hipótese não contemplada no rol do artigo 1.015 do CPC/2015.

3. Ressalte-se que o presente caso não se confunde com a ação de produção antecipada de provas, hipótese em que eventual indeferimento do pedido poderia estar relacionado ao mérito do processo.

4. Embora o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Recursos Especiais nº 1.696.396 e 1.704.520, sob o rito dos recursos repetitivos (Tema 988), tenha decidido pela relativização da taxatividade imposta no artigo 1.015 do CPC, não restou demonstrada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão em eventual recurso de apelação, hipótese em que seria admissível o manejo do agravo de instrumento.

5. Por fim, para os casos em que a parte entenda haver omissão do MM. Magistrado julgante, deve-se opor, primeiramente, o recurso de embargos de declaração, cabível para sanar eventuais vícios do pronunciamento judicial, conforme determina o art. 1.022, inciso II, do Código de Processo Civil.

6. Agravo de instrumento não conhecido.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5021666-83.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 23/01/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 27/01/2020)

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE INDEFERE PRODUÇÃO DE PROVA. NÃO CABIMENTO. ROL TAXATIVO. RECURSO NÃO CONHECIDO. 1. O Código de Processo Civil de 2015 elenca as hipóteses taxativas de cabimento do agravo de instrumento em seu artigo 1.015. 2. No presente caso, o pronunciamento recorrido indeferiu pedido de produção de provas (pericial, documental e testemunhal) formulado no bojo dos embargos à execução fiscal, hipótese não contemplada no rol do artigo 1.015 do CPC/2015. 3. Ressalte-se que o presente caso não se confunde com a ação de produção antecipada de provas, hipótese em que eventual indeferimento do pedido poderia estar relacionado ao mérito do processo. 4. Agravo de instrumento não conhecido. (TRF3, AI n. 0019017-41.2016.4.03.0000/SP, Rel. Juíza Fed. Conv. Eliana Marcelo, Terceira Turma, j. 26/01/2017, e-DJF3 03/02/2017 Pub. Jud. I - TRF).

Diante do exposto, nos termos do art. 932, III do CPC, não conheço do recurso.

Comunique-se.

P.I.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5012392-61.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 01 - DES. FED. VALDECI DOS SANTOS
AGRAVANTE: GUARDIAO DIGITAL GESTAO DO CONHECIMENTO EIRELI - EPP
Advogado do(a) AGRAVANTE: SANDRA REGINA FREIRE LOPES - SP244553-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por GUARDIAO DIGITAL GESTAO DO CONHECIMENTO EIRELI – EPP em face de decisão que, em sede de mandado de segurança, indeferiu a liminar requerida.

A parte agravante relata, em síntese, que a crise ocasionada pela pandemia do COVID 19 afetou diretamente a sua atividade empresarial e faturamento.

Narra que, diante da proliferação do coronavírus, ocorreu a edição de Decreto Legislativo 06/2020 decretando o estado de calamidade pública com efeitos até 31/12/2020, bem como, diversos Estados da Federação já reconheceram o estado de calamidade pública (exemplo: São Paulo por meio do Decreto 64.879/2020).

Pontua que, no caso em tela, deve ser aplicada por analogia a Teoria do Fato do Príncipe, eis que atos e ações da Administração Pública inviabilizaram o exercício de sua atividade econômica, devendo ocorrer alteração parcial e momentânea dos prazos para pagamento dos tributos. Aduz que o recolhimento de tributos em momento de calamidade pública pode acarretar em violação ao princípio da capacidade contributiva, livre iniciativa e justiça fiscal.

Sustenta a aplicação da regra do art. 1º da Portaria MF n. 12/2012, que estabelece a possibilidade de postergar as datas de vencimento de tributos federais para o último dia útil do 3º mês subsequente quando houver decreto estadual reconhecendo o estado de calamidade pública.

Neste contexto, requer que seja postergado o recolhimento dos tributos federais, bem como, o cumprimento das obrigações acessórias correlatas, até o último dia útil de março de 2021 ou, subsidiariamente, por 120 dias em relação a cada um dos vencimentos.

Pleiteia a reforma da r. decisão. Pugna pela concessão da antecipação da tutela recursal.

É o relatório.

DECIDO.

Dispõe o art. 1.019, I do CPC, *in verbis*:

Art. 1.019. Recebido o agravo de instrumento no tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o relator, no prazo de 5 (cinco) dias:

I - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão;

Assim, necessário perquirir se presentes os requisitos para antecipação dos efeitos da tutela recursal (art. 300 do CPC).

No caso em apreço, a questão refere-se à prorrogação dos vencimentos dos tributos federais, considerando a atual crise ocasionada pela pandemia de COVID 19.

A Portaria MF n. 12/2012 prevê:

Art. 1º As datas de vencimento de tributos federais administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), devidos pelos sujeitos passivos domiciliados nos municípios abrangidos por decreto estadual que tenha reconhecido estado de calamidade pública, ficam prorrogadas para o último dia útil do 3º (terceiro) mês subsequente.

§ 1º O disposto no caput aplica-se ao mês da ocorrência do evento que ensejou a decretação do estado de calamidade pública e ao mês subsequente.

§ 2º A prorrogação do prazo a que se refere o caput não implica direito à restituição de quantias eventualmente já recolhidas.

§ 3º O disposto neste artigo aplica-se também às datas de vencimento das parcelas de débitos objeto de parcelamento concedido pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) e pela RFB.

Art. 2º Fica suspenso, até o último dia útil do 3º (terceiro) mês subsequente, o prazo para a prática de atos processuais no âmbito da RFB e da PGFN pelos sujeitos passivos domiciliados nos municípios de que trata o art. 1º.

Parágrafo único. A suspensão do prazo de que trata este artigo terá como termo inicial o 1º (primeiro) dia do evento que ensejou a decretação do estado de calamidade pública.

Art. 3º A RFB e a PGFN expedirão, nos limites de suas competências, os atos necessários para a implementação do disposto nesta Portaria, inclusive a definição dos municípios a que se refere o art. 1º.

Art. 4º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

Vislumbra-se que a Portaria instituiu uma condição para a prorrogação do pagamento, sendo esta a expedição pela RFB e PGFN, nos limites de suas competências, de atos necessários para a implementação e especificação dos Municípios abrangidos pelo Decreto Estadual que tenha reconhecido o estado de calamidade pública. Desta feita, verifica-se que há discricionariedade administrativa quanto a opção de editar os atos ao seu alcance.

Ocorre que, até o momento, tais atos complementares ainda não foram implementados, o que acarreta a não incidência da Portaria no caso ora em análise. Cumpre frisar que o Poder Judiciário não deve atuar como legislador positivo e, eventual moratória sem lei acarretaria em usurpação da competência dos demais Poderes. Ademais, o estado de calamidade a que se refere a Portaria tem aplicação em situações pontuais, não gerais e abrangentes a todo território nacional, sendo necessário anotar que a sua edição ocorreu em contexto histórico diverso do atual vivido.

Ressalte-se que, quanto à suspensão da exigibilidade do crédito tributário, o Código Tributário Nacional estabelece:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I - moratória;

II - o depósito do seu montante integral;

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

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

V - a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial;
(Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

VI - o parcelamento. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

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

Art. 152. A moratória somente pode ser concedida:

I - em caráter geral:

a) pela pessoa jurídica de direito público competente para instituir o tributo a que se refira;

b) pela União, quanto a tributos de competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, quando simultaneamente concedida quanto aos tributos de competência federal e às obrigações de direito privado;

II - em caráter individual, por despacho da autoridade administrativa, desde que autorizada por lei nas condições do inciso anterior.

Parágrafo único. A lei concessiva de moratória pode circunscrever expressamente a sua aplicabilidade à determinada região do território da pessoa jurídica de direito público que a expedir; ou a determinada classe ou categoria de sujeitos passivos.

Art. 153. A lei que conceda moratória em caráter geral ou autorize sua concessão em caráter individual especificará, sem prejuízo de outros requisitos:

I - o prazo de duração do favor;

II - as condições da concessão do favor em caráter individual;

III - sendo caso:

a) os tributos a que se aplica;

b) o número de prestações e seus vencimentos, dentro do prazo a que se refere o inciso I, podendo atribuir a fixação de uns e de outros à autoridade administrativa, para cada caso de concessão em caráter individual;

c) as garantias que devem ser fornecidas pelo beneficiado no caso de concessão em caráter individual.

Deste modo, a concessão de moratória está submetida ao princípio da reserva legal, dependendo de edição de lei específica, da qual não se tem notícia até o momento. Necessário mencionar que não compete ao Poder Judiciário instituir benefício tributário sem previsão no ordenamento jurídico, eis que versa sobre disponibilidade de crédito público, considerando não ter atribuição legal ou constitucional para fazê-lo. Eventual prorrogação de vencimentos de tributos e a adoção de determinadas medidas de política pública devem ser analisadas pelos Poderes Executivo e Legislativo, que poderão avaliar a sua viabilidade e razoabilidade.

Desta feita, em que pese toda a situação narrada neste recurso e do momento vivido pelo País, não verifico presentes os requisitos para a concessão do efeito pleiteado.

Diante do exposto, **indeferido** a antecipação da tutela recursal.

Intime-se a parte agravada para apresentação da contraminuta, nos termos do artigo 1.019, inciso II, do Código de Processo Civil de 2015.

P.I.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5006049-23.2018.4.03.6110
RELATOR: Gab. 01 - DES. FED. VALDECI DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ROBERTO SALADINI

Advogados do(a) APELADO: PAULO CESAR ANDRADE DE SOUZA FILHO - BA53408-A, PAULO NASCIMENTO CORREA - SP328490-A, LUIZ AUGUSTO DE ARAGAO CIAMPI - SP256120-A, ALBERTO CORREA FILHO - SP259943-A, JONATHAN MARTINS - SP329573-A, JOSE CARLOS MARTINS - SP247454-A, FELIPE AIHARA - SP195266-E, LEANDRO DE PAULA SOUZA - SP214346-A

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Intime-se a parte autora para que apresente manifestação quanto aos embargos de declaração opostos,

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000014-31.2019.4.03.6104

RELATOR: Gab. 01 - DES. FED. VALDECI DOS SANTOS

APELANTE: SPAL INDUSTRIA BRASILEIRA DE BEBIDAS S/A

Advogados do(a) APELANTE: CRISTIANO ZECCHETO SAEZ RAMIREZ - SP188439-A, LUIS HENRIQUE SOARES DA SILVA - SP156997-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de pedido de substituição de depósito judicial por seguro garantia em ação cautelar com pedido de antecipação de garantia à futura execução fiscal.

A r. sentença extinguiu o feito sem resolução do mérito.

Por sua vez apelou a autora a fim de que seja reconhecida a garantia oferecida por meio de depósito para possibilitar renovação de certidão positiva com efeito de negativa em relação aos tributos federais.

No tocante ao pedido de substituição da garantia ao processo administrativo nº 04977.602706/2018-61 – CDA nº 80618122076-83, a requerente apresenta, em síntese, a seguinte motivação:

(i)- o cenário econômico, em decorrência da propagação da pandemia pelo COVID19;

(ii)- “diante desse evento, a necessidade de caixa (dinheiro) se tornou premente, eis que, para manter suas atividades e honrar suas obrigações, os níveis atuais de faturamento são insuficientes”;

(iii)- decisão do Conselho Nacional de Justiça (Processo Administrativo nº 0009820-09.2019.2.00.000), sobre possibilidade do levantamento de depósitos judiciais em decorrência da situação atualmente vivida, a partir da apresentação de seguro garantia ou fiança bancária;

(iv)- princípio da menor onerosidade;

(v)- possibilidade de apresentação de seguro garantia ao dinheiro, nos termos do art. 9º, II da Lei n.º 6.830/80.

Com tais fundamentos, requer o levantamento do depósito, tão logo seja juntada a apólice do seguro garantia.

Por sua vez, a Fazenda Nacional opõe-se ao pleito, em resumo, por meio dos seguintes argumentos:

- a. Nos termos do art. 1º, §3º da Lei n.º 9.703/98, o levantamento dos depósitos está condicionado ao trânsito em julgado;
- b. Em relação à situação oriunda da pandemia de Covid-19, aponta que, especificamente em matéria tributária, foram editados diversos atos administrativos que visaram à adequação do sistema normativo de cobrança até então vigente. A pretensão da contribuinte, se deferida, resulta em periculum in mora inverso. O impacto sobre as contas públicas é irreversível. A medida, se autorizada pelo Poder Judiciário o transforma em agente político atuante na construção de políticas públicas, situação que nossos arranjos constitucionais e institucionais vedam objetivamente. Não é esse o papel constitucional do Poder Judiciário;

- c. Acaba por configurar a quebra da isonomia - que em qualquer tempo e em qualquer cenário jurídico e econômico, busca-se preservar;
- d. No que concerne à recente decisão do Conselho Nacional de Justiça (Processo Administrativo nº 0009820-09.2019.2.00.000), defende que, enquanto na jurisdição trabalhista o depósito é mandatório no caso de recurso em face de decisão em favor do reclamante, no direito tributário é faculdade do contribuinte, a menos que se tenha ordem judicial nesse sentido;
- e. Com a promulgação da Lei 9.703/1998, os depósitos passaram a ser transferidos automaticamente para a conta única do Tesouro Nacional quando da sua realização, de modo que, caso seja deferido o pedido da contribuinte, o interesse individual estará sendo assegurado em prejuízo do interesse público;
- f. Se todos os contribuintes pleitearem a liberação dos depósitos judiciais, o que se verá é um completo desfalque nas contas públicas do Governo Federal, com consequências imediatas na atenuação do déficit primário do orçamentário, cuja estimativa já supera 350 bilhões de reais (4,5% do PIB);
- g. Trata-se de ato jurídico perfeito, consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou (art. 6º, LINDB).

É o relatório.

Decido.

Ressalte-se que, quanto à suspensão da exigibilidade do crédito tributário, o Código Tributário Nacional estabelece:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I - moratória;

II - o depósito do seu montante integral;

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

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

V - a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial;
(Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

VI - o parcelamento. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

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

Art. 152. A moratória somente pode ser concedida:

I - em caráter geral:

a) pela pessoa jurídica de direito público competente para instituir o tributo a que se refira;

b) pela União, quanto a tributos de competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, quando simultaneamente concedida quanto aos tributos de competência federal e às obrigações de direito privado;

II - em caráter individual, por despacho da autoridade administrativa, desde que autorizada por lei nas condições do inciso anterior:

Parágrafo único. A lei concessiva de moratória pode circunscrever expressamente a sua aplicabilidade à determinada região do território da pessoa jurídica de direito público que a expedir, ou a determinada classe ou categoria de sujeitos passivos.

Art. 153. A lei que conceda moratória em caráter geral ou autorize sua concessão em caráter individual especificará, sem prejuízo de outros requisitos:

I - o prazo de duração do favor;

II - as condições da concessão do favor em caráter individual;

III - sendo caso:

a) os tributos a que se aplica;

b) o número de prestações e seus vencimentos, dentro do prazo a que se refere o inciso I, podendo atribuir a fixação de uns e de outros à autoridade administrativa, para cada caso de concessão em caráter individual;

c) as garantias que devem ser fornecidas pelo beneficiado no caso de concessão em caráter individual.

Deste modo, a concessão de moratória está submetida ao princípio da reserva legal, dependendo de edição de lei específica, da qual não se tem notícia até o momento. Necessário mencionar que não compete ao Poder Judiciário instituir benefício tributário sem previsão no ordenamento jurídico, eis que versa sobre disponibilidade de crédito público, considerando não ter atribuição legal ou constitucional para fazê-lo. Eventual prorrogação de vencimentos de tributos e a adoção de determinadas medidas de política pública devem ser analisadas pelos Poderes Executivo e Legislativo, que poderão avaliar a sua viabilidade e razoabilidade.

Nada obstante o art. 9º, inc. II, da Lei n.º 6.830/80, com a redação dada pela Lei n.º 13.043/14, ter incluído o seguro garantia no rol das espécies de garantia à execução, bem como o C. STJ já ter decidido acerca da possibilidade de oferecimento de caução (REsp n.º 1123669/RS), antes da propositura da execução fiscal, com a finalidade de possibilitar a expedição de certidão positiva com efeitos de negativa, o mesmo não se pode dizer em relação à suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA. SUBSTITUIÇÃO DE DEPÓSITO JUDICIAL EFETUADO PARA SUSPENDER EXIGIBILIDADE DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO POR SEGURO GARANTIA. DESCABIMENTO. MOVIMENTAÇÃO DOS VALORES DEPOSITADOS EM JUÍZO. IMPOSSIBILIDADE ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DEMANDA À QUAL VINCULADOS. PLAUSIBILIDADE DO DIREITO INVOCADO. AUSÊNCIA.

1. *Cuida-se de pedido de tutela de urgência formulado pela ora agravante objetivando apresentar seguro-garantia no valor integral do crédito discutido em recurso especial, ainda sem juízo de admissibilidade no Tribunal de origem, em substituição ao depósito realizado.*

2. ***É firme nesta Corte o entendimento no sentido de que o seguro garantia judicial não se enquadra como uma das hipóteses previstas no artigo 151 do CTN de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Precedentes.***

3. *A jurisprudência desta Corte reconhece que a movimentação do depósito judicial efetuado na forma do artigo 151, II, do CTN, fica condicionada ao trânsito em julgado do processo a que se encontra vinculado. Precedentes.*

4. *Não demonstrada a plausibilidade do direito, obstado fica o trânsito da pretensão autoral.*

5. *Agravo interno não provido.*

(AgInt no TP 176/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/11/2019, DJe 20/11/2019) negritei.

Outrossim, é assente a jurisprudência no sentido de que o levantamento de depósito efetuado, com a finalidade do art. 151, II do CTN, é condicionado ao trânsito em julgado, *in verbis*:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. DEPÓSITO JUDICIAL DO VALOR DO TRIBUTO. NATUREZA. EFEITOS. LEVANTAMENTO, PELO CONTRIBUINTE, CONDICIONADO AO TRÂNSITO EM JULGADO DE SENTENÇA DE MÉRITO EM SEU FAVOR. PRECEDENTE DA 1ª SEÇÃO.

1. O depósito do montante integral, na forma do art. 151, II, do CTN, constitui modo, posto à disposição do contribuinte, para suspender a exigibilidade do crédito tributário. Porém, uma vez realizado, o depósito opera imediatamente o efeito a que se destina, inibindo, assim, qualquer ato do Fisco tendente a haver o pagamento.

No caso, o depósito ensejou, além disso, o imediato desembaraço aduaneiro da mercadoria. Sob esse aspecto, tem função assemelhada à da penhora realizada na execução fiscal, que também tem o efeito de suspender os atos executivos enquanto não decididos os embargos do devedor.

2. O direito - ou faculdade - atribuído ao contribuinte, de efetuar o depósito judicial do valor do tributo questionado, não importa o direito e nem a faculdade de, a seu critério, retirar a garantia dada, notadamente porque, suspendendo a exigibilidade do crédito tributário, ela operou, contra o réu, os efeitos próprios de impedi-lo de tomar qualquer providência no sentido de cobrar o tributo ou mesmo de, por outra forma, garanti-lo.

3. As causas de extinção do processo sem julgamento do mérito são invariavelmente imputáveis ao autor da ação, nunca ao réu. Admitir que, em tais casos, o autor é que deve levantar o depósito judicial, significaria dar-lhe o comando sobre o destino da garantia que ofereceu, o que importaria retirar do depósito a substância fiduciária que lhe é própria.

4. Assim, ressalvadas as óbvias situações em que a extinção do processo decorre da circunstância de não ser a pessoa de direito público parte na relação de direito material questionada, o depósito judicial somente poderá ser levantado pelo contribuinte que, no mérito, se consagrar vencedor. Nos demais casos, extinto o processo sem julgamento de mérito, o depósito de converte em renda.

Precedente da 1ª Seção: EREsp 479725/BA, Min. José Delgado, DJ 26.09.2005.

5. No caso específico, o depósito operou também outro efeito: o de permitir o imediato desembaraço aduaneiro e a entrega ao seu destinatário de mercadorias importadas, retirando, assim, mais uma garantia do Fisco, situação que não tem como ser recomposta ante a extinção do processo sem julgamento de mérito.

6. Embargos de divergência providos.

(EREsp 227.835/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/11/2005, DJ 05/12/2005, p. 206)

Dentre os argumentos para tal conclusão, depreende-se a finalidade dúplice do depósito: (1) suspender a exigibilidade do débito e (2) garantia do pagamento do débito discutido. Nesse sentido: STJ, REsp 1157786/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/10/2010, DJe 28/10/2010.

Ademais, a Lei n.º 9.703/1998, que trata dos depósitos judiciais e extrajudiciais de tributos e contribuições federais, dispõe em seu art. 1º, §3º que o levantamento dos depósitos ocorre como o encerramento de lide, *in verbis*:

Art. 1º Os depósitos judiciais e extrajudiciais, em dinheiro, de valores referentes a tributos e contribuições federais, inclusive seus acessórios, administrados pela Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda, serão efetuados na Caixa Econômica Federal, mediante Documento de Arrecadação de Receitas Federais - DARF, específico para essa finalidade.

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, aos débitos provenientes de tributos e contribuições inscritos em Dívida Ativa da União.

§ 2º Os depósitos serão repassados pela Caixa Econômica Federal para a Conta Única do Tesouro Nacional, independentemente de qualquer formalidade, no mesmo prazo fixado para recolhimento dos tributos e das contribuições federais.

§ 3º Mediante ordem da autoridade judicial ou, no caso de depósito extrajudicial, da autoridade administrativa competente, **o valor do depósito, após o encerramento da lide ou do processo litigioso**, será:

I - devolvido ao depositante pela Caixa Econômica Federal, no prazo máximo de vinte e quatro horas, quando a sentença lhe for favorável ou na proporção em que o for, acrescido de juros, na forma estabelecida pelo § 4º do art. 39 da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995, e alterações posteriores; ou

II - transformado em pagamento definitivo, proporcionalmente à exigência do correspondente tributo ou contribuição, inclusive seus acessórios, quando se tratar de sentença ou decisão favorável à Fazenda Nacional. (negritei).

Neste contexto, no que concerne ao pedido de substituição da penhora/depósito em dinheiro por seguro garantia, o C. STJ já firmou entendimento acerca da necessidade de anuência por parte da Fazenda Pública, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. ORDEM LEGAL. SUBSTITUIÇÃO. DEPÓSITO EM DINHEIRO POR SEGURO-GARANTIA. ANUÊNCIA DA FAZENDA PÚBLICA. NECESSIDADE. OFENSA AO ART. 525, I, DO CPC/1973. INEXISTÊNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Trata-se de Agravo Interno contra decisão monocrática (fls. 135-139, e-STJ) que deu provimento ao recurso fazendário.

2. A Primeira Seção do STJ, em julgamento submetido ao rito do art. 543-C do CPC/1973, estabeleceu ser possível rejeitar pedido de substituição da penhora quando descumprida a ordem legal dos bens penhoráveis estatuída no art. 11 da LEF, além de nos arts. 655 e 656 do CPC, mediante a recusa justificada da exequente (REsp 1.090.898/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe 31/8/2009). 3. Por outro lado, encontra-se assentado o posicionamento de que a fiança bancária não possui o mesmo status que o depósito em dinheiro. Precedentes: AgRg nos EAREsp 415.120/PR, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, DJe 27.5.2015; AgRg no REsp 1.543.108/SP, Rel. Ministro Huberto Martins, Segunda Turma, DJe 23.9.2015).

4. A mesma ratio decidendi deve ser aplicada à hipótese do seguro-garantia, a ela equiparado no art. 9º, II, da LEF. Precedentes específicos: REsp 1.592.339/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 1º.6.2016; AgRg no AREsp 213.678/SE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 24.10.2012.

5. Não há falar em ofensa ao art. 525, I, do CPC/1973. O Tribunal de origem consignou à fl. 122, e-STJ, que "eventual nulidade das intimações anteriores (...), ou deficiência na instrução dos presentes autos deveria ter sido arguida no momento oportuno, quando a parte se manifestou nos autos às fls. 52/55", o que não ocorreu. O STJ entende que "a ausência ou nulidade de intimação deve ser alegada na primeira oportunidade, sob pena de preclusão" (AgInt no AREsp 1.307.819/SC, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 7.12.2018).

6. Agravo Interno não provido. (AgInt no REsp 1754365/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/02/2019, DJe 11/03/2019)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DE SENTENÇA. 1. SUBSTITUIÇÃO DA PENHORA EM DINHEIRO POR SEGURO GARANTIA. EXCEPCIONALIDADE NÃO DEMONSTRADA. INDEFERIMENTO DA MEDIDA. SÚMULA 83 DO STJ. 2. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

1. "Realizada a penhora em dinheiro, não cabe, em regra, a sua substituição por seguro garantia ou fiança bancária, por força do princípio da satisfação do credor" (AgRg no AREsp 730.565/SC, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 19/4/2016, DJe 26/4/2016).

1.1. A Corte estadual considerou não haver nenhuma circunstância extraordinária que pudesse afastar o entendimento de ser inviável a substituição da penhora em dinheiro por seguro garantia. Incidência da Súmula 83 do STJ.

2. Agravo interno improvido.

(AgInt no AREsp 1066079/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/08/2017, DJe 17/08/2017)

No mesmo sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. ARTIGO 1.021 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. POSSIBILIDADE DA DECISÃO UNIPESSOAL, AINDA QUE NÃO SE AMOLDE ESPECIFICAMENTE AO QUANTO ABRIGADO NO NCPC. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DAS EFICIÊNCIA (ART. 37, CF), ANÁLISE ECONÔMICA DO PROCESSO E RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO (ART. 5º, LXXVIII, CF - ART. 4º NCPC). ACESSO DA PARTE À VIA RECURSAL (AGRAVO). APRECIÇÃO DO TEMA DE FUNDO: AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

1. Eficiência e utilitarismo podem nortear interpretações de normas legais de modo a que se atinja, com rapidez sem excessos, o fim almejado pelas normas e desejado pela sociedade a justificar a ampliação interpretativa das regras do NCPC que permitem as decisões unipessoais em sede recursal, para além do que a letra fria do estatuto processual previu, dizendo menos do que deveria. A possibilidade de maior amplitude do julgamento monocrático - controlado por meio do agravo - está consoante os princípios que se espraiam sobre todo o cenário processual, tais como o da eficiência (art. 37, CF; art. 8º do NCPC) e da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CF; art. 4º do NCPC).

2. O ponto crucial da questão consiste em, à vista de decisão monocrática, assegurar à parte acesso ao colegiado. O pleno cabimento de agravo interno - AQUI UTILIZADO PELA PARTE - contra o decisor, o que afasta qualquer alegação de violação ao princípio da colegialidade e de cerceamento de defesa; ainda que haja impossibilidade de realização de sustentação oral, a matéria pode, desde que suscitada, ser remetida à apreciação da Turma, onde a parte poderá acompanhar o julgamento colegiado, inclusive valendo-se de prévia distribuição de memoriais.

3. O depósito do montante cobrado na execução fiscal foi efetuado de forma voluntária pela devedora.

4. É certo que a lei atual ampara o seguro-garantia e a carta de fiança como equivalentes da penhora (nova redação do art. 15, I, da LEF, pela Lei nº 13.043/14), mas a lei não impede que o Fisco discorde da oferta dessa garantia se a mesma infringir normatização que traz certa dose de segurança para o exequente no sentido de que o seguro não é uma quimera ou um "golpe" contra o Poder Público para se obter fantasiosamente a suspensão da exigibilidade do débito exequendo.

5. Do STJ colhe-se que "Esta Corte firmou posicionamento, em recurso repetitivo, segundo o qual é legítima a recusa ou a substituição, pela Fazenda Pública, de bem nomeado à penhora em desacordo com a gradação legal prevista nos arts. 11 da Lei n. 6.830/80, e 655 do CPC, devendo a parte executada apresentar elementos concretos que justifiquem a incidência do princípio da menor onerosidade para afastar a ordem legal, não demonstrados na espécie" (AgInt no REsp 1605001/SC, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe 25/10/2016).

6. Cumpre salientar que o art. 15, inciso I, da LEF (com redação da Lei nº 13.043/2014) permite, na verdade, é a substituição de uma penhora (leia-se "de menor liquidez") por outra de "maior liquidez", ou seja, pelo depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia. A inviabilidade reside no caminho inverso: substituir o dinheiro – situado no topo da ordem de preferência, como sendo o de maior liquidez – por um bem de menor liquidez, in casu, o seguro garantia.

7. Ademais, o art. 805 do CPC não concede ao devedor o "comando" da execução, e por isso não lhe dá direito subjetivo à substituição pretendida. O devedor não pode ser "o dono" da execução e que não pode - sequer por hipótese - "ditar regras" ao juízo da execução.

8. Agravo interno não provido.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5006020-33.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 20/03/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 24/03/2020)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CAUTELAR. SUBSTITUIÇÃO DO DEPÓSITO JUDICIAL POR SEGURO GARANTIA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. Infundado o pedido de reforma da decisão, que negou antecipação de tutela recursal, pois necessária, além da relevância da tese, a prova do risco de dano irreparável, o que não restou demonstrado.

2. As alterações da Lei 13.043/2014 apenas serviram para estabelecer, no inciso II do artigo 9º, que na garantia da execução fiscal pode ser ofertada fiança bancária ou seguro garantia; e no artigo 15, I, que é possível substituir penhora anterior por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia.

3. Não se alterou, pois, a ordem de preferência legal contida no artigo 11 da Lei 6.830/1980, em razão da qual assentada e firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a menor onerosidade não é invocável em prejuízo do interesse do credor e da natureza do crédito executado, daí porque não configurado o direito do devedor de substituir, sem o consentimento da parte contrária, o depósito judicial em dinheiro por seguro garantia.

4. Agravo interno e agravo de instrumento desprovidos.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5000730-42.2016.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal LUIS CARLOS HIROKI MUTA, julgado em 07/10/2016, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 20/10/2016)

Outrossim, o mesmo entendimento é aplicável à presente ação cautelar.

Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO. AÇÃO CAUTELAR. GARANTIA. EXECUÇÃO NÃO AJUIZADA. EXPEDIÇÃO CPD-EN. POSSIBILIDADE. DEPÓSITO EM DINHEIRO. SUBSTITUIÇÃO. SEGURO FIANÇA. REJEIÇÃO DA FAZENDA NACIONAL. POSSIBILIDADE. ARTIGOS 11 E 15 DA LEI DE EXECUÇÃO FISCAL. REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDA. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO INDEFERIDO. 1. Cuida-se de remessa necessária de sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Federal de Resende/RJ, que julgou procedente o pedido formulado pela autora para acolher a garantia oferecida na presente Ação Cautelar e suspender inscrições em Dívida Ativa da União. 2. Citada, a UNIÃO / FAZENDA NACIONAL informou que "a Autora procedeu ao depósito integral do valor em cobro, operando-se, portanto, a suspensão de exigibilidade do crédito, com fulcro no art. 151, II, CTN" (e-fl. 144). 3. Às fls. 180-181, a autora requer a juntada de Apólices de Seguro Garantia, em substituição às anteriormente acostadas aos autos, "tudo com vistas a manter os débitos objeto dos processos administrativos (...) integralmente garantidos". 4. Instada a se manifestar, a UNIÃO / FAZENDA NACIONAL informa que "o pedido de substituição das apólices, solicitado pela empresa Autora, não tem qualquer efeito no caso em concreto, eis que os débitos apontados na peça exordial encontram-se garantidos por depósito em dinheiro" e que "não tem a Fazenda Pública credora interesse na substituição dos referidos depósitos". 5. Com efeito, o oferecimento de caução idônea como garantia do débito para assegurar o Juízo de execução fiscal ainda não ajuizada, possibilita a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, com vistas a obter da Fazenda Nacional Certidão Positiva de Débitos com Efeitos de Negativa (CPD-EN), nos termos do art. 206 do CTN. 6. O C. STJ firmou o entendimento, em sede de recurso repetitivo, que "o contribuinte pode, após o vencimento da sua obrigação e antes da execução, garantir o juízo de forma antecipada, para o fim de obter certidão positiva com efeito de negativa" (STJ, REsp. 1.123.669/RS, Primeira Seção, Relator Ministro LUIZ FUX, DJe 1º.2.201). Na mesma linha, precedentes desta Corte Regional: AC 0027405-85.2013.4.02.5101, Quarta Turma Especializada, Relator Desembargador Federal LUIZ ANTONIO SOARES, e-DJF2R 1 3.2.2016; AG 0007404-17.2017.4.02.0000, Oitava Turma, Relator Desembargador Federal MARCELO PEREIRA DA SILVA, julgado em 13.10.2017, e-DJF2R 18.10.2017; AC 0004165-23.2006.4.02.5001, Terceira Turma Especializada, Relatora Juíza Federal Convocada GERALDINE PINTO VITAL DE CASTRO, julgado em 26.9.2017, e-DJF2R 2.10.2017. 7. De outra banda, quanto a substituição do depósito em dinheiro por seguro garantia, o pedido não merece guarida. A Fazenda Nacional se manifestou pelo indeferimento da substituição pretendida pela autora, tendo por fundamento o disposto nos artigos 11 e 15 da LEF. Ademais, conforme definido pela Primeira Seção do STJ, em julgamento submetido ao rito dos recursos repetitivos (CPC/73, art. 543-C), é possível à Fazenda Pública rejeitar o pedido de substituição de garantia, quando descumprida a ordem legal dos bens penhoráveis estatuída no art. 11 da LEF (STJ, AREsp 953.581/SP, Terceira Turma, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe 29.8.2016; AgRg-AREsp 726.208/RR, Primeira Turma, Relator Ministro GURGEL DE FARIA, DJe 10.6.2016; STJ, REsp 1.592.339/PR, Segunda Turma, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe 1º.6.2016). 8. Nessa linha, decidiu este Tribunal Regional: AG 0008615-88.2017.4.02.0000, Sétima Turma Especializada, Relator Desembargador JOSÉ ANTONIO NEIVA, julgado em 10.11.2017. 9. Remessa necessária desprovida. Pedido de substituição de garantia indeferido. (TRF2, Proc. N.º 0000277-66.2013.4.02.5109, Rel. Des. Fed. Ferreira Neves, Quarta Turma Especializada, j. 24/04/2018, disp. 28/05/2018).

No que concerne à decisão do Conselho Nacional de Justiça no Processo Administrativo nº 0009820-09.2019.2.00.000, impende reconhecer cingir-se a situação distinta, envolvendo depósitos no âmbito da sistemática processual da Justiça do Trabalho, sem efeito vinculante ao quanto tratado nos autos. Nesse sentido as seguintes decisões monocráticas já proferidas no âmbito desta E. Corte: APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0000733-88.2017.4.03.6130, Rel. Des. Fed. Souza Ribeiro, j. 04/06/2020; APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0013011-85.2015.4.03.6100, Rel. Des. Fed. Carlos Muta, j. 29/04/2020.

Em relação ao argumento do atual cenário do País, diante da situação de emergência em saúde pública, cumpre frisar que o Poder Judiciário não deve atuar como legislador positivo, impondo-se o enfrentamento das lides sem acarretar em usurpação da competência dos demais Poderes.

Igualmente, há que se ter o cuidado para não se confundir situações sedimentadas anteriormente ao evento supracitado, a fim de não incorrer num efeito multiplicador apto a ensejar danos maiores à coletividade.

Atento a essas premissas, o C. STJ já se manifestou contrariamente a pedido análogo, *in verbis*:

PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA Nº 2.700 - DF (2020/0096713-2)

RELATORA : MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES

REQUERENTE : TELEFONICA BRASIL S.A.

ADVOGADOS : LUIZ GUSTAVO ANTONIO SILVA BICHARA - DF021445

WOLMAR FRANCISCO AMÉLIO ESTEVES - SP167329

FRANCISCO CARLOS ROSAS GIARDINA - DF041765

ALINE PRADERA - DF047220

PEDRO MONTEIRO BOMFIMBELLO - DF063362

REQUERIDO : AGENCIA NACIONAL DE TELECOMUNICACOES

DECISÃO

Trata-se de pedido de tutela provisória, formulado por TELEFONICA BRASIL S.A., objetivando a substituição dos valores depositados nos autos do Mandado de Segurança 0000367-34.2006.4.01.3400 por seguro garantia judicial.

Relata a requerente que, na origem, impetrou "mandado de segurança em que se discute a contribuição ao FUST, tendo sido proferido acórdão que assegurou às Impetrantes o direito de não recolher a referida contribuição sobre receitas de interconexão e de Exploração Industrial de Linha Dedicada - EILD" (fl. 4e). Prossegue esclarecendo que "aludido acórdão foi desafiado via recursos excepcionais (REsp e RE - doc. 04) de ambas as partes, não admitidos os recursos da Anatel (doc. 05), restando já exaurida a competência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região e mantidos, assim, os efeitos da decisão recorrida".

Destaca que, objetivando suspender a exigibilidade dos créditos tributários objeto dos autos, a requerente passou a realizar depósitos judiciais. Afirma, porém, que a superveniência da pandemia da COVID-19 - Coronavirus Disease 2019 - alterou o contexto de suas operações econômicas.

Diz que "o reflexo de todas estas medidas implementadas não poderia ser diferente em relação ao setor de telecomunicações, que vem sendo exigido além de suas forças e condições de atendimento, mas as despesas - entre elas as de pessoal - seguem inafastáveis e, no caso específico da ora Requerente, na medida em que medidas judiciais e legislativas são propostas para que os consumidores não tenham seus serviços cortados por inadimplência" (fl. 6e).

Invocando o princípio da menor onerosidade, afirma que a substituição do depósito judicial encontra fundamento nos arts. 835, § 2º, da CPC, e 15, II, da Lei 6.830/80.

Em reforço, sustenta que "o Plenário do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em recentíssima decisão proferida nos autos do Processo nº 0009820-09.2019.2.00.0000, entendeu que é plenamente cabível a substituição de quantia penhorada em processo de execução por fiança bancária ou seguro garantia, nos termos do art. 835, § 2º do CPC" (fl. 14e).

Pugna, por fim, "nos termos do art. 4º, inciso VI, da Resolução nº 313 do CNJ, de 19/03/2020, pela concessão de tutela de urgência requerida e a autorização deste Juízo para a substituição dos valores depositados nos autos do processo em epígrafe por Apólice de Seguro Garantia Judicial, com acréscimo de 30%, cumpridos os requisitos previstos no artigo 835, § 2º, do Código de Processo Civil e nos exatos termos da Portaria PGF nº 440/2016, com a expressa determinação da suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos moldes do art. 151, inciso IV do CTN, por ser medida imprescindível para a manutenção do serviço público de telecomunicação prestado pela Peticionária. Em linha com o pedido supra e considerando que a emissão das garantias pelos contribuintes implica no pagamento de prêmio à Seguradora, a Requerente apresenta nesse momento uma MINUTA do instrumento que se pretende contratar para substituição dos depósitos judiciais por ela realizados (doc.07) para que seja intimada a Requerida acerca do preenchimento integral da Portaria PGF nº 440/16. Uma vez deferida a substituição, a Requerente providenciará a emissão da versão final do documento" (fls. 14/15e).

Pois bem. Independentemente da verificação do fumus boni iuris e do periculum in mora, o pedido da requerente esbarra em expressa vedação legal. A Lei 12.099/2009 estabelece que aos depósitos "tributários e não tributários relativos a fundos públicos, autarquias, fundações públicas e demais entidades federais integrantes dos orçamentos fiscal e da seguridade social, de que trata o Decreto-Lei nº 1.737, de 20 de dezembro de 1979, aplica-se o disposto na Lei nº 9.703, de 17 de novembro de 1998". Eis o que prevê a Lei 9.703/98:

[...].

Bem se vê que o § 3º do artigo 1º da aludida lei condiciona o levantamento do depósito judicial ou extrajudicial "ao encerramento da lide ou do processo litigioso", ocasião em que a ordem à instituição financeira partirá, no primeiro caso, da autoridade judicial e, no segundo, da autoridade administrativa. E nem poderia ser diferente. Afinal, "a garantia prevista no art. 151, II, do CTN tem natureza dúplice, porquanto, ao tempo em que impede a propositura da execução fiscal, a fluência dos juros e a imposição de multa, também acautela os interesses do Fisco em receber o crédito tributário com maior brevidade, permanecendo indisponível até o trânsito em julgado da sentença e tendo seu destino estritamente vinculado ao resultado da demanda em cujos autos se efetivou" (STJ, REsp 945.037/AM, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 03/08/2009).

[...].

Havendo norma expressa a vedar o levantamento do depósito judicial, a medida somente poderia ser autorizada ou mediante a declaração de inconstitucionalidade, o que nos damos por escusado de apreciar, ou mediante aquilo que a doutrina denomina superação (defeasibility) da regra legal.

O professor Humberto Ávila (in Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, Malheiros Editores, 2010, p. 114 e ss.) ensina que "as regras não devem ser obedecidas somente por serem regras e serem editadas por uma autoridade. Elas devem ser obedecidas, de um lado, porque sua obediência é moralmente boa e, de outro, porque produz efeitos relativos a valores prestigiados pelo próprio ordenamento jurídico, como segurança, paz e igualdade.

Ao contrário do que a atual exaltação dos princípios poderia fazer pensar, as regras não são normas de segunda categoria. Bem ao contrário, elas desempenham uma função importantíssima de solução previsível, eficiente e geralmente equânime de solução de conflitos sociais".

Por isso que "a superação de uma regra não exige apenas a mera ponderação do princípio da segurança jurídica com outro princípio constitucional específico, como ocorre nos casos de ponderação horizontal e direta de princípios constitucionais. (...) Isso porque a superação de uma regra não se circunscreve à solução de um caso, como ocorre na ponderação horizontal entre princípios mediante a criação de regras concretas de colisão; mas exige a construção de uma solução de um caso mediante a análise da sua repercussão para a maioria dos casos".

Na espécie, a provável repercussão para a maioria dos casos milita contra o pleito da companhia. Os depósitos judiciais para suspensão da exigibilidade do crédito tributário, mesmo em se tratando de tributo cuja capacidade tributária ativa seja exercida por autarquia, são destinados à conta única do Tesouro Nacional (art. 1º, § 2º, da Lei 9.703/98 c/c art. 3º, caput, da Lei 12.099/2009). A União, portanto, conta com os valores na gestão de seu fluxo de caixa. Em meio à pandemia, o levantamento dos depósitos, sem decisão judicial transitada em julgado, pode comprometer a implementação, pelo Poder Público, de políticas sociais e medidas econômicas anticíclicas. Claro está, pois, o risco à economia pública e à ordem social.

Ademais, mesmo sem adentrar no mérito da real situação financeira da companhia, fato é que a requerente, em momento de severa restrição do crédito privado, indica que logrará êxito na contratação de seguro garantia, circunstância a revelar que o indeferimento do pleito não lhe acarretará prejuízos irreparáveis.

Ante o exposto, indefiro o pedido de tutela provisória de urgência.

I.

Brasília (DF), 04 de maio de 2020.

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES

Relatora

(negritei)

Desta feita, em que pese toda a situação narrada neste pleito e do momento vivido pelo País, não verifico presentes os requisitos para o seu deferimento.

Após, tornem conclusos para julgamento da apelação.

P.I.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5014544-82.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 01 - DES. FED. VALDECI DOS SANTOS

AGRAVANTE: BANCO SANTANDER (BRASIL) S.A.

Advogados do(a) AGRAVANTE: LEONARDO AUGUSTO ANDRADE - SP220925-A, NEWTON NEIVA DE FIGUEIREDO DOMINGUETI - SP180615-A

INTERESSADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por BANCO SANTANDER (BRASIL) S.A. contra decisão que, em sede de execução fiscal, indeferiu pedido de substituição de depósito judicial por seguro garantia.

A parte agravante sustenta, em síntese, a necessidade da substituição do depósito judicial por seguro garantia, sob os seguintes fundamentos: I) o atual cenário econômico, em decorrência da propagação da pandemia pelo COVID19; II) a substituição da garantia permitirá o regular desempenho de sua atividade; III) menor onerosidade; IV) equiparação do seguro garantia ao dinheiro, nos termos do art. 15 da Lei n.º 6.830/80; V) decisão recente do Conselho Nacional de Justiça (Processo Administrativo nº 0009820-09.2019.2.00.000 – sessão realizada em 27/03/2020), na qual apresenta a possibilidade do levantamento de depósitos judiciais em decorrência da situação atualmente vivida, a partir da apresentação de seguro garantia ou fiança bancária.

Pleiteia a reforma da r. decisão para a substituição dos depósitos judiciais por seguro garantia ou, subsidiariamente a liberação de valores que entende depositados a maior. Pugna pela concessão da antecipação da tutela recursal.

É o relatório.

DECIDO.

Vale ressaltar que, nada obstante o art. 9º, inc. II, da Lei n.º 6.830/80, com a redação dada pela Lei n.º 13.043/14, ter incluído o seguro garantia no rol das espécies de garantia à execução, bem como o C. STJ já ter decidido acerca da possibilidade de oferecimento de caução (REsp n.º 1123669/RS), antes da propositura da execução fiscal, com a finalidade de possibilitar a expedição de certidão positiva com efeitos de negativa, o mesmo não se pode dizer em relação à suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA. SUBSTITUIÇÃO DE DEPÓSITO JUDICIAL EFETUADO PARA SUSPENDER EXIGIBILIDADE DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO POR SEGURO GARANTIA. DESCABIMENTO. MOVIMENTAÇÃO DOS VALORES DEPOSITADOS EM JUÍZO. IMPOSSIBILIDADE ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DEMANDA À QUAL VINCULADOS. PLAUSIBILIDADE DO DIREITO INVOCADO. AUSÊNCIA.

1. Cuida-se de pedido de tutela de urgência formulado pela ora agravante objetivando apresentar seguro-garantia no valor integral do crédito discutido em recurso especial, ainda sem juízo de admissibilidade no Tribunal de origem, em substituição ao depósito realizado.

2. É firme nesta Corte o entendimento no sentido de que o seguro garantia judicial não se enquadra como uma das hipóteses previstas no artigo 151 do CTN de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Precedentes.

3. A jurisprudência desta Corte reconhece que a movimentação do depósito judicial efetuado na forma do artigo 151, II, do CTN, fica condicionada ao trânsito em julgado do processo a que se encontra vinculado. Precedentes.

4. Não demonstrada a plausibilidade do direito, obstado fica o trânsito da pretensão autoral.

5. Agravo interno não provido.

(AgInt no TP 176/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/11/2019, DJe 20/11/2019) negritei.

Outrossim, é assente a jurisprudência no sentido de que o levantamento de depósito efetuado, com a finalidade do art. 151, II do CTN, é condicionado ao trânsito em julgado, *in verbis*:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. DEPÓSITO JUDICIAL DO VALOR DO TRIBUTO. NATUREZA. EFEITOS. LEVANTAMENTO, PELO CONTRIBUINTE, CONDICIONADO AO TRÂNSITO EM JULGADO DE SENTENÇA DE MÉRITO EM SEU FAVOR. PRECEDENTE DA 1ª SEÇÃO.

1. O depósito do montante integral, na forma do art. 151, II, do CTN, constituiu modo, posto à disposição do contribuinte, para suspender a exigibilidade do crédito tributário. Porém, uma vez realizado, o depósito opera imediatamente o efeito a que se destina, inibindo, assim, qualquer ato do Fisco tendente a haver o pagamento. No caso, o depósito ensejou, além disso, o imediato desembaraço aduaneiro da mercadoria. Sob esse aspecto, tem função assemelhada à da penhora realizada na execução fiscal, que também tem o efeito de suspender os atos executivos enquanto não decididos os embargos do devedor.

2. O direito - ou faculdade - atribuído ao contribuinte, de efetuar o depósito judicial do valor do tributo questionado, não importa o direito e nem a faculdade de, a seu critério, retirar a garantia dada, notadamente porque, suspendendo a exigibilidade do crédito tributário, ela operou, contra o réu, os efeitos próprios de impedi-lo de tomar qualquer providência no sentido de cobrar o tributo ou mesmo de, por outra forma, garanti-lo.

3. As causas de extinção do processo sem julgamento do mérito são invariavelmente imputáveis ao autor da ação, nunca ao réu. Admitir que, em tais casos, o autor é que deve levantar o depósito judicial, significaria dar-lhe o comando sobre o destino da garantia que ofereceu, o que importaria retirar do depósito a substância fiduciária que lhe é própria.

4. Assim, ressalvadas as óbvias situações em que a extinção do processo decorre da circunstância de não ser a pessoa de direito público parte na relação de direito material questionada, o depósito judicial somente poderá ser levantado pelo contribuinte que, no mérito, se consagrar vencedor. Nos demais casos, extinto o processo sem julgamento de mérito, o depósito de converte em renda.

Precedente da 1ª Seção: EREsp 479725/BA, Min. José Delgado, DJ 26.09.2005.

5. No caso específico, o depósito operou também outro efeito: o de permitir o imediato desembaraço aduaneiro e a entrega ao seu destinatário de mercadorias importadas, retirando, assim, mais uma garantia do Fisco, situação que não tem como ser recomposta ante a extinção do processo sem julgamento de mérito.

6. Embargos de divergência providos.

(EREsp 227.835/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/11/2005, DJ 05/12/2005, p. 206) (negritei).

Dentre os argumentos para tal conclusão, depreende-se a finalidade dúplice do depósito: (1) suspender a exigibilidade do débito e (2) garantia do pagamento do débito discutido. Nesse sentido: STJ, REsp 1157786/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/10/2010, DJe 28/10/2010.

Ademais, a Lei n.º 9.703/1998, que trata dos depósitos judiciais e extrajudiciais de tributos e contribuições federais, dispõe em seu art. 1º, §3º que o levantamento dos depósitos ocorre como o encerramento de lide, *in verbis*:

Art. 1º Os depósitos judiciais e extrajudiciais, em dinheiro, de valores referentes a tributos e contribuições federais, inclusive seus acessórios, administrados pela Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda, serão efetuados na Caixa Econômica Federal, mediante Documento de Arrecadação de Receitas Federais - DARF, específico para essa finalidade.

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, aos débitos provenientes de tributos e contribuições inscritos em Dívida Ativa da União.

§ 2º Os depósitos serão repassados pela Caixa Econômica Federal para a Conta Única do Tesouro Nacional, independentemente de qualquer formalidade, no mesmo prazo fixado para recolhimento dos tributos e das contribuições federais.

§ 3º Mediante ordem da autoridade judicial ou, no caso de depósito extrajudicial, da autoridade administrativa competente, o valor do depósito, após o encerramento da lide ou do processo litigioso, será:

I - devolvido ao depositante pela Caixa Econômica Federal, no prazo máximo de vinte e quatro horas, quando a sentença lhe for favorável ou na proporção em que o for, acrescido de juros, na forma estabelecida pelo § 4º do art. 39 da Lei n.º 9.250, de 26 de dezembro de 1995, e alterações posteriores; ou

II - transformado em pagamento definitivo, proporcionalmente à exigência do correspondente tributo ou contribuição, inclusive seus acessórios, quando se tratar de sentença ou decisão favorável à Fazenda Nacional. (negritei).

Neste contexto, no que concerne ao pedido de substituição da penhora/dépósito em dinheiro por seguro garantia, o C. STJ já firmou entendimento acerca da necessidade de anuência por parte da Fazenda Pública, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. ORDEM LEGAL. SUBSTITUIÇÃO. DEPÓSITO EM DINHEIRO POR SEGURO-GARANTIA. ANUÊNCIA DA FAZENDA PÚBLICA. NECESSIDADE. OFENSA AO ART. 525, I, DO CPC/1973. INEXISTÊNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. *Trata-se de Agravo Interno contra decisão monocrática (fls. 135-139, e-STJ) que deu provimento ao recurso fazendário.*

2. *A Primeira Seção do STJ, em julgamento submetido ao rito do art. 543-C do CPC/1973, estabeleceu ser possível rejeitar pedido de substituição da penhora quando descumprida a ordem legal dos bens penhoráveis estatuída no art. 11 da LEF, além de nos arts. 655 e 656 do CPC, mediante a recusa justificada da exequente (REsp 1.090.898/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe 31/8/2009). 3. Por outro lado, encontra-se assentado o posicionamento de que a fiança bancária não possui o mesmo status que o depósito em dinheiro. Precedentes: AgRg nos EAREsp 415.120/PR, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, DJe 27.5.2015; AgRg no REsp 1.543.108/SP, Rel. Ministro Huberto Martins, Segunda Turma, DJe 23.9.2015).*

4. *A mesma ratio decidendi deve ser aplicada à hipótese do seguro-garantia, a ela equiparado no art. 9º, II, da LEF. Precedentes específicos: REsp 1.592.339/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 1º.6.2016; AgRg no AREsp 213.678/SE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 24.10.2012.*

5. *Não há falar em ofensa ao art. 525, I, do CPC/1973. O Tribunal de origem consignou à fl. 122, e-STJ, que "eventual nulidade das intimações anteriores (...), ou deficiência na instrução dos presentes autos deveria ter sido arguida no momento oportuno, quando a parte se manifestou nos autos às fls. 52/55", o que não ocorreu. O STJ entende que "a ausência ou nulidade de intimação deve ser alegada na primeira oportunidade, sob pena de preclusão" (AgInt no AREsp 1.307.819/SC, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 7.12.2018).*

6. *Agravo Interno não provido. (AgInt no REsp 1754365/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/02/2019, DJe 11/03/2019)*

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DE SENTENÇA. 1. SUBSTITUIÇÃO DA PENHORA EM DINHEIRO POR SEGURO GARANTIA. EXCEPCIONALIDADE NÃO DEMONSTRADA. INDEFERIMENTO DA MEDIDA. SÚMULA 83 DO STJ. 2. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

1. *"Realizada a penhora em dinheiro, não cabe, em regra, a sua substituição por seguro garantia ou fiança bancária, por força do princípio da satisfação do credor" (AgRg no AREsp 730.565/SC, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 19/4/2016, DJe 26/4/2016).*

1.1. *A Corte estadual considerou não haver nenhuma circunstância extraordinária que pudesse afastar o entendimento de ser inviável a substituição da penhora em dinheiro por seguro garantia. Incidência da Súmula 83 do STJ.*

2. *Agravo interno improvido.*

(AgInt no AREsp 1066079/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/08/2017, DJe 17/08/2017)

No mesmo sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. ARTIGO 1.021 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. POSSIBILIDADE DA DECISÃO UNIPESSOAL, AINDA QUE NÃO SE AMOLDE ESPECIFICAMENTE AO QUANTO ABRIGADO NO NCPC. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DAS EFICIÊNCIA (ART. 37, CF), ANÁLISE ECONÔMICA DO PROCESSO E RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO (ART. 5º, LXXVIII, CF - ART. 4º NCPC). ACESSO DA PARTE À VIA RECURSAL (AGRAVO). APRECIÇÃO DO TEMA DE FUNDO: AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

1. Eficiência e utilitarismo podem nortear interpretações de normas legais de modo a que se atinja, com rapidez sem excessos, o fim almejado pelas normas e desejado pela sociedade a justificar a ampliação interpretativa das regras do NCPC que permitem as decisões unipessoais em sede recursal, para além do que a letra fria do estatuto processual previu, dizendo menos do que deveria. A possibilidade de maior amplitude do julgamento monocrático - controlado por meio do agravo - está consoante os princípios que se espraiam sobre todo o cenário processual, tais como o da eficiência (art. 37, CF; art. 8º do NCPC) e da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CF; art. 4º do NCPC).

2. O ponto crucial da questão consiste em, à vista de decisão monocrática, assegurar à parte acesso ao colegiado. O pleno cabimento de agravo interno - AQUI UTILIZADO PELA PARTE - contra o decisum, o que afasta qualquer alegação de violação ao princípio da colegialidade e de cerceamento de defesa; ainda que haja impossibilidade de realização de sustentação oral, a matéria pode, desde que suscitada, ser remetida à apreciação da Turma, onde a parte poderá acompanhar o julgamento colegiado, inclusive valendo-se de prévia distribuição de memoriais.

3. O depósito do montante cobrado na execução fiscal foi efetuado de forma voluntária pela devedora.

4. É certo que a lei atual ampara o seguro-garantia e a carta de fiança como equivalentes da penhora (nova redação do art. 15, I, da LEF, pela Lei nº 13.043/14), mas a lei não impede que o Fisco discorde da oferta dessa garantia se a mesma infringir normatização que traz certa dose de segurança para o exequente no sentido de que o seguro não é uma quimera ou um "golpe" contra o Poder Público para se obter fantasiosamente a suspensão da exigibilidade do débito exequendo.

5. Do STJ colhe-se que "Esta Corte firmou posicionamento, em recurso repetitivo, segundo o qual é legítima a recusa ou a substituição, pela Fazenda Pública, de bem nomeado à penhora em desacordo com a gradação legal prevista nos arts. 11 da Lei n. 6.830/80, e 655 do CPC, devendo a parte executada apresentar elementos concretos que justifiquem a incidência do princípio da menor onerosidade para afastar a ordem legal, não demonstrados na espécie" (AgInt no REsp 1605001/SC, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe 25/10/2016).

6. Cumpre salientar que o art. 15, inciso I, da LEF (com redação da Lei nº 13.043/2014) permite, na verdade, é a substituição de uma penhora (leia-se "de menor liquidez") por outra de "maior liquidez", ou seja, pelo depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia. A inviabilidade reside no caminho inverso: substituir o dinheiro – situado no topo da ordem de preferência, como sendo o de maior liquidez – por um bem de menor liquidez, in casu, o seguro garantia.

7. Ademais, o art. 805 do CPC não concede ao devedor o "comando" da execução, e por isso não lhe dá direito subjetivo à substituição pretendida. O devedor não pode ser "o dono" da execução e que não pode - sequer por hipótese - "ditar regras" ao juízo da execução.

8. Agravo interno não provido.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5006020-33.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 20/03/2020, e - DJF3 Judicial I DATA: 24/03/2020)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CAUTELAR. SUBSTITUIÇÃO DO DEPÓSITO JUDICIAL POR SEGURO GARANTIA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. Infundado o pedido de reforma da decisão, que negou antecipação de tutela recursal, pois necessária, além da relevância da tese, a prova do risco de dano irreparável, o que não restou demonstrado.

2. As alterações da Lei 13.043/2014 apenas serviram para estabelecer, no inciso II do artigo 9º, que na garantia da execução fiscal pode ser ofertada fiança bancária ou seguro garantia; e no artigo 15, I, que é possível substituir penhora anterior por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia.

3. Não se alterou, pois, a ordem de preferência legal contida no artigo 11 da Lei 6.830/1980, em razão da qual assentada e firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a menor onerosidade não é invocável em prejuízo do interesse do credor e da natureza do crédito executado, daí porque não configurado o direito do devedor de substituir; sem o consentimento da parte contrária, o depósito judicial em dinheiro por seguro garantia.

4. Agravo interno e agravo de instrumento desprovidos.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRADO DE INSTRUMENTO - 5000730-42.2016.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal LUIS CARLOS HIROKI MUTA, julgado em 07/10/2016, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 20/10/2016)

No que concerne à decisão do Conselho Nacional de Justiça no Processo Administrativo nº 0009820-09.2019.2.00.000, impende reconhecer cingir-se a situação distinta, envolvendo depósitos no âmbito da sistemática processual da Justiça do Trabalho, sem efeito vinculante ao quanto tratado nos autos. Nesse sentido as seguintes decisões monocráticas já proferidas no âmbito desta E. Corte: APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0000733-88.2017.4.03.6130, Rel. Des. Fed. Souza Ribeiro, j. 04/06/2020; APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0013011-85.2015.4.03.6100, Rel. Des. Fed. Carlos Muta, j. 29/04/2020.

Em relação ao argumento do atual cenário do País, diante da situação de emergência em saúde pública, cumpre frisar que o Poder Judiciário não deve atuar como legislador positivo, impondo-se o enfrentamento das lides sem acarretar em usurpação da competência dos demais Poderes.

Desta feita, em que pese toda a situação narrada neste pleito e do momento vivido no País, não verifico presentes os requisitos para o seu deferimento.

Por fim, quanto ao levantamento de valores que a parte entende depositados a maior, verifica-se que a questão deve ser analisada após o contraditório.

Diante do exposto, **indeferido** a antecipação da tutela recursal.

Intime-se a parte agravada para apresentação da contraminuta, nos termos do artigo 1.019, inciso II, do Código de Processo Civil de 2015.

P.I.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5006679-08.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY
AGRAVANTE: FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCACAO
Advogado do(a) AGRAVANTE: FLAVIO MITSUYOSHI MUNAKATA - SP222295
AGRAVADO: SARA ANTONIO DAMIAO
Advogado do(a) AGRAVADO: OSMAR DIAS DE OLIVEIRA JUNIOR - MG189129

ATO ORDINATÓRIO

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

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0004473-25.2015.4.03.6130
RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY
APELANTE: SERRANO AUTO-SERVICO LTDA
Advogados do(a) APELANTE: MARCIO MUNEYOSHI MORI - SP177631-A, CARLA CAMPOS MOREIRA SANSON - SP144965-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

DESPACHO

Considerando o pleito de atribuição de efeitos infringentes aos embargos de declaração opostos por **SERRANO AUTO-SERVIÇO LTDA**, e em atenção ao quanto disposto no artigo 1.023, §2º, do Código de Processo Civil de 2015, faz-se necessária a abertura de vista dos autos para manifestação.

Dessa forma, intime-se a parte contrária para que, querendo, apresente resposta aos embargos de declaração opostos.

Após, tornemos autos conclusos para julgamento dos aclaratórios.

São Paulo, 17 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0002389-89.2016.4.03.6106
RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY
APELANTE: RITA DE CASSIA FERREIRA DA SILVA, LAIZA PERINI
Advogado do(a) APELANTE: EDER ALEXANDRE FRAILE - SP347480
Advogado do(a) APELANTE: EDER ALEXANDRE FRAILE - SP347480
APELADO: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
Advogado do(a) APELADO: ANTONIO CARLOS ORIGAJUNIOR - SP109735-A

DESPACHO

Considerando o pleito de atribuição de efeitos infringentes aos embargos de declaração opostos por **CAIXA ECONÔMICA FEDERAL**, e em atenção ao quanto disposto no artigo 1.023, §2º, do Código de Processo Civil de 2015, faz-se necessária a abertura de vista dos autos para manifestação.

Dessa forma, intime-se a parte contrária para que, querendo, apresente resposta aos embargos de declaração opostos.

Após, tornemos autos conclusos para julgamento dos aclaratórios.

São Paulo, 17 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000339-79.2014.4.03.6100

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

APELANTE: PORTO SEGURO COMPANHIA DE SEGUROS GERAIS

Advogado do(a) APELANTE: MAURICIO DE CARVALHO SILVEIRA BUENO - SP196729-A

APELADO: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELADO: CASSIA REGINA ANTUNES VENIER - SP234221-A

DESPACHO

Considerando o pleito de atribuição de efeitos infringentes aos embargos de declaração opostos por **UNIÃO**, e em atenção ao quanto disposto no artigo 1.023, §2º, do Código de Processo Civil de 2015, faz-se necessária a abertura de vista dos autos para manifestação.

Dessa forma, intime-se a parte contrária para que, querendo, apresente resposta aos embargos de declaração opostos.

Após, tornemos autos conclusos para julgamento dos aclaratórios.

São Paulo, 17 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0024103-26.2016.4.03.6100

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL

APELADO: CLEIDE APARECIDA DOS SANTOS SHIROMA, CLEIDE FERRAZ, CLEIDE LEITE PEDROSO CARDOSO, CLEIDE NOGUEIRA DE SOUSA, CLELIA CHECCHIA CARVALHO MIRANDA, CLELIA PORCINA DOS SANTOS RODRIGUES, CLELIA YARA BON ENGEL, CLEUSA CALIXTO, CLEYDE PINHEIRO DE ALMEIDA, CLODOMIR LOPES DA SILVA

Advogado do(a) APELADO: LUIZ EDGAR FERRAZ DE OLIVEIRA - SP348634-A
Advogado do(a) APELADO: LUIZ EDGAR FERRAZ DE OLIVEIRA - SP348634-A
Advogado do(a) APELADO: LUIZ EDGAR FERRAZ DE OLIVEIRA - SP348634-A
Advogado do(a) APELADO: LUIZ EDGAR FERRAZ DE OLIVEIRA - SP348634-A
Advogado do(a) APELADO: LUIZ EDGAR FERRAZ DE OLIVEIRA - SP348634-A
Advogado do(a) APELADO: LUIZ EDGAR FERRAZ DE OLIVEIRA - SP348634-A
Advogado do(a) APELADO: LUIZ EDGAR FERRAZ DE OLIVEIRA - SP348634-A
Advogado do(a) APELADO: LUIZ EDGAR FERRAZ DE OLIVEIRA - SP348634-A
Advogado do(a) APELADO: LUIZ EDGAR FERRAZ DE OLIVEIRA - SP348634-A
Advogado do(a) APELADO: LUIZ EDGAR FERRAZ DE OLIVEIRA - SP348634-A

DESPACHO

Considerando o pleito de atribuição de efeitos infringentes aos embargos de declaração opostos por **UNIÃO FEDERAL**, e em atenção ao quanto disposto no artigo 1.023, §2º, do Código de Processo Civil de 2015, faz-se necessária a abertura de vista dos autos para manifestação.

Dessa forma, intime-se a parte contrária para que, querendo, apresente resposta aos embargos de declaração opostos.

Após, tornemos autos conclusos para julgamento dos aclaratórios.

São Paulo, 17 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000834-46.2017.4.03.6128
RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ASSOCIACAO COMERCIAL EMPRESARIAL DE JUNDIAI
Advogado do(a) APELADO: NELSON WILIAN S FRATONI RODRIGUES - SP128341-A

DESPACHO

Considerando o pleito de atribuição de efeitos infringentes aos embargos de declaração opostos por **UNIÃO**, e em atenção ao quanto disposto no artigo 1.023, §2º, do Código de Processo Civil de 2015, faz-se necessária a abertura de vista dos autos para manifestação.

Dessa forma, intime-se a parte contrária para que, querendo, apresente resposta aos embargos de declaração opostos.

Após, tomemos autos conclusos para julgamento dos aclaratórios.

São Paulo, 17 de junho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000644-49.2017.4.03.6107

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

APELADO: UNIMED DE BIRIGUI COOPERATIVA DE TRABALHO MEDICO

Advogado do(a) APELADO: OLGA RODRIGUES JUDICE - SP76800

DESPACHO

Considerando o pleito de atribuição de efeitos infringentes aos embargos de declaração opostos por **UNIÃO**, e em atenção ao quanto disposto no artigo 1.023, §2º, do Código de Processo Civil de 2015, faz-se necessária a abertura de vista dos autos para manifestação.

Dessa forma, intime-se a parte contrária para que, querendo, apresente resposta aos embargos de declaração opostos.

Após, tomemos autos conclusos para julgamento dos aclaratórios.

São Paulo, 17 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0030154-10.2003.4.03.6100

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

APELANTE: JOSE RUBENS DOS SANTOS

Advogado do(a) APELANTE: MARCIO CAMPOS - SP131463

APELADO: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

Advogado do(a) APELADO: MARIA INES SALZANI MACHADO PAGIANOTTO - SP77742

DESPACHO

Considerando o pleito de atribuição de efeitos infringentes aos embargos de declaração opostos por **JOSÉ RUBENS DOS SANTOS**, e em atenção ao quanto disposto no artigo 1.023, §2º, do Código de Processo Civil de 2015, faz-se necessária a abertura de vista dos autos para manifestação.

Dessa forma, intime-se a parte contrária para que, querendo, apresente resposta aos embargos de declaração opostos.

Após, tornemos autos conclusos para julgamento dos aclaratórios.

São Paulo, 17 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000063-73.2018.4.03.6115

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

APELANTE: IRINEU FRANCISCO GUANDALINI

Advogado do(a) APELANTE: ALCIR SILVA DE ALMEIDA - SP325773-A

APELADO: UNIAO FEDERAL

DESPACHO

Considerando o pleito de atribuição de efeitos infringentes aos embargos de declaração opostos pelas partes, e em atenção ao quanto disposto no artigo 1.023, §2º, do Código de Processo Civil de 2015, faz-se necessária a abertura de vista dos autos para manifestação.

Dessa forma, intemem-se as partes para que, querendo, apresentem resposta aos embargos de declaração opostos.

Após, tornemos autos conclusos para julgamento dos aclaratórios.

São Paulo, 17 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015960-85.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY
AGRAVANTE: FERNANDA DE SOUSA RAMOS
Advogado do(a) AGRAVANTE: RODRIGO SILVA ROMO - SP235183-A
AGRAVADO: UNIVERSIDADE FEDERAL DE SÃO PAULO
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por **FERNANDA DE SOUSA RAMOS** contra decisão que, nos autos da Ação Ordinária ajuizada na origem, indeferiu o pedido de produção de prova pericial, nos seguintes termos:

“Indeferido o pedido de prova pericial, por se trata de matéria de direito. Intemem-se e após, faça-se conclusão para sentença.”

Alega a agravante que como o processo de origem tem como objeto o percentual de insalubridade que deve ser aplicado, a forma robusta de eliminar as dúvidas que possam surgir é determinar que um perito faça o trabalho de avaliação do local onde as atividades profissionais são desenvolvidas.

Pugna pela concessão de efeito suspensivo.

É o relatório.

Decido.

Examinando os autos do feito de origem, verifico que o juízo de origem entendeu desnecessária a produção da prova pericial pretendida pela agravante por entender que *“se trata de matéria de direito”* (Num. 31919569 – Pág. 1 do processo de origem).

Pois bem

O Novo Código de Processo Civil fixou em seu artigo 1.015 as hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento, a saber:

Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

I – tutelas provisórias;

II – mérito do processo;

III – rejeição da alegação de convenção de arbitragem;

IV – incidente de desconsideração da personalidade jurídica;

V – rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;

VI – exibição ou posse de documento ou coisa;

VII – exclusão de litisconsorte;

VIII – rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;

IX – admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;

X – concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;

XI – redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º;

XII – (VETADO);

XIII – outros casos expressamente referidos em lei.

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

Da análise dos autos, verifico que a decisão objeto do recurso interposto pelas agravantes não está sujeita à interposição de agravo de instrumento na nova sistemática recursal prevista pelo Código de Processo Civil de 2016.

Com efeito, trata-se de decisão que entendeu desnecessária a produção de prova pericial sob o fundamento de que a natureza do debate dispensa a produção da prova pretendida. Ocorre, entretanto, que decisões de tal natureza não são sujeitas à revisão pela via recursal do agravo de instrumento, vez que não estão expressamente previstas no rol do artigo 1.015 do CPC.

Registro que a situação em análise não se amolda à hipótese prevista pelo inciso XI do mencionado dispositivo legal, vez que não se discute a atribuição do ônus da prova de modo diverso, mas de indeferimento de pedido de produção de prova que a agravante entende necessária à comprovação de seu direito.

Isto não quer dizer que as decisões interlocutórias não previstas no rol do artigo 1.015 do CPC não possam ser reexaminadas. Para estas situações o Novo CPC trouxe resolução específica em seu artigo 1.009 segundo o qual, se a decisão interlocutória não comportar a interposição de agravo de instrumento, contra ela não se opera a preclusão, devendo ser suscitada em preliminar de apelação eventualmente interposta contra a decisão final ou em contrarrazões. Vejamos o que diz o dispositivo processual:

Art. 1.009. Da sentença cabe apelação.

§ 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.

§ 2º Se as questões referidas no § 1º forem suscitadas em contrarrazões, o recorrente será intimado para, em 15 (quinze) dias, manifestar-se a respeito delas.

§ 3º O disposto no caput deste artigo aplica-se mesmo quando as questões mencionadas no art. 1.015 integrarem capítulo da sentença.

Tenho que a situação enfrentada nos autos se amolda ao dispositivo legal transcrito, vez que não comportando a interposição de agravo de instrumento a insatisfação deverá veiculada preliminarmente em eventual recurso de apelação (ou contrarrazões) a ser interposta. Por conseguinte, o agravo de instrumento se apresenta como via processual inadequada para desafiar a decisão que indeferiu o pedido de produção de prova.

Ante o exposto, deixo de conhecer o presente agravo de instrumento, com fundamento no artigo 932, III do Código de Processo Civil.

Comunique-se ao MM. Juiz *a quo*.

Intime-se. Publique-se.

Após as cautelas legais, baixemos autos à Vara de Origem.

São Paulo, 17 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5031100-96.2019.4.03.0000

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

AGRAVANTE: TINTAS UNISUL COMERCIO DE TINTAS LTDA., MARIO SUZUKI, YASSUE SUZUKI

Advogado do(a) AGRAVANTE: MANUEL EDUARDO DE SOUSA SANTOS NETO - SP144423-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: MANUEL EDUARDO DE SOUSA SANTOS NETO - SP144423-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: MANUEL EDUARDO DE SOUSA SANTOS NETO - SP144423-A

AGRAVADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

DESPACHO

Considerando o pleito de atribuição de efeitos infringentes aos embargos de declaração opostos por **TINTAS UNISUL COMERCIO DE TINTAS LTDA**, e em atenção ao quanto disposto no artigo 1.023, §2º, do Código de Processo Civil de 2015, faz-se necessária a abertura de vista dos autos para manifestação.

Dessa forma, intime-se a parte contrária para que, querendo, apresente resposta aos embargos de declaração opostos.

Após, tornemos autos conclusos para julgamento dos aclaratórios.

São Paulo, 17 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001120-46.2016.4.03.6128
RELATOR: Gab. 01 - DES. FED. VALDECI DOS SANTOS
APELANTE: ROCA SANITARIOS BRASIL LTDA
Advogado do(a) APELANTE: ENIO ZAHA - SP123946-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Vistos.

ID 123509199: manifeste-se a parte contrária.

Após, tornem conclusos.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0024125-84.2016.4.03.6100
RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY
APELANTE: UNIAO FEDERAL

APELADO: LIGIA ABDALLAH, LIGIA MARIA TREVISAN, LILIAN CEZARINI MAYO, LILIAN CORRADINI BOTELHO, LILIAN DEYZI ASSIS CORDEIRO, LILIAN GONCALVES, VANTUIL ABDALA

Advogado do(a) APELADO: LUIZ EDGAR FERRAZ DE OLIVEIRA - SP348634-A
Advogado do(a) APELADO: LUIZ EDGAR FERRAZ DE OLIVEIRA - SP348634-A
Advogado do(a) APELADO: LUIZ EDGAR FERRAZ DE OLIVEIRA - SP348634-A
Advogado do(a) APELADO: LUIZ EDGAR FERRAZ DE OLIVEIRA - SP348634-A
Advogado do(a) APELADO: LUIZ EDGAR FERRAZ DE OLIVEIRA - SP348634-A
Advogado do(a) APELADO: LUIZ EDGAR FERRAZ DE OLIVEIRA - SP348634-A
Advogado do(a) APELADO: LUIZ EDGAR FERRAZ DE OLIVEIRA - SP348634-A

DESPACHO

Considerando o pleito de atribuição de efeitos infringentes aos embargos de declaração opostos por **UNIÃO**, e em atenção ao quanto disposto no artigo 1.023, §2º, do Código de Processo Civil de 2015, faz-se necessária a abertura de vista dos autos para manifestação.

Dessa forma, intime-se a parte contrária para que, querendo, apresente resposta aos embargos de declaração opostos.

Após, tornemos autos conclusos para julgamento dos aclaratórios.

São Paulo, 17 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007025-56.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: WICKBOLD & NOSSO PÃO INDUSTRIAS ALIMENTÍCIAS LTDA.

Advogado do(a) AGRAVADO: FERNANDO CRESPO PASCALICCHIO VINA - SP287486-A

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela **UNIÃO** contra decisão que, nos autos do Mandado de Segurança impetrado na origem, deferiu o pedido de liminar, nos seguintes termos:

*“(…) Ante o exposto, **DEFIRO A LIMINAR** para o fim de assegurar o direito líquido e certo da impetrante de recolher as Contribuições ao INCRA, SENAI, SESI, SENAC, SESC e SEBRAE, observado o valor-limite de 20 (vinte) salários mínimos para a base de cálculo total de cada uma das referidas Contribuições. O salário-educação não se encontra contemplado nessa determinação.*

Notifique-se a autoridade apontada como coatora, do conteúdo da petição inicial, nos termos do inc. I do art. 7º da Lei n. 12.016/2009, bem como para cumprimento imediato da presente decisão.

Após, dê-se ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que, querendo, ingresse no feito (inc. II do art. 7º da Lei n. 12.016/2009).

Em seguida, intime-se o Representante do Ministério Público para que se manifeste, nos termos do artigo 12 da Lei nº 12.016/2009. Com a manifestação do Parquet Federal, tornem os autos conclusos.

Intimem-se para cumprimento imediato.”

(maiúsculas, sublinhado e negrito originais)

Alega a agravante que as contribuições a terceiros têm a mesma base de cálculo das contribuições previdenciárias, diferindo-se apenas quanto à destinação. Argumenta que a legislação referente a essas contribuições (Lei nº 8.315/91, Lei nº 8.706/93, Lei nº 9.424/96, Decreto-Lei nº 1.146/70, Decreto-lei nº 8.621/46, Decreto-Lei nº 9.853/46, Lei nº 8.029/90 e Decreto nº 3.017/99) dispõe que estas irão incidir sobre o total das remunerações pagas aos empregados sem qualquer imposição de limite. Sustenta que quando o Decreto-Lei nº 2.318/1986 aboliu o teto de 20 salários mínimos do salário-de-contribuição previsto no caput do artigo 4º da Lei n. 6.950/81 o fez não somente para as contribuições devidas à previdência social, mas também para as contribuições devidas a terceiros e afirma que a interpretação sistemática dos artigos 1º e 3º do Decreto-Lei nº 2.318/86 não deixa dúvida de que a intenção do legislador foi a de extinguir o limite de vinte vezes o valor do salário mínimo tanto para a contribuição da empresa quanto para as contribuições em favor de terceiros, sendo desnecessário que outro dispositivo disciplinasse que esse limite não mais se aplicaria às demais contribuições por interpretação lógica do sistema.

Pugnou pela concessão de efeito suspensivo que foi indeferido (Num. 128492459 – Pág. 1/3).

Intimada, a agravada deixou de se manifestar e o Ministério Público Federal opinou pelo prosseguimento do feito (Num. 133757613 – Pág. 1/3).

É o relatório.

Decido.

Examinando os autos, contudo, entendo caracterizada a superveniência de fato novo a ensejar a perda de objeto do presente recurso.

Com efeito, antes de julgado o presente recurso sobreveio notícia de que foi proferida sentença no feito de origem, nos seguintes termos:

*“(…) Ante o exposto, **ACOLHO EM PARTE O PEDIDO e CONCEDO EM PARTE A SEGURANÇA**, confirmando a liminar anteriormente deferida, com fulcro no artigo 487, I, do Código de Processo Civil, para o fim de assegurar o direito líquido e certo da impetrante de recolher as Contribuições ao INCRA, SEBRAE, SESI e SENAI observado o valor-limite de 20 (vinte) salários mínimos para a base de cálculo total de cada uma das referidas Contribuições. O salário-educação não se encontra contemplado nessa determinação.*

Autorizo a compensação do quanto recolhido indevidamente, no quinquênio anterior à propositura da presente ação, observadas as disposições legais e infralegais correlatas, inclusive a obrigação de declarar o crédito tributário com a exigibilidade suspensa, guardar toda a documentação relativa ao mesmo crédito, enquanto não extinto, aguardar o trânsito em julga e apresentar pedido de habilitação de crédito, dentre outras.

O indébito tributário será corrigido somente pela taxa SELIC, a partir do pagamento indevido.

Sem condenação em honorários advocatícios nos termos do art. 25, da Lei nº 12.016/2009.

Custas “ex lege”.

Registre-se. Intimem-se. Publique-se.”

(maiúsculas e negrito originais)

Em seguida, o juízo de origem acolheu os declaratórios opostos pela agravada, retificando o dispositivo da sentença que passou a ter a seguinte redação:

*“(…) “Ante o exposto, **ACOLHO EM PARTE O PEDIDO e CONCEDO EM PARTE A SEGURANÇA**, confirmando a liminar anteriormente deferida, com fulcro no artigo 487, I, do Código de Processo Civil, para o fim de assegurar o direito líquido e certo da impetrante de recolher as Contribuições ao INCRA, SEBRAE, SESI, SESC, SENAC e SENAI observado o valor-limite de 20 (vinte) salários mínimos para a base de cálculo total de cada uma das referidas Contribuições. O salário-educação não se encontra contemplado nessa determinação.”*

(maiúsculas e negrito originais)

Ante o exposto, nos termos do artigo 932, inciso III do novo Código de Processo Civil, julgo **prejudicado** o recurso.

Publique-se e intime-se.

Após as cautelas legais, baixemos autos à Vara de Origem.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015825-73.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 01 - DES. FED. VALDECI DOS SANTOS

AGRAVANTE: JOSE MARCOS AFONSO DA SILVA

Advogado do(a) AGRAVANTE: GRAZIELA MELO DI TANO MORAES - MG184458

AGRAVADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por JOSE MARCOS AFONSO DA SILVA contra decisão que, em sede de “ação de obrigação de fazer cumulada com restituição de valores”, postergou a apreciação do pedido de tutela para após a contestação.

A parte agravante relata, em síntese, que no ano de 2018 realizou a contratação de financiamento estudantil (FIES) para custear o curso de Bacharelado em Medicina na Universidade Nove de Julho (Uninove).

Narra que, à época vigorava a Portaria Normativa do MEC n. 4/2017 que autorizava o financiamento máximo de R\$ 30.000,00 por semestre, sendo que obteve direito à contratação de 99,98% do teto do FIES.

Ocorre que, em 05/06/2018, foi publicada a Resolução n. 22 pelo Comitê Gestor do FIES que aumentou o valor semestral máximo de financiamento para R\$ 42.983,70, devendo ser aplicado aos contratos no segundo semestre de 2018 e nas renovações semestrais dos contratos firmados a partir do 1º semestre de 2017.

Neste contexto, sustenta a necessidade de aditamento de seu contrato de financiamento estudantil referente ao primeiro semestre de 2020 e aos semestres seguintes, com o consequente aumento do valor financiado.

Sustenta a urgência na concessão da medida considerando a crise econômica ocasionada pela pandemia do COVID 19, bem como, a proximidade da data final para o aditamento (30/06/2020).

Pleiteia a reforma da r. decisão. Pugna pela concessão da antecipação da tutela recursal.

É o relatório.

DECIDO.

No caso em tela, a parte agravante visa o aditamento do FIES no valor de R\$ 42.983,70, em conformidade com a Resolução n. 22/2018 do FNDE/MEC.

Pois bem

Primeiramente, no que concerne ao fato de que o MM. Juízo *a quo* postergou a análise do pleito para após a contestação, cujo prazo estende-se a julho deste ano, considerando os argumentos de urgência trazidos pelo agravante, precipuamente o prazo final para aditamento do contrato (30/06/2020) e o risco de impedimento de matrícula no segundo semestre de 2020, *in casu*, entendo que o enfrentamento do pedido liminar por parte desta E. Corte não configura indevida supressão de instância, sob pena de perecimento de direito.

Nesse sentido:

EMENTA: AGRAVO INTERNO. DECISÃO QUE POSTERGA EXAME DE TUTELA DE URGÊNCIA. PROVIMENTO DE CARÁTER DECISÓRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO ADMITIDO. 1. Ao postergar o exame do pedido de antecipação da tutela para momento posterior, o juízo decidiu, ainda que provisoriamente, que inexistem elementos para a concessão ou o indeferimento liminar do pedido. Trata-se, pois, de provimento de caráter decisório, passível de agravo. 2. Agravo interno provido para admitir o agravo de instrumento. (TRF4, AG 5015798-68.2017.4.04.0000, SEXTA TURMA, Relator ARTUR CÉSAR DE SOUZA, juntado aos autos em 23/11/2017)

Compulsando os autos, verifica-se que, no momento da contratação do financiamento pelo agravante (2018), o Comitê Gestor do FIES estabelecia o limite de trinta mil reais para novos financiamentos (Portaria Normativa do MEC n. 4/2017). Ocorre que, sobreveio a Resolução n. 22/2018 do FNDE/MEC que estabeleceu:

Art. 1º Estabelecer o valor semestral máximo e mínimo de financiamento no âmbito do Fundo de Financiamento Estudantil (Fies) para contratos formalizados a partir do 2º semestre de 2018:

I - Valor máximo de financiamento: R\$ 42.983,70 (quarenta e dois mil novecentos e oitenta e três reais e setenta centavos); e

II - Valor mínimo de financiamento: R\$ 300,00 (trezentos reais).

§ 1º Os valores máximos e mínimos de que tratam os incisos I e II deste artigo aplicam-se também aos aditamentos de renovação semestral contratados a partir do 2º semestre de 2018, referentes a contratos de financiamento formalizados a partir do 1º semestre de 2017.

§ 2º Será de exclusiva responsabilidade do estudante com contrato formalizado a partir do 1º semestre de 2017 o pagamento dos encargos educacionais eventualmente devido à instituição de ensino superior pela prestação de serviços educacionais que superem o valor mencionado no inciso I do caput deste artigo.

Art. 2º Esses parâmetros serão implementados pelo Agente Operador diretamente no Sistema Informatizado do Fies (SisFIES).

Assim sendo, dos documentos juntados no processo de origem e do disposto na Resolução mencionada, vislumbra-se plausibilidade nas alegações da parte agravante quanto ao aumento do teto do financiamento aplicado no contrato de financiamento.

Desta feita, diante da proximidade do prazo final para o aditamento do contrato, bem como, a ausência de prejuízo eis que eventual revogação da tutela poderá ensejar em descontos no semestre seguinte, verifico presentes os requisitos para a concessão da medida pleiteada.

Diante do exposto, **defiro** a antecipação da tutela recursal.

Intime-se a parte agravada para apresentação da contraminuta, nos termos do artigo 1.019, inciso II, do Código de Processo Civil de 2015.

P.I.

São Paulo, 17 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5014935-37.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 01 - DES. FED. VALDECI DOS SANTOS
AGRAVANTE: ZINCAGEM DE METAIS LINSELLTDA - EPP
Advogado do(a) AGRAVANTE: DENIS BARROSO ALBERTO - SP238615-A
AGRAVADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por ZINCAGEM DE METAIS LINSEL LTDA – EPP contra decisão que, em sede de execução fiscal, indeferiu a substituição dos bens móveis penhorados.

A parte agravante sustenta, em síntese a necessidade de substituição dos veículos penhorados pelos maquinários indicados. Alega que os atos expropriatórios devem seguir o meio menos gravoso, bem como, que os veículos são essenciais para a manutenção da atividade empresarial. Aduz que, diante da crise ocasionada pelo COVID 19, os veículos podem ser objeto de venda direta para pagamento das despesas da empresa.

Pleiteia a reforma da r. decisão. Pugna pela concessão da antecipação da tutela recursal.

É o relatório.

DECIDO.

Numa análise perfunctória, não vislumbro presentes os requisitos para a concessão do efeito pleiteado.

Com efeito, embora a execução deva ser feita pelo modo menos gravoso para o devedor (art. 805, CPC), o Código de Processo Civil também agasalha o princípio de que "realiza-se a execução no interesse do credor" (art. 797).

Sendo assim, desrespeitada a ordem legal estabelecida pelo art. 11 da LEF, será ineficaz a nomeação de bens feita pelo devedor, salvo com a concordância expressa do credor.

É de se ressaltar que a própria LEF, no inciso II, do seu artigo 15, assegura à Fazenda Pública a prerrogativa da substituição dos bens penhorados por outros, independentemente da ordem enumerada no artigo 11, bem como o reforço da penhora insuficiente, não havendo, pois, como obrigar a exequente a aceitar os bens ofertados pela executada.

Ademais, sobre a matéria dos autos, o C. Superior Tribunal de Justiça, sob o regime do art. 543-C do CPC, na ocasião do julgamento do REsp nº 1.090.898/SP, decidiu no sentido da possibilidade de recusa pelo exequente na hipótese de estar em desacordo com a ordem estabelecida no art. 11 da Lei n.º 6.830/80.

Confira-se:

"PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. NOMEAÇÃO DE BENS À PENHORA . PRECATÓRIO. DIREITO DE RECUSA DA FAZENDA PÚBLICA. ORDEM LEGAL. SÚMULA 406/STJ. ADOÇÃO DOS MESMOS FUNDAMENTOS DO RESP 1.090.898/SP (REPETITIVO), NO QUAL SE DISCUTIU A QUESTÃO DA SUBSTITUIÇÃO DE BENS PENHORA DOS. PRECEDENTES DO STJ.

1. Cinge-se a controvérsia principal a definir se a parte executada, ainda que não apresente elementos concretos que justifiquem a incidência do princípio da menor onerosidade (art. 620 do CPC), possui direito subjetivo à aceitação do bem por ela nomeado à penhora em Execução Fiscal, em desacordo com a ordem estabelecida nos arts. 11 da Lei 6.830/1980 e 655 do CPC.

2. Não se configura a ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a divergência, tal como lhe foi apresentada.

3. Merece acolhida o pleito pelo afastamento da multa nos termos do art. 538, parágrafo único, do CPC, uma vez que, na interposição dos Embargos de Declaração, a parte manifestou a finalidade de provocar o prequestionamento. Assim, aplica-se o disposto na Súmula 98/STJ: 'Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório'.

4. A Primeira Seção do STJ, em julgamento de recurso repetitivo, concluiu pela possibilidade de a Fazenda Pública recusar a substituição do bem penhora do por precatório (REsp 1.090.898/SP, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 31.8.2009). No mencionado precedente, encontra-se como fundamento decisório a necessidade de preservar a ordem legal conforme instituído nos arts. 11 da Lei 6.830/1980 e 655 do CPC.

5. *A mesma ratio decidendi tem lugar in casu, em que se discute a preservação da ordem legal no instante da nomeação à penhora.*

6. *Na esteira da Súmula 406/STJ ("A Fazenda Pública pode recusar a substituição do bem penhora do por precatório"), a Fazenda Pública pode apresentar recusa ao oferecimento de precatório à penhora, além de afirmar a inexistência de preponderância, em abstrato, do princípio da menor onerosidade para o devedor sobre o da efetividade da tutela executiva. Exige-se, para a superação da ordem legal prevista no art. 655 do CPC, firme argumentação baseada em elementos do caso concreto. Precedentes do STJ.*

7. *Em suma: em princípio, nos termos do art. 9º, III, da Lei 6.830/1980, cumpre ao executado nomear bens à penhora, observada a ordem legal. É dele o ônus de comprovar a imperiosa necessidade de afastá-la, e, para que essa providência seja adotada, mostra-se insuficiente a mera invocação genérica do art. 620 do CPC.*

8. *Diante dessa orientação, e partindo da premissa fática delineada pelo Tribunal a quo, que atestou a "ausência de motivos para que (...) se inobservasse a ordem de preferência dos artigos 11 da LEF e 655 do CPC, notadamente por nem mesmo haver sido alegado pela executada impossibilidade de penhora e outros bens (...)" -fl. 149, não se pode acolher a pretensão recursal.*

9. *Recurso Especial parcialmente provido apenas para afastar a multa do art. 538, parágrafo único, do CPC. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ."*

(STJ, RECURSO ESPECIAL Nº 1.337.790 - PR, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 07/10/2013)

No caso concreto, a parte agravante pretende fazer valer a penhora de bem móvel deixando de observar a ordem prevista no art. 11 da Lei nº 6.830/80. Por outro lado, não há demonstração da necessidade de afastar a ordem de preferência.

Cumprido registrar que, em que pese a parte alegar que os veículos são essenciais para a sua atividade, alega, de modo contraditório, que podem ser vendidos para pagamentos de demais débitos existentes. Ademais, não comprovou que os bens móveis ofertados seriam capazes de satisfazer a dívida.

Portanto, embora não se olvide que a execução deve ser feita pelo modo menos gravoso ao executado (CPC, art. 805), não justifica a aceitação em garantia do juízo de bem com menor liquidez, isso porque é corolário do processo executivo a busca pela tutela satisfativa plena do crédito exequente.

Com tais considerações, **inde fire** a antecipação da tutela.

Intime-se a parte agravada para apresentação da contraminuta, nos termos do artigo 1.019, inciso II, do Código de Processo Civil de 2015.

P.I.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5029867-64.2019.4.03.0000

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

AGRAVANTE: SULAMERICA COMPANHIA NACIONAL DE SEGUROS

Advogado do(a) AGRAVANTE: GAYA LEHN SCHNEIDER PAULINO - MS10766-A

AGRAVADO: ADELAIDE RAMOS MODESTO

INTERESSADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

Advogado do(a) AGRAVADO: MILTON SANABRIA PEREIRA - MS5107-A

DESPACHO

Considerando o pleito de atribuição de efeitos infringentes aos embargos de declaração opostos por **SUL AMÉRICA COMPANHIA NACIONAL DE SEGUROS**, e em atenção ao quanto disposto no artigo 1.023, §2º, do Código de Processo Civil de 2015, faz-se necessária a abertura de vista dos autos para manifestação.

Dessa forma, intime-se a parte contrária para que, querendo, apresente resposta aos embargos de declaração opostos.

Após, tornemos autos conclusos para julgamento dos aclaratórios.

São Paulo, 17 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0004277-14.2016.4.03.6100

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

APELANTE: JOSE PAULO CURY

Advogado do(a) APELANTE: DEISE MENDRONI DE MENEZES - SP239640-A

APELADO: UNIAO FEDERAL

DESPACHO

Considerando o pleito de atribuição de efeitos infringentes aos embargos de declaração opostos por **UNIÃO FEDERAL**, e em atenção ao quanto disposto no artigo 1.023, §2º, do Código de Processo Civil de 2015, faz-se necessária a abertura de vista dos autos para manifestação.

Dessa forma, intime-se a parte contrária para que, querendo, apresente resposta aos embargos de declaração opostos.

Após, tornemos autos conclusos para julgamento dos aclaratórios.

São Paulo, 17 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0300427-97.1998.4.03.6102

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

Advogado do(a) APELANTE: JOANA CRISTINA PAULINO BERNARDES - SP141065-N

APELADO: DEPOSITO BLOIS BEBIDAS LTDA - ME, PIRILLA REPRESENTACOES E COMERCIO LTDA, TRANSPORTADORA FRANCANALTA, FRANCHINI COMERCIAL LTDA - ME, MONCAR REPRESENTACOES COMERCIO E TRANSPORTES LIMITADA - ME

Advogados do(a) APELADO: SILENE MAZETI - SP91755-A, BRASIL DO PINHAL PEREIRA SALOMAO - SP21348-A

Advogados do(a) APELADO: SILENE MAZETI - SP91755-A, BRASIL DO PINHAL PEREIRA SALOMAO - SP21348-A

Advogados do(a) APELADO: SILENE MAZETI - SP91755-A, BRASIL DO PINHAL PEREIRA SALOMAO - SP21348-A

Advogados do(a) APELADO: SILENE MAZETI - SP91755-A, BRASIL DO PINHAL PEREIRA SALOMAO - SP21348-A

Advogados do(a) APELADO: SILENE MAZETI - SP91755-A, BRASIL DO PINHAL PEREIRA SALOMAO - SP21348-A

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Vistos.

Trata-se dos embargos à execução de sentença nº 0300427-97.1998.4.03.6102 ou 98.0300427-1, opostos pelo Instituto Nacional do Seguro Social contra a execução de sentença proferida nos autos da ação de conhecimento nº 91.0304591-9.

Os autos foram digitalizados e os documentos inseridos pelas partes, conforme certidão de fl. 182 (conforme numeração original dos presentes embargos à execução) ou Pág. 19 do Id. 107349289.

Não obstante, verifica-se que consta:

(i) no Id. 107349080: ação de conhecimento nº 91.0304591-9 – capa e fls. 03 a 20;

(ii) no Id. 107349081: ação de conhecimento nº 91.0304591-9 – fls. 45 e 132/137;

(iii) no Id. 107349282: ação de conhecimento nº 91.0304591-9 – fls. 138/145 e 162/163;

(iv) no Id. 107349283: ação de conhecimento nº 91.0304591-9 – fls. 164/168 e 209/223;

(v) no Id. 107349284: ação de conhecimento nº 91.0304591-9 – fls. 224/227, 237/239 e 242/254;

(vi) no Id. 107349285: ação de conhecimento nº 91.0304591-9 – fls. 255/261 e 263/264;

(vii) no Id. 107349286: ação de conhecimento nº 91.0304591-9 – fl. 270; e **embargos à execução de sentença nº 0300427-97.1998.4.03.6102 ou 98.0300427-1 – capa e fls. 02/07 e 11/12;**

(viii) no Id. 107349287: **embargos à execução de sentença nº 0300427-97.1998.4.03.6102 ou 98.0300427-1 – fls. 13/15, 37/38, 49/54, 56, 58/62, 69, 78 e 133;**

(ix) no Id. 107349288: **embargos à execução de sentença nº 0300427-97.1998.4.03.6102 ou 98.0300427-1 – fls. 133-verso/134, 154/157-verso e 169;**

(x) no Id. 107349289: **embargos à execução de sentença nº 0300427-97.1998.4.03.6102 ou 98.0300427-1 – fls. 169-verso, 170/173, 175/183.**

Pois bem

Não foram digitalizadas as págs. 08/10, 16/36, 39/48, 55, 63/68, 70/78, 79/132, 135/153, 158/168 e 174 dos embargos à execução de sentença nº 0300427-97.1998.4.03.6102 ou 98.0300427-1 (conforme numeração original dos autos físicos).

É certo que os autos digitalizados devem espelhar os autos físicos, contendo cópias de todas as suas páginas.

Assim, **intimem-se as apelantes** para regularizar os autos com a digitalização completa dos embargos à execução de sentença nº 0300427-97.1998.4.03.6102 ou 98.0300427-1, incluindo as páginas faltantes e em ordem cronológica, **sob pena de baixa dos autos eletrônicos à Vara de Origem** para o cumprimento do ônus atribuído às partes, nos termos do art. 6º, *caput*, da Resolução Pres Nº 142/2017.

Prazo: 10 (dez) dias, que deverá ser computado a partir do primeiro dia imediatamente posterior à normalização do atendimento presencial.

Após, tornem conclusos para julgamento.

Int.

São Paulo, 17 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0009952-66.2017.4.03.6182

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

APELANTE: INBRANDS S.A

Advogado do(a) APELANTE: LUIZ GUSTAVO ANTONIO SILVA BICHARA - SP303020-S

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Vistos.

O Magistrado *a quo* já determinou à apelante nova digitalização das peças processuais de modo a obedecer a ordem sequencial dos volumes do processo (Id. 128708796).

Não obstante, verifica-se que consta no:

(i) Id. 128708799: embargos à execução fiscal nº 0009952-66.2017.4.03.6182 – capa do volume 1, termo de autuação, págs. 02 a 71 (conforme numeração original dos autos físicos);

(ii) Id. 128708800: embargos à execução fiscal nº 0009952-66.2017.4.03.6182 – págs. 72 a 126 (conforme numeração original dos autos físicos);

(iii) Id. 128708801: execução fiscal nº 0023941-76.2016.4.03.6182 – págs. 121 a 153 (conforme numeração original dos autos físicos);

(iv) Id. 128708802: embargos à execução fiscal nº 0009952-66.2017.4.03.6182 – págs. 127 a 164 (conforme numeração original dos autos físicos);

(v) Id. 128708803: execução fiscal nº 0023941-76.2016.4.03.6182 – págs. 192 a 196-verso (conforme numeração original dos autos físicos);

(vi) Id. 128708804: embargos à execução fiscal nº 0009952-66.2017.4.03.6182 – capa do volume 2, págs. 251 a 288 (conforme numeração original dos autos físicos);

(vii) Id. 128708805: embargos à execução fiscal nº 0009952-66.2017.4.03.6182 – págs. 289 a 314-verso (conforme numeração original dos autos físicos); 250

(viii) Id. 128708806: embargos à execução fiscal nº 0009952-66.2017.4.03.6182 – págs. 247 a 250 (conforme numeração original dos autos físicos);

(ix) Id. 128708807: embargos à execução fiscal nº 0009952-66.2017.4.03.6182 – págs. 315 a 335 (conforme numeração original dos autos físicos);

(x) Id. 128708808: embargos à execução fiscal nº 0009952-66.2017.4.03.6182 – págs. 336 a 368-verso (conforme numeração original dos autos físicos);

(xi) Id. 128708809: embargos à execução fiscal nº 0009952-66.2017.4.03.6182 – págs. 369 a 403 (conforme numeração original dos autos físicos); e

(xii) Id. 128708810: embargos à execução fiscal nº 0009952-66.2017.4.03.6182 – págs. 404 a 407 (conforme numeração original dos autos físicos).

Além disso, no Id. 128708789 constam a sentença proferida na ação cautelar nº 0004206-12.2016.4.03.6100, ao que parece translada para os autos da execução fiscal nº 0023941-76.2016.4.03.6182.

Pois bem.

Não foram digitalizadas as **págs. 165 a 246 dos embargos à execução fiscal** nº 0009952-66.2017.4.03.6182 (conforme numeração original dos autos físicos), tampouco as **págs. 02 a 120, 154 a 191 e a partir 197 da execução fiscal** nº 0023941-76.2016.4.03.6182.

Ademais, a juntada das demais peças fora da ordem cronológica e intercalando-se cópias de diversos processos, sem a devida identificação, dificulta a análise do recurso.

Assim, **intime-se** a apelante para regularizar os autos com a digitalização adequada dos processos, incluindo as páginas faltantes, em ordem cronológica e separando-se os documentos por processo, **sob pena de baixa dos autos eletrônicos à Vara de Origem** para o cumprimento do ônus atribuído às partes, nos termos do art. 6º, *caput*, da Resolução Pres N° 142/2017.

Prazo: 10 (dez) dias, que deverá ser computado a partir do primeiro dia imediatamente posterior à normalização do atendimento presencial.

Após, tornem conclusos para julgamento.

Int.

São Paulo, 12 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) N° 5009311-41.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 01 - DES. FED. VALDECI DOS SANTOS

AGRAVANTE: MARIO YUKIO KAIMOTI, MARIO RODRIGUES MORENO, MARIO SINITI BABA, MARLENE APARECIDA CASTIGIO, MARLENE PEIXOTO GOMES

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCELO JAIME FERREIRA - DF 15766-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCELO JAIME FERREIRA - DF 15766-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCELO JAIME FERREIRA - DF 15766-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCELO JAIME FERREIRA - DF 15766-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCELO JAIME FERREIRA - DF 15766-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

ID n.º 131480724: sobreste-se o feito conforme determinado pelo C. STJ na Reclamação n.º 40.060/SP.

P.I.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016742-29.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 01 - DES. FED. VALDECI DOS SANTOS

AGRAVANTE: MARIA CATHARINA VILLALVAS MORENO, MARIA BERNADETE BATISTA, MARIA CECILIA DE ALMEIDA JENSEN, MARIA CELIA DE FREITAS, MARIA CRISTINA BARROSO EUZEBIO

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCELO JAIME FERREIRA - DF 15766-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCELO JAIME FERREIRA - DF 15766-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCELO JAIME FERREIRA - DF 15766-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCELO JAIME FERREIRA - DF 15766-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCELO JAIME FERREIRA - DF 15766-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

ID n.º 131478063: sobreste-se o feito conforme determinado pelo C. STJ na Reclamação n.º 40.059/SP.

P.I.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5029361-88.2019.4.03.0000

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

AGRAVANTE: UNIÃO FEDERAL

AGRAVADO: STELLA MARIS BARBOSA DOS SANTOS

Advogados do(a) AGRAVADO: GUSTAVO MARTINS BORGES BERKOWITZ - SP278776, DANIELLA LAFACE

BORGES BERKOWITZ - SP147333-A

DESPACHO

Considerando o pleito de atribuição de efeitos infringentes aos embargos de declaração opostos por **UNIÃO**, e em atenção ao quanto disposto no artigo 1.023, §2º, do Código de Processo Civil de 2015, faz-se necessária a abertura de vista dos autos para manifestação.

Dessa forma, intime-se a parte contrária para que, querendo, apresente resposta aos embargos de declaração opostos.

Após, tornemos autos conclusos para julgamento dos aclaratórios.

São Paulo, 17 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015951-26.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: UNIÃO FEDERAL

AGRAVADO: GIOVANNI CHIAPPA, IVANILDO DA SILVA ROCHA, JAUSSON JARBAS MORELLO, JOAO CARLOS DE SOUZA, JOSE CAETANO DOS SANTOS

Advogado do(a) AGRAVADO: MARCELO JAIME FERREIRA - DF 15766-A

Advogado do(a) AGRAVADO: MARCELO JAIME FERREIRA - DF 15766-A

Advogado do(a) AGRAVADO: MARCELO JAIME FERREIRA - DF 15766-A

Advogado do(a) AGRAVADO: MARCELO JAIME FERREIRA - DF 15766-A

Advogado do(a) AGRAVADO: MARCELO JAIME FERREIRA - DF 15766-A

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela **UNIÃO** contra decisão que, nos autos do Cumprimento de Sentença contra a Fazenda Pública, determinou a remessa dos autos à contadoria judicial.

Defende a agravante a necessidade de suspensão do feito de origem em razão de decisão liminar em sede de ação rescisória (processo nº 6.436 - DF (2019/0093684-0), bem como a necessidade de limitação territorial da categoria do sindicato. Sustenta a falta de congruência entre o título judicial e o pedido, discorre sobre a Gratificação de Incremento da Fiscalização e da Arrecadação – GIFA que, sustenta, não deve ser base de cálculo para a GAT, o aráter indenizatório de abonos de permanência, anuênios e adicionais e cálculo e apuração do PSS.

Argumenta que deve ser descartada da base de cálculo dos juros a parcela dos valores que deveriam ter sido recolhidos à época para o PSS, bem como incidir juros apenas sobre o valor líquido e atualização monetária em ambas as parcelas, além de somá-las para formar o valor bruto corrigido e corretamente remunerado com juros, e, finalmente, calcular o valor a ser retido de PSS no saque da requisição de pagamento.

Pugna pela concessão de efeito suspensivo.

É o relatório.

Decido.

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

Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

(...)

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

De início, não se há de falar em incongruência entre o título executivo formado e o pedido deduzido. Quanto a isto, consigno que os requerentes pretendem a execução de julgado do C. Superior Tribunal de Justiça em que se reconheceu a natureza de vencimento da Gratificação de Atividade de Trabalho – GAT, instituída pela Lei nº 10.910/2004 e extinta pela Lei nº 11.890/2008, verbis:

10. Nestes termos, se a única exigência para a percepção da gratificação é a existência de vínculo estatutário, independente do nome que se atribua à rubrica não há como não reconhecer seu natureza de vencimento da parcela, o que garante seu pagamento até o advento da Lei 11.890/2008, que mudou o sistema remuneratório através do regime de subsídio. 11. Insta destacar que não há que se falar em incidência da Súmula 7/STJ, uma vez que, embora tenha negado a pretensão autoral, o acórdão recorrido deixa claramente consignado, como se lê no trecho acima transcrito, que a gratificação é genérica, integrando, assim, o conceito de vencimento. 12. Ante o exposto, em juízo de retratação, dá-se provimento ao Recurso Especial para reconhecer devido o pagamento da GAT desde sua criação pela Lei 10.910/2004 até sua extinção pela Lei 11.890/2008.

(STJ, AgInt no REsp nº 1.585.353/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Decisão Monocrática, DJe: 24/04/2017).

Dos claros termos do julgado em questão se extrai que fora reconhecida a natureza de vencimentos à Gratificação de Atividade de Trabalho – GAT, instituída pela Lei nº 10.910/2004 e extinta pela Lei nº 11.890/2008, sendo certo que as demais vantagens percebidas pelos Auditores Fiscais da Receita Federal e que tenham como base de cálculo os vencimentos do cargo devem incidir sobre referida gratificação, no período em que ela era devida.

Veja-se que o próprio Tribunal da Cidadania já afastou a tese ora sustentada pela União – de que a coisa julgada se limitaria ao pagamento da Gratificação em comento, sem abarcar a incidência, sobre esta gratificação, de outras vantagens que tenham por fundamento o “vencimento” – no bojo da Reclamação nº 36.691/RN, em decisão monocrática do E. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, cujo teor relevante ao deslinde da causa transcrevo:

“(…) 8. Afirma o reclamante que o TRF5, ao determinar que o pedido de reflexo nas demais parcelas com base no vencimento básico acrescido da GAT estaria em desconformidade com a decisão do REsp. 1.585.353/DF, em verdade, descumpriu frontalmente a referida decisão. Sustenta o reclamante que a decisão, transitada em julgado, reconheceu, expressamente, o caráter vencimental da gratificação (GAT), razão pela qual a sua incorporação ao vencimento acarreta reflexos nas demais parcelas remuneratórias.

9. De fato, a decisão reclamada divergiu do que foi determinado por este STJ, uma vez que se reconheceu, expressamente, o caráter vencimental da gratificação em comento (GAT), conforme se verifica dos seguintes trechos do decismum:

(...)

10. A decisão do STJ, transitada em julgado, assentou que a GAT se incorpora, adere ou agrega-se ao vencimento do Servidor ou, em outros termos, se vencimentaliza. Em face disso, é fora de qualquer dúvida jurídica que, para a incidência de outras gratificações, que tenham por fundamento o vencimento, deve ser considerado como sua base de cálculo o valor global, total ou expandido desse mesmo vencimento, ou seja, o seu valor pós-incorporação da supradita GAT. Entendimento diverso não encontra respaldo na decisão do STJ.

11. Nesse contexto, conclui-se que a decisão reclamada descumpriu o comando jurisdicional emanado deste Tribunal Superior, afrontando a autoridade de sua referida decisão, constitucionalmente assegurada. Assim, impõe-se reconhecer a procedência da presente Reclamação.

(...)”

(STJ, Reclamação nº 36.691/RN, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Decisão Monocrática, DJe: 10/12/2018) (destaquei).

Se é verdade que tal decisão veio a ser tomada sem efeitos por decisão do próprio Relator em 15/05/2019, não menos certo é que isto se deu tão somente em razão de não se ter oportunizado à União prazo para manifestação (STJ, AgInt na Reclamação nº 36.691/RN, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Decisão Monocrática, DJe: 20/05/2019).

Entendo também que a aplicação do IPCA-E garante a efetividade da correção monetária dos valores cogitados, já que é o índice capaz de concretamente refletir a inflação apurada no período e recompor, assim, o poder da moeda.

É bem verdade que, no julgamento de questão de ordem movimentada na ADI n. 4.425, o Egrégio Supremo Tribunal Federal modulou os efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade da TR como índice de correção monetária. Pontificou a Suprema Corte que, para os precatórios expedidos antes da sessão de julgamento da questão de ordem, ocorrida em 25.03.2015, ficaria mantida a TR como índice de correção monetária, ao passo que para os precatórios expedidos após a ocorrência da referida sessão de julgamento, o IPCA-E corresponderia ao índice a ser adotado. Eis a ementa do julgado a que faço alusão:

"QUESTÃO DE ORDEM. MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DE DECISÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE (LEI 9.868/99, ART. 27). POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE ACOMODAÇÃO OTIMIZADA DE VALORES CONSTITUCIONAIS CONFLITANTES. PRECEDENTES DO STF. REGIME DE EXECUÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA MEDIANTE PRECATÓRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009. EXISTÊNCIA DE RAZÕES DE SEGURANÇA JURÍDICA QUE JUSTIFICAM A MANUTENÇÃO TEMPORÁRIA DO REGIME ESPECIAL NOS TERMOS EM QUE DECIDIDO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. A modulação temporal das decisões em controle judicial de constitucionalidade decorre diretamente da Carta de 1988 ao consubstanciar instrumento voltado à acomodação otimizada entre o princípio da nulidade das leis inconstitucionais e outros valores constitucionais relevantes, notadamente a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima, além de encontrar lastro também no plano infraconstitucional (Lei nº 9.868/99, art. 27). Precedentes do STF: ADI nº 2.240; ADI nº 2.501; ADI nº 2.904; ADI nº 2.907; ADI nº 3.022; ADI nº 3.315; ADI nº 3.316; ADI nº 3.430; ADI nº 3.458; ADI nº 3.489; ADI nº 3.660; ADI nº 3.682; ADI nº 3.689; ADI nº 3.819; ADI nº 4.001; ADI nº 4.009; ADI nº 4.029. 2. In casu, modulam-se os efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas nas ADIs nº 4.357 e 4.425 para manter a vigência do regime especial de pagamento de precatórios instituído pela Emenda Constitucional nº 62/2009 por 5 (cinco) exercícios financeiros a contar de primeiro de janeiro de 2016. 3. Confere-se eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade dos seguintes aspectos da ADI, fixando como marco inicial a data de conclusão do julgamento da presente questão de ordem (25.03.2015) e mantendo-se válidos os precatórios expedidos ou pagos até esta data, a saber: (i) fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25.03.2015, data após a qual (a) os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) e (b) os precatórios tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários; e (ii) ficam resguardados os precatórios expedidos, no âmbito da administração pública federal, com base nos arts. 27 das Leis nº 12.919/13 e nº 13.080/15, que fixam o IPCA-E como índice de correção monetária. 4. Quanto às formas alternativas de pagamento previstas no regime especial: (i) consideram-se válidas as compensações, os leilões e os pagamentos à vista por ordem crescente de crédito previstos na Emenda Constitucional nº 62/2009, desde que realizados até 25.03.2015, data a partir da qual não será possível a quitação de precatórios por tais modalidades; (ii) fica mantida a possibilidade de realização de acordos diretos, observada a ordem de preferência dos credores e de acordo com lei própria da entidade devedora, com redução máxima de 40% do valor do crédito atualizado. 5. Durante o período fixado no item 2 acima, ficam mantidas (i) a vinculação de percentuais mínimos da receita corrente líquida ao pagamento dos precatórios (art. 97, § 10, do ADCT) e (ii) as sanções para o caso de não liberação tempestiva dos recursos destinados ao pagamento de precatórios (art. 97, §10, do ADCT). 6. Delega-se competência ao Conselho Nacional de Justiça para que considere a apresentação de proposta normativa que discipline (i) a utilização compulsória de 50% dos recursos da conta de depósitos judiciais tributários para o pagamento de precatórios e (ii) a possibilidade de compensação de precatórios vencidos, próprios ou de terceiros, com o estoque de créditos inscritos em dívida ativa até 25.03.2015, por opção do credor do precatório. 7. Atribui-se competência ao Conselho Nacional de Justiça para que monitore e supervisione o pagamento dos precatórios pelos entes públicos na forma da presente decisão." (grifei)

(ADI 4425 QO, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 25/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-152 DIVULG 03-08-2015 PUBLIC 04-08-2015)

O precatório que será expedido com relação a esta demanda será posterior à data colocada pela Suprema Corte como marco temporal para a modulação de efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade da TR. Nessa condição, a adoção do IPCA-E como índice de correção monetária seria medida adequada também por essa ótica.

Do mesmo modo, não se há de falar em suspensão do feito em razão da decisão proferida no bojo do Recurso Extraordinário n. 870.947/SE. A alegada decisão monocrática proferida pelo E. Ministro Luiz Fux em 24/09/2018 deferiu tão somente efeito suspensivo aos embargos de declaração opostos, sem o expresso e necessário comando judicial no sentido de serem sobrestados os feitos que versem sobre a matéria.

Por fim, cumpre registrar que não se olvida da discussão instaurada no âmbito do referido Recurso Extraordinário referente à possível modulação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade antes proferida. Não obstante, além de o Pretório Excelso não ter, ainda, se pronunciado definitivamente acerca do pedido de modulação de efeitos veiculado por diversas pessoas públicas em sede de embargos de declaração, vê-se que tal possibilidade se revela cada vez mais distante, uma vez que são necessários os votos de dois terços da Corte para que se opere o diferimento no tempo da eficácia da declaração de inconstitucionalidade, nos termos do art. 27 da Lei n. 9.868/1999, e até o presente momento, em que houve pedido de vista dos autos pelo E. Ministro Gilmar Mendes em sessão de julgamentos de 20 de março de 2019, constam seis votos contrários à modulação defendida pela União e apenas dois favoráveis à medida excepcional.

Ademais, na remota hipótese de vir a se formar a necessária maioria qualificada para se decidir pela modulação de efeitos em questão, é certo que caberá à União pleitear o que entender de direito pelas vias processuais adequadas a tanto, não se justificando a pretendida paralisação do presente feito.

Incabível, portanto, a modificação do julgado para determinação da incidência do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/1997, como pretende a União.

Por fim, registro que as demais questões atinentes a um possível excesso de execução – a saber, apuração do percentual do PSS (contribuição previdenciária), incidência de juros de mora sobre o PSS e índice de juros de mora – deverão ser enfrentadas oportunamente pelo Juízo de Origem, após manifestação da Contadoria do Juízo, sendo certo que a remessa dos autos a este órgão já foi determinada na decisão ora agravada.

Ante o exposto, indefiro o pedido de efeito suspensivo.

Comunique-se ao juízo *a quo*.

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

Publique-se.

São Paulo, 17 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002446-97.2019.4.03.6144

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

APELANTE: INDUSTRIA GRAFICA BRASILEIRA LTDA

Advogados do(a) APELANTE: FLAVIO AUGUSTO ANTUNES - SP172627-A, GLACITON DE OLIVEIRA BEZERRA - SP349142-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Considerando o pleito de atribuição de efeitos infringentes aos embargos de declaração opostos pela **FAZENDA NACIONAL**, e em atenção ao quanto disposto no artigo 1.023, §2º, do Código de Processo Civil de 2015, faz-se necessária a abertura de vista dos autos para manifestação da parte contrária.

Dessa forma, intime-se a **INDÚSTRIA GRÁFICA BRASILEIRA LTDA.** para que, querendo, apresente resposta aos embargos de declaração opostos no prazo legal.

Após, tomemos autos conclusos para julgamento dos aclaratórios.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002091-29.2018.4.03.6110

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

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: CELIA RIBEIRO MARIANO

Advogado do(a) APELADO: MARIA ISABEL CARVALHO DOS SANTOS - SP272952-A

DESPACHO

Considerando o pleito de atribuição de efeitos infringentes aos embargos de declaração opostos por **INSS**, e em atenção ao quanto disposto no artigo 1.023, §2º, do Código de Processo Civil de 2015, faz-se necessária a abertura de vista dos autos para manifestação.

Dessa forma, intime-se a parte contrária para que, querendo, apresente resposta aos embargos de declaração opostos.

Após, tornemos autos conclusos para julgamento dos aclaratórios.

São Paulo, 17 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007901-45.2019.4.03.0000

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

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: HOSPITAL E MATERNIDADE PRESIDENTE PRUDENTE LTDA

Advogados do(a) AGRAVADO: MARCO ANTONIO GOULART - SP179755-A, GILBERTO LUIZ CANOLA JUNIOR - SP314616-A

DESPACHO

Considerando o pleito de atribuição de efeitos infringentes aos embargos de declaração opostos por **UNIÃO**, e em atenção ao quanto disposto no artigo 1.023, §2º, do Código de Processo Civil de 2015, faz-se necessária a abertura de vista dos autos para manifestação.

Dessa forma, intime-se a parte contrária para que, querendo, apresente resposta aos embargos de declaração opostos.

Após, tornemos autos conclusos para julgamento dos aclaratórios.

São Paulo, 17 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001292-83.2018.4.03.6110

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: POSTO MIL SALTO LTDA

Advogado do(a) APELADO: JOSE CARLOS BRAGA MONTEIRO - RS45707-A

DESPACHO

Considerando o pleito de atribuição de efeitos infringentes aos embargos de declaração opostos por **UNIÃO**, e em atenção ao quanto disposto no artigo 1.023, §2º, do Código de Processo Civil de 2015, faz-se necessária a abertura de vista dos autos para manifestação.

Dessa forma, intime-se a parte contrária para que, querendo, apresente resposta aos embargos de declaração opostos.

Após, tornemos autos conclusos para julgamento dos aclaratórios.

São Paulo, 17 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016112-36.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: TATIANE WAGNER ARQUITETURA EIRELI - EPP

Advogado do(a) AGRAVANTE: VINICIUS DUARTE PAPPAROTTE - SP329414

AGRAVADO: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por **TATIANE WAGNER ARQUITETURA EIRELI – EPP** contra decisão que, nos autos do Cumprimento de Sentença ajuizado na origem, indeferiu os pedidos de intimação da agravada para complementação dos documentos necessários à perícia e de aplicação de multa por descumprimento de determinação judicial.

Alega a agravante que em razão da negativa do juízo de origem de intimar a agravada a apresentar cópia dos contratos celebrados, interpôs o agravo de instrumento nº 5017917-92.2018.4.03.6120 ao qual foi dado provimento para determinar a apresentação de cópia dos contratos e extratos pela agravada a fim de permitir a apuração dos valores devidos com exatidão. Argumenta, contudo, que o juízo de origem descumpriu a decisão proferida no mencionado recurso e determinou a realização da perícia apenas com os documentos produzidos unilateralmente pela agravada.

Pugna pela concessão dos benefícios da justiça gratuita e de efeito suspensivo.

É o relatório.

Decido.

Justiça Gratuita

A discussão acerca da concessão dos benefícios da justiça gratuita a pessoa jurídica tem sido reiteradamente submetida à apreciação do C. STJ que sedimentou seu entendimento, consolidado na Súmula nº 481, segundo o qual “*Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais*”.

Como se percebe, para a concessão dos benefícios pretendidos à pessoa jurídica mostra-se imprescindível a demonstração da impossibilidade de arcar com os encargos processuais. Neste sentido, transcrevo:

“PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. JUSTIÇA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA SEM FINS LUCRATIVOS. SÚMULA 481/STJ. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. 1. O deferimento do pedido de assistência judiciária gratuita depende da demonstração pela pessoa jurídica, com ou sem fins lucrativos, de sua impossibilidade de arcar com as custas do processo (Súmula 481/STJ). Não basta a simples afirmação da carência de meios, devendo ficar demonstrada a hipossuficiência. 2. A alteração da conclusão de que a parte não faz jus ao benefício da gratuidade da justiça demandaria o revolvimento de fatos e provas, inviável no âmbito do recurso especial (STJ, Súmula nº 7). 3. Não se pode considerar como fato notório algo que foi considerado como não provado pelo Tribunal de origem, nem se pode entender como demonstrada a precariedade financeira à base de outros julgados em que o benefício da justiça gratuita foi deferido à Agravante. 4. Agravo regimental desprovido.” (negritei)

(STJ, Primeira Turma, AgRg no AREsp 330979/RS, Relator Olindo Menezes, DJe 28/10/2015)

No caso dos autos, tenho que o documento apresentado pela agravante se mostra insuficiente à comprovação da impossibilidade de recolhimento das custas recursais. Com efeito, a mera apresentação de declaração de profissional contábil de que a agravante não teria tido “movimento” de junho de 2019 a maio de 2020 não é capaz de comprovar a impossibilidade de recolhimento de custas, à míngua da apresentação de documentos tais como declaração de renda e extratos bancários.

Por tais razões, **indefiro** o pedido de concessão dos benefícios da justiça gratuita.

Mérito

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

Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

(...)

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

O dissendo instalado nos autos diz respeito à apresentação de documentos que a agravante reputa necessários à elaboração dos cálculos de liquidação.

De fato, nos autos do agravo de instrumento nº 5017917-92.2018.4.03.0000 interposto pela agravante proferi decisão em 26.09.2018 deferindo o pedido de efeito suspensivo¹ determinando à agravada a apresentação de cópia dos contratos para lhe permitir apuração dos valores devidos com exatidão. Posteriormente, em sessão realizada em 23.04.2019, o recurso foi levado a julgamento e a ele foi dado provimento nos termos da decisão que concedeu efeito suspensivo e atualmente os autos estão conclusos para julgamento de declaratórios opostos pela agravante.

Comunicado o julgamento do mencionado agravo de instrumento no feito de origem a agravante reiterou o pedido de juntada dos contratos nº 24.4103.734.0000296-30, 24.4103.734.0000340-49, 24.4103.734.0000373-07, 24.4103.734.0000374-98, 24.4103.734.0000381-17, 24.4103.734.0000391-99, 24.4103.734.0000396-01, 24.4103.734.0000408-71, 24.4103.734.0000413-39, 24.4103.734.0000415-09 e 24.4103.734.0000427-370 e de aplicação de multa à agravada por descumprimento de ordem judicial (Num. 18238465 – Pág. 1/2 do processo de origem).

Em resposta, a agravada alegou que “*Tais contratos não são autônomos e inexistem na forma física. Existem somente na forma digital, porque realizados somente por meio eletrônico. Na verdade, são operações de crédito (empréstimos) realizadas voluntariamente pelo autor diretamente nos canais de autoatendimento da CAIXA (caixas eletrônicos ou internet banking), nos termos da cláusula terceira da Cédula de Crédito Bancário 734-4103.003.00000897-0, já juntado no ID 16595181*” (Num. 27347788 – Pág. 1/2 do processo de origem).

Entendo, em análise própria deste momento processual, que assiste razão à agravada.

De fato, a cláusula terceira do contrato de Cédula de Crédito Bancário nº **734-4103-003-00000897-0** é clara ao prever que o limite de crédito é único e poderá ser utilizada “*por solicitação da EMITENTE nos canais eletrônicos da CAIXA, caracterizando cada utilização como um empréstimo distinto, dentro do Limite contratado*”. Prevê, ainda, mencionada cláusula em seu parágrafo segundo que “*A concessão do empréstimo será processada integralmente por meio eletrônico e reconhecida como válida pela EMITENTE, em decorrência da utilização de sua senha pessoal e intransferível (...)*” (Num. 16595181 – Pág. 4 do processo de origem).

Como se percebe, por expressa previsão contratual os sucessivos empréstimos dentro do limite de crédito concedido seriam formalizados unicamente pelo meio eletrônico por meio do uso de senha pessoal da agravante, daí se revelando verossímil a alegação da agravada de que não se tratam de contratos autônomos, mas dependentes do contrato de cédula de crédito bancária nº 734-4103-003-00000897-0 cuja cópia já foi juntada no feito de origem.

A corroborar tal entendimento ressalto que em todos os contratos cuja cópia a agravante pretende seja fornecida há parcial identidade de número (734-4103) como contrato original.

Deste modo, nos termos do parágrafo primeiro² da cláusula terceira do contrato em debate, ao que parece se mostra suficiente a apresentação dos extratos bancários para a apuração do valor devido, sendo certo que todos os empréstimos debatidos seguem as mesmas regras e condições do contrato original.

Ante o exposto, indefiro o pedido de efeito suspensivo, nos termos da fundamentação supra.

Comunique-se ao E. Juízo *a quo*.

Comprove a agravante, no prazo de 5 (cinco) dias, o recolhimento das custas, sob pena de negativa de seguimento ao presente agravo

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

Publique-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

1 “Considerando que o feito de origem trata de cumprimento de sentença, entendo imprescindível a juntada dos contratos nos quais foi reconhecida ilegalidade de cláusulas, nos termos da sentença proferida na ação originária (Num. 3133447 – Pág. 3/4 do processo de origem). Entendimento diverso inviabilizaria a apresentação de cálculos pela agravante em observância aos limites da coisa julgada, bem como impediria eventual produção de prova pericial, se acaso necessária.

Demais disso, a determinação de apresentação de cópia dos contratos e extratos pela agravada, distante de lhe causar espécie de prejuízo, confere maior possibilidade de apuração dos valores devidos com exatidão.

Ante o exposto, defiro o pedido de efeito suspensivo.”

2 “**Parágrafo Primeiro** – A EMITENTE escolherá a cada utilização o valor do empréstimo de acordo com a capacidade de pagamento mensal previamente definida e informada no extrato da conta, e o dia do mês que deverão ser debitadas as prestações.” (negrito original, Num. 16595181 – Pág. 4 do processo de origem).

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5003082-31.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: EUROPACK INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS TERMOPLÁSTICOS LTDA.

Advogado do(a) AGRAVANTE: SANDRA CONCEIÇÃO DE OLIVEIRA - SP235916-A

AGRAVADO: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por **EUROPACK INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS TERMOPLÁSTICOS LTDA.** contra decisão que, nos autos do Mandado de Segurança impetrado na origem, indeferiu o pedido de liminar formulado como objetivo de suspender o recolhimento da contribuição prevista pelo artigo 1º da Lei Complementar nº 110/2001.

Alega a agravante que a contribuição prevista pelo artigo 1º da LC nº 110/2001 se tornou indevida a partir de março de 2012 em razão do exaurimento da finalidade para a qual foi criada e consequente desvio da arrecadação. Sustenta que a manutenção da exigência da contribuição em debate implica violação ao princípio da legalidade e produz efeito confiscatório.

Pugnou pela antecipação da tutela recursal que foi indeferida (Num. 124233327 – Pág. 1/4).

A agravada apresentou contraminuta (Num. 126749354 – Pág. 1/15) e o Ministério Público Federal opinou pelo prosseguimento do feito (Num. 133452752 – Pág. 1/3).

É o relatório.

Decido.

Examinando os autos, contudo, entendo caracterizada a superveniência de fato novo a ensejar a perda de objeto do presente recurso.

Comefeito, antes de julgado o presente recurso sobreveio notícia de que foi proferida sentença no feito de origem, nos seguintes termos:

“(…) Isto posto, **JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO** e extingo o feito com resolução de mérito nos termos do artigo 487, inciso I, do CPC.

Custas “ex lege”.

Honorários advocatícios indevidos.

P.I.O.”

(maiúsculas e negrito originais)

Ante o exposto, nos termos do artigo 932, inciso III do novo Código de Processo Civil, julgo **prejudicado** o recurso.

Publique-se e intime-se.

Após as cautelas legais, baixemos autos à Vara de Origem.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5003239-08.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 01 - DES. FED. VALDECI DOS SANTOS

PARTE AUTORA: UNIDAS LOCADORA DE VEICULOS LTDA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: LUIZ HENRIQUE NERY MASSARA - MG128362

PARTE RE: GERENTE REGIONAL DA CAIXA ECONOMICA FEDERAL, GERENTE REGIONAL DO FGTS DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL EM SÃO PAULO, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, CAIXA ECONOMICA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de mandado de segurança objetivando prestação jurisdicional que determine a expedição de Certificado de Regularidade do FGTS (CRF).

Sobrevinda a r. sentença, o Juízo *a quo* concedeu a segurança. Não houve condenação em honorários advocatícios.

Sem apelação, a decisão está sujeita ao reexame necessário.

É o relatório.

Decido.

O caso comporta decisão na forma do artigo 932, inciso III, do CPC/2015.

Tratando-se de ato omissivo, a realização da conduta desejada, com o atendimento da pretensão do impetrante, ainda que em decorrência de ordem judicial de natureza satisfativa, esgota por completo o objeto da demanda, não se cogitando de reversibilidade do quadro fático e jurídico.

A autoridade coatora informou que os cadastros da parte autora foram regularizados para a expedição do certificado pretendido (ID 124732959).

Perda do objeto da ação configurada na hipótese, o que justifica a extinção do processo, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil.

Isto posto, nos termos do artigo 485, inciso VI, c.c. o artigo 932, III, do Código de Processo Civil, **julgo extinto o processo**, sem apreciação do mérito, na forma da fundamentação, **dando por prejudicado o recurso**, em face da manifesta perda do objeto.

P.I.

Oportunamente, baixemos autos à Vara de Origem.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5014346-49.2018.4.03.6100

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

APELANTE: PATRICIA MARA DE CINTRA CASTRO MACHADO

Advogados do(a) APELANTE: DIOGENES MADEU - SP128467-A, FABIO ROMEU CANTON FILHO - SP106312-A

APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL, CAIXA SEGURADORAS/A

PROCURADOR: DEPARTAMENTO JURÍDICO - CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

Advogado do(a) APELADO: ANDRE LUIZ DO REGO MONTEIRO TAVARES PEREIRA - SP344647-S

DESPACHO

Considerando o pleito de atribuição de efeitos infringentes aos embargos de declaração opostos pelas partes, e em atenção ao quanto disposto no artigo 1.023, §2º, do Código de Processo Civil de 2015, faz-se necessária a abertura de vista dos autos para manifestação.

Dessa forma, intime-se a parte contrária para que, querendo, apresente resposta aos embargos de declaração opostos.

Após, tornemos autos conclusos para julgamento dos aclaratórios.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5010039-48.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: COLISEU PRESENTES LTDA.

Advogado do(a) AGRAVANTE: SANDRA REGINA FREIRE LOPES - SP244553-A

AGRAVADO: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por **COLISEU PRESENTES LTDA.** contra decisão que, nos autos do Mandado de Segurança impetrado na origem, indeferiu o pedido de liminar formulado com o objetivo de que fosse determinada a prorrogação para o último dia útil de março de 2021 o vencimento de todos os tributos federais relativamente aos meses de março, abril, maio e junho ou, subsidiariamente, a prorrogação/diferimento do pagamento dos tributos federais com vencimento nos meses de março, abril, maio e junho de 2020 pelo prazo de 120 dias em relação a cada um dos vencimentos ou, ainda subsidiariamente, a aplicação das disposições da Portaria MF nº 12/2012.

Alega a agravante que não pleiteia a isenção, o não pagamento ou a extinção dos tributos, apenas a prorrogação do prazo de recolhimento como forma de garantir o pagamento de salários aos trabalhadores. Afirmo que em razão da pandemia da COVID19 o Estado de São Paulo expediu o Decreto Estadual n.º 64.881/2020 decretando quarentena e restringindo o funcionamento das atividades da agravante. Sustenta que a Portaria MF nº 12/2012 prevê a prorrogação para o último dia útil do 3º mês subsequente do vencimento dos tributos federais devidos por contribuintes domiciliados nos municípios abrangidos por decreto estadual que tenha reconhecido estado de calamidade pública. Defende a inconstitucionalidade da não Suspensão ou do não diferimento do pagamento dos tributos federais atualmente e a aplicação analógica da Teoria do Fato do Príncipe.

Pugnou pela antecipação da tutela recursal que foi indeferida (Num. 131466181 – Pág. 1/4).

A agravada apresentou contraminuta (Num. 133311246 – Pág. 1/28) e o Ministério Público Federal opinou pelo prosseguimento do feito (Num. 134783399 – Pág. 1/2).

É o relatório.

Decido.

Examinando os autos, contudo, entendo caracterizada a superveniência de fato novo a ensejar a perda de objeto do presente recurso.

Comefeito, antes de julgado o presente recurso sobreveio notícia de que foi proferida sentença no feito de origem, nos seguintes termos:

“(…) **Dispositivo.**

Ante o exposto, julgo improcedente o pedido e DENEGO A SEGURANÇA.

Descabe condenação em honorários advocatícios, nos termos do artigo 25 da Lei n. 12.016/2009.

Custas na forma da lei.

Oportunamente, havendo o trânsito em julgado, arquivem-se.

P.I.”

(maiúsculas e negrito originais)

Ante o exposto, nos termos do artigo 932, inciso III do novo Código de Processo Civil, julgo **prejudicado** o recurso.

Publique-se e intime-se.

Após as cautelas legais, baixemos autos à Vara de Origem.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0016910-96.2012.4.03.6100

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

APELANTE: LUIS FERNANDEZ VARELA

Advogado do(a) APELANTE: LUIS FERNANDEZ VARELA - SP201817

APELADO: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

Advogado do(a) APELADO: HEROI JOAO PAULO VICENTE - SP129673-A

DESPACHO

Considerando o pleito de atribuição de efeitos infringentes aos embargos de declaração opostos por **LUIS FERNÁNDEZ VARELA**, e em atenção ao quanto disposto no artigo 1.023, §2º, do Código de Processo Civil de 2015, faz-se necessária a abertura de vista dos autos para manifestação.

Dessa forma, intime-se a parte contrária para que, querendo, apresente resposta aos embargos de declaração opostos.

Após, tomemos autos conclusos para julgamento dos aclaratórios.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000840-53.2017.4.03.6128

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

APELADO: M3 LOGISTICALTDA

Advogado do(a) APELADO: LUCAS HECK - RS67671-A

DESPACHO

Considerando o pleito de atribuição de efeitos infringentes aos embargos de declaração opostos por **UNIÃO FEDERAL**, e em atenção ao quanto disposto no artigo 1.023, §2º, do Código de Processo Civil de 2015, faz-se necessária a abertura de vista dos autos para manifestação.

Dessa forma, intime-se a parte contrária para que, querendo, apresente resposta aos embargos de declaração opostos.

Após, tornemos autos conclusos para julgamento dos aclaratórios.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5005030-42.2019.4.03.0000

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

AGRAVANTE: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

Advogado do(a) AGRAVANTE: FABIANO GAMA RICCI - SP216530-A

AGRAVADO: CONDOMINIO EDIFICIO RESIDENCIAL MANACOR, MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP,

BRUNO FRANCESCHI, CONSTRUTORA FORTEFIX LTDA, FORTE URBE EMPREENDIMENTOS E

PARTICIPACOES LTDA., JORGE ROSSELLO SALVA

Advogado do(a) AGRAVADO: PAULO GABRIEL COSTA IVO - SP357405

Advogado do(a) AGRAVADO: CARLOS ROSSETO JUNIOR - SP118908-A

Advogado do(a) AGRAVADO: CARLOS ROSSETO JUNIOR - SP118908-A

Advogado do(a) AGRAVADO: CARLOS ROSSETO JUNIOR - SP118908-A

Advogado do(a) AGRAVADO: RENATO DUARTE FRANCO DE MORAES - SP227714-A

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5005030-42.2019.4.03.0000

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

AGRAVANTE: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

Advogado do(a) AGRAVANTE: FABIANO GAMA RICCI - SP216530-A

AGRAVADO: CONDOMINIO EDIFICIO RESIDENCIAL MANACOR, MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP,

BRUNO FRANCESCHI, CONSTRUTORA FORTEFIX LTDA, FORTE URBE EMPREENDIMENTOS E

PARTICIPACOES LTDA., JORGE ROSSELLO SALVA

Advogado do(a) AGRAVADO: PAULO GABRIEL COSTA IVO - SP357405

Advogado do(a) AGRAVADO: CARLOS ROSSETO JUNIOR - SP118908-A

Advogado do(a) AGRAVADO: CARLOS ROSSETO JUNIOR - SP118908-A

Advogado do(a) AGRAVADO: CARLOS ROSSETO JUNIOR - SP118908-A

Advogado do(a) AGRAVADO: RENATO DUARTE FRANCO DE MORAES - SP227714-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela **CAIXA ECONÔMICA FEDERAL** contra decisão que, nos autos da Ação Civil Pública ajuizada na origem, deferiu em parte o pedido de tutela de urgência, nos seguintes termos:

“(…) Por via de consequência, concedo, em parte, o pedido de tutela provisória de urgência para determinar que os requeridos:

*i) **providenciem**, no prazo máximo de 10 (dez) dias úteis, **levantamento dos reparos urgentes**, considerando, no mínimo, os constatados no Laudo Técnico nº 349/2018/SPPEA, sobretudo a necessidade de reparo do “revestimento das fachadas dos prédios” (Id. 12527967), informando-os imediatamente nos autos, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais), limitada a R\$ 100.000,00 (cem mil reais);*

*ii) **executem**, no prazo máximo de 30 (trinta) dias úteis contados da providência anterior (item “i”), **os reparos identificados no cumprimento da providência do item “i”**, seguindo-se as normas técnicas adequadas, bem como a legislação específica, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), limitada a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais);*

iii) **executem**, no prazo máximo de 20 (vinte) dias úteis contados da providência anterior (item “ii”), as seguintes medidas: iii. 1) **substituição** dos pisos cerâmicos com as superfícies danificadas (lascadas, fissuradas e com tonalidades diferentes de cor); iii. 2) **correção** da inadequada declividade do piso dos boxes dos banheiros e das varandas, vício que contribui para a progressão dos danos, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), limitada a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

Tendo em vista que os requeridos são solidariamente responsáveis pela reparação integral dos danos causados aos citados consumidores, nos termos dos artigos art. 31, §§ 2º e 3º, da Lei nº 4.591/1964 c/c artigos 618 e art. 942, caput, do Código Civil c/c arts. 7º e 25, § 1º, do CDC, ressalto, por oportuno, que as multas poderão ser exigidas integralmente de qualquer réu, nos termos do artigo 275 do Código Civil.

Consigno que eventual coordenação da execução dos serviços deverá ser decidida pelos requeridos e que o Laudo Técnico nº 349/2018/SPPEA (Id. 12527967), várias vezes citados neste feito, está identificado como documento “12527967 – Documento Comprobatório (1.34.022.000075 2018 36 18)”.

Desde já adianto que cabe à CEF analisar eventual hipótese de dispensa e/ou inexigibilidade de licitação para contratação de serviço destinado a cumprir a providência urgente ordenada no item “i”.

Em arremate, entendo que as providências ordenadas neste tópico são suficientes para debelar a situação grave constada vistoria levada a efeito pelo autor (Laudo Técnico nº 349/2018/SPPEA – Id. 12527967) e, quanto aos demais pedidos, postergo sua análise para a oportunidade adequada, que é a sentença. (...)”

(negrito e sublinhado originais)

Discorre a agravante sobre as características do condomínio agravado e do Programa Minha Casa, Minha Vida instituído pela Lei nº 11.977/09. Afirma que nas operações que envolvem os empreendimentos enquadrados nas faixas II e III do PMCMV, hipótese do agravado, o adquirente escolhe no mercado imóvel de seu interesse e contrata com qualquer instituição financeira integrante do SFH que disponibilize o produto em balcão o financiamento para a sua aquisição, tratando-se de operações típicas de mercado. Argumenta que nesses casos a agravante não atua como promotora de política pública, mas exclusivamente como agente financeiro.

Sustenta que os reparos necessários já vinham sendo realizados pela Construtora que é a única responsável pela garantia conferida ao empreendimento e que o laudo apresentado pelo Ministério Público Federal aponta a inexistência de urgência nos reparos que justifique a imposição de seu ônus diretamente à agravante.

Defende, por fim, sua ilegitimidade passiva por vícios construtivos no PMCMV nas faixas II ou III, que os vícios de construção são de responsabilidade da construtora, a inexistência de solidariedade entre o agente financeiro e o construtor/alienante/garante, inexistência de responsabilidade da agravante na qualidade de agente financeiro no financiamento da construção do imóvel. Alega que a vistoria técnica a cargo do agente financeiro se destina à verificação do andamento e continuidade das obras em cumprimento ao cronograma financeiro acordado com o construtor/incorporador, sem qualquer análise quanto à localização do terreno, material utilizado pela construtora e modo como é realizada.

Concedido efeito suspensivo (ID 39898163).

Com contraminuta (ID 50195717).

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso e manutenção da decisão de primeiro grau.

É o relatório.

AGRAVANTE: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

Advogado do(a) AGRAVANTE: FABIANO GAMA RICCI - SP216530-A

AGRAVADO: CONDOMINIO EDIFICIO RESIDENCIAL MANACOR, MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP, BRUNO FRANCESCHI, CONSTRUTORA FORTEFIX LTDA, FORTE URBE EMPREENDIMENTOS E PARTICIPACOES LTDA., JORGE ROSSELLO SALVA

Advogado do(a) AGRAVADO: PAULO GABRIEL COSTA IVO - SP357405

Advogado do(a) AGRAVADO: CARLOS ROSSETO JUNIOR - SP118908-A

Advogado do(a) AGRAVADO: CARLOS ROSSETO JUNIOR - SP118908-A

Advogado do(a) AGRAVADO: CARLOS ROSSETO JUNIOR - SP118908-A

Advogado do(a) AGRAVADO: RENATO DUARTE FRANCO DE MORAES - SP227714-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O dissenso instalado nos autos diz respeito à constatação da existência de vícios de construção (rachaduras e infiltrações) nas unidades habitacionais do condomínio agravado, tendo sido determinado pelo juízo que os litisconsortes passivos providenciassem o levantamento e a execução dos reparos urgentes, além da substituição dos pisos cerâmicos e correção da vedação das esquadrias externas e da declividade do piso dos boxes dos banheiros e varandas.

Inicialmente cumpre esclarecer que no caso em questão, os mutuários proprietários dos imóveis objeto dos autos firmaram com a Caixa Econômica Federal, ora Agravante, os respectivos “*Contrato por Instrumento Particular de Compra e Venda de Terreno e Mútuo para Construção com Obrigação, Fiança e Hipoteca – Financiamento de Móveis na Planta e/ou Construção – Recursos do FGTS*”.

Comefeito, em princípio, a responsabilidade da CEF diz respeito apenas ao contrato de mútuo, aparentando não fazer parte da relação jurídica material colocada em Juízo e, conseqüentemente revelando-se, em tese, parte ilegítima para figurar no polo passivo da presente demanda.

Contudo, denota-se que a CEF, na qualidade de agente financeiro, também financiou a construção do imóvel, atuando com controle técnico, financeiro e operacional sobre o andamento da construção do empreendimento, conforme se observa das cláusulas do “*Contrato de abertura de crédito e mútuo para construção de empreendimento imobiliário com garantia hipotecária e outras avenças, com recursos do fundo de garantia do tempo de serviço – FGTS que entre si celebram Manacor Empreendimentos Imobiliários SPW LTDA e Caixa Econômica Federal – no âmbito do programa Minha Casa Minha Vida – PMCMV*” (ID. 12527958, dos autos principais).

Neste caso, a construção do empreendimento imobiliário denominado “*Edifício Residencial Manacor*”, recebeu subsídios do Governo Federal por intermédio do Sistema Financeiro Habitacional e recursos do FGTS, funcionando a Caixa Econômica Federal, na qualidade de gestora do FGTS, como agente operador do programa e, portanto, co-responsável pela conclusão das obras de construção das casas próprias que financia, posto que fiscalizadas permanentemente pela Instituição Financeira, havendo inclusive acerto contratual que vincula a liberação do capital ao andamento do cronograma físico-financeiro, como se vê dos itens e cláusulas transcritas a seguir:

Cláusula Segunda – Desembolso – O desembolso do financiamento ora contratado, será efetuado pela CAIXA em parcelas mensais, conforme o andamento das obras, de acordo com o percentual apontado no Relatório de Acompanhamento de Empreendimento – ERA e definido no Cronograma Físico-Financeiro e de Desembolso, sendo que o desembolso será condicionado à confirmação de que foram aplicados na obra os recursos não financiados.

Evidente, nessa toada, que a CEF não firmou mero contrato de mútuo com a empreendedora do imóvel e com os proprietários, para compra de imóveis já construídos. Na realidade, o que se observa, é a existência de um mútuo para a compra do terreno, construção do empreendimento e por conseqüente para a construção dos imóveis dentro do referido empreendimento. Desta forma, faz parte do contrato tanto a CEF, quanto incorporadora e construtora, responsáveis pela edificação de todo o empreendimento imobiliário.

Assim, se a CEF foi a financiadora da construção de todo o empreendimento imobiliário, com recursos do FGTS, além de ser gestora do próprio programa habitacional Minha Casa Minha Vida âmbito no qual foi formalizado o negócio, deve também ser responsabilizar pelo cumprimento do prazo de entrega da obra e demais intercorrências apontadas nos autos com relação à construção em si, tal como, os vícios construtivos relacionados na exordial, e suficientemente comprovados pelo *Parquet*, ao menos em sede de cognição sumária.

Aplica-se ao caso, portanto, o entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a Caixa Econômica Federal possui legitimidade passiva para responder nos casos em que não atua apenas como agente financeiro, “por vícios, atraso ou outras questões relativas à construção de imóveis objeto do Programa Habitacional Minha Casa Minha Vida se, à luz da legislação, do contrato e da atividade por ela desenvolvida, atuar como agente executor de políticas federais para a promoção de moradia para pessoas de baixa renda (...)” (AgInt no REsp 1646130/PE, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 30/08/2018, DJe 04/09/2018).

Ainda nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. PROGRAMA MINHA CASA MINHA VIDA. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL. LEGITIMIDADE DA CEF. AUSÊNCIA. AGENTE FINANCEIRO.

1. *Cinge-se a controvérsia a definir se a Caixa Econômica Federal possui legitimidade para responder pelo atraso na entrega de imóvel financiado com recursos destinados ao Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV).*

2. *O exame da legitimidade passiva da CEF está relacionado com tipo de atuação da empresa pública no âmbito do Sistema Financeiro Habitacional, ora como agente meramente financeiro, em que não responde por pedidos decorrentes de danos na obra financiada, ora como agente executor de políticas federais para a promoção de moradia para pessoas de baixa ou baixíssima renda, em que responde por mencionados danos. Precedente. (...)*

5. *Recurso especial não provido. (REsp 1534952/SC, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/02/2017, DJe 14/02/2017)*

Nesse sentido também já se posicionou esta Eg. Turma:

DIREITO DO CONSUMIDOR. PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA DA CEF. MÚTUO HABITACIONAL. ATRASO NA ENTREGA DA OBRA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. LUCROS CESSANTES E DANOS MORAIS COMPROVADOS. CABIMENTO. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

1. *A instituição financeira não se limitou a atuar como agente financeiro no "Contrato por Instrumento Particular de Compra e Venda de Terreno e Mútuo para Construção com Obrigação, Fiança e Hipoteca - Financiamento de Imóveis na Planta e/ou em Construção - Recursos FGTS", mas operou como agente executor de política federal de promoção de moradia popular e fiscalizador do andamento da obra, razão pela qual deve integrar o polo passivo da demanda.*

2. *Segundo pode ser observado do instrumento contratual, a construção do empreendimento Residencial Atlântico Norte, do qual faz parte a unidade imobiliária adquirida pelos apelantes, recebeu subsídios do Governo Federal por intermédio do Programa "Minha Casa, Minha Vida", funcionando a Caixa Econômica Federal como agente operador do programa, atuando com controle técnico, financeiro e operacional sobre o andamento da construção do empreendimento.*

3. *Aplica-se o entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que possui legitimidade passiva a Caixa Econômica Federal para responder, nos casos em que não atua apenas como agente financeiro, "por vícios, atraso ou outras questões relativas à construção de imóveis objeto do Programa Habitacional Minha Casa Minha Vida se, à luz da legislação, do contrato e da atividade por ela desenvolvida, atuar como agente executor de políticas federais para a promoção de moradia para pessoas de baixa renda (...)" (AgInt no REsp 1646130/PE, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 30/08/2018, DJe 04/09/2018).*

4. *Entre as partes litigantes emerge uma inegável relação de consumo, regulamentada nos precisos termos que reza o Código de Defesa do Consumidor. As empresas que formam a cadeia de fornecimento respondem de forma objetiva, ou seja, independentemente da existência da culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviço, nos termos estipulados no artigo 14 do CDC. Precedente.*

5. *Nesta avença, em que manifestamente impede-se a livre discussão das cláusulas contratuais, redigidas de forma antecipada e unilateral pela instituição financeira, constava nova previsão unilateralmente estabelecida para a conclusão da obra, conforme os prazos e etapas previstos no cronograma físico-financeiro aprovados pela Caixa Econômica Federal.*

6. *Conhecida a vulnerabilidade do consumidor, ressalta a abusividade da previsão de novo prazo de entrega do empreendimento, forma com que as rés buscam se valer com o exclusivo fim de eximir os fornecedores da responsabilidade pela inobservância do primeiro pacto, estipulando cláusula que pesa apenas sobre o consumidor.*

7. *A cláusula que prevê prazo significativamente superior àquele estabelecido no primeiro contrato gera vantagem somente à construtora, à empresa organizadora e ao agente financeiro, quebra o equilíbrio contratual e enfraquece ainda mais a posição desvalida do consumidor, violando princípios fundamentais da relação de consumo, bem como os artigos 39, inciso V, e 51, IV do CDC, razão pela qual deve ser desconsiderada.*

8. *Se novo limite para a entrega da obra precisou ser pactuado, isso não se deve à culpa dos adquirentes do imóvel, mas exclusivamente à mora das empresas, tecnicamente responsáveis pelo empreendimento, que deixaram de entregar o imóvel no dia contratualmente estipulado. Em outras palavras, os apelantes não podem ser prejudicados pela privação injusta do uso do bem por descumprimento contratual imputável exclusivamente às demandadas.*

9. *Configurado o atraso na entrega do imóvel, é de ser julgado procedente o pedido reparatório pelas perdas patrimoniais e extrapatrimoniais, de forma a responder solidariamente todos os que tenham intervindo de alguma forma na relação de consumo, e participado, direta ou indiretamente, para ocorrência do dano, independentemente de culpa, nos termos do art. 14 e 18 do Código de Defesa do Consumidor.*

10. *É pacífico o entendimento jurisprudencial no sentido de que o simples descumprimento contratual de entrega de unidade imobiliária no prazo pactuado gera direito ao comprador de indenização pelos lucros cessantes, havendo presunção de prejuízo. Nesse sentido, recentes precedentes do Superior Tribunal de Justiça.*

11. *A responsabilidade pelos lucros cessantes é devida no valor equivalente ao aluguel de um imóvel similar praticado pelo mercado, correspondente a 0,5% (meio por cento) ao mês do valor atualizado do imóvel, desde a data em que findo o prazo de tolerância estipulado no contrato até a efetiva entrega do bem.*

12. *A despeito de conhecer a tese fixada pela Corte Superior, no sentido de que o mero descumprimento contratual de atraso na entrega de obra não gera danos morais, é de se entender, no presente caso, que os elementos dos autos evidenciam mais do que mero dissabor causados aos apelantes.*

13. *E nem se menciona o puído argumento do "sonho da casa própria", porém, não há como se desvencilhar da repercussão causada aos adquirentes pelo atraso substancial na entrega de imóvel, pois adia planos, frustra expectativas, e impõe aos compradores transtornos que ultrapassam o mero aborrecimento.*

14. *Portanto, de rigor o pagamento de indenização a título de danos morais fixados em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), quantia que atende aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.*

15. *Inversão do ônus da sucumbência.*

16. *Apelação provida parcialmente. (TRF3 - Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1990939 / SP 0003575-29.2012.4.03.6126, DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:09/11/2018)*

Assim, válida a pretensão do Ministério Público também em face da Caixa, pelo fato de a agravante ter financiado integralmente a construção do imóvel, cuja obra esteve sujeita aos parâmetros do Conselho Curador do FGTS, mostrando-se legítima, portanto, sua permanência no processo, inclusive para responder solidariamente pelos danos suportados pelos moradores e proprietários dos imóveis.

Superada essa questão, passo à análise dos requisitos para concessão da tutela de urgência deferida pela decisão agravada.

Nos termos do art. 300 do CPC/2015, a tutela provisória de urgência, tenha ela feição antecipatória ou meramente acautelatória, será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) e o perigo do dano ou o risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*).

No que se refere à comprovação do *fumus boni iuris*, considerado pelo novo Código de Processo Civil como probabilidade do direito do autor, verifico que as teses jurídicas apresentadas pela Agravante não tem o condão de reformar a decisão agravada.

Não obstante seja possível apontar a existência de julgados em sentido diverso, no que se refere especificamente aos contratos celebrados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação – SFH, o Superior Tribunal de Justiça já manifestou entendimento no sentido de estar caracteriza perfeitamente uma relação de consumo, eis que o objeto do contrato é a prestação de um serviço bancário consistente no financiamento de bem imóvel, como se observa:

"Processual Civil. Civil. Recurso Especial. Competência do juízo. Foro de eleição. Domicílio do devedor. Execução. Contrato de compra e venda de imóvel e financiamento. SFH. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Empréstimo concedido por associação a associado.

- Deve ser afastada a aplicação da cláusula que prevê foro de eleição diverso do domicílio do devedor em contrato de compra e venda de imóvel e financiamento regido pelo Sistema Financeiro de Habitação, quando importar em prejuízo de sua defesa.

- Há relação de consumo entre o agente financeiro do SFH, que concede empréstimo para aquisição de casa própria, e o mutuário.

- Ao operar como os demais agentes de concessão de empréstimo do SFH, a associação age na posição de fornecedora de serviços aos seus associados, então caracterizados como consumidores.

- Recurso Especial não conhecido".

(STJ, REsp nº 436.815-DF. Rel. Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma, DJ 28/10/2002).

Na sequência a Corte Superior colocou uma pá de cal sobre a questão da aplicabilidade dos dispositivos do código do consumidor aos contratos bancários e de financiamento em geral com edição da Súmula 297: "O código de defesa do consumidor é aplicável às instituições financeiras".

Assim, uma vez configurada a relação de consumo, de rigor a aplicação, *in casu*, das normas protetivas ao direito dos consumidores, principalmente no que diz respeito à inversão do ônus da prova.

Ademais, em um juízo preliminar, pautado em cognição sumária, entendo que restou devidamente comprovado pela agravada, por meio da apresentação dos laudos técnicos resultados de vistoria feita por profissional da Coordenadoria Municipal de Proteção e Defesa Civil do Município de Jaú/SP e por analista do MPU/Perícia/Engenharia Civil, a existência do *periculum in mora* a justificar a concessão do provimento *initio litis* consistente na obrigação de providenciar e executar os reparos listados na exordial, considerando, principalmente, o risco comprovado de agravamento da situação dos imóveis.

Nota-se, neste sentido, que ao ponderar os interesses das partes envolvidas, mormente diante das características próprias que disciplinam os contratos debatido no feito, firmados no âmbito do Programa Minha Casa Minha Vida, o público alvo desta modalidade de financiamento habitacional, bem como os direitos constitucionais da dignidade da pessoa humana e da moradia, colocados em debate, a razoabilidade e a prudência orientam que seja mantida a tutela de urgência concedida pelo MM. Juiz de primeiro grau.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo de instrumento.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. MINHA CASA MINHA VIDA. VÍCIOS DE CONSTRUÇÃO NO EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO. LEGITIMIDADE PASSIVA DA CEF. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. TUTELA DE URGÊNCIA. PROBABILIDADE DO DIREITO (FUMUS BONI IURIS) E O PERIGO DO DANO OU O RISCO AO RESULTADO ÚTIL DO PROCESSO (PERICULUM IN MORA). APLICABILIDADE DO CDC. AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO PROVIDO.

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que, nos autos da Ação Civil Pública ajuizada na origem, deferiu em parte o pedido de tutela de urgência.

2. O dissenso instalado nos autos diz respeito à constatação da existência de vícios de construção (rachaduras e infiltrações) nas unidades habitacionais do condomínio agravado, tendo sido determinado pelo juízo que os litisconsortes passivos providenciassem o levantamento e a execução dos reparos urgentes, além da substituição dos pisos cerâmicos e correção da vedação das esquadrias externas e da declividade do piso dos boxes dos banheiros e varandas.
3. A CEF, na qualidade de agente financeiro, também financiou a construção do imóvel, atuando com controle técnico, financeiro e operacional sobre o andamento da construção do empreendimento, conforme se observa das cláusulas do “Contrato de abertura de crédito e mútuo para construção de empreendimento imobiliário com garantia hipotecária e outras avenças, com recursos do fundo de garantia do tempo de serviço – FGTS que entre si celebram Manacor Empreendimentos Imobiliários SPW LTDA e Caixa Econômica Federal – no âmbito do programa Minha Casa Minha Vida – PMCMV”.
4. A construção do empreendimento imobiliário denominado “Edifício Residencial Manacor”, recebeu subsídios do Governo Federal por intermédio do Sistema Financeiro Habitacional e recursos do FGTS, funcionando a Caixa Econômica Federal, na qualidade de gestora do FGTS, como agente operador do programa e, portanto, co-responsável pela conclusão das obras de construção das casas próprias que financia, posto que fiscalizadas permanentemente pela Instituição Financeira, havendo inclusive acerto contratual que vincula a liberação do capital ao andamento do cronograma físico-financeiro
5. A CEF não firmou mero contrato de mútuo com a empreendedora do imóvel e com os proprietários, para compra de imóveis já construídos. Na realidade, o que se observa, é a existência de um mútuo para a compra do terreno, construção do empreendimento e por consequente para a construção dos imóveis dentro do referido empreendimento. Desta forma, faz parte do contrato tanto a CEF, quanto incorporadora e construtora, responsáveis pela edificação de todo o empreendimento imobiliário.
6. Aplica-se ao caso, portanto, o entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a Caixa Econômica Federal possui legitimidade passiva para responder nos casos em que não atua apenas como agente financeiro, "por vícios, atraso ou outras questões relativas à construção de imóveis objeto do Programa Habitacional Minha Casa Minha Vida se, à luz da legislação, do contrato e da atividade por ela desenvolvida, atuar como agente executor de políticas federais para a promoção de moradia para pessoas de baixa renda (...)" (AgInt no REsp 1646130/PE, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 30/08/2018, DJe 04/09/2018).
7. Válida a pretensão do Ministério Público também em face da Caixa, pelo fato de a agravante ter financiado integralmente a construção do imóvel, cuja obra esteve sujeita aos parâmetros do Conselho Curador do FGTS, mostrando-se legítima, portanto, sua permanência no processo, inclusive para responder solidariamente pelos danos suportados pelos moradores e proprietários dos imóveis.
8. Nos termos do art. 300 do CPC/2015, a tutela provisória de urgência, tenha ela feição antecipatória ou meramente acautelatória, será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito (fumus boni iuris) e o perigo do dano ou o risco ao resultado útil do processo (periculum in mora).
9. As teses jurídicas apresentadas pela Agravante não tem o condão de reformar a decisão agravada.
10. Não obstante seja possível apontar a existência de julgados em sentido diverso, no que se refere especificamente aos contratos celebrados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação – SFH, o Superior Tribunal de Justiça já manifestou entendimento no sentido de estar caracteriza perfeitamente uma relação de consumo, eis que o objeto do contrato é a prestação de um serviço bancário consistente no financiamento de bem imóvel.
11. Na sequência a Corte Superior colocou uma pá de cal sobre a questão da aplicabilidade dos dispositivos do código do consumerista aos contratos bancários e de financiamento em geral com edição da Súmula 297: "O código de defesa do consumidor é aplicável às instituições financeiras".
12. Em um juízo preliminar, pautado em cognição sumária, entende-se que restou devidamente comprovado pela agravada, por meio da apresentação dos laudos técnicos resultados de vistoria feita por profissional da Coordenadoria Municipal de Proteção e Defesa Civil do Município de Jaú/SP e por analista do MPU/Perícia/Engenharia Civil, a existência do periculum in mora a justificar a concessão do provimento initio litis consistente na obrigação de providenciar e executar os reparos listados na exordial, considerando, principalmente, o risco comprovado de agravamento da situação dos imóveis.
13. Ao ponderar os interesses das partes envolvidas, mormente diante das características próprias que disciplinam os contratos debatido no feito, firmados no âmbito do Programa Minha Casa Minha Vida, o público alvo desta modalidade de financiamento habitacional, bem como os direitos constitucionais da dignidade da pessoa humana e da moradia, colocados em debate, a razoabilidade e a prudência orientam que seja mantida a tutela de urgência concedida pelo MM. Juiz de primeiro grau.
14. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5024030-95.2018.4.03.6100

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

APELANTE: PRACA OIAPOQUE EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS SPE LTDA

Advogados do(a) APELANTE: LUANA TEIXEIRA SANTOS - SP369638-A, GUSTAVO BERNARDO DOS SANTOS PEREIRA - SP369631-A, DEBORA PEREIRA BERNARDO - SP305135-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, SUPERINTENDENTE DO PATRIMÔNIO DA UNIÃO NO ESTADO DE SÃO PAULO, UNIAO FEDERAL

ATO ORDINATÓRIO

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

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5014526-65.2018.4.03.6100

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

APELANTE: MARCOS KINITI KIMURA

Advogado do(a) APELANTE: MARCELO JAIME FERREIRA - DF15766-A

APELADO: UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5014526-65.2018.4.03.6100

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

APELANTE: MARCOS KINITI KIMURA

Advogado do(a) APELANTE: MARCELO JAIME FERREIRA - DF15766-A

APELADO: UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por **MARCOS KINITI KIMURA** contra sentença de extinção do feito sem resolução do mérito, com fundamento no artigo 485, inciso VI do Código de Processo Civil de 2015, proferida em cumprimento individual de sentença coletiva proposto por ele em face da **UNIÃO FEDERAL**.

O exequente apela para que seja rejeitada a preliminar de ilegitimidade ativa e reconhecida a eficácia do título executivo em questão em seu favor (Num. 90555276).

Contrarrazões pela União (Num. 90555279).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5014526-65.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY
APELANTE: MARCOS KINITI KIMURA
Advogado do(a) APELANTE: MARCELO JAIME FERREIRA - DF15766-A
APELADO: UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Acerca da legitimidade conferida aos sindicatos para representação de seus substituídos, trata-se de noção cediça nos Tribunais Superiores de que os Sindicatos atuam na qualidade de substitutos processuais e, portanto, o servidor integrante da categoria beneficiada, desde que comprove esta condição, tem legitimidade para propor execução individual, ainda que não seja filiado ou associado da entidade autora da ação de conhecimento.

Desse modo, uma vez que o sindicato detém a legitimidade extraordinária para a certificação do direito coletivo, na fase cognitiva, em prol de todos os trabalhadores da categoria, esta legitimidade extraordinária persiste, também, em sua fase executiva.

Daí porque a sentença proferida em ação coletiva torna certa a obrigação em relação a cada um dos substituídos, encontrando-se sedimentado na jurisprudência pátria o entendimento de que a execução poderá ser ajuizada individualmente ou em pequenos grupos, por livre distribuição em observância à eficiência do serviço e celeridade processual do contrário, o que do contrário acarretaria um acúmulo de processos no Juízo que proferiu a sentença transitada em julgado.

Nesse sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, reafirmado em sede de repercussão geral:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ART. 8º, III, DA LEI MAIOR. SINDICATO. LEGITIMIDADE. SUBSTITUTO PROCESSUAL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. I – Repercussão geral reconhecida e reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido da ampla legitimidade extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam, inclusive nas liquidações e execuções de sentença, independentemente de autorização dos substituídos. (STF, RE 883.642/AL, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Presidente, Plenário, julgamento em 18/06/2015).

“PROCESSUAL CIVIL. SINDICATO. LEGITIMIDADE ATIVA PARA A EXECUÇÃO DE SENTENÇA EM AÇÃO COLETIVA. PRECEDENTES DA CORTE ESPECIAL. 1. O Sindicato possui legitimidade ativa, independente de autorização expressa do associado, para promover a execução de sentença proferida em ação coletiva sobre direitos individuais homogêneos. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.” (RN 2011/0236335-9, Relator: Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, DJe 26/04/2012)”

Em relação aos efeitos erga omnes da sentença transitada em ações coletivas de acordo com a jurisprudência em cotejo, tais efeitos dependem de manifestação dos indivíduos interessados, habilitando-se, oportunamente, na fase da execução da sentença. Daí porque se considera que os efeitos das sentenças proferidas nas ações coletivas não se aplicam àqueles que tenham ajuizado ações individuais e não tenham optado pela suspensão do processo.

A ação objetivando a satisfação do direito reconhecido na sentença condenatória genérica, proferida em ação coletiva, não é uma ação de execução comum, possuindo elevada carga cognitiva, pois nela se promove, além da individualização e liquidação do valor devido, também juízo sobre a titularidade do exequente em relação ao direito material.

Desse modo, em que pese à atuação do sindicato na ação coletiva ter sido em defesa da categoria, na execução autônoma da sentença, devem ser apresentados todos os documentos necessários para comprovar que os servidores e/ou pensionistas indicados na petição inicial ostentam a qualidade de substituídos abrangidos pelo título proferido no processo coletivo, além daqueles indispensáveis a qualquer execução individual de sentença coletiva.

Assim, não fazendo a Constituição Federal nenhuma distinção entre filiados ou não, há de ser atribuída à sentença a extensão subjetiva ora almejada, independentemente de a entidade sindical ter ou não requerido que os efeitos da tutela judicial fossem circunscritos a um rol de associados apresentado na ação de conhecimento.

Neste sentido, já decidiu esta Primeira Turma:

APELAÇÃO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA COLETIVA. LEGITIMIDADE DO SINDICATO. RELAÇÃO NOMINAL DOS INTEGRANTES DA CATEGORIA. DESNECESSIDADE DE FILIAÇÃO. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO INDIVIDUAL.

- A Constituição Federal, ao tratar da legitimidade do sindicato para a promoção da defesa dos direitos e interesses coletivos, elege como destinatários dessa tutela a categoria profissional, não distinguindo entre filiados e não filiados.
 - A jurisprudência do STF firmou-se, inclusive em repercussão geral, no sentido de que para a atuação judicial do sindicato em defesa dos direitos da categoria não é necessária a relação nominal dos filiados e suas respectivas autorizações para a propositura da ação.
 - Não fazendo a Constituição Federal nenhuma distinção entre filiados ou não, há de ser atribuída à sentença a extensão subjetiva ora almejada.
 - Reconhecida a legitimidade da exequente, mostra-se adequado o ajuizamento, por ela, de execução do título executivo judicial, transitado em julgado, obtido pelo Sindicato que a representa.
 - O título judicial transitado em julgado é exequível, mesmo após o STF, no Recurso Extraordinário n. 638.115, julgado pela sistemática da repercussão geral, ter reconhecido como indevida a incorporação de quintos pelo exercício de funções de confiança.
 - Como garantia constitucional, a coisa julgada encontra amparo no artigo 5º inciso XXXVI da Constituição da República Federativa do Brasil e ainda nos artigos 502 a 508 do novo CPC/2015.
 - A imutabilidade da coisa julgada visa dar segurança jurídica às decisões judiciais e evitar que os conflitos se perpetuem no tempo, com vistas à pacificação social.
 - O entendimento proferido nos autos do RE n. 638.115 não alcança título constituído por sentença já acobertada pela imutabilidade da coisa julgada. Operado o trânsito em julgado da decisão executada, não se aplica à hipótese o disposto nos artigos 525, § 12º e 535, § 5º, do Código de Processo Civil.
 - Apelação provida para reformar a sentença, reconhecendo a legitimidade da apelante para a propositura da ação, a adequação da via eleita e a exequibilidade do título judicial executado e para determinar o retorno à origem para o regular processamento do feito.
- (TRF da 3ª Região, Apelação Cível nº 0003927-26.2016.4.03.6100/SP, Rel. Desembargador Federal Wilson Zauhy, Primeira Turma, e-DJF3:30/05/2019).

Sequer é possível se afirmar que tenha o Pretório Excelso alterado o seu anterior entendimento no julgamento do RE 612043/PR, já que ali se afirmou expressamente que "beneficiários do título executivo, no caso de ação proposta por associação, são aqueles que, residentes na área compreendida na jurisdição do órgão julgador, detinham, antes do ajuizamento, a condição de filiados e constaram da lista apresentada como peça inicial", nada se decidindo, portanto, em relação a ação coletiva movida por sindicato, como é o caso dos autos.

Por tudo o quanto exposto até aqui, de se concluir que o fundamento adotado em sentença, no sentido de que devem ser aplicados ao exequente os efeitos de ação movida por sindicato no âmbito do Estado de São Paulo, não deve prevalecer, já que, reconhecido o direito da categoria profissional em ação coletiva movida pela entidade sindical de nível nacional, não pode o exequente ser prejudicado pelo ajuizamento de ação idêntica por órgão sindical de alcance local.

Desta forma, de rigor reconhecer a legitimidade ativa do exequente para a execução de sentença proferida em ação coletiva movida pelo sindicato representante de sua categoria.

Como houve extinção do feito sem resolução do mérito em sentença, com fundamento no artigo 485, IV do CPC/2015, sem apreciação das questões atinentes ao cumprimento de sentença propriamente dito, tenho por impossível a apreciação do presente cumprimento de sentença diretamente por esta Corte, sendo de rigor o retorno dos autos ao Juízo de Origem para regular processamento e julgamento do feito.

Ante o exposto, voto por **dar provimento** à apelação para reconhecer a legitimidade ativa do exequente e determinar o retorno dos autos ao Juízo de Origem para regular processamento e julgamento do presente cumprimento individual de sentença coletiva.

EMENTA

DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO INDIVIDUAL DE SENTENÇA COLETIVA. TÍTULO EXECUTIVO FORMADO EM AÇÃO COLETIVA MOVIDA POR SINDICATO. LEGITIMIDADE ATIVA DO SERVIDOR PÚBLICO PARA O CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. EXISTÊNCIA DE OUTRAÇÃO COLETIVA DE ÂMBITO ESTADUAL. IRRELEVÂNCIA. APELAÇÃO PROVIDA.

1. Não fazendo a Constituição Federal nenhuma distinção entre filiados ou não, há de ser atribuída à sentença a extensão subjetiva ora almejada, independentemente de a entidade sindical ter ou não requerido que os efeitos da tutela judicial fossem circunscritos a um rol de associados apresentado na ação de conhecimento.
2. Sequer é possível se afirmar que tenha o Pretório Excelso alterado o seu anterior entendimento no julgamento do RE 612043/PR, já que ali se afirmou expressamente que "beneficiários do título executivo, no caso de ação proposta por associação, são aqueles que, residentes na área compreendida na jurisdição do órgão julgador, detinham, antes do ajuizamento, a condição de filiados e constaram da lista apresentada com a peça inicial", nada se decidindo, portanto, em relação a ação coletiva movida por sindicato, como é o caso dos autos.
3. O fundamento adotado em sentença, no sentido de que devem ser aplicados ao exequente os efeitos de ação movida por sindicato no âmbito do Estado de São Paulo, não deve prevalecer, já que, reconhecido o direito da categoria profissional em ação coletiva movida pela entidade sindical de nível nacional, não pode o exequente ser prejudicado pelo ajuizamento de ação idêntica por órgão sindical de alcance local.
4. Recurso provido para se reconhecer a legitimidade ativa do exequente e determinar o retorno dos autos ao Juízo de Origem para regular processamento e julgamento do presente cumprimento individual de sentença coletiva.
5. Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, por unanimidade, deu provimento à apelação para reconhecer a legitimidade ativa do exequente e determinar o retorno dos autos ao Juízo de Origem para regular processamento e julgamento do presente cumprimento individual de sentença coletiva, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016054-33.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: NOVA ARALCO INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A

Advogado do(a) AGRAVANTE: JOÃO VICTOR ROSA BRAGHIN - SP378639-N

AGRAVADO: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por **NOVA ARALCO INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A** contra decisão que, nos autos da Execução Fiscal ajuizada na origem, determinou sua inclusão no polo passivo do feito de origem, nos seguintes termos:

“(…) *Decisão.*

*Pelo exposto: a) Com fundamento nos art. 30, inc. IX, da Lei 8.212/1991 e 124, inc. I, do CTN, DEFIRO o requerimento da exequente para determinar a inclusão das sociedades empresárias **Figueira Indústria e Comércio S/A (em recuperação judicial)**, CNPJ 08.391.345/0001-25, **Aralco S/A Indústria e Comércio (em recuperação judicial)**, CNPJ 51.086.080/0001-80, **Alcoazul S/A Açúcar e Alcool (em recuperação judicial)**, CNPJ 44.776.409/0001-70 e **Destilaria Generalco S/A (em recuperação judicial)**, CNPJ 44.845.915/0001-73, no polo passivo da presente execução fiscal, como devedoras solidárias;*

*b) Com fundamento nos art. 30, inc. IX, da Lei 8.212/1991 e 124, inc. I, e 133, inc. II, do CTN, DEFIRO o requerimento da exequente para determinar a inclusão da sociedade empresária **Nova Aralco Indústria e Comércio S/A**, CNPJ 24.870.027/0001-01, no polo passivo da presente execução fiscal e apensos, como devedora solidária.*

Requisite-se do SEDI as devidas alterações no sistema processual.

Após, intime-se a exequente para apresentar o valor atualizado da dívida e a contrafé, citando-se as co-devedoras na sequência, na forma requerida, por carta, para pagar a dívida ou garantir a execução, nos termos do art. 8º da Lei de Execuções Fiscais. Na mesma oportunidade, intime-se a executada do teor da presente decisão.

Não paga a dívida, tampouco garantida a instância, voltem-me os autos conclusos para apreciar os demais requerimentos de fl. 192.”

(maiúsculas e negrito originais)

Defende a agravante a impossibilidade de aplicação automática do artigo 124, I do CTN pelo mero fato de constituir grupo econômico e que o pedido deve ser indeferido por falta de comprovação de interesse comum na ocorrência do fato gerador dos tributos exigidos. Sustenta a inexistência de sucessão empresarial e afirma que foi constituída como medida de recuperação da empresa devedora. Afirma que no bojo da Recuperação Judicial o Grupo Aralco e seus credores concordaram com a criação da agravante como medida de concretização da continuidade da empresa e que a agravada busca se aproveitar de tal situação para a consecução de seus objetivos meramente arrecadatórios a ponto de inviabilizar o soerguimento do grupo empresarial. Argumenta que o C. STJ se pronunciou nos autos do Conflito de Competência nº 160.445/SP reconhecendo que a agravante foi constituída no bojo da referida recuperação judicial com a finalidade expressa de fazer cumprir as obrigações contidas no respectivo plano.

Pugna pela concessão dos benefícios da justiça gratuita e de efeito suspensivo.

É o relatório.

Decido.

Justiça Gratuita

A discussão acerca da concessão dos benefícios da justiça gratuita a pessoa jurídica tem sido reiteradamente submetida à apreciação do C. STJ que sedimentou seu entendimento, consolidado na Súmula nº 481, segundo o qual *“Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais”*.

Como se percebe, para a concessão dos benefícios pretendidos à pessoa jurídica mostra-se imprescindível a demonstração da impossibilidade de arcar com os encargos processuais. Neste sentido, transcrevo:

***“PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. JUSTIÇA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA SEM FINS LUCRATIVOS. SÚMULA 481/STJ. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. 1. O deferimento do pedido de assistência judiciária gratuita depende da demonstração pela pessoa jurídica, com ou sem fins lucrativos, de sua impossibilidade de arcar com as custas do processo (Súmula 481/STJ). Não basta a simples afirmação da carência de meios, devendo ficar demonstrada a hipossuficiência. 2. A alteração da conclusão de que a parte não faz jus ao benefício da gratuidade da justiça demandaria o revolvimento de fatos e provas, inviável no âmbito do recurso especial (STJ, Súmula nº 7). 3. Não se pode considerar como fato notório algo que foi considerado como não provado pelo Tribunal de origem, nem se pode entender como demonstrada a precariedade financeira à base de outros julgados em que o benefício da justiça gratuita foi deferido à Agravante. 4. Agravo regimental desprovido.”* (negritei)**

(STJ, Primeira Turma, AgRg no AREsp 330979/RS, Relator Olindo Menezes, DJe 28/10/2015)

No caso dos autos, tenho que os documentos apresentados pela agravante se mostra insuficientes à comprovação da impossibilidade de recolhimento das custas recursais. Com efeito, as demonstrações financeiras apresentadas dizem respeito à Aralco S/A Indústria e Comércio e não propriamente à agravante, Nova Aralco Indústria e Comércio S/A. Destarte, a míngua da comprovação da impossibilidade de recolhimento das custas processuais, o pedido deve ser indeferido.

Mérito

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

Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

(...)

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

Ao enfrentar o tema relativo à prática de atos constitutivos em face de empresa em recuperação judicial, o C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.712.484-SP, afetou aquele processo ao rito dos recursos repetitivos e determinou a suspensão de todos os feitos que versam sobre esta questão, *verbis*:

“EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SUBMISSÃO À REGRA PREVISTA NO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 03/STJ. PROPOSTA DE AFETAÇÃO COMO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. EXECUÇÃO FISCAL. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PRÁTICA DE ATOS CONSTRITIVOS.

1. *Questão jurídica central: "Possibilidade da prática de atos constritivos, em face de empresa em recuperação judicial, em sede de execução fiscal".*

2. *Recurso especial submetido ao regime dos recursos repetitivos (afetação conjunta: REsp 1.694.261/SP, REsp 1.694.316 e REsp 1.712.484/SP).*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento:

"A PRIMEIRA SEÇÃO, por unanimidade, afetou o processo ao rito dos recursos repetitivos (RISTJ, art. 257-C) e suspendeu o processamento de todos os feitos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional, conforme proposta do Sr. Ministro Relator."

Votaram com o Sr. Ministro Relator as Sras. Ministras Assusete Magalhães, Regina Helena Costa e os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Francisco Falcão, Napoleão Nunes Maia Filho e Og Fernandes. Votaram, ainda, nos termos do art. 257-B do RISTJ, os Srs. Ministros Sérgio Kukina e Herman Benjamin.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Benedito Gonçalves"

(negritei)

Como se percebe, há ordem expressa da Corte Superior em recurso submetido ao regime dos recursos repetitivos determinando a suspensão de todos os processos que versem sobre o tema em debate.

No caso dos autos, muito embora agravante não esteja submetida ao procedimento de recuperação judicial, tenho que ordem de suspensão se mostra aqui inteiramente aplicável.

É que em consulta aos autos se afigura incontroverso que a agravante foi constituída no bojo do plano de recuperação judicial do Grupo Aralco com o objetivo de que sejam cumpridas as obrigações previstas no respectivo plano. Observo, neste particular, que o C. STJ profereu decisão nos autos do Conflito de Competência nº 160.445 – SP reconhecendo que *"embora a sociedade Nova Aralco Indústria e Comércio S/A não esteja incluída no plano de recuperação do Grupo Aralco, ao que parece, ela foi constituída, no bojo da referida recuperação judicial, com a finalidade expressa de fazer cumprir as obrigações contidas no respectivo plano, afastando-se, com isso, a incidência da Súmula 480/STJ"* e, por tal razão, deferiu o pedido de liminar *"para determinar a imediata suspensão dos atos executórios em relação às empresas suscitantes e à sociedade Nova Aralco Indústria e Comércio S/A, promovidos no bojo da Reclamação Trabalhista n. 0001772-66.2012.5.03.0002, em trâmite perante a 2ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte/MG, ficando designado o Juízo da 2ª Vara Cível de Araçatuba/SP para dirimir, em caráter provisório, as questões urgentes (...)".*

Muito embora referida decisão tenha sido proferida em conflito de competência instaurado entre o Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Araçatuba/SP e o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região não se pode ignorar que a Corte Superior reconheceu expressamente que a agravante foi constituída para efetivar as obrigações previstas no plano de recuperação judicial do Grupo Aralco. Destarte, ainda que não submetida ao referido procedimento, seu patrimônio se encontra abrangido pelo plano de recuperação e, portanto, deve ser preservado.

Neste sentido, inclusive, foi julgado o mencionado Conflito de Competência nº 160.445 – SP pelo C. STJ, nos seguintes termos:

“AGRAVO INTERNO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. SOCIEDADE EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. MEDIDAS DE CONSTRIÇÃO, PELO JUÍZO TRABALHISTA, DE CRÉDITOS INTEGRANTES DO PATRIMÔNIO DA EMPRESA. IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. Nos termos da pacífica jurisprudência desta Corte Superior, compete à Justiça do Trabalho apreciar e julgar os pedidos formulados em ações versando sobre apuração dos créditos individuais trabalhistas promovidos contra empresas falidas ou em recuperação judicial - Lei 11.101/2005. Ultrapassada, no entanto, a fase de apuração e liquidação dos referidos créditos trabalhistas, os montantes apurados deverão ser habilitados nos autos da falência ou da recuperação judicial para posterior pagamento. 2. Em relação aos créditos extraconcursais, deve ser garantido o direito de preferência do crédito nascido após o pedido de recuperação e, ao mesmo tempo, direcionar o pagamento desses créditos ao Juízo recuperacional que, ciente da não submissão dos referidos valores à recuperação judicial, deverá sopesar a essencialidade dos bens de propriedade da empresa passíveis de constrição, bem como a solidez do fluxo de caixa da empresa em recuperação. Precedentes. 3. Na hipótese, a sociedade Nova Aralco Indústria e Comércio S/A foi constituída no bojo da recuperação do Grupo Aralco com a finalidade expressa e exclusiva de fazer cumprir as obrigações contidas no plano de recuperação judicial, tratando-se, portanto, de um ativo abrangido pelo respectivo plano, o que afasta a incidência da Súmula 480/STJ. 4. Agravo interno desprovido.” (negritei)

(STJ, Segunda Seção, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Julgado em 03.09.2019)

Ante o exposto, defiro o pedido de efeito suspensivo para determinar a suspensão da decisão que incluiu a agravante no polo passivo da execução fiscal de origem, nos termos da fundamentação supra.

Comunique-se ao E. Juízo *a quo*.

Comprove a agravante, no prazo de 5 (cinco) dias, o recolhimento das custas, sob pena de negativa de seguimento ao presente agravo

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

Publique-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016049-11.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: UNIÃO FEDERAL

AGRAVADO: JOSE DE JESUS, JOSE ELIAS DE MELLO NETO, JOSE GABELONI, JOSE GUILHERME ANTUNES DE VASCONCELOS, JOSE GUILHERME MACHADO DE CAMPOS

Advogado do(a) AGRAVADO: MARCELO JAIME FERREIRA - DF 15766-A

Advogado do(a) AGRAVADO: MARCELO JAIME FERREIRA - DF 15766-A

Advogado do(a) AGRAVADO: MARCELO JAIME FERREIRA - DF 15766-A

Advogado do(a) AGRAVADO: MARCELO JAIME FERREIRA - DF 15766-A

Advogado do(a) AGRAVADO: MARCELO JAIME FERREIRA - DF 15766-A

Advogado do(a) AGRAVADO: MARCELO JAIME FERREIRA - DF 15766-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo interposto pela União contra a decisão que, nos autos de execução de sentença proferida em ação coletiva, determinou a remessa dos autos à Contadoria Judicial, para que, após a juntada dos documentos solicitados aos exequentes, formule os cálculos segundo a fundamentação; e, no julgamento de embargos de declaração, afastou a alegação de ilegitimidade ativa dos exequentes.

Em suas razões recursais, a agravante alega, preliminarmente, a ilegitimidade dos exequentes, porquanto não teriam título executivo hábil para o início da execução, uma vez que estariam vinculados ao processo nº 0005306-80.2008.4.03.6100, que tramitou na Justiça Federal da Terceira Região e atualmente se encontra no STJ. Afirmo que, em razão da identidade de partes, pedido e causa de pedir entre os processos coletivos ajuizados pelo Sindicato no Distrito Federal e em São Paulo, o único critério racional de discriminação de substituídos seria o da territorialidade de domicílio, de sorte que os exequentes estariam submetidos ao processo ainda não transitado em julgado.

No mérito, alega, em síntese, a inexigibilidade da obrigação, por ausência de obrigação de pagar. Sustenta haver desconformidade entre o comando judicial formado no AgInt no REsp nº 1.585.353/DF e a pretensão executiva, porquanto não constou do dispositivo do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça a determinação para pagar diferenças remuneratórias referentes a eventuais reflexos da GAT sobre as demais verbas salariais dos servidores e, por isso, não teria havido trânsito em julgado relacionado ao pagamento de outras rubricas.

Pleiteia a concessão do efeito suspensivo.

É o relatório.

Fundamento e decido.

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

Na hipótese, a partir de uma análise perfunctória do recurso, verifico haver demonstração do risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação.

De plano, afastado preliminar de ilegitimidade ativa dos exequentes. Em primeiro lugar, porque a existência de uma ação em curso desde 2008, da qual a embargante é parte, não pode ser qualificada como *fato novo*. Em segundo lugar, porque se as ações coletivas em referência realmente apresentam identidade de partes, pedido e causa de pedir, uma delas (a posterior, de preferência) já deveria ter sido extinta por litispendência ou coisa julgada. Como a embargante é parte em ambas as ações e aparentemente nada fez a esse respeito, conclui-se que a alegação de ilegitimidade ativa dos exequentes, ao argumento exposto, caracteriza apenas indevida inovação recursal em fase de embargos declaratórios, o que não se pode admitir.

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça, em decisão da lavra do I. Min. Francisco Falcão, deferiu o pedido de tutela de urgência na Ação Rescisória nº 6.436/DF, “para suspender o levantamento ou pagamento de eventuais precatórios ou RPVs já expedidos, em quaisquer processos de execução decorrentes da decisão rescindenda”, até a apreciação pelo colegiado da E. Primeira Seção (AÇÃO RESCISÓRIA nº 6.436 – DF, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, 12/04/2019).

Ainda que a tutela de urgência tenha sido deferida para a suspensão do levantamento ou pagamento de precatórios ou requisições já expedidas, deve-se considerar que o deferimento de tutela provisória em ação rescisória suspende a executibilidade do título judicial, nos termos do artigo 969 do Código de Processo Civil.

É certo que o pedido de efeito suspensivo deduzido pela agravante não faz referência à tutela antecipada concedida nos autos da Ação Rescisória nº 6.436/DF. Todavia, por se tratar de questão de ordem pública, possível o seu conhecimento de ofício.

Consequentemente, impõe-se a suspensão da execução da qual foi extraído o presente recurso, até que a E. Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça julgue o mérito da Ação Rescisória nº 6.436/DF.

Ante o exposto, **defiro** o efeito suspensivo.

Comunique-se.

Intime-se a parte agravada para apresentação de contraminuta.

Após, voltem conclusos para deliberação.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY
APELANTE: ADIMAX - INDUSTRIA E COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA.
Advogado do(a) APELANTE: GRAZIELE NUNES MENDES - SP360234-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, CAIXA ECONOMICA FEDERAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000749-46.2019.4.03.6110
RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY
APELANTE: ADIMAX - INDUSTRIA E COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA.
Advogado do(a) APELANTE: GRAZIELE NUNES MENDES - SP360234-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, CAIXA ECONOMICA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por ADIMAX INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. em face de sentença que, nos autos da ação pelo rito comum proposta na instância de origem, julgou improcedente o pedido, resolvendo o mérito com fulcro no art. 487, inc. I, do Código de Processo Civil de 2015 e mantendo a exigibilidade da contribuição social prevista pelo art. 1º da Lei Complementar n. 110/2001. Houve condenação da parte autora em honorários advocatícios, fixados no importe de 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa (ID 123092093, páginas 1-11).

Inconformada, a apelante sustenta que, em primeiro lugar, que seria o caso de suspender a tramitação do presente feito, uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da matéria nele tratada no âmbito do RE 878.313/SC, de relatoria do Ministro Marco Aurélio. Defende que a contribuição social a que alude o art. 1º da Lei Complementar n. 110/2001 padece de inconstitucionalidade material superveniente, pois sua base de cálculo não se coaduna com as hipóteses de incidência previstas taxativamente pelo art. 149, §2º, inc. III, alínea “a”, da Constituição da República, com a redação conferida pela Emenda Constitucional n. 33/2001.

Afirma que a exação tributária vergastada exauriu a finalidade para a qual veio a ser instituída, tendo servido para a recomposição das perdas do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço com os expurgos inflacionários dos Planos Versão e Collor I. Assevera que foi publicada recentemente a Medida Provisória n. 905/2019, extinguindo a contribuição social em referência, o que demonstra o seu anterior exaurimento de finalidade. Tece considerações sobre o seu pretenso direito à repetição do indébito e acerca da legitimidade passiva da Caixa Econômica Federal (ID 123092103, páginas 1-16).

Devidamente intimada, a apelada FAZENDA NACIONAL apresentou suas contrarrazões (ID 123092113, páginas 1-18).

Os autos subiram a esta Egrégia Corte Regional e vieram-me conclusos.

É o relatório, dispensada a revisão, nos termos regimentais.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000749-46.2019.4.03.6110
RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY
APELANTE: ADIMAX - INDUSTRIA E COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA.
Advogado do(a) APELANTE: GRAZIELE NUNES MENDES - SP360234-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, CAIXA ECONOMICA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Antes da análise do mérito, impõe-se o enfrentamento de duas preliminares recursais.

Da ilegitimidade passiva *ad causam* da Caixa Econômica Federal

Entendo que não merece acolhimento a preliminar arguida pela parte apelante, em suas razões de apelação, quanto à legitimidade passiva da Caixa Econômica Federal.

Os artigos 1º e 2º da Lei nº 8.844/1994, que dispõem sobre a fiscalização, apuração e cobrança judicial das contribuições e multas devidas ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), prescrevem que:

"Art. 1º Compete ao Ministério do Trabalho a fiscalização e a apuração das contribuições ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), bem assim a aplicação das multas e demais encargos devidos."

Art. 2º Compete à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional a inscrição em Dívida Ativa dos débitos para com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, bem como, diretamente, ou por intermédio da Caixa Econômica Federal, mediante convênio, a representação judicial e extrajudicial do FGTS, para a correspondente cobrança, relativamente à contribuição e às multas e demais encargos previstos na legislação respectiva."

Conclui-se da leitura dos dispositivos legais mencionados, que a legitimidade para fiscalizar o recolhimento das contribuições ao FGTS, efetuar as respectivas cobranças e exigir os créditos tributários é do Ministério do Trabalho e da Procuradoria da Fazenda Nacional, ainda que seja permitido celebrar convênio para tanto.

Tal entendimento é reforçado pelo disposto no artigo 3º da Lei Complementar nº 110/2001:

"Art. 3º. Às contribuições de que tratam os arts. 1º e 2º aplicam-se as disposições da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990 e da Lei nº 8.844, de 20 de janeiro de 1994, inclusive quanto à sujeição passiva e equiparações, prazo de recolhimento, administração, fiscalização, lançamento, consulta, cobrança, garantias, processo administrativo de determinação e exigência de créditos tributários federais."

Por sua vez, a Lei nº 8.036/1990, em seu artigo 23, *caput* estabelece o seguinte:

"Art. 23 - Competirá ao Ministério do Trabalho e da Previdência Social a verificação, em nome da Caixa Econômica Federal, do cumprimento do disposto nesta lei, especificamente quanto à apuração dos débitos e das infrações praticadas pelos empregadores ou tomadores de serviços, notificando-os para efetuarem e comprovarem os depósitos correspondentes e cumprirem as demais determinações legais, podendo, para tanto, contar com o concurso de outros órgãos do Governo Federal, na forma que vier a ser regulamentada."

Da leitura dos dispositivos legais transcritos, conclui-se que não há fundamento para a inclusão da CEF no polo passivo do feito, devendo ser afastada a preliminar arguida.

Do descabimento de se sobrestar o presente recurso de apelação

Impõe-se, ainda, a análise da alegação recursal de acordo com a qual a presente ação deveria ter o seu andamento sobrestado, em face do reconhecimento da repercussão geral pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal. Analisando o art. 1.035, §5º, do CPC/2015, constata-se que a Suprema Corte já teve oportunidade de assentar que a suspensão ali cogitada "não consiste em consequência automática e necessária do reconhecimento da repercussão geral com fulcro no *caput* do mesmo dispositivo, sendo da discricionariedade do relator do recurso extraordinário paradigma determiná-la ou modulá-la" (Questão de Ordem no Recurso Extraordinário n. 966.177, Rel. Min. Luiz Fux).

Portanto, o sobrestamento não decorre pelo mero reconhecimento da repercussão geral, mas de expressa deliberação do Ministro do STF que opere como relator da causa em que a repercussão geral foi efetivamente reconhecida. Como não houve comando expresso nesse sentido no âmbito do RE 878.313/SC pelo Relator, o Ministro Marco Aurélio, conforme consulta no sistema informatizado de andamento processual, não há que se falar em sobrestamento deste recurso.

Superada esta alegação, passo ao exame do mérito recursal.

Do mérito recursal

A Lei Complementar nº 110, de 29 de junho de 2001 instituiu contribuições sociais devidas por empregadores em seus artigos 1º e 2º, abaixo transcritos:

Art. 1º Fica instituída contribuição social devida pelos empregadores em caso de despedida de empregado sem justa causa, à alíquota de dez por cento sobre o montante de todos os depósitos devidos, referentes ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, durante a vigência do contrato de trabalho, acrescido das remunerações aplicáveis às contas vinculadas.

Parágrafo único. Ficam isentos da contribuição social instituída neste artigo os empregadores domésticos.

Art. 2º Fica instituída contribuição social devida pelos empregadores, à alíquota de cinco décimos por cento sobre a remuneração devida, no mês anterior, a cada trabalhador, incluídas as parcelas de que trata o art. 15 da Lei no 8.036, de 11 de maio de 1990.

(...)

§ 2º A contribuição será devida pelo prazo de sessenta meses, a contar de sua exigibilidade.

Pela mera leitura dos dispositivos retro transcritos percebe-se que a contribuição a que se refere o artigo 1º da Lei Complementar nº 110/2001 foi instituída por tempo indeterminado, o que não ocorre em relação à contribuição prevista no artigo 2º do mesmo diploma legal cuja cobrança foi programada para se estender no prazo máximo de sessenta meses.

Por outro lado, o artigo 2º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro estatui que a lei, não se destinando à vigência temporária, produzirá seus efeitos normalmente até que sobrevenha outra lei que a modifique ou revogue.

Disposição semelhante, mas específica para o Direito Tributário, pode ser encontrada no artigo 97, inciso I, do Código Tributário Nacional que assim estabelece:

Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

I – a instituição de tributos, ou a sua extinção;

(...)

Assim, da conjugação dos preceptivos referidos, conclui-se que a parte apelante só poderia se furtar ao pagamento da contribuição social prevista no artigo 1º da Lei Complementar nº 110/2001 caso uma lei posterior revogasse o dispositivo ou procedesse à extinção da exação em comento na época de sua cobrança, o que não ocorreu.

É certo que a contribuição social em referência foi extinta pelo art. 24 da Medida Provisória n. 905/2019, mas nem mesmo este fato corrobora a alegação da apelante, uma vez que, quando da cobrança da exação tributária pelo Fisco e do ajuizamento da presente demanda, o art. 1º da Lei Complementar n. 110/2001 ainda se encontrava em vigência. A extinção da contribuição social ocorreu em momento posterior, não tendo o condão de invalidar as cobranças anteriores à edição da Medida Provisória n. 905/2019.

Além disso, descabe ao Poder Judiciário firmar o exaurimento finalístico da contribuição social a que alude o artigo 1º da Lei Complementar nº 110/2001, pois tal medida representaria irrogar-se titular de função inerente ao Poder Legislativo, a quem compete o exercício desta espécie de valoração.

Ainda que assim não fosse, o Colendo Superior Tribunal de Justiça, na análise de casos muito próximos ao presente, teve oportunidade de sedimentar entendimento no sentido de que a contribuição social ora discutida não exauriu sua finalidade, consoante o julgado que colaciono:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. INEXIGIBILIDADE DE CONTRIBUIÇÃO. EXAURIMENTO DA FINALIDADE. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. 1. O Tribunal de origem, reiterando os termos do parecer ministerial, entendeu que a pretensão da impetrante em declarar o exaurimento da finalidade para qual se instituiu a contribuição prevista no art. 1º da LC n. 110/2001 demandaria dilação probatória, inadequada à via estreita do mandado de segurança. A modificação do julgado fica inviabilizada na via estreita do recurso especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ. 2. Obter dictum, a contribuição prevista no art. 1º da Lei Complementar n. 110/2001 ainda é exigível, porquanto apenas sua expressa revogação seria capaz de retirar-lhe do plano da existência/exigência, o que não ocorreu, apesar da tentativa por meio do Projeto de Lei Complementar n. 200/2012. REsp 1.487.505/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/03/2015, DJe 24/03/2015). Agravo regimental improvido." (negritei)

E nem se alegue, como o fazem diversos contribuintes, a possível inconstitucionalidade superveniente em razão da posterior edição da Emenda Constitucional 33/2001, que promoveu alterações nas disposições do artigo 149, da Constituição – no sentido de que as contribuições sociais com alíquotas *ad valorem* somente poderiam incidir sobre o faturamento, receita bruta, valor da operação ou valor aduaneiro, e não sobre base de cálculo diversa.

Isso porque o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade da contribuição em questão por ocasião do julgamento da ADI 2556/DF, quando já estava em vigor o artigo 149, da Constituição, com a redação dada pela EC 33/2001, deixando de tecer qualquer consideração acerca de qualquer inconstitucionalidade superveniente nesse sentido.

Observe-se que a contribuição instituída pelo artigo 1º da LC nº 110/2001 caracteriza-se como contribuição social destinada ao FGTS, tal como consignado no artigo 3º, § 1º da referida lei:

§ 1º As contribuições sociais serão recolhidas na rede arrecadadora e transferidas à Caixa Econômica Federal, na forma do art. 11 da Lei no 8.036, de 11 de maio de 1990, e as respectivas receitas serão incorporadas ao FGTS.

Muito embora o produto da arrecadação desta contribuição não revertido diretamente aos empregados demitidos por justa causa, há de se consignar que o FGTS, além da composição do patrimônio do trabalhador, é formado por outras receitas e destina-se também a outras finalidades, conforme se infere do artigo 2º, da Lei n. 8.036/1990, relacionadas a políticas públicas relativas à habitação, saneamento básico e infraestrutura urbana.

Ademais, a contribuição em questão não foi prevista de forma vinculada à finalidade de prover fundos para o pagamento do complemento de atualização monetária previsto no artigo 4º da LC 110/2001.

Não bastassem as razões até aqui expendidas, tenho ser importante lembrar que ações judiciais referentes aos expurgos inflacionários ainda tramitam, em quantidades consideráveis, junto ao Poder Judiciário, afastando, de pronto, o argumento da recorrente no sentido de que a destinação da contribuição já teria sido atingida.

Da verba honorária

Quanto à verba honorária, considerando o fato de que o apelo foi interposto na vigência da atual lei processual civil, e com espeque no preceituado pelo art. 85, §11, do CPC/2015, majoro os honorários advocatícios para 11% (onze por cento) sobre o valor atualizado da causa.

Dispositivo

Ante o exposto, voto por rejeitar as preliminares de legitimidade da CEF para responder ao pedido e de necessidade de suspensão do andamento do processo e, no mérito, negar provimento ao recurso de apelação interposto, mantendo integralmente a sentença recorrida, nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

E M E N T A

DIREITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. AÇÃO PELO RITO COMUM. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA CEF. SOBRESTAMENTO DA AÇÃO INVIÁVEL. AUSÊNCIA DE DETERMINAÇÃO EXPRESSA NESSE SENTIDO PELO MINISTRO RELATOR DO RE 878.313 NA SUPREMA CORTE. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. DICÇÃO DO ARTIGO 1º DA LC 110/2001. ALEGAÇÃO DE EXAURIMENTO DA FINALIDADE LEGALMENTE PREVISTA. DESCABIMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE POR SUPOSTA AFRONTA AO ART. 149, §2º, III, “a”, DA CF/1988 INOCORRENTE. PRECEDENTES DO C. STJ. MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA PELO ART. 85, §11, DO CPC/2015. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. A legitimidade para fiscalizar o recolhimento das contribuições ao FGTS, efetuar as respectivas cobranças e exigir os créditos tributários é do Ministério do Trabalho e da Procuradoria da Fazenda Nacional, ainda que seja permitido celebrar convênio para tanto.

2. O E. STF de fato reconheceu, no RE 878.313, a repercussão geral sobre a controvérsia relativa ao exaurimento da finalidade da norma. Contudo, enquanto não sobrevier decisão daquela Corte Suprema, a norma permanece hígida. Isso porque, analisando o art. 1.035, §5º, do CPC/2015, constata-se que o E. STF já teve oportunidade de assentar que a suspensão ali cogitada "não consiste em consequência automática e necessária do reconhecimento da repercussão geral com fulcro no caput do mesmo dispositivo, sendo da discricionariedade do relator do recurso extraordinário paradigma determiná-la ou modulá-la" (QO no RE n. 966.177, Rel. Min. Luiz Fux). Tomando em conta que não há determinação expressa por parte do Relator no RE 878.313, a presente ação pode ter o seu regular curso.

3. A contribuição a que se refere o artigo 1º da Lei Complementar n. 110/2001 foi instituída por tempo indeterminado, o que não ocorre em relação à contribuição prevista no artigo 2º do mesmo diploma legal, cuja cobrança foi programada para se estender no prazo máximo de sessenta meses.
4. A parte apelante só poderia se furtar ao pagamento da contribuição social prevista no artigo 1º da Lei Complementar n. 110/2001 caso uma lei posterior revogasse o dispositivo ou procedesse à extinção da exação em comento na época de sua cobrança, o que não ocorreu. Precedentes do C. STJ.
5. É certo que a contribuição social em referência foi extinta pelo art. 24 da MP n. 905/2019, mas nem mesmo este fato corrobora a alegação da apelante, uma vez que, quando da cobrança da exação tributária pelo Fisco e do ajuizamento da presente demanda, o art. 1º da LC n. 110/2001 ainda se encontrava em vigência. A extinção da contribuição social ocorreu em momento posterior, não tendo o condão de invalidar as cobranças anteriores à edição da MP n. 905/2019.
6. Além disso, descabe ao Poder Judiciário firmar o exaurimento finalístico da contribuição social a que alude o artigo 1º da Lei Complementar n. 110/2001, pois tal medida representaria irrogar-se titular de função inerente ao Poder Legislativo, a quem compete o exercício desta espécie de valoração.
7. No que se refere à inconstitucionalidade superveniente em razão da posterior edição da EC 33/2001, que promoveu alterações nas disposições do artigo 149, da Constituição – no sentido de que as contribuições sociais com alíquotas *ad valorem* somente poderiam incidir sobre o faturamento, receita bruta, valor da operação ou valor aduaneiro, e não sobre base de cálculo diversa, há de se rechaçar a alegação.
8. Isso porque o E. STF reconheceu a constitucionalidade da contribuição em questão por ocasião do julgamento da ADI 2556/DF, quando já estava em vigor o artigo 149, da Constituição, com a redação dada pela EC 33/2001, deixando de tecer qualquer consideração acerca da apontada inconstitucionalidade superveniente. Observe-se que a contribuição instituída pelo artigo 1º da LC nº 110/01 caracteriza-se como contribuição social destinada ao FGTS (art. 3º, § 1º).
9. Muito embora o produto da arrecadação desta contribuição não revertido diretamente aos empregados demitidos por justa causa, há de se consignar que o FGTS, além da composição do patrimônio do trabalhador, é formado por outras receitas e destina-se também a outras finalidades, conforme se infere do artigo 2º, da Lei n. 8.036/1990, relacionadas a políticas públicas relativas à habitação, saneamento básico e infraestrutura urbana. Ademais, a contribuição em questão não foi prevista de forma vinculada à finalidade de prover fundos para o pagamento do complemento de atualização monetária previsto no artigo 4º da LC 110/2001. Quanto à verba honorária, considerando o fato de que o apelo foi interposto na vigência da atual lei processual civil, e comespeque no preceituado pelo art. 85, §11, do CPC/2015, majora-se os honorários advocatícios para 11% (onze por cento) sobre o valor atualizado da causa.
10. Recurso de apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, por unanimidade, rejeitou as preliminares de legitimidade da CEF para responder ao pedido e de necessidade de suspensão do andamento do processo e, no mérito, negou provimento ao recurso de apelação interposto, mantendo integralmente a sentença recorrida, nos termos da fundamentação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5011659-95.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 01 - DES. FED. VALDECI DOS SANTOS

AGRAVANTE: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

AGRAVADO: KELY CRISTINA DOS SANTOS

Advogado do(a) AGRAVADO: CRISTIANE RODRIGUES - SP131436

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por CAIXA ECONOMICA FEDERAL-CEF contra decisão que, em sede de mandado de segurança, deferiu liminar para autorizar o levantamento da quantia total depositada em conta vinculada do FGTS.

A parte agravante sustenta, em síntese, que a Medida Provisória 946/2020 já prevê benefícios específicos para o caso de suspensão do contrato de trabalho em decorrência da crise ocasionada pelo COVID 19, sendo que não se pode afastar o limite estipulado de saque do FGTS no valor de R\$ 1.045,00 por trabalhador.

Alega que a edição de Decreto Legislativo 06/2020, decretando estado de calamidade pública, não autoriza por si só o levantamento de valores do FGTS, eis que não se enquadra na hipótese que autoriza tal medida.

Aduz a urgência na suspensão da r. decisão agravada.

Pleiteia a reforma da r. decisão. Pugna pela concessão de efeito suspensivo.

É o relatório.

DECIDO.

No caso em apreço, a questão versa sobre o levantamento integral do saldo existente em conta vinculada ao FGTS, em razão da crise ocasionada pelo COVID 19.

Pois bem

A Lei 8.036/90 assim dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço:

Art. 20. A conta vinculada do trabalhador no FGTS poderá ser movimentada nas seguintes situações:

(...)

XVI - necessidade pessoal, cuja urgência e gravidade decorra de desastre natural, conforme disposto em regulamento, observadas as seguintes condições:

a) o trabalhador deverá ser residente em áreas comprovadamente atingidas de Município ou do Distrito Federal em situação de emergência ou em estado de calamidade pública, formalmente reconhecidos pelo Governo Federal;

b) a solicitação de movimentação da conta vinculada será admitida até 90 (noventa) dias após a publicação do ato de reconhecimento, pelo Governo Federal, da situação de emergência ou de estado de calamidade pública;
e

c) o valor máximo do saque da conta vinculada será definido na forma do regulamento.

Por sua vez, o Decreto 5.113/2004 regulamenta o dispositivo acima transcrito:

Art. 1º. O titular de conta vinculada do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS que resida em área do Distrito Federal ou de Município, em situação de emergência ou estado de calamidade pública objeto de decreto do respectivo Governo, poderá movimentar a referida conta por motivo de necessidade pessoal, cuja urgência e gravidade decorram de desastre natural.

§ 1º. Para os fins da movimentação de que trata este artigo, o decreto municipal ou do Distrito Federal que declare a situação de emergência ou o estado de calamidade pública deverá ser publicado no prazo máximo de trinta dias, contados do primeiro dia útil seguinte ao da ocorrência do desastre natural.

§ 2º. A movimentação da conta vinculada de que trata o caput só poderá ocorrer após o reconhecimento da situação de emergência ou do estado de calamidade pública em portaria do Ministro de Estado da Integração Nacional.

§ 3º. A solicitação de movimentação será admitida até noventa dias da publicação do ato de reconhecimento de que trata o § 2º.

Art. 2º. Para os fins do disposto neste Decreto, considera-se desastre natural:

I - vendavais ou tempestades;

II - vendavais muito intensos ou ciclones extratropicais;

III - vendavais extremamente intensos, furacões, tufões ou ciclones tropicais;

IV - tornados e trombas d'água;

V - precipitações de granizos;

VI - enchentes ou inundações graduais;

VII - enxurradas ou inundações bruscas;

VIII - alagamentos; e

IX - inundações litorâneas provocadas pela brusca invasão do mar.

Parágrafo único. Para fins do disposto no [inciso XVI do caput do art. 20 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990](#), considera-se também como natural o desastre decorrente do rompimento ou colapso de barragens que ocasione movimento de massa, com danos a unidades residenciais. [\(Redação dada pelo Decreto nº 8.572, de 2015\)](#)

Com efeito, vislumbra-se que a situação de calamidade pública decorrente de pandemia não foi contemplada como hipótese que autorize o levantamento de valores.

No entanto, é mister ressaltar que, diante do atual cenário e do reconhecimento do estado de calamidade pública pelo Decreto Legislativo 06/2020, foi editada a Medida Provisória n. 946/20 que autoriza o saque de até R\$ 1.045,00 de contas vinculadas ao FGTS por trabalhador:

*Art. 6º Fica disponível, para fins do disposto no [inciso XVI do caput do art. 20 da Lei nº 8.036, de 1990](#), aos titulares de conta vinculada do FGTS, a partir de 15 de junho de 2020 e até 31 de dezembro de 2020, em razão do enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo [Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020](#), e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da pandemia de coronavírus (**covid-19**), de que trata a [Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020](#), o saque de recursos até o limite de R\$ 1.045,00 (mil e quarenta e cinco reais) por trabalhador:*

*§ 1º Na hipótese de o titular possuir mais de uma conta vinculada, o saque de que trata o **caput** será feito na seguinte ordem:*

I - contas vinculadas relativas a contratos de trabalho extintos, com início pela conta que tiver o menor saldo; e

II - demais contas vinculadas, com início pela conta que tiver o menor saldo.

*§ 2º Não estarão disponíveis para o saque de que trata o **caput** os valores bloqueados de acordo com o disposto no [inciso I do § 4º do art. 20-D da Lei nº 8.036, de 1990](#).*

*§ 3º Os saques de que trata o **caput** serão efetuados conforme cronograma de atendimento, critérios e forma estabelecidos pela Caixa Econômica Federal, permitido o crédito automático para conta de depósitos de poupança de titularidade do trabalhador previamente aberta na nessa instituição financeira, desde que o trabalhador não se manifeste negativamente, ou o crédito em conta bancária de qualquer instituição financeira, indicada pelo trabalhador, desde que seja de sua titularidade.*

§ 3º-A A atribuição prevista no § 3º estende-se às contas de poupança social digital que receberem recursos oriundos das contas vinculadas do FGTS. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 982, de 2020\)](#)

§ 4º O trabalhador poderá, na hipótese do crédito automático de que trata o § 3º, até 30 de agosto de 2020, solicitar o desfazimento do crédito, conforme procedimento a ser definido pelo agente operador do FGTS.

§ 5º A transferência para outra instituição financeira prevista no § 3º não poderá acarretar cobrança de tarifa pela instituição financeira.

Destaca-se que, a adoção de determinadas medidas de política pública devem ser analisadas pelos Poderes Executivo e Legislativo, que poderão avaliar a sua viabilidade e razoabilidade. Neste contexto, verifica-se que a Administração Pública já regulamentou a liberação de valores do FGTS em razão do COVID 19, não cabendo ao Poder Judiciário definir novas hipóteses e limites de movimentação sem suporte no ordenamento jurídico.

Desta feita, em que pese toda a situação narrada quanto à necessidade dos recursos em conta vinculada ao FGTS e do momento vivido pelo País, não verifico presentes os requisitos para o levantamento integral dos valores do FGTS.

Ademais, considerando que a medida concedida na r. decisão agravada possui caráter satisfativo, entendo que, por ora, seus efeitos devem ser suspensos.

Diante do exposto, **defiro** a concessão de efeito suspensivo.

Intime-se a parte agravada para apresentação da contraminuta, nos termos do artigo 1.019, inciso II, do Código de Processo Civil de 2015.

P.I.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5003604-68.2019.4.03.6119

RELATOR: Gab. 01 - DES. FED. VALDECI DOS SANTOS

APELANTE: INDUSTRIA DE FELTROS SANTA FE S A, DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM GUARULHOS, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: MARINA JULIA TOFOLI - SP236439-A

APELADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM GUARULHOS, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, INDUSTRIA DE FELTROS SANTA FE S A

Advogado do(a) APELADO: MARINA JULIA TOFOLI - SP236439-A

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Intimem-se as partes contrárias para oferecerem respostas aos embargos de declaração opostos (art. 1.023, § 2º, CPC).

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0701496-63.1993.4.03.6106

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

APELANTE: IRMANDADE DA SANTA CASA DE MISERICORDIA DE S J R PRETO

Advogado do(a) APELANTE: SILVERIO POLOTTO - SP27199

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) APELADO: PAULA CRISTINA DE ANDRADE LOPES VARGAS - SP139918-N

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Relator, reproduzo parte da r. decisão proferida no processo eletrônico em epígrafe para fins de publicação:

"Tendo em vista que o pagamento do débito se efetivou após o ajuizamento da execução, deve ser observado o princípio da causalidade, daí porque condeno a embargante ao pagamento de honorários advocatícios, fixados moderadamente em RS 1.000,00 (um mil reais), nos termos do Artigo 20, § 40, do CPC/1973, vigente ao tempo da sentença. Pelo exposto, nos termos do Artigo 485, inciso VI, c.c do Artigo 932, inciso III, do CPC, extingo os embargos à execução sem julgamento do mérito e declaro prejudicada a apelação."

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016148-78.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

AGRAVADO: SAMUEL MATEUS, MAURICIO BENTO, MARCO ANTONIO CUNHA, JOAO ANTONIO DE OLIVEIRA, MARIA LEONICE CAMARGO, ANTONIO DO CARMO NOGUEIRA, JOAO BATISTA BETIOL PRIMO, JOAO BATISTA BETIOL

Advogado do(a) AGRAVADO: RICARDO BIANCHINI MELLO - SP240212-S

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por **CAIXA ECONÔMICA FEDERAL** em face de decisão que, nos autos da Ação Ordinária ajuizada na origem, determinou a exclusão da agravante do polo passivo e a devolução dos autos à Justiça Estadual da Comarca de Pederneiras/SP, nos seguintes termos:

"(...) Ante o exposto, determino a exclusão da CEF e da União do polo passivo e a devolução dos autos à 1ª Vara Cível da Justiça Estadual da Comarca de Pederneiras/SP.

Intimem-se."

Alega a agravante que com a publicação da Lei nº 13.000/2014 que incluiu o artigo 1º-A à Lei nº 12.409/2011 restou pacificada a discussão existente quanto à possibilidade do ingresso da agravante nas ações em que se discute a responsabilidade securitária em imóveis financiados pelo SFH e argumenta que o risco de prejuízo ao FCVS mediante o esgotamento do FESA que anteriormente deveria ser demonstrado passou a ser presumido, vez que o artigo 1º-A, § 1º do mencionado diploma legal determina o ingresso da agravante na qualidade de representante do FCVS em todas as ações que representem risco ou impacto ao FCVS ou às suas subcontas. Sustenta que possui interesse em ingressar nos feitos mesmo em relação aos contratos celebrados antes da Lei nº 7.682/88, a constitucionalidade da Lei nº 13.000/2014 e a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito de origem.

Pugna pela concessão de efeito suspensivo.

É o relatório.

Decido.

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

Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

(...)

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

A questão posta neste recurso diz com (a) o ingresso da Caixa Econômica Federal, como representante dos interesses do FCVS, em processo em que se discute cobertura securitária em razão de vícios na construção de imóveis e, nessa qualidade, (b) a condição em que atuará no feito de origem e, consequentemente, (c) a deliberação sobre a competência para o conhecimento da demanda.

O denominado FCVS – Fundo de Compensação de Variações Salariais – foi criado pela Resolução nº 25/67 do Conselho de Administração do hoje extinto Banco Nacional de Habitação (BNH), destinado inicialmente a "garantir limite de prazo para amortização da dívida aos adquirentes de habitações financiadas pelo Sistema Financeiro da Habitação".

A partir da edição do Decreto-lei nº 2.476/88, que alterou a redação do artigo 2º do Decreto-lei nº 2.406/88, o FCVS, além de responder pela quitação junto aos agentes financeiros de saldo devedor remanescente em contratos habitacionais, passou também a "garantir o equilíbrio do Seguro Habitacional do Sistema Financeiro da Habitação, permanentemente e a nível nacional".

Essa redação – e consequente atribuição de responsabilidade ao FCVS – permaneceu inalterada sob a égide da subsequente Medida Provisória nº 14/88 e também da Lei nº 7.682/88 (em que se converteu aquela MP).

Posteriormente, a Medida Provisória nº 478/2009 declarou extinta, a partir de 1º de janeiro de 2010, a apólice do SH/SFH, vedando, a contar da publicação daquela MP (29/12/2009), a contratação de seguros nessa modalidade no tocante às novas operações de financiamento ou àquelas já firmadas em apólice de mercado.

Os contratos de financiamento já celebrados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação – SFH com cláusula prevendo os seguros da apólice do Seguro Habitacional do Sistema Financeiro da Habitação – SH/SFH passaram, então, com o advento da referida MP 478/2009, a ser cobertos diretamente pelo FCVS, sem a intermediação das seguradoras, as quais na sistemática anterior funcionavam de todo modo apenas como prestadoras de serviços. Tanto assim que os mencionados contratos foram literalmente repassados ao FCVS, a quem se incumbiu a garantia do equilíbrio da apólice do SH/SFH "no âmbito nacional até 31 de dezembro de 2009", sendo responsável também pela cobertura, a partir de 1º de janeiro de 2010, entre outras coisas, das "despesas de recuperação ou indenização decorrentes de danos físicos ao imóvel [...], observadas as mesmas condições atualmente existentes na Apólice do SH/SFH, concernentes aos contratos de financiamento que, em 31 de dezembro de 2009, estiverem averbados na Apólice do SH/SFH".

Da exposição de motivos que acompanhou a MP nº 478/2009 consta aguda análise do quadro securitário atinente aos contratos firmados no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação e do papel progressivo do FCVS nesse contexto. Confira-se o quanto interessa ao caso presente:

"Temos a honra de submeter à apreciação de Vossa Excelência a Medida Provisória que dispõe sobre a extinção da Apólice do Seguro Habitacional do Sistema Financeiro da Habitação – SH/SFH, [...]"

2. A extinção da Apólice do Seguro Habitacional do Sistema Financeiro da Habitação – SH/SFH. Tal medida tem por objetivo permitir que o Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS possa oferecer coberturas de morte, invalidez permanente, danos físicos ao imóvel e relativas às perdas de responsabilidade civil do construtor; para as operações de financiamento habitacional averbadas na Apólice do SH/SFH, as quais atualmente já contam com a garantia do Fundo e, por consequência, da União, preservando todos os direitos dos segurados.

3. Antes de procedermos ao relato da medida, convém fazer breve histórico da evolução do SH/SFH destacando os principais problemas do modelo vigente, os quais a proposta ora delineada tenciona solucionar:

4. [...]"

5.1. Diante da insuficiência das medidas adotadas para conter a elevação dos déficits do SH/SFH e, ainda, com a extinção do BNH em 1986, o inciso II do art. 6º do Decreto-Lei nº 2.406, de 16 de setembro de 1988, com a redação dada pela Lei nº 7.682, de 2 de dezembro 1988, efetivamente retirou do mercado segurador o risco da Apólice do SH/SFH ao transferir para a União, por intermédio do FCVS, a atribuição de manter o equilíbrio de sua Apólice, de forma permanente e em nível nacional.

5.2. Em contrapartida à assunção do risco pelo setor público, houve a transferência da reserva técnica do SH/SFH para o FCVS, passando esta a constituir uma das fontes de receita do Fundo.

5.3. Como consequência da crescente participação da União no sistema, que culminou no marco legal dado pelo Decreto-Lei nº 2.406, de 1988, as sociedades seguradoras passaram a atuar somente como meras prestadoras de serviço de regulação de sinistros à União, sendo remuneradas pelos serviços prestados, com ressarcimento total das despesas incorridas com suas obrigações perante o SH/SFH.

5.4. Assim, diferentemente do verificado nos demais ramos de seguros, **desde 1988, as seguradoras que operam no âmbito do SH/SFH não assumem os riscos típicos da operação, nem possuem a titularidade dos prêmios arrecadados. Todo o risco é de responsabilidade da União, por meio do FCVS.** Como veremos adiante, a caracterização do papel desempenhado pelas seguradoras na evolução do modelo SH/SFH se constituiu em uma das principais fragilidades do sistema vigente.

6. [...]

7. ***Em 1998, por meio da Medida Provisória nº 1.671, de 24 de junho de 1988 [sic, leia-se 1998, ano de edição da referida MP], reeditada pela última vez sob o nº 2.197-43, de 24 de agosto de 2001, foi permitida a contratação de seguros em apólices de mercado, denominada pela SUSEP de ramo 68. O que se verificou desde então foi uma drástica redução da participação da Apólice do SH/SFH no oferecimento de seguros para os financiamentos imobiliários. Anualmente, apenas cerca de 7 mil novos contratos são averbados no SH/SFH, enquanto todos os demais financiamentos imobiliários são cobertos pelo mercado segurador; incluindo aqueles destinados aos programas governamentais para a população de baixa renda.***

7.1. Paralelamente à redução da participação da importância da Apólice do SH/SFH no mercado segurador; verificou-se o envelhecimento da carteira e o progressivo desinteresse das seguradoras em atuar no chamado ramo 66, mesmo com a ausência de riscos a serem assumidos na sua operacionalização.

7.2. Deve ser ressaltado que o envelhecimento da carteira segurada pelo SH/SFH leva ao aumento da proporção da sinistralidade e, por consequência, à elevação das despesas com indenizações.

7.3. Já o desinteresse em operar no SH/SFH pode ser verificado levando-se em conta que, na década de 90, havia 32 seguradoras, e atualmente [vale dizer: em 2009, quando veio a lume a MP 478, de onde tirada a exposição de motivos que ora se reproduz, em parte] estão em operação somente 5 (cinco), sendo que apenas 3 (três) seguradoras aceitam prestar serviço a agentes financeiros que não pertençam ao mesmo conglomerado empresarial. Tal fato demonstra o risco operacional do sistema, no tocante à continuidade de suas operações e às garantias prestadas.

8. ***Outro relevante problema diz respeito às fragilidades existentes na defesa judicial em lides envolvendo mutuários e ex-mutuários do SFH. Atualmente [em 2009], a defesa do SH/SFH é realizada pelas seguradoras, que figuram como rés nas ações judiciais. Estas, conforme já expomos, por serem meras prestadoras de serviço no âmbito do Seguro, não são afetadas pelas decisões judiciais.***

8.1. Apesar de o FCVS, na forma estabelecida em Lei, prestar garantia ao equilíbrio da Apólice, diversos julgados na esfera estadual não reconhecem o legítimo interesse da União para integrar as lides, seja por intermédio da CAIXA, na qualidade de Administradora do FCVS, seja pela participação da Advocacia-Geral.

8.2. As dificuldades para representação judicial pelo ente público implicaram em fragilidade da defesa ao longo do tempo, permitindo a proliferação em vários Estados de escritórios de advogados especializados em litigar ações milionárias contra o Seguro. Tal fato foi inclusive denunciado pelo Tribunal de Contas da União – TCU, por meio do Acórdão no 1924/2004. Nessas ações, o SH/SFH vem sendo condenado a pagar danos não previstos na Apólice até sobre imóveis que não possuem ou nunca possuíram previsão de cobertura, o que confirma o agravamento do risco bilionário para os cofres do Tesouro Nacional. O número de ações já ultrapassa a 11.000.

9. Assim, o aumento das despesas para regulação de sinistros associado à elevação das despesas com indenizações judiciais culminaram na ocorrência de déficit no balanço do SH, apurado no exercício de 2008.

9.1. Além disso, estudos atuariais indicam que a trajetória deficitária tende a se agravar; ou seja, os valores dos prêmios arrecadados serão insuficientes para cobertura das despesas incorridas, ensejando o comprometimento cada vez maior de recursos do FCVS, garantidor do equilíbrio da Apólice.

10. À vista do exposto e, ainda, tendo em vista que a atual sistemática possui ineficiências operacionais e de natureza regulamentar; consideramos necessária a reformulação do modelo vigente, sem violar o pressuposto fundamental dos direitos adquiridos dos contratos assegurados pelo SH/SFH. ***A proposta tem o condão de regularizar e reestruturar um modelo atípico, onde as companhias seguradoras não possuem nenhum risco e a União, como real seguradora dos contratos, tem sido impedida de defender o FCVS em juízo, contra a dilapidação de recursos públicos. As mudanças propostas serão a seguir descritas.***

11. ***Frise-se novamente que, com as mudanças implementadas pelo Decreto nº 2.406, de 1988, as seguradoras que operam o SH/SFH não realizam atividade típica de seguro, sendo somente prestadoras de serviços para regulação dos sinistros.***

11.1. Desse modo, **propomos a transferência das atividades atualmente realizadas pelas sociedades seguradoras para a CAIXA, na qualidade de Administradora do FCVS**, cabendo a esta a responsabilidade pela operacionalização das garantias relativas à morte, invalidez permanente, danos físicos do imóvel e à responsabilidade civil do construtor; relativas aos contratos atualmente averbados na Apólice Habitacional do SH/SFH, utilizando-se dos prêmios arrecadados bem como dos recursos do FCVS. **Com isso, o FCVS, que já assumia integralmente o risco da Apólice, passa também a se responsabilizar pela regulação dos sinistros. Dessa forma, completa-se a alteração iniciada em 1988, concentrando-se unicamente no ente público todas as garantias e atribuições relacionadas ao SH/SFH.**

11.2. Com a mudança, não haverá interrupção das coberturas nem perda de qualidade dos serviços prestados pelas seguradoras, uma vez que a CAIXA possui corpo técnico especializado, com experiência comprovada na área de administração de fundos e programas de governo na área habitacional.

11.3. **Conforme o art. 3º da proposta em pauta, os segurados vinculados à Apólice do SH/SFH terão preservados os mesmos direitos e obrigações previstos nos contratos padrão de financiamento habitacional no âmbito do SFH. A propósito, os contratos firmados prevêm a possibilidade de substituição da Apólice do SH/SFH, desde que mantidas as coberturas nela existentes, conforme modelo de cláusula abaixo, utilizada pela CAIXA, na qualidade de agente financeiro do SFH:**

[...]

11.4. O § 1º do art. 3º da proposta assegura o direito de os mutuários optarem por cobertura securitária oferecida por apólices de mercado, nos termos do art. 2º da Medida Provisória no 2.197-43, de 24 de agosto de 2001 [anterior MP 1.671/98].

11.5. A retirada da intermediação das seguradoras possibilitará a simplificação do acesso das demandas dos segurados ao FCVS, real garantidor da Apólice, o que permitirá a redução de custos para o FCVS.

12. A vedação constante no art. 1º da medida proposta justifica-se pela análise do quadro atual de baixo número de averbações no SH/SFH.

12.1. A perda de relevância da Apólice SH/SFH no mercado segurador pode ser constatada pela comparação da evolução recente das averbações ocorridas na Apólice e o número de financiamentos no âmbito do Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo - SBPE.

12.2. Entre 2003 e 2007, em média foram contratadas 91.658 operações de financiamento imobiliário por ano, com recursos do SBPE. Por outro lado, a média anual de averbações de operações no seguro no mesmo período foi de apenas 7 mil novos contratos.

12.3. O grau de decadência da Apólice do SH/SFH no mercado também pode ser verificado quando se observa que o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS financiou um total de 2,5 milhões de unidades habitacionais no período 1998-2007, com média anual de 251 mil unidades, e que os seguros de todas essas unidades foram averbados em apólices de mercado.

12.4. Desse modo, a Apólice do SH/SFH, que ao longo de sua existência foi revestida de cunho social, atualmente não serve de abrigo a nenhum programa governamental de financiamento imobiliário para baixa renda.

13. Por fim, destaca-se que, no âmbito do Programa "Minha Casa, Minha Vida" – PMCMV, instituído pela Medida Provisória no 459, convertida na Lei no 11.977, de 7 de julho de 2009, a União foi autorizada a participar do Fundo Garantidor da Habitação Popular – FGHab, que oferece, dentre outras, coberturas equivalentes às oferecidas pela Apólice do SH/SFH, para população com renda familiar até 10 salários mínimos. Este instrumento financeiro de garantia veio suprir uma falha de mercado e facilitar o acesso da população a novas linhas de financiamento imobiliário, tornando desnecessária a oferta de cobertura pelo SH/SFH, com garantia da União.

14. Diante da fragilidade do sistema de representação judicial do atual modelo, fundamentalmente decorrente dos óbices atualmente existentes quanto à participação da União nas lides que versam sobre a Apólice do SH/SFH, o art. 6º reafirma que a defesa do FCVS deve ser realizada pela Advocacia-Geral da União – AGU, a qual poderá firmar convênio para participação da CAIXA, na qualidade de administradora do FCVS.

14.1. Sobre este ponto, deve ser ressaltado que a AGU editou em 30 de junho de 2006, a Instrução Normativa nº 03, que regulamentou a atuação da União nas ações contra o FCVS. Complementarmente a essa medida, em 8 de setembro de 2008, foi publicada a IN no 02, a qual declarou o interesse da União nas lides contra o SH/SFH, dada a garantia prestada pelo FCVS, nos termos do Decreto-Lei no 2.406, de 1988. A ratificação em lei da legitimidade de defesa objetiva reduzir os questionamentos quanto ao interesse público e, assim, assegurar definitivamente a participação da AGU nas lides, transferindo as ações para a esfera federal, e aumentando as possibilidades de êxito na defesa dos cofres públicos.

15. [...] (grifei)

Por meio do Ato Declaratório nº 18/2010 do Congresso Nacional, a mencionada Medida Provisória nº 478/2009 perdeu a eficácia em decorrência da expiração do prazo de vigência em 1º de junho de 2010.

A Lei nº 12.409/2011, fruto da Medida Provisória nº 513, de 26 de novembro de 2010, assim dispôs:

"Art. 1º Fica o Fundo de Compensação de Variações Salariais – FCVS autorizado, na forma disciplinada em ato do Conselho Curador do Fundo de Compensação de Variações Salariais – CCFCVS, a:

I – assumir os direitos e obrigações do Seguro Habitacional do Sistema Financeiro da Habitação – SH/SFH, que contava com garantia de equilíbrio permanente e em âmbito nacional do Fundo em 31 de dezembro de 2009;

II – oferecer cobertura direta aos contratos de financiamento habitacional averbados na extinta Apólice do SH/SFH; e

III – remunerar a Caixa Econômica Federal, na qualidade de administradora do FCVS, pelas atribuições decorrentes do disposto neste artigo.

Parágrafo único. A cobertura direta de que trata o inciso II do caput poderá cobrir:

I – o saldo devedor de financiamento habitacional, em caso de morte ou invalidez permanente do mutuário; e

II – as despesas relacionadas à cobertura de danos físicos ao imóvel e à responsabilidade civil do construtor." (grifei)

A Medida Provisória nº 633/2013, por sua vez, introduziu na referida legislação o artigo 1º-A, determinando a intervenção da Caixa Econômica Federal, como representante dos interesses do FCVS, nas respectivas ações judiciais.

Quando da conversão da aludida medida na Lei nº 13.000/2014, a redação do dispositivo foi ainda mais aprimorada, passando a assim estabelecer:

"Art. 1º-A. Compete à Caixa Econômica Federal – CEF representar judicial e extrajudicialmente os interesses do FCVS.

§ 1º A CEF intervirá, em face do interesse jurídico, nas ações judiciais que representem risco ou impacto jurídico ou econômico ao FCVS ou às suas subcontas, na forma definida pelo Conselho Curador do FCVS.

§ 2º Para fins do disposto no § 1º, deve ser considerada a totalidade das ações com fundamento em idêntica questão de direito que possam repercutir no FCVS ou em suas subcontas.

§ 3º Fica a CEF autorizada a realizar acordos nas ações judiciais, conforme parâmetros aprovados pelo CCFCVS e pela Advocacia-Geral da União.

§ 4º Todos os atos processuais realizados na Justiça Estadual ou na do Distrito Federal devem ser aproveitados na Justiça Federal, na forma da lei.

§ 5º As ações em que a CEF intervir terão prioridade de tramitação na Justiça Federal nos casos em que figure como parte ou interessado pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, pessoa portadora de deficiência física ou mental ou pessoa portadora de doença grave, nos termos da Lei no 12.008, de 29 de julho de 2009.

§ 6º A CEF deverá ser intimada nos processos que tramitam na Justiça Comum Estadual que tenham por objeto a extinta apólice pública do Seguro Habitacional do Sistema Financeiro de Habitação – SH/SFH, para que manifeste o seu interesse em intervir no feito.

§ 7º Nos processos em que a apólice de seguro não é coberta pelo FCVS, a causa deverá ser processada na Justiça Comum Estadual.

§ 8º Caso o processo trate de apólices públicas e privadas, deverá ocorrer o desmembramento do processo, com a remessa à Justiça Federal apenas dos pleitos fundados em apólices do ramo público, mantendo-se na Justiça Comum Estadual as demandas referentes às demais apólices.

§ 9º (VETADO)

§ 10. Os depósitos judiciais já realizados por determinação da Justiça Estadual permanecerão no âmbito estadual até sua liberação ou a decisão final do processo." (grifei)

O que se vê de todo o esforço histórico acima traçado é que, não obstante no passado respondessem em Juízo nas ações em que se discutia a cobertura securitária dos contratos do SFH, desde os idos de 1988 as empresas de seguro que operavam no âmbito do SFH não mais se responsabilizavam efetivamente pela correspondente indenização, funcionando apenas como meras prestadoras de serviços para a regulação dos sinistros, meras operacionalizadoras do sistema, cabendo, contudo, à União, por meio do FCVS, suportar as respectivas despesas. Assim, evidente o interesse daquele Fundo no ingresso nos feitos (na qualidade de PARTE) em que se discute sobre a cobertura atribuída ao FCVS em relação aos sinistros ocorridos no tocante às apólices públicas.

A perda de eficácia da Medida Provisória nº 478/2009 em nada desfigura esse quadro.

Aliás, a partir do advento das Leis nºs. 12.409/2011 e 13.000/2014 isso fica ainda mais evidente, já que tal legislação somente veio a consolidar e por fim positivar o quadro de responsabilidade do FCVS que se tinha até então, restando claro e indubitado que a cobertura securitária de danos físicos ao imóvel garantido por apólice pública (ramo 66) é atualmente suportada pelo Fundo, independentemente da data de assinatura do contrato de origem, daí porque decorre logicamente que o representante do FCVS – no caso, a CEF – intervirá necessariamente na lide – vale repetir, na qualidade de parte –, assim como, de resto, definido pelas referidas leis. Nada mais óbvio: se cabe ao FCVS cobrir o seguro da apólice pública, daí decorre que ostenta interesse para intervir na lide em que se discute tal cobertura securitária, respondendo isoladamente nos autos pela responsabilização debatida na lide quanto a essa cobertura securitária.

Também de relevo notar que a partir da edição da Medida Provisória nº 1.671, de 24 de junho de 1998 (sucessivamente reeditada até a MP nº 2.197-43/2001), tornou-se possível a contratação de seguros de mercado ou privados (ramo 68) e ainda a substituição/migração da apólice pública para a privada. Restou ainda vedada a partir do ano de 2010 a contratação de apólices públicas, sendo oferecidas no âmbito de contratos habitacionais desde então somente as privadas (já que em decorrência da edição da MP nº 478/2009, que perdeu a eficácia mas irradiou efeitos concretos no mundo dos fatos, e por força do disposto no artigo 1º, incisos I e II da Lei nº 12.409/2011, não se permitia a contratação dessas apólices públicas a partir de 2010, que foram tidas por extintas, cabendo ao FCVS tão somente arcar com as indenizações daquelas existentes e devidamente averbadas no SH/SFH em 31 de dezembro de 2009).

Imperioso constatar que as apólices privadas acima referidas (ramo 68) encontram-se fora do espectro de responsabilidade do FCVS, competindo às seguradoras o correspondente pagamento de indenização no caso de ocorrência de sinistro.

Então, inescapável concluir que, em se tratando de ação em que se debate sobre cobertura securitária – **apólice pública (ramo 66) (em contrato firmado, logicamente, até dezembro de 2009)** – em razão de danos físicos verificados nos imóveis objeto de financiamento habitacional, a Caixa Econômica Federal, enquanto representante dos interesses do FCVS, deve intervir no feito, respondendo isoladamente como demandada, já que ao Fundo incumbe o pagamento da indenização correspondente.

Não é por outro motivo que a Resolução nº 364 do Conselho Curador do FCVS – norma infralegal autorizada pelo legislador a tratar do tema –, editada sob o pálio da redação atribuída pela Medida Provisória nº 633/2013 à Lei nº 12.409/2011, que já outorgava à CEF a representação judicial dos interesses do Fundo, assim dispõe:

"Art. 1º Esta resolução dispõe sobre:

a) a autorização conferida ao Fundo de Compensação de Variações Salariais – FCVS pelo art. 1º da Lei nº 12.409, de 25 de maio de 2011; e

b) a representação atribuída à Caixa Econômica Federal – CAIXA pelo art. 1º-A da Lei nº 12.409, de 25 de maio de 2011, com redação dada pela Medida Provisória nº 633, de 26 de dezembro de 2013.

Art. 2º A CAIXA, na qualidade de Administradora do FCVS, deve postular o ingresso nas ações judiciais que vierem a ser propostas ou que já estejam em curso, independentemente da fase em que se encontrem, que representem risco ou impacto jurídico ou econômico ao FCVS ou às suas subcontas.

§ 1º Nas ações judiciais que envolvam o extinto Seguro Habitacional do Sistema Financeiro da Habitação – SH/SFH, o ingresso deverá ser requerido em quaisquer dos seguintes casos:

I – Em ações que envolvam contratos de financiamento habitacional, ou outras operações, averbados na apólice do extinto SH/SFH (ramo 66) e ativos na data da propositura da ação;

II – Em ações que envolvam contratos de financiamento habitacional, ou outras operações, inicialmente averbados na apólice do extinto SH/SFH (ramo 66) e que, na data da liquidação da dívida, antecipadamente ou por decurso de prazo, ainda estavam averbados na mesma apólice;

III – Em ações que envolvam contratos de financiamento habitacional, ou outras operações, inicialmente averbados na apólice do extinto SH/SFH (ramo 66) e cuja fundamentação da ação seja vício de construção;

IV – Em ações que envolvam contratos de financiamento habitacional, ou outras operações, inicialmente averbados na apólice do extinto SH/SFH (ramo 66) e cuja fundamentação da ação seja evento, relacionado às garantias da referida apólice, comprovadamente ocorrido enquanto o contrato de financiamento esteve vinculado à Apólice;

V – Em ações que envolvam contratos de financiamento habitacional, ou outras operações, firmados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação até 24 de junho de 1998.

§ 2º Nas ações judiciais em que for previamente comprovado o atendimento a pelo menos um dos requisitos constantes dos incisos I a V do parágrafo 1º deste artigo, o ingresso da CAIXA será requerido para que nelas figure como parte, ou, sucessivamente, como assistente litisconsorcial ou assistente simples.

§ 3º Nas ações judiciais do extinto SH/SFH (ramo 66) que envolvam múltiplos autores, a CAIXA requererá o ingresso somente para os autores cujos imóveis se enquadrarem em pelo menos um dos requisitos constantes dos incisos I a V do parágrafo 1º deste artigo."

Retomando o histórico legislativo de forma esquemática, temos o seguinte quadro:

1967	1988	1998	2009	2011	2014
Criação do FCVS No início, a cobertura parece ter ficado restrita ao saldo devedor.	Decreto-lei 2406 Decreto-lei 2476 MP 14/88 Lei 7682/88 MP 478/2009 (que perdeu a eficácia) A partir do DL 2476, o FCVS passa a garantir o equilíbrio do SH/SFH, o que equivale à efetiva cobertura securitária. As Seguradoras particulares somente operam o sistema.	MP 1671/98 (sucessivamente reeditada até a MP nº 2.197-43/2001) Tornou-se possível a contratação ou substituição da apólice pública para a privada.	MP 478/2009 (que perdeu eficácia) Extinção da apólice pública a partir de já/2010 Contratos averbados na apólice do SH/SFH existentes em 31/12/2009 são transferidos para o Fundo. FCVS passa a operar diretamente os seguros, desaparecendo as seguradoras como intermediárias.	Lei 12.409/2011 (fruto da conversão da MP 513/2010) De certa forma retoma o "sistema" trazido com a MP 478/2009.	Lei 13.000/2014 (fruto da conversão da MP 633/2013) Dispõe sobre a intervenção da CEF em processos que envolvam interesses do FCVS, a quem a Caixa representa.

À vista da fundamentação acima sedimentada que faço em observância e com atenção ao quanto disposto no artigo 489, § 1º, inciso VI do Código de Processo Civil/2015, deixo de aplicar, com a devida vênia, por entendê-lo, ademais, superado pela análise levada a cabo quanto à legislação de regência, o precedente assentado pelo C. Superior Tribunal de Justiça por ocasião do julgamento dos embargos de declaração nos embargos de declaração no recurso especial nº 1.091.393 (que se deu em julgamento conjunto com os EDcl nos EDcl no REsp nº 1.091.363, de igual temática, ambos submetidos ao rito de recursos repetitivos previsto no artigo 543-C do CPC/1973), em que aquela e. Corte firmou a seguinte tese: 1) somente nos contratos celebrados no período compreendido entre 2/12/1988 e 29/12/2009 (entre as edições da Lei nº 7.682/88 e da MP nº 478/09) resta configurado o interesse da Caixa Econômica Federal; 2) ainda assim, mesmo que se trate de contrato firmado no referido lapso, somente há interesse da CEF se se tratar de apólices públicas (ramo 66), excluindo-se, portanto, apólices privadas (ramo 68); 3) de todo modo, mister a comprovação documental do interesse jurídico, mediante demonstração não apenas da existência de apólice pública, mas também do comprometimento do FCVS, com risco efetivo de exaurimento da reserva técnica do Fundo de Equalização de Sinistralidade da Apólice – FESA.

Como motivado no decorrer da presente decisão, competindo ao FCVS a cobertura securitária – **apólice pública (ramo 66)** – de danos físicos verificados nos imóveis objeto de financiamento habitacional, à Caixa Econômica Federal, enquanto representante dos interesses do Fundo, deve ser deferida a intervenção/atução (como ré) nos processos em que se discute a mencionada cobertura, não se cogitando sequer da demonstração de comprometimento dos recursos do Fundo – o que, sobre ser desnecessária dada a atual situação deficitária do FCVS (de notório conhecimento público), mostra-se ainda logicamente despcienda, pois a sua participação no feito decorre do interesse jurídico insito à sua responsabilidade pela cobertura do seguro debatido.

No caso concreto, a CEF fez prova de que os contratos relativos aos agravados se vinculam à apólice pública – ramo 66, conforme se confere nos documentos Num 31771749 – Pág. 1, Num. 31772060 – Pág. 1, Num. 31772063 – Pág. 1, Num. 31772066 – Pág. 1, Num. 31772073 – Pág. 1, Num. 31772076 – Pág. 1, Num. 31772079 – Pág. 1 e Num. 31772083 – Pág. 1 do processo de origem. Sendo assim, mostra-se pertinente a inclusão da CEF no processo na condição de ré, em substituição à seguradora inicialmente demandada.

Ante o exposto, defiro o pedido de efeito suspensivo para reconhecer a legitimidade passiva da CEF na condição de ré e, determinar a exclusão da empresa Companhia de Seguros do Estado de São Paulo da relação processual em razão de sua ilegitimidade passiva.

Comunique-se ao E. Juízo *a quo*.

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

Publique-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5004678-50.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: 2N ENGENHARIA LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: GEAN CARLOS LLOBREGAT RODRIGUES - SP271018-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

O DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY.

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que, em sede de mandado de segurança, indeferiu pedido liminar consistente em determinar a Receita Federal a análise do pleito de habilitação de crédito judicial transitado em julgado, para fins de compensação. Entendeu o MM Juiz que o prazo de 360 dias, previsto no Artigo 24 da Lei nº 11.457/2007, não se exauriu. A agravante sustenta que o prazo a ser considerado é de 30 dias, nos termos do Artigo 100, § 3º, da Instrução Normativa nº 1.717/2017 da RFB.

Deferido o pedido de antecipação da tutela recursal (ID nº 126062714), o Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do agravo de instrumento.

Após a apresentação de contraminuta, a União cientificou nos autos que a Receita informou, em resposta a ofício enviado, que deferiu o pedido de habilitação do crédito (ID nº 132477031), o que foi confirmado pela agravante (ID nº 134532927).

É o relatório.

Decido.

Conforme se extrai de todo o analisado, a pretensão objeto do recurso foi satisfeita pela parte agravada.

Tendo em vista que a decisão de antecipação da tutela recursal foi publicada em 12/03/2020 e o despacho decisório da Receita, com o deferimento do pedido de habilitação do crédito, foi proferido em 30/03/2020, o caso configura hipótese de provimento do recurso e não de perda de objeto.

Pelo exposto, dou provimento ao agravo de instrumento, convalidados todos os atos praticados sob o comando judicial.

Publique-se e intime-se.

Após as cautelas legais, certifique-se o trânsito em julgado e baixemos autos no sistema.

São Paulo, 17 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016278-68.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: ATILIO CONTATTO JÚNIOR, T. L. I. TRANSPORTES E LOGÍSTICA INTEGRADA LTDA.

Advogado do(a) AGRAVADO: JOÃO CARLOS DE LIMA JÚNIOR - SP142452-A

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Verifica-se não constar da inicial pedido de efeito suspensivo ou de antecipação dos efeitos da tutela recursal, razão pela qual deixo de proférer decisão nesta fase recursal.

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

Publique-se.

Após, tornem conclusos para julgamento.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5030940-71.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 01 - DES. FED. VALDECI DOS SANTOS

AGRAVANTE: EMPRESA BRASILEIRA DE INFRA-ESTRUTURA AEROPORTUARIA

Advogados do(a) AGRAVANTE: IVO CAPELLO JUNIOR - SP152055-A, AURELIO LEMOS VIDAL DE NEGREIROS - PB13730

AGRAVADO: WAGNER MEDEIROS, MARLENE MINOTTO, GISLANE MARIA ALENCAR RIBEIRO SANTANA, JANE APARECIDA CHIARI FORTES, ODETE BRAZ SANDES, SOFIA TARANHA, ROSEMEIRI ZOZORO DE SOUZA RONDINA, DEBORAH MAGNA DE OLIVEIRA, PAULO EDUARDO KAZUO MISHIMA, MARCOS ANTONIO SOUZA NOGUEIRA, ELIZEU REDER, GILBERTO SOUSA PINHEIRO, ANDRE CARDOSO, CELSO EDUARDO CARDOSO, SHEILA APARECIDA DA CUNHA SILVA PIMENTA, EDECIO XAVIER PINHEIRO, CATIA APARECIDA SANCHEZ, WAGNER CUNHA MACHADO, GUIOMAR DIAS OLIVIERI, MARIA FELICIDADE ALBINO CLIMACO, REGINA CELIA MARECO FUJIE RODRIGUES, MARIA DE FATIMA ARRAES COELHO, MARI LUCY APARECIDA GOMES DE SOUZA FABRO, ANA MARIA VAN LOON BODE DA COSTA DOURADO, CRESONI NASCIMENTO DE BRITO, YONEKO SHIROMA SAWADA, WALTER APOLINARIO DA LUZ, JANETE ARAUJO LOPES NOGUEIRA, ESDRAS BARROS, JOSE CARLOS GUIZO, OSVALDO LUPPI, GERALDO ALVES DO NASCIMENTO FILHO, ISIS MARIA TOLEDO SILVA, JANEIDE DA SILVA MELO FERRAZ

Advogado do(a) AGRAVADO: CAMILA LEMOS MAIOLI - SP341977
Advogado do(a) AGRAVADO: CAMILA LEMOS MAIOLI - SP341977

ATO ORDINATÓRIO

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

São Paulo, 20 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0024723-38.2016.4.03.6100

RELATOR: Gab. 01 - DES. FED. VALDECI DOS SANTOS

APELANTE: MARCOS BENTO DA SILVA, MARCIA TORRES NEVES DA SILVA

Advogado do(a) APELANTE: THAIS ALVES LIMA - SP250982-A

Advogado do(a) APELANTE: THAIS ALVES LIMA - SP250982-A

APELADO: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

Advogados do(a) APELADO: MARCOS UMBERTO SERUFO - SP73809-A, HELENA YUMY HASHIZUME - SP230827-A

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Intime-se a parte contrária para oferecer resposta aos embargos de declaração opostos (art. 1.023, § 2º, CPC).

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0025133-39.2016.4.03.9999
RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MARIA CRISTINA VIEIRA, AVINER BORGHI FORNAZIERI
Advogado do(a) APELADO: ROGERIO COSTA CHIBENI YARID - SP140387-A
Advogado do(a) APELADO: ROGERIO COSTA CHIBENI YARID - SP140387-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

O DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY.

ID 130978438: Homologo a desistência do recurso de apelação.

Intimem-se.

Observadas as formalidades legais, certifique-se a Subsecretaria o trânsito em julgado e proceda à baixa dos autos no Sistema, com as cautelas de praxe.

São Paulo, 16 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0025133-39.2016.4.03.9999
RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MARIA CRISTINA VIEIRA, AVINER BORGHI FORNAZIERI
Advogado do(a) APELADO: ROGERIO COSTA CHIBENI YARID - SP140387-A
Advogado do(a) APELADO: ROGERIO COSTA CHIBENI YARID - SP140387-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

O DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY.

ID 130978438: Homologo a desistência do recurso de apelação.

Intimem-se.

Observadas as formalidades legais, certifique-se a Subsecretaria o trânsito em julgado e proceda à baixa dos autos no Sistema, com as cautelas de praxe.

São Paulo, 16 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0018943-30.2010.4.03.6100

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

APELANTE: ELISA VILLARES LENZ CESAR, RICARDO VILLARES LENZ CESAR, ELIANA VILLARES LENZ CESAR, MARINA VILLARES LENZ CESAR SISSON, ARNALDO SISSON FILHO, ISABEL VILLARES LENZ CESAR, DANIEL VILLARES LENZ CESAR, MONICA CORINNA GUNIA, ALBERTO VILLARES LENZ CESAR, RUTH HALL

Advogado do(a) APELANTE: LELIA CRISTINA RAPASSI DIAS DE SALLES FREIRE - SP110855

Advogado do(a) APELANTE: LELIA CRISTINA RAPASSI DIAS DE SALLES FREIRE - SP110855

Advogado do(a) APELANTE: LELIA CRISTINA RAPASSI DIAS DE SALLES FREIRE - SP110855

Advogado do(a) APELANTE: LELIA CRISTINA RAPASSI DIAS DE SALLES FREIRE - SP110855

Advogado do(a) APELANTE: LELIA CRISTINA RAPASSI DIAS DE SALLES FREIRE - SP110855

Advogado do(a) APELANTE: LELIA CRISTINA RAPASSI DIAS DE SALLES FREIRE - SP110855

Advogado do(a) APELANTE: LELIA CRISTINA RAPASSI DIAS DE SALLES FREIRE - SP110855

Advogado do(a) APELANTE: LELIA CRISTINA RAPASSI DIAS DE SALLES FREIRE - SP110855

Advogado do(a) APELANTE: LELIA CRISTINA RAPASSI DIAS DE SALLES FREIRE - SP110855

Advogado do(a) APELANTE: LELIA CRISTINA RAPASSI DIAS DE SALLES FREIRE - SP110855

APELADO: UNIÃO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Cuida-se de recurso de apelação interposto por ELISA VILLARES LENZ CÉSARE OUTROS em face de sentença que indeferiu a sua petição inicial com fundamento no então vigente art. 295, inc. I, do Código de Processo Civil de 1973 e julgou extinto o feito sem resolução de mérito, fundamentada no art. 267, inc. I, daquele mesmo diploma legal. A ação havia sido proposta com a finalidade de anular decisão judicial proferida em outro processo (a ação de desapropriação n. 0080572-26.1978.4.03.6100), que deixou de determinar a publicação dos editais a que se refere o art. 34 do Decreto-Lei n. 3.365/1941 a pretexto de que poderia haver algum engano nas descrições do imóvel.

Com a subida dos autos a esta Egrégia Corte Regional, a parte apelante requereu a desistência de seu recurso (ID 90485066, página 1).

Considerando que as procurações outorgadas pelos autores da demanda não continham expressos poderes para desistir dos feitos judiciais e dos recursos interpostos, este Relator determinou a intimação da parte recorrente para que fizesse juntar novas procurações contendo tais poderes de desistência para os causídicos (ID 131465991, página 1).

Devidamente intimada, a parte apelante sustentou que, em realidade, o que se teve foi a perda superveniente do objeto de sua ação anulatória e, conseqüentemente, do presente recurso, uma vez que o edital do art. 34 do Decreto-Lei n. 3.365/1941 foi devidamente publicado em 15.10.2014, o que possibilitou o recebimento da indenização a que faziam jus, estando o respectivo precatório, aliás, liquidado, e os autos principais da ação de desapropriação, baixados (ID 134051919, páginas 1-2).

A UNIÃO não se opôs ao pleito (ID 134475249, página 1).

Neste ponto, vieram-me conclusos os autos.

É o relatório.

Decido.

Falece interesse recursal à parte apelante em ver o seu apelo julgado por esta Egrégia Corte Regional, visto que o bem da vida pretendido – a publicação dos editais a que se refere o art. 34 da Decreto-Lei n. 3.365/1941 e o recebimento da indenização a que faziam jus – já foi obtido. Sendo assim, o presente apelo encontra-se esvaído de objeto e não há mais necessidade de se ingressar no seu mérito.

Posto isto, face versar sobre providência cujas consequências jurídicas já se encontram superadas, com fulcro no artigo 932, III, do Código de Processo Civil de 2015, nego seguimento ao recurso de apelação interposto, ante a perda superveniente de objeto.

Publique-se e intime-se. Decorrido o prazo legal, devolvam-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 17 de junho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0005603-78.2008.4.03.6103

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL

APELADO: PAULO FERREIRA DA COSTA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) APELADO: JOSE ROBERTO SODERO VICTORIO - SP97321-A

Advogado do(a) APELADO: MARCOS AURELIO CAMARA PORTILHO CASTELLANOS - SP98659-N

DESPACHO

Considerando o pleito de atribuição de efeitos infringentes aos embargos de declaração opostos pelo **INSS**, e em atenção ao quanto disposto no artigo 1.023, §2º, do Código de Processo Civil de 2015, faz-se necessária a abertura de vista dos autos para manifestação.

Dessa forma, intime-se a parte contrária para que, querendo, apresente resposta aos embargos de declaração opostos.

Após, tornemos autos conclusos para julgamento dos aclaratórios.

São Paulo, 17 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0011443-87.2013.4.03.6105

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

APELANTE: CORREIO POPULAR SOCIEDADE ANONIMA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: JOAO CARLOS DE LIMA JUNIOR - SP142452-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, CORREIO POPULAR SOCIEDADE ANONIMA

DESPACHO

O DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY.

ID nº 97995808: pleiteia a embargante CORREIO POPULAR S.A. a concessão de prazo suplementar de 15 dias para verificar a digitalização dos autos físicos e requerer o que de direito.

Porém, a análise dos autos demonstra que a digitalização foi efetuada pela própria peticionante em primeira instância, nos termos da Resolução nº 142/2017, conforme se depreende dos documentos ID 56387062(fl.31) e ID 56387047. Portanto, não procede o pleito de prazo para conferência dos documentos digitalizados.

Caso a peticionante possua interesse em manter a guarda dos autos ou de alguns de seus documentos originais, conforme autoriza o parágrafo único do Artigo 10 da Resolução nº 278/2019 da Presidência desta Corte, deve apresentar petição com esse teor assim que houver o retorno das atividades presenciais, circunstância em que os autos eletrônicos serão remetidos ao MM Juiz da causa na primeira instância, onde os autos físicos permaneceram.

Intime(m)-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0008043-31.2015.4.03.6126
RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: MARCILEI MORAES ALEXANDRE
Advogado do(a) APELADO: SIMONE FERRAZ DE ARRUDA - SP201753-A

DESPACHO

Considerando o pleito de atribuição de efeitos infringentes aos embargos de declaração opostos por **INSS**, e em atenção ao quanto disposto no artigo 1.023, §2º, do Código de Processo Civil de 2015, faz-se necessária a abertura de vista dos autos para manifestação.

Dessa forma, intime-se a parte contrária para que, querendo, apresente resposta aos embargos de declaração opostos.

Após, tornemos autos conclusos para julgamento dos aclaratórios.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0020583-34.2011.4.03.6100
RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY
APELANTE: AMBEV S.A.
Advogado do(a) APELANTE: ALVARO BRITO ARANTES - SP234926
APELADO: UNIÃO FEDERAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0020583-34.2011.4.03.6100
RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY
APELANTE: AMBEV S.A.
Advogado do(a) APELANTE: ALVARO BRITO ARANTES - SP234926
APELADO: UNIÃO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por AMBEV S.A. contra sentença proferida em ação ordinária movida por ela em face da UNIÃO FEDERAL objetivando a condenação da ré em obrigação de não fazer, consistente em se abster de adotar qualquer medida restritiva ao uso e registro da marca "Guaraná Champagne Antarctica" pela autora, em todo o território nacional, enquanto em vigor o registro no INPI.

Narra a empresa autora em sua inicial que, em 02.10.2009, "após anos de absoluto silêncio em relação ao uso da expressão 'Champagne' no refrigerante 'Guaraná', o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento - MAPA, por meio da Superintendência Federal de Agricultura, Pecuária e Abastecimento do Estado do Ceará, intimou a Autora a retirar referida expressão dos rótulos do refrigerante, sob alegação de o termo poderia causar confusão ao consumidor, com fundamento no art. 11, parágrafo único, do Decreto nº. 6.871/2009" (Num. 89854649 - pág. 02/24).

Deferido o pedido de antecipação de tutela para determinar que o MAPA abstenha-se de adotar qualquer medida restritiva ao uso e registro da marca "Guaraná Champagne Antártica" pela autora, em todo o território nacional, inclusive quanto às notificações, intimações, apreensões de rótulos, embalagens e/ou material publicitário do produto sob alegação de que estes gerariam confusão no consumidor devido à utilização da expressão "Champagne" dentre os termos empregados para a identificação do refrigerante Guaraná, em quaisquer de suas espécies, quer dizer de baixa caloria (exemplo "Zero"), ou não (Num. 89854649 - pág. 98/105).

Contra a decisão foi interposto agravo retido nos autos pela União (Num. 89854649 - pág. 113/120 e num. 89854650 - pág. 01/02).

Contestação pela União (Num. 89854650 - pág. 03/23).

Em sentença publicada em 09/01/2015, o Juízo de Origem julgou improcedente o pedido, condenando a parte autora ao pagamento das custas judiciais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), com fundamento no artigo 20, § 4º do Código de Processo Civil de 1973 (Num. 89854598 - pág. 11/15 e 17).

A parte autora apela para ver acolhido o seu pedido inicial (Num. 89854598 - pág. 18/41).

Contrarrazões pela União (Num. 89854598 - pág. 113/131).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0020583-34.2011.4.03.6100
RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY
APELANTE: AMBEV S.A.
Advogado do(a) APELANTE: ALVARO BRITO ARANTES - SP234926
APELADO: UNIÃO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

No caso dos autos, pretende a empresa autora a condenação da ré em obrigação de não fazer, consistente em se abster de adotar qualquer medida restritiva ao uso e registro da marca "Guaraná Champagne Antarctica" pela autora, em todo o território nacional, enquanto em vigor o registro no INPI.

De início, registre-se que a validade do ato administrativo deve ser analisada à luz da motivação indicada pela própria Administração Pública, sendo irrelevantes outros elementos fáticos que possam, em tese, justificar o ato. Neste ponto, veja-se a lição de Hely Lopes Meirelles:

“A teoria dos motivos determinantes funda-se na consideração de que os atos administrativos, quando tiverem sua prática motivada, ficam vinculados aos motivos expostos, para todos os efeitos jurídicos. Tais motivos é que determinam e justificam a realização do ato, e, por isso mesmo, deve haver perfeita correspondência entre eles e a realidade. Mesmo os atos discricionários, se forem motivados, ficam vinculados a esses motivos como causa determinante de seu cometimento e se sujeitam ao confronto da existência e legitimidade dos motivos indicados. Havendo desconformidade entre os motivos determinantes e a realidade, o ato é inválido”.
(MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006. P. 223-224).

Não é em outro sentido o ensinamento de Celso Antonio Bandeira de Mello:

“A propósito dos motivos da motivação, é conveniente, ainda, lembrar a ‘teoria dos motivos determinantes’. De acordo com esta teoria, os motivos que determinaram a vontade do agente, isto é, os fatos que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato. Sendo assim, a invocação dos ‘motivos de fato’ falsos, inexistentes ou incorretamente qualificados vicia o ato mesmo quando, conforme já se disse, a lei não haja estabelecido, antecipadamente, os motivos que ensejariam a prática do ato, uma vez enunciados pelo agente os motivos em que se calçou, ainda quando a lei não haja expressamente imposto a obrigação de enunciá-los, o ato só seria válido se estes realmente ocorreram e o justificavam”.

(in Curso de Direito Administrativo, 17ª Edição, 2004, p. 370).

Dito isto, verifico que o ato administrativo discutido nos autos se fundou no artigo 11, parágrafo único do Decreto nº 6.871/2009, cujo teor transcrevo:

Art. 11. O rótulo da bebida deverá conter, em cada unidade, sem prejuízo de outras disposições de lei, em caracteres visíveis e legíveis, os seguintes dizeres:

- I - nome empresarial do produtor ou fabricante, do padronizador, do envasilhador ou engarrafador ou do importador;*
- II - endereço do produtor ou fabricante, do padronizador, do envasilhador ou engarrafador ou do importador;*
- III - número do registro do produto no Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento ou o número do registro do estabelecimento importador, quando bebida importada;*
- IV - denominação do produto;*
- V - marca comercial;*
- VI - ingredientes;*
- VII - a expressão: Indústria Brasileira, por extenso ou abreviada;*
- VIII - conteúdo, expresso na unidade de medida correspondente, de acordo com normas específicas;*
- IX - graduação alcoólica, expressa em porcentagem de volume alcoólico, quando bebida alcoólica;*
- X - grau de concentração e forma de diluição, quando se tratar de produto concentrado;*
- XI - forma de diluição, quando se tratar de xarope, preparado líquido ou sólido;*
- XII - identificação do lote ou da partida;*
- XIII - prazo de validade; e*
- XIV - frase de advertência, conforme estabelecido em legislação específica.*

Parágrafo único. O rótulo da bebida não deverá conter informação que suscite dúvida ou que seja falsa, incorreta, insuficiente ou que venha a induzir a equívoco, erro, confusão ou engano, em relação à identidade, composição, classificação, padronização, natureza, origem, tipo, qualidade, rendimento ou forma de consumo da bebida, nem lhe atribuir qualidade terapêutica ou medicamentosa.

Ocorre que os elementos trazidos aos autos demonstram que a bebida em questão é comercializada no país sob a denominação "Guaraná Champagne Antarctica" desde o longínquo ano de 1921, sendo uma das mais presentes em supermercados, restaurantes e congêneres, como é fato notório, o que torna inatacável a alegação recursal de que, em verdade, tal nome se encontra consolidado junto ao público consumidor como identificador de um conhecidíssimo refrigerante, afastando-se qualquer possibilidade concreta de que a expressão cause "equívoco, erro, confusão ou engano, em relação à identidade, composição, classificação, padronização, natureza, origem, tipo, qualidade, rendimento ou forma de consumo da bebida".

Assim, mesmo que, em um primeiro momento, quando do lançamento do produto, se tenha procurado associá-lo às características dos vinhos produzidos na região francesa de "Champagne" (já que o nome discutido nos autos parece, aproximar as características de uma e outra bebida, como se fosse, em verdade, "Guaraná tipo Champagne"), certo é que, como passar do tempo, a bebida comercializada pela autora ganhou notoriedade própria, vindo a ser reconhecida pelos seus próprios atributos, sem possibilidade concreta de confusão com quaisquer bebidas alcoólicas.

E o fato de o INPI ter conferido registro à expressão "Champagne" como indicação geográfica tem por efeito impedir que produtores de vinho espumante de outras regiões identifiquem os seus produtos com este termo, não se prestando, portanto, a obstar o uso da expressão "Guaraná Champagne" pela recorrente, na forma como ela vinha fazendo.

Com isto perde relevo o fundamento adotado em sentença, no sentido de que o próprio INPI concedeu registro como indicação geográfica à expressão "Champagne", eis que a bebida comercializada pela autora não é alcoólica e, por não haver qualquer possibilidade razoável de confusão com vinhos que possam ser identificados com esta expressão, não se submete aos efeitos do registro de tal expressão como indicação geográfica.

De rigor, portanto, a reforma da sentença para se julgar procedente o pedido.

Com a reforma da sentença para se julgar procedente o pedido, a parte autora passa a se sagrar integralmente vencedora na demanda, não lhe cabendo arcar com despesas processuais nem honorários advocatícios.

Dito isto, e considerando a baixa complexidade do feito, resolvido pela análise fática acerca da suposta incorreção e possibilidade de indução a erro do uso da expressão "Guaraná Champagne", condeno a União ao pagamento das custas processuais em reembolso e de honorários advocatícios em favor dos advogados da requerente, que ora fixo, por equidade, em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), com fundamento no artigo 20, § 4º do Código de Processo Civil de 1973, vigente ao tempo da publicação da sentença, valor a ser devidamente atualizado até o pagamento.

Consigno que não deve a ré ressarcir a autora pelos custos havidos para se promover as pesquisas de opinião constantes dos autos, ante a sua desnecessidade para o julgamento da causa.

Ante o exposto, voto por **dar provimento** à apelação para julgar procedente o pedido, para o fim de determinar à União, especialmente por meio do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento - MAPA, que se abstenha de adotar qualquer medida restritiva ao uso e registro da marca "Guaraná Champagne Antártica" pela autora, em todo o território nacional, enquanto em vigor o registro no INPI, condenando a ré, ainda, ao pagamento de custas processuais em reembolso e de honorários advocatícios fixados em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), a ser devidamente atualizado até o pagamento.

EMENTA

DIREITO ADMINISTRATIVO, CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EXPRESSÃO "GUARANÁ CHAMPAGNE". REFRIGERANTE. IMPEDIMENTO AO USO. ART. 11, PARÁGRAFO ÚNICO DO DECRETO Nº 6.871/2009. IMPOSSIBILIDADE DE INDUÇÃO DO PÚBLICO CONSUMIDOR EM ERRO. PEDIDO PROCEDENTE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EQUIDADE. ART. 20, § 4 DO CPC/73. APELAÇÃO PROVIDA.

1. Pretende a empresa autora a condenação da ré em obrigação de não fazer, consistente em se abster de adotar qualquer medida restritiva ao uso e registro da marca "Guaraná Champagne Antarctica" pela autora, em todo o território nacional, enquanto em vigor o registro no INPI.
2. A validade do ato administrativo deve ser analisada à luz da motivação indicada pela própria Administração Pública, sendo irrelevantes outros elementos fáticos que possam, em tese, justificar o ato. Teoria dos motivos determinantes. Doutrina de Hely Lopes Meirelles e Celso Antônio Bandeira de Mello.
3. Os elementos trazidos aos autos demonstram que a bebida em questão é comercializada no país sob a denominação "Guaraná Champagne Antarctica" desde o longínquo ano de 1921, sendo uma das mais presentes em supermercados, restaurantes e congêneres, como é fato notório, o que torna inatacável a alegação recursal de que, em verdade, tal nome se encontra consolidado junto ao público consumidor como identificador de um conhecidíssimo refrigerante, afastando-se qualquer possibilidade concreta de que a expressão cause "equivoco, erro, confusão ou engano, em relação à identidade, composição, classificação, padronização, natureza, origem, tipo, qualidade, rendimento ou forma de consumo da bebida".
4. Perde relevo o fundamento adotado em sentença, no sentido de que o próprio INPI concedeu registro como indicação geográfica à expressão "Champagne", eis que a bebida comercializada pela autora não é alcoólica e, por não haver qualquer possibilidade razoável de confusão com vinhos que possam ser identificados com esta expressão, não se submete aos efeitos do registro de tal expressão como indicação geográfica.
5. Não deve subsistir, portanto, o ato administrativo que importou em impedimento, à autora, do uso da expressão "Guaraná Champagne Antarctica", motivado por uma suposta violação ao art. 11, parágrafo único, do Decreto nº 6.871/2009.
6. Sentença reformada para se julgar procedente o pedido, para o fim de determinar à União, especialmente por meio do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento - MAPA, que se abstenha de adotar qualquer medida restritiva ao uso e registro da marca "Guaraná Champagne Antarctica" pela autora, em todo o território nacional, enquanto em vigor o registro no INPI, condenando a ré, ainda, ao pagamento de custas processuais em reembolso e de honorários advocatícios fixados em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), a ser devidamente atualizado até o pagamento.
7. Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, por unanimidade, deu provimento à apelação para julgar procedente o pedido, para o fim de determinar à União, especialmente por meio do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento - MAPA, que se abstenha de adotar qualquer medida restritiva ao uso e registro da marca "Guaraná Champagne Antarctica" pela autora, em todo o território nacional, enquanto em vigor o registro no INPI, condenando a ré, ainda, ao pagamento de custas processuais em reembolso e de honorários advocatícios fixados em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), a ser devidamente atualizado até o pagamento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003330-90.2017.4.03.6114

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

APELANTE: GUSTAVO SOUZA MATOS

Advogado do(a) APELANTE: CRISTIANE MARTINEZ CORTADA DE ARAUJO - SP182391-A

APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

DECISÃO

ID 104492845: providencie a secretaria a alteração da representação processual para fins de publicação do apelante, conforme solicitado.

Diante da informação de que as partes se compuseram amigavelmente, HOMOLOGO o acordo para que produza seus efeitos legais, nos termos do artigo 487, inciso III, alínea b, do Código de Processo Civil, extinguindo o processo com resolução do mérito.

Deixo de condenar as partes em honorários advocatícios, em vista do quanto acordado entre as partes.

Publique-se e intime-se.

Após o decurso de prazo para recurso da presente decisão, proceda a Subsecretaria à baixa dos autos no Sistema.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015360-64.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: GINEZ CESAR BERTIN CLEMENTE

Advogado do(a) AGRAVANTE: WANESSA CRISTINA DE ALMEIDA GARCIA - MS16208-B

AGRAVADO: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por **GINEZ CESAR BERTIN CLEMENTE** contra decisão que, nos autos da Ação Monitória ajuizada na origem, indeferiu o pedido de desbloqueio de ativos financeiros, nos seguintes termos:

“(…) 2. *Indefiro o pedido de desbloqueio de R\$ 663,88 (Banco do Brasil), com a ressalva de que deverá ser utilizado apenas para satisfação da quantia relativa ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados no ID 25061581 – Pág. 40; (…)*”

Defende a impenhorabilidade dos valores bloqueados por se tratar de recebimento de salários, nos termos do artigo 833 do CPC e argumenta que a manutenção da constrição viola o princípio da dignidade humana.

Pugna pela concessão de efeito suspensivo.

É o relatório.

Decido.

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

Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

(…)

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

O dissenso instalada nos autos diz respeito à constrição de numerário depositado em conta bancária do agravante ao argumento de que se tratam de valores relativos a salários e que, nestas condições, seriam impenhoráveis na hipótese de que trata o inciso IV do artigo 833 do CPC.

Ao tratar das hipóteses de impenhorabilidade o artigo 833, IV, X e § 2º do CPC estabelece o seguinte:

Art. 833. São impenhoráveis:

(...)

IV – os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º;

(...)

X – a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos;

(...)

§ 2º O disposto nos incisos IV e X do caput não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no [art. 528, § 8º](#), e no [art. 529, § 3º](#).

(...)

No caso em debate, sem prejuízo da divergência acerca da natureza dos valores depositados – se sobre eles recai a causa de impenhorabilidade prevista pelo inciso VI do artigo 833 do CPC – é inegável que se trata de valor inferior a 40 salários mínimos (R\$ 663,88). Neste caso, resta claro que sobre eles incide a hipótese de impenhorabilidade é aquela prevista pelo inciso X do mesmo dispositivo legal.

Ainda que o montante houvesse sido bloqueado em outra forma de aplicação financeira, tal circunstância não afastaria a regra protetiva diante do entendimento da jurisprudência pátria em reiterados julgados segundo o qual a impenhorabilidade que protege quantia depositada em caderneta de poupança – até o limite de 40 salários mínimos – prevista no inciso X do artigo 833 do CPC deve ser estendida à conta corrente e outras aplicações financeiras. Deste modo, ainda que não estejam depositados em conta poupança, mas destinados a outras modalidades de investimento financeiro, a jurisprudência igualmente tem entendido pela aplicação da regra de impenhorabilidade.

Neste sentido, transcrevo recente julgado do C. STJ:

“AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. IMPENHORABILIDADE DE VENCIMENTOS. CPC/1973, ART. 649, IV. VALORES TRANSFERIDOS PARA APLICAÇÃO FINANCEIRA. IMPENHORABILIDADE PARCIAL, LIMITADA A 40 (QUARENTA) SALÁRIOS MÍNIMOS. RECURSO IMPROVIDO. 1. A teor da jurisprudência sedimentada pelo Superior Tribunal de Justiça, a impenhorabilidade de vencimentos a que se refere o art. 649, IV, do CPC/1973 alcança, também, os valores poupados pelo devedor, até o limite de 40 salários mínimos. 2. “A impenhorabilidade da quantia de até quarenta salários mínimos poupada alcança não somente as aplicações em caderneta de poupança, mas também as mantidas em fundo de investimentos, em conta-corrente ou guardadas em papel-moeda, ressalvado eventual abuso, má-fé, ou fraude, a ser verificado de acordo com as circunstâncias do caso concreto.” (REsp 1.582.264/PR, Primeira Turma, Rel. Min. REGINA HELENA COSTA, DJe de 28/6/2016). 3. Agravo interno não provido.”

(STJ, Quarta Turma, AgInt no AgInt no AREsp 1025705/SP, Relator Ministro Lázaro Guimarães, Desembargador Convocado do TRF da 5ª Região, DJe 14/12/2017)

Ante o exposto, defiro o pedido de efeito suspensivo para determinar o desbloqueio dos valores constrictos em conta de titularidade do agravante, nos termos da fundamentação supra.

Comunique-se ao E. Juízo *a quo*.

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

Publique-se.

São Paulo, 17 de março de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5011971-71.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 01 - DES. FED. VALDECI DOS SANTOS

AGRAVANTE: HEITOR JOSE DOS SANTOS BUENO

Advogado do(a) AGRAVANTE: JOSE MOACIR RIBEIRO NETO - ES19999-A

AGRAVADO: UNIÃO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, contra decisão que indeferiu o pedido de gratuidade de justiça sob o seguinte fundamento:

"3. INDEFIRO o pedido de justiça gratuita formulado pela parte postulante, tendo em vista o valor do benefício por ela auferido, conforme demonstram as fichas financeiras anexadas ao feito, como, por exemplo, a de ID 26163963, que demonstram, em princípio, sua capacidade contributiva, já que superior ao limite de isenção do imposto de renda pessoa física - IRPF, constante na Tabela Progressiva para cálculo mensal da Receita Federal."

Compulsando-se os autos de origem, observa-se que não é possível visualizar alguns documentos, tais como a petição inicial e o documento ID 26163963, mencionado na r. decisão retrotranscrita, o que impossibilita a apreciação do pedido formulado em agravo de instrumento, especialmente pelo fato de que não há nenhum comprovante de rendimentos nestes autos.

Desta forma, providencie a parte agravante, no prazo de 05 dias, a juntada de cópia do processo de origem, a fim de possibilitar a apreciação dos documentos apresentados naqueles autos, em especial documentos que demonstrem os seus rendimentos.

Após, voltem conclusos para apreciação do pedido de efeito suspensivo e prosseguimento do agravo de instrumento.

P. I.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0016332-70.2011.4.03.6100
RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY
APELANTE: UNIÃO FEDERAL

APELADO: EDNA APARECIDA DE FREITAS
Advogado do(a) APELADO: ELIO MARTINS - SP294298-A

DESPACHO

Considerando o pleito de atribuição de efeitos infringentes aos embargos de declaração opostos por **UNIÃO**, e em atenção ao quanto disposto no artigo 1.023, §2º, do Código de Processo Civil de 2015, faz-se necessária a abertura de vista dos autos para manifestação.

Dessa forma, intime-se a parte contrária para que, querendo, apresente resposta aos embargos de declaração opostos.

Após, tornemos autos conclusos para julgamento dos aclaratórios.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016370-46.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DE SÃO PAULO

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARINEY DE BARROS GUIGUER - SP152489-A

AGRAVADO: NATÁLIA CONCEIÇÃO

Advogado do(a) AGRAVADO: ANNY KELLEN OSSUNE - SP407808-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela **INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DE SÃO PAULO** contra decisão que, nos autos do Mandado de Segurança impetrado na origem deferiu o pedido de liminar, nos seguintes termos:

“(…) Ante o exposto, **DEFIRO A LIMINAR** para determinar a remoção da impetrante para o Instituto Federal de São Paulo (INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DE SÃO PAULO), campus de Sertãozinho ou Barretos, conforme requerido.

Intime-se com urgência a autoridade coatora para o cumprimento da presente decisão.

Comunique-se o órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, nos termos do art. 7º, II, da Lei nº 12.016/09.

Após, dê-se vista dos autos ao Ministério Público Federal. Por fim, tornem conclusos para sentença.

P.R.I.C.”

(maiúsculas e negrito originais)

Alega o agravante que a agravada saiu do seu Estado de origem “há três anos para assumir concurso”, tendo ingressado no quadro da agravante em 2016, quando já mantinha união estável e seu companheiro já era portador enfermidade que fundamenta o pedido. Afirma, assim, que a agravada optou por realizar concurso público em Estado distante do núcleo familiar, fazendo a escolha consciente de abrir mão da convivência e cuidado conjugais, não tendo sido obrigada a desamparar o seu companheiro.

Rechaça a legação de que o indeferimento do pedido administrativo de remoção viola o princípio constitucional da proteção à família e que o dispositivo legal suscitado não é aplicável à agravada por se tratar de primeira lotação, sendo a ruptura da unidade familiar decorrente da própria da vontade da servidora que optou por prestar concurso público em localidade diversa do domicílio conjugal. Defende, ainda, a possibilidade de remoção, vez que IFSP e o IFRO são entidades diversas, com personalidade jurídica, direção e quadros diversos, bem como a impossibilidade de concessão de liminar de caráter satisfativo.

Pugna pela concessão de efeito suspensivo.

É o relatório.

Decido.

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

Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

(…)

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

Inicialmente, afasto a alegação de impossibilidade de concessão de liminar com caráter satisfativo, tendo em vista que no caso de revogação da medida ou de julgamento de improcedência do pedido a agravante poderá determinar o retorno do agravado ao local em que inicialmente exercia suas funções.

Ao tratar das hipóteses de remoção de servidor público, a Lei nº 8.112/90 estabeleceu o seguinte em seu artigo 36:

Art. 36. Remoção é o deslocamento do servidor; a pedido ou de ofício, no âmbito do mesmo quadro, com ou sem mudança de sede.

Parágrafo único. Para fins do disposto neste artigo, entende-se por modalidades de remoção:

I – de ofício, no interesse da Administração;

II – a pedido, a critério da Administração;

III – a pedido, para outra localidade, independentemente do interesse da Administração:

a) para acompanhar cônjuge ou companheiro, também servidor público civil ou militar, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que foi deslocado no interesse da Administração;

b) por motivo de saúde do servidor, cônjuge, companheiro ou dependente que viva às suas expensas e conste do seu assentamento funcional, condicionada à comprovação por junta médica oficial;

c) em virtude de processo seletivo promovido, na hipótese em que o número de interessados for superior ao número de vagas, de acordo com normas preestabelecidas pelo órgão ou entidade em que aqueles estejam lotados.

A leitura do dispositivo legal nos revela que na hipótese de pedido de remoção do servidor no âmbito do mesmo quadro, com ou sem mudança de sede, duas situações se distinguem. Na primeira delas, o pedido não se fundamenta ou causa específica ou explícita ou, ainda, fundamenta-se em causa não expressamente prevista pelo legislador ordinário. Neste cenário, o atendimento do pedido do servidor constitui ato discricionário da administração que, dentro de seus critérios de conveniência e oportunidade, possui margem de liberdade para decidir.

Diversamente, quando o pedido de remoção do servidor se fundamenta em alguma das causas previstas no rol taxativo ao artigo 36, parágrafo único, III da Lei nº 8.112/90, a remoção adquire o *status* de direito subjetivo do servidor. Vale dizer, preenchidos os requisitos legais que, *in casu* se trata apenas da comprovação por junta médica oficial, a administração tem o dever de promover a alteração funcional requerida, não podendo a ele se opor.

Mutatis mutandis, transcrevo julgado proferido pelo C. STJ:

“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORA PÚBLICA DA UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA. REMOÇÃO PARA ACOMPANHAR CÔNJUGE, SERVIDOR DA MARINHA DO BRASIL, TRANSFERIDO EX OFFICIO. ART. 36, III, A DA LEI 8.112/90. REQUISITOS ATENDIDOS. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DA ORDEM. ORDEM CONCEDIDA. 1. O Regime Jurídico dos Servidores Públicos Federais previu três situações que permitem o deslocamento do Servidor, a pedido, no âmbito do mesmo quadro funcional, independentemente do interesse da Administração: (a) para acompanhar cônjuge ou companheiro, também Servidor Público, que foi deslocado no interesse da Administração; (b) por motivo de saúde do Servidor, cônjuge, companheiro ou dependente que viva às suas expensas; e (c) em virtude de processo seletivo promovido, na hipótese em que o número de interessados for superior ao número de vagas. Fora essas hipóteses, a remoção fica a critério do interesse da Administração. 2. Tem-se, pois, que, a teor do art. 36 da Lei 8.112/90, nas hipóteses dos incisos I e II do art. 36 da Lei 8.112/90, a concessão de remoção é ato discricionário da Administração, ao passo que, nos casos enquadrados no inciso III, o instituto passa a ser direito subjetivo do Servidor, de modo que, uma vez preenchidos os requisitos, a Administração tem o dever jurídico de promover o deslocamento horizontal do Servidor dentro do mesmo quadro de pessoal. 3. No caso dos autos, restou comprovada a união estável estabelecida entre a Impetrante e seu companheiro (fls. 17), bem como o deslocamento deste último no interesse da Administração (fls. 19), não havendo razão para o indeferimento da remoção pretendida. 4. Ordem concedida, em conformidade com o parecer do Ministério Público Federal, para reconhecer o direito da Impetrante de ser removida definitivamente para acompanhar seu cônjuge, nos termos do art. 36, parág. único, inciso III, alínea a da Lei 8.112/90, confirmando a liminar anteriormente deferida.” (negritei)

(STJ, Primeira Seção, MS 22283/DF, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 22/08/2016)

Já quanto aos requisitos legais para a remoção do servidor na hipótese de que trata o artigo 36, parágrafo único, III, 'b' da Lei nº 8.112/90, a jurisprudência tem entendido que para sua concessão deve restar comprovada que o dependente do servidor padeça de enfermidade e que seja atestada por junta médica oficial.

Neste sentido, recente julgado desta E. Corte Regional:

“**CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO. REMOÇÃO POR MOTIVO DE DOENÇA. ART. 186 DA LEI 8.112. POSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. SENTENÇA REFORMADA. 1. Há dois requisitos para a remoção, nos termos do artigo 36, inciso III, alínea “b” da lei nº 8.112/1990: (i) patologia do servidor ou familiar dependente (ii) atestado por junta médica oficial. 2. A Junta Médica Oficial registrou que o “diagnóstico provável é de espondilite anquilosante” e concluiu “do ponto de vista médico, não encontramos justificativa para opinar pelo atendimento de seu pedido”, de outro turno, o laudo pericial produzido em Juízo ponderou que a proximidade com os familiares poderá trazer benefícios ao tratamento e melhora das doenças. A espondilite anquilosante ou espondiloartrose anquilosante é uma doença reumática considerada grave, inclusive prevista como doença incapacitante no rol do art. 186 da Lei n. 8.112/90. 3. Em sendo assim, não há juízo de discricionariedade da autoridade administrativa, razão porque, comprovada a condição grave de saúde da servidora por meio de laudo médico oficial, bem como restar atestada que a proximidade com os familiares poderá trazer benefícios ao tratamento, a remoção é medida que se impõe. 4. Os direitos do servidor devem ser interpretados à luz da proteção da integridade da saúde e, também, da família (art. 226, da Constituição da República), devendo-se atentar para o fato de que a possibilidade de ruptura familiar, em decorrência da negativa do pedido da servidora, ainda que a autora tenha, inicialmente, com a investidura no cargo perante o TRT2^a dado causa a separação dos seus familiares residentes em outro Estado. 5. Sentença reformada.**”

6. *Apelação provida.*” (negritei)

(TRF 3^a Região, Primeira Turma, ApCiv/SP 5027248-68.2017.4.03.6100, Relator Desembargador Hélio Nogueira, e-DJF3 01/04/2019)

No caso dos autos, a Escritura Pública lavrada em 24.03.2014 do processo de origem é documento suficiente a comprovar a existência de união estável entre a agravada e seu companheiro Carlos Henrique Medeiros de Araújo (Num. 24973239 - Pág. 6 do processo de origem).

Por sua vez, o Laudo de Avaliação de Deficiência Física e/ou Visual emitido pelo Governo do Estado de São Paulo, o Laudo de Avaliação para Isenção de IPI – Pessoa com Deficiência Física e/ou Visual e de IOF – Pessoa com Deficiência Física emitidos pela Receita Federal (Num. 24973239 – Pág. 11/17 do processo de origem) são claros ao registrar que o companheiro da agravada é portador de deficiência física (paraparesia/doença de parkinson).

Assim, preenchidos os requisitos legais para a remoção do servidor na hipótese de que trata o artigo 36, parágrafo único, III, ‘b’ da Lei nº 8.112/90 a agravada faz jus ao acolhimento do pedido de remoção.

Não se desconhece a informação de que o atual local de trabalho da agravada se trata de sua lotação inicial (2016) e que naquele momento seu companheiro já era portador da enfermidade que fundamentou o pedido de remoção, o que, em princípio, afastaria a alegação de necessidade de proteção à família. Há que se considerar, contudo, o atestado firmado por profissional médico (Num. 24953674 – Pág. 1 do processo de origem) segundo o qual em 2016 o companheiro da agrada teve piora no quadro clínico e em 2019 “o quadro clínico piorou significativamente – progressão acelerada”, daí se extraindo que o fundamento do pedido de remoção é posterior à lotação inicial da agravada.

Por fim, afasto a alegação de que os institutos federais de educação de Rondônia e de São Paulo possuem quadros de pessoal diversos, antes a previsão contida no artigo 9º da Lei nº 11.892/2008 segundo o qual “Cada Instituto Federal é organizado em estrutura multicampi, com proposta orçamentária anual identificada para cada campus e a reitoria, exceto no que diz respeito a pessoal, encargos sociais e benefícios aos servidores” (negritei).

Ante o exposto, indefiro o pedido de efeito suspensivo.

Comunique-se ao E. Juízo *a quo*.

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

Após, em se tratando o feito originário de Mandado de Segurança, vista ao Ministério Público Federal para o oferecimento do competente parecer.

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001012-21.2018.4.03.6108

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

APELANTE: NEUSADOS SANTOS

Advogado do(a) APELANTE: ANTONIO APARECIDO VIEIRA DE ALMEIDA - SP125668-A

APELADO: SUL AMÉRICA COMPANHIA NACIONAL DE SEGUROS, CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, UNIÃO FEDERAL

PROCURADOR: DEPARTAMENTO JURÍDICO - CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

Advogado do(a) APELADO: LOYANNA DE ANDRADE MIRANDA - MG111202-A

DESPACHO

Considerando o pleito de atribuição de efeitos infringentes aos embargos de declaração opostos por **SUL AMÉRICA COMPANHIA NACIONAL DE SEGUROS**, e em atenção ao quanto disposto no artigo 1.023, §2º, do Código de Processo Civil de 2015, faz-se necessária a abertura de vista dos autos para manifestação.

Dessa forma, intime-se a parte contrária para que, querendo, apresente resposta aos embargos de declaração opostos.

Após, tornemos autos conclusos para julgamento dos aclaratórios.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5025661-07.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 01 - DES. FED. VALDECI DOS SANTOS

AGRAVANTE: UNIÃO FEDERAL

AGRAVADO: FRANCISCA HILACIRA CAVALCANTE DE ALMEIDA, DAGMAR BARRETTO ARAUJO

Advogado do(a) AGRAVADO: MARCELO JAIME FERREIRA - DF 15766-A

Advogado do(a) AGRAVADO: MARCELO JAIME FERREIRA - DF 15766-A

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Intime-se as partes para que apresentem manifestação quanto aos embargos de declaração opostos.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5024711-95.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 01 - DES. FED. VALDECI DOS SANTOS

AGRAVANTE: SIFCO SA

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCOS MARTINS DA COSTA SANTOS - SP72080-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Intime-se as partes para que se manifestem quanto aos embargos de declaração opostos.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5001791-30.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 01 - DES. FED. VALDECI DOS SANTOS
AGRAVANTE: DOUGLAS POLICARPO
Advogado do(a) AGRAVANTE: ERICA RODRIGUES RAMOS - MS8103
AGRAVADO: FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DA GRANDE DOURADOS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos,

Não conheço dos embargos declaratórios, visto que consubstanciam-se em mera reiteração dos embargos anteriormente opostos.

P.I.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002292-47.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 01 - DES. FED. VALDECI DOS SANTOS
AGRAVANTE: FUNDAÇÃO MUNICIPAL DE ENSINO SUPERIOR DE MARILIA
Advogado do(a) AGRAVANTE: ANTONIO CARLOS ROSELLI - SP64882-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto em face de decisão interlocutória proferida em primeiro grau.

Pede a concessão de efeito suspensivo e, ao final, a reforma da decisão agravada.

É o relatório.

DECIDO.

Numa análise perfunctória, não vislumbro presentes os requisitos para a concessão do efeito suspensivo postulado, porquanto ausentes a lesão grave ou de difícil reparação que poderiam derivar da decisão agravada.

Com tais considerações, indefiro o pleito de efeito suspensivo.

Intime-se a parte agravada para apresentação da contraminuta, nos termos do artigo 1.019, inciso II, do Código de Processo Civil de 2015.

P. I.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0014462-68.2003.4.03.6100

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

APELANTE: FIBRIA CELULOSE S/A, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: LUIZ GUSTAVO ANTONIO SILVA BICHARA - RJ112310-S

APELADO: FIBRIA CELULOSE S/A, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELADO: LUIZ GUSTAVO ANTONIO SILVA BICHARA - RJ112310-S

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

O DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY.

ID 123718217: ante a verificação de erro na digitalização dos autos, aguarde-se o retorno das atividades presenciais para a devida correção.

Intime(m)-se.

São Paulo, 16 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015621-63.2019.4.03.0000

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

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL

AGRAVADO: EDUARDO PINTO RODRIGUES, ELDER FALCAO ALVES, ESTHER ANTONIOLI GUIMARAES MARTINS, FATIMA FRANCHI MARTINS CORREA, FRANCISCO MITSURU YOSHIDA

Advogado do(a) AGRAVADO: MARCELO JAIME FERREIRA - DF 15766-A

Advogado do(a) AGRAVADO: MARCELO JAIME FERREIRA - DF 15766-A

Advogado do(a) AGRAVADO: MARCELO JAIME FERREIRA - DF 15766-A

Advogado do(a) AGRAVADO: MARCELO JAIME FERREIRA - DF 15766-A

Advogado do(a) AGRAVADO: MARCELO JAIME FERREIRA - DF 15766-A

DESPACHO

Considerando o pleito de atribuição de efeitos infringentes aos embargos de declaração opostos por **UNIÃO**, e em atenção ao quanto disposto no artigo 1.023, §2º, do Código de Processo Civil de 2015, faz-se necessária a abertura de vista dos autos para manifestação.

Dessa forma, intime-se a parte contrária para que, querendo, apresente resposta aos embargos de declaração opostos.

Após, tomemos autos conclusos para julgamento dos aclaratórios.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000707-42.2015.4.03.6104

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

APELANTE: SUELI FIGUEIRA DE OLIVEIRA, ANTONIO ROBERTO GAMA DE OLIVEIRA, ELIZABETH GAMA DE OLIVEIRA, ALEXSANDRO GAMA DE OLIVEIRA

Advogado do(a) APELANTE: ADELAIDE ROSSINI DE JESUS - SP27024-A

Advogado do(a) APELANTE: ADELAIDE ROSSINI DE JESUS - SP27024-A

Advogado do(a) APELANTE: ADELAIDE ROSSINI DE JESUS - SP27024-A

Advogado do(a) APELANTE: ADELAIDE ROSSINI DE JESUS - SP27024-A

APELADO: COMPANHIA EXCELSIOR DE SEGUROS, CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, UNIÃO FEDERAL

Advogado do(a) APELADO: DENIS ATANAZIO - SP229058-A

Advogado do(a) APELADO: ADRIANA MOREIRA LIMA - SP245936-A

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

O DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY.

Item 90560162: proceda a Subsecretaria ao requerido e inclua na autuação o nome da advogada MARIA EMILIA GONÇALVES DE RUEDA OAB/PE nº 23.748 (procuração às fls. 27 do ID 89960683) para receber intimações simultaneamente ao patrono já habilitado.

Intime(m)-se.

São Paulo, 16 de junho de 2020.

APELAÇÃO CIVEL (198) Nº 0000397/-37.2009.4.03.610/

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

APELANTE: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, OSWALDO FAGANELLO ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA

Advogado do(a) APELANTE: FRANCISCO HITIRO FUGIKURA - SP116384-A

Advogado do(a) APELANTE: CARLOS FREDERICO PEREIRA OLEA - SP195970-A

APELADO: COMPANHIA REGIONAL DE HABITAÇÕES DE INTERESSE SOCIAL, OSWALDO FAGANELLO

ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA, CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

Advogado do(a) APELADO: VALDECIR ANTONIO LOPES - SP112894-A

Advogado do(a) APELADO: CARLOS FREDERICO PEREIRA OLEA - SP195970-A

Advogado do(a) APELADO: FRANCISCO HITIRO FUGIKURA - SP116384-A

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Considerando o pleito de atribuição de efeitos infringentes aos embargos de declaração opostos por CAIXA ECONÔMICA FEDERAL (fs. 1.307/1.309^v), OSWALDO FAGANELLO ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA. (fs. 1.310/1.314) e COMPANHIA REGIONAL DE HABITAÇÕES DE INTERESSE SOCIAL (fs. 1.326/1.336), e, em atenção ao quanto disposto no artigo 1.023, §2º, do Código de Processo Civil de 2015, faz-se necessária a abertura de vista dos autos para manifestação das partes.

Dessa forma, intime-se as partes para que, querendo, apresentem resposta aos embargos de declaração opostos no prazo legal.

Após, tomemos autos conclusos para julgamento dos aclaratórios.

São Paulo, 17 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016145-26.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 01 - DES. FED. VALDECI DOS SANTOS

AGRAVANTE: UNIÃO FEDERAL

AGRAVADO: CARLA MARIA RIBAS CLARO

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto em face de decisão interlocutória proferida em primeiro grau.

Pede a concessão de efeito suspensivo e, ao final, a reforma da decisão agravada.

É o relatório.

DECIDO.

Numa análise perfunctória, não vislumbro presentes os requisitos para a concessão do efeito suspensivo postulado, porquanto ausentes a lesão grave ou de difícil reparação que poderiam derivar da decisão agravada.

Comtais considerações, indefiro o pleito de efeito suspensivo.

Intime-se a parte agravada para apresentação da contraminuta, nos termos do artigo 1.019, inciso II, do Código de Processo Civil de 2015.

P.I.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0009435-11.2011.4.03.6105
RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY
APELANTE: JACIRA MARTINS DA SILVEIRA
Advogado do(a) APELANTE: GILIAN ALVES CAMINADA - SP362853-A
APELADO: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, SULAMERICA COMPANHIA NACIONAL DE SEGUROS
Advogado do(a) APELADO: ANDRE EDUARDO SAMPAIO - SP223047-A
Advogado do(a) APELADO: SILVIA SAYURI OKAJIMA - SP287254
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

O DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY.

IDs nº 90583213/90583218: TOO SEGUROS S.A (atual denominação de PAN SEGUROS S/A) comparece aos autos para comunicar que, em 11/01/2016, “foi publicado no Diário Oficial da União a efetivação da transferência de apólices de seguro do ramo habitacional emitidas pela SUL AMÉRICA, a pedido da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, para a PAN SEGUROS, conforme comprovado no documento em anexo”. Alega que se tornou a exclusiva responsável pelas obrigações relativas aos planos firmados em data anterior à transferência da carteira. Assim, requer sua inclusão no feito em substituição a SULAMÉRICA, nos termos do Artigo 109 do CPC, ou sua admissão como assistente litisconsorcial de SULAMÉRICA, nos termos do § 2º do Artigo 109 do CPC.

Intimem-se a apelante JACIRA MARTINS DA SILVEIRA e a apelada CAIXA ECONÔMICA FEDERAL para se manifestarem a respeito.

As demais petições interpostas por TOO SEGUROS S.A (ID 100523199 e ID 104581133), acerca da representação processual por seus advogados, serão analisadas posteriormente.

Intime(m)-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015988-53.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: REALARENAS EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S.A.

Advogados do(a) AGRAVANTE: FABIO PALLARETTI CALCINI - SP197072-A, DANILO MARQUES DE SOUZA - SP273499-A

AGRAVADO: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por **REAL ARENAS EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S.A.** contra decisão que, nos autos da Execução Fiscal ajuizada na origem, rejeitou a exceção de pré-executividade apresentada pela agravante.

Alega a agravante que já interpôs anteriormente o agravo de instrumento nº 5010163-31.2020.4.03.0000 – ao qual foi deferido parcialmente o pedido de antecipação da tutela recursal – contra decisão que não admitiu a primeira exceção de pré-executividade apresentada. Argumenta, contudo, que por constatar novas ilegalidades apresentou segunda exceção de pré-executividade que igualmente foi inadmitida sob a fundamentação de que toda a matéria deveria ter sido levantada na primeira exceção apresentada, sob pena de preclusão, bem como a impossibilidade de apreciação do pedido de limitação da base de cálculo de até 20 salários mínimos para fins de tributação das contribuições sociais para terceiros por necessidade de dilação probatória. Defende a nulidade da decisão agravada por ausência de fundamentação.

Pugna pela concessão de efeito suspensivo.

É o relatório.

Decido.

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

Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

(...)

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

O instrumento processual de desconstituição liminar do título executivo, denominado exceção de pré-executividade, surgiu para obstar ações executivas completamente destituídas de condições mínimas de procedibilidade e processamento.

O vício autorizador do acolhimento da exceção de pré-executividade é tão somente aquele passível de ser conhecido de ofício e de plano pelo magistrado, à vista de sua gravidade. Ele deve se traduzir, portanto, em algo semelhante à ausência dos pressupostos de constituição e desenvolvimento válido do processo, consistindo, sempre, em matéria de ordem pública.

Isso porque, aparentando liquidez, certeza e exigibilidade, o título estará apto a produzir seus efeitos, com o consequente prosseguimento da execução, ao menos, até a oposição dos embargos.

A matéria inclusive está sumulada no verbete 393 do STJ:

"A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória".

Examinando o feito de origem, observo que em 30.04.2020 a agravante apresentou exceção de pré-executividade em que defende que as contribuições sobre a folha de terceiros (Sebrae, Incra, Sei, Senai, Salário Educação) não foram recepcionados pelo texto constitucional após a EC nº 33/2001, bem como a necessidade de limitação na base de cálculo e respectiva incidência no montante de até 20 salários mínimos (Num. 31612300 – Pág. 1/23 do processo de origem).

Todavia, o tema referente à não recepção pela Constituição Federal de 1988 das contribuições devidas a terceiros já havia sido suscitada anteriormente na primeira exceção de pré-executividade apresentada pela agravante no mesmo feito originário em 24.05.2019 (Num. 17656138 – Pág. 1/22 do processo de origem).

Ao se debruçar sobre a análise da primeira peça de exceção o juízo de origem rejeitou as alegações da agravante (Num. 30908422 – Pág. 1/4 do processo de origem), o que ensejou a interposição do primeiro agravo de instrumento (nº 5010163-31.2020.4.03.0000, Num. 31612887 – Pág. 1/23 do processo de origem) ao qual foi deferido em parte o pedido de antecipação da tutela recursal tão somente para suspender a determinação de bloqueio de ativos pelo Bacenjud (Num. 31715752 – Pág. 1/6 do processo de origem) e que atualmente aguarda julgamento final.

Como se percebe, em ambas as exceções de pré-executividade a agravante lançou o mesmo argumento: a não recepção pela CF/88 das contribuições devidas a terceiros. Nestas condições, operou-se o fenômeno da preclusão consumativa, caracterizada pelo exercício da mesma faculdade processual anteriormente, sendo incontroverso nos autos que a agravante já levou ao conhecimento e análise do magistrado e desta E. Corte Regional referida alegação, mostrando-se descabida a instauração de nova discussão sob o mesmo fundamento.

É o que prevê o artigo 507 do CPC:

Art. 507. É vedado à parte discutir no curso do processo as questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão.

Mutatis mutandis, transcrevo julgados desta E. Corte Regional:

“DIREITO TRIBUTÁRIO. PROCESSO CIVIL. PRESCRIÇÃO. MATÉRIA DISCUTIDA EM EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. EXCESSO DE PENHORA. NÃO CARACTERIZADO. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. PRESUNÇÃO DE LIQUIDEZ E CERTEZA. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. RECURSO CABÍVEL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. INAPLICABILIDADE AO CASO CONCRETO. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO. 1 – Apesar de a prescrição constituir matéria de ordem pública, que comporta arguição em qualquer tempo ou fase do processo, o pronunciamento judicial em sentido negativo provoca a preclusão consumativa. 2 – Quanto à alegação de excesso de penhora, não se vislumbra desproporção absoluta entre o valor do bem penhorado e o valor da dívida executada e, mesmo que fosse caso de excesso, não seria possível o simples levantamento da penhora, mas apenas de autorização para a substituição do bem penhorado por outro de valor equivalente ao da execução, observada a ordem legal de preferência. (...) 5 – Recurso de apelação desprovido.” (negritei)

(TRF 3ª Região, Terceira Turma, AC 1855410/SP, Relator Desembargador Federal Antonio Cedenho, e-DJF3 03/05/2017)

Passo, a seguir, a analisar a alegação de limitação da base de cálculo das contribuições devidas a terceiros a 20 salários mínimos, matéria não veiculada na primeira exceção de pré-executividade apresentada no feito de origem. E quanto ao tema, tenho que tenho que assiste parcial razão à agravante.

Dispõe o artigo 4º da Lei nº 6.950/81:

Art 4º – O limite máximo do salário-de-contribuição, previsto no art. 5º da Lei nº 6.332, de 18 de maio de 1976, é fixado em valor correspondente a 20 (vinte) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

Parágrafo único – O limite a que se refere o presente artigo aplica-se às contribuições parafiscais arrecadadas por conta de terceiros.

Posteriormente, em 31.12.1986 foi publicado o Decreto-Lei nº 2.318/86 que em seu artigo 3º afastou a limitação do limite máximo do salário de contribuição fixado pelo artigo 4º da Lei nº 6.950/81, nos seguintes termos:

Art 3º Para efeito do cálculo da contribuição da empresa para a previdência social, o salário de contribuição não está sujeito ao limite de vinte vezes o salário mínimo, imposto pelo art. 4º da Lei nº 6.950, de 4 de novembro de 1981.

O que se extrai, neste momento, é que afastado o limite de vinte salários mínimos para o cálculo da contribuição da empresa para a previdência social, tal limite restou mantido para o cálculo das contribuições parafiscais arrecadadas por conta de terceiros.

Ocorre, contudo, que muito embora o artigo 3º¹ do Decreto-Lei nº 2.318/86 tenha afastado a limitação imposta pelo artigo 4º² da Lei nº 6.950/81 para apuração da base de cálculo apenas da contribuição previdenciária, permanecendo válida em relação às contribuições devidas a terceiros, posteriormente foi editada a Lei nº 9.424/96 que, tratando especificamente do Salário-Educação, estabeleceu em seu artigo 15³ sua base de cálculo como “o total de remunerações pagas ou creditadas, a qualquer título, aos segurados empregados” sem qualquer limitação.

Deste modo, a limitação pretendida pela agravada não se aplica à contribuição devida ao Salário-Educação. Neste sentido, transcrevo recente decisão desta Corte Regional:

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. BASE DE CÁLCULO. CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO (CIDE). INCRA. SEBRAE. SENAI. SESI. SALÁRIO-EDUCAÇÃO. EC 33/2001. ACRÉSCIMO DO § 2º DO ARTIGO 149, CF. TESE DE RESTRIÇÃO DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA REJEITADA. APELAÇÃO DESPROVIDA. (...) 3. Consolidada a jurisprudência desta Corte a respeito da possibilidade de utilização da folha de salários como base de cálculo das contribuições referidas no caput do artigo 149 da Constituição Federal, frente à Emenda Constitucional 33/2001. 4. Reconhecida a repercussão geral do tema discutido nestes autos no julgamento do RE 603.624, que ainda pende de julgamento. Em verdade, o que se observa é que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, presentemente, está orientada em sentido contrário à pretensão da apelante. 5. Quanto à alegação subsidiária da apelante de que deve ser afastada a exigência de tais tributos na parte em que exceder a base de cálculo de 20 salários-mínimos sobre a folha de salários, nos termos do parágrafo único do 4º da Lei nº 6.950/81 vislumbra-se que com a edição do Decreto-Lei nº 2.318/86 ocorreu expressa revogação do limite apenas para as contribuições previdenciárias devidas pelas empresas, preservando-se o limite somente para as contribuições a terceiros. Ainda, posteriormente, a Lei nº 9.426/96 determinou de forma expressa que a alíquota de 2,5% tem incidência sobre o total de remunerações pagas ou creditadas, a qualquer título, aos segurados empregados, sem qualquer imposição de limite. 6. A lei nº 9.426/96 constitui-se no diploma regulador específico do salário-de-contribuição, de modo que a Lei nº 6.950/81, que cuidava unicamente de alterar a legislação previdenciária, não se pode sobrepor aos ditames da nova lei, posterior e específica, até porque suas disposições, na questão em foco, são eminentemente conflitantes com a nova regra. 7. Apelação desprovida.” (negritei)

(TRF 3ª Região, Terceira Turma, ApCiv/SP
5002018-37.2017.4.03.6128, Relator Desembargador Federal Nelton do Santos, e-DJF3 28/06/2019)

Ante o exposto, defiro em parte o pedido de antecipação da tutela recursal para afastar a limitação de 20 (vinte) salários mínimos do artigo 4º da Lei 6.950/81 para o cálculo das contribuições devidas a terceiros à exceção do salário-educação, nos termos da fundamentação supra.

Comunique-se ao E. Juízo a quo.

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

Publique-se.

São Paulo, 17 de junho de 2020.

1 Art 3º Para efeito do cálculo da contribuição da empresa para a previdência social, o salário de contribuição não está sujeito ao limite de vinte vezes o salário mínimo, imposto pelo art. 4º da Lei nº 6.950, de 4 de novembro de 1981.

2 Art 4º – O limite máximo do salário-de-contribuição, previsto no art. 5º da Lei nº 6.332, de 18 de maio de 1976, é fixado em valor correspondente a 20 (vinte) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

Parágrafo único – O limite a que se refere o presente artigo aplica-se às contribuições parafiscais arrecadadas por conta de terceiros.

3 Art 15. O Salário-Educação, previsto no art. 212, § 5º, da Constituição Federal e devido pelas empresas, na forma em que vier a ser disposto em regulamento, é calculado com base na alíquota de 2,5% (dois e meio por cento) sobre o total de remunerações pagas ou creditadas, a qualquer título, aos segurados empregados, assim definidos no art. 12, inciso I, da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015812-74.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 03 - DES. FED. HELIO NOGUEIRA
AGRAVANTE: BITINVEST INTERMEDIACAO E CUSTODIA LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: LUCAS AYRES DE CAMARGO COLFERAI - SP333828
AGRAVADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento com pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal interposto por FOXBIT INVEST Intermediação e Custódia Ltda. contra a decisão que, nos autos de ação ordinária, indeferiu a tutela de urgência requerida para desbloqueio e manutenção da atividade de conta bancária até julgamento final.

Alega o agravante, em síntese, que não teria sido notificada previamente acerca do encerramento da conta bancária vinculada à sua atividade empresarial. Sustenta que não haveria motivo plausível para o encerramento da conta, a não ser a discriminação relacionada à atividade de intermediação de compra e venda de criptoativos.

Pleiteia a concessão do efeito suspensivo ativo.

É o relatório.

Fundamento e decido.

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

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

O deferimento da tutela provisória de urgência tem como requisitos, nos termos do artigo 300 do Código de Processo Civil, de um lado, a existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e, de outro, o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, advindos da não concessão da medida. Ademais, o deferimento da tutela de urgência não pode implicar a irreversibilidade do provimento antecipado, nos termos do § 3º do mesmo dispositivo.

Esses requisitos, assim postos, implicam a existência de prova pré-constituída da veracidade do quanto arguido pela parte requerente, na medida em que a antecipação do provimento postulado, nas tutelas de urgência, provoca a postergação do contraditório.

No caso dos autos, não há *fumus boni iuris*. A agravante pretende a imediata liberação de conta bancária empresarial bloqueada sob suspeita de fraude, ao argumento da inexistência de ilegalidade em sua atuação.

Todavia, a existência de conduta fraudulenta por parte da pessoa jurídica agravante é ponto controvertido na ação originária e, por isso, mesmo, deverá ser submetido à dilação probatória.

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

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

Comunique-se.

Retifique-se a autuação, para que conste a correta denominação da parte agravante – FOXBIT INVEST Intermediação e Custódia Ltda.

Intime-se a parte agravada para apresentação de contraminuta.

Após, voltem conclusos para deliberação.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015932-20.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 03 - DES. FED. HELIO NOGUEIRA
AGRAVANTE: UNIÃO FEDERAL

AGRAVADO: ADILSON CAETANO ALBINO, ADRIANA DE ALMEIDA MELO, CINTIA AGARIE SANTANA, CLAIR SAYURI ISHIKAWA, CLAUDINEI ROBERTO INACIO
Advogados do(a) AGRAVADO: GUSTAVO HENRIQUE CAPUTO BASTOS - DF07383, FRANCISCO QUEIROZ CAPUTO NETO - DF11707, MARCELO JAIME FERREIRA - DF15766-A
Advogados do(a) AGRAVADO: GUSTAVO HENRIQUE CAPUTO BASTOS - DF07383, FRANCISCO QUEIROZ CAPUTO NETO - DF11707, MARCELO JAIME FERREIRA - DF15766-A
Advogados do(a) AGRAVADO: GUSTAVO HENRIQUE CAPUTO BASTOS - DF07383, FRANCISCO QUEIROZ CAPUTO NETO - DF11707, MARCELO JAIME FERREIRA - DF15766-A
Advogados do(a) AGRAVADO: GUSTAVO HENRIQUE CAPUTO BASTOS - DF07383, FRANCISCO QUEIROZ CAPUTO NETO - DF11707, MARCELO JAIME FERREIRA - DF15766-A
Advogados do(a) AGRAVADO: GUSTAVO HENRIQUE CAPUTO BASTOS - DF07383, FRANCISCO QUEIROZ CAPUTO NETO - DF11707, MARCELO JAIME FERREIRA - DF15766-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo interposto pela União contra a decisão que, nos autos de execução de sentença proferida em ação coletiva, determinou a remessa dos autos à Contadoria Judicial, para que, após a juntada dos documentos solicitados aos exequentes, formule os cálculos segundo a fundamentação; e, no julgamento de embargos de declaração, afastou a alegação de ilegitimidade ativa dos exequentes.

Em suas razões recursais, a agravante alega, preliminarmente, a ilegitimidade dos exequentes, porquanto não teriam título executivo hábil para o início da execução, uma vez que estariam vinculados ao processo nº 0005306-80.2008.4.03.6100, que tramitou na Justiça Federal da Terceira Região e atualmente se encontra no STJ. Afirmo que, em razão da identidade de partes, pedido e causa de pedir entre os processos coletivos ajuizados pelo Sindicato no Distrito Federal e em São Paulo, o único critério racional de discriminação de substituídos seria o da territorialidade de domicílio, de sorte que os exequentes estariam submetidos ao processo ainda não transitado em julgado.

No mérito, alega, em síntese, a inexigibilidade da obrigação, por ausência de obrigação de pagar. Sustenta haver desconformidade entre o comando judicial formado no AgInt no REsp nº 1.585.353/DF e a pretensão executiva, porquanto não constou do dispositivo do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça a determinação para pagar diferenças remuneratórias referentes a eventuais reflexos da GAT sobre as demais verbas salariais dos servidores e, por isso, não teria havido trânsito em julgado relacionado ao pagamento de outras rubricas.

Pleiteia a concessão do efeito suspensivo.

É o relatório.

Fundamento e decido.

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

Na hipótese, a partir de uma análise perfunctória do recurso, verifico haver demonstração do risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação.

De plano, afasto a preliminar de ilegitimidade ativa dos exequentes. Em primeiro lugar, porque a existência de uma ação em curso desde 2008, da qual a embargante é parte, não pode ser qualificada como *fato novo*. Em segundo lugar, porque se as ações coletivas em referência realmente apresentam identidade de partes, pedido e causa de pedir, uma delas (a posterior, de preferência) já deveria ter sido extinta por litispendência ou coisa julgada. Como a embargante é parte em ambas as ações e aparentemente nada fez a esse respeito, conclui-se que a alegação de ilegitimidade ativa dos exequentes, ao argumento exposto, caracteriza apenas indevida inovação recursal em fase de embargos declaratórios, o que não se pode admitir.

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça, em decisão da lavra do I. Min. Francisco Falcão, deferiu o pedido de tutela de urgência na Ação Rescisória nº 6.436/DF, “para suspender o levantamento ou pagamento de eventuais precatórios ou RPVs já expedidos, em quaisquer processos de execução decorrentes da decisão rescindenda”, até a apreciação pelo colegiado da E. Primeira Seção (AÇÃO RESCISÓRIA Nº 6.436 – DF, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, 12/04/2019).

Ainda que a tutela de urgência tenha sido deferida para a suspensão do levantamento ou pagamento de precatórios ou requisições já expedidas, deve-se considerar que o deferimento de tutela provisória em ação rescisória suspende a exequibilidade do título judicial, nos termos do artigo 969 do Código de Processo Civil.

É certo que o pedido de efeito suspensivo deduzido pela agravante não faz referência à tutela antecipada concedida nos autos da Ação Rescisória nº 6.436/DF. Todavia, por se tratar de questão de ordem pública, possível o seu conhecimento de ofício.

Consequentemente, impõe-se a suspensão da execução da qual foi extraído o presente recurso, até que a E. Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça julgue o mérito da Ação Rescisória nº 6.436/DF.

Ante o exposto, **defiro** o efeito suspensivo.

Comunique-se.

Intime-se a parte agravada para apresentação de contraminuta.

Após, voltem conclusos para deliberação.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5004482-91.2017.4.03.6109

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

APELANTE: JOAO MARCOS GOBBIN

Advogados do(a) APELANTE: FLAVIO FERRARI TUDISCO - SP247082-A, RICARDO MARTINS RODRIGUES - SP247136-A, TANIA EMILY LAREDO CUENTAS - SP298174-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos.

Por meio da petição em ID 130884362, juntada após oposição de embargos declaratórios (ID 128606954), a parte impetrante manifestou-se acerca da desistência do presente mandado de segurança.

Refere que “após a oposição de referidos embargos de declaração, houve, na esfera administrativa, a determinação de cancelamento do próprio arrolamento de bens e direitos do Embargante, objeto do Processo Administrativo nº 13888.720100/2017-16, que é exatamente o que se pretendia com o presente mandamus”.

Decido.

De acordo com o quanto decidido pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal no Re 669.367/RJ, em sede de repercussão geral, é possível a desistência do mandado de segurança a qualquer tempo, sem anuência da parte contrária e mesmo que já tenha havido decisão de mérito, como no presente caso:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL ADMITIDA. PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE DESISTÊNCIA DEDUZIDO APÓS A PROLAÇÃO DE SENTENÇA. ADMISSIBILIDADE. “É lícito ao impetrante desistir da ação de mandado de segurança, independentemente de aquiescência da autoridade apontada como coatora ou da entidade estatal interessada ou, ainda, quando for o caso, dos litisconsortes passivos necessários” (MS 26.890-AgR/DF, Pleno, Ministro Celso de Mello, DJe de 23.10.2009), “a qualquer momento antes do término do julgamento” (MS 24.584-AgR/DF, Pleno, Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 20.6.2008), “mesmo após eventual sentença concessiva do ‘writ’ constitucional, (...) não se aplicando, em tal hipótese, a norma inscrita no art. 267, § 4º, do CPC” (RE 255.837-AgR/PR, 2ª Turma, Ministro Celso de Mello, DJe de 27.11.2009). Jurisprudência desta Suprema Corte reiterada em repercussão geral (Tema 530 - Desistência em mandado de segurança, sem aquiescência da parte contrária, após prolação de sentença de mérito, ainda que favorável ao impetrante). Recurso extraordinário provido. (Re 669367 . Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator(a): Min. LUIZ FUX. Redator(a) do acórdão: Min. ROSA WEBER. Julgamento: 02/05/2013 Publicação: 30/10/2014)

Desta feita, não conheço dos embargos de declaração anteriormente opostos, homologo o pedido de desistência formulado para que produza seus efeitos legais e extingo o processo sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, VIII, do Código de Processo Civil/2015 (RE 669.367/RJ).

Sem condenação em verbas sucumbenciais.

Após, observadas as formalidades legais, certifique-se o trânsito em julgado.

Intimem-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016143-56.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 03 - DES. FED. HELIO NOGUEIRA
AGRAVANTE: MARCO ANTONIO MARQUES BELIZARIO
Advogado do(a) AGRAVANTE: THAYS BLESSING GOMES MADEKWE - SP323429
AGRAVADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação da tutela recursal, interposto por MARCO ANTÔNIO MARQUES BELIZÁRIO contra decisão proferida pelo Juízo da 1ª Vara Federal de Osasco/SP (ID 33219715, dos autos originários), que indeferiu pedido de tutela de urgência, cuja pretensão consiste na obtenção de provimento jurisdicional que determine que a autoridade impetrada autorize o imediato levantamento dos valores existentes na conta vinculada ao FGTS do Impetrante.

Alega o Agravante, em síntese, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de permitir o saque do FGTS até mesmo nos casos não previstos expressamente pelo art. 20, da Lei nº 8.036/90, por considerar que o rol de hipóteses constante do referido dispositivo não é taxativo, devendo prevalecer o fim social da norma. Aduz, assim, que deve ser autorizada a movimentação da conta vinculada do FGTS, porquanto o Requerente se encontra atualmente desempregado e possui como dependentes sua mãe, sua esposa e sua filha, sendo a última portadora de doença grave.

É o **relatório**.

Fundamento e **decido**.

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

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

O deferimento da tutela de urgência está condicionado à probabilidade do direito e ao perigo de dano ou ao risco ao resultado útil do processo (art. 300, do Código de Processo Civil).

A expedição do alvará judicial para levantamento de depósito existente na conta do FGTS é possível desde que o autor esteja em uma das situações descritas no art. 20, da Lei n.º 8.036/90, *in verbis*:

Art. 20. A conta vinculada do trabalhador no FGTS poderá ser movimentada nas seguintes situações:

I - despedida sem justa causa, inclusive a indireta, de culpa recíproca e de força maior; (Redação dada pela Medida Provisória n.º 2.197-43, de 2001)

I-A - extinção do contrato de trabalho prevista no art. 484-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943; (Incluído pela Lei n.º 13.467, de 2017)

II - extinção total da empresa, fechamento de quaisquer de seus estabelecimentos, filiais ou agências, supressão de parte de suas atividades, declaração de nulidade do contrato de trabalho nas condições do art. 19-A, ou ainda falecimento do empregador individual sempre que qualquer dessas ocorrências implique rescisão de contrato de trabalho, comprovada por declaração escrita da empresa, suprida, quando for o caso, por decisão judicial transitada em julgado; (Redação dada pela Medida Provisória n.º 2.164-41, de 2001)

III - aposentadoria concedida pela Previdência Social;

IV - falecimento do trabalhador; sendo o saldo pago a seus dependentes, para esse fim habilitados perante a Previdência Social, segundo o critério adotado para a concessão de pensões por morte. Na falta de dependentes, farão jus ao recebimento do saldo da conta vinculada os seus sucessores previstos na lei civil, indicados em alvará judicial, expedido a requerimento do interessado, independente de inventário ou arrolamento;

V - pagamento de parte das prestações decorrentes de financiamento habitacional concedido no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação (SFH), desde que:

a) o mutuário conte com o mínimo de 3 (três) anos de trabalho sob o regime do FGTS, na mesma empresa ou em empresas diferentes;

b) o valor bloqueado seja utilizado, no mínimo, durante o prazo de 12 (doze) meses;

c) o valor do abatimento atinja, no máximo, 80 (oitenta) por cento do montante da prestação;

VI - liquidação ou amortização extraordinária do saldo devedor de financiamento imobiliário, observadas as condições estabelecidas pelo Conselho Curador; dentre elas a de que o financiamento seja concedido no âmbito do SFH e haja interstício mínimo de 2 (dois) anos para cada movimentação;

VII - pagamento total ou parcial do preço de aquisição de moradia própria, ou lote urbanizado de interesse social não construído, observadas as seguintes condições: (Redação dada pela Lei n.º 11.977, de 2009)

a) o mutuário deverá contar com o mínimo de 3 (três) anos de trabalho sob o regime do FGTS, na mesma empresa ou empresas diferentes;

b) seja a operação financiável nas condições vigentes para o SFH;

VIII - quando o trabalhador permanecer três anos ininterruptos, a partir de 1º de junho de 1990, fora do regime do FGTS, podendo o saque, neste caso, ser efetuado a partir do mês de aniversário do titular da conta. (Redação dada pela Lei n.º 8.678, de 1993)

IX - extinção normal do contrato a termo, inclusive o dos trabalhadores temporários regidos pela Lei n.º 6.019, de 3 de janeiro de 1974;

X - suspensão total do trabalho avulso por período igual ou superior a 90 (noventa) dias, comprovada por declaração do sindicato representativo da categoria profissional.

XI - quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes for acometido de neoplasia maligna. (Incluído pela Lei nº 8.922, de 1994)

XII - aplicação em quotas de Fundos Mútuos de Privatização, regidos pela Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, permitida a utilização máxima de 50% (cinquenta por cento) do saldo existente e disponível em sua conta vinculada do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, na data em que exercer a opção. (Incluído pela Lei nº 9.491, de 1997)

XIII - quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes for portador do vírus HIV; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.164-41, de 2001)

XIV - quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes estiver em estágio terminal, em razão de doença grave, nos termos do regulamento; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.164-41, de 2001)

XV - quando o trabalhador tiver idade igual ou superior a setenta anos. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.164-41, de 2001)

XVI - necessidade pessoal, cuja urgência e gravidade decorra de desastre natural, conforme disposto em regulamento, observadas as seguintes condições: (Incluído pela Lei nº 10.878, de 2004)

a) o trabalhador deverá ser residente em áreas comprovadamente atingidas de Município ou do Distrito Federal em situação de emergência ou em estado de calamidade pública, formalmente reconhecidos pelo Governo Federal; (Incluído pela Lei nº 10.878, de 2004)

b) a solicitação de movimentação da conta vinculada será admitida até 90 (noventa) dias após a publicação do ato de reconhecimento, pelo Governo Federal, da situação de emergência ou de estado de calamidade pública; e (Incluído pela Lei nº 10.878, de 2004)

c) o valor máximo do saque da conta vinculada será definido na forma do regulamento. (Incluído pela Lei nº 10.878, de 2004)

XVII - integralização de cotas do FI-FGTS, respeitado o disposto na alínea i do inciso XIII do art. 5o desta Lei, permitida a utilização máxima de 30% (trinta por cento) do saldo existente e disponível na data em que exercer a opção. (Redação dada pela Lei nº 12.087, de 2009)

XVIII - quando o trabalhador com deficiência, por prescrição, necessite adquirir órtese ou prótese para promoção de acessibilidade e de inclusão social. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)

XIX - pagamento total ou parcial do preço de aquisição de imóveis da União inscritos em regime de ocupação ou aforamento, a que se referem o art. 4o da Lei no 13.240, de 30 de dezembro de 2015, e o art. 16-A da Lei no 9.636, de 15 de maio de 1998, respectivamente, observadas as seguintes condições: (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

a) o mutuário deverá contar com o mínimo de três anos de trabalho sob o regime do FGTS, na mesma empresa ou em empresas diferentes; (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

b) seja a operação financiável nas condições vigentes para o Sistema Financeiro da Habitação (SFH) ou ainda por intermédio de parcelamento efetuado pela Secretaria do Patrimônio da União (SPU), mediante a contratação da Caixa Econômica Federal como agente financeiro dos contratos de parcelamento; (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

c) sejam observadas as demais regras e condições estabelecidas para uso do FGTS. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

No caso, inobstante o Autor não se enquadre em nenhuma das hipóteses expressamente elencadas, mostra-se cabível uma interpretação teleológica do dispositivo, orientada pelo fim social da norma. Nesse sentido, a jurisprudência tem firmado o entendimento de que não é taxativo o rol estabelecido pelo aludido diploma legal. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. FGTS. UTILIZAÇÃO DO SALDO PARA SITUAÇÃO NÃO PREVISTA NO ART. 20 DA LEI Nº 20.039/90. POSSIBILIDADE.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando o Tribunal de origem resolve a controvérsia de maneira sólida e fundamentada, apenas não adotando a tese do recorrente.

2. É possível o saque do FGTS mesmo nos casos não previstos no art. 20 da Lei 8.036/90, tendo em vista que o rol de hipóteses ali apresentadas não é taxativo, devendo prevalecer o fim social da norma.

3. Agravo regimental não provido.

(STJ; 2ª Turma; AGARESP - 10486; Relator Ministro Castro Meira; DJE de 30/08/2011)

No caso, restou demonstrado que o Agravante encontra-se desempregado e possui como dependentes sua mãe, sua esposa e sua filha, sendo a última portadora de doença grave, consistente em diabetes mellitus tipo 1.

Segundo consta dos autos, a filha do Requerente necessita de medicações e insumos adequados à sua condição de saúde e ao tratamento dos efeitos decorrentes de sua enfermidade.

Neste ponto, é relevante notar que a jurisprudência tem firmado entendimento no sentido de que, em se tratando de doença grave, e havendo necessidade da importância depositada no FGTS, o trabalhador tem direito ao levantamento do saldo, ainda que não se trate de doença expressamente prevista na legislação.

FGTS - LEVANTAMENTO DO SALDO DA CONTA AO FGTS - DOENÇA GRAVE NÃO PREVISTA NA LEI 8.036/90 - POSSIBILIDADE. 1. É tranqüila a jurisprudência do STJ no sentido de permitir o saque do FGTS, mesmo em situações não contempladas pelo art. 20 da Lei 8.036/90, tendo em vista a finalidade social da norma. 2. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, com assento no art. 1º, III, da CF/88, é fundamento do próprio Estado Democrático de Direito, que constitui a República Federativa do Brasil, e deve se materializar em todos os documentos legislativos voltados para fins sociais, como a lei que instituiu o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. 3. Precedentes da Corte. 4. Recurso especial improvido.

(STJ, 2ª Turma, REsp 853002, Rel.Min. Eliana Calmon, j. 19/09/2006, DJ 03/10/2006)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. FGTS. PEDIDO DE LEVANTAMENTO DO SALDO. HIPÓTESE NÃO ELENCADE NO ART. 20 DA LEI N. 8.036/90. POSSIBILIDADE DE AMPLIAÇÃO DO ROL, PELO JULGADOR. SITUAÇÃO DEMONSTRADA NOS AUTOS. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO.

1 - O FGTS, conforme se infere da jurisprudência deste Tribunal, possui natureza alimentar, tendo como objetivo assegurar ao trabalhador o mínimo de dignidade - princípio maior do ordenamento constitucional pátrio - nos momentos de maiores dificuldades (desemprego, doença grave etc). 2 - O artigo 20 da Lei 8.036/90 não pode ser interpretado de maneira restritiva, mas sim de forma teleológica, juntamente com o artigo 6º da Constituição Federal, que alça a saúde ao patamar de direito constitucional social e fundamental. 3 - Por tais razões, independentemente de se aferir se o fundista ou seu familiar está em estágio terminal, pode o magistrado ordenar o levantamento do saldo da conta do FGTS mesmo fora das hipóteses previstas no art. 20 da Lei n. 8.036/90, desde que tal liberação tenha como finalidade atender à necessidade social premente, sobretudo em hipóteses como a dos autos, em que se busca resguardar a saúde da genitora da parte Autora, assegurando-lhe melhor qualidade de vida, logo um bem jurídico constitucionalmente tutelado. 4 - Agravo legal improvido.

(TRF 3ª Região, 2ª Turma, AMS 00134772120114036100, Rel. Des. Fed. Cotrim Guimarães, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 28/02/2013)

REMESSA NECESSÁRIA. FGTS. LEVANTAMENTO. SAQUE PARA TRATAMENTO DE DOENÇA DE DEPENDENTE. AUTISMO GRAVE E OUTRAS ENFERMIDADES. POSSIBILIDADE. ART. 20 DA LEI Nº 8.036/90. ROL NÃO TAXATIVO. SENTENÇA MANTIDA. 1. Remessa necessária em face da sentença que, confirmando a liminar anteriormente deferida, concedeu parcialmente a segurança para determinar a liberação de levantamento do saldo integral da conta fundiária do impetrante, em razão da gravidade do estado de saúde de seu filho. 2. Na origem, o impetrante narrou que seu filho é absolutamente incapaz e portador de autismo grave, obesidade e diabetes mellitus, encontrando-se internado desde agosto de 2017. Diante de tal situação, postulou a liberação dos recursos existentes na sua conta fundiária, alegando que o estado de saúde do rapaz exige a aquisição de remédios caros e contratação profissional para acompanhamento permanente (24 horas). 3. O STJ possui entendimento jurisprudencial consolidado no sentido de que o rol das hipóteses de movimentação da conta de FGTS, estabelecido no art. 20 da Lei nº 8.036/90, é exemplificativo. Precedente: STJ, 3ª Turma, REsp 1.083.061, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, DJE 7.4.2010. Em igual sentido, no TRF2: 5ª Turma Especializada, AC 00045730920094025001, Rel. Des. Fed. RICARDO PERLINGEIRO, DJE: 28.1.2016; 5ª Turma Especializada, AC 00072147220064025001, Rel. Des. Fed. MARCUS ABRAHAM, DJE: 20.6.2013). 4. O vulto das despesas inerentes ao tratamento de determinadas doenças justifica o saque dos recursos do FGTS, podendo a medida significar para o paciente, não apenas uma chance maior de recuperação, mas, em certos casos, no mínimo, a garantia de uma sobrevivência mais digna. Por essa razão, não se mostra razoável nem condizente com o princípio da dignidade humana restringir a movimentação da conta fundiária aos casos em que a doença esteja "em estado terminal", como poderia sugerir; em uma análise superficial, o inciso XVI do art. 20 da Lei nº 8.036/90. 5. Restou demonstrado que o filho do impetrante, com aproximadamente 27 anos de idade, é portador de autismo grave, além de obesidade e diabetes mellitus, encontrando-se internado, sem previsão de alta hospitalar. Tal quadro, por si só, é suficiente para demonstrar que o mesmo necessita de diversos tratamentos regulares e simultâneos, razão pela qual se afigura pertinente a autorização de saque dos depósitos do FGTS. 6. Tratando-se de mandado de segurança, sem honorários advocatícios, ex vi do art. 25 da Lei 12.016/2009 e da Súmula nº 105 do STJ. 7. Remessa necessária não provida.

(TRF-2 - REOAC:00761788820184025101 RJ 0076178-88.2018.4.02.5101, Rel. Des. Fed. Ricardo Perlingeiro, 5ª Turma Especializada, Data de Julgamento: 16/10/2019)

No caso, o Agravante alega urgência para o saque, porquanto se encontra desempregado, e, por conseguinte, impossibilitado de auferir a renda necessária à subsistência própria e de seus dependentes, notadamente de sua filha, que possui doença grave e necessita de cuidados médicos específicos.

Desse modo, sendo o saldo da conta vinculada ao FGTS patrimônio do trabalhador, pode ser levantado quando configurada alguma das hipóteses previstas no artigo 20, da Lei nº 8.036/1990, ou ainda, em outros casos igualmente abrangidos pelo fim social da norma, em que se busque atender a necessidade social premente, o que ocorre no caso do Recorrente. Além disso, estando suficientemente demonstrado o perigo de dano em face do provimento concedido tardiamente, o deferimento da liminar atende aos pressupostos estabelecidos no art. 300, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, **defiro** a antecipação da tutela recursal para determinar que a Caixa Econômica Federal autorize o imediato levantamento dos valores existentes na conta vinculada ao FGTS do Agravante.

Comunique-se.

Intime-se a parte agravada para apresentação de contraminuta.

Após, voltem conclusos para deliberação.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0021192-75.2015.4.03.6100

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

APELANTE: UNIVERSIDADE FEDERAL DE SAO PAULO

APELADO: ASSOCIACAO DAS IRMAS ESCOLARES DE N SRA PROVINCIA DE SP

Advogado do(a) APELADO: DALMO OLIVEIRA RODRIGUES - SP204776-A

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Vistos.

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 23/06/2020 371/4253

Trata-se de Ação de Despejo Por Falta de Pagamento ajuizada pela Associação das Irmãs Escolares de Nossa Senhora - Província de São Paulo contra a Universidade Federal de São Paulo – UNIFESP.

A ação foi julgada extinta, sem julgamento de mérito, quanto ao pedido de despejo, e procedente no que se refere ao pagamento dos aluguéis atrasados, nos termos da sentença ID n. 130894937.

A suspensão da eficácia da sentença recorrida foi deferida, nos termos do art. 1.012, § 4º, do Código de Processo Civil, ID 132936102.

As Partes foram regularmente intimadas.

Relatei.

Decido.

Considerando, entretanto, a Pandemia em razão do COVID 19, o Decreto Legislativo n. 6, de 20/03/2020, que reconheceu a ocorrência do estado de calamidade pública, **determino o sobrestamento do feito** por motivo de força maior, com fundamento no artigo 313, inciso VI, do NCPC, pelo prazo de 6 (seis) meses.

Intimem-se

Após, conclusos.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016342-78.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: IGREJA CRISTA APOSTOLICA RENASCER EM CRISTO

Advogado do(a) AGRAVANTE: LUCIANO AUGUSTO TASINAFO RODRIGUES LOURO - SP215839-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento com pedido de antecipação a tutela recursal interposto por IGREJA CRISTÃ APOSTÓLICA RENASCER EM CRISTO contra a decisão que rejeitou exceção de pré-executividade.

Em suas razões recursais, a agravante alega, em síntese, a prescrição e a inexigibilidade dos débitos em face do art. 22, § 13, da Lei nº 8.212/91, que dispensa as instituições religiosas de contribuição previdenciária incidente sobre o valor pago aos ministros de confissão religiosa, membros de instituto de vida consagrada, de congregação ou de ordem religiosa.

Pleiteia a concessão de antecipação a tutela recursal.

É o relatório.

Fundamento e decido.

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

Na hipótese, a partir de uma análise perfunctória do recurso, verifico que não houve demonstração da do risco de dano irreparável. Com efeito, o Agravante limita-se a afirmar que poderá sofrer constrição de seu patrimônio, sem esclarecer qual seria, de fato, o risco de dano iminente a justificar a concessão de antecipação a tutela recursal.

Note-se que as consequências ordinárias do processo de execução não são suficientes, por si só, para autorizar a concessão de tutela antecipada recursal.

Sobre os requisitos para concessão de efeito suspensivo, ainda sob a égide do CPC/1973, mas perfeitamente aplicável à espécie, destaco a jurisprudência desta Corte:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. DEBÊNTURES. AUSÊNCIA DE LIQUIDEZ IMEDIATA E COTAÇÃO EM BOLSA DE VALORES. 1. A antecipação dos efeitos da tutela recursal pretendida exige que seja demonstrado, por meio de prova inequívoca e verossimilhança da alegação, fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou que haja abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, sem que se configure perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, conforme inciso III do art. 527 c/c art. 273 do CPC. (...)

(AI 00185714320134030000, DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/12/2013 .FONTE_REPUBLICACAO:.)

Diante do exposto, indefiro o pedido de antecipação a tutela recursal.

Após, vista à parte agravada para apresentação de contraminuta.

Por fim, voltem conclusos para deliberação.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015325-07.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 03 - DES. FED. HELIO NOGUEIRA
AGRAVANTE: MAXWEL JOSE RANGEL
AGRAVADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Intime-se a parte agravada, para os fins do art. 1.019, inc. II, do Código de Processo Civil.

Após, conclusos.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016222-35.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 03 - DES. FED. HELIO NOGUEIRA
AGRAVANTE: VEZZI SOCIEDADE DE ADVOGADOS
Advogado do(a) AGRAVANTE: THIAGO MAHFUZ VEZZI - SP228213-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento com pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal interposto por Vezzi, Lapolla e Mesquita Sociedade de Advogados contra a decisão que indeferiu liminar em mandado de segurança, impetrado como o escopo de impetrado como escopo de garantir a aplicação da Portaria MF nº 12/2012 quanto à prorrogação do prazo para pagamento de tributos federais e cumprimento de obrigações acessórias ante o decreto estadual que reconheceu o estado de calamidade pública em São Paulo, decorrente da pandemia de COVID-19.

Alega a agravante, em síntese, que seu fluxo de caixa estaria afetado pela paralisação das atividades econômicas e, uma vez reconhecido o estado de calamidade pública nos níveis federal, estadual e municipal, faria jus à prorrogação do prazo para pagamento das obrigações tributárias.

Pleiteia a concessão do efeito suspensivo ativo.

É o relatório.

Fundamento e decido.

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

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

O deferimento da liminar em mandado de segurança está condicionado à relevância do fundamento e ao risco de ineficácia da ordem eventualmente concedida.

No caso dos autos, não há como vislumbrar o *fumus boni iuris*, dada a impossibilidade de aplicação da Portaria 12/2012 ao caso concreto.

O artigo 1º da Portaria 12/2012 estabelece que “as datas de vencimento de tributos federais administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), devidos pelos sujeitos passivos domiciliados nos municípios abrangidos por decreto estadual que tenha reconhecido estado de calamidade pública, ficam prorrogadas para o último dia útil do 3º (terceiro) mês subsequente” (destaquei).

Vê-se, portanto, que a prorrogação de prazos autorizada pelo ato normativo está condicionada à existência de um decreto estadual que reconheça o estado de calamidade pública em determinados Municípios, e dirige-se a contribuintes específicos, residentes nesses Municípios atingidos por desastres naturais.

Ademais, o Decreto Estadual nº 64.879/2020, que reconheceu a calamidade pública no Estado de São Paulo, decorrente da pandemia de COVID-19, assim o fez em referência ao Decreto Legislativo nº 06/2020, mediante o qual o Congresso Nacional reconheceu o estado de calamidade pública exclusivamente para os fins do artigo 65 da Lei Complementar nº 101/2000, “notadamente para as dispensas do atingimento dos resultados fiscais previstos no art. 2º da Lei nº 13.898, de 11 de novembro de 2019, e da limitação de empenho de que trata o art. 9º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000” (artigo 1º).

Desse modo, conclui-se que o Decreto Estadual nº 64.879/2020 está relacionado aos imperativos da responsabilidade fiscal na gestão das finanças públicas, mas não visa à excepcional proteção de contribuintes domiciliados em Municípios atingidos pelo estado de calamidade pública. Os fundamentos dos atos normativos ora considerados são distintos e essa distinção não pode ser ignorada no momento da aplicação da norma, sob pena de, a pretexto de interpretá-la, o Poder Judiciário atuar como legislador.

Nesse sentido manifestou-se recentemente o Supremo Tribunal Federal, em decisão da Relatoria do I. Ministro Dias Toffoli, como se vê no seguinte excerto:

...

Assim, não cabe ao Poder Judiciário decidir quem deve ou não pagar impostos, ou mesmo quais políticas públicas devem ser adotadas, substituindo-se aos gestores responsáveis pela condução dos destinos do Estado, neste momento.

Apenas eventuais ilegalidades ou violações à ordem constitucional vigente devem merecer sanção judicial, para a necessária correção de rumos, mas jamais – repita-se – promover-se a mudança das políticas adotadas, por ordem de quem não foi eleito para tanto e não integra o Poder Executivo, responsável pelo planejamento e execução dessas medidas.

Não se mostra admissível que uma decisão judicial, por melhor que seja a intenção de seu prolator ao editá-la, venha a substituir o critério de conveniência e oportunidade que rege a edição dos atos da Administração Pública, notadamente em tempos de calamidade como o presente, porque ao Poder Judiciário não é dado dispor sobre os fundamentos técnicos que levam à tomada de uma decisão administrativa.

...

(STF, SS 5363/SP, Relator Min. Presidente Dias Toffoli, decisão: 15.04.2020, DJe de 22.04.202)

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

Ante o exposto, **indeferido** a antecipação dos efeitos da tutela recursal.

Comunique-se.

Intime-se a parte agravada para apresentação de contraminuta.

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

Após, voltem conclusos para deliberação.

São Paulo, 22 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007483-73.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: R.M.P. DOS SANTOS & SANTOS LIMITADA - ME

Advogado do(a) AGRAVADO: BITTENCOURT LEON DENIS DE OLIVEIRA JUNIOR - SP314073-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Em razão da reconsideração da decisão agravada (ID 131815461), conforme comunicação do MM. Juízo de 1º grau, tenho por prejudicado o recurso pela perda de objeto.

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

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5010103-58.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: PGBR AUDITORES INDEPENDENTES SOCIEDADE SIMPLES, RODYO'S AUDITORES INDEPENDENTES S.S.

Advogados do(a) AGRAVANTE: JOAO ADELINO MORAES DE ALMEIDA PRADO - SP220564-A, JOAO GUILHERME RIBEIRO ROCHA ROSSI - SP292236

Advogados do(a) AGRAVANTE: JOAO ADELINO MORAES DE ALMEIDA PRADO - SP220564-A, JOAO GUILHERME RIBEIRO ROCHA ROSSI - SP292236

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de embargos de declaração interpostos por PGBR AUDITORES INDEPENDENTES S/S e PGBR RODYO'S AUDITORES INDEPENDENTES S/S, contra a decisão que indeferiu a antecipação da tutela recursal no agravo de instrumento interposto.

O embargante requer o conhecimento e provimento do recurso, sustentando em síntese, omissão da decisão recorrida quanto aos requisitos para a concessão da tutela antecipada recursal, notadamente os efeitos da Pandemia da COVID 19 para suas atividades.

É o relatório.

São cabíveis embargos de declaração somente se a decisão judicial contiver pelo menos um dos vícios trazidos pelo art. 1.022 do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) - antigo art. 535 do CPC de 1.973 - (EDcl no AgRg na Rel 4855/MG, Rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, DJE 25/04/2011; EDcl no AgRg no REsp 1080227/RS, Rel. Min. SIDNEI BENETI, DJE 30/03/2011; EDcl no AgRg no REsp 1212665/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJe de 28/03/2011; STF: Rcl 3811 MCAgRED, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJE 25/03/2011; AIAgRED 697928, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJE 18/03/2011), não se apresentando como via adequada para:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016193-82.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 03 - DES. FED. HELIO NOGUEIRA
AGRAVANTE: ALEXANDRE MINGONE
Advogado do(a) AGRAVANTE: LAIS PEREIRA DE MELLO - SP392581
AGRAVADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL
REPRESENTANTE: FERNANDA MARIA BONI PILOTO

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento com pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal interposto por Alexandre Mingone contra a decisão que, nos autos de ação ordinária, indeferiu a tutela de urgência requerida para levantamento do saldo depositado em sua conta vinculada ao FGTS.

Alega o agravante, em síntese, que a Lei nº 8.036/1990 autorizaria o levantamento dos recursos do FGTS em situação de calamidade pública.

Pleiteia a concessão do efeito suspensivo ativo.

É o relatório.

Fundamento e decido.

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

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

O deferimento da tutela provisória de urgência tem como requisitos, nos termos do artigo 300 do Código de Processo Civil, de um lado, a existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e, de outro, o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, advindos da não concessão da medida. Ademais, o deferimento da tutela de urgência não pode implicar a irreversibilidade do provimento antecipado, nos termos do § 3º do mesmo dispositivo.

Esses requisitos, assim postos, implicam a existência de prova pré-constituída da veracidade do quanto arguido pela parte requerente, na medida em que a antecipação do provimento postulado, nas tutelas de urgência, provoca a postergação do contraditório.

No caso dos autos, não há *fumus boni iuris*. O inciso XVI do artigo 20 da Lei nº 8.036/1990 confere a possibilidade de movimentação da conta vinculada do FGTS pelo seu titular por “necessidade pessoal, cuja urgência e gravidade decorra de desastre natural, conforme disposto em regulamento”.

Por sua vez, o Decreto nº 5.113/2004, que regulamenta o inciso XVI do artigo 20 da Lei nº 8.036/1990, nestes termos define “desastre natural”:

Art. 2º Para os fins do disposto neste Decreto, considera-se desastre natural:

I - vendavais ou tempestades;

II - vendavais muito intensos ou ciclones extratropicais;

III - vendavais extremamente intensos, furacões, tufões ou ciclones tropicais;

IV - tornados e trombas d'água;

V - precipitações de granizos;

VI - enchentes ou inundações graduais;

VII - enxurradas ou inundações bruscas;

VIII - alagamentos; e

IX - inundações litorâneas provocadas pela brusca invasão do mar:

Parágrafo único. Para fins do disposto no [inciso XVI do caput do art. 20 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990](#), considera-se também como natural o desastre decorrente do rompimento ou colapso de barragens que ocasiona movimento de massa, com danos a unidades residenciais.

Vê-se, portanto, que a possibilidade de movimentação da conta vinculada do FGTS outorgada pelo inciso XVI do artigo 20 da Lei nº 8.036/1990 dirige-se especificamente aos titulares dessas contas residentes em Municípios atingidos por desastres naturais, tal como definidos pelo regulamento. Novas hipóteses, portanto, dependeriam de expressa previsão legal.

Essa previsão passou efetivamente a existir a partir da edição da Medida Provisória nº 946/2020, cujo artigo 6º inclui o estado de calamidade pública decorrente da pandemia de COVID-19 na hipótese do inciso XVI do artigo 20 da Lei nº 8.036/1990, limitando, porém, o saque a R\$ 1.045,00 (mil e quarenta e cinco reais) por trabalhador.

Assim, havendo norma específica, não cabe ao Poder Judiciário inová-la, uma vez que as hipóteses de movimentação das contas de FGTS continuam sendo definidas em lei.

Por outro lado, a medida requerida pelo agravante é de cunho satisfativo, o que não pode ser viabilizado por meio de tutela provisória.

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

Ante o exposto, **indeferido** a antecipação dos efeitos da tutela recursal.

Comunique-se.

Intime-se a parte agravada para apresentação de contraminuta.

Após, voltem conclusos para deliberação.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

SUBSECRETARIA DA 2ª TURMA

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5011749-40.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 06 - DES. FED. CARLOS FRANCISCO

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL

AGRAVADO: LUIZ ANTONIO CORREIA DA COSTA, LUIZ CARLOS LOCATELLI, LUIZ CASTELLINI DA SILVA, LUIZ CLAUDIO BATELOCCHI, LUIZ KAZUO KAGUE
Advogados do(a) AGRAVADO: FRANCISCO QUEIROZ CAPUTO NETO - DF11707, RODRIGO BADARO ALMEIDA DE CASTRO - DF02221/A, MARCELO JAIME FERREIRA - DF15766-A, GUSTAVO HENRIQUE CAPUTO BASTOS - DF07383
Advogados do(a) AGRAVADO: FRANCISCO QUEIROZ CAPUTO NETO - DF11707, RODRIGO BADARO ALMEIDA DE CASTRO - DF02221/A, MARCELO JAIME FERREIRA - DF15766-A, GUSTAVO HENRIQUE CAPUTO BASTOS - DF07383
Advogados do(a) AGRAVADO: FRANCISCO QUEIROZ CAPUTO NETO - DF11707, RODRIGO BADARO ALMEIDA DE CASTRO - DF02221/A, MARCELO JAIME FERREIRA - DF15766-A, GUSTAVO HENRIQUE CAPUTO BASTOS - DF07383
Advogados do(a) AGRAVADO: FRANCISCO QUEIROZ CAPUTO NETO - DF11707, RODRIGO BADARO ALMEIDA DE CASTRO - DF02221/A, MARCELO JAIME FERREIRA - DF15766-A, GUSTAVO HENRIQUE CAPUTO BASTOS - DF07383
Advogados do(a) AGRAVADO: FRANCISCO QUEIROZ CAPUTO NETO - DF11707, RODRIGO BADARO ALMEIDA DE CASTRO - DF02221/A, MARCELO JAIME FERREIRA - DF15766-A, GUSTAVO HENRIQUE CAPUTO BASTOS - DF07383

SUBSECRETARIA DA SEGUNDA TURMA

ATO ORDINATÓRIO

Em conformidade com o art. 152, inciso VI, do Código de Processo Civil, e como art. 1º, caput, da Ordem de Serviço nº 01/2016, da Presidência da Segunda Turma, abre-se vista à(s) parte(s) contrária(s) para se manifestar(em) sobre o agravo interno interposto, nos termos do art. 1021, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0021676-56.2016.4.03.6100
RELATOR: Gab. 05 - DES. FED. COTRIM GUIMARÃES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

APELADO: RENATO SOARES COSTA
Advogado do(a) APELADO: MAURICIO NEVES DOS SANTOS - SP193279-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos, etc.

A questão posta em debate diz respeito à restituição de valores supostamente indevidos e recebidos por segurado a título de benefício previdenciário.

Trata-se de ação de cobrança ajuizada pelo INSS com vistas a obter o ressarcimento ao erário de quantias pagas indevidamente ao réu, no período de 09/2007 a 07/2012, equivalentes a R\$ 40.326,05 (quarenta mil, trezentos e vinte e seis reais e cinco centavos), atualizadas até 09/2015, resultante de concessão irregular de benefício previdenciário à parte requerida, eis que esta manteve vínculo empregatício incompatível com o seu recebimento.

A respeito da matéria versada no presente feito, cumpre destacar a recente decisão proferida pelo Órgão Especial desta E. Corte no Conflito de Competência nº 0016723-16.2016.4.03.0000, *verbis*:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. TURMAS DE SEÇÕES DIVERSAS. AÇÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. INSS. RESPONSABILIDADE CIVIL. SAQUE ILÍCITO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO PAGO INDEVIDAMENTE APÓS O ÓBITO DA SEGURADA. NATUREZA NÃO PREVIDENCIÁRIA. 1. O conflito foi instaurado em sede de ação ajuizada pelo INSS, objetivando a condenação da ré ao ressarcimento dos valores despendidos pela Previdência Social para pagamento de benefício sacado após o óbito da segurada, Consta dos autos que a ré era a procuradora do de cujus, cadastrada junto ao INSS e, portanto, poderia efetuar os saques do benefício. 2. Segundo entendimento pacificado por este Órgão Especial, a matéria relativa a ressarcimento de benefício previdenciário pago indevidamente possui natureza previdenciária. 3. Cristalizou-se tal orientação em virtude de que, nesse tipo de demanda, em que o INSS pretende reaver valores em tese pagos indevidamente ao próprio segurado da Previdência Social, comumente há necessidade de se enfrentar o próprio mérito da concessão do benefício previdenciário ou assistencial, inobstante o pagamento indevido ter-se dado por erro da Administração ou por suposta má-fé do segurado. 4. Nesse sentido, é correto afirmar que as ações ajuizadas pelo Instituto Nacional da Seguridade Social - INSS objetivando a cobrança de valores relativos ao pagamento indevido de benefício previdenciário ao próprio beneficiário, seja por erro administrativo, por decisão judicial ou por fraude ocasionada por aquele, possuem, por decorrência, natureza eminentemente previdenciária, pois têm por fundamento o poder-dever de revisão de benefícios (artigo 71 da Lei nº 8.212/1991) e a falta dos requisitos para sua fruição (artigos 15 e 74 da Lei nº 8.213/1991), cingindo-se a discussão no âmbito do enriquecimento sem causa na relação previdenciária estabelecida entre as partes. 5. No caso em análise, diferentemente das hipóteses em que este Órgão Especial tem seguido tal linha de entendimento, não se trata, meramente, de restituição de benefício previdenciário indevidamente pago ao seu beneficiário. O pedido principal, na ação subjacente, é de ressarcimento de valores pagos indevidamente pelo INSS contra terceiros alheios à relação previdenciária, uma vez que o fato que ensejou o pagamento indevido decorreu unicamente de fato que configura ilícito civil e, quiçá, penal. 6. Embora tenha por fundamento a percepção equivocada de benefícios pagos pela Autarquia, não se vislumbra relação de direito previdenciário entre os sujeitos dessa ação, sequer de restituição de valores pagos em decorrência de tal liame, revelando-se matéria de natureza eminentemente cível, o que afasta a incidência da Súmula nº 37 desta Corte Regional. 7. Conflito negativo de competência julgado procedente. (CC nº 0016723-16.2016.4.03.0000/SP, Rel. Des. Federal Toru Yamamoto, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/11/2018) (grifei)

Nesse contexto, considerando o teor da ementa acima colacionada, em que existem duas situações distintas acerca das ações de ressarcimento ao erário propostas pela autarquia previdenciária, **tem-se que o presente caso se enquadra na hipótese descrita no item 4 acima colacionada**, eis que a fraude teria sido praticada pelo próprio beneficiário e o Órgão Especial desta Corte Regional Federal fixou a competência da Primeira Seção apenas nos casos de fraude realizada por terceiros.

Diante do exposto, **declino** da competência para o julgamento do presente feito e determino a sua **redistribuição** a uma das Turmas que compõem a 3ª Seção desta Corte Regional Federal, nos termos do artigo 10, §3º, do Regimento Interno deste Tribunal.

Publique-se.

Intime-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 0027174-37.2015.4.03.0000
RELATOR: Gab. 05 - DES. FED. COTRIM GUIMARÃES
AGRAVANTE: FLC INDUSTRIA E COMERCIO DE PLASTICOS LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: WILSON RODRIGUES DE FARIA - SP122287-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Trata-se de **restauração de autos** de processo físico que foi atingido pelo incêndio ocorrido nas dependências do prédio da Presidente Wilson em 30/11/2017 e que aguardava suspenso/sobrestado julgamento de caso paradigma pelo STJ.

A Vice-Presidência determinou a restauração de autos e, com fundamento nos arts. 712 e 717 do Código de Processo Civil, o encaminhamento ao correspondente Órgão Julgador deste Tribunal para início da restauração determinada, bem assim para o seu processamento e julgamento, nos termos do art. 303 do Regimento Interno desta Corte.

Dessa forma, tendo em vista a restauração de autos instaurada, intimem-se as partes para que juntem cópias das peças que tenham em seu poder, relativas ao processo autuado sob o nº 0027174-37.2015.4.03.0000, no prazo de 5 (cinco) dias.

Oficie-se ao Juízo *a quo* para que encaminhe a esta Corte cópia da r. sentença proferida no feito.

Sem prejuízo, proceda a Secretaria da 2ª Turma à juntada aos autos das cópias digitalizadas dos documentos existentes no GEDPRO. Intimem-se. Cumpra-se.

São Paulo, 17 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5006897-36.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 05 - DES. FED. COTRIM GUIMARÃES
AGRAVANTE: UNIÃO FEDERAL

AGRAVADO: ANA PAULA DE BRITO GEBARA
Advogados do(a) AGRAVADO: GUSTAVO HENRIQUE CAPUTO BASTOS - DF07383, FRANCISCO QUEIROZ
CAPUTO NETO - DF11707, MARCELO JAIME FERREIRA - DF15766-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator): Trata-se de embargos de declaração opostos pela parte agravada em face da r. decisão que deferiu parcialmente o efeito suspensivo, a fim de determinar a suspensão do processo principal, estando atrelado o seu prosseguimento ao quanto a ser decidido na AR nº 6436/DF (id 132930089).

Pretende a embargante que seja o presente recurso processado, acolhido e ao final provido, sanando-se os vícios existentes.

O recurso é tempestivo.

É o relatório.

O Código de Processo Civil de 2015 disciplina os embargos de declaração nos seguintes termos:

Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:

I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição;

II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento;

III - corrigir erro material.

Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que:

I - deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento;

II - incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1o.

Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que:

I - deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento;

II - incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1o.

Sobre a necessidade e a qualidade da fundamentação, estatui o art. 489 do mesmo diploma normativo:

"Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1o Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2o No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3o A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

O E. Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou sobre os aludidos dispositivos e definiu a seguinte interpretação:

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 1.022 DO CPC. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE, ERRO MATERIAL. AUSÊNCIA.

1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o art. 1.022 do CPC, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade, eliminar contradição ou corrigir erro material existente no julgado, o que não ocorre na hipótese em apreço.

2. Argumenta-se que as questões levantadas no agravo denegado, capazes, em tese, de infirmar a conclusão adotada monocraticamente, não foram analisadas pelo acórdão embargado (art. 489 do CPC/2015). Entende-se, ainda, que o art. 1.021, § 3º, do CPC/2015 veda ao relator limitar-se à reprodução dos fundamentos da decisão agravada para julgar improcedente o agravo interno.

3. O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida. Documento: 1520339 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 03/08/2016.

4. Embargos de declaração rejeitados."

(STJ, EDcl no AgRg nos Embargos de Divergência em RESP 1.483.155 - BA (2013/0396212-4), Relator Ministro OG Fernandes, DJe 03/08/2016).

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA ORIGINÁRIO. INDEFERIMENTO DA INICIAL. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE, ERRO MATERIAL. AUSÊNCIA. 1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o art. 1.022 do CPC, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade, eliminar contradição ou corrigir erro material existente no julgado, o que não ocorre na hipótese em apreço.

2. O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida. 3. No caso, entendeu-se pela ocorrência de litispendência entre o presente mandamus e a ação ordinária n. 0027812-80.2013.4.01.3400, com base em jurisprudência desta Corte Superior acerca da possibilidade de litispendência entre Mandado de Segurança e Ação Ordinária, na ocasião em que as ações intentadas objetivam, ao final, o mesmo resultado, ainda que o polo passivo seja constituído de pessoas distintas. 4. Percebe-se, pois, que o embargante maneja os presentes aclaratórios em virtude, tão somente, de seu inconformismo com a decisão ora atacada, não se divisando, na hipótese, quaisquer dos vícios previstos no art. 1.022 do Código de Processo Civil, a inquinarem tal decisum.

5. Embargos de declaração rejeitados. (STJ. EDcl no MS 21315/DF. Relatora: Ministra DIVA MALERBI - DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO - PRIMEIRA SEÇÃO - DJe 15/06/2016)."

Colhe-se do voto-condutor do mencionado Acórdão:

"Importante também esclarecer que a vedação constante do art. 1.021, §3º, do CPC não pode ser interpretada no sentido de exigir que o julgador tenha de refazer o texto da decisão agravada com os mesmos fundamentos, mas outras palavras, mesmo não havendo nenhum fundamento novo trazido pela agravante na peça recursal".

Assim, à luz da melhor exegese do art. 1.021, §3º, e do art. 489, ambos do Código de Processo Civil de 2015, o julgador não está compelido, no curso do processo intelectual de formação de sua convicção para a solução do litígio, a guiar-se pela linha de raciocínio e questionamentos predefina na argumentação das razões recursais. Nessa ordem de ideias, uma vez apreciados motivada e concretamente os fundamentos de fato e de direito que envolvem o litígio, tomando em consideração todas as alegações relevantes para a sua composição, não há cogitar em desrespeito à sistemática processual civil, assim como à norma do art. 93, IX, da CF. É pacífico que o juiz ou tribunal deve decidir a questão controvertida indicando os fundamentos jurídicos de seu convencimento, manifestando-se sobre todos os argumentos capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada, não estando, porém, obrigado a responder "questionários" ou analisar alegações incapazes de conferir à parte os efeitos pretendidos.

Nesse sentido há inúmeros precedentes de Tribunais Regionais Federais, como os seguintes:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REQUISITOS. INOCORRÊNCIA. 1. Nos termos do art. 1.022 do NCPC (Lei nº 13.105/15), cabem embargos declaratórios para esclarecer obscuridade ou eliminar contradição (inc. I); suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento (inc. II) e para corrigir erro material (inc. III). 2. O parágrafo único do citado dispositivo legal estabelece que se considera omissa a decisão que deixar de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento ou que incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, parágrafo 1º. 3. In casu, não se verifica nenhum dos vícios, pois a omissão apontada pelo embargante não se afigura capaz de infirmar os argumentos deduzidos no decisum atacado e, em consequência, alterar a conclusão nele adotada pelo julgador. 4. Ademais, a decisão impugnada restou proferida à luz do art. 535 do CPC/73, que não exigia o enfrentamento de 'todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador'. (parágrafo 1º, inc. IV, art. 489 do NCPC) 5. Embargos desprovidos. (TRF-5 - APELREEX: 08043710220154058300 PE, Relator: Desembargador Federal Paulo Machado Cordeiro, Data de Julgamento: 31/03/2016, 3ª Turma)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. (...) 2. Os embargos declaratórios têm cabimento restrito às hipóteses versadas nos incisos I a III do art. 1.022 do CPC/2015 (incisos I e II do art. 535 do CPC/1973). Justificam-se, pois, em havendo, no decisum objurgado, erro, obscuridade, contradição ou omissão quanto a ponto sobre o qual deveria ter havido pronunciamento do órgão julgador, contribuindo, dessa forma, ao aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. 3. O Código de Processo Civil vigente considera omissa, dentre outros, o provimento jurisdicional que não enfrenta todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; nos termos do art. 1.022, parágrafo único, II c/c art. 489, § 1º, IV, ambos do CPC/2015. 4. A omissão alegada não houve, vez que a questão dos repasses já passara pelo crivo do voto condutor do agravo interno e de anteriores embargos de declaração. 5. Embargos de declaração a que se nega provimento. (TRF-2 00066317920114020000 RJ 0006631-79.2011.4.02.0000, Relator: MARCUS ABRAHAM, Data de Julgamento: 17/05/2016, 3ª TURMA ESPECIALIZADA).

Por fim, impende salientar que é dispensável a indicação ostensiva da matéria que se pretende prequestionar no acórdão, nos termos do artigo 1.025 do CPC, sendo suficientes os elementos que o recorrente suscitou, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados.

Diante do exposto, **rejeito** os recursos de embargos de declaração, nos termos da fundamentação supra.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5009682-68.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 05 - DES. FED. COTRIM GUIMARÃES

AGRAVANTE: VIACAO GRAJAU S A

Advogados do(a) AGRAVANTE: LUIS FERNANDO DIEDRICH - SP195382-A, ALEXANDRE DIAS DE GODOI - SP299776-A, ICARO CHRISTIAN GHESSO - SP358736-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator): Trata-se de **agravo de instrumento** interposto por **VIAÇÃO GRAJAÚ SA** em face de decisão que *indeferiu* o pedido de liminar formulado com o objetivo de AUTORIZAR a prorrogação do prazo para pagamento de tributos federais, inclusive quando objeto de parcelamento, para o último dia útil do 3º (terceiro) mês subsequente ao fim da calamidade pública, nos termos da Portaria MF nº 12/2012, que autorizou a medida em caso de calamidade pública devidamente reconhecido por Autoridade Competente, lastreado, inclusive, em diversos precedentes.

Em sua **minuta**, a parte agravante pugna pela concessão da tutela de urgência, aduzindo que: **a)** que a Agravante, que atua em um dos setores econômicos mais afetados pela crise epidêmica gerada pela COVID-19, está em situação concreta de risco de inadimplemento de despesas básicas, haja vista que, conforme noticiado nos meios de comunicação em 30/03/2020, mais de 7 milhões de usuários deixaram de usar as linhas de ônibus em razão da pandemia da COVID19; **b)** que em contrapartida, a folha de pagamento de salários da Agravante permaneceu intacta, havendo, inclusive, a majoração dos seus custos fixos, em razão da exigência de higienização constante dos coletivos entre os itinerários, sendo imperativa a suspensão do recolhimento dos tributos, a luz dos princípios constitucionais da razoabilidade, proporcionalidade e preservação da empresa; **c)** que contudo, apesar da robustez das teses invocadas, sobreveio decisão no sentido de INDEFERIR a medida liminar postulada, sob o argumento de que: “A Portaria 12/2012 MF, não obstante atrelada a decreto estadual de calamidade pública, leva em consideração a ocorrência de “evento”, cujos efeitos e alcance são limitados, territorialmente, a determinados municípios ou estados. A COVID-19, por sua vez, é “evento” que possui envergadura mundial, cujos efeitos e alcance extrapolam os limites territoriais dos municípios, estados e da própria União Federal.”, acrescentando que “a moratória somente pode ser concedida por lei, evidenciando, também, que apenas o Poder Legislativo, no exercício de sua função típica, tem competência para editar o necessário ato legislativo para a concessão do favor fiscal”; **d)** que não obstante, ao contrário do elucidado pelo D. Magistrado a quo, inexistente qualquer limitação do Poder Público Federal no tocante a abrangência da Portaria 12/2012 com a edição do Decreto Legislativo nº 6/2020 destinando-se para fins orçamentários, até mesmo porque em momento alguma Portaria supracitada considera elemento diverso do decreto de calamidade pública MUNICIPAL, o que foi devidamente declarado nos termos Decreto do Município de São Paulo nº 59.283/2020; **e)** considerando que o estado de calamidade ora verificado fora reconhecido pelo próprio Governo Federal, por meio do Decreto Legislativo nº 06/2020, quanto pelos decretos do Governo do Estado de São Paulo, de nº 64.879, e do Município de São Paulo de nº 59.291, não há dúvida quanto ao enquadramento da situação atual em relação a norma abstrata prevista na Portaria MF nº 12/2012, eis que os requisitos necessários encontram-se perfeitamente configurados; **f)** que há premente necessidade de imediata aplicação do benefício concedido pela Portaria, reconhecidamente vigente no ordenamento, para fins de prorrogar os pagamentos dos tributos federais incidentes sobre a empresa sediada em município acometido pela calamidade; **g)** que a questão discutida no presente feito não há que se confundir com a moratória individual ou coletiva, como feito pelo D. Magistrado a quo, sendo certo que a Portaria 12/2012 tão somente regulamenta a Lei nº 7450 que em seu art. 66 determina a atribuição do Ministro da Fazenda para fixar prazos de pagamento de receitas federais compulsórias; **i)** que o aludido direito não há que restar condicionado a eventual regulamentação prevista no art. 3º do referido Diploma, vez que consiste em norma de eficácia limitada e não contida, bem como eventual inércia Estatal, a qual já se verifica, inviabilizaria importante direito líquido e certo reconhecido em contexto absolutamente imperioso; **j)** que ademais, pela própria redação do disposto no art. 3º da Portaria MF nº 12/2012, extrai-se que sua aplicabilidade se restringe nas hipóteses de decretação de estado de calamidade com abrangência meramente local, ou seja, limitado a determinado Estado e/ou Município, condição diversa da vivida pela pandemia do Novo Coronavírus, em que o estado de calamidade tem alcance nacional; **k)** porém, a exigência de prévia regulamentação por parte da RFB e da PGFN não apenas transformariam a norma cogente em letra morta, mas também negaria direito já reconhecido pelas autoridades hierarquicamente superior aos órgãos fazendários, quais sejam o Presidente da República, representado pelo Ministério da Fazenda; **l)** que tendo em vista a existência de direito líquido e certo, que já vem sendo reconhecido por diversos juízos do país, bem como o risco concreto em detrimento da fruição de direito líquido e certo pela ausência de regulamentação pelo órgão competente, deve ser concedida a segurança para garantir a prorrogação do pagamento dos Tributos Federais e parcelamentos nos termos da Portaria MF nº 12/2012.

É o breve relatório. Decido.

Não vejo, ao menos diante de um juízo de cognição sumária, a urgência e a probabilidade do direito necessários para o deferimento do pedido de efeito suspensivo.

Como efeito, o presente feito versa a respeito da possibilidade de postergação do pagamento de tributos federais durante a crise provocada pelo COVID-19.

Independentemente da gravidade da situação instalada ou da opinião deste magistrado sobre a necessidade de medidas regulatórias para amenizar os danos provocados pela pandemia, no âmbito deste processo limita-se a discussão sobre a legalidade ou não da cobrança do crédito tributário na data do vencimento.

Corroborando a adequada divisão dos Poderes, algumas medidas já foram editadas para regulamentar tributos específicos, como o diferimento do pagamento de FGTS (Medida Provisória nº 927/2020) e do SIMPLES Nacional (Resolução CGSN nº 152/2020).

Saliente-se que, na forma da jurisprudência dominante do STJ, "a suspensão da exigibilidade do crédito tributário reclama, na forma do disposto no artigo 141, CTN, a observância das hipóteses previstas no artigo 151 do mesmo diploma legal", sendo certo que, "a teor do art. 97, VI, a suspensão do crédito tributário sujeita-se ao princípio da legalidade estrita" (STJ, REsp 219.651/SP, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJU de 06/11/2000), bem como "interpreta-se literalmente a legislação que dispõe sobre a suspensão da exigibilidade do crédito tributário (art. 111, I, do CTN)" (STJ, AgRg na MC 15.496/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 21/08/2009).

O instrumento adequado às situações de calamidade pública é a moratória, prevista no artigo 152 e seguintes do CTN:

Art. 152. A moratória somente pode ser concedida:

I - em caráter geral:

a) pela pessoa jurídica de direito público competente para instituir o tributo a que se refira;

b) pela União, quanto a tributos de competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, quando simultaneamente concedida quanto aos tributos de competência federal e às obrigações de direito privado;

II - em caráter individual, por despacho da autoridade administrativa, desde que autorizada por lei nas condições do inciso anterior.

Parágrafo único. A lei concessiva de moratória pode circunscrever expressamente a sua aplicabilidade à determinada região do território da pessoa jurídica de direito público que a expedir, ou a determinada classe ou categoria de sujeitos passivos.

Art. 153. A lei que conceda moratória em caráter geral ou autorize sua concessão em caráter individual especificará, sem prejuízo de outros requisitos:

I - o prazo de duração do favor;

II - as condições da concessão do favor em caráter individual;

III - sendo caso:

a) os tributos a que se aplica;

b) o número de prestações e seus vencimentos, dentro do prazo a que se refere o inciso I, podendo atribuir a fixação de uns e de outros à autoridade administrativa, para cada caso de concessão em caráter individual;

c) as garantias que devem ser fornecidas pelo beneficiado no caso de concessão em caráter individual

Nesta senda, não cabe ao Poder Judiciário, sob pena de violação ao ditame constitucional da separação dos poderes, criar políticas públicas e resolver a situação das empresas caso a caso conforme a necessidade, crise ou força maior, por mais grave que seja a situação do contribuinte; sendo legal e constitucional a cobrança, não se deve obstá-la.

Esse é o entendimento do e. Supremo Tribunal Federal, sendo-lhe pacífica a Jurisprudência "*no sentido de ser impossível ao Poder Judiciário, por não possuir função legislativa típica, conceder benefício fiscal sem amparo legal, ao fundamento de concretização do princípio da isonomia*" (RE 949278 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 26/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-203 DIVULG 22-09-2016 PUBLIC 23-09-2016).

Nesse sentido é a lição do saudoso Hely Lopes Meirelles:

"Controle judiciário ou judicial é o exercido privativamente pelos órgãos do Poder Judiciário sobre os atos administrativos do Executivo, do Legislativo e do próprio Judiciário, quando realiza atividade administrativa. É um controle a posteriori, unicamente de legalidade, por restrito à verificação da conformidade do ato com a norma legal que o rege" ("*Direito Administrativo Brasileiro*", Editora Revista dos Tribunais, 1991, São Paulo, SP, p. 601).

No caso, não há qualquer ilegalidade na cobrança do crédito fazendário.

Observo, ainda, que a Portaria nº 12/2012 do Ministério da Fazenda não possui aplicação imediata, conforme preceitua seu artigo 3º: "*A RFB e a PGFN expedirão, nos limites de suas competências, os atos necessários para a implementação do disposto nesta Portaria, inclusive a definição dos municípios a que se refere o art. 1º*".

Ademais, não é possível deixar a União Federal sem arrecadar tributos por três meses, ainda mais por força judicial, sendo oportuno ressaltar que a Portaria invocada foi baixada no contexto de uma determinada situação de calamidade local.

Também não vislumbro violação ao princípio da isonomia, uma vez que o tratamento diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno porte encontra fundamento constitucional, não me parecendo desarrazoada a distinção adotada pelo legislador, dada a própria diversidade da receita entre as diversas sociedades empresárias.

Ressalto, enfim, a superveniência da Portaria nº 139/2020 do Ministério da Fazenda, ato normativo que atende parcialmente o pleito da impetrante.

Diante do exposto, **indefiro o pedido de efeito suspensivo**.

Intimem-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5014087-50.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 06 - DES. FED. CARLOS FRANCISCO
AGRAVANTE: CAIXA ECONOMICA FEDERAL
Advogado do(a) AGRAVANTE: KARINA MARTINS DA COSTA - SP324756-A
AGRAVADO: ADLA CORREA
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos, etc..

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que, em sede de execução de título extrajudicial, indeferiu o pedido de bloqueio de ativos financeiros por meio do sistema BACEN-JUD.

A decisão agravada foi proferida nos seguintes termos:

“Ciência do desarquivamento.

Intimada, a parte exequente pediu Bacenjud (Id. 31259320).

Diante da situação que o país, sobretudo o Estado de São Paulo atravessa, verifico que é o caso de indeferir, por ora, o bloqueio por meio de referido convênio com o Banco Central do Brasil. Com efeito, trata-se de um quadro gravíssimo, de pandemia, que provoca reflexos na vida financeira das pessoas em razão das medidas de isolamento adotadas.

Anoto que o pedido poderá ser renovado assim que a situação do país se normalizar.

Requeira a CEF o que de direito quanto ao prosseguimento do feito, no prazo de 15 dias, sob pena de devolução dos autos ao arquivo sobrestado.

Int.”

Em síntese, a agravante sustenta que não há razão que justifique o tratamento desigual das partes, vez que, assim como a executada sofre os reflexos dos prejuízos advindos da pandemia, a exequente também enfrenta uma situação de perda financeira, não sendo possível sustentar sua atividade se as buscas por seus créditos forem interrompidas tal qual na decisão agravada. Pugna pela antecipação da tutela recursal.

Decido.

É certamente emergente e preocupante a situação enfrentada no Brasil diante do avanço da pandemia causada pelo COVID-19, com inegáveis prejuízos nas esferas de particulares (pessoas físicas, pessoas jurídicas, universalidades e entes despersonalizados) e de entes estatais, sobretudo com danos humanitários expressivos. Sociedade e Estado têm interesses e deveres jurídicos convergentes nesse contexto de emergência, uma vez que a solidariedade emerge como primado do sistema jurídico brasileiro (art. 3º, I, da Constituição da República), realçada nesse período extraordinário, com repercussões em diversas áreas do ordenamento positivado.

Embora louvável a tentativa de auxílio àqueles responsáveis pela atividade econômica e pela manutenção de empregos, não há amparo legal para parcelamentos ou moratórias pretendidas unilateralmente pela parte devedora de obrigações pecuniárias. Por certo, o credor também tem suas próprias obrigações, razão pela qual o ordenamento jurídico não dá respaldo ao devedor que, de modo unilateral, queira prorrogar o cumprimento de seus deveres.

Em que pese a atuação diária dos poderes públicos no enfrentamento da questão, mediante complexas análises do problema e de medidas de enfrentamento da crise instaurada, especialmente sob os pontos de vista da saúde e da economia, ainda não consta normatização permitindo o sobrestamento de atos constritivos no âmbito dos processos judiciais. Em regra, cabe à discricionariedade política do legislador ordinário providências normativas que firmem parâmetros para equilibrar os direitos e deveres em obrigações livremente pactuadas, ao passo que ao Poder Judiciário cumpre o controle de constitucionalidade e de legalidade desses atos normativos, bem como a aferição do cumprimento concreto desses comandos em face de situações específicas judicializadas, sempre que houver manifesta ou inequívoca violação dos limites da discricionariedade política ou dos parâmetros normativos.

Em vista das obrigações livremente pactuadas entre credor e devedor, e notadamente porque a pandemia da COVID-19 assolada a ampla maioria de segmentos econômicos (nos quais credor e devedor se inserem), não há desequilíbrio em desfavor do devedor que possa ser imputado ao credor para justificar a inadimplência das dívidas pecuniárias em tela.

Ademais, na gradação do art. 835 do CPC/2015, o dinheiro figura em primeiro lugar na ordem de bens penhoráveis. O uso do meio eletrônico para localizá-lo constitui medida preferencial, nos termos do art. 837 do mesmo CPC inexistindo previsão normativa qualquer determinação de que outros bens devam ser buscados antes que se proceda à penhora do dinheiro.

É certo que a execução deve ser feita de modo menos gravoso para o executado, mas isso não significa que o feito executivo deva ser comandada pelos interesses particulares ou unilaterais do devedor, de tal modo que a menor onerosidade é a prerrogativa de o executado ditar as regras da execução. Quando compreendida corretamente sob o ângulo jurídico, a menor onerosidade significa que, havendo diversos meios executivos igualmente eficientes, deve-se trilhar aquele que implique em menor sacrifício para o devedor, sem que isso comprometa o resultado útil do processo executivo. Sobre o assunto, confira-se:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. RECUSA DE NOMEAÇÃO À PENHORA DE SEGURO GARANTIA. INOBSERVÂNCIA DA GRADAÇÃO LEGAL PREVISTA NO ARTIGO 11 DA LEI DE EXECUÇÕES FISCAIS. PLEITO DE PENHORA POR MEIO DO SISTEMA BACENJUD. RECURSO PROVIDO. 1. Não obstante as alterações trazidas pela Lei nº 13.043/14, é uma realidade da vida que o dinheiro e seguro garantia ou fiança não são a mesma coisa e por isso a aceitação destes no lugar daquele só é cabível em situações excepcionais, o que não se verifica "in casu". 2. Do STJ colhe-se que "Esta Corte firmou posicionamento, em recurso repetitivo, segundo o qual é legítima a recusa ou a substituição, pela Fazenda Pública, de bem nomeado à penhora em desacordo com a gradação legal prevista nos arts. 11 da Lei n. 6.830/80, e 655 do CPC, devendo a parte executada apresentar elementos concretos que justifiquem a incidência do princípio da menor onerosidade para afastar a ordem legal, não demonstrados na espécie" (AgInt no REsp 1605001/SC, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe 25/10/2016). 3. Na gradação do artigo 835 do CPC de 2015 o "dinheiro" figura em primeiro lugar, de modo que o uso do meio eletrônico para localizá-lo é medida "preferencial", como soa o artigo 837 do CPC/2015 inexistindo na lei qualquer condicionamento no sentido de que "outros bens" devem ser perscrutados para fins de construção "antes" do dinheiro. Precedente: (REsp 1184765/PA, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/11/2010, DJe 03/12/2010). 4. É certo que a execução deve ser feita de modo menos gravoso para o executado; mas isso não quer dizer - ao contrário de "interpretação" que os executados em geral dão ao artigo 805 do CPC/2015 (artigo 620 do CPC/73) - que a execução deve ser "comandada" pelos interesses particulares do devedor. O princípio da menor onerosidade não legitima que o executado "dite as regras" do trâmite da execução. 5. Agravo de instrumento provido." (TRF3. AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO / SP 5000311-17.2019.4.03.0000. Órgão Julgador: Sexta Turma. Relator: Desembargador Federal Johnson di Salvo. Data do Julgamento: 20/09/2019. Data da Publicação/Fonte: e - DJF3 Judicial 1, 25/09/2019).

Há de se considerar, ainda, que o bloqueio de valores mantidos em instituições financeiras, por meio do sistema eletrônico BACEN-JUD, propicia eficiência à execução e permite a prestação jurisdicional mais célere e eficaz, em consonância com o mandamento constitucional e legal da duração razoável do processo.

Assim, em juízo de cognição sumária, não vejo justificativa plausível para o indeferimento do bloqueio de ativos financeiros por meio do sistema BACEN-JUD.

Por fim, anoto que, nesse período extraordinário, os imperativos do Estado de Direito devem ser ainda mais realçados, para que o ordenamento jurídico não seja fragmentado por pretensões que desorganizam os propósitos de igualdade vistos pelo conjunto de necessidades emergentes da sociedade e do Estado.

Ante o exposto, **defiro a antecipação da tutela recursal**, para determinar o bloqueio dos ativos financeiros da executada por meio do sistema BACEN-JUD.

Comunique-se ao Juízo de origem

Dê a Subsecretaria cumprimento ao disposto no artigo 1.019, inc. II, do CPC.

P.I.

PETIÇÃO CÍVEL (241) Nº 5014484-12.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 06 - DES. FED. CARLOS FRANCISCO
REQUERENTE: ADRIANO GUIA FERRARO
Advogados do(a) REQUERENTE: BEATRIZ DE LIMA PEIXOTO - SP441097, CLAUDIO LUIZ URSINI - SP154908-A,
GIOLIANN DO PRAZERES ANTONIO - SP241423
REQUERIDO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Vistos.

ID 134699539 – Trata-se de manifestação da parte requerente esclarecendo que os autos vieram a esta Corte por equívoco, requerendo sejam remetidos à *“Turma Recursal, por ser esta competente para julgamento, tendo em vista a origem da ação rescisória ter-se dado no Juizado Especial Federal.”*

Encaminhem-se os autos à Turma Recursal, conforme pleiteado, dando-se baixa na distribuição.

P.I.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 0027405-64.2015.4.03.0000
RELATOR: Gab. 05 - DES. FED. COTRIM GUIMARÃES
AGRAVANTE: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, FRANCISCA DA COSTA MELLO, GERSON DIAS DE SOUZA,
ANTONIO JOSE BARBOSA, SOLANGE PINA CASTELHANOS DOMINGUES, ADEMIR RODRIGUES BORGES,
VICENTE DA SILVA, DALI QUEIROZ DE ALMEIDA RAVANELLI, SONIA ALVES

Advogado do(a) AGRAVANTE: ELIANDER GARCIA MENDES DA CUNHA - SP189220-A
Advogado do(a) AGRAVANTE: RICARDO BIANCHINI MELLO - SP240212-S
AGRAVADO: EDNA CRUZ DOMINGUES, SULAMERICA COMPANHIA NACIONAL DE SEGUROS
Advogado do(a) AGRAVADO: RICARDO BIANCHINI MELLO - SP240212-S
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Trata-se de **restauração de autos** de processo físico que foi atingido pelo incêndio ocorrido nas dependências do prédio da Presidente Wilson em 30/11/2017 e que aguardava suspenso/sobrestado julgamento de caso paradigma pelo STJ.

A Vice-Presidência determinou a restauração de autos e, com fundamento nos arts. 712 e 717 do Código de Processo Civil, o encaminhamento ao correspondente Órgão Julgador deste Tribunal para início da restauração determinada, bem assim para o seu processamento e julgamento, nos termos do art. 303 do Regimento Interno desta Corte.

Dessa forma, tendo em vista a restauração de autos instaurada, intemem-se as partes para que juntem cópias das peças que tenham em seu poder, relativas ao processo autuado sob o nº 0027405-64.2015.4.03.0000, no prazo de 5 (cinco) dias.

Oficie-se ao Juízo *a quo* para que encaminhe a esta Corte cópia da r. sentença proferida no feito.

Sem prejuízo, proceda a Secretaria da 2ª Turma à juntada aos autos das cópias digitalizadas dos documentos existentes no GEDPRO. Intemem-se. Cumpra-se.

São Paulo, 17 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000794-90.2014.4.03.6117
RELATOR: Gab. 06 - DES. FED. CARLOS FRANCISCO
APELANTE: JOSE BATISTA DOS SANTOS
Advogado do(a) APELANTE: ANTONIO APARECIDO BELARMINO JUNIOR - SP337754-N
APELADO: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Pet. ID 134765634. O recorrente peticionou, afirmando que *“concorda com o julgamento por meios eletrônicos e irá realizar sustentação oral”*.

Registre-se que a situação extraordinária na qual toda a sociedade foi lançada em razão da pandemia provocada pelo Covid-19 tem exigido contínuos remanejamentos no funcionamento do próprio Poder Judiciário, inclusive no que concerne à continuidade da prestação jurisdicional e da duração razoável do processo. Se de um lado a sustentação oral por videoconferência ainda não foi (por ora) viabilizada no âmbito das sessões da Segunda Turma, por outro lado, em favor da ampla defesa e do contraditório, e em vista da necessidade da continuidade do funcionamento permanente e eficiente do Poder Judiciário, vários meios de comunicação têm sido disponibilizados àqueles que querem reforçar suas argumentações, dentre eles memoriais por email e atendimentos *on line*, **sendo ainda facultado ao advogado a juntada aos autos de arquivo de áudio ou vídeo com a gravação da referida sustentação (o que, em sendo realizado, constará da certidão de julgamento).**

Assim, considerando que o feito tem anotação de prioridade legal, a impor-se tramitação célere, manifeste-se o peticionário sobre a manutenção ou não do feito em pauta para julgamento na sessão de 23/06/2020.

No silêncio, mantenho o feito na pauta de julgamento para o dia 23/06/2020.

Intime-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002489-02.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 06 - DES. FED. CARLOS FRANCISCO
AGRAVANTE: ALEXANDRE SILVA DE GOES
Advogado do(a) AGRAVANTE: EDUARDO SILVA DE GOES - SP208942-A
AGRAVADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Intime-se a parte agravante a regularizar sua representação processual, juntando aos autos o respectivo instrumento de mandato.

P.I.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

RELATOR: Gab. 06 - DES. FED. CARLOS FRANCISCO

AGRAVANTE: METALURGICA DE TUBOS DE PRECISAO LTDA. EM RECUPERACAO JUDICIAL, MTP FABRIL TUBOS DE ACO E SERVICOS LTDA EM RECUPERACAO JUDICIAL, ILP PARTICIPACOES S.A., ACTOS EMPREENDEMENTOS E PARTICIPACOES LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: FERNANDO CELSO DE AQUINO CHAD - SP53318-A, THIAGO TABORDA SIMOES - SP223886-A

Advogados do(a) AGRAVANTE: FERNANDO CELSO DE AQUINO CHAD - SP53318-A, THIAGO TABORDA SIMOES - SP223886-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ARTHUR CARUSO JUNIOR - SP57925

Advogado do(a) AGRAVANTE: ARTHUR CARUSO JUNIOR - SP57925

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO

Em cumprimento ao quanto determinado no r. despacho ID 134857491, proferido pelo Exmo. Desembargador Federal Carlos Francisco, procedo a intimação das partes (inclusive do administrador judicial Dr. Fernando Celso de Aquino Chad - OAB/SP 53.318-A), nos termos abaixo reproduzidos:

DESPACHO

ID: ID 132864848/49/50:

Anote a Subsecretaria que, no que tange às Agravantes ILP PARTICIPAÇÕES S/A e ACTOS EMPREENDEMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA., foram outorgados substabelecimentos, sem reservas, ao advogado Arthur Caruso Junior, OAB/SP 57.925

No que diz respeito às agravantes METALÚRGICA DE TUBOS DE PRECISÃO LTDA e MTP FABRIL – TUBOS DE AÇO E SERVIÇOS LTDA, intime-se o administrador judicial, Dr. Fernando Celso de Aquino Chad, por carta e via e-mail, a regularizar a representação processual dessas empresas no presente feito.

Int.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007270-04.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR
AGRAVANTE: LARISSA FARIA ANDRADE E SILVA, NIVIA PEREIRA DE FARIA ANDRADE
Advogado do(a) AGRAVANTE: NEUSA MARIAM DE CASTRO SERAFIN - SC23300-A
Advogado do(a) AGRAVANTE: NEUSA MARIAM DE CASTRO SERAFIN - SC23300-A
AGRAVADO: BANCO DO BRASIL SA

DECISÃO

Ao início, quanto à questão da gratuidade da justiça, verifico que o benefício foi concedido nos autos de origem.

Neste juízo sumário de cognição, de plano não se demonstrando desacerto das determinações judiciais e sem compromisso com a ideia de cabimento do recurso, questão a ser melhor analisada, à falta do requisito de probabilidade de provimento do recurso, INDEFIRO o pedido de efeito suspensivo.

Intime-se a parte agravada, nos termos do art. 1019, II, do CPC.

Publique-se. Intime-se.

Peixoto Junior

Desembargador Federal Relator

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5023676-70.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: VIA VENETO ROUPAS LTDA
Advogado do(a) APELADO: HELCIO HONDA - SP90389-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5023676-70.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: VIA VENETO ROUPAS LTDA

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança objetivando não seja a parte impetrante submetida ao regime de recolhimento da contribuição previdenciária patronal sobre a folha de salários, preservando-se o regime de recolhimento sobre a receita bruta (Lei 12.546/11) e afastando-se a aplicação da Lei 13.670/18.

Proferida sentença de concessão da ordem, dela recorre a parte impetrada sustentando a legalidade do ato.

Com contrarrazões subiram os autos, o Ministério Público Federal manifestando-se pelo provimento do recurso.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5023676-70.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: VIA VENETO ROUPAS LTDA
Advogado do(a) APELADO: HELCIO HONDA - SP90389-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Preliminarmente, registro que incide, no caso, o disposto no §1º do artigo 14 da Lei nº 12.016 de 07 de agosto de 2009, sujeitando-se a sentença ao reexame necessário, ora tido por interposto.

Versa a impetração matéria de manutenção do contribuinte no regime tributário alternativo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta (CPRB) após edição da Lei 13.670/2018.

É questão que já passou pelo escrutínio da Turma em interpretação conforme a Constituição firmando entendimento de vigência da opção prevista nos artigos 7º e 8º da Lei nº 12.546/2011 até o final do exercício financeiro de 2018:

AÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA – CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE A RECEITA BRUTA – REGIME JURÍDICO DE TRIBUTAÇÃO CONTRIBUTIVA JÁ PREVIAMENTE FIRMADO AO ANO-BASE 2018, SEGUNDO A LEI DE ENTÃO: CONSEQUENTE INOPONIBILIDADE DA LEI 13.670/2018, QUE SUPRIMIU A ATIVIDADE EMPRESARIAL DO CAMPO DE DESONERAÇÃO – CONCESSÃO DA ORDEM – IMPROVIMENTO À APELAÇÃO FAZENDÁRIA E À REMESSA OFICIAL

Deseja a parte impetrante sejam afastados eventuais efeitos jurídicos da Lei 13.670/2018 sobre a opção irretratável assim licitamente firmada de recolhimento de contribuição previdenciária sobre receita bruta, para atividade então permitida, na forma da Lei 12.546/2011, o que merece prosperar.

Chama atenção que a União, por meio da Lei 13.670, repete o mesmo equívoco que cometeu com a edição da MP 774 de 30/03/2017, que posteriormente foi revogada pela MP 794, significando dizer descabido, no curso do ano-base de referência, 2018, interferir em mui prévia opção de regime tributante já firmada pelo contribuinte, segundo a lei do tempo do fato, devendo ser preservada a segurança jurídica. Precedente.

Tendo a vantagem tributária em cume a natureza de parcial isenção sobre o tributo implicado, a sua supressão a significar majoração tributária, quando mínimo, sendo que a opção àquele regime se deu de modo irretratável (o que, evidentemente, vale para as duas partes da relação jurídica), portanto condição determinada/condicional, amoldando-se à exceção encartada no art. 178, CTN (“A isenção, salvo se concedida por prazo certo e em função de determinadas condições, pode ser revogada ou modificada por lei, a qualquer tempo, observado o disposto no inciso III do art. 104”).

Inadmissível a abrupta supressão/exclusão de participação no regime tributante então eleito, como a praticada pelo Poder Público, superiores se põem a estabilidade e a segurança nas relações jurídicas, com as quais a não consoar a conduta estatal aqui atacada em concreto.

A própria estrita legalidade tributária, art. 97 CTN, a governar o vertente caso, assim emprestando abrigo ao intento contribuinte, no sentido de não se submeter à força temporal da exclusão da atividade empresarial em termos de desoneração tributária, durante o ano 2018, em face de prévia opção formalizada, na forma da lei então de regência.

Improvemento à aplicação e à remessa oficial. Concessão da segurança.

(TRF 3ª Região, 2ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5016348-89.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal LUIZ PAULO COTRIM GUIMARAES, julgado em 09/10/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 14/10/2019)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE A FOLHA DE SALÁRIOS. RECURSO PROVIDO.

- Sendo a opção irretratável para o ano calendário, a modificação ou revogação do prazo de vigência da opção atenta contra a segurança jurídica. E mais, prevista a possibilidade de escolha pelo contribuinte do regime de tributação, sobre a folha de salários ou receita bruta, com período determinado de vigência, de forma irretratável, a alteração promovida pela Lei nº 13.670/18, viola, também, a boa-fé objetiva do contribuinte, que, na crença da irretratabilidade da escolha, planejou suas atividades econômicas frente ao ônus tributário esperado.

- O novel regime tributário somente pode aplicar-se em relação aos contribuintes que haviam feito a opção quanto ao regime segundo as regras da legislação anteriormente vigente, após o término deste ano calendário de 2018, sob pena de violação ao princípio da proteção ao ato jurídico perfeito, garantia constitucional que encontra assento justamente no princípio maior da segurança jurídica.

- Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, 2ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5023303-06.2018.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal LUIZ ALBERTO DE SOUZA RIBEIRO, julgado em 23/01/2019, Intimação via sistema DATA: 28/01/2019)

Digno de nota também excerto do voto do Relator do AI 5023303-06.2018.4.03.0000:

“Segundo os ensinamentos da Ilustre Professora, Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Regina Helena Costa, sobre os Princípios Gerais com repercussão no âmbito no Direito Tributário, a segurança jurídica, prevista no art. 5º, da CF, constitui tanto um direito fundamental quanto uma garantia do exercício de outros direitos fundamentais, sendo decorrência do próprio Estado Democrático de Direito (Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional, 1ªed./2ª triagem, Saraiva, 2009).

E, conforme o Eminentíssimo Ministro da Suprema Corte, Luiz Roberto Barroso, citado pela Professora, “Esse princípio compreende as seguintes ideias: 1) a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim, como sujeitas ao princípio da legalidade; 2) a confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e razoabilidade; 3) a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova; 4) a previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados; e 5) a igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas (Temas de Direito Constitucional, 2ª ed., Rio de Janeiro/São Paulo, Renovar, 2002, pp. 50-51).

Em decorrência dessa ordem de ideias abrigadas pelo princípio da segurança jurídica, não válida a novel previsão legal da Lei nº 13.670/18, que alterou o regime jurídico-tributário eleito, já a partir de 1º de setembro do corrente ano, o fato de terem sido observados os princípios da irretroatividade da lei e da anterioridade mitigada. Isto porque, havia sido estabelecido pela Lei nº 12.546/2011, na redação dada pela Lei nº 13.161/2012, prazo de vigência da opção até o final de exercício financeiro e a impossibilidade de retratação da forma tributária escolhida neste período.

Colhe-se do precedente citado que a superveniência da Lei 13.670/18 não atende ao princípio da segurança jurídica por sua vez impondo a manutenção da opção prevista nos artigos 7º e 8º da Lei nº 12.546/2011 para o exercício de 2018.

Por estes fundamentos, nego provimento ao recurso e à remessa oficial, tida por interposta.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5023676-70.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: VIA VENETO ROUPAS LTDA
Advogado do(a) APELADO: HELCIO HONDA - SP90389-A

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. ARTIGOS 7º e 8º DA LEI Nº 12.546/2011. OPÇÃO IRRETRATÁVEL PARA O EXERCÍCIO DE 2018.

I - Hipótese de opção pelo regime tributário alternativo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta (CPRB).

II – Superveniência da Lei 13.670/18 que não atende ao princípio da segurança jurídica por sua vez impondo a manutenção da opção prevista nos artigos 7º e 8º da Lei nº 12.546/2011 para o exercício de 2018. Precedentes da Turma.

III – Recurso e remessa oficial, tida por interposta, desprovidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Segunda Turma decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso e à remessa oficial, tida por interposta, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA(1728) Nº 5014639-19.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: LOCALFRIO S.A. ARMAZENS GERAIS FRIGORIFICOS.
Advogado do(a) APELADO: HELCIO HONDA - SP90389-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5014639-19.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: LOCALFRIO S.A. ARMAZENS GERAIS FRIGORIFICOS.
Advogado do(a) APELADO: HELCIO HONDA - SP90389-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança objetivando não seja a parte impetrante submetida ao regime de recolhimento da contribuição previdenciária patronal sobre a folha de salários, preservando-se o regime de recolhimento sobre a receita bruta (Lei 12.546/11) e afastando-se a aplicação da Lei 13.670/18.

Proferida sentença de concessão da ordem, dela recorre a parte impetrada sustentando a legalidade do ato.

Com contrarrazões subiram os autos, também por força da remessa oficial.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela ausência de interesse no feito.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5014639-19.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: LOCALFRIO S.A. ARMAZENS GERAIS FRIGORIFICOS.
Advogado do(a) APELADO: HELCIO HONDA - SP90389-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Versa a impetração matéria de manutenção do contribuinte no regime tributário alternativo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta (CPRB) após edição da Lei 13.670/2018.

É questão que já passou pelo escrutínio da Turma em interpretação conforme a Constituição firmando entendimento de vigência da opção prevista nos artigos 7º e 8º da Lei nº 12.546/2011 até o final do exercício financeiro de 2018:

ACÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA – CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE A RECEITA BRUTA – REGIME JURÍDICO DE TRIBUTAÇÃO CONTRIBUTIVA JÁ PREVIAMENTE FIRMADO AO ANO-BASE 2018, SEGUNDO A LEI DE ENTÃO: CONSEQUENTE INOPONIBILIDADE DA LEI 13.670/2018, QUE SUPRIMIU A ATIVIDADE EMPRESARIAL DO CAMPO DE DESONERAÇÃO – CONCESSÃO DA ORDEM – IMPROVIMENTO À APELAÇÃO FAZENDÁRIA E À REMESSA OFICIAL

Deseja a parte impetrante sejam afastados eventuais efeitos jurídicos da Lei 13.670/2018 sobre a opção irretratável assim licitamente firmada de recolhimento de contribuição previdenciária sobre receita bruta, para atividade então permitida, na forma da Lei 12.546/2011, o que merece prosperar:

Chama atenção que a União, por meio da Lei 13.670, repete o mesmo equívoco que cometeu com a edição da MP 774 de 30/03/2017, que posteriormente foi revogada pela MP 794, significando dizer descabido, no curso do ano-base de referência, 2018, interferir em mui prévia opção de regime tributante já firmada pelo contribuinte, segundo a lei do tempo do fato, devendo ser preservada a segurança jurídica. Precedente.

Tendo a vantagem tributária em cume a natureza de parcial isenção sobre o tributo implicado, a sua supressão a significar majoração tributária, quando mínimo, sendo que a opção àquele regime se deu de modo irretratável (o que, evidentemente, vale para as duas partes da relação jurídica), portanto condição determinada/condicional, amoldando-se à exceção encartada no art. 178, CTN (“A isenção, salvo se concedida por prazo certo e em função de determinadas condições, pode ser revogada ou modificada por lei, a qualquer tempo, observado o disposto no inciso III do art. 104”).

Inadmissível a abrupta supressão/exclusão de participação no regime tributante então eleito, como a praticada pelo Poder Público, superiores se põem a estabilidade e a segurança nas relações jurídicas, com as quais a não consoar a conduta estatal aqui atacada em concreto.

A própria estrita legalidade tributária, art. 97 CTN, a governar o vertente caso, assim emprestando abrigo ao intento contribuinte, no sentido de não se submeter à força temporal da exclusão da atividade empresarial em termos de desoneração tributária, durante o ano 2018, em face de prévia opção formalizada, na forma da lei então de regência.

Improvemento à apelação e à remessa oficial. Concessão da segurança.

(TRF 3ª Região, 2ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5016348-89.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal LUIZ PAULO COTRIM GUIMARAES, julgado em 09/10/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 14/10/2019)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE A FOLHA DE SALÁRIOS. RECURSO PROVIDO.

- Sendo a opção irretratável para o ano calendário, a modificação ou revogação do prazo de vigência da opção atenta contra a segurança jurídica. E mais, prevista a possibilidade de escolha pelo contribuinte do regime de tributação, sobre a folha de salários ou receita bruta, com período determinado de vigência, de forma irretratável, a alteração promovida pela Lei nº 13.670/18, viola, também, a boa-fé objetiva do contribuinte, que, na crença da irretratabilidade da escolha, planejou suas atividades econômicas frente ao ônus tributário esperado.

- O novel regime tributário somente pode aplicar-se em relação aos contribuintes que haviam feito a opção quanto ao regime segundo as regras da legislação anteriormente vigente, após o término deste ano calendário de 2018, sob pena de violação ao princípio da proteção ao ato jurídico perfeito, garantia constitucional que encontra assento justamente no princípio maior da segurança jurídica.

- Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, 2ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5023303-06.2018.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal LUIZ ALBERTO DE SOUZA RIBEIRO, julgado em 23/01/2019, Intimação via sistema DATA: 28/01/2019)

Digno de nota também excerto do voto do Relator do AI 5023303-06.2018.4.03.0000:

“Segundo os ensinamentos da Ilustre Professora, Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Regina Helena Costa, sobre os Princípios Gerais com repercussão no âmbito no Direito Tributário, a segurança jurídica, prevista no art. 5º, da CF, constitui tanto um direito fundamental quanto uma garantia do exercício de outros direitos fundamentais, sendo decorrência do próprio Estado Democrático de Direito (Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional, 1ªed./2ª triagem, Saraiva, 2009).

E, conforme o Eminentíssimo Ministro da Suprema Corte, Luiz Roberto Barroso, citado pela Professora, “Esse princípio compreende as seguintes ideias: 1) a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim, como sujeitas ao princípio da legalidade; 2) a confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e razoabilidade; 3) a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova; 4) a previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados; e 5) a igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas (Temas de Direito Constitucional, 2ª ed., Rio de Janeiro/São Paulo, Renovar, 2002, pp. 50-51).

Em decorrência dessa ordem de ideias abrangidas pelo princípio da segurança jurídica, não válida a novel previsão legal da Lei nº 13.670/18, que alterou o regime jurídico-tributário eleito, já a partir de 1º de setembro do corrente ano, o fato de terem sido observados os princípios da irretroatividade da lei e da anterioridade mitigada. Isto porque, havia sido estabelecido pela Lei nº 12.546/2011, na redação dada pela Lei nº 13.161/2012, prazo de vigência da opção até o final de exercício financeiro e a impossibilidade de retratação da forma tributária escolhida neste período.

Colhe-se do precedente citado que a superveniência da Lei 13.670/18 não atende ao princípio da segurança jurídica por sua vez impondo a manutenção da opção prevista nos artigos 7º e 8º da Lei nº 12.546/2011 para o exercício de 2018.

Por estes fundamentos, nego provimento ao recurso e à remessa oficial.

É como voto.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5014639-19.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: LOCALFRIO S.A. ARMAZENS GERAIS FRIGORIFICOS.
Advogado do(a) APELADO: HELCIO HONDA - SP90389-A

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. ARTIGOS 7º e 8º DA LEI Nº 12.546/2011. OPÇÃO IRRETRATÁVEL PARA O EXERCÍCIO DE 2018.

I - Hipótese de opção pelo regime tributário alternativo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta (CPRB).

II – Superveniência da Lei 13.670/18 que não atende ao princípio da segurança jurídica por sua vez impondo a manutenção da opção prevista nos artigos 7º e 8º da Lei nº 12.546/2011 para o exercício de 2018. Precedentes da Turma.

III - Recurso e remessa oficial desprovidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Segunda Turma decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5008508-16.2018.4.03.6104
RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: ALAMO ARMAZENS GERAIS LTDA
Advogado do(a) APELADO: RODRIGO VALLEJO MARSAIOLI - SP127883-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5008508-16.2018.4.03.6104
RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: ALAMO ARMAZENS GERAIS LTDA
Advogado do(a) APELADO: RODRIGO VALLEJO MARSAIOLI - SP127883-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança objetivando não seja a parte impetrante submetida ao regime de recolhimento da contribuição previdenciária patronal sobre a folha de salários, preservando-se o regime de recolhimento sobre a receita bruta (Lei 12.546/11) e afastando-se a aplicação da Lei 13.670/18.

Proferida sentença de concessão da ordem, dela recorre a parte impetrada sustentando a legalidade do ato.

Com contrarrazões subiram os autos, também por força da remessa oficial.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela ausência de interesse no feito.

É o relatório.

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: ALAMO ARMAZENS GERAIS LTDA
Advogado do(a) APELADO: RODRIGO VALLEJO MARSAIOLI - SP127883-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Versa a impetração matéria de manutenção do contribuinte no regime tributário alternativo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta (CPRB) após edição da Lei 13.670/2018.

É questão que já passou pelo escrutínio da Turma em interpretação conforme a Constituição firmando entendimento de vigência da opção prevista nos artigos 7º e 8º da Lei nº 12.546/2011 até o final do exercício financeiro de 2018:

AÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA – CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE A RECEITA BRUTA – REGIME JURÍDICO DE TRIBUTAÇÃO CONTRIBUTIVA JÁ PREVIAMENTE FIRMADO AO ANO-BASE 2018, SEGUNDO A LEI DE ENTÃO: CONSEQUENTE INOPONIBILIDADE DA LEI 13.670/2018, QUE SUPRIMIU A ATIVIDADE EMPRESARIAL DO CAMPO DE DESONERAÇÃO – CONCESSÃO DA ORDEM – IMPROVIMENTO À APELAÇÃO FAZENDÁRIA E À REMESSA OFICIAL

Deseja a parte impetrante sejam afastados eventuais efeitos jurídicos da Lei 13.670/2018 sobre a opção irretroatável assim licitamente firmada de recolhimento de contribuição previdenciária sobre receita bruta, para atividade então permitida, na forma da Lei 12.546/2011, o que merece prosperar.

Chama atenção que a União, por meio da Lei 13.670, repete o mesmo equívoco que cometeu com a edição da MP 774 de 30/03/2017, que posteriormente foi revogada pela MP 794, significando dizer descabido, no curso do ano-base de referência, 2018, interferir em mui prévia opção de regime tributante já firmada pelo contribuinte, segundo a lei do tempo do fato, devendo ser preservada a segurança jurídica. Precedente.

Tendo a vantagem tributária em cume a natureza de parcial isenção sobre o tributo implicado, a sua supressão a significar majoração tributária, quando mínimo, sendo que a opção àquele regime se deu de modo irretroatável (o que, evidentemente, vale para as duas partes da relação jurídica), portanto condição determinada/condicional, amoldando-se à exceção encartada no art. 178, CTN (“A isenção, salvo se concedida por prazo certo e em função de determinadas condições, pode ser revogada ou modificada por lei, a qualquer tempo, observado o disposto no inciso III do art. 104”).

Inadmissível a abrupta supressão/exclusão de participação no regime tributante então eleito, como a praticada pelo Poder Público, superiores se põem a estabilidade e a segurança nas relações jurídicas, com as quais a não consoar a conduta estatal aqui atacada em concreto.

A própria estrita legalidade tributária, art. 97 CTN, a governar o vertente caso, assim emprestando abrigo ao intento contribuinte, no sentido de não se submeter à força temporal da exclusão da atividade empresarial em termos de desoneração tributária, durante o ano 2018, em face de prévia opção formalizada, na forma da lei então de regência.

Improvemento à apelação e à remessa oficial. Concessão da segurança.

(TRF 3ª Região, 2ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5016348-89.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal LUIZ PAULO COTRIM GUIMARAES, julgado em 09/10/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 14/10/2019)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE A FOLHA DE SALÁRIOS. RECURSO PROVIDO.

- Sendo a opção irrevogável para o ano calendário, a modificação ou revogação do prazo de vigência da opção atenta contra a segurança jurídica. E mais, prevista a possibilidade de escolha pelo contribuinte do regime de tributação, sobre a folha de salários ou receita bruta, com período determinado de vigência, de forma irrevogável, a alteração promovida pela Lei nº 13.670/18, viola, também, a boa-fé objetiva do contribuinte, que, na crença da irrevogabilidade da escolha, planejou suas atividades econômicas frente ao ônus tributário esperado.

- O novel regime tributário somente pode aplicar-se em relação aos contribuintes que haviam feito a opção quanto ao regime segundo as regras da legislação anteriormente vigente, após o término deste ano calendário de 2018, sob pena de violação ao princípio da proteção ao ato jurídico perfeito, garantia constitucional que encontra assento justamente no princípio maior da segurança jurídica.

- Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, 2ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5023303-06.2018.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal LUIZ ALBERTO DE SOUZA RIBEIRO, julgado em 23/01/2019, Intimação via sistema DATA: 28/01/2019)

Digno de nota também excerto do voto do Relator do AI 5023303-06.2018.4.03.0000:

“Segundo os ensinamentos da Ilustre Professora, Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Regina Helena Costa, sobre os Princípios Gerais com repercussão no âmbito no Direito Tributário, a segurança jurídica, prevista no art. 5º, da CF, constitui tanto um direito fundamental quanto uma garantia do exercício de outros direitos fundamentais, sendo decorrência do próprio Estado Democrático de Direito (Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional, 1ª ed./2ª triagem, Saraiva, 2009).

E, conforme o Eminentíssimo Ministro da Suprema Corte, Luiz Roberto Barroso, citado pela Professora, “Esse princípio compreende as seguintes ideias: 1) a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim, como sujeitas ao princípio da legalidade; 2) a confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e razoabilidade; 3) a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova; 4) a previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados; e 5) a igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas (Temas de Direito Constitucional, 2ª ed., Rio de Janeiro/São Paulo, Renovar, 2002, pp. 50-51).

Em decorrência dessa ordem de ideias abrigadas pelo princípio da segurança jurídica, não válida a novel previsão legal da Lei nº 13.670/18, que alterou o regime jurídico-tributário eleito, já a partir de 1º de setembro do corrente ano, o fato de terem sido observados os princípios da irretroatividade da lei e da anterioridade mitigada. Isto porque, havia sido estabelecido pela Lei nº 12.546/2011, na redação dada pela Lei nº 13.161/2012, prazo de vigência da opção até o final de exercício financeiro e a impossibilidade de retratação da forma tributária escolhida neste período.

Colhe-se do precedente citado que a superveniência da Lei 13.670/18 não atende ao princípio da segurança jurídica por sua vez impondo a manutenção da opção prevista nos artigos 7º e 8º da Lei nº 12.546/2011 para o exercício de 2018.

Por estes fundamentos, nego provimento ao recurso e à remessa oficial.

É como voto.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5008508-16.2018.4.03.6104

RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ALAMO ARMAZENS GERAIS LTDA

Advogado do(a) APELADO: RODRIGO VALLEJO MARSAIOLI - SP127883-A

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 23/06/2020 404/4253

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. ARTIGOS 7º e 8º DA LEI Nº 12.546/2011. OPÇÃO IRRETRATÁVEL PARA O EXERCÍCIO DE 2018.

I - Hipótese de opção pelo regime tributário alternativo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta (CPRB).

II – Superveniência da Lei 13.670/18 que não atende ao princípio da segurança jurídica por sua vez impondo a manutenção da opção prevista nos artigos 7º e 8º da Lei nº 12.546/2011 para o exercício de 2018. Precedentes da Turma.

III - Recurso e remessa oficial desprovidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Segunda Turma decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5005135-74.2018.4.03.6104

RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: EMBRAPORT EMPRESA BRASILEIRA DE TERMINAIS PORTUARIOS S/A

Advogado do(a) APELADO: TACIO LACERDA GAMA - SP219045-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5005135-74.2018.4.03.6104

RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: EMBRAPORT EMPRESA BRASILEIRA DE TERMINAIS PORTUARIOS S/A

Advogado do(a) APELADO: TACIO LACERDA GAMA - SP219045-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança objetivando a impetrante não seja submetida ao regime de recolhimento da contribuição previdenciária patronal sobre a folha de salários, preservando-se o regime de recolhimento sobre a receita bruta (Lei 12.546/11) e afastando-se a aplicação da Lei 13.670/18.

Proferida sentença de concessão da ordem, dela recorre a parte impetrada sustentando a legalidade do ato.

Com contrarrazões subiram os autos, também por força da remessa oficial.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela ausência de interesse no feito.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5005135-74.2018.4.03.6104
RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: EMBRAPORT EMPRESA BRASILEIRA DE TERMINAIS PORTUARIOS S/A
Advogado do(a) APELADO: TACIO LACERDA GAMA - SP219045-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Ao início, anoto que não é a complexidade da matéria que determina o cabimento do mandado de segurança mas a existência de prova pré-constituída dos fatos.

Nesse sentido, julgados desta Corte:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. CERTIDÃO DE REGULARIDADE FISCAL. MANDADO DE SEGURANÇA. COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS FISCAIS. DECISÃO JUDICIAL CONCESSIVA. PEDIDO DE REVISÃO. EFEITO SUSPENSIVO. EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITO DE NEGATIVA - CPD-EN. CANCELAMENTO DA INSCRIÇÃO. DILAÇÃO PROBATÓRIA NECESSÁRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA MANDAMENTAL.

1. Ainda que não seja possível, com os documentos trazidos, averiguar o acerto dos valores envolvidos, as dívidas em questão, oriundas de compensação de prejuízos fiscais amparada por ação judicial, devem permanecer com a exigibilidade suspensa até que se decida definitivamente a questão, com a análise do pedido de revisão administrativa formulado.

2. Cabimento de expedição de Certidão Positiva com Efeito de Negativa - CPD-EN.

3. Não é a simplicidade ou complexidade da matéria de direito em questão que vai determinar a existência ou inexistência de direito líquido e certo a amparar pedido de mandado de segurança. Cabível a análise do pedido de cancelamento da dívida ativa em sede judicial, se demonstrado o desacerto da inscrição ou sua extinção.

4. A via estreita do processo mandamental não permite a dilação probatória, porquanto ampara direito líquido e certo demonstrável e demonstrado de plano, como expressam à unanimidade doutrina e jurisprudência. Inadequação da via processual para a baixa da inscrição em dívida ativa.

5. Remessa oficial e apelações improvidas.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 274642 - 0016496-79.2004.4.03.6100, Rel. JUIZ FEDERAL CONVOCADO CLAUDIO SANTOS, julgado em 17/07/2008, DJF3 DATA:29/07/2008)

MANDADO DE SEGURANÇA. PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRIBUTOS RECOLHIDOS COM ATRASO. CORREÇÃO MONETÁRIA. INCIDÊNCIA DA TRD COMO JUROS DE MORA.

1. A questão tratada nos presentes autos, apesar de controversa, não deixa de ser matéria de direito. Não é a simplicidade ou complexidade da matéria de direito em questão que vai determinar a existência ou inexistência de direito líquido e certo a amparar pedido de mandado de segurança, razão pela qual é descabida a preliminar levantada.

2. Há muito, restou consolidado o entendimento no sentido da inconstitucionalidade da aplicação do indexador taxa referencial - TR, instituído pela Lei n. 8.177/91, como índice de correção monetária, pois tem embutida a taxa de remuneração de capital, não traduzindo, por isso, índice inflacionário. Esse entendimento objetiva evitar o enriquecimento ilícito.

3. A alteração promovida pela Lei n. 8.218/91 no artigo 9.º da Lei n. 8.177/91 foi questionada em nossos tribunais. Hoje, está pacificado o entendimento de que não há violação a princípios constitucionais da legalidade, do ato jurídico perfeito ou da irretroatividade, uma vez que a incidência da TRD com esta mesma natureza de taxa de juros, desde fevereiro de 1991, já era prevista na Medida Provisória n. 294, de 31.1.1991, que foi convertida na referida Lei n. 8.177/91.

4. Matéria preliminar rejeitada. Remessa oficial e recurso de apelação não providos.

(TRF 3ª Região, TURMA SUPLEMENTAR DA PRIMEIRA SEÇÃO, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 168671 - 0307667-79.1994.4.03.6102, Rel. JUIZ CONVOCADO JOÃO CONSOLIM, julgado em 16/07/2008, DJF3 DATA:25/07/2008)

TRIBUTARIO. IMPORTAÇÃO. ADICIONAL AO FRETE PARA RENOVAÇÃO DA MARINHA MERCANTE - AFRMM. ISENÇÃO. REGIMES BEFIEX E DRAW-BACK. EQUIVALENCIA. PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DA VIA MANDAMENTAL.

- Rejeitada a preliminar de inadequação da via mandamental ante a complexidade da matéria, visto que os fatos encontram-se, de forma incontroversa, documentalmente comprovados.

- Nos termos do art. 55, da Lei n. 5.025/66, para a concessão da isenção do AFRMM far-se-á necessária a importação de mercadoria sob o regime aduaneiro do Draw-Back ou equivalente.

- Da comparação do disposto no art. 78, incisos I, II, e III, do Decreto-Lei n. 37/66, regulamentador do regime do Draw-Back, com o normatizado pelos artigos 1º e 2º, do Decreto-Lei n. 1.219/72, disciplinadores do regime BEFIEX, apresenta-se nítida a equivalência entre ambos, porquanto concedem benefícios fiscais com o objetivo de estimular a exportação.

- Precedentes.

- Apelação da impetrante provida.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 37353 - 0200130-57.1990.4.03.6104, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ANNA MARIA PIMENTEL, julgado em 13/05/1992, DOE DATA:13/10/1992 PÁGINA: 207)

Versa a impetração matéria de manutenção do contribuinte no regime tributário alternativo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta (CPRB) após edição da Lei 13.670/2018.

É questão que já passou pelo escrutínio da Turma em interpretação conforme a Constituição firmando entendimento de vigência da opção prevista nos artigos 7º e 8º da Lei nº 12.546/2011 até o final do exercício financeiro de 2018:

AÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA – CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE A RECEITA BRUTA – REGIME JURÍDICO DE TRIBUTAÇÃO CONTRIBUTIVA JÁ PREVIAMENTE FIRMADO AO ANO-BASE 2018, SEGUNDO A LEI DE ENTÃO: CONSEQUENTE INOPONIBILIDADE DA LEI 13.670/2018, QUE SUPRIMIU A ATIVIDADE EMPRESARIAL DO CAMPO DE DESONERAÇÃO – CONCESSÃO DA ORDEM – IMPROVIMENTO À APELAÇÃO FAZENDÁRIA E À REMESSA OFICIAL

Deseja a parte impetrante sejam afastados eventuais efeitos jurídicos da Lei 13.670/2018 sobre a opção irretratável assim licitamente firmada de recolhimento de contribuição previdenciária sobre receita bruta, para atividade então permitida, na forma da Lei 12.546/2011, o que merece prosperar.

Chama atenção que a União, por meio da Lei 13.670, repete o mesmo equívoco que cometeu com a edição da MP 774 de 30/03/2017, que posteriormente foi revogada pela MP 794, significando dizer descabido, no curso do ano-base de referência, 2018, interferir em mui prévia opção de regime tributante já firmada pelo contribuinte, segundo a lei do tempo do fato, devendo ser preservada a segurança jurídica. Precedente.

Tendo a vantagem tributária em cume a natureza de parcial isenção sobre o tributo implicado, a sua supressão a significar majoração tributária, quando mínimo, sendo que a opção àquele regime se deu de modo irretratável (o que, evidentemente, vale para as duas partes da relação jurídica), portanto condição determinada/condicional, amoldando-se à exceção encartada no art. 178, CTN (“A isenção, salvo se concedida por prazo certo e em função de determinadas condições, pode ser revogada ou modificada por lei, a qualquer tempo, observado o disposto no inciso III do art. 104”).

Inadmissível a abrupta supressão/exclusão de participação no regime tributante então eleito, como a praticada pelo Poder Público, superiores se põem a estabilidade e a segurança nas relações jurídicas, com as quais a não consoar a conduta estatal aqui atacada em concreto.

A própria estrita legalidade tributária, art. 97 CTN, a governar o vertente caso, assim emprestando abrigo ao intento contribuinte, no sentido de não se submeter à força temporal da exclusão da atividade empresarial em termos de desoneração tributária, durante o ano 2018, em face de prévia opção formalizada, na forma da lei então de regência.

Improvemento à aplicação e à remessa oficial. Concessão da segurança.

(TRF 3ª Região, 2ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5016348-89.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal LUIZ PAULO COTRIM GUIMARAES, julgado em 09/10/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 14/10/2019)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE A FOLHA DE SALÁRIOS. RECURSO PROVIDO.

- Sendo a opção irretratável para o ano calendário, a modificação ou revogação do prazo de vigência da opção atenta contra a segurança jurídica. E mais, prevista a possibilidade de escolha pelo contribuinte do regime de tributação, sobre a folha de salários ou receita bruta, com período determinado de vigência, de forma irretratável, a alteração promovida pela Lei nº 13.670/18, viola, também, a boa-fé objetiva do contribuinte, que, na crença da irretratabilidade da escolha, planejou suas atividades econômicas frente ao ônus tributário esperado.

- O novel regime tributário somente pode aplicar-se em relação aos contribuintes que haviam feito a opção quanto ao regime segundo as regras da legislação anteriormente vigente, após o término deste ano calendário de 2018, sob pena de violação ao princípio da proteção ao ato jurídico perfeito, garantia constitucional que encontra assento justamente no princípio maior da segurança jurídica.

- Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, 2ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5023303-06.2018.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal LUIZ ALBERTO DE SOUZA RIBEIRO, julgado em 23/01/2019, Intimação via sistema DATA: 28/01/2019)

Digno de nota também excerto do voto do Relator do AI 5023303-06.2018.4.03.0000:

“Segundo os ensinamentos da Ilustre Professora, Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Regina Helena Costa, sobre os Princípios Gerais com repercussão no âmbito no Direito Tributário, a segurança jurídica, prevista no art. 5º, da CF, constitui tanto um direito fundamental quanto uma garantia do exercício de outros direitos fundamentais, sendo decorrência do próprio Estado Democrático de Direito (Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional, 1ªed./2ª triagem, Saraiva, 2009).

E, conforme o Eminentíssimo Ministro da Suprema Corte, Luiz Roberto Barroso, citado pela Professora, “Esse princípio compreende as seguintes ideias: 1) a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim, como sujeitas ao princípio da legalidade; 2) a confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e razoabilidade; 3) a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova; 4) a previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados; e 5) a igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas (Temas de Direito Constitucional, 2ª ed., Rio de Janeiro/São Paulo, Renovar, 2002, pp. 50-51).

Em decorrência dessa ordem de ideias abrigadas pelo princípio da segurança jurídica, não válida a novel previsão legal da Lei nº 13.670/18, que alterou o regime jurídico-tributário eleito, já a partir de 1º de setembro do corrente ano, o fato de terem sido observados os princípios da irretroatividade da lei e da anterioridade mitigada. Isto porque, havia sido estabelecido pela Lei nº 12.546/2011, na redação dada pela Lei nº 13.161/2012, prazo de vigência da opção até o final de exercício financeiro e a impossibilidade de retratação da forma tributária escolhida neste período.

Colhe-se do precedente citado que a superveniência da Lei 13.670/18 não atende ao princípio da segurança jurídica por sua vez impondo a manutenção da opção prevista nos artigos 7º e 8º da Lei nº 12.546/2011 para o exercício de 2018.

Por estes fundamentos, nego provimento ao recurso e à remessa oficial, e julgo prejudicado o pedido de antecipação da tutela recursal.

É como voto.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5005135-74.2018.4.03.6104
RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: EMBRAPORTEMPRESA BRASILEIRA DE TERMINAIS PORTUARIOS S/A
Advogado do(a) APELADO: TACIO LACERDA GAMA - SP219045-A

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. ARTIGOS 7º e 8º DA LEI Nº 12.546/2011. OPÇÃO IRRETRATÁVEL PARA O EXERCÍCIO DE 2018.

I – Cabimento do mandado de segurança que não se afere pela complexidade ou não da matéria. Precedentes.

II - Hipótese de opção pelo regime tributário alternativo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta (CPRB).

III – Superveniência da Lei 13.670/18 que não atende ao princípio da segurança jurídica por sua vez impondo a manutenção da opção prevista nos artigos 7º e 8º da Lei nº 12.546/2011 para o exercício de 2018. Precedentes da Turma.

IV - Recurso e remessa oficial desprovidos. Pedido de antecipação da tutela recursal prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Segunda Turma decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso e à remessa oficial, e julgar prejudicado o pedido de antecipação da tutela recursal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5021155-55.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR
APELANTE: METALVAC METALIZACAO E ALTO VACUO LTDA - EIRELI
Advogado do(a) APELANTE: SAMARA FERNANDA LEALDO VALE - SP399112-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5021155-55.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR
APELANTE: METALVAC METALIZACAO E ALTO VACUO LTDA - EIRELI
Advogado do(a) APELANTE: SAMARA FERNANDA LEALDO VALE - SP399112-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança objetivando não seja a parte impetrante submetida ao regime de recolhimento da contribuição previdenciária patronal sobre a folha de salários, preservando-se o regime de recolhimento sobre a receita bruta (Lei 12.546/11) e afastando-se a aplicação da Lei 13.670/18.

Proferida sentença de denegação da ordem, dela recorre a parte impetrante sustentando a ilegalidade do ato.

Com contrarrazões subiram os autos, o Ministério Público Federal manifestando-se pela ausência de interesse no feito.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5021155-55.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR
APELANTE: METALVAC METALIZACAO E ALTO VACUO LTDA - EIRELI
Advogado do(a) APELANTE: SAMARA FERNANDA LEALDO VALE - SP399112-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Versa a impetração matéria de manutenção do contribuinte no regime tributário alternativo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta (CPRB) após edição da Lei 13.670/2018.

É questão que já passou pelo escrutínio da Turma em interpretação conforme a Constituição firmando entendimento de vigência da opção prevista nos artigos 7º e 8º da Lei nº 12.546/2011 até o final do exercício financeiro de 2018:

AÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA – CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE A RECEITA BRUTA – REGIME JURÍDICO DE TRIBUTAÇÃO CONTRIBUTIVA JÁ PREVIAMENTE FIRMADO AO ANO-BASE 2018, SEGUNDO A LEI DE ENTÃO: CONSEQUENTE INOPONIBILIDADE DA LEI 13.670/2018, QUE SUPRIMIU A ATIVIDADE EMPRESARIAL DO CAMPO DE DESONERAÇÃO – CONCESSÃO DA ORDEM – IMPROVIMENTO À APELAÇÃO FAZENDÁRIA E À REMESSA OFICIAL

Deseja a parte impetrante sejam afastados eventuais efeitos jurídicos da Lei 13.670/2018 sobre a opção irretroatável assim lícitamente firmada de recolhimento de contribuição previdenciária sobre receita bruta, para atividade então permitida, na forma da Lei 12.546/2011, o que merece prosperar.

Chama atenção que a União, por meio da Lei 13.670, repete o mesmo equívoco que cometeu com a edição da MP 774 de 30/03/2017, que posteriormente foi revogada pela MP 794, significando dizer descabido, no curso do ano-base de referência, 2018, interferir em mui prévia opção de regime tributante já firmada pelo contribuinte, segundo a lei do tempo do fato, devendo ser preservada a segurança jurídica. Precedente.

Tendo a vantagem tributária em cume a natureza de parcial isenção sobre o tributo implicado, a sua supressão a significar majoração tributária, quando mínimo, sendo que a opção àquele regime se deu de modo irretroatável (o que, evidentemente, vale para as duas partes da relação jurídica), portanto condição determinada/condicional, amoldando-se à exceção encartada no art. 178, CTN (“A isenção, salvo se concedida por prazo certo e em função de determinadas condições, pode ser revogada ou modificada por lei, a qualquer tempo, observado o disposto no inciso III do art. 104”).

Inadmissível a abrupta supressão/exclusão de participação no regime tributante então eleito, como a praticada pelo Poder Público, superiores se põem a estabilidade e a segurança nas relações jurídicas, com as quais a não consoar a conduta estatal aqui atacada em concreto.

A própria estrita legalidade tributária, art. 97 CTN, a governar o vertente caso, assim emprestando abrigo ao intento contribuinte, no sentido de não se submeter à força temporal da exclusão da atividade empresarial em termos de desoneração tributária, durante o ano 2018, em face de prévia opção formalizada, na forma da lei então de regência.

Improvemento à apelação e à remessa oficial. Concessão da segurança.

(TRF 3ª Região, 2ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5016348-89.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal LUIZ PAULO COTRIM GUIMARAES, julgado em 09/10/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 14/10/2019)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE A FOLHA DE SALÁRIOS. RECURSO PROVIDO.

- Sendo a opção irretroatável para o ano calendário, a modificação ou revogação do prazo de vigência da opção atenta contra a segurança jurídica. E mais, prevista a possibilidade de escolha pelo contribuinte do regime de tributação, sobre a folha de salários ou receita bruta, com período determinado de vigência, de forma irretroatável, a alteração promovida pela Lei nº 13.670/18, viola, também, a boa-fé objetiva do contribuinte, que, na crença da irretroatabilidade da escolha, planejou suas atividades econômicas frente ao ônus tributário esperado.

- O novel regime tributário somente pode aplicar-se em relação aos contribuintes que haviam feito a opção quanto ao regime segundo as regras da legislação anteriormente vigente, após o término deste ano calendário de 2018, sob pena de violação ao princípio da proteção ao ato jurídico perfeito, garantia constitucional que encontra assento justamente no princípio maior da segurança jurídica.

- Agravo de instrumento provido.

Digno de nota também excerto do voto do Relator do AI 5023303-06.2018.4.03.0000:

“Segundo os ensinamentos da Ilustre Professora, Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Regina Helena Costa, sobre os Princípios Gerais com repercussão no âmbito no Direito Tributário, a segurança jurídica, prevista no art. 5º, da CF, constitui tanto um direito fundamental quanto uma garantia do exercício de outros direitos fundamentais, sendo decorrência do próprio Estado Democrático de Direito (Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional, 1ªed./2ª triagem, Saraiva, 2009).

E, conforme o Eminentíssimo Ministro da Suprema Corte, Luiz Roberto Barroso, citado pela Professora, “Esse princípio compreende as seguintes ideias: 1) a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim, como sujeitas ao princípio da legalidade; 2) a confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e razoabilidade; 3) a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova; 4) a previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados; e 5) a igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas (Temas de Direito Constitucional, 2ª ed., Rio de Janeiro/São Paulo, Renovar, 2002, pp. 50-51).

Em decorrência dessa ordem de ideias abrigadas pelo princípio da segurança jurídica, não válida a novel previsão legal da Lei nº 13.670/18, que alterou o regime jurídico-tributário eleito, já a partir de 1º de setembro do corrente ano, o fato de terem sido observados os princípios da irretroatividade da lei e da anterioridade mitigada. Isto porque, havia sido estabelecido pela Lei nº 12.546/2011, na redação dada pela Lei nº 13.161/2012, prazo de vigência da opção até o final de exercício financeiro e a impossibilidade de retratação da forma tributária escolhida neste período.

Colhe-se do precedente citado que a superveniência da Lei 13.670/18 não atende ao princípio da segurança jurídica por sua vez impondo a manutenção da opção prevista nos artigos 7º e 8º da Lei nº 12.546/2011 para o exercício de 2018.

Registro o descabimento de condenação em honorários advocatícios, nos termos do artigo 25 da Lei 12.016/09 e da Súmula 512 do STF.

Por estes fundamentos, dou provimento ao recurso para julgar procedente a impetração e conceder a ordem.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5021155-55.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR
APELANTE: METALVAC METALIZACAO E ALTO VACUO LTDA - EIRELI
Advogado do(a) APELANTE: SAMARA FERNANDA LEAL DO VALE - SP399112-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. ARTIGOS 7º e 8º DA LEI Nº 12.546/2011. OPÇÃO IRRETRATÁVEL PARA O EXERCÍCIO DE 2018.

I – Hipótese de opção pelo regime tributário alternativo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta (CPRB).

II – Superveniência da Lei 13.670/18 que não atende ao princípio da segurança jurídica por sua vez impondo a manutenção da opção prevista nos artigos 7º e 8º da Lei nº 12.546/2011 para o exercício de 2018. Precedentes da Turma.

III - Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Segunda Turma decidiu, por unanimidade, dar provimento ao recurso para julgar procedente a impetração e conceder a ordem, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002341-68.2018.4.03.6108

RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR

APELANTE: LTM INDUSTRIA E COMERCIO DE CHICOTES ELETRICOS LTDA

Advogado do(a) APELANTE: KARINA RODRIGUES CAMARGO - SP385002-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002341-68.2018.4.03.6108

RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR

APELANTE: LTM INDUSTRIA E COMERCIO DE CHICOTES ELETRICOS LTDA

Advogado do(a) APELANTE: KARINA RODRIGUES CAMARGO - SP385002-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança objetivando não seja a parte impetrante submetida ao regime de recolhimento da contribuição previdenciária patronal sobre a folha de salários, preservando-se o regime de recolhimento sobre a receita bruta (Lei 12.546/11) e afastando-se a aplicação da Lei 13.670/18.

Proferida sentença de denegação da ordem, dela recorre a parte impetrante sustentando a ilegalidade do ato.

Com contrarrazões subiram os autos, o Ministério Público Federal manifestando-se pela ausência de interesse no feito.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002341-68.2018.4.03.6108
RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR
APELANTE: LTM INDUSTRIA E COMERCIO DE CHICOTES ELETRICOS LTDA
Advogado do(a) APELANTE: KARINA RODRIGUES CAMARGO - SP385002-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Versa a impetração matéria de manutenção do contribuinte no regime tributário alternativo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta (CPRB) após edição da Lei 13.670/2018.

É questão que já passou pelo escrutínio da Turma em interpretação conforme a Constituição firmando entendimento de vigência da opção prevista nos artigos 7º e 8º da Lei nº 12.546/2011 até o final do exercício financeiro de 2018:

AÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA – CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE A RECEITA BRUTA – REGIME JURÍDICO DE TRIBUTAÇÃO CONTRIBUTIVA JÁ PREVIAMENTE FIRMADO AO ANO-BASE 2018, SEGUNDO A LEI DE ENTÃO: CONSEQUENTE INOPONIBILIDADE DA LEI 13.670/2018, QUE SUPRIMIU A ATIVIDADE EMPRESARIAL DO CAMPO DE DESONERAÇÃO – CONCESSÃO DA ORDEM – IMPROVIMENTO À APELAÇÃO FAZENDÁRIA E À REMESSA OFICIAL

Deseja a parte impetrante sejam afastados eventuais efeitos jurídicos da Lei 13.670/2018 sobre a opção irretratável assim licitamente firmada de recolhimento de contribuição previdenciária sobre receita bruta, para atividade então permitida, na forma da Lei 12.546/2011, o que merece prosperar.

Chama atenção que a União, por meio da Lei 13.670, repete o mesmo equívoco que cometeu com a edição da MP 774 de 30/03/2017, que posteriormente foi revogada pela MP 794, significando dizer descabido, no curso do ano-base de referência, 2018, interferir em mui prévia opção de regime tributante já firmada pelo contribuinte, segundo a lei do tempo do fato, devendo ser preservada a segurança jurídica. Precedente.

Tendo a vantagem tributária em cume a natureza de parcial isenção sobre o tributo implicado, a sua supressão a significar majoração tributária, quando mínimo, sendo que a opção àquele regime se deu de modo irretratável (o que, evidentemente, vale para as duas partes da relação jurídica), portanto condição determinada/condicional, amoldando-se à exceção encartada no art. 178, CTN (“A isenção, salvo se concedida por prazo certo e em função de determinadas condições, pode ser revogada ou modificada por lei, a qualquer tempo, observado o disposto no inciso III do art. 104”).

Inadmissível a abrupta supressão/exclusão de participação no regime tributante então eleito, como a praticada pelo Poder Público, superiores se põem a estabilidade e a segurança nas relações jurídicas, com as quais a não consoar a conduta estatal aqui atacada em concreto.

A própria estrita legalidade tributária, art. 97 CTN, a governar o vertente caso, assim emprestando abrigo ao intento contribuinte, no sentido de não se submeter à força temporal da exclusão da atividade empresarial em termos de desoneração tributária, durante o ano 2018, em face de prévia opção formalizada, na forma da lei então de regência.

Improvemento à apelação e à remessa oficial. Concessão da segurança.

(TRF 3ª Região, 2ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5016348-89.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal LUIZ PAULO COTRIM GUIMARAES, julgado em 09/10/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 14/10/2019)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE A FOLHA DE SALÁRIOS. RECURSO PROVIDO.

- Sendo a opção irrevogável para o ano calendário, a modificação ou revogação do prazo de vigência da opção atenta contra a segurança jurídica. E mais, prevista a possibilidade de escolha pelo contribuinte do regime de tributação, sobre a folha de salários ou receita bruta, com período determinado de vigência, de forma irrevogável, a alteração promovida pela Lei nº 13.670/18, viola, também, a boa-fé objetiva do contribuinte, que, na crença da irrevocabilidade da escolha, planejou suas atividades econômicas frente ao ônus tributário esperado.

- O novel regime tributário somente pode aplicar-se em relação aos contribuintes que haviam feito a opção quanto ao regime segundo as regras da legislação anteriormente vigente, após o término deste ano calendário de 2018, sob pena de violação ao princípio da proteção ao ato jurídico perfeito, garantia constitucional que encontra assento justamente no princípio maior da segurança jurídica.

- Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, 2ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5023303-06.2018.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal LUIZ ALBERTO DE SOUZA RIBEIRO, julgado em 23/01/2019, Intimação via sistema DATA: 28/01/2019)

Digno de nota também excerto do voto do Relator do AI 5023303-06.2018.4.03.0000:

“Segundo os ensinamentos da Ilustre Professora, Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Regina Helena Costa, sobre os Princípios Gerais com repercussão no âmbito no Direito Tributário, a segurança jurídica, prevista no art. 5º, da CF, constitui tanto um direito fundamental quanto uma garantia do exercício de outros direitos fundamentais, sendo decorrência do próprio Estado Democrático de Direito (Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional, 1ªed./2ª triagem, Saraiva, 2009).

E, conforme o Eminentíssimo Ministro da Suprema Corte, Luiz Roberto Barroso, citado pela Professora, “Esse princípio compreende as seguintes ideias: 1) a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim, como sujeitas ao princípio da legalidade; 2) a confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e razoabilidade; 3) a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova; 4) a previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados; e 5) a igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas (Temas de Direito Constitucional, 2ª ed., Rio de Janeiro/São Paulo, Renovar, 2002, pp. 50-51).

Em decorrência dessa ordem de ideias abrangidas pelo princípio da segurança jurídica, não válida a novel previsão legal da Lei nº 13.670/18, que alterou o regime jurídico-tributário eleito, já a partir de 1º de setembro do corrente ano, o fato de terem sido observados os princípios da irretroatividade da lei e da anterioridade mitigada. Isto porque, havia sido estabelecido pela Lei nº 12.546/2011, na redação dada pela Lei nº 13.161/2012, prazo de vigência da opção até o final de exercício financeiro e a impossibilidade de retratação da forma tributária escolhida neste período.

Colhe-se do precedente citado que a superveniência da Lei 13.670/18 não atende ao princípio da segurança jurídica por sua vez impondo a manutenção da opção prevista nos artigos 7º e 8º da Lei nº 12.546/2011 para o exercício de 2018.

Reforma-se, destarte, a sentença, para concessão da ordem, anotando-se o descabimento de condenação em honorários advocatícios, nos termos do artigo 25 da Lei 12.016/09 e da Súmula 512 do STF.

Por estes fundamentos, dou provimento ao recurso nos termos supra.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5002341-68.2018.4.03.6108
RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR
APELANTE: LTM INDUSTRIA E COMERCIO DE CHICOTES ELETRICOS LTDA
Advogado do(a) APELANTE: KARINA RODRIGUES CAMARGO - SP385002-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. ARTIGOS 7º e 8º DA LEI Nº 12.546/2011. OPÇÃO IRRETRATÁVEL PARA O EXERCÍCIO DE 2018.

I - Hipótese de opção pelo regime tributário alternativo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta (CPRB).

II – Superveniência da Lei 13.670/18 que não atende ao princípio da segurança jurídica por sua vez impondo a manutenção da opção prevista nos artigos 7º e 8º da Lei nº 12.546/2011 para o exercício de 2018. Precedentes da Turma.

III - Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Segunda Turma decidiu, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA(1728) Nº 5021447-40.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: FILON CONFECÇÕES LTDA
Advogado do(a) APELADO: LUIZ ROBERTO BRAGADA SILVA - SP288009-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA(1728) Nº 5021447-40.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: FILON CONFECÇÕES LTDA
Advogado do(a) APELADO: LUIZ ROBERTO BRAGADA SILVA - SP288009-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança objetivando não seja a parte impetrante submetida ao regime de recolhimento da contribuição previdenciária patronal sobre a folha de salários, preservando-se o regime de recolhimento sobre a receita bruta (Lei 12.546/11) e afastando-se a aplicação da Lei 13.670/18.

Proferida sentença de concessão da ordem, dela recorre a parte impetrada sustentando a legalidade do ato.

Com contrarrazões subiram os autos, também por força da remessa oficial.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5021447-40.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: FILON CONFECÇÕES LTDA
Advogado do(a) APELADO: LUIZ ROBERTO BRAGADA SILVA - SP288009-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Versa a impetração matéria de manutenção do contribuinte no regime tributário alternativo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta (CPRB) após edição da Lei 13.670/2018.

É questão que já passou pelo escrutínio da Turma em interpretação conforme a Constituição firmando entendimento de vigência da opção prevista nos artigos 7º e 8º da Lei nº 12.546/2011 até o final do exercício financeiro de 2018:

AÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA – CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE A RECEITA BRUTA – REGIME JURÍDICO DE TRIBUTAÇÃO CONTRIBUTIVA JÁ PREVIAMENTE FIRMADO AO ANO-BASE 2018, SEGUNDO A LEI DE ENTÃO: CONSEQUENTE INOPONIBILIDADE DA LEI 13.670/2018, QUE SUPRIMIU A ATIVIDADE EMPRESARIAL DO CAMPO DE DESONERAÇÃO – CONCESSÃO DA ORDEM – IMPROVIMENTO À APELAÇÃO FAZENDÁRIA E À REMESSA OFICIAL

Deseja a parte impetrante sejam afastados eventuais efeitos jurídicos da Lei 13.670/2018 sobre a opção irretratável assim licitamente firmada de recolhimento de contribuição previdenciária sobre receita bruta, para atividade então permitida, na forma da Lei 12.546/2011, o que merece prosperar.

Chama atenção que a União, por meio da Lei 13.670, repete o mesmo equívoco que cometeu com a edição da MP 774 de 30/03/2017, que posteriormente foi revogada pela MP 794, significando dizer descabido, no curso do ano-base de referência, 2018, interferir em mui prévia opção de regime tributante já firmada pelo contribuinte, segundo a lei do tempo do fato, devendo ser preservada a segurança jurídica. Precedente.

Tendo a vantagem tributária em cume a natureza de parcial isenção sobre o tributo implicado, a sua supressão a significar majoração tributária, quando mínimo, sendo que a opção àquele regime se deu de modo irretratável (o que, evidentemente, vale para as duas partes da relação jurídica), portanto condição determinada/condicional, amoldando-se à exceção encartada no art. 178, CTN (“A isenção, salvo se concedida por prazo certo e em função de determinadas condições, pode ser revogada ou modificada por lei, a qualquer tempo, observado o disposto no inciso III do art. 104”).

Inadmissível a abrupta supressão/exclusão de participação no regime tributante então eleito, como a praticada pelo Poder Público, superiores se põem a estabilidade e a segurança nas relações jurídicas, com as quais a não consoar a conduta estatal aqui atacada em concreto.

A própria estrita legalidade tributária, art. 97 CTN, a governar o vertente caso, assim emprestando abrigo ao intento contribuinte, no sentido de não se submeter à força temporal da exclusão da atividade empresarial em termos de desoneração tributária, durante o ano 2018, em face de prévia opção formalizada, na forma da lei então de regência.

Improvemento à aplicação e à remessa oficial. Concessão da segurança.

(TRF 3ª Região, 2ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5016348-89.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal LUIZ PAULO COTRIM GUIMARAES, julgado em 09/10/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 14/10/2019)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE A FOLHA DE SALÁRIOS. RECURSO PROVIDO.

- Sendo a opção irretratável para o ano calendário, a modificação ou revogação do prazo de vigência da opção atenta contra a segurança jurídica. E mais, prevista a possibilidade de escolha pelo contribuinte do regime de tributação, sobre a folha de salários ou receita bruta, com período determinado de vigência, de forma irretratável, a alteração promovida pela Lei nº 13.670/18, viola, também, a boa-fé objetiva do contribuinte, que, na crença da irretratabilidade da escolha, planejou suas atividades econômicas frente ao ônus tributário esperado.

- O novel regime tributário somente pode aplicar-se em relação aos contribuintes que haviam feito a opção quanto ao regime segundo as regras da legislação anteriormente vigente, após o término deste ano calendário de 2018, sob pena de violação ao princípio da proteção ao ato jurídico perfeito, garantia constitucional que encontra assento justamente no princípio maior da segurança jurídica.

- Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, 2ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5023303-06.2018.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal LUIZ ALBERTO DE SOUZA RIBEIRO, julgado em 23/01/2019, Intimação via sistema DATA: 28/01/2019)

Digno de nota também excerto do voto do Relator do AI 5023303-06.2018.4.03.0000:

“Segundo os ensinamentos da Ilustre Professora, Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Regina Helena Costa, sobre os Princípios Gerais com repercussão no âmbito no Direito Tributário, a segurança jurídica, prevista no art. 5º, da CF, constitui tanto um direito fundamental quanto uma garantia do exercício de outros direitos fundamentais, sendo decorrência do próprio Estado Democrático de Direito (Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional, 1ªed./2ª triagem, Saraiva, 2009).

E, conforme o Eminentíssimo Ministro da Suprema Corte, Luiz Roberto Barroso, citado pela Professora, “Esse princípio compreende as seguintes ideias: 1) a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim, como sujeitas ao princípio da legalidade; 2) a confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e razoabilidade; 3) a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova; 4) a previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados; e 5) a igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas (Temas de Direito Constitucional, 2ª ed., Rio de Janeiro/São Paulo, Renovar, 2002, pp. 50-51).

Em decorrência dessa ordem de ideias abrigadas pelo princípio da segurança jurídica, não válida a novel previsão legal da Lei nº 13.670/18, que alterou o regime jurídico-tributário eleito, já a partir de 1º de setembro do corrente ano, o fato de terem sido observados os princípios da irretroatividade da lei e da anterioridade mitigada. Isto porque, havia sido estabelecido pela Lei nº 12.546/2011, na redação dada pela Lei nº 13.161/2012, prazo de vigência da opção até o final de exercício financeiro e a impossibilidade de retratação da forma tributária escolhida neste período.

Colhe-se do precedente citado que a superveniência da Lei 13.670/18 não atende ao princípio da segurança jurídica por sua vez impondo a manutenção da opção prevista nos artigos 7º e 8º da Lei nº 12.546/2011 para o exercício de 2018.

Em relação à possibilidade de compensação no âmbito do mandado de segurança, anoto a orientação firmada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, na hipótese em que são deduzidos pedidos sobre os elementos da própria compensação, não se cingindo a impetração ao reconhecimento do direito de compensar, como é o caso vertente, deve ser feita prova pré-constituída dos recolhimentos indevidos, no entanto nos presentes autos faltante.

Destaco os seguintes precedentes de interesse na questão:

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPETRAÇÃO VISANDO EFEITOS JURÍDICOS PRÓPRIOS DA EFETIVA REALIZAÇÃO DA COMPENSAÇÃO. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. NECESSIDADE.

1. No que se refere a mandado de segurança sobre compensação tributária, a extensão do âmbito probatório está intimamente relacionada com os limites da pretensão nele deduzida. Tratando-se de impetração que se limita, com base na súmula 213/STJ, a ver reconhecido o direito de compensar (que tem como pressuposto um ato da autoridade de negar a compensabilidade), mas sem fazer juízo específico sobre os elementos concretos da própria compensação, a prova exigida é a da "condição de credora tributária" (ERESP 116.183/SP, 1ª Seção, Min. Adhemar Maciel, DJ de 27.04.1998).

2. Todavia, será indispensável prova pré-constituída específica quando, à declaração de compensabilidade, a impetração agrega (a) pedido de juízo sobre os elementos da própria compensação (v.g.: reconhecimento do indébito tributário que serve de base para a operação de compensação, acréscimos de juros e correção monetária sobre ele incidente, inexistência de prescrição do direito de compensar), ou (b) pedido de outra medida executiva que tem como pressuposto a efetiva realização da compensação (v.g.: expedição de certidão negativa, suspensão da exigibilidade dos créditos tributários contra os quais se opera a compensação). Nesse caso, o reconhecimento da liquidez e certeza do direito afirmado depende necessariamente da comprovação dos elementos concretos da operação realizada ou que o impetrante pretende realizar. Precedentes da 1ª Seção (ERESP 903.367/SP, Min. Denise Arruda, DJe de 22.09.2008) e das Turmas que a compõem.

3. No caso em exame, foram deduzidas pretensões que supõem a efetiva realização da compensação (suspensão da exigibilidade dos créditos tributários abrangidos pela compensação, até o limite do crédito da impetrante e expedição de certidões negativas), o que torna imprescindível, para o reconhecimento da liquidez e certeza do direito afirmado, a pré-constituição da prova dos recolhimentos indevidos.

4. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08".

(STJ, REsp nº 1.111.164/BA, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, 1ª Seção, j. 13.05.2009, DJe: 25.05.2009);

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. APLICABILIDADE. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. AÇÃO AJUIZADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR N. 118/05. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. ART. 543-B DO CPC. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. DISCUSSÃO A RESPEITO DA INCIDÊNCIA OU NÃO SOBRE AS SEGUINTE VERBAS: TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS; AVISO PRÉVIO INDENIZADO; SALÁRIO MATERNIDADE; SALÁRIO PATERNIDADE; IMPORTÂNCIA PAGA NOS QUINZE DIAS QUE ANTECEDEM O AUXÍLIO-DOENÇA; FÉRIAS GOZADAS; DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPETRAÇÃO VISANDO EFEITOS JURÍDICOS PRÓPRIOS DA EFETIVA REALIZAÇÃO DA COMPENSAÇÃO. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. NECESSIDADE. MATÉRIA DECIDIDA EM RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC. FÉRIAS. ABONO PECUNIÁRIO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 07/STJ. INCIDÊNCIA.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, in casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973.

II - O entendimento fixado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 566.621/RS, sob o regime de repercussão geral, nos termos do art. 543-B, do Código de Processo Civil, aplica-se às ações ajuizadas depois da entrada em vigor da Lei Complementar n. 118/2005.

III - Esta Corte, ao julgar o Recurso Especial n. 1.230.957/RS, submetido ao rito do art. 543-C, firmou entendimento segundo o qual não incide a mencionada contribuição sobre o terço constitucional de férias (gozadas e/ou indenizadas), aviso prévio indenizado, bem como sobre o valor pago pelo empregador, nos 15 (quinze) primeiros dias de afastamento do empregado, por doença ou acidente, incidindo, por outro lado, em relação ao salário maternidade e salário paternidade.

IV - Nos termos da jurisprudência da 1ª Seção desta Corte, o pagamento de férias gozadas possui natureza remuneratória, razão pelo qual incide a contribuição previdenciária. Precedentes.

V - A Primeira Seção desta Corte, no julgamento, em 09.02.2009, do Recurso Especial n. 1.066.682/SP, sedimentou entendimento, inclusive sob a sistemática do art. 543-C do Código de Processo Civil, acerca da incidência da contribuição previdenciária sobre o 13º salário.

VI - É pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, consolidado em julgamento submetido ao rito dos recursos repetitivos - Resp 1.111.164/BA, segundo o qual tratando-se de impetração que se limita, com base na Súmula n. 213/STJ, a ver reconhecido o direito de compensar, a prova exigida é a da condição de credora tributária, mas será indispensável prova pré-constituída específica quando, à declaração de compensabilidade, a impetração agrega pedido de juízo sobre os elementos da própria compensação.

VII - In casu, rever o entendimento do Tribunal de origem, o qual consignou que deve ser mantida a extinção do processo sem resolução do mérito quanto ao abono pecuniário de férias, pois a impetrante não se desincumbiu do ônus de comprovar o recolhimento sobre tal verba, o que seria de mister; a fim de caracterizar o interesse processual, demandaria necessário revolvimento de matéria fática, o que é inviável em sede de recurso especial, à luz do óbice contido na Súmula n. 07/STJ.

VIII - O Agravante não apresenta, no regimental, argumentos suficientes para desconstituir a decisão agravada.

IX - Agravo Regimental improvido.

(STJ, AgRg no REsp 1365824 / PR, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, 1ª T., j. 03/05/2016, DJe 13/05/2016);

PROCESSUAL CIVIL - TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - COMPENSAÇÃO - SÚMULA 213/STJ - DEMONSTRAÇÃO DE LIQUIDEZ E CERTEZA DO DIREITO - PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA - INEXISTÊNCIA - QUESTÃO RESOLVIDA EM RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO AO REGIME DO ART. 543-C DO CPC - RESOLUÇÃO STJ 8/2008.

1. O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária (Súmula 213/STJ).

2. Por sua vez a Primeira Seção do STJ, em sede de recurso especial representativo de controvérsia (art. 543-C do CPC), firmou a orientação de que é indispensável prova pré-constituída quando à declaração de compensabilidade se agrega "(a) pedido de juízo sobre os elementos da própria compensação (v.g.: reconhecimento do indébito tributário que serve de base para a operação de compensação, acréscimos de juros e correção monetária sobre ele incidente, inexistência de prescrição do direito de compensar), ou (b) pedido de outra medida executiva que tem como pressuposto a efetiva realização da compensação (v.g.: expedição de certidão negativa, suspensão da exigibilidade dos créditos tributários contra os quais se opera a compensação)". (REsp 1.111.164/BA, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe 25.5.2009).

3. No caso dos autos, conforme assentado pelo Tribunal de origem e relatado pelo acórdão recorrido, a impetrante deixou de apresentar qualquer documento que indicasse o recolhimento indevido da contribuição objeto do pedido de compensação. Dessa forma, conclui-se que a presente impetração carece de comprovação do direito líquido e certo nela invocado.

Agravo regimental improvido.

(STJ, AgRg no REsp 1174826 / SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, 2ª T., j. 05/08/2010, DJe 19/08/2010).

Anoto, ainda, que a Turma em caso similar deliberou, em juízo de retratação, manter o acórdão anteriormente proferido que indeferiu pedido de compensação por falta de prova pré-constituída, ao entendimento de que o aresto "não diverge da jurisprudência do e. STJ, tampouco do REsp nº 1.365.095/SP e 1.715.256/SP" (Ap. 0023643-44.2013.4.03.6100, Rel. Des. Fed. Cotrim Guimarães, j. em 19/11/2019). Confira-se:

TRIBUTÁRIO. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ARTIGO 1.040, II DO CPC. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. NÃO COMPROVAÇÃO SEQUER DA CONDIÇÃO DE CREDORA TRIBUTÁRIA. COMPENSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DO DECISUM. ORIENTAÇÃO CONFORME O ENTENDIMENTO DO E. STJ.

Foi expressamente consignado no acórdão que a questão referente à exigência de prova pré-constituída foi fundamentada com supedâneo em Recurso Repetitivo (STJ, Resp n.º 1111164/BA, 1ª Seção, rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe 25/05/2009 RSTJ vol. 215 p. 116), onde constou que seria indispensável a prova pré-constituída específica.

E, no caso, dos autos não consta nenhuma guia de recolhimento que comprovasse sequer a condição da impetrante de credora tributária, limitando-se a alegar sobre a desnecessidade de juntada de prova pré-constituída.

Juízo de retratação não exercido, mantendo-se o decisum desta Turma, ante a ausência de similitude fática e jurídica entre os feitos.

Devolvam-se os autos à Vice-Presidência.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso e à remessa oficial para afastar a compensação de valores, nos termos *supra*.

É como voto.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5021447-40.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: FILON CONFECÇÕES LTDA
Advogado do(a) APELADO: LUIZ ROBERTO BRAGADA SILVA - SP288009-A

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. ARTIGOS 7º e 8º DA LEI Nº 12.546/2011. OPÇÃO IRRETRATÁVEL PARA O EXERCÍCIO DE 2018.

I – Hipótese de opção pelo regime tributário alternativo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta (CPRB).

II – Superveniência da Lei 13.670/18 que não atende ao princípio da segurança jurídica por sua vez impondo a manutenção da opção prevista nos artigos 7º e 8º da Lei nº 12.546/2011 para o exercício de 2018. Precedentes da Turma.

III - Ausência de prova pré-constituída, reformando-se a sentença no ponto em que acolheu pedido de compensação.

IV - Recurso e remessa oficial parcialmente providos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Segunda Turma decidiu, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso e à remessa oficial, para afastar a compensação de valores, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5014418-32.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR

AGRAVANTE: PERIL GOMES DE LANES SOBRINHO

Advogado do(a) AGRAVANTE: SIBELE LEMOS DE MORAES - SP240894-N

AGRAVADO: UNIÃO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Neste juízo sumário de cognição, lobrigando suficiente carga de plausibilidade nas razões recursais no ponto em que a parte agravante sustenta que "o Agravante, antes de ter o pedido de gratuidade indeferido, não teve oportunidade de trazer aos autos outros elemento hábeis a comprovar a alegada hipossuficiência" em vista do disposto no artigo 99, §2º, do CPC ("O juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos"), presentes os requisitos exigidos determino o processamento com atribuição de efeito suspensivo ao recurso.

Comunique-se ao MM. Juízo "a quo", a teor do disposto no art. 1.019, I, do CPC.

Intime-se a parte agravada, nos termos do art. 1019, II, do CPC.

Publique-se. Intime-se.

Peixoto Junior

Desembargador Federal

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015507-90.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR
AGRAVANTE: CLAUDIO APARECIDO DE SOUZA
Advogado do(a) AGRAVANTE: SIBELE LEMOS DE MORAES - SP240894-N
AGRAVADO: UNIÃO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Neste juízo sumário de cognição, lobrigando suficiente carga de plausibilidade nas razões recursais no ponto em que a parte agravante sustenta que *"o Agravante, antes de ter o pedido de gratuidade indeferido, não teve oportunidade de trazer aos autos outros elemento hábeis a comprovar a alegada hipossuficiência"* em vista do disposto no artigo 99, §2º, do CPC (*"O juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos"*), presentes os requisitos exigidos determino o processamento com atribuição de efeito suspensivo ao recurso.

Comunique-se ao MM. Juízo "a quo", a teor do disposto no art. 1.019, I, do CPC.

Intime-se a parte agravada, nos termos do art. 1019, II, do CPC.

Publique-se. Intime-se.

Peixoto Junior

Desembargador Federal

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5014404-82.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 06 - DES. FED. CARLOS FRANCISCO
AGRAVANTE: MARIA HELENA DE ARAUJO SILVA
Advogado do(a) AGRAVANTE: JUCENIR BELINO ZANATTA - SP125881-A
AGRAVADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo instrumento interposto em face de decisão que, em sede de cumprimento de sentença movido em face da Caixa Econômica Federal, acolheu os cálculos da Contadoria Judicial e determinou o prosseguimento do feito.

A decisão agravada foi assim proferida:

“Vistos.

Tratam os presentes de cumprimento de sentença no qual a executada apresentou impugnação.

A parte autora apresentou o valor devido R\$ 15.571,36.

A CEF apresentou impugnação arguindo excesso de execução pela inclusão de juros de 1% ao mês, incabíveis. R\$ 11.185,64. A CEF realizou depósito do valor requerido.

Autos remetidos à Contadoria Judicial que apresentou manifestação e cálculos: R\$ 6.336,39.

É o relatório.

Passo a fundamentar e decidir:

A decisão exequenda é composta de três tópicos: restituição dos valores resgatados da conta vinculada do FGTS acrescidos de juros e correção monetária conforme os depósitos fundiários; danos morais de R\$ 2.000,00, corrigidos a partir da data da sentença (13/07/11), conforme o Manual de Cálculos, juros moratórios a partir da citação – 31/08/07 e honorários advocatícios arbitrados em R\$ 2.000,00 em 16/08/18.

A parte autora realmente utilizou a tabela do TJ para a correção do débito, aplicou juros em percentual diverso do devido além de iniciar a contagem em 03/94, diversamente do que habilita o título judicial. Já a CEF iniciou a correção do valor do dano moral em data diversa da estabelecida.

Portanto, acolho o cálculo da Contadoria Judicial, realizada dentro dos parâmetros acima descritos em respeito à coisa julgada.

Posto isto, DECLARO DEVIDO à AUTORA o valor de R\$ 6.336,39, atualizado para a data do depósito pela CEF em 02/19 para R\$ 6.374,12 – ID 17023545. Do total depositado, deverá ser levantado pela requerente 40,94% e pela ré 59,06%.

Dada a sucumbência recíproca, os honorários advocatícios, arbitrados em R\$ 1.000,00 serão de responsabilidade das respectivas partes.

Decorrido o prazo para os eventuais recursos, expeçam-se os alvarás de levantamento.

Int”

Sustenta a agravante, em síntese, que não houve aplicação de correção monetária nos valores devidos referentes aos danos materiais e morais. Requer a reforma da decisão agravada, a fim de que sejam refeitos os cálculos pela contadoria judicial, com a inclusão de correção monetária nas condenações por dano moral e material, em observância à coisa julgada. Pugna pela concessão do efeito suspensivo.

É o breve relatório. Passo a decidir.

O cumprimento de sentença por quantia certa está adstrito aos limites da coisa julgada, em favor da garantia da segurança jurídica positivada no art. 5º, XXXVI da Constituição de 1988, razão pela qual o âmbito de conhecimento judicial é restrito às matérias elencadas no art. 475-L e no art. 741 do revogado Código de Processo Civil de 1973, correspondentes ao contínuo no art. 525 da lei processual civil vigente. Contudo, no silêncio da decisão transitada em julgado, o juízo terá competência para se pronunciar nos pontos que se fizerem necessários ao cumprimento do julgado, preservando a segurança jurídica afirmada pela coisa julgada.

Instaurada divergência em relação ao quantitativo no cumprimento de sentença por quantia certa, o juízo competente poderá ser auxiliado por sua respectiva contadoria judicial, quando então poderão ser utilizadas as orientações consolidadas no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, sempre respeitado o conteúdo da coisa julgada.

Por certo, como órgão auxiliar do juízo e integrante do serviço público, é presumível que a contadoria judicial desfrute da confiança do juízo, não obstante o mesmo possa rejeitar os cálculos oferecidos por esse órgão para, escorado na livre convicção motivada, julgar o feito com a fundamentação compatível com a independência e a imparcialidade que imperam nos pronunciamentos judiciais.

É importante lembrar que o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal foi elaborado e é permanentemente atualizado por comissão criada no âmbito do Conselho da Justiça Federal, e em seu conteúdo traz analítica descrição de critérios para diversas modalidades de contas (p. ex., dívidas tributárias, FGTS, foro, laudêmio, taxa de ocupação, multas administrativas, desapropriações, e dívidas diversas).

No caso dos autos, trata-se de *restituição dos valores resgatados da conta vinculada do FGTS, danos morais e honorários*. O título judicial exequendo, proferido em 16/08/2018 e com trânsito em julgado em 15/10/2018, estabeleceu a atualização monetária do valor da condenação nos seguintes termos: *“correção monetária desde a data do arbitramento (no caso concreto, a data da sentença), conforme Súmula 362 do STJ, e juros de mora, aplicados nos mesmos critérios do Manual de Cálculos da Justiça Federal Vigente à época da liquidação.”* (grifei)

Nos cálculos realizados pela Contadoria Judicial (ID. 68278973, fls. 180/185), foi utilizado o critério estabelecido no Capítulo 4.2.2 – Condenações em geral, do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal – Resolução C/JF nº 267/2013, com a aplicação da SELIC, que engloba tanto a correção monetária como os juros de mora.

Desse modo, ao que consta, na conta homologada foram aplicados os critérios de atualização monetária e juros de mora previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, em estrita observância ao comando contido no título executivo.

Na estreita via do agravo de instrumento, não há como verificar, de plano, a probabilidade de provimento do recurso.

Ante o exposto, ausentes um dos requisitos ensejadores da concessão de efeito suspensivo ao recurso, **INDEFIRO** o pleito formulado.

Dê a Subsecretaria cumprimento ao disposto no artigo 1.019, inc. II, do CPC.

P.I..

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5011315-17.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 06 - DES. FED. CARLOS FRANCISCO

AGRAVANTE: NOVAARALCO INDUSTRIA E COMERCIO S/A

Advogado do(a) AGRAVANTE: JOAO VICTOR ROSA BRAGHIN - SP378639-N

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos.

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por **NOVA ARALCO INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A** contra decisão proferida nos autos da execução fiscal que lhe é movida pela **UNIÃO FEDERAL**.

A decisão agravada foi copiada no Id. 131903988 - Pág. 89 a 91.

A agravante requer, preliminarmente, a concessão de Justiça Gratuita. No mérito sustenta, em síntese, que nos termos do artigo 124 do CTN, não é possível a atribuir responsabilidade tributária à agravante pelo mero fato de pertencer ou possuir relação como Grupo ARALCO, haja vista que, para tanto seria necessário a comprovação do “interesse comum” na ocorrência do fato gerador dos tributos executados. Ressalta que tributaristas e Tribunais têm entendido que os terceiros mesmo os “sócios” não têm responsabilidade tributária solidária somente por terem interesses financeiros relacionados ao fato gerador das exações. Pondera que sequer existia por ocasião do fato gerador dos tributos em execução. Afirma que o STJ, ao julgar o REsp 1.775.269, decidiu sobre necessidade de instauração, no bojo da Execução Fiscal, de Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica para atribuição de responsabilidade tributária solidária à terceiros, consignando expressamente que não é possível falar-se em responsabilidade tributária de empresa somente por pertencer ao mesmo grupo econômico da devedora principal. A agravante alega, ainda, que foi constituída como medida de recuperação de empresa em recuperação judicial, nos termos do artigo 50 da Lei Federal 11.101/2005.

Pugna pela concessão de efeito suspensivo ativo ao recurso.

Decido.

Diante da ausência de recolhimento das custas referentes ao presente recurso, necessária a análise prévia da matéria referente à Justiça Gratuita, para fins de processamento do agravo.

A concessão de gratuidade de justiça a pessoa jurídica é excepcional, devendo o requerente, para tanto, demonstrar sua situação de insuficiência financeira. A propósito:

AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. PEDIDO DE JUSTIÇA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA. INEXISTÊNCIA DE PRESUNÇÃO LEGAL FAVORÁVEL. NECESSIDADE DE PROVA DA INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS. INDEFERIMENTO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 165, 458, 459 E 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. INEXISTÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. PEDIDO DE CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE PERDAS E DANOS. NÃO COMPROVAÇÃO. REEXAME FÁTICO DOS AUTOS. SÚMULA N. 7/STJ. 1. "Nos termos da jurisprudência desta Corte, a concessão do benefício de gratuidade da justiça à pessoa jurídica somente é possível quando comprovada a precariedade de sua situação financeira, inexistindo, em seu favor, presunção de insuficiência de recursos" (AgInt nos EDcl no AREsp 912.784/BA, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, DJe de 27.6.2019). 2. O acórdão recorrido analisou todas as questões necessárias ao deslinde da controvérsia, de forma fundamentada, não se configurando omissão, contradição ou negativa de prestação jurisdicional. 3. Não cabe, em recurso especial, reexaminar matéria fático-probatória (Súmula n. 7/STJ). 4. Agravo interno a que se nega provimento. (STJ, AINTARESP - 440609 2013.03.94894-0, Maria Isabel Gallotti, STJ – Quarta Turma, DJE 14/10/2019).

Entendo que, no caso dos autos, a insuficiência de recursos não restou cabalmente demonstrada. Afinal, o próprio montante dos débitos em execução indica que se trata de empresa integrante de grupo econômico de grande porte. **A própria agravante reconhece, nas razões recursais, estar ligada ao Grupo Aralco;** vide, a esse respeito, o Id. 131903660 - Pág. 4.

Embora tal grupo seja constituído majoritariamente por empresas que atualmente estão em situação de recuperação judicial, a agravante não demonstrou que possua faturamento mensal insuficiente para fazer frente às custas judiciais.

Frise-se que o valor das custas referentes ao presente recurso não é elevado e não tem o condão de prejudicar o andamento do plano de recuperação judicial das empresas executadas - ao menos não foi apresentado pela parte agravante qualquer elemento de prova que permitisse conclusão diversa.

Ante o exposto, indefiro o pedido de concessão do benefício da Justiça Gratuita.

Intime-se a parte agravante para que providencie o recolhimento das custas pertinentes, sob pena de deserção.

P.I.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5011534-30.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 06 - DES. FED. CARLOS FRANCISCO

AGRAVANTE: JOAO ALVES BARBOSA

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARLENE HELENA DA ANUNCIACAO - DF11868-A

AGRAVADO: BANCO DO BRASIL SA

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por JOÃO ALVES BARBOSA contra decisão proferida nos autos de ação de cumprimento provisório de sentença movida contra o BANCO DO BRASIL S/A.

A parte agravante manifestou-se requerendo a **desistência** do presente recurso.

Decido.

Nos termos do art. 998 do CPC, o recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso interposto. Frise-se que, no caso dos autos, inexistiu hipótese de prejuízo ao agravado na desistência ora requerida.

Diante do exposto, nos termos do artigo 485, VIII, do Código de Processo Civil, homologo a desistência da parte autora quanto ao presente agravo de instrumento.

P.I.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015933-05.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 06 - DES. FED. CARLOS FRANCISCO

AGRAVANTE: UNIÃO FEDERAL

AGRAVADO: ROBERTO ISAAC KIBRIT, ROBERTO LAUR, ROBERTO TAKASHI YOSHIOKA, ROMEU GUERRA, RONALDO SAUL LINARES CORREA

Advogados do(a) AGRAVADO: GUSTAVO HENRIQUE CAPUTO BASTOS - DF07383, FRANCISCO QUEIROZ CAPUTO NETO - DF11707, MARCELO JAIME FERREIRA - DF15766-A

Advogados do(a) AGRAVADO: GUSTAVO HENRIQUE CAPUTO BASTOS - DF07383, FRANCISCO QUEIROZ CAPUTO NETO - DF11707, MARCELO JAIME FERREIRA - DF15766-A

Advogados do(a) AGRAVADO: GUSTAVO HENRIQUE CAPUTO BASTOS - DF07383, FRANCISCO QUEIROZ CAPUTO NETO - DF11707, MARCELO JAIME FERREIRA - DF15766-A

Advogados do(a) AGRAVADO: GUSTAVO HENRIQUE CAPUTO BASTOS - DF07383, FRANCISCO QUEIROZ CAPUTO NETO - DF11707, MARCELO JAIME FERREIRA - DF15766-A

Advogados do(a) AGRAVADO: GUSTAVO HENRIQUE CAPUTO BASTOS - DF07383, FRANCISCO QUEIROZ CAPUTO NETO - DF11707, MARCELO JAIME FERREIRA - DF15766-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos.

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto pela **UNIÃO FEDERAL** contra decisão proferida nos autos da ação de cumprimento de sentença que lhe é movida por **ROBERTO ISAAC KIBRIT e outros**.

A decisão agravada foi proferida nos seguintes termos:

“Tratam-se de embargos de declaração opostos pelas partes em face da decisão de Num. 20845830.

Sustenta a parte exequente que a decisão embargada é omissa e contraditória pelos seguintes motivos (Num. 21267852):

a) omissão quanto à imediata aplicabilidade do índice de correção monetária (IPCA-e);

b) contradição quanto aos reflexos da GAT sobre a rubrica denominada “Devolução de PSS” e ao momento de desconto da contribuição previdenciária (PSS), considerando-se a impossibilidade de incidência de juros de mora sobre tal parcela (PSS).

Pugnam os exequentes pela correção da omissão apontada, com a devida aplicação do IPCA-E desde logo, como índice de correção monetária, ante o julgamento final do Recurso Extraordinário 870.947.

Sustentam, ainda, que, em um primeiro momento, a decisão adotou o posicionamento dos Exequentes, seguindo o entendimento de que o desconto para a Contribuição PSS deve ser feito ao final, na ocasião do pagamento dos RPVs; e, em um segundo momento, optou por adotar a tese defendida pela União, em que deve ser descontada a Contribuição PSS antes da incidência dos juros moratórios.

Requerem, portanto, seja sanada a contradição apontada, enfrentando-se as duas matérias “rubrica Devolução PSS” e “contribuição previdenciária PSS” separadamente, a fim de evitar confusão sobre elas.

Pleiteiam, em consequência:

i) a aplicação do IPCA-e para correção monetária;

ii) que a parcela relativa à contribuição ao PSS seja descontada somente ao final, e incida sobre o valor principal (desconsiderados os juros moratórios em razão de sua natureza indenizatória) evitando o bis in idem.

A União apresentou contrarrazões aos Embargos de Declaração em Num. 26982602.

Requer a inaplicabilidade do IPCA e, no tocante ao PSS, sustenta que “a r. sentença, independentemente de correta ou equivocada, tratou da questão, não havendo que se falar de qualquer contradição, ao contrário, foi explícita e explicativa”.

Por sua vez, a União interpôs Embargos de Declaração em Num. 21942454.

De início, sustenta haver prejudicialidade externa para continuação do trâmite da presente ação, porquanto não é possível o seu prosseguimento sem a imersão no discutido na rescisória 6.436/DF (2019/0093684-0), pleiteando a “suspensão do prosseguimento da presente ação de cumprimento de sentença, porquanto a ação rescisória atinge a extensão do título executivo que os exequentes utilizam, sendo inconteste que a decisão a ser proferida na rescisória influenciará o julgamento desta impugnação, pois o que se discute é justamente a base de cálculo”.

Narra, ainda, que, além da ação coletiva que ora se executa, tramita junto à 12ª Vara Federal Cível de São Paulo outra demanda, também de natureza coletiva, proposta pelo SINDICATO DOS AUDITORES FISCAIS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL DE SÃO PAULO (SINDIFISP/SP), sucedido pelo SINDICATO NACIONAL DOS AUDITORES FISCAIS DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL (SINDIFISCO NACIONAL), a qual recebeu o nº 0005306-80.2008.4.03.6100, sendo que ambas contam com pedidos idênticos.

Informa a executada que o processo encontra-se atualmente no STJ, pendente de julgamento agravo interno em REsp interposto pelo Sindicato.

Alega que ambas as ações coletivas foram promovidas pelo mesmo sindicato, de modo que a extensão de substitutos há de ser delimitada sob o critério territorial. Nesse sentido, havendo identidade de partes, pedido e causa de pedir entre ambos os processos, cada processo coletivo deveria abarcar exclusivamente os substituídos processuais que se encontrem domiciliados na sua área territorial.

Prossegue defendendo que, estando os exequentes vinculados ao processo 0005306-80.2008.4.03.6100, em curso perante a 12ª VF/SP, a ilegitimidade de parte se impõe. Não haveria, portanto, título que sustentasse o pedido dos exequentes, sendo inadmissível o transplante da condição de substituído excepcional de um processo coletivo idêntico para executá-lo individualmente em outro.

Requer, também, o saneamento de contradição concernente ao índice de correção monetária a ser adotado quando da elaboração dos cálculos.

Em contrarrazões (Num. 27217076), os executados sustentam o não cabimento dos embargos de declaração opostos pela União, por não se enquadrar em nenhuma das hipóteses do art. 1.022 do Código de Processo Civil.

Inicialmente, pleitam a não suspensão da tramitação do cumprimento de sentença

Apontam, ainda, que a legitimidade dos exequentes já havia sido apreciada pelo Juízo, segundo o critério da ampla legitimidade dos sindicatos, afastando-se totalmente qualquer limitação subjetiva por critério territorial, não havendo omissão/obscuridade a ser sanada.

No mérito, defendem que os sindicatos, quando atuam em nome de seus filiados, o fazem em substituição processual, em decorrência da competência que lhes foi outorgada pelo artigo 8º, III, CF. Nessa linha, tem-se que, em casos de conflito sobre representatividade sindical, o sindicato legítimo e de maior representatividade é o de atuação mais larga e abrangente, que, neste caso, é o SINDIFISCO NACIONAL.

Defendem que a ação regional proposta pelo Sindifisp/SP deveria ser extinta sem resolução de mérito, em razão da existência de coisa julgada, tendo em vista que o seu objeto se encontra prejudicado com o trânsito em julgado da ação coletiva proposta pelo SINDIFISCO.

Destacam que o Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento sobre o critério de correção monetária a ser aplicado aos débitos da Fazenda (tanto de precatórios quanto de condenações judiciais), repisando a impossibilidade jurídica da utilização do índice de remuneração da caderneta de poupança (TR), pelo que pugnam pela aplicabilidade imediata do IPCA-e.

É o relato do necessário, passo a decidir:

DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DOS EXEQUENTES

Acerca da omissão quanto à imediata aplicabilidade do índice de correção monetária (IPCA-e) razão assiste aos exequentes, conforme definitivamente julgado pelo Eg. STF:

QUATRO EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS DE FUNDAMENTAÇÃO NO ACÓRDÃO EMBARGADO. REJEIÇÃO. REQUERIMENTO DE MODULAÇÃO DE EFEITOS INDEFERIDO. 1. O acórdão embargado contém fundamentação apta e suficiente a resolver todos os pontos do Recurso Extraordinário. 2. Ausentes omissão, contradição, obscuridade ou erro material no julgado, não há razão para qualquer reparo. 3. A respeito do requerimento de modulação de efeitos do acórdão, o art. 27 da Lei 9.868/1999 permite a estabilização de relações sociais surgidas sob a vigência da norma inconstitucional, com o propósito de prestigiar a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima depositada na validade de ato normativo emanado do próprio Estado. 4. Há um juízo de proporcionalidade em sentido estrito envolvido nessa excepcional técnica de julgamento. A preservação de efeitos inconstitucionais ocorre quando o seu desfazimento implica prejuízo ao interesse protegido pela Constituição em grau superior ao provocado pela própria norma questionada. Em regra, não se admite o prolongamento da vigência da norma sobre novos fatos ou relações jurídicas, já posteriores à pronúncia da inconstitucionalidade, embora as razões de segurança jurídica possam recomendar a modulação com esse alcance, como registra a jurisprudência da CORTE. 5. Em que pese o seu caráter excepcional, a experiência demonstra que é próprio do exercício da Jurisdição Constitucional promover o ajustamento de relações jurídicas constituídas sob a vigência da legislação invalidada, e essa CORTE tem se mostrado sensível ao impacto de suas decisões na realidade social subjacente ao objeto de seus julgados. 6. Há um ônus argumentativo de maior grau em se pretender a preservação de efeitos inconstitucionais, que não vislumbro superado no caso em debate. Prolongar a incidência da TR como critério de correção monetária para o período entre 2009 e 2015 é incongruente com o assentado pela CORTE no julgamento de mérito deste RE 870.947 e das ADIs 4357 e 4425, pois virtualmente esvazia o efeito prático desses pronunciamentos para um universo expressivo de destinatários da norma. 7. As razões de segurança jurídica e interesse social que se pretende prestigiar pela modulação de efeitos, na espécie, são inteiramente relacionadas ao interesse fiscal das Fazendas Públicas devedoras, o que não é suficiente para atribuir efeitos a uma norma inconstitucional. 8. Embargos de declaração todos rejeitados. Decisão anteriormente proferida não modulada. (RE 870947 ED, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 03/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31-01-2020 PUBLIC 03-02-2020)

Assim, acolho os embargos de declaração opostos pelos exequentes, a fim de determinar a aplicação do IPCA, na extensão fixada pelo STF, no cálculo do montante devido pela União.

Passo a analisar os pedidos acerca da contradição quanto aos reflexos da GAT sobre a rubrica denominada “Devolução de PSS” e ao momento de desconto da contribuição previdenciária (PSS), considerando-se a impossibilidade de incidência de juros de mora sobre tal parcela (PSS).

Inicialmente, no que toca à parcela “Devolução de PSS”, assiste razão aos exequentes acerca da contradição apontada.

Com efeito, a decisão embargada, após concluir que esta rubrica deve ser considerada na base de cálculo do valor executado (porque, se no período considerado no cálculo o servidor tivesse efetivamente recebido os valores que compõem a remuneração devidamente majorados em virtude da incorporação da GAT ao vencimento básico, os descontos da contribuição previdenciária (PSS) também seriam majorados na mesma proporção, eis que calculados na forma de percentuais, sendo certo que a devolução destes valores, por determinação judicial, também sofre a variação correspondente: a incorporação da GAT ao vencimento básico confere aos autores um “novo vencimento básico” e, a partir daí, todas as parcelas que consideram o vencimento básico para fins de incidência igualmente devem ser recalculadas), menciona entendimento referente aos descontos gerais a título de PSS, que não se confundem com tal rubrica especificamente.

Assim, acolho os embargos de declaração dos exequentes, nessa parte, para tornar sem efeito as menções, nesse tópico específico, acerca dos descontos gerais a título de PSS, e determinar, tão somente, que seja majorado o montante a título de 01254 DEVOLUCAO PSS EC 41 DEC. JUD AP na mesma proporção da majoração ocasionada em virtude da incorporação da GAT ao vencimento básico dos exequentes.

Superado esse primeiro ponto, deve-se esclarecer eventual obscuridade acerca da incidência de juros de mora sobre as parcelas relativas ao desconto PSS, bem como acerca do momento do mencionado desconto.

Inicialmente, deve-se distinguir o momento em que se realizará a efetivação “física” do desconto PSS, por ocasião, mais precisamente, do pagamento dos requisitórios (e não da mera expedição, como constou da decisão embargada), do momento de elaboração, no cálculo abstrato, das contas do montante total devido bem como do total a ser descontado a título de PSS.

Assim, distingue-se a operacionalização do desconto e a forma de definição do montante devido a título de PSS.

Nesse ponto, também é de se acolher os embargos de declaração opostos pelos exequentes, a fim de esclarecer que os cálculos devem ser elaborados indicando o valor a título de PSS que incide sobre o valor atualizado da condenação.

Mais especificamente, os requisitórios são expedidos pelo valor bruto (principal + juros de mora), indicando o valor do PSS apurado, para fins de desconto, pela instituição financeira, no momento do pagamento, de modo que o PSS está incluído no valor principal.

Os juros de mora incidem sobre o valor atualizado da condenação, ao tempo em que o PSS compõe o valor principal sobre o qual se calcula os juros de mora, sendo descontado apenas no pagamento do requisitório.

No ponto, peço licença para transcrever trecho do inteiro teor do AI 5023449-13.2019.4.03.0000 (Rel. Desembargador Federal WILSON ZAUHY FILHO, julgado em 14/02/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 18/02/2020, TRF 3ª Região, 1ª Turma):

Inicialmente, cumpre consignar que os juros de mora ostentam natureza indenizatória e, portanto, não integram a base de cálculo da contribuição do plano de seguridade do servidor público (PSS).

Neste sentido, decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça sob a sistemática do art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DO PLANO DE SEGURIDADE DO SERVIDOR PÚBLICO (PSS). RETENÇÃO. VALORES PAGOS EM CUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL (DIFERENÇAS SALARIAIS). INEXIGIBILIDADE DA CONTRIBUIÇÃO SOBRE A PARCELA REFERENTE AOS JUROS DE MORA. 1. O ordenamento jurídico atribui aos juros de mora a natureza indenizatória. Destinam-se, portanto, a reparar o prejuízo suportado pelo credor em razão da mora do devedor; o qual não efetuou o pagamento nas condições estabelecidas pela lei ou pelo contrato. Os juros de mora, portanto, não constituem verba destinada a remunerar o trabalho prestado ou capital investido. 2. A não incidência de contribuição para o PSS sobre juros de mora encontra amparo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que autoriza a incidência de tal contribuição apenas em relação às parcelas incorporáveis ao vencimento do servidor público. Nesse sentido: REsp 1.241.569/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 13.9.2011. 3. A incidência de contribuição para o PSS sobre os valores pagos em cumprimento de decisão judicial, por si só, não justifica a incidência da contribuição sobre os juros de mora. Ainda que se admita a integração da legislação tributária pelo princípio do direito privado segundo o qual, salvo disposição em contrário, o bem acessório segue o principal (expresso no art. 59 do CC/1916 e implícito no CC/2002), tal integração não pode implicar na exigência de tributo não previsto em lei (como ocorre com a analogia), nem na dispensa do pagamento de tributo devido (como ocorre com a equidade). 4. Ainda que seja possível a incidência de contribuição social sobre quaisquer vantagens pagas ao servidor público federal (art. 4º, § 1º, da Lei 10.887/2004), não é possível a sua incidência sobre as parcelas pagas a título de indenização (como é o caso dos juros de mora), pois, conforme expressa previsão legal (art. 49, I e § 1º, da Lei 8.112/90), não se incorporam ao vencimento ou provento. Por tal razão, não merece acolhida a alegação no sentido de que apenas as verbas expressamente mencionadas pelos incisos do § 1º do art. 4º da Lei 10.887/2004 não sofrem a incidência de contribuição social. 5. Recurso especial não provido. Acórdão sujeito ao regime previsto no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 – Presidência/STJ. (STJ, REsp nº 1.239.203/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe: 01/02/2013).

Não se há de falar, portanto, em incidência da contribuição do Plano de Seguridade do Servidor Público (PSS) sobre o valor a ser pago aos autores a título de juros de mora, nada havendo que se reparar na decisão agravada neste ponto.

No caso concreto, no entanto, o que se discute é o momento em que a parcela atinente à contribuição ao PSS será descontada dos valores a serem pagos pela União em favor do servidor exequente – se durante a elaboração dos cálculos, como defende a União e deferiu o Juízo de Origem, ou se apenas quando do efetivo pagamento, como pretende o agravante.

Na prática – e aqui reside o interesse jurídico das partes –, o que se está a discutir é sobre quais valores incidirão os juros de mora; quanto a isto, defendem os agravantes que incida sobre todo o valor indenizatório, enquanto sustenta a União que se deve, primeiramente, descontar a contribuição em questão para só depois fazer incidir os juros moratórios.

Bem delineada a controvérsia, cumpre enfrentá-la, o que faço para o fim de acolher o presente recurso.

Isso porque os juros de mora são devidos em face de o pagamento não haver sido efetuado à época própria, tendo natureza indenizatória, a fim de reparar o dano, devendo recair sobre o principal corrigido. Ainda, não existe previsão legal no sentido de se realizar, em primeiro lugar, o abatimento da contribuição previdenciária, para, só após, proceder-se à incidência dos juros sobre o numerário remanescente (montante principal do débito).

E o fato de a parcela relativa à contribuição previdenciária ao PSS não chegar às mãos do servidor público porque a União efetua o desconto antes disso não autoriza concluir que tal quantia não integre o valor da condenação (que é a base de cálculo dos juros de mora), como pretende a Fazenda Pública.

Assim vem decidindo o E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região quanto à matéria:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. JUROS MORATÓRIOS. BASE DE CÁLCULO. VALORES BRUTOS. 1. No dia 20 de setembro de 2017, o Supremo Tribunal Federal julgou o RE 870.947, definindo a seguinte tese para o Tema nº 810: "1. O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput); quanto às condenações oriundas de relação jurídica não tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09; 2. O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina." 2. Conforme entendimento consolidado no âmbito desta Corte, os juros de mora devem incidir sobre o valor bruto devido ao exequente, antes de descontada a parcela relativa à contribuição ao PSS. (TRF4, AG 5054210-68.2017.4.04.0000, QUARTA TURMA, Relator LUÍS ALBERTO D'AZEVEDO AURVALLE, juntado aos autos em 21/02/2018) (destaquei).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO SENTENÇA. JUROS DE MORA. CONTRIBUIÇÃO PSS. Conforme entendimento consolidado no âmbito desta Corte, os juros de mora devem incidir sobre o valor bruto devido ao exequente, antes de descontada a parcela relativa à contribuição ao PSS. (TRF4, AG 5021796-85.2015.4.04.0000, QUARTA TURMA, Relator LUÍS ALBERTO DAZEVEDO AURVALLE, juntado aos autos em 09/07/2015).

De rigor, portanto, a reforma da decisão agravada para se determinar a incidência de juros de mora sobre o valor atualizado da condenação, antes de descontada a parcela relativa à contribuição ao PSS, deixando-se expressamente consignado que os juros de mora não integrarão o cálculo desta parcela.

Ante o exposto, voto por dar parcial provimento ao agravo de instrumento para determinar a incidência de juros de mora sobre o valor atualizado da condenação, antes de descontada a parcela relativa à contribuição ao PSS.

Em síntese, o PSS integra a condenação bruta sobre a qual incidem os juros de mora (os quais incidem sobre o total da condenação corrigida).

Por outro lado, os juros de mora não integram a base de cálculo do PSS, ou seja, o PSS não incide sobre juros de mora (verbas de natureza indenizatória).

Assim, o desconto do PSS deve ser feito por ocasião do pagamento do requisitório, incidindo juros de mora sobre o cálculo da condenação (a qual ele integra), mas sem que seja calculado sobre os juros de mora por ocasião do desconto (não incide PSS sobre juros de mora).

DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DA EXECUTADA

Inicialmente, quanto à reiteração do pleito de suspensão da tramitação do presente cumprimento de sentença, mantenho as razões anteriormente expostas em Num. 20845830 pelo seu indeferimento.

Acerca da demanda em trâmite na 12ª Vara suscitada pela executada, essa fora instaurada ainda no ano de 2008 (posteriormente à demanda coletiva que ora se executa individualmente, de 2007), ou seja, já era de amplo conhecimento da União sua tramitação quando da apresentação da impugnação nos presentes autos, tratando-se de matéria preclusa.

Além disso, ainda que eventualmente afastável a preclusão, com fundamento no art. 337, § 5º, CPC, a matéria deveria ser objeto de impugnação nos autos que tramitam perante a 12ª Vara, por ocasião da fase de conhecimento, e não no presente cumprimento de sentença.

Acerca da correção monetária, cuja contradição também fora apontada pela parte exequente, reitero as razões acima expostas.

Pelo exposto, conheço dos embargos declaratórios e DOU PROVIMENTO AO RECURSO DOS EXEQUENTES, nos termos do art. 1.022 e seguintes do Código de Processo Civil, a fim de:

i) determinar a aplicação do IPCA-e como índice de correção monetária nos termos fixados pelo STF nos Embargos de Declaração no RE 870.947 (PUBLIC 03-02-2020);

ii) determinar que a parcela relativa à contribuição ao PSS seja descontada somente ao final dos cálculos, incidindo sobre o valor principal da condenação, desconsiderados os juros moratórios em razão de sua natureza indenizatória;

iii) tornar sem efeito as menções, no tópico específico das repercussões na parcela 01254 DEVOLUCAO PSS EC 41 DEC.JUD AP, acerca dos descontos gerais a título de PSS, e determinar, tão somente, que seja majorado o montante a título de 01254 DEVOLUCAO PSS EC 41 DEC.JUD AP na mesma proporção da majoração ocasionada em virtude da incorporação da GAT ao vencimento básico dos exequentes.

Conheço dos Embargos de Declaração da União, porque tempestivos, porém, NEGO-LHES PROVIMENTO, nos termos acima explicitados, salvo no que toca à correção monetária, conforme item i supra.

Intimem-se. Nada mais sendo requerido, remetam-se os autos à contadoria.”

A decisão embargada, por sua vez, fora proferida nos seguintes termos (transcrição parcial):

“(…)

Inicialmente, verifico ter sido ajuizada ação rescisória visando desconstituir o título sobre o qual se funda o presente cumprimento de sentença.

Nos autos da AR 6.436/DF foi proferida decisão deferindo o pedido de tutela de urgência para suspender o levantamento ou pagamento de eventuais precatórios ou RPVs já expedidos, em quaisquer processos de execução decorrentes da decisão rescindenda, até a apreciação colegiada da tutela provisória pela 1ª Seção.

Isso posto, por ora, entendo pertinente a continuidade da tramitação do presente cumprimento de sentença, uma vez que sua suspensão, na atual fase, ocasionaria prejuízo injustificado aos exequentes, em violação ao princípio da duração razoável do processo, incluída a atividade satisfativa (art. 4º, CPC).

Por outro lado, é certo que não se vislumbra prejuízo imediato à executada (União), considerada a sistemática constitucional dos precatórios, inafastável em obrigações de pagar quantia certa opostas em face da Fazenda Pública, ao mesmo tempo em que o levantamento ou pagamento de eventuais precatórios ou RPVs já expedidos está suspenso por determinação do Eg. STJ.

Quanto às questões suscitadas na impugnação nos presentes autos, passo a decidir.

Inicialmente, quanto à suposta nulidade da execução, uma vez que os valores atinentes à GAT foram administrativamente pagos em tempo oportuno e não teria havido condenação da União ao pagamento de eventuais diferenças ou reflexos sobre outras verbas, tal argumento será analisado a seguir, quando apreciada a congruência entre o título exequendo e o pedido de cumprimento.

Ainda de acordo com a executada, a lide estaria exaurida no próprio pagamento da GAT, o que fora feito administrativamente, em tempo próprio. Esse argumento serve para duas de suas teses de defesa – a nulidade da execução e a ausência de congruência entre o título exequendo e o pedido de cumprimento.

Em que pesem os argumentos expostos pela União, a decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé (art. 489, § 3º, CPC).

A lide coletiva discutia exatamente a incorporação ao vencimento básico e consequentes repercussões da GAT sobre as demais verbas remuneratórias da categoria substituída pelo Unafisco - o escopo da ação não pode ser dessumido da mera análise isolada do dispositivo do acórdão quando os próprios pedidos e as razões que os fundamentam definem a interpretação que os órgãos julgadores a ele conferiram.

A controvérsia que se instaurou correspondeu justamente ao reconhecimento da natureza de vencimento básico da GAT, o que geraria repercussões sobre outras verbas que compõem a remuneração daqueles que a percebiam. O reconhecimento de que, diante de sua definição jurídica genérica, a GAT decorria apenas do vínculo estatutário, ensejou que fosse reconhecida como retribuição remuneratória: se o pedido concernia a reconhecer as repercussões da incorporação da GAT ao vencimento em todas as verbas recebidas, a partir da edição da Lei 10.910/2004, não pode ter se exaurido com o mero adimplemento administrativo da verba enquanto era vigente.

É certo que o alcance da coisa julgada está limitado à parte dispositiva da sentença, sendo que eventuais fundamentos quanto à causa de decidir não têm caráter vinculante, porém, nem por isso conclui-se que a fundamentação possa deixar de ser considerada na interpretação do dispositivo.

Com efeito, a causa de decidir é elemento necessário para a harmonização do dispositivo e definição dos limites do decisum, o qual, ainda, está delimitado pelo pedido formulado na inicial, ou, no caso de decisão recursal, pela matéria devolvida à apreciação do juízo ad quem.

Desse modo, a decisão exequenda é fruto de uma construção sistemática do processo, feita em contraditório, que, nesse caso, partiu do pedido formulado na inicial para incorporar a GAT ao vencimento dos servidores, com os devidos reflexos na remuneração.

No caso em exame, o título executivo declarou que o valor pago a título de Gratificação de Desempenho de Atividade Tributária, instituída pela Lei 10.910/2004 e extinta pela Lei 11.890/2008, possui natureza jurídica de vencimento básico (no singular), de modo que, por consequência lógica, devem ser apuradas as diferenças de todos os acréscimos que tenham este como base de cálculo e os reflexos indiretos daí decorrentes.

Nesse sentido, ainda, decisão proferida nos autos de Reclamação nº 36.691/RN (2018/0278773-7), em face do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em virtude de alegado descumprimento de decisão do Superior Tribunal de Justiça, proferida no REsp nº 1.585.353/DF, na qual entendeu-se que a decisão, transitada em julgado, reconheceu expressamente, o caráter vencimental da gratificação (GAT), razão pela qual a sua incorporação ao vencimento acarreta reflexos nas demais parcelas remuneratórias:

A decisão do STJ, proferida no REsp 1.585.353/DF, transitada em julgado, assentou que a GAT se incorpora, adere ou agrega-se ao vencimento do Servidor ou, em outros termos, se vencimentaliza. Em face disso, é fora de qualquer dúvida jurídica que, para a incidência de outras gratificações, que tenham por fundamento o vencimento, deve ser considerado como sua base de cálculo o valor global, total ou expandido desse mesmo vencimento, ou seja, o seu valor pós-incorporação da supradita GAT. Entendimento diverso não encontra respaldo na decisão do STJ e a afronta diretamente.

Superadas as preliminares, no mérito discute-se quanto aos parâmetros utilizados para os cálculos, pelo que determino, após o decurso do prazo a seguir fixado para manifestação das partes, a remessa dos autos à Contadoria, que deverá utilizar o Manual de Cálculos da Justiça Federal na apuração dos valores devidos pela União.

Antes, porém, é preciso fixar alguns parâmetros a fim de orientar a atividade do auxiliar do juízo.

A União alega que o cálculo do exequente repercute a GAT em parcelas autônomas que não têm como base de cálculo o vencimento básico do servidor, a exemplo da GIFA-GRAT.INC.FISC/ARREC – AP, DECISÃO JUDICIAL N TRAN JUG AP, DECISAO JUDICIAL TRAN JUG APO e DEVOLUCAO PSS EC 41 DEC JUD AP.

- Quanto à Gratificação de Implemento à Fiscalização e Arrecadação - GIFA, a tese fazendária é no sentido de que a parcela tinha como base de cálculo o maior vencimento básico da carreira, portanto, tal não se baseava no vencimento básico do servidor.

Por sua vez, os exequentes sustentam que, a partir da incorporação da GAT ao vencimento básico, há repercussão no vencimento básico da maior classe padrão. Desse modo, pelo fato de a GIFA corresponder a 45% (no período de agosto de 2004 a junho de 2006) e 95% (de julho de 2006 a agosto de 2008) do vencimento básico da maior classe padrão, deve-se, por conseguinte, considerar que tal classe padrão teve seu vencimento básico alterado a partir da incorporação da GAT, devendo a GIFA ser considerada nos cálculos.

Entendo que assiste razão aos exequentes: o parâmetro cabível para incidência da GIFA é aplicável à totalidade dos exequentes, independente de classe/padrão, incidindo em percentual fixo sobre o vencimento básico da maior classe padrão.

Ainda no que tange à GIFA, no tocante aos aposentados e pensionistas, cumpre ainda à contadoria considerar a implementação/complementação do valor da GIFA por meio da ação nº 2006.34.0010510-0.

- Quanto à parcela relativa à devolução ao PSS, aduz a União não possuir natureza remuneratória, tratando-se de mero lançamento contábil que “anula” ou “devolve” um desconto que não foi efetivamente feito, resultando em ausência de contribuição previdenciária da parte do servidor aposentado.

Os exequentes, no entanto, esclarecem que a parcela não integra o cálculo de forma genérica, mas apenas se decorrente de decisão judicial:

A única devolução do PSS considerada na base de cálculo do valor executado tem por fundamento decisões judiciais que concederam este direito aos respectivos interessados, como pode-se constatar na denominação das rubricas: 01254 DEVOLUCAO PSS EC 41 DEC.JUD AP.

Neste caso, esta rubrica de decisão judicial foi considerada na base de cálculo do valor executado porque, se no período considerado no cálculo o servidor tivesse efetivamente recebido os valores que compõem a remuneração devidamente majorados em virtude da incorporação da GAT ao vencimento básico e os descontos da contribuição previdenciária (PSS) também seriam majorados na mesma proporção, eis que calculados na forma de percentuais, sendo certo que a devolução destes valores, por determinação judicial, também sofre a variação correspondente.

De forma mais clara, e como regra geral para elaboração dos cálculos, tem-se que a incorporação da GAT ao vencimento básico confere aos autores um “novo vencimento básico” e, a partir daí, todas as parcelas que consideram o vencimento básico para fins de incidência igualmente devem ser recalculadas.

Portanto, não se verifica qualquer excesso proveniente da inclusão de referidas rubricas na base de cálculo dos valores executados.

Nesse ponto, entendo que assiste razão aos exequentes, tão somente nos limites do alegado acima (reflexo no PSS em decorrência da modificação do vencimento básico do servidor; a ser calculado e, posteriormente, destacado em momento oportuno, com a expedição dos requerimentos).

Nesses termos, a parcela não se destina aos servidores, mas ao Plano de Seguridade Social do Servidor Público Civil – sem prejuízo, ainda que não seja paga diretamente aos servidores (mas recolhida aos cofres da previdência), é devida pela União.

Em relação ao abono de permanência, a mesma lógica se aplica.

Reconhecida a natureza jurídica remuneratória do abono de permanência, ainda que tenha características relacionadas à contribuição social – uma vez que consubstancia-se em “reembolso” da contribuição previdenciária ao servidor público estatutário que esteja em condição de se aposentar, mas opta por permanecer na atividade, não subsistem dúvidas a respeito da descaracterização desta natureza na medida em que ela passa a ter cunho salarial quando paga a título de abono.

Portanto, a rubrica de abono de permanência foi considerada para os cálculos visto que seu valor equivale ao da contribuição previdenciária que deve ser devolvida ao servidor ativo até completar as exigências para a aposentadoria compulsória.

Com a alteração do valor do vencimento básico a partir da soma do valor da GAT, e com o conseqüente aumento dos valores das demais rubricas que consideram o vencimento básico em sua base de cálculo, o valor da contribuição previdenciária inevitavelmente sofrerá variação.

Assim, se no período considerado para a elaboração e consolidação dos cálculos, ou seja, de agosto de 2004 a agosto de 2008, o servidor tivesse efetivamente recebido os valores que compõem a remuneração que lhe eram efetivamente devidos, considerando-se, portanto, a incorporação da GAT ao vencimento básico, o desconto da contribuição previdenciária, no percentual correspondente a 11% do valor da remuneração, também deve ser aumentado na mesma proporção.

Desse modo, o abono de permanência deve ser recalculado considerando o valor que deveria, de fato, ser recolhido para fins de contribuição previdenciária, sendo certo que a variação nas parcelas remuneratórias do servidor reflete no valor da rubrica de abono de permanência.

Assim sendo, considerando-se que a GAT foi incorporada como vencimento básico pela coisa julgada, conseqüentemente deverá compor a base de cálculo eventual abono de permanência pago aos Exequentes.

- Ainda no que toca às alegadas “parcelas autônomas”, a União defende que as verbas recebidas pelos servidores decorrentes de decisão judicial não são calculadas sobre vencimento básico, ao tempo em que os exequentes requerem sua inclusão na base de cálculo.

Na hipótese, entendo que o cálculo deverá ser feito nos estritos termos da decisão transitada em julgado na qual se funda, uma vez que, a depender do caso concreto, pode, ou não, ser calculada sobre o valor do vencimento básico. Por tal razão, antes que os autos sejam remetidos à contadoria, imperioso que os exequentes apresentem eventuais cópias de decisões judiciais que ordenaram a inclusão de rubricas em seus vencimentos.

Nesse sentido, inclusive, alegam os exequentes que “somente foram consideradas no cálculo as rubricas de decisões judiciais cujos objetos jurídicos consistem no pagamento de parcelas remuneratórias que possuem o vencimento básico como sua base de cálculo”.

- Quanto a rubricas relativas a anuênios e adicionais, em oposição ao alegado pela União, os exequentes defendem que essas devem compor a base de cálculos da GAT, uma vez que de caráter permanente, compoem a remuneração.

Nesse ponto, apenas anuênios e adicionais efetivamente recebidos a título de vencimento básico podem servir de base de cálculo para a incidência da GAT.

Em relação à correção monetária incidente na espécie, a União defende ser premente a aplicação dos índices oficiais de remuneração básica da caderneta de poupança (Taxa Referencial – TR), como preconiza o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, requerendo-se a continuidade da utilização da TR até que sejam modulados os efeitos do julgamento do RE 870.947. Requer, alternativamente, o sobrestamento do processo, até que o RE 870.947 seja definitivamente julgado.

Nesse ponto, o E. Supremo Tribunal Federal, por meio de decisão liminar proferida em sede de embargos de declaração no bojo do Recurso Extraordinário nº 870.947/SE, adotou entendimento de que a TR (Taxa Referencial) passa a ser aplicada tanto no processo de conhecimento quanto na fase de execução, mantendo, portanto, aplicável a sistemática prevista no art. 1º-F da Lei 9.494/97.

Ainda que anteriormente este Juízo, em casos análogos, tenha proferido decisões determinando aplicação do IPCA-E, adota-se, por ora, o novo entendimento, acima mencionado, do E. STF, que passo a transcrever:

DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS INCIDENTES SOBRE CONDENAÇÕES JUDICIAIS DA FAZENDA PÚBLICA. ARTIGO 1º-F DA LEI 9.494/1997 COM REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.960/2009. TEMA 810 DA REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO. OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EFEITO SUSPENSIVO. ARTIGO 1.026, § 1º, DO CPC/2015. DEFERIMENTO. *Decisão: Tratam-se de pedidos de concessão de efeito suspensivo aos embargos de declaração opostos pelo Estado do Pará (Doc. 60, Petição 73.194/2017) e pelos Estados do Acre, Amapá, Amazonas, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Roraima, Santa Catarina, São Paulo, Sergipe e pelo Distrito Federal (Doc. 62, Petição 73.596/2017), reiterados pelo Estado de São Paulo através das Petições 2.748/2018 (Doc. 64) e 58.955/2018 (Doc. 152) e pelos demais Estados embargantes através da Petição 39.068 (Doc. 146), nos termos do § 1º do artigo 1.026 do CPC, sustentando os embargantes o preenchimento dos requisitos da plausibilidade jurídica dos argumentos expendidos em sede de embargos de declaração e do periculum in mora. A Confederação Nacional dos Servidores Públicos – CNSP e a Associação Nacional dos Servidores do Poder Judiciário – ANSJ manifestaram-se, por seu turno, através das Petições 3.380/2018 (Doc. 75), 59.993/2018 (Doc. 154) e 60.024/2018 (Doc. 156), pelo indeferimento de efeito suspensivo aos referidos embargos declaratórios. É o breve relato. DECIDO. Estabelece o Código de Processo Civil em seu artigo 1.026, caput e § 1º, in verbis: “Art. 1.026. Os embargos de declaração não possuem efeito suspensivo e interrompem o prazo para a interposição de recurso. § 1º A eficácia da decisão monocrática ou colegiada poderá ser suspensa pelo respectivo juiz ou relator se demonstrada a probabilidade de provimento do recurso ou, sendo relevante a fundamentação, se houver risco de dano grave ou de difícil reparação.” Destarte, com fundamento no referido permissivo legal, procede-se à apreciação singular dos pedidos de concessão de efeito suspensivo aos indigitados embargos de declaração. In casu, sustentam os entes federativos embargantes, em apertada síntese, padecer o decisum embargado de omissão e contradição, em face da ausência de modulação de seus efeitos, vindo a sua imediata aplicação pelas instâncias a quo a dar causa a um cenário de insegurança jurídica, com risco de dano grave ao erário, ante a possibilidade do pagamento pela Fazenda Pública de valores a maior. Pois bem, apresenta-se relevante a fundamentação expendida pelos entes federativos embargantes no que concerne à modulação temporal dos efeitos do acórdão embargado, mormente quando observado tratar-se a modulação de instrumento voltado à acomodação otimizada entre o princípio da nulidade de leis inconstitucionais e outros valores constitucionais relevantes, como a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima. Encontra-se igualmente demonstrada, in casu, a efetiva existência de risco de dano grave ao erário em caso de não concessão do efeito suspensivo pleiteado. Com efeito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, para fins de aplicação da sistemática da repercussão geral, não é necessário se aguardar o trânsito em julgado do acórdão paradigma para a observância da orientação estabelecida. Nesse sentido: “Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Direito Processual Civil. 3. Insurgência quanto à aplicação de entendimento firmado em sede de repercussão geral. Desnecessidade de se aguardar a publicação da decisão ou o trânsito em julgado do paradigma. Precedentes. 4. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 5. Negativa de provimento ao agravo regimental.” (RE 1.129.931-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 24/8/2018) “DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. SISTEMÁTICA. APLICAÇÃO. PENDÊNCIA DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO PARADIGMA. IRRELEVÂNCIA. JULGAMENTO IMEDIATO DA CAUSA. PRECEDENTES. 1. A existência de decisão de mérito julgada sob a sistemática da repercussão geral autoriza o julgamento imediato de causas que versarem sobre o mesmo tema, independente do trânsito em julgado do paradigma. Precedentes. 2. Nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, fica majorado em 25% o valor da verba honorária fixada da na instância anterior; observados os limites legais do art. 85, §§ 2º e 3º, do CPC/2015. 3. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015.” (RE 1.112.500-AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe de 10/8/2018) Desse modo, a imediata aplicação do decisum embargado pelas instâncias a quo, antes da apreciação por esta Suprema Corte do pleito de modulação dos efeitos da orientação estabelecida, pode realmente dar ensejo à realização de pagamento de consideráveis valores, em tese, a maior pela Fazenda Pública, ocasionando grave prejuízo às já combatidas finanças públicas. Ex positis, DEFIRO excepcionalmente efeito suspensivo aos embargos de declaração opostos pelos entes federativos estaduais, com fundamento no artigo 1.026, §1º, do CPC/2015 c/c o artigo 21, V, do RISTF. Publique-se. Brasília, 24 de setembro de 2018. Ministro Luiz Fux Relator Documento assinado digitalmente(RE 870947 ED, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 24/09/2018, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-204 (grifo nosso)*

E, ainda:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. CÁLCULOS DA CONTADORIA JUDICIAL. REFAZIMENTO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. - A controvérsia existente nos autos cinge-se à atualização do débito, postulando o apelante a aplicação da Lei 11.960/09 no cálculo da correção monetária. O cálculo da contadoria judicial, acolhido pelo MM Juízo a quo, aplicou o IPCA-E no computo da correção monetária. - Ao observar a aplicação de ato administrativo vigente à época da prolação da decisão, tais como o Provimento nº 24/97, o Provimento nº 26/01, a Resolução 134/10, a Resolução 267/13, o contador apenas observa aos parâmetros normativos vigentes naquela ocasião. Na fase de execução da sentença podem ser observadas todas as alterações posteriores à formação do título executivo judicial para efeitos de juros e correção monetária. Ocorre que, o último Manual de Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução 267/13 do CJF, aponta como indexador na correção monetária das ações previdenciárias em geral, o IPCA-E, já em substituição à TR, prevista no artigo 1º-F, da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09. - A discussão da constitucionalidade da lei supramencionada, em relação às condenações impostas à Fazenda Pública, quanto ao período anterior à expedição das requisições de pagamento, foi submetida pelo C. STF ao regime da repercussão geral, sob o tema 810, no Recurso Extraordinário 870.947/SE. - Inobstante a declaração de inconstitucionalidade, não há que se deferir a aplicação imediata do IPCA-E na correção de débitos da Fazenda Pública, na medida em que o Ministro Luiz Fux, aos 24.09.18 (Dje 26.09.18), em sede de embargos de declaração apresentados por diversos estados, suspendeu a aplicação da decisão proferida pelo Excelso Pretório no julgamento do Recurso Extraordinário 870.947, até que o Plenário aprecie pedido de modulação de efeitos do acórdão do julgado. Tal medida foi acolhida diante da justificativa de que a imediata aplicação do decisum pelas instâncias a quo "pode realmente dar ensejo à realização de pagamento de consideráveis valores, em tese, a maior pela Fazenda Pública, ocasionando grave prejuízo às já combatidas finanças públicas". - Agravo de instrumento parcialmente provido. (TRF 3ª Região, 2ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5007754-53.2018.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal LUIZ ALBERTO DE SOUZA RIBEIRO, julgado em 24/04/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 30/04/2019)

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. LEI N.º 11.960/09. TR. APLICABILIDADE. DECISÃO FINAL NO JULGAMENTO DA REPERCUSSÃO GERAL NO RE N.º 870947 PELO STF. COMPLEMENTAÇÃO DE VALORES RESGUARDADO AO EXEQUENTE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUSPENSÃO. É certo que a execução de sentença deve observar estritamente o disposto título executivo transitado em julgado. Do exame dos autos, se verifica que a decisão transitada em julgado, que fundamenta a execução, estabeleceu a observância do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, bem como a superveniência de nova legislação ou da orientação jurisprudencial vinculativa dos Tribunais Superiores.- O Manual de Cálculos da Justiça Federal orienta os Juízos Federais e respectivas Contadorias quanto à aplicação dos consectários na liquidação das sentenças, com fulcro na jurisprudência e legislação de regência da matéria.- O atual Manual de Cálculos (Resolução/CJF 267/2013), com fundamento no julgamento das ADIs 4357 e 4425, estabeleceu como índice de correção monetária de débitos previdenciários o INPC; porém, na Repercussão Geral reconhecida pelo E. Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 870.947, em 16/4/2015, Rel. Min. Luiz Fux, o Plenário daquele Tribunal assentou que o julgamento das indigitadas ADIs não alcançou a fase de liquidação do julgado, mantendo-se hígido o comando normativo do 1º-F da Lei n. 9.494/97 (Lei n. 11.960/09), a qual, na atual forma, estabelece a Taxa Referencial como índice aplicável. - No julgamento do RE 870.947, submetido ao regime de repercussão geral, o e. STF declarou a inconstitucionalidade da TR como índice de correção monetária para créditos não-tributários, contudo, excepcionalmente, atribuiu-se efeito suspensivo aos embargos de declaração opostos por entes federativos, em face do julgamento citado.- Estando a matéria em rediscussão na Corte Constitucional, enquanto pendente o julgamento final do RE n. 870.947, a execução deve prosseguir sobre quinhão incontroverso – qual seja, em conformidade com os cálculos da autarquia previdenciária – resguardando-se ao exequente o direito à complementação dos valores, em conformidade com o que vier a ser decidido pelo E. Supremo Tribunal Federal no referido recurso extraordinário. Por ora, a fixação nos honorários sucumbenciais atinentes à impugnação resta suspensa até o julgamento final do recurso extraordinário n. 870.947, ocasião na qual o quantum devido pelo INSS será definido. - Agravo de instrumento parcialmente provido. (TRF 3ª Região, 9ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5030003-95.2018.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal GILBERTO RODRIGUES JORDAN, julgado em 24/04/2019, Intimação via sistema DATA: 26/04/2019)

Portanto, no momento, não há como deferir a aplicação imediata do IPCA-E na correção de débitos da Fazenda Pública, na medida em que o Ministro Luiz Fux, aos 24/09/2018 (DJe 26/09/2018), em sede de embargos de declaração apresentados por diversos Estados, suspendeu a aplicação da decisão proferida pelo Excelso Pretório no julgamento do Recurso Extraordinário 870.947, até que o Plenário aprecie pedido de modulação de efeitos do acórdão julgado, uma vez que há possibilidade de realização de pagamentos de valores, em tese, maiores do que o devido pela Fazenda Pública.

Assim, entendo que os cálculos devem observar os parâmetros acima indicados, resguardando-se aos exequentes o direito à complementação dos valores, em conformidade com o que vier a ser decidido pelo E. Supremo Tribunal Federal no referido recurso extraordinário.

A União ainda aponta que o cálculo dos exequentes faz incidir juros de mora sobre a contribuição para o PSS, verba destinada à própria União, o que acarretaria seu enriquecimento sem causa, uma vez que passariam a auferir juros sobre uma parcela a que nunca teriam acesso ou da qual nunca teriam disponibilidade econômica.

Os exequentes sustentam que “não incluíram o desconto do PSS sobre o valor principal antes da aplicação dos juros de mora, pois compreendem que o referido desconto deverá ser calculado sobre o total, quando do pagamento do precatório. Até porque a alíquota a ser aplicada será aquela vigente quando do efetivo pagamento”.

No ponto, assiste razão à União.

Com relação à inclusão do valor do PSS na base de cálculo dos juros de mora, tratando-se de verba destinada à União, a contribuição para o PSS não deve ser acrescida de juros moratórios, que somente devem incidir sobre o principal, sob pena de enriquecimento sem causa do particular, que receberia valores que não lhe pertencem. Considerando que o PSS seria descontado no próprio contracheque do servidor, admitir a incidência de juros de mora sobre tal parcela equivale a cancelar a possibilidade de se auferir juros de mora sobre quantum que jamais integraria o patrimônio dos exequentes, na medida em que, por força de lei, deveria ter sido retido na fonte.

Quanto à taxa de juros moratórios, as partes divergem sobre a incidência da Lei nº 12.703, de 2012, fruto da conversão da MP 567, ou do Manual de Cálculos da Justiça Federal.

A contadoria deverá adotar o Manual, nos termos da RESOLUÇÃO N. 134, DE 21 DE DEZEMBRO DE 2010, alterada pela RESOLUÇÃO N. 267, DE 2 DE DEZEMBRO DE 2013.

Quanto à ausência de destaque do percentual do PSS no pelos exequentes, esse efetivamente deverá ser calculado, porém, a contadoria deverá atentar-se ao fato de que, com a incorporação da GAT ao vencimento básico e respectivos reflexos, todos os recolhimentos pretéritos realizaram-se a menor, devendo ser recalculados.

Paralelamente, deverá ser feito o destaque normalmente feito pela contadoria, baseando-se no valor total apurado como devido pela União, após a incidência da GAT e seus reflexos.

Em conclusão, intím-se os exequentes, para que, no prazo de 15 (quinze) dias, juntem aos autos eventuais cópias das decisões judiciais que ordenaram a inclusão de rubricas em seus vencimentos, caso ainda não o tenham feito, bem como eventual documento faltante quando da distribuição do cumprimento de sentença.

No mesmo prazo, no que tange à GIFA, havendo exequentes aposentados ou pensionistas, tragam as partes a documentação relativa a eventual implementação/complementação do valor da GIFA por meio da ação nº 2006.34.0010510-0, tendo em vista que as diferenças apuradas são objeto de execução em ações específicas vinculadas àquele título judicial.

Com a juntada ou transcorrido o prazo para tanto, remetam-se os autos à Contadoria, para que formule os cálculos, considerando as premissas acima fixadas.

Com o retorno dos autos, dê-se novamente vista às partes para manifestação no prazo comum de 30 (trinta) dias.

Após, proceda a Secretaria à consulta do andamento processual da Reclamação 36.691/RN e da Ação Rescisória 6.436/DF, ambas em trâmite no STJ, e tornem os autos conclusos.

Intím-se. Cumpra-se.”

Alega a agravante, em síntese, a ausência de congruência entre o título formado e o pedido deduzido na pretensão executória e a inexigibilidade da obrigação. Embora os exequentes lastreiem a sua execução no teor da ementa do acórdão proferido pelo E. STJ, em sede de Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.585.353/DF, a parte dispositiva do referido julgado é o que, por lei, transita em julgado, e tem o seguinte teor: “Ante o exposto, em juízo de retratação, dá-se provimento ao Recurso Especial para reconhecer devido o pagamento da GAT desde sua criação pela Lei nº 10.910/2004 até sua extinção pela Lei nº 11.890/2008”. Subsidiariamente, insurge-se contra a existência de reflexos do GAT quanto à **GIFA e quanto a abono de permanência, anuênios e adicionais**. Impugna a forma de cálculo a ser adotada quanto à questão dos juros e **PSS**. Por fim, discorre sobre a **ação n. 0005306-80.2008.4.03.6100, em trâmite na 12ª. Vara Federal Cível de São Paulo** (ação proposta pelo SINDIFISP-SP), alegando que deve ocorrer a limitação territorial da categoria do Sindicato, ou seja, se há identidade de partes, pedido e causa de pedir entre os processos (o nº 2007.34.00.000424-0, perante a 15ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal e o nº 0005306-80.2008.4.03.6100, perante a 12ª Vara Federal Cível de São Paulo – Capital), cada processo coletivo abarcará todos os substituídos processuais que se encontrem domiciliados na sua área territorial, critério justificante para especificar a substituição processual coletiva em abstrato (somente os sindicalizados) ou em concreto (incluindo-se os não sindicalizados). Afirma que os exequentes não poderão transplantar a qualidade de parte legítima de um processo no Distrito Federal para São Paulo.

Pugna pela atribuição de efeito suspensivo ao recurso.

Decido.

Observo, inicialmente, que o ajuizamento de ação pelo SINDIFISP-SP em favor de seus associados não constitui óbice ao processamento de ação individual de cumprimento de sentença pelos agravados.

Sobre a matéria, vale conferir:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. AÇÃO COLETIVA. EXECUÇÃO INDIVIDUAL NO DOMICÍLIO DO AUTOR. FORO DIVERSO DAQUELE DO PROCESSO DE CONHECIMENTO. POSSIBILIDADE. CONFLITO CONHECIDO. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. 1. A Corte Especial do STJ fixou, sob o rito do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008, que “a liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário” (REsp 1.243.887/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, DJe 12.12.2011). 2. A execução individual de sentença condenatória proferida no julgamento de ação coletiva não segue a regra geral dos arts. 475-A e 575, II, do Código de Processo Civil, pois inexistente interesse apto a justificar a prevenção do Juízo que examinou o mérito da ação coletiva para o processamento e julgamento das execuções individuais desse título judicial. 2. Obrigar os beneficiados pela sentença coletiva a liquidá-la e a executá-la no foro em que a ação coletiva foi julgada implicaria em inviabilização da tutela dos direitos individuais. 3. No mesmo sentido: AgRg na Rcl 10.318/RS, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Segunda Seção, DJe 29.4.2013; CC 96.682/RJ, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção, DJe 23.3.2010; REsp 1.122.292/GO, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 4.10.2010; AgRg no REsp 1.316.504/SP, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 20.8.2013; REsp 1.098.242/GO, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 28.10.2010 4. Agravo Regimental não provido. (AgRg no CC 131.642/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/02/2014, DJe 21/03/2014)

Passo a apreciar o mérito.

Os termos do dispositivo da decisão do agravo interno, julgado pelo E. STJ, interposto nos autos do Recurso Especial nº 1.585.353/DF, induzem à conclusão no sentido de que não foi pretendido apenas o pagamento da GAT (que, aliás, verba que já vinha sendo recebida há anos). O objeto do recurso foi, justamente, a incorporação da gratificação em questão aos vencimentos dos representados do sindicato requerente, sendo essa a única questão discutida naqueles autos. E o julgamento restou benéfico ao autor coletivo, como se nota no seguinte trecho do voto do e. rel. Min. Napoleão Nunes Maia:

“AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. GRATIFICAÇÃO DA ATIVIDADE DE TRABALHO - GAT NATUREZA JURÍDICA DE VENCIMENTO ANTE O CARÁTER GERAL QUE POSSUI. EXTENSÃO AOS INATIVOS E PENSIONISTAS PREVISTAS EM LEI. AUSÊNCIA DE QUAISQUER REQUISITOS PARA O PAGAMENTO DA PARCELA, SENÃO O RECONHECIMENTO DO VÍNCULO ESTATUTÁRIO. AGRAVO INTERNO PROVIDO, EM JUÍZO DE RETRATAÇÃO, PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

1. Trata-se de Agravo Interno interposto pelo SINDICATO NACIONAL DOS AUDITORES FISCAIS DA RECEITA FEDERAL, que deu provimento ao seu Recurso Especial, nos termos da seguinte ementa:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. GRATIFICAÇÃO DE DESEMPENHO DE ATIVIDADE TRIBUTÁRIA-GAT. ART. 1o. DA LEI 8.852/94. CONCEITO DE VENCIMENTO DEFINIDO NA LEGISLAÇÃO. QUESTÃO NÃO ENFRENTADA PELA CORTE DE ORIGEM. OMISSÃO QUANTO AO PONTO CENTRAL DA DEMANDA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA, ANULANDO O ACÓRDÃO PROFERIDO EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, DETERMINAR O RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM A FIM DE SANAR A CONTRADIÇÃO VERIFICADA. PREJUDICADAS AS DEMAIS ALEGAÇÕES (fls. 1.071).

2. O agravante requer que seja reconsiderada a decisão agravada ou, sucessivamente, não sendo o caso de reconsideração, seja submetido o presente recurso ao órgão colegiado competente, a fim de que seja provido desde logo o mérito do Recurso Especial, determinando-se a incorporação da GAT ao vencimento básico dos filiados do ora agravante, não havendo necessidade de determinar o retorno dos autos à Corte de origem.

3. É o relatório. Decido.

4. A insurgência prospera, melhor analisando os autos, verifica-se que o feito pode ser julgado nesta Corte.

A propósito, o seguinte precedente:

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO – RECURSO ESPECIAL – VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC CONFIGURADA – DISPENSA DA REMESSA DOS AUTOS À INSTÂNCIA DE ORIGEM PARA NOVO JULGAMENTO – INTELIGÊNCIA DO ART. 249, § 2º, DO CPC – IPI – REPETIÇÃO DE INDEBITO – CORREÇÃO MONETÁRIA – PRECEDENTES DO STJ. 1. Nos termos do art. 249, § 2º, do CPC, é desnecessária a remessa dos autos à instância ordinária se a questão de fundo puder ser decidida por este tribunal de forma favorável ao recorrente. (...). 3. Recurso especial provido (REsp. 1.045.752/RJ, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe 17.11.2008).

5. Como visto, o Sindicato sustenta que a GAT, embora denominada como gratificação, ostenta natureza jurídica de vencimento básico, razão pela qual é cabível sua incorporação no vencimento básico e consequentes reflexos sobre as demais rubricas. Defende, por fim, que com a mudança do sistema remuneratório através do regime de subsídio decorrente da Lei 11.890/2008, a GAT é devida desde a sua criação pela Lei 10.910/2004 até a sua extinção pela Lei 11.890/2008.

6. De fato, a Lei 10.910/2004, que reestruturou a carreira dos Auditores da Receita Federal e das Auditorias-Fiscais da Previdência Social e do Trabalho, em sua redação original, assim estabeleceu:

Art. 3o A Gratificação de Desempenho de Atividade Tributária - GDAT de que trata o art. 15 da Lei no 10.593, de 6 de dezembro de 2002, devida aos integrantes das carreiras de Auditoria da Receita Federal, Auditoria-Fiscal da Previdência Social e Auditoria-Fiscal do Trabalho, é transformada em Gratificação de Atividade Tributária - GAT, em valor equivalente ao somatório de:

Parágrafo único. Aplica-se a GAT às aposentadorias e às pensões.

7. Incontroverso, assim, que havia expressa determinação legal para que a GAT fosse aplicada às aposentadorias e pensões, o que lhe confere caráter geral, uma vez que seu pagamento não estaria associado a avaliação de desempenho institucional ou individual. O acórdão é claro ao reconhecer tal situação nos seguintes termos:

A GAT, como diversas outras parcelas a ela idênticas, é entendida como gratificação geral para a todos os servidores de determinadas carreiras, e que não deixa de ser conceituada como tal apenas por ter esse rol generalizados de destinatários (como se vencimento básico disfarçado), à luz do que dispõe a própria Lei 8.852/1994, em seu art. 1o., II.

Deveras, as gratificações gerais são vantagens permanentes relativas ao cargo (e também ao emprego, posto ou graduação) e que, em sentido estrito, integram o conceito de vencimentos dos servidores (fls. 876).

Desta forma, embora a rubrica seja denominada gratificação, inafastável o reconhecimento de seu caráter genérico, a partir do momento que passou a ser concedida a todos os Servidores, e não especificamente aos Servidores que exerciam determinada função, cujo desempenho era perfeitamente computável, o que torna possível o reconhecimento da sua natureza jurídica de vencimento.

9. Ilustrativamente colacionam-se os seguintes julgados que afirmam a natureza vencimental de gratificações pagas de forma indistinta a todos os Servidores, ativos ou inativos:

DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. SUDENE. EXTINÇÃO. REDISTRIBUIÇÃO. GRATIFICAÇÃO. DECRETO-LEI 2.374/87. SUPRESSÃO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A gratificação instituída pelo Decreto-Lei 2.374/87 possui natureza genérica, porquanto foi concedida indistintamente a todos os servidores da extinta Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste - SUDENE, inclusive àqueles investidos nas funções de confiança, integrando, portanto, seus vencimentos, não podendo ser suprimida pelo fato de os servidores terem sido redistribuídos para outros órgãos da Administração Federal. Inteligência dos arts. 1º e 2º do Decreto-Lei 2.374/87 c/c o 37, II, da Lei 8.112/90 e 37, XV, da Constituição Federal. 2. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp. 1.353.490/PB, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 25.2.2013).

10. Nestes termos, se a única exigência para a percepção da gratificação é a existência de vínculo estatutário, independente do nome que se atribua à rubrica não há como não reconhecer seu natureza de vencimento da parcela, o que garante seu pagamento até o advento da Lei 11.890/2008, que mudou o sistema remuneratório através do regime de subsídio.

11. Insta destacar que não há que se falar em incidência da Súmula 7/STJ, uma vez que, embora tenha negado a pretensão autoral, o acórdão recorrido deixa claramente consignado, como se lê no trecho acima transcrito, que a gratificação é genérica, integrando, assim, o conceito de vencimento.

12. Ante o exposto, em juízo de retratação, dá-se provimento ao Recurso Especial para reconhecer devido o pagamento da GAT desde sua criação pela Lei 10.910/2004 até sua extinção pela Lei 11.890/2008.

13. Publique-se.

14. Intimações necessárias.

Brasília (DF), 05 de abril de 2017.

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

MINISTRO RELATOR” (grifo nosso)

Portanto, vejo claro o amplo alcance dado pelo E.STJ na decisão final do Recurso Especial nº 1.585.353/DF. É verdade que foi ajuizada, no mesmo C. Tribunal, a Ação Rescisória Nº 6.436 - DF (2019/0093684-0), na qual, em 11/04/2019, o Min. Francisco Falcão decidiu pela suspensão do levantamento ou pagamento de eventuais precatórios ou RPVs já expedidos, em quaisquer processos de execução decorrentes da decisão rescindenda (vale dizer, a decisão final proferida nos autos do Recurso Especial nº 1.585.353/DF), até a apreciação dessa decisão monocrática pela 1ª Seção do mesmo Tribunal (ainda pendente), circunstância que reforça a extensão do julgado que se pretende rescindir.

Passo a apreciar as alegações subsidiárias.

A Gratificação de Incremento da Fiscalização e da Arrecadação (GIFA), disciplinada pelas Leis nº 10.910/2004 e nº 11.356/2006, era calculada tomando por base percentual incidente sobre o maior vencimento básico dos cargos de Auditor e Analista da Receita Federal do Brasil. Evidente, portanto, que a incorporação da GAT produz efeitos sobre o valor da referida verba. Assim, os argumentos da agravante não comportam acolhimento nesse tocante.

Especificamente sobre abono de permanência, é firme a orientação jurisprudencial no sentido de sua natureza remuneratória, tanto que sobre a mesma há imposição de imposto de renda e de contribuição ao PSS.

No REsp 1192556/PE, julgado em 25/08/2010, o E.STJ se escorou na premissa de que o abono de permanência é produto do trabalho do servidor que serve na ativa, e firmou a seguinte Tese no Tema 424: "Sujeitam-se a incidência do Imposto de Renda os rendimentos recebidos a título de abono de permanência a que se referem o § 19 do art. 40 da Constituição Federal, o § 5º do art. 2º e o § 1º do art. 3º da Emenda Constitucional 41/2003, e o art. 7º da Lei 10.887/2004". Registro analisando a matéria (Tema 677), o C.STF se posicionou pela natureza infraconstitucional da controvérsia, de tal modo que a orientação a ser seguida (pelo sistema de precedentes) é a do ESTJ.

Pelo exposto, resta claro que o abono de permanência, anuênios e adicionais não comportam acolhimento integram a remuneração do servidor e incidem sobre o vencimento básico dos exequentes, daí porque a incorporação da GAT produz necessariamente efeitos sobre o valor de tais verbas. Também nesse sentido, trago à colação os seguintes julgados do C. TRF da 4ª Região:

ADMINISTRATIVO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. AUDITOR FISCAL. GRATIFICAÇÃO DA ATIVIDADE DE TRABALHO - GAT. NATUREZA DE VENCIMENTO BÁSICO. BASE DE CÁLCULO. INCIDÊNCIA SOBRE RUBRICAS QUE NÃO ESTÃO DIRETAMENTE VINCULADAS AO VENCIMENTO BÁSICO. DESCABIMENTO. 13º SALÁRIO (GRATIFICAÇÃO NATALINA). PROPORCIONALIDADE.

1. Trata-se de cumprimento individual de sentença proferida nos autos da ação coletiva nº 2007.34.000424-0/DF, ajuizada por UNAFISCO SINDICAL contra a União Federal, objetivando a incorporação da GAT ao vencimento básico dos seus filiados. 2. Em sede de julgamento de recurso especial interposto pelo sindicato autor, o STJ (REsp nº 1.585.353/DF) reconheceu a natureza jurídica de vencimento básico à GAT durante o período de vigência da Lei 10.910/2004, até sua extinção pela Lei 11.890/2008, razão pela qual é cabível sua incorporação no vencimento básico e consequentes reflexos sobre as demais rubricas, durante o período executado. 3. **A incorporação da GAT ao vencimento básico gera reflexos sobre o abono de permanência, eis que incide sobre o vencimento do servidor.** Por sua vez, as diferenças decorrentes da incidência da GAT sobre a rubrica "decisão judicial" devem ser pleiteadas no âmbito da execução do respectivo título, sendo indevida a cobrança nessa execução dos reflexos da GAT sobre outras diferenças vencimentais reconhecidas por força de decisão judicial em ação diversa. 4. A gratificação natalina é devida por mês trabalhado, e tem como base de cálculo a integralidade da remuneração recebida no mês de dezembro. Portanto, se o exequente efetivamente trabalhou todo o ano, não há que se falar em decote proporcional na gratificação devida se, no ano em questão, existe período não executável. (TRF4, AG 5006021-88.2019.4.04.0000, TERCEIRA TURMA, Relatora MARGA INGE BARTH TESSLER, juntado aos autos em 10/04/2019) (grifos meus)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. CÁLCULO EXEQUENDO. GRATIFICAÇÃO DE ATIVIDADE TRIBUTÁRIA - GAT. VENCIMENTO. TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. REAJUSTE DE 3,17%. BASE DE CÁLCULO. REFLEXO SOBRE PARCELAS DE ADICIONAL DE PERICULOSIDADE DECORRENTES DE AÇÃO JUDICIAL ANTERIOR. 1. É devida a inclusão da diferença de reajuste de 3,17% (parcela remuneratória) na base de cálculo da GAT, porque, a despeito de sua denominação, a 'gratificação' ostenta natureza jurídica de vencimento/remuneração básico, na dicção da decisão exequenda. 2. O título executivo judicial em execução não apenas reconheceu a GAT como vencimento, como também concedeu o direito aos reflexos decorrentes dessa integração da GAT ao vencimento dos servidores substituídos. **Entre esses reflexos, incluem-se os incidentes sobre eventuais parcelas de adicional de periculosidade a que o servidor tiver direito, independentemente de tais parcelas do adicional terem sido reconhecidas em ação judicial anterior ou de terem sido reconhecidas administrativamente, pois, em ambos os casos, fazem parte do patrimônio jurídico do exequente.** 3. Agravo de instrumento parcialmente provido. (AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO 5025331-17.2018.4.04.0000, CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR, TRF4 - QUARTA TURMA, 05/04/2019.)

Por fim, observo que a contribuição do servidor ao Plano de Seguridade Social (PSS) incidirá sobre a remuneração do servidor ativo, e sobre o provento do servidor inativo, sendo calculada mediante aplicação da alíquota estabelecida sobre o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei, adicionais de caráter individual ou quaisquer outras vantagens, com exceção do rol indicado no art. 4º, §1º, da Lei nº. 10.887/2004 (diárias para viagens, ajuda de custo em razão de mudança de sede, indenização de transporte, o salário-família, o auxílio-alimentação, entre outras).

Dito isso, verifico que a parte apelante pleiteia o recebimento da gratificação de desempenho de atividade tributária (GAT) – instituída pela Lei nº. 10.910/2004, haja vista o reconhecimento desse direito aos integrantes da categoria dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil em sede de ação coletiva ajuizada pelo Sindifisco em face da União Federal.

Iniciado o cumprimento de sentença, instaurou-se controvérsia acerca da forma como devem ser elaborados os cálculos do crédito dos exequentes, diante da notória repercussão que o critério adotado terá sobre o montante final a ser recebido, restando acolhido, pela decisão agravada, o critério defendido pela União, segundo o qual deverá ser descontado do valor principal devido, atualizado monetariamente, a fração correspondente ao PSS (11%), para que então sejam calculados os juros moratórios (somente sobre a diferença).

Por sua vez, a exequente entende que os juros moratórios devem ser calculados sobre o valor principal, corrigido monetariamente, sem que seja subtraído ainda o valor do PSS, que somente será descontado do valor total obtido.

Note-se que a controvérsia não reside na base de cálculo do PSS, já que nos dois casos o valor da contribuição será o mesmo, ou seja, 11% sobre o valor principal corrigido monetariamente. Aliás, não poderia ser diferente, já que se encontra pacificado o entendimento segundo o qual, nos pagamentos decorrentes de condenação judicial, os juros moratórios não poderão integrar a base de cálculo do PSS.

Nesse sentido, trago à colação os seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DO PLANO DE SEGURIDADE DO SERVIDOR PÚBLICO (PSS). RETENÇÃO. VALORES PAGOS EM CUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL (DIFERENÇAS SALARIAIS). INEXIGIBILIDADE DA CONTRIBUIÇÃO SOBRE A PARCELA REFERENTE AOS JUROS DE MORA. 1. O ordenamento jurídico atribui aos juros de mora a natureza indenizatória. Destinam-se, portanto, a reparar o prejuízo suportado pelo credor em razão da mora do devedor; o qual não efetuou o pagamento nas condições estabelecidas pela lei ou pelo contrato. Os juros de mora, portanto, não constituem verba destinada a remunerar o trabalho prestado ou capital investido. 2. A não incidência de contribuição para o PSS sobre juros de mora encontra amparo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que autoriza a incidência de tal contribuição apenas em relação às parcelas incorporáveis ao vencimento do servidor público. Nesse sentido: REsp 1.241.569/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 13.9.2011. 3. A incidência de contribuição para o PSS sobre os valores pagos em cumprimento de decisão judicial, por si só, não justifica a incidência da contribuição sobre os juros de mora. Ainda que se admita a integração da legislação tributária pelo princípio do direito privado segundo o qual, salvo disposição em contrário, o bem acessório segue o principal (expresso no art. 59 do CC/1916 e implícito no CC/2002), tal integração não pode implicar na exigência de tributo não previsto em lei (como ocorre com a analogia), nem na dispensa do pagamento de tributo devido (como ocorre com a equidade). 4. Ainda que seja possível a incidência de contribuição social sobre quaisquer vantagens pagas ao servidor público federal (art. 4º, § 1º, da Lei 10.887/2004), não é possível a sua incidência sobre as parcelas pagas a título de indenização (como é o caso dos juros de mora), pois, conforme expressa previsão legal (art. 49, I e § 1º, da Lei 8.112/90), não se incorporam ao vencimento ou provento. Por tal razão, não merece acolhida a alegação no sentido de que apenas as verbas expressamente mencionadas pelos incisos do § 1º do art. 4º da Lei 10.887/2004 não sofrem a incidência de contribuição social. 5. Recurso especial não provido. Acórdão sujeito ao regime previsto no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ. (REsp 1239203/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/12/2012, DJe 01/02/2013)

SERVIDOR PÚBLICO – ÍNDICE DE 13,17% - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA – IPCA-E –TR– JUROS MORATÓRIOS – PSS – NÃO INCIDÊNCIA – DESCONTOS – PAGAMENTOS NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO – VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. (...) II - Não há razoabilidade em abranger na base de cálculo dos juros de mora os valores devidos à União Federal a título de contribuição previdenciária (PSS), sob pena de impor-se à União Federal obrigação de pagar com acréscimo verba a ela própria destinada e à qual os servidores não teriam, de todo modo, qualquer disponibilidade econômica, pois são quantias retidas na fonte por expressa disposição legal. III - As alegações de ausência de boa-fé da UFSCar, bem como de que sua impugnação à execução tenha sido feita de forma genérica, não merecem amparo. As determinações fixadas pelo juízo de origem nos itens “d” e “e” da decisão agravada não merecem reforma, porque asseguram o cumprimento da sentença transitada em julgado em seus exatos termos, evitando o excesso de execução, bem como afastando a possibilidade de adimplemento em duplicidade ou a maior; em virtude de pagamentos já realizados no âmbito administrativo em momento anterior à execução ou mesmo no curso dela. IV – Agravo desprovido. (TRF3, AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5018424-87.2017.4.03.0000. Segunda Turma. Relator: Desembargador Federal COTRIMGUIMARAES, julgado em 09/10/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 14/10/2019)

A questão passa sim pela base de cálculo a ser utilizada para cálculo dos juros moratórios. Para a União, deve ser o resultado da subtração do PSS do valor principal; para a exequente, o valor principal sem a subtração do PSS.

Entendo que assiste razão à União. Note-se que se a gratificação reconhecida na ação coletiva tivesse sido paga no momento devido, o montante que entraria na esfera patrimonial do servidor seria o valor da gratificação reduzido do valor da contribuição do PSS retido na fonte. Esse critério de cálculo repõe a situação jurídica e material tal como teria ocorrido se o servidor público não tivesse sido indevidamente privado de parcela de seus vencimentos.

Portanto, em fase de cumprimento de sentença, não se justifica a incidência de juros moratórios sobre a parcela retida ao PSS, que sequer chegaria a ingressar no patrimônio do servidor, sob pena de caracterização de enriquecimento sem causa.

Ademais, não se pode perder de vista a natureza dos juros moratórios, consistente em uma reposição imposta ao devedor por privar o credor da disponibilidade de determinada importância a ele pertencente.

Sobre o tema, note-se o que restou decidido nos julgados que seguem

*DECISÃO Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pela UNIÃO contra decisão proferida pelo Juízo Federal da 8ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal que determinou a incidência dos juros de mora sobre a totalidade do crédito mencionado e não após os descontos legais, como o imposto de renda e o PSS. Alega que as parcelas devidas à União a título de contribuição ao PSS não podem compor a base de cálculo dos juros de mora, uma vez que a própria União estaria pagando juros de mora sobre uma verba destinada a si mesma. É o relatório. Decido Correto o entendimento que afasta a incidência do PSS sobre as parcelas percebidas a título de juros moratórios, mas inclui na base de cálculo a correção monetária, pois esta, enquanto atualização da moeda, integra o principal, devendo segui-lo. Nesse sentido: AGRAVO DE INSTRUMENTO. PSS. INCIDÊNCIA SOBRE OS VALORES PAGOS A TÍTULO DE JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. PARCIAL PROCEDÊNCIA. 1. Trata-se de agravo de instrumento interposto pela União Federal, contra decisão interlocutória proferida em execução de título judicial, que determinou que não fossem descontados valores a título de contribuição ao Plano de Seguridade Social sobre os valores recebidos a título de correção monetário e juros de mora. 2. Não há que se falar na incidência da contribuição previdenciária sobre a parcela devida a título de juros moratórios, tendo em vista que este encargo é pago em virtude da demora do devedor em satisfazer o crédito do credor. Constituem, desta forma, por natureza, verbas indenizatórias dos prejuízos causados ao credor pelo pagamento extemporâneo de seu crédito. 3. Com relação à retenção de valores a título de contribuição para o PSS sobre o montante pago a título de correção monetária, verifico que esta, enquanto atualização da moeda, integra o principal, devendo seguir a mesma sorte deste. A correção monetária não é um acessório, mas sim o principal, atualizado. Consequentemente, qualquer quantia paga a título de correção monetária deve sofrer a incidência do PSS. 4. Agravo de instrumento parcialmente provido. (AG 201002010112675, Desembargadora Federal MARIA AMELIA SENOS DE CARVALHO, TRF2 - SEXTA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data.:09/02/2011 - Página.:177.) **Contudo, o pedido da União quanto ao PSS é diverso: pede ela que não incida juros de mora sobre a parcela do principal que será destacada como contribuição previdenciária (PSS), porque do contrário incidiria juros de mora sobre parcela que desde o nascedouro é devido à União (PSS). Haveria enriquecimento sem causa pelo pagamento de juros sobre o PSS, em favor dos credores. Tem razão a União. A conta deverá excluir da incidência de juros de mora a parcela atualizada que será recolhida como contribuição previdenciária (PSS). Assim, após atualização do valor principal de cada parcela em atraso, deverá ser destacado o PSS, para depois fazer incidir os juros de mora, sob pena de se pagar juros de mora sobre parcela da devedora (PSS). Esse entendimento não ofende o julgado do STJ no REsp.1.239.203/PR (Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 1º.2.2013, recurso submetido ao regime previsto no art. 543-C do CPC), pois não se faz incidir PSS sobre os juros de mora, apenas evita que incida juros de mora sobre o PSS da União em favor do credor. Diante do exposto, dou provimento ao agravo para que se exclua o PSS atualizado da base de cálculo dos juros de mora. Publique-se. Intime-se. Comunique-se. Arquive-se. Brasília, 30 de março de 2015. JUIZ FEDERAL CLEBERSON JOSÉ ROCHA RELATOR CONVOCADO (TRF1, AGRAVO DE INSTRUMENTO - 0004851-92.2015.4.01.0000. Relator: Desembargador Federal FRANCISCO DE ASSIS BETTI, DATA: 07/04/2015)***

*AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO CONTRA FAZENDA PÚBLICA. IMPUGNAÇÃO. JUROS DE MORA. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE A PARCELA DE PSS. PROVIMENTO.1. Insurge-se a União contra decisão que rejeitou a alegação de não incidência de juros sobre a parcela de PSS, bem como da impugnação apresentada, homologando os cálculos elaborados pela Contadoria.2. **Considerando que o PSS seria descontado no próprio contracheque do servidor, admitir a incidência de juros de mora sobre tal parcela equivale a chancelar -em flagrante enriquecimento ilícito -a possibilidade de se auferir juros de mora sobre quantum que jamais integraria o patrimônio dos agravados, na medida em que, por força de lei, deveria ter sido retido na fonte.** Precedente da Eg. Quarta Turma. 3. Agravo de instrumento provido para determinar a não incidência de juros de mora sobre a parcela correspondente a PSS.(PROCESSO: 08080536220174050000, AG/SE, DESEMBARGADOR FEDERAL EDÍLSON NOBRE, 4ª Turma, JULGAMENTO: 13/10/2017)*

PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. CORREÇÃO MONETÁRIA PELO IPCA-E. RE 870947/SE. INCIDÊNCIA DE JUROS MORATÓRIOS SOBRE A CONTRIBUIÇÃO AO PSS. DESCABIMENTO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Agravo de instrumento interposto contra decisão que determinou a correção das parcelas devidas com base no IPCA-E, assim como fixou a tese de que o valor do PSS compõe a base de cálculo dos juros de mora. 2. O STF, em recente decisão proferida nos autos do RE nº 870.947/SE, julgado em regime de repercussão geral, firmou-se no sentido de que "o artigo 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina", fixando o IPCA-E como fator de correção monetária a todas as condenações impostas à Fazenda Pública oriundas de relação jurídica não-tributária, mantendo-se a decisão a quo nesse ponto. 3. Com relação à inclusão do valor do PSS na base de cálculo dos juros de mora, tem-se que, apesar de o decisum recorrido não haver enfrentado tal questão, o Poder Público havia contra ela se insurgido em seu Parecer Técnico nº 0543 - C/2017 - NECAP/PRU 5ª REGIÃO/AGU. **Tratando-se de verba pertencente à União, a contribuição para o PSS não deve ser acrescida de juros moratórios, que somente devem incidir sobre o principal, sob pena de enriquecimento sem causa do particular, que receberia valores que não lhe pertencem. Nesse sentido, recente precedente desta Primeira Turma: AG/SE nº 08008461220174050000, Rel. Des. Fed. Leonardo Resende Martins (Convocado), Primeira Turma, Julgamento: 30/09/2017. 4. Agravo de instrumento parcialmente provido. (PROCESSO: 08067605720174050000, AG/SE, DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO MACHADO, 1ª Turma, JULGAMENTO: 16/12/2017, PUBLICAÇÃO)**

Insisto que esse entendimento não afronta o posicionamento jurisprudencial acima citado no sentido de não se admitir a incidência da contribuição ao PSS sobre os juros de mora devido ao credor. O que se tem, no presente caso e em vista da fase de cumprimento de sentença, é a vedação da incidência de juros de mora sobre o PSS a ser retido em favor da União.

Nem se alegue a incidência do art. 16-A, da Lei nº 10.887/2004, que trata do recolhimento da contribuição ao PSS na hipótese de pagamento de verbas reconhecidas por decisão judicial. Isso porque o dispositivo estabelece apenas o momento em que haverá a retenção do valor previamente apurado, mas não a forma de apuração:

Art. 16-A. A contribuição do Plano de Seguridade do Servidor Público (PSS), decorrente de valores pagos em cumprimento de decisão judicial, ainda que derivada de homologação de acordo, será retida na fonte, no momento do pagamento ao beneficiário ou seu representante legal, pela instituição financeira responsável pelo pagamento, por intermédio da quitação da guia de recolhimento remetida pelo setor de precatórios do Tribunal respectivo, no caso de pagamento de precatório ou requisição de pequeno valor, ou pela fonte pagadora, no caso de implantação de rubrica específica em folha, mediante a aplicação da alíquota de 11% (onze por cento) sobre o valor pago. (...)

Nesta 2ª Turma, esse é o entendimento que vem prevalecendo, em feitos de minha relatoria, sobre o qual trago à colação o seguinte julgado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. JUROS DE MORA. CRITÉRIO DE CÁLCULO. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE PARCELA DA CONTRIBUIÇÃO AO PSS. RECURSO IMPROVIDO.

- A controvérsia dos autos não reside na incidência de contribuição ao Plano de Seguridade Social – PSS sobre juros moratórios (acerca do que há jurisprudência pacificada quanto à exclusão desses valores), mas na base de cálculo para apuração desses juros. Para a União Federal, a PSS deve ser excluída da base de cálculo dos juros moratórios; para a exequente, o valor principal deve ser aquele sem a subtração da PSS.

- Os juros moratórios não devem incidir sobre a parcela das verbas remuneratórias recebidas por força de decisão judicial correspondente à contribuição ao PSS.

- Se a gratificação reconhecida em ação coletiva tivesse sido paga no momento devido, o montante que entraria na esfera patrimonial do servidor seria o valor da gratificação, reduzido do valor da contribuição ao PSS retido na fonte, não se justificando a incidência de juros moratórios sobre o montante passível de retenção, sob pena de caracterização de enriquecimento indevido.

- Esse critério de cálculo repõe a situação jurídica e material tal como teria ocorrido se o servidor público não tivesse sido indevidamente privado de parcela de seus vencimentos.

- Agravo de instrumento improvido.

Ante o exposto, **DEFIRO PARCIALMENTE** o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso, apenas para que os juros moratórios sejam excluídos da parcela das verbas remuneratórias recebidas por força de decisão judicial correspondente à contribuição ao PSS.

Comunique-se o Juízo a quo.

Dê a Subsecretaria cumprimento ao disposto no artigo 1.019, inc. II, do CPC.

P.I.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017322-59.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR
AGRAVANTE: SAPORE S.A.
Advogado do(a) AGRAVANTE: JOAO CARLOS DE LIMA JUNIOR - SP142452-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

DECISÃO

Neste juízo sumário de cognição, de maior plausibilidade se me deparando a motivação da decisão recorrida ao aduzir que "A procuração pública juntada no Id 16492088 tem como outorgante a empresa Sapore S.A enquanto matriz (CNPJ 67.945.071/001-38), sem qualquer menção às filiais, assim a procuração 'ad judicium', uma vez outorgada pelos procuradores nomeados pela procuração pública não pode representar as filiais" e ao indeferir a liminar na consideração do previsto nos artigos 15, caput e §6º, da Lei 8.036/1990 e 28, §9º, da Lei 8.212/1991, à falta do requisito de probabilidade de provimento do recurso, INDEFIRO o pedido de antecipação da tutela recursal.

Intime-se a parte agravada, nos termos do art. 1019, II, do CPC.

Publique-se. Intime-se.

Peixoto Junior

Desembargador Federal Relator

São Paulo, 18 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5008266-65.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR
AGRAVANTE: ABRAO REZE COMERCIO DE VEICULOS LTDA, C VR - VEICULOS LTDA., MOTONET COMERCIO DE VEICULOS LTDA, A.CENTER SOROCABA COMERCIO DE VEICULOS LTDA, DVU - COMERCIO DE VEICULOS LTDA, AUTOZOE COMERCIO DE VEICULOS LTDA., S.A.R - EMPREENDIMENTOS E PARTICIPACOES S/A., SG - CONSULTORIA EMPRESARIAL LTDA, MOTORBANK - EMPREENDIMENTOS E PARTICIPACOES LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: SPENCER AUGUSTO SOARES LEITE - SP174622
Advogado do(a) AGRAVANTE: SPENCER AUGUSTO SOARES LEITE - SP174622
Advogado do(a) AGRAVANTE: SPENCER AUGUSTO SOARES LEITE - SP174622
Advogado do(a) AGRAVANTE: SPENCER AUGUSTO SOARES LEITE - SP174622
Advogado do(a) AGRAVANTE: SPENCER AUGUSTO SOARES LEITE - SP174622
Advogado do(a) AGRAVANTE: SPENCER AUGUSTO SOARES LEITE - SP174622
Advogado do(a) AGRAVANTE: SPENCER AUGUSTO SOARES LEITE - SP174622
Advogado do(a) AGRAVANTE: SPENCER AUGUSTO SOARES LEITE - SP174622
Advogado do(a) AGRAVANTE: SPENCER AUGUSTO SOARES LEITE - SP174622
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL- FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Neste juízo sumário de cognição, considerando que em matéria tributária aplica-se o princípio da legalidade estrita (STJ, AgInt no RMS 48.823/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/11/2019, DJe 28/11/2019; AgInt no RMS 47.848/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/05/2019, DJe 24/05/2019) e que é “vedado ao Poder Judiciário, sob pretexto de atenção ao princípio da igualdade, atuar como legislador positivo concedendo benefícios tributários não previstos em lei” (STF, RE 614407 AgR-segundo, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 25/11/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-245 DIVULG 12-12-2014 PUBLIC 15-12-2014), assim o que de relevante se apresenta para a solução da questão sendo a inexistência de fundamento legal para a medida pleiteada pela parte contribuinte, anotando-se que a esta conclusão não falta o apoio da jurisprudência da Turma (decisões monocráticas proferidas no AI 5007262-90.2020.4.03.0000, de relatoria do Desembargador Federal Cotrim Guimarães, e no AI 5007243-84.2020.4.03.0000, de relatoria do Desembargador Federal Carlos Francisco), à falta do requisito de probabilidade de provimento do recurso, INDEFIRO o pedido de antecipação da tutela recursal.

Publique-se. Intime-se.

Após, voltemos autos conclusos.

Peixoto Junior

Desembargador Federal

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5009424-58.2020.4.03.0000

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 23/06/2020 448/4253

RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR
AGRAVANTE: ARTHUR LUNDGREN TECIDOS S A CASAS PERNAMBUCANAS
Advogados do(a) AGRAVANTE: GABRIELA SILVA DE LEMOS - SP208452-A, PAULO CAMARGO TEDESCO - SP234916-A, MARCELO GUIMARAES FRANCISCO - SP302659-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

DECISÃO

Neste juízo sumário de cognição, de plano não se infirmo os fundamentos da decisão recorrida aduzindo que "*Segundo entendimento jurisprudencial unânime do Superior Tribunal de Justiça, consubstanciado na Súmula nº 212, é inviável o deferimento de liminar reconhecendo o direito à compensação de tributos, em razão do caráter satisfativo do provimento, que autorizaria, de forma irreversível, a extinção do crédito tributário, nos termos do art. 156, II, do Código Tributário Nacional*", a tanto não equivalendo alegação de que "*No presente caso, todavia, o crédito que se pretende compensar já foi reconhecido de maneira definitiva*", à falta do requisito de probabilidade de provimento do recurso, INDEFIRO o pedido de antecipação da tutela recursal.

Intime-se a parte agravada, nos termos do art. 1019, II, do CPC/2015.

Publique-se. Intime-se.

Peixoto Junior

Desembargador Federal Relator

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002530-03.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR
AGRAVANTE: MAF BRAGA EMPREITEIRA - EPP
Advogado do(a) AGRAVANTE: ALEXANDRE ROBERTO DA SILVEIRA - SP146664-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

DECISÃO

Neste juízo sumário de cognição, de maior plausibilidade se me deparando a motivação da decisão recorrida ao aduzir que "o Colendo Superior Tribunal de Justiça reformulou seu entendimento no sentido de admitir o protesto extrajudicial de CDA, consoante decisão proferida no Recurso Especial n. 1.126.515 pela Egrégia Segunda Turma", à falta do requisito de probabilidade de provimento do recurso, INDEFIRO o pedido de efeito suspensivo.

Intime-se a parte agravada, nos termos do art. 1019, II, do CPC.

Publique-se. Intime-se.

Peixoto Junior

Desembargador Federal Relator

São Paulo, 18 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5006217-85.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR

AGRAVANTE: IZAMAR BATISTA DO NASCIMENTO GALHARDO

Advogado do(a) AGRAVANTE: ALESSANDRO BEZERRA ALVES PINTO - SP221131

AGRAVADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Neste juízo sumário de cognição, considerando que, ao que se verifica dos autos, o pedido de concessão da gratuidade da justiça formulado na inicial foi deferido, por outro lado não indicando o Juízo "à quo" elemento hábil a justificar, no curso da demanda, a medida de restrição do benefício, a tanto não equivalendo o que aduz a decisão agravada referindo-se ao valor de honorários periciais arbitrados, reputo preenchidos os requisitos legais e DEFIRO o pedido de efeito suspensivo.

Comunique-se o Juízo "à quo", conforme disposto no art. 1.019, I, do CPC.

Intime-se a parte agravada, nos termos do art. 1019, II, do CPC.

Publique-se. Intime-se.

Peixoto Junior

Desembargador Federal

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5003098-19.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR

AGRAVANTE: SBF COMERCIO DE PRODUTOS ESPORTIVOS LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: MAURO VITOR BOCONCELLO SIMOES - SP378241-A, THAISSANUNES DE LEMOS SILVA - RJ176186-A, LEANDRO LAMUSSI CAMPOS - SP287544-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão pela qual, em autos de mandado de segurança, foi indeferido pedido de liminar.

Em consulta ao sistema de informações processuais da Justiça Federal da 3ª Região, verifica-se que nos autos da impetração acima mencionada foi proferida sentença, destarte carecendo de objeto o presente agravo de instrumento.

Por estas razões, com amparo no art. 932, III, do Código de Processo Civil, não conheço do recurso.

Publique-se. Intime-se.

Após as formalidades legais, dê-se baixa no sistema de informações processuais desta Corte.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

Peixoto Junior
Desembargador Federal Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5021529-38.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR

AGRAVANTE: C K CONSTRUTORA E INCORPORADORA DE EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA

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

AGRAVADO: SERVICO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL - SENAI, SERVICO SOCIAL DA INDÚSTRIA - SESI, SERVICO DE APOIO AS MICRO E PEQ EMPRESAS DE SAO PAULO, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZACAO E REFORMA AGRARIA - INCRA, FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCACAO

Advogado do(a) AGRAVADO: MARCIO BRUNO SOUSA ELIAS - DF12533-A

Advogado do(a) AGRAVADO: MARCIO BRUNO SOUSA ELIAS - DF12533-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão pela qual, em autos de mandado de segurança, foi indeferido pedido de liminar.

Em consulta ao sistema de informações processuais da Justiça Federal da 3ª Região, verifica-se que nos autos da impetração acima mencionada foi proferida sentença, destarte carecendo de objeto o presente agravo de instrumento.

Por estas razões, com amparo no art. 932, III, do Código de Processo Civil, não conheço do recurso.

Publique-se. Intime-se.

Após as formalidades legais, dê-se baixa no sistema de informações processuais desta Corte.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

Peixoto Junior
Desembargador Federal Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5033066-94.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR

AGRAVANTE: NARCIZO AYALA, AMELIA GOMES DE ALMEIDA DE LA QUINTANA, NILBERTO CASSIO RIBEIRO, IRINEU DO NASCIMENTO, JOAO GONCALVES, MAURICIO REZENDE ALVES, SONIA MARIA VIOLA, LUIZ ROBERTO NAPOLEAO

Advogados do(a) AGRAVANTE: RICARDO BIANCHINI MELLO - SP240212-S, GUILHERME LIMA BARRETO - SP215227-S, FELIPE MARTINS FLORES - SC18947-A

Advogados do(a) AGRAVANTE: RICARDO BIANCHINI MELLO - SP240212-S, GUILHERME LIMA BARRETO - SP215227-S, FELIPE MARTINS FLORES - SC18947-A

Advogados do(a) AGRAVANTE: RICARDO BIANCHINI MELLO - SP240212-S, GUILHERME LIMA BARRETO - SP215227-S, FELIPE MARTINS FLORES - SC18947-A

Advogados do(a) AGRAVANTE: RICARDO BIANCHINI MELLO - SP240212-S, GUILHERME LIMA BARRETO - SP215227-S, FELIPE MARTINS FLORES - SC18947-A

Advogados do(a) AGRAVANTE: RICARDO BIANCHINI MELLO - SP240212-S, GUILHERME LIMA BARRETO - SP215227-S, FELIPE MARTINS FLORES - SC18947-A

Advogados do(a) AGRAVANTE: RICARDO BIANCHINI MELLO - SP240212-S, GUILHERME LIMA BARRETO - SP215227-S, FELIPE MARTINS FLORES - SC18947-A

Advogados do(a) AGRAVANTE: RICARDO BIANCHINI MELLO - SP240212-S, GUILHERME LIMA BARRETO - SP215227-S, FELIPE MARTINS FLORES - SC18947-A

Advogados do(a) AGRAVANTE: RICARDO BIANCHINI MELLO - SP240212-S, GUILHERME LIMA BARRETO - SP215227-S, FELIPE MARTINS FLORES - SC18947-A

AGRAVADO: SULAMERICA COMPANHIA NACIONAL DE SEGUROS, CAIXA ECONOMICA FEDERAL

Advogado do(a) AGRAVADO: LOYANNA DE ANDRADE MIRANDA - MG111202-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Neste juízo sumário de cognição, considerando que, ao que se verifica dos autos, o pedido de concessão da gratuidade da justiça formulado na inicial foi deferido, por outro lado não indicando o Juízo “a quo” elemento hábil a justificar, no curso da demanda, a medida de restrição do benefício, a tanto não equivalendo o que aduz a decisão agravada no sentido de que “os honorários periciais (...) *restam fixados na módica quantia de R\$ 372,80*”, reputo preenchidos os requisitos legais e DEFIRO o pedido de efeito suspensivo.

Comunique-se o Juízo “a quo”, conforme disposto no art. 1.019, I, do CPC.

Intime-se a parte agravada, nos termos do art. 1019, II, do CPC.

Publique-se. Intime-se.

Peixoto Junior

Desembargador Federal

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5005880-62.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR

AGRAVANTE: CLAUDIO ALEJANDRO ZABALA

Advogado do(a) AGRAVANTE: LEANDRO MAURO MUNHOZ - SP221674

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão pela qual, em autos de ação ordinária, foi postergada a apreciação do pedido de antecipação da tutela para após manifestação da parte contrária.

Sustenta o recorrente, em síntese, estarem presentes os requisitos para concessão da antecipação da tutela.

É o breve relatório. Decido.

O presente recurso não ultrapassa o juízo de admissibilidade.

O ato jurisdicional hostilizado encontra-se vazado nos seguintes termos:

"Em observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, postergo a apreciação do pedido de tutela de urgência, para após a vinda da contestação. Com a juntada dessa, venham os autos conclusos para deliberações."

De início, consigno o descabimento da via recursal ante o entendimento de que o ato jurisdicional ora impugnado não tem natureza jurídica de decisão interlocutória, mas sim mero despacho, contra o qual não cabe recurso, conforme dispõe o art. 1.001 do CPC/15.

Sobre a questão já se manifestou o E. STJ, a exemplo, REsp 1.357.542, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, convido transcrever excerto do citado julgado, *verbis*:

"Não obstante as razões suscitadas, por considerar ausente o necessário conteúdo decisório, a jurisprudência majoritária desta Corte firmou-se no sentido de ser incabível a interposição de agravo de instrumento contra despacho judicial que postergou a análise do pedido de tutela antecipada."

Nesse sentido:

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. MEDIDA CAUTELAR PARA ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO REGIONAL QUE MANTEVE A NEGATIVA DE SEGUIMENTO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO DIRIGIDO CONTRA DECISÃO QUE POSTECIPOU O EXAME DO PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA PARA APÓS A APRESENTAÇÃO DA CONTESTAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA SUPRESSÃO DA ANÁLISE DA TUTELA ANTECIPADA PELO JUÍZO SINGULAR, ANTE A AUSÊNCIA DE "COMPROVAÇÃO OBJETIVA DA IMINÊNCIA DE RISCO DE GRAVE LESÃO OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO". ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REQUISITOS AUTORIZADORES. SÚMULA 07/STJ.

1. [...].

7. *Outrossim, precedentes oriundos das Turmas de Direito Público perfilham o entendimento de que: (i) "na forma do art. 504 do Código de Processo Civil, não é cabível recurso de despachos de mero expediente. In casu, o despacho que fundamentou decidir a liminar após a manifestação do ora agravado, devidamente citado, não possui qualquer conteúdo decisório, não causando gravame" (AgRg no Ag 725.466/DF, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 06.06.2006, DJ 01.08.2006); e (ii) "1. Conforme dispõe o art. 522 do CPC, o cabimento do recurso de agravo de instrumento é restrito às decisões interlocutórias. 2. O despacho que ordena a citação é conceituado entre os de mero expediente por não conter carga decisória, sendo incabível o manejo de agravo de instrumento, nos termos do artigo 504 do Código de Processo Civil. Precedentes." (Ag 750.910/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 14.11.2006, DJ 27.11.2006).*

8. *Agravo regimental desprovido, mantendo-se o indeferimento do pleito liminar. (AgRg na MC 15.927/PI, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 14/6/10);*

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. IRRECORRIBILIDADE. DESPACHO DE MERO EXPEDIENTE. ARTS. 504 E 522 DO CPC.

1. *O despacho que determina a expedição de ofício requisitório é um despacho interlocutório, já que não contém nenhum poder decisório, por isso, pela regra processual, descabida é a interposição de recurso.*

2. *Agravo não provido. (AgRg no Ag 448.276/SP, Rel. Min. CASTRO MEIRA, Segunda Turma, DJU de 12/8/03).*

No mesmo sentido: RMS 036592, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 06.03.2013, publ. 26.03.2013.

Manifesto o descabimento do recurso também sob outra ordem de fundamentação, na consideração de que não havendo qualquer pronunciamento do juiz de primeiro grau acerca da apreciação ora buscada na via recursal, a apreciação da questão pelo Tribunal representaria vedada supressão de instância, conforme julgado desta Corte, a seguir transcrito:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. APECIAÇÃO DO PEDIDO DE MEDIDA LIMINAR APÓS A VINDA DAS INFORMAÇÕES DA AUTORIDADE IMPETRADA. LEGALIDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO INEQUIVOCAL DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO DO IMPETRANTE. PODER GERAL DE CAUTELA DO JUÍZO EM RESPEITO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. ARTIGO 5º, LV, CF. CONCESSÃO DA LIMINAR EM SEDE DE AGRAVO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. *O Magistrado tem o poder geral de cautela, com livre arbítrio para postergar o exame da liminar após a vinda das informações, se assim entender necessário, por prudência e obediência ao princípio do contraditório (art. 5º, LV, CF).*

2. *Entendimento do Juízo singular que a documentação instrutória da ação mandamental restava insuficiente a comprovar de plano o direito líquido e certo do impetrante.*

3. *Não pode o Tribunal, em sede de agravo, conceder medida liminar em mandado de segurança sob pena de supressão de instância.*

4. *Agravo de instrumento improvido."*

(AI nº 0073744-67.2004.4.03.0000, rel. Des. Fed. Lazarano Neto, 6ª Turma, j. 05.10.2005, publ. DJU 21.10.2005).

Nesta linha de orientação também são as decisões monocráticas desta Corte proferidas no AI nº 2008.03.00.036367-1, rel. Des. Fed. Marcio Moraes, 3ª Turma; AI nº 0006579-90.2010.4.03.0000, rel. Des. Fed. Cecília Mello, 2ª Turma, convindo, diante da identidade de situação, transcrever excerto desta última citada decisão:

"A recorrente afirma, em suas razões recursais, que houve indeferimento do pedido liminar. Contudo, do exame do ato judicial combatido se depreende que o juízo a quo apenas consignou que o pedido de liminar será apreciado com o advento das informações.

Em que pese as alegações da recorrente, tenho que não merece reparo o ato judicial combatido.

Quando o pedido formulado não contém, ab initio, os requisitos necessários à sua concessão, surge a prerrogativa do Juiz postergar seu exame ao advento das informações.

A decisão que condiciona a apreciação de tal pleito à juntada da resposta não está eivada de ilegalidade e nem encerra caráter teratológico, notadamente quando inexistentes os elementos essenciais ao seu deferimento.

Cumprе ressaltar que não houve indeferimento da liminar pleiteada, mas, tão-somente, a posposição do momento de análise do pedido, para obtenção de melhores fundamentos com vistas a evitar postura temerária.

Ademais, eventual apreciação do pedido, nesta seara, resultaria em indevida supressão de grau de jurisdição, posto que sequer foi apreciado pelo juízo a quo."

Por estes fundamentos, não conheço do recurso, com amparo no art. 932, III, do CPC.

Publique-se. Intime-se.

Após as formalidades legais, dê-se baixa no sistema.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

Peixoto Junior

Desembargador Federal

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007485-48.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR

AGRAVANTE: ADIPRENEDIRECTBRASILCOMERCIO DE PRODUTOS QUIMICOS LTDA.

Advogados do(a) AGRAVANTE: EMILIO AYUSO NETO - SP263000-A, MICHELE APARECIDA BARBUTTI AYUSO - SP271809-A

AGRAVADO: DELEGADO DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão pela qual, em autos de mandado de segurança, foi indeferido pedido de liminar.

Em consulta ao sistema de informações processuais da Justiça Federal da 3ª Região, verifica-se que nos autos da impetração acima mencionada foi proferida sentença, destarte carecendo de objeto o presente agravo de instrumento.

Por estas razões, com amparo no art. 932, III, do Código de Processo Civil, não conheço do recurso.

Publique-se. Intime-se.

Após as formalidades legais, dê-se baixa no sistema de informações processuais desta Corte.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

Peixoto Junior
Desembargador Federal Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) N° 5028356-65.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR
AGRAVANTE: U. F. - F. N.

AGRAVADO: N. D. B. LTDA.
Advogado do(a) AGRAVADO: LUIS FERNANDO MURATORI - SP149756-A
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO

Tendo em vista a tramitação dos presentes autos sob restrição de publicidade e conforme resolução nº 58/2009 do Conselho da Justiça Federal, procedo à publicação do dispositivo da r. decisão **ID: 134892445**, ora reproduzido:

DECISÃO

(...) indefiro o pedido.

Intime-se a parte agravada, nos termos do art. 1019, II, do CPC.

Publique-se. Intime-se.

Peixoto Junior
Desembargador Federal Relator

São Paulo, 22 de junho de 2020.

SUBSECRETARIA DA 3ª TURMA

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) N° 5020054-13.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PAULO EDUARDO FITTIPALDI DOMINGUES

AGRAVADO: PAKMATIC DO BRASIL IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA.
Advogado do(a) AGRAVADO: LUCAS DE ARAUJO FELTRIN - SP274113-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de embargos de declaração opostos contra decisão que sobrestou o feito até o julgamento dos Recursos Especiais nº 1.767.631/SC, 1.772.634/SC e 1.772.470/SC, vinculados ao Tema nº 1.008.

Alegou o embargante omissão e obscuridade na decisão, pois não se sabe se o sobrestamento atinge tão-somente o presente recurso de agravo de instrumento, porquanto a Ilma. Relatora do paradigma do tema, Min. Regina Helena Costa, determinou a suspensão da tramitação de todos os processos pendentes que se que versem sobre a questão trazida no tema nº 1.008. Requeru que seja determinado também o sobrestamento do feito de origem.

Decido.

De início, cumpre ressaltar que tempestivos os presentes embargos de declaração

Quanto ao mérito, padece de razão a embargante, posto que o sobrestamento se dá somente nestes autos, não atingindo a tramitação do feito em primeira instância, devendo o embargante, se for o caso, requerer o sobrestamento perante o juízo de origem.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

Intimem-se.

Após, ao sobrestamento.

São Paulo, 10 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5013278-60.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

AGRAVANTE: SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL SENAI, SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA SESI

Advogado do(a) AGRAVANTE: PATRICIA LEITE PEREIRA DA SILVA - DF20695-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: PATRICIA LEITE PEREIRA DA SILVA - DF20695-A

AGRAVADO: QUALIPET INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS PARA ANIMAIS LTDA - EPP

Advogado do(a) AGRAVADO: GERALDO SOARES DE OLIVEIRA JÚNIOR - SP197086-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E S P A C H O

Para a análise das questões do agravante necessária a oitiva da parte agravada.

Intime-se a parte contrária, nos termos do artigo 1.019, inciso II, do Código de Processo Civil.

Após, ao Ministério Público Federal.

Por fim, conclusos.

São Paulo, 16 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001468-63.2017.4.03.6121

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: ASSOCIACAO BRASILEIRA DA IND DE HOTEIS DE SAO PAULO

Advogados do(a) APELANTE: KAZYS TUBELIS - SP333220-A, MAURICIO ANTONIO PAULO - SP201269-A, ALVARO CESAR JORGE - SP147921-A

APELADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM TAUBATÉ, UNIAO FEDERAL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3ª REGIÃO, PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001468-63.2017.4.03.6121

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: ASSOCIACAO BRASILEIRA DA IND DE HOTEIS DE SAO PAULO

Advogados do(a) APELANTE: KAZYS TUBELIS - SP333220-A, MAURICIO ANTONIO PAULO - SP201269-A, ALVARO CESAR JORGE - SP147921-A

APELADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM TAUBATÉ, UNIAO FEDERAL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3ª REGIÃO, PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por Associação Brasileira da Ind. de Hotéis de São Paulo em face da r. sentença (Id num. 121926912) que denegou a segurança, nos autos do mandado de segurança coletivo, com pedido de liminar, por meio do qual a impetrante visa obter provimento judicial para *“reconhecer o direito das empresas representadas pela Impetrante de não recolherem as contribuições para o INCRA - INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA, SEBRAE - SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS e FNDE – FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO (Salário-educação), calculadas sobre a folha de salários, bem como para declarar o direito de compensarem, a partir do trânsito em julgado, os valores indevidamente recolhidos a esse título com tributos e contribuições sob administração da Secretaria da Receita Federal do Brasil, atualizados pela taxa SELIC até a data da efetiva compensação.”* (ID 121925371 - pág. 12).

A impetrante afirma que seus representados estão sujeitos ao recolhimento de diversos tributos, entre eles o pagamento das contribuições para o INCRA, SEBRAE e FNDE (salário-educação), calculadas sobre a folha de salários da empresa.

Sustenta que tais contribuições têm caráter interventivo e assim passaram a ser indevidas após o advento da EC nº 33/2001, que alterou o artigo 149 da CF/88 e estabeleceu como bases de cálculo de tais contribuições, unicamente, o faturamento, a receita bruta, o valor da operação ou o valor aduaneiro.

Aduz que, nessa linha, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 559.937 sob o regime da repercussão geral, definiu que as bases econômicas trazidas pelo art. 149, § 2º, III, a, da CF, limitam a competência tributária da União, que não pode utilizar tais normas como mero ponto de partida.

A análise da liminar foi postergada para após a apresentação das informações (ID 121926886 - pág. 1).

Informações da autoridade impetrada (ID 121926890 - págs. 1/43).

A liminar foi indeferida (ID 121926893 - págs. 1/11).

O Ministério Público Federal, em 1ª instância, manifestou-se pelo prosseguimento do feito (ID 121926908 - págs. 1/3).

O MM. Juiz *a quo* denegou a segurança (ID 121926911 - págs. 1/13).

A impetrante interpôs recurso de apelação requerendo a reforma *in totum* da r. sentença. (ID 121926919 - págs. 1/14).

Com contrarrazões (ID 121926926 - págs. 1/13), vieram os autos a este E. Tribunal.

O ilustre Representante do Ministério Público Federal opina pelo desprovimento do recurso de apelação (Id num 125970381).

É o Relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001468-63.2017.4.03.6121

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: ASSOCIACAO BRASILEIRA DA IND DE HOTEIS DE SAO PAULO

Advogados do(a) APELANTE: KAZYS TUBELIS - SP333220-A, MAURICIO ANTONIO PAULO - SP201269-A, ALVARO CESAR JORGE - SP147921-A

APELADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM TAUBATÉ, UNIAO FEDERAL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3ª REGIÃO, PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Mandado de Segurança é uma ação constitucional prevista no artigo 5º, inciso LXIX da Constituição Federal e na norma prevista na Lei 12.016 de 2009, e tem por objeto a proteção de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

É o que se depreende da leitura do inciso LXIX, do artigo 5º da Constituição Federal: "*conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparável por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público*".

Trata-se de apelação interposta por Associação Brasileira da Ind. de Hotéis de São Paulo em face da r. sentença (Id num. 121926912) que denegou a segurança, nos autos do mandado de segurança coletivo, com pedido de liminar, por meio do qual a impetrante visa obter provimento judicial para “reconhecer o direito das empresas representadas pela Impetrante de não recolherem as contribuições para o INCRA - INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA, SEBRAE - SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS e FNDE – FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO (Salário-educação), calculadas sobre a folha de salários, bem como para declarar o direito de compensarem, a partir do trânsito em julgado, os valores indevidamente recolhidos a esse título com tributos e contribuições sob administração da Secretaria da Receita Federal do Brasil, atualizados pela taxa SELIC até a data da efetiva compensação.” (ID 121925371 - pág. 12).

A impetrante afirma que seus representados estão sujeitos ao recolhimento de diversos tributos, entre eles o pagamento das contribuições para o INCRA, SEBRAE e FNDE (salário-educação), calculadas sobre a folha de salários da empresa. Sustenta que tais contribuições têm caráter interventivo e assim passaram a ser indevidas após o advento da EC nº 33/2001, que alterou o artigo 149 da CF/88 e estabeleceu como bases de cálculo de tais contribuições, unicamente, o faturamento, a receita bruta, o valor da operação ou o valor aduaneiro.

Aduz que, nessa linha, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 559.937 sob o regime da repercussão geral, definiu que as bases econômicas trazidas pelo art. 149, § 2º, III, a, da CF, limitam a competência tributária da União, que não pode utilizar tais normas como mero ponto de partida.

In casu, a Constituição Federal adotou a expressão "poderão ter alíquotas", a qual contém, semanticamente, a ideia de "possibilidade", não de "necessidade/obrigatoriedade" como pretende atribuir-lhe a apelante, tratando-se, portanto, de rol meramente exemplificativo.

"Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

(...)§ 2º As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o caput deste artigo: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)(...)

III - poderão ter alíquotas: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

a) ad valorem, tendo por base o faturamento, a receita bruta ou o valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

Verifica-se do disposto no inciso III acima que as hipóteses de incidência enumeradas pelo poder constituinte derivado não encerram um rol taxativo, podendo o legislador ordinário criar outras bases de cálculo para os citados tributos.

Nesse sentido, o artigo 240 da Constituição da República recepcionou expressamente as contribuições sociais do chamado sistema “S”, tendo a folha de salários como base de cálculo, e não foi revogado e nem modificado pela citada EC 33/2001. Confira-se, verbis:

“Art. 240. Ficam ressalvadas do disposto no art. 195 as atuais contribuições compulsórias dos empregadores sobre a folha de salários, destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical.”

Ademais, reconhecida a repercussão geral do tema discutido nestes autos no RE 603.624, que ainda pende de julgamento. O que se observa é que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, presentemente, está orientada em sentido contrário à pretensão da apelante:

AI 766.759, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, monocrática DJe 22/10/2009 :

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO AO SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS - SEBRAE: CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES. REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. DESNECESSIDADE DE EXAME. ART. 323, PRIMEIRA PARTE, DO REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO.

1. Agravo de instrumento contra decisão que não admitiu recurso extraordinário, interposto com base no art. 102, inc. III, alínea a, da Constituição da República.

2. O recurso inadmitido tem como objeto o seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região: "TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA. CONTRIBUIÇÕES AO SEBRAE-APEX-ABDI. PRESCRIÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE. 1. Dispõe o contribuinte do prazo de dez anos retroativos ao ajuizamento das ações intentadas até 08.06.2005 para postular a restituição do indébito, a contar do fato gerador; cinco dos quais relativos à homologação tácita dos tributos sujeitos a essa modalidade de lançamento (art. 150, § 4º, do CTN) e cinco de prazo prescricional propriamente dito (art. 168, I, do CTN), afastadas as disposições da LC 118/2005. 2. Proposta a ação após 09.06.2005, submete-se a prescrição quinquenal às novas disposições introduzidas pela LC 118/2005, sendo esta a hipótese dos autos. 3. A contribuição ao SEBRAE não é nova, tratando-se de adicional às alíquotas das contribuições ao SESI/SENAI e ao SESC/SENAC, apesar de ser totalmente autônoma e desvinculada daquelas que a originaram. Assim, como não é contribuição prevista no art. 195, mas no 149, não se inclui na ressalva do art. 240 da Constituição. 4. Apelação improvida" (fl. 288).

3. A decisão agravada teve como fundamento para a inadmissibilidade do recurso extraordinário a harmonia do julgado recorrido com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (fls. 371-372).

4. A Agravante alega que teria sido contrariado o art. 149, § 2º, da Constituição da República (norma alterada pela Emenda Constitucional n. 33/2001). Sustenta que "as contribuições exigidas com base no art. 149, a partir de 11/12/2001, somente poderão tomar como base o 'faturamento', a 'receita bruta' ou o 'valor da operação' (em caso de importação), nunca a folha de salários. (...) a alteração promovida pela EC nº 33/2001, embora simples, estabeleceu novas técnicas de validação e imposição para as contribuições em questão, restringindo a exigibilidade das mesmas às hipóteses (bases de cálculo) previstas naquele dispositivo constitucional, que corporifica a regra matriz de incidência tributária das exações" (fls. 306-307). Apreciada a matéria posta em exame, DECIDO.

5. Em preliminar, é de se ressaltar que, apesar de ter sido a Agravante intimada depois de 3.5.2007 e constar no recurso extraordinário capítulo destacado para a defesa da repercussão geral da questão constitucional, não é o caso de se iniciar o procedimento para a aferição da sua existência, pois, nos termos do art. 323, primeira parte, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal - com a redação determinada pela Emenda Regimental n. 21/2007 -, esse procedimento somente terá lugar "quando não for o caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão". Essa é a situação do caso em exame, em que a análise da existência, ou não, da repercussão geral da questão constitucional torna-se dispensável, pois há outro fundamento suficiente para a inadmissibilidade do recurso.

6. Razão de direito não assiste à Agravante.

7. No julgamento do Recurso Extraordinário 396.266, Relator o Ministro Carlos Velloso, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu no sentido da constitucionalidade da contribuição destinada ao Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas - Sebrae. Confira-se, a propósito:

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO: SEBRAE: CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. Lei 8.029, de 12.4.1990, art. 8º, § 3º. Lei 8.154, de 28.12.1990. Lei 10.668, de 14.5.2003. C.F., art. 146, III; art. 149; art. 154, I; art. 195, § 4º.

I. - As contribuições do art. 149, C.F. - contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais ou econômicas - posto estarem sujeitas à lei complementar do art. 146, III, C.F., isto não quer dizer que deverão ser instituídas por lei complementar. A contribuição social do art. 195, § 4º, C.F., decorrente de 'outras fontes', é que, para a sua instituição, será observada a técnica da competência residual da União: C.F., art. 154, I, ex vi do disposto no art. 195, § 4º. A contribuição não é imposto. Por isso, não se exige que a lei complementar defina a sua hipótese de incidência, a base impositiva e contribuintes: C.F., art. 146, III, a. Precedentes: RE 138.284/CE, Ministro Carlos Velloso, RTJ 143/313; RE 146.733/SP, Ministro Moreira Alves, RTJ 143/684.

II. - A contribuição do SEBRAE - Lei 8.029/90, art. 8º, § 3º, redação das Leis 8.154/90 e 10.668/2003 - é contribuição de intervenção no domínio econômico, não obstante a lei a ela se referir como adicional às alíquotas das contribuições sociais gerais relativas às entidades de que trata o art. 1º do D.L. 2.318/86, SESI, SENAI, SESC, SENAC. Não se inclui, portanto, a contribuição do SEBRAE, no rol do art. 240, C.F.

III. - Constitucionalidade da contribuição do SEBRAE. Constitucionalidade, portanto, do § 3º, do art. 8º, da Lei 8.029/90, com a redação das Leis 8.154/90 e 10.668/2003. IV. - R.E. conhecido, mas improvido" (DJ 27.2.2004).

8. No mesmo julgamento, decidiu-se que essa contribuição seria exigível de empresas que exercem atividade econômica, não sendo necessária a vinculação direta entre o contribuinte e o benefício decorrente da aplicação dos valores arrecadados. Dessa orientação não divergiu o acórdão recorrido.

9. Quanto à afirmação da Agravante de que as alterações produzidas no art. 149 da Constituição pela Emenda Constitucional n. 33/2001, teriam tornado inconstitucional a incidência da contribuição ao Sebrae sobre a folha de salários, é de se realçar, como o fez o Ministro Joaquim Barbosa no julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 733.110, que: "Destaco, no ponto, que o pronunciamento da Corte sobre a constitucionalidade da contribuição ocorrera em 2004, data posterior; portanto, à EC 33. Vale ressaltar que o inciso III desse parágrafo não é taxativo quanto às alíquotas das contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico" (DJe 2.2.2009). Nada há, pois, a prover quanto às alegações da Agravante.

10. Pelo exposto, nego seguimento a este agravo (art. 557, caput, do Código de Processo Civil, e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

"AI 472.496 AgR, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ 04/08/2006:

"1. Salário-educação: validade da contribuição do salário-educação em face da Carta de 1969 e a sua recepção pela Constituição de 1988, em conformidade com o entendimento adotado pelo plenário do Tribunal no RE 290.079, Ilmar Galvão, DJ 04.04.2003: incidência da Súmula 732.

2. Recurso extraordinário: descabimento: questão relativa à inexigibilidade de as empresas prestadoras de serviço recolherem o salário-educação, que está adstrita ao exame da violação à legislação infraconstitucional, ao qual não se presta o RE."

Esta E. Corte também assim decidiu:

"TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES DESTINADAS AO INCRA E SEBRAE. CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO - CIDE. LEGITIMIDADE DAS EXIGÊNCIAS. BASE DE CÁLCULO. "FOLHA DE SALÁRIOS". POSSIBILIDADE. ART. 149, § 2º, III, DA CF É ROL MERAMENTE EXEMPLIFICATIVO. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. Inicialmente, no que tange à prescrição, às ações ajuizadas anteriormente a entrada em vigor da Lei Complementar 118/2005, aplica-se o entendimento até então consagrado no Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual o prazo prescricional para restituição dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação ocorre em cinco anos contados da ocorrência do fato gerador; acrescidos de mais cinco anos contados da homologação tácita - tese dos "cinco mais cinco" (Embargos de Divergência em RESP n.º 435.835/SC - 2003/0037960-2) e, às ações ajuizadas após 09 de junho de 2005, aplica-se o prazo prescricional quinquenal.

2. No mérito, as contribuições ao INCRA e SEBRAE são consideradas contribuições especiais atípicas de intervenção no domínio econômico. São interventivas, pois a primeira visa financiar os programas e projetos vinculados à reforma agrária e suas atividades complementares, ao passo que a segunda destina-se a disseminar o fomento às micro e pequenas empresas. E, são contribuições especiais atípicas, na medida em que são constitucionalmente destinadas a finalidades não diretamente referidas ao sujeito passivo da obrigação tributária (referibilidade).

3. A contribuição ao INCRA foi inteiramente recepcionada pela nova ordem constitucional. Ademais, a supressão da exação para o FUNRURAL pela Lei n.º 7.787/89 e a unificação do sistema de previdência através da Lei n.º 8.212/91 não provocaram qualquer alteração na parcela destinada ao INCRA. Inexistindo, portanto, qualquer ilegalidade na contribuição ao INCRA, consoante decisões de nossas Corte de Justiça:

4. No tocante à contribuição para o Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas - SEBRAE, instituída pela Lei n.º 8029/90, é contribuição especial atípica de intervenção no domínio econômico, prevista no artigo 149 da atual Constituição Federal, não necessitando de lei complementar para ser instituída. Do mesmo modo, não há qualquer ilegalidade na contribuição ao SEBRAE, confira-se o seguinte julgado do Egrégio Supremo Tribunal Federal:

5. O cerne da tese trazida a juízo pela parte impetrante consiste na inconstitucionalidade de Contribuições Sociais de Intervenção no Domínio Econômico, sejam atípicas ou não, adotarem como base de cálculo a "folha de salários", tendo em vista que o artigo 149, § 2º, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, na redação atribuída pelo artigo 1º, da Emenda Constitucional n.º 33/2001, teria estabelecido um rol taxativo de bases de cálculo ad valorem possíveis, no qual esta não estaria inclusa.

6. No entanto, o que se depreende do texto constitucional é tão-somente a possibilidade de algumas bases de cálculos serem adotadas pelas Contribuições Sociais de Intervenção no Domínio Econômico, sem que haja qualquer restrição explícita à adoção de outras bases de cálculo não constantes na alínea "a". Trata-se, portanto, de rol meramente exemplificativo.

7. Desse modo, não vislumbro óbice à adoção da "folha de salários" como base de cálculo das contribuições de intervenção no domínio econômico.

8. Recurso de apelação da parte impetrante improvido, mantendo a sentença, que julgou improcedente os pedidos formulados na petição inicial, denegando a segurança, para declarar a exigibilidade das contribuições ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA e ao Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas - SEBRAE, ambos sobre a folha de salários da impetrante, negando-lhe o direito de compensação." (sem grifos no original)(TRF 3ª Região, QUINTA TURMA, AMS - APELAÇÃO CÍVEL - 329264 - 0001898-13.2010.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES, julgado em 14/09/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:23/09/2015)

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. BASE DE CÁLCULO. CONTRIBUIÇÕES AO INCRA, SESC, SENAC E SEBRAE. EC 33/2001. ACRÉSCIMO DO § 2º. ARTIGO 149, CF. TESE DE RESTRIÇÃO DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA REJEITADA.

1. A EC 33/2001 acresceu ao artigo 149 da Carta Federal o § 2º, definindo possíveis hipóteses de incidência das contribuições, sem, porém, instituir norma proibitiva, no sentido de impedir que a lei adote outras bases de cálculo, pois apenas prevê que faturamento, receita, valor da operação e valor aduaneiro, este no caso de importação, podem ser considerados na aplicação de alíquota ad valorem.

2. O objetivo do constituinte derivado, no artigo 149, não foi o de restringir a ação do legislador; mas o de preencher o enorme vazio normativo da redação anterior; indicando, agora, possibilidades, que ficam de logo asseguradas para a imposição fiscal, sem prejuízo de que a lei preveja, em cada situação concreta, a base de cálculo ou material respectiva, e a alíquota pertinente, específica ou ad valorem.

3. Agravo de instrumento improvido."(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 592521 - 0022346-61.2016.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 19/04/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/05/2017)

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO DE APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO AO INCRA. INSTITUIÇÃO POR LEI COMPLEMENTAR. DESNECESSIDADE. CIDE. EC Nº 33/01. ART. 149, § 2º, III, CF. BASE DE CÁLCULO. FOLHA DE SALÁRIOS. POSSIBILIDADE. COBRANÇA DE EMPRESA URBANA. INFRINGÊNCIA À REFERIBILIDADE. INOCORRÊNCIA. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.

1. A jurisprudência dessa E. Terceira Turma é assente em reconhecer que é dispensável a edição de Lei Complementar para a instituição dos tributos elencados no artigo 149, da Constituição Federal.

2. Isto decorre porque o mandamento constitucional delimita que as contribuições de intervenção no domínio econômico - CIDE - devem respeitar a lei complementar tributária elencada no artigo 146, inciso III, da Constituição Federal, qual seja, o Código Tributário Nacional, razão pela qual é despicienda a instituição das referidas exações através de lei complementar:

3. A E. Terceira Turma tem jurisprudência pacífica que as hipóteses de incidência para as Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico - CIDE, elencadas no artigo 149, § 2º, inciso III, da Constituição Federal, introduzidas pela Emenda Constitucional nº 33/01, têm o objetivo de preencher o vazio legislativo existente anteriormente, delimitando apenas possibilidades da incidência, mas não realizando proibições de eleição de outras hipóteses pelo legislador ordinário.

4. Isto decorre porque, repita-se, não se deve dar interpretação restritiva ao aludido dispositivo constitucional, mas apenas de se verificar que o constituinte derivado elencou algumas hipóteses sobre as quais poderiam incidir as Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico, não impossibilitando que a lei delimite outra hipótese de incidência.

5. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que as contribuições sociais destinadas ao FUNRURAL e ao INCRA incidem sobre empresas urbanas, em virtude do seu caráter de contribuição especial de intervenção no domínio econômico (CIDE) que visa financiar os programas e projetos vinculados à reforma agrária e suas atividades complementares (STJ. Segunda Turma. REsp 1584761/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS. Julgado em 07/04/2016. DJe de 15/04/2016).

6. O C. Supremo Tribunal Federal também já se posicionou acerca da constitucionalidade da referida exação, sob o argumento de que "a contribuição destinada ao INCRA é devida por empresa urbana, porque se destina a cobrir os riscos aos quais está sujeita toda a coletividade de trabalhadores" (RE-AgR 469288/RS, Segunda Turma, Relator Ministro Eros Grau, j. 1º/4/2008, DJe de 8/5/2008).

7. Assim, é improcedente a alegação neste ponto, não havendo pertinência a mencionada referibilidade com as empresas urbanas e pela contribuição ser destinada ao INCRA.

8. Recurso de apelação desprovido." (sem grifos no original)(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 279755 - 0000082-39.2005.4.03.6110, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, julgado em 22/11/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/11/2017)

Diante do exposto não há como atender as alegações da apelante referente ao SEBRAE (Lei 8.029/90) e ao INCRA.

Em relação à contribuição do salário-educação está prevista no artigo 212, § 5º, da Constituição Federal, nos seguintes termos:

"Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

(...)

§ 5º - A educação básica pública terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhida pelas empresas na forma da lei."

A regulamentação do dispositivo constitucional foi feita pela Lei nº 9.424/1996, que dispõe sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério. Em seu artigo 15 estabeleceu que:

"Art. 15. O salário-educação, previsto no art. 212, § 5º, da Constituição Federal e devido pelas empresas, na forma em que vier a ser disposto em regulamento, é calculado com base na alíquota de 2,5% (dois e meio por cento) sobre o total de remunerações pagas ou creditadas, a qualquer título, aos segurados empregados, assim definidos no art. 12, inciso I, da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991."

A Lei nº 9.766/98, por sua vez, explicitou o conceito de empresa para fins de incidência da contribuição do salário-educação nos seguintes termos:

"Art. 1º - A contribuição social do salário-educação, a que se refere o art. 15 da Lei nº 9.424, de 24 de dezembro de 1996, obedecerá aos mesmos prazos e condições, e sujeitar-se-á às mesmas sanções administrativas ou penais e outras normas relativas às contribuições sociais e demais importâncias devidas à Seguridade Social, ressalvada a competência do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação- FNDE, sobre a matéria.

(...)

§ 3º - Entende-se por empresa, para fins de incidência da contribuição social do salário-educação, qualquer firma individual ou sociedade que assume o risco de atividade econômica, urbana ou rural, com fins lucrativos ou não, bem como as empresas e demais entidades públicas ou privadas, vinculadas à Seguridade Social." - destaqui.

No mesmo sentido estabeleceu o Decreto nº 6.003/2006, atualmente regulamentador da matéria, considerando como empresas contribuintes do salário-educação qualquer firma individual ou sociedade que assumam o risco de atividade econômica, urbana ou rural, com fins lucrativos ou não:

"Art. 2º São contribuintes do salário-educação as empresas em geral e as entidades públicas e privadas vinculadas ao Regime Geral da Previdência Social, entendendo-se como tais, para fins desta incidência, qualquer firma individual ou sociedade que assumam o risco de atividade econômica, urbana ou rural, com fins lucrativos ou não, bem assim a sociedade de economia mista, a empresa pública e demais sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público, nos termos do art. 173, § 2º, da Constituição."

O E. Supremo Tribunal Federal declarou, com eficácia "erga omnes" e efeito "ex tunc", a constitucionalidade da referida norma na ação Declaratória de constitucionalidade nº 3, afastando a necessidade de lei complementar para a instituição da contribuição do salário-educação, bem como editou a Súmula nº 732, *verbis*:

"É constitucional a cobrança da contribuição do salário-educação, seja sob a Carta de 1969, seja sob a Constituição Federal de 1988, e no regime da Lei 9.424/96."

A constitucionalidade foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em precedente também alçado à sistemática da repercussão geral (RE nº 660933). Nesse sentido:

"TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DESTINADA AO CUSTEIO DA EDUCAÇÃO BÁSICA. SALÁRIO-EDUCAÇÃO. COBRANÇA NOS TERMOS DO DL 1.422/1975 E DOS DECRETOS 76.923/1975 E 87.043/1982. CONSTITUCIONALIDADE SEGUNDO AS CARTAS DE 1969 E 1988. PRECEDENTES.

Nos termos da Súmula 732/STF, é constitucional a cobrança da contribuição do salário-educação, seja sob a Carta de 1969, seja sob a Constituição Federal de 1988, e no regime da Lei 9.424/1996. A cobrança da exação, nos termos do DL 1.422/1975 e dos Decretos 76.923/1975 e 87.043/1982 é compatível com as Constituições de 1969 e 1988. Precedentes. Repercussão geral da matéria reconhecida e jurisprudência reafirmada, para dar provimento ao recurso extraordinário da União.

(RE 660933/RG, Relator(a): Min.Joaquim Barbosa, julgado em 02/02/2012, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-037 DIVULG 22-02-2012 PUBLIC 23-02-2012)

Quanto à contribuição ao INCRA, o Superior Tribunal de Justiça já editou a Súmula 516 no sentido de que “A contribuição de intervenção no domínio econômico para o INCRA (Decreto-Lei n. 1.110/1970), devida por empregadores rurais e urbanos, não foi extinta pelas Leis ns. 7.787/1989, 8.212/1991 e 8.213/1991, não podendo ser compensada com a contribuição ao INSS.”

Isso porque, a jurisprudência do STJ, de forma reiterada, deixou assentado, como (v.g.) no REsp 995564, que a contribuição ao INCRA é uma contribuição de intervenção no domínio econômico, destinada aos programas e projetos vinculados à reforma agrária, visando atender aos princípios da função social da propriedade e a diminuição das desigualdades regionais e sociais, não exigindo a referibilidade direta entre o sujeito passivo e os beneficiários.

Nesse sentido, é de se concluir que a Constituição de 1988 recepcionou a legislação que prevê a exigência da contribuição ao INCRA sobre a folha de salários.

Calha anotar que há entendimento firmado no sentido de que é devida por empresa urbana a contribuição destinada ao INCRA, como no AgR no RE 423856, Relator Min. Gilmar Mendes, ou no AgR no AI 812058, Rel. Min. Ricardo Lewandowski.

Nesse sentido, os argumentos da apelante não merecem prosperar devendo ser mantida a douda sentença de primeiro grau.

Diante do exposto, nego provimento à apelação.

É o voto.

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. APELAÇÃO DA IMPETRANTE. DIREITO TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES PARA O (SEBRAE, INCRA E SALÁRIO EDUCAÇÃO). CONSTITUCIONALIDADE DA BASE DE CÁLCULO. EC 33/2001. NÃO PROVIMENTO DA APELAÇÃO.

1. *In casu*, o presente recurso de apelação ressalta a a tese de que, com o advento da Emenda Constitucional 33/2001 - que acresceu o § 2º ao artigo 149 da Constituição Federal, houve posituação de rol taxativo das bases de cálculo imponíveis para as contribuições sociais, interventivas (CIDEs) e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, mencionadas no caput. Assim, segundo a apelante, uma vez que as contribuições sociais destinadas à Terceiras Entidades (INCRA, Salário Educação, SEBRAE) são calculadas sobre a folha de salários, base alheia ao rol *numerus clausus* do § 2º, do artigo 149, CF, haveria que se concluir que tais valores são, presentemente, inexigíveis.

2. O § 2º do artigo 149 da Constituição Federal não é proibitivo, no sentido de impedir que a lei adote outras bases de cálculo. O objetivo do constituinte derivado não foi o de restringir a ação do legislador, como sempre se fez relativamente às contribuições do artigo 195, mas o de preencher o enorme vazio normativo da redação anterior, indicando, agora, possibilidades, que ficam de logo asseguradas para a imposição fiscal, sem prejuízo de que a lei preveja, em cada situação concreta, a base de cálculo ou material respectiva, e a alíquota pertinente, específica ou *ad valorem*.

3. Reconhecida a repercussão geral do tema discutido nestes autos no julgamento do RE 603.624, que ainda pende de julgamento. Em verdade, o que se observa é que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, presentemente, está orientada em sentido contrário à pretensão do(a) apelante. A jurisprudência desta Corte está consolidada a respeito da possibilidade de utilização da folha de salários como base de cálculo das contribuições referidas no *caput* do artigo 149 da Constituição Federal, frente à Emenda Constitucional 33/2001.

4. Inexiste qualquer incompatibilidade de natureza constitucional entre a base de cálculo (folha de salários) das contribuições combatidas e as bases econômicas mencionadas no art. 149, § 2º, inciso III, alínea "a", do texto constitucional. Assim, as contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico podem, certamente, incidir sobre a folha de salários.

5. Não se pode reconhecer a inconstitucionalidade da contribuição destinada ao SEBRAE por conta da redação do artigo 149, §2º da Carta Magna, alterada pela EC 33/2001, e a Constituição de 1988 recepcionou a legislação que prevê a exigência da contribuição ao INCRA sobre a folha de salários.

6. Nos termos da Súmula 732/STF: é constitucional a cobrança da contribuição do salário-educação, seja sob a Carta de 1969, seja sob a Constituição Federal de 1988, e no regime da Lei 9.424/1996. A cobrança da exação, nos termos do DL 1.422/1975 e dos Decretos 76.923/1975 e 87.043/1982 é compatível com as Constituições de 1969 e 1988.

7. Apelação não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 23/06/2020 466/4253

termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5001075-64.2019.4.03.6123

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

PARTE AUTORA: MARIA INEZ GALDINO

Advogado do(a) PARTE AUTORA: MARIA LUIZA ALVES ABRAHAO - SP270635-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5001075-64.2019.4.03.6123

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

PARTE AUTORA: MARIA INEZ GALDINO

Advogado do(a) PARTE AUTORA: MARIA LUIZA ALVES ABRAHAO - SP270635-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por **Maria Inez Galdino Pereira** em face do Gerente Executivo do Instituto Nacional do Seguro Social de Jundiaí/SP, objetivando provimento jurisdicional que determine à autoridade coatora proceder à análise e conclusão de seu pedido de concessão de benefício previdenciário.

A liminar foi deferida para determinar à autoridade impetrada que promova o devido andamento no requerimento nº 564978730, no prazo máximo de 45 dias (ID 90392504).

Ao final, o MM. Juiz *a quo* concedeu a segurança para determinar que a autoridade coatora promova o devido andamento do requerimento nº 564978730, no prazo de 30 dias, sob pena de multa de R\$ 1.000,00 (mil reais) por semana de atraso, em favor da impetrante, sem prejuízo de eventual apuração de crime de desobediência (art. 26 da Lei 12.016/2012) (ID 90392516).

Vieram os autos para o reexame necessário.

A Procuradoria Regional da República, em parecer da lavra do Dr. Paulo Thadeu Gomes da Silva, opinou pelo desprovimento da remessa necessária (ID 128149117).

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL(199) Nº 5001075-64.2019.4.03.6123
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
PARTE AUTORA: MARIA INEZ GALDINO
Advogado do(a) PARTE AUTORA: MARIA LUIZA ALVES ABRAHAO - SP270635-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Trata-se de mandado de segurança impetrado com o fito de obter provimento jurisdicional que determine à autoridade coatora proceder à análise e conclusão do pedido de aposentadoria por idade da impetrante.

Como é cediço, cabe à Administração Pública respeitar o princípio da razoável duração do processo, constante no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.

Nesse sentido, a Lei nº 9.784/1999 determina ao Poder Público o prazo de até 30 (trinta) dias, contados do momento em que concluída a instrução, para emitir decisão em processos administrativos de sua competência. *In verbis*:

"Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada".

A impetrante alega que protocolou requerimento de aposentadoria por idade em 06.11.2018, mas até a data da impetração do presente *mandamus* (25.06.2019), ainda não existia qualquer perspectiva de decisão.

A autoridade impetrada, por sua vez, deu andamento ao pedido de concessão de benefício somente após o deferimento da liminar (ID 90392510), extrapolando, assim, os limites da razoabilidade em relação à demora na apreciação do requerimento administrativo.

A respeito do tema, colhem-se os seguintes precedentes:

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO. ART. 5º, LXXVIII, DA CF. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSOS. TRASLADO DE PEÇAS. POSSIBILIDADE. CELERIDADE. ÔNUS DAS PARTES. ATUAÇÃO. RECURSO NÃO-CONHECIDO. 1. "A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" (art. 5º, LXXVIII, da CF). 2. Devem as partes colaborar no andamento do processo com o escopo de se chegar a um provimento jurisdicional final em tempo moderado. 3. Recurso não-conhecido". ..EMEN:(RESP 200701513930, ARNALDO ESTEVES LIMA, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:01/02/2010 ..DTPB:.)

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ANÁLISE DE PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO. LEI Nº 9.784/99. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. 1 - Os artigos 48 e 49 da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estipulam o prazo de até 30 (trinta) dias, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada, para Administração explicitamente emitir decisão nos processos administrativos. 2 - A Administração Pública deve examinar e decidir os requerimentos que lhe sejam submetidos à apreciação, no prazo legal, sob pena de violação aos princípios da eficiência e da razoável duração do processo, conforme preceituam as Leis ns. 9.784/99 e 11.457/07, bem como os artigos 5º, inciso LXXVIII e 37, caput, da Constituição da República, que a todos assegura o direito à celeridade na tramitação dos procedimentos administrativos. 3 - Remessa oficial não provida". (REO 00097112820094036100, DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/12/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

"PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MOROSIDADE ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. [...] II - De acordo com os documentos juntados aos autos demonstram, de plano a delonga da Administração na verificação do preenchimento das exigências legais para o deferimento do pleito. Portanto, não há qualquer justificativa plausível por parte da autoridade para a demora na análise do processo administrativo, em ofensa aos princípios constitucionais e administrativos da moralidade, eficiência, continuidade do serviço público e razoabilidade. III - Agravo legal não provido".(AMS 00218437820134036100, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/12/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

"DIREITO DE PETIÇÃO. OBTENÇÃO DE RESPOSTA. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ILEGALIDADE. 1. Assiste direito líquido e certo à impetrante, de receber uma resposta da Administração Pública, acerca do requerimento formulado. 2. Todas as pessoas, físicas e jurídicas, têm assegurado o direito de invocar o Poder Público, a fim de receber uma resposta acerca de uma determinada questão ou situação considerada abusiva ou contrária ao direito. 3. Cuida-se do direito de petição (art. 5º, XXXIV, "a", da CF), no qual se encontra, implícito, o direito de receber a respectiva resposta, dentro de prazo razoável (Princípio da Eficiência da Administração Pública - art. 37, caput, da CF). 4. Protocolado o pleito de restituição em 17/02/05 (cf. fls. 29), sem que o mesmo houvesse sido analisado até a data do ajuizamento deste mandado de segurança (em 06/07/05), resta configurada a omissão ilegal por parte da autoridade administrativa. 5. Ao tratar do dever de decidir, a Lei 9784/99, reguladora do processo administrativo no âmbito federal, fixa o prazo de 30 dias para tanto. 6. Correta a sentença ao fixar o prazo de 15 dias para conclusão do processo administrativo. 7. Apelação e remessa oficial improvidas". (AMS - APELAÇÃO CÍVEL – 279903. TRF3. e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/09/2011 PÁGINA: 1229. 24/08/2011. JUIZ CONVOCADO LEONEL FERREIRA).

A.r. sentença, portanto, deve ser mantida tal como lançada.

Diante do exposto, voto por **NEGAR PROVIMENTO** à remessa necessária.

É como voto.

jucarval

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. PRAZO. LEI Nº 9.784/99. 30 DIAS. REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDA.

1. Cabe à administração pública respeitar o princípio da razoável duração do processo, constante no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.

2. A Lei n. 9.784/1999 determina à Administração Pública o prazo de até 30 (trinta) dias, contados do momento em que concluída a instrução, para emitir decisão em processos administrativos de sua competência.

3. Remessa necessária desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO à remessa necessária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001045-29.2019.4.03.6123
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: VALDERCI APARECIDA DOS SANTOS LIMA
Advogado do(a) APELADO: LUCIANA GOMES VENTURA - SP407310-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5001045-29.2019.4.03.6123
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: VALDERCI APARECIDA DOS SANTOS LIMA
Advogado do(a) APELADO: LUCIANA GOMES VENTURA - SP407310-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por **Valderci Aparecida dos Santos Lima** em face do Chefe da Agência do Instituto Nacional do Seguro Social de Amparo/SP, objetivando provimento jurisdicional que determine à autoridade coatora analisar e concluir seu pedido de benefício assistencial à pessoa portadora de deficiência.

O MM. Juiz *a quo* concedeu a segurança para determinar à autoridade impetrada que dê prosseguimento ao procedimento administrativo - protocolo nº 2085583592 - 1095366399, no prazo de 48 horas, sob pena de aplicação de multa diária arbitrada no valor de R\$ 100,00 (cem reais) (ID 107314730).

O INSS apelou, sustentando, em síntese, que:

- a) o prazo concedido na sentença é muito exíguo para o cumprimento da ordem, podendo gerar o enriquecimento ilícito da parte contrária, em caso de qualquer problema na execução da medida;
- b) ao menos seja retirada a multa diária arbitrada ou reduzido o seu valor.

Sem contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

A Procuradoria Regional da República, em parecer da lavra do Dr. Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, opinou pelo provimento parcial do recurso de apelação, para reduzir a multa diária fixada (ID 107597876).

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5001045-29.2019.4.03.6123
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: VALDERCI APARECIDA DOS SANTOS LIMA
Advogado do(a) APELADO: LUCIANA GOMES VENTURA - SP407310-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Trata-se de mandado de segurança impetrado com o fito de obter provimento jurisdicional que determine à autoridade coatora analisar e concluir o pedido de benefício assistencial à pessoa portadora de deficiência protocolado pela impetrante.

Como é cediço, cabe à Administração Pública respeitar o princípio da razoável duração do processo, constante no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.

Nesse sentido, a Lei nº 9.784/1999 determina ao Poder Público o prazo de até 30 (trinta) dias, contados do momento em que concluída a instrução, para emitir decisão em processos administrativos de sua competência. *In verbis*:

"Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada".

A impetrante alega que protocolou requerimento de benefício assistencial no dia 14.01.2019, mas até a data da impetração do presente *mandamus* (17.06.2019), ainda não existia qualquer perspectiva de decisão por parte da autoridade coatora.

Não há dúvidas, à vista disso, que a parte impetrada extrapolou os limites da razoabilidade, pois a falta de estrutura administrativa, seja ela material ou pessoal, não pode ser usada como argumento que justifique a demora da prestação de um serviço público, quando ultrapassado prazo consideravelmente razoável.

A respeito do tema, colhem-se os seguintes precedentes:

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO. ART. 5º, LXXVIII, DA CF. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSOS. TRASLADO DE PEÇAS. POSSIBILIDADE. CELERIDADE. ÔNUS DAS PARTES. ATUAÇÃO. RECURSO NÃO-CONHECIDO. 1. "A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" (art. 5º, LXXVIII, da CF). 2. Devem as partes colaborar no andamento do processo com o escopo de se chegar a um provimento jurisdicional final em tempo moderado. 3. Recurso não-conhecido". ..EMEN:(RESP 200701513930, ARNALDO ESTEVES LIMA, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:01/02/2010 ..DTPB:.)

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ANÁLISE DE PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO. LEI Nº 9.784/99. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. 1 - Os artigos 48 e 49 da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estipulam o prazo de até 30 (trinta) dias, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada, para Administração explicitamente emitir decisão nos processos administrativos. 2 - A Administração Pública deve examinar e decidir os requerimentos que lhe sejam submetidos à apreciação, no prazo legal, sob pena de violação aos princípios da eficiência e da razoável duração do processo, conforme preceituam as Leis ns. 9.784/99 e 11.457/07, bem como os artigos 5º, inciso LXXVIII e 37, caput, da Constituição da República, que a todos assegura o direito à celeridade na tramitação dos procedimentos administrativos. 3 - Remessa oficial não provida". (REO 00097112820094036100, DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/12/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

"PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MOROSIDADE ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. [...] II - De acordo com os documentos juntados aos autos demonstram, de plano a delonga da Administração na verificação do preenchimento das exigências legais para o deferimento do pleito. Portanto, não há qualquer justificação plausível por parte da autoridade para a demora na análise do processo administrativo, em ofensa aos princípios constitucionais e administrativos da moralidade, eficiência, continuidade do serviço público e razoabilidade. III - Agravo legal não provido".(AMS 00218437820134036100, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/12/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

"DIREITO DE PETIÇÃO. OBTENÇÃO DE RESPOSTA. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ILEGALIDADE. 1. Assiste direito líquido e certo à impetrante, de receber uma resposta da Administração Pública, acerca do requerimento formulado. 2. Todas as pessoas, físicas e jurídicas, têm assegurado o direito de invocar o Poder Público, a fim de receber uma resposta acerca de uma determinada questão ou situação considerada abusiva ou contrária ao direito. 3. Cuida-se do direito de petição (art. 5º, XXXIV, "a", da CF), no qual se encontra, implícito, o direito de receber a respectiva resposta, dentro de prazo razoável (Princípio da Eficiência da Administração Pública - art. 37, caput, da CF). 4. Protocolado o pleito de restituição em 17/02/05 (cf. fls. 29), sem que o mesmo houvesse sido analisado até a data do ajuizamento deste mandado de segurança (em 06/07/05), resta configurada a omissão ilegal por parte da autoridade administrativa. 5. Ao tratar do dever de decidir, a Lei 9784/99, reguladora do processo administrativo no âmbito federal, fixa o prazo de 30 dias para tanto. 6. Correta a sentença ao fixar o prazo de 15 dias para conclusão do processo administrativo. 7. Apelação e remessa oficial improvidas". (AMS - APELAÇÃO CÍVEL – 279903. TRF3. e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/09/2011 PÁGINA: 1229. 24/08/2011. JUIZ CONVOCADO LEONEL FERREIRA).

No que diz respeito à fixação de prazo na sentença para cumprimento da obrigação, cumpre asseverar que, embora fixado em horas, o prazo é razoável e permite à autarquia, após ser intimada, tomar as providências necessárias para dar andamento ao processo administrativo.

Note-se que a sentença não exige que a decisão no processo administrativo seja dada em 48 horas, mas que a parte impetrada simplesmente dê andamento ao processo nesse prazo, logo, a multa diária arbitrada em R\$ 100,00 (cem reais) não se mostra desproporcional ou exorbitante, visto que sua função é justamente compelir o Poder Público a cumprir a ordem judicial com a maior brevidade, para fins de atendimento dos interesses dos administrados.

A r. sentença, portanto, deve ser mantida tal como lançada.

Diante do exposto, voto por **NEGAR PROVIMENTO** à apelação e à remessa necessária.

É como voto.

jucarval

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. PRAZO. LEI Nº 9.784/99. 30 DIAS. MULTA DIÁRIA. CABIMENTO. APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDAS.

1. Cabe à administração pública respeitar o princípio da razoável duração do processo, constante no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.

2. A Lei n. 9.784/1999 determina à Administração Pública o prazo de até 30 (trinta) dias, contados do momento em que concluída a instrução, para emitir decisão em processos administrativos de sua competência. Precedentes.
3. A falta de estrutura administrativa, seja ela material ou pessoal, não pode ser usada como argumento que justifique a demora da prestação de um serviço público, quando ultrapassado prazo consideravelmente razoável.
4. No que diz respeito à fixação de prazo na sentença para cumprimento da obrigação, cumpre asseverar que, embora fixado em horas, o prazo é razoável e permite à autarquia, após ser intimada, tomar as providências necessárias para dar andamento ao processo administrativo.
5. A sentença, de fato, não exige que a decisão no processo administrativo seja dada em 48 horas, mas que a parte impetrada simplesmente dê andamento ao processo nesse prazo, logo, a multa diária arbitrada em R\$ 100,00 (cem reais) não se mostra desproporcional ou exorbitante, visto que sua função é justamente compelir o Poder Público a cumprir a ordem judicial com a maior brevidade possível, para fins de atendimento dos interesses dos administrados.
6. Apelação e remessa necessária desprovidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO à apelação e à remessa necessária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000736-67.2016.4.03.6105
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: WALTERNEY DE MELO
Advogado do(a) APELANTE: ADRIANO FACHINI MINITTI - SP146659-A
APELADO: UNIAO FEDERAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000736-67.2016.4.03.6105
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: WALTERNEY DE MELO
Advogado do(a) APELANTE: ADRIANO FACHINI MINITTI - SP146659-A
APELADO: UNIAO FEDERAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por **Walterney de Melo** em ação indenizatória ajuizada em face da **União**, objetivando o recebimento de indenização por dano moral, sob o fundamento de que teria sido ilegalmente demitido em 1983, por motivação política, da empresa pública federal PETROBRÁS – Petróleo Brasileiro S/A durante o período da ditadura militar, com posterior reconhecimento de sua condição de anistiado político.

Na inicial, a parte autora narra que foi arbitrariamente demitida da PETROBRÁS em razão de sua participação na greve deflagrada na unidade de Paulínia (REPLAN), que perdurou de 07 a 12 de julho de 1983. Sustenta o autor que além de ser demitido, também sofreu uma série de retaliações e dificuldades, o que lhe causou angústia, desespero e revolta por causa do longo período em que permaneceu sem atividade remuneratória, privando sua família do mínimo necessário, além de ficar socialmente alijado. Aduz que o simples reconhecimento como anistiado político já revela que a lesão contra ele impingida supera o mero dissabor cotidiano e/ou aborrecimento.

Na sentença, o Juízo *a quo* reconheceu a ocorrência de prescrição e extinguiu o processo com julgamento de mérito, nos termos do art. 487, II, do CPC, condenando o autor ao pagamento de honorários sucumbenciais no valor de 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa (Id 70099655, p. 1-2).

Em sede de apelação (Id 70099657, p. 1-22), a parte autora sustentou a imprescritibilidade da pretensão deduzida nos autos, pois houve violação a direitos fundamentais, conforme pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal, bem como a existência de danos morais.

Com contrarrazões da União (Id 70099661, p. 1-12), vieramos autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000736-67.2016.4.03.6105
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: WALTERNEY DE MELO
Advogado do(a) APELANTE: ADRIANO FACHINI MINITTI - SP146659-A
APELADO: UNIAO FEDERAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

Trata-se de recurso de apelação interposto por **Walterney de Melo** em face da sentença que reconheceu a prescrição da pretensão reparatória de danos morais suportados à época da ditadura militar.

A respeito da questão, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica quanto à imprescritibilidade das ações de reparação de danos decorrentes de graves violações aos direitos de personalidade e dignidade da pessoa humana, como são as discutidas no presente feito, não se aplicando o Código Civil nem o Decreto-Lei 20.910/1932, sendo irrelevante, portanto, discutir termo inicial já que não existe prazo prescricional para a hipótese, *in verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PERSEGUIÇÃO POLÍTICA OCORRIDA DURANTE O REGIME MILITAR. IMPRESCRITIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DO ART. 1º DO DECRETO 20.910/1932. PRECEDENTES. ACUMULAÇÃO DE REPARAÇÃO ECONÔMICA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM. PROSEGUIMENTO DO JULGAMENTO QUANTO AO MÉRITO.

1. A jurisprudência do STJ é pacificada no sentido de que a prescrição quinquenal, disposta no art. 1º do Decreto 20.910/1932, é inaplicável aos danos decorrentes de violação de direitos fundamentais, que são imprescritíveis, principalmente quando ocorreram durante o Regime Militar; época na qual os jurisdicionados não podiam deduzir a contento suas pretensões.

2. Ressalte-se que a afronta aos direitos básicos da pessoa humana, como a proteção da sua dignidade lesada pela tortura e prisão por delito de opinião durante o Regime Militar de exceção, enseja ação de reparação ex delicto imprescritível e ostenta amparo constitucional no art. 8.º, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

3. O Supremo Tribunal Federal já reconheceu, em hipótese similar à dos autos, a inexistência de violação ao art. 97 da CF/88 quando o acórdão recorrido entendeu inaplicável o prazo prescricional estabelecido no art. 1º do Decreto 20.910/1932.

4. A Lei 10.559/2002 proíbe a acumulação de: a) reparação econômica em parcela única com reparação econômica em prestação continuada (art. 3º, § 1º); b) pagamentos, benefícios ou indenizações com o mesmo fundamento, facultando-se ao anistiado político, nesta hipótese, a escolha da opção mais favorável (art. 16).

5. Inexiste vedação para a acumulação da reparação econômica com indenização por danos morais, porquanto se trata de verbas indenizatórias com fundamentos e finalidades diversas: aquela visa à recomposição patrimonial (danos emergentes e lucros cessantes), ao passo que esta tem por escopo a tutela da integridade moral, expressão dos direitos da personalidade.

6. Recurso Especial parcialmente provido".

(REsp 1664760/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/06/2017, DJe 30/06/2017)

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ANISTIADO POLÍTICO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PERSEGUIÇÃO POLÍTICA OCORRIDA DURANTE O REGIME MILITAR INSTAURADO EM 1964. PRAZO PRESCRICIONAL. INAPLICABILIDADE DO ART. 1º DO DECRETO 20.910/32. VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS. IMPRESCRITIBILIDADE. PRECEDENTES.

(...)

2. Conforme jurisprudência do STJ, "a prescrição quinquenal, disposta no art. 1º do Decreto 20.910/1932, não se aplica aos danos decorrentes de violação de direitos fundamentais, os quais são imprescritíveis, principalmente quando ocorreram durante o regime militar; época em que os jurisdicionados não podiam deduzir a contento suas pretensões" (AgRg no AREsp 302.979/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 5/6/2013). (...)"

(RESP 1.485.260, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJE 19/04/2016)

Nesse sentido, também tem decidido este Tribunal, *verbis*:

"CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL EM DECORRÊNCIA PERSEGUIÇÃO POLÍTICA. IMPRESCRITIBILIDADE. VIA ADMINISTRATIVA. DUPLICIDADE DE INDENIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. APELAÇÃO DA FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO NÃO CONHECIDA. RAZÕES DISSOCIADAS. APELAÇÃO DO AUTOR NÃO PROVIDA.

1 - Cuida-se de apelações interpostas pela Fazenda do Estado de São Paulo e pelo autor contra sentença de improcedência em ação de indenização por danos morais decorrentes de perseguição e tortura sofridos à época do Regime Militar.

2 - O apelo da Fazenda do Estado de São Paulo não comporta conhecimento, porquanto ausente interesse recursal, além de apresentar razões absolutamente dissociadas da sentença. Isso porque, embora tenha logrado êxito, a Fazenda Estadual recorreu a partir da equivocada premissa de que teria sucumbido.

3 - *A prejudicial de mérito arguida em contrarrazões merece ser afastada, vez que pacífica a orientação nos Tribunais Superiores acerca da imprescritibilidade das pretensões indenizatórias decorrentes de violações a direitos fundamentais ocorridas ao longo do regime militar no Brasil.*

(...)"

(TRF3, Processo nº 0014470-64.2011.4.03.6100, 3ª Turma, Rel. Des. Federal Antonio Cedenho, j. 25.08.2016, e-DJF3 02.06.2017)

No mérito, o autor foi arbitrariamente demitido da Petrobras, em razão de sua adesão, em julho de 1983, ao movimento grevista dos petroleiros, cuja mobilização teve caráter essencialmente político.

O Estado detinha o monopólio dessa atividade na época, e as empresas privadas, temendo possíveis retaliações, passaram a recusar a contratação de funcionários demitidos na greve de julho de 1983, dificultando ainda mais o reingresso ao mercado de trabalho.

A respeito do tema, o art. 2º da Lei nº 10.559/02, que estabeleceu o regime do anistiado político, dispõe que:

"Art. 2º São declarados anistiados políticos aqueles que, no período de 18 de setembro de 1946 até 05 de outubro de 1988, por motivação exclusivamente política, foram:

(...)

XV - na condição de servidores públicos civis ou empregados em todos os níveis de governo ou de suas fundações, empresas públicas ou de economia mista ou sob controle estatal, punidos ou demitidos por interrupção de atividades profissionais, em decorrência de decisão de trabalhadores".

Por sua vez, o art. 1º, inciso V, do mesmo diploma legal, determinou a *"reintegração dos servidores públicos civis e dos empregados públicos punidos, por interrupção de atividade profissional em decorrência de decisão dos trabalhadores, por adesão à greve em serviço público e em atividades essenciais de interesse da segurança nacional por motivo político".*

Segundo a Comissão de Anistia, ligada ao Ministério da Justiça, foi fato público e notório que em represália à participação de seus trabalhadores no movimento grevista naquele ano, a Petrobrás procedeu a cerca de 307 demissões, 180 na Refinaria de Mataripe-BA e 127 na Refinaria de Paulínia-SP.

Entre julho e outubro de 1985, a Petrobrás realizou várias readmissões entre o Sindicato dos Petroleiros das respectivas regiões e direção da empresa. Evidente, portanto, que a demissão do autor da PETROBRAS - Petróleo Brasileiro S.A, em razão de questões meramente políticas, implicou efetivo abalo psíquico e constrangimentos que vão além dos meros transtornos decorrentes de uma demissão em condições normais.

O artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, dispõe que, *"são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização por dano material ou moral, decorrente de sua violação."*

Assim, ao se utilizar da expressão "indenização" pelos danos morais, atém-se à noção de compensação, própria do instituto da responsabilidade civil. São elementos da responsabilidade civil a ação ou omissão do agente, a culpa, o nexo causal e o dano, do qual surge o dever de indenizar. No direito brasileiro, a responsabilidade civil do Estado é, em regra, objetiva, ou seja, prescinde da comprovação de culpa do agente, sendo suficiente a comprovação do nexo causal entre a conduta lesiva do Estado e o dano, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.

Na espécie, diante das condutas comissivas praticadas pelos agentes estatais, resta configurada a responsabilidade objetiva, e, consequentemente, o dever de indenizar.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que a reparação econômica realizada pela União nos termos da Lei nº 10.559/02 não se confunde com a reparação por danos morais, prevista no art. 5º, V e X, da Constituição Federal, *verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PERSEGUIÇÃO POLÍTICA OCORRIDA DURANTE O REGIME MILITAR. IMPRESCRITIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DO ART. 1º DO DECRETO 20.910/1932. PRECEDENTES. ACUMULAÇÃO DE REPARAÇÃO ECONÔMICA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM. PROSEGUIMENTO DO JULGAMENTO QUANTO AO MÉRITO.

1. A jurisprudência do STJ é pacificada no sentido de que a prescrição quinquenal, disposta no art. 1º do Decreto 20.910/1932, é inaplicável aos danos decorrentes de violação de direitos fundamentais, que são imprescritíveis, principalmente quando ocorreram durante o Regime Militar; época na qual os jurisdicionados não podiam deduzir a contento suas pretensões.

2. Ressalte-se que a afronta aos direitos básicos da pessoa humana, como a proteção da sua dignidade lesada pela tortura e prisão por delito de opinião durante o Regime Militar de exceção, enseja ação de reparação *ex delicto* imprescritível e ostenta amparo constitucional no art. 8º, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

3. O Supremo Tribunal Federal já reconheceu, em hipótese similar à dos autos, a inexistência de violação ao art. 97 da CF/88 quando o acórdão recorrido entendeu inaplicável o prazo prescricional estabelecido no art. 1º do Decreto 20.910/1932.

4. A Lei 10.559/2002 proíbe a acumulação de: a) reparação econômica em parcela única com reparação econômica em prestação continuada (art. 3º, § 1º); b) pagamentos, benefícios ou indenizações com o mesmo fundamento, facultando-se ao anistiado político, nesta hipótese, a escolha da opção mais favorável (art. 16).

5. Inexiste vedação para a acumulação da reparação econômica com indenização por danos morais, porquanto se trata de verbas indenizatórias com fundamentos e finalidades diversas: aquela visa à recomposição patrimonial (danos emergentes e lucros cessantes), ao passo que esta tem por escopo a tutela da integridade moral, expressão dos direitos da personalidade.

6. Recurso Especial parcialmente provido".

(REsp 1664760/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/06/2017, DJe 30/06/2017)

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ANISTIADO POLÍTICO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PERSEGUIÇÃO POLÍTICA OCORRIDA DURANTE O REGIME MILITAR INSTAURADO EM 1964. PRAZO PRESCRICIONAL. INAPLICABILIDADE DO ART. 1º DO DECRETO 20.910/32. VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS. IMPRESCRITIBILIDADE. PRECEDENTES. ART. 16 DA LEI Nº 10.559/02. REPARAÇÃO ECONÔMICA NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO QUE NÃO INIBE A REIVINDICAÇÃO DE DANOS MORAIS PELO ANISTIADO NA VIA JUDICIAL. JUROS E CORREÇÃO INCIDENTES SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO. APLICABILIDADE DO ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97 COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.960/09. RECURSO DA UNIÃO PARCIALMENTE ACOLHIDO.

1. Não ocorre ofensa ao art. 535 do CPC, quando a Corte de origem dirime, fundamentadamente, as questões que lhe são submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos autos

2. Conforme jurisprudência do STJ, "a prescrição quinquenal, disposta no art. 1º do Decreto 20.910/1932, não se aplica aos danos decorrentes de violação de direitos fundamentais, os quais são imprescritíveis, principalmente quando ocorreram durante o Regime Militar; época em que os jurisdicionados não podiam deduzir a contento suas pretensões" (AgRg no AREsp 302.979/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 5/6/2013).

3. Mesmo tendo conquistado na via administrativa a reparação econômica de que trata a Lei nº 10.559/02, e nada obstante a pontual restrição posta em seu art. 16 (dirigida, antes e unicamente, à Administração e não à Jurisdição), inexistirá óbice a que o anistiado, embora com base no mesmo episódio político mas porque simultaneamente lesivo à sua personalidade, possa reivindicar e alcançar, na esfera judicial, a condenação da União também à compensação pecuniária por danos morais.

4. Nas hipóteses de condenação imposta à Fazenda Pública, como regra geral, a atualização monetária e a compensação da mora devem observar os critérios previstos no art. 1º-F da Lei n.º 9.494/97, com a redação dada pela Lei n.º 11.960/09. Acolhimento, nesse específico ponto, da insurgência da União.

5. *Recurso especial a que se dá parcial provimento.*"

(REsp 1.485.260, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 19/04/2016)

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. ANISTIADO POLÍTICO. ART. 16 DA LEI N. 10.559/2002. ACUMULAÇÃO DE REPARAÇÃO ECONÔMICA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, in casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - O acórdão recorrido está em confronto com a orientação desta Corte, no sentido de que é possível a cumulação da reparação administrativa do anistiado político, com indenização, judicialmente fixada, por dano moral, tendo em vista tratar-se de verbas indenizatórias com fundamentos e finalidades diversas.

III - A Agravante não apresenta, no agravo, argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida. IV - Agravo Interno improvido".

(AgInt no AREsp 915.872/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/05/2017, DJe 22/05/2017)

Desta forma, considerando as humilhações e sofrimento suportadas pelo autor, bem como as dificuldades financeiras pelas quais passou durante dois anos - até ser reintegrado na Petrobras - de rigor fixar a indenização por danos morais em R\$ 100.000,00 (cem mil reais), alinhada à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido:

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PERSEGUIÇÃO POLÍTICA. DITADURA MILITAR. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. PRETENSÃO INDENIZATÓRIA. IMPRESCRITIBILIDADE. DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS. INAPLICABILIDADE DO ART. 1º DO DECRETO N. 20.910/32. REDUÇÃO DA VERBA INDENIZATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. DISPOSITIVOS DA LEI N. 10.559/2002. SÚMULA 211/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte é uníssona no sentido de que o julgador não está adstrito a responder todos os argumentos das partes, desde que fundamente sua decisão.

2. São imprescritíveis as ações de reparação de dano ajuizadas em decorrência de perseguição, tortura e prisão, por motivos políticos, durante o Regime Militar. Assim, desnecessária a discussão em torno do termo inicial da contagem do prazo prescricional.

3. A revisão do valor da indenização somente é possível quando exorbitante ou insignificante a importância arbitrada, em flagrante violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que não ocorreu nos presentes autos.

4. Hipótese em que foi fixado o montante de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) a título de danos morais, após a análise das circunstâncias do caso concreto. Incidência da Súmula n. 7 do STJ.

5. É inviável o conhecimento do recurso quanto aos dispositivos da Lei n. 10.559/2002, não emitido juízo de valor na origem. Aplicação da Súmula n. 211/STJ.

6. Não configura contradição afirmar a falta de prequestionamento e afastar indicação de afronta ao artigo 535 do Código de Processo Civil, uma vez que é perfeitamente possível o julgado se encontrar devidamente fundamentado sem, no entanto, ter sido decidido à luz dos preceitos jurídicos desejados pela postulante".

7. Agravo regimental não provido. "

(AGA201001454976, BENEDITO GONÇALVES, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:13/09/2011)

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. REGIME MILITAR. PERSEGUIÇÃO E PRISÃO POR MOTIVOS POLÍTICOS. IMPRESCRITIBILIDADE. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. INAPLICABILIDADE DO ART. 1.º DO DECRETO N.º 20.910/32. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO. CONFIGURAÇÃO, REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. SÚMULA 07/STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, CPC. INOCORRÊNCIA. ART. 538, DO CPC. IMPOSIÇÃO DE MULTA. SÚMULA N.º 98/STJ.

1. Ação Ordinária, proposta em face da União, objetivando a condenação da demandada ao pagamento de danos morais decorrentes de perseguições políticas, perpetradas por ocasião do golpe militar de 1964, que culminaram na prisão ilegal do autor, o qual foi submetido a torturas sistemáticas durante o regime militar nos anos de 1964 a 1979.

2. A violação aos direitos humanos ou direitos fundamentais da pessoa humana, como sói ser a proteção da sua dignidade lesada pela tortura e prisão por delito de opinião durante o Regime Militar de exceção enseja ação de reparação ex delicto imprescritível, e ostenta amparo constitucional no art. 8.º, § 3.º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

(...)

12. O quantum indenizatório devido a título de danos morais deve assegurar a justa reparação do prejuízo sem proporcionar enriquecimento sem causa do autor, além de levar em conta a capacidade econômica do réu, devendo ser arbitrado pelo juiz de maneira que a composição do dano seja proporcional à ofensa, calcada nos critérios da exemplariedade e da solidariedade

13. O Tribunal a quo considerando a responsabilidade objetiva do Estado, tendo em vista o fato da vítima ter sofrido perseguições políticas decorrente do regime militar de 1964, ocasionando depressão e dependência alcoólica, bem como sérias dificuldades financeiras na família e transtornos psicológicos no ambiente escolar, manteve o valor fixado em sentença, a título de danos morais em R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

14. A modificação do quantum arbitrado a título de danos morais somente é admitida, em sede de recurso especial, na hipótese de fixação em valor irrisório ou abusivo, inócidentes no caso sub judice. Precedentes jurisprudenciais desta Corte: RESP 681482 / MG ; Rel. Min. JOSÉ DELGADO, Relator(a) p/ Acórdão Min. LUIZ FUX, DJ de 30.05.2005; AG 605927/BA, Relatora Ministra Denise Arruda, DJ de 04.04.2005; AgRg AG 641166/RS, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ de 07.03.2005; AgRg no AG 624351/RJ, Relator Ministro Jorge Scartezzini, DJ de 28.02.2005; RESP 604801/RS, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 07.03.2005; RESP 530618/MG, Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior, DJ de 07.03.2005; AgRg no AG 641222/MG, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 07.03.2005 e RESP 603984/MT, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ de 16.11.2004. (...)

17. Recurso Especial parcialmente conhecido, e, nesta parte, parcialmente provido, apenas, para excluir a multa imposta, com base no art. 538, parágrafo único, do CPC".

(RESP 200801966930, LUIZ FUX, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:09/10/2009)

Em casos semelhantes, este Tribunal decidiu da mesma maneira:

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. REGIME MILITAR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PERSEGUIÇÃO POLÍTICO. NÃO CUMULAÇÃO DO INDENIZAÇÃO ADMINISTRATIVA. LEGITIMIDADE DOS HERDEIROS PARA POSTULAÇÃO. APELAÇÃO PROVIDA.

1. A questão posta nos autos diz respeito à indenização por danos morais, pleiteada em face da União Federal, pelos herdeiros de Jocelin Manoel de Souza, falecido em 06.06.2004, perseguido, preso e torturado no período da Ditadura Militar no Brasil.

2. O mérito da discussão recai sobre o tema da responsabilidade civil do Estado, de modo que se fazem pertinentes algumas considerações doutrinárias e jurisprudenciais. São elementos da responsabilidade civil a ação ou omissão do agente, a culpa, o nexo causal e o dano, do qual surge o dever de indenizar.

3. No direito brasileiro, a responsabilidade civil do Estado é, em regra, objetiva, isto é, prescinde da comprovação de culpa do agente, bastando-se que se comprove o nexo causal entre a conduta do agente e o dano. Está consagrada na norma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.

4. É evidente, no caso dos autos, tratar-se de responsabilidade objetiva, tendo em vista as condutas comissivas cometidas pelos agentes estatais.

5. Quanto à possibilidade de cumulação de indenização administrativa com a indenização atualmente pleiteada, observa-se a Lei 10.559/02: Art. 1º O Regime do Anistiado Político compreende os seguintes direitos: II - reparação econômica, de caráter indenizatório, em prestação única ou em prestação mensal, permanente e continuada, asseguradas a readmissão ou a promoção na inatividade, nas condições estabelecidas no caput e nos §§ 1o e 5o do art. 8o do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; Da leitura do dispositivo, é evidente que o referido diploma legal refere-se somente aos danos patrimoniais, não versando, portanto, sobre indenização por danos morais. Não identífico, portanto, vedação à cumulação de indenização administrativa e indenização por danos morais.

6. Precedentes.

7. Acerca da demonstração dos fatos alegados na inicial, entende-se que estes restaram devidamente comprovados pelos documentos acostados. Os requisitos configuradores da responsabilidade civil do Estado estão, portanto, plenamente preenchidos.

(...)

9. Outrossim, sobre o dano moral, a doutrina o conceitua enquanto "dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar: Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar; tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. (Cavaliere, Sérgio. Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 549)"

10. Ademais, sabe-se que, em alguns casos, o dever de indenizar dispensa a prova objetiva do abalo moral, exigindo-se como prova apenas o fato ensejador do dano. Menciona-se, mesmo assim, que no caso em comento o abalo moral é inquestionável, visto que os autores tiveram sua dignidade humana violada por um dos meios mais atroz, qual seja, a tortura, prisão e perseguição por motivações políticas.

11. Acerca da fixação da indenização por danos morais, é sabido que seu arbitramento deve obedecer a critérios de razoabilidade e proporcionalidade, observando ainda a condição social e viabilidade econômica do ofensor e do ofendido, e a proporcionalidade à ofensa, conforme o grau de culpa e gravidade do dano, sem, contudo, incorrer em enriquecimento ilícito. Logo, frente à dificuldade em estabelecer com exatidão a equivalência entre o dano e o ressarcimento, o STJ tem procurado definir determinados parâmetros, a fim de se alcançar um valor atendendo à dupla função, tal qual, reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor para que não reincida.

12. Destarte, reputo adequada a condenação da União Federal ao pagamento de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) em favor dos autores, a título de indenização por danos morais, incidindo correção monetária a partir desta decisão (Súmula 362 do STJ), e juros de mora a partir da citação, por ser nesse sentido a jurisprudência do C. STJ, havendo qualquer discussão em juízo em torno do direito resguardado pela Lei 9.140/95.

13. Fixo, então, os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre a condenação, a ser arcado pela União Federal. 14. Apelação provida".

(AC 00114103720124036104, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3:24/02/2017)

"CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. JULGAMENTO DO MÉRITO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAIS. ART. 37, §6º, DA CF. DEMISSÃO NA ÉPOCA DA DITADURA MILITAR. INDENIZAÇÃO CABÍVEL PELOS DANOS MORAIS.

1. Afastada a ocorrência de prescrição, visto tratar-se de pedido de indenizações por danos morais decorrente de demissão por razões exclusivamente políticas, durante o regime de ditadura militar, sendo certo que a jurisprudência dos Tribunais Superiores já se pacificou no sentido da imprescritibilidade dessas ações. Precedentes do C. STJ.

2. Afastada a prescrição decretada pelo r. Juízo a quo, passa-se ao julgamento do mérito, consoante dispõe o § 4º, art. 1.013 do CPC.

3. Para a caracterização da responsabilidade objetiva do agente público, ensejadora da indenização por danos morais é essencial a ocorrência de três fatores: o dano, a ação do agente e o nexa causal (art. 37, §6º, da CF).

4. Verifica-se do compulsar dos autos que o marido da autora teve deferido, por decisão administrativa unânime da Turma da Comissão de Anistia, o reconhecimento do seu direito de anistiado post mortem, com a concessão da contagem de tempo de serviço, para todos os efeitos, do período de 12/07/1983 a 01/06/1985, nos termos do art. 1º, I e III, da lei nº 10.559/2002. 5. O cerne da questão posta a desate encontra-se na comprovação do cumprimento dos requisitos legais para a concessão da indenização na forma ora pleiteada.

6. Quanto a esse aspecto, para a reparação há necessidade da existência do vínculo com a atividade laboral, decorrendo ainda da interpretação lógica do contexto, a exigência da comprovação de que o afastamento do emprego tenha se dado por motivos exclusivamente políticos e que tenha causados abalos de ordem moral ao de cujos.

7. Após a demissão a autora alega que seu marido sofreu com a publicação de seu nome em jornais e com a dificuldade de recolocação no mercado profissional. Tal fato é comprovado por cópias dos jornais, que noticiavam a greve e em que elencava CELSO DE OLIVEIRA PENNA entre um dos demitidos (fls. 32). Ademais, o grevista ficou afastado de suas atividades por cerca de dois anos (12.07.1983 a 01.06.1985).

8. Assim, verifica-se que o quadro probatório colacionado aos autos demonstra que, a peculiaridade do cargo exercido pelo falecido, qual seja, técnico de operação em refinaria, e sua difícil recolocação do mercado, ainda mais após a aparição do nome do grevista em jornais de alta circulação, permitem visualizar as dificuldades experimentadas no período em que o grevista esteve desempregado.

9. Com efeito, a demissão justificada somente por questões políticas causou ao falecido abalos de ordem moral, visto que este teve seu nome vinculado em jornais de alta circulação, o que teve consequências em sua vida privada. Como relatado pela autora, os que foram demitidos passaram a serem considerados subversivos e insubordinados.

10. A indenização por danos morais tem por finalidade compensar os prejuízos ao interesse extrapatrimonial sofridos pelo ofendido, que não são, por sua natureza, ressarcíveis e não se confundem com os danos patrimoniais, estes sim, suscetíveis de recomposição ou, se impossível, de indenização pecuniária.

11. Vishumbra-se, destarte, nos presentes autos, a ocorrência de dano moral indenizável, visto o apelante ter logrado comprovar a ocorrência de dissabores além da normalidade específica para o caso, que, compreensivelmente desagradáveis e indesejados, tanto que já reconhecidos e ressarcidos no âmbito material, são suficientes a causar prejuízos de ordem moral capazes de ensejar a indenização pleiteada.

12. Comprovada a ocorrência de danos morais e a relação de causalidade, necessária a responsabilização da União Federal, para fins de indenização por danos morais, sendo então necessária a apuração do quantum indenitário.

13. Tal valor não pode ser ínfimo nem abusivo, devendo ter cunho reparador à vítima, minimizando a sua dor; sem ensejar o seu enriquecimento sem causa, nem perder o caráter punitivo ao ofensor.

14. Nesse aspecto, estipulo o montante de R\$100.000,00 (cem mil reais), a título de indenização por danos morais a serem pagos à sucessora do anistiado.

(...)

18. Afastada a prescrição e, no mérito, apelação provida".

(AC 00146136720134036105, DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3:06/05/2016)

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** à apelação do autor para afastar a prescrição e condenar a União ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), incidindo correção monetária a partir desta decisão (data do arbitramento), nos termos da Súmula nº 362 do STJ, e juros de mora desde o evento danoso (Súmula 54 do STJ), invertendo-se os ônus de sucumbência.

É como voto.

EMENTA

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. ANISTIADO POLÍTICO. DITADURA MILITAR. LEI Nº 10.559/02. DEMISSÃO DA PETROBRÁS. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DEVIDA. APELAÇÃO PROVIDA. INVERSÃO DOS ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA.

1. É pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto à imprescritibilidade das ações de reparação de danos decorrente de perseguição política durante o regime da ditadura militar.
2. Quanto aos danos morais, o artigo 5º, inciso X, da Magna Carta, dispõe que, "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização por dano material ou moral, decorrente de sua violação." A lei fundamental, ao se utilizar da expressão "indenização" pelos danos morais, atém-se à noção de compensação, própria do instituto da responsabilidade civil.
3. Mais do que evidente, portanto, que a demissão do autor da PETROBRÁS - Petróleo Brasileiro S.A em razão de questões meramente políticas, implicou efetivo abalo psíquico e constrangimentos que vão além dos meros transtornos decorrentes de uma demissão em condições normais.
4. O autor permaneceu desempregado por dois anos, período em que passou, juntamente com sua família, dificuldades financeiras, haja vista a não contratação pelas empresas privadas de trabalhadores demitidos pelo governo, além de ter sofrido hostilização em seu convívio social.
5. O valor fixado em R\$ 100.000,00 (cem mil reais) a título de indenização por danos morais mostra-se razoável e proporcional ao sofrimento do autor, bem como se alinha à jurisprudência dos Tribunais Superiores. A correção monetária deve incidir a partir da data do arbitramento, nos termos da Súmula nº 362 do STJ, e juros de mora desde o evento danoso (Súmula 54 do STJ).
6. Apelação do autor provida. Inversão da sucumbência.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, DEU PROVIMENTO à apelação do autor, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000064-22.2017.4.03.6106

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: HELIANTO FARMACEUTICALTDA - EPP

Advogado do(a) APELADO: JOAO HENRIQUE GONCALVES MACHADO - SP230530-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000064-22.2017.4.03.6106

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: HELIANTO FARMACEUTICALTDA - EPP

Advogado do(a) APELADO: JOAO HENRIQUE GONCALVES MACHADO - SP230530-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial e de recurso de apelação interposto pela **União**, em face da sentença que concedeu a ordem, no mandado de segurança, para determinar a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Em suas razões, a apelante requer, preliminarmente, o sobrestamento do feito. No mérito sustenta, em síntese, que o ICMS integra o faturamento, base de cálculo do PIS e da COFINS, definida em lei e que a compensação deve obedecer à legislação de regência.

Com contrarrazões vieram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal, em manifestação de lavra do e. Procurador Regional da República Marlon Alberto Weichert, deixou de exarar parecer, por entender que não há interesse público primário que justifique sua intervenção no feito.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000064-22.2017.4.03.6106
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: HELIANTO FARMACEUTICALTDA - EPP
Advogado do(a) APELADO: JOAO HENRIQUE GONCALVES MACHADO - SP230530-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores resem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.

Passo ao exame do mérito.

De início, ressalte-se que em sessão plenária do dia 15.03.2017 foi julgado o RE nº 574.706/RG, que trata do tema atinente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a sistemática da repercussão geral (artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973), que constou com a seguinte decisão:

"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da cofins". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017."

(RE 574706 RG, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 15/03/2017, DJe-053 DIVULG 17-03-2017 PUBLIC 20-03-2017)

Reforce-se a esse quadro que em 29.09.2017 foi disponibilizada a ementa do aludido acórdão:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS . DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS .

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o E. Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

Indo adiante, a questão não carece de maiores debates, visto que a novel jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal e do C. Superior Tribunal de Justiça reconheceu a exclusão da parcela relativa ao ICMS, da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, confira-se:

"TRIBUTO - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da cofins, porque estranho ao conceito de faturamento."

(RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituindo receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido."

(AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 07/04/2015)

Cumpra-se a se ver que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

Ressalto, por oportuno, que a falta de definitividade da entrada de valores a título de ICMS no caixa da pessoa jurídica caracteriza a ausência da natureza jurídica adrede mencionada, que, repita-se, tem natureza de receita para o Estado-membro.

Ademais, o termo "faturamento" deve ser conceituado no sentido técnico consagrado pela jurisprudência e pela doutrina.

Ainda, o ICMS é imposto indireto no qual o ônus financeiro é transferido para o consumidor final, tornando-se este o contribuinte de fato da exação. Assim, o sujeito passivo do tributo - aquele que realiza a operação de circulação de mercadorias - apenas tem o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, qual seja, o Estado-membro ou o Distrito Federal, mostrando-se, incontestavelmente, despedido da natureza jurídica de receita para o sujeito passivo.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, veja-se:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ICMS . INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS / COFINS . IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Encontra-se, atualmente, consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS , conforme constou do Boletim de Notícias do Supremo Tribunal Federal nº 762 de 06 a 11 de Outubro de 2014 (RE 240.785-2/MG).

2. Embargos infringentes desprovidos."

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI 0000266-78.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 04/11/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/11/2014)

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS e DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS . DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS .

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS , afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS .

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/04/2014)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DUPLO AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS . EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS / COFINS . VALIDADE. APROVEITAMENTO DO TÍTULO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS , conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.

2. A orientação no plano constitucional, a partir do precedente citado, foi adotada, recentemente, no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94, conforme AgRg no ARESP 593.627, Rel. p/ acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 07/04/2015.

3. Embora cabível excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, não se reconhece a nulidade da execução fiscal, que deve prosseguir pelo saldo efetivamente devido, não se cogitando, de extinção da execução fiscal, na conformidade da jurisprudência consolidada.

4. Agravos inominados desprovidos."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0030027-53.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/05/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/05/2015)

Por fim, diga-se que, considerando o julgamento do RE nº 240.785-2 que declarou inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS , o advento da Lei nº 12.973/2014 em nada altera o entendimento proferido pela Suprema Corte.

Com efeito, a superveniência da Lei, modificando o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** à remessa oficial e ao recurso de apelação.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores retem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontrar inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

3. A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, uma vez que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

4. A superveniência da Lei n.º 12.973/2014, que alargou o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

5. Remessa oficial e recurso de apelação desprovidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO à remessa oficial e ao recurso de apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001886-46.2017.4.03.6106

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: J. SILVA PAINEIS LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: ADEMIR PEREZ - SP334976-A, ALEX DOS SANTOS PONTE - SP220366-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, J. SILVA PAINEIS LTDA

Advogados do(a) APELADO: ADEMIR PEREZ - SP334976-A, ALEX DOS SANTOS PONTE - SP220366-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001886-46.2017.4.03.6106
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: J. SILVA PAINÉIS LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogados do(a) APELANTE: ADEMIR PEREZ - SP334976-A, ALEX DOS SANTOS PONTE - SP220366-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, J. SILVA PAINÉIS LTDA
Advogados do(a) APELADO: ADEMIR PEREZ - SP334976-A, ALEX DOS SANTOS PONTE - SP220366-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário e recursos de apelação interpostos por **J. Silva Painéis Ltda** e pela **União** em face de sentença de parcial procedência em mandado de segurança impetrado para obter a declaração de inexigibilidade do ICMS incidente sobre a base de cálculo do PIS e da COFINS, além da declaração de efetuar a compensação dos valores indevidamente recolhidos, devidamente corrigidos, nos últimos cinco anos anteriores à propositura da ação.

Na sentença, o Juízo *a quo* concedeu parcialmente a segurança para excluir o ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, autorizando a compensação dos valores indevidamente recolhidos a maior, após o trânsito em julgado, a partir da propositura da demanda (Id 12351933, p. 1-8).

Em suas razões (Id 12351936, p. 1-9), a União requer, preliminarmente, a suspensão do feito até a publicação do acórdão do julgamento dos embargos de declaração opostos no RE 574.706. No mérito, sustenta, em síntese, a constitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, definida em lei, e, subsidiariamente, alega que eventual indébito apurado nos autos não pode ser compensado com contribuições previdenciárias, nos termos do art. 26 da Lei nº 11.457/2007.

Apelou a impetrante J. Silva Painéis Ltda (Id 12351943, p. 1-19), requerendo, em suma, a reforma da sentença para reconhecer seu direito de excluir o ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, em sede de mandado de segurança, declarando-se o direito de serem compensados os valores indevidamente recolhidos, corrigidos, observado o prazo prescricional de 5 (cinco) anos, contados do ajuizamento da ação, destacando-se que o mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária, nos termos da Súmula nº 213 do Superior Tribunal de Justiça e da jurisprudência.

Com contrarrazões da impetrante (Id 12351946, p. 1-23), e da União (Id 12351950, p. 1-9), vieram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal, em parecer da Procuradora Regional da República Sonia Maria Curvello, manifestou-se pelo regular prosseguimento (Id 28510693, p. 1-2).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001886-46.2017.4.03.6106
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: J. SILVA PAINÉIS LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogados do(a) APELANTE: ADEMIR PEREZ - SP334976-A, ALEX DOS SANTOS PONTE - SP220366-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, J. SILVA PAINÉIS LTDA
Advogados do(a) APELADO: ADEMIR PEREZ - SP334976-A, ALEX DOS SANTOS PONTE - SP220366-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

Preliminarmente, em relação à possibilidade, ou não, da inclusão do valor relativo ao ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS, recente jurisprudência do STF reitera o entendimento acerca da aplicação imediata do artigo 1.040 do Código de Processo Civil e julgamento do feito, independentemente do trânsito em julgado do acórdão paradigma, *verbis*:

*"RECURSO EXTRAORDINÁRIO - TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SUBSTITUTIVA - BASE DE CÁLCULO - NÃO INCLUSÃO DO VALOR RELATIVO AO ICMS - ENTENDIMENTO FIRMADO COM BASE EM ORIENTAÇÃO QUE O PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PROCLAMOU NA APRECIÇÃO DO RE 574.706-RG/PR - **POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO IMEDIATO PELO RELATOR DE IDÊNTICA CONTROVÉRSIA INDEPENDENTEMENTE DA PUBLICAÇÃO OU DO TRÂNSITO EM JULGADO DO ACÓRDÃO PROFERIDO NO "LEADING CASE"** - SUCUMBÊNCIA RECURSAL (CPC, ART. 85, § 11) - NÃO DECRETAÇÃO, NO CASO, ANTE A INADMISSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO EM VERBA HONORÁRIA, POR TRATAR-SE DE PROCESSO DE MANDADO DE SEGURANÇA (SÚMULA 512/STF E LEI Nº 12.016/2009, ART. 25) - AGRAVO INTERNO IMPROVIDO."*

(RE 1089337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 27/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-093 DIVULG 14-05-2018 PUBLIC 15-05-2018) g.n.

*"COFINS E PIS - BASE DE CÁLCULO - ICMS - EXCLUSÃO. O Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços - ICMS não compõe a base de incidência do PIS e da COFINS. Precedentes: recurso extraordinário 240.785/MG, relator ministro Marco Aurélio, Pleno, acórdão publicado no Diário da Justiça de 8 de outubro de 2014 e recurso extraordinário nº 574.706/PR, julgado sob o ângulo da repercussão geral, relatora ministra Cármen Lúcia, Pleno, acórdão veiculado no Diário da Justiça de 2 de outubro de 2017. REPERCUSSÃO GERAL - ACÓRDÃO - PUBLICAÇÃO - EFEITOS - ARTIGO 1.040 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. **A sistemática prevista no artigo 1.040 do Código de Processo Civil sinaliza, a partir da publicação do acórdão paradigma, a observância do entendimento do Plenário, formalizado sob o ângulo da repercussão geral."***

(AI 523706 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 10/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-109 DIVULG 01-06-2018 PUBLIC 04-06-2018) g.n.

Assim, a ausência de trânsito em julgado ou eventual possibilidade de modulação dos efeitos da decisão não impede que o entendimento seja desde logo adotado, conforme precedentes.

Passo ao exame do mérito.

Em sessão plenária do dia 15.03.2017 foi julgado o RE nº 574.706/RG, que trata do tema atinente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a sistemática da repercussão geral (artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973), que constou com a seguinte decisão:

"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017."

(RE 574706 RG, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 15/03/2017, DJe-053 DIVULG 17-03-2017 PUBLIC 20-03-2017)

Em 29.09.2017 foi disponibilizada a ementa do referido acórdão:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta Terceira Turma.

A questão não carece de maiores debates, visto que a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça reconheceram exclusão da parcela relativa ao ICMS, da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, *verbis*:

"TRIBUTO - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da COFINS, porque estranho ao conceito de faturamento."

(RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituindo receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido."

(AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 07/04/2015)

Cumpra-se asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

A exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS e do PIS decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

Assim, a falta de definitividade da entrada de valores a título de ICMS no caixa da pessoa jurídica caracteriza a ausência da natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, que, repita-se, tem natureza de receita para o Estado-membro.

Ademais, o termo "faturamento" deve ser conceituado no sentido técnico consagrado pela jurisprudência e pela doutrina.

Ainda, o ICMS é imposto indireto no qual o ônus financeiro é transferido para o consumidor final, tornando-se este o contribuinte de fato da exação. Assim, o sujeito passivo do tributo - aquele que realiza a operação de circulação de mercadorias - apenas tem o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, qual seja, o Estado-membro ou o Distrito Federal, mostrando-se, incontestavelmente, despedido da natureza jurídica de receita para o sujeito passivo.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, *verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ICMS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Encontra-se, atualmente, consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme constou do Boletim de Notícias do Supremo Tribunal Federal nº 762 de 06 a 11 de Outubro de 2014 (RE 240.785-2/MG).

2. Embargos infringentes desprovidos."

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI 0000266-78.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 04/11/2014, e-DJF3: 13/11/2014)

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS e DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3: 11/04/2014)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DUPLO AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. VALIDADE. APROVEITAMENTO DO TÍTULO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.

2. A orientação no plano constitucional, a partir do precedente citado, foi adotada, recentemente, no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94, conforme AgRg no ARES 593.627, Rel. p/ acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 07/04/2015.

3. Embora cabível excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, não se reconhece a nulidade da execução fiscal, que deve prosseguir pelo saldo efetivamente devido, não se cogitando, de extinção da execução fiscal, na conformidade da jurisprudência consolidada.

4. Agravos inominados desprovidos."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0030027-53.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/05/2015, e-DJF3: 28/05/2015)

Considerando o julgamento do RE nº 240.785-2, que declarou inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, o advento da Lei nº 12.973/2014 em nada altera o entendimento proferido pela Suprema Corte.

Com efeito, a superveniência da Lei, modificando o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, e, respeitando-se a prescrição quinquenal, é direito da impetrante a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio da compensação, conforme os termos delineados a seguir.

De fato, de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em julgados afetados ao Tema Repetitivo nº 118, em se tratando de mandado de segurança cuja pretensão do contribuinte é apenas a de ver reconhecido o direito de compensar (provimento de cunho declaratório), sem apuração do efetivo montante dos recolhimentos realizados indevidamente, não cabe exigir do impetrante, credor tributário, a juntada das guias de recolhimento dos tributos, pois esta apreciação está reservada, em tais situações, ao âmbito administrativo, oportunidade em que serão assegurados à autoridade fazendária a fiscalização e o controle do procedimento compensatório.

Nesse sentido:

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TESE FIRMADA SOB O RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. ART. 1.036 E SEQUINTE DO CÓDIGO FUX. DIREITO DO CONTRIBUINTE À DEFINIÇÃO DO ALCANCE DA TESE FIRMADA NO TEMA 118/STJ (RESP 1.111.164/BA, DA RELATORIA DO EMINENTE MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI). INEXIGIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO, NO WRIT OF MANDAMUS, DO EFETIVO RECOLHIMENTO DO TRIBUTO, PARA O FIM DE OBTER DECLARAÇÃO DO SEU DIREITO À COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA, OBVIAMENTE SEM QUALQUER EMPECILHO À ULTERIOR FISCALIZAÇÃO DA OPERAÇÃO COMPENSATÓRIA PELO FISCO FEDERAL. A OPERAÇÃO DE COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA REALIZADA NA CONTABILIDADE DA EMPRESA CONTRIBUINTE FICA SUJEITA AOS PROCEDIMENTOS DE FISCALIZAÇÃO DA RECEITA COMPETENTE, NO QUE SE REFERE AOS QUANTITATIVOS CONFRONTADOS E À RESPECTIVA CORREÇÃO. RECURSO ESPECIAL DA CONTRIBUINTE A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.

1. Esclareça-se que a questão ora submetida a julgamento encontra-se delimitada ao alcance da aplicação da tese firmada no Tema 118/STJ (REsp. 1.111.164/BA, da relatoria do eminente Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, submetido a sistemática do art. 543-C do CPC/1973), segundo o qual é necessária a efetiva comprovação do recolhimento feito a maior ou indevidamente para fins de declaração do direito à compensação tributária em sede de Mandado de Segurança.

2. A afetação deste processo a julgamento pela sistemática repetitiva foi decidida pela Primeira Seção deste STJ, em 24.4.2018, por votação majoritária; de qualquer modo, trata-se de questão vencida, de sorte que o julgamento do feito como repetitivo é assunto precluso.

3. Para se espancar qualquer dúvida sobre a viabilidade de se garantir, em sede de Mandado de Segurança, o direito à utilização de créditos por compensação, esta Corte Superior reafirma orientação unânime, inclusive consagrada na sua Súmula 213, de que o Mandado de Segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária.

4. No entanto, ao sedimentar a Tese 118, por ocasião do julgamento do REsp. 1.111.164/BA, da relatoria do eminente Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, a Primeira Seção desta Corte firmou diretriz de que, tratando-se de Mandado de Segurança que apenas visa à compensação de tributos indevidamente recolhidos, impõe-se delimitar a extensão do pedido constante da inicial, ou seja, a ordem que se pretende alcançar para se determinar quais seriam os documentos indispensáveis à propositura da ação. O próprio voto condutor do referido acórdão, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC/1973, é expresso ao distinguir as duas situações, a saber: (...) a primeira, em que a impetração se limita a ver reconhecido o direito de compensar (que tem como pressuposto um ato da autoridade de negar a compensabilidade), mas sem fazer juízo específico sobre os elementos concretos da própria compensação; a outra situação é a da impetração, à declaração de compensabilidade, agrega (a) pedido de juízo específico sobre os elementos da própria compensação (v.g.: reconhecimento do indébito tributário que serve de base para a operação de compensação, acréscimos de juros e correção monetária sobre ele incidente, inexistência de prescrição do direito de compensar), ou (b) pedido de outra medida executiva que tem como pressuposto a efetiva realização da compensação (v.g.: expedição de certidão negativa, suspensão da exigibilidade dos créditos tributários contra os quais se opera a compensação).

5. Logo, postulando o Contribuinte apenas a concessão da ordem para se declarar o direito à compensação tributária, em virtude do reconhecimento judicial transitado em julgado da ilegalidade ou inconstitucionalidade da exigência da exação, independentemente da apuração dos respectivos valores, é suficiente, para esse efeito, a comprovação de que o impetrante ocupa a posição de credor tributário, visto que os comprovantes de recolhimento indevido serão exigidos posteriormente, na esfera administrativa, quando o procedimento de compensação for submetido à verificação pelo Fisco.

Ou seja, se a pretensão é apenas a de ver reconhecido o direito de compensar, sem abranger juízo específico dos elementos da compensação ou sem apurar o efetivo quantum dos recolhimentos realizados indevidamente, não cabe exigir do impetrante, credor tributário, a juntada das providências somente será levada a termo no âmbito administrativo, quando será assegurada à autoridade fazendária a fiscalização e controle do procedimento compensatório.

6. Todavia, a prova dos recolhimentos indevidos será pressuposto indispensável à impetração, quando se postular juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, com a efetiva investigação da liquidez e certeza dos créditos, ou, ainda, na hipótese em que os efeitos da sentença supõem a efetiva homologação da compensação a ser realizada. Somente nessas hipóteses o crédito do contribuinte depende de quantificação, de modo que a inexistência de comprovação cabal dos valores indevidamente recolhidos representa a ausência de prova pré-constituída indispensável à propositura da ação mandamental.

7. Na hipótese em análise, em que se visa garantir a compensação de valores indevidamente recolhidos a título do PIS e da COFINS, calculados na forma prevista no art. 3º, § 1º. da Lei 9.718/1998, o Tribunal de origem manteve a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido, concedendo a segurança apenas para garantir a compensação dos valores indevidamente recolhidos, limitando-os, todavia, àqueles devidamente comprovados nos autos.

8. Ao assim decidir, o Tribunal de origem deixou de observar **que o objeto da lide limitou-se ao reconhecimento do direito de compensar, e, nesse ponto, foi devidamente comprovada a liquidez e certeza do direito necessário à impetração do Mandado de Segurança, porquanto seria preciso tão somente demonstrar que a impetrante estava sujeita ao recolhimento do PIS e da COFINS, com base de cálculo prevista no art. 3º, § 1º. da Lei 9.718/1998, cuja obrigatoriedade foi afastada pelas instâncias ordinárias.**

9. **Extraí-se do pedido formulado na exordial que a impetração, no ponto atinente à compensação tributária, tem natureza preventiva e cunho meramente declaratório, e, portanto, a concessão da ordem postulada só depende do reconhecimento do direito de se compensar tributo submetido ao regime de lançamento por homologação. Ou seja, não pretendeu a impetrante a efetiva investigação da liquidez e certeza dos valores indevidamente pagos, apurando-se o valor exato do crédito submetido ao acervo de contas, mas, sim, a declaração de um direito subjetivo à compensação tributária de créditos reconhecidos com tributos vencidos e vincendos, e que estará sujeita a verificação de sua regularidade pelo Fisco.**

10. **Portanto, a questão debatida no Mandado de Segurança é meramente jurídica, sendo desnecessária a exigência de provas do efetivo recolhimento do tributo e do seu montante exato, cuja apreciação, repita-se, fica postergada para a esfera administrativa.**

11. *Recurso Especial da Contribuinte ao qual se dá parcial provimento, para reconhecer o direito à compensação dos valores de PIS e COFINS indevidamente recolhidos, ainda que não tenham sido comprovados nos autos.*

12. *Acórdão submetido ao regime do art. 1.036 do Código Fux, fixando-se a seguinte tese, apenas explicitadora do pensamento zavaskiano consignado no julgamento REsp. 1.111.164/BA: (a) tratando-se de Mandado de Segurança impetrado com vistas a declarar o direito à compensação tributária, em virtude do reconhecimento da ilegalidade ou inconstitucionalidade da exigência da exação, independentemente da apuração dos respectivos valores, é suficiente, para esse efeito, a comprovação de que o impetrante ocupa a posição de credor tributário, visto que os comprovantes de recolhimento indevido serão exigidos posteriormente, na esfera administrativa, quando o procedimento de compensação for submetido à verificação pelo Fisco; e (b) tratando-se de Mandado de Segurança com vistas a obter juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, com efetiva investigação da liquidez e certeza dos créditos, ou, ainda, na hipótese em que os efeitos da sentença supõem a efetiva homologação da compensação a ser realizada, o crédito do contribuinte depende de quantificação, de modo que a inexistência de comprovação cabal dos valores indevidamente recolhidos representa a ausência de prova pré-constituída indispensável à propositura da ação." (sem grifos no original)"*

(REsp 1715256/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/02/2019, DJe 11/03/2019)

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, visto a data que o presente *mandamus* foi ajuizado e, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, *verbis*:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. *A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).*

2. *A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).*

3. *Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.*

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

5. Consectariamente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.

7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponete própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor; o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.

13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor; nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."

14. Consequentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp416154, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF). (Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. *Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.*"

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010).

Conforme a jurisprudência acima colacionada e, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

Cumprе ressaltar que a compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior, *verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO INEXISTENTE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. COMPENSAÇÃO. TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA. ART. 26 DA LEI N. 11.457/07. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.

1. *Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.*

2. *Nos termos da jurisprudência do STJ, é impossível a compensação de créditos tributários administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal com débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (contribuições sociais previstas nas alíneas 'a', 'b' e 'c' do parágrafo único do art. 11 da Lei n. 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida pelo art. 26 da Lei n. 11.457/07. Precedentes. Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido."*

(AgRg no REsp 1469537/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 24/10/2014)

Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, *verbis*:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. *A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).*

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4º 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.

4. A Tabela Única a prova da pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação /repetição de indébito, quais sejam: (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDcl no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. O prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/05 (09.06.2005), nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.") (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: RESP 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009).

7. Outrossim, o artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

8. Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010)

Finalmente, o termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior, *verbis*:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNBEN. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL. APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.250/95. DESDE O RECOLHIMENTO INDEVIDO. SÚMULA 83/STJ

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nas ações de restituição de tributos federais, antes do advento da Lei 9.250/95, incide a correção monetária desde o pagamento indevido (no caso, no momento da indevida retenção do IR) até a restituição ou a compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros moratórios a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), na forma do art. 167, parágrafo único, do CTN.

3. Ocorre que, com o advento do referido diploma, passou-se a incidir a Taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou a partir de 1º de janeiro de 1996 (caso o recolhimento tenha ocorrido antes dessa data).

Agravo regimental improvido."

(AgRg no AgRg no AREsp 536.348/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014)

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** à apelação da impetrante para reconhecer o direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos, respeitada a prescrição quinquenal, contada a partir do ajuizamento da ação, e **NEGO PROVIMENTO** à remessa necessária e ao recurso de apelação da União, nos termos da fundamentação.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. MANDADO DE SEGURANÇA. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. APELAÇÃO DO IMPETRANTE PROVIDA REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO DA UNIÃO DESPROVIDAS.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontrar inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

2. A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, uma vez que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

3. A superveniência da Lei nº 12.973/2014, que alargou o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

4. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e respeitando-se a prescrição quinquenal, é assegurada ao impetrante a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio de compensação.

5. A compensação dos valores recolhidos indevidamente, deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, visto a data que o presente *mandamus* foi ajuizado.

6. É necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

7. A compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior.

8. É aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil.

9. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior,

10. Remessa necessária e apelação da União desprovidas. Apelação da impetrante provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, DEU PROVIMENTO à apelação da impetrante para reconhecer o direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos, respeitada a prescrição quinquenal, contada a partir do ajuizamento da ação, e NEGOU PROVIMENTO à remessa necessária e ao recurso de apelação da União, nos termos da fundamentação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5011926-71.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ELETRO MECANICA BARBANERA LTDA

Advogados do(a) APELADO: SANDRA REGINA FREIRE LOPES - SP244553-A, LUIS ALEXANDRE OLIVEIRA

CASTELO - SP299931-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5011926-71.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ELETRO MECANICA BARBANERA LTDA

Advogados do(a) APELADO: SANDRA REGINA FREIRE LOPES - SP244553-A, LUIS ALEXANDRE OLIVEIRA

CASTELO - SP299931-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa necessária e recurso de apelação interposto pela União em face de sentença que concedeu a segurança prolatada nos autos do *mandamus* impetrado por **Eletro Mecânica Barbanera Ltda**, objetivando a exclusão do ICMS incidente sobre a base de cálculo do PIS e da COFINS, além do direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos, corrigidos pela Selic, no período dos cinco anos que antecedem a propositura da ação (Id 39813068, p. 1-6).

Apelou a União (Id 39813062, p. 1-19), requerendo, preliminarmente, a suspensão do feito até que o Supremo Tribunal Federal conclua o julgamento do RE 574.576, sustentando, ainda, a ausência de documentos comprobatórios da condição de contribuinte do tributo, e, no mérito, a legalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que o faturamento corresponde à soma das receitas operacionais da empresa, ou seja, sua receita bruta operacional.

Com contrarrazões da parte apelada (Id 39813067, p. 1-24), vieram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal, em parecer do Procurador Regional da República André de Carvalho Ramos, manifestou-se pelo regular prosseguimento (Id 51268419, p. 1-3).

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5011926-71.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: ELETRO MECANICA BARBANERA LTDA
Advogados do(a) APELADO: SANDRA REGINA FREIRE LOPES - SP244553-A, LUIS ALEXANDRE OLIVEIRA CASTELO - SP299931-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

Preliminarmente, recente jurisprudência do STF reitera o entendimento acerca da aplicação imediata do artigo 1.040 do Código de Processo Civil e julgamento do feito, independentemente do trânsito em julgado do acórdão paradigma, *verbis*:

*"RECURSO EXTRAORDINÁRIO - TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SUBSTITUTIVA - BASE DE CÁLCULO - NÃO INCLUSÃO DO VALOR RELATIVO AO ICMS - ENTENDIMENTO FIRMADO COM BASE EM ORIENTAÇÃO QUE O PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PROCLAMOU NA APRECIÇÃO DO RE 574.706-RG/PR - **POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO IMEDIATO PELO RELATOR DE IDÊNTICA CONTROVÉRSIA INDEPENDENTEMENTE DA PUBLICAÇÃO OU DO TRÂNSITO EM JULGADO DO ACÓRDÃO PROFERIDO NO "LEADING CASE"** - SUCUMBÊNCIA RECURSAL (CPC, ART. 85, § 11) - NÃO DECRETAÇÃO, NO CASO, ANTE A INADMISSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO EM VERBA HONORÁRIA, POR TRATAR-SE DE PROCESSO DE MANDADO DE SEGURANÇA (SÚMULA 512/STF E LEI Nº 12.016/2009, ART. 25) - AGRAVO INTERNO IMPROVIDO."*

(RE 1089337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 27/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-093 DIVULG 14-05-2018 PUBLIC 15-05-2018) g.n.

"COFINS E PIS - BASE DE CÁLCULO - ICMS - EXCLUSÃO. O Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços - ICMS não compõe a base de incidência do PIS e da COFINS. Precedentes: recurso extraordinário 240.785/MG, relator ministro Marco Aurélio, Pleno, acórdão publicado no Diário da Justiça de 8 de outubro de 2014 e recurso extraordinário nº 574.706/PR, julgado sob o ângulo da repercussão geral, relatora ministra Cármen Lúcia, Pleno, acórdão veiculado no Diário da Justiça de 2 de outubro de 2017. REPERCUSSÃO GERAL - ACÓRDÃO - PUBLICAÇÃO - EFEITOS - ARTIGO 1.040 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. A sistemática prevista no artigo 1.040 do Código de Processo Civil sinaliza, a partir da publicação do acórdão paradigma, a observância do entendimento do Plenário, formalizado sob o ângulo da repercussão geral."

(AI 523706 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 10/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-109 DIVULG 01-06-2018 PUBLIC 04-06-2018) g.n.

Assim, a ausência de trânsito em julgado ou eventual possibilidade de modulação dos efeitos da decisão não impede que o entendimento seja desde logo adotado, conforme precedentes.

No mérito, a sentença deve ser mantida.

Em sessão plenária do dia 15.03.2017 foi julgado o RE nº 574.706/RG, que trata do tema atinente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a sistemática da repercussão geral (artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973), que constou com a seguinte decisão:

"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017."

(RE 574706 RG, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 15/03/2017, DJe-053 DIVULG 17-03-2017 PUBLIC 20-03-2017)

Em 29.09.2017 foi disponibilizada a ementa do referido acórdão:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta Terceira Turma.

Ademais, a questão não carece de maiores debates, visto que a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça reconheceram a exclusão da parcela relativa ao ICMS, da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, *verbis*:

"TRIBUTO - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da COFINS, porque estranho ao conceito de faturamento."

(RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituindo receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido."

(AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 07/04/2015)

Cumprasse asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

A exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS e do PIS decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

Assim, a falta de definitividade da entrada de valores a título de ICMS no caixa da pessoa jurídica caracteriza a ausência da natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, que, repita-se, tem natureza de receita para o Estado-membro.

Ademais, o termo "faturamento" deve ser conceituado no sentido técnico consagrado pela jurisprudência e pela doutrina.

Ainda, o ICMS é imposto indireto no qual o ônus financeiro é transferido para o consumidor final, tornando-se este o contribuinte de fato da exação. Assim, o sujeito passivo do tributo - aquele que realiza a operação de circulação de mercadorias - apenas tem o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, qual seja, o Estado-membro ou o Distrito Federal, mostrando-se, incontestavelmente, despedido da natureza jurídica de receita para o sujeito passivo.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, *verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ICMS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. *Encontra-se, atualmente, consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme constou do Boletim de Notícias do Supremo Tribunal Federal nº 762 de 06 a 11 de Outubro de 2014 (RE 240.785-2/MG).*

2. *Embargos infringentes desprovidos."*

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI 0000266-78.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 04/11/2014, e-DJF3: 13/11/2014)

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS e DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3: 11/04/2014)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DUPLO AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. VALIDADE. APROVEITAMENTO DO TÍTULO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. *Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.*

2. *A orientação no plano constitucional, a partir do precedente citado, foi adotada, recentemente, no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94, conforme AgRg no ARES P 593.627, Rel. p/ acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 07/04/2015.*

3. *Embora cabível excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, não se reconhece a nulidade da execução fiscal, que deve prosseguir pelo saldo efetivamente devido, não se cogitando, de extinção da execução fiscal, na conformidade da jurisprudência consolidada.*

4. *Agravos inominados desprovidos."*

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0030027-53.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/05/2015, e-DJF3: 28/05/2015)

Considerando o julgamento do RE n.º 240.785-2, que declarou inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, o advento da Lei n.º 12.973/2014 em nada altera o entendimento proferido pela Suprema Corte.

Com efeito, a superveniência da Lei, modificando o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, e, respeitando-se a prescrição quinquenal, é direito do impetrante a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio da compensação, conforme os termos delineados a seguir.

De fato, de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em julgados afetados ao Tema Repetitivo nº 118, em se tratando de mandado de segurança cuja pretensão do contribuinte é apenas a de ver reconhecido o direito de compensar (provimento de cunho declaratório), sem apuração do efetivo montante dos recolhimentos realizados indevidamente, não cabe exigir do impetrante, credor tributário, a juntada das guias de recolhimento dos tributos, pois esta apreciação está reservada, em tais situações, ao âmbito administrativo, oportunidade em que serão assegurados à autoridade fazendária a fiscalização e o controle do procedimento compensatório.

Nesse sentido:

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TESE FIRMADA SOB O RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. ART. 1.036 E SEQUINTE DO CÓDIGO FUX. DIREITO DO CONTRIBUINTE À DEFINIÇÃO DO ALCANCE DA TESE FIRMADA NO TEMA 118/STJ (RESP 1.111.164/BA, DA RELATORIA DO EMINENTE MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI). INEXIGIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO, NO WRIT OF MANDAMUS, DO EFETIVO RECOLHIMENTO DO TRIBUTO, PARA O FIM DE OBTER DECLARAÇÃO DO SEU DIREITO À COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA, OBVIAMENTE SEM QUALQUER EMPECILHO À ULTERIOR FISCALIZAÇÃO DA OPERAÇÃO COMPENSATÓRIA PELO FISCO FEDERAL. A OPERAÇÃO DE COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA REALIZADA NA CONTABILIDADE DA EMPRESA CONTRIBUINTE FICA SUJEITA AOS PROCEDIMENTOS DE FISCALIZAÇÃO DA RECEITA COMPETENTE, NO QUE SE REFERE AOS QUANTITATIVOS CONFRONTADOS E À RESPECTIVA CORREÇÃO. RECURSO ESPECIAL DA CONTRIBUINTE A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.

1. Esclareça-se que a questão ora submetida a julgamento encontra-se delimitada ao alcance da aplicação da tese firmada no Tema 118/STJ (REsp. 1.111.164/BA, da relatoria do eminente Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, submetido a sistemática do art. 543-C do CPC/1973), segundo o qual é necessária a efetiva comprovação do recolhimento feito a maior ou indevidamente para fins de declaração do direito à compensação tributária em sede de Mandado de Segurança.

2. A afetação deste processo a julgamento pela sistemática repetitiva foi decidida pela Primeira Seção deste STJ, em 24.4.2018, por votação majoritária; de qualquer modo, trata-se de questão vencida, de sorte que o julgamento do feito como repetitivo é assunto precluso.

3. Para se espantar qualquer dúvida sobre a viabilidade de se garantir, em sede de Mandado de Segurança, o direito à utilização de créditos por compensação, esta Corte Superior reafirma orientação unânime, inclusive consagrada na sua Súmula 213, de que o Mandado de Segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária.

4. No entanto, ao sedimentar a Tese 118, por ocasião do julgamento do REsp. 1.111.164/BA, da relatoria do eminente Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, a Primeira Seção desta Corte firmou diretriz de que, tratando-se de Mandado de Segurança que apenas visa à compensação de tributos indevidamente recolhidos, impõe-se delimitar a extensão do pedido constante da inicial, ou seja, a ordem que se pretende alcançar para se determinar quais seriam os documentos indispensáveis à propositura da ação. O próprio voto condutor do referido acórdão, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC/1973, é expresso ao distinguir as duas situações, a saber: (...) a primeira, em que a impetração se limita a ver reconhecido o direito de compensar (que tem como pressuposto um ato da autoridade de negar a compensabilidade), mas sem fazer juízo específico sobre os elementos concretos da própria compensação; a outra situação é a da impetração, à declaração de compensabilidade, agrega (a) pedido de juízo específico sobre os elementos da própria compensação (v.g.: reconhecimento do indébito tributário que serve de base para a operação de compensação, acréscimos de juros e correção monetária sobre ele incidente, inexistência de prescrição do direito de compensar), ou (b) pedido de outra medida executiva que tem como pressuposto a efetiva realização da compensação (v.g.: expedição de certidão negativa, suspensão da exigibilidade dos créditos tributários contra os quais se opera a compensação).

5. Logo, postulando o Contribuinte apenas a concessão da ordem para se declarar o direito à compensação tributária, em virtude do reconhecimento judicial transitado em julgado da ilegalidade ou inconstitucionalidade da exigência da exação, independentemente da apuração dos respectivos valores, é suficiente, para esse efeito, a comprovação de que o impetrante ocupa a posição de credor tributário, visto que os comprovantes de recolhimento indevido serão exigidos posteriormente, na esfera administrativa, quando o procedimento de compensação for submetido à verificação pelo Fisco.

Ou seja, se a pretensão é apenas a de ver reconhecido o direito de compensar, sem abranger juízo específico dos elementos da compensação ou sem apurar o efetivo quantum dos recolhimentos realizados indevidamente, não cabe exigir do impetrante, credor tributário, a juntada das providências somente será levada a termo no âmbito administrativo, quando será assegurada à autoridade fazendária a fiscalização e controle do procedimento compensatório.

6. Todavia, a prova dos recolhimentos indevidos será pressuposto indispensável à impetração, quando se postular juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, com a efetiva investigação da liquidez e certeza dos créditos, ou, ainda, na hipótese em que os efeitos da sentença supõem a efetiva homologação da compensação a ser realizada. Somente nessas hipóteses o crédito do contribuinte depende de quantificação, de modo que a inexistência de comprovação cabal dos valores indevidamente recolhidos representa a ausência de prova pré-constituída indispensável à propositura da ação mandamental.

7. Na hipótese em análise, em que se visa garantir a compensação de valores indevidamente recolhidos a título do PIS e da COFINS, calculados na forma prevista no art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/1998, o Tribunal de origem manteve a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido, concedendo a segurança apenas para garantir a compensação dos valores indevidamente recolhidos, limitando-os, todavia, àqueles devidamente comprovados nos autos.

8. Ao assim decidir, o Tribunal de origem deixou de observar **que o objeto da lide limitou-se ao reconhecimento do direito de compensar, e, nesse ponto, foi devidamente comprovada a liquidez e certeza do direito necessário à impetração do Mandado de Segurança, porquanto seria preciso tão somente demonstrar que a impetrante estava sujeita ao recolhimento do PIS e da COFINS, com base de cálculo prevista no art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/1998, cuja obrigatoriedade foi afastada pelas instâncias ordinárias.**

9. Extrai-se do pedido formulado na exordial que a impetração, no ponto atinente à compensação tributária, tem natureza preventiva e cunho meramente declaratório, e, portanto, a concessão da ordem postulada só depende do reconhecimento do direito de se compensar tributo submetido ao regime de lançamento por homologação. Ou seja, não pretendeu a impetrante a efetiva investigação da liquidez e certeza dos valores indevidamente pagos, apurando-se o valor exato do crédito submetido ao acervo de contas, mas, sim, a declaração de um direito subjetivo à compensação tributária de créditos reconhecidos com tributos vencidos e vincendos, e que estará sujeita a verificação de sua regularidade pelo Fisco.

10. Portanto, a questão debatida no Mandado de Segurança é meramente jurídica, sendo desnecessária a exigência de provas do efetivo recolhimento do tributo e do seu montante exato, cuja apreciação, repita-se, fica postergada para a esfera administrativa.

11. Recurso Especial da Contribuinte ao qual se dá parcial provimento, para reconhecer o direito à compensação dos valores de PIS e COFINS indevidamente recolhidos, ainda que não tenham sido comprovados nos autos.

12. Acórdão submetido ao regime do art. 1.036 do Código Fux, fixando-se a seguinte tese, apenas explicitadora do pensamento zavaskiano consignado no julgamento REsp. 1.111.164/BA: (a) tratando-se de Mandado de Segurança impetrado com vistas a declarar o direito à compensação tributária, em virtude do reconhecimento da ilegalidade ou inconstitucionalidade da exigência da exação, independentemente da apuração dos respectivos valores, é suficiente, para esse efeito, a comprovação de que o impetrante ocupa a posição de credor tributário, visto que os comprovantes de recolhimento indevido serão exigidos posteriormente, na esfera administrativa, quando o procedimento de compensação for submetido à verificação pelo Fisco; e (b) tratando-se de Mandado de Segurança com vistas a obter juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, com efetiva investigação da liquidez e certeza dos créditos, ou, ainda, na hipótese em que os efeitos da sentença supõem a efetiva homologação da compensação a ser realizada, o crédito do contribuinte depende de quantificação, de modo que a inexistência de comprovação cabal dos valores indevidamente recolhidos representa a ausência de prova pré-constituída indispensável à propositura da ação." (sem grifos no original)"

(REsp 1715256/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/02/2019, DJe 11/03/2019)

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, visto a data que o presente *mandamus* foi ajuizado e, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, *verbis*:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

5. Consectariamente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.

7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.

13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor; nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."

14. Consequentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF). (Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010).

Conforme a jurisprudência acima colacionada e, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

Cumprе ressaltar que a compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior, *verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO INEXISTENTE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. COMPENSAÇÃO. TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA. ART. 26 DA LEI N. 11.457/07. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nos termos da jurisprudência do STJ, é impossível a compensação de créditos tributários administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal com débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (contribuições sociais previstas nas alíneas 'a', 'b' e 'c' do parágrafo único do art. 11 da Lei n. 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida pelo art. 26 da Lei n. 11.457/07. Precedentes. Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1469537/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 24/10/2014)

Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, *verbis*:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. *A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).*

2. *É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4º 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).*

3. *A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.*

4. *A Tabela Única a prova da pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação /repetição de indébito, quais sejam: (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDcl no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).*

5. *Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).*

6. *O prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/05 (09.06.2005), nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.") (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: RESP 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009).*

7. *Outrossim, o artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater; um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.*

8. *Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.*"

(REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010)

Finalmente, o termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior, *verbis*:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNBEN. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL. APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.250/95. DESDE O RECOLHIMENTO INDEVIDO. SÚMULA 83/STJ

1. *Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.*

2. *Nas ações de restituição de tributos federais, antes do advento da Lei 9.250/95, incide a correção monetária desde o pagamento indevido (no caso, no momento da indevida retenção do IR) até a restituição ou a compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros moratórios a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), na forma do art. 167, parágrafo único, do CTN.*

3. *Ocorre que, com o advento do referido diploma, passou-se a incidir a Taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou a partir de 1º de janeiro de 1996 (caso o recolhimento tenha ocorrido antes dessa data).*

Agravo regimental improvido."

(AgRg no AgRg no AREsp 536.348/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014)

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** à remessa necessária e à apelação da União, nos termos da fundamentação.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. MANDADO DE SEGURANÇA. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO DA UNIÃO DESPROVIDAS.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontrar inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse Tribunal Regional Federal da 3ª Região.
2. A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, uma vez que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.
3. A superveniência da Lei nº 12.973/2014, que alargou o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.
4. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e respeitando-se a prescrição quinquenal, é assegurada ao impetrante a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio de compensação.
5. A compensação dos valores recolhidos indevidamente, deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, visto a data que o presente *mandamus* foi ajuizado.
6. É necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.
7. A compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior.
8. É aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil.
9. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior,
10. Remessa necessária e apelação da União desprovidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO à remessa necessária e à apelação da União, nos termos da fundamentação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5006506-81.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: COATS CORRENTE LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: HELCIO HONDA - SP90389-A, DANIELA FRANULOVIC - SP240796-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Coats Corrente Ltda. em face de decisão que, após declarar o trânsito em julgado de homologação judicial de desistência de mandado de segurança e de renúncia ao direito material, determinou a conversão de valores depositados em renda da União.

Relata que, com a reabertura do prazo de adesão ao parcelamento da Lei n. 11.941 de 2009 pela Lei n. 12.996 de 2014, desistiu de mandado de segurança e renunciou ao direito material, declarando que pretendia pagar à vista os créditos tributários mediante o aproveitamento de depósito judicial.

Informa que, após a homologação judicial, a União questionou a existência do próprio parcelamento e requereu a conversão dos depósitos em renda federal, que acabou sendo acolhida pelo Juízo de Origem.

Sustenta que a conversão não tem cabimento, seja porque apenas desistiu do mandado de segurança e renunciou ao direito material com a intenção de aderir a parcelamento e aproveitar os valores depositados no pagamento à vista, seja porque decidiu parcelar somente o débito em discussão judicial, sem necessidade de pedido administrativo.

Argumenta que o parcelamento de créditos discutidos judicialmente se processa nos próprios autos da ação, tanto que a Administração Tributária não disponibiliza qualquer link específico para essa modalidade.

Afirma que preencheu todos os requisitos do programa – desistência de ação no prazo regulamentar, indicação dos débitos e forma de pagamento – e o Juízo de Origem deixou de ponderar cada um dos argumentos.

Requereu a antecipação de tutela recursal.

A União apresentou resposta ao agravo.

Decido.

A antecipação de tutela recursal para a retenção dos depósitos deve ser deferida.

O Juízo de Origem se limitou a mencionar o trânsito em julgado de decisão que homologou a desistência de mandado de segurança e a renúncia ao direito material e a determinar a conversão de depósitos judiciais em renda da União.

Deixou de abordar os argumentos de Coats Corrente Ltda., no sentido de que somente desistiu e renunciou para aderir a programa fiscal, mediante o aproveitamento de valores depositados, e que é dispensável ou impossível o pedido administrativo de parcelamento, se ele envolve apenas débitos em discussão judicial.

Na verdade, trata-se de pontos que não se conformam exclusivamente à argumentação da parte, mas dizem respeito ao núcleo da controvérsia. A União nega o parcelamento por ausência de pedido administrativo, definindo o ponto efetivamente controvertido.

Não poderia o Juízo de Origem determinar simplesmente a conversão dos depósitos em renda, deixando de abordar cada posição e de fundamentar a escolha de uma. O contexto da desistência e da renúncia e o parcelamento de débitos em discussão judicial, com a intenção de uso de montante depositado, eram pontos essenciais e demandavam análise expressa, como garantia de fundamentação específica para a controvérsia.

A decisão, assim, se ressentia de fundamentação, prejudicando a ampla defesa, o contraditório e o duplo grau de jurisdição (artigo 93, IX, da CF e artigo 489, § 1º, IV, do CPC).

Existem, portanto, elementos da probabilidade do direito, que condicionam a concessão de tutela de urgência em agravo de instrumento (artigos 300, *caput*, 932, II, e 1.019, I, do CPC).

O perigo da demora decorre da conversão em renda dos depósitos judiciais, em prejuízo da efetividade da jurisdição e dos interesses da parte.

Ante o exposto, nos termos dos artigos 300, *caput*, 932, II, e 1.019, I, do CPC, defiro o pedido de antecipação de tutela recursal, para suspender a conversão em renda.

Comunique-se com urgência.

Intimem-se.

Oportunamente, inclua-se o agravo em pauta de julgamento.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5010387-78.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: SONIA CLAUDETE DE LIMA MARTINS
Advogado do(a) APELADO: KATIA BONACCI BESERRA DA SILVA - SP285704-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5010387-78.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: SONIA CLAUDETE DE LIMA MARTINS
Advogado do(a) APELADO: KATIA BONACCI BESERRA DA SILVA - SP285704-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial e apelação interpostas em face da r. sentença que concedeu a segurança nos autos do mandado de segurança impetrado por **SONIA CLAUDETE DE LIMA MARTINS** contra omissão imputada ao **CHEFE DA AGÊNCIA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL DIGITAL – LESTE**, objetivando seja dado andamento e conclusão ao requerimento administrativo que formulou em 27.02.2019 (protocolo n. 1775096501). A impetrante defendeu haver demora injustificada na análise do pleito.

O exame do pedido liminar foi postergado, e a autoridade impetrada prestou informações, assinalando a dificuldade que se tem enfrentado para suprir a demanda de requerimentos ao INSS.

A liminar foi deferida.

O MM. Juiz *quo* **julgou procedente o pedido e concedo a segurança pleiteada** para, confirmando a liminar, determinar à autoridade impetrada que conclua a instrução processual e decida o requerimento administrativo objeto do protocolo n. 1775096501, no prazo de 60 (sessenta) dias contínuos, computados na forma do artigo 66 da Lei n. 9.784/99; excluem-se dessa contagem eventuais prazos conferidos à segurada para o cumprimento de exigências que se fizerem necessárias. Os honorários advocatícios não são devidos, por força do artigo 25 da Lei n. 12.016/09 e das Súmulas n. 512 do Supremo Tribunal Federal e n. 105 do Superior Tribunal de Justiça. Custas *ex vi legis*. Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição, cf. artigo 14, § 1º, da Lei n. 12.016/09.

Em razões recursais, sustenta em síntese o INSS a reforma do *decisum*, com a denegação da segurança. Subsidiariamente, requer o INSS que seja adotado como parâmetro temporal o prazo de 90 dias definido pelo Supremo Tribunal Federal na modulação dos efeitos no julgamento do Recurso Extraordinário n. 631.240/MG, o qual seria mais razoável frente aos demais prazos decorridos em linhas pretéritas.

Com contrarrazões, vieram os autos.

O ilustre Representante do Ministério Público Federal opina pela manutenção da r. sentença (Id num. 128818870).

É o Relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5010387-78.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: SONIA CLAUDETE DE LIMA MARTINS
Advogado do(a) APELADO: KATIA BONACCI BESERRA DA SILVA - SP285704-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Mandado de Segurança é uma ação constitucional prevista no artigo 5º, inciso LXIX da Constituição Federal e na norma prevista na Lei 12.016 de 2009, e tem por objeto a proteção de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

É o que se depreende da leitura do inciso LXIX, do artigo 5º da Constituição Federal: "*conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparável por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público*".

A r. sentença concedeu a ordem e deve assim ser mantida.

A Lei 9.784/99 preceitua em seus artigos 48 e 49 que a Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência, bem como tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada, quando concluída a instrução dos procedimentos administrativos.

Em relação à conclusão do processo administrativo, o artigo 174 do Decreto n.º 3048/99 concede um prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, contados da entrega dos documentos necessários, para que a Autarquia efetue o primeiro pagamento do benefício, senão veja-se:

"Art. 174. O primeiro pagamento do benefício será efetuado até quarenta e cinco dias após a data da apresentação, pelo segurado, da documentação necessária à sua concessão." (Redação dada pelo Decreto nº 6.722, de 2008).

Parágrafo único. O prazo fixado no caput fica prejudicado nos casos de justificação administrativa ou outras providências a cargo do segurado, que demandem a sua dilatação, iniciando-se essa contagem a partir da data da conclusão das mesmas.

Nesse prazo, o INSS deverá proceder à análise, apreciação e conclusão do procedimento administrativo de concessão de benefício, deferindo-o ou não ao segurado, excetuados os casos em que haja fundamentada decisão administrativa ou providências a serem tomadas a cargo do solicitante.

Não favorece a autoridade impetrada e o INSS o argumento de que, por questões procedimentais e administrativas, não pode se desincumbir dos deveres plasmados na lei de regência.

O ato apontado como coator, portanto, viola o princípio constitucional da eficiência administrativa, insculpido no artigo 37 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19/98, e da razoabilidade, de modo que deve ser mantida a fundamentação da sentença, em face da violação a direito líquido e certo da parte impetrante.

Ademais, a Emenda Constitucional 45, de 2004, erigiu à categoria de direito fundamental a razoável duração do processo, acrescentando ao artigo 5º, o inciso LXXVIII, *verbis*: "*A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.*"

Nesse sentido deve haver prazo razoável na administração pública:

“MANDADO DE SEGURANÇA. PREVIDENCIÁRIO. DETERMINAÇÃO DE ANÁLISE DE PEDIDO ADMINISTRATIVO. POSTERIOR CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. PERDA DE OBJETO. INOCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E DA EFICIÊNCIA. SEGURANÇA CONCEDIDA. - A análise do pedido de concessão do benefício pleiteado administrativamente pela impetrante ocorreu em virtude da concessão da medida liminar neste mandado de segurança. - Dessa forma, não houve perda superveniente de interesse de agir por perda de objeto, mas apenas eficácia de medida liminar que, para manter sua eficácia, deve ser confirmada pela sentença ou, no caso, no julgamento deste reexame necessário. - No mérito, observo que a excessiva demora na conclusão da diligência, sem motivo excepcional que a justificasse, colide com o princípio da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CF), da eficiência (art. 37, caput, CF), além dos prazos previstos pela Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo. - Dessa forma, corretas a concessão da segurança liminarmente e sua confirmação pela sentença. - Reexame necessário a que se nega provimento.” (TRF3 – T8 - REOMS 318381 – 0001143-02.2008.4.03.6183 – Rel. Des. Fed. LUIZ STEFANINI – j. 24/04/2017 - e-DJF3 Judicial 1 de 09/05/2017)

“PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DURAÇÃO RAZOÁVEL PARA ANÁLISE E CONCLUSÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. SEGURANÇA CONCEDIDA. REMESSA OFICIAL IMPROVIDA. - O mandado de segurança é remédio constitucional destinado à proteção de direito líquido e certo, o qual, em razão da especificidade da via, deve mostrar-se cristalino em sede de cognição exauriente. - Os atos da Administração Pública devem ser guiados pelo princípio da eficiência. Assim, a demora na apreciação dos requerimentos administrativos, ao exceder o limite da razoabilidade, afronta aquele princípio e acarreta prejuízos. - A Administração Pública, mormente em setores de sensível influência social, como é o caso do Instituto Nacional do Seguro Social, não pode delongar em demasia a análise das questões postas à sua apreciação. O direito à razoável duração do processo, judicial ou administrativo, foi erigido a garantia fundamental, e está previsto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal: ‘a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação’. - Remessa oficial improvida.” (TRF3 – T9 - REOMS 362826 – 0001774- 82.2015.4.03.6123 – Rel. Juiz Conv. RODRIGO ZACHARIAS – j. 12/09/2016 - e-DJF3 Judicial 1 de 26/09/2016)

No que toca às alegações concernentes ao parâmetro temporal (90 dias) definido pelo STF na modulação dos efeitos do julgamento do RE n.º 631.240/MG, observo que não merecem acolhida, visto que não se encontra demonstrado, nas razões do apelo, em que se baseia o pleito de sua aplicação.

Desta forma, a manutenção da r. decisão, a qual reporto-me, merece ser mantida.

Diante do exposto, nego provimento à Apelação e à Remessa Oficial.

É o voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. MOROSIDADE ADMINISTRATIVA. NÃO PROVIMENTO DA REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO.

1. O ato apontado como coator viola o princípio constitucional da eficiência administrativa, insculpido no artigo 37 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19/98, e da razoabilidade, de modo que deve ser mantida a fundamentação da sentença, em face da violação a direito líquido e certo do impetrante.

2. Não favorece a autoridade impetrada e o INSS o argumento de que, por questões procedimentais e administrativas, não pode se desincumbir dos deveres plasmados na lei de regência.

3. Ademais, a Emenda Constitucional 45, de 2004, erigiu à categoria de direito fundamental a razoável duração do processo, acrescendo ao artigo 5º, o inciso LXXVIII, *verbis*: "A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação."

4. No que toca às alegações concernentes ao parâmetro temporal (90 dias) definido pelo STF na modulação dos efeitos do julgamento do RE n.º 631.240/MG, observo que não merecem acolhida, visto que não se encontra demonstrado, nas razões do apelo, em que se baseia o pleito de sua aplicação.

5. Apelação e Remessa Oficial não providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à Apelação e à Remessa Oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5005657-56.2018.4.03.9999
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: RAFAELA CALCADOS LTDA - ME
Advogado do(a) APELADO: ROBERT WILSON PADERES BARBOSA - MS9728-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5005657-56.2018.4.03.9999
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: RAFAELA CALCADOS LTDA - ME
Advogado do(a) APELADO: ROBERT WILSON PADERES BARBOSA - MS9728-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto pela **União**, em face da sentença proferida nos autos da execução fiscal, ajuizada contra **Rafaela Calçados LTDA. - ME**.

A MM. Juíza de Direito extinguiu a execução fiscal, ao fundamento de que ocorreu a prescrição intercorrente do crédito tributário.

Irresignada, a União apela aduzindo, em síntese, que:

- a) não ocorreu a prescrição intercorrente do crédito tributário;
- b) não requereu a suspensão do feito, nos termos do art. 40 da Lei n.º 6.830/80, mas em razão de parcelamento do crédito exequendo;
- c) no caso dos autos, o devedor foi localizado, bem como foram localizados bens de sua propriedade. Assim, não é o caso de aplicação do art. 40 da Lei n.º 6.830/80.

Sem contrarrazões, vieram os autos a este e. Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5005657-56.2018.4.03.9999
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: RAFAELA CALCADOS LTDA - ME
Advogado do(a) APELADO: ROBERT WILSON PADERES BARBOSA - MS9728-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Trata-se de execução fiscal ajuizada em 22/07/2004 (ID de n.º 7433403, pág. 02).

A executada foi devidamente citada em 24/09/2004 (ID de n.º 7433403, pág. 26).

Através de petição protocolada no dia 22/06/2005 (ID de n.º 7433403, pág. 45), a exequente requereu a suspensão do feito por 06 (seis) meses, para tratativas de parcelamento do débito exequendo.

O pedido foi deferido (ID de n.º 7433403, pág. 45), sendo determinada a remessa dos autos para o arquivo até nova manifestação.

O processo foi remetido para o arquivo em 25/08/2005 (ID de n.º 7433403, pág. 45).

No dia 06/07/2017, quase doze anos depois, a União requereu a penhora de bens da executada, via Bacenjud (ID de n.º 7433403, pág. 56).

O pedido foi indeferido (ID de n.º 7433403, pág. 73), sendo determinado que a exequente se manifestasse sobre a eventual ocorrência de prescrição intercorrente.

A União se manifestou (ID de n.º 7433403, pág. 75) informando que não há como se decretar a prescrição intercorrente, pois não houve a suspensão do processo, como determina o art. 40 da Lei n.º 6.830/80.

Após, foi proferida a sentença reconhecendo a ocorrência da prescrição (ID de n.º 7433403, pág. 89-92).

In casu, restou evidenciada a ocorrência da prescrição, pois os autos permaneceram sem qualquer movimentação por um período superior a 5 (cinco) anos.

Desse modo, ante a paralisação do feito, aliada à inércia do exequente, por período superior a cinco anos após o arquivamento dos autos do executivo fiscal restou evidenciada a ocorrência da prescrição intercorrente.

Nesse sentido, é o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ. Veja-se:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. SUSPENSÃO. LEI Nº 6.830/80. PARALISAÇÃO POR MAIS DE CINCO ANOS. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. ART. 174 DO CTN. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. CRÉDITO DA SEGURIDADE SOCIAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL.

1. O exame da matéria, pela instância de origem, sob ótica constitucional obsta o conhecimento do recurso especial.

2. Não se conhece do apelo raro nos casos em que não são observadas as formalidades exigidas pelos artigos 541, parágrafo único, do CPC e 255 do RI stj.

3. *Tratando-se de execução fiscal, a partir da Lei nº 11.051/04, que acrescentou o § 4º ao artigo 40 da Lei nº 6.830/80, pode o juiz decretar de ofício a prescrição, após ouvida a Fazenda Pública exequente.*

4. *Se a execução fiscal, ante a inércia do credor, permanece paralisada por mais de cinco anos, a partir do despacho que ordena a suspensão do feito, deve ser decretada a prescrição intercorrente suscitada pelo devedor.*

5. *O preceito do artigo 40 da Lei nº 6.830/80 não torna imprescritível a dívida fiscal, já que não resiste ao confronto com o artigo 174 do CTN.*

6. *Recurso especial conhecido em parte e não provido."*

(STJ, 2ª Turma, Resp n.º 925624, Rel. Min. Castro Meira, data da decisão: 11/09/2007, DJ de 25/09/2007, pag. 225)

Por outro lado, é pacífica a jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não há a necessidade de intimação do credor da suspensão da execução por ele mesmo solicitada, bem como do arquivamento da execução. Vejam-se:

"PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. ARQUIVAMENTO DO PROCESSO APÓS DECURSO DE UM ANO DA SUSPENSÃO REQUERIDA PELA PRÓPRIA FAZENDA. INTIMAÇÃO PESSOAL. DESNECESSIDADE. 1. Tratando-se de Execução Fiscal, a partir da Lei 11.051, de 29.12.2004, que acrescentou o § 4º ao art. 40 da Lei 6.830/1980, pode o juiz decretar de ofício a prescrição. 2. Prescindível a intimação do credor da suspensão da execução por ele mesmo solicitada, bem como o arquivamento do feito executivo, decorrência automática do transcurso do prazo de suspensão e termo inicial da prescrição. 3. Agravo Regimental não provido." (STJ, Segunda Turma, AGA 1301145, rel. Min. Herman Benjamin, Dec. 14/09/2010, DJE de 27/09/2010).

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. PARALISAÇÃO DO FEITO POR MAIS DE CINCO ANOS. INÉRCIA DA EXEQUENTE. SUSPENSÃO. INTIMAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA SOBRE O ARQUIVAMENTO DO FEITO. DESNECESSIDADE. DESPACHO QUE ORDENA A CITAÇÃO. INTERRUÇÃO. INAPLICABILIDADE, IN CASU. 1. Configura-se a prescrição intercorrente quando, proposta a execução fiscal e decorrido o prazo de suspensão, o feito permanecer paralisado por mais de cinco anos por culpa da exequente. 2. "Prescindível a intimação do credor da suspensão da execução por ele mesmo solicitada, bem como do arquivamento do feito executivo, decorrência automática do transcurso do prazo de um ano de suspensão e termo inicial da prescrição" (REsp 983155/SC, DJe 01/09/2008). 3. A regra contida no art. 174 do CTN (com a redação dada pela LC 118, de 9 de fevereiro de 2005), a qual incluiu como marco interruptivo da prescrição o despacho que ordenar a citação, pode ser aplicada imediatamente às execuções em curso. Todavia, o despacho que ordenar a citação deve ser posterior à sua entrada em vigor; sob pena de retroação da novel legislação. 4. Agravo regimental não-provido." (STJ, Segunda Turma, AGA 1192775, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Dec. 03/08/2010, DJE de 24/08/2010).

"PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. ARQUIVAMENTO DO PROCESSO APÓS DECURSO DE UM ANO DA SUSPENSÃO. INTIMAÇÃO PESSOAL. DESNECESSIDADE. 1. Não houve omissão quanto ao art. 40, §1º, da Lei n. 6.830/80. É que a Corte de origem, ao analisar os embargos de declaração (fl. 94/97), manifestou-se acerca de tal ponto, inexistindo, dessa forma, violação ao art. 535 do CPC. 2. É desnecessária a intimação da Fazenda Pública da suspensão da execução, bem como do ato de arquivamento, o qual decorre do transcurso do prazo de um ano de suspensão e é automático, conforme dispõe a Súmula 314 desta Corte: "Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente". Nessa linha, é prescindível, também, a intimação da Fazenda Pública da suspensão por ela mesma requerida. 3. Sendo desnecessária a intimação da Fazenda Pública do ato de arquivamento da Execução, que se opera automaticamente pelo decurso do prazo legal, resta prejudicada a análise do ponto suscitado pela recorrente no sentido de que não houve inércia da Fazenda Pública, uma vez que não ocorreu sua intimação pessoal acerca do arquivamento da execução. 4. Agravo regimental não provido." (STJ, Segunda Turma, AGARESP 57.849, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Dec. 22/11/2011, DJE de 01/12/2011).

Assim, não se exige intimação pessoal da Fazenda Pública para o acolhimento do próprio pedido de suspensão da execução fiscal, correndo de forma automática o prazo, com a observância da Súmula 314/STJ.

De outra face, embora a adesão ao parcelamento tenha o condão de interromper a prescrição, verifico que houve a rescisão do último parcelamento concedido a executada no dia 06/10/2010 (cópia do extrato no ID de n.º 7433403, pág. 102), sendo que no momento em que a União requereu a penhora de bens da executada, via Bacenjud (No dia 06/07/2017, ID de n.º 7433403, pág. 56), já havia ultrapassado o prazo prescricional quinquenal.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação.

É como voto.

EMENTA

EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. OCORRÊNCIA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. Trata-se de execução fiscal ajuizada em 22/07/2004 (ID de n.º 7433403, pág. 02). A executada foi devidamente citada em 24/09/2004 (ID de n.º 7433403, pág. 26). Através de petição protocolada no dia 22/06/2005 (ID de n.º 7433403, pág. 45), a exequente requereu a suspensão do feito por 06 (seis) meses, para tratativas de parcelamento do débito exequendo. O pedido foi deferido (ID de n.º 7433403, pág. 45), sendo determinada a remessa dos autos para o arquivo até nova manifestação. O processo foi remetido para o arquivo em 25/08/2005 (ID de n.º 7433403, pág. 45). No dia 06/07/2017, quase doze anos depois, a União requereu a penhora de bens da executada, via Bacenjud (ID de n.º 7433403, pág. 56). O pedido foi indeferido (ID de n.º 7433403, pág. 73), sendo determinado que a exequente se manifestasse sobre a eventual ocorrência de prescrição intercorrente. A União se manifestou (ID de n.º 7433403, pág. 75) informando que não há como se decretar a prescrição intercorrente, pois não houve a suspensão do processo, como determina o art. 40 da Lei n.º 6.830/80. Após, foi proferida a sentença reconhecendo a ocorrência da prescrição (ID de n.º 7433403, pág. 89-92).

2. *In casu*, restou evidenciada a ocorrência da prescrição, pois os autos permaneceram sem qualquer movimentação por um período superior a 5 (cinco) anos.

3. De outra face, embora a adesão ao parcelamento tenha o condão de interromper a prescrição, verifico que houve a rescisão do último parcelamento concedido a executada no dia 06/10/2010 (cópia do extrato no ID de n.º 7433403, pág. 102), sendo que no momento em que a União requereu a penhora de bens da executada, via Bacenjud (No dia 06/07/2017, ID de n.º 7433403, pág. 56), já havia ultrapassado o prazo prescricional quinquenal.

4. É pacífica a jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não há a necessidade de intimação do credor da suspensão da execução por ele mesmo solicitada, correndo de forma automática o prazo, com a observância da Súmula 314/STJ, pelo que infundada a pretensão recursal à luz da jurisprudência firme e consolidada. Precedentes do STJ.

5. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5005738-47.2019.4.03.6126

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: ANDRE LUIZ ROSATI

Advogados do(a) APELANTE: ADRIANE BRAMANTE DE CASTRO LADENTHIN - SP125436-A, DANILO PEREZ GARCIA - SP195512-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

ID 129651254: Homologo o pedido de desistência do recurso formulado pelo apelante André Luiz Rosati, na forma do artigo 998 do CPC.

Intinem-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5029288-19.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
AGRAVANTE: PRO-SAUDE PLANOS DE SAUDE LTDA- EM LIQUIDACAO EXTRAJUDICIAL
Advogado do(a) AGRAVANTE: JOSE EDUARDO VICTORIA - SP103160-A
AGRAVADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5029288-19.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
AGRAVANTE: PRO-SAUDE PLANOS DE SAUDE LTDA- EM LIQUIDACAO EXTRAJUDICIAL
Advogado do(a) AGRAVANTE: JOSE EDUARDO VICTORIA - SP103160-A
AGRAVADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por **PRÓ-SAÚDE PLANOS DE SAÚDE LTDA - EM LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL**, inconformada com a decisão proferida nos autos de embargos à execução fiscal nº 5020763-29.2019.4.03.6182, em trâmite perante o Juízo da 10ª Vara Federal Especializada em Execuções Fiscais da Subseção Judiciária de São Paulo/SP, em que foi indeferido o benefício da gratuidade judicial, por entender o MM. Magistrado de primeira instância que a impossibilidade de arcar com os ônus decorrentes da demanda não fora devidamente demonstrada.

Alega a agravante, em síntese, que os documentos carreados aos autos demonstram que são irrefutáveis as dificuldades financeiras suportadas pela empresa, a qual se encontra em procedimento de liquidação extrajudicial desde 2011 e com sua falência decretada, motivo este que seria suficiente para a concessão do benefício pretendido.

Intimada, a parte agravada ficou-se inerte, e não apresentou suas contrarrazões ao recurso.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5029288-19.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: PRO-SAUDE PLANOS DE SAUDE LTDA- EM LIQUIDACAO EXTRAJUDICIAL

Advogado do(a) AGRAVANTE: JOSE EDUARDO VICTORIA - SP103160-A

AGRAVADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

A controvérsia está relacionada com a possibilidade de concessão do benefício da justiça gratuita com a pessoa jurídica em recuperação judicial.

De início, observo que, segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em se tratando de recurso interposto contra decisão que indefere o benefício da assistência judiciária gratuita, é desnecessário o recolhimento inicial do preparo e do porte de remessa e retorno, sob pena de inviabilizar a própria garantia fundamental de acesso à Justiça.

Logo, o agravo de instrumento deve ser conhecido, independentemente do recolhimento das respectivas custas processuais.

Nesse sentido:

“AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA COMO MÉRITO DO RECURSO. AUSÊNCIA DE PREPARO. DESERÇÃO. AFASTAMENTO. PEDIDO FORMULADO NA PRÓPRIA PETIÇÃO RECURSAL. POSSIBILIDADE. AGRAVO PROVIDO.

1. É desnecessário o preparo do recurso cujo mérito discute o próprio direito ao benefício da assistência judiciária gratuita. Não há lógica em se exigir que o recorrente primeiro recolha o que afirma não poder pagar para só depois a Corte decidir se faz jus ou não ao benefício.

2. É viável a formulação, no curso do processo, de pedido de assistência judiciária gratuita na própria petição recursal, dispensando-se a exigência de petição avulsa, quando não houver prejuízo ao trâmite normal do feito.

3. Agravo interno provido.”

(AgRg nos EREsp 1222355/MG, Relator Ministro RAUL ARAÚJO, STJ - CORTE ESPECIAL, DJE DATA:25/11/2015) (grifei)

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA INDEFERIDO NA ORIGEM. DESNECESSIDADE DE PAGAMENTO PRÉVIO DAS CUSTAS RECURSAIS. DESERÇÃO AFASTADA. PRECEDENTES DESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

1. Não se aplica a pena de deserção a recurso interposto contra julgado que indeferiu o pedido de justiça gratuita.

2. Se a controvérsia posta sob análise desta Corte Superior diz respeito justamente à alegação do recorrente de que ele não dispõe de condições econômico-financeiras para arcar com os custos da demanda, não faz sentido considerar deserto o recurso, uma vez que ainda está sob análise o pedido de assistência judiciária e, caso seja deferido, neste momento, o efeito da decisão retroagirá até o período da interposição do recurso e suprirá a ausência do recolhimento e, caso seja indeferido, deve ser oportunizado ao recorrente a regularização do preparo.

3. Agravo Regimental provido para que seja afastada a deserção do Recurso Especial, com a consequente análise do Agravo interposto contra a decisão que não o admitiu.”

(AgRg no AREsp 600215/RS, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:18/06/2015) (grifei)

No que tange ao mérito do recurso, tem-se que o artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal estabelece que "o Estado prestará assistência judiciária integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos".

No plano infraconstitucional, o artigo 99, § 3º, do Código de Processo Civil de 2015 dispõe que se presume verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.

Nesse contexto, a concessão do benefício da justiça gratuita para pessoa jurídica condiciona-se à demonstração da impossibilidade de custeio das despesas processuais, nos termos da Súmula 481 do STJ. Nesse sentido:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA. POSSIBILIDADE. SÚMULA 481/STJ. INDEFERIMENTO DO PEDIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. PEDIDO NO CURSO DO PROCESSO. AUSÊNCIA DE PETIÇÃO AVULSA PARA REQUISIÇÃO DA BENESSE. RECURSO DESERTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A concessão do benefício da justiça gratuita é admissível à pessoa jurídica, independentemente de ser ou não com fins lucrativos, desde que comprovada a impossibilidade de arcar com as despesas processuais (Súmula 481/STJ).

2. No caso dos autos, o Tribunal de origem concluiu pela inexistência dos requisitos necessários à concessão do benefício da justiça gratuita. Alterar tal entendimento, referente à capacidade econômica da empresa, demandaria o reexame do conjunto fático-probatório produzido nos autos, o que é inviável em sede de Recurso Especial, a teor do óbice previsto pela Súmula 7/STJ.

3. Enquanto a ação estiver em curso, o pedido de deferimento da justiça gratuita deve ser feito por petição avulsa, a ser apreciada em apenso ao processo principal e não no próprio corpo do recurso especial, o que ocorreu no presente caso.

4. A ausência de comprovação de recolhimento do preparo no ato da interposição do Recurso Especial implica sua deserção. Incidência da Súmula 187 desta Corte.

5. Agravo Regimental desprovido.”

(AgRg no AREsp 793723/SP, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, STJ - Primeira Turma, DJE DATA:28/06/2016) (grifei)

No presente caso, a pessoa jurídica diz fazer jus ao benefício por se encontrar em situação econômica precária, conforme comprova a documentação contábil juntada aos embargos à execução de origem do presente recurso.

E, de fato, a agravante trouxe prova de dificuldade financeira que justifica a concessão da gratuidade da justiça. O balanço contábil apresentado (ID 21711844 dos embargos à execução fiscal) demonstra a alegada precariedade econômica, que justifica a concessão do benefício de isenção das custas, tendo em vista que comprova que a pessoa jurídica possui passivo circulante em montante muito superior ao ativo circulante, e passivo a descoberto em valor substancial, havendo, portanto, indisponibilidade financeira para pagamento das custas judiciais.

Sobre o tema, cito precedentes desta Corte Recursal:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO CIVIL. JUSTIÇA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA. COMPROVAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS. AGRAVO PROVIDO.

1. A pessoa jurídica de fins lucrativos, para ter acesso à assistência judiciária gratuita ou ao parcelamento e/ou a redução proporcional das custas processuais, deve provar a insuficiência de recursos. Diferentemente do regime aplicável às pessoas naturais, simples alegação de incapacidade de custeio não basta (artigo 99, §3º, do Novo CPC e Súmula nº 481 do STJ).

2. No presente caso, a agravante trouxe prova de dificuldade financeira que justifica a concessão da gratuidade da justiça.

3. De fato, a ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar, em reunião ordinária de 23 de março de 2016, e considerando as anormalidades econômico-financeiras e administrativas graves que colocam em risco a continuidade do atendimento à saúde, determinou que a agravante promovesse a alienação da sua carteira de beneficiários no prazo máximo de 30 (trinta) dias, bem como suspendeu a comercialização de planos ou produtos da operadora. Ademais, em reunião ordinária de 01 de dezembro de 2017, a ANS encerrou o regime de direção fiscal e determinou o posterior cancelamento do registro da operadora. **Por fim, o último Balanço Patrimonial juntado aos autos de outubro de 2018, demonstra a atual situação financeira da empresa, que acumulou prejuízo no montante de R\$ 302.543,09 (trezentos e dois mil, quinhentos e quarenta e três reais e nove centavos).**

4. Desta forma, conclui-se que a empresa comprovou a incapacidade de custear a atividade jurisdicional a ser prestada no feito subjacente.

5. Agravo provido.”

(AI 5028713-45.2018.4.03.0000, Relator Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, 3ª Turma, Data do Julgamento: 10/07/2019) (grifei)

“PROCESSO CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO ORDINÁRIA - JUSTIÇA GRATUITA - ENTIDADE FILANTRÓPICA ATUANTE NA ÁREA DA SAÚDE - INCAPACIDADE ECONÔMICA.

1- A pessoa jurídica sem fins lucrativos com finalidade beneficente não precisa provar a hipossuficiência econômica para gozar da gratuidade judicial. Cumpre à parte contrária provar, fundamentadamente, a capacidade econômica da requerente.

2- A documentação relativa aos exercícios mais recentes prova alteração da situação econômica. Conclui-se pela atual incapacidade econômica da entidade beneficente. É cabível o deferimento do benefício da Justiça Gratuita.

3- Agravo interno provido.”

(AI 5019159-23.2017.4.03.0000, Relator Juiz Federal Convocado JOSE EDUARDO DE ALMEIDA LEONEL FERREIRA, 6ª Turma, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 07/12/2018) (grifei)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO.. INDEFERIMENTO DA JUSTIÇA GRATUITA. IMPOSSIBILIDADE FINANCEIRA DE ARCAR COM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E CUSTAS PROCESSUAIS.

1. A jurisprudência tem adotado entendimento no sentido de que os benefícios da assistência judiciária gratuita podem ser concedidos às pessoas jurídicas sem fins lucrativos e, excepcionalmente, às pessoas jurídicas com fins lucrativos, desde que demonstrem que o desembolso das despesas judiciais pode comprometer a continuidade da atividade da empresa.

2. A agravante comprovou a condição de hipossuficiência de recursos da pessoa jurídica.

3. No presente caso, observo que a agravante trouxe aos autos cópia do “Balancete” de 24/07/2017, no qual demonstra ter resultado mensal devedor no valor de R\$ 367.034,16 e resultado de devedor do exercício no valor de R\$ 1.768.677,96 (ID Num. 1356686 - Pág. 5), bem como do “Balancete” em 1/9/2017” (ID Num. 1356689 - Pág. 5), na mesma situação.

4. Embargos de declaração prejudicados. Agravo de Instrumento PROVIDO.”

(AI 5019434-69.2017.4.03.0000, Relatora Desembargadora Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, 6ª Turma, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 04/04/2019) (grifei)

Desse modo, demonstrada a momentânea situação de insuficiência de recursos para arcar com os encargos do processo, deve ser acolhida a pretensão recursal.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** ao agravo de instrumento, nos termos supra.

É como voto.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. JUSTIÇA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA. LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL E FALÊNCIA. HIPOSSUFICIÊNCIA DEMONSTRADA. RECURSO PROVIDO.

1. A concessão do benefício da justiça gratuita para pessoa jurídica condiciona-se à demonstração da impossibilidade de custeio das despesas processuais, nos termos da Súmula 481 do STJ. Precedentes.

2. No presente caso, o balanço contábil apresentado demonstra a alegada precariedade econômica, que justifica a concessão do benefício de isenção das custas, tendo em vista que comprova que a pessoa jurídica possui passivo circulante em montante muito superior ao ativo circulante, e passivo a descoberto em valor substancial, havendo, portanto, indisponibilidade financeira para pagamento das custas judiciais.

3. Agravo de instrumento provido

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, DEU PROVIMENTO ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5001542-45.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: PHILIPS DO BRASIL LTDA, PHILIPS MEDICAL SYSTEMS LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: JULIO MARIA DE OLIVEIRA - SP120807-A, DANIEL LACASA MAYA - SP163223-A, PAULO ROGERIO GARCIA RIBEIRO - SP220753-A, RENATO SILVEIRA - SP222047-A, MERCIA CRISTINA DE PAIVA BRAGA - RN17526

Advogados do(a) AGRAVANTE: JULIO MARIA DE OLIVEIRA - SP120807-A, DANIEL LACASA MAYA - SP163223-A, PAULO ROGERIO GARCIA RIBEIRO - SP220753-A, RENATO SILVEIRA - SP222047-A, MERCIA CRISTINA DE PAIVA BRAGA - RN17526

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela PHILIPS DO BRASIL LTDA em face da decisão proferida pelo Juízo Federal da 1ª Vara de Ponta Porã/SP.

Em consulta ao andamento processual no sítio eletrônico da Justiça Federal de 1ª Instância verifica-se que já foi proferida sentença pelo MM. Juiz *a quo*.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a superveniente prolação de sentença implica a perda de objeto do Agravo de Instrumento interposto contra decisão concessiva ou denegatória de decisão interlocutória sobre antecipação dos efeitos de tutela. (REsp 1.332.553/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 4/9/2012, DJe de 11/9/2012) (AGRESP 201001499976, RAULARAÚJO, STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA:15/08/2013)

Assim havendo decisão definitiva no processo principal, o presente recurso resta prejudicado, devido ao caráter exauriente da sentença no processo principal.

Neste sentido, a melhor jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SENTENÇA PROFERIDA NOS AUTOS DA AÇÃO ORIGINÁRIA. PERDA DE OBJETO. AGRAVO PREJUDICADO.

I - A prolação de sentença nos autos da ação de onde se originou o agravo de instrumento acarreta a perda de objeto deste recurso.

II - Agravo de instrumento prejudicado.

(TRF - 3ª Região, 2ª Turma, AG 2000.03.00.049815-2, Rel. Juíza Fed. Conv. Raquel Perrini, j. 16/09/2002, DJU 06/12/2002, p. 511)

AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AFRONTA AO ART. 535 DO DIPLOMA PROCESSUAL. INOCORRÊNCIA. AÇÃO ORDINÁRIA RELATIVA À GREVE DE SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS. EXAME PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. VIA PROCESSUAL INADEQUADA. AUSÊNCIA PREVISÃO NO ART. 105 DA CF/88. 1. O art. 105 da Constituição Federal não autoriza este Superior Tribunal a analisar ação ordinária relativa à greve dos servidores públicos federais, mas apenas e tão somente as relativas a dissídio coletivo, conforme restou decidido pela Suprema Corte nos autos do STA 207/RS. Precedente. 2. Resta prejudicado o recurso especial interposto contra acórdão que examinou agravo de instrumento de decisão que defere ou indefere liminar ou antecipação de tutela, quando se verifica a prolação de sentença de mérito, tanto de procedência, porquanto absorve os efeitos da medida antecipatória, por se tratar de decisão proferida em cognição exauriente; como de improcedência, pois há a revogação, expressa ou implícita, da decisão antecipatória. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ, AGRESP 200901403810, QUINTA TURMA, Relator(a) LAURITA VAZ, Decisão: 02/02/2012, Publicação: 13/02/2012)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA DE MÉRITO. EXTINÇÃO DA AÇÃO PRINCIPAL. PERDA DO OBJETO DO RECURSO ESPECIAL. 1. Conforme consignado na decisão agravada, a prolação de sentença de mérito, mediante cognição exauriente, enseja a superveniente perda de objeto do recurso interposto contra o acórdão que negou provimento ao agravo de instrumento. 2. Eventual provimento do recurso especial, referente à decisão interlocutória, não poderia infirmar o julgamento superveniente e definitivo que reapreciou a questão. 3. A decisão agravada não está em confronto com o julgado da Corte Especial (EREsp 765.105/TO (Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe 25.8.2010), uma vez que este não se amolda ao presente caso, em que, conforme se observa nos autos, houve decisão denegatória de antecipação de tutela. Agravo regimental improvido. (STJ, AGRESP 201100699334, SEGUNDA TURMA, Relator(a) HUMBERTO MARTINS, Decisão: 13/12/2011, Publicação: 19/12/2011)

Diante do exposto nego seguimento ao agravo de instrumento, eis que prejudicado, nos termos do artigo 932, inciso III, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intime-se.

Após as formalidades legais, certifique-se o trânsito em julgado, dando-se baixa na distribuição.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0018508-46.2016.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: VALMEC EQUIPAMENTOS HIDRAULICOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: MARCOS TANAKA DE AMORIM - SP252946-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0018508-46.2016.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: VALMEC EQUIPAMENTOS HIDRAULICOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: MARCOS TANAKA DE AMORIM - SP252946-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto pela **União**, em face da sentença que julgou procedente o pedido formulado, em ação declaratória cumulada com repetição do indébito, ajuizada por **Valmec Equipamentos Hidráulicos Ltda.**, tendente a obter declaração para que as contribuições ao PIS-Importação e à COFINS-Importação incidam sobre o valor aduaneiro, sem a inclusão do ICMS, do IPI e das próprias contribuições da base de cálculo.

A apelante alega que a sentença padece de nulidade, pois apreciou causa de pedir e pedidos diversos dos pleiteados na inicial.

Em contrarrazões a parte autora requer o acolhimento da apelação da União.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0018508-46.2016.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: VALMEC EQUIPAMENTOS HIDRAULICOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: MARCOS TANAKA DE AMORIM - SP252946-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Segundo o princípio da congruência ou adstrição, presente nos arts. 2º, 141, 322 e 492, do Código de Processo Civil, a sentença deve resolver a lide nos exatos limites do pedido, não podendo deixar de examinar o pedido autoral, sob pena de configuração de vício insanável.

Com efeito, o pedido é a condição e o limite da prestação jurisdicional, não podendo, a sentença, como resposta ao pedido ficar aquém das questões suscitadas pela parte.

In casu, a sentença de primeiro grau padece de vício, posto que proferiu julgamento *extra petita*.

De fato, a autora formulou os seguintes pedidos:

“a) que seja declarada a inexistência da relação jurídico-tributária, especialmente a declaração de inconstitucionalidade, "incidenter tantum", que pudesse obrigar a Autora 'a efetuar o recolhimento da COFINS-Importação e do PIS.-Importação acrescido do valor do ICMS, IPI incidentes no desembaraço aduaneiro e do valor das próprias contribuições, nos moldes exigidos pelo artigo 72 , I, da Lei n.2 10.865/04 antes da redação dada pela Lei n.º 12.865/2013 e Instrução Normativa SRF n.2 572/2005, por não se enquadrar nos preceitos dos artigos 149, § 22, III "a", da Constituição Federal;

b) como consequência do deferimento do pedido anterior, reconheça e defira a compensação dos recolhimentos efetuados indevidamente (DOC. 03) nos últimos 05 (cinco) com todos os tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, tudo na forma do artigo 74 da Lei nº 9.430/96, atualizados com base no artigo 39, § 42 da Lei n.º 9.250/95;” (f. 18)

Por seu turno, a sentença apreciou o pedido, nos seguintes termos:

“Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos que constam da exordial para reconhecer a inexigibilidade da inclusão do ICMS, IPI, das próprias contribuições e de quaisquer outros tributos federais, estaduais ou municipais nas bases de cálculo da COFINS e do PIS, e autorizar a compensação dos valores indevidamente recolhidos com as restrições do art. 26 da Lei 11.457/2007 (compensação somente com contribuições sociais destinadas ao INSS), observada a prescrição quinquenal. O crédito tributário sujeito a repetição deverá ser atualizado pelos mesmos índices de correção utilizados cobrança de tributos (atualmente somente a SELIC).” f. 49

Como se vê a sentença julgou tema totalmente diverso do pleiteado, tendo apreciado questão relativa à base de cálculo do PIS e da COFINS, ao invés de, em observância ao princípio da adstrição da sentença ao pedido, tratar da base de cálculo do PIS-IMPORTAÇÃO e da COFINS-IMPORTAÇÃO.

Destarte, o caso é de decretar a nulidade da sentença, já que proferiu julgamento estranho ao pedido.

Insta salientar, todavia, que o atual Código de Processo Civil preleciona que, ocorrendo a nulidade da sentença por incongruência aos limites do pedido ou da causa de pedir, o Tribunal poderá julgá-lo, desde que a causa se encontre madura para julgamento. Veja-se a disposição contida no artigo 1.013, § 3º, inciso II, daquele diploma legal:

"Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

[...]

§ 3º Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando:

[...]

II –decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir”

Isto decorre do princípio da celeridade, da economia processual e da teoria da causa madura, bem como encontra respaldo na Constituição da República (art. 5º, LXXVIII, com a redação dada pela EC 45/04), e de acordo com a nova sistemática processual (art. 1.013, § 3º, III, Novo CPC).

Assim, declarada a nulidade da sentença, e com fulcro no art. 1.013, § 3º, III, do Novo CPC/2015, procedo à análise do mérito, tendo em vista estarem presentes todos os elementos de prova, e o feito encontrar-se em condições de imediato julgamento, sendo desnecessária a produção de provas adicionais. Nesse sentido:

“MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO CONSTITUCIONAL. CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE. APELAÇÃO. SENTENÇA EXTRA PETITA. NULIDADE. IMEDIATO JULGAMENTO POR ESTA CORTE. ART. 1.013, § 3º, III, DO NOVO CPC. ARTIGO 12 DO DECRETO-LEI Nº 9.295/46. RESOLUÇÃO CFC Nº 1.373/2011. TÉCNICOS EM CONTABILIDADE. NEGATIVA DE REGISTRO. PERDA DE PRAZO LEGAL PARA REGISTRO. AFRONTA À GARANTIA CONSTITUCIONAL AO DIREITO ADQUIRIDO. REQUISITOS IMPLEMENTADOS ANTES DO ADVENTO DA LEI..

1. Inicialmente, acolho o pedido de nulidade da sentença realizado pelo apelante. Isso porque de acordo com a sistemática processual, o Juiz deve decidir a lide nos exatos limites fixados pela petição inicial (art. 141 do CPC), sendo-lhe vedado proferir sentença, a favor da parte autora, de natureza diversa da solicitada na preambular, condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi requerido, nos termos do artigo 492 do Código de Processo Civil.

2. In casu, o Juízo "a quo" apreciou a questão da necessidade de submissão pela impetrante ao exame de suficiência imposto pelo Conselho – e não a questão do direito adquirido - caracterizando, portanto, julgamento extra petita.

3. Assim, visto que a sentença não cumpriu com a devida prestação jurisdicional, ao omitir-se quanto ao pedido inicial formulado, a declaração de sua nulidade é medida que se impõe.

4. Por outro lado, a prolação de sentença nula não impede a apreciação do pedido por esta Corte, desde que o feito esteja em condições de imediato julgamento (teoria da causa madura), cujo conhecimento atende aos princípios da celeridade e da economia processual, bem como encontra respaldo na Constituição da República (art. 5º, LXXVIII, com a redação dada pela EC 45/04), e de acordo com a nova sistemática processual (art. 1.013, § 3º, III, Novo CPC).

5. Assim, declarada a nulidade da sentença, e com fulcro no art. 1.013, § 3º, III, do Novo CPC/2015, procedo à análise do mérito, tendo em vista estarem presentes todos os elementos de prova, e o feito encontrar-se em condições de imediato julgamento, sendo desnecessária a produção de provas adicionais.

6. O cerne da presente controvérsia gravita em torno da negativa do Conselho Regional de Contabilidade em registrar a impetrante, em seus quadros, como Técnico em Contabilidade, sob a alegação de que por força do §2º, art. 12, da Lei n. 12.249/2010, o prazo para o aludido registro haveria se expirado em 1º de junho de 2015.

7. O artigo 12 do Decreto-Lei n.º 9.245/1976, com as alterações promovidas pela Lei n.º 12.249/2010, passou a determinar que os profissionais somente poderiam exercer a profissão de Contador após a regular conclusão do curso de Bacharelado em Ciências Contábeis, reconhecido pelo Ministério da Educação, aprovação em exame de suficiência e registro no conselho Regional de contabilidade a que estiverem sujeitos.

8. O §2º do art. 12 do aludido Decreto garantiu aos profissionais de contabilidade - que solicitassem o registro até 1º de junho de 2015 - o livre exercício da profissão, sem a necessidade de aprovação em exame de suficiência.

9. Em que pese a ressalva temporal, a interpretação realizada pela autoridade não está em harmonia com a Constituição Federal. Isso porque, de acordo com o artigo 5º, inc. XXXVI, a Lei não poderá prejudicar o direito adquirido. Em igual sentido, dispõe o artigo 6º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

10. Assim, considerando que à época em que a impetrante se formou no curso de técnico em contabilidade (1991) não havia a exigência de realização de exame de suficiência, tampouco prazo para o requerimento do registro, esses novos requisitos não lhe são aplicados, sob pena de violar o seu direito adquirido ao registro.

11. A exigência de prévia aprovação em exame de suficiência, criada pela Lei n.º 12.249/2010, como requisito à obtenção do registro profissional, não pode retroagir de modo a atingir direito adquirido daqueles que implementaram os requisitos na época da conclusão do curso técnico ou superior em Contabilidade, nos termos da legislação então vigente.

12. Precedentes.

13. Na hipótese dos autos, a impetrante concluiu o curso de Técnico em Contabilidade em 1991, vale dizer, em data anterior à exigência inovada pela Lei 12.249/2010.

14. Assim, ainda que tenha requerido a sua inscrição em data posterior àquela imposta comedição da Lei n.º 12.249/2010, a impetrante deve ter garantido o seu direito ao registro, preservando o seu direito adquirido, porque concluiu o curso antes da alteração legislativa, quando, então, implementados os requisitos para inscrição.

15. Nulidade da sentença declarada, restando prejudicada a apelação do réu, e, com fulcro no art. 1.013, §3º, III, do CPC/2015..

16. Pedido inicial procedente para reconhecer o direito líquido e certo da impetrante ao registro de Técnico em Contabilidade, no referido Conselho.”

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5017292-28.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 24/09/2018, Intimação via sistema DATA: 26/09/2018)

Pois bem

A controvérsia posta nos autos gravita em torno da base de cálculo das contribuições ao PIS-Importação e à COFINS-Importação, pleiteando, a autora, que incidam sobre o valor aduaneiro, sem a inclusão do ICMS, do IPI e das próprias contribuições. Por fim, requer seja declarado seu direito à repetição do indébito, observada a prescrição quinquenal.

Por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n.º 559.937, o Supremo Tribunal Federal proclamou a inconstitucionalidade somente da expressão "acrescido do valor do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS incidente no desembaraço aduaneiro e do valor das próprias contribuições", constante do art. 7º, inciso I, da Lei n.º 10.865/2004.

A decisão restou assim ementada:

"Tributário. Recurso extraordinário. Repercussão geral. PIS/COFINS - importação. Lei nº 10.865/04. Vedação de bis in idem. Não ocorrência. Suporte direto da contribuição do importador (arts. 149, II, e 195, IV, da CF e art. 149, § 2º, III, da CF, acrescido pela EC 33/01). Alíquota específica ou ad valorem. Valor aduaneiro acrescido do valor do ICMS e das próprias contribuições. Inconstitucionalidade. Isonomia. Ausência de afronta.

1. Afastada a alegação de violação da vedação ao bis in idem, com invocação do art. 195, § 4º, da CF. Não há que se falar sobre invalidade da instituição originária e simultânea de contribuições idênticas com fundamento no inciso IV do art. 195, com alíquotas apartadas para fins exclusivos de destinação.

2. Contribuições cuja instituição foi previamente prevista e autorizada, de modo expresse, em um dos incisos do art. 195 da Constituição validamente instituídas por lei ordinária. Precedentes.

3. Inaplicável ao caso o art. 195, § 4º, da Constituição. Não há que se dizer que deveriam as contribuições em questão ser necessariamente não-cumulativas. O fato de não se admitir o crédito senão para as empresas sujeitas à apuração do PIS e da COFINS pelo regime não-cumulativo não chega a implicar ofensa à isonomia, de modo a fulminar todo o tributo. A sujeição ao regime do lucro presumido, que implica submissão ao regime cumulativo, é opcional, de modo que não se vislumbra, igualmente, violação do art. 150, II, da CF.

4. Ao dizer que a contribuição ao PIS/PASEP- Importação e a COFINS-Importação poderão ter alíquotas ad valorem e base de cálculo o valor aduaneiro, o constituinte derivado circunscreveu a tal base a respectiva competência.

5. A referência ao valor aduaneiro no art. 149, § 2º, III, a, da CF implicou utilização de expressão com sentido técnico inequívoco, porquanto já era utilizada pela legislação tributária para indicar a base de cálculo do Imposto sobre a Importação.

6. A Lei 10.865/04, ao instituir o PIS/PASEP-Importação e a COFINS-Importação, não alargou propriamente o conceito de valor aduaneiro, de modo que passasse a abranger, para fins de apuração de tais contribuições, outras grandezas nele não contidas. O que fez foi desconsiderar a imposição constitucional de que as contribuições sociais sobre a importação que tenham alíquota ad valorem sejam calculadas com base no valor aduaneiro, extrapolando a norma do art. 149, § 2º, III, a, da Constituição Federal.

7. Não há como equiparar, de modo absoluto, a tributação da importação com a tributação das operações internas. O PIS/PASEP-Importação e a COFINS-Importação incidem sobre operação na qual o contribuinte efetuou despesas com a aquisição do produto importado, enquanto a PIS e a COFINS internas incidem sobre o faturamento ou a receita, conforme o regime. São tributos distintos.

8. O gravame das operações de importação se dá não como concretização do princípio da isonomia, mas como medida de política tributária tendente a evitar que a entrada de produtos desonerados tenha efeitos predatórios relativamente às empresas sediadas no País, visando, assim, ao equilíbrio da balança comercial.

9. Inconstitucionalidade da seguinte parte do art. 7º, inciso I, da Lei 10.865/04: "acrescido do valor do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS incidente no desembaraço aduaneiro e do valor das próprias contribuições, por violação do art. 149, § 2º, III, a, da CF, acrescido pela EC 33/01.

10. Recurso extraordinário a que se nega provimento."

(RE 559937, Relatora: Min. ELLEN GRACIE, Relator p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2013, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-206 DIVULG 16-10-2013 PUBLIC 17-10-2013 EMENT VOL-02706-01 PP-00011)

O julgamento em questão está acobertado pelo manto da coisa julgada, sendo que o Tribunal Pleno dirimiu a controvérsia que cercava a matéria, em julgamento unânime, cujos fundamentos foram integralmente mantidos diante da rejeição dos embargos de declaração opostos ao acórdão, conforme acórdão que, por oportuno, colaciono:

"Embargos de declaração no recurso extraordinário. Tributário. Pedido de modulação de efeitos da decisão com que se declarou a inconstitucionalidade de parte do inciso I do art. 7º da Lei 10.865/04. Declaração de inconstitucionalidade. Ausência de excepcionalidade. 1. A modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade é medida extrema que somente se justifica se estiver indicado e comprovado gravíssimo risco irreversível à ordem social. As razões recursais não contém indicação concreta, nem específica, desse risco. 2. Modular os efeitos no caso dos autos importaria em negar ao contribuinte o próprio direito de repetir o indébito de valores que eventualmente tenham sido recolhidos. 3. A segurança jurídica está na proclamação do resultado dos julgamentos tal como formalizada, dando-se primazia à Constituição Federal. 4. Embargos de declaração não acolhidos."

(RE 559937 ED, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-200 DIVULG 13-10-2014 PUBLIC 14-10-2014)

No mesmo sentido, firmou-se também a jurisprudência desta Corte Regional. A título exemplificativo citem-se os seguintes precedentes:

"CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO - PIS-IMPORTAÇÃO E COFINS-IMPORTAÇÃO - ICMS - BASE DE CÁLCULO - INCONSTITUCIONALIDADE.

Conforme orientação do Supremo Tribunal Federal é inconstitucional o inciso I do artigo 7º da Lei nº 10.865/04."

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AMS 0003477-59.2011.4.03.6100, Rel. JUIZ CONVOCADO HERBERT DE BRUYN, julgado em 12/12/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:09/01/2014.)

"AGRAVO LEGAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. ICMS - IMPORTAÇÃO. BASE DE CÁLCULO. PIS/COFINS. INCLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO DO PLENÁRIO DO STF. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a inclusão da parcela do ICMS, bem como do PIS/PASEP e da COFINS, na base de cálculo dessas contribuições sociais, quando incidentes sobre a importação de bens e serviços, nos termos do art. 7º, inciso I, 2ª parte, da Lei nº 10.865/04, conforme se extrai do julgamento do RE nº 559.937. 2. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.

3. Agravo legal improvido".

(AI 00162226720134030000, DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/08/2013)

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS/COFINS NA IMPORTAÇÃO E DESEMBARAÇO ADUANEIRO. ICMS. INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 7º, INCISO I, 2ª PARTE, DA LEI 10.865/04. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Firmada e dominante a jurisprudência, inclusive desta Corte, no sentido da validade do PIS/COFINS no desembaraço aduaneiro de mercadoria, ainda que provinda de País integrante do Mercosul.

2. Conquanto prevalecente à época o entendimento contido na decisão agravada, quanto à forma de apuração da base de cálculo, verifica-se que, na atualidade, sobreveio decisão da Suprema Corte, em sentido contrário, declarando inconstitucional a inclusão do ICMS e do próprio PIS/COFINS na base de cálculo das mesmas contribuições incidentes na importação de bens e serviços (art. 7º, I, 2ª parte, Lei 10.865/2004).

3. No tocante aos contornos da compensação, certo é que a ação foi ajuizada na vigência da Lei nº 10.637/02, cujos requisitos legais devem ser observados para efeito de compensação do indébito fiscal, conforme as guias fiscais juntadas nos autos, em consonância com a jurisprudência consolidada, aplicando-se ao valor principal a taxa SELIC, observada a prescrição quinquenal.

4. Agravo inominado parcialmente provido."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0009903-77.2008.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 20/06/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/06/2013.)

Portanto, deve-se interpretar o art. 7º da Lei nº 10.865/2004 conforme a Constituição Federal, estabelecendo-se o conceito de "valor aduaneiro" como "aquele que serviria de base para o cálculo do imposto de importação", excluídos os valores do ICMS incidente sobre o desembaraço aduaneiro e das próprias contribuições.

Assim, é de se reconhecer o direito à exclusão do ICMS e das próprias contribuições da base de cálculo do PIS-IMPORTAÇÃO e da COFINS-IMPORTAÇÃO.

Ainda, em relação à inclusão do IPI na base de cálculo do PIS-Importação e da COFINS-Importação, a jurisprudência desta Corte Regional é assente em reconhecer sua exclusão, confira-se:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO: REPETIÇÃO VIA EXPEDIÇÃO DE PRECATÓRIO. POSSIBILIDADE. PIS/COFINS - IMPORTAÇÃO. BASE DE CÁLCULO. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI E IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO - II. EXCLUSÃO.

1. Relativamente à possibilidade da autora obter a restituição mediante repetição via expedição de precatório, referente à inclusão da base de cálculo do PIS-Importação e da COFINS-Importação de outros valores que não o referente ao valor aduaneiro, conforme decisão firmada pelo E. Supremo Tribunal Federal na RE 559.937/RS, merecem ser acolhidos os embargos por ela opostos, uma vez que, com efeito, o acórdão ora atacado silenciou acerca deste ponto o qual, gize-se, foi expressamente solicitado nas razões alinhadas já na inicial e reforçadas no apelo interposto pela citada autora.

2. Com efeito, a questão da exclusão da base de cálculo do PIS/COFINS-Importação dos valores alusivos ao Imposto Sobre Produtos Industrializados - IPI e Imposto de Importação - II não foi objeto de exame no acórdão embargado, a despeito de haver sido expressamente requerido na inicial e concedido pelo MM. Julgador Primeiro Grau.

3. O Supremo Tribunal Federal ao declarar a inconstitucionalidade de parte da norma do art. 7º, inciso I, da Lei nº 10.865/04 - RE 559.937/RS -, estabeleceu que a base de cálculo das contribuições do PIS - Importação e COFINS - Importação seria exclusivamente o valor aduaneiro, excluindo-se da composição da base econômica em tela outros tributos acaso cobrados, a exemplo de IPI e Imposto de Importação.

4. Conforme se depreende, nos termos do voto da Relatora Ministra ELLEN GRACIE, a qual foi secundada, no ponto, no voto-vista do Relator para o Acórdão, o Ministro DIAS TOFFOLI, o conceito de valor aduaneiro não cogita de qualquer outra parcela que não seja aquele fixado segundo as normas do art. 7º do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio - GATT.

5. Precedentes deste Tribunal e demais Cortes Regionais Federais.

6. Embargos de declaração da autora acolhidos para reconhecer a omissão apontada, no sentido de autorizá-la a promover a compensação ou repetição do indébito tributário, mediante a expedição do competente precatório.

7. Embargos de declaração da União Federal acolhidos mas, no mérito, improvidos, com fito a reconhecer que a exclusão da base de cálculo das contribuições relativas ao PIS - Importação e COFINS - Importação, além do montante relativo ao ICMS e das próprias contribuições, conforme já decidido no acórdão ora atacado, atinge os valores atinentes ao Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI e ao Imposto de Importação - II, por não estarem abarcados no conceito de valor aduaneiro, nos termos da legislação de regência, conforme explicitado."

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, APELREEX 0020034-53.2013.4.03.6100, Rel. JUIZ FEDERAL CONVOCADO MARCELO GUERRA, julgado em 05/02/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/02/2015)

Tem-se, assim, que o conceito de valor aduaneiro não cogita de qualquer outra parcela que não seja aquele fixado segundo as normas do art. 7º do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio - GATT.

Destarte, deve ser determinada, também, a exclusão do IPI da base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, nas operações de importação.

Reconhecido o direito à exclusão do ICMS, do IPI e das próprias contribuições da base de cálculo do PIS-IMPORTAÇÃO e da COFINS-IMPORTAÇÃO, e, respeitando-se a prescrição quinquenal, é direito da autora a repetição dos valores recolhidos indevidamente, através da compensação, conforme os termos delineados a seguir.

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, visto a data que o presente *mandamus* foi ajuizado e, conforme jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, confira-se:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

5. Consectariamente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.

7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.

13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."

14. Consequentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF). (Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010).

Destarte, conforme a jurisprudência acima colacionada e, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

Cumprе ressaltar que a compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior, *in verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO INEXISTENTE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. COMPENSAÇÃO . TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA. ART. 26 DA LEI N. 11.457/07. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nos termos da jurisprudência do STJ, é impossível a compensação de créditos tributários administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal com débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (contribuições sociais previstas nas alíneas 'a', 'b' e 'c' do parágrafo único do art. 11 da Lei n. 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida pelo art. 26 da Lei n. 11.457/07. Precedentes. Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1469537/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 24/10/2014)

Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, veja-se:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO . TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4ª 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.

4. A Tabela Única a prova da pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação /repetição de indébito, quais sejam: (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDcl no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. O prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/05 (09.06.2005), nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.") (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: RESP 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009).

7. Outrossim, o artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

8. Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010)

Finalmente, o termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior, que ora colaciono:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNBEN. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL. APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.250/95. DESDE O RECOLHIMENTO INDEVIDO. SÚMULA 83/STJ

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nas ações de restituição de tributos federais, antes do advento da Lei 9.250/95, incide a correção monetária desde o pagamento indevido (no caso, no momento da indevida retenção do IR) até a restituição ou a compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros moratórios a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), na forma do art. 167, parágrafo único, do CTN.

3. Ocorre que, com o advento do referido diploma, passou-se a incidir a Taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou a partir de 1º de janeiro de 1996 (caso o recolhimento tenha ocorrido antes dessa data).

Agravo regimental improvido."

(AgRg no AgRg no AREsp 536.348/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014)

Deixo de condenar a ré no pagamento de honorários advocatícios, conforme previsão do art. 19, § 1º, I da Lei 11.522/2002.

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso de apelação, para determinar a anulação da sentença e, nos termos do art. 1.013, §3º, inciso III, do Código de Processo Civil, julgar procedente o pedido autoral, para declarar o direito à exclusão do ICMS, do IPI, e das próprias contribuições da base de cálculo do PIS-IMPORTAÇÃO e da COFINS-IMPORTAÇÃO.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇA *EXTRA PETITA*. APRECIÇÃO DIRETA DO PEDIDO OMITIDO. POSSIBILIDADE. TRIBUTÁRIO. PIS-IMPORTAÇÃO. COFINS-IMPORTAÇÃO. BASE DE CÁLCULO. VALOR ADUANEIRO. EXCLUSÃO DO ICMS, DO IPI E DAS PRÓPRIAS CONTRIBUIÇÕES. COMPENSAÇÃO DOS VALORES RECOLHIDOS INDEVIDAMENTE.

1. Inicialmente, acolho o pedido de nulidade da sentença realizado pelo apelante. Isso porque de acordo com a sistemática processual, o Juiz deve decidir a lide nos exatos limites fixados pela petição inicial (art. 141 do CPC), sendo-lhe vedado proferir sentença, a favor da parte autora, de natureza diversa da solicitada na preambular, condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi requerido, nos termos do artigo 492 do Código de Processo Civil.

2. *In casu*, o Juízo "a quo" apreciou a questão da base de cálculo do PIS e da COFINS – e não a base de cálculo do PIS-IMPORTAÇÃO e da COFINS-IMPORTAÇÃO - caracterizando, portanto, julgamento extra petita.

3. Assim, visto que a sentença não cumpriu com a devida prestação jurisdicional, ao omitir-se quanto ao pedido inicial formulado, a declaração de sua nulidade é medida que se impõe.

4. Por outro lado, a prolação de sentença nula não impede a apreciação do pedido por esta Corte, desde que o feito esteja em condições de imediato julgamento (teoria da causa madura), cujo conhecimento atende aos princípios da celeridade e da economia processual, bem como encontra respaldo na Constituição da República (art. 5º, LXXVIII, com a redação dada pela EC 45/04), e de acordo com a nova sistemática processual (art. 1.013, § 3º, III, Novo CPC).

5. Assim, declarada a nulidade da sentença, e com fulcro no art. 1.013, § 3º, III, do Novo CPC/2015, procedo à análise do mérito, tendo em vista estarem presentes todos os elementos de prova, e o feito encontrar-se em condições de imediato julgamento, sendo desnecessária a produção de provas adicionais.

6. Por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 559.937, o Supremo Tribunal Federal proclamou a inconstitucionalidade somente da expressão "*acrescido do valor do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS incidente no desembaraço aduaneiro e do valor das próprias contribuições*", constante do art. 7º, inciso I, da Lei nº 10.865/04.

7. Portanto, deve-se interpretar o art. 7º da Lei nº 10.865/2004 conforme a Constituição Federal, estabelecendo-se o conceito de "valor aduaneiro" como "aquele que serviria de base para o cálculo do imposto de importação", excluídos os valores do ICMS e do IPI e das próprias contribuições da base de cálculo do PIS-IMPORTAÇÃO e da COFINS-IMPORTAÇÃO.

8. O Supremo Tribunal Federal dirimiu a controvérsia existente acerca da exigência do IPI, incidente na importação de veículo por pessoa física e para uso próprio, com o julgamento do RE nº n. 723.651/PR, em sede de repercussão geral, nos seguintes termos: "*Incide o imposto de produtos industrializados na importação de veículo automotor por pessoa natural, ainda que não desempenhe atividade empresarial e o faça para uso próprio*" (Tema nº 643).

9. É possível a imediata aplicação da tese ao caso concreto, a uma porque a modulação dos efeitos da decisão foi rejeitada pelo Pretório Excelso e a duas porque o próprio STF o permite.

10. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS, do IPI e das próprias contribuições da base de cálculo do PIS-IMPORTAÇÃO e da COFINS-IMPORTAÇÃO, e, respeitando-se a prescrição quinquenal, é assegurada à autora a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio de compensação.

11. A compensação deverá ser realizada nos termos do art. 74 da Lei nº 9.430/96 com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, observada a impossibilidade de compensação com contribuições previdenciárias. Precedentes do STJ.

12. A taxa SELIC é o índice aplicável para a correção monetária, cujo termo inicial é a data do pagamento indevido. Precedentes do STJ.

13. Apelação provida para anular a sentença e, nos termos do art. 1.013, inciso II, do Código de Processo Civil julgar procedente o pedido autoral.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, DEU PROVIMENTO ao recurso de apelação, para determinar a anulação da sentença e, nos termos do art. 1.013, §3º, inciso III, do Código de Processo Civil, julgar procedente o pedido autoral, para declarar o direito à exclusão do ICMS, do IPI, e das próprias contribuições da base de cálculo do PIS-IMPORTAÇÃO e da COFINS-IMPORTAÇÃO, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0005288-07.2008.4.03.6182

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMOVEIS DA 2 REGIAO

APELADO: CESAR AUGUSTO GOMES CABRAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0005288-07.2008.4.03.6182
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMOVEIS DA 2 REGIAO

APELADO: CESAR AUGUSTO GOMES CABRAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pelo **Conselho Regional de Corretores de Imóveis da 2ª Região em São Paulo - CRECI/SP**, contra a sentença proferida na execução fiscal ajuizada em face de **Cesar Augusto Gomes Cabral**.

A MM. Juíza de primeiro grau extinguiu a execução fiscal, nos termos do art. 803, I, do Código de Processo Civil, por entender que a cobrança das anuidades é indevida, nos termos em que vem estampada nas CDA's. Com relação à multa eleitoral, Sua Excelência consignou que por estar a executada inadimplente em relação às anuidades, não poderia ser cobrada a multa eleitoral.

Irresignado, o apelante alega, em síntese, que:

- a) não há qualquer nulidade nas Certidões de Dívida Ativa, pois o crédito tributário atende plenamente ao princípio da legalidade;
- b) Os precedentes do RE 704.292 e da ADI n.º 1.717-6 não são aplicados ao caso dos autos;
- c) a cobrança da multa eleitoral decorre do inadimplemento em relação ao voto obrigatório.

Sem as contrarrazões, os autos vieram a este Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0005288-07.2008.4.03.6182
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMOVEIS DA 2 REGIAO

APELADO: CESAR AUGUSTO GOMES CABRAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Trata-se de execução fiscal em que se busca a cobrança das anuidades de 2003 a 2007 (ID de n.º 126063250, páginas 7, 9-11, e 13), e multa eleitoral de 2003 e 2006 (ID de n.º 126063250, página 08 e 12).

As anuidades devidas aos conselhos profissionais são débitos de natureza tributária, conforme entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal - STF. Veja-se:

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ENTIDADES FISCALIZADORAS DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL. CONSELHO FEDERAL DE ODONTOLOGIA: NATUREZA AUTÁRQUICA. Lei 4.234, de 1964, art. 2º. FISCALIZAÇÃO POR PARTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. I. - Natureza autárquica do Conselho Federal e dos Conselhos Regionais de Odontologia. Obrigatoriedade de prestar contas ao Tribunal de Contas da União. Lei 4.234/64, art. 2º. C.F., art. 70, parágrafo único, art. 71, II. II. - Não conhecimento da ação de mandado de segurança no que toca à recomendação do Tribunal de Contas da União para aplicação da Lei 8.112/90, vencido o Relator e os Ministros Francisco Rezek e Maurício Corrêa. III. - Os servidores do Conselho Federal de Odontologia deverão se submeter ao regime único da Lei 8.112, de 1990: votos vencidos do Relator e dos Ministros Francisco Rezek e Maurício Corrêa. IV. - As contribuições cobradas pelas autarquias responsáveis pela fiscalização do exercício profissional são contribuições para-fiscais, contribuições corporativas, com caráter tributário. C.F., art. 149. RE 138.284-CE, Velloso, Plenário, RTJ 143/313. V. - Diárias: impossibilidade de os seus valores superarem valores fixados pelo Chefe do Poder Executivo, que exerce a direção superior da administração federal (C.F., art. 84, II). VI. - Mandado de Segurança conhecido, em parte, e indeferido na parte conhecida. (MS 21797, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 09/03/2000, DJ 18-05-2001 PP-00434 EMENT VOL-02031-04 PP-00711 RTJ VOL-00177-02 PP-00751).

Assim, a legislação que regula o presente tema deve respeitar o princípio da legalidade tributária, uma vez que as anuidades cobradas pelos Conselhos Profissionais constituem verdadeira contribuição instituída no interesse de categorias profissionais, que não podem ser criadas ou majoradas por meio de simples resolução.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o mérito da ADIn n.º 1.717/DF, declarou a inconstitucionalidade do caput e dos §§ 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º, do art. 58, da Lei n.º 9.649/1998. Vejam-se:

"DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS. 1. Estando prejudicada a Ação, quanto ao § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649, de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, declarando-se a inconstitucionalidade do "caput" e dos §§ 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do mesmo art. 58.2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados. 3. Decisão unânime." (STF, Tribunal Pleno, ADIn n.º 1717/DF, Relator Min. Sidney Sanches, DJ 28/03/2003, p. 61)

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. CONTRIBUIÇÕES ANUAIS. NATUREZA TRIBUTÁRIA. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA. AGRAVO IMPROVIDO. I - As contribuições anualmente devidas aos conselhos de fiscalização profissional possuem natureza tributária e, desse modo, sujeitam-se ao princípio da legalidade tributária, previsto no art. 150, I, da Lei Maior. II - O Plenário desta Corte, no julgamento da ADI 1.717/DF, Rel. Min. Sidney Sanches, declarou a inconstitucionalidade de dispositivo legal que autorizava os conselhos de fiscalização profissional a fixar suas contribuições anuais. III - Agravo regimental improvido." (ARE 640937 AgR-segundo, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-171 DIVULG 05-09-2011 PUBLIC 06-09-2011 EMENT VOL-02581-02 PP-00362)

Igualmente, com a promulgação da Lei n.º 11.000/2004 houve expressa delegação de competência aos conselhos para fixação do montante devido a título de contribuição à entidade profissional, em clara ofensa, mais uma vez, ao princípio da legalidade tributária.

Portanto, pelo fato das anuidades devidas aos conselhos profissionais terem inegável natureza jurídica tributária, mais precisamente de contribuições instituídas no interesse de categorias profissionais, de rigor que sejam instituídas ou majoradas exclusivamente por meio de lei em sentido estrito sob pena de indubitável afronta ao princípio da legalidade.

Em relação ao Conselho Regional de Corretores de Imóveis, a cobrança da contribuição de interesse da categoria profissional inicialmente era prevista na Lei n.º 6.994/82 que estabeleceu limites ao valor das anuidades e taxas devidas aos conselhos fiscalizadores do exercício profissional, vinculando-as ao MVR (Maior Valor de Referência). Após, a Lei n.º 9.649/98 previu a fixação de anuidades pelos próprios Conselhos de Fiscalização no seu art. 58, §4º. Porém, conforme já explicitado acima, foi declarada a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal. Mas, a partir da edição da Lei n.º 10.795/2003, de 5/12/2003, que deu nova redação aos artigos 11 e 16 da Lei n.º 6.530/78 (que regulamenta a profissão de corretores de imóveis), a cobrança das anuidades passou a ser admitida, pois foram fixados limites máximos das anuidades, bem como estipulado o parâmetro para a atualização monetária a ser aplicada, em observância ao princípio da legalidade estrita. Veja-se:

"Art 16. Compete ao Conselho Federal:

[...];

VII - fixar as multas, anuidades e emolumentos devidos aos Conselhos Regionais;

[...].

§ 1º Na fixação do valor das anuidades referidas no inciso VII deste artigo, serão observados os seguintes limites máximos: (Incluído pela Lei n.º 10.795, de 5.12.2003).

I - pessoa física ou firma individual: R\$ 285,00 (duzentos e oitenta e cinco reais); (Incluído pela Lei n.º 10.795, de 5.12.2003).

II - pessoa jurídica, segundo o capital social: (Incluído pela Lei n.º 10.795, de 5.12.2003).

a) até R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais): R\$ 570,00 (quinhentos e setenta reais); (Incluído pela Lei n.º 10.795, de 5.12.2003).

b) de R\$ 25.001,00 (vinte e cinco mil e um reais) até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais): R\$ 712,50 (setecentos e doze reais e cinquenta centavos); (Incluído pela Lei n.º 10.795, de 5.12.2003).

c) de R\$ 50.001,00 (cinquenta mil e um reais) até R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais): R\$ 855,00 (oitocentos e cinquenta e cinco reais); (Incluído pela Lei n.º 10.795, de 5.12.2003).

d) de R\$ 75.001,00 (setenta e cinco mil e um reais) até R\$ 100.000,00 (cem mil reais): R\$ 997,50 (novecentos e noventa e sete reais e cinquenta centavos); (Incluído pela Lei n.º 10.795, de 5.12.2003).

e) acima de R\$ 100.000,00 (cem mil reais): R\$ 1.140,00 (mil, cento e quarenta reais). (Incluído pela Lei n.º 10.795, de 5.12.2003).

§ 2º Os valores correspondentes aos limites máximos estabelecidos no § 1º deste artigo serão corrigidos anualmente pelo índice oficial de preços ao consumidor". (Incluído pela Lei n.º 10.795, de 5.12.2003).

Desse modo, observado o princípio da irretroatividade das leis, o Conselho Regional de Corretores de Imóveis passou a cobrar o valor das anuidades nos moldes estabelecidos em norma legal somente a partir de dezembro de 2003 (data de publicação da Lei n.º 10.795/2003).

Porém, no presente caso, ainda que a Lei n.º 10.795/2003 autorize a cobrança das anuidades devidas ao Conselho exequente, não há como a presente execução prosseguir, pois as CDA's que embasam a presente execução, indicam como dispositivos legais para a cobrança das anuidades, apenas o art. 16, VII, da Lei n.º 6.530/78 c/c os artigos 34 e 35 do Decreto 81.871/78, sendo que o primeiro dispositivo citado (art. 16, VII, da Lei n.º 6.530/78) permite a fixação das multas, anuidades e emolumentos devidos aos Conselhos Regionais; e, o segundo (artigos 34 e 35 do Decreto 81.871/78) estabelece que o pagamento da anuidade constitui condição para o exercício da profissão (art. 34), além de estipular a data em que deve ser paga a anuidade (art. 35).

Assim, no caso *sub judice*, os dispositivos legais utilizados pelo exequente não configuram embasamento legal válido para a cobrança das anuidades em tela, pois não consta como fundamento para a cobrança de anuidades das referidas CDA's, o § 1º do art. 16, da Lei n.º 6.530/78, incluído pela Lei n.º 10.795/2003, que fixou os limites máximos das anuidades, bem como, o § 2º do art. 16, da Lei n.º 6.530/78, incluído pela Lei n.º 10.795/2003, que estipulou o parâmetro para a atualização monetária a ser aplicada na sua cobrança.

Desse modo, as referidas Certidões de Dívida Ativa deveriam indicar como fundamento legal para a cobrança das anuidades os artigos §§ 1º e 2º do art. 16 da Lei n.º 6.530/78, incluídos pela Lei n.º 10.795/2003. Não o fazendo, deixou o exequente de observar os requisitos previstos art. 2º, §5º, III, da Lei n.º 6.830/80.

Nesse sentido, trago a colação precedentes da Terceira Turma deste E. Tribunal. Vejam-se:

"TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ANUIDADES DE CONSELHO PROFISSIONAL. NULIDADE CDA - MULTA DE 2003 AFASTADA - PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO EM RELAÇÃO A MULTA DE 2000 - APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA 1- O Conselho Regional de Corretores de Imóveis teve suas anuidades e taxas previstas inicialmente na Lei n.º 6.994/82. Após, a Lei n.º 9.649/98 previu a fixação de anuidades pelos próprios conselhos de Fiscalização no seu art. 58, §4º, sendo que este artigo foi posteriormente declarado inconstitucional. 2- Com a edição da Lei n.º 10.795/2003, de 5/12/2003, que deu nova redação aos artigos 11 e 16 da Lei n.º 6.530/78 (que regulamenta a profissão de corretores de imóveis), a cobrança das anuidades passou a ser admitida, pois foram fixados limites máximos das anuidades, em observância ao princípio da legalidade estrita. 3- Apesar da autorização expressa da Lei n.º 10.795/2003 as CDAs, que embasam a execução fiscal, são nulas, pois indicam como dispositivos legais para a cobrança das anuidades os artigos 34 e 35 do Decreto 81.871/78, que não configuram embasamento legal válido para a referida cobrança. 4- Multa de 2003 afastada. 5- Execução deverá prosseguir em relação a multa de 2000. 6- Decretar, de ofício, a extinção do processo de execução fiscal, com relação às anuidades 2002 e 2003, fazendo-o com fundamento no artigo 485, inciso IV, do Código de Processo Civil. Apelação parcialmente provida. (TRF-3, Terceira Turma, AC de n.º 0005032-10.2018.4.03.9999, Rel. Des. Fed. Mairan Maia, data da decisão: 13/03/2019, e-DJF3 de 21/03/2019).

"TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DOS CORRETORES DE IMÓVEIS DO ESTADO DE SÃO PAULO - CRECI 2ª REGIÃO. APELAÇÃO. COBRANÇA DE ANUIDADES. OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. EMENDA OU SUBSTITUIÇÃO DA CDA. VEDAÇÃO À ALTERAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO OU DA NORMA LEGAL QUE FUNDAMENTA O LANÇAMENTO. APELAÇÃO DESPROVIDA. 1. As anuidades exigidas detêm natureza jurídica tributária, motivo pelo qual devem submeter-se aos princípios constitucionais da legalidade e da anterioridade, inclusive no tocante à fixação e alteração de alíquotas e base de cálculo (precedentes: STF, MS 21.797/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJU 18/05/2001; STJ, REsp 273674/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 27/05/2002). 2. No caso dos corretores de imóveis, há lei específica - 6.530/1978 - que regula a profissão e estabelece, no Art. 16, §1º, os valores máximos das anuidades que poderão ser cobradas das pessoas físicas e jurídicas sujeitas a inscrição/registro nos CRECI. A mesma Lei, no Art. 16, §2º, prevê a correção anual desses valores pelo índice oficial de preços ao consumidor. 3. No caso em tela, não obstante exista previsão legal para a cobrança de anuidades, verifica-se que as CDAs trazem fundamentação legal distinta, a saber, o Art. 16, VII, da Lei n.º 6.530/1978, c/c Arts. 34 e 35, do Decreto n.º 81.871/1978, sendo que o primeiro dispositivo citado permite ao COFECI fixar o valor das multas, anuidades e emolumentos devidos aos Conselhos Regionais e os últimos estabelecem que o pagamento da anuidade constitui condição para o exercício da profissão (art. 34), além de estipular a data em que deve ser paga a anuidade (art. 35). 4. As CDAs não fazem qualquer menção ao Art. 16, §§ 1º e 2º, que, respectivamente, fixaram o valor máximo das anuidades e o critério para sua correção monetária anual. Deixou-se, portanto, de atender aos requisitos previstos no Art. 2º, §5º, III, da Lei n.º 6.830/80, sendo de rigor o reconhecimento da nulidade das CDAs de fls. 10/14. 5. Quanto à possibilidade de emenda ou substituição da CDA, o Art. 2º, § 8º, da Lei n.º 6.830/1980, prevê que "até a decisão de primeira instância, a Certidão de Dívida Ativa poderá ser emendada ou substituída, assegurada ao executado a devolução do prazo para embargos". A jurisprudência do C. STJ e desta C. turma, porém, restringe a possibilidade de emenda ou substituição à correção de erro material ou formal, vedada a alteração do sujeito passivo (Súmula 392/STJ) ou da norma legal que, por equívoco, tenha servido de fundamento ao lançamento tributário. Precedentes (STJ, 1ª Turma, AGA de n.º 1293504, Rel. Min. Luiz Fux, data da decisão: 16/12/2010, DJE de 21/02/2011 / STJ, 2ª Turma, Resp n.º 1210968, Rel. Min. Castro Meira, data da decisão: 07/12/2010, DJE de 14/02/2011 / TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 2093864 - 0003127-48.2013.4.03.6182, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, julgado em 07/04/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/04/2016). 6. Apelação desprovida. (TRF-3, Terceira Turma, AC de n.º 0001884-72.2015.4.03.6126, Rel. Des. Fed. Antônio Cedenho, data da decisão: 18/12/2018, e-DJF3 de 23/01/2019).

Por outro lado, consigne-se que a Lei n.º 12.514 de 28 de outubro de 2011 regularizou a questão atinente à fixação das contribuições devidas aos conselhos profissionais, restando aplicável, todavia, apenas para as anuidades posteriores à sua vigência e respeitadas, ainda, a anterioridade tributária. Porém, no caso dos autos, as anuidades cobradas são anteriores à vigência da referida Lei e trazem como fundamento legal o art. 16, VII, da Lei n.º 6.530/78 c/c os artigos 34 e 35 do Decreto 81.871/78, sem fazer qualquer menção a Lei n.º 12.514/11.

Ressalte-se, ainda, a impossibilidade de substituição das CDAs, pois tal operação importaria em modificação substancial do próprio lançamento, como já destacado no REsp de n.º 1.045.472/BA, submetido ao rito dos recursos repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSO JUDICIAL TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA (CDA). SUBSTITUIÇÃO, ANTES DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA, PARA INCLUSÃO DO NOVEL PROPRIETÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CARACTERIZAÇÃO ERRO FORMAL OU MATERIAL. SÚMULA 392/STJ. 1. A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução (Súmula 392/STJ). 2. É que: "Quando haja equívocos no próprio lançamento ou na inscrição em dívida, fazendo-se necessária alteração de fundamento legal ou do sujeito passivo, nova apuração do tributo com aferição de base de cálculo por outros critérios, imputação de pagamento anterior à inscrição etc., será indispensável que o próprio lançamento seja revisado, se ainda viável em face do prazo decadencial, oportunizando-se ao contribuinte o direito à impugnação, e que seja revisada a inscrição, de modo que não se viabilizará a correção do vício apenas na certidão de dívida. A certidão é um espelho da inscrição que, por sua vez, reproduz os termos do lançamento. Não é possível corrigir, na certidão, vícios do lançamento e/ou da inscrição. Nestes casos, será inviável simplesmente substituir-se a CDA." (Leandro Paulsen, René Bergmann Ávila e Ingrid Schroder Sliwka, in "Direito Processual Tributário: Processo Administrativo Fiscal e Execução Fiscal à luz da Doutrina e da Jurisprudência", Livraria do Advogado, 5ª ed., Porto Alegre, 2009, pág. 205). 3. Outrossim, a apontada ofensa aos artigos 165, 458 e 535, do CPC, não restou configurada, uma vez que o acórdão recorrido pronunciou-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Saliente-se, ademais, que o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão, como de fato ocorreu na hipótese dos autos. 4. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008." (STJ, Primeira Seção, Resp. de n.º 1045472, Rel. Min. Luiz Fux, data da decisão: 25/11/2009, Dje de 18/12/2009).

De outra face, com relação à multa de eleição, prevista para os anos de 2003 e 2006, a execução padece de nulidade, pois a resolução COFECI de nº 1.128/2009 (art. 2º, II) estabelece normas para a realização de eleições nos Conselhos Regionais de Corretores de Imóveis, dispondo no artigo 2º, II, das Normas Reguladoras do processo eleitoral que o corretor esteja em dia com as obrigações financeiras para com o CRECI da Região, inclusive a anuidade do exercício corrente para poder exercer seu direito a voto. Ressalte-se que a Resolução COFECI de nº 809/2003, no seu artigo 13, II, já estabelecia norma neste mesmo sentido.

Desse modo, nas eleições realizadas pelo Conselho Regional de Corretores de Imóveis do Estado de São Paulo terão direito de voto somente os corretores de imóveis em dia com suas obrigações, dentre elas o pagamento das anuidades. Se estiver impossibilitado de votar, não há que se impor multa.

Neste sentido, já decidiu este Tribunal, vejamos-se:

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. MULTA ELEITORAL. RESOLUÇÃO CFO Nº 80/2007. ILEGITIMIDADE DA COBRANÇA. ANUIDADES. PRESCRIÇÃO. VALOR EXECUTADO INFERIOR AO MÍNIMO PREVISTO NO ART. 8º DA LEI 12.514/11. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO. I. Os pressupostos para cobrança dos créditos por parte dos Conselhos Corporativos passaram a ser regulados pelo artigo 8º da Lei nº 12.514/2011, relativamente aos executivos ajuizados a partir de sua entrada em vigor, devendo ser respeitado o mínimo equivalente a quatro vezes o valor cobrado a título de anuidade (STJ, REsp 1.404.796, submetido à sistemática do artigo 543-C do CPC). II. A Resolução nº 80/2007 do Conselho Federal de Odontologia, em seu artigo 41, estabeleceu que somente os profissionais inscritos em dia com suas obrigações, dentre elas o pagamento de anuidades, podem exercer o direito ao voto. III. Verificada a inadimplência da executada quanto às anuidades de 2003 a 2010, é nula a cobrança das multas eleitorais relativas a 2005, 2007 e 2009. IV. No tocante às anuidades remanescentes, reconhecida a prescrição quinquenal quanto aos exercícios de 2003, 2004 e 2006, resta inobservado o patamar mínimo legal para prosseguimento do executivo quanto às anuidades de 2008 e 2010, tornando de rigor a extinção do executivo fiscal, nos termos da sentença recorrida. V. Apelação desprovida." (TRF-3, Quarta Turma, AC 00461897520124036182, Rel. Des. Fed. Alda Basto, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/12/2014).

"DIREITO ADMINISTRATIVO. MULTA ELEITORAL. JUSTA CAUSA. AGRAVO INOMINADO IMPROVIDO. 1 - A executada foi impedida de votar por ato normativo do próprio conselho exequente, a Resolução 458/2006, que, em seu artigo 3º, impede o voto de inadimplentes. 2 - Portanto, a agravada estava em situação delicada já que, enquanto o artigo 5º da resolução 458/2006 a obrigava a votar, o artigo 3º a impedia. 3 - Diante dessa antinomia, não pode haver multa pelo cumprimento ou descumprimento de seu dever/direito eleitoral perante o conselho. 4 - Agravo inominado improvido." (TRF-3, Terceira Turma, AI 00150312120124030000, Des. Fed. Nery Júnior, e-DJF3 Judicial 1 DATA:22/02/2013).

No presente caso, como estão sendo cobradas a anuidade de 2003 e 2006 é indevida a imposição da multa eleitoral.

Assim, são improcedentes as alegações do apelante.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação interposto pelo exequente, conforme a fundamentação supra.

EMENTA

EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMÓVEIS DA 2ª REGIÃO - CRECI/SP. ANUIDADES. NULIDADE DA INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. MULTA ELEITORAL. COBRANÇA INDEVIDA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. Trata-se de execução fiscal em que se busca a cobrança das anuidades de 2003 a 2007 (ID de n.º 126063250, páginas 7, 9-11, e 13), e multa eleitoral de 2003 e 2006 (ID de n.º 126063250, página 08 e 12).
2. A cobrança de anuidade cujo valor seja fixado, majorado ou mesmo atualizado por ato normativo do Conselho Profissional ofende o princípio da legalidade.
3. O Supremo Tribunal Federal enfrentou e rejeitou o argumento de que o artigo 2º da Lei nº 11.000/2004 autorizaria os conselhos profissionais a fixar os valores de suas anuidades e, indo além, refutou também a alegação de que a decisão da Turma violaria o artigo 97 da Constituição Federal. (Precedente: STF, ARE 640937 AgR-segundo, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-171 DIVULG 05-09-2011 PUBLIC 06-09-2011 EMENT VOL-02581-02 PP-00362).
4. Em relação ao Conselho Regional de Corretores de Imóveis, a cobrança da contribuição de interesse da categoria profissional inicialmente era prevista na Lei n.º 6.994/82 que estabeleceu limites ao valor das anuidades e taxas devidas aos conselhos fiscalizadores do exercício profissional, vinculando-as ao MVR (Maior Valor de Referência). Após, a Lei n.º 9.649/98 previu a fixação de anuidades pelos próprios Conselhos de Fiscalização no seu art. 58, §4º. Porém, foi declarada a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal. Mas, a partir da edição da Lei nº 10.795/2003, de 5/12/2003, que deu nova redação aos artigos 11 e 16 da Lei nº 6.530/78 (que regulamenta a profissão de corretores de imóveis), a cobrança das anuidades passou a ser admitida, pois foram fixados limites máximos das anuidades, bem como estipulado o parâmetro para a atualização monetária a ser aplicada, em observância ao princípio da legalidade estrita.
5. Desse modo, observado o princípio da irretroatividade das leis, o Conselho Regional de Corretores de Imóveis passou a cobrar o valor das anuidades nos moldes estabelecidos em norma legal somente a partir de dezembro de 2003 (data de publicação da Lei nº 10.795/2003).

6. No presente caso, ainda que a Lei nº 10.795/2003 autorize a cobrança das anuidades devidas ao Conselho exequente, não há como a presente execução prosseguir, pois as CDA's que embasam a presente execução, indicam como dispositivos legais para a cobrança das anuidades, apenas o art. 16, VII, da Lei nº 6.530/78 c/c os artigos 34 e 35 do Decreto 81.871/78, sendo que o primeiro dispositivo citado (art. 16, VII, da Lei nº 6.530/78) permite a fixação das multas, anuidades e emolumentos devidos aos Conselhos Regionais; e, o segundo (artigos 34 e 35 do Decreto 81.871/78) estabelece que o pagamento da anuidade constitui condição para o exercício da profissão (art. 34), além de estipular a data em que deve ser paga a anuidade (art. 35).

7. Assim, os dispositivos legais utilizados pelo exequente não configuram embasamento legal válido para a cobrança das anuidades em tela, pois não consta como fundamento das referidas CDA's, o § 1º do art. 16, da Lei nº 6.530/78, incluído pela Lei nº 10.795/2003, que fixou os limites máximos das anuidades, bem como, o § 2º do art. 16, da Lei nº 6.530/78, incluído pela Lei nº 10.795/2003, que estipulou o parâmetro para a atualização monetária a ser aplicada na sua cobrança.

8. Desse modo, não indicando o fundamento legal para a cobrança das anuidades (artigos §§ 1º e 2º do art. 16 da Lei nº 6.530/78, incluídos pela Lei nº 10.795/2003), deixou o exequente de observar os requisitos previstos art. 2º, §5º, III, da Lei nº 6.830/80.

9. De outra face, com relação à multa de eleição, prevista para os anos de 2003 e 2006, a execução padece de nulidade, pois a resolução COFECI de nº 1.128/2009 (art. 2º, II) estabelece normas para a realização de eleições nos Conselhos Regionais de Corretores de Imóveis, dispondo no artigo 2º, II, das Normas Reguladoras do processo eleitoral que o corretor esteja em dia com as obrigações financeiras para com o CRECI da Região, inclusive a anuidade do exercício corrente para poder exercer seu direito a voto. Ressalte-se que a Resolução COFECI de nº 809/2003, no seu artigo 13, II, já estabelecia norma neste mesmo sentido. Desse modo, nas eleições realizadas pelo Conselho Regional de Corretores de Imóveis do Estado de São Paulo terão direito de voto somente os corretores de imóveis em dia com suas obrigações, dentre elas o pagamento das anuidades. Se estiver impossibilitado de votar, não há que se impor multa. No presente caso, como estão sendo cobradas a anuidade de 2003 e 2006 é indevida a imposição da multa eleitoral.

10. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO ao recurso de apelação interposto pelo exequente, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000217-35.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: BOMBRIL S/A

Advogados do(a) AGRAVANTE: SERGIO HENRIQUE CARRER - SP419468-A, LUIS CLAUDIO DOS REIS - SP119664-A, MARCIO ABBONDANZA MORAD - SP286654-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por BOMBRIL S/A em face da decisão proferida pelo Juízo Federal da 1ª Vara de São Bernardo do Campo/SP.

Há nos autos notícia de que o MM. Juiz *a quo*. proferiu sentença.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a superveniente prolação de sentença implica a perda de objeto do Agravo de Instrumento interposto contra decisão concessiva ou denegatória de decisão interlocutória sobre antecipação dos efeitos de tutela. (REsp 1.332.553/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 4/9/2012, DJe de 11/9/2012) (AGRESP 201001499976, RAULARAÚJO, STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA:15/08/2013)

Assim havendo decisão definitiva no processo principal, o presente recurso resta prejudicado, devido ao caráter exauriente da sentença no processo principal.

Neste sentido, a melhor jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SENTENÇA PROFERIDA NOS AUTOS DA AÇÃO ORIGINÁRIA. PERDA DE OBJETO. AGRAVO PREJUDICADO.

I - A prolação de sentença nos autos da ação de onde se originou o agravo de instrumento acarreta a perda de objeto deste recurso.

II - Agravo de instrumento prejudicado.

(TRF - 3ª Região, 2ª Turma, AG 2000.03.00.049815-2, Rel. Juíza Fed. Conv. Raquel Perrini, j. 16/09/2002, DJU 06/12/2002, p. 511)

AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AFRONTA AO ART. 535 DO DIPLOMA PROCESSUAL. INOCORRÊNCIA. AÇÃO ORDINÁRIA RELATIVA À GREVE DE SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS. EXAME PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. VIA PROCESSUAL INADEQUADA. AUSÊNCIA PREVISÃO NO ART. 105 DA CF/88. 1. O art. 105 da Constituição Federal não autoriza este Superior Tribunal a analisar ação ordinária relativa à greve dos servidores públicos federais, mas apenas e tão somente as relativas a dissídio coletivo, conforme restou decidido pela Suprema Corte nos autos do STA 207/RS. Precedente. 2. Resta prejudicado o recurso especial interposto contra acórdão que examinou agravo de instrumento de decisão que defere ou indefere liminar ou antecipação de tutela, quando se verifica a prolação de sentença de mérito, tanto de procedência, porquanto absorve os efeitos da medida antecipatória, por se tratar de decisão proferida em cognição exauriente; como de improcedência, pois há a revogação, expressa ou implícita, da decisão antecipatória. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ, AGRESP 200901403810, QUINTA TURMA, Relator(a) LAURITA VAZ, Decisão: 02/02/2012, Publicação: 13/02/2012)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA DE MÉRITO. EXTINÇÃO DA AÇÃO PRINCIPAL. PERDA DO OBJETO DO RECURSO ESPECIAL. 1. Conforme consignado na decisão agravada, a prolação de sentença de mérito, mediante cognição exauriente, enseja a superveniente perda de objeto do recurso interposto contra o acórdão que negou provimento ao agravo de instrumento. 2. Eventual provimento do recurso especial, referente à decisão interlocutória, não poderia infirmar o julgamento superveniente e definitivo que reapreciou a questão. 3. A decisão agravada não está em confronto com o julgado da Corte Especial (EREsp 765.105/TO (Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe 25.8.2010), uma vez que este não se amolda ao presente caso, em que, conforme se observa nos autos, houve decisão denegatória de antecipação de tutela. Agravo regimental improvido. (STJ, AGRESP 201100699334, SEGUNDA TURMA, Relator(a) HUMBERTO MARTINS, Decisão: 13/12/2011, Publicação: 19/12/2011)

Diante do exposto nego seguimento ao agravo de instrumento, eis que prejudicado, nos termos do artigo 932, inciso III, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intime-se.

Após as formalidades legais, certifique-se o trânsito em julgado, dando-se baixa na distribuição.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0017058-05.2015.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: FEDERACAO INTERESTADUAL DOS NUTRICIONISTAS DOS ESTADOS DE ALAGOAS, BAHIA,
MATO GROSSO DO SUL, PARA, PERNAMBUCO E SAO PAULO - FEBRAN
Advogado do(a) APELANTE: HIROSHI HIRAKAWA - SP11638-A
APELADO: UNIÃO FEDERAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0017058-05.2015.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: FEDERACAO INTERESTADUAL DOS NUTRICIONISTAS DOS ESTADOS DE ALAGOAS, BAHIA,
MATO GROSSO DO SUL, PARA, PERNAMBUCO E SAO PAULO - FEBRAN
Advogado do(a) APELANTE: HIROSHI HIRAKAWA - SP11638-A
APELADO: UNIÃO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto pela **FEDERAÇÃO INTERESTADUAL DOS NUTRICIONISTAS DOS ESTADOS DE ALAGOAS, BAHIA, MATO GROSSO DO SUL, PARÁ, PERNAMBUCO E SÃO PAULO - FEBRAN** em face de sentença proferida no bojo de ação ordinária que julgou extinto o processo, sem resolução de mérito, nos termos do artigo 485, inciso V, do Código de Processo Civil, sob o fundamento de coisa julgada.

Inconformada, a apelante sustenta a não configuração de coisa julgada, asseverando que a presente ação e o mandado de segurança nº 0000430-14.2015.5.10.0004 possuem objetos distintos.

Com contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0017058-05.2015.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: FEDERACAO INTERESTADUAL DOS NUTRICIONISTAS DOS ESTADOS DE ALAGOAS, BAHIA, MATO GROSSO DO SUL, PARA, PERNAMBUCO E SAO PAULO - FEBRAN

Advogado do(a) APELANTE: HIROSHI HIRAKAWA - SP11638-A

APELADO: UNIÃO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

A apelante pleiteia o afastamento do reconhecimento da coisa julgada em relação ao mandado de segurança impetrado perante a Justiça do Trabalho da 10ª Região, o qual foi distribuído ao Juízo da 4ª Vara do Trabalho de Brasília/DF, sob o nº 0000430.14.2015.5.10.0004.

Nos autos do MS nº 0000430.14.2015.5.10.0004, a ora apelante impugnou o ato de denegação de seu registro sindical, praticado pelo Secretário de Relações do Trabalho do Ministério do Trabalho e Emprego. A segurança foi denegada sob o fundamento de não terem sido cumpridos os requisitos necessários para a obtenção do pretendido registro.

Nos presentes autos, a parte autora postula o desarquivamento do processo administrativo bem como seu regular processamento para posterior concessão do registro sindical, asseverando ter atendido a todas as exigências legais e regulamentares.

A repetição de ação anteriormente ajuizada é manifesta, o que dá ensejo à extinção do feito sem julgamento de mérito, nos termos do art. 485, V, do CPC.

Conforme consta dos autos, já se operou o trânsito em julgado naquele *mandamus*, restando claramente configurado o instituto da coisa julgada material.

Nesse sentido, confira-se julgado desta E. Corte Regional:

“PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. RECONHECIMENTO DA TRÍPLICE IDENTIDADE DOS ELEMENTOS DA AÇÃO. OFENSA À COISA JULGADA MATERIAL. 1. Configurada a existência da tríplice identidade dos elementos da ação, prevista no artigo 301, § 2º, do mesmo diploma legal, por haver a repetição de ação contendo as mesmas partes, idêntica causa de pedir e o mesmo pedido da demanda anterior, impõe-se o reconhecimento da coisa julgada material, considerando-se que a primeira ação, idêntica à presente, já se encerrou definitivamente, com o julgamento de mérito. 2. Reconhecida a ofensa à coisa julgada, o aresto deve ser rescindido com fundamento no artigo 485, inciso IV, do Código de Processo Civil e, em juízo rescisório, a demanda subjacente deve ser extinta, sem resolução de mérito, nos termos do artigo 267, inciso V, do referido diploma legal. 3. Matéria preliminar rejeitada. Ação rescisória julgada procedente para rescindir o julgado. Demanda subjacente julgada extinta, sem resolução de mérito, nos termos do artigo 267, V, do CPC.”

(AR 0007869-58.2001.4.03.0000, DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA, TRF3 - TERCEIRA SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA:21/08/2013.)

De rigor, portanto, a manutenção da sentença.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação.

É como voto.

EMENTA

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. REGISTRO SINDICAL. REPETIÇÃO DE DEMANDA. COISA JULGADA CONFIGURADA. EXTINÇÃO DO FEITO SEM EXAME DO MÉRITO. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença proferida no bojo de ação ordinária que julgou extinto o processo, sem resolução de mérito, nos termos do artigo 485, inciso V, do Código de Processo Civil, sob o fundamento de coisa julgada.
2. Nos autos do mandado de segurança anteriormente impetrado, a ora apelante impugnou o ato de denegação de seu registro sindical, praticado pelo Secretário de Relações do Trabalho do Ministério do Trabalho e Emprego. A segurança foi denegada sob o fundamento de não terem sido cumpridos os requisitos necessários para a obtenção do pretendido registro.
3. Nos presentes autos, a parte autora postula o desarquivamento do processo administrativo bem como seu regular processamento para posterior concessão do registro sindical, asseverando ter atendido a todas as exigências legais e regulamentares.
4. A repetição de ação anteriormente ajuizada é manifesta, o que dá ensejo à extinção do feito sem julgamento de mérito, nos termos do art. 485, V, do CPC.
5. Conforme consta dos autos, já se operou o trânsito em julgado naquele *mandamus*, restando claramente configurado o instituto da coisa julgada material.
6. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO ao recurso de apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5027404-22.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SECÇÃO DE SÃO PAULO

Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRA BERTON SCHIAVINATO - SP231355-A

APELADO: PAULA CRISTINA BARRETO PATROCINIO
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5027404-22.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO DE SÃO PAULO
Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRA BERTON SCHIAVINATO - SP231355-A
APELADO: PAULA CRISTINA BARRETO PATROCINIO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pela ORDEM DOS ADVOGADOS DOS BRASIL, SEÇÃO DE SÃO PAULO - OAB/SP (ID 89923936) contra a r. sentença (ID 89923932) que extinguiu a execução por entender que a OAB deveria cobrar a dívida por meio de execução fiscal em vez de execução de título extrajudicial.

Em suas razões recursais, a OAB sustenta, em síntese, que a OAB não mantém com órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico e que as contribuições recebidas pela entidade não possuem natureza tributária, de forma que sua execução deve seguir o rito do CPC.

Requer o provimento da apelação para que seja reformada a r. sentença, determinando-se o regular prosseguimento da execução no Juízo Federal Cível.

Sem contrarrazões, os autos subiram a esta E. Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5027404-22.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO DE SÃO PAULO
Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRA BERTON SCHIAVINATO - SP231355-A
APELADO: PAULA CRISTINA BARRETO PATROCINIO

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A questão devolvida a esta E. Corte diz respeito ao rito da execução de dívidas cobradas judicialmente pela OAB.

É firme a jurisprudência no sentido de que a OAB é uma autarquia sui generis, cujas dívidas devem ser executadas judicialmente pelo rito do Código de Processo Civil e não por aquele previsto pela Lei nº 6.830/1980 (LEF). Confira-se:

EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. OAB/SP. COBRANÇA DE ANUIDADES. ACORDO POSTERIOR AO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. EXTINÇÃO INDEVIDA. HIPÓTESE DE SUSPENSÃO DA AÇÃO (ARTIGO 922 DO CPC).

1. Trata-se de apelação interposta pela OAB – Seção de São Paulo, em face de sentença que extinguiu a execução fiscal com resolução do mérito, aplicando subsidiariamente o artigo 487, III, do CPC, em razão de acordo de renegociação da dívida.
2. Após o ajuizamento da execução foi celebrado acordo entre as partes, tendo constado expressamente na cláusula 5 o pedido de suspensão da ação, nos termos do artigo 922 do CPC.
3. Trata-se de hipótese de suspensão da execução, sendo imperiosa a reforma da r. sentença que extinguiu o processo com resolução do mérito. Precedentes.
4. Na Hipótese de inadimplemento do acordo, será de rigor o prosseguimento da execução no juízo de origem.
5. Apelação provida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5020965-29.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 02/05/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 08/05/2019)

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. OAB. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. ADESÃO A PARCELAMENTO. AUSÊNCIA DE NOVAÇÃO. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO. APELAÇÃO PROVIDA.

1. A questão devolvida a esta E. Corte diz respeito à extinção da execução de título extrajudicial em razão da notícia, às fls. 30, de parcelamento da dívida em 24 meses.
2. A OAB é uma autarquia “sui generis”, cujas execuções não são fiscais e devem seguir o rito do Código de Processo Civil.
3. A novação apenas pode ser reconhecida se forem cumpridos os requisitos legais específicos previstos no Código Civil para a extinção da obrigação originária. Do contrário, aplica-se o disposto no artigo 361, do Código Civil.
4. A jurisprudência desta E. Corte pacificou o entendimento de que o parcelamento fiscal posterior ao ajuizamento da execução não configura novação e, portanto, não autoriza a extinção da ação, mas apenas sua suspensão.
5. Apelação provida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5009591-16.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 06/02/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 11/02/2019)

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. OAB/MS. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. ADESÃO A PROGRAMA DE RECUPERAÇÃO DE CRÉDITOS. AUSÊNCIA DE NOVAÇÃO. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO. APELAÇÃO PROVIDA.

1. A questão devolvida a esta E. Corte diz respeito à extinção da execução de título extrajudicial em razão da notícia de parcelamento da dívida em 24 meses.
2. Ainda que as anuidades da OAB não constituam tributo, conforme assente na jurisprudência, e sujeitem-se à legislação civil, a novação apenas pode ser reconhecida se forem cumpridos os requisitos legais específicos previstos no Código Civil para a extinção da obrigação originária.
3. Assente a jurisprudência no sentido de que não configura novação o mero parcelamento da dívida. A Suprema Corte, inclusive, já decidiu neste sentido (HC 102.348, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, 07/06/2011). Ainda que, no âmbito de ação penal e de débito fiscal, nada obsta que se reconheça idêntica solução às anuidades da OAB.

4. Esta Corte já assentou o entendimento de que parcelamento fiscal não configura novação e, portanto, não autoriza extinção, mas apenas suspensão da cobrança judicial. Precedentes.

5. No caso, ainda que se trate de obrigação não tributária, resta evidente da leitura do disposto na Resolução OAB/MS nº 05/2016, regulatória do programa de recuperação dos créditos, a ausência de animus novandi por parte da OAB. Na hipótese, não há contração de dívida nova para substituição da anterior (art. 360, I, CC), apenas o recebimento em parcelas e descontos na multa e nos juros de mora, com previsão expressa de restabelecimento do valor originário no caso de inadimplemento.

6. Trata-se, portanto, da hipótese prevista no art. 361 do CC.

7. A ausência de animus novandi se confirma ainda na redação dos arts. 2º e 5º da Resolução OAB/MS nº 05/2016, este último a tratar do requerimento de suspensão da execução durante a vigência do parcelamento, condicionado, pois, o pedido de extinção ao cumprimento integral e regular do acordo. Se houvesse a intenção de novar, as normas reguladoras do acordo seriam outras, expressas e inequívocas, como manda a lei, no sentido de extinguir a dívida originária a favor dos termos da nova obrigação contratada.

8. Tal qual no âmbito tributário, o parcelamento de anuidades da OAB não configura novação da dívida originária e, assim, não gera a extinção da obrigação em razão exclusivamente da adesão ao programa de recuperação de créditos, reforçando a conclusão de que, enquanto pendente o parcelamento, a execução não pode ser extinta, mas apenas suspensa.

9. Apelação provida.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2200486 - 0009903-28.2013.4.03.6000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 07/02/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/02/2018)

EMBARGOS À EXECUÇÃO. ANUIDADES. OAB/MS. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. PRESCRIÇÃO. REGRA DE TRANSIÇÃO. ART. 2.028 DO CPC/2002. PEDIDO DE EXCLUSÃO DO QUADRO DA OAB. ANUIDADES INEXIGÍVEIS. APELO IMPROVIDO. 1. O apelo visa afastar o decreto de prescrição das anuidades devidas à OAB/MS relativas aos exercícios de 1996, 1997, 1998, 1999 e 2000; e reformar o julgado para tornar exigível as anuidades relativas aos exercícios de 2003, 2004 e 2005, excluídas em razão da nomeação da embargante para cargo incompatível com a advocacia. 2. Os créditos referentes às anuidades e multas devidas à OAB têm natureza civil, e regem-se pelas regras do Direito Civil. O STJ firmou entendimento de que a OAB, não obstante ser autarquia profissional de regime especial ou "sui generis", não se confunde com as demais corporações incumbidas do exercício profissional, não tendo as contribuições pagas pelos filiados natureza tributária. 3. O título executivo extrajudicial, referido no art. 46, parágrafo único, da Lei nº 8.906/94, é exigido em execução disciplinada pelo CPC. As anuidades relativas aos exercícios de 1996, 1997, 1998, 1999 e 2000 estavam sujeitas ao Código Civil de 1916, vigente à época, aplicável o prazo vintenário (art. 177 do citado diploma legal). 4. Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, o prazo prescricional para a cobrança dos referidos créditos foi reduzido para 5 (cinco) anos, nos termos do art. 206, § 5º, inciso I. O art. 2.028 do novo Codex previu a regra de transição segundo a qual "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada". 5. No caso, a partir da anuidade mais antiga (1996), na data da entrada em vigor do Código Civil de 2002 (11/01/2003), havia transcorrido 7 (sete) anos do prazo vintenário, menos da metade do prazo prescricional previsto no Código Civil (1916), razão pela qual a cobrança dos referidos débitos passaram a se sujeitar ao prazo quinquenal da norma civil ora vigente. 6. Considerando que a execução foi ajuizada em 18/09/2006, correta a r. sentença ao reconhecer a prescrição dos créditos vencidos antes do exercício de 2001, ou seja, para os exercícios de 1996, 1997, 1998, 1999 e 2000. 7. Quanto às demais anuidades, o cancelamento de inscrição perante conselhos profissionais é livre, não sendo necessária prova de não exercício da profissão ou o pagamento de anuidades para que ocorra o desligamento (art. 5º, XX da Constituição Federal). Jurisprudência. 8. A executada protocolou seu pedido de "Suspensão provisória de Registro" em 19/12/2002, manifestando seu desejo de não mais exercer a advocacia, assim, não pode a entidade obrigar o profissional a manter-se inscrito nos quadros da categoria profissional, seja por motivo de ausência de interesse, ou porque tomou posse em cargo público incompatível com o exercício da advocacia (art. 8º e art. 28, IV, da Lei 8.906/1994). 9. O próprio Estatuto da Advocacia, aprovado pela Lei 8.906/1994, reza que a inscrição será cancelada se o profissional assim o requerer (art. 11, inciso I). Afastada a cobrança das anuidades de 2003, 2004 e 2005. 10. Apelo improvido.

..EMEN: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. OAB. LEI N. 8.906/94. DÉBITOS RELATIVOS A ANUIDADES. NATUREZA JURÍDICA. AÇÃO DE EXECUÇÃO. INAPLICABILIDADE DA LEI DE EXECUÇÕES FISCAIS. 1. A Ordem dos Advogados do Brasil - OAB é uma autarquia sui generis e, por conseguinte, diferencia-se das demais entidades que fiscalizam as profissões. 2. "O título executivo extrajudicial, referido no art. 46, parágrafo único, da Lei n. 8.906/94, deve ser exigido em execução disciplinada pelo Código de Processo Civil, não sendo possível a execução fiscal regida pela Lei n. 6.830/80" (REsp n. 503.252/SC, relator Ministro Castro Meira). 3. Recurso especial provido. ..EMEN:

(RESP 200200854440, JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, STJ - SEGUNDA TURMA, DJ DATA:28/06/2006 PG:00230 ..DTPB:.)

..EMEN: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CONSELHOS PROFISSIONAIS. ANUIDADE. EXECUÇÃO. ART. 149 DA CF/88. INCOMPETÊNCIA DESTA CORTE. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 46 E PARÁGRAFO ÚNICO E 58, IV E IX DA LEI Nº 8.906/94 E 3º DO CTN. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS Nº 282 E 356 DO STF. DISSÍDIO NOTÓRIO. 1. Não é da competência deste Tribunal Superior a análise de violação a dispositivos constitucionais (art. 149), nos moldes do art. 102 da Constituição da República. 2. O Tribunal a quo não emitiu juízo de valor sobre a matéria à luz dos dispositivos apontados como violados (arts. 46 e parágrafo único e art. 58, IV e IX da Lei nº 8.906/94 e art. 3º do CTN). A ausência do prequestionamento atrai a incidência, por analogia, das Súmulas nº 282 e 356 do Pretório Excelso. 3. Em caso de dissídio notório, as exigências de natureza formal concernentes à demonstração da divergência são mitigadas. 4. Embora definida como autarquia profissional de regime especial ou sui generis, a OAB não se confunde com as demais corporações incumbidas do exercício profissional. 5. As contribuições pagas pelos filiados à OAB não têm natureza tributária. 6. O título executivo extrajudicial, referido no art. 46, parágrafo único, da Lei n.º 8.906/94, deve ser exigido em execução disciplinada pelo Código de Processo Civil, não sendo possível a execução fiscal regida pela Lei n.º 6.830/80. 7. Recurso especial provido. ..EMEN:

(RESP 200500893506, CASTRO MEIRA, STJ - SEGUNDA TURMA, DJ DATA:12/09/2005 PG:00311 ..DTPB:.)

Ante o exposto, dou provimento à apelação para reformar a r. sentença, determinando-se o regular prosseguimento da execução na Vara Cível de origem.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. OAB. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. RITO DA EXECUÇÃO. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INAPLICABILIDADE DA LEF. APELAÇÃO PROVIDA.

1. A questão devolvida a esta E. Corte diz respeito ao rito da execução de dívidas cobradas judicialmente pela OAB.
2. É firme a jurisprudência no sentido de que a OAB é uma autarquia sui generis, cujas dívidas devem ser executadas judicialmente pelo rito do Código de Processo Civil e não por aquele previsto pela Lei nº 6.830/1980 (LEF). Precedentes (TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5020965-29.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 02/05/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 08/05/2019 / TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5009591-16.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 06/02/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 11/02/2019 / TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2200486 - 0009903-28.2013.4.03.6000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 07/02/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/02/2018 / AC 00027322420074036002, JUIZ FEDERAL CONVOCADO MARCELO GUERRA, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/07/2016 ..FONTE_REPUBLICACAO.: / RESP 200200854440, JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, STJ - SEGUNDA TURMA, DJ DATA:28/06/2006 PG:00230 ..DTPB.: / RESP 200500893506, CASTRO MEIRA, STJ - SEGUNDA TURMA, DJ DATA:12/09/2005 PG:00311 ..DTPB:.).

3. Apelação provida.

4. Reformada a r. sentença para determinar o regular prosseguimento da execução na Vara Cível de origem

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação para reformar a r. sentença, determinando-se o regular prosseguimento da execução na Vara Cível de origem, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0000767-12.2015.4.03.6105
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE EDUCACAO FISICA DA 4 REGIAO
APELADO: DELPHINO FRANCISCO AMARAL DE FREITAS
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0000767-12.2015.4.03.6105
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE EDUCACAO FISICA DA 4 REGIAO

APELADO: DELPHINO FRANCISCO AMARAL DE FREITAS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo **Conselho Regional de Educação Física da 4ª Região - CREF4/SP**, inconformado com a sentença proferida nos autos da execução fiscal ajuizada em face de **Delphino Francisco Amaral de Freitas**.

A MM. Juíza de primeiro grau extinguiu o feito, nos termos do artigo 485, VI, do Código de Processo Civil, Sua Excelência considerou que as anuidades cobradas em período anterior ao ano de 2012, não atendem ao princípio da legalidade, e, com relação às anuidades referentes ao exercício de 2012 em diante, entendeu que não atingem o valor mínimo previsto no art. 8º da Lei n.º 12.514/11.

Irresignado, o apelante sustenta, em síntese, que:

- a) não há óbice para a cobrança da anuidade do ano de 2010;
- b) o fundamento da anuidade de 2011 é a Lei Federal n. 12.197, de 14 de janeiro de 2010, que trata exclusivamente da fixação das anuidades do Conselho Federal de Educação Física;
- c) o valor das anuidades cobradas, ainda que a anuidade do exercício de 2010 seja considerada ilegal, supera o valor de quatro anuidades, atendendo ao disposto no art. 8º da Lei n.º 12.514/11.

Sem contrarrazões, os autos vieram a este e. Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000767-12.2015.4.03.6105
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE EDUCACAO FISICA DA 4 REGIAO

APELADO: DELPHINO FRANCISCO AMARAL DE FREITAS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Trata-se de execução fiscal ajuizada pelo Conselho Regional de Educação Física da 4ª Região - CREF/SP, visando a cobrança de anuidades referente aos exercícios de 2010 a 2014 (ID de n.º 108192975, páginas 05-09).

De início, esclareça-se que a sentença foi proferida em conformidade com a análise dos títulos executivos apresentados nos autos. Assim, não há se falar em decisão surpresa.

Passo a analisar a cobrança da anuidade prevista para o ano de 2010.

As anuidades exigidas pelos Conselhos de Fiscalização detêm natureza jurídica tributária, motivo pelo qual devem submeter-se aos princípios constitucionais da legalidade e da anterioridade, inclusive no tocante à fixação e alteração de alíquotas e base de cálculo (precedentes: STF, MS 21.797/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJU 18/05/2001; STJ, REsp 273674/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 27/05/2002).

Ocorre que, por ocasião do julgamento da ADI nº 1.717, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de dispositivo legal que autorizava os conselhos de fiscalização profissional a fixar suas contribuições anuais. Veja-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. CONTRIBUIÇÕES ANUAIS. NATUREZA TRIBUTÁRIA. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA. AGRAVO IMPROVIDO. I - As contribuições anualmente devidas aos conselhos de fiscalização profissional possuem natureza tributária e, desse modo, sujeitam-se ao princípio da legalidade tributária, previsto no art. 150, I, da Lei Maior. II - O Plenário desta Corte, no julgamento da ADI 1.717/DF, Rel. Min. Sidney Sanches, declarou a inconstitucionalidade de dispositivo legal que autorizava os conselhos de fiscalização profissional a fixar suas contribuições anuais. III - Agravo regimental improvido. (ARE 640937 AgR-segundo, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-171 DIVULG 05-09-2011 PUBLIC 06-09-2011 EMENT VOL-02581-02 PP-00362)

No julgamento do ARE 640937 AgR, supracitado, o Supremo Tribunal Federal enfrentou e rejeitou o argumento de que o artigo 2º da Lei nº 11.000/2004 autorizaria os conselhos profissionais a fixar os valores de suas anuidades e, indo além, refutou também a alegação de que a decisão da Turma violaria o artigo 97 da Constituição Federal. Veja-se:

"O agravante sustenta que a delegação aos conselhos profissionais de atribuição para fixação de anuidade encontra suporte na Lei 11.000/2004. Nesse contexto, alega que, ao negar seguimento ao recurso, o relator não considerou citada lei ou afastou a sua incidência e, neste caso, fez-se um verdadeiro controle de constitucionalidade, em ofensa ao art. 97 da Constituição Federal. Bem reexaminada a questão, verifica-se que a decisão ora atacada não merece reforma, visto que o recorrente não aduz novos argumentos capazes de afastar as razões nela expendidas, que devem ser mantidas por seus próprios fundamentos.

Com efeito, conforme destacado na decisão recorrida, as contribuições anualmente devidas aos conselhos de fiscalização profissional possuem natureza tributária (MS 21.797/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, Plenário) e, desse modo, sujeitam-se ao princípio da legalidade tributária.

Ademais, não procede a alegação do recorrente de que a decisão agravada violou o art. 97 da Constituição Federal. É que a questão relacionada à inconstitucionalidade de delegação aos conselhos de fiscalização profissional da competência para fixação de suas contribuições anuais já foi decidida pelo Plenário desta Corte no julgamento da ADI 1.717/DF, Rel. Min. Sidney Sanches. (....)

.....

Além disso, sobre a desnecessidade de observância do art. 97 da Lei Maior, saliento, nos termos da jurisprudência deste Tribunal, que '(...) não é necessária identidade absoluta para aplicação dos precedentes dos quais resultem a declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade. Requer-se, sim, que as matérias examinadas sejam equivalentes' (AI 607.616-AgR/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa."

Neste mesmo sentido, já decidiu este e. Tribunal. Vejam-se:

"EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - CONSTITUCIONAL - TRIBUTÁRIO - CONSELHO REGIONAL DE ECONOMIA - ANUIDADE - NATUREZA JURÍDICA TRIBUTÁRIA - PRINCÍPIO DA LEGALIDADE - IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO POR MEIO DE RESOLUÇÃO.

I - Rejeitada a preliminar de intempestividade da apelação, arguida em contrarrazões pela parte embargante, pois o conselho-embargado foi intimado pessoalmente da decisão de fls. 99/112 em 06/11/2009, conforme certidões de fls. 114 e 142 e interpôs apelação em 30/11/2009, conforme protocolo de fls. 115, dentro, portanto, do prazo legal. Importante destacar que o prazo recursal in casu é contado em dobro a partir do ato de ciência pessoal da decisão e não da publicação no Diário Eletrônico, como faz crer a apelada.

II - Estabelece o artigo 149 da Constituição Federal competir exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas. O artigo 150, I, por sua vez, veda às pessoas jurídicas de direito público interno exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça, o que configura uma garantia do contribuinte.

III - Os conselhos de classe profissional têm natureza de autarquia, segundo já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, de forma que são considerados pessoas jurídicas de direito público interno (art. 41, IV, Código Civil), razão pela qual devem atencão ao comando constitucional que veda a majoração do tributo sem lei antecedente, sendo manifestamente impossível, por conseguinte, a sua fixação por meio da Resolução do Conselho Federal de Economia.

IV - A questão já foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, que refutou a pretensão dos conselhos de fixar o valor de suas anuidades por meio de atos normativos inferiores, in casu, resoluções. Nesse sentido: STJ, REsp nº 1074932/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. 07.10.2008, DJe 05.11.2008; STJ, REsp nº 507769/SC, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 01.03.2007, DJ 19.03.2007, pág. 302.

V - Por outro lado, como o próprio conselho-apelante reconheceu em suas razões recursais, a Lei nº. 1.411/51 não foi recepcionada pela Constituição Federal, pelo menos no tocante à fixação do valor das anuidades, já que estabeleceu o valor das anuidades vinculando-o ao salário mínimo, o que é de todo inadmissível diante da vedação prevista no art. 7º, inciso IV, da Constituição Federal.

VI - Apelação a que se nega provimento."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC 0061835-09.2004.4.03.6182, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MARCONDES, julgado em 18/07/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/07/2013)

"CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. CONSELHO REGIONAL DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. ANUIDADE. NATUREZA JURÍDICA TRIBUTÁRIA. FIXAÇÃO. PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL.

1. As contribuições instituídas em favor de entidades profissionais encontram previsão constitucional no art. 149 e possuem natureza tributária, razão pela qual submetem-se às mesmas regras dispensadas aos tributos em geral.

3. O aumento da contribuição em tela efetuada por meio da Resolução nº 617 do COFECI ofende o princípio da reserva legal insculpido no art. 150, I, da Constituição Federal, por não constituir lei em sentido formal, mas ato infra-legal."

Ademais, em decisão proferida no julgamento do RE 704292, ocorrido em 19/10/2016, de Relatoria do Ministro Dias Toffoli, com repercussão geral, a Suprema Corte decidiu que "É inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar, sem parâmetro legal, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos".

Desse modo, considerando a natureza tributária das anuidades devidas aos conselhos de fiscalização profissional, não há como admitir sua fixação por simples resolução (ainda que tal prerrogativa seja prevista em lei) em face do princípio da legalidade formalizado no artigo 150, inciso I, da Constituição Federal.

No presente caso, é indevida a cobrança da anuidade prevista para o exercício de 2010.

No que diz respeito às anuidades de 2011 em diante, a Lei nº 12.197/2010 fixa em seu art. 1º os valores máximos das anuidades devidas ao Conselho Federal e aos Conselhos Regionais de Educação Física e, no art. 2º, prevê a sua correção anual pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA. *Verbis*:

Art. 1o Na fixação do valor das anuidades devidas ao Conselho Federal e aos Conselhos Regionais de Educação Física, serão observados os seguintes limites:

I - R\$ 380,00 (trezentos e oitenta reais), para pessoas físicas;

II - R\$ 950,00 (novecentos e cinquenta reais), para pessoas jurídicas.

Art. 2o Os valores fixados no art. 1o poderão ser corrigidos anualmente pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA, calculado pela Fundação Instituto de Geografia e Estatística - IBGE.

Tendo em vista que a Lei 12.197/2010 foi publicada em 2010 e as anuidades são constituídas no dia 31 de março de cada ano, a partir do exercício de 2011 restam plenamente atendidos os princípios da legalidade e da anterioridade tributária.

Discute-se nos autos a aplicação do art. 8º da Lei n.º 12.514/11, que trata das contribuições devidas aos Conselhos Profissionais em Geral.

Assim dispõe o citado artigo:

Art. 8o Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente.

Parágrafo único. O disposto no caput não limitará a realização de medidas administrativas de cobrança, a aplicação de sanções por violação da ética ou a suspensão do exercício profissional.

O artigo em destaque introduz novo requisito para o ajuizamento de execução fiscal, qual seja, o limite mínimo a ser executado, correspondente a quatro vezes o valor da anuidade cobrada pelo Conselho.

Neste sentido, é o posicionamento firme da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. ART. 8º DA LEI 12.511/2011. NORMA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA. ANÁLISE DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO STF.

1. Discute-se nos autos a aplicação do art. 8º, da Lei n. 12.514/2011 aos processos em curso. 2. Dispõe o referido artigo que "os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente." 3. O dispositivo traz nova condição de procedimento para as execuções fiscais ajuizadas pelos conselhos profissionais, qual seja, o limite de quatro vezes o valor das anuidades como valor mínimo que poderá ser executado judicialmente. Trata-se de norma de caráter processual e, portanto, de aplicação imediata aos processos em curso. 4. Não cabe ao STJ, em recurso especial, a análise de suposta violação de dispositivos (5º, inciso XXXVI, do Constituição Federal) e princípios constitucionais, sob pena de usurpação da competência do STF. Recurso especial conhecido em parte e improvido." (REsp 1374202/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/05/2013, DJe 16/05/2013).

Por outro lado, o C. Superior Tribunal de Justiça - STJ, esclareceu que a limitação de valor mínimo para propositura da execução fiscal se refere ao valor do montante executado, e não a cobrança pura e simples de quatro anuidades. Veja-se:

"TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ANUIDADES DE CONSELHO PROFISSIONAL. ART. 8º DA LEI Nº 12.514/2011. INTERPRETAÇÃO DA NORMA LEGAL. VALOR EXEQUENDO SUPERIOR AO EQUIVALENTE A 4 (QUATRO) ANUIDADES. CONECTÁRIOS LEGAIS. CONSIDERAÇÃO. 1. O art. 8º da Lei nº 12.514/2011 estabelece que: "Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente." 2. Da leitura do dispositivo legal, extrai-se que a limitação imposta para o ajuizamento da execução fiscal refere-se ao valor da dívida na época da propositura da ação, o qual não poderá ser "inferior a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente". 3. No caso concreto, apesar de a dívida executada referir-se a apenas 3 (três) anuidades, o valor do montante executado, ou seja, principal mais acréscimos legais, supera em muito o equivalente "a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente", não havendo, por isso, razão para se extinguir o feito. Precedente: REsp 1.488.203/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2.ª Turma, j. em 20/11/2014, DJe 28/11/2014. 4. Ademais, "não obstante o legislador tenha feito referência à quantidade de quatro anuidades, a real intenção foi prestigiar o valor em si do montante exequendo, pois, se de baixo aporte, eventual execução judicial seria ineficaz, já que dispendioso o processo judicial" (REsp 1.468.126/PR, Rel. Ministro Og Fernandes, 2.ª Turma, j. em 24/02/2015, DJe 06/03/2015). 5. Recurso especial a que se dá provimento, em ordem a ensejar a retomada da execução. (STJ, Primeira Turma, REsp 1.425.329/PR, Rel. Ministro Sérgio Kukina, data da decisão: 19/03/2015, DJe de 16/04/2015).

No caso *sub judice*, o valor da anuidade cobrada de pessoa física na época da propositura da presente execução (ano de 2015) era de R\$ 505,27 (quinhentos e cinco reais e vinte e sete centavos) (Resolução 272/2014, do Conselho Federal de Educação Física). Assim, o valor correspondente a 04 (quatro) anuidades corresponde a R\$2.021,08 (dois mil e vinte e um reais e oito centavos), sendo que na presente execução o valor cobrado em relação às anuidades de 2011 a 2014 é de R\$ 2.361,59 (dois mil, trezentos e sessenta e um reais e cinquenta e nove centavos), ou seja, superior ao estabelecido no art. 8º da Lei nº 12.514/11. Desse modo, a execução deve prosseguir com relação às anuidades previstas para os anos de 2011, 2012, 2013 e 2014.

Ante o exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso de apelação, nos termos da fundamentação supra.

EMENTA

EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA. ANUIDADE DE 2010. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. ANUIDADES DE 2011 A 2014. VALOR DO MONTANTE EXECUTADO SUPERIOR AO DISPOSTO NO ART. 8º DA LEI Nº 12.514/11. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

1. Trata-se de execução fiscal ajuizada pelo Conselho Regional de Educação Física da 4ª Região - CREF/SP, visando a cobrança de anuidades referente aos exercícios de 2010 a 2014 (ID de n.º 108192975, páginas 05-09).

2. As anuidades exigidas pelos Conselhos de Fiscalização detêm natureza jurídica tributária, motivo pelo qual devem submeter-se aos princípios constitucionais da legalidade e da anterioridade, inclusive no tocante à fixação e alteração de alíquotas e base de cálculo (precedentes: STF, MS 21.797/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJU 18/05/2001; STJ, REsp 273674/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 27/05/2002).
3. O Supremo Tribunal Federal enfrentou e rejeitou o argumento de que o artigo 2º da Lei nº 11.000/2004 autorizaria os conselhos profissionais a fixar os valores de suas anuidades e, indo além, refutou também a alegação de que a decisão da Turma violaria o artigo 97 da Constituição Federal. (Precedente: STF, ARE 640937 AgR-segundo, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe- 171 DIVULG 05-09-2011 PUBLIC 06-09-2011 EMENT VOL-02581-02 PP-00362).
4. Ademais, em decisão proferida no julgamento do RE 704292, ocorrido em 19/10/2016, de Relatoria do Ministro Dias Toffoli, com repercussão geral, a Suprema Corte decidiu que "É inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar, sem parâmetro legal, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos".
5. Assim, no presente caso, é indevida a cobrança da anuidade prevista para o exercício de 2010.
6. Por outro lado, tendo em vista que a Lei 12.197/2010 foi publicada em 2010 e as anuidades são constituídas no dia 31 de março de cada ano, a partir do exercício de 2011 restam plenamente atendidos os princípios da legalidade e da anterioridade tributária.
7. A limitação prevista no art. 8º da Lei nº 12.514/11 de valor mínimo para propositura da execução fiscal se refere ao valor do montante executado, e não a cobrança pura e simples de quatro anuidades (precedente do STJ).
8. No caso *sub judice*, o valor da anuidade cobrada de pessoa física na época da propositura da presente execução (ano de 2015) era de R\$ 505,27 (quinhentos e cinco reais e vinte e sete centavos) (Resolução 272/2014, do Conselho Federal de Educação Física). Assim, o valor correspondente a 04 (quatro) anuidades corresponde a R\$ 2.021,08 (dois mil e vinte e um reais e oito centavos), sendo que na presente execução o valor cobrado em relação às anuidades de 2011 a 2014 é de R\$ 2.361,59 (dois mil, trezentos e sessenta e um reais e cinquenta e nove centavos), ou seja, superior ao estabelecido no art. 8º da Lei nº 12.514/11. Desse modo, a execução deve prosseguir com relação às anuidades previstas para os anos de 2011, 2012, 2013 e 2014.
10. Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, DEU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso de apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5020236-03.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SECÇÃO DE SÃO PAULO
Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRA BERTON SCHIAVINATO - SP231355-A
APELADO: JULIANA VIEIRA MORAES
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5020236-03.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SECÇÃO DE SÃO PAULO
Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRA BERTON SCHIAVINATO - SP231355-A
APELADO: JULIANA VIEIRA MORAES
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pela ORDEM DOS ADVOGADOS DOS BRASIL, SEÇÃO DE SÃO PAULO - OAB/SP (ID 89891574) contra a r. sentença (ID 89891571) que extinguiu a execução por entender que a OAB deveria cobrar a dívida por meio de execução fiscal em vez de execução de título extrajudicial.

Em suas razões recursais, a OAB sustenta, em síntese, que a OAB não mantém com órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico e que as contribuições recebidas pela entidade não possuem natureza tributária, de forma que sua execução deve seguir o rito do CPC.

Requer o provimento da apelação para que seja reformada a r. sentença, determinando-se o regular prosseguimento da execução no Juízo Federal Cível.

Sem contrarrazões, os autos subiram a esta E. Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5020236-03.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO DE SÃO PAULO
Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRA BERTON SCHIAVINATO - SP231355-A
APELADO: JULIANA VIEIRA MORAES

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A questão devolvida a esta E. Corte diz respeito ao rito da execução de dívidas cobradas judicialmente pela OAB.

É firme a jurisprudência no sentido de que a OAB é uma autarquia sui generis, cujas dívidas devem ser executadas judicialmente pelo rito do Código de Processo Civil e não por aquele previsto pela Lei nº 6.830/1980 (LEF). Confira-se:

EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. OAB/SP. COBRANÇA DE ANUIDADES. ACORDO POSTERIOR AO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. EXTINÇÃO INDEVIDA. HIPÓTESE DE SUSPENSÃO DA AÇÃO (ARTIGO 922 DO CPC).

1. Trata-se de apelação interposta pela OAB – Seção de São Paulo, em face de sentença que extinguiu a execução fiscal com resolução do mérito, aplicando subsidiariamente o artigo 487, III, do CPC, em razão de acordo de renegociação da dívida.
2. Após o ajuizamento da execução foi celebrado acordo entre as partes, tendo constado expressamente na cláusula 5 o pedido de suspensão da ação, nos termos do artigo 922 do CPC.
3. Trata-se de hipótese de suspensão da execução, sendo imperiosa a reforma da r. sentença que extinguiu o processo com resolução do mérito. Precedentes.
4. Na hipótese de inadimplemento do acordo, será de rigor o prosseguimento da execução no juízo de origem.
5. Apelação provida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5020965-29.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 02/05/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 08/05/2019)

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. OAB. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. ADESÃO A PARCELAMENTO. AUSÊNCIA DE NOVAÇÃO. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO. APELAÇÃO PROVIDA.

1. A questão devolvida a esta E. Corte diz respeito à extinção da execução de título extrajudicial em razão da notícia, às fls. 30, de parcelamento da dívida em 24 meses.

2. A OAB é uma autarquia "sui generis", cujas execuções não são fiscais e devem seguir o rito do Código de Processo Civil.

3. A novação apenas pode ser reconhecida se forem cumpridos os requisitos legais específicos previstos no Código Civil para a extinção da obrigação originária. Do contrário, aplica-se o disposto no artigo 361, do Código Civil.

4. A jurisprudência desta E. Corte pacificou o entendimento de que o parcelamento fiscal posterior ao ajuizamento da execução não configura novação e, portanto, não autoriza a extinção da ação, mas apenas sua suspensão.

5. Apelação provida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5009591-16.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 06/02/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 11/02/2019)

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. OAB/MS. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. ADESÃO A PROGRAMA DE RECUPERAÇÃO DE CRÉDITOS. AUSÊNCIA DE NOVAÇÃO. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO. APELAÇÃO PROVIDA.

1. A questão devolvida a esta E. Corte diz respeito à extinção da execução de título extrajudicial em razão da notícia de parcelamento da dívida em 24 meses.

2. Ainda que as anuidades da OAB não constituam tributo, conforme assente na jurisprudência, e sujeitem-se à legislação civil, a novação apenas pode ser reconhecida se forem cumpridos os requisitos legais específicos previstos no Código Civil para a extinção da obrigação originária.

3. Assente a jurisprudência no sentido de que não configura novação o mero parcelamento da dívida. A Suprema Corte, inclusive, já decidiu neste sentido (HC 102.348, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, 07/06/2011). Ainda que, no âmbito de ação penal e de débito fiscal, nada obsta que se reconheça idêntica solução às anuidades da OAB.

4. Esta Corte já assentou o entendimento de que parcelamento fiscal não configura novação e, portanto, não autoriza extinção, mas apenas suspensão da cobrança judicial. Precedentes.

5. No caso, ainda que se trate de obrigação não tributária, resta evidente da leitura do disposto na Resolução OAB/MS nº 05/2016, regulatória do programa de recuperação dos créditos, a ausência de animus novandi por parte da OAB. Na hipótese, não há contração de dívida nova para substituição da anterior (art. 360, I, CC), apenas o recebimento em parcelas e descontos na multa e nos juros de mora, com previsão expressa de restabelecimento do valor originário no caso de inadimplemento.

6. Trata-se, portanto, da hipótese prevista no art. 361 do CC.

7. A ausência de animus novandi se confirma ainda na redação dos arts. 2º e 5º da Resolução OAB/MS nº 05/2016, este último a tratar do requerimento de suspensão da execução durante a vigência do parcelamento, condicionado, pois, o pedido de extinção ao cumprimento integral e regular do acordo. Se houvesse a intenção de novar, as normas reguladoras do acordo seriam outras, expressas e inequívocas, como manda a lei, no sentido de extinguir a dívida originária a favor dos termos da nova obrigação contratada.

8. Tal qual no âmbito tributário, o parcelamento de anuidades da OAB não configura novação da dívida originária e, assim, não gera a extinção da obrigação em razão exclusivamente da adesão ao programa de recuperação de créditos, reforçando a conclusão de que, enquanto pendente o parcelamento, a execução não pode ser extinta, mas apenas suspensa.

9. Apelação provida.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2200486 - 0009903-28.2013.4.03.6000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 07/02/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/02/2018)

EMBARGOS À EXECUÇÃO. ANUIDADES. OAB/MS. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. PRESCRIÇÃO. REGRA DE TRANSIÇÃO. ART. 2.028 DO CPC/2002. PEDIDO DE EXCLUSÃO DO QUADRO DA OAB. ANUIDADES INEXIGÍVEIS. APELO IMPROVIDO. 1. O apelo visa afastar o decreto de prescrição das anuidades devidas à OAB/MS relativas aos exercícios de 1996, 1997, 1998, 1999 e 2000; e reformar o julgado para tornar exigível as anuidades relativas aos exercícios de 2003, 2004 e 2005, excluídas em razão da nomeação da embargante para cargo incompatível com a advocacia. 2. Os créditos referentes às anuidades e multas devidas à OAB têm natureza civil, e regem-se pelas regras do Direito Civil. O STJ firmou entendimento de que a OAB, não obstante ser autarquia profissional de regime especial ou "sui generis", não se confunde com as demais corporações incumbidas do exercício profissional, não tendo as contribuições pagas pelos filiados natureza tributária. 3. O título executivo extrajudicial, referido no art. 46, parágrafo único, da Lei nº 8.906/94, é exigido em execução disciplinada pelo CPC. As anuidades relativas aos exercícios de 1996, 1997, 1998, 1999 e 2000 estavam sujeitas ao Código Civil de 1916, vigente à época, aplicável o prazo vintenário (art. 177 do citado diploma legal). 4. Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, o prazo prescricional para a cobrança dos referidos créditos foi reduzido para 5 (cinco) anos, nos termos do art. 206, § 5º, inciso I. O art. 2.028 do novo Codex previu a regra de transição segundo a qual "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada". 5. No caso, a partir da anuidade mais antiga (1996), na data da entrada em vigor do Código Civil de 2002 (11/01/2003), havia transcorrido 7 (sete) anos do prazo vintenário, menos da metade do prazo prescricional previsto no Código Civil (1916), razão pela qual a cobrança dos referidos débitos passaram a se sujeitar ao prazo quinquenal da norma civil ora vigente. 6. Considerando que a execução foi ajuizada em 18/09/2006, correta a r. sentença ao reconhecer a prescrição dos créditos vencidos antes do exercício de 2001, ou seja, para os exercícios de 1996, 1997, 1998, 1999 e 2000. 7. Quanto às demais anuidades, o cancelamento de inscrição perante conselhos profissionais é livre, não sendo necessária prova de não exercício da profissão ou o pagamento de anuidades para que ocorra o desligamento (art. 5º, XX da Constituição Federal). Jurisprudência. 8. A executada protocolou seu pedido de "Suspensão provisória de Registro" em 19/12/2002, manifestando seu desejo de não mais exercer a advocacia, assim, não pode a entidade obrigar o profissional a manter-se inscrito nos quadros da categoria profissional, seja por motivo de ausência de interesse, ou porque tomou posse em cargo público incompatível com o exercício da advocacia (art. 8º e art. 28, IV, da Lei 8.906/1994). 9. O próprio Estatuto da Advocacia, aprovado pela Lei 8.906/1994, reza que a inscrição será cancelada se o profissional assim o requerer (art. 11, inciso I). Afastada a cobrança das anuidades de 2003, 2004 e 2005. 10. Apelo improvido.

(AC 00027322420074036002, JUIZ FEDERAL CONVOCADO MARCELO GUERRA, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/07/2016..FONTE_REPUBLICACAO:.)

..EMEN: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. OAB. LEI N. 8.906/94. DÉBITOS RELATIVOS A ANUIDADES. NATUREZA JURÍDICA. AÇÃO DE EXECUÇÃO. INAPLICABILIDADE DA LEI DE EXECUÇÕES FISCAIS. 1. A Ordem dos Advogados do Brasil - OAB é uma autarquia sui generis e, por conseguinte, diferencia-se das demais entidades que fiscalizam as profissões. 2. "O título executivo extrajudicial, referido no art. 46, parágrafo único, da Lei n. 8.906/94, deve ser exigido em execução disciplinada pelo Código de Processo Civil, não sendo possível a execução fiscal regida pela Lei n. 6.830/80" (EREsp n. 503.252/SC, relator Ministro Castro Meira). 3. Recurso especial provido. ..EMEN:

(RESP 200200854440, JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, STJ - SEGUNDA TURMA, DJ DATA:28/06/2006 PG:00230 ..DTPB:.)

..EMEN: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CONSELHOS PROFISSIONAIS. ANUIDADE. EXECUÇÃO. ART. 149 DA CF/88. INCOMPETÊNCIA DESTA CORTE. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 46 E PARÁGRAFO ÚNICO E 58, IV E IX DA LEI Nº 8.906/94 E 3º DO CTN. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS Nº 282 E 356 DO STF. DISSÍDIO NOTÓRIO. 1. Não é da competência deste Tribunal Superior a análise de violação a dispositivos constitucionais (art. 149), nos moldes do art. 102 da Constituição da República. 2. O Tribunal a quo não emitiu juízo de valor sobre a matéria à luz dos dispositivos apontados como violados (arts. 46 e parágrafo único e art. 58, IV e IX da Lei nº 8.906/94 e art. 3º do CTN). A ausência do prequestionamento atrai a incidência, por analogia, das Súmulas nº 282 e 356 do Pretório Excelso. 3. Em caso de dissídio notório, as exigências de natureza formal concernentes à demonstração da divergência são mitigadas. 4. Embora definida como autarquia profissional de regime especial ou sui generis, a OAB não se confunde com as demais corporações incumbidas do exercício profissional. 5. As contribuições pagas pelos filiados à OAB não têm natureza tributária. 6. O título executivo extrajudicial, referido no art. 46, parágrafo único, da Lei nº 8.906/94, deve ser exigido em execução disciplinada pelo Código de Processo Civil, não sendo possível a execução fiscal regida pela Lei nº 6.830/80. 7. Recurso especial provido. ..EMEN:

(RESP 200500893506, CASTRO MEIRA, STJ - SEGUNDA TURMA, DJ DATA:12/09/2005 PG:00311 ..DTPB:.)

Ante o exposto, dou provimento à apelação para reformar a r. sentença, determinando-se o regular prosseguimento da execução na Vara Cível de origem.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. OAB. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. RITO DA EXECUÇÃO. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INAPLICABILIDADE DA LEF. APELAÇÃO PROVIDA.

1. A questão devolvida a esta E. Corte diz respeito ao rito da execução de dívidas cobradas judicialmente pela OAB.
2. É firme a jurisprudência no sentido de que a OAB é uma autarquia sui generis, cujas dívidas devem ser executadas judicialmente pelo rito do Código de Processo Civil e não por aquele previsto pela Lei nº 6.830/1980 (LEF). Precedentes (TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5020965-29.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CECÍLIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 02/05/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 08/05/2019 / TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5009591-16.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 06/02/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 11/02/2019 / TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2200486 - 0009903-28.2013.4.03.6000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 07/02/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/02/2018 / AC 00027322420074036002, JUIZ FEDERAL CONVOCADO MARCELO GUERRA, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/07/2016 ..FONTE_REPUBLICACAO.: / RESP 200200854440, JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, STJ - SEGUNDA TURMA, DJ DATA:28/06/2006 PG:00230 ..DTPB:. / RESP 200500893506, CASTRO MEIRA, STJ - SEGUNDA TURMA, DJ DATA:12/09/2005 PG:00311 ..DTPB:.).
3. Apelação provida.
4. Reformada a r. sentença para determinar o regular prosseguimento da execução na Vara Cível de origem.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000378-79.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO: TEMPO - COMERCIAL DE VEICULOS E SERVICOS LTDA

Advogados do(a) AGRAVADO: PAULO CAMARGO TEDESCO - SP234916-A, GABRIELA SILVA DE LEMOS - SP208452-A
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000378-79.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO: TEMPO - COMERCIAL DE VEICULOS E SERVICOS LTDA
Advogados do(a) AGRAVADO: PAULO CAMARGO TEDESCO - SP234916-A, GABRIELA SILVA DE LEMOS - SP208452-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos por Tempo Comercial de Veículos e Serviços Ltda. em face de acórdão que deu provimento ao agravo de instrumento da União, para restabelecer a exigibilidade de créditos tributários correspondentes ao processo administrativo n. 10830.016522/2010-94 (IRPJ, CSLL, COFINS e PIS).

Sustenta que a decisão colegiada apresenta diversas omissões: em primeiro lugar, deixou de aplicar o princípio da dialeticidade, adotando fundamentação de que a União não cogitou no agravo – as razões recursais ficaram restritas à prática de simulação e de prejuízo para a arrecadação na apropriação de comissões de entidade concessionária de veículo automotor pelo controlador, com a redução indevida da base de cálculo de tributos federais.

Em segundo lugar, não considerou laudo econômico e declarações de instituições financeiras no sentido de que a intermediação do financiamento bancário não era feita pela distribuidora de veículos automotores (Tempo Comercial de Veículos e Serviços Ltda.), mas pela entidade controladora dela (ARCEL S.A. Empreendimentos e Participações), mencionando documentação que não foi abordada na decisão agravada, em supressão de instância e precipitação de julgamento de mérito.

Em terceiro lugar, ao ignorar os documentos em que se baseou o Juízo de Origem adotar outros, não atentou para os princípios da isonomia processual e da vedação de surpresa no julgamento.

Em quarto lugar, deixou de observar jurisprudência do STJ favorável à autonomia do contrato de financiamento em relação à compra e venda de veículos automotores, documentação indicativa da prestação do serviço de intermediação pelo controlador da entidade concessionária – laudo econômico e declarações de instituições financeiras – e o próprio objeto social da embargante, avesso a qualquer atividade de intermediação.

Em quinto lugar, desconsiderou a exigência legal de prova para qualquer omissão de receitas e o princípio da livre iniciativa, verificando na entidade controladora ausência de estrutura operacional para o serviço de intermediação de financiamento bancário.

E, por último, não abordou os fundamentos da nulidade de voto duplo no CARF e do confisco de multa superior a 100%, mesmo que eles tivessem o potencial de suspender uma parte da exigibilidade dos créditos tributários.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000378-79.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: TEMPO - COMERCIAL DE VEICULOS E SERVICOS LTDA

Advogados do(a) AGRAVADO: PAULO CAMARGO TEDESCO - SP234916-A, GABRIELA SILVA DE LEMOS - SP208452-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Os embargos de declaração se destinam a integrar pronunciamento judicial que contenha omissão, obscuridade, contradição ou erro material (artigo 1.022 do Código de Processo Civil). Não se prestam à revisão da decisão, a não ser que a superação daqueles vícios produza esse efeito, denominado infrigente.

O acórdão abordou todos os itens essenciais à resolução da controvérsia.

Fundamentou que a União, através dos argumentos da prática de simulação e de omissão de receitas, negou expressamente a prestação do serviço de intermediação pelo controlador da entidade concessionária, autorizando o Tribunal a ingressar em todo o material jurídico e factual da controvérsia, sem que devesse ficar limitado às provas adotadas pelo Juízo de Origem – houve aceitação de umas e preterição de outras – ou tivesse de abrir contraditório para matérias já integrantes da lide fiscal e que mereciam análise pela própria existência de pedido de tutela provisória do contribuinte.

Nessas circunstâncias, ficam logicamente rejeitadas as alegações de violação aos princípios da dialeticidade, isonomia processual e vedação de surpresa, bem como de supressão de instância e de precipitação de julgamento de mérito – afinal, a tutela de urgência não deixa de envolver a própria substância do conflito de interesses.

Ponderou também o acórdão que os contratos de intermediação de financiamento e a estrutura operacional da empresa controladora (ARCEL S.A. Empreendimentos e Participações) justificam a imputação das comissões à distribuidora de veículos automotores (Tempo Comercial de Veículos e Serviços Ltda.).

Explicou que a concessionária figura nos negócios jurídicos, assumindo prestações condizentes com o serviço de intermediação (proibição de cobrar tarifa do comprador pelo serviço, de ceder posição contratual, de subcontratar e de se tornar insolvente), e o controlador não dispõe de estrutura para realizar a atividade em 14 filiais da entidade controlada – o quadro de pessoal é composto apenas de três diretores, um funcionário de serviços gerais e um consultor de folha de pagamento.

Considerou que o laudo econômico, o objeto social da empresa concessionária e as declarações de instituições financeiras não modificam a conclusão, porquanto não comprometem a materialidade dos contratos e da infraestrutura operacional das partes; chegam, inclusive, até a conflitar com a atribuição da intermediação ao controlador, devido ao fato de que a presença de correspondente bancário em cada filial seria negativa da própria delegação da atividade remunerada.

Acrescentou ainda que a autonomia do contrato de financiamento, nos termos da própria jurisprudência do STJ, não impede a imputação das comissões à entidade concessionária, se foi ela quem intermediou o serviço (fato gerador de tributos federais), e toda a tentativa de apropriação dos recursos pelo controlador, em contrariedade aos contratos e à infraestrutura de cada empresa, constitui elemento suficiente de omissão de receitas, sem que se possa cogitar de violação da livre iniciativa – ARCEL S.A. Empreendimentos e Participações mantém a atividade econômica; só não realizou o fato gerador dos impostos e contribuições.

Por fim, deixou de examinar os fundamentos de nulidade de voto duplo no CARF e de confisco de multa superior a 100%, seja porque o agravo de instrumento não tem devolutividade similar à da apelação – compete ao Juízo de Origem analisar as matérias como garantia de instância –, seja porque Tempo Comercial de Veículos e Serviços Ltda. não requereu a suspensão da exigibilidade dos tributos sob essa fundamentação; fê-lo apenas sob o influxo da sujeição passiva tributária do controlador da distribuidora de veículos.

Observa-se, pelo relatório dos embargos e pela descrição dos fundamentos do julgamento colegiado, que Tempo Comercial de Veículos e Serviços Ltda. pretende claramente rediscutir a solução dada à controvérsia, mediante o artifício da omissão, ultrapassando os limites do simples esclarecimento. Para esse propósito, deve se valer do recurso apropriado.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É o voto.

EMENTA

I. O acórdão abordou todos os itens essenciais à resolução da controvérsia.

II. Fundamentou que a União, através dos argumentos da prática de simulação e de omissão de receitas, negou expressamente a prestação do serviço de intermediação pelo controlador da entidade concessionária, autorizando o Tribunal a ingressar em todo o material jurídico e factual da controvérsia, sem que devesse ficar limitado às provas adotadas pelo Juízo de Origem – houve aceitação de umas e preterição de outras – ou tivesse de abrir contraditório para matérias já integrantes da lide fiscal e que mereciam análise pela própria existência de pedido de tutela provisória do contribuinte.

III. Nessas circunstâncias, ficam logicamente rejeitadas as alegações de violação aos princípios da dialeticidade, isonomia processual e vedação de surpresa, bem como de supressão de instância e de precipitação de julgamento de mérito – afinal, a tutela de urgência não deixa de envolver a própria substância do conflito de interesses.

IV. Ponderou também o acórdão que os contratos de intermediação de financiamento e a estrutura operacional da empresa controladora (ARCEL S.A. Empreendimentos e Participações) justificam a imputação das comissões à distribuidora de veículos automotores (Tempo Comercial de Veículos e Serviços Ltda.).

V. Explicou que a concessionária figura nos negócios jurídicos, assumindo prestações condizentes com o serviço de intermediação (proibição de cobrar tarifa do comprador pelo serviço, de ceder posição contratual, de subcontratar e de se tornar insolvente), e o controlador não dispõe de estrutura para realizar a atividade em 14 filiais da entidade controlada – o quadro de pessoal é composto apenas de três diretores, um funcionário de serviços gerais e um consultor de folha de pagamento.

VI. Considerou que o laudo econômico, o objeto social da empresa concessionária e as declarações de instituições financeiras não modificam a conclusão, porquanto não comprometem a materialidade dos contratos e da infraestrutura operacional das partes; chegam, inclusive, até a conflitar com a atribuição da intermediação ao controlador, devido ao fato de que a presença de correspondente bancário em cada filial seria negativa da própria delegação da atividade remunerada.

VII. Acrescentou ainda que a autonomia do contrato de financiamento, nos termos da própria jurisprudência do STJ, não impede a imputação das comissões à entidade concessionária, se foi ela quem intermediou o serviço (fato gerador de tributos federais), e toda a tentativa de apropriação dos recursos pelo controlador, em contrariedade aos contratos e à infraestrutura de cada empresa, constitui elemento suficiente de omissão de receitas, sem que se possa cogitar de violação da livre iniciativa – ARCEL S.A. Empreendimentos e Participações mantém a atividade econômica; só não realizou o fato gerador dos impostos e contribuições.

VIII. Por fim, deixou de examinar os fundamentos de nulidade de voto duplo no CARF e de confisco de multa superior a 100%, seja porque o agravo de instrumento não tem devolutividade similar à da apelação – compete ao Juízo de Origem analisar as matérias como garantia de instância –, seja porque Tempo Comercial de Veículos e Serviços Ltda. não requereu a suspensão da exigibilidade dos tributos sob essa fundamentação; fê-lo apenas sob o influxo da sujeição passiva tributária do controlador da distribuidora de veículos.

IX. Observa-se, pelo relatório dos embargos e pela descrição dos fundamentos do julgamento colegiado, que Tempo Comercial de Veículos e Serviços Ltda. pretende claramente rediscutir a solução dada à controvérsia, mediante o artifício da omissão, ultrapassando os limites do simples esclarecimento. Para esse propósito, deve se valer do recurso apropriado.

X. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5031096-29.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SECÇÃO DE SÃO PAULO

Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRA BERTON SCHIAVINATO - SP231355-A

APELADO: ILTOM LUIS PORTO

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5031096-29.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO DE SÃO PAULO
Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRA BERTON SCHIAVINATO - SP231355-A
APELADO: ILTOM LUIS PORTO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pela ORDEM DOS ADVOGADOS DOS BRASIL, SEÇÃO DE SÃO PAULO - OAB/SP (ID 89870221) contra a r. sentença (ID 89870218) que extinguiu a execução por entender que a OAB deveria cobrar a dívida por meio de execução fiscal em vez de execução de título extrajudicial.

Em suas razões recursais, a OAB sustenta, em síntese, que a OAB não mantém com órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico e que as contribuições recebidas pela entidade não possuem natureza tributária, de forma que sua execução deve seguir o rito do CPC.

Requer o provimento da apelação para que seja reformada a r. sentença, determinando-se o regular prosseguimento da execução no Juízo Federal Cível.

Sem contrarrazões, os autos subiram a esta E. Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5031096-29.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO DE SÃO PAULO
Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRA BERTON SCHIAVINATO - SP231355-A
APELADO: ILTOM LUIS PORTO

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A questão devolvida a esta E. Corte diz respeito ao rito da execução de dívidas cobradas judicialmente pela OAB.

É firme a jurisprudência no sentido de que a OAB é uma autarquia sui generis, cujas dívidas devem ser executadas judicialmente pelo rito do Código de Processo Civil e não por aquele previsto pela Lei nº 6.830/1980 (LEF). Confira-se:

EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. OAB/SP. COBRANÇA DE ANUIDADES. ACORDO POSTERIOR AO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. EXTINÇÃO INDEVIDA. HIPÓTESE DE SUSPENSÃO DA AÇÃO (ARTIGO 922 DO CPC).

1. Trata-se de apelação interposta pela OAB – Seção de São Paulo, em face de sentença que extinguiu a execução fiscal com resolução do mérito, aplicando subsidiariamente o artigo 487, III, do CPC, em razão de acordo de renegociação da dívida.

2. Após o ajuizamento da execução foi celebrado acordo entre as partes, tendo constado expressamente na cláusula 5 o pedido de suspensão da ação, nos termos do artigo 922 do CPC.

3. Trata-se de hipótese de suspensão da execução, sendo imperiosa a reforma da r. sentença que extinguiu o processo com resolução do mérito. Precedentes.

4. Na Hipótese de inadimplemento do acordo, será de rigor o prosseguimento da execução no juízo de origem.

5. Apelação provida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5020965-29.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 02/05/2019, e - DJF3 Judicial1 DATA: 08/05/2019)

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. OAB. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. ADESÃO A PARCELAMENTO. AUSÊNCIA DE NOVAÇÃO. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO. APELAÇÃO PROVIDA.

1. A questão devolvida a esta E. Corte diz respeito à extinção da execução de título extrajudicial em razão da notícia, às fls. 30, de parcelamento da dívida em 24 meses.

2. A OAB é uma autarquia “sui generis”, cujas execuções não são fiscais e devem seguir o rito do Código de Processo Civil.

3. A novação apenas pode ser reconhecida se forem cumpridos os requisitos legais específicos previstos no Código Civil para a extinção da obrigação originária. Do contrário, aplica-se o disposto no artigo 361, do Código Civil.

4. A jurisprudência desta E. Corte pacificou o entendimento de que o parcelamento fiscal posterior ao ajuizamento da execução não configura novação e, portanto, não autoriza a extinção da ação, mas apenas sua suspensão.

5. Apelação provida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5009591-16.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 06/02/2019, e - DJF3 Judicial1 DATA: 11/02/2019)

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. OAB/MS. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. ADESÃO A PROGRAMA DE RECUPERAÇÃO DE CRÉDITOS. AUSÊNCIA DE NOVAÇÃO. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO. APELAÇÃO PROVIDA.

1. A questão devolvida a esta E. Corte diz respeito à extinção da execução de título extrajudicial em razão da notícia de parcelamento da dívida em 24 meses.

2. Ainda que as anuidades da OAB não constituam tributo, conforme assente na jurisprudência, e sujeitem-se à legislação civil, a novação apenas pode ser reconhecida se forem cumpridos os requisitos legais específicos previstos no Código Civil para a extinção da obrigação originária.

3. Assente a jurisprudência no sentido de que não configura novação o mero parcelamento da dívida. A Suprema Corte, inclusive, já decidiu neste sentido (HC 102.348, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, 07/06/2011). Ainda que, no âmbito de ação penal e de débito fiscal, nada obsta que se reconheça idêntica solução às anuidades da OAB.

4. Esta Corte já assentou o entendimento de que parcelamento fiscal não configura novação e, portanto, não autoriza extinção, mas apenas suspensão da cobrança judicial. Precedentes.

5. No caso, ainda que se trate de obrigação não tributária, resta evidente da leitura do disposto na Resolução OAB/MS nº 05/2016, regulatória do programa de recuperação dos créditos, a ausência de animus novandi por parte da OAB. Na hipótese, não há contração de dívida nova para substituição da anterior (art. 360, I, CC), apenas o recebimento em parcelas e descontos na multa e nos juros de mora, com previsão expressa de restabelecimento do valor originário no caso de inadimplemento.

6. Trata-se, portanto, da hipótese prevista no art. 361 do CC.

7. A ausência de animus novandi se confirma ainda na redação dos arts. 2º e 5º da Resolução OAB/MS nº 05/2016, este último a tratar do requerimento de suspensão da execução durante a vigência do parcelamento, condicionado, pois, o pedido de extinção ao cumprimento integral e regular do acordo. Se houvesse a intenção de novar, as normas reguladoras do acordo seriam outras, expressas e inequívocas, como manda a lei, no sentido de extinguir a dívida originária a favor dos termos da nova obrigação contratada.

8. Tal qual no âmbito tributário, o parcelamento de anuidades da OAB não configura novação da dívida originária e, assim, não gera a extinção da obrigação em razão exclusivamente da adesão ao programa de recuperação de créditos, reforçando a conclusão de que, enquanto pendente o parcelamento, a execução não pode ser extinta, mas apenas suspensa.

9. Apelação provida.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2200486 - 0009903-28.2013.4.03.6000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 07/02/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/02/2018)

EMBARGOS À EXECUÇÃO. ANUIDADES. OAB/MS. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. PRESCRIÇÃO. REGRA DE TRANSIÇÃO. ART. 2.028 DO CPC/2002. PEDIDO DE EXCLUSÃO DO QUADRO DA OAB. ANUIDADES INEXIGÍVEIS. APELO IMPROVIDO. 1. O apelo visa afastar o decreto de prescrição das anuidades devidas à OAB/MS relativas aos exercícios de 1996, 1997, 1998, 1999 e 2000; e reformar o julgado para tornar exigível as anuidades relativas aos exercícios de 2003, 2004 e 2005, excluídas em razão da nomeação da embargante para cargo incompatível com a advocacia. 2. Os créditos referentes às anuidades e multas devidas à OAB têm natureza civil, e regem-se pelas regras do Direito Civil. O STJ firmou entendimento de que a OAB, não obstante ser autarquia profissional de regime especial ou "sui generis", não se confunde com as demais corporações incumbidas do exercício profissional, não tendo as contribuições pagas pelos filiados natureza tributária. 3. O título executivo extrajudicial, referido no art. 46, parágrafo único, da Lei nº 8.906/94, é exigido em execução disciplinada pelo CPC. As anuidades relativas aos exercícios de 1996, 1997, 1998, 1999 e 2000 estavam sujeitas ao Código Civil de 1916, vigente à época, aplicável o prazo vintenário (art. 177 do citado diploma legal). 4. Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, o prazo prescricional para a cobrança dos referidos créditos foi reduzido para 5 (cinco) anos, nos termos do art. 206, § 5º, inciso I. O art. 2.028 do novo Codex previu a regra de transição segundo a qual "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada". 5. No caso, a partir da anuidade mais antiga (1996), na data da entrada em vigor do Código Civil de 2002 (11/01/2003), havia transcorrido 7 (sete) anos do prazo vintenário, menos da metade do prazo prescricional previsto no Código Civil (1916), razão pela qual a cobrança dos referidos débitos passaram a se sujeitar ao prazo quinquenal da norma civil ora vigente. 6. Considerando que a execução foi ajuizada em 18/09/2006, correta a r. sentença ao reconhecer a prescrição dos créditos vencidos antes do exercício de 2001, ou seja, para os exercícios de 1996, 1997, 1998, 1999 e 2000. 7. Quanto às demais anuidades, o cancelamento de inscrição perante conselhos profissionais é livre, não sendo necessária prova de não exercício da profissão ou o pagamento de anuidades para que ocorra o desligamento (art. 5º, XX da Constituição Federal). Jurisprudência. 8. A executada protocolou seu pedido de "Suspensão provisória de Registro" em 19/12/2002, manifestando seu desejo de não mais exercer a advocacia, assim, não pode a entidade obrigar o profissional a manter-se inscrito nos quadros da categoria profissional, seja por motivo de ausência de interesse, ou porque tomou posse em cargo público incompatível com o exercício da advocacia (art. 8º e art. 28, IV, da Lei 8.906/1994). 9. O próprio Estatuto da Advocacia, aprovado pela Lei 8.906/1994, reza que a inscrição será cancelada se o profissional assim o requerer (art. 11, inciso I). Afastada a cobrança das anuidades de 2003, 2004 e 2005. 10. Apelo improvido.

(AC 00027322420074036002, JUIZ FEDERAL CONVOCADO MARCELO GUERRA, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/07/2016..FONTE_REPUBLICACAO:.)

..EMEN: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. OAB. LEI N. 8.906/94. DÉBITOS RELATIVOS A ANUIDADES. NATUREZA JURÍDICA. AÇÃO DE EXECUÇÃO. INAPLICABILIDADE DA LEI DE EXECUÇÕES FISCAIS. 1. A Ordem dos Advogados do Brasil - OAB é uma autarquia sui generis e, por conseguinte, diferencia-se das demais entidades que fiscalizam as profissões. 2. "O título executivo extrajudicial, referido no art. 46, parágrafo único, da Lei n. 8.906/94, deve ser exigido em execução disciplinada pelo Código de Processo Civil, não sendo possível a execução fiscal regida pela Lei n. 6.830/80" (EREsp n. 503.252/SC, relator Ministro Castro Meira). 3. Recurso especial provido. ..EMEN:

(RESP 200200854440, JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, STJ - SEGUNDA TURMA, DJ DATA:28/06/2006 PG:00230 ..DTPB:.)

..EMEN: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CONSELHOS PROFISSIONAIS. ANUIDADE. EXECUÇÃO. ART. 149 DA CF/88. INCOMPETÊNCIA DESTA CORTE. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 46 E PARÁGRAFO ÚNICO E 58, IV E IX DA LEI Nº 8.906/94 E 3º DO CTN. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS Nº 282 E 356 DO STF. DISSÍDIO NOTÓRIO. 1. Não é da competência deste Tribunal Superior a análise de violação a dispositivos constitucionais (art. 149), nos moldes do art. 102 da Constituição da República. 2. O Tribunal a quo não emitiu juízo de valor sobre a matéria à luz dos dispositivos apontados como violados (arts. 46 e parágrafo único e art. 58, IV e IX da Lei nº 8.906/94 e art. 3º do CTN). A ausência do prequestionamento atrai a incidência, por analogia, das Súmulas nº 282 e 356 do Pretório Excelso. 3. Em caso de dissídio notório, as exigências de natureza formal concernentes à demonstração da divergência são mitigadas. 4. Embora definida como autarquia profissional de regime especial ou sui generis, a OAB não se confunde com as demais corporações incumbidas do exercício profissional. 5. As contribuições pagas pelos filiados à OAB não têm natureza tributária. 6. O título executivo extrajudicial, referido no art. 46, parágrafo único, da Lei n.º 8.906/94, deve ser exigido em execução disciplinada pelo Código de Processo Civil, não sendo possível a execução fiscal regida pela Lei n.º 6.830/80. 7. Recurso especial provido. ..EMEN:

(RESP 200500893506, CASTRO MEIRA, STJ - SEGUNDA TURMA, DJ DATA:12/09/2005 PG:00311 ..DTPB:.)

Ante o exposto, dou provimento à apelação para reformar a r. sentença, determinando-se o regular prosseguimento da execução na Vara Cível de origem.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. OAB. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. RITO DA EXECUÇÃO. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INAPLICABILIDADE DA LEF. APELAÇÃO PROVIDA.

1. A questão devolvida a esta E. Corte diz respeito ao rito da execução de dívidas cobradas judicialmente pela OAB.
2. É firme a jurisprudência no sentido de que a OAB é uma autarquia sui generis, cujas dívidas devem ser executadas judicialmente pelo rito do Código de Processo Civil e não por aquele previsto pela Lei nº 6.830/1980 (LEF). Precedentes (TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5020965-29.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CECÍLIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 02/05/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 08/05/2019 / TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5009591-16.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 06/02/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 11/02/2019 / TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2200486 - 0009903-28.2013.4.03.6000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 07/02/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/02/2018 / AC 00027322420074036002, JUIZ FEDERAL CONVOCADO MARCELO GUERRA, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/07/2016 ..FONTE_REPUBLICACAO.: / RESP 200200854440, JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, STJ - SEGUNDA TURMA, DJ DATA:28/06/2006 PG:00230 ..DTPB:. / RESP 200500893506, CASTRO MEIRA, STJ - SEGUNDA TURMA, DJ DATA:12/09/2005 PG:00311 ..DTPB:.)

3. Apelação provida.

4. Reformada a r. sentença para determinar o regular prosseguimento da execução na Vara Cível de origem

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação para reformar a r. sentença, determinando-se o regular prosseguimento da execução na Vara Cível de origem, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5001538-42.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: ANIVALDO DONIZETTI TOSATTI

Advogado do(a) AGRAVADO: MARCOS GABRIEL DA ROCHA FRANCO - SP137017-A

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5001538-42.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: ANIVALDO DONIZETTI TOSATTI

Advogado do(a) AGRAVADO: MARCOS GABRIEL DA ROCHA FRANCO - SP137017-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos por Anivaldo Donizetti Tosatti em face de acórdão que deu provimento ao agravo de instrumento da União, para afastar a prescrição de créditos tributários correspondentes a declarações do contribuinte entregues em 24.04.2009.

Sustenta que a decisão colegiada apresenta omissão, pois deixou de considerar que, quando os créditos tributários são constituídos mediante declaração fiscal do contribuinte, o prazo prescricional se inicia com a entrega do documento ou o vencimento posterior da obrigação já declarada.

Alega que a execução fiscal somente foi proposta em 02.03.2015, depois de cinco anos da entrega da declaração fiscal – 24.04.2009.

Adverte que o jurisdicionado faz jus à fundamentação das decisões judiciais e à abordagem de cada argumento exposto na manifestação processual. Afirma que a medida garante o exercício da ampla defesa e do contraditório, inclusive para efeito de prequestionamento e interposição de recurso especial e extraordinário.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5001538-42.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO: ANIVALDO DONIZETTI TOSATTI
Advogado do(a) AGRAVADO: MARCOS GABRIEL DA ROCHA FRANCO - SP137017-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Os embargos de declaração se destinam a integrar pronunciamento judicial que contenha omissão, obscuridade, contradição ou erro material (artigo 1.022 do Código de Processo Civil). Não se prestam à revisão da decisão, a não ser que a superação daqueles vícios produza esse efeito, denominado *infringente*.

O acórdão abordou todos os itens essenciais à resolução da controvérsia.

Fundamentou que o início do prazo prescricional com a entrega de declaração fiscal do sujeito passivo ou com o vencimento posterior de obrigação já declarada não se aplica à controvérsia, porquanto a União exige diferenças de imposto, cuja formalização depende de lançamento suplementar.

Ponderou que não se trata de tributos declarados, que são imediatamente exigíveis, mas de diferenças omitidas pelo contribuinte, que devem ser lançadas suplementarmente pelo Fisco.

Considerou que o prazo prescricional deve seguir, então, o artigo 174, *caput*, do CTN, que prevê início da contagem no encerramento do processo administrativo fiscal. Segundo os autos da execução fiscal, a União expediu notificação de lançamento em 24.09.2012 e iniciou a cobrança nos cinco anos seguintes (janeiro de 2015).

Observa-se, pelo relatório dos embargos e pela descrição dos fundamentos do acórdão, que Anivaldo Donizetti Tosatti pretende claramente rediscutir a solução dada à controvérsia, mediante o artifício da omissão e da ausência de prequestionamento, ultrapassando os limites do simples esclarecimento. Para esse propósito, deve se valer do recurso apropriado.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. EFEITOS INFRINGENTES. RECURSO DESPROVIDO.

I. O acórdão abordou todos os itens essenciais à resolução da controvérsia.

II. Fundamentou que o início do prazo prescricional com a entrega de declaração fiscal do sujeito passivo ou como o vencimento posterior de obrigação já declarada não se aplica à controvérsia, porquanto a União exige diferenças de imposto, cuja formalização depende de lançamento suplementar.

III. Ponderou que não se trata de tributos declarados, que são imediatamente exigíveis, mas de diferenças omitidas pelo contribuinte, que devem ser lançadas suplementarmente pelo Fisco.

IV. Considerou que o prazo prescricional deve seguir, então, o artigo 174, *caput*, do CTN, que prevê início da contagem no encerramento do processo administrativo fiscal. Segundo os autos da execução fiscal, a União expediu notificação de lançamento em 24.09.2012 e iniciou a cobrança nos cinco anos seguintes (janeiro de 2015).

V. Observa-se, pelo relatório dos embargos e pela descrição dos fundamentos do acórdão, que Anivaldo Donizetti Tosatti pretende claramente rediscutir a solução dada à controvérsia, mediante o artifício da omissão e da ausência de prequestionamento, ultrapassando os limites do simples esclarecimento. Para esse propósito, deve se valer do recurso apropriado.

VI. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002017-35.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: CALDEMAR INDUSTRIA E COMERCIO LTDA - ME
Advogado do(a) AGRAVANTE: WELLINGTON FERREIRA - SP361962-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002017-35.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: CALDEMAR INDUSTRIA E COMERCIO LTDA - ME
Advogado do(a) AGRAVANTE: WELLINGTON FERREIRA - SP361962-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos por Caldemar – Indústria e Comércio Ltda. em face de acórdão que negou provimento a agravo de instrumento, que objetivava a decretação de decadência e prescrição tributárias.

Sustenta que a decisão colegiada apresenta omissão, pois deixou de considerar o argumento de que não há prova de adesão do devedor a parcelamento no período anterior a 2009.

Alega que a única adesão ocorreu no próprio exercício de 2009, com o programa fiscal da Lei n. 11.941 de 2009, num momento em que o prazo prescricional de tributos correspondentes ao período de 1997 a 1999 já havia expirado.

Afirma que a omissão do órgão julgador significa negativa de jurisdição e impossibilita o exercício das garantias da ampla defesa e do contraditório.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002017-35.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: CALDEMAR INDUSTRIA E COMERCIO LTDA - ME
Advogado do(a) AGRAVANTE: WELLINGTON FERREIRA - SP361962-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Os embargos de declaração se destinam a integrar pronunciamento judicial que contenha omissão, obscuridade, contradição ou erro material (artigo 1.022 do Código de Processo Civil). Não se prestam à revisão da decisão, a não ser que a superação daqueles vícios produza esse efeito, denominado infringente.

O acórdão abordou todos os itens essenciais à resolução da controvérsia.

Ponderou que a União trouxe extratos fiscais demonstrativos da adesão de Caldemar – Indústria e Comércio Ltda. ao REFIS (2001) e da duração do parcelamento até fevereiro de 2008, quando houve rescisão por inadimplência.

Considerou que, com a suspensão do prazo prescricional até 2008, fica inviável a alegação de que o período de prescrição dos tributos correspondentes aos exercícios de 1997 a 1999 já tinha expirado no momento da adesão ao programa fiscal da Lei n. 11.941 de 2009.

Explicou que cabia ao devedor questionar a documentação fiscal juntada, em atenção à própria presunção de certeza e liquidez da CDA, o que não chegou a ocorrer materialmente. Acrescentou que, no mínimo, haveria um ponto controvertido dependente de dilação probatória, de modo a inviabilizar a exceção de executividade.

Observa-se, pelo relatório dos embargos e pela descrição dos fundamentos do julgamento colegiado, que Caldemar – Indústria e Comércio Ltda. pretende claramente rediscutir a solução dada à controvérsia, mediante o artifício da omissão, ultrapassando os limites do simples esclarecimento. Para esse propósito, deve se valer do recurso apropriado.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. EFEITOS INFRINGENTES. RECURSO DESPROVIDO.

I. O acórdão abordou todos os itens essenciais à resolução da controvérsia.

II. Ponderou que a União trouxe extratos fiscais demonstrativos da adesão de Caldemar – Indústria e Comércio Ltda. ao REFIS (2001) e da duração do parcelamento até fevereiro de 2008, quando houve rescisão por inadimplência.

III. Considerou que, com a suspensão do prazo prescricional até 2008, fica inviável a alegação de que o período de prescrição dos tributos correspondentes aos exercícios de 1997 a 1999 já tinha expirado no momento da adesão ao programa fiscal da Lei n. 11.941 de 2009.

IV. Explicou que cabia ao devedor questionar a documentação fiscal juntada, em atenção à própria presunção de certeza e liquidez da CDA, o que não chegou a ocorrer materialmente. Acrescentou que, no mínimo, haveria um ponto controvertido dependente de dilação probatória, de modo a inviabilizar a exceção de executividade.

V. Observa-se, pelo relatório dos embargos e pela descrição dos fundamentos do julgamento colegiado, que Caldemar – Indústria e Comércio Ltda. pretende claramente rediscutir a solução dada à controvérsia, mediante o artifício da omissão, ultrapassando os limites do simples esclarecimento. Para esse propósito, deve se valer do recurso apropriado.

VI. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5024098-75.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: CLUB ATHLETICO PAULISTANO

Advogado do(a) AGRAVANTE: CESAR CIPRIANO DE FAZIO - SP246650-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL, AGENCIA NACIONAL DE ENERGIA ELETRICA - ANEEL, CENTRAIS ELETRICAS BRASILEIRAS SA, CAMARA DE COMERCIALIZACAO DE ENERGIA ELETRICA - CCEE

Advogado do(a) AGRAVADO: GUSTAVO VALTES PIRES - RJ1457260S

Advogado do(a) AGRAVADO: CARLOS AUGUSTO TORTORO JUNIOR - SP247319-A

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5024098-75.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: CLUB ATHLETICO PAULISTANO

Advogado do(a) AGRAVANTE: CESAR CIPRIANO DE FAZIO - SP246650-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL, AGENCIA NACIONAL DE ENERGIA ELETRICA - ANEEL, CENTRAIS ELETRICAS BRASILEIRAS SA, CAMARA DE COMERCIALIZACAO DE ENERGIA ELETRICA - CCEE

Advogado do(a) AGRAVADO: GUSTAVO VALTES PIRES - RJ1457260S

Advogado do(a) AGRAVADO: CARLOS AUGUSTO TORTORO JUNIOR - SP247319-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração contra acórdão assimementado:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE PREÇO PÚBLICO COM PEDIDO DE REPETIÇÃO DO INDÉBITO. QUESTIONAMENTO DE RUBRICAS DA CDE (CONTA DE DESENVOLVIMENTO ENERGÉTICO) COBRADAS NOS ANOS DE 2015 E 2016. INCLUSÃO NO POLO PASSIVO DA LIIDE DA CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA (CCEE) - DESCABIMENTO. ENTIDADE QUE PASSOU A GERENCIAR A CDE SOMENTE A PARTIR DE MAIO DE 2017. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

1. A ação originária foi ajuizada em face da Aneel, da União e da Eletrobrás. Objetivo de questionar o montante cobrado a título do encargo setorial denominado CDE (Conta de Desenvolvimento Energético) nas faturas de energia elétrica relativas aos anos de 2015 e 2016, em especial no que tange às rubricas mencionadas na exordial.

2. Inclusão no polo passivo da liide da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, com fundamento nos artigos 130 e 131 do Código de Processo Civil (chamamento ao processo), fato que ensejou a propositura do presente agravo de instrumento.

3. A teor do disposto no artigo 1.015, inciso IX, do CPC, cabe agravo de instrumento em face das decisões interlocutórias que versarem sobre admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros. Matéria preliminar apresentada na contraminuta da Eletrobrás afastada.

4. A entidade incluída no feito (Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE) passou a ser responsável pela gestão da CDE (Conta de Desenvolvimento Energético) a partir de maio de 2017 (artigo 13, § 5º-A, da Lei nº 10.438/2012, incluído pela Lei nº 13.360/2016). Ocorre que na ação originária discute-se apenas valores cobrados nos anos de 2015 e 2016, ocasião em que a movimentação financeira da CDE competia à Eletrobrás. Ausência de interesse jurídico que justifique a inclusão da CCEE no polo passivo da ação.

5. A questão em debate não se amolda à disposição do artigo 130 do Código de Processo Civil, dispositivo que fundamentou a decisão agravada e que admite que o réu requeira o chamamento ao processo de coobrigados pela dívida.

6. Não se tratando de hipótese em que a CCEE possa ser chamada a responder de forma solidária com a Eletrobrás pelos valores impugnados no feito originário, é de se concluir que o presente agravo de instrumento merece ser provido.

7. Exclusão da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE do polo passivo da ação nº 5003628-56.2019.4.03.6100.

8. Matéria preliminar apresentada na contraminuta da Eletrobrás afastada.

9. Agravo de instrumento provido.

Pleiteou o agravante o acolhimento dos embargos de declaração, alegando omissão do julgado, pois a exclusão da empresa Comercialização de Energia Elétrica - CCEE do polo passivo da ação, quando indevidamente incluída, deu causa à interposição do agravo de instrumento, cabendo a fixação de honorários advocatícios, nos termos do artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil.

A agravada Eletrobrás alegou omissão e contradição do julgado, pois: (1) a Conta de Desenvolvimento Energético - CDE, instituída pela Lei 10.438/2002, estava inicialmente sob a sua gestão, porém foi transferida à CCEE, nos termos da Lei 13.360/2016, donde sua ilegitimidade passiva; (2) a inclusão da CCEE é necessária, sendo atualmente a responsável pelo recebimento dos valores pagos por consumidores e pelo repasse dos recursos da CDE, nos termos dos artigos 130 e 131 do CPC, e 13, § 5-A, da Lei 10.438/2002; e (3) houve violação do artigo 20 da Decreto-lei 4.657/1942.

A CCEE manifestou-se pelo não conhecimento dos embargos de declaração do agravante, por irregularidade formal.

Apresento o feito em mesa para julgamento (artigo 1.024, § 1º, CPC).

É o relatório.

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: CLUB ATHLETICO PAULISTANO
Advogado do(a) AGRAVANTE: CESAR CIPRIANO DE FAZIO - SP246650-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL, AGENCIA NACIONAL DE ENERGIA ELETRICA - ANEEL, CENTRAIS
ELETRICAS BRASILEIRAS SA, CAMARA DE COMERCIALIZACAO DE ENERGIA ELETRICA - CCEE
Advogado do(a) AGRAVADO: GUSTAVO VALTES PIRES - RJ1457260S
Advogado do(a) AGRAVADO: CARLOS AUGUSTO TORTORO JUNIOR - SP247319-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, rejeito a preliminar de não conhecimento dos embargos de declaração opostos pelo agravante, pois preenchidos os requisitos de admissibilidade previstos no artigo 1.022 do Código de Processo Civil.

No mérito, são manifestamente improcedentes ambos os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

As alegações não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.

De fato, quanto aos embargos de declaração do agravante, que reclama honorários advocatícios pela exclusão da CCEE da lide, não houve qualquer omissão do acórdão, pois restou evidenciado, nos autos, o entendimento de que o chamamento ao processo e as consequências da inviabilidade ou improcedência do pedido envolvem, sendo o caso, apenas as partes da relação processual específica, não gerando causalidade nem responsabilidade processual por sucumbência em prol do autor da ação.

Em relação aos embargos de declaração da agravada Eletrobrás, tampouco procedem, pois o acórdão embargado deixou claro e cristalino o convencimento quanto à inviabilidade de ser mantido o chamamento à lide da CCEE, com fundamento no artigo 130 do CPC, declinando as razões respectivas, considerado o período a que se refere o pleito deduzido em Juízo (2015 e 2016) e o período em que coube ao chamado a gestão da CDE (a partir de maio de 2017), nos termos do artigo 13, § 5-A, da Lei 10.438/2002, conforme destacado no julgado:

"A determinação judicial impugnada nestes autos alicerçou-se no disposto no artigo 13, § 5º-A, da Lei nº 10.438/2012, incluído pela Lei nº 13.360/2016, dispositivo que assim estabelece:

"§ 5º-A. Até 1º de maio de 2017, terá início a administração e movimentação da CDE e da CCC pela CCEE, sem prejuízo da atuação dos órgãos de controle interno ou externo da administração pública federal sobre a gestão dessas contas."

Extrai-se, da transcrição supra, que a entidade incluída no feito (Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE) passou a ser responsável pela gestão da CDE (Conta de Desenvolvimento Energético) a partir de maio de 2017. Ocorre que na ação originária discute-se apenas valores cobrados nos anos de 2015 e 2016, ocasião em que a movimentação financeira da CDE competia à Eletrobrás, nos termos então previstos no artigo 13, § 5º, da Lei nº 10.438/2012, na redação dada pela Medida Provisória nº 579/2012 (convertida na Lei nº 12.783/2013):

"Art. 13. Fica criada a Conta de Desenvolvimento Energético - CDE visando o desenvolvimento energético dos Estados, além dos seguintes objetivos:

[...]

§ 5º A CDE será regulamentada pelo Poder Executivo e movimentada pela ELETROBRÁS".

Nesse contexto, mister observar que não se identifica interesse jurídico que justifique a inclusão da CCEE no polo passivo da ação."

Não houve, pois, decisão judicial baseada em "*valores jurídicos abstratos*", mas em fatos e fundamentos jurídicos concretos expressos no julgamento com inteligência e aplicação das respectivas consequências práticas, conforme constou do acórdão. Se, como alegado, teria havido violação do artigo 20 do Decreto-lei 4.657/1942, cabe à embargante recorrer à instância superior competente, e não rediscutir a causa decidida através de embargos de declaração, manifestando mero inconformismo.

Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

Ante o exposto, rejeito ambos os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTA DE DESENVOLVIMENTO ENERGÉTICO - CDE. EXCLUSÃO DA CCEE. VERBA HONORÁRIA. VÍCIOS INEXISTENTES. REJEIÇÃO.

1. Rejeitada a preliminar de não conhecimento dos embargos de declaração, pois preenchidos os requisitos de admissibilidade previstos no artigo 1.022 do Código de Processo Civil.
2. No mérito, são manifestamente improcedentes ambos os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto como objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.
3. As alegações não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.
4. De fato, quanto aos embargos de declaração do agravante, que reclama honorários advocatícios pela exclusão da CCEE da lide, não houve qualquer omissão do acórdão, pois restou evidenciado, nos autos, o entendimento de que o chamamento ao processo e as consequências da inviabilidade ou improcedência do pedido envolvem, sendo o caso, apenas as partes da relação processual específica, não gerando causalidade nem responsabilidade processual por sucumbência em prol do autor da ação.
5. Em relação aos embargos de declaração da agravada Eletrobrás, tampouco procedem, pois o acórdão embargado deixou claro e cristalino o convencimento quanto à inviabilidade de ser mantido o chamamento à lide da CCEE, com fundamento no artigo 130 do CPC, declinando as razões respectivas, considerado o período a que se refere o pleito deduzido em Juízo (2015 e 2016) e o período em que coube ao chamado a gestão da CDE (a partir de maio de 2017), nos termos do artigo 13, § 5-A, da Lei 10.438/2002, conforme destacado no julgado. Não houve, pois, decisão judicial baseada em "*valores jurídicos abstratos*", mas em fatos e fundamentos jurídicos concretos expressos no julgamento com inteligência e aplicação das respectivas consequências práticas, conforme constou do acórdão. Se, como alegado, teria havido violação do artigo 20 do Decreto-lei 4.657/1942, cabe à embargante recorrer à instância superior competente, e não rediscutir a causa decidida através de embargos de declaração, manifestando mero inconformismo.
6. Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.
7. Embargos de declaração de ambos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou ambos os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000050-18.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS - CVM

Advogado do(a) AGRAVANTE: FERNANDO CHOCAIR FELICIO - SP230825
AGRAVADO: EDUARDO WEBER
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000050-18.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS - CVM
Advogado do(a) AGRAVANTE: FERNANDO CHOCAIR FELICIO - SP230825
AGRAVADO: EDUARDO WEBER

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela CVM - Comissão de Valores Mobiliários contra decisão que indeferiu pedido de penhora via Bacenjud, com fundamento no artigo 36 da Lei 13.869/19.

Sustenta, em apertada síntese, que a penhora de valores via Bacenjud é o meio executivo preferencial previsto no CPC e na LEF.

Defende que não há dolo por parte do órgão julgante e tampouco o bloqueio é exacerbado.

Sem contraminuta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000050-18.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS - CVM
Advogado do(a) AGRAVANTE: FERNANDO CHOCAIR FELICIO - SP230825
AGRAVADO: EDUARDO WEBER

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Inicialmente, cumpre esclarecer que a penhora online, regulamentada atualmente no artigo 854, do Código de Processo Civil (artigo 655-A do antigo CPC), feita por meio de sistemas de cooperação, como o Bacenjud, Renajud e Infojud, tem nítido caráter executivo e atinge bens que fazem parte do patrimônio do devedor no momento da constrição, diferentemente da indisponibilidade prevista no artigo 185-A, cuja função primordial é de acautelamento, isto é, de impedir a dilapidação do patrimônio - por isso há a comunicação aos órgãos de transferência de bens - e pode atingir não só os bens e direitos existentes no momento da determinação da constrição como também alcança eventual patrimônio futuro que seja desconhecido no momento da determinação judicial.

Os artigos 835 do Código de Processo Civil e 11 da Lei 6.830/80 estabelecem que a penhora de dinheiro é preferencial em relação aos demais bens existentes.

Além disso, o artigo 854 do Código de Processo Civil contribui para a efetividade da execução, nos seguintes termos:

Art. 854. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, sem dar ciência prévia do ato ao executado, determinará às instituições financeiras, por meio de sistema eletrônico gerido pela autoridade supervisora do sistema financeiro nacional, que torne indisponíveis ativos financeiros existentes em nome do executado, limitando-se a indisponibilidade ao valor indicado na execução.

Como se vê, não há na redação legal nenhuma menção acerca da necessidade de esgotamento de todas as possibilidades de penhora de bens do executado, bastando para a decretação da medida apenas o requerimento do exequente, sem necessidade de se dar ciência prévia do ato ao executado.

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1184765/PA, representativo da controvérsia e submetido à sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil, pacificou entendimento no sentido de que a utilização do sistema BACENJUD, no período posterior à *vacatio legis* da Lei nº 11.382/2006 (21.01.2007), prescinde do exaurimento de diligências extrajudiciais por parte do exequente a fim de se autorizar o bloqueio eletrônico de depósitos ou aplicações financeiras.

..EMEN: RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSO JUDICIAL TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA ELETRÔNICA. SISTEMA BACEN-JUD. ESGOTAMENTO DAS VIAS ORDINÁRIAS PARA A LOCALIZAÇÃO DE BENS PASSÍVEIS DE PENHORA. ARTIGO 11, DA LEI 6.830/80. ARTIGO 185-A, DO CTN. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INOVAÇÃO INTRODUZIDA PELA LEI 11.382/2006. ARTIGOS 655, I, E 655-A, DO CPC. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DAS LEIS. TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES. APLICAÇÃO IMEDIATA DA LEI DE ÍNDOLE PROCESSUAL. 1. A utilização do Sistema BACEN-JUD, no período posterior à *vacatio legis* da Lei 11.382/2006 (21.01.2007), prescinde do exaurimento de diligências extrajudiciais, por parte do exequente, a fim de se autorizar o bloqueio eletrônico de depósitos ou aplicações financeiras (Precedente da Primeira Seção: REsp 1.052.081/RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Seção, julgado em 12.05.2010, DJe 26.05.2010. Precedentes das Turmas de Direito Público: REsp 1.194.067/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 22.06.2010, DJe 01.07.2010; AgRg no REsp 1.143.806/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 08.06.2010, DJe 21.06.2010; REsp 1.101.288/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 02.04.2009, DJe 20.04.2009; e REsp 1.074.228/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 07.10.2008, DJe 05.11.2008. Precedente da Corte Especial que adotou a mesma exegese para a execução civil: REsp 1.112.943/MA, Rel. Ministra Nancy Andrichi, julgado em 15.09.2010). [...]

Destaca-se, ainda, que não há falar em risco de responsabilização nos termos do artigo 36 da Lei 13.869/19, pois o §1º do artigo 1º da citada legislação é claro no sentido de que os crimes ali elencados são de dolo específico, ou seja, apenas se caracterizam quando houver uma vontade específica, própria na conduta praticada, o que não é o caso.

Art. 1º Esta Lei define os crimes de abuso de autoridade, cometidos por agente público, servidor ou não, que, no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, abuse do poder que lhe tenha sido atribuído.

§ 1º As condutas descritas nesta Lei constituem crime de abuso de autoridade quando praticadas pelo agente com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal.

§ 2º A divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. BACENJUD. ARTIGO 805 DO NOVO CPC. DESNECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS. ORDEM DE PREFERÊNCIA. ABUSO DE AUTORIDADE NÃO VERIFICADO. AGRAVO PROVIDO.

1. A penhora online, regulamentada atualmente no artigo 854, do Código de Processo Civil (artigo 655-A do antigo CPC), feita por meio de sistemas de cooperação, como o Bacenjud, Renajud e Infojud, tem nítido caráter executivo e atinge bens que fazem parte do patrimônio do devedor no momento da constrição, diferentemente da indisponibilidade prevista no artigo 185-A, cuja função primordial é de acautelamento, isto é, de impedir a dilapidação do patrimônio - por isso há a comunicação aos órgãos de transferência de bens - e pode atingir não só os bens e direitos existentes no momento da determinação da constrição como também alcança eventual patrimônio futuro que seja desconhecido no momento da determinação judicial.
2. Os artigos 835 do Código de Processo Civil e 11 da Lei 6.830/80 estabelecem que a penhora de dinheiro é preferencial em relação aos demais bens existentes. Além disso, o artigo 854 do Código de Processo Civil contribui para a efetividade da execução, trazendo a previsão da penhora por meio eletrônico.
3. Não há na redação legal nenhuma menção acerca da necessidade de esgotamento de todas as possibilidades de penhora de bens do executado, bastando para a decretação da medida apenas o requerimento do exequente, sem necessidade de se dar ciência prévia do ato ao executado.
4. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1184765/PA, representativo da controvérsia e submetido à sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil, pacificou entendimento no sentido de que a utilização do sistema BACENJUD, no período posterior à *vacatio legis* da Lei nº 11.382/2006 (21.01.2007), prescinde do exaurimento de diligências extrajudiciais por parte do exequente a fim de se autorizar o bloqueio eletrônico de depósitos ou aplicações financeiras.
5. Não há falar em risco de responsabilização nos termos do artigo 36 da Lei 13.869/19, pois o §1º do artigo 1º da citada legislação é claro no sentido de que os crimes ali elencados são de dolo específico, ou seja, apenas se caracterizam quando houver uma vontade específica, própria na conduta praticada, o que não é o caso.
6. Agravo provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000018-27.2017.4.03.6108

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 23/06/2020 581/4253

APELADO: ACUCAREIRA QUATA S/A

Advogados do(a) APELADO: JOAO JOAQUIM MARTINELLI - SP175215-S, CARLOS EDUARDO DOMINGUES

AMORIM - SP256440-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000018-27.2017.4.03.6108

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ACUCAREIRA QUATA S/A

Advogados do(a) APELADO: JOAO JOAQUIM MARTINELLI - SP175215-S, CARLOS EDUARDO DOMINGUES

AMORIM - SP256440-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração em face de acórdão assim ementado:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. INDÉBITO FISCAL.

1. Preliminarmente, cabe destacar que compete ao próprio contribuinte, perante a autoridade administrativa, fazer prova da integralidade dos depósitos efetuados e da cópia da sentença concessiva da segurança, para fins de suspender a exigibilidade do crédito tributário, em relação à parcelas vencidas e vincenda, respectivamente.

2. Ainda antes do mérito, cabe rejeitar o pedido de suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior; o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior.

3. No mérito, a questão da inclusão de imposto na base de cálculo do PIS/COFINS com vulneração da matriz constitucional que prevê a respectiva incidência sobre faturamento ou receita na dicção atualizado do artigo 195, I, b, da Constituição Federal, foi resolvida, pela Suprema Corte no RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS. A definição da base de cálculo do PIS/COFINS é matéria constitucional, não cabendo invocar orientação no plano do direito federal para afastar o juízo de inconstitucionalidade, menos ainda quando já vencida (Súmulas 68 e 94/STJ) no âmbito da respectiva Corte Superior. Ademais, o pronunciamento da Suprema Corte, sobretudo em repercussão geral, tem função primordial na tarefa de garantir segurança jurídica, estabilidade, integridade e coerência na aplicação do direito à luz da Constituição, a ser buscada por todos os órgãos do Poder Judiciário (artigos 926 e 927, III, CPC).

4. A pretensão em causa não envolve a dedução de parcela legalmente prevista, daí porque impertinente o argumento de que é taxativo o rol de exclusões constante do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 - com as alterações da Lei 12.973/2014, cujo advento, conforme já decidiu esta Corte, "não promoveu modificação legislativa relevante para a espécie, na medida em que não alterou o conceito da base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS" (EI 0029413-91.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 17/11/2017) - e § 3º dos artigos 1º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003. A tese do contribuinte é a de que a inclusão do imposto na base de cálculo de tais contribuições viola incidência constitucionalmente delimitada, exigindo, assim, decisão judicial no sentido de definir a base de cálculo compatível com o parâmetro constitucional.

5. Quanto ao disposto no § 6º do artigo 150 da Constituição Federal, é inquestionável que serve de norma-parâmetro para a delimitação da atuação funcional do legislador e administrador; alertando que cabe somente ao Parlamento, não ao Executivo, definir, em caráter normativo, geral e abstrato, por exemplo, "redução de base de cálculo". Tal norma e, na mesma linha, ainda o artigo 97, VI, do Código Tributário Nacional, não excluem, por evidente, a competência constitucional do Judiciário de declarar inconstitucionalidade da lei, no que fixada incidência ou não prevista exclusão exigida à luz do parâmetro constitucional, única leitura constitucional possível para que seja respeitada a própria cláusula pétrea da separação dos Poderes, consagrada nos artigos 2º e 60, §4º, III, da Constituição Federal.

6. A regra de interpretação legal das normas tributárias (artigo 111, I, CTN) tem atuação adstrita ao campo do direito infraconstitucional. Não pode ser levada em consideração no controle de constitucionalidade para efeito de coibir a função de interpretação da Constituição Federal dada e conferida ao Poder Judiciário. o que cabe prestigiar no regime de Estado de Direito é a lição de que se deve interpretar a lei segundo a Constituição e, não, a Constituição segundo a lei.

7. A alegação de que o cálculo do PIS/COFINS com exclusão do imposto destinado ao erário contradiz a incidência, reconhecidamente válida, sobre outros custos, encargos ou despesas destinados a terceiros (como, por exemplo: empregados, companhia de energia elétrica, FGTS, fornecedores, empresas contratadas para prestação de serviços, entes estatais) não é verdadeira nem aceitável, sem análise da natureza jurídica de cada parcela discutida na formação da base de cálculo de tais contribuições. Por ora, o que assentou, suficientemente, a Suprema Corte para o exame do caso foi a inexigibilidade de imposto integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, seja o ICMS, seja o próprio ISS, quanto a este em juízo derivado diretamente da mesma lógica de fundamentação constitucional, conforme já exposto.

8. O aspecto relevante da controvérsia, excepcionalmente levantado no caso pela própria PFN, ao apontar a falta de interesse de agir do contribuinte, diz respeito ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS diante da divergência estabelecida entre as vertentes que primam, de um lado, pelo valor do imposto destacado nas notas fiscais e, de outro, pelo valor do imposto a ser efetivamente pago pelo contribuinte, dentro do regime de não cumulatividade. É importante frisar, de toda sorte, que tal ponto, ainda que não tenha ou tivesse sido discutido na inicial nem decidido na sentença ou veiculado na apelação, não impediria o pronunciamento da Corte, por se tratar, justamente, de controvérsia insita ao próprio mérito, qual seja, a definição do que constitui o indébito fiscal e, neste sentido, matéria que deve ser resolvida na fase cognitiva e não em liquidação de sentença, inexistindo, portanto, mesmo quando nada tenha ou tivesse sido alegado ou decidido, vício de julgamento extra ou ultra petita, ou contrariedade ao princípio da congruência ou da adstrição. Tanto é assim que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido em razão do regime de não cumulatividade do imposto. Logo, não importa ao exame do mérito a juntada de documentos fiscais ou mercantis para demonstração do ICMS a ser pago pelo contribuinte, bastando para o presente julgamento a prova, tão-somente, de que o contribuinte, sujeito ao PIS/COFINS, recolheu valores com inclusão do ICMS nas bases de cálculo, ficando relegada à fase de liquidação e cumprimento a apuração do quantum debeat a partir de valores destacados em notas fiscais e incluídos na tributação federal.

9. Reconhecido o indébito fiscal, na forma acima especificada, os critérios para exercício do direito à compensação, na via administrativa mediante procedimento específico, inclusive com a própria comprovação e liquidação de valores indevidos a serem compensados, são os definidos nos artigos 168 (prescrição quinquenal) e 170-A (trânsito em julgado), ambos do Código Tributário Nacional; artigo 74 da Lei 9.430/1996 e demais textos legais de regência, incluindo o artigo 26-A da Lei 11.457/2007 na redação da Lei 13.670/2018, desde que vigente o regime legal respectivo ao tempo da propositura da ação, pois este o critério determinante na jurisprudência consolidada, ainda que posteriormente alterada a legislação; e artigo 39, § 4º da Lei 9.250/1995 (incidência exclusiva da Taxa SELIC).

10. Apelação desprovida e remessa oficial parcialmente provida."

Alegou-se omissão do julgado, inclusive para efeitos de pré-questionamento, pois: **(1)** decisões monocráticas de relatores têm sobrestado recursos sobre o Tema 69 até o julgamento em definitivo da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS, alterando a exegese da Corte sobre a imediata aplicação do precedente em repercussão geral quando pendentes embargos de declaração; **(2)** existem importantes questões pendentes de exame nos embargos de declaração no RE 574.706, inclusive a modulação dos efeitos caso mantida a inconstitucionalidade, pelo que não deveria ter sido julgado o presente feito; **(3)** a exclusão do ICMS destacado em notas fiscais, sem pleito da parte, configura inovação recursal, com violação dos princípios do dispositivo e da congruência, gerando julgamento *extra petita* (artigos 141, 490 e 429, CPC), e contrariedade à jurisprudência da Corte Superior; **(4)** a exclusão do ICMS, pelo valor faturado, para a apuração do PIS/COFINS, ao ser deferida sem fundamentação plausível ofende os artigos 5º, LIV, LV e 93, XI, da Constituição Federal; **(5)** a referência do acórdão embargado ao ICMS destacado, a partir do que julgado no RE 574.706, não é suficiente para fundamentar a exclusão, pois ainda pendentes várias questões essenciais apontadas em embargos de declaração, colidindo o aresto recorrido com os artigos 489, § 1º, IV a VI, 525, § 13, 926 e 927, § 3, CPC, e com o artigo 27 da Lei 9.868/1999; e **(6)** o mérito como decidido, no tocante a tal questão, não é compatível com as disposições dos artigos 13, §1º, I, 19 e 20, caput, da LC 87/1996; 1º da Lei 10.637/2002; 1º da Lei 10.833/2003; 2º da Lei 9.715/1998; 2º da LC 70/1991; e 2º e 3º da Lei 9.718/1998.

Apresento o feito em mesa para julgamento (artigo 1.024, § 1º, CPC).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000018-27.2017.4.03.6108

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ACUCAREIRA QUATA S/A

Advogados do(a) APELADO: JOAO JOAQUIM MARTINELLI - SP175215-S, CARLOS EDUARDO DOMINGUES

AMORIM - SP256440-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, são manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

As alegações não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.

Com efeito, constou do acórdão embargado, quanto ao sobrestamento do feito diante da pendência dos embargos de declaração no RE 574.706, a rejeição expressa da pretensão nos seguintes termos:

"Ainda antes do mérito, cabe rejeitar o pedido de suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior; o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior."

A argumentação de que alguns membros da Corte Superior atribuem efeito suspensivo corrobora o efeito limitado da decisão ao caso específico apreciado, desde que inexistente, como se percebe, precedente colegiado no tratamento da matéria.

Na discussão do mérito em si, divide-se a argumentação fazendária de omissões em duas linhas ou vertentes expositivas. Inicialmente, apontou-se ser nulo o julgamento, pois violou os princípios dispositivo, da congruência e acarretou julgamento *extra petita* (artigos 141, 490 e 429, CPC), além de não ter sido motivada a decisão (artigos 5º, LIV e LV e 93, XI, da Constituição Federal), inclusive porque ainda pendentes embargos de declaração sobre temas cruciais à controvérsia constitucional suscitada (artigos 489, § 1º, IV a VI, 525, § 13, 926 e 927, § 3, CPC, e 27 da Lei 9.868/1999), e, ainda, por contrariar a própria jurisprudência (EDcl no REsp 1.191.640, Rel. Min. MAURO CAMPBELL, DJe de 14/05/2019).

Derradeiramente, preconizou-se, a título de omissão, ter sido inconstitucional (artigo 195, I, 'b', CF) e ilegal (artigos 13, §1º, I, 19 e 20, *caput*, da LC 87/1996; 1º da Lei 10.637/2002; 1º da Lei 10.833/2003; 2º da Lei 9.715/1998; 2º da LC 70/1991; e 2º e 3º da Lei 9.718/1998) a solução definida no mérito pelo acórdão embargado, ao estipular que o ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o faturado, e não o efetivamente pago pelo contribuinte.

Quanto à abordagem impugnativa inicial, verifica-se que não houve omissão, já que o acórdão embargado expressamente registrou que o tema íntegro, logicamente, o pedido formulado no sentido da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS na medida em que, existindo formas ou critérios diferentes de identificação ou apuração de tal valor, a definição respectiva condiz com o mérito da causa, e não com questão incidental passível de solução no cumprimento da coisa julgada.

Eis o que constou do acórdão embargado:

"O aspecto relevante da controvérsia, excepcionalmente levantado no caso pela própria PFN, ao apontar a falta de interesse de agir do contribuinte, diz respeito ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS diante da divergência estabelecida entre as vertentes que primam, de um lado, pelo valor do imposto destacado nas notas fiscais e, de outro, pelo valor do imposto a ser efetivamente pago pelo contribuinte, dentro do regime de não cumulatividade. É importante frisar, de toda sorte, que tal ponto, ainda que não tenha ou tivesse sido discutido na inicial nem decidido na sentença ou veiculado na apelação, não impediria o pronunciamento da Corte, por se tratar, justamente, de controvérsia insita ao próprio mérito, qual seja, a definição do que constitui o indébito fiscal e, neste sentido, matéria que deve ser resolvida na fase cognitiva e não em liquidação de sentença, inexistindo, portanto, mesmo quando nada tenha ou tivesse sido alegado ou decidido, vício de julgamento extra ou ultra petita, ou contrariedade ao princípio da congruência ou da adstrição.

Tanto é assim que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido em razão do regime de não cumulatividade do imposto.

Neste sentido o seguinte excerto do julgado no RE 574.706:

"O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS".

Também este o entendimento adotado no âmbito das Turmas desta Seção:

ApelRemNec 5000633-81.2017.4.03.6119, Rel. Des. Fed. ANTONIO CEDENHO, Intimação via sistema 18/04/2020: “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REQUISITOS DO ARTIGO 1.022 CPC/2015. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE Nº 574.706/PR. VINCULAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OBSCURIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1.022 do Código de Processo Civil vigente, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado. O caráter infringente dos embargos somente é admitido a título excepcional, quando a eliminação da contradição ou da omissão decorrer, logicamente, a modificação do julgamento embargado. 2. A e. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no julgamento do RE nº 574.706/PR, consignou que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. Como o presente julgamento se vincula ao que foi decidido sobre o tema pelo C. STF, deve-se assentar que, relativamente à questão do valor a ser efetivamente excluído a título de ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, a tese que foi acolhida pelo STF é a exposta no v. acórdão embargado. 3. O escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022 do Código de Processo Civil. 4. O artigo 1.025 do novo Código de Processo Civil bem esclarece que os elementos suscitados pelo embargante serão considerados incluídos no acórdão “para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.” 5. Embargos de declaração rejeitados.”

ApReeNec 5001772-28.2017.4.03.6100, Rel. Des. Fed. MARLI FERREIRA, Intimação via sistema 02/04/2020: “PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ARTIGO 1.022 DO CPC. OMISSÃO. EXISTÊNCIA. JULGADO INTEGRADO. 1. Prevê o artigo 1.022 do CPC que a oposição dos aclaratórios somente tem cabimento para esclarecimento de obscuridade ou eliminação de contradição, para suprimir omissão sobre ponto ou questão sobre o qual o julgado deveria se pronunciar, ou, ainda, para corrigir erro material existente no decisório. 2. Na espécie, o julgado restou omissivo quanto à parcela do ICMS a ser destacada da base de cálculo do PIS e da COFINS. E, nesse tocante, cumpre esclarecer que o ICMS a ser excluído é o destacado nos documentos fiscais de saída, vez que é esse montante que integra a indigitada base de cálculo. 3. Assim sendo, tem a impetrante o direito de excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS o valor integral do ICMS destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias do seu estabelecimento, inclusive após o advento da Lei nº 12.973/2014. 4. Embargos de declaração acolhidos.”

ApelRemNec 5003932-95.2019.4.03.6119, Rel. Des. Fed. JOHONSOM DI SALVO, e - DJF3 15/04/2020: "AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DECLAROU INCONSTITUCIONAL A INCLUSÃO DO ICMS (FATURADO) NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS, FAZENDO-O POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO RE Nº 574.706. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a inclusão do ICMS (faturado) na base de cálculo do PIS e da COFINS, fazendo-o por ocasião do julgamento do RE nº 574.706. A corte, por maioria e nos termos do voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia, apreciando o tema nº 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Esse entendimento é aplicável de pronto, não havendo que se falar em espera de embargos de declaração (sem efeito suspensivo) ou de modulação de efeitos da decisão plenária da Suprema Corte, já que esses dois eventos não estão consignados em lei como impeditivos da aplicação imediata do decísum. Esse é o entendimento que vem sendo seguido nesta Corte Regional (3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5021518-72.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 08/11/2019, Intimação via sistema DATA: 13/11/2019), e de modo unânime nesta 6ª Turma (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000706-20.2017.4.03.6130, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 03/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/12/2019). Deveras, a suspensão pretendida pelo Fisco esbarraria no art. 1.035, § 5º do NCPC. De outro lado, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal – ao acolher o voto da ministra Relatora – no sentido de que, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada como faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019). Essa é a postura que este Relator sempre defende desde o momento em que surdiu o julgamento do Tema nº 69 (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000596-53.2018.4.03.6108, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 02/12/2019, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019). Tratando-se de empresa comercial, resta claro que é contribuinte das três exações e que recolheu tributação a maior e poderá recuperá-la (quanto aos últimos cinco anos antes do ajuizamento da presente demanda) por meio de compensação, que deverá ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74 da Lei nº 9.430/1996 (redação dada pela Lei 10.637/02), observado ainda o artigo 26-A da Lei nº 11.457/2007."

O voto condutor do acórdão embargado, no trecho acima reproduzido, já expõe, por de vez, a fundamentação necessária em torno do critério adotado para identificar o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, considerada a discrepância entre o que pedido pela Fazenda Nacional (ICMS efetivamente pago), e o que defendido pelo contribuinte (ICMS destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias).

A longa narrativa da embargante, buscando demonstrar que a fundamentação adotada no acórdão embargado, incorreu em omissão oculta, na verdade, irrisignação por suposto vício de ilegalidade e inconstitucionalidade, à luz dos preceitos apontados, em típica imputação de *error in iudicando*, por não ter sido acolhida, pelo acórdão embargado, a interpretação constitucional e legal que, segundo a embargante, faria concluir que o ICMS a ser excluído, se alguma exclusão for possível, deveria ser o relativo ao valor efetivamente pago e não o destacado nas notas fiscais.

Leia-se, a propósito, as razões expostas pela embargante, que veiculam fundamentação de inconstitucionalidade (artigo 195, I, "b", CF) e ilegalidades (artigos 13, §1º, I, 19 e 20, *caput*, da LC 87/1996; 1º da Lei 10.637/2002; 1º da Lei 10.833/2003; 2º da Lei 9.715/1998; 2º da LC 70/1991; e 2º e 3º da Lei 9.718/1998), e não, propriamente, de omissão sanável em embargos de declaração:

"Da exegese dos dispositivos legais supratranscritos, pode-se concluir que o ICMS que se deve excluir da base de cálculo do PIS e COFINS corresponde à parcela do ICMS a ser pago, isto é, à parcela do ICMS a recolher para a Fazenda Pública dos Estados ou do Distrito Federal, também chamado ICMS escritural, razão porque ao definir como critério para exclusão o ICMS destacado das notas fiscais, o v. acórdão regional violou os dispositivos legais supratranscritos.

Ora, diante da existência de decisões já transitadas em julgado, bem como da necessidade de prosseguir com a cobrança de débitos inscritos em Dívida Ativa da União a título de PIS e de COFINS, tornou-se premente à Administração Tributária definir um critério para os cálculos da parcela a excluir dessas contribuições a título de ICMS.

A partir de uma interpretação dos termos do acórdão do STF no RE n. 574.706, pelo menos até que sobrevenha nova decisão em sentido diverso, foi que a COSIT, órgão da Secretaria da Receita Federal do Brasil, decidiu publicar a Solução de Consulta Interna n. 13, de 18-10-2018, em que se definiu, em síntese, que o ICMS a ser excluído é o chamado "ICMS a recolher", também chamado "ICMS escritural" - e, não, o ICMS destacado nas notas fiscais.

Para bem se compreender o alcance desse entendimento, antes de mais nada, vale examinar os precisos termos da ementa do acórdão do RE n. 574.706:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2o, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir; conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3o, § 2o, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. (os grifos não constam do original)

Embora em diversas passagens o acórdão da Suprema Corte não seja totalmente claro e, por vezes, pareça até contraditório (daí os embargos de declaração que a ele foram opostos pela União), o que se pode depreender é que o ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições corresponde à parcela do ICMS a ser pago, isto é, à parcela do ICMS a recolher para a Fazenda Pública dos Estados ou do Distrito Federal, também chamado ICMS escritural.

Como bem pontuado até na ementa acima transcrita, não se pode olvidar que o ICMS sempre há de atentar ao disposto no art. 155, § 2o, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

E, para uma perfeita compreensão do significado desse princípio, vale atentar ainda para o que preceituam alguns dispositivos da Lei Complementar n° 87, de 13 de setembro de 1996, retro mencionados.

Na verdade, como bem assinalado na parte final do inciso I do § 1º do art. 13 da Lei Complementar n. 87/96, o destaque de ICMS nas notas fiscais não passa de “mera indicação para fins de controle”.

A não ser, talvez, na primeira etapa de uma cadeia produtiva, o valor da nota não corresponde ao que o contribuinte irá recolher aos cofres do Estado ou do Distrito Federal. Ao revés, o valor a recolher a título de ICMS sempre é o resultado da subtração entre o somatório do ICMS constante das notas de saída do somatório do ICMS constante das notas de entrada.

Nesse diapasão, resta configurado que é até possível a pessoa jurídica contribuinte de ICMS faturar e destacar valores desse imposto, correspondentes ao preço de cada mercadoria ou serviço discriminados nos diversos documentos fiscais representativos de vendas no período e, ao término do mês, não ter valor algum de ICMS a recolher, em razão de apurar saldo credor do imposto, a transportar para período futuro. Se a legislação objeto do julgamento em tela do Supremo Tribunal Federal se refere a contribuições sociais incidentes sobre a totalidade da receita do mês, segue-se que a parcela do ICMS a recolher do período é a que há de ser excluída da base de cálculo das contribuições, vez que, no entendimento firmado pela Suprema Corte, tais valores não devem ser considerados como receita da pessoa jurídica, por não se integrarem ao seu patrimônio.

A Contribuição para o PIS/Pasep e a Cofins na legislação vigente, tanto na sua configuração cumulativa como na não cumulativa, têm sua apuração mensal, o fato gerador tem natureza periódica, mensal, compondo a base de cálculo o somatório das correspondentes operações geradoras de receita ou de crédito, ocorridas em cada mês.

A base de cálculo das referidas contribuições, na legislação vigente, corresponde ao total das receitas auferidas no mês (sistema base contra base) e não, no momento de concretude de cada operação de venda quando da emissão de nota fiscal (sistema tributo contra tributo). Tem-se assim para as contribuições sociais a definição e formação de uma base de cálculo única, periódica, mensal, conforme disposto na legislação de regência retro transcrita, a saber: arts. 13, §1º, I, 19 e 20, caput, da Lei Complementar n° 87, de 1996, o art. 1º da Lei 10.637, 2002, o art. 1º da Lei 10.833, de 2002, art. 2º da Lei 9.715, de 1998, e art. 2º da Lei Complementar n° 70, de 1991, e artigos 2º e 3º da Lei 9.718/98.

Sendo a base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins determinada com base na receita mensal (na incidência não cumulativa), ou no faturamento mensal (na incidência cumulativa), não faria sentido buscar valores dedutíveis de operações concretas, a cada operação de venda quando da emissão de nota fiscal. Assim, o que se há de excluir da base de cálculo mensal das referidas contribuições é também a parcela do ICMS a recolher; correspondente a cada período de apuração mensal.

Necessariamente e conforme a legislação do referido imposto, ao término de cada período de apuração mensal, os valores de ICMS destacados nos documentos fiscais representativos das operações de vendas (débitos) terão de ser confrontados com os valores de ICMS destacados nos documentos fiscais representativos das operações de compras (créditos), para daí então se ter a definição do valor do imposto efetivamente apurado e devido no período, valor este que, conforme se pode depreender da manifestação do Supremo Tribunal Federal, não sendo receita da pessoa jurídica, não deve compor a base de cálculo das contribuições.

Por fim, de se registrar que, se fosse o caso de reconhecer a exclusão do ICMS a partir do exame de cada nota fiscal emitida por cada um dos contribuintes brasileiros, tornar-se-ia ainda mais complexa toda a apuração decorrente do RE n. 574.706. Isso porque, ao invés de se examinar simplesmente a apuração mensal do ICMS a recolher, lançada na própria escrita fiscal de cada contribuinte, de forma resumida, ter-se-ia que aferir tanto a autenticidade de cada nota emitida, ao longo de vários anos, quanto examinar a situação fiscal dos produtos nela constantes, visto que, numa mesma nota fiscal, podem constar diversas mercadorias em situações distintas – brindes, mercadorias devolvidas, mercadorias isentas ou imunes, etc.

Assim, o critério do ICMS a recolher revela-se, não só o mais acertado juridicamente à luz da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, como, inclusive, o que melhor atende ao outro princípio tributário hodiernamente tão debatido, que é o da praticabilidade."

Enfim, a alegação da embargante de que o aresto censurado não restou fundamentado, padecendo de nulidade, inconstitucionalidade e ilegalidade, contraria o próprio reconhecimento da recorrente de que o julgado estabeleceu que o ICMS a ser devolvido é o destacado na nota fiscal, em conformidade com o decidido no RE 574.706. Se o paradigma da Suprema Corte, ainda não se tornou julgamento definitivo de mérito - por existirem pendências e controvérsias ainda a serem resolvidas em tal julgado, a exemplo de "trechos contraditórios, uns sinalizando a adoção do critério "ICMS a pagar ou líquido" e outros sinalizando a adoção do critério do "ICMS da nota fiscal" - , disto não decorre que o pronunciamento desta Corte não esteja fundamentado, seja nulo, ilegal ou inconstitucional, por ter adotado uma dentre as linhas de interpretação que, segundo dito pela embargante, estariam em conflito no precedente assinalado.

Não houve, como se observa, qualquer omissão e, quanto à suposta ofensa, negativa de vigência, nulidade ou contrariedade à Constituição e legislação (artigos 5º, LIV e LV, 93, XI, e 195, I, "b", CF; 141, 490, 429, 489, § 1º, IV a VI, 525, § 13, 926 e 927, § 3º, do CPC; e 27 da Lei 9.868/1999; 13, §1º, I, 19 e 20, *caput*, da LC 87/1996; 1º da Lei 10.637/2002; 1º da Lei 10.833/2003; 2º da Lei 9.715/1998; 2º da LC 70/1991; e 2º e 3º da Lei 9.718/1998) ou à jurisprudência (EDcl no REsp 1.191.640, Rel. Min. MAURO CAMPBELL, DJe de 14/05/2019), ainda que houvesse, não seriam vícios passíveis de exame em embargos de declaração como via substitutiva dos recursos específicos, próprios para cada situação, de competência das instâncias superiores.

Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÕES. NULIDADES, ILEGALIDADES E INCONSTITUCIONALIDADES. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS. REJEIÇÃO.

1. São manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado. As alegações deduzidas não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.

2. Constatou-se do acórdão embargado, quanto ao sobrestamento do feito diante da pendência dos embargos de declaração no RE 574.706, a rejeição expressa da pretensão, pois: "*Ainda antes do mérito, cabe rejeitar o pedido de suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior; o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior.*". A argumentação de que alguns membros da Corte Superior atribuem efeito suspensivo corrobora o efeito limitado da decisão ao caso específico apreciado, desde que inexistente, como se percebe, precedente colegiado no tratamento da matéria.

3. Quanto ao questionamento dirigido ao objeto efetivamente decidido no acórdão embargado, a argumentação fazendária divide-se em duas linhas ou vertentes expositivas. A inicial coloca que o julgamento é nulo, pois violou os princípios dispositivo, da congruência e acarretou julgamento *extra petita*, além de padecer de nulidade por falta de fundamentação. A derradeira preconiza, a título de omissão, ter sido inconstitucional e ilegal a solução definida no mérito pelo acórdão embargado, ao estipular que o ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o faturado, e não o efetivamente pago pelo contribuinte.

4. Na discussão do mérito em si, verifica-se que não houve omissão, já que o acórdão embargado expressamente registrou que o tema integra, logicamente, o pedido de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS, considerando que, existindo formas ou critérios diferentes de identificação ou apuração de tal valor, a definição respectiva condiz com o mérito da causa, e não com questão incidental passível de solução no cumprimento da coisa julgada. Neste sentido, constatou-se do acórdão embargado que: "*O aspecto relevante da controvérsia, excepcionalmente levantado no caso pela própria PFN, ao apontar a falta de interesse de agir do contribuinte, diz respeito ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS diante da divergência estabelecida entre as vertentes que primam, de um lado, pelo valor do imposto destacado nas notas fiscais e, de outro, pelo valor do imposto a ser efetivamente pago pelo contribuinte, dentro do regime de não cumulatividade. É importante frisar, de toda sorte, que tal ponto, ainda que não tenha ou tivesse sido discutido na inicial nem decidido na sentença ou veiculado na apelação, não impediria o pronunciamento da Corte, por se tratar, justamente, de controvérsia insita ao próprio mérito, qual seja, a definição do que constitui o indébito fiscal e, neste sentido, matéria que deve ser resolvida na fase cognitiva e não em liquidação de sentença, inexistindo, portanto, mesmo quando nada tenha ou tivesse sido alegado ou decidido, vício de julgamento extra ou ultra petita, ou contrariedade ao princípio da congruência ou da adstrição. Tanto é assim que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido em razão do regime de não cumulatividade do imposto. Neste sentido o seguinte excerto do julgado no RE 574.706: "O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS". Também este o entendimento adotado no âmbito das Turmas desta Seção (...)*".

5. O acórdão embargado, neste tópico, expôs, por sua vez, a fundamentação necessária em torno do critério adotado para identificar o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, considerada a pretensão fazendária (ICMS efetivamente pago), e a do contribuinte (ICMS expresso nas notas fiscais de saída das mercadorias). A longa narrativa da embargante, buscando demonstrar que a fundamentação adotada no acórdão embargado, incorreu em omissão oculta, na verdade, irresignação por suposto vício de ilegalidade e inconstitucionalidade, à luz dos preceitos apontados, em típica imputação de *error in iudicando*, por não ter sido acolhida, pelo aresto embargado, a interpretação constitucional e legal que, segundo a embargante, faria concluir que o ICMS a ser excluído, se alguma exclusão for possível, deveria ser o relativo ao valor efetivamente pago e não o destacado nas notas fiscais.

6. A alegação da embargante de que o acórdão embargado não restou fundamentado, padecendo de nulidade, inconstitucionalidade e ilegalidade, contraria o próprio reconhecimento da recorrente de que o julgado estabeleceu que o ICMS a ser devolvido é o destacado na nota fiscal, de acordo com o decidido no RE 574.706. Se o paradigma da Suprema Corte, ainda não se tornou julgamento definitivo de mérito - por existirem pendências e controvérsias ainda a serem resolvidas em tal julgado, a exemplo de "trechos contraditórios, uns sinalizando a adoção do critério "ICMS a pagar ou líquido" e outros sinalizando a adoção do critério do "ICMS da nota fiscal" - , disto não decorre que o pronunciamento desta Corte não esteja fundamentado, seja nulo, ilegal ou inconstitucional, por ter adotado uma dentre as linhas de interpretação que, segundo a embargante, estariam em conflito no precedente assinalado.

7. Não houve, como se observa, qualquer omissão e, quanto à suposta ofensa, negativa de vigência, nulidade ou contrariedade à Constituição e legislação (artigos 5º, LIV e LV, 93, XI, e 195, I, "b", CF; 141, 490, 429, 489, § 1º, IV a VI, 525, § 13, 926 e 927, § 3º, do CPC; e 27 da Lei 9.868/1999; 13, §1º, I, 19 e 20, *caput*, da LC 87/1996; 1º da Lei 10.637/2002; 1º da Lei 10.833/2003; 2º da Lei 9.715/1998; 2º da LC 70/1991; e 2º e 3º da Lei 9.718/1998) ou à jurisprudência (EDcl no REsp 1.191.640, Rel. Min. MAURO CAMPBELL, DJe de 14/05/2019), ainda que houvesse, não seriam vícios passíveis de exame em embargos de declaração como via substitutiva dos recursos específicos, próprios para cada situação, de competência das instâncias superiores.

8. Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

9. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5010067-20.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MARTINS BASTOS & CIA LTDA.

Advogados do(a) APELADO: RENATA RIBEIRO SILVA - SP237900-A, SAULA DE CAMPOS PIRES DEL BEL - SP217541-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5010067-20.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MARTINS BASTOS & CIA LTDA.

Advogados do(a) APELADO: RENATA RIBEIRO SILVA - SP237900-A, SAULA DE CAMPOS PIRES DEL BEL - SP217541-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração em face de acórdão assim ementado:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. INDÉBITO FISCAL.

1. Preliminarmente, cabe destacar que compete ao próprio contribuinte, perante a autoridade administrativa, fazer prova da integralidade dos depósitos efetuados e da cópia da sentença concessiva da segurança, para fins de suspender a exigibilidade do crédito tributário, em relação à parcelas vencidas e vincenda, respectivamente.

2. Ainda antes do mérito, cabe rejeitar o pedido de suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior; o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior.

3. No mérito, a questão da inclusão de imposto na base de cálculo do PIS/COFINS com vulneração da matriz constitucional que prevê a respectiva incidência sobre faturamento ou receita na dicção atualizado do artigo 195, I, b, da Constituição Federal, foi resolvida, pela Suprema Corte no RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS. A definição da base de cálculo do PIS/COFINS é matéria constitucional, não cabendo invocar orientação no plano do direito federal para afastar o juízo de inconstitucionalidade, menos ainda quando já vencida (Súmulas 68 e 94/STJ) no âmbito da respectiva Corte Superior. Ademais, o pronunciamento da Suprema Corte, sobretudo em repercussão geral, tem função primordial na tarefa de garantir segurança jurídica, estabilidade, integridade e coerência na aplicação do direito à luz da Constituição, a ser buscada por todos os órgãos do Poder Judiciário (artigos 926 e 927, III, CPC).

4. A pretensão em causa não envolve a dedução de parcela legalmente prevista, daí porque impertinente o argumento de que é taxativo o rol de exclusões constante do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 - com as alterações da Lei 12.973/2014, cujo advento, conforme já decidiu esta Corte, "não promoveu modificação legislativa relevante para a espécie, na medida em que não alterou o conceito da base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS" (EI 0029413-91.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 17/11/2017) - e § 3º dos artigos 1º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003. A tese do contribuinte é a de que a inclusão do imposto na base de cálculo de tais contribuições viola incidência constitucionalmente delimitada, exigindo, assim, decisão judicial no sentido de definir a base de cálculo compatível com o parâmetro constitucional.

5. Quanto ao disposto no § 6º do artigo 150 da Constituição Federal, é inquestionável que serve de norma-parâmetro para a delimitação da atuação funcional do legislador e administrador; alertando que cabe somente ao Parlamento, não ao Executivo, definir, em caráter normativo, geral e abstrato, por exemplo, "redução de base de cálculo". Tal norma e, na mesma linha, ainda o artigo 97, VI, do Código Tributário Nacional, não excluem, por evidente, a competência constitucional do Judiciário de declarar inconstitucionalidade da lei, no que fixada incidência ou não prevista exclusão exigida à luz do parâmetro constitucional, única leitura constitucional possível para que seja respeitada a própria cláusula pétrea da separação dos Poderes, consagrada nos artigos 2º e 60, §4º, III, da Constituição Federal.

6. A regra de interpretação legal das normas tributárias (artigo 111, I, CTN) tem atuação adstrita ao campo do direito infraconstitucional. Não pode ser levada em consideração no controle de constitucionalidade para efeito de coibir a função de interpretação da Constituição Federal dada e conferida ao Poder Judiciário. o que cabe prestigiar no regime de Estado de Direito é a lição de que se deve interpretar a lei segundo a Constituição e, não, a Constituição segundo a lei.

7. A alegação de que o cálculo do PIS/COFINS com exclusão do imposto destinado ao erário contradiz a incidência, reconhecidamente válida, sobre outros custos, encargos ou despesas destinados a terceiros (como, por exemplo: empregados, companhia de energia elétrica, FGTS, fornecedores, empresas contratadas para prestação de serviços, entes estatais) não é verdadeira nem aceitável, sem análise da natureza jurídica de cada parcela discutida na formação da base de cálculo de tais contribuições. Por ora, o que assentou, suficientemente, a Suprema Corte para o exame do caso foi a inexigibilidade de imposto integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, seja o ICMS, seja o próprio ISS, quanto a este em juízo derivado diretamente da mesma lógica de fundamentação constitucional, conforme já exposto.

8. O aspecto relevante da controvérsia, excepcionalmente levantado no caso pela própria PFN, ao apontar a falta de interesse de agir do contribuinte, diz respeito ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS diante da divergência estabelecida entre as vertentes que primam, de um lado, pelo valor do imposto destacado nas notas fiscais e, de outro, pelo valor do imposto a ser efetivamente pago pelo contribuinte, dentro do regime de não cumulatividade. É importante frisar, de toda sorte, que tal ponto, ainda que não tenha ou tivesse sido discutido na inicial nem decidido na sentença ou veiculado na apelação, não impediria o pronunciamento da Corte, por se tratar, justamente, de controvérsia ínsita ao próprio mérito, qual seja, a definição do que constitui o indébito fiscal e, neste sentido, matéria que deve ser resolvida na fase cognitiva e não em liquidação de sentença, inexistindo, portanto, mesmo quando nada tenha ou tivesse sido alegado ou decidido, vício de julgamento extra ou ultra petita, ou contrariedade ao princípio da congruência ou da adstrição. Tanto é assim que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido em razão do regime de não cumulatividade do imposto. Logo, não importa ao exame do mérito a juntada de documentos fiscais ou mercantis para demonstração do ICMS a ser pago pelo contribuinte, bastando para o presente julgamento a prova, tão-somente, de que o contribuinte, sujeito ao PIS/COFINS, recolheu valores com inclusão do ICMS nas bases de cálculo, ficando relegada à fase de liquidação e cumprimento a apuração do quantum debeat a partir de valores destacados em notas fiscais e incluídos na tributação federal.

9. Reconhecido o indébito fiscal, na forma acima especificada, os critérios para exercício do direito à compensação, na via administrativa mediante procedimento específico, inclusive com a própria comprovação e liquidação de valores indevidos a serem compensados, são os definidos nos artigos 168 (prescrição quinquenal) e 170-A (trânsito em julgado), ambos do Código Tributário Nacional; artigo 74 da Lei 9.430/1996 e demais textos legais de regência, incluindo o artigo 26-A da Lei 11.457/2007 na redação da Lei 13.670/2018, desde que vigente o regime legal respectivo ao tempo da propositura da ação, pois este o critério determinante na jurisprudência consolidada, ainda que posteriormente alterada a legislação; e artigo 39, § 4º da Lei 9.250/1995 (incidência exclusiva da Taxa SELIC).

10. Apelação desprovida e remessa oficial parcialmente provida."

Alegou-se omissão do julgado, inclusive para efeitos de pré-questionamento, pois: (1) decisões monocráticas de relatores têm sobrestado recursos sobre o Tema 69 até o julgamento em definitivo da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS, alterando a exegese da Corte sobre a imediata aplicação do precedente em repercussão geral quando pendentes embargos de declaração; (2) existem importantes questões pendentes de exame nos embargos de declaração no RE 574.706, inclusive a modulação dos efeitos caso mantida a inconstitucionalidade, pelo que não deveria ter sido julgado o presente feito; (3) a exclusão do ICMS destacado em notas fiscais, sem pleito da parte, configura inovação recursal, com violação dos princípios do dispositivo e da congruência, gerando julgamento *extra petita* (artigos 141, 490 e 429, CPC), e contrariedade à jurisprudência da Corte Superior; (4) a exclusão do ICMS, pelo valor faturado, para a apuração do PIS/COFINS, ao ser deferida sem fundamentação plausível ofende os artigos 5º, LIV, LV e 93, XI, da Constituição Federal; (5) a referência do acórdão embargado ao ICMS destacado, a partir do que julgado no RE 574.706, não é suficiente para fundamentar a exclusão, pois ainda pendentes várias questões essenciais apontadas em embargos de declaração, colidindo o aresto recorrido com os artigos 489, § 1º, IV a VI, 525, § 13, 926 e 927, § 3, CPC, e como o artigo 27 da Lei 9.868/1999; e (6) o mérito como decidido, no tocante a tal questão, não é compatível com as disposições dos artigos 13, § 1º, I, 19 e 20, caput, da LC 87/1996; 1º da Lei 10.637/2002; 1º da Lei 10.833/2003; 2º da Lei 9.715/1998; 2º da LC 70/1991; e 2º e 3º da Lei 9.718/1998.

Apresento o feito em mesa para julgamento (artigo 1.024, § 1º, CPC).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5010067-20.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: MARTINS BASTOS & CIA LTDA.
Advogados do(a) APELADO: RENATA RIBEIRO SILVA - SP237900-A, SAULA DE CAMPOS PIRES DEL BEL - SP217541-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, são manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

As alegações não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.

Com efeito, constou do acórdão embargado, quanto ao sobrestamento do feito diante da pendência dos embargos de declaração no RE 574.706, a rejeição expressa da pretensão nos seguintes termos:

"Ainda antes do mérito, cabe rejeitar o pedido de suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior, o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior."

A argumentação de que alguns membros da Corte Superior atribuem efeito suspensivo corrobora o efeito limitado da decisão ao caso específico apreciado, desde que inexistente, como se percebe, precedente colegiado no tratamento da matéria.

Na discussão do mérito em si, divide-se a argumentação fazendária de omissões em duas linhas ou vertentes expositivas. Inicialmente, apontou-se ser nulo o julgamento, pois violou os princípios dispositivo, da congruência e acarretou julgamento *extra petita* (artigos 141, 490 e 429, CPC), além de não ter sido motivada a decisão (artigos 5º, LIV e LV e 93, XI, da Constituição Federal), inclusive porque ainda pendentes embargos de declaração sobre temas cruciais à controvérsia constitucional suscitada (artigos 489, § 1º, IV a VI, 525, § 13, 926 e 927, § 3, CPC, e 27 da Lei 9.868/1999), e, ainda, por contrariar a própria jurisprudência (EDcl no REsp 1.191.640, Rel. Min. MAURO CAMPBELL, DJe de 14/05/2019).

Derradeiramente, preconizou-se, a título de omissão, ter sido inconstitucional (artigo 195, I, 'b', CF) e ilegal (artigos 13, §1º, I, 19 e 20, *caput*, da LC 87/1996; 1º da Lei 10.637/2002; 1º da Lei 10.833/2003; 2º da Lei 9.715/1998; 2º da LC 70/1991; e 2º e 3º da Lei 9.718/1998) a solução definida no mérito pelo acórdão embargado, ao estipular que o ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o faturado, e não o efetivamente pago pelo contribuinte.

Quanto à abordagem impugnativa inicial, verifica-se que não houve omissão, já que o acórdão embargado expressamente registrou que o tema integra, logicamente, o pedido formulado no sentido da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS na medida em que, existindo formas ou critérios diferentes de identificação ou apuração de tal valor, a definição respectiva condiz com o mérito da causa, e não com questão incidental passível de solução no cumprimento da coisa julgada.

Eis o que constou do acórdão embargado:

"O aspecto relevante da controvérsia, excepcionalmente levantado no caso pela própria PFN, ao apontar a falta de interesse de agir do contribuinte, diz respeito ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS diante da divergência estabelecida entre as vertentes que primam, de um lado, pelo valor do imposto destacado nas notas fiscais e, de outro, pelo valor do imposto a ser efetivamente pago pelo contribuinte, dentro do regime de não cumulatividade. É importante frisar, de toda sorte, que tal ponto, ainda que não tenha ou tivesse sido discutido na inicial nem decidido na sentença ou veiculado na apelação, não impediria o pronunciamento da Corte, por se tratar, justamente, de controvérsia insita ao próprio mérito, qual seja, a definição do que constitui o indébito fiscal e, neste sentido, matéria que deve ser resolvida na fase cognitiva e não em liquidação de sentença, inexistindo, portanto, mesmo quando nada tenha ou tivesse sido alegado ou decidido, vício de julgamento extra ou ultra petita, ou contrariedade ao princípio da congruência ou da adstrição.

Tanto é assim que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido em razão do regime de não cumulatividade do imposto.

Neste sentido o seguinte excerto do julgado no RE 574.706:

"O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS".

Também este o entendimento adotado no âmbito das Turmas desta Seção:

ApelRemNec 5000633-81.2017.4.03.6119, Rel. Des. Fed. ANTONIO CEDENHO, Intimação via sistema 18/04/2020: "PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REQUISITOS DO ARTIGO 1.022 CPC/2015. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE Nº 574.706/PR. VINCULAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OBSCURIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1.022 do Código de Processo Civil vigente, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado. O caráter infringente dos embargos somente é admitido a título excepcional, quando a eliminação da contradição ou da omissão decorrer, logicamente, a modificação do julgamento embargado. 2. A e. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no julgamento do RE nº 574.706/PR, consignou que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. Como o presente julgamento se vincula ao que foi decidido sobre o tema pelo C. STF, deve-se assentar que, relativamente à questão do valor a ser efetivamente excluído a título de ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, a tese que foi acolhida pelo STF é a exposta no v. aresto embargado. 3. O escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022 do Código de Processo Civil. 4. O artigo 1.025 do novo Código de Processo Civil bem esclarece que os elementos suscitados pelo embargante serão considerados incluídos no acórdão "para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade." 5. Embargos de declaração rejeitados."

ApReeNec 5001772-28.2017.4.03.6100, Rel. Des. Fed. MARLI FERREIRA, Intimação via sistema 02/04/2020: "PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ARTIGO 1.022 DO CPC. OMISSÃO. EXISTÊNCIA. JULGADO INTEGRADO. 1. Prevê o artigo 1.022 do CPC que a oposição dos aclaratórios somente tem cabimento para esclarecimento de obscuridade ou eliminação de contradição, para suprimir omissão sobre ponto ou questão sobre o qual o julgado deveria se pronunciar; ou, ainda, para corrigir erro material existente no decisório. 2. Na espécie, o julgado restou omissivo quanto à parcela do ICMS a ser destacada da base de cálculo do PIS e da COFINS. E, nesse tocante, cumpre esclarecer que o ICMS a ser excluído é o destacado nos documentos fiscais de saída, vez que é esse montante que integra a indigitada base de cálculo. 3. Assim sendo, tem a impetrante o direito de excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS o valor integral do ICMS destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias do seu estabelecimento, inclusive após o advento da Lei nº 12.973/2014. 4. Embargos de declaração acolhidos."

ApelRemNec 5003932-95.2019.4.03.6119, Rel. Des. Fed. JOHNSOM DI SALVO, e - DJF3 15/04/2020: "AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DECLAROU INCONSTITUCIONAL A INCLUSÃO DO ICMS (FATURADO) NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS, FAZENDO-O POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO RE Nº 574.706. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a inclusão do ICMS (faturado) na base de cálculo do PIS e da COFINS, fazendo-o por ocasião do julgamento do RE nº 574.706. A corte, por maioria e nos termos do voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia, apreciando o tema nº 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Esse entendimento é aplicável de pronto, não havendo que se falar em espera de embargos de declaração (sem efeito suspensivo) ou de modulação de efeitos da decisão plenária da Suprema Corte, já que esses dois eventos não estão consignados em lei como impedientes da aplicação imediata do decisum. Esse é o entendimento que vem sendo seguido nesta Corte Regional (3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5021518-72.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 08/11/2019, Intimação via sistema DATA: 13/11/2019), e de modo unânime nesta 6ª. Turma (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000706-20.2017.4.03.6130, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 03/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/12/2019). Deveras, a suspensão pretendida pelo Fisco esbarraria no art. 1.035, § 5º do NCPC. De outro lado, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal – ao acolher o voto da ministra Relatora – no sentido de que, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada como faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019). Essa é a postura que este Relator sempre defende desde o momento em que surtiu o julgamento do Tema nº 69 (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000596-53.2018.4.03.6108, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHNSON DI SALVO, julgado em 02/12/2019, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019). Tratando-se de empresa comercial, resta claro que é contribuinte das três exações e que recolheu tributação a maior e poderá recuperá-la (quanto aos últimos cinco anos antes do ajuizamento da presente demanda) por meio de compensação, que deverá ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74 da Lei nº 9.430/1996 (redação dada pela Lei 10.637/02), observado ainda o artigo 26-A da Lei nº 11.457/2007."

O voto condutor do acórdão embargado, no trecho acima reproduzido, já expõe, por de vez, a fundamentação necessária em torno do critério adotado para identificar o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, considerada a discrepância entre o que pedido pela Fazenda Nacional (ICMS efetivamente pago), e o que defendido pelo contribuinte (ICMS destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias).

A longa narrativa da embargante, buscando demonstrar que a fundamentação adotada no acórdão embargado, incorreu em omissão oculta, na verdade, irresignação por suposto vício de ilegalidade e inconstitucionalidade, à luz dos preceitos apontados, em típica imputação de *error in iudicando*, por não ter sido acolhida, pelo acórdão embargado, a interpretação constitucional e legal que, segundo a embargante, faria concluir que o ICMS a ser excluído, se alguma exclusão for possível, deveria ser o relativo ao valor efetivamente pago e não o destacado nas notas fiscais.

Leia-se, a propósito, as razões expostas pela embargante, que veiculam fundamentação de inconstitucionalidade (artigo 195, I, "b", CF) e ilegalidades (artigos 13, §1º, I, 19 e 20, *caput*, da LC 87/1996; 1º da Lei 10.637/2002; 1º da Lei 10.833/2003; 2º da Lei 9.715/1998; 2º da LC 70/1991; e 2º e 3º da Lei 9.718/1998), e não, propriamente, de omissão sanável em embargos de declaração:

"Da exegese dos dispositivos legais supratranscritos, pode-se concluir que o ICMS que se deve excluir da base de cálculo do PIS e COFINS corresponde à parcela do ICMS a ser pago, isto é, à parcela do ICMS a recolher para a Fazenda Pública dos Estados ou do Distrito Federal, também chamado ICMS escritural, razão porque ao definir como critério para exclusão o ICMS destacado das notas fiscais, o v. acórdão regional violou os dispositivos legais supratranscritos.

Ora, diante da existência de decisões já transitadas em julgado, bem como da necessidade de prosseguir com a cobrança de débitos inscritos em Dívida Ativa da União a título de PIS e de COFINS, tornou-se premente à Administração Tributária definir um critério para os cálculos da parcela a excluir dessas contribuições a título de ICMS.

A partir de uma interpretação dos termos do acórdão do STF no RE n. 574.706, pelo menos até que sobrevenha nova decisão em sentido diverso, foi que a COSIT, órgão da Secretaria da Receita Federal do Brasil, decidiu publicar a Solução de Consulta Interna n. 13, de 18-10-2018, em que se definiu, em síntese, que o ICMS a ser excluído é o chamado "ICMS a recolher", também chamado "ICMS escritural" - e, não, o ICMS destacado nas notas fiscais.

Para bem se compreender o alcance desse entendimento, antes de mais nada, vale examinar os precisos termos da ementa do acórdão do RE n. 574.706:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2o, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir; conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3o, § 2o, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. (os grifos não constam do original)

Embora em diversas passagens o acórdão da Suprema Corte não seja totalmente claro e, por vezes, pareça até contraditório (daí os embargos de declaração que a ele foram opostos pela União), o que se pode depreender é que o ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições corresponde à parcela do ICMS a ser pago, isto é, à parcela do ICMS a recolher para a Fazenda Pública dos Estados ou do Distrito Federal, também chamado ICMS escritural.

Como bem pontuado até na ementa acima transcrita, não se pode olvidar que o ICMS sempre há de atentar ao disposto no art. 155, § 2o, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

E, para uma perfeita compreensão do significado desse princípio, vale atentar ainda para o que preceituam alguns dispositivos da Lei Complementar n.º 87, de 13 de setembro de 1996, retro mencionados.

Na verdade, como bem assinalado na parte final do inciso I do § 1º do art. 13 da Lei Complementar n. 87/96, o destaque de ICMS nas notas fiscais não passa de "mera indicação para fins de controle".

A não ser, talvez, na primeira etapa de uma cadeia produtiva, o valor da nota não corresponde ao que o contribuinte irá recolher aos cofres do Estado ou do Distrito Federal. Ao revés, o valor a recolher a título de ICMS sempre é o resultado da subtração entre o somatório do ICMS constante das notas de saída do somatório do ICMS constante das notas de entrada.

Nesse diapasão, resta configurado que é até possível a pessoa jurídica contribuinte de ICMS faturar e destacar valores desse imposto, correspondentes ao preço de cada mercadoria ou serviço discriminados nos diversos documentos fiscais representativos de vendas no período e, ao término do mês, não ter valor algum de ICMS a recolher, em razão de apurar saldo credor do imposto, a transportar para período futuro. Se a legislação objeto do julgamento em tela do Supremo Tribunal Federal se refere a contribuições sociais incidentes sobre a totalidade da receita do mês, segue-se que a parcela do ICMS a recolher do período é a que há de ser excluída da base de cálculo das contribuições, vez que, no entendimento firmado pela Suprema Corte, tais valores não devem ser considerados como receita da pessoa jurídica, por não se integrarem ao seu patrimônio.

A Contribuição para o PIS/Pasep e a Cofins na legislação vigente, tanto na sua configuração cumulativa como na não cumulativa, têm sua apuração mensal, o fato gerador tem natureza periódica, mensal, compondo a base de cálculo o somatório das correspondentes operações geradoras de receita ou de crédito, ocorridas em cada mês.

A base de cálculo das referidas contribuições, na legislação vigente, corresponde ao total das receitas auferidas no mês (sistema base contra base) e não, no momento de concretude de cada operação de venda quando da emissão de nota fiscal (sistema tributo contra tributo). Tem-se assim para as contribuições sociais a definição e formação de uma base de cálculo única, periódica, mensal, conforme disposto na legislação de regência retro transcrita, a saber: arts. 13, §1º, I, 19 e 20, caput, da Lei Complementar nº 87, de 1996, o art. 1º da Lei 10.637, 2002, o art. 1º da Lei 10.833, de 2002, art. 2º da Lei 9.715, de 1998, e art. 2º da Lei Complementar nº 70, de 1991, e artigos 2º e 3º da Lei 9.718/98.

Sendo a base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins determinada com base na receita mensal (na incidência não cumulativa), ou no faturamento mensal (na incidência cumulativa), não faria sentido buscar valores dedutíveis de operações concretas, a cada operação de venda quando da emissão de nota fiscal. Assim, o que se há de excluir da base de cálculo mensal das referidas contribuições é também a parcela do ICMS a recolher; correspondente a cada período de apuração mensal.

Necessariamente e conforme a legislação do referido imposto, ao término de cada período de apuração mensal, os valores de ICMS destacados nos documentos fiscais representativos das operações de vendas (débitos) terão de ser confrontados com os valores de ICMS destacados nos documentos fiscais representativos das operações de compras (créditos), para daí então se ter a definição do valor do imposto efetivamente apurado e devido no período, valor este que, conforme se pode depreender da manifestação do Supremo Tribunal Federal, não sendo receita da pessoa jurídica, não deve compor a base de cálculo das contribuições.

Por fim, de se registrar que, se fosse o caso de reconhecer a exclusão do ICMS a partir do exame de cada nota fiscal emitida por cada um dos contribuintes brasileiros, tornar-se-ia ainda mais complexa toda a apuração decorrente do RE n. 574.706. Isso porque, ao invés de se examinar simplesmente a apuração mensal do ICMS a recolher; lançada na própria escrita fiscal de cada contribuinte, de forma resumida, ter-se-ia que aferir tanto a autenticidade de cada nota emitida, ao longo de vários anos, quanto examinar a situação fiscal dos produtos nela constantes, visto que, numa mesma nota fiscal, podem constar diversas mercadorias em situações distintas – brindes, mercadorias devolvidas, mercadorias isentas ou imunes, etc.

Assim, o critério do ICMS a recolher revela-se, não só o mais acertado juridicamente à luz da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, como, inclusive, o que melhor atende ao outro princípio tributário hodiernamente tão debatido, que é o da praticabilidade."

Enfim, a alegação da embargante de que o aresto censurado não restou fundamentado, padecendo de nulidade, inconstitucionalidade e ilegalidade, contraria o próprio reconhecimento da recorrente de que o julgado estabeleceu que o ICMS a ser devolvido é o destacado na nota fiscal, em conformidade com o decidido no RE 574.706. Se o paradigma da Suprema Corte, ainda não se tornou julgamento definitivo de mérito - por existirem pendências e controvérsias ainda a serem resolvidas em tal julgado, a exemplo de "trechos contraditórios, uns sinalizando a adoção do critério "ICMS a pagar ou líquido" e outros sinalizando a adoção do critério do "ICMS da nota fiscal" - , disto não decorre que o pronunciamento desta Corte não esteja fundamentado, seja nulo, ilegal ou inconstitucional, por ter adotado uma dentre as linhas de interpretação que, segundo dito pela embargante, estariam em conflito no precedente assinalado.

Não houve, como se observa, qualquer omissão e, quanto à suposta ofensa, negativa de vigência, nulidade ou contrariedade à Constituição e legislação (artigos 5º, LIV e LV, 93, XI, e 195, I, "b", CF; 141, 490, 429, 489, § 1º, IV a VI, 525, § 13, 926 e 927, § 3º, do CPC; e 27 da Lei 9.868/1999; 13, §1º, I, 19 e 20, caput, da LC 87/1996; 1º da Lei 10.637/2002; 1º da Lei 10.833/2003; 2º da Lei 9.715/1998; 2º da LC 70/1991; e 2º e 3º da Lei 9.718/1998) ou à jurisprudência (EDcl no REsp 1.191.640, Rel. Min. MAURO CAMPBELL, DJe de 14/05/2019), ainda que houvesse, não seriam vícios passíveis de exame em embargos de declaração como via substitutiva dos recursos específicos, próprios para cada situação, de competência das instâncias superiores.

Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÕES. NULIDADES, ILEGALIDADES E INCONSTITUCIONALIDADES. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS. REJEIÇÃO.

1. São manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado. As alegações deduzidas não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.

2. Constatou-se do acórdão embargado, quanto ao sobrestamento do feito diante da pendência dos embargos de declaração no RE 574.706, a rejeição expressa da pretensão, pois: "*Ainda antes do mérito, cabe rejeitar o pedido de suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior; o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior.*". A argumentação de que alguns membros da Corte Superior atribuem efeito suspensivo corrobora o efeito limitado da decisão ao caso específico apreciado, desde que inexistente, como se percebe, precedente colegiado no tratamento da matéria.

3. Quanto ao questionamento dirigido ao objeto efetivamente decidido no acórdão embargado, a argumentação fazendária divide-se em duas linhas ou vertentes expositivas. A inicial coloca que o julgamento é nulo, pois violou os princípios dispositivo, da congruência e acarretou julgamento *extra petita*, além de padecer de nulidade por falta de fundamentação. A derradeira preconiza, a título de omissão, ter sido inconstitucional e ilegal a solução definida no mérito pelo acórdão embargado, ao estipular que o ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o faturado, e não o efetivamente pago pelo contribuinte.

4. Na discussão do mérito em si, verifica-se que não houve omissão, já que o acórdão embargado expressamente registrou que o tema integra, logicamente, o pedido de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS, considerando que, existindo formas ou critérios diferentes de identificação ou apuração de tal valor, a definição respectiva condiz com o mérito da causa, e não com questão incidental passível de solução no cumprimento da coisa julgada. Neste sentido, constou do acórdão embargado que: *"O aspecto relevante da controvérsia, excepcionalmente levantado no caso pela própria PFN, ao apontar a falta de interesse de agir do contribuinte, diz respeito ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS diante da divergência estabelecida entre as vertentes que primam, de um lado, pelo valor do imposto destacado nas notas fiscais e, de outro, pelo valor do imposto a ser efetivamente pago pelo contribuinte, dentro do regime de não cumulatividade. É importante frisar, de toda sorte, que tal ponto, ainda que não tenha ou tivesse sido discutido na inicial nem decidido na sentença ou veiculado na apelação, não impediria o pronunciamento da Corte, por se tratar, justamente, de controvérsia insita ao próprio mérito, qual seja, a definição do que constitui o indébito fiscal e, neste sentido, matéria que deve ser resolvida na fase cognitiva e não em liquidação de sentença, inexistindo, portanto, mesmo quando nada tenha ou tivesse sido alegado ou decidido, vício de julgamento extra ou ultra petita, ou contrariedade ao princípio da congruência ou da adstrição. Tanto é assim que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido em razão do regime de não cumulatividade do imposto. Neste sentido o seguinte excerto do julgado no RE 574.706: "O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS". Também este o entendimento adotado no âmbito das Turmas desta Seção (...)"*.

5. O acórdão embargado, neste tópico, expôs, por sua vez, a fundamentação necessária em torno do critério adotado para identificar o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, considerada a pretensão fazendária (ICMS efetivamente pago), e a do contribuinte (ICMS expresso nas notas fiscais de saída das mercadorias). A longa narrativa da embargante, buscando demonstrar que a fundamentação adotada no acórdão embargado, incorreu em omissão oculta, na verdade, irrisignação por suposto vício de ilegalidade e inconstitucionalidade, à luz dos preceitos apontados, em típica imputação de *error in iudicando*, por não ter sido acolhida, pelo aresto embargado, a interpretação constitucional e legal que, segundo a embargante, faria concluir que o ICMS a ser excluído, se alguma exclusão for possível, deveria ser o relativo ao valor efetivamente pago e não o destacado nas notas fiscais.

6. A alegação da embargante de que o acórdão embargado não restou fundamentado, padecendo de nulidade, inconstitucionalidade e ilegalidade, contraria o próprio reconhecimento da recorrente de que o julgado estabeleceu que o ICMS a ser devolvido é o destacado na nota fiscal, de acordo com o decidido no RE 574.706. Se o paradigma da Suprema Corte, ainda não se tornou julgamento definitivo de mérito - por existirem pendências e controvérsias ainda a serem resolvidas em tal julgado, a exemplo de *"trechos contraditórios, uns sinalizando a adoção do critério "ICMS a pagar ou líquido" e outros sinalizando a adoção do critério do "ICMS da nota fiscal"* - , disto não decorre que o pronunciamento desta Corte não esteja fundamentado, seja nulo, ilegal ou inconstitucional, por ter adotado uma dentre as linhas de interpretação que, segundo a embargante, estariam em conflito no precedente assinalado.

7. Não houve, como se observa, qualquer omissão e, quanto à suposta ofensa, negativa de vigência, nulidade ou contrariedade à Constituição e legislação (artigos 5º, LIV e LV, 93, XI, e 195, I, "b", CF; 141, 490, 429, 489, § 1º, IV a VI, 525, § 13, 926 e 927, § 3º, do CPC; e 27 da Lei 9.868/1999; 13, §1º, I, 19 e 20, *caput*, da LC 87/1996; 1º da Lei 10.637/2002; 1º da Lei 10.833/2003; 2º da Lei 9.715/1998; 2º da LC 70/1991; e 2º e 3º da Lei 9.718/1998) ou à jurisprudência (EDcl no REsp 1.191.640, Rel. Min. MAURO CAMPBELL, DJe de 14/05/2019), ainda que houvesse, não seriam vícios passíveis de exame em embargos de declaração como via substitutiva dos recursos específicos, próprios para cada situação, de competência das instâncias superiores.

8. Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

9. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001238-66.2018.4.03.6127

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001238-66.2018.4.03.6127

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração contra acórdão assimementado:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. INDEFERIMENTO DE PERÍCIA. NULIDADE DA SENTENÇA. INOCORRÊNCIA. MULTA ADMINISTRATIVA. DIVERGÊNCIA DE PESO. REPROVAÇÃO DE PRODUTO. LEGALIDADE DA PERÍCIA ADMINISTRATIVA E DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE DA MULTA APLICADA.

1. Inexiste nulidade na sentença recorrida que julgou antecipadamente o mérito, indeferindo a prova pericial. Incumbe ao julgador apreciar a utilidade e a pertinência da prova requerida e indeferi-la caso ausentes tais requisitos, nos termos do art. 464 do CPC. Não há ilegalidade na decisão do Juízo a quo que, ao entender que a perícia é impertinente no caso concreto, fundamentadamente a indefere.

2. A apelante não demonstrou o alegado prejuízo ao contraditório decorrente do procedimento adotado pela autoridade administrativa. Da leitura dos Laudos de Exame Quantitativo de Produtos Pré-Medidos, verifica-se que teve precisa compreensão acerca de quais produtos foram submetidos a exame.

3. Incide, na hipótese, o princípio da inexistência de nulidade sem prejuízo (pas de nullité san grief), cuja aplicação é amplamente admitida nos processos administrativos, consoante remansosa jurisprudência.

4. Existência de elementos suficientes nos autos os quais comprovam que a autuada teve ciência das datas das perícias administrativas a fim de que pudesse acompanhá-las.

5. A apelante não comprovou qualquer mácula na perícia administrativa que concluiu pela divergência de peso nos produtos indicados no laudo. A autuada teve plena ciência dos produtos recolhidos e foi instada a acompanhar a perícia administrativa. Dessa forma, mesmo tendo sido convidada a acompanhar a perícia realizada, a apelante não apontou concretamente qualquer erro no procedimento adotado pelo INMETRO que pudesse enfraquecer os resultados do laudo produzido pela autoridade administrativa, conclusivo no sentido de reprovar os produtos.

6. O ato administrativo é revestido pela presunção de veracidade e legitimidade. Referida presunção não é absoluta, uma vez que pode ser afastada caso sejam trazidos elementos probatórios suficientes para comprovar eventual ilegalidade. No caso dos autos, não se trata de atribuir à perícia administrativa valor absoluto, mas, de outro modo, de constatar que a autuada não trouxe elementos robustos capazes de infirmar tal presunção.

7. O auto de infração observou todos os requisitos do art. 7º e seguintes da Resolução 08/2006 do CONMETRO. A especificação da sanção não é requisito obrigatório do auto de infração, mormente porque a dosimetria da pena é realizada no bojo do devido processo administrativo no qual são colhidos, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, todos os elementos necessários para que seja individualizada a sanção, como ocorreu no caso concreto.

8. De acordo com o que restou apurado pela fiscalização, a autora é fabricante de produtos reprovados no critério da média por divergência entre o peso encontrado e o que consta na embalagem, violando, pois, a legislação metrológica acerca da matéria.

9. A violação aos direitos consumeristas atrai a responsabilidade objetiva e solidária do fabricante por vícios de quantidade dos produtos, nos termos do artigo 18 do CDC.

10. Tratando-se de responsabilidade objetiva, descabe fazer incursão no elemento subjetivo do fabricante, ou seja, se teve culpa ou dolo no tocante ao vício do produto verificado pela autoridade. Noutro ponto, a responsabilização marcada por sua natureza solidária inviabiliza que sejam acolhidas as alegações da fabricante no sentido de existir a possibilidade de o vício ter se originado no transporte ou acondicionamento do produto.

11. É dever do fabricante adotar as medidas adequadas para assegurar que o produto chegue ao consumidor com o peso indicado na embalagem. Por esse motivo, é possível que as amostras sejam colhidas fora do estabelecimento do fabricante, pois a fiscalização deve, de fato, recair sobre todas as fases da comercialização.

12. Se, conforme alega a própria apelante, o produto está sujeito a perdas previsíveis inerentes ao transporte e acondicionamento, a infração se configura diante da omissão do fabricante em diligenciar que ao curso da cadeia de fornecimento seja preservada a fidelidade quantitativa da mercadoria em que apõe sua marca.

13. Não há na legislação norma que preconize a aplicação sucessiva das sanções estabelecidas na Lei nº 9.933/99 e determine que a aplicação da multa deva ser condicionada à prévia advertência. O órgão fiscalizador, portanto, possui discricionariedade na escolha da pena aplicável, de modo que é infenso ao Poder Judiciário adentrar o mérito administrativo, em observância ao princípio da Separação dos Poderes.

14. O valor da multa, fixado no patamar de R\$ 14.923,98, não se afigura desproporcional ou ilegal, tampouco possui caráter confiscatório, pois corresponde a apenas 0,99 % do patamar máximo previsto na legislação (R\$ 1.500.000,00), bem como atende às finalidades da sanção e aos parâmetros estabelecidos na lei (artigo 9º da Lei nº 9.933/99), principalmente em vista à condição econômica da autuada.

15. *Apelação não provida.*"

Alegou-se omissão e obscuridade, pois: (1) não foi tratada a questão da prevenção do Juízo, pela qual tramitam ações anulatórias, para as execuções fiscais e respectivos embargos, relativos aos mesmos débitos, na forma dos artigos 921, I, c/ 313, V, "a", e 59, CPC, objetivando evitar decisões conflitantes, pois ainda não houve trânsito em julgado naquelas demandas cíveis; (2) não foram consideradas irregularidades no preenchimento do quadro demonstrativo para fixação das penalidades, ao afirmar que a multa foi motivada, a despeito do regulamento exigido no artigo 9º-A da Lei 9.933/1999, aduzindo que nulidade de tal ordem tem sido admitida em julgados e, no caso, houve preenchimento incoerente e inadequado do documento com base no qual é fixado o valor da multa, culminando em nulidade do auto de infração, na forma dos artigos 11 e 12 da Resolução CONMETRO 08/2006; e (3) ao contrário do afirmado no acórdão, não se comprovou o recebimento do comunicado de perícia, tratando-se de matéria de ordem pública, redundando em violação do artigo 16 da Resolução INMETRO 08/2016, e artigos 26, §§ 2º a 5º da Lei 9.784/1995, ao impedir que participasse da perícia, sendo insuficiente o mero comprovante de transmissão de fax, sem sequer demonstrar que o número para o qual enviado corresponde ao da autuada, não se questionando o procedimento de intimação, mas apenas o encaminhamento para o telefone correto e a certificação de recebimento, sendo dever legal da administração intimar o administrado para acompanhar a perícia e não apenas para ter ciência de seus resultados.

Apresento o feito em mesa para julgamento (artigo 1.024, § 1º, CPC).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001238-66.2018.4.03.6127
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: NESTLE BRASIL LTDA.
Advogado do(a) APELANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A
APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, são manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

As alegações não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.

Primeiramente, sobre o sobrestamento não houve omissão do acórdão que, a propósito, decidiu que a propositura de anulatórias sem depósito integral em dinheiro, inadmitidas outras formas de garantia, não obsta a propositura de execução fiscal perante o Juízo competente, de modo que não se tem causa impeditiva da tramitação das cobranças nem prevenção do Juízo Cível para ações próprias do Juízo especializado.

Alegou-se, ainda, omissão quanto ao exame das alegações de preenchimento incorreto do quadro demonstrativo e de falta de critérios para aplicação das multas, destacando a falta de decreto executivo. Sucede que, ao contrário do que foi exposto, houve abordagem específica e aprofundada de tais questões, conforme se comprova da transcrição abaixo:

"Com efeito, não vislumbro a alegada nulidade do auto de infração e do processo administrativo que culminou na imposição da multa.

Em respeito ao princípio da instrumentalidade das formas, não prospera o argumento de que deve ser declarada a insubsistência de plano dos Processos Administrativos 1598/2015, 1247/2015 e 11657/2012, por ausência de regular intimação para que a apelante acompanhasse as perícias realizadas nos referidos autos, uma vez que houve comunicação por fac simile da realização das perícias, como se pode verificar nos documentos Id 58819495 – fls. 07/08, Id 58819501 – fl. 29, Id 58819502 – fl. 01, e Id 58819503 – fl. 07, e não existe vedação legal a tal procedimento.

A apelante alega que norma regulamentar estabelece formulários de preenchimento obrigatório. Ressaltou que, necessariamente, todos os seus campos devem ser preenchidos, bem como suas informações devem refletir a realidade dos fatos e dos produtos examinados.

Observou o juízo de primeiro de grau que: “No mérito, consta dos Processos Administrativos Processos Administrativos 11657/2012, 1598/2015, 11163/2013, 5733/2014, 1845/2015 e 1247/2015, referentes aos Autos de Infração 2255057 a 2255061 e 2255064 a 2255066, 2631425, 2297786, 2628929, 2631184 e 2630776 que fiscais do IMETRO coletaram em pontos de venda amostras de produtos fabricados pela embargante, a fim de submetê-las a análise para verificar se o peso informado na embalagem correspondia ao peso efetivo.

Na ocasião das coletas “as embalagens encontravam-se em perfeito estado de inviolabilidade”.

Efetuada a análise, os peritos concluíram que as amostras foram reprovadas.

Consta que houve defesa administrativa e, fundamentadamente, foram mantidas as autuações.

Não há controvérsia sobre a situação fática (a colheita de amostras de produtos colocados à venda, a realização de perícia e a reprovação por divergência de peso).

Nesse ponto, rejeito a tese da embargante de cerceamento de defesa por não ter tido tempo hábil para acompanhar a perícia administrativa. A empresa autuada foi regularmente notificada das decisões proferidas na esfera administrativa, em observância aos princípios da ampla defesa e do contraditório e não apresentou elementos que pudessem afastar a presunção de legitimidade dos laudos elaborados pela fiscalização. Além disso, não lhe foi retirado o direito de se defender judicialmente, diante da constatação de que as amostras foram analisadas e todas elas foram reprovadas, tanto no critério individual como no de média, sem que se possa falar inclusive em ofensa ao princípio da razoabilidade.

No mais, a embargante argui irregularidade formal nos autos de infração e, de modo geral, nulidade do processo administrativo. Argumenta que possui rigoroso controle de qualidade, por isso a inadequação deve ter surgido em fase posterior à produção, no transporte, armazenamento ou medição. Assim, por não ser responsável pela irregularidade, pede o cancelamento do auto de infração. Subsidiariamente, defende que é caso de aplicação do princípio da insignificância, deixando-se de aplicar qualquer penalidade, vez que as irregularidades encontradas foram mínimas. Em caso de entendimento diverso, pleiteia que seja aplicada penalidade de advertência ou, ao menos, que o valor da penalidade pecuniária seja reduzido, em atenção aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Também questiona a desproporcionalidade no valor das autuações em cada ente federativo.

Contudo, as alegações da embargante não merecem acolhida.

Não há irregularidade formal nos autos de infração, pois apresentam todas as informações exigidas pelo art. 7º da Resolução Conmetro n. 08/2006. Vale dizer, dos autos de infração constam (a) local, data e hora da lavratura, (b) identificação do autuado, (c) descrição da infração, (d), dispositivo normativo infringido, (e) indicação do órgão processante e (f) identificação e assinatura do agente autuante, conforme facilmente se observa da análise do referido ato administrativo em análise.

Não se exige que o auto de infração contenha a informação da data de fabricação e o lote das amostras colhidas. Aliás, essas informações poderiam ser facilmente obtidas pela embargante, pois foi intimada a acompanhar a realização da perícia. Portanto, a eventual falta de informação no auto de infração do lote e data de fabricação das amostras não tem sequer o potencial de causar qualquer prejuízo ao exercício da ampla defesa por parte da embargante, não havendo qualquer vício de ordem formal a reconhecer.” (Id 58819598).

Entendo que a apelante não demonstrou o alegado prejuízo ao contraditório decorrente do procedimento adotado pela autoridade administrativa.

Em que pese a constatação de pequenas irregularidades no preenchimento da documentação anexada aos autos, tais incorreções não têm o condão de invalidar o procedimento administrativo.

Da leitura dos Laudos de Exame Quantitativo de Produtos Pré-Medidos, extrai-se que restaram consignados os seguintes dados essenciais: no campo “Especificações do produto” foram identificados o produto, a marca, o conteúdo nominal; no campo “observação” foi identificada a validade. Ademais, há nos autos reprodução de imagens dos produtos periciados que permitem a sua perfeita identificação.

Aliás, insta destacar que incide, na hipótese, portanto, o princípio da inexistência de nulidade sem prejuízo (pas de nullité san grief), cuja aplicação é amplamente admitida nos processos administrativos, consoante remansosa jurisprudência. Confira-se:

DIREITO ADMINISTRATIVO. COMERCIALIZAÇÃO DE SEMENTES. LOTE COM NÚMERO DE SEMENTES DE OUTRAS ESPÉCIES ACIMA DO PERMITIDO E COM PORCENTAGEM DE SEMENTES PURAS ABAIXO DO PADRÃO. ARTS. 177, XII E 181, I, C/C O ART. 201 DO ANEXO DO DECRETO Nº 5.153/2004, QUE REGULAMENTA A LEI Nº 10.711/2003. CORRETO ENQUADRAMENTO. APELANTE QUE NÃO SE DESINCUMBIU DO ÔNUS DE PROCESSUAL DE DESCONSTITUIR A PRESUNÇÃO DE VERACIDADE E LEGITIMIDADE DA AUTUAÇÃO. EXCESSO DE PRAZO NA CONCLUSÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO: INEXISTÊNCIA DE NULIDADE SEM DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. MULTA FIXADA EM VALOR ADEQUADO, RAZOÁVEL E PROPORCIONAL, NÃO HAVENDO FUNDAMENTO PARA CONVERSÃO EM ADVERTÊNCIA. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. O autor foi autuado por comercializar sementes de sua produção com número de sementes de outras espécies acima do permitido pelo padrão nacional e com porcentagem de sementes puras abaixo do padrão, condutas que configuram as infrações previstas nos arts. 177, XII e 181, I, c/c o art. 201 do Anexo do Decreto nº 5.153/2004, que regulamenta a Lei nº 10.711/2003.

2. Está correto o enquadramento no inciso I do art. 180 porque ficou caracterizada a fraude, nos termos do § 4º do art. 201 do Anexo do Decreto nº 5.153/2004, já que o resultado analítico foi inferior a 50% do padrão mínimo (o lote apresentou 4,3% de sementes puras). Portanto, não faz o menor sentido a pretensão de enquadramento da infração no art. 177, X. Também é correto o enquadramento no inciso XII do art. 177 porque foram encontradas sementes de outras espécies cultivadas acima do permitido.

3. Aquele que litiga contra o Estado sabe, ou pelo menos deve saber, de antemão, que tem a incumbência de desconstituir em Juízo a presunção de veracidade e legitimidade de que se reveste o ato administrativo, e deve fazê-lo mediante prova sólida, que não deixe pairar dúvida sobre a ilegalidade/ilegitimidade do ato.

4. O apelante não se desincumbiu desse ônus processual, pois dispensou expressamente a produção de prova, não havendo nos autos nada que comprove que o fiscal federal coletou amostras fora dos padrões determinados, sequer que houve falha no armazenamento das sementes por parte de seu parceiro comercial. Aliás, vale registrar que no processo administrativo o apelante foi intimado por meio de ofício, sobre o seu direito de requerer a reanálise das sementes, mas não se manifestou. Portanto, não há nada que afaste a presunção de legitimidade e veracidade da autuação.

5. Eventual excesso de prazo para conclusão do processo administrativo não gera, por si só, a nulidade do feito. A propósito, calha registrar que em sede de matéria punitiva e disciplinar "a jurisprudência deste Supremo Tribunal é no sentido de que o princípio do *pas de nullité sans grief* exige, em regra, a demonstração de prejuízo à parte que suscita o vício; não se decreta nulidade processual por presunção" (MS 31199, Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 10/06/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-122 DIVULG 23-06-2014 PUBLIC 24-06-2014). Em semelhante sentido: MS 27751 ED-AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 09/11/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-248 DIVULG 21-11-2016 PUBLIC 22-11-2016. Ou seja, "...não havendo prejuízo para qualquer das partes, nenhum ato processual será declarado nulo, conforme o brocardo "*pas de nullité sans grief*"..." (AI 764402 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 01/06/2010, DJe-116 DIVULG 24-06-2010 PUBLIC 25-06-2010 EMENT VOL-02407-08 PP-01774). Não se pode olvidar, ademais, que os prazos fixados no art. 200, IV e X do Anexo do Decreto nº 5153/200 são prazos impróprios e não se confundem com prazos prescricionais ou decadenciais.

6. Quanto à penalidade imposta, inexistente fundamento para conversão da multa em advertência, destinada apenas às infrações de natureza leve e que não se referirem a resultados fora dos padrões de qualidade das sementes e das mudas (art. 197 do Decreto nº 5153/2004).

7. A multa foi fixada no percentual mínimo previsto para cada infração, observando os parâmetros do art. 199, II e III, do Decreto nº 5153/2004, não havendo que se cogitar em violação à razoabilidade e à proporcionalidade, sequer em caráter confiscatório, dada a finalidade de reprimir e desestimular condutas infratoras.

8. Recurso improvido.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2076680 - 0003100-29.2013.4.03.6000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, julgado em 19/04/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:27/04/2018)

MANDADO DE SEGURANÇA - APELAÇÃO - MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - PORTARIA RFB 3.014/2.011 - PRORROGAÇÃO DE PRAZO - POSSIBILIDADE - RECURSO IMPROVIDO.

1. O Mandado de Procedimento Fiscal é instrumento que objetiva o controle dos atos de agentes fiscais, além de proteger o contribuinte, porque dá ciência dos atos e procedimentos praticados pela Administração.

2. A apelante sustenta que o mandado de procedimento fiscal já estava encerrado no momento da fiscalização.

3. Os artigos 12 e 13, da Portaria da RFB nº 3.014/2.011, permitem a prorrogação do prazo por tantas vezes quanto necessárias.

4. No caso concreto, o Mandado foi prorrogado 4 vezes, sendo a última datada de 28 de junho de 2013 (fls. 84). Portanto, descabida a alegação de autuação fora do prazo, já que o termo de sujeição passiva data de 22 de maio de 2013 (fls. 21).

5. A apelante, inclusive, apresentou impugnação no processo administrativo referente à autuação (fls. 182/194). Inexiste nulidade sem prejuízo. Precedentes.

6. Apelação improvida.

(...)"

Frente à extensa fundamentação sobre vários aspectos fático-jurídicos da fiscalização e da autuação, a embargante apontou, de forma genérica, que houve omissão no exame da alegação de preenchimento incoerente e inadequado do documento que levou à fixação de multa de forma arbitrária e imotivada, sem qualquer especificação e demonstração dos pontos de incoerência e de inadequação na elaboração do quadro demonstrativo mencionado.

A genérica imputação de omissão, deixando de cotejar os pontos discutidos e, a partir deles, o que foi apreciado e o que deixou de ser enfrentado, revela a manifesta improcedência dos embargos de declaração, opostos com evidente intento de suscitar suposto *error in iudicando* por não ter sido acolhida a alegação de nulidade no procedimento e na imposição da multa, pretensão esta, porém, incompatível com a via eleita.

Acresça-se, ainda, que o acórdão embargado no ponto da quantificação da multa, por igual impugnada como omitida no julgamento, assim decidiu:

"Noutro ponto, observo que os autos de infração observaram todos os requisitos do art. 7º e seguintes da Resolução 08/2006 do CONMETRO. Confira-se:

"Art. 7º. Deverá constar do auto de infração:

I - local, data e hora da lavratura;

II - identificação do autuado;

III - descrição da infração;

IV - dispositivo normativo infringido;

V - indicação do órgão processante;

VI - identificação e assinatura do agente autuante;

Art. 8º. O auto de infração deverá ser lavrado em 2 (duas) vias de igual teor, destinando-se a primeira à instauração do processo administrativo e a segunda ao autuado, para conhecimento da autuação, adoção das medidas corretivas e providências necessárias.

Art. 9º. De acordo com a conveniência administrativa, o auto de infração poderá ser lavrado no ato da fiscalização ou em momento posterior.

§ 1º No caso da lavratura no ato da fiscalização, deverão constar do auto de infração, ainda, a assinatura do autuado, a indicação do prazo e do local para oferecimento da defesa.

§ 2º Negando-se o autuado a assinar o auto de infração ou qualquer outro documento com que seja notificado, tal circunstância será registrada, sem prejuízo à continuidade do processo.

Art. 10. A notificação da autuação poderá ser efetivada em momento diverso da lavratura do auto de infração, inclusive por meio eletrônico hábil."

Conclui-se que a especificação da sanção não é requisito obrigatório do auto de infração, mormente porque a dosimetria da pena é realizada no bojo do devido processo administrativo no qual são colhidos, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, todos os elementos necessários para que seja individualizada a sanção, como ocorreu no caso concreto.

Cabe salientar que, no tocante à lavratura de autos de infração por multa administrativa e os respectivos requisitos que devem ser observados, são inaplicáveis as disposições do invocado Decreto nº 70.235/1972, o qual, nos termos do art. 1º, “rege o processo administrativo de determinação e exigência dos créditos tributários da União e o de consulta sobre a aplicação da legislação tributária federal.”

(...)

No caso concreto, verifico que a aplicação da multa, bem como o respectivo valor atribuído, não desborda dos parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade.

Destaco que, além do caráter punitivo e repressivo no caso da ocorrência da infração, a multa também possui viés preventivo no que se refere à coerção sobre o comportamento do fabricante dos produtos para que observe a legislação protetiva ao consumidor:

Por sua vez, o artigo 9º da Lei nº 9.933/99 estabelece os parâmetros que devem ser observados na aplicação da multa pela autoridade administrativa:

“Art. 9º A pena de multa, imposta mediante procedimento administrativo, poderá variar de R\$ 100,00 (cem reais) até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais). (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

§ 1º Para a gradação da pena, a autoridade competente deverá considerar os seguintes fatores: (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

I - a gravidade da infração; (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

II - a vantagem auferida pelo infrator; (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

III - a condição econômica do infrator e seus antecedentes; (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

IV - o prejuízo causado ao consumidor; e (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

V - a repercussão social da infração. (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).”

Nesse contexto, entendo que o valor das multas, fixado no patamar de R\$ 66.037,50 no total, para seis autuações (Id 58819489 – fl. 04), não se afigura desproporcional ou ilegal, tampouco possui caráter confiscatório, pois corresponde, em média, a R\$ 11.006,25 por autuação, apenas 0,73% do patamar máximo previsto na legislação (R\$ 1.500.000,00), bem como atende às finalidades da sanção e aos parâmetros estabelecidos na lei (artigo 9º da Lei nº 9.933/99), principalmente em vista à condição econômica da autuada.

Portanto, inexistente manifesta ilegalidade ou desproporcionalidade na pena aplicada que torne legítima a incursão do Poder Judiciário no mérito do ato administrativo discricionário.

Em caso análogo, essa C. Turma já decidiu:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. INMETRO. AUTO DE INFRAÇÃO. ARTIGOS 8º E 9º DA LEI 9.933/1999. MULTA. DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO. APELO DESPROVIDO.

1. Em razão de desconformidade em etiqueta, foi lavrado auto de infração, com fundamento nos artigos 8º e 9º da Lei 9.933/1999, e aplicada multa no valor originário de R\$ 753,11, acima do piso de R\$ 100,00, mas longe do teto de R\$ 50.000,00, previsto para infrações leves (artigo 9º, I, da Lei 9.933/1999), inexistindo, pois, violação ao princípio da razoabilidade ou proporcionalidade.

2. Improcedente a alegação da autora de que tem direito, por se tratar de primeira autuação, à penalidade de mera advertência, ou que sua infração não foi grave o suficiente para aplicação de multa.

3. Configura mérito administrativo o juízo formulado, no tocante à sanção mais adequada ao caso concreto e, ademais, o próprio valor da multa imposta revela que foram consideradas as circunstâncias legais aplicáveis no arbitramento administrativo, não remanescendo espaço para reputar ilegal o auto de infração.

4. Apelação desprovida.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2201262 - 0000536-57.2016.4.03.6102, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 15/02/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:24/02/2017)

ADMINISTRATIVO. IPEM-SP/INMETRO. AUTO DE INFRAÇÃO. VIOLAÇÃO DO LACRE DAS BOMBAS DE COMBUSTÍVEIS. MULTA. ALEGAÇÕES DE NULIDADE AFASTADAS. APELO DESPROVIDO.

1. A escolha e quantificação da penalidade aplicável é atividade administrativa enquadrada no âmbito do poder discricionário da autoridade fiscalizadora, descabendo, a princípio, a intervenção do Poder Judiciário, salvo quando evidenciada ilegalidade ou notória falta de razoabilidade, o que incoorre no caso em exame. Precedentes do C. STJ e deste Tribunal.

2. Não se verifica nenhuma ilegalidade na aplicação da pena de multa, porquanto fixada entre o mínimo e máximo previsto em lei.

3. Tampouco se mostra irrazoável ou desproporcional o montante estipulado, se comparado ao valor do capital social da empresa, e se considerada a gravidade da infração cometida e sua reincidência.

4. Não se verificando qualquer ilegalidade, ou ausência de razoabilidade ou de proporcionalidade na multa aplicada à apelante infratora, há que se respeitar a discricionariedade atribuída à Autoridade Fiscalizadora.

5. Apelação desprovida.

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2191784 - 0012596-50.2012.4.03.6119, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MARLI FERREIRA, julgado em 03/10/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:24/10/2018)

(...)"

Evidencia-se dos autos que houve extensa e aprofundada fundamentação no exame de todas as alegações deduzidas, sem incorrer o julgado em qualquer omissão, expondo as razões pelas quais foi reputada correta a fixação da multa com base na legislação e jurisprudência firmada no sentido da legalidade, validade e suficiência das normas aplicadas pela fiscalização e dentro do procedimento administrativo respectivo.

A base legal, como exposto no julgado, ampara a sanção concretamente imposta em decorrência da fiscalização e no âmbito do procedimento respectivo, dentro dos limites do exercício razoável e legítimo da discricionariedade administrativa, não deixando de ter eficácia e aplicabilidade as normas legais, assim como os atos normativos editados pelos órgãos técnicos, independentemente do decreto executivo que, na regulamentação da lei, poderia especificar ou detalhar as atribuições e funcionamento de tal estrutura administrativa de fiscalização, sem extrair, porém, eficácia normativa da própria legislação metrológica.

Também não procede a alegação de obscuridade, pois restou assentada a inexistência, nos autos, da prova de irregularidade no procedimento adotado pelo INMETRO, apurando-se que "a apelante teve plena ciência dos produtos recolhidos e foi instada a acompanhar a perícia administrativa".

De fato, a documentação constante do procedimento administrativo atesta o envio de comunicação da perícia para acompanhamento através de fax, alegando a embargante, na inicial, que a prova dos autos não é suficiente para confirmar o encaminhamento, "sendo ônus do órgão embargado demonstrar a regularidade da notificação encaminhada". Trata-se, porém, de afirmar o oposto, pois a presunção de legitimidade e veracidade do ato administrativo ampara a atuação e atribui à embargante o ônus processual de desconstituir a presunção de liquidez e certeza do título executivo com a comprovação de violação, no procedimento próprio, dos artigos 16 da Resolução INMETRO 08/2016, e 26, §§ 3º e 5º, 27 e 28 da Lei 9.784/1999.

A propósito, ainda, conforme dito em contestação, sem qualquer demonstração em contrário:

" (...) da análise dos autos do processo administrativo anexo, a coleta do material foi feita de forma absolutamente regular; sendo que a embargante foi notificada da realização da perícia exatamente para o dia em que foi realizada a perícia que consta nos laudos anexados aos autos do PA, ou seja, a embargante foi efetivamente notificada acerca da realização da perícia e, como sempre ocorre, não compareceu para acompanhar a perícia.

É tão verdade que a embargante recebeu regularmente a intimação e que tal fato em nada a prejudicou no processo administrativo, QUE NA DEFESA ADMINISTRATIVA A EMBARGANTE SEQUER LEVANTOU ESTE ARGUMENTO, defendendo com profundidade a atuação sem uma menção sequer a alegada nulidade nesse sentido. Na realidade, tal alegação nesta fase processual tem por único objetivo protelar o desfecho processo."

Evidente, assim, a inexistência de qualquer omissão, obscuridade ou nulidade frente à questão levantada.

Reitere-se que, em todos os casos destacados, não houve omissão, contradição ou obscuridade frente a alegações, preceitos e provas pertinentes à discussão, mas, ainda que, por hipótese, houvesse ofensa ou negativa de vigência à legislação citada (artigos 26, §§ 3º e 5º, 27 e 28 da Lei 9.784/1999; 16 da Resolução CONMETRO 08/2016; 11 e 12 da Resolução CONMETRO 08/2006; 9º e 9º-A da Lei 9.933/1999; e 59, e 921, I c/c 313, V, "a", CPC) ou contrariedade à interpretação consolidada na jurisprudência das Cortes Superiores, os embargos de declaração, mesmo assim, não seriam cabíveis ou passíveis de acolhimento em substituição aos recursos específicos, próprios para cada situação, de competência das instâncias superiores.

Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, como apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. MULTA ADMINISTRATIVA. VÍCIOS INEXISTENTES. *ERROR IN JUDICANDO*. REJEIÇÃO.

1. São manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto como o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.
2. As alegações não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in judicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.
3. Sobre o sobrestamento não houve qualquer omissão do acórdão que, a propósito, decidiu que a propositura de anulatórias sem depósito integral em dinheiro, inadmitidas outras formas de garantia, não obsta a propositura de execução fiscal perante o Juízo competente, de modo que não se tem causa impeditiva da tramitação das cobranças nem prevenção do Juízo Cível para ações próprias do Juízo especializado.

4. Frente à extensa e aprofundada fundamentação sobre os variados aspectos fático-jurídicos da fiscalização e autuação, a embargante apontou, de forma genérica, que houve omissão no exame da alegação de preenchimento incoerente e inadequado do documento que levou à fixação de multa de forma arbitrária e inmotivada, sem qualquer especificação e demonstração dos pontos de incoerência e de inadequação na elaboração do quadro demonstrativo mencionado.

5. A genérica imputação de omissão, deixando de cotejar pontos discutidos e, a partir deles, o que foi apreciado e o que deixou de ser enfrentado, revela a manifesta improcedência dos embargos de declaração, opostos com evidente intento de suscitar suposto *error in iudicando* por não ter sido acolhida a alegação de nulidade no procedimento e na imposição da multa, pretensão esta, porém, incompatível com a via eleita.

6. Além de não fundamentada nem demonstrada a omissão quanto à nulidade no preenchimento incoerente e inadequado do quadro demonstrativo, evidencia-se, quanto ao valor da multa, que o acórdão embargado analisou e reputou correta a decisão administrativa, além de válida e suficiente a base legal existente para o exercício, pela administração, da sua competência para fiscalizar, apurar e avaliar a infração e impor a sanção proporcional e adequada nos limites da legislação, não deixando de ter eficácia e aplicabilidade as normas legais e atos normativos editados pelos órgãos técnicos, independentemente do decreto executivo que, na regulamentação da lei, poderia detalhar e especificar atribuições e funcionamento de tal estrutura administrativa de fiscalização, sem extrair, porém, eficácia normativa da própria legislação metrológica.

7. Também não procede a alegação de obscuridade, pois restou assentada a inexistência, nos autos, da prova de irregularidade no procedimento adotado pelo INMETRO, apurando-se que *"a apelante teve plena ciência dos produtos recolhidos e foi instada a acompanhar a perícia administrativa"*. De fato, a documentação constante do procedimento administrativo atesta o envio de comunicação da perícia para acompanhamento através de fax, alegando a embargante, na inicial, que a prova dos autos não é suficiente para confirmar o encaminhamento, *"sendo ônus do órgão embargado demonstrar a regularidade da notificação encaminhada"*. Trata-se, porém, de afirmar o contrário, pois a presunção de legitimidade e veracidade do ato administrativo ampara a autuação e atribui à embargante o ônus processual de desconstituir a presunção de liquidez e certeza do título executivo com a comprovação de violação, no procedimento próprio, dos artigos 16 da Resolução INMETRO 08/2016, e 26, §§ 3º e 5º, 27 e 28 da Lei 9.784/1999. Conforme dito em contestação, sem demonstração em contrário: *"da análise dos autos do processo administrativo anexo, a coleta do material foi feita de forma absolutamente regular; sendo que a embargante foi notificada da realização da perícia exatamente para o dia em que foi realizada a perícia que consta nos laudos anexados aos autos do PA, ou seja, a embargante foi efetivamente notificada acerca da realização da perícia e, como sempre ocorre, não compareceu para acompanhar a perícia. É tão verdade que a embargante recebeu regularmente a intimação e que tal fato em nada a prejudicou no processo administrativo, QUE NA DEFESA ADMINISTRATIVA A EMBARGANTE SEQUER LEVANTOU ESTE ARGUMENTO, defendendo com profundidade a atuação sem uma menção sequer a alegada nulidade nesse sentido. Na realidade, tal alegação nesta fase processual tem por único objetivo protelar o desfecho processo."*. Evidente, assim, a inexistência de qualquer omissão, obscuridade ou nulidade frente à questão levantada.

8. Reitere-se que, em todos os casos destacados, não houve omissão, contradição ou obscuridade frente a alegações, preceitos e provas pertinentes à discussão, mas, ainda que, por hipótese, houvesse ofensa ou negativa de vigência à legislação citada (artigos 26, §§ 3º e 5º, 27 e 28 da Lei 9.784/1999; 16 da Resolução CONMETRO 08/2016; 11 e 12 da Resolução CONMETRO 08/2006; 9º e 9º-A da Lei 9.933/1999; e 59, e 921, I c/c 313, V, "a", CPC) ou contrariedade à interpretação consolidada na jurisprudência das Cortes Superiores, os embargos de declaração, mesmo assim, não seriam cabíveis ou passíveis de acolhimento em substituição aos recursos específicos, próprios para cada situação, de competência das instâncias superiores.

9. Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

10. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000837-30.2019.4.03.6128

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: LOGMAM TRANSPORTES LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: RODRIGO FREITAS DE NATALE - SP178344-A, PATRICIA MADRID BALDASSARE FONSECA - SP227704-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, LOGMAM TRANSPORTES LTDA

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000837-30.2019.4.03.6128
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: LOGMAM TRANSPORTES LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogados do(a) APELANTE: RODRIGO FREITAS DE NATALE - SP178344-A, PATRICIA MADRID BALDASSARE FONSECA - SP227704-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, LOGMAM TRANSPORTES LTDA
Advogado do(a) APELADO: PATRICIA MADRID BALDASSARE FONSECA - SP227704-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário e recursos de apelação interpostos por **Logmam Transportes Ltda** e pela **União** em face de sentença que acolheu parcialmente o pedido para reconhecer a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS a partir de março de 2017 e rejeitou o pedido de restituição ou compensação em relação aos períodos anteriores, observada a necessidade de trânsito em julgado, corrigidos pela Selic desde o recolhimento (Id 85375897, p. 1-7).

Em suas razões (Id 85375903, p. 1-21), a União requer, preliminarmente, a suspensão do feito até o julgamento definitivo dos embargos de declaração opostos no RE 574.706, e a necessidade da modulação dos efeitos. No mérito, sustenta, em síntese, a constitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, definida em lei, especialmente após a edição da Lei nº 12.973/14.

Apelou a impetrante Logmam Transportes Ltda (Id 85375913, p. 1-20), requerendo, em suma, a reforma da sentença para reconhecer seu direito de obter a restituição dos valores indevidamente recolhidos a partir dos 5 (cinco) anos anteriores ao ajuizamento da ação, não sendo necessário aguardar eventual modulação dos efeitos do RE 574.706, uma vez que foi confirmado com a publicação do acórdão.

Com contrarrazões da impetrante (Id 85375918, p. 1-32), e da União (Id 63045025, p. 1-8) vieram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal, em parecer do Procurador Regional da República Elton Venturi, manifestou-se pelo regular prosseguimento (Id 94281681, p. 1-3).

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000837-30.2019.4.03.6128
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: LOGMAM TRANSPORTES LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogados do(a) APELANTE: RODRIGO FREITAS DE NATALE - SP178344-A, PATRICIA MADRID BALDASSARE FONSECA - SP227704-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, LOGMAM TRANSPORTES LTDA
Advogado do(a) APELADO: PATRICIA MADRID BALDASSARE FONSECA - SP227704-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

Preliminarmente, em relação à possibilidade, ou não, da inclusão do valor relativo ao ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS, recente jurisprudência do STF reitera o entendimento acerca da aplicação imediata do artigo 1.040 do Código de Processo Civil e julgamento do feito, independentemente do trânsito em julgado do acórdão paradigma, *verbis*:

*"RECURSO EXTRAORDINÁRIO - TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SUBSTITUTIVA - BASE DE CÁLCULO - NÃO INCLUSÃO DO VALOR RELATIVO AO ICMS - ENTENDIMENTO FIRMADO COM BASE EM ORIENTAÇÃO QUE O PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PROCLAMOU NA APRECIÇÃO DO RE 574.706-RG/PR - **POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO IMEDIATO PELO RELATOR DE IDÊNTICA CONTROVÉRSIA INDEPENDENTEMENTE DA PUBLICAÇÃO OU DO TRÂNSITO EM JULGADO DO ACÓRDÃO PROFERIDO NO "LEADING CASE"** - SUCUMBÊNCIA RECURSAL (CPC, ART. 85, § 11) - NÃO DECRETAÇÃO, NO CASO, ANTE A INADMISSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO EM VERBA HONORÁRIA, POR TRATAR-SE DE PROCESSO DE MANDADO DE SEGURANÇA (SÚMULA 512/STF E LEI Nº 12.016/2009, ART. 25) - AGRAVO INTERNO IMPROVIDO."*

(RE 1089337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 27/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-093 DIVULG 14-05-2018 PUBLIC 15-05-2018) g.n.

*"COFINS E PIS - BASE DE CÁLCULO - ICMS - EXCLUSÃO. O Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços - ICMS não compõe a base de incidência do PIS e da COFINS. Precedentes: recurso extraordinário 240.785/MG, relator ministro Marco Aurélio, Pleno, acórdão publicado no Diário da Justiça de 8 de outubro de 2014 e recurso extraordinário nº 574.706/PR, julgado sob o ângulo da repercussão geral, relatora ministra Cármen Lúcia, Pleno, acórdão veiculado no Diário da Justiça de 2 de outubro de 2017. REPERCUSSÃO GERAL - ACÓRDÃO - PUBLICAÇÃO - EFEITOS - ARTIGO 1.040 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. **A sistemática prevista no artigo 1.040 do Código de Processo Civil sinaliza, a partir da publicação do acórdão paradigma, a observância do entendimento do Plenário, formalizado sob o ângulo da repercussão geral.**"*

(AI 523706 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 10/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-109 DIVULG 01-06-2018 PUBLIC 04-06-2018) g.n.

Assim, a ausência de trânsito em julgado ou eventual possibilidade de modulação dos efeitos da decisão não impede que o entendimento seja desde logo adotado, conforme precedentes.

Passo ao exame do mérito.

Em sessão plenária do dia 15.03.2017 foi julgado o RE nº 574.706/RG, que trata do tema atinente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a sistemática da repercussão geral (artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973), que constou com a seguinte decisão:

"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017."

(RE 574706 RG, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 15/03/2017, DJe-053 DIVULG 17-03-2017 PUBLIC 20-03-2017)

Em 29.09.2017 foi disponibilizada a ementa do referido acórdão:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta Terceira Turma.

Ademais, a questão não carece de maiores debates, visto que a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça reconheceram a exclusão da parcela relativa ao ICMS, da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, *verbis*:

"TRIBUTO - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da COFINS, porque estranho ao conceito de faturamento."

(RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituindo receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido."

(AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 07/04/2015)

Cumpra-se asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

A exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS e do PIS decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

Assim, a falta de definitividade da entrada de valores a título de ICMS no caixa da pessoa jurídica caracteriza a ausência da natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, que, repita-se, tem natureza de receita para o Estado-membro.

Ademais, o termo "faturamento" deve ser conceituado no sentido técnico consagrado pela jurisprudência e pela doutrina.

Ainda, o ICMS é imposto indireto no qual o ônus financeiro é transferido para o consumidor final, tornando-se este o contribuinte de fato da exação. Assim, o sujeito passivo do tributo - aquele que realiza a operação de circulação de mercadorias - apenas tem o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, qual seja, o Estado-membro ou o Distrito Federal, mostrando-se, incontestavelmente, despedido da natureza jurídica de receita para o sujeito passivo.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, *verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ICMS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Encontra-se, atualmente, consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme constou do Boletim de Notícias do Supremo Tribunal Federal nº 762 de 06 a 11 de Outubro de 2014 (RE 240.785-2/MG).

2. Embargos infringentes desprovidos."

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI 0000266-78.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 04/11/2014, e-DJF3: 13/11/2014)

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS e DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3: 11/04/2014)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DUPLO AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. VALIDADE. APROVEITAMENTO DO TÍTULO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.

2. A orientação no plano constitucional, a partir do precedente citado, foi adotada, recentemente, no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94, conforme AgRg no ARESP 593.627, Rel. p/ acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 07/04/2015.

3. Embora cabível excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, não se reconhece a nulidade da execução fiscal, que deve prosseguir pelo saldo efetivamente devido, não se cogitando, de extinção da execução fiscal, na conformidade da jurisprudência consolidada.

4. Agravos inominados desprovidos."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0030027-53.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/05/2015, e-DJF3: 28/05/2015)

Considerando o julgamento do RE nº 240.785-2, que declarou inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, o advento da Lei nº 12.973/2014 em nada altera o entendimento proferido pela Suprema Corte.

Com efeito, a superveniência da Lei, modificando o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, e, respeitando-se a prescrição quinquenal, é direito da impetrante a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio da compensação, conforme os termos delineados a seguir.

De fato, de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em julgados afetados ao Tema Repetitivo nº 118, em se tratando de mandado de segurança cuja pretensão do contribuinte é apenas a de ver reconhecido o direito de compensar (provimento de cunho declaratório), sem apuração do efetivo montante dos recolhimentos realizados indevidamente, não cabe exigir do impetrante, credor tributário, a juntada das guias de recolhimento dos tributos, pois esta apreciação está reservada, em tais situações, ao âmbito administrativo, oportunidade em que serão assegurados à autoridade fazendária a fiscalização e o controle do procedimento compensatório.

Nesse sentido:

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TESE FIRMADA SOB O RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. ART. 1.036 E SEQUENTES DO CÓDIGO FUX. DIREITO DO CONTRIBUINTE À DEFINIÇÃO DO ALCANCE DA TESE FIRMADA NO TEMA 118/STJ (RESP 1.111.164/BA, DA RELATORIA DO EMINENTE MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI). INEXIGIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO, NO WRIT OF MANDAMUS, DO EFETIVO RECOLHIMENTO DO TRIBUTO, PARA O FIM DE OBTER DECLARAÇÃO DO SEU DIREITO À COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA, OBVIAMENTE SEM QUALQUER EMPECILHO À ULTERIOR FISCALIZAÇÃO DA OPERAÇÃO COMPENSATÓRIA PELO FISCO FEDERAL. A OPERAÇÃO DE COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA REALIZADA NA CONTABILIDADE DA EMPRESA CONTRIBUINTE FICA SUJEITA AOS PROCEDIMENTOS DE FISCALIZAÇÃO DA RECEITA COMPETENTE, NO QUE SE REFERE AOS QUANTITATIVOS CONFRONTADOS E À RESPECTIVA CORREÇÃO. RECURSO ESPECIAL DA CONTRIBUINTE A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.

1. Esclareça-se que a questão ora submetida a julgamento encontra-se delimitada ao alcance da aplicação da tese firmada no Tema 118/STJ (REsp. 1.111.164/BA, da relatoria do eminente Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, submetido a sistemática do art. 543-C do CPC/1973), segundo o qual é necessária a efetiva comprovação do recolhimento feito a maior ou indevidamente para fins de declaração do direito à compensação tributária em sede de Mandado de Segurança.

2. A afetação deste processo a julgamento pela sistemática repetitiva foi decidida pela Primeira Seção deste STJ, em 24.4.2018, por votação majoritária; de qualquer modo, trata-se de questão vencida, de sorte que o julgamento do feito como repetitivo é assunto precluso.

3. Para se espancar qualquer dúvida sobre a viabilidade de se garantir, em sede de Mandado de Segurança, o direito à utilização de créditos por compensação, esta Corte Superior reafirma orientação unânime, inclusive consagrada na sua Súmula 213, de que o Mandado de Segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária.

4. No entanto, ao sedimentar a Tese 118, por ocasião do julgamento do REsp. 1.111.164/BA, da relatoria do eminente Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, a Primeira Seção desta Corte firmou diretriz de que, tratando-se de Mandado de Segurança que apenas visa à compensação de tributos indevidamente recolhidos, impõe-se delimitar a extensão do pedido constante da inicial, ou seja, a ordem que se pretende alcançar para se determinar quais seriam os documentos indispensáveis à propositura da ação. O próprio voto condutor do referido acórdão, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC/1973, é expresso ao distinguir as duas situações, a saber: (...) a primeira, em que a impetração se limita a ver reconhecido o direito de compensar (que tem como pressuposto um ato da autoridade de negar a compensabilidade), mas sem fazer juízo específico sobre os elementos concretos da própria compensação; a outra situação é a da impetração, à declaração de compensabilidade, agrega (a) pedido de juízo específico sobre os elementos da própria compensação (v.g.: reconhecimento do indébito tributário que serve de base para a operação de compensação, acréscimos de juros e correção monetária sobre ele incidente, inexistência de prescrição do direito de compensar), ou (b) pedido de outra medida executiva que tem como pressuposto a efetiva realização da compensação (v.g.: expedição de certidão negativa, suspensão da exigibilidade dos créditos tributários contra os quais se opera a compensação).

5. Logo, postulando o Contribuinte apenas a concessão da ordem para se declarar o direito à compensação tributária, em virtude do reconhecimento judicial transitado em julgado da ilegalidade ou inconstitucionalidade da exigência da exação, independentemente da apuração dos respectivos valores, é suficiente, para esse efeito, a comprovação de que o impetrante ocupa a posição de credor tributário, visto que os comprovantes de recolhimento indevido serão exigidos posteriormente, na esfera administrativa, quando o procedimento de compensação for submetido à verificação pelo Fisco.

Ou seja, se a pretensão é apenas a de ver reconhecido o direito de compensar, sem abranger juízo específico dos elementos da compensação ou sem apurar o efetivo quantum dos recolhimentos realizados indevidamente, não cabe exigir do impetrante, credor tributário, a juntada das providências somente será levada a termo no âmbito administrativo, quando será assegurada à autoridade fazendária a fiscalização e controle do procedimento compensatório.

6. Todavia, a prova dos recolhimentos indevidos será pressuposto indispensável à impetração, quando se postular juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, com a efetiva investigação da liquidez e certeza dos créditos, ou, ainda, na hipótese em que os efeitos da sentença supõem a efetiva homologação da compensação a ser realizada. Somente nessas hipóteses o crédito do contribuinte depende de quantificação, de modo que a inexistência de comprovação cabal dos valores indevidamente recolhidos representa a ausência de prova pré-constituída indispensável à propositura da ação mandamental.

7. Na hipótese em análise, em que se visa garantir a compensação de valores indevidamente recolhidos a título do PIS e da COFINS, calculados na forma prevista no art. 3º, § 1º. da Lei 9.718/1998, o Tribunal de origem manteve a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido, concedendo a segurança apenas para garantir a compensação dos valores indevidamente recolhidos, limitando-os, todavia, àqueles devidamente comprovados nos autos.

8. Ao assim decidir, o Tribunal de origem deixou de observar **que o objeto da lide limitou-se ao reconhecimento do direito de compensar, e, nesse ponto, foi devidamente comprovada a liquidez e certeza do direito necessário à impetração do Mandado de Segurança, porquanto seria preciso tão somente demonstrar que a impetrante estava sujeita ao recolhimento do PIS e da COFINS, com base de cálculo prevista no art. 3º, § 1º. da Lei 9.718/1998, cuja obrigatoriedade foi afastada pelas instâncias ordinárias.**

9. **Extraí-se do pedido formulado na exordial que a impetração, no ponto atinente à compensação tributária, tem natureza preventiva e cunho meramente declaratório, e, portanto, a concessão da ordem postulada só depende do reconhecimento do direito de se compensar tributo submetido ao regime de lançamento por homologação. Ou seja, não pretendeu a impetrante a efetiva investigação da liquidez e certeza dos valores indevidamente pagos, apurando-se o valor exato do crédito submetido ao acervo de contas, mas, sim, a declaração de um direito subjetivo à compensação tributária de créditos reconhecidos com tributos vencidos e vincendos, e que estará sujeita a verificação de sua regularidade pelo Fisco.**

10. **Portanto, a questão debatida no Mandado de Segurança é meramente jurídica, sendo desnecessária a exigência de provas do efetivo recolhimento do tributo e do seu montante exato, cuja apreciação, repita-se, fica postergada para a esfera administrativa.**

11. *Recurso Especial da Contribuinte ao qual se dá parcial provimento, para reconhecer o direito à compensação dos valores de PIS e COFINS indevidamente recolhidos, ainda que não tenham sido comprovados nos autos.*

12. *Acórdão submetido ao regime do art. 1.036 do Código Fux, fixando-se a seguinte tese, apenas explicitadora do pensamento zavaskiano consignado no julgamento REsp. 1.111.164/BA: (a) tratando-se de Mandado de Segurança impetrado com vistas a declarar o direito à compensação tributária, em virtude do reconhecimento da ilegalidade ou inconstitucionalidade da exigência da exação, independentemente da apuração dos respectivos valores, é suficiente, para esse efeito, a comprovação de que o impetrante ocupa a posição de credor tributário, visto que os comprovantes de recolhimento indevido serão exigidos posteriormente, na esfera administrativa, quando o procedimento de compensação for submetido à verificação pelo Fisco; e (b) tratando-se de Mandado de Segurança com vistas a obter juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, com efetiva investigação da liquidez e certeza dos créditos, ou, ainda, na hipótese em que os efeitos da sentença supõem a efetiva homologação da compensação a ser realizada, o crédito do contribuinte depende de quantificação, de modo que a inexistência de comprovação cabal dos valores indevidamente recolhidos representa a ausência de prova pré-constituída indispensável à propositura da ação." (sem grifos no original)"*

(REsp 1715256/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/02/2019, DJe 11/03/2019)

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, visto a data que o presente *mandamus* foi ajuizado e, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, *verbis*:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. *A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).*

2. *A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).*

3. *Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.*

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

5. Conseqüentemente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.

7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponete própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor; o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.

13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor; nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."

14. Conseqüentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp416154, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF). (Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010).

Conforme a jurisprudência acima colacionada e, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

Cumprе ressaltar que a compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior, *verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO INEXISTENTE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. COMPENSAÇÃO. TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA. ART. 26 DA LEI N. 11.457/07. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nos termos da jurisprudência do STJ, é impossível a compensação de créditos tributários administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal com débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (contribuições sociais previstas nas alíneas 'a', 'b' e 'c' do parágrafo único do art. 11 da Lei n. 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida pelo art. 26 da Lei n. 11.457/07. Precedentes. Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1469537/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 24/10/2014)

Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, *verbis*:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4º 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.

4. A Tabela Única a prova da pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação /repetição de indébito, quais sejam: (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDcl no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. O prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/05 (09.06.2005), nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.") (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: RESP 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009).

7. Outrossim, o artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

8. Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010)

Finalmente, o termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior, *verbis*:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNBEN. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL. APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.250/95. DESDE O RECOLHIMENTO INDEVIDO. SÚMULA 83/STJ

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nas ações de restituição de tributos federais, antes do advento da Lei 9.250/95, incide a correção monetária desde o pagamento indevido (no caso, no momento da indevida retenção do IR) até a restituição ou a compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros moratórios a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), na forma do art. 167, parágrafo único, do CTN.

3. Ocorre que, com o advento do referido diploma, passou-se a incidir a Taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou a partir de 1º de janeiro de 1996 (caso o recolhimento tenha ocorrido antes dessa data).

Agravo regimental improvido."

(AgRg no AgRg no AREsp 536.348/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014)

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** à apelação da impetrante para reconhecer o direito à repetição dos valores indevidamente recolhidos, respeitada a prescrição quinquenal, contada a partir do ajuizamento da ação, e **NEGO PROVIMENTO** à remessa necessária e ao recurso de apelação da União, nos termos da fundamentação.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. MANDADO DE SEGURANÇA. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. APELAÇÃO DO IMPETRANTE PROVIDA REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO DA UNIÃO DESPROVIDAS.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontrar inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

2. A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, uma vez que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

3. A superveniência da Lei nº 12.973/2014, que alargou o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

4. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e respeitando-se a prescrição quinquenal, é assegurada ao impetrante a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio de compensação.

5. A compensação dos valores recolhidos indevidamente deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, visto a data que o presente *mandamus* foi ajuizado.
6. É necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.
7. A compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior.
8. É aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil.
9. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior,
10. Remessa necessária e apelação da União desprovidas. Apelação da impetrante provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, DEU PROVIMENTO à apelação da impetrante para reconhecer o direito à repetição dos valores indevidamente recolhidos, respeitada a prescrição quinquenal, contada a partir do ajuizamento da ação, e NEGOU PROVIMENTO à remessa necessária e ao recurso de apelação da União, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002517-67.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) AGRAVANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

AGRAVADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002517-67.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) AGRAVANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

AGRAVADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Trata-se de agravo de instrumento interposto por **Nestlé Brasil Ltda.**, inconformada com a decisão de IDs 22764321e 25893582 dos autos da ação anulatória nº 5018310-16.2019.4.03.6100, ajuizada em face do **Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia - INMETRO** e em trâmite perante o Juízo da 8ª Vara Cível Federal de São Paulo/SP, que indeferiu o pedido de antecipação da tutela.

O MM. Magistrado de primeira instância consignou que a suspensão de inscrições no CADIN e no protesto depende da suspensão da exigibilidade do crédito, o que não seria possível obter com carta fiança, seguro garantia ou qualquer outra modalidade de caução, diversa do dinheiro.

Alega a agravante, em síntese, que:

a) o artigo 9º da Lei de Execuções Fiscais incluiu a possibilidade de garantia por meio de depósito, fiança ou seguro garantia, sendo forçoso concluir pela sua aplicabilidade mediata à ação anulatória de débito fiscal;

b) a suspensão das inscrições no CADIN e protesto é consequência da apresentação de garantia suficiente e idônea - no caso, a apólice de seguro -, não estando elas vinculadas à suspensão da exigibilidade do crédito;

c) o seguro garantia é medida menos onerosa ao devedor frente ao depósito integral em dinheiro do valor discutido.

A parte contrária apresentou contraminuta, oportunidade em que pugnou pelo desprovinimento do recurso (ID 128307240).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002517-67.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) AGRAVANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

AGRAVADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): O artigo 9º, inciso II, da Lei de Execuções Fiscais possibilita o oferecimento de seguro garantia como caução ao débito executado, admitindo-se a utilização de tal garantia previamente ao ajuizamento da execução fiscal, em demanda anulatória, sendo irrelevante que o débito ainda não esteja inscrito em dívida ativa, já que o seu oferecimento tem por objetivo acautelar os interesses das partes. Nesse sentido: AI 0014789-23.2016.4.03.0000, Relator Desembargador Federal CARLOS MUTA, TRF - Terceira Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/10/2016.

Embora o seguro garantia não se equipare ao depósito em dinheiro para fins de suspensão da exigibilidade do crédito (REsp nº 1.156.668/DF, Relator Ministro Luiz Fux, STJ - Primeira Seção, DJe 10/12/2010), esta Corte Regional já decidiu sobre a possibilidade de antecipação da garantia, visando à emissão de certidão de regularidade fiscal, à suspensão de eventual inscrição no CADIN e à sustação do protesto. Veja-se:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO ANULATÓRIA - SEGURO-GARANTIA - EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO DE REGULARIDADE FISCAL - POSSIBILIDADE - SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO - INOCORRÊNCIA - DEPÓSITO INTEGRAL - SÚMULA 112/STJ - REQUISITOS A SEREM OBSERVADOS PELO JUÍZO DE ORIGEM- RECURSO PROVIDO.

[...]

3. Embora não seja hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, a jurisprudência pátria vem admitindo, em hipóteses específicas, que o oferecimento de caução seja fator que permita a emissão de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa. A caução oferecida pelo contribuinte seria equiparável à penhora e viabilizaria a certidão almejada.

4. Possível o oferecimento de seguro-garantia para o fim de expedição de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa, embora tal caução não tenha o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário.

5. O seguro contratado não consta dos presentes autos, não sendo possível, nesta sede de cognição, concluir pela idoneidade da garantia prestada.

6. Cabível o oferecimento do seguro garantia pela autora, ora agravante, como forma de obter a expedição de regularidade fiscal, desde que idônea e dentro dos requisitos exigidos pela agravada, os quais deverão ser apreciados pelo MM Juízo de origem, sem que haja, contudo, a suspensão da exigibilidade do crédito em discussão.

7. Agravo de instrumento provido."

(AI 0006347-73.2013.4.03.0000, Terceira Turma, Relator Desembargador Federal NERY JUNIOR, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/06/2013) (grifei)

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CAUTELAR - CARTA DE FIANÇA BANCÁRIA - CERTIDÃO DE REGULARIDADE FISCAL - ART. 206, CTN - SÚMULA 112 - POSSIBILIDADE - CADIN - ART. 7º, LEI 10.522/2002 - EXCLUSÃO - RECURSO PROVIDO.

1. Discute-se nos autos a possibilidade de oferecimento de fiança bancária, como forma de garantia de débito fiscal, como forma de autorizar a expedição de certidão positiva com efeitos de negativa, nos termos do art. 206, CTN.

[...]

5. Admissível a apresentação da carta fiança, como forma de autorizar a expedição de certidão de regularidade fiscal, nos termos do art. 206, CTN.

6. Compulsando os autos, verifica-se que a recorrente apresentou a carta de fiança nº 1695911 (fl. 34), em consonância ao disposto na Portaria nº 644, de 01 de abril de 2009, da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, no valor integral do débito inscrito sob o número 80 2 11 048066-79 (fl. 41).

7. A mencionada inscrição não é óbice para a expedição da certidão requerida (certidão positiva com efeitos de negativa), nos termos do art. 206, CTN.

8. Quanto à inscrição no CADIN, prevê a Lei nº 10.522/2002, que dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências, no art. 7º, que será suspenso o registro no Cadin quando o devedor comprove que tenha ajuizado ação, com o objetivo de discutir a natureza da obrigação ou o seu valor, com o oferecimento de garantia idônea e suficiente ao Juízo, na forma da lei (inciso I).

9. Estando débito garantido pela carta fiança, cabível a suspensão da inscrição no CADIN.

10. Agravo de instrumento provido."

(AI 0036185-32.2011.4.03.0000, Relator Desembargador Federal NERY JUNIOR, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/05/2012) (grifei)

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. GARANTIA DO DÉBITO. SEGURO GARANTIA. POSSIBILIDADE. DESNECESSIDADE DE CONCORDÂNCIA DA FAZENDA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DE INSCRIÇÃO NO CADIN. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE.

1. A nomeação e a substituição dos bens penhorados constituem um dos privilégios da Fazenda Pública, mas a vontade do sujeito passivo será decisiva se o bem oferecido corresponder a depósito pecuniário, fiança bancária ou seguro garantia.

2. Com o advento da Lei nº 13.043/14, o seguro garantia foi incluído no rol das garantias elencadas no artigo 9º, da Lei de Execuções Fiscais, sendo também alterado o artigo 15, da Lei nº 6.803/80.

3. Por fim, o novo Código de Processo Civil conferiu o mesmo “status” e ordem de preferência à penhora de dinheiro, à fiança bancária e ao seguro garantia, nos termos do artigo 835, §2º.

4. Portanto, não há óbice à nomeação de seguro garantia para garantir a dívida, não podendo o referido débito ensejar a inclusão do nome da autora no CADIN. Por outro lado, não há que se falar em suspensão da exigibilidade nos termos do artigo 151, II, do CTN, que somente se aplica às hipóteses de depósito em dinheiro. Desta forma, referida garantia ficará à disposição do Juízo onde for proposta a ação de execução, independentemente da aquiescência da Fazenda Pública, desde que atendidas as condições formais específicas, previstas na Portaria PGF nº 440/2016.

5. Agravo parcialmente provido.”

(AI 5005849-13.2018.4.03.0000, Relator Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, TRF3 - 3ª Turma, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 08/01/2019) (grifei)

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO CAUTELAR. AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. ART. 557, CPC. FIANÇA BANCÁRIA. EQUIPARAÇÃO A DEPÓSITO EM DINHEIRO PARA FINS DE SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO DÉBITO. IMPOSSIBILIDADE. EMISSÃO DE CERTIDÃO DE REGULARIDADE FISCAL. AFASTADA INSCRIÇÃO DO CONTRIBUINTE NO CADIN, NA HIPÓTESE. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

1. O artigo 557 do Código de Processo Civil é aplicável quando existente jurisprudência dominante acerca da matéria discutida e, assim igualmente, quando se revele manifestamente procedente ou improcedente, prejudicado ou inadmissível o recurso, tendo havido, na espécie, o específico enquadramento do caso no permissivo legal, conforme expressamente constou da respectiva fundamentação.

2. Encontra-se firmada a jurisprudência no sentido de que, para fins de emissão de certidão de regularidade fiscal (artigo 206, CTN), pode ser admitida a prestação de fiança bancária, na pendência da propositura da ação de execução fiscal, observando, porém, a idoneidade e suficiência da garantia, a qual não se equipara, porém, ao depósito em dinheiro, para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, segundo as hipóteses restritivas do artigo 151 do Código Tributário Nacional, a teor do que dispõe a Súmula 112/STJ.

3. De outro lado, os incisos I e II do artigo 7º da Lei 10.522/02 prevêm as hipóteses de suspensão do registro no CADIN, quando comprovado que “I - tenha ajuizado ação, com o objetivo de discutir a natureza da obrigação ou o seu valor, com o oferecimento de garantia idônea e suficiente ao Juízo, na forma da lei; II - esteja suspensa a exigibilidade do crédito objeto do registro, nos termos da lei”.

4. Na espécie, o primeiro pedido de antecipação dos efeitos da tutela, com base no artigo 273, I, do CPC, para suspender a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do artigo 151, V, do CTN, e, conseqüentemente, permitir a emissão de certidão de regularidade fiscal (CPD-EN), foi indeferido pela decisão de f. 102/4, a qual foi mantida no AI 0008463-52.2013.4.03.0000 - 2013.03.00.008463-7, por ausência dos pressupostos legais, com trânsito em julgado em 13/08/2013, conforme consta do sistema eletrônico.

5. Não se trata, aqui, de garantia em execução fiscal, como prevê o artigo 9º da LEF, mas de novo requerimento de tutela antecipada, na ação anulatória, a fim de que seja aceita a carta de fiança bancária, a título de caução/garantia, para renovação de certidão de regularidade fiscal e baixa de eventual inscrição no CADIN, bem como suspensão da exigibilidade (f. 123/4), o que foi indeferido, com fundamento em que apenas o depósito, integral e em dinheiro, pode suspender a exigibilidade do crédito tributário, na forma do artigo 151, II, do CTN e da Súmula 112 do STJ. **Como se observa, à luz da jurisprudência firmada, embora não tenha o condão de suspender a exigibilidade do tributo, a fiança bancária pode ser aceita, para fins de emissão de certidão positiva de débito, com efeito de negativa, e suspensão de eventual inscrição no CADIN.**

6. A carta de fiança 100413050030900, do BANCO ITAÚ BBA S.A., para garantir o pagamento das quantias questionadas na ação anulatória, no valor de R\$ 1.850.000,00, em 23/05/2013, a princípio, atende os requisitos necessários, pois emitida por prazo indeterminado, com atualização pela SELIC, renúncia expressa ao previsto nos artigos 827, 829, 835 e 838, I, do Código Civil, e declarada em conformidade com o artigo 34 da Lei 4.595/64, nos termos do artigo 2º da Resolução CMN 2.325/96, devendo ser ressalvada, porém, a verificação do cumprimento de outras formalidades, previstas em atos legais ou infralegais, a exemplo das Portarias PGFN 644, de 01/04/2009, e 1.378, de 16/10/2009.

7. Reformada a decisão agravada para, de acordo com a jurisprudência sedimentada, garantir ao contribuinte a emissão de certidão de regularidade fiscal e afastar eventual inscrição no CADIN, a partir da juntada aos autos do documento original da carta de fiança, e enquanto subsistir nas condições especificadas, sem prejuízo, porém, da inscrição em dívida ativa e ajuizamento da execução fiscal.

8. Agravo inominado improvido."

(AI 0014431-63.2013.4.03.0000, Relatora Juíza Convocada ELIANA MARCELO, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/06/2014) (grifei)

“PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE – OFERECIMENTO DE GARANTIA – SEGURO GARANTIA – REGULARIDADE E SUFICIÊNCIA – EXIGIBILIDADE – CERTIDÃO - CADIN.

1. A suspensão da exigibilidade do crédito depende de prova de uma das hipóteses do artigo 151, do Código Tributário Nacional (STJ: REsp 1156668/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 10/12/2010, no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973).

2. A caução, mediante seguro garantia, não suspende a exigibilidade tributária. Apenas viabiliza a expedição de certidão de regularidade, se suficiente para a garantia.

3. De outro lado, é razoável que, demonstrada a idoneidade da garantia, seu oferecimento implique na suspensão do registro da executada no CADIN, bem como impossibilite o protesto da certidão de dívida ativa. Precedentes.

4. O Juízo de 1º grau de jurisdição reconheceu a regularidade e suficiência do seguro garantia. A suspensão da inscrição no CADIN e a vedação ao protesto da CDA, quanto aos débitos garantidos na presente execução fiscal, são regulares.

5. Agravo de instrumento provido.”

(AI 5017615-63.2018.4.03.0000, Relator Desembargador Federal FABIO PRIETO DE SOUZA, 6ª Turma, Data do Julgamento 18/03/2019) (grifei)

Inclusive, com relação ao CADIN, dispõe expressamente o artigo 7º da Lei nº 10.522/2002, que será suspenso o registro no referido cadastro informativo quando o devedor comprovar que **(a) tenha ajuizado ação, com o objetivo de discutir a natureza da obrigação ou o seu valor, com o oferecimento de garantia idônea e suficiente ao Juízo** ou (b) esteja suspensa a exigibilidade do crédito objeto do registro, nos termos da lei.

De tal sorte, não há óbice à nomeação de seguro garantia como caução nos autos de ação anulatória de débito fiscal. Referida garantia ficará à disposição do juízo onde for proposta a ação de execução, independentemente da aquiescência da Fazenda Pública.

Todavia, o juízo de origem não se manifestou sobre a idoneidade e a suficiência do seguro garantia prestado, não sendo possível ao Tribunal pronunciar-se a respeito, para o fim de atribuição dos efeitos jurídicos almejados, sob pena de supressão de instância.

Nesses termos, entendo que a decisão agravada merece reforma apenas para garantir ao contribuinte a suspensão de eventual inscrição no CADIN e no protesto de título relativamente aos débitos discutidos, desde que atendidas as condições formais específicas, previstas na Portaria PGF nº 440/2016, a serem verificadas perante o juízo *a quo*.

Ante o exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao agravo de instrumento, nos termos supra.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ANULATÓRIA. SEGURO GARANTIA. SUSPENSÃO DA INSCRIÇÃO NO CADIN E DO PROTESTO. TUTELA PROVISÓRIA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O artigo 9º, inciso II, da Lei de Execuções Fiscais possibilita o oferecimento de seguro garantia como caução ao débito executado, admitindo-se a utilização de tal garantia previamente ao ajuizamento da execução fiscal, em demanda anulatória, sendo irrelevante que o débito ainda não esteja inscrito em dívida ativa, já que o seu oferecimento temporário tem por objetivo acautelarem os interesses das partes.

2. Embora o seguro garantia não se equipare ao depósito em dinheiro para fins de suspensão da exigibilidade do crédito (REsp nº 1.156.668/DF, Relator Ministro Luiz Fux, STJ - Primeira Seção, DJe 10/12/2010), esta Corte Regional já decidiu sobre a possibilidade de antecipação da garantia, visando à emissão de certidão de regularidade fiscal, à suspensão de eventual inscrição no CADIN e à sustação do protesto. Precedentes.

3. Na hipótese dos autos, o juízo de origem não se manifestou sobre a idoneidade e a suficiência do seguro garantia prestado, não sendo possível ao Tribunal pronunciar-se a respeito, para o fim de atribuição dos efeitos jurídicos almejados, sob pena de supressão de instância.

4. Reformada a decisão agravada para garantir ao contribuinte a suspensão de eventual inscrição no CADIN e no protesto de título relativamente aos débitos discutidos, desde que atendidas as condições formais específicas, previstas na Portaria PGF nº 440/2016, a serem verificadas perante o juízo *a quo*.

5. Agravo parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, DEU PARCIAL PROVIMENTO ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0006024-24.2015.4.03.6103

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: UNIAO FEDERAL

APELADO: LEONARDO DANTAS GUEDES

Advogado do(a) APELADO: MARIA RUBINEIA DE CAMPOS SANTOS - SP256745-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0006024-24.2015.4.03.6103

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: UNIAO FEDERAL

APELADO: LEONARDO DANTAS GUEDES

Advogado do(a) APELADO: MARIA RUBINEIA DE CAMPOS SANTOS - SP256745-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pela União Federal, contra sentença que julgou procedente a respectiva ação ordinária proposta por Leonardo Dantas Guedes, devidamente representado por sua curadora Nair Therezinha Guedes.

Segundo consta na inicial, o autor ingressou nas fileiras da Força Aérea Brasileira em 01.03.1958, e, posteriormente, foi diagnosticado com doença comportamental chamada transtorno do jogo patológico, o que ensejou sua reforma por invalidez, em 22.01.1985, na condição de Major.

Nos termos da Lei 6.880/80, em decorrência de sua incapacidade definitiva, foi pleiteado administrativamente o reconhecimento de seu direito à remuneração equivalente à de posto hierárquico imediatamente superior ao que ocupava na ativa, bem como isenção ao recolhimento de imposto de renda.

Não logrando êxito na seara administrativa, ajuizou a presente ação.

O Magistrado *a quo* entendeu pela superveniência de doença mental incapacitante no curso da prestação do serviço militar, o que, independentemente de demonstração de nexos de causalidade, garante ao requerente o direito pleiteado. Igualmente, reconheceu o direito à isenção de imposto de renda. Determinou o pagamento retroativo da remuneração devidamente calculada, desde 27.01.2014 (data de sua interdição judicial), observada a prescrição quinquenal acerca do período anterior a esta data. Impôs, ainda, a restituição dos valores tributários indevidamente recolhidos.

Inconformada, a União Federal apelou pugnando pela improcedência total do feito.

Comcontrarrazões, os autos subiram a esta E. Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0006024-24.2015.4.03.6103
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: UNIAO FEDERAL
APELADO: LEONARDO DANTAS GUEDES
Advogado do(a) APELADO: MARIA RUBINEIA DE CAMPOS SANTOS - SP256745-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A questão posta nos autos diz respeito à reforma de militar e isenção de imposto de renda.

De início, afastam-se as alegações acerca da ocorrência da prescrição do fundo de direito.

É pacífica a orientação jurisprudencial no sentido de que, ao menos em período anterior à publicação da Lei 13.146/15 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), não há contagem de prazo prescricional em desfavor dos indivíduos absolutamente incapazes.

Nesse sentido, observa-se o precedente do C. Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. REFORMA DE MILITAR. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. NÃO OCORRÊNCIA. ALIENAÇÃO MENTAL. INCAPACIDADE. EFEITOS DA SENTENÇA DE INTERDIÇÃO. DECLARATÓRIA.

1. É firme a orientação jurisprudencial desta Corte de que a suspensão do prazo de prescrição para os indivíduos absolutamente incapazes ocorre no momento em que se manifesta a sua incapacidade, sendo a sentença de interdição, para esse fim específico, meramente declaratória.

2. "A interdição judicial declara ou reconhece a incapacidade de uma pessoa para a prática de atos da vida civil, com a geração de efeitos ex nunc perante terceiros (art. 1.773 do Código Civil), partindo de um 'estado de fato' anterior, que, na espécie, é a doença mental de que padece o interditado" (REsp 1.469.518/PE, Rel.

Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 4/9/2014, DJe 22/9/2014).

3. Agravo interno da União desprovido.

(AgInt nos EDcl no REsp 1171108/RS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 13/10/2016)

Igualmente, depreende-se do julgado supracitado que a incapacidade absoluta e, portanto, a suspensão do prazo prescricional, verifica-se no momento da manifestação da deficiência mental, tendo a decisão de interdição efeitos meramente declaratórios.

Considerando-se que a presente ação foi ajuizada em 06.11.2015, em momento anterior à vigência da Lei 13.146/15 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), a qual reduziu as hipóteses de incapacidade absoluta, não há que se falar em ocorrência de prescrição.

Passa-se à análise do mérito.

A reforma de militar, isto é, sua passagem à situação de inatividade, encontra-se disciplinada na Lei 6.880/80 (Estatuto dos Militares). *Verbis*:

Art. 106. A reforma será aplicada ao militar que:

(...)

II - se de carreira, for julgado incapaz, definitivamente, para o serviço ativo das Forças Armadas;

(...)

Art. 108. A incapacidade definitiva pode sobrevir em conseqüência de:

(...)

*V - tuberculose ativa, **alienação mental**, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, lepra, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, mal de Parkinson, pênfigo, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave e outras moléstias que a lei indicar com base nas conclusões da medicina especializada;*

(...)

Art. 110. O militar da ativa ou da reserva remunerada, julgado incapaz definitivamente por um dos motivos constantes dos incisos I e II do art. 108, será reformado com a remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau hierárquico imediato ao que possuir ou que possuía na ativa, respectivamente.

§ 1º Aplica-se o disposto neste artigo aos casos previstos nos itens III, IV e V do artigo 108, quando verificada a incapacidade definitiva, for o militar considerado inválido, isto é, impossibilitado total e permanentemente para qualquer trabalho.

Verifica-se que o militar de carreira que tiver reconhecida sua incapacidade laborativa plena e definitiva em decorrência de alienação mental, será reformado com remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau hierárquico imediato ao que havia atingido quando em atividade.

No caso dos autos, o laudo pericial acostado às fls. 91/95 foi conclusivo no sentido de que o demandante possui doença psiquiátrica de transtorno do jogo patológico, em grau total e definitivo, que o impede da realização de qualquer trabalho que possa garantir sua subsistência.

Ademais, restou assentado que o requerente realizou tratamento de saúde, sem, contudo, obter melhora em seu quadro clínico.

Ressalta-se, ainda, que o ordenamento jurídico não exige comprovação de que incapacidade tenha surgido como consequência da prestação do serviço militar.

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. MILITAR. REFORMA. INCAPACIDADE PARCIAL. CAUSALIDADE ENTRE A ATIVIDADE MILITAR E A MOLÉSTIA.

DESNECESSIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a reforma do militar por incapacidade não necessita da comprovação do nexo de causalidade entre a moléstia adquirida e o serviço castrense.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1120795/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 20/05/2014, DJe 29/05/2014)

É evidente que o diagnóstico do autor se enquadra no conceito de alienação mental, assim como não restam dúvidas acerca da permanência de sua condição incapacitante.

Inclusive, anote-se que por decisão proferida nos autos nº 0047731-90.2012.8.26.0577, o requerente teve sua interdição decretada, em razão de perturbação mental que o torna pródigo.

Tratando-se de incapacidade laborativa superveniente decorrente de patologia mental, é de rigor que a reforma seja reconhecida, assegurando-se remuneração compatível com a de cargo hierárquico imediatamente superior, conforme prevê o art. 110, §1º, da Lei 6.880/80.

Quanto à isenção de imposto de renda, o art. 6º, XIV, da Lei 7.713/88, com redação dada pela Lei 8.541/92, prevê tal benefício aos portadores das moléstias ali elencadas. Confira-se:

Art. 6º. Ficam isentos do imposto de renda os seguintes rendimentos percebidos por pessoa física:

(...)

*XIV – os proventos de aposentadoria ou reforma motivada por acidente em serviço e os percebidos pelos portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, **alienação mental**, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome da imunodeficiência adquirida, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma;*

Entende-se suficientemente demonstrada a condição da parte autora, apta a ensejar o direito de isenção ao imposto de renda sobre os proventos da reforma, nos termos do dispositivo legal acima mencionado.

Cabível, portanto, a repetição de indébito tributário acerca dos valores indevidamente recolhidos.

Diante da ausência de recurso da parte autora no sentido de discutir o termo inicial para fins dos pagamentos retroativos, tanto no tocante ao soldo quanto acerca do ressarcimento tributário, é de ser mantida a sentença.

Mantida a fixação dos consectários legais, nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. REFORMA DE MILITAR. ALIENAÇÃO MENTAL. INCAPACIDADE LABORATIVA DEFINITIVA. PRESCRIÇÃO. NÃO VERIFICADA. ISENÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. A questão posta nos autos diz respeito à reforma de militar e isenção de imposto de renda.
2. Não reconhecida a prescrição do fundo de direito, considerando-se a não fluência do curso prescricional em desfavor de indivíduos absolutamente incapazes, ao menos em período anterior à publicação da Lei 13.146/15 (Estatuto da Pessoa com Deficiência).
3. A incapacidade absoluta e, portanto, a suspensão do prazo prescricional, verifica-se no momento da manifestação da deficiência mental, tendo a decisão de interdição efeitos meramente declaratórios.
4. Considerando-se que a presente ação foi ajuizada em 06.11.2015, em momento anterior à vigência da Lei 13.146/15 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), a qual reduziu as hipóteses de incapacidade absoluta, não há que se falar em ocorrência de prescrição.
5. A reforma de militar, isto é, sua passagem à situação de inatividade, encontra-se disciplinada na Lei 6.880/80 (Estatuto dos Militares). Verifica-se que o militar de carreira que tiver reconhecida sua incapacidade laborativa plena e definitiva em decorrência de alienação mental, será reformado com remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau hierárquico imediato ao que havia atingido quando em atividade.
6. No caso dos autos, o laudo pericial acostado às fls. 91/95 foi conclusivo no sentido de que o demandante possui doença psiquiátrica de transtorno do jogo patológico, em grau total e definitivo, que o impede da realização de qualquer trabalho que possa garantir sua subsistência. Ademais, restou assentado que o requerente realizou tratamento de saúde, sem, contudo, obter melhora em seu quadro clínico.
7. É evidente que o diagnóstico do autor se enquadra no conceito de alienação mental, assim como não restam dúvidas acerca da permanência de sua condição incapacitante. Tratando-se de incapacidade laborativa superveniente decorrente de patologia mental, é de rigor que a reforma seja reconhecida, assegurando-se remuneração compatível com a de cargo hierárquico imediatamente superior, conforme prevê o art. 110, §1º, da Lei 6.880/80.
8. Quanto à isenção de imposto de renda, o art. 6º, XIV, da Lei 7.713/88, com redação dada pela Lei 8.541/92, prevê tal benefício aos portadores das moléstias ali elencadas. Entende-se suficientemente demonstrada a condição da parte autora, apta a ensejar o direito de isenção ao imposto de renda sobre os proventos da reforma, nos termos do dispositivo legal acima mencionado. Cabível a repetição de indébito tributário acerca dos valores indevidamente recolhidos.
9. Diante da ausência de recurso da parte autora no sentido de discutir o termo inicial para fins dos pagamentos retroativos, tanto no tocante ao soldo quanto acerca do ressarcimento tributário, é de ser mantida a sentença.
10. Mantida a fixação dos consectários legais nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal.
11. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002664-93.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: EDWIGES DAMBROWSKI, GISELE DA ROCHA GUIMARAES, HELMO MANO, LILIAN ROSE BRESSAN, LUZIA ELENA CHAUD GIOLLO, MARIA ANGELA DE FREITAS BONFIM MARTINS, MARIZETH ALVES MARINGOLI DE ABREU, MAURO KENZO SHIMIZU, SANDRA APARECIDA MASSONI CHECCO, SONIA REGINA MARTINSON CORREA

Advogado do(a) AGRAVANTE: LUIZ ANTONIO BERNARDES - SP112058-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002664-93.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: EDWIGES DAMBROWSKI, GISELE DA ROCHA GUIMARAES, HELMO MANO, LILIAN ROSE BRESSAN, LUZIA ELENA CHAUD GIOLLO, MARIA ANGELA DE FREITAS BONFIM MARTINS, MARIZETH ALVES MARINGOLI DE ABREU, MAURO KENZO SHIMIZU, SANDRA APARECIDA MASSONI CHECCO, SONIA REGINA MARTINSON CORREA

Advogado do(a) AGRAVANTE: LUIZ ANTONIO BERNARDES - SP112058-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento contra a decisão ID 26807513, proferida em liquidação de sentença, que indeferiu a intimação da União nos termos do art. 535, do CPC, pois não é o caso de cumprimento de sentença a ser processado pelo artigo 534 do CPC, mas sim de levantamento de depósito judicial.

Os agravantes apresentaram seus cálculos, requerem determinação de perícia nos termos do art. 510, do CPC e alegam que o perito não tem a posse exclusiva dos documentos que permitem os cálculos, não sendo desejável que venham aos autos 6 (seis) volumes de perícia contábil trabalhista, seguindo o rito do art. 509.

Em contraminuta ao agravo, a União alega inovação recursal e que o deferimento do pedido representaria supressão de instância.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002664-93.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: EDWIGES DAMBROWSKI, GISELE DA ROCHA GUIMARAES, HELMO MANO, LILIAN ROSE BRESSAN, LUZIA ELENA CHAUD GIOLLO, MARIA ANGELA DE FREITAS BONFIM MARTINS, MARIZETH ALVES MARINGOLI DE ABREU, MAURO KENZO SHIMIZU, SANDRA APARECIDA MASSONI CHECCO, SONIA REGINA MARTINSON CORREA

Advogado do(a) AGRAVANTE: LUIZ ANTONIO BERNARDES - SP112058-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Trata-se, na origem, de ação declaratória com pedido de antecipação de tutela 0005178-70.2002.4.03.6100 visando a declaração de isenção do imposto de renda sobre verbas trabalhistas, recebidas em ação judicial, de natureza indenizatória (discriminadas na petição inicial); a declaração de não incidência do imposto de renda sobre os valores recebidos a título de juros de mora; e a declaração de incidência do imposto de renda apenas sobre as verbas trabalhistas que possuem natureza remuneratória (discriminadas na petição inicial) e pelo regime de competência.

Foi deferida a tutela antecipada para determinar o depósito, pela Caixa Econômica Federal, do montante de imposto de renda a ser retido nos autos da ação trabalhista ajuizada pelos autores, em conta judicial a disposição do Juízo. Em decisão monocrática proferida por este relator, ficou determinado que, dos valores depositados na presente ação, eventual montante apurado como devido a título de imposto de renda (por eventualmente não se enquadrarem os autores na faixa de isenção do tributo, após apuração em sede de liquidação de sentença) será convertido em renda em favor da União, e eventual saldo remanescente será levantado pelos autores, nas respectivas proporções.

Em cumprimento de sentença, os agravantes juntaram parecer técnico contábil (fls. 965/1055) e requereram a intimação nos termos do art. 535, do CPC.

A decisão ID 26807513 ora agravada concluiu que não é o caso de cumprimento de sentença a ser processado pelo artigo 534 do CPC, pois não se trata de quantia certa e nem de pagamento, mas sim, de levantamento de depósito judicial, pois os valores retidos foram transferidos para a presente ação.

Confira-se (grifamos):

(...)

*No presente caso, o pedido dos exequentes de tutela antecipada para determinar a expedição de ofício à 48ª Vara do Trabalho, com **transferência dos valores retidos de imposto de renda para a presente ação** (num. 13633449 – Págs. 71-72), foi deferido ao num. 13462052 – Págs. 190-192.*

Foram expedidos ofícios (num. 13462052 – Págs. 196-197, 226-227, 228-229, 13469332 – Págs. 32-34). O Banco do Brasil informou a **transferência do depósito para este processo** ao num. 13469332 – Pág. 70.

O levantamento de depósito judicial não se enquadra no pagamento de quantia certa para que a execução prossiga na forma prevista pelo artigo 534 do CPC.

O que se discute é qual o percentual depositado que deve ser levantado pelos exequentes e quais devem ser convertidos, não se trata de quantia certa.

No acórdão foi expressamente consignado que (num. 13469332 – Pág. 142):

“[...] tudo a ser apurado em sede de liquidação de sentença, sendo que dos valores depositados na presente ação, eventual montante apurado como devido a título de imposto de renda (por eventualmente não se enquadrarem os autores na faixa de isenção do tributo, após apuração em sede de liquidação de sentença) será convertido em renda em favor da União, e eventual saldo remanescente será levantado pelos autores, nas respectivas proporções [...]”

A natureza do objeto da execução, qual seja, incidência de imposto de renda sobre verbas recebidas acumuladamente em ação trabalhista, bem como a juntada de documentos exige a realização de liquidação, pois a apuração não depende apenas de cálculo aritmético.

Os exequentes já juntaram parecer, mas não juntaram os documentos que foram utilizados nele, uma vez que seu assistente técnico informou ao num. 13468203 – Pág. 5:

“Para fins de recomposição da base de cálculo do IRRF pelo regime de COMPETÊNCIA, além das correspondentes receitas tributáveis apuradas pelo perito judicial designado na ação trabalhista recebidas acumuladamente, **foram consideradas as receitas que os Autores efetivamente receberam à época dos fatos, conforme mensalmente relacionadas nos ANEXOS N°s 01/06, do retro citado Laudo Pericial Trabalhista que são oriundas da mesma fonte pagadora**”. (sem negrito no original)

Ou seja, o perito dos exequentes somou à cada uma das parcelas da ação trabalhista os valores já recebidos em suas respectivas épocas, esses documentos encontram-se exclusivamente na posse dos exequentes.

Para prosseguir com a liquidação de sentença, os exequentes deverão juntar os documentos.

(...)

O prosseguimento do processo exige a definição de quais percentuais poderão ser levantados pelos exequentes do depósito judicial efetuado e, para tanto, **os exequentes deverão juntar documentos, pois os documentos são de sua guarda exclusiva.**

Cinge-se a discussão quanto ao cálculo dos percentuais sobre o valor depositado em juízo que devem ser levantados por cada um dos exequentes e pela União.

De fato, a execução não deve prosseguir na forma do art. 534, do CPC, visto que se trata de levantamento de depósito judicial.

A sentença ilíquida demanda a prévia liquidação, procedimento que pode ser requerido tanto pelo credor quanto pelo devedor.

A elaboração de cálculos não é atribuição do devedor, embora lhe seja facultada.

Os agravantes apresentaram seus cálculos (fls. 965/1.055) e requereram a determinação de perícia, nos termos do art. 510, do CPC, alegando que seu assistente técnico não detém a posse de todos os documentos, que corresponderiam a 6 (seis) volumes de perícia trabalhista. Segundo seus cálculos, caberia à União o valor de R\$ 40.068,01 e, aos exequentes, o valor de R\$ 135.435,46.

Nessa hipótese, compete às partes litigantes a apresentação dos documentos que estiverem em seu poder e se mostrarem necessários à precisa apuração do débito.

A liquidação deve seguir o rito dos arts. 509 e 510 do CPC (grifamos):

Art. 509. Quando a sentença condenar ao pagamento de quantia ilíquida, proceder-se-á à sua liquidação, a requerimento do credor ou do devedor:

I - por arbitramento, quando determinado pela sentença, convencionado pelas partes ou exigido pela natureza do objeto da liquidação;

II - pelo procedimento comum, quando houver necessidade de alegar e provar fato novo.

§ 1º Quando na sentença houver uma parte líquida e outra ilíquida, ao credor é lícito promover simultaneamente a execução daquela e, em autos apartados, a liquidação desta.

§ 2º Quando a apuração do valor depender apenas de cálculo aritmético, o credor poderá promover; desde logo, o cumprimento da sentença.

§ 3º O Conselho Nacional de Justiça desenvolverá e colocará à disposição dos interessados programa de atualização financeira.

§ 4º Na liquidação é vedado discutir de novo a lide ou modificar a sentença que a julgou.

Art. 510. Na liquidação por arbitramento, o juiz intimará as partes para a apresentação de pareceres ou documentos elucidativos, no prazo que fixar, e, caso não possa decidir de plano, nomeará perito, observando-se, no que couber, o procedimento da prova pericial.

Observe-se que, de acordo com o art. 510 do CPC, as partes devem apresentar todos os documentos necessários aos cálculos e, se não for possível decidir de plano, o juízo nomeará perito. Portanto, apenas após a entrega dos documentos é que deve ser analisada a necessidade de nomeação de perícia técnica especializada.

Mantido o benefício da justiça gratuita (fl.919).

Ante o exposto, deve ser negado provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA POR ARBITRAMENTO. VALOR DEPOSITADO EM JUÍZO. APURAÇÃO DO MONTANTE CABÍVEL AS PARTES. LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO. DEVEM SER JUNTADOS TODOS OS DOCUMENTOS NECESSÁRIOS AOS CÁLCULOS. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.

1 - Trata-se, na origem, de ação declaratória com pedido de antecipação de tutela 0005178-70.2002.4.03.6100 visando a declaração de isenção do imposto de renda sobre verbas trabalhistas, recebidas em ação judicial, de natureza indenizatória (discriminadas na petição inicial); a declaração de não incidência do imposto de renda sobre os valores recebidos a título de juros de mora; e a declaração de incidência do imposto de renda apenas sobre as verbas trabalhistas que possuem natureza remuneratória (discriminadas na petição inicial) e pelo regime de competência.

2 - Foi deferida a tutela antecipada para determinar o depósito, pela Caixa Econômica Federal, do montante de imposto de renda a ser retido nos autos da ação trabalhista ajuizada pelos autores, em conta judicial a disposição do Juízo. Em decisão monocrática proferida por este relator, ficou determinado que, dos valores depositados na presente ação, eventual montante apurado como devido a título de imposto de renda (por eventualmente não se enquadrarem os autores na faixa de isenção do tributo, após apuração em sede de liquidação de sentença) será convertido em renda em favor da União, e eventual saldo remanescente será levantado pelos autores, nas respectivas proporções.

3 - Em cumprimento de sentença, os agravantes juntaram parecer técnico contábil (fls. 965/1055) e requereram a intimação nos termos do art. 535, do CPC.

4 - A decisão ID 26807513, ora agravada, concluiu que não é o caso de cumprimento de sentença a ser processado pelo artigo 534, do CPC, pois não se trata de quantia certa e nem de pagamento, mas sim de levantamento de depósito judicial, pois os valores retidos foram transferidos para a presente ação.

5 - A sentença íliquida demanda a prévia liquidação, procedimento que pode ser requerido tanto pelo credor quanto pelo devedor.

6 - Observe-se que, de acordo como art. 510 do CPC, as partes devem apresentar todos os documentos necessários aos cálculos e, se não for possível decidir de plano, o juízo nomeará perito. Portanto, apenas após a entrega dos documentos é que deve ser analisada a necessidade de nomeação de perícia técnica especializada.

7 - Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002874-47.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: WILSON SEBASTIAO DE CARVALHO, MARIA DAVID DE CARVALHO

Advogado do(a) AGRAVANTE: RONALDO ALVES DA SILVA - SP255254-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: RONALDO ALVES DA SILVA - SP255254-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002874-47.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: WILSON SEBASTIAO DE CARVALHO, MARIA DAVID DE CARVALHO

Advogado do(a) AGRAVANTE: RONALDO ALVES DA SILVA - SP255254-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: RONALDO ALVES DA SILVA - SP255254-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Wilson Sebastião de Carvalho e Maria David de Carvalho em face de decisão que designou data para o leilão do imóvel matriculado sob o n. 4922 no CRI da Comarca de Cajuru-SP.

Sustentam que a designação de hasta pública não pode subsistir. Explicam que opuseram embargos de terceiro contra a penhora do prédio (autos n. 0002760-94.2018.4.03.6120), que se encontram no Tribunal para o julgamento de apelação.

Alegam que, como prevenção de lesão irreparável ou de difícil reparação, a expropriação deve ser suspensa até o julgamento final dos embargos.

Requererama antecipação de tutela recursal, que foi indeferida.

A União apresentou resposta ao agravo.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002874-47.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: WILSON SEBASTIAO DE CARVALHO, MARIA DAVID DE CARVALHO
Advogado do(a) AGRAVANTE: RONALDO ALVES DA SILVA - SP255254-A
Advogado do(a) AGRAVANTE: RONALDO ALVES DA SILVA - SP255254-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A pretensão recursal não procede.

A simples oposição de embargos de terceiro não é suficiente para suspender as medidas constritivas cabíveis na execução fiscal. Diferentemente do código anterior (artigo 1.052), o CPC de 2015 exige a superveniência de liminar para a suspensão do processo principal, deixando de prevê-la no mero ajuizamento de ação dominial ou possessória de terceiro contra ato construtivo (artigo 678).

E, em consulta aos autos dos embargos de terceiro n. 0002760-94.2018.4.03.6120, não se verifica a vigência de qualquer provimento antecipatório que tenha suspenso a execução fiscal.

A apelação interposta da sentença que os julgou improcedentes não tem essa eficácia, porquanto, a despeito do recebimento com efeito suspensivo (artigo 1.012, *caput*, do CPC), ela não se projeta sobre o processo principal, mas apenas sobre a própria exequibilidade da decisão definitiva proferida nos embargos (STJ, AgInt no AResp 1007134, DJ 27.06.2017).

Não se constata, portanto, qualquer barreira ao andamento da execução fiscal, com a designação de data para o leilão dos bens penhorados.

Cabe aos devedores buscar a concessão de tutela provisória na própria apelação interposta nos embargos de terceiro, similarmente à liminar cabível no início da lide, mediante a indicação de pressupostos que excedem a simples existência de ação dominial ou possessória de terceiro contra medida constritiva.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE TERCEIRO. SIMPLES AJUIZAMENTO. SUSPENSÃO DO PROCESSO PRINCIPAL. DESCABIMENTO. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.

I. A pretensão recursal não procede.

II. A simples oposição de embargos de terceiro não é suficiente para suspender as medidas constritivas cabíveis na execução fiscal. Diferentemente do código anterior (artigo 1.052), o CPC de 2015 exige a superveniência de liminar para a suspensão do processo principal, deixando de prevê-la no mero ajuizamento de ação dominial ou possessória de terceiro contra ato construtivo (artigo 678).

III. E, em consulta aos autos dos embargos de terceiro n. 0002760-94.2018.4.03.6120, não se verifica a vigência de qualquer provimento antecipatório que tenha suspenso a execução fiscal.

IV. A apelação interposta da sentença que os julgou improcedentes não tem essa eficácia, porquanto, a despeito do recebimento com efeito suspensivo (artigo 1.012, *caput*, do CPC), ela não se projeta sobre o processo principal, mas apenas sobre a própria exequibilidade da decisão definitiva proferida nos embargos (STJ, AgInt no AResp 1007134, DJ 27.06.2017).

V. Não se constata, portanto, qualquer barreira ao andamento da execução fiscal, com a designação de data para o leilão dos bens penhorados.

VI. Cabe aos devedores buscar a concessão de tutela provisória na própria apelação interposta nos embargos de terceiro, similarmente à liminar cabível no início da lide, mediante a indicação de pressupostos que excedem a simples existência de ação dominial ou possessória de terceiro contra medida constritiva.

VII. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5006355-56.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: CARMEN DE BARROS FORNI

Advogado do(a) APELADO: VANESSA OLIVEIRA NARDELLA DOS ANJOS - SP181483-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5006355-56.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: CARMEN DE BARROS FORNI

Advogado do(a) APELADO: VANESSA OLIVEIRA NARDELLA DOS ANJOS - SP181483-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial e apelação fazendária à sentença concessiva de ordem, em mandado de segurança impetrado para obstar retenção de imposto de renda sobre o resgate de valores investidos em plano VGBL ("Vida Gerador de Benefícios Livre"), em razão de diagnóstico de patologia correspondente ao CID I64 – Acidente Vascular Cerebral, moléstia grave prevista como ensejadora de isenção do tributo sobre proventos de aposentadoria, nos termos da Lei 7.713/1988.

Alegou o órgão fazendário, em síntese, que: **(1)** o plano VGBL, diferentemente do PGDL, não caracteriza previdência complementar, mas sim seguro de caráter pessoal, tanto que regulamentado pelo Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP), na forma da Resolução 140/2005; **(2)** o sítio eletrônico da SUSEP igualmente esclarece que o VGBL é seguro de vida; e **(3)** uma vez enquadrado como seguro de pessoas, os rendimentos percebidos não são passíveis de isenção, já que a interpretação do conteúdo do artigo 6º, XIV, da Lei 7.713/1988 (que aborda apenas provento de aposentadoria e reforma) deve ser literal (artigo 111, do CTN).

Sem contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal opinou pelo regular prosseguimento do feito.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5006355-56.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: CARMEN DE BARROS FORNI
Advogado do(a) APELADO: VANESSA OLIVEIRA NARDELLA DOS ANJOS - SP181483-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, cumpre, por primeiro, esclarecer que não integra a controvérsia nestes autos a subsunção da patologia que acomete a apelada aos modais elencados no artigo 6º, XIV, da Lei 7.713/1988. Com efeito, foi carreada ao feito prova documental da publicação em diário oficial de laudo médico, lavrado no âmbito do Instituto de Pagamentos Especiais de São Paulo (IPESP), reconhecendo o direito da impetrante à isenção de imposto de renda pelo enquadramento da doença contraída (CID I 64) no rol do referido dispositivo (IDs. 124102072 e 124102073).

Nesta linha, o escopo do feito restringe-se, unicamente, ao cabimento da aplicabilidade deste benefício aos resgates de valores aplicados em plano VGBL, usualmente referido como modalidade de previdência complementar.

Primeiramente, cumpre destacar ser pacífico na jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça que o investimento VGBL possui natureza securitária.

Neste sentido:

AgInt nos EDcl no AREsp 947.006, Rel. Des. Fed. Conv. LÁZARO GUIMARÃES DJe 21/05/2018: "AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INVENTÁRIO. VALORES DEPOSITADOS EM PLANO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA (VGBL). DISPENSA DE COLAÇÃO. NATUREZA DE SEGURO DE VIDA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. 1. O Tribunal de origem, ao concluir que o Plano de Previdência Privada (VGBL), mantido pela falecida, tem natureza jurídica de contrato de seguro de vida e não pode ser enquadrado como herança, inexistindo motivo para determinar a colação dos valores recebidos, decidiu em conformidade com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. 2. Nesse sentido: REsp 1.132.925/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 06/11/2013; REsp 803.299/PR, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Rel. p/ acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 03/04/2014; EDcl no REsp 1.618.680/MG, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, DJe de 1º/08/2017. 3. Inexistindo no acórdão recorrido qualquer descrição fática indicativa de fraude ou nulidade do negócio jurídico por má-fé dos sujeitos envolvidos, conclusão diversa demandaria, necessariamente, incursão na seara fático-probatória dos autos, providência vedada no recurso especial, a teor do disposto na Súmula 7/STJ. 4. Agravo interno não provido."

Contudo, observando-se os termos da sentença, colhe-se que esta circunstância foi expressamente admitida pelo Juízo *a quo*. A concessão da ordem, em verdade, decorreu de argumento sequer atacado no apelo, centrado no fato de que há norma legal caracterizando tal investimento como plano de previdência complementar:

"(...)

Isso porque nos termos da Resolução n. 140/2005 do Conselho Nacional de Seguros Privados, o VGBL é espécie de seguro de vida com cobertura de sobrevivência mediante o pagamento de remuneração baseada na rentabilidade do(s) fundo(s) de investimento em que aplicados os recursos, e estruturado em contribuição variável (art. 2º c/c art. 7º, I), o que o enquadra como plano de benefício de caráter previdenciário nos termos da Lei n. 11.053/2004, que institui a opção pela tributação regressiva de Imposto de Renda nesses planos, conforme se extrai de seus artigos 1º, caput, e 1º, §1º, inciso II, in verbis:

(...)

Desta forma, se a legislação reconhece o caráter previdenciário para esse fim, há de reconhecê-lo igualmente para as demais consequências dessa classificação, como a isenção prevista no inciso XIV do artigo 6º da Lei n. 7.713/1988, afigurando-se írrita a recusa em reconhecer a exclusão tributária à autora no que tange ao imposto de renda incidente sobre o resgate de seu plano VGBL, tendo em vista que foi devidamente constatada moléstia grave por laudo com validade definitiva oriundo do IPESP, órgão oficial do Governo do Estado de São Paulo (ID 1284281), com a concessão, pelo mesmo órgão, de isenção de IR sobre os proventos de aposentadoria (ID 1284291)."

É certo que a Resolução CNSP 140/2005 foi revogada pela Resolução CNSP 348/2017, porém tais dispositivos mantiveram idêntica correspondência na nova regulamentação., conforme abaixo elucidado:

"Art. 2º A cobertura por sobrevivência de que trata esta Resolução é estruturada sob o regime financeiro de capitalização e tem por finalidade o pagamento do capital segurado, de uma única vez ou sob forma de renda, a pessoas físicas vinculadas ou não a um estipulante.

Parágrafo único. Ressalvado o caso de concessão de renda imediata, adquirida mediante pagamento único, o evento gerador do pagamento do capital segurado de que trata o caput será sempre a sobrevivência do segurado ao período de diferimento contratualmente previsto.

(...)

Art. 7º Os planos serão dos seguintes tipos: I – Vida Gerador de Benefício Livre (VGBL), quando, durante o período de diferimento, a remuneração da Provisão Matemática de Benefícios a Conceder for baseada na rentabilidade da(s) carteira(s) de investimentos de FIE(s), no(s) qual(is) esteja(m) aplicada(s) a totalidade dos respectivos recursos, sem garantia de remuneração mínima e de atualização de valores e sempre estruturado na modalidade de contribuição variável;

(...)"

As normas referidas pertencentes à Lei 11.053/2004 prescrevem, por sua vez, que (grifos nossos):

"Art. 1º **É facultada aos participantes que ingressarem a partir de 1º de janeiro de 2005 em planos de benefícios de caráter previdenciário**, estruturados nas modalidades de contribuição definida ou contribuição variável, das entidades de previdência complementar e das sociedades seguradoras, a opção por regime de tributação no qual os valores pagos aos próprios participantes ou aos assistidos, a título de benefícios ou resgates de valores acumulados, sujeitam-se à incidência de imposto de renda na fonte às seguintes alíquotas:

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se:

(...)

II - aos segurados que ingressarem a partir de 1º de janeiro de 2005 em planos de seguro de vida com cláusula de cobertura por sobrevivência em relação aos rendimentos recebidos a qualquer título pelo beneficiário."

Diante deste cenário, uma vez que a Corte Superior igualmente possui posicionamento pacífico em relação à subsunção dos valores percebidos em decorrência de plano de previdência complementar à norma isentiva (v. g., AgInt no REsp 1.554.683, Rel. Min. GURGEL DE FARIA, DJe 29/06/2018; REsp 1.507.320, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 20/02/2015), o feito foi julgado procedente.

Ora, neste caso, não há que se cogitar que a conclusão da sentença decorre de interpretação extensiva de benefício fiscal. Trata-se, em verdade, de mero silogismo lógico-normativo: se a lei admite isenção sobre proventos de aposentadoria, e há lei que caracteriza o VGBL como plano de previdência complementar, conclui-se que os resgates de VGBL são aptos ao gozo da isenção fiscal. Não há como se admitir, por outro lado, que a fenomenologia de fatos e negócios jurídicos seja modificada livremente pela legislação para aplicação exclusiva no que for do interesse do Fisco. A consistência interna do ordenamento tributário exige trato uniforme dos institutos e conceitos manejados para definição das regras de incidência nas normas de regulamentação e tributação.

Por fim, veja-se que nada há a impedir, por princípio, que, preservado este parâmetro de consistência, determinado investimento possua natureza jurídica dúplice (securitária e previdenciária). De outra parte, o fato de que os planos VGBL são regulamentados pelo CNSP não induz qualquer óbice: os planos PGDL, em relação aos quais é pacífica a caracterização de previdência complementar, também o são e, neste sentido, cabe citar, a título de exemplo, a Resolução CNSP 349/2017, que possui extensa regulamentação a respeito de tais investimentos.

Ante ao exposto, nego provimento ao apelo fazendário e à remessa oficial.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. PESSOA FÍSICA. ISENÇÃO. MOLÉSTIA GRAVE. LEI 7.713/1988, ARTIGO 6º, XIV. VALORES DE RESGATE DE PLANO VGBL. NATUREZA JURÍDICA DÚPLICE. CARACTERIZAÇÃO LEGAL COMO PROVENTO PREVIDENCIÁRIO COMPLEMENTAR. RECURSO DESPROVIDO.

1. É pacífico na jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça que o investimento VGBL possui natureza securitária. De sua parte, a Lei 11.053/2004 expressamente, caracteriza como "*plano de benefício de caráter previdenciário*" os "*planos de seguro de vida com cláusula de cobertura por sobrevivência em relação aos rendimentos recebidos a qualquer título pelo beneficiário*" (Art. 1º, § 1º, II), ao que corresponde, exatamente, a definição dos investimentos "Vida Gerador de Benefício Livre" (VGBL), nos termos da Resolução CNSP 348/2017 (artigo 2º, combinado com artigo 7º, I).

2. Não há que se cogitar de interpretação extensiva de benefício fiscal. Trata-se, em verdade, de mero silogismo lógico-normativo: se a lei admite isenção sobre proventos de aposentadoria, e há lei a caracterizar o VGBL como plano de previdência complementar (que, por sua vez, segundo entendimento igualmente pacífico da Corte Superior, estão albergados na previsão do artigo 6º, XIV da Lei 7.713/1988), conclui-se que os resgates de VGBL enquadram-se na isenção fiscal.

3. Não há como se admitir, por outro lado, que a fenomenologia de fatos e negócios jurídicos seja modificada livremente pela legislação para aplicação exclusiva no que for do interesse do Fisco. A consistência interna do ordenamento tributário exige trato uniforme dos institutos e conceitos manejados para definição das regras de incidência nas normas de regulamentação e tributação. Por outro lado, nada há a impedir, por princípio, que, preservado tal parâmetro de consistência, possa determinado investimento possuir natureza jurídica dúplice (securitária e previdenciária).

4. Apelo fazendário e remessa oficial desprovidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao apelo fazendário e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0002927-41.2014.4.03.6106

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: ALEXANDRE CARVALHO CABRERAMANO

Advogado do(a) APELANTE: HERMES NATAL FABRETTI BOSSONI - SP127266-N

APELADO: UNIÃO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Nos termos do artigo 10 do CPC/2015, manifestem-se as partes, no prazo sucessivo de 10 (dez) dias, acerca de possível erro de enquadramento da conduta do autor, ora apelante, descrita no auto de infração nº B 12.256.391-3, considerando o disposto nos artigos 165 e 277, § 3º, ambos do Código de Trânsito Brasileiro.

Após, voltem conclusos.

Int.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000586-29.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: MARCELO LUIZ LEVINZON

Advogados do(a) AGRAVANTE: BRUNO HELISZKOWSKI - SP234601-A, KARINA FABI - SP338898, BRUNO ZILBERMAN VAINER - SP220728-A, ALEXANDRE LEVINZON - SP270836-A, LUIZ FERNANDO VILLELA NOGUEIRA - SP220739-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: SIMONE ANGHER

OUTROS PARTICIPANTES:

INTERESSADO: ACFB ADMINISTRACAO JUDICIAL LTDA - ME, PRELUDE MODAS S A

ADVOGADO do(a) INTERESSADO: ANTONIA VIVIANA SANTOS DE OLIVEIRA CAVALCANTE

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000586-29.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: MARCELO LUIZ LEVINZON

Advogados do(a) AGRAVANTE: BRUNO HELISZKOWSKI - SP234601-A, KARINA FABI - SP338898, BRUNO ZILBERMAN VAINER - SP220728-A, ALEXANDRE LEVINZON - SP270836-A, LUIZ FERNANDO VILLELA NOGUEIRA - SP220739-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: SIMONE ANGHER

OUTROS PARTICIPANTES:

INTERESSADO: ACFB ADMINISTRACAO JUDICIAL LTDA - ME, PRELUDE MODAS S A

ADVOGADO do(a) INTERESSADO: ANTONIA VIVIANA SANTOS DE OLIVEIRA CAVALCANTE

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, em execução fiscal, deixou de conhecer dos embargos de declaração opostos contra decisão que não conheceu da exceção de pré-executividade de Prelude Modas S/A e seu representante legal Marcelo Luiz Levinzon, tendo em vista a ausência de capacidade processual, pois a massa falida deve ser representada em Juízo pelo administrador judicial (artigo 75, IV, CPC), com a exclusão dos seus patronos Alexandre Levinzon e Bruno Heliszkowski do sistema processual, e recebeu embargos de declaração da administradora judicial (ACFB Administração Judicial Ltda), que representa a Prelude Modas S/A Massa Falida, como exceção de pré-executividade.

Alegou Marcelo Luiz Levinzon que (1) possui capacidade para estar em Juízo e atuar como assistente, no feito, pois a Fazenda Nacional o incluiu na CDA como corresponsável do débito fiscal, estando demonstrado o interesse jurídico, nos termos dos artigos 70 e 119 do Código de Processo Civil, respectivamente; e (2) aplica-se à espécie a regra do artigo 103, parágrafo único, da Lei 11.101/2005, razão pela qual postulou pela reforma da decisão agravada, sob pena de violação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, XXXIV, LIV e LV).

Houve contraminuta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000586-29.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: MARCELO LUIZ LEVINZON

Advogados do(a) AGRAVANTE: BRUNO HELISZKOWSKI - SP234601-A, KARINA FABI - SP338898, BRUNO ZILBERMAN VAINER - SP220728-A, ALEXANDRE LEVINZON - SP270836-A, LUIZ FERNANDO VILLELA NOGUEIRA - SP220739-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: SIMONE ANGHER

OUTROS PARTICIPANTES:

INTERESSADO: ACFB ADMINISTRACAO JUDICIAL LTDA - ME, PRELUDE MODAS S A

ADVOGADO do(a) INTERESSADO: ANTONIA VIVIANA SANTOS DE OLIVEIRA CAVALCANTE

VOTO

Senhores Desembargadores, oposta exceção de pré-executividade por Prelude Modas S/A, representado pelo diretor presidente Marcelo Luiz Levinzon (f. 91/122 - id 120156896 e 120156897), a exequente, após intimada, informou ter sido declarada a falência da executada (f. 124/131 - id 120156898), com manifestação da excipiente sobre tal petição (f. 137/141 - id 120156903). Na sequência o Juízo *a quo* não conheceu da exceção de pré-executividade, com a seguinte fundamentação:

"A Executada apresentou exceção de pré-executividade às fls. 91/122 visando à desconstituição do título executivo cobrado na presente execução.

A Exequente se manifestou às fls. 124/131 e, em síntese, defendeu a higidez da CDA e a regularidade da cobrança, noticiando na oportunidade a decretação da falência da empresa executada.

Destarte, considerando que a massa falida deve ser representada em juízo pelo administrador judicial, nos termos do art. 75, V, do CPC, NÃO CONHEÇO a exceção de pré-executividade às fls. 91/122, nem a petição de fls. 132/140, ante a ausência do pressuposto processual atinente à capacidade postulatória da parte executada.

Nada obstante, considerando que a empresa executada foi regularmente citada antes da decretação de sua falência (fl. 07), despiciendo se torna repetir o ato citatório.

Assim, tendo em vista que a União (Fazenda Nacional) noticiou a habilitação de seu crédito perante o Juízo Falimentar (fls. 124/125), SUSPENDO o andamento da presente execução fiscal e determino a remessa dos autos ao SEDI para acrescer ao nome da Executada a expressão "MASSA FALIDA".

Considerando o ínfimo espaço físico na Secretaria deste Juízo em razão da excessiva quantidade de processos em tramitação, bem como a possibilidade de desarquivamento caso se requeira, determino que se aguarde, em arquivo sobrestado, eventual provocação.

Tendo em vista que o representante do administrador judicial da massa falida é advogada, cadastrada na OAB/SP sob n. 48351 (fl. 126), proceda a Serventia à inclusão de seu nome no Sistema Processual Informatizado - ARDA para fins de intimação.

Publique-se e, após, remetam-se os autos ao SEDI.

Em seguida, intime-se a Exequente, mediante carga dos autos e, oportunamente, cumpra-se."

Em face da decisão que não conheceu da exceção de pré-executividade, foram opostos embargos de declaração por Prelude Modas S/A e Marcelo Luiz Levinzon em nome próprio (f. 168/179 - id 120156899), e pelo administrador judicial (ACFB Administração Judicial Ltda), este representando a massa falida de Prelude Modas S/A (f. 143/167 - id 120156899), tendo o Juízo a quo proferido a seguinte decisão:

"PRELUDE MODAS S.A interpôs embargos de declaração às fls. 168/177 contra a r. decisão proferida à fl. 141, sustentando a existência de obscuridade, uma vez que junta procuração outorgada pelo Sr. Marcelo Luiz Levinzon, autorizando os patronos que subscreveram a exceção de pré-executividade de fls. 91/122 e a petição de fls. 132/140, bem como o recurso de embargos de declaração, a atuarem no presente feito. Alega que o Sr. Marcelo Luiz Levinzon é parte interessada, uma vez que a Fazenda Nacional o incluiu como corresponsável na CDA que embasa a presente execução fiscal. Dessa forma, entende sanada eventual falta de capacidade postulatória.

Sustenta ainda que a decisão é obscura, considerando que o art. 103, parágrafo único, da Lei de Falências autoriza ao falido a interposição de medidas judiciais e recursos cabíveis. Entende que mesmo sem a procuração outorgada, não haveria como não conhecer da exceção de pré-executividade oposta.

Aduz ainda que a decisão está eivada de obscuridade tendo em vista que a CDA não foi habilitada nos autos do processo falimentar. E, portanto, não há qualquer razão de se utilizar a falência como óbice para não se decretar a prescrição intercorrente.

Requer o acolhimento dos embargos de declaração com efeitos infringentes para que se acolha a exceção de pré-executividade oposta, reconhecendo a ocorrência da prescrição intercorrente.

ACFB ADMINISTRAÇÃO JUDICIAL LTDA, Administradora Judicial nomeada nos autos da falência da empresa Prelude Modas S/A, interpôs embargos de declaração às fls. 143/153 contra a r. decisão proferida à fl. 141, sustentando a ocorrência da prescrição intercorrente. Juntou procuração e documentos às fls. 155/167.

É o relatório. Fundamento e decido.

Considerando que foi decretada a falência da empresa executada Prelude Modas S/A em 27 de outubro de 2014 (fl. 128), a massa falida deve ser representada em Juízo por seu administrador judicial, em consonância com o disposto no artigo 75, V, do CPC.

No entanto, conforme se infere da procuração acostada à fl. 117, instruindo a exceção de pré-executividade oposta em 14 de agosto de 2018, posteriormente à data da decretação da falência, a empresa está sendo representada pelo diretor presidente MARCELO LUIZ LEVINZON. Dessa forma é patente a ausência do pressuposto processual atinente à capacidade de representar a massa falida nos autos.

Ante o exposto, DEIXO DE CONHECER OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PELA PRELUDE MODAS S/A ÀS FLS. 168/177 por manifesta ausência de capacidade processual da parte executada.

Não obstante a ACFB ADMINISTRAÇÃO JUDICIAL LTDA, Administradora Judicial nomeada nos autos da falência da empresa Prelude Modas S/A, comparecer nos autos apresentando petição intitulada como Embargos de Declaração (fls. 143/153), verifico que a decisão da fl. 141 não lhe atinge, e vem arguir matéria suscetível de apreciação por este Juízo. Dessa forma, recebo a petição como exceção de pré-executividade e determino vista à parte exequente para que se manifeste no prazo de 30 (trinta) dias.

Proceda-se a Serventia a inclusão dos advogados Alexandre Levinzon, OAB/SP 270.836 e Bruno Heliszkowski, OAB/SP 234.601 no sistema processual somente para receber a publicação da presente decisão, após, proceda-se à sua exclusão.

Após, voltem os autos conclusos.

Intimem-se."

Contra a decisão que não conheceu dos embargos de declaração, Marcelo Luiz Levinzon interpôs o presente agravo de instrumento, alegando, que possui capacidade postulatória para estar em Juízo, pois a exequente o incluiu na CDA como corresponsável do débito fiscal, e para atuar como assistente do feito, nos termos do artigo 119 do Código de Processo Civil, além de incidir a regra do artigo 103, parágrafo único, da Lei 11.101/2005.

Inicialmente, não consta dos autos que o agravante foi incluído no pólo passivo da execução fiscal, não sendo suficiente como prova a juntada do extrato do débito fiscal, na esfera administrativa, indicando-o como corresponsável (f. 122 e 130), pois a legitimidade, o interesse processual e a capacidade postulatória são avaliados em face da demanda judicial que, no caso, foi proposta exclusivamente em face de Prelude Modas S/A, tanto que a exceção de pré-executividade foi oposta pela empresa e não pelo ora agravante (f. 01/5, id 120156093).

O agravante apenas ingressou nos autos, em nome próprio, através de embargos de declaração, juntamente com a executada, o que não lhe confere legitimidade para questionar a decisão proferida na exceção de pré-executividade oposta por terceiro, no caso a executada. Por outro lado, se a executada tem direito próprio a pleitear, independentemente da massa falida e do administrador judicial, nos termos do artigo 103, parágrafo único, da Lei 11.101/2005, não será o agravante, em nome próprio, que poderá invocá-lo perante a Corte. Finalmente, se entende que pode atuar como assistente na execução fiscal, o agravante deve pleitear tal intervenção na forma própria, e não simplesmente ingressar com embargos de declaração em face de exceção de pré-executividade oposta pela executada, e não pelo agravante em nome próprio.

Em suma, improcede à evidência a pretensão recursal deduzida, pois a insurgência em face do não conhecimento da exceção de pré-executividade, manifestada através de embargos de declaração, somente pode ser admitida em relação a quem opôs tal incidente - no caso, a própria executada, e não o agravante - e, por sua vez, não pode o agravante, em nome próprio, recorrer da decisão desfavorável à executada, seja porque não se confunde o agravante com esta, seja porque, enfim, decretada a respectiva falência, a representação cabe ao administrador da massa falida.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PESSOA JURÍDICA. FALÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DESPROVIMENTO.

1. Proposta execução fiscal em face de empresa houve, no curso da tramitação, a decretação de sua falência e, posteriormente, a própria executada opôs exceção de pré-executividade, não conhecida por não ter sido a defesa proposta pelo síndico da massa falida. Contra tal decisão, a executada e o ex-administrador, ora agravante, em nome próprio, opuseram embargos de declaração, que não foram conhecidos, gerando o presente recurso, em que o ex-administrador pleiteou o recebimento da exceção de pré-executividade oposta pela executada, independentemente da representação através do síndico da massa falida.

2. A alegação do agravante de que tem interesse na execução fiscal, por ter sido incluído na CDA como corresponsável pelo débito executado, além de não corresponder ao que consta dos autos, já que não houve propositura de ação contra o agravante nem ainda redirecionamento, não o legitima a embargar de declaração contra o não conhecimento de exceção de pré-executividade oposta por terceiro, ou seja pela executada, e não pelo próprio agravante.

3. De fato, o agravante apenas ingressou nos autos, em nome próprio, através de embargos de declaração, juntamente com a executada, o que não lhe confere legitimidade para questionar a decisão proferida na exceção de pré-executividade oposta por terceiro, no caso a executada. Por outro lado, se a executada tem direito próprio a pleitear, independentemente da massa falida e do administrador judicial, nos termos do artigo 103, parágrafo único, da Lei 11.101/2005, não será o agravante, em nome próprio, que poderá invocá-lo perante a Corte. Finalmente, se entende que pode atuar como assistente na execução fiscal, o agravante deve pleitear tal intervenção na forma própria, e não simplesmente ingressar com embargos de declaração em face de exceção de pré-executividade oposta apenas pela executada, e não pelo agravante em nome próprio.

4. Evidencia-se, pois, a improcedência da pretensão recursal deduzida, pois a insurgência em face do não conhecimento da exceção de pré-executividade, manifestada através de embargos de declaração, somente pode ser admitida em relação a quem opôs tal incidente - no caso, a própria executada, e não o agravante - e, por sua vez, não pode o agravante, em nome próprio, recorrer da decisão desfavorável à executada, seja porque não se confunde o agravante com esta, seja porque, enfim, decretada a respectiva falência, a representação cabe ao administrador da massa falida que, a propósito, opôs, em nome da massa falida, embargos de declaração recebidos, pelo Juízo, como exceção de pré-executividade.

5. Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001065-32.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO
APELADO: GRAAUW CONSULTORIA E ASSESSORIA EIRELI - ME
Advogado do(a) APELADO: ANIELE ARAUJO CASTILHO TENO - MS19071-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Tendo em vista a admissão de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR acerca da matéria versada nos autos (fixação de honorários advocatícios ante o reconhecimento de prescrição intercorrente), por decisão proferida pelo Órgão Especial deste E. Tribunal (autos nº 0000453-43.2018.4.03.0000), determina-se o sobrestamento da presente demanda, nos termos do art. 982, I, do atual Código de Processo Civil.

Anote-se a suspensão no sistema eletrônico de acompanhamento processual.

Intimem-se as partes.

Comunique-se o Juízo de origem.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5002388-03.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: COMPANHIA NACIONAL DE ENERGIA ELETRICA
Advogado do(a) APELADO: ANDRE RICARDO LEMES DA SILVA - SP156817-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002388-03.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: COMPANHIA NACIONAL DE ENERGIA ELETRICA
Advogado do(a) APELADO: ANDRE RICARDO LEMES DA SILVA - SP156817-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto pela **UNIÃO** em face da sentença que julgou procedente o pedido da inicial para declarar o direito da autora **COMPANHIA NACIONAL DE ENERGIA ELETRICA**. à exclusão dos valores correspondentes ao ICMS da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e ao COFINS, bem como à repetição dos valores indevidamente recolhidos, nos cinco últimos anos anteriores ao ajuizamento da ação, por meio de restituição ou compensação, observando-se o disposto no art. 74 da Lei n. 9.430/1996.

Houve condenação da parte ré ao pagamento do reembolso das custas e ao pagamento dos honorários advocatícios, em 10% sobre o valor atualizado da causa, conforme dispõe o art. 85, § 3º, inciso I, do novo Código de Processo Civil.

Em suas razões de apelação, a União sustentou, em síntese, que:

a) ainda há pedido pendente da PGFN de **modulação dos efeitos** da decisão proferida no RE nº 574.706 - o que justifica a **suspensão do processo** até o julgamento dos embargos declaratórios;

b) o ICMS compõe o valor da atividade que gera receita ao contribuinte, não havendo como dissociá-lo dos ingressos havidos a título de faturamento. Assim, não há como prosperar a tese seguida pela r. sentença de que o ICMS não compõe a base de cálculo da contribuição ao PIS e a COFINS, vez que o valor do ICMS integra o preço da operação comercial para qualquer efeito, e esse valor incrementa a receita bruta da pessoa jurídica.

Com contrarrazões, subiram os autos a essa E. Corte Regional.

É o sucinto relatório.

srevi

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002388-03.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: COMPANHIA NACIONAL DE ENERGIA ELETRICA
Advogado do(a) APELADO: ANDRE RICARDO LEMES DA SILVA - SP156817-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

O cerne da presente controvérsia gravita em torno do pleito da autora acerca do reconhecimento judicial que declare seu direito à exclusão do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) da base de cálculo das contribuições devidas a título de PIS e COFINS, bem como à declaração do direito de efetuar a compensação tributária dos valores recolhidos indevidamente nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação.

Pois bem

Rejeito o pedido de suspensão do feito, uma vez que a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

Assim, uma vez que não há determinação expressa pelo STF, a suspensão da demanda é mera faculdade, a qual afastou, em nome da duração razoável do processo.

Quanto ao mérito, a questão não carece de maiores debates, haja vista que em sessão plenária do dia 15.03.2017 foi julgado o RE nº 574.706/RS, que trata do tema atinente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a sistemática da repercussão geral (artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973), nos seguintes termos:

"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Carmen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017."

(RE 574706 RG, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 15/03/2017, DJe-053 DIVULG 17-03-2017 PUBLIC 20-03-2017)

Reforce-se a esse quadro que em 29.09.2017 foi disponibilizada a ementa do aludido acórdão:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. *O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.*

4. *Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."*

(RE 574706, Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

Em suma, a novel jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, assim como a do Superior Tribunal de Justiça, reconheceu a exclusão da parcela relativa ao ICMS da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, confira-se:

"TRIBUTO - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da Cofins, porque estranho ao conceito de faturamento." (RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituindo receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido."

(AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 07/04/2015)

Cumprasseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

Na verdade, o ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.

Resta evidente, portanto, que o ICMS não tem a natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, veja-se:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ICMS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Encontra-se, atualmente, consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme constou do Boletim de Notícias do Supremo Tribunal Federal nº 762 de 06 a 11 de Outubro de 2014 (RE 240.785-2/MG).

2. Embargos infringentes desprovidos."

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI 0000266-78.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 04/11/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/11/2014)

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS e DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/04/2014)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DUPLO AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. VALIDADE. APROVEITAMENTO DO TÍTULO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.

2. A orientação no plano constitucional, a partir do precedente citado, foi adotada, recentemente, no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94, conforme AgRg no ARES 593.627, Rel. p/ acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 07/04/2015.

3. Embora cabível excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, não se reconhece a nulidade da execução fiscal, que deve prosseguir pelo saldo efetivamente devido, não se cogitando, de extinção da execução fiscal, na conformidade da jurisprudência consolidada.

4. Agravos inominados desprovidos."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0030027-53.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/05/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/05/2015)

Reconheço, portanto, o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Reforce-se que mesmo com as alterações posteriores na legislação que institui o PIS e a COFINS – Lei nº 12.973/14 – não temo condão de afastar o quanto decidido, pois, conforme amplamente demonstrado, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada pela via administrativa - respeitada a prescrição quinquenal - com a competente fiscalização da administração tributária, nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da demanda, que ocorreu em **14/03/2017** e, conforme jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, confira-se:

*"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. **REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA.** LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.*

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

5. Consectariamente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.

7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. *À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.*
12. *Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor; o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.*
13. *Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor; nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."*
14. *Consequentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/06/2004).*
15. *A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF). (Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)*
16. *O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.*
17. *Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."*

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

Destarte, conforme a jurisprudência acima colacionada e, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

Como bem constou na r. sentença, **a compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias**, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior, *in verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO INEXISTENTE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. COMPENSAÇÃO. TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA. ART. 26 DA LEI N. 11.457/07. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nos termos da jurisprudência do STJ, é impossível a compensação de créditos tributários administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal com débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (contribuições sociais previstas nas alíneas 'a', 'b' e 'c' do parágrafo único do art. 11 da Lei n. 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida pelo art. 26 da Lei n. 11.457/07. Precedentes. Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1469537/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 24/10/2014)

Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, veja-se:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4º 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.

4. A Tabela Única aprovada pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação /repetição de indébito, quais sejam: (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDcl no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. O prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/05 (09.06.2005), nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.") (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: RESP 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009).

7. Outrossim, o artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

8. Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010)

Finalmente, o termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior, que ora colaciono:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNBEN. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL. APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.250/95. DESDE O RECOLHIMENTO INDEVIDO. SÚMULA 83/STJ

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nas ações de restituição de tributos federais, antes do advento da Lei 9.250/95, incide a correção monetária desde o pagamento indevido (no caso, no momento da indevida retenção do IR) até a restituição ou a compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros moratórios a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), na forma do art. 167, parágrafo único, do CTN.

3. Ocorre que, com o advento do referido diploma, passou-se a incidir a Taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou a partir de 1º de janeiro de 1996 (caso o recolhimento tenha ocorrido antes dessa data).

Agravo regimental improvido."

(AgRg no AgRg no AREsp 536.348/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014)

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso de apelação da União, nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. PIS. COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. POSSIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE REALIZAR A COMPENSAÇÃO PLEITEADA COM AS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.

1. O cerne da presente controvérsia gravita em torno do reconhecimento do direito da autora à exclusão dos valores correspondentes ao ICMS da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e a COFINS, bem como a compensação dos valores tidos como indevidamente recolhidos, nos últimos 05 (cinco) anos, com os acréscimos cabíveis.
2. A jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.
3. Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.
4. Cumpre asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.
5. O ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.
6. O ICMS não tem a natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.
7. Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da demanda, que ocorreu em **14/03/2017**.
8. Cumpre asseverar que a compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias.
9. Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil.
10. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso de apelação da União, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001454-68.2019.4.03.6102

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: CARLOS HENRIQUE MARÇAL GALVAO

Advogados do(a) APELANTE: ULISSES GIVAGO PEREIRA ZANCHETTA - SP268341-A, LUIZ HENRIQUE NACAMURA FRANCESCHINI - SP190994-A

APELADO: CONSELHO REGIONAL DE FISIOTERAPIA E TERAPIA OCUPACIONAL DA 3 REGIAO

Advogados do(a) APELADO: SIMONE MATHIAS PINTO - SP181233-A, HERBERTO ANTONIO LUPATELLI ALFONSO - SP120118-A, FABIO JOSE BUSCARIOLO ABEL - SP117996-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001454-68.2019.4.03.6102

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: CARLOS HENRIQUE MARÇAL GALVAO

Advogados do(a) APELANTE: ULISSES GIVAGO PEREIRA ZANCHETTA - SP268341-A, LUIZ HENRIQUE NACAMURA FRANCESCHINI - SP190994-A

APELADO: CONSELHO REGIONAL DE FISIOTERAPIA E TERAPIA OCUPACIONAL DA 3 REGIAO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação (ID 90214567) interposta por CARLOS HENRIQUE MARÇAL GALVÃO contra a r. sentença (ID 90214565) que, ante a ausência de garantia, rejeitou liminarmente os embargos opostos à execução.

Em suas razões recursais, sustenta, em síntese, que é inconstitucional a exigência de garantia da execução para a oposição de embargos.

Requer o provimento da apelação para que sejam julgados procedentes os embargos à execução, nos termos do pedido inicial.

Sem contrarrazões, os autos subiram a esta E. Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001454-68.2019.4.03.6102
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: CARLOS HENRIQUE MARCAL GALVAO
Advogados do(a) APELANTE: ULISSES GIVAGO PEREIRA ZANCHETTA - SP268341-A, LUIZ HENRIQUE
NACAMURA FRANCESCHINI - SP190994-A
APELADO: CONSELHO REGIONAL DE FISIOTERAPIA E TERAPIA OCUPACIONAL DA 3 REGIAO

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A questão devolvida a esta E. Corte diz respeito à exigência de garantia da execução fiscal para oposição de embargos.

A despeito de o art. 914 do atual Código de Processo Civil dispor acerca da possibilidade de oposição de embargos à execução, independentemente de penhora, depósito ou caução, é sabido que às execuções fiscais aplica-se o regramento específico previsto na Lei 6.830/80.

Como feito, nos termos dos art. 9º e 16 do referido diploma legal, sabe-se que os embargos à execução fiscal não podem ser admitidos antes de efetivada a garantia do juízo, e devem ser oferecidos no prazo de 30 (trinta) dias, a contar das seguintes hipóteses: (a) da data da efetivação do depósito judicial, nos termos do artigo 32 da mesma Lei; (b) da data da juntada aos autos da prova da fiança bancária ou do seguro garantia; (c) da data da intimação da penhora.

É nesse sentido o entendimento exarado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de recurso representativo de controvérsia:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. APLICABILIDADE DO ART. 739-A, §1º, DO CPC ÀS EXECUÇÕES FISCAIS. NECESSIDADE DE GARANTIA DA EXECUÇÃO E ANÁLISE DO JUÍZ A RESPEITO DA RELEVÂNCIA DA ARGUMENTAÇÃO (FUMUS BONI JURIS) E DA OCORRÊNCIA DE GRAVE DANO DE DIFÍCIL OU INCERTA REPARAÇÃO (PERICULUM IN MORA) PARA A CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AOS EMBARGOS DO DEVEDOR OPOSTOS EM EXECUÇÃO FISCAL.

(...)

6. Em atenção ao princípio da especialidade da LEF, mantido com a reforma do CPC/73, a nova redação do art. 736, do CPC dada pela Lei n. 11.382/2006 - artigo que dispensa a garantia como condicionante dos embargos - não se aplica às execuções fiscais diante da presença de dispositivo específico, qual seja o art. 16, §1º da Lei n. 6.830/80, que exige expressamente a garantia para a apresentação dos embargos à execução fiscal.

7. Muito embora por fundamentos variados - ora fazendo uso da interpretação sistemática da LEF e do CPC/73, ora trilhando o inovador caminho da teoria do "Diálogo das Fontes", ora utilizando-se de interpretação histórica dos dispositivos (o que se faz agora) - essa conclusão tem sido alcançada pela jurisprudência predominante, conforme ressoam os seguintes precedentes de ambas as Turmas deste Superior Tribunal de Justiça. Pela Primeira Turma: AgRg no Ag 1381229 / PR, Primeira Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 15.12.2011; AgRg no REsp 1.225.406 / PR, Primeira Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julgado em 15.02.2011; AgRg no REsp 1.150.534 / MG, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 16.11.2010; AgRg no Ag 1.337.891 / SC, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 16.11.2010; AgRg no REsp 1.103.465 / RS, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 07.05.2009. Pela Segunda Turma: AgRg nos EDcl no Ag n. 1.389.866/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 21.9.2011; REsp, n. 1.195.977/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 17/08/2010; AgRg no Ag n. 1.180.395/AL, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe 26.2.2010; REsp, n. 1.127.353/SC, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 20.11.2009; REsp, 1.024.128/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 19.12.2008.

8. Superada a linha jurisprudencial em sentido contrário inaugurada pelo REsp. n. 1.178.883 - MG, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 20.10.2011 e seguida pelo AgRg no REsp 1.283.416 / AL, Primeira Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 02.02.2012; e pelo REsp 1.291.923 / PR, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 01.12.2011.

9. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C, do CPC, e da Resolução STJ n. 8/2008.

(REsp 1272827/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/05/2013, DJe 31/05/2013)

Perfilha-se ao mesmo entendimento esta C. Turma:

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. GARANTIA. CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE PARA A OPOSIÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 16 DA LEI Nº 6.830/80. BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA. NORMA ESPECIAL EM RELAÇÃO AO CPC. AUSENTE VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. RECURSO IMPROVIDO.

1. Trata-se de recurso de apelação interposto por BRUNO HENRIQUE CHIQUETTO - ME em face de r. sentença de fls.112/113 que, em autos de embargos à execução fiscal, indeferiu a petição inicial e julgou extinto o processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, inciso IV, do revogado Código de Processo Civil, diante da ausência de garantia do juízo. Sem condenação em honorários advocatícios e sem reexame necessário.

2. A LEF é norma especial em relação ao CPC, o qual será aplicado subsidiariamente em relação àquela, consoante o artigo 1º da Lei nº 6.830/80.

3. Nos termos da jurisprudência pacífica do C. STJ, a garantia do pleito executivo é condição de procedibilidade dos embargos à execução, nos exatos termos do artigo 16, § 1º, da Lei nº 6.830/80.

4. A Primeira Seção da referida Corte, ao apreciar o REsp nº 1.272.827/PE (submetido à sistemática prevista no artigo 543-C do revogado CPC/73), firmou entendimento no sentido de que, em atenção ao princípio da especialidade da Lei de Execução Fiscal, a nova redação do artigo 736 do CPC, artigo que dispensa a garantia como condicionante dos embargos, não se aplica às execuções fiscais diante da presença de dispositivo específico, qual seja o artigo 16, §1º da Lei nº 6.830/80, que exige expressamente a garantia para a apresentação dos embargos à execução fiscal,

5. O princípio da especialidade das leis autoriza que a LEF prevaleça também sobre a Lei nº 1.060/50 - Assistência Judiciária Gratuita, conforme orientação firmada pelo C. STJ - Precedente: REsp 1437078/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 25/03/2014, DJe 31/03/2014.

6. No caso dos autos, observa-se que não há constrição garantindo a Execução Fiscal nº 0002001-57.2014.403.6107, originária dos presentes embargos. Assim, considerando a necessidade de garantia do juízo como condição para o oferecimento de embargos à execução fiscal, a r. sentença recorrida é de ser mantida.

7. Não vislumbro violação aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e sequer cerceamento de defesa, na medida em que nenhum princípio ou direito é absoluto, devendo a ampla defesa se coadunar com os princípios da valoração do crédito público, primazia do crédito público sobre o privado e aplicação apenas subsidiária do CPC/73 (revogado, mas vigente à época da decisão) ou CPC/2015.

8. Apelação a que se nega provimento.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 2181589 - 0001819-37.2015.4.03.6107, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 15/02/2017)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. INEXISTÊNCIA DE GARANTIA. INADMISSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA VINCULANTE 28 DO STF.

1. Consolidada a jurisprudência no sentido de que é requisito de admissibilidade de embargos do devedor a prévia garantia do Juízo, conforme legislação especial (artigo 16, § 1º, LEF), que prevalece sobre a legislação geral, especialmente diante de norma reguladora específica, não padecendo de qualquer vício.

2. Tendo o executado optado pela defesa através de embargos fica sujeito à legislação e jurisprudência firmadas a propósito, pelo que manifestamente improcedente o pedido de reforma, mesmo porque a hipótese não é de garantia insuficiente, mas de inexistência de qualquer garantia, ainda que superveniente.

3. Nem se alegue que tal exigência é inconstitucional, nos termos da Súmula Vinculante 28/STF - ou Súmula Vinculante 21/STF, da qual derivou a posteriormente editada - pois, diferentemente das ações de mera impugnação da exigibilidade fiscal, os embargos do devedor dirigem-se contra a validade de título executivo, em execução fiscal aparelhada, demonstrando que, em tal ação incidental, não se aplica a restrição sumulada.

4. Apelação desprovida.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 2171846 - 0038624-89.2014.4.03.6182, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 22/09/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/09/2016)

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE GARANTIA. EXTINÇÃO. ARTIGO 16, § 1º, LEI DE EXECUÇÕES FISCAIS, LEF.

1. Em face do disposto no artigo 14 da Lei n. 13.105/2015, aplica-se a esse processo o CPC/73.

2. O artigo 16, § 1º, da Lei 6.830/80 exige, como condição de admissibilidade dos embargos, a efetivação da penhora.

3. O dispositivo legal, por se tratar de previsão específica no âmbito das execuções fiscais, prevalece sobre a redação dada pela Lei 11.382/2006 ao artigo 739 do CPC/1973.

4. Ausente garantia do Juízo, ocorreu perda superveniente do requisito de admissibilidade dos presentes embargos à execução, devendo ser mantida a sentença que extinguiu os embargos à execução fiscal. Precedentes.

5. Apelação da embargante não provida.

(ApCiv 0306416-65.1990.4.03.6102, JUÍZA CONVOCADA LOUISE FILGUEIRAS, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/10/2017.)

DIREITO TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. PENHORA INDEVIDA - DESCONSTITUIÇÃO. AUSÊNCIA DE GARANTIA - REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE - EXTINÇÃO DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVIDOS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. REDUÇÃO DO MONTANTE. PRECEDENTES.

1. No presente caso, que não havendo controvérsia acerca da impossibilidade de penhora do bem imóvel indicado pelo INSS, foi determinada a sua desconstituição, nos autos da execução fiscal.

2. A parte embargante já havia sido intimada da efetivação da penhora e citada para integrar o pleito executivo, tendo constituído advogado e proposto os presentes embargos à execução.

3. O INSS reconheceu, em sede de impugnação aos embargos, a nulidade da penhora do bem por ele indicado.

4. Ante a ausência de penhora que garantisse a execução, ocorreu a perda superveniente do requisito de admissibilidade dos presentes embargos à execução, que foram julgados extintos, sem julgamento de mérito, nos termos do disposto no art. 267, inc. IV, e art. 795, ambos do CPC/73, sucumbente a parte embargada. Honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor atualizado da execução.

5. Aplica-se ao caso a lei vigente na data do ajuizamento da demanda, artigo 20 do Código de Processo Civil de 1973, sob pena de ofensa ao princípio da segurança jurídica.

6. A condenação da parte embargada nos honorários advocatícios realmente é de rigor, por constituir decorrência da aplicação do princípio da causalidade.

7. Com relação ao pleito de redução do montante arbitrado, observo que a verba honorária foi fixada no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da execução, devidamente corrigido,

8. O montante da verba honorária se mostra excessivo e em desacordo com os critérios estabelecidos na norma processual então vigente, na forma em que têm sido aplicados por esta C. Turma em casos semelhantes.

9. Por critério de equidade e tendo em vista que a causa não envolveu grandes debates, honorários advocatícios reduzidos para o montante de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), nos termos do artigo 20, § 4º, do CPC/73, aplicável à espécie. Precedentes da Turma.

7. Apelação parcialmente provida.

(ApCiv 0011886-33.2002.4.03.6102, JUÍZA CONVOCADA LOUISE FILGUEIRAS, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/03/2017.)

Conclui-se que a opção do executado pela defesa por meio dos embargos sujeita-se à existência de garantia, a teor da legislação e jurisprudência sobre o tema.

Não se vislumbra qualquer violação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, já que os embargos à execução não são o único meio de defesa do executado, que pode se valer, ainda, da ação de conhecimento (anulatória ou desconstitutiva) e da exceção de pré-executividade.

Ademais, destaca-se que o presente caso não é de insuficiência da garantia ofertada, mas de inexistência total de garantia.

Ante o exposto, NEGOU PROVIMENTO à apelação.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. GARANTIA DO JUÍZO. CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. A questão devolvida a esta E. Corte diz respeito à exigência de garantia da execução fiscal para oposição de embargos.

2. A despeito de o art. 914 do atual Código de Processo Civil dispor acerca da possibilidade de oposição de embargos à execução, independentemente de penhora, depósito ou caução, é sabido que às execuções fiscais aplica-se o regramento específico previsto na Lei 6.830/80.

3. Nos termos dos art. 9º e 16 do referido diploma legal, sabe-se que os embargos à execução fiscal não podem ser admitidos antes de efetivada a garantia do juízo, e devem ser oferecidos no prazo de 30 (trinta) dias, a contar das seguintes hipóteses: (a) da data da efetivação do depósito judicial, nos termos do artigo 32 da mesma Lei; (b) da data da juntada aos autos da prova da fiança bancária ou do seguro garantia; (c) da data da intimação da penhora.

4. Conclui-se que a opção do executado pela defesa por meio dos embargos sujeita-se à existência de garantia, a teor da legislação e jurisprudência sobre o tema. Precedentes (REsp 1272827/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/05/2013, DJe 31/05/2013 / TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 2181589 - 0001819-37.2015.4.03.6107, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 15/02/2017 / TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 2171846 - 0038624-89.2014.4.03.6182, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 22/09/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/09/2016 / ApCiv 0306416-65.1990.4.03.6102, JUÍZA CONVOCADA LOUISE FILGUEIRAS, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/10/2017 / ApCiv 0011886-33.2002.4.03.6102, JUÍZA CONVOCADA LOUISE FILGUEIRAS, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/03/2017).

5. Não se vislumbra qualquer violação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, já que os embargos à execução não são o único meio de defesa do executado, que pode se valer, ainda, da ação de conhecimento (anulatória ou desconstitutiva) e da exceção de pré-executividade.

6. Destaca-se que o presente caso não é de insuficiência da garantia ofertada, mas de inexistência total de garantia.

7. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5002856-81.2019.4.03.6104

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

PARTE AUTORA: NEIDE ELIZABETH WIRTHMANN

Advogado do(a) PARTE AUTORA: CARLA CAROLINE LOPES ANDRADE - SP416290-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5002856-81.2019.4.03.6104

RELATOR: Gab. 08 - DES, FED, CARLOS MUTA

PARTE AUTORA: NEIDE ELIZABETH WIRTHMANN

Advogado do(a) PARTE AUTORA: CARLA CAROLINE LOPES ANDRADE - SP416290-A

PARTE RÉ: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial em mandado de segurança concedido para compelir a autoridade impetrada a proferir decisão no pedido administrativo de aposentadoria por idade formulado em 21/02/2019 (protocolo 1734743478).

Em 24/06/2019 foram juntadas informações da autoridade impetrada, comunicando que o requerimento administrativo foi apreciado e deferido (ID. 105217726).

O Ministério Público Federal lançou parecer nos autos.

Inicialmente, distribuído à 9ª Turma, o relator originário determinou a redistribuição do feito à 2ª Seção, sendo os autos encaminhados a esta relatoria, designada por sorteio.

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5002856-81.2019.4.03.6104
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
PARTE AUTORA: NEIDE ELIZABETH WIRTHMANN
Advogado do(a) PARTE AUTORA: CARLA CAROLINE LOPES ANDRADE - SP416290-A
PARTE RÉ: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, o princípio da duração razoável do processo, elevado à superioridade constitucional, elenca não apenas a garantia da prestação administrativa célere, como a da eficiência, razoabilidade e moralidade, de acordo com o previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal e artigo 2º, *caput*, da Lei 9.784/1999:

"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte (...)"

"Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência."

Com efeito, tem-se dado materialidade ao entendimento de que é dever do Poder Público, parte de sua própria finalidade e do interesse público, que suas funções sejam exercidas de maneira célere e satisfatória, sob pena, caso contrário, de ineficácia. Não por outro motivo foram promulgadas as Emendas Constitucionais 19 e 45, bem como, em nível infraconstitucional, editada a própria Lei 9.784/1999, supracitada.

Neste sentido tem decidido a Corte:

ApCiv 5000897-78.2019.4.03.6103, Rel. Des. Fed. CECILIA MARCONDES, intimação via sistema 06/03/2020: **“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO. REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. DECURSO DO PRAZO LEGAL PARA ANÁLISE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO DESPROVIDAS. 1. Na hipótese dos autos, o impetrante formulou requerimento de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição em 06.07.2018, o qual permaneceu pendente de apreciação pelo INSS, além do prazo legal. 2. Cumpre ressaltar que a duração razoável dos processos é garantia constitucionalmente assegurada aos administrados, consoante expressa disposição do art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/88, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04. 3. Com efeito, a Administração Pública tem o dever de analisar em prazo razoável os pedidos que lhe são submetidos, sob pena de causar prejuízo ao administrado e de descumprir o princípio da celeridade processual, também assegurado constitucionalmente aos processos administrativos (art. 5º, LXXVIII, da CF/88). 4. Consoante preconiza o princípio constitucional da eficiência, previsto no art. 37, caput, da Constituição da República, o administrado não pode ser prejudicado pela morosidade excessiva na apreciação de requerimentos submetidos à Administração Pública. Assim, a via mandamental é adequada para a garantia do direito do administrado. 5. O art. 49 da Lei nº 9.784/1999 fixa o prazo de até 30 dias para que a Administração Pública decida a questão posta em processo administrativo, salvo se houver motivo que justifique de maneira expressa a prorrogação do referido lapso temporal. 6. Além do aludido prazo legal, o art. 41-A, § 5º, da Lei nº 8.213/1991 e o art. 174 do Decreto nº 3.048/1999, que dispõem especificamente sobre a implementação de benefícios previdenciários, preveem o prazo de 45 dias para o primeiro pagamento, contados a partir da data da apresentação dos documentos necessários pelo segurado. 7. No caso vertente, resta evidenciado que a autoridade impetrada desrespeitou os prazos estabelecidos em legislações ordinárias, que regulam tanto o processo administrativo em geral, como os processos administrativos de requerimentos de benefícios no âmbito da Previdência Social. 8. Inexiste amparo legal para a omissão administrativa da autarquia previdenciária, que, pelo contrário, enseja descumprimento de normas legais e violação aos princípios da legalidade, razoável duração do processo, proporcionalidade, eficiência na prestação de serviço público, segurança jurídica e moralidade, sujeitando-se ao controle jurisdicional visando a reparar a lesão a direito líquido e certo infringido. 9. Não há condenação em honorários advocatícios em sede de mandado de segurança, nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009 e das Súmulas 105 do STJ e 512 do STF. 10. Apelação e remessa necessária, tida por interposta, não providas.”**

Na espécie, o requerimento foi protocolado em 21/02/2019 (ID. 105217706), gerando, pela demora, apreciação em 21/06/2019 (ID. 105217727), após a presente impetração e concessão da segurança, em evidente violação ao prazo de 30 dias, previsto nos artigos 49 e 59, § 1º, da Lei 9.784/1999, bem como à razoável duração do processo, segundo os princípios da eficiência e da moralidade:

"Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada."

"Art. 59. (...)"

§ 1º Quando a lei não fixar prazo diferente, o recurso administrativo deverá ser decidido no prazo máximo de trinta dias a partir do recebimento dos autos pelo órgão competente."

Como se observa, o INSS não se exclui da incidência da legislação citada que, ao fixar prazo de trinta dias para proferir decisão e para julgar recurso administrativo, não permite que nas fases intermediárias possa ser consumido prazo indefinido, protraindo alongadamente o prazo para conclusão do procedimento administrativo, prejudicando o cumprimento das etapas finais, em que peremptórios os prazos fixados, justificados em particular pela própria natureza dos benefícios previdenciários. Logo, dificuldades de estrutura e pessoal não podem ser invocadas em detrimento do princípio constitucional e legal da eficiência e celeridade na prestação do serviço público.

O reconhecimento de direito líquido e certo não viola os princípios da isonomia e da impessoalidade, pois não pode a Administração preconizar que a Constituição Federal autoriza a prática de ilegalidade desde que seja de forma igual e impessoal. Quem se vê tolhido de direito líquido e certo deve buscar amparo judicial e o remédio é o restabelecimento do regime jurídico da legalidade, e não o contrário.

Nem se invoque, em defesa, o tratado no RE 631.240, que originou, em repercussão geral, o Tema 350 cuja impertinência como caso é manifesta, vez que referente, exclusivamente, à exigência de prévio requerimento administrativo como condição para acesso ao Judiciário sem nada dispor sobre a validade de atrasos praticados pela autarquia previdenciária no exercício de suas atribuições e deveres legais. A previsão de intimação para o INSS manifestar-se em até noventa dias nas ações ajuizadas sem prévio requerimento administrativo e antes da conclusão do julgamento do precedente em 03/09/2014, não revoga o preceito legal, mas busca apenas resolver o destino das demandas judiciais em curso, bem diferente do verificado, nos autos, em que já foi previamente acionada a administração e esta, ainda assim, descumpriu prazo legal para a prestação do serviço público.

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO ADMINISTRATIVO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. INSS. PRAZO. DEMORA INJUSTIFICADA. ARTS. 5º, LXXVII E 37, CF. LEI 9.784/1999. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. O princípio da duração razoável do processo, elevado à superioridade constitucional, elenca não apenas a garantia da prestação administrativa célere, como a da eficiência, razoabilidade e moralidade, de acordo com o previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal e artigo 2º, *caput*, da Lei 9.784/1999.
2. Constatada a significativa demora no exame do pedido administrativo é direito do segurado ver compelido o INSS a observar o prazo legal para apreciação do requerimento, em especial por se tratar de pleito de natureza previdenciária e, portanto, de caráter alimentar. Não são justificáveis atrasos baseados em falta de estrutura e pessoal, pois incumbe à Administração Pública fornecer os meios necessários para a prestação de serviço público célere e eficiente.
3. O reconhecimento de direito líquido e certo não viola os princípios da isonomia e da impessoalidade, pois não pode a Administração preconizar que a Constituição Federal autoriza a prática de ilegalidade desde que seja de forma igual e impessoal. Quem se vê tolhido de direito líquido e certo deve buscar amparo judicial e o remédio é o restabelecimento do regime jurídico da legalidade, e não o contrário.
4. O caso dos autos não se amolda ao discutido no RE 631.240, que originou, em repercussão geral, o Tema 350 que tratou, exclusivamente, da exigência de prévio requerimento administrativo como condição para acesso ao Judiciário sem nada dispor sobre a validade de atrasos praticados pela autarquia previdenciária no exercício de suas atribuições e deveres legais. A previsão de intimação para o INSS manifestar-se em até noventa dias nas ações ajuizadas sem prévio requerimento administrativo e antes da conclusão do julgamento do precedente em 03/09/2014, não revoga o preceito legal, mas busca apenas resolver o destino das demandas judiciais em curso, bem diferente do verificado, nos autos, em que já foi previamente acionada a administração e esta, ainda assim, descumpriu prazo legal para a prestação do serviço público.
5. Remessa oficial desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0003236-16.2016.4.03.6131
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: GUSTAVO LUIZ PEZAVENTO
Advogado do(a) APELANTE: ANDRE MURILO PARENTE NOGUEIRA - SP222125-A
APELADO: CONSELHO REGIONAL DE QUÍMICA IV REGIAO
Advogado do(a) APELADO: MARCELO JOSE OLIVEIRA RODRIGUES - SP106872-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0003236-16.2016.4.03.6131
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: GUSTAVO LUIZ PEZAVENTO
Advogado do(a) APELANTE: ANDRE MURILO PARENTE NOGUEIRA - SP222125-A
APELADO: CONSELHO REGIONAL DE QUÍMICA IV REGIAO
Advogado do(a) APELADO: MARCELO JOSE OLIVEIRA RODRIGUES - SP106872-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de ação ajuizada por **Gustavo Luiz Pezavento ME** em face do **Conselho Regional de Química – IV Região**, objetivando a anulação do auto de infração, bem como a desobrigatoriedade de contratação de profissional da área química.

A tutela antecipada foi indeferida (ID 122762251 - Pág. 107-110).

Dessa decisão o autor interpôs agravo de instrumento, cujo provimento foi negado (ID's 122762251 - Pág. 325-329 e 122762252).

Ao final, o MM. Juiz a quo julgou improcedente o pedido e condenou a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa à data da efetiva liquidação do débito, com fulcro no art. 85, parágrafos 2º e 3º, do CPC (ID 122762253 - Pág. 86-93).

A autora apelou, sustentando, em síntese, que:

- a) os materiais químicos utilizados na empresa, como cera, gel, resina e thinner vêm prontos do fornecedor para utilização - sem qualquer manipulação química no processo de industrialização - com as devidas especificações detalhadas por químicos responsáveis, de modo que a apelante não altera nenhuma composição química dos mesmos;
- b) o laudo pericial apresentado pela perita é contraditório em determinados pontos, uma vez que ao mesmo tempo em que ela elucida que o apelante não segue qualquer parâmetro no manuseio dos produtos utilizados na fabricação, ela afirma que há a aplicação das regras constantes das embalagens, até porque não há como todo o procedimento ser realizado em local diverso e distante da bancada de trabalho do empregado, já que o processo de catalisação do produto dura apenas 5 (cinco) minutos, o que tornaria inviável a produção;
- c) a produção industrial da apelante encontra-se atrelada à fabricação de artefatos de material plástico para outros usos não especificados, conforme consta da consulta de seu CNPJ, não estando enquadrada em atividade privativa do profissional químico, nos termos da Resolução Normativa nº 105/1987, do Conselho Federal de Química;
- d) a simples existência de reações químicas no transcurso do processo produtivo não significa que a atividade básica da empresa seja a química.

Com contrarrazões, vieram os autos para este Tribunal.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0003236-16.2016.4.03.6131
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: GUSTAVO LUIZ PEZAVENTO
Advogado do(a) APELANTE: ANDRE MURILO PARENTE NOGUEIRA - SP222125-A
APELADO: CONSELHO REGIONAL DE QUÍMICA IV REGIAO
Advogado do(a) APELADO: MARCELO JOSE OLIVEIRA RODRIGUES - SP106872-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Trata-se de ação ajuizada com o fito de obter a anulação do auto de infração lavrado pelo Conselho Regional de Química – IV Região e seja determinada a desobrigatoriedade de contratação de profissional da área química por parte da empresa autora.

De acordo com o artigo 1º da Lei nº 6.839/80, o critério legal para a obrigatoriedade de registro perante os Conselhos profissionais, bem como para a contratação de profissional especializado é determinado pela atividade básica ou pela natureza de serviços prestados pela empresa.

No caso em apreço, verifica-se que a atividade básica desenvolvida pela autora é a fabricação de artefatos de material plástico, especificamente aqueles produtos reforçados com fibra de vidro, tais como capas de colunas, caixas de itinerários, caixas de portas e estribos para ônibus.

Segundo a perícia técnica realizada nos autos, trata-se de produtos industriais obtidos por meio de conversões químicas e operações unitárias, dando origem a um produto de valor industrial realçado, tendo como matéria-prima produtos ou substâncias químicas como ceras desmoldantes, manta de fibra de vidro e “roving”, resina poliéster, gel coating preparado, peróxido de metil-etil-cetona, primer e solventes. A *expert* afirmou, ainda, que as matérias-primas são utilizadas em mistura feita por um funcionário responsável por esta área do processo, sem qualquer tipo de controle ou ambiente adequado, o que pode causar danos enormes, tais como contaminação no processo e prejuízo ao meio ambiente. Em conclusão, atestou que esse controle deve ser feito por técnico habilitado da área química (ID 122762253 - Pág. 45-70).

Vê-se, ademais, que a jurisprudência deste Tribunal tem reconhecido a obrigatoriedade de contratação de profissional da área química em casos semelhantes. Confira-se:

“ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. OBRIGATORIEDADE DE REGISTRO NO CREA. DESCABÍVEL ATIVIDADE BÁSICA. INDUSTRIALIZAÇÃO, COMERCIALIZAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE PEÇAS TÉCNICAS, COLCHÕES, TRAVESSEIROS, ARTIGOS DE ESPUMAS DE LÁTEX, BORRACHA E POLIURETANO. FABRICAÇÃO DE ARTEFATOS TÊXTEIS PARA USO DOMÉSTICO E FABRICAÇÃO DE ARTEFATOS DE MATERIAL PLÁSTICOS PARA OUTROS USOS. OBRIGATORIEDADE DE REGISTRO NO CONSELHO REGIONAL DE QUÍMICA. IMPOSSIBILIDADE. DUPLO REGISTRO INVIÁVEL. APELAÇÃO IMPROVIDA. 1 - De acordo com o artigo 1º da Lei nº 6.839/80 o critério legal para a obrigatoriedade de registro perante os Conselhos profissionais, bem como para a contratação de profissional especializado é determinado pela atividade básica ou pela natureza de serviços prestados pela empresa. 2. Considerando que as atividades da empresa estão voltadas à "industrialização, comercialização e exportação de peças técnicas, colchões, travesseiros, artigos de espumas de látex, borracha e poliuretano. Fabricação de artefatos têxteis para uso doméstico e fabricação de artefatos de material plásticos para outros usos", de acordo com o seu contrato social e laudos periciais juntados aos autos, que atestam que a atividade da empresa está afeta à área de química, a obrigatoriedade de seu registro no CRQ é medida que se impõe. 3. Incabível, portanto a manutenção de sua inscrição no CREA, porquanto, é o objeto social que serve de identificação dos fins da empresa, possibilitando a aferição da necessidade de contratação de profissionais específicos para a área de sua atuação. 4. As atividades desenvolvidas pela autora, não se obrigam a manter registro junto ao CREA em razão de suas atividades, o que por si só, afasta a exigência do Conselho apelante, seja porque não exerce atividade básica voltada à área de engenharia, seja porque é vedado o duplo registro, não podendo a autora ser compelida a dupla inscrição. 4. Apelação improvida”. (ApCiv 0003927-50.2012.4.03.6105, DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:19/01/2017.) (grifei)

“PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - CONSELHO DE ENGENHARIA E AGRONOMIA - COBRANÇA DE ANUIDADES: DUPLA INSCRIÇÃO. 1. O artigo 1º, da Lei Federal nº 6.839/80: "O registro de empresas e a anotação dos profissionais legalmente habilitados, delas encarregados, serão obrigatórios nas entidades competentes para a fiscalização do exercício das diversas profissões, em razão da atividade básica ou em relação àquela pela qual prestem serviços a terceiros". 2. As atividades básicas da agravante ("fabricação de artefatos de material plástico para usos industriais"), ou aquelas pelas quais presta serviços a terceiros, não requerem conhecimentos técnicos privativos de engenheiro. 3. De outro lado, a agravante está regularmente inscrita no Conselho Regional de Química. Não é razoável pretender a filiação da agravante a dois conselhos profissionais, em razão da mesma atividade. 4. Agravo de instrumento provido”. (AI 5015063-91.2019.4.03.0000, Desembargador Federal FABIO PRIETO DE SOUZA, TRF3 - 6ª Turma, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 23/12/2019.) (grifei)

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CREA. FABRICANTE DE ARTEFATOS DE MATERIAL PLÁSTICO. REGISTRO. INEXIGIBILIDADE. VERBA HONORÁRIA. 1. Consolidada a jurisprudência no sentido de que não cabe exigência de inscrição e registro em conselho profissional, nem contratação de profissional da área como responsável técnico, se a atividade básica exercida não esteja enquadrada nas áreas profissionais específicas, objeto de fiscalização por parte da entidade paraestatal. 2. Para enquadramento na hipótese de registro obrigatório no CREA, necessário que a autora exercesse atividade básica, ou prestasse serviços a terceiros, na área de engenharia, agronomia, ou arquitetura, ou seja, somente o profissional ou empresa que exerça, efetivamente, atividade profissional com ênfase específica em engenharia, e não em aplicação típica de química, sujeita-se à fiscalização do CREA, daí que se preserva o princípio da atividade básica, previsto na Lei nº 6.839/80. 3. A fabricação de artefatos de material plástico não envolve atividade básica ou prestação de serviços na área de engenharia, de sorte a exigir contratação de profissional da área ou registro da empresa no CREA, seja em razão da legislação específica, seja da jurisprudência firme e consolidada em torno da questão jurídica suscitada. Tal conclusão é reforçada quando se verifica que a embargante encontra-se já registrada no CRQ, tornando manifestamente infundada a exigência de novo registro, agora no CREA, como ora pretendido. (...) 5. Apelação do embargado desprovida e apelação do patrono da embargante provida”. (ApCiv 0006890-28.2012.4.03.6106, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/01/2017.) (grifei)

Logo, o pedido de anulação do auto de infração lavrado pelo CRQ – IV Região em face da autora não merece prosperar, mantendo-se hígida a atuação em comento.

Diante do exposto, voto por **NEGAR PROVIMENTO** à apelação.

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE QUÍMICA. EMPRESA DE FABRICAÇÃO DE ARTEFATOS DE MATERIAL PLÁSTICO REFORÇADOS COM FIBRA DE VIDRO. EXIGIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO DE PROFISSIONAL DA ÁREA. AUTO DE INFRAÇÃO. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. Trata-se de ação ajuizada com o fito de obter a anulação do auto de infração lavrado pelo Conselho Regional de Química – IV Região e seja determinada a desobrigatoriedade de contratação de profissional da área química por parte da empresa autora.
2. De acordo com o artigo 1º da Lei nº 6.839/80, o critério legal para a obrigatoriedade de registro perante os Conselhos profissionais, bem como para a contratação de profissional especializado é determinado pela atividade básica ou pela natureza de serviços prestados pela empresa.
3. No caso em apreço, verifica-se que a atividade básica desenvolvida pela autora é a fabricação de artefatos de material plástico, especificamente aqueles produtos reforçados com fibra de vidro, tais como capas de colunas, caixas de itinerários, caixas de portas e estribos para ônibus.
4. Segundo a perícia técnica realizada nos autos, trata-se de produtos industriais obtidos por meio de conversões químicas e operações unitárias, dando origem a um produto de valor industrial realçado, tendo como matéria-prima produtos ou substâncias químicas como ceras desmoldantes, manta de fibra de vidro e “roving”, resina poliéster, gel coating preparado, peróxido de metil-etil-cetona, primer e solventes.
5. A *expert* afirmou, ainda, que as matérias-primas são utilizadas em mistura feita por um funcionário responsável por esta área do processo, sem qualquer tipo de controle ou ambiente adequado, o que pode causar danos enormes, tais como contaminação no processo e prejuízo ao meio ambiente. Em conclusão, atestou que esse controle deve ser feito por técnico habilitado da área química.
6. A jurisprudência deste Tribunal tem reconhecido a obrigatoriedade de contratação de profissional da área química em casos semelhantes, mantendo-se hígida, portanto, a autuação em comento.
7. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000614-77.2018.4.03.6107
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIMED DE BIRIGUI COOPERATIVA DE TRABALHO MEDICO
Advogado do(a) APELANTE: RICHARD CARLOS MARTINS JUNIOR - SP133442-A
APELADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000614-77.2018.4.03.6107
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIMED DE BIRIGUI COOPERATIVA DE TRABALHO MEDICO
Advogado do(a) APELANTE: RICHARD CARLOS MARTINS JUNIOR - SP133442-A
APELADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto pela **Unimed de Birigui Cooperativa de Trabalho Médico**, em face da sentença proferida nos autos da execução fiscal, ajuizada pela **Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS**.

O MM. Juiz de primeiro grau extinguiu a execução fiscal, sem resolução do mérito, nos termos do art. 775 do Código de Processo Civil.

Irresignada, a executada apela sustentando, em síntese, que foi a execução fiscal foi ajuizada em março do ano de 2018, sendo que habilitou-se nos autos em 03/05/2018, momento em que ofertou bens à penhora para garantia da execução, o que foi aceito pela exequente. Somente após meses, a exequente requereu a extinção do processo, sob o fundamentando as CDAs cobradas já eram objeto de outra execução. Assim, deve haver a condenação da exequente ao pagamento de honorários advocatícios.

Com contrarrazões, os autos vieram a este Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000614-77.2018.4.03.6107
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIMED DE BIRIGUI COOPERATIVA DE TRABALHO MEDICO
Advogado do(a) APELANTE: RICHARD CARLOS MARTINS JUNIOR - SP133442-A
APELADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Trata-se de execução fiscal ajuizada em 29/03/2018 pela Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, em face da Unimed de Birigui Cooperativa de Trabalho Médico.

A questão apresentada no recurso de apelação restringe-se a condenação da exequente ao pagamento de honorários advocatícios.

No presente caso, a executada apresentou petição (ID de n.º 8180829 - páginas 1-2), para requerer a habilitação do seu patrono nos autos, com a oportuna juntada do instrumento de procuração, estatuto social e ata da empresa executada. Além disso, apresentou outra petição para nomear bens a penhora (ID de n.º 8181183 - páginas 1-2).

Após, foi determinado que a exequente se manifestasse sobre os bens ofertados à penhora.

A exequente concorda com o bem ofertado à penhora, bem como solicitou a realização de tentativas de penhora através do Convênio BACEN-JUD, dos valores em dinheiro que eventualmente encontram-se depositados na conta bancária pertencente à executada (ID de n.º 8181189 - páginas 1-2).

No dia 27/06/2018, a exequente requereu o sobrestamento da presente Execução Fiscal pelo prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, diante da notícia de que os créditos executados neste processo já são objeto de Execuções Fiscais em curso na Comarca de Birigui, sob os números 0002793-65.2006.8.26.0077 e 0002795-35.2006.8.26.0077.

O pedido foi deferido.

Somente no dia 24/08/2018 é que a exequente informou que as CDA's executadas neste autos também são objeto de execução fiscal em trâmite na Comarca de Birigui/SP, sob os números 0002793-65.2006.8.26.0077 e 0002795-35.2008.8.26.0077. Aduziu que, neste caso, há litispendência entre esta execução fiscal e as anteriormente ajuizadas, e requereu a extinção desta execução fiscal (ID de n.º 8181195 - página 1).

Após, foi proferida a sentença recebendo a petição de ID de n.º 8181195 - página 1, como pedido de desistência e extinguindo o feito, sem resolução do mérito. Não houve condenação da exequente ao pagamento de honorários advocatícios.

Com relação aos honorários advocatícios, estes são devidos em razão da sucumbência da parte no processo, derivando eles da circunstância objetiva da derrota.

No caso dos autos, constata-se que a parte executada obrigou-se a constituir advogado, para defender-se, além de ter nomeados bens a penhora, que foram aceitos pela exequente. Desta forma, para a fixação da verba honorária entendo ser necessária a observação do princípio da causalidade, segundo o qual aquele que deu causa à instauração do processo ou ao incidente processual deve se responsabilizar pelas despesas dele decorrente.

Neste sentido, é firme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça - STJ. Veja-se:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. PRECEDENTES DO STJ. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA.

1. À luz do princípio da causalidade, extinto o processo sem julgamento do mérito, decorrente de perda de objeto superveniente ao ajuizamento da ação, a parte que deu causa à extinção do feito deverá suportar o pagamento dos honorários advocatícios.

Precedentes: (REsp 973137/RS, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/08/2008, DJe 10/09/2008; REsp 915668/RJ, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/05/2007, DJ 28/05/2007 p. 314; REsp 614254/RS, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/06/2004, DJ 13/09/2004 p. 178; REsp 506616/PR, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/02/2007, DJ 06/03/2007 p. 244; REsp 687065/RJ, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/12/2005, DJ 23/03/2006 p. 156)

2. In casu, a recorrida ajuizou ação visando a participação em processo licitatório da ora recorrente, sendo que após o ajuizamento da demanda, referida licitação foi revogada por decisão administrativa. Desta forma, a perda superveniente do objeto da ação se deu por ato da ora recorrida, devendo esta suportar as ônus sucumbenciais, consoante assinalado no voto condutor do acórdão recorrido, in verbis: "Depreende-se do exame acurado dos presentes autos que, diante do fato de ter sido eliminada da Licitação promovida pela ora Apelante, na modalidade de Carta Convite, a Apelada não teve alternativa, senão a de aforar a presente demanda em data de 02.02.06, sendo que o douto juiz a quo concedeu a liminar pleiteada na inicial, em data de 07.02.06. Por seu turno, a Apelante, ao ofertar sua resposta em forma de contestação, arquivou preliminar de perda do objeto da ação, sob a assertiva de que a licitação entelada teria sido revogada, consoante decisão administrativa datada de 10.03.06. Com efeito, ao deflagrar a demanda em comento, a Apelada estava exercendo o seu direito constitucional de ação, em prol da defesa de seu direito, em virtude de decisão da Apelante, no sentido da sua eliminação do certame licitatório, em razão do que, teve que efetuar o pagamento das despesas judiciais e contratar profissional abalizado para expor suas razões em juízo. Diante de tal exegese, o fato de ter a Apelante revogado o certame em referência apenas ocasionou a perda do objeto da ação. No entanto, tal situação não possui o condão de isentá-la do pagamento das cominações pertinentes, como ocorreu no caso vertente. (fls. 1248)

3. Os embargos de declaração que enfrentam explicitamente a questão embargada não ensejam recurso especial pela violação do artigo 535, II, do CPC, tanto mais que, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

4. Recurso especial desprovido". (STJ, 1ª Turma, REsp n.º 1055175 / RJ, rel. Min. Luiz Fux, j. 08.09.09, DJE 08.10.09).

Desse modo, a exequente deve ser condenada ao pagamento de honorários advocatícios, que arbitro em 10% (dez por cento) do valor atribuído à causa (R\$ 25.349,05), com fundamento no art. 85, § 3º, I, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso de apelação, nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

EMENTA

EXECUÇÃO FISCAL. LITISPENDÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. APELAÇÃO PROVIDA.

1. Trata-se de execução fiscal ajuizada em 29/03/2018 pela Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, em face da Unimed de Birigui Cooperativa de Trabalho Médico. A questão apresentada no recurso de apelação restringe-se a condenação da exequente ao pagamento de honorários advocatícios. No presente caso, a executada apresentou petição (ID de n.º 8180829 - páginas 1-2), para requerer a habilitação do seu patrono nos autos, com a oportuna juntada do instrumento de procuração, estatuto social e ata da empresa executada. Além disso, apresentou outra petição para nomear bens a penhora (ID de n.º 8181183 - páginas 1-2). Após, foi determinado que a exequente se manifestasse sobre os bens ofertados à penhora. A exequente concordou com o bem ofertado à penhora, bem como solicitou a realização de tentativas de penhora através do Convênio BACEN-JUD, dos valores em dinheiro que eventualmente encontram-se depositados na conta bancária pertencente à executada (ID de n.º 8181189 - páginas 1-2). No dia 27/06/2018, a exequente requereu o sobrestamento da presente Execução Fiscal pelo prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, diante da notícia de que os créditos executados neste processo já são objeto de Execuções Fiscais em curso na Comarca de Birigui, sob os números 0002793-65.2006.8.26.0077 e 0002795-35.2006.8.26.0077. O pedido foi deferido. Somente no dia 24/08/2018 é que a exequente informou que as CDA's executadas neste autos também são objeto de execução fiscal em trâmite na Comarca de Birigui/SP, sob os números 0002793-65.2006.8.26.0077 e 0002795-35.2008.8.26.0077. Aduziu que, neste caso, há litispendência entre esta execução fiscal e as anteriormente ajuizadas, e requereu a extinção desta execução fiscal (ID de n.º 8181195 - página 1). Após, foi proferida a sentença recebendo a petição de ID de n.º 8181195 - página 1, como pedido de desistência e extinguindo o feito, sem resolução do mérito. Não houve condenação da exequente ao pagamento de honorários advocatícios.

2. No caso dos autos, constata-se que a parte executada obrigou-se a constituir advogado, para defender-se, além de ter nomeados bens a penhora, que foram aceitos pela exequente. Desta forma, para a fixação da verba honorária entendendo ser necessária a observação do princípio da causalidade, segundo o qual aquele que deu causa à instauração do processo ou ao incidente processual deve se responsabilizar pelas despesas dele decorrente. (Precedente do STJ).

3. Desse modo, a exequente deve ser condenada ao pagamento de honorários advocatícios, que arbitro em 10% (dez por cento) do valor atribuído à causa (R\$ 25.349,05), com fundamento no art. 85, § 3º, I, do Código de Processo Civil.

4. Recurso de apelação provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5032244-75.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: VOTORANTIM CIMENTOS S.A.

Advogados do(a) APELADO: MARIANA ZECHIN ROSAURO - SP207702-A, CAMILA AKEMI PONTES - SP254628-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5032244-75.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: VOTORANTIM CIMENTOS S.A.

Advogados do(a) APELADO: MARIANA ZECHIN ROSAURO - SP207702-A, CAMILA AKEMI PONTES - SP254628-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial e de recurso de apelação interposto pela **União**, em face da sentença que concedeu a ordem para determinar a exclusão do PIS e da COFINS, de sua própria base de cálculo, e, reconhecer o direito à compensação, observada a prescrição quinquenal, dos valores indevidamente recolhidos, atualizados pela SELIC, com quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

A apelante, alega que:

a) o RE nº 574.706/PR, não pode ser aplicado ao presente caso, pois tratou, tão-somente, do ICMS;

b) é legal e reconhecida pela jurisprudência pátria, a possibilidade da incidência de um tributo na base de cálculo de outro, ou na sua própria base de cálculo;

c) o PIS e a COFINS integram o preço de cada serviço prestado e de cada produto comercializado, consistindo, o conjunto desses preços, o faturamento/receita bruta da empresa contribuinte.

Com as contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

O Ministério Público Federal, em manifestação de lavra do e. Procurador Regional da República André de Carvalho Ramos, deixou de exarar parecer por entender não haver interesse público primário que justifique sua intervenção no feito.

É o relatório.

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: VOTORANTIM CIMENTOS S.A.
Advogados do(a) APELADO: MARIANA ZECHIN ROSAURO - SP207702-A, CAMILA AKEMI PONTES - SP254628-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): A exclusão do PIS e da COFINS de sua própria base de cálculo, não merece amparo.

De início, cumpre observar que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE nº 574.706/PR, em sede de repercussão geral, firmou a tese de que “o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS”.

Embora se trate de precedente de observância obrigatória quanto à matéria nele tratada (restrita ao ICMS), esta Turma Recursal entende que a conclusão do julgado não pode ser estendida às demais exações incidentes sobre a receita bruta, vez que se trata de tributos distintos, não sendo cabível a aplicação da analogia em matéria tributária. Nesse sentido:

“**TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DOS PRÓPRIOS TRIBUTOS. IMPOSSIBILIDADE. RE Nº 574.706. EXTENSÃO DOS EFEITOS. INVIABILIDADE.**”

1. O Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, já firmou entendimento no sentido de que “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS”, conforme RE nº 574.706.

2. O precedente estabelecido pelo colendo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706 não pode ser estendido às demais exações incidentes sobre a receita bruta, uma vez que se trata de tributos distintos.

3. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela constitucionalidade da sistemática de apuração do ICMS denominada cálculo por dentro, de modo que, em razão da similitude das controvérsias, não se mostra plausível a viabilidade da exclusão das aludidas contribuições de suas próprias bases de cálculo.

4. Agravo de instrumento desprovido.”

(AI 5022335-10.2017.4.03.0000, Relatora Desembargadora Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, TRF3 - 3ª Turma, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 11/09/2018) (grifei)

De outro lado, a Lei nº 12.973/2014, que alterou as leis reguladoras do PIS e da COFINS, dispõe que a base de cálculo das referidas contribuições - o faturamento ou o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica - compreende a receita bruta de que trata o artigo 12 do Decreto-Lei nº 1.598/1977.

Por sua vez, o § 5º do mesmo dispositivo legal deixa claro que na receita bruta incluem-se “os tributos sobre ela incidentes”, o que autoriza a inclusão, nas bases de cálculo das referidas contribuições, dos valores relativos a elas próprias.

Consoante explicitado pelo Exmo. Juiz Federal Convocado, Alexandre Gonçalves Lippel, em acórdão proferido nos autos da Apelação Cível nº 5005772-23.2018.4.04.7001/PR, julgada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, do qual compartilho o entendimento: “O simples fato de os valores dispendidos com as contribuições não representarem acréscimo patrimonial não é suficiente para excluí-los da base de cálculo do PIS e da COFINS. Isso porque estas não incidem sobre o lucro da empresa, e sim sobre o seu faturamento, conceito que, a priori, deve ser interpretado segundo os parâmetros fixados na legislação tributária.”

Oportuno salientar que o sistema tributário brasileiro não repele a incidência de tributo sobre tributo. Neste particular, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 582.461/SP (Tema 214), com repercussão geral reconhecida, assentou a constitucionalidade da sistemática de apuração do ICMS mediante o denominado “cálculo por dentro”, conforme se denota dos seguintes julgados:

“1. Recurso extraordinário. Repercussão geral.

[...]

3. ICMS. Inclusão do montante do tributo em sua própria base de cálculo. Constitucionalidade. Precedentes. A base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação da circulação de mercadorias (art. 155, II, da CF/1988, c/c arts. 2º, I, e 8º, I, da LC 87/1996), inclui o próprio montante do ICMS incidente, pois ele faz parte da importância paga pelo comprador e recebida pelo vendedor na operação. A Emenda Constitucional nº 33, de 2001, inseriu a alínea “i” no inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, para fazer constar que cabe à lei complementar “fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço”. Ora, se o texto dispõe que o ICMS deve ser calculado com o montante do imposto inserido em sua própria base de cálculo também na importação de bens, naturalmente a interpretação que há de ser feita é que o imposto já era calculado dessa forma em relação às operações internas. Com a alteração constitucional a Lei Complementar ficou autorizada a dar tratamento isonômico na determinação da base de cálculo entre as operações ou prestações internas com as importações do exterior; de modo que o ICMS será calculado “por dentro” em ambos os casos.

[...]

5. Recurso extraordinário a que se nega provimento.”

(RE 582461/SP, Relator Min. GILMAR MENDES, STF - Tribunal Pleno, Julgamento: 18/05/2011) (grifei)

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. ICMS. INCLUSÃO DO TRIBUTO EM SUA PRÓPRIA BASE DE CÁLCULO. “CÁLCULO POR DENTRO”. CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que a sistemática de inclusão do ICMS em sua própria base de cálculo, denominada “cálculo por dentro”, não ofende a Constituição Federal. Precedente: RE 582.461, da relatoria do ministro Gilmar Mendes.

2. Agravo regimental desprovido.”

(RE 524031 AgR/SP, Relator Min. AYRES BRITTO, STF - Segunda Turma, Julgamento: 30/08/2011) (grifei)

Outrossim, o Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp nº 1.144.469/PR (Tema 313), sob o rito dos recursos repetitivos, pronunciou-se pela legitimidade da incidência de tributos sobre o valor pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo, destacando jurisprudência que reconhece a incidência do PIS e da COFINS sobre as próprias contribuições. Segundo o teor da ementa:

“RECURSO ESPECIAL DO PARTICULAR: TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. PIS/PASEP E COFINS. BASE DE CÁLCULO. RECEITA OU FATURAMENTO. INCLUSÃO DO ICMS.

1. A Constituição Federal de 1988 somente veda expressamente a inclusão de um imposto na base de cálculo de um outro no art. 155, §2º, XI, ao tratar do ICMS, quanto estabelece que este tributo: “XI - não compreenderá, em sua base de cálculo, o montante do imposto sobre produtos industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configure fato gerador dos dois impostos”.

2. A contrario sensu é permitida a incidência de tributo sobre tributo nos casos diversos daquele estabelecido na exceção, já tendo sido reconhecida jurisprudencialmente, entre outros casos, a incidência: 2.1. Do ICMS sobre o próprio ICMS: repercussão geral no RE n. 582.461 / SP, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 18.05.2011. 2.2. Das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS sobre as próprias contribuições ao PIS/PASEP e COFINS: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 976.836 - RS, STJ, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.8.2010. 2.3. Do IRPJ e da CSLL sobre a própria CSLL: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.113.159 - AM, STJ, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 11.11.2009. 2.4. Do IPI sobre o ICMS: REsp. n. 675.663 - PR, STJ, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 24.08.2010; REsp. N° 610.908 - PR, STJ, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 20.9.2005, AgRg no REsp. N° 462.262 - SC, STJ, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 20.11.2007. 2.5. Das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS sobre o ISSQN: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.330.737 - SP, Primeira Seção, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 10.06.2015.

3. Desse modo, o ordenamento jurídico pátrio comporta, em regra, a incidência de tributos sobre o valor a ser pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo. Ou seja, é legítima a incidência de tributo sobre tributo ou imposto sobre imposto, salvo determinação constitucional ou legal expressa em sentido contrário, não havendo aí qualquer violação, a priori, ao princípio da capacidade contributiva.

[...]”

Seguindo as mesmas conclusões, destaco, ainda, precedentes desta Corte Regional e do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. PREVALÊNCIA DO ENTENDIMENTO DO STF E DO STJ SOBRE A SISTEMÁTICA DO CÁLCULO POR DENTRO.

Em que pese o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral, sobre a inclusão do ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS (RE nº 574.706/PR), é certo que a mesma Suprema Corte, também em repercussão geral, possui julgado no qual reconhece a constitucionalidade do “cálculo por dentro”, ou seja, de que é permitida a incidência do tributo sobre tributo. O E. STJ também possui entendimento de que “o ordenamento jurídico pátrio comporta, em regra, a incidência de tributos sobre valor a ser pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo” (RE nº 1144469/PR). Desse modo, não existindo julgamento posterior tanto do STF como do STJ, afastando a sistemática do “cálculo por dentro” do PIS e da COFINS sobre as suas mesmas bases de cálculo, é de rigor a reforma da decisão agravada. Agravo de instrumento provido.”

(AI 5019900-63.2017.4.03.0000, Relatora Desembargadora Federal MARLI MARQUES FERREIRA, TRF3 - 2ª Seção, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 04/12/2018) (grifei)

“APELAÇÕES E REEXAME NECESSÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. OBEDIÊNCIA A TESE FIRMADA PELO STF NO RE 574.706. IMPOSSIBILIDADE DE SOBRESTAMENTO DO FEITO A CONTA DE EVENTO FUTURO E INCERTO. EXCLUSÃO DO PIS/COFINS DA PRÓPRIA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. SITUAÇÕES DIVERSAS. AUSÊNCIA DE TRANSLAÇÃO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA, POIS O FATO GERADOR É O FATURAMENTO/RECEITA EMPRESARIAL. REPASSE APENAS DO ÔNUS FINANCEIRO. APROVEITAMENTO DOS CRÉDITOS DE PIS/COFINS APENAS NA FORMA DA LEI. RECURSOS E REEXAME DESPROVIDOS.

[...]

5. Quanto ao PIS/COFINS incidente na cadeia operacional, a situação jurídica é diversa. O ICM e o ISS têm por fato gerador a circulação de mercadorias (art. 155, II, da CF) e a prestação de serviços (art. 156, III, da CF), atos econômicos que comportam a translação (fática) do crédito tributário devido na operação para o adquirente da mercadoria ou do serviço, no momento da constituição da obrigação tributária. São tributos indiretos por excelência, exigindo-se inclusive o cumprimento dos requisitos previstos no art. 166 do CTN para que o contribuinte de direito possa titularizar o direito a eventual indébito. Precedentes.

6. Por seu turno, como regra geral, o PIS/COFINS incide sobre a receita/faturamento, elementos contábeis que não se exaurem na operação em si, mas se formam no decorrer de determinado tempo, a partir basicamente do conjunto daquelas operações. Quando o adquirente da mercadoria ou serviço efetua o pagamento do valor faturado, não há propriamente transferência do encargo tributário – a exatidão da base de cálculo ainda será apurada, inclusive com outros elementos que não somente o resultado das vendas –, mas somente a composição de despesas na formação do preço para que o vendedor alcance o lucro empresarial.

7. Não há, em suma, translação propriamente dita do encargo tributário, mas o contumaz repasse do ônus financeiro da atividade empresarial para o consumidor de fato. Tanto é assim que as ações de repetição de indébitos daqueles tributos não se submetem ao art. 166 do CTN, salvo se existente modelo de incidência tributária por substituição, como na tributação do PIS/COFINS sobre combustíveis antes da entrada em vigor da Lei 9.990/00 e da alteração do art. 4º da Lei 9.718/98.

8. Não se permite segregar o PIS/COFINS de sua própria base de cálculo. Ainda que assim não fosse, é de se lembrar que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706 não afastou a possibilidade do cálculo por dentro na apuração de tributos, mantendo-se incólume a jurisprudência em contrário. Garante-se à impetrante somente o aproveitamento dos créditos escriturados de PIS/COFINS na forma da lei, enquanto benefício instituído justamente para reduzir a carga tributária na cadeia de operações, já que o art. 195, § 12, da CF deixa ao alvedrio da Lei o escopo do regime não cumulativo daquelas contribuições. Não há que se falar, portanto, em direito à diferença resultante da não aplicação da Taxa SELIC sobre os créditos escriturados, **inexistente o direito à exclusão do PIS/COFINS da base de cálculo das próprias contribuições.**”

(AC 5002171-57.2017.4.03.6100, Relator Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO, TRF3 - Sexta Turma, Publicação DJE 10.12.2018) (grifei)

“TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS E COFINS. INCIDÊNCIA SOBRE A PRÓPRIA BASE DE CÁLCULO. POSSIBILIDADE.

1. A base de cálculo do PIS e da COFINS é o valor total do faturamento ou da receita da pessoa jurídica, na qual incluem-se os tributos sobre ela incidentes, nos termos do art. 12, § 5º, do Decreto-Lei nº 1.598/77.

2. Descabida a simples aplicação do posicionamento firmado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706/PR, sob o regime de repercussão geral, uma vez que se trata de discussão envolvendo tributo diverso, qual seja a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Em processos subjetivos, o que se julga é a exigência tributária concreta, não uma tese abstrata.

3. É permitida a incidência de tributo sobre tributo nos casos diversos daquele estabelecido na exceção legal. Inteligência do RE 582461, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 18/05/2011, e do Resp 1144469/PR, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ acórdão ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 10/08/2016.”

(AC 5000842-35.2018.4.04.7203, Relator ROGER RAUPP RIOS, TRF4 - PRIMEIRA TURMA, Data da Decisão: 10/10/2018) (grifei)

“TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO PARA PIS E COFINS SOBRE A PRÓPRIA BASE DE CÁLCULO, CÁLCULO POR DENTRO.

As contribuições para PIS e COFINS compõem as suas próprias bases de cálculo. Essas contribuições não têm em sua constituição modelar a expectativa de não-cumulatividade atribuída ao ICMS.”

(AC 5024285-90.2018.4.04.0000, Relator MARCELO DE NARDI, TRF4 - PRIMEIRA TURMA, Data da Decisão: 12/12/2018) (grifei)

Desse modo, afigurando-se legítima a incidência de tributo sobre tributo, e não havendo determinação legal ou decisão vinculante que exclua as contribuições PIS e COFINS de suas próprias bases de cálculo, o caso é de rejeição de tal pedido.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** à remessa oficial e ao recurso de apelação, para, reformando a sentença, denegar a ordem no mandado de segurança.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. INCIDÊNCIA SOBRE A PRÓPRIA BASE DE CÁLCULO. POSSIBILIDADE. INVIABILIDADE DE EXTENSÃO DO ENTENDIMENTO DO RE 574706.

1. O sistema tributário brasileiro não repele a incidência de tributo sobre tributo. Neste particular, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 582.461/SP (Tema 214), com repercussão geral reconhecida, assentou a constitucionalidade da sistemática de apuração do ICMS mediante o denominado “cálculo por dentro”, ao passo que Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp nº 1.144.469/PR (Tema 313), sob o rito dos recursos repetitivos, pronunciou-se pela legitimidade da incidência de tributos sobre o valor pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo, destacando jurisprudência que reconheceria a incidência do PIS e da COFINS sobre as próprias contribuições.

2. Remessa oficial e recurso de apelação providos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, DEU PROVIMENTO à remessa oficial e ao recurso de apelação, para, reformando a sentença, denegar a ordem no mandado de segurança, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003775-26.2018.4.03.6130

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: RUCKER EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS LTDA

Advogado do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003775-26.2018.4.03.6130

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: RUCKER EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS LTDA

Advogado do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por **Rucker Equipamentos Industriais Ltda.**, em face da sentença que denegou a ordem, tendente a determinar a exclusão do PIS e da COFINS, de sua própria base de cálculo, e, reconhecer o direito à compensação, observada a prescrição quinquenal, dos valores indevidamente recolhidos, atualizados pela SELIC, com quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

A impetrante, ora apelante, alega que:

a) no julgamento do RE nº 574.706/PR, o STF adotou um novo conceito de receita bruta, razão pela qual os tributos que meramente transitam pelo caixa dos contribuintes – notadamente, o PIS/COFINS – não configuram receita tributável;

b) há vasta fundamentação legal e jurisprudencial que suportam a ilegitimidade da incidência do PIS e da COFINS em sua própria base de cálculo;

c) os fundamentos da decisão proferida pelo STF, em sede de repercussão geral, não se restringem à discussão acerca da exclusão do ICMS da base de cálculo da contribuição do PIS e da COFINS, mas se centralizam na análise do conceito de receita bruta tributável;

d) a exação ofende aos princípios da legalidade e da capacidade contributiva.

Com as contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

O Ministério Público Federal, em manifestação de lavra do e. Procurador Regional da República José Leonidas Bellem de Lima, deixou de exarar parecer, por entender que não há interesse público primário que justifique sua intervenção no feito.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003775-26.2018.4.03.6130
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: RUCKER EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS LTDA
Advogado do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): A exclusão do PIS e da COFINS de sua própria base de cálculo, não merece amparo.

De início, cumpre observar que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE nº 574.706/PR, em sede de repercussão geral, firmou a tese de que “o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS”.

Embora se trate de precedente de observância obrigatória quanto à matéria nele tratada (restrita ao ICMS), esta Turma Recursal entende que a conclusão do julgado não pode ser estendida às demais exações incidentes sobre a receita bruta, vez que se trata de tributos distintos, não sendo cabível a aplicação da analogia em matéria tributária. Nesse sentido:

“TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DOS PRÓPRIOS TRIBUTOS. IMPOSSIBILIDADE. RE Nº 574.706. EXTENSÃO DOS EFEITOS. INVIABILIDADE.

1. O Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, já firmou entendimento no sentido de que “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS”, conforme RE nº 574.706.

2. O precedente estabelecido pelo colendo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706 não pode ser estendido às demais exações incidentes sobre a receita bruta, uma vez que se trata de tributos distintos.

3. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela constitucionalidade da sistemática de apuração do ICMS denominada cálculo por dentro, de modo que, em razão da similitude das controvérsias, não se mostra plausível a viabilidade da exclusão das aludidas contribuições de suas próprias bases de cálculo.

4. Agravo de instrumento desprovido.”

(AI 5022335-10.2017.4.03.0000, Relatora Desembargadora Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, TRF3 - 3ª Turma, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 11/09/2018) (grifei)

De outro lado, a Lei nº 12.973/2014, que alterou as leis reguladoras do PIS e da COFINS, dispõe que a base de cálculo das referidas contribuições - o faturamento ou o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica - compreende a receita bruta de que trata o artigo 12 do Decreto-Lei nº 1.598/1977.

Por sua vez, o § 5º do mesmo dispositivo legal deixa claro que na receita bruta incluem-se “os tributos sobre ela incidentes”, o que autoriza a inclusão, nas bases de cálculo das referidas contribuições, dos valores relativos a elas próprias.

Consoante explicitado pelo Exmo. Juiz Federal Convocado, Alexandre Gonçalves Lippel, em acórdão proferido nos autos da Apelação Cível nº 5005772-23.2018.4.04.7001/PR, julgada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, do qual compartilho o entendimento: “O simples fato de os valores dispendidos com as contribuições não representarem acréscimo patrimonial não é suficiente para excluí-los da base de cálculo do PIS e da COFINS. Isso porque estas não incidem sobre o lucro da empresa, e sim sobre o seu faturamento, conceito que, a priori, deve ser interpretado segundo os parâmetros fixados na legislação tributária.”

Oportuno salientar que o sistema tributário brasileiro não repele a incidência de tributo sobre tributo. Neste particular, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 582.461/SP (Tema 214), com repercussão geral reconhecida, assentou a constitucionalidade da sistemática de apuração do ICMS mediante o denominado “cálculo por dentro”, conforme se denota dos seguintes julgados:

“1. Recurso extraordinário. Repercussão geral.

[...]

3. ICMS. Inclusão do montante do tributo em sua própria base de cálculo. Constitucionalidade. Precedentes. A base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação da circulação de mercadorias (art. 155, II, da CF/1988, c/c arts. 2º, I, e 8º, I, da LC 87/1996), inclui o próprio montante do ICMS incidente, pois ele faz parte da importância paga pelo comprador e recebida pelo vendedor na operação. A Emenda Constitucional nº 33, de 2001, inseriu a alínea “i” no inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, para fazer constar que cabe à lei complementar “fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço”. Ora, se o texto dispõe que o ICMS deve ser calculado com o montante do imposto inserido em sua própria base de cálculo também na importação de bens, naturalmente a interpretação que há de ser feita é que o imposto já era calculado dessa forma em relação às operações internas. Com a alteração constitucional a Lei Complementar ficou autorizada a dar tratamento isonômico na determinação da base de cálculo entre as operações ou prestações internas com as importações do exterior; de modo que o ICMS será calculado “por dentro” em ambos os casos.

[...]

5. Recurso extraordinário a que se nega provimento.”

(RE 582461/SP, Relator Min. GILMAR MENDES, STF - Tribunal Pleno, Julgamento: 18/05/2011) (grifei)

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. ICMS. INCLUSÃO DO TRIBUTO EM SUA PRÓPRIA BASE DE CÁLCULO. “CÁLCULO POR DENTRO”. CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que a sistemática de inclusão do ICMS em sua própria base de cálculo, denominada “cálculo por dentro”, não ofende a Constituição Federal. Precedente: RE 582.461, da relatoria do ministro Gilmar Mendes.

2. Agravo regimental desprovido.”

(RE 524031 AgR/SP, Relator Min. AYRES BRITTO, STF - Segunda Turma, Julgamento: 30/08/2011) (grifei)

Outrossim, o Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp nº 1.144.469/PR (Tema 313), sob o rito dos recursos repetitivos, pronunciou-se pela legitimidade da incidência de tributos sobre o valor pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo, destacando jurisprudência que reconhece a incidência do PIS e da COFINS sobre as próprias contribuições. Segundo o teor da ementa:

“RECURSO ESPECIAL DO PARTICULAR: TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. PIS/PASEP E COFINS. BASE DE CÁLCULO. RECEITA OU FATURAMENTO. INCLUSÃO DO ICMS.

1. A Constituição Federal de 1988 somente veda expressamente a inclusão de um imposto na base de cálculo de um outro no art. 155, §2º, XI, ao tratar do ICMS, quanto estabelece que este tributo: “XI - não compreenderá, em sua base de cálculo, o montante do imposto sobre produtos industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configure fato gerador dos dois impostos”.

2. A contrario sensu é permitida a incidência de tributo sobre tributo nos casos diversos daquele estabelecido na exceção, já tendo sido reconhecida jurisprudencialmente, entre outros casos, a incidência: 2.1. Do ICMS sobre o próprio ICMS: repercussão geral no RE n. 582.461 / SP, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 18.05.2011. **2.2. Das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS sobre as próprias contribuições ao PIS/PASEP e COFINS: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 976.836 - RS, STJ, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.8.2010.** 2.3. Do IRPJ e da CSLL sobre a própria CSLL: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.113.159 - AM, STJ, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 11.11.2009. 2.4. Do IPI sobre o ICMS: REsp. n. 675.663 - PR, STJ, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 24.08.2010; REsp. N° 610.908 - PR, STJ, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 20.9.2005, AgRg no REsp.N° 462.262 - SC, STJ, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 20.11.2007. 2.5. Das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS sobre o ISSQN: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.330.737 - SP, Primeira Seção, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 10.06.2015.

3. Desse modo, o ordenamento jurídico pátrio comporta, em regra, a incidência de tributos sobre o valor a ser pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo. Ou seja, é legítima a incidência de tributo sobre tributo ou imposto sobre imposto, salvo determinação constitucional ou legal expressa em sentido contrário, não havendo aí qualquer violação, a priori, ao princípio da capacidade contributiva.

[...]"

(REsp 1144469/PR, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, STJ - Primeira Seção, DJE DATA:02/12/2016) (grifei)

Segundo as mesmas conclusões, destaco, ainda, precedentes desta Corte Regional e do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. PREVALÊNCIA DO ENTENDIMENTO DO STF E DO STJ SOBRE A SISTEMÁTICA DO CÁLCULO PORDENTRO.

Em que pese o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral, sobre a inclusão do ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS (RE nº 574.706/PR), é certo que a mesma Suprema Corte, também em repercussão geral, possui julgado no qual reconhece a constitucionalidade do “cálculo por dentro”, ou seja, de que é permitida a incidência do tributo sobre tributo. O E. STJ também possui entendimento de que “o ordenamento jurídico pátrio comporta, em regra, a incidência de tributos sobre o valor a ser pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo” (RE nº 1144469/PR). Desse modo, não existindo julgamento posterior tanto do STF como do STJ, afastando a sistemática do “cálculo por dentro” do PIS e da COFINS sobre as suas mesmas bases de cálculo, é de rigor a reforma da decisão agravada. Agravo de instrumento provido.”

(AI 5019900-63.2017.4.03.0000, Relatora Desembargadora Federal MARLI MARQUES FERREIRA, TRF3 - 2ª Seção, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 04/12/2018) (grifei)

“APELAÇÕES E REEXAME NECESSÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. OBEDIÊNCIA A TESE FIRMADA PELO STF NO RE 574.706. IMPOSSIBILIDADE DE SOBRESTAMENTO DO FEITO A CONTA DE EVENTO FUTURO E INCERTO. EXCLUSÃO DO PIS/COFINS DA PRÓPRIA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. SITUAÇÕES DIVERSAS. AUSÊNCIA DE TRANSLAÇÃO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA, POIS O FATO GERADOR É O FATURAMENTO/RECEITA EMPRESARIAL. REPASSE APENAS DO ÔNUS FINANCEIRO. APROVEITAMENTO DOS CRÉDITOS DE PIS/COFINS APENAS NA FORMA DA LEI. RECURSOS E REEXAME DESPROVIDOS.

[...]

5. Quanto ao PIS/COFINS incidente na cadeia operacional, a situação jurídica é diversa. O ICM e o ISS têm por fato gerador a circulação de mercadorias (art. 155, II, da CF) e a prestação de serviços (art. 156, III, da CF), atos econômicos que comportam a translação (fática) do crédito tributário devido na operação para o adquirente da mercadoria ou do serviço, no momento da constituição da obrigação tributária. São tributos indiretos por excelência, exigindo-se inclusive o cumprimento dos requisitos previstos no art. 166 do CTN para que o contribuinte de direito possa titularizar o direito a eventual indébito. Precedentes.

6. Por seu turno, como regra geral, o PIS/COFINS incide sobre a receita/faturamento, elementos contábeis que não se exaurem na operação em si, mas se formam no decorrer de determinado tempo, a partir basicamente do conjunto daquelas operações. Quando o adquirente da mercadoria ou serviço efetua o pagamento do valor faturado, não há propriamente transferência do encargo tributário – a exatidão da base de cálculo ainda será apurada, inclusive com outros elementos que não somente o resultado das vendas -, mas somente a composição de despesas na formação do preço para que o vendedor alcance o lucro empresarial.

7. Não há, em suma, translação propriamente dita do encargo tributário, mas o contumaz repasse do ônus financeiro da atividade empresarial para o consumidor de fato. Tanto é assim que as ações de repetição de indébitos daqueles tributos não se submetem ao art. 166 do CTN, salvo se existente modelo de incidência tributária por substituição, como na tributação do PIS/COFINS sobre combustíveis antes da entrada em vigor da Lei 9.990/00 e da alteração do art. 4º da Lei 9.718/98.

8. Não se permite segregar o PIS/COFINS de sua própria base de cálculo. Ainda que assim não fosse, é de se relembrar que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706 não afastou a possibilidade do cálculo por dentro na apuração de tributos, mantendo-se incólume a jurisprudência em contrário. Garante-se à impetrante somente o aproveitamento dos créditos escriturados de PIS/COFINS na forma da lei, enquanto benefício instituído justamente para reduzir a carga tributária na cadeia de operações, já que o art. 195, § 12, da CF deixa ao alvedrio da Lei o escopo do regime não cumulativo daquelas contribuições. Não há que se falar, portanto, em direito à diferença resultante da não aplicação da Taxa SELIC sobre os créditos escriturados, **inexistente o direito à exclusão do PIS/COFINS da base de cálculo das próprias contribuições.**”

(AC 5002171-57.2017.4.03.6100, Relator Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO, TRF3 - Sexta Turma, Publicação DJE 10.12.2018) (grifei)

“TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS E COFINS. INCIDÊNCIA SOBRE A PRÓPRIA BASE DE CÁLCULO. POSSIBILIDADE.

1. A base de cálculo do PIS e da COFINS é o valor total do faturamento ou da receita da pessoa jurídica, na qual incluem-se os tributos sobre ela incidentes, nos termos do art. 12, § 5º, do Decreto-Lei nº 1.598/77.

2. Descabida a simples aplicação do posicionamento firmado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706/PR, sob o regime de repercussão geral, uma vez que se trata de discussão envolvendo tributo diverso, qual seja a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Em processos subjetivos, o que se julga é a exigência tributária concreta, não uma tese abstrata.

3. É permitida a incidência de tributo sobre tributo nos casos diversos daquele estabelecido na exceção legal. Inteligência do RE 582461, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 18/05/2011, e do Resp 1144469/PR, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ acórdão ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 10/08/2016.”

(AC 5000842-35.2018.4.04.7203, Relator ROGER RAUPP RIOS, TRF4 - PRIMEIRA TURMA, Data da Decisão: 10/10/2018) (grifei)

“TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO PARA PIS E COFINS SOBRE A PRÓPRIA BASE DE CÁLCULO, CÁLCULO PORDENTRO.

As contribuições para PIS e COFINS compõem as suas próprias bases de cálculo. Essas contribuições não têm em sua constituição modelar a expectativa de não-cumulatividade atribuída ao ICMS.”

(AC 5024285-90.2018.4.04.0000, Relator MARCELO DE NARDI, TRF4 - PRIMEIRA TURMA, Data da Decisão: 12/12/2018) (grifei)

Desse modo, afigurando-se legítima a incidência de tributo sobre tributo, e não havendo determinação legal ou decisão vinculante que exclua as contribuições PIS e COFINS de suas próprias bases de cálculo, o caso é de rejeição de tal pedido.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. INCIDÊNCIA SOBRE A PRÓPRIA BASE DE CÁLCULO. POSSIBILIDADE. INVIABILIDADE DE EXTENSÃO DO ENTENDIMENTO DO RE 574706.

1. O sistema tributário brasileiro não repele a incidência de tributo sobre tributo. Neste particular, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 582.461/SP (Tema 214), com repercussão geral reconhecida, assentou a constitucionalidade da sistemática de apuração do ICMS mediante o denominado “cálculo por dentro”, ao passo que Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp nº 1.144.469/PR (Tema 313), sob o rito dos recursos repetitivos, pronunciou-se pela legitimidade da incidência de tributos sobre o valor pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo, destacando jurisprudência que reconhecera a incidência do PIS e da COFINS sobre as próprias contribuições.

2. Recurso de apelação desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL(199) Nº 5000152-40.2020.4.03.6111

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

PARTE AUTORA: AVANI DE SENA GOUVEA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: ELAINE MEDEIROS COELHO DE OLIVEIRA - SP241020-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, CHEFE EXECUTIVO AGENCIA INSS MARILIA

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL(199) Nº 5000152-40.2020.4.03.6111

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

PARTE AUTORA: AVANI DE SENA GOUVEA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: ELAINE MEDEIROS COELHO DE OLIVEIRA - SP241020-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, CHEFE EXECUTIVO AGENCIA INSS MARILIA

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por **Avani de Sena Gouvea** em face do Gerente Executivo do Instituto Nacional do Seguro Social de Marília/SP, objetivando provimento jurisdicional que determine à autoridade coatora proceder à análise de seu pedido de desistência e cancelamento de pensão por morte, diante do fato de que já recebe outros dois benefícios de origem militar, cuja cumulação é incompatível com o benefício previdenciário.

A liminar foi deferida para determinar à autoridade impetrada que analise e profira decisão, no prazo de até 30 (trinta) dias, contados a partir de sua intimação, no pedido administrativo formulado pela impetrante, protocolado sob nº 1800342401 (ID 129649949).

O MM. Juíza *quo* concedeu a segurança, confirmando a liminar anteriormente deferida (ID 129649960).

Vieram os autos para o reexame necessário.

A Procuradoria Regional da República, em parecer da lavra do Dr. Márcio Domene Cabrini, opinou pelo desprovisionamento da remessa necessária (ID 129863731).

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5000152-40.2020.4.03.6111
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
PARTE AUTORA: AVANI DE SENAGOUVEA
Advogado do(a) PARTE AUTORA: ELAINE MEDEIROS COELHO DE OLIVEIRA - SP241020-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, CHEFE EXECUTIVO AGENCIA INSS
MARILIA
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Trata-se de mandado de segurança impetrado com o fito de obter provimento jurisdicional que determine à autoridade coatora proceder à análise do pedido de desistência e cancelamento de pensão por morte, diante do fato de que a impetrante já recebe outros dois benefícios de origem militar, cuja cumulação é incompatível com o benefício previdenciário.

Como é cediço, cabe à Administração Pública respeitar o princípio da razoável duração do processo, constante no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.

Nesse sentido, a Lei nº 9.784/1999 determina ao Poder Público o prazo de até 30 (trinta) dias, contados do momento em que concluída a instrução, para emitir decisão em processos administrativos de sua competência. *In verbis*:

"Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada".

A impetrante, atualmente com 91 anos de idade, alega que protocolou requerimento de desistência de benefício previdenciário em 28.10.2019, mas até a data da impetração do presente *mandamus* (22.01.2020), ainda não existia qualquer perspectiva de decisão, o que tem lhe causado diversos prejuízos, visto que as pensões de origem militar a que ela têm direito estão com o pagamento suspenso até o cancelamento do benefício previdenciário de pensão por morte.

A autoridade impetrada, deste modo, extrapolou os limites da razoabilidade, vindo a cancelar o benefício da impetrante somente após o deferimento da liminar (ID 129649956).

A respeito do tema, colhem-se os seguintes precedentes:

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO. ART. 5º, LXXVIII, DA CF. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSOS. TRASLADO DE PEÇAS. POSSIBILIDADE. CELERIDADE. ÔNUS DAS PARTES. ATUAÇÃO. RECURSO NÃO-CONHECIDO. 1. "A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" (art. 5º, LXXVIII, da CF). 2. Devem as partes colaborar no andamento do processo com o escopo de se chegar a um provimento jurisdicional final em tempo moderado. 3. Recurso não-conhecido". ..EMEN:(RESP 200701513930, ARNALDO ESTEVES LIMA, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:01/02/2010 ..DTPB:.)

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ANÁLISE DE PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO. LEI Nº 9.784/99. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. 1 - Os artigos 48 e 49 da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estipulam o prazo de até 30 (trinta) dias, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada, para Administração explicitamente emitir decisão nos processos administrativos. 2 - A Administração Pública deve examinar e decidir os requerimentos que lhe sejam submetidos à apreciação, no prazo legal, sob pena de violação aos princípios da eficiência e da razoável duração do processo, conforme preceituam as Leis ns. 9.784/99 e 11.457/07, bem como os artigos 5º, inciso LXXVIII e 37, caput, da Constituição da República, que a todos assegura o direito à celeridade na tramitação dos procedimentos administrativos. 3 - Remessa oficial não provida". (REO 00097112820094036100, DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/12/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

"PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MOROSIDADE ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. [...] II - De acordo com os documentos juntados aos autos demonstram, de plano a delonga da Administração na verificação do preenchimento das exigências legais para o deferimento do pleito. Portanto, não há qualquer justificação plausível por parte da autoridade para a demora na análise do processo administrativo, em ofensa aos princípios constitucionais e administrativos da moralidade, eficiência, continuidade do serviço público e razoabilidade. III - Agravo legal não provido".(AMS 00218437820134036100, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/12/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

"DIREITO DE PETIÇÃO. OBTENÇÃO DE RESPOSTA. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ILEGALIDADE. 1. Assiste direito líquido e certo à impetrante, de receber uma resposta da Administração Pública, acerca do requerimento formulado. 2. Todas as pessoas, físicas e jurídicas, têm assegurado o direito de invocar o Poder Público, a fim de receber uma resposta acerca de uma determinada questão ou situação considerada abusiva ou contrária ao direito. 3. Cuida-se do direito de petição (art. 5º, XXXIV, "a", da CF), no qual se encontra, implícito, o direito de receber a respectiva resposta, dentro de prazo razoável (Princípio da Eficiência da Administração Pública - art. 37, caput, da CF). 4. Protocolado o pleito de restituição em 17/02/05 (cf. fls. 29), sem que o mesmo houvesse sido analisado até a data do ajuizamento deste mandado de segurança (em 06/07/05), resta configurada a omissão ilegal por parte da autoridade administrativa. 5. Ao tratar do dever de decidir, a Lei 9784/99, reguladora do processo administrativo no âmbito federal, fixa o prazo de 30 dias para tanto. 6. Correta a sentença ao fixar o prazo de 15 dias para conclusão do processo administrativo. 7. Apelação e remessa oficial improvidas". (AMS - APELAÇÃO CÍVEL – 279903. TRF3. e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/09/2011 PÁGINA: 1229. 24/08/2011. JUIZ CONVOCADO LEONEL FERREIRA).

A r. sentença, portanto, deve ser mantida tal como lançada.

Diante do exposto, voto por **NEGAR PROVIMENTO** à remessa necessária.

É como voto.

jucarval

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. PRAZO. LEI Nº 9.784/99. 30 DIAS. REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDA.

1. Cabe à administração pública respeitar o princípio da razoável duração do processo, constante no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.
2. A Lei n. 9.784/1999 determina à Administração Pública o prazo de até 30 (trinta) dias, contados do momento em que concluída a instrução, para emitir decisão em processos administrativos de sua competência.
3. Remessa necessária desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO à remessa necessária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000296-95.2017.4.03.6118
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA VETERINARIA DO EST DE SP
APELADO: ADRIANA FERREIRA DA COSTA - VESTUÁRIO - ME
Advogado do(a) APELADO: VALDENIR RIBEIRO DOS SANTOS - SP323616-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000296-95.2017.4.03.6118
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA VETERINARIA DO EST DE SP

APELADO: ADRIANA FERREIRA DA COSTA - VESTUÁRIO - ME
Advogado do(a) APELADO: VALDENIR RIBEIRO DOS SANTOS - SP323616-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pelo **Conselho Regional de Medicina Veterinária do Estado do Estado de São Paulo - CRMV/SP**, em face da sentença que julgou procedente ação anulatória cumulada com declaratória de inexigibilidade de registro em classe, ajuizada por **Adriana Ferreira da Costa - Vestuário - ME**.

Irresignado, o apelante aduz, em síntese, que:

- a) no caso, a empresa apelada exerce atividade de venda de animais vivos e essa atividade é dependente de assistência técnica do médico veterinário, conforme dispõe a Lei n.º 5.517/68;
- b) a Lei n.º 5.517/68 deixa claro que os estabelecimentos que atuam no trato de animais e na comercialização de medicamentos veterinários devem contratar responsáveis técnicos veterinários;
- c) o acórdão proferido no REsp n.º 1338942/SP, determina que locais que vendem animais vivos devam contratar médicos veterinários.

Sem contrarrazões, os autos vieram a este e. Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000296-95.2017.4.03.6118
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA VETERINARIA DO EST DE SP

APELADO: ADRIANA FERREIRA DA COSTA - VESTUARIO - ME
Advogado do(a) APELADO: VALDENIR RIBEIRO DOS SANTOS - SP323616-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): O art. 27 da Lei nº 5.517/68 dispõe o seguinte:

"Art. 27. As firmas, associações, companhias, cooperativas, empresas de economia mista e outras que exercem atividades peculiares à medicina veterinária previstas pelos artigos 5º e 6º da Lei nº 5.517, de 23 de outubro de 1968, estão obrigadas a registro nos Conselhos de Medicina Veterinária das regiões onde funcionarem."

Dessume-se do dispositivo supratranscrito que a obrigatoriedade de registro no Conselho não é exigida de todas as atividades previstas nos artigos 5º e 6º da mesma Lei, mas apenas daquelas "peculiares à medicina veterinária".

Interpretando o dispositivo em questão, percebe-se a atividade básica desenvolvida na empresa é fator determinante para vincular o seu registro ao Conselho Regional de Medicina Veterinária (CRMV). Assim, se o objeto social da empresa é o comércio de animais, de produtos veterinários e de rações, não há como exigir a obrigatoriedade de registro no Conselho, porque a atividade comercial não é inerente à medicina veterinária.

No caso dos autos, a autora, empresária individual, tem por objeto social o comércio varejista de animais vivos e de artigos e alimentos para animais de estimação, sendo dispensado o registro no Conselho e afastada a exigência de médico veterinário.

A questão sobre a desnecessidade de manter médico veterinário, em estabelecimento que comercializa animais vivos, restou pacificada pelo E. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.338.942/SP, submetido ao rito dos recursos repetitivos, nos termos do art. 543-C do CPC/73. Veja-se:

"ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA VETERINÁRIA. REGISTRO DE PESSOA JURÍDICA. VENDA E MEDICAMENTOS VETERINÁRIOS E COMERCIALIZAÇÃO DE ANIMAIS VIVOS. DESNECESSIDADE. LEI N. 5.517/68. ATIVIDADE BÁSICA NÃO COMPREENDIDA ENTRE AQUELAS PRIVATIVAMENTE ATRIBUÍDAS AO MÉDICO VETERINÁRIO. RECURSO SUBMETIDO AO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS.

1. O registro da pessoa jurídica no conselho de fiscalização profissional respectivo faz-se necessário quando sua atividade básica, ou o serviço prestado a terceiro, esteja compreendida entre os atos privativos da profissão regulamentada, guardando isonomia com as demais pessoas físicas que também explorem as mesmas atividades.

2. Para os efeitos inerentes ao rito dos recursos repetitivos, deve-se firmar a tese de que, à míngua de previsão contida da Lei n. 5.517/68, a venda de medicamentos veterinários - o que não abrange a administração de fármacos no âmbito de um procedimento clínico - bem como a comercialização de animais vivos são atividades que não se encontram reservadas à atuação exclusiva do médico veterinário. Assim, as pessoas jurídicas que atuam nessas áreas não estão sujeitas ao registro no respectivo Conselho Regional de Medicina Veterinária nem à obrigatoriedade de contratação de profissional habilitado. Precedentes.

3. No caso sob julgamento, o acórdão recorrido promoveu adequada exegese da legislação a respeito do registro de pessoas jurídicas no conselho profissional e da contratação de médico-veterinário, devendo, portanto, ser mantido.

4. Recurso especial a que se nega provimento. Acórdão submetido ao rito do art. 543-C do CPC/1973, correspondente ao art. 1.036 e seguintes do CPC/2015." (REsp 1338942/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/04/2017, DJe 03/05/2017)

Também neste sentido, já decidiu este E. Tribunal. Veja-se:

"ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA VETERINÁRIA. REGISTRO. RESPONSÁVEL TÉCNICO. ATIVIDADE BÁSICA.

1. Nos termos do art. 1º da Lei n. 6.839/80, o critério legal para a obrigatoriedade de registro perante os conselhos profissionais, assim como para a contratação de profissional específico, é determinado pela atividade básica ou pela natureza dos serviços prestados pela empresa.

2. Microempresa que se dedica ao comércio varejista de animais vivos, artigos e alimentos para animais de estimação não necessita registrar-se no conselho regional medicina veterinária, tampouco manter responsável técnico nele inscrito.

3. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça: AEARESP 147.429, relator Ministro Mauro Campbell Marques, DJE 12/09/2012; REsp 1.188.069, Ministra Eliana Calmon, DJE:17/05/2010; REsp 1.118.933, relator Ministro Castro Meira, DJE: 28/10/2009; AGA 940.364, relatora Ministra Denise Arruda, DJE: 26/06/2008; AgREsp 739.422, relator Ministro Humberto Martins, DJ: 04/06/2007; REsp 623131, relator Ministro João Otávio de Noronha, DJ: 19/12/2006; REsp 724.551, relator Ministro Luiz Fux, DJ: 31/08/2006; REsp 825.857, relator Ministro Castro Meira, DJ:18/05/2006.

4. Atos infralegais não podem criar hipóteses não previstas em lei, mas, tão somente, regulamentá-las, sob pena de violação aos princípios constitucionais da legalidade e da hierarquia das leis. Inaplicabilidade à matéria ao disposto no Decreto 40.400/95, do Estado de São Paulo". (AMS 00115822020144036100- AMS - APELAÇÃO CÍVEL - 357561-Relator(a)DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA- SEXTA TURMA-e-DJF3 DATA:02/10/2015)

A lei que disciplina o exercício da medicina veterinária não impõe obrigatoriedade de inscrição e de contratação de médico veterinário à empresa autora. Assim, tais exigências não podem advir de decretos regulamentares.

Desse modo, a sentença deve ser mantida.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA VETERINÁRIA DO ESTADO DE SÃO PAULO. EMPRESA QUE TER POR OBJETO SOCIAL O COMÉRCIO VAREJISTA DE ANIMAIS VIVOS E DE ARTIGOS E ALIMENTOS PARA ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE RESPONSÁVEL TÉCNICO. DESNECESSIDADE. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. A obrigatoriedade de registro no Conselho de Medicina Veterinária não é exigida de todas as atividades previstas nos artigos 5º e 6º da Lei nº 5.517/68, mas apenas daquelas "peculiares à medicina veterinária". Assim, se o objeto social da empresa é o comércio de animais, de produtos veterinários e de rações, não há como exigir a obrigatoriedade de registro no Conselho, porque a atividade comercial não é inerente à medicina veterinária. Precedentes do STJ e deste Tribunal.

2. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000506-65.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: ALEXANDRE MOREIRA PORTO JUNIOR

AGRAVADO: VVLOG LOGISTICA LTDA.

Advogados do(a) AGRAVADO: ENIO ZAHA - SP123946-A, FERNANDO ANTONIO CAVANHA GAIA - SP58079-A

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000506-65.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: ALEXANDRE MOREIRA PORTO JUNIOR

AGRAVADO: VVLOG LOGISTICA LTDA.

Advogados do(a) AGRAVADO: ENIO ZAHA - SP123946-A, FERNANDO ANTONIO CAVANHA GAIA - SP58079-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela **UNIÃO**, inconformada com a decisão proferida nos autos da execução fiscal nº 0006834-70.2015.4.03.6144, ajuizada em face de **VVLOG LOGÍSTICA LTDA**, em trâmite perante o Juízo da 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Barueri/SP, no âmbito da qual foi aceita apólice de seguro como garantia ao crédito executado.

Alega a agravante, em síntese, que o magistrado não poderia ter aceito a apólice de seguro como garantia do crédito em cobrança sem antes ter dado vista à União para que se manifestasse acerca do atendimento dos requisitos presentes na legislação para a execução fiscal seja dada por garantida. Aduz, ainda, que a apólice não atende de forma integral às disposições da portaria PGFN nº 164/2014.

Intimada, a parte agravada apresentou resposta, em que pugnou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000506-65.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: ALEXANDRE MOREIRA PORTO JUNIOR

AGRAVADO: VVLOG LOGISTICA LTDA.

Advogados do(a) AGRAVADO: ENIO ZAHA - SP123946-A, FERNANDO ANTONIO CAVANHA GAIA - SP58079-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

A controvérsia se refere a alega irregularidade de apólice de seguro garantia, diante do não cumprimento integral das disposições da portaria PGFN nº 164/2014, e da possibilidade de aceitação da garantia pelo juízo sem manifestação da Fazenda Nacional.

Inicialmente, no que tange à falta de abertura de prazo para manifestação da União acerca da garantia ofertada, constata-se que, após a verificação pelo MM. Magistrado de primeira instância do aparente atendimento das exigências da exequente e da portaria que regulamenta os requisitos para a garantia da execução por meio do seguro, dada a execução por garantida, foi determinado que a União se manifestasse em caso de descumprimento das normas atinentes ao caso, como se vê nos seguintes trechos da decisão agravada:

Para além disso, aparentemente, ao menos em termos formais, a garantia atende aos requisitos impostos pela Portaria PGFN nº 164/2014. A suficiência material, por sua vez, deverá ser regularmente analisada pela União por ocasião do cumprimento da presente decisão.

Assim, tratando-se de concessão de tutela de urgência, o MM. Magistrado pode, como fez, diferir o contraditório, em caso de não se vislumbrar prejuízo à parte contrária e de ser possível a revogação da medida, como parece ser o caso. Além disto, fica expresso na decisão agravada que o seguro garantia não tem o condão de suspender a exigibilidade do crédito, de modo que a União não ficaria impedida de continuar a busca por garantia que entenda melhor assegurar a satisfação do crédito exequendo.

A decisão agravada ainda permite que a União, ao verificar o não atendimento da apólice à portaria PGFN nº 164/2014 possa recusar-se a emitir a certidão de regularidade fiscal, de modo que a aceitação não impôs obrigação de abster-se da cobrança e de praticar ato reconhecendo a regularidade fiscal da executada, se constatado que o documento não atende ao requisitos da portaria.

No que tange aos requisitos apontados como não atendidos, tendo em vista que o MM. Magistrado de primeira instância permitiu que a Fazenda se manifeste com relação ao novo documento apresentado, e o rejeite se desatendida a referida portaria, entendo que não seja possível o conhecimento do recurso nesse ponto, e essa altura do processo executivo na origem.

Isso porque, a questão da recusa ou não da apólice, após a sua última alteração, ainda não foi levada ao Juízo *a quo*, de modo que conhecer do agravo de instrumento no tocante a essa questão implicaria em supressão de instância. Não sendo a regularidade da última alteração da apólice de seguro garantia objeto da decisão agravada, não se pode conhecer da matéria, sem que se incorra em desrespeito ao duplo grau de jurisdição.

Ante o exposto, **conheço em parte do agravo de instrumento, e nego-lhe provimento.**

É como voto.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. SEGURO GARANTIA. MANIFESTAÇÃO DIFERIDA DA FAZENDA NACIONAL. POSSIBILIDADE NO CASO EM ANÁLISE, DIANTE DAS PRECAUÇÕES TOMADAS PELO JUÍZO DE ORIGEM. RECUSA POR DESATENDIMENTO AOS REQUISITOS DA PORTARIA PGFN Nº 164/2014 AINDA NÃO ANALISADA POR JUÍZO *A QUO*, APÓS ÚLTIMA ALTERAÇÃO. NÃO CONHECIDO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E DESPROVIDO.

1. Após a verificação pelo MM. Magistrado de primeira instância do aparente atendimento das exigências da exequente e da portaria que regulamenta os requisitos para a garantia da execução por meio do seguro, dada a execução por garantida foi determinado que a União se manifestasse, em caso de descumprimento das normas atinentes ao caso.

2. Tratando-se de concessão de tutela de urgência, o MM. Magistrado pode, como fez, diferir o contraditório, em caso de não se vislumbrar prejuízo à parte contrária e de ser possível a revogação da medida, como parece ser o caso. Além disto, fica expresso na decisão agravada que o seguro garantia não tem o condão de suspender a exigibilidade do crédito, de modo que a União ficaria impedida de continuar a busca por garantia que entenda melhor assegurar a satisfação do crédito exequendo

3. A questão da recusa ou não da apólice, após a sua última alteração, ainda não foi levada ao Juízo *a quo*, de modo que conhecer do agravo de instrumento no tocante a essa questão implicaria em supressão de instância. Não sendo a regularidade da última alteração da apólice de seguro garantia objeto da decisão agravada, não se pode conhecer da matéria, sem que se incorra em desrespeito ao duplo grau de jurisdição.

4 Agravo de instrumento conhecido em parte e desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, conheceu em parte do agravo de instrumento, e negou-lhe provimento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5005845-49.2018.4.03.9999

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVAVEIS

APELADO: IRONILDO PINTO DE MORAES

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5005845-49.2018.4.03.9999

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVAVEIS

APELADO: IRONILDO PINTO DE MORAES

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo **Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA**, em face da sentença proferida nos autos da execução fiscal, ajuizada contra **Ironildo Pinto de Moraes**.

A MM. Juíza de Direito extinguiu a execução fiscal, ao fundamento de que ocorreu a prescrição intercorrente do crédito tributário.

Irresignado, o apelante aduz, em síntese, que:

- a) não ocorreu a prescrição intercorrente do crédito tributário, pois o arquivamento do feito se deu de forma equivocada, sem que antes tenha sido os mesmos suspensos na forma disposta pelo artigo 40, *caput*, da Lei n.º 6.830/80.
- b) é imprescindível a intimação pessoal da Fazenda Pública, do despacho que determina o arquivamento do processo, nos moldes do art. 40, da LEF, para efeito de contagem do prazo prescricional;
- c) a intimação encaminhada a Superintendência do IBAMA, f. 24 é nula de pleno direito, porquanto a representação em Juízo do órgão sempre foi feita pela Procuradoria Federal.

Sem contrarrazões, vieram os autos a este e. Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5005845-49.2018.4.03.9999
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVAVEIS

APELADO: IRONILDO PINTO DE MORAES

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Trata-se de execução fiscal ajuizada pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, para a cobrança de multa ambiental.

A tentativa de citação do executado foi infrutífera (Certidão de 30/11/2006, ID de n.º 7759424, pág. 18).

Após, foi determinada a intimação do exequente para que se manifestasse acerca da Certidão do Oficial de Justiça.

O exequente foi intimado, via AR, endereçada ao IBAMA (ID de n.º 7759424, pág. 20). Como não houve manifestação, foi determinada a remessa dos autos para o arquivo em 22/02/2007 (ID de n.º 7759424, pág. 21), sendo o exequente intimado, via AR, novamente endereçada ao IBAMA, em 01/03/2007, ID de n.º 7759424.

Em 26/08/2015, o MM. Juiz de Direito determinou que o exequente se manifestasse sobre a ocorrência da prescrição intercorrente.

Após, tentativa infrutífera de intimação do exequente, foi determinada a intimação do exequente, através da Procuradoria Federal, situada na Avenida Afonso Pena, 6134, Chácara Cachoeira Campo Grande-MS (ID de n.º 7759424, pág. 39).

O IBAMA apresentou manifestação, sustentando, em síntese, que não ocorreu a prescrição intercorrente (ID de n.º 7759424, pág. 40-41).

Após, em 08/05/2018, foi proferida sentença declarando a ocorrência da prescrição intercorrente.

A sentença deve ser desconstituída.

De acordo com o art. 25 da Lei n.º 6.830/80, nas execuções fiscais, a intimação do representante judicial da Fazenda Pública, neste conceito incluídas as autarquias de regime especial, deve ser pessoal. Cumpre-se a providência através de mandado judicial ou carta com comprovante de aviso de recebimento (AR), admitindo esta última no caso em que Procurador Federal resida em comarca diversa daquela em que tramita a execução fiscal.

No caso dos autos, verifico que a intimação do exequente acerca da tentativa infrutífera de citação do executado (Certidão de 30/11/2006, ID de n.º 7759424, pág. 18), não ocorreu da forma devida.

A propósito, confira-se os seguintes precedentes. Vejam-se:

EXECUÇÃO FISCAL - AUTARQUIA - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - INOCORRÊNCIA - AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL - APELAÇÃO PROVIDA. 1 - Com efeito, a configuração da prescrição intercorrente ocorre com a aferição do decurso do lapso quinquenal após a data da citação da devedora, devendo também ficar caracterizada a inércia da exequente. 2 - Todavia, o exequente não foi intimado pessoalmente do despacho de fl. 07, o qual determinou o recolhimento da diligência do Oficial de justiça, bem como de nenhum outro ato ocorrido até prolação da sentença. 3 - Nos termos do art. 25 da LEF, em execuções fiscais, "qualquer intimação ao representante judicial da Fazenda Pública será feita pessoalmente". E é notório que o IBAMA, em juízo, faz jus as prerrogativas processuais dadas à Fazenda Pública. 4 - Apelação provida. (TRF3, 3ª Turma, Ap 0000668-07.2014.4.03.6128, Rel. Des. Federal Mairan Maia, j. 30/04/2019, e-DJF3 de 07/05/2019)

DIREITO TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. INMETRO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL. APELAÇÃO PROVIDA. 1. Trata-se de recurso de apelação interposto pelo INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA E NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL - INMETRO em face da r. sentença de fls. 34-v/35 que, em autos de execução fiscal, julgou extinto o processo com análise do mérito, nos termos do art. 219, §5º, c/c o art. 269, inciso IV, ambos do revogado CPC/73, vigente à época da decisão, diante do reconhecimento da prescrição intercorrente. Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios e sem reexame necessário. 2. Primeiramente, perfilha-se esta C. Turma ao entendimento do C. STJ de que, não localizados bens penhoráveis (ou o próprio devedor), suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente. 3. O art. 40, da Lei nº 6.830/80, concede ao exequente o prazo máximo de um ano para que este localize o devedor e/ou bens penhoráveis, período durante o qual deixa de fluir o prazo prescricional. Grosso modo, trata-se do acréscimo de 1 (um) ano ao prazo prescricional quinquenal, e não de conditio sine qua non para a fluência do prazo prescricional, como quer fazer crer a apelante. 4. Da simples leitura dos autos, percebe-se que não houve observância da regra do art. 25 da LEF, que determina que em execuções fiscais "qualquer intimação ao representante judicial da Fazenda Pública será feita pessoalmente". E é notório que o INMETRO, em juízo, faz jus as prerrogativas processuais dadas à Fazenda Pública. O que não ocorreu no presente caso. Portanto, o art. 40, §4º, da LEF não se aplica ao caso em tela, pois se não foi regularmente intimado para se manifestar no processo, não pode ser tido por inerte nele. 5. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que somente a inércia injustificada do credor caracteriza a prescrição intercorrente. 6. Assim, de rigor a anulação da r. sentença recorrida, devendo os autos retornarem ao Juízo de origem para regular prosseguimento do feito. 7. Apelação a que se dá provimento. (TRF 3ª Região, 3ª Turma, AP 0014244-55.2018.4.03.9999, Rel. Desembargador Federal Antônio Cedenho, julgado em 05/09/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/09/2018).

"ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C DO CPC). EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. INTIMAÇÃO PESSOAL. ART. 25 DA LEI 6.830/80. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. Em execução fiscal ajuizada por conselho de Fiscalização Profissional, seu representante judicial possui a prerrogativa de ser pessoalmente intimado, conforme disposto no art. 25 da Lei 6.830/80. 2. Recurso especial conhecido e provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/08." (STJ, Primeira Seção, Resp de n.º 1330473, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, data da decisão: 12/06/2013, Dje de 02/08/2013).

Assim, como o representante judicial do exequente não foi intimado pessoalmente, ou via carta com aviso de recebimento (em cidades onde não haja procurador autárquico ali residente), sobre todos os atos praticados no processo, nos termos do art. 25 da Lei n.º 6.830/80, a execução deve prosseguir a partir da informação da citação infrutífera da parte executada.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso de apelação, para desconstituir a sentença e determinar o prosseguimento da execução fiscal, nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

EMENTA

EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INOCORRÊNCIA. APELAÇÃO PROVIDA.

1. Trata-se de execução fiscal ajuizada pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, para a cobrança de multa ambiental. A tentativa de citação do executado foi infrutífera (Certidão de 30/11/2006, ID de n.º 7759424, pág. 18). Após, foi determinada a intimação do exequente para que se manifestasse acerca da Certidão do Oficial de Justiça. O exequente foi intimado, via AR, endereçada ao IBAMA (ID de n.º 7759424, pág. 20). Como não houve manifestação, foi determinada a remessa dos autos para o arquivo em 22/02/2007 (ID de n.º 7759424, pág. 21), sendo o exequente intimado, via AR, endereçada novamente ao IBAMA, em 01/03/2007, ID de n.º 7759424. Em 26/08/2015, o MM. Juiz de Direito determinou que o exequente se manifestasse sobre a ocorrência da prescrição intercorrente. Após, tentativa infrutífera de intimação do exequente, foi determinada a intimação do exequente, através da Procuradoria Federal, situada na Avenida Afonso Pena, 6134, Chácara Cachoeira Campo Grande-MS (ID de n.º 7759424, pág. 39). O IBAMA apresentou manifestação, sustentando, em síntese, que não ocorreu a prescrição intercorrente (ID de n.º 7759424, pág. 40-41). Após, em 08/05/2018, foi proferida sentença declarando a ocorrência da prescrição intercorrente.

2. De acordo com o art. 25 da Lei n.º 6.830/80, nas execuções fiscais, a intimação do representante judicial da Fazenda Pública, neste conceito incluídas as autarquias de regime especial, deve ser pessoal. Cumpre-se a providência através de mandado judicial ou carta com comprovante de aviso de recebimento (AR), admitindo esta última no caso em que Procurador Federal resida em comarca diversa daquela em que tramita a execução fiscal. (Precedentes do STJ e deste Tribunal).

3. No caso dos autos, como o representante judicial do exequente não foi intimado pessoalmente, ou via carta com aviso de recebimento (em cidades onde não haja procurador autárquico ali residente), sobre todos os atos praticados no processo, nos termos do art. 25 da Lei n.º 6.830/80, a execução deve prosseguir a partir da informação da citação infrutífera da parte executada.

4. Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, DEU PROVIMENTO ao recurso de apelação, para desconstituir a sentença e determinar o prosseguimento da execução fiscal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) N.º 5007593-72.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: AEROPORTOS BRASIL - VIRACOPOS S.A.

Advogado do(a) AGRAVADO: PAULO GUILHERME DE MENDONCA LOPES - SP98709-A

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Decorrido o prazo legal sem a interposição de recurso, certifique-se o trânsito em julgado, dando-se baixa na distribuição.

Intime-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000656-35.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: RES BRASIL LTDA
Advogados do(a) APELANTE: FABIO FRAGA GONCALVES - RJ117404-A, ERNESTO JOHANNES TROUW - RJ121095-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000656-35.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: RES BRASIL LTDA
Advogados do(a) APELANTE: FABIO FRAGA GONCALVES - RJ117404-A, ERNESTO JOHANNES TROUW - RJ121095-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por **RES Brasil Ltda.**, em face da sentença que extinguiu, sem resolução do mérito, o mandado de segurança impetrado contra ato do Delegado da Receita Federal do Brasil em Campinas – SP.

A apelante alega, em síntese, que:

a) no mérito, pretende ver reconhecida a impossibilidade do ICMS compor a base de cálculo do PIS-IMPORTAÇÃO e da COFINS-IMPORTAÇÃO, compensando-se os valores recolhidos indevidamente, nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da demanda, não havendo mais ato coator da autoridade alfandegária, desde a promulgação da Lei n.º 12.865/2013;

b) a responsabilidade pela repetição do indébito não é da autoridade alfandegária.

Com as contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

O Ministério Público Federal, em manifestação de lavra da e. Procuradora Regional da República, Alice Kanaan, deixou de exarar parecer por entender não haver interesse público primário que justifique sua intervenção no feito.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000656-35.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: RES BRASIL LTDA
Advogados do(a) APELANTE: FABIO FRAGA GONCALVES - RJ117404-A, ERNESTO JOHANNES TROUW - RJ121095-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Cinge-se a controvérsia acerca da legitimidade da autoridade apontada para figurar no polo passivo da presente demanda.

Como se passará a demonstrar, de fato, a autoridade indicada não é a competente para realizar o lançamento tributário.

E, oportunizada a emenda da inicial com a indicação da correta legitimada para constar nestes autos, o caso é de extinção do feito sem resolução do mérito, caso não cumprido o despacho.

Nos termos da jurisprudência pátria uníssona, tem legitimidade para figurar no polo passivo processual a autoridade competente para lançar o tributo. Confirmam-se:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS-IMPORTAÇÃO E COFINS-IMPORTAÇÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA. AUTORIDADE IMPETRADA. DESPACHO ADUANEIRO.

1. Não se conhece do Recurso Especial em relação à ofensa ao art. 535 do CPC quando a parte não aponta, de forma clara, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. Aplicação, por analogia, da Súmula 284/STF.

2. Em Mandado de Segurança, a contestação do fato gerador do tributo devido deve ser feita contra a autoridade que tem o poder de lançá-lo (autoridade coatora). No caso dos tributos incidentes na importação (PIS e Cofins - importação), a autoridade coatora é ordinariamente aquela autoridade aduaneira que procede ao desembaraço aduaneiro, já que detém o poder/dever de efetuar o lançamento e sua revisão de ofício. Precedente: AgRg nos EDcl no REsp 1.428.381/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 19.5.2014).

3. A discussão sobre eventual habilitação em pedido de compensação é subsequente, ou seja, deriva do resultado positivo do processo judicial intentado. Somente se a parte lograr êxito no processo judicial é que poderá, de posse da decisão transitada em julgado, habilitar o crédito perante a Secretaria da Receita Federal do Brasil - SRF diante de outra autoridade que não aprecia o lançamento do tributo aduaneiro, mas sim a correspondência entre a decisão transitada em julgado e o crédito que se pretende habilitar.

4. No caso concreto, não existe o crédito a ser habilitado, justamente porque se está diante da primeira fase, em que se discute o próprio fato gerador do tributo. Portanto, a autoridade coatora é a autoridade aduaneira.

5. Agravo Regimental não provido.”

(AgRg no REsp 1408927/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2014, DJe 25/09/2014)

“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS-IMPORTAÇÃO E COFINS-IMPORTAÇÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA. AUTORIDADE IMPETRADA. DESPACHO ADUANEIRO.

1. Em sede de mandado de segurança, a contestação do fato gerador do tributo devido deve ser feita contra a autoridade que tem o poder de lançar (autoridade coatora). No caso dos tributos incidentes na importação (PIS e COFINS - importação), a autoridade coatora é ordinariamente aquela autoridade aduaneira que procede ao desembaraço aduaneiro já que detém o poder/dever de efetuar o lançamento e sua revisão de ofício. Precedentes: RMS 14462 / DF, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 04.06.2002; REsp 214752 / PR, Segunda Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, julgado em 17.05.2001.

2. A discussão sobre eventual habilitação em pedido de compensação é subsequente, ou seja, deriva do resultado positivo do processo judicial intentado. Somente se a parte lograr êxito no processo judicial é que poderá, de posse da decisão transitada em julgado, habilitar o crédito perante a Secretaria da Receita Federal do Brasil - SRF diante de outra autoridade que não aprecia o lançamento do tributo aduaneiro, mas sim a correspondência entre a decisão transitada em julgado e o crédito que se pretende habilitar.

3. No caso concreto, não existe o crédito a ser habilitado justamente porque se está diante da primeira fase onde se discute o próprio fato gerador do tributo. Portanto, a autoridade coatora é a autoridade aduaneira.

4. Agravo regimental não provido.”

(AgRg nos EDcl no REsp 1428381/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/05/2014, DJe 19/05/2014)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO - PROCESSUAL CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - ILEGITIMIDADE - AUTORIDADE APONTADA COMO COATORA - NECESSIDADE DE APRECIÇÃO DA QUESTÃO PELO MAGISTRADO SINGULAR.

O mandado de segurança foi impetrado em face do Delegado da Receita Federal do Brasil em São Paulo objetivando a compensação do indébito dos últimos 05 anos referentes às contribuições do PIS-Importação e da COFINS-Importação com base no valor aduaneiro - acrescida dos valores da contribuição do PIS e COFINS, bem como do ICMS. O E. Superior Tribunal de Justiça firmou orientação jurisprudencial no sentido de que, cuidando-se de mandado de segurança, a competência para processamento e julgamento da ação é definida conforme a sede da autoridade apontada como coatora e a sua categoria profissional. A jurisprudência do E. STJ vem admitindo a impetração do mandado de segurança contra a autoridade que não praticou os atos, mas é hierarquicamente superior àquela (Teoria da Encampação). Consiste essa teoria na encampação do ato por autoridade hierarquicamente superior àquela que efetivamente praticou o ato, materializado no momento da apresentação das informações. **A Instrução Normativa RFB nº 1.300/2012 estabeleceu, no artigo 70, que o reconhecimento do direito creditório incidente sobre operação de comércio exterior caberá ao titular da DRF, da Inspetoria da Receita Federal do Brasil ou da Alfândega da Receita Federal do Brasil, sob cuja jurisdição for efetuado o despacho aduaneiro da mercadoria.** Os extratos juntados aos autos demonstram o registro de diversas Declarações de Importação - DI na Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB do "Porto de Santos". Vislumbra-se a hipótese de ilegitimidade passiva da autoridade impetrada, devendo o processo ser extinto, uma vez que é vedado ao juízo a correção, de ofício, do polo passivo da relação processual. O E. Superior Tribunal de Justiça já manifestou que não cabe ao juiz substituir de ofício a autoridade impetrada erroneamente indicada na inicial do mandado de segurança, tampouco a emenda da inicial para eventual correção. A decisão judicial deixou de se manifestar expressamente sobre a ilegitimidade de parte da d. autoridade impetrada. Agravo de instrumento provido para suspender a decisão agravada até o pronunciamento do magistrado singular sobre a alegação de ilegitimidade de parte da autoridade impetrada."

(TRF3, 4ª Turma, Des. Fed. Rel. Marli Ferreira, AI 538847, j. 11/12/14, DJF3 14/01/15) destaquei

“TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS NO PIS E COFINS - IMPORTAÇÃO. IMPETRAÇÃO EM FACE DO DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA. ATO VINCULADO AO INSPETOR DA ALFÂNDEGA. IMPOSSIBILIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA CONFIGURADA. SENTENÇA ANULADA.

1. A impetrante insurge-se contra a cobrança a inclusão do ICMS nas contribuições do PIS e da COFINS incidentes sobre a importação e aponta como autoridade impetrada o Delegado da Receita Federal de Administração Tributária em São Paulo.

2. Autoridade coatora é aquela que possui o poder de decisão e desfazimento do ato impugnado, o que não se apresenta nestes autos.

3. Cabe às Alfândegas e Inspetorias o controle, fiscalização e arrecadação dos tributos relativos ao comércio exterior, sendo também responsáveis pelas atividades relacionadas à restituição e compensação.

4. Tratando-se, portanto, de impetração em face de autoridade incorreta, é de rigor, portanto, a decretação da nulidade da sentença recorrida para se declarar a extinção do feito sem a análise do mérito, reconhecendo-se a carência da ação, a teor do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil.

5. Assim, mesmo vendo o processo à luz das regras de economia e instrumentalidade, o vício em questão mostra-se insuperável, devendo ser reconhecida a carência da ação.

6. Sentença anulada, apelação e remessa oficial providas.”

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0011150-35.2013.4.03.6100, Rel. JUIZ CONVOCADO CIRO BRANDANI, julgado em 06/11/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/11/2014) destaquei

Isto decorre porque a autoridade que analisará o lançamento tributário é quem tem competência para defendê-lo ou anulá-lo.

Ante o exposto, NEGOU PROVIMENTO ao recurso de apelação interposto, conforme fundamentação supra.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO DE APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. AUTORIDADE COATORA. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.

1. Nos termos da jurisprudência pátria uníssona, tem legitimidade para figurar no polo passivo processual a autoridade competente para lançar o tributo.

2. Isto decorre porque a autoridade que analisará o lançamento tributário é quem tem competência para defendê-lo ou anulá-lo, sendo também responsável pela restituição e compensação.

3. Recurso de apelação desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO ao recurso de apelação interposto, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000664-55.2017.4.03.6102

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: L.P. GRIGOLATI & FILHO LTDA - ME

Advogado do(a) APELADO: ALEXANDRE REGO - SP165345-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000664-55.2017.4.03.6102

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: L.P. GRIGOLATI & FILHO LTDA - ME

Advogado do(a) APELADO: ALEXANDRE REGO - SP165345-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial e de recurso de apelação interposto pela **União** em face da sentença que concedeu a ordem para determinar a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e reconhecer o direito à compensação, após o trânsito em julgado, desde janeiro de 2015.

Em suas razões, a apelante, sustenta, em síntese, que o ICMS integra o faturamento, base de cálculo do PIS e da COFINS, definida em lei.

Com contrarrazões vieram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal, em manifestação de lavra da e. Procuradora Regional da República Zélia Luiza Pierdoná, opinou pelo parcial reforma da sentença, apenas para manter a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, em relação às contribuições vincendas, após o trânsito em julgado.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000664-55.2017.4.03.6102
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: L.P. GRIGOLATI & FILHO LTDA - ME
Advogado do(a) APELADO: ALEXANDRE REGO - SP165345-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): De início, ressalte-se que em sessão plenária do dia 15.03.2017 foi julgado o RE nº 574.706/RG, que trata do tema atinente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a sistemática da repercussão geral (artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973), que constou com a seguinte decisão:

"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da cofins". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017."

(RE 574706 RG, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 15/03/2017, DJe-053 DIVULG 17-03-2017 PUBLIC 20-03-2017)

Reforce-se a esse quadro que em 29.09.2017 foi disponibilizada a ementa do aludido acórdão:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS . DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS .

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS , não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS . 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS ."

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o E. Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

Indo adiante, a questão não carece de maiores debates, visto que a novel jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal e do C. Superior Tribunal de Justiça reconheceu a exclusão da parcela relativa ao ICMS , da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS , confira-se:

"TRIBUTO - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS . O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da cofins , porque estranho ao conceito de faturamento."

(RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS . COFINS . BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS . POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituindo receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS .

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido."

(AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 07/04/2015)

Cumprido asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

Ressalto, por oportuno, que a falta de definitividade da entrada de valores a título de ICMS no caixa da pessoa jurídica caracteriza a ausência da natureza jurídica adrede mencionada, que, repita-se, tem natureza de receita para o Estado-membro.

Ademais, o termo "faturamento" deve ser conceituado no sentido técnico consagrado pela jurisprudência e pela doutrina.

Ainda, o ICMS é imposto indireto no qual o ônus financeiro é transferido para o consumidor final, tornando-se este o contribuinte de fato da exação. Assim, o sujeito passivo do tributo - aquele que realiza a operação de circulação de mercadorias - apenas tem o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, qual seja, o Estado-membro ou o Distrito Federal, mostrando-se, incontestavelmente, despedido da natureza jurídica de receita para o sujeito passivo.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, veja-se:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ICMS . INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS / COFINS . IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Encontra-se, atualmente, consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS , conforme constou do Boletim de Notícias do Supremo Tribunal Federal nº 762 de 06 a 11 de Outubro de 2014 (RE 240.785-2/MG).

2. Embargos infringentes desprovidos."

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI 0000266-78.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 04/11/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/11/2014)

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS e DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS . DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS .

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS , afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS .

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/04/2014)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DUPLO AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS . EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS / COFINS . VALIDADE. APROVEITAMENTO DO TÍTULO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS , conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.

2. A orientação no plano constitucional, a partir do precedente citado, foi adotada, recentemente, no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94, conforme AgRg no ARESP 593.627, Rel. p/ acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 07/04/2015.

3. Embora cabível excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, não se reconhece a nulidade da execução fiscal, que deve prosseguir pelo saldo efetivamente devido, não se cogitando, de extinção da execução fiscal, na conformidade da jurisprudência consolidada.

4. Agravos inominados desprovidos."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0030027-53.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/05/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/05/2015)

Por fim, diga-se que, considerando o julgamento do RE nº 240.785-2 que declarou inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS , o advento da Lei nº 12.973/2014 em nada altera o entendimento proferido pela Suprema Corte.

Com efeito, a superveniência da Lei, modificando o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, e, respeitando-se a prescrição quinquenal, é direito do autor a repetição dos valores recolhidos indevidamente, através da compensação, conforme os termos delineados a seguir.

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, visto a data que o presente *mandamus* foi ajuizado e, conforme jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, confira-se:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

5. Conseqüentemente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.

7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.

13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."

14. Consequentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF). (Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010).

Destarte, conforme a jurisprudência acima colacionada e, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

Cumprido ressaltar que a compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior, *in verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO INEXISTENTE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. COMPENSAÇÃO . TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA. ART. 26 DA LEI N. 11.457/07. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nos termos da jurisprudência do STJ, é impossível a compensação de créditos tributários administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal com débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (contribuições sociais previstas nas alíneas 'a', 'b' e 'c' do parágrafo único do art. 11 da Lei n. 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida pelo art. 26 da Lei n. 11.457/07. Precedentes. Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1469537/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 24/10/2014)

Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, veja-se:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO . TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4ª 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.

4. A Tabela Única a prova da pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação /repetição de indébito, quais sejam: (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDcl no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. O prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/05 (09.06.2005), nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.") (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: RESP 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009).

7. Outrossim, o artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

8. Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010)

Finalmente, o termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior, que ora colaciono:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNBEN. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL. APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.250/95. DESDE O RECOLHIMENTO INDEVIDO. SÚMULA 83/STJ

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nas ações de restituição de tributos federais, antes do advento da Lei 9.250/95, incide a correção monetária desde o pagamento indevido (no caso, no momento da indevida retenção do IR) até a restituição ou a compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros moratórios a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), na forma do art. 167, parágrafo único, do CTN.

3. Ocorre que, com o advento do referido diploma, passou-se a incidir a Taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou a partir de 1º de janeiro de 1996 (caso o recolhimento tenha ocorrido antes dessa data).

Agravo regimental improvido."

(AgRg no AgRg no AREsp 536.348/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014)

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação e à remessa oficial.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontrar inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

2. A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, uma vez que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

3. A superveniência da Lei n.º 12.973/2014, que alargou o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

4. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e respeitando-se a prescrição quinquenal, é assegurada ao autor a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio de compensação.

5. A compensação deverá ser realizada nos termos do art. 74 da Lei n.º 9.430/96 com as modificações perpetradas pela Lei n.º 10.637/02, observada a impossibilidade de compensação com contribuições previdenciárias. Precedentes do STJ.

6. A taxa SELIC é o índice aplicável para a correção monetária, cujo termo inicial é a data do pagamento indevido. Precedentes do STJ.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO ao recurso de apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5011135-35.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: VALUE PARTNERS BRASIL LTDA.

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ FONSECA FERNANDES - SP158041-B

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5011135-35.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: VALUE PARTNERS BRASIL LTDA.

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ FONSECA FERNANDES - SP158041-B

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos por Value Partners Brasil Ltda. contra decisão da Terceira Turma deste Tribunal que, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, nos seguintes termos:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PAGAMENTO À VISTA E ADESÃO AO PERT. AUSÊNCIA DE CONFIRMAÇÃO DA EXTINÇÃO DOS CRÉDITOS PELA UNIÃO FEDERAL. FIANÇA. REDUÇÃO DA GARANTIA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO INTERNO PREJUDICADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.

1. Em primeiro, tendo em vista o julgamento do recurso de agravo de instrumento, com análise da matéria abordada no âmbito recursal, resta prejudicado o agravo interno.

2. No mais, conforme já abordado por ocasião da análise liminar; o contribuinte solicitou o pagamento dos débitos em execução na forma da Lei nº 13.496/201, firmando “o compromisso de pagar os débitos inscritos em dívida ativa sob os nºs 80.7.11.021109-83 (PIS); 80.6.11.095728-88 (CSLL); 80.2.11.052802-39 (IRPJ); e 80.6.11.095729-69(COFINS) do seguinte modo: (i) entrada de 5% do valor do débito consolidado (sem reduções), no montante de R\$63.222,12 (cf. doc. 1 - fls. 277 a 282); (ii) quitação de parte do débito com a utilização de 9% de seu saldo negativo de CSLL e 25% de seu prejuízo fiscal (cf. doc. 1 - fls. 284 a 287); e (iii) cento e quarenta e cinco prestações mensais, no montante de R\$2.584,30 cada (cf. doc. 1 - fls. 289 a 301)”.

3. *O artigo 9º da Lei de Execuções Fiscais prescreve que a dívida em cobro deve ser garantida pelo valor e encargos estampados nas CDAs. A garantia foi apresentada no valor de R\$ 876.326,96, sendo devidamente aceita pela exequente.*
4. *Na execução, a agravante informou o pagamento à vista do IRRF R\$ 6.978,79, além da quitação da entrada do parcelamento, das parcelas do PERT no valor de R\$ 378.915,23 e do saldo devedor; estes no total de R\$ 455.904,90, pugnando pela apresentação de nova garantia com a exclusão da soma de tais valores.*
5. *No “Resultado de Consulta Resumido” apresentado pela PGFN às fls. 267/267v dos autos originários, consta como valor consolidado da dívida o de R\$ 1.267.493,05. Em agosto de 2018, a União Federal informa a pendência de análise da suficiência dos pagamentos indicados pela agravante, oportunidade em que indica o montante consolidado da dívida perfazendo R\$ 1.287.750,74.*
6. *Com relação aos pagamentos indicados pela agravante, inviável a pronta análise da suficiência de modo a concluir que parte da dívida encontra-se adimplida, acarretando eventual redução da garantia, antes que a administração reconheça a validade dos pagamentos e amortização da dívida.*
7. *Sobre o tema, dispõe a Portaria PGFN 1.207/2017, a qual regulamenta o Programa Especial de Regularização Tributária (Pert) de que trata a Lei nº 13.496, de 24 de outubro de 2017, a suspensão da cobrança do saldo amortizado, mantendo-se as garantias existentes, até análise da regularidade.*
8. *Se de um lado a execução deve correr de modo menos gravoso ao devedor, é importante que se processe, também, no interesse do credor.*
9. *Enquanto suspensa a execução em razão da adesão ao PERT, não pode a União Federal praticar atos restritivos em desfavor da agravante, ao menos com relação às CDAs em cobro.*
10. *Lado outro, é temerário que o Judiciário faça as vezes do administrador e considere a dívida principal quitada ou parcialmente quitada, determinando que a garantia seja afastada ou reduzida, eis que o ato poderá acarretar interferência indevida na seara administrativa, assim como representar perigo de irreversibilidade da medida.*
11. *Agravo interno prejudicado. Agravo de instrumento desprovido.*

Narra a embargante vícios no julgado. Sustenta que a validade dos pagamentos e a amortização da dívida via créditos de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa de CSLL são questões distintas que não foram apreciadas, o que constitui omissão do acórdão. Traz que o sistema regularize da Receita Federal reconhece a validade dos pagamentos citados - R\$ 455.904,90 (valor total recolhido pela Embargante no âmbito do PERT/PGFN) e de R\$ 6.978,79 (valor do débito de IRRF recolhido à vista). Assim, requer seja deferido o pleito de apresentação de garantia equivalente ao montante de débito fiscal, com a exclusão dos valores dos citados pagamentos. Ressalta ainda que a Portaria PGFN nº 1.207/2017 somente rege e se aplica aos procedimentos atinentes à amortização de saldo devedor via créditos do contribuinte no âmbito do PERT/PGFN, não se aplicando, ao contrário do que consta no acórdão, à hipótese de realização de pagamentos.

Requer, ao fim, o acolhimento dos embargos para possibilitar a apresentação de garantia equivalente ao montante do débito com a exclusão dos pagamentos realizados.

É o relato do essencial. Cumpre decidir.

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: VALUE PARTNERS BRASIL LTDA.
Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ FONSECA FERNANDES - SP158041-B
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A embargante busca, nitidamente, com a oposição dos embargos de declaração, a alteração do mérito da decisão.

Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1.022 do Código de Processo Civil vigente, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado.

O caráter infringente dos embargos somente é admitido a título excepcional, quando da eliminação da contradição ou da omissão decorrer, logicamente, a modificação do julgamento embargado.

Nesse sentido, colaciono abaixo precedentes desta E. Corte:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIO. INCONFORMISMO. PREQUESTIONAMENTO. VIA INADEQUADA. EMBARGOS REJEITADOS.

- 1. O cabimento dos embargos de declaração restringe-se às hipóteses em que o acórdão apresente obscuridade, contradição ou omissão.*
- 2. Imprópria a via dos embargos declaratórios para o fim de rediscutir o mérito.*
- 3. Ausentes os vícios do art. 535 do CPC a justificar o prequestionamento.*
- 4. Embargos rejeitados.*

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC 0054223-83.2005.4.03.6182, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/03/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/03/2016)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIO NO JULGADO. PREQUESTIONAMENTO. EMBARGOS REJEITADOS.

- 1. Devem ser rejeitados os embargos de declaração opostos contra acórdão proferido a salvo de omissão, contradição ou obscuridade.*
- 2. É desnecessária a manifestação expressa do julgador acerca dos dispositivos legais e constitucionais tidos por violados, para fins de prequestionamento da matéria.*
- 3. Ainda que os embargos tenham como propósito o prequestionamento da matéria, faz-se imprescindível, para o conhecimento do recurso, que se verifique a existência de quaisquer dos vícios descritos no art. 535 do Código de Processo Civil.*
- 4. Embargos rejeitados.*

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0017356-61.2015.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, julgado em 03/03/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/03/2016)

DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. IMUNIDADE DE TAXAS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS DO ARTIGO 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PREQUESTIONAMENTO.

- 1. Caso em que o v. acórdão, apreciou, de forma coerente, sem qualquer omissão, contradição ou obscuridade, todas as questões jurídicas invocadas e essenciais à resolução da causa, o que demonstra a improcedência dos embargos de declaração.*

2. Não se justificam os embargos de declaração para efeito de prequestionamento, vez que o v. acórdão enfrentou as questões jurídicas definidoras da lide, não sendo necessária sequer a referência literal às normas respectivas para que seja situada a controvérsia no plano legal ou constitucional.

3. Rejeitar os embargos declaratórios.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, APELREEX 0035858-68.2011.4.03.6182, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 16/10/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:21/10/2014)

No caso concreto, constam no acórdão embargado, explicitamente, as razões que conduziram o julgador a impossibilitar, neste momento, a redução da garantia prestada na execução, notadamente sopesando que o Fisco ainda não reconheceu, expressamente, os pagamentos elencados pelo contribuinte, podendo ainda haver glosa administrativa, conforme abaixo:

“O artigo 9º da Lei de Execuções Fiscais prescreve que a dívida em cobro deve ser garantida pelo valor e encargos estampados nas CDAs. A garantia foi apresentada no valor de R\$ 876.326,96, sendo devidamente aceita pela exequente.

Na execução, a agravante informou o pagamento à vista do IRRF R\$ 6.978,79, além da quitação da entrada do parcelamento, das parcelas do PERT no valor de R\$ 378.915,23 e do saldo devedor; estes no total de R\$ 455.904,90, pugnando pela apresentação de nova garantia com a exclusão da soma de tais valores.

No “Resultado de Consulta Resumido” apresentado pela PGFN às fls. 267/267v dos autos originários, consta como valor consolidado da dívida o de R\$ 1.267.493,05. Em agosto de 2018, a União Federal informa a pendência de análise da suficiência dos pagamentos indicados pela agravante, oportunidade em que indica o montante consolidado da dívida perfazendo R\$ 1.287.750,74.

Pois bem.

Com relação aos pagamentos indicados pela agravante, inviável a pronta análise da suficiência de modo a concluir que parte da dívida encontra-se adimplida, acarretando eventual redução da garantia, antes que a administração reconheça a validade dos pagamentos e amortização da dívida.

(...)

O documento acostado à fl. 326 dos autos principais atesta que a União Federal ainda não confirmou os créditos, ou seja, pode ainda haver glosa administrativa.

Se de um lado a execução deve correr de modo menos gravoso ao devedor; é importante que se processe, também, no interesse do credor.

Enquanto suspensa a execução em razão da adesão ao PERT, não pode a União Federal praticar atos restritivos em desfavor da agravante, ao menos com relação às CDAs em cobro.

Lado outro, é temerário que o Judiciário faça as vezes do administrador e considere a dívida principal quitada ou parcialmente quitada, determinando que a garantia seja afastada ou reduzida, eis que o ato poderá acarretar interferência indevida na seara administrativa, assim como representar perigo de irreversibilidade da medida”.

Assim, é de se salientar que em relação à respectiva decisão não houve omissão de ponto sobre o qual deveria haver pronunciamento judicial.

Tenha-se em vista que o juiz não está adstrito a examinar todas as normas legais trazidas pelas partes, bastando que, *in casu*, decline os fundamentos suficientes para lastrear sua decisão.

Das alegações trazidas nos embargos, salta evidente que não almeja a parte suprir vícios no julgado, buscando, em verdade, externar seu inconformismo com a solução adotada, que lhe foi desfavorável, pretendendo vê-la alterada. Não é esse, contudo, o escopo dos embargos declaratórios.

É a decisão, portanto, clara, tendo-se nela apreciado e decidido todas as matérias em relação às quais estava o julgador obrigado a pronunciar-se segundo seu convencimento.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É o voto.

(d)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. A embargante, busca, nitidamente, com a oposição dos embargos de declaração, a alteração do mérito da decisão.
2. No caso concreto, constam no acórdão embargado, explicitamente, as razões que conduziram o julgador a impossibilitar, neste momento, a redução da garantia prestada na execução, notadamente sopesando que o Fisco ainda não reconheceu, expressamente, os pagamentos elencados pelo contribuinte, podendo ainda haver glosa administrativa.
3. É a decisão, portanto, clara, tendo-se nela apreciado e decidido todas as matérias em relação às quais estava o julgador obrigado a pronunciar-se segundo seu convencimento.
4. Embargos de Declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5023086-93.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: OVERLAP CONSULTORES EM MARKETING E FORMACAO SOCIEDADE LTDA, OVERLAP INTERNACIONAL, S.A. SOCIEDAD UNIPERSONAL

Advogado do(a) APELADO: CRISTIANO ISAO BABA - SP163220-A
Advogado do(a) APELADO: CRISTIANO ISAO BABA - SP163220-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5023086-93.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: OVERLAP CONSULTORES EM MARKETING E FORMACAO SOCIEDADE LTDA, OVERLAP INTERNACIONAL, S.A. SOCIEDAD UNIPERSONAL
Advogado do(a) APELADO: CRISTIANO ISAO BABA - SP163220-A
Advogado do(a) APELADO: CRISTIANO ISAO BABA - SP163220-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos pelas empresas OVERLAP INTERNACIONAL S.A.e OVERLAP CONSULTORES EM MARKETING E FORMAÇÃO SOCIEDADE LTDA em face da decisão ID 124980891 que deu parcial provimento ao recurso de apelação da União e ao reexame necessário.

Aduzem as embargantes, em síntese, que a decisão é omissa em sua fundamentação, pois alterou a natureza jurídica da contraprestação (renda) do contrato de prestação de serviço, classificando-a como *royalties*, contrariando jurisprudência do STJ que a classifica como lucro operacional (art. 1.022 c/c art. 489, §1º, VI, ambos do CPC). Afirmam que o entendimento afrontou o art. 7º da Convenção Brasil Espanha (Dec. 76.975/1975), cujo espírito é regular as regras tributárias e evitar a dupla tributação nos negócios entre os países signatários, bem como a jurisprudência pacífica do E. STJ que classifica estas contraprestações como lucro operacional.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5023086-93.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: OVERLAP CONSULTORES EM MARKETING E FORMACAO SOCIEDADE LTDA, OVERLAP INTERNACIONAL, S.A. SOCIEDAD UNIPERSONAL
Advogado do(a) APELADO: CRISTIANO ISAO BABA - SP163220-A
Advogado do(a) APELADO: CRISTIANO ISAO BABA - SP163220-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Nos termos do art. 1.022, do CPC, os embargos de declaração constituem instrumento processual destinado para afastar do julgamento eventual obscuridade, contradição ou omissão sobre tema cujo pronunciamento se impunha pelo acórdão ou, ainda, para corrigir evidente erro material, servindo como instrumento de aperfeiçoamento do julgado.

A omissão que enseja o oferecimento dos aclaratórios consiste na falta de manifestação expressa sobre algum fundamento de fato ou de direito trazido nas razões recursais e sobre o qual deveria manifestar-se julgador, e que é capaz, por si só, de afastar a conclusão adotada para o julgamento do recurso (arts. 1.022 e 489, § 1º, CPC).

Os embargos de declaração foram opostos em face do acórdão assimementado:

DIREITO TRIBUTÁRIO E INTERNACIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. VIA ELEITA ADEQUADA. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DAS PARTES RECONHECIDA. ACORDO PARA EVITAR DUPLA TRIBUTAÇÃO. IRRF. DECRETO Nº 76.975/1976. CONVENÇÃO BRASIL/ESPANHA. ART. 98 DO CTN. DEFINIÇÃO DE LUCRO E ROYALTIES. PROTOCOLO ANEXO ITEM 5 (AD/ART. 12§3) EQUIPARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS E ASSISTÊNCIA TÉCNICA AO TERMO ROYALTIES PARA FINS DE TRIBUTAÇÃO. RECURSO DE APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO PARCIALMENTE PROVIDOS. SENTENÇA REFORMADA.

1 - *A Overlap Internacional S/A, pessoa jurídica estrangeira prestadora de serviço contratada, é o próprio sujeito passivo da obrigação tributária, não havendo dívida quanto a sua legitimidade ativa.*

2 - *O sujeito passivo do imposto de renda continua sendo a pessoa que realiza a hipótese do art. 43 do Código Tributário Nacional e a eleição do responsável tributário não afasta a legitimidade ativa do sujeito passivo para o ajuizamento da ação nos casos de imposto de renda retido na fonte por ser quem, de fato, arca com o ônus da tributação.*

3 - *No caso vertente, para a remessa dos valores ao contratado, ora credor, domiciliado no exterior, o Fisco está exigindo o comprovante do recolhimento de IRRF por entender que a operação não se refere a remessa de lucros auferidos como alegam as impetrantes, mas sim de royalties, o que ensejaria na tributação. Portanto, nesse cenário, é cabível mandado de segurança, nos termos do art. 1º, da Lei nº 12.016/2009.*

4 - *A teor do art. 111, do CTN, a legislação tributária que versa sobre isenção deve ser interpretada literalmente.*

5 - *As disposições dos Tratados Internacionais Tributários prevalecem sobre as normas de Direito Interno, em razão da sua especificidade. Inteligência do art. 98 do CTN.*

6 - *Os acordos internacionais para evitar a dupla tributação atribuem o poder de tributar a renda, em regra, ao Estado em cujo território os rendimentos foram produzidos (critério da fonte produtora) ou em cujo território foi obtida a disponibilidade econômica ou jurídica (critério da fonte pagadora), conforme a natureza do rendimento considerado. A classificação deste deve ser feita nos termos a lei interna do Estado que aplica o tratado.*

7 - *Dado o caráter específico da Convenção celebrada entre Brasil e Espanha, incorporado no ordenamento jurídico pelo Decreto n.º 76.975/1976, e em face do que prevê o art. 98 do CTN, é o caso de ser afastada a incidência do art. 685 do Decreto n.º 3.000/1999.*

8 - *Observa-se que o Protocolo anexo à Convenção Brasil/Espanha expressamente equiparou os serviços técnicos e assistência técnica aos royalties para fins de tratamento tributário. O contrato de prestação de serviços celebrado pelas impetrantes tem por objeto a "prestação de serviços de consultoria financeira, gerencial e administrativa" (fl. 76, ID 43287441, p. 36).*

9 - *Nesse cenário, considerando que o ganho auferido pela empresa estrangeira enquadra-se em artigo específico do próprio tratado para evitar a bitributação, afastada estaria, assim, a aplicação da regra do artigo 7º, que trata dos lucros das empresas e que, por ser tratar de norma geral, deve ser rechaçada em prol da aplicação de norma especial (art. 12). Precedente: TRF3: 0024442-10.2001.4.03.6100*

10 - *Nesses termos, considerando que os serviços prestados qualificam-se como royalties para fins de aplicação da referida convenção, com fulcro no Decreto nº 76.975/1975 e item 5, Ad/Art.12, § 3º, do Protocolo Anexo, deve ser reconhecida a incidência do imposto de renda sobre as operações de remessa internacional.*

11 - *Recurso de apelação da União e reexame necessário parcialmente providos.*

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5023086-93.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 21/02/2020, Intimação via sistema DATA: 21/02/2020)

A mera leitura do r. julgado embargado revela que todos os temas expostos pelas embargantes foram integralmente debatidos no âmbito desta e. Turma julgadora.

Conforme ficou expressamente consignado, não há na Convenção Brasil/Espanha, incorporada ao ordenamento jurídico pelo Decreto n.º 76.975/1976, um conceito expresso e abrangente quanto a definição de serviços técnicos e nem consta que a definição de *royalties* envolveria, necessariamente, a transferência de tecnologia em sentido estrito. Todavia, é certo que a prestação de serviços técnicos e assistência técnica estão sujeitas à incidência na fonte do imposto de renda quando da remessa ao exterior do pagamento do contrato, por configurarem, por equiparação, aos *royalties*, já que serviços de consultoria exigem profundos conhecimentos e habilidades técnicas de análise especializada por parte da contratada. Nesse contexto, conclui-se que os serviços prestados qualificam-se como *royalties* para fins de aplicação da referida convenção, com fulcro no Decreto nº 76.975/1975 e item 5, Ad/Art.12, § 3º, do Protocolo Anexo, deve ser reconhecida a incidência do imposto de renda sobre as operações de remessa internacional.

A aplicação do direito ao caso, ainda que por meio de solução jurídica diversa da requerida, não induz negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

Cumpra asseverar que o escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022, do Código de Processo Civil.

Inexistindo, no acórdão embargado os vícios elencados no art. 1.022 do CPC vigente, não merecem ser acolhidos os Embargos de Declaração, que, em verdade, revelam o inconformismo das embargantes com as conclusões adotadas.

Ante o exposto, devem ser rejeitados os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. INDEVIDA PRETENSÃO DE REEXAME E REDISCUSSÃO DA CAUSA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TEMA AMPLAMENTE DEBATIDO. MERO INCONFORMISMO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS

1 - Nos termos do art. 1.022, do CPC, os embargos de declaração constituem instrumento processual destinado para afastar do julgamento eventual obscuridade, contradição ou omissão sobre tema cujo pronunciamento se impunha pelo acórdão ou, ainda, para corrigir evidente erro material, servindo como instrumento de aperfeiçoamento do julgado.

2 - A mera leitura do r. julgado embargado revela que todos os temas expostos pela embargante foram integralmente debatidos no âmbito desta e. Turma julgadora.

3 - Conforme ficou expressamente consignado, não há na Convenção Brasil/Espanha, incorporada ao ordenamento jurídico pelo Decreto n.º 76.975/1976, um conceito expresso e abrangente quanto a definição de serviços técnicos e nem consta que a definição de *royalties* envolveria, necessariamente, a transferência de tecnologia em sentido estrito. Todavia, é certo que a prestação de serviços técnicos e assistência técnica estão sujeitas à incidência na fonte do imposto de renda quando da remessa ao exterior do pagamento do contrato, por configurarem, por equiparação, aos *royalties*, já que serviços de consultoria exigem profundos conhecimentos e habilidades técnicas de análise especializada por parte da contratada. Nesse contexto, conclui-se que os serviços prestados qualificam-se como *royalties* para fins de aplicação da referida convenção, com fulcro no Decreto n.º 76.975/1975 e item 5, Ad/Art.12, § 3º, do Protocolo Anexo, deve ser reconhecida a incidência do imposto de renda sobre as operações de remessa internacional.

4 - A aplicação do direito ao caso, ainda que por meio de solução jurídica diversa da requerida, não induz negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

5 - Cumpra asseverar que o escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022, do Código de Processo Civil.

6 - Inexistindo, no acórdão embargado os vícios elencados no art. 1.022 do CPC vigente, não merecem ser acolhidos os Embargos de Declaração, que, em verdade, revelam o inconformismo da parte embargante com as conclusões adotadas.

7 - Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de
DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 23/06/2020 715/4253

declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000924-37.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: RTK LAMINACAO DE METAIS LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: DANIELA MADEIRA LIMA - SP154849-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000924-37.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: RTK LAMINACAO DE METAIS LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: DANIELA MADEIRA LIMA - SP154849-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos por RTK Indústria, Comércio e Fundação Ltda. em face de acórdão que negou provimento a agravo de instrumento, que objetivava a análise de mérito de exceção de executividade.

Sustenta que a decisão colegiada apresenta omissão, pois deixou de considerar que a exceção de executividade diz respeito às garantias da ampla defesa e do contraditório e deve ser conhecida na hipótese de prova já constituída.

Argumenta que está comprovado que nunca participou do capital ou administração da sociedade contribuinte (Nabei Indústria de Condutores Elétricos Ltda.), nem praticou o fato gerador das obrigações tributárias, a ponto de se formar solidariedade obrigacional. Alega que a questão não precisa de dilação probatória.

Afirma também que a omissão do órgão julgador se estendeu aos argumentos de que deve ser adotada a interpretação mais favorável ao sujeito passivo em caso de dúvida sobre responsabilidade tributária e de que o devedor principal possui patrimônio suficiente para pagar os créditos tributários.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000924-37.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: RTK LAMINACAO DE METAIS LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: DANIELA MADEIRA LIMA - SP154849-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Os embargos de declaração se destinam a integrar pronunciamento judicial que contenha omissão, obscuridade, contradição ou erro material (artigo 1.022 do Código de Processo Civil). Não se prestam à revisão da decisão, a não ser que a superação daqueles vícios produza esse efeito, denominado infrigente.

O acórdão abordou todos os itens essenciais à resolução da controvérsia.

Fundamentou que a exceção de executividade, embora diga respeito efetivamente às garantias da ampla defesa e do contraditório, somente pode ser conhecida em caso de prova já constituída, o que não corresponde ao incidente de iniciativa de RTK Indústria, Comércio e Fundação Ltda.

Ponderou que a responsabilidade tributária da pessoa jurídica não pode ser desde já decidida, porquanto há indícios de que RTK Indústria, Comércio e Fundação Ltda. recebeu todo o patrimônio imobiliário de Nambei Indústria de Condutores Elétricos Ltda. e o deu em garantia de empréstimo de interesse da própria sociedade contribuinte, antes dos fatos geradores dos tributos.

Considerou que o compartilhamento de ativos, aliado à unidade de gerência, caracteriza, a princípio, interesse comum, justificando por ora a solidariedade obrigacional e inviabilizando o exame definitivo da sujeição passiva tributária.

Deixou ainda de aplicar a regra de interpretação mais favorável ao acusado (artigo 112 do CTN), devido ao fato de que não se trata de responsabilidade tributária por infração, passível de penalidade.

Explicou, por fim, que a solvência do devedor principal não impede a formação de solidariedade obrigacional e depende ainda de esclarecimentos, seja porque não se sabe a abrangência do patrimônio imobiliário recebido, seja porque a inexistência de pagamento ou garantia dos créditos constitui indício de incapacidade patrimonial.

Observa-se, pelo relatório dos embargos e pela descrição dos fundamentos do julgamento colegiado, que RTK Indústria, Comércio e Fundação Ltda. pretende claramente rediscutir a solução dada à controvérsia, mediante o artifício da omissão, ultrapassando os limites do simples esclarecimento. Para esse propósito, deve se valer do recurso apropriado.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. EFEITOS INFRINGENTES. RECURSO DESPROVIDO.

I. O acórdão abordou todos os itens essenciais à resolução da controvérsia.

II. Fundamentou que a exceção de executividade, embora diga respeito efetivamente às garantias da ampla defesa e do contraditório, somente pode ser conhecida em caso de prova já constituída, o que não corresponde ao incidente de iniciativa de RTK Indústria, Comércio e Fundação Ltda.

III. Ponderou que a responsabilidade tributária da pessoa jurídica não pode ser desde já decidida, porquanto há indícios de que RTK Indústria, Comércio e Fundação Ltda. recebeu todo o patrimônio imobiliário de Nambei Indústria de Condutores Elétricos Ltda. e o deu em garantia de empréstimo de interesse da própria sociedade contribuinte, antes dos fatos geradores dos tributos.

IV. Considerou que o compartilhamento de ativos, aliado à unidade de gerência, caracteriza, a princípio, interesse comum, justificando por ora a solidariedade obrigacional e inviabilizando o exame definitivo da sujeição passiva tributária.

V. Deixou ainda de aplicar a regra de interpretação mais favorável ao acusado (artigo 112 do CTN), devido ao fato de que não se trata de responsabilidade tributária por infração, passível de penalidade.

VI. Explicou, por fim, que a solvência do devedor principal não impede a formação de solidariedade obrigacional e depende ainda de esclarecimentos, seja porque não se sabe a abrangência do patrimônio imobiliário recebido, seja porque a inexistência de pagamento ou garantia dos créditos constitui indício de incapacidade patrimonial.

VII. Observa-se, pelo relatório dos embargos e pela descrição dos fundamentos do julgamento colegiado, que RTK Indústria, Comércio e Fundação Ltda. pretende claramente rediscutir a solução dada à controvérsia, mediante o artifício da omissão, ultrapassando os limites do simples esclarecimento. Para esse propósito, deve se valer do recurso apropriado.

VIII. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5028425-63.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: GLORY GLOBAL SOLUTIONS (BRASIL) MAQUINAS E EQUIPAMENTOS LTDA.
Advogado do(a) AGRAVANTE: DIEGO LUIZ SILVA JOAQUIM - SP272060-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5028425-63.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: GLORY GLOBAL SOLUTIONS (BRASIL) MAQUINAS E EQUIPAMENTOS LTDA.
Advogado do(a) AGRAVANTE: DIEGO LUIZ SILVA JOAQUIM - SP272060-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos por Glory Global Solutions (Brasil) Máquinas e Equipamentos Ltda. contra decisão da Terceira Turma deste Tribunal que, por maioria, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator, vencida a Desembargadora Federal Mônica Nobre que lhe dava provimento, nos seguintes termos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. INGRESSO DE MERCADORIAS. DESEMBARAÇO ADUANEIRO. APREENSÃO. RECLASSIFICAÇÃO FISCAL. LIBERAÇÃO SEM CAUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.

1 No caso dos autos, a Receita Federal do Brasil determinou a reclassificação das mercadorias importadas Declaradas na DI nº 19/1283270-6.

2. Tem-se que a conferência aduaneira é necessária para averiguação da mercadoria importada a fim de evitar discrepâncias entre o quanto declarado e o quanto importado, sempre com vistas a evitar sonegação ou incongruências fiscais.

3. Tenha-se em vista que a retenção de mercadorias acarreta diversos danos ao fabricante, que, além de ver inviabilizada a sua atividade e giro, é obrigado a arcar com os custos de custódia e armazenamento decorrentes da retenção pela autoridade administrativa.

4. Contudo, a liberação das mercadorias em casos tais é possível, mas desde que condicionada à prestação de caução, nos termos da legislação de regência, notadamente artigo 51, parágrafos 1º e 2º, do DL 37/66 e artigo 571 do Regulamento Aduaneiro

5. Embora seja inviável a retenção de mercadorias para fins de pagamento de eventuais tributos, conforme verbete da Súmula 323 do Supremo Tribunal Federal, o caso concreto versa sobre apreensão para fiel consecução do procedimento aduaneiro, o que não revela, prima facie, ilegalidade.

6. Agravo de instrumento desprovido.

Narra a embargante vícios no julgado, notadamente contradição. Afirmar que, embora conste na decisão que o Julgador não possa fazer as vezes da autoridade administrativa quanto à correta classificação NCM, não realizou tal pedido. Salieta que a fundamentação, em grande parte favorável aos seus interesses, resultou em conclusão desfavorável. Assevera que suposto equívoco (ou divergência) na classificação fiscal não pode obstar a liberação da mercadoria sem a prestação de garantia, sendo legítima a retenção de mercadoria apenas em casos de indícios de infração aduaneira sujeita à pena de perdimento, o que não é o caso dos autos. Pugna seja sanada a contradição apontada, e ao fim, determinada a liberação da mercadoria sem prestação de garantia, assegurando-se o levantamento do depósito realizado na via administrativa.

É o relato do essencial. Cumpre decidir.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5028425-63.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: GLORY GLOBAL SOLUTIONS (BRASIL) MAQUINAS E EQUIPAMENTOS LTDA.

Advogado do(a) AGRAVANTE: DIEGO LUIZ SILVA JOAQUIM - SP272060-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A embargante busca, nitidamente, com a oposição dos embargos de declaração, a alteração do mérito da decisão.

Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1.022 do Código de Processo Civil vigente, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado.

O caráter infringente dos embargos somente é admitido a título excepcional, quando da eliminação da contradição ou da omissão decorrer, logicamente, a modificação do julgamento embargado.

Nesse sentido, colaciono abaixo precedentes desta E. Corte:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIO. INCONFORMISMO. PREQUESTIONAMENTO. VIA INADEQUADA. EMBARGOS REJEITADOS.

1. O cabimento dos embargos de declaração restringe-se às hipóteses em que o acórdão apresente obscuridade, contradição ou omissão.

2. Imprópria a via dos embargos declaratórios para o fim de rediscutir o mérito.

3. Ausentes os vícios do art. 535 do CPC a justificar o prequestionamento.

4. Embargos rejeitados.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC 0054223-83.2005.4.03.6182, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/03/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/03/2016)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIO NO JULGADO. PREQUESTIONAMENTO. EMBARGOS REJEITADOS.

1. *Devem ser rejeitados os embargos de declaração opostos contra acórdão proferido a salvo de omissão, contradição ou obscuridade.*

2. *É desnecessária a manifestação expressa do julgador acerca dos dispositivos legais e constitucionais tidos por violados, para fins de prequestionamento da matéria.*

3. *Ainda que os embargos tenham como propósito o prequestionamento da matéria, faz-se imprescindível, para o conhecimento do recurso, que se verifique a existência de quaisquer dos vícios descritos no art. 535 do Código de Processo Civil.*

4. *Embargos rejeitados.*

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0017356-61.2015.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, julgado em 03/03/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/03/2016)

DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. IMUNIDADE DE TAXAS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS DO ARTIGO 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PREQUESTIONAMENTO.

1. *Caso em que o v. acórdão, apreciou, de forma coerente, sem qualquer omissão, contradição ou obscuridade, todas as questões jurídicas invocadas e essenciais à resolução da causa, o que demonstra a improcedência dos embargos de declaração.*

2. *Não se justificam os embargos de declaração para efeito de prequestionamento, vez que o v. acórdão enfrentou as questões jurídicas definidoras da lide, não sendo necessária sequer a referência literal às normas respectivas para que seja situada a controvérsia no plano legal ou constitucional.*

3. *Rejeitar os embargos declaratórios.*

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, APELREEX 0035858-68.2011.4.03.6182, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 16/10/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:21/10/2014)

No caso concreto, embora o Julgador sopesse no voto as circunstâncias desfavoráveis à agravante em razão da retenção das mercadorias, constam no acórdão embargado, explicitamente, as razões que embasama conclusão quanto à impossibilidade de liberação das mercadorias sem a prestação de caução, conforme abaixo:

“Contudo, ao que consta nos autos, a divergência se deu tão somente no tocante ao enquadramento na NCM, estando congruentes as demais informações relativas aos produtos importados, tais como quantidade e descrição.

Não me parece, ao menos neste juízo liminar, perfunctório e de natureza sumária, que a agravante tenha buscado burlar a legislação de regência ou as regras aduaneiras correlatas.

Tenha-se em vista que a retenção de mercadorias acarreta diversos danos ao fabricante, que, além de ver inviabilizada a sua atividade e giro, é obrigado a arcar com os custos de custódia e armazenamento decorrentes da retenção pela autoridade administrativa.

Contudo, revendo posicionamento anterior, entendo que a liberação das mercadorias em casos tais é possível, mas desde que condicionada à prestação de caução, nos termos da legislação de regência, notadamente artigo 51, parágrafos 1º e 2º, do DL 37/66 e artigo 571 do Regulamento Aduaneiro, a saber:

(...)

Embora seja inviável a retenção de mercadorias para fins de pagamento de eventuais tributos, conforme verbete da Súmula 323 do Supremo Tribunal Federal, verbis, o caso concreto versa sobre apreensão para fiel consecução do procedimento aduaneiro, o que não revela, prima facie, ilegalidade”.

Assim, é de se salientar que em relação à respectiva decisão não há vício a ser reconhecido.

Tenha-se em vista que o juiz não está adstrito a examinar todas as normas legais trazidas pelas partes, bastando que, *in casu*, decline os fundamentos suficientes para lastrear sua decisão.

Das alegações trazidas nos embargos, salta evidente que não almeja a parte suprir vícios no julgado, buscando, em verdade, externar seu inconformismo com a solução adotada, que lhe foi desfavorável, pretendendo vê-la alterada. Não é esse, contudo, o escopo dos embargos declaratórios.

É a decisão, portanto, clara, tendo-se nela apreciado e decidido todas as matérias em relação às quais estava o julgador obrigado a pronunciar-se segundo seu convencimento.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É o voto.

(d)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. A embargante, busca, nitidamente, com a oposição dos embargos de declaração, a alteração do mérito da decisão.
2. No caso concreto, embora o Julgador sopesse no voto as circunstâncias desfavoráveis à agravante em razão da retenção das mercadorias, constam no acórdão embargado, explicitamente, as razões que embasam a conclusão quanto à impossibilidade de liberação das mercadorias sem a prestação de caução.
3. É a decisão, portanto, clara, tendo-se nela apreciado e decidido todas as matérias em relação às quais estava o julgador obrigado a pronunciar-se segundo seu convencimento.
4. Embargos de Declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL(199) Nº 5002462-54.2019.4.03.6143

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
PARTE AUTORA: ODAIR MOCIARO
Advogado do(a) PARTE AUTORA: ANDRE STERZO - SP288667-A
PARTE RÉ: CHEFE DO INSS LIMEIRA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5002462-54.2019.4.03.6143
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
PARTE AUTORA: ODAIR MOCIARO
Advogado do(a) PARTE AUTORA: ANDRE STERZO - SP288667-A
PARTE RÉ: CHEFE DO INSS LIMEIRA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por **Odair Mociaro** em face do Gerente Executivo do Instituto Nacional do Seguro Social de Limeira/SP, objetivando provimento jurisdicional que determine à autoridade coatora dar andamento ao processamento de seu recurso administrativo.

O MM. Juiz *a quo* concedeu a segurança para determinar que, no prazo de 30 dias, a autoridade coatora dê prosseguimento ao feito, enviando o recurso do impetrante à competente Junta de Recursos da Previdência Social (JRPS), sob pena de multa diária de R\$ 200,00 (duzentos reais) pelo atraso (ID 128034846).

Vieram os autos para o reexame necessário.

A Procuradoria Regional da República manifestou-se apenas pelo prosseguimento da demanda (ID 128720284).

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5002462-54.2019.4.03.6143
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
PARTE AUTORA: ODAIR MOCIARO
Advogado do(a) PARTE AUTORA: ANDRE STERZO - SP288667-A
PARTE RÉ: CHEFE DO INSS LIMEIRA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Trata-se de mandado de segurança impetrado com o fito de obter provimento jurisdicional que determine à autoridade coatora dar andamento ao processamento do recurso administrativo do impetrante.

Como é cediço, cabe à Administração Pública respeitar o princípio da razoável duração do processo, constante no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.

Nesse sentido, a Lei nº 9.784/1999 determina ao Poder Público o prazo de até 30 (trinta) dias, contados do momento em que concluída a instrução, para emitir decisão em processos administrativos de sua competência. *In verbis*:

"Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada".

O impetrante alega que protocolou recurso administrativo no dia 05.06.2019, em virtude do indeferimento do seu pedido de aposentadoria por tempo de contribuição, mas até a data da impetração do presente *mandamus* (19.09.2019), o recurso ainda não havia sequer sido cadastrado em nenhuma das Juntas de Recursos da Previdência Social.

A autarquia previdenciária, à vista disso, extrapolou os limites da razoabilidade em relação à demora no processamento do recurso administrativo do impetrante, além disso, não apresentou informações nos autos e tampouco apelou da concessão da segurança neste feito.

A respeito do tema, colhem-se os seguintes precedentes:

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO. ART. 5º, LXXVIII, DA CF. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSOS. TRASLADO DE PEÇAS. POSSIBILIDADE. CELERIDADE. ÔNUS DAS PARTES. ATUAÇÃO. RECURSO NÃO-CONHECIDO. 1. "A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" (art. 5º, LXXVIII, da CF). 2. Devem as partes colaborar no andamento do processo com o escopo de se chegar a um provimento jurisdicional final em tempo moderado. 3. Recurso não-conhecido". ..EMEN:(RESP 200701513930, ARNALDO ESTEVES LIMA, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:01/02/2010 ..DTPB:)

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ANÁLISE DE PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO. LEI Nº 9.784/99. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. 1 - Os artigos 48 e 49 da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estipulam o prazo de até 30 (trinta) dias, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada, para Administração explicitamente emitir decisão nos processos administrativos. 2 - A Administração Pública deve examinar e decidir os requerimentos que lhe sejam submetidos à apreciação, no prazo legal, sob pena de violação aos princípios da eficiência e da razoável duração do processo, conforme preceituam as Leis ns. 9.784/99 e 11.457/07, bem como os artigos 5º, inciso LXXVIII e 37, caput, da Constituição da República, que a todos assegura o direito à celeridade na tramitação dos procedimentos administrativos. 3 - Remessa oficial não provida". (REO 00097112820094036100, DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/12/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:)

"PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MOROSIDADE ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. [...] II - De acordo com os documentos juntados aos autos demonstram, de plano a delonga da Administração na verificação do preenchimento das exigências legais para o deferimento do pleito. Portanto, não há qualquer justificação plausível por parte da autoridade para a demora na análise do processo administrativo, em ofensa aos princípios constitucionais e administrativos da moralidade, eficiência, continuidade do serviço público e razoabilidade. III - Agravo legal não provido".(AMS 00218437820134036100, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/12/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:)

“DIREITO DE PETIÇÃO. OBTENÇÃO DE RESPOSTA. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ILEGALIDADE. 1. Assiste direito líquido e certo à impetrante, de receber uma resposta da Administração Pública, acerca do requerimento formulado. 2. Todas as pessoas, físicas e jurídicas, têm assegurado o direito de invocar o Poder Público, a fim de receber uma resposta acerca de uma determinada questão ou situação considerada abusiva ou contrária ao direito. 3. Cuida-se do direito de petição (art. 5º, XXXIV, "a", da CF), no qual se encontra, implícito, o direito de receber a respectiva resposta, dentro de prazo razoável (Princípio da Eficiência da Administração Pública - art. 37, caput, da CF). 4. Protocolado o pleito de restituição em 17/02/05 (cf. fls. 29), sem que o mesmo houvesse sido analisado até a data do ajuizamento deste mandado de segurança (em 06/07/05), resta configurada a omissão ilegal por parte da autoridade administrativa. 5. Ao tratar do dever de decidir, a Lei 9784/99, reguladora do processo administrativo no âmbito federal, fixa o prazo de 30 dias para tanto. 6. Correta a sentença ao fixar o prazo de 15 dias para conclusão do processo administrativo. 7. Apelação e remessa oficial improvidas”. (AMS - APELAÇÃO CÍVEL – 279903. TRF3. e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/09/2011 PÁGINA: 1229. 24/08/2011. JUIZ CONVOCADO LEONEL FERREIRA).

A r. sentença, portanto, deve ser mantida tal como lançada.

Diante do exposto, voto por **NEGAR PROVIMENTO** à remessa necessária.

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. PRAZO. LEI Nº 9.784/99. 30 DIAS. REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDA.

1. Cabe à administração pública respeitar o princípio da razoável duração do processo, constante no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.
2. A Lei n. 9.784/1999 determina à Administração Pública o prazo de até 30 (trinta) dias, contados do momento em que concluída a instrução, para emitir decisão em processos administrativos de sua competência.
3. Remessa necessária desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO à remessa necessária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5005533-60.2019.4.03.6112
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: GENIVALDO GERONIMO DE ANDRADE
Advogado do(a) APELADO: BRUNO DOS SANTOS SOBRAL - SP400875-N
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5005533-60.2019.4.03.6112
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: GENIVALDO GERONIMO DE ANDRADE
Advogado do(a) APELADO: BRUNO DOS SANTOS SOBRAL - SP400875-N
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por **Genivaldo Gerônimo de Andrade** em face do Chefe da Agência do Instituto Nacional do Seguro Social de Presidente Epitácio/SP, objetivando provimento jurisdicional que determine à autoridade coatora dar cumprimento às diligências solicitadas pela Junta de Recursos da Previdência Social, em recurso administrativo do impetrante.

O MM. Juiz *a quo* concedeu a segurança, deferindo a liminar, para o fim de determinar que a autoridade impetrada dê cumprimento, no prazo máximo de 15 dias consecutivos, à diligência requerida pela 27ª Junta de Recursos da Previdência Social do Conselho de Recursos do Seguro

Social, com o imediato envio das informações necessárias ao andamento do recurso do segurado. Consignou-se, ainda, que o prazo ora fixado deve ser suspenso no caso de a análise demandar providências a cargo do impetrante, voltando a correr pelo prazo restante após o seu cumprimento (ID 123950528).

O INSS apelou, sustentando, em síntese, que:

- a) os recursos públicos são finitos e a Administração precisa eleger prioridades de atuação, inclusive sendo necessário tempo para realizar as devidas adequações necessárias para garantir o desempenho satisfatório de suas atividades nas hipóteses de intercorrências que fogem do controle do gestor;
- b) o apelante sofreu as consequências de aposentadorias em massa de servidores públicos, porém os recursos são escassos para a resolução imediata dos problemas;
- c) atenta contra a separação dos poderes a imposição pelo Poder Judiciário de realização pelo INSS de análise de requerimento administrativo em 30 ou 45 dias, pois esta avaliação encontra-se na seara da reserva de administração, utilizando-se das ferramentas disponíveis ao Poder Público;
- d) garantir na via da tutela jurisdicional que o requerimento da parte impetrante seja apreciado em exíguo lapso temporal acarreta o tratamento díspar com aqueles cidadãos que aguardam o pronunciamento da autarquia previdenciária, constituindo uma verdadeira burla na fila cronológica de análise dos requerimentos;
- e) o artigo 49 da Lei n. 9.784/99 evidencia que o referido prazo de 30 dias não é o lapso temporal de que dispõe a Administração para iniciar e concluir o processo administrativo, mas sim de prazo concedido para decidir após a conclusão de toda instrução processual.

Com contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

A Procuradoria Regional da República, em parecer da lavra da Dra. Maria Cristiana Simões Amorim Ziouva, opinou pelo desprovimento da apelação (ID 128823338).

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5005533-60.2019.4.03.6112
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: GENIVALDO GERONIMO DE ANDRADE
Advogado do(a) APELADO: BRUNO DOS SANTOS SOBRAL - SP400875-N
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Trata-se de mandado de segurança impetrado com o fito de obter provimento jurisdicional que determine à autoridade coatora dar cumprimento às diligências solicitadas pela Junta de Recursos da Previdência Social, em recurso administrativo do impetrante.

Como é cediço, cabe à Administração Pública respeitar o princípio da razoável duração do processo, constante no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.

Nesse sentido, a Lei nº 9.784/1999 determina ao Poder Público o prazo de até 30 (trinta) dias, contados do momento em que concluída a instrução, para emitir decisão em processos administrativos de sua competência. *In verbis*:

"Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir; salvo prorrogação por igual período expressamente motivada".

O impetrante alega que protocolou requerimento de benefício previdenciário no dia 04.09.2018, o qual foi indeferido e ensejou a apresentação de recurso administrativo à Junta de Recursos da Previdência Social em 22.03.2019, que, por seu turno, converteu o julgamento em diligência, solicitando informações à autarquia previdenciária, em 22.07.2019, mas até a data da impetração do presente *mandamus* (04.10.2019), ainda não existia qualquer perspectiva de cumprimento das diligências por parte da autoridade coatora.

Não há dúvidas, deste modo, que a parte impetrada extrapolou os limites da razoabilidade, impossibilitando, assim, que o recurso administrativo do impetrante pudesse ter seu regular processamento.

A respeito do tema, colhem-se os seguintes precedentes:

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO. ART. 5º, LXXVIII, DA CF. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSOS. TRASLADO DE PEÇAS. POSSIBILIDADE. CELERIDADE. ÔNUS DAS PARTES. ATUAÇÃO. RECURSO NÃO-CONHECIDO. 1. "A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" (art. 5º, LXXVIII, da CF). 2. Devem as partes colaborar no andamento do processo com o escopo de se chegar a um provimento jurisdicional final em tempo moderado. 3. Recurso não-conhecido". ..EMEN:(RESP 200701513930, ARNALDO ESTEVES LIMA, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:01/02/2010 ..DTPB:.)

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ANÁLISE DE PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO. LEI Nº 9.784/99. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. 1 - Os artigos 48 e 49 da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estipulam o prazo de até 30 (trinta) dias, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada, para Administração explicitamente emitir decisão nos processos administrativos. 2 - A Administração Pública deve examinar e decidir os requerimentos que lhe sejam submetidos à apreciação, no prazo legal, sob pena de violação aos princípios da eficiência e da razoável duração do processo, conforme preceituam as Leis ns. 9.784/99 e 11.457/07, bem como os artigos 5º, inciso LXXVIII e 37, caput, da Constituição da República, que a todos assegura o direito à celeridade na tramitação dos procedimentos administrativos. 3 - Remessa oficial não provida". (REO 00097112820094036100, DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/12/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

"PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MOROSIDADE ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. [...] II - De acordo com os documentos juntados aos autos demonstram, de plano a delonga da Administração na verificação do preenchimento das exigências legais para o deferimento do pleito. Portanto, não há qualquer justificação plausível por parte da autoridade para a demora na análise do processo administrativo, em ofensa aos princípios constitucionais e administrativos da moralidade, eficiência, continuidade do serviço público e razoabilidade. III - Agravo legal não provido".(AMS 00218437820134036100, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/12/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

"DIREITO DE PETIÇÃO. OBTENÇÃO DE RESPOSTA. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ILEGALIDADE. 1. Assiste direito líquido e certo à impetrante, de receber uma resposta da Administração Pública, acerca do requerimento formulado. 2. Todas as pessoas, físicas e jurídicas, têm assegurado o direito de invocar o Poder Público, a fim de receber uma resposta acerca de uma determinada questão ou situação considerada abusiva ou contrária ao direito. 3. Cuida-se do direito de petição (art. 5º, XXXIV, "a", da CF), no qual se encontra, implícito, o direito de receber a respectiva resposta, dentro de prazo razoável (Princípio da Eficiência da Administração Pública - art. 37, caput, da CF). 4. Protocolado o pleito de restituição em 17/02/05 (cf. fls. 29), sem que o mesmo houvesse sido analisado até a data do ajuizamento deste mandado de segurança (em 06/07/05), resta configurada a omissão ilegal por parte da autoridade administrativa. 5. Ao tratar do dever de decidir, a Lei 9784/99, reguladora do processo administrativo no âmbito federal, fixa o prazo de 30 dias para tanto. 6. Correta a sentença ao fixar o prazo de 15 dias para conclusão do processo administrativo. 7. Apelação e remessa oficial improvidas". (AMS - APELAÇÃO CÍVEL – 279903. TRF3. e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/09/2011 PÁGINA: 1229. 24/08/2011. JUIZ CONVOCADO LEONEL FERREIRA).

Registre-se que a falta de estrutura administrativa, seja ela material ou pessoal, não pode ser usada como argumento que justifique a demora da prestação de um serviço público, quando ultrapassado prazo consideravelmente razoável.

A.r. sentença, portanto, deve ser mantida tal como lançada.

Diante do exposto, voto por **NEGAR PROVIMENTO** à apelação e à remessa necessária.

É como voto.

jucarval

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. PRAZO. LEI Nº 9.784/99. 30 DIAS. APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDAS.

1. Cabe à administração pública respeitar o princípio da razoável duração do processo, constante no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.
2. A Lei n. 9.784/1999 determina à Administração Pública o prazo de até 30 (trinta) dias, contados do momento em que concluída a instrução, para emitir decisão em processos administrativos de sua competência.
3. A falta de estrutura administrativa, seja ela material ou pessoal, não pode ser usada como argumento que justifique a demora da prestação de um serviço público, quando ultrapassado prazo consideravelmente razoável.
4. Apelação e remessa necessária desprovidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO à apelação e à remessa necessária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5024502-96.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: NICOLA CELANO
Advogado do(a) APELANTE: SERGIO EMIDIO DA SILVA - SP168584-A
APELADO: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVAVEIS
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5024502-96.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: NICOLA CELANO
Advogado do(a) APELANTE: SERGIO EMIDIO DA SILVA - SP168584-A
APELADO: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVAVEIS
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação, em ação de rito ordinário, ajuizada por **Nicola Celano** em face do **IBAMA**, com o objetivo de obter provimento jurisdicional que condene o réu a indenizá-lo por lucros cessantes a partir de 29.09.2009, data da autuação e apreensão indevida dos pássaros que criava, até a efetiva regularização de seu cadastro.

Na inicial, o autor alega ser criador comercial de fauna silvestre nativa e exótica, desde 26.11.2002, cadastrado pelo IBAMA sob nº 25.1848. Em 08.06.2009 não conseguiu obter o Certificado de Regularidade junto à autarquia federal por constar outra atividade em seu cadastro técnico federal (criador amadorista de passeriforme).

Infôrma que como não conseguiu solucionar a pendência administrativamente, em 25.09.2009 ajuizou a Ação Ordinária nº 0021436-14.2009.403.6100 objetivando a regularização de seu cadastro para expedição de Certificado de Regularidade. Todavia, apesar da propositura da ação, em 29.09.2009 o IBAMA emitiu dois autos de infração e apreendeu todas as aves de seu plantel, o que determinou a falência da atividade comercial.

Naquela demanda, o Juízo *a quo* julgou procedente o pedido para determinar a regularização do cadastro do autor na atividade de criação comercial de fauna silvestre nativa e exótica, anulando os autos de infração contra ele lavrados, além da devolução das aves apreendidas durante fiscalização do IBAMA, ou, na impossibilidade material da devolução, efetuar a indenização por animal correspondente ao valor atribuído a cada um deles nos próprios processos administrativos resultantes da apreensão.

Como os animais não foram devolvidos, a parte autora ajuizou a presente demanda, requerendo o pagamento dos lucros cessantes a partir das autuações e apreensões indevidas dos pássaros, até a efetiva regularização do cadastro técnico como Criador Comercial – Pessoa Física.

Na sentença, o Juízo *a quo* julgou improcedentes os pedidos, aduzindo que o IBAMA teria comprovado que todas as aves apreendidas foram destinadas ou vieram a óbito entre 2009 e 2010 (Id 15099233), não podendo, portanto, serem restituídas ao autor, sustentando, ainda, que a própria sentença proferida nos autos da Ação Ordinária nº 0021436-14.2009.403.6100 teria fixado que “na impossibilidade material da devolução, fica desde já fixada a indenização por animal correspondente ao valor atribuído a cada um deles nos próprios processos administrativos resultantes da apreensão”. Ademais, a paralisação da atividade em razão da conduta do Ibama que possibilitaria a fixação de lucros cessantes ocorreu da efetiva apreensão dos animais, em 2009 até 2010 (quando o Ibama comprovou que todas as aves foram destinadas ou vieram a óbito). Assim, considerando o ajuizamento da ação em 28.09.2018, teria ocorrido a prescrição, nos termos do art. 1º do Decreto nº 20.910/32 (Id 90626292, p. 1-4).

A parte autora apelou (Id 90626294, p. 1-9), sustentando, em síntese:

a) inoccorrência da prescrição, pois a discussão de mérito do processo nº 0021436-14.2009.403.6100, distribuída em 25.09.2009 interrompeu a prescrição;

b) a indenização em razão da não devolução das aves não se confunde com os lucros cessantes – o que aqui se discute é a arbitrariedade do IBAMA em apreender as aves que pertenciam ao plantel do apelante, bem como por criar obstáculo à regularidade de sua atividade de criador comercial;

c) os animais somente vieram a óbito após serem apreendidos pelo IBAMA – o estado de falência do apelante é por culpa exclusiva do IBAMA, que, de forma arbitrária e abusiva, destruiu a atividade do autor (criador comercial de fauna silvestre e exótica), gerando responsabilidade civil;

d) o dano emergente é o efetivo prejuízo experimentado pelo apelante, e os lucros cessantes, aquilo que o apelante deixou de lucrar por força do dano – o apelante teve prejuízos em razão de estar impedido de exercer sua atividade de criador comercial – o IBAMA não entregou as aves nem expediu o Certificado de Regularidade - cada fêmea do plantel produz dois filhotes por temporada, sendo três temporadas anuais – o apelante não pôde exercer sua atividade como criador no período compreendido entre os anos de 2009 a 2017;

e) cada ave do plantel que deixou de nascer deverá ser calculada pelo valor considerado por cada espécie no auto de infração aplicado pelo IBAMA, devendo referido valor ser apurado em liquidação de sentença;

f) os lucros cessantes são devidos a partir de 29.09.2009, data da autuação e apreensão indevida dos animais, até a efetiva regularização de seu cadastro técnico como Criador Comercial – Pessoa Física.

Comcontrarrazões (Id 90626298, p. 1-13), vieramos autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5024502-96.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: NICOLA CELANO
Advogado do(a) APELANTE: SERGIO EMIDIO DA SILVA - SP168584-A
APELADO: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVAVEIS
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

No caso dos autos, o autor alega ser criador comercial de fauna silvestre nativa e exótica, desde 26.11.2002, e por constar outra atividade em seu cadastro técnico federal, não conseguiu obter o certificado de regularidade junto ao IBAMA. Em 29.09.2009 o IBAMA emitiu dois autos de infração e apreendeu todas as aves de seu plantel, o que determinou a falência da atividade comercial.

Na Ação Ordinária nº 0021436-14.2009.403.6100, o Juízo *a quo* julgou procedente o pedido, para determinar a regularização do cadastro do autor na atividade de criação comercial de fauna silvestre nativa e exótica, anulando os autos de infração contra ele lavrados e a devolução, ao autor, das aves apreendidas durante fiscalização do IBAMA, ou, na impossibilidade material de tal devolução, efetuar a indenização por animal correspondente ao valor atribuído a cada um deles nos próprios processos administrativos resultantes da apreensão.

Entendendo que a indenização em razão da não devolução das aves não se confunde com os lucros cessantes devidos a partir de 29.09.2009, data da autuação e apreensão indevida dos animais, até a efetiva regularização de seu cadastro técnico como Criador Comercial – Pessoa Física, o autor, ora apelante, ajuizou a presente demanda.

Na sentença, assim decidiu o Juízo *a quo*, *verbis* (Id 90626292, p. 1-4):

“(…)

Compulsando os autos, verifica-se que o autor é criador de fauna silvestre nativa e exótica e teve seus animais apreendidos pelo Ibama em 29/09/2009, o que acarretou prejuízos consideráveis a sua atividade comercial.

Para se ver livre da suposta irregularidade alegada pelo Ibama, o autor ajuizou a ação nº 0021436-14.2009.403.6100, que tramita perante a 5ª Vara Federal Cível desta capital.

Esta ação foi julgada procedente em 05/10/2011 “para determinar ao Réu que proceda à regularização do cadastro do Autor na atividade de criação comercial de fauna silvestre nativa e exótica, nos termos requeridos na inicial. Tendo em vista que o deferimento da expedição do certificado de regularidade retira toda e qualquer legitimidade da conseqüente atuação de apreensão dos animais realizada no criadouro do Autor em 29.09.2009, em face de a regularidade ora reconhecida retirar os próprios motivos apontados naqueles autos de infração como sua própria fundamentação, maculando todo o processo administrativo formado a partir de então, anulo os autos de infração ns. 521765-D, 520947-D e 521769-D, que deram origem aos processos administrativos n. 020027.002446/2009-42 e 02027.002445/2009-06, bem como os autos de apreensão e depósito lavrados em consequência destes. Determino, assim, a devolução ao Autor dos animais apreendidos. Na impossibilidade material da devolução, fica desde já fixada a indenização por animal correspondente ao valor atribuído a cada um deles nos próprios processos administrativos resultantes da apreensão. Esclareço que não se trata, aqui, de julgamento que extrapole o que foi pedido na inicial. Simplesmente cabe ao juízo, além de analisar o pedido inicial, regular as situações fáticas decorrentes da decisão que alcançar no processo. Em reconhecendo a regularidade da atuação do Autor no momento da propositura da ação, é forçoso reconhecer a nulidade dos autos de infração posteriormente lavrados pela falta dessa regularidade e determinar as medidas necessárias para o retorno da situação fática à posição anterior. Fica ainda registrado que a determinação aqui contida não torna o Autor imune a fiscalizações posteriores, as quais terão possibilidade de analisar o cumprimento das normas ora vigentes. Ao ensejo, em vista da situação ora reconhecida nesta sentença e da fragilidade dos animais apreendidos, reconsidero a decisão de fls. 31, que indeferiu a antecipação dos efeitos da tutela, nessa parte, e determino ao IBAMA que proceda a entrega dos animais apreendidos ao Autor, no prazo máximo de 10 dias, no mesmo local de onde foram retirados. Fica facultado ao Autor o acompanhamento das diligências de localização e transporte dos animais. Condene o Réu no pagamento de honorários advocatícios que arbitro em R\$ 5.600,00 (cinco mil e seiscentos reais), nos termos do art. 20, do CPC. A eventual indenização pela não devolução de animais, que foi estipulada supra, poderá ser liquidada e pleiteada nestes próprios autos. P.R.I.” (ID 11222579).

Porém, os animais não foram devolvidos ao autor:

Em virtude disso, o autor requer, na presente demanda, o pagamento de lucros cessantes a partir de 29/09/2009, data da autuação e apreensão indevida dos pássaros até a efetiva regularização de seu cadastro técnico como Criador Comercial – Pessoa Física.

Como se sabe, lucros cessantes são prejuízos causados pela interrupção de qualquer das atividades de uma empresa ou de um profissional liberal, no qual o objeto de suas atividades é o lucro, e se mede pela extensão do dano, nos termos do artigo 944 do Código Civil.

Ao determinar o valor a ser indenizado por lucro cessante, o magistrado deve considerar apenas o que a parte prejudicada tenha deixado de perceber em razão do fato danoso.

Outro ponto a ser observado é a sua limitação temporal. Fala-se em lucros cessantes apenas pelo período em que a atividade permaneceu paralisada em decorrência do dano sofrido e do tempo necessário para a reestruturação.

De acordo com o STJ:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. SEGURO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. CAMINHÃO. SINISTRO. DEMORA EXCESSIVA PARA O PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO. LUCROS CESSANTES. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO. TERMO INICIAL. PRINCÍPIO DA ACTIONATA. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. *Agravo interno interposto contra decisão publicada na vigência do novo Código de Processo Civil, razão pela qual devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma nele prevista, nos termos do Enunciado Administrativo nº 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.*

2. *Esta Corte possui o pacífico entendimento de que, descumprindo a seguradora o contrato, causando danos adicionais ao segurado, que por isso fica impossibilitado de retomar suas atividades normais, são devidos lucros cessantes (REsp 593.196/RS, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, Quarta Turma, julgado em 4/12/2007, DJ 17/12/2007, p. 176).*

3. *É assente nesta Corte que o início do prazo prescricional, com base na teoria da actio nata, não se dá necessariamente quando da ocorrência da lesão, mas sim no momento em que o titular do direito subjetivo violado obtém plena ciência da ofensa e de sua extensão, o que, na hipótese, se deu com o trânsito em julgado da ação de indenização securitária, nos termos do art. 92 do CC/02.*

4. *Agravo interno não provido.*

(AgInt no REsp 1584442/MG, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/03/2019, DJe 20/03/2019)

Assim, com o trânsito em julgado da ação nº 0021436-14.2009.403.6100, o autor, por entender comprovada a ofensa ao seu direito, bem como a extensão do dano sofrido, ajuizou a presente demanda.

Não obstante, o Ibama comprovou, através do Informe Técnico nº 055/2011, de 26/10/2011, que todas as aves do Termo de Depósito e Guarda de Animais Apreendidos nº 065/09, foram destinados ou vieram a óbito entre 2009 e 2010 (ID 15099233).

Assim, antes mesmo da prolação da sentença nos autos nº 0021436-14.2009.403.6100, os animais apreendidos já não poderiam ser restituídos ao autor.

Dessa forma, não há que se falar em paralisação da atividade desde a apreensão dos animais em 2009 até 2017.

De acordo com o Código Civil:

Art. 952. Havendo usurpação ou esbulho do alheio, além da restituição da coisa, a indenização consistirá em pagar o valor das suas deteriorações e o devido a título de lucros cessantes; faltando a coisa, dever-se-á reembolsar o seu equivalente ao prejudicado.

A extensão exata do dano sofrido pelo autor é a perda de todos os pássaros. E tal valor está sendo executado na 5ª Vara Federal Cível, vez que a sentença fixou que “Na impossibilidade material da devolução, fica desde já fixada a indenização por animal correspondente ao valor atribuído a cada um deles nos próprios processos administrativos resultantes da apreensão”.

A paralisação da atividade em razão da conduta adotada pelo Ibama, que possibilitaria a fixação de lucros cessantes ocorreu, tão somente, da efetiva apreensão dos animais, em 2009, até 2010.

E tal período, considerando o ajuizamento da presente ação em 28/09/2018, já estaria prescrito, nos termos do artigo 1º do Decreto nº 20.910/32.

Ante o exposto, e por tudo mais que consta dos autos, resolvo o mérito nos termos do artigo 487, I, do Código de Processo Civil, e JULGO IMPROCEDENTES os pedidos que constam da exordial.

(...)

De fato, a sentença está devidamente fundamentada e não merece reparos.

A ação que busca reparação de danos causados pela imposição da conduta do IBAMA está sujeita à prescrição quinquenal, nos termos do art. 1º do Decreto 20.910/32, que dispõe que “*todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza, prescreve em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem*”.

Tendo em vista que a presente ação foi proposta em 28.09.2018, encontra-se configurada a prescrição, pois decorridos mais de cinco anos da apreensão das aves, uma vez que o Ibama comprovou, por meio do Informe Técnico nº 055/2011, de 26/10/2011, que todas as aves do Termo de Depósito e Guarda de Animais Apreendidos nº 065/09, foram destinados ou vieram a óbito entre 2009 e 2010 (ID 15099233).

Ademais, para o estabelecimento de indenização por lucros cessantes, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça exige comprovação objetiva de que os lucros seriam realizados sem a interferência do evento danoso, não podendo estar lastreada apenas em mera probabilidade de lucros ou conjecturas sobre o futuro.

Com efeito, a mera alegação desacompanhada de prova não se presta para gerar a indenização por lucros cessantes, nos termos do art. 373, I, do Código de Processo Civil, sendo indispensável a comprovação objetiva nos autos.

Nesse sentido, *verbis*:

“RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. LITERALIDADE DA LEI. VIOLAÇÃO. CONTRATO BANCÁRIO. AÇÃO REVISIONAL CUMULADA COM PEDIDO DE REPARAÇÃO CIVIL. LUCROS CESSANTES. POSTULADO DA RAZOABILIDADE. ART. 402 E 403 DO CÓDIGO CIVIL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. NECESSIDADE. CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL. JUROS. CAPITALIZAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. Ação rescisória visando à rescisão de acórdão proferido em ação revisional de contrato de mútuo cumulada com pedido de indenização por perdas e danos em decorrência do atraso na liberação de algumas parcelas do financiamento.

2. A ação rescisória fundada em erro de fato pressupõe que a decisão tenha admitido um fato inexistente ou tenha considerado inexistente um fato efetivamente ocorrido, mas, em quaisquer dos casos, é indispensável que não tenha havido controvérsia nem pronunciamento judicial sobre ele (art. 966, § 1º, do CPC/2015).

3. A violação de literal disposição de lei que autoriza o ajuizamento de ação rescisória é aquela que enseja flagrante transgressão do "direito em tese".

4. A configuração dos lucros cessantes exige mais do que a simples possibilidade de realização do lucro, requer probabilidade objetiva e circunstâncias concretas de que estes teriam se verificado sem a interferência do evento danoso.

5. Reconhecimento dos lucros cessantes fundado em referências genéricas ao laudo pericial, sem a necessária demonstração da relação de interdependência entre os dados colhidos na perícia e o dano supostamente advindo do atraso no repasse dos recursos financeiros.

6. Hipótese em que as respostas do expert, devidamente transcritas no acórdão recorrido, além da imprecisão resultante da reiterada utilização do adjetivo "provável", servem apenas para a comprovação de que houve atraso no repasse de algumas parcelas do financiamento, fato sobre o qual não há nenhuma controvérsia, valendo, ainda, para sustentar a mera probabilidade de que essa mora tenha contribuído para o atraso na implantação do empreendimento.

7. Não se pode conceber que o reconhecimento da existência de lucros cessantes no importe de R\$ 1.919.182,23 (um milhão, novecentos e dezenove mil, cento e oitenta e dois reais e vinte e três centavos), em valores de fevereiro de 2002, não esteja apoiado em fundamentos sólidos, notadamente na hipótese em que o empreendimento ainda estava em fase de implantação, ou seja, ainda não havia iniciado seu estágio produtivo.

8. Não pode subsistir a condenação ao pagamento de lucros cessantes baseada em meras conjecturas e sem fundamentação concreta, dada a flagrante ofensa à literalidade dos arts. 93, IX, da CF/1988, 458, II, do CPC/1973 e 402 e 403 do Código Civil.

9. Desde que não seja considerada abusiva, é válida a capitalização dos juros nas cédulas de crédito industrial, mesmo em se tratando de contrato de adesão submetido às normas do Código de Defesa do Consumidor, nos termos da Súmula nº 93/STJ.

10. Recurso especial provido.

(REsp 1.655.090; Rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA; Julgado 04.04.2017; DJe 10.04.2017)

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** à apelação, nos termos da fundamentação.

É como voto.

EMENTA

PROCESSO CIVIL ADMINISTRATIVO. IBAMA. LUCROS CESSANTES. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL DA PRETENSÃO. DECRETO 20.910/32. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO OBJETIVA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. A ação que busca reparação de danos causados pela imposição da conduta do IBAMA está sujeita à prescrição quinquenal, nos termos do art. 1º do Decreto 20.910/32, que dispõe que “*todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza, prescreve em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem*”. Tendo em vista que a presente ação foi proposta em 28.09.2018, encontra-se configurada a prescrição, pois decorridos mais de cinco anos da apreensão das aves, de 2009 a 2010. Precedentes.

2. Ademais, para o estabelecimento de indenização por lucros cessantes, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça exige comprovação objetiva de que os lucros seriam realizados sem a interferência do evento danoso, não podendo estar lastreada apenas em mera probabilidade de lucros ou conjecturas sobre o futuro. A mera alegação desacompanhada de prova não se presta para gerar a indenização por lucros cessantes, nos termos do art. 373, I, do Código de Processo Civil, sendo indispensável a comprovação objetiva nos autos.

3. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO à DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 23/06/2020 735/4253

apelação, nos termos da fundamentação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5006363-07.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: MANOEL PESSOA DE ARAUJO
Advogado do(a) APELADO: VIVIANE CABRAL DOS SANTOS - SP365845-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5006363-07.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: MANOEL PESSOA DE ARAUJO
Advogado do(a) APELADO: VIVIANE CABRAL DOS SANTOS - SP365845-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por **Manoel Pessoa de Araújo** em face do Chefe da Agência do Instituto Nacional do Seguro Social de São Paulo/Leste, objetivando provimento jurisdicional que determine à autoridade coatora proceder à análise do seu requerimento de benefício assistencial ao idoso.

A liminar foi deferida a fim de que seja dado o regular processamento ao processo administrativo protocolizado sob o nº 102375885, em 30 (trinta) dias (ID 123378007).

A MM. Juíza *a quo* concedeu a segurança, confirmando a liminar anteriormente deferida (ID 123378021).

O INSS apelou, sustentando, em síntese, que:

- a) os recursos públicos são finitos e a Administração precisa eleger prioridades de atuação, inclusive sendo necessário tempo para realizar as devidas adequações necessárias para garantir o desempenho satisfatório de suas atividades nas hipóteses de intercorrências que fogem do controle do gestor;
- b) o apelante sofreu as consequências de aposentadorias em massa de servidores públicos, porém os recursos são escassos para a resolução imediata dos problemas;
- c) atenta contra a separação dos poderes a imposição pelo Poder Judiciário de realização pelo INSS de análise de requerimento administrativo em 30 ou 45 dias, pois esta avaliação encontra-se na seara da reserva de administração, utilizando-se das ferramentas disponíveis ao Poder Público;
- d) garantir na via da tutela jurisdicional que o requerimento da parte impetrante seja apreciado em exíguo lapso temporal acarreta o tratamento dispar com aqueles cidadãos que aguardam o pronunciamento da autarquia previdenciária, constituindo uma verdadeira burla na fila cronológica de análise dos requerimentos;
- e) o artigo 49 da Lei n. 9.784/99 evidencia que o referido prazo de 30 dias não é o lapso temporal de que dispõe a Administração para iniciar e concluir o processo administrativo, mas sim de prazo concedido para decidir após a conclusão de toda instrução processual.

Sem contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

A Procuradoria Regional da República, em parecer da lavra do Dr. Paulo Thadeu Gomes da Silva, opinou pelo desprovimento da apelação e da remessa necessária (ID 128813201).

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5006363-07.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: MANOEL PESSOA DE ARAUJO
Advogado do(a) APELADO: VIVIANE CABRAL DOS SANTOS - SP365845-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Trata-se de mandado de segurança impetrado com o fito de obter provimento jurisdicional que determine à autoridade coatora concluir a análise do requerimento de benefício assistencial ao idoso.

Como é cediço, cabe à Administração Pública respeitar o princípio da razoável duração do processo, constante no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.

Nesse sentido, a Lei nº 9.784/1999 determina ao Poder Público o prazo de até 30 (trinta) dias, contados do momento em que concluída a instrução, para emitir decisão em processos administrativos de sua competência. *In verbis:*

"Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir; salvo prorrogação por igual período expressamente motivada".

O impetrante alega que protocolou requerimento de benefício previdenciário no dia 10.01.2019, mas até a data da impetração do presente *mandamus* (29.05.2019), ainda não existia qualquer perspectiva de decisão por parte da autoridade coatora.

Não há dúvidas, deste modo, que a autarquia previdenciária extrapolou os limites da razoabilidade, vindo a dar andamento ao pedido de concessão do benefício somente após o deferimento da liminar (ID 123378015).

A respeito do tema, colhem-se os seguintes precedentes:

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO. ART. 5º, LXXVIII, DA CF. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSOS. TRASLADO DE PEÇAS. POSSIBILIDADE. CELERIDADE. ÔNUS DAS PARTES. ATUAÇÃO. RECURSO NÃO-CONHECIDO. 1. "A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" (art. 5º, LXXVIII, da CF). 2. Devem as partes colaborar no andamento do processo com o escopo de se chegar a um provimento jurisdicional final em tempo moderado. 3. Recurso não-conhecido". ..EMEN:(RESP 200701513930, ARNALDO ESTEVES LIMA, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:01/02/2010 ..DTPB:.)

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ANÁLISE DE PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO. LEI Nº 9.784/99. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. 1 - Os artigos 48 e 49 da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estipulam o prazo de até 30 (trinta) dias, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada, para Administração explicitamente emitir decisão nos processos administrativos. 2 - A Administração Pública deve examinar e decidir os requerimentos que lhe sejam submetidos à apreciação, no prazo legal, sob pena de violação aos princípios da eficiência e da razoável duração do processo, conforme preceituam as Leis ns. 9.784/99 e 11.457/07, bem como os artigos 5º, inciso LXXVIII e 37, caput, da Constituição da República, que a todos assegura o direito à celeridade na tramitação dos procedimentos administrativos. 3 - Remessa oficial não provida". (REO 00097112820094036100, DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/12/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

"PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MOROSIDADE ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. [...] II - De acordo com os documentos juntados aos autos demonstram, de plano a delonga da Administração na verificação do preenchimento das exigências legais para o deferimento do pleito. Portanto, não há qualquer justificação plausível por parte da autoridade para a demora na análise do processo administrativo, em ofensa aos princípios constitucionais e administrativos da moralidade, eficiência, continuidade do serviço público e razoabilidade. III - Agravo legal não provido".(AMS 00218437820134036100, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/12/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

"DIREITO DE PETIÇÃO. OBTENÇÃO DE RESPOSTA. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ILEGALIDADE. 1. Assiste direito líquido e certo à impetrante, de receber uma resposta da Administração Pública, acerca do requerimento formulado. 2. Todas as pessoas, físicas e jurídicas, têm assegurado o direito de invocar o Poder Público, a fim de receber uma resposta acerca de uma determinada questão ou situação considerada abusiva ou contrária ao direito. 3. Cuida-se do direito de petição (art. 5º, XXXIV, "a", da CF), no qual se encontra, implícito, o direito de receber a respectiva resposta, dentro de prazo razoável (Princípio da Eficiência da Administração Pública - art. 37, caput, da CF). 4. Protocolado o pleito de restituição em 17/02/05 (cf. fls. 29), sem que o mesmo houvesse sido analisado até a data do ajuizamento deste mandado de segurança (em 06/07/05), resta configurada a omissão ilegal por parte da autoridade administrativa. 5. Ao tratar do dever de decidir, a Lei 9784/99, reguladora do processo administrativo no âmbito federal, fixa o prazo de 30 dias para tanto. 6. Correta a sentença ao fixar o prazo de 15 dias para conclusão do processo administrativo. 7. Apelação e remessa oficial improvidas". (AMS - APELAÇÃO CÍVEL – 279903. TRF3. e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/09/2011 PÁGINA: 1229. 24/08/2011. JUIZ CONVOCADO LEONEL FERREIRA).

Registre-se que a falta de estrutura administrativa, seja ela material ou pessoal, não pode ser usada como argumento que justifique a demora da prestação de um serviço público, quando ultrapassado prazo consideravelmente razoável.

A.r. sentença, portanto, deve ser mantida tal como lançada.

Diante do exposto, voto por **NEGAR PROVIMENTO** à apelação e à remessa necessária.

É como voto.

jucarval

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. PRAZO. LEI Nº 9.784/99. 30 DIAS. APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDAS.

1. Cabe à administração pública respeitar o princípio da razoável duração do processo, constante no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.

2. A Lei n. 9.784/1999 determina à Administração Pública o prazo de até 30 (trinta) dias, contados do momento em que concluída a instrução, para emitir decisão em processos administrativos de sua competência.

3. A falta de estrutura administrativa, seja ela material ou pessoal, não pode ser usada como argumento que justifique a demora da prestação de um serviço público, quando ultrapassado prazo consideravelmente razoável.

4. Apelação e remessa necessária desprovidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO à apelação e à remessa necessária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5010152-02.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: GRECO, RODRIGUES E VIZENTIM ADVOGADOS ASSOCIADOS

Advogado do(a) AGRAVADO: PAULO AUGUSTO GRECO - SP119729-A

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento com pedido de antecipação de tutela recursal, frente ao decidido na origem, relativamente à prorrogação de datas de vencimento de tributos federais, durante o estado de calamidade pública, nos termos do artigo 1º da Portaria MF 12/2012.

Consta dos autos a superveniência de sentença homologatória da desistência do processo de origem (ID 134702269).

DECIDO.

Diante da extinção do feito de origem sem julgamento de mérito, por desistência da ação, nítida a superveniente perda de interesse em processar e julgar o agravo de instrumento, tendo em vista não mais subsistir a utilidade do recurso para a reforma da medida liminar deferida em primeiro grau.

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

Publique-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

Desembargador Federal CARLOS MUTA

Relator

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0000736-82.2017.4.03.6117

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: PASTORI E CIA TRANSPORTES LTDA.
Advogados do(a) APELADO: FLAVIO EUSEBIO VACARI - SP201938-A, JOAO JOEL VENDRAMINI JUNIOR - SP201408-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 0000736-82.2017.4.03.6117
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: PASTORI E CIA TRANSPORTES LTDA.
Advogados do(a) APELADO: FLAVIO EUSEBIO VACARI - SP201938-A, JOAO JOEL VENDRAMINI JUNIOR - SP201408-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa necessária e recurso de apelação interposto pela União em face de sentença prolatada nos autos da ação declaratória ajuizada por **Pastori e Cia Transportes Ltda**, objetivando a exclusão do ICMS incidente sobre a base de cálculo do PIS e da COFINS, além do direito à restituição dos valores recolhidos, corrigidos pela Selic, no período dos cinco anos que antecedem a propositura da ação.

Na sentença (Id 80033889, p. 135-146), o Juízo *a quo* julgou procedente o pedido, declarando a não-incidência do ICMS incidente sobre a base de cálculo do PIS/COFINS, reconhecendo o direito à restituição, por meio da compensação, dos valores indevidamente recolhidos a tal título nos últimos cinco anos contados do ajuizamento da ação, corrigidos pela Selic, após o trânsito em julgado, nos termos do art. 170-A do CTN.

Apelou a União (Id 80033889, p. 149-163), requerendo a suspensão do feito até que o Supremo Tribunal Federal conclua o julgamento do RE 574.576, sustentando, no mérito, a constitucionalidade/legalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que o ICMS efetivamente integra a receita bruta operacional, aduzindo, subsidiariamente, a necessidade de observância do art. 170-A para processamento da compensação.

Com contrarrazões da parte apelada (Id 80033889, p. 185-194), vieramos autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 0000736-82.2017.4.03.6117
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: PASTORIE CIA TRANSPORTES LTDA.
Advogados do(a) APELADO: FLAVIO EUSEBIO VACARI - SP201938-A, JOAO JOEL VENDRAMINI JUNIOR - SP201408-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

Na espécie, recente jurisprudência do STF reitera o entendimento acerca da aplicação imediata do artigo 1.040 do Código de Processo Civil e julgamento do feito, independentemente do trânsito em julgado do acórdão paradigma, *verbis*:

*"RECURSO EXTRAORDINÁRIO - TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SUBSTITUTIVA - BASE DE CÁLCULO - NÃO INCLUSÃO DO VALOR RELATIVO AO ICMS - ENTENDIMENTO FIRMADO COM BASE EM ORIENTAÇÃO QUE O PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PROCLAMOU NA APRECIÇÃO DO RE 574.706-RG/PR - **POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO IMEDIATO PELO RELATOR DE IDÊNTICA CONTROVÉRSIA INDEPENDENTEMENTE DA PUBLICAÇÃO OU DO TRÂNSITO EM JULGADO DO ACÓRDÃO PROFERIDO NO "LEADING CASE"** - SUCUMBÊNCIA RECURSAL (CPC, ART. 85, § 11) - NÃO DECRETAÇÃO, NO CASO, ANTE A INADMISSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO EM VERBA HONORÁRIA, POR TRATAR-SE DE PROCESSO DE MANDADO DE SEGURANÇA (SÚMULA 512/STF E LEI Nº 12.016/2009, ART. 25) - AGRAVO INTERNO IMPROVIDO."*

(RE 1089337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 27/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-093 DIVULG 14-05-2018 PUBLIC 15-05-2018) g.n.

*"COFINS E PIS - BASE DE CÁLCULO - ICMS - EXCLUSÃO. O Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços - ICMS não compõe a base de incidência do PIS e da COFINS. Precedentes: recurso extraordinário 240.785/MG, relator ministro Marco Aurélio, Pleno, acórdão publicado no Diário da Justiça de 8 de outubro de 2014 e recurso extraordinário nº 574.706/PR, julgado sob o ângulo da repercussão geral, relatora ministra Cármen Lúcia, Pleno, acórdão veiculado no Diário da Justiça de 2 de outubro de 2017. REPERCUSSÃO GERAL - ACÓRDÃO - PUBLICAÇÃO - EFEITOS - ARTIGO 1.040 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. **A sistemática prevista no artigo 1.040 do Código de Processo Civil sinaliza, a partir da publicação do acórdão paradigma, a observância do entendimento do Plenário, formalizado sob o ângulo da repercussão geral.**"*

(AI 523706 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 10/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-109 DIVULG 01-06-2018 PUBLIC 04-06-2018) g.n.

Assim, a ausência de trânsito em julgado ou eventual possibilidade de modulação dos efeitos da decisão não impede que o entendimento seja desde logo adotado, conforme precedentes.

No mérito, a sentença deve ser mantida.

Em sessão plenária do dia 15.03.2017 foi julgado o RE nº 574.706/RG, que trata do tema atinente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a sistemática da repercussão geral (artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973), que constou com a seguinte decisão:

"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017."

(RE 574706 RG, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 15/03/2017, DJe-053 DIVULG 17-03-2017 PUBLIC 20-03-2017)

Em 29.09.2017 foi disponibilizada a ementa do referido acórdão:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta Terceira Turma.

Ademais, a questão não carece de maiores debates, visto que a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça reconheceram a exclusão da parcela relativa ao ICMS, da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, *verbis*:

"TRIBUTO - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da COFINS, porque estranho ao conceito de faturamento."

(RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituindo receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido."

(AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 07/04/2015)

Cumprasseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

A exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS e do PIS decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

Assim, a falta de definitividade da entrada de valores a título de ICMS no caixa da pessoa jurídica caracteriza a ausência da natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, que, repita-se, tem natureza de receita para o Estado-membro.

Ademais, o termo "faturamento" deve ser conceituado no sentido técnico consagrado pela jurisprudência e pela doutrina.

Ainda, o ICMS é imposto indireto no qual o ônus financeiro é transferido para o consumidor final, tornando-se este o contribuinte de fato da exação. Assim, o sujeito passivo do tributo - aquele que realiza a operação de circulação de mercadorias - apenas tem o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, qual seja, o Estado-membro ou o Distrito Federal, mostrando-se, incontestavelmente, despido da natureza jurídica de receita para o sujeito passivo.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, *verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ICMS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Encontra-se, atualmente, consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme constou do Boletim de Notícias do Supremo Tribunal Federal nº 762 de 06 a 11 de Outubro de 2014 (RE 240.785-2/MG).

2. Embargos infringentes desprovidos."

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI 0000266-78.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 04/11/2014, e-DJF3: 13/11/2014)

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS e DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3: 11/04/2014)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DUPLO AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. VALIDADE. APROVEITAMENTO DO TÍTULO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.

2. A orientação no plano constitucional, a partir do precedente citado, foi adotada, recentemente, no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94, conforme AgrRg no ARES 593.627, Rel. p/acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 07/04/2015.

3. Embora cabível excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, não se reconhece a nulidade da execução fiscal, que deve prosseguir pelo saldo efetivamente devido, não se cogitando, de extinção da execução fiscal, na conformidade da jurisprudência consolidada.

4. Agravos inominados desprovidos."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0030027-53.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/05/2015, e-DJF3: 28/05/2015)

Considerando o julgamento do RE nº 240.785-2, que declarou inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, o advento da Lei nº 12.973/2014 emendada altera o entendimento proferido pela Suprema Corte.

Com efeito, a superveniência da Lei, modificando o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, e, respeitando-se a prescrição quinquenal, é direito da parte autora a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio da restituição, por precatórios, nos termos do art. 100, da Constituição Federal, ou por compensação, conforme os termos delineados a seguir.

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, visto a data que a presente ação foi ajuizada e, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, *verbis*:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

5. Consectariamente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.

7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.

13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor; nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."

14. Consequentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF). (Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010).

Conforme a jurisprudência acima colacionada e, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

Cumpra ressaltar que a compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior, *verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO INEXISTENTE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. COMPENSAÇÃO. TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA. ART. 26 DA LEI N. 11.457/07. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nos termos da jurisprudência do STJ, é impossível a compensação de créditos tributários administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal com débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (contribuições sociais previstas nas alíneas 'a', 'b' e 'c' do parágrafo único do art. 11 da Lei n. 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida pelo art. 26 da Lei n. 11.457/07. Precedentes. Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1469537/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 24/10/2014)

Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, *verbis*:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4º 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.

4. A Tabela Única a prova da pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação /repetição de indébito, quais sejam: (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDcl no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. O prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/05 (09.06.2005), nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.") (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: RESP 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009).

7. Outrossim, o artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater; um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

8. Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010)

Finalmente, o termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior, *verbis*:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNBEN. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL. APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.250/95. DESDE O RECOLHIMENTO INDEVIDO. SÚMULA 83/STJ

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nas ações de restituição de tributos federais, antes do advento da Lei 9.250/95, incide a correção monetária desde o pagamento indevido (no caso, no momento da indevida retenção do IR) até a restituição ou a compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros moratórios a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), na forma do art. 167, parágrafo único, do CTN.

3. Ocorre que, com o advento do referido diploma, passou-se a incidir a Taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou a partir de 1º de janeiro de 1996 (caso o recolhimento tenha ocorrido antes dessa data).

Agravo regimental improvido."

(AgRg no AgRg no AREsp 536.348/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014)

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** à remessa necessária e à apelação da União, nos termos da fundamentação.

É como voto

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. REPETIÇÃO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO DA UNIÃO DESPROVIDAS.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontrar inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse Tribunal Regional Federal da 3ª Região.
2. A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, uma vez que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.
3. A superveniência da Lei nº 12.973/2014, que alargou o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.
4. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e respeitando-se a prescrição quinquenal, é assegurada à parte autora a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio de restituição por precatórios, nos termos do art. 100, da Constituição Federal, ou por compensação.
5. A compensação dos valores recolhidos indevidamente, deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, visto a data que a presente *demand*a foi ajuizada.
6. É necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.
7. A compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior.
8. É aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil.
9. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior,
10. Remessa necessária e apelação da União desprovidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO à remessa necessária e à apelação da União, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000236-59.2017.4.03.6139

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MINERACAO ITAPEVA LTDA

Advogados do(a) APELADO: THIAGO MANUEL - SP381778-A, EDUARDO VENDRAMINI MARTHA DE OLIVEIRA - SP331314-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000236-59.2017.4.03.6139

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MINERACAO ITAPEVA LTDA

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração em face de acórdão assim ementado:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. INDÉBITO FISCAL.

1. Preliminarmente, cabe destacar que compete ao próprio contribuinte, perante a autoridade administrativa, fazer prova da integralidade dos depósitos efetuados e da cópia da sentença concessiva da segurança, para fins de suspender a exigibilidade do crédito tributário, em relação à parcelas vencidas e vincenda, respectivamente.

2. Ainda antes do mérito, cabe rejeitar o pedido de suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior, o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior.

*3. No mérito, a questão da inclusão de **imposto** na base de cálculo do PIS/COFINS com vulneração da matriz constitucional que prevê a respectiva incidência sobre faturamento ou receita na dicção atualizado do artigo 195, I, b, da Constituição Federal, foi resolvida, pela Suprema Corte no RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS. A definição da base de cálculo do PIS/COFINS é matéria constitucional, não cabendo invocar orientação no plano do direito federal para afastar o juízo de inconstitucionalidade, menos ainda quando já vencida (Súmulas 68 e 94/STJ) no âmbito da respectiva Corte Superior. Ademais, o pronunciamento da Suprema Corte, sobretudo em repercussão geral, tem função primordial na tarefa de garantir segurança jurídica, estabilidade, integridade e coerência na aplicação do direito à luz da Constituição, a ser buscada por todos os órgãos do Poder Judiciário (artigos 926 e 927, III, CPC).*

4. A pretensão em causa não envolve a dedução de parcela legalmente prevista, daí porque impertinente o argumento de que é taxativo o rol de exclusões constante do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 - com as alterações da Lei 12.973/2014, cujo advento, conforme já decidiu esta Corte, "não promoveu modificação legislativa relevante para a espécie, na medida em que não alterou o conceito da base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS" (EI 0029413-91.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 17/11/2017) - e § 3º dos artigos 1º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003. A tese do contribuinte é a de que a inclusão do imposto na base de cálculo de tais contribuições viola incidência constitucionalmente delimitada, exigindo, assim, decisão judicial no sentido de definir a base de cálculo compatível com o parâmetro constitucional.

5. Quanto ao disposto no § 6º do artigo 150 da Constituição Federal, é inquestionável que serve de norma-parâmetro para a delimitação da atuação funcional do legislador e administrador; alertando que cabe somente ao Parlamento, não ao Executivo, definir, em caráter normativo, geral e abstrato, por exemplo, "redução de base de cálculo". Tal norma e, na mesma linha, ainda o artigo 97, VI, do Código Tributário Nacional, não excluem, por evidente, a competência constitucional do Judiciário de declarar inconstitucionalidade da lei, no que fixada incidência ou não prevista exclusão exigida à luz do parâmetro constitucional, única leitura constitucional possível para que seja respeitada a própria cláusula pétrea da separação dos Poderes, consagrada nos artigos 2º e 60, §4º, III, da Constituição Federal.

6. A regra de interpretação legal das normas tributárias (artigo 111, I, CTN) tem atuação adstrita ao campo do direito infraconstitucional. Não pode ser levada em consideração no controle de constitucionalidade para efeito de coibir a função de interpretação da Constituição Federal dada e conferida ao Poder Judiciário. o que cabe prestigiar no regime de Estado de Direito é a lição de que se deve interpretar a lei segundo a Constituição e, não, a Constituição segundo a lei.

7. A alegação de que o cálculo do PIS/COFINS com exclusão do imposto destinado ao erário contradiz a incidência, reconhecidamente válida, sobre outros custos, encargos ou despesas destinados a terceiros (como, por exemplo: empregados, companhia de energia elétrica, FGTS, fornecedores, empresas contratadas para prestação de serviços, entes estatais) não é verdadeira nem aceitável, sem análise da natureza jurídica de cada parcela discutida na formação da base de cálculo de tais contribuições. Por ora, o que assentou, suficientemente, a Suprema Corte para o exame do caso foi a inexigibilidade de imposto integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, seja o ICMS, seja o próprio ISS, quanto a este em juízo derivado diretamente da mesma lógica de fundamentação constitucional, conforme já exposto.

8. O aspecto relevante da controvérsia, excepcionalmente levantado no caso pela própria PFN, ao apontar a falta de interesse de agir do contribuinte, diz respeito ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS diante da divergência estabelecida entre as vertentes que primam, de um lado, pelo valor do imposto destacado nas notas fiscais e, de outro, pelo valor do imposto a ser efetivamente pago pelo contribuinte, dentro do regime de não cumulatividade. É importante frisar, de toda sorte, que tal ponto, ainda que não tenha ou tivesse sido discutido na inicial nem decidido na sentença ou veiculado na apelação, não impediria o pronunciamento da Corte, por se tratar, justamente, de controvérsia insita ao próprio mérito, qual seja, a definição do que constitui o indébito fiscal e, neste sentido, matéria que deve ser resolvida na fase cognitiva e não em liquidação de sentença, inexistindo, portanto, mesmo quando nada tenha ou tivesse sido alegado ou decidido, vício de julgamento extra ou ultra petita, ou contrariedade ao princípio da congruência ou da adstrição. Tanto é assim que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido em razão do regime de não cumulatividade do imposto. Logo, não importa ao exame do mérito a juntada de documentos fiscais ou mercantis para demonstração do ICMS a ser pago pelo contribuinte, bastando para o presente julgamento a prova, tão-somente, de que o contribuinte, sujeito ao PIS/COFINS, recolheu valores com inclusão do ICMS nas bases de cálculo, ficando relegada à fase de liquidação e cumprimento a apuração do quantum debeat a partir de valores destacados em notas fiscais e incluídos na tributação federal.

9. Reconhecido o indébito fiscal, na forma acima especificada, os critérios para exercício do direito à compensação, na via administrativa mediante procedimento específico, inclusive com a própria comprovação e liquidação de valores indevidos a serem compensados, são os definidos nos artigos 168 (prescrição quinquenal) e 170-A (trânsito em julgado), ambos do Código Tributário Nacional; artigo 74 da Lei 9.430/1996 e demais textos legais de regência, incluindo o artigo 26-A da Lei 11.457/2007 na redação da Lei 13.670/2018, desde que vigente o regime legal respectivo ao tempo da propositura da ação, pois este o critério determinante na jurisprudência consolidada, ainda que posteriormente alterada a legislação; e artigo 39, § 4º da Lei 9.250/1995 (incidência exclusiva da Taxa SELIC).

10. Apelação desprovida e remessa oficial parcialmente provida."

Alegou-se omissão do julgado, inclusive para efeitos de pré-questionamento, pois: (1) decisões monocráticas de relatores têm sobrestado recursos sobre o Tema 69 até o julgamento em definitivo da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS, alterando a exegese da Corte sobre a imediata aplicação do precedente em repercussão geral quando pendentes embargos de declaração; (2) existem importantes questões pendentes de exame nos embargos de declaração no RE 574.706, inclusive a modulação dos efeitos caso mantida a inconstitucionalidade, pelo que não deveria ter sido julgado o presente feito; (3) a exclusão do ICMS destacado em notas fiscais, sem pleito da parte, configura inovação recursal, com violação dos princípios do dispositivo e da congruência, gerando julgamento *extra petita* (artigos 141, 490 e 429, CPC), e contrariedade à jurisprudência da Corte Superior; (4) a exclusão do ICMS, pelo valor faturado, para a apuração do PIS/COFINS, ao ser deferida sem fundamentação plausível ofende os artigos 5º, LIV, LV e 93, XI, da Constituição Federal; (5) a referência do acórdão embargado ao ICMS destacado, a partir do que julgado no RE 574.706, não é suficiente para fundamentar a exclusão, pois ainda pendentes várias questões essenciais apontadas em embargos de declaração, colidindo o aresto recorrido com os artigos 489, § 1º, IV a VI, 525, § 13, 926 e 927, § 3, CPC, e com o artigo 27 da Lei 9.868/1999; e (6) o mérito como decidido, no tocante a tal questão, não é compatível com as disposições dos artigos 13, §1º, I, 19 e 20, caput, da LC 87/1996; 1º da Lei 10.637/2002; 1º da Lei 10.833/2003; 2º da Lei 9.715/1998; 2º da LC 70/1991; e 2º e 3º da Lei 9.718/1998.

Apresento o feito em mesa para julgamento (artigo 1.024, § 1º, CPC).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000236-59.2017.4.03.6139

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MINERACAO ITAPEVA LTDA

Advogados do(a) APELADO: THIAGO MANUEL - SP381778-A, EDUARDO VENDRAMINI MARTHA DE OLIVEIRA - SP331314-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, são manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

As alegações não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.

Com efeito, constou do acórdão embargado, quanto ao sobrestamento do feito diante da pendência dos embargos de declaração no RE 574.706, a rejeição expressa da pretensão nos seguintes termos:

"Ainda antes do mérito, cabe rejeitar o pedido de suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior; o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior."

A argumentação de que alguns membros da Corte Superior atribuem efeito suspensivo corrobora o efeito limitado da decisão ao caso específico apreciado, desde que inexistente, como se percebe, precedente colegiado no tratamento da matéria.

Na discussão do mérito em si, divide-se a argumentação fazendária de omissões em duas linhas ou vertentes expositivas. Inicialmente, apontou-se ser nulo o julgamento, pois violou os princípios dispositivo, da congruência e acarretou julgamento *extra petita* (artigos 141, 490 e 429, CPC), além de não ter sido motivada a decisão (artigos 5º, LIV e LV e 93, XI, da Constituição Federal), inclusive porque ainda pendentes embargos de declaração sobre temas cruciais à controvérsia constitucional suscitada (artigos 489, § 1º, IV a VI, 525, § 13, 926 e 927, § 3, CPC, e 27 da Lei 9.868/1999), e, ainda, por contrariar a própria jurisprudência (EDcl no REsp 1.191.640, Rel. Min. MAURO CAMPBELL, DJe de 14/05/2019).

Derradeiramente, preconizou-se, a título de omissão, ter sido inconstitucional (artigo 195, I, 'b', CF) e ilegal (artigos 13, §1º, I, 19 e 20, *caput*, da LC 87/1996; 1º da Lei 10.637/2002; 1º da Lei 10.833/2003; 2º da Lei 9.715/1998; 2º da LC 70/1991; e 2º e 3º da Lei 9.718/1998) a solução definida no mérito pelo acórdão embargado, ao estipular que o ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o faturado, e não o efetivamente pago pelo contribuinte.

Quanto à abordagem impugnativa inicial, verifica-se que não houve omissão, já que o acórdão embargado expressamente registrou que o tema íntegro, logicamente, o pedido formulado no sentido da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS na medida em que, existindo formas ou critérios diferentes de identificação ou apuração de tal valor, a definição respectiva condiz com o mérito da causa, e não com questão incidental passível de solução no cumprimento da coisa julgada.

Eis o que constou do acórdão embargado:

"O aspecto relevante da controvérsia, excepcionalmente levantado no caso pela própria PFN, ao apontar a falta de interesse de agir do contribuinte, diz respeito ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS diante da divergência estabelecida entre as vertentes que primam, de um lado, pelo valor do imposto destacado nas notas fiscais e, de outro, pelo valor do imposto a ser efetivamente pago pelo contribuinte, dentro do regime de não cumulatividade. É importante frisar, de toda sorte, que tal ponto, ainda que não tenha ou tivesse sido discutido na inicial nem decidido na sentença ou veiculado na apelação, não impediria o pronunciamento da Corte, por se tratar, justamente, de controvérsia insita ao próprio mérito, qual seja, a definição do que constitui o indébito fiscal e, neste sentido, matéria que deve ser resolvida na fase cognitiva e não em liquidação de sentença, inexistindo, portanto, mesmo quando nada tenha ou tivesse sido alegado ou decidido, vício de julgamento extra ou ultra petita, ou contrariedade ao princípio da congruência ou da adstrição.

Tanto é assim que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido em razão do regime de não cumulatividade do imposto.

Neste sentido o seguinte excerto do julgado no RE 574.706:

"O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS".

Também este o entendimento adotado no âmbito das Turmas desta Seção:

ApelRemNec 5000633-81.2017.4.03.6119, Rel. Des. Fed. ANTONIO CEDENHO, Intimação via sistema 18/04/2020: “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REQUISITOS DO ARTIGO 1.022 CPC/2015. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE Nº 574.706/PR. VINCULAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OBSCURIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1.022 do Código de Processo Civil vigente, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado. O caráter infringente dos embargos somente é admitido a título excepcional, quando a eliminação da contradição ou da omissão decorrer, logicamente, a modificação do julgamento embargado. 2. A e. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no julgamento do RE nº 574.706/PR, consignou que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. Como o presente julgamento se vincula ao que foi decidido sobre o tema pelo C. STF, deve-se assentar que, relativamente à questão do valor a ser efetivamente excluído a título de ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, a tese que foi acolhida pelo STF é a exposta no v. aresto embargado. 3. O escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022 do Código de Processo Civil. 4. O artigo 1.025 do novo Código de Processo Civil bem esclarece que os elementos suscitados pelo embargante serão considerados incluídos no acórdão “para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.” 5. Embargos de declaração rejeitados.”

ApReeNec 5001772-28.2017.4.03.6100, Rel. Des. Fed. MARLI FERREIRA, Intimação via sistema 02/04/2020: “PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ARTIGO 1.022 DO CPC. OMISSÃO. EXISTÊNCIA. JULGADO INTEGRADO. 1. Prevê o artigo 1.022 do CPC que a oposição dos aclaratórios somente tem cabimento para esclarecimento de obscuridade ou eliminação de contradição, para suprimir omissão sobre ponto ou questão sobre o qual o julgado deveria se pronunciar, ou, ainda, para corrigir erro material existente no decisório. 2. Na espécie, o julgado restou omissivo quanto à parcela do ICMS a ser destacada da base de cálculo do PIS e da COFINS. E, nesse tocante, cumpre esclarecer que o ICMS a ser excluído é o destacado nos documentos fiscais de saída, vez que é esse montante que integra a indigitada base de cálculo. 3. Assim sendo, tem a impetrante o direito de excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS o valor integral do ICMS destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias do seu estabelecimento, inclusive após o advento da Lei nº 12.973/2014. 4. Embargos de declaração acolhidos.”

ApelRemNec 5003932-95.2019.4.03.6119, Rel. Des. Fed. JOHONSOM DI SALVO, e - DJF3 15/04/2020: “AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DECLAROU INCONSTITUCIONAL A INCLUSÃO DO ICMS (FATURADO) NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS, FAZENDO-O POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO RE Nº 574.706. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a inclusão do ICMS (faturado) na base de cálculo do PIS e da COFINS, fazendo-o por ocasião do julgamento do RE nº 574.706. A corte, por maioria e nos termos do voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia, apreciando o tema nº 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins”. Esse entendimento é aplicável de pronto, não havendo que se falar em espera de embargos de declaração (sem efeito suspensivo) ou de modulação de efeitos da decisão plenária da Suprema Corte, já que esses dois eventos não estão consignados em lei como impeditivos da aplicação imediata do decísum. Esse é o entendimento que vem sendo seguido nesta Corte Regional (3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5021518-72.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 08/11/2019, Intimação via sistema DATA: 13/11/2019), e de modo unânime nesta 6ª Turma (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000706-20.2017.4.03.6130, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 03/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/12/2019). Deveras, a suspensão pretendida pelo Fisco esbarraria no art. 1.035, § 5º do NCPC. De outro lado, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal – ao acolher o voto da ministra Relatora – no sentido de que, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada como faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019). Essa é a postura que este Relator sempre defende desde o momento em que surdiu o julgamento do Tema nº 69 (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000596-53.2018.4.03.6108, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 02/12/2019, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019). Tratando-se de empresa comercial, resta claro que é contribuinte das três exações e que recolheu tributação a maior e poderá recuperá-la (quanto aos últimos cinco anos antes do ajuizamento da presente demanda) por meio de compensação, que deverá ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74 da Lei nº 9.430/1996 (redação dada pela Lei 10.637/02), observado ainda o artigo 26-A da Lei nº 11.457/2007.”

O voto condutor do acórdão embargado, no trecho acima reproduzido, já expõe, por de vez, a fundamentação necessária em torno do critério adotado para identificar o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, considerada a discrepância entre o que pedido pela Fazenda Nacional (ICMS efetivamente pago), e o que defendido pelo contribuinte (ICMS destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias).

A longa narrativa da embargante, buscando demonstrar que a fundamentação adotada no acórdão embargado, incorreu em omissão oculta, na verdade, irresignação por suposto vício de ilegalidade e inconstitucionalidade, à luz dos preceitos apontados, em típica imputação de *error in iudicando*, por não ter sido acolhida, pelo acórdão embargado, a interpretação constitucional e legal que, segundo a embargante, faria concluir que o ICMS a ser excluído, se alguma exclusão for possível, deveria ser o relativo ao valor efetivamente pago e não o destacado nas notas fiscais.

Leia-se, a propósito, as razões expostas pela embargante, que veiculam fundamentação de inconstitucionalidade (artigo 195, I, "b", CF) e ilegalidades (artigos 13, §1º, I, 19 e 20, *caput*, da LC 87/1996; 1º da Lei 10.637/2002; 1º da Lei 10.833/2003; 2º da Lei 9.715/1998; 2º da LC 70/1991; e 2º e 3º da Lei 9.718/1998), e não, propriamente, de omissão sanável em embargos de declaração:

"Da exegese dos dispositivos legais supratranscritos, pode-se concluir que o ICMS que se deve excluir da base de cálculo do PIS e COFINS corresponde à parcela do ICMS a ser pago, isto é, à parcela do ICMS a recolher para a Fazenda Pública dos Estados ou do Distrito Federal, também chamado ICMS escritural, razão porque ao definir como critério para exclusão o ICMS destacado das notas fiscais, o v. acórdão regional violou os dispositivos legais supratranscritos.

Ora, diante da existência de decisões já transitadas em julgado, bem como da necessidade de prosseguir com a cobrança de débitos inscritos em Dívida Ativa da União a título de PIS e de COFINS, tornou-se premente à Administração Tributária definir um critério para os cálculos da parcela a excluir dessas contribuições a título de ICMS.

A partir de uma interpretação dos termos do acórdão do STF no RE n. 574.706, pelo menos até que sobrevenha nova decisão em sentido diverso, foi que a COSIT, órgão da Secretaria da Receita Federal do Brasil, decidiu publicar a Solução de Consulta Interna n. 13, de 18-10-2018, em que se definiu, em síntese, que o ICMS a ser excluído é o chamado "ICMS a recolher", também chamado "ICMS escritural" - e, não, o ICMS destacado nas notas fiscais.

Para bem se compreender o alcance desse entendimento, antes de mais nada, vale examinar os precisos termos da ementa do acórdão do RE n. 574.706:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2o, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3o, § 2o, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. (os grifos não constam do original)

Embora em diversas passagens o acórdão da Suprema Corte não seja totalmente claro e, por vezes, pareça até contraditório (daí os embargos de declaração que a ele foram opostos pela União), o que se pode depreender é que o ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições corresponde à parcela do ICMS a ser pago, isto é, à parcela do ICMS a recolher para a Fazenda Pública dos Estados ou do Distrito Federal, também chamado ICMS escritural.

Como bem pontuado até na ementa acima transcrita, não se pode olvidar que o ICMS sempre há de atentar ao disposto no art. 155, § 2o, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

E, para uma perfeita compreensão do significado desse princípio, vale atentar ainda para o que preceituam alguns dispositivos da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, retro mencionados.

Na verdade, como bem assinalado na parte final do inciso I do § 1º do art. 13 da Lei Complementar n. 87/96, o destaque de ICMS nas notas fiscais não passa de “mera indicação para fins de controle”.

A não ser, talvez, na primeira etapa de uma cadeia produtiva, o valor da nota não corresponde ao que o contribuinte irá recolher aos cofres do Estado ou do Distrito Federal. Ao revés, o valor a recolher a título de ICMS sempre é o resultado da subtração entre o somatório do ICMS constante das notas de saída do somatório do ICMS constante das notas de entrada.

Nesse diapasão, resta configurado que é até possível a pessoa jurídica contribuinte de ICMS faturar e destacar valores desse imposto, correspondentes ao preço de cada mercadoria ou serviço discriminados nos diversos documentos fiscais representativos de vendas no período e, ao término do mês, não ter valor algum de ICMS a recolher, em razão de apurar saldo credor do imposto, a transportar para período futuro. Se a legislação objeto do julgamento em tela do Supremo Tribunal Federal se refere a contribuições sociais incidentes sobre a totalidade da receita do mês, segue-se que a parcela do ICMS a recolher do período é a que há de ser excluída da base de cálculo das contribuições, vez que, no entendimento firmado pela Suprema Corte, tais valores não devem ser considerados como receita da pessoa jurídica, por não se integrarem ao seu patrimônio.

A Contribuição para o PIS/Pasep e a Cofins na legislação vigente, tanto na sua configuração cumulativa como na não cumulativa, têm sua apuração mensal, o fato gerador tem natureza periódica, mensal, compondo a base de cálculo o somatório das correspondentes operações geradoras de receita ou de crédito, ocorridas em cada mês.

A base de cálculo das referidas contribuições, na legislação vigente, corresponde ao total das receitas auferidas no mês (sistema base contra base) e não, no momento de concretude de cada operação de venda quando da emissão de nota fiscal (sistema tributo contra tributo). Tem-se assim para as contribuições sociais a definição e formação de uma base de cálculo única, periódica, mensal, conforme disposto na legislação de regência retro transcrita, a saber: arts. 13, §1º, I, 19 e 20, caput, da Lei Complementar nº 87, de 1996, o art. 1º da Lei 10.637, 2002, o art. 1º da 10.833, de 2002, art. 2º da Lei 9.715, de 1998, e art. 2º da Lei Complementar nº 70, de 1991, e artigos 2º e 3º da Lei 9.718/98.

Sendo a base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins determinada com base na receita mensal (na incidência não cumulativa), ou no faturamento mensal (na incidência cumulativa), não faria sentido buscar valores dedutíveis de operações concretas, a cada operação de venda quando da emissão de nota fiscal. Assim, o que se há de excluir da base de cálculo mensal das referidas contribuições é também a parcela do ICMS a recolher; correspondente a cada período de apuração mensal.

Necessariamente e conforme a legislação do referido imposto, ao término de cada período de apuração mensal, os valores de ICMS destacados nos documentos fiscais representativos das operações de vendas (débitos) terão de ser confrontados com os valores de ICMS destacados nos documentos fiscais representativos das operações de compras (créditos), para daí então se ter a definição do valor do imposto efetivamente apurado e devido no período, valor este que, conforme se pode depreender da manifestação do Supremo Tribunal Federal, não sendo receita da pessoa jurídica, não deve compor a base de cálculo das contribuições.

Por fim, de se registrar que, se fosse o caso de reconhecer a exclusão do ICMS a partir do exame de cada nota fiscal emitida por cada um dos contribuintes brasileiros, tornar-se-ia ainda mais complexa toda a apuração decorrente do RE n. 574.706. Isso porque, ao invés de se examinar simplesmente a apuração mensal do ICMS a recolher; lançada na própria escrita fiscal de cada contribuinte, de forma resumida, ter-se-ia que aferir tanto a autenticidade de cada nota emitida, ao longo de vários anos, quanto examinar a situação fiscal dos produtos nela constantes, visto que, numa mesma nota fiscal, podem constar diversas mercadorias em situações distintas – brindes, mercadorias devolvidas, mercadorias isentas ou imunes, etc.

Assim, o critério do ICMS a recolher revela-se, não só o mais acertado juridicamente à luz da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, como, inclusive, o que melhor atende ao outro princípio tributário hodiernamente tão debatido, que é o da praticabilidade."

Enfim, a alegação da embargante de que o aresto censurado não restou fundamentado, padecendo de nulidade, inconstitucionalidade e ilegalidade, contraria o próprio reconhecimento da recorrente de que o julgado estabeleceu que o ICMS a ser devolvido é o destacado na nota fiscal, em conformidade com o decidido no RE 574.706. Se o paradigma da Suprema Corte, ainda não se tornou julgamento definitivo de mérito - por existirem pendências e controvérsias ainda a serem resolvidas em tal julgado, a exemplo de "trechos contraditórios, uns sinalizando a adoção do critério "ICMS a pagar ou líquido" e outros sinalizando a adoção do critério do "ICMS da nota fiscal" - , disto não decorre que o pronunciamento desta Corte não esteja fundamentado, seja nulo, ilegal ou inconstitucional, por ter adotado uma dentre as linhas de interpretação que, segundo dito pela embargante, estariam em conflito no precedente assinalado.

Não houve, como se observa, qualquer omissão e, quanto à suposta ofensa, negativa de vigência, nulidade ou contrariedade à Constituição e legislação (artigos 5º, LIV e LV, 93, XI, e 195, I, "b", CF; 141, 490, 429, 489, § 1º, IV a VI, 525, § 13, 926 e 927, § 3º, do CPC; e 27 da Lei 9.868/1999; 13, §1º, I, 19 e 20, *caput*, da LC 87/1996; 1º da Lei 10.637/2002; 1º da Lei 10.833/2003; 2º da Lei 9.715/1998; 2º da LC 70/1991; e 2º e 3º da Lei 9.718/1998) ou à jurisprudência (EDcl no REsp 1.191.640, Rel. Min. MAURO CAMPBELL, DJe de 14/05/2019), ainda que houvesse, não seriam vícios passíveis de exame em embargos de declaração como via substitutiva dos recursos específicos, próprios para cada situação, de competência das instâncias superiores.

Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, como os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÕES. NULIDADES, ILEGALIDADES E INCONSTITUCIONALIDADES. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS. REJEIÇÃO.

1. São manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado. As alegações deduzidas não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.

2. Constatou do acórdão embargado, quanto ao sobrestamento do feito diante da pendência dos embargos de declaração no RE 574.706, a rejeição expressa da pretensão, pois: "*Ainda antes do mérito, cabe rejeitar o pedido de suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior, o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior.*". A argumentação de que alguns membros da Corte Superior atribuem efeito suspensivo corrobora o efeito limitado da decisão ao caso específico apreciado, desde que inexistente, como se percebe, precedente colegiado no tratamento da matéria.

3. Quanto ao questionamento dirigido ao objeto efetivamente decidido no acórdão embargado, a argumentação fazendária divide-se em duas linhas ou vertentes expositivas. A inicial coloca que o julgamento é nulo, pois violou os princípios dispositivo, da congruência e acarretou julgamento *extra petita*, além de padecer de nulidade por falta de fundamentação. A derradeira preconiza, a título de omissão, ter sido inconstitucional e ilegal a solução definida no mérito pelo acórdão embargado, ao estipular que o ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o faturado, e não o efetivamente pago pelo contribuinte.

4. Na discussão do mérito em si, verifica-se que não houve omissão, já que o acórdão embargado expressamente registrou que o tema integra, logicamente, o pedido de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS, considerando que, existindo formas ou critérios diferentes de identificação ou apuração de tal valor, a definição respectiva condiz com o mérito da causa, e não com questão incidental passível de solução no cumprimento da coisa julgada. Neste sentido, constou do acórdão embargado que: *"O aspecto relevante da controvérsia, excepcionalmente levantado no caso pela própria PFN, ao apontar a falta de interesse de agir do contribuinte, diz respeito ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS diante da divergência estabelecida entre as vertentes que primam, de um lado, pelo valor do imposto destacado nas notas fiscais e, de outro, pelo valor do imposto a ser efetivamente pago pelo contribuinte, dentro do regime de não cumulatividade. É importante frisar, de toda sorte, que tal ponto, ainda que não tenha ou tivesse sido discutido na inicial nem decidido na sentença ou veiculado na apelação, não impediria o pronunciamento da Corte, por se tratar, justamente, de controvérsia insita ao próprio mérito, qual seja, a definição do que constitui o indébito fiscal e, neste sentido, matéria que deve ser resolvida na fase cognitiva e não em liquidação de sentença, inexistindo, portanto, mesmo quando nada tenha ou tivesse sido alegado ou decidido, vício de julgamento extra ou ultra petita, ou contrariedade ao princípio da congruência ou da adstrição. Tanto é assim que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido em razão do regime de não cumulatividade do imposto. Neste sentido o seguinte excerto do julgado no RE 574.706: "O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS". Também este o entendimento adotado no âmbito das Turmas desta Seção (...)"*.

5. O acórdão embargado, neste tópico, expôs, por sua vez, a fundamentação necessária em torno do critério adotado para identificar o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, considerada a pretensão fazendária (ICMS efetivamente pago), e a do contribuinte (ICMS expresso nas notas fiscais de saída das mercadorias). A longa narrativa da embargante, buscando demonstrar que a fundamentação adotada no acórdão embargado, incorreu em omissão oculta, na verdade, irrisignação por suposto vício de ilegalidade e inconstitucionalidade, à luz dos preceitos apontados, em típica imputação de *error in iudicando*, por não ter sido acolhida, pelo aresto embargado, a interpretação constitucional e legal que, segundo a embargante, faria concluir que o ICMS a ser excluído, se alguma exclusão for possível, deveria ser o relativo ao valor efetivamente pago e não o destacado nas notas fiscais.

6. A alegação da embargante de que o acórdão embargado não restou fundamentado, padecendo de nulidade, inconstitucionalidade e ilegalidade, contraria o próprio reconhecimento da recorrente de que o julgado estabeleceu que o ICMS a ser devolvido é o destacado na nota fiscal, de acordo com o decidido no RE 574.706. Se o paradigma da Suprema Corte, ainda não se tornou julgamento definitivo de mérito - por existirem pendências e controvérsias ainda a serem resolvidas em tal julgado, a exemplo de *"trechos contraditórios, uns sinalizando a adoção do critério "ICMS a pagar ou líquido" e outros sinalizando a adoção do critério do "ICMS da nota fiscal"* - , disto não decorre que o pronunciamento desta Corte não esteja fundamentado, seja nulo, ilegal ou inconstitucional, por ter adotado uma dentre as linhas de interpretação que, segundo a embargante, estariam em conflito no precedente assinalado.

7. Não houve, como se observa, qualquer omissão e, quanto à suposta ofensa, negativa de vigência, nulidade ou contrariedade à Constituição e legislação (artigos 5º, LIV e LV, 93, XI, e 195, I, "b", CF; 141, 490, 429, 489, § 1º, IV a VI, 525, § 13, 926 e 927, § 3º, do CPC; e 27 da Lei 9.868/1999; 13, § 1º, I, 19 e 20, *caput*, da LC 87/1996; 1º da Lei 10.637/2002; 1º da Lei 10.833/2003; 2º da Lei 9.715/1998; 2º da LC 70/1991; e 2º e 3º da Lei 9.718/1998) ou à jurisprudência (EDcl no REsp 1.191.640, Rel. Min. MAURO CAMPBELL, DJe de 14/05/2019), ainda que houvesse, não seriam vícios passíveis de exame em embargos de declaração como via substitutiva dos recursos específicos, próprios para cada situação, de competência das instâncias superiores.

8. Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

9. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5029955-05.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: BORGWARNER BRASIL LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: TATIANA RONCATO ROVERI - SP315677-A, PEDRO WANDERLEY RONCATO - SP107020-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5029955-05.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: BORGWARNER BRASIL LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: TATIANA RONCATO ROVERI - SP315677-A, PEDRO WANDERLEY RONCATO - SP107020-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração contra acórdão assim ementado:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. IPI. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. IMPOSSIBILIDADE. RE Nº 574.706. EXTENSÃO DOS EFEITOS. INVIABILIDADE.

- 1. O Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, já firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS", conforme RE nº 574.706.*
- 2. O precedente estabelecido pelo colendo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706 não pode ser estendido às demais exações, uma vez que se trata de tributos distintos.*
- 3. Tratando-se de exigência de Imposto sobre Produtos Industrializados, cuja base de cálculo é o **valor da operação** de que decorrer a saída da mercadoria do estabelecimento industrial (artigo 47, II, "a" do CTN), a jurisprudência e doutrina pátrias são uníssonas no sentido de ser legítima a inclusão do ICMS na base de cálculo do IPI, considerando-se a própria sistemática de cobrança do imposto estadual (o montante do ICMS integra a própria base de cálculo e, portanto, no valor do produto que saiu do estabelecimento industrial estará computado o imposto pago a título de ICMS). Precedentes.*
- 4. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela constitucionalidade da sistemática de apuração do ICMS denominada cálculo por dentro.*
- 5. Não se mostra plausível a pretensão de exclusão do montante do ICMS da base de cálculo do IPI.*
- 6. Agravo de instrumento desprovido."*

Alegou-se omissão e obscuridade, pois o julgado fundamentou-se apenas no artigo 47, II, "a", CTN, deixando de apreciar os demais dispositivos legais que definem o conceito de valor da operação para incidência do imposto (artigo 14 da Lei 4.502/1964 e artigo 190 do Decreto 7.212/2010), e de aplicar o precedente no RE 567.935, que declarou inconstitucional o artigo 14, § 2º, da Lei 4.502/1964 (alterado pelo artigo 15 da Lei 7.798/1989), permitindo deduções no valor da operação.

Apresento o feito em mesa para julgamento (artigo 1.024, § 1º, CPC).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5029955-05.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: BORGWARNER BRASIL LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: TATIANA RONCATO ROVERI - SP315677-A, PEDRO WANDERLEY RONCATO - SP107020-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, são manifestamente improcedentes os presentes embargos de declaração, pois não se verifica qualquer omissão ou erro material no julgamento impugnado, mas mera contrariedade da embargante com a solução dada pelo colegiado, que resolveu o litígio à luz da legislação aplicável e com respaldo na jurisprudência desta Turma.

Com efeito, o acórdão embargado, citando jurisprudência, fundamentou a confirmação da sentença na compreensão motivada de que não é aplicável ao IPI a orientação fixada pela Suprema Corte no RE 564.706 relativamente ao PIS/COFINS, não apenas porque distintos os tributos como igualmente as respectivas bases de cálculo, a impedir, pois, qualquer assimilação entre os casos e, sobretudo, interpretação extensiva ou analógica de inconstitucionalidade.

Restou igualmente assentado, na fundamentação, que "*tratando-se de exigência de Imposto sobre Produtos Industrializados, cuja base de cálculo é o valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria do estabelecimento industrial, conforme o disposto no artigo 47, II, "a" do CTN, a jurisprudência e doutrina pátrias são uníssonas no sentido de ser legítima a inclusão do ICMS na base de cálculo do IPI, considerando-se a própria sistemática de cobrança do imposto estadual (o montante do ICMS integra a própria base de cálculo).*"; que "*Nessa linha de intelecção, tendo em vista que a base de cálculo do IPI é composta do valor da operação de saída do produto do estabelecimento industrial e considerando-se o fato de que "o montante do imposto estadual sobre operações de circulação integra o produto que saiu do estabelecimento, nesse valor estará computado o imposto pago a título de ICMS"*"; e, finalmente, que "*o colendo Supremo Tribunal Federal já apreciou controvérsia acerca da suposta inviabilidade da incidência tributária mediante o denominado "cálculo por dentro", ocasião em que firmou entendimento no sentido de que a referida cobrança não ofende qualquer preceito constitucional"*.

Ao contrário do alegado, não houve omissão nem obscuridade, pois foi examinado o conceito de "valor da operação", abrangendo o artigo 47, II, "a", CTN, e por extensão lógica toda a legislação ordinária e regulamentar (artigo 14 da Lei 4.502/1964 e artigo 190 do Decreto 7.212/2010), que não pode discrepar, neste aspecto, da lei complementar de normas gerais, face à prevalência desta, por reserva constitucional, na definição dos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes dos impostos.

No RE 567.935, atrelado ao Tema 84, foi reputada inconstitucional a exclusão do valor dos descontos incondicionais da base de cálculo do IPI, porém tal discussão não tem pertinência como o objeto do presente julgamento, que se refere ao ICMS na formação da base de cálculo do IPI, cuja validade resultou proclamada por fundamentação constitucional específica adotada pelo acórdão embargado, conforme demonstrado, sem qualquer omissão ou contradição.

Não houve, como se observa, omissão, contradição ou obscuridade frente a alegações, preceitos e provas pertinentes à discussão, mas, ainda que, por hipótese, houvesse ofensa ou negativa de vigência à legislação, ou contrariedade à interpretação consolidada na jurisprudência das Cortes Superiores, os embargos de declaração, mesmo assim, não seriam cabíveis ou passíveis de acolhimento em substituição aos recursos específicos, próprios para cada situação, de competência das instâncias superiores.

Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, como os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO IPI. VALOR DA OPERAÇÃO. VÍCIOS INEXISTENTES. REJEIÇÃO.

1. São manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto como o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

2. O acórdão embargado, citando jurisprudência, fundamentou a confirmação da sentença dentro da compreensão motivada de que não é aplicável ao IPI a orientação fixada pela Suprema Corte no RE 564.706 relativamente ao PIS/COFINS, não apenas porque distintos os tributos como igualmente as respectivas bases de cálculo, a impedir, pois, qualquer assimilação entre os casos e, sobretudo, interpretação extensiva ou analógica de inconstitucionalidade.

3. Restou igual e expressamente assentado, na fundamentação, que "*tratando-se de exigência de Imposto sobre Produtos Industrializados, cuja base de cálculo é o valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria do estabelecimento industrial, conforme o disposto no artigo 47, II, "a" do CTN, a jurisprudência e doutrina pátrias são uníssonas no sentido de ser legítima a inclusão do ICMS na base de cálculo do IPI, considerando-se a própria sistemática de cobrança do imposto estadual (o montante do ICMS integra a própria base de cálculo).*"; que "*Nessa linha de intelecção, tendo em vista que a base de cálculo do IPI é composta do valor da operação de saída do produto do estabelecimento industrial e considerando-se o fato de que "o montante do imposto estadual sobre operações de circulação integra o produto que saiu do estabelecimento, nesse valor estará computado o imposto pago a título de ICMS"*"; e, finalmente, que "*o colendo Supremo Tribunal Federal já apreciou controvérsia acerca da suposta inviabilidade da incidência tributária mediante o denominado "cálculo por dentro", ocasião em que firmou entendimento no sentido de que a referida cobrança não ofende qualquer preceito constitucional"*.

4. Ao contrário do alegado, não houve omissão nem obscuridade, pois foi examinado o conceito de "valor da operação", abrangendo o artigo 47, II, "a", CTN, e por extensão lógica os artigos 14 da Lei 4.502/1964 e 190 do Decreto 7.212/2010, que não podem discrepar, neste aspecto, da lei complementar de normas gerais, face à prevalência desta, por reserva constitucional, na definição dos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes dos impostos.

5. No RE 567.935, atrelado ao Tema 84, foi reputada inconstitucional a exclusão do valor dos descontos incondicionais da base de cálculo do IPI, porém tal discussão não tem pertinência como objeto do presente julgamento, que se refere ao ICMS na formação da base de cálculo do IPI, cuja validade resultou proclamada por fundamentação constitucional específica adotada pelo acórdão embargado, conforme demonstrado, sem qualquer omissão ou contradição.

6. Não houve, com efeito, omissão, contradição ou obscuridade frente a alegações, preceitos e provas pertinentes à discussão, mas, ainda que, por hipótese, houvesse ofensa ou negativa de vigência à legislação, ou contrariedade à interpretação consolidada na jurisprudência das Cortes Superiores, os embargos de declaração, mesmo assim, não seriam cabíveis ou passíveis de acolhimento em substituição aos recursos específicos, próprios para cada situação, de competência das instâncias superiores.

7. Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

8. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000652-89.2019.4.03.6128

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: AUTO POSTO MARCUSSI LTDA

Advogados do(a) APELANTE: FABIO MARCUSSI - SP236361-A, JOSE APARECIDO MARCUSSI - SP58909-A

APELADO: AGENCIA NACIONAL DO PETROLEO, GAS NATURAL E BIOCOMBUSTIVEIS

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000652-89.2019.4.03.6128

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: AUTO POSTO MARCUSSI LTDA

Advogados do(a) APELANTE: FABIO MARCUSSI - SP236361-A, JOSE APARECIDO MARCUSSI - SP58909-A

APELADO: AGENCIA NACIONAL DO PETROLEO, GAS NATURAL E BIOCOMBUSTIVEIS

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por **Auto Posto Marcussi Ltda.**, em face da sentença que julgou improcedentes os embargos à execução fiscal, ajuizados contra a **Agência Nacional de Petróleo Gás Natural e Biocombustíveis - ANP**.

Irresignado, o apelante sustenta, em síntese, que:

- a) não agiu de má-fé ao adquirir etanol de outras Distribuidoras, porque referidas empresas são idôneas e devidamente regularizadas perante a ANP;
- b) na época das aquisições de etanol, vinha tendo sérias divergências comerciais com a “Petrobrás Distribuidora S/A”, o que exigiu a aquisição de etanol de outras distribuidoras. Ademais, a Petrobrás estava com falta de etanol em sua base em Paulínia/SP, não tendo o referido produto disponível para entrega aos seus postos bandeirados;
- c) não adquiriu produtos de outra distribuidora por mera liberalidade, mas por necessidade em preservar o direito do consumidor;
- d) não foram apontados pela apelada no processo administrativo elementos que justifiquem a fixação da multa em valor superior ao mínimo legal;
- e) a multa aplicada por desatualização cadastral não deve subsistir, pois não houve qualquer modificação relacionada no inciso XII, do art. 3º, da Lei nº 9.847/99.

Com contrarrazões, vieram os autos a este e. Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000652-89.2019.4.03.6128
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: AUTO POSTO MARCUSSI LTDA
Advogados do(a) APELANTE: FABIO MARCUSSI - SP236361-A, JOSE APARECIDO MARCUSSI - SP58909-A
APELADO: AGENCIA NACIONAL DO PETROLEO, GAS NATURAL E BIOCMBUSTIVEIS
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Trata-se de embargos à execução fiscal, opostos em face da Agência Nacional de Petróleo Gás Natural e Biocombustíveis - ANP, com o objetivo de afastar a aplicação de multa por infrações ao disposto no art. 25, § 2º, II, e art. 11, II, ambos da Resolução ANP de n.º 41/2013.

A Agência Nacional do Petróleo - ANP é uma autarquia especial, instituída pela Lei 9.478/97, com a finalidade de promover a regulação, contratação e fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo.

Dentre as suas atribuições está a de regular e fiscalizar diretamente e de forma concorrente as atividades da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, bem como aplicar as sanções administrativas e pecuniárias previstas em lei, regulamento ou contrato, conforme disposto no artigo 8º, VII e XV, do supracitado diploma legal. *Verbis:*

"Art. 8º A ANP terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, cabendo-lhe:

(...)

VII - fiscalizar diretamente e de forma concorrente nos termos da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, ou mediante convênios com órgãos dos Estados e do Distrito Federal as atividades integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, bem como aplicar as sanções administrativas e pecuniárias previstas em lei, regulamento ou contrato.

(...)

XV - regular e autorizar as atividades relacionadas com o abastecimento nacional de combustíveis, fiscalizando-as diretamente ou mediante convênios com outros órgãos da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios".

Logo, o poder normativo conferido à parte ré, inerente à atuação das agências reguladoras, autoriza a edição de atos normativos infralegais, tendo a ANP, deste modo, editado a Portaria nº 41/2013, que prevê no art. 11, I e II, e art. 25, § 2º, I e II, o seguinte:

"Art. 11. As alterações cadastrais da revenda varejista de combustíveis automotivos deverão ser realizadas no endereço eletrônico <http://www.anp.gov.br> por meio de preenchimento de Ficha Cadastral, observados os seguintes casos: I - na alteração referente à opção de exibir ou de não exibir a marca comercial de um distribuidor de combustíveis, o revendedor deverá efetuar a alteração na Ficha Cadastral, se obrigando a: a) no prazo de até 15 (quinze) dias, contados a partir da data da alteração indicada na Ficha Cadastral, retirar todas as referências visuais da marca comercial do distribuidor antigo e identificar na bomba medidora a origem do combustível, informando o nome fantasia, se houver, a razão social e o CNPJ do distribuidor fornecedor do respectivo combustível automotivo; e b) adquirir e comercializar combustíveis do novo distribuidor indicado na Ficha Cadastral a partir da data da alteração cadastral indicada na referida Ficha Cadastral; II - nos demais casos de alterações cadastrais, o revendedor deverá efetuar a alteração na Ficha Cadastral, no prazo de 30 (trinta) dias a contar da efetivação do ato".

"Art. 25. O revendedor varejista de combustíveis automotivos deverá informar ao consumidor, de forma clara e ostensiva, a origem do combustível automotivo comercializado. (...). § 2º Caso no endereço eletrônico da ANP conste que o revendedor optou por exibir a marca comercial de um distribuidor de combustíveis líquidos, o revendedor varejista deverá: I - exibir a marca comercial do distribuidor, no mínimo, na testeira e no totem do posto revendedor, de forma destacada, visível à distância, de dia e de noite, e de fácil identificação ao consumidor; e II - adquirir, armazenar e comercializar somente combustível automotivo fornecido pelo distribuidor do qual exiba a marca comercial."

No caso dos autos, restou comprovado que a embargante adquiriu combustível de distribuidoras diversas da bandeira que ostenta. Tal fato, foi assumido pela própria apelante, não se justificando as suas alegações de que: vinha tendo sérias divergências comerciais com a "Petrobrás Distribuidora S/A"; não agiu de má-fé; as empresas fornecedoras são idôneas e devidamente regularizadas perante a ANP.

Nesse sentido, trago à colação precedentes deste E. Tribunal. Vejam-se:

"ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APELAÇÃO. REMESSA OFICIAL TIDA POR INTERPOSTA. AGRAVO RETIDO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE AÇÃO. QUESTÃO DE MÉRITO. COMBUSTÍVEIS. DISTRIBUIDORES. REVENDEDORES VAREJISTAS. AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS - ANP. CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE. NÃO OBSERVÂNCIA. LIBERDADE DE AQUISIÇÃO. PORTARIA ANP 116/2000. REGIME JURÍDICO. CONTEMPLAÇÃO. CARÊNCIA DA AÇÃO. RECONHECIMENTO. APELAÇÃO DESPROVIDA. (...) 3. Objetivou-se com a presente ação civil pública, em suma, o seguinte: a) sejam os postos de gasolina autorizados a não observarem cláusula de exclusividade, a fim de que possam adquirir combustíveis livremente, no segmento da distribuição, desde que se abstenham de ostentar marcas, nomes comerciais e símbolos distintivos da companhia distribuidora, por respeito à propriedade industrial; b) condenação da ANP na obrigação consistente em deixar de expedir autorizações para que as requeridas - à época do ajuizamento as únicas distribuidoras cadastradas - ou as novas distribuidoras que vierem a se cadastrar, celebrem pacto de exclusividade com posto revendedor; (...) 6. Contrariamente ao argumentado pelos recorrentes, a Portaria ANP 116/2000 (ora revogada pela Resolução ANP 41/2013) regulou de forma razoável e equânime o exercício da atividade de revenda varejista de combustível automotivo, mormente no que diz respeito a aspectos e regras para a identificação da origem do combustível. 7. Com efeito, pela ratio do art. 11, §§ 1º, 2º e 3º, do referido ato normativo, o posto de combustível que intencione ostentar a marca comercial do respectivo distribuidor deverá comercializar somente combustíveis dele provenientes (postos "bandeira de marca"); ao revés, o posto que não manifestar tal intenção poderá adquirir combustíveis de qualquer distribuidora (postos "bandeira branca"). Mas, em qualquer dos casos, o revendedor varejista deverá, impreterivelmente, informar o consumidor, de forma clara e ostensiva, a origem do combustível automotor comercializado. 8. Dessa forma, pelo cenário normativo retratado, a todos os postos de combustível é dado comercializar combustíveis de qualquer distribuidora sem o uso da correspondente marca, desde que tomem as medidas cabíveis para se estabelecerem como "bandeira branca" (v.g. opção desde o início da atividade, rescisão do contrato de exclusividade), razão pela qual, como acertadamente registrou a r. sentença, a persecução de tal objetivo mediante esta ação civil pública se tornou inócua. 9. Em precedente desta E. Corte Regional, assentou-se que "A Portaria 116/2000, que regulamenta o exercício da atividade de revenda varejista de combustível automotivo, revela-se plenamente compatível com os preceitos constitucionais e legais, visto que, ao editar atos normativos regulatórios das atividades econômicas da "Indústria do Petróleo", a ANP está apenas cumprindo uma de suas finalidades institucionais." (Apelação Cível 0000295-96.2001.4.03.6106/SP, Terceira Turma, Rel. Des. Fed. Nery Júnior; D.E. 08.04.2013). 10. Isso não fosse suficiente, se mostra temerário e contrário à liberdade negocial pretender-se, à míngua de previsão legal, a condenação da ANP na obrigação de desautorizar toda e qualquer celebração de pacto de exclusividade entre as rés e os postos revendedores de combustíveis. 11. Nega-se provimento às apelações e à remessa oficial". (TRF-3, APELAÇÃO CÍVEL - 1439450, DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/01/2019).

"EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - ANP - INEXISTÊNCIA DE NULIDADE NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO - MULTA À DISTRIBUIDORA POR VENDA DE COMBUSTÍVEL A POSTO REVENDEDOR VINCULADO A OUTRA MARCA - IRREGULARIDADE PLENAMENTE PRATICADA - IMPROCEDÊNCIA AOS EMBARGOS - PROVIMENTO À APELAÇÃO E À REMESSA OFICIAL (...) 3. Descabida a produção de prova testemunhal naquela seara, segundo os contornos então litigados, à medida que o Auto de Infração foi lavrado no dia 21/05/2010 por agente estatal, dotado de fé-pública, cuja descrição fática acerca do cometimento da irregularidade é cabal, no sentido de que o Auto Posto Amparense "exibe na testeira e nos equipamentos medidores a marca comercial da distribuidora Alesat bem como consta no endereço eletrônico da ANP (www.anp.gov.br) como bandeira o nome da referida distribuidora, o que constitui infração...", fls. 20. (...) 8. Repousa a autuação no fato de a distribuidora de combustíveis embargante vender produto a posto revendedor que ostentava vinculação com outro fornecedor (Alesat), fls. 20. 9. Oriundo da ordem constitucional o direito de proteção ao consumidor, a necessariamente conviver com a livre iniciativa capitalista, vez que ambos repousantes no art. 170 da Lei Maior, respectivamente em seus incisos IV e V, na espécie se constata claramente violação ao ordenamento. 10. Firmado o direito consumerista à adequada informação sobre as características do bem em negócio, máxime em se considerando a irretorquível hipossuficiência a respeito, a irregularidade praticada cabalmente causa prejuízos ao consumidor. 11. Se o posto ostenta determinada "bandeira", deve adquirir o combustível daquela marca, pois o cliente pode optar pela credibilidade ou qualidade de determinado produto e, se o combustível vendido é diverso, patente que foi submetido a engodo, afigurando clara a lesão à coletividade, ora pois. Precedente. (...) 21. Em tudo e por tudo, pois, de rigor a improcedência aos embargos, sujeitando-se o polo embargante, a título sucumbencial, ao encargo legal de 20%, art. 37-A, Lei 10.522/2002, fls. 19. 22. Provimento à apelação e à remessa oficial. Improcedência aos embargos". (TRF-3, APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 2219161, JUIZ CONVOCADO SILVA NETO, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/09/2018).

Assim, as alegações apresentadas pela apelante em nada interferem no reconhecimento da legalidade da autuação.

Da mesma forma, não houve qualquer irregularidade na autuação por ausência de atualização dos dados cadastrais da apelante, pois a norma disposta no art. 11 da Resolução ANP de n.º 41/2013, não faz ressalvas ao caso de alteração do capital social da empresa, como alegado pela embargante, devendo ser comunicada qualquer alteração no contrato social da empresa.

Sobre a necessidade de comunicação de alteração de dados cadastrais, já decidiu esta E. Turma. Veja-se:

ADMINISTRATIVO. AUTO DE INFRAÇÃO. AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO. LEI Nº 9.478/97. PORTARIA ANP Nº 116/2000. MULTA A REVENDEDOR VAREJISTA QUE COMERCIALIZA COMBUSTÍVEL DE DISTRIBUIDORA DIVERSA A QUE ESTÁ VINCULADO. NÃO COMUNICAÇÃO DA ALTERAÇÃO DE DADOS CADASTRAIS. LEGALIDADE DA AUTUAÇÃO. APELAÇÃO DESPROVIDA. 1. Trata-se de ação ajuizada em face da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP, objetivando a declaração de nulidade do auto de infração nº 261912 e do processo administrativo nº 48261.000306/2008-41, instaurado contra a autora, em razão da não comunicação da alteração ocorrida em seus dados cadastrais, bem como por ostentar a marca de uma distribuidora e comercializar combustível adquirido de outra, o que culminou na aplicação de multa no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais). 2. A Agência Nacional do Petróleo - ANP é uma autarquia especial, instituída pela Lei 9.478/97, com a atribuição, dentre outras, de regular as atividades relacionadas ao transporte, à distribuição e à comercialização de combustíveis. 3. Assim, o poder normativo conferido à parte ré, inerente à atuação das agências reguladoras, autoriza a edição de atos normativos infralegais, tendo a ANP, deste modo, editado a Portaria nº 116/2000, que estabelecia ao revendedor varejista comunicar as alterações de dados cadastrais, mediante protocolo de nova ficha cadastral, no prazo de 30 (trinta) dias a contar da efetivação do ato. 4. O ato normativo também exigia do estabelecimento revendedor a obrigação de informar ao consumidor a origem do combustível comercializado, para que vendesse apenas o produto fornecido pela distribuidora cuja marca ostenta. 5. O fato de o produto ser de boa qualidade em nada interfere no reconhecimento da legalidade da autuação, visto que, "se o posto ostenta determinada 'bandeira', deve adquirir o combustível daquela marca, pois o cliente pode optar pela credibilidade ou qualidade de determinado produto e, se o combustível vendido é diverso, patente que foi submetido a engodo, afigurando clara a lesão à coletividade" (ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 2219161 0006074-44.2015.4.03.6105, JUIZ CONVOCADO SILVA NETO, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/09/2018 ..FONTE_REPUBLICACAO). 6. Logo, inexistente qualquer ilegalidade ou excesso por parte da autoridade administrativa, sendo cabível a imposição de multa à autora, com fundamento no artigo 3º, XII e XV, da Lei Federal nº 9.847/99, cujo valor se encontra dentro dos limites legais, considerando a prática de duas infrações diversas. 7. Precedentes. 8. Apelação desprovida. (TRF-3, ApCiv 0005465-32.2013.4.03.6105, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:27/06/2019.)

Por fim, não se verifica qualquer irregularidade na gradação do valor da multa aplicada.

O artigo 3º, XII e XV, da Lei Federal nº 9.847/99, dispõe que, *in verbis*:

"Art. 3º A pena de multa será aplicada na ocorrência das infrações e nos limites seguintes: (...) XII - deixar de comunicar informações para cadastro ou alterações de informações já cadastradas no órgão, alteração de razão social ou nome de fantasia, e endereço, nas condições estabelecidas: Multa - de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 10.000,00 (dez mil reais); (...) XV - deixar de fornecer aos consumidores as informações previstas na legislação aplicável ou fornecê-las em desacordo com a referida legislação: Multa - de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais)";

Registre-se que a multa foi aplicada dentro dos limites legais, considerando a prática de duas infrações diversas, inexistindo qualquer ilegalidade ou excesso por parte da autoridade administrativa, devendo a r. sentença ser mantida tal como lançada.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** à apelação.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. AUTO DE INFRAÇÃO. AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS - ANP. MULTA. INFRAÇÕES AO DISPOSTO NO ART. 25, § 2º, II, E ART. 11, II, AMBOS DA RESOLUÇÃO ANP DE N.º 41/2013. COMERCIALIZAÇÃO DE COMBUSTÍVEL DE DISTRIBUIDORA DIVERSA A QUE ESTÁ VINCULADO. ALTERAÇÃO DE DADOS CADASTRAIS. LEGALIDADE DA AUTUAÇÃO. GRADAÇÃO DA MULTA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. Trata-se de embargos à execução fiscal, opostos em face da Agência Nacional de Petróleo Gás Natural e Biocombustíveis - ANP, com o objetivo de afastar a aplicação de multa por infrações ao disposto no art. 25, § 2º, II, e art. 11, II, ambos da Resolução ANP de n.º 41/2013.
2. A Agência Nacional do Petróleo - ANP é uma autarquia especial, instituída pela Lei 9.478/97, com a atribuição, dentre outras, de regular as atividades relacionadas ao transporte, à distribuição e à comercialização de combustíveis.
3. No caso dos autos, restou comprovado que a embargante adquiriu combustível de distribuidoras diversas da bandeira que ostenta. Tal fato, foi assumido pela própria apelante, não se justificando as suas alegações de que: vinha tendo sérias divergências comerciais com a "Petrobrás Distribuidora S/A"; não agiu de má-fé; as empresas fornecedoras são idôneas e devidamente regularizadas perante a ANP (precedentes deste Tribunal).
4. Da mesma forma, não houve qualquer irregularidade na autuação por ausência de atualização dos dados cadastrais da apelante, pois a norma disposta no art. 11 da Resolução ANP de n.º 41/2013, não faz ressalvas ao caso de alteração do capital social da empresa, como alegado pela embargante, devendo ser comunicada qualquer alteração no contrato social da empresa (precedente deste Tribunal).
5. Por fim, registre-se que a multa foi aplicada dentro dos limites legais, considerando a prática de duas infrações diversas, inexistindo qualquer ilegalidade ou excesso por parte da autoridade administrativa, devendo a r. sentença ser mantida tal como lançada.
6. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) N° 5007795-61.2019.4.03.6183

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: CELENI SANTOS DEUS OLIVEIRA

Advogados do(a) APELADO: DIEGO CARNEIRO TEIXEIRA - SP310806-N, MARCO ANTONIO BARBOSA DE OLIVEIRA - SP250484-N

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) N° 5007795-61.2019.4.03.6183

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: CELENI SANTOS DEUS OLIVEIRA

Advogados do(a) APELADO: DIEGO CARNEIRO TEIXEIRA - SP310806-N, MARCO ANTONIO BARBOSA DE OLIVEIRA - SP250484-N

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por **Celeni Santos Deus Oliveira** em face do Chefe da Agência do Instituto Nacional do Seguro Social da Lapa, objetivando provimento jurisdicional que determine à autoridade coatora conceder cópia integral de seu processo administrativo.

A MM. Juíza *a quo* concedeu a segurança para determinar à autoridade impetrada que conclua o processo administrativo NB 626.694.984-2, fornecendo cópia integral do PA à impetrante, no prazo de 30 (trinta) dias (ID 126189014).

O INSS apelou, sustentando, em síntese, que:

- a) os recursos públicos são finitos e a Administração precisa eleger prioridades de atuação, inclusive sendo necessário tempo para realizar as devidas adequações necessárias para garantir o desempenho satisfatório de suas atividades nas hipóteses de intercorrências que fogem do controle do gestor;
- b) o apelante sofreu as consequências de aposentadorias em massa de servidores públicos, porém os recursos são escassos para a resolução imediata dos problemas;
- c) atenta contra a separação dos poderes a imposição pelo Poder Judiciário de realização pelo INSS de análise de requerimento administrativo em 30 ou 45 dias, pois esta avaliação encontra-se na seara da reserva de administração, utilizando-se das ferramentas disponíveis ao Poder Público;
- d) garantir na via da tutela jurisdicional que o requerimento da parte impetrante seja apreciado em exíguo lapso temporal acarreta o tratamento dispar com aqueles cidadãos que aguardam o pronunciamento da autarquia previdenciária, constituindo uma verdadeira burla na fila cronológica de análise dos requerimentos;
- e) o artigo 49 da Lei n. 9.784/99 evidencia que o referido prazo de 30 dias não é o lapso temporal de que dispõe a Administração para iniciar e concluir o processo administrativo, mas sim de prazo concedido para decidir após a conclusão de toda instrução processual.

Com contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

A Procuradoria Regional da República, em parecer da lavra do Dr. Robério Nunes dos Anjos Filho, opinou pelo desprovimento da apelação (ID 128151728).

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5007795-61.2019.4.03.6183

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: CELENI SANTOS DEUS OLIVEIRA

Advogados do(a) APELADO: DIEGO CARNEIRO TEIXEIRA - SP310806-N, MARCO ANTONIO BARBOSA DE OLIVEIRA - SP250484-N

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Trata-se de mandado de segurança impetrado com o fito de obter provimento jurisdicional que determine à autoridade coatora fornecer cópia do processo administrativo da impetrante.

Como é cediço, cabe à Administração Pública respeitar o princípio da razoável duração do processo, constante no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.

Nesse sentido, a Lei nº 9.784/1999 determina ao Poder Público o prazo de até 30 (trinta) dias, contados do momento em que concluída a instrução, para emitir decisão em processos administrativos de sua competência. *In verbis*:

"Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada".

A impetrante alega que protocolou requerimento para obtenção de cópia do processo administrativo no dia 08.03.2019, mas até a data da impetração do presente *mandamus* (24.06.2019), ainda não existia qualquer perspectiva de atendimento do seu pedido por parte da autoridade coatora.

Não há dúvidas, deste modo, que a autarquia previdenciária extrapolou os limites da razoabilidade em relação à demora na apreciação do requerimento administrativo e na concessão de cópia integral do PA, o que veio a ser feito somente após a prolação da sentença ora guerreada (ID 126189027).

A respeito do tema, colhem-se os seguintes precedentes:

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO. ART. 5º, LXXVIII, DA CF. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSOS. TRASLADO DE PEÇAS. POSSIBILIDADE. CELERIDADE. ÔNUS DAS PARTES. ATUAÇÃO. RECURSO NÃO-CONHECIDO. 1. "A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" (art. 5º, LXXVIII, da CF). 2. Devem as partes colaborar no andamento do processo com o escopo de se chegar a um provimento jurisdicional final em tempo moderado. 3. Recurso não-conhecido". ..EMEN:(RESP 200701513930, ARNALDO ESTEVES LIMA, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:01/02/2010 ..DTPB:.)

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ANÁLISE DE PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO. LEI Nº 9.784/99. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. 1 - Os artigos 48 e 49 da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estipulam o prazo de até 30 (trinta) dias, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada, para Administração explicitamente emitir decisão nos processos administrativos. 2 - A Administração Pública deve examinar e decidir os requerimentos que lhe sejam submetidos à apreciação, no prazo legal, sob pena de violação aos princípios da eficiência e da razoável duração do processo, conforme preceituam as Leis ns. 9.784/99 e 11.457/07, bem como os artigos 5º, inciso LXXVIII e 37, caput, da Constituição da República, que a todos assegura o direito à celeridade na tramitação dos procedimentos administrativos. 3 - Remessa oficial não provida". (REO 00097112820094036100, DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/12/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

"PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MOROSIDADE ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. [...] II - De acordo com os documentos juntados aos autos demonstram, de plano a delonga da Administração na verificação do preenchimento das exigências legais para o deferimento do pleito. Portanto, não há qualquer justificativa plausível por parte da autoridade para a demora na análise do processo administrativo, em ofensa aos princípios constitucionais e administrativos da moralidade, eficiência, continuidade do serviço público e razoabilidade. III - Agravo legal não provido".(AMS 00218437820134036100, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/12/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

“DIREITO DE PETIÇÃO. OBTENÇÃO DE RESPOSTA. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ILEGALIDADE. 1. Assiste direito líquido e certo à impetrante, de receber uma resposta da Administração Pública, acerca do requerimento formulado. 2. Todas as pessoas, físicas e jurídicas, têm assegurado o direito de invocar o Poder Público, a fim de receber uma resposta acerca de uma determinada questão ou situação considerada abusiva ou contrária ao direito. 3. Cuida-se do direito de petição (art. 5º, XXXIV, "a", da CF), no qual se encontra, implícito, o direito de receber a respectiva resposta, dentro de prazo razoável (Princípio da Eficiência da Administração Pública - art. 37, caput, da CF). 4. Protocolado o pleito de restituição em 17/02/05 (cf. fls. 29), sem que o mesmo houvesse sido analisado até a data do ajuizamento deste mandado de segurança (em 06/07/05), resta configurada a omissão ilegal por parte da autoridade administrativa. 5. Ao tratar do dever de decidir, a Lei 9784/99, reguladora do processo administrativo no âmbito federal, fixa o prazo de 30 dias para tanto. 6. Correta a sentença ao fixar o prazo de 15 dias para conclusão do processo administrativo. 7. Apelação e remessa oficial improvidas”. (AMS - APELAÇÃO CÍVEL – 279903. TRF3. e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/09/2011 PÁGINA: 1229. 24/08/2011. JUIZ CONVOCADO LEONEL FERREIRA).

Registre-se que a falta de estrutura administrativa, seja ela material ou pessoal, não pode ser usada como argumento que justifique a demora da prestação de um serviço público, quando ultrapassado prazo consideravelmente razoável.

A r. sentença, portanto, deve ser mantida tal como lançada.

Diante do exposto, voto por **NEGAR PROVIMENTO** à apelação e à remessa necessária.

É como voto.

jucarval

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. PRAZO. LEI Nº 9.784/99. 30 DIAS. APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDAS.

1. Cabe à administração pública respeitar o princípio da razoável duração do processo, constante no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.
2. A Lei n. 9.784/1999 determina à Administração Pública o prazo de até 30 (trinta) dias, contados do momento em que concluída a instrução, para emitir decisão em processos administrativos de sua competência.
3. A falta de estrutura administrativa, seja ela material ou pessoal, não pode ser usada como argumento que justifique a demora da prestação de um serviço público, quando ultrapassado prazo consideravelmente razoável.
4. Apelação e remessa necessária desprovidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO à apelação e à remessa necessária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
AGRAVANTE: FREIXIEL PAES E DOCES LTDA - ME
Advogado do(a) AGRAVANTE: JOSE DERELI CORREIA DE CASTRO - SP249288-A
AGRAVADO: CENTRAIS ELETRICAS BRASILEIRAS SA
Advogado do(a) AGRAVADO: GUSTAVO VALTES PIRES - RJ1457260S
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO

Fica a agravada CENTRAIS ELÉTRICAS BRASILEIRAS S/A intimada dos r. despachos IDs 134603539 e 131384189.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5029054-37.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: CYCIAN S/A.
Advogados do(a) AGRAVANTE: RENATO DE LUIZI JUNIOR - SP52901-A, LUIZ FERNANDO RUCK CASSIANO - SP228126-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5029054-37.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: CYCIAN S/A.
Advogados do(a) AGRAVANTE: RENATO DE LUIZI JUNIOR - SP52901-A, LUIZ FERNANDO RUCK CASSIANO - SP228126-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração contra acórdão assimementado:

"PROCESSO CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PENHORA SOBRE O FATURAMENTO. INEXISTÊNCIA OU INSUFICIÊNCIA DE BENS PASSÍVEIS DE PENHORA. EXCEPCIONALIDADE. ESGOTAMENTO DAS DILIGÊNCIAS.

- 1. Pretende a agravante seja levantada a penhora incidente sobre 5% (cinco por cento) de seu faturamento, ou, ainda, a sua redução ao patamar de 1,5% (um e meio por cento).*
- 2. Nos termos do art. 866 do CPC, o juiz, de forma a não inviabilizar o exercício da atividade empresarial, poderá determinar a penhora de percentual de faturamento da empresa, caso o executado não tenha outros bens passíveis de penhora ou, tendo-os, forem de difícil alienação ou insuficiente para saldar o crédito executado.*
- 3. Consoante entendimento preconizado pelo Superior Tribunal de Justiça, o deferimento de penhora sobre o faturamento da empresa não prescinde do cumprimento dos seguintes requisitos: (i) o executado não possua bens passíveis de penhora ou, caso os tenha, sejam de difícil execução ou, por outro lado, sejam insuficientes para solver o crédito a que se visa a percepção; (ii) o percentual estipulado não impossibilite a continuidade da atividade empresarial; e, por fim, (iii) seja nomeado administrador que apresente plano de pagamento, mediante balancetes mensais.*
- 4. Por sua vez, em termos percentuais, consolidou-se perante esta Corte o posicionamento de que a penhora empreendida no patamar de 5% (cinco por cento) sobre o faturamento das sociedades empresárias não se mostra excessivo, se não demonstrado, por parte da parte executado, o risco à viabilidade de suas atividades.*
- 5. A exequente, ora agravada, anteriormente ao pleito de penhora sobre o faturamento, formulou pedidos, conquanto infrutíferos, (i) de constrição patrimonial via Bacenjud, bem como (ii) de penhora por oficial de justiça, em cujas diligências foi constatado, mediante certidão, de que não foram encontrados bens que pudessem sofrer constrição.*
- 6. Sob tal perspectiva, é possível se verificar dos elementos constantes dos autos que houve o razoável esgotamento das diligências úteis a fim de localizar bens, sob titularidade da executada, ora agravante, cuja disponibilidade seja suficiente para saldar o débito ora discutido, aferindo-se, portanto, a regularidade do ato de constrição sobre o seu faturamento.*
- 7. A agravante não se desincumbiu de demonstrar que a medida ora combatida teria aptidão para impedi-la de dar continuidade às atividades empresariais, já que as demais penhoras sobre o seu faturamento, decorrentes de demandas diversas, datam de 2008 e 2013, não sendo passível de aferição, portanto, a sua situação econômica atual.*
- 8. Agravo de instrumento não provido."*

Alegou-se omissão e obscuridade acerca da existência de outros bens passíveis de penhora e do pedido de redução do percentual penhorado.

Apresento o feito em mesa para julgamento (artigo 1.024, § 1º, CPC).

É o relatório.

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: CYCIAN S/A.

Advogados do(a) AGRAVANTE: RENATO DE LUIZI JUNIOR - SP52901-A, LUIZ FERNANDO RUCK CASSIANO - SP228126-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, são manifestamente improcedentes os presentes embargos de declaração, pois não se verifica qualquer omissão ou erro material no julgamento impugnado, mas mera contrariedade da embargante com a solução dada pelo colegiado, que resolveu o litígio à luz da legislação aplicável e com respaldo na jurisprudência desta Turma.

Com efeito, o acórdão embargado, citando jurisprudência, fundamentou a manutenção da decisão recorrida na compreensão motivada de que a penhora sobre o faturamento da empresa é a medida adequada para a garantia do pagamento do débito, uma vez presentes os requisitos do artigo 866 do CPC, não tendo sido fixado, ademais, percentual excessivo.

A propósito, restou assentado na fundamentação que *"o deferimento de penhora sobre o faturamento da empresa não prescinde do cumprimento dos seguintes requisitos: (i) o executado não possua bens passíveis de penhora ou, caso os tenha, sejam de difícil execução ou, por outro lado, sejam insuficientes para solver o crédito a que se visa a percepção; (ii) o percentual estipulado não impossibilite a continuidade da atividade empresarial; e, por fim, (iii) seja nomeado administrador que apresente plano de pagamento, mediante balancetes mensais"; e que "em termos percentuais, consolidou-se perante esta Corte o posicionamento de que a penhora empreendida no patamar de 5% (cinco por cento) sobre o faturamento das sociedades empresárias não se mostra excessivo, se não demonstrado, por parte da parte executado, o risco à viabilidade de suas atividades"; e, finalmente, "a exequente, ora agravada, anteriormente ao pleito de penhora sobre o faturamento, formulou pedidos, conquanto infrutíferos, (i) de constrição patrimonial via Bacenjud, bem como (ii) de penhora por oficial de justiça, em cujas diligências foi constatado, mediante certidão, de que não foram encontrados bens que pudessem sofrer constrição (fls. 247/251, ID 104945448 e fls. 15, 22 e 26/27, ID 104946449). Sob tal perspectiva, é possível se verificar dos elementos constantes dos autos que houve o razoável esgotamento das diligências úteis a fim de localizar bens, sob titularidade da executada, ora agravante, cuja disponibilidade seja suficiente para saldar o débito ora discutido, aferindo-se, portanto, a regularidade do ato de constrição sobre o seu faturamento. Por fim, oportuno salientar que a agravante não se desincumbiu de demonstrar que a medida ora combatida teria aptidão para impedi-la de dar continuidade às atividades empresariais, já que as demais penhoras sobre o seu faturamento, decorrentes de demandas diversas, datam de 2008 e 2013, não sendo, portanto, passível de aferição a sua situação econômica atual (fls. 5/12, ID 104945454 e fls. 1/4, ID 104945456)."*

Não houve, como se observa, omissão, contradição ou obscuridade frente a alegações, preceitos e provas pertinentes à discussão, mas, ainda que, por hipótese, houvesse ofensa ou negativa de vigência à legislação, ou contrariedade à interpretação consolidada na jurisprudência das Cortes Superiores, os embargos de declaração, mesmo assim, não seriam cabíveis ou passíveis de acolhimento em substituição aos recursos específicos, próprios para cada situação, de competência das instâncias superiores.

Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, como os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PENHORA SOBRE FATURAMENTO. PERCENTUAL. VÍCIOS INEXISTENTES. REJEIÇÃO.

1. São manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto como objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.
2. O acórdão embargado, citando jurisprudência, fundamentou a confirmação da manutenção da decisão recorrida na compreensão motivada de que a penhora sobre o faturamento da empresa é a medida adequada para a garantia do pagamento do débito, uma vez presentes os requisitos do artigo 866 do CPC, não tendo sido fixado, ademais, percentual excessivo.
3. A propósito, restou assentado na fundamentação que *"o deferimento de penhora sobre o faturamento da empresa não prescinde do cumprimento dos seguintes requisitos: (i) o executado não possua bens passíveis de penhora ou, caso os tenha, sejam de difícil execução ou, por outro lado, sejam insuficientes para solver o crédito a que se visa a percepção; (ii) o percentual estipulado não impossibilite a continuidade da atividade empresarial; e, por fim, (iii) seja nomeado administrador que apresente plano de pagamento, mediante balancetes mensais"*; e que *"em termos percentuais, consolidou-se perante esta Corte o posicionamento de que a penhora empreendida no patamar de 5% (cinco por cento) sobre o faturamento das sociedades empresárias não se mostra excessivo, se não demonstrado, por parte da parte executado, o risco à viabilidade de suas atividades"*; e, finalmente, *"a exequente, ora agravada, anteriormente ao pleito de penhora sobre o faturamento, formulou pedidos, conquanto infrutíferos, (i) de constrição patrimonial via Bacenjud, bem como (ii) de penhora por oficial de justiça, em cujas diligências foi constatado, mediante certidão, de que não foram encontrados bens que pudessem sofrer constrição (fls. 247/251, ID 104945448 e fls. 15, 22 e 26/27, ID 104946449). Sob tal perspectiva, é possível se verificar dos elementos constantes dos autos que houve o razoável esgotamento das diligências úteis a fim de localizar bens, sob titularidade da executada, ora agravante, cuja disponibilidade seja suficiente para saldar o débito ora discutido, aferindo-se, portanto, a regularidade do ato de constrição sobre o seu faturamento. Por fim, oportuno salientar que a agravante não se desincumbiu de demonstrar que a medida ora combatida teria aptidão para impedi-la de dar continuidade às atividades empresariais, já que as demais penhoras sobre o seu faturamento, decorrentes de demandas diversas, datam de 2008 e 2013, não sendo, portanto, passível de aferição a sua situação econômica atual (fls. 5/12, ID 104945454 e fls. 1/4, ID 104945456)."*
4. Não houve, com efeito, omissão, contradição ou obscuridade frente a alegações, preceitos e provas pertinentes à discussão, mas, ainda que, por hipótese, houvesse ofensa ou negativa de vigência à legislação, ou contrariedade à interpretação consolidada na jurisprudência das Cortes Superiores, os embargos de declaração, mesmo assim, não seriam cabíveis ou passíveis de acolhimento em substituição aos recursos específicos, próprios para cada situação, de competência das instâncias superiores.
5. Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.
6. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0014654-44.2016.4.03.6100
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: COMERCIAL COMMED PRODUTOS HOSPITALARES LTDA
Advogado do(a) APELADO: LUIZ CARLOS DE ANDRADE LOPES - SP240052-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0014654-44.2016.4.03.6100
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: COMERCIAL COMMED PRODUTOS HOSPITALARES LTDA
Advogado do(a) APELADO: LUIZ CARLOS DE ANDRADE LOPES - SP240052-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração contra acórdão assimementado:

"DIREITO TRIBUTÁRIO. MULTA DE OFÍCIO. SONEGAÇÃO, FRAUDE E CONLUÍO. LIMITE. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. Em que pese a previsão legal de aplicação em dobro do percentual regular da multa punitiva, no caso de constatação de sonegação fiscal, fraude ou conluio (artigo 44, I e § 1º, da Lei 9.430/1996), é reputada confiscatória e inconstitucional pela Suprema Corte a imposição que, a tal título, supere o próprio valor do tributo, devendo, pois, ser reduzida de 150% para 100% do montante devido.

2. Apelação desprovida."

Alegou-se omissão e obscuridade, pois a imposição de multa tributária visa à aplicação de penalidade por descumprimento de obrigação de cunho fiscal e, portanto, a duplicação fixada pelo artigo 44, § 1º, da Lei 9.430/1996 revela-se proporcional e adequada.

Apresento o feito em mesa para julgamento (artigo 1.024, § 1º, CPC).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0014654-44.2016.4.03.6100
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: COMERCIAL COMMED PRODUTOS HOSPITALARES LTDA
Advogado do(a) APELADO: LUIZ CARLOS DE ANDRADE LOPES - SP240052-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, são manifestamente improcedentes os presentes embargos de declaração, pois não se verifica qualquer omissão ou erro material no julgamento impugnado, mas mera contrariedade da embargante com a solução dada pelo colegiado, que resolveu o litígio à luz da legislação aplicável e com respaldo na jurisprudência desta Turma.

Com efeito, o acórdão embargado, citando jurisprudência, fundamentou a confirmação da sentença na compreensão motivada de que o limite da multa punitiva, ainda que mais agravada por circunstâncias excepcionais como sonegação, conluio ou fraude, não pode exceder, em si e a tal título, o próprio valor do tributo exigido, sem embargo de outros encargos legais aplicáveis.

A propósito, restou exposto na fundamentação que *"houve imposição de multa de ofício de 150% do valor devido a título de principal em razão da configuração de sonegação fiscal constatada pelo Fisco e confirmada pela sentença, sem impugnação do contribuinte neste ponto"*; e que, *"O Supremo Tribunal Federal, porém, assentou entendimento de que o percentual da multa punitiva deve ser limitado a 100% do montante correspondente à obrigação principal, sob pena de confisco"*.

Não houve, como se observa, omissão, contradição ou obscuridade frente a alegações, preceitos e provas pertinentes à discussão, mas, ainda que, por hipótese, houvesse ofensa ou negativa de vigência à legislação, ou contrariedade à interpretação consolidada na jurisprudência das Cortes Superiores, os embargos de declaração, mesmo assim, não seriam cabíveis ou passíveis de acolhimento em substituição aos recursos específicos, próprios para cada situação, de competência das instâncias superiores.

Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MULTA DE OFÍCIO. SONEGAÇÃO, FRAUDE E CONLUÍO. LIMITE. VÍCIOS INEXISTENTES. REJEIÇÃO.

1. São manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.
2. O acórdão embargado, citando jurisprudência, fundamentou a confirmação da sentença dentro da compreensão motivada de que o limite da multa punitiva, ainda que mais agravada por circunstâncias excepcionais como sonegação, conluio ou fraude, não pode exceder, em si e a tal título, o próprio valor do tributo exigido, sem embargo de outros encargos legais aplicáveis.
3. A propósito, restou exposto na fundamentação que *"houve imposição de multa de ofício de 150% do valor devido a título de principal em razão da configuração de sonegação fiscal constatada pelo Fisco e confirmada pela sentença, sem impugnação do contribuinte neste ponto"*; e que, *"O Supremo Tribunal Federal, porém, assentou entendimento de que o percentual da multa punitiva deve ser limitado a 100% do montante correspondente à obrigação principal, sob pena de confisco"*.
4. Não houve, com efeito, omissão, contradição ou obscuridade frente a alegações, preceitos e provas pertinentes à discussão, mas, ainda que, por hipótese, houvesse ofensa ou negativa de vigência à legislação, ou contrariedade à interpretação consolidada na jurisprudência das Cortes Superiores, os embargos de declaração, mesmo assim, não seriam cabíveis ou passíveis de acolhimento em substituição aos recursos específicos, próprios para cada situação, de competência das instâncias superiores.
5. Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.
6. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001866-95.2016.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: COMERSUL IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA
Advogado do(a) APELANTE: ROBINSON VIEIRA - SP98385-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001866-95.2016.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: COMERSUL IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA
Advogado do(a) APELANTE: ROBINSON VIEIRA - SP98385-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação em ação de rito ordinário ajuizada por **Comersul Importação e Exportação Ltda.**, em face da União, com o objetivo de obter o reconhecimento do pagamento a maior das contribuições ao PIS-importação e COFINS-importação, em razão da inclusão na base de cálculo dos valores de ICMS e das próprias contribuições, além do reconhecimento do direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos.

Na sentença, o Juízo *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido, declarando a inexistência de relação jurídico-tributária que obrigue a autora ao recolhimento das contribuições PIS-importação e COFINS-importação com base de cálculo diversa do valor aduaneiro, restando excluídos os valores do ICMS e das próprias contribuições PIS/COFINS-importação previstos no artigo 7º, I, da Lei nº 10.865/04, com redação anterior à vigência da Lei nº 12.865/13, bem como para declarar seu direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos, observada a prescrição quinquenal.

Por fim, Sua Excelência, destacou que, não obstante a impetração pela autora do mandado de segurança nº. 0008260-77.2014.403.6104, para fins de interrupção da prescrição em relação às contribuições pagas entre 4.11.2009 e 09.10.2013, a presente ação somente tem o condão de alcançar os valores recolhidos nos últimos cinco anos, visto que a ação mandamental não assegurou o direito da autora à compensação das verbas recolhidas naquele período, tendo em vista a ausência de juntada dos documentos que comprovassem os pagamentos realizados.

Apelou, a autora, a fim de que seja reconhecida a data da impetração do mandado de segurança nº. 0008260-77.2014.403.6104, para fins de interrupção da prescrição, permitindo-se a compensação dos valores indevidamente recolhidos no período de 4.11.2009 e 09.10.2013.

Comcontrarrrazões vieram os autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0001866-95.2016.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: COMERSUL IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA
Advogado do(a) APELANTE: ROBINSON VIEIRA - SP98385-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): A autora, ora apelante, impetrou o mandado de segurança n.º 0008260-77.2014.403.6104, em 4.11.2014, com o objetivo de obter o reconhecimento do pagamento a maior das contribuições ao PIS-importação e COFINS-importação, em razão da inclusão na base de cálculo dos valores de ICMS e das próprias contribuições, além do reconhecimento do direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos.

O *decisum* prolatado, nos autos do Mandado de Segurança, denegou a ordem no mandado de segurança, porquanto a concessão da ordem reclamava prova do direito líquido e certo, que não teria ocorrido no *mandamus*.

Desta feita, a autora, ora apelante, ajuizou a presente ação de rito ordinário, com o fito de fazer prova do seu direito, momento no qual comprovou sua condição de contribuinte das contribuições ao PIS e à Cofins, bem como do ICMS.

Julgada parcialmente procedente a presente ação, em primeiro grau, fora reconhecido o direito à compensação somente do período quinquenal que antecedeu a propositura deste feito.

Passo ao exame do mérito.

O prazo prescricional a ser observado na espécie, é o quinquenal, alcançando as parcelas recolhidas anteriormente a cinco anos do ajuizamento, conforme já reconhecido pela jurisprudência pátria.

Nada obstante, no caso em questão, considerando a impetração anterior do Mandado de Segurança nº 008260-77.2014.4.03.6104, em 4.11.2014, houve a interrupção da prescrição, que somente após o trânsito em julgado voltou a fluir para a cobrança dos créditos recolhidos indevidamente.

Nesse sentido, é a jurisprudência consolidada no STJ:

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 535, II, DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO PRAZO PRESCRICIONAL DA AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA. IMPETRAÇÃO ANTERIOR DE MANDADO DE SEGURANÇA. INTERRUPTÃO DA PRESCRIÇÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 168 DO CTN. INEXISTÊNCIA. PRAZO PRESCRICIONAL PARA A REPETIÇÃO DE TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. TEMA JÁ JULGADO EM SEDE DE RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA.

(...)

2. A jurisprudência deste STJ está sedimentada no sentido de que a impetração de mandado de segurança interrompe o prazo prescricional em relação à ação de repetição do indébito tributário, de modo que somente a partir do trânsito em julgado do mandamus inicia a contagem do prazo em relação à ação ordinária para a cobrança dos créditos recolhidos indevidamente. Precedentes: AgRg no REsp 1.348.276 / RS, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 18.12.2012; AgRg no Ag 1.240.674/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe 2.6.2010; AgRg no REsp 1.181.970/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 15.04.2010; REsp 1.181.834/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 17/08/2010; AgRg no REsp. n. 1.210.652 - RS, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 23.11.2010.

(STJ, 2ª Turma, Min. Rel. Mauro Campbell Marques, Resp 1248277/PR, j. 04/08/15, DJe 12/08/15)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. MANEJO ANTERIOR DE MANDADO DE SEGURANÇA. PRAZO PRESCRICIONAL. INTERRUPTÃO.

1. Entendimento deste Tribunal no sentido de que o manejo de mandado de segurança tem o condão de interromper o prazo prescricional em relação à ação de repetição de indébito tributário. Precedentes: REsp 1.181.834/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJ de 20/9/2010, AgRg no REsp 1.181.970/SP, Rel. Min. Humberto Martins, DJ 27/4/2010, AgRg no REsp 1.210.652/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ de 4/2/2011.

2. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 1.348.276 / RS, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 18.12.2012).

DIREITO TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. AGRAVO REGIMENTAL. ACÓRDÃO RECORRIDO. CONTRIBUIÇÃO AO PIS E COFINS. INTERRUPTÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL EM RAZÃO DA IMPETRAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ.

1. A impetração do mandado de segurança interrompe a fluência do prazo prescricional de modo que somente após o trânsito em julgado da decisão nele proferida é que voltará a fluir a prescrição da ação ordinária para a cobrança dos créditos recolhidos indevidamente referentes ao quinquênio que antecedeu a propositura do writ.

2. O entendimento esposado no acórdão recorrido está de acordo com a jurisprudência deste órgão jurisdicional, incidindo, pois, na espécie, o teor da Súmula 83/STJ.

3. Agravo regimental não provido (AgRg no Ag 1.240.674/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe 2.6.2010).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - INTERRUPTÃO DA PRESCRIÇÃO - TERMO A QUODA PRESCRIÇÃO - AJUIZAMENTO DA AÇÃO MANDAMENTAL.

A impetração do mandado de segurança interrompe a fluência do prazo prescricional de modo que somente após o trânsito em julgado da decisão nele proferida é que voltará a fluir a prescrição da ação ordinária para a cobrança dos créditos recolhidos indevidamente referentes ao quinquênio que antecedeu a propositura do writ.

Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 1.181.970/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 15.04.2010).

PROCESSUAL CIVIL. REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO. PRAZO PRESCRICIONAL DA AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA. IMPETRAÇÃO ANTERIOR DE MANDADO DE SEGURANÇA. INTERRUPTÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 168 DO CTN. INEXISTÊNCIA.

1. A impetração de mandado de segurança interrompe o prazo prescricional em relação à ação de repetição do indébito tributário, de modo que somente a partir do trânsito em julgado do mandamus inicia a contagem do prazo em relação à ação ordinária para a cobrança dos créditos recolhidos indevidamente. Precedentes.

2. Recurso especial não provido (REsp 1.181.834/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 17/08/2010, DJe 20/09/2010).

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO. ANTERIOR IMPETRAÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA. PRAZO PRESCRICIONAL. INTERRUPTÃO.

1. A jurisprudência do STJ se firmou no sentido de que a impetração de Mandado de Segurança interrompe o prazo prescricional em relação à Ação de Repetição do Indébito tributário, iniciando-se a contagem do prazo em relação à ação ordinária para a cobrança dos créditos recolhidos indevidamente somente a partir do trânsito em julgado da impetração.

2. Agravo Regimental não provido (AgRg no REsp. n. 1.210.652 - RS, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 23.11.2010).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. INTERRUPTÃO DA PRESCRIÇÃO. TERMO A QUO DA PRESCRIÇÃO. AJUIZAMENTO DA AÇÃO MANDAMENTAL. A impetração do mandado de segurança interrompe a fluência do prazo prescricional de modo que somente após o trânsito em julgado da decisão nele proferida é que voltará a fluir a prescrição da ação ordinária para a cobrança dos créditos recolhidos indevidamente referentes ao quinqüênio que antecedeu a propositura do writ. Agravo regimental improvido".

(STJ. AgREsp nº 1181970. 2ª Turma. Relator Ministro Humberto Martins. DJe de 27.04.2010)

Destarte, considerando a data da impetração, 4.11.2014, ocorreu a interrupção da prescrição em relação ao período pleiteado (4.11.2009 a 9.10.2013), permanecendo interrompido até a data do trânsito em julgado da decisão proferida, que se deu em 21.3.2016.

Frise-se que a interrupção da prescrição ocorre independentemente do resultado favorável do feito.

Tendo em conta que o prazo interrompido recomeça a fluir a partir do marco inicial, no caso, o trânsito em julgado na ação mandamental (21.3.2016), tem-se que com a distribuição da presente ação ordinária em 29.1.2016, não decorreu o prazo quinquenal para o período pretendido de 4.11.2009 a 9.10.2013, motivo pelo qual deve ser afastada a prescrição.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** à apelação da parte autora para, reformando a sentença, afastar a prescrição, e **JULGAR PROCEDENTE** o pedido, para autorizar a compensação dos valores indevidamente recolhidos no período de 4.11.2009 a 9.10.2013.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. INTERRUÇÃO DA PRESCRIÇÃO. AÇÃO MANDAMENTAL. TERMO *A QUO* DA PRESCRIÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO DO *MANDAMUS*.

1. A jurisprudência do STJ está sedimentada no sentido de que, a impetração de mandado de segurança interrompe o prazo prescricional para a ação de repetição do indébito tributário, de modo que, somente a partir do trânsito em julgado do *mandamus*, inicia-se a contagem do prazo prescricional.

2. Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, DEU PROVIMENTO à apelação da parte autora para, reformando a sentença, afastar a prescrição, e JULGAR PROCEDENTE o pedido, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0006765-83.2009.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: BRASIMAC SA ELETRO DOMESTICOS
Advogado do(a) APELADO: MARCIA DE LOURENCO ALVES DE LIMA - SP126647-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0006765-83.2009.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: BRASIMAC SA ELETRO DOMESTICOS
Advogado do(a) APELADO: MARCIA DE LOURENCO ALVES DE LIMA - SP126647-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto pela **União** contra a r. sentença que julgou improcedentes os embargos à execução de título judicial ajuizados contra **Brasimac S/A Eletrodomésticos**.

O juízo *a quo* reconheceu a possibilidade de se repetir os valores certificados no título judicial, decorrentes de indébito tributário, através da expedição de precatório judicial, em detrimento da utilização da compensação na via administrativa.

Sua Excelência, ainda, condenou a União nos honorários advocatícios, fixados no patamar de 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado dos embargos ajuizados pela União.

A apelante alega, em síntese, que:

a) a determinação para a utilização da via do precatório fere a coisa julgada formada no título executivo exequendo, haja vista que constou expressamente o direito à repetição dos valores recolhidos indevidamente através da compensação na via administrativa;

b) ao se reconhecer a possibilidade de repetição na via do precatório judicial, em questões práticas, poderá ocorrer o pagamento em duplicidade por parte do fisco, pois a compensação é realizada administrativamente pelo contribuinte, com a posterior verificação do fisco;

c) subsidiariamente, pretende ver excluída a condenação da União nos honorários advocatícios sucumbenciais.

Com as contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0006765-83.2009.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: BRASIMAC SA ELETRO DOMESTICOS
Advogado do(a) APELADO: MARCIA DE LOURENCO ALVES DE LIMA - SP126647-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): A questão dos autos não carece de maiores debates, haja vista que a jurisprudência pátria é assente em reconhecer a possibilidade de opção do contribuinte pela modalidade de repetição do indébito, seja na via da compensação ou pela expedição de precatório, após a formação do título judicial que certifique o mencionado indébito. Vejam-se os seguintes precedentes:

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE SENTENÇA. SENTENÇA DOS EMBARGOS PROLATADA NOS LIMITES DA LIDE. ART. 128 DO CPC. ERRO MATERIAL. NÃO OCORRÊNCIA. FORMA DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. COMPENSAÇÃO OU RESTITUIÇÃO VIA DE PRECATÓRIO. FACULDADE DO CREDOR EM FASE DE EXECUÇÃO. OFENSA A COISA JULGADA. NÃO OCORRÊNCIA. EMBARGOS À EXECUÇÃO IMPROCEDENTES. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

1. Alegação das apelantes quanto à ocorrência de erro material afastada. O MM. Juízo a quo, no exercício do princípio de seu livre convencimento, sentenciou nos limites da lide, em respeito ao artigo 128 do Código de Processo Civil, sendo impossível acolher valor maior do que o requerido pelas exequentes em sede de embargos à execução, demanda ajuizada por sua devedora.

2. Transitada em julgada a decisão que reconhece ao contribuinte o direito à devolução de determinado crédito que foi pago indevidamente, é facultado ao credor pleitear a restituição quer pela via da compensação quer pela via da repetição por meio de precatório. Trata-se de escolha que cabe exclusivamente ao exequente sem que tal opção constitua violação à coisa julgada. Precedentes (AGRESP 200501909978 e RESP 200401386766).

3. Sentença recorrida reformada no sentido de sua extinção, nos termos do artigo 269, I, do CPC, julgando-se improcedentes os embargos, devendo prosseguir a execução conforme conta apresentada pelas apelantes às fls. 390/394 dos autos principais.

4. Condenada a Fazenda Pública ao pagamento das custas desembolsadas pela exequente nestes autos, bem como dos honorários advocatícios, nos termos do § 4º do artigo 20 do CPC, fixados em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), conforme precedentes desta Turma.

5. Apelação parcialmente provida.”

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1460623 - 0010456-42.2008.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/04/2014)

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE SENTENÇA. FORMA DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. COMPENSAÇÃO OU RESTITUIÇÃO VIA DE PRECATÓRIO. FACULDADE DO CREDOR EM FASE DE EXECUÇÃO. OFENSA A COISA JULGADA. NÃO OCORRÊNCIA. ATUALIZAÇÃO DE CRÉDITOS NA FORMA DO MANUAL DE ORIENTAÇÃO DE PROCEDIMENTOS PARA OS CÁLCULOS NA JUSTIÇA FEDERAL. APELAÇÃO PROVIDA.

1. Por ter a Fazenda Nacional sucumbido de parte mínima do pedido, deveria o MM. Juízo a quo ter fixado condenação da embargada em honorários, caracterizando-se, in casu, a necessidade de remessa de ofício ao duplo grau.

2. Transitada em julgada a decisão que reconhece ao contribuinte o direito à devolução de determinado crédito que foi pago indevidamente, é facultado ao credor pleitear a restituição quer pela via da compensação quer pela via da repetição por meio de precatório. Trata-se de escolha que cabe exclusivamente ao exequente sem que tal opção constitua violação à coisa julgada. Precedentes (AGRESP 200501909978 e RESP 200401386766).

3. Também não há ofensa à coisa julgada material, pois do que se verifica dos autos principais, a conta foi elaborada com a utilização exclusiva das cópias autenticadas de DARF"s acostadas aos autos e o critério utilizado está de acordo com os Provimentos 24/1997 e 26/2001 da Corregedoria Geral da Justiça Federal da Terceira Região.

4. Não dispondo a decisão exequenda de modo contrário, aplica-se o disposto nos provimentos s n.ºs 24/1997 e 26/2001 da Corregedoria Geral da Justiça Federal da 3ª Região, e mais recentemente na Resolução 134/2010 do Conselho da Justiça Federal, que aprovou o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, determinando a atualização monetária desde a época do fato gerador do crédito exequendo.

5. É entendimento jurisprudencial dominante a aplicação do IPC no cálculo da atualização monetária, por refletir a real inflação no período. Precedente (TRF3 - 0010406-02.1997.4.03.6100/SP).

6. Condenada a Fazenda Pública ao pagamento das custas desembolsadas pela exequente nestes autos, bem como dos honorários advocatícios, nos termos do § 4º do artigo 20 do CPC, fixados em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), conforme precedentes desta Turma.

7. Apelação provida. Remessa oficial, tida por ocorrida, não provida.”

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1437104 - 0032117-14.2007.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 21/11/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:29/11/2013)

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. FINSOCIAL. SENTENÇA DECLARATÓRIA QUE RECONHECEU O DIREITO À REPETIÇÃO DO INDÉBITO. TRÂNSITO EM JULGADO. OPÇÃO POR RESTITUIÇÃO VIA COMPENSAÇÃO OU PRECATÓRIO. POSSIBILIDADE.

1. "Ocorrido o trânsito em julgado da decisão que determinou a repetição do indébito, é facultado ao contribuinte manifestar a opção de receber o respectivo crédito por meio de precatório regular ou mediante compensação, uma vez que constituem, ambas as modalidades, formas de execução do julgado colocadas à disposição da parte quando procedente a ação" (REsp n. 653.181/RS, deste relator).

2. "A sentença declaratória que, para fins de compensação tributária, certifica o direito de crédito do contribuinte que recolheu indevidamente o tributo, contém juízo de certeza e de definição exaustiva a respeito de todos os elementos da relação jurídica questionada e, como tal, é título executivo para a ação visando à satisfação, em dinheiro, do valor devido" (REsp n. 614.577/SC, Ministro Teori Albino Zavascki).

2. Embargos de divergência conhecidos e providos."

(REsp 502.618/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/06/2005, DJ 01/07/2005, p. 359)

Tema submetido aos julgamentos dos casos repetitivos, conforme aresto que segue:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. SENTENÇA DECLARATÓRIA DO DIREITO À COMPENSAÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO. POSSIBILIDADE DE REPETIÇÃO POR VIA DE PRECATÓRIO OU REQUISIÇÃO DE PEQUENO VALOR. FACULDADE DO CREDOR. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC.

1."A sentença declaratória que, para fins de compensação tributária, certifica o direito de crédito do contribuinte que recolheu indevidamente o tributo, contém juízo de certeza e de definição exaustiva a respeito de todos os elementos da relação jurídica questionada e, como tal, é título executivo para a ação visando à satisfação, em dinheiro, do valor devido" (REsp n. 614.577/SC, Ministro Teori Albino Zavascki).

2. A opção entre a compensação e o recebimento do crédito por precatório ou requisição de pequeno valor cabe ao contribuinte credor pelo indébito tributário, haja vista que constituem, todas as modalidades, formas de execução do julgado colocadas à disposição da parte quando procedente a ação que teve a eficácia de declarar o indébito. Precedentes da Primeira Seção: REsp.796.064 - RJ, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 22.10.2008; EREsp. N° 502.618 - RS, Primeira Seção, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 8.6.2005; EREsp. N. 609.266 - RS, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 23.8.2006.

3. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1114404/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/02/2010, DJe 01/03/2010)

Posteriormente, fora exarada o seguinte enunciado de Súmula pelo C. Superior Tribunal de Justiça:

"O contribuinte pode optar por receber, por meio de precatório ou por compensação, o indébito tributário certificado por sentença declaratória transitada em julgado."

(Súmula 461, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 08/09/2010)

O entendimento delimitado pela jurisprudência encontra seu fundamento na própria formação do título executivo judicial, senão vejamos.

Ao se pronunciar a condenação da Fazenda Pública na repetição do indébito, por corolário, a decisão judicial declarou a existência daquele direito, o que torna o crédito certo, exigível e ao menos com os contornos da liquidação delimitados.

Desta forma, não há barreiras para que o credor do título executivo judicial opte pela execução do julgado da forma que melhor lhe aprouver.

Frise-se que a delimitação no título executivo pela compensação, apenas afirmou pelo direito de se proceder com aquela forma de repetição, pois, no mais das vezes, a administração fiscal coloca entraves para que o contribuinte realize tal procedimento administrativo. Porém, em nenhum momento a decisão impede que outra forma de repetição, como no caso, a expedição de precatório, seja utilizada.

Do quanto acima afirmado, verifica-se que não pode se reputar como afronta à coisa julgada, a pretensão do contribuinte em restituir os valores através de precatório, haja vista que não há impedimento no título executivo para a utilização de tal forma de repetição do indébito.

No que concerne a alegação de possibilidade de pagamento em duplicidade, cabe às partes, pelo princípio da boa-fé, cumprir exatamente o quanto reconhecido no título judicial, sendo certo que, em caso de restituição em duplicidade e, pela análise do comportamento das partes, existem sanções em todas as esferas do direito que podem incidir sobre aquele.

Soma-se a tal afirmação, a possibilidade do fisco, em procedimento administrativo de habilitação de crédito, proceder com a glosa de eventual valor que o contribuinte pretenda compensar e repetir via precatório em duplicidade.

Ademais, verificado tal fato, pode a administração pública formular pedido de repetição de eventual valor pago ao contribuinte em duplicidade, com os devidos acréscimos e ônus processuais que o novo processo poderá acarretar.

Em resumo, não há como se olvidar que é plenamente possível ao contribuinte eleger a forma de repetição do indébito tributário, após a formação do título executivo judicial que declare a existência de crédito decorrente de obrigação certa, exigível e líquida.

No que tange à condenação dos honorários advocatícios, não há alteração a ser realizada, visto que o valor de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, que importa em R\$ 100,00 (cem reais) a serem corrigidos, encontram-se em patamar inviável de ser reduzido, pois não exorbita qualquer parâmetro que se tenha por razoável ou proporcional.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação interposto, conforme fundamentação *supra*.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO DE APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO DA SENTENÇA. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. PRECATÓRIO OU COMPENSAÇÃO. ESCOLHA DO CONTRIBUINTE. AFRONTA À COISA JULGADA. INOCORRÊNCIA. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.

1. A jurisprudência pátria é assente em reconhecer a possibilidade de opção do contribuinte pela modalidade de repetição do indébito, seja na via da compensação ou pela expedição de precatório, após a formação do título judicial que certifique o mencionado indébito (REsp 1114404/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/02/2010, DJe 01/03/2010 e Súmula 461, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 08/09/2010).

2. Ao se pronunciar a condenação da Fazenda Pública na repetição do indébito, por corolário, a decisão judicial declarou a existência daquele direito, o que torna o crédito certo, exigível e ao menos com os contornos da liquidação delimitados.

3. Frise-se que a delimitação no título executivo pela compensação, apenas afirmou pelo direito de se proceder com aquela forma de repetição, pois, no mais das vezes, a administração fiscal coloca entraves para que o contribuinte realize tal procedimento administrativo. Porém, em nenhum momento a decisão impede que outra forma de repetição, como no caso, a expedição de precatório, seja utilizada.

4. Do quanto acima afirmado, verifica-se que não pode se reputar como afronta à coisa julgada, a pretensão do contribuinte em restituir os valores através de precatório, haja vista que não há impedimento no título executivo para a utilização de tal forma de repetição do indébito.

5. Recurso de apelação desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO ao recurso de apelação interposto, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5007465-64.2019.4.03.6183

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: GERENTE EXECUTIVO DA GERÊNCIA EXECUTIVA LESTE DO INSS EM SÃO PAULO, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: GENIVALDO DIOGO DE LIMA

Advogado do(a) APELADO: CLAUDIA DE SOUZA MIRANDA LINO - SP218407-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5007465-64.2019.4.03.6183

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: GERENTE EXECUTIVO DA GERÊNCIA EXECUTIVA LESTE DO INSS EM SÃO PAULO, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: GENIVALDO DIOGO DE LIMA

Advogado do(a) APELADO: CLAUDIA DE SOUZA MIRANDA LINO - SP218407-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por **Genivaldo Diogo de Lima** em face do Chefe da Agência do Instituto Nacional do Seguro Social de São Paulo/Leste, objetivando provimento jurisdicional que determine à autoridade coatora concluir a análise de seu requerimento de concessão de benefício de aposentadoria por tempo de contribuição.

A liminar foi deferida para determinar à autoridade impetrada que proceda a análise do requerimento administrativo protocolizado sob o nº 699062273, no prazo improrrogável de 10 (dez) dias, ou, caso já tenha sido analisado, que comunique o impetrante, bem como o Juízo (ID 126299329).

A MM. Juíza *a quo* concedeu a segurança, confirmando a liminar anteriormente deferida (ID 126299540).

O INSS apelou, sustentando, em síntese, que:

- a) os recursos públicos são finitos e a Administração precisa eleger prioridades de atuação, inclusive sendo necessário tempo para realizar as devidas adequações necessárias para garantir o desempenho satisfatório de suas atividades nas hipóteses de intercorrências que fogem do controle do gestor;
- b) o apelante sofreu as consequências de aposentadorias em massa de servidores públicos, porém os recursos são escassos para a resolução imediata dos problemas;
- c) atenta contra a separação dos poderes a imposição pelo Poder Judiciário de realização pelo INSS de análise de requerimento administrativo em 30 ou 45 dias, pois esta avaliação encontra-se na seara da reserva de administração, utilizando-se das ferramentas disponíveis ao Poder Público;
- d) garantir na via da tutela jurisdicional que o requerimento da parte impetrante seja apreciado em exíguo lapso temporal acarreta o tratamento díspar com aqueles cidadãos que aguardam o pronunciamento da autarquia previdenciária, constituindo uma verdadeira burla na fila cronológica de análise dos requerimentos;
- e) o artigo 49 da Lei n. 9.784/99 evidencia que o referido prazo de 30 dias não é o lapso temporal de que dispõe a Administração para iniciar e concluir o processo administrativo, mas sim de prazo concedido para decidir após a conclusão de toda instrução processual.

Sem contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

A Procuradoria Regional da República, em parecer da lavra do Dr. Osvaldo Capelari Júnior, opinou pelo desprovimento da apelação e da remessa necessária (ID 128497158).

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5007465-64.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: GERENTE EXECUTIVO DA GERÊNCIA EXECUTIVA LESTE DO INSS EM SÃO PAULO, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: GENIVALDO DIOGO DE LIMA
Advogado do(a) APELADO: CLAUDIA DE SOUZA MIRANDA LINO - SP218407-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Trata-se de mandado de segurança impetrado com o fito de obter provimento jurisdicional que determine à autoridade coatora proceder à análise do pedido de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição do impetrante.

Como é cediço, cabe à Administração Pública respeitar o princípio da razoável duração do processo, constante no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.

Nesse sentido, a Lei nº 9.784/1999 determina ao Poder Público o prazo de até 30 (trinta) dias, contados do momento em que concluída a instrução, para emitir decisão em processos administrativos de sua competência. *In verbis*:

"Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir; salvo prorrogação por igual período expressamente motivada".

O impetrante alega que protocolou requerimento de benefício previdenciário no dia 04.10.2018, mas até a data da impetração do presente *mandamus* (17.06.2019), ainda não existia qualquer perspectiva de decisão por parte da autoridade coatora.

Não há dúvidas, deste modo, que a autarquia previdenciária extrapolou os limites da razoabilidade em relação à demora na apreciação do requerimento administrativo, o que veio a ser feito somente após o deferimento da liminar (ID 126299537).

A respeito do tema, colhem-se os seguintes precedentes:

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO. ART. 5º, LXXVIII, DA CF. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSOS. TRASLADO DE PEÇAS. POSSIBILIDADE. CELERIDADE. ÔNUS DAS PARTES. ATUAÇÃO. RECURSO NÃO-CONHECIDO. 1. "A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" (art. 5º, LXXVIII, da CF). 2. Devem as partes colaborar no andamento do processo com o escopo de se chegar a um provimento jurisdicional final em tempo moderado. 3. Recurso não-conhecido". ..EMEN:(RESP 200701513930, ARNALDO ESTEVES LIMA, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:01/02/2010 ..DTPB:.)

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ANÁLISE DE PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO. LEI Nº 9.784/99. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. 1 - Os artigos 48 e 49 da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estipulam o prazo de até 30 (trinta) dias, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada, para Administração explicitamente emitir decisão nos processos administrativos. 2 - A Administração Pública deve examinar e decidir os requerimentos que lhe sejam submetidos à apreciação, no prazo legal, sob pena de violação aos princípios da eficiência e da razoável duração do processo, conforme preceituam as Leis ns. 9.784/99 e 11.457/07, bem como os artigos 5º, inciso LXXVIII e 37, caput, da Constituição da República, que a todos assegura o direito à celeridade na tramitação dos procedimentos administrativos. 3 - Remessa oficial não provida". (REO 00097112820094036100, DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/12/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

"PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MOROSIDADE ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. [...] II - De acordo com os documentos juntados aos autos demonstram, de plano a delonga da Administração na verificação do preenchimento das exigências legais para o deferimento do pleito. Portanto, não há qualquer justificação plausível por parte da autoridade para a demora na análise do processo administrativo, em ofensa aos princípios constitucionais e administrativos da moralidade, eficiência, continuidade do serviço público e razoabilidade. III - Agravo legal não provido".(AMS 00218437820134036100, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/12/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

"DIREITO DE PETIÇÃO. OBTENÇÃO DE RESPOSTA. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ILEGALIDADE. 1. Assiste direito líquido e certo à impetrante, de receber uma resposta da Administração Pública, acerca do requerimento formulado. 2. Todas as pessoas, físicas e jurídicas, têm assegurado o direito de invocar o Poder Público, a fim de receber uma resposta acerca de uma determinada questão ou situação considerada abusiva ou contrária ao direito. 3. Cuida-se do direito de petição (art. 5º, XXXIV, "a", da CF), no qual se encontra, implícito, o direito de receber a respectiva resposta, dentro de prazo razoável (Princípio da Eficiência da Administração Pública - art. 37, caput, da CF). 4. Protocolado o pleito de restituição em 17/02/05 (cf. fls. 29), sem que o mesmo houvesse sido analisado até a data do ajuizamento deste mandado de segurança (em 06/07/05), resta configurada a omissão ilegal por parte da autoridade administrativa. 5. Ao tratar do dever de decidir, a Lei 9784/99, reguladora do processo administrativo no âmbito federal, fixa o prazo de 30 dias para tanto. 6. Correta a sentença ao fixar o prazo de 15 dias para conclusão do processo administrativo. 7. Apelação e remessa oficial improvidas". (AMS - APELAÇÃO CÍVEL – 279903. TRF3. e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/09/2011 PÁGINA: 1229. 24/08/2011. JUIZ CONVOCADO LEONEL FERREIRA).

Registre-se que a falta de estrutura administrativa, seja ela material ou pessoal, não pode ser usada como argumento que justifique a demora da prestação de um serviço público, quando ultrapassado prazo consideravelmente razoável.

A r. sentença, portanto, deve ser mantida tal como lançada.

Diante do exposto, voto por **NEGAR PROVIMENTO** à apelação e à remessa necessária.

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. PRAZO. LEI Nº 9.784/99. 30 DIAS. APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDAS.

1. Cabe à administração pública respeitar o princípio da razoável duração do processo, constante no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.
2. A Lei n. 9.784/1999 determina à Administração Pública o prazo de até 30 (trinta) dias, contados do momento em que concluída a instrução, para emitir decisão em processos administrativos de sua competência.
3. A falta de estrutura administrativa, seja ela material ou pessoal, não pode ser usada como argumento que justifique a demora da prestação de um serviço público, quando ultrapassado prazo consideravelmente razoável.
4. Apelação e remessa necessária desprovidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO à apelação e à remessa necessária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5003464-34.2019.4.03.6119

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: METALURGICA DANIELA INDUSTRIA E COMERCIO EIRELI - EPP

Advogados do(a) APELADO: SANDRA REGINA FREIRE LOPES - SP244553-A, LUIS ALEXANDRE OLIVEIRA CASTELO - SP299931-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5003464-34.2019.4.03.6119
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: METALURGICA DANIELA INDUSTRIA E COMERCIO EIRELI - EPP
Advogados do(a) APELADO: SANDRA REGINA FREIRE LOPES - SP244553-A, LUIS ALEXANDRE OLIVEIRA
CASTELO - SP299931-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração em face de acórdão assim ementado:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. INDÉBITO FISCAL. COMPENSAÇÃO.

1. Preliminarmente quanto à alegação de que o indébito fiscal depende da prova da existência de ICMS a ser efetivamente pago no sistema não cumulativo, trata-se de questão afeta ao mérito do julgado e, como tal, deve ser apreciada oportunamente.

2. Ainda antes do mérito, cabe rejeitar o pedido de suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior, o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior.

3. No mérito, a questão da inclusão de imposto na base de cálculo do PIS/COFINS com vulneração da matriz constitucional que prevê a respectiva incidência sobre faturamento ou receita na dicção atualizado do artigo 195, I, b, da Constituição Federal, foi resolvida, pela Suprema Corte no RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS. A definição da base de cálculo do PIS/COFINS é matéria constitucional, não cabendo invocar orientação no plano do direito federal para afastar o juízo de inconstitucionalidade, menos ainda quando já vencida (Súmulas 68 e 94/STJ) no âmbito da respectiva Corte Superior. Ademais, o pronunciamento da Suprema Corte, sobretudo em repercussão geral, tem função primordial na tarefa de garantir segurança jurídica, estabilidade, integridade e coerência na aplicação do direito à luz da Constituição, a ser buscada por todos os órgãos do Poder Judiciário (artigos 926 e 927, III, CPC).

4. A pretensão em causa não envolve a dedução de parcela legalmente prevista, daí porque impertinente o argumento de que é taxativo o rol de exclusões constante do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 - com as alterações da Lei 12.973/2014, cujo advento, conforme já decidiu esta Corte, "não promoveu modificação legislativa relevante para a espécie, na medida em que não alterou o conceito da base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS" (EI 0029413-91.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 17/11/2017) - e § 3º dos artigos 1º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003. A tese do contribuinte é a de que a inclusão do imposto na base de cálculo de tais contribuições viola incidência constitucionalmente delimitada, exigindo, assim, decisão judicial no sentido de definir a base de cálculo compatível com o parâmetro constitucional.

5. Quanto ao disposto no § 6º do artigo 150 da Constituição Federal, é inquestionável que serve de norma-parâmetro para a delimitação da atuação funcional do legislador e administrador; alertando que cabe somente ao Parlamento, não ao Executivo, definir, em caráter normativo, geral e abstrato, por exemplo, "redução de base de cálculo". Tal norma e, na mesma linha, ainda o artigo 97, VI, do Código Tributário Nacional, não excluem, por evidente, a competência constitucional do Judiciário de declarar inconstitucionalidade da lei, no que fixada incidência ou não prevista exclusão exigida à luz do parâmetro constitucional, única leitura constitucional possível para que seja respeitada a própria cláusula pétrea da separação dos Poderes, consagrada nos artigos 2º e 60, §4º, III, da Constituição Federal.

6. A regra de interpretação legal das normas tributárias (artigo 111, I, CTN) tem atuação adstrita ao campo do direito infraconstitucional. Não pode ser levada em consideração no controle de constitucionalidade para efeito de coibir a função de interpretação da Constituição Federal dada e conferida ao Poder Judiciário. O que cabe prestigiar no regime de Estado de Direito é a lição de que se deve interpretar a lei segundo a Constituição e, não, a Constituição segundo a lei.

7. A alegação de que o cálculo do PIS/COFINS com exclusão do imposto destinado ao erário contradiz a incidência, reconhecidamente válida, sobre outros custos, encargos ou despesas destinados a terceiros (como, por exemplo: empregados, companhia de energia elétrica, FGTS, fornecedores, empresas contratadas para prestação de serviços, entes estatais) não é verdadeira nem aceitável, sem análise da natureza jurídica de cada parcela discutida na formação da base de cálculo de tais contribuições. Por ora, o que assentou, suficientemente, a Suprema Corte para o exame do caso foi a inexigibilidade de imposto integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, seja o ICMS, seja o próprio ISS, quanto a este em juízo derivado diretamente da mesma lógica de fundamentação constitucional, conforme já exposto.

8. O aspecto relevante da controvérsia, excepcionalmente levantado no caso pela própria PFN, ao apontar a falta de interesse de agir do contribuinte, diz respeito ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS diante da divergência estabelecida entre as vertentes que primam, de um lado, pelo valor do imposto destacado nas notas fiscais e, de outro, pelo valor do imposto a ser efetivamente pago pelo contribuinte, dentro do regime de não cumulatividade. É importante frisar, de toda sorte, que tal ponto, ainda que não tenha ou tivesse sido discutido na inicial nem decidido na sentença ou veiculado na apelação, não impediria o pronunciamento da Corte, por se tratar, justamente, de controvérsia insita ao próprio mérito, qual seja, a definição do que constitui o indébito fiscal e, neste sentido, matéria que deve ser resolvida na fase cognitiva e não em liquidação de sentença, inexistindo, portanto, mesmo quando nada tenha ou tivesse sido alegado ou decidido, vício de julgamento extra ou ultra petita, ou contrariedade ao princípio da congruência ou da adstrição. Tanto é assim que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido em razão do regime de não cumulatividade do imposto. Logo, não importa ao exame do mérito a juntada de documentos fiscais ou mercantis para demonstração do ICMS a ser pago pelo contribuinte, bastando para o presente julgamento a prova, tão-somente, de que o contribuinte, sujeito ao PIS/COFINS, recolheu valores com inclusão do ICMS nas bases de cálculo, ficando relegada à fase de liquidação e cumprimento a apuração do quantum debeat a partir de valores destacados em notas fiscais e incluídos na tributação federal.

9. Reconhecido o indébito fiscal, na forma acima especificada, os critérios para exercício do direito à compensação, na via administrativa mediante procedimento específico, inclusive com a própria comprovação e liquidação de valores indevidos a serem compensados, são os definidos nos artigos 168 (prescrição quinquenal) e 170-A (trânsito em julgado), ambos do Código Tributário Nacional; artigo 74 da Lei 9.430/1996 e demais textos legais de regência, incluindo o artigo 26-A da Lei 11.457/2007 na redação da Lei 13.670/2018, desde que vigente o regime legal respectivo ao tempo da propositura da ação, pois este o critério determinante na jurisprudência consolidada, ainda que posteriormente alterada a legislação; e artigo 39, § 4º da Lei 9.250/1995 (incidência exclusiva da Taxa SELIC).

10. Apelação e remessa oficial desprovidas."

Alegou-se omissão do julgado, inclusive para efeitos de pré-questionamento, pois: **(1)** decisões monocráticas de relatores têm sobrestado recursos sobre o Tema 69 até o julgamento em definitivo da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS, alterando a exegese da Corte sobre a imediata aplicação do precedente em repercussão geral quando pendentes embargos de declaração; **(2)** existem importantes questões pendentes de exame nos embargos de declaração no RE 574.706, inclusive a modulação dos efeitos caso mantida a inconstitucionalidade, pelo que não deveria ter sido julgado o presente feito; **(3)** a exclusão do ICMS destacado em notas fiscais, sem pleito da parte, configura inovação recursal, com violação dos princípios do dispositivo e da congruência, gerando julgamento *extra petita* (artigos 141, 490 e 429, CPC), e contrariedade à jurisprudência da Corte Superior; **(4)** a exclusão do ICMS, pelo valor faturado, para a apuração do PIS/COFINS, ao ser deferida sem fundamentação plausível ofende os artigos 5º, LIV, LV e 93, XI, da Constituição Federal; **(5)** a referência do acórdão embargado ao ICMS destacado, a partir do que julgado no RE 574.706, não é suficiente para fundamentar a exclusão, pois ainda pendentes várias questões essenciais apontadas em embargos de declaração, colidindo o aresto recorrido com os artigos 489, § 1º, IV a VI, 525, § 13, 926 e 927, § 3, CPC, e com o artigo 27 da Lei 9.868/1999; e **(6)** o mérito como decidido, no tocante a tal questão, não é compatível com as disposições dos artigos 13, §1º, I, 19 e 20, caput, da LC 87/1996; 1º da Lei 10.637/2002; 1º da Lei 10.833/2003; 2º da Lei 9.715/1998; 2º da LC 70/1991; e 2º e 3º da Lei 9.718/1998.

Apresento o feito em mesa para julgamento (artigo 1.024, § 1º, CPC).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5003464-34.2019.4.03.6119

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: METALURGICA DANIELA INDUSTRIA E COMERCIO EIRELI - EPP

Advogados do(a) APELADO: SANDRA REGINA FREIRE LOPES - SP244553-A, LUIS ALEXANDRE OLIVEIRA CASTELO - SP299931-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, são manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

As alegações não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.

Com efeito, constou do acórdão embargado, quanto ao sobrestamento do feito diante da pendência dos embargos de declaração no RE 574.706, a rejeição expressa da pretensão nos seguintes termos:

"Ainda antes do mérito, cabe rejeitar o pedido de suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior; o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior."

A argumentação de que alguns membros da Corte Superior atribuem efeito suspensivo corrobora o efeito limitado da decisão ao caso específico apreciado, desde que inexistente, como se percebe, precedente colegiado no tratamento da matéria.

Na discussão do mérito em si, divide-se a argumentação fazendária de omissões em duas linhas ou vertentes expositivas. Inicialmente, apontou-se ser nulo o julgamento, pois violou os princípios dispositivo, da congruência e acarretou julgamento *extra petita* (artigos 141, 490 e 429, CPC), além de não ter sido motivada a decisão (artigos 5º, LIV e LV e 93, XI, da Constituição Federal), inclusive porque ainda pendentes embargos de declaração sobre temas cruciais à controvérsia constitucional suscitada (artigos 489, § 1º, IV a VI, 525, § 13, 926 e 927, § 3, CPC, e 27 da Lei 9.868/1999), e, ainda, por contrariar a própria jurisprudência (EDcl no REsp 1.191.640, Rel. Min. MAURO CAMPBELL, DJe de 14/05/2019).

Derradeiramente, preconizou-se, a título de omissão, ter sido inconstitucional (artigo 195, I, 'b', CF) e ilegal (artigos 13, §1º, I, 19 e 20, *caput*, da LC 87/1996; 1º da Lei 10.637/2002; 1º da Lei 10.833/2003; 2º da Lei 9.715/1998; 2º da LC 70/1991; e 2º e 3º da Lei 9.718/1998) a solução definida no mérito pelo acórdão embargado, ao estipular que o ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o faturado, e não o efetivamente pago pelo contribuinte.

Quanto à abordagem impugnativa inicial, verifica-se que não houve omissão, já que o acórdão embargado expressamente registrou que o tema íntegro, logicamente, o pedido formulado no sentido da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS na medida em que, existindo formas ou critérios diferentes de identificação ou apuração de tal valor, a definição respectiva condiz com o mérito da causa, e não com questão incidental passível de solução no cumprimento da coisa julgada.

Eis o que constou do acórdão embargado:

"O aspecto relevante da controvérsia, excepcionalmente levantado no caso pela própria PFN, ao apontar a falta de interesse de agir do contribuinte, diz respeito ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS diante da divergência estabelecida entre as vertentes que primam, de um lado, pelo valor do imposto destacado nas notas fiscais e, de outro, pelo valor do imposto a ser efetivamente pago pelo contribuinte, dentro do regime de não cumulatividade. É importante frisar, de toda sorte, que tal ponto, ainda que não tenha ou tivesse sido discutido na inicial nem decidido na sentença ou veiculado na apelação, não impediria o pronunciamento da Corte, por se tratar, justamente, de controvérsia insita ao próprio mérito, qual seja, a definição do que constitui o indébito fiscal e, neste sentido, matéria que deve ser resolvida na fase cognitiva e não em liquidação de sentença, inexistindo, portanto, mesmo quando nada tenha ou tivesse sido alegado ou decidido, vício de julgamento extra ou ultra petita, ou contrariedade ao princípio da congruência ou da adstrição.

Tanto é assim que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido em razão do regime de não cumulatividade do imposto.

Neste sentido o seguinte excerto do julgado no RE 574.706:

"O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS".

Também este o entendimento adotado no âmbito das Turmas desta Seção:

ApelRemNec 5000633-81.2017.4.03.6119, Rel. Des. Fed. ANTONIO CEDENHO, Intimação via sistema 18/04/2020: “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REQUISITOS DO ARTIGO 1.022 CPC/2015. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE Nº 574.706/PR. VINCULAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OBSCURIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1.022 do Código de Processo Civil vigente, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado. O caráter infringente dos embargos somente é admitido a título excepcional, quando a eliminação da contradição ou da omissão decorrer, logicamente, a modificação do julgamento embargado. 2. A e. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no julgamento do RE nº 574.706/PR, consignou que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. Como o presente julgamento se vincula ao que foi decidido sobre o tema pelo C. STF, deve-se assentar que, relativamente à questão do valor a ser efetivamente excluído a título de ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, a tese que foi acolhida pelo STF é a exposta no v. aresto embargado. 3. O escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022 do Código de Processo Civil. 4. O artigo 1.025 do novo Código de Processo Civil bem esclarece que os elementos suscitados pelo embargante serão considerados incluídos no acórdão “para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.” 5. Embargos de declaração rejeitados.”

ApReeNec 5001772-28.2017.4.03.6100, Rel. Des. Fed. MARLI FERREIRA, Intimação via sistema 02/04/2020: “PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ARTIGO 1.022 DO CPC. OMISSÃO. EXISTÊNCIA. JULGADO INTEGRADO. 1. Prevê o artigo 1.022 do CPC que a oposição dos aclaratórios somente tem cabimento para esclarecimento de obscuridade ou eliminação de contradição, para suprimir omissão sobre ponto ou questão sobre o qual o julgado deveria se pronunciar, ou, ainda, para corrigir erro material existente no decisório. 2. Na espécie, o julgado restou omissivo quanto à parcela do ICMS a ser destacada da base de cálculo do PIS e da COFINS. E, nesse tocante, cumpre esclarecer que o ICMS a ser excluído é o destacado nos documentos fiscais de saída, vez que é esse montante que integra a indigitada base de cálculo. 3. Assim sendo, tem a impetrante o direito de excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS o valor integral do ICMS destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias do seu estabelecimento, inclusive após o advento da Lei nº 12.973/2014. 4. Embargos de declaração acolhidos.”

ApelRemNec 5003932-95.2019.4.03.6119, Rel. Des. Fed. JOHONSOM DI SALVO, e - DJF3 15/04/2020: "AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DECLAROU INCONSTITUCIONAL A INCLUSÃO DO ICMS (FATURADO) NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS, FAZENDO-O POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO RE Nº 574.706. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a inclusão do ICMS (faturado) na base de cálculo do PIS e da COFINS, fazendo-o por ocasião do julgamento do RE nº 574.706. A corte, por maioria e nos termos do voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia, apreciando o tema nº 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Esse entendimento é aplicável de pronto, não havendo que se falar em espera de embargos de declaração (sem efeito suspensivo) ou de modulação de efeitos da decisão plenária da Suprema Corte, já que esses dois eventos não estão consignados em lei como impeditivos da aplicação imediata do decísum. Esse é o entendimento que vem sendo seguido nesta Corte Regional (3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5021518-72.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 08/11/2019, Intimação via sistema DATA: 13/11/2019), e de modo unânime nesta 6ª Turma (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000706-20.2017.4.03.6130, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 03/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/12/2019). Deveras, a suspensão pretendida pelo Fisco esbarraria no art. 1.035, § 5º do NCPC. De outro lado, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal – ao acolher o voto da ministra Relatora – no sentido de que, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada como faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019). Essa é a postura que este Relator sempre defende desde o momento em que surdiu o julgamento do Tema nº 69 (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000596-53.2018.4.03.6108, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 02/12/2019, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019). Tratando-se de empresa comercial, resta claro que é contribuinte das três exações e que recolheu tributação a maior e poderá recuperá-la (quanto aos últimos cinco anos antes do ajuizamento da presente demanda) por meio de compensação, que deverá ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74 da Lei nº 9.430/1996 (redação dada pela Lei 10.637/02), observado ainda o artigo 26-A da Lei nº 11.457/2007."

O voto condutor do acórdão embargado, no trecho acima reproduzido, já expõe, por de vez, a fundamentação necessária em torno do critério adotado para identificar o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, considerada a discrepância entre o que pedido pela Fazenda Nacional (ICMS efetivamente pago), e o que defendido pelo contribuinte (ICMS destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias).

A longa narrativa da embargante, buscando demonstrar que a fundamentação adotada no acórdão embargado, incorreu em omissão oculta, na verdade, irrisignação por suposto vício de ilegalidade e inconstitucionalidade, à luz dos preceitos apontados, em típica imputação de *error in iudicando*, por não ter sido acolhida, pelo acórdão embargado, a interpretação constitucional e legal que, segundo a embargante, faria concluir que o ICMS a ser excluído, se alguma exclusão for possível, deveria ser o relativo ao valor efetivamente pago e não o destacado nas notas fiscais.

Leia-se, a propósito, as razões expostas pela embargante, que veiculam fundamentação de inconstitucionalidade (artigo 195, I, "b", CF) e ilegalidades (artigos 13, §1º, I, 19 e 20, *caput*, da LC 87/1996; 1º da Lei 10.637/2002; 1º da Lei 10.833/2003; 2º da Lei 9.715/1998; 2º da LC 70/1991; e 2º e 3º da Lei 9.718/1998), e não, propriamente, de omissão sanável em embargos de declaração:

"Da exegese dos dispositivos legais supratranscritos, pode-se concluir que o ICMS que se deve excluir da base de cálculo do PIS e COFINS corresponde à parcela do ICMS a ser pago, isto é, à parcela do ICMS a recolher para a Fazenda Pública dos Estados ou do Distrito Federal, também chamado ICMS escritural, razão porque ao definir como critério para exclusão o ICMS destacado das notas fiscais, o v. acórdão regional violou os dispositivos legais supratranscritos.

Ora, diante da existência de decisões já transitadas em julgado, bem como da necessidade de prosseguir com a cobrança de débitos inscritos em Dívida Ativa da União a título de PIS e de COFINS, tornou-se premente à Administração Tributária definir um critério para os cálculos da parcela a excluir dessas contribuições a título de ICMS.

A partir de uma interpretação dos termos do acórdão do STF no RE n. 574.706, pelo menos até que sobrevenha nova decisão em sentido diverso, foi que a COSIT, órgão da Secretaria da Receita Federal do Brasil, decidiu publicar a Solução de Consulta Interna n. 13, de 18-10-2018, em que se definiu, em síntese, que o ICMS a ser excluído é o chamado "ICMS a recolher", também chamado "ICMS escritural" - e, não, o ICMS destacado nas notas fiscais.

Para bem se compreender o alcance desse entendimento, antes de mais nada, vale examinar os precisos termos da ementa do acórdão do RE n. 574.706:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2o, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir; conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3o, § 2o, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. (os grifos não constam do original)

Embora em diversas passagens o acórdão da Suprema Corte não seja totalmente claro e, por vezes, pareça até contraditório (daí os embargos de declaração que a ele foram opostos pela União), o que se pode depreender é que o ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições corresponde à parcela do ICMS a ser pago, isto é, à parcela do ICMS a recolher para a Fazenda Pública dos Estados ou do Distrito Federal, também chamado ICMS escritural.

Como bem pontuado até na ementa acima transcrita, não se pode olvidar que o ICMS sempre há de atentar ao disposto no art. 155, § 2o, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

E, para uma perfeita compreensão do significado desse princípio, vale atentar ainda para o que preceituam alguns dispositivos da Lei Complementar n° 87, de 13 de setembro de 1996, retro mencionados.

Na verdade, como bem assinalado na parte final do inciso I do § 1º do art. 13 da Lei Complementar n. 87/96, o destaque de ICMS nas notas fiscais não passa de “mera indicação para fins de controle”.

A não ser, talvez, na primeira etapa de uma cadeia produtiva, o valor da nota não corresponde ao que o contribuinte irá recolher aos cofres do Estado ou do Distrito Federal. Ao revés, o valor a recolher a título de ICMS sempre é o resultado da subtração entre o somatório do ICMS constante das notas de saída do somatório do ICMS constante das notas de entrada.

Nesse diapasão, resta configurado que é até possível a pessoa jurídica contribuinte de ICMS faturar e destacar valores desse imposto, correspondentes ao preço de cada mercadoria ou serviço discriminados nos diversos documentos fiscais representativos de vendas no período e, ao término do mês, não ter valor algum de ICMS a recolher, em razão de apurar saldo credor do imposto, a transportar para período futuro. Se a legislação objeto do julgamento em tela do Supremo Tribunal Federal se refere a contribuições sociais incidentes sobre a totalidade da receita do mês, segue-se que a parcela do ICMS a recolher do período é a que há de ser excluída da base de cálculo das contribuições, vez que, no entendimento firmado pela Suprema Corte, tais valores não devem ser considerados como receita da pessoa jurídica, por não se integrarem ao seu patrimônio.

A Contribuição para o PIS/Pasep e a Cofins na legislação vigente, tanto na sua configuração cumulativa como na não cumulativa, têm sua apuração mensal, o fato gerador tem natureza periódica, mensal, compondo a base de cálculo o somatório das correspondentes operações geradoras de receita ou de crédito, ocorridas em cada mês.

A base de cálculo das referidas contribuições, na legislação vigente, corresponde ao total das receitas auferidas no mês (sistema base contra base) e não, no momento de concretude de cada operação de venda quando da emissão de nota fiscal (sistema tributo contra tributo). Tem-se assim para as contribuições sociais a definição e formação de uma base de cálculo única, periódica, mensal, conforme disposto na legislação de regência retro transcrita, a saber: arts. 13, §1º, I, 19 e 20, caput, da Lei Complementar n° 87, de 1996, o art. 1º da Lei 10.637, 2002, o art. 1º da 10.833, de 2002, art. 2º da Lei 9.715, de 1998, e art. 2º da Lei Complementar n° 70, de 1991, e artigos 2º e 3º da Lei 9.718/98.

Sendo a base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins determinada com base na receita mensal (na incidência não cumulativa), ou no faturamento mensal (na incidência cumulativa), não faria sentido buscar valores dedutíveis de operações concretas, a cada operação de venda quando da emissão de nota fiscal. Assim, o que se há de excluir da base de cálculo mensal das referidas contribuições é também a parcela do ICMS a recolher; correspondente a cada período de apuração mensal.

Necessariamente e conforme a legislação do referido imposto, ao término de cada período de apuração mensal, os valores de ICMS destacados nos documentos fiscais representativos das operações de vendas (débitos) terão de ser confrontados com os valores de ICMS destacados nos documentos fiscais representativos das operações de compras (créditos), para daí então se ter a definição do valor do imposto efetivamente apurado e devido no período, valor este que, conforme se pode depreender da manifestação do Supremo Tribunal Federal, não sendo receita da pessoa jurídica, não deve compor a base de cálculo das contribuições.

Por fim, de se registrar que, se fosse o caso de reconhecer a exclusão do ICMS a partir do exame de cada nota fiscal emitida por cada um dos contribuintes brasileiros, tornar-se-ia ainda mais complexa toda a apuração decorrente do RE n. 574.706. Isso porque, ao invés de se examinar simplesmente a apuração mensal do ICMS a recolher, lançada na própria escrita fiscal de cada contribuinte, de forma resumida, ter-se-ia que aferir tanto a autenticidade de cada nota emitida, ao longo de vários anos, quanto examinar a situação fiscal dos produtos nela constantes, visto que, numa mesma nota fiscal, podem constar diversas mercadorias em situações distintas – brindes, mercadorias devolvidas, mercadorias isentas ou imunes, etc.

Assim, o critério do ICMS a recolher revela-se, não só o mais acertado juridicamente à luz da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, como, inclusive, o que melhor atende ao outro princípio tributário hodiernamente tão debatido, que é o da praticabilidade."

Enfim, a alegação da embargante de que o aresto censurado não restou fundamentado, padecendo de nulidade, inconstitucionalidade e ilegalidade, contraria o próprio reconhecimento da recorrente de que o julgado estabeleceu que o ICMS a ser devolvido é o destacado na nota fiscal, em conformidade com o decidido no RE 574.706. Se o paradigma da Suprema Corte, ainda não se tornou julgamento definitivo de mérito - por existirem pendências e controvérsias ainda a serem resolvidas em tal julgado, a exemplo de "trechos contraditórios, uns sinalizando a adoção do critério "ICMS a pagar ou líquido" e outros sinalizando a adoção do critério do "ICMS da nota fiscal" - , disto não decorre que o pronunciamento desta Corte não esteja fundamentado, seja nulo, ilegal ou inconstitucional, por ter adotado uma dentre as linhas de interpretação que, segundo dito pela embargante, estariam em conflito no precedente assinalado.

Não houve, como se observa, qualquer omissão e, quanto à suposta ofensa, negativa de vigência, nulidade ou contrariedade à Constituição e legislação (artigos 5º, LIV e LV, 93, XI, e 195, I, "b", CF; 141, 490, 429, 489, § 1º, IV a VI, 525, § 13, 926 e 927, § 3º, do CPC; e 27 da Lei 9.868/1999; 13, §1º, I, 19 e 20, *caput*, da LC 87/1996; 1º da Lei 10.637/2002; 1º da Lei 10.833/2003; 2º da Lei 9.715/1998; 2º da LC 70/1991; e 2º e 3º da Lei 9.718/1998) ou à jurisprudência (EDcl no REsp 1.191.640, Rel. Min. MAURO CAMPBELL, DJe de 14/05/2019), ainda que houvesse, não seriam vícios passíveis de exame em embargos de declaração como via substitutiva dos recursos específicos, próprios para cada situação, de competência das instâncias superiores.

Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÕES. NULIDADES, ILEGALIDADES E INCONSTITUCIONALIDADES. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS. REJEIÇÃO.

1. São manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado. As alegações deduzidas não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.

2. Constatou-se do acórdão embargado, quanto ao sobrestamento do feito diante da pendência dos embargos de declaração no RE 574.706, a rejeição expressa da pretensão, pois: "*Ainda antes do mérito, cabe rejeitar o pedido de suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior; o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior.*". A argumentação de que alguns membros da Corte Superior atribuem efeito suspensivo corrobora o efeito limitado da decisão ao caso específico apreciado, desde que inexistente, como se percebe, precedente colegiado no tratamento da matéria.

3. Quanto ao questionamento dirigido ao objeto efetivamente decidido no acórdão embargado, a argumentação fazendária divide-se em duas linhas ou vertentes expositivas. A inicial coloca que o julgamento é nulo, pois violou os princípios dispositivo, da congruência e acarretou julgamento *extra petita*, além de padecer de nulidade por falta de fundamentação. A derradeira preconiza, a título de omissão, ter sido inconstitucional e ilegal a solução definida no mérito pelo acórdão embargado, ao estipular que o ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o faturado, e não o efetivamente pago pelo contribuinte.

4. Na discussão do mérito em si, verifica-se que não houve omissão, já que o acórdão embargado expressamente registrou que o tema integra, logicamente, o pedido de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS, considerando que, existindo formas ou critérios diferentes de identificação ou apuração de tal valor, a definição respectiva condiz com o mérito da causa, e não com questão incidental passível de solução no cumprimento da coisa julgada. Neste sentido, constatou-se do acórdão embargado que: "*O aspecto relevante da controvérsia, excepcionalmente levantado no caso pela própria PFN, ao apontar a falta de interesse de agir do contribuinte, diz respeito ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS diante da divergência estabelecida entre as vertentes que primam, de um lado, pelo valor do imposto destacado nas notas fiscais e, de outro, pelo valor do imposto a ser efetivamente pago pelo contribuinte, dentro do regime de não cumulatividade. É importante frisar, de toda sorte, que tal ponto, ainda que não tenha ou tivesse sido discutido na inicial nem decidido na sentença ou veiculado na apelação, não impediria o pronunciamento da Corte, por se tratar, justamente, de controvérsia insita ao próprio mérito, qual seja, a definição do que constitui o indébito fiscal e, neste sentido, matéria que deve ser resolvida na fase cognitiva e não em liquidação de sentença, inexistindo, portanto, mesmo quando nada tenha ou tivesse sido alegado ou decidido, vício de julgamento extra ou ultra petita, ou contrariedade ao princípio da congruência ou da adstrição. Tanto é assim que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido em razão do regime de não cumulatividade do imposto. Neste sentido o seguinte excerto do julgado no RE 574.706: "O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS". Também este o entendimento adotado no âmbito das Turmas desta Seção (...)*".

5. O acórdão embargado, neste tópico, expôs, por sua vez, a fundamentação necessária em torno do critério adotado para identificar o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, considerada a pretensão fazendária (ICMS efetivamente pago), e a do contribuinte (ICMS expresso nas notas fiscais de saída das mercadorias). A longa narrativa da embargante, buscando demonstrar que a fundamentação adotada no acórdão embargado, incorreu em omissão oculta, na verdade, irresignação por suposto vício de ilegalidade e inconstitucionalidade, à luz dos preceitos apontados, em típica imputação de *error in iudicando*, por não ter sido acolhida, pelo aresto embargado, a interpretação constitucional e legal que, segundo a embargante, faria concluir que o ICMS a ser excluído, se alguma exclusão for possível, deveria ser o relativo ao valor efetivamente pago e não o destacado nas notas fiscais.

6. A alegação da embargante de que o acórdão embargado não restou fundamentado, padecendo de nulidade, inconstitucionalidade e ilegalidade, contraria o próprio reconhecimento da recorrente de que o julgado estabeleceu que o ICMS a ser devolvido é o destacado na nota fiscal, de acordo com o decidido no RE 574.706. Se o paradigma da Suprema Corte, ainda não se tornou julgamento definitivo de mérito - por existirem pendências e controvérsias ainda a serem resolvidas em tal julgado, a exemplo de "*trechos contraditórios, uns sinalizando a adoção do critério "ICMS a pagar ou líquido" e outros sinalizando a adoção do critério do "ICMS da nota fiscal"*" - , disto não decorre que o pronunciamento desta Corte não esteja fundamentado, seja nulo, ilegal ou inconstitucional, por ter adotado uma dentre as linhas de interpretação que, segundo a embargante, estariam em conflito no precedente assinalado.

7. Não houve, como se observa, qualquer omissão e, quanto à suposta ofensa, negativa de vigência, nulidade ou contrariedade à Constituição e legislação (artigos 5º, LIV e LV, 93, XI, e 195, I, "b", CF; 141, 490, 429, 489, § 1º, IV a VI, 525, § 13, 926 e 927, § 3º, do CPC; e 27 da Lei 9.868/1999; 13, §1º, I, 19 e 20, *caput*, da LC 87/1996; 1º da Lei 10.637/2002; 1º da Lei 10.833/2003; 2º da Lei 9.715/1998; 2º da LC 70/1991; e 2º e 3º da Lei 9.718/1998) ou à jurisprudência (EDcl no REsp 1.191.640, Rel. Min. MAURO CAMPBELL, DJe de 14/05/2019), ainda que houvesse, não seriam vícios passíveis de exame em embargos de declaração como via substitutiva dos recursos específicos, próprios para cada situação, de competência das instâncias superiores.

8. Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

9. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5025855-07.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

Advogado do(a) AGRAVANTE: FABIO AUGUSTO ROSTON GATTI - SP173943-A

AGRAVADO: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) AGRAVADO: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5025855-07.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

Advogado do(a) AGRAVANTE: FABIO AUGUSTO ROSTON GATTI - SP173943-A

AGRAVADO: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) AGRAVADO: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração contra acórdão assimementado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. SUBSTITUIÇÃO DE PENHORA DE DINHEIRO POR SEGURO-GARANTIA. IMPOSSIBILIDADE DIANTE DA RECUSA MANIFESTADA PELA PARTE EXEQUENTE. RECURSO PROVIDO.

1. De acordo com o artigo 15 da Lei de Execuções Fiscais, é facultado ao executado “a substituição da penhora por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia”. Salvo quando a substituição da penhora for por dinheiro em espécie, há que se obter o consentimento prévio da Fazenda Pública quanto ao pleito de substituição, em especial quando não respeitar a gradação legal dos bens preferíveis à penhora, previsto no artigo 11 do mesmo diploma legal.

2. Há posição firmada na E. Corte Superior, julgado submetido ao rito do art. 543-C do CPC/1973, de que é possível rejeitar pedido de substituição da penhora quando descumprida a ordem legal dos bens penhoráveis estatuída no artigo 11 da LEF, além dos artigos 655 e 656 do CPC, mediante a recusa (REsp 1.090.898/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe 31/8/2009).

3. O Superior Tribunal de Justiça tem o entendimento consolidado de que, mesmo após a publicação da Lei n. 13.043/2014, a substituição da penhora efetuada primeiramente sobre dinheiro em espécie por seguro-garantia ou fiança-bancária depende de expressa amênia da Fazenda Pública.

4. Manifestada a recusa de forma expressa pela parte exequente quanto à substituição da penhora, a r. decisão agravada deve ser mantida, porquanto a aceitação ou não é uma faculdade do credor, não podendo este ficar sujeito ao que é mais conveniente à parte devedora. Precedentes do STJ e desta Corte Regional.

5. Afastada, no caso concreto, a aplicação do princípio da menor onerosidade ao devedor. Embora seja determinado o processamento da execução pelo modo menos gravoso ao executado (art. 805 do CPC), há de prevalecer o interesse do exequente na promoção da cobrança do crédito público.

6. Agravo de instrumento provido.

Alegou-se, inclusive para pré-questionamento (artigos 9º, II, da Lei 6.830/1980, e 489, § 1º, IV e 805, CPC), obscuridade no julgado, pois: (1) existentes duas ementas distintas e incongruentes no processo da mesma matéria; e (2) possível a substituição da penhora por seguro garantia, acrescido de 30%, nos termos dos artigos 9º, § 3º, e 15, I, da LEF, e 835, § 2º, e 848 do CPC.

Apresento o feito em mesa para julgamento (artigo 1.024, § 1º, CPC).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5025855-07.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

Advogado do(a) AGRAVANTE: FABIO AUGUSTO ROSTON GATTI - SP173943-A

AGRAVADO: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) AGRAVADO: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, são manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

Primeiramente, não existe obscuridade no resultado do julgamento, pois frente ao teor da certidão respectiva (ID 124976857), constata-se que a Turma, por maioria, deu provimento ao recurso, vencido o relator originário que lhe negava provimento, restando designada a Des. Fed. CECÍLIA MARCONDES para lavrar o acórdão, prevalecendo, assim, a ementa (ID 125064277), que junto com o relatório e votos, fazem parte do acórdão (ID 125064276), não se cogitando, assim, de qualquer vício no julgado.

Com relação à substituição da penhora por seguro garantia, foi cristalino o acórdão embargado em dispor que:

"Registro que há posição firmada na E. Corte Superior, julgado submetido ao rito do art. 543-C do CPC/1973, de que é possível rejeitar pedido de substituição da penhora quando descumprida a ordem legal dos bens penhoráveis estatuída no artigo 11 da LEF, além dos artigos 655 e 656 do CPC, mediante a recusa (REsp 1.090.898/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe 31/8/2009).

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça tem o entendimento consolidado de que, mesmo após a publicação da Lei n. 13.043/2014, a substituição da penhora efetuada primeiramente sobre dinheiro em espécie por seguro-garantia ou fiança-bancária depende de expressa amúncia da Fazenda Pública.

Desse modo, manifestada a recusa formal pela parte exequente quanto à substituição da penhora, a r. decisão agravada deve ser reformada, porquanto a aceitação é uma faculdade do credor, não podendo este ficar sujeito ao que é mais conveniente à parte devedora."

Na sequência, quanto ao artigo 805, CPC, o acórdão embargado deixou claro que: *"Afastada, no caso concreto, a aplicação do princípio da menor onerosidade ao devedor. Embora seja determinado o processamento da execução pelo modo menos gravoso ao executado (art. 805 do CPC), há de prevalecer o interesse do exequente na promoção da cobrança do crédito público."*

Não houve obscuridade, ainda, frente ao artigo 9º, § 3º, LEF, que atribuiu ao seguro garantia os mesmos efeitos da penhora de dinheiro, mas não alterou a ordem de preferência nem a regra de substituição da penhora (artigos 11 e 15, I, LEF; e 835, § 2º, e 848, CPC). Assentou-se no julgado a compreensão de que as alterações da Lei 13.043/2014 ampliaram possibilidades em favor do executado, mas nenhuma delas revogou a preferência legal estatuída no artigo 11, LEF, e, pelo contrário, foi reforçado o entendimento de que o dinheiro, para todos os efeitos legais, continua a ser o bem preferencial na garantia da execução fiscal, em conformidade, de resto, com a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça.

Neste sentido, precedente da Corte Superior:

AgInt no AREsp 1.448.340, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe 20/09/2019: "TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA EM DINHEIRO. SUBSTITUIÇÃO. SEGURO GARANTIA. IMPOSSIBILIDADE. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento no sentido da impossibilidade de substituição do depósito em dinheiro por seguro garantia sem o aval da Fazenda Pública, admitindo-se, excepcionalmente, tal substituição quando comprovada a necessidade de aplicação do disposto no art. 620 do CPC (princípio da menor onerosidade), o que não ficou demonstrado no caso concreto. 2. Agravo interno a que se nega provimento."

Assim, se tal motivação é insuficiente, fere normas apontadas (artigos 489, § 1º, IV, 805, 835, § 2º, e 848 do CPC; e 9º, II e § 3º, e 15, I da Lei 6.830/1980) ou contraria a jurisprudência, deve o contribuinte veicular recurso próprio para a impugnação do acórdão e não rediscutir a matéria em embargos de declaração.

Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. VÍCIOS INEXISTENTES. REJEIÇÃO.

1. São manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

2. Primeiramente, não existe obscuridade no resultado do julgamento, pois frente ao teor da certidão respectiva, constata-se que a Turma, por maioria, deu provimento ao recurso, vencido o relator originário que lhe negava provimento, designada a Des. Fed. CECÍLIA MARCONDES para lavrar o acórdão, prevalecendo, assim, a ementa (ID 125064277), que junto com o relatório e votos, fazem parte do acórdão, não se cogitando, assim, de qualquer vício no julgado.

3. Com relação à substituição da penhora por seguro garantia, foi cristalino o acórdão embargado em dispor que: *"Registro que há posição firmada na E. Corte Superior, julgado submetido ao rito do art. 543-C do CPC/1973, de que é possível rejeitar pedido de substituição da penhora quando descumprida a ordem legal dos bens penhoráveis estatuída no artigo 11 da LEF, além dos artigos 655 e 656 do CPC, mediante a recusa (REsp 1.090.898/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe 31/8/2009). Ademais, o Superior Tribunal de Justiça tem o entendimento consolidado de que, mesmo após a publicação da Lei n. 13.043/2014, a substituição da penhora efetuada primeiramente sobre dinheiro em espécie por seguro-garantia ou fiança-bancária depende de expressa anuência da Fazenda Pública. Desse modo, manifestada a recusa formal pela parte exequente quanto à substituição da penhora, a r. decisão agravada deve ser reformada, porquanto a aceitação é uma faculdade do credor; não podendo este ficar sujeito ao que é mais conveniente à parte devedora."*

4. Na sequência, quanto ao artigo 805, CPC, o acórdão embargado deixou claro que: *"Afastada, no caso concreto, a aplicação do princípio da menor onerosidade ao devedor. Embora seja determinado o processamento da execução pelo modo menos gravoso ao executado (art. 805 do CPC), há de prevalecer o interesse do exequente na promoção da cobrança do crédito público."*

5. Não houve obscuridade, ainda, frente ao artigo 9º, § 3º, LEF, que atribuiu ao seguro garantia os mesmos efeitos da penhora de dinheiro, mas não alterou a ordem de preferência nem a regra de substituição da penhora (artigos 11 e 15, I, LEF; e 835, § 2º, e 848, CPC). Assentou-se no julgado a compreensão de que as alterações da Lei 13.043/2014 ampliaram possibilidades em favor do executado, mas nenhuma delas revogou a preferência legal estatuída no artigo 11, LEF, e, pelo contrário, foi reforçado o entendimento de que o dinheiro, para todos os efeitos legais, continua a ser o bem preferencial na garantia da execução fiscal, em conformidade, de resto, com a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça.

6. Assim, se tal motivação é insuficiente, fere normas apontadas (artigos 489, § 1º, IV, 805, 835, § 2º, e 848 do CPC; e 9º, II e § 3º, e 15, I da Lei 6.830/1980) ou contraria a jurisprudência, deve o contribuinte veicular recurso próprio para a impugnação do acórdão e não rediscutir a matéria em embargos de declaração.

7. Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

8. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0015396-53.2014.4.03.6128

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

APELADO: JAPI S/A. INDÚSTRIA E COMÉRCIO

Advogado do(a) APELADO: PEDRO LUIZ PINHEIRO - SP115257-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0015396-53.2014.4.03.6128
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

APELADO: JAPI S/A. INDUSTRIA E COMERCIO
Advogado do(a) APELADO: PEDRO LUIZ PINHEIRO - SP115257-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo **Instituto Nacional de Metrologia Normalização e Qualidade Industrial - INMETRO**, em face da sentença proferida nos autos da execução fiscal, ajuizada contra **Japi S/A Indústria e Comércio**.

O MM. Juiz de primeiro grau extinguiu a execução fiscal, ao fundamento de que ocorreu a prescrição intercorrente do crédito tributário.

Irresignado, o apelante aduz, em síntese, que não ocorreu a prescrição intercorrente do crédito tributário, pois inexistente mora imputável a exequente. Ademais, existe petição da exequente, datada de 11/11/2009, que nunca foi analisada pelo Juízo *a quo*.

Com contrarrazões, vieram os autos a este e. Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0015396-53.2014.4.03.6128
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

APELADO: JAPI S/A. INDUSTRIA E COMERCIO
Advogado do(a) APELADO: PEDRO LUIZ PINHEIRO - SP115257-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Trata-se de execução fiscal ajuizada em 28/09/2005, pelo Instituto Nacional de Metrologia Normalização e Qualidade Industrial - INMETRO, para a cobrança de multa administrativa.

A executada foi citada em 18/04/2007 (Certidão de 30/11/2006, ID de n.º 107767808, pág. 16).

Houve indicação de bema penhora pela executada, sendo que em 17/05/2007, foi determinado que o exequente se manifestasse sobre os bens indicados (ID de n.º 107767808, pág. 20). O referido despacho foi publicado no DOE em 27/06/2007 (Certidão de ID de n.º 107767808, pág. 27).

Em 11/11/2009, o exequente apresentou manifestação rejeitando os bens ofertados, e requereu a penhora de valores, via sistema Bacenjud (ID de n.º 107767808, pág. 32).

Após, em 07/02/2012, foi declinada a competência da Justiça Estadual, sendo o feito remetido para a Justiça Federal (ID de n.º 107767808, pág. 33).

Em 29/03/2016, foi informado que todas as petições protocolizadas e endereçadas aos autos foram juntadas, não havendo pendência (Certidão de ID de n.º 107767808, pág. 35).

Após, em 24/01/2019, sem que fosse determinada a oitiva do exequente para manifestar-se sobre a eventual ocorrência da prescrição intercorrente, foi proferida sentença reconhecendo a ocorrência da prescrição intercorrente (ID de n.º 107767808, páginas 36-38).

A sentença deve ser desconstituída.

De acordo com o art. 25 da Lei n.º 6.830/80, nas execuções fiscais, a intimação do representante judicial da Fazenda Pública, neste conceito incluídas as autarquias de regime especial, deve ser pessoal. Cumpre-se a providência através de mandado judicial ou carta com comprovante de aviso de recebimento (AR), admitindo esta última no caso em que Procurador Federal resida em comarca diversa daquela em que tramita a execução fiscal.

A propósito, confira-se os seguintes precedentes. Vejam-se:

EXECUÇÃO FISCAL - AUTARQUIA - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - INOCORRÊNCIA - AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL - APELAÇÃO PROVIDA. 1 - Com efeito, a configuração da prescrição intercorrente ocorre com a aferição do decurso do lapso quinquenal após a data da citação da devedora, devendo também ficar caracterizada a inércia da exequente. 2 - Todavia, o exequente não foi intimado pessoalmente do despacho de fl. 07, o qual determinou o recolhimento da diligência do Oficial de justiça, bem como de nenhum outro ato ocorrido até prolação da sentença. 3 - Nos termos do art. 25 da LEF, em execuções fiscais, "qualquer intimação ao representante judicial da Fazenda Pública será feita pessoalmente". E é notório que o IBAMA, em juízo, faz jus as prerrogativas processuais dadas à Fazenda Pública. 4 - Apelação provida. (TRF3, 3ª Turma, Ap 0000668-07.2014.4.03.6128, Rel. Des. Federal Mairan Maia, j. 30/04/2019, e-DJF3 de 07/05/2019)

DIREITO TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. INMETRO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL. APELAÇÃO PROVIDA. 1. Trata-se de recurso de apelação interposto pelo INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA E NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL - INMETRO em face da r. sentença de fls. 34-v/35 que, em autos de execução fiscal, julgou extinto o processo com análise do mérito, nos termos do art. 219, §5º, c/c o art. 269, inciso IV, ambos do revogado CPC/73, vigente à época da decisão, diante do reconhecimento da prescrição intercorrente. Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios e sem reexame necessário. 2. Primeiramente, perfilha-se esta C. Turma ao entendimento do C. STJ de que, não localizados bens penhoráveis (ou o próprio devedor), suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente. 3. O art. 40, da Lei nº 6.830/80, concede ao exequente o prazo máximo de um ano para que este localize o devedor e/ou bens penhoráveis, período durante o qual deixa de fluir o prazo prescricional. Grosso modo, trata-se do acréscimo de 1 (um) ano ao prazo prescricional quinquenal, e não de conditio sine qua non para a fluência do prazo prescricional, como quer fazer crer a apelante. 4. Da simples leitura dos autos, percebe-se que não houve observância da regra do art. 25 da LEF, que determina que em execuções fiscais "qualquer intimação ao representante judicial da Fazenda Pública será feita pessoalmente". E é notório que o INMETRO, em juízo, faz jus as prerrogativas processuais dadas à Fazenda Pública. O que não ocorreu no presente caso. Portanto, o art. 40, §4º, da LEF não se aplica ao caso em tela, pois se não foi regularmente intimado para se manifestar no processo, não pode ser tido por inerte nele. 5. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que somente a inércia injustificada do credor caracteriza a prescrição intercorrente. 6. Assim, de rigor a anulação da r. sentença recorrida, devendo os autos retornarem ao Juízo de origem para regular prosseguimento do feito. 7. Apelação a que se dá provimento. (TRF 3ª Região, 3ª Turma, AP 0014244-55.2018.4.03.9999, Rel. Desembargador Federal Antônio Cedenho, julgado em 05/09/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/09/2018).

"ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C DO CPC). EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. INTIMAÇÃO PESSOAL. ART. 25 DA LEI 6.830/80. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. Em execução fiscal ajuizada por conselho de Fiscalização Profissional, seu representante judicial possui a prerrogativa de ser pessoalmente intimado, conforme disposto no art. 25 da Lei 6.830/80. 2. Recurso especial conhecido e provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/08." (STJ, Primeira Seção, Resp de n.º 1330473, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, data da decisão: 12/06/2013, Dje de 02/08/2013).

No caso dos autos, verifico que a intimação do exequente para se manifestar sobre os bens indicados a penhora pelo exequente foi feita através de publicação no DOE em 27/06/2007 (Certidão de ID de n.º 107767808, pág. 27). Ademais, em 11/11/2009, o exequente apresentou manifestação rejeitando os bens ofertados, e requereu a penhora de valores, via sistema Bacenjud (ID de n.º 107767808, pág. 32), sendo que a referida petição sequer foi analisada.

Assim, a execução deve prosseguir a partir da análise pelo MM. Juiz de primeiro grau da petição do exequente que rejeitou os bens ofertados a penhora (ID de n.º 107767808, pág. 32).

Por fim, com relação aos pedidos de reapresentação de prazo para defesa, bem como para substituição dos bens indicados para penhora, formulados pela executada em suas contrarrazões, estes devem ser analisados pelo MM. Juiz *a quo*.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso de apelação, para desconstituir a sentença e determinar o prosseguimento da execução fiscal, nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

EMENTA

EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INOCORRÊNCIA. APELAÇÃO PROVIDA.

1. Trata-se de execução fiscal ajuizada em 28/09/2005, pelo Instituto Nacional de Metrologia Normalização e Qualidade Industrial - INMETRO, para a cobrança de multa administrativa. A executada foi citada em 18/04/2007 (Certidão de 30/11/2006, ID de n.º 107767808, pág. 16). Houve indicação de bem a penhora pela executada, sendo que em 17/05/2007, foi determinado que o exequente se manifestasse sobre os bens indicados (ID de n.º 107767808, pág. 20). O referido despacho foi publicado no DOE em 27/06/2007 (Certidão de ID de n.º 107767808, pág. 27). Em 11/11/2009, o exequente apresentou manifestação rejeitando os bens ofertados, e requereu a penhora de valores, via sistema Bacenjud (ID de n.º 107767808, pág. 32). Após, em 07/02/2012, foi declinada a competência da Justiça Estadual, sendo o feito remetido para a Justiça Federal (ID de n.º 107767808, pág. 33). Em 29/03/2016, foi informado que todas as petições protocolizadas e endereçadas aos autos foram juntadas, não havendo pendência (Certidão de ID de n.º 107767808, pág. 35). Após, em 24/01/2019, sem que fosse determinada a oitiva do exequente para manifestar-se sobre a eventual ocorrência da prescrição intercorrente, foi proferida sentença reconhecendo a ocorrência da prescrição intercorrente (ID de n.º 107767808, páginas 36-38).

2. De acordo com o art. 25 da Lei n.º 6.830/80, nas execuções fiscais, a intimação do representante judicial da Fazenda Pública, neste conceito incluídas as autarquias de regime especial, deve ser pessoal. Cumpre-se a providência através de mandado judicial ou carta com comprovante de aviso de recebimento (AR), admitindo esta última no caso em que Procurador Federal resida em comarca diversa daquela em que tramita a execução fiscal. (Precedentes do STJ e deste Tribunal).

3. No caso dos autos, a intimação do exequente para se manifestar sobre os bens indicados a penhora pelo exequente foi feita através de publicação no DOE em 27/06/2007 (Certidão de ID de n.º 107767808, pág. 27). Ademais, em 11/11/2009, o exequente apresentou manifestação rejeitando os bens ofertados, e requereu a penhora de valores, via sistema Bacenjud (ID de n.º 107767808, pág. 32), sendo que a referida petição sequer foi analisada. Assim, a execução deve prosseguir a partir da análise pelo MM. Juiz de primeiro grau da petição do exequente que rejeitou os bens ofertados a penhora (ID de n.º 107767808, pág. 32).

4. Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, DEU PROVIMENTO ao recurso de apelação, para desconstituir a sentença e determinar o prosseguimento da execução fiscal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5006625-80.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: JOAO ANTONIO RAMALHO JUNIOR
Advogado do(a) APELANTE: JOAO ANTONIO RAMALHO JUNIOR - SP203560-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5006625-80.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: JOAO ANTONIO RAMALHO JUNIOR
Advogado do(a) APELANTE: JOAO ANTONIO RAMALHO JUNIOR - SP203560-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação à sentença de improcedência proferida em ação pelo rito ordinário ajuizada objetivando, no mérito (ID. 90507530, f. 08):

a) Declaração de existência de relação jurídica que obrigue a requerida a aceitar as deduções integrais de despesa com instrução do autor e de seus dependentes, por ocasião da declaração de ajuste anual visando à apuração do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, despesas estas efetuadas em estabelecimento de ensino, relativamente à educação infantil, ao ensino fundamental, médio e superior, compreendendo os cursos de graduação, e de pós-graduação (mestrado, doutorado e especialização), e relativamente a educação profissional, compreendendo o ensino técnico e tecnológico, na conformidade da redação da primeira parte do artigo 8º, II, "b" da Lei Federal nº 9.259/1995 porém, SEM QUALQUER LIMITAÇÃO INDIVIDUAL, desconsiderando, portanto somente a parte final do artigo 8º, II, "b" da Lei Federal nº 9.259/1995.

b) Condenação da requerida no pagamento das diferenças apuradas no passado relacionadas à dedução limitada de despesas com instrução própria ou de dependentes, respeitada a prescrição quinquenal antes do ajuizamento desta demanda, com correção monetária a partir de quando devidas as diferenças e juros de mora de 1% ao mês, no termos do artigo 161 § 1º do Código Tributário Nacional.

Apelou o contribuinte, sustentando, em síntese, que: **(1)** a educação é reconhecida como direito social, sob égide constitucional (artigos 6º; 23, V; e 205), porém não é garantida atualmente pelo Poder Público, que, enquanto mantém ensino público precário, inibe a utilização da rede particular, a partir de "limites irrealis" para a dedução de gastos sob tal rubrica no cálculo do imposto de renda; **(2)** o limite anual fixado para 2017, de R\$ 3.561,50 (artigo 8º, II, b, da Lei Federal 9.250/1995, artigo 91 da Instrução Normativa RFB 1.500/2014 e artigo 81 do Decreto Federal 3.000/1999) é insuficiente para custear de curso regular em qualquer grau curricular da rede privada, revelando-se de todo irrazoável; **(3)** a regra legal é, portanto, inconstitucional; **(4)** evidentemente, gastos com educação acima do teto de descontos legalmente previsto configuram decréscimo patrimonial, que, não obstante, é tributado a partir de imposto baseado em acréscimo de riqueza; e **(5)** este Tribunal já declarou expressamente a inconstitucionalidade da limitação em questão, na arguição de inconstitucionalidade Cível 0005067-86.2002.4.03.6100.

Comcontrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5006625-80.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: JOAO ANTONIO RAMALHO JUNIOR
Advogado do(a) APELANTE: JOAO ANTONIO RAMALHO JUNIOR - SP203560-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, de princípio cabe reconhecer que o Órgão Especial desta Corte, por ocasião do exame da ArgInc 0005067-86.2002.4.03.6100 (Rel. Des. Fed. MAIRAN MAIA, e-DJF3 de 11/05/2012), assentou entendimento favorável à dedução integral das despesas com educação, ao declarar a inconstitucionalidade da limitação prevista em lei para gastos com educação na apuração da base de cálculo do IRPF, nos termos dos artigos 8º, II, "b", da Lei 9.250/1995.

Todavia, verifica-se que já há anos a jurisprudência de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal, à unanimidade, reproduz-se em sentido contrário. Com efeito, foi firmado o entendimento de que não cabe ao Poder Judiciário ampliar limites estabelecidos em lei para dedução, na base de cálculo do imposto de renda da pessoa física, de gastos com educação, por não lhe competir estabelecer isenções tributárias, redução de impostos ou deduções não previstas em lei, ante a impossibilidade de atuar como legislador positivo:

RE 1.123.745 AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe 09/10/2019: "RECURSO EXTRAORDINÁRIO-TRIBUTÁRIO-IMPOSTO DE RENDA-LIMITES À DEDUÇÃO DE GASTOS COM EDUCAÇÃO – LEI Nº 9.250/95 – POSSIBILIDADE – DECISÃO QUE SE AJUSTA À JURISPRUDÊNCIA PREVALECENTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – CONSEQUENTE INVIABILIDADE DO RECURSO QUE A IMPUGNA – SUBSISTÊNCIA DOS FUNDAMENTOS QUE DÃO SUPORTE À DECISÃO RECORRIDA – SUSPENSÃO DO PROCESSO ATÉ JULGAMENTO DA ADI 4.927/DF – DESNECESSIDADE – POSSIBILIDADE DE O RELATOR JULGAR RECURSO CUJA CONTROVÉRSIA NELE SUSCITADA É OBJETO DE PACÍFICO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL NESTA SUPREMA CORTE – SUCUMBÊNCIA RECURSAL (CPC, ART. 85, § 11) – NÃO DECRETAÇÃO, NO CASO, ANTE A INADMISSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO EM VERBA HONORÁRIA, POR TRATAR-SE DE PROCESSO DE MANDADO DE SEGURANÇA (SÚMULA 512/STF E LEI Nº 12.016/2009, ART. 25) – AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

RE 984.419 AgR, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe 16/05/2018: "AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. LIMITAÇÃO COM GASTOS EM EDUCAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE. 1. Não cabe ao Poder Judiciário ampliar os limites estabelecidos em lei para a dedução, da base de cálculo do Imposto de Renda da Pessoa Física, de gastos com educação. Ao Judiciário não é permitido estabelecer isenções tributárias, redução de impostos ou deduções não previstas em lei, ante a impossibilidade de atuar como legislador positivo. 2. Agravo interno a que se nega provimento. Fixam-se honorários advocatícios adicionais equivalentes a 10% (dez por cento) do valor a esse título arbitrado nas instâncias ordinárias (Código de Processo Civil de 2015, art. 85, § 11)."

No mesmo sentido, dentre outros: RE 1.000.726 AgR, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, 26/09/2019; RE 984.427 AgR, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe 17/05/2018; RE 1.027.011 AgR, Rel. Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, DJe 24/04/2018; RE 984.430 AgR, Rel. Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em DJe 08/08/2017; ARE 963.412 AgR, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe 07/02/2017.

Cabe notar que, a rigor, a tese de base para tais julgamentos, no sentido de que o estabelecimento de isenções em âmbito processual é inviável por transmutar o órgão julgador em legislador positivo, é, também, há muito tempo, posicionamento pacífico da Suprema Corte (v.g., AI 360.461 AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, julgado em 06/12/2005), e que já foi confirmado em Plenário em mais de uma oportunidade. Dentre as referências possíveis neste tocante:

RE 599.309, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 12/12/2019: "RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ALÍQUOTA ADICIONAL DE 2,5% SOBRE A CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA INCIDENTE NA FOLHA DE SALÁRIOS. § 2º DO ART. 3º DA LEI 7.787/1989. CONSTITUCIONALIDADE. EXAÇÃO FUNDADA NOS PRINCÍPIOS DA SOLIDARIEDADE, EQUIDADE E CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. POSTULADOS CONSTITUCIONAIS QUE NORTEIAM A SEGURIDADE SOCIAL. APORTES ORIGINADOS DE DISTINTAS FONTES DE CUSTEIO. INEXIGIBILIDADE DE CONTRAPARTIDA. PODER JUDICIÁRIO. ATUAÇÃO COMO LEGISLADOR POSITIVO. IMPOSSIBILIDADE. I - É constitucional a alíquota adicional de 2,5% (dois e meio por cento), estabelecida pelo § 2º do art. 3º da Lei 7.787/1989, incidente sobre a folha de salários de bancos e entidades assemelhadas. II - É defeso ao Poder Judiciário atuar na condição anômala de legislador positivo, com base no princípio da isonomia, para suprimir ou equiparar alíquotas de tributos recolhidos pelas instituições financeiras em relação àquelas suportadas pelas demais pessoas jurídicas. III - Recurso extraordinário ao qual se nega provimento."

Veja-se, portanto, que o cenário atual não autoriza a prevalência da decisão proferida, na ocasião, pelo Órgão Especial da Corte, autorizando a desvinculação dos órgãos fracionários para alinhamento das decisões à orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal (artigo 176, parágrafo único, Regimento Interno da Corte).

Frise-se, por outro lado, que há expressivo número de julgados nas demais Turmas da 2ª Seção deste Tribunal filiando-se à mesma tese:

ApCiv 0000001-53.2016.4.03.6127, Rel. Des. Fed. MARLI FERREIRA, Intimação via sistema 24/04/2020: "TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA. DESPESAS COM INSTRUÇÃO. DEDUÇÃO. LIMITE. ARTIGO 8º, INCISO II, ALÍNEA "b" DA LEI Nº 9.250/95. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL PROVIDAS. 1. A dedução fiscal é concedida pelo poder tributante como um favor fiscal e, assim sendo essa dedução deve estar expressamente prevista em lei, o que garante a efetiva concretização da ordem constitucional vigente. 2. Não cabe ao Poder Judiciário alterar o limite legal de dedução das despesas com instrução na apuração da base de cálculo do IRPF, sob pena de substituir-se ao Legislador. Precedentes do E. STF. 3. Em que pese o entendimento do Órgão Especial desta Corte, o qual reconheceu a possibilidade de dedução no Imposto de Renda das despesas com educação, é certo que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que não compete ao Poder Judiciário instituir isenções tributárias, redução de impostos ou deduções não previstas em lei, ante a impossibilidade de atuar como legislador positivo. 4. Apelação e remessa oficial providas."

Ap 0008961-84.2013.4.03.6100, Rel. Des. Fed. DIVA MALERBI, e-DJF3 03/05/2019: "PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. AÇÃO ORDINÁRIA. IMPOSTO DE RENDA. LIMITAÇÃO DE DEDUÇÃO DE DESPESAS COM EDUCAÇÃO. POSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO FIRMADO PELO STF QUE SE SOBREPÕE AO DECIDIDO PELO ÓRGÃO ESPECIAL DESTA CORTE. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso. 2. A questão vertida nos presentes autos cinge-se à possibilidade de se afastar o limite de dedução com educação da base de cálculo do imposto de renda, contido no artigo 8º, II, da Lei nº 9.250/95 e itens de 1 a 9 do referido dispositivo, bem como dos artigos 1º, caput, da Instrução Normativa nº 65/96 e 81, caput e §1º do Decreto nº 3000/99, tendo em vista a sua inconstitucionalidade, com a consequente compensação dos valores que foram recolhidos a maior referente à mencionada exação, nos últimos cinco anos anteriores à propositura da ação, em virtude da não declaração dos valores integrais das despesas havidas com educação. 3. Com efeito, verifica-se que o E. Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que não cabe ao Poder Judiciário ampliar os limites estabelecidos em lei para a dedução, da base de cálculo do Imposto de Renda da Pessoa Física, de gastos com educação, já que ao Judiciário não é permitido estabelecer isenções tributárias, redução de impostos ou deduções não previstas em lei, ante a impossibilidade de atuar como legislador positivo. Precedentes. 4. Embora o Órgão Especial desta Corte tenha decidido pela inconstitucionalidade da limitação da dedução de despesas com educação da declaração de imposto de renda (Arguição de Inconstitucionalidade nº 0005067-86.2002.4.03.6100, Rel. Des. Fed. Mairan Maia, Órgão Especial, DE 11/05/2012), o que deveria orientar a jurisprudência desta Corte, nos termos do artigo 176 do Regimento Interno, verifica-se que deve prevalecer a jurisprudência remansosa do Supremo Tribunal Federal, que obviamente se sobrepõe ao quanto resolvido por este Tribunal, na medida em que, apesar de proferida em controle difuso, o foi pelas duas Turmas da Corte Superior. Precedentes. 5. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisor, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida. 6. Agravo interno desprovido."

Assim, superada a adstrição à ArgInc 0005067-86.2002.4.03.6100 e não divergindo da pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, cabe confirmar a sentença recorrida.

Improcedente o apelo, cabe a majoração da verba sucumbencial fixada na origem, a título de honorários recursais, nos termos da legislação processual. Neste liame, observa-se que a sentença (ID. 90507552) fixou a verba honorária em R\$ 1.000,00 (que é o próprio valor atribuído à causa), dada a ausência de condenação, com fulcro no artigo 85, §§ 2º, 4º e 8º do CPC. Considerado, adicionalmente a tais parâmetros - destacadamente os de grau de zelo do profissional, lugar da prestação do serviço, natureza e importância da causa -, o desenvolvimento recursal do feito, nos termos do § 11 do referido dispositivo processual, cabe o arbitramento adicional em R\$ 1.000,00, a se acrescido ao quanto fixado na sentença.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

EMENTA

DIREITO CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. PESSOA FÍSICA. LIMITES À DEDUÇÃO DE DESPESAS COM EDUCAÇÃO. ART. 8º, II, B, DA LEI 9.250/1995. INCONSTITUCIONALIDADE AFASTADA PELA SUPREMA CORTE.

1. Embora acolhida arguição de inconstitucionalidade da limitação imposta à dedução integral de despesas com educação na apuração do IRPF (ArgInc 0005067-86.2002.4.03.6100 (Rel. Des. Fed. MAIRAN MAIA, e-DJF3 de 11/05/2012), encontra-se superada a vinculação dos órgãos da Corte ao precedente, vez que a Suprema Corte decidiu em sentido contrário.

2. Assentou a Suprema Corte, no exame da controvérsia constitucional, o entendimento de que não cabe ao Poder Judiciário ampliar limites estabelecidos em lei para dedução, na base de cálculo do imposto de renda da pessoa física, de gastos com educação, por não lhe competir estabelecer isenções tributárias, redução de impostos ou deduções não previstas em lei, ante a impossibilidade de atuar como legislador positivo.

3. Confirmada a sentença de improcedência do pedido, fixa-se verba honorária em grau recursal, em observância ao comando e critérios do artigo 85, §§ 2º a 6º, 8º e 11, do Código de Processo Civil.

4. Apelo desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5003383-75.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: LBR - LACTEOS BRASIL S/A EM RECUPERACAO JUDICIAL

Advogado do(a) AGRAVADO: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL) em face da decisão proferida pelo Juízo Federal da 7ª Vara de São Paulo/SP.

Em consulta ao andamento processual no sítio eletrônico da Justiça Federal de 1ª Instância verifica-se que já foi proferida sentença pelo MM. Juiz *a quo*.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a superveniente prolação de sentença implica a perda de objeto do Agravo de Instrumento interposto contra decisão concessiva ou denegatória de decisão interlocutória sobre antecipação dos efeitos de tutela. (REsp 1.332.553/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 4/9/2012, DJe de 11/9/2012) (AGRESP 201001499976, RAULARAÚJO, STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA:15/08/2013)

Assim havendo decisão definitiva no processo principal, o presente recurso resta prejudicado, devido ao caráter exauriente da sentença no processo principal.

Neste sentido, a melhor jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SENTENÇA PROFERIDA NOS AUTOS DA AÇÃO ORIGINÁRIA. PERDA DE OBJETO. AGRAVO PREJUDICADO.

I - A prolação de sentença nos autos da ação de onde se originou o agravo de instrumento acarreta a perda de objeto deste recurso.

II - Agravo de instrumento prejudicado.

(TRF - 3ª Região, 2ª Turma, AG 2000.03.00.049815-2, Rel. Juíza Fed. Conv. Raquel Perrini, j. 16/09/2002, DJU 06/12/2002, p. 511)

AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AFRONTA AO ART. 535 DO DIPLOMA PROCESSUAL. INOCORRÊNCIA. AÇÃO ORDINÁRIA RELATIVA À GREVE DE SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS. EXAME PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. VIA PROCESSUAL INADEQUADA. AUSÊNCIA PREVISÃO NO ART. 105 DA CF/88. 1. O art. 105 da Constituição Federal não autoriza este Superior Tribunal a analisar ação ordinária relativa à greve dos servidores públicos federais, mas apenas e tão somente as relativas a dissídio coletivo, conforme restou decidido pela Suprema Corte nos autos do STA 207/RS. Precedente. 2. Resta prejudicado o recurso especial interposto contra acórdão que examinou agravo de instrumento de decisão que deferiu ou indeferiu liminar ou antecipação de tutela, quando se verifica a prolação de sentença de mérito, tanto de procedência, porquanto absorve os efeitos da medida antecipatória, por se tratar de decisão proferida em cognição exauriente; como de improcedência, pois há a revogação, expressa ou implícita, da decisão antecipatória. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ, AGRESP 200901403810, QUINTA TURMA, Relator(a) LAURITA VAZ, Decisão: 02/02/2012, Publicação: 13/02/2012)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA DE MÉRITO. EXTINÇÃO DA AÇÃO PRINCIPAL. PERDA DO OBJETO DO RECURSO ESPECIAL. 1. Conforme consignado na decisão agravada, a prolação de sentença de mérito, mediante cognição exauriente, enseja a superveniente perda de objeto do recurso interposto contra o acórdão que negou provimento ao agravo de instrumento. 2. Eventual provimento do recurso especial, referente à decisão interlocutória, não poderia infirmar o julgamento superveniente e definitivo que reapreciou a questão. 3. A decisão agravada não está em confronto com o julgado da Corte Especial (REsp 765.105/TO (Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe 25.8.2010), uma vez que este não se amolda ao presente caso, em que, conforme se observa nos autos, houve decisão denegatória de antecipação de tutela. Agravo regimental improvido. (STJ, AGRESP 201100699334, SEGUNDA TURMA, Relator(a) HUMBERTO MARTINS, Decisão: 13/12/2011, Publicação: 19/12/2011)

Diante do exposto nego seguimento ao agravo de instrumento, eis que prejudicado, nos termos do artigo 932, inciso III, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intime-se.

Após as formalidades legais, certifique-se o trânsito em julgado, dando-se baixa na distribuição.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002085-74.2017.4.03.6104
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
SUCESSOR: LISAA LASER GONZAGA SERVICOS ESTETICOS LTDA
Advogado do(a) SUCESSOR: DENISE MARTINS VIEIRA FERNANDEZ LOPEZ - SP325491-A
APELADO: LISAA LASER GONZAGA SERVICOS ESTETICOS LTDA
SUCESSOR: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELADO: DENISE MARTINS VIEIRA FERNANDEZ LOPEZ - SP325491-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002085-74.2017.4.03.6104
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
SUCESSOR: LISAA LASER GONZAGA SERVICOS ESTETICOS LTDA
Advogado do(a) SUCESSOR: DENISE MARTINS VIEIRA FERNANDEZ LOPEZ - SP325491-A
APELADO: LISAA LASER GONZAGA SERVICOS ESTETICOS LTDA
SUCESSOR: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELADO: DENISE MARTINS VIEIRA FERNANDEZ LOPEZ - SP325491-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto, em ação ordinária, pela **UNIÃO** em face da sentença, que julgou procedente o pedido para reconhecer o direito da autora **LISA A LASER GONZAGA SERVIÇOS ESTÉTICOS LTDA**, à exclusão dos valores correspondentes ao ISSQN da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e ao COFINS, bem como à repetição dos valores indevidamente recolhidos nos cinco últimos anos anteriores ao ajuizamento da demanda.

Houve condenação da União ao ressarcimento de custas processuais e ao pagamento de honorários advocatícios, no patamar mínimo que tratam os incisos I a V do parágrafo 3º do artigo 85 do CPC/2015, considerando a base de cálculo como o proveito econômico obtido, a ser apurado em liquidação.

Em suas razões de apelação, a União sustentou/postulou:

- a) a **suspensão** do trâmite da presente ação o julgamento final dos Embargos de Declaração opostos pela Fazenda Nacional no **Recurso Extraordinário nº 574.706/PR**.
- b) que o regime de não cumulatividade tratado é justamente aquele que informa o ICMS, vinculado ao PIS-COFINS, e que conceitualmente não se aplica às demais exações, tal como ao Imposto Municipal sobre Serviços – ISS.

De igual modo, **a parte autora interpôs apelação**, insurgindo-se contra a limitação imposta na sentença, quanto a seu direito de repetição do indébito, somente o apurado **após 17/03/2017**. Assim, pleiteia a reforma da sentença para que reste possibilitada a repetição dos indébitos apurados de acordo com o prazo prescricional quinquenal.

Com contrarrazões de ambas as partes, subiram os autos a essa E. Corte Regional.

É o sucinto relatório.

srevi

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5002085-74.2017.4.03.6104
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
SUCESSOR: LISA A LASER GONZAGA SERVICOS ESTETICOS LTDA
Advogado do(a) SUCESSOR: DENISE MARTINS VIEIRA FERNANDEZ LOPEZ - SP325491-A
APELADO: LISA A LASER GONZAGA SERVICOS ESTETICOS LTDA
SUCESSOR: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELADO: DENISE MARTINS VIEIRA FERNANDEZ LOPEZ - SP325491-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

O cerne da presente controvérsia gravita em torno do pleito da autora acerca do reconhecimento judicial que declare seu direito à exclusão do Imposto sobre Serviços de qualquer natureza (ISSQN) da base de cálculo das contribuições devidas a título de PIS e COFINS, bem como à declaração do direito de efetuar a compensação tributária dos valores recolhidos indevidamente nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação.

Pois bem.

Inicialmente, rejeito o pedido de suspensão do feito, uma vez que a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia **evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito** das demais demandas em que se discute o tema.

Ademais, uma vez que não há determinação expressa pelo STF, a suspensão da demanda é mera faculdade, a qual afasta, em nome da duração razoável do processo.

Quanto ao mérito, em que pese a hipótese verse, exclusivamente, sobre a inclusão do ISSQN na base de cálculo do PIS/COFINS, é pertinente, na solução do caso concreto, destacar a jurisprudência firmada na questão do ICMS, considerando a identidade de fundamentação e tratamento da controvérsia. Veja-se:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Apesar da inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

Em suma, a novel jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, assim como a do Superior Tribunal de Justiça, reconheceu a exclusão da parcela relativa ao ICMS da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, confira-se:

"TRIBUTO - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da Cofins, porque estranho ao conceito de faturamento." (RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituindo receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido."

(AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 07/04/2015)

Cumpra-se a asseveração de que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

Na verdade, o ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.

Resta evidente, portanto, que o ICMS não tem a natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, veja-se:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ICMS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Encontra-se, atualmente, consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme constou do Boletim de Notícias do Supremo Tribunal Federal nº 762 de 06 a 11 de Outubro de 2014 (RE 240.785-2/MG).

2. Embargos infringentes desprovidos."

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI 0000266-78.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 04/11/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/11/2014)

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS e DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/04/2014)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB A SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. ICMS RECOLHIDO PELO SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO - ICMS-ST. EXCLUSÃO NO CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS PELO CONTRIBUINTE SUBSTITUÍDO. POSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO - PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS.

1. Apelação da União não conhecida no que tange à necessidade de ser observado o disposto no artigo 170-A, do CTN, uma vez que a sentença não destoou desse entendimento.

2. O STF pacificou a controvérsia objeto de discussão nestes autos, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).

3. A pacificação do tema, por meio de julgado proferido sob o regime da repercussão geral (e/ou na sistemática dos recursos repetitivos), impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.

4. A jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

5. Embora o Supremo Tribunal Federal não tenha enfrentado a controvérsia atinente ao regime tributário adotado para a arrecadação do ICMS, tal questão não pode servir de óbice à aplicação do referido precedente quanto à exclusão do ICMS recolhido antecipadamente pelo substituto tributário em nome do contribuinte substituído, notadamente se considerada a circunstância de que tais antecipações do ICMS serão computadas no custo dos bens adquiridos pelo substituído e, por conseguinte, integrarão a sua receita bruta na etapa subsequente.

6. A compensação (a ser realizada após o trânsito em julgado destes autos – artigo 170-A do CTN) deverá observar a prescrição quanto aos valores pagos antes do quinquênio anterior à impetração. Deverá, outrossim, ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74 da Lei nº 9.430/1996, porém à exceção das contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991 (conforme disposição do artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 11.457/2007). A atualização monetária dos valores pagos deve ser realizada mediante aplicação da taxa Selic (artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995).

7. Na presente ação apenas se declara a existência do direito do contribuinte à compensação (Súmula 213 do STJ). Reserva-se à Administração o direito a ulterior verificação de sua plena regularidade, inclusive o encontro de contas. Para fins do simples reconhecimento/declaração do direito à compensação, os documentos colacionados aos autos são suficientes. A título ilustrativo, cumpre citar os comprovantes de arrecadação de Cofins não cumulativa, código de receita 5856, bem como de PIS não cumulativo, código de receita 6912.

8. Apelação da União improvida na parte conhecida. Remessa oficial parcialmente provida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5004832-09.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 25/03/2019, Intimação via sistema DATA: 27/03/2019)

Assim, impende destacar que **o reconhecimento da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pode ser aplicado ao caso do ISS, em razão da própria inexistência de natureza de receita ou faturamento destas parcelas**, neste sentido é a jurisprudência desta Terceira Turma, veja-se:

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza - ISS, externando semelhança ao debate da inclusão do ICMS na base de cálculo da mencionadas contribuições.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinalizou no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS se inclui na base de cálculo do FINSOCIAL."

Desta forma, reconheço a plausibilidade da tese defendida nesta ação, razão pela qual não deve ser admitida a inclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Em relação ao pedido de compensação, havendo a opção pelo ingresso em juízo, o regime normativo a ser aplicado é o da data do ajuizamento da ação.

Assim, as diferenças recolhidas a maior devem ser compensadas nos termos Lei nº 10.637, de 30/12/2002 (que modificou a Lei nº 9.430/96), considerando-se prescritos os créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior há cinco anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação, conforme o disposto no artigo 168 do CTN c/c artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, tendo em vista que a presente ação foi proposta em 30/11/2011.

Quanto à comprovação do indébito, destaco que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.111.003/PR, de relatoria do Ministro Humberto Martins, sob a sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil, firmou o entendimento de que, em demanda voltada à repetição de indébito tributário, basta a comprovação da qualidade de contribuinte do autor; não sendo necessária a juntada de todos os demonstrativos de recolhimento do tributo no momento do ajuizamento da ação, por ser possível a sua postergação para a fase de liquidação, momento em que deverá ser apurado o quantum debeatur.

Os créditos da autora devem ser atualizados na forma da Resolução nº 134/2010 do Conselho da Justiça Federal, que aprovou o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, desde a época do recolhimento indevido (Súmula STJ nº 162).

Esclareço que a taxa SELIC está prevista tanto na Resolução CJF nº 134/2010, como no Código Civil, tratando-se de índice legal que engloba a correção monetária e os juros de mora. Insta salientar; que o termo inicial para incidência de juros de mora ocorrerá, necessariamente, quando já houver a incidência da taxa SELIC a título de correção monetária.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC 0022119-80.2011.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 09/04/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/04/2015)

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. ISS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Embora a hipótese verse, exclusivamente, sobre a inclusão do ISS na base de cálculo do PIS/COFINS, é pertinente, na solução do caso concreto, destacar a jurisprudência firmada na questão do ICMS, considerando a identidade de fundamentação e tratamento da controvérsia.

2. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

3. Recurso desprovido."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0005905-84.2012.4.03.6130, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 26/02/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/03/2015)

A exclusão do ISS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassar aqueles ao Município.

Ressalto, por oportuno, que a falta de definitividade da entrada de valores a título de ISS no caixa da pessoa jurídica caracteriza a ausência da natureza jurídica adrede mencionada, que, repita-se, tem natureza de receita para o Município.

Ademais, o termo "faturamento" deve ser conceituado no sentido técnico consagrado pela jurisprudência e pela doutrina.

Ainda, o ISS é imposto indireto no qual o ônus financeiro é transferido para o consumidor final, tornando-se este o contribuinte de fato da exação. Assim, o sujeito passivo do tributo - aquele que realiza a prestação de serviços - apenas tem o dever de recolher os valores atinentes ao ISS e repassá-las ao seu efetivo sujeito ativo, qual seja, o Município ou o Distrito Federal, mostrando-se, incontestavelmente, despedido da natureza jurídica de receita para o sujeito passivo.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, veja-se:

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS e DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/04/2014)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DUPLO AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. VALIDADE. APROVEITAMENTO DO TÍTULO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.

2. A orientação no plano constitucional, a partir do precedente citado, foi adotada, recentemente, no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94, conforme AgRg no ARES 593.627, Rel. p/ acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 07/04/2015.

3. Embora cabível excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, não se reconhece a nulidade da execução fiscal, que deve prosseguir pelo saldo efetivamente devido, não se cogitando, de extinção da execução fiscal, na conformidade da jurisprudência consolidada.

4. Agravos inominados desprovidos."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0030027-53.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/05/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/05/2015)

Mantido, portanto, o reconhecimento do direito à exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Quanto à compensação dos valores, **assiste razão à parte autora.**

Uma vez reconhecido o direito à exclusão do ISSQN da base de cálculo do PIS e da COFINS, exsurge o direito da autora à repetição dos indébitos referentes aos valores indevidamente recolhidos nos últimos cinco anos anteriores à propositura da presente demanda que ocorreu em **31/08/2017**.

Nesse passo, a compensação deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da demanda e conforme jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, confira-se:

*"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. **REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA.** LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.*

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. *Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.*
4. *A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".*
5. *Consectariamente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.*
6. *A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.*
7. *Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.*
8. *Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."*
9. *Entretentes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressaltando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).*
10. *In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.*
11. *À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.*
12. *Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.*
13. *Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."*

14. Consequentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF). (Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

Destarte, conforme a jurisprudência acima colacionada e, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

Cumprе ressaltar que a compensação requerida nos presentes autos **não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias**, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior, *in verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO INEXISTENTE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. COMPENSAÇÃO . TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA. ART. 26 DA LEI N. 11.457/07. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nos termos da jurisprudência do STJ, é impossível a compensação de créditos tributários administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal com débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (contribuições sociais previstas nas alíneas 'a', 'b' e 'c' do parágrafo único do art. 11 da Lei n. 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida pelo art. 26 da Lei n. 11.457/07. Precedentes. Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1469537/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 24/10/2014)

Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, veja-se:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4ª 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.

4. A Tabela Única aprovada pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação /repetição de indébito, quais sejam: (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDcl no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. O prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/05 (09.06.2005), nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar; sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.") (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: RESP 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009).

7. Outrossim, o artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

8. Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010)

Finalmente, o termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior, que ora colaciono:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNBEN. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL. APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.250/95. DESDE O RECOLHIMENTO INDEVIDO. SÚMULA 83/STJ

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nas ações de restituição de tributos federais, antes do advento da Lei 9.250/95, incide a correção monetária desde o pagamento indevido (no caso, no momento da indevida retenção do IR) até a restituição ou a compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros moratórios a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), na forma do art. 167, parágrafo único, do CTN.

3. Ocorre que, com o advento do referido diploma, passou-se a incidir a Taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou a partir de 1º de janeiro de 1996 (caso o recolhimento tenha ocorrido antes dessa data).

Agravo regimental improvido."

(AgRg no AgRg no AREsp 536.348/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014)

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso de apelação da União e **dou provimento** ao recurso de apelação da parte autora, para reconhecer o direito à **repetição dos indébitos referentes aos últimos cinco anos anteriores à propositura da presente demanda**, ressalvando apenas que a compensação não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. PIS. COFINS. EXCLUSÃO DO ISS NA BASE DE CÁLCULO. POSSIBILIDADE. DIREITO À COMPENSAÇÃO DOS VALORES INDEVIDAMENTE RECOLHIDOS NOS ÚLTIMOS CINCO ANOS. RECONHECIDO. RESSALVADO O DISPOSTO ART. 26-A DA LEI N. 11.457/07. RECURSO DE APELAÇÃO DA UNIÃO DESPROVIDO. RECURSO DA PARTE AUTORA PROVIDO.

1. O cerne da presente controvérsia gravita em torno do reconhecimento do direito da autora à exclusão dos valores correspondentes ao ISS da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e a COFINS, bem como a compensação dos valores tidos como indevidamente recolhidos, nos últimos 05 (cinco) anos, com os acréscimos cabíveis.
2. Em que pese a hipótese verse, exclusivamente, sobre a inclusão do ISS na base de cálculo do PIS/COFINS, é pertinente, na solução do caso concreto, destacar a jurisprudência firmada na questão do ICMS, considerando a identidade de fundamentação e tratamento da controvérsia.
3. A novel jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, assim como a do Superior Tribunal de Justiça, reconheceu a exclusão da parcela relativa ao ICMS da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS.
4. impende destacar que o reconhecimento da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pode ser aplicado ao caso do ISS, em razão da própria inexistência de natureza de receita ou faturamento destas parcelas, neste sentido é a jurisprudência desta Terceira Turma.
5. A exclusão do ISS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassar aqueles ao Município.
6. O ISS é imposto indireto no qual o ônus financeiro é transferido para o consumidor final, tornando-se este o contribuinte de fato da exação. Assim, o sujeito passivo do tributo - aquele que realiza a prestação de serviços - apenas tem o dever de recolher os valores atinentes ao ISS e repassá-las ao seu efetivo sujeito ativo, qual seja, o Município ou o Distrito Federal, mostrando-se, incontestavelmente, despedido da natureza jurídica de receita para o sujeito passivo.
7. Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, após observada a prescrição quinquenal, aquela deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da demanda, que ocorreu em **31/08/2017**.
8. Conforme a jurisprudência acima colacionada e, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.
9. Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito.
10. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior.
11. Recurso de apelação da União desprovido.
12. Recurso da parte autora provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso de apelação da União e deu provimento ao recurso de apelação da parte autora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 0020126-60.2015.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

PARTE AUTORA: PORTO SEGURO COMPANHIA DE SEGUROS GERAIS

Advogado do(a) PARTE AUTORA: LUIZ EDUARDO DE CASTILHO GIROTTO - SP124071-A

PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 0020126-60.2015.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
PARTE AUTORA: PORTO SEGURO COMPANHIA DE SEGUROS GERAIS
Advogado do(a) PARTE AUTORA: LUIZ EDUARDO DE CASTILHO GIROTTO - SP124071-A
PARTE RÉ: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial em face da sentença que concedeu a ordem no mandado de segurança para determinar o recebimento pela autoridade coatora do RQA (Requerimento de Quitação Antecipada) apresentado pela impetrante, devendo ser tomadas as demais providências administrativas no sentido do processamento desse requerimento, inclusive do Anexo III apresentado posteriormente.

A D. Procuradoria Regional da República opinou pelo provimento do reexame necessário.

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 0020126-60.2015.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
PARTE AUTORA: PORTO SEGURO COMPANHIA DE SEGUROS GERAIS
Advogado do(a) PARTE AUTORA: LUIZ EDUARDO DE CASTILHO GIROTTO - SP124071-A
PARTE RÉ: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

A impetrante **PORTO SEGURO COMPANHIA DE SEGUROS GERAIS** pretende, como presente *writ*, a concessão de ordem para que a autoridade impetrada aceite o "Anexo III" apresentado a destempo, dando-se continuidade à benesse fiscal prevista no art. 33 da Lei 13.043/2014.

Narra na inicial haver aderido ao parcelamento da Lei 13.043/2014, regulamentado pela Portaria Conjunta PGFNIRFB 15/2014. Alega que na data de 28.11.2014 apresentou RQA (Requerimento de Quitação Antecipada), efetuando o recolhimento dos valores previstos para a quitação antecipada no montante de 30% (trinta por cento) de todos os débitos parcelados.

Aduz que, por equívoco, deixou de juntar documentos exigidos, conforme o Anexo III da Portaria PGFN/RFB 15/2014, o que motivou a recusa do requerimento.

Alega ter apresentado pedido de reconsideração, anexando a documentação faltante, a qual restou recusada por intempestividade.

A apreciação do pedido de liminar foi postergada para após a vinda das informações.

Notificada, a autoridade coatora prestou informações defendendo a legalidade do ato.

O pedido de liminar foi deferido para determinar que a autoridade impetrada tomasse as providências necessárias para o recebimento do RQA (Requerimento de Quitação Antecipada) acostado aos autos, bem como para que viabilizasse as demais providências administrativas voltadas ao processamento desse requerimento, inclusive do Anexo III apresentado posteriormente.

A União requereu o seu ingresso no feito.

Sobreveio, então, sentença concedendo a segurança pleiteada e confirmando a liminar anteriormente deferida.

A sentença não merece reforma.

Não se mostra razoável o indeferimento do RQA tão somente em razão da apresentação intempestiva de documentação faltante, sobretudo quando verificada a disposição do contribuinte em complementar prontamente a documentação, a demonstrar a sua boa-fé.

Ademais, não se verifica no caso dos autos nenhum prejuízo ao Fisco.

Dessa forma, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o processamento do RQA apresentado pela impetrante é medida que se impõe, preservando-se dessa forma tanto o interesse público como o interesse privado no parcelamento de débitos fiscais.

Outrossim, trago a lume julgados proferidos em casos semelhantes:

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. REFIS DA COPA. HOMOLOGAÇÃO. INADIMPLÊNCIA DE SALDO DEVEDOR RESIDUAL ÍNFIMO. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO. PAGAMENTO DE BOA-FÉ DA CONTRIBUINTE. FALTA DE RAZOABILIDADE. 1. Não se revela razoável o indeferimento da homologação do parcelamento sem que antes fosse oportunizada à contribuinte, através de formal comunicação, a quitação do saldo devedor - mormente em se considerando que a demandante vinha recolhendo e vem depositando periodicamente valores bem superiores ao saldo residual da negociação. Tal exclusão contraria a própria finalidade do Programa. 2. O STJ reconhece a viabilidade de incidir os princípios da razoabilidade e proporcionalidade no âmbito dos parcelamentos tributários, quando tal procedência visa evitar práticas contrárias à própria teleologia da norma instituidora do benefício fiscal, mormente se verificada a boa-fé do contribuinte. 3. Recurso Provido”.

(AC - Apelação - Recursos - Processo Cível e do Trabalho 0036848-55.2016.4.02.5101, LANA REGUEIRA, TRF2 - 3ª TURMA ESPECIALIZADA, DJE 07/03/2017)

“TRIBUTÁRIO. PROGRAMA DE RECUPERAÇÃO FISCAL. LEI 12.996/14. REJEIÇÃO DA CONSOLIDAÇÃO DOS DÉBITOS PARA PARCELAMENTO. ATRASO DE QUATRO DIAS NO PAGAMENTO DE UMA PARCELA PRÉVIA À CONSOLIDAÇÃO. BOA-FÉ. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. 1. O cerne da questão posta a desate consiste no exame da recusa de consolidação de débitos da contribuição, no parcelamento previsto na Lei 12.996/14, sob a alegação de quatro dias de atraso no recolhimento de parcela do saldo residual da antecipação. 2. Verifica-se que a guia DARF emitida pelo sistema da própria Receita Federal apresentou a data de vencimento no dia 30/9/2014. Tal fato, segundo a autoridade coatora, decorreu de alteração efetuada pelo contribuinte na guia, para o mês da prestação das informações para a consolidação. 3. De toda forma, o atraso ocorrido limitou-se a quatro dias, com o recolhimento efetuado ainda no próprio mês de vencimento do débito, não se vislumbrando nesta situação a existência de prejuízos ao Erário ou de qualquer vantagem ou má-fé do contribuinte. 4. A exigência prevista em Portarias e Instruções Normativas deve ser relativizada quando se tratar de hipótese como a dos autos, em que a extemporaneidade do pagamento se restringe a poucos dias, mormente pelo fato de o requisito estar previsto apenas em ato infralegal e não na lei de instituição do benefício. 5. Foi reconhecido em Nota Técnica da própria Receita Federal, que os contribuintes em situação idêntica a da ora apelada tem direito à consolidação, de forma que a sua não permissão, no presente feito, configuraria verdadeira ofensa aos Princípios da Isonomia e da Razoabilidade. 6. A manutenção da recusa de inclusão no programa importaria não somente prejuízo ao contribuinte, como ao próprio Fisco, que abriria mão do ingresso certo das parcelas mensais, mesmo porque houve a comprovação do recolhimento integral das parcelas anteriores, demonstrada a boa-fé e a intenção e interesse na admissão no programa. Precedentes jurisprudenciais desta E. Corte. 7. Apelação e remessa necessária improvidas”.

(ApelRemNec 0005552-95.2016.4.03.6100, DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:21/12/2017.)

“PROCESSUAL CIVIL TRIBUTÁRIO. PARCELAMENTO. LEI 12.996/2014. PAGAMENTO INTEMPESTIVO. NÃO CONFIGURADA CAUSA DE EXCLUSÃO. APELAÇÃO PROVIDA. - A Portaria Conjunta PGFN/RFB n. 1064 permitiu a regularização do valor devido no período de consolidação (08 a 25 de setembro de 2015). - No caso dos autos, foi apurado saldo residual em desfavor da empresa agravante, em função de pagamento a menor, realizado em relação à antecipação e às primeiras parcelas. O pagamento de tal saldo deveria ter sido realizado até 25.09.2015, tendo em vista ser esta a data limite para a consolidação. Entretanto, nos termos do documento de fl. 58 a quitação se efetivou apenas em 09.10.2015, 15 dias após o término do aludido prazo. - Ainda, há que se considerar que o §10 do artigo 1º da Lei 11.491/2009, bem como o artigo 14º da Portaria Conjunta 13/2014 dispõe que as parcelas pagas com até 30 (trinta) dias de atraso não configurarão inadimplência para fins de exclusão do parcelamento. Por sua vez, como aduzido pela apelante, nos termos do §1º do artigo 3º da Portaria Conjunta 13/2014, a antecipação deve ser considerada como primeira prestação do parcelamento. - Na hipótese, a manutenção da situação de não consolidação do parcelamento, tendo ocorrido pagamento extemporâneo num período inferior a um mês da data limite mostra-se prejudicial tanto ao interesse público como ao privado. - Apelação provida”.

(ApCiv 0006822-57.2016.4.03.6100, DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 28/08/2019.)

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao reexame necessário.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PARCELAMENTO. REQUERIMENTO DE QUITAÇÃO ANTECIPADA. RECEBIMENTO DE DOCUMENTAÇÃO APRESENTADA INTEMPESTIVAMENTE. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO PARA A UNIÃO. REMESSA OFICIAL DESPROVIDA.

1. Trata-se de remessa oficial em face da sentença que concedeu a ordem no mandado de segurança para determinar o recebimento pela autoridade coatora do RQA (Requerimento de Quitação Antecipada) apresentado pela impetrante, devendo ser tomadas as demais providências administrativas no sentido do processamento desse requerimento, inclusive do Anexo III apresentado posteriormente.
2. Não se mostra razoável o indeferimento do RQA tão somente em razão da apresentação intempestiva de documentação faltante, sobretudo quando verificada a disposição do contribuinte em complementar prontamente a documentação, a demonstrar a sua boa-fé. Ademais, não se verifica no caso dos autos nenhum prejuízo ao Fisco.
3. Em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o processamento do RQA apresentado pela impetrante é medida que se impõe, preservando-se dessa forma tanto o interesse público como o interesse privado no parcelamento de débitos fiscais.
4. Remessa oficial desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, **NEGOU PROVIMENTO** ao reexame necessário, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000484-22.2017.4.03.6140
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: MANFREDINI EXTRUSAO DE METAIS - EIRELI - EPP
Advogados do(a) APELADO: EDMARCOS RODRIGUES - SP139032-A, TAMIRES JUREMA STOPA ANGELO -
SP333554-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000484-22.2017.4.03.6140
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: MANFREDINI EXTRUSAO DE METAIS - EIRELI - EPP
Advogados do(a) APELADO: EDMARCOS RODRIGUES - SP139032-A, TAMIRES JUREMA STOPA ANGELO -
SP333554-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa necessária e recurso de apelação interposto pela União em face de sentença de procedência prolatada nos autos da ação declaratória ajuizada por **Manfredini Extrusão de Metais Eireli EPP**, objetivando a exclusão do ICMS incidente sobre a base de cálculo do PIS e da COFINS, além do direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos, corrigidos pela Selic, no período dos cinco anos que antecede a propositura da ação (Id 40917058, p. 1-4).

Apelou a União (Id 40917060, p. 1-21), requerendo, preliminarmente, a suspensão do feito até que o Supremo Tribunal Federal conclua o julgamento do RE 574.576, sustentando, no mérito, a constitucionalidade/legalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que o faturamento corresponde à soma das receitas operacionais da empresa, ou seja, sua receita bruta operacional.

Com contrarrazões da parte apelada (Id 40917064, p. 1-10), vieram os autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000484-22.2017.4.03.6140

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MANFREDINI EXTRUSAO DE METAIS - EIRELI - EPP

Advogados do(a) APELADO: EDMARCOS RODRIGUES - SP139032-A, TAMIRES JUREMA STOPA ANGELO - SP333554-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

Preliminarmente, recente jurisprudência do STF reitera o entendimento acerca da aplicação imediata do artigo 1.040 do Código de Processo Civil e julgamento do feito, independentemente do trânsito em julgado do acórdão paradigma, *verbis*:

*"RECURSO EXTRAORDINÁRIO - TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SUBSTITUTIVA - BASE DE CÁLCULO - NÃO INCLUSÃO DO VALOR RELATIVO AO ICMS - ENTENDIMENTO FIRMADO COM BASE EM ORIENTAÇÃO QUE O PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PROCLAMOU NA APRECIÇÃO DO RE 574.706-RG/PR - **POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO IMEDIATO PELO RELATOR DE IDÊNTICA CONTROVÉRSIA INDEPENDENTEMENTE DA PUBLICAÇÃO OU DO TRÂNSITO EM JULGADO DO ACÓRDÃO PROFERIDO NO "LEADING CASE"** - SUCUMBÊNCIA RECURSAL (CPC, ART. 85, § 11) - NÃO DECRETAÇÃO, NO CASO, ANTE A INADMISSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO EM VERBA HONORÁRIA, POR TRATAR-SE DE PROCESSO DE MANDADO DE SEGURANÇA (SÚMULA 512/STF E LEI Nº 12.016/2009, ART. 25) - AGRAVO INTERNO IMPROVIDO."*

(RE 1089337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 27/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-093 DIVULG 14-05-2018 PUBLIC 15-05-2018) g.n.

*"COFINS E PIS - BASE DE CÁLCULO - ICMS - EXCLUSÃO. O Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços - ICMS não compõe a base de incidência do PIS e da COFINS. Precedentes: recurso extraordinário 240.785/MG, relator ministro Marco Aurélio, Pleno, acórdão publicado no Diário da Justiça de 8 de outubro de 2014 e recurso extraordinário nº 574.706/PR, julgado sob o ângulo da repercussão geral, relatora ministra Cármen Lúcia, Pleno, acórdão veiculado no Diário da Justiça de 2 de outubro de 2017. REPERCUSSÃO GERAL - ACÓRDÃO - PUBLICAÇÃO - EFEITOS - ARTIGO 1.040 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. **A sistemática prevista no artigo 1.040 do Código de Processo Civil sinaliza, a partir da publicação do acórdão paradigma, a observância do entendimento do Plenário, formalizado sob o ângulo da repercussão geral.**"*

(AI 523706 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 10/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-109 DIVULG 01-06-2018 PUBLIC 04-06-2018) g.n.

Assim, a ausência de trânsito em julgado ou eventual possibilidade de modulação dos efeitos da decisão não impede que o entendimento seja desde logo adotado, conforme precedentes.

No mérito, a sentença deve ser mantida.

Em sessão plenária do dia 15.03.2017 foi julgado o RE nº 574.706/RG, que trata do tema atinente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a sistemática da repercussão geral (artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973), que constou com a seguinte decisão:

"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017."

(RE 574706 RG, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 15/03/2017, DJe-053 DIVULG 17-03-2017 PUBLIC 20-03-2017)

Em 29.09.2017 foi disponibilizada a ementa do referido acórdão:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta Terceira Turma.

Ademais, a questão não carece de maiores debates, visto que a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça reconheceram a exclusão da parcela relativa ao ICMS, da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, *verbis*:

"TRIBUTO - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da COFINS, porque estranho ao conceito de faturamento."

(RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituindo receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido."

(AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 07/04/2015)

Cumprasseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

A exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS e do PIS decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

Assim, a falta de definitividade da entrada de valores a título de ICMS no caixa da pessoa jurídica caracteriza a ausência da natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, que, repita-se, tem natureza de receita para o Estado-membro.

Ademais, o termo "faturamento" deve ser conceituado no sentido técnico consagrado pela jurisprudência e pela doutrina.

Ainda, o ICMS é imposto indireto no qual o ônus financeiro é transferido para o consumidor final, tornando-se este o contribuinte de fato da exação. Assim, o sujeito passivo do tributo - aquele que realiza a operação de circulação de mercadorias - apenas tem o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, qual seja, o Estado-membro ou o Distrito Federal, mostrando-se, incontestavelmente, despedido da natureza jurídica de receita para o sujeito passivo.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, *verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ICMS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Encontra-se, atualmente, consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme constou do Boletim de Notícias do Supremo Tribunal Federal nº 762 de 06 a 11 de Outubro de 2014 (RE 240.785-2/MG).

2. Embargos infringentes desprovidos."

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI 0000266-78.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 04/11/2014, e-DJF3: 13/11/2014)

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS e DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3: 11/04/2014)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DUPLO AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. VALIDADE. APROVEITAMENTO DO TÍTULO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.

2. A orientação no plano constitucional, a partir do precedente citado, foi adotada, recentemente, no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94, conforme AgrRg no ARES 593.627, Rel. p/acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 07/04/2015.

3. Embora cabível excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, não se reconhece a nulidade da execução fiscal, que deve prosseguir pelo saldo efetivamente devido, não se cogitando, de extinção da execução fiscal, na conformidade da jurisprudência consolidada.

4. Agravos inominados desprovidos."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0030027-53.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/05/2015, e-DJF3: 28/05/2015)

Considerando o julgamento do RE nº 240.785-2, que declarou inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, o advento da Lei nº 12.973/2014 emendada altera o entendimento proferido pela Suprema Corte.

Com efeito, a superveniência da Lei, modificando o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, e, respeitando-se a prescrição quinquenal, é direito da parte autora a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio da compensação, conforme os termos delineados a seguir.

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, visto a data que a presente ação foi ajuizada e, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, *verbis*:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

5. Consectariamente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.

7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.

13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor; nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."

14. Consequentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF). (Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010).

Conforme a jurisprudência acima colacionada e, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

Cumpra ressaltar que a compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior, *verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO INEXISTENTE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. COMPENSAÇÃO. TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA. ART. 26 DA LEI N. 11.457/07. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nos termos da jurisprudência do STJ, é impossível a compensação de créditos tributários administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal com débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (contribuições sociais previstas nas alíneas 'a', 'b' e 'c' do parágrafo único do art. 11 da Lei n. 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida pelo art. 26 da Lei n. 11.457/07. Precedentes. Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1469537/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 24/10/2014)

Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, *verbis*:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4º 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.

4. A Tabela Única a prova da pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação /repetição de indébito, quais sejam: (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDcl no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. O prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/05 (09.06.2005), nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.") (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: RESP 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009).

7. *Outrossim, o artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater; um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.*

8. *Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.*"

(REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010)

Finalmente, o termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior, *verbis*:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNBEN. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL. APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.250/95. DESDE O RECOLHIMENTO INDEVIDO. SÚMULA 83/STJ

1. *Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.*

2. *Nas ações de restituição de tributos federais, antes do advento da Lei 9.250/95, incide a correção monetária desde o pagamento indevido (no caso, no momento da indevida retenção do IR) até a restituição ou a compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros moratórios a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), na forma do art. 167, parágrafo único, do CTN.*

3. *Ocorre que, com o advento do referido diploma, passou-se a incidir a Taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou a partir de 1º de janeiro de 1996 (caso o recolhimento tenha ocorrido antes dessa data).*

Agravo regimental improvido."

(AgRg no AgRg no AREsp 536.348/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014)

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** à remessa necessária e à apelação da União, nos termos da fundamentação.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. MANDADO DE SEGURANÇA. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO DA UNIÃO DESPROVIDAS.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontrar inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse Tribunal Regional Federal da 3ª Região.
2. A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, uma vez que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.
3. A superveniência da Lei nº 12.973/2014, que alargou o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.
4. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e respeitando-se a prescrição quinquenal, é assegurada à parte autora a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio de compensação.
5. A compensação dos valores recolhidos indevidamente, deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, visto a data que a presente *demand*a foi ajuizada.
6. É necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.
7. A compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior.
8. É aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil.
9. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior,
10. Remessa necessária e apelação da União desprovidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO à remessa necessária e à apelação da União, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5009696-56.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: BIONEXO DO BRASIL S A

Advogado do(a) APELANTE: JOSE REINALDO NOGUEIRA DE OLIVEIRA JUNIOR - SP146428-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5009696-56.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: BIONEXO DO BRASIL S A
Advogado do(a) APELANTE: JOSE REINALDO NOGUEIRA DE OLIVEIRA JUNIOR - SP146428-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração contra acórdão assimementado:

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS E COFINS. REGIME NÃO CUMULATIVO. DESPESAS FINANCEIRAS. SUBSUNÇÃO AO CONCEITO DE INSUMO DELINEADO PELO COLENDO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INOCORRÊNCIA. CREDITAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

1. O conceito de insumo deve ser aferido à luz dos critérios da essencialidade ou relevância, vale dizer, considerando-se a imprescindibilidade ou a importância de determinado item - bem ou serviço - para o desenvolvimento da atividade econômica desempenhada pelo contribuinte, nos termos do entendimento firmado pelo colendo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp nº 1.221.170, submetido ao rito dos recursos repetitivos.

2. As despesas financeiras que não estejam diretamente vinculadas ao processo produtivo não podem ser consideradas como insumos para efeito de cálculo de créditos do PIS e da COFINS apurados pelo regime não cumulativo.

3. Apelação desprovida.

Alegou-se, inclusive para pré-questionamento, erro material, pois “se fundamentou em premissa fática equivocada, porquanto se parte do pressuposto de que a Embargante teria apontado a existência de insumos no caso em tela – o que não ocorreu”, e omissão “ao passo que não analisa este ponto, a saber: a vedação à tomada de créditos fere a Constituição Federal de 1988 à medida que torna as contribuições ao PIS e COFINS tributos incidentes de forma cumulativa”.

Houve impugnação da embargada.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5009696-56.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: BIONEXO DO BRASIL S A
Advogado do(a) APELANTE: JOSE REINALDO NOGUEIRA DE OLIVEIRA JUNIOR - SP146428-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, são manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

As alegações não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.

O ponto central da controvérsia, por certo, não é a denominação dada aos valores que podem ser deduzidos, se são insumos ou despesas, e sim a análise de essencialidade do gasto para a consecução da atividade principal desenvolvida pelo contribuinte, de modo a aferir possibilidade de dedução.

Consignou, a propósito, expressamente o acórdão embargado (ID 108309229) que:

“Cabe destacar ainda o seguinte excerto do voto proferido pela eminente Min. Regina Helena Costa por ocasião do aludido julgamento: “... tem-se que o critério da essencialidade diz com o item do qual dependa, intrínseca e fundamentalmente, o produto ou o serviço, constituindo elemento estrutural e inseparável do processo produtivo ou da execução do serviço, ou, quando menos, a sua falta lhes prive de qualidade, quantidade e/ou suficiência. Por sua vez, a relevância, considerada como critério definidor de insumo, é identificável no item cuja finalidade, embora não indispensável à elaboração do próprio produto ou à prestação do serviço, integre o processo de produção, seja pelas singularidades de cada cadeia produtiva (v.g., o papel da água na fabricação de fogos de artifício difere daquele desempenhado na agroindústria), seja por imposição legal (v.g., equipamento de proteção individual - EPI), distanciando-se, nessa medida, da aceção de pertinência, caracterizada, nos termos propostos, pelo emprego da aquisição na produção ou na execução do serviço.”

Diante dessas premissas, não há como reconhecer que as despesas financeiras incorridas pelo contribuinte sejam essenciais ou relevantes para o desenvolvimento de suas atividades, notadamente se considerada a circunstância de que tais despesas não estão diretamente vinculadas ao seu processo produtivo.

Dessarte, a vedação em comento não viola quaisquer dos princípios legais e constitucionais invocados pelo contribuinte.”

Como se observa, o acórdão embargado foi claro na abordagem do mérito suscitado, ao estabelecer que as despesas que se pretende creditar não são essenciais para o desempenho da atividade exercida pela embargante, não preenchendo, pois, os parâmetros necessários para o creditamento requerido.

Perceba-se que a legislação previa desconto de "despesas financeiras" no sentido do exposto acima, enquanto valor dedutível em função da estrita essencialidade ou relevância para a atividade produtiva, lembrando, ainda, que o acórdão direcionou-se, claramente e, portanto, sem incorrer em omissão, para o entendimento de que o regime de não cumulatividade, previsto para contribuições sociais, não é especificado nem detalhado na Constituição Federal (artigo 195, § 12), cumprindo à lei a disciplina e a definição dos contornos concreto da tributação em referência, de sorte que a inexistência de lei ou a vedação legal a que se proceda ao desconto, exclusão, abatimento, apropriação ou dedução desta ou daquela parcela - como no caso pretendido em relação à "tomada de créditos" - não torna inconstitucional a legislação, pois não derivado da norma constitucional o parâmetro ou a diretriz de que a não cumulatividade implica permitir que, indistintamente, toda e qualquer despesa ou insumo seja sempre aproveitado, na suposição da existência de "imunidade" - figura que, de resto, sequer condiz com a hipótese normativa em tratamento - à tributação fora de tal quadro preconcebido.

Se tal motivação é insuficiente, fere normas apontadas ou contraria a jurisprudência, deve o contribuinte veicular recurso próprio para impugnação do acórdão e não rediscutir a matéria em embargos de declaração.

Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PIS/COFINS. CREDITAMENTO. VÍCIOS INEXISTENTES. *ERROR IN JUDICANDO*. REJEIÇÃO.

1. São manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto como objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.
2. As alegações não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.
3. O ponto central da controvérsia, por certo, não é a denominação dada aos valores que podem ser deduzidos, se são insumos ou despesas, e sim a análise de essencialidade do gasto para a consecução da atividade principal desenvolvida pelo contribuinte, de modo a aferir possibilidade de dedução.
4. Consignou, a propósito, expressamente o acórdão embargado que: *“Cabe destacar ainda o seguinte excerto do voto proferido pela eminente Min. Regina Helena Costa por ocasião do aludido julgamento: “... tem-se que o critério da essencialidade diz com o item do qual dependa, intrínseca e fundamentalmente, o produto ou o serviço, constituindo elemento estrutural e inseparável do processo produtivo ou da execução do serviço, ou, quando menos, a sua falta lhes prive de qualidade, quantidade e/ou suficiência. Por sua vez, a relevância, considerada como critério definidor de insumo, é identificável no item cuja finalidade, embora não indispensável à elaboração do próprio produto ou à prestação do serviço, integre o processo de produção, seja pelas singularidades de cada cadeia produtiva (v.g., o papel da água na fabricação de fogos de artifício difere daquele desempenhado na agroindústria), seja por imposição legal (v.g., equipamento de proteção individual - EPI), distanciando-se, nessa medida, da acepção de pertinência, caracterizada, nos termos propostos, pelo emprego da aquisição na produção ou na execução do serviço.” Diante dessas premissas, não há como reconhecer que as despesas financeiras incorridas pelo contribuinte sejam essenciais ou relevantes para o desenvolvimento de suas atividades, notadamente se considerada a circunstância de que tais despesas não estão diretamente vinculadas ao seu processo produtivo. Dessarte, a vedação em comento não viola quaisquer dos princípios legais e constitucionais invocados pelo contribuinte”*.
5. Como se observa, o acórdão embargado foi claro na abordagem do mérito suscitado, ao estabelecer que as despesas que se pretende creditar não são essenciais para o desempenho da atividade exercida pela embargante, não preenchendo, pois, os parâmetros necessários para o creditamento requerido.
6. Perceba-se que a legislação previa desconto de "despesas financeiras" no sentido do exposto acima, enquanto valor dedutível em função da estrita essencialidade ou relevância para a atividade produtiva, lembrando, ainda, que o acórdão direcionou-se, claramente e, portanto, sem incorrer em omissão, para o entendimento de que o regime de não cumulatividade, previsto para contribuições sociais, não é especificado nem detalhado na Constituição Federal (artigo 195, § 12), cumprindo à lei a disciplina e a definição dos contornos concreto da tributação em referência, de sorte que a inexistência de lei ou a vedação legal a que se proceda ao desconto, exclusão, abatimento, apropriação ou dedução desta ou daquela parcela - como no caso pretendido em relação à "tomada de créditos" - não torna inconstitucional a legislação, pois não derivado da norma constitucional o parâmetro ou a diretriz de que a não cumulatividade implica permitir que, indistintamente, toda e qualquer despesa ou insumo seja sempre aproveitado, na suposição da existência de "imunidade"- figura que, de resto, sequer condiz com a hipótese normativa em tratamento - à tributação fora de tal esquadro preconcebido.
7. Se tal motivação é insuficiente, fere normas apontadas ou contraria a jurisprudência, deve o contribuinte veicular recurso próprio para impugnação do acórdão e não rediscutir a matéria em embargos de declaração.

8. Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideraram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

9. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5014856-96.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: FUNNY KIDS RECREACOES E LAZER LTDA - ME

Advogado do(a) APELADO: MARCOS AUGUSTO PRADO - SP211366-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5014856-96.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: FUNNY KIDS RECREACOES E LAZER LTDA - ME

Advogado do(a) APELADO: MARCOS AUGUSTO PRADO - SP211366-A

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração contra acórdão assimmentado:

"ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. RESTITUIÇÃO/RESSARCIMENTO/REEMBOLSO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DEMORA INJUSTIFICADA. ART. 24 DA LEI Nº 11.457/07. PRAZO. INOBSERVÂNCIA.

1. A extrapolação injustificada do prazo previsto na Lei nº 11.457/07 pela Administração vulnera o direito líquido e certo do contribuinte de ter os seus pedidos apreciados. Precedentes.

2. O processo administrativo deve guardar um lapso razoável para sua conclusão, em atenção aos princípios do devido processo legal e da eficiência, sendo cabível a ingerência do Poder Judiciário para fixação de determinado prazo na hipótese de demora injustificada oposta pela Administração. Precedentes.

3. No caso dos autos, depreende-se que os Pedidos Eletrônicos de Restituição, Ressarcimento ou Reembolso e Declaração de Compensação em comento foram deflagrados em 31.01.2013 e 21.03.2013, sem que, até 13.09.2017, tivesse sido proferida a respectiva decisão administrativa, portanto, sem qualquer provimento dentro do prazo estipulado no art. 24 da Lei nº 11.457/07.

4. Apelação da União e Remessa oficial não providas."

Alegou-se omissão, pois, não obstante tratar-se de mandado de segurança, não teriam sido arbitrados os honorários advocatícios em sede de apelação.

Houve impugnação da embargada.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5014856-96.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: FUNNY KIDS RECREACOES E LAZER LTDA - ME
Advogado do(a) APELADO: MARCOS AUGUSTO PRADO - SP211366-A

VOTO

Senhores Desembargadores, são manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo o vício apontado restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

Alegou-se omissão no acórdão, que deveria ter fixado honorários advocatícios na apelação em mandado de segurança, ao argumento de que:

"Não obstante tratar-se de Recurso de Apelação oriundo de Mandado de Segurança, requer a condenação da Embargada à sucumbência nos termos do Art. 85, § 1º e § 11, do NCPC, aplicado subsidiariamente à Lei Federal nº 12.016/2009, que dispõe:

Art. 85. *A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.*

§ 1º. *São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente.*

(...)

§ 11. *O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º e 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.*

Desta forma, encerrada na sentença o rito especial regido pela Lei do Mandado de Segurança, tem-se, na instituição de um novo procedimento (Recurso de Apelação – regido pelo NCPC), serem cabíveis os honorários de sucumbência."

Evidencia-se manifesta a inexistência de omissão, pois o acórdão decidiu na forma expressa, considerando que o requisito para imposição de verba honorária, nos termos do § 11 do artigo 85, CPC, é o trabalho do patrono da causa na instância recursal, que possa ser avaliado para acréscimo à sucumbência originária. O pressuposto é que, existindo verba honorária arbitrada na instância *a quo*, possa ser adicionada a parcela correspondente à avaliação do trabalho acrescido pela interposição de apelação. Se na origem tramitou mandado de segurança, sem possibilidade de condenação em verba honorária, não existe acréscimo a ser promovido com base no § 11 do artigo 85, CPC.

Não houve, pois, omissão, mas mera irrisignação ou inconformismo da embargante com a solução aplicada, o que não enseja embargos de declaração, pois eventual *error in iudicando*, sob tais fundamentos, deve ser objetado com a interposição de recurso próprio dirigido à instância superior competente.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DEMORA NA APRECIÇÃO DE PEDIDOS DE RESTITUIÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM MANDADO DE SEGURANÇA. VÍCIOS INEXISTENTES. *ERROR IN IUDICANDO*. REJEIÇÃO.

1. São manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo o vício apontado, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

2. Evidencia-se que, de fato, o acórdão decidiu na forma expressa, considerando que o requisito para imposição de verba honorária, nos termos do § 11 do artigo 85, CPC, é o trabalho do patrono da causa na instância recursal, que possa ser avaliado para acréscimo à sucumbência originária. O pressuposto é que, existindo verba honorária arbitrada na instância *a quo*, possa ser adicionada a parcela correspondente à avaliação do trabalho acrescido pela interposição de apelação. Se na origem tramitou mandado de segurança, sem possibilidade de condenação em verba honorária, não existe acréscimo a ser promovido com base no § 11 do artigo 85, CPC.

3. Não houve, pois, omissão, mas mera irrisignação ou inconformismo da embargante com a solução aplicada, o que não enseja embargos de declaração, pois eventual *error in iudicando*, sob tais fundamentos, deve ser objetado com a interposição de recurso próprio dirigido à instância superior competente.

4. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5003796-86.2018.4.03.6102

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: ASSOCIACAO POLICIAL DE ASSIST. A SAUDE DE RIB. PRETO APAS

Advogados do(a) APELANTE: JOSE LUIZ MATTHES - SP76544-A, RODRIGO FORCENETTE - SP175076-A

APELADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003796-86.2018.4.03.6102
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: ASSOCIACAO POLICIAL DE ASSIST.A SAUDE DE RIB.PRETO APAS
Advogados do(a) APELANTE: JOSE LUIZ MATTHES - SP76544-A, RODRIGO FORCENETTE - SP175076-A
APELADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto pela **Associação Policial de Assistência à Saúde de Ribeirão Preto (SP)**, em face da sentença que julgou improcedentes os embargos à execução, ajuizados em face da **Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS**.

Irresignada, a apelante sustenta, em síntese, que:

- a) o ressarcimento ao SUS, instituído pelo artigo 32 da Lei 9.656/98 é manifestamente inconstitucional;
- b) há nulidade no processo administrativo, pois a decisão ocorreu num prazo superior a 30 (trinta) dias, violando o art. 49, da Lei n.º 9.784/99;
- c) somente persiste a obrigação em ressarcir ao SUS quando houver o dever da parte Operadora em marcar como procedimento.

Sem contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003796-86.2018.4.03.6102
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: ASSOCIACAO POLICIAL DE ASSIST.A SAUDE DE RIB.PRETO APAS
Advogados do(a) APELANTE: JOSE LUIZ MATTHES - SP76544-A, RODRIGO FORCENETTE - SP175076-A
APELADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): De início, afasto a alegação e que houve nulidade no processo administrativo, pois a decisão teria violado o prazo de 30 (trinta) dias, estabelecido no art. 49, da Lei n.º 9.784/99.

No caso dos autos, conquanto não tenha sido juntado aos autos o processo administrativo, verifica-se pela documento de ID n.º 4321272, páginas 60 e seguintes que a embargante apresentou defesa em todas as instâncias administrativas, restando cumpridos o contraditório e a ampla defesa, não havendo qualquer prejuízo pelo fato das decisões não terem sido proferidas dentro do prazo de trinta dias.

Com relação à alegação da inconstitucionalidade do artigo 32 da Lei 9.656/1998, o C. Supremo Tribunal Federal - STF já analisou a questão, conforme os julgados abaixo. Vejam-se:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ORDINÁRIA 9656/98. PLANOS DE SEGUROS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. MEDIDA PROVISÓRIA 1730/98. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE ATIVA. INEXISTÊNCIA. AÇÃO CONHECIDA. INCONSTITUCIONALIDADES FORMAIS E OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. OFENSA AO DIREITO ADQUIRIDO E AO ATO JURÍDICO PERFEITO. 1. Propositura da ação. Legitimidade. Não depende de autorização específica dos filiados a propositura de ação direta de inconstitucionalidade. Preenchimento dos requisitos necessários. 2. Alegação genérica de existência de vício formal das normas impugnadas. Conhecimento. Impossibilidade. 3. Inconstitucionalidade formal quanto à autorização, ao funcionamento e ao órgão fiscalizador das empresas operadoras de planos de saúde. Alterações introduzidas pela última edição da Medida Provisória 1908-18/99. Modificação da natureza jurídica das empresas. Lei regulamentadora. Possibilidade. Observância do disposto no artigo 197 da Constituição Federal. 4. Prestação de serviço médico pela rede do SUS e instituições conveniadas, em virtude da impossibilidade de atendimento pela operadora de Plano de Saúde. Ressarcimento à Administração Pública mediante condições preestabelecidas em resoluções internas da Câmara de Saúde Complementar. Ofensa ao devido processo legal. Alegação improcedente. Norma programática pertinente à realização de políticas públicas. Conveniência da manutenção da vigência da norma impugnada. 5. Violação ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito. Pedido de inconstitucionalidade do artigo 35, caput e parágrafos 1º e 2º, da Medida Provisória 1730-7/98. Ação não conhecida tendo em vista as substanciais alterações neles promovida pela medida provisória superveniente. 6. Artigo 35-G, caput, incisos I a IV, parágrafos 1º, incisos I a V, e 2º, com a nova versão dada pela Medida Provisória 1908-18/99. Incidência da norma sobre cláusulas contratuais preexistentes, firmadas sob a égide do regime legal anterior. Ofensa aos princípios do direito adquirido e do ato jurídico perfeito. Ação conhecida, para suspender-lhes a eficácia até decisão final da ação. 7. Medida cautelar deferida, em parte, no que tange à suscitada violação ao artigo 5º, XXXVI, da Constituição, quanto ao artigo 35-G, hoje, renumerado como artigo 35-E pela Medida Provisória 1908-18, de 24 de setembro de 1999; ação conhecida, em parte, quanto ao pedido de inconstitucionalidade do § 2º do artigo 10 da Lei 9656/1998, com a redação dada pela Medida Provisória 1908-18/1999, para suspender a eficácia apenas da expressão "atuais e". Suspensão da eficácia do artigo 35-E (redação dada pela MP 2177-44/2001) e da expressão "artigo 35-E", contida no artigo 3º da Medida Provisória 1908-18/99." (STF. ADI nº 1.931-MC, Rel. p/ acórdão Min. MAURÍCIO CORRÊA).

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESSARCIMENTO AO SUS. ARTIGO 32 DA LEI N. 9.656/98. CONSTITUCIONALIDADE. 1. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADI n. 1.931-MC, Relator o Ministro Maurício Corrêa, DJ de 28.5.04, decidiu pela constitucionalidade do ressarcimento ao SUS instituído pela Lei n. 9.656/98. Agravo regimental a que se nega provimento." (STF. REAgR nº 488.026, Rel. Min. EROS GRAU, DJE 06.06.2008).

Assim, resta claro que o objetivo da norma prevista no artigo 32, da Lei 9.656/98 é coibir o enriquecimento sem causa da operadora de plano de saúde, que deixou de prestar o serviço a que estava contratualmente obrigada, em razão do atendimento de pessoas conveniadas por meio da rede pública de atendimento.

Não se trata de responsabilidade civil derivada de ato ilícito, razão pela qual não há que se cogitar se houve ou não iniciativa ou orientação da Unimed para que os usuários procurassem os serviços da SUS.

Tampouco se verifica qualquer violação aos princípios constitucionais que garantem a gratuidade do atendimento do Sistema Único de Saúde, já que o ressarcimento ao SUS é mera forma de manutenção do equilíbrio financeiro entre os sistemas público e privado de saúde.

Por outro lado, não houve violação ao princípio da legalidade, pois a ANS não extrapolou os parâmetros estabelecidos pela Lei 9.656/98 ao baixar resoluções disciplinando o procedimento a ser observado a fim de viabilizar o ressarcimento ao SUS.

O artigo 32, caput, e §§ 3º e 5º, da Lei 9.656/1998 outorga à ANS o poder de definir normas, efetuar a cobrança e inscrever em dívida ativa as importâncias a título de ressarcimento ao SUS.

Assim, desde a edição da Lei nº 9.656/98, é possível a exigência de reembolso, em favor das instituições integrantes do SUS, dos valores gastos com atendimento médico prestado para beneficiários de serviços contratados com operadoras de planos de assistência médica, sendo totalmente improcedentes as alegações formuladas pela embargante, ora apelante.

Por fim, acerca do ressarcimento ao SUS, o C. Supremo Tribunal Federal - STF ratificou o seu entendimento ao apreciar o RE nº 597.064/RJ, submetido à sistemática da repercussão geral. Veja-se:

"É constitucional o ressarcimento previsto no art. 32 da Lei nº 9.656/98, o qual é aplicável aos procedimentos médicos, hospitalares ou ambulatoriais custeados pelo SUS e posteriores a 4.6.1998, assegurados o contraditório e a ampla defesa, no âmbito administrativo, em todos os marcos jurídicos." (STF, Plenário, RE 597.064/RJ, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 07.02.2018, DJe 16.05.2018)

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PLANO DE SAÚDE. NULIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. AFASTADA. RESSARCIMENTO AO SUS. ART. 32, LEI FEDERAL Nº 9.656/98. CONSTITUCIONALIDADE. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. No caso dos autos, conquanto não tenha sido juntado aos autos o processo administrativo, verifica-se pela documento de ID n.º 4321272, páginas 60 e seguintes que a embargante apresentou defesa em todas as instâncias administrativas, restando cumpridos o contraditório e a ampla defesa, não havendo qualquer prejuízo pelo fato das decisões não terem sido proferidas dentro do prazo de trinta dias. Assim, deve ser afastada a alegação de que houve nulidade no processo administrativo, pelo descumprimento do prazo de 30 (trinta) dias, estabelecido no art. 49, da Lei n.º 9.784/99.

2. A questão referente à constitucionalidade do art. 32, da Lei Federal nº 9.656/98 já foi decidida pelo Supremo Tribunal Federal - STF ao apreciar o RE nº 597.064/RJ, submetido à sistemática da repercussão geral, onde ficou decidido que: "*É constitucional o ressarcimento previsto no art. 32 da Lei nº 9.656/98, o qual é aplicável aos procedimentos médicos, hospitalares ou ambulatoriais custeados pelo SUS e posteriores a 4.6.1998, assegurados o contraditório e a ampla defesa, no âmbito administrativo, em todos os marcos jurídicos.*" (STF, Plenário, RE 597.064/RJ, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 07.02.2018, DJe 16.05.2018)

3. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO ao recurso de apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5026274-27.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: IMPORT FILMS EIRELI - ME

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5026274-27.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: IMPORT FILMS EIRELI - ME
Advogado do(a) AGRAVANTE: DANIEL BETTAMIO TESSER - SP208351-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração contra acórdão assim ementado:

"DIREITO ADUANEIRO. MERCADORIA RETIDA POR DIVERGÊNCIA DA CLASSIFICAÇÃO FISCAL. SUSPEITA DE SUBFATURAMENTO. LIBERAÇÃO MEDIANTE PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO. POSSIBILIDADE.

- 1. Caso concreto em que a retenção da carga importada não decorreu unicamente da divergência na classificação fiscal da mercadoria, mas também de suspeita de subfaturamento ou subvaloração.*
- 2. Somente após a conclusão do procedimento será possível constatar a ocorrência de eventual falsidade na documentação apresentada para viabilizar o desembaraço aduaneiro e, por conseguinte, a existência de prejuízo ao erário, passível de punição com a perda da mercadoria, como disposto no artigo 689, inciso VI e § 3º-A, do Decreto 6.759/2009.*
- 3. Prematura a liberação imediata da mercadoria importada, ainda que condicionada à prestação de caução e, nessa linha de intelecção, entendo que inexistente a probabilidade do direito invocado pela parte agravante, razão pela qual deve ser mantida a decisão do Juízo a quo que indeferiu a concessão da tutela de urgência pleiteada.*
- 4. Agravo não provido."*

Alegou-se omissão quanto à inexistência de subfaturamento e sobre o fato de que tal infração não é apenada com perdimento de bens.

Houve impugnação da embargada.

É o relatório.

VOTO

Senhores Desembargadores, são manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

Comefeito, ressaltou o aresto que, descrita a prática de subfaturamento, somente após conclusão do procedimento pode ser eventualmente constatada efetiva falsidade na documentação apresentada para viabilizar o desembaraço aduaneiro e, por conseguinte, a existência de prejuízo ao erário, passível de punição com a perda da mercadoria, como disposto no artigo 689, inciso VI e § 3º-A, do Decreto 6.759/2009. Por este motivo, julgou prematura, diante do quanto coligido, a liberação imediata da mercadoria importada, ainda que condicionada à prestação de caução, entendendo inexistente probabilidade do direito invocado pela agravante.

Evidencia-se que restou fundamentado o desprovemento do agravo de instrumento e que as alegações de omissão revelam, na verdade, não vícios lógicos-formais do julgamento ou silêncio quanto a pontos essenciais da controvérsia, mas, ao contrário, mera irresignação ou inconformismo da embargante, por ter sido mantida a decisão que indeferiu o pedido de tutela de urgência.

Sucedem, porém, que se o acórdão embargado incorreu em *error in iudicando*, sob tais fundamentos, o caso não é de embargos de declaração, mas de interposição de recurso próprio dirigido à instância superior competente.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É o voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADUANEIRO. MERCADORIA RETIDA POR DIVERGÊNCIA DA CLASSIFICAÇÃO FISCAL. SUSPEITA DE SUBFATURAMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VÍCIOS INEXISTENTES. *ERROR IN IUDICANDO*. REJEIÇÃO.

1. São manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

2. Ressaltou o aresto recorrido que, descrita a prática de subfaturamento, somente após conclusão do procedimento pode ser eventualmente constatada efetiva falsidade na documentação ofertada para viabilizar o desembaraço aduaneiro e, por conseguinte, a existência de prejuízo ao erário, passível de punição com a perda da mercadoria, como disposto no artigo 689, inciso VI e § 3º-A, do Decreto 6.759/2009. Por este motivo, julgou prematura, diante do quanto coligido, a liberação imediata da mercadoria importada, ainda que condicionada à prestação de caução, entendendo inexistente probabilidade do direito invocado pela agravante.

3. Evidencia-se que restou fundamentado o desprovemento do agravo de instrumento e que as alegações de omissão revelam, na verdade, não vícios lógicos-formais do julgamento ou silêncio quanto a pontos essenciais da controvérsia, mas, ao contrário, irresignação ou inconformismo da embargante, por ter sido mantida a decisão que indeferiu o pedido de tutela de urgência.

4. Sucedem, porém, que se o acórdão embargado incorreu em *error in iudicando*, sob tais fundamentos, o caso não é de embargos de declaração, mas de interposição de recurso próprio dirigido à instância superior competente.

5. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000611-42.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: CONDE NETO & CIA LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: ADOLPHO BERGAMINI - SP239953-A, DANIEL BIAGINI BRAZAO BARTKEVICIUS - SP346152-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela CONDE NETO & CIA LTDA em face da decisão proferida pelo Juízo Federal da 1ª Vara de Osasco/SP.

Em consulta ao andamento processual no sítio eletrônico da Justiça Federal de 1ª Instância verifica-se que já foi proferida sentença pelo MM. Juiz *a quo*.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a superveniente prolação de sentença implica a perda de objeto do Agravo de Instrumento interposto contra decisão concessiva ou denegatória de decisão interlocutória sobre antecipação dos efeitos de tutela. (REsp 1.332.553/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 4/9/2012, DJe de 11/9/2012) (AGRESP 201001499976, RAULARAÚJO, STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA:15/08/2013)

Assim havendo decisão definitiva no processo principal, o presente recurso resta prejudicado, devido ao caráter exauriente da sentença no processo principal.

Neste sentido, a melhor jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SENTENÇA PROFERIDA NOS AUTOS DA AÇÃO ORIGINÁRIA. PERDA DE OBJETO. AGRAVO PREJUDICADO.

I - A prolação de sentença nos autos da ação de onde se originou o agravo de instrumento acarreta a perda de objeto deste recurso.

II - Agravo de instrumento prejudicado.

(TRF - 3ª Região, 2ª Turma, AG 2000.03.00.049815-2, Rel. Juíza Fed. Conv. Raquel Perrini, j. 16/09/2002, DJU 06/12/2002, p. 511)

AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AFRONTA AO ART. 535 DO DIPLOMA PROCESSUAL. INOCORRÊNCIA. AÇÃO ORDINÁRIA RELATIVA À GREVE DE SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS. EXAME PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. VIA PROCESSUAL INADEQUADA. AUSÊNCIA PREVISÃO NO ART. 105 DA CF/88. 1. O art. 105 da Constituição Federal não autoriza este Superior Tribunal a analisar ação ordinária relativa à greve dos servidores públicos federais, mas apenas e tão somente as relativas a dissídio coletivo, conforme restou decidido pela Suprema Corte nos autos do STA 207/RS. Precedente. 2. Resta prejudicado o recurso especial interposto contra acórdão que examinou agravo de instrumento de decisão que defere ou indefere liminar ou antecipação de tutela, quando se verifica a prolação de sentença de mérito, tanto de procedência, porquanto absorve os efeitos da medida antecipatória, por se tratar de decisão proferida em cognição exauriente; como de improcedência, pois há a revogação, expressa ou implícita, da decisão antecipatória. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ, AGRESP 200901403810, QUINTA TURMA, Relator(a) LAURITA VAZ, Decisão: 02/02/2012, Publicação: 13/02/2012)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA DE MÉRITO. EXTINÇÃO DA AÇÃO PRINCIPAL. PERDA DO OBJETO DO RECURSO ESPECIAL. 1. Conforme consignado na decisão agravada, a prolação de sentença de mérito, mediante cognição exauriente, enseja a superveniente perda de objeto do recurso interposto contra o acórdão que negou provimento ao agravo de instrumento. 2. Eventual provimento do recurso especial, referente à decisão interlocutória, não poderia infirmar o julgamento superveniente e definitivo que reapreciou a questão. 3. A decisão agravada não está em confronto com o julgado da Corte Especial (EREsp 765.105/TO (Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe 25.8.2010), uma vez que este não se amolda ao presente caso, em que, conforme se observa nos autos, houve decisão denegatória de antecipação de tutela. Agravo regimental improvido. (STJ, AGRESP 201100699334, SEGUNDA TURMA, Relator(a) HUMBERTO MARTINS, Decisão: 13/12/2011, Publicação: 19/12/2011)

Diante do exposto nego seguimento ao agravo de instrumento, eis que prejudicado, nos termos do artigo 932, inciso III, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intime-se.

Após as formalidades legais, certifique-se o trânsito em julgado, dando-se baixa na distribuição.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5018342-85.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: ROBERTO DO COUTTO
Advogado do(a) AGRAVANTE: WILMA LEITE MACHADO CECATO - SP279440-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5018342-85.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: ROBERTO DO COUTTO
Advogado do(a) AGRAVANTE: WILMA LEITE MACHADO CECATO - SP279440-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos por Roberto do Couto contra decisão da Terceira Turma deste Tribunal que, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, nos seguintes termos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE MANEJADA POR TERCEIRO QUE NÃO FIGURA COMO EXECUTADO. RESTRIÇÃO CONSTANTE TÃO SOMENTE NO RELATÓRIO DE SITUAÇÃO FISCAL. ILEGITIMIDADE PARA POSTULAR NA EXECUÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.

- 1. Conforme pondera o Magistrado monocrático, o agravante é parte ilegítima para postular no bojo da execução tendo em vista não figurar no polo passivo da ação.*
- 2. Após judicializada a questão, apenas o Magistrado poderia determinar a inclusão do agravante no polo passivo da execução. Na CDA originária não consta o agravante como responsável pela dívida, tanto que, em decorrência, a ação foi aforada tão somente em desfavor da pessoa jurídica.*
- 3. Posteriormente ao ajuizamento, ao que se depreende das cópias colacionadas, não houve inclusão do agravante no polo passivo por redirecionamento judicial da execução.*
- 4. Considerando-se que o agravante tão somente consta como responsável pela CDA no relatório administrativo de situação fiscal emitido pela Receita Federal/Procuradoria da Fazenda Nacional, não havendo cobrança contra si judicializada, não há que se falar em legitimidade para postular na execução originária.*
- 5. Nada impede, contudo, que o agravante lance mão dos meios administrativos e judiciais adequados para tutela dos seus eventuais direitos.*
- 6. Agravo de instrumento desprovido.*

Narra o embargante vícios no julgado, notadamente pelo fato de que, contrariamente ao afirmado na decisão, seu nome consta como co-responsável na CDA. Afirma manifesta nulidade da CDA no tocante à responsabilidade solidária dos sócios, bem como a possibilidade de postular pelo reconhecimento da prescrição. Requer seja conferido efeito modificativo ao julgado.

É o relato do essencial. Cumpre decidir.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5018342-85.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: ROBERTO DO COUTTO
Advogado do(a) AGRAVANTE: WILMA LEITE MACHADO CECATO - SP279440-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O embargante busca, nitidamente, com a oposição dos embargos de declaração, a alteração do mérito da decisão.

Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1.022 do Código de Processo Civil vigente, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado.

O caráter infringente dos embargos somente é admitido a título excepcional, quando da eliminação da contradição ou da omissão decorrer, logicamente, a modificação do julgamento embargado.

Nesse sentido, colaciono abaixo precedentes desta E. Corte:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIO. INCONFORMISMO. PREQUESTIONAMENTO. VIA INADEQUADA. EMBARGOS REJEITADOS.

- 1. O cabimento dos embargos de declaração restringe-se às hipóteses em que o acórdão apresente obscuridade, contradição ou omissão.*
- 2. Imprópria a via dos embargos declaratórios para o fim de rediscutir o mérito.*
- 3. Ausentes os vícios do art. 535 do CPC a justificar o prequestionamento.*
- 4. Embargos rejeitados.*

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC 0054223-83.2005.4.03.6182, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/03/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/03/2016)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIO NO JULGADO. PREQUESTIONAMENTO. EMBARGOS REJEITADOS.

- 1. Devem ser rejeitados os embargos de declaração opostos contra acórdão proferido a salvo de omissão, contradição ou obscuridade.*
- 2. É desnecessária a manifestação expressa do julgador acerca dos dispositivos legais e constitucionais tidos por violados, para fins de prequestionamento da matéria.*

3. Ainda que os embargos tenham como propósito o prequestionamento da matéria, faz-se imprescindível, para o conhecimento do recurso, que se verifique a existência de quaisquer dos vícios descritos no art. 535 do Código de Processo Civil.

4. Embargos rejeitados.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0017356-61.2015.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, julgado em 03/03/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/03/2016)

DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. IMUNIDADE DE TAXAS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS DO ARTIGO 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PREQUESTIONAMENTO.

1. Caso em que o v. acórdão, apreciou, de forma coerente, sem qualquer omissão, contradição ou obscuridade, todas as questões jurídicas invocadas e essenciais à resolução da causa, o que demonstra a im procedência dos embargos de declaração.

2. Não se justificam os embargos de declaração para efeito de prequestionamento, vez que o v. acórdão enfrentou as questões jurídicas definidoras da lide, não sendo necessária sequer a referência literal às normas respectivas para que seja situada a controvérsia no plano legal ou constitucional.

3. Rejeitar os embargos declaratórios.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, APELREEX 0035858-68.2011.4.03.6182, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 16/10/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:21/10/2014)

No caso concreto, embora o nome do embargante figure como co-responsável na CDA, constam no acórdão embargado, explicitamente, as razões que conduzem o Julgador a reconhecer a sua ilegitimidade para manejo da exceção de pré-executividade, conforme abaixo:

“Posteriormente ao ajuizamento, ao que se depreende das cópias colacionadas, não houve inclusão do agravante no polo passivo por redirecionamento judicial da execução.

Considerando-se que o agravante tão somente consta como responsável pela CDA no relatório administrativo de situação fiscal emitido pela Receita Federal/Procuradoria da Fazenda Nacional, não havendo cobrança contra si judicializada, não há que se falar em legitimidade para postular na execução originária.

Nada impede, contudo, que o agravante lance mão dos meios administrativos e judiciais adequados para tutela dos seus eventuais direitos”.

Destacou-se

Assim, é de se salientar que em relação à respectiva decisão não há vício a ser reconhecido.

Tenha-se em vista que o juiz não está adstrito a examinar todas as normas legais trazidas pelas partes, bastando que, *in casu*, decline os fundamentos suficientes para lastrear sua decisão.

Das alegações trazidas nos embargos, salta evidente que não almeja a parte suprir vícios no julgado, buscando, em verdade, externar seu inconformismo com a solução adotada, que lhe foi desfavorável, pretendendo vê-la alterada. Não é esse, contudo, o escopo dos embargos declaratórios.

É a decisão, portanto, clara, tendo-se nela apreciado e decidido todas as matérias em relação às quais estava o julgador obrigado a pronunciar-se segundo seu convencimento.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É o voto.

(d)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. O embargante, busca, nitidamente, com a oposição dos embargos de declaração, a alteração do mérito da decisão.
2. No caso concreto, embora o nome do embargante figure como co-responsável na CDA, constam no acórdão embargado, explicitamente, as razões que conduzem o Julgador a reconhecer a sua ilegitimidade para manejo da exceção de pré-executividade.
3. É a decisão, portanto, clara, tendo-se nela apreciado e decidido todas as matérias em relação às quais estava o julgador obrigado a pronunciar-se segundo seu convencimento.
4. Embargos de Declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5007702-41.2019.4.03.6105
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
PARTE AUTORA: MARIA ANA DE JESUS DA SILVA
Advogado do(a) PARTE AUTORA: FABIANA FRANCISCA DOURADO - SP242920-N
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5007702-41.2019.4.03.6105
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
PARTE AUTORA: MARIA ANA DE JESUS DA SILVA
Advogado do(a) PARTE AUTORA: FABIANA FRANCISCA DOURADO - SP242920-N
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário de sentença que concedeu a segurança pleiteada para confirmar a liminar que determinou o regular processamento do processo administrativo de revisão de benefício no prazo de 15 (quinze) dias.

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL opinou pelo desprovimento da remessa oficial.

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL(199) Nº 5007702-41.2019.4.03.6105
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
PARTE AUTORA: MARIA ANA DE JESUS DA SILVA
Advogado do(a) PARTE AUTORA: FABIANA FRANCISCA DOURADO - SP242920-N
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A questão devolvida a esta E. Corte diz respeito à observância de prazo razoável para análise de pedido de benefício previdenciário pelo INSS.

A Constituição Federal determina em seu art. 5º, LXXVIII, que “a todos no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação”.

Nesse sentido, o art. 49 da Lei nº 9.784/99 estabelece que, concluída a instrução de processo administrativo, a Administração Pública tem o prazo de até 30 (trinta) dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada.

Especificamente quanto à implementação de benefício previdenciário, como é o caso dos autos, os arts. 41-A, § 5º, da Lei nº 8.213/91, e 174, do Decreto nº 3.048/1999, preveem o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias para o primeiro pagamento, contados a partir da data apresentação dos documentos necessários pelo segurado.

Confira-se:

Lei nº 8.213/1991:

“Art. 41-A: O valor dos benefícios em manutenção será reajustado, anualmente, na mesma data do reajuste do salário mínimo, pro rata, de acordo com suas respectivas datas de início ou do último reajustamento, com base no Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC, apurado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

(...)

§ 5º O primeiro pagamento do benefício será efetuado até quarenta e cinco dias após a data da apresentação, pelo segurado, da documentação necessária a sua concessão.”

Decreto nº 3.048/1999:

“Art. 174. O primeiro pagamento do benefício será efetuado até quarenta e cinco dias após a data da apresentação, pelo segurado, da documentação necessária à sua concessão. (Redação dada pelo Decreto nº 6.722, de 2008).

Parágrafo único. O prazo fixado no caput fica prejudicado nos casos de justificção administrativa ou outras providências a cargo do segurado, que demandem a sua dilatação, iniciando-se essa contagem a partir da data da conclusão das mesmas”.

Por fim, o artigo 31 da Portaria MPS nº 548/2011, que disciplina o Regimento Interno do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS, estabelece o prazo de 30 (trinta) dias para apresentação de contrarrazões pela autarquia, sob pena de se considerarem “como contrarrazões do INSS os motivos do indeferimento inicial”.

Assim, considerando que a solicitação do pedido de análise de benefício foi feito em 19/01/2019, sem qualquer notícia de andamento até o momento, tenho que deve ser mantida a sentença.

É nesse sentido a jurisprudência desta C. Turma:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO. REQUERIMENTO DE REVISÃO DE BENEFÍCIO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. DECURSO DO PRAZO LEGAL PARA ANÁLISE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. REEXAME NECESSÁRIO DESPROVIDO.

1. *Trata-se de remessa necessária em mandado de segurança, com pedido de liminar, objetivando o impetrante obter provimento jurisdicional que determine à autoridade impetrada que analise, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, o requerimento administrativo de revisão de aposentadoria protocolado em 01/09/2017.*

2. *Inicialmente, cumpre ressaltar que a duração razoável dos processos é garantia constitucionalmente assegurada aos administrados, consoante expressa disposição do art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/88, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.*

3. *Com efeito, a Administração Pública tem o dever de analisar em prazo razoável os pedidos que lhe são submetidos, sob pena de causar prejuízo ao administrado e de descumprir o princípio da celeridade processual, também assegurado constitucionalmente aos processos administrativos (art. 5º, LXXVIII, da CF/88).*

4. *Consoante preconiza o princípio constitucional da eficiência, previsto no art. 37, caput, da Constituição da República, o administrado não pode ser prejudicado pela morosidade excessiva na apreciação de requerimentos submetidos à Administração Pública. Assim, a via mandamental é adequada para a garantia do direito do administrado.*

5. *O art. 49 da Lei nº 9.784/1999 fixa o prazo de até 30 dias para que a Administração Pública decida a questão posta em processo administrativo, salvo se houver motivo que justifique de maneira expressa a prorrogação do referido lapso temporal.*

6. *Além do aludido prazo legal, o art. 41-A, § 5º, da Lei nº 8.213/1991 e o art. 174 do Decreto nº 3.048/1999, que dispõem especificamente sobre a implementação de benefícios previdenciários, preveem o prazo de 45 dias para o primeiro pagamento, contados a partir da data apresentação dos documentos necessários pelo segurado.*

7. *No caso vertente, resta evidenciado que a autoridade impetrada desrespeitou os prazos estabelecidos em legislações ordinárias, que regulam tanto o processo administrativo em geral, como os processos administrativos de requerimentos de benefícios no âmbito da Previdência Social.*

8. *Inexiste amparo legal para a omissão administrativa da autarquia previdenciária, que, pelo contrário, enseja descumprimento de normas legais e violação aos princípios da legalidade, razoável duração do processo, proporcionalidade, eficiência na prestação de serviço público, segurança jurídica e moralidade, sujeitando-se ao controle jurisdicional visando a reparar a lesão a direito líquido e certo infringido.*

9. *Não há condenação em honorários advocatícios em sede de mandado de segurança, nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009 e das Súmulas 105 do STJ e 512 do STF.*

10. *Reexame necessário não provido.*

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 5006431-46.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 05/12/2019, Intimação via sistema DATA: 06/12/2019)

ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. PRAZO. LEI Nº 9.784/99. 30 DIAS. REMESSA OFICIAL DESPROVIDA.

1. *Cabe à administração pública respeitar o princípio da razoável duração do processo, constante no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.*

2. *A Lei n. 9.784/1999 determina à Administração Pública o prazo de até 30 (trinta) dias, contados do momento em que concluída a instrução, para emitir decisão em processos administrativos de sua competência.*

3. *Remessa oficial desprovida.*

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 5018407-92.2018.4.03.6183, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 21/11/2019, Intimação via sistema DATA: 22/11/2019)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO. REQUERIMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO.

1. *Verificada a demora injustificada, correta a estipulação de prazo para que a Administração conclua procedimento administrativo.*

2. *Aplicável jurisprudência que assegura a razoável duração do processo, segundo os princípios da eficiência e da moralidade, não se podendo permitir que a Administração postergue, indefinidamente, a conclusão de procedimento administrativo.*

3. *Remessa oficial a se nega provimento.*

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 5002429-12.2019.4.03.6128, Rel. Desembargador Federal MAIRAN GONCALVES MAIA JUNIOR, julgado em 07/11/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 11/11/2019)

ADMINISTRATIVO. REEXAME NECESSÁRIO. PEDIDO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PRAZO PARA DECISÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. LEI 9.784/99. ARTIGOS 41-A, § 5º, DA LEI Nº 8.213/91, E 174, DO DECRETO Nº 3.048/1999. REMESSA DESPROVIDA.

1. A Constituição Federal assegura a todos, em seu art. 5º, LXXVIII, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação.

2. O artigo 49, da Lei nº 9.784/99, estabelece que, concluída a instrução de processo administrativo, a Administração Pública tem o prazo de até 30 (trinta) dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada.

3. Especificamente sobre a implementação de benefício previdenciário, caso dos autos, os artigos 41-A, § 5º, da Lei nº 8.213/91, e 174, do Decreto nº 3.048/1999, preveem o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias para o primeiro pagamento, contados a partir da data apresentação dos documentos necessários pelo segurado.

4. E o artigo 31, da Portaria MPS nº 548-2011 (que disciplina o Regimento Interno do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS), estabelece o prazo de 30 (trinta) dias para apresentação de contrarrazões pela autarquia, sob pena de se considerarem “como contrarrazões do INSS os motivos do indeferimento inicial”.

5. Assim, considerando que o recurso administrativo foi interposto em 24/08/2016, deve ser mantida a sentença que determinou o encaminhamento do recurso para julgamento no prazo de 15 (quinze) dias.

6. Remessa oficial a que se nega provimento.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 5001418-43.2017.4.03.6119, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 05/09/2019, Intimação via sistema DATA: 11/09/2019)

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial.

É o voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. REEXAME NECESSÁRIO. PEDIDO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PRAZO PARA DECISÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. LEI 9.784/99. ARTIGOS 41-A, § 5º, DA LEI Nº 8.213/91, E 174, DO DECRETO Nº 3.048/1999. REMESSA OFICIAL DESPROVIDA.

1. A questão devolvida a esta E. Corte diz respeito à observância de prazo razoável para análise de pedido de benefício previdenciário pelo INSS.
2. A Constituição Federal determina em seu art. 5º, LXXVIII, que “a todos no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação”.
3. Nesse sentido, o art. 49 da Lei nº 9.784/99 estabelece que, concluída a instrução de processo administrativo, a Administração Pública tem o prazo de até 30 (trinta) dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada.
4. Especificamente quanto à implementação de benefício previdenciário, caso dos autos, os arts. 41-A, § 5º, da Lei nº 8.213/91, e 174, do Decreto nº 3.048/1999, preveem o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias para o primeiro pagamento, contados a partir da data apresentação dos documentos necessários pelo segurado.
5. Por fim, o artigo 31 da Portaria MPS nº 548/2011, que disciplina o Regimento Interno do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS, estabelece o prazo de 30 (trinta) dias para apresentação de contrarrazões pela autarquia, sob pena de se considerarem “como contrarrazões do INSS os motivos do indeferimento inicial”.
6. Assim, considerando que a solicitação do pedido de análise de benefício foi feito em 19/01/2019, sem qualquer notícia de andamento até o momento, tenho que deve ser mantida a sentença. Precedentes (TRF 3ª Região, 3ª Turma, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 5006431-46.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 05/12/2019, Intimação via sistema DATA: 06/12/2019 / TRF 3ª Região, 3ª Turma, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 5018407-92.2018.4.03.6183, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 21/11/2019, Intimação via sistema DATA: 22/11/2019 / TRF 3ª Região, 3ª Turma, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 5002429-12.2019.4.03.6128, Rel. Desembargador Federal MAIRAN GONCALVES MAIA JUNIOR, julgado em 07/11/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 11/11/2019 / TRF 3ª Região, 3ª Turma, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 5001418-43.2017.4.03.6119, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 05/09/2019, Intimação via sistema DATA: 11/09/2019)
7. Remessa oficial desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007323-48.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: CONTINENTAL BRASIL INDUSTRIA AUTOMOTIVA LTDA, CONTINENTAL INDUSTRIA E COMERCIO DE PECAS DE REPOSICAO AUTOMOTIVAS LTDA.

Advogados do(a) AGRAVANTE: RICARDO CHAMON - SP333671-A, ESTER GALHA SANTANA - SP224173-A

Advogados do(a) AGRAVANTE: RICARDO CHAMON - SP333671-A, ESTER GALHA SANTANA - SP224173-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por CONTINENTAL BRASIL INDUSTRIA AUTOMOTIVA LTDA em face da decisão proferida pelo Juízo Federal da 5ª Vara de Guarulhos/SP.

Por meio de comunicação eletrônica o MM. Juiz *a quo* noticiou que proferiu sentença.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a superveniente prolação de sentença implica a perda de objeto do Agravo de Instrumento interposto contra decisão concessiva ou denegatória de decisão interlocutória sobre antecipação dos efeitos de tutela. (REsp 1.332.553/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 4/9/2012, DJe de 11/9/2012) (AGRESP 201001499976, RAULARAÚJO, STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA:15/08/2013)

Assim havendo decisão definitiva no processo principal, o presente recurso resta prejudicado, devido ao caráter exauriente da sentença no processo principal.

Neste sentido, a melhor jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SENTENÇA PROFERIDA NOS AUTOS DA AÇÃO ORIGINÁRIA. PERDA DE OBJETO. AGRAVO PREJUDICADO.

I - A prolação de sentença nos autos da ação de onde se originou o agravo de instrumento acarreta a perda de objeto deste recurso.

II - Agravo de instrumento prejudicado.

(TRF - 3ª Região, 2ª Turma, AG 2000.03.00.049815-2, Rel. Juíza Fed. Conv. Raquel Perrini, j. 16/09/2002, DJU 06/12/2002, p. 511)

AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AFRONTA AO ART. 535 DO DIPLOMA PROCESSUAL. INOCORRÊNCIA. AÇÃO ORDINÁRIA RELATIVA À GREVE DE SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS. EXAME PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. VIA PROCESSUAL INADEQUADA. AUSÊNCIA PREVISÃO NO ART. 105 DA CF/88. 1. O art. 105 da Constituição Federal não autoriza este Superior Tribunal a analisar ação ordinária relativa à greve dos servidores públicos federais, mas apenas e tão somente as relativas a dissídio coletivo, conforme restou decidido pela Suprema Corte nos autos do STA 207/RS. Precedente. 2. Resta prejudicado o recurso especial interposto contra acórdão que examinou agravo de instrumento de decisão que defere ou indefere liminar ou antecipação de tutela, quando se verifica a prolação de sentença de mérito, tanto de procedência, porquanto absorve os efeitos da medida antecipatória, por se tratar de decisão proferida em cognição exauriente; como de improcedência, pois há a revogação, expressa ou implícita, da decisão antecipatória. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ, AGRESP 200901403810, QUINTA TURMA, Relator(a) LAURITA VAZ, Decisão: 02/02/2012, Publicação: 13/02/2012)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA DE MÉRITO. EXTINÇÃO DA AÇÃO PRINCIPAL. PERDA DO OBJETO DO RECURSO ESPECIAL. 1. Conforme consignado na decisão agravada, a prolação de sentença de mérito, mediante cognição exauriente, enseja a superveniente perda de objeto do recurso interposto contra o acórdão que negou provimento ao agravo de instrumento. 2. Eventual provimento do recurso especial, referente à decisão interlocutória, não poderia infirmar o julgamento superveniente e definitivo que reapreciou a questão. 3. A decisão agravada não está em confronto com o julgado da Corte Especial (EREsp 765.105/TO (Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe 25.8.2010), uma vez que este não se amolda ao presente caso, em que, conforme se observa nos autos, houve decisão denegatória de antecipação de tutela. Agravo regimental improvido. (STJ, AGRESP 201100699334, SEGUNDA TURMA, Relator(a) HUMBERTO MARTINS, Decisão: 13/12/2011, Publicação: 19/12/2011)

Diante do exposto nego seguimento ao agravo de instrumento, eis que prejudicado, nos termos do artigo 932, inciso III, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intime-se.

Após as formalidades legais, certifique-se o trânsito em julgado, dando-se baixa na distribuição.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007323-48.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: CONTINENTAL BRASIL INDUSTRIA AUTOMOTIVA LTDA, CONTINENTAL INDUSTRIA E COMERCIO DE PECAS DE REPOSICAO AUTOMOTIVAS LTDA.

Advogados do(a) AGRAVANTE: RICARDO CHAMON - SP333671-A, ESTER GALHA SANTANA - SP224173-A

Advogados do(a) AGRAVANTE: RICARDO CHAMON - SP333671-A, ESTER GALHA SANTANA - SP224173-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por CONTINENTAL BRASIL INDUSTRIA AUTOMOTIVA LTDA em face da decisão proferida pelo Juízo Federal da 5ª Vara de Guarulhos/SP.

Por meio de comunicação eletrônica o MM. Juiz *a quo* noticiou que proferiu sentença.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a superveniente prolação de sentença implica a perda de objeto do Agravo de Instrumento interposto contra decisão concessiva ou denegatória de decisão interlocutória sobre antecipação dos efeitos de tutela. (REsp 1.332.553/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 4/9/2012, DJe de 11/9/2012) (AGRESP 201001499976, RAULARAÚJO, STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA:15/08/2013)

Assim havendo decisão definitiva no processo principal, o presente recurso resta prejudicado, devido ao caráter exauriente da sentença no processo principal.

Neste sentido, a melhor jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SENTENÇA PROFERIDA NOS AUTOS DA AÇÃO ORIGINÁRIA. PERDA DE OBJETO. AGRAVO PREJUDICADO.

I - A prolação de sentença nos autos da ação de onde se originou o agravo de instrumento acarreta a perda de objeto deste recurso.

II - Agravo de instrumento prejudicado.

(TRF - 3ª Região, 2ª Turma, AG 2000.03.00.049815-2, Rel. Juíza Fed. Conv. Raquel Perrini, j. 16/09/2002, DJU 06/12/2002, p. 511)

AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AFRONTA AO ART. 535 DO DIPLOMA PROCESSUAL. INOCORRÊNCIA. AÇÃO ORDINÁRIA RELATIVA À GREVE DE SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS. EXAME PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. VIA PROCESSUAL INADEQUADA. AUSÊNCIA PREVISÃO NO ART. 105 DA CF/88. 1. O art. 105 da Constituição Federal não autoriza este Superior Tribunal a analisar ação ordinária relativa à greve dos servidores públicos federais, mas apenas e tão somente as relativas a dissídio coletivo, conforme restou decidido pela pela Suprema Corte nos autos do STA 207/RS. Precedente. 2. Resta prejudicado o recurso especial interposto contra acórdão que examinou agravo de instrumento de decisão que defere ou indefere liminar ou antecipação de tutela, quando se verifica a prolação de sentença de mérito, tanto de procedência, porquanto absorve os efeitos da medida antecipatória, por se tratar de decisão proferida em cognição exauriente; como de improcedência, pois há a revogação, expressa ou implícita, da decisão antecipatória. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ, AGRESP 200901403810, QUINTA TURMA, Relator(a) LAURITA VAZ, Decisão: 02/02/2012, Publicação: 13/02/2012)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA DE MÉRITO. EXTINÇÃO DA AÇÃO PRINCIPAL. PERDA DO OBJETO DO RECURSO ESPECIAL. 1. Conforme consignado na decisão agravada, a prolação de sentença de mérito, mediante cognição exauriente, enseja a superveniente perda de objeto do recurso interposto contra o acórdão que negou provimento ao agravo de instrumento. 2. Eventual provimento do recurso especial, referente à decisão interlocutória, não poderia infirmar o julgamento superveniente e definitivo que reapreciou a questão. 3. A decisão agravada não está em confronto com o julgado da Corte Especial (EREsp 765.105/TO (Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe 25.8.2010), uma vez que este não se amolda ao presente caso, em que, conforme se observa nos autos, houve decisão denegatória de antecipação de tutela. Agravo regimental improvido. (STJ, AGRESP 201100699334, SEGUNDA TURMA, Relator(a) HUMBERTO MARTINS, Decisão: 13/12/2011, Publicação: 19/12/2011)

Diante do exposto nego seguimento ao agravo de instrumento, eis que prejudicado, nos termos do artigo 932, inciso III, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intime-se.

Após as formalidades legais, certifique-se o trânsito em julgado, dando-se baixa na distribuição.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000227-49.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: ROCHE DIABETES CARE BRASIL LTDA, ROCHE DIABETES CARE BRASIL LTDA

Advogado do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A

Advogado do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000227-49.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: ROCHE DIABETES CARE BRASIL LTDA, ROCHE DIABETES CARE BRASIL LTDA

Advogado do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A

Advogado do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração em face de acórdão assim ementado:

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SALÁRIO-EDUCAÇÃO APÓS O INÍCIO DA VIGÊNCIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 33/2001 – LEGITIMIDADE DA EXIGÊNCIA. ARTIGO 149, § 2º, INCISO III, ALÍNEA “A” – ROL NÃO EXAURIENTE. HIGIDEZ DA UTILIZAÇÃO DA FOLHA DE SALÁRIOS COMO BASE DE CÁLCULO. APELAÇÃO DO CONTRIBUINTE IMPROVIDA.

1. A TESE FIRMADA PELO STF NO RE Nº 559.937 (“É INCONSTITUCIONAL A PARTE DO ART. 7º, I, DA LEI 10.865/2004 QUE ACRESCE À BASE DE CÁLCULO DA DENOMINADA PIS/COFINS-IMPORTAÇÃO O VALOR DO ICMS INCIDENTE NO DESEMBARAÇO ADUANEIRO E O VALOR DAS PRÓPRIAS CONTRIBUIÇÕES”) NÃO GUARDA RELAÇÃO DE IDENTIDADE COM A DISCUSSÃO TRAVADA NESTES AUTOS.

2. A CONSTITUCIONALIDADE DO SALÁRIO-EDUCAÇÃO FOI RECONHECIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EMPRECEDENTE ALÇADO À SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 660933). A DECISÃO EM APREÇO FOI PROFERIDA APÓS O INÍCIO DA VIGÊNCIA DA EC Nº 33/2001.

3. O CERNE DA CONTROVÉRSIA TEM SIDO OBJETO DE APRECIÇÃO NO ÂMBITO DESTES TRIBUNAL, QUE REITERADAMENTE ATESTA A LEGITIMIDADE DA EXIGÊNCIA DAS CONTRIBUIÇÕES IMPUGNADAS NESTES AUTOS, INCLUSIVE APÓS O INÍCIO DA VIGÊNCIA DA EC Nº 33/2001.

4. *PREDOMINA O ENTENDIMENTO DE QUE A INOVAÇÃO TRAZIDA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL EM APREÇO, NA PARTE EM QUE MENCIONA ALGUMAS BASES DE CÁLCULO SOBRE AS QUAIS PODEM INCIDIR TAIS CONTRIBUIÇÕES (ADIÇÃO DO § 2º, INCISO III, ALÍNEA "A", AO ARTIGO 149 DA CF/1988), REFERE-SE A UM ROL EXEMPLIFICATIVO.*

5. *NENHUMA MÁCULA DE INCONSTITUCIONALIDADE PAIRA SOBRE A UTILIZAÇÃO DA FOLHA DE SALÁRIOS COMO BASE DE CÁLCULO DESTAS CONTRIBUIÇÕES. PRECEDENTES DO TRF3.*

6. *DIANTE DA IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO PRINCIPAL, RESTA PREJUDICADA A PRETENSÃO DE COMPENSAÇÃO DOS VALORES PAGOS NO QUINQUÊNIO ANTERIOR À IMPETRAÇÃO.*

7. *APELAÇÃO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.*

Alegou-se, inclusive para fins de pré-questionamento (artigos 5º, XXXVI, 154, I, 195, e 212, § 5º, CF; 15, § § 1º ao 3º, da Lei 9.424/1996; 1º da Lei 9.766/1998; 2º, *caput* e § 6º, da Lei 11.457/2007; 66 da Lei 8.383/1991; e 74 da Lei 9.430/1996; e Decreto 6.003/2006), vício no julgado, pois foi omisso quanto "*à demonstração do rol taxativo da base de cálculo presente no § 2º, inciso III, alínea "a", a qual contraria até mesmo o caput do art. 149, que restou inalterado pela EC nº 33/2001*", aduzindo que a ampliação indevida da base de cálculo da contribuição em discussão violou o artigo 110 do CTN.

Apresento o feito em mesa para julgamento (artigo 1.024, § 1º, CPC).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000227-49.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: ROCHE DIABETES CARE BRASIL LTDA, ROCHE DIABETES CARE BRASIL LTDA

Advogado do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A

Advogado do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, são manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

As alegações não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.

Com relação à alegada taxatividade do rol previsto no artigo 149, § 2º, III, "a", da Constituição Federal, foi cristalino o acórdão embargado em dispor que:

"Com efeito, o entendimento predominante, ao qual adiro, é de que a inovação trazida pela emenda constitucional em apreço, na parte em que menciona algumas bases de cálculo sobre as quais podem incidir tais contribuições (adição do § 2º, inciso III, alínea "a", ao artigo 149 da CF/1988), refere-se, em verdade, a um rol meramente exemplificativo. Desta forma, nenhuma mácula de inconstitucionalidade paira sobre a utilização da folha de salários (não mencionada expressamente no artigo 149, § 2º, III, "a") como base de cálculo destas contribuições.

Conforme salientado pelo Des. Fed. Paulo Fontes por ocasião do julgamento do AMS nº 0001898-13.2010.4.03.6100, a correta exegese desta inovação legislativa é de que ela prescreve “tão-somente a possibilidade de algumas bases de cálculos serem adotadas pelas Contribuições Sociais de Intervenção no Domínio Econômico, sem que haja qualquer restrição explícita à adoção de outras bases de cálculo não constantes na alínea “a””.

Como se observa, o acórdão embargado foi claro na abordagem do mérito suscitado, ao estabelecer que o rol previsto na Constituição Federal para servir de base de cálculo para a contribuição do salário-educação é exemplificativo, e não taxativo, de maneira que sua incidência sobre folha de salários não apresenta vício de constitucionalidade, extraindo-se a conclusão de que tampouco foi violado o artigo 110, CTN, pois mantidos a base e o respaldo constitucional em que se assentou a legislação veiculadora da contribuição em referência.

Assim, se tal motivação é insuficiente, fere normas apontadas (artigos 5º, XXXVI, 154, I, 195, e 212, § 5º, CF; 15, § § 1º ao 3º, da Lei 9.424/1996; 1º da Lei 9.766/1998; 2º, *caput* e § 6º, da Lei 11.457/2007; 66 da Lei 8.383/1991; e 74 da Lei 9.430/1996; e Decreto 6.003/2006) ou contraria a jurisprudência, deve o contribuinte veicular recurso próprio para a impugnação do acórdão e não rediscutir a matéria em embargos de declaração.

Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SALÁRIO-EDUCAÇÃO. EC 33/2001. ROL EXEMPLIFICATIVO. VÍCIOS INEXISTENTES. REJEIÇÃO.

1. São manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto como objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.
2. As alegações não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.
3. Com relação à alegada taxatividade do rol previsto no artigo 149, § 2º, III, "a", da Constituição Federal, foi cristalino o acórdão embargado em dispor que: "*Com efeito, o entendimento predominante, ao qual adiro, é de que a inovação trazida pela emenda constitucional em apreço, na parte em que menciona algumas bases de cálculo sobre as quais podem incidir tais contribuições (adição do § 2º, inciso III, alínea “a”, ao artigo 149 da CF/1988), refere-se, em verdade, a um rol meramente exemplificativo. Desta forma, nenhuma mácula de inconstitucionalidade paira sobre a utilização da folha de salários (não mencionada expressamente no artigo 149, § 2º, III, “a”) como base de cálculo destas contribuições. Conforme salientado pelo Des. Fed. Paulo Fontes por ocasião do julgamento do AMS nº 0001898-13.2010.4.03.6100, a correta exegese desta inovação legislativa é de que ela prescreve “tão-somente a possibilidade de algumas bases de cálculos serem adotadas pelas Contribuições Sociais de Intervenção no Domínio Econômico, sem que haja qualquer restrição explícita à adoção de outras bases de cálculo não constantes na alínea “a”.*”.
4. Como se observa, o acórdão embargado foi claro na abordagem do mérito suscitado, ao estabelecer que o rol previsto na Constituição Federal para servir de base de cálculo para a contribuição do salário-educação é exemplificativo, e não taxativo, de maneira que sua incidência sobre folha de salários não apresenta vício de constitucionalidade, extraindo-se a conclusão de que tampouco foi violado o artigo 110, CTN, pois mantidos a base e o respaldo constitucional em que se assentou a legislação veiculadora da contribuição em referência.
5. Assim, se tal motivação é insuficiente, fere normas apontadas (artigos 5º, XXXVI, 154, I, 195, e 212, § 5º, CF; 15, § § 1º ao 3º, da Lei 9.424/1996; 1º da Lei 9.766/1998; 2º, *caput* e § 6º, da Lei 11.457/2007; 66 da Lei 8.383/1991; e 74 da Lei 9.430/1996; e Decreto 6.003/2006) ou contraria a jurisprudência, deve o contribuinte veicular recurso próprio para a impugnação do acórdão e não rediscutir a matéria em embargos de declaração.

6. Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

7. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5005719-96.2018.4.03.6119

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: WALDIR SILVA

Advogado do(a) APELADO: ANA LUCIA DA CRUZ PATRAO - SP116611-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5005719-96.2018.4.03.6119

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: WALDIR SILVA

Advogado do(a) APELADO: ANA LUCIA DA CRUZ PATRAO - SP116611-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação da União (ID 107696618) em face da sentença ID 107696599 que julgou procedente a ação (artigo 487, I, do CPC) declarando a nulidade parcial da Notificação de Lançamento IRPF 2014/139268063665381 e da CDA nº 80.1.18.094887-27, determinando o cancelamento do protesto. A União foi condenada ao reembolso de eventuais despesas e ao pagamento de honorários advocatícios, que fixo no percentual mínimo do § 3º do art. 85 do CPC. A decisão não ficou sujeita ao reexame necessário. Os embargos de declaração foram rejeitados. A decisão não ficou sujeita ao reexame necessário.

Aduz a União, em síntese, que a sentença merece reforma, afastando-se a declaração de nulidade parcial do lançamento tributário e da inscrição na dívida ativa, determinando-se a retificação dos atos administrativos para adequação dos débitos ao quanto decidido.

Em contrarrazões ao recurso de apelação, o autor alega, em síntese, que houve erro no lançamento e a tese trazida é inovadora, não tendo sido ventilada anteriormente em sede de defesa, sendo assim totalmente descabida. Assim, não há que se falar em retificação e sim em nulidades nos exatos termos da sentença, não havendo qualquer justificativa plausível para a referida modificação.

O autor requereu o levantamento dos valores depositados a título de garantia (ID 107696622), a União se opôs (ID 107696626) e o juízo indeferiu o pedido (ID 107696627).

Os autos subiram a esta e. Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5005719-96.2018.4.03.6119
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: WALDIR SILVA
Advogado do(a) APELADO: ANA LUCIA DA CRUZ PATRAO - SP116611-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Na origem, trata-se e ação anulatória com pedido de antecipação de tutela, em face da União, com a qual o autor busca a declaração de nulidade do lançamento nº 2014/139268063665381 originado da glosa de despesas médicas deduzidas em declaração de imposto de renda pessoa física.

O autor juntou aos autos comprovantes válidos de despesas médicas no valor de R\$ 21.500,00, e de radiologia no valor de R\$ 80,00, de forma que foi declarada a nulidade parcial da CDA nº 80 1 18 094887-27, somente na parte relativa à glosa de dedução com tais despesas.

O excesso de execução não implica a decretação da nulidade do título executivo extrajudicial, mas tão-somente a redução do montante ao valor tido como devido, quando o valor remanescente puder ser apurado por simples cálculos aritméticos.

A jurisprudência consolidou o entendimento de que o reconhecimento da inexigibilidade parcial de crédito representado na certidão da dívida ativa (CDA) não exige a emenda ou a substituição do título para o prosseguimento da execução fiscal, bastando que o excesso contido no título seja expurgado para que se tenha o prosseguimento da execução pelo valor remanescente.

Confira-se (grifou-se):

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRADO INTERNO. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3 DO STJ. DECOTE DE VALORES DA CDA QUE PODEM SER AFERIDOS MEDIANTE SIMPLES CÁLCULOS ARITMÉTICOS. POSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA DO RECURSO ESPECIAL REPETITIVO 1.115.501/SP. SÚMULA Nº 7 DO STJ.

1. A Primeira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp 1.115.501/SP, na sistemática do art. 543-C do CPC, reafirmou jurisprudência no sentido de que "remanesce a exigibilidade parcial do valor inscrito na dívida ativa, sem necessidade de emenda ou substituição da CDA (cuja liquidez permanece incólume), máxime tendo em vista que a sentença proferida no âmbito dos embargos à execução, que reconhece o excesso, é título executivo passível, por si só, de ser liquidado para fins de prosseguimento da execução fiscal".

2. Não é possível a esta Corte infirmar a conclusão do acórdão recorrido relativamente à possibilidade de adequação do crédito tributário inscrito na CDA mediante simples cálculo aritmético, conforme critérios definidos de forma clara e precisa na decisão judicial, porque a CDA não teria perdido os atributos de liquidez e certeza, uma vez que tal providência demandaria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, inviável em sede de recurso especial em razão do óbice da Súmula nº 7 do STJ.

3. Agravo interno não provido.

(STJ. AgInt no AREsp 1022610/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/03/2017, DJe 27/03/2017)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. IMPOSTO DE RENDA. LUCRO INFLACIONÁRIO. NÃO INCIDÊNCIA. INEXIGIBILIDADE PARCIAL DO TÍTULO EXECUTIVO. PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE. QUESTÃO DECIDIDA EM RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA: RESP. 1.115.501/SP, REL. MIN. LUIZ FUX, DJE 30.11.2010. AGRAVO REGIMENTAL DA EXECUTADA DESPROVIDO.

1. **É firme a orientação da Primeira Seção desta Corte, quanto à possibilidade de redução do valor constante da CDA para exclusão de eventual quantia cobrada a maior, quando esta puder ser feita por meros cálculos aritméticos, como na hipótese, conforme afirmado pelo Tribunal Estadual.**

2. O acórdão recorrido limitou-se a afastar o excesso de execução referente à cobrança do IR sobre o lucro inflacionário, não havendo indicativo de que seja necessário qualquer procedimento complexo para se chegar ao quantum efetivamente devido e tal circunstância sequer é alegada pela recorrente, que, na inicial dos embargos à execução, por meio de planilhas, demonstrou qual o valor relativo ao lucro inflacionário incluído indevidamente na base de cálculo do imposto.

3. Agravo Regimental da executada desprovido.

(STJ. AgRg no REsp 941.809/PE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/10/2012, DJe 15/10/2012)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PARCELAMENTO PARCIAL DE DÉBITOS. DESMEMBRAMENTO DA CDA. PROSSEGUIMENTO DA DEMANDA EXECUTIVA PARA COBRANÇA DO REMANESCENTE. SUBSTITUIÇÃO DA CDA. DISPENSA. CÁLCULOS ARITMÉTICOS.

1. Embora a sentença no mandado de segurança tenha reconhecido direito ao desmembramento de alguns débitos da CDA, para consolidação em programa de parcelamento, o indeferimento da medida liminar inviabilizou a suspensão da demanda executiva, em cumprimento provisório.

2. Mesmo que a apelação e a remessa oficial tenham sido desprovidas e tenha havido trânsito em julgado, a suspensão da execução fiscal não se autoriza, pois a coisa julgada possibilitou apenas o desmembramento de parcela ínfima dos débitos executados, sendo possível o prosseguimento em relação ao remanescente, com valor muito superior, que não se encontra garantido, sem qualquer informação de que tenha sido parcelado.

3. **Sendo possível, por simples cálculos aritméticos, verificar o montante remanescente a ter prosseguimento na execução fiscal, excluindo-se o consolidado no parcelamento por força de coisa julgada, desnecessária a substituição ou emenda da CDA.**

4. Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5003027-85.2017.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal LUIS CARLOS HIROKI MUTA, julgado em 06/04/2020, Intimação via sistema DATA: 15/04/2020)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. NULIDADE DA CDA. EXCESSO DE EXECUÇÃO. ADEQUAÇÃO VALORES. POSSIBILIDADE. ALEGAÇÕES DESPROVIDAS DE PROVAS HÁBEIS A AFASTAR A PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE QUE RECAI SOBRE O TÍTULO EXECUTIVO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Regularmente inscrita, a CDA goza de presunção de certeza e liquidez, conforme preceitua o artigo 204 do Código Tributário Nacional, combinado com o artigo 3º da Lei nº 6.830/80. Embora não sejam absolutas tais presunções, é certo que produzem efeitos até prova inequívoca acerca da respectiva invalidade.

2. Em se tratando de ação de embargos à execução fiscal, cabe ao executado a juntada dos documentos essenciais e comprobatórios das suas alegações, nos termos do artigo 16, § 2º, da Lei 6.830/80. No entanto, o embargante não se desincumbiu do encargo de comprovar suas alegações, não logrando acostar documentação suficiente para atestar o alegado excesso de execução.

3. Nem se cogite em alegar vício na CDA por ter sido retificada 'de ofício' com o abatimento dos valores recolhidos via parcelamento em época anterior ao ajuizamento do executivo fiscal. Isso porque, segundo Inteligência do §8º do artigo 2º da Lei n. 6.830/80, a CDA pode ser substituída até decisão de primeira instância e, tendo sido modificada antes mesmo da oposição dos embargos, não verifico prejuízo ao embargante.

4. **A presunção de certeza e liquidez da CDA não está afastada quando os valores nela contidos podem ser revistos por simples cálculos aritméticos, sendo despicienda a substituição ou emenda do título executivo.**

5. Apelação desprovida.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 2316723 - 0003140-29.2015.4.03.6133, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES, julgado em 07/08/2019, e-DJF3 Judicial I DATA:14/08/2019)

A presunção de certeza e liquidez da CDA não está afastada quando os valores nela contidos podem ser revistos por simples cálculos aritméticos, restringindo-se a possibilidade de emenda ou substituição à correção de erro material ou formal, vedada a alteração do sujeito passivo (Súmula 392/STJ) ou da norma legal que, por equívoco, tenha servido de fundamento ao lançamento tributário.

Portanto, a sentença ID 107696599 deve ser parcialmente reformada a fim de se afastar a declaração de nulidade parcial do lançamento tributário e da inscrição na dívida ativa, determinando-se a retificação dos atos administrativos para adequação dos débitos ao quanto decidido, conforme fundamentação.

Considerando que a União deu causa a ação, os honorários advocatícios a favor do autor devem ser mantidos e fixados sobre o benefício econômico da demanda, que corresponde ao valor do débito considerado indevido, nos percentuais mínimos estabelecidos no § 3º do art. 85 do CPC.

Ante o exposto deve ser dado provimento ao recurso de apelação da União, nos termos supracitados.

É como voto.

EMENTA

DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA. POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA QUANDO A OPERAÇÃO ENVOLVER SIMPLES CÁLCULOS ARITMÉTICOS. REsp 1.115.501/SP. NULIDADE DA CDA AFASTADA. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. HONORÁRIOS DEVIDOS SOBRE O PROVEITO DA DEMANDA. RECURSO DE APELAÇÃO PROVIDO.

1. O excesso de execução não implica a decretação da nulidade do título executivo extrajudicial, mas tão-somente a redução do montante ao valor tido como devido, quando o valor remanescente puder ser apurado por simples cálculos aritméticos.

2. A jurisprudência consolidou o entendimento de que o reconhecimento da inexigibilidade parcial de crédito representado na certidão da dívida ativa (CDA) não exige a emenda ou a substituição do título para o prosseguimento da execução fiscal, bastando que o excesso contido no título seja expurgado para que se tenha o prosseguimento da execução pelo valor remanescente. Precedentes (STJ, REsp 1.115.501/SP).

3. A presunção de certeza e liquidez da CDA não está afastada quando os valores nela contidos podem ser revistos por simples cálculos aritméticos, restringindo-se a possibilidade de emenda ou substituição à correção de erro material ou formal, vedada a alteração do sujeito passivo (Súmula 392/STJ) ou da norma legal que, por equívoco, tenha servido de fundamento ao lançamento tributário.

4. Considerando que a União deu causa a ação, os honorários advocatícios a favor do autor devem ser mantidos e fixados sobre o benefício econômico da demanda, que corresponde ao valor do débito considerado indevido, nos percentuais mínimos estabelecidos no § 3º do art. 85 do CPC

5. Recurso de apelação provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso de apelação da União, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0007220-03.2013.4.03.6102

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMOVEIS DA 2 REGIAO

PROCURADOR: CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMOVEIS DA 2 REGIAO

APELADO: AVILIA VACCARI MARCILIO PIZZO

Advogado do(a) APELADO: CLESIO DE OLIVEIRA - SP102136-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0007220-03.2013.4.03.6102
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMOVEIS DA 2 REGIAO
PROCURADOR: CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMOVEIS DA 2 REGIAO

APELADO: AVILIA VACCARI MARCILIO PIZZO
Advogado do(a) APELADO: CLESIO DE OLIVEIRA - SP102136-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto pela **Conselho Regional de Corretores de Imóveis da 2ª Região**, inconformado com a sentença proferida na execução fiscal, ajuizada em face de **Avilia Vaccari Marcílio Pizzo**.

A MM. Juíza de primeiro grau homologou o pedido de desistência da execução fiscal, formulado pelo exequente, com fundamento no art. 485, VIII, c. c. art. 200, parágrafo único ambos do Código de Processo Civil. Sua Excelência condenou o exequente ao pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em 15 % (quinze por cento) sobre o valor atualizado da causa, com fundamento no art. 85, § 3º, I, c. c. art. 90, ambos do Código de Processo Civil.

Irresignado, o Conselho Regional de Corretores de Imóveis, apela alegando, em síntese, que:

- a) é indevida a sua condenação ao pagamento de honorários advocatícios, pois a desistência foi feita pelo exequente por mera liberalidade e, após a análise do processo administrativo;
- b) caso não seja afastada a condenação em honorários advocatícios, o percentual arbitrado deve ser reduzido para 10 % sobre o valor atualizado da causa.

Sem contrarrazões, vieram os autos a este e. Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0007220-03.2013.4.03.6102
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMOVEIS DA 2 REGIAO
PROCURADOR: CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMOVEIS DA 2 REGIAO

APELADO: AVILIA VACCARI MARCILIO PIZZO
Advogado do(a) APELADO: CLESIO DE OLIVEIRA - SP102136-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): A irresignação do apelante restringe-se ao pagamento de honorários advocatícios.

Segundo o princípio da causalidade, aquele que tiver dado causa ao ajuizamento da ação responderá pelas despesas daí decorrentes e pelos honorários de advogado.

Neste sentido, é firme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça - STJ. Veja-se:

"PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO. HONORÁRIOS. CABIMENTO. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. SÚMULA 83/STJ. VERIFICAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. 1. A extinção da execução fiscal após a citação do devedor dá ensejo à sucumbência processual, máxime em havendo oferecimento de embargos à execução, como no caso sub judice. 2. In casu, conforme entendimento firmado na origem, "é que a Fazenda Nacional deu causa à presente execução de sentença condenatória de honorários de advogado, arbitrados em embargos à execução fiscal julgados improcedentes, haja vista as despesas que a executada teve para vir a juízo se defender, inclusive, contra a penhora. Assim, consoante apreciação equitativa, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, fixo tal verba em R\$ 3.000,00" (fl. 384, e-STJ). Incidência da Súmula 7/STJ. Agravo regimental improvido." (STJ, 2ª Turma, AGAResp n.º 388730, rel. Min. Humberto Martins, j. 03.02.13, DJE 10.02.13).

No caso dos autos, a parte executada teve que constituir advogado para se defender (exceção de pré-executividade - ID de n.º 123079390, págs. 25-27). Sendo que mesmo após a decisão que rejeitou a exceção de pré-executividade (ID de n.º 123079390, pág. 50), houve nova intervenção do patrono da executada para afastar a penhora de valores da aposentadoria da autora (ID de n.º 123079390, págs. 60-67).

Assim, o exequente deve responder pelo pagamento dos honorários advocatícios, mesmo que a desistência tenha ocorrido por mera liberalidade.

É no mesmo sentido a jurisprudência desta C. Turma. Vejam-se:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO POR NULIDADE DA CDA. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. TEORIA DA CAUSALIDADE. CONDENAÇÃO DO EXEQUENTE NOS ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. RECURSO DE APELAÇÃO PREJUDICADO. 1. A questão devolvida a esta E. Corte diz respeito à legalidade da cobrança de anuidades e ao limite mínimo para execução imposto pelo Art. 8º, da Lei nº 12.514/2011. 2. Diante da extinção da execução embargada pela nulidade da CDA, resta caracterizada a perda superveniente do objeto dos presentes embargos à execução. 3. Determina o Art. 85, §10, do CPC, que, "nos casos de perda do objeto, os honorários serão devidos por quem deu causa ao processo." No mesmo sentido é a jurisprudência desta C. Turma. Precedente (TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 2092969 - 0010717-16.2013.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 01/12/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 12/12/2016). 4. In casu, verifica-se que a CDA não traz fundamento legal válido para embasar a cobrança das anuidades. Impende, portanto, condenar o exequente, ora apelado, no pagamento dos honorários advocatícios de sucumbência, que ficam mantidos em 10% sobre o valor da causa. 5. Reconhecida a perda de objeto superveniente. 6. Prejudicada a apelação. 7. Invertido o ônus da sucumbência." (TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC 2261564 -00026487620164036141, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 22/11/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 30/11/2017)

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. CANCELAMENTO DA INSCRIÇÃO NA DÍVIDA ATIVA APÓS A CITAÇÃO E DEFESA DO EXECUTADO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO. RECURSO DESPROVIDO. 1. Consolidada a jurisprudência, firme no sentido de que o artigo 26 da Lei 6.830/80 somente tem aplicação quando o executivo fiscal tenha sido extinto sem acarretar despesas ao executado com o exercício do direito de defesa. No caso de cancelamento da inscrição com pedido de desistência da execução fiscal somente depois da citação, a Fazenda Nacional, em função dos princípios da responsabilidade e causalidade processual, deve ressarcir o executado das despesas com o exercício do direito de defesa, através quer de embargos (Súmula 153/STJ), quer de exceção de pré-executividade. Cabe assinalar que a Lei 8.952, de 13.12.94, alterando a redação do § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil, previu o cabimento da condenação em verba honorária, nas execuções, embargadas ou não, mediante apreciação equitativa do juiz. 2. É inequívoco, em tal contexto, que a execução fiscal, objeto de embargos ou de exceção de pré-executividade pelo devedor, pode ensejar a condenação da exequente em verba honorária, desde que ausente qualquer responsabilidade da própria executada pela propositura da ação. 3. Caso em que, é manifestamente im procedente o pedido de reforma da sentença, vez que não comprovou a apelante que a execução fiscal ocorreu por culpa da executada, limitando-se, apenas, a argumentar; que não cabe verba honorária, em caso de cancelamento da inscrição na dívida ativa, nos termos do artigo 26 da LEF, o que não afasta sua responsabilidade processual e a causalidade que foi apurada pela sentença para a sua condenação em verba honorária. 4. Sobre os honorários advocatícios, firme, a propósito, a orientação acerca da necessidade de que o valor arbitrado permita a justa e adequada remuneração dos vencedores, sem contribuir para o seu enriquecimento sem causa, ou para a imposição de ônus excessivo a quem decaiu da respectiva pretensão, cumprindo, assim, o montante da condenação com a finalidade própria do instituto da sucumbência, calcado no princípio da causalidade e da responsabilidade processual. Na aplicação do § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil, o que se deve considerar não é parâmetro do percentual do valor da causa, visto em abstrato, mas a equidade, diante de critérios de grau de zelo do profissional, lugar de prestação do serviço, natureza e importância da causa, trabalho do advogado e tempo exigido para o serviço. 5. Caso em que o valor da causa, ainda que reduzido, não deve ser considerado para efeito de aviltar a apuração da verba honorária devida pela sucumbência. A condenação, fixada pela sentença em R\$ 500,00 (quinhentos reais), revela-se adequado à luz das circunstâncias do caso concreto, aplicando equidade e demais requisitos especificados no § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil, não se autorizando a redução pleiteada. 6. Agravo inominado desprovido." (TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC 0002072-02.2013.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 30/07/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/08/2015).

Superada essa questão, passa-se à fixação propriamente dita.

In casu, a demanda envolveu pouca complexidade, não havendo motivos para fixação dos honorários acima do patamar mínimo de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa devidamente atualizado, nos termos do art. 85, §2º, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso de apelação interposto pelo Conselho Regional de Corretores de Imóveis, para fixar a condenação em honorários advocatícios no patamar mínimo de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa devidamente atualizado, nos termos do art. 85, § 2º do Código de Processo Civil, conforme a fundamentação supra.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PEDIDO DE DESISTÊNCIA. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

1. No caso *sub judice*, a irresignação da apelante restringe-se ao pagamento de honorários advocatícios.
2. Segundo o princípio da causalidade, aquele que tiver dado causa ao ajuizamento da ação responderá pelas despesas daí decorrentes e pelos honorários de advogado (precedente do STJ).
3. No caso dos autos, a parte executada teve que constituir advogado para se defender (exceção de pré-executividade - ID de n.º 123079390, págs. 25-27). Sendo que mesmo após a decisão que rejeitou a exceção de pré-executividade (ID de n.º 123079390, pág. 50), houve nova intervenção do patrono da executada para afastar a penhora de valores da aposentadoria da autora (ID de n.º 123079390, págs. 60-67). Assim, o exequente deve responder pelo pagamento dos honorários advocatícios, mesmo que a desistência tenha ocorrido por mera liberalidade (precedentes deste E. Tribunal).
4. Por outro lado, a demanda envolveu pouca complexidade, não havendo motivos para fixação dos honorários acima do patamar mínimo de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa devidamente atualizado, nos termos do art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil.
5. Recurso de apelação parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, DEU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso de apelação interposto pelo Conselho Regional de Corretores de Imóveis, para fixar a condenação em honorários advocatícios no patamar mínimo de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa devidamente atualizado, nos termos do art. 85, § 2º do Código de Processo Civil, conforme a fundamentação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) N° 5023460-76.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: MILTON PAMPLONA PYLES

Advogado do(a) AGRAVANTE: SILVIO LUIZ DE COSTA - SP245959-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCACAO

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) N° 5023460-76.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: MILTON PAMPLONA PYLES

Advogado do(a) AGRAVANTE: SILVIO LUIZ DE COSTA - SP245959-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCACAO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos por *Miton Pamplona Pyles* em face do acórdão ID 122731000 que negou provimento ao seu agravo de instrumento e manteve a decisão que declarou inexigível o título em desfavor do FNDE e extinguiu o cumprimento de sentença em relação apenas a essa entidade, por não ter operado o trânsito em julgado em razão de nulidade absoluta decorrente da ausência de intimação pessoal do representante legal.

Aduz o embargante, em síntese, que o acórdão não analisou as circunstâncias de fato que envolvem o caso concreto e nem apreciou as alegações deduzidas pelo ora Embargante no Agravo de Instrumento, capazes de levar a conclusão diametralmente oposta àquela contida na Decisão, qual seja, a inexistência de qualquer nulidade processual a ser decretada em sede de Cumprimento de Sentença. Alega que se é certo que as nulidades absolutas não se sujeitam à preclusão e podem ser alegadas inclusive após o trânsito em julgado, não menos certo é que, para ser suscitada depois da Decisão definitiva, é necessário o ajuizamento da competente Ação Rescisória, o que não ocorreu no caso concreto. A nulidade foi alegada apenas em sede de Impugnação ao Cumprimento de Sentença para tumulto do processo e de má-fé justamente por aquele que, no processo primeiro, requereu que a representação processual fosse pela PGFN.

Afirma que quem deu causa à suposta nulidade processual requerida na impugnação foi a própria PGF, que a citação e posteriores intimações nos autos do Mandado de Segurança foram realizadas de acordo como prescrito nos arts. 1º, 2º, 3º, § 6º; 16, §§ 1º e 3º; e 23, todos da Lei nº 11.457/2007 e 12, 36 e 38, todos da Lei Complementar nº 73/1993, segundo os quais a representação judicial do FNDE incumbe à PGFN e não à PGF. Requer o acolhimento dos seus Embargos de Declaração com excepcionais efeitos infringentes para aclarar e integrar o Acórdão ora embargado nos pontos abordados retro e, afastando a inexistente nulidade processual aventada em sede de Impugnação ao Cumprimento de Sentença, dar provimento ao Agravo de Instrumento nos termos do pedido nele formulado ou, ao menos, prequestionar os dispositivos legais invocados a fim de viabilizar o acesso aos Tribunais Superiores, caso se mostre necessário.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5023460-76.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: MILTON PAMPLONA PYLES

Advogado do(a) AGRAVANTE: SILVIO LUIZ DE COSTA - SP245959-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCACAO

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Os embargos de declaração, a teor do art. 1.022 do CPC/2015, não são o meio próprio ao reexame da causa, devendo limitar-se ao esclarecimento de obscuridade, contradição, omissão ou à existência de erro material no julgado.

A omissão que enseja o oferecimento dos aclaratórios consiste na falta de manifestação expressa sobre algum fundamento de fato ou de direito trazido nas razões recursais e sobre o qual deveria manifestar-se julgador e que é capaz, por si só, de afastar a conclusão adotada para o julgamento do recurso (arts. 1.022 e 489, § 1º, CPC).

A mera leitura do r. julgado embargado revela que todos os temas expostos pela embargante foram integralmente debatidos no âmbito desta e. Turma julgadora.

Confira-se a ementa:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SALÁRIO-EDUCAÇÃO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DE UM DOS LITISCONSORTES QUE SUCUMBIU NO JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO. VÍCIO QUE CONFIGURA NULIDADE DOS ATOS SUBSEQUENTES COM RELAÇÃO AO FNDE. INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO E DEVER DE RECORRER. INEXISTÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.

1 - Por certo, os direitos do erário são indisponíveis, não podendo sobre eles transigir os Procuradores Federais e nem os Procuradores da Fazenda Nacional, tampouco se justifica aceitar a obscuridade e contradição da sentença, que mantém o FNDE no polo passivo por haver interesse jurídico, mas conclui que referida entidade "pode" ser representada pela PGFN e não necessariamente pela PGF, em razão, apenas, de ambas pertencerem à União, entidade a qual a autoridade coatora é vinculada, embora o juízo tenha entendido que não seria necessário inseri-la como litisconsorte.

2 - A Procuradoria-Geral Federal (PGF), órgão vinculado à Advocacia-Geral da União, é responsável pela representação judicial e extrajudicial de todas as autarquias e fundações públicas federais.

3 - O Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) é uma autarquia vinculada ao Ministério da Educação. Logo, é representada pela PGF. O fato de a autarquia suportar os efeitos financeiros e eventual repetição do indébito, induz a legitimidade desse órgão da administração pública federal indireta para integrar a lide.

4 - Mesmo com o advento do art. 3º da Lei nº 11.457/2007, a jurisprudência não exclui a legitimidade passiva dos terceiros nas causas que envolvem a cobrança e recolhimento de suas contribuições pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS.

5 - No presente caso, a ausência de intimação pessoal do representante da Procuradoria-Geral Federal - requisito de validade do processo - para apresentar as contrarrazões do FNDE ao recurso de apelação interposto pelo impetrante, é causa de nulidade absoluta dos atos processuais seguintes com relação a essa entidade, notadamente em relação ao julgamento e publicação do acórdão, por ofensa aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, que impedem o trânsito em julgado da ação.

6 - Observa-se que a jurisprudência admite a possibilidade de alegação de nulidade absoluta a qualquer tempo, por meio de simples petição nos autos, pois não se sujeita a preclusão.

7 - Assim, deve ser mantida a conclusão de que o processo original deve retornar a fase de intimação do FNDE e prosseguir até o trânsito em julgado com relação a essa entidade, sendo que, com relação à União, como a decisão transitou em julgado, pode a parte incontroversa ser executada.

8 - Agravo de instrumento desprovido.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5023460-76.2018.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 23/01/2020, Intimação via sistema DATA: 27/01/2020) grifamos

A ausência de intimação pessoal do representante da Procuradoria Geral Federal acarretou na nulidade absoluta dos atos posteriormente praticados, impedindo, *a fortiori*, o trânsito em julgado da ação com relação ao FNDE.

No mesmo sentido:

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA SENTENÇA E PARA APRESENTAR CONTRARRAZÕES. NULIDADE.

1. Da análise dos autos, verifica-se que o FNDE apresentou contestação alegando, preliminarmente, a sua ilegitimidade passiva "ad causam". Após a prolação da sentença de improcedência, mas que manteve a autarquia na lide, a parte autora interpôs recurso de apelação. Em juízo de admissibilidade, o Juízo a quo recebeu o recurso de apelação e determinou a intimação apenas da União Federal - Fazenda Nacional para ciência da sentença e apresentar contrarrazões. Remetidos os autos a esta E. Corte, a apelação foi parcialmente provida para declarar a inexigibilidade da contribuição do salário-educação e determinar a restituição dos valores recolhidos indevidamente nos últimos cinco anos da propositura da ação.

2. A ausência de intimação da sentença é causa de nulidade do feito, sendo que, no caso, deve ser feita pessoalmente ao órgão de representação judicial, nos termos do artigo 17, da Lei nº 10.910/04, não a suprindo a intimação pela imprensa oficial. O interesse de agir é indubitável já que, embora a sentença tenha julgado improcedente o pedido, o FNDE foi mantido no polo passivo da ação.

3. Não foi dada a oportunidade para apresentar contrarrazões à apelação, sendo provido o recurso nesta E. Corte. Portanto, é evidente o prejuízo da autarquia federal.

4. Embargos de declaração do FNDE acolhidos para anular o feito a partir de fls. 159 e determinar o retorno dos autos à Vara de origem para intimação do FNDE da sentença e para apresentar contrarrazões à apelação. Embargos de declaração da União Federal julgado prejudicado.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1774706 - 0000778-63.2010.4.03.6122, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 26/01/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/02/2017) grifamos

A aplicação do direito ao caso, ainda que por meio de solução jurídica diversa da requerida, não induz negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

Portanto, se constata que a fundamentação adotada no acórdão é suficiente para respaldar a conclusão alcançada, pelo que ausente pressuposto a ensejar a oposição de embargos de declaração, nos termos do art. 1.022, do CPC.

Cumprasse asseverar que o escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, devem ser rejeitados os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. INDEVIDA PRETENSÃO DE REEXAME E REDISSCUSSÃO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TEMA AMPLAMENTE DEBATIDO. MERO INCONFORMISMO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1 - Os embargos de declaração, a teor do art. 1.022 do CPC/2015, não são o meio próprio ao reexame da causa, devendo limitar-se ao esclarecimento de obscuridade, contradição, omissão ou à existência de erro material no julgado.

2 - A omissão que enseja o oferecimento dos aclaratórios consiste na falta de manifestação expressa sobre algum fundamento de fato ou de direito trazido nas razões recursais e sobre o qual deveria manifestar-se julgador e que é capaz, por si só, de afastar a conclusão adotada para o julgamento do recurso (arts. 1.022 e 489, § 1º, CPC).

3 - A mera leitura do r. julgado embargado revela que todos os temas expostos pela embargante foram integralmente debatidos no âmbito desta e. Turma julgadora.

4 - A ausência de intimação pessoal do representante da Procuradoria Geral Federal acarretou na nulidade absoluta dos atos posteriormente praticados, impedindo, *a fortiori*, o trânsito em julgado da ação com relação ao FNDE.

5 - A aplicação do direito ao caso, ainda que por meio de solução jurídica diversa da requerida, não induz negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

6 - Portanto, se constata que a fundamentação adotada no acórdão é suficiente para respaldar a conclusão alcançada, pelo que ausente pressuposto a ensejar a oposição de embargos de declaração, nos termos do art. 1.022, do CPC.

7 - Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO Data de Divulgação: 23/06/2020 874/4253

declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5023449-80.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: HELIO BUSCARIOLI

Advogado do(a) APELANTE: SILMARA PANEGASSI PERES - SP180825-A

APELADO: UNIAO FEDERAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5023449-80.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: HELIO BUSCARIOLI

Advogado do(a) APELANTE: SILMARA PANEGASSI PERES - SP180825-A

APELADO: UNIAO FEDERAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de Embargos opostos por HELIO BUSCARIOLI à Execução de Título Extrajudicial nº 5003714-61.2018.403.6100, ajuizada pela União para a cobrança de multa proveniente do Acórdão TCU nº 5525/2016-1C.

A sentença julgou improcedente o pedido, condenando o embargante em honorários advocatícios de 10% sobre o valor da causa, com exigibilidade suspensa, com fundamento no artigo 98, § 3º, do Código de Processo Civil.

Apela o embargante, sustentando, em síntese, a nulidade da multa, por infringência aos artigos 71 e 75 da Constituição Federal, por usurpação, pelo TCU, de competência da Câmara Municipal de Santa Isabel, matéria sequer apreciada pelo Magistrado de Primeiro grau.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5023449-80.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: HELIO BUSCARIOLI
Advogado do(a) APELANTE: SILMARA PANEGASSI PERES - SP180825-A
APELADO: UNIAO FEDERAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Pretende o embargante o reconhecimento da incompetência do Tribunal de Contas da União em aplicar a multa, por usurpação de competência exclusiva da Câmara Municipal para julgar as contas do Prefeito.

O controle externo realizado pelo Tribunal de Contas da União encontra respaldo no artigo 71 da Constituição Federal, que tem a seguinte redação:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contas de seu recebimento;

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis pro dinheiro, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

(...)

VI – fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;”

A questão posto nos autos, de usurpação de competência da Câmara Legislativa, não comporta maiores digressões.

E isto porque, o Superior Tribunal de Justiça pacificou o tema ao concluir que o julgamento do balanço geral anual do Município é função típica exercida pelo Poder Legislativo Municipal, ou seja, trata-se de atribuição exclusiva da Câmara Municipal, a teor do disposto no artigo 71, inciso I, da Constituição Federal; enquanto os atos de gestão, praticados por todo e qualquer ordenador de despesa de recursos públicos, devem ser julgados diretamente pelo Tribunal de Contas, consoante se extrai do artigo 71, inciso II, da Constituição Federal.

Nesse sentido, destacamos o seguinte precedente:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ATOS PRATICADOS POR PREFEITO, NO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO ADMINISTRATIVA E GESTORA DE RECURSOS PÚBLICOS. JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DE CONTAS. NÃO SUJEIÇÃO AO DECISUM DA CÂMARA MUNICIPAL. COMPETÊNCIAS DIVERSAS. EXEGESE DOS ARTS. 31 E 71 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Os arts. 70 a 75 da Lex Legum deixam ver que o controle externo – contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial – da administração pública é tarefa atribuída ao Poder Legislativo e ao Tribunal de Contas. O primeiro, quando atua nesta seara, o faz com o auxílio do segundo que, por sua vez, detém competências que lhe são próprias e exclusivas e que para serem exercitadas independem da interveniência do Legislativo.

O conteúdo das contas globais prestadas pelo Chefe do Executivo é diverso do conteúdo das contas dos administradores e gestores de recurso público. As primeiras demonstram o retrato da situação das finanças da unidade federativa (União, Estados, DF e Municípios).

Revelam o cumprir do orçamento, dos planos de governo, dos programas governamentais, demonstram os níveis de endividamento, o atender aos limites de gasto mínimo e máximo previstos no ordenamento para saúde, educação, gastos com pessoal. Consubstanciam-se, enfim, nos Balanços Gerais prescritos pela Lei 4.320/64. Por isso, é que se submetem ao parecer prévio do Tribunal de Contas e ao julgamento pelo Parlamento (art. 71, I c./c. 49, IX da CF/88). As segundas – contas de administradores e gestores públicos, dizem respeito ao dever de prestar (contas) de todos aqueles que lidam com recursos públicos, captam receitas, ordenam despesas (art. 70, parágrafo único da CF/88). Submetem-se a julgamento direto pelos Tribunais de Contas, podendo gerar imputação de débito e multa (art. 71, II e § 3º da CF/88). Destarte, se o Prefeito Municipal assume a dupla função, política e administrativa, respectivamente, a tarefa de executar orçamento e o encargo de captar receitas e ordenar despesas, submete-se a duplo julgamento. Um político perante o Parlamento precedido de parecer prévio; o outro técnico a cargo da Corte de Contas.

Inexistente, in casu, prova de que o Prefeito não era o responsável direto pelos atos de administração e gestão de recursos públicos inquinados, deve prevalecer, por força ao art. 19, inc. II, da Constituição, a presunção de veracidade e legitimidade do ato administrativo da Corte de Contas dos Municípios de Goiás. Recurso ordinário desprovido.”

(STJ; RMS 11.060/GO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Rel. p/ Acórdão Ministro PAULO MEDINA, SEGUNDA TURMA, julgado em 25.06.2002, DJ 16.09.2002 p. 159)

No caso, consoante se verifica da documentação trazida à colação, o acórdão do TCU que aplicou a multa ao embargante foi proferido nos autos do Processo nº 002.063/2014-0, de Tomada de Contas Especial instaurado pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE/Ministério da Educação, em razão da impugnação total das despesas realizadas com os recursos oriundos do Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE) e do Programa Nacional de Alimentação Escolar Creche (PNAC), no exercício de 2005, transferidos por convênio ao município de Santa Isabel/SP.

Acrescente-se que ao celebrar o convênio, o Prefeito, ora embargante, se obrigou a prestar contas da regular aplicação dos recursos transferidos, de acordo como o plano de trabalho e objeto.

Portanto, tratando-se de verbas federais repassadas ao Município por meio de convênio, incontroversa a competência do TCU no julgamento de gestão ilegítima ou antieconômica praticada por Prefeito na qualidade de agente administrativo.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É o voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. MULTA. CONVÊNIO FEDERAL FIRMADO POR PREFEITO. CONTROLE EXTERNO REALIZADO PELO TCU. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

I – O julgamento do balanço geral anual do Município é função típica exercida pelo Poder Legislativo Municipal, ou seja, trata-se de atribuição exclusiva da Câmara Municipal, a teor do disposto no artigo 71, inciso I, da Constituição Federal; enquanto os atos de gestão, praticados por todo e qualquer ordenador de despesa de recursos públicos, devem ser julgados diretamente pelo Tribunal de Contas, consoante se extrai do artigo 71, inciso II, da Constituição Federal.

II – Tratando-se de verbas federais repassadas ao Município por meio de convênio, incontroversa a competência do TCU no julgamento de gestão ilegítima ou antieconômica praticada por Prefeito na qualidade de agente administrativo.

III – Apelação não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 0022869-77.2014.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

PARTE AUTORA: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP

JUIZO RECORRENTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 25ª VARA FEDERAL CÍVEL

PARTE RE: CENTRAL NACIONAL DE PRODUÇÕES LTDA, CTV COMUNICAÇÕES E PRODUÇÕES LIMITADA, CNTRIO LTDA, CNT BAHIA PRODUÇÕES LTDA, RADIO E TELEVISAO OM LTDA, TV CARIOBA COMUNICAÇÕES LTDA, TV CORCOVADO S/A, TELEVISAO CARIMA LTDA, IGREJA UNIVERSAL DO REINO DE DEUS, OSCAR MARTINEZ NETO, FLAVIO DE CASTRO MARTINEZ, RODRIGO MARTINEZ, MONICA MARTINEZ BERTAGNOLI, BEATRIZ CAROLINA DE MAGALHAES MARTINEZ, MAURICIO CESAR CAMPOS SILVA, UNIAO FEDERAL

Advogado do(a) PARTE RE: CARLOS HENRIQUE LEMOS - SP183041-A
Advogado do(a) PARTE RE: LUIZ CARLOS DA ROCHA - PR13832-A
Advogado do(a) PARTE RE: LUIZ CARLOS DA ROCHA - PR13832-A
Advogado do(a) PARTE RE: LUIZ CARLOS DA ROCHA - PR13832-A
Advogado do(a) PARTE RE: LUIZ CARLOS DA ROCHA - PR13832-A
Advogado do(a) PARTE RE: LUIZ CARLOS DA ROCHA - PR13832-A
Advogado do(a) PARTE RE: LUIZ CARLOS DA ROCHA - PR13832-A
Advogados do(a) PARTE RE: PATRICIA GUIMARAES DE LIMA - SP278384-A, RENATO GUGLIANO HERANI - SP156415-A
Advogado do(a) PARTE RE: LUIZ CARLOS DA ROCHA - PR13832-A
Advogado do(a) PARTE RE: LUIZ CARLOS DA ROCHA - PR13832-A
Advogado do(a) PARTE RE: LUIZ CARLOS DA ROCHA - PR13832-A
Advogado do(a) PARTE RE: LUIZ CARLOS DA ROCHA - PR13832-A
Advogados do(a) PARTE RE: RENATO GUGLIANO HERANI - SP156415-A, PATRICIA GUIMARAES DE LIMA - SP278384-A
OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 0022869-77.2014.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

PARTE AUTORA: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP

JUIZO RECORRENTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 25ª VARA FEDERAL CÍVEL

PARTE RE: CENTRAL NACIONAL DE PRODUÇÕES LTDA, CTV COMUNICAÇÕES E PRODUÇÕES LIMITADA, CNTRIO LTDA, CNT BAHIA PRODUÇÕES LTDA, RADIO E TELEVISAO OM LTDA, TV CARIOBA COMUNICAÇÕES LTDA, TV CORCOVADO S/A, TELEVISAO CARIMALTA, IGREJA UNIVERSAL DO REINO DE DEUS, OSCAR MARTINEZ NETO, FLAVIO DE CASTRO MARTINEZ, RODRIGO MARTINEZ, MONICA MARTINEZ BERTAGNOLI, BEATRIZ CAROLINA DE MAGALHAES MARTINEZ, MAURICIO CESAR CAMPOS SILVA, UNIAO FEDERAL

Advogado do(a) PARTE RE: CARLOS HENRIQUE LEMOS - SP183041-A

Advogado do(a) PARTE RE: LUIZ CARLOS DA ROCHA - PR13832-A

Advogado do(a) PARTE RE: LUIZ CARLOS DA ROCHA - PR13832-A

Advogado do(a) PARTE RE: LUIZ CARLOS DA ROCHA - PR13832-A

Advogado do(a) PARTE RE: LUIZ CARLOS DA ROCHA - PR13832-A

Advogado do(a) PARTE RE: LUIZ CARLOS DA ROCHA - PR13832-A

Advogado do(a) PARTE RE: LUIZ CARLOS DA ROCHA - PR13832-A

Advogado do(a) PARTE RE: LUIZ CARLOS DA ROCHA - PR13832-A

Advogados do(a) PARTE RE: PATRICIA GUIMARAES DE LIMA - SP278384-A, RENATO GUGLIANO HERANI - SP156415-A

Advogado do(a) PARTE RE: LUIZ CARLOS DA ROCHA - PR13832-A

Advogado do(a) PARTE RE: LUIZ CARLOS DA ROCHA - PR13832-A

Advogado do(a) PARTE RE: LUIZ CARLOS DA ROCHA - PR13832-A

Advogado do(a) PARTE RE: LUIZ CARLOS DA ROCHA - PR13832-A

Advogados do(a) PARTE RE: RENATO GUGLIANO HERANI - SP156415-A, PATRICIA GUIMARAES DE LIMA - SP278384-A

Advogados do(a) PARTE RE: RENATO GUGLIANO HERANI - SP156415-A, PATRICIA GUIMARAES DE LIMA - SP278384-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração contra acórdão assimementado:

PROCESSUAL CIVIL – CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA JULGADA IMPROCEDENTE – REEXAME NECESSÁRIO – SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE SERVIÇO DE RADIODIFUSÃO – INEXISTÊNCIA DE ILÍCITOS – VENDA DE GRADE DE PROGRAMAÇÃO – LIMITES DOS ARTIGOS 124 DA LEI Nº 4.117/62 E 28, § 12, “D”, DO DECRETO Nº 52.795/63 – INAPLICABILIDADE – SENTENÇA MANTIDA.

I – Publicidade comercial é aquela atrelada à ideia de exposição de uma determinada marca ou empresa, a fim de que seus produtos e/ou serviços sejam adquiridos por terceiros interessados. Estas estão sujeitas às restrições previstas nos artigos 124 da Lei nº 4.117/62 e 28, § 12, “d”, do Decreto nº 52.795/63, que estipulam que o tempo destinado na programação das estações de radiodifusão, à publicidade comercial, não poderá exceder de 25% (vinte e cinco por cento) do total.

II – O contrato firmado entre o Grupo CNT e a IURD teve por objeto a comercialização de espaço na grade de programação, “para produção de programas de cunho religioso e cultural de autoria da IURD (“Programa” ou “Programas”), visando à sua exibição e transmissão pelo GRUPO CNT, tanto no sinal analógico como no digital (...)”, conforme cláusula 2.1 da avença.

III – A exibição de programas de cunho religioso e cultural não se enquadra no conceito de publicidade comercial, donde não ser aplicável os artigos 124 da Lei nº 4.117/62 e 28, § 12, “d”, do Decreto nº 52.795/63.

IV – Remessa oficial improvida.

Narrou-se omissão “quanto às alegações que embasam a pretensão exposta na ação, fato que reflete, de forma preponderante, no resultado do julgamento”, pois: **(1)** “a prática exposta na comercialização de tempo de programação para a produção de programas de cunho religioso e cultural de autoria da IURD também é ilegal porque infringe o art. 34 da Lei nº 4.117/62 e os arts. 10, 90 e 94 do Decreto nº 52.795/63, todos relativos ao procedimento de concessão e de transferência das outorgas de radiodifusão”; **(2)** “traz como um dos fundamentos do pedido a impossibilidade de transferência da execução do serviço, com ou sem anuência do poder concedente”; e **(3)** “Afirma “que o Grupo CNT alienou a sua posição de delegatária à Igreja Universal do Reino de Deus, haja vista ter comercializado 22 (vinte e duas) horas de sua programação diária em prol da entidade religiosa”, em infringência ao caráter extra commercium do serviço de radiodifusão, à exigência constitucional de prévio procedimento licitatório, à natureza intuitu personae dessa delegação e aos princípios da legalidade, impessoalidade e eficiência (id 68582590 – pp. 30/31)”.

Houve impugnação.

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 0022869-77.2014.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

PARTE AUTORA: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP

JUIZO RECORRENTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 25ª VARA FEDERAL CÍVEL

PARTE RE: CENTRAL NACIONAL DE PRODUÇÕES LTDA, CTV COMUNICAÇÕES E PRODUÇÕES LIMITADA, CNTRIO LTDA, CNT BAHIA PRODUÇÕES LTDA, RADIO E TELEVISAO OM LTDA, TV CARIOBA COMUNICAÇÕES LTDA, TV CORCOVADO S/A, TELEVISAO CARIMA LTDA, IGREJA UNIVERSAL DO REINO DE DEUS, OSCAR MARTINEZ NETO, FLAVIO DE CASTRO MARTINEZ, RODRIGO MARTINEZ, MONICA MARTINEZ BERTAGNOLI, BEATRIZ CAROLINA DE MAGALHAES MARTINEZ, MAURICIO CESAR CAMPOS SILVA, UNIAO FEDERAL

Advogado do(a) PARTE RE: CARLOS HENRIQUE LEMOS - SP183041-A
Advogado do(a) PARTE RE: LUIZ CARLOS DA ROCHA - PR13832-A
Advogado do(a) PARTE RE: LUIZ CARLOS DA ROCHA - PR13832-A
Advogado do(a) PARTE RE: LUIZ CARLOS DA ROCHA - PR13832-A
Advogado do(a) PARTE RE: LUIZ CARLOS DA ROCHA - PR13832-A
Advogado do(a) PARTE RE: LUIZ CARLOS DA ROCHA - PR13832-A
Advogado do(a) PARTE RE: LUIZ CARLOS DA ROCHA - PR13832-A
Advogado do(a) PARTE RE: LUIZ CARLOS DA ROCHA - PR13832-A
Advogados do(a) PARTE RE: PATRICIA GUIMARAES DE LIMA - SP278384-A, RENATO GUGLIANO HERANI - SP156415-A
Advogado do(a) PARTE RE: LUIZ CARLOS DA ROCHA - PR13832-A
Advogado do(a) PARTE RE: LUIZ CARLOS DA ROCHA - PR13832-A
Advogado do(a) PARTE RE: LUIZ CARLOS DA ROCHA - PR13832-A
Advogado do(a) PARTE RE: LUIZ CARLOS DA ROCHA - PR13832-A
Advogado do(a) PARTE RE: LUIZ CARLOS DA ROCHA - PR13832-A
Advogados do(a) PARTE RE: RENATO GUGLIANO HERANI - SP156415-A, PATRICIA GUIMARAES DE LIMA - SP278384-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, são manifestamente improcedentes os embargos de declaração, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado, consubstanciando-se atuação processual contraditória.

Registra-se que o Ministério Público Federal manifestou expressa concordância com a sentença em dois momentos distintos nos autos, quando comunicou ciência e desinteresse em interpor apelação (f. 30/31, ID 68582612), e em parecer ao reexame necessário, opinando pela manutenção do decidido em sua integralidade (ID 78415250).

Verifica-se, destarte, atuação processual contraditória do *parquet* ao impugnar, apenas agora, o *decisum*, por meio dos presentes embargos de declaração, que, nitidamente, objetivam reforma da sentença, configurando-se, porém, a preclusão lógica.

Nesta linha, observa-se que a regra de preclusão lógica positivada no artigo 1.000 do Código de Processo Civil haure seu significado e fundamento da proibição do comportamento contraditório (sintetizado na máxima latina *non venire contra actum proprium*), que por sua vez é expressão da exigência – também positivada – de boa-fé processual:

“Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.”

Mais que isso, a preclusão, genericamente considerada, é instituto que preza pela segurança e estabilização de relações jurídicas, exurgindo nítida sua aplicabilidade instrumental no direito processual. A preclusão presta-se a garantir bases para as condutas processuais, tanto das partes como do Juízo.

Observa-se, portanto, de rigor o não acolhimento do presente recurso, em razão da ocorrência de preclusão lógica.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. REEXAME NECESSÁRIO. MANIFESTAÇÃO PELA MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EFEITOS INFRINGENTES. PRECLUSÃO LÓGICA. REJEIÇÃO.

1. São manifestamente improcedentes os embargos de declaração, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado, consubstanciando-se atuação processual contraditória.

2. O Ministério Público Federal manifestou expressa concordância com a sentença em dois momentos distintos nos autos, quando comunicou ciência e desinteresse em interpor apelação (f. 30/31, ID 68582612), e em parecer ao reexame necessário, opinando pela manutenção do decidido em sua integralidade (ID 78415250). Verifica-se, destarte, atuação contraditória do *parquet* ao impugnar, somente agora, o *decisum*, por meio dos presentes embargos de declaração, que, nitidamente, objetivam reforma da sentença, configurando-se, porém, a preclusão lógica.

3. Nesta linha, observa-se que a regra de preclusão lógica positivada no artigo 1.000 do Código de Processo Civil haure seu significado e fundamento da proibição do comportamento contraditório (sintetizado na máxima latina *non venire contra actum proprium*), que por sua vez é expressão da exigência – também positivada – de boa-fé processual: “Art. 5º *Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.*” Mais que isso, a preclusão, genericamente considerada, é instituto que preza pela segurança e estabilização de relações jurídicas – exurgindo nítida sua aplicabilidade instrumental no direito processual. A preclusão presta-se a garantir bases para as condutas processuais, tanto das partes como do Juízo.

4. Observa-se, portanto, de rigor o não acolhimento do presente recurso, em razão da ocorrência de preclusão lógica.

5. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001139-84.2017.4.03.6110

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: MARTA CRISTINA CORREA

Advogado do(a) APELANTE: FERNANDA GUIMARAES MARTINS - SP363300-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001139-84.2017.4.03.6110

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: MARTA CRISTINA CORREA

Advogado do(a) APELANTE: FERNANDA GUIMARAES MARTINS - SP363300-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação à sentença que extinguiu sem resolução de mérito a execução individual de sentença na ação coletiva 0016898-35.2005.4.01.34000, ajuizada pelo “*sindicato dos bancários da Bahia*”, que condenou a União “*a restituir os valores indevidamente recolhidos a título de Imposto de Renda incidente sobre as complementações de proventos pagas pelas entidades fechadas de previdência privada BASES BASES – Fundação Baned de Seguridade Social; PREVI – Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil; FUNCEF – Fundação dos Economistas Federais e CAPEF – Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Nordeste do Brasil, limitada a não-incidência ao valor recolhido a título de imposto de renda sobre as contribuições pagas às mesmas no período de 01.01.1989 a 31.12.1995*”

A sentença reconheceu a ilegitimidade ativa, pois o sindicato que propôs a ação cuja sentença pretende se executar possui base territorial nas cidades do Estado da Bahia, e a autora manteve vínculo empregatício com o Banco do Brasil no Estado de São Paulo, sem que houvesse qualquer demonstração em sentido contrário.

Apelou a autora, alegando que: (1) o interesse coletivo na sentença condenatória na ação coletiva projeta efeitos a todos os integrantes da categoria, independentemente de filiação ou de terem sido relacionados na petição inicial; (2) diante do reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal da ampla legitimidade extraordinária conferida aos sindicatos, possível a qualquer integrante da categoria pleitear o cumprimento da sentença coletiva; e (3) o artigo 8º, III, CF/1988 reconhece a legitimidade dos sindicatos para representação dos interesses de toda a categoria, atuando assim como substitutos processuais.

Com contrarrazões, vieram autos à esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001139-84.2017.4.03.6110

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: MARTA CRISTINA CORREA

Advogado do(a) APELANTE: FERNANDA GUIMARAES MARTINS - SP363300-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, o sindicato dos bancários da Bahia, como substituta processual, ajuizou a ação coletiva 0016898-35.2005.4.01.34000 contra a União, pleiteando a repetição de imposto sobre a renda incidente sobre benefícios complementares concedidos e pagos por entidades fechadas de previdência privada (BASES, PREVI, FUNCEF e CAPEF). Alegou, na oportunidade, que, quando efetuaram contribuições pessoais, entre janeiro/1989 e dezembro/1995, os participantes tiveram retido na fonte o imposto de renda, dada a previsão na Lei 7.713/1988. Contudo, quando do pagamento do benefício complementar, após cumpridas as condições de que tratam os regulamentos dos planos de aposentadoria privadas, houve nova incidência do imposto de renda sobre todos os valores, inclusive aqueles que já haviam sido tributados na fonte, sendo esta pois indevida, por configuração do “*bis in idem*” (Id 126836554, f. 01).

O Juízo da 17ª Vara Federal do Distrito Federal julgou procedente o pedido (Id 126836556, f. 01). Em segundo grau, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região negou provimento à apelação fazendária e à remessa oficial, e deu parcial provimento ao recurso adesivo do sindicato, nos seguintes termos (Id 126836557, f. 01):

“IMPOSTO DE RENDA SOBRE COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. LEI 7.713/1988. RESTITUIÇÃO. 1. Prescrição decenal. Precedentes desta Corte e do STJ. 2. “Os valores das contribuições vertidas ao fundo previdenciário no período de vigência da Lei 7.713/88, de 1º de janeiro de 1989 a 31 de dezembro de 1995, cujo ônus tenha sido da pessoa física, não devem compor a base de cálculo do imposto de renda sobre aposentadoria complementar, porque já tributadas segundo a sistemática de recolhimento do IRPF à época” (Juiz Federal ROBERTO VELOSO). 3. Apelação da Fazenda Nacional e remessa oficial a que se nega provimento. Recurso adesivo provido em parte.”

O recurso extraordinário fazendário, sobrestado em razão de recurso representativo de controvérsia, restou prejudicado diante do julgamento deste (Id 126836558, f. 01), tendo ocorrido o trânsito em julgado em maio/2012 (Id 126836559, f. 01).

A autora ajuizou execução individual da sentença proferida na ação coletiva 0016898-35.2005.4.01.34000 perante o Juízo Federal de Sorocaba/SP (Id 126836552, f. 01), pleiteando o pagamento do valor de R\$ 6.637,50, atualizado para março/2017, tendo sido proferida sentença de extinção sem resolução do mérito, por ilegitimidade ativa.

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 612.043, em sede de repercussão geral, fixou a Tese 499, com o seguinte enunciado: *"A eficácia subjetiva da coisa julgada formada a partir de ação coletiva, de rito ordinário, ajuizada por associação civil na defesa de interesses dos associados, somente alcança os filiados, residentes no âmbito da jurisdição do órgão julgador, que o fossem em momento anterior ou até a data da propositura da demanda, constantes da relação jurídica juntada à inicial do processo de conhecimento"*.

Por sua vez, o princípio da representatividade e unidade sindical limitam a atuação do sindicato à categoria representada e a base territorial respectiva, conforme disposto nos próprios estatutos. Neste sentido, o artigo 8º, II, CF/1988 prevê que *"é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município"*. Da mesma forma, fixa o artigo 516, CLT, que *"não será reconhecido mais de um Sindicato representativo da mesma categoria econômica ou profissional, ou profissão liberal, em uma dada base territorial"*.

A ação coletiva foi ajuizada pelo Sindicato dos Bancários da Bahia, que atuam com a *"representação da categoria profissional dos(as) empregados(as) em bancos comerciais, bancos de investimentos, financeiras, cadernetas de poupança, cooperativas de créditos, telemarketing bancário, cartões de crédito, factoring, leasing, promotoras de vendas, crédito direto ao consumidor, prestadoras de serviço bancário, agências de fomento ou de desenvolvimento e outros trabalhadores e trabalhadoras que prestem serviços relacionados com a atividade bancária, bem como também os empregados e empregadas em empresas coligadas, pertencentes ou controladas por grupo econômico bancário ou financeiro, cujo desempenho profissional contribua, de forma direta ou indireta para consecução e desenvolvimento da atividade econômica preponderante da empresa principal"* (artigo 2º, I), tendo como base sindical territorial o Estado da Bahia (artigo 1º, § único), conforme prevê o respectivo estatuto social ([https://www.bancariosbahia.org.br/novas_imagens/files/Estatuto%20Sindicato\(1\).pdf](https://www.bancariosbahia.org.br/novas_imagens/files/Estatuto%20Sindicato(1).pdf)).

Cabe ainda ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que a sentença em ação coletiva ajuizada por sindicato somente tem efeitos sobre os substituídos que, na data do ajuizamento da ação, possuam domicílio nos limites territoriais do órgão prolator.

Neste sentido:

RESP 1.657.506, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe de 20/06/2017: "PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. AÇÕES COLETIVAS. ASSOCIAÇÕES DE CLASSE E SINDICATOS. EFEITOS DA SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO COLETIVA. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º-A DA LEI 9.494/1997 DECLARADA PELO STF. 1. Hipótese em que a Corte de origem entendeu que "a regra prevista no art. 2º-A da Lei nº 9.494/97, no entanto, seria destinada tão-somente às associações e não aos sindicatos, que defendem interesses de toda a categoria, e não somente dos associados, uma vez que atuam não como representantes mas como substitutos processuais (...) Desta forma, em se tratando de demanda relativa a direitos individuais homogêneos, resta assentada a legitimidade do sindicato para postular em nome e benefício da categoria que representa, na forma de substituição processual, sem a limitação territorial imposta". 2. O STJ possui jurisprudência favorável à tese da recorrente no sentido de que a sentença civil proferida em ação de caráter coletivo ajuizada por entidade associativa ou sindicato, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados ou da categoria, atinge somente os substituídos que possuam, na data do ajuizamento da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator, conforme o disposto no art. 2º-A da Lei 9.494/97. 3. Ademais, o STF, no RE 601.043/PR julgado em repercussão geral, reconheceu a constitucionalidade do art. 2º-A da Lei 9.494/1997, e firmou a tese de que "a eficácia subjetiva da coisa julgada formada a partir de ação coletiva, de rito ordinário, ajuizada por associação civil na defesa de interesses dos associados, somente alcança os filiados, residentes no âmbito da jurisdição do órgão julgador" (RE 601.043/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 10.5.2017, acórdão pendente de publicação). 4. "A afirmação de que a limitação territorial do art. 2º-A da Lei n. 9.494/97 não se aplicaria aos sindicatos não tem como prosperar; pois criaria uma diferenciação não esposada pela lei, que optou pelo termo "entidade associativa", que engloba toda e qualquer corporação legitimada à propositura de ações judiciais, sem restringir-se às associações" (AgRg no REsp 1.279.061/MT, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 19/4/2012, DJe 26/4/2012). 5. Recurso Especial provido."

RESP 1.737.200, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe de 16/11/2018: “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA AJUIZADA POR SINDICATO. EXECUÇÃO INDIVIDUAL. LIMITAÇÃO TEMPORAL E TERRITORIAL À BASE DO ÓRGÃO DE CLASSE. 1. O acórdão recorrido está em sintonia com o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça, de que **a sentença civil proferida em ação de caráter coletivo ajuizada por entidade associativa ou sindicato, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados ou da categoria, atinge somente os substituídos que possuam, na data do ajuizamento da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator, conforme o disposto no art. 2º-A da Lei 9.494/97.** Precedentes: REsp 1.737.597/PR, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 18/6/2018; AgInt no REsp 1.639.899/RS, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 24/11/2017 e REsp 1.657.506/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 20/6/2017. 2. Recurso Especial não provido.”

No mesmo sentido, o precedente desta Corte:

AC 5000138-73.2017.4.03.6107, Rel. Des. Fed. NELTON DOS SANTOS, DJe de 23/11/2019: “PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA EM AÇÃO COLETIVA AJUIZADA PELO SINDICATO DOS BANCÁRIOS DA BAHIA. ILEGITIMIDADE ATIVA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. 1. **É cediço na jurisprudência que o sindicato tem representatividade regional, ou seja, representa apenas os empregados de sua base territorial, e não tem legitimidade ativa para além disso.** Precedentes. 2. No caso em tela, conforme consta da petição inicial e da procuração, o autor reside na comarca de Guararapes/SP e não há notícia nos autos de que tenha residido no Estado da Bahia, nem que tenha sido afiliado ao Sindicato dos Bancários da Bahia. 3. **O autor/exequente é parte ilegítima para requerer o cumprimento de sentença de ação coletiva ajuizada pelo Sindicato dos Bancários da Bahia.** 4. **Apelação não provida.**”

Logo, considerando que a autora foi admitida no Banco do Brasil em outubro/1975, na cidade de Itu/SP e desligou-se da instituição em julho/1995, em Sorocaba/SP (Id 126836570, f. 04), sem qualquer informação e prova nos autos de que teve domicílio no Estado da Bahia, ou de que esteve filiada ao sindicato dos bancários que ajuizou a ação coletiva, não se vislumbra a legitimidade ativa necessária para a execução da sentença respectiva.

Quanto aos honorários advocatícios, diante da sucumbência, considerado o trabalho adicional em grau recursal e os critérios previstos no artigo 85, §§ 2º a 6º e 11, CPC, especialmente grau de zelo do profissional, lugar da prestação do serviço, natureza e importância da causa e tempo exigido de atuação nesta fase do processo, a verba honorária, dispensada em primeiro grau, deve ser agora fixada em 10% do valor da causa, ficando sob “condição suspensiva de exigibilidade”, nos termos do artigo 98, §3º, CPC, em razão da gratuidade da Justiça concedida à autora.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO COLETIVA AJUIZADA POR SINDICATO. REPRESENTATIVIDADE E UNIDADE SINDICAL. EXECUÇÃO INDIVIDUAL DA SENTENÇA. BASE TERRITORIAL. OBSERVÂNCIA NECESSÁRIA. ILEGITIMIDADE ATIVA.

1. O princípio da representatividade e unidade sindical limitam a atuação do sindicato à categoria representada e a base territorial respectiva, conforme disposto nos respectivos estatutos. Neste sentido, o artigo 8º, II, CF/1988 prevê que “**é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município**”. Da mesma forma, fixa o artigo 516, CLT, que “**não será reconhecido mais de um Sindicato representativo da mesma categoria econômica ou profissional, ou profissão liberal, em uma dada base territorial**”.

2. A ação coletiva 0016898-35.2005.4.01.34000 foi ajuizada pelo “Sindicato dos Bancários da Bahia”, que, conforme estatuto social atua com a “**representação da categoria profissional dos(as) empregados(das) em bancos...**”, tendo como base sindical territorial o Estado da Bahia.

3. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que a sentença em ação coletiva ajuizada por sindicato somente tem efeitos sobre os substituídos que, na data do ajuizamento da ação, possuam domicílio nos limites territoriais do órgão prolator.

4. Consta dos autos que a autora foi admitida no Banco do Brasil em outubro/1975, na cidade de Itu/SP, desligando-se da instituição em julho/1995, em Sorocaba/SP, sem qualquer informação e prova de que teve domicílio no Estado da Bahia, ou de que esteve filiada ao sindicato dos bancários que ajuizou a ação coletiva, não se vislumbra, pois, a legitimidade ativa necessária para a execução da sentença respectiva.

5. Quanto aos honorários advocatícios, diante da sucumbência, considerado o trabalho adicional em grau recursal e os critérios previstos no artigo 85, §§ 2º a 6º e 11, CPC, especialmente grau de zelo do profissional, lugar da prestação do serviço, natureza e importância da causa e tempo exigido de atuação nesta fase do processo, a verba honorária, dispensada em primeiro grau, deve ser agora fixada em 10% do valor da causa, ficando sob “*condição suspensiva de exigibilidade*”, nos termos do artigo 98, §3º, CPC, em razão da gratuidade da Justiça concedida à autora.

6. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002229-77.2019.4.03.6104

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: LIDIO AMANCIO DA SILVA

Advogados do(a) APELANTE: JULIO CESAR PEREIRA NOVAES DE PAULA SANTOS - SP136745-A, JULIO CESAR PRESADO MATTOS NOVAES DE PAULA SANTOS - SP415711-A, MARIANNA PRESADO MATTOS NOVAES DE PAULA SANTOS - SP381663-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, CHEFE DA AGÊNCIA Nº 21033010 DO INSS/ CUBATÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002229-77.2019.4.03.6104

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: LIDIO AMANCIO DA SILVA

Advogados do(a) APELANTE: JULIO CESAR PEREIRA NOVAES DE PAULA SANTOS - SP136745-A, JULIO CESAR PRESADO MATTOS NOVAES DE PAULA SANTOS - SP415711-A, MARIANNA PRESADO MATTOS NOVAES DE PAULA SANTOS - SP381663-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, CHEFE DA AGÊNCIA Nº 21033010 DO INSS/ CUBATÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação em mandado de segurança impetrado para compelir a autoridade impetrada a proferir decisão quanto ao pedido administrativo de revisão de benefício de aposentadoria por idade formulado em 20/06/2014 (ID. 125961868).

Em 27/03/2019 foram juntadas informações da autoridade impetrada, comunicando que analisou o pedido e procedeu à solicitação de documentos (ID. 125961877). O impetrante apresentou os documentos solicitados (ID.125961987), sendo o pedido administrativo enviado para a agência do INSS em Palmeira dos Índios/AL, para onde o segurado transferiu o benefício.

A sentença recorrida declarou extinto o processo, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, VI, do CPC.

Apelou o impetrante, alegando *error in iudicando* ao extinguir o feito sem resolução de mérito, por falta de interesse processual superveniente, uma vez que a autoridade impetrada ainda não analisou o requerimento administrativo.

Houve apresentação de contrarrazões.

O Ministério Público Federal lançou parecer nos autos.

Inicialmente distribuído à 7ª Turma, o relator originário determinou a redistribuição do feito à 2ª Seção, sendo os autos encaminhados a esta relatoria, designada por sorteio.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002229-77.2019.4.03.6104

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: LIDIO AMANCIO DA SILVA

Advogados do(a) APELANTE: JULIO CESAR PEREIRA NOVAES DE PAULA SANTOS - SP136745-A, JULIO CESAR PRESADO MATTOS NOVAES DE PAULA SANTOS - SP415711-A, MARIANNA PRESADO MATTOS NOVAES DE PAULA SANTOS - SP381663-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, CHEFE DA AGÊNCIA Nº 21033010 DO INSS/ CUBATÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, no caso dos autos a apreciação administrativa do pedido ocorreu independentemente de liminar, que foi postergada para exame após informações, as quais vieram noticiando que, em 26/03/2019, foi apreciado o requerimento, constatando a necessidade de complementação da documentação de exercício da atividade, tendo sido o requerimento enviado a outra agência do INSS em virtude de ter o segurado transferido o benefício para outra localidade.

Como se observa, foi proferida decisão administrativa, reputando insuficiente a prova para efeito de revisão do benefício, sendo necessária a complementação da documentação a ser feita na agência do INSS para a qual foi transferido o benefício, por solicitação do próprio segurado.

Evidencia-se, assim, diante da apreciação voluntária do requerimento, a superveniente perda do interesse processual na presente impetração, pelo que correta a sentença apelada.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO ADMINISTRATIVO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. INSS. PRAZO. DEMORA INJUSTIFICADA. ARTS. 5º, LXXVII E 37, CF. LEI 9.784/1999. APRECIÇÃO VOLUNTÁRIA PELO INSS. SUPERVENIENTE PERDA DE INTERESSE PROCESSUAL.

1. No caso dos autos a apreciação administrativa do pedido ocorreu independentemente de liminar, que foi postergada para exame após informações, as quais vieram noticiando que, em 26/03/2019, foi apreciado o requerimento, constatando a necessidade de complementação da documentação de exercício da atividade, tendo sido o requerimento enviado a outra agência do INSS em virtude de ter o segurado transferido o benefício para outra localidade.

2. Como se observa, foi proferida decisão administrativa, reputando insuficiente a prova para efeito de revisão do benefício, sendo necessária a complementação da documentação a ser feita na agência do INSS para a qual foi transferido o benefício, por solicitação do próprio segurado.

3. Evidencia-se, assim, diante da apreciação voluntária do requerimento, a superveniente perda do interesse processual na presente impetração, pelo que correta a sentença apelada.

4. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000070-63.2017.4.03.6127

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: COMERCIAL GERMANICA LIMITADA

Advogados do(a) APELADO: RODRIGO EVANGELISTA MARQUES - SP211433-A, NATHALIA ABDALLA DA CUNHA - SP387365-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000070-63.2017.4.03.6127

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: COMERCIAL GERMANICA LIMITADA

Advogados do(a) APELADO: RODRIGO EVANGELISTA MARQUES - SP211433-A, NATHALIA ABDALLA DA CUNHA - SP387365-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa necessária e recurso de apelação interposto pela União em face de sentença que concedeu a segurança prolatada nos autos do *mandamus* impetrado por **Comercial Germanica Limitada**, objetivando a exclusão do ICMS incidente sobre a base de cálculo do PIS e da COFINS, além do direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos, corrigidos pela Selic, observada a prescrição quinquenal (Id 34894805, p. 1-6).

Apelou a União (Id 3484808, p. 1-19), requerendo, preliminarmente, a suspensão do feito até que o Supremo Tribunal Federal conclua o julgamento do RE 574.576, estabelecendo, ademais, que a eventual declaração de inconstitucionalidade respeite a modulação de efeitos a ser fixada no referido RE 574.576, e, no mérito, a legalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que o faturamento corresponde à soma das receitas operacionais da empresa, ou seja, sua receita bruta operacional.

Com contrarrazões da parte apelada (Id 34894811, p. 1-6), vieramos autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal, em parecer da Procuradora Regional da República Rose Santa Rosa, manifestou-se pelo regular prosseguimento (Id 52361704, p. 1-2).

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000070-63.2017.4.03.6127

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: COMERCIAL GERMANICA LIMITADA

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 23/06/2020 889/4253

Advogados do(a) APELADO: RODRIGO EVANGELISTA MARQUES - SP211433-A, NATHALIA ABDALLA DA CUNHA - SP387365-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

Preliminarmente, recente jurisprudência do STF reitera o entendimento acerca da aplicação imediata do artigo 1.040 do Código de Processo Civil e julgamento do feito, independentemente do trânsito em julgado do acórdão paradigma, *verbis*:

*"RECURSO EXTRAORDINÁRIO - TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SUBSTITUTIVA - BASE DE CÁLCULO - NÃO INCLUSÃO DO VALOR RELATIVO AO ICMS - ENTENDIMENTO FIRMADO COM BASE EM ORIENTAÇÃO QUE O PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PROCLAMOU NA APRECIÇÃO DO RE 574.706-RG/PR - **POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO IMEDIATO PELO RELATOR DE IDÊNTICA CONTROVÉRSIA INDEPENDENTEMENTE DA PUBLICAÇÃO OU DO TRÂNSITO EM JULGADO DO ACÓRDÃO PROFERIDO NO "LEADING CASE"**- SUCUMBÊNCIA RECURSAL (CPC, ART. 85, § 11) - NÃO DECRETAÇÃO, NO CASO, ANTE A INADMISSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO EM VERBA HONORÁRIA, POR TRATAR-SE DE PROCESSO DE MANDADO DE SEGURANÇA (SÚMULA 512/STF E LEI Nº 12.016/2009, ART. 25) - AGRAVO INTERNO IMPROVIDO."*

(RE 1089337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 27/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-093 DIVULG 14-05-2018 PUBLIC 15-05-2018) g.n.

*"COFINS E PIS - BASE DE CÁLCULO - ICMS - EXCLUSÃO. O Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços - ICMS não compõe a base de incidência do PIS e da COFINS. Precedentes: recurso extraordinário 240.785/MG, relator ministro Marco Aurélio, Pleno, acórdão publicado no Diário da Justiça de 8 de outubro de 2014 e recurso extraordinário nº 574.706/PR, julgado sob o ângulo da repercussão geral, relatora ministra Cármen Lúcia, Pleno, acórdão veiculado no Diário da Justiça de 2 de outubro de 2017. REPERCUSSÃO GERAL - ACÓRDÃO - PUBLICAÇÃO - EFEITOS - ARTIGO 1.040 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. **A sistemática prevista no artigo 1.040 do Código de Processo Civil sinaliza, a partir da publicação do acórdão paradigma, a observância do entendimento do Plenário, formalizado sob o ângulo da repercussão geral.**"*

(AI 523706 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 10/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-109 DIVULG 01-06-2018 PUBLIC 04-06-2018) g.n.

Assim, a ausência de trânsito em julgado ou eventual possibilidade de modulação dos efeitos da decisão não impede que o entendimento seja desde logo adotado, conforme precedentes.

No mérito, a sentença deve ser mantida.

Em sessão plenária do dia 15.03.2017 foi julgado o RE nº 574.706/RG, que trata do tema atinente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a sistemática da repercussão geral (artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973), que constou com a seguinte decisão:

"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017."

(RE 574706 RG, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 15/03/2017, DJe-053 DIVULG 17-03-2017 PUBLIC 20-03-2017)

Em 29.09.2017 foi disponibilizada a ementa do referido acórdão:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta Terceira Turma.

Ademais, a questão não carece de maiores debates, visto que a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça reconheceram a exclusão da parcela relativa ao ICMS, da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, *verbis*:

"TRIBUTO - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da COFINS, porque estranho ao conceito de faturamento."

(RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituindo receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido."

(AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 07/04/2015)

Cumpra-se asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

A exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS e do PIS decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

Assim, a falta de definitividade da entrada de valores a título de ICMS no caixa da pessoa jurídica caracteriza a ausência da natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, que, repita-se, tem natureza de receita para o Estado-membro.

Ademais, o termo "faturamento" deve ser conceituado no sentido técnico consagrado pela jurisprudência e pela doutrina.

Ainda, o ICMS é imposto indireto no qual o ônus financeiro é transferido para o consumidor final, tornando-se este o contribuinte de fato da exação. Assim, o sujeito passivo do tributo - aquele que realiza a operação de circulação de mercadorias - apenas tem o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, qual seja, o Estado-membro ou o Distrito Federal, mostrando-se, incontestavelmente, despedido da natureza jurídica de receita para o sujeito passivo.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, *verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ICMS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Encontra-se, atualmente, consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme constou do Boletim de Notícias do Supremo Tribunal Federal nº 762 de 06 a 11 de Outubro de 2014 (RE 240.785-2/MG).

2. Embargos infringentes desprovidos."

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI 0000266-78.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 04/11/2014, e-DJF3: 13/11/2014)

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS e DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3: 11/04/2014)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DUPLO AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. VALIDADE. APROVEITAMENTO DO TÍTULO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.

2. A orientação no plano constitucional, a partir do precedente citado, foi adotada, recentemente, no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94, conforme AgRg no ARES 593.627, Rel. p/acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 07/04/2015.

3. Embora cabível excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, não se reconhece a nulidade da execução fiscal, que deve prosseguir pelo saldo efetivamente devido, não se cogitando, de extinção da execução fiscal, na conformidade da jurisprudência consolidada.

4. Agravos inominados desprovidos."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0030027-53.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/05/2015, e-DJF3: 28/05/2015)

Considerando o julgamento do RE nº 240.785-2, que declarou inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, o advento da Lei nº 12.973/2014 emendada altera o entendimento proferido pela Suprema Corte.

Com efeito, a superveniência da Lei, modificando o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, e, respeitando-se a prescrição quinquenal, é direito do impetrante a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio da compensação, conforme os termos delineados a seguir.

De fato, de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em julgados afetados ao Tema Repetitivo nº 118, em se tratando de mandado de segurança cuja pretensão do contribuinte é apenas a de ver reconhecido o direito de compensar (provimento de cunho declaratório), sem apuração do efetivo montante dos recolhimentos realizados indevidamente, não cabe exigir do impetrante, credor tributário, a juntada das guias de recolhimento dos tributos, pois esta apreciação está reservada, em tais situações, ao âmbito administrativo, oportunidade em que serão assegurados à autoridade fazendária a fiscalização e o controle do procedimento compensatório.

Nesse sentido:

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TESE FIRMADA SOB O RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. ART. 1.036 E SEQUINTE DO CÓDIGO FUX. DIREITO DO CONTRIBUINTE À DEFINIÇÃO DO ALCANCE DA TESE FIRMADA NO TEMA 118/STJ (RESP 1.111.164/BA, DA RELATORIA DO EMINENTE MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI). INEXIGIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO, NO WRIT OF MANDAMUS, DO EFETIVO RECOLHIMENTO DO TRIBUTO, PARA O FIM DE OBTER DECLARAÇÃO DO SEU DIREITO À COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA, OBVIAMENTE SEM QUALQUER EMPECILHO À ULTERIOR FISCALIZAÇÃO DA OPERAÇÃO COMPENSATÓRIA PELO FISCO FEDERAL. A OPERAÇÃO DE COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA REALIZADA NA CONTABILIDADE DA EMPRESA CONTRIBUINTE FICA SUJEITA AOS PROCEDIMENTOS DE FISCALIZAÇÃO DA RECEITA COMPETENTE, NO QUE SE REFERE AOS QUANTITATIVOS CONFRONTADOS E À RESPECTIVA CORREÇÃO. RECURSO ESPECIAL DA CONTRIBUINTE A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.

1. Esclareça-se que a questão ora submetida a julgamento encontra-se delimitada ao alcance da aplicação da tese firmada no Tema 118/STJ (REsp. 1.111.164/BA, da relatoria do eminente Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, submetido a sistemática do art. 543-C do CPC/1973), segundo o qual é necessária a efetiva comprovação do recolhimento feito a maior ou indevidamente para fins de declaração do direito à compensação tributária em sede de Mandado de Segurança.

2. A afetação deste processo a julgamento pela sistemática repetitiva foi decidida pela Primeira Seção deste STJ, em 24.4.2018, por votação majoritária; de qualquer modo, trata-se de questão vencida, de sorte que o julgamento do feito como repetitivo é assunto precluso.

3. Para se espantar qualquer dúvida sobre a viabilidade de se garantir, em sede de Mandado de Segurança, o direito à utilização de créditos por compensação, esta Corte Superior reafirma orientação unânime, inclusive consagrada na sua Súmula 213, de que o Mandado de Segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária.

4. No entanto, ao sedimentar a Tese 118, por ocasião do julgamento do REsp. 1.111.164/BA, da relatoria do eminente Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, a Primeira Seção desta Corte firmou diretriz de que, tratando-se de Mandado de Segurança que apenas visa à compensação de tributos indevidamente recolhidos, impõe-se delimitar a extensão do pedido constante da inicial, ou seja, a ordem que se pretende alcançar para se determinar quais seriam os documentos indispensáveis à propositura da ação. O próprio voto condutor do referido acórdão, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC/1973, é expresso ao distinguir as duas situações, a saber: (...) a primeira, em que a impetração se limita a ver reconhecido o direito de compensar (que tem como pressuposto um ato da autoridade de negar a compensabilidade), mas sem fazer juízo específico sobre os elementos concretos da própria compensação; a outra situação é a da impetração, à declaração de compensabilidade, agrega (a) pedido de juízo específico sobre os elementos da própria compensação (v.g.: reconhecimento do indébito tributário que serve de base para a operação de compensação, acréscimos de juros e correção monetária sobre ele incidente, inexistência de prescrição do direito de compensar), ou (b) pedido de outra medida executiva que tem como pressuposto a efetiva realização da compensação (v.g.: expedição de certidão negativa, suspensão da exigibilidade dos créditos tributários contra os quais se opera a compensação).

5. Logo, postulando o Contribuinte apenas a concessão da ordem para se declarar o direito à compensação tributária, em virtude do reconhecimento judicial transitado em julgado da ilegalidade ou inconstitucionalidade da exigência da exação, independentemente da apuração dos respectivos valores, é suficiente, para esse efeito, a comprovação de que o impetrante ocupa a posição de credor tributário, visto que os comprovantes de recolhimento indevido serão exigidos posteriormente, na esfera administrativa, quando o procedimento de compensação for submetido à verificação pelo Fisco.

Ou seja, se a pretensão é apenas a de ver reconhecido o direito de compensar, sem abranger juízo específico dos elementos da compensação ou sem apurar o efetivo quantum dos recolhimentos realizados indevidamente, não cabe exigir do impetrante, credor tributário, a juntada das providências somente será levada a termo no âmbito administrativo, quando será assegurada à autoridade fazendária a fiscalização e controle do procedimento compensatório.

6. Todavia, a prova dos recolhimentos indevidos será pressuposto indispensável à impetração, quando se postular juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, com a efetiva investigação da liquidez e certeza dos créditos, ou, ainda, na hipótese em que os efeitos da sentença supõem a efetiva homologação da compensação a ser realizada. Somente nessas hipóteses o crédito do contribuinte depende de quantificação, de modo que a inexistência de comprovação cabal dos valores indevidamente recolhidos representa a ausência de prova pré-constituída indispensável à propositura da ação mandamental.

7. Na hipótese em análise, em que se visa garantir a compensação de valores indevidamente recolhidos a título do PIS e da COFINS, calculados na forma prevista no art. 3o., § 1o. da Lei 9.718/1998, o Tribunal de origem manteve a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido, concedendo a segurança apenas para garantir a compensação dos valores indevidamente recolhidos, limitando-os, todavia, àqueles devidamente comprovados nos autos.

8. Ao assim decidir, o Tribunal de origem deixou de observar que o objeto da lide limitou-se ao reconhecimento do direito de compensar, e, nesse ponto, foi devidamente comprovada a liquidez e certeza do direito necessário à impetração do Mandado de Segurança, porquanto seria preciso tão somente demonstrar que a impetrante estava sujeita ao recolhimento do PIS e da COFINS, com base de cálculo prevista no art. 3o., § 1o. da Lei 9.718/1998, cuja obrigatoriedade foi afastada pelas instâncias ordinárias.

9. *Extrai-se do pedido formulado na exordial que a impetração, no ponto atinente à compensação tributária, tem natureza preventiva e cunho meramente declaratório, e, portanto, a concessão da ordem postulada só depende do reconhecimento do direito de se compensar tributo submetido ao regime de lançamento por homologação. Ou seja, não pretendeu a impetrante a efetiva investigação da liquidez e certeza dos valores indevidamente pagos, apurando-se o valor exato do crédito submetido ao acervo de contas, mas, sim, a declaração de um direito subjetivo à compensação tributária de créditos reconhecidos com tributos vencidos e vincendos, e que estará sujeita a verificação de sua regularidade pelo Fisco.*

10. *Portanto, a questão debatida no Mandado de Segurança é meramente jurídica, sendo desnecessária a exigência de provas do efetivo recolhimento do tributo e do seu montante exato, cuja apreciação, repita-se, fica postergada para a esfera administrativa.*

11. *Recurso Especial da Contribuinte ao qual se dá parcial provimento, para reconhecer o direito à compensação dos valores de PIS e COFINS indevidamente recolhidos, ainda que não tenham sido comprovados nos autos.*

12. *Acórdão submetido ao regime do art. 1.036 do Código Fux, fixando-se a seguinte tese, apenas explicitadora do pensamento zavaskiano consignado no julgamento REsp. 1.111.164/BA: (a) tratando-se de Mandado de Segurança impetrado com vistas a declarar o direito à compensação tributária, em virtude do reconhecimento da ilegalidade ou inconstitucionalidade da exigência da exação, independentemente da apuração dos respectivos valores, é suficiente, para esse efeito, a comprovação de que o impetrante ocupa a posição de credor tributário, visto que os comprovantes de recolhimento indevido serão exigidos posteriormente, na esfera administrativa, quando o procedimento de compensação for submetido à verificação pelo Fisco; e (b) tratando-se de Mandado de Segurança com vistas a obter juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, com efetiva investigação da liquidez e certeza dos créditos, ou, ainda, na hipótese em que os efeitos da sentença supõem a efetiva homologação da compensação a ser realizada, o crédito do contribuinte depende de quantificação, de modo que a inexistência de comprovação cabal dos valores indevidamente recolhidos representa a ausência de prova pré-constituída indispensável à propositura da ação." (sem grifos no original)"*

(REsp 1715256/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/02/2019, DJe 11/03/2019)

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, visto a data que o presente *mandamus* foi ajuizado e, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, *verbis*:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. *A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).*

2. *A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).*

3. *Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.*

4. *A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".*

5. *Consectariamente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.*

6. *A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.*

7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (REsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.

13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor; nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."

14. Consequentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF). (Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010).

Conforme a jurisprudência acima colacionada e, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

Cumpra ressaltar que a compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior, *verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO INEXISTENTE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. COMPENSAÇÃO. TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA. ART. 26 DA LEI N. 11.457/07. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nos termos da jurisprudência do STJ, é impossível a compensação de créditos tributários administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal com débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (contribuições sociais previstas nas alíneas 'a', 'b' e 'c' do parágrafo único do art. 11 da Lei n. 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida pelo art. 26 da Lei n. 11.457/07. Precedentes. Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1469537/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 24/10/2014)

Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, *verbis*:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4º 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.

4. A Tabela Única a prova da pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação/repetição de indébito, quais sejam: (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDcl no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. O prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/05 (09.06.2005), nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.") (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: RESP 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009).

7. Outrossim, o artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater; um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

8. Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010)

Finalmente, o termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior, *verbis*:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNBEN. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL. APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.250/95. DESDE O RECOLHIMENTO INDEVIDO. SÚMULA 83/STJ

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nas ações de restituição de tributos federais, antes do advento da Lei 9.250/95, incide a correção monetária desde o pagamento indevido (no caso, no momento da indevida retenção do IR) até a restituição ou a compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros moratórios a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), na forma do art. 167, parágrafo único, do CTN.

3. Ocorre que, com o advento do referido diploma, passou-se a incidir a Taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou a partir de 1º de janeiro de 1996 (caso o recolhimento tenha ocorrido antes dessa data).

Agravo regimental improvido."

(AgRg no AgRg no AREsp 536.348/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014)

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** à remessa necessária e à apelação da União, nos termos da fundamentação.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. MANDADO DE SEGURANÇA. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO DA UNIÃO DESPROVIDAS.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontrar inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse Tribunal Regional Federal da 3ª Região.
2. A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, uma vez que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.
3. A superveniência da Lei nº 12.973/2014, que alargou o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.
4. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e respeitando-se a prescrição quinquenal, é assegurada ao impetrante a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio de compensação.
5. A compensação dos valores recolhidos indevidamente, deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, visto a data que o presente *mandamus* foi ajuizado.
6. É necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.
7. A compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior.
8. É aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil.
9. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior,
10. Remessa necessária e apelação da União desprovidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO à

remessa necessária e à apelação da União, nos termos da fundamentação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015659-75.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: QUANTA CENTRO DE PRODUC CINEMATOGRAF DE SAO PAULO LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: VALDERY MACHADO PORTELA - SP168589-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015659-75.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: QUANTA CENTRO DE PRODUC CINEMATOGRAF DE SAO PAULO LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: VALDERY MACHADO PORTELA - SP168589-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por QUANTA CENTRO DE PRODUÇÃO CINEMATOGRÁFICA DE SÃO PAULO LTDA, inconformada com a decisão proferida nos autos da execução fiscal nº 5014212-67.2018.4.03.6182, em trâmite perante o Juízo da 1ª Vara Federal Especializada em Execuções Fiscais da Subseção Judiciária de São Paulo/SP, no âmbito da qual foi determinada a constrição de ativos financeiros por meio do sistema BACENJUD.

Alega a agravante, em síntese, que a constrição de ativos financeiros por meio do sistema BACENJUD é medida excepcional, somente podendo ser adotada quando não há outros meios de garantia da demanda executiva, devendo o Juízo de origem atentar-se para o princípio da menor onerosidade na execução fiscal. Aduz, ainda, que foi oferecido espontaneamente bem imóvel a penhora, o qual foi rejeitado pela União, apesar de se encontrar livre e desembaraçado.

Intimada, a parte agravada apresentou resposta, pugnando pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015659-75.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
AGRAVANTE: QUANTA CENTRO DE PRODUC CINEMATOGRAF DE SAO PAULO LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: VALDERY MACHADO PORTELA - SP168589-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

Cinge-se a controvérsia à possibilidade de determinação de bloqueio de ativos financeiros por meio do sistema BACENJUD, ainda que oferecido bem à penhora.

Como advento da Lei nº 11.382/2006, que alterou o Código de Processo Civil de 1973, e da Lei nº 13.105/2015, que instituiu o atual Código de Processo Civil, restou superado o entendimento de que seria excepcional e extraordinária a penhora de dinheiro depositado em instituição financeira.

Deveras, resulta do sistema processual que a penhora em dinheiro é opção preferencial, cabendo ao executado demonstrar a respectiva impenhorabilidade ou pedir a substituição por outro bem cuja constrição seja-lhe menos onerosa e igualmente capaz de garantir a execução (Código de Processo Civil de 1973: arts. 655, inciso I, 655-A, § 2º e 668; Código de Processo Civil de 2015: arts. 835, inciso I e § 1º, 854, § 2º, e 847).

Em outras palavras, é da lei que, atualmente, primeiro se faz a penhora *on line* e, posteriormente e ainda assim conforme o caso, ela pode ser levantada ou substituída. Já não vigora mais, portanto, o sistema de primeiro buscar alternativas para somente depois penhorar-se o dinheiro depositado.

Nesse mesmo sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, firmada em julgamento de Recurso Especial submetido ao rito do artigo 543-C do Código de Processo Civil: REsp 1184765 /PA, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 24/11/2010, DJe 03/12/2010.

Além disto, sabe-se que é direito do credor recusar a nomeação de bens à penhora ou pedir a sua substituição, se não for atendida a ordem estabelecida pela lei. Além da referida ordem legal, também é preciso ponderar que a execução deve ser útil para o credor, ainda que isso contrarie o interesse direto do devedor. Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. NOMEAÇÃO DE BENS À PENHORA. PRECATÓRIO. DIREITO DE RECUSA DA FAZENDA PÚBLICA. ORDEM LEGAL. SÚMULA 406/STJ. ADOÇÃO DOS MESMOS FUNDAMENTOS DO RESP 1.090.898/SP (REPETITIVO), NO QUAL SE DISCUTIU A QUESTÃO DA SUBSTITUIÇÃO DE BENS PENHORADOS. PRECEDENTES DO STJ.

1. *Cinge-se a controvérsia principal a definir se a parte executada, ainda que não apresente elementos concretos que justifiquem a incidência do princípio da menor onerosidade (art. 620 do CPC), possui direito subjetivo à aceitação do bem por ela nomeado à penhora em Execução Fiscal, em desacordo com a ordem estabelecida nos arts. 11 da Lei 6.830/1980 e 655 do CPC.*
2. *Não se configura a ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a divergência, tal como lhe foi apresentada.*
3. *Merece acolhida o pleito pelo afastamento da multa nos termos do art. 538, parágrafo único, do CPC, uma vez que, na interposição dos Embargos de Declaração, a parte manifestou a finalidade de provocar o prequestionamento. Assim, aplica-se o disposto na Súmula 98/STJ: "Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório".*
4. *A Primeira Seção do STJ, em julgamento de recurso repetitivo, concluiu pela possibilidade de a Fazenda Pública recusar a substituição do bem penhorado por precatório (REsp 1.090.898/SP, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 31.8.2009). No mencionado precedente, encontra-se como fundamento decisório a necessidade de preservar a ordem legal conforme instituído nos arts. 11 da Lei 6.830/1980 e 655 do CPC.*
5. *A mesma ratio decidendi tem lugar in casu, em que se discute a preservação da ordem legal no instante da nomeação à penhora.*
6. *Na esteira da Súmula 406/STJ ("A Fazenda Pública pode recusar a substituição do bem penhorado por precatório"), a Fazenda Pública pode apresentar recusa ao oferecimento de precatório à penhora, além de afirmar a inexistência de preponderância, em abstrato, do princípio da menor onerosidade para o devedor sobre o da efetividade da tutela executiva. Exige-se, para a superação da ordem legal prevista no art. 655 do CPC, firme argumentação baseada em elementos do caso concreto. Precedentes do STJ.*
7. *Em suma: em princípio, nos termos do art. 9º, III, da Lei 6.830/1980, cumpre ao executado nomear bens à penhora, observada a ordem legal. É dele o ônus de comprovar a imperiosa necessidade de afastá-la, e, para que essa providência seja adotada, mostra-se insuficiente a mera invocação genérica do art. 620 do CPC.*
8. *Diante dessa orientação, e partindo da premissa fática delineada pelo Tribunal a quo, que atestou a "ausência de motivos para que (...) se inobservasse a ordem de preferência dos artigos 11 da LEF e 655 do CPC, notadamente por nem mesmo haver sido alegado pela executada impossibilidade de penhorar outros bens (...) - fl. 149, não se pode acolher a pretensão recursal.*
9. *Recurso Especial parcialmente provido apenas para afastar a multa do art. 538, parágrafo único, do CPC. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.*

(REsp 1337790/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/06/2013, DJe 07/10/2013)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA SOBRE FATURAMENTO MENSAL DA EMPRESA. POSSIBILIDADE. DIREITO DE RECUSA DA FAZENDA PÚBLICA. ORDEM LEGAL. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM QUE, DIANTE DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS, AFASTOU A AFRONTA AO PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE (ART. 620 DO CPC/1973). REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. O STJ, no julgamento do REsp 1.337.790/PR, no rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC/1973), concluiu ser legítima a recusa da Fazenda Pública à indicação de bem penhorável feita pela parte executada, quando não comprovada a observância à ordem estabelecida no art. 11 da LEF. 2. A Primeira Seção do STJ firmou o entendimento de que a não observância da ordem legal de preferência da nomeação de bens à penhora, na forma do art. 11 da Lei 6.830/1980, demanda a comprovação, pelo executado, da existência de elementos concretos que justifiquem a incidência do princípio da menor onerosidade, sendo insuficiente a mera invocação genérica do art. 620 do CPC (REsp 1.337.790/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe de 7.10.2013, julgado sob a sistemática do art. 543-C do CPC/1973).

3. Hipótese em que o Tribunal de origem, soberano na análise das circunstâncias fáticas e probatórias da causa, asseverou que "o E. Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que é possível à Fazenda Nacional recusar bem ofertado à penhora pela Executada, sendo possível, a requerimento do Exequente, que o Juízo defira a indisponibilidade de ativos financeiros pelo sistema BACENJUD (...) Na hipótese, o Executado foi citado e apresentou para penhora a nomeação de imóvel avaliado em R\$ 33.666.078,00 (fls. 155 e 163). A União Federal (Fazenda Nacional) foi intimada para se manifestar a respeito da nomeação (fl. 394), rejeitando, no entanto, o bem imóvel oferecido à penhora, ao entendimento que estes não obedeceriam à graduação legal. Na ocasião, a Exequente requereu a penhora dos ativos financeiros pertencentes ao Executado (fls. 397/399). A penhora de numerário em contas correntes e contas de investimento de titularidade do Executado requerida pela Exequente tem por fundamento o disposto no art. 11 da Lei nº 6.830/80 c/c art. 655, I e 655-A do CPC/1973, tal requerimento foi acolhido pelo Juízo a quo na decisão agravada. Com efeito, em princípio e com fundamento nos dispositivos legais citados, bem como no entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça, a nomeação de bem imóvel pelo Executado não pode obstar o pedido da Fazenda para substituição do bem por dinheiro, ante a prerrogativa expressamente assegurada pela Lei nº 6.830/80. Consoante entendimento também assente no E. STJ, na hipótese de devedor tributário, devidamente citado, oferecer bem à penhora, é possível que, supervenientemente, a Fazenda requeira a substituição do bem por dinheiro, com fundamento na prerrogativa da Lei de Execução Fiscal, sem que haja qualquer impedimento, em tese, para isso. De igual modo, a penhora do dinheiro, por si só, não implica violação do princípio da menor onerosidade da execução, já que esta deve ser apreciada caso a caso, não decorrendo, automaticamente, em razão única da constrição (...) Registre-se, por fim, que não há prova inequívoca nos autos no sentido de que a constrição judicial em dinheiro inviabilizaria, à época, a atividade da Agravante. Assim, somente em caráter excepcional, seria possível a substituição, se comprovada, de forma irrefutável, perante a autoridade judicial, a necessidade de aplicação do princípio da menor onerosidade (art. 620 do CPC/1973). Quando se trata de penhora on line, o periculum in mora somente resta configurado se o bloqueio dos valores tem o potencial de sacrificar seriamente o desenvolvimento regular da atividade exercida e, em consequência, colocar em risco a existência da própria pessoa jurídica, fato não demonstrado no atual estágio procedimental. Por tais considerações, a decisão agravada encontra-se em consonância com o entendimento prevalente sobre o tema, sendo certo que a Agravante não logrou demonstrar; com os argumentos apresentados, evidências que infirmassem os fundamentos apresentados pelo Juízo a quo. Ante o exposto, nego provimento ao Agravado de Instrumento" (fls. 486-497, e-STJ, grifos no original).

4. Considerando a fundamentação do acórdão objeto do Recurso Especial, os argumentos utilizados pela parte recorrente somente poderiam ter sua procedência verificada mediante o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, procedimento vedado em Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ.

5. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

(REsp 1803677/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 31/05/2019) – sem grifos no original

Conforme se verifica nos autos da execução fiscal em que se origina o presente recurso, foi ofertado bem imóvel para garantia do processo, contudo a União requereu a constrição de ativos financeiros, por entender que nos autos não havia demonstração segura de que o imóvel teria valor suficiente a garantir integralmente o crédito cobrado.

De fato, a previsão legal de uma ordem indicativa de preferência para a penhora em execução fiscal não pode ser sumariamente afastada por iniciativa e no interesse exclusivo do devedor, pois, além do princípio da menor onerosidade, existe o princípio do interesse público na execução fiscal, da utilidade da ação e da eficácia da prestação jurisdicional.

A menor onerosidade, bem como a razoabilidade e a proporcionalidade, não podem ser invocadas como cláusula de impedimento à penhora de outro bem além daquele nomeado no exclusivo interesse do devedor, mas, pelo contrário, devem ser interpretadas - sempre à luz dos princípios que regem o processo, e o executivo fiscal em específico - como instrumento de afirmação do equilíbrio na execução, daí porque caber, se não observado o artigo 11 da Lei nº 6.830/80, a impugnação da Fazenda Nacional, na tentativa de adequar a garantia à realidade do devedor e da própria execução, que não pode ser excessiva para um, nem frustrante para outro.

A propósito, confira-se:

2. Com o advento da Lei nº 11.382/2006, que alterou o Código de Processo Civil, orientou-se a Corte Superior por considerar válida, não apenas na execução de créditos privados ou públicos e não-tributários, como igualmente para os de natureza tributária, a preferência legal por "dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira" (artigo 655, I, CPC) e, assim, para "possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exeqüente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução" (artigo 655-A, caput, CPC), sem prejuízo do encargo do executado de "comprovar que as quantias depositadas em conta corrente referem-se à hipótese do inciso IV do caput do art. 649 desta Lei ou que estão revestidas de outra forma de impenhorabilidade" (artigo 655-A, § 2º, CPC).
3. O Código de Processo Civil, ao prever a penhora preferencial sobre dinheiro, em espécie, em depósito ou aplicação financeira, ressaltou o direito do executado de proteger os bens impenhoráveis, não servindo, portanto, o eventual risco de atingir valores impenhoráveis como fundamento para impedir o próprio bloqueio eletrônico. O bloqueio eletrônico de valores financeiros, como forma de garantir a preferência legal sobre dinheiro, foi adotado para adequar a proteção do devedor (artigo 620, CPC) à regra da execução no interesse do credor (artigo 612, CPC), sobretudo sob a perspectiva maior, porque de estatura constitucional, do princípio da efetividade não apenas do direito material discutido, como da própria eficiência do processo e da prestação jurisdicional, daí porque inexistir, a partir do sistema processual vigente, qualquer possibilidade de restrição quanto à eficácia do novo procedimento.
4. A solução adotada pelo intérprete definitivo do direito federal restabelece a lógica essencial e necessária do sistema, reconhecendo que o credor privado (ou público com créditos sem privilégios), sujeito ao sistema do Código de Processo Civil, não poderia ser mais favorecido - o que, decerto, ocorreria se prevalecesse a aplicação do artigo 185-A do CTN, em relação ao Fisco -, na eficácia da penhora e da execução, do que o próprio credor público na cobrança de créditos tributários que, por justamente por envolverem interesse público indisponível, gozam não apenas de presunção legal de certeza e liquidez, como de preferência legal sobre outros créditos (artigo 186, CTN).
5. Mesmo diante de execução fiscal de créditos de natureza tributária, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, competente constitucionalmente para a interpretação definitiva do direito federal, orienta-se no firme sentido da validade, a partir da vigência da Lei nº 11.386/2006, do bloqueio eletrônico de recursos financeiros para viabilizar a penhora, ainda que existentes outros bens penhoráveis, afastando, pois, o caráter excepcional de tal medida, dada a própria preferência legal estabelecida em favor do dinheiro esteja em depósito ou aplicação financeira.
6. Considerada a jurisprudência, consolidada no sentido de que o pedido de penhora na execução fiscal de créditos tributários, na vigência da Lei nº 11.382/06, sujeita-se, não mais aos requisitos do artigo 185-A do CTN e respectiva jurisprudência, mas aos dos artigos 655 e 655-A do Código de Processo Civil, resta inequívoca a validade do bloqueio eletrônico, até o limite da execução, de valores de titularidade da parte executada, existentes em depósitos ou aplicações em instituições financeiras, através do sistema BACENJUD.
7. A execução fiscal não pode sujeitar-se à ineficácia e à frustração de seu objetivo, com base no interesse, exclusivamente do devedor, de não sofrer a penhora capaz de satisfazer a pretensão deduzida em Juízo, sendo de relevância observar, neste como em qualquer outro feito, o princípio da efetividade e da celeridade da prestação jurisdicional, não havendo qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade na medida.
8. A recusa do bem oferecido à penhora não se deu de forma injustificada, mas em razão da não observância da ordem legal.
9. Encontra-se consolidada a jurisprudência, firme no sentido de que a previsão legal de uma ordem indicativa de preferência para a penhora em execução fiscal não pode ser sumariamente afastada por iniciativa e no interesse exclusivo do devedor; pois, além do princípio da menor onerosidade, existe o princípio do interesse público na execução fiscal, da utilidade da ação e da eficácia da prestação jurisdicional.
10. A menor onerosidade não pode ser invocada como cláusula de impedimento à penhora de outro bem além daquele nomeado no exclusivo interesse do devedor, mas, pelo contrário, deve ser interpretada - sempre à luz dos princípios que regem o processo, e o executivo fiscal em específico - como instrumento de afirmação do equilíbrio na execução, daí porque caber, se não observado o artigo 11 da Lei nº 6.830/80, a impugnação da FAZENDA NACIONAL, na tentativa de adequar a garantia à realidade do devedor e da própria execução, que não pode ser excessiva para um, nem frustrante para outro.

11. A análise para tal adequação deve considerar não apenas o bem sob o ângulo da natureza respectiva, à luz dos diversos incisos do artigo 11 da Lei nº 6.830/80, como igualmente as condições gerais e particulares, em termos de qualidade, conservação, valor econômico, comercial, liquidez etc., podendo a FAZENDA NACIONAL discutir a validade da nomeação a fim de aprimorar a garantia do Juízo, observado o limite da onerosidade razoável, caso a caso.

12. Agravo inominado desprovido.”

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0009174-23.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 04/09/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:09/09/2014) – sem grifos no original

Destarte, não há reparos a serem feitos na decisão agravada com relação à determinação de constrição de ativos financeiros por meio do sistema Bacenjud.

Enfim, nos termos em que lançada, não prospera a pretensão recursal.

Ante o exposto, **nego provimento ao agravo de instrumento.**

É como voto.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. BLOQUEIO DE ATIVOS FINANCEIROS PELO BACENJUD. PREFERÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Resulta do sistema processual vigente que a penhora de dinheiro em instituição financeira é a opção preferencial, cabendo ao executado demonstrar a respectiva impenhorabilidade ou pedir a substituição por outro bem cuja constrição seja-lhe menos onerosa e igualmente capaz de garantir a execução (arts. 835, inciso I e § 1º, 854, § 2º, e 847 do CPC).
2. A previsão legal de uma ordem indicativa de preferência para a penhora em execução fiscal não pode ser sumariamente afastada por iniciativa e no interesse exclusivo do devedor; pois, além do princípio da menor onerosidade, existe o princípio do interesse público na execução fiscal, da utilidade da ação e da eficácia da prestação jurisdicional.
3. A menor onerosidade não pode ser invocada como cláusula de impedimento à penhora de outro bem além daquele nomeado no exclusivo interesse do devedor, mas, pelo contrário, deve ser interpretada - sempre à luz dos princípios que regem o processo, e o executivo fiscal em específico - como instrumento de afirmação do equilíbrio na execução, daí porque caber, se não observado o artigo 11 da Lei nº 6.830/1980, a impugnação da Fazenda Pública, na tentativa de adequar a garantia à realidade do devedor e da própria execução, que não pode ser excessiva para um, nem frustrante para outro.

4. Conforme se verifica nos autos da execução fiscal em que se origina o presente recurso, foi ofertado bem imóvel para garantia do processo, contudo a União requereu a constrição de ativos financeiros, por entender que nos autos não havia demonstração segura de que o imóvel teria valor suficiente a garantir integralmente o crédito cobrado.

5. Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001739-38.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: XERYU S IMPORTADORA E DISTRIBUIDORA DE ARTIGOS PARA VESTUARIO LIMITADA

Advogado do(a) APELADO: MARCOS DE CARVALHO PAGLIARO - SP166020-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001739-38.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: XERYU S IMPORTADORA E DISTRIBUIDORA DE ARTIGOS PARA VESTUARIO LIMITADA

Advogado do(a) APELADO: MARCOS DE CARVALHO PAGLIARO - SP166020-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário e de recurso de apelação interposto pela **UNIÃO** em face da sentença, que concedeu a segurança para declarar o direito da impetrante **XERYUS IMPORTADORA E DISTRIBUIDORA DE ARTIGOS PARA VESTUARIO LIMITADA**, à exclusão dos valores correspondentes ao ICMS da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e ao COFINS, bem como à repetição dos valores indevidamente recolhidos, cinco últimos anos anteriores à impetração, por meio de restituição ou compensação, a serem requeridas administrativamente.

Em suas razões de apelação, a União sustentou, em síntese, que não há como prosperar a tese seguida pela r. sentença de que o ICMS não compõe a base de cálculo da contribuição ao PIS, vez que o valor do ICMS integra o preço da operação comercial para qualquer efeito, e esse valor incrementa a receita bruta da pessoa jurídica.

Comcontrarrazões, subiram os autos a essa E. Corte Regional.

O Ministério Público Federal, em manifestação da Procuradora Regional da República, Maria Luiza Grabner, opinou pelo regular prosseguimento do feito.

É o sucinto relatório.

srevi

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001739-38.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: XERYU S IMPORTADORA E DISTRIBUIDORA DE ARTIGOS PARA VESTUARIO LIMITADA
Advogado do(a) APELADO: MARCOS DE CARVALHO PAGLIARO - SP166020-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

O cerne da presente controvérsia gravita em torno do pleito da impetrante acerca do reconhecimento judicial que declare seu direito à exclusão do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) da base de cálculo das contribuições devidas a título de PIS e COFINS, bem como à declaração do direito de efetuar a compensação tributária dos valores recolhidos indevidamente nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação.

Pois bem.

No caso em análise, face à sentença concessiva de segurança contra a União, por força do disposto no §1º do art. 14, da Lei 12.016/2009, **reconheço a hipótese da obrigatoriedade ao duplo grau de jurisdição, com a análise da remessa necessária.**

Quanto ao mérito, a questão não carece de maiores debates, haja vista que em sessão plenária do dia 15.03.2017 foi julgado o RE nº 574.706/RS, que trata do tema atinente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a sistemática da repercussão geral (artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973), nos seguintes termos:

*"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Carmen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: **"O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins"**. Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017."*

(RE 574706 RG, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 15/03/2017, DJe-053 DIVULG 17-03-2017 PUBLIC 20-03-2017)

Reforce-se a esse quadro que em 29.09.2017 foi disponibilizada a ementa do aludido acórdão:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

Emsuma, a novel jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, assim como a do Superior Tribunal de Justiça, reconheceu a exclusão da parcela relativa ao ICMS da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, confira-se:

"TRIBUTO - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da Cofins, porque estranho ao conc eito de faturamento." (RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituindo receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido."

Cumpra-se asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

Na verdade, o ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.

Resta evidente, portanto, que o ICMS não tem a natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, veja-se:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ICMS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Encontra-se, atualmente, consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme constou do Boletim de Notícias do Supremo Tribunal Federal nº 762 de 06 a 11 de Outubro de 2014 (RE 240.785-2/MG).

2. Embargos infringentes desprovidos."

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI 0000266-78.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 04/11/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/11/2014)

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS e DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/04/2014)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DUPLO AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. VALIDADE. APROVEITAMENTO DO TÍTULO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.

2. A orientação no plano constitucional, a partir do precedente citado, foi adotada, recentemente, no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94, conforme AgRg no ARESP 593.627, Rel. p/ acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 07/04/2015.

3. Embora cabível excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, não se reconhece a nulidade da execução fiscal, que deve prosseguir pelo saldo efetivamente devido, não se cogitando, de extinção da execução fiscal, na conformidade da jurisprudência consolidada.

4. Agravos inominados desprovidos."

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB A SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. ICMS RECOLHIDO PELO SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO – ICMS-ST. EXCLUSÃO NO CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS PELO CONTRIBUINTE SUBSTITUÍDO. POSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO – PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS.

1. *Apelação da União não conhecida no que tange à necessidade de ser observado o disposto no artigo 170-A, do CTN, uma vez que a sentença não destoou desse entendimento.*
2. *O STF pacificou a controvérsia objeto de discussão nestes autos, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).*
3. *A pacificação do tema, por meio de julgado proferido sob o regime da repercussão geral (e/ou na sistemática dos recursos repetitivos), impõe que as decisões proferidas pelos juizes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.*
4. *A jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.*
5. *Embora o Supremo Tribunal Federal não tenha enfrentado a controvérsia atinente ao regime tributário adotado para a arrecadação do ICMS, tal questão não pode servir de óbice à aplicação do referido precedente quanto à exclusão do ICMS recolhido antecipadamente pelo substituto tributário em nome do contribuinte substituído, notadamente se considerada a circunstância de que tais antecipações do ICMS serão computadas no custo dos bens adquiridos pelo substituído e, por conseguinte, integrarão a sua receita bruta na etapa subsequente.*
6. *A compensação (a ser realizada após o trânsito em julgado destes autos – artigo 170-A do CTN) deverá observar a prescrição quanto aos valores pagos antes do quinquênio anterior à impetração. Deverá, outrossim, ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74 da Lei nº 9.430/1996, porém à exceção das contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991 (conforme disposição do artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 11.457/2007). A atualização monetária dos valores pagos deve ser realizada mediante aplicação da taxa Selic (artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995).*
7. *Na presente ação apenas se declara a existência do direito do contribuinte à compensação (Súmula 213 do STJ). Reserva-se à Administração o direito a ulterior verificação de sua plena regularidade, inclusive o encontro de contas. Para fins do simples reconhecimento/declaração do direito à compensação, os documentos colacionados aos autos são suficientes. A título ilustrativo, cumpre citar os comprovantes de arrecadação de Cofins não cumulativa, código de receita 5856, bem como de PIS não cumulativo, código de receita 6912.*
8. *Apelação da União improvida na parte conhecida. Remessa oficial parcialmente provida.*

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 5004832-09.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 25/03/2019, Intimação via sistema DATA: 27/03/2019)

Reconheço, portanto, o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Reforce-se que mesmo com as alterações posteriores na legislação que institui o PIS e a COFINS – Lei nº 12.973/14 – não temo condão de afastar o quanto decidido, pois, conforme amplamente demonstrado, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, **observada a prescrição quinquenal** e segundo a lei vigente ao tempo do ajuizamento da demanda, que ocorreu em **08/03/2017**.

Conforme jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, confira-se:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

5. Consectariamente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.

7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. *À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.*

12. *Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor; o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.*

13. *Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor; nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."*

14. *Consequentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/06/2004).*

15. *A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF). (Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)*

16. *O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.*

17. *Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."*

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

Destarte, conforme a jurisprudência acima colacionada e, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

Cumprе ressaltar que a compensação requerida nos presentes autos **não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias**, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior, *in verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO INEXISTENTE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. COMPENSAÇÃO. TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA. ART. 26 DA LEI N. 11.457/07. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nos termos da jurisprudência do STJ, é impossível a compensação de créditos tributários administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal com débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (contribuições sociais previstas nas alíneas 'a', 'b' e 'c' do parágrafo único do art. 11 da Lei n. 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida pelo art. 26 da Lei n. 11.457/07. Precedentes. Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1469537/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 24/10/2014)

Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, veja-se:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4º 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.

4. A Tabela Única aprovada pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação /repetição de indébito, quais sejam: (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDcl no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. O prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/05 (09.06.2005), nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.") (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: RESP 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009).

7. Outrossim, o artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

8. Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010)

Finalmente, o termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior, que ora colaciono:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNBEN. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL. APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.250/95. DESDE O RECOLHIMENTO INDEVIDO. SÚMULA 83/STJ

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nas ações de restituição de tributos federais, antes do advento da Lei 9.250/95, incide a correção monetária desde o pagamento indevido (no caso, no momento da indevida retenção do IR) até a restituição ou a compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros moratórios a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), na forma do art. 167, parágrafo único, do CTN.

3. Ocorre que, com o advento do referido diploma, passou-se a incidir a Taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou a partir de 1º de janeiro de 1996 (caso o recolhimento tenha ocorrido antes dessa data).

Agravo regimental improvido."

(AgRg no AgRg no AREsp 536.348/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014)

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso de apelação da União e **dou parcial provimento** à remessa necessária, apenas para reconhecer a impossibilidade de realizar a compensação pleiteada com as contribuições previdenciárias, nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. POSSIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE REALIZAR A COMPENSAÇÃO PLEITEADA COM AS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO. REMESSA NECESSÁRIA PARCIALMENTE PROVIDA.

1. O cerne da presente controvérsia gravita em torno do reconhecimento do direito da impetrante à exclusão dos valores correspondentes ao ICMS da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e a COFINS, bem como a compensação dos valores tidos como indevidamente recolhidos, nos últimos 05 (cinco) anos, com os acréscimos cabíveis.
2. A jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.
3. Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.
4. Cumpre asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.
5. O ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.
6. O ICMS não tem a natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.
7. Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da demanda, que ocorreu em **08/03/2017**.
8. Cumpre asseverar que a compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias.
9. Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil.
10. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior.
11. Recurso de apelação da União desprovido e remessa necessária parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso de apelação da União e deu parcial provimento à remessa necessária, apenas para reconhecer a impossibilidade de realizar a compensação pleiteada com as contribuições previdenciárias, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELANTE: SKF DO BRASIL LTDA
Advogado do(a) APELANTE: WAGNER SERPA JUNIOR - SP232382-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

DECISÃO

Vistos.

ID. 132551313: trata-se de pedido de reconsideração, buscando reversão da decisão que indeferiu a substituição da garantia ofertada nos autos.

As alegações envolvem o próprio mérito da controvérsia devolvida ao exame do agravo de instrumento, e devem ser apreciadas pelo colegiado, até diante do efeito desconstitutivo que se pretende, de caráter exauriente, cuja recomposição é inviável, mesmo que posteriormente se decida em sentido contrário, o que reforça a competência da Turma para exame originário e em definitivo da matéria.

Inclua-se na próxima pauta de julgamento.

Publique-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

Desembargador Federal CARLOS MUTA

Relator

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5005370-11.2018.4.03.6114
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: H.P. CALCADOS E CONFECÇÕES LTDA
Advogado do(a) APELADO: JOSE CARLOS BRAGA MONTEIRO - RS45707-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5005370-11.2018.4.03.6114
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: H.P. CALCADOS E CONFECÇÕES LTDA
Advogado do(a) APELADO: JOSE CARLOS BRAGA MONTEIRO - RS45707-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa necessária, tida por submetida, e recurso de apelação interposto pela União em face de sentença prolatada nos autos do *mandamus* impetrado por **H. P. Calçados e Confecções Ltda.**, objetivando a exclusão do ICMS incidente sobre a base de cálculo do PIS e da COFINS, além do direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos nos cinco anos que antecedem o ajuizamento da ação.

Na sentença, o Juízo *a quo* julgou procedente o pedido, para excluir do conceito de receita bruta os valores devidos a título de ICMS, para fins de cálculo do PIS/COFINS, declarando o direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos, corrigidos pela Selic, respeitada a prescrição quinquenal, após o trânsito em julgado (Id 35882618, p. 1-4).

Apelou a União (Id 35882622, p. 1-23), requerendo, preliminarmente, a suspensão do feito até que o Supremo Tribunal Federal conclua o julgamento do RE 574.576, com modulação dos efeitos, sustentando, no mérito, a legalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Com contrarrazões da parte apelada (Id 35882627, p. 1-9), vieramos autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal, em parecer do Procurador Regional da República Sérgio Fernando das Neves, manifestou-se pelo regular prosseguimento (Id 50704374, p. 1-2).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5005370-11.2018.4.03.6114
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: H.P. CALCADOS E CONFECÇÕES LTDA
Advogado do(a) APELADO: JOSE CARLOS BRAGA MONTEIRO - RS45707-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

Preliminarmente, recente jurisprudência do STF reitera o entendimento acerca da aplicação imediata do artigo 1.040 do Código de Processo Civil e julgamento do feito, independentemente do trânsito em julgado do acórdão paradigma, *verbis*:

*"RECURSO EXTRAORDINÁRIO - TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SUBSTITUTIVA - BASE DE CÁLCULO - NÃO INCLUSÃO DO VALOR RELATIVO AO ICMS - ENTENDIMENTO FIRMADO COM BASE EM ORIENTAÇÃO QUE O PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PROCLAMOU NA APRECIÇÃO DO RE 574.706-RG/PR - **POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO IMEDIATO PELO RELATOR DE IDÊNTICA CONTROVÉRSIA INDEPENDENTEMENTE DA PUBLICAÇÃO OU DO TRÂNSITO EM JULGADO DO ACÓRDÃO PROFERIDO NO "LEADING CASE"** - SUCUMBÊNCIA RECURSAL (CPC, ART. 85, § 11) - NÃO DECRETAÇÃO, NO CASO, ANTE A INADMISSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO EM VERBA HONORÁRIA, POR TRATAR-SE DE PROCESSO DE MANDADO DE SEGURANÇA (SÚMULA 512/STF E LEI Nº 12.016/2009, ART. 25) - AGRAVO INTERNO IMPROVIDO."*

(RE 1089337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 27/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-093 DIVULG 14-05-2018 PUBLIC 15-05-2018) g.n.

*"COFINS E PIS - BASE DE CÁLCULO - ICMS - EXCLUSÃO. O Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços - ICMS não compõe a base de incidência do PIS e da COFINS. Precedentes: recurso extraordinário 240.785/MG, relator ministro Marco Aurélio, Pleno, acórdão publicado no Diário da Justiça de 8 de outubro de 2014 e recurso extraordinário nº 574.706/PR, julgado sob o ângulo da repercussão geral, relatora ministra Cármen Lúcia, Pleno, acórdão veiculado no Diário da Justiça de 2 de outubro de 2017. REPERCUSSÃO GERAL - ACÓRDÃO - PUBLICAÇÃO - EFEITOS - ARTIGO 1.040 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. **A sistemática prevista no artigo 1.040 do Código de Processo Civil sinaliza, a partir da publicação do acórdão paradigma, a observância do entendimento do Plenário, formalizado sob o ângulo da repercussão geral.**"*

(AI 523706 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 10/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-109 DIVULG 01-06-2018 PUBLIC 04-06-2018) g.n.

Assim, a ausência de trânsito em julgado ou eventual possibilidade de modulação dos efeitos da decisão não impede que o entendimento seja desde logo adotado, conforme precedentes.

No mérito, a sentença deve ser mantida.

Em sessão plenária do dia 15.03.2017 foi julgado o RE nº 574.706/RG, que trata do tema atinente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a sistemática da repercussão geral (artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973), que constou com a seguinte decisão:

"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017."

(RE 574706 RG, Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA, julgado em 15/03/2017, DJe-053 DIVULG 17-03-2017 PUBLIC 20-03-2017)

Em 29.09.2017 foi disponibilizada a ementa do referido acórdão:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta Terceira Turma.

Ademais, a questão não carece de maiores debates, visto que a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça reconheceram a exclusão da parcela relativa ao ICMS, da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, *verbis*:

"TRIBUTO - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da COFINS, porque estranho ao conceito de faturamento."

(RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituindo receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido."

Cumpra-se asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

A exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS e do PIS decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

Assim, a falta de definitividade da entrada de valores a título de ICMS no caixa da pessoa jurídica caracteriza a ausência da natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, que, repita-se, tem natureza de receita para o Estado-membro.

Ademais, o termo "faturamento" deve ser conceituado no sentido técnico consagrado pela jurisprudência e pela doutrina.

Ainda, o ICMS é imposto indireto no qual o ônus financeiro é transferido para o consumidor final, tornando-se este o contribuinte de fato da exação. Assim, o sujeito passivo do tributo - aquele que realiza a operação de circulação de mercadorias - apenas tem o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, qual seja, o Estado-membro ou o Distrito Federal, mostrando-se, incontestavelmente, despedido da natureza jurídica de receita para o sujeito passivo.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, *verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ICMS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Encontra-se, atualmente, consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme constou do Boletim de Notícias do Supremo Tribunal Federal nº 762 de 06 a 11 de Outubro de 2014 (RE 240.785-2/MG).

2. Embargos infringentes desprovidos."

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI 0000266-78.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 04/11/2014, e-DJF3: 13/11/2014)

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS e DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3: 11/04/2014)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DUPLO AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. VALIDADE. APROVEITAMENTO DO TÍTULO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.

2. A orientação no plano constitucional, a partir do precedente citado, foi adotada, recentemente, no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94, conforme AgRg no ARES 593.627, Rel. p/acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 07/04/2015.

3. Embora cabível excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, não se reconhece a nulidade da execução fiscal, que deve prosseguir pelo saldo efetivamente devido, não se cogitando, de extinção da execução fiscal, na conformidade da jurisprudência consolidada.

4. Agravos inominados desprovidos."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0030027-53.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/05/2015, e-DJF3:28/05/2015)

Considerando o julgamento do RE n.º 240.785-2, que declarou inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, o advento da Lei n.º 12.973/2014 em nada altera o entendimento proferido pela Suprema Corte.

Com efeito, a superveniência da Lei, modificando o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, e, respeitando-se a prescrição quinquenal, é direito do impetrante a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por compensação, conforme os termos delineados a seguir:

De fato, de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em julgados afetados ao Tema Repetitivo n.º 118, em se tratando de mandado de segurança cuja pretensão do contribuinte é apenas a de ver reconhecido o direito de compensar (provimento de cunho declaratório), sem apuração do efetivo montante dos recolhimentos realizados indevidamente, não cabe exigir do impetrante, credor tributário, a juntada das guias de recolhimento dos tributos, pois esta apreciação está reservada, em tais situações, ao âmbito administrativo, oportunidade em que serão assegurados à autoridade fazendária a fiscalização e o controle do procedimento compensatório.

Nesse sentido:

*"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TESE FIRMADA SOB O RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. ART. 1.036 E SEQUINTE DO CÓDIGO FUX. DIREITO DO CONTRIBUINTE À DEFINIÇÃO DO ALCANCE DA TESE FIRMADA NO TEMA 118/STJ (RESP 1.111.164/BA, DA RELATORIA DO EMINENTE MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI). **INEXIGIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO, NO WRIT OF MANDAMUS, DO EFETIVO RECOLHIMENTO DO TRIBUTO, PARA O FIM DE OBTER DECLARAÇÃO DO SEU DIREITO À COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA, OBVIAMENTE SEM QUALQUER EMPECILHO À ULTERIOR FISCALIZAÇÃO DA OPERAÇÃO COMPENSATÓRIA PELO FISCO FEDERAL. A OPERAÇÃO DE COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA REALIZADA NA CONTABILIDADE DA EMPRESA CONTRIBUINTE FICA SUJEITA AOS PROCEDIMENTOS DE FISCALIZAÇÃO DA RECEITA COMPETENTE, NO QUE SE REFERE AOS QUANTITATIVOS CONFRONTADOS E À RESPECTIVA CORREÇÃO. RECURSO ESPECIAL DA CONTRIBUINTE A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.***

1. Esclareça-se que a questão ora submetida a julgamento encontra-se delimitada ao alcance da aplicação da tese firmada no Tema 118/STJ (REsp. 1.111.164/BA, da relatoria do eminente Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, submetido a sistemática do art. 543-C do CPC/1973), segundo o qual é necessária a efetiva comprovação do recolhimento feito a maior ou indevidamente para fins de declaração do direito à compensação tributária em sede de Mandado de Segurança.

2. A afetação deste processo a julgamento pela sistemática repetitiva foi decidida pela Primeira Seção deste STJ, em 24.4.2018, por votação majoritária; de qualquer modo, trata-se de questão vencida, de sorte que o julgamento do feito como repetitivo é assunto precluso.

3. Para se espantar qualquer dúvida sobre a viabilidade de se garantir, em sede de Mandado de Segurança, o direito à utilização de créditos por compensação, esta Corte Superior reafirma orientação unânime, inclusive consagrada na sua Súmula 213, de que o Mandado de Segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária.

4. No entanto, ao sedimentar a Tese 118, por ocasião do julgamento do REsp. 1.111.164/BA, da relatoria do eminente Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, a Primeira Seção desta Corte firmou diretriz de que, tratando-se de Mandado de Segurança que apenas visa à compensação de tributos indevidamente recolhidos, impõe-se delimitar a extensão do pedido constante da inicial, ou seja, a ordem que se pretende alcançar para se determinar quais seriam os documentos indispensáveis à propositura da ação. O próprio voto condutor do referido acórdão, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC/1973, é expresso ao distinguir as duas situações, a saber: (...) a primeira, em que a impetração se limita a ver reconhecido o direito de compensar (que tem como pressuposto um ato da autoridade de negar a compensabilidade), mas sem fazer juízo específico sobre os elementos concretos da própria compensação; e outra situação é a da impetração, à declaração de compensabilidade, agrega (a) pedido de juízo específico sobre os elementos da própria compensação (v.g.: reconhecimento do indébito tributário que serve de base para a operação de compensação, acréscimos de juros e correção monetária sobre ele incidente, inexistência de prescrição do direito de compensar), ou (b) pedido de outra medida executiva que tem como pressuposto a efetiva realização da compensação (v.g.: expedição de certidão negativa, suspensão da exigibilidade dos créditos tributários contra os quais se opera a compensação).

5. Logo, postulando o Contribuinte apenas a concessão da ordem para se declarar o direito à compensação tributária, em virtude do reconhecimento judicial transitado em julgado da ilegalidade ou inconstitucionalidade da exigência da exação, independentemente da apuração dos respectivos valores, é suficiente, para esse efeito, a comprovação de que o impetrante ocupa a posição de credor tributário, visto que os comprovantes de recolhimento indevido serão exigidos posteriormente, na esfera administrativa, quando o procedimento de compensação for submetido à verificação pelo Fisco.

Ou seja, se a pretensão é apenas a de ver reconhecido o direito de compensar, sem abranger juízo específico dos elementos da compensação ou sem apurar o efetivo quantum dos recolhimentos realizados indevidamente, não cabe exigir do impetrante, credor tributário, a juntada das providências somente será levada a termo no âmbito administrativo, quando será assegurada à autoridade fazendária a fiscalização e controle do procedimento compensatório.

6. Todavia, a prova dos recolhimentos indevidos será pressuposto indispensável à impetração, quando se postular juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, com a efetiva investigação da liquidez e certeza dos créditos, ou, ainda, na hipótese em que os efeitos da sentença supõem a efetiva homologação da compensação a ser realizada. Somente nessas hipóteses o crédito do contribuinte depende de quantificação, de modo que a inexistência de comprovação cabal dos valores indevidamente recolhidos representa a ausência de prova pré-constituída indispensável à propositura da ação mandamental.

7. Na hipótese em análise, em que se visa garantir a compensação de valores indevidamente recolhidos a título do PIS e da COFINS, calculados na forma prevista no art. 3o., § 1o. da Lei 9.718/1998, o Tribunal de origem manteve a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido, concedendo a segurança apenas para garantir a compensação dos valores indevidamente recolhidos, limitando-os, todavia, àqueles devidamente comprovados nos autos.

8. Ao assim decidir, o Tribunal de origem deixou de observar que o objeto da lide limitou-se ao reconhecimento do direito de compensar, e, nesse ponto, foi devidamente comprovada a liquidez e certeza do direito necessário à impetração do Mandado de Segurança, porquanto seria preciso tão somente demonstrar que a impetrante estava sujeita ao recolhimento do PIS e da COFINS, com base de cálculo prevista no art. 3o., § 1o. da Lei 9.718/1998, cuja obrigatoriedade foi afastada pelas instâncias ordinárias.

9. Extrai-se do pedido formulado na exordial que a impetração, no ponto atinente à compensação tributária, tem natureza preventiva e cunho meramente declaratório, e, portanto, a concessão da ordem postulada só depende do reconhecimento do direito de se compensar tributo submetido ao regime de lançamento por homologação. Ou seja, não pretendeu a impetrante a efetiva investigação da liquidez e certeza dos valores indevidamente pagos, apurando-se o valor exato do crédito submetido ao acervo de contas, mas, sim, a declaração de um direito subjetivo à compensação tributária de créditos reconhecidos com tributos vencidos e vincendos, e que estará sujeita a verificação de sua regularidade pelo Fisco.

10. Portanto, a questão debatida no Mandado de Segurança é meramente jurídica, sendo desnecessária a exigência de provas do efetivo recolhimento do tributo e do seu montante exato, cuja apreciação, repita-se, fica postergada para a esfera administrativa.

11. Recurso Especial da Contribuinte ao qual se dá parcial provimento, para reconhecer o direito à compensação dos valores de PIS e COFINS indevidamente recolhidos, ainda que não tenham sido comprovados nos autos.

12. Acórdão submetido ao regime do art. 1.036 do Código Flux, fixando-se a seguinte tese, apenas explicitadora do pensamento zavaskiano consignado no julgamento REsp. 1.111.164/BA: (a) tratando-se de Mandado de Segurança impetrado com vistas a declarar o direito à compensação tributária, em virtude do reconhecimento da ilegalidade ou inconstitucionalidade da exigência da exação, independentemente da apuração dos respectivos valores, é suficiente, para esse efeito, a comprovação de que o impetrante ocupa a posição de credor tributário, visto que os comprovantes de recolhimento indevido serão exigidos posteriormente, na esfera administrativa, quando o procedimento de compensação for submetido à verificação pelo Fisco; e (b) tratando-se de Mandado de Segurança com vistas a obter juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, com efetiva investigação da liquidez e certeza dos créditos, ou, ainda, na hipótese em que os efeitos da sentença supõem a efetiva homologação da compensação a ser realizada, o crédito do contribuinte depende de quantificação, de modo que a inexistência de comprovação cabal dos valores indevidamente recolhidos representa a ausência de prova pré-constituída indispensável à propositura da ação." (sem grifos no original)"

(REsp 1715256/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/02/2019, DJe 11/03/2019)

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, visto a data que o presente *mandamus* foi ajuizado e, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, *verbis*:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

5. Conseqüentemente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.

7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

9. Entretanto, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (REsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponete própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor; o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.

13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor; nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."

14. Consequentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF). (Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010).

Conforme a jurisprudência acima colacionada e, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

Cumprido ressaltar que a compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior, verbis:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO INEXISTENTE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. COMPENSAÇÃO. TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA. ART. 26 DA LEI N. 11.457/07. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nos termos da jurisprudência do STJ, é impossível a compensação de créditos tributários administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal com débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (contribuições sociais previstas nas alíneas 'a', 'b' e 'c' do parágrafo único do art. 11 da Lei n. 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida pelo art. 26 da Lei n. 11.457/07. Precedentes. Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1469537/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 24/10/2014)

Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, *verbis*:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4º 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.

4. A Tabela Única a prova da pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação /repetição de indébito, quais sejam: (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDcl no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. O prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/05 (09.06.2005), nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.") (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: RESP 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009).

7. Outrossim, o artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

8. Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010)

Finalmente, o termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior, *verbis*:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNBEN. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL. APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.250/95. DESDE O RECOLHIMENTO INDEVIDO. SÚMULA 83/STJ

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nas ações de restituição de tributos federais, antes do advento da Lei 9.250/95, incide a correção monetária desde o pagamento indevido (no caso, no momento da indevida retenção do IR) até a restituição ou a compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros moratórios a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), na forma do art. 167, parágrafo único, do CTN.

3. Ocorre que, com o advento do referido diploma, passou-se a incidir a Taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou a partir de 1º de janeiro de 1996 (caso o recolhimento tenha ocorrido antes dessa data).

Agravo regimental improvido."

(AgRg no AgRg no AREsp 536.348/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014)

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** à remessa necessária, tida por submetida, e à apelação da União, nos termos da fundamentação.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. MANDADO DE SEGURANÇA. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. REMESSA NECESSÁRIA, TIDA POR SUBMETIDA E APELAÇÃO DA UNIÃO DESPROVIDAS.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontrar inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse Tribunal Regional Federal da 3ª Região.
2. A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, uma vez que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.
3. A superveniência da Lei nº 12.973/2014, que alargou o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.
4. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e respeitando-se a prescrição quinquenal, é assegurada ao impetrante a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por compensação.
5. A compensação dos valores recolhidos indevidamente, deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, visto a data que o presente *mandamus* foi ajuizado.
6. É necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.
7. A compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior.
8. É aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil.
9. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior,
10. Remessa necessária, tida por submetida, e apelação da União desprovidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO à remessa necessária, tida por submetida, e à apelação da União, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0006010-46.2005.4.03.6182
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: VECTOR INCORP E EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA - ME, EDUARDO LUIZ DORO
Advogado do(a) APELADO: ALEXANDRE COUTINHO DA SILVEIRA - SP309966-A
Advogado do(a) APELADO: ALEXANDRE COUTINHO DA SILVEIRA - SP309966-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 0006010-46.2005.4.03.6182
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: VECTOR INCORP E EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA - ME, EDUARDO LUIZ DORO
Advogado do(a) APELADO: ALEXANDRE COUTINHO DA SILVEIRA - SP309966-A
Advogado do(a) APELADO: ALEXANDRE COUTINHO DA SILVEIRA - SP309966-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos pela União em face da decisão de fls. 389/394 que não conheceu da remessa oficial e negou provimento ao seu recurso de apelação.

Aduz, em síntese, que o acórdão não apreciou devidamente o caso com relação à decretação de nulidade da inscrição, ignorando a presunção de certeza e liquidez do crédito inscrito, nos termos do art. 10, §1º, II, "a" da Lei nº 9.393/1996 e art. 3º, a Lei nº 6.830/1980. Alega que a decisão não observou o disposto nos arts 202 e 203 do CTN. Requer a reforma da decisão.

Em petição ID 124077787, a embargada requer a certificação do trânsito em julgado, em razão do v. acórdão ter sido disponibilizado no *e-DJF* em 25/09/2019 conforme certidão de fl. 395.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 0006010-46.2005.4.03.6182
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: VECTOR INCORP E EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA - ME, EDUARDO LUIZ DORO
Advogado do(a) APELADO: ALEXANDRE COUTINHO DA SILVEIRA - SP309966-A
Advogado do(a) APELADO: ALEXANDRE COUTINHO DA SILVEIRA - SP309966-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Em atenção à petição ID 108230101, conforme o ato ordinatório ID 124077787, as partes foram intimadas em 13/02/2020 e a Fazenda Pública goza da prerrogativa de intimação pessoal, conforme art. 183, §1º, do CPC/2015. Assim, a publicação em órgão oficial é meio de intimação inaplicável à Fazenda Pública. No mesmo sentido, o enunciado 401 do FPPC: "*Para fins de contagem de prazo da Fazenda Pública nos processos que tramitam em autos eletrônicos, não se considera como intimação pessoal a publicação pelo Diário da Justiça Eletrônico*".

Os embargos de declaração, a teor do art. 1.022 do CPC/2015, não são o meio próprio ao reexame da causa, devendo limitar-se ao esclarecimento de obscuridade, contradição, omissão ou à existência de erro material no julgado.

A omissão que enseja o oferecimento dos aclaratórios consiste na falta de manifestação expressa sobre algum fundamento de fato ou de direito trazido nas razões recursais e sobre o qual deveria manifestar-se julgador, e que é capaz, por si só, de afastar a conclusão adotada para o julgamento do recurso (arts. 1.022 e 489, § 1º, CPC).

A mera leitura do r. julgado embargado revela que todos os temas expostos nas razões de apelação foram integralmente debatidos no âmbito desta e. Turma julgadora.

Confira-se:

DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ITR. DIVERGÊNCIA ENTRE A ÁREA REGISTRADA E ÁREA EFETIVA. FALTA DE CERTEZA QUANTO AOS CRITÉRIOS PARA APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. NULIDADE DA INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO. REMESSA OFICIAL NÃO CONHECIDA.

1 - Nos termos dos artigos 29, do CTN, e 1º, da Lei nº 9.393/1996, a incidência tributária do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR, de competência da União, sob o ângulo do aspecto material da regra matriz, é a propriedade, o domínio útil ou a posse de imóvel por natureza, como definido na lei civil, localizado fora da zona urbana do Município.

2 - O cerne da controvérsia em apreciação envolve a base de cálculo do ITR, sob a alegação, em síntese, de que há divergências quanto à área tributável constante nos registros imobiliários e a área total de fato existente, revelando-se que os imóveis, na verdade, estão sobrepostos, razão pela qual restaria incorreta a incidência fiscal. Ademais, o imóvel rural objeto desta ação coincidiria com o discutido no Processo nº 2005.39.00.006843-5/JFPA (0006834-18.2005.4.01.3900), em trâmite perante o Tribunal Regional Federal da 1ª Região - TRF1.

3 - Predomina na jurisprudência o entendimento de que o julgador pode validar a utilização de prova produzida em outro processo, desde que observado o contraditório. O CPC/2015, em seu artigo 372 admite sua utilização, em respeito ao princípio da efetividade processual.

4 - Embora não tenha sido realizada prova pericial nestes autos, observa-se que a União/Fazenda Nacional não contesta a prova pericial juntada pelo executado produzida nos autos nº 2005.39.00.006843-5, que tramitou pela 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Pará, e nem contradiz o argumento de que a área dos imóveis, ora discutida, não é contígua, mas sim composta por sobreposições múltiplas, revelando unidades inexistentes e restando, de fato, área total inferior a descrita nos registros imobiliários e menor do que a tributada pela União.

5 - Portanto, uma vez que não há certeza quanto a área total do imóvel, tampouco quanto as áreas isentas registradas (preservação permanente, reserva legal, não aproveitáveis, etc.), a exigência tributária tornou-se irregular por falta de certeza do título executivo.

6 - Recurso de apelação desprovida.

7 - Remessa oficial não conhecida.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, ApelRemNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 2300093 - 0006010-46.2005.4.03.6182, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 18/09/2019, e-DJF3 Judicial 1 DATA:25/09/2019)

Em que pese haver presunção de certeza e liquidez do crédito tributário, tal presunção é relativa (art. 204, do CTN), sendo possível a análise judicial.

Como ficou expressamente consignado, uma vez que não há certeza quanto à área total do imóvel, tampouco quanto às áreas isentas registradas (preservação permanente, reserva legal, não aproveitáveis, etc.), a exigência tributária tornou-se irregular por falta de certeza do título executivo.

Encontra-se pacificada a jurisprudência de que não está o julgador obrigado a se manifestar ou rebater, um por um, cada argumento invocado pelas partes para sustentar suas razões se, como foi o caso, por outros elementos, emitir juízo fundamentado e suficiente para dirimir o litígio.

A aplicação do direito ao caso, ainda que por meio de solução jurídica diversa da requerida por um dos litigantes, não induz negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

Portanto, se constata que a fundamentação adotada no acórdão é suficiente para respaldar a conclusão alcançada, pelo que ausente pressuposto a ensejar a oposição de embargos de declaração, nos termos do art. 1.022, do CPC.

Cumpre asseverar que o escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, devem ser rejeitados os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. INDEVIDA PRETENSÃO DE REEXAME E REDISCUSSÃO DA CAUSA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TEMA AMPLAMENTE DEBATIDO. MERO INCONFORMISMO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1 - Os embargos de declaração, a teor do art. 1.022 do CPC/2015, não são o meio próprio ao reexame da causa, devendo limitar-se ao esclarecimento de obscuridade, contradição, omissão ou à existência de erro material no julgado.

2 - A mera leitura do r. julgado embargado revela que todos os temas expostos nas razões de apelação foram integralmente debatidos no âmbito desta e. Turma julgadora.

3 - Em que pese haver presunção de certeza e liquidez do crédito tributário, tal presunção é relativa, sendo possível a análise judicial.

4 - Como ficou expressamente consignado, uma vez que não há certeza quanto à área total do imóvel, tampouco quanto às áreas isentas registradas (preservação permanente, reserva legal, não aproveitáveis, etc.), a exigência tributária tornou-se irregular por falta de certeza do título executivo.

5 - A aplicação do direito ao caso, ainda que por meio de solução jurídica diversa da requerida por um dos litigantes, não induz negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

6 - Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5003379-48.2019.4.03.6119

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: FFMJ LOCAÇÃO E SERVIÇOS DE TRANSPORTES EIRELI - ME

Advogado do(a) APELADO: MARCELO MONZANI - SP170013-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5003379-48.2019.4.03.6119
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: FFMJ LOCACAO E SERVICOS DE TRANSPORTES EIRELI - ME
Advogado do(a) APELADO: MARCELO MONZANI - SP170013-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial e de recurso de apelação interposto pela **União** em face da sentença que concedeu a ordem para determinar a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e reconhecer o direito à compensação, após o trânsito em julgado, observada a prescrição quinquenal.

Em suas razões, a apelante requer, preliminarmente, o sobrestamento do feito. No mérito sustenta, em síntese, que:

a) o ICMS integra o faturamento, base de cálculo do PIS e da COFINS, definida em lei.

b) após a edição da Lei n.º 12.973/2014, que alterou a redação dos arts. 1º e seus respectivos §§1º das Leis n.ºs 10.637/02 e 10.833/02, resta incontestada a inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições em análise

c) *“caso reconhecido o direito à compensação, de rigor a diferenciação entre créditos/débitos anteriores à utilização do e-Social (que não permitem a compensação cruzada, nos termos da jurisprudência clássica) e aqueles posteriores, os quais poderão ser compensados nos termos das modificações introduzidas pela Lei n.º 13.670/2018”* ID 95082591.

Com contrarrazões vieram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal, em manifestação de lavra do e. Procurador Regional da República Sérgio Lauria Ferreira, deixou de exarar parecer por entender não haver interesse público primário que justifique sua intervenção no feito..

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5003379-48.2019.4.03.6119
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: FFMJ LOCACAO E SERVICOS DE TRANSPORTES EIRELI - ME
Advogado do(a) APELADO: MARCELO MONZANI - SP170013-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores resem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.

Passo ao exame do mérito.

De início, ressalte-se que em sessão plenária do dia 15.03.2017 foi julgado o RE nº 574.706/RG, que trata do tema atinente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a sistemática da repercussão geral (artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973), que constou com a seguinte decisão:

"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da cofins ". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017."

(RE 574706 RG, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 15/03/2017, DJe-053 DIVULG 17-03-2017 PUBLIC 20-03-2017)

Reforce-se a esse quadro que em 29.09.2017 foi disponibilizada a ementa do aludido acórdão:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS . DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS .

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS , não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS . 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS ."

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o E. Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

Indo adiante, a questão não carece de maiores debates, visto que a novel jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal e do C. Superior Tribunal de Justiça reconheceu a exclusão da parcela relativa ao ICMS , da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS , confira-se:

"TRIBUTO - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS . O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da cofins , porque estranho ao conceito de faturamento."

(RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS . COFINS . BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS . POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituindo receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS .

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido."

(AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 07/04/2015)

Cumprase asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

Ressalto, por oportuno, que a falta de definitividade da entrada de valores a título de ICMS no caixa da pessoa jurídica caracteriza a ausência da natureza jurídica adrede mencionada, que, repita-se, tem natureza de receita para o Estado-membro.

Ademais, o termo "faturamento" deve ser conceituado no sentido técnico consagrado pela jurisprudência e pela doutrina.

Ainda, o ICMS é imposto indireto no qual o ônus financeiro é transferido para o consumidor final, tomando-se este o contribuinte de fato da exação. Assim, o sujeito passivo do tributo - aquele que realiza a operação de circulação de mercadorias - apenas tem o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, qual seja, o Estado-membro ou o Distrito Federal, mostrando-se, incontestavelmente, despido da natureza jurídica de receita para o sujeito passivo.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, veja-se:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ICMS . INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS / COFINS . IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Encontra-se, atualmente, consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS , conforme constou do Boletim de Notícias do Supremo Tribunal Federal nº 762 de 06 a 11 de Outubro de 2014 (RE 240.785-2/MG).

2. Embargos infringentes desprovidos."

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI 0000266-78.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 04/11/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/11/2014)

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS e DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS . DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS .

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS , afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS .

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/04/2014)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DUPLO AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS . EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS / COFINS . VALIDADE. APROVEITAMENTO DO TÍTULO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.

2. A orientação no plano constitucional, a partir do precedente citado, foi adotada, recentemente, no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94, conforme AgRg no ARES 593.627, Rel. p/acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 07/04/2015.

3. Embora cabível excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, não se reconhece a nulidade da execução fiscal, que deve prosseguir pelo saldo efetivamente devido, não se cogitando, de extinção da execução fiscal, na conformidade da jurisprudência consolidada.

4. Agravos inominados desprovidos."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0030027-53.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/05/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/05/2015)

Por fim, diga-se que, considerando o julgamento do RE n.º 240.785-2 que declarou inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, o advento da Lei n.º 12.973/2014 em nada altera o entendimento proferido pela Suprema Corte.

Com efeito, a superveniência da Lei, modificando o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, e, respeitando-se a prescrição quinquenal, é direito da impetrante a repetição dos valores recolhidos indevidamente, através da compensação, conforme os termos delineados a seguir.

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei n.º 9.430/96, com as modificações perpetradas pelas Leis n.º 10.637/02 e 13.670/2018, visto a data que o presente *mandamus* foi impetrado e, conforme jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, confira-se:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

5. Conseqüentemente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.

7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutoria de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS comparcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.

13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."

14. Consequentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF). (Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010).

Destarte, conforme a jurisprudência acima colacionada e, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

Cabe acrescentar, por fim, que, em razão do presente *mandamus* ter sido impetrado após a entrada em vigor da Lei n.º 13.670/2018, que revogou o art. 26 da Lei n.º 11.457/2007, não se aplica mais a vedação da compensação dos valores recolhidos indevidamente com as contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei n.º 8.212/1991. No entanto, deve-se observar o quanto disposto no art. 26-A da Lei n.º 11.457/2007, incluído pela Lei n.º 13.670/2018.

Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, veja-se:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4ª 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.

4. A Tabela Única a prova da pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação /repetição de indébito, quais sejam: (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDcl no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. O prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/05 (09.06.2005), nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.") (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: RESP 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009).

7. Outrossim, o artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

8. Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010)

Finalmente, o termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior, que ora colaciono:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNBEN. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL. APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.250/95. DESDE O RECOLHIMENTO INDEVIDO. SÚMULA 83/STJ

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nas ações de restituição de tributos federais, antes do advento da Lei 9.250/95, incide a correção monetária desde o pagamento indevido (no caso, no momento da indevida retenção do IR) até a restituição ou a compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros moratórios a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), na forma do art. 167, parágrafo único, do CTN.

3. Ocorre que, como o advento do referido diploma, passou-se a incidir a Taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou a partir de 1º de janeiro de 1996 (caso o recolhimento tenha ocorrido antes dessa data).

Agravo regimental improvido."

(AgRg no AgRg no AREsp 536.348/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014)

Ante o exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** à remessa oficial e ao recurso de apelação, apenas para determinar a aplicação do art. 26-A da Lei n.º 11.457/2007, incluído pela Lei n.º 13.670/2018, determinando-se a diferenciação entre créditos/débitos anteriores à utilização do e-Social e aqueles posteriores, os quais poderão ser compensados nos termos das modificações introduzidas pela Lei n.º 13.670/2018.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO.

1. Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores resembrados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

3. A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, uma vez que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

4. A superveniência da Lei n.º 12.973/2014, que alargou o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

5. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e respeitando-se a prescrição quinquenal, é assegurada à impetrante a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio de compensação ou repetição.

6. A compensação deverá ser realizada nos termos do art. 74 da Lei n.º 9.430/96 com as modificações perpetradas pelas Leis n.ºs 10.637/02 e 13.670/2018. Precedentes do STJ.

7. Em razão do presente *mandamus* ter sido impetrado após a entrada em vigor da Lei n.º 13.670/2018, que revogou o art. 26 da Lei n.º 11.457/2007, não se aplica mais a vedação da compensação dos valores recolhidos indevidamente com as contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei n.º 8.212/1991. No entanto, deve-se observar o quanto disposto no art. 26-A da Lei n.º 11.457/2007, incluído pela Lei n.º 13.670/2018.

8. A taxa SELIC é o índice aplicável para a correção monetária, cujo termo inicial é a data do pagamento indevido. Precedentes do STJ.

9. Remessa oficial e recurso de apelação providos em parte, apenas para determinar a observância do art. 26-A da Lei n.º 11.457/2007, incluído pela Lei n.º 13.670/2018, determinando-se a diferenciação entre créditos/débitos anteriores à utilização do e-Social e aqueles posteriores, os quais poderão ser compensados nos termos das modificações introduzidas pela Lei n.º 13.670/2018.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, DEU PARCIAL PROVIMENTO à remessa oficial e ao recurso de apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001120-18.2017.4.03.6130

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: QUALICABLE - TECNOLOGIA, INDUSTRIA E COMERCIO LTDA.

Advogados do(a) APELADO: ALEXANDRE JACINTO DE ARAUJO - SP350360-A, JOSEFA FERREIRA NAKATANI - SP252885-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001120-18.2017.4.03.6130
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: QUALICABLE - TECNOLOGIA, INDUSTRIA E COMERCIO LTDA.
Advogados do(a) APELADO: ALEXANDRE JACINTO DE ARAUJO - SP350360-A, JOSEFA FERREIRA NAKATANI - SP252885-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto, em ação ordinária, pela **UNIÃO** em face da sentença, que julgou procedente o pedido para reconhecer o direito da autora **QUALICABLE TV INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, à exclusão dos valores correspondentes ao ISSQN da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e ao COFINS, bem como à repetição dos valores indevidamente recolhidos nos cinco últimos anos anteriores ao ajuizamento da demanda, por meio de restituição ou compensação.

Houve condenação da União Federal ao ressarcimento de custas processuais e ao pagamento de honorários advocatícios, a serem calculados sobre o valor da causa atualizado, com fundamento no artigo 85, §3º, com os incisos I e II, do Código de Processo Civil, observando-se o disposto no Parágrafo 5º, do mesmo diploma legal.

Em suas razões de apelação, a União sustentou/postulou, em síntese, que:

a) a **suspensão** do trâmite da presente ação o julgamento final dos Embargos de Declaração opostos pela Fazenda Nacional no **Recurso Extraordinário nº 574.706/PR**.

b) o regime de não cumulatividade tratado é justamente aquele que informa o ICMS, vinculado ao PIS-COFINS, e que conceitualmente não se aplica às demais exações, tal como ao Imposto Municipal sobre Serviços – ISS.

Com contrarrazões, subiram os autos a essa E. Corte Regional.

É o sucinto relatório.

srevi

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001120-18.2017.4.03.6130
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: QUALICABLE - TECNOLOGIA, INDUSTRIA E COMERCIO LTDA.

Advogados do(a) APELADO: ALEXANDRE JACINTO DE ARAUJO - SP350360-A, JOSEFA FERREIRA NAKATANI - SP252885-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

O cerne da presente controvérsia gravita em torno do pleito da autora acerca do reconhecimento judicial que declare seu direito à exclusão do Imposto sobre Serviços (ISS) da base de cálculo das contribuições devidas a título de PIS e COFINS, bem como à declaração do direito de efetuar a compensação tributária dos valores recolhidos indevidamente nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação.

Pois bem.

Inicialmente, rejeito o pedido de suspensão do feito, uma vez que a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia **evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito** das demais demandas em que se discute o tema.

Ademais, uma vez que não há determinação expressa pelo STF, a suspensão da demanda é mera faculdade, a qual afasta, em nome da duração razoável do processo.

Quanto ao mérito, em que pese a hipótese verse, exclusivamente, sobre a inclusão do ISS na base de cálculo do PIS/COFINS, é pertinente, na solução do caso concreto, destacar a jurisprudência firmada na questão do ICMS, considerando a identidade de fundamentação e tratamento da controvérsia. Veja-se:

*"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. **EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.***

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Apesar da inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

Em suma, a novel jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, assim como a do Superior Tribunal de Justiça, reconheceu a exclusão da parcela relativa ao ICMS da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, confira-se:

"TRIBUTO - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da Cofins, porque estranho ao conceito de faturamento." (RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituindo receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido."

(AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 07/04/2015)

Cumpre asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

Na verdade, o ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.

Resta evidente, portanto, que o ICMS não tem a natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, veja-se:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ICMS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Encontra-se, atualmente, consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme constou do Boletim de Notícias do Supremo Tribunal Federal nº 762 de 06 a 11 de Outubro de 2014 (RE 240.785-2/MG).

2. Embargos infringentes desprovidos."

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI 0000266-78.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 04/11/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 13/11/2014)

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS e DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 11/04/2014)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB A SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. ICMS RECOLHIDO PELO SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO – ICMS-ST. EXCLUSÃO NO CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS PELO CONTRIBUINTE SUBSTITUÍDO. POSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO – PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS.

- 1. Apelação da União não conhecida no que tange à necessidade de ser observado o disposto no artigo 170-A, do CTN, uma vez que a sentença não destoou desse entendimento.*
- 2. O STF pacificou a controvérsia objeto de discussão nestes autos, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).*
- 3. A pacificação do tema, por meio de julgado proferido sob o regime da repercussão geral (e/ou na sistemática dos recursos repetitivos), impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.*
- 4. A jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.*
- 5. Embora o Supremo Tribunal Federal não tenha enfrentado a controvérsia atinente ao regime tributário adotado para a arrecadação do ICMS, tal questão não pode servir de óbice à aplicação do referido precedente quanto à exclusão do ICMS recolhido antecipadamente pelo substituto tributário em nome do contribuinte substituído, notadamente se considerada a circunstância de que tais antecipações do ICMS serão computadas no custo dos bens adquiridos pelo substituído e, por conseguinte, integrarão a sua receita bruta na etapa subsequente.*
- 6. A compensação (a ser realizada após o trânsito em julgado destes autos – artigo 170-A do CTN) deverá observar a prescrição quanto aos valores pagos antes do quinquênio anterior à impetração. Deverá, outrossim, ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74 da Lei nº 9.430/1996, porém à exceção das contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991 (conforme disposição do artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 11.457/2007). A atualização monetária dos valores pagos deve ser realizada mediante aplicação da taxa Selic (artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995).*
- 7. Na presente ação apenas se declara a existência do direito do contribuinte à compensação (Súmula 213 do STJ). Reserva-se à Administração o direito a ulterior verificação de sua plena regularidade, inclusive o encontro de contas. Para fins do simples reconhecimento/declaração do direito à compensação, os documentos colacionados aos autos são suficientes. A título ilustrativo, cumpre citar os comprovantes de arrecadação de Cofins não cumulativa, código de receita 5856, bem como de PIS não cumulativo, código de receita 6912.*
- 8. Apelação da União improvida na parte conhecida. Remessa oficial parcialmente provida.*

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 5004832-09.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 25/03/2019, Intimação via sistema DATA: 27/03/2019)

Assim, impende destacar que **o reconhecimento da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pode ser aplicado ao caso do ISS, em razão da própria inexistência de natureza de receita ou faturamento destas parcelas**, neste sentido é a jurisprudência desta Terceira Turma, veja-se:

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza - ISS, externando semelhança ao debate da inclusão do ICMS na base de cálculo da mencionadas contribuições.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinalizou no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS se inclui na base de cálculo do FINSOCIAL."

*Desta forma, **reconheço a plausibilidade da tese defendida nesta ação, razão pela qual não deve ser admitida a inclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS.***

Em relação ao pedido de compensação, havendo a opção pelo ingresso em juízo, o regime normativo a ser aplicado é o da data do ajuizamento da ação.

Assim, as diferenças recolhidas a maior devem ser compensadas nos termos Lei nº 10.637, de 30/12/2002 (que modificou a Lei nº 9.430/96), considerando-se prescritos os créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior há cinco anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação, conforme o disposto no artigo 168 do CTN c/c artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, tendo em vista que a presente ação foi proposta em 30/11/2011.

Quanto à comprovação do indébito, destaco que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.111.003/PR, de relatoria do Ministro Humberto Martins, sob a sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil, firmou o entendimento de que, em demanda voltada à repetição de indébito tributário, basta a comprovação da qualidade de contribuinte do autor; não sendo necessária a juntada de todos os demonstrativos de recolhimento do tributo no momento do ajuizamento da ação, por ser possível a sua postergação para a fase de liquidação, momento em que deverá ser apurado o quantum debeatur.

Os créditos da autora devem ser atualizados na forma da Resolução nº 134/2010 do Conselho da Justiça Federal, que aprovou o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, desde a época do recolhimento indevido (Súmula STJ nº 162).

Esclareço que a taxa SELIC está prevista tanto na Resolução CJF nº 134/2010, como no Código Civil, tratando-se de índice legal que engloba a correção monetária e os juros de mora. Insta salientar, que o termo inicial para incidência de juros de mora ocorrerá, necessariamente, quando já houver a incidência da taxa SELIC a título de correção monetária.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC 0022119-80.2011.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 09/04/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/04/2015)

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. ISS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Embora a hipótese verse, exclusivamente, sobre a inclusão do ISS na base de cálculo do PIS/COFINS, é pertinente, na solução do caso concreto, destacar a jurisprudência firmada na questão do ICMS, considerando a identidade de fundamentação e tratamento da controvérsia.

2. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

3. Recurso desprovido."

A exclusão do ISS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassar aqueles ao Município.

Ressalto, por oportuno, que a falta de definitividade da entrada de valores a título de ISS no caixa da pessoa jurídica caracteriza a ausência da natureza jurídica adrede mencionada, que, repita-se, tem natureza de receita para o Município.

Ademais, o termo "faturamento" deve ser conceituado no sentido técnico consagrado pela jurisprudência e pela doutrina.

Ainda, o ISS é imposto indireto no qual o ônus financeiro é transferido para o consumidor final, tornando-se este o contribuinte de fato da exação. Assim, o sujeito passivo do tributo - aquele que realiza a prestação de serviços - apenas tem o dever de recolher os valores atinentes ao ISS e repassá-las ao seu efetivo sujeito ativo, qual seja, o Município ou o Distrito Federal, mostrando-se, incontestavelmente, despedido da natureza jurídica de receita para o sujeito passivo.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, veja-se:

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS e DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/04/2014)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DUPLO AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. VALIDADE. APROVEITAMENTO DO TÍTULO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.

2. A orientação no plano constitucional, a partir do precedente citado, foi adotada, recentemente, no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94, conforme AgRg no ARESP 593.627, Rel. p/ acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 07/04/2015.

3. Embora cabível excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, não se reconhece a nulidade da execução fiscal, que deve prosseguir pelo saldo efetivamente devido, não se cogitando, de extinção da execução fiscal, na conformidade da jurisprudência consolidada.

4. Agravos inominados desprovidos."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0030027-53.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/05/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/05/2015)

Mantido, portanto, o reconhecimento do direito à exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, após observada a prescrição quinquenal, aquela deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da demanda, que ocorreu em **15/06/2017** e, conforme jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, confira-se:

*"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. **REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA.** LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.*

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

5. Consectariamente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.

7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressaltando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. *À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.*
12. *Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor; o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.*
13. *Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor; nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."*
14. *Consequentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/06/2004).*
15. *A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF). (Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)*
16. *O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.*
17. *Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."*

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

Destarte, conforme a jurisprudência acima colacionada e, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

Cumprido ressaltar que a compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior, *in verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO INEXISTENTE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. COMPENSAÇÃO. TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA. ART. 26 DA LEI N. 11.457/07. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nos termos da jurisprudência do STJ, é impossível a compensação de créditos tributários administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal com débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (contribuições sociais previstas nas alíneas 'a', 'b' e 'c' do parágrafo único do art. 11 da Lei n. 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida pelo art. 26 da Lei n. 11.457/07. Precedentes. Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1469537/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 24/10/2014)

Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, veja-se:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4º 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.

4. A Tabela Única aprovada pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação /repetição de indébito, quais sejam: (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDcl no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. O prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/05 (09.06.2005), nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.") (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: RESP 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009).

7. Outrossim, o artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

8. Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010)

Finalmente, o termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior, que ora colaciono:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNBEN. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL. APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.250/95. DESDE O RECOLHIMENTO INDEVIDO. SÚMULA 83/STJ

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nas ações de restituição de tributos federais, antes do advento da Lei 9.250/95, incide a correção monetária desde o pagamento indevido (no caso, no momento da indevida retenção do IR) até a restituição ou a compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros moratórios a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), na forma do art. 167, parágrafo único, do CTN.

3. Ocorre que, com o advento do referido diploma, passou-se a incidir a Taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou a partir de 1º de janeiro de 1996 (caso o recolhimento tenha ocorrido antes dessa data).

Agravo regimental improvido."

(AgRg no AgRg no AREsp 536.348/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014)

Ante o exposto, **negar provimento** ao recurso de apelação da União, nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. PIS. COFINS. EXCLUSÃO DO ISS NA BASE DE CÁLCULO. POSSIBILIDADE. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.

1. O cerne da presente controvérsia gravita em torno do reconhecimento do direito da autora à exclusão dos valores correspondentes ao ISS da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e a COFINS, bem como a compensação dos valores tidos como indevidamente recolhidos, nos últimos 05 (cinco) anos, com os acréscimos cabíveis.
2. Em que pese a hipótese verse, exclusivamente, sobre a inclusão do ISS na base de cálculo do PIS/COFINS, é pertinente, na solução do caso concreto, destacar a jurisprudência firmada na questão do ICMS, considerando a identidade de fundamentação e tratamento da controvérsia.
3. A novel jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, assim como a do Superior Tribunal de Justiça, reconheceu a exclusão da parcela relativa ao ICMS da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS.
4. Impende destacar que **o reconhecimento da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pode ser aplicado ao caso do ISS, em razão da própria inexistência de natureza de receita ou faturamento destas parcelas**, neste sentido é a jurisprudência desta Terceira Turma.
5. A exclusão do ISS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassar aqueles ao Município.
6. O ISS é imposto indireto no qual o ônus financeiro é transferido para o consumidor final, tornando-se este o contribuinte de fato da exação. Assim, o sujeito passivo do tributo - aquele que realiza a prestação de serviços - apenas tem o dever de recolher os valores atinentes ao ISS e repassá-las ao seu efetivo sujeito ativo, qual seja, o Município ou o Distrito Federal, mostrando-se, incontestavelmente, despido da natureza jurídica de receita para o sujeito passivo.
7. Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, após observada a prescrição quinquenal, aquela deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da demanda, que ocorreu em **15/06/2017**.
8. Conforme a jurisprudência acima colacionada e, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.
9. Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito.
10. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior.
11. Recurso de apelação da União desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso de apelação da União, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002490-25.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: PRIMESYS SOLUCOES EMPRESARIAIS S.A.

Advogados do(a) APELADO: MARIA FERNANDA DUARTE SIROTHEAU DA COSTA - RJ189458-A, RONALDO REDENSCHI - SP283985-A, JULIO SALLES COSTA JANOLIO - SP283982-A, MARCOS ANDRE VINHAS CATAO - SP244865-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5002490-25.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: PRIMESYS SOLUCOES EMPRESARIAIS S.A.

Advogados do(a) APELADO: MARIA FERNANDA DUARTE SIROTHEAU DA COSTA - RJ189458-A, RONALDO REDENSCHI - SP283985-A, JULIO SALLES COSTA JANOLIO - SP283982-A, MARCOS ANDRE VINHAS CATAO - SP244865-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação e remessa oficial, em face de sentença que julgou procedente o pedido para excluir o ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS e garantir a compensação ou restituição, em liquidação de sentença ou administrativa, do indébito fiscal, observada a prescrição quinquenal e a aplicação dos critérios de atualização do Manual de Cálculos da Justiça Federal, fixada verba honorária em 10% sobre o valor da condenação, observado os percentuais mínimos dos incisos do § 3º do artigo 85 do Código de Processo Civil.

Foi atribuído à causa o valor de R\$ 27.846.017,43 (junho/2017).

Apelou a PFN, alegando: (1) necessidade de sobrestamento do feito até o julgamento definitivo do RE 574.706 pela Suprema Corte; (2) validade do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS; (3) a alteração promovida pela Lei 12.973/2014 não foi abrangida pela decisão paradigma; (4) ausência de interesse processual quanto ao pedido de compensação, considerando que a tributação decorre de legislação vigente, cuja constitucionalidade foi exaustivamente demonstrada, não havendo, portanto, *quantum a maior* a ser restituído ou compensado; (5) o contribuinte não juntou documentos comprobatórios de recolhimentos do ICMS; e (6) a compensação, que somente pode ser admissível na via administrativa, deve observar os artigos 74 da Lei 9.430/1996, na redação da Lei 10.637/2002 e 10.833/2003, e 170-A do CTN, e atualização monetária pela SELIC.

Houve contrarrazões.

Nesta Corte, intimado o contribuinte, este juntou documentos por amostragem quanto ao recolhimento do indébito fiscal.

Em impugnação, a PFN reiterou o pedido de sobrestamento do feito até o julgamento definitivo do RE 574.706 pelo Supremo Tribunal Federal, ou o provimento ao apelo.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5002490-25.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: PRIMESYS SOLUCOES EMPRESARIAIS S.A.

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, preliminarmente não se cuida de mandado de segurança e, portanto, o feito comporta execução da sentença, caso confirmada a condenação, sendo que, neste sentido, a alegação de que não existe comprovação do interesse de agir não procede, na medida em que juntada prova documental de que houve recolhimento do PIS/COFINS com a inclusão do ICMS nas respectivas bases de cálculo, de acordo com a legislação, sem qualquer comprovação em contrário do Fisco.

Quanto à alegação de que o indébito fiscal depende da prova da existência de ICMS a ser efetivamente pago no sistema não cumulativo, trata-se de questão afeta ao mérito do julgamento e, como tal, deve ser apreciado oportunamente neste voto.

Ainda antes do mérito, cabe rejeitar o pedido de suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior; o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior.

No mérito, a questão da inclusão de **imposto** na base de cálculo do PIS/COFINS com vulneração da matriz constitucional que prevê a respectiva incidência sobre faturamento ou receita na dicção atualizado do artigo 195, I, *b*, da Constituição Federal, foi resolvida, pela Suprema Corte no RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS.

Eis o acórdão ementado:

RE 574.706, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe 29/09/2017: "RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

A definição da base de cálculo do PIS/COFINS é matéria constitucional, não cabendo invocar orientação no plano do direito federal para afastar o juízo de inconstitucionalidade, menos ainda quando já vencida (Súmulas 68 e 94/STJ) no âmbito da respectiva Corte Superior. Ademais, o pronunciamento da Suprema Corte, sobretudo em repercussão geral, tem função primordial na tarefa de garantir segurança jurídica, estabilidade, integridade e coerência na aplicação do direito à luz da Constituição, a ser buscada por todos os órgãos do Poder Judiciário (artigos 926 e 927, III, CPC).

Perceba-se que a pretensão em causa não envolve a dedução de parcela legalmente prevista, daí porque impertinente o argumento de que é taxativo o rol de exclusões constante do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 - com as alterações da Lei 12.973/2014, cujo advento, conforme já decidiu esta Corte, “*não promoveu modificação legislativa relevante para a espécie, na medida em que não alterou o conceito da base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS*” (EI 0029413-91.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 17/11/2017) - e § 3º dos artigos 1º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003.

A tese do contribuinte é a de que a inclusão do imposto na base de cálculo de tais contribuições viola incidência constitucionalmente delimitada, exigindo, assim, decisão judicial no sentido de definir a base de cálculo compatível com o parâmetro constitucional.

A alegação de que o cálculo do PIS/COFINS com exclusão do imposto destinado ao erário contradiz a incidência, reconhecidamente válida, sobre outros custos, encargos ou despesas destinados a terceiros (como, por exemplo: empregados, companhia de energia elétrica, FGTS, fornecedores, empresas contratadas para prestação de serviços, entes estatais) não é verdadeira nem aceitável, sem análise da natureza jurídica de cada parcela discutida na formação da base de cálculo de tais contribuições. Por ora, o que assentou, suficientemente, a Suprema Corte para o exame do caso foi a inexigibilidade de imposto integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, seja o ICMS, seja o próprio ISS, quanto a este em juízo derivado diretamente da mesma lógica de fundamentação constitucional, conforme já exposto.

O aspecto relevante da controvérsia diz respeito ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS diante da divergência estabelecida entre as vertentes que primam, de um lado, pelo valor do imposto destacado nas notas fiscais e, de outro, pelo valor do imposto a ser efetivamente pago pelo contribuinte, dentro do regime de não cumulatividade. É importante frisar, de toda sorte, que tal ponto, ainda que não tenha ou tivesse sido discutido na inicial nem decidido na sentença ou veiculado na apelação, não impediria o pronunciamento da Corte - assim como do próprio Juízo após embargos de declaração -, por se tratar, justamente, de controvérsia ínsita ao próprio mérito, qual seja, a definição do que constitui o indébito fiscal e, neste sentido, matéria que deve ser resolvida na fase cognitiva e não em liquidação de sentença, inexistindo, portanto, mesmo quando nada tenha ou tivesse sido alegado ou decidido, vício de julgamento *extra* ou *ultra petita*, ou contrariedade ao princípio da congruência ou da adstrição..

Tanto é assim que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido em razão do regime de não cumulatividade do imposto.

Neste sentido o seguinte excerto do julgado no RE 574.706:

“O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS”.

Também este o entendimento adotado no âmbito das Turmas desta Seção:

ApelRemNec 5000633-81.2017.4.03.6119, Rel. Des. Fed. ANTONIO CEDENHO, Intimação via sistema 18/04/2020: “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REQUISITOS DO ARTIGO 1.022 CPC/2015. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE Nº 574.706/PR. VINCULAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OBSCURIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1.022 do Código de Processo Civil vigente, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado. O caráter infringente dos embargos somente é admitido a título excepcional, quando a eliminação da contradição ou da omissão decorrer, logicamente, a modificação do julgamento embargado. 2. A e. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no julgamento do RE nº 574.706/PR, consignou que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. Como o presente julgamento se vincula ao que foi decidido sobre o tema pelo C. STF, deve-se assentar que, relativamente à questão do valor a ser efetivamente excluído a título de ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, a tese que foi acolhida pelo STF é a exposta no v. acórdão embargado. 3. O escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022 do Código de Processo Civil. 4. O artigo 1.025 do novo Código de Processo Civil bem esclarece que os elementos suscitados pelo embargante serão considerados incluídos no acórdão “para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.” 5. Embargos de declaração rejeitados.”

ApReeNec 5001772-28.2017.4.03.6100, Rel. Des. Fed. MARLI FERREIRA, Intimação via sistema 02/04/2020: “PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ARTIGO 1.022 DO CPC. OMISSÃO. EXISTÊNCIA. JULGADO INTEGRADO. 1. Prevê o artigo 1.022 do CPC que a oposição dos aclaratórios somente tem cabimento para esclarecimento de obscuridade ou eliminação de contradição, para suprimir omissão sobre ponto ou questão sobre o qual o julgado deveria se pronunciar; ou, ainda, para corrigir erro material existente no decisório. 2. Na espécie, o julgado restou omissivo quanto à parcela do ICMS a ser destacada da base de cálculo do PIS e da COFINS. E, nesse tocante, cumpre esclarecer que o ICMS a ser excluído é o destacado nos documentos fiscais de saída, vez que é esse montante que integra a indigitada base de cálculo. 3. Assim sendo, tem a impetrante o direito de excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS o valor integral do ICMS destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias do seu estabelecimento, inclusive após o advento da Lei nº 12.973/2014. 4. Embargos de declaração acolhidos.”

ApelRemNec 5003932-95.2019.4.03.6119, Rel. Des. Fed. JOHNSOM DI SALVO, e - DJF3 15/04/2020: “AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DECLAROU INCONSTITUCIONAL A INCLUSÃO DO ICMS (FATURADO) NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS, FAZENDO-O POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO RE Nº 574.706. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a inclusão do ICMS (faturado) na base de cálculo do PIS e da COFINS, fazendo-o por ocasião do julgamento do RE nº 574.706. A corte, por maioria e nos termos do voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia, apreciando o tema nº 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins”. Esse entendimento é aplicável de pronto, não havendo que se falar em espera de embargos de declaração (sem efeito suspensivo) ou de modulação de efeitos da decisão plenária da Suprema Corte, já que esses dois eventos não estão consignados em lei como impedientes da aplicação imediata do decisum. Esse é o entendimento que vem sendo seguido nesta Corte Regional (3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5021518-72.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 08/11/2019, Intimação via sistema DATA: 13/11/2019), e de modo unânime nesta 6ª. Turma (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000706-20.2017.4.03.6130, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 03/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/12/2019). Deveras, a suspensão pretendida pelo Fisco esbarraria no art. 1.035, § 5º do NCPC. De outro lado, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal – ao acolher o voto da ministra Relatora – no sentido de que, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada como faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019). Essa é a postura que este Relator sempre defende desde o momento em que surtiu o julgamento do Tema nº 69 (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000596-53.2018.4.03.6108, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHNSON DI SALVO, julgado em 02/12/2019, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019). Tratando-se de empresa comercial, resta claro que é contribuinte das três exações e que recolheu tributação a maior e poderá recuperá-la (quanto aos últimos cinco anos antes do ajuizamento da presente demanda) por meio de compensação, que deverá ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74 da Lei nº 9.430/1996 (redação dada pela Lei 10.637/02), observado ainda o artigo 26-A da Lei nº 11.457/2007.”

Logo, não importa ao exame do mérito a juntada de documentos fiscais ou mercantis para demonstração do ICMS a ser pago pelo contribuinte, bastando para o presente julgamento a prova, tão-somente, de que o contribuinte, sujeito ao PIS/COFINS, recolheu valores com inclusão do ICMS nas bases de cálculo, ficando relegada à fase própria a apuração do *quantum debeatur* a partir de valores destacados em notas fiscais e incluídos na tributação federal.

Reconhecido o indébito fiscal, na forma acima especificada, os critérios para exercício do direito à compensação, na via administrativa mediante procedimento específico, inclusive com a própria comprovação e liquidação de valores indevidos a serem compensados, são os definidos nos artigos 168 (prescrição quinquenal) e 170-A (trânsito em julgado), ambos do Código Tributário Nacional; artigo 74 da Lei 9.430/1996 e demais textos legais de regência, incluindo o artigo 26-A da Lei 11.457/2007 na redação da Lei 13.670/2018, observado o regime legal vigente ao tempo da propositura da ação, pois este o critério determinante na jurisprudência consolidada, ainda que posteriormente possa ter sido alterada a legislação; e artigo 39, § 4º da Lei 9.250/1995 (incidência exclusiva da Taxa SELIC) desde cada recolhimento indevido.

A respeito da restituição administrativa, que tem sido deferida com base na Súmula 461 do Superior Tribunal de Justiça, é importante observar que o enunciado respectivo, ao fazer referência expressa a "precatório", registra o entendimento de que não é possível que o ressarcimento de indébito fiscal, em espécie, reconhecido judicialmente, possa gerar condenação a pagamento fora do regime constitucional do precatório (artigo 100, CF). De fato, o regime de precatório busca preservar a ordem cronológica das requisições e, sobretudo, as preferências alimentares, o que não se verifica possível ou garantido na via administrativa, até porque, nela, não concorrem, de forma conjunta e simultânea, as variadas cobranças em dinheiro contra a Fazenda Pública, ao contrário do que ocorre com requisições judiciais de precatórios que, inclusive, são todas globalmente organizadas e inseridas cronologicamente na previsão orçamentária anual para execução no exercício financeiro posterior. Permitir que o contribuinte utilize a via administrativa para receber pagamento de indébito fiscal em detrimento do sistema de precatório já foi reconhecido, inclusive, como inconstitucional pela Suprema Corte que, por semelhança, aplicou a solução expressa no Tema 831 da sistemática de repercussão geral (RE 1.069.065, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe 19/12/2019).

Afastada a possibilidade de restituição administrativa, na hipótese de optar pela repetição, nos termos da Súmula 461/STJ, a partir do trânsito em julgado e com observância da prescrição quinquenal, os valores recolhidos a maior, conforme apurado em liquidação, serão acrescidos, desde cada pagamento, da taxa SELIC, exclusivamente.

No tocante aos honorários advocatícios, o § 3º do artigo 85, CPC, fixa limites percentuais dos honorários advocatícios para as causas em que a Fazenda Pública for parte, a incidir sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido. Por sua vez, o respectivo § 4º, III, estabelece que "*não havendo condenação principal ou não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, a condenação em honorários dar-se-á sobre o valor atualizado da causa*".

No caso foi atribuído à causa o valor de R\$ 27.846.017,43, em junho de 2017 (vinte e sete milhões, oitocentos e quarenta e seis mil, dezessete reais e quarenta e três centavos).

Frente aos detalhados enunciados do Código de Processo Civil, quanto à sucumbência, tem sido reiterado pela jurisprudência que a equidade, na condição de princípio geral do direito, deve ser aplicada na interpretação da lei para correto arbitramento da verba honorária, sobretudo nos casos em que a estrita literalidade normativa possa resultar na imposição de valor tanto irrisório como excessivo e desproporcional, considerando os critérios elencados nos incisos do § 2º do artigo 85 do Código de Processo Civil, devendo, assim, ser coibida e afastada a condenação a título de sucumbência que possa gerar locupletamento ilícito e enriquecimento sem causa para qualquer das partes que litigam em Juízo.

Neste sentido:

RESP 1.789.913, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJE de 11/03/2019: **“PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. ACOLHIMENTO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ARBITRAMENTO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INTERPRETAÇÃO CONJUNTA DO ART. 85, §§ 3º E 8º DO CPC/2015, DESTINADA A EVITAR O ENRIQUECIMENTO ILÍCITO OU DESPROPORCIONAL. POSSIBILIDADE. 1. No regime do CPC/1973, o arbitramento da verba honorária devida pelos entes públicos era feito sempre pelo critério da equidade, tendo sido consolidado o entendimento jurisprudencial de que o órgão julgador não estava adstrito ao piso de 10% estabelecido no art. 20, § 3º, do CPC/1973. 2. A leitura do caput e parágrafos do art. 85 do CPC/2015 revela que, atualmente, nas causas envolvendo a Fazenda Pública, o órgão julgador arbitrará a verba honorária atento às seguintes circunstâncias: a) liquidez ou não da sentença: na primeira hipótese, passará o juízo a fixar, imediatamente, os honorários conforme os critérios do art. 85, § 3º, do CPC/2015; caso ilíquida, a definição do percentual a ser aplicado somente ocorrerá após a liquidação de sentença; b) a base de cálculo dos honorários é o valor da condenação ou o proveito econômico obtido pela parte vencedora; em caráter residual, isto é, quando inexistente condenação ou não for possível identificar o proveito econômico, a base de cálculo corresponderá ao valor atualizado da causa; c) segundo disposição expressa no § 6º, os limites e critérios do § 3º serão observados independentemente do conteúdo da decisão judicial (podem ser aplicados até nos casos de sentença sem resolução de mérito ou de improcedência); e d) o juízo puramente equitativo para arbitramento da verba honorária - ou seja, desvinculado dos critérios acima -, teria ficado reservado para situações de caráter excepcionalíssimo, quando "inestimável" ou "irrisório" o proveito econômico, ou quando o valor da causa se revelar "muito baixo". 3. No caso concreto, a sucumbência do ente público foi gerada pelo acolhimento da singular Exceção de Pré-Executividade, na qual apenas se informou que o débito foi pago na época adequada. 4. O Tribunal de origem fixou honorários advocatícios abaixo do valor mínimo estabelecido no art. 85, § 3º, do CPC, almejado pela recorrente, porque "o legislador pretendeu que a apreciação equitativa do Magistrado (§ 8º do art. 85) ocorresse em hipóteses tanto de proveito econômico extremamente alto ou baixo, ou inestimável" e porque "entendimento diverso implicaria ofensa aos princípios da vedação do enriquecimento sem causa, razoabilidade e proporcionalidade" (fls. 108-109, e-STJ). 5. A regra do art. 85, § 3º, do atual CPC - como qualquer norma, reconheça-se - não comporta interpretação exclusivamente pelo método literal. Por mais claro que possa parecer seu conteúdo, é juridicamente vedada técnica hermenêutica que posicione a norma inserta em dispositivo legal em situação de desarmonia com a integridade do ordenamento jurídico. 6. Assim, o referido dispositivo legal (art. 85, § 8º, do CPC/2015) deve ser interpretado de acordo com a reiterada jurisprudência do STJ, que havia consolidado o entendimento de que o juízo equitativo é aplicável tanto na hipótese em que a verba honorária se revela ínfima como excessiva, à luz dos parâmetros do art. 20, § 3º, do CPC/1973 (atual art. 85, § 2º, do CPC/2015). 7. Conforme bem apreendido no acórdão hostilizado, justifica-se a incidência do juízo equitativo tanto na hipótese do valor inestimável ou irrisório, de um lado, como no caso da quantia exorbitante, de outro. Isso porque, observa-se, o princípio da boa-fé processual deve ser adotado não somente como vetor na aplicação das normas processuais, pela autoridade judicial, como também no próprio processo de criação das leis processuais, pelo legislador, evitando-se, assim, que este último utilize o poder de criar normas com a finalidade, deliberada ou não, de superar a orientação jurisprudencial que se consolidou a respeito de determinado tema. 8. A linha de raciocínio acima, diga-se de passagem, é a única que confere efetividade aos princípios constitucionais da independência dos poderes e da isonomia entre as partes - com efeito, é totalmente absurdo conceber que somente a parte exequente tenha de suportar a majoração dos honorários, quando a base de cálculo dessa verba se revelar ínfima, não existindo, em contrapartida, semelhante raciocínio na hipótese em que a verba honorária se mostrar excessiva ou viabilizar enriquecimento injustificável à luz da complexidade e relevância da matéria controvertida, bem como do trabalho realizado pelo advogado. 9. A prevalecer o indevido entendimento de que, no regime do novo CPC, o juízo equitativo somente pode ser utilizado contra uma das partes, ou seja, para majorar honorários irrisórios, o próprio termo "equitativo" será em si mesmo contraditório. 10. Recurso Especial não provido.” (g.n.)**

Também assim tem decidido a Turma:

ApCiv 0001346-78.2016.4.03.6119, Rel. Des. Fed. ANTONIO CEDENHO, e-DJF3 de 11/07/2019: “DIREITO PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DESISTÊNCIA DA AÇÃO PELO AUTOR. JUSTA REMUNERAÇÃO. EQUIDADE. APELAÇÃO PROVIDA. 1. Os honorários advocatícios devem ser arbitrados em valor que permita a justa e adequada remuneração dos vencedores, sem contribuir para o seu enriquecimento sem causa, ou para a imposição de ônus excessivo a quem decaiu da respectiva pretensão, cumprindo, assim, o montante da condenação com a finalidade própria do instituto da sucumbência, calcada no princípio da causalidade e da responsabilidade processual. 2. A legislação permite a fixação de honorários pelo magistrado em consonância com o trabalho prestado pelo advogado, evitando-se o enriquecimento desproporcional e sem causa e a onerosidade excessiva para a parte contrária. Interpretação extensiva ao disposto no § 8º do artigo 85 do CPC/2015. 3. A causa é de baixa complexidade, o processo tramitou por tempo exíguo, houve desistência pela parte autora e o trabalho da Fazenda Nacional não demandou esforço fora do exigido em qualquer demanda. 4. Razoável fixar o valor da condenação dos honorários no montante de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). 5. Apelação provida.”

Assim, nos termos da jurisprudência, considerando as circunstâncias relacionadas ao trabalho desenvolvido nos autos, não pode prevalecer a verba honorária fixada na origem à base de 10% do valor atualizado da condenação que, pelo valor atribuído à causa, estima-se claramente exorbitante, e passível de redução em remessa oficial, devendo, portanto, ser arbitrada o montante dos honorários advocatícios, nos termos do § 8º do artigo 85, CPC, em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), especialmente dada a singeleza da causa, tempo e trabalho exigidos, que se acresce de mais R\$ 10.000,00 (dez mil reais), em razão da atuação adicional em instância recursal.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação e à remessa oficial, para reformar a sentença, nos termos supracitados.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. INDÉBITO FISCAL. COMPENSAÇÃO. RESTITUIÇÃO ADMINISTRATIVA. SUCUMBÊNCIA. ARTIGO 85 do CPC. APRECIÇÃO EQUITATIVA.

1. Preliminarmente não se cuida de mandado de segurança e, portanto, o feito comporta execução da sentença, caso confirmada a condenação, sendo que, neste sentido, a alegação de que não existe comprovação do interesse de agir não procede, na medida em que juntados prova documental de que houve recolhimento do PIS/COFINS com a inclusão do ICMS nas respectivas bases de cálculo, de acordo com a legislação, sem qualquer comprovação em contrário do Fisco. Quanto à alegação de que o indébito fiscal depende da prova da existência de ICMS a ser efetivamente pago no sistema não cumulativo, trata-se de questão afeta ao mérito do julgado e, como tal, deve ser apreciado oportunamente.

2. Ainda antes do mérito, cabe rejeitar o pedido de suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior, o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior.

3. No mérito, a questão da inclusão de **imposto** na base de cálculo do PIS/COFINS com vulneração da matriz constitucional que prevê a respectiva incidência sobre faturamento ou receita na dicção atualizado do artigo 195, I, b, da Constituição Federal, foi resolvida, pela Suprema Corte no RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS. A definição da base de cálculo do PIS/COFINS é matéria constitucional, não cabendo invocar orientação no plano do direito federal para afastar o juízo de inconstitucionalidade, menos ainda quando já vencida (Súmulas 68 e 94/STJ) no âmbito da respectiva Corte Superior. Ademais, o pronunciamento da Suprema Corte, sobretudo em repercussão geral, tem função primordial na tarefa de garantir segurança jurídica, estabilidade, integridade e coerência na aplicação do direito à luz da Constituição, a ser buscada por todos os órgãos do Poder Judiciário (artigos 926 e 927, III, CPC).

4. A pretensão em causa não envolve a dedução de parcela legalmente prevista, daí porque impertinente o argumento de que é taxativo o rol de exclusões constante do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 - com as alterações da Lei 12.973/2014, cujo advento, conforme já decidiu esta Corte, “*não promoveu modificação legislativa relevante para a espécie, na medida em que não alterou o conceito da base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS*” (EI 0029413-91.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 17/11/2017) - e § 3º dos artigos 1º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003. A tese do contribuinte é a de que a inclusão do imposto na base de cálculo de tais contribuições viola incidência constitucionalmente delimitada, exigindo, assim, decisão judicial no sentido de definir a base de cálculo compatível com o parâmetro constitucional.

5. A alegação de que o cálculo do PIS/COFINS com exclusão do imposto destinado ao erário contradiz a incidência, reconhecidamente válida, sobre outros custos, encargos ou despesas destinados a terceiros (como, por exemplo: empregados, companhia de energia elétrica, FGTS, fornecedores, empresas contratadas para prestação de serviços, entes estatais) não é verdadeira nem aceitável, sem análise da natureza jurídica de cada parcela discutida na formação da base de cálculo de tais contribuições. Por ora, o que assentou, suficientemente, a Suprema Corte para o exame do caso foi a inexigibilidade de imposto integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, seja o ICMS, seja o próprio ISS, quanto a este em juízo derivado diretamente da mesma lógica de fundamentação constitucional, conforme já exposto.

6. O aspecto relevante da controvérsia diz respeito ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS diante da divergência estabelecida entre as vertentes que primam, de um lado, pelo valor do imposto destacado nas notas fiscais e, de outro, pelo valor do imposto a ser efetivamente pago pelo contribuinte, dentro do regime de não cumulatividade. É importante frisar, de toda sorte, que tal ponto, ainda que não tenha ou tivesse sido discutido na inicial nem decidido na sentença ou veiculado na apelação, não impediria o pronunciamento da Corte - assim como do próprio Juízo após embargos de declaração -, por se tratar, justamente, de controvérsia ínsita ao próprio mérito, qual seja, a definição do que constitui o indébito fiscal e, neste sentido, matéria que deve ser resolvida na fase cognitiva e não em liquidação de sentença, inexistindo, portanto, mesmo quando nada tenha ou tivesse sido alegado ou decidido, vício de julgamento *extra* ou *ultra petita*, ou contrariedade ao princípio da congruência ou da adstrição. Tanto é assim que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido em razão do regime de não cumulatividade do imposto. Logo, não importa ao exame do mérito a juntada de documentos fiscais ou mercantis para demonstração do ICMS a ser pago pelo contribuinte, bastando para o presente julgamento a prova, tão-somente, de que o contribuinte, sujeito ao PIS/COFINS, recolheu valores com inclusão do ICMS nas bases de cálculo, ficando relegada à fase própria a apuração do *quantum debeatur* a partir de valores destacados em notas fiscais e incluídos na tributação federal.

7. Reconhecido o indébito fiscal, na forma acima especificada, os critérios para exercício do direito à compensação, na via administrativa mediante procedimento específico, inclusive com a própria comprovação e liquidação de valores indevidos a serem compensados, são os definidos nos artigos 168 (prescrição quinquenal) e 170-A (trânsito em julgado), ambos do Código Tributário Nacional; artigo 74 da Lei 9.430/1996 e demais textos legais de regência, incluindo o artigo 26-A da Lei 11.457/2007 na redação da Lei 13.670/2018, observado o regime legal vigente ao tempo da propositura da ação, pois este o critério determinante na jurisprudência consolidada, ainda que posteriormente possa ter sido alterada a legislação; e artigo 39, § 4º da Lei 9.250/1995 (incidência exclusiva da Taxa SELIC) desde cada recolhimento indevido.

8. A respeito da restituição administrativa, que tem sido deferida com base na Súmula 461 do Superior Tribunal de Justiça, é importante observar que o enunciado respectivo, ao fazer referência expressa a "precatório", registra o entendimento de que não é possível que o ressarcimento de indébito fiscal, em espécie, reconhecido judicialmente, possa gerar condenação a pagamento fora do regime constitucional do precatório (artigo 100, CF). De fato, o regime de precatório busca preservar a ordem cronológica das requisições e, sobretudo, as preferências alimentares, o que não se verifica possível ou garantido na via administrativa, até porque, nela, não concorrem, de forma conjunta e simultânea, as variadas cobranças em dinheiro contra a Fazenda Pública, ao contrário do que ocorre com requisições judiciais de precatórios que, inclusive, são todas globalmente organizadas e inseridas cronologicamente na previsão orçamentária anual para execução no exercício financeiro posterior. Permitir que o contribuinte utilize a via administrativa para receber pagamento de indébito fiscal em detrimento do sistema de precatório já foi reconhecido, inclusive, como inconstitucional pela Suprema Corte que, por semelhança, aplicou a solução expressa no Tema 831 da sistemática de repercussão geral (RE 1.069.065, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe 19/12/2019).

9. Afastada a possibilidade de restituição administrativa, na hipótese de optar pela repetição, nos termos da Súmula 461/STJ, a partir do trânsito em julgado e com observância da prescrição quinquenal, os valores recolhidos a maior, conforme apurado em liquidação, serão acrescidos, desde cada pagamento, da taxa SELIC, exclusivamente.

10. Avaliados os contornos do caso concreto, à luz dos critérios e fatores previstos nos incisos do § 2º do artigo 85 do Código de Processo Civil e demais parâmetros legais, ajusta-se a verba honorária fixada na origem, acrescida da devida na fase recursal, para remunerar de modo equitativo, condizente e proporcional o trabalho realizado, nos termos da jurisprudência assentada.

11. Apelação e remessa oficial parcialmente providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação e à remessa oficial, para reformar a sentença, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 0027820-23.2010.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: AGENCIA NACIONAL DE ENERGIA ELETRICA - ANEEL
Advogado do(a) AGRAVANTE: MONICA BARONTI MONTEIRO BORGES - SP125429-N
AGRAVADO: MINISTERIO PUBLICO ESTADUAL, ELEKTRO REDES S/A
Advogados do(a) AGRAVADO: LEANDRO ANDRADE COELHO RODRIGUES - SP237733, JOSE MANOEL DE
ARRUDA ALVIM NETTO - SP12363-A
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 0027820-23.2010.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: AGENCIA NACIONAL DE ENERGIA ELETRICA - ANEEL
Advogado do(a) AGRAVANTE: MONICA BARONTI MONTEIRO BORGES - SP125429-N
AGRAVADO: MINISTERIO PUBLICO ESTADUAL, ELEKTRO ELETRICIDADE E SERVICOS S/A
Advogado do(a) AGRAVADO: JOSE MANOEL DE ARRUDA ALVIM NETTO - SP12363-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL em face de acórdão que negou provimento a agravo interno, mantendo a perda de interesse no julgamento de agravo de instrumento extraído da ação civil pública n. 0013984-50.2009.4.03.6100.

Sustenta que a decisão colegiada contém omissão, pois, ao considerar que a desistência de agravo de instrumento interposto em ação civil pública conexa (autos n. 003239-62.2010.4.03.6104) justifica a falta de interesse no julgamento de idêntico recurso no outro processo (ingresso como assistente do Ministério Público Estadual), deixou de ponderar as atribuições institucionais da agência reguladora.

Explica que, enquanto entidade encarregada de regulamentar e fiscalizar o serviço de energia elétrica, ficou impedida de defender em juízo a Resolução n. 456 de 2000, que é impugnada na ação civil pública no aspecto correspondente à suspensão do fornecimento de energia por fraude de medição.

Alega que o fato de ter desistido de agravo de instrumento com idêntico conteúdo em ação civil pública conexa não pode impedir o exercício da competência administrativa no outro processo. Afirma que os princípios associados pelo acórdão à perda de interesse recursal – preclusão, boa-fé, segurança jurídica e isonomia – devem ceder às normas constitucionais e legais do serviço de energia elétrica.

Requer, assim, o prequestionamento das normas constitucionais e legais que preveem a regulamentação e fiscalização do serviço de energia elétrica.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 0027820-23.2010.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: AGENCIA NACIONAL DE ENERGIA ELETRICA - ANEEL

Advogado do(a) AGRAVANTE: MONICA BARONTI MONTEIRO BORGES - SP125429-N

AGRAVADO: MINISTERIO PUBLICO ESTADUAL, ELEKTRO ELETRICIDADE E SERVICOS S/A

Advogado do(a) AGRAVADO: JOSE MANOEL DE ARRUDA ALVIM NETTO - SP12363-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Os embargos de declaração se destinam a integrar pronunciamento judicial que contenha omissão, obscuridade, contradição ou erro material (artigo 1.022 do Código de Processo Civil). Não se prestam à revisão da decisão, a não ser que a superação daqueles vícios produza esse efeito, denominado infrigente.

O acórdão abordou todos os itens essenciais à resolução da controvérsia.

Fundamentou que a ANEEL, ao desistir, através da Procuradoria Federal, de agravo de instrumento interposto contra decisão que a excluiu do polo ativo da ação civil pública n. 003239-62.2010.4.03.6104, como assistente do Ministério Público Estadual, deveria ter adotado idêntico procedimento na ação civil pública n. 0013984-50.2009.4.03.6100, que é conexa àquele processo.

Ponderou que a insistência no julgamento do recurso fere a indivisibilidade do interesse da agência reguladora – condicionante da atuação uniforme de todos os procuradores em função da ausência de independência funcional -, a boa-fé processual, a segurança jurídica e a isonomia, com a aberração de que uma das causas tramite na Justiça Estadual e a outra, na Justiça Federal, não obstante a conexidade das ações e a identidade do contexto sobre o interesse jurídico da ANEEL.

Considerou que a própria agência reguladora declinou de interesse jurídico em um dos processos, de modo que a relação do objeto da ação com a regulamentação e fiscalização do serviço de energia elétrica foi devidamente ponderada e negada pela Procuradoria, sem que se possa cogitar de supressão de atribuições institucionais.

Acrescentou que, se o próprio titular declinou de interesse em uma das causas, na pressuposição de que a função de regulamentar e fiscalizar o serviço público de energia elétrica não seria afetada, não poderia agir de forma diferente em ação conexa, principalmente diante da constatação de que assistência constitui modo de intervenção voluntária de terceiro, avessa a qualquer imposição judicial.

Observa-se, pelo relatório dos embargos e pela descrição dos fundamentos do acórdão, que a ANEEL pretende claramente rediscutir a solução dada à controvérsia, mediante o artifício da omissão e da ausência de prequestionamento, ultrapassando os limites do simples esclarecimento. Para esse propósito, deve se valer do recurso apropriado.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. EFEITOS INFRINGENTES. RECURSO DESPROVIDO.

I. O acórdão abordou todos os itens essenciais à resolução da controvérsia.

II. Fundamentou que a ANEEL, ao desistir, através da Procuradoria Federal, de agravo de instrumento interposto contra decisão que a excluiu do polo ativo da ação civil pública n. 003239-62.2010.4.03.6104, como assistente do Ministério Público Estadual, deveria ter adotado idêntico procedimento na ação civil pública n. 0013984-50.2009.4.03.6100, que é conexa àquele processo.

III. Ponderou que a insistência no julgamento do recurso fere a indivisibilidade do interesse da agência reguladora – condicionante da atuação uniforme de todos os procuradores em função da ausência de independência funcional -, a boa-fé processual, a segurança jurídica e a isonomia, com a aberração de que uma das causas tramite na Justiça Estadual e a outra, na Justiça Federal, não obstante a conexão das ações e a identidade do contexto sobre o interesse jurídico da ANEEL.

IV. Considerou que a própria agência reguladora declinou de interesse jurídico em um dos processos, de modo que a relação do objeto da ação com a regulamentação e fiscalização do serviço de energia elétrica foi devidamente ponderada e negada pela Procuradoria, sem que se possa cogitar de supressão de atribuições institucionais.

V. Acrescentou que, se o próprio titular declinou do interesse em uma das causas, na pressuposição de que a função de regulamentar e fiscalizar o serviço público de energia elétrica não seria afetada, não pode agir de forma diferente em ação conexa, principalmente diante da constatação de que assistência constitui modo de intervenção voluntária de terceiro, avessa a qualquer imposição judicial.

VI. Observa-se, pelo relatório dos embargos e pela descrição dos fundamentos do acórdão, que a ANEEL pretende claramente rediscutir a solução dada à controvérsia, mediante o artifício da omissão e da ausência de prequestionamento, ultrapassando os limites do simples esclarecimento. Para esse propósito, deve se valer do recurso apropriado.

VII. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5014240-87.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: JSL S/A., CS BRASIL TRANSPORTES DE PASSAGEIROS E SERVICOS AMBIENTAIS LTDA.

Advogados do(a) APELANTE: LUIS FERNANDO GIACON LESSAALVERS - SP234573-A, ANDRE HENRIQUE

AZEREDO SANTOS - SP330217-A, ADALBERTO CALIL - SP36250-A

Advogados do(a) APELANTE: LUIS FERNANDO GIACON LESSAALVERS - SP234573-A, ANDRE HENRIQUE

AZEREDO SANTOS - SP330217-A, ADALBERTO CALIL - SP36250-A

APELADO: UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5014240-87.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: JSL S/A., CS BRASIL TRANSPORTES DE PASSAGEIROS E SERVICOS AMBIENTAIS LTDA.

Advogados do(a) APELANTE: LUIS FERNANDO GIACON LESSAALVERS - SP234573-A, ANDRE HENRIQUE

AZEREDO SANTOS - SP330217-A, ADALBERTO CALIL - SP36250-A

Advogados do(a) APELANTE: LUIS FERNANDO GIACON LESSAALVERS - SP234573-A, ANDRE HENRIQUE

AZEREDO SANTOS - SP330217-A, ADALBERTO CALIL - SP36250-A

APELADO: UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos por JSL S.A. e CS Brasil Transportes de Passageiros e Serviços Ambientais Ltda. em face de acórdão que negou provimento a recurso de apelação, mantendo a exigência de exame toxicológico de motoristas profissionais na admissão e desligamento de emprego.

Sustentam que a decisão colegiada apresenta omissão, pois deixou de considerar o argumento de que não há nexo de causalidade entre a atividade de motoristas profissionais empregados e o consumo de substâncias psicoativas.

Argumentam que o alvo da exigência de exame toxicológico corresponde aos trabalhadores autônomos, de modo que o custeio do teste deve recair sobre o Estado na promoção de política pública de saúde e não sobre as empresas, que já garantem a segurança e a saúde do motorista empregado.

Alegam também que o órgão julgador não promoveu o prequestionamento das normas constitucionais e legais referentes ao dever das entidades federativas na promoção da saúde, como uso de contribuições próprias da Seguridade Social.

Afirmam que a omissão viola as garantias da ampla defesa e do contraditório, inviabilizando a interposição de recurso especial e extraordinário.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5014240-87.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: JSL S/A., CS BRASIL TRANSPORTES DE PASSAGEIROS E SERVICOS AMBIENTAIS LTDA.

Advogados do(a) APELANTE: LUIS FERNANDO GIACON LESSAALVERS - SP234573-A, ANDRE HENRIQUE

AZEREDO SANTOS - SP330217-A, ADALBERTO CALIL - SP36250-A

Advogados do(a) APELANTE: LUIS FERNANDO GIACON LESSAALVERS - SP234573-A, ANDRE HENRIQUE

AZEREDO SANTOS - SP330217-A, ADALBERTO CALIL - SP36250-A

APELADO: UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Os embargos de declaração se destinam a integrar pronunciamento judicial que contenha omissão, obscuridade, contradição ou erro material (artigo 1.022 do Código de Processo Civil). Não se prestam à revisão da decisão, a não ser que a superação daqueles vícios produza esse efeito, denominado infringente.

O acórdão abordou todos os itens essenciais à resolução da controvérsia.

Ponderou que os motoristas profissionais empregados estão sujeitos aos mesmos fatores de risco dos trabalhadores autônomos que levam ao consumo de substâncias psicoativas - imobilidade física, longas distâncias, trânsito, precariedades das vias, remuneração proporcional.

Considerou que a associação integra a estrutura da atividade de transporte rodoviário brasileiro, justificando que o empregador, enquanto destinatário das normas de segurança e medicina do trabalho, tenha o dever de exigir e custear o exame toxicológico na admissão e desligamento de emprego.

Explicou que a competência das entidades federativas na promoção da saúde, com o uso de contribuições próprias da Seguridade Social, não exclui a da empresa relativamente aos empregados, descrevendo todas as normas constitucionais e legais referentes ao deveres da Administração Pública e às fontes de financiamento, em nível suficiente para repelir toda a argumentação jurídica disponível no recurso de apelação.

Observa-se, pelo relatório dos embargos e pela descrição dos fundamentos do julgamento colegiado, que JSL S.A. e CS Brasil Transportes de Passageiros e Serviços Ambientais Ltda. pretendem claramente rediscutir a solução dada à controvérsia, mediante os artifícios da omissão e da ausência de prequestionamento. Para esse propósito, devem-se valer do recurso apropriado.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. EFEITOS INFRINGENTES. RECURSO DESPROVIDO.

I. O acórdão abordou todos os itens essenciais à resolução da controvérsia.

II. Ponderou que os motoristas profissionais empregados estão sujeitos aos mesmos fatores de risco dos trabalhadores autônomos que levam ao consumo de substâncias psicoativas - imobilidade física, longas distâncias, trânsito, precariedades das vias, remuneração proporcional.

III. Considerou que a associação integra a estrutura da atividade de transporte rodoviário brasileiro, justificando que o empregador, enquanto destinatário das normas de segurança e medicina do trabalho, tenha o dever de exigir e custear o exame toxicológico na admissão e desligamento de emprego.

IV. Explicou que a competência das entidades federativas na promoção da saúde, com o uso de contribuições próprias da Seguridade Social, não exclui a da empresa relativamente aos empregados, descrevendo todas as normas constitucionais e legais referentes ao deveres da Administração Pública e às fontes de financiamento, em nível suficiente para repelir toda a argumentação jurídica disponível no recurso de apelação.

V. Observa-se, pelo relatório dos embargos e pela descrição dos fundamentos do julgamento colegiado, que JSL S.A. e CS Brasil Transportes de Passageiros e Serviços Ambientais Ltda. pretendem claramente rediscutir a solução dada à controvérsia, mediante os artifícios da omissão e da ausência de prequestionamento. Para esse propósito, devem-se valer do recurso apropriado.

VI. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002229-45.2017.4.03.6105
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: LABGRAF - CLINICA MEDICA CARDIOLOGICA SOCIEDADE SIMPLES LTDA
Advogado do(a) APELADO: PAULO ROBERTO VIGNA - SP173477-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002229-45.2017.4.03.6105
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: LABGRAF - CLINICA MEDICA CARDIOLOGICA SOCIEDADE SIMPLES LTDA
Advogado do(a) APELADO: PAULO ROBERTO VIGNA - SP173477-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração contra acórdão assimementado:

"DIREITO TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. CRÉDITO RECONHECIDO EM DECISÃO JUDICIAL. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL A CONTAR DO TRÂNSITO EM JULGADO. HABILITAÇÃO DE CRÉDITO. SUSPENSÃO. DECLARAÇÕES DE COMPENSAÇÃO. REFORMA DA SENTENÇA.

1. É assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que, com esteio nos artigos 165, III, e 168, I, do CTN, a compensação de valores reconhecidos em virtude de decisão judicial transitada em julgado deve ser realizada dentro do período de cinco anos.

2. A habilitação de crédito, que não se confunde com o próprio pedido de ressarcimento, tem efeito de apenas suspender a prescrição, que volta a correr com a intimação da decisão administrativa de deferimento do pleito, momento a partir do qual já pode o contribuinte declarar a compensação.

3. As compensações formalizadas por transmissão das declarações após o prazo de cinco anos, a partir do trânsito em julgado da sentença que reconheceu o direito, suspenso no período entre o requerimento de habilitação de crédito até a intimação da decisão respectiva, encontram-se atingidas pela prescrição.

4. Apelação e remessa oficial providas, sucumbência invertida."

Alegou que: (1) houve contradição no acórdão, pois a documentação comprova que o primeiro pedido de compensação foi protocolado em 24/05/2012, e os demais em 2013, 2014, 2015, 2016 e 2017; (2) houve erro material, pois foram desconsideradas as provas que evidenciam que o contribuinte, nos anos subsequentes à habilitação de crédito, realizou compensações, mas os valores não foram suficientes ao esgotamento do saldo; e (3) a regularidade das compensações é suficiente para suspender o cômputo da prescrição.

Apresento o feito em mesa para julgamento (artigo 1.024, § 1º, CPC).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002229-45.2017.4.03.6105

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: LABGRAF - CLINICA MEDICA CARDIOLOGICA SOCIEDADE SIMPLES LTDA

Advogado do(a) APELADO: PAULO ROBERTO VIGNA - SP173477-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, são manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

As alegações não envolvem erro material, omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.

Com efeito, o acórdão embargado tratou da prescrição do pedido de compensação de crédito reconhecido em decisão judicial transitada em julgado, restando assentado que deve ser realizada dentro do período de cinco anos, conforme os artigos 165, III, e 168, I, do CTN, não se vislumbrando qualquer ilicitude a justificar o provimento do recurso.

Na própria ementa do acórdão (item 3), restou delimitado o alcance do *decisum*: “3. As compensações formalizadas por transmissão das declarações após o prazo de cinco anos, a partir do trânsito em julgado da sentença que reconheceu o direito, suspenso no período entre o requerimento de habilitação de crédito até a intimação da decisão respectiva, encontram-se atingidas pela prescrição.”

Neste sentido, destacou-se que a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça entende que o pedido de habilitação de crédito a compensar é distinto do pedido de compensação, constituindo-se causa suspensiva da prescrição e não causa interruptiva (AGARESP 592.138, Rel. Min. MAURO CAMPBELL, DJE 24/11/2014), como fixou o Juízo *a quo*, sendo que a decisão administrativa, acolhida pelo acórdão, fixou que os créditos objetos de PER/DCOMPS posteriores à 2016, restaram fulminados pela prescrição quinquenal (AGRESP 1.290.516, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJE 04/05/2018).

Ressalte-se que não houve invalidação das compensações realizadas entre o primeiro pedido e aqueles declarados prescritos – os posteriores à 16/08/2016, sendo que, conforme a decisão administrativa, as compensações não atingidas pela prescrição quinquenal foram expressamente homologadas (ID 89910773, f. 7/8), incluindo as que o embargante alegou terem sido desconsideradas no acórdão (ID 89910786, f. 6), o que não ocorreu, pois a discussão dos autos se restringiu aos pedidos de compensação posteriores ao reconhecimento da prescrição, os quais o contribuinte queria repetir na integralidade.

A respeito, o acórdão consignou expressamente que “*como o trânsito em julgado da decisão operou-se em 12/07/2011, o pedido de habilitação do crédito foi formulado em 09/04/2012, ficando pendente de decisão até a intimação em 14/05/2012, interregno este de pouco mais de um mês que não se computa no quinquênio, fica claro que o prazo extintivo findou em 2016, ao passo que os pedidos de compensação foram transmitidos apenas em 24/01/2017 e 25/04/2017, daí porque correta a decisão administrativa.*”

Cumpre salientar que o aresto, como não poderia deixar de ser, ateu-se ao limites do pedido deduzido na ação, que não foi outro senão o de “*aproveitamento do montante integral dos créditos reconhecidos judicialmente nos autos do Mandado de Segurança nº 0010062-54.2007.403.6105, até seu esgotamento, seja por meio de restituição ou compensação, suspendendo a cobrança dos valores já compensados após 16.08.2016 e dos que venha a ser compensados/restituídos subsequentemente*”, o que, como visto, restou prejudicado pela prescrição, não se questionando, seja para invalidar, seja para ratificar, os pedidos administrativos de compensação realizados anteriormente à 16/08/2016 e devidamente homologados pelo Fisco. Ressalte-se que o ponto sequer foi objeto de controvérsia, considerando-se que a contestação expressou que “*não houve qualquer ilegalidade ou abuso no ato que não homologou as Declarações de Compensação apresentadas pela autora após 16/08/2016, uma vez que apresentados após o transcurso do prazo de cinco anos, ocorrendo, desse modo, a prescrição. Dessa forma, também não há que se falar em direito à restituição dos valores atingidos pela prescrição.*”

Ressalte-se, pois, a irrelevância da prova documental que objetivou comprovar que houve pedidos de compensação entre o pedido de habilitação de crédito e a prescrição declarada em 2016 (ID 89910785), pois além de tangenciar o mérito da ação, o acórdão embargado destacou expressamente “*que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça assentou que a habilitação de crédito não é causa interruptiva, mas apenas suspensiva da prescrição, em convergência com a própria decisão administrativa proferida nos autos (ID 89910773)*”, sendo que, para efeito de contagem de prazo, no caso concreto, deve-se levar em conta que houve o cômputo da suspensão individualizadamente para cada PER/DCOMPS protocolado, concluindo-se, deste modo, que os pedidos de compensação transmitidos em 24/01/2017 e 25/04/2017 restaram prescritos, incidindo no prazo destes somente a suspensão da prescrição entre o pedido de habilitação e a ciência do deferimento, ocorridos, respectivamente, em 09/04/2012 e 14/05/2012.

Como se observa, fundamentado o acórdão, no que reformou a decisão apelada, não se cogita em violação aos artigos 1.022, parágrafo único, II, e 489, § 1º, do CPC, e, à evidência, eventual *error in iudicando*, como aventado, não implica omissão sanável na via dos embargos de declaração.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. COMPENSAÇÃO. CRÉDITO RECONHECIDO EM DECISÃO JUDICIAL. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS. REJEIÇÃO.

1. São manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto como objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

2. As alegações não envolvem erro material, omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.

3. No acórdão, destacou-se que a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça entende que o pedido de habilitação de crédito a compensar é distinto do pedido de compensação, constituindo-se causa suspensiva da prescrição e não causa interruptiva (AGARESP 592.138, Rel. Min. MAURO CAMPBELL, DJE 24/11/2014), como fixou o Juízo *a quo*, sendo que a decisão administrativa, acolhida pela decisão, fixou que os créditos objetos de PER/DCOMPS posteriores a 2016, restaram fulminados pela prescrição quinquenal (AGRESP 1.290.516, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJE 04/05/2018).

4. Não houve invalidação das compensações realizadas entre o primeiro pedido e aqueles declarados prescritos – os posteriores a 16/08/2016, sendo que, conforme a decisão administrativa, as compensações não atingidas pela prescrição quinquenal foram expressamente homologadas. Cumpre salientar que o acórdão ateu-se ao limites do pedido deduzido na ação, não se questionando, seja para invalidar, seja para ratificar, os pedidos administrativos de compensação realizados anteriormente a 2016 e devidamente homologados pelo Fisco.

5. Irrelevante a prova documental que objetivou comprovar que houve compensação entre o pedido de habilitação de crédito e a prescrição declarada, pois para efeito de contagem de prazo no caso concreto, deve-se levar em conta que houve o cômputo da suspensão individualizadamente para cada PER/DCOMPS protocolado.

6. Como se observa, fundamentado o acórdão, no que manteve a decisão agravada, não se cogita em violação aos artigos 1.022, parágrafo único, II, e 489, § 1º, do CPC, e, à evidência, eventual *error in iudicando*, como aventado, não implica omissão sanável na via dos embargos de declaração.

7. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5031750-16.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: P. R. COMERCIO, PROJETOS E INSTALACOES LTDA - ME

Advogados do(a) APELADO: LIGIA VALIM SOARES DE MELLO - SP346011-A, LUIS FERNANDO XAVIER SOARES DE MELLO - SP84253-A, EDUARDO GUTIERREZ - SP137057-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5031750-16.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: P. R. COMERCIO, PROJETOS E INSTALACOES LTDA - ME

Advogados do(a) APELADO: LIGIA VALIM SOARES DE MELLO - SP346011-A, LUIS FERNANDO XAVIER SOARES DE MELLO - SP84253-A, EDUARDO GUTIERREZ - SP137057-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração em face de acórdão assim ementado:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. COMPENSAÇÃO. RESTITUIÇÃO ADMINISTRATIVA. IMPOSSIBILIDADE. PRECATÓRIO. ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. Preliminarmente cabe rejeitar o pedido de suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior; o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior.

2. No mérito, a questão da inclusão de imposto na base de cálculo do PIS/COFINS com vulneração da matriz constitucional que prevê a respectiva incidência sobre faturamento ou receita na dicção atualizado do artigo 195, I, b, da Constituição Federal, foi resolvida, pela Suprema Corte no RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, frente ao ICMS. A interpretação constitucional quanto à exclusão do ICMS da base de cálculo de tais contribuições é extensiva, por identidade de razão jurídico-constitucional, à pretensão formulada em face do ISS, ainda que pendente o julgamento do RE 592.616. Isso porque a centralidade da tese jurídica fixada pela Suprema Corte serve tanto para o imposto estadual como municipal. A resolução da questão encontra-se menos colocada na peculiaridade própria do tributo estadual do que na centralidade substancial de que a materialidade constitucionalmente definida sobre a qual pode incidir a cobrança de tais contribuições sociais não comporta a inserção de valores de impostos que não expressem o faturamento do contribuinte. É importante registrar, inclusive, que o ICMS alcança não apenas operações relativas à circulação de mercadorias, mas também prestações de serviço como os de transportes interestadual e intermunicipal, e de comunicação. Não teria sentido, portanto, incluir outros serviços, que são próprios do ISS, na base de cálculo de tais contribuições, quando já definida solução contrária ao Fisco no âmbito do ICMS. Existe, pois, simetria sistêmica que, considerada a centralidade da controvérsia resolvida no RE 574.706, não permite seja concebida, desde logo, interpretação ou solução distintas das definidas no relevante precedente. Certo que ao Excelso Pretório compete estabelecer a exegese definitiva também no tocante à inclusão do ISS na base de cálculo de tais contribuições, porém disto não resulta que caiba, desde logo, negar eficácia ao precedente firmado no exame do ICMS em favor de orientação contrária.

3. A pretensão em causa não envolve a dedução de parcela legalmente prevista, daí porque impertinente o argumento de que é taxativo o rol de exclusões constante do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 - com as alterações da Lei 12.973/2014, cujo advento, conforme já decidiu esta Corte, “não promoveu modificação legislativa relevante para a espécie, na medida em que não alterou o conceito da base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS” (EI 0029413-91.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 17/11/2017) - e § 3º dos artigos 1º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003. A tese do contribuinte é a de que a inclusão do imposto na base de cálculo de tais contribuições viola incidência constitucionalmente delimitada, exigindo, assim, decisão judicial no sentido de definir a base de cálculo compatível com o parâmetro constitucional.

4. Quanto ao disposto no § 6º do artigo 150 da Constituição Federal, é inquestionável que serve de norma-parâmetro para a delimitação da atuação funcional do legislador e administrador; alertando que cabe somente ao Parlamento, não ao Executivo, definir, em caráter normativo, geral e abstrato, por exemplo, “redução de base de cálculo”. Tal norma e, na mesma linha, ainda o artigo 97, VI, do Código Tributário Nacional, não excluem, por evidente, a competência constitucional do Judiciário de declarar inconstitucionalidade da lei, no que fixada incidência ou não prevista exclusão exigida à luz do parâmetro constitucional, única leitura constitucional possível para que seja respeitada a própria cláusula pétrea da separação dos Poderes, consagrada nos artigos 2º e 60, §4º, III, da Constituição Federal.

5. A regra de interpretação legal das normas tributárias (artigo 111, I, CTN) tem atuação adstrita ao campo do direito infraconstitucional. Não pode ser levada em consideração no controle de constitucionalidade para efeito de coibir a função de interpretação da Constituição Federal dada e conferida ao Poder Judiciário. Ao contrário do preconizado pela PFN, o que cabe prestigiar no regime de Estado de Direito é a lição de que se deve interpretar a lei segundo a Constituição e, não, a Constituição segundo a lei.

6. A alegação de que o cálculo do PIS/COFINS com exclusão do imposto destinado ao erário contradiz a incidência, reconhecida válida, sobre outros custos, encargos ou despesas destinados a terceiros (como elencado nos autos, por exemplo: empregados, companhia de energia elétrica, FGTS, fornecedores, empresas contratadas para prestação de serviços, entes estatais) não é verdadeira e nem aceitável sem análise da natureza jurídica de cada parcela discutida na formação da base de cálculo de tais contribuições. Por ora, o que assentou, suficientemente, a Suprema Corte para o exame do caso foi a inexigibilidade de imposto integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, seja o ICMS, seja o próprio ISS, quanto a este em juízo derivado diretamente da mesma lógica de fundamentação constitucional, conforme já exposto.

7. Reconhecido o indébito fiscal, na forma acima especificada, os critérios para exercício do direito à compensação, na via administrativa mediante procedimento específico, inclusive com a própria comprovação e liquidação de valores indevidos a serem compensados, são os definidos nos artigos 168 (prescrição quinquenal) e 170-A (trânsito em julgado), ambos do Código Tributário Nacional; artigo 74 da Lei 9.430/1996 e demais textos legais de regência, incluindo o artigo 26-A da Lei 11.457/2007 na redação da Lei 13.670/2018, desde que vigente o regime legal respectivo ao tempo da propositura da ação, pois este o critério determinante na jurisprudência consolidada, ainda que posteriormente alterada a legislação; e artigo 39, § 4º da Lei 9.250/1995 (incidência exclusiva da Taxa SELIC).

8. A respeito da restituição administrativa, que tem sido deferida com base na Súmula 461 do Superior Tribunal de Justiça, é importante observar que o enunciado respectivo, ao fazer referência expressa a "precatório", registra o entendimento de que não é possível que o ressarcimento de indébito fiscal, em espécie, reconhecido judicialmente, possa gerar condenação a pagamento fora do regime constitucional do precatório (artigo 100, CF). De fato, o regime de precatório busca preservar a ordem cronológica das requisições e, sobretudo, as preferências alimentares, o que não se verifica possível ou garantido na via administrativa, até porque, nela, não concorrem, de forma conjunta e simultânea, as variadas cobranças em dinheiro contra a Fazenda Pública, ao contrário do que ocorre com requisições judiciais de precatórios que, inclusive, são todas globalmente organizadas e inseridas cronologicamente na previsão orçamentária anual para execução no exercício financeiro posterior. Permitir que o contribuinte utilize a via administrativa para receber pagamento de indébito fiscal em detrimento do sistema de precatório já foi reconhecido, inclusive, como inconstitucional pela Suprema Corte que, por semelhança, aplicou a solução contida no Tema 831 da sistemática de repercussão geral (RE 1.069.065, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe 19/12/2019). Partindo de tais premissas, o ressarcimento do contribuinte em razão de indébito fiscal, quando judicial a condenação (título judicial condenatório), apenas é possível através de compensação ou repetição, modalidade esta que, porém, não se compatibiliza com decisão proferida em sede de mandado de segurança (Súmulas 269 e 271/STF), vedada, assim, a restituição administrativa, salvo quando os procedimentos sejam originariamente administrativos.

9. Apelação desprovida e remessa oficial parcialmente provida para afastar a restituição do indébito fiscal pela via administrativa, mantido o direito à compensação conforme critérios especificados. ”

Alegou-se omissão do julgado, inclusive para fins de pré-questionamento, pois: **(1)** os artigos 489, § 1º, IV a VI, 525, § 13, 927, § 3º, do CPC e 27 da Lei 9.868/1999 revelam que a solução mais prudente para garantir coerência e estabilidade exige o sobrestamento do feito até o exame dos embargos de declaração no RE 574.706 e o trânsito em julgado respectivo, em razão da discussão de pontos relevantes, como a eventual modulação dos efeitos da inconstitucionalidade, evitando rescisórias e a aplicação imediata do precedente em casos apenas correlatos, como o da espécie, aduzindo que os artigos 1.036, 1.039 e 1.040, CPC, presumem o trânsito em julgado da decisão nos recursos afetados, o que ainda não houve, remanescendo dúvidas a serem resolvidas somente com o julgamento dos embargos de declaração; **(2)** ao reputar aplicável o RE 574.706 ao ISS, houve julgamento temerário, pois os casos não foram apreciados simultaneamente para demonstrar a similaridade, sendo o imposto municipal discutido no RE 592.616, com distinção das situações, pois a exclusão do ICMS na apuração do PIS/COFINS foi acolhida pela natureza não cumulatividade do imposto estadual, dado que o ICMS, ao ingressar como parte do pagamento pelo produto vendido e ser obrigatoriamente repassado ao Fisco, não é receita, existindo obrigação de transferência prevista nos artigos 155, § 2º, I, CF, e 13, I, § 1º, da LC 87/1996, sendo que isto não ocorre com o ISS, pelo que cabível o sobrestamento, com esteio nos artigos 1.035, § 5º, 927, III, e 1.039, CPC, e, caso assim não se entenda, deve ser, no mérito, aplicada a tese do Superior Tribunal de Justiça fixada no REsp. 1.330.737, sob rito repetitivo, no sentido de que *“o valor do ISSQN integra o conceito de receita bruta, assim entendida como a totalidade das receitas auferidas com o exercício da atividade econômica, de modo que não pode ser dedutível da base de cálculo do PIS e COFINS”*; e **(3)** somente o IPI foi excluído da base de cálculo da COFINS (artigo 2º, parágrafo único, da LC 70/1991) e a inclusão do ISS na apuração do PIS/COFINS tem fundamento, a *contrario sensu*, no artigo 3º, § 2º, I, da Lei 9.718/1998, sendo que com as Leis 10.637/2002 e 10.833/2003 e, nos termos do artigo 195, I, “b”, CF, na redação da EC 20/1998, tais contribuições passaram a incidir sobre *“o total das receitas auferidas pelas pessoas jurídicas”*, incluindo tributos indiretos como o ISS que, sendo custo, integra o preço do produto ou serviço, o qual compõe o faturamento e, como custo ou despesa operacional, a dedução do respectivo valor na apuração da base de cálculo, considerado o faturamento, depende de previsão legal, tanto assim que a Suprema Corte já reconheceu que o ICMS, enquanto custo do produto, pode ser incluído na base de cálculo do próprio ICMS, não podendo ser aceita a tese de que faturamento equivale à receita líquida, esta passível de dedução de custos como os tributos em geral, ou a lucro, o que não é retratado pela própria separação entre receita e faturamento, de um lado, e, de outro, lucro nas alíneas do inciso I do artigo 195, CF, a comprovar que a tributação questionada, ao incidir sobre faturamento ou receita bruta, inclui encargos tributário, aduzindo que o artigo 156, III, CF, e as disposições da LC 116/2003 deixam claro que o contribuinte do ISS é o prestador de serviço, e que o imposto é incluído no preço do serviço, não impondo a obrigação do repasse do ISS, sendo meramente econômica a transferência entre tomador e prestador, de modo a impedir a aplicação da solução dada em relação ao ICMS no julgamento do Tema 69 em repercussão geral, inclusive porque a forma de apuração do ISS não segue a inclusão do próprio valor do tributo na respectiva base de cálculo como ocorre no ICMS, e não se destaca, por dentro ou por fora do preço, o valor do ISS para repasse do valor na correspondente fatura de serviço em coerência com a Constituição Federal, que não prevê regime não cumulativo para o imposto municipal (artigo 153, III, § 3º), razão pela qual não tem sentido afirmar que o ISS não é receita ou faturamento da empresa, por ser transferida juridicamente ao consumidor final, sendo que a operação econômica com o repasse do imposto ao tomador apenas amplia o valor da receita ou faturamento do prestador do serviço, ao compensar o que legalmente é despesa tributária que não poderia ser deduzida da base de cálculo do PIS/COFINS, revelando a discrepância da situação do ISS em relação à solução do Tema 69, relativamente à exclusão do ICMS da base de cálculo daquelas contribuições sociais, podendo ser dito, em resumo, enfim, que a exclusão do imposto estadual foi deferida por se tratar de ingresso temporário na receita ou faturamento da empresa pelo repasse jurídico feito ao adquirente do produto, enquanto que, no caso do imposto municipal, não existe dever jurídico de repasse e, portanto, todo o valor cobrado do tomador é receita ou faturamento do prestador do serviço, não sendo parcela dedutível do preço, exegese que não viola a capacidade contributiva nem a legalidade, pois os artigos 3º da Lei 9.718/1998, 1º da Lei 10.637/2002 e 1º da Lei 10.833/2003, assim como a nova redação dada ao artigo 12 do Decreto-Lei 1.598/1977 pela Lei 12.973/2014, evidenciam, sem dúvida, que o ISS faz parte da base de cálculo do PIS/COFINS, pois *“na receita bruta incluem-se os tributos sobre ela incidentes”*, de modo que a interpretação lógico-sistemática da Constituição e da legislação respalda a pretensão fazendária no sentido da improcedência do pedido formulado pelo contribuinte.

Apresento o feito em mesa para julgamento (artigo 1.024, § 1º, CPC).

É o relatório.

APELADO: P. R. COMERCIO, PROJETOS E INSTALACOES LTDA - ME
Advogados do(a) APELADO: LIGIA VALIM SOARES DE MELLO - SP346011-A, LUIS FERNANDO XAVIER SOARES DE MELLO - SP84253-A, EDUARDO GUTIERREZ - SP137057-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, são manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

As alegações não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.

Com efeito, constou do acórdão embargado, quanto ao sobrestamento do feito diante da pendência dos embargos de declaração no RE 574.706, a rejeição expressa da pretensão nos seguintes termos:

“preliminarmente cabe rejeitar o pedido de suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior; o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior.”

Ao contrário do alegado, os preceitos legais reputados omitidos no julgamento sequer foram devolvidos ao exame da Turma na apelação interposta, que formulou pedido genérico para sobrestamento do feito sem sequer apontar fundamentação legal. Seja como for, evidencia-se que a interpretação das normas, somente agora levantadas, não revelam omissão do julgado, em que se destacou que cabe à Suprema Corte atribuir efeito suspensivo tanto na admissão da repercussão geral como na eventual pendência de embargos de declaração.

Por relevantes que eventualmente possam ser as dúvidas e questionamentos que foram suscitados nos embargos de declaração, não cabe a este Tribunal paralisar o andamento dos processos para reputar omissos, contraditórios ou obscuros o acórdão da Suprema Corte, externando concordância com a embargante para deixar de prestar jurisdição, se inexistente, como registrado, previsão legal ou decisão judicial da Corte Superior competente na qual tramita o recurso para solução da controvérsia constitucional.

Logo, não se trata de reconhecer omissão no acórdão embargado, mas de destacar que se, como alegado, o prosseguimento do feito violou as normas apontadas (artigos 489, § 1º, IV a VI, 525, §13, 927, III e § 3º, 1.035, § 5º, 1.036, 1.039, 1.040, CPC; e 27 da Lei 9.868/1999), cabe à embargante discutir, na instância superior competente, o eventual *error in iudicando*, e não pleitear a reforma do julgado, por inconformismo, em sede de embargos de declaração.

Quanto ao mérito, tampouco houve omissão no julgamento, tendo sido fundamentado o acórdão embargado nos seguintes termos:

"No mérito, a questão da inclusão de **imposto** na base de cálculo do PIS/COFINS com vulneração da matriz constitucional que prevê a respectiva incidência sobre faturamento ou receita na dicção atualizado do artigo 195, I, b, da Constituição Federal, foi resolvida, pela Suprema Corte no RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS.

(...)

A interpretação constitucional quanto à exclusão do ICMS da base de cálculo de tais contribuições é extensiva, por identidade de razão jurídico-constitucional, à pretensão formulada em face do ISS, ainda que pendente o julgamento do RE 592.616. Isso porque a centralidade da tese jurídica fixada pela Suprema Corte serve tanto para o imposto estadual como municipal. A resolução da questão encontra-se menos colocada na peculiaridade própria do tributo estadual do que na centralidade substancial de que a materialidade constitucionalmente definida sobre a qual pode incidir a cobrança de tais contribuições sociais não comporta a inserção de valores de impostos que não expressem o faturamento do contribuinte.

É importante registrar, inclusive, que o ICMS alcança não apenas operações relativas à circulação de mercadorias, mas também prestações de serviço como os de transportes interestadual e intermunicipal, e de comunicação. Não teria sentido, portanto, incluir outros serviços, que são próprios do ISS, na base de cálculo de tais contribuições, quando já definida solução contrária ao Fisco no âmbito do ICMS. Existe, pois, simetria sistêmica que, considerada a centralidade da controvérsia resolvida no RE 574.706, não permite seja concebida, desde logo, interpretação ou solução distintas das definidas no relevante precedente. Certo que ao Excelso Pretório compete estabelecer a exegese definitiva também no tocante à inclusão do ISS na base de cálculo de tais contribuições, porém disto não resulta que caiba, desde logo, negar eficácia ao precedente firmado no exame do ICMS em favor de orientação contrária.

Neste sentido tem decidido a Turma:

ApCiv 5002810-15.2017.4.03.6120, Rel. Des. Fed. NELTON DOS SANTOS, e- DJF3 29/10/2019: "PROCESSUAL CIVIL. JUNTADA DE COMPROVANTES EM SEDE RECURSAL. INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO NO CASO SUB JUDICE. RECURSO DE APELAÇÃO. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ISSQN NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. COMPENSAÇÃO ART. 26, DA LEI Nº 11.457/07. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. RECURSO DE APELAÇÃO PROVIDO. 1. Na vigência do Código de Processo Civil de 1973, sobejavam razões para o acolhimento da tese restritiva, impeditiva da juntada de documentos novos em sede recursal. Com efeito, aquele diploma legal caracterizava-se como consagrador de um sistema de preclusões rígidas, de sorte que, ultrapassada a fase própria para a prática do ato, este restava inviabilizado. 2. Já no Código de Processo Civil de 2015, todavia, concebido já sobre os influxos da teoria da instrumentalidade do processo, prevalece o princípio segundo o qual, sempre que possível, a solução mais completa da controvérsia deve ser buscada. Nesse particular; ademais, o atual Código Processual tem como norte principiológico a resolução do mérito da demanda. 3. De mais a mais, não está se afastando a necessidade da devida instrução processual desde o início da demanda, mas a instrumentalidade do processo, sob o enfoque do caso dos autos, nos demonstra a ausência de prejuízo à defesa da administração pública. Isto porque os pontos atinentes à compensação foram regularmente levantados e analisados, sendo certo que a comprovação de credora, neste momento, apenas afirmou aquela condição devidamente debatida. 4. Preliminarmente, em que pese o julgamento sob o rito dos recursos repetitivos realizado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu a legalidade da incidência do PIS e da COFINS sobre a parcela relativa ao ISSQN, conforme se verificará no presente voto, a questão a ser tratada antecede a análise da legalidade, sendo certo que o vício combatido paira sob a constitucionalidade de tal exação, razão pela qual não se trata de afronta ao quanto decidido por aquela Corte Superior: Por outro lado, trata-se de situação que visa respeitar o entendimento exarado pela Corte Suprema quanto ao tema. 5. Assente-se que, tanto o RE 574.706/PR quanto o 240.785/MG foram julgados pelo Pleno do A. Supremo Tribunal Federal, sendo certo que nesses acórdãos foi sufragado que um tributo não detém a natureza jurídica de receita, tornando plenamente inaplicável o incidente de arguição de inconstitucionalidade, nos termos do artigo 949, parágrafo único, do Código de Processo Civil. 6. A jurisprudência do A. Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontrar inserida no conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. 7. Impende destacar que o reconhecimento da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pode ser aplicado ao ISS, em razão da própria inexistência de natureza de receita ou faturamento destas parcelas. Precedentes da 3ª Turma do TRF da 3ª Região. 8. Reforce-se que mesmo com as alterações posteriores na legislação que institui o PIS e a COFINS – Lei nº 12.973/14 – não tem o condão de afastar o quanto decidido, pois, conforme amplamente demonstrado, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela. 9. A compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior. 10. No que tange à condenação dos honorários advocatícios, em análise pelo reexame necessário, entendo que apesar dos patamares constantes no artigo 85, § 3º, inciso I a V, do Código de Processo Civil, o intuito do legislador não é pautado pelo enriquecimento sem causa, devendo a fixação dos honorários ser realizada de forma equitativa, balizada pelos princípios da proporcionalidade, causalidade e razoabilidade, analisando-se o quanto dispõe o artigo 85, § 2º, da Lei Adjetiva Civil. 11. No caso dos autos, a matéria tratada é corriqueira e já sedimentada na jurisprudência, inclusive através do julgamento de repercussão geral pelo A. Supremo Tribunal Federal, ainda, verifica-se que não houve necessidade de dilação probatória com acompanhamento de perícia ou audiência, sendo que o tempo para a solução da demanda também não se demonstrou excessivo, o que enseja o reconhecimento do diminuto trabalho realizado. 12. Neste diapasão, é de rigor a condenação da União nos honorários advocatícios, fixados nos patamares mínimos dispostos no artigo 85, § 3º, do Código de Processo Civil, observando-se a faixa de valores e o quanto delimitado no § 5º, do mesmo dispositivo legal, em respeito aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e causalidade. 13. Recurso de apelação provido."

Perceba-se que a pretensão em causa não envolve a dedução de parcela legalmente prevista, daí porque impertinente o argumento de que é taxativo o rol de exclusões constante do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 - com as alterações da Lei 12.973/2014, cujo advento, conforme já decidiu esta Corte, "não promoveu modificação legislativa relevante para a espécie, na medida em que não alterou o conceito da base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS" (EI 0029413-91.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 17/11/2017) - e § 3º dos artigos 1º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003.

A tese do contribuinte é a de que a inclusão do imposto na base de cálculo de tais contribuições viola incidência constitucionalmente delimitada, exigindo, assim, decisão judicial no sentido de definir a base de cálculo compatível com o parâmetro constitucional.

Quanto ao disposto no § 6º do artigo 150 da Constituição Federal, é inquestionável que serve de norma-parâmetro para a delimitação da atuação funcional do legislador e administrador; alertando que cabe somente ao Parlamento, não ao Executivo, definir, em caráter normativo, geral e abstrato, por exemplo, "redução de base de cálculo". Tal norma e, na mesma linha, ainda o artigo 97, VI, do Código Tributário Nacional, não excluem, por evidente, a competência constitucional do Judiciário de declarar inconstitucionalidade da lei, no que fixada incidência ou não prevista exclusão exigida à luz do parâmetro constitucional, única leitura constitucional possível para que seja respeitada a própria cláusula pétrea da separação dos Poderes, consagrada nos artigos 2º e 60, §4º, III, da Constituição Federal.

A regra de interpretação legal das normas tributárias (artigo 111, I, CTN) tem atuação adstrita ao campo do direito infraconstitucional. Não pode ser levada em consideração no controle de constitucionalidade para efeito de coibir a função de interpretação da Constituição Federal dada e conferida ao Poder Judiciário. O que cabe prestigiar no regime de Estado de Direito é a lição de que se deve interpretar a lei segundo a Constituição e, não, a Constituição segundo a lei.

A alegação de que o cálculo do PIS/COFINS com exclusão do imposto destinado ao erário contradiz a incidência, reconhecidamente válida, sobre outros custos, encargos ou despesas destinados a terceiros (como elencado nos autos, por exemplo: empregados, companhia de energia elétrica, FGTS, fornecedores, empresas contratadas para prestação de serviços, entes estatais) não é verdadeira e nem aceitável, sem análise da natureza jurídica de cada parcela discutida na formação da base de cálculo de tais contribuições. Por ora, o que assentou, suficientemente, a Suprema Corte para o exame do caso foi a inexigibilidade de imposto integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, seja o ICMS, seja o próprio ISS, quanto a este em juízo derivado diretamente da mesma lógica de fundamentação constitucional, conforme já exposto.

Em suma, portanto, o reconhecimento da inexigibilidade do ISS na formação da base de cálculo do PIS/COFINS atende à fundamentação jurídico-constitucional assentada no exame do RE 574.706, em regime de repercussão geral, sem embargo da observância, oportunamente, do que for deliberado, pelo Excelso Pretório, no âmbito do julgamento do RE 592.616."

A embargante alegou que o aresto recorrido, ao reputar aplicável ao ISS a solução do RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS, incorreu em omissão, pois os tributos são distintos e não autorizaram a assimilação ou equiparação que lhes foi dada para efeito de redução da base de cálculo do PIS/COFINS.

Primeiramente, é importante registrar que a discussão é constitucional e, portanto, não tem pertinência a aplicação da solução fixada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do RESP 1.330.737, sob rito repetitivo, no sentido de que "o valor do ISSQN integra o conceito de receita bruta, assim entendida como a totalidade das receitas auferidas com o exercício da atividade econômica, de modo que não pode ser dedutível da base de cálculo do PIS e COFINS".

O cerne da controvérsia em matéria constitucional encontra-se na interpretação do artigo 195, I, "b", da Constituição Federal, no que estabeleceu que contribuições de financiamento e custeio da Seguridade Social podem ser cobradas do empregador ou empresa com incidência sobre a respectiva receita ou faturamento. Neste sentido, o acórdão embargado, sem olvidar a distinção constitucional entre ICMS e ISS, concluiu que aspectos essenciais da solução dada pela Suprema Corte no exame do RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS, não poderiam deixar de ser considerados na apreciação da temática da formação da base de cálculo do PIS/COFINS à vista da impugnação à inclusão do ISS.

A distinção, exposta pela embargante com densa análise, sobretudo, da legislação infraconstitucional, revela o propósito de atribuir interpretação excepcional à exclusão de tributo da base de cálculo de outro tributo. Neste sentido, as articulações foram profundas, no sentido de demonstrar que o ICMS tem características constitucionais e legais próprias, que as distinguem, por exemplo, do ISS, fundamentalmente atinentes, no que ora importa, ao regime constitucional da não cumulatividade, que seria o ponto determinante da excepcional forma com que lidou a Corte Suprema com a pretensão de revisão da forma de apuração do PIS/COFINS.

Conquanto se possa tratar de vertente de análise relevante e válida, pela clareza de suas enunciações, a ínsita correlação, para efeito de definição constitucional do conceito de receita ou faturamento, não é derivação unívoca do texto constitucional, tanto que é longa a discussão do tema e repleto de divergências como visto no próprio julgamento em referência. Ainda que tenha, pessoalmente, firmado historicamente interpretação favorável à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS, o pronunciamento da Suprema Corte revelou outra ótica a ser observada, obrigatoriamente, no tratamento da matéria.

O aresto recorrido aderiu à compreensão de que o ISS, imposto tal qual o ICMS, a ser repassado aos cofres públicos, na linha do precedente no RE 574.706, não deve integrar a receita ou faturamento, base de cálculo do PIS/COFINS. Ainda que se cuide, na espécie, de ISS, o que se considerou relevante para rejeitar o *distinguishing* pleiteado pela embargante foi que a técnica da não cumulatividade, inerente ao ICMS, apenas configura forma de cálculo do tributo devido, não significando que, porém, que haja distinção entre ICMS e ISS no tocante ao fato, aparentemente determinante no julgado paradigma, de que os valores apurados, de uma ou outra forma, não são incorporados ao patrimônio do contribuinte tributado como expressão de auferimento de riqueza própria.

Saliente-se que tal interpretação foi levada a efeito, em prejuízo à toda a lógica diversa que sustenta a diferenciação para fins tributários entre receita/faturamento e lucro, exclusivamente em razão da decisão proferida no RE 574.706, objetivando resguardar o mérito do pronunciamento constitucional da Suprema Corte na extensão da lógica enxergada a partir do decidido.

Não houve, como se observa, qualquer omissão e, quanto à suposta ofensa, negativa de vigência, nulidade ou contrariedade à Constituição e legislação (artigos 195, I, "b", CF; 489, § 1º, IV a VI, 525, § 13, 926 e 927, § 3º, do CPC; e 27 da Lei 9.868/1999; 1º da Lei 10.637/2002; 1º da Lei 10.833/2003; 5º e 7º da LC 116/2003; e 2º e 3º da Lei 9.718/1998) ou à jurisprudência, ainda que houvesse, não seriam vícios passíveis de exame em embargos de declaração como via substitutiva dos recursos específicos, próprios para cada situação, de competência das instâncias superiores.

Não cabendo, com efeito, a este Tribunal deixar de julgar o mérito da causa, apesar da pendência de embargos de declaração, resta claro que eventual dissintonia - considerado o que se reputou ter sido o conteúdo e o alcance do paradigma e o que supostamente teria sido decidido em sentido contrário naquela instância - deve ser dirigida ao exame da própria Suprema Corte para pronunciamento último e definitivo sobre a controvérsia constitucional suscitada.

Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÕES. NULIDADES, ILEGALIDADES E INCONSTITUCIONALIDADES. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS. REJEIÇÃO.

1. São manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado. As alegações deduzidas não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.

2. Conistou do acórdão embargado, quanto ao sobrestamento do feito diante da pendência dos embargos de declaração no RE 574.706, a rejeição expressa da pretensão nos seguintes termos: *"preliminarmente cabe rejeitar o pedido de suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior; o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior."*

3. Ao contrário do alegado, os preceitos legais reputados omitidos no julgamento sequer foram devolvidos ao exame da Turma na apelação interposta, que formulou pedido genérico para sobrestamento do feito sem sequer apontar fundamentação legal. Seja como for, evidencia-se que a interpretação das normas, somente agora levantadas, não evidencia omissão do julgado, em que se destacou que cabe à Suprema Corte atribuir efeito suspensivo tanto na admissão da repercussão geral como na eventual pendência de embargos de declaração. Por relevantes que eventualmente possam ser as dúvidas e questionamentos que foram suscitados nos embargos de declaração, não cabe a este Tribunal paralisar o andamento dos processos para reputar omissos, contraditórios ou obscuros o acórdão da Suprema Corte, externando concordância com a embargante para deixar de prestar jurisdição, se inexistente, como registrado, previsão legal ou decisão judicial da Corte Superior competente na qual tramita o recurso para solução da controvérsia constitucional. Logo, não se trata de reconhecer omissão no acórdão embargado, mas de destacar que se, como alegado, o prosseguimento do feito violou as normas apontadas (artigos 489, § 1º, IV a VI, 525, §13, 927, III e § 3º, 1.035, § 5º, 1.036, 1.039, 1.040, CPC; e 27 da Lei 9.868/1999), cabe à embargante discutir, na instância superior competente, o eventual *error in iudicando*, e não pleitear a reforma do julgado, por inconformismo, em sede de embargos de declaração.

4. Quanto ao mérito, tampouco houve omissão no julgamento, tendo sido fundamentado o acórdão embargado nos seguintes termos: "No mérito, a questão da inclusão de imposto na base de cálculo do PIS/COFINS com vulneração da matriz constitucional que prevê a respectiva incidência sobre faturamento ou receita na dicção atualizado do artigo 195, I, b, da Constituição Federal, foi resolvida, pela Suprema Corte no RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS. (...) A interpretação constitucional quanto à exclusão do ICMS da base de cálculo de tais contribuições é extensiva, por identidade de razão jurídico-constitucional, à pretensão formulada em face do ISS, ainda que pendente o julgamento do RE 592.616. Isso porque a centralidade da tese jurídica fixada pela Suprema Corte serve tanto para o imposto estadual como municipal. A resolução da questão encontra-se menos colocada na peculiaridade própria do tributo estadual do que na centralidade substancial de que a materialidade constitucionalmente definida sobre a qual pode incidir a cobrança de tais contribuições sociais não comporta a inserção de valores de impostos que não expressem o faturamento do contribuinte. É importante registrar, inclusive, que o ICMS alcança não apenas operações relativas à circulação de mercadorias, mas também prestações de serviço como os de transportes interestadual e intermunicipal, e de comunicação. Não teria sentido, portanto, incluir outros serviços, que são próprios do ISS, na base de cálculo de tais contribuições, quando já definida solução contrária ao Fisco no âmbito do ICMS. Existe, pois, simetria sistêmica que, considerada a centralidade da controvérsia resolvida no RE 574.706, não permite seja concebida, desde logo, interpretação ou solução distintas das definidas no relevante precedente. Certo que ao Excelso Pretório compete estabelecer a exegese definitiva também no tocante à inclusão do ISS na base de cálculo de tais contribuições, porém disto não resulta que caiba, desde logo, negar eficácia ao precedente firmado no exame do ICMS em favor de orientação contrária. (...) Perceba-se que a pretensão em causa não envolve a dedução de parcela legalmente prevista, daí porque impertinente o argumento de que é taxativo o rol de exclusões constante do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 - com as alterações da Lei 12.973/2014, cujo advento, conforme já decidiu esta Corte, "não promoveu modificação legislativa relevante para a espécie, na medida em que não alterou o conceito da base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS" (EI 0029413-91.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 17/11/2017) - e § 3º dos artigos 1º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003. A tese do contribuinte é a de que a inclusão do imposto na base de cálculo de tais contribuições viola incidência constitucionalmente delimitada, exigindo, assim, decisão judicial no sentido de definir a base de cálculo compatível com o parâmetro constitucional. Quanto ao disposto no § 6º do artigo 150 da Constituição Federal, é inquestionável que serve de norma-parâmetro para a delimitação da atuação funcional do legislador e administrador; alertando que cabe somente ao Parlamento, não ao Executivo, definir, em caráter normativo, geral e abstrato, por exemplo, "redução de base de cálculo". Tal norma e, na mesma linha, ainda o artigo 97, VI, do Código Tributário Nacional, não excluem, por evidente, a competência constitucional do Judiciário de declarar inconstitucionalidade da lei, no que fixada incidência ou não prevista exclusão exigida à luz do parâmetro constitucional, única leitura constitucional possível para que seja respeitada a própria cláusula pétrea da separação dos Poderes, consagrada nos artigos 2º e 60, §4º, III, da Constituição Federal. A regra de interpretação legal das normas tributárias (artigo 111, I, CTN) tem atuação adstrita ao campo do direito infraconstitucional. Não pode ser levada em consideração no controle de constitucionalidade para efeito de coibir a função de interpretação da Constituição Federal dada e conferida ao Poder Judiciário. o que cabe prestigiar no regime de Estado de Direito é a lição de que se deve interpretar a lei segundo a Constituição e, não, a Constituição segundo a lei. A alegação de que o cálculo do PIS/COFINS com exclusão do imposto destinado ao erário contradiz a incidência, reconhecidamente válida, sobre outros custos, encargos ou despesas destinados a terceiros (como elencado nos autos, por exemplo: empregados, companhia de energia elétrica, FGTS, fornecedores, empresas contratadas para prestação de serviços, entes estatais) não é verdadeira e nem aceitável, sem análise da natureza jurídica de cada parcela discutida na formação da base de cálculo de tais contribuições. Por ora, o que assentou, suficientemente, a Suprema Corte para o exame do caso foi a inexigibilidade de imposto integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, seja o ICMS, seja o próprio ISS, quanto a este em juízo derivado diretamente da mesma lógica de fundamentação constitucional, conforme já exposto. Em suma, portanto, o reconhecimento da inexigibilidade do ISS na formação da base de cálculo do PIS/COFINS atende à fundamentação jurídico-constitucional assentada no exame do RE 574.706, em regime de repercussão geral, sem embargo da observância, oportuna, do que for deliberado, pelo Excelso Pretório, no âmbito do julgamento do RE 592.616."

5. Alegou-se que o aresto recorrido, ao reputar aplicável ao ISS a solução do RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS, incorreu em omissão, pois os tributos são distintos e não autorizaram a assimilação ou equiparação que lhes foi dada para efeito de redução da base de cálculo do PIS/COFINS. Primeiramente, é importante registrar que a discussão é constitucional e, portanto, não tem pertinência a aplicação da solução fixada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do RESP 1.330.737, sob rito repetitivo, no sentido de que "o valor do ISSQN integra o conceito de receita bruta, assim entendida como a totalidade das receitas auferidas com o exercício da atividade econômica, de modo que não pode ser dedutível da base de cálculo do PIS e COFINS".

6. O cerne da controvérsia em matéria constitucional encontra-se na interpretação do artigo 195, I, "b", da Constituição Federal, no que estabeleceu que contribuições de financiamento e custeio da Seguridade Social podem ser cobradas do empregador ou empresa com incidência sobre a respectiva receita ou faturamento. Neste sentido, o acórdão embargado, sem olvidar a distinção constitucional entre ICMS e ISS, concluiu que aspectos essenciais da solução dada pela Suprema Corte no exame do RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS, não poderiam deixar de ser considerados na apreciação da temática da formação da base de cálculo do PIS/COFINS à vista da impugnação à inclusão do ISS. A distinção, exposta pela embargante com densa análise, sobretudo, da legislação infraconstitucional, revela o propósito de atribuir interpretação excepcional à exclusão de tributo da base de cálculo de outro tributo. Neste sentido, as articulações foram profundas, no sentido de demonstrar que o ICMS tem características constitucionais e legais próprias, que as distinguem, por exemplo, do ISS, fundamentalmente atinentes, no que ora importa, ao regime constitucional da não cumulatividade, que seria o ponto determinante da excepcional forma com que lidou a Corte Suprema com a pretensão de revisão da forma de apuração do PIS/COFINS.

7. Conquanto se possa tratar de vertente de análise relevante e válida, pela clareza de suas enunciações, a ínsita correlação, para efeito de definição constitucional do conceito de receita ou faturamento, não é derivação unívoca do texto constitucional, tanto que é longa a discussão do tema e repleto de divergências como visto no próprio julgamento em referência. Ainda que tenha, pessoalmente, firmado historicamente interpretação favorável à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS, o pronunciamento da Suprema Corte revelou outra ótica a ser observada, obrigatoriamente, no tratamento da matéria.

8. O aresto recorrido aderiu à compreensão de que o ISS, imposto tal qual o ICMS, a ser repassado aos cofres públicos, na linha do precedente no RE 574.706, não deve integrar a receita ou faturamento, base de cálculo do PIS/COFINS. Ainda que se cuide, na espécie, de ISS, o que se considerou relevante para rejeitar o *distinguishing* pleiteado pela embargante foi que a técnica da não cumulatividade, inerente ao ICMS, apenas configura forma de cálculo do tributo devido, não significando que, porém, que haja distinção entre ICMS e ISS no tocante ao fato, aparentemente determinante no julgado paradigma, de que os valores apurados, de uma ou outra forma, não são incorporados ao patrimônio do contribuinte tributado como expressão de auferimento de riqueza própria. Saliente-se que tal interpretação foi levada a efeito, em prejuízo à toda a lógica diversa que sustenta a diferenciação para fins tributários entre receita/faturamento e lucro, exclusivamente em razão da decisão proferida no RE 574.706, objetivando resguardar o mérito do pronunciamento constitucional da Suprema Corte na extensão da lógica enxergada a partir do decidido.

9. Não houve, como se observa, qualquer omissão e, quanto à suposta ofensa, negativa de vigência, nulidade ou contrariedade à Constituição e legislação (artigos 195, I, "b", CF; 489, § 1º, IV a VI, 525, § 13, 926 e 927, § 3º, do CPC; e 27 da Lei 9.868/1999; 1º da Lei 10.637/2002; 1º da Lei 10.833/2003; 5º e 7º da LC 116/2003; e 2º e 3º da Lei 9.718/1998) ou à jurisprudência, ainda que houvesse, não seriam vícios passíveis de exame em embargos de declaração como via substitutiva dos recursos específicos, próprios para cada situação, de competência das instâncias superiores. Não cabendo, como efeito, a este Tribunal deixar de julgar o mérito da causa, apesar da pendência de embargos de declaração, resta claro que eventual dissintonia - considerado o que se reputou ter sido o conteúdo e o alcance do paradigma e o que supostamente teria sido decidido em sentido contrário naquela instância - deve ser dirigida ao exame da própria Suprema Corte para pronunciamento último e definitivo sobre a controvérsia constitucional suscitada.

10. Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

11. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5019989-85.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRACAO DE SAO PAULO
Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE RODRIGUES CRIVELARO DE SOUZA - SP214970-A
APELADO: ROAD - SERVICOS TEMPORARIOS E TERCEIRIZADOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: ANDREA GIUGLIANI NEGRISOLO - SP185856-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5019989-85.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRACAO DE SAO PAULO
Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE RODRIGUES CRIVELARO DE SOUZA - SP214970-A
APELADO: ROAD - SERVICOS TEMPORARIOS E TERCEIRIZADOS LTDA

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário e apelação interposta pelo **Conselho Regional de Administração de São Paulo - CRA/SP** em face de sentença que concedeu a ordem nos autos do mandado de segurança impetrado por **ROAD – SERVIÇOS TEMPORÁRIOS E TERCEIRIZADOS LTDA**, para declarar a ausência de relação jurídica que obrigue a impetrante a proceder ao registro junto ao órgão fiscalizador.

Inconformado, o apelante apelou, sustentando, em síntese, ser obrigatório o registro perante o CRA de empresas que se destinem à seleção e administração de pessoal.

Com contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

A D. Procuradoria Regional da República opinou pelo desprovimento da apelação.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5019989-85.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRACAO DE SAO PAULO
Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE RODRIGUES CRIVELARO DE SOUZA - SP214970-A
APELADO: ROAD - SERVICOS TEMPORARIOS E TERCEIRIZADOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: ANDREA GIUGLIANI NEGRISOLO - SP185856-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

A jurisprudência firmou-se no sentido de que não cabe exigência de inscrição e registro em conselho profissional, nem contratação de profissional da área como responsável técnico, se a atividade básica exercida não estiver enquadrada nas áreas profissionais específicas, objeto de fiscalização por parte da entidade paraestatal.

Extrai-se do contrato social da impetrante que a atividade básica desenvolvida é a locação de mão de obra temporária e a terceirização de serviços.

No caso de a empresa desempenhar mais de uma atividade, para efeito de registro em órgão fiscalizador, faz-se necessária sua inscrição tão somente no conselho profissional relativo à atividade básica ou principal por ela exercida.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de recurso submetido à sistemática do art. 543-C do CPC/73, pacificou a questão, aduzindo que o registro da pessoa jurídica no respectivo Conselho Profissional deve ser feito em função da atividade básica por ela exercida, *verbis*:

"ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA VETERINÁRIA. REGISTRO DE PESSOA JURÍDICA. VENDA DE MEDICAMENTOS VETERINÁRIOS E COMERCIALIZAÇÃO DE ANIMAIS VIVOS. DESNECESSIDADE. LEI N. 5.517/68. ATIVIDADE BÁSICA NÃO COMPREENDIDA ENTRE AQUELAS PRIVATIVAMENTE ATRIBUÍDAS AO MÉDICO VETERINÁRIO. RECURSO SUBMETIDO AO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS.

1. O registro da pessoa jurídica no conselho de fiscalização profissional respectivo faz-se necessário quando sua atividade básica, ou o serviço prestado a terceiro, esteja compreendida entre os atos privativos da profissão regulamentada, guardando isonomia com as demais pessoas físicas que também explorem as mesmas atividades.

2. Para os efeitos inerentes ao rito dos recursos repetitivos, deve-se firmar a tese de que, à míngua de previsão contida da Lei n. 5.517/68, a venda de medicamentos veterinários - o que não abrange a administração de fármacos no âmbito de um procedimento clínico - bem como a comercialização de animais vivos são atividades que não se encontram reservadas à atuação exclusiva do médico veterinário.

Assim, as pessoas jurídicas que atuam nessas áreas não estão sujeitas ao registro no respectivo Conselho Regional de Medicina Veterinária nem à obrigatoriedade de contratação de profissional habilitado. Precedentes.

3. No caso sob julgamento, o acórdão recorrido promoveu adequada exegese da legislação a respeito do registro de pessoas jurídicas no conselho profissional e da contratação de médico-veterinário, devendo, portanto, ser mantido.

4. Recurso especial a que se nega provimento. Acórdão submetido ao rito do art. 543-C do CPC/1973, correspondente ao art. 1.036 e seguintes do CPC/2015."

(REsp 1338942/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/04/2017, DJe 03/05/2017)

Na espécie, a prestação dos serviços de seleção, recrutamento e agenciamento de mão de obra, assim como a terceirização, não constituem atividade privativa de administrador nos termos da Lei 4.769/1965, não se sujeitando a empresa que a explora à inscrição no Conselho Regional de Administração.

Neste sentido, a jurisprudência desta Corte:

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO DE SÃO PAULO. REGISTRO DE EMPRESA CUJO OBJETO SOCIAL É SELEÇÃO E AGENCIAMENTO DE MÃO DE OBRA. DESCABIMENTO. ATIVIDADE PRIVATIVA DE ADMINISTRADOR NÃO CARACTERIZADA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. A questão devolvida a esta E. Corte diz respeito à obrigatoriedade de registro junto ao Conselho Regional de Administração do Estado de São Paulo - CRA/SP da empresa cuja atividade básica é a seleção e agenciamento de mão de obra.

2. Conforme consta dos autos, foi lavrado o Auto de Infração nº S007103, com multa no valor de R\$ 3.532,00.

3. O art. 3º do Regulamento da Lei nº 4.769, de 9 de setembro de 1965, dispõe que "a atividade profissional de Técnico de Administração será exercida, como profissão liberal ou não, mediante: a) pareceres, relatórios, planos, projetos, arbitragens, laudos, assessoria em geral, chefia intermediária, direção superior; b) pesquisas, estudos, análise, interpretação, planejamento, implantação, coordenação e controle dos trabalhos nos campos da administração, como administração e seleção de pessoal, organização e métodos, orçamentos, administração de material, administração financeira, relações públicas, administração mercadológica, administração de produção, relações industriais, bem como outros campos em que esses se desdobrem ou aos quais sejam conexos".

4. Entende o C. STJ que o critério de obrigatoriedade de registro no Conselho Profissional é determinado pela atividade básica da empresa ou pela natureza dos serviços prestados. Precedente (RESP 1338942).

5. Compulsando-se os autos, consta que a atividade principal da apelada é seleção e agenciamento de mão de obra.

6. Não sendo a administração atividade preponderante exercida pela apelada, não está ela obrigada ao registro no CRA/SP. Indevido, por conseguinte, o Auto de Infração nº S007103.

7. Apelação desprovida.

8. Mantida a r. sentença 'in totum'."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2280585 - 0005365-27.2016.4.03.6120, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 05/12/2018, e-DJF3:12/12/2018)

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO DE SÃO PAULO. SELEÇÃO E AGENCIAMENTO DE MÃO DE OBRA. REGISTRO. DESNECESSIDADE.

1. Nos termos do disposto no artigo 1º da Lei nº 6.839/80, a exigência de registro em conselho profissional está subordinada à atividade básica da empresa ou em relação àquela pela qual presta serviços a terceiros.

2. A autora tem por objeto social: a) seleção e agenciamento de mão de obra efetiva voltada para indústria ao comércio e sociedade simples em geral; b) fornecimento e gestão de recursos humanos para terceiros; c) atividade e intermediação e agenciamento de serviços e negócios em geral, exceto imobiliários; d) limpeza em prédios e/ou domicílios.

3. Não sendo a administração atividade preponderante exercida pela autora, não está ela obrigada ao registro no CRA. Inexigíveis, pois, a cobrança de anuidades e a multa aplicada no auto de infração.

4. Inversão dos ônus da sucumbência.

5. Apelação do autor a que se dá provimento.

6. Apelação do Conselho Regional de Administração a que se nega provimento.”

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1913932 - 0001073-22.2013.4.03.6114, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA, julgado em 22/11/2017, e-DJF3:06/03/2018)

“MANDADO DE SEGURANÇA - CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO - CRA/SP - REGISTRO JUNTO À AUTARQUIA - DESNECESSIDADE - ATIVIDADE DE LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA TEMPORÁRIA

1. Prejudicado o agravo retido.

2. Os conselhos de profissões regulamentadas têm dentre os seus objetivos não apenas a fiscalização dos inscritos em seus quadros, mas também a defesa da sociedade, sob o ponto de vista ético, uma vez que esta necessita de órgãos que a defenda contra os profissionais não habilitados ou despreparados para o exercício da profissão.

3. A Lei nº 6.839/80, no que disciplina a obrigatoriedade do registro nos conselhos profissionais, adota o critério da pertinência a partir da atividade básica.

4. Nos autos, verifica-se que a atividade básica exercida pela empresa está ligada ao ramo de serviços de locação de mão de obra temporária, seleção e agenciamento de mão de obra, terceirização de mão de obra e serviços, treinamento em desenvolvimento profissional e gerencial e outras atividades de serviços prestados principalmente às empresas não especificadas anteriormente e, por fim, fornecimento e gestão de recursos humanos para terceiros.

5. Com base na assertiva de que é a atividade básica da empresa que determina a necessidade de registro junto ao conselho profissional, descabida a obrigatoriedade do registro perante o conselho Regional de administração de São Paulo - CRA/SP.

6. *Apelação provida.*”

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 364546 - 0025980-35.2015.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 10/11/2016, e-DJF3: 25/11/2016)

"DIREITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO. MULTA. INFRAÇÃO. FALTA DE REGISTRO. EMPRESA CUJO OBJETO SOCIAL É A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE VIGILÂNCIA PATRIMONIAL, ESCOLTA ARMADA OU DESARMADA. RECURSO DESPROVIDO. 1. A Lei 6.839/80, em seu artigo 1º, obriga ao registro às empresas e aos profissionais habilitados que exerçam a atividade básica, ou prestem serviços a terceiros, na área específica de atuação, fiscalização e controle do respectivo conselho profissional. 2. Para o enquadramento na hipótese de registro obrigatório, seria necessário que a impetrante exercesse atividade básica, ou prestasse serviços a terceiros, na área de administração, o que não ocorre na espécie, vez que a conferência da documentação acostada aos autos revela que sua atividade é a prestação de serviços de vigilância patrimonial, escolta armada ou desarmada, em instituições financeiras e outros estabelecimentos, públicos ou privados. 3. O objeto social da autora não permite concluir que sua atuação seja estritamente relacionada ao campo da administração. 4. Não se pode presumir a infração da legislação profissional sem a prova substancial de que a atividade exercida insere-se no campo de fiscalização e controle profissional do Conselho Regional, como ocorrido no caso concreto. 5. Apelação e remessa oficial improvidas".

(AMS 00032191020154036100, JUIZ CONVOCADO LEONEL FERREIRA, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3:13/05/2016)

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. AUTO DE INFRAÇÃO. CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO DE SÃO PAULO. SERVIÇOS DE VIGILÂNCIA E SEGURANÇA PRIVADA. NECESSIDADE DE INSCRIÇÃO. NÃO SUJEIÇÃO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Consolidada a jurisprudência, no que dispõe o artigo 1º da Lei 6.839/80, no sentido de que o critério definidor da exigibilidade de registro junto a conselho profissional é a identificação da atividade básica ou natureza dos serviços prestados.

2. Caso em que, consta do objeto social da apelada Leões Terceirização de Serviços Ltda, que a sua atividade diz respeito à "atividade de vigilância e segurança privada", não se sujeitando, segundo precedentes jurisprudenciais, à inscrição perante o Conselho Regional de Administração, como fundamentado na sentença.

3. Agravo inominado desprovido".

(AMS 00106503420134036143, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3:16/06/2015)

Assim, não merece reparos a sentença de concessão da segurança.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO. REGISTRO. DESNECESSIDADE. ATIVIDADE BÁSICA. TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL DESPROVIDAS.

1. A jurisprudência firmou-se no sentido de que não cabe exigência de inscrição e registro em conselho profissional, nem contratação de profissional da área como responsável técnico, se a atividade básica exercida não estiver enquadrada nas áreas profissionais específicas, objeto de fiscalização por parte da entidade paraestatal.
2. Extrai-se do contrato social da impetrante que a atividade básica desenvolvida é a locação de mão de obra temporária e a terceirização de serviços.
3. A prestação dos serviços de seleção, recrutamento e agenciamento de mão de obra, assim como a terceirização, não constituem atividade privativa de administrador, não se sujeitando a empresa que a explora à inscrição no Conselho Regional de Administração. Precedentes.
4. Apelação e remessa oficial desprovidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0014910-89.2013.4.03.6100
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: CONSTRUTORA CAMPOY LIMITADA
Advogado do(a) APELANTE: ADRIANO ARAUJO DE OLIVEIRA - SP153723-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0014910-89.2013.4.03.6100
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: CONSTRUTORA CAMPOY LIMITADA
Advogado do(a) APELANTE: ADRIANO ARAUJO DE OLIVEIRA - SP153723-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração contra acórdão assimementado:

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. ADESÃO AO PROGRAMA ESPECIAL DE REGULARIZAÇÃO TRIBUTÁRIA - PERT. RENÚNCIA AO DIREITO EM QUE SE FUNDADA A AÇÃO. LEI 13.496/2017. ARTIGO 5º, § 3º. ISENÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. Prevalece sobre a disposição genérica do artigo 90 do Código de Processo Civil, que determina a cobrança de verba honorária em caso de desistência, renúncia ou reconhecimento do pedido, a regra especial do § 3º do artigo 5º da Lei 13.496/2017, que isenta dos honorários sucumbenciais o contribuinte que desiste da ação e renuncia ao direito em que fundada para aderir a acordo fiscal de parcelamento.

2. Apelação provida."

Alegou-se omissão e obscuridade quanto à fixação de verba honorária recursal, nos termos do artigo 85, § 11, CPC.

Apresento o feito em mesa para julgamento (artigo 1.024, § 1º, CPC).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0014910-89.2013.4.03.6100
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: CONSTRUTORA CAMPOY LIMITADA
Advogado do(a) APELANTE: ADRIANO ARAUJO DE OLIVEIRA - SP153723-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, são manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

As alegações não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.

Com efeito, pretende a embargante imposição de verba honorária recursal por ter sido provida apelação que interpôs contra sentença na qual havia sido condenada em sucumbência.

Sucedendo que, segundo jurisprudência da Corte Superior, somente cabe verba honorária recursal se a sentença, publicada na vigência do atual Código de Processo Civil, **tiver sido confirmada**, por decisão de não conhecimento ou desprovemento integral do recurso, e desde que nela tenha sido ainda fixada condenação em verba honorária.

Neste sentido:

AINTARESP 1.328.294, Rel. Min. RAUL ARAÚJO, DJE 19/12/2019: "AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ACIDENTE DE TRÂNSITO. CULPA CONCORRENTE DA VÍTIMA. QUANTUM DO DANO MORAL. VALOR RAZOÁVEL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS RECURSAIS. CABIMENTO. EXIGIBILIDADE SUSPensa. JUSTIÇA GRATUITA. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. O valor arbitrado pelas instâncias ordinárias a título de danos morais somente pode ser revisado em sede de recurso especial quando irrisório ou exorbitante. 2. No caso, o montante fixado em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) não se mostra irrisório nem desproporcional aos danos sofridos pela vítima, que, ademais, conforme consignou o Tribunal a quo, concorreu decisivamente para a causa do acidente ao trafegar de bicicleta sem nenhum equipamento de sinalização noturna, conforme exigido pelo Código de Trânsito Brasileiro. 3. A Segunda Seção, no julgamento do AgInt nos EREsp 1.539.725/DF, concluiu ser devida a majoração da verba honorária sucumbencial, nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, quando estiverem presentes os seguintes requisitos, simultaneamente: "a) decisão recorrida publicada a partir de 18.3.2016, quando entrou em vigor o novo Código de Processo Civil; b) recurso não conhecido integralmente ou desprovido, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente; e c) condenação em honorários advocatícios desde a origem no feito em que interposto o recurso" (Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, DJe de 19.10.2017). 4. Hipótese em que, não obstante cabível a majoração dos honorários sucumbenciais, em razão do desprovemento do recurso especial, prejudicada a exigibilidade da verba honorária, em razão do deferimento do benefício da assistência judiciária gratuita pela instância ordinária. 5. Agravo interno a que se nega provimento."

O caso dos autos não preenche, pois, os requisitos necessários ao arbitramento da sucumbência prevista no artigo 85, § 11, CPC, que é adicional e, portanto, deve ser acrescida àquela fixada pela sentença e confirmada pelo Tribunal, não havendo, assim, vício a ser sanado na via eleita.

Não houve, como se observa, omissão, contradição ou obscuridade frente a alegações, preceitos e provas pertinentes à discussão, mas, ainda que, por hipótese, houvesse ofensa ou negativa de vigência à legislação, ou contrariedade à interpretação consolidada na jurisprudência das Cortes Superiores, os embargos de declaração, mesmo assim, não seriam cabíveis ou passíveis de acolhimento em substituição aos recursos específicos, próprios para cada situação, de competência das instâncias superiores.

Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. ADESÃO AO PROGRAMA ESPECIAL DE REGULARIZAÇÃO TRIBUTÁRIA - PERT. SUCUMBÊNCIA AFASTADA. APELO PROVIDO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. ARTIGO 85, § 11, CPC. VERBA HONORÁRIA RECURSAL. VÍCIOS INEXISTENTES. REJEIÇÃO.

1. São manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto como objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.
2. As alegações não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.
3. Com efeito, pretende a embargante imposição de verba honorária recursal por ter sido provida apelação que interpôs contra sentença na qual havia sido condenada em sucumbência. Sucede que, segundo jurisprudência da Corte Superior, somente cabe verba honorária recursal se a sentença, publicada na vigência do atual Código de Processo Civil, **tiver sido confirmada**, por decisão de não conhecimento ou desprovimento integral do recurso, e desde que nela nela tenha sido ainda fixada condenação em verba honorária.
4. O caso dos autos não preenche, pois, os requisitos necessários ao arbitramento da sucumbência prevista no artigo 85, § 11, CPC, que é adicional e, portanto, deve ser acrescida àquela fixada pela sentença e confirmada pelo Tribunal, não havendo, assim, vício a ser sanado na via eleita.
5. Não houve, com efeito, omissão, contradição ou obscuridade frente a alegações, preceitos e provas pertinentes à discussão, mas, ainda que, por hipótese, houvesse ofensa ou negativa de vigência à legislação, ou contrariedade à interpretação consolidada na jurisprudência das Cortes Superiores, os embargos de declaração, mesmo assim, não seriam cabíveis ou passíveis de acolhimento em substituição aos recursos específicos, próprios para cada situação, de competência das instâncias superiores.
6. Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.
7. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5003870-79.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: ATHELIE MAQUETES E PROTOTIPOS LTDA - EPP

Advogados do(a) AGRAVANTE: JEFFERSON LUCATTO DOMINGUES - SP245838-A, FAUSTO ROMERA - SP261331-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 23/06/2020 986/4253

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5003870-79.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: ATHELIE MAQUETES E PROTOTIPOS LTDA - EPP

Advogados do(a) AGRAVANTE: JEFFERSON LUCATTO DOMINGUES - SP245838-A, FAUSTO ROMERA - SP261331-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração contra acórdão assimementado:

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. NOMEAÇÃO. CRÉDITOS DE PRECATÓRIO CEDIDOS POR SUBSTITUTO PROCESSUAL. POSSIBILIDADE DE RECUSADA EXEQUENTE. ORDEM DE PREFERÊNCIA. MENOR ONEROSIDADE. EFICÁCIA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.

1. A previsão legal de ordem indicativa de preferência para a penhora em execução fiscal não pode ser sumariamente afastada por iniciativa e no interesse exclusivo do devedor; pois, além do princípio da menor onerosidade, existe o princípio do interesse público na execução fiscal, da utilidade da ação e da eficácia da prestação jurisdicional.

2. A menor onerosidade não pode ser invocada como cláusula de impedimento à penhora de outro bem além daquele nomeado no exclusivo interesse do devedor; mas, pelo contrário, deve ser interpretada - sempre à luz dos princípios que regem o processo, e o executivo fiscal em específico - como instrumento de afirmação do equilíbrio na execução, daí porque caber, se não observado o artigo 11 da Lei 6.830/1980, a impugnação da Fazenda Nacional, na tentativa de adequar a garantia à realidade do devedor e da própria execução, que não pode ser excessiva para um, nem frustrante para outro.

3. A autora é segunda cessionária dos créditos, originariamente adquiridos por "Benetti Prestadora de Serviços Ltda." do reclamante, em favor do qual expedido o ofício precatório. Aliás, o reclamante que cedeu tais créditos ("Sindicato dos Trabalhadores em Educação de Roraima-SINTER") ajuizou reclamação trabalhista representando judicialmente os respectivos sindicalizados, nos termos do artigo 5º, XXI, da Constituição Federal. Logo, os créditos cedidos pertencem, na verdade, aos representados, servidores públicos da área de educação, e não direta e propriamente ao sindicato, mero representante processual, que, ao que parece, os negociou, embora em circunstâncias não plenamente esclarecidas nos autos.

4. Sem a comprovação da regularidade tanto da primeira como da segunda cessão do precatório, não é apto o negócio jurídico a produzir efeitos, nos termos do § 14 do artigo 100, da Constituição Federal, não servindo, pois, de garantia idônea e suficiente do crédito tributário, sendo legítima, pois, a recusa pela exequente.

5. Ainda que não houvesse tal restrição, e mesmo que o caso fosse não de cessão de direito, mas do próprio precatório, em si, ofertado diretamente como garantia pelo respectivo credor, é assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, firmada sob o rito do artigo 543-C, CPC/1973, que tal nomeação pode ser recusada pela Fazenda Pública, à luz do artigo 11 da Lei 6.830/1980.

6. Se o próprio precatório não serve para garantir a execução fiscal, podendo ser recusado pela exequente, a cessão de direitos de tal natureza, ainda em caráter secundário e sem observância do § 14 do artigo 100 da Constituição Federal, tampouco pode ser utilizada como garantia da ação executiva.

7. Agravo de instrumento desprovido."

Alegou-se, inclusive para pré-questionamento, vício no julgado, pois omissis quanto à aplicabilidade dos preceitos legais que fundamentaram o recurso (artigos 288 do Código Civil; 805, 835, 860 e 888 do CPC; 151, III, 170, 205 e 206 do CTN; e 8º, 9º e 11 da Lei 6.830/1980).

Apresento o feito em mesa para julgamento (artigo 1.024, § 1º, CPC).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5003870-79.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: ATHELIE MAQUETES E PROTOTIPOS LTDA - EPP

Advogados do(a) AGRAVANTE: JEFFERSON LUCATTO DOMINGUES - SP245838-A, FAUSTO ROMERA - SP261331-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, inicialmente, não se conhece dos embargos de declaração na parte em que alegada omissão quanto à aplicabilidade dos artigos 288 do Código Civil; 805, 835, 860 e 888 do Código de Processo Civil; 151, III, 170, 205 e 206 do Código Tributário Nacional; e 8º e 9º da Lei 6.830/1980, pois, conforme consta da inicial do recurso, tais preceitos não foram objeto do agravo de instrumento.

O único fundamento legal tratado no recurso, dentre os citados, foi o artigo 11 da Lei 6.830/1980, em relação ao qual são manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto como objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

Como efeito, não houve omissão quanto ao artigo 11 da Lei 6.830/1980, pois restou decidido que:

"A menor onerosidade não pode ser invocada como cláusula de impedimento à penhora de outro bem além daquele nomeado no exclusivo interesse do devedor; mas, pelo contrário, deve ser interpretada - sempre à luz dos princípios que regem o processo, e o executivo fiscal em específico - como instrumento de afirmação do equilíbrio na execução, daí porque caber, se não observado o artigo 11 da Lei 6.830/1980, a impugnação da Fazenda Nacional, na tentativa de adequar a garantia à realidade do devedor e da própria execução, que não pode ser excessiva para um, nem frustrante para outro."

Se tal motivação é insuficiente ou fere normas apontadas, deve o contribuinte veicular recurso próprio para a impugnação do acórdão e não rediscutir a matéria em embargos de declaração.

Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

Ante o exposto, conheço em parte dos embargos de declaração para rejeitá-los.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONHECIMENTO PARCIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. ORDEM DE PREFERÊNCIA. VÍCIOS INEXISTENTES. REJEIÇÃO.

1. Não se conhece dos embargos de declaração na parte em que alegada omissão quanto à aplicabilidade dos artigos 288 do Código Civil; 805, 835, 860 e 888 do Código de Processo Civil; 151, III, 170, 205 e 206 do Código Tributário Nacional; e 8º e 9º da Lei 6.830/1980, pois, conforme consta da inicial do recurso, tais preceitos não foram objeto do agravo de instrumento.
2. O único fundamento legal tratado no recurso, dentre os citados, foi o artigo 11 da Lei 6.830/1980, em relação ao qual são manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto como objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.
3. Com efeito, não houve omissão quanto ao artigo 11 da Lei 6.830/1980, pois restou decidido que: "*A menor onerosidade não pode ser invocada como cláusula de impedimento à penhora de outro bem além daquele nomeado no exclusivo interesse do devedor; mas, pelo contrário, deve ser interpretada - sempre à luz dos princípios que regem o processo, e o executivo fiscal em específico - como instrumento de afirmação do equilíbrio na execução, daí porque caber; se não observado o artigo 11 da Lei 6.830/1980, a impugnação da Fazenda Nacional, na tentativa de adequar a garantia à realidade do devedor e da própria execução, que não pode ser excessiva para um, nem frustrante para outro.*".
4. Se tal motivação é insuficiente ou fere normas apontadas, deve o contribuinte veicular recurso próprio para a impugnação do acórdão e não rediscutir a matéria em embargos de declaração.
5. Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.
6. Embargos de declaração parcialmente conhecidos e rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, conheceu em parte dos embargos de declaração para rejeitá-los, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001340-38.2019.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: CITIBANK LEASING S A ARRENDAMENTO MERCANTIL
Advogados do(a) APELANTE: JULIANA DE SAMPAIO LEMOS - SP146959-A, ROBERTA DE LIMA ROMANO - SP235459-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001340-38.2019.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: CITIBANK LEASING S A ARRENDAMENTO MERCANTIL
Advogados do(a) APELANTE: JULIANA DE SAMPAIO LEMOS - SP146959-A, ROBERTA DE LIMA ROMANO - SP235459-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por **Citibank Leasing S/A Arrendamento Mercantil** contra a r. sentença que julgou improcedente a ação ordinária ajuizada contra a **União**.

O juízo *a quo* não reconheceu o direito de a impetrante abater da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, os valores atinentes aos juros sobre capital próprio ocorridos no ano de 2005 e 2006 e distribuídos em 2006, mantendo-se o crédito tributário constituído em seu desfavor.

Sua Excelência, ainda, condenou a apelante nos honorários advocatícios, fixados nos patamares mínimos, dispostos no artigo 85, § 3º, do Código de Processo Civil.

A apelante alega, em síntese, que:

a) os juros sobre o capital próprio não consistem como despesa propriamente dita, demonstrando-se como um dividendo, este que pode ser pago de forma retroativa;

b) a mencionada espécie somente exsurge no mundo fenomênico no momento em que aprovados na assembléia da sociedade empresária, tornando-se o fato gerador eleito pela legislação de regência como hábil a deflagrar o benefício fiscal de dedutibilidade e, desta forma, plenamente verificado o regime de competência, pois, conforme mencionado, sua existência ocorre no momento da aprovação;

c) eventualmente, caso não se entenda pelo direito acima invocado, ao menos que se reconheça a incorreta glosa na totalidade dos juros sobre capital próprio utilizado, haja vista que sob o prisma do período de 2006, a dedução ocorreu nos moldes do entendimento adotado pela autoridade tributária;

d) ainda, em sede de pedido subsidiário, a multa aplicada no patamar de 75% (setenta e cinco por cento) avilta a proporcionalidade e razoabilidade, não podendo ser mantida.

Com as contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001340-38.2019.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: CITIBANK LEASING S AARRENDAMENTO MERCANTIL
Advogados do(a) APELANTE: JULIANA DE SAMPAIO LEMOS - SP146959-A, ROBERTA DE LIMA ROMANO - SP235459-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): A questão dos autos não carece de maiores debates, haja vista que a jurisprudência pátria já assentou entendimento de que é plenamente possível a dedução dos juros sobre o capital próprio da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, mesmo que seja de exercícios anteriores. Confirmam-se os precedentes:

“TRIBUTÁRIO. IRPJ E CSL. BASE DE CÁLCULO. JUROS SOBRE O CAPITAL PRÓPRIO PAGOS ACUMULADAMENTE, RELATIVOS A PERÍODOS ANTERIORES. DEDUÇÃO. POSSIBILIDADE.

1 - A Lei nº 9.249/95 dispõe que a pessoa jurídica pode deduzir das bases de cálculo do IRPJ e da CSL os valores que tenham sido pagos ou creditados a seus sócios ou acionistas a título de juros sobre o capital próprio, condicionando o efetivo pagamento ou creditamento à existência de lucros, computados antes da dedução dos juros, ou de lucros acumulados e reservas de lucros, em montante igual ou superior ao dobro do valor dos juros a serem pagos ou creditados.

2 - A legislação de regência assegura à pessoa jurídica deliberar sobre o pagamento ou creditamento dos juros sobre o capital próprio, não lhe impondo qualquer restrição temporal ou a obrigação de que essa remuneração do capital seja efetuada no exercício em que apurados os lucros.

3 - Embora a IN/RFB nº 1.515/14 limite a dedução dos juros sobre o capital próprio ao ano-calendário a que os lucros se referirem, tal limitação, por não constar da Lei nº 9.249/95, deve ser desconsiderada, mormente porque é o regulamento que deve obediência à lei e não o contrário.

4 - Legítima a pretensão do contribuinte no sentido de deduzir das bases de cálculo do IRPJ e da CSL os juros sobre o capital próprio creditados em 2016, ainda que relativos a contas do patrimônio líquido de 2011.

5 - Apelação provida.”

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 371487 - 0022341-72.2016.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES, julgado em 02/05/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:09/05/2018)

“MANDADO DE SEGURANÇA - TRIBUTÁRIO - IRPJ E CSLL - DEDUÇÃO DOS JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO DE EXERCÍCIOS ANTERIORES: POSSIBILIDADE.

1. Não houve a prescrição.

2. O artigo 28, § 10, da IN SRF nº 1.515/2014, inova no ordenamento, ao estabelecer restrição temporal para a dedução tributária.

3. O ato infralegal ofendeu o princípio da legalidade.

4. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Turma.

5. Apelação e remessa oficial improvidas.”

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 367330 - 0000448-07.2016.4.03.6106, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FÁBIO PRIETO, julgado em 25/05/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/06/2017)

“TRIBUTÁRIO. IRPJ. CSLL. DEDUÇÃO. JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO. ART. 9º, LEI Nº 9.249/95. PERÍODOS ANTERIORES. REGIME DE CAIXA. POSSIBILIDADE.

1. Nos termos do art. 9º, caput, da Lei nº 9.249/95, à pessoa jurídica é dado deduzir; da apuração do lucro real, os juros pagos aos sócios e aos acionistas a título de remuneração sobre capital próprio, prevendo em seu § 1º que o pagamento dos JCP fica condicionado à existência de lucro.

2. Para fins de apuração do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), tratando-se de contribuinte tributado pelo regime do lucro real, os juros sobre capital próprio devem ser registrados contabilmente como receita financeira.

3. No entanto, a legislação não impõe que a dedução dos juros sobre capital próprio deva ser feita no mesmo exercício-financeiro em que realizado o lucro da empresa. Ao contrário, permite que ela ocorra em ano-calendário futuro, quando efetivamente ocorrer o pagamento ou o creditamento, em consonância com o regime de caixa. Precedente do STJ

4. Apelação e remessa oficial improvidas.”

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AMS - APELAÇÃO CÍVEL - 345966 - 0022944-87.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, julgado em 12/09/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:20/09/2013)

“MANDADO DE SEGURANÇA. DEDUÇÃO. JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO DISTRIBUÍDOS AOS SÓCIOS/AACIONISTAS. BASE DE CÁLCULO DO IRPJ E DA CSLL. EXERCÍCIOS ANTERIORES. POSSIBILIDADE.

I - Discute-se, nos presentes autos, o direito ao reconhecimento da dedução dos juros sobre capital próprio transferidos a seus acionistas, quando da apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL no ano-calendário de 2002, relativo aos anos-calendários de 1997 a 2000, sem que seja observado o regime de competência.

II - A legislação não impõe que a dedução dos juros sobre capital próprio deva ser feita no mesmo exercício-financeiro em que realizado o lucro da empresa. Ao contrário, permite que ela ocorra em ano-calendário futuro, quando efetivamente ocorrer a realização do pagamento.

III - Tal conduta se dá em consonância com o regime de caixa, em que haverá permissão da efetivação dos dividendos quando esses foram de fato despendidos, não importando a época em que ocorrer, mesmo que seja em exercício distinto ao da apuração.

IV - "O entendimento preconizado pelo Fisco obrigaria as empresas a promover o creditamento dos juros a seus acionistas no mesmo exercício em que apurado o lucro, impondo ao contribuinte, de forma oblíqua, a época em que se deveria dar o exercício da prerrogativa concedida pela Lei 6.404/1976".

V - Recurso especial improvido.”

(REsp 1086752/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2009, DJe 11/03/2009)

Isto decorre porque a legislação de regência não realiza nenhuma limitação temporal para que esta dedução seja realizada, devendo ser verificada o efetivo pagamento dos juros sobre o capital próprio para que se possa reconhecer a dedução na base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Assim, as normas infralegais que delimitam a necessidade de dedução no mesmo exercício em que se apura o lucro encontram-se eivadas de ilegalidade, pois restringem aquilo que a lei não fez.

Não se trata de afastar todo o sistema inerente a apuração dos tributos em debate pelo lucro real, mas apenas reconhecer que o momento correto para a verificação do direito a serem deduzidos os juros sobre o capital próprio é aquele em que se realiza o pagamento a seus titulares e não no momento em que se verifica a ocorrência do ganho para a sociedade empresária.

Explicitando, em que pese o ganho sobre o capital próprio utilizado na sociedade empresária ocorrer em cada exercício em que se apura o lucro (regime de competência), para fins de dedução na base de cálculo, utiliza-se o regime de caixa, pois é o momento em que efetivamente ocorreu a devolução dos valores a seus titulares e, portanto, momento oportuno para a melhor verificação da ocorrência de tal fenômeno.

Em razão do quando decidido, as demais questões subsidiárias realizadas em sede de recurso de apelação restam prejudicadas.

No que tange à condenação dos honorários advocatícios, entendo que apesar dos patamares constantes no artigo 85, § 3º, inciso I a V, do Código de Processo Civil, o intuito do legislador não é pautado pelo enriquecimento sem causa, devendo a fixação dos honorários ser realizada de forma equitativa, balizada pelos princípios da proporcionalidade, causalidade e razoabilidade, analisando-se o quanto dispõe o artigo 85, § 2º, da Lei Adjetiva Civil.

No caso dos autos, verifica-se que não houve necessidade de dilação probatória com acompanhamento de perícia ou audiência, sendo que o tempo para a solução da demanda também não se demonstrou excessivo, o que enseja o reconhecimento do diminuto trabalho realizado.

Neste diapasão, é de rigor a inversão da sucumbência e a condenação da União nos honorários advocatícios, fixados em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) a serem devidamente corrigidos monetariamente, por ocasião de seu pagamento.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso de apelação interposto, conforme fundamentação *supra*.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO DE APELAÇÃO. TRIBUTÁRIO. IRPJ. CSLL. DEDUÇÃO DE JUROS SOBRE O CAPITAL PRÓPRIO. EXERCÍCIOS ANTERIORES. POSSIBILIDADE. RECURSO DE APELAÇÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência pátria já assentou entendimento de que é plenamente possível a dedução dos juros sobre o capital próprio da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, mesmo que seja de exercícios anteriores. Precedentes desta Corte e do C. STJ.
2. Isto decorre porque a legislação de regência não realiza nenhuma limitação temporal para que esta dedução seja realizada, devendo ser verificada o efetivo pagamento dos juros sobre o capital próprio para que se possa reconhecer a dedução na base de cálculo do IRPJ e da CSLL.
3. Não se trata de afastar todo o sistema inerente a apuração dos tributos em debate pelo lucro real, mas apenas reconhecer que o momento correto para a verificação do direito a serem deduzidos os juros sobre o capital próprio é aquele em que se realiza o pagamento a seus titulares e não no momento em que se verifica a ocorrência do ganho para a sociedade empresária.
4. No que tange à condenação dos honorários advocatícios, entendo que apesar dos patamares constantes no artigo 85, § 3º, inciso I a V, do Código de Processo Civil, o intuito do legislador não é pautado pelo enriquecimento sem causa, devendo a fixação dos honorários ser realizada de forma equitativa, balizada pelos princípios da proporcionalidade, causalidade e razoabilidade, analisando-se o quanto dispõe o artigo 85, § 2º, da Lei Adjetiva Civil.

5. Neste diapasão, é de rigor a inversão da sucumbência e a condenação da União nos honorários advocatícios, fixados em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) a serem devidamente corrigidos monetariamente, por ocasião de seu pagamento.

6. Recurso de apelação provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, DEU PROVIMENTO ao recurso de apelação interposto, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5001599-63.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: ATUAL INDUSTRIAL, IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA.

Advogados do(a) AGRAVANTE: SERGIO GONINI BENICIO - SP195470-A, CAMILA DE CAMARGO VIEIRA ALTERO - SP242542-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5001599-63.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: ATUAL INDUSTRIAL, IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA.

Advogados do(a) AGRAVANTE: SERGIO GONINI BENICIO - SP195470-A, CAMILA DE CAMARGO VIEIRA ALTERO - SP242542-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração contra acórdão assimementado:

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. MENOR ONEROSIDADE. UTILIDADE DA PENHORA. PONDERAÇÃO DE VALORES. NOMEAÇÃO DE FRAÇÃO DE BEM IMÓVEL. RECUSA DA EXEQUENTE. POSSIBILIDADE. ORDEM DE PREFERÊNCIA. ARTIGO 11 DA LEF. CONSTRICÇÃO DE ATIVOS FINANCEIROS. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO AO PROSSEGUIMENTO DAS ATIVIDADES.

1. A previsão legal de uma ordem indicativa de preferência para a penhora em execução fiscal não pode ser sumariamente afastada por iniciativa e no interesse exclusivo do devedor; pois, além do princípio da menor onerosidade, existe o princípio do interesse público na execução fiscal, da utilidade da ação e da eficácia da prestação jurisdicional.

2. Nomeado à penhora "fração ideal de 0,53% do terreno situado no município de Carapicuíba, Estado de São Paulo, registrado na matrícula nº 1.430, perante o Oficial de Registro de imóveis do referido município", que se situam na quarta posição na ordem de preferência do artigo 11, LEF, o que prova, por si, que não houve ilegalidade na decisão agravada que determinou a penhora de ativos financeiros pelo BACENJUD. Cabia à executada comprovar que tal bem tem valor, liquidez e aceitação no mercado para efetivamente garantir a execução fiscal, e não atribuir à exequente a prova da suficiência e adequação de tal bem para assegurar o Juízo.

3. Embora a agravante alegue que a constrição de ativos financeiros inviabiliza a continuidade da empresa, além da prova da vocação inequívoca dos valores à finalidade essencial suscitada, a demonstração da indispensabilidade dos valores não prescinde do detalhamento da receita e balanço financeiro da empresa, de modo que insuficiente a simples alegação de que a medida inviabilizaria suas atividades.

4. Agravo de instrumento desprovido."

Alegou-se, inclusive para fins de pré-questionamento, omissão no julgado, pois: (1) não enfrentou todos os argumentos deduzidos no recurso, nos termos dos artigos 1.022, parágrafo único, II, e 489, § 1º, CPC; (2) a ordem de bloqueio foi efetivada após nomeação de imóvel à penhora, cuja liquidez foi provada através de laudo particular, juntado aos autos; (3) deixou "de considerar que a luz da jurisprudência do E. STJ, para que seja determinado bloqueio de ativos financeiros via sistema BACENJUD, deve o credor comprovar nos autos da Execução Fiscal o exaurimento das diligências extrajudiciais para localização de bens do devedor passíveis de penhora"; (4) a embargada não comprovou o esgotamento de todos os meios necessários para a localização de bens passíveis de penhora, o que impede a medida excepcional do bloqueio de ativos financeiros; e (5) não foi dada oportunidade para o contribuinte efetuar a substituição da penhora, a fim de promover a execução de maneira menos onerosa ao patrimônio do executado, incidindo na espécie a regra do artigo 185-A do CTN.

Apresento o feito em mesa para julgamento (artigo 1.024, § 1º, CPC).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5001599-63.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: ATUAL INDUSTRIAL, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.

Advogados do(a) AGRAVANTE: SERGIO GONINI BENICIO - SP195470-A, CAMILA DE CAMARGO VIEIRA ALTERO - SP242542-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, são manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

As alegações não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.

Com efeito, o acórdão embargado tratou da nomeação feita pela executada, da recusa da exequente e do deferimento da penhora de ativos financeiros pelo sistema BACENJUD, não se vislumbrando qualquer ilicitude a justificar o provimento do recurso.

Neste sentido, conforme expresso na própria ementa do julgado, destacou-se que a nomeação à penhora violou a ordem de preferência do artigo 11, LEF, prevalecendo a constrição de dinheiro sobre imóveis (artigos 11, VI, LEF, e 835, VI, CPC), e que o princípio da menor onerosidade (artigo 805, CPC) não prevalece sobre o princípio do interesse público, utilidade da ação e eficácia da prestação jurisdicional.

Acolheu-se, pois, a tese de que cabe ao devedor nomear bens à penhora segundo a ordem legal de preferência (RESP 1.337.790 e Tema 578/STJ) e que, citado, a falta de nomeação de bens segundo a ordem legal, permite a penhora de ativos financeiros, prevista desde a Lei 11.382/2006, sem exaurimento de diligências extrajudiciais (RESP 1.184.765 e Tema 425/STJ), não se contrapondo a disposição da lei ordinária à previsão do artigo 185-A, CTN, tal qual decidido nos julgados repetitivos pela Corte Superior. Evidencia-se, ademais, que o acórdão censurado não obsteu o direito de embargar a execução fiscal, em ofensa ao contraditório e ampla defesa, pois somente dispôs sobre a ordem de preferência da penhora segundo a legislação de regência.

Como se observa, fundamentado o acórdão, no que manteve a decisão agravada, não se cogita em violação aos artigos 1.022, parágrafo único, II, e 489, § 1º, do CPC, e, à evidência, eventual *error in iudicando*, como aventado, não implica omissão sanável na via dos embargos de declaração.

Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. ORDEM DE PREFERÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS. REJEIÇÃO.

1. São manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto como objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.
2. As alegações não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.
3. O acórdão embargado tratou da nomeação feita pela executada, da recusa da exequente e do deferimento da penhora de ativos financeiros pelo sistema BACENJUD, não se vislumbrando qualquer ilicitude a justificar o provimento do recurso.
4. Neste sentido, conforme expresso na própria ementa do julgado, destacou-se que a nomeação à penhora violou a ordem de preferência do artigo 11, LEF, prevalecendo a constrição de dinheiro sobre imóveis (artigos 11, VI, LEF, e 835, VI, CPC), e que o princípio da menor onerosidade (artigo 805, CPC) não prevalece sobre o princípio do interesse público, utilidade da ação e eficácia da prestação jurisdicional. Acolheu-se, pois, a tese de que cabe ao devedor nomear bens à penhora segundo a ordem legal de preferência (RESP 1.337.790 e Tema 578/STJ) e que, citado, a falta de nomeação de bens segundo a ordem legal, permite a penhora de ativos financeiros, prevista desde a Lei 11.382/2006, sem exaurimento de diligências extrajudiciais (RESP 1.184.765 e Tema 425/STJ), não se contrapondo a disposição da lei ordinária à previsão do artigo 185-A, CTN, tal qual decidido nos julgados repetitivos pela Corte Superior. Evidencia-se, ademais, que o acórdão censurado não obsteu o direito de embargar a execução fiscal, em ofensa ao contraditório e ampla defesa, pois somente dispôs sobre a ordem de preferência da penhora segundo a legislação de regência.
5. Como se observa, fundamentado o acórdão, no que manteve a decisão agravada, não se cogita em violação aos artigos 1.022, parágrafo único, II, e 489, § 1º, do CPC, e, à evidência, eventual *error in iudicando*, como aventado, não implica omissão sanável na via dos embargos de declaração.
6. Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.
7. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RECLAMAÇÃO (244) Nº 5002999-83.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

INTERESSADO: CONSTROEM S/A CONSTRUTORA E EMPREENDIMENTOS

Advogado do(a) INTERESSADO: ALEXANDRE DANTAS FRONZAGLIA - SP101471-A

INTERESSADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 26ª VARA FEDERAL CÍVEL, UNIAO FEDERAL-FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RECLAMAÇÃO (244) Nº 5002999-83.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

INTERESSADO: CONSTROEM S/A CONSTRUTORA E EMPREENDIMENTOS

Advogado do(a) INTERESSADO: ALEXANDRE DANTAS FRONZAGLIA - SP101471-A

INTERESSADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 26ª VARA FEDERAL CÍVEL, UNIAO FEDERAL-FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de reclamação proposta por **Costroem S/A Construtora e Empreendimentos** contra a decisão monocrática proferida pelo MM. Juízo da **26ª Vara Federal da Subseção Judiciária de São Paulo** e como interessada a **União**.

Alega, em apartada síntese, que a decisão proferida pelo MM. Juízo acima mencionado não respeitou os limites delimitados pela jurisprudência sedimentada em sede de repercussão geral pelo A. Supremo Tribunal Federal, bem como não se adequou a decisão proferida em sede de Agravo de Instrumento de nº 5001117-57.2016.4.03.0000, deste E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Pleiteia que sejam respeitados os parâmetros dispostos nos precedentes de repercussão geral RE nº 870.947 e na ADI nº 4.357, que determina a aplicação da taxa SELIC como índice de correção dos precatórios, desde a conta primitiva, até a expedição de ordem de pagamento.

Reafirma pela necessidade de encaminhamento dos autos para a contadoria judicial, nos termos do quanto determinado no Agravo de Instrumento julgado por este E. Tribunal Regional Federal, a fim de que sejam verificados os índices aplicados por oportunidade de expedição da ordem de pagamento.

Recebido o feito, com a vinda das informações do MM. Juízo prolator da decisão guerreada, bem como da manifestação do interessado, fora aberta vista ao Ministério Público Federal, que, em peça de lavra da E. Procuradora Regional da República, Rose Santa Rosa, opinou pela incompetência deste Tribunal para a análise da reclamação no que concerne ao desrespeito ao julgamento proferido pelo A. Supremo Tribunal Federal e, quanto ao decidido no Agravo de Instrumento julgado por este Tribunal, a perda superveniente do interesse de agir.

Intimadas as partes para se manifestarem sobre o quanto delineado pelo Ministério Público Federal, a União propugnou pela perda superveniente e a reclamante, pela manutenção do interesse.

É o relatório.

RECLAMAÇÃO (244) Nº 5002999-83.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

INTERESSADO: CONSTROEM S/A CONSTRUTORA E EMPREENDIMENTOS

Advogado do(a) INTERESSADO: ALEXANDRE DANTAS FRONZAGLIA - SP101471-A

INTERESSADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 26ª VARA FEDERAL CÍVEL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): A reclamação deve ser extinta, sem resolução do mérito, senão vejamos:

Primeiramente, a reclamante formula pedidos cumulados de garantia da autoridade de julgamento proferido por este E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, bem como para garantir a observância de julgamento realizado em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Nesta senda, por se tratar de pedidos formulados cumulativamente, porém, com competência de órgãos jurisdicionais diversos para apreciação de cada um daqueles pedidos, é de rigor o reconhecimento da inadmissibilidade da cumulação formulada, acarretando na extinção sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, inciso X, combinado com o artigo 327, § 1º, inciso II, ambos do Código de Processo Civil, nesta parte da reclamação.

No que concerne ao pedido formulado em relação à observância da autoridade da decisão proferida por este E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, é patente a perda superveniente do interesse de agir, conforme será demonstrado a seguir:

A decisão que a reclamante reputou como desrespeitada fora proferida da seguinte forma em sede de agravo de instrumento de nº 5001117-57.2016.4.03.0000:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. A. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. JUROS DE MORA. SÚMULA VINCULANTE 17. RESP 1143677/RS SUBMETIDO À SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC/1973. AFASTAMENTO DA INCIDÊNCIA DOS JUROS MORATÓRIOS ENTRE A DATA DA ELABORAÇÃO DA CONTA E A EXPEDIÇÃO DO PRECATÓRIO. JUROS QUE DEVEM SE RESTRINGIR ATÉ A DEFINIÇÃO DO VALOR DEVIDO. ATUALIZAÇÃO DO PRECATÓRIO. ÍNDICE. ADIs Nº 4.357/DF E 4.425/DF. MODULAÇÃO DOS EFEITOS. SITUAÇÃO DOS AUTOS QUE ENSEJA A MANIFESTAÇÃO DA CONTADORIA, PARA VERIFICAÇÃO DO ATENDIMENTO DO QUANTO DECIDIDO NO STF. AGRAVO PROVIDO EM PARTE.

1. À luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de recurso especial representativo de controvérsia, pacificou o entendimento no sentido de que os juros moratórios não incidem entre a data da elaboração da conta de liquidação e o efetivo pagamento do precatório, desde que satisfeito o débito no prazo constitucional para seu cumprimento: ‘A hodierna jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, na mesma linha de entendimento do Supremo Tribunal Federal, pugna pela não incidência de juros moratórios entre a elaboração dos cálculos e o efetivo pagamento da requisição de pequeno valor - RPV’ (REsp. nº 1.143.677/RS, Corte Especial, Rel. Min. Luiz Fux, j. 02/12/2009, DJe 04/02/2010).

2. Conforme precedentes desta C. Turma e do E. Superior Tribunal de Justiça, somente são devidos juros moratórios até a liquidação do valor executado, o que se verifica com a definição do quantum debeat; materializado no trânsito em julgado dos embargos à execução ou, quando estes não forem opostos, no trânsito em julgado da decisão homologatória dos cálculos.

3. A Suprema Corte concluiu, em 25/03/2015, o exame da questão de ordem nas ADI’s 4.357 e 4.425, estatuinto, em definitivo, pois, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, no sentido de que, após aquela data, ‘os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) e (b) os precatórios tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários; e (ii) ficam resguardados os precatórios expedidos, no âmbito da administração pública federal, com base nos arts. 27 das Leis nº 12.919/13 e nº 13.080/15, que fixam o IPCA-E como índice de correção monetária’ (ADI 4425 QO, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 25/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-152 DIVULG 03-08-2015 PUBLIC 04-08-2015).

4. Na hipótese dos autos o pagamento se deu em dezembro de 2015, razão pela qual não se poderia descuidar do quanto decidido acima. Diante dessa circunstância e do questionamento da credora, o envio dos autos à Contadoria Judicial se revela de todo recomendável, para que se apure o modo pelo qual se deu a correção do precatório.

5. Agravo provido em parte.”

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5001117-57.2016.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 10/04/2017, e - DJF3 Judicial I DATA: 17/04/2017)

Nos autos de nº 0045389-90.1998.4.03.6100, no qual se proferiu a decisão reputada como infringente ao delimitado no agravo de instrumento, contemporaneamente à presente reclamação, foi oposto embargos de declaração, cuja decisão foi assim exarada pelo MM. Juízo da 26ª Vara Federal da Subseção de São Paulo:

“A parte exequente embargou da decisão de fls. 443/444, tendo, ainda, apresentado reclamação perante ao Tribunal.

Afirma que este juízo não obedeceu aos ditames da ADI 4357 e do RE 874907, por ter determinado a incidência do IPCA quando deveria ter sido a SELIC, bem como do RE 579431, que determinou a incidência de juros de mora entre a data da conta e a da expedição do ofício requisitório.

Aprecio os presentes embargos e na mesma oportunidade presto as informações requisitadas pela 3ª T. do TRF3, nos autos da Rel 5002999-83.2018.403.0000.

Recebo os embargos declaratórios porque tempestivos, mas os acolho somente em parte.

Foi expedido o precatório do valor principal da condenação, relativo a matéria tributária por se referir a Finsocial. O valor foi requisitado em 09.12.2013 e a conta referiu-se a 24.09.2013, sendo que foi pago em 01.12.2015.

Em 25.04.2016, a parte exequente, irredimida com a não incidência da taxa SELIC desde a data da conta até seu pagamento, apresentou a petição de fls. 379/385.

A decisão de fls. 388/389, de 27.06.16, apreciou a questão, definindo que entre a data da elaboração da conta e a do efetivo pagamento não incidem juros de mora, caso não haja atraso no pagamento. Baseou-se em decisões proferidas pelo STJ.

Foram opostos embargos, mas foram rejeitados (fls. 397). A parte exequente, ainda, interpôs agravo de instrumento, que apreciou a questão, afastando a incidência de juros de mora entre a data da conta e o pagamento, bem como determinando a remessa dos autos para o contador, para ser aferido se o valor pago observou os critérios estabelecidos nas ADIs 4357 e 4425 (AI 50011175720164030000). Tal decisão transitou em julgado.

Remetidos os autos à contadoria, esta apresentou os cálculos de fls. 422/423. Em manifestação, a União pediu que se acolhessem referidos cálculos. E a exequente impugnou, afirmando não ter sido aplicada a SELIC (fls. 427).

Em decisão de fls. 443/444, contra a qual foram opostos os presentes embargos e a reclamação em questão, foi dada por satisfeita a dívida, entendendo que a incidência de IPCA a contar de 25.03.15 era devida, em cumprimento às ADIs antes mencionadas. No seu relatório, a decisão citada mencionou, referindo-se equivocadamente à RPV de honorários, como mês do pagamento do precatório janeiro de 2014. No entanto, o precatório do valor principal foi pago apenas em dezembro de 2015. Corrijo, portanto, de ofício esse item da decisão.

Também, equivocadamente, a decisão embargada previu que deveria incidir IPCA no lugar da SELIC a contar de 25.03.2015. No entanto, como o valor objeto do precatório em questão refere-se a matéria tributária, o STF nas ADIs citadas determinou, expressamente, que incidisse a SELIC a contar de 25.03.2015. E até essa data, desde a expedição, a TR.

Acolho, portanto, referidos embargos para que o contador, em seus cálculos, aplique a SELIC na atualização do valor do precatório desde 25.03.2015 até o efetivo pagamento. Incidirá, também, a TR desde a expedição até 25.03.2015. Ressalto que, se o contador verificar que o setor de precatórios aplicou o IPCA no período, no lugar da TR, não pode haver modificação. É que ficaram expressamente resguardados pelo STF os precatórios expedidos com base no art. 27 da Lei 12.919/13 e 13.080/15, que fixaram o IPCA-E como índice de correção monetária.

Remetam-se os autos ao contador, para elaborar a conta, que deveria ser feita pelo setor de precatórios, do quanto devido em dezembro de 2015, a título de condenação principal, partindo dos valores descritos no PRC de fls. 360, fazendo incidir a TR até 25.03.2015, caso não tenha sido aplicado o IPCA-E que deve ser mantido como visto acima, a partir de quando deve incidir SELIC, até o pagamento.

Informe-se à 3ª Turma do TRF3, onde tramita a reclamação 5002999-83.2018.403.0000, acerca da presente decisão, para fins de instrução daquele processo.

Publique-se e cumpra-se.”

Veja-se que, mesmo sem a intervenção deste E. Tribunal Regional Federal, o juízo de primeiro grau adequou a decisão ao quanto determinado no agravo de instrumento e, desta forma, verifica-se a perda superveniente do interesse de agir, acarretando na ausência de interesse processual que permita o prosseguimento do presente feito, extinguindo-a, nesta parte, nos termos do artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, **JULGO EXTINTA** a presente reclamação, sem resolução do mérito, conforme fundamentação *supra*.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECLAMAÇÃO. CUMULAÇÃO DE PEDIDOS. COMPETÊNCIA DE ÓRGÃOS JURISDICIONAIS DIVERSOS. INADMISSIBILIDADE. PEDIDO REMANESCENTE. ADEQUAÇÃO DA DECISÃO PELO JUÍZO RECLAMADO, EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, SEM QUALQUER INTERVENÇÃO DESTE TRIBUNAL. PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE DE AGIR. RECLAMAÇÃO EXTINTA, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.

1. Por se tratar de pedidos formulados cumulativamente, porém, com competência de órgãos jurisdicionais diversos para apreciação de cada um daqueles pedidos, é de rigor o reconhecimento da inadmissibilidade da cumulação formulada, acarretando na extinção sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, inciso X, combinado com o artigo 327, § 1º, inciso II, ambos do Código de Processo Civil, nesta parte da reclamação.

2. Mesmo sem a intervenção deste E. Tribunal Regional Federal, o juízo de primeiro grau adequou a decisão ao quanto determinado no agravo de instrumento e, desta forma, verifica-se a perda superveniente do interesse de agir, acarretando na ausência de interesse processual que permita o prosseguimento do presente feito, extinguindo-a, nesta parte, nos termos do artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil.

3. Reclamação extinta sem resolução do mérito.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, JULGOU EXTINTA a presente reclamação, sem resolução do mérito, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0010180-80.2010.4.03.6119

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: ITAU SEGUROS S/A

Advogado do(a) APELANTE: PAULO HENRIQUE CREMONEZE PACHECO - SP131561

APELADO: KUHNE & NAGEL INTERNATIONALAG, EMPRESA BRASILEIRA DE INFRA-ESTRUTURA AEROPORTUARIA, MINOICA GLOBAL LOGISTICALTD - EPP, AIR CANADA

Advogado do(a) APELADO: RICARDO BERNARDI - SP119576-A

Advogado do(a) APELADO: PATRICIA LANZONI DA SILVA - SP147843-A

Advogado do(a) APELADO: FERNANDO VAZ RIBEIRO DIAS - SP240032-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0010180-80.2010.4.03.6119

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: ITAU SEGUROS S/A

Advogado do(a) APELANTE: PAULO HENRIQUE CREMONEZE PACHECO - SP131561

APELADO: KUHNE & NAGEL INTERNATIONALAG, EMPRESA BRASILEIRA DE INFRA-ESTRUTURA AEROPORTUARIA, MINOICA GLOBAL LOGISTICALTD - EPP, AIR CANADA

Advogados do(a) APELADO: RICARDO BERNARDI - SP119576-A, PATRICIA LANZONI DA SILVA - SP147843-A

Advogado do(a) APELADO: FERNANDO VAZ RIBEIRO DIAS - SP240032-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de ação ajuizada por **Itaú Seguros S.A.**, na qualidade de sucessora legal por incorporação da Unibanco Seguros S.A, em face de **Kuehne & Nagel International Ltda., Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - INFRAERO** e **Minoica Global Logística Ltda.**, objetivando o ressarcimento da quantia de R\$ 377.002,43 (trezentos e setenta e sete mil, dois reais e quarenta e três centavos), em razão de sinistro em maquinário importado do Canadá.

A corrê Kuehne & Nagel International Ltda. denunciou à lide a empresa aérea Air Canada, que foi incluída no polo passivo da lide (ID 90239448 - Pág. 153).

O MM. Juiz *a quo* reconheceu, de ofício, a incompetência da Justiça Federal para o julgamento da pretensão em face das rés Kuehne & Nagel International Ltda, Minoica Global Logística Ltda. e da denunciação da lide à Air Canadá, vindo a declinar a competência em favor de uma das Varas Cíveis da Comarca de Guarulhos, com desmembramento do feito. Em relação à ré INFRAERO, julgou improcedente o pedido e condenou a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa (ID 90239412 - Pág. 133-142).

A autora apelou, sustentando, em síntese, que:

a) a prova oral produzida - ao contrário dos fundamentos da decisão recorrida - revelam que em cada etapa do transporte foi observada uma irregularidade, de modo que todos os envolvidos na cadeia de transporte devem responder, solidariamente, pelos danos causados à carga segurada, visto que o maquinário, adquirido no Canadá pela EMBRAER, foi confiado à empresa Kuehne & Nagel para o transporte internacional (que atuou em parceria com a Air Canada), manuseado pela INFRAERO e entregue, no destino final, pela transportadora Minoica Global Logística Ltda;

b) no momento da chegada da carga segurada ao Aeroporto Internacional de Guarulhos, a INFRAERO constatou avaria (diferença de peso), devidamente registrada no sistema Mantra do Siscomex, dando conta de irregularidades ocorridas no transporte aéreo, sendo que posteriormente ao período de depósito obrigatório – ocasião em que a carga foi mantida sob a custódia da INFRAERO, o transportador rodoviário, responsável pela coleta da carga no aeroporto e transporte até o destino final, constatou, no momento da retirada do maquinário segurado, novas avarias, que foram devidamente ressalvadas pela corrê Minoica;

c) a prova oral, colhida por meio de carta precatória, ratificou que as avarias ocorreram nas etapas que antecederam o transporte rodoviário, ou seja, é perfeitamente possível que tenham ocorrido durante o depósito, nas dependências do Aeroporto Internacional de Guarulhos;

d) a INFRAERO tem responsabilidade no caso específico, pois, em razão da imprudência de seus funcionários, a apelante, honrando o contrato de seguros, viu-se obrigada a despendar a quantia de R\$ 377.002,43 (trezentos e setenta e sete mil e dois reais e quarenta e três centavos), em favor da Embraer, consignatária da carga avariada, não se podendo perder de vista que a obrigação da empresa pública, como ente da Administração Indireta e, principalmente, como depositária do bem, se encontra acobertada pela responsabilidade objetiva, com presunção legal de culpa pelo inadimplemento do contrato de depósito;

e) caso mantida a sentença, ao menos seja reduzida a condenação em verba honorária para montante razoável, nos termos do parágrafo 4º do artigo 20 do CPC/1973, considerando que a fixação em 10% sobre o valor da causa revela-se um ônus demasiadamente pesado à apelante.

Com contrarrazões da Air Canadá, em que se alega o descabimento da denunciação à lide e a prescrição da ação, vieram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0010180-80.2010.4.03.6119

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: ITAU SEGUROS S/A

Advogado do(a) APELANTE: PAULO HENRIQUE CREMONEZE PACHECO - SP131561

APELADO: KUHNE & NAGEL INTERNATIONALAG, EMPRESA BRASILEIRA DE INFRA-ESTRUTURA AEROPORTUARIA, MINOICA GLOBAL LOGISTICALTD - EPP, AIR CANADA

Advogados do(a) APELADO: RICARDO BERNARDI - SP119576-A, PATRICIA LANZONI DA SILVA - SP147843-A

Advogado do(a) APELADO: FERNANDO VAZ RIBEIRO DIAS - SP240032-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Trata-se de ação ajuizada com o fito de a autora obter o ressarcimento da quantia de R\$ 377.002,43 (trezentos e setenta e sete mil, dois reais e quarenta e três centavos), em razão de sinistro em maquinário importado do Canadá e destinado à EMBRAER - Empresa Brasileira de Aeronáutica S/A.

Inicialmente, cumpre asseverar que o entendimento do MM. Juiz *a quo* em relação ao desmembramento do feito não merece reparos, pois, tratando-se de litisconsórcio passivo facultativo, a competência da Justiça Federal se limita à análise do pedido formulado em face da INFRAERO, empresa pública federal.

Nesse sentido, os seguintes precedentes desta Corte Regional:

“PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO – COMPETÊNCIA – ERRO MÉDICO – AÇÃO INDENIZATÓRIA PROPOSTA CONTRA O PROFISSIONAL E CONTRA O CRM/MS – ALEGAÇÃO DE FALTA DE FISCALIZAÇÃO DO CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA – INEXISTÊNCIA DE SOLIDARIEDADE – LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO – DESMEMBRAMENTO DO FEITO – AGRAVO IMPROVIDO. I – Conquanto a hipótese não guarde relação de pertinência com o rol do artigo 1.015 do CPC, em decisão recente o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que o rol tem taxatividade mitigada, cabendo o agravo de instrumento quando há urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso da apelação. II – Trata-se de ação indenizatória decorrente de erro médico ajuizada contra o profissional de medicina e o Conselho Regional de Medicina do Estado de Mato Grosso do Sul – CRM/MS, imputando a este falha em seu dever fiscalizatório. III – Não se vislumbra, na espécie, solidariedade entre as possíveis responsabilizações advindas da conduta do médico e da alegada inércia fiscalizatória do conselho profissional. A solidariedade não é presumida, decorrendo da lei ou da vontade das partes (artigo 265 do CC). IV – Tratando-se de litisconsorte facultativo, a ação somente poderia ser proposta contra todos aqueles indicados no polo passivo caso fosse competente o mesmo juízo para o conhecimento de todos os pedidos. Como não tem a Justiça Federal competência para dirimir questões judiciais relacionadas a erro de profissional da medicina, não pode o processo, quanto ao agravado pessoa natural, prosseguir na 4ª Vara Federal de Campo Grande. V – Agravo de instrumento improvido”. (TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5021013-81.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 26/02/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 04/03/2020) (grifei)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. DESMEMBRAMENTO DO FEITO. BANCO DO BRASIL. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. INOCORRÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO. I – Agravo de instrumento contra decisão que determinou o desmembramento do feito em relação às instituições financeiras corréis, com remessa à Justiça Estadual (com exceção da CEF). II – A competência da Justiça Federal alcança somente os contratos firmados com a Caixa Econômica Federal. III – A existência de diversos contratos de empréstimo consignado com vários bancos não é suficiente para configurar o litisconsórcio passivo necessário IV – Recurso desprovido”. (TRF 3ª Região, 2ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5016765-72.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal LUIZ PAULO COTRIM GUIMARAES, julgado em 12/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 17/12/2019) (grifei)

Sendo assim, não conheço das contrarrazões apresentadas pela corré Air Canada, questionando, além do mérito da demanda, o descabimento do instituto da denunciação à lide, visto que tais questões deverão ser apreciadas pela Justiça Estadual.

Passo, então, ao exame do mérito.

Narra a inicial que a importação da mercadoria foi feita pela EMBRAER, por meio da empresa Kuehne & Nagel International Ltda., que, por sua vez, subcontratou os serviços da Air Canadá para efetuar o transporte aéreo.

Então, ao desembarcar em Guarulhos, o bem foi armazenado no depósito da INFRAERO, tornando-se fiel depositária até a sua entrega à empresa Minóica Global Logística Ltda., que seria responsável pelo transporte do maquinário por caminhão do Aeroporto Internacional de Guarulhos até a sede da importadora na cidade de Gavião Peixoto/SP.

Sucedeu que a EMBRAER, ao receber a mercadoria no destino final, teria apontado avaria na embalagem da carga e chamou os responsáveis pelo transporte para efetuarem perícia conjunta e particular para apuração dos fatos e responsabilidades, exame do qual a INFRAERO não participou.

Nessa perícia foi constatado o amassamento da turbina importada e a necessidade de sua remessa para conserto, razão pela qual a autora teria indenizado a EMBRAER e, na qualidade de seguradora, sub-rogado-se em seus direitos para buscar o ressarcimento da quantia de R\$ R\$ 377.002,43 (trezentos e setenta e sete mil e dois reais e quarenta e três centavos).

Pois bem. De acordo com a documentação acostada aos autos, não há prova de que as avarias verificadas na mercadoria importada tenham ocorrido nas dependências da INFRAERO, no Aeroporto Internacional de Guarulhos.

Note-se que a única inconsistência verificada na carga pela parte ré INFRAERO foi uma diferença pequena de peso entre aquele informado pelo importador e o efetivamente recebido no país (ID 90239450 - Pág. 65), variação esta corriqueira, que decorre da própria regulamentação das balanças.

No Siscomex Mantra, sistema de comércio exterior para acompanhamento de carga da Receita Federal para importações e exportações, também não há qualquer informação de avarias na mercadoria importada (ID 90239448 - Pág. 110).

Além disso, no Certificado de Vistoria da empresa Minóica Global Logística Ltda., constava o seguinte: *“Durante os trabalhos de assistência à descarga nas dependências do Aeroporto de Guarulhos/SP, em 13/04/2009 para o transporte rodoviário final, constatamos avaria na embalagem caracterizada por rasgo/furo de aproximadamente 15 cm, o qual não evidenciava indícios de avarias no conteúdo, motivo pelo qual, não nos opusemos ao carregamento do lote orientando pela emissão de Carta -Protesto contra o transportador aéreo e o depositário de zona primária”*, e no momento da vistoria conjunta, observaram *“avarias caracterizadas por amassamento, refitamento e rasgos em dois pontos, um com aproximadamente de 45 cm e outro com aproximadamente de 15 cm”* (ID 90239451 - Pág. 23-26) (grifei).

Depreende-se, deste modo, que, quando a empresa Minóica Global Logística Ltda. recebeu a mercadoria, indicou apenas a existência de um rasgo de 15 cm na embalagem, mas, quando vistoriada em conjunto com os representantes das demais transportadoras, detectaram rasgos em dois pontos, sendo que um deles, inclusive, com 45 cm, o qual, estranhamente, não foi informado anteriormente pela empresa.

Assim, conquanto haja prova do dano na turbina, não é possível inferir em qual ou quais etapa(s) do transporte se deu o sinistro, visto que, antes de ser encaminhada ao depósito da INFRAERO, a turbina foi submetida a transporte aéreo de longa distância, e após foi submetida a transporte rodoviário.

Inexistindo comprovação, portanto, de que as avarias tenham ocorrido sob o depósito da INFRAERO, não é possível imputar-lhe a responsabilidade pelo evento danoso, haja vista não estar presente o liame causal.

Por fim, considerando que a sentença foi proferida sob a égide do CPC/1973, bem como o valor dado à causa (R\$ 377.002,43), nos termos do artigo 20, parágrafos 3º e 4º, reduzo a condenação em honorários advocatícios para R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Diante do exposto, voto por **DAR PROVIMENTO PARCIAL** à apelação para tão somente reduzir o valor da verba honorária sucumbencial.

É como voto.

Jucarval

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. LITISCONSÓRCIO PASSIVO FACULTATIVO. EMPRESA PÚBLICA FEDERAL. DESMEMBRAMENTO DO FEITO. INFRAERO. SINISTRO EM TURBINA IMPORTADA PELA EMBRAER. DANO MATERIAL. NEXO CAUSAL NÃO COMPROVADO. REEMBOLSO PRETENDIDO PELA SEGURADORA INDEVIDO. REDUÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE.

1. Trata-se de ação ajuizada com o fito de a autora obter o ressarcimento da quantia de R\$ 377.002,43 (trezentos e setenta e sete mil, dois reais e quarenta e três centavos), em razão de sinistro em maquinário importado do Canadá e destinado à EMBRAER - Empresa Brasileira de Aeronáutica S/A.

2. Cumpre asseverar que o entendimento do MM. Juiz *a quo* em relação ao desmembramento do feito não merece reparos, pois, tratando-se de litisconsórcio passivo facultativo, a competência da Justiça Federal se limita à análise do pedido formulado em face da INFRAERO, empresa pública federal. Precedentes.

3. De acordo com a documentação acostada aos autos, não há prova de que as avarias verificadas na mercadoria importada tenham ocorrido nas dependências da INFRAERO, no Aeroporto Internacional de Guarulhos.

4. A única inconsistência verificada na carga pela ré INFRAERO foi uma diferença pequena de peso entre aquele informado pelo importador e o efetivamente recebido no país, variação esta corriqueira, que decorre da própria regulação das balanças.

5. Além disso, no Siscomex Mantra, sistema de comércio exterior para acompanhamento de carga da Receita Federal para importações e exportações, também não há qualquer informação de avarias na mercadoria importada.

6. No Certificado de Vistoria da empresa Minóica Global Logística Ltda., contratada para retirar o maquinário do aeroporto e levá-lo à sede da importadora, constava o seguinte: *“Durante os trabalhos de assistência à descarga nas dependências do Aeroporto de Guarulhos/SP, em 13/04/2009 para o transporte rodoviário final, constatamos avaria na embalagem caracterizada por rasgo/furo de aproximadamente 15 cm, o qual não evidenciava indícios de avarias no conteúdo, motivo pelo qual, não nos opusemos ao carregamento do lote orientando pela emissão de Carta -Protesto contra o transportador aéreo e o depositário de zona primária”*, e no momento da vistoria conjunta, realizada com representantes de todos os transportadores, observaram *“avarias caracterizadas por amassamento, refitamento e rasgos em dois pontos, um com aproximadamente de 45 cm e outro com aproximadamente de 15 cm”* (grifêi).

7. Depreende-se, deste modo, que, quando a empresa Minóica Global Logística Ltda. recebeu a mercadoria no aeroporto, indicou apenas a existência de um rasgo de 15 cm na embalagem, mas, quando vistoriada em conjunto com os representantes das demais transportadoras, detectaram rasgos em dois pontos, sendo que um deles, inclusive, com 45 cm, o qual, estranhamente, não foi informado anteriormente pela empresa.

8. Assim, conquanto haja prova do dano na turbina, não é possível inferir em qual ou quais etapa(s) do transporte se deu o sinistro, visto que, antes de ser encaminhada ao depósito da INFRAERO, a turbina foi submetida a transporte aéreo de longa distância, e após foi submetida a transporte rodoviário.

9. Inexistindo comprovação, portanto, de que as avarias tenham ocorrido sob o depósito da INFRAERO, não é possível imputar-lhe a responsabilidade pelo evento danoso, haja vista não estar presente o *liame causal*.

10. Por fim, considerando que a sentença foi proferida sob a égide do CPC/1973, bem como o valor dado à causa (R\$ 377.002,43), nos termos do artigo 20, parágrafos 3º e 4º, é de rigor seja reduzido o montante da condenação em honorários advocatícios para R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

11. Apelação provida em parte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, DEU PROVIMENTO PARCIAL à apelação para tão somente reduzir o valor da verba honorária sucumbencial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001549-41.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: TERRA BRASIS RESSEGUROS S.A.
Advogados do(a) APELANTE: ANDRE BOSCHETTI OLIVA - SP149247-A, FABIO HENRIQUE DE ALMEIDA - SP172586-A
APELADO: DELEGADO DA DELEGACIA ESPECIAL DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS EM SÃO PAULO - DEINF, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001549-41.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: TERRA BRASIS RESSEGUROS S.A.
Advogados do(a) APELANTE: ANDRE BOSCHETTI OLIVA - SP149247-A, FABIO HENRIQUE DE ALMEIDA - SP172586-A
APELADO: DELEGADO DA DELEGACIA ESPECIAL DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS EM SÃO PAULO - DEINF, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação à sentença denegatória de segurança, em mandado impetrado objetivando, em suma, afastar as majorações de alíquota da CSLL veiculadas pelas Leis 11.727/2008 e 13.169/2015, assegurando o direito à compensação de indébitos.

Alegou o contribuinte, em síntese, que: **(1)** a Medida Provisória 675/2015, incorrendo no mesmo vício da Medida Provisória 413/2008, supôs maior capacidade contributiva das empresas atingidas pela majoração de alíquota determinada pelo seu artigo 1º, não considerando o efetivo lucro como grandeza a ser tributada, como impõe o texto constitucional; **(2)** há evidente violação ao princípio da isonomia pelas sucessivas majorações de alíquota com as quais tem arcado, “*eis que inadequada a eleição do setor econômico da contribuinte como critério para fixar a alíquota da CSLL*”; **(3)** é um disparate o agrupamento de bancos e seguradoras na mesma categoria para fins de incidência de alíquota de contribuição social, “*sendo certo e de sabença geral que as margens de lucro de um e outro segmento são completamente distintas*”; **(4)** é simplista o entendimento da sentença no sentido de que só caberia discussão sobre isonomia se apenas algumas instituições financeiras, seguradoras ou empresas de capitalização percebessem a alíquota majorada, pois “*o que se combate neste writ é justamente o fato do legislador ter editado normas que se afastaram do princípio da igualdade*”; **(5)** não existem dados concretos passíveis de comprovar eventual demanda intensiva de mão-de-obra ou elevada capacidade contributiva de sua parte; **(6)** a majoração da alíquota de CSLL também deixa de observar o princípio da referibilidade, na medida em que, conforme doutrina, as contribuições apresentam referibilidade mediata (o que demanda que o contribuinte perceba benefícios, ainda que indiretos, proporcionais aos valores dispendidos com o custeio da seguridade social), ao passo que a majoração da alíquota combatida “*tem como desiderato exclusivo aumentar a arrecadação*”; e **(7)** indevida a majoração, pois “*qual o benefício, ainda que indireto, que a recorrente logrará como contrapartida ao aumento da CSLL? Qual o grau de referibilidade entre a atuação estatal e a recorrente?*”.

Com contrarrazões, subiram os autos.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo regular prosseguimento do feito.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001549-41.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: TERRA BRASIS RESSEGUROS S.A.

Advogados do(a) APELANTE: ANDRE BOSCHETTI OLIVA - SP149247-A, FABIO HENRIQUE DE ALMEIDA - SP172586-A

APELADO: DELEGADO DA DELEGACIA ESPECIAL DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS EM SÃO PAULO - DEINF, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, por primeiro, cumpre destacar ser correta a argumentação do apelo de que a aplicação jurídica do princípio da isonomia não possui apenas uma dimensão positiva (não discriminação entre iguais), mas também uma manifestação negativa (não igualar *indiscriminadamente* casos diferentes). A percepção remonta ao conceito aristotélico de justiça distributiva e, de fato, justifica, em tese, a alegação de que a equiparação de sociedades de seguros privados e demais instituições financeiras (como bancos de qualquer espécie, por exemplo) é apta a induzir malferimento a tal princípio constitucional.

Todavia, materialmente, não há qualquer elemento de convicção nos autos que permita concluir pela existência do vício suscitado.

Não há que se negar que a lei tributária pode, perfeitamente, agrupar empresas dentro de um mesmo setor econômico para tratamento uniforme. Pelo contrário, é salutar que o faça, de modo a prover racionalidade, coesão e simplicidade ao sistema tributário, inclusive no tocante a fins extrafiscais eventualmente desejados, o que é comum: fortalecimento da indústria, competitividade de exportações, desenvolvimento regional, dentre outros.

Pela sua própria definição acadêmica, um setor econômico corresponde a um campo organizado da economia, em função de atividades empresariais conexas, congêneres e complementares entre si. Logo, necessariamente, é composto por *entes que praticam atividades distintas*: bancos de investimento não se confundem com sociedades de crédito imobiliário, que tampouco são iguais a administradoras de cartões de crédito ou sociedades de arrendamento mercantil, e, ainda assim, por definição legal e prática histórica em nosso ordenamento, todas são tidas por “instituições financeiras” (v. g., artigo 1º, § 1º, da Lei Complementar 105/2001).

O refinamento deste raciocínio leva à conclusão de que as atividades de tais agentes possuem pontos de intersecção, que são destacados para trato igualitário pela lei. Este, aliás, é um desenvolvimento jurídico da conceituação de igualdade geométrica referida de início: a identidade de tratamento é exigida na medida da igualdade daqueles comparados, critério este sintetizado popularmente na máxima “*tratar iguais igualmente e desiguais desigualmente, conforme suas semelhanças ou diferenças*”. O próprio § 9º do artigo 195 da Constituição Federal transparece tal entendimento ao permitir modulação de alíquotas com base em elementos agrupadores como “atividade econômica” e “condição estrutural do mercado de trabalho”.

Logo, não basta à sustentação do direito líquido e certo neste *mandamus* a alegação de que há violação ao princípio da isonomia porque as atividades das sociedades de seguros privados não são similares às dos bancos. A tese do contribuinte atrai-lhe o ônus de demonstrar, em verdade, que as sociedades de seguros privados não podem ser subsumidas ao mesmo setor econômico e mercado de trabalho das instituições financeiras, tampouco a qualquer outro dos critérios apontados no dispositivo constitucional. Neste ponto, bem anotou a apelada, em contrarrazões, que a legislação pátria, em múltiplos exemplos, trata ambas as atividades de maneira conjunta (vide, por exemplo, o artigo 22, § 1º da Lei 8.212/1991 e o artigo 3º, § 6º, I e II, da Lei 9.718/1998).

Por outro lado, é inócua, da mesma forma, arguir, genericamente, ser de “*comum savença*” que a margem de lucro de sociedades de seguros privados e de bancos é distinto, ilação manejada, também, como indicação de violação ao princípio da capacidade contributiva.

Primeiro porque, embora ventilada a declaração em caráter de “fato notório”, observa-se que a margem de lucro das próprias instituições bancárias, entre si, é absolutamente variável, de modo que o ponto não prescinde, em verdade, de demonstração probatória cabal da insustentabilidade da diferença arguida, tanto mais em sede de mandado de segurança. A alegação pretende caracterizar a análise técnica e acurada de um setor econômico inteiro como matéria de conhecimento e domínio comum, a dispensar prova, pelo que manifestamente despropositada.

Em segundo lugar, a tributação a título de CSLL incide sobre o lucro não em valores absolutos, mas proporcionais: elementarmente, a tributação corresponde, de regra, a um percentual (alíquota) aplicado a um valor global (base de cálculo). Novamente, haveria que se demonstrar que o valor da alíquota é insuportável para validar a tese de violação de princípio constitucional – desta vez, o da capacidade contributiva.

Adiante, em sentido similar, não há como acolher a alegação de violação ao princípio da referibilidade, dado que, no entender da apelante, o fito único da majoração da alíquota seria aumentar a arrecadação, aduzindo que não percebe qualquer benefício, ainda que indiretamente, por tal acréscimo.

Neste tema, como o próprio recurso descreve, os impostos diferenciam-se das taxas e das contribuições pelo grau de referibilidade: os primeiros são desvinculados, as segundas possuem referibilidade direta (imediate) e as últimas referibilidade indireta (mediata). Sucede que, conforme doutrina majoritária, o que caracteriza esta referibilidade mediata, justamente, é seu caráter amplo, calcado no princípio da solidariedade, e sua orientação finalística, voltada à persecução de objetivos eleitos constitucionalmente:

Elucidam a questão múltiplos doutrinadores. Neste sentido, Geraldo Ataliba (*in*: Hipótese de Incidência Tributária, 4ª edição, São Paulo: RT, 1990, pp. 151/152 e 199)

"60.4. (...) A base impositiva na taxa é uma dimensão da própria atuação estatal, enquanto na contribuição base é uma medida da circunstância intermediária (...)"

60.6. Taxa é tributo vinculado cuja hipótese de incidência consiste numa atuação estatal direta e imediatamente referida ao obrigado.

60.7. Contribuição é o tributo vinculado cuja hipótese de incidência consistente numa atuação estatal indireta e mediata (mediante uma circunstância intermediária) referida ao obrigado.

"79.3 O arquétipo básico da contribuição deve ser respeitado: a base deve repousar no elemento intermediário (pois, contribuição não é imposto e não é taxa); é imprescindível circunscrever-se, na lei, explícita ou implicitamente, um círculo especial de contribuintes e reconhecer-se uma atividade estatal a eles referida indiretamente"

Hugo de Brito Machado destaca a finalidade da instituição da exação como elemento identificador das contribuições (*in*: Curso de Direito Tributário, 13ª edição, São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 305/306)

"Realmente, segundo o art. 149 da vigente Constituição. Isto significa dizer que essas contribuições sociais caracterizam-se pela correspondente finalidade. Não pela destinação do produto da respectiva cobrança, mas pela finalidade da instituição, que induz a idéia de vinculação de órgãos específicos do Poder Público à relação jurídica com o respectivo contribuinte.

(...)

Diante da vigente Constituição, portanto, pode-se conceituar a contribuição social como espécie tributo com finalidade constitucionalmente definida, a saber, intervenção no domínio econômico, interesse de categorias profissionais ou econômicas e seguridade social."

No mesmo sentido, Luciano Amaro (*in*: Direito tributário brasileiro, 9ª edição, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 85):

"A referibilidade ao indivíduo que contribui também não é critério especificador das contribuições, ou seja, os indivíduos a que a atuação estatal se destina não são necessariamente os contribuintes.

(...)

É a circunstância de as contribuições terem destinação específica que as diferencia dos impostos, enquadrando-as, pois, como tributos afetados à execução de uma atividade estatal ou paraestatal específica, que pode aproveitar ou não ao contribuinte, vale dizer; a referibilidade ao contribuinte não é inerente (ou essencial) ao tributo, nem o fato gerador da contribuição se traduz na fruição de utilidade pelo Estado. Marco Aurélio Greco compara as contribuições com os impostos e taxas; liga o imposto ao poder de império do Estado; conecta a taxa com a idéia de benefício (que alguns referem como contraprestação) e associa as contribuições ao "conceito de solidariedade em relação aos demais integrantes de um grupo social ou econômico, em função de certa finalidade."

Veja-se, pois, que a CSLL destina-se, por definição constitucional, ao financiamento da seguridade social: *este é o liame de referibilidade* que, por sua vez, atrai a aplicação da principiologia específica da matéria, destacadamente os princípios de solidariedade social e equidade de participação no custeio. Ao sustentar que a majoração da alíquota não detém referibilidade, a impetrante impõe-se, em verdade, o ônus de *demonstrar que o acréscimo não é vertido à seguridade social*, o que, naturalmente, não foi evidenciado nestes autos.

Em arremate ao ponto, vale destacar que, por óbvio, a majoração do critério quantitativo de um tributo pretende aumentar o valor arrecadado. Não há, de maneira inerente e apriorística, nenhum vício na medida, sob tal enquadramento. Arguir que o acréscimo percentual de determinada alíquota possui intuito de majorar tributação é um truísmo sobre o qual não se impõe, *per se*, juízo de valor algum.

Em suma, como alinhavado, o apelo sustenta, genericamente, violações de princípios constitucionais invariavelmente a partir de argumentação retórica, pretendendo, em todos os casos, excluir o ônus probatório de demonstração certa e específica do quanto alegado.

Desta maneira, não afastada a validade da equiparação da impetrante às instituições financeiras, cumpre assinalar que, em situação de todo análoga, o mérito da majoração da alíquota de COFINS foi decidido em repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, recentemente (grifos nossos):

RE 656.089, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe 10/12/2019: "Recurso extraordinário. Repercussão geral. Tributário. Alcance do art. 195, § 9º, da CF/88. COFINS. **Alíquotas diferenciadas em razão da atividade econômica. Instituições financeiras e entidades a elas legalmente equiparadas.** Entes objetivamente considerados. Maior capacidade contributiva. Ausência de afronta aos princípios da isonomia, da capacidade contributiva e da vedação de confisco. Lei nº 10.684/03. Alíquota diferenciada. Majoração. Constitucionalidade. 1. O art. 195, § 9º, da CF/88 autoriza, expressamente, desde a edição da EC nº 20/98, em relação às contribuições sociais previstas no art. 195, I, da CF/88 (o que inclui a COFINS), a adoção de alíquotas ou de bases de cálculo diferenciadas em razão, dentre outros critérios, da atividade econômica desenvolvida pelo contribuinte. 2. A imposição de alíquotas diferenciadas em razão da atividade econômica pode estar fundada nas funções fiscais ou nas funções extrafiscais da exação. A priori, estando fundada nas funções fiscais, deve a distinção corresponder à capacidade contributiva; estando embasada nas funções extrafiscais, deve ela respeitar a proporcionalidade, a razoabilidade e o postulado da vedação do excesso. Em todo caso, a norma de desequiparação e seu critério de discrimen (a atividade econômica) devem respeitar o conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. O tratamento constante do art. 18 da Lei nº 10.684/03 é legítimo. O próprio texto constitucional permite que o faturamento ou a receita possam ser utilizados como signos presuntivos de riqueza – ambas as expressões são aptas, portanto, para receber tributação. Ele ainda possibilita, de maneira expressa (desde a EC nº 20/98), **a utilização da atividade econômica como critério de discriminação para a imposição de alíquotas diferenciadas das contribuições para a seguridade social previstas no art. 195, I, da CF/88. Ademais, o fator de desigualação eleito (à primeira vista, a atividade econômica) retrata traço existente nas pessoas jurídicas referidas nos §§ 6º e 8º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 que as diferencia das demais, além de possuir correlação lógica, em abstrato, com a desequiparação estabelecida, isto é, a majoração da alíquota da COFINS.** 4. **Não invalida o dispositivo legal impugnado a existência de algum segmento econômico que, individualmente considerado, tenha maior capacidade contributiva em comparação com o setor financeiro. Embora, a priori, esse outro segmento também deva ter maior colaboração para o custeio da seguridade social, é imprescindível também ter em mente que a imposição de alíquotas diferenciadas (art. 195, § 9º, da CF/88) deve ser sopesada não apenas com a função fiscal da exação, mas também com suas finalidades extrafiscais, constitucionalmente amparadas. Nesse sentido, é possível que o legislador deixe de exigir essa maior colaboração visando, ponderadamente, a outros preceitos constitucionais, como, por exemplo, equalizar as desigualdades sociais.** Sobre o assunto: ADI nº 1.276/SP, Tribunal Pleno, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 29/11/02. 5. **A mera existência de alguma instituição financeira (ou de pessoa jurídica a ela legalmente equiparável) com faturamento ou receita relativamente inferior à de instituição congênera ou de eventual época adversa por que passa o setor financeiro, por si só, não macula a validade do dispositivo questionado. Isso porque sua feição genérica e abstrata revela-se compatível com os princípios da isonomia e da capacidade contributiva.** De mais a mais, não pode o Poder Judiciário, a pretexto de conceder tratamento em conformidade com o princípio da capacidade contributiva, excluir determinada pessoa jurídica, por razões meramente individuais, do âmbito de aplicação da alíquota majorada da COFINS prevista no dispositivo impugnado, sob pena de se conceder privilégio odioso. 6. O art. 18 da Lei nº 10.684/03 está condizente com a justiça tributária, com a equidade na forma de participação no custeio da seguridade social e com a diversidade de sua base de financiamento. 7. Tomando por base a função fiscal da COFINS, é proporcional e razoável entender que os contribuintes que exercem atividade econômica reveladora de grande capacidade contributiva contribuem com maior grau para o custeio da seguridade social. No caso, esse maior grau de colaboração dá-se tanto pela incidência da exação sobre os vultosos faturamentos ou sobre as volumosas receitas que auferem as pessoas jurídicas enquadradas no conceito de instituições financeiras ou as entidades legalmente equiparáveis a elas quanto pela imposição de uma alíquota diferenciada, que, em consonância com a justiça tributária, é superior à aplicável às demais pessoas jurídicas (levando-se em conta o regime comum da contribuição). 8. A jurisprudência da Corte aponta para o sentido da constitucionalidade do dispositivo legal ora combatido. Recentemente, o Tribunal Pleno, no exame do RE nº 598.572/SP, Relator o Ministro Edson Fachin, reconheceu ser constitucional o adicional de 2,5% na contribuição sobre a folha de salários das instituições financeiras e demais entidades legalmente equiparáveis a elas (art. 22, § 1º, da Lei nº 8.212/91). Na ocasião, fixou-se a seguinte tese: "é constitucional a previsão legal de diferenciação de alíquotas em relação às contribuições previdenciárias incidentes sobre a folha de salários de instituições financeiras ou de entidades a elas legalmente equiparáveis, após a edição da EC nº 20/98". 9. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento. 10. Em relação ao tema nº 515 da Gestão por Temas da Repercussão Geral do portal do STF na internet, proponho a seguinte tese: **É constitucional a previsão legal de diferenciação de alíquotas em relação às contribuições sociais incidentes sobre o faturamento ou a receita de instituições financeiras ou de entidades a elas legalmente equiparáveis.**

É oportuno destacar que o voto do relator coteja expressamente a expansão geral do segmento econômico da apelante, informação obtida a partir de estudo próprio e direcionado a tal fim, produzido no âmbito da Superintendência de Seguros Privados, publicado em 2015:

“No tocante aos mercados brasileiros de seguros, de previdência complementar, de capitalização e de resseguros, a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) vem observando, no consolidado, “um substancial e consistente aumento de receitas, refletido em uma crescente participação no Produto Interno Bruto (PIB) do país ” 22 (período de 2001 a 2014).”

Especificamente quanto à CSLL, cita-se, dentre outros, o seguinte precedente desta Turma:

ApCiv 0022137-72.2009.4.03.6100, Rel. Des. Fed. NELTON DOS SANTOS, e-DJF3, 23/01/2019: "CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA DA CSLL, PELA MP N.º 413/2008, CONVERTIDA NA LEI N.º 11.727/2008. 1. É pacífico o entendimento do Supremo Tribunal Federal que a instituição de alíquotas diferenciadas para qualquer tributo - e não apenas para contribuições sociais - independe de autorização constitucional expressa e específica; ao contrário, é consequência da aplicação dos princípios constitucionais da isonomia (artigo 5º, caput, e 150, inciso II), da capacidade contributiva (artigo 145, § 1º), da razoabilidade e da proporcionalidade. 2. Não viola o artigo 246 da Constituição Federal, medida provisória que implica majoração da alíquota de contribuição já criada com base no artigo 195, inciso I, da Constituição Federal. 3. O artigo 195, §9º, da Constituição Federal, previu expressamente a possibilidade de adoção de alíquotas diferenciadas, corolário do princípio da isonomia, da solidariedade e da equidade na participação do custeio da Seguridade Social. 4. Quanto ao princípio da referibilidade, não há, igualmente, violação, pois, com fundamento no princípio da solidariedade, o ônus do custeio deve ser suportado por toda sociedade, não se levando em conta somente a referibilidade entre o aumento da alíquota e os benefícios auferidos pelo ente tributado. 5. A relevância e urgência da Medida Provisória, dizem respeito à discricionariedade do Presidente da República, não havendo, num primeiro momento, a possibilidade de interferência do Poder Judiciário, no mérito administrativo, até porque eivado de apreciação subjetiva, com relação à situação financeira do Poder Executivo. Caberia verificar, se ocorrida, a não observância de tais requisitos, em ofensa à Legalidade, do que não se cogita, tendo em conta a exposição de motivos da Medida Provisória em discussão. 6. O artigo 195, § 6º do texto constitucional estabelece anterioridade especial para as contribuições sociais para a seguridade social, previstas no caput do artigo, afastando expressamente a aplicação da anterioridade, na aceção de anualidade, prevista na alínea "b" do inciso III do artigo 150 da Constituição Federal. Assim, basta que a lei respeite o prazo nonagesimal da anterioridade mitigada para que não haja a pretendida ofensa. 7. No caso em epígrafe, o prazo foi respeitado, pois foi prevista a aplicação da nova alíquota somente a partir do primeiro dia do quarto mês posterior ao da introdução da norma pela medida provisória (art. 41, II). 8. Sendo trimestral o período de apuração da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (Lei n.º 9.430/96, arts. 28, c/c art. 1º) e não anual, a incidência das novas alíquotas sobre fatos geradores ocorridos posteriormente à noventena, mas ainda dentro do mesmo ano, não resulta em ofensa ao princípio da anterioridade. 9. Apelação desprovida.

De rigor a manutenção da sentença, portanto.

Ante ao exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

EMENTA

DIREITO CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. EMPRESA DE SEGUROS PRIVADOS. EQUIPARAÇÃO A INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (CSLL). MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTAS. LEIS 11.727/2008 E 13.169/2015. CONSTITUCIONALIDADE.

1. A relevância jurídica da tese do apelo no sentido de que as atividades empresariais próprias da impetrante (sociedade de seguros privados) não são equiparáveis às de instituições bancárias, para fim de trato indistinto quanto à majoração de alíquota de CSLL pelas Leis 11.727/2008 e 13.169/2015, exigiria a demonstração de que ambas não podem ser remetidas sequer ao mesmo setor econômico, mercado de trabalho, ou qualquer dos demais critérios apontados no artigo 195, § 9º, da Constituição Federal.

2. Não há violação à capacidade contributiva em razão da existência de distinta margem de lucro entre os abrangidos pela majoração de alíquota. Ainda que admitida por correta a alegada diferença, neste tocante, da apelante em relação às instituições financeiras, tem-se que a tributação a título de CSLL incide sobre o lucro não em valores absolutos, mas proporcionais: elementarmente, a tributação corresponde, de regra, a um percentual (alíquota) aplicado a um valor global (base de cálculo). Haveria que se demonstrar que o valor da alíquota é insuportável para validar a tese de violação de princípio constitucional.

3. As contribuições sociais, conforme doutrina majoritária, são definidas como dotadas de referibilidade mediata e ampla, calcada no princípio da solidariedade, e orientação finalística, voltada à persecução de objetivos eleitos constitucionalmente. A CSLL destina-se, por definição constitucional, ao financiamento da seguridade social: este é o liame de referibilidade que, por sua vez, atrai a aplicação da principiologia específica da matéria, destacadamente os princípios de solidariedade social e equidade de participação no custeio. Ao sustentar que a majoração da alíquota não detém referibilidade, a impetrante impõe-se, em verdade, o ônus de demonstrar que o acréscimo não é vertido à seguridade social, o que, naturalmente, não foi evidenciado nestes autos.

4. Em situação de todo análoga, a majoração da alíquota da COFINS para instituições financeiras e equiparadas foi considerada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em regime de repercussão geral. Por outro lado, a jurisprudência desta Corte é pacífica na mesma orientação, em relação à CSLL.

5. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001150-87.2015.4.03.6105

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO ESTADO SAO PAULO

PROCURADOR: CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO ESTADO SAO PAULO

APELADO: JESSICA ELIAS COSTA

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001150-87.2015.4.03.6105

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO ESTADO SAO PAULO

PROCURADOR: CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO ESTADO SAO PAULO

APELADO: JESSICA ELIAS COSTA

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pelo **Conselho Regional de Contabilidade do Estado de São Paulo - CRC-SP**, contra sentença proferida em execução fiscal em face de **Jessica Elias Costa** para cobrança de créditos e/ou multas referentes às competências de 2011 a 2013, no valor de R\$ 1.735,57 (um mil, setecentos e trinta e cinco reais e cinquenta e sete centavos).

Na sentença, o Juízo *a quo* extinguiu o feito, nos termos do art. 485, IV, c.c. o art. 803, I, ambos do Código de Processo Civil, reconhecendo a nulidade da execução fiscal, em razão da inconstitucionalidade das leis que embasaram tais exigências, na parte em que delegaram ao exequente competência para fixar e majorar os valores de suas contribuições, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, bem como pela ausência no título de fundamento legal idôneo que legitimasse a cobrança (Id 56709840, p. 23-24).

Na apelação, o Conselho Regional de Contabilidade do Estado de São Paulo, alega, em síntese, que (Id 56709844, p. 1-4):

a) não há irregularidade nas CDA's que embasam a presente execução fiscal, eis que estão fixadas no art. 21 do Decreto-lei nº 9.295/46, alterado pela Lei nº 12.249/2010;

b) a Lei nº 12.514/11 refere-se ao valor de alçada para ajuizamento de execuções fiscais.

Sem contrarrazões, os autos vieram a este Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0001150-87.2015.4.03.6105
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO ESTADO SAO PAULO
PROCURADOR: CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO ESTADO SAO PAULO
APELADO: JESSICA ELIAS COSTA
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

Trata-se de execução fiscal ajuizada para cobrança das anuidades de 2011 a 2013, no valor de R\$ 1.735,57 (um mil, setecentos e trinta e cinco reais e cinquenta e sete centavos).

Conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, as anuidades devidas aos conselhos profissionais são débitos de natureza tributária, *verbis*:

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ENTIDADES FISCALIZADORAS DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL. CONSELHO FEDERAL DE ODONTOLOGIA: NATUREZA AUTÁRQUICA. Lei 4.234, de 1964, art. 2º. FISCALIZAÇÃO POR PARTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO.

I. - Natureza autárquica do Conselho Federal e dos Conselhos Regionais de Odontologia. Obrigatoriedade de prestar contas ao Tribunal de Contas da União. Lei 4.234/64, art. 2º. C.F., art. 70, parágrafo único, art. 71, II.

II. - Não conhecimento da ação de mandado de segurança no que toca à recomendação do Tribunal de Contas da União para aplicação da Lei 8.112/90, vencido o Relator e os Ministros Francisco Rezek e Mauricio Corrêa.

III. - Os servidores do Conselho Federal de Odontologia deverão se submeter ao regime único da Lei 8.112, de 1990: votos vencidos do Relator e dos Ministros Francisco Rezek e Mauricio Corrêa.

IV. - As contribuições cobradas pelas autarquias responsáveis pela fiscalização do exercício profissional são contribuições parafiscais, contribuições corporativas, com caráter tributário. C.F., art. 149. RE 138.284-CE, Velloso, Plenário, RTJ 143/313.

V. - Diárias: impossibilidade de os seus valores superarem os valores fixados pelo Chefe do Poder Executivo, que exerce a direção superior da administração federal (C.F., art. 84, II).

VI. - Mandado de Segurança conhecido, em parte, e indeferido na parte conhecida."

(MS 21797, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 09/03/2000, DJ 18-05-2001 PP-00434 EMENT VOL-02031-04 PP-00711 RTJ VOL-00177-02 PP-00751).

Assim, a legislação que regula o presente tema deve respeito ao princípio da legalidade tributária, uma vez que as anuidades cobradas pelos Conselhos Profissionais constituem verdadeira contribuição instituída no interesse de categorias profissionais, que não podem ser criadas ou majoradas por meio de simples resolução.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o mérito da ADIn n.º 1.717/DF, declarou a inconstitucionalidade do caput e dos §§ 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º, do art. 58, da Lei n.º 9.649/1998, *verbis*:

"DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS.

1. Estando prejudicada a Ação, quanto ao § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649, de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, declarando-se a inconstitucionalidade do "caput" e dos § 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do mesmo art. 58.

2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir; no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados.

3. Decisão unânime.

(STF, Tribunal Pleno, ADIn n.º 1717/DF, Relator Min. Sidney Sanches, DJ 28/03/2003, p. 61)"

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. CONTRIBUIÇÕES ANUAIS. NATUREZA TRIBUTÁRIA. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA. AGRAVO IMPROVIDO.

I - As contribuições anualmente devidas aos conselhos de fiscalização profissional possuem natureza tributária e, desse modo, sujeitam-se ao princípio da legalidade tributária, previsto no art. 150, I, da Lei Maior.

II - O Plenário desta Corte, no julgamento da ADI 1.717/DF, Rel. Min. Sidney Sanches, declarou a inconstitucionalidade de dispositivo legal que autorizava os conselhos de fiscalização profissional a fixar suas contribuições anuais.

III - Agravo regimental improvido."

(ARE 640937 AgR-segundo, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-171 DIVULG 05-09-2011 PUBLIC 06-09-2011 EMENT VOL-02581-02 PP-00362)

Ademais, com a promulgação da Lei n.º 11.000/2004, houve expressa delegação de competência aos conselhos para fixação do montante devido a título de contribuição à entidade profissional, em clara ofensa, mais uma vez, ao princípio da legalidade tributária.

Portanto, como as anuidades devidas aos conselhos profissionais têm natureza jurídica tributária, mais precisamente de contribuições instituídas no interesse de categorias profissionais, de rigor que sejam instituídas ou majoradas exclusivamente por meio de lei em sentido estrito, sob pena de afronta ao princípio da legalidade.

Assim, conclui-se que a cobrança é indevida, pelo menos nos termos em que vem estampada nos títulos executivos.

A questão já restou apreciada por esta Corte, *verbis*:

"CONTRIBUIÇÕES DESTINADAS AOS CONSELHOS PROFISSIONAIS - INSTITUIÇÃO DE ANUIDADES POR MEIO DE RESOLUÇÃO OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS TRIBUTÁRIOS INCIDENTES.

1. As contribuições destinadas aos Conselhos Profissionais têm natureza jurídica tributária. Subordina-se sua instituição à observância dos preceitos contidos no art. 149 e nos arts. 146, III e 150 I e III da Constituição Federal.

2. A instituição de anuidades por meio de resolução viola os princípios constitucionais tributários incidentes."

(TRF3, AMS n.º 0009092-74.2004.4.03.6100, Rel. Des. Fed. MAIRAN MAIA, Sexta Turma, j. 15/12/2011, e-DJF3 12/01/2012).

Em decisão proferida no julgamento do RE 704.292, ocorrido em 19/10/2016, de Relatoria do Ministro Dias Toffoli, com repercussão geral, a Suprema Corte decidiu que *"É inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar, sem parâmetro legal, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos"*.

Na espécie, as anuidades referentes aos anos de 2011 a 2013 (Id 56709840, p. 10-12), trazem como fundamento legal dentre os diversos Decretos e Leis, a Lei nº 11.000/04, sendo que o dispositivo legal citado pelo apelante não ampara sua pretensão.

Acrescente-se a isso o fato de o art. 8º da Lei nº 12.514 /2011 dispor que *"os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente"*.

Conforme a jurisprudência desta Turma e do Superior Tribunal de Justiça, a vedação do art. 8º da Lei nº 12.514/2011 se refere ao valor total da execução, que não pode ser inferior ao equivalente a quatro anuidades vigentes na data da propositura da execução, não havendo restrição quanto ao número de anuidades cobradas, *verbis*:

“TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ANUIDADES DE CONSELHO PROFISSIONAL. ART. 8º DA LEI Nº 12.514/2011. INTERPRETAÇÃO DA NORMA LEGAL. VALOR EXEQUENDO SUPERIOR AO EQUIVALENTE A 4 (QUATRO) ANUIDADES. APELAÇÃO PROVIDA.

I. O art. 8º da Lei nº 12.514/2011 estabelece que: "Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente." No julgamento do REsp n.º 1404796/SP o C. STJ pacificou, no âmbito do art. 543-C do CPC, a questão da inaplicabilidade do referido preceito normativo às execuções propostas anteriormente à sua vigência. Considerando que a presente execução fiscal foi proposta em 29/03/2012, a ela se aplicam os comandos da Lei n.º 12.514/11 que entrou em vigor em 31/10/11.

II. No presente caso, o valor do crédito executado é superior a 4 (quatro) anuidades. Por conseguinte, verificado o patamar mínimo previsto pela Lei nº 12.514/2011, de rigor a reforma da sentença.

III. Apelação provida.”

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2174564 - 0002543-10.2012.4.03.6119, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 25/08/2016, e-DJF3:02/09/2016)

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ANUIDADES DE CONSELHO PROFISSIONAL. ART. 8º DA LEI Nº 12.514/2011. INTERPRETAÇÃO DA NORMA LEGAL. VALOR EXEQUENDO SUPERIOR AO EQUIVALENTE A 4 (QUATRO) ANUIDADES. CONECTÁRIOS LEGAIS. CONSIDERAÇÃO.

1. O art. 8º da Lei nº 12.514/2011 estabelece que: "Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente."

2. Da leitura do dispositivo legal, extrai-se que a limitação imposta para o ajuizamento da execução fiscal refere-se ao valor da dívida na época da propositura da ação, o qual não poderá ser "inferior a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente".

3. No caso concreto, apesar de a dívida executada referir-se a apenas 3 (três) anuidades, o valor do montante executado, ou seja, principal mais acréscimos legais, supera em muito o equivalente "a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente", não havendo, por isso, razão para se extinguir o feito. Precedente: REsp 1.488.203/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2.ª Turma, j. em 20/11/2014, DJe 28/11/2014.

4. Ademais, "não obstante o legislador tenha feito referência à quantidade de quatro anuidades, a real intenção foi prestigiar o valor em si do montante exequendo, pois, se de baixo aporte, eventual execução judicial seria ineficaz, já que dispendioso o processo judicial" (REsp 1.468.126/PR, Rel. Ministro Og Fernandes, 2.ª Turma, j. em 24/02/2015, DJe 06/03/2015).

5. Recurso especial a que se dá provimento, em ordem a ensejar a retomada da execução".

(REsp 1425329/PR, Rel. Ministro Sérgio Kukina, 1ª Turma, j. 19/03/15, DJe 16/04/15)

No caso, o valor da execução refere-se a três anuidades, de 2011 a 2013, no valor de R\$ 1.735,57 (um mil, setecentos e trinta e cinco reais e cinquenta e sete centavos), de forma que não resta superado o limite mínimo imposto para a execução judicial das anuidades nos termos do art. 8º da Lei nº 12.514/2011.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação, nos termos da fundamentação.

É como voto.

EMENTA

EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO ESTADO DE SÃO PAULO. COBRANÇA DE ANUIDADES. NULIDADE. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. LEI Nº 12.514/2011. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. Trata-se de execução fiscal ajuizada para cobrança das anuidades de 2011 a 2013, no valor de R\$ 1.735,57 (um mil, setecentos e trinta e cinco reais e cinquenta e sete centavos).
2. A cobrança de anuidade cujo valor seja fixado, majorado ou mesmo atualizado por ato normativo do Conselho Profissional ofende o princípio da legalidade.
3. O Supremo Tribunal Federal enfrentou e rejeitou o argumento de que o artigo 2º da Lei nº 11.000/2004 autorizaria os conselhos profissionais a fixar os valores de suas anuidades e, indo além, refutou também a alegação de que a decisão da Turma violaria o artigo 97 da Constituição Federal. (Precedente: STF, ARE 640937 AgR-segundo, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-171 DIVULG 05-09-2011 PUBLIC 06-09-2011 EMENT VOL-02581-02 PP-00362).
4. Ademais, em decisão proferida no julgamento do RE 704292, ocorrido em 19/10/2016, de Relatoria do Ministro Dias Toffoli, com repercussão geral, a Suprema Corte decidiu que "*É inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar, sem parâmetro legal, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos*".
5. Na espécie, as anuidades referentes aos anos de 2011 a 2013 (Id 56709840, p. 10-12), trazem como fundamento legal dentre os diversos Decretos e Leis, a Lei nº 11.000/04, sendo que o dispositivo legal citado pelo apelante não amparam a sua pretensão.
6. Acrescente-se a isso o fato de o art. 8º da Lei nº 12.514 /2011 dispor que "os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente". No caso, o valor da execução refere-se a três anuidades, de 2011 a 2013, no valor de R\$ 1.735,57 (um mil, setecentos e trinta e cinco reais e cinquenta e sete centavos), de forma que não resta superado o limite mínimo imposto para a execução judicial das anuidades nos termos do art. 8º da Lei nº 12.514/2011.
7. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO ao recurso de apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5023579-03.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: CRISTOS CONSTANTIN VOZIKIS
Advogados do(a) AGRAVANTE: MARIA RUBINEIA DE CAMPOS SANTOS - SP256745-A, CARLOS ALBERTO FERNANDES - SP397370
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5023579-03.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: CRISTOS CONSTANTIN VOZIKIS
Advogados do(a) AGRAVANTE: MARIA RUBINEIA DE CAMPOS SANTOS - SP256745-A, CARLOS ALBERTO FERNANDES - SP397370
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento em face de decisão que indeferiu tutela provisória de urgência para afastar, liminarmente, a incidência de IRRF sobre proventos recebidos pelo autor, militar reformado.

Alegou o agravante, em síntese, que: **(1)** é portador de alienação mental, com agravamento, conforme relatório médico juntados, resultando em isenção de imposto de renda, nos termos do artigo 6º, XIV, da Lei 7.713/1988, dos respectivos proventos; **(2)** não postula a reversão da decisão da Junta Superior de Saúde do Comando da Aeronáutica, e sim a correta aplicação do quanto decidido; **(3)** “em que pese o motivo da reforma do autor (CID 31.3 - Transtorno afetivo bipolar, episódio atual depressivo leve ou moderado) não estar prescrita em lei é fato que os transtornos que vem sofrendo levam à alienação mental, ou seja, sua patologia está equiparada à alienação mental, ou seja, o transtorno do Embargante é um tipo de alienação mental.”; e **(4)** a moléstia que sofre exige tratamento contínuo e se agrava, pelo que inafastável a isenção como meio de permitir custeio dos cuidados médicos permanente que o quadro de saúde requer.

Houve contraminuta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5023579-03.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: CRISTOS CONSTANTIN VOZIKIS
Advogados do(a) AGRAVANTE: MARIA RUBINEIA DE CAMPOS SANTOS - SP256745-A, CARLOS ALBERTO FERNANDES - SP397370
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, o Superior Tribunal de Justiça pacificou, em acórdão submetido ao rito de recursos repetitivos, que a lista de moléstias cuja incidência autoriza isenção de imposto de renda ao portador, nos termos do artigo 6º, XIV, da Lei 7.713/1988, é taxativa (grifos nossos):

*REsp 1.116.620, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 25/08/2010: "TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. IMPOSTO DE RENDA. ISENÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO PORTADOR DE MOLÉSTIA GRAVE. ART. 6º DA LEI 7.713/88 COM ALTERAÇÕES POSTERIORES. ROL TAXATIVO. ART. 111 DO CTN. VEDAÇÃO À INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. 1. A concessão de isenções reclama a edição de lei formal, no afã de verificar-se o cumprimento de todos os requisitos estabelecidos para o gozo do favor fiscal. 2. **O conteúdo normativo do art. 6º, XIV, da Lei 7.713/88, com as alterações promovidas pela Lei 11.052/2004, é explícito em conceder o benefício fiscal em favor dos aposentados portadores das seguintes moléstias graves: moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome da imunodeficiência adquirida, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma. Por conseguinte, o rol contido no referido dispositivo legal é taxativo (numerus clausus), vale dizer, restringe a concessão de isenção às situações nele enumeradas.** 3. Consectariamente, revela-se interdita a interpretação das normas concessivas de isenção de forma analógica ou extensiva, restando consolidado entendimento no sentido de ser incabível interpretação extensiva do aludido benefício à situação que não se enquadre no texto expresso da lei, em conformidade com o estatuído pelo art. 111, II, do CTN. (Precedente do STF: RE 233652 / DF - Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, DJ 18-10-2002. Precedentes do STJ: EDcl no AgRg no REsp 957.455/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 09/06/2010; REsp 1187832/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/05/2010, DJe 17/05/2010; REsp 1035266/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/05/2009, DJe 04/06/2009; AR 4.071/CE, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/04/2009, DJe 18/05/2009; REsp 1007031/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/02/2008, DJe 04/03/2009; REsp 819.747/CE, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/06/2006, DJ 04/08/2006). 4. In casu, a recorrida é portadora de distonia cervical (patologia neurológica incurável, de causa desconhecida, que se caracteriza por dores e contrações musculares involuntárias - fls. 178/179), sendo certo tratar-se de moléstia não encartada no art. 6º, XIV, da Lei 7.713/88. 5. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."*

Logo, imprescindível ao reconhecimento da relevância jurídica do pedido de isenção que a patologia possa ser, cabalmente, enquadrada nas descrições nominiais do dispositivo legal (conforme constantes do item "1" da ementa transcrita acima).

Sucedo que o exame do acervo probatório reunido até o momento não permite certeza de tal identidade – pelo contrário, o colhido indica que a moléstia narrada não pode ser compreendida como equivalente à "alienação mental", nos termos legais, como defendido pelo agravante.

Com efeito, há registro documental de que tal equiparação já foi afastada em feito judicial anterior, no bojo do qual o ora agravante pretendeu incremento dos proventos de reforma percebidos (autos 0000269-19.2015.403.6103, ID. 14148851, autos de origem). Conquanto certo que, a rigor, a verdade dos fatos e os motivos determinantes do dispositivo da sentença não são abrangidos pela coisa julgada (artigo 504 do CPC), existe, de qualquer sorte, elemento de convicção em sentido diametralmente oposto à pretensão deduzida neste feito.

Para além disso, tanto o laudo da Junta Superior de Saúde do Comando da Aeronáutica (ID. 22176870, autos de origem) quanto a declaração da profissional de psicologia que o acompanhou entre 15/11/2016 e 16/10/2017 (ID. 1254066) apontam que o diagnóstico clínico do agravante é de *transtorno bipolar*, sem qualquer indicativo de que tal hipótese é compatível com a caracterização de *alienação mental*. Mais contundentemente, o laudo da perícia realizada no bojo do feito originário, após distribuição deste recurso, apontou categoricamente que (ID. 26384862, autos de base):

“Apesar de tratar-se de quadro grave, com evolução desfavorável, não comprovou alienação mental em perícia – seu pensamento, raciocínio lógico, pragmatismo, crítica da morbidade e juízo crítico da realidade foram avaliados dentro dos limites da normalidade, não sendo tampouco dependente de terceiros para atividades diárias.”

Afastado, nestes termos, o *fumus boni iuris*, também o *periculum in mora* resta ausente. Com efeito, não há qualquer demonstração, na espécie, da imprescindibilidade atual de disponibilidade do montante revertido mensalmente ao Fisco, a título de IRRF, para financiamento de qualquer custo do recorrente.

Assim, de rigor a manutenção da decisão agravada.

Ante ao exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. PESSOA FÍSICA. ISENÇÃO. MILITAR REFORMADO. MOLÉSTIA GRAVE. LEI 7.713/1988, ARTIGO 6º, XIV. ROL TAXATIVO. RECURSO DESPROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça pacificou, em acórdão submetido ao rito de recursos repetitivos (REsp 1.116.620), que a lista de moléstias cuja incidência autoriza isenção de imposto de renda ao portador, nos termos do artigo 6º, XIV, da Lei 7.713/1988, é taxativa.

2. Não demonstrada a subsunção da patologia mencionada pelo agravante a qualquer daquelas indicadas no dispositivo referido, não há como acolher a pretensão de isenção.

3. Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0000290-81.2013.4.03.6000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: VETORIAL SIDERURGIA LTDA

Advogado do(a) APELANTE: VANESSA RIBEIRO LOPES - MS7878-A

APELADO: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVAVEIS

Advogado do(a) APELADO: ADRIANA MARIA DE CASTRO RODRIGUES - MS3100-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 0000290-81.2013.4.03.6000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: VETORIAL SIDERURGIA LTDA

Advogado do(a) APELANTE: VANESSA RIBEIRO LOPES - MS7878-A

APELADO: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVAVEIS

Advogado do(a) APELADO: ADRIANA MARIA DE CASTRO RODRIGUES - MS3100-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de ação ajuizada por **Vetorial Siderúrgica Ltda.** em face do **Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA**, objetivando a anulação do auto de infração nº 112915/D, lavrado em decorrência da suposta prática de infração ambiental.

A tutela antecipada foi parcialmente deferida para, em razão do depósito integral do débito ora questionado, suspender a exigibilidade da multa aplicada à autora, bem como obstar a inclusão dos seus dados no CADIN (ID 90200761 - Pág. 142-144).

A MM. Juíza *a quo* julgou improcedente o pedido e condenou a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa atualizado, nos

termos do artigo 85, parágrafos 2º e 5º, do CPC (ID 90199825 - Pág. 68-76).

A autora apelou, sustentando, em síntese, que:

a) o art. 46, § único da Lei 9.605/98 diz respeito à imputação criminal, onde não cabe a discussão na esfera administrativa, e o artigo 70 do mesmo diploma, apenas cita o que é infração administrativa;

b) a infração ambiental de que cuida o art. 32 do Decreto 3.179/99 decorre da inexistência de autorização (ATPF) para transporte de carvão, situação diversa a dos autos, em que a autorização foi preenchida erroneamente pela empresa responsável pela produção e transporte do carvão;

c) a licença foi outorgada por autoridade competente e estava sendo utilizada dentro da validade, de modo que houve apenas um erro material, absolutamente sanável, além disso, o documento ambiental estava em nome da apelante por imposição normativa federal, que ainda a obrigava a entregar este documento com campos em branco para colocar a nota fiscal do produtor de carvão e a data em que o caminhão iniciaria o transporte, a demonstrar a incongruência do ato normativo;

d) a empresa comprava o carvão do produtor, que ficava responsável pelo transporte até seu pátio industrial, e somente quando a carga chegava ao destino, em Ribas do Rio Pardo, era possível por parte da apelante verificar o correto preenchimento da ATPF, sendo que, no caso em comento, a autuação ocorreu durante o transporte, ou seja, antes do recebimento da mercadoria pela empresa apelante em sua indústria;

e) a sentença deve ser anulada diante da ausência de motivação, pois não se considera fundamentada qualquer decisão judicial que se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida.

Com contrarrazões, vieram os autos para este Tribunal.

É o relatório.

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Trata-se de ação ajuizada com o fito de obter a anulação do auto de infração nº 112915/D, lavrado pelo IBAMA em face da autora, em decorrência da prática de infração ambiental.

Em primeiro lugar, afasto a alegação de nulidade da sentença por falta de motivação, porquanto o *decisum* encontra-se devidamente fundamentado e amparado em precedentes jurisprudenciais e na legislação de regência.

Com efeito, a análise sucinta da questão posta em juízo não se confunde com a falta de motivação e não enseja, portanto, a desconstituição do julgado.

Passo, então, ao exame do mérito.

A autora foi autuada, em 05.07.2004, com fundamento nos artigos 70 e 46, parágrafo único, da Lei n. 9.605/98; artigos 2º, incisos II e IV, e 32, parágrafo único, do Decreto n. 3.179/99; e artigo 1º da Portaria IBAMA n. 44 - N93, por “transportar carvão vegetal nativo sem a cobertura da ATPF, a mesma com irregularidades no campo 17 e 19”, tendo-lhe sido imputada uma multa no valor de R\$ 7.00000 (sete mil reais).

Foi lavrado, ainda, o Termo de Apreensão e Depósito n. 342895/C, em que constam como apreendidos 70m³ de carvão vegetal nativo e 01 (uma) ATPF nº 0916889.

Cumpra asseverar que a ATPF é emitida pelo IBAMA - Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e Recursos Renováveis, entidade federal competente para execução de políticas nacionais do meio ambiente, relativamente à preservação, conservação, coordenação, sustentação, execução, fiscalização e controle de recursos ambientais, conforme expressa autorização legislativa (Lei 8.005/90), e consiste em uma licença indispensável para o transporte de produto florestal de origem nativa, inclusive o carvão vegetal nativo, nos termos do disposto no artigo 1º da Portaria IBAMA n. 44-N/93, sendo que o preenchimento irregular ou a não apresentação da guia de transporte dificulta o controle e a fiscalização por parte do órgão competente.

De fato, a licença para transporte de produtos florestais é uma autorização específica, que deve corresponder a uma determinada carga, devendo, por isso, existir total coincidência com todos os aspectos do produto transportado.

No caso em apreço, a ATPF encontrada como motorista do veículo estava preenchida irregularmente, com o número do documento fiscal e a data de emissão em branco (ID 90200761 - Pág. 42). Além disso, constava na ATPF que a quantidade de carvão vegetal transportada era de 40 m³, quando na realidade era de 70 m³ (ID 90200761 - Pág. 43).

Cabe destacar que a Lei nº 9.605/98 não dispõe apenas sobre sanções penais, mas também disciplina as infrações administrativas decorrentes de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. *Verbis*:

"Art. 46. Receber ou adquirir, para fins comerciais ou industriais, madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, sem exigir a exibição de licença do vendedor; outorgada pela autoridade competente, e sem munir-se da via que deverá acompanhar o produto até final beneficiamento:

Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem vende, expõe à venda, tem em depósito, transporta ou guarda madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, sem licença válida para todo o tempo da viagem ou do armazenamento, outorgada pela autoridade competente.

(...)

Art. 70. Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.

(...)

Art. 72. As infrações administrativas são punidas com as seguintes sanções, observado o disposto no art. 6º:

I - advertência;

II - multa simples;

III - multa diária;

IV - apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração;

V - destruição ou inutilização do produto;

VI - suspensão de venda e fabricação do produto;

VII - embargo de obra ou atividade;

VIII - demolição de obra;

IX - suspensão parcial ou total de atividades;

X - (VETADO)

XI - restritiva de direitos".

No regime do princípio da legalidade a existência de poder regulamentar ou normativo cumpre a função de viabilizar a execução plena e efetiva do texto aprovado pelo legislador, o qual pode ser genérico e exigir o complemento regulamentar ou, ao contrário, pode ser específico na determinação de que dada matéria seja disciplinada diretamente pela autoridade administrativa, salvo nas hipóteses de reserva legal, em que todo o conteúdo normativo deve ser objeto diretamente de lei, em sentido formal.

A respeito do tema, colhem-se os seguintes precedentes:

"ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA AMBIENTAL. AUSÊNCIA DE ESPECIFICAÇÃO, NA ATPF, DO NÚMERO DA NOTA FISCAL RELATIVA AO PRODUTO TRANSPORTADO. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA. PLENA OBSERVÂNCIA. 1. Os atos da Administração Pública devem sempre pautar-se por determinados princípios, entre os quais está o da legalidade. Por esse princípio, todo e qualquer ato dos agentes administrativos deve estar em total conformidade com a lei e dentro dos limites por ela traçados. 2. **A aplicação de sanções administrativas, decorrente do exercício do poder de polícia, somente se torna legítima quando o ato praticado pelo administrado estiver previamente definido pela lei como infração administrativa.** 3. **Hipótese em que o auto de infração foi lavrado pelo fato de a impetrante, ora recorrida, não ter preenchido o campo 17 da Autorização para Transporte de Produtos Florestais (ATPF), local onde deveria vir especificado o número da nota fiscal relativa ao produto transportado.** 4. Considera-se infração administrativa ambiental, conforme o disposto no art. 70 da Lei 9.605/98, toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente. 5. O parágrafo único do art. 46 do mesmo diploma legal classifica como crime ambiental a venda, a exposição a venda, o depósito, o transporte ou a guarda de madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, sem licença válida para todo o tempo da viagem ou do armazenamento, outorgada pela autoridade competente. **Conquanto se refira a um tipo penal, a norma em comento, combinada com o disposto no art. 70 da Lei 9.605/98, anteriormente mencionado, confere toda a sustentação legal necessária à imposição da pena administrativa, não se podendo falar em violação do princípio da legalidade estrita.** 6. A conduta lesiva ao meio ambiente, ao tempo da autuação, ainda estava prevista no parágrafo único do art. 32 do Decreto 3.179/99, atualmente revogado. De acordo com o referido preceito legal, constitui infração administrativa ambiental "o transporte de madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, sem licença válida para todo o tempo da viagem, outorgada pela autoridade competente". (...) 11. Recurso especial provido, para denegar a segurança anteriormente concedida". ..EMEN:(RESP 200702110948, DENISE ARRUDA, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:12/03/2009 ..DTPB:.) (grifei)

"ADMINISTRATIVO. INFRAÇÃO AMBIENTAL. IBAMA. MULTA. COMPETÊNCIA. LEGALIDADE. 1. Conforme se verifica da documentação acostada aos autos, **a apelante sofreu fiscalização quando do transporte de carvão vegetal, onde restou comprovado que a documentação legal exigida, no caso, a Autorização para Transporte de Produto Florestal - ATPF - encontrava-se não preenchida em grande parte dos seus respectivos campos - n.ºs 09, 10, 11, 12, 13 e 17 - nos termos do Auto de Infração n.º 110549, Série D, lavrado em 27/08/2002 - fl. 23 dos presentes autos, restando a respectiva carga apreendida, conforme Termo de Apreensão/Depósito de fl. 24.** 2. **Hígida a conduta do IBAMA, no sentido de fiscalizar e apurar a conduta irregular, bem como impor a penalidade administrativa aqui combatida, com esteio na legislação de regência - Lei n.º 9.605, de 12/02/1998, Decreto n.º 3.179, de 21/09/1999 e Portaria IBAMA n.º 44-N, de 06/04/1993.** 3. Precedentes deste Tribunal e demais Cortes Regionais Federais. 4. **Apelação a que se nega provimento".** (AC 00016335920064036000, DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:15/01/2015 ..FONTE_REPUBLICACAO:.) (grifei)

"ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. IBAMA. AUTO DE INFRAÇÃO. TRANSPORTE DE CARVÃO VEGETAL. ATPF. LICENÇA OBRIGATÓRIA. PREENCHIMENTO INCOMPLETO. CAMPOS ESSENCIAIS DA GUIA EM BRANCO. MULTA ADMINISTRATIVA. ART. 70 DA LEI 9.605/98. ART. 32 DO DECRETO 3.179/99. LEGALIDADE. 1. A Lei nº 9605/98 não se restringiu a disciplinar infrações penais, versando também acerca de ilícitos de natureza administrativa, derivados de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente (arts. 70 e 72). 2. Com vistas a regulamentar a Lei nº 9.605/98, foi editado o Decreto nº 3.179/1999, o qual apenas especificou as infrações administrativas e correspondentes sanções, não implicando inovação na ordem jurídica. Precedentes do STJ. 3. O transporte de carvão vegetal com cobertura de ATPF preenchida de modo incompleto, com campos essenciais em branco - dentre os quais "nome da espécie", "especificação", "quantidade", "unidade de medida", "valor", "meio de transporte", "nº do documento fiscal" e "data de emissão" - configura conduta corretamente enquadrada no art. 32, parágrafo único, do Decreto 3.179/99. 4. A falta de informações essenciais na guia de transporte, além de inviabilizar o efetivo controle e fiscalização da autarquia ambiental, abre margem à prática de fraudes e outras irregularidades, equivalendo, na prática, à não apresentação da ATPF. 5. A menção ao art. 46 da Lei 9.605/98, dispositivo de natureza penal, não implica a nulidade do auto, tendo em vista que o art. 70 do mesmo diploma legal confere sustentação necessária à imposição da pena administrativa, denotando a legalidade e legitimidade da autuação. Precedentes. 6. Apelação e remessa oficial tida por interposta providas". (AC 00070900920054036000, DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial I DATA:31/10/2014..FONTE_REPUBLICACAO:.) (grifei)

Assim, em cumprimento ao artigo 84, inciso IV, da Constituição Federal, foi editado o Decreto n. 3.179/1999, já revogado, que, em nenhum momento inovou o ordenamento jurídico, mas tão somente especificou as sanções e as infrações administrativas já disciplinadas pela Lei n. 9.605/98, de modo que não houve qualquer ilegalidade na autuação em comento. Veja-se:

"Art. 32. Receber ou adquirir, para fins comerciais ou industriais, madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, sem exigir a exibição de licença do vendedor; outorgada pela autoridade competente, e sem munir-se da via que deverá acompanhar o produto até final beneficiamento:

Multa simples de R\$ 100,00 (cem reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais), por unidade, estéreo, quilo, mdc ou metro cúbico.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas multas, quem vende, expõe à venda, tem em depósito, transporta ou guarda madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, sem licença válida para todo o tempo da viagem ou do armazenamento, outorgada pela autoridade competente".

O artigo 32 do Decreto 3179/99, por sua vez, previa penalidade de multa simples a quem adquirisse carvão vegetal, sem exigir do vendedor a exibição de licença válida outorgada pela autoridade competente. Logo, não merece prosperar a pretensão da autora de que não possui responsabilidade pela ATPF até a efetiva entrega do produto em suas dependências, visto que, embora a o documento ambiental estivesse dentro de sua validade temporal, não apresentava todos os dados necessários para a sua validade material.

Sendo assim, a autora não demonstrou qualquer causa que pudesse ilidir o auto de infração e a cobrança da multa em questão, sendo forçoso concluir pela improcedência da pretensão anulatória, com a manutenção da sentença nos termos em que lançada.

Diante do exposto, voto por **NEGAR PROVIMENTO** à apelação.

É como voto.

jucarval

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. FALTA DE MOTIVAÇÃO NA SENTENÇA. NÃO CONFIGURADA. IBAMA. TRANSPORTE DE CARVÃO VEGETAL. ATPF. LICENÇA OBRIGATÓRIA. PREENCHIMENTO INCOMPLETO. CAMPOS ESSENCIAIS DA GUIA EM BRANCO. LEI 9.605/98. DECRETO 3.179/99. AUTO DE INFRAÇÃO. LEGALIDADE. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. Trata-se de ação ajuizada com o fito de obter a anulação do auto de infração nº 112915/D, lavrado pelo IBAMA em face da autora, em decorrência da prática de infração ambiental.

2. Não há que se falar em falta de motivação na sentença, porquanto o *decisum* encontra-se devidamente fundamentado e amparado em precedentes jurisprudenciais e na legislação de regência. Com efeito, a análise sucinta da questão posta em juízo não se confunde com a falta de motivação e não enseja, portanto, a desconstituição do julgado.

3. Cabe destacar que a Lei nº 9.605/98 não dispõe apenas sobre sanções penais, mas também disciplina as infrações administrativas decorrentes de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

4. No regime do princípio da legalidade a existência de poder regulamentar ou normativo cumpre a função de viabilizar a execução plena e efetiva do texto aprovado pelo legislador, o qual pode ser genérico e exigir o complemento regulamentar ou, ao contrário, pode ser específico na determinação de que dada matéria seja disciplinada diretamente pela autoridade administrativa, salvo nas hipóteses de reserva legal, em que todo o conteúdo normativo deve ser objeto diretamente de lei, em sentido formal. Precedentes.

5. Em cumprimento ao artigo 84, inciso IV, da Constituição Federal, foi editado o Decreto n. 3.179/1999, já revogado, que, em nenhum momento inovou o ordenamento jurídico, mas tão somente especificou as sanções e as infrações administrativas já disciplinadas pela Lei n. 9.605/98.

6. O artigo 32 do Decreto 3.179/99 previa penalidade de multa simples a quem adquirisse carvão vegetal, sem exigir do vendedor a exibição de licença válida outorgada pela autoridade competente. Logo, não merece prosperar a pretensão da autora de que não possui responsabilidade pela ATPF até a efetiva entrega do produto em suas dependências, visto que, embora a o documento ambiental estivesse dentro de sua validade temporal, não apresentava todos os dados necessários para a sua validade material.

7. Inexistindo, deste modo, qualquer causa que pudesse ilidir o auto de infração e a cobrança da multa em questão, é forçoso concluir pela improcedência da pretensão anulatória, com a manutenção da sentença nos termos em que lançada.

8. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000729-26.2017.4.03.6110
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: MAGGI EMPREEND INCORP ADMINISTR BENS E PARTICIPACOES
Advogado do(a) APELANTE: IRIS VANIA SANTOS ROSA - SP115089-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000729-26.2017.4.03.6110
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: MAGGI EMPREEND INCORP ADMINISTR BENS E PARTICIPACOES
Advogado do(a) APELANTE: IRIS VANIA SANTOS ROSA - SP115089-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração contra acórdão assimementado:

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÕES AO INCRA/SENAR, SEBRAE, SENAI, SENAC, SESC/SESI APÓS O INÍCIO DA VIGÊNCIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 33/2001. LEGITIMIDADE DA EXIGÊNCIA. ARTIGO 149, § 2º, INCISO III, ALÍNEA “A”. ROL NÃO EXAURIENTE. HIGIDEZ DA UTILIZAÇÃO DA FOLHA DE SALÁRIOS COMO BASE DE CÁLCULO. APELAÇÃO DO CONTRIBUINTE IMPROVIDA.

1. O CERNE DA CONTROVÉRSIA TEM SIDO OBJETO DE APRECIÇÃO NO ÂMBITO DESTA TRIBUNAL, QUE REITERADAMENTE ATESTA A LEGITIMIDADE DA EXIGÊNCIA DAS CONTRIBUIÇÕES IMPUGNADAS NESTES AUTOS, INCLUSIVE APÓS O INÍCIO DA VIGÊNCIA DA EC Nº 33/2001.

2. PREDOMINA O ENTENDIMENTO DE QUE A INOVAÇÃO TRAZIDA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL EM APREÇO, NA PARTE EM QUE MENCIONA ALGUMAS BASES DE CÁLCULO SOBRE AS QUAIS PODEM INCIDIR TAIS CONTRIBUIÇÕES (ADIÇÃO DO § 2º, INCISO III, ALÍNEA “A”, AO ARTIGO 149 DA CF/1988), REFERE-SE A UM ROL EXEMPLIFICATIVO.

3. NENHUMA MÁCULA DE INCONSTITUCIONALIDADE PAIRA SOBRE A UTILIZAÇÃO DA FOLHA DE SALÁRIOS COMO BASE DE CÁLCULO DESTAS CONTRIBUIÇÕES. PRECEDENTES DO TRF3.

4. DIANTE DA IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO PRINCIPAL, RESTA PREJUDICADA A PRETENSÃO DE COMPENSAÇÃO DOS VALORES PAGOS NO QUINQUÊNIO ANTERIOR À IMPETRAÇÃO.

5. APELAÇÃO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

Alegou-se vício, inclusive para fins de pré-questionamento, pois: **(1)** omissis “em relação ao Tema nº 495, pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF), autos do Recurso Extraordinário (RE) nº 630.898”, cabendo suspender o feito, nos termos dos artigos 313, V, e 1.037, II, do Código de Processo Civil, em razão de afetação ao rito de repercussão geral; **(2)** necessário esclarecimento, pois tais contribuições não constituem hipótese de incidência de contribuição previdenciária e, assim, sua cobrança ofende o princípio da legalidade (artigo 150, I, CF); **(3)** a EC 33/2001 revogou a base de cálculo da contribuição ao INCRA/SENAR e ao sistema “S”, traçando seus limites no artigo 149, § 2º, III, CF; **(4)** o Supremo Tribunal Federal, no RE 559.937 sob repercussão geral, “assentou o entendimento de que as bases de cálculo previstas no art. 149, § 2º, III, ‘a’, da CF não comportam interpretação extensiva, sendo o rol taxativo”.

Houve impugnação da embargada.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000729-26.2017.4.03.6110
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: MAGGI EMPREENDE INCORP ADMINISTR BENS E PARTICIPACOES
Advogado do(a) APELANTE: IRIS VANIA SANTOS ROSA - SP115089-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, são manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

As alegações não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.

Com relação à alegada necessidade de suspensão processual, enquanto pendente o julgamento do Tema 495 com repercussão geral, consignou, a propósito, expressamente o acórdão embargado (ID 107953311) que:

“De início, observo que, embora a questão atinente à exigibilidade das contribuições combatidas nestes autos a partir da edição da EC nº 33/2001 esteja pendente de apreciação pelo STF, em julgados alçados à égide da repercussão geral (Temas 325 e 495), cumpre consignar que não houve determinação dos eminentes relatores que, com fulcro no artigo 1.035, § 5º, do CPC, determinasse a suspensão do processamento dos recursos pendentes de apreciação nos demais órgãos judiciários do País.”

No que tange à inconstitucionalidade da cobrança das contribuições discutidas após alterações promovidas pela EC 33/2001 e a taxatividade do rol previsto no artigo 149, § 2º, III, da Constituição Federal, foi cristalino o acórdão embargado (ID 107953311) no seguinte sentido:

“Feitas estas considerações iniciais acerca do entendimento das Cortes Superiores, observo que o cerne da controvérsia – a inovação trazida pela EC nº 33/2001 – tem sido objeto de apreciação no âmbito deste Tribunal, que reiteradamente atesta a legitimidade da exigência das contribuições impugnadas pela apelante, inclusive após o início da vigência da EC nº 33/2001.

Com efeito, o entendimento predominante, ao qual adiro, é de que a inovação trazida pela emenda constitucional em apreço, na parte em que menciona algumas bases de cálculo sobre as quais podem incidir tais contribuições (adição do § 2º, inciso III, alínea “a”, ao artigo 149 da CF/1988), refere-se, em verdade, a um rol meramente exemplificativo. Desta forma, nenhuma mácula de inconstitucionalidade paira sobre a utilização da folha de salários (não mencionada expressamente no artigo 149, § 2º, III, “a”) como base de cálculo destas contribuições.

Conforme salientado pelo Des. Fed. Paulo Fontes por ocasião do julgamento do AMS nº 0001898-13.2010.4.03.6100, a correta exegese desta inovação legislativa é de que ela prescreve “tão-somente a possibilidade de algumas bases de cálculos serem adotadas pelas Contribuições Sociais de Intervenção no Domínio Econômico, sem que haja qualquer restrição explícita à adoção de outras bases de cálculo não constantes na alínea “a””.

Como se observa, o acórdão embargado foi claro na abordagem do mérito suscitado, ao estabelecer que o rol previsto na Constituição Federal para servir de base de cálculo para as contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico é exemplificativo, e não taxativo, de maneira que sua incidência sobre folha de salários não apresenta vício de constitucionalidade.

As alegações em torno de inconstitucionalidade, em face das alterações promovidas pela EC 33/2001, ou em razão da violação do princípio da legalidade, além de impertinentes para exame na via eleita, ainda são infundadas, conforme demonstrado.

Se tal motivação é insuficiente, fere normas apontadas ou contraria a jurisprudência, deve o contribuinte veicular recurso próprio para a impugnação do acórdão e não rediscutir a matéria em embargos de declaração.

Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRIBUIÇÕES AO INCRA/SENAR, SEBRAE, SENAI, SENAC, SESC/SESI. SUSPENSÃO. EC 33/2001. ROLEXEMPLIFICATIVO. VÍCIOS INEXISTENTES. REJEIÇÃO.

1. São manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto como objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.
2. As alegações não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.
3. Com relação à alegada necessidade de suspensão processual, enquanto pendente o julgamento do Tema 495 com repercussão geral, consignou, a propósito, expressamente o acórdão embargado (ID 107953311) que: *“De início, observo que, embora a questão atinente à exigibilidade das contribuições combatidas nestes autos a partir da edição da EC nº 33/2001 esteja pendente de apreciação pelo STF, em julgados alçados à égide da repercussão geral (Temas 325 e 495), cumpre consignar que não houve determinação dos eminentes relatores que, com fulcro no artigo 1.035, § 5º, do CPC, determinasse a suspensão do processamento dos recursos pendentes de apreciação nos demais órgãos judiciários do País”*.
4. No que tange à inconstitucionalidade da cobrança das contribuições discutidas após alterações promovidas pela EC 33/2001 e a taxatividade do rol previsto no artigo 149, § 2º, III, da Constituição Federal, foi firme o acórdão embargado (ID 107953311) no seguinte sentido: *“Feitas estas considerações iniciais acerca do entendimento das Cortes Superiores, observo que o cerne da controvérsia – a inovação trazida pela EC nº 33/2001 – tem sido objeto de apreciação no âmbito deste Tribunal, que reiteradamente atesta a legitimidade da exigência das contribuições impugnadas pela apelante, inclusive após o início da vigência da EC nº 33/2001. Com efeito, o entendimento predominante, ao qual adiro, é de que a inovação trazida pela emenda constitucional em apreço, na parte em que menciona algumas bases de cálculo sobre as quais podem incidir tais contribuições (adição do § 2º, inciso III, alínea “a”, ao artigo 149 da CF/1988), refere-se, em verdade, a um rol meramente exemplificativo. Desta forma, nenhuma mácula de inconstitucionalidade paira sobre a utilização da folha de salários (não mencionada expressamente no artigo 149, § 2º, III, “a”) como base de cálculo destas contribuições. Conforme salientado pelo Des. Fed. Paulo Fontes por ocasião do julgamento do AMS nº 0001898-13.2010.4.03.6100, a correta exegese desta inovação legislativa é de que ela prescreve “tão-somente a possibilidade de algumas bases de cálculos serem adotadas pelas Contribuições Sociais de Intervenção no Domínio Econômico, sem que haja qualquer restrição explícita à adoção de outras bases de cálculo não constantes na alínea “a””*.
5. Como se observa, o acórdão embargado foi claro na abordagem do mérito suscitado, ao estabelecer que o rol previsto na Constituição Federal para servir de base de cálculo para as contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico é exemplificativo, e não taxativo, de maneira que sua incidência sobre folha de salários não apresenta vício de constitucionalidade.
6. Se tal motivação é insuficiente, fere normas apontadas ou contraria a jurisprudência, deve o contribuinte veicular recurso próprio para a impugnação do acórdão e não rediscutir a matéria em embargos de declaração.
7. Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.
8. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015269-08.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: PAULO ROBERTO CUSTODIO DE SOUZA

Advogado do(a) AGRAVANTE: LUCIO REBELLO SCHWARTZ - SP190267-N

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

INTERESSADO: ANTONIO ZANQUETA NETO

Advogado do(a) INTERESSADO: FERNANDO GARCIA QUIJADA - SP118913-A

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015269-08.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: PAULO ROBERTO CUSTODIO DE SOUZA

Advogado do(a) AGRAVANTE: LUCIO REBELLO SCHWARTZ - SP190267-N

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

INTERESSADO: ANTONIO ZANQUETA NETO

Advogado do(a) INTERESSADO: FERNANDO GARCIA QUIJADA - SP118913-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração contra acórdão assimementado:

PROCESSUAL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO A SÓCIO-GERENTE. REQUISITOS – ARTIGO 135, III, DO CTN. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. AUSÊNCIA DE INÉRCIA DA EXEQUENTE. PRAZO PRESCRICIONAL NÃO CARACTERIZADO.

1. O redirecionamento do feito executivo fiscal à figura dos sócios, na forma do art. 135, III, do CTN, tem lugar na hipótese de dissolução irregular da pessoa jurídica, cuja ciência da ocorrência, por parte da Fazenda Pública, tem o condão de deflagrar o início do respectivo quinquênio prescricional. Precedentes.

2. No caso concreto, a caracterização de atos fraudulentos e com abuso de poder pelos administradores da empresa originalmente executada foi demonstrada nos autos da ação de rito ordinário n. 0002453-72.2002.4.03.6112, prova que fundamentou o redirecionamento da execução fiscal aos sócios do Frigorífico São Martinho Ltda., entre os quais o ora agravante.

3. Embora essa comprovação tenha sido valorada e expressamente descrita pelo Juízo a quo na decisão recorrida, o agravante não trouxe a estes autos peça alguma do mencionado processo, tampouco elementos que pudessem constituir contraprova dos fatos apurados.

4. A prescrição intercorrente não se configurou.

5. A citação da empresa originalmente executada ocorreu em 17/06/2003, na pessoa do síndico da massa falida. O pedido de redirecionamento aos sócios foi formalizado pela exequente em 10/08/2007; antes, portanto, de transcorrido o prazo quinquenal.

6. Embora a citação do sócio (ora agravante) tenha ocorrido apenas em 13/04/2010, a demora na realização do ato citatório não pode ser atribuída à Fazenda, haja vista o atraso que se verificou no processamento pelo órgão judicial.

7. Pelos documentos que instruem estes autos, não se verifica delonga da exequente na promoção dos atos processuais que pudesse justificar o reconhecimento da prescrição.

8. Agravo de instrumento não provido.

Alegou-se omissão, inclusive para fins de pré-questionamento (artigos 174 e 135 do Código Tributário Nacional; 23 da Lei 7661/45; 580 do Código de Processo Civil, e “todas as demais matérias de direito constantes das peças processuais defensivas”) e obtenção de efeitos infringentes, pois não foram analisadas as alegações de: (1) “descumprimento do princípio *par conditio creditorum* (pagamento em privilégio de credores em processo de falência)”; e (2) “ausência de título executivo”.

Houve impugnação.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015269-08.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: PAULO ROBERTO CUSTODIO DE SOUZA

Advogado do(a) AGRAVANTE: LUCIO REBELLO SCHWARTZ - SP190267-N

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

INTERESSADO: ANTONIO ZANQUETA NETO

Advogado do(a) INTERESSADO: FERNANDO GARCIA QUIJADA - SP118913-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, o contribuinte sustentou omissão no acórdão embargado, vez que deixou de apreciar aplicação do princípio do *par conditio creditorum*, segundo o qual o exequente deveria ter habilitado seu crédito junto ao Juízo universal da falência, conforme alegado nas razões de agravo de instrumento (ID 70630413).

Com efeito, cabe, de fato, reconhecer a omissão, a qual, todavia, não é capaz de infirmar as conclusões alcançadas pelo acórdão embargado.

Diferentemente do alegado, a competência do Juízo da execução fiscal não é afastada pela existência de processo falimentar, pois, de acordo com o determinado pelo artigo 187, CTN, com a redação da LC 118/2005, a abranger a hipótese de falência, *verbis*: “A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento”, dispondo no mesmo sentido os artigos 5º e 29 da Lei 6.830/1980 e 6º, § 7º, da Lei 11.101/2005 (Lei de Recuperação Judicial e Falências).

Destarte, integra-se o acórdão para sanar omissão com relação à análise de necessidade de habilitação no juízo falimentar, sem efeitos modificativos.

Quanto aos mais, as alegações não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.

Com relação à alegação de ausência de título executivo, consignou, a propósito, expressamente o acórdão embargado (ID 108548597) que:

“Sob esta perspectiva, constata-se que a caracterização de atos fraudulentos e com abuso de poder pelos administradores da empresa originalmente executada foi demonstrada nos autos da ação de rito ordinário n. 0002453-72.2002.4.03.6112, prova que fundamentou o redirecionamento da execução fiscal aos sócios do Frigorífico São Martinho Ltda., entre os quais o ora agravante. Embora essa comprovação tenha sido valorada e expressamente descrita pelo Juízo a quo na decisão recorrida, o agravante não trouxe a estes autos peça alguma do mencionado processo, tampouco elementos que pudessem constituir contraprova dos fatos apurados.”

Dessa forma, não há meios para afastar a responsabilização do agravante, com o fim de excluí-lo do polo passivo da execução fiscal.”

Como se observa, o acórdão embargado foi claro na abordagem do mérito suscitado, ao estabelecer que a cobrança contra o embargante se funda no devido redirecionamento de execução fiscal em razão da prática de atos fraudulentos e com abuso de poder, afastando-se, destarte, alegação de ausência de justo título para lastrear o feito executivo.

Se tal motivação é insuficiente, fere normas apontadas ou contraria a jurisprudência (artigos 174 e 135 do Código Tributário Nacional; 23 da Lei 7661/45; 580 do Código de Processo Civil, e *“todas as demais matérias de direito constantes das peças processuais defensivas”*), deve o contribuinte veicular recurso próprio para impugnação do acórdão e não rediscutir a matéria em embargos de declaração.

Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

Ante o exposto, acolho em parte os embargos de declaração apenas para integrar o acórdão no que tange ao ponto destacado, sem efeitos modificativos, mantido, no mais, o acórdão recorrido.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. HABILITAÇÃO DO CRÉDITO NO JUÍZO FALIMENTAR. TÍTULO EXECUTIVO. OMISSÃO. ACOLHIMENTO PARCIAL.

1. Acolhidos os embargos de declaração para sanar omissão com relação à análise de necessidade de habilitação do crédito executado no Juízo falimentar, sem efeitos modificativos.
2. Quanto aos mais, as alegações não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.
3. Com relação à alegação de ausência de título executivo, consignou, a propósito, expressamente o acórdão embargado (ID 108548597) que: *“Sob esta perspectiva, constata-se que a caracterização de atos fraudulentos e com abuso de poder pelos administradores da empresa originalmente executada foi demonstrada nos autos da ação de rito ordinário n. 0002453-72.2002.4.03.6112, prova que fundamentou o redirecionamento da execução fiscal aos sócios do Frigorífico São Martinho Ltda., entre os quais o ora agravante. Embora essa comprovação tenha sido valorada e expressamente descrita pelo Juízo a quo na decisão recorrida, o agravante não trouxe a estes autos peça alguma do mencionado processo, tampouco elementos que pudessem constituir contraprova dos fatos apurados. Dessa forma, não há meios para afastar a responsabilização do agravante, com o fim de excluí-lo do polo passivo da execução fiscal”*.
4. Como se observa, o acórdão embargado foi claro na abordagem do mérito suscitado, ao estabelecer que a cobrança contra o embargante se funda no devido redirecionamento de execução fiscal em razão da prática de atos fraudulentos e com abuso de poder, afastando-se, destarte, alegação de ausência de justo título para lastrear o feito executivo.
5. Se tal motivação é insuficiente, fere normas apontadas ou contraria a jurisprudência (artigos 174 e 135 do Código Tributário Nacional; 23 da Lei 7661/45; 580 do Código de Processo Civil, e *“todas as demais matérias de direito constantes das peças processuais defensivas”*), deve o contribuinte veicular recurso próprio para impugnação do acórdão e não rediscutir a matéria em embargos de declaração.
6. Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.
7. Embargos de declaração parcialmente acolhidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, acolheu em parte os embargos de declaração apenas para integrar o acórdão no que tange ao ponto destacado, sem efeitos modificativos, mantido, no mais, o acórdão recorrido, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002049-02.2017.4.03.6110

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: UNIMED DE SOROCABA COOPERATIVA DE TRABALHO MEDICO

Advogado do(a) APELANTE: PAULA REGINA GUERRA DE RESENDE COURI - MG80788-A

APELADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002049-02.2017.4.03.6110

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: UNIMED DE SOROCABA COOPERATIVA DE TRABALHO MEDICO

Advogado do(a) APELANTE: PAULA REGINA GUERRA DE RESENDE COURI - SP340947-A

APELADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração contra acórdão assimementado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. OPERADORA DE PLANOS DE SAÚDE. ATENDIMENTO DE SEGURADOS NA REDE PÚBLICA. RESSARCIMENTO AO SUS. PRESCRIÇÃO - DECRETO Nº 20.910/1932 - PRAZO QUINQUENAL. FLUÊNCIA INTEGRAL - INOCORRÊNCIA. TABELA TUNEP – LEGITIMIDADE DA INCIDÊNCIA.

1. Não há que se falar em nulidade da sentença por cerceamento de defesa, uma vez que restou devidamente justificado o motivo pelo qual o d. magistrado entendeu desnecessária a produção de prova pericial. Ademais, o c. Tribunal Superior tem entendimento no sentido de que somente configura cerceamento de defesa quando se julga improcedente o pedido por ausência de provas cuja produção foi justamente indeferida no curso do processo, o que não é a situação dos autos, visto que eventual prova documental teria o mesmo poder de convencimento que a prova testemunhal e/ou contábil que se pretendia produzir.

2. Regularmente inscrita, a CDA goza de presunção de certeza e liquidez, conforme preceitua o artigo 204 do Código Tributário Nacional, combinado com o artigo 3º da Lei nº 6.830/80. Embora não sejam absolutas tais presunções, é certo que produzem efeitos até prova inequívoca acerca da respectiva invalidade. Segundo disposição legal, o ônus desta prova é atribuído a quem alega ou aproveita, sendo que a simples alegação genérica de nulidade é insuficiente para desconstituir o título executivo, pois, como visto, neste caso, cabe à parte embargante desfazer a presunção que recaí sobre a CDA, e, no caso em apreço, a parte embargante não logrou tal êxito.

3. Não procede a alegação da apelante no sentido de que a ausência de discriminação pormenorizada do fato constitutivo das infrações cobradas nas certidões de dívida ativa macularia sua higidez. Resta incontroverso que a embargante teve acesso a todas as informações que sustenta imprescindíveis no âmbito administrativo, ocasião em que exerceu amplamente seu direito de defesa. Não verifico prejuízo no exercício de defesa da parte executada, impugnando de modo exaustivo e eficiente as infrações que lhe estão sendo cobradas no executivo fiscal.

4. *Pacífico o entendimento jurisprudencial de que a cobrança de valores relativos a ressarcimento ao SUS deve observar o prazo prescricional quinquenal previsto no artigo 1º do Decreto nº 20.910/1932. Precedentes (STJ e 3ª Turma do TRF3).*

5. *O termo inicial da prescrição é a data da notificação do devedor da decisão final do processo administrativo, consoante iterativa jurisprudência deste Tribunal. Precedentes da 3ª Turma do TRF3.*

6. *As notificações acerca do término dos processos administrativos ocorreram em julho de 2016. A execução fiscal foi ajuizada no mesmo ano. Prescrição quinquenal não consumada.*

7. *Em se tratando de atendimentos de natureza urgente e emergencial, a cobertura contratual é obrigatória, independentemente da abrangência geográfica do contrato, tendo em vista o teor das disposições do artigo 12, incisos V, alínea "c", e VI, bem como do artigo 35-C da Lei nº 9.656/1998.*

8. *Não restou comprovado que os valores referentes à Tabela TUNEP são superiores à média dos praticados pelas operadoras, sendo ainda que tais valores foram estabelecidos em procedimento administrativo, com participação de representantes das entidades interessadas. Precedente da 3ª Turma do TRF3.*

9. *Apelação a que se nega provimento.*

Alegou-se omissão, inclusive para efeito de pré-questionamento, nos seguintes pontos: a) quanto ao recente posicionamento da Suprema Corte, reconhecendo a natureza indenizatória do ressarcimento ao SUS, e a consequente aplicação do prazo prescricional trienal; b) acerca dos marcos prescricionais, pois o período entre os atendimentos e o envio do ABI deve ser computado no prazo prescricional. Aduziu, ainda, que houve contradição, nos seguintes tópicos: a) referente à necessidade da produção da prova pericial tempestivamente requerida, essencial ao deslinde da controvérsia; b) em relação à presunção do caráter de urgência/emergência dos atendimentos.

Houve impugnação da embargada.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0002049-02.2017.4.03.6110

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: UNIMED DE SOROCABA COOPERATIVA DE TRABALHO MEDICO

Advogado do(a) APELANTE: PAULA REGINA GUERRA DE RESENDE COURI - SP340947-A

APELADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

VOTO

Senhores Desembargadores, são manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

Com efeito, assentou o acórdão embargado o entendimento de que deve ser observado o prazo prescricional quinquenal previsto no artigo 1º do Decreto 20.910/1932, conforme julgados do Superior Tribunal de Justiça e desta Turma. Destacou, ainda, que o termo inicial da prescrição é a data da notificação do devedor da decisão final do processo administrativo, conforme jurisprudência indicada.

Se tal entendimento sobre a prescrição viola decisão do Supremo Tribunal Federal quanto à natureza do ressarcimento ao SUS, afetando a matéria legal decidida de acordo com a orientação consolidada na instância competente para interpretar e uniformizar a aplicação do direito federal, deve a interessada deduzir recurso específico perante a instância superior, e não embargos de declaração neste colegiado.

Do mesmo modo, asseverou o acórdão inexistir nulidade da sentença por cerceamento de defesa, pois devidamente justificada a prescindibilidade de prova pericial, em conformidade com a orientação da Corte Superior no sentido de que somente configura cerceamento de defesa quando se julga improcedente o pedido por ausência de provas cuja produção foi justamente indeferida no curso do processo, o que não é a situação dos autos, visto que suficiente a prova documental para o deslinde da controvérsia sem qualquer demonstração em contrário.

Quanto à contradição sobre o caráter de urgência/emergência dos atendimentos, o acórdão embargado claramente registrou que não foi demonstrado pela apelante (a quem compete o ônus de comprovar suas alegações: artigo 373, I, CPC) que os procedimentos que deram origem à cobrança não se revestiam de natureza emergencial, a demonstrar que não se cuida de discutir vício próprio de embargos de declaração, mas a revisão de matéria probatória, o que não condiz com a via eleita.

Evidencia-se, pois, que restou fundamentado o desprovemento da apelação e que as alegações de contradição e omissão revelam, na verdade, não vícios lógicos-formais do julgamento ou silêncio quanto a pontos essenciais da controvérsia, mas, ao contrário, irresignação ou inconformismo da embargante.

Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É o voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OPERADORA DE PLANOS DE SAÚDE. ATENDIMENTO DE SEGURADOS NA REDE PÚBLICA. RESSARCIMENTO AO SUS. PRESCRIÇÃO. VÍCIOS INEXISTENTES. *ERROR IN JUDICANDO*. REJEIÇÃO.

1. São manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.
2. Com efeito, assentou o acórdão embargado o entendimento de que deve ser observado o prazo prescricional quinquenal previsto no artigo 1º do Decreto 20.910/1932, conforme julgados do Superior Tribunal de Justiça e desta Turma. Destacou, ainda, que o termo inicial da prescrição é a data da notificação do devedor da decisão final do processo administrativo, à luz da jurisprudência indicada. Se tal entendimento sobre prescrição viola decisão do Supremo Tribunal Federal quanto à natureza do ressarcimento ao SUS, afetando a matéria legal decidida conforme orientação consolidada na instância competente para interpretar e uniformizar a aplicação do direito federal, deve a interessada deduzir recurso específico perante a instância superior, e não embargos de declaração neste colegiado.
3. Do mesmo modo, asseverou o acórdão inexistir nulidade da sentença por cerceamento de defesa, pois devidamente justificada a prescindibilidade de prova pericial, em conformidade com a orientação da Corte Superior no sentido de que somente configura cerceamento de defesa quando se julga improcedente o pedido por ausência de provas cuja produção foi justamente indeferida no curso do processo, o que não é a situação dos autos, visto que suficiente a prova documental para o deslinde da controvérsia sem qualquer demonstração em contrário.
4. Quanto à contradição sobre o caráter de urgência/emergência dos atendimentos, o acórdão embargado claramente registrou que não foi demonstrado pela apelante (a quem compete o ônus de comprovar suas alegações: artigo 373, I, CPC) que os procedimentos que deram origem à cobrança não se revestiam de natureza emergencial, a demonstrar que não se cuida de discutir vício próprio de embargos de declaração, mas a revisão de matéria probatória, o que não condiz com a via eleita.
5. Evidencia-se que restou fundamentado o desprovemento da apelação e que as alegações de contradição e omissão revelam, na verdade, não vícios lógicos-formais do julgamento ou silêncio quanto a pontos essenciais da controvérsia, mas, ao contrário, irresignação ou inconformismo da embargante.

6. Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideraram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

7. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000399-82.2019.4.03.6102
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE EDUCACAO FISICA DA 4 REGIAO
APELADO: JULIO DE OLIVEIRA PAZIANI
Advogado do(a) APELADO: ANDERSON DOS REIS SOUZA - SP400366-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000399-82.2019.4.03.6102
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE EDUCACAO FISICA DA 4 REGIAO
APELADO: JULIO DE OLIVEIRA PAZIANI
Advogado do(a) APELADO: ANDERSON DOS REIS SOUZA - SP400366-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação e remessa necessária à sentença que concedeu a segurança para assegurar ao impetrante o direito de exercer a profissão de técnico, instrutor ou treinador de tênis de quadra sem necessidade de registro no Conselho Regional de Educação Física do Estado de São Paulo.

Alegou-se que: (1) a prática do tênis constitui modalidade desportiva reconhecida pelo Comitê Olímpico Brasileiro e Ministério do Esporte, exigindo a instrução por profissional de educação física com registro no sistema CONFED/CREFs; (2) o artigo 3º da Lei 9.696/1998 dispõe que qualquer treinamento de atividade física e de desporto compete exclusivamente ao profissional de educação física, não sendo exaustiva a indicação; (3) a instrução do tênis envolve mais do que tática, tendo em vista os riscos de lesões, devendo a orientação ser alinhada à saúde; (4) é clara a existência de interesse público na atuação do Conselho Regional de Educação Física na fiscalização dos instrutores de tênis, pois a atuação tem reflexos diretos na saúde dos atletas e praticantes, sendo irrazoável permitir qualquer atuação distanciada do conhecimento técnico, regulamentação e controle estatal; (5) as resoluções não violam qualquer princípio constitucional, tampouco a Lei 9.696/1998; e (6) o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça já enfrentaram a questão da edição de resolução para regulamentar assuntos tratados de maneira genérica em lei.

Não houve contrarrazões.

O parecer ministerial foi pelo desprovimento do recurso e da remessa necessária.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000399-82.2019.4.03.6102
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE EDUCACAO FISICADA 4 REGIAO
APELADO: JULIO DE OLIVEIRA PAZIANI
Advogado do(a) APELADO: ANDERSON DOS REIS SOUZA - SP400366-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, a liberdade de exercício profissional é assegurada pela Constituição Federal, nos termos do artigo 5º, inciso XIII: “*é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*”.

Cabe à lei, portanto, definir a qualificação profissional a ser exigida em cada atividade, produzindo dois efeitos jurídicos básicos: impedir o exercício profissional sem a qualificação legalmente exigida, e impedir a exigência de qualificação profissional quando a lei não a preveja.

Neste último aspecto, não são resoluções ou atos normativos infralegais aptos a criar dever sem base legal, segundo o próprio princípio da legalidade: “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”.

Vejamos como o caso concreto insere-se na lógica dos princípios constitucionais.

Para tratar da regulamentação profissional específica, dispôs a Lei 9.696/1998 que:

“Art. 1º O exercício das atividades de Educação Física e a designação de Profissional de Educação Física é prerrogativa dos profissionais regularmente registrados nos Conselhos Regionais de Educação Física.

Art. 2º Apenas serão inscritos nos quadros dos Conselhos Regionais de Educação Física os seguintes profissionais:

I - os possuidores de diploma obtido em curso de Educação Física, oficialmente autorizado ou reconhecido;

II - os possuidores de diploma em Educação Física expedido por instituição de ensino superior estrangeira, revalidado na forma da legislação em vigor;

III - os que, até a data do início da vigência desta Lei, tenham comprovadamente exercido atividades próprias dos Profissionais de Educação Física, nos termos a serem estabelecidos pelo Conselho Federal de Educação Física.

Art. 3º Compete ao Profissional de Educação Física coordenar, planejar, programar, supervisionar, dinamizar, dirigir, organizar, avaliar e executar trabalhos, programas, planos e projetos, bem como prestar serviços de auditoria, consultoria e assessoria, realizar treinamentos especializados, participar de equipes multidisciplinares e interdisciplinares e elaborar informes técnicos, científicos e pedagógicos, todos nas áreas de atividades físicas e do desporto.”

Como se observa, o artigo 3º da Lei 9.696/1998 apenas enuncia as atribuições a cargo do profissional de educação física, todas nas áreas de atividades físicas e do desporto, de forma genérica sem identificar, com exatidão, as denominações específicas sujeitas à regulamentação legal.

A redação genérica do texto legal conduziu a controvérsias judiciais que resultaram na interpretação de que não existe na Lei 9.696/1998 qualquer dispositivo que torne obrigatória a inscrição do técnico, instrutor ou treinador de tênis junto aos Conselhos de Educação Física e que determine a exclusividade do desempenho das referidas atividades por profissionais graduados em educação física.

Ainda que se afirme que a modalidade esportiva é reconhecida pelo Comitê Olímpico Brasileiro e pelo Ministério do Esporte, a atividade específica exercida, dentro da área esportiva, deve ser prevista na lei como sujeita à qualificação e registro profissional, como expressão tanto da legalidade como da segurança jurídica, não dispondo tais entidades, como sequer igualmente o próprio conselho regional em causa, de competência para tratar da disciplina legal da profissão em si.

Consoante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a atividade exercida por técnico, instrutor ou treinador diz respeito às táticas do esporte em si, não estando ligada à atividade física propriamente dita, fato que torna dispensável a formação específica em Educação Física, assim como a respectiva inscrição no conselho profissional.

Neste sentido:

*AINTARESP 1.388.277, Rel. Min. MAURO CAMPBELL, DJE 28/06/2019: “PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 03/STJ. REGISTRO EM CONSELHO PROFISSIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA. INSTRUTOR/TÉCNICO DE TÊNIS DE MESA. NÃO OBRIGATORIEDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS ARTS. 2º E 3º DA LEI 9.696/1998. PRECEDENTES. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. **Necessário consignar que o presente recurso atrai a incidência do Enunciado Administrativo 3/STJ: "Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC". 2. A jurisprudência de ambas as Turmas da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou orientação no sentido de que o instrutor/técnico de tênis de mesa não está obrigado a se inscrever no Conselho Regional de Educação Física para exercer essa atividade, porquanto os arts. 2º, III, e 3º da Lei n. 9.696/98, não trazem nenhum comando normativo que determine a inscrição destes profissionais nos referidos Conselhos. 3. Agravo interno não provido.”***

Também assim tem decidido esta Turma:

*ApReeNec 5008461-54.2018.4.03.6100, Rel. Des. Fed. NELTON DOS SANTOS, intimação via sistema 09/03/2020: “ADMINISTRATIVO. REGISTRO EM CONSELHO PROFISSIONAL. LEI 9.696/1998. INSTRUTOR DE TÊNIS. DESNECESSIDADE. APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDAS. 1. Segundo o artigo 5º, inciso III, da Constituição Federal, é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, desde que atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. 2. A Lei nº 9.696/1998 não prevê a obrigatoriedade de inscrição de técnico ou treinador de tênis nos Conselhos de Educação Física, tampouco estabelece exclusividade no desempenho da função por profissionais da área. 3. **Cabível o exercício, pelo impetrante, da atividade de técnico de tênis de campo sem a necessidade de registro no Conselho Regional de Educação Física, visto que não afrontada a norma do artigo 3º da Lei nº 9.69/98, bem como observado o preceito constitucional insculpido no artigo 5º, inciso XIII, da Constituição Federal. Precedentes.** 4. **Apelação e remessa necessária desprovidas.**” (g.n.)*

Portanto, resta evidenciada a ilegalidade da exigência de registro para o exercício da atividade de técnico de tênis, em observância aos princípios enunciados e ao teor da própria lei de regência da atividade profissional específica.

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial e à apelação.

EMENTA

DIREITO ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA. INSTRUTOR/TÉCNICO/TREINADOR DE TÊNIS. REGISTRO PROFISSIONAL. DISPENSA.

1. O princípio da legalidade (artigo 5º, II, CF) e o da liberdade de exercício profissional (artigo 5º, XIII, CF) estabelecem que cabe à lei definir a qualificação profissional a ser exigida em cada atividade, produzindo dois efeitos jurídicos básicos: impedir o exercício profissional sem a qualificação legalmente exigida, e impedir a exigência de qualificação profissional quando a lei não a preveja.
2. Neste último aspecto, não são resoluções ou atos normativos infralegais aptos a criar dever sem base legal, sendo este o caso da pretensão discutida nos autos, vez que a Lei 9.696/1998, embora enuncie atribuições a cargo do profissional de educação física, nas áreas de atividades físicas e desporto, não identifica, com exatidão, as denominações específicas sujeitas à regulamentação legal.
3. A redação genérica do texto legal conduziu a controvérsias judiciais que resultaram na interpretação de que não existe na Lei 9.696/1998 qualquer dispositivo que torne obrigatória a inscrição do técnico, instrutor ou treinador de tênis junto aos Conselhos de Educação Física e que determine a exclusividade do desempenho das referidas atividades por profissionais graduados em educação física.
4. Ainda que se afirme que a modalidade esportiva é reconhecida pelo Comitê Olímpico Brasileiro e pelo Ministério do Esporte, a atividade específica exercida, dentro da área esportiva, deve ser prevista na lei como sujeita à qualificação e registro profissional, como expressão tanto da legalidade como da segurança jurídica, não dispondo tais entidades, como sequer igualmente o próprio conselho regional em causa, de competência para tratar da disciplina legal da profissão em si.
5. Consoante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a atividade exercida por técnico, instrutor ou treinador diz respeito às táticas do esporte em si, não estando ligada à atividade física propriamente dita, fato que torna dispensável a formação específica em educação física, assim como a respectiva inscrição no conselho profissional.
6. Remessa oficial e apelação desprovidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa oficial e à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5027989-07.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO: THN FABRICACAO DE AUTO PECAS BRASIL S.A.
Advogado do(a) AGRAVADO: MARTA TEIXEIRA DE LIMA - SP128553-A
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5027989-07.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: THN FABRICACAO DE AUTO PECAS BRASIL S.A.
Advogado do(a) AGRAVADO: MARTA TEIXEIRA DE LIMA - SP128553-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento à decisão que, em ação anulatória, deferiu o pedido de tutela de urgência para “*determinar a imediata suspensão da cobrança dos valores apurados no Processo Administrativo de Responsabilização da Pessoa Jurídica nº 16302.000038/2014-21, até o julgamento da ação penal sob o nº 0002426-78.2014.403.6109, originária do Inquérito Policial nº.0162/2014-4 DPF/PCA/SP, em trâmite perante a 2ª Vara Federal desta Nona Subseção Judiciária de Piracicaba*”.

Alegou que: (1) diante da independência entre as esferas administrativa e penal, não há óbices para cobrança do débito oriundo de regular processo administrativo que responsabilizou pessoa jurídica, por atos cometidos por intermédio do representante legal, Suk Hyung Cho, cuja análise da responsabilidade criminal, pelos mesmos fatos, aguarda decisão judicial definitiva na ação penal 0002426-78.2014.403.6109; e (2) “*a esfera administrativa tem autonomia para apurar e fixar a sanção legal, não estando atrelada à apuração na esfera judicial/criminal, além do que se trata de infração administrativa objetiva, que prescinde de dolo ou culpa para sua caracterização*”, pelo que cabível o prosseguimento da cobrança judicial.

Houve contraminuta da agravada, aduzindo que o representante legal da empresa foi absolvido, nos termos do artigo 386, I, CPP, vinculando as demais instâncias (ID 107579054).

A agravante foi intimada sobre a contraminuta, tendo afirmado que, conquanto tais informações tenham sido prestadas também na ação anulatória, não foi juntada a cópia da sentença proferida na ação penal, que tramita em segredo de justiça, motivo por que requer a suspensão do andamento do presente agravo de instrumento como medida de cautela (ID 125521385).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5027989-07.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO: THN FABRICACAO DE AUTO PECAS BRASIL S.A.
Advogado do(a) AGRAVADO: MARTA TEIXEIRA DE LIMA - SP128553-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, pretende-se retomar a cobrança administrativa de débito apurado em processo administrativo de responsabilização de pessoa jurídica (16302.000038/2014-21), inscrito em dívida ativa da União (80 6 19 141230-98), pois a existência de ação penal sobre os fatos praticados pelo representante legal da empresa (0002426-78.2014.403.6109) não é óbice diante do princípio da independência entre as instâncias.

Com efeito, a pendência de ação penal não impede que seja dado prosseguimento aos feitos eventualmente propostos nas esferas cível ou administrativa, dada a independência entre as instâncias.

Somente a declaração na seara criminal, por sentença transitada em julgado, quanto à inexistência material do fato ou negativa de autoria repercute nas instâncias de responsabilização, vinculando-as.

Neste sentido:

*ApelRemNec 0014191-82.2005.4.03.6102, Rel. Des. Fed. NELTON DOS SANTOS, e-DJF3 29/05/2019: "PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. SUSPENSÃO DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. ANOS DE 1999 A 2003. SENTENÇA ULTRA PETITA E CONDICIONAL. PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. INDEPENDÊNCIA ENTRE A INSTÂNCIA CÍVEL E A CRIMINAL. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. NÃO COMPROVAÇÃO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO FISCAL. LEGALIDADE. ATO COATOR. NÃO CARACTERIZAÇÃO. AGRAVOS RETIDOS NÃO PROVIDOS. APELAÇÃO DA IMPETRANTE NÃO PROVIDA. APELAÇÃO DA UNIÃO E REMESSA NECESSÁRIA PARCIALMENTE PROVIDAS. 1. A questão trazida aos autos refere-se à possibilidade de a impetrante obter, ou não, a suspensão dos efeitos da notificação fiscal relativa à suspensão da imunidade tributária nos anos de 1999 a 2003. 2. Há entendimento pacífico no STJ no sentido de que aos mandados de segurança preventivos não se aplica o prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias previsto no artigo 18 da Lei 1.533/51 (vigente à época da impetração). Precedentes. 3. Não merece acolhida o argumento da União de que teria havido carência superveniente da ação porque no curso da presente ação a imunidade tributária foi efetivamente suspensa pela autoridade fiscal, porquanto a consumação do ato administrativo que se buscava evitar no mandado de segurança preventivo convola-o em repressivo, havendo ainda maior razão para o exame da alegada ilegalidade ou abuso de poder. Precedentes do STJ. 4. Em razão do princípio da correlação (artigos 141 e 492 do CPC) e do princípio do tantum devolutum quantum appellatum (artigo 1013 do CPC), é vedado ao órgão julgador proferir decisão citra, ultra ou extra petita, devendo ficar adstrito ao que foi pedido na petição inicial e na apelação. Precedentes do STJ e deste Tribunal. 5. Se a imunidade tributária impugnada não se referia aos anos de 2004 em diante, e se não se pleiteava, na exordial, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, a sentença não poderia ter concedido tais medidas, sob pena de inviabilizar o exercício do contraditório e da ampla defesa e de macular o devido processo legal. 6. **Existe relativa independência entre as instâncias cível e penal, e não havendo, na esfera penal e com trânsito em julgado, declaração de inexistência material do fato ou de negativa de autoria, a esfera cível não está vinculada ao deslinde do processo penal. Precedentes.** 7. Para a impetração do mandado de segurança, o direito deve ser líquido e certo, comprovável de plano, de modo que dispense a dilação probatória. 8. A impetrante, por sua vez, não se desincumbiu do ônus de comprovar a ilegalidade do procedimento fiscal que culminou com a ordem para suspensão da imunidade tributária relativa aos anos de 1999 a 2003. 9. A suspensão da imunidade tributária decorreu da prática de inúmeros ilícitos fiscais, administrativos e penais, em esquema fraudulento que envolvia negócios jurídicos simulados, interposição de pessoas jurídicas, ausência de contabilização de lançamentos e de operações bancárias; a fiscalização pela Receita Federal, destarte, agiu no exercício do dever legal ao suspender a imunidade tributária. 10. O controle jurisdicional do procedimento administrativo restringe-se ao exame da regularidade do procedimento e a legalidade do ato, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, e é vedado ao Poder Judiciário ingressar no mérito administrativo, o que impede a análise e valoração acerca do cumprimento ou não dos requisitos para o gozo da imunidade tributária. Precedentes do STJ. 11. Agravos retidos não providos. Apelação da impetrante não provida. Apelação da União e remessa necessária parcialmente providas.*

*ACrim 0004757-11.2010.4.03.6000, Rel. Des. Fed. FAUSTO DE SANCTIS, e-DJF3 12/06/2019: "PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. ARTIGO 16 DA LEI 7.492, de 16.06.1986. PRELIMINAR REJEITADA. PRÁTICA DE CONSÓRCIO SEM A AUTORIZAÇÃO DO BANCO CENTRAL DO BRASIL. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. ERRO DE TIPO. INOCORRÊNCIA. DOSIMETRIA MANTIDA. REJEITADO PLEITO DA DEFESA DE REDUÇÃO DO VALOR DA PENA DE MULTA. CONDIÇÃO SÓCIOECONÔMICA DO RÉU. RECURSO DA DEFESA NEGADO. - Afastada a preliminar de nulidade da presente ação penal, ou ainda, de sobrestamento até a prolação de decisão definitiva no âmbito de ação cível. - **A existência de ação cível anulatória de débito não impede a persecução penal, em respeito à independência existente entre as esferas cível, administrativa e criminal. A existência de sentença penal com trânsito em julgado que venha atestar a inexistência do fato ou da autoria é que terá o condão de repercutir em todas as outras esferas de responsabilização.** - A acusação formulada pelo órgão ministerial na denúncia não fica sujeita ao eventual procedimento administrativo levado a efeito pelo Banco Central do Brasil (inclusive às suas conclusões), tampouco por ação cível anulatória. - O término do procedimento administrativo ou de julgamento na esfera cível nos crimes financeiros não significa condição de procedibilidade para o limiar da ação penal, dada a independência entre as instâncias. Precedentes. - As provas constantes nos autos (oral e documental) foram conclusivas no sentido de que a conduta perpetrada pelo réu amolda-se perfeitamente ao tipo penal insculpido no artigo 16 da Lei n.º 7.492, de 16.06.1986. - A pessoa jurídica da qual o acusado era o responsável, para todos os efeitos, equipara-se à instituição financeira, nos termos que dispõe o artigo 1º, parágrafo único, inciso I, da referida *lex specialis*, porquanto promovia a intermediação de recursos colhidos de terceiros. - Os contratados entabulavam negócios com a empresa, com o objetivo precípuo de adquirir bens de consumo, mediante pagamento de prestações sucessivas para a aquisição de uma carta de crédito, havendo, inclusive, a previsão de sorteios. - Aquisição de motocicleta, pagamento em prestações mensais por intermédio de boletos bancários, previsão contratual de sorteios, a relação dos sócios contemplados e os "em atraso", cobrança de taxa de administração, são dados que atestam eficazmente o desempenho das atividades de consórcio levados a efeito pela empresa, com a captação de poupança popular, em que pese uma denominação contratual distinta. - Inexistência de autorização do Banco Central do Brasil para operar ou a funcionar no Sistema Financeiro Nacional. - Autoria e materialidade delitivas comprovadas. - Afastada a tese de erro do tipo. Elemento subjetivo do tipo confirmado nos autos. O réu contava com larga experiência nesse tipo de contrato, tanto é que os próprios instrumentos firmados denotam nomenclatura contratual com o escopo de ocultar o seu real desiderato, qual seja a operação de instituição financeira por equiparação, por meio da atividade de consórcio. Ademais, o increpado tinha consciência de sua conduta, tanto é que fatos similares ao dos autos já tinha sido objeto de apuração anteriormente. - Manutenção da condenação pela prática do delito estampado no artigo 16 da Lei n.º 7.492/1986. - Dosimetria da pena mantida. - Valor da pena de multa fixada considerando a condição socioeconômica do réu. - Preliminar afastada. - Apelação do réu a que se nega provimento."*

No caso, os fatos narrados no processo administrativo 16302.000038/2014-21, no qual tem origem o débito em discussão, são apurados na ação penal 0002426-78.2014.403.6109, o que levou a decisão agravada a suspender a tramitação administrativa da correspondente satisfação até a definição de eventual responsabilização na seara criminal.

Embora não haja óbices ao prosseguimento da cobrança do débito apurado no âmbito administrativo, aduziu a agravada, em contraminuta, ter havido sentença absolutória, com fulcro na comprovada inexistência material do fato, a teor artigo 386, I, do CPP, atraindo o disposto no artigo 66 do mesmo diploma.

De fato, extrai-se do trâmite processual da ação penal 0002426-78.2014.4.03.6109, disponível no sítio eletrônico da Justiça Federal de São Paulo (<http://www.jfsp.jus.br/foruns-federais/>), que, efetivamente, houve sentença absolutória (BAIXA - ABSOLVIDO - PROC. CRIME), disponibilizada em 02/12/2019, como seguinte dispositivo:

"Posto isso, julgo improcedente a pretensão punitiva para absolver Suk Hyung Cho, também conhecido como Roberto Cho (qualificado à fl. 452), dos fatos que lhe são imputados na denúncia, com fulcro no artigo 386, inciso I, do Código de Processo Penal."

A referida sentença transitou em julgado em 18/12/2019.

Neste contexto, embora não haja nos autos documentos obtidos diretamente de tal ação penal, os elementos demonstram que, de fato, houve prolação de sentença absolutória transitada em julgado, fundada na comprovação de inexistência material do fato, o que teria o condão de vincular as demais instâncias, razão pela qual o prosseguimento de quaisquer medidas de cobrança seria, em princípio, descabido.

Logo, a suspensão da cobrança do débito apurado no processo administrativo de responsabilização de pessoa jurídica 16302.000038/2014-21, até o julgamento definitivo da ação anulatória de origem, constitui medida de cautela e razoabilidade para evitar decisões conflitantes e oneração excessiva sem justa causa, como, inclusive, ponderou a própria agravante na última manifestação após a contraminuta da agravada.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ANULATÓRIA. INDEPENDÊNCIA RELATIVA ENTRE AS INSTÂNCIAS. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. INEXISTÊNCIA MATERIAL DO FATO. COBRANÇA DE DÉBITO APURADO EM PROCESSO ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO ATÉ JULGAMENTO DEFINITIVO DA AÇÃO DE ORIGEM.

1. Constatada a prolação de sentença penal absolutória com trânsito em julgado, por inexistência material do fato, ficam as demais instâncias de apuração de responsabilidade vinculadas à decisão proferida na esfera criminal, não se autorizando, pois, o prosseguimento na via administrativa da cobrança de débito apurado em razão do mesmo fato material: confirmação da tutela de urgência até a elucidação da controvérsia em juízo de mérito.

2. Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002599-42.2008.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP, UNIAO FEDERAL

APELADO: MARI SANTANA CARNEIRO, MARCIA REGINA ALVES, MARIA APARECIDA DOS SANTOS MARTINS PRADO, MARCELO MARCOS TEIXEIRA DE GOIS, MARIA RITA SILVA

Advogado do(a) APELADO: BEATRIZ ELISABETH CUNHA - SP35320-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0002599-42.2008.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP, UNIAO FEDERAL

APELADO: MARI SANTANA CARNEIRO, MARCIA REGINA ALVES, MARIA APARECIDA DOS SANTOS MARTINS PRADO, MARCELO MARCOS TEIXEIRA DE GOIS, MARIA RITA SILVA

Advogado do(a) APELADO: BEATRIZ ELISABETH CUNHA - SP35320-A

RELATÓRIO

Trata-se embargos de declaração da União contra acórdão que, à unanimidade, negou provimento às apelações e ao reexame necessário tido por interposto, porquanto seriam indevidas, na hipótese, as condenações ao ressarcimento de danos morais coletivos e pagamento de vera honorária, em razão do princípio da simetria.

A ementa do acórdão embargado encontra-se vazada nos seguintes termos:

PROCESSUAL CIVIL - ADMINISTRATIVO - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - FRAUDES NA CONCESSÃO DE PENSÃO E BENEFÍCIOS NO ÂMBITO DO MINISTÉRIO DA FAZENDA EM SÃO PAULO - APELAÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E DA UNIÃO OBJETIVANDO CONDENAÇÕES POR DANO MORAL COLETIVO E EM HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. I - Cabível reexame necessário em ação de improbidade administrativa, por aplicação analógica da Lei de Ação Popular. Precedentes. II - Os apelados, conforme deixou incontroverso a sentença, foram aliciados por servidores do Ministério da Fazenda, que incluíram seus nomes como beneficiários fictícios de pensões, com o fito de, em conjunto com os servidores públicos federais, incorporar a seu patrimônio verbas integrantes do acervo patrimonial da União Federal". Não se trata de servidores públicos, o que derruba por terra a alegação do Parquet de que os atos daqueles que exercem função pública, quando ilícitos, maculam a imagem dos órgãos e atentam contra a moralidade administrativa. III - A indenização por dano moral coletivo pressupõe "a demonstração de caso grave, seja no tocante à percepção individualizada de cada vítima, ou mesmo no que se refere à carga de valores que cerca determinado grupo, de ordem social, econômica ou cultural" (TRF1, AC 00080096620134013803, 6 Turma, Des. Federal Daniel Paes Ribeiro, j. 05.03.2018, e-DJFJ 1 6.03.2018). A imagem da Administração não ficou mais abalada, perante a sociedade, com as condutas praticadas pelos apelados. Desse modo, à míngua de prova de que a coletividade tenha suportado um sofrimento incomum, que causasse intranquilidade social, não há que se falar em dano coletivo a ser indenizado. IV - Conquanto a derogada Lei nº 1.060/50 e o atual CPC sejam expressos quanto à possibilidade de condenação em honorários advocatícios do beneficiário da gratuidade processual, a jurisprudência é pacífica a respeito de a verba ser descabida em ações coletivas em razão do princípio da simetria. V - Apelações e remessa oficial, havida por submetida, improvidas.

Alegou que o acórdão padece de contradição e obscuridade, pois, ao manter a exclusão da condenação da corrê à verba honorária em razão do princípio da simetria, violou regra de preclusão, pois tal questão foi decidida na sentença, da qual, porém, a parte sequer recorreu, aduzindo ofensa, ainda, aos princípios da *non reformatio in pejus*, bem como do *tantum devolutum quantum appellatum*.

Requeru, ao fim, "o reconhecimento de que a corrê Mari Santana Carneiro também deve ser condenada em honorários assim como foram os demais corrêus, apesar de beneficiária da assistência judiciária, cuja execução ficaria suspensa até que adquirisse condições de suportá-la" (fls. 195/200, ID 99775186).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela rejeição dos embargos de declaração (fls. 207/209, ID 99775186).

É o relatório.

y

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002599-42.2008.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP, UNIAO FEDERAL

APELADO: MARI SANTANA CARNEIRO, MARCIA REGINA ALVES, MARIA APARECIDA DOS SANTOS MARTINS PRADO, MARCELO MARCOS TEIXEIRA DE GOIS, MARIA RITA SILVA

Advogado do(a) APELADO: BEATRIZ ELISABETH CUNHA - SP35320-A

VOTO

Senhores Desembargadores, são manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

Para a exata compreensão da insurgência levantada, cabe registrar que a sentença, em favor da União, condenou os réus, com exceção de Mari Santana Carneiro, ao pagamento de verba honorária de cinco mil reais, deixando de impor tal condenação, em prol do Ministério Público Federal, em razão da simetria na aplicação do artigo 18 da Lei nº 7.347/1985. No tocante à ré, que não teve imposição de verba honorária em face da União, a sentença destacou a sua condição de beneficiária de assistência judiciária gratuita.

Neste sentido:

"Deixo de condenar os réus no pagamento de custas e honorários advocatícios ao Ministério Público Federal, diante do princípio da simetria aplicado ao artigo 18 da Lei nº 7.347/85 (STJ, Primeira Seção, EREsp O 895.530, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 26/08/2009, DJ. 18/12/2009).

Deixo de condenar a corré Mari Santana Carneiro ao pagamento de honorários advocatícios à União Federal, por ser beneficiária da justiça gratuita. Condeno os demais corréus ao pagamento de custas judiciais e honorários advocatícios, os quais fixo em R\$5.000,00 (cinco mil reais), nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil."

Sobre tal ponto, conforme constou do relatório, a União apelou no sentido de que *"a corré Mari Santana Carneiro, apesar de beneficiária da assistência judiciária, deve ser condenada nas verbas de sucumbência, cuja execução ficará suspensa até que a parte adquira condições de suportá-la."*

O aresto recorrido decidiu, a propósito:

"No que se referem aos honorários advocatícios decorrentes da sucumbência, postula a União que assim como os demais corréus, Mari Santana Carneiro seja condenada à verba, suspendendo-se, entretanto, a exigibilidade, por ela ser beneficiária da justiça gratuita."

É certo que tanto a derogada Lei nº 1.060/50 quanto o Código de Processo Civil em vigor deixam incontroverso que o beneficiário da justiça gratuita deve ser condenado nas verbas de sucumbência, a qual, entretanto, somente poderá ser exigida se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos.

Partindo dessa premissa, assistiria razão à União em seu apelo. Todavia, cuidando-se de ação civil pública, incide o entendimento majoritário na jurisprudência de que a condenação da parte vencida no pagamento de honorários advocatícios somente é cabível na hipótese de comprovada litigância de má-fé, haja vista a simetria estabelecida em relação ao disposto no artigo 18 da Lei nº 7.347/85. Em outras palavras, se o autor sucumbente só pode ser condenado em honorários advocatícios no caso de comprovada má-fé, assim também deve ser em relação ao réu, que só deve suportar o ônus se agir de má-fé."

Como se observa, o pedido de imposição de verba honorária à corré Mari Santana Carneiro foi apreciado e indeferido. Ainda que tenha o acórdão admitido que beneficiária de assistência judiciária gratuita deve ser condenada em verba honorária, mesmo que seja suspensa a respectiva execução, anotou o julgado que, pelo princípio da simetria, não poderia a União ser favorecida com verba honorária, razão pela qual foi rejeitado o pedido de reforma.

A União alegou contradição e obscuridade, o que, porém, não se verificou, pois o que, em verdade, restou deduzido foi o inconformismo da embargante com suposto *error in iudicando*, por violação dos princípios da *ne reformatio in pejus*, preclusão e congruência (*tantum devolutum quantum appellatum*), desafiando discussão em via processual própria, que não a dos embargos de declaração.

De fato, a tese da embargante é a de que, embora mantida a sentença, sem, portanto, ter sido agravado o resultado frente à apelante, houve adoção de fundamentação jurídica distinta da contida na sentença, acarretando a violação dos princípios citados e *error in iudicando*.

Pretende-se, pois, excluir certo fundamento jurídico - consagrado na jurisprudência da Corte Superior, não apenas em face do Ministério Público Federal como da União, quando autores de ação civil pública - do próprio efeito devolutivo do apelo, delimitando a cognição da causa pelo Tribunal, quando é certo que, ao contrário do exposto, a devolução inerente à apelação é ampla no tocante à fundamentação, pois, nos termos do § 2º do artigo 1.013, CPC, "*Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao Tribunal o conhecimento dos demais*".

Segundo decidiu o acórdão, ao impugnar a exclusão da verba honorária de uma corré, pelo fundamento da assistência judiciária gratuita, toda a fundamentação discutida, a propósito, nos autos foi devolvida ao Tribunal que, neste sentido, reconheceu que a pretensão da apelante, ora embargante, não poderia ser acolhida em face da jurisprudência da Corte Superior que assentou não ser cabível condenação em verba honorária dos réus em favor dos autores, vez que estes são isentos da sucumbência salvo má-fé (princípio da simetria).

Ao assim decidir, restou observada a limitação recursal, pois o acórdão confirmou a sentença, por fundamento distinto do adotado na origem, porém, pertinente e passível de exame no caso e que, embora, em tese, pudesse ser aplicado a todos os corréus, não gerou para estes efeito ou revisão em observância, justamente, aos princípios da *ne reformatio in pejus*, preclusão e congruência, o que comprova, sem dúvida alguma, a manifesta im procedência dos embargos de declaração.

Reitere-se, pois, que não houve qualquer omissão, contradição ou obscuridade frente a alegações, preceitos e provas pertinentes à discussão, mas, ainda que, por hipótese, houvesse ofensa ou negativa de vigência à legislação, ou contrariedade à interpretação consolidada na jurisprudência das Cortes Superiores, os embargos de declaração, mesmo assim, não seriam cabíveis ou passíveis de acolhimento em substituição aos recursos específicos, próprios para cada situação, de competência das instâncias superiores.

Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É o voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRINCÍPIO DA SIMETRIA. VÍCIOS INEXISTENTES. ERROR IN JUDICANDO. REJEIÇÃO.

1. São manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto como objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

2. Para a exata compreensão da insurgência levantada, cabe registrar que a sentença, em favor da União, condenou os réus, com exceção de Mari Santana Carneiro, ao pagamento de verba honorária de cinco mil reais, deixando de impor tal condenação, em prol do Ministério Público Federal, em razão da simetria na aplicação do artigo 18 da Lei 7.347/1985. No tocante à ré, que não teve imposição de verba honorária em face da União, a sentença destacou a sua condição de beneficiária de assistência judiciária gratuita.

3. Pleiteada a reforma, o acórdão admitiu que beneficiária de assistência judiciária gratuita deve ser condenada em verba honorária, esmo que suspensa a respectiva execução, porém, anotou o julgado que, pelo princípio da simetria, não poderia a União ser favorecida com verba honorária, razão pela qual foi rejeitado o pedido de reforma.

4. Infundada a alegação de contradição e obscuridade que oculta, na verdade, mero inconformismo da embargante com suposto *error in judicando*, por violação dos princípios da *ne reformatio in pejus*, preclusão e congruência (*tantum devolutum quantum appellatum*), desafiando discussão em via processual própria, que não a dos embargos de declaração.

5. De fato, a tese da embargante é a de que, embora mantida a sentença, sem, portanto, ter sido agravado o resultado frente à apelante, houve adoção de fundamentação jurídica distinta da contida na sentença, acarretando a violação dos princípios citados e *error in judicando*. Pretende-se, pois, excluir certo fundamento jurídico - consagrado na jurisprudência da Corte Superior, não apenas em face do Ministério Público Federal como da União, quando autores de ação civil pública - do próprio efeito devolutivo do apelo, delimitando a cognição da causa pelo Tribunal, quando é certo que, ao contrário do exposto, a devolução inerente à apelação é ampla no tocante à fundamentação, pois, nos termos do § 2º do artigo 1.013, CPC, "*Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao Tribunal o conhecimento dos demais*".

6. Segundo decidiu o acórdão, ao impugnar a exclusão da verba honorária de uma corré, pelo fundamento da assistência judiciária gratuita, toda a fundamentação discutida, a propósito, nos autos foi devolvida ao Tribunal que, neste sentido, reconheceu que a pretensão da apelante, ora embargante, não poderia ser acolhida em face da jurisprudência da Corte Superior que assentou não ser cabível condenação em verba honorária dos réus em favor dos autores, vez que estes são isentos da sucumbência salvo má-fé (princípio da simetria).

7. Ao assim decidir, restou observada a limitação recursal, pois o acórdão confirmou a sentença, por fundamento distinto do adotado na origem, porém, pertinente e passível de exame no caso e que, embora, em tese, pudesse ser aplicado a todos os corréus, não gerou para estes efeito ou revisão em observância, justamente, aos princípios da *ne reformatio in pejus*, preclusão e congruência, o que comprova, sem dúvida alguma, a manifesta improcedência dos embargos de declaração.

8. Reitere-se, pois, que não houve qualquer omissão, contradição ou obscuridade frente a alegações, preceitos e provas pertinentes à discussão, mas, ainda que, por hipótese, houvesse ofensa ou negativa de vigência à legislação, ou contrariedade à interpretação consolidada na jurisprudência das Cortes Superiores, os embargos de declaração, mesmo assim, não seriam cabíveis ou passíveis de acolhimento em substituição aos recursos específicos, próprios para cada situação, de competência das instâncias superiores.

9. Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

10. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5004099-57.2019.4.03.6105

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

PARTE AUTORA: DENTAL MORELLI LTDA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: ANA LUCIA MONTEIRO SANTOS - SP112901-A

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 23/06/2020 1046/4253

PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DA ALFÂNDEGA DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE VIRACOPOS
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO
OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5004099-57.2019.4.03.6105

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

PARTE AUTORA: DENTAL MORELLI LTDA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: ANA LUCIA MONTEIRO SANTOS - SP112901-A

PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DA ALFÂNDEGA DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE VIRACOPOS

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial interposta em face da r. sentença que concedeu a segurança (Id num. 123622553), nos autos do mandado de segurança impetrado por Dental Morelli Ltda., objetivando a prolação de ordem para que a autoridade impetrada se abstenha de lhe exigir a majoração da taxa de utilização do Siscomex, instituída pela Portaria MF nº 257/2011, cumulada com a declaração de seu alegado direito à compensação do correspondente indébito tributário recolhido desde 05 (cinco) anos antes da presente impetração.

A medida liminar foi deferida (Id num. 123622535).

O Ministério Público Federal opinou pelo prosseguimento do feito em Num. 123622552.

A r. sentença que concedeu a segurança (ID num. 123622553) para determinar à autoridade impetrada que promova o registro das declarações de importação e respectivas adições da impetrante mediante o recolhimento dos valores previstos no artigo 3º, § 1º, da Lei nº 9.716/1998; e, declarou o direito à compensação dos valores recolhidos a título da majoração questionada nestes autos desde 05 (cinco) anos antes da impetração da presente ação, inclusive aqueles pagos após o ajuizamento. Foi determinado que a compensação será realizada após o trânsito em julgado (artigo 170-A do CTN), na forma da legislação de regência e com atualização pela taxa Selic (Lei nº 9.250/1995). Sem condenação em honorários advocatícios (artigo 25 da Lei nº 12.016/2009). Custas na forma da lei.

Por força da remessa oficial, vieram os autos.

O ilustre Representante do Ministério Público Federal (Id num) opina pelo regular prosseguimento do feito (Id num. 130057063).

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5004099-57.2019.4.03.6105

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

PARTE AUTORA: DENTAL MORELLI LTDA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: ANA LUCIA MONTEIRO SANTOS - SP112901-A

PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DA ALFÂNDEGA DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE VIRACOPOS

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Mandado de Segurança é uma ação constitucional prevista no artigo 5º, inciso LXIX da Constituição Federal e na norma prevista na Lei 12.016 de 2009, e tem por objeto a proteção de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

É o que se depreende da leitura do inciso LXIX, do artigo 5º da Constituição Federal: "*conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparável por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público*".

Em primeiro, não se perca de vista que a fiscalização do comércio exterior é atividade relacionada ao Poder de Polícia estatal, nos termos do artigo 77 do Código Tributário Nacional:

"Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição."

Nos termos da legislação que rege o SISCOMEX, a taxa de utilização do sistema, prevista no artigo 3º da Lei 9.716/98, aplica-se às importações realizadas a partir de 1º de janeiro de 1999, decorrendo a Portaria MF nº 257/11 de delegação ao Ministro da Fazenda, observada a variação dos custos de operação e de investimentos no sistema eletrônico. Lei 9.716/98:

"Art. 3o Fica instituída a Taxa de Utilização do Sistema Integrado de Comércio Exterior - siscomex , administrada pela Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda.

§ 1o A taxa a que se refere este artigo será devida no Registro da Declaração de Importação, à razão de:

I - R\$ 30,00 (trinta reais) por Declaração de Importação;

II - R\$ 10,00 (dez reais) para cada adição de mercadorias à Declaração de Importação, observado limite fixado pela Secretaria da Receita Federal.

§ 2o Os valores de que trata o parágrafo anterior poderão ser reajustados, anualmente, mediante ato do Ministro de Estado da Fazenda, conforme a variação dos custos de operação e dos investimentos no SISCOMEX.

(...)

§ 5o O disposto neste artigo aplica-se em relação às importações registradas a partir de 1o de janeiro de 1999."

Contudo, na esteira do que decidi, por unanimidade, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal no RE/SC 1095001 AgR, a lei de regência haveria de ter fixado parâmetros mínimos para majoração da taxa de modo a evitar eventual arbitrariedade por parte do executivo, o que não ocorreu.

"Agravo regimental no recurso extraordinário. Taxa SISCOMEX. Majoração. Portaria. Delegação. Artigo 3º, § 2º, Lei nº 9.716/98. Ausência de balizas mínimas definidas em lei. Princípio da Legalidade. Violação. Atualização. Índices oficiais. Possibilidade.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem acompanhado um movimento de maior flexibilização do Princípio da Legalidade em matéria de delegação legislativa, desde que o legislador estabeleça o desenho mínimo que evite o arbítrio.

2. Diante dos parâmetros já traçados na jurisprudência da Corte, a delegação contida no art. 3º, § 2º, da Lei nº 9.716/98 restou incompleta ou defeituosa, pois o legislador não estabeleceu o desenho mínimo que evitasse o arbítrio fiscal.

3. Esse entendimento não conduz a invalidade da taxa SISCOMEX, tampouco impede que o Poder Executivo atualize os valores previamente fixados na lei, de acordo com os índices oficiais, conforme amplamente aceito na jurisprudência da Corte.

4. Agravo regimental não provido.

5. Não se aplica ao caso dos autos a majoração dos honorários prevista no art. 85, § 11, do novo Código de Processo Civil, uma vez que não houve o arbitramento de honorários sucumbenciais. (RE 1095001 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 06/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-103 DIVULG 25-05-2018 PUBLIC 28-05-2018)

A Lei 9.716/98, ao não fixar critérios mínimos para majoração da taxa (aspecto quantitativo), deu plena liberdade ao executivo para exercer, ao seu alvedrio, o poder de legislar sobre a matéria, o que vai de encontro ao princípio da estrita legalidade tributária, o qual estatui a vedação de exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça.

Tenha-se em vista, ademais, que a Portaria MF nº 257/2011 acabou por majorar a taxa SISCOMEX em cerca de 500%, restando configurada também a clara desproporcionalidade da medida.

"Portaria MF 257/2011

Art. 1º Reajustar a Taxa de Utilização do Sistema Integrado de Comércio Exterior (SISCOMEX), devida no Registro da Declaração de Importação (DI), de que trata o parágrafo 1º do artigo 3º da Lei Nº 9.716, de 1998, nos seguintes valores:

I - R\$ 185,00 (cento e oitenta e cinco reais) por DI;

II - R\$ 29,50 (vinte e nove reais e cinquenta centavos) para cada adição de mercadorias à DI, observados os limites fixados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB).

Destarte, revendo posicionamentos anteriores, vislumbro infringência ao princípio da legalidade já que a Lei nº 9.716/98, artigo 3º, § 2º, delegou ao Ministro da Fazenda o estabelecimento, por meio de ato infralegal, do reajuste anual da taxa Siscomex sem a fixação de critérios mínimos a tal.

Realizadas tais ponderações, exsurge a possibilidade de que a taxa não seja recolhida nos moldes da portaria MF 257/2011, reconhecendo-se, ainda, o direito à compensação.

A compensação, contudo, deverá observar a diferença entre o valor recolhido com base na Portaria MF nº 257/2011, ora afastada, e aquele previsto na Lei 9.716/98, devidamente atualizado com índices oficiais, de modo a propiciar equilíbrio na relação entre as partes e evitar indevido prejuízo ao Fisco.

O presente entendimento vem com esteio no RE/SC 1095001, cuja decisão foi corroborada no Ag. Reg. no RE 1.130.979, o qual fixa o INPC como índice oficial a ser observado na atualização da Taxa Siscomex, com restituição dos valores (diferença) pela SELIC.

Em consequência, é de se declarar inexigível o reajuste da taxa de utilização do SISCOMEX promovido pela Portaria MF nº 257, de 2011, acima do valor resultante da aplicação do percentual de 131,60%, correspondente à variação de preços, medida pelo INPC, entre janeiro de 1999 e abril de 2011, devendo a ré restituir à parte demandante, mediante compensação, os valores pagos indevidamente, segundo esse critério, nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da demanda, acrescidos (somente) de juros compensatórios equivalentes à taxa SELIC.

A compensação dos valores recolhidos indevidamente deverá ser realizada após o trânsito em julgado (art. 170-A do CTN), observando-se o disposto no art. 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da demanda, conforme jurisprudência do E. STJ, julgada sob o rito do art. 543-C do CPC/73 - REsp nº 1.137.738/SP.

É de ser mantida, portanto, a sentença de primeiro grau.

Diante do exposto, nego provimento à remessa oficial.

É o voto.

EMENTA

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. TAXA DE UTILIZAÇÃO DO *SISCOMEX*. MAJORAÇÃO. ART. 3º, § 2º, DA LEI 9.716/98 E PORTARIA MF 257/2011. INCONSTITUCIONALIDADE. QUESTÃO PACIFICADA NO STF. LIMITAÇÃO DO REAJUSTE AOS ÍNDICES DE CORREÇÃO MONETÁRIA. POSSIBILIDADE. REMESSA OFICIAL NÃO PROVIDA.

1. Em primeiro, não se perca de vista que a fiscalização do comércio exterior é atividade relacionada ao Poder de Polícia estatal, nos termos do artigo 77 do Código Tributário Nacional: "*Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.*"

2. Nos termos da legislação que rege o *SISCOMEX*, a taxa de utilização do sistema, prevista no artigo 3º da Lei 9.716/98, aplica-se às importações realizadas a partir de 1º de janeiro de 1999, decorrendo a Portaria MF nº 257/11 de delegação ao Ministro da Fazenda, observada a variação dos custos de operação e de investimentos no sistema eletrônico.

3. Contudo, na esteira do que decidiu, por unanimidade, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal no RE/SC 1095001 AgR, a lei de regência haveria de ter fixado parâmetros mínimos para majoração da taxa de modo a evitar eventual arbitrariedade por parte do executivo, o que não ocorreu.

4. A Lei 9.716/98, ao não fixar critérios mínimos para majoração da taxa (aspecto quantitativo), deu plena liberdade ao executivo para exercer, ao seu alvedrio, o poder de legislar sobre a matéria, o que vai de encontro ao princípio da estrita legalidade tributária, o qual estatui a vedação de exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça. Tenha-se em vista, ademais, que a Portaria MF nº 257/2011 acabou por majorar a taxa *SISCOMEX* em cerca de 500%, restando configurada também a clara desproporcionalidade da medida.

5. Destarte, revendo posicionamentos anterior, vislumbro infringência ao princípio da legalidade já que a Lei nº 9.716/98, artigo 3º, § 2º, delegou ao Ministro da Fazenda o estabelecimento, por meio de ato infralegal, do reajuste anual da taxa *Siscomex* sem a fixação de critérios mínimos a tal.

6. Realizadas tais ponderações, exsurge a possibilidade de que a taxa não seja recolhida nos moldes da portaria MF 257/2011, reconhecendo-se, ainda, o direito à compensação.

7. A compensação, contudo, deverá observar a diferença entre o valor recolhido com base na Portaria MF nº 257/2011, ora afastada, e aquele previsto na Lei 9.716/98, devidamente atualizado com índices oficiais, de modo a propiciar equilíbrio na relação entre as partes e evitar indevido prejuízo ao Fisco.

8. O presente entendimento vem com esteio no RE/SC 1095001, cuja decisão foi corroborada no Ag. Reg. no RE 1.130.979, o qual fixa o *INPC* como índice oficial a ser observado na *atualização* da Taxa *Siscomex*, com restituição dos valores (diferença) pela *SELIC*.

9. Em consequência, é de se declarar inexigível o reajuste da taxa de utilização do *SISCOMEX* promovido pela Portaria MF nº 257, de 2011, acima do valor resultante da aplicação do percentual de 131,60%, correspondente à variação de preços, medida pelo *INPC*, entre janeiro de 1999 e abril de 2011, devendo a ré restituir à parte demandante os valores pagos indevidamente, segundo esse critério, nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da demanda, acrescidos (somente) de juros compensatórios equivalentes à taxa *SELIC*.

10. A compensação dos valores recolhidos indevidamente deverá ser realizada após o trânsito em julgado (art. 170-A do CTN), observando-se o disposto no art. 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da demanda, conforme jurisprudência do E. STJ, julgada sob o rito do art. 543-C do CPC/73 - REsp nº 1.137.738/SP.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0000729-65.2013.4.03.6106

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP

APELADO: FERNANDO ARRE MORESCHI, GILBERTO ARRE MORESCHI, MAURICIO GAUCH, LUIZ CARLOS ALVES DA LUZ, ROSEANE LEMGRUBER VILELA, RICARDO SCAVACINI, FERNANDO APARECIDO RODRIGUES

Advogado do(a) APELADO: FLAVIO HENRIQUE MAURI - SP184693

Advogado do(a) APELADO: FLAVIO HENRIQUE MAURI - SP184693

Advogado do(a) APELADO: ANTONIO JOSE ARAUJO MARTINS - SP111552-A

Advogado do(a) APELADO: WADI ATIQUE - SP269060

Advogado do(a) APELADO: PAULO CESAR CAETANO CASTRO - SP135569-A

Advogado do(a) APELADO: CARLOS SIMAO NIMER - SP104052

Advogado do(a) APELADO: TALISSA GONCALVES DE SOUSA MERLUZZI - SP240424-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0000729-65.2013.4.03.6106

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP

APELADO: FERNANDO ARRE MORESCHI, GILBERTO ARRE MORESCHI, MAURICIO GAUCH, LUIZ CARLOS ALVES DA LUZ, ROSEANE LEMGRUBER VILELA, RICARDO SCAVACINI, FERNANDO APARECIDO RODRIGUES

Advogado do(a) APELADO: FLAVIO HENRIQUE MAURI - SP184693

Advogado do(a) APELADO: FLAVIO HENRIQUE MAURI - SP184693

Advogado do(a) APELADO: ANTONIO JOSE ARAUJO MARTINS - SP111552-A

Advogado do(a) APELADO: WADI ATIQUE - SP269060

Advogado do(a) APELADO: PAULO CESAR CAETANO CASTRO - SP135569-A

Advogado do(a) APELADO: CARLOS SIMAO NIMER - SP104052

Advogado do(a) APELADO: TALISSA GONCALVES DE SOUSA MERLUZZI - SP240424-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de ação civil de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público Federal contra FERNANDO ARRÉ MORESCHI, GILBERTO ARRÉ MORESCHI, MAURÍCIO GAUCH, FERNANDO APARECIDO RODRIGUES, LUIZ CARLOS ALVES DA LUZ, ROSEANE LEMGRUBER VILELA E RICARDO SCAVACINI, imputando-lhes as sanções previstas no artigo 12, incisos II e III, da Lei nº 8.429/92.

O Ministério Público Federal relata que o Município de Mirassol/SP celebrou o Contrato nº 156/2006 com a empresa Imobiliária Residencial Moreschi Ltda., para a construção de 159 unidades habitacionais e execução de ações relativas ao programa Habitar Brasil-BID, com verba recebida da União, no montante de R\$ 136.354,29 (cento e trinta e seis mil, trezentos e cinquenta e quatro reais e vinte e nove centavos).

De acordo com a petição inicial, na execução do contrato houve falhas na estrutura de madeira do telhado do Núcleo Comunitário do Parque Nova Esperança, com mão de obra não qualificada e material de baixa qualidade, bem como na pavimentação asfáltica das ruas da área urbanizada, com material asfáltico desagregado e presença de buracos.

Aduz o “*parquet*” que FERNANDO ARRÉ MORESCHI e GILBERTO ARRÉ MORESCHI eram sócios-administradores da empresa Imobiliária Residencial Moreschi Ltda., sendo responsáveis pela execução da obra; MAURÍCIO GAUCH e FERNANDO APARECIDO RODRIGUES eram responsáveis pela fiscalização, representando a Caixa Econômica Federal; e LUIZ CARLOS ALVES DA LUZ, ROSEANE LEMGRUBER VILELA e RICARDO SCAVACINI eram representantes da Prefeitura de Mirassol/SP, que não relataram as irregularidades e não fizeram obstar os pagamentos.

Contestação dos réus GILBERTO ARRÉ MORESCHI e FERNANDO ARRÉ MORESCHI (ID 91869450), MAURÍCIO GAUCH (ID 91869448), ROSEANE LEMGRUBER VILELA (ID 91869402), LUIZ CARLOS ALVES DA LUZ (ID 91869401), RICARDO SCAVACINI (ID 91869448), e FERNANDO APARECIDO RODRIGUES (ID 91869401).

A r. sentença (ID 91875348) julgou improcedentes os pedidos formulados pelo autor, destacando que a prova pericial era impraticável nos autos, diante da demolição e substituição da estrutura de madeira por estrutura metálica no telhado do Núcleo Comunitário, bem como por ter sido realizado recapeamento asfáltico de todo o sistema viário do Parque Nova Esperança, pela Prefeitura de Mirassol/SP.

Ressaltou o MM. Juiz “*a quo*” que “*estou, enfim, convencido da falta de prova quanto à existência dos fatos constitutivos (atos ilícitos) como descritos/narrados na petição inicial pelo autor/MPF, que, por conseguinte, leva-me a concluir pela improcedência de sua pretensão condenatória/sancionatória dos réus*”.

Inconformado, o “*parquet*” ofereceu recurso de apelação, requerendo a condenação somente de GILBERTO ARRÉ MORESCHI e FERNANDO ARRÉ MORESCHI, em virtude da prática do ato de improbidade administrativa descrito no artigo 11 da Lei n.º 8.429/92.

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso de apelação (ID 91875493), uma vez que os apelados GILBERTO ARRÉ MORESCHI e FERNANDO ARRÉ MORESCHI, na qualidade de sócios-administradores da empresa Imobiliária Residencial Moreschi Ltda., eram responsáveis pela execução da obra, devendo responder pelos atos ímprobos praticados.

Com contrarrazões, os autos subirão a esta E. Corte.

É o breve relatório.

Passo a decidir.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0000729-65.2013.4.03.6106

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP

APELADO: FERNANDO ARRE MORESCHI, GILBERTO ARRE MORESCHI, MAURICIO GAUCH, LUIZ CARLOS ALVES DA LUZ, ROSEANE LEMGRUBER VILELA, RICARDO SCAVACINI, FERNANDO APARECIDO RODRIGUES

Advogado do(a) APELADO: FLAVIO HENRIQUE MAURI - SP184693

Advogado do(a) APELADO: FLAVIO HENRIQUE MAURI - SP184693

Advogado do(a) APELADO: ANTONIO JOSE ARAUJO MARTINS - SP111552-A

Advogado do(a) APELADO: WADI ATIQUE - SP269060

Advogado do(a) APELADO: PAULO CESAR CAETANO CASTRO - SP135569-A

Advogado do(a) APELADO: CARLOS SIMAO NIMER - SP104052

Advogado do(a) APELADO: TALISSA GONCALVES DE SOUSA MERLUZZI - SP240424-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Inicialmente, conheço "*ex officio*" da remessa oficial, uma vez que o artigo 19 da Lei n.º 4.717/65 (Lei de Ação Popular), segundo o qual: "*a sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação está sujeita ao duplo grau de jurisdição*", deve ser aplicado, por analogia, às ações de improbidade administrativa, pois tanto estas quanto as ações populares visam tutelar o patrimônio público "*lato sensu*", estando ambas regidas pelo microsistema processual da tutela coletiva, conforme o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CAUSAS COM SUCUMBÊNCIA DA UNIÃO INFERIOR A 60 SALÁRIOS MÍNIMOS. MICROSSISTEMA DE DIREITOS COLETIVOS. PREVISÃO DE REMESSA OFICIAL NA LEI DE AÇÃO POPULAR. APLICAÇÃO ANALÓGICA. CABIMENTO.

1. Trata-se de Ação de Improbidade Administrativa julgada improcedente, cuja sucumbência para União não ultrapassa o valor de 60 (sessenta salários mínimos).

2. É patente a possibilidade de utilização da lei de regência da Ação Popular (Lei 4.717/1965) como fonte do microsistema processual de tutela coletiva, prevalecendo, inclusive, sobre disposições gerais do Código de Processo Civil. A existência dos microsistemas processuais em nosso Ordenamento Jurídico é reconhecida em diversas searas de direitos coletivos, de forma que os seus instrumentos podem ser utilizados com o escopo de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

2. Por aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei 4.717/1965, as sentenças de improcedência de Ação Civil Pública sujeitam-se indistintamente ao reexame necessário (REsp 1.108.542/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 29/5/2009).

3. Julgada improcedente Ação de Improbidade Administrativa, há necessidade de remessa oficial, independente do valor da sucumbência.

4. Agravo Interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp 1379659/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 18/04/2017)

Assim, a sentença deve ser submetida ao reexame necessário para ser dotada de eficácia, devolvendo-se toda a matéria ao Tribunal para reanálise da pretensão inicial, com o escopo de conceder a tutela mais efetiva em prol da moralidade administrativa.

1. DAS PRELIMINARES

1.a DA ILEGITIMIDADE PASSIVA DE FERNANDO E GILBERTO ARRÉ MORESCHI

FERNANDO E GILBERTO ARRÉ MORESCHI alegam ilegitimidade passiva "*ad causam*", tendo em vista que não houve qualquer ato ilícito praticado pelos apelados ou pela Imobiliária Residencial Moreschi Ltda.

Todavia, os apelados eram sócios-administradores da empresa Imobiliária Residencial Moreschi Ltda., sendo responsáveis pela execução da obra e, por conseguinte, pelo cumprimento do contrato administrativo celebrado com o Município de Mirassol/SP.

Assim, merece ser rejeitada a preliminar de ilegitimidade passiva “*ad causam*” de FERNANDO E GILBERTO ARRÉ MORESCHI, devendo os sócios-administradores integrarem o polo passivo da demanda.

1.b DA ILEGITIMIDADE PASSIVA DE RICARDO SCAVACINI

RICARDO SCAVACINI aduz a sua ilegitimidade passiva “*ad causam*”, sustentando que observou todas as exigências determinadas pela legislação e pelo contrato firmado com a Imobiliária Residencial Moreschi Ltda.

Porém, RICARDO SCAVACINI era o engenheiro civil responsável pela fiscalização e recebimento da obra “*in loco*”, representando a Prefeitura de Mirassol/SP.

Desse modo, deve ser rejeitada a preliminar de ilegitimidade passiva “*ad causam*” de RICARDO SCAVACINI.

1.c DA ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RICARDO SCAVACINI argumenta a ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal e requer a extinção do feito, sem o julgamento do mérito.

Entretanto, a legitimidade ativa “*ad causam*” do Ministério Público advém do próprio texto constitucional, uma vez que o artigo 129, III e IX, atribui-lhe a função de promover a ação civil pública na defesa de interesses difusos ou coletivos e exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade.

Logo, rejeito a preliminar de ilegitimidade ativa “*ad causam*” do Ministério Público Federal.

1.d DA FALTA DE INTERESSE DE AGIR DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RICARDO SCAVACINI menciona a falta de interesse de agir do Ministério Público Federal, uma vez que o Município de Mirassol/SP aceitou a conclusão da obra, realizada pela Imobiliária Residencial Moreschi Ltda.

No entanto, o “*parquet*” busca comprovar o não cumprimento do contrato administrativo nº 156/2006 e responsabilizar os réus por atos de improbidade administrativa, à luz do artigo 37, § 4º, da Constituição Federal e do artigo 12 da Lei n.º 8.429/92.

Assim, não merece ser acolhida a alegação de falta de interesse de agir do Ministério Público Federal.

1.e DA ILEGITIMIDADE PASSIVA DE MAURÍCIO GAUCH

MAURÍCIO GAUCH sustenta ilegitimidade passiva “*ad causam*”, pois agiu no estrito cumprimento dos deveres que lhe são impostos pela Caixa Econômica Federal.

Conforme a petição inicial, o engenheiro civil MAURÍCIO GAUCH era encarregado pela Caixa Econômica Federal de fiscalizar a execução da obra, inclusive elaborou o Relatório de Acompanhamento de Empreendimento - RAE nº 3, qualificando a execução da obra como razoável.

Por conseguinte, deve ser afastada a preliminar de ilegitimidade passiva “*ad causam*” de MAURÍCIO GAUCH.

1.f DA INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL

FERNANDO APARECIDO RODRIGUES aduz que a petição inicial é inepta, tendo em vista que o Ministério Público Federal não classificou os atos e omissões do réu, em consonância com a Lei de Improbidade Administrativa.

Entretanto, consoante a petição inicial, FERNANDO APARECIDO RODRIGUES, como engenheiro civil, tinha a responsabilidade de fiscalizar a obra, inclusive foi o responsável pelo Relatório de Acompanhamento de Empreendimento – RAE nº 13, sendo liberado regularmente o pagamento à empresa executora da obra.

Observa-se que o "parquet" classificou os supostos atos e omissões do réu e, por conseguinte, deve ser afastada a preliminar de inépcia da petição inicial.

2. DO MÉRITO

2. a DA PRESCRIÇÃO

FERNANDO E GILBERTO ARRÉ MORESCHI alegam que o período do contrato de licitação era de junho de 2006 a março de 2007, porém a presente demanda foi distribuída em fevereiro de 2013, após o prazo quinquenal do artigo 23 da Lei n.º 8.429/92.

No entanto, esclareceu o MM. Juiz "a quo" que "cessado, assim, o vínculo funcional/estatutário do corréu Ricardo Scavacini em 13/05/2013 (demissão), não ocorreu o lapso prescricional de 5 (cinco) anos para nenhum dos envolvidos acoimados de ímprobos, posto ter sido ajuizada a presente ação no dia 19/02/2013, antes, portanto daquela data."

Ressalta-se que, conforme disposição especial contida no art. 23, I, da Lei n.º 8.429/92, as ações destinadas a levar a efeito as sanções concernentes a atos de improbidade administrativa podem ser propostas até cinco anos após o término do exercício do mandato, do cargo em comissão ou da função comissionada.

O prazo prescricional quinquenal e o respectivo termo inicial devem ser estendidos aos demais réus, por se tratarem de particulares que concorreram para a prática dos atos tido como ímprobos ou, ao menos, se beneficiaram deles, porquanto apenas incorreram nas sanções decorrentes de atos de improbidade, quando atuam em conjunto com o agente público, à luz do artigo 3º da Lei de Improbidade Administrativa.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PARTICULAR BENEFICIÁRIO DO ATO ÍMPROBO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. SIMETRIA COM PRAZO DO AGENTE PÚBLICO. PRECEDENTES.

1. Esta Corte Superior entende que o termo inicial da prescrição em improbidade administrativa em relação a particulares que se beneficiam de ato ímprobo é idêntico ao do agente público que praticou a ilicitude, a teor do disposto no art. 23, I e II, da Lei n. 8.429/92. Precedentes.

2. Ademais, ainda que a título de obiter dictum, cumpre reafirmar que esta Corte alberga o entendimento de imprescritibilidade da pretensão de condenação por dano ao erário e o respectivo ressarcimento, formulada em ação civil pública, ante o disposto no art. 37, § 5º, da Constituição da República. Recurso especial improvido.

(REsp 1433552/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 05/12/2014) (Destacamos)

2.b DAS ALEGAÇÕES DE FALHAS NO TELHADO DO NÚCLEO COMUNITÁRIO

O Ministério Público Federal argumenta que os agentes da Controladoria-Geral da União verificaram falhas no madeiramento do telhado do Núcleo Comunitário no Parque Nova Esperança, havendo peças de madeira com empenamento.

Com base no Relatório de Vistoria e Parecer Técnico emitido pelo engenheiro Salvador da Silva Papandré (ID 91869752), contratado pelo Município de Mirassol/SP para avaliar a obra em questão, o “*parquet*” destacou que os fatores que levaram à deformação do telhado foram:

- 1) Não uniformidade nas dimensões das vigotas e bitolas aquém das padronizadas
- 2) Mescla de madeira nova (verde), (muito difícil de encontrar madeira seca), com madeira aparentemente reutilizada (seca)
- 3) Os efeitos das variações dimensionais da madeira (no caso, retratação, diminuição das seções) com a natural secagem (diminuição do teor de umidade)
- 4) Ligações das peças das tesouras com pregos em quantidades insuficientes, em desacordo com as especificações técnicas, facilitando a deformação do conjunto (tesoura)
- 5) A falta de mão-francesa na maior parte do enterçamento
- 6) A utilização de caibros no travamento dos banzos inferiores das tesouras, ou seja, seção pequena e peça longa (3,50m), resultando em várias peças arqueadas."

Todavia, a r. sentença afirmou que a prova pericial era impraticável nos autos, diante da demolição e substituição da estrutura de madeira por estrutura metálica, pela Prefeitura Municipal de Mirassol/SP, sendo que o “*parquet*” não utilizou da via processual adequada para evitar a prejudicialidade do exame pericial.

Ademais, houve o Relatório de Análise e Parecer Técnico realizada pelo engenheiro José Luiz Zanin Bonfã, contratado pela ré ROSEANE LEMGRUBER VILELA, que rechaçou os argumentos da perícia realizada pelo engenheiro Salvador da Silva Papandré (ID 91869752), contratado pelo Município de Mirassol/SP.

A esse respeito, oportuno transcrever o Relatório de Análise e Parecer Técnico do engenheiro José Luiz Zanin Bonfã (ID 91875492), sobre a perícia do engenheiro Salvador da Silva Papandré:

Ficou evidente, que as afirmações do Senhor Perito Judicial não tem fundamentos e sustentabilidades, em conceitos básicos em engenharia estrutura e principalmente em estruturas de madeira.

(...)

O Laudo Técnico apresentado tem vários erros grosseiros:

- 1) Qualificação da treliça da cobertura como sendo uma estrutura hiperestática.
- 2) As suas afirmações sobre as ligações das barras serem todas executadas com um a três pregos; não observando que estava evidente que quase a totalidade destas foi executas (sic) com entalhes.
- 3) Suas observações dos apoios dos pilares; dando uma nítida impressão que estava considerando um simples anel de proteção, contra variação de umidade do pé do pilar com sua própria fundação e pedindo para impermeabilizar uma madeira que foi tratada em alto clave para evitar o ataque de fungos e umidade.
- 4) Não apresenta convicção ao comentar sobre o ocorrido com o colapso de algumas tesouras, falando em flechas ou flambagem. Cada uma tem uma causa diferente e são efeitos diferentes.
- 5) Em suas conclusões alega mescla de madeira nova com madeira aparentemente reutilizada. O que pode causar o colapso não é se a madeira é madeira reutilizada mais (sic) sim seu estado de conservação, suas propriedades mecânicas e seu estado de umidade.
- 6) Sua falta de conhecimentos, confundindo deformações por flexão (deformações elásticas) com flambagem que ocorrem pelo efeito da força de compressão. (Destacamos)

Ademais, de acordo com o engenheiro civil Salvador da Silva Papandré, contratado pelo Município de Mirassol/SP, os danos na estrutura de madeira das coberturas (flambagem ou deformação) têm relação direta com a falha executiva e contratação de mão de obra não qualificada.

Porém, o engenheiro José Luiz Zanin Bonfã informou que *“isto não é verdade, pelo constatado, ele não conseguiu enxergar que as ligações foram feitas por entalhes que são corriqueiramente utilizados em estruturas de madeira do tipo Howe, que é o caso desta.”*

Tendo em vista os relatórios e análises conflitantes, o juízo *“a quo”* concluiu que:

A três, o Relatório de Análise e Parecer Técnico apresentados pelo Sr. José Luiz Zanin Bonfã contém fundamentos teóricos e práticos, diverso, assim, do Relatório de Vistoria e Parecer Técnico apresentados pelo Sr. Salvador da Silva Papandré, merecendo, portanto, o primeiro, diante da notoriedade de conhecimento técnico, maior valoração deste Magistrado, posto ter sido elaborado por profissional detentor de larga/vasta experiência adquirida sobre madeira, mormente sua utilização em estruturas prediais, decorrente de ter pós-graduação pela Escola de Engenharia de São Carlos/USP, além de ex-professor de várias instituições de ensino superior (v. fls. 3936).

(...)

A cinco, os fatores que causaram deformações e, conseqüentemente, colapso na estrutura de madeira (um material orgânico que pela sua constituição apresenta diversos problemas quando de sua utilização como elemento estrutural) do telhado do Núcleo Comunitário do Parque Nova Esperança em Mirassol, conforme observo do Relatório de Análise e Parecer Técnico apresentados pelo Sr. José Luiz Zanin Bonfã, não tem relação direta com a falha executiva (contratação de mão de obra não qualificada para tal finalidade), nem tampouco com aquisição/aplicação de madeira subdimensionada (vide comentários de fls. 4010/4020, em especial à primeira conclusão). Ou seja, o colapso ocorrido nada tem a ver com o afirmado pelo Sr. Salvador da Silva Papandré (v. afirmação do Sr. José Luiz Zanin Bonfã à fl. 4027). Isso, além do mais, pode ser observado depois de totalmente executada a estrutura de madeira, visto que não apresentou nenhuma deformação (vide comentário no item "FOTO DE 2007" à fl. 3942). (Destacamos)

Além disso, a r. sentença ressaltou que o Parecer Pericial nº 170/2012, elaborado pelo analista de engenharia civil do Ministério Público Federal, baseia-se simplesmente no Relatório de Vistoria e Parecer Técnico apresentado pelo engenheiro contratado pelo Município de Mirassol/SP:

A quatro, o Parecer Pericial nº 170/2012, elaborado pelo Analista de Engenharia Civil/Perito do MPF, Sr. Paulo Bressaglia (v. fls. 782/800), baseia-se simplesmente no Relatório de Vistoria e Parecer Técnico apresentados pelo Sr. Salvador da Silva Papandré, conforme observo das respostas aos quesitos formulados pelo Procurador da República Dr. Alvaro Stipp e da conclusão no mesmo, que, como expus antes, teve os fatores que levaram à deformação da cobertura do Núcleo Comunitário do Parque Nova Esperança rechaçados no Relatório de Análise e Parecer Técnico apresentados pelo Sr. José Luiz Zanin Bonfã, e daí entendo não passar o mesmo de um simples/mero "parecer". (Destacamos)

Cumprir mencionar ainda que a Prefeitura de Mirassol/SP, no processo administrativo disciplinar (ID 91875491), examinou as duas perícias e concluiu que não há como estabelecer qual é a correta, bem como que não há nos autos provas inequívocas para imputar eventual responsabilização:

Por outro lado, as perícias por serem antagônicas e terem chegado a conclusões diversas, sem possibilidade de se estabelecer qual delas é a correta em razão da ausência de conhecimentos técnicos da comissão, pois uma aponta a culpa; ao passo que a outra conclui pela ausência de responsabilidade, retira qualquer certeza acerca de eventual responsabilização. (Destacamos)

Necessário mencionar que o “*parquet*” ofereceu recurso de apelação, requerendo a condenação somente de GILBERTO ARRÉ MORESCHI e FERNANDO ARRÉ MORESCHI, em virtude da prática do ato de improbidade administrativa descrito no artigo 11 da Lei n.º 8.429/92.

Após análise minuciosa dos autos e dos laudos periciais elaborados pelos engenheiros José Luiz Zanin Bonfá e Salvador da Silva Papandré, verifica-se que há um conjunto probatório insuficiente quanto às alegações de falhas no telhado do Núcleo Comunitário do Parque Nova Esperança.

Com efeito, há pouca materialidade que comprove as acusações do Ministério Público Federal, não sendo possível extrair conclusões que indiquem a verossimilhança das supostas ilegalidades praticadas pelos réus.

2.c DAS ALEGAÇÕES DE FALHAS NA PAVIMENTAÇÃO ASFÁLTICA

No tocante à pavimentação asfáltica das ruas do Bairro Parque Nova Esperança, o Ministério Público Federal ressaltou que, quando da fiscalização em agosto de 2010, os agentes da Controladoria Geral da União observaram que havia material asfáltico desagregado e presença de buracos.

No Parecer nº 170/2012 realizado pelo Ministério Público Federal, o analista de engenharia civil informou que os serviços não foram executados de acordo com os projetos e memorial descritivos aprovados, ocorrendo falha de adesividade ligante-agregado, em razão da deficiência no teor de ligante (material asfáltico).

Porém, a r. sentença salientou que o exame pericial era igualmente impraticável, uma vez que na época do saneamento do processo, já havia sido realizado o recapeamento asfáltico de todo o sistema viário do Parque Nova Esperança, pela Prefeitura Municipal de Mirassol/SP, sem que o “*parquet*” utilizasse da via processual adequada para evitar a prejudicialidade da produção de prova pericial.

Ademais, o MM. Juiz “*a quo*” salientou que não há nenhuma prova de falha de adesividade ligante-agregado, em razão da deficiência no teor de ligante (material asfáltico), como, por exemplo, controle tecnológico com ensaio ou controle tecnológico de adesividade.

Nesse sentido, cabe transcrever a r. sentença:

A inferência constante do "Parecer Pericial" não encontra sustentação jurídica a alegada desagregação da pavimentação asfáltica do Parque Nova Esperança, pois não há nenhuma prova de falha de adesividade ligante-agregado, devido a deficiência no teor de ligante (material asfáltico), como, por exemplo, controle tecnológico com ensaio ou controle tecnológico de adesividade. Ou seja, a desagregação também poderia advir da indicação no Memorial Descritivo e Especificações Técnicas (Anexo 04, itens 6 e 7, fis. 925/926) de materiais e espessuras -- inadequados para o tráfego previsto no Parque Nova Esperança, execução pela contratada com materiais fora das especificações e construção com espessuras menores que as indicadas no projeto.

Estou, enfim, convencido da falta de prova quanto à existência dos fatos constitutivos (atos ilícitos) como descritos/narrados na petição inicial pelo autor/MPF, que, por conseguinte, leva-me a concluir pela improcedência de sua pretensão condenatória/sancionatória dos réus, ainda que apenas dos réus Fernando Arre Moreschi e Gilberto Arre Moreschi, pleiteada em suas alegações finais. (Destacamos)

Ressalta-se que, no parecer elaborado pelo Ministério Público Federal (ID 91869394), o analista de engenharia civil informou que não é possível avaliar a situação do pavimento danificado “*in loco*”, uma vez que as ruas do Parque Nova Esperança foram recapeadas.

Nesse panorama, o analista de engenharia civil do “*parquet*” utilizou uma imagem ilustrativa de notícia, publicada no sítio eletrônico oficial da Prefeitura de Mirassol/SP, como material para análise do estado de conservação do revestimento asfáltico.

Constata-se que não há um conjunto probatório suficiente para responsabilizar os réus pelas supostas falhas na pavimentação asfáltica, tendo em vista que não há prova cabal da falha de adesividade ligante-agregado e que é inviável o exame pericial, em razão do recapeamento asfáltico de todo o sistema viário do Parque Nova Esperança.

3. DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

No tocante aos honorários advocatícios, a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça é consolidada no sentido do não cabimento da condenação do autor da ação (Ministério Público Federal) ao seu pagamento, consoante o aresto ora transcrito:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO AO ART. 535, II DO CPC NÃO CONFIGURADA. ART. 18 DA LEI 7.347/85. ISENÇÃO DO ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA PREVISTA NA LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA QUE TAMBÉM SE APLICA À AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RECURSO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL PROVIDO PARA EXCLUIR A CONDENAÇÃO DO MUNICÍPIO DE ITAMBACURI/MG EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. No tocante ao art. 535, II do CPC, inexistente a violação apontada, tendo em vista que a Corte de origem apreciou fundamentadamente a controvérsia, não padecendo o acórdão recorrido de qualquer omissão, contradição ou obscuridade.

2. Este Tribunal Superior, por força do art. 5o., LXXIII e LXXXVII da Constituição Federal e do art. 18 da Lei 7.347/85, tem aplicado a isenção da sucumbência tanto na Ação Civil Pública como na Ação de Improbidade Administrativa. Precedente: REsp. 577.804/RS, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJU 14.02.2006).

3. Parecer do MPF pelo provimento do Recurso Especial.

4. Recurso Especial do MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS provido para excluir a condenação do Município de Itambacuri/MG em honorários advocatícios." (RESP 201100914965, NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE 07/02/2014)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CUMULAÇÃO ILÍCITA DE FUNÇÕES PÚBLICAS. ASSESSOR JURÍDICO EM DOIS MUNICÍPIOS. IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO POR ATO DE IMPROBIDADE. PEDIDO INICIAL. RESSARCIMENTO. DESCABIMENTO. COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. CONTRAPRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MÁ-FÉ NÃO DEMONSTRADA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Inviável o acolhimento de pedido formulado pelo Ministério Público em recurso especial, pela condenação por ato de improbidade tipificado no art. 11 da LIA, não constante da exordial, sob pena de ofensa ao art. 460 do CPC (decisão extra petita).

2. É descabida a devolução dos valores percebidos pelo agente, mesmo nos casos de cumulação ilícita de funções ou cargos, quando efetivamente houve contraprestação dos serviços, em compatibilidade de horários, para não se configurar enriquecimento ilícito da Administração. Precedente da Corte Especial.

3. É pacífica a jurisprudência de que, nas ações civis públicas, não se impõe ao Ministério Público a condenação em honorários advocatícios ou custas, ressalvados os casos em que o autor for considerado litigante de má-fé. Precedentes.

5. Recurso especial parcialmente provido." (RESP 200300716356, ELIANA CALMON, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE 20/08/2013) (Destacamos)

A mesma orientação é perfilhada por esta E. Corte:

APELAÇÃO. ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. AFASTADA PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EX-PREFEITO. ART. 11, INCISO VI, DA LEI Nº 8429/92. OMISSÃO NO DEVER DE PRESTAR CONTAS. NÃO OCORRÊNCIA. CONTAS PRESTADAS COM IRREGULARIDADES. DIFERENÇAS DE VALORES DE POUCA EXPRESSÃO ECONÔMICA. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA MANTIDA. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE MÁ-FÉ DO ADMINISTRADOR. ART. 18 DA LEI 7.347/85. ISENÇÃO DO ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA PREVISTA NA LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA QUE TAMBÉM SE APLICA À AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EXCLUSÃO DO PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO.

1. O apelado, ex-prefeito da cidade de Ivinhema/MS, prestou contas ao Tribunal de Contas da União dos recursos federais recebidos relativos ao convênio nº 7874/97-PNAE, celebrado entre o município e o Ministério da Educação, não devendo prosperar a imputação de improbidade administrativa consistente em "deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo" (artigo 11, inciso VI, da Lei nº 8.429/92).

2. Não há se falar em falta de prestação de contas quando esta ocorreu mesmo sendo constatadas irregularidades, no caso em tela foi apurado um débito no valor de R\$555,71 (quinhentos e cinquenta e cinco reais e setenta e um centavos).

3. Os atos de improbidade administrativa descritos no artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa não se confundem com simples irregularidades administrativas ou inaptidões funcionais, devendo, além disso, demonstrar a inobservância dos princípios regentes da atividade estatal - legalidade, impessoalidade, honestidade, imparcialidade, publicidade, eficiência e moralidade - sendo indispensável a má-fé do agente, não estando configurada a improbidade diante da ausência de dolo. Não se pode confundir administrador inepto com o administrador ímprobo.

4. O panorama fático exposto nos autos aponta para uma situação de irregularidade, e não de improbidade administrativa, uma vez que o apelado prestou contas relativas ao convênio mas, por falta de aplicação dos recursos no mercado financeiro, houve um débito no valor de R\$555,71 (quinhentos e cinquenta e cinco reais e setenta e um centavos) por parte do município. Não há evidências de desonestidade ou má-fé, que permita a incidência das sanções previstas na Lei nº 8.429/92.

5. Sentença absolutória mantida.

6. Quanto à verba honorária, não cabe a condenação da parte autora em honorários advocatícios, por força do art. 5º, incisos LXXIII e LXXVII, da Constituição Federal e do art. 18 da Lei nº 7.347/85, devendo ser aplicada a isenção da sucumbência tanto na Ação Civil Pública como na Ação de Improbidade Administrativa. Precedentes do E. Superior Tribunal de Justiça.

7. Apelação parcialmente provida.

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1996692 - 0000800-59.2011.4.03.6002, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA, julgado em 17/02/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/03/2016) (Destacamos)

Conforme a jurisprudência retro aduzida, sem a demonstração de má-fé do "parquet" no ajuizamento da ação de improbidade administrativa, deve ser afastada sua condenação ao pagamento das verbas de sucumbência.

4. DO DISPOSITIVO

Ante todo o exposto, voto por rejeitar as preliminares suscitadas e negar provimento à remessa oficial e ao recurso de apelação do Ministério Público Federal.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REMESSA NECESSÁRIA TIDA POR INTERPOSTA. PRELIMINARES REJEITADAS. CONJUNTO PROBATÓRIO INSUFICIENTE. AUSÊNCIA DE PROVA CABAL. RECURSO DE APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL DESPROVIDOS.

1. Trata-se de ação civil de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público Federal, imputando aos réus as sanções previstas no artigo 12, incisos II e III, da Lei n.º 8.429/92, tendo em vista o contrato celebrado pelo Município de Mirassol/SP, para a construção de 159 unidades habitacionais e execução de ações relativas ao programa Habitar Brasil-BID, com verba recebida da União, no montante de R\$ 136.354,29 (cento e trinta e seis mil, trezentos e cinquenta e quatro reais e vinte e nove centavos).

2. De acordo com a petição inicial, na execução do contrato administrativo houve falhas na estrutura de madeira do telhado do Núcleo Comunitário no Parque Nova Esperança, com mão de obra não qualificada e material de baixa qualidade, bem como na pavimentação asfáltica das ruas da área urbanizada, com material asfáltico desagregado e com presença de buracos.

3. Aduz o “*parquet*” que F.A.M. e G.A.M. eram sócios-administradores da empresa responsável pela execução da obra; M.G. e F.A.R. eram responsáveis pela fiscalização, representando a Caixa Econômica Federal; e L.C.A.L., R.L.V. e R.S. eram representantes da Prefeitura de Mirassol/SP, que não relataram as irregularidades e não fizeram obstar os pagamentos.

4. A r. sentença julgou improcedentes os pedidos formulados pelo autor, destacando que a prova pericial era impraticável nos autos, diante da demolição e substituição da estrutura de madeira por estrutura metálica no telhado do Núcleo Comunitário, bem como por ter sido realizado recapeamento asfáltico de todo o sistema viário do Parque Nova Esperança, pela Prefeitura de Mirassol/SP.

5. Inconformado, o “*parquet*” ofereceu recurso de apelação, requerendo a condenação somente de G.A.M. e F.A.M., em virtude da prática do ato de improbidade administrativa descrito no artigo 11 da Lei n.º 8.429/92.

6. Cumpre conhecer “*ex officio*” da remessa oficial, uma vez que o artigo 19 da Lei n.º 4.717/65 (Lei de Ação Popular), segundo o qual: “*a sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação está sujeita ao duplo grau de jurisdição*”, deve ser aplicado, por analogia, às ações de improbidade administrativa, pois tanto estas quanto as ações populares visam tutelar o patrimônio público “*lato sensu*”, estando ambas regidas pelo microsistema processual da tutela coletiva.

7. Merece ser rejeitada a preliminar de ilegitimidade passiva “*ad causam*” de F.A.M. e G.A.M., uma vez que eram sócios-administradores da empresa responsável pela execução da obra e, por conseguinte, pelo cumprimento do contrato administrativo celebrado como Município de Mirassol/SP.

8. Deve ser afastada a preliminar de ilegitimidade passiva “*ad causam*” de R.S., tendo em vista que era o engenheiro civil responsável pela fiscalização e recebimento da obra “*in loco*”, representando a Prefeitura de Mirassol/SP.

9. Necessário afastar a preliminar de ilegitimidade ativa “*ad causam*” do Ministério Público Federal, pois o artigo 129, III e IX, da Carta Maior atribui ao Ministério Público Federal a função de promover a ação civil pública na defesa de interesses difusos ou coletivos e exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade.

10. Não merece ser acolhida a alegação de falta de interesse de agir do Ministério Público Federal, uma vez que o "*parquet*" busca comprovar o não cumprimento do contrato administrativo e responsabilizar os réus por atos de improbidade administrativa, à luz do artigo 37, § 4º, da Constituição Federal e do artigo 12 da Lei n.º 8.429/92.
11. Deve ser afastada a preliminar de ilegitimidade passiva "*ad causam*" de M.G., porquanto era o engenheiro civil, encarregado pela Caixa Econômica Federal, de fiscalizar a execução da obra. Inclusive elaborou o Relatório de Acompanhamento de Empreendimento - RAE n.º 3, qualificando a execução da obra como razoável.
12. Merece ser rejeitada a preliminar de inépcia da petição inicial, pois o "*parquet*" classificou os supostos atos e omissões de F.A.R., que tinha a responsabilidade de fiscalizar a obra como engenheiro civil. Aliás, foi o responsável pelo Relatório de Acompanhamento de Empreendimento – RAE n.º 13, sendo liberado regularmente o pagamento à empresa executora da obra.
13. Ressalta-se que, conforme disposição especial contida no art. 23, I, da Lei n.º 8.429/92, as ações destinadas a levar a efeito as sanções concernentes a atos de improbidade administrativa podem ser propostas até cinco anos após o término do exercício do mandato, do cargo em comissão ou da função comissionada.
14. O prazo prescricional quinquenal e o respectivo termo inicial devem ser estendidos aos demais réus, por se tratarem de particulares que concorreram para a prática dos atos tido como ímprobos ou, ao menos, se beneficiaram deles, porquanto apenas incorrem nas sanções decorrentes de atos de improbidade, quando atuam em conjunto com o agente público, à luz do artigo 3º da Lei de Improbidade Administrativa.
15. No tocante às alegações de falhas no telhado do Núcleo Comunitário, houve o Relatório de Análise e Parecer Técnico realizada pelo engenheiro J.L.Z.B., contratado pela ré R.L.V., que rechaçou os argumentos da perícia realizada pelo engenheiro S.S.P., contratado pelo Município de Mirassol/SP.
16. Após análise minuciosa dos autos e dos laudos periciais elaborados pelos engenheiros J.L.Z.B. e S.S.P., verifica-se que há um conjunto probatório insuficiente quanto às alegações de falhas no telhado do Núcleo Comunitário do Parque Nova Esperança.
17. Com efeito, há pouca materialidade que comprove as acusações do Ministério Público Federal, não sendo possível extrair conclusões que indiquem a verossimilhança das supostas ilegalidades praticadas pelos réus.
18. Cabe mencionar ainda que a Prefeitura de Mirassol/SP, no processo administrativo disciplinar, examinou as duas perícias e concluiu que não há como estabelecer qual é a correta, bem como que não há nos autos provas inequívocas para imputar eventual responsabilização.
19. Em relação às alegações de falhas na pavimentação asfáltica das ruas, o analista de engenharia civil do "*parquet*" informou que não é possível avaliar a situação do pavimento danificado "*in loco*", uma vez que as ruas do Parque Nova Esperança foram recapeadas. Sendo assim, o parecer utilizou uma imagem ilustrativa de notícia, publicada no sítio eletrônico oficial da Prefeitura de Mirassol/SP, como material para análise do estado de conservação do revestimento asfáltico.
20. Constata-se que não há um conjunto probatório suficiente para responsabilizar os réus pelas supostas falhas na pavimentação asfáltica, tendo em vista que não há prova cabal da falha de adesividade ligante-agregado e que é inviável o exame pericial, em razão do recapeamento asfáltico de todo o sistema viário do Parque Nova Esperança.
21. Por fim, ressalta-se que a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça é consolidada no sentido da não condenação do Ministério Público Federal ao pagamento de honorários advocatícios em ação de improbidade administrativa, salvo em caso de litigância de má-fé.
22. Ante todo o exposto, rejeito as preliminares suscitadas e nego provimento à remessa oficial e ao recurso de apelação do Ministério Público Federal.
23. Preliminares rejeitadas. Remessa necessária e recurso de apelação desprovidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou as preliminares suscitadas e negou provimento à remessa oficial e ao recurso de apelação do Ministério Público Federal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000450-78.2019.4.03.6107
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: KILBRA TRADING EQUIPAMENTOS PARA AVICULTURA LTDA
Advogados do(a) APELANTE: HERICK HECHT SABIONI - SP341822-A, SERGIO LUIZ SABIONI - SP88765-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000450-78.2019.4.03.6107
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: KILBRA TRADING EQUIPAMENTOS PARA AVICULTURA LTDA
Advogados do(a) APELANTE: HERICK HECHT SABIONI - SP341822-A, SERGIO LUIZ SABIONI - SP88765-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por KILBRA TRADING EQUIPAMENTOS PARA AVICULTURA LTDA, em face da r. sentença (Id num. 92524623) que julgou improcedente o pedido, nos autos do **MANDADO DE SEGURANÇA, com pedido de tutela provisória de urgência**, impetrado pela apelante **KILBRA TRADING EQUIPAMENTOS PARA AVICULTURA LTDA.**, em face do **DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM ARAÇATUBA/SP**, por meio do qual se objetiva a salvaguarda de alegado direito líquido e certo, consistente na aplicação, no âmbito do benefício fiscal REINTEGRA (Lei Federal n. 13.043/2014), da alíquota de 3% no período de 01/03/2015 a 29/05/2015 e de 1% no período de 01/12/2015 a 16/01/2016.

Alega a impetrante que o Governo Federal, por meio do Decreto Federal n. 8.415/2015, de 27/02/2015, reduziu a alíquota do benefício fiscal REINTEGRA de 3% para 1%, sem respeitar a anterioridade nonagesimal. No entender da impetrante, o período de 01/03/2015 a 29/05/2015, que antes estava abrangido por uma alíquota de 3%, passou, com total desrespeito àquele princípio, a contemplar a incidência de uma alíquota muito menor (de 1%), resultando, assim, num diferencial de alíquota de 2%.

O mesmo ocorreu, segundo consta da inicial, no período de 01/12/2015 a 19/01/2016, o qual, até então regido por uma alíquota de 1%, passou, por obra do Decreto Federal n. 8.543/2015, que produziu efeitos sem observância do princípio da anterioridade nonagesimal, a contemplar a incidência de uma alíquota muito menor (de 0,1%), resultando, assim, num diferencial de alíquota de 0,9%.

Diante desse contexto, a impetrante aduz possuir o direito líquido e certo ao diferencial de alíquota de 2%, para o período de 01/03/2015 a 29/05/2015, e de 0,9%, para o período de 01/12/2015 a 19/01/2016, já que as reduções, por equivalerem a verdadeiras majorações indiretas de tributos, tinham de ter observado o princípio da anterioridade nonagesimal.

A inicial (fls. 04/18), fazendo menção ao valor da causa (R\$ 42.325,38), foi instruída com documentos (fls. 19/152).

O pedido de tutela provisória de urgência teve sua análise postergada (despacho de fl. 155 – ID 15017043).

A UNIÃO pleiteou o seu ingresso no feito (fl. 160 – ID 1575556).

Notificada, a autoridade impetrada prestou informações (fls. 163/165 – ID 15562395), no seio das quais pugnou pela denegação da segurança em virtude da inexistência do alegado direito líquido e certo.

O MM. Juíza *quo* julgou **JULGOU IMPROCEDENTE** a pretensão inicial e, com isso, **DENEGOU A SEGURANÇA** vindicada, extinguindo o feito, com resolução de mérito, nos termos do inciso I do artigo 487 do Código de Processo Civil. Custas na forma da lei. Sem condenação em honorários sucumbenciais (Lei Federal n. 12.016/2009, art. 25). Sentença não sujeita ao reexame necessário (Lei Federal n. 12.016/09, art. 14, § 1º).

Em razões recursais, requer a apelante seja dado total provimento ao recurso de apelação, a fim de reformar integralmente a sentença, concedendo a segurança para assegurar o direito líquido e certo de valer-se do percentual de 2% do Reintegra (diferença de alíquota: redução de 3% para 1%), no período de 01/03/2015 a 29/05/2015, bem como do percentual de 0,9% do Reintegra (diferença de alíquota: redução de 1% para 0,1%), no período de 01/12/2015 a 19/01/2016, afastando a aplicação imediata dos Decretos nº 8.415/15 e nº 8.543,15, em prol dos princípios da anterioridade nonagesimal e da segurança jurídica, determinando que o apelado aceite o protocolo do pedido PER/DCOMP de forma eletrônica ou manual (empapel).

Com contrarrazões, vieramos autos a este E. Tribunal.

O ilustre Representante do Ministério Público Federal opina pelo regular prosseguimento do feito (Id num. 92524623).

É o Relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000450-78.2019.4.03.6107

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: KILBRA TRADING EQUIPAMENTOS PARA AVICULTURA LTDA

Advogados do(a) APELANTE: HERICK HECHT SABIONI - SP341822-A, SERGIO LUIZ SABIONI - SP88765-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras (REINTEGRA), é um benefício fiscal instituído inicialmente em 2011 por meio da Lei 12.546/2011, e reinstituído pela Lei 13.043/2014, como forma de estimular as empresas exportadoras brasileiras que manufaturassem produtos no país, para que fossem reduzidos os custos tributários residuais pagos ao longo da cadeia produtiva mas que não foram compensados, de modo a aumentar sua competitividade no mercado global.

Tais custos tributários residuais são calculados por meio da aplicação de uma alíquota de até 3% (fixada por meio de ato infralegal do Poder Executivo) sobre a receita decorrente da exportação de bens industrializados (de acordo com o setor econômico e tipo de atividade exercida pelas empresas).

Essa alíquota, originalmente fixada em 3%, foi alterada pelo Decreto 8.415, de 27 de fevereiro de 2015, sendo reduzida para 1% entre 1º de março de 2015 e 31 de dezembro de 2016. Após, depois, foi editado o Decreto 8.543 de 21 de outubro de 2015, que também passou a produzir efeitos na data de sua publicação (22/10/2015), e reduziu novamente as alíquotas do REINTEGRA para 0,1% entre 1º de dezembro de 2015 e 31 de dezembro de 2016.

Com razão a apelante é certo que tais alterações desrespeitaram frontalmente os princípios constitucionais da anterioridade anual e nonagesimal, expostos no artigo 150, inciso III, alíneas “b” e “c” da Constituição Federal, o que definitivamente se aplica ao presente caso com a redução das alíquotas do REINTEGRA. Tanto é assim que este posicionamento vem sendo reiterado em várias decisões recentes que ressaltam a necessidade de observação de tais princípios no caso da redução das alíquotas do REINTEGRA promovidas pelos Decretos 8.415/15, 8.543/15 e 9.383/2018, por se tratar de majoração indireta de tributos

Ademais, a controvérsia trazida aos autos não comporta grandes questionamentos haja vista o entendimento pacificado no âmbito do STF quanto à inconstitucionalidade das alterações promovidas pelos decretos nº 8.415/15 e nº 8.543/15 no âmbito do REINTEGRA diante da ofensa ao princípio da anterioridade, em seu aspecto anual e nonagesimal. Nesse sentido, destaco:

DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CPC/2015. PROGRAMA REINTEGRA. PIS E COFINS. APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS. REVOGAÇÃO DE BENEFÍCIO FISCAL. REDUÇÃO DA ALÍQUOTA. MAJORAÇÃO INDIRETA DE TRIBUTOS. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE NONAGESIMAL. CONSONÂNCIA DA DECISÃO AGRAVADA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO MANEJADO SOB A VIGÊNCIA DO CPC/2015. 1. O entendimento assinalado na decisão agravada não diverge da jurisprudência firmada no Supremo Tribunal Federal. Ao julgamento da ADI 2.325-MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, esta Suprema Corte decidiu que a revogação de benefício fiscal, quando acarrete majoração indireta de tributos, deve observar o princípio da anterioridade nonagesimal. 2. As razões do agravo interno não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada. 3. Em se tratando de mandado de segurança, inaplicável o artigo 85, §§ 2º, 3º e 11, do CPC/2015. 4. Agravo interno conhecido e não provido.” (STF – RE nº 983.821 AgR, Rel(a) Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, j. em 03/04/2018, p. em 16/04/2018)

Agravo regimental no recurso extraordinário. Tributário. REINTEGRA. Decreto nº 8.415/15. Princípio da anterioridade nonagesimal. 1. O entendimento da Corte vem se firmando no sentido de que não só a majoração direta de tributos atrai a aplicação da anterioridade nonagesimal, mas também a majoração indireta decorrente de revogação de benefícios fiscais. 2. Negativa de provimento ao agravo regimental. Não se aplica ao caso dos autos a majoração dos honorários prevista no art. 85, § 11, do novo Código de Processo Civil, uma vez que não houve o arbitramento de honorários sucumbenciais pela Corte de origem (Súmula 512/STF). (RE nº 1.081.041/SC, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, DJe de 27/4/18)

REINTEGRA – DECRETOS Nº 8.415 E Nº 8.543, DE 2015 – BENEFÍCIO – REDUÇÃO DO PERCENTUAL – ANTERIORIDADE – PRECEDENTES. Promovido aumento indireto de tributo mediante redução da alíquota de incentivo do Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras REINTEGRA, cumpre observar o princípio da anterioridade, geral e nonagesimal, constante das alíneas b e c do inciso III do artigo 150 da Constituição Federal. Precedente: medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 2.325/DF, Pleno, relator ministro Marco Aurélio, acórdão publicado no Diário da Justiça de 6 de outubro de 2006. (RE 964850 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 08/05/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-128 DIVULG 27-06-2018 PUBLIC 28-06-2018)

AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. O acórdão recorrido encontra-se em harmonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de ser imperativa a observância do princípio da anterioridade, geral e nonagesimal (art. 150, III, b e c, da Constituição Federal), em face de aumento indireto de tributo decorrente da redução da alíquota de incentivo do Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras (REINTEGRA). 2. Nesse sentido, o RE 964.850 AgR, desta 1ª Turma, Relator o ilustre Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 8/5/2018; e o RE 1.081.041 AgR, 2ª Turma, Relator o ilustre Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 27/4/2018. 3. Agravo Interno a que se nega provimento. Não se aplica o art. 85, § 11, do CPC/2015, tendo em vista que não houve fixação de honorários advocatícios nas instâncias de origem. (RE 1040084 AgR, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 29/05/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-120 DIVULG 15-06-2018 PUBLIC 18-06-2018)

No voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes no RE 1105918 AGR/SC, 2ª Turma, julgado em sessão virtual de 8.6.2018 a 14.6.2018, considerou-se que:

...ao reduzir o percentual para apuração do crédito a ser compensado no âmbito do Reintegra, implicou aumento indireto da carga tributária do agravado. Isso porque, na medida em que restringiu a extensão de incidência do incentivo, acabou por onerar indiretamente a operação da cadeia de exportação. Desse modo, inafastável na espécie a incidência do princípio da anterioridade nonagesimal.

Da mesma forma aponto as decisões monocráticas (RE 970.955/SC, Rel. Min. Dias Toffoli; RE 775.181/SC, Rel. Min. Gilmar Mendes; RE 1.026.463/RS, Rel. Min. Rosa Weber; ARE 985.209/RO, Rel. Min. Marco Aurélio, RE 1053254/RS, Rel. Min. Luis Barroso) que se orientam no mesmo sentido.

Ora, se - conforme dito pelo STF - a redução da alíquota que impactou a cadeia de importação resultou no aumento de carga tributária - o certo é que incide a limitação constitucional referente a anterioridade anual (art. 150, III, "b", CF), porquanto houve alteração da base de cálculo como o expurgo na apuração de crédito pela pessoa jurídica exportadora.

Com efeito, reduzido o percentual de crédito, houve aumento, ainda que indireto, da carga tributária, onerando o contribuinte repentinamente, razão pela qual o princípio da anterioridade é aplicável ao caso justamente a fim de evitar o elemento surpresa.

Assim, diante da fundamentação acima deve ser assegurado à impetrante o direito de utilizar a alíquota de 3% no período de 01/03/2015 a 29/05/2015 e de 1% no período de 01/12/2015 a 16/01/2016, conforme requerido na inicial.

No mesmo sentido, colhe-se da jurisprudência desta E. Corte:

TRIBUTÁRIO – AGRAVO DE INSTRUMENTO - REINTEGRA – REDUÇÃO DO PERCENTUAL DE CREDITAMENTO – ANTERIORIDADE. 1. O Supremo Tribunal Federal tem determinado a observância da anterioridade, no âmbito do Reintegra. 2. O Decreto nº. 9.393/18, ao reduzir o percentual de creditamento, promoveu aumento tributário indireto. Deve observar a anterioridade. 3. Agravo de instrumento provido. (TRF 3ª Região, 6ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5028436-29.2018.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal FABIO PRIETO DE SOUZA, julgado em 12/04/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 23/04/2019)

APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. REINTEGRA. REDUÇÃO DE ALÍQUOTA PELO PODER EXECUTIVO. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE TRIBUTÁRIA, ANUAL OU NONAGESIMAL. NECESSIDADE. MAJORAÇÃO INDIRETA DA CARGA TRIBUTÁRIA. JURISPRUDÊNCIA DO STF. RECURSO E REEXAME DESPROVIDOS. (TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5002151-51.2018.4.03.6126, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 12/04/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 23/04/2019)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. REINTEGRA. PERCENTUAL 2%. AFASTAR DECRETO 9.393/2018. APELAÇÃO PROVIDA. -Ao analisar, no âmbito do REINTEGRA, a redução do percentual incidente sobre as receitas de exportação para apuração do crédito perpetrada pelos Decretos nº. 8.415/15 e 8543/15, o C. STF entendeu que corresponde à majoração indireta do imposto e, por isso, sujeita-se ao princípio da anterioridade (RE 964850 AgR). -Na hipótese, considerando que, nos termos do decreto 9.393/18, o crédito reembolsável foi reduzido para apenas 0,1%, trata-se, em verdade, de majoração dos tributos incidentes sob a cadeira produtiva. E, sob esta perspectiva, é inovação legislativa que deve obedecer ao princípio da anterioridade, nos exatos termos do julgado acima referido. Jurisprudência dessa Corte. -Ainda, em relação ao princípio da segurança jurídica, outra alternativa não resta senão manter o benefício tal como concedido, como forma de assegurar a estabilidade das relações jurídicas. -Em relação aos valores indevidamente recolhidos a tal título, autorizada a compensação, nos termos em que disciplina o art. 74 da Lei 9.430/96, com alterações da Lei 10.637/2002, devendo ainda, ser observado o disposto no art. 170-A do CTN. -Apelação provida. (TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5003890-80.2018.4.03.6119, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 05/04/2019, Intimação via sistema DATA: 09/04/2019)

O pedido de ressarcimento de crédito relativo ao REINTEGRA é efetuado pelo estabelecimento matriz da empresa, mediante a utilização do programa PER/DCOMP ou, na impossibilidade de sua utilização, mediante o formulário Pedido de Restituição ou Ressarcimento, acompanhado de documentação que comprove o direito ao crédito.

Os créditos apurados podem ser utilizados pelas empresas somente para solicitar seu ressarcimento em espécie ou para efetuar compensação com débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a tributos administrados pela Receita Federal. Essa regra foi estabelecida pela Receita por meio da IN nº 1.529, que altera a Instrução Normativa nº 1.300/2012 que trata do tema.

Deverá, ainda, ser observado o disposto no art. 170-A do CTN e sobre o indébito incidirá correção monetária pela taxa SELIC, a qual não poderá ser cumulada com qualquer outro índice.

Diante do exposto dou provimento à apelação da parte impetrante na forma da fundamentação acima. Sem honorários.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. REINTEGRA. DECRETOS nºs 8.543/15, 8.415/15. REDUÇÃO DE PERCENTUAL RELATIVO A BENEFÍCIO FISCAL. EXIGÊNCIA NO MESMO EXERCÍCIO FISCAL E ANTES DE DECORRIDOS NOVENTA DIAS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE NONAGESIMAL E ANUAL. COMPENSAÇÃO. APELAÇÃO DA PARTE IMPETRANTE PROVIDA.

1. O Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras (REINTEGRA), é um benefício fiscal instituído inicialmente em 2011 por meio da Lei 12.546/2011, e reinstituído pela Lei 13.043/2014, como forma de estimular as empresas exportadoras brasileiras que manufaturassem produtos no país, para que fossem reduzidos os custos tributários residuais pagos ao longo da cadeia produtiva mas que não foram compensados, de modo a aumentar sua competitividade no mercado global.

2. Tais custos tributários residuais são calculados por meio da aplicação de uma alíquota de até 3% (fixada por meio de ato infralegal do Poder Executivo) sobre a receita decorrente da exportação de bens industrializados (de acordo com o setor econômico e tipo de atividade exercida pelas empresas). Essa alíquota, originalmente fixada em 3%, foi alterada pelo Decreto 8.415, de 27 de fevereiro de 2015, sendo reduzida para 1% entre 1º de março de 2015 e 31 de dezembro de 2016. Após, depois, foi editado o Decreto 8.543 de 21 de outubro de 2015, que também passou a produzir efeitos na data de sua publicação (22/10/2015), e reduziu novamente as alíquotas do REINTEGRA para 0,1% entre 1º de dezembro de 2015 e 31 de dezembro de 2016.

3. Com razão a apelante é certo que tais alterações desrespeitaram frontalmente os princípios constitucionais da anterioridade anual e nonagesimal, expostos no artigo 150, inciso III, alíneas "b" e "c" da Constituição Federal, o que definitivamente se aplica ao presente caso com a redução das alíquotas do REINTEGRA. Tanto é assim que este posicionamento vem sendo reiterado em várias decisões recentes que ressaltam a necessidade de observação de tais princípios no caso da redução das alíquotas do REINTEGRA promovidas pelos Decretos 8.415/15 E 8.543/15, por se tratar de majoração indireta de tributos

4. Ademais, a controvérsia trazida aos autos não comporta grandes questionamentos haja vista o entendimento pacificado no âmbito do STF quanto à inconstitucionalidade das alterações promovidas pelos decretos nº 8.415/15 e nº 8.543/15 no âmbito do REINTEGRA diante da ofensa ao princípio da anterioridade, em seu aspecto anual e nonagesimal.

5. Ora, se - conforme dito pelo STF - a redução da alíquota que impactou a cadeia de importação resultou no aumento de carga tributária - o certo é que incida a limitação constitucional referente a anterioridade anual (art. 150, III, "b", CF), porquanto houve alteração da base de cálculo como o expurgo na apuração de crédito pela pessoa jurídica exportadora.

6. Com efeito, reduzido o percentual de crédito, houve aumento, ainda que indireto, da carga tributária, onerando o contribuinte repentinamente, razão pela qual o princípio da anterioridade é aplicável ao caso justamente a fim de evitar o elemento surpresa.

7. Sentença reformada para assegurar à impetrante o direito de utilizar a alíquota de 3% no período compreendido na inicial.

8. O pedido de ressarcimento de crédito relativo ao REINTEGRA é efetuado pelo estabelecimento matriz da empresa, mediante a utilização do programa PER/DCOMP ou, na impossibilidade de sua utilização, mediante o formulário Pedido de Restituição ou Ressarcimento, acompanhado de documentação que comprove o direito ao crédito. Os créditos apurados podem ser utilizados pelas empresas somente para solicitar seu ressarcimento em espécie ou para efetuar compensação com débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a tributos administrados pela Receita Federal. Essa regra foi estabelecida pela Receita por meio da IN nº 1.529, que altera a Instrução Normativa nº 1.300/2012 que trata do tema. Deverá, ainda, ser observado o disposto no art. 170-A do CTN e sobre o indébito incidirá correção monetária pela taxa SELIC, a qual não poderá ser cumulada com qualquer outro índice.

9. Apelação da impetrante provida. Sem honorários.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002060-60.2019.4.03.6114
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS - CVM
Erro de interpretação na linha: '
#{processoTrfHome.processoPartePoloAtivoDetalhadoStr}
' : java.lang.ClassCastException
APELADO: CLAUDIO GERALDINI
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
Advogado do(a) APELADO: VINICIUS CAMPOI - SP223592-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002060-60.2019.4.03.6114
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS - CVM
Erro de interpretação na linha: '
#{processoTrfHome.processoPartePoloAtivoDetalhadoStr}
' : java.lang.ClassCastException: br.jus.pje.nucleo.entidades.PessoaJuridica cannot be cast to br.jus.pje.nucleo.entidades.PessoaFisica
APELADO: CLAUDIO GERALDINI
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
Advogado do(a) APELADO: VINICIUS CAMPOI - SP223592-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de Embargos de Terceiro opostos CLAUDIO GERALDINI objetivando o cancelamento da penhora que recaiu sobre o imóvel Matrícula nº 11.621 do 1º CRI de São Bernardo do Campo/SP, realizada nos autos da Execução Fiscal nº 0001309-37.2014.4.03.6114, que a COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS (CVM) ajuizou em face de Fernando Antônio Dantas.

A sentença julgou procedente o pedido, sem condenação em honorários advocatícios.

Apela a CVM, sustentando a improcedência do pedido.

Com contrarrazões, os autos subiram a este Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002060-60.2019.4.03.6114

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS - CVM

Erro de interpretação na linha: '

{processoTrfHome.processoPartePoloAtivoDetalhadoStr}

': java.lang.ClassCastException: br.jus.pje.nucleo.entidades.PessoaJuridica cannot be cast to br.jus.pje.nucleo.entidades.PessoaFisica

APELADO: CLAUDIO GERALDINI

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Advogado do(a) APELADO: VINICIUS CAMPOI - SP223592-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

No presente caso, a farta documentação trazida à colação demonstra que a embargante adquiriu o imóvel de matrícula nº 11.621 do 1º CRI de São Bernardo do Campo/SP em fevereiro de 1994, sem, contudo, ter realizado o respectivo registro, sobrevivendo, no ano de 2014, a penhora do imóvel.

Embora a alienação do imóvel não tenha sido formalizada mediante o registro do novo proprietário na matrícula do imóvel, a propriedade claramente não pertence ao executado Fernando Antônio Dantas, mas sim a pessoa estranha à execução fiscal e à dívida em cobro.

Os documentos carreados aos autos fazem prova suficiente da tradição informal, que foi realizada muitos anos antes medida constitutiva, tendo a embargante comprovado estar no exercício da posse direta sobre o bem.

Nos termos da Súmula 84 do Superior Tribunal de Justiça:

"É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda de compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro."

De fato, o compromisso de compra e venda de imóvel enquanto contrato preliminar cria direito real de aquisição do bem imóvel para o promitente comprador (art. 1.225, inciso VII, do CC). Isso significa que o promitente vendedor passa a ter a obrigação de entregar o imóvel, de forma que mesmo a ausência de registro da incorporação do imóvel gera efeitos civis.

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

"DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CPC/73. EMBARGOS DE TERCEIRO. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA NÃO REGISTRADO. NATUREZA JURÍDICA. EFEITOS. ALEGAÇÃO DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL AFASTADA. AUSÊNCIA DO REGISTRO DO MEMORIAL DE INCORPORAÇÃO E DEMAIS DOCUMENTOS PREVISTOS NO ART. 32 DA LEI Nº 4.591/1964. ÔNUS DA INCORPORADORA. NULIDADE AFASTADA. SUCUMBÊNCIA. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE.

1. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC quando o tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos.

2. O descumprimento, pela incorporadora, da obrigação prevista no art. 32 da Lei 4.591/64, consistente no registro do memorial de incorporação no Cartório de Imóveis e dos demais documentos nele arrolados, não implica a nulidade ou anulabilidade do contrato de promessa de compra e venda de unidade condominial. Precedentes.

3. É da natureza da promessa de compra e venda devidamente registrada a transferência, aos adquirentes, de um direito real denominado direito do promitente comprador do imóvel (art. 1.225, VII, do CC/02).

4. A promessa de compra e venda gera efeitos obrigacionais adjetivados, que podem atingir terceiros, não dependendo, para sua eficácia e validade, de ser formalizada em instrumento público. Precedentes.

5. Mesmo que o promitente-vendedor não outorgue a escritura definitiva, não tem mais ele o poder de dispor do bem prometido em alienação. Está impossibilitado de oferecê-lo em garantia ou em dação Documento: 1698828 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 24/04/2018 Página 1 de 5 Superior Tribunal de Justiça em pagamento de dívida que assumiu ou de gravá-lo com quaisquer ônus, pois o direito atribuído ao promissário-comprador desfalca da esfera jurídica do vendedor a plenitude do domínio.

6. Como consequência da limitação do poder de disposição sobre o imóvel prometido, eventuais negócios conflitantes efetuados pelo promitente-vendedor tendo por objeto o imóvel prometido podem ser tidos por ineficazes em relação aos promissários-compradores, ainda que atinjam terceiros de boa-fé.

7. Recurso especial provido."

(STJ, REsp 1.490.802/DF, 3ª Turma, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, julgado em 14/04/2018, DJe 24/04/2018).

Reconhece-se, portanto, a validade do compromisso de compra e venda para desconstituir o arrolamento, mesmo que não providenciado o respectivo o imobiliário, como garantia da boa-fé e da realidade fática negocial.

Nesse sentido, a jurisprudência desta Corte:

CIVIL. TRIBUTÁRIO. ARROLAMENTO DE BENS. ART. 64 DA LEI Nº 9.532/97. CONTRATO PARTICULAR CELEBRADO ANTES DO REGISTRO DO ARROLAMENTO. PROVAS APTAS A CARACTERIZAREM A TRANSFERÊNCIA DOS BENS NA DATA CONSIGNADA. VALIDADE DO INSTRUMENTO PARTICULAR LEVADO A REGISTRO. ILEGALIDADE DO ATO CONSTRITIVO. PRESERVAÇÃO DO DIREITO DE TERCEIRO ADQUIRENTE DE BOA-FÉ.

1. Não há nulidade na sentença, tampouco cerceamento de defesa, ao julgar-se antecipadamente a lide, sem colheita da prova testemunhal, quando os elementos constantes dos autos são suficientes para dirimir a controvérsia e embasar o convencimento do Juiz.

2. Segundo a Súmula n.º 84 do Superior Tribunal de Justiça, "É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro".

3. Conquanto o instrumento particular de venda e compra, com firma reconhecida, não tenha sido levado a registro, presume-se sua veracidade, bem como a boa-fé dos adquirentes.

4. Demonstrado que o imóvel não mais pertencia ao patrimônio dos devedores tributários à época do arrolamento de bens, é evidente que não poderiam constar na lista de bens arrolados. Entender o contrário consistiria em admitir que o arrolamento recaísse sobre bem de propriedade de terceiro, reconhecendo a exclusão da referida medida fiscal.

5. Recurso de apelação provido.

(AC nº 0002196-51.2014.4.03.6104, Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS, TRF3 - Terceira Turma, e-DJF3 Judicial I DATA: 12/09/2019)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ARTIGO 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. SÚMULA 84 DO STJ

1. Se mesmo o compromisso de compra e venda, antes de registrado, é suficiente para demonstrar a transferência da posse e o ato de disposição dominial tendo o imóvel por objeto (Súmula STJ 84), com mais forte razão a escritura pública e definitiva da compra-e-venda, aliás também precedida de pré-contrato, o será.

2. Celebrado o contrato que importe disposição irrevogável e oponível a terceiros, o imóvel não pode ser alienado judicialmente para satisfação de dívida do alienante ou promitente vendedor, salvo nos casos de fraude a credores ou à execução.

3. O imóvel objeto de promessa irrevogável de compra e venda permanece apenas formalmente no patrimônio do alienante, até o registro da escritura de compra e venda. A penhora, em tal caso, pode recair sobre o preço do imóvel, se ainda não houver sido inteiramente pago.

4. Os "terceiros" a quem o contrato não seria oponível são aqueles que, ignorando o ato de disposição precedente, porquanto não registrado, adquirissem o bem de boa-fé. Conhecendo a existência do ato de disposição dominial, ainda que não registrado, o credor não poderia mais ser considerado de boa-fé se promovesse a penhora e a alienação judicial.

5. O terceiro adquirente age de boa-fé se, ao tempo em que celebrou o contrato, não havia motivo para suspeitar da legitimidade do negócio, agindo com a diligência que lhe era exigível. Para tal avaliação, deve ser levada em conta a data do compromisso irrevogável de compra e venda, se antecedeu à lavratura da escritura definitiva e houve prova idônea quanto à época da celebração.

6. Agravo que se nega provimento."

(TRF 3ª Região, Relator Desembargador Federal HENRIQUE HERKENHOFF, Segunda Turma, DJF3 CJI DATA:12/11/2009).

Diante do exposto, nego provimento à apelação.

É o voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. AUSÊNCIA DE REGISTRO IMOBILIÁRIO. GARANTIA DOS INTERESSES DE ADQUIRENTE DE BOA-FÉ. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

1. O compromisso de compra e venda de imóvel enquanto contrato preliminar cria direito real de aquisição do bem imóvel para o promitente comprador (art. 1225, inciso VII do CC). Isso significa que o promitente vendedor passa a ter a obrigação de entregar o imóvel, de forma que mesmo a ausência de registro da incorporação do imóvel gera efeitos civis.
2. Reconhecida a validade do compromisso de compra e venda para desconstituir o arrolamento fiscal sobre a propriedade, mesmo que não providenciado o respectivo registro imobiliário, como garantia da boa-fé e da realidade fática negocial, desde que não configurada a fraude à execução fiscal.
3. Apelação não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5016960-90.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: COVESTRO INDUSTRIA E COMERCIO DE POLIMEROS LTDA

Advogado do(a) APELANTE: RODRIGO MAITO DA SILVEIRA - SP174377-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA DE SÃO PAULO

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5016960-90.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: COVESTRO INDUSTRIA E COMERCIO DE POLIMEROS LTDA

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 23/06/2020 1072/4253

Advogado do(a) APELANTE: RODRIGO MAITO DA SILVEIRA - SP174377-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE
ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA DE SÃO PAULO
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por **COVESTRO INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE POLÍMEROS LTDA.**, em face da r. sentença (Id num. 123341712) que denegou a segurança, nos autos do Mandado de Segurança impetrado contra ato do **DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA EM SÃO PAULO – DERAT**, objetivando provimento jurisdicional que determine à autoridade coatora se abstenha da prática do recolhimento do IPI nas saídas de mercadorias do estabelecimento importador que não sofreram processo de industrialização. Ao final, requer o reconhecimento de seu direito à repetição do indébito tributário referente aos últimos 5 (cinco) anos, devidamente atualizado pela taxa SELIC.

Narra a impetrante ser pessoa jurídica que tem como atividade principal a comercialização de polímeros e produtos químicos e que, por conseguinte, realiza a importação de produtos para a revenda no mercado interno.

Afirma que se sujeita à incidência de IPI em dois momentos, no desembaraço aduaneiro e na comercialização dos produtos no mercado nacional.

Nesse sentido, aduz que somente deve subsistir a exigência de IPI por ocasião do desembaraço aduaneiro da mercadoria importada, conforme inciso I, do art. 2º, da Lei n. 4.502/64 e inciso I, do artigo 46, do CTN. É dizer, o referido imposto não deveria ser novamente exigido por ocasião da saída interna do produto importado, porque ausente qualquer operação que modifique a sua finalidade ou natureza.

Sustenta que além de representar bitributação, a dupla incidência do IPI fere o princípio da isonomia e o GATT.

Notificada, a autoridade coatora deixou de prestar informações.

O MM. Juiz a quo **JULGOU IMPROCEDENTE O PEDIDO** (Id num. 123341712), extinguindo o processo, com resolução de mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, e, por conseguinte, **DENEGOU A ORDEM**. Custas *ex lege*. Honorários advocatícios indevidos, nos termos do art. 25 da Lei 12.016/2009.

Em razões recursais (Id num. 123341718), a Apelante requer seja provido o presente Recurso de Apelação, sendo integralmente reformada a r. sentença, para que seja reconhecido o seu direito líquido e certo de (i) não se submeter à incidência de IPI na primeira operação de saída dos bens por ela importados que não sofram novo processo de industrialização, em virtude da clara ilegalidade e inconstitucionalidade de tal cobrança; e (ii) reaver, por meio de compensação/restituição na esfera administrativa, os valores indevidamente pagos a tal título nos últimos 5 anos, devidamente atualizados pela taxa SELIC. Subsidiariamente, caso, esta e. Turma entenda pela manutenção da r. sentença, requer a Apelante seja determinado o sobrestamento do presente feito, haja vista o reconhecimento da repercussão geral pelo STF sobre o assunto, no RE 946.648.

Com contrarrazões, vieram autos a este E. Tribunal.

O ilustre Representante do Ministério Público Federal opina pelo regular prosseguimento do feito (Id num. 128150863).

É o Relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5016960-90.2019.4.03.6100
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: COVESTRO INDUSTRIA E COMERCIO DE POLIMEROS LTDA
Advogado do(a) APELANTE: RODRIGO MAITO DA SILVEIRA - SP174377-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE
ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA DE SÃO PAULO
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Mandado de Segurança é uma ação constitucional prevista no artigo 5º, inciso LXIX da Constituição Federal e na norma prevista na Lei 12.016 de 2009, e tem por objeto a proteção de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

É o que se depreende da leitura do inciso LXIX, do artigo 5º da Constituição Federal: "*conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparável por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público*".

Em razões recursais (Id num. 123341718), a Apelante requer seja provido o presente Recurso de Apelação, sendo integralmente reformada a r. sentença, para que seja reconhecido o seu direito líquido e certo de (i) não se submeter à incidência de IPI na primeira operação de saída dos bens por ela importados que não sofram novo processo de industrialização, em virtude da clara ilegalidade e inconstitucionalidade de tal cobrança; e (ii) reaver, por meio de compensação/restituição na esfera administrativa, os valores indevidamente pagos a tal título nos últimos 5 anos, devidamente atualizados pela taxa SELIC. Subsidiariamente, caso, esta e. Turma entenda pela manutenção da r. sentença, requer a Apelante seja determinado o sobrestamento do presente feito, haja vista o reconhecimento da repercussão geral pelo STF sobre o assunto, no RE 946.648.

De saída, trago que Relator do RE nº 946.648, Min. Marco Aurélio Melo, consignou que o reconhecimento da repercussão geral do tema não impõe a suspensão indiscriminada de processos em trâmite sobre o assunto, a saber:

"É princípio básico o acesso ao Judiciário para afastar lesão ou ameaça de lesão a direito. Descabe, simplesmente, emprestar a essa garantia do cidadão contornos simplesmente formais. A tanto equivale atender ao pleito formulado pela recorrente no que, inclusive, extravasa os limites dos próprios interesses. A cláusula do inciso II do artigo 1.037 do Código de Processo Civil há de ser observada com extremo cuidado, surgindo própria em casos excepcionais, o que não se verifica na espécie. Uma coisa é, ante a repercussão geral admitida, suspender-se o envio de processos que, em Tribunais, estejam prontos para exame do Supremo. Algo diverso é implementar-se, de forma linear, a suspensão, seja qual for a fase, de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem o tema em debate. Indefiro o pedido".

No mais, conforme relatado, a controvérsia diz respeito à possibilidade de nova incidência do IPI na operação de revenda de produto importado, independentemente de industrialização no território nacional, quando já recolhido o tributo pela importadora quando do desembaraço aduaneiro.

A respeito, o Superior Tribunal de Justiça, no EREsp nº 1.403.532/SC, processado sob a sistemática dos recursos repetitivos do artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973 (Tema/Repetitivo 912), firmou a tese abaixo reproduzida:

"Os produtos importados estão sujeitos a uma nova incidência do IPI quando de sua saída do estabelecimento importador na operação de revenda, mesmo que não tenham sofrido industrialização no Brasil".

Doravante, a ementa do julgado:

"EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI. FATO GERADOR. INCIDÊNCIA SOBRE OS IMPORTADORES NA REVENDA DE PRODUTOS DE PROCEDÊNCIA ESTRANGEIRA. FATO GERADOR AUTORIZADO PELO ART. 46, II, C/C 51, PARÁGRAFO ÚNICO DO CTN. SUJEIÇÃO PASSIVA AUTORIZADA PELO ART. 51, II, DO CTN, C/C ART. 4º, I, DA LEI N. 4.502/64. PREVISÃO NOS ARTS. 9, I E 35, II, DO RIPI/2010 (DECRETO N. 7.212/2010).

1. Seja pela combinação dos artigos 46, II e 51, parágrafo único do CTN - que compõem o fato gerador; seja pela combinação do art. 51, II, do CTN, art. 4º, I, da Lei n. 4.502/64, art. 79, da Medida Provisória n. 2.158-35/2001 e art. 13, da Lei n. 11.281/2006 - que definem a sujeição passiva, nenhum deles até então afastados por inconstitucionalidade, os produtos importados estão sujeitos a uma nova incidência do IPI quando de sua saída do estabelecimento importador na operação de revenda, mesmo que não tenham sofrido industrialização no Brasil.

2. Não há qualquer ilegalidade na incidência do IPI na saída dos produtos de procedência estrangeira do estabelecimento do importador; já que equiparado a industrial pelo art. 4º, I, da Lei n. 4.502/64, com a permissão dada pelo art. 51, II, do CTN.

3. Interpretação que não ocasiona a ocorrência de bis in idem, dupla tributação ou bitributação, porque a lei elenca dois fatos geradores distintos, o desembaraço aduaneiro proveniente da operação de compra de produto industrializado do exterior e a saída do produto industrializado do estabelecimento importador equiparado a estabelecimento produtor; isto é, a primeira tributação recai sobre o preço de compra onde embutida a margem de lucro da empresa estrangeira e a segunda tributação recai sobre o preço da venda, onde já embutida a margem de lucro da empresa brasileira importadora. Além disso, não onera a cadeia além do razoável, pois o importador na primeira operação apenas acumula a condição de contribuinte de fato e de direito em razão da territorialidade, já que o estabelecimento industrial produtor estrangeiro não pode ser eleito pela lei nacional brasileira como contribuinte de direito do IPI (os limites da soberania tributária o impedem), sendo que a empresa importadora nacional brasileira acumula o crédito do imposto pago no desembaraço aduaneiro para ser utilizado como abatimento do imposto a ser pago na saída do produto como contribuinte de direito (não-cumulatividade), mantendo-se a tributação apenas sobre o valor agregado.

4. Precedentes: REsp. n. 1.386.686 - SC, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 17.09.2013; e REsp. n. 1.385.952 - SC, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 03.09.2013. Superado o entendimento contrário veiculado nos EREsp. nº 1.411.749-PR, Primeira Seção, Rel. Min. Sérgio Kukina, Rel. p/acórdão Min. Ari Pargendler, julgado em 11.06.2014; e no REsp. n. 841.269 - BA, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 28.11.2006.

5. Tese julgada para efeito do art. 543-C, do CPC: "os produtos importados estão sujeitos a uma nova incidência do IPI quando de sua saída do estabelecimento importador na operação de revenda, mesmo que não tenham sofrido industrialização no Brasil".

6. Embargos de divergência em Recurso especial não providos. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008." (EREsp 1.403.532/SC, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. para Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 14.10.2015, D.J.e. 18.12.2015)

Ou seja, a decisão de piso está calcada em tese firmada em julgamento de recurso repetitivo, não havendo tese relevante, levantada pela apelante, que no momento se sobreponha a esta circunstância.

Diante do exposto, nego provimento à apelação.

É o voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE HIPÓTESE DE SOBRESTAMENTO DO FEITO. IPI. INCIDÊNCIA NA OPERAÇÃO DE SAÍDA DE MERCADORIAS IMPORTADAS PARA REVENDA. POSSIBILIDADE. STJ. EREsp n.º 1.403.532/SC. SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. O Relator do RE n.º 946.648, Min. Marco Aurélio Melo, consignou que o reconhecimento da repercussão geral do tema não impõe a suspensão indiscriminada de processos em trâmite sobre o assunto, a saber: *“É princípio básico o acesso ao Judiciário para afastar lesão ou ameaça de lesão a direito. Descabe, simplesmente, emprestar a essa garantia do cidadão contornos simplesmente formais. A tanto equivale atender ao pleito formulado pela recorrente no que, inclusive, extravasa os limites dos próprios interesses. A cláusula do inciso II do artigo 1.037 do Código de Processo Civil há de ser observada com extremo cuidado, surgindo própria em casos excepcionais, o que não se verifica na espécie. Uma coisa é, ante a repercussão geral admitida, suspender-se o envio de processos que, em Tribunais, estejam prontos para exame do Supremo. Algo diverso é implementar-se, de forma linear, a suspensão, seja qual for a fase, de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem o tema em debate. Indefiro o pedido”*.

2. A controvérsia diz respeito à possibilidade de nova incidência do IPI na operação de revenda de produto importado, independentemente de industrialização no território nacional, quando já recolhido o tributo pela importadora quando do desembaraço aduaneiro.

3. A respeito, o Superior Tribunal de Justiça, no EREsp n.º 1.403.532/SC, processado sob a sistemática dos recursos repetitivos do artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973 (Tema/Repetitivo 912), firmou a tese a seguir reproduzida: *“Os produtos importados estão sujeitos a uma nova incidência do IPI quando de sua saída do estabelecimento importador na operação de revenda, mesmo que não tenham sofrido industrialização no Brasil”*.

4. Ou seja, a decisão de piso está calcada em tese firmada em julgamento de recurso repetitivo, não havendo tese relevante, levantada pela apelante, que no momento se sobreponha a esta circunstância.

5. Apelação não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) N.º 5000790-73.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: AGENCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT

AGRAVADO: PEPSICO AMACOCO BEBIDAS DO BRASIL LTDA

Advogado do(a) AGRAVADO: JOSE LUIZ MATTHES - SP76544-A

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) N.º 5000790-73.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: AGENCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT
AGRAVADO: PEPSICO AMACOCO BEBIDAS DO BRASIL LTDA
Advogado do(a) AGRAVADO: JOSE LUIZ MATTHES - SP76544-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento contra indeferimento, em execução fiscal, de pedido de renovação de bloqueio de ativos financeiros.

Alegou que: (1) cabe renovar a tentativa de bloqueio via BacenJud, pois decorridos mais de dois anos da primeira tentativa; (2) após citação da agravada foi efetivado bloqueio de valores, via BACENJUD, porém, após conversão dos valores, remanesceu saldo devedor, o que ensejou novo pedido de bloqueio via BACENJUD, indeferido sob a justificativa de que a medida já havia sido realizada anteriormente; e (3) a penhora de valores depositados em instituições financeiras é o meio preferencial de garantia da execução, nos termos do artigo 854, CPC, e da Lei 6.830/80, ressaltando a inexistência de óbice legal à reiteração do pedido para satisfação de crédito remanescente, como no caso.

Foi deferida a antecipação de tutela recursal.

Não houve contraminuta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000790-73.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: AGENCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT
AGRAVADO: PEPSICO AMACOCO BEBIDAS DO BRASIL LTDA
Advogado do(a) AGRAVADO: JOSE LUIZ MATTHES - SP76544-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, o artigo 835, I, do Código de Processo Civil e o artigo 11 da Lei 6.830/1980 prescrevem que a penhora deve recair preferencialmente sobre dinheiro, compreendendo valores depositados em estabelecimentos bancários, daí porque não ser exigível a frustração de outros meios de satisfação menos onerosa ao devedor.

De outra parte, a realização de primeira penhora não obsta que outras sejam efetuadas se insuficiente o valor auferido para a satisfação da execução fiscal. Em se tratando de bloqueio de dinheiro pelo sistema BACENJUD, o que se exige, por racionalidade justificável, é que se tenha demonstração de alteração da condição econômica ou decurso de tempo razoável para renovar a diligência se a anterior restou frustrada sem a localização de bem penhorável em suficiência.

Assim tem decidido a Corte Superior:

AINTARESP 1.134.064, Rel. Min. OG FERNANDES, DJE 22/10/2018: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENHORA ON-LINE. RENOVAÇÃO DO PEDIDO. RAZOABILIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ. 1. A realização de nova consulta ao sistema do Bacenjud para busca de ativo financeiro, quando infrutífera pesquisa anterior, é possível, se razoável a reiteração da medida, a exemplo da alteração na situação econômica do executado ou do decurso de tempo suficiente. 2. Na hipótese, para afirmar-se a existência de lapso temporal razoável, seria necessário reexaminar o conjunto fático-probatório dos autos. Incidência da Súmula 7/STJ. 3. Agravo interno a que se nega provimento."

No caso, a primeira constrição dos ativos financeiros da agravada foi insuficiente para saldar o crédito tributário (ID 121867601, f. 13/5), e considerando que a penhora deve recair preferencialmente sobre o dinheiro para satisfazer integralmente a execução fiscal, e o expressivo tempo decorrido desde a última tentativa, plenamente justificável a renovação da diligência, como restou, inclusive, reconhecido em antecipação de tutela recursal.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. REITERAÇÃO DE BACENJUD. PENHORA PREFERENCIAL CABIMENTO. PEDIDO JUSTIFICADO.

1. O artigo 835, I, do Código de Processo Civil e o artigo 11 da Lei 6.830/1980 prescrevem que a penhora deve recair preferencialmente sobre dinheiro, compreendendo valores depositados em estabelecimentos bancários, daí porque não ser exigível a frustração de outros meios de satisfação menos onerosa ao devedor.

2. A realização de primeira penhora não obsta que outras sejam efetuadas se insuficiente o valor auferido para a satisfação da execução fiscal. Em se tratando de bloqueio de dinheiro pelo sistema BACENJUD, o que se exige, por racionalidade justificável, é apenas a demonstração de alteração da condição econômica ou decurso de tempo razoável para renovar a diligência se a anterior restou frustrada sem a localização de bem penhorável em suficiência.

3. Agravo provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001859-94.2017.4.03.6128
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: MUNICIPIO DE LOUVEIRA
Advogado do(a) APELANTE: REGIS AUGUSTO LOURENCAO - SP226733-A
APELADO: UNIAO FEDERAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001859-94.2017.4.03.6128
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: MUNICIPIO DE LOUVEIRA
Advogado do(a) APELANTE: REGIS AUGUSTO LOURENCAO - SP226733-A
APELADO: UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de ação civil pública proposta pelo Município de Louveira em face da União Federal, tendo como objetivo o repasse do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - Fundeb e o pagamento de R\$ 880.550,20 (oitocentos e oitenta mil, quinhentos e cinquenta mil reais e vinte centavos), mais as diferenças entre o valor pago e o supostamente devido no decorrer da ação, acrescido dos juros legais e correção monetária.

Em síntese, o Município de Louveira alega que, através dos Pregões n.º 041/2015, 188/2016, 210/2016, 187/2016 e 209/2016, contratou escolas especializadas para prestação de serviços do centro de convivência infantil e para atendimento do remanescente da rede municipal, com atendimento de 355 (trezentos e cinquenta e cinco) alunos da rede pública de ensino.

Todavia, a União reduziu o valor do repasse do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - Fundeb, tendo em vista as contratações mencionadas e os alunos matriculados nas instituições privadas de educação infantil que prestam serviços ao Município de Louveira.

A União ofereceu contestação (ID 123360961), aduzindo, preliminarmente, a ilegitimidade passiva “*ad causam*” e, no mérito, que a União e o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação repassaram estritamente o montante devido ao Município de Louveira, com base no artigo 213 da Constituição Federal e do artigo 8º, parágrafos 2º e 4º, da Lei n.º 11.494/07.

A r. sentença (ID 123360990) julgou improcedente o pedido, com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, salientando que o artigo 213 da Carta Maior estabeleceu comportamentos específicos a serem seguidos pelos entes e agentes públicos, para a promoção e concretização do direito à educação.

O MM. Juiz “*a quo*” destacou ainda que “*com relação à concorrência de princípios mais amplos, tais como os ponderados nestes autos, é preciso reconhecer que a solução para controvérsia posta já foi considerada e resolvida pelo poder constituinte, na forma da decisão que se extrai da regra fixada no art. 213 da CFRB/88.*”

Inconformada, a parte autora interpôs recurso de apelação (ID 123360982), argumentando que a União descumpra o seu papel constitucional ao diferenciar as instituições de ensino contratadas pelo Município de Louveira, através de procedimentos licitatórios, e ao diminuir o repasse do Fundeb.

Comcontrarrazões, os autos subiram a esta E. Corte.

O Ministério Público Federal ofereceu parecer (ID 126835128) e opinou pelo não provimento do recurso de apelação, sustentando que as normativas constitucional e infraconstitucional referentes ao Fundeb não admitem a aplicação de seus recursos em instituições privadas que visam o lucro.

É o breve relatório.

Passo a decidir.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001859-94.2017.4.03.6128
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: MUNICIPIO DE LOUVEIRA
Advogado do(a) APELANTE: REGIS AUGUSTO LOURENCAO - SP226733-A
APELADO: UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Insta mencionar que deve ser conhecida, "*ex officio*", a remessa oficial, uma vez que o artigo 19 da Lei n.º 4.717/65 (Lei da Ação Popular), segundo o qual: "*a sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação está sujeita ao duplo grau de jurisdição*", deve ser aplicado analogicamente às ações civis públicas, pois tanto estas quanto as ações populares visam tutelar o patrimônio público "*lato sensu*", estando ambas regidas pelo microsistema processual da tutela coletiva.

Cabe mencionar ainda que a ação civil pública é um dos instrumentos processuais adequados para tutelar direitos e interesses supraindividuais, os quais abrangem os difusos, coletivos e individuais homogêneos pertinentes ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, à ordem econômica e urbanística, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, ao patrimônio público e social, e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

I. DA ILEGITIMIDADE PASSIVA "AD CAUSAM"

A União argumenta a sua ilegitimidade passiva "*ad causam*", tendo em vista que cabe ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE atuar na qualidade de agente operador e informar a respeito dos repasses de recursos e de rateios relativos do Fundeb aos municípios.

Todavia, verifica-se que há legitimidade passiva "*ad causam*" da União, uma vez que o Ministério da Educação possui atribuições de monitoramento da distribuição e aplicação dos recursos do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - Fundeb, conforme a Lei n.º 11.494/2007.

Nesse prisma, colaciono abaixo precedente desta E. Corte:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL, CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FUNDEB. RETIFICAÇÃO DE DADOS. LEGITIMIDADE ATIVA DO MPF, E PASSIVA DA UNIÃO. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO INEXISTENTE. MATRÍCULAS. CRITÉRIO DE DISTRIBUIÇÃO DE RECURSOS DO FUNDO. DADOS DO EDUCACENSO. EXCLUSÃO EQUIVOCADA POR SERVIDOR OU TERCEIRO. RETIFICAÇÃO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. INDÍCIOS DE FRAUDE, DOLO E MÁ-FÉ. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. Os recursos do FUNDEB têm por objetivo exclusivo assegurar a melhoria da qualidade de ensino, o que pressupõe que sua redução prejudica o direito à educação de qualidade, estando o Ministério Público Federal, portanto, legitimado a pleitear retificação do valor distribuído, por constituir interesse social indisponível (artigo 127, CF/1988 e artigo 29 da Lei 11.494/2007), sendo a União legitimada passivamente, em razão de atribuições conferidas ao Ministério da Educação no monitoramento da distribuição e aplicação de valores do FUNDEB.

(...)

7. Agravo retido, remessa oficial e apelações desprovidas.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 2164526 - 0013178-13.2013.4.03.6120, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 25/08/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/09/2016) (Destacamos)

Assim, deve ser rejeitada a preliminar de ilegitimidade passiva "*ad causam*" da União.

II. DO MÉRITO

No caso em comento, a ora apelante aduz que a União reduziu o valor do repasse do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - Fundeb, tendo em vista as contratações mencionadas e os alunos matriculados nas instituições privadas de educação infantil que prestam serviços ao Município de Louveira.

Porém, o artigo 213 da Carta Maior dispõe que os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que comprovem finalidade não-lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação, bem como assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades.

Cabe trazer à baila o artigo 213 da Carta Maior:

Art. 213. Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que:

I - comprovem finalidade não-lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação;

II - assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades.

Ademais, o artigo 77 da Lei n.º 9.394/1996 estabelece que os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas que não visem o lucro e não distribuam resultados, dividendos, bonificações, participações ou parcela de seu patrimônio sob nenhuma forma ou pretexto.

Convém transcrever o artigo 77 da Lei n.º 9.394/1996:

Art. 77. Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas que:

I - comproven finalidade não-lucrativa e não distribuam resultados, dividendos, bonificações, participações ou parcela de seu patrimônio sob nenhuma forma ou pretexto;

II - apliquem seus excedentes financeiros em educação;

III - assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades;

IV - prestem contas ao Poder Público dos recursos recebidos. (Destacamos)

O artigo 8º da Lei n.º 11.494/2007 determina ainda que a distribuição de recursos que compõem os Fundos, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, dar-se-á, entre o governo estadual e os de seus Municípios, na proporção do número de alunos matriculados nas respectivas redes de educação básica pública presencial.

Nesse sentido:

Art. 8º A distribuição de recursos que compõem os Fundos, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, dar-se-á, entre o governo estadual e os de seus Municípios, na proporção do número de alunos matriculados nas respectivas redes de educação básica pública presencial, na forma do Anexo desta Lei. (Destacamos)

Observa-se que o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - Fundeb tem como finalidade a manutenção e o desenvolvimento da educação básica pública e é destinado às escolas públicas, inclusive escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, que não visem o lucro e apliquem seus excedentes financeiros em educação.

Chega-se à conclusão de que as normativas constitucional e infraconstitucional, referentes ao Fundeb, não admitem a aplicação de seus recursos públicos em instituições privadas que tem como finalidade o lucro, como é o caso em comento.

Como bem asseverou o juízo “a quo”:

Neste sentido, ao disciplinar no art. 213 a possibilidade de destinação de recursos às escolas públicas, em regra, e às escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, sem finalidades lucrativas num segundo plano o constituinte originário estabeleceu um plano de ação, em outros termos, estabeleceu comportamentos específicos a serem seguidos pelos entes e agentes públicos para a promoção e concretização do direito à educação. (Destacamos)

Por fim, ressalta-se que a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça é consolidada no sentido da não condenação do Ministério Público Federal ao pagamento de honorários advocatícios em ação civil pública, salvo em caso de litigância de má-fé, consoante o aresto ora transcrito:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CUMULAÇÃO ILÍCITA DE FUNÇÕES PÚBLICAS. ASSESSOR JURÍDICO EM DOIS MUNICÍPIOS. IMPOSSIBILIDADE DE CONDENÇÃO POR ATO DE IMPROBIDADE. PEDIDO INICIAL. RESSARCIMENTO. DESCABIMENTO. COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. CONTRAPRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. CONDENÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MÁ-FÉ NÃO DEMONSTRADA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Inviável o acolhimento de pedido formulado pelo Ministério Público em recurso especial, pela condenação por ato de improbidade tipificado no art. 11 da LIA, não constante da exordial, sob pena de ofensa ao art. 460 do CPC (decisão extra petita).

2. É descabida a devolução dos valores percebidos pelo agente, mesmo nos casos de cumulação ilícita de funções ou cargos, quando efetivamente houve contraprestação dos serviços, em compatibilidade de horários, para não se configurar enriquecimento ilícito da Administração. Precedente da Corte Especial.

3. É pacífica a jurisprudência de que, nas ações civis públicas, não se impõe ao Ministério Público a condenação em honorários advocatícios ou custas, ressalvados os casos em que o autor for considerado litigante de má-fé. Precedentes.

5. Recurso especial parcialmente provido." (RESP 200300716356, ELIANA CALMON, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE 20/08/2013) (Destacamos)

Conforme a jurisprudência retro aduzida, sem a demonstração de má-fé da parte autora no ajuizamento da ação civil pública, deve ser afastada a sua condenação ao pagamento das verbas de sucumbência.

III. DO DISPOSITIVO

Ante todo o exposto, rejeito a preliminar arguida e nego provimento à remessa necessária e ao recurso de apelação do Município de Louveira.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FUNDEB. REPASSE DE RECURSOS PÚBLICOS. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. ARTIGO 213 DA CARTA MAIOR. LEI N.º 11.494/2007. LEI N.º 9.394/1996. RECURSO DE APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDOS.

1. Trata-se de ação civil pública proposta pelo Município de Louveira em face da União Federal, tendo como objetivo o repasse do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - Fundeb e o pagamento de R\$ 880.550,20 (oitocentos e oitenta mil, quinhentos e cinquenta mil reais e vinte centavos), mais as diferenças entre o valor pago e o supostamente devido no decorrer da ação, acrescido dos juros legais e correção monetária.

2. Em síntese, o Município de Louveira alega que, através dos Pregões n.º 041/2015, 188/2016, 210/2016, 187/2016 e 209/2016, contratou escolas especializadas para prestação de serviços do centro de convivência infantil e para atendimento do remanescente da rede municipal, com atendimento de 355 (trezentos e cinquenta e cinco) alunos da rede pública de ensino.

3. Todavia, a União reduziu o valor do repasse do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - Fundeb, tendo em vista as contratações mencionadas e os alunos matriculados nas instituições privadas de educação infantil que prestam serviços ao Município de Louveira.

4. A r. sentença julgou improcedente o pedido, com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, salientando que o artigo 213 da Carta Maior estabeleceu comportamentos específicos a serem seguidos pelos entes e agentes públicos, para a promoção e concretização do direito à educação.

5. Insta mencionar que deve ser conhecida, "*ex officio*", a remessa oficial, uma vez que o artigo 19 da Lei n.º 4.717/65 (Lei da Ação Popular), segundo o qual: "*a sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação está sujeita ao duplo grau de jurisdição*", deve ser aplicado analogicamente às ações civis públicas, pois tanto estas quanto as ações populares visam tutelar o patrimônio público "*lato sensu*", estando ambas regidas pelo microsistema processual da tutela coletiva.
6. Verifica-se que há legitimidade passiva "*ad causam*" da União, uma vez que o Ministério da Educação possui atribuições de monitoramento da distribuição e aplicação dos recursos do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - Fundeb, conforme a Lei n.º 11.494/2007.
7. O artigo 213 da Carta Maior dispõe que os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que comprovem finalidade não-lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação, bem como que assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades.
8. Ademais, o artigo 77 da Lei n.º 9.394/1996 estabelece que os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas que não visem o lucro e não distribuam resultados, dividendos, bonificações, participações ou parcela de seu patrimônio sob nenhuma forma ou pretexto.
9. O artigo 8º da Lei n.º 11.494/2007 determina ainda que a distribuição de recursos que compõem os Fundos, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, dar-se-á, entre o governo estadual e os de seus Municípios, na proporção do número de alunos matriculados nas respectivas redes de educação básica pública presencial.
10. Observa-se que o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - Fundeb tem como finalidade a manutenção e o desenvolvimento da educação básica pública e é destinado às escolas públicas, inclusive escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, que não visem o lucro e apliquem seus excedentes financeiros em educação.
11. Chega-se à conclusão de que as normativas constitucional e infraconstitucional, referentes ao Fundeb, não admitem a aplicação de seus recursos públicos em instituições privadas que tem como finalidade o lucro, como é o caso em comento.
12. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, sem a demonstração de má-fé da parte autora no ajuizamento da ação civil pública, deve ser afastada a sua condenação ao pagamento das verbas de sucumbência.
13. Ante todo o exposto, rejeito a preliminar arguida e nego provimento à remessa necessária e ao recurso de apelação do Município de Louveira.
14. Recurso de apelação e remessa necessária desprovidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou a preliminar arguida e nego provimento à remessa necessária e ao recurso de apelação do Município de Louveira, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5004667-44.2017.4.03.6105
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: A'GRAMKOW DO BRASIL LTDA.
Advogado do(a) APELADO: MARCO ANTONIO SIMOES GOUVEIA - SP87658-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: A'GRAMKOW DO BRASIL LTDA.
Advogado do(a) APELADO: MARCO ANTONIO SIMOES GOUVEIA - SP87658-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa necessária e de recurso de apelação interposto pela **UNIÃO** em face da sentença que concedeu a segurança para declarar o direito da impetrante **A'GRAMKOW DO BRASIL LTDA** à exclusão dos valores correspondentes ao ICMS da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e ao COFINS, bem como à repetição dos valores indevidamente recolhidos, nos cinco últimos anos anteriores à impetração, por meio de restituição ou compensação, a serem requeridas administrativamente.

Em suas razões de apelação, a União sustentou, em síntese:

- a) a necessidade de conceder efeito suspensivo ao presente recurso, nos termos do art. 1.012, §§3º e 4º do CPC;
- b) não há como prosperar a tese seguida pela r. sentença de que o ICMS não compõe a base de cálculo da contribuição ao PIS, vez que o valor do ICMS integra o preço da operação comercial para qualquer efeito, e esse valor incrementa a receita bruta da pessoa jurídica;
- c) a compensação pleiteada não pode ser realizada com contribuições previdenciárias, nos termos do art. 26-A, da Lei 11.457/2007.

Com contrarrazões, subiram os autos a essa E. Corte Regional.

O Ministério Público Federal, em parecer de lavra da e. Procuradora Regional da República, Samantha Chantal Dobrowolski, manifestou pelo desprovimento da remessa necessária e da apelação interposta pela União.

É o sucinto relatório.

srevi

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5004667-44.2017.4.03.6105
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: A'GRAMKOW DO BRASIL LTDA.

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

O cerne da presente controvérsia gravita em torno do pleito da impetrante acerca do reconhecimento judicial que declare seu direito à exclusão do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) da base de cálculo das contribuições devidas a título de PIS e COFINS, bem como à declaração do direito de efetuar a compensação tributária dos valores recolhidos indevidamente nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação.

Pois bem.

Inicialmente, considerando a análise do mérito do presente recurso, julgo prejudicado o pedido de concessão de efeito suspensivo, nos termos do art. 1.012, §§3º e 4º do CPC.

Quanto ao mérito, a questão não carece de maiores debates, haja vista que em sessão plenária do dia 15.03.2017 foi julgado o RE nº 574.706/RS, que trata do tema atinente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a sistemática da repercussão geral (artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973), nos seguintes termos:

*"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Carmen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: **"O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins"**. Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017."*

(RE 574706 RG, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 15/03/2017, DJe-053 DIVULG 17-03-2017 PUBLIC 20-03-2017)

Reforce-se a esse quadro que em 29.09.2017 foi disponibilizada a ementa do aludido acórdão:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

Em suma, a novel jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, assim como a do Superior Tribunal de Justiça, reconheceu a exclusão da parcela relativa ao ICMS da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, confira-se:

"TRIBUTO - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da Cofins, porque estranho ao conceito de faturamento." (RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituindo receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido."

(AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 07/04/2015)

Cumprase asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

Na verdade, o ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.

Resta evidente, portanto, que o ICMS não tem a natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, veja-se:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ICMS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Encontra-se, atualmente, consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme constou do Boletim de Notícias do Supremo Tribunal Federal nº 762 de 06 a 11 de Outubro de 2014 (RE 240.785-2/MG).

2. Embargos infringentes desprovidos."

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI 0000266-78.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 04/11/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/11/2014)

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS e DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/04/2014)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DUPLO AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. VALIDADE. APROVEITAMENTO DO TÍTULO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.

2. A orientação no plano constitucional, a partir do precedente citado, foi adotada, recentemente, no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94, conforme AgRg no ARES 593.627, Rel. p/ acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 07/04/2015.

3. Embora cabível excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, não se reconhece a nulidade da execução fiscal, que deve prosseguir pelo saldo efetivamente devido, não se cogitando, de extinção da execução fiscal, na conformidade da jurisprudência consolidada.

4. Agravos inominados desprovidos."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0030027-53.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/05/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/05/2015)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB A SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. ICMS RECOLHIDO PELO SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO – ICMS-ST. EXCLUSÃO NO CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS PELO CONTRIBUINTE SUBSTITUÍDO. POSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO – PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS.

1. Apelação da União não conhecida no que tange à necessidade de ser observado o disposto no artigo 170-A, do CTN, uma vez que a sentença não destoou desse entendimento.

2. O STF pacificou a controvérsia objeto de discussão nestes autos, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).

3. A pacificação do tema, por meio de julgado proferido sob o regime da repercussão geral (e/ou na sistemática dos recursos repetitivos), impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.

4. A jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

5. Embora o Supremo Tribunal Federal não tenha enfrentado a controvérsia atinente ao regime tributário adotado para a arrecadação do ICMS, tal questão não pode servir de óbice à aplicação do referido precedente quanto à exclusão do ICMS recolhido antecipadamente pelo substituto tributário em nome do contribuinte substituído, notadamente se considerada a circunstância de que tais antecipações do ICMS serão computadas no custo dos bens adquiridos pelo substituído e, por conseguinte, integrarão a sua receita bruta na etapa subsequente.

6. A compensação (a ser realizada após o trânsito em julgado destes autos – artigo 170-A do CTN) deverá observar a prescrição quanto aos valores pagos antes do quinquênio anterior à impetração. Deverá, outrossim, ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74 da Lei nº 9.430/1996, porém à exceção das contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991 (conforme disposição do artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 11.457/2007). A atualização monetária dos valores pagos deve ser realizada mediante aplicação da taxa Selic (artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995).

7. Na presente ação apenas se declara a existência do direito do contribuinte à compensação (Súmula 213 do STJ). Reserva-se à Administração o direito a ulterior verificação de sua plena regularidade, inclusive o encontro de contas. Para fins do simples reconhecimento/declaração do direito à compensação, os documentos colacionados aos autos são suficientes. A título ilustrativo, cumpre citar os comprovantes de arrecadação de Cofins não cumulativa, código de receita 5856, bem como de PIS não cumulativo, código de receita 6912.

8. Apelação da União improvida na parte conhecida. Remessa oficial parcialmente provida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5004832-09.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 25/03/2019, Intimação via sistema DATA: 27/03/2019)

Reconheço, portanto, o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Reforce-se que mesmo com as alterações posteriores na legislação que instituiu o PIS e a COFINS – Lei nº 12.973/14 – não tem o condão de afastar o quanto decidido, pois, conforme amplamente demonstrado, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, **observada a prescrição quinquenal** e segundo a lei vigente ao tempo do ajuizamento da demanda, que ocorreu em **28/08/2017**.

Conforme jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, confira-se:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. *Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.*
4. *A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".*
5. *Consectariamente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.*
6. *A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.*
7. *Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.*
8. *Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."*
9. *Entretantes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressaltando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).*
10. *In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.*
11. *À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.*
12. *Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.*
13. *Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."*

14. Consequentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF). (Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

Destarte, conforme a jurisprudência acima colacionada e, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, veja-se:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4ª 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pag. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.

4. A Tabela Única aprovada pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação /repetição de indébito, quais sejam: (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDcl no AgrRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. O prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/05 (09.06.2005), nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.") (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: RESP 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009).

7. Outrossim, o artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

8. Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010)

Finalmente, o termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior, que ora colaciono:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNBEN. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL. APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.250/95. DESDE O RECOLHIMENTO INDEVIDO. SÚMULA 83/STJ

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nas ações de restituição de tributos federais, antes do advento da Lei 9.250/95, incide a correção monetária desde o pagamento indevido (no caso, no momento da indevida retenção do IR) até a restituição ou a compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros moratórios a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), na forma do art. 167, parágrafo único, do CTN.

3. Ocorre que, com o advento do referido diploma, passou-se a incidir a Taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou a partir de 1º de janeiro de 1996 (caso o recolhimento tenha ocorrido antes dessa data).

Agravo regimental improvido."

(AgRg no AgRg no AREsp 536.348/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014)

Ante o exposto, **julgo prejudicado** o pedido de concessão de efeito suspensivo; **dou parcial provimento** ao recurso de apelação da União e à remessa necessária, apenas para reconhecer a impossibilidade de realizar a compensação pleiteada com as contribuições previdenciárias, nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. POSSIBILIDADE. PEDIDO DE CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO PREJUDICADO. RECURSO DE APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA PARCIALMENTE PROVIDOS.

1. O cerne da presente controvérsia gravita em torno do reconhecimento do direito da impetrante à exclusão dos valores correspondentes ao ICMS da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e a COFINS, bem como a compensação dos valores tidos como indevidamente recolhidos, nos últimos 05 (cinco) anos, com os acréscimos cabíveis.

2. Prejudicado o pedido de concessão de efeito suspensivo.
3. A jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.
4. Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.
5. Cumpre asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.
6. O ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.
7. Resta evidente, portanto, que o ICMS não tem a natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.
8. Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, observada a prescrição quinquenal e segundo a lei vigente ao tempo do ajuizamento da demanda que ocorreu em **28/08/2017**.
9. Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil.
10. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior.
11. Pedido de concessão de efeito suspensivo prejudicado.
12. Recurso de apelação da União e reexame necessário parcialmente providos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, julgou prejudicado o pedido de concessão de efeito suspensivo; deu parcial provimento ao recurso de apelação da União e à remessa necessária, apenas para reconhecer a impossibilidade de realizar a compensação pleiteada com as contribuições previdenciárias, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002844-12.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) AGRAVANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

AGRAVADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002844-12.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: NESTLE BRASIL LTDA.

RELATÓRIO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Trata-se de agravo de instrumento interposto por **Nestlé Brasil Ltda.**, inconformada com a decisão de IDs 22764315 e 25890517 dos autos da ação anulatória nº 5018304-09.2019.4.03.6100, ajuizada em face do **Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia - INMETRO** e em trâmite perante o Juízo da 8ª Vara Cível Federal de São Paulo/SP, que indeferiu o pedido de antecipação da tutela.

O MM. Magistrado de primeira instância consignou que a suspensão de inscrições no CADIN e no protesto depende da suspensão da exigibilidade do crédito, o que não seria possível obter com carta fiança, seguro garantia ou qualquer outra modalidade de caução, diversa do dinheiro.

Alega a agravante, em síntese, que:

a) o artigo 9º da Lei de Execuções Fiscais incluiu a possibilidade de garantia por meio de depósito, fiança ou seguro garantia, sendo forçoso concluir pela sua aplicabilidade mediata à ação anulatória de débito fiscal;

b) a suspensão das inscrições no CADIN e protesto é consequência da apresentação de garantia suficiente e idônea - no caso, a apólice de seguro -, não estando elas vinculadas à suspensão da exigibilidade do crédito;

c) o seguro garantia é medida menos onerosa ao devedor frente ao depósito integral em dinheiro do valor discutido.

A parte contrária apresentou contraminuta, oportunidade em que pugnou pelo desprovimento do recurso (ID 125687062).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002844-12.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
AGRAVANTE: NESTLE BRASIL LTDA.
Advogado do(a) AGRAVANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A
AGRAVADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): O artigo 9º, inciso II, da Lei de Execuções Fiscais possibilita o oferecimento de seguro garantia como caução ao débito executado, admitindo-se a utilização de tal garantia previamente ao ajuizamento da execução fiscal, em demanda anulatória, sendo irrelevante que o débito ainda não esteja inscrito em dívida ativa, já que o seu oferecimento tem por objetivo acautelar os interesses das partes. Nesse sentido: AI 0014789-23.2016.4.03.0000, Relator Desembargador Federal CARLOS MUTA, TRF - Terceira Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/10/2016.

Embora o seguro garantia não se equipare ao depósito em dinheiro para fins de suspensão da exigibilidade do crédito (REsp nº 1.156.668/DF, Relator Ministro Luiz Fux, STJ - Primeira Seção, DJe 10/12/2010), esta Corte Regional já decidiu sobre a possibilidade de antecipação da garantia, visando à emissão de certidão de regularidade fiscal, à suspensão de eventual inscrição no CADIN e à sustação do protesto. Veja-se:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO ANULATÓRIA - SEGURO-GARANTIA - EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO DE REGULARIDADE FISCAL - POSSIBILIDADE - SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO - INOCORRÊNCIA - DEPÓSITO INTEGRAL - SÚMULA 112/STJ - REQUISITOS A SEREM OBSERVADOS PELO JUÍZO DE ORIGEM - RECURSO PROVIDO.

[...]

3. Embora não seja hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, a jurisprudência pátria vem admitindo, em hipóteses específicas, que o oferecimento de caução seja fator que permita a emissão de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa. A caução oferecida pelo contribuinte seria equiparável à penhora e viabilizaria a certidão almejada.

4. Possível o oferecimento de seguro-garantia para o fim de expedição de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa, embora tal caução não tenha o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário.

5. O seguro contratado não consta dos presentes autos, não sendo possível, nesta sede de cognição, concluir pela idoneidade da garantia prestada.

6. Cabível o oferecimento do seguro garantia pela autora, ora agravante, como forma de obter a expedição de regularidade fiscal, desde que idônea e dentro dos requisitos exigidos pela agravada, os quais deverão ser apreciados pelo MM Juízo de origem, sem que haja, contudo, a suspensão da exigibilidade do crédito em discussão.

7. Agravo de instrumento provido."

(AI 0006347-73.2013.4.03.0000, Terceira Turma, Relator Desembargador Federal NERY JUNIOR, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/06/2013) (grifei)

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CAUTELAR - CARTA DE FIANÇA BANCÁRIA - CERTIDÃO DE REGULARIDADE FISCAL - ART. 206, CTN - SÚMULA 112 - POSSIBILIDADE - CADIN - ART. 7º, LEI 10.522/2002 - EXCLUSÃO - RECURSO PROVIDO.

1. Discute-se nos autos a possibilidade de oferecimento de fiança bancária, como forma de garantia de débito fiscal, como forma de autorizar a expedição de certidão positiva com efeitos de negativa, nos termos do art. 206, CTN.

[...]

5. Admissível a apresentação da carta fiança, como forma de autorizar a expedição de certidão de regularidade fiscal, nos termos do art. 206, CTN.

6. Compulsando os autos, verifica-se que a recorrente apresentou a carta de fiança nº 1695911 (fl. 34), em consonância ao disposto na Portaria nº 644, de 01 de abril de 2009, da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, no valor integral do débito inscrito sob o número 80.2.11.048066-79 (fl. 41).

7. A mencionada inscrição não é óbice para a expedição da certidão requerida (certidão positiva com efeitos de negativa), nos termos do art. 206, CTN.

8. Quanto à inscrição no CADIN, prevê a Lei nº 10.522/2002, que dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências, no art. 7º, que será suspenso o registro no Cadin quando o devedor comprove que tenha ajuizado ação, com o objetivo de discutir a natureza da obrigação ou o seu valor, com o oferecimento de garantia idônea e suficiente ao Juízo, na forma da lei (inciso I).

9. Estando débito garantido pela carta fiança, cabível a suspensão da inscrição no CADIN.

10. Agravo de instrumento provido."

(AI 0036185-32.2011.4.03.0000, Relator Desembargador Federal NERY JUNIOR, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/05/2012) (grifei)

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. GARANTIA DO DÉBITO. SEGURO GARANTIA. POSSIBILIDADE. DESNECESSIDADE DE CONCORDÂNCIA DA FAZENDA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DE INSCRIÇÃO NO CADIN. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE.

1. A nomeação e a substituição dos bens penhorados constituem um dos privilégios da Fazenda Pública, mas a vontade do sujeito passivo será decisiva se o bem oferecido corresponder a depósito pecuniário, fiança bancária ou seguro garantia.

2. Com o advento da Lei nº 13.043/14, o seguro garantia foi incluído no rol das garantias elencadas no artigo 9º, da Lei de Execuções Fiscais, sendo também alterado o artigo 15, da Lei nº 6.803/80.

3. Por fim, o novo Código de Processo Civil conferiu o mesmo “status” e ordem de preferência à penhora de dinheiro, à fiança bancária e ao seguro garantia, nos termos do artigo 835, §2º.

4. Portanto, não há óbice à nomeação de seguro garantia para garantir a dívida, não podendo o referido débito ensejar a inclusão do nome da autora no CADIN. Por outro lado, não há que se falar em suspensão da exigibilidade nos termos do artigo 151, II, do CTN, que somente se aplica às hipóteses de depósito em dinheiro. Desta forma, referida garantia ficará à disposição do Juízo onde for proposta a ação de execução, independentemente da aquiescência da Fazenda Pública, desde que atendidas as condições formais específicas, previstas na Portaria PGF nº 440/2016.

5. Agravo parcialmente provido.”

(AI 5005849-13.2018.4.03.0000, Relator Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, TRF3 - 3ª Turma, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 08/01/2019) (grifei)

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO CAUTELAR. AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. ART. 557, CPC. FIANÇA BANCÁRIA. EQUIPARAÇÃO A DEPÓSITO EM DINHEIRO PARA FINS DE SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO DÉBITO. IMPOSSIBILIDADE. EMISSÃO DE CERTIDÃO DE REGULARIDADE FISCAL. AFASTADA INSCRIÇÃO DO CONTRIBUINTE NO CADIN, NA HIPÓTESE. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

1. O artigo 557 do Código de Processo Civil é aplicável quando existente jurisprudência dominante acerca da matéria discutida e, assim igualmente, quando se revele manifestamente procedente ou improcedente, prejudicado ou inadmissível o recurso, tendo havido, na espécie, o específico enquadramento do caso no permissivo legal, conforme expressamente constou da respectiva fundamentação.

2. Encontra-se firmada a jurisprudência no sentido de que, para fins de emissão de certidão de regularidade fiscal (artigo 206, CTN), pode ser admitida a prestação de fiança bancária, na pendência da propositura da ação de execução fiscal, observando, porém, a idoneidade e suficiência da garantia, a qual não se equipara, porém, ao depósito em dinheiro, para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, segundo as hipóteses restritivas do artigo 151 do Código Tributário Nacional, a teor do que dispõe a Súmula 112/STJ.

3. De outro lado, os incisos I e II do artigo 7º da Lei 10.522/02 prevêm as hipóteses de suspensão do registro no CADIN, quando comprovado que "I - tenha ajuizado ação, com o objetivo de discutir a natureza da obrigação ou o seu valor, com o oferecimento de garantia idônea e suficiente ao Juízo, na forma da lei; II - esteja suspensa a exigibilidade do crédito objeto do registro, nos termos da lei".

4. Na espécie, o primeiro pedido de antecipação dos efeitos da tutela, com base no artigo 273, I, do CPC, para suspender a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do artigo 151, V, do CTN, e, conseqüentemente, permitir a emissão de certidão de regularidade fiscal (CPD-EN), foi indeferido pela decisão de f. 102/4, a qual foi mantida no AI 0008463-52.2013.4.03.0000 - 2013.03.00.008463-7, por ausência dos pressupostos legais, com trânsito em julgado em 13/08/2013, conforme consta do sistema eletrônico.

5. Não se trata, aqui, de garantia em execução fiscal, como prevê o artigo 9º da LEF, mas de novo requerimento de tutela antecipada, na ação amulatória, a fim de que seja aceita a carta de fiança bancária, a título de caução/garantia, para renovação de certidão de regularidade fiscal e baixa de eventual inscrição no CADIN, bem como suspensão da exigibilidade (f. 123/4), o que foi indeferido, com fundamento em que apenas o depósito, integral e em dinheiro, pode suspender a exigibilidade do crédito tributário, na forma do artigo 151, II, do CTN e da Súmula 112 do STJ. **Como se observa, à luz da jurisprudência firmada, embora não tenha o condão de suspender a exigibilidade do tributo, a fiança bancária pode ser aceita, para fins de emissão de certidão positiva de débito, com efeito de negativa, e suspensão de eventual inscrição no CADIN.**

6. A carta de fiança 100413050030900, do BANCO ITAÚ BBA S.A., para garantir o pagamento das quantias questionadas na ação amulatória, no valor de R\$ 1.850.000,00, em 23/05/2013, a princípio, atende os requisitos necessários, pois emitida por prazo indeterminado, com atualização pela SELIC, renúncia expressa ao previsto nos artigos 827, 829, 835 e 838, I, do Código Civil, e declarada em conformidade com o artigo 34 da Lei 4.595/64, nos termos do artigo 2º da Resolução CMN 2.325/96, devendo ser ressalvada, porém, a verificação do cumprimento de outras formalidades, previstas em atos legais ou infralegais, a exemplo das Portarias PGFN 644, de 01/04/2009, e 1.378, de 16/10/2009.

7. Reformada a decisão agravada para, de acordo com a jurisprudência sedimentada, garantir ao contribuinte a emissão de certidão de regularidade fiscal e afastar eventual inscrição no CADIN, a partir da juntada aos autos do documento original da carta de fiança, e enquanto subsistir nas condições especificadas, sem prejuízo, porém, da inscrição em dívida ativa e ajuizamento da execução fiscal.

8. Agravo inominado improvido."

(AI 0014431-63.2013.4.03.0000, Relatora Juíza Convocada ELIANA MARCELO, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/06/2014) (grifei)

“PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE – OFERECIMENTO DE GARANTIA – SEGURO GARANTIA – REGULARIDADE E SUFICIÊNCIA – EXIGIBILIDADE – CERTIDÃO - CADIN.

1. A suspensão da exigibilidade do crédito depende de prova de uma das hipóteses do artigo 151, do Código Tributário Nacional (STJ: REsp 1156668/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 10/12/2010, no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973).

2. A caução, mediante seguro garantia, não suspende a exigibilidade tributária. Apenas viabiliza a expedição de certidão de regularidade, se suficiente para a garantia.

3. De outro lado, é razoável que, demonstrada a idoneidade da garantia, seu oferecimento implique na suspensão do registro da executada no CADIN, bem como impossibilite o protesto da certidão de dívida ativa. Precedentes.

4. O Juízo de 1º grau de jurisdição reconheceu a regularidade e suficiência do seguro garantia. A suspensão da inscrição no CADIN e a vedação ao protesto da CDA, quanto aos débitos garantidos na presente execução fiscal, são regulares.

5. Agravo de instrumento provido.”

(AI 5017615-63.2018.4.03.0000, Relator Desembargador Federal FABIO PRIETO DE SOUZA, 6ª Turma, Data do Julgamento 18/03/2019) (grifei)

Inclusive, com relação ao CADIN, dispõe expressamente o artigo 7º da Lei nº 10.522/2002, que será suspenso o registro no referido cadastro informativo quando o devedor comprovar que **(a) tenha ajuizado ação, com o objetivo de discutir a natureza da obrigação ou o seu valor; com o oferecimento de garantia idônea e suficiente ao Juízo** ou **(b)** esteja suspensa a exigibilidade do crédito objeto do registro, nos termos da lei.

De tal sorte, não há óbice à nomeação de seguro garantia como caução nos autos de ação anulatória de débito fiscal. Referida garantia ficará à disposição do juízo onde for proposta a ação de execução, independentemente da aquiescência da Fazenda Pública.

Todavia, o juízo de origem não se manifestou sobre a idoneidade e a suficiência do seguro garantia prestado, não sendo possível ao Tribunal pronunciar-se a respeito, para o fim de atribuição dos efeitos jurídicos almejados, sob pena de supressão de instância.

Nesses termos, entendo que a decisão agravada merece reforma apenas para garantir ao contribuinte a suspensão de eventual inscrição no CADIN e no protesto de título relativamente aos débitos discutidos, desde que atendidas as condições formais específicas, previstas na Portaria PGF nº 440/2016, a serem verificadas perante o juízo *a quo*.

Ante o exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao agravo de instrumento, nos termos supra.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ANULATÓRIA. SEGURO GARANTIA. SUSPENSÃO DA INSCRIÇÃO NO CADIN E DO PROTESTO. TUTELA PROVISÓRIA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O artigo 9º, inciso II, da Lei de Execuções Fiscais possibilita o oferecimento de seguro garantia como caução ao débito executado, admitindo-se a utilização de tal garantia previamente ao ajuizamento da execução fiscal, em demanda anulatória, sendo irrelevante que o débito ainda não esteja inscrito em dívida ativa, já que o seu oferecimento tem por objetivo acautelar os interesses das partes.

2. Embora o seguro garantia não se equipare ao depósito em dinheiro para fins de suspensão da exigibilidade do crédito (REsp nº 1.156.668/DF, Relator Ministro Luiz Fux, STJ - Primeira Seção, DJe 10/12/2010), esta Corte Regional já decidiu sobre a possibilidade de antecipação da garantia, visando à emissão de certidão de regularidade fiscal, à suspensão de eventual inscrição no CADIN e à sustação do protesto. Precedentes.

3. Na hipótese dos autos, o juízo de origem não se manifestou sobre a idoneidade e a suficiência do seguro garantia prestado, não sendo possível ao Tribunal pronunciar-se a respeito, para o fim de atribuição dos efeitos jurídicos almejados, sob pena de supressão de instância.

4. Reformada a decisão agravada para garantir ao contribuinte a suspensão de eventual inscrição no CADIN e no protesto de título relativamente aos débitos discutidos, desde que atendidas as condições formais específicas, previstas na Portaria PGF nº 440/2016, a serem verificadas perante o juízo *a quo*.

5. Agravo parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, DEU PARCIAL PROVIMENTO ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001787-21.2018.4.03.6113

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: FRANPISOS MATERIAIS PARA CONSTRUCAO LTDA

Advogados do(a) APELADO: ATAIDE MARCELINO JUNIOR - SP197021-A, MARINA GARCIA FALEIROS - SP376179-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001787-21.2018.4.03.6113
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: FRANPISOS MATERIAIS PARA CONSTRUCAO LTDA
Advogados do(a) APELADO: ATAIDE MARCELINO JUNIOR - SP197021-A, MARINA GARCIA FALEIROS - SP376179-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto, em ação ordinária, pela **UNIÃO** em face da sentença, que julgou procedente o pedido para reconhecer o direito da autora **FRANPISOS MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA.**, à exclusão dos valores correspondentes ao ICMS da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e ao COFINS, bem como à repetição dos valores indevidamente recolhidos nos cinco últimos anos anteriores ao ajuizamento da demanda, por meio de restituição ou compensação.

Houve condenação da União Federal ao ressarcimento de custas processuais e ao pagamento de honorários advocatícios, fixados na faixa inicial do inciso I do § 3º do art. 85 do CPC e, naquilo que a exceder, na faixa mínima subsequente, na forma do art. 85, § 5º, do CPC, tendo como base de cálculo o proveito econômico obtido, ou seja, o valor do indébito apurado até o trânsito em julgado.

Em suas razões de apelação, a União **pleiteou o recebimento do recurso com efeito suspensivo** e, no mérito, sustentou, em síntese, que:

a) ainda há pedido pendente da PGFN de modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706, que concluiu ser indevida a inclusão do ICMS na base de cálculo de PIS e COFINS – **o que justifica a suspensão do processo até o julgamento dos embargos declaratórios;**

b) não há como prosperar a tese seguida pela r. sentença de que o ICMS não compõe a base de cálculo da contribuição ao PIS, vez que o valor do ICMS integra o preço da operação comercial para qualquer efeito, e esse valor incrementa a receita bruta da pessoa jurídica.

Com contrarrazões, subiram os autos a essa E. Corte Regional.

É o sucinto relatório.

srevi

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001787-21.2018.4.03.6113
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: FRANPISOS MATERIAIS PARA CONSTRUCAO LTDA
Advogados do(a) APELADO: ATAIDE MARCELINO JUNIOR - SP197021-A, MARINA GARCIA FALEIROS - SP376179-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

O cerne da presente controvérsia gravita em torno do pleito da autora acerca do reconhecimento judicial que declare seu direito à exclusão do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) da base de cálculo das contribuições devidas a título de PIS e COFINS, bem como à declaração do direito de efetuar a compensação tributária dos valores recolhidos indevidamente nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação.

Pois bem.

Inicialmente, considerando a análise do mérito do presente recurso, julgo prejudicado o pedido de concessão de efeito suspensivo, nos termos do art. 1.012, §§3º e 4º do CPC.

Outrossim, rejeito o pedido de suspensão do feito, uma vez que a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia **evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito** das demais demandas em que se discute o tema.

Ademais, uma vez que não há determinação expressa pelo STF, a suspensão da demanda é mera faculdade, a qual afasta, em nome da duração razoável do processo.

Quanto ao mérito, a questão não carece de maiores debates, haja vista que em sessão plenária do dia 15.03.2017 foi julgado o RE nº 574.706/RS, que trata do tema atinente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a sistemática da repercussão geral (artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973), nos seguintes termos:

*"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Carmen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: **"O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins"**. Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017."*

(RE 574706 RG, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 15/03/2017, DJe-053 DIVULG 17-03-2017 PUBLIC 20-03-2017)

Reforce-se a esse quadro que em 29.09.2017 foi disponibilizada a ementa do aludido acórdão:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. *A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.*

3. *O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.*

4. *Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."*

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

Em suma, a novel jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, assim como a do Superior Tribunal de Justiça, reconheceu a exclusão da parcela relativa ao ICMS da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, confira-se:

"TRIBUTO - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da Cofins, porque estranho ao conceito de faturamento." (RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituindo receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido."

(AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 07/04/2015)

Cumprasse asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

Na verdade, o ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.

Resta evidente, portanto, que o ICMS não tem a natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, veja-se:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ICMS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Encontra-se, atualmente, consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme constou do Boletim de Notícias do Supremo Tribunal Federal nº 762 de 06 a 11 de Outubro de 2014 (RE 240.785-2/MG).

2. Embargos infringentes desprovidos."

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI 0000266-78.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 04/11/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/11/2014)

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS e DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/04/2014)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DUPLO AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. VALIDADE. APROVEITAMENTO DO TÍTULO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.

2. A orientação no plano constitucional, a partir do precedente citado, foi adotada, recentemente, no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94, conforme AgRg no ARES 593.627, Rel. p/ acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 07/04/2015.

3. Embora cabível excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, não se reconhece a nulidade da execução fiscal, que deve prosseguir pelo saldo efetivamente devido, não se cogitando, de extinção da execução fiscal, na conformidade da jurisprudência consolidada.

4. Agravos inominados desprovidos."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0030027-53.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/05/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/05/2015)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB A SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. ICMS RECOLHIDO PELO SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO – ICMS-ST. EXCLUSÃO NO CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS PELO CONTRIBUINTE SUBSTITUÍDO. POSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO – PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS.

- 1. Apelação da União não conhecida no que tange à necessidade de ser observado o disposto no artigo 170-A, do CTN, uma vez que a sentença não destoou desse entendimento.*
- 2. O STF pacificou a controvérsia objeto de discussão nestes autos, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).*
- 3. A pacificação do tema, por meio de julgado proferido sob o regime da repercussão geral (e/ou na sistemática dos recursos repetitivos), impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.*
- 4. A jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.*
- 5. Embora o Supremo Tribunal Federal não tenha enfrentado a controvérsia atinente ao regime tributário adotado para a arrecadação do ICMS, tal questão não pode servir de óbice à aplicação do referido precedente quanto à exclusão do ICMS recolhido antecipadamente pelo substituto tributário em nome do contribuinte substituído, notadamente se considerada a circunstância de que tais antecipações do ICMS serão computadas no custo dos bens adquiridos pelo substituído e, por conseguinte, integrarão a sua receita bruta na etapa subsequente.*
- 6. A compensação (a ser realizada após o trânsito em julgado destes autos – artigo 170-A do CTN) deverá observar a prescrição quanto aos valores pagos antes do quinquênio anterior à impetração. Deverá, outrossim, ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74 da Lei nº 9.430/1996, porém à exceção das contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991 (conforme disposição do artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 11.457/2007). A atualização monetária dos valores pagos deve ser realizada mediante aplicação da taxa Selic (artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995).*
- 7. Na presente ação apenas se declara a existência do direito do contribuinte à compensação (Súmula 213 do STJ). Reserva-se à Administração o direito a ulterior verificação de sua plena regularidade, inclusive o encontro de contas. Para fins do simples reconhecimento/declaração do direito à compensação, os documentos colacionados aos autos são suficientes. A título ilustrativo, cumpre citar os comprovantes de arrecadação de Cofins não cumulativa, código de receita 5856, bem como de PIS não cumulativo, código de receita 6912.*
- 8. Apelação da União improvida na parte conhecida. Remessa oficial parcialmente provida.*

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 5004832-09.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 25/03/2019, Intimação via sistema DATA: 27/03/2019)

Reconheço, portanto, o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Reforce-se que mesmo com as alterações posteriores na legislação que instituiu o PIS e a COFINS – Lei nº 12.973/14 – não temo condão de afastar o quanto decidido, pois, conforme amplamente demonstrado, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, **observada a prescrição quinquenal** e segundo a lei vigente ao tempo do ajuizamento da demanda, que ocorreu em **25/07/2018**.

Conforme jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, confira-se:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

5. Consectariamente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.

7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.

13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor; nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."

14. Conseqüentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF). (Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

Destarte, conforme a jurisprudência acima colacionada e, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, veja-se:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4º 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.

4. A Tabela Única aprovada pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação /repetição de indébito, quais sejam: (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDcl no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. O prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/05 (09.06.2005), nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.") (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: REsp 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009).

7. *Outrossim, o artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.*

8. *Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."*

(REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010)

Finalmente, o termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior, que ora colaciono:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNBEN. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL. APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.250/95. DESDE O RECOLHIMENTO INDEVIDO. SÚMULA 83/STJ

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nas ações de restituição de tributos federais, antes do advento da Lei 9.250/95, incide a correção monetária desde o pagamento indevido (no caso, no momento da indevida retenção do IR) até a restituição ou a compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros moratórios a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), na forma do art. 167, parágrafo único, do CTN.

3. Ocorre que, com o advento do referido diploma, passou-se a incidir a Taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou a partir de 1º de janeiro de 1996 (caso o recolhimento tenha ocorrido antes dessa data).

Agravo regimental improvido."

(AgRg no AgRg no AREsp 536.348/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014)

Ante o exposto, **julgo prejudicado** o pedido de concessão de efeito suspensivo à apelação e **nego provimento** ao recurso da União, nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. PEDIDO DE CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO. PREJUDICADO. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.

1. O cerne da presente controvérsia gravita em torno do reconhecimento do direito da empresa autora à exclusão dos valores correspondentes ao ICMS da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e a COFINS, bem como a compensação dos valores tidos como indevidamente recolhidos, nos últimos 05 (cinco) anos, com os acréscimos cabíveis.

2. Considerando a análise do mérito do presente recurso, julgo prejudicado o pedido de concessão de efeito suspensivo, nos termos do art. 1.012, §§3º e 4º do CPC.

3. Pedido de suspensão do feito rejeitado, uma vez que a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia **evento futuro e incerto, que não constitui óbice à solução do mérito** das demais demandas em que se discute o tema.

4. Uma vez que não há determinação expressa pelo STF, a suspensão da demanda é mera faculdade, a qual afasto, em nome da duração razoável do processo.

5. A jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.
6. Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.
7. Cumpre asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.
8. O ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.
9. Resta evidente, portanto, que o ICMS não tem a natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.
10. Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, observada a prescrição quinquenal e segundo a lei vigente ao tempo do ajuizamento da demanda que ocorreu em **25/07/2018**.
11. Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil.
12. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior.
13. Pedido de efeito suspensivo à apelação prejudicado.
14. Recurso de apelação da União desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, julgou prejudicado o pedido de concessão de efeito suspensivo à apelação e negou provimento ao recurso da União, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000237-36.2019.4.03.6119
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: T & T LOGISTICAS S.A.
Advogado do(a) APELADO: MAURILIO GREICIUS MACHADO - SP187626-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000237-36.2019.4.03.6119
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: T & T LOGISTICAS S.A.
Advogado do(a) APELADO: MAURILIO GREICIUS MACHADO - SP187626-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa necessária e recurso de apelação interposto pela União em face de sentença que concedeu a segurança prolatada nos autos do *mandamus* impetrado por **T & T Logística S.A.**, objetivando a exclusão do ICMS incidente sobre a base de cálculo do PIS e da COFINS, além do direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos, corrigidos pela Selic, no período dos cinco anos que antecedem a propositura da ação (Id 46285082, p. 1-4).

Apelou a União (Id 46285084, p. 1-12), requerendo, preliminarmente, a suspensão do feito até que o Supremo Tribunal Federal conclua o julgamento do RE 574.576, sustentando, no mérito, a legalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que o faturamento corresponde à soma das receitas operacionais da empresa, ou seja, sua receita bruta operacional.

Com contrarrazões da parte apelada (Id 46285090, p. 1-4), vieram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal, em parecer do Procurador Regional da República Robério Nunes dos Anjos Filho, manifestou-se pelo regular prosseguimento (Id 59744186, p. 1-2).

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000237-36.2019.4.03.6119
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: T & T LOGISTICAS S.A.
Advogado do(a) APELADO: MAURILIO GREICIUS MACHADO - SP187626-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

Preliminarmente, recente jurisprudência do STF reitera o entendimento acerca da aplicação imediata do artigo 1.040 do Código de Processo Civil e julgamento do feito, independentemente do trânsito em julgado do acórdão paradigma, *verbis*:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO - TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SUBSTITUTIVA - BASE DE CÁLCULO - NÃO INCLUSÃO DO VALOR RELATIVO AO ICMS - ENTENDIMENTO FIRMADO COM BASE EM ORIENTAÇÃO QUE O PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PROCLAMOU NA APRECIÇÃO DO RE 574.706-RG/PR - **POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO IMEDIATO PELO RELATOR DE IDÊNTICA CONTROVÉRSIA INDEPENDENTEMENTE DA PUBLICAÇÃO OU DO TRÂNSITO EM JULGADO DO ACÓRDÃO PROFERIDO NO "LEADING CASE"**- SUCUMBÊNCIA RECURSAL (CPC, ART. 85, § 11) - NÃO DECRETAÇÃO, NO CASO, ANTE A INADMISSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO EM VERBA HONORÁRIA, POR TRATAR-SE DE PROCESSO DE MANDADO DE SEGURANÇA (SÚMULA 512/STF E LEI Nº 12.016/2009, ART. 25) - AGRAVO INTERNO IMPROVIDO."

(RE 1089337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 27/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-093 DIVULG 14-05-2018 PUBLIC 15-05-2018) g.n.

"COFINS E PIS - BASE DE CÁLCULO - ICMS - EXCLUSÃO. O Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços - ICMS não compõe a base de incidência do PIS e da COFINS. Precedentes: recurso extraordinário 240.785/MG, relator ministro Marco Aurélio, Pleno, acórdão publicado no Diário da Justiça de 8 de outubro de 2014 e recurso extraordinário nº 574.706/PR, julgado sob o ângulo da repercussão geral, relatora ministra Cármen Lúcia, Pleno, acórdão veiculado no Diário da Justiça de 2 de outubro de 2017. REPERCUSSÃO GERAL - ACÓRDÃO - PUBLICAÇÃO - EFEITOS - ARTIGO 1.040 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. **A sistemática prevista no artigo 1.040 do Código de Processo Civil sinaliza, a partir da publicação do acórdão paradigma, a observância do entendimento do Plenário, formalizado sob o ângulo da repercussão geral.**"

(AI 523706 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 10/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-109 DIVULG 01-06-2018 PUBLIC 04-06-2018) g.n.

Assim, a ausência de trânsito em julgado ou eventual possibilidade de modulação dos efeitos da decisão não impede que o entendimento seja desde logo adotado, conforme precedentes.

No mérito, a sentença deve ser mantida.

Em sessão plenária do dia 15.03.2017 foi julgado o RE nº 574.706/RG, que trata do tema atinente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a sistemática da repercussão geral (artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973), que constou com a seguinte decisão:

"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017."

(RE 574706 RG, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 15/03/2017, DJe-053 DIVULG 17-03-2017 PUBLIC 20-03-2017)

Em 29.09.2017 foi disponibilizada a ementa do referido acórdão:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. *A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.*

3. *O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.*

4. *Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."*

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta Terceira Turma.

Ademais, a questão não carece de maiores debates, visto que a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça reconheceram a exclusão da parcela relativa ao ICMS, da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, *verbis*:

"TRIBUTO - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da COFINS, porque estranho ao conceito de faturamento."

(RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituindo receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido."

(AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 07/04/2015)

Cumpra-se a asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

A exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS e do PIS decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

Assim, a falta de definitividade da entrada de valores a título de ICMS no caixa da pessoa jurídica caracteriza a ausência da natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, que, repita-se, tem natureza de receita para o Estado-membro.

Ademais, o termo "faturamento" deve ser conceituado no sentido técnico consagrado pela jurisprudência e pela doutrina.

Ainda, o ICMS é imposto indireto no qual o ônus financeiro é transferido para o consumidor final, tornando-se este o contribuinte de fato da exação. Assim, o sujeito passivo do tributo - aquele que realiza a operação de circulação de mercadorias - apenas tem o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, qual seja, o Estado-membro ou o Distrito Federal, mostrando-se, incontestavelmente, despido da natureza jurídica de receita para o sujeito passivo.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, *verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ICMS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. *Encontra-se, atualmente, consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme constou do Boletim de Notícias do Supremo Tribunal Federal nº 762 de 06 a 11 de Outubro de 2014 (RE 240.785-2/MG).*

2. *Embargos infringentes desprovidos."*

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI 0000266-78.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 04/11/2014, e-DJF3: 13/11/2014)

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS e DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3: 11/04/2014)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DUPLO AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. VALIDADE. APROVEITAMENTO DO TÍTULO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. *Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.*

2. *A orientação no plano constitucional, a partir do precedente citado, foi adotada, recentemente, no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94, conforme AgRg no ARESP 593.627, Rel. p/ acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 07/04/2015.*

3. *Embora cabível excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, não se reconhece a nulidade da execução fiscal, que deve prosseguir pelo saldo efetivamente devido, não se cogitando, de extinção da execução fiscal, na conformidade da jurisprudência consolidada.*

4. *Agravos inominados desprovidos."*

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0030027-53.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/05/2015, e-DJF3:28/05/2015)

Considerando o julgamento do RE n.º 240.785-2, que declarou inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, o advento da Lei n.º 12.973/2014 em nada altera o entendimento proferido pela Suprema Corte.

Com efeito, a superveniência da Lei, modificando o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, e, respeitando-se a prescrição quinquenal, é direito do impetrante a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio da compensação, conforme os termos delineados a seguir.

De fato, de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em julgados afetados ao Tema Repetitivo n.º 118, em se tratando de mandado de segurança cuja pretensão do contribuinte é apenas a de ver reconhecido o direito de compensar (provimento de cunho declaratório), sem apuração do efetivo montante dos recolhimentos realizados indevidamente, não cabe exigir do impetrante, credor tributário, a juntada das guias de recolhimento dos tributos, pois esta apreciação está reservada, em tais situações, ao âmbito administrativo, oportunidade em que serão assegurados à autoridade fazendária a fiscalização e o controle do procedimento compensatório.

Nesse sentido:

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TESE FIRMADA SOB O RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. ART. 1.036 E SEQUINTE DO CÓDIGO FUX. DIREITO DO CONTRIBUINTE À DEFINIÇÃO DO ALCANCE DA TESE FIRMADA NO TEMA 118/STJ (RESP 1.111.164/BA, DA RELATORIA DO EMINENTE MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI). INEXIGIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO, NO WRIT OF MANDAMUS, DO EFETIVO RECOLHIMENTO DO TRIBUTO, PARA O FIM DE OBTER DECLARAÇÃO DO SEU DIREITO À COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA, OBVIAMENTE SEM QUALQUER EMPECILHO À ULTERIOR FISCALIZAÇÃO DA OPERAÇÃO COMPENSATÓRIA PELO FISCO FEDERAL. A OPERAÇÃO DE COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA REALIZADA NA CONTABILIDADE DA EMPRESA CONTRIBUINTE FICA SUJEITA AOS PROCEDIMENTOS DE FISCALIZAÇÃO DA RECEITA COMPETENTE, NO QUE SE REFERE AOS QUANTITATIVOS CONFRONTADOS E À RESPECTIVA CORREÇÃO. RECURSO ESPECIAL DA CONTRIBUINTE A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.

1. *Esclareça-se que a questão ora submetida a julgamento encontra-se delimitada ao alcance da aplicação da tese firmada no Tema 118/STJ (REsp. 1.111.164/BA, da relatoria do eminente Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, submetido a sistemática do art. 543-C do CPC/1973), segundo o qual é necessária a efetiva comprovação do recolhimento feito a maior ou indevidamente para fins de declaração do direito à compensação tributária em sede de Mandado de Segurança.*

2. *A afetação deste processo a julgamento pela sistemática repetitiva foi decidida pela Primeira Seção deste STJ, em 24.4.2018, por votação majoritária; de qualquer modo, trata-se de questão vencida, de sorte que o julgamento do feito como repetitivo é assunto precluso.*

3. *Para se espancar qualquer dúvida sobre a viabilidade de se garantir, em sede de Mandado de Segurança, o direito à utilização de créditos por compensação, esta Corte Superior reafirma orientação unânime, inclusive consagrada na sua Súmula 213, de que o Mandado de Segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária.*

4. No entanto, ao sedimentar a Tese 118, por ocasião do julgamento do REsp. 1.111.164/BA, da relatoria do eminente Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, a Primeira Seção desta Corte firmou diretriz de que, tratando-se de Mandado de Segurança que apenas visa à compensação de tributos indevidamente recolhidos, impõe-se delimitar a extensão do pedido constante da inicial, ou seja, a ordem que se pretende alcançar para se determinar quais seriam os documentos indispensáveis à propositura da ação. O próprio voto condutor do referido acórdão, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC/1973, é expresso ao distinguir as duas situações, a saber: (...) a primeira, em que a impetração se limita a ver reconhecido o direito de compensar (que tem como pressuposto um ato da autoridade de negar a compensabilidade), mas sem fazer juízo específico sobre os elementos concretos da própria compensação; a outra situação é a da impetração, à declaração de compensabilidade, agrega (a) pedido de juízo específico sobre os elementos da própria compensação (v.g.: reconhecimento do indébito tributário que serve de base para a operação de compensação, acréscimos de juros e correção monetária sobre ele incidente, inexistência de prescrição do direito de compensar), ou (b) pedido de outra medida executiva que tem como pressuposto a efetiva realização da compensação (v.g.: expedição de certidão negativa, suspensão da exigibilidade dos créditos tributários contra os quais se opera a compensação).

5. Logo, postulando o Contribuinte apenas a concessão da ordem para se declarar o direito à compensação tributária, em virtude do reconhecimento judicial transitado em julgado da ilegalidade ou inconstitucionalidade da exigência da exação, independentemente da apuração dos respectivos valores, é suficiente, para esse efeito, a comprovação de que o impetrante ocupa a posição de credor tributário, visto que os comprovantes de recolhimento indevido serão exigidos posteriormente, na esfera administrativa, quando o procedimento de compensação for submetido à verificação pelo Fisco.

Ou seja, se a pretensão é apenas a de ver reconhecido o direito de compensar, sem abranger juízo específico dos elementos da compensação ou sem apurar o efetivo quantum dos recolhimentos realizados indevidamente, não cabe exigir do impetrante, credor tributário, a juntada das providências somente será levada a termo no âmbito administrativo, quando será assegurada à autoridade fazendária a fiscalização e controle do procedimento compensatório.

6. Todavia, a prova dos recolhimentos indevidos será pressuposto indispensável à impetração, quando se postular juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, com a efetiva investigação da liquidez e certeza dos créditos, ou, ainda, na hipótese em que os efeitos da sentença supõem a efetiva homologação da compensação a ser realizada. Somente nessas hipóteses o crédito do contribuinte depende de quantificação, de modo que a inexistência de comprovação cabal dos valores indevidamente recolhidos representa a ausência de prova pré-constituída indispensável à propositura da ação mandamental.

7. Na hipótese em análise, em que se visa garantir a compensação de valores indevidamente recolhidos a título do PIS e da COFINS, calculados na forma prevista no art. 3o., § 1o. da Lei 9.718/1998, o Tribunal de origem manteve a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido, concedendo a segurança apenas para garantir a compensação dos valores indevidamente recolhidos, limitando-os, todavia, àqueles devidamente comprovados nos autos.

8. Ao assim decidir, o Tribunal de origem deixou de observar que o objeto da lide limitou-se ao reconhecimento do direito de compensar, e, nesse ponto, foi devidamente comprovada a liquidez e certeza do direito necessário à impetração do Mandado de Segurança, porquanto seria preciso tão somente demonstrar que a impetrante estava sujeita ao recolhimento do PIS e da COFINS, com base de cálculo prevista no art. 3o., § 1o. da Lei 9.718/1998, cuja obrigatoriedade foi afastada pelas instâncias ordinárias.

9. Extrai-se do pedido formulado na exordial que a impetração, no ponto atinente à compensação tributária, tem natureza preventiva e cunho meramente declaratório, e, portanto, a concessão da ordem postulada só depende do reconhecimento do direito de se compensar tributo submetido ao regime de lançamento por homologação. Ou seja, não pretendeu a impetrante a efetiva investigação da liquidez e certeza dos valores indevidamente pagos, apurando-se o valor exato do crédito submetido ao acervo de contas, mas, sim, a declaração de um direito subjetivo à compensação tributária de créditos reconhecidos com tributos vencidos e vincendos, e que estará sujeita a verificação de sua regularidade pelo Fisco.

10. Portanto, a questão debatida no Mandado de Segurança é meramente jurídica, sendo desnecessária a exigência de provas do efetivo recolhimento do tributo e do seu montante exato, cuja apreciação, repita-se, fica postergada para a esfera administrativa.

11. Recurso Especial da Contribuinte ao qual se dá parcial provimento, para reconhecer o direito à compensação dos valores de PIS e COFINS indevidamente recolhidos, ainda que não tenham sido comprovados nos autos.

12. Acórdão submetido ao regime do art. 1.036 do Código Fux, fixando-se a seguinte tese, apenas explicitadora do pensamento zavaskiano consignado no julgamento REsp. 1.111.164/BA: (a) tratando-se de Mandado de Segurança impetrado com vistas a declarar o direito à compensação tributária, em virtude do reconhecimento da ilegalidade ou inconstitucionalidade da exigência da exação, independentemente da apuração dos respectivos valores, é suficiente, para esse efeito, a comprovação de que o impetrante ocupa a posição de credor tributário, visto que os comprovantes de recolhimento indevido serão exigidos posteriormente, na esfera administrativa, quando o procedimento de compensação for submetido à verificação pelo Fisco; e (b) tratando-se de Mandado de Segurança com vistas a obter juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, com efetiva investigação da liquidez e certeza dos créditos, ou, ainda, na hipótese em que os efeitos da sentença supõem a efetiva homologação da compensação a ser realizada, o crédito do contribuinte depende de quantificação, de modo que a inexistência de comprovação cabal dos valores indevidamente recolhidos representa a ausência de prova pré-constituída indispensável à propositura da ação." (sem grifos no original)"

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, visto a data que o presente *mandamus* foi ajuizado e, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, *verbis*:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

5. Consectariamente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.

7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponete própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.

13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."

14. Consequentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF). (Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010).

Conforme a jurisprudência acima colacionada e, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

Cumprе ressaltar que a compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior, verbis:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO INEXISTENTE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. COMPENSAÇÃO. TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA. ART. 26 DA LEI N. 11.457/07. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nos termos da jurisprudência do STJ, é impossível a compensação de créditos tributários administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal com débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (contribuições sociais previstas nas alíneas 'a', 'b' e 'c' do parágrafo único do art. 11 da Lei n. 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida pelo art. 26 da Lei n. 11.457/07. Precedentes. Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1469537/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 24/10/2014)

Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, *verbis*:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4º 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um mînus que se evita.

4. A Tabela Única a prova da pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação/repetição de indébito, quais sejam: (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDcl no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. O prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/05 (09.06.2005), nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.") (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: RESP 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009).

7. Outrossim, o artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

8. Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010)

Finalmente, o termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior, *verbis*:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNBEN. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL. APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.250/95. DESDE O RECOLHIMENTO INDEVIDO. SÚMULA 83/STJ

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nas ações de restituição de tributos federais, antes do advento da Lei 9.250/95, incide a correção monetária desde o pagamento indevido (no caso, no momento da indevida retenção do IR) até a restituição ou a compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros moratórios a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), na forma do art. 167, parágrafo único, do CTN.

3. Ocorre que, com o advento do referido diploma, passou-se a incidir a Taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou a partir de 1º de janeiro de 1996 (caso o recolhimento tenha ocorrido antes dessa data).

Agravo regimental improvido."

(AgRg no AgRg no AREsp 536.348/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014)

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** à remessa necessária e à apelação da União, nos termos da fundamentação.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. MANDADO DE SEGURANÇA. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO DA UNIÃO DESPROVIDAS.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontrar inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse Tribunal Regional Federal da 3ª Região.
2. A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, uma vez que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.
3. A superveniência da Lei nº 12.973/2014, que alargou o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.
4. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e respeitando-se a prescrição quinquenal, é assegurada ao impetrante a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio de compensação.
5. A compensação dos valores recolhidos indevidamente, deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, visto a data que o presente *mandamus* foi ajuizado.
6. É necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.
7. A compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior.
8. É aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil.
9. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior,
10. Remessa necessária e apelação da União desprovidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO à remessa necessária e à apelação da União, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0000155-31.2017.4.03.6129

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE EDUCACAO FISICA DA 4 REGIAO

PROCURADOR: CONSELHO REGIONAL DE EDUCACAO FISICA DA 4 REGIAO

Erro de interpretação na linha: '

{processoTrfHome.processoPartePoloAtivoDetalhadoStr}

': java.lang.ClassCastException: br.jus.pje.nucleo.entidades.PessoaJuridica cannot be cast to br.jus.pje.nucleo.entidades.PessoaFisica

APELADO: MAIRA PUPO FONSECA

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0000155-31.2017.4.03.6129
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE EDUCACAO FISICA DA 4 REGIAO
PROCURADOR: CONSELHO REGIONAL DE EDUCACAO FISICA DA 4 REGIAO

APELADO: MAIRA PUPO FONSECA

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo **Conselho Regional de Educação Física da 4ª Região - CREF4/SP**, inconformado com a sentença proferida nos autos da execução fiscal ajuizada em face de **Maira Pupo Fonseca**.

O MM. Juiz de primeiro grau extinguiu o feito, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, VI, do Código de Processo Civil combinado com o art. 771, parágrafo único, também do Código de Processo Civil e art. 25 da Lei 6.830/80, por entender que o exequente deixou de dar andamento ao feito.

Irresignado, o apelante sustenta, em síntese, que:

- a) não foi intimado para que se manifestasse sobre o seu interesse em dar andamento ao feito;
- b) a suspensão da execução fiscal em razão da não localização do devedor ou de bens passíveis de penhora, deve durar pelo prazo de 01 (um) ano, só após é que se inicia o prazo prescricional previsto no art. 40 da Lei 6.830/80;
- c) não foi devidamente intimado na forma prevista no art. 485, § 1º, do Código de Processo Civil.

Sem contrarrazões, os autos vieram a este e. Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0000155-31.2017.4.03.6129
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE EDUCACAO FISICA DA 4 REGIAO
PROCURADOR: CONSELHO REGIONAL DE EDUCACAO FISICA DA 4 REGIAO

APELADO: MAIRA PUPO FONSECA

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Trata-se de execução fiscal ajuizada pelo Conselho Regional de Educação Física da 4ª Região - CRF/SP, visando a cobrança de anuidades referente aos exercícios de 2012 a 2015 (ID de n.º 61073445, páginas 4-7).

No caso dos autos, a demanda foi ajuizada em 10/02/2017, sendo que a executada foi citada em 02/06/2017 (AR Positivo, ID de n.º 61073445, pág. 15).

Em 22/09/2017, foi realizada audiência de tentativa de conciliação, porém, a executada não compareceu (ID de n.º 61073445, pág. 16).

No dia 17/10/2017, o exequente requereu a penhora de valores da executada, via sistema Bacenjud.

Como a tentativa de penhora restou infrutífera, o exequente requereu em 07/03/2018, que fosse efetuada pesquisa de bens da executada, via sistema ARISP.

O pedido foi indeferido, em 16/04/2018, sendo que o MM. Juiz de primeiro grau determinou que o exequente requeresse, no prazo de 10 (dez) dias, o que de direito para o prosseguimento do feito. Alertando que, no silêncio, ou se fosse requerido somente a suspensão de prazo, o feito seria suspenso, nos termos do art. 40 da Lei n.º 6.830/80 e encaminhado ao arquivo (ID de n.º 61073448, pág. 5).

Após, em 24/05/2018, o exequente requereu a utilização do sistema INFOJUD para localização de bens passíveis de penhora.

O pedido foi indeferido, em 22/06/2018, sendo que o MM. Juiz de primeiro grau determinou novamente que o exequente requeresse, no prazo de 10 (dez) dias, o que de direito para o prosseguimento do feito. Alertando que, no silêncio, ou se fosse requerido somente a suspensão de prazo, o feito seria suspenso, nos termos do art. 40 da Lei n.º 6.830/80 e encaminhado ao arquivo (ID de n.º 61073448, pág. 12).

Em seguida, no dia 11/10/2018, foi proferida sentença, extinguindo a execução fiscal, sem resolução do mérito, por abandono da causa.

A sentença deve ser desconstituída.

De início, observa-se que o MM. Juiz Sentenciante não observou o comando, dado por ele mesmo, nos despachos datados de 16/04/2018 (ID de n.º 61073448, pág. 5) e de 22/06/2018 (ID de n.º 61073448, pág. 12), quando alertou que no silêncio, o feito ficaria suspenso, nos termos do art. 40 da Lei n.º 6.830/80, aguardando manifestação em arquivo.

De outra face, não foi observado o disposto no art. 485, § 1º, do Código de Processo Civil, que dispõe, *in verbis*:

Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

(...)

III - por não promover os atos e as diligências que lhe incumbir; o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias;

(...)

§ 1º Nas hipóteses descritas nos incisos II e III, a parte será intimada pessoalmente para suprir a falta no prazo de 5 (cinco) dias.

No presente caso, o magistrado de primeiro grau não observou o mandamento legal, visto que extinguiu o feito sem oportunizar à exequente suprir a falta no prazo de 5 (cinco) dias.

Desse modo, por inobservância do rito estabelecido na norma processual, impõe-se a desconstituição da sentença que, prematuramente, julgou extinto o processo, sem resolução do mérito.

Neste sentido, trago a colação precedente do C. Superior Tribunal de Justiça - STJ. Veja-se:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. ABANDONO DE CAUSA. ART. 485, III, DO CPC. OBRIGATORIEDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL FIXANDO PRAZO PARA PROMOVER O ANDAMENTO DO FEITO, CUJO DESATENDIMENTO SERÁ SANCIONADO COM SENTENÇA TERMINATIVA SEM MÉRITO. ART. 485, § 1º, DO CPC.

1. O término do processo sem resolução do mérito, na hipótese de abandono (art. 485, III, do CPC), exige que a parte seja intimada pessoalmente, com a advertência de que a falta de promoção dos autos de sua incumbência, no prazo derradeiro (que é de cinco dias, no atual CPC), acarretará a extinção do feito. Exegese do art. 485, § 1º, do CPC.

2. A regra acima já vinha prevista no CPC/1973, no art. 267, § 1º (a única diferença é que o prazo para restabelecer o andamento do feito era de quarenta e oito horas). A jurisprudência do STJ, em relação ao referido dispositivo legal, exigia que a sentença de extinção fosse precedida de intimação pessoal abrindo o específico prazo (então de 48h, conforme dito) para que fosse promovido o andamento do feito, sob pena de extinção.
3. *No caso concreto, o Tribunal de origem manteve a sentença de extinção da Execução Fiscal por abandono, consignando que a Fazenda credora foi cientificada pessoalmente da penhora deferida, sem apresentar manifestação.*
4. *Há dois equívocos que conduzem à reforma do julgado: em primeiro lugar, a extinção do feito por abandono tem por premissa que a parte, por mais de trinta (30) dias, não promoveu os atos e/ou diligências que lhe competiam. Ademais, verificado o transcurso do prazo in albis, compete à autoridade judicial determinar a sua intimação pessoal para que, no prazo de cinco dias ou de quarenta e oito horas (conforme vigente, ao tempo da intimação, o novo ou o revogado CPC), promovesse o andamento do feito, sob pena de extinção.*
5. *Ao que se verifica, o ato de cientificar a Fazenda Pública da realização da penhora não lhe transferiu a prática de qualquer ato processual, uma vez que o ato subsequente (alienação judicial) poderia ser promovido ex officio pelo juiz.*
6. *Não bastasse isso, ao que consta do voto condutor do acórdão hostilizado, a extinção do feito teria decorrido da simples ausência de resposta do ente público à cientificação da penhora realizada nos autos, quando, conforme acima demonstrado, a sentença somente poderia ser proferida se previamente tivesse havido intimação pessoal concedendo à exequente prazo para que esta praticasse algum ato privativo, indispensável para o andamento do feito, cujo desatendimento seria sancionado com a extinção por abandono de causa.*
7. *Recurso Especial provido.*
(REsp 1738705/MT, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 23/11/2018)

No mesmo sentido, já decidiu este E. Tribunal. Veja-se:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EXTINÇÃO. ART. 485, III, DO CPC. ABANDONO DA CAUSA. NÃO CARACTERIZADO. APELAÇÃO PROVIDA.

1. As hipóteses de extinção do processo por desídia encontram-se descritas no art. 485, II e III, do CPC. Em ambos os casos, para ficar caracterizada a desídia imputável à parte, torna-se imprescindível a intimação pessoal, conforme disposto no § 1º do mesmo dispositivo legal.
2. *Não sendo o exequente intimado na forma do parágrafo 1º do art. 485, não há que se falar em extinção do feito com fulcro no inciso III deste dispositivo.*
3. *Apelação provida.*
(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2127508 - 0000704-34.2014.4.03.6133, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA, julgado em 18/07/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:25/07/2018)

Ante o exposto, dou provimento à apelação, para determinar o prosseguimento da execução fiscal, nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

EMENTA

PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA DA 4ª REGIÃO. COBRANÇA DE ANUIDADES. ABANDONO DA CAUSA NÃO CONFIGURADO. RECURSO DE APELAÇÃO PROVIDO.

1) Trata-se de execução fiscal ajuizada pelo Conselho Regional de Educação Física da 4ª Região - CRF/SP, visando a cobrança de anuidades referente aos exercícios de 2012 a 2015 (ID de n.º 61073445, páginas 4-7).

2) No caso dos autos, a demanda foi ajuizada em 10/02/2017, sendo que a executada foi citada em 02/06/2017 (AR Positivo, ID de n.º 61073445, pág. 15). Em 22/09/2017, foi realizada audiência de tentativa de conciliação, porém, a executada não compareceu (ID de n.º 61073445, pág. 16). No dia 17/10/2017, o exequente requereu a penhora de valores da executada, via sistema Bacenjud. Como a tentativa de penhora restou infrutífera, o exequente requereu em 07/03/2018, que fosse efetuada pesquisa de bens da executada, via sistema ARISP. O pedido foi indeferido, em 16/04/2018, sendo que o MM. Juiz de primeiro grau determinou que o exequente requeresse, no prazo de 10 (dez) dias, o que de direito para o prosseguimento do feito. Alertando que, no silêncio, ou se fosse requerido somente a suspensão de prazo, o feito seria suspenso, nos termos do art. 40 da Lei n.º 6.830/80 e encaminhado ao arquivo (ID de n.º 61073448, pág. 5). Após, em 24/05/2018, o exequente requereu a utilização do sistema INFOJUD para localização de bens passíveis de penhora. O pedido foi indeferido, em 22/06/2018, sendo que o MM. Juiz de primeiro grau determinou novamente que o exequente requeresse, no prazo de 10 (dez) dias, o que de direito para o prosseguimento do feito. Alertando que, no silêncio, ou se fosse requerido somente a suspensão de prazo, o feito seria suspenso, nos termos do art. 40 da Lei n.º 6.830/80 e encaminhado ao arquivo (ID de n.º 61073448, pág. 12). Em seguida, no dia 11/10/2018, foi proferida sentença, extinguindo a execução fiscal, sem resolução do mérito, por abandono da causa.

3) De início, observa-se que o MM Juiz Sentenciante não observou o comando, dado por ele mesmo, nos despachos datados de 16/04/2018 (ID de n.º 61073448, pág. 5) e de 22/06/2018 (ID de n.º 61073448, pág. 12), quando alertou que no silêncio, o feito ficaria suspenso, nos termos do art. 40 da Lei n.º 6.830/80, aguardando manifestação em arquivo.

4) De outra face, não foi observado o disposto no art. 485, § 1º, do Código de Processo Civil, pois o feito foi extinto sem oportunizar à exequente suprir a falta no prazo de 5 (cinco) dias. Desse modo, por inobservância do rito estabelecido na norma processual, impõe-se a desconstituição da sentença que, prematuramente, julgou extinto o processo, sem resolução do mérito.

5) Recurso de apelação provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, para determinar o prosseguimento da execução fiscal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) N° 5030805-59.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
AGRAVANTE: COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS - CVM
AGRAVADO: MARCOS GERMANO MATROWITZ
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) N° 5030805-59.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
AGRAVANTE: COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS - CVM
AGRAVADO: MARCOS GERMANO MATROWITZ
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Trata-se de agravo de instrumento interposto pela **Comissão de Valores Mobiliários - CVM** contra a decisão de ID 24214644 dos autos da execução fiscal nº 5002427-11.2018.4.03.6182, ajuizada em face de **Marcos Germano Matrowitz**, e em trâmite perante o Juízo Federal da 10ª Vara das Execuções Fiscais de São Paulo/SP.

A MM. Juíza de primeiro grau, invocando o disposto no artigo 36 da Lei nº 13.869/2019, indeferiu pedido de bloqueio de valores via Bacenjud, determinando a suspensão da execução fiscal até que a exequente indicasse bens para garantia do feito.

Em suas razões, a agravante alega que aquela norma não se encontra vigente e, ainda que os dispositivos da Lei nº 13.869/2019 estivessem em vigor, o pedido formulado possui respaldo legal no artigo 854 do Código de Processo Civil; além disso, para incorrer no tipo descrito no artigo 36 daquela lei, seria necessário que o magistrado determinasse o bloqueio em valor muito superior ao buscado pela exequente e, mesmo quando alertado acerca de eventual excesso do montante constricto, mediante omissão dolosa, não determinasse a devida correção.

Assim, requer seja determinada a constrição de ativos financeiros, sem a prévia intimação do executado, conforme prevê o artigo 854 do Código de Processo Civil.

Pela decisão de ID 116450747, deferiu-se em parte a antecipação da tutela recursal, para determinar ao juízo *a quo* a apreciação, no prazo de 10 (dez) dias, do pedido formulado pela exequente.

A parte agravada não possui advogado constituído nos autos.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5030805-59.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
AGRAVANTE: COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS - CVM
AGRAVADO: MARCOS GERMANO MATROWITZ
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Colhe-se do pronunciamento judicial agravado que o indeferimento ao pedido de bloqueio de valores pelo sistema Bacenjud deu-se em razão do risco de a MM. Juíza *a quo* incorrer no crime de abuso de autoridade, previsto no artigo 36 da Lei nº 13.869/2019, *verbis*:

“Art. 36. Decretar, em processo judicial, a indisponibilidade de ativos financeiros em quantia que extrapole exacerbadamente o valor estimado para a satisfação da dívida da parte e, ante a demonstração, pela parte, da excessividade da medida, deixar de corrigi-la:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.”

Segundo Sua Excelência, é comum que, após a efetivação da indisponibilidade, o juiz seja informado pela exequente de que o bloqueio foi “indevido”, em especial porque a dívida seria de valor inferior ao estimado de início, fora os casos em que o bloqueio é replicado e efetivado sobre várias contas bancárias.

Ainda de acordo com a magistrada, o prazo de 24 horas, previsto no § 1º do artigo 854 do Código de Processo Civil e destinado ao cancelamento de eventual indisponibilidade excessiva, é de inviável aplicação prática *“para quem vive o dia a dia do Fórum de Execuções Fiscais de São Paulo, com seu acervo de processos que beira o caos”* (ID 24214644 - Pág. 2 dos autos de origem).

Prosseguindo, a juíza afirma que, *“sem entrar no mérito da constitucionalidade ou não da Lei nº 13.869/19”*, alguns de seus termos são vagos e produzem insegurança jurídica (ID 24214644 - Pág. 2 dos autos de origem).

Por fim, ela indefere o pedido de bloqueio de valores pelo sistema Bacenjud, invocando *“respeito ao Princípio da Legalidade, e considerando que essas situações podem levar à conclusão de que se estaria incorrendo em conduta prevista no artigo 36 da Lei nº 13.869/19 (Lei de Abuso de Autoridade)”* (ID 24214644 - Pág. 2 dos autos de origem).

Como restou bem explicitado na decisão que deferiu em parte a antecipação da tutela, com a devida vênua, justamente em respeito ao princípio da legalidade deveria a juíza aplicar a lei ao caso concreto submetido a sua apreciação, deferindo ou indeferindo o pedido consoante o direito da parte. Essa é, por sinal, a típica função do magistrado e, para cumpri-la com independência, Sua Excelência recebeu investidura e garantias constitucionais.

Lembre-se, ademais, que, dentre os deveres do magistrado, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional aponta, em primeiro lugar, o de *“cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício”* (Lei Complementar nº 35, artigo 35, inciso I).

Valendo-se, porém, de argumentação sem relação com o direito e o fato colocados a seu exame, a magistrada preferiu escusar-se de decidir, culminando por negar jurisdição. Aparentemente, o pedido foi indeferido, mas, na essência, o pedido não foi apreciado. No raciocínio expendido no pronunciamento judicial agravado, para não correr o risco de incidir em abuso de autoridade, a magistrada reputa melhor abster-se de analisar o direito do jurisdicionado.

Não bastasse, o pronunciamento judicial agravado viola o disposto no inciso III do § 1º do artigo 489 do Código de Processo Civil, segundo o qual *“não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que (...) invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão”*.

Deveras, a escusa invocada pela juíza poderia ser usada para todo e qualquer pedido de bloqueio de bens, independentemente de mínimo exame ou análise do caso concreto ou do direito aplicável. Essa circunstância evidencia a falta de fundamentação e, por conseguinte, a nulidade do pronunciamento judicial.

Porque atinente ao cumprimento do ofício jurisdicional - matéria de ordem pública por excelência -, o reconhecimento desse vício formal, que avulta do ato impugnado, conduz à potencial decretação de sua nulidade, máxime diante do disposto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal.

Acresça-se a isso o fato de que, sem a efetiva e válida decisão quanto ao deferimento ou não do pedido de bloqueio e com a determinação de suspensão da execução, há risco de perecimento do objeto, dada a concreta possibilidade de esvaziamento de eventuais saldos bancários.

Por derradeiro, observe-se que não é possível o deferimento integral da tutela recursal, sob pena de indevida supressão de instância e de violação a regras de competência originária.

Ante o exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao agravo de instrumento para, confirmando a liminar, determinar ao juízo *a quo* a apreciação do pedido de bloqueio de valores formulado pela exequente, devendo fazê-lo mediante a aplicação do direito ao caso concreto, observado o disposto no artigo 489, § 1º, do Código de Processo Civil.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. BACENJUD. INDEFERIMENTO SOB A JUSTIFICATIVA DE POSSÍVEL CRIMINALIZAÇÃO DA CONDUTA. LEI 13.869/2019. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Pronunciamento judicial agravado que indeferiu o pedido de bloqueio de valores pelo sistema Bacenjud, em razão do risco de a MM. Juíza *a quo* incorrer no crime de abuso de autoridade, previsto no artigo 36 da Lei nº 13.869/2019.

2. Dentre os deveres do magistrado, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional aponta, em primeiro lugar, o de “*cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício*” (Lei Complementar nº 35, artigo 35, inciso I).

3. Valendo-se, porém, de argumentação sem relação com o direito e o fato colocados a seu exame, a magistrada preferiu escusar-se de decidir, culminando por negar jurisdição. Aparentemente, o pedido foi indeferido, mas, na essência, o pedido não foi apreciado. No raciocínio expendido no pronunciamento judicial agravado, para não correr o risco de incidir em abuso de autoridade, a magistrada reputa melhor abster-se de analisar o direito do jurisdicionado.

4. Não bastasse, o pronunciamento judicial agravado viola o disposto no inciso III do § 1º do artigo 489 do Código de Processo Civil, segundo o qual “*não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que (...) invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão*”.

5. A escusa invocada pela juíza poderia ser usada para todo e qualquer pedido de bloqueio de bens, independentemente de mínimo exame ou análise do caso concreto ou do direito aplicável. Essa circunstância evidencia a falta de fundamentação e, por conseguinte, a nulidade do pronunciamento judicial.

6. Porque atinente ao cumprimento do ofício jurisdicional - matéria de ordem pública por excelência -, o reconhecimento desse vício formal, que avulta do ato impugnado, conduz à potencial decretação de sua nulidade, máxime diante do disposto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal.

7. Agravo de instrumento provido, em parte, para determinar ao juízo *a quo* a apreciação do pedido de bloqueio de valores formulado pela exequente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, DEU PARCIAL PROVIMENTO ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5012307-79.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: DELEGADO DA POLICIA FEDERAL DE IMIGRACAO - DELEMIG, UNIAO FEDERAL

APELADO: MARIA CLARA TIETI

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5012307-79.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: DELEGADO DA POLICIA FEDERAL DE IMIGRACAO - DELEMIG, UNIAO FEDERAL

APELADO: MARIA CLARA TIETI

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança preventivo impetrado por **Maria Clara Tieti** em face do **Delegado de Polícia Federal de Controle de Imigração**, objetivando o processamento do seu pedido de residência definitiva, com base em reunião familiar, sem a necessidade de apresentação de certidão de antecedentes criminais expedida pelo seu país de origem.

A liminar foi deferida para que, preenchidos os demais requisitos necessários, seja garantido o processamento do pedido de residência da impetrante, independentemente da apresentação da certidão de antecedentes criminais (ID 122775103).

Dessa decisão a União interpôs agravo de instrumento, o qual foi julgado prejudicado ante a prolação da sentença.

A MM. Juíza *a quo* concedeu a segurança, confirmando a liminar anteriormente deferida (ID 122775112).

A União apelou, sustentando, em síntese, que:

a) a impetrante não é refugiada, tanto que não invoca os termos da Lei nº 9.474/97 para obter residência no país, mas sim a legislação geral aplicável aos estrangeiros (Lei nº 13.445/2017), pelo fundamento da reunião familiar, cujo artigo 31 determina observância ao disposto no regulamento, no caso, o artigo 129 do Decreto nº 9.199/2017, que prevê ao imigrante a obrigatoriedade de apresentação de certidões de antecedentes criminais de onde tenha residido nos últimos cinco anos;

b) a alegada dificuldade para obtenção de certidão de antecedentes expedida pela representação consular de Angola, além de exigir dilação probatória incompatível com o rito do mandado de segurança nos termos do art. 5º, LXIX, CF e do art. 1º, da Lei nº 12.016/2009, também não se consubstancia em motivo jurídico apto a dispensar a impetrante da exigência.

Com contrarrazões, vieram os autos para este Tribunal.

A Procuradoria Regional da República, em parecer da lavra do Dr. Marlon Alberto Weichert, opinou pelo desprovemento da apelação (ID 127450429).

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5012307-79.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: DELEGADO DA POLICIA FEDERAL DE IMIGRACAO - DELEMIG, UNIAO FEDERAL

APELADO: MARIA CLARA TIETI

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Trata-se de mandado de segurança preventivo impetrado por estrangeiro com o fito de obter o processamento do seu pedido de residência definitiva, com base em reunião familiar, sem a necessidade de apresentação de certidão de antecedentes criminais expedida pelo seu país de origem.

A impetrante, nacional de Angola, ingressou em território nacional e solicitou refúgio no dia 05.05.2016, sendo que, na data de 01.07.2016, nasceu seu filho Emanuel Mantu Joaquim, fruto da relação com o angolano Samuel Joaquim, com quem tem mais três filhos.

Alegando que essa situação lhe dá direito à regularização com base em reunião familiar, nos termos do art. 30, I, 'Y' da Lei nº 13.445/2017, do art. 153 do Decreto nº 9.199/2017 e, em termos regulamentares, pelo art. 1º, VI e Anexo VI da Portaria Interministerial nº 03/2018, a impetrante compareceu a Delegacia de Polícia Federal para o processamento de seu pedido de expedição de documento de identificação de estrangeiro em território nacional, entretanto, tal órgão se recusou a prosseguir com o pedido sem a apresentação da sua certidão de antecedentes criminais.

Pois bem. Segundo a Lei nº 13.445/2017 (Lei de Migração), a residência poderá ser autorizada ao imigrante que tenha filho brasileiro, com intuito de reunião familiar. Veja-se:

“Art. 30. A residência poderá ser autorizada, mediante registro, ao imigrante, ao residente fronteiriço ou ao visitante que se enquadre em uma das seguintes hipóteses:

I - a residência tenha como finalidade:

(...)

i) reunião familiar;

(...)

Art. 37. O visto ou a autorização de residência para fins de reunião familiar será concedido ao imigrante:

(...)

II - filho de imigrante beneficiário de autorização de residência, ou que tenha filho brasileiro ou imigrante beneficiário de autorização de residência” (grifei).

O Decreto nº 9.199/2017, por sua vez, que regulamenta a Lei de Migração, exige a apresentação de certidão de antecedente criminal ou documento equivalente emitido pela autoridade judicial competente de onde tenha residido nos últimos cinco anos para fins de instrução do pedido de autorização de residência. Veja-se:

“Art. 129. Para instruir o pedido de autorização de residência, o imigrante deverá apresentar, sem prejuízo de outros documentos requeridos em ato do Ministro de Estado competente pelo recebimento da solicitação:

(...)

V - certidões de antecedentes criminais ou documento equivalente emitido pela autoridade judicial competente de onde tenha residido nos últimos cinco anos”.

Registre-se que a impetrante apresentou nestes autos documento expedido pelo Ministério da Justiça e dos Direitos Humanos de Angola (ID 122775090 - Pág. 13), comprovando a inexistência de antecedentes criminais em seu nome, cumprindo, assim, a função da certidão exigida pela legislação.

Ainda que assim não fosse, exigir que a impetrante retornasse ao seu país de origem para fins de obtenção de certidão de antecedentes criminais é totalmente irrazoável, mormente porque a impetrante não possui recursos financeiros para a viagem ou para contratar a prestação de serviços, tanto que é beneficiária da assistência judiciária gratuita e representada nos autos pela Defensoria Pública da União.

A respeito da questão, colhem-se os seguintes precedentes desta Terceira Turma:

“MANDADO DE SEGURANÇA. PERMANÊNCIA DE ESTRANGEIRO EM TERRITÓRIO BRASILEIRO. EXISTÊNCIA DE FAMÍLIA CONSTITUÍDA NO PAÍS. RESIDÊNCIA FIRMADA. SEGURANÇA CONCEDIDA. APELAÇÃO PROVIDA. I - Na espécie, o impetrante preenche o requisito exigido no artigo 37, da Lei nº 13.445/2017, uma vez que o documento acostado no Num. 75378350, dos autos principais, faz prova da existência de reunião familiar. Ademais, o impetrante atendeu todas as condições para obter a autorização de residência, uma vez que possui todos os outros documentos exigidos e comprovantes de que vive em união estável com brasileira. Além disso, o impetrante não possui recursos financeiros para retornar ao país ou, eventualmente, contratar a prestação de serviços. II. Nesse contexto excepcional, em que pese a força probatória da certidão de antecedentes criminais, devem ser admitidos outros meios de prova que também possuem o condão de atestar a identidade e a idoneidade das pessoas que pretendem obter autorização para residir de forma permanente no Brasil. A recusa na emissão do documento, de modo injustificado, ofende ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, na medida em que impede o legítimo exercício do direito do autor de permanência no país. III. Desta forma, considerando-se as especificidades do caso concreto, não se aplica, à apelante, a exigência trazida no art. 129, inciso V, do Decreto nº 9.199/2017, qual seja, apresentação de "certidões de antecedentes criminais ou documento equivalente emitido pela autoridade judicial competente de onde tenha residido nos últimos cinco anos", devendo ser reformada a r. sentença para que o apelante tenha a sua solicitação de autorização de residência recebida e processada, bastando para tanto a apresentação de outro documentos que comprove a sua identidade e a sua nacionalidade. IV. Diante do exposto, concedo a antecipação de tutela e dou provimento à apelação para que seja garantida o recebimento e processamento do pedido de autorização de residência por reunião familiar com a dispensa da apresentação de passaporte válido e de certidão de antecedentes criminais do país de origem, sendo suficiente, a apresentação de outro documento que comprove a sua identidade e a sua nacionalidade. V. Apelação provida.” (ApCiv 5015849-08.2018.4.03.6100, Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, TRF3 - 3ª Turma, Intimação via sistema DATA: 07/02/2020.) (grifei)

“DIREITO CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL. MANDADO DE SEGURANÇA. REGULARIZAÇÃO MIGRATÓRIA. PEDIDO DE RESIDÊNCIA PERMANENTE. ESTRANGEIRA SOLICITANTE DE REFÚGIO E COM PROLE BRASILEIRA. DISPENSA DE APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS DO PAÍS DE ORIGEM E DE PASSAPORTE VÁLIDO. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL DO CASO CONCRETO. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. 1. Discute-se no presente recurso sobre a existência ou não de direito líquido e certo à desnecessidade de apresentação de certidão de antecedentes criminais emitida pelo país de origem e do passaporte válido para o processamento de pedido de residência permanente, fundada na reunião familiar ou em acolhida humanitária. 2. Consoante o art. 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal: "conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público". 3. Dessa forma, o mandado de segurança configura ação constitucional que visa a proteger o titular de direito líquido e certo, lesado ou sob ameaça de lesão, não amparado por "habeas corpus" ou "habeas data", em casos de ilegalidade ou abuso de poder, por conduta comissiva ou omissiva. 4. Anota-se que o mandado de segurança é via processual adequada para a agravada manifestar a irrisignação em apreço, tendo em vista a potencial violação ao direito de regularização migratória. 5. Importa frisar que o Estatuto dos Refugiados (Convenção da ONU de 1951) prevê a flexibilização das exigências documentais e regras procedimentais, diante das condições especiais dos refugiados, que se apresentam em situação de urgência ante a fuga do país de origem. O mesmo tratamento foi conferido pelos artigos 43 e 44 da Lei nº 9.474/1997. 6. O art. 20 da Lei de Migração - Lei nº 13.445/2017 prevê a flexibilização documental para a identificação civil do solicitante de refúgio. 7. Na hipótese dos autos, a agravada, solicitante de refúgio com prole brasileira, veio ao país em busca de condições mínimas de sobrevivência, diante da persistente crise social e humanitária no Haiti, seu país de origem. Assim, cabível afastar a exigência de documentos que não possui a agravada condições de obter em decorrência da grave situação política do país de origem. 8. Com efeito, exigir da impetrante, ora agravada, a apresentação de documentação que não possui condições de obter, significa obstar a possibilidade de regularização da sua situação migratória. 9. Negar à impetrante o processo o processamento do pedido de autorização de residência com base em reunião familiar somente por impossibilidade de apresentação de documentos que não podem ser obtidos caracteriza violação aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. 10. Considerando-se as especificidades do caso concreto, não se aplica, à agravada, a exigência trazida no art. 129, inciso V, do Decreto nº 9.199/2017, qual seja, apresentação de "certidões de antecedentes criminais ou documento equivalente emitido pela autoridade judicial competente de onde tenha residido nos últimos cinco anos". 11. De outro giro, verifica-se que a função precípua da apresentação do passaporte para regularização migratória é identificar o portador e conferir se, de fato, trata-se da mesma pessoa que teve autorizada a sua permanência no país. 12. Nesse contexto, é de pouca relevância que o documento de viagem esteja fora do prazo de validade previsto pelo Estado emissor, desde que não seja desatualizado, tendo em vista que os dados concernentes à identidade do portador, tais como nome, local e data de nascimento, gênero e nacionalidade, em regra, apenas são repetidos no novo passaporte, cuja diferença será somente o novo número de identificação e a nova data de validade. 13. Agravo de instrumento não provido". (AI 5015457-98.2019.4.03.0000, Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, TRF3 - 3ª Turma, Intimação via sistema DATA: 09/10/2019.) (grifei)

Logo, a r. sentença deve ser mantida tal como lançada.

Diante do exposto, voto por **NEGAR PROVIMENTO** à apelação e à remessa necessária.

É como voto.

jucarval

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. ESTRANGEIRO. PEDIDO DE RESIDÊNCIA PARA FINS DE REUNIÃO FAMILIAR. EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS EXPEDIDA PELO PAÍS DE ORIGEM. LEI 13.445/2017. DECRETO 9.199/2017. APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDAS.

1. Trata-se de mandado de segurança impetrado por estrangeiro com o fito de obter o processamento do seu pedido de residência definitiva, com base em reunião familiar, sem a necessidade de apresentação de certidão de antecedentes criminais expedida pelo seu país de origem.
2. Segundo a Lei nº 13.445/2017 (Lei de Migração), a residência poderá ser autorizada ao imigrante que tenha filho brasileiro com intuito de reunião familiar, sendo exigida pelo Decreto nº 9.199/2017 a apresentação de certidão de antecedente criminal ou documento equivalente emitido pela autoridade judicial competente de onde o imigrante tenha residido nos últimos cinco anos. Precedentes.
3. A impetrante, por seu turno, apresentou nestes autos documento expedido pelo Ministério da Justiça e dos Direitos Humanos de Angola, comprovando a inexistência de antecedentes criminais em seu nome, cumprindo, assim, a função da certidão exigida pela legislação.
4. Ainda que assim não fosse, exigir que a impetrante retornasse ao seu país de origem para fins de obtenção de certidão de antecedentes criminais é totalmente irrazoável, mormente porque a impetrante não possui recursos financeiros para a viagem ou para contratar prestação de serviço, tanto que é beneficiária da assistência judiciária gratuita e representada nos autos pela Defensoria Pública da União.
5. Apelação e remessa necessária desprovidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO à apelação e à remessa necessária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000377-38.2017.4.03.6120
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: GLOBAL PET RECICLAGEM SA
Advogado do(a) APELANTE: CELSO RIZZO - SP160586-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000377-38.2017.4.03.6120
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: GLOBAL PET RECICLAGEM SA
Advogado do(a) APELANTE: CELSO RIZZO - SP160586-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário, reconhecido de ofício, e de recurso de apelação interposto pela **UNIÃO** em face da sentença, que concedeu a segurança para declarar o direito da impetrante **GLOBAL PET RECICLAGEM SA**, à exclusão dos valores correspondentes ao ICMS da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e ao COFINS, bem como à repetição dos valores indevidamente recolhidos, cinco últimos anos anteriores à impetração, por meio de restituição ou compensação, a serem requeridas administrativamente.

O Juízo *a quo* concedeu a segurança para declarar o direito da impetrante à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como para reconhecer o direito daquela de restituir ou compensar, os valores recolhidos a tal título nos últimos cinco anos que antecederam o ajuizamento da ação, bem como eventuais recolhimentos efetuados no curso da lide.

Em suas razões de apelação, a União sustentou, em síntese, que:

- a) ainda há pedido pendente da PGFN de modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706 - o que justifica a **suspensão do processo até o julgamento dos embargos declaratórios**;
- b) não há como prosperar a tese seguida pela r. sentença de que o ICMS não compõe a base de cálculo da contribuição ao PIS, vez que o valor do ICMS integra o preço da operação comercial para qualquer efeito, e esse valor incrementa a receita bruta da pessoa jurídica.

Sem contrarrazões, subiram os autos a essa E. Corte Regional.

O Ministério Público Federal, em manifestação do Procurador Regional da República, Sérgio Monteiro Medeiros, opinou pelo regular prosseguimento do feito.

É o sucinto relatório.

srevi

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000377-38.2017.4.03.6120
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: GLOBAL PET RECICLAGEM SA
Advogado do(a) APELANTE: CELSO RIZZO - SP160586-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

O cerne da presente controvérsia gravita em torno do pleito da impetrante acerca do reconhecimento judicial que declare seu direito à exclusão do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) da base de cálculo das contribuições devidas a título de PIS e COFINS, bem como à declaração do direito de efetuar a compensação tributária dos valores recolhidos indevidamente nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação.

Pois bem

No caso em análise, face à sentença concessiva de segurança contra a União, por força do disposto no §1º do art. 14, da Lei 12.016/2009, reconheço a hipótese da obrigatoriedade ao duplo grau de jurisdição, com a análise da remessa necessária.

Preliminarmente, rejeito o pedido de suspensão do feito, uma vez que a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia **evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito** das demais demandas em que se discute o tema.

Assim, uma vez que não há determinação expressa pelo STF, a suspensão da demanda é mera faculdade, a qual afasta, em nome da duração razoável do processo.

Quanto ao mérito, a questão não carece de maiores debates, haja vista que em sessão plenária do dia 15.03.2017 foi julgado o RE nº 574.706/RS, que trata do tema atinente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a sistemática da repercussão geral (artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973), nos seguintes termos:

*"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Carmen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: **"O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins"**. Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017."*

(RE 574706 RG, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 15/03/2017, DJe-053 DIVULG 17-03-2017 PUBLIC 20-03-2017)

Reforce-se a esse quadro que em 29.09.2017 foi disponibilizada a ementa do aludido acórdão:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

Em suma, a novel jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, assim como a do Superior Tribunal de Justiça, reconheceu a exclusão da parcela relativa ao ICMS da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, confira-se:

"TRIBUTO - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da Cofins, porque estranho ao conc eito de faturamento." (RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituindo receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido."

(AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 07/04/2015)

Cumprasse asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

Na verdade, o ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.

Resta evidente, portanto, que o ICMS não tem a natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, veja-se:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ICMS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Encontra-se, atualmente, consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme constou do Boletim de Notícias do Supremo Tribunal Federal nº 762 de 06 a 11 de Outubro de 2014 (RE 240.785-2/MG).

2. Embargos infringentes desprovidos."

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI 0000266-78.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 04/11/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/11/2014)

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS e DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS.

Apelação provida."

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DUPLO AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. VALIDADE. APROVEITAMENTO DO TÍTULO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.

2. A orientação no plano constitucional, a partir do precedente citado, foi adotada, recentemente, no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94, conforme AgRg no ARES 593.627, Rel. p/ acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 07/04/2015.

3. Embora cabível excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, não se reconhece a nulidade da execução fiscal, que deve prosseguir pelo saldo efetivamente devido, não se cogitando, de extinção da execução fiscal, na conformidade da jurisprudência consolidada.

4. Agravos inominados desprovidos."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0030027-53.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/05/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/05/2015)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB A SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. ICMS RECOLHIDO PELO SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO – ICMS-ST. EXCLUSÃO NO CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS PELO CONTRIBUINTE SUBSTITUÍDO. POSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO – PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS.

1. Apelação da União não conhecida no que tange à necessidade de ser observado o disposto no artigo 170-A, do CTN, uma vez que a sentença não destoou desse entendimento.

2. O STF pacificou a controvérsia objeto de discussão nestes autos, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).

3. A pacificação do tema, por meio de julgado proferido sob o regime da repercussão geral (e/ou na sistemática dos recursos repetitivos), impõe que as decisões proferidas pelos juizes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.

4. A jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

5. Embora o Supremo Tribunal Federal não tenha enfrentado a controvérsia atinente ao regime tributário adotado para a arrecadação do ICMS, tal questão não pode servir de óbice à aplicação do referido precedente quanto à exclusão do ICMS recolhido antecipadamente pelo substituto tributário em nome do contribuinte substituído, notadamente se considerada a circunstância de que tais antecipações do ICMS serão computadas no custo dos bens adquiridos pelo substituído e, por conseguinte, integrarão a sua receita bruta na etapa subsequente.

6. A compensação (a ser realizada após o trânsito em julgado destes autos – artigo 170-A do CTN) deverá observar a prescrição quanto aos valores pagos antes do quinquênio anterior à impetração. Deverá, outrossim, ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74 da Lei nº 9.430/1996, porém à exceção das contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991 (conforme disposição do artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 11.457/2007). A atualização monetária dos valores pagos deve ser realizada mediante aplicação da taxa Selic (artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995).

7. Na presente ação apenas se declara a existência do direito do contribuinte à compensação (Súmula 213 do STJ). Reserva-se à Administração o direito a ulterior verificação de sua plena regularidade, inclusive o encontro de contas. Para fins do simples reconhecimento/declaração do direito à compensação, os documentos colacionados aos autos são suficientes. A título ilustrativo, cumpre citar os comprovantes de arrecadação de Cofins não cumulativa, código de receita 5856, bem como de PIS não cumulativo, código de receita 6912.

8. Apelação da União improvida na parte conhecida. Remessa oficial parcialmente provida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 5004832-09.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 25/03/2019, Intimação via sistema DATA: 27/03/2019)

Reconheço, portanto, o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Reforce-se que mesmo com as alterações posteriores na legislação que institui o PIS e a COFINS – Lei nº 12.973/14 – não temo condão de afastar o quanto decidido, pois, conforme amplamente demonstrado, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, **observada a prescrição quinquenal** e segundo a lei vigente ao tempo do ajuizamento da demanda, que ocorreu em **12/04/2017**.

Conforme jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, confira-se:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

5. Consectariamente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.

7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressaltando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (REsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor; o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.

13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."

14. Consequentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF). (Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

Destarte, conforme a jurisprudência acima colacionada e, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

Como bem constou na r. sentença do juízo *a quo*, a compensação requerida nos presentes autos **não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias**, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior, *in verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO INEXISTENTE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. COMPENSAÇÃO. TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA. ART. 26 DA LEI N. 11.457/07. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nos termos da jurisprudência do STJ, é impossível a compensação de créditos tributários administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal com débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (contribuições sociais previstas nas alíneas 'a', 'b' e 'c' do parágrafo único do art. 11 da Lei n. 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida pelo art. 26 da Lei n. 11.457/07. Precedentes. Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1469537/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 24/10/2014)

Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, veja-se:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andri ghi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4º 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.

4. A Tabela Única aprovada pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação /repetição de indébito, quais sejam: (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDcl no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. O prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/05 (09.06.2005), nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.") (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: REsp 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009).

7. *Outrossim, o artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.*

8. *Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."*

(REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010)

Finalmente, o termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior, que ora colaciono:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNBEN. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL. APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.250/95. DESDE O RECOLHIMENTO INDEVIDO. SÚMULA 83/STJ

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nas ações de restituição de tributos federais, antes do advento da Lei 9.250/95, incide a correção monetária desde o pagamento indevido (no caso, no momento da indevida retenção do IR) até a restituição ou a compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros moratórios a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), na forma do art. 167, parágrafo único, do CTN.

3. Ocorre que, com o advento do referido diploma, passou-se a incidir a Taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou a partir de 1º de janeiro de 1996 (caso o recolhimento tenha ocorrido antes dessa data).

Agravo regimental improvido."

(AgRg no AgRg no AREsp 536.348/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014)

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso de apelação da União e à remessa necessária, nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO. REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDA.

1. O cerne da presente controvérsia gravita em torno do reconhecimento do direito da impetrante à exclusão dos valores correspondentes ao ICMS da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e a COFINS, bem como a compensação dos valores tidos como indevidamente recolhidos, nos últimos 05 (cinco) anos, com os acréscimos cabíveis.

2. Pedido de suspensão do feito rejeitado, uma vez que a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia **evento futuro e incerto, que não constitui óbice à solução do mérito** das demais demandas em que se discute o tema.

3. Uma vez que não há determinação expressa pelo STF, a suspensão da demanda é mera faculdade, a qual afasto, em nome da duração razoável do processo.

4. A jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.
5. Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.
6. Cumpre asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.
7. O ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.
8. Resta evidente, portanto, que o ICMS não tem a natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.
9. Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, observada a prescrição quinquenal e segundo a lei vigente ao tempo do ajuizamento da demanda que ocorreu em **12/04/2017**.
10. Ressalte-se que a compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias.
11. Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil.
12. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior.
13. Recurso de apelação da União e reexame necessário desprovidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso de apelação da União e à remessa necessária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5004788-11.2018.4.03.6114
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: ACRILEX TINTAS ESPECIAIS S A
Advogado do(a) APELANTE: GLAUCIA GODEGHESE - SP207830-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5004788-11.2018.4.03.6114
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: ACRILEX TINTAS ESPECIAIS S A
Advogado do(a) APELANTE: GLAUCIA GODEGHESE - SP207830-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração contra acórdão assimementado:

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS E COFINS. REGIME NÃO CUMULATIVO. DESPESAS FINANCEIRAS. SUBSUNÇÃO AO CONCEITO DE INSUMO DELINEADO PELO COLENDO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INOCORRÊNCIA. CREDITAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

1. O conceito de insumo deve ser aferido à luz dos critérios da essencialidade ou relevância, vale dizer, considerando-se a imprescindibilidade ou a importância de determinado item - bem ou serviço - para o desenvolvimento da atividade econômica desempenhada pelo contribuinte, nos termos do entendimento firmado pelo colendo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp nº 1.221.170, submetido ao rito dos recursos repetitivos.

2. As despesas financeiras que não estejam diretamente vinculadas ao processo produtivo não podem ser consideradas como insumos para efeito de cálculo de créditos do PIS e da COFINS apurados pelo regime não cumulativo.

3. Apelação desprovida.

Alegou-se, inclusive para fins de pré-questionamento (artigos 195, §12, CF; 1º da Lei 10.637/2002 e 10.833/2003; 8º da Lei 10.637/2002; 10 da Lei 10.833/2003; 27, *caput*, da Lei 10.865/2004 c/c 11, III, “c”, LC 95/1998; 14, III, “c” do Decreto 9.191/2017; e 63, II, “c” do Decreto 4.524/2002), omissão e erro material, pois o relatório não corresponde às alegações da apelação, consignando que “teria se fundamentado na suposta “violação dos princípios da legalidade tributária (artigo 150, inciso I, da CF) e da tripartição de poderes (artigo 2º c/c artigo 150, inciso I c/c o artigo 153, § 1º, da CF), ante a impossibilidade de alteração/restabelecimento da alíquota do PIS e da COFINS, apurados pelo regime da não cumulatividade, por meio de decreto”, ao passo que “não se discute nestes autos a alteração/restabelecimento das alíquotas do PIS e da COFINS por meio de Decreto”, versando-se “tão somente sobre o direito de dedução dos créditos relativos às despesas financeiras”, aduzindo que constou que a “Apelante teria afirmado ter direito ao ressarcimento dos valores recolhidos tão somente a partir da vigência do Decreto nº 8.426/15, ao passo que busca-se, como pedido principal, a compensação dos valores indevidamente suportados a título do PIS e da COFINS desde o quinquênio anterior à impetração, ou seja, a partir de setembro/2013”.

Houve manifestação da embargada.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5004788-11.2018.4.03.6114
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: ACRILEX TINTAS ESPECIAIS S A
Advogado do(a) APELANTE: GLAUCIA GODEGHESE - SP207830-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

VOTO

Senhores Desembargadores, cabe acolher os embargos de declaração para corrigir erro material do relatório, de modo a limitar a exposição recursal ao tema estrito da "*clara dependência determinada pelo art. 27 da Lei nº 10.865/04, entre a exigência do PIS e da COFINS sobre receitas financeiras em contrapartida à autorização do desconto dos créditos relativos às despesas financeiras*", para restituição do indébito desde setembro/2013 ou, subsidiariamente, da entrada em vigor do Decreto 8.426/2015.

Com relação às demais alegações, são manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

As alegações não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.

Consignou, a propósito, expressamente o acórdão embargado (ID 107784728) que:

“Necessário ponderar que o colendo Superior Tribunal de Justiça, a quem compete em última análise velar pela correta aplicação da lei federal, no julgamento do REsp nº 1.221.170, submetido ao rito dos recursos repetitivos, apreciou a referida controvérsia e proferiu entendimento no sentido de que conceito de insumo deve ser aferido à luz dos critérios da essencialidade ou relevância, considerando-se a imprescindibilidade ou a importância de determinado bem ou serviço no desenvolvimento da atividade econômica desempenhada pelo contribuinte, como se denota das conclusões do referido julgado:

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. NÃO-CUMULATIVIDADE. CREDITAMENTO. CONCEITO DE INSUMOS. DEFINIÇÃO ADMINISTRATIVA PELAS INSTRUÇÕES NORMATIVAS 247/2002 E 404/2004, DA SRF, QUE TRADUZ PROPÓSITO RESTRITIVO E DESVIRTUADOR DO SEU ALCANCE LEGAL. DESCABIMENTO. DEFINIÇÃO DO CONCEITO DE INSUMOS À LUZ DOS CRITÉRIOS DA ESSENCIALIDADE OU RELEVÂNCIA. RECURSO ESPECIAL DA CONTRIBUINTE PARCIALMENTE CONHECIDO, E, NESTA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO, SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC/1973 (ARTS. 1.036 E SEQUINTE DO CPC/2015).

1. Para efeito do creditamento relativo às contribuições denominadas PIS e COFINS, a definição restritiva da compreensão de insumo, proposta na IN 247/2002 e na IN 404/2004, ambas da SRF, efetivamente desrespeita o comando contido no art. 3º, II, da Lei 10.637/2002 e da Lei 10.833/2003, que contém rol exemplificativo.

2. O conceito de insumo deve ser aferido à luz dos critérios da essencialidade ou relevância, vale dizer, considerando-se a imprescindibilidade ou a importância de determinado item - bem ou serviço - para o desenvolvimento da atividade econômica desempenhada pelo contribuinte.

3. Recurso Especial representativo da controvérsia parcialmente conhecido e, nesta extensão, parcialmente provido, para determinar o retorno dos autos à instância de origem, a fim de que se aprecie, em cotejo com o objeto social da empresa, a possibilidade de dedução dos créditos relativos a custo e despesas com: água, combustíveis e lubrificantes, materiais e exames laboratoriais, materiais de limpeza e equipamentos de proteção individual-EPI.

4. Sob o rito do art. 543-C do CPC/1973 (arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015), assentam-se as seguintes teses: (a) é ilegal a disciplina de creditamento prevista nas Instruções Normativas da SRF ns. 247/2002 e 404/2004, porquanto compromete a eficácia do sistema de não-cumulatividade da contribuição ao PIS e da COFINS, tal como definido nas Leis 10.637/2002 e 10.833/2003; e (b) o conceito de insumo deve ser aferido à luz dos critérios de essencialidade ou relevância, ou seja, considerando-se a imprescindibilidade ou a importância de determinado item - bem ou serviço - para o desenvolvimento da atividade econômica desempenhada pelo Contribuinte.

(REsp nº 1.221.170, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, DJe 24/04/18)

Cabe destacar ainda o seguinte excerto do voto proferido pela eminente Min. Regina Helena Costa por ocasião do aludido julgamento: "... tem-se que o critério da essencialidade diz com o item do qual dependa, intrínseca e fundamentalmente, o produto ou o serviço, constituindo elemento estrutural e inseparável do processo produtivo ou da execução do serviço, ou, quando menos, a sua falta lhes prive de qualidade, quantidade e/ou suficiência. Por sua vez, a relevância, considerada como critério definidor de insumo, é identificável no item cuja finalidade, embora não indispensável à elaboração do próprio produto ou à prestação do serviço, integre o processo de produção, seja pelas singularidades de cada cadeia produtiva (v.g., o papel da água na fabricação de fogos de artifício difere daquele desempenhado na agroindústria), seja por imposição legal (v.g., equipamento de proteção individual - EPI), distanciando-se, nessa medida, da aceção de pertinência, caracterizada, nos termos propostos, pelo emprego da aquisição na produção ou na execução do serviço."

Diante dessas premissas, não há como reconhecer que as despesas financeiras incorridas pelo contribuinte sejam essenciais ou relevantes para o desenvolvimento de suas atividades, notadamente se considerada a circunstância de que tais despesas não estão diretamente vinculadas ao seu processo produtivo."

Evidencia-se, assim, que o acórdão assentou entendimento de que a previsão do artigo 27 da Lei 10.865/2004 não criou vinculação ou dependência da tributação de receitas financeiras à contrapartida automática e ampla de autorização do desconto dos créditos relativos a tais despesas financeiras. Ao contrário, restou claramente expresso no julgado que o sistema de creditamento permaneceu, mesmo no ponto específico, condicionado à apuração da essencialidade ou relevância das despesas financeiras no desenvolvimento da atividade do contribuinte, não se excluindo, pois, da regra geral de creditamento própria do regime de não cumulatividade do PIS/COFINS.

Se tal motivação é insuficiente, fere normas apontadas (artigos 195, §12, CF; 1º da Lei 10.637/2002 e 10.833/2003; 8º da Lei 10.637/2002; 10 da Lei 10.833/2003; 27, *caput*, da Lei 10.865/2004 c/c 11, III, "c", LC 95/1998; 14, III, "c" do Decreto 9.191/2017; e 63, II, "c" do Decreto 4.524/20020) ou contraria a jurisprudência, deve o contribuinte veicular recurso próprio para a impugnação do acórdão e não rediscutir a matéria em embargos de declaração.

Não houve, com efeito, omissão, contradição ou obscuridade frente a alegações, preceitos e provas pertinentes à discussão, mas, ainda que, por hipótese, houvesse ofensa ou negativa de vigência à legislação, ou contrariedade à interpretação consolidada na jurisprudência das Cortes Superiores, os embargos de declaração, mesmo assim, não seriam cabíveis ou passíveis de acolhimento em substituição aos recursos específicos, próprios para cada situação, de competência das instâncias superiores.

Por fim, embora tratados os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

Ante o exposto, acolho em parte os embargos de declaração apenas para corrigir erro material do relatório nos termos supracitados, sem qualquer efeito infringente.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PIS/COFINS. DESPESAS FINANCEIRAS. CREDITAMENTO. ERRO MATERIAL DO RELATÓRIO. DEMAIS VÍCIOS INEXISTENTES. ACOLHIMENTO PARCIAL.

1. Cabe acolher os embargos de declaração para corrigir erro material do relatório, de modo a limitar a exposição recursal ao tema estrito da "clara dependência determinada pelo art. 27 da Lei nº 10.865/04, entre a exigência do PIS e da COFINS sobre receitas financeiras em contrapartida à autorização do desconto dos créditos relativos às despesas financeiras", para restituição do indébito desde setembro/2013 ou, subsidiariamente, da entrada em vigor do Decreto 8.426/2015.

2. Quanto às demais alegações, são manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado. Neste âmbito, as alegações não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.

3. O acórdão assentou entendimento de que a previsão do artigo 27 da Lei 10.865/2004 não criou vinculação ou dependência da tributação de receitas financeiras à contrapartida automática e ampla de autorização do desconto dos créditos relativos a tais despesas financeiras. Ao contrário, restou claramente expresso no julgado que o sistema de creditamento permaneceu, mesmo no ponto específico, condicionado à apuração da essencialidade ou relevância das despesas financeiras no desenvolvimento da atividade do contribuinte, não se excluindo, portanto, da regra geral de creditamento própria do regime de não cumulatividade do PIS/COFINS.

4. Se tal motivação é insuficiente, fere normas apontadas (artigos 195, §12, CF; 1º da Lei 10.637/2002 e 10.833/2003; 8º da Lei 10.637/2002; 10 da Lei 10.833/2003; 27, *caput*, da Lei 10.865/2004 c/c 11, III, “c”, LC 95/1998; 14, III, “c” do Decreto 9.191/2017; e 63, II, “c” do Decreto 4.524/20020 ou contraria a jurisprudência, deve o contribuinte veicular recurso próprio para a impugnação do acórdão e não rediscutir a matéria em embargos de declaração.

5. Não houve, com efeito, omissão, contradição ou obscuridade frente a alegações, preceitos e provas pertinentes à discussão, mas, ainda que, por hipótese, houvesse ofensa ou negativa de vigência à legislação, ou contrariedade à interpretação consolidada na jurisprudência das Cortes Superiores, os embargos de declaração, mesmo assim, não seriam cabíveis ou passíveis de acolhimento em substituição aos recursos específicos, próprios para cada situação, de competência das instâncias superiores.

6. Por fim, embora tratados os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

7. Acolhimento em parte dos embargos de declaração apenas para corrigir erro material conforme apontado, sem qualquer efeito infringente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, acolheu em parte os embargos de declaração apenas para corrigir erro material do relatório nos termos supracitados, sem qualquer efeito infringente, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5003316-13.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: CONSELHO REGIONAL DE TECNICOS EM RADIOLOGIA 5 REGIAO

Advogados do(a) AGRAVANTE: RAFAEL FERNANDES TELES ANDRADE - SP378550-A, TACIANE DA SILVA - SP368755-A, ANA PAULA CARDOSO DOMINGUES - SP239411-A, GUSTAVO ALMEIDA TOMITA - SP357229-A, BRUNA CRISTINA DE LIMA PORTUGAL - SP377164-A

AGRAVADO: JAIRO SILVA CABRAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5003316-13.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: CONSELHO REGIONAL DE TECNICOS EM RADIOLOGIA 5 REGIAO

Advogados do(a) AGRAVANTE: RAFAEL FERNANDES TELES ANDRADE - SP378550-A, TACIANE DA SILVA - SP368755-A, ANA PAULA CARDOSO DOMINGUES - SP239411-A, GUSTAVO ALMEIDA TOMITA - SP357229-A, BRUNA CRISTINA DE LIMA PORTUGAL - SP377164

AGRAVADO: JAIRO SILVA CABRAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo **Conselho Regional de Técnicos em Radiologia da 5ª Região** contra a r. decisão proferida às f. 49-49verso (integrada pelo ID 124069417 - Pág. 2-3) dos autos da execução fiscal nº 0021758-69.2015.4.03.6182, ajuizada em face de **Jairo Cabral da Silva** e em trâmite perante o Juízo Federal da 10ª Vara das Execuções Fiscais de São Paulo/SP, que indeferiu o pedido de pesquisa de veículos através do RENAJUD.

Alega o agravante, em síntese, que:

a) não se pode condicionar a pesquisa RENAJUD à indicação de bem determinado a ser bloqueado, pois seria negar vigência ao convênio firmado junto ao DENATRAN, que visa justamente dar celeridade às execuções fiscais, permitindo a pesquisa de eventuais veículos automotores vinculados ao CPF da parte executada;

b) diligenciou perante os meios mais acessíveis, não logrando êxito em encontrar bens passíveis de penhora de titularidade do executado;

c) *“o sistema RENAJUD é ferramenta idônea a simplificar e agilizar a busca de bens aptos a satisfazer os créditos executados de tal modo que a utilização do sistema informatizado permite maior celeridade do processo (prática de atos com menor dispêndio de tempo e de recursos) e contribui para a efetividade da tutela jurisdicional”* (ID 124069401 - Pág. 13).

Deixou-se de intimar a parte agravada, por não possuir procurador constituído nos autos.

Com base no artigo 10 do Código de Processo Civil, o Conselho agravante foi instado a se manifestar sobre a ADI nº 1.717 (ID 124723155).

Em sua manifestação, o recorrente sustenta que, às anuidades anteriores a 2011, é aplicável o disposto no artigo 3º, inciso I, da Lei nº 8.383/1991, respeitado o patamar legal estabelecido pela Lei nº 6.994/1982; sendo que, às anuidades de 2012 a 2014, não há qualquer reflexo da decisão exarada nos autos do RE nº 704.292, vez que já amparadas pela Lei nº 12.514/2011 (ID 126919893).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5003316-13.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: CONSELHO REGIONAL DE TÉCNICOS EM RADIOLOGIA 5 REGIAO

Advogados do(a) AGRAVANTE: RAFAEL FERNANDES TELES ANDRADE - SP378550-A, TACIANE DA SILVA - SP368755-A, ANA PAULA CARDOSO DOMINGUES - SP239411-A, GUSTAVO ALMEIDA TOMITA - SP357229-A, BRUNA CRISTINA DE LIMA PORTUGAL - SP377164

AGRAVADO: JAIRO SILVA CABRAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Cuida-se, na origem, de execução fiscal ajuizada pelo Conselho Regional de Técnicos em Radiologia da 5ª Região, visando à cobrança de débito relativo às anuidades de 2010 a 2014 (ID 124069416 - Pág. 5).

As anuidades devidas aos conselhos profissionais são débitos de natureza tributária, conforme entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal. Veja-se:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ENTIDADES FISCALIZADORAS DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL. CONSELHO FEDERAL DE ODONTOLOGIA: NATUREZA AUTÁRQUICA. Lei 4.234, de 1964, art. 2º. FISCALIZAÇÃO POR PARTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO.

I. - Natureza autárquica do Conselho Federal e dos Conselhos Regionais de Odontologia. Obrigatoriedade de prestar contas ao Tribunal de Contas da União. Lei 4.234/64, art. 2º. C.F., art. 70, parágrafo único, art. 71, II.

II. - Não conhecimento da ação de mandado de segurança no que toca à recomendação do Tribunal de Contas da União para aplicação da Lei 8.112/90, vencido o Relator e os Ministros Francisco Rezek e Maurício Corrêa.

III. - Os servidores do Conselho Federal de Odontologia deverão se submeter ao regime único da Lei 8.112, de 1990: votos vencidos do Relator e dos Ministros Francisco Rezek e Maurício Corrêa.

IV. - As contribuições cobradas pelas autarquias responsáveis pela fiscalização do exercício profissional são contribuições parafiscais, contribuições corporativas, com caráter tributário. C.F., art. 149. RE 138.284-CE, Velloso, Plenário, RTJ 143/313.

V. - Diárias: impossibilidade de os seus valores superarem os valores fixados pelo Chefe do Poder Executivo, que exerce a direção superior da administração federal (C.F., art. 84, II).

VI. - Mandado de Segurança conhecido, em parte, e indeferido na parte conhecida.”

(MS 21797/RJ, Relator Min. CARLOS VELLOSO, STF - Tribunal Pleno, DJ 18-05-2001 PP-00436 EMENT VOL-02031-04 PP-00711 RTJ VOL-00177-02 PP-00751) (grifei)

Assim, a legislação que regula o presente tema deve respeitar ao princípio da legalidade tributária, uma vez que as anuidades cobradas pelos conselhos profissionais constituem verdadeira contribuição instituída no interesse de categorias profissionais, que não podem ser criadas ou majoradas por meio de simples resolução.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o mérito da ADIn nº 1.717/DF, declarou a inconstitucionalidade do *caput* e dos §§ 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do artigo 58 da Lei nº 9.649/1998. Vejam-se:

“DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS.

*1. Estando prejudicada a Ação, quanto ao § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649, de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, **declarando-se a inconstitucionalidade do "caput" e dos § 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do mesmo art. 58.***

2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados.

3. *Decisão unânime.*”

(ADI 1717/DF, Relator Min. SYDNEY SANCHES, STF - Tribunal Pleno, DJ 28-03-2003 PP-00063 EMENT VOL-02104-01 PP-00149) (grifei)

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. CONTRIBUIÇÕES ANUAIS. NATUREZA TRIBUTÁRIA. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA. AGRAVO IMPROVIDO.

I – As contribuições anualmente devidas aos conselhos de fiscalização profissional possuem natureza tributária e, desse modo, sujeitam-se ao princípio da legalidade tributária, previsto no art. 150, I, da Lei Maior.

II – O Plenário desta Corte, no julgamento da ADI 1.717/DF, Rel. Min. Sidney Sanches, declarou a inconstitucionalidade de dispositivo legal que autorizava os conselhos de fiscalização profissional a fixar suas contribuições anuais.

III – Agravo regimental improvido.”

(ARE 640937 AgR-segundo/PR, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, STF - Segunda Turma, DJe-171 DIVULG 05-09-2011 PUBLIC 06-09-2011 EMENT VOL-02581-02 PP-00362)

Igualmente, com a promulgação da Lei nº 11.000/2004, houve expressa delegação de competência aos conselhos para fixação do montante devido a título de contribuição à entidade profissional, em clara ofensa, mais uma vez, ao princípio da legalidade tributária.

Portanto, pelo fato das anuidades devidas aos conselhos profissionais terem inegável natureza jurídica tributária, mais precisamente de contribuições instituídas no interesse de categorias profissionais, de rigor que sejam instituídas ou majoradas exclusivamente por meio de lei em sentido estrito, sob pena de indubitável afronta ao princípio da legalidade.

A questão já restou apreciada por este E. Tribunal. Veja-se:

“CONTRIBUIÇÕES DESTINADAS AOS CONSELHOS PROFISSIONAIS - INSTITUIÇÃO DE ANUIDADES POR MEIO DE RESOLUÇÃO OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS TRIBUTÁRIOS INCIDENTES.

1. As contribuições destinadas aos Conselhos Profissionais têm natureza jurídica tributária. Subordina-se sua instituição à observância dos preceitos contidos no art. 149 e nos arts. 146, III e 150 I e III da Constituição Federal.

2. A instituição de anuidades por meio de resolução viola os princípios constitucionais tributários incidentes.”

(Ap 0009092-74.2004.4.03.6100, Relator DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA, TRF3 - Sexta Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/01/2012) (grifei)

Ademais, em decisão proferida no julgamento do RE nº 704.292, ocorrido em 19/10/2016, de Relatoria do Ministro Dias Toffoli, com repercussão geral reconhecida, a Suprema Corte decidiu que *“é inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar, sem parâmetro legal, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos”.*

No presente caso, não há como aplicar as disposições contidas na Lei nº 6.994/1982 uma vez que a referida norma não consta como fundamento legal da CDA (precedente: AP 0004715-92.2012.4.03.6128, Relator Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS, TRF3 - Terceira Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/04/2016). Ademais, a legislação que serviu de fundamento para a cobrança das anuidades (Lei nº 7.394/1985) não prevê a cobrança nem fixa valores.

Por outro lado, consigne-se que a Lei nº 12.514/2011 regularizou a questão atinente à fixação das contribuições devidas aos conselhos profissionais, restando aplicável, todavia, apenas para as anuidades posteriores à sua vigência e respeitada, ainda, a anterioridade tributária. Contudo, na hipótese, as anuidades cobradas não fazem qualquer menção à referida lei.

Assim, ao não fazer menção expressa aos referidos dispositivos normativos, deixou o exequente de observar os requisitos previstos artigo 2º, § 5º, inciso III, da Lei nº 6.830/1980.

Desse modo, a cobrança das anuidades de 2010 a 2014 é indevida, pelo menos, nos termos em que vem estampada no título executivo, devendo ser reconhecida a nulidade deste.

Corroborando o entendimento ora esposado, cite-se precedente desta E. Terceira Turma:

“TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. APELAÇÃO. CONSELHO REGIONAL DE NUTRICIONISTAS 3ª REGIÃO. COBRANÇA DE ANUIDADES. NATUREZA JURÍDICA DA CONTRIBUIÇÃO. OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. EMENDA OU SUBSTITUIÇÃO DA CDA. VEDAÇÃO À ALTERAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO OU DA NORMA LEGAL QUE FUNDAMENTA O LANÇAMENTO. EXECUÇÃO EXTINTA EX OFFICIO. APELAÇÃO PREJUDICADA.

1. A questão devolvida a esta E. Corte diz respeito à cobrança de anuidades referentes aos exercícios de 2011 a 2014.

2. As anuidades exigidas detém natureza jurídica tributária, motivo pelo qual devem submeter-se aos princípios constitucionais da legalidade e da anterioridade, inclusive no tocante à fixação e alteração de alíquotas e base de cálculo (precedentes: STF, MS 21.797/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJU 18/05/2001; STJ, REsp 273674/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 27/05/2002).

3. O Supremo Tribunal Federal enfrentou e rejeitou o argumento de que o artigo 2º, da Lei nº 11.000/2004, autorizaria os conselhos profissionais a fixar os valores de suas anuidades e, indo além, refutou também a alegação de que a decisão da Turma violaria o artigo 97, da Constituição Federal. (Precedente: STF, ARE 640937 AgR-segundo, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-171 DIVULG 05-09-2011 PUBLIC 06-09-2011 EMENT VOL-02581-02 PP-00362).

4. No presente caso, porém, não há como aplicar a Lei nº 6.994/82, pois a referida norma não consta como fundamento legal da CDA. Pelo mesmo motivo, tampouco pode ser aplicada a Lei nº 12.514/2011, vigente desde 31/10/2011, que trata das contribuições devidas aos conselhos profissionais em geral e veio fixar, em seu art. 6º, as anuidades cobradas por eles.

5. Quanto à possibilidade de emenda ou substituição da CDA, o Art. 2º, § 8º, da Lei nº 6.830/1980, prevê que "até a decisão de primeira instância, a Certidão de Dívida Ativa poderá ser emendada ou substituída, assegurada ao executado a devolução do prazo para embargos". A jurisprudência do C. STJ e desta C. Turma, porém, restringe a possibilidade de emenda ou substituição à correção de erro material ou formal, vedada a alteração do sujeito passivo (Súmula 392/STJ) ou da norma legal que, por equívoco, tenha servido de fundamento ao lançamento tributário. Precedentes (STJ, 1ª Turma, AGA de n.º 1293504, Rel. Min. Luiz Fux, data da decisão: 16/12/2010, DJE de 21/02/2011 / STJ, 2ª Turma, Resp n.º 1210968, Rel. Min. Castro Meira, data da decisão: 07/12/2010, DJE de 14/02/2011 / TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 2093864 - 0003127-48.2013.4.03.6182, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, julgado em 07/04/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/04/2016).

6. Decretada ex officio, a nulidade da CDA, mantendo-se a r.sentença por fundamentação diversa (art. 803, I, c/c art. 485, IV e VI, do Código de Processo Civil).

7. Apelação prejudicada.”

Ressalte-se, ainda, a impossibilidade de substituição da CDA, pois tal operação importaria em modificação substancial do próprio lançamento, como já destacado no REsp nº 1.045.472/BA, submetido ao rito dos recursos repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSO JUDICIAL TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA (CDA). SUBSTITUIÇÃO, ANTES DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA, PARA INCLUSÃO DO NOVEL PROPRIETÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CARACTERIZAÇÃO ERRO FORMAL OU MATERIAL. SÚMULA 392/STJ.

1. A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução (Súmula 392/STJ).

2. É que: “Quando haja equívocos no próprio lançamento ou na inscrição em dívida, fazendo-se necessária alteração de fundamento legal ou do sujeito passivo, nova apuração do tributo com aferição de base de cálculo por outros critérios, imputação de pagamento anterior à inscrição etc., será indispensável que o próprio lançamento seja revisado, se ainda viável em face do prazo decadencial, oportunizando-se ao contribuinte o direito à impugnação, e que seja revisada a inscrição, de modo que não se viabilizará a correção do vício apenas na certidão de dívida. A certidão é um espelho da inscrição que, por sua vez, reproduz os termos do lançamento. Não é possível corrigir, na certidão, vícios do lançamento e/ou da inscrição. Nestes casos, será inviável simplesmente substituir-se a CDA.” (Leandro Paulsen, René Bergmann Ávila e Ingrid Schroder Sliwka, in “Direito Processual Tributário: Processo Administrativo Fiscal e Execução Fiscal à luz da Doutrina e da Jurisprudência”, Livraria do Advogado, 5ª ed., Porto Alegre, 2009, pág. 205).

3. Outrossim, a apontada ofensa aos artigos 165, 458 e 535, do CPC, não restou configurada, uma vez que o acórdão recorrido pronunciou-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Saliente-se, ademais, que o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão, como de fato ocorreu na hipótese dos autos.

4. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.”

(REsp 1045472/BA, Relator(a) LUIZ FUX, STJ - PRIMEIRA SEÇÃO, DJE DATA: 18/12/2009 ..DTPB:) (grifei)

Por fim, cumpre pontuar que a questão relacionada à higidez da Certidão de Dívida Ativa é matéria de ordem pública, conheável de ofício pelo juiz, em qualquer tempo e grau de jurisdição, pois constitui pressuposto de existência e desenvolvimento regular da execução fiscal.

A corroborar, cito o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. NULIDADE DECRETADA DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. REEXAME DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. ALEGAÇÃO DE QUE NÃO HOUE PREJUÍZO À DEFESA DO EXECUTADO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. ANÁLISE DE LEGISLAÇÃO LOCAL. INVIABILIDADE. SÚMULA 280/STF.

1. O juízo acerca da higidez da Certidão de Dívida Ativa constitui matéria de ordem pública, pois a nulidade do título fulmina pressuposto de validade da correspondente execução fiscal, motivo pelo qual sobre tal questão não se opera a preclusão, devendo, inclusive, ser conhecida de ofício pelas instâncias ordinárias, nos termos do art. 267, § 3º, do CPC. Precedentes: AgRg no REsp 766.478/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 24/6/2010; REsp 873.267/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 4/2/2009; AgRg no REsp 968.707/RS, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 23/9/2008; REsp 827.325/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ 1º/6/2006; EAg 724.888/MG, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 22/6/2009.

[...]"

(AgRg no REsp 1209061/SC, Relator(a) BENEDITO GONÇALVES, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:09/03/2012 ..DTPB:) (grifei)

Nesse cenário, cabível a extinção, de ofício, da execução fiscal, ficando prejudicado o presente agravo de instrumento.

Ante o exposto, **JULGO EXTINTA, de ofício**, a execução fiscal, com fundamento no artigo 485, inciso IV, do Código de Processo Civil, e **PREJUDICADO** o agravo de instrumento.

É como voto.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE TÉCNICOS EM RADIOLOGIA DA 5ª REGIÃO. ANUIDADES. OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. NULIDADE DA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. EXECUÇÃO EXTINTA DE OFÍCIO. RECURSO PREJUDICADO.

1. Por ocasião do julgamento da ADI nº 1.717, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de dispositivo legal que autorizava os conselhos de fiscalização profissional a fixar suas contribuições anuais.

2. No presente caso, não há como aplicar as disposições contidas na Lei nº 6.994/1982 uma vez que a referida norma não consta como fundamento legal da CDA (precedente: AP 0004715-92.2012.4.03.6128, Relator Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS, TRF3 - Terceira Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/04/2016). Ademais, a legislação que serviu de fundamento para a cobrança das anuidades (Lei nº 7.394/1985) não prevê a cobrança nem fixa valores.

3. Por outro lado, consigne-se que a Lei nº 12.514/2011 regularizou a questão atinente à fixação das contribuições devidas aos conselhos profissionais, restando aplicável, todavia, apenas para as anuidades posteriores à sua vigência e respeitada, ainda, a anterioridade tributária. Contudo, na hipótese, as anuidades cobradas não fazem qualquer menção à referida lei.

4. Assim, ao não fazer menção expressa aos referidos dispositivos normativos, deixou o exequente de observar os requisitos previstos artigo 2º, § 5º, inciso III, da Lei nº 6.830/1980. Desse modo, a cobrança das anuidades de 2010 a 2014 é indevida, pelo menos, nos termos em que vem estampada no título executivo, devendo ser reconhecida a nulidade deste.

5. Impossibilidade de substituição da CDA, pois tal operação importaria em modificação substancial do próprio lançamento, como já destacado no REsp nº 1.045.472/BA, submetido ao rito dos recursos repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça.

6. Execução fiscal extinta de ofício, prejudicado o agravo de instrumento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, **JULGOU EXTINTA**, de ofício, a execução fiscal, com fundamento no artigo 485, inciso IV, do Código de Processo Civil, e **PREJUDICADO** o agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5003455-62.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
AGRAVANTE: CONSELHO REGIONAL DE TECNICOS EM RADIOLOGIA 5 REGIAO
Advogados do(a) AGRAVANTE: RAFAEL FERNANDES TELES ANDRADE - SP378550-A, TACIANE DA SILVA - SP368755-A, ANA PAULA CARDOSO DOMINGUES - SP239411-A, GUSTAVO ALMEIDA TOMITA - SP357229-A, BRUNA CRISTINA DE LIMA PORTUGAL - SP377164-A
AGRAVADO: ALEXANDRE LOPES
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5003455-62.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
AGRAVANTE: CONSELHO REGIONAL DE TECNICOS EM RADIOLOGIA 5 REGIAO
Advogados do(a) AGRAVANTE: RAFAEL FERNANDES TELES ANDRADE - SP378550-A, TACIANE DA SILVA - SP368755-A, ANA PAULA CARDOSO DOMINGUES - SP239411-A, GUSTAVO ALMEIDA TOMITA - SP357229-A, BRUNA CRISTINA DE LIMA PORTUGAL - SP377164
AGRAVADO: ALEXANDRE LOPES
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo **Conselho Regional de Técnicos em Radiologia da 5ª Região** contra a r. decisão proferida às f. 47-47verso (integrada pelo ID 124216066 - Pág. 2-3) dos autos da execução fiscal nº 0007922-92.2016.4.03.6182, ajuizada em face de **Alexandre Lopes** e em trâmite perante o Juízo Federal da 10ª Vara das Execuções Fiscais de São Paulo/SP, que indeferiu o pedido de pesquisa de veículos através do RENAJUD.

Alega o agravante, em síntese, que:

a) não se pode condicionar a pesquisa RENAJUD à indicação de bem determinado a ser bloqueado, pois seria negar vigência ao convênio firmado junto ao DENATRAN, que visa justamente dar celeridade às execuções fiscais, permitindo a pesquisa de eventuais veículos automotores vinculados ao CPF da parte executada;

b) diligenciou perante os meios mais acessíveis, não logrando êxito em encontrar bens passíveis de penhora de titularidade do executado;

c) *“o sistema RENAJUD é ferramenta idônea a simplificar e agilizar a busca de bens aptos a satisfazer os créditos executados de tal modo que a utilização do sistema informatizado permite maior celeridade do processo (prática de atos com menor dispêndio de tempo e de recursos) e contribui para a efetividade da tutela jurisdicional”* (ID 124216062 - Pág. 13).

Deixou-se de intimar a parte agravada, por não possuir procurador constituído nos autos.

Com base no artigo 10 do Código de Processo Civil, o Conselho agravante foi instado a se manifestar sobre a ADI nº 1.717 (ID 124724965).

Em sua manifestação, o recorrente sustenta que a decisão proferida no RE nº 704.292 atinge os tributos anteriores a 2011, uma vez que, após essa data, houve a promulgação da Lei nº 12.514/2011. De tal sorte, a ação executiva deve prosseguir em relação às anuidades de 2012 a 2015, reconhecendo-se a inconstitucionalidade apenas da cobrança referente à anuidade de 2011 (ID 126753218).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5003455-62.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: CONSELHO REGIONAL DE TÉCNICOS EM RADIOLOGIA 5 REGIAO

Advogados do(a) AGRAVANTE: RAFAEL FERNANDES TELES ANDRADE - SP378550-A, TACIANE DA SILVA - SP368755-A, ANA PAULA CARDOSO DOMINGUES - SP239411-A, GUSTAVO ALMEIDA TOMITA - SP357229-A, BRUNA CRISTINA DE LIMA PORTUGAL - SP377164

AGRAVADO: ALEXANDRE LOPES

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Cuida-se, na origem, de execução fiscal ajuizada pelo Conselho Regional de Técnicos em Radiologia da 5ª Região, visando à cobrança de débito relativo às anuidades de 2011 a 2015 (ID 124216065 - Pág. 5).

As anuidades devidas aos conselhos profissionais são débitos de natureza tributária, conforme entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal. Veja-se:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ENTIDADES FISCALIZADORAS DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL. CONSELHO FEDERAL DE ODONTOLOGIA: NATUREZA AUTÁRQUICA. Lei 4.234, de 1964, art. 2º. FISCALIZAÇÃO POR PARTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO.

I. - Natureza autárquica do Conselho Federal e dos Conselhos Regionais de Odontologia. Obrigatoriedade de prestar contas ao Tribunal de Contas da União. Lei 4.234/64, art. 2º. C.F., art. 70, parágrafo único, art. 71, II.

II. - Não conhecimento da ação de mandado de segurança no que toca à recomendação do Tribunal de Contas da União para aplicação da Lei 8.112/90, vencido o Relator e os Ministros Francisco Rezek e Maurício Corrêa.

III. - Os servidores do Conselho Federal de Odontologia deverão se submeter ao regime único da Lei 8.112, de 1990: votos vencidos do Relator e dos Ministros Francisco Rezek e Maurício Corrêa.

IV. - As contribuições cobradas pelas autarquias responsáveis pela fiscalização do exercício profissional são contribuições parafiscais, contribuições corporativas, com caráter tributário. C.F., art. 149. RE 138.284-CE, Velloso, Plenário, RTJ 143/313.

V. - Diárias: impossibilidade de os seus valores superarem os valores fixados pelo Chefe do Poder Executivo, que exerce a direção superior da administração federal (C.F., art. 84, II).

VI. - Mandado de Segurança conhecido, em parte, e indeferido na parte conhecida.”

(MS 21797/RJ, Relator Min. CARLOS VELLOSO, STF - Tribunal Pleno, DJ 18-05-2001 PP-00436 EMENT VOL-02031-04 PP-00711 RTJ VOL-00177-02 PP-00751) (grifei)

Assim, a legislação que regula o presente tema deve respeitar ao princípio da legalidade tributária, uma vez que as anuidades cobradas pelos conselhos profissionais constituem verdadeira contribuição instituída no interesse de categorias profissionais, que não podem ser criadas ou majoradas por meio de simples resolução.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o mérito da ADIn nº 1.717/DF, declarou a inconstitucionalidade do *caput* e dos §§ 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do artigo 58 da Lei nº 9.649/1998. Vejam-se:

“DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS.

1. Estando prejudicada a Ação, quanto ao § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649, de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar; a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, **declarando-se a inconstitucionalidade do "caput" e dos § 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do mesmo art. 58.**

2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir; no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados.

3. Decisão unânime.”

(ADI 1717/DF, Relator Min. SYDNEY SANCHES, STF - Tribunal Pleno, DJ 28-03-2003 PP-00063 EMENT VOL-02104-01 PP-00149) (grifei)

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. CONTRIBUIÇÕES ANUAIS. NATUREZA TRIBUTÁRIA. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA. AGRAVO IMPROVIDO.

I – As contribuições anualmente devidas aos conselhos de fiscalização profissional possuem natureza tributária e, desse modo, sujeitam-se ao princípio da legalidade tributária, previsto no art. 150, I, da Lei Maior.

II – O Plenário desta Corte, no julgamento da ADI 1.717/DF, Rel. Min. Sidney Sanches, declarou a inconstitucionalidade de dispositivo legal que autorizava os conselhos de fiscalização profissional a fixar suas contribuições anuais.

III – Agravo regimental improvido.”

(ARE 640937 AgR-segundo/PR, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, STF - Segunda Turma, DJe-171 DIVULG 05-09-2011 PUBLIC 06-09-2011 EMENT VOL-02581-02 PP-00362)

Igualmente, com a promulgação da Lei nº 11.000/2004, houve expressa delegação de competência aos conselhos para fixação do montante devido a título de contribuição à entidade profissional, em clara ofensa, mais uma vez, ao princípio da legalidade tributária.

Portanto, pelo fato das anuidades devidas aos conselhos profissionais terem inegável natureza jurídica tributária, mais precisamente de contribuições instituídas no interesse de categorias profissionais, de rigor que sejam instituídas ou majoradas exclusivamente por meio de lei em sentido estrito, sob pena de indubitável afronta ao princípio da legalidade.

A questão já restou apreciada por este E. Tribunal. Veja-se:

“CONTRIBUIÇÕES DESTINADAS AOS CONSELHOS PROFISSIONAIS - INSTITUIÇÃO DE ANUIDADES POR MEIO DE RESOLUÇÃO OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS TRIBUTÁRIOS INCIDENTES.

1. As contribuições destinadas aos Conselhos Profissionais têm natureza jurídica tributária. Subordina-se sua instituição à observância dos preceitos contidos no art. 149 e nos arts. 146, III e 150 I e III da Constituição Federal.

2. A instituição de anuidades por meio de resolução viola os princípios constitucionais tributários incidentes.”

(Ap 0009092-74.2004.4.03.6100, Relator DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA, TRF3 - Sexta Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/01/2012) (grifei)

Ademais, em decisão proferida no julgamento do RE nº 704.292, ocorrido em 19/10/2016, de Relatoria do Ministro Dias Toffoli, com repercussão geral reconhecida, a Suprema Corte decidiu que *“é inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar, sem parâmetro legal, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos”*.

No presente caso, não há como aplicar as disposições contidas na Lei nº 6.994/1982 uma vez que a referida norma não consta como fundamento legal da CDA (precedente: AP 0004715-92.2012.4.03.6128, Relator Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS, TRF3 - Terceira Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/04/2016). Ademais, a legislação que serviu de fundamento para a cobrança das anuidades (Lei nº 7.394/1985) não prevê a cobrança nem fixa valores.

Por outro lado, consigne-se que a Lei nº 12.514/2011 regularizou a questão atinente à fixação das contribuições devidas aos conselhos profissionais, restando aplicável, todavia, apenas para as anuidades posteriores à sua vigência e respeitada, ainda, a anterioridade tributária.

Corroborando o entendimento ora esposado, cite-se precedente desta E. Terceira Turma:

“EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE ODONTOLOGIA DE SÃO PAULO - CROSP. NULIDADE DA INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. ILEGALIDADE DA COBRANÇA DA ANUIDADE. ARTIGO 5º, ALÍNEA "J", DA LEI N.º 3.268/57. LEI N.º 11.000/2004. LEI N.º 12.514/2011. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. O Supremo Tribunal Federal enfrentou e rejeitou o argumento de que o artigo 2º da Lei nº 11.000/2004 autorizaria os conselhos profissionais a fixar os valores de suas anuidades e, indo além, refutou também a alegação de que a decisão da Turma violaria o artigo 97 da Constituição Federal. (Precedente: STF, ARE 640937 AgR-segundo, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-171 DIVULG 05-09-2011 PUBLIC 06-09-2011 EMENT VOL-02581-02 PP-00362).

2. A questão sub judice restou apreciada por este E. Tribunal, no julgamento do processo de n.º 2004.61.00.009093-7, sendo proferido acórdão no sentido de que: "a instituição de anuidades por meio de resolução viola os princípios constitucionais tributários incidentes".

3. Ademais, em decisão proferida no julgamento do RE 704292, ocorrido em 19/10/2016, de Relatoria do Ministro Dias Toffoli, com repercussão geral, a Suprema Corte decidiu que "É inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar, sem parâmetro legal, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos".

4. Por outro lado, não há como aplicar as disposições contidas na Lei n.º 6.994/82 uma vez que a referida norma não consta como fundamento legal das CDA's de f. 4-8 (questão já apreciada por esta E. Terceira Turma nos julgamentos das apelações de números: 2011.61.30.000962-7; 2013.61.30.001033-0; 2008.61.82.021693-8; 2009.61.26.004121-3 e 2004.61.26.003680-3).

5. A Lei n.º 12.514 de 28 de outubro de 2011 regularizou a questão atinente à fixação das contribuições devidas aos conselhos profissionais, restando aplicável, todavia, apenas para as anuidades posteriores à sua vigência e respeitada, ainda, a anterioridade tributária. Porém, no caso dos autos, as únicas anuidades posteriores à vigência da referida Lei são as previstas para os anos de 2012, 2013 e 2014 (CDA's de f. 06-08), que não trazem como fundamento legal a Lei n.º 12.514/11. Desse modo, as cobranças das anuidades de 2012, 2013 e 2014 são indevidas, pelo menos nos termos em que estampadas nos títulos executivos.

6. *Apelação desprovida.*"

(AP 0002813-63.2015.4.03.6140, Relator para Acórdão Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS, Terceira Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/12/2017) (grifei)

Assim, considerando que a CDA faz menção expressa à Lei n.º 12.514/2011, estão acobertadas pelo princípio da legalidade apenas as anuidades de 2012 a 2015, devendo ser reconhecida a inconstitucionalidade da cobrança referente ao ano de 2011.

Nesse cenário, cabível a extinção, de ofício, de parte da execução fiscal.

Prosseguindo, a decisão agravada indeferiu a pesquisa e bloqueio de veículos automotores em nome da parte executada por meio do sistema RENAJUD.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça havia se firmado no sentido de que as providências judiciais só teriam lugar quando impossível ao interessado tomá-las por si só e, além disso, depois de exauridas as diligências ao seu alcance. Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL. PROCESSO DE EXECUÇÃO. SIGILO FISCAL. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO À RECEITA FEDERAL. MEDIDA EXCEPCIONAL.

1. O STJ firmou entendimento de que a quebra de sigilo fiscal ou bancário do executado para que o exeqüente obtenha informações sobre a existência de bens do devedor inadimplente é admitida somente após terem sido esgotadas as tentativas de obtenção dos dados na via extrajudicial.

2. *Agravo regimental provido.*"

(AgRg no REsp 1135568/PE, Relator Ministro João Otávio de Noronha, STJ - Quarta Turma, DJE 28/05/2010)

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO À RECEITA. EXCEPCIONALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO".

1. *A expedição de ofício à Receita Federal, para fornecimento de informações, é providência admitida excepcionalmente, justificando-se tão somente quando demonstrado ter o credor esgotado todos os meios à sua disposição para encontrar bens passíveis de penhora, o que não ocorre no caso dos autos.*

2. *Agravo regimental improvido.*”

(AgRg no REsp 595612/DF, Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, STJ - Quarta Turma, DJE 11/02/2008, p. 00001)

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que para a utilização dos sistemas de informação conveniados aos tribunais não há a necessidade de esgotamento de diligências. Há, inclusive, recomendação do Conselho Nacional de Justiça (Recomendação nº 51, de 23/03/2015) para que as ferramentas BACENJUD, RENAJUD e INFOJUD sejam utilizadas para a determinação de constrição de bens.

Nesse sentido, vejam-se os precedentes mais atuais sobre a temática:

“PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. SISTEMA INFOJUD. ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS. DESNECESSIDADE.

1. *Com a entrada em vigor da Lei 11.382/2006, e como resultado das inovações nela tratadas, houve evolução para prestigiar a efetividade da Execução, de modo que a apreensão judicial de dinheiro, mediante o sistema eletrônico denominado Bacen-Jud, passou a ser medida primordial, independentemente da demonstração relativa à inexistência de outros bens.*

2. *Atualmente, a questão se encontra pacificada, nos termos do precedente fixado pela Corte Especial do STJ, no julgamento do REsp 1.112.943/MA, sujeito ao rito dos recursos repetitivos.*

3. **O Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do REsp 1.184.765/PA, de relatoria do Ministro Luiz Fux, processado sob o rito dos recursos repetitivos, firmou que "a utilização do Sistema BACEN-JUD, no período posterior à vacatio legis da Lei 11.382/2006 (21/1/2007), prescinde do exaurimento de diligências extrajudiciais, por parte do exequente, a fim de se autorizar o bloqueio eletrônico de depósitos ou aplicações financeiras".**

4. *O STJ posiciona-se no sentido de que o entendimento adotado para o Bacen-Jud deve ser aplicado ao Renajud e ao Infojud, haja vista que são meios colocados à disposição dos credores para simplificar e agilizar a busca de bens aptos a satisfazer os créditos executados.*

Nesse sentido: AgRg no REsp 1.322.436, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe 17.8.2015; REsp 1.522.644, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 1º/7/2015; AgRg no REsp 1.522.840; Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 10/6/2015; REsp 1.522.678, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 18/5/2015.

4. *Recurso Especial provido.*”

(REsp 1723898/ES, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, STJ - Segunda Turma, DJe 23/11/2018) (grifei)

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SISTEMAS BACEN-JUD, RENAJUD OU INFOJUD. ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS. DESNECESSIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. **A jurisprudência do STJ é no sentido de que a utilização dos sistemas BACEN-JUD, RENAJUD ou INFOJUD não estaria condicionada ao esgotamento de diligências.**

2. *Sendo assim, o Tribunal a quo, ao concluir pelo esgotamento de diligências para a utilização do sistema INFOJUD, decidiu em confronto com a jurisprudência desta Corte. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.322.436, Rel. Ministra Assusete Magalhães, DJe 17/8/2015; REsp 1.522.644, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 1º/7/2015; AgRg no REsp 1.522.840; Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 10/6/2015; REsp 1.522.678, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 18/5/2015.*

3. *Recurso especial a que se dá provimento.*”

“PROCESSUAL CIVIL. SISTEMA INFOJUD. ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS. DESNECESSIDADE.

1. Inicialmente, quanto à violação do art. 535, II, do Código de Processo Civil de 1973, verifica-se que a parte recorrente limitou-se a afirmar, em linhas gerais, que o acórdão recorrido incorreu em omissão ao deixar de se pronunciar acerca das questões apresentadas nos Embargos de Declaração, o fazendo de forma genérica, sem desenvolver argumentos para demonstrar especificamente a suposta mácula. Incidência da Súmula 284 do STF.

2. No mais, discute-se nos autos sobre a possibilidade de deferimento de consulta aos sistemas Infojud e Renajud antes do esgotamento das diligências por parte da exequente.

3. Com relação ao tema, o Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do REsp 1.184.765/PA, de relatoria do Ministro Luiz Fux, processado sob o rito dos recursos repetitivos, firmou entendimento de que “[...] a utilização do Sistema BACEN-JUD, no período posterior à vacatio legis da Lei 11.382/2006 (21/1/2007), prescinde do exaurimento de diligências extrajudiciais, por parte do exequente, a fim de se autorizar o bloqueio eletrônico de depósitos ou aplicações financeiras”. O entendimento supramencionado tem sido estendido por esta Corte também à utilização dos sistemas Infojud e Renajud.

4. Recurso Especial parcialmente provido.”

(REsp 1695998/ES, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, STJ - Segunda Turma, DJe 19/12/2017) (grifei)

O entendimento é aplicado nas execuções cíveis, tanto mais deve ser aplicado nas execuções fiscais, que tratam de créditos públicos, fiscais ou extrafiscais. Confira-se:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. CONSULTA AO SISTEMA INFOJUD. NECESSIDADE DE EXAURIMENTO DAS DILIGÊNCIAS A FIM DE LOCALIZAR BENS DO EXECUTADO. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES DO STJ.

1. A parte recorrente sustenta que o art. 535, II, do CPC foi violado, mas deixa de apontar, de forma clara, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. Assim, é inviável o conhecimento do Recurso Especial nesse ponto, ante o óbice da Súmula 284/STF.

2. A instância de origem, a despeito da oposição de Embargos Declaratórios, não emitiu juízo de valor sobre o art. 620 do CPC/1973 (princípio da menor onerosidade) e 185-A do CTN (cabimento da indisponibilidade dos bens).

3. É inadmissível Recurso Especial quanto a questão inapreciada pelo Tribunal de origem, a despeito da oposição de Embargos Declaratórios. Incidência da Súmula 211/STJ.

4. O acórdão recorrido consignou: “A questão centra-se na insatisfação das agravantes ante a decisão monocrática que negou seguimento ao Agravo de Instrumento, mantendo a decisão agravada que deferiu a penhora “on line” pelo sistema BACEN-JUD. (...) Quanto ao bloqueio dos depósitos bancários, não restou comprovado a natureza salarial dos valores bloqueados, sendo certo que a matéria não comporta mais discussão, pois em Recurso Repetitivo (STJ REsp 1, 112.943-MA, Rei, Min. Nancy Andrighi, ocorrido em 15/09/2010), ficou sedimentado o entendimento da possibilidade da penhora “online” pelo sistema BACENJUD, sem a necessidade prévio exaurimento na busca de outros bens do executado, colacionando para tanto, julgados que perfilham este entendimento.” (fl. 614, e-STJ)

5. O Tribunal a quo está em consonância com o Superior Tribunal de Justiça que em precedente submetido ao rito do art. 543-C firmou entendimento segundo o qual é desnecessário o esgotamento das diligências na busca de bens a serem penhorados a fim de autorizar-se a penhora on-line (sistemas BACEN-JUD, RENAJUD ou INFOJUD), em execução civil ou execução fiscal. (AgInt no REsp 1.184.039/MG, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 4/4/2017).

6. Recurso Especial não conhecido.”

(REsp 1724422/RJ, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, STJ - Segunda Turma, DJe 22/05/2018) (grifei)

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO FISCAL. INFOJUD. INEXISTÊNCIA DE NECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DAS BUSCAS POR BENS DO DEVEDOR.

- 1. A jurisprudência do STJ é no sentido de que a utilização do sistema INFOJUD não está condicionada ao esgotamento de diligências.*
- 2. Sendo assim, o Tribunal a quo, ao concluir pelo esgotamento de diligências para a utilização do sistema INFOJUD, decidiu em confronto com a jurisprudência desta Corte.*
- 3. Recurso Especial provido para permitir a utilização do sistema INFOJUD independentemente do esgotamento de diligências.”*

(REsp 1667529/RJ, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, STJ - Segunda Turma, DJe 29/06/2017) (grifei)

“PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC/2015 NÃO DEMONSTRADA. SISTEMA INFOJUD. ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS. DESNECESSIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

- 1. Não se configura a alegada ofensa ao artigo 1.022 do Código de Processo Civil de 2015, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou, de maneira amplamente fundamentada, a controvérsia, tal como lhe foi apresentada.*
- 2. Cuida-se, na origem, de Agravo de Instrumento interposto pela Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT, contra decisão que indeferiu pedido de consulta, por meio do sistema Infojud, de informações patrimoniais existentes em nome do executado.*
- 3. O Tribunal a quo deu parcial provimento ao Agravo de Instrumento restringindo acesso apenas ao BacenJud.*

4. Contudo, esclareça-se que esta "Corte, em precedentes submetidos ao rito do art. 543-C, firmou entendimento segundo o qual é desnecessário o esgotamento das diligências na busca de bens a serem penhorados a fim de autorizar-se a penhora on line (sistemas BACEN-JUD, RENAJUD ou INFOJUD), em execução civil ou execução fiscal". (AgInt no REsp 1.184.039/MG, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 4/4/2017) (grifo acrescentado).

5. Ademais, o STJ posiciona-se no sentido de que o entendimento adotado para o Bacenjud deve ser aplicado ao Renajud e ao Infojud, haja vista que são meios colocados à disposição dos credores para simplificar e agilizar a busca de bens aptos a satisfazer os créditos executados. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.322.436, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe 17/8/2015; REsp 1.522.644, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 1/7/2015; AgRg no REsp 1.522.840; Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 10/6/2015; REsp 1.667.420/RJ, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 14/6/2017; AgInt no REsp 1.619.080/RJ, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 19/4/2017; AgInt no REsp 1.184.039/MG, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 4/4/2017; REsp 1.347.222/RS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 2/9/2015; REsp 1.522.678, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 18/5/2015, e REsp 1.582.421/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 27/5/2016.

6. Atualmente, a questão se encontra pacificada, nos termos do precedente fixado pela Corte Especial do STJ, no julgamento do REsp 1.112.943/MA, sujeito ao rito dos recursos repetitivos.

7. Recurso Especial parcialmente provido.”

(REsp 1735675/PR, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, STJ - Segunda Turma, DJe 23/11/2018) (grifei)

A utilização dos sistemas INFOJUD, BACENJUD e RENAJUD, para localização do devedor e seus bens e determinação de constrição eletrônica de bens e ativos financeiros, é de grande valia, haja vista que as pesquisas são realizadas de forma célere, sendo possível a comunicação imediata de ordens judiciais, resultando em melhor prestação jurisdicional e real salvaguarda do direito do credor a receber o que lhe é devido.

Por fim, com a entrada em vigor da Lei nº 11.382/2006, e como resultado das inovações nela tratadas, houve evolução para prestigiar o princípio da efetividade da execução, o que foi mantido pelo novo Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente às execuções fiscais, nas quais tal princípio tem uma relevância ainda maior.

Nesse contexto, merece reforma a decisão agravada, para o fim de determinar a pesquisa por meio do sistema RENAJUD, tendo em vista que a execução fiscal, segundo a documentação que consta dos autos, não se encontra garantida até o momento.

Além de tudo quanto pontuado, ressalte-se que a pesquisa por meio do sistema RENAJUD é realizada justamente para que possam ser encontrados bens passíveis de penhora, não havendo motivo para que se exija a indicação do veículo sobre qual deverá recair a constrição.

Ante o exposto, **JULGO EXTINTA, de ofício**, parte da execução fiscal, com fundamento no artigo 485, inciso IV, do Código de Processo Civil, e **DOU PROVIMENTO** ao agravo de instrumento, nos termos supra.

É como voto.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE TÉCNICOS EM RADIOLOGIA DA 5ª REGIÃO. ANUIDADES. OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. NULIDADE PARCIAL DA CDA. PESQUISA E BLOQUEIO DE VEÍCULOS PELO SISTEMA RENAJUD. POSSIBILIDADE. DESNECESSIDADE DE INDICAÇÃO DE VEÍCULO ESPECÍFICO PARA CONSTRIÇÃO. EXECUÇÃO PARCIALMENTE EXTINTA DE OFÍCIO. RECURSO PROVIDO.

1. Por ocasião do julgamento da ADI nº 1.717, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de dispositivo legal que autorizava os conselhos de fiscalização profissional a fixar suas contribuições anuais.

2. No presente caso, não há como aplicar as disposições contidas na Lei nº 6.994/1982 uma vez que a referida norma não consta como fundamento legal da CDA (precedente: AP 0004715-92.2012.4.03.6128, Relator Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS, TRF3 - Terceira Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/04/2016). Ademais, a legislação que serviu de fundamento para a cobrança das anuidades (Lei nº 7.394/1985) não prevê a cobrança nem fixa valores.

3. Por outro lado, consigne-se que a Lei nº 12.514/2011 regularizou a questão atinente à fixação das contribuições devidas aos conselhos profissionais, restando aplicável, todavia, apenas para as anuidades posteriores à sua vigência e respeitada, ainda, a anterioridade tributária. Assim, considerando que a CDA faz menção expressa à Lei nº 12.514/2011, estão acobertadas pelo princípio da legalidade apenas as anuidades de 2012 a 2015, devendo ser reconhecida a inconstitucionalidade da cobrança referente ao ano de 2011.

4. Há recomendação do Conselho Nacional de Justiça (Recomendação nº 51, de 23/03/2015) para que as ferramentas BACENJUD, RENAJUD e INFOJUD sejam utilizadas para a determinação de constrição de bens.

5. Merece reforma a decisão agravada, para o fim de determinar a pesquisa por meio do sistema RENAJUD, tendo em vista que a execução fiscal não se encontra garantida até o momento. Além de tudo quanto pontuado, ressalte-se que a pesquisa é justamente para que possam ser encontrados bens passíveis de penhora, não havendo motivo para que se exija a indicação do veículo sobre qual deverá recair a constrição.

6. Execução fiscal parcialmente extinta, de ofício; agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, JULGOU EXTINTA, de ofício, parte da execução fiscal, com fundamento no artigo 485, inciso IV, do Código de Processo Civil, e DEU PROVIMENTO ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
PARTE AUTORA: HENRIQUE SILVA SANTANNA
Advogado do(a) PARTE AUTORA: MARCUS ALBERTO RODRIGUES - SP300443-A
PARTE RE: CONSELHO REGIONAL DOS DESPACHANTES DOCUMENTALISTAS DO ESTADO DE SAO PAULO
OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5016027-20.2019.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
PARTE AUTORA: HENRIQUE SILVA SANTANNA
Advogado do(a) PARTE AUTORA: MARCUS ALBERTO RODRIGUES - SP300443-A
PARTE RÉ: CONSELHO REGIONAL DOS DESPACHANTES DOCUMENTALISTAS DO ESTADO DE SAO PAULO
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por **Henrique Silva Sant'Anna** em face do Presidente do Conselho Regional de Despachantes Documentalistas do Estado de São Paulo/SP, objetivando sua inscrição no respectivo órgão de classe, sem a apresentação do Diploma SSP, curso de qualificação profissional, escolaridade ou qualquer exigência não prevista em lei.

A liminar foi deferida para determinar à autoridade impetrada que adote as providências necessárias para formalizar a inscrição do impetrante em seus quadros como Despachante Documentalista (ID 128410773).

O MM. Juiz *a quo* concedeu a segurança para assegurar ao impetrante o cadastramento/credenciamento/habilitação no CRDD/SP, sem a necessidade de apresentação de Diploma SSP, curso de qualificação profissional ou qualquer outra exigência símile (ID 128410780).

Vieram os autos para o reexame necessário.

A Procuradoria Regional da República, em parecer da lavra do Dr. Paulo Thadeu Gomes da Silva, opinou pelo desprovimento da remessa oficial (ID 129066244).

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5016027-20.2019.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
PARTE AUTORA: HENRIQUE SILVA SANTANNA
Advogado do(a) PARTE AUTORA: MARCUS ALBERTO RODRIGUES - SP300443-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Trata-se de mandado de segurança impetrado com o fito de obter inscrição no Conselho Regional de Despachantes Documentalistas do Estado de São Paulo/SP, sem a apresentação do Diploma SSP, curso de qualificação profissional, escolaridade ou qualquer exigência não prevista em lei.

Registre-se que a Lei nº 10.602/2002, que dispõe acerca do Conselho Federal e dos Conselhos Regionais dos Despachantes Documentalistas, não fixou quaisquer requisitos para o exercício da atividade, de modo que a exigência do Diploma SSP, bem como a realização de curso de qualificação, fere o princípio da legalidade, vez que a Constituição Federal assegura a todos o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, independentemente de qualificação técnica, excepcionados os casos para os quais se exige habilitação técnica específica.

Com efeito, da análise da referida norma, verifica-se que não restou estipulado quaisquer condições ao exercício da profissão de Despachante Documentalista, sendo certo que a imposição de condições ao exercício da atividade pela autoridade coatora mostra-se ilegal.

De mais a mais, ressalte-se que o artigo 4º da Lei nº 10.602/2002 que dispunha que "o exercício da profissão de Despachante Documentalista é privativo das pessoas habilitadas pelo Conselho Regional dos Despachantes Documentalistas de sua jurisdição, nos termos das normas baixadas pelo Conselho Federal", foi vetado, demonstrando, assim, a impossibilidade de disciplina da profissão mediante ato normativo emanado do respectivo Conselho Federal.

Nesse sentido, colaciono julgados desta Corte Regional acerca da matéria:

“ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DOS DESPACHANTES DOCUMENTALISTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. INSCRIÇÃO. IMPOSIÇÃO DE CONDIÇÕES. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 10.602/2002. APLICABILIDADE. 1. Na espécie, o presente mandamus foi impetrado objetivando ver reconhecido o direito líquido e certo do impetrante à inscrição perante o Conselho Regional dos Despachantes Documentalistas do Estado de São Paulo - CRDD/SP, sem a necessidade de apresentação do Diploma SSP, realização de curso de qualificação profissional, escolaridade ou exigência simile. 2. Inexiste, no ordenamento jurídico nacional, norma que imponha condições ao exercício da profissão de despachante documentalista. 3. A Lei nº 10.602/2002, que dispõe acerca do Conselho Federal e dos Conselhos Regionais dos Despachantes Documentalistas, não fixou quaisquer requisitos para o exercício da atividade, de modo que a exigência de Diploma SSP, bem como a realização de curso de qualificação, fere o princípio da legalidade. 4. Acresça-se, a propósito, que o artigo 4º da Lei nº 10.602/2002 que dispunha que "o exercício da profissão de Despachante Documentalista é privativo das pessoas habilitadas pelo Conselho Regional dos Despachantes Documentalistas de sua jurisdição, nos termos das normas baixadas pelo Conselho Federal", restou vetado, demonstrando, desse modo, a impossibilidade de disciplina da profissão mediante ato normativo emanado do respectivo Conselho Federal. Precedente desta Corte Regional. 5. Remessa oficial improvida”. (RemNecCiv 5001128-17.2019.4.03.6100, Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, TRF3 - 4ª Turma, Intimação via sistema DATA: 20/09/2019.) (grifei)

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DOS DESPACHANTES DOCUMENTALISTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. INSCRIÇÃO. IMPOSIÇÃO DE CONDIÇÕES. IMPOSSIBILIDADE. LEI 10.602/2002. REMESSA NECESSÁRIA IMPROVIDA. 1. A Lei 10.602/2002, que dispõe acerca do Conselho Federal e dos Conselhos Regionais dos Despachantes Documentalistas, sofreu diversos vetos, dentre eles, o dispositivo que lhes conferia a possibilidade de exigir habilitação específica para o exercício da profissão, de modo que a exigência do Diploma SSP, bem como a realização de curso de qualificação, fere o princípio da legalidade. 2. Apesar de a Constituição Federal permitir restrições ao exercício da atividade profissional através de lei ordinária, tais restrições somente poderão ser impostas observando-se os princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade, justificando-se a fiscalização somente no caso de atividade potencialmente lesiva, o que não se vislumbra no caso em tela. 3. Remessa oficial improvida”. (RemNecCiv 0007038-18.2016.4.03.6100, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/06/2017.) (grifei)

“MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. CONSELHO REGIONAL DOS DESPACHANTES DOCUMENTALISTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. EXIGÊNCIA DE REQUISITOS. ILEGALIDADE. LEI Nº 10.602/2002. 1. O cerne da questão posta a desate consiste no exame da legalidade e regularidade das exigências de apresentação de diploma SSP, realização de cursos de qualificação ou outras similares, para a inscrição nos quadros do Conselho Regional dos Despachantes Documentalistas do Estado de São Paulo. 2. Dentre os direitos e garantias constitucionalmente assegurados, a Magna Carta consagra a liberdade de exercício profissional, em seu art. 5º, XIII, explicitando: XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. 3. É certo que o exercício desse direito será disciplinado por lei, que fixará as condições e requisitos de capacitação necessários ao desempenho do trabalho, ofício ou profissão, observado o interesse público existente. 4. A corroborar esse entendimento, a própria Lei Maior outorgou à União Federal a competência para disciplinar as condições para o exercício das profissões (art. 22, XVI). 5. Assim, conclui-se que a regulamentação do exercício de determinada profissão é essencial no que concerne àquelas atividades que exigem qualificação específica ou formação superior, cujo mau desempenho pode vir a gerar qualquer ato danoso, nocivo ou inconveniente ao público que delas se utilizam, situações estas que, inobstante a importância e relevância da atividade ora em questão, não são características no caso em espécie. 6. E é justamente a partir dessa regulamentação, que nasce o poder de fiscalização de determinadas profissões, como forma de coibir abusos e eventuais danos materiais, à saúde ou segurança das pessoas. 7. **No caso em espécie, a criação e as atividades do Conselho Federal e dos Conselhos Regionais dos Despachantes Documentalistas foram regulamentadas pela Lei nº 10.602/2002, nada tendo sido determinado, no entanto, em relação à obrigatoriedade de apresentação de documentos ou cursos específicos para a realização das atividades profissionais.** 8. Assim, as eventuais exigências formuladas pelo Conselho para a inscrição do profissional em seus quadros, resvalam no princípio da estrita legalidade, não podendo configurar óbices ao regular exercício da profissão. Precedentes jurisprudenciais desta E. Corte. 9. Remessa necessária improvida”. (RemNecCiv 0011313-44.2015.4.03.6100, DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/03/2017.) (grifei)

A r. sentença, portanto, deve ser mantida tal como lançada.

Diante do exposto, voto por **NEGAR PROVIMENTO** à remessa necessária.

É como voto.

jucarval

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO REGIONAL DOS DESPACHANTES DOCUMENTALISTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. INSCRIÇÃO. IMPOSIÇÃO DE CONDIÇÕES. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 10.602/2002. APLICABILIDADE. REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDA.

1. Trata-se de mandado de segurança impetrado com o fito de obter inscrição no Conselho Regional de Despachantes Documentalistas do Estado de São Paulo/SP, sem a apresentação do Diploma SSP, curso de qualificação profissional, escolaridade ou qualquer exigência não prevista em lei.

2. A Lei nº 10.602/2002, que dispõe acerca do Conselho Federal e dos Conselhos Regionais dos Despachantes Documentalistas, não fixou quaisquer requisitos para o exercício da atividade, de modo que a exigência do Diploma SSP, bem como a realização de curso de qualificação, fere o princípio da legalidade, vez que a Constituição Federal assegura a todos o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, independentemente de qualificação técnica, excepcionados os casos para os quais se exige habilitação técnica específica. Precedentes.

3. Por sua vez, o artigo 4º da Lei nº 10.602/2002 que dispunha que "o exercício da profissão de Despachante Documentalista é privativo das pessoas habilitadas pelo Conselho Regional dos Despachantes Documentalistas de sua jurisdição, nos termos das normas baixadas pelo Conselho Federal", foi vetado, demonstrando, assim, a impossibilidade de disciplina da profissão mediante ato normativo emanado do respectivo Conselho Federal.

4. Remessa necessária desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO à remessa necessária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0018405-65.2008.4.03.6182

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: SIGMA SYSTEM SEGURANCA E VIGILANCIA LTDA, MAURICIO CANDIDO FERREIRA, DIOGO MARINS NETTO

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0018405-65.2008.4.03.6182

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: SIGMA SYSTEM SEGURANCA E VIGILANCIA LTDA, MAURICIO CANDIDO FERREIRA, DIOGO MARINS NETT

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração contra acórdão assimementado:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. DISTRATO ANTERIOR AO AJUIZAMENTO DA DEMANDA. INEXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR - REDIRECIONAMENTO INDEVIDO. RECURSO DESPROVIDO.

1. A Segunda Turma do C. Superior Tribunal de Justiça - STJ firmou o entendimento de que "o distrato social é apenas uma das etapas necessárias à extinção da sociedade empresarial, sendo indispensável a posterior realização do ativo e pagamento do passivo". Assim, para se apreciar eventual pedido de redirecionamento do feito, deve-se apurar se o distrato acarretou, de fato, o encerramento regular da empresa executada.

2. Analisando a documentação acostada aos autos, infere-se que o distrato social data de 11/09/2006 (fl. 182), arquivado na JUCESP na sessão de 10/10/2006 (num.doc. 277.308/06-9 - fl. 180vº). A execução fiscal, por sua vez, foi ajuizada somente 14/07/2008 (fl. 02), visando à cobrança de tributos consubstanciados nas CDA's 80.6.08.005971-65 e 80.7.08.001651-90, constituídos por auto de infração com notificação pessoal ao contribuinte em 28/01/2008.

3. O registro de distrato ocorreu em data anterior ao ajuizamento da presente execução. Não é possível afirmar que no momento em que realizado o encerramento das atividades havia pendência administrativa, razão pela qual não há indícios de provas que justifiquem a responsabilização do administrador da empresa executada, uma vez que inexistente qualquer suspeita de dissolução irregular em momento anterior à realização da dissolução.

4. Apelação improvida."

Alegou-se omissão no exame de normas (artigos 9º da LC 123/2006; 1.033, 1.036 e outros do Código Civil; 4º, V, Lei 6.830/1980; e 134 e 135, III, CTN) que forneceriam elementos e base para o redirecionamento de execução fiscal aos sócios.

Não houve impugnação da embargada.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0018405-65.2008.4.03.6182

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: SIGMA SYSTEM SEGURANCA E VIGILANCIA LTDA, MAURICIO CANDIDO FERREIRA, DIOGO MARINS NETTO

VOTO

Senhores Desembargadores, são manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

Com efeito, assentou o acórdão embargado o entendimento de que "*considerando que o registro de distrato ocorreu em data anterior à constituição do crédito tributário, não é possível afirmar que no momento em que realizado o encerramento das atividades havia pendência administrativa, razão pela qual, neste momento processual, não há indícios de provas que justifiquem a responsabilização do administrador da empresa executada, uma vez que inexistente qualquer suspeita de dissolução irregular em momento anterior à realização do distrato*".

Conquanto alegada omissão, o que se verifica é a imputação de *error in iudicando*, já que deixou o acórdão de considerar que o 9º da LC 123/2006, dentre outros citados (artigos 1.033, 1.036 e outros do Código Civil; 4º, V, Lei 6.830/1980; e 134 e 135, III, CTN), embora permita o registro do distrato social, não dispensa a apuração, inclusive *a posteriori*, da responsabilidade tributária dos respectivos administradores para redirecionamento da execução fiscal.

O acórdão embargado, ao concluir que não foi provada a existência de pendência fiscal ao tempo do encerramento e que mera inadimplência não geraria infração tributária, decidiu por rejeitar o redirecionamento pretendido pela embargante, com o que, segundo narrado, violou a legislação federal.

Sucedendo, porém, que se o acórdão embargado incorreu em *error in iudicando*, sob tais fundamentos, cabe à embargante interpor recurso próprio dirigido à instância superior competente para discutir a ilegalidade, e não embargos de declaração para revisão do julgado por irresignação e inconformismo com a interpretação e aplicação do direito ou como resultado do julgamento.

Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É o voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. VÍCIOS INEXISTENTES. *ERROR IN JUDICANDO*. REJEIÇÃO.

1. São manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto como objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.
2. Comefeito, assentou o acórdão embargado o entendimento de que “*considerando que o registro de distrato ocorreu em data anterior à constituição do crédito tributário, não é possível afirmar que no momento em que realizado o encerramento das atividades havia pendência administrativa, razão pela qual, neste momento processual, não há indícios de provas que justifiquem a responsabilização do administrador da empresa executada, uma vez que inexistente qualquer suspeita de dissolução irregular em momento anterior à realização do distrato*”.
3. Conquanto alegada omissão, o que se verifica é a imputação de *error in judicando*, já que deixou o acórdão de considerar que o 9º da LC 123/2006, dentre outros citados (artigos 1.033, 1.036 e outros do Código Civil; 4º, V, Lei 6.830/1980; e 134 e 135, III, CTN), embora permita o registro do distrato social, não dispensa a apuração, inclusive *a posteriori*, da responsabilidade tributária dos respectivos administradores para redirecionamento da execução fiscal.
4. O acórdão embargado, ao concluir que não foi provada a existência de pendência fiscal ao tempo do encerramento e que mera inadimplência não geraria infração tributária, decidiu por rejeitar o redirecionamento pretendido pela embargante, com o que, segundo narrado, violou a legislação federal.
5. Sucede, porém, que se o acórdão embargado incorreu em *error in judicando*, sob tais fundamentos, cabe à embargante interpor recurso próprio dirigido à instância superior competente para discutir a ilegalidade, e não embargos de declaração para revisão do julgado por irrisignação e inconformismo com a interpretação e aplicação do direito ou como o resultado do julgamento.
6. Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.
7. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0008656-76.2008.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRACAO DE SAO PAULO

Advogados do(a) APELANTE: ALEXANDRE RODRIGUES CRIVELARO DE SOUZA - SP214970-A, LUCIANO DE SOUZA - SP211620-A, ANDRE LUIZ ISRAEL - SP297589-A

APELADO: ALTUS SISTEMAS DE INFORMATICA S A

Advogado do(a) APELADO: CLAUDIO MERTEN - SP86366-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 0008656-76.2008.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRACAO DE SAO PAULO
Advogado do(a) APELANTE: ANDRE LUIZ ISRAEL - SP297589-A
APELADO: ALTUS SISTEMAS DE INFORMATICA S A
Advogado do(a) APELADO: CLAUDIO MERTEN - SP86366-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo **Conselho Regional de Administração de São Paulo - CRA/SP**, em face da r. sentença proferida nos autos da ação ordinária, ajuizada por **ALTUS Sistemas de Informática S/A**, objetivando a declaração de inexistência de relação jurídico entre as partes que a obrigue a autora a se inscrever perante o Conselho de Administração.

A MM Juíza de primeiro grau julgou procedentes os pedidos, extinguindo o feito com resolução do mérito, nos termos do artigo 269, I, do Código de Processo Civil de 1973 (sentença proferida em 04/07/2012). O réu foi condenado ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% (dez) do valor atribuído à causa, nos termos do § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil de 1973.

Irresignado, o Conselho Regional de Administração apelou alegando, em síntese, que:

- a) a Apelada possui em seu contrato social, a atividade de prestação de serviços e consultoria nas áreas de informática, o que se enquadra no campo de ciência da profissão Organização. Sistemas e Métodos, atividade típica de administrador. Assim, deve estar inscrita no Conselho Regional de Administração;
- b) a Lei n.º 4.769/1965, em seu artigo 2º, determina que as atividades de assessoria em geral, planejamento, coordenação, e controle de trabalhos nos campos da administração e seleção de pessoal, bem como outros campos em que esses se desdobrem ou aos quais sejam conexos são atividades típicas de administrador;
- c) o artigo 1º da Lei n.º 6.839/80 prevê que para o registro das empresas nas autarquias de fiscalização profissional, devem ser considerados dois pressupostos, que são: atividade básica da empresa ou atividade pela qual a prestem serviços a terceiros;
- d) no caso dos autos, a MM. Juíza sentenciante não observou os termos da Lei n.º 4.769/65, nem da Lei n.º 6.839/80.

Com contrarrazões, os autos vieram a este Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 0008656-76.2008.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRACAO DE SAO PAULO
Advogado do(a) APELANTE: ANDRE LUIZ ISRAEL - SP297589-A
APELADO: ALTUS SISTEMAS DE INFORMATICA S A
Advogado do(a) APELADO: CLAUDIO MERTEN - SP86366-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (relatora): O cerne da presente controvérsia gira em torno da obrigatoriedade de registro junto ao Conselho Regional de Administração do Estado de São Paulo - CRA/SP, de empresa que presta serviços de informática.

A Lei n.º 6.839/80, ao se referir à obrigatoriedade de inscrição da pessoa jurídica nos conselhos profissionais, estabelece em seu art. 1º que se deve levar em conta a atividade preponderante da empresa. *Verbis:*

"Art. 1º O registro de empresas e a anotação dos profissionais legalmente habilitados, delas encarregados, serão obrigatórios nas entidades competentes para a fiscalização do exercício das diversas profissões, em razão da atividade básica ou em relação àquela pela qual prestem serviços a terceiros."

Por sua vez, as atividades privativas dos profissionais da área da Administração estão disciplinadas no art. 2º da Lei n.º 4.769/65. *Verbis:*

"Art 2º A atividade profissional de Técnico de Administração será exercida, como profissão liberal ou não, VETADO, mediante: a) pareceres, relatórios, planos, projetos, arbitragens, laudos, assessoria em geral, chefia intermediária, direção superior; b) pesquisas, estudos, análise, interpretação, planejamento, implantação, coordenação e controle dos trabalhos nos campos da administração VETADO, como administração e seleção de pessoal, organização e métodos, orçamentos, administração de material, administração financeira, relações públicas, administração mercadológica, administração de produção, relações industriais, bem como outros campos em que esses se desdobrem ou aos quais sejam conexos; c) VETADO."

No caso dos autos, o artigo 3º do Estatuto Social da empresa autora, estabelece que: "A Companhia tem por objeto o desenvolvimento, a fabricação e comercialização de equipamentos eletrônicos; a automação industrial e automação predial, a prestação de serviços na área de automação industrial e automação predial e à participação no capital de outras empresas" (ID de n.º 90298726, página 72).

Assim, tratando-se de atividade não privativa de profissionais da área de administração, revela-se ilegítima a exigência imposta pelo apelante.

Nesse sentido, é pacífico o entendimento jurisprudencial. Vejam-se:

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - COMPLEMENTAÇÃO DAS CUSTAS INICIAIS - CANCELAMENTO DA DISTRIBUIÇÃO APÓS A SENTENÇA - IMPOSSIBILIDADE - PRECEDENTES - CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO - EXIGÊNCIA DE INSCRIÇÃO E COBRANÇA DE ANUIDADES DE PROFISSIONAIS E PESSOAS JURÍDICAS DA ÁREA DE INFORMÁTICA - DESCABIMENTO - LEI 4.769/65.1. Estabelecida a relação processual, o recolhimento insuficiente das custas iniciais não enseja o cancelamento de ofício da distribuição, devendo o magistrado deferir prazo para que se proceda ao complemento. 2. A jurisprudência firmou entendimento de que é a atividade preponderante do profissional ou da empresa que determina qual o conselho que tem competência para a fiscalização. 3. A atividade preponderante do profissional da área de informática é a utilização de sistemas e aplicativos (que têm base teórica específica, técnicas, metodologias e ferramentas próprias) a serem utilizados via computadores ou outros meios eletrônicos. 4. O art. 2º da Lei 4.769/65, ao enumerar as atividades privativas do administrador, não faz qualquer referência às atividades desenvolvidas pelo pessoal da área de informática. 5. Descabimento da exigência de inscrição e pagamento de anuidades, não se submetendo o profissional de informática às penalidades do art. 16 da Lei 4.769/65 e art. 52 do Decreto 61.934/67. 6. Recurso especial improvido". (RESP 200300159908, ELIANA CALMON, STJ, SEGUNDA TURMA, DJ: 15/08/2005, g.n.)

"ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. REGISTRO EM ENTIDADES FISCALIZADORAS DE ATIVIDADE PROFISSIONAL. EMPRESA INSCRITA NO CRECI. ATIVIDADE BÁSICA IMOBILIÁRIA. ATIVIDADE SUBSIDIÁRIA DE ADMINISTRAÇÃO DE CONDOMÍNIOS. INSCRIÇÃO NO CRA. NÃO OBRIGATORIEDADE. ART. 1.º DA LEI N.º 6.839/80. 1. O registro obrigatório das empresas nas entidades competentes para a fiscalização do exercício profissional considera, precipuamente, não a universalidade das atividades pela mesma desempenhadas, mas antes a atividade preponderante. (...)4. Recurso especial improvido" (STJ, 1ª Turma, REsp n.º 715.389/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, j. em 18.8.2005, DJ de 12.9.2005, p. 241).

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. EXERCÍCIO PROFISSIONAL. INSCRIÇÃO EM ÓRGÃO DE CLASSE. ATIVIDADE BÁSICA NÃO AFETA A ENGENHARIA, ARQUITETURA E AGRONOMIA. PRETENSÃO DE REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA DO STJ. 1. Não basta que a empresa exerça, durante a produção, alguma atividade atrelada à profissão tutelada pelo conselho. Também é irrelevante que a empresa tenha em seu quadro de profissionais um empregado sujeito à inscrição. O registro no conselho profissional é compulsório quando a atividade-fim da empresa é executar atividades que se submetam à fiscalização do conselho. 2. No caso do Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, haverá obrigatoriedade da inscrição quando a empresa realizar atividades relacionadas com a profissão de engenheiros, arquitetos e agrônomos. É a finalidade da empresa que determina se é ou não obrigatório o registro no conselho profissional. Se a atividade relacionada com engenharia tiver caráter meramente acessório, não é necessária a inscrição no conselho respectivo. 3. Nesse contexto, uma vez reconhecido pelo Tribunal de origem que a recorrida "não executa obras e serviços próprios da profissão de engenheiro, agrônomo ou arquiteto, ou que tenha alguma seção ligada ao exercício profissional de engenharia, arquitetura ou agronomia para fins de inscrição no respectivo Conselho", a pretensão recursal em sentido contrário, a determinar o registro da recorrida no Conselho Profissional, circunscreve-se ao universo fático-probatório dos autos, o que resulta na necessária reapreciação da prova, vedada nesta instância excepcional. 4. Agravo regimental não provido (AGARESP 201101742410, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ, SEGUNDA TURMA, DJE: 13/10/2011, g.n.)

"ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO - CRA/SP. EMPRESA QUE SE DEDICA À ATIVIDADE DE INFORMÁTICA. REGISTRO JUNTO À AUTARQUIA. DESNECESSIDADE. APELAÇÃO IMPROVIDA. 1. O critério legal de obrigatoriedade de registro nos Conselhos Profissionais - art. 4º da Lei nº 6.839/80 - vincula-se à atividade básica da empresa ou pela natureza dos serviços prestados. 2. No caso dos autos, verifica-se da 6ª alteração contratual acostado às fls. 102/107 que parte autora tem como objeto social, "1. Prestação de serviços de consultoria nas áreas de Processamento de Dados e Sistemas; 2. Desenvolvimento de Programas, Produtos e Serviços de "software"; 3. Desenvolvimento de Cursos e Seminários aberto ao público ou fechado para empresas; 4. Intermediação de Programas Produtos, Produtos e Serviços de "software" de entidades nacionais e internacionais; 5. Assessoria na comercialização de programas produto, produtos e serviços de "software" em marketing e/ou vendas; 6. Desenvolvimento de produtos de multimídia, produção, edição e montagem de filmes, instalações, DVD(s), CD(s), etc; 7. Prestação de serviços de multimídia (produção, edição e montagem de filmes, instalações, DVD(s), CD(s), etc.)" (Cláusula Terceira), não guardando, portanto, qualquer relação com as atribuições próprias da atividade de administração, regulamentadas pela Lei nº 4.769/65. 3. Apelação improvida. " (TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1497515 - 0009572-13.2008.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI, julgado em 06/04/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:20/04/2017)

"PROCESSO CIVIL - AÇÃO ANULATÓRIA - INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA - CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO (CRA) - REGISTRO DE EMPRESA - ÁREA DE INFORMÁTICA - DESCABIMENTO - LEI N.º 6.839/80. I - Conquanto à demanda tenha sido atribuído valor inferior a 60 salários mínimos, a hipótese é de reexame necessário porque se discute a existência ou inexistência de relação jurídica entre a empresa autora e o Conselho Regional de Administração, direito que não pode, a princípio, ser mensurado. II - A Lei n.º 6.839/80 prevê, em seu artigo 1º, o critério da obrigatoriedade do registro das empresas ou entidades nos respectivos órgãos fiscalizadores ao exercício profissional, apenas e tão-somente, nos casos em que sua atividade básica decorrer do exercício profissional, ou em razão da qual prestam serviços a terceiros. III - De acordo com o contrato social anexado, a autora tem por objeto social o "Desenvolvimento de Software, Comercialização de Software, Prestação de Serviços de Informática destinada ao Comércio Exterior e Assessoria e Consultoria em Informática, Comércio, Importação e Exportação de matéria prima de consumo não alimentar", atividades que não podem ser interpretadas como atividade ou função específica da administração. IV - A Lei n.º 4.769/65 não tem a abrangência perseguida pelo Conselho Regional de Administração, pois dispõe sobre a profissão de Técnico de Administração, profissão que não se assemelha à do profissional da área de informática. O artigo 2º desta lei cuida apenas das atividades desenvolvidas pelo Técnico de Administração, as quais não podem ser interpretadas analogicamente para enquadrar o planejamento, o desenvolvimento e a administração de sistemas de informática. V - Precedentes da Corte e do STJ. VI - Apelação e remessa oficial, havida por submetida, improvidas. " (TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1672034 - 0001630-78.2009.4.03.6104, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES, julgado em 22/09/2011, e-DJF3 Judicial 1 DATA:24/10/2011)

Desse modo, deve ser mantida a sentença.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação, nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO DE SÃO PAULO. EMPRESA QUE PRESTA SERVIÇOS DE INFORMÁTICA. DESNECESSIDADE DE INSCRIÇÃO NO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. A Lei n.º 6.839/80, ao se referir à obrigatoriedade de inscrição nos conselhos profissionais, estabelece em seu artigo 1º que se deve levar em conta a atividade preponderante da empresa (Precedentes do STJ e deste Tribunal).
2. No caso dos autos, o artigo 3º do Estatuto Social da empresa autora, estabelece que: "A Companhia tem por objeto o desenvolvimento, a fabricação e comercialização de equipamentos eletrônicos; a automação industrial e automação predial, a prestação de serviços na área de automação industrial e automação predial e à participação no capital de outras empresas" (ID de n.º 90298726, página 72).
3. Assim, tratando-se de atividade não privativa de profissionais da área de administração, revela-se ilegítima a exigência imposta pelo apelante (Precedentes do STJ e deste Tribunal).
4. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO ao recurso de apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 0025897-19.2015.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

PARTE AUTORA: ASSOCIACAO BRASILEIRA DO ATACADO FARMACEUTICO ABAFARMA

JUIZO RECORRENTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 5ª VARA FEDERAL CÍVEL

Advogados do(a) PARTE AUTORA: LAURINDO LEITE JUNIOR - SP173229-A, LEANDRO MARTINHO LEITE - SP174082-A

PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 0025897-19.2015.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

PARTE AUTORA: ASSOCIACAO BRASILEIRA DO ATACADO FARMACEUTICO ABAFARMA

JUIZO RECORRENTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 5ª VARA FEDERAL CÍVEL

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração contra acórdão assim ementado:

"TRIBUTÁRIO. REMESSA OFICIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS E COFINS. INCIDÊNCIA MONOFÁSICA. CREDITAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Dispõem o art. 195, §12 da Constituição Federal, bem assim as Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003 sobre a sistemática da não cumulatividade para as contribuições ao PIS e à COFINS.

2. Os adquirentes de bens sujeitos à incidência monofásica, por não recolher, na prática, o PIS e a COFINS em relação a essa mesma receita - já que a alíquota incidente nas vendas que realiza desses produtos é zero - não possuem direito ao creditamento, situação apenas possível no regime plurifásico, em que se verifica a incidência dos tributos em fases distintas da produção e da comercialização dos produtos, ou seja, incidências múltiplas ao longo do ciclo econômico. Precedentes do e. STJ e do TRF3.

3. Quanto à possibilidade de creditamento prevista no art. 17 da Lei nº 11.033/2004, segundo o qual "as vendas efetuadas com suspensão, isenção, alíquota 0 (zero) ou não incidência da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS não impedem a manutenção, pelo vendedor, dos créditos vinculados a essas operações", o colendo Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou no sentido de que "apesar de a norma contida no art. 17 da Lei 11.033/2004 não possuir aplicação restrita ao Regime Tributário para Incentivo à Modernização e à Ampliação da Estrutura Portuária - REPORTO", as receitas provenientes das atividades de venda e revenda sujeitas ao pagamento das contribuições ao PIS/PASEP e à COFINS em Regime Especial de Tributação Monofásica não permitem o creditamento pelo revendedor das referidas contribuições incidentes sobre as receitas do vendedor por estarem fora do Regime de Incidência Não Cumulativo, conforme os artigos 2º, § 1º, e incisos; e 3º, I, "b" da Lei 10.637/2002 e da Lei 10.833/2003" (AgInt no REsp 1653027/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/05/2019, DJe 22/05/2019).

4. Dessa forma, não se aplica ao caso o disposto nos artigos 17, da Lei 11.033/2004, e 16, da Lei 11.116/2005, por se tratar de regimes incompatíveis.

5. Diante desses precedentes e da similitude das controvérsias, não se mostra legítima a tese suscitada pela impetrante quanto à viabilidade de creditamento das contribuições ao PIS e à COFINS nas operações por ela realizadas.

6. Remessa oficial provida."

Alegou o contribuinte vício no julgado, pois: **(1)** "no presente feito não se pleiteia a tomada de créditos sobre os produtos monofásicos (valor de aquisição dos produtos), mas sim a tomada de créditos sobre as custas e as despesas vinculadas as vendas de tais produtos, tal como o frete relativo às vendas"; **(2)** a Procuradoria da Fazenda Nacional reconheceu expressamente a possibilidade de creditamento de tais valores perante o Juízo de origem, o que se coaduna com o Ato Declaratório Interpretativo 04/2016; e **(3)** "[c]onforme precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça colacionados no corpo do próprio v. acórdão, o direito à apropriação de créditos sobre os demais custos e despesas previstos nos incisos IV a IX do art. 3º da Lei n.º 10.637/02 e incisos III a IX do art. 3º da Lei 10.833/03 é inegável, independentemente da atividade da empresa também compreender a comercialização de vendas de produtos monofásicos".

Houve impugnação da embargada.

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 0025897-19.2015.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

PARTE AUTORA: ASSOCIACAO BRASILEIRA DO ATACADO FARMACEUTICO ABAFARMA

JUIZO RECORRENTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 5ª VARA FEDERAL CÍVEL

Advogados do(a) PARTE AUTORA: LAURINDO LEITE JUNIOR - SP173229-A, LEANDRO MARTINHO LEITE - SP174082-A

PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, com efeito, o acórdão embargado julgou a remessa oficial partindo de premissa afeta à matéria, a rigor, diversa da pleiteada. Deste modo, para fim de resguardo à eventual arguição de nulidade por julgamento *extra petita*, cumpre o exame do mérito suscitado nos aclaratórios.

Com efeito, é certo que, segundo jurisprudência pacífica nesta Corte e dominante no Superior Tribunal de Justiça, o regime de tributação monofásico não enseja possibilidade de creditamento ao intermediário na cadeia de produção, por impossibilidade lógica (já que inexiste cumulatividade) e legal (art. 3º, I, da Lei 10.833/2003 e da Lei 10.637/2002).

A exemplo deste entendimento, o acórdão da 6ª Turma desta Corte referenciado no aresto embargado:

ApCiv 5002133-39.2017.4.03.6102, Rel. Des. Fed. JOHONSON DI SALVO, Intimação via sistema 18/02/2019: "APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. COMERCIALIZAÇÃO DE VEÍCULOS E PEÇAS AUTOMOTIVAS. REGIME MONOFÁSICO DO PIS/COFINS. CREDITAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. O REGIME MONOFÁSICO NÃO CONFERE DIREITO DE CRÉDITO (REsp 1.267.003/RS, 02ª TURMA DO STJ). RECURSO DESPROVIDO, MANTENDO A DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA. 1. A Lei nº 10.485/2002 estabeleceu o regime monofásico de incidência das contribuições PIS e COFINS devidas pelas pessoas jurídicas fabricantes ou importadoras de veículos automotores e autopeças especificados, estabelecendo alíquota mais elevada para esta etapa de comercialização (artigos 1º e 3º, II), de outro lado estabelecendo que "são reduzidas a zero as alíquotas da contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins incidentes sobre a receita bruta decorrente da venda dos produtos tributados na forma do inciso I do art. 1º, pelo comerciante atacadista ou varejista (artigo 3º, § 2º). 2. Com a entrada em vigor do art. 17 da Lei 11.033/04 e a previsão de que "(a)s vendas efetuadas com suspensão, isenção, alíquota 0 (zero) ou não incidência da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS não impedem a manutenção, pelo vendedor, dos créditos vinculados a essas operações", passou-se a discutir a eventual revogação tácita daquelas normas, permitindo-se ao adquirente de produtos sujeitos à incidência monofásica do PIS/COFINS se creditar daquelas contribuições. 3. Duas correntes foram formadas no âmbito do STJ. A Segunda Turma entende que a disposição contida no art. 17 não é exclusiva dos contribuintes beneficiados pelo REPORTE, mas não permite o creditamento se a cadeia operacional fica submetida à tributação monofásica do PIS/COFINS, porquanto inexistente a não cumulatividade. Por seu turno, a Primeira Turma afirma que a manutenção dos créditos de PIS/COFINS aplica-se a todas as pessoas jurídicas, independentemente de estarem submetidas ao REPORTE ou ao sistema monofásico do PIS/COFINS. 4. Considera-se a primeira posição mais adequada a não cumulatividade. O direito ao abatimento (ICMS) ou ao creditamento (PIS/COFINS) tem por pressuposto a incidência em cadeia do tributo, visando evitar a tributação em cascata e o escalonamento do quantum tributário resultante de determinada cadeia empresarial. Incidindo o tributo uma única vez, já se tem o quantum; desaparece o risco de a tributação sujeitar uma mesma expressão econômica por diversas vezes, levando em conta o preço total das operações subsequentes e não seu valor agregado. 5. Por conseguinte, permitir que o adquirente da mercadoria ou serviço que ensejou a tributação monofásica obtenha crédito por aquela operação configura desconto daquele tributo, e não combate à cumulatividade. Sob a perspectiva do Fisco, haveria efetiva redução do tributo devido, já que o valor recolhido pelo alienante na operação anterior implicaria também em crédito ao adquirente, sem a contrapartida de uma nova incidência tributária. Configuraria, em suma, benefício fiscal estranho à ideia de não cumulatividade, motivo pelo qual o art. 17 da Lei 11.033/04 merece ser interpretado na forma dispndida pela Segunda Turma do STJ."

Contudo, há que se ter presente o *distinguishing* de que as regras decorrentes do regime monofásico possuem aplicabilidade limitada, coerentemente, aos custos e receitas submetidos a este modal de arrecadação. É a ressalva que faz o AgrRg no REsp 1433246 (grifos nossos):

AgRg no REsp 1.433.246, Rel. Min. MAURO CAMPBELL, DJe 02/04/2014: "AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PIS/PASEP E COFINS. CREDITAMENTO. ART. 17 DA LEI 11.033/2004, C/C ART. 16, DA LEI N. 11.116/2005. DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS. REGIME DE INCIDÊNCIA MONOFÁSICA DAS CONTRIBUIÇÕES AO PIS/PASEP E COFINS. REGIME ESPECIAL EM RELAÇÃO AO REGIME DE INCIDÊNCIA NÃO-CUMULATIVO. IMPOSSIBILIDADE DE CREDITAMENTO. 1. Consoante os precedentes desta Segunda Turma de Direito Tributário do Superior Tribunal de Justiça, as receitas provenientes das atividades de venda e revenda sujeitas ao pagamento das contribuições ao PIS/PASEP e à COFINS em Regime Especial de Tributação Monofásica não permitem o creditamento pelo revendedor das referidas contribuições incidentes sobre as receitas do vendedor por estarem fora do Regime de Incidência Não-Cumulativo, a teor dos artigos 2º, §1º, e incisos; e 3º, I, "b" da Lei n. 10.637/2002 e da Lei n. 10.833/2003. Desse modo, não se lhes aplicam, por incompatibilidade de regimes e por especialidade de suas normas, o disposto nos artigos 17, da Lei n. 11.033/2004, e 16, da Lei n. 11.116/2005, cujo âmbito de incidência se restringe ao Regime Não-Cumulativo, salvo determinação legal expressa. Precedentes: REsp. Nº 1.267.003 - RS, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 17.09.2013; AgRg no REsp. Nº 1.239.794 - SC, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 17.09.2013. 2. Indiferentes se tornam as alterações efetuadas no art. 8º VII "a" da Lei n.º 10.637/2002 e art. 10, VII "a" da Lei n.º 10.833/2003 pelo art. 42, III, "c" e "d", da Lei n. 11.727/2008, e pelo art. 21, da Lei n. 10.865/2004 no art. 1º, §3º, IV, da Lei n. 10.833/2003 e pelo art. 37 da Lei n. 10.865/2004 no art. 1º, §3º, IV, da Lei n. 10.637/2002, pois a incompatibilidade é dos próprios regimes de tributação. **3. Incompatibilidade que se restringe às mercadorias e produtos sujeitos à tributação monofásica, não alcançando as atividades empresariais como um todo.** 4. Agravo regimental não provido."

No caso, o pleito jurisdicional de mérito foi requerido nos seguintes termos (ID 63616008, f. 21):

*“Diante do exposto, requer seja julgada totalmente procedente a presente ação e concedida a segurança, para fins de reconhecer o direito líquido e certo dos Associados da Impetrante ao aproveitamento e desconto dos créditos de PIS (1,65%) e COFINS (7,6%) sobre as despesas, custos e encargos vinculados às receitas obtidas com a venda de produtos sujeitos à tributação monofásica (produtos farmacêuticos, de higiene pessoal e toucados especificados na lei n.º 10.147/00), conforme previsto nos incisos IV a XI do Artigo 3.º da Lei n.º 10.637/02 e III a XI do Artigo 3.º da Lei n.º 10.833/03, **em especial os custos de fretes vinculados às operações de venda de produtos sujeitos à tributação monofásica.**”*

Perceba-se, portanto, que a discussão, em verdade, é sobre custos descritos como paralelos ao regime de monofasia, ou seja, não os implicados e integrados na aquisição tributada de forma concentrada e antecipada, mas os custos incorridos com a venda de tais produtos a partir do contribuinte, ora embargante.

Nestes termos, o exame acurado da espécie revela a procedência do pedido. É necessário, contudo, aclarar o correto e preciso enquadramento da tese na sistemática legislativa do PIS/COFINS não cumulativos.

Neste intuito, cabe destacar que, de fato, esta Corte tem jurisprudência firme no sentido da vedação a que o revendedor de veículos (concessionária) escriture créditos relativos ao custo do frete na **aquisição** de tais bens para posterior revenda, dado que o setor automotivo sujeita-se à tributação monofásica (posição que já encontra, atualmente, ressonância na Corte Superior, em revisão ao entendimento jurisprudencial então vigente) de maneira similar ao quanto em discussão nos presentes autos:

ApCiv 5004133-69.2018.4.03.6104, Rel. Des. Fed. MAIRAN MAIA, Intimação via sistema 26/11/2019: "TRIBUTÁRIO - PIS E COFINS - LEIS N.ºS 10.637/02 E 10.833/03 - NÃO CUMULATIVIDADE - CREDITAMENTO DE DESPESAS DE FRETE DE VEÍCULOS ENTRE MONTADORA E CONCESSIONÁRIA - REGIME MONOFÁSICO - VEDAÇÃO. 1. Esta E. Turma possui entendimento pacificado em relação à matéria de fundo, no seguinte sentido: "a tributação monofásica do setor automotivo, com incidência de PIS e COFINS exclusivamente sobre as montadoras/fabricantes, por substituição tributária, inibe a pretensão deduzida, na medida em que a venda do veículo pela concessionária não sofre tributação a título das referidas contribuições, hipótese em que o creditamento exigiria norma autorizativa específica, estrutura fático-normativa essa que não restou cotejada em suas repercussões pelo REsp 1.215.773". 2. A não-cumulatividade visa evitar que ao final, o consumidor acabe sofrendo o impacto decorrente da reiterada tributação no processo produtivo, com a somatória dos valores pagos. Porém, se não ocorrer a tributação, não haverá, por razões lógicas, cumulatividade de valores. 3. Registre-se haver precedente da Segunda Turma do C. STJ no sentido de que "por qualquer ângulo que se examine a questão, não existe o direito ao creditamento pretendido, sem embargo da necessidade de revisão do precedente estabelecido no REsp. n. 1.215.773-RS em razão de sua incoerência com o sistema estabelecido pela lei e com os demais precedentes do STJ, exigência do art. 926, do CPC/2015 ("Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente")" (REsp 1632310/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 15/12/2016). 4. Em atenção ao disposto no artigo 926 do Código de Processo Civil de 2015, necessária a manutenção da sentença de primeiro grau, a qual está em consonância com o entendimento desta E. Turma. 5. Apelação desprovida."

ApCiv 0000210-19.2015.4.03.6107, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 08/07/2016: "DIREITO TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. CREDITAMENTO DE DESPESAS DE FRETE DE VEÍCULOS ENTRE MONTADORA E CONCESSIONÁRIA. SETOR AUTOMOTIVO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. REGIME QUE SE ESTENDE DOS CUSTOS DE AQUISIÇÃO AO PRODUTO DA REVENDA. 1. A Terceira Turma desta Corte firmou posicionamento no sentido de que a tributação monofásica do setor automotivo, com incidência de PIS e COFINS exclusivamente sobre as montadoras/fabricantes, por substituição tributária, inibe a pretensão deduzida, na medida em que a venda do veículo pela concessionária não sofre tributação a título das referidas contribuições, hipótese em que o creditamento exigiria norma autorizativa específica, estrutura fático-normativa essa que não restou cotejada em suas repercussões pelo REsp 1.215.773. 2. Se o serviço e a despesa de frete com veículos são inerentes à sua aquisição a partir da fabricante, e a inexistência da alíquota de PIS e COFINS abrange não só os custos na aquisição, mas o próprio o lucro da concessionária na alienação dos automóveis, falece sentido à pretensão de escrituração de créditos, para além da não incidência da qual a concessionária já se beneficia. É dizer, ainda que se pretenda separar o acordo sobre o frete, enquanto prestação de serviço, do negócio principal de compra e venda, a vinculação direta e necessária entre as operações não permite o destacamento do custo do frete como despesa contingente e dissociada da cadeia produtiva sujeita ao regime monofásico, em relação à qual a impetrante não é tributada sequer em seu proveito econômico - que, por definição, coteja os custos da operação. 3. Vez que o produto da revenda não sofre incidência de PIS e COFINS, apenas coerente que valores que integram e são inerentes ao seu custo de aquisição - e, frise-se, no caso presente os montantes em discussão sequer são diretamente exigidos na operação de compra e venda - não permitam creditamento. 4. Segundo o acervo probatório dos autos, a tomadora do frete é, invariavelmente, a montadora, e o serviço é lançado na nota fiscal de compra e venda como de responsabilidade da emitente, sem qualquer cobrança especificada à concessionária. Muito embora seja razoável presumir que a fabricante incorpora este custo ao preço do veículo, afigura-se ainda mais evidente que a contratação do frete, nestas circunstâncias, lhe permite o creditamento da despesa, nos termos dos artigos 3º, IX, e 15, II, da Lei 10.833/2003. Assim, o acolhimento da pretensão deduzida pela apelante induziria a situação em que montadora e concessionária simultaneamente possuiriam elementos para escrituração de créditos a partir da mesma despesa, desfigurando o próprio sentido tanto da sistemática monofásica quanto da não cumulativa. 5. Caso em que, em última análise, é de concluir-se que sequer há prova cabal nestes autos de que o custo do frete é economicamente suportado pela impetrante, vez que a única base para tal afirmação é de que seu custo estaria, teoricamente, embutido no preço do veículo. 6. Apelo desprovido."

Tal entendimento deriva da percepção de que, para o intermediário que arcar com tal ônus, o frete enquadra-se como custo de mercadoria, na aquisição. Como o preço total da mercadoria na revenda (que, por definição, cobre as despesas de aquisição, dentre elas o frete) não sofre tributação, não há direito à escrituração de crédito por tal dispêndio.

O caso dos autos, contudo, trata da etapa seguinte da cadeia monofásica, da perspectiva do intermediário. Caso o revendedor arque com o frete na operação de revenda (não na entrada, portanto, mas na saída) não se trata de custo de aquisição (seria custo de aquisição para o próximo componente na cadeia, se este arcasse com a despesa, o que não lhe possibilitaria aproveitamento de créditos, contudo, em simetria à fase anterior), mas de venda ou distribuição. Se este valor estiver destacado na fatura, de modo autônomo em relação ao preço da mercadoria (isto é, caso o frete não seja embutido no próprio valor do bem comercializado), trata-se de custo que se verifica **fora do regime monofásico**, a permitir, conseqüentemente, a escrituração de créditos.

Note-se, portanto, que, diferentemente da situação em que o adquirente arca com o custo da mercadoria adquirida e do respectivo frete (cenário em que a despesa com o serviço de transporte é indissociável do gasto relativo à operação principal, incorporando-se contabilmente ao custo de aquisição), no caso em que o vendedor arca com o frete há, naturalmente, o destaque do valor (o adquirente arca com o custo da mercadoria, mas é o vendedor que percebe o ônus financeiro do transporte).

Esta conclusão alcança-se mais claramente ainda em relação a custos que, *prima facie*, podem ser vistos como externos à cadeia de compra e revenda, tal como destacados no voto da relatoria do AgRg no REsp 1.433.246 (que, cabe frisar, alcançou solução diversa no mérito justamente porque a pretensão era de reconhecimento de direito de créditos internos ao regime monofásico, embora também estivesse sob discussão o setor farmacêutico, como na espécie): gastos de energia elétrica, por exemplo, nada têm a ver diretamente com o modal monofásico de tributação, tanto mais quando a atividade da empresa envolve outros produtos que não estão sujeitos à monofásia. Da mesma forma, é concebível que o frete alcance, de maneira unitária, serviço de transporte de mercadorias sujeitas a regime monofásico em conjunto com itens não submetidos a tal técnica.

Perceba-se, de outro lado, que esta concepção não contraria a jurisprudência dominante no sentido de que a benesse prevista no artigo 17 da Lei 11.033/2004 ("*As vendas efetuadas com suspensão, isenção, alíquota 0 (zero) ou não incidência da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS não impedem a manutenção, pelo vendedor, dos créditos vinculados a essas operações.*") é restrita aos sujeitos que integram o regime do REPORTE. O que tal norma permite é, justamente, a escrituração de créditos relativos a custos internos à cadeia de monofásia (destacadamente, aqueles relativos a custos de aquisição de mercadoria, conforme previsão atual no artigo 301 do RIR/2018: transporte, seguro, impostos incidentes irrecuperáveis na escrituração fiscal, etc.). Aqui são discutidos **créditos externos, paralelos ao regime monofásico**.

Note-se, por fim, que a presente apreciação ocorre em sede de reexame necessário à concessão integral da ordem requerida na origem, sendo que sequer houve resistência do Fisco perante o Juízo *a quo*, havendo reconhecimento expresso do direito a créditos relativos ao frete na revenda (tanto nas informações da autoridade coatora quanto na manifestação em resposta aos embargos de declaração opostos à sentença, que de princípio havia denegado a segurança). Nesta linha, apenas deixou-se de reconhecer ausência de interesse de agir diante da celeuma decorrente precisamente da necessidade de refinamento de análise da matéria, tanto assim que os aclaratórios opostos à sentença foram acolhidos como efeito infringente para conceder a ordem, desfazendo o exato mesmo equívoco analítico que ora se discute.

Ante ao exposto, a especificidade do caso concreto autoriza sejam acolhidos os embargos de declaração para sanar omissão verificada, atribuídos efeitos infringentes para negar provimento à remessa oficial.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PIS/COFINS. REGIME MONOFÁSICO DE TRIBUTAÇÃO. PRETENSÃO DE ESCRITURAÇÃO DE CRÉDITOS PARALELOS E EXTERNOS AO SISTEMA DE MONOFASIA PELO REVENDEDOR OU INTERMEDIÁRIO. DESPESAS ALHEIAS E DESTACADAS DO VALOR DA MERCADORIA REVENDIDA (ENERGIA ELÉTRICA, FRETE AO ADQUIRENTE CUSTEADO PELO REVENDEDOR, ETC.). ACOLHIMENTO. EFEITOS INFRINGENTES. REMESSA OFICIAL DESPROVIDA.

1. Sendo certo que o acórdão embargado julgou remessa oficial partindo de premissa distinta da afeta ao autos, cabe sanar omissão para reexame da matéria pertinente para resguardo à eventual arguição de nulidade por julgamento *extra petita*.

2. Segundo jurisprudência pacífica nesta Corte e dominante no Superior Tribunal de Justiça, o regime de tributação monofásico não enseja possibilidade de creditamento ao intermediário na cadeia de produção, por impossibilidade lógica (já que inexistente cumulatividade) e legal (art. 3º, I, da Lei 10.833/2003 e da Lei 10.637/2002). Contudo, há que se ter presente o *distinguishing* de que as regras decorrentes do regime monofásico possuem aplicabilidade limitada, coerentemente, aos custos e receitas submetidos a este modal de arrecadação, como destacado no AgRg no REsp 1.433.246 (Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 02/04/2014).

3. É certo que esta Corte tem jurisprudência firme no sentido da vedação a que o revendedor de veículos (concessionária) escreva créditos relativos ao custo do frete na **aquisição** de tais bens para posterior revenda, dado que o setor automotivo sujeita-se à tributação monofásica (posição que já encontra, atualmente, ressonância na Corte Superior, em revisão ao entendimento jurisprudencial então vigente) de maneira similar ao quanto em discussão nos presentes autos. Tal entendimento deriva da percepção de que, para o intermediário que arcar com tal ônus, o frete enquadra-se como custo de mercadoria, na *aquisição*. Como o preço total da mercadoria na revenda (que, por definição, cobre as despesas de aquisição, dentre elas o frete) não sofre tributação, não há direito à escrituração de crédito por tal dispêndio.

4. Não é este o caso dos autos, contudo, que trata da *etapa seguinte* da cadeia monofásica, da perspectiva do intermediário. Caso o revendedor arque com o frete na operação de revenda (não na *entrada*, portanto, mas na *saída*) não se trata de custo de aquisição (seria custo de aquisição para o próximo componente na cadeia, se este arcasse com a despesa, o que não lhe possibilitaria aproveitamento de créditos, contudo, em simetria à fase anterior), mas de venda ou distribuição. Se este valor estiver destacado na fatura, de modo autônomo em relação ao preço da mercadoria (isto é, caso o frete não seja embutido no próprio valor do bem comercializado), trata-se de custo que se verifica **fora do regime monofásico**, a permitir, conseqüentemente, a escrituração de créditos. Diferentemente da situação em que o adquirente arca com o custo da mercadoria adquirida e do respectivo frete (cenário em que a despesa com o serviço de transporte é indissociável do gasto relativo à operação principal, incorporando-se contabilmente ao custo de aquisição), no caso em que o vendedor arca com o frete há, naturalmente, o destaque do valor (o adquirente arca com o custo da mercadoria, mas é o vendedor que percebe o ônus financeiro do transporte).

5. Tal conclusão alcança-se mais claramente ainda em relação a custos que, *prima facie*, podem ser vistos como externos à cadeia de compra e revenda, tal como destacados no voto da relatoria do AgRg no REsp 1.433.246: gastos de energia elétrica, por exemplo, nada têm a ver diretamente com o modal monofásico de tributação, tanto mais quando a atividade da empresa envolve outros produtos que não estão sujeitos à monofásia. Da mesma forma, é concebível que o frete alcance, de maneira unitária, serviço de transporte de mercadorias sujeitas a regime monofásico em conjunto com itens não submetidos a tal técnica.

6. A concepção não contraria a jurisprudência dominante no sentido de que a benesse prevista no artigo 17 da Lei 11.033/2004 ("*As vendas efetuadas com suspensão, isenção, alíquota 0 (zero) ou não incidência da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS não impedem a manutenção, pelo vendedor, dos créditos vinculados a essas operações.*") é restrita aos sujeitos que integram o regime do REPORTE. O que tal norma permite é, justamente, a escrituração de créditos relativos a custos internos à cadeia de monofásia (destacadamente, aqueles relativos a custos de aquisição de mercadoria, conforme previsão atual no artigo 301 do RIR/2018: transporte, seguro, impostos incidentes irre recuperáveis na escrituração fiscal, etc.). Aqui são discutidos **créditos externos, paralelos ao regime monofásico**.

7. A presente apreciação ocorre em sede de reexame necessário à concessão integral da ordem requerida na origem, sendo que sequer houve resistência do Fisco perante o Juízo *a quo*, havendo reconhecimento expresso do direito a créditos relativos ao frete na revenda (tanto nas informações da autoridade coatora quanto na manifestação em resposta aos embargos de declaração opostos à sentença, que de princípio havia denegado a segurança). Nesta linha, apenas deixou-se de reconhecer ausência de interesse de agir diante da celeuma decorrente precisamente da necessidade de refinamento de análise da matéria, tanto assim que os aclaratórios opostos à sentença foram acolhidos com efeito infringente para conceder a ordem, desfazendo o exato mesmo equívoco analítico que ora se discute.

8. A especificidade do caso concreto autoriza sejam acolhidos os embargos de declaração para sanar omissão verificada, atribuídos efeitos infringentes para negar provimento à remessa oficial.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, acolheu os embargos de declaração para sanar omissão verificada, atribuídos efeitos infringentes para negar provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 0009837-98.2016.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: BANCO VOTORANTIM S.A., VOTORANTIM CORRETORA DE TITULOS E VAL MOBILIARIOS LTDA

Advogados do(a) AGRAVADO: LEONARDO AUGUSTO ANDRADE - SP220925-A, RUBENS JOSE NOVAKOSKI FERNANDES VELLOZA - SP110862-A

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 0009837-98.2016.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: BANCO VOTORANTIM S.A., VOTORANTIM CORRETORA DE TITULOS E VAL MOBILIARIOS LTDA

Advogados do(a) AGRAVADO: LEONARDO AUGUSTO ANDRADE - SP220925-A, RUBENS JOSE NOVAKOSKI FERNANDES VELLOZA - SP110862-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração contra acórdão assimementado:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. RAZÕES IMPUGNATIVAS. REMISSÃO. LEI 11.941/2009. MULTA MORATÓRIA EXCLUÍDA. INCLUSÃO DE JUROS DE MORA SOBRE TAL PARCELA DO DÉBITO FISCAL. LEGALIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

1. Infundada a preliminar de razões dissociadas ou desmotivadas, já que a agravante efetivamente impugnou a decisão agravada, no que excluiu a cobrança de juros de mora sobre a parcela da multa, cuja exclusão é legalmente autorizada, alegando inexistir previsão legal para tal redução.

2. A legislação, que exclui ou reduz crédito tributário, fica sujeita à interpretação literal (artigo 111, I, CTN) e, assim, não contemplada na Lei 11.941/2009 a exclusão dos juros de mora sobre a multa de mora, ainda que prevista a redução desta a zero, não é possível, por interpretação, ampliar o conteúdo estrito e literal do benefício legal.

3. A regra de que o principal segue o acessório, prevista no antigo Código Civil, mas não reproduzida no atual, não elide a eficácia da legislação específica, que trata da regulação de benefício fiscal ou da interpretação das normas de exclusão ou redução de crédito tributário.

4. Agravo de instrumento provido.”

Alegou-se omissão, inclusive para fins de pré-questionamento (artigos 161 e 180 do Código Tributário Nacional; e 61, § 3º, da Lei 9.430/96), pois: **(1)** “ao propugnar que o caráter acessório dos juros incidentes sobre a multa de ofício no caso em tela adviria do Código Civil de 1916, o v. acórdão partiu de premissa totalmente equivocada quanto à fonte normativa para a referida constatação”, vez que “os dispositivos legais que preveem o acréscimo de juros e, conseqüentemente, evidenciam a sua condição de acessório à multa em voga são o artigo 161 do Código Tributário Nacional e o art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96”; e **(2)** “com a extirpação de 100% da multa de ofício (obrigação principal/débito com a União) preconizada pelo art. 1º, § 3º, I, Lei nº 11.941/2009, instituidora da anistia, não há base de cálculo para incidência dos juros de mora (acessório) previstos no art. 161 do Código Tributário Nacional e no art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96”, de modo que, “se a função dos juros é justamente crescer à penalidade aplicada, outra não pode ser a interpretação senão a de que os referidos valores também foram cobertos pelo dispositivo legal que exonerou integralmente a multa de ofício, mostrando-se descabida a invocação de tentativa de interpretação ampliativa ou mesmo de colmatar lacuna normativa, uma vez que o afastamento da penalidade pela lei não pode subsidiar a aplicação de consectários, in casu, juros, eis que a anistia concedida afastou a obrigação principal em sua totalidade”.

Os embargos de declaração foram rejeitados pela Turma (f. 216/222, ID 1073300797), porém o acórdão foi anulado em recurso especial (f. 80/81, ID 107330748), para que seja dirimida omissão acerca da questão da aplicabilidade dos artigos 161, CTN, e 61, § 3º, da Lei 9.430/1996, “que caracterizam como acessório os juros incidentes sobre a multa na relação jurídica-tributária”.

Houve impugnação (ID 127762101).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 0009837-98.2016.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: BANCO VOTORANTIM S.A., VOTORANTIM CORRETORA DE TITULOS E VAL MOBILIARIOS LTDA

Advogados do(a) AGRAVADO: LEONARDO AUGUSTO ANDRADE - SP220925-A, RUBENS JOSE NOVAKOSKI FERNANDES VELLOZA - SP110862-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, em **10/12/2016** foi proferido o acórdão, anulado pela Corte Superior, para reexame dos embargos de declaração quanto à omissão na aplicação dos artigos 161, CTN, e 61, § 3º, da Lei 9.430/1996, por caracterizarem como acessórios os juros incidentes sobre a multa imposta, de maneira que se faz necessária apreciação do tema.

O acórdão embargado destacou o seguinte:

"A Lei 11.941/2009, ao prever a exclusão de valores que compõem o crédito tributário, como incentivo à recuperação de débitos, o fez nos seguintes termos (artigo 1º, I): "pagos a vista, com redução de 100% (cem por cento) das multas de mora e de ofício, de 40% (quarenta por cento) das isoladas, de 45% (quarenta e cinco por cento) dos juros de mora e de 100% (cem por cento) sobre o valor do encargo legal". Assim, embora inexistente permissivo específico para deduzir juros sobre a multa de mora excluída, o Juízo a quo considerou indevida a cobrança de tais valores, com fundamento na regra de que o acessório segue o principal.

Cabe destacar, contudo, que as normas que prescrevem a exclusão do crédito tributário devem ser interpretadas literalmente, vedada a ampliação de seu alcance (artigo 111, I, CTN).

No caso, a Lei 11.941/2009 previu, de forma específica, os valores que seriam reduzidos, indicando, quando pertinente, o próprio percentual a ser aplicado, a demonstrar que o silêncio da norma, dentro da hermenêutica aplicável à hipótese, não autoriza a exclusão pretendida, mas, ao contrário, estabelece regra de contenção ou privação do alcance liberativo."

Como se observa, assentou o acórdão embargado que a Lei 11.941/2009 instituiu acordo de parcelamento, concedendo vantagens e encargos, direitos e obrigações recíprocas entre as partes, sujeitas à forma e condições legalmente estabelecidas, com lastro no artigo 155-A, CTN.

A lei do parcelamento fixa regras do acordo fiscal, cuja adesão é voluntária nos limites do interesse do contribuinte em face dos benefícios e vantagens estritamente estabelecidos. Os descontos possíveis são os previstos na lei especial, e a exclusão da multa moratória não gera, automaticamente, a exclusão dos juros que incidem sobre tal encargo sem previsão legal específica.

A previsão legal específica é a da lei de parcelamento, que fixa limites, vantagens e encargos das partes no âmbito do acordo fiscal, não cabendo aplicar de forma extensiva, analógica ou integrativa normas que se destinam a definir o que são e em que condições são aplicáveis os juros moratórios - artigos 161, CTN, e 61, § 3º, da Lei 9.430/1996 -, quando o que se discute, nos autos, não é se cabem juros moratórios sobre multa moratória em razão de tributo pago com atraso, mas se a lei do parcelamento permite excluir, sem previsão expressa, juros moratórios incidentes sobre multa moratória, esta especificamente excluída ou reduzida.

Os campos de incidência das normas são específicos e distintos, os artigos 161, CTN, e 61, § 3º, da Lei 9.430/1996 regulam a apuração do crédito tributário com encargos moratórios, enquanto a Lei 11.941/2009 prevê as condições do parcelamento e a extensão das vantagens aplicáveis ao contribuinte que adere ao acordo fiscal.

Sendo o parcelamento tributário causa suspensiva da exigibilidade fiscal (artigo 151, VI, CTN) e obrigatória a interpretação literal das normas de suspensão da exigibilidade fiscal (artigo 111, I, CTN), não se pode pretender que o parcelamento autorize a redução de encargo legalmente devido (nos termos dos artigos 161, CTN, e 61, § 3º, da Lei 9.430/1996) sem previsão expressa na lei especial (artigo 155-A, CTN).

Por fim, parcelamento não se confunde com anistia de infração tributária (artigo 180, CTN), salvo quanto à regra de que ambos os institutos jurídicos devem ser interpretados de forma literal (artigo 111, I, CTN) e, assim, não se pode suspender ou excluir crédito tributário mediante analogia ou interpretação extensiva ou criativa, como se pretende na espécie.

Cabe, pois, acolher os embargos de declaração, sem efeito modificativo, apenas para agregar ao aresto recorrido a fundamentação supra no sentido de que os artigos 161, CTN, e 61, § 3º, da Lei 9.430/1996 não podem ser aplicados para alterar o regime de parcelamento em detrimento da lei específica, exigida nos termos do artigo 155-A, CTN, no tocante a descontos e exclusões em relação a valores devidos pelo contribuinte.

Ante o exposto, acolho em parte os embargos de declaração nos termos supracitados.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. JUROS MORATÓRIOS SOBRE MULTA DE MORA. EXCLUSÃO. LEI 11.941/2009. OMISSÃO. ACOLHIMENTO PARCIAL.

1. Acolhidos embargos de declaração para suprir omissão do aresto recorrido mediante acréscimo de fundamentação sem efeito infringente.
2. O acórdão embargado assentou que a Lei 11.941/2009 instituiu acordo de parcelamento, concedendo vantagens e encargos, direitos e obrigações recíprocas entre as partes, sujeitas à forma e condições legalmente estabelecidas, com lastro no artigo 155-A, CTN. A lei do parcelamento fixa regras do acordo fiscal, cuja adesão é voluntária nos limites do interesse do contribuinte em face dos benefícios e vantagens estritamente estabelecidos. Os descontos possíveis são os previstos na lei especial, e a exclusão da multa moratória não gera, automaticamente, a exclusão dos juros que incidem sobre tal encargo sem previsão legal específica.
3. A previsão legal específica é a da lei de parcelamento, que fixa limites, vantagens e encargos das partes no âmbito do acordo fiscal, não cabendo aplicar de forma extensiva, analógica ou integrativa normas que se destinam a definir o que são e em que condições são aplicáveis os juros moratórios - artigos 161, CTN, e 61, § 3º, da Lei 9.430/1996 -, quando o que se discute, nos autos, não é se cabem juros moratórios sobre multa moratória em razão de tributo pago com atraso, mas se a lei do parcelamento permite excluir, sem previsão expressa, juros moratórios incidentes sobre multa moratória, esta especificamente excluída ou reduzida.
4. Os campos de incidência das normas são específicos e distintos, os artigos 161, CTN, e 61, § 3º, da Lei 9.430/1996 regulam a apuração do crédito tributário com encargos moratórios, enquanto a Lei 11.941/2009 prevê as condições do parcelamento e a extensão das vantagens aplicáveis ao contribuinte que adere ao acordo fiscal. Sendo o parcelamento tributário causa suspensiva da exigibilidade fiscal (artigo 151, VI, CTN) e sendo obrigatória a interpretação literal das normas de suspensão da exigibilidade fiscal (artigo 111, I, CTN), não se pode pretender que o parcelamento autorize a redução de encargo legalmente devido (nos termos dos artigos 161, CTN, e 61, § 3º, da Lei 9.430/1996) sem previsão expressa na lei especial (artigo 155-A, CTN). Por fim, parcelamento não se confunde com anistia de infração tributária (artigo 180, CTN), salvo quanto à regra de que ambos os institutos jurídicos devem ser interpretados de forma literal (artigo 111, I, CTN) e, assim, não se pode suspender ou excluir crédito tributário mediante analogia ou interpretação extensiva ou criativa, como se pretende na espécie.
5. Cabe, pois, acolher os embargos de declaração, sem efeito modificativo, apenas para agregar ao aresto recorrido a fundamentação supra no sentido de que os artigos 161, CTN, e 61, § 3º, da Lei 9.430/1996 não podem ser aplicados para alterar o regime de parcelamento em detrimento da lei específica, exigida nos termos do artigo 155-A, CTN, no tocante a descontos e exclusões em relação a valores devidos pelo contribuinte.
6. Embargos de declaração acolhidos em parte para agregar a fundamentação exposta, porém sem efeito infringente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, acolheu em parte os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000615-05.2017.4.03.6105

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRACAO DE SAO PAULO

Advogados do(a) APELANTE: LUCIANO DE SOUZA - SP211620-A, LEANDRO CINTRA VILAS BOAS - SP234688-A

APELADO: INTROPEDI PRESTACAO DE SERVICOS E COBRANCA EIRELI - ME

Advogados do(a) APELADO: PLINIO AMARO MARTINS PALMEIRA - SP135316-A, THAIS CRISTINA GARCIA - SP363868

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000615-05.2017.4.03.6105

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRACAO DE SAO PAULO

Advogados do(a) APELANTE: LUCIANO DE SOUZA - SP211620-A, LEANDRO CINTRA VILAS BOAS - SP234688-A

APELADO: INTROPEDI PRESTACAO DE SERVICOS E COBRANCA EIRELI - ME

Advogados do(a) APELADO: PLINIO AMARO MARTINS PALMEIRA - SP135316-A, THAIS CRISTINA GARCIA - SP363868

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração contra acórdão assimementado:

“ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM. EMPRESA DE FOMENTO MERCANTIL CUJAS ATIVIDADES NÃO SE LIMITAM AO FACTORING CONVENCIONAL. ASSESSORAMENTO QUE INCLUI ATOS TÍPICOS DE ADMINISTRAÇÃO FINANCEIRA E MERCADOLÓGICA. REGISTRO NO CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO DE SÃO PAULO (CRA/SP) – PERTINÊNCIA.

1. A averiguação acerca da necessidade de registro junto ao CRA/SP deve ter por supedâneo a atividade básica exercida pelo profissional liberal ou empresa, assim entendida como aquela de natureza preponderante.

2. A questão atinente à definição da necessidade do registro das empresas de fomento mercantil (factoring) perante os Conselhos Regionais de Administração depende em especial da delimitação do âmbito de suas atividades: se atuam como factorings convencionais, o registro não se faz necessário, pois se trata de atividade básica cuja natureza é estritamente mercantil. Entretanto, caso, de modo diverso, as atividades preponderantemente desenvolvidas por estas empresas extrapolem este âmbito de atuação, de forma a abrangerem também atos típicos de gestão/administração empresarial, resta evidenciado o exercício de atividade privativa do Administrador e, por conseguinte, o registro no Conselho em questão mostra-se de rigor.

3. No que concerne ao caso concreto, infere-se do objeto social da empresa que as atividades por ela desenvolvidas não se restringem ao fomento mercantil convencional.

4. Considerando que o próprio objeto social da empresa indica que suas atividades básicas não se limitam ao fomento mercantil, mas alcançam atos típicos de administração, mostra-se pertinente que se submeta ao registro perante o órgão de classe responsável pela fiscalização destas atividades (CRA/SP). Precedentes (STJ e TRF3).

5. Apelação do CRA/SP provida.”

Alegou-se omissão e contradição, inclusive para fins de pré-questionamento (artigo 1º da Lei 6.839/1980), “ao alegar que no contrato social da apelada, ora embargante, não existe detalhamento de qual atividade é principal e quais atividades são secundárias, já que na 2ª página do ID nº 30179776, consta expressamente no Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral a atividade principal e as atividades secundárias”, devendo sua inscrição na Receita Federal ser analisada em conjunto com o contrato social, verificando-se, destarte, que “sua atividade preponderante, atividade básica, é de natureza estritamente mercantil, inexistindo atos típicos de gestão/administração empresarial”.

Houve impugnação, alegando que não cabem embargos de declaração para reexame da causa, sendo protelatório o recurso.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000615-05.2017.4.03.6105

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRACAO DE SAO PAULO

Advogados do(a) APELANTE: LUCIANO DE SOUZA - SP211620-A, LEANDRO CINTRA VILAS BOAS - SP234688-A

APELADO: INTROPEDI PRESTACAO DE SERVICOS E COBRANCA EIRELI - ME

Advogados do(a) APELADO: PLINIO AMARO MARTINS PALMEIRA - SP135316-A, THAIS CRISTINA GARCIA - SP363868

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, em face do acórdão que reconheceu atividade excedente ao *factoring* tradicional, para efeito de registro obrigatório da embargante no Conselho Regional de Administração, alegou-se omissão e contradição, por ser aferível na inscrição junto à Receita Federal, documento essencial ao exame da controvérsia, que a atividade preponderante exercida não condiz com a prestação de serviços de administração.

Intimado para manifestar-se, o conselho profissional, ora embargado, nada alegou em relação ao mérito, apenas pleiteou que não seja admitido o recurso, por pretender a rediscussão da matéria decidida, o que, mesmo que fosse a hipótese, exigiria o conhecimento do recurso para, no mérito, decretar-se a rejeição ou improcedência.

Como adiante demonstrado, os embargos de declaração devem ser conhecidos e acolhidos, com efeitos infringentes, não se cogitando, pois, de recurso protelatório.

No caso, verificou-se que o objeto social da embargante relaciona-se à “*prestação de serviços de cobrança extrajudiciais, serviços burocráticos a empresas, confecção de mala direta e outras atividades derivadas da área de venda, com manutenção de cadastros e contatos comerciais, prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção e riscos, administração de contas a pagar e a receber, compras de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços (Factoring)*”.

Evidenciou-se, no acórdão embargado, que as atividades extrapolam o mero *factoring* tradicional, que consiste em operações de mera aquisição de direitos creditórios, abrangendo, ainda, prestação de serviços inerentes à administração empresarial.

Conquanto o aresto recorrido tenha, corretamente, identificado tais atividades como não relacionadas estritamente ao *factoring* tradicional, o que torna o registro obrigatório perante o Conselho Regional de Administração é o exercício de atividade básica e preponderante na área de administração empresarial.

O embargado, em contestação, citou o RESP 1.587.600, destacando os seguintes excertos (f. 02, ID 30179896):

“1. A Primeira Seção, no julgamento do EREsp 1.236.002/ES, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, consignou que os escritórios de factoring não precisam ser registrados nos conselhos regionais de administração quando suas atividades são de natureza eminentemente mercantil – ou seja, desde que não envolvam gestões estratégicas, técnicas e programas de execução voltados a um objetivo e ao desenvolvimento de empresa.”

2. De acordo com o referido julgado, a inscrição é dispensada em casos em que a atividade principal da empresa recorrente consiste em operação de natureza eminentemente mercantil, prescindindo, destarte, de oferta às empresas-clientes de conhecimentos inerentes às técnicas de administração ou de administração mercadológica ou financeira. Ficou ainda esclarecido que não há 'se comparar a oferta de serviços de gerência financeira e mercadológica – que envolve gestões estratégicas, técnicas e programas de execução voltados a um objetivo e ao desenvolvimento da empresa – com a aquisição de um crédito a prazo pela solvabilidade dos efetivos devedores dos créditos vendidos'."

A atividade principal desenvolvida pela embargante, segundo registrado no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, é relacionada ao código **8291-1-00** (f. 02, ID 30179776), que envolve as "atividades de cobrança de faturas e de dívidas para clientes e a transferência aos clientes dos pagamentos recebidos"; "atividades de compilação de informações, como históricos de crédito, de emprego, para empresas clientes"; e "fornecimento de informações sobre a capacidade de endividamento de pessoas e de empresas a instituições financeiras, ao comércio e a empresas de outras atividades que necessitam avaliar a capacidade de crédito de pessoas e empresas".

Trata-se, assim, de empresa que, preponderantemente, fornece **serviços de cobrança e informações de risco de crédito** que, segundo decidiu o Superior Tribunal de Justiça, não se enquadram em atividades típicas do exercício profissional na área de administração para tornar obrigatório o registro no Conselho Regional de Administração:

*RESP 932.978, Rel. Min. LUIZ FUX, DJE de 01/12/2008: "ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. EMPRESA DE FACTORING. DESNECESSIDADE DE REGISTRO NO CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO. ATIVIDADE BÁSICA. SÚMULA 7/STJ. PRECEDENTES. COMPRA DE ATIVOS OU DIREITOS CREDITÓRIOS DECORRENTES DE VENDAS MERCANTIS A PRAZO. 1. A obrigatoriedade da inscrição das empresas em determinado Conselho profissional, é ditada pela "atividade básica ou em relação àquela pela qual prestem serviços a terceiros" independentemente do profissional que devam contratar para a realização da tarefa. Precedentes: AgRg no REsp 1020819/SC, DJ 09.05.2008; AgRg no REsp 928.810/ES, DJ 19.11.2007; REsp 867.945/RS, DJ 22.03.2007. 2. O artigo 1º da Lei nº 6.839/80, dispõe que o registro de tais empresas e a anotação dos profissionais legalmente habilitados serão obrigatórios em razão da atividade básica ou em relação àquela pela qual prestem serviços a terceiros, e não em relação à atividades secundárias. 3. As empresas que desempenham atividades relacionadas ao factoring estão dispensadas da obrigatoriedade de registro no Conselho Regional de Administração, porquanto comercializam títulos de crédito. 4. As atividades desempenhadas pelas empresas de factorings na modalidade convencional, que envolve funções de compra de crédito (cessão de crédito) e prestação de serviços convencionais (análise de riscos dos títulos e cobrança de créditos da faturizada) não estão no alcance da fiscalização profissional do Conselho Federal de Administração - CRA, porquanto sua atividade-fim não se enquadra nas hipóteses elencadas como de natureza administrativa. 5. O campo de atuação do factoring é a compra de ativos ou direitos creditórios decorrentes de vendas mercantis a prazo. Negociam-se direitos gerados pelas vendas mercantis a prazo, mas sem o recurso do desconto dos títulos de crédito. Faz-se a compra mediante um preço, por meio do endosso como instrumento do ato translativo da propriedade dos direitos creditórios. (Arnaldo Rizzardo, In *Factoring*, 3ª edição, RT, páginas 82/83) 6. É cediço que somente na modalidade de factoring conhecida por trustee o faturizador prestará serviços diferenciados, como co-gestão, consultoria etc. Podemos afirmar - sem nenhuma dúvida - que é raro uma operação de factoring que envolva a modalidade trustee. A mais usualmente praticada é a modalidade convencional. E na modalidade convencional de factoring, os serviços prestados, quando o são, não envolvem administração, consultoria ou co-gestão, pois tais serviços são próprios somente na modalidade trustee." (Antonio Carlos Donini, in *Inexigibilidade do Registro da Empresa de Factoring junto ao Conselho Regional de Administração*, Revista dos Tribunais, ano 92 - volume 810 - abril de 2003 - páginas 84/85). 7. A única modalidade que, em tese, pode-se admitir a prática de atos ditos "administrativos" de factoring é na modalidade trustee, por envolver prestação de serviços diferenciados, a saber, co-gestão e consultoria, situação cuja análise resta obstada nesta instância à luz do verbete sumular nº 7/STJ, por impor o revolvimento da matéria fático-probatória. 8. In casu, o objeto da sociedade é prestar serviços de gestão comercial, executados em caráter cumulativo e contínuo, adquirir direitos creditório decorrentes de vendas mercantis a prazo; efetuar cobranças por conta própria e de terceiros, ceder seus direitos a terceiros, e efetuar negócios de "Factoring" no mercado interno e internacional de importação e exportação. 9. O Tribunal de origem assentou que: "Como se vê, a empresa não tem como atividade principal nenhuma daquelas constantes na Lei nº 4.769/65 que a obrigariam ao registro no Conselho de Administração, " assertiva que impõe a não sujeição da recorrida à inscrição no Conselho de Classe, ora recorrente, bem como a insindicabilidade pelo E. STJ (Súmula 07). 10. Recurso especial parcialmente conhecido, e nesta parte desprovido. "*

A embargante não desenvolve, pois, atividade básica nas áreas de **administração, consultoria ou co-gestão empresarial** para efeito de sujeitar-se ao registro obrigatório no CRA - Conselho Regional de Administração, conforme demonstrado pelo exame da documentação que define não apenas o objeto social como a atividade preponderante a que vinculada a atuação da pessoa jurídica.

Verifica-se, assim, que o acórdão embargado incorreu em omissão no exame do ponto essencial ao deslinde da controvérsia, que consiste na identificação da atividade básica ou preponderante para efeito de registro profissional obrigatório, pelo que se supre o vício assinalado com efeito infringente no sentido de negar provimento à apelação do Conselho Regional de Administração.

Os honorários advocatícios, considerado o trabalho adicional em grau recursal e os critérios do artigo 85, §§ 2º a 6º e 11, CPC, especialmente grau de zelo do profissional, lugar da prestação do serviço, natureza e importância da causa e tempo exigido de atuação nesta fase do processo, devem ser fixados, pela atuação nesta instância, em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, a ser acrescido ao fixado na sentença.

Ante o exposto, acolho os embargos de declaração com efeitos infringentes, nos termos supracitados.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONSELHO PROFISSIONAL. INSCRIÇÃO. CONTRATO SOCIAL. ATIVIDADE PREPONDERANTE. OMISSÃO. ACOLHIMENTO. EFEITOS MODIFICATIVOS.

1. Em face do acórdão que reconheceu atividade excedente ao *factoring* tradicional, para efeito de registro obrigatório da embargante no Conselho Regional de Administração, alegou-se omissão e contradição, por ser aferível na inscrição junto à Receita Federal, documento essencial ao exame da controvérsia, que a atividade preponderante exercida não condiz com a prestação de serviços de administração. Intimado para manifestar-se, o conselho profissional, ora embargado, nada alegou em relação ao mérito, apenas pleiteou que não seja admitido o recurso, por pretender a rediscussão da matéria decidida, o que, mesmo que fosse a hipótese, exigiria o conhecimento do recurso para, no mérito, decretar-se a rejeição ou improcedência.

2. No caso, verificou-se que o objeto social da embargante relaciona-se à "*prestação de serviços de cobrança extra-judiciais, serviços burocráticos a empresas, confecção de mala direta e outras atividades derivadas da área de venda, com manutenção de cadastros e contatos comerciais, prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção e riscos, administração de contas a pagar e a receber, compras de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços (Factoring)*".

3. Evidenciou-se, no acórdão embargado, que as atividades extrapolam o mero *factoring* tradicional, que consiste em operações de mera aquisição de direitos creditórios, abrangendo, ainda, prestação de serviços inerentes à administração empresarial. Conquanto o aresto tenha, corretamente, identificado tais atividades como não relacionadas estritamente ao *factoring* tradicional, o que torna o registro obrigatório perante o Conselho Regional de Administração é o exercício de atividade básica e preponderante na área de administração empresarial.

4. A atividade principal desenvolvida pela embargante, segundo registrado no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, é relacionada ao código **8291-1-00**, que envolve as "*atividades de cobrança de faturas e de dívidas para clientes e a transferência aos clientes dos pagamentos recebidos*"; "*atividades de compilação de informações, como históricos de crédito, de emprego, para empresas clientes*"; e "*fornecimento de informações sobre a capacidade de endividamento de pessoas e de empresas a instituições financeiras, ao comércio e a empresas de outras atividades que necessitam avaliar a capacidade de crédito de pessoas e empresas*".

5. Trata-se, assim, de empresa que, preponderantemente, fornece **serviços de cobrança e informações de risco de crédito** que, segundo decidiu o Superior Tribunal de Justiça, não se enquadram em atividades típicas do exercício profissional na área de administração para tornar obrigatório o registro no Conselho Regional de Administração: RESP 932.978, Rel. Min. LUIZ FUX, DJE de 01/12/2008, em que assentando o entendimento de que: "*As atividades desempenhadas pelas empresas de factorings na modalidade convencional, que envolve funções de compra de crédito (cessão de crédito) e prestação de serviços convencionais (análise de riscos dos títulos e cobrança de créditos da faturizada) não estão no alcance da fiscalização profissional do Conselho Federal de Administração - CRA, porquanto sua atividade-fim não se enquadra nas hipóteses elencadas como de natureza administrativa.*".

6. A embargante não desenvolve, pois, atividade básica nas áreas de administração, consultoria ou co-gestão empresarial para efeito de sujeitar-se ao registro obrigatório no CRA - Conselho Regional de Administração, conforme demonstrado pelo exame da documentação que define não apenas o objeto social como a atividade preponderante a que vinculada a atuação da pessoa jurídica.

7. Verifica-se, assim, que o acórdão embargado incorreu em omissão no exame do ponto essencial ao deslinde da controvérsia, que consiste na identificação da atividade básica ou preponderante para efeito de registro profissional obrigatório, pelo que se supre o vício assinalado com efeito infringente no sentido de negar provimento à apelação do Conselho Regional de Administração.

8. Os honorários advocatícios, considerado o trabalho adicional em grau recursal e os critérios do artigo 85, §§ 2º a 6º e 11, CPC, especialmente grau de zelo do profissional, lugar da prestação do serviço, natureza e importância da causa e tempo exigido de atuação nesta fase do processo, devem ser fixados, pela atuação nesta instância, em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, a ser acrescido ao fixado na sentença.

9. Embargos de declaração acolhidos com efeitos infringentes.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, acolheu os embargos de declaração com efeitos infringentes, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0003948-07.2013.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: REMAZA ADMINISTRADORA DE CONSORCIO LTDA

Advogado do(a) APELANTE: FERNANDO FERRACCIOLI DE QUEIROZ - SP158775-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0003948-07.2013.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: REMAZA ADMINISTRADORA DE CONSORCIO LTDA

Advogado do(a) APELANTE: FERNANDO FERRACCIOLI DE QUEIROZ - SP158775-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração contra acórdão assimmentado:

“TRIBUTÁRIO. AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM. EXISTÊNCIA DE DÉBITOS QUE INDEVIDAMENTE CONSTITUÍAM ÔBICES À EMISSÃO DE CERTIDÃO DE REGULARIDADE FISCAL (COBRANÇAS EM DUPLICIDADE OU COM EXIGIBILIDADE SUSPensa). DETERMINAÇÃO DE EXPEDIÇÃO DA RESPECTIVA CERTIDÃO – ARTIGOS 205 E 206 DO CTN. VERBA HONORÁRIA – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE.

1. Ação ajuizada por administradora de consórcios com o intuito de suscitar a existência de duplicidades nas cobranças em discussão nos processos administrativos n.ºs. 13807-010.460/0059, 11610-015.497/2002-79, 10880-732.153/2011-76, 19679-002-969/2003-21 e 11610.007100/2001-94.

2. A União manifestou-se de forma conclusiva em 08/10/2013, ocasião em que informou que o processo administrativo n.º 11610.007100/2001-94 foi encerrado, bem como asseverou que a cobrança relativa aos PA's 11610.015.497/2002-79, 13807-010.460/0059 e 19679-002.969/2003-21 deve ser igualmente encerrada, em razão da identificação de duplicidades nas exigências fiscais.

3. Embora em manifestação posterior a União tenha se retratado com relação ao reconhecimento da duplicidade da cobrança referente ao PA nº 13807-010.460/0059, bem observou o d. Juízo que se trata de débito cuja exigibilidade encontrava-se suspensa em razão de medida judicial, conforme documento emitido pela própria Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional em 25/07/2013, de modo que não pode constituir óbice à expedição de certidão positiva com efeitos de negativa.

4. No que concerne ao processo administrativo nº 10880-732.153/2011-76 (objeto da EF nº 0070241-72.2011.4.03.6182), como observado pelo d. Juízo por ocasião da prolação da sentença, houve determinação judicial de suspensão da execução fiscal, publicada no DJe de 29/01/2015, em razão de adesão da executada (parte autora e apelante nestes autos) a programa de parcelamento.

5. Ante o reconhecimento pela União de que não deve remanescer a cobrança quanto aos processos administrativos 11610.007100/2001-94 (duplicidade), 11610.015.497/2002-79 (duplicidade), 13807-010.460/0059 (exigibilidade suspensa em razão de medida judicial) e 19679-002.969/2003-21 (duplicidade), bem como tendo em vista que o valor em discussão no PA nº 10880-732.153/2011-76 foi objeto de parcelamento, de modo a suspender a exigibilidade do crédito tributário (artigo 151, VI, do CTN), a parte autora faz jus à obtenção de certidão positiva com efeitos de negativa, nos termos dos artigos 205 e 206 do CTN, desde que não existam outras pendências fiscais além daquelas discutidas nesta demanda. Remessa oficial não provida.

6. O recurso adesivo interposto pela União não comporta conhecimento, tendo em vista que o § 1º do artigo 997 do Código de Processo Civil exige, para a sua admissão, a existência de sucumbência de ambas as partes, o que inexistiu no caso concreto. Ausente pressuposto de admissibilidade. Ademais, a questão atinente ao valor da causa, objeto do recurso adesivo, deveria ter sido impugnada pela União por ocasião da contestação. Não o tendo feito na ocasião, a questão resta preclusa, conforme estatuído no artigo 293 do CPC.

7. A sentença foi proferida em 18/05/2018, de modo que a questão atinente à verba honorária deve ser analisada à luz do Código de Processo Civil de 2015, já em vigor à época.

8. Considerando-se que no caso específico destes autos o que se busca não é o proveito econômico, que se afigura inestimável, mas a garantia da expedição da certidão de regularidade fiscal, entendo que é cabível a aplicação da exceção prevista no parágrafo 8º do artigo 85 do CPC/2015, o qual dispõe que "nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º".

9. O art. 85, § 2º, do CPC/2015 impõe que, para a fixação dos honorários advocatícios, deve ser observado o grau de zelo do profissional, lugar de prestação do serviço, natureza e importância da causa, trabalho realizado pelo advogado e tempo exigido para o seu serviço.

10. Fixação do valor da condenação em honorários advocatícios no montante de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), conforme apreciação equitativa, nos termos do que preconiza o artigo 85, § 8º, do novel diploma processual civil.

11. Vencida na causa, deve a União reembolsar as despesas antecipadas pela parte autora, a teor do disposto no artigo 82, § 2º, do Código de Processo Civil vigente.

12. Remessa oficial a que se nega provimento.

13. Recurso adesivo da União não conhecido.

14. Apelação da parte autora parcialmente provida. ”

Alegou-se contradição, pleiteando acolhimento dos embargos de declaração com efeitos infringentes, pois ao decidir pela condenação da embargada em honorários sucumbenciais, nos termos do Código de Processo Civil/2015, deveria tê-lo feito nos moldes do artigo 85, §§ 3º ao 7º, e não proceder ao arbitramento com base na equidade, “a exemplo do que ocorria no revogado art. 20, § 4º do CPC de 1973”.

Houve impugnação.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0003948-07.2013.4.03.6100
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: REMAZA ADMINISTRADORA DE CONSORCIO LTDA
Advogado do(a) APELANTE: FERNANDO FERRACCIOLI DE QUEIROZ - SP158775-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, são manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

As alegações não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.

Consignou, a propósito, expressamente o acórdão embargado (ID 106490805) que:

“Considerando-se, entretanto, que no caso específico destes autos o que se busca não é o proveito econômico, que se afigura inestimável, mas a garantia da expedição da certidão de regularidade fiscal, entendo que é cabível a aplicação da exceção prevista no parágrafo 8º do artigo 85 do CPC/2015, o qual dispõe que “nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º”.

O art. 85, § 2º, do CPC/2015 impõe que, para a fixação dos honorários advocatícios, deve ser observado o grau de zelo do profissional, lugar de prestação do serviço, natureza e importância da causa, trabalho realizado pelo advogado e tempo exigido para o seu serviço.

Desse modo, entendo pertinente no caso concreto fixar o valor da condenação em honorários advocatícios no montante de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), conforme apreciação equitativa, nos termos do que preconiza o artigo 85, § 8º, do novel diploma processual civil.”

Como se observa, o acórdão embargado foi claro na abordagem do mérito suscitado, ao decidir que deve ser aplicado o § 8º do artigo 85 do Código de Processo Civil/2015, no presente caso, tendo em vista que a demanda demonstra valor inestimável, sujeitando-se ao arbitramento da verba honorária de forma equitativa. O julgado, destarte, não apresenta contradição, sanável na via eleita, porque tal vício diz respeito à incompatibilidade formal entre premissas e conclusões, o que não se verificou, dado que a alegação ventilada foi a de que houve, na verdade, erro na aplicação do direito, o que deve ser discutido em via recursal própria, que não os embargos de declaração.

Se tal motivação é insuficiente, fere normas apontadas ou contraria a jurisprudência, deve o contribuinte veicular recurso próprio para impugnação do acórdão e não rediscutir a matéria em embargos de declaração.

Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VERBA HONORÁRIA DE SUCUMBÊNCIA. CONTRADIÇÃO. VÍCIO INEXISTENTE. REJEIÇÃO.

1. São manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto como objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

2. As alegações não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.

3. Consignou, a propósito, expressamente o aresto embargado que: *“Considerando-se, entretanto, que no caso específico destes autos o que se busca não é o proveito econômico, que se afigura inestimável, mas a garantia da expedição da certidão de regularidade fiscal, entendo que é cabível a aplicação da exceção prevista no parágrafo 8º do artigo 85 do CPC/2015, o qual dispõe que “nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º”. O art. 85, § 2º, do CPC/2015 impõe que, para a fixação dos honorários advocatícios, deve ser observado o grau de zelo do profissional, lugar de prestação do serviço, natureza e importância da causa, trabalho realizado pelo advogado e tempo exigido para o seu serviço. Desse modo, entendo pertinente no caso concreto fixar o valor da condenação em honorários advocatícios no montante de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), conforme apreciação equitativa, nos termos do que preconiza o artigo 85, § 8º, do novel diploma processual civil”*.

4. Como se observa, o acórdão embargado foi claro na abordagem do mérito suscitado, ao decidir que deve ser aplicado o § 8º do artigo 85 do Código de Processo Civil/2015, no presente caso, tendo em vista que a demanda demonstra valor inestimável, sujeitando-se ao arbitramento da verba honorária de forma equitativa. O julgado, destarte, não apresenta contradição, sanável na via eleita, porque tal vício diz respeito à incompatibilidade formal entre premissas e conclusões, o que não se verificou, dado que a alegação ventilada foi a de que houve, na verdade, erro na aplicação do direito, o que deve ser discutido em via recursal própria, que não os embargos de declaração.

5. Se tal motivação é insuficiente, fere normas apontadas ou contraria a jurisprudência, deve o contribuinte veicular recurso próprio para impugnação do acórdão e não rediscutir a matéria em embargos de declaração.

6. Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

7. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5005558-40.2018.4.03.6102

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: TGM INDUSTRIA E COMERCIO DE TURBINAS E TRANSMISSOES LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: CELIA CELINA GASCHO CASSULI - SC3436-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, TGM INDUSTRIA E COMERCIO DE TURBINAS E TRANSMISSOES LTDA

Advogado do(a) APELADO: CELIA CELINA GASCHO CASSULI - SC3436-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5005558-40.2018.4.03.6102

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: TGM INDUSTRIA E COMERCIO DE TURBINAS E TRANSMISSOES LTDA, UNIAO FEDERAL-FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: CELIA CELINA GASCHO CASSULI - SC3436-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, TGM INDUSTRIA E COMERCIO DE TURBINAS E TRANSMISSOES LTDA

Advogado do(a) APELADO: CELIA CELINA GASCHO CASSULI - SC3436-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração contra acórdão assimementado:

“TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. IRPJ E CSL. ESTIMATIVAS MENSAS. COMPENSAÇÃO. VEDAÇÃO. ART. 74, § 3º, IX, DA LEI Nº 9.430/96, REDAÇÃO INTRODUZIDA PELA LEI Nº 13.670/18. SUBSISTÊNCIA.

1. A Lei nº 9.430/96, arts. 2º e 6º, § 1º, II, estabelece que o contribuinte sujeito à tributação pelo lucro real pode optar pelo recolhimento mensal sobre base de cálculo estimada e autoriza que, no caso de apuração de saldo negativo, esse valor seja restituído ou compensado nos termos do art. 74 da referida lei.

2. A compensação é sempre dependente de lei que a autorize, assim, ainda que o contribuinte ostente a condição de credor da União, eventual encontro de contas deve sujeição aos ditames da legislação de regência, no caso, as disposições veiculadas pela Lei nº 9.430/96.

3. A modificação introduzida pela Lei nº 13.670/18, acrescentando o inciso IX ao § 3º do art. 74 da Lei nº 9.430/96, veda a compensação das parcelas relativas às estimativas mensais do IRPJ e da CSL, assim, não pode o contribuinte, ao seu arbítrio, proceder à compensação dos referidos valores, mesmo porque, consoante reiterada jurisprudência de nossas cortes, a compensação deve ser regida pela legislação vigente no momento do pretendido encontro de contas.

4. A vedação instituída pela Lei nº 13.670/18 não é ofensiva aos princípios da segurança jurídica, da confiança legítima, da isonomia, do ato jurídico perfeito, direito adquirido, capacidade contributiva e anterioridade (de exercício financeiro e nonagesimal), tampouco consiste em instituição de empréstimo compulsório por via transversa.

5. Conquanto seja possível suspender ou reduzir o valor das estimativas mensais mediante a elaboração de balanço ou balancetes mensais, como preconizado pelo art. 35 da Lei nº 8.981/95, tal dispositivo legal não tem o alcance almejado pelo contribuinte, uma vez que não veicula regra de compensação que excepcione a vedação imposta pela Lei nº 13.670/18.

6. Apelação da União e remessa necessária providas e apelação do contribuinte desprovida.”

Pleiteou-se o pré-questionamento expresso dos seguintes pontos: **(1)** artigos 5º, *caput*, e 150, II, da Constituição Federal (isonomia tributária); **(2)** artigos 5º, II, 37 e 150, I, da Constituição Federal; e 97, I, do Código Tributário Nacional (estrita legalidade tributária); **(3)** princípio da proporcionalidade e razoabilidade; **(4)** artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal; **(5)** artigo 150, III, da Constituição Federal (anterioridade tributária); **(6)** artigo 37 da Constituição Federal (moralidade administrativa); **(7)** artigos 43 a 45 do Código Tributário Nacional; **(8)** Decreto 3.000/99 (RIR/99); **(9)** artigo 35 da Lei 8.981/1995; **(10)** artigo 57 da Lei 8.981/1995; **(11)** artigo 14, I, 9.718/1998; **(12)** artigos 2º e 3º, da Lei 9.430/1996; **(13)** artigo 6º da Lei 13.670/2018; e **(14)** artigo 1.022 do Código de Processo Civil, e 5º, LV, da Constituição Federal (devido processo legal).

Houve impugnação da embargada.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5005558-40.2018.4.03.6102
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: TGM INDUSTRIA E COMERCIO DE TURBINAS E TRANSMISSOES LTDA, UNIAO FEDERAL-FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELANTE: CELIA CELINA GASCHO CASSULI - SC3436-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, TGM INDUSTRIA E COMERCIO DE TURBINAS E TRANSMISSOES LTDA
Advogado do(a) APELADO: CELIA CELINA GASCHO CASSULI - SC3436-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, os embargos de declaração não imputaram, propriamente, omissão, contradição ou obscuridade, mas apenas registraram inconformismo com o acórdão, postulando o pré-questionamento das normas invocadas para efeito de interposição recursal à instância superior competente.

Não houve impugnação passível de exame em embargos de declaração, sendo genericamente requerido o pré-questionamento de normas, veiculando princípios e regras constitucionais e legais incidentes na espécie, segundo a narrativa da embargante.

Importa registrar que a tese da embargante, em apelação, foi a de que restrição prevista no inciso IX do § 3º do artigo 74 da Lei 9.340/1996, quanto à compensação de crédito de saldo negativo de IRPJ/CSL com débitos de estimativas mensais de IRPJ/CSL, não lhe seria aplicável, já que recolhe pelo lucro real, de periodicidade mensal, por levantamento de balancetes de suspensão e redução na forma do artigo 35 da Lei 8.981/1995, sendo proibida, pelos princípios da legalidade e isonomia, a extensão da vedação aplicável exclusivamente ao regime de estimativas mensais e, ainda que assim não fosse, a restrição ainda ofenderia princípios como moralidade e razoabilidade.

O acórdão embargado rejeitou todas as violações levantadas a partir da constatação de que a restrição foi legal e isonômica, atingindo o recolhimento de IRPJ/CSL em estimativas mensais ou quando suspensas ou reduzidas por balanços ou balancetes mensais sem cogitar de qualquer inconstitucionalidade e ilegalidade.

Se, porém, houve ofensa a normas ou princípios, dentre os ventilados nos embargos de declaração (artigos 5º, *caput*, II, XXXVI, LV, 37 e 150, I, II, III, da Constituição Federal; 43 a 45, e 97, I, do Código Tributário Nacional; Decreto 3.000/1999 - RIR/1999; 35 da Lei 8.981/1995; 57 da Lei 8.981/1995; 14, I, 9.718/1998; 2º e 3º da Lei 9.430/1996; 6º da Lei 13.670/2018; e 1.022 do Código de Processo Civil), trata-se de exame a ser veiculado nas instâncias próprias e por recursos excepcionais pertinentes.

Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, como apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. IRPJ/CSL. COMPENSAÇÃO. RESTRIÇÃO. ARTIGO 74, § 3º, XI, DA LEI 9.430/1996. REJEIÇÃO.

1. Os embargos de declaração não imputaram, propriamente, omissão, contradição ou obscuridade, mas apenas registraram inconformismo com o acórdão, postulando o pré-questionamento das normas invocadas para efeito de interposição recursal à instância superior competente.

2. Não houve impugnação passível de exame em embargos de declaração, sendo genericamente requerido o pré-questionamento de normas, veiculando princípios e regras constitucionais e legais incidentes na espécie, segundo a narrativa da embargante.

3. Importa registrar que a tese da embargante, em apelação, foi a de que restrição prevista no inciso IX do § 3º do artigo 74 da Lei 9.340/1996, quanto à compensação de crédito de saldo negativo de IRPJ/CSL com débitos de estimativas mensais de IRPJ/CSL, não lhe seria aplicável, já que recolhe pelo lucro real, de periodicidade mensal, por levantamento de balancetes de suspensão e redução na forma do artigo 35 da Lei 8.981/1995, sendo proibida, pelos princípios da legalidade e isonomia, a extensão da vedação aplicável exclusivamente ao regime de estimativas mensais e, ainda que assim não fosse, a restrição ainda ofenderia princípios como moralidade e razoabilidade.

4. O acórdão embargado rejeitou todas as violações levantadas a partir da constatação de que a restrição foi legal e isonômica, atingindo o recolhimento de IRPJ/CSL em estimativas mensais ou quando suspensas ou reduzidas por balanços ou balancetes mensais sem cogitar de qualquer inconstitucionalidade e ilegalidade.

5. Se, porém, houve ofensa a normas ou princípios, dentre os ventilados nos embargos de declaração (artigos 5º, *caput*, II, XXXVI, LV, 37 e 150, I, II, III, da Constituição Federal; 43 a 45, e 97, I, do Código Tributário Nacional; Decreto 3.000/1999 - RIR/1999; 35 da Lei 8.981/1995; 57 da Lei 8.981/1995; 14, I, 9.718/1998; 2º e 3º da Lei 9.430/1996; 6º da Lei 13.670/2018; e 1.022 do Código de Processo Civil), trata-se de exame a ser veiculado nas instâncias próprias e por recursos excepcionais pertinentes.

6. Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

7. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5021236-04.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ELEVADORES ATLAS SCHINDLER LTDA.

Advogados do(a) APELADO: DANIELLA ZAGARI GONCALVES - SP116343-A, DANIELLE BARROSO SPEJO - SP297601-A, JULIANA JACINTHO CALEIRO - SP237843-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5021236-04.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ELEVADORES ATLAS SCHINDLER LTDA.

Advogados do(a) APELADO: DANIELLA ZAGARI GONCALVES - SP116343-A, DANIELLE BARROSO SPEJO - SP297601-A, JULIANA JACINTHO CALEIRO - SP237843-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração contra acórdão assimmentado:

“TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS. DRAWBACK SUSPENSÃO GENÉRICO. DESCUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES DO ATO CONCESSÓRIO. EXPORTAÇÃO DE ELEVADORES EM QUANTIDADE INFERIOR AO PACTUADO NO ATO CONCESSÓRIO. SUBSISTÊNCIA DO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO.

1. Afastada a preliminar de ausência de impugnação específica da sentença, uma vez que as razões do apelo apresentam plena correlação lógica com os argumentos contidos na sentença combatida.

2. Na hipótese em apreço a autora/apelada realizou a importação de insumos com benefício de suspensão do II e do IPI para a fabricação de elevadores destinados ao mercado internacional e, no entanto, não teria empregado todas as mercadorias importadas amparadas no Ato Concessório nos produtos exportados, deixando também de exportar a quantidade de elevadores prevista no compromisso de exportação, fato este que motivou a lavratura de auto de infração e a instauração do respectivo processo administrativo para a cobrança do Imposto de Importação e do Imposto sobre Produtos Industrializados incidentes na espécie. Pelo Termo de Constatação Fiscal, houve, ainda, a exportação de 88 (oitenta e oito) quadros de comando que estariam fora do regime, tendo havido a tributação das peças utilizadas na produção destes bens.

3. A autora/apelada beneficiou-se do drawback na modalidade suspensão genérico (Ato Concessório nº. 0001-99/000156-6, de 18.12.1997). O drawback na modalidade suspensão (art. 78, II do Decreto-Lei nº 37/66 e artigo 383, I do Decreto nº. 6.759/09) consiste na suspensão de tributos incidentes sobre insumos importados para utilização em produto exportado.

4. De acordo com o item 26.1 da Consolidação das Normas do Regime Drawback (CND), será considerado cumprido o compromisso de exportação vinculado ao Regime de Drawback, modalidade suspensão, quando há demonstração, pela beneficiária, da efetiva importação e exportação nas condições constantes do respectivo Ato Concessório.

5. No caso em tela, resta incontroverso que a empresa exportou elevadores em quantidade inferior a exigida pelo fisco, quando da concessão do benefício fiscal, deixando de atender ao volume de exportação definido no Ato Concessório firmado, restando evidente que o óbice colocado não se resume apenas à suposta ausência de vinculação física.

6. Cabe anotar que a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça considera desnecessária a absoluta identidade física entre os insumos importados e o produto beneficiado a ser exportado no regime drawback suspensão, desde que cumprido o compromisso de exportação firmado, o que não ocorreu no caso em tela, dada a disparidade entre a quantidade de elevadores exportados e o pactuado no ato concessório.

7. Não se pode olvidar que a legislação tributária que disponha sobre suspensão ou exclusão do crédito tributário e outorga de isenção deve ser interpretada literalmente, não se admitindo a adoção, nessas hipóteses, de analogia ou equidade (artigo 111, incisos I e II do CTN).

8. Não tendo a empresa cumprido as normas de regência do regime de drawback suspensão genérico, deve ser mantido o lançamento tributário em questão.

9. Condenação da autora/apelada ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados nos patamares mínimos previstos nos incisos I a III do § 3º c/c o inciso I do § 4º, todos do art. 85 do Código de Processo Civil/15.

10. Apelação e remessa oficial providas.”

Alegou-se contradição no julgado, pois "*proferido fora dos limites da lide, em desconformidade com os artigos 141 e 492 do CPC/15*", porque "*traz premissa não alegada por nenhuma das partes e totalmente estranha a lide. É fato incontroverso nos autos de que não houve importação de mercadorias posteriormente destinadas ao mercado interno, tanto que a autuação fiscal chega a falar em "exportação a maior" de quadros de comando*" de maneira que "*a controvérsia estabelecida nestes autos e trazida inclusive pela União em suas peças, é com relação a necessidade ou não de vinculação física entre o insumo importado e o produto exportado*"; e que houve, ainda, omissão, pois "*apenas analisa uma ponta da operação (quantidade de produtos exportados), sem analisar a quantidade importada de insumos, se o regime do drawback atingiu a sua finalidade e se houve prejuízo ao erário*". Aduziu que a cobrança violou os princípios da capacidade contributiva e vedação ao confisco (artigos 145, § 1º, e 150, IV, CF), razoabilidade e proporcionalidade (artigo 2º da Lei 9.784/1999), e que a autuação foi lastreada em legislação revogada, de modo que a "*Apelada agiu em perfeita consonância com o entendimento dos Tribunais Superiores, hoje previsto no novo Regulamento Aduaneiro (artigo 384-B, § 1º e 387 do novo Regulamento Aduaneiro)*". Requereu, enfim, o pré-questionamento de normas discutidas (artigos 106, 111, 142 e 151, CTN; 5º, 37, 145 e 150, CF; 2º da Lei 9.784/99; 78, II, do Decreto-Lei 37/66; 383 do Decreto 6759/09; 1º, 77, II, 90, 99, 100, 103, 111, 112, 220, 314, I, 315, 317, 318, 319, 508 e 542 do Decreto 91.030/1985; e 358, II, 369, IV, 384-B, § 1º e 387 do atual Regulamento Aduaneiro),

Houve impugnação da embargada.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5021236-04.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ELEVADORES ATLAS SCHINDLER LTDA.

Advogados do(a) APELADO: DANIELLA ZAGARI GONCALVES - SP116343-A, DANIELLE BARROSO SPEJO -

SP297601-A, JULIANA JACINTHO CALEIRO - SP237843-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, são manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

As alegações não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.

Consignou, a propósito, expressamente o acórdão embargado (ID 97515565) que:

“Cabe anotar que a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça considera desnecessária a absoluta identidade física entre os insumos importados e o produto beneficiado a ser exportado no regime drawback suspensão, desde que cumprido o compromisso de exportação firmado, o que não ocorreu no caso em tela, dada a disparidade entre a quantidade de elevadores exportados e o pactuado no ato concessório.

Nesse sentido, cito o seguinte precedente:

“TRIBUTÁRIO. IMPORTAÇÃO. DRAWBACK. MODALIDADE SUSPENSÃO. SODA CÁUSTICA IMPORTADA. CELULOSE EXPORTADA. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE FÍSICA. DESNECESSIDADE. EQUIVALÊNCIA.

1. Hipótese em que a contribuinte importou soda cáustica para ser utilizada como insumo na produção de celulose a ser posteriormente exportada, no regime de drawback, modalidade suspensão. 2. A empresa adquiriu a soda cáustica também no mercado interno e, por questões de segurança e custo, utilizou indistintamente o produto importado e o nacional na produção da celulose exportada. 3. É incontroverso que a contribuinte cumpriu o compromisso de exportação firmado com a CACEX. Assim, a quantidade de soda cáustica importada foi efetivamente empregada na celulose exportada. 4. Seria desarrazoado exigir que a fábrica mantivesse dois estoques de soda cáustica, um com o produto importado e outro com conteúdo idêntico, porém de procedência nacional, apenas para atender à exigência de identidade física exigida pelo fisco. 5. O objetivo da legislação relativa ao drawback, qual seja a desoneração das exportações e o fomento da balança comercial, independe da identidade física entre o produto fungível importado e aquele empregado no bem exportado. É suficiente a equivalência, o que ocorreu in casu, sem que se cogite de fraude ou má-fé. 6. Precedente da Primeira Turma. 7. Recurso Especial não provido.

(STJ, RESP 200101130439, RESP - Recurso Especial - 341285 - Relator: Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, Data: 12.05.2009 - DJE Data: 25/05/2009)”

No caso em tela, resta incontroverso que a empresa exportou elevadores em quantidade inferior a exigida pelo fisco, quando da concessão do benefício fiscal, deixando de atender ao volume de exportação definido no Ato Concessório firmado, restando evidente que o óbice colocado não se resume apenas à suposta ausência de vinculação física.

Não se pode olvidar que a legislação tributária que disponha sobre suspensão ou exclusão do crédito tributário e outorga de isenção deve ser interpretada literalmente, não se admitindo a adoção, nessas hipóteses, de analogia ou equidade (artigo 111, incisos I e II do CTN).

Assim, não tendo a empresa cumprido as normas de regência do regime de drawback suspensão genérico, deve ser mantido o lançamento do Imposto de Importação e Imposto sobre Produtos Industrializados incidentes sobre insumos importados e produtos exportados vinculados ao Ato Concessório n.º 0001-99/000156-6, de 18.12.1997.”

Como se observa, o acórdão embargado foi claro na abordagem do mérito suscitado, ao estabelecer que, para considerar satisfeito o compromisso relacionado ao regime de drawback, embora não seja necessária a identidade absoluta entre insumos importados e produto beneficiado exportado, é indispensável que a exportação seja promovida em quantidade equivalente à exigida e vinculado ao ato concessório do benefício fiscal, sujeitando a legislação de regência à exegese literal sem margem para aplicação de analogia ou equidade.

Importa registrar que a afirmativa fática adotada pelo acórdão resultou da verificação do teor do termo de constatação fiscal, parte integrante do Auto de Infração FM 2001-00.692-2 (ID 7577481, p. 9/21), contra o qual foi proposta a presente ação. A alegação de que o segundo fundamento da autuação não foi discutido pelas partes não impede que seja confirmada a validade da autuação, se não questionado o ponto específico. Existindo mais de um fundamento a amparar a conclusão da constatação fiscal de que houve violação das condições do ato concessório do regime especial, a impugnação de apenas um deles não invalida o auto de infração, à evidência, tendo sido esta a conclusão do acórdão embargado.

Ao contrário do alegado, não houve omissão no exame de pontos relevantes da causa, pois o próprio termo de fiscalização considerou tanto a ponta da importação como da exportação antes de concluir pelo descumprimento das condições do ato concessório em questão. Resta claro do termo de constatação fiscal que não foram atingidas as finalidades compromissadas no ato de concessão do benefício, sendo o cumprimento da avença o critério que vinculou o regime fiscal de suspensão do II e IPI, que não pode ser modificado sob alegação de que não houve prejuízo ao erário, quando este decorre justamente da violação do compromisso firmado. A incidência de II e IPI na forma prevista na legislação, como evidenciou o acórdão embargado, decorreu de não terem sido observadas todas as condições do regime concessivo, não se evidenciando, assim, violação dos princípios da capacidade contributiva e vedação ao confisco (artigos 145, § 1º, e 150, IV, CF), razoabilidade e proporcionalidade (artigo 2º da Lei 9.784/1999).

Quanto à alegação de que foi aplicada legislação revogada, verificou-se que o ato de concessão data de 18/12/1997, referindo-se aos tributos suspensos na importação de produtos cuja utilização foi acordada nos termos próprios, aplicando-se o regulamento aduaneiro vigente e devidamente identificado, de sorte que inexistente omissão ou contradição no julgado, restando evidenciado que o propósito com os embargos de declaração não é suprir vício específico, mas rediscutir a causa diante de suposto *error in iudicando*, o que é incompatível com a via eleita.

Se tal motivação é insuficiente, fere normas apontadas (artigos 106, 111, 142 e 151, CTN; 5º, 37, 145 e 150, CF; 2º da Lei 9.784/99; 78, II, do Decreto-Lei 37/66; 383 do Decreto 6759/09; 1º, 77, II, 90, 99, 100, 103, 111, 112, 220, 314, I, 315, 317, 318, 319, 508 e 542 do Decreto 91.030/1985; e 358, II, 369, IV, 384-B, § 1º e 387 do atual Regulamento Aduaneiro) ou contraria a jurisprudência, deve o contribuinte veicular recurso próprio para impugnação do acórdão e não rediscutir a matéria em embargos de declaração.

Não houve, com efeito, omissão, contradição ou obscuridade frente a alegações, preceitos e provas pertinentes à discussão, mas, ainda que, por hipótese, houvesse ofensa ou negativa de vigência à legislação, ou contrariedade à interpretação consolidada na jurisprudência das Cortes Superiores, os embargos de declaração, mesmo assim, não seriam cabíveis ou passíveis de acolhimento em substituição aos recursos específicos, próprios para cada situação, de competência das instâncias superiores.

Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. II. IPI. DRAWBACK. COMPROMISSO DE EXPORTAÇÃO. DESCUMPRIMENTO. VÍCIOS INEXISTENTES. REJEIÇÃO.

1. São manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto como objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.
2. As alegações não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.

3. Consignou expressamente o acórdão embargado que: “*Cabe anotar que a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça considera desnecessária a absoluta identidade física entre os insumos importados e o produto beneficiado a ser exportado no regime drawback suspensão, desde que cumprido o compromisso de exportação firmado, o que não ocorreu no caso em tela, dada a disparidade entre a quantidade de elevadores exportados e o pactuado no ato concessório. (...) No caso em tela, resta incontroverso que a empresa exportou elevadores em quantidade inferior a exigida pelo fisco, quando da concessão do benefício fiscal, deixando de atender ao volume de exportação definido no Ato Concessório firmado, restando evidente que o óbice colocado não se resume apenas à suposta ausência de vinculação física. Não se pode olvidar que a legislação tributária que disponha sobre suspensão ou exclusão do crédito tributário e outorga de isenção deve ser interpretada literalmente, não se admitindo a adoção, nessas hipóteses, de analogia ou equidade (artigo 111, incisos I e II do CTN). Assim, não tendo a empresa cumprido as normas de regência do regime de drawback suspensão genérico, deve ser mantido o lançamento do Imposto de Importação e Imposto sobre Produtos Industrializados incidentes sobre insumos importados e produtos exportados vinculados ao Ato Concessório nº. 0001-99/000156-6, de 18.12.1997.*”

4. O julgado foi claro na abordagem do mérito suscitado, ao estabelecer que, para considerar satisfeito o compromisso relacionado ao regime de drawback, embora não seja necessária a identidade absoluta entre insumos importados e produto beneficiado exportado, é indispensável que a exportação seja promovida em quantidade equivalente à exigida e vinculado ao ato concessório do benefício fiscal, sujeitando a legislação de regência à exegese literal sem margem para aplicação de analogia ou equidade.

5. Importa registrar que a afirmativa fática adotada pelo acórdão resultou da verificação do teor do termo de constatação fiscal, parte integrante do Auto de Infração FM 2001-00.692-2, contra o qual foi proposta a presente ação. A alegação de que o segundo fundamento da autuação não foi discutido pelas partes não impede que seja confirmada a validade da autuação, se não questionado o ponto específico. Existindo mais de um fundamento a amparar a conclusão da constatação fiscal de que houve violação das condições do ato concessório do regime especial, a impugnação de apenas um deles não invalida o auto de infração, à evidência, tendo sido esta a conclusão do acórdão embargado.

6. Ao contrário do alegado, não houve omissão no exame de pontos relevantes da causa, pois o próprio termo de fiscalização considerou tanto a ponta da importação como da exportação antes de concluir pelo descumprimento das condições do ato concessório em questão. Resta claro do termo de constatação fiscal que não foram atingidas as finalidades compromissadas no ato de concessão do benefício, sendo o cumprimento da avença o critério que vinculou o regime fiscal de suspensão do II e IPI, que não pode ser modificado sob alegação de que não houve prejuízo ao erário, quando este decorre justamente da violação do compromisso firmado. A incidência de II e IPI na forma prevista na legislação, como evidenciou o acórdão embargado, decorreu de não terem sido observadas todas as condições do regime concessivo, não se evidenciando, assim, violação dos princípios da capacidade contributiva e vedação ao confisco (artigos 145, § 1º, e 150, IV, CF), razoabilidade e proporcionalidade (artigo 2º da Lei 9.784/1999).

7. Quanto à alegação de que foi aplicada legislação revogada, verificou-se que o ato de concessão data de 18/12/1997, referindo-se aos tributos suspensos na importação de produtos cuja utilização foi acordada nos termos próprios, aplicando-se o regulamento aduaneiro vigente e devidamente identificado, de sorte que inexistente omissão ou contradição no julgado, restando evidenciado que o propósito com os embargos de declaração não é suprir vício específico, mas rediscutir a causa diante de suposto *error in iudicando*, o que é incompatível com a via eleita.

8. Se tal motivação é insuficiente, fere normas apontadas (artigos 106, 111, 142 e 151, CTN; 5º, 37, 145 e 150, CF; 2º da Lei 9.784/99; 78, II, do Decreto-Lei 37/66; 383 do Decreto 6759/09; 1º, 77, II, 90, 99, 100, 103, 111, 112, 220, 314, I, 315, 317, 318, 319, 508 e 542 do Decreto 91.030/1985; e 358, II, 369, IV, 384-B, § 1º e 387 do atual Regulamento Aduaneiro) ou contrária a jurisprudência, deve o contribuinte veicular recurso próprio para impugnação do acórdão e não rediscutir a matéria em embargos de declaração.

9. Não houve, com efeito, omissão, contradição ou obscuridade frente a alegações, preceitos e provas pertinentes à discussão, mas, ainda que, por hipótese, houvesse ofensa ou negativa de vigência à legislação, ou contrariedade à interpretação consolidada na jurisprudência das Cortes Superiores, os embargos de declaração, mesmo assim, não seriam cabíveis ou passíveis de acolhimento em substituição aos recursos específicos, próprios para cada situação, de competência das instâncias superiores.

10. Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

11. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015861-18.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR
Advogado do(a) AGRAVANTE: ROGERIO APARECIDO RUY - SP155325-A
AGRAVADO: SAUDE ADMINISTRACAO E PARTICIPACOES LTDA EM LIQUIDACAO EXTRAJUDICIAL
Advogado do(a) AGRAVADO: ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO - SP98628-A

DESPACHO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão proferida pelo r. Juízo *a quo*.

Não identificado *periculum in mora* imediato, intime-se a agravada para contraminuta previamente ao exame de mérito.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

Desembargador Federal CARLOS MUTA

Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5018607-87.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: NESTLE BRASIL LTDA.
Advogado do(a) AGRAVANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A
AGRAVADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5018607-87.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: NESTLE BRASIL LTDA.
Advogado do(a) AGRAVANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A
AGRAVADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento à decisão que, em execução fiscal, não conheceu do pedido de abstenção de protesto de título executivo e inscrição no CADIN, sob o fundamento de que o pleito extrapola a competência do Juízo fiscal, devendo ser deduzido em ação própria.

Alegou que: (1) o Juízo é competente para apreciar o pedido de sustação de protesto do título executivo e de inscrição no CADIN, pois incidentais à relação processual principal; (2) o ajuizamento de nova demanda afronta aos princípios da celeridade e economia processual; e (3) a execução fiscal encontra-se totalmente garantida, não havendo motivo para não conhecer dos pleitos formulados.

Houve contraminuta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5018607-87.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) AGRAVANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

AGRAVADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, a execução fiscal originária cobra multa administrativa por infração imposta pelo INMETRO, tendo sido aceita apólice de seguro-garantia para garantir integralmente o débito executado.

Na mesma petição que ofertou a garantia, pleiteou que, em razão dela, fosse obstado o protesto do título executivo assim como a inscrição em dívida ativa.

A decisão agravada não conheceu dos pedidos, considerando-se incompetente o Juízo pelo qual tramita a execução fiscal (ID 18335543, f. 1).

O Provimento CJF3R 25/2017, que trata da competência das varas especializadas em execuções fiscais, dispõe:

“Art. 1º Atribuir às Varas Especializadas em Execuções Fiscais, no âmbito da Justiça Federal da 3ª Região, competência para processar e julgar:

I - as ações de execução fiscal, bem como os respectivos embargos;

II - as medidas cautelares fiscais, previstas na Lei nº 8.397, de 6 de janeiro de 1992;

III - as ações e tutelas tendentes, exclusivamente, à antecipação de garantia da execução fiscal não ajuizada, mesmo quando já aforada, no Juízo cível, ação voltada à discussão do crédito fiscal.

§ 1º Intentadas as medidas previstas nos incisos II ou III, fica o Juízo Especializado prevento para a execução fiscal correspondente ao crédito acautelado ou garantido. (...)”

As ações e tutelas mencionadas no ato normativo são as que antecedem à distribuição da execução fiscal, e que não demandem providência cognitiva.

Não é o caso, porém, da discussão relacionada à sustação de protesto ou impedimento à inscrição no CADIN, que exige ação cognitiva, incompatível com a competência que é atribuída às varas especializadas, quando não centrada a demanda, especificamente, no trato do crédito em execução fiscal.

Os princípios da celeridade e economia processual, ainda que relevantes, não servem de justificativa para atribuir competência funcional a quem não as detém, preponderando as regras de organização judiciária sobre interesses pragmáticos destinados a evitar novo ajuizamento.

Neste sentido é a jurisprudência desta Turma:

AI 5026505-54.2019.4.03.0000, Rel. Des. Fed. NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, Intimação via sistema 20/03/2020: “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. CANCELAMENTO DO PROTESTO DE CDA. IMPOSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO NO BOJO DO PRÓPRIO FEITO EXECUTIVO. RECURSO DESPROVIDO. 1. Embora haja precedentes desta Corte Recursal reconhecendo a competência do juízo da execução fiscal para analisar o pedido de cancelamento do protesto quando decorrente de inscrição em dívida ativa com cobrança ajuizada, inviável que a discussão se dê no bojo do próprio feito executivo. 2. Necessário o ajuizamento de demanda própria, de caráter cognitivo, a fim de nela discutir a legalidade do protesto. Essa matéria, ainda que possa ter alguma relação com a execução - já que se refere ao mesmo débito -, não está compreendida nos limites da lide executiva, cujo objeto diz com a satisfação do crédito e não com a legalidade do protesto. 3. Agravo de instrumento desprovido.”

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMPETÊNCIA. SUSTAÇÃO DE PROTESTO. CADIN. GARANTIA INTEGRAL. JUÍZO DA EXECUÇÃO FISCAL. AÇÃO PRÓPRIA. NECESSIDADE.

1. A oferta de garantia na execução fiscal não permite cumular pedido de sustação de protesto e de restrição à inclusão no CADIN, pois incompetente a vara especializada para apreciar tais questões, que não se colocam como meros incidentes no processo executivo, mas, ao contrário, demandação de conhecimento para avaliar a legalidade de tais atos por parte da exequente após a garantia da execução fiscal.
2. Os princípios da celeridade e economia processual, ainda que relevantes, não servem de justificativa para atribuir competência funcional a quem não as detém, preponderando as regras de organização judiciária sobre interesses pragmáticos destinados a evitar novo ajuizamento.
3. Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5000648-36.2019.4.03.6004
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
PARTE AUTORA: KARINE MACHADO DE SENA
Advogado do(a) PARTE AUTORA: ROBERTO VINICIUS VIANNA DE OLIVEIRA - MS14587-A
PARTE RE: UNIAO FEDERAL
OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5000648-36.2019.4.03.6004
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
PARTE AUTORA: KARINE MACHADO DE SENA
Advogado do(a) PARTE AUTORA: ROBERTO VINICIUS VIANNA DE OLIVEIRA - MS14587-A
PARTE RE: UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário em face de sentença proferida nos autos de mandado de segurança que concedeu a ordem pleiteada para determinar ao Capitão de Mar e Guerra do Comando do 6º Distrito Naval da Marinha do Brasil de Ladário/MS que garanta à impetrante a classificação e/ou prosseguimento quanto às demais fases do processo seletivo para convocação de profissionais para a prestação de Serviço Militar Voluntário, como praças temporárias da Marinha do Brasil, na área de Técnico de Enfermagem, caso a causa de sua eliminação tenha sido unicamente a não apresentação do registro profissional expedido pelo órgão fiscalizador da profissão.

Parecer do Ministério Público Federal pelo não conhecimento do reexame necessário ante a consolidação dos fatos objeto da presente demanda.

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5000648-36.2019.4.03.6004

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

PARTE AUTORA: KARINE MACHADO DE SENA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: ROBERTO VINICIUS VIANNA DE OLIVEIRA - MS14587-A

PARTE RE: UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Consta dos autos que a autora Karine Machado de Sena foi eliminada do processo seletivo para convocação de profissionais para a prestação de Serviço Militar Voluntário, como praças temporárias da Marinha do Brasil, na área de Técnico de Enfermagem por não cumprir o requisito constante do subitem 11.1, alíneas “h” e “i”, do Aviso de Convocação 02/2018, referente à apresentação do registro profissional expedido pelo órgão fiscalizador da profissão.

Sustentou a autora que a exigência seria ilegal, pois viola a norma da Súmula 266 do STJ, sendo exigível a apresentação da documentação apenas no ato da posse, e não no transcorrer do certame.

Portanto, a questão diz respeito em saber se é devida ou não a exigência da ré de apresentação pela autora de diploma e de registro profissional no transcorrer do certame.

Com efeito, de fato, a exigência de apresentação dos mencionados documentos é descabida, sendo aplicável a Súmula 266 do STJ: “O diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público.”

A jurisprudência dos Tribunais Federais tem seguido este entendimento, *verbis*:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. PARTICIPAÇÃO NO EXAME NACIONAL DE REVALIDAÇÃO DE DIPLOMAS MÉDICOS. REVALIDA. POSTERGAÇÃO NA APRESENTAÇÃO DO DIPLOMA. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. A respeito da questão, recorde-se que o egrégio STJ editou a Súmula 266 relacionada à exigência de apresentação de diploma, no caso de concurso público, somente no ato da posse, verbis: "O diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição do concurso público".

2. Nada impede a aplicação do enunciado acima ao caso, ainda que por analogia, em homenagem ao princípio da razoabilidade, a fim de que os agravados possam participar da prova prevista para o dia 1º de novembro de 2015, do Exame Nacional de Revalidação de Diplomas Médicos Expedidos por Instituições de Educação Superior Estrangeira - REVALIDA 2015, bem como das fases posteriores, caso aprovados, devendo apresentar o documento na forma exigida pelo item 2.4.3 edital somente no momento da revalidação do diploma.

3. Agravo de instrumento improvido.

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 580182 - 0007070-87.2016.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA, julgado em 15/02/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/03/2017)

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRETENSÃO DE INSCRIÇÕES DOS AGRAVADOS NO EXAME REVALIDA 2014, SEM A NECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO DOS DIPLOMAS DE CONCLUSÃO DO CURSO. TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA. AUSÊNCIA DE GRAVE PREJUÍZO À AGRAVANTE. NÃO CONCESSÃO DO EFEITO SUSPENSIVO. AUSÊNCIA DE GRAVE PREJUÍZO À AGRAVANTE.

(...)

5. Nesta análise prefacial acerca da matéria discutida, vislumbra-se razoabilidade na decisão agravada, no quanto concedeu a antecipação da tutela pretendida, com fundamento na aplicação analógica da Súmula nº 266 do STJ, e na jurisprudência pátria acerca da participação no Exame de Ordem da OAB e no ENEM, que afastam a exigência do diploma no ato da inscrição.

6. Na concessão liminar, não se vislumbra qualquer prejuízo a parte agravante, considerando que apenas assegurou a possibilidade de os agravados realizarem a prova, com a exigência da apresentação do diploma de Graduação em Medicina apenas por ocasião da inscrição no Conselho Profissional, caso sejam aprovados.

7. Agravo de Instrumento improvido.

(PROCESSO: 08027983120144050000, AG - Agravo de Instrumento - , DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA, Quarta Turma, JULGAMENTO: 02/09/2014, PUBLICAÇÃO:)

Cumprido esclarecer que já houve a incorporação da autora ao serviço militar - ato equivalente à posse em concurso público, tendo apresentado toda a documentação necessária.

Ante o exposto, nego provimento ao reexame necessário.

É o voto.

EMENTA

REEXAME NECESSÁRIO. CONCURSO PÚBLICO. APRESENTAÇÃO DE DIPLOMA E DE REGISTRO PROFISSIONAL DURANTE O CERTAME. SÚMULA 266 DO STJ. REEXAME NECESSÁRIO DESPROVIDO.

1. Consta dos autos que a autora Karine Machado de Sena foi eliminada do processo seletivo para convocação de profissionais para a prestação de Serviço Militar Voluntário, como praças temporárias da Marinha do Brasil, na área de Técnico de Enfermagem por não cumprir o requisito constante do subitem 11.1, alíneas “h” e “i”, do Aviso de Convocação 02/2018, referente à apresentação do registro profissional expedido pelo órgão fiscalizador da profissão.

2. Sustentou a autora que a exigência seria ilegal, pois viola a norma da Súmula 266 do STJ, sendo exigível a apresentação da documentação apenas no ato da posse, e não no transcorrer do certame.

3. Portanto, a questão diz respeito em saber se é devida ou não a exigência da ré de apresentação pela autora de diploma e de registro profissional no transcorrer do certame.

4. Com efeito, de fato, a exigência de apresentação dos mencionados documentos é descabida, sendo aplicável a Súmula 266 do STJ: “*O diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público.*”

5. A jurisprudência dos Tribunais Federais tem seguido este entendimento.

6. Reexame desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao reexame necessário, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5003017-43.2019.4.03.6120

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

PARTE AUTORA: ANTONIOSI TECNOLOGIA AGROINDUSTRIAL LTDA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: ANA CAROLINA NUNES CAVALLARO - MT10347-A

PARTE RÉ: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM ARARAQUARA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5003017-43.2019.4.03.6120

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

PARTE AUTORA: ANTONIOSI TECNOLOGIA AGROINDUSTRIAL LTDA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: ANA CAROLINA NUNES CAVALLARO - MT10347-A

PARTE RÉ: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM ARARAQUARA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial em face da r. sentença que concedeu a segurança nos autos do Mandado de Segurança impetrado por **Antoniosi Tecnologia Agroindustrial Ltda.**, contra omissão praticada pelo **Delegado da Receita Federal do Brasil em Araraquara-SP**, vinculado à **União**, consistente na ausência de análise, no prazo de 360 (trezentos e sessenta) dias previsto no art. 24, da Lei n. 11.457/2007, dos Pedidos de Restituição n.s 25090.69578.270717.1.2.03-0470 e 10837.11910.270717.1.2.02-6500.

Requeru a concessão de medida liminar para o fim de “ordenar que a Ilustre Autoridade Impetrada, face a homologação tácita decorrente da inobservância do prazo legal de manifestação da autoridade fiscal, realize o imediato pagamento, em espécie, dos Pedidos Administrativos de Restituição, nº 25090.69578.270717.1.2.03-0470 e 10837.11910.270717.1.2.02-6500, protocolizados pela Impetrante, perante a Autoridade Coatora, em 27/07/2017, relativos aos valores pagos a maior decorrentes de saldo negativo de CSLL e IRPJ, ou, alternativamente, requer a Impetrante seja concedida a segurança para o fim buscar ordem jurisdicional determinando a conclusão dos pedidos de restituição no prazo de 30 (trinta) dias, após a apreciação do presente mandamus, tempo razoável para que exmo. Sr. Delegado da Receita Federal de São Paulo/SP, ou quem lhes faz as vezes, se posicione acerca do pretendido.” A título de segurança, requereu a confirmação da liminar.

Em suas informações (24222389), a autoridade coatora justificou o atraso, ao mesmo tempo que postulou a denegação da segurança.

Na sequência (24869043 e ss.), a impetrante noticiou o descumprimento da decisão judicial, pelo que requereu a aplicação de multa diária e, em caso de persistência da inércia para além dos primeiros 15 (quinze) dias de multa, “que seja declarada a homologação tácita das PerDcomps e consequente pagamento efetivo da restituição”. A petição foi apresentada em 19/11/2019.

O MM. Juiz *quo* concedeu a segurança, pelo que julgou EXTINTO o processo, COM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, nos termos do art. 487, I, do CPC, para DETERMINAR que a Receita Federal do Brasil (a) analise os Pedidos de Restituição n.s 25090.69578.270717.1.2.03-0470 e 10837.11910.270717.1.2.02-6500 no prazo de 30 (trinta) dias corridos, a contar de sua intimação, a qual, registro, já ocorreu (24179571 e 24179573). Sem condenação em honorários advocatícios, conforme o disposto no art. 25, da Lei n. 12.016/09. CONDENO a União a ressarcir à impetrante as custas adiantadas. Sentença sujeita ao reexame necessário.

Por força da remessa oficial, vieramos autos.

O ilustre Representante do Ministério Público Federal opina pelo não provimento da remessa oficial. (Id num. 129761278).

É o Relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL(199) Nº 5003017-43.2019.4.03.6120

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

PARTE AUTORA: ANTONIOSI TECNOLOGIA AGROINDUSTRIAL LTDA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: ANA CAROLINA NUNES CAVALLARO - MT10347-A

PARTE RÉ: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM ARARAQUARA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Mandado de Segurança é uma ação constitucional prevista no artigo 5º, inciso LXIX da Constituição Federal e na norma prevista na Lei 12.016 de 2009, e tem por objeto a proteção de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

É o que se depreende da leitura do inciso LXIX, do artigo 5º da Constituição Federal: "*conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparável por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público*".

A r. sentença concedeu a ordem e deve assim ser mantida.

Com o escopo de dar efetividade aos preceitos constitucionais que regem a atuação da Administração Pública, a Lei nº 11.457/07, que regula o processo administrativo no âmbito da Receita Federal, estipulou, em seu artigo 24, o prazo de 360 dias para a prolação de decisão pelo órgão responsável, a contar da data do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte.

Confira-se:

"Art. 24. É obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte."

O ato apontado como coator, portanto, viola o princípio constitucional da eficiência administrativa, insculpido no artigo 37 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98, e da razoabilidade, de modo que deve ser mantida a fundamentação da sentença, em face da violação a direito líquido e certo do impetrante.

Ademais, a Emenda Constitucional 45, de 2004, erigiu à categoria de direito fundamental a razoável duração do processo, acrescentando ao artigo 5º, o inciso LXXVIII, *verbis*: "*A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.*"

Assim, ocorrendo a violação ao direito líquido e certo, deve ser mantida a r. sentença:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 557 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. CRÉDITOS DE PIS E COFINS. LEIS NS. 10.637/02 E 10.833/03. COMPENSAÇÃO COM OUTROS TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA RECEITA FEDERAL. APLICAÇÃO DO ART. 16 DA LEI N. 11.116/05. CORREÇÃO MONETÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. BASE DE CÁLCULO REDUZIDA. ISENÇÃO PARCIAL DO TRIBUTO. DISCUSSÃO DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL. PEDIDO ADMINISTRATIVO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO PARA DECISÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 24 DA LEI N. 11.457/07. NORMA DE NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA. (...) 5. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça – com base na Lei n. 11.672/08, que acresceu o art. 543-C ao CPC, disciplinando o processamento e julgamento dos recursos especiais repetitivos – firmou compreensão segundo a qual o art. 24 da Lei n. 11.457/07 estabelece a obrigatoriedade de ser proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 dias, a contar do protocolo do pedido formulado pelo administrado, mesmo naqueles requerimentos efetuados antes da entrada em vigor da referida lei. Entendeu ainda que, por ter natureza processual fiscal, a referida norma deve ser aplicada imediatamente aos pedidos, defesas ou recursos administrativos pendentes. Agravo regimental da FAZENDA NACIONAL improvido. Agravo regimental da EMPRESA provido em parte, para reconhecer a aplicabilidade imediata do prazo máximo de 360 dias estabelecido no art. 24 da Lei n. 11.457/07. (STJ, 2ª T., AgRg no AgRg no REsp 1283755/PR, Min. Rel. Humberto Martins, Dje 16/10/2012)

Diante do exposto, nego provimento à Remessa Oficial.

É o Voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA. MOROSIDADE ADMINISTRATIVA. NÃO PROVIMENTO DA REMESSA OFICIAL.

1. O ato apontado como coator viola o princípio constitucional da eficiência administrativa, insculpido no artigo 37 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19/98, e da razoabilidade, de modo que deve ser mantida a fundamentação da sentença, em face da violação a direito líquido e certo do impetrante.

2. Não favorece a autoridade impetrada e o INSS o argumento de que, por questões procedimentais e administrativas, não pode se desincumbir dos deveres plasmados na lei de regência.

3. Ademais, a Emenda Constitucional 45, de 2004, erigiu à categoria de direito fundamental a razoável duração do processo, acrescentando ao artigo 5º, o inciso LXXVIII, *verbis*: "*A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.*"

4. O art. 24 da Lei n. 11.457/07 estabelece a obrigatoriedade de ser proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 dias, a contar do protocolo do pedido formulado pelo administrado, mesmo naqueles requerimentos efetuados antes da entrada em vigor da referida lei. Entendeu ainda que, por ter natureza processual fiscal, a referida norma deve ser aplicada imediatamente aos pedidos, defesas ou recursos administrativos pendentes.

4. Remessa Oficial não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à Remessa Oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0018247-26.2008.4.03.6112

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

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

APELADO: KATSUYOSHI MURATA

Advogado do(a) APELADO: HEIZER RICARDO IZZO - SP270602-A

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do Exmo. Des. Fed. Coordenador do Gabinete da Conciliação, e com fundamento no art. 203, § 4º, do Código de Processo Civil, promovo a intimação do apelado, KATSUYOSHI MURATA, para que confirme sua adesão ao ACORDO trazido aos autos pela Caixa Econômica Federal - CEF, ora apelante, conforme ID 134375310, bem como informe se o referido acordo contemplou a totalidade do pedido destes autos.

Prazo: 10 (dez) dias, interpretando-se o transcurso *in albis* do prazo assinalado como total concordância ao quanto noticiado pela CEF.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5016438-97.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: INGREDION BRASIL INGREDIENTES INDUSTRIAIS LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, INGREDION BRASIL INGREDIENTES INDUSTRIAIS LTDA

Advogado do(a) APELADO: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5016438-97.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: INGREDION BRASIL INGREDIENTES INDUSTRIAIS LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, INGREDION BRASIL INGREDIENTES INDUSTRIAIS LTDA

Advogado do(a) APELADO: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial e apelações interpostas pelas partes em face da r. sentença que concedeu a segurança, nos autos do mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por **INGREDION BRASIL INGREDIENTES INDUSTRIAIS LTDA** contra ato praticado pela **DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA EM SAO PAULO - DERAT**, objetivando o reconhecimento do direito ao benefício do REINTEGRA calculado pela alíquota de 2% sobre o volume das exportações praticadas a partir de 01/06/2018, em respeito ao princípio da anterioridade, até dezembro/2018, ou, subsidiariamente, pela aplicação da anterioridade nonagesimal, até 90 dias após a publicação do Decreto n. 9.393/18, bem como a compensação dos pedidos transmitidos com a alíquota reduzida, com débitos tributários próprios, vencidos e vincendos, devidamente corrigidos pela SELIC.

Narra a impetrante que, na qualidade de empresa exportadora, vale-se do benefício fiscal do Reintegra, criado para garantir maior competitividade dos produtos nacionais no mercado internacional, mediante a restituição do resíduo tributário na cadeia produtiva, por meio do aproveitamento de créditos de até 3% sobre o valor da receita auferida com a exportação.

Relata que, muito embora nos termos do Decreto n. 8.415/2015, pela redação conferida pelo Decreto n. 9.148/2017, o percentual para apuração dos créditos no Reintegra tenha sido fixado em 2% entre 01.01.2017 e 31.12.2018, foi surpreendida com a alteração abrupta e indiscriminada do percentual para 0,1% a partir de 01.06.2018, nos termos do Decreto n. 9.393/2018, o que entende ofender os princípios constitucionais da segurança jurídica, da anualidade e da anterioridade.

A liminar foi parcialmente deferida para determinar a manutenção do percentual de 2% para apuração do crédito do Reintegra pelo prazo de 90 dias contados da publicação do Decreto 9.393/2018, em atenção à anterioridade nonagesimal, conforme decisão de ID n. 9276206.

A União Federal e a impetrante informaram a interposição de Agravo de Instrumento, em ID n. 9710006 e 9743145, respectivamente.

Devidamente notificado, a autoridade impetrada prestou informações (ID n. 9847561), defendendo a constitucionalidade da alteração do percentual aplicável sobre a receita de exportação para fins do REINTEGRA, pois o percentual estabelecido respeitou os limites estabelecidos pelo legislador, além do fato do REINTEGRA não ostentar natureza de isenção tributária concedida sob condição onerosa, e sim de benefício fiscal que visa estimular as exportações.

O MM. Juiz *quo* **JULGOU PROCEDENTE** o pedido inicial e **CONCEDEU A SEGURANÇA**, extinguindo o feito com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, para determinar à Autoridade Impetrada a não aplicação da redução do percentual do Reintegra de 2% para 0,1%, determinada pelo Decreto n. 9.393/2018 à impetrante, mantendo-se o percentual de 2% para apuração do crédito do Reintegra originalmente estabelecido pelo Decreto n. 9.148/2017 pelo prazo de noventa dias a partir da publicação do Decreto n. 9.393/2018, em atenção à anterioridade nonagesimal, bem como o direito à restituição/compensação do crédito excedente ao percentual de 0,1%, relativos aos noventa dias seguintes à publicação do Decreto nº 9.393/2018. A compensação somente poderá ser efetuada após o trânsito em julgado desta sentença, nos termos do artigo 170-A do CTN. Honorários advocatícios indevidos, nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009, bem como em razão do disposto nas Súmulas n.º 105 do STJ e 512 do STF.

Emrazões recursais (Id num. 125413018) a União Federal defende a legalidade e a constitucionalidade da medida.

A impetrante apela (Id num. 125413020), requerendo a reforma parcial da r. sentença a fim de que seja reconhecido o direito líquido e certo de aproveitar desde 01.06.2018 até o final do exercício de 2018 o benefício do REINTEGRA calculado pela alíquota de 2% sobre o volume das exportações praticadas, sob pena de, em assim não procedendo, (i) desrespeitar o princípio constitucional da anterioridade geral previsto no artigo 150, III, “b” da CF/88 e (ii) desrespeitar o princípio constitucional da segurança jurídica, bem como, ao final, seja reconhecido o direito à compensação, com quaisquer débitos próprios tributários vencidos e vincendos, nos termos do art. 74 da Lei nº 9.430/1996, devidamente corrigidos pela SELIC.

Comcontrarrrazões, vieramos autos a este E. Tribunal.

O ilustre Representante do Ministério Público Federal opina pelo regular processamento e julgamento do feito.

É o Relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5016438-97.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: INGREDION BRASIL INGREDIENTES INDUSTRIAIS LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, INGREDION BRASIL INGREDIENTES INDUSTRIAIS LTDA

Advogado do(a) APELADO: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 23/06/2020 1209/4253

VOTO

A impetrante apela (Id num. 125413020), requerendo a reforma parcial da r. sentença a fim de que seja reconhecido o direito líquido e certo de aproveitar desde 01.06.2018 até o final do exercício de 2018 o benefício do REINTEGRA calculado pela alíquota de 2% sobre o volume das exportações praticadas, sob pena de, em assim não procedendo, (i) desrespeitar o princípio constitucional da anterioridade geral previsto no artigo 150, III, "b" da CF/88 e (ii) desrespeitar o princípio constitucional da segurança jurídica, bem como, ao final, seja reconhecido o direito à compensação, com quaisquer débitos próprios tributários vencidos e vincendos, nos termos do art. 74 da Lei nº 9.430/1996, devidamente corrigidos pela SELIC.

O REINTEGRA corresponde a benefício fiscal previsto na Lei nº 12.546/2011, disciplinado pelo Decreto nº 7.633/2011, concedido para desonerar as operações de exportação. Na sua versão original, conferia às empresas exportadoras de bens manufaturados o direito de "reintegrar valores referentes a custos tributários federais residuais existentes nas suas cadeias de produção", no valor de 3% de suas receitas decorrentes de exportação.

A MP nº 651/14, convertida na Lei 13.043/14 reinstalou o REINTEGRA, conforme artigos abaixo transcritos:

Art. 21. Fica reinstalado o Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras - REINTEGRA, que tem por objetivo devolver parcial ou integralmente o resíduo tributário remanescente na cadeia de produção de bens exportados.

Art. 22. No âmbito do Reintegra, a pessoa jurídica que exporte os bens de que trata o art. 23 poderá apurar crédito, mediante a aplicação de percentual estabelecido pelo Poder Executivo, sobre a receita auferida com a exportação desses bens para o exterior.

1º O percentual referido no caput poderá variar entre 0,1% (um décimo por cento) e 3% (três por cento), admitindo-se diferenciação por bem.

§ 2º Excepcionalmente, poderá ser acrescido em até 2 (dois) pontos percentuais o percentual a que se refere o § 1º, em caso de exportação de bens em cuja cadeia de produção se verifique a ocorrência de resíduo tributário que justifique a devolução adicional de que trata este parágrafo, comprovado por estudo ou levantamento realizado conforme critérios e parâmetros definidos em regulamento.

§ 3º Considera-se também exportação a venda a empresa comercial exportadora - ECE, com o fim específico de exportação para o exterior.

§ 4º Para efeitos do caput, entende-se como receita de exportação:

I - o valor do bem no local de embarque, no caso de exportação direta; ou

II - o valor da nota fiscal de venda para ECE, no caso de exportação via ECE.

§ 5º Do crédito de que trata este artigo:

I - 17,84% (dezesete inteiros e oitenta e quatro centésimos por cento) serão devolvidos a título da Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - Contribuição para o PIS/Pasep; e

II - 82,16% (oitenta e dois inteiros e dezesseis centésimos por cento) serão devolvidos a título da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS.

§ 6º O valor do crédito apurado conforme o disposto neste artigo não será computado na base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep, da Cofins, do Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas - IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL.

§ 7º Na hipótese de exportação efetuada por cooperativa ou por encomendante, admite-se que os bens sejam produzidos pelo cooperado ou pelo encomendado, respectivamente.

Art. 23. A apuração de crédito nos termos do Reintegra será permitida na exportação de bem que cumulativamente:

I - tenha sido industrializado no País;

II - esteja classificado em código da Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados - TIPI, aprovada pelo [Decreto nº 7.660, de 23 de dezembro de 2011](#), e relacionado em ato do Poder Executivo; e

III - tenha custo total de insumos importados não superior a limite percentual do preço de exportação, limite este estabelecido no ato de que trata o inciso II do caput.

§ 1º Para efeitos do disposto no inciso I do caput, considera-se industrialização, nos termos da legislação do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, as operações de:

I - transformação;

II - beneficiamento;

III - montagem; e

IV - renovação ou acondicionamento.

§ 2º Para efeitos do disposto no inciso III do caput:

I - os insumos originários dos demais países integrantes do Mercado Comum do Sul - MERCOSUL que cumprirem os requisitos do Regime de Origem do MERCOSUL serão considerados nacionais;

II - o custo do insumo importado corresponderá a seu valor aduaneiro, adicionado dos montantes pagos do Imposto de Importação e do Adicional sobre Frete para Renovação da Marinha Mercante, se houver;

III - no caso de insumo importado adquirido de empresa importadora, o custo do insumo corresponderá ao custo final de aquisição do produto colocado no armazém do fabricante exportador; e

IV - o preço de exportação será o preço do bem no local de embarque.

Art. 24. O crédito referido no art. 22 somente poderá ser

I - compensado com débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, observada a legislação específica; ou

II - ressarcido em espécie, observada a legislação específica.

Art. 25. A ECE é obrigada ao recolhimento de valor correspondente ao crédito atribuído à empresa produtora vendedora se:

I - revender, no mercado interno, os produtos adquiridos para exportação; ou

II - no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da data da emissão da nota fiscal de venda pela empresa produtora, não houver efetuado a exportação dos produtos para o exterior.

Parágrafo único. O recolhimento do valor referido no caput deverá ser efetuado:

I - acrescido de multa de mora ou de ofício e de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC, para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do primeiro dia do mês subsequente ao da emissão da nota fiscal de venda dos produtos para a ECE até o último dia do mês anterior ao do pagamento, e de 1% (um por cento) no mês do pagamento;

II - a título da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, nas proporções definidas no § 5º do art. 22; e

III - até o 10º (décimo) dia subsequente:

a) ao da revenda no mercado interno; ou

b) ao do vencimento do prazo estabelecido para a efetivação da exportação para o exterior.

Art. 26. *O Reintegra não se aplica à ECE.*

Art. 27. *Poderão também fruir do Reintegra as pessoas jurídicas de que tratam os [arts. 11-A e 11-B da Lei nº 9.440, de 14 de março de 1997](#), e o [art. 1º da Lei nº 9.826, de 23 de agosto de 1999](#).*

Art. 28. *No caso de industrialização por encomenda, somente a pessoa jurídica encomendante poderá fruir do Reintegra.*

Art. 29. *O Poder Executivo regulamentará o disposto nos arts. 21 a 28, contemplando a relação de que trata o inciso II do caput do art. 23.*

Sobreveio a regulamentação da Lei por meio do Decreto 8.415/15 que, alterado pelo Decreto 9.148/2017, previa, entre janeiro de 2017 e dezembro de 2018, o percentual de crédito mediante a aplicação do percentual de 2% (dois por cento) sobre a receita auferida com a exportação de bens ao exterior.

“Art. 2º A pessoa jurídica que exporte os bens de que trata o art. 5º poderá apurar crédito, mediante a aplicação do percentual de 3% (três por cento), sobre a receita auferida com a exportação desses bens para o exterior:

(...)

§ 7º O percentual de que trata o caput será de:

I - 1% (um por cento), entre 1º de março de 2015 e 30 de novembro de 2015;

II - 0,1% (um décimo por cento), entre 1º de dezembro de 2015 e 31 de dezembro de 2016; e

III - 2% (dois por cento), entre 1º de janeiro de 2017 e 31 de dezembro de 2018

Em arremate, o Decreto 9.393/2018, de 31.05.2018, altera o percentual do benefício para o período que finda em 31.12.2018, o reduzindo de 2% para 0,1%.

Pois bem

A Lei 13.043/2014, restituidora do REINTEGRA, fixa como percentuais mínimo e máximo do benefício os limites de 0,1% e 3%, ressaltando que cabe ao Poder Executivo estabelecer o percentual a ser adotado.

Art. 22. No âmbito do Reintegra, a pessoa jurídica que exporte os bens de que trata o art. 23 poderá apurar crédito, mediante a aplicação de percentual estabelecido pelo Poder Executivo, sobre a receita auferida com a exportação desses bens para o exterior:

1º O percentual referido no caput poderá variar entre 0,1% (um décimo por cento) e 3% (três por cento), admitindo-se diferenciação por bem.

As empresas beneficiadas pelo REINTEGRA tinham, até a edição do Decreto 9.393/2018, a expectativa do crédito de 2% a seu favor, o que foi modificado desfavoravelmente e de inopino pelo Poder Executivo.

Se por um lado coube ao Poder Executivo avaliar a política econômico-tributária a ser adotada, optando pela diminuição do benefício em detrimento dos interesses do contribuinte favorecido haja vista o déficit orçamentário de notório conhecimento, por outro há princípios tributários a serem observados pela supressão repentina do benefício.

Tanto a instituição de alíquota quanto o restabelecimento de alíquotas por meio de decreto do executivo é possível quando decorrentes de autorização legislativa (lei de regência), com aplicação imediata para aqueles casos em que se afigura a extrafiscalidade do tributo utilizado não com fins arrecadatórios mas como instrumento de política econômico-fiscal.

No caso, contudo, não se está diante da majoração ou redução de alíquota, mas sim da diminuição significativa de um benefício fiscal.

Cabe ao Judiciário a análise quanto à legalidade da medida do ponto de vista tributário, não havendo espaço para ilações acerca da idoneidade dos motivos que conduziram o Poder Executivo a adotar a medida de cunho econômico-fiscal.

E, do ponto de vista tributário, se observa violação ao princípio da anterioridade, tanto **anual como nonagesimal**, conforme recentemente se pronunciou o Supremo Tribunal Federal em situação análoga.

"AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. O acórdão recorrido encontra-se em harmonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de ser imperativa a observância do princípio da anterioridade, geral e nonagesimal (art. 150, III, b e c, da Constituição Federal), em face de aumento indireto de tributo decorrente da redução da alíquota de incentivo do Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras (REINTEGRA). 2. Nesse sentido, o RE 964.850 AgR, desta 1ª Turma, Relator o ilustre Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 8/5/2018; e o RE 1.081.041 AgR, 2ª Turma, Relator o ilustre Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 27/4/2018. 3. Agravo Interno a que se nega provimento. Não se aplica o art. 85, § 11, do CPC/2015, tendo em vista que não houve fixação de honorários advocatícios nas instâncias de origem.

"REINTEGRA – DECRETOS Nº 8.415 E Nº 8.543, DE 2015 – BENEFÍCIO – REDUÇÃO DO PERCENTUAL – ANTERIORIDADE – PRECEDENTES. Promovido aumento indireto de tributo mediante redução da alíquota de incentivo do Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras REINTEGRA, cumpre observar o princípio da anterioridade, geral e nonagesimal, constante das alíneas b e c do inciso III do artigo 150 da Constituição Federal. Precedente: medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 2.325/DF, Pleno, relator ministro Marco Aurélio, acórdão publicado no Diário da Justiça de 6 de outubro de 2006.

(RE 964850 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 08/05/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-128 DIVULG 27-06-2018 PUBLIC 28-06-2018)

Com efeito, reduzido o percentual de crédito a ser compensado, houve aumento, ainda que indireto, da carga tributária, onerando o contribuinte repentinamente, razão pela qual o princípio da anterioridade é aplicável ao caso justamente a fim de evitar o elemento surpresa.

Assim, merece ser acolhida a insurgência da apelante para que seja reconhecido o direito líquido e certo de aproveitar desde 01.06.2018 até o final do exercício de 2018 o benefício do REINTEGRA calculado pela alíquota de 2% sobre o volume das exportações praticadas.

O pedido de ressarcimento de crédito relativo ao REINTEGRA é efetuado pelo estabelecimento matriz da empresa, mediante a utilização do programa PER/DCOMP ou, na impossibilidade de sua utilização, mediante o formulário Pedido de Restituição ou Ressarcimento, acompanhado de documentação que comprove o direito ao crédito.

Os créditos apurados podem ser utilizados pelas empresas somente para solicitar seu ressarcimento em espécie ou para efetuar compensação com débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a tributos administrados pela Receita Federal. Essa regra foi estabelecida pela Receita por meio da IN nº 1.529, que altera a Instrução Normativa nº 1.300/2012 que trata do tema.

Deverá, ainda, ser observado o disposto no art. 170-A do CTN e sobre o indébito incidirá correção monetária pela taxa SELIC, a qual não poderá ser cumulada com qualquer outro índice.

Ante o exposto, dou provimento à apelação da impetrante para que seja reconhecido o direito líquido e certo de aproveitar desde 01.06.2018 até o final do exercício de 2018, o benefício do REINTEGRA calculado pela alíquota de 2% sobre o volume das exportações praticadas, e nego provimento à Apelação da União Federal e à remessa oficial.

É o voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. APELAÇÕES E REMESSA OFICIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. REINTEGRA. DECRETO 9.393/2018. REDUÇÃO DE PERCENTUAL RELATIVO A BENEFÍCIO FISCAL. EXIGÊNCIA NO MESMO EXERCÍCIO FISCAL E ANTES DE DECORRIDOS NOVENTA DIAS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE NONAGESIMAL E ANUAL. APELAÇÃO DA IMPETRANTE PROVIDA. APELAÇÃO DA UNIÃO E REMESSA OFICIAL NÃO PROVIDAS.

1. O REINTEGRA corresponde a benefício fiscal previsto na Lei nº 12.546/2011, disciplinado pelo Decreto nº 7.633/2011, concedido para desonerar as operações de exportação. Na sua versão original, conferia às empresas exportadoras de bens manufaturados o direito de "*reintegrar valores referentes a custos tributários federais residuais existentes nas suas cadeias de produção*", no valor de 3% de suas receitas decorrentes de exportação.

2. A MP nº 651/14, convertida na Lei 13.043/14 reinstituíu o REINTEGRA. Sobreveio a regulamentação da Lei por meio do Decreto 8.415/15 que, alterado pelo Decreto 9.148/2017, previa, entre janeiro de 2017 e dezembro de 2018, o percentual de crédito mediante a aplicação do percentual de 2% (dois por cento) sobre a receita auferida com a exportação de bens ao exterior. Em arremate, o Decreto 9.393/2018, de 31.05.2018, altera o percentual do benefício para o período que finda em 31.12.2018, o reduzindo de 2% para 0,1%.

3. As empresas beneficiadas pelo REINTEGRA tinham, até a edição do Decreto 9.393/2018, a expectativa do crédito de 2% a seu favor, o que foi modificado desfavoravelmente e de inopino pelo Poder Executivo.

4. Se por um lado coube ao Poder Executivo avaliar a política econômico-tributária a ser adotada, optando pela diminuição do benefício em detrimento dos interesses do contribuinte favorecido haja vista o déficit orçamentário de notório conhecimento, por outro há princípios tributários a serem observados na pela supressão repentina do benefício.

5. Tanto a instituição de alíquota quanto o restabelecimento de alíquotas por meio de decreto do executivo é possível quando decorrentes de autorização legislativa (lei de regência), com aplicação imediata para aqueles casos em que se afigura a extrafiscalidade do tributo utilizado não com fins arrecadatórios mas como instrumento de política econômico-fiscal.

6. No caso, contudo, não se está diante da majoração ou redução de alíquota, mas sim da diminuição significativa de um benefício fiscal.

7. Cabe ao Judiciário a análise quanto à legalidade da medida do ponto de vista tributário, não havendo espaço para ilações acerca da idoneidade dos motivos que conduziram o Poder Executivo a adotar a medida de cunho econômico-fiscal.

8. E, do ponto de vista tributário, se observa violação ao princípio da anterioridade, tanto anual como nonagesimal, conforme recentemente se pronunciou o Supremo Tribunal Federal em situação análoga.

9. Com efeito, reduzido o percentual de crédito, houve aumento, ainda que indireto, da carga tributária, onerando o contribuinte repentinamente, razão pela qual o princípio da anterioridade é aplicável ao caso justamente a fim de evitar o elemento surpresa.

10. Assim, merece ser acolhida a insurgência da apelante para que seja reconhecido o direito líquido e certo de aproveitar desde 01.06.2018 até o final do exercício de 2018 o benefício do REINTEGRA calculado pela alíquota de 2% sobre o volume das exportações praticadas.

11. O pedido de ressarcimento de crédito relativo ao REINTEGRA é efetuado pelo estabelecimento matriz da empresa, mediante a utilização do programa PER/DCOMP ou, na impossibilidade de sua utilização, mediante o formulário Pedido de Restituição ou Ressarcimento, acompanhado de documentação que comprove o direito ao crédito. Os créditos apurados podem ser utilizados pelas empresas somente para solicitar seu ressarcimento em espécie ou para efetuar compensação com débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a tributos administrados pela Receita Federal. Essa regra foi estabelecida pela Receita por meio da IN nº 1.529, que altera a Instrução Normativa nº 1.300/2012 que trata do tema. Deverá, ainda, ser observado o disposto no art. 170-A do CTN e sobre o indébito incidirá correção monetária pela taxa SELIC, a qual não poderá ser cumulada com qualquer outro índice.

12. Apelação da impetrante provida. Apelação da União Federal e Remessa Oficial não providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação da impetrante para que seja reconhecido o direito líquido e certo de aproveitar desde 01.06.2018 até o final do exercício de 2018, o benefício do REINTEGRA calculado pela alíquota de 2% sobre o volume das exportações praticadas, e negou provimento à Apelação da União Federal e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000037-45.2017.4.03.6104
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: AAM DO BRASIL LTDA., AAM DO BRASIL LTDA.
Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE LIRA DE OLIVEIRA - SP218857-A
Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE LIRA DE OLIVEIRA - SP218857-A
APELADO: INSPETOR CHEFE DA ALFÂNDEGA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000037-45.2017.4.03.6104
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: AAM DO BRASIL LTDA., AAM DO BRASIL LTDA.
Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE LIRA DE OLIVEIRA - SP218857-A
Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE LIRA DE OLIVEIRA - SP218857-A
APELADO: INSPETOR CHEFE DA ALFÂNDEGA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por AAM do Brasil Ltda, em face da r. sentença que julgou improcedente o pedido, nos autos do mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado pela apelante (AAM DO BRASIL LTDA), em face de ato praticado pelo INSPETOR DA ALFÂNDEGA DO PORTO DE SANTOS, objetivando a suspensão do recolhimento da Taxa SISCOMEX, mediante o reconhecimento de afronta ao princípio constitucional da isonomia, ou, alternativamente, a suspensão da exigência do recolhimento da Taxa SISCOMEX pela forma majorada através da Portaria MF 257/11.

Alega a apelante ser inconstitucional e ilegal a cobrança da referida taxa, instituída pela Lei 9.716/98, uma vez que não estaria vinculada ao poder de polícia ou à utilização efetiva ou potencial de serviços públicos específicos e divisíveis, bem como a majoração ocorrida a partir de maio de 2011 estaria pautada apenas em ato normativo infralegal (Portaria do Ministério da Fazenda nº 257/11) e desproporcional ao analisado na Nota técnica Conjunta Cotec/Copol/Coana nº 02/2011.

A apreciação do pedido de liminar foi, inicialmente, diferida para após a vinda das informações (id 516607).

A autoridade impetrada prestou suas informações (id 52806), requerendo a denegação da liminar e da ordem pleiteadas, em razão da correção dos atos praticados e da constitucionalidade da referida taxa.

O pleito liminar foi indeferido (id 555930).

Foram interpostos embargos declaratórios (id 639575), aos quais foi negado provimento (id 719210).

O MM. Juíza *quo* JULGOU IMPROCEDENTE O PEDIDO (Id num. 780589), nos termos do artigo 487, I, do CPC/2015, e denegou a segurança. Custas pela impetrante. Sem condenação em honorários advocatícios, consoante art. 25 da Lei n. 12.016/2009 e Súmulas 512 do STF e 105 do STJ.

Em razões recursais (Id num. 780596), requer seja recebido e conhecido o presente recurso, dando integral PROVIMENTO, reformando-se parcialmente a r. sentença para o fim de que seja concedida a segurança integralmente para que (i) a Autoridade Coatora se abstenha de exigir o recolhimento da referida taxa em valor superior à aquele estabelecido originalmente pela Lei 9.716/98, afastando-se a Portaria MF 257/11, bem como (ii) seja reconhecido o direito das mesmas à compensação ou restituição administrativas, após o trânsito em julgado e mediante o procedimento administrativo competente, dos valores indevidamente recolhidos nos 5 (cinco) anos anteriores à distribuição do *mandamus*.

Comcontrarrazões, vieramos autos a este E. Tribunal.

O ilustre Representante do Ministério Público Federal opina pelo regular prosseguimento do feito (Id num. 1090845).

É o Relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000037-45.2017.4.03.6104

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: AAM DO BRASIL LTDA., AAM DO BRASIL LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE LIRA DE OLIVEIRA - SP218857-A

Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE LIRA DE OLIVEIRA - SP218857-A

APELADO: INSPETOR CHEFE DA ALFÂNDEGA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Mandado de Segurança é uma ação constitucional prevista no artigo 5º, inciso LXIX da Constituição Federal e na norma prevista na Lei 12.016 de 2009, e tem por objeto a proteção de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

É o que se depreende da leitura do inciso LXIX, do artigo 5º da Constituição Federal: "*conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparável por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público*".

A r. sentença denegou a segurança (ID 780589). Fundamentou o *decisum* arguindo que é devida a majoração da taxa questionada, sendo legal e constitucional.

Comrazão apelante a r. sentença merece reforma.

Em primeiro, não se perca de vista que a fiscalização do comércio exterior é atividade relacionada ao Poder de Polícia estatal, nos termos do artigo 77 do Código Tributário Nacional:

"Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição."

Nos termos da legislação que rege o *SISCOMEX*, a taxa de utilização do sistema, prevista no artigo 3º da Lei 9.716/98, aplica-se às importações realizadas a partir de 1º de janeiro de 1999, decorrendo a Portaria MF nº 257/11 de delegação ao Ministro da Fazenda, observada a variação dos custos de operação e de investimentos no sistema eletrônico.

Lei 9.716/98:

"Art. 3o Fica instituída a Taxa de Utilização do Sistema Integrado de Comércio Exterior - siscomex , administrada pela Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda.

§ 1o A taxa a que se refere este artigo será devida no Registro da Declaração de Importação, à razão de:

I - R\$ 30,00 (trinta reais) por Declaração de Importação;

II - R\$ 10,00 (dez reais) para cada adição de mercadorias à Declaração de Importação, observado limite fixado pela Secretaria da Receita Federal.

§ 2o Os valores de que trata o parágrafo anterior poderão ser reajustados, anualmente, mediante ato do Ministro de Estado da Fazenda, conforme a variação dos custos de operação e dos investimentos no SISCOMEX.

(...)

§ 5o O disposto neste artigo aplica-se em relação às importações registradas a partir de 1o de janeiro de 1999."

Contudo, na esteira do que decidi, por unanimidade, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal no RE/SC 1095001 AgR, a lei de regência haveria de ter fixado parâmetros mínimos para majoração da taxa de modo a evitar eventual arbitrariedade por parte do executivo, o que não ocorreu.

"Agravo regimental no recurso extraordinário. Taxa SISCOMEX. Majoração. Portaria. Delegação. Artigo 3º, § 2º, Lei nº 9.716/98. Ausência de balizas mínimas definidas em lei. Princípio da Legalidade. Violação. Atualização. Índices oficiais. Possibilidade.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem acompanhado um movimento de maior flexibilização do Princípio da Legalidade em matéria de delegação legislativa, desde que o legislador estabeleça o desenho mínimo que evite o arbítrio.

2. Diante dos parâmetros já traçados na jurisprudência da Corte, a delegação contida no art. 3º, § 2º, da Lei nº 9.716/98 restou incompleta ou defeituosa, pois o legislador não estabeleceu o desenho mínimo que evitasse o arbítrio fiscal.

3. Esse entendimento não conduz a invalidade da taxa SISCOMEX, tampouco impede que o Poder Executivo atualize os valores previamente fixados na lei, de acordo com os índices oficiais, conforme amplamente aceito na jurisprudência da Corte.

4. Agravo regimental não provido.

5. Não se aplica ao caso dos autos a majoração dos honorários prevista no art. 85, § 11, do novo Código de Processo Civil, uma vez que não houve o arbitramento de honorários sucumbenciais. (RE 1095001 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 06/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-103 DIVULG 25-05-2018 PUBLIC 28-05-2018)

A Lei 9.716/98, ao não fixar critérios mínimos para majoração da taxa (aspecto quantitativo), deu plena liberdade ao executivo para exercer, ao seu alvedrio, o poder de legislar sobre a matéria, o que vai de encontro ao princípio da estrita legalidade tributária, o qual estatui a vedação de exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça.

Tenha-se em vista, ademais, que a Portaria MF nº 257/2011 acabou por majorar a taxa *SISCOMEX* em cerca de 500%, restando configurada também a clara desproporcionalidade da medida.

"Portaria MF 257/2011

Art. 1º Reajustar a Taxa de Utilização do Sistema Integrado de Comércio Exterior (SISCOMEX), devida no Registro da Declaração de Importação (DI), de que trata o parágrafo 1º do artigo 3º da Lei Nº 9.716, de 1998, nos seguintes valores:

I - R\$ 185,00 (cento e oitenta e cinco reais) por DI;

II - R\$ 29,50 (vinte e nove reais e cinquenta centavos) para cada adição de mercadorias à DI, observados os limites fixados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB).

Destarte, revendo posicionamentos anteriores, vislumbro infringência ao princípio da legalidade já que a Lei nº 9.716/98, artigo 3º, § 2º, delegou ao Ministro da Fazenda o estabelecimento, por meio de ato infralegal, do reajuste anual da taxa *Siscomex* sem a fixação de critérios mínimos a tal.

Realizadas tais ponderações, exsurge a possibilidade de que a taxa não seja recolhida nos moldes da portaria MF 257/2011, reconhecendo-se o direito à repetição do indébito, pela via da compensação administrativa.

Não há como admitir que a impetrante solicite a restituição administrativa, porque isso feriria a ordem de pagamento prevista no art. 100 da Constituição Federal.

O referido dispositivo constitucional regula os pagamentos efetuados pelas Fazendas Públicas, decorrentes de execução de sentenças judiciais, que deverá ser efetuada exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos respectivos créditos, sendo vedadas medidas que visem à instituição de privilégios nesse procedimento.

O entendimento da Receita Federal sobre a questão encontra-se prescrito na Solução de Consulta COSIT nº 239, de 19 de agosto de 2019, que apresenta a seguinte ementa:

INDÉBITO TRIBUTÁRIO RECONHECIDO JUDICIALMENTE. IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO ADMINISTRATIVA.

Decisões judiciais que reconheçam indébito tributário não podem ser objeto de pedido administrativo de restituição, sob pena de ofensa ao art. 100 da Constituição Federal.

SOLUÇÃO DE CONSULTA PARCIALMENTE VINCULADA À SOLUÇÃO DE CONSULTA COSIT Nº 382, DE 26 DE DEZEMBRO DE 2014.

O disposto nos arts. 68 e 69 da Instrução Normativa nº 1.717, de 2017, não se aplica quando o crédito não seja passível de restituição.

Dispositivos Legais: CF/1988, art. 100; RFB nº 1.717, de 2017, arts. 68, 69, 98, 100, 101 e 103.

Portanto, fica autorizada tão somente a compensação administrativa, que deverá observar a diferença entre o valor recolhido com base na Portaria MF nº 257/2011, ora afastada, e aquele previsto na Lei 9.716/98, devidamente atualizado com índices oficiais, de modo a propiciar equilíbrio na relação entre as partes e evitar indevido prejuízo ao Fisco.

O presente entendimento vem com esteio no RE/SC 1095001, cuja decisão foi corroborada no Ag. Reg. no RE 1.130.979, o qual fixa o *INPC* como índice oficial a ser observado na *atualização* da Taxa *Siscomex*, com restituição dos valores (diferença) pela *SELIC*.

Em consequência, é de se declarar inexigível o reajuste da taxa de utilização do *SISCOMEX* promovido pela Portaria MF nº 257, de 2011, acima do valor resultante da aplicação do percentual de 131,60%, correspondente à variação de preços, medida pelo *INPC*, entre janeiro de 1999 e abril de 2011, devendo a ré restituir à parte demandante, mediante compensação, os valores pagos indevidamente, segundo esse critério, nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da demanda, acrescidos (somente) de juros compensatórios equivalentes à taxa *SELIC*.

A compensação dos valores recolhidos indevidamente deverá ser realizada após o trânsito em julgado (art. 170-A do CTN), observando-se o disposto no art. 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da demanda, conforme jurisprudência do E. STJ, julgada sob o rito do art. 543-C do CPC/73 - REsp nº 1.137.738/SP.

Diante do exposto, dou parcial provimento à Apelação para declarar inexigível a taxa de utilização do *SISCOMEX*, autorizando tão somente a compensação administrativa dos valores recolhidos indevidamente, na forma da fundamentação acima. Sem honorários.

É o voto.

EMENTA

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. TAXA DE UTILIZAÇÃO DO *SISCOMEX*. MAJORAÇÃO. ART. 3º, § 2º, DA LEI 9.716/98 E PORTARIA MF 257/2011. INCONSTITUCIONALIDADE. QUESTÃO PACIFICADA NO STF. LIMITAÇÃO DO REAJUSTE AOS ÍNDICES DE CORREÇÃO MONETÁRIA. POSSIBILIDADE. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. COMPENSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO ADMINISTRATIVA. APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE.

1. Em primeiro, não se perca de vista que a fiscalização do comércio exterior é atividade relacionada ao Poder de Polícia estatal, nos termos do artigo 77 do Código Tributário Nacional: "*Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.*"

2. Nos termos da legislação que rege o *SISCOMEX*, a taxa de utilização do sistema, prevista no artigo 3º da Lei 9.716/98, aplica-se às importações realizadas a partir de 1º de janeiro de 1999, decorrendo a Portaria MF nº 257/11 de delegação ao Ministro da Fazenda, observada a variação dos custos de operação e de investimentos no sistema eletrônico.

3. Contudo, na esteira do que decidiu, por unanimidade, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal no RE/SC 1095001 AgR, a lei de regência haveria de ter fixado parâmetros mínimos para majoração da taxa de modo a evitar eventual arbitrariedade por parte do executivo, o que não ocorreu.

4. A Lei 9.716/98, ao não fixar critérios mínimos para majoração da taxa (aspecto quantitativo), deu plena liberdade ao executivo para exercer, ao seu alvedrio, o poder de legislar sobre a matéria, o que vai de encontro ao princípio da estrita legalidade tributária, o qual estatui a vedação de exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça. Tenha-se em vista, ademais, que a Portaria MF nº 257/2011 acabou por majorar a taxa *SISCOMEX* em cerca de 500%, restando configurada também a clara desproporcionalidade da medida.

5. Destarte, revendo posicionamentos anterior, vislumbro infringência ao princípio da legalidade já que a Lei nº 9.716/98, artigo 3º, § 2º, delegou ao Ministro da Fazenda o estabelecimento, por meio de ato infralegal, do reajuste anual da taxa *Siscomex* sem a fixação de critérios mínimos a tal.

6. Realizadas tais ponderações, exsurge a possibilidade de que a taxa não seja recolhida nos moldes da portaria MF 257/2011, reconhecendo-se o direito à repetição do indébito, pela via da compensação administrativa.

7. Não há como admitir que a impetrante solicite a restituição administrativa, porque isso feriria a ordem de pagamento prevista no art. 100 da Constituição Federal. Os pagamentos efetuados pelas Fazendas Públicas, decorrentes de execução de sentenças judiciais, deverá ser efetuado exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos respectivos créditos, sendo vedadas medidas que visem à instituição de privilégios nesse procedimento.

8. A compensação, contudo, deverá observar a diferença entre o valor recolhido com base na Portaria MF nº 257/2011, ora afastada, e aquele previsto na Lei 9.716/98, devidamente atualizado com índices oficiais, de modo a propiciar equilíbrio na relação entre as partes e evitar indevido prejuízo ao Fisco.

9. O presente entendimento vem com esteio no RE/SC 1095001, cuja decisão foi corroborada no Ag. Reg. no RE 1.130.979, o qual fixa o *INPC* como índice oficial a ser observado na atualização da Taxa *Siscomex*, com restituição dos valores (diferença) pela *SELIC*.

10. Em consequência, é de se declarar inexigível o reajuste da taxa de utilização do *SISCOMEX* promovido pela Portaria MF nº 257, de 2011, acima do valor resultante da aplicação do percentual de 131,60%, correspondente à variação de preços, medida pelo *INPC*, entre janeiro de 1999 e abril de 2011, devendo a ré restituir à parte demandante os valores pagos indevidamente, segundo esse critério, nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da demanda, acrescidos (somente) de juros compensatórios equivalentes à taxa *SELIC*.

11. A compensação dos valores recolhidos indevidamente deverá ser realizada após o trânsito em julgado (art. 170-A do CTN), observando-se o disposto no art. 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da demanda, conforme jurisprudência do E. STJ, julgada sob o rito do art. 543-C do CPC/73 - REsp nº 1.137.738/SP.

12. Apelação provida em parte. Sem honorários.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à Apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5008928-39.2019.4.03.6119
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: MOBENSANI INDUSTRIAL E AUTOMOTIVA LTDA.
Advogado do(a) APELANTE: RICARDO BOTOS DA SILVA NEVES - SP143373-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5008928-39.2019.4.03.6119
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: MOBENSANI INDUSTRIAL E AUTOMOTIVA LTDA.
Advogado do(a) APELANTE: RICARDO BOTOS DA SILVA NEVES - SP143373-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por **Mobensani Industrial e Automotiva Ltda**, em face da r. sentença que denegou a segurança nos autos do mandado de segurança impetrado contra ato do DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM GUARULHOS-SP, aduzindo, em apertada síntese, ser inconstitucional a cobrança das contribuições ao Salário Educação/FNDE, INCRA, SEBRAE, SESI, SENAI, tendo em vista que a base de cálculo dessas contribuições (folha de remuneração do empregador) não está prevista no artigo 149, §2º, III, "a", da CF. Requer provimento para afastar a exigibilidade das exações e autorização para restituir ou compensar os valores indevidamente recolhidos a este título.

Sustenta que após a introdução do § 2º no referido artigo 149, efetuada pela Emenda Constitucional nº 33, de 11 de dezembro de 2001, as contribuições em comento, que incidem sobre a folha de remuneração pagas pelos empregadores, não possuem mais base constitucional de validade, pois as suas bases de incidência não são compatíveis com aquelas elencadas no referido dispositivo constitucional (faturamento, a receita bruta ou o valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro).

A UNIÃO FEDERAL requereu seu ingresso no feito.

Notificado, o Delegado da Receita Federal do Brasil em Guarulhos, apresentou informações defendendo a legalidade e constitucionalidade da exação. Afirma que o art. 149, § 2º, III da CF estabelece um rol meramente exemplificativo de bases econômicas, conforme entendimento pacífico no E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

A liminar foi indeferida, deferindo-se o ingresso da União Federal no feito.

O MM. Juiz *quo* **JULGOU IMPROCEDENTE** o pedido e **DENEGOU A SEGURANÇA** pleiteada, extinguindo o processo, com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, I, do CPC. Honorários advocatícios indevidos (art. 25 da Lei nº 12.016/2009). Custas pela impetrante.

Em razões recursais (Id. num. 127339490), requer a impetrante a reforma da r. sentença Apelada, a fim de garantir o direito líquido e certo da Apelante em não se sujeitar às contribuições de “terceiro” destinadas ao INCRA e ao Sistema S, reconhecendo, ainda, o direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos nos últimos 05 (cinco) anos contados da propositura da presente ação.

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

O ilustre Representante do Ministério Público Federal opina pelo desprovimento do recurso de apelação (Id. num. 128709750).

É o Relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5008928-39.2019.4.03.6119
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: MOBENSANI INDUSTRIAL E AUTOMOTIVA LTDA.
Advogado do(a) APELANTE: RICARDO BOTOS DA SILVA NEVES - SP143373-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Mandado de Segurança é uma ação constitucional prevista no artigo 5º, inciso LXIX da Constituição Federal e na norma prevista na Lei 12.016 de 2009, e tem por objeto a proteção de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

É o que se depreende da leitura do inciso LXIX, do artigo 5º da Constituição Federal: *"conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparável por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público"*.

Em razões recursais (Id. num. 127339490), requer a impetrante a reforma da r. sentença Apelada, a fim de garantir o direito líquido e certo da Apelante em não se sujeitar às contribuições de “terceiro” destinadas ao INCRA e ao Sistema S (Sebrae, SESI e SENAI, salário educação) tecendo, ainda, o direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos nos últimos 05 (cinco) anos contados da propositura da presente ação.

O presente recurso de apelação ressalta a tese de que, com o advento da Emenda Constitucional 33/2001 - que acresceu o § 2º ao artigo 149 da Constituição Federal, houve positivação de rol taxativo das bases de cálculo impositivas para as contribuições sociais, interventivas (CIDES) e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, mencionadas no *caput*.

Assim, segundo a apelante, uma vez que as contribuições sociais destinadas à Terceiras Entidades (SALÁRIO EDUCAÇÃO, INCRA, SEBRAE, SESI, SENAI) são calculadas sobre a folha de salários, base alheia ao rol *numerus clausus* do § 2º, do artigo 149, CF, haveria que se concluir que tais valores são, presentemente, inexigíveis.

Todavia, a Constituição Federal adotou a expressão "poderão ter alíquotas", a qual contém, semanticamente, a ideia de "possibilidade", não de "necessidade/obrigatoriedade" como pretende atribuir-lhe a apelante, tratando-se, portanto, de rol meramente exemplificativo.

"Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

(...)§ 2º As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o caput deste artigo: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)(...)

III - poderão ter alíquotas: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

a) ad valorem, tendo por base o faturamento, a receita bruta ou o valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

Verifica-se do disposto no inciso III acima que as hipóteses de incidência enumeradas pelo poder constituinte derivado não encerram um rol taxativo, podendo o legislador ordinário criar outras bases de cálculo para os citados tributos.

Nesse sentido, o artigo 240 da Constituição da República recepcionou expressamente as contribuições sociais do chamado sistema "S", tendo a folha de salários como base de cálculo, e não foi revogado e nem modificado pela citada EC 33/2001. Confira-se, verbis:

"Art. 240. Ficam ressalvadas do disposto no art. 195 as atuais contribuições compulsórias dos empregadores sobre a folha de salários, destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical."

Ademais, reconhecida a repercussão geral do tema discutido nestes autos no RE 603.624, que ainda pende de julgamento. O que se observa é que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, presentemente, está orientada em sentido contrário à pretensão da apelante:

AI 766.759, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, monocrática DJe 22/10/2009 :

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO AO SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS - SEBRAE: CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES. REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. DESNECESSIDADE DE EXAME. ART. 323, PRIMEIRA PARTE, DO REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO.

1. Agravo de instrumento contra decisão que não admitiu recurso extraordinário, interposto com base no art. 102, inc. III, alínea a, da Constituição da República.

2. O recurso inadmitido tem como objeto o seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região: "TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA. CONTRIBUIÇÕES AO SEBRAE-APEX-ABDI. PRESCRIÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE. 1. Dispõe o contribuinte do prazo de dez anos retroativos ao ajuizamento das ações intentadas até 08.06.2005 para postular a restituição do indébito, a contar do fato gerador; cinco dos quais relativos à homologação tácita dos tributos sujeitos a essa modalidade de lançamento (art. 150, § 4º, do CTN) e cinco de prazo prescricional propriamente dito (art. 168, I, do CTN), afastadas as disposições da LC 118/2005. 2. Proposta a ação após 09.06.2005, submete-se a prescrição quinquenal às novas disposições introduzidas pela LC 118/2005, sendo esta a hipótese dos autos. 3. A contribuição ao SEBRAE não é nova, tratando-se de adicional às alíquotas das contribuições ao SESI/SENAI e ao SESC/SENAC, apesar de ser totalmente autônoma e desvinculada daquelas que a originaram. Assim, como não é contribuição prevista no art. 195, mas no 149, não se inclui na ressalva do art. 240 da Constituição. 4. Apelação improvida" (fl. 288).

3. A decisão agravada teve como fundamento para a inadmissibilidade do recurso extraordinário a harmonia do julgado recorrido com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (fls. 371-372).

4. A Agravante alega que teria sido contrariado o art. 149, § 2º, da Constituição da República (norma alterada pela Emenda Constitucional n. 33/2001). Sustenta que "as contribuições exigidas com base no art. 149, a partir de 11/12/2001, somente poderão tomar como base o 'faturamento', a 'receita bruta' ou o 'valor da operação' (em caso de importação), nunca a folha de salários. (...) a alteração promovida pela EC nº 33/2001, embora simples, estabeleceu novas técnicas de validação e imposição para as contribuições em questão, restringindo a exigibilidade das mesmas às hipóteses (bases de cálculo) previstas naquele dispositivo constitucional, que corporifica a regra matriz de incidência tributária das exações" (fls. 306-307). Apreciada a matéria posta em exame, DECIDO.

5. Em preliminar, é de se ressaltar que, apesar de ter sido a Agravante intimada depois de 3.5.2007 e constar no recurso extraordinário capítulo destacado para a defesa da repercussão geral da questão constitucional, não é o caso de se iniciar o procedimento para a aferição da sua existência, pois, nos termos do art. 323, primeira parte, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal - com a redação determinada pela Emenda Regimental n. 21/2007 -, esse procedimento somente terá lugar "quando não for o caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão". Essa é a situação do caso em exame, em que a análise da existência, ou não, da repercussão geral da questão constitucional torna-se dispensável, pois há outro fundamento suficiente para a inadmissibilidade do recurso.

6. Razão de direito não assiste à Agravante.

7. No julgamento do Recurso Extraordinário 396.266, Relator o Ministro Carlos Velloso, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu no sentido da constitucionalidade da contribuição destinada ao Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas - Sebrae. Confira-se, a propósito:

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO: SEBRAE: CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. Lei 8.029, de 12.4.1990, art. 8º, § 3º. Lei 8.154, de 28.12.1990. Lei 10.668, de 14.5.2003. C.F., art. 146, III; art. 149; art. 154, I; art. 195, § 4º.

I. - As contribuições do art. 149, C.F. - contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais ou econômicas - posto estarem sujeitas à lei complementar do art. 146, III, C.F., isto não quer dizer que deverão ser instituídas por lei complementar. A contribuição social do art. 195, § 4º, C.F., decorrente de 'outras fontes', é que, para a sua instituição, será observada a técnica da competência residual da União: C.F., art. 154, I, ex vi do disposto no art. 195, § 4º. A contribuição não é imposto. Por isso, não se exige que a lei complementar defina a sua hipótese de incidência, a base impositiva e contribuintes: C.F., art. 146, III, a. Precedentes: RE 138.284/CE, Ministro Carlos Velloso, RTJ 143/313; RE 146.733/SP, Ministro Moreira Alves, RTJ 143/684.

II. - A contribuição do SEBRAE - Lei 8.029/90, art. 8º, § 3º, redação das Leis 8.154/90 e 10.668/2003 - é contribuição de intervenção no domínio econômico, não obstante a lei a ela se referir como adicional às alíquotas das contribuições sociais gerais relativas às entidades de que trata o art. 1º do D.L. 2.318/86, SESI, SENAI, SESC, SENAC. Não se inclui, portanto, a contribuição do SEBRAE, no rol do art. 240, C.F.

III. - Constitucionalidade da contribuição do SEBRAE. Constitucionalidade, portanto, do § 3º, do art. 8º, da Lei 8.029/90, com a redação das Leis 8.154/90 e 10.668/2003. IV. - R.E. conhecido, mas improvido" (DJ 27.2.2004).

8. No mesmo julgamento, decidiu-se que essa contribuição seria exigível de empresas que exercem atividade econômica, não sendo necessária a vinculação direta entre o contribuinte e o benefício decorrente da aplicação dos valores arrecadados. Dessa orientação não divergiu o acórdão recorrido.

9. Quanto à afirmação da Agravante de que as alterações produzidas no art. 149 da Constituição pela Emenda Constitucional n. 33/2001, teriam tornado inconstitucional a incidência da contribuição ao Sebrae sobre a folha de salários, é de se realçar, como o fez o Ministro Joaquim Barbosa no julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 733.110, que: "Destaco, no ponto, que o pronunciamento da Corte sobre a constitucionalidade da contribuição ocorrera em 2004, data posterior, portanto, à EC 33. Vale ressaltar que o inciso III desse parágrafo não é taxativo quanto às alíquotas das contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico" (DJe 2.2.2009). Nada há, pois, a prover quanto às alegações da Agravante.

10. Pelo exposto, nego seguimento a este agravo (art. 557, caput, do Código de Processo Civil, e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

"AI 472.496 AgR, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ 04/08/2006:

"1. Salário-educação: validade da contribuição do salário-educação em face da Carta de 1969 e a sua recepção pela Constituição de 1988, em conformidade com o entendimento adotado pelo plenário do Tribunal no RE 290.079, Ilmar Galvão, DJ 04.04.2003: incidência da Súmula 732.

2. Recurso extraordinário: descabimento: questão relativa à inexigibilidade de as empresas prestadoras de serviço recolherem o salário-educação, que está adstrita ao exame da violação à legislação infraconstitucional, ao qual não se presta o RE."

Esta E. Corte também assim decidiu:

“TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES DESTINADAS AO INCRA E SEBRAE. CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO - CIDE. LEGITIMIDADE DAS EXIGÊNCIAS. BASE DE CÁLCULO. "FOLHA DE SALÁRIOS". POSSIBILIDADE. ART. 149, § 2º, III, DA CF É ROL MERAMENTE EXEMPLIFICATIVO. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. Inicialmente, no que tange à prescrição, às ações ajuizadas anteriormente a entrada em vigor da Lei Complementar 118/2005, aplica-se o entendimento até então consagrado no Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual o prazo prescricional para restituição dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação ocorre em cinco anos contados da ocorrência do fato gerador; acrescidos de mais cinco anos contados da homologação tácita - tese dos "cinco mais cinco" (Embargos de Divergência em RESP n.º 435.835/SC - 2003/0037960-2) e, às ações ajuizadas após 09 de junho de 2005, aplica-se o prazo prescricional quinquenal.

2. No mérito, as contribuições ao INCRA e SEBRAE são consideradas contribuições especiais atípicas de intervenção no domínio econômico. São interventivas, pois a primeira visa financiar os programas e projetos vinculados à reforma agrária e suas atividades complementares, ao passo que a segunda destina-se a disseminar o fomento às micro e pequenas empresas. E, são contribuições especiais atípicas, na medida em que são constitucionalmente destinadas a finalidades não diretamente referidas ao sujeito passivo da obrigação tributária (referibilidade).

3. A contribuição ao INCRA foi inteiramente recepcionada pela nova ordem constitucional. Ademais, a supressão da exação para o FUNRURAL pela Lei n.º 7.787/89 e a unificação do sistema de previdência através da Lei n.º 8.212/91 não provocaram qualquer alteração na parcela destinada ao INCRA. Inexistindo, portanto, qualquer ilegalidade na contribuição ao INCRA, consoante decisões de nossas Corte de Justiça:

4. No tocante à contribuição para o Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas - SEBRAE, instituída pela Lei n.º 8029/90, é contribuição especial atípica de intervenção no domínio econômico, prevista no artigo 149 da atual Constituição Federal, não necessitando de lei complementar para ser instituída. Do mesmo modo, não há qualquer ilegalidade na contribuição ao SEBRAE, confira-se o seguinte julgado do Egrégio Supremo Tribunal Federal:

5. O cerne da tese trazida a juízo pela parte impetrante consiste na inconstitucionalidade de Contribuições Sociais de Intervenção no Domínio Econômico, sejam atípicas ou não, adotarem como base de cálculo a "folha de salários", tendo em vista que o artigo 149, § 2º, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, na redação atribuída pelo artigo 1º, da Emenda Constitucional n.º 33/2001, teria estabelecido um rol taxativo de bases de cálculo ad valorem possíveis, no qual esta não estaria inclusa.

6. No entanto, o que se depreende do texto constitucional é tão-somente a possibilidade de algumas bases de cálculos serem adotadas pelas Contribuições Sociais de Intervenção no Domínio Econômico, sem que haja qualquer restrição explícita à adoção de outras bases de cálculo não constantes na alínea "a". Trata-se, portanto, de rol meramente exemplificativo.

7. Desse modo, não vislumbro óbice à adoção da "folha de salários" como base de cálculo das contribuições de intervenção no domínio econômico.

8. Recurso de apelação da parte impetrante improvido, mantendo a sentença, que julgou improcedente os pedidos formulados na petição inicial, denegando a segurança, para declarar a exigibilidade das contribuições ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA e ao Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas - SEBRAE, ambos sobre a folha de salários da impetrante, negando-lhe o direito de compensação.” (sem grifos no original)(TRF 3ª Região, QUINTA TURMA, AMS - APELAÇÃO CÍVEL - 329264 - 0001898-13.2010.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES, julgado em 14/09/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:23/09/2015)

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. BASE DE CÁLCULO. CONTRIBUIÇÕES AO INCRA, SESC, SENAC E SEBRAE. EC 33/2001. ACRÉSCIMO DO § 2º. ARTIGO 149, CF. TESE DE RESTRIÇÃO DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA REJEITADA.

1. A EC 33/2001 acresceu ao artigo 149 da Carta Federal o § 2º, definindo possíveis hipóteses de incidência das contribuições, sem, porém, instituir norma proibitiva, no sentido de impedir que a lei adote outras bases de cálculo, pois apenas prevê que faturamento, receita, valor da operação e valor aduaneiro, este no caso de importação, podem ser considerados na aplicação de alíquota ad valorem.

2. O objetivo do constituinte derivado, no artigo 149, não foi o de restringir a ação do legislador; mas o de preencher o enorme vazio normativo da redação anterior; indicando, agora, possibilidades, que ficam de logo asseguradas para a imposição fiscal, sem prejuízo de que a lei preveja, em cada situação concreta, a base de cálculo ou material respectiva, e a alíquota pertinente, específica ou ad valorem.

3. *Agravo de instrumento improvido.*”(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 592521 - 0022346-61.2016.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 19/04/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/05/2017)

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO DE APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO AO INCRA. INSTITUIÇÃO POR LEI COMPLEMENTAR. DESNECESSIDADE. CIDE. EC Nº 33/01. ART. 149, § 2º, III, CF. BASE DE CÁLCULO. FOLHA DE SALÁRIOS. POSSIBILIDADE. COBRANÇA DE EMPRESA URBANA. INFRINGÊNCIA À REFERIBILIDADE. INOCORRÊNCIA. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.

1. *A jurisprudência dessa E. Terceira Turma é assente em reconhecer que é dispensável a edição de Lei Complementar para a instituição dos tributos elencados no artigo 149, da Constituição Federal.*

2. *Isto decorre porque o mandamento constitucional delimita que as contribuições de intervenção no domínio econômico - CIDE - devem respeitar a lei complementar tributária elencada no artigo 146, inciso III, da Constituição Federal, qual seja, o Código Tributário Nacional, razão pela qual é despicienda a instituição das referidas exações através de lei complementar.*

3. *A E. Terceira Turma tem jurisprudência pacífica que as hipóteses de incidência para as Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico - CIDE, elencadas no artigo 149, § 2º, inciso III, da Constituição Federal, introduzidas pela Emenda Constitucional nº 33/01, têm o objetivo de preencher o vazio legislativo existente anteriormente, delimitando apenas possibilidades da incidência, mas não realizando proibições de eleição de outras hipóteses pelo legislador ordinário.*

4. *Isto decorre porque, repita-se, não se deve dar interpretação restritiva ao aludido dispositivo constitucional, mas apenas de se verificar que o constituinte derivado elencou algumas hipóteses sobre as quais poderiam incidir as Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico, não impossibilitando que a lei delimite outra hipótese de incidência.*

5. *O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que as contribuições sociais destinadas ao FUNRURAL e ao INCRA incidem sobre empresas urbanas, em virtude do seu caráter de contribuição especial de intervenção no domínio econômico (CIDE) que visa financiar os programas e projetos vinculados à reforma agrária e suas atividades complementares (STJ. Segunda Turma. REsp 1584761/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS. Julgado em 07/04/2016. DJe de 15/04/2016).*

6. *O C. Supremo Tribunal Federal também já se posicionou acerca da constitucionalidade da referida exação, sob o argumento de que "a contribuição destinada ao INCRA é devida por empresa urbana, porque se destina a cobrir os riscos aos quais está sujeita toda a coletividade de trabalhadores" (RE-AgR 469288/RS, Segunda Turma, Relator Ministro Eros Grau, j. 1º/4/2008, DJe de 8/5/2008).*

7. *Assim, é improcedente a alegação neste ponto, não havendo pertinência a mencionada referibilidade com as empresas urbanas e pela contribuição ser destinada ao INCRA.*

8. *Recurso de apelação desprovido.*” (sem grifos no original)(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 279755 - 0000082-39.2005.4.03.6110, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, julgado em 22/11/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/11/2017)

Em relação à contribuição do salário-educação está prevista no artigo 212, § 5º, da Constituição Federal, nos seguintes termos:

"Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

(...)

§ 5º - A educação básica pública terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhida pelas empresas na forma da lei."

A regulamentação do dispositivo constitucional foi feita pela Lei nº 9.424/1996, que dispõe sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério. Em seu artigo 15 estabeleceu que:

"Art. 15. O salário-educação, previsto no art. 212, § 5º, da Constituição Federal e devido pelas empresas, na forma em que vier a ser disposto em regulamento, é calculado com base na alíquota de 2,5% (dois e meio por cento) sobre o total de remunerações pagas ou creditadas, a qualquer título, aos segurados empregados, assim definidos no art. 12, inciso I, da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991."

A Lei nº 9.766/98, por sua vez, explicitou o conceito de empresa para fins de incidência da contribuição do salário-educação nos seguintes termos:

"Art. 1º - A contribuição social do salário-educação, a que se refere o art. 15 da Lei nº 9.424, de 24 de dezembro de 1996, obedecerá aos mesmos prazos e condições, e sujeitar-se-á às mesmas sanções administrativas ou penais e outras normas relativas às contribuições sociais e demais importâncias devidas à Seguridade Social, ressalvada a competência do Fundo Nacional de Desenvolvimento da educação- FNDE, sobre a matéria.

(...)

§ 3º - Entende-se por empresa, para fins de incidência da contribuição social do salário-educação, qualquer firma individual ou sociedade que assume o risco de atividade econômica, urbana ou rural, com fins lucrativos ou não, bem como as empresas e demais entidades públicas ou privadas, vinculadas à Seguridade Social." - destaquei.

No mesmo sentido estabeleceu o Decreto nº 6.003/2006, atualmente regulamentador da matéria, considerando como empresas contribuintes do salário-educação qualquer firma individual ou sociedade que assuma o risco de atividade econômica, urbana ou rural, com fins lucrativos ou não:

"Art. 2º São contribuintes do salário-educação as empresas em geral e as entidades públicas e privadas vinculadas ao Regime Geral da Previdência Social, entendendo-se como tais, para fins desta incidência, qualquer firma individual ou sociedade que assuma o risco de atividade econômica, urbana ou rural, com fins lucrativos ou não, bem assim a sociedade de economia mista, a empresa pública e demais sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público, nos termos do art. 173, § 2º, da Constituição."

O E. Supremo Tribunal Federal declarou, com eficácia "erga omnes" e efeito "ex tunc", a constitucionalidade da referida norma na ação Declaratória de constitucionalidade nº 3, afastando a necessidade de lei complementar para a instituição da contribuição do salário-educação, bem como editou a Súmula nº 732, *verbis*:

"É constitucional a cobrança da contribuição do salário-educação, seja sob a Carta de 1969, seja sob a Constituição Federal de 1988, e no regime da Lei 9.424/96."

A constitucionalidade foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em precedente também açado à sistemática da repercussão geral (RE nº 660933). Nesse sentido:

"TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DESTINADA AO CUSTEIO DA EDUCAÇÃO BÁSICA. SALÁRIO-EDUCAÇÃO. COBRANÇA NOS TERMOS DO DL 1.422/1975 E DOS DECRETOS 76.923/1975 E 87.043/1982. CONSTITUCIONALIDADE SEGUNDO AS CARTAS DE 1969 E 1988. PRECEDENTES.

Nos termos da Súmula 732/STF. é constitucional a cobrança da contribuição do salário-educação, seja sob a Carta de 1969, seja sob a Constituição Federal de 1988, e no regime da Lei 9.424/1996. A cobrança da exação, nos termos do DL 1.422/1975 e dos Decretos 76.923/1975 e 87.043/1982 é compatível com as Constituições de 1969 e 1988. Precedentes. Repercussão geral da matéria reconhecida e jurisprudência reafirmada, para dar provimento ao recurso extraordinário da União.

(RE 660933/RG, Relator(a): Min.Joaquim Barbosa, julgado em 02/02/2012, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-037 DIVULG 22-02-2012 PUBLIC 23-02-2012)

Quanto à contribuição ao INCRA, o Superior Tribunal de Justiça já editou a Súmula 516 no sentido de que *"A contribuição de intervenção no domínio econômico para o INCRA (Decreto-Lei n. 1.110/1970), devida por empregadores rurais e urbanos, não foi extinta pelas Leis ns. 7.787/1989, 8.212/1991 e 8.213/1991, não podendo ser compensada com a contribuição ao INSS."*

Isso porque, a jurisprudência do STJ, de forma reiterada, deixou assentado, como (v.g.) no REsp 995564, que a contribuição ao INCRA é uma contribuição de intervenção no domínio econômico, destinada aos programas e projetos vinculados à reforma agrária, visando atender aos princípios da função social da propriedade e a diminuição das desigualdades regionais e sociais, não exigindo a referibilidade direta entre o sujeito passivo o os beneficiários.

Nesse sentido, é de se concluir que a Constituição de 1988 recepcionou a legislação que prevê a exigência da contribuição ao INCRA sobre a folha de salários.

Calha anotar que há entendimento firmado no sentido de que é devida por empresa urbana a contribuição destinada ao INCRA, como no AgR no RE 423856, Relator Min. Gilmar Mendes, ou no AgR no AI 812058, Rel. Min. Ricardo Lewandowski.

Nesse sentido, os argumentos da apelante não merecem prosperar devendo ser mantida a doutra sentença monocrática, restando prejudicada a análise da compensação.

Diante do exposto, nego provimento à apelação.

É o voto.

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. APELAÇÃO DA IMPETRANTE. DIREITO TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES PARA O (SEBRAE, SENAI, SESI, INCRA E SALÁRIO EDUCAÇÃO). CONSTITUCIONALIDADE DA BASE DE CÁLCULO. EC 33/2001. NÃO PROVIMENTO DA APELAÇÃO.

1. De acordo com o artigo 240 da Constituição Federal, ficam ressalvadas do disposto no art. 195 as atuais contribuições compulsórias dos empregadores sobre a folha de salários, destinadas à entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao *sistema* sindical.

2. *In casu*, o presente recurso de apelação ressalta a tese de que, com o advento da Emenda Constitucional 33/2001 - que acresceu o § 2º ao artigo 149 da Constituição Federal, houve positivação de rol taxativo das bases de cálculo impositivas para as contribuições sociais, interventivas (CIDES) e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, mencionadas no caput. Assim, segundo a apelante, uma vez que as contribuições sociais destinadas à Terceiras Entidades (*INCRA*, Salário Educação, SEBRAE, *Sistema "S"*) são calculadas sobre a folha de salários, base alheia ao rol *numerus clausus* do § 2º, do artigo 149, CF, haveria que se concluir que tais valores são, presentemente, inexigíveis.

3. O § 2º do artigo 149 da Constituição Federal não é proibitivo, no sentido de impedir que a lei adote outras bases de cálculo. O objetivo do constituinte derivado não foi o de restringir a ação do legislador, como sempre se fez relativamente às contribuições do artigo 195, mas o de preencher o enorme vazio normativo da redação anterior, indicando, agora, possibilidades, que ficam de logo asseguradas para a imposição fiscal, sem prejuízo de que a lei preveja, em cada situação concreta, a base de cálculo ou material respectiva, e a alíquota pertinente, específica ou *ad valorem*.

4. Reconhecida a repercussão geral do tema discutido nestes autos no julgamento do RE 603.624, que ainda pende de julgamento. Em verdade, o que se observa é que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, presentemente, está orientada em sentido contrário à pretensão do(a) apelante. A jurisprudência desta Corte está consolidada a respeito da possibilidade de utilização da folha de salários como base de cálculo das contribuições referidas no caput do artigo 149 da Constituição Federal, frente à Emenda Constitucional 33/2001.

5. Inexiste qualquer incompatibilidade de natureza constitucional entre a base de cálculo (folha de salários) das contribuições combatidas e as bases econômicas mencionadas no art. 149, § 2º, inciso III, alínea "a", do texto constitucional. Assim, as contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico podem, certamente, incidir sobre a folha de salários.

6. Apelação não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002987-33.2019.4.03.6144

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: MAXI SERVICOS LTDA.

Advogados do(a) APELANTE: MONICA FERRAZ IVAMOTO - SP154657-A, DENIS KENDI IKEDA ARAKI - SP310830-A, LUIS ALEXANDRE BARBOSA - SP195062-A

APELADO: DELEGADO DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM BARUERI/SP, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002987-33.2019.4.03.6144

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: MAXI SERVICOS LTDA.

Advogados do(a) APELANTE: MONICA FERRAZ IVAMOTO - SP154657-A, DENIS KENDI IKEDA ARAKI - SP310830-A, LUIS ALEXANDRE BARBOSA - SP195062-A

APELADO: DELEGADO DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM BARUERI/SP, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por **Maxi Serviços Ltda**, em face da r. sentença (Id num. 126661980), que denegou a segurança, nos autos do mandado de segurança por meio de que a impetrante almeja a prolação de ordem a que a autoridade impetrada se abstenha de lhe exigir as contribuições ao Incra, ao Sebrae e ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), ao argumento de que foram extintas, pois são incompatíveis com a EC nº 33/2001. Requer, ainda, *“seja autorizada a instauração de Cumprimento de Sentença nos próprios autos, nos termos do entendimento pacífico do C. STJ, como alternativa à compensação.”*

Com a inicial foram juntados documentos.

O pedido de medida liminar foi indeferido.

Notificada, a autoridade impetrada prestou informações sustentando, sem declinar a substanciação correspondente, a ocorrência de litispendência. No mérito, essencialmente aduziu a legalidade da cobrança de referidas exações.

A União requereu o seu ingresso no feito.

Instado, o Ministério Público Federal não se manifestou na demanda.

A União requereu o seu ingresso no feito.

O MM. Juíza *quo denegou a segurança* (Id num. 126661980), nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil. Sem condenação honorária de acordo com o artigo 25 da Lei nº 12.016/2009 e súmulas ns. 512/STF e 105/STJ.

Em razões recursais (Id num. 126662034), requer a impetrante i) a **anulação da sentença** no que tange a realização do julgamento *extra petita* pelo D. Juízo de 1ª instância, referente especificamente ao reconhecimento da constitucionalidade da exigibilidade das Contribuições ao SESC (Serviço Social do Comércio) e SENAC (Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial), em razão da ofensa ao art. 492, do CPC; e (ii) seja dado integral provimento ao presente Recurso de Apelação, reformando-se integralmente a r. sentença proferida em 1ª instância, para que seja reconhecido o direito líquido e certo da Apelante de não recolher as Contribuições Sociais de Intervenção sobre o Domínio Econômico (i) ao INCRA (Lei 2.613/55) e (ii) ao SEBRAE (Lei 8.029/90) e a (iii) Contribuição Social Geral ao Salário-Educação – FNDE (Decreto 6.003/06) e, via de consequência; (iii) seja reconhecido seu direito à repetição do indébito referente aos valores indevidamente recolhidos a maior desde o quinquênio anterior à impetração do presente *mandamus*, mediante compensação ou, alternativamente, através da instauração de Cumprimento de Sentença nos próprios autos, nos termos da Súmula 46112 e do entendimento pacífico do C. STJ, como alternativa.

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

O ilustre Representante do Ministério Público Federal opina pelo regular prosseguimento do feito (Id num. 128818202).

É o Relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002987-33.2019.4.03.6144

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: MAXI SERVICOS LTDA.

Advogados do(a) APELANTE: MONICA FERRAZ IVAMOTO - SP154657-A, DENIS KENDI IKEDA ARAKI - SP310830-A, LUIS ALEXANDRE BARBOSA - SP195062-A

APELADO: DELEGADO DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM BARUERI/SP, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Como relatado, a apelada impetrou o presente mandado de segurança, objetivando afastar a exigibilidade das contribuições ao INCRA, ao SEBRAE e ao FNDE, ao argumento de terem sido extintas, porque não compatíveis com a EC nº 33/2001.

A sentença recorrida denegou a segurança, reconhecendo a constitucionalidade e exigibilidade das contribuições ao SEBRAE, INCRA, SESC, SENAC e FNDE.

Assim, considerando que não formulado pedido acerca da exigibilidade das contribuições ao SESC e SENAC, a sentença deve ser reduzida aos limites do pedido, não se impondo o decreto de nulidade, mas adequando-a ao requerimento feito na petição inicial.

A jurisprudência é pacífica quanto a esta solução, conforme se constata da jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FUNDADA EM TÍTULO JUDICIAL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE AO ART. 20, §§ 3º E 4º, DO CPC QUE ENCONTRA ÓBICE NA COISA JULGADA E NA SÚMULA 7/STJ.

QUESTÃO RELATIVA AO ART. 460 DO CPC DECIDIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STJ. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ.

1. (...)

3. Ao reduzir a sentença aos limites do que a embargante postulou na petição inicial dos embargos à execução, o Tribunal de origem não negou vigência ao art. 460 do CPC; muito pelo contrário, decidiu em consonância com a orientação jurisprudencial do STJ.

4. Agravo regimental não provido."

(AgRg no REsp 1264915/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/03/2013, DJe 18/03/2013) – grifei.

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ERRO MATERIAL. JULGAMENTO ULTRA PETITA. CARACTERIZAÇÃO. EXCLUSÃO DO IPC DE FEVEREIRO DE 1991. EMBARGOS ACOLHIDOS. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

1. Partindo o julgado de premissa falsa ou equivocada, reclama efeito modificativo.

2. Configura-se ultra petita a decisão que ultrapassa os limites traçados pelas partes e concede objeto diverso do discutido nos autos, decidindo além do pedido expresso na inicial.

3. A decisão ultra petita, ao contrário da extra petita, não é nula. Ao invés de ser anulada, deve ser reduzida aos limites do pedido.

4. Embargos de declaração acolhidos para, reconhecendo a existência de erro material, conhecer do agravo de instrumento e dar provimento ao recurso especial no sentido de excluir da memória discriminada do cálculo a aplicação do IPC no mês de fevereiro de 1991."

(EDcl no AgRg no Ag 262.329/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ de 5.12.2005, p. 385) – grifei

Assim, acolho a preliminar arguida.

No mérito, requer a apelante que seja reconhecido o direito líquido e certo de não recolher as Contribuições Sociais de Intervenção sobre o Domínio Econômico ao INCRA (Lei 2.613/55), ao SEBRAE (Lei 8.029/90) e a Contribuição Social Geral ao Salário-Educação – FNDE (Decreto 6.003/06) e, via de consequência; seja reconhecido seu direito à repetição do indébito referente aos valores indevidamente recolhidos a maior desde o quinquênio anterior à impetração do presente *mandamus*, mediante compensação ou, alternativamente, através da instauração de Cumprimento de Sentença nos próprios autos, nos termos da Súmula 46112 e do entendimento pacífico do C. STJ, como alternativa.

In casu, a Constituição Federal adotou a expressão "poderão ter alíquotas", a qual contém, semanticamente, a ideia de "possibilidade", não de "necessidade/obrigatoriedade" como pretende atribuir-lhe a apelante, tratando-se, portanto, de rol meramente exemplificativo.

"Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

(...)§ 2º As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o caput deste artigo: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)(...)

III - poderão ter alíquotas: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

a) ad valorem, tendo por base o faturamento, a receita bruta ou o valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

Verifica-se do disposto no inciso III acima que as hipóteses de incidência enumeradas pelo poder constituinte derivado não encerram um rol taxativo, podendo o legislador ordinário criar outras bases de cálculo para os citados tributos.

Nesse sentido, o artigo 240 da Constituição da República recepcionou expressamente as contribuições sociais do chamado sistema "S", tendo a folha de salários como base de cálculo, e não foi revogado e nem modificado pela citada EC 33/2001. Confira-se, verbis:

"Art. 240. Ficam ressalvadas do disposto no art. 195 as atuais contribuições compulsórias dos empregadores sobre a folha de salários, destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical."

Ademais, reconhecida a repercussão geral do tema discutido nestes autos no RE 603.624, que ainda pende de julgamento. O que se observa é que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, presentemente, está orientada em sentido contrário à pretensão da apelante:

AI 766.759, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, monocrática DJe 22/10/2009 :

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO AO SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS - SEBRAE: CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES. REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. DESNECESSIDADE DE EXAME. ART. 323, PRIMEIRA PARTE, DO REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO.

1. Agravo de instrumento contra decisão que não admitiu recurso extraordinário, interposto com base no art. 102, inc. III, alínea a, da Constituição da República.

2. O recurso inadmitido tem como objeto o seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região: "TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA. CONTRIBUIÇÕES AO SEBRAE-APEX-ABDI. PRESCRIÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE. 1. Dispõe o contribuinte do prazo de dez anos retroativos ao ajuizamento das ações intentadas até 08.06.2005 para postular a restituição do indébito, a contar do fato gerador; cinco dos quais relativos à homologação tácita dos tributos sujeitos a essa modalidade de lançamento (art. 150, § 4º, do CTN) e cinco de prazo prescricional propriamente dito (art. 168, I, do CTN), afastadas as disposições da LC 118/2005. 2. Proposta a ação após 09.06.2005, submete-se a prescrição quinquenal às novas disposições introduzidas pela LC 118/2005, sendo esta a hipótese dos autos. 3. A contribuição ao SEBRAE não é nova, tratando-se de adicional às alíquotas das contribuições ao SESI/SENAI e ao SESC/SENAC, apesar de ser totalmente autônoma e desvinculada daquelas que a originaram. Assim, como não é contribuição prevista no art. 195, mas no 149, não se inclui na ressalva do art. 240 da Constituição. 4. Apelação improvida" (fl. 288).

3. A decisão agravada teve como fundamento para a inadmissibilidade do recurso extraordinário a harmonia do julgado recorrido com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (fls. 371-372).

4. A Agravante alega que teria sido contrariado o art. 149, § 2º, da Constituição da República (norma alterada pela Emenda Constitucional n. 33/2001). Sustenta que "as contribuições exigidas com base no art. 149, a partir de 11/12/2001, somente poderão tomar como base o 'faturamento', a 'receita bruta' ou o 'valor da operação' (em caso de importação), nunca a folha de salários. (...) a alteração promovida pela EC nº 33/2001, embora simples, estabeleceu novas técnicas de validação e imposição para as contribuições em questão, restringindo a exigibilidade das mesmas às hipóteses (bases de cálculo) previstas naquele dispositivo constitucional, que corporifica a regra matriz de incidência tributária das exações" (fls. 306-307). Apreciada a matéria posta em exame, DECIDO.

5. Em preliminar, é de se ressaltar que, apesar de ter sido a Agravante intimada depois de 3.5.2007 e constar no recurso extraordinário capítulo destacado para a defesa da repercussão geral da questão constitucional, não é o caso de se iniciar o procedimento para a aferição da sua existência, pois, nos termos do art. 323, primeira parte, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal - com a redação determinada pela Emenda Regimental n. 21/2007 -, esse procedimento somente terá lugar "quando não for o caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão". Essa é a situação do caso em exame, em que a análise da existência, ou não, da repercussão geral da questão constitucional torna-se dispensável, pois há outro fundamento suficiente para a inadmissibilidade do recurso.

6. Razão de direito não assiste à Agravante.

7. No julgamento do Recurso Extraordinário 396.266, Relator o Ministro Carlos Velloso, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu no sentido da constitucionalidade da contribuição destinada ao Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas - Sebrae. Confira-se, a propósito:

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO: SEBRAE: CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. Lei 8.029, de 12.4.1990, art. 8º, § 3º. Lei 8.154, de 28.12.1990. Lei 10.668, de 14.5.2003. C.F., art. 146, III; art. 149; art. 154, I; art. 195, § 4º.

I. - As contribuições do art. 149, C.F. - contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais ou econômicas - posto estarem sujeitas à lei complementar do art. 146, III, C.F., isto não quer dizer que deverão ser instituídas por lei complementar. A contribuição social do art. 195, § 4º, C.F., decorrente de 'outras fontes', é que, para a sua instituição, será observada a técnica da competência residual da União: C.F., art. 154, I, ex vi do disposto no art. 195, § 4º. A contribuição não é imposto. Por isso, não se exige que a lei complementar defina a sua hipótese de incidência, a base impositiva e contribuintes: C.F., art. 146, III, a. Precedentes: RE 138.284/CE, Ministro Carlos Velloso, RTJ 143/313; RE 146.733/SP, Ministro Moreira Alves, RTJ 143/684.

II. - A contribuição do SEBRAE - Lei 8.029/90, art. 8º, § 3º, redação das Leis 8.154/90 e 10.668/2003 - é contribuição de intervenção no domínio econômico, não obstante a lei a ela se referir como adicional às alíquotas das contribuições sociais gerais relativas às entidades de que trata o art. 1º do D.L. 2.318/86, SESI, SENAI, SESC, SENAC. Não se inclui, portanto, a contribuição do SEBRAE, no rol do art. 240, C.F.

III. - Constitucionalidade da contribuição do SEBRAE. Constitucionalidade, portanto, do § 3º, do art. 8º, da Lei 8.029/90, com a redação das Leis 8.154/90 e 10.668/2003. IV. - R.E. conhecido, mas improvido" (DJ 27.2.2004).

8. No mesmo julgamento, decidiu-se que essa contribuição seria exigível de empresas que exercem atividade econômica, não sendo necessária a vinculação direta entre o contribuinte e o benefício decorrente da aplicação dos valores arrecadados. Dessa orientação não divergiu o acórdão recorrido.

9. Quanto à afirmação da Agravante de que as alterações produzidas no art. 149 da Constituição pela Emenda Constitucional n. 33/2001, teriam tornado inconstitucional a incidência da contribuição ao Sebrae sobre a folha de salários, é de se realçar; como o fez o Ministro Joaquim Barbosa no julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 733.110, que: "Destaco, no ponto, que o pronunciamento da Corte sobre a constitucionalidade da contribuição ocorreu em 2004, data posterior; portanto, à EC 33. Vale ressaltar que o inciso III desse parágrafo não é taxativo quanto às alíquotas das contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico" (DJ 2.2.2009). Nada há, pois, a prover quanto às alegações da Agravante.

10. Pelo exposto, nego seguimento a este agravo (art. 557, caput, do Código de Processo Civil, e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

"AI 472.496 AgR, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ 04/08/2006:

"1. Salário-educação: validade da contribuição do salário-educação em face da Carta de 1969 e a sua recepção pela Constituição de 1988, em conformidade com o entendimento adotado pelo plenário do Tribunal no RE 290.079, Ilmar Galvão, DJ 04.04.2003: incidência da Súmula 732.

2. Recurso extraordinário: descabimento: questão relativa à inexigibilidade de as empresas prestadoras de serviço recolherem o salário-educação, que está adstrita ao exame da violação à legislação infraconstitucional, ao qual não se presta o RE."

Esta E. Corte também assim decidiu:

"TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES DESTINADAS AO INCRA E SEBRAE. CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO - CIDE. LEGITIMIDADE DAS EXIGÊNCIAS. BASE DE CÁLCULO. "FOLHA DE SALÁRIOS". POSSIBILIDADE. ART. 149, § 2º, III, DA CF É ROL MERAMENTE EXEMPLIFICATIVO. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. Inicialmente, no que tange à prescrição, às ações ajuizadas anteriormente a entrada em vigor da Lei Complementar 118/2005, aplica-se o entendimento até então consagrado no Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual o prazo prescricional para restituição dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação ocorre em cinco anos contados da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais cinco anos contados da homologação tácita - tese dos "cinco mais cinco" (Embargos de Divergência em RESP n.º 435.835/SC - 2003/0037960-2) e, às ações ajuizadas após 09 de junho de 2005, aplica-se o prazo prescricional quinquenal.

2. No mérito, as contribuições ao INCRA e SEBRAE são consideradas contribuições especiais atípicas de intervenção no domínio econômico. São interventivas, pois a primeira visa financiar os programas e projetos vinculados à reforma agrária e suas atividades complementares, ao passo que a segunda destina-se a disseminar o fomento às micro e pequenas empresas. E, são contribuições especiais atípicas, na medida em que são constitucionalmente destinadas a finalidades não diretamente referidas ao sujeito passivo da obrigação tributária (referibilidade).

3. A contribuição ao INCRA foi inteiramente recepcionada pela nova ordem constitucional. Ademais, a supressão da exação para o FUNRURAL pela Lei nº 7.787/89 e a unificação do sistema de previdência através da Lei nº 8.212/91 não provocaram qualquer alteração na parcela destinada ao INCRA. Inexistindo, portanto, qualquer ilegalidade na contribuição ao INCRA, consoante decisões de nossa Corte de Justiça:

4. No tocante à contribuição para o Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas - SEBRAE, instituída pela Lei nº 8029/90, é contribuição especial atípica de intervenção no domínio econômico, prevista no artigo 149 da atual Constituição Federal, não necessitando de lei complementar para ser instituída. Do mesmo modo, não há qualquer ilegalidade na contribuição ao SEBRAE, confira-se o seguinte julgado do Egrégio Supremo Tribunal Federal:

5. O cerne da tese trazida a juízo pela parte impetrante consiste na inconstitucionalidade de Contribuições Sociais de Intervenção no Domínio Econômico, sejam atípicas ou não, adotarem como base de cálculo a "folha de salários", tendo em vista que o artigo 149, § 2º, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, na redação atribuída pelo artigo 1º, da Emenda Constitucional nº 33/2001, teria estabelecido um rol taxativo de bases de cálculo ad valorem possíveis, no qual esta não estaria inclusa.

6. No entanto, o que se depreende do texto constitucional é tão-somente a possibilidade de algumas bases de cálculos serem adotadas pelas Contribuições Sociais de Intervenção no Domínio Econômico, sem que haja qualquer restrição explícita à adoção de outras bases de cálculo não constantes na alínea "a". Trata-se, portanto, de rol meramente exemplificativo.

7. Desse modo, não vislumbro óbice à adoção da "folha de salários" como base de cálculo das contribuições de intervenção no domínio econômico.

8. Recurso de apelação da parte impetrante improvido, mantendo a sentença, que julgou improcedente os pedidos formulados na petição inicial, denegando a segurança, para declarar a exigibilidade das contribuições ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA e ao Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas - SEBRAE, ambos sobre a folha de salários da impetrante, negando-lhe o direito de compensação." (sem grifos no original)(TRF 3ª Região, QUINTA TURMA, AMS - APELAÇÃO CÍVEL - 329264 - 0001898-13.2010.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES, julgado em 14/09/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:23/09/2015)

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. BASE DE CÁLCULO. CONTRIBUIÇÕES AO INCRA, SESC, SENAC E SEBRAE. EC 33/2001. ACRÉSCIMO DO § 2º. ARTIGO 149, CF. TESE DE RESTRIÇÃO DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA REJEITADA.

1. A EC 33/2001 acresceu ao artigo 149 da Carta Federal o § 2º, definindo possíveis hipóteses de incidência das contribuições, sem, porém, instituir norma proibitiva, no sentido de impedir que a lei adote outras bases de cálculo, pois apenas prevê que faturamento, receita, valor da operação e valor aduaneiro, este no caso de importação, podem ser considerados na aplicação de alíquota ad valorem.

2. O objetivo do constituinte derivado, no artigo 149, não foi o de restringir a ação do legislador, mas o de preencher o enorme vazio normativo da redação anterior; indicando, agora, possibilidades, que ficam de logo asseguradas para a imposição fiscal, sem prejuízo de que a lei preveja, em cada situação concreta, a base de cálculo ou material respectiva, e a alíquota pertinente, específica ou ad valorem.

3. Agravo de instrumento improvido."(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 592521 - 0022346-61.2016.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 19/04/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/05/2017)

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO DE APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO AO INCRA. INSTITUIÇÃO POR LEI COMPLEMENTAR. DESNECESSIDADE. CIDE. EC Nº 33/01. ART. 149, § 2º, III, CF. BASE DE CÁLCULO. FOLHA DE SALÁRIOS. POSSIBILIDADE. COBRANÇA DE EMPRESA URBANA. INFRINGÊNCIA À REFERIBILIDADE. INOCORRÊNCIA. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.

1. A jurisprudência dessa E. Terceira Turma é assente em reconhecer que é dispensável a edição de Lei Complementar para a instituição dos tributos elencados no artigo 149, da Constituição Federal.

2. Isto decorre porque o mandamento constitucional delimita que as contribuições de intervenção no domínio econômico - CIDE - devem respeitar a lei complementar tributária elencada no artigo 146, inciso III, da Constituição Federal, qual seja, o Código Tributário Nacional, razão pela qual é despicienda a instituição das referidas exações através de lei complementar:

3. *A E. Terceira Turma tem jurisprudência pacífica que as hipóteses de incidência para as Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico - CIDE, elencadas no artigo 149, § 2º, inciso III, da Constituição Federal, introduzidas pela Emenda Constitucional nº 33/01, têm o objetivo de preencher o vazio legislativo existente anteriormente, delimitando apenas possibilidades da incidência, mas não realizando proibições de eleição de outras hipóteses pelo legislador ordinário.*

4. *Isto decorre porque, repita-se, não se deve dar interpretação restritiva ao aludido dispositivo constitucional, mas apenas de se verificar que o constituinte derivado elencou algumas hipóteses sobre as quais poderiam incidir as Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico, não impossibilitando que a lei delimite outra hipótese de incidência.*

5. *O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que as contribuições sociais destinadas ao FUNRURAL e ao INCRA incidem sobre empresas urbanas, em virtude do seu caráter de contribuição especial de intervenção no domínio econômico (CIDE) que visa financiar os programas e projetos vinculados à reforma agrária e suas atividades complementares (STJ. Segunda Turma. REsp 1584761/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS. Julgado em 07/04/2016. DJe de 15/04/2016).*

6. *O C. Supremo Tribunal Federal também já se posicionou acerca da constitucionalidade da referida exação, sob o argumento de que "a contribuição destinada ao INCRA é devida por empresa urbana, porque se destina a cobrir os riscos aos quais está sujeita toda a coletividade de trabalhadores" (RE-AgR 469288/RS, Segunda Turma, Relator Ministro Eros Grau, j. 1º/4/2008, DJe de 8/5/2008).*

7. *Assim, é improcedente a alegação neste ponto, não havendo pertinência a mencionada referibilidade com as empresas urbanas e pela contribuição ser destinada ao INCRA.*

8. *Recurso de apelação desprovido." (sem grifos no original)(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 279755 - 0000082-39.2005.4.03.6110, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, julgado em 22/11/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/11/2017)*

Diante do exposto não há como atender as alegações da apelante referente ao SEBRAE (Lei 8.029/90) e ao INCRA.

Em relação à contribuição do salário-educação está prevista no artigo 212, § 5º, da Constituição Federal, nos seguintes termos:

"Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

(...)

§ 5º - A educação básica pública terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhida pelas empresas na forma da lei."

A regulamentação do dispositivo constitucional foi feita pela Lei nº 9.424/1996, que dispõe sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério. Em seu artigo 15 estabeleceu que:

"Art. 15. O salário-educação, previsto no art. 212, § 5º, da Constituição Federal e devido pelas empresas, na forma em que vier a ser disposto em regulamento, é calculado com base na alíquota de 2,5% (dois e meio por cento) sobre o total de remunerações pagas ou creditadas, a qualquer título, aos segurados empregados, assim definidos no art. 12, inciso I, da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991."

A Lei nº 9.766/98, por sua vez, explicitou o conceito de empresa para fins de incidência da contribuição do salário-educação nos seguintes termos:

"Art. 1º - A contribuição social do salário-educação, a que se refere o art. 15 da Lei nº 9.424, de 24 de dezembro de 1996, obedecerá aos mesmos prazos e condições, e sujeitar-se-á às mesmas sanções administrativas ou penais e outras normas relativas às contribuições sociais e demais importâncias devidas à Seguridade Social, ressalvada a competência do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação- FNDE, sobre a matéria.

(...)

§ 3º - Entende-se por empresa, para fins de incidência da contribuição social do salário-educação, qualquer firma individual ou sociedade que assume o risco de atividade econômica, urbana ou rural, com fins lucrativos ou não, bem como as empresas e demais entidades públicas ou privadas, vinculadas à Seguridade Social." - destaquei.

No mesmo sentido estabeleceu o Decreto nº 6.003/2006, atualmente regulamentador da matéria, considerando como empresas contribuintes do salário-educação qualquer firma individual ou sociedade que assuma o risco de atividade econômica, urbana ou rural, com fins lucrativos ou não:

"Art. 2º São contribuintes do salário-educação as empresas em geral e as entidades públicas e privadas vinculadas ao Regime Geral da Previdência Social, entendendo-se como tais, para fins desta incidência, qualquer firma individual ou sociedade que assuma o risco de atividade econômica, urbana ou rural, com fins lucrativos ou não, bem assim a sociedade de economia mista, a empresa pública e demais sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público, nos termos do art. 173, § 2º, da Constituição."

O E. Supremo Tribunal Federal declarou, com eficácia "erga omnes" e efeito "ex tunc", a constitucionalidade da referida norma na ação Declaratória de constitucionalidade nº 3, afastando a necessidade de lei complementar para a instituição da contribuição do salário-educação, bem como editou a Súmula nº 732, *verbis*:

"É constitucional a cobrança da contribuição do salário-educação, seja sob a Carta de 1969, seja sob a Constituição Federal de 1988, e no regime da Lei 9.424/96."

A constitucionalidade foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em precedente também alçado à sistemática da repercussão geral (RE nº 660933). Nesse sentido:

"TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DESTINADA AO CUSTEIO DA EDUCAÇÃO BÁSICA. SALÁRIO-EDUCAÇÃO. COBRANÇA NOS TERMOS DO DL 1.422/1975 E DOS DECRETOS 76.923/1975 E 87.043/1982. CONSTITUCIONALIDADE SEGUNDO AS CARTAS DE 1969 E 1988. PRECEDENTES."

Nos termos da Súmula 732/STF. é constitucional a cobrança da contribuição do salário-educação, seja sob a Carta de 1969, seja sob a Constituição Federal de 1988, e no regime da Lei 9.424/1996. A cobrança da exação, nos termos do DL 1.422/1975 e dos Decretos 76.923/1975 e 87.043/1982 é compatível com as Constituições de 1969 e 1988. Precedentes. Repercussão geral da matéria reconhecida e jurisprudência reafirmada, para dar provimento ao recurso extraordinário da União."

(RE 660933/RG, Relator(a): Min.Joaquim Barbosa, julgado em 02/02/2012, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-037 DIVULG 22-02-2012 PUBLIC 23-02-2012)

Quanto à contribuição ao INCRA, o Superior Tribunal de Justiça já editou a Súmula 516 no sentido de que "A contribuição de intervenção no domínio econômico para o INCRA (Decreto-Lei n. 1.110/1970), devida por empregadores rurais e urbanos, não foi extinta pelas Leis ns. 7.787/1989, 8.212/1991 e 8.213/1991, não podendo ser compensada com a contribuição ao INSS."

Isso porque, a jurisprudência do STJ, de forma reiterada, deixou assentado, como (v.g.) no REsp 995564, que a contribuição ao INCRA é uma contribuição de intervenção no domínio econômico, destinada aos programas e projetos vinculados à reforma agrária, visando atender aos princípios da função social da propriedade e a diminuição das desigualdades regionais e sociais, não exigindo a referibilidade direta entre o sujeito passivo e os beneficiários.

Nesse sentido, é de se concluir que a Constituição de 1988 recepcionou a legislação que prevê a exigência da contribuição ao INCRA sobre a folha de salários.

Calha anotar que há entendimento firmado no sentido de que é devida por empresa urbana a contribuição destinada ao INCRA, como no AgR no RE 423856, Relator Min. Gilmar Mendes, ou no AgR no AI 812058, Rel. Min. Ricardo Lewandowski.

Nesse sentido, os argumentos da apelante não merecem prosperar devendo ser acolhida em parte a preliminar e, no mérito negar provimento ao pedido referente às contribuições do SEBRAE, INCRA e Salário Educação, restando prejudicada a análise da compensação.

Diante do exposto, acolho a preliminar arguida pela impetrante em parte, apenas para reduzir a r. sentença aos limites do pedido e, no mérito, nego provimento à apelação.

É o voto.

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. APELAÇÃO DA IMPETRANTE. DIREITO TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES PARA O (SEBRAE, INCRA E SALÁRIO EDUCAÇÃO). CONSTITUCIONALIDADE DA BASE DE CÁLCULO. EC 33/2001. PRELIMINAR ACOLHIDA. LIMITES DO PEDIDO. ARTIGO 492 DO CPC/2015. NÃO PROVIMENTO DA APELAÇÃO.

1. É inequívoco que a r. sentença extrapolou os limites do pedido formulado na inicial e, a teor do disposto nos arts. 141 e 492 do Código de Processo Civil, ocorrendo violação ao princípio da adstrição do *decisum* aos limites do pedido, não se impondo o decreto de nulidade, mas deve ser restringida para adequar-se ao requerimento feito na petição inicial, com o parcial acolhimento da preliminar suscitada.

2. De acordo com o artigo 240 da Constituição Federal, ficam ressalvadas do disposto no art. 195 as atuais contribuições compulsórias dos empregadores sobre a folha de salários, destinadas à entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao *sistema* sindical.

3. *In casu*, o presente recurso de apelação ressalta a a tese de que, com o advento da Emenda Constitucional 33/2001 - que acresceu o § 2º ao artigo 149 da Constituição Federal, houve positivamente de rol taxativo das bases de cálculo impositivas para as contribuições sociais, interventivas (CIDES) e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, mencionadas no caput. Assim, segundo a apelante, uma vez que as contribuições sociais destinadas à Terceiras Entidades (INCRA, Salário Educação, SEBRAE) são calculadas sobre a folha de salários, base alheia ao rol *numerus clausus* do § 2º, do artigo 149, CF, haveria que se concluir que tais valores são, presentemente, inexigíveis.

4. O § 2º do artigo 149 da Constituição Federal não é proibitivo, no sentido de impedir que a lei adote outras bases de cálculo. O objetivo do constituinte derivado não foi o de restringir a ação do legislador, como sempre se fez relativamente às contribuições do artigo 195, mas o de preencher o enorme vazio normativo da redação anterior, indicando, agora, possibilidades, que ficam de logo asseguradas para a imposição fiscal, sem prejuízo de que a lei preveja, em cada situação concreta, a base de cálculo ou material respectiva, e a alíquota pertinente, específica ou *ad valorem*.

5. Reconhecida a repercussão geral do tema discutido nestes autos no julgamento do RE 603.624, que ainda pende de julgamento. Em verdade, o que se observa é que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, presentemente, está orientada em sentido contrário à pretensão do(a) apelante. A jurisprudência desta Corte está consolidada a respeito da possibilidade de utilização da folha de salários como base de cálculo das contribuições referidas no *caput* do artigo 149 da Constituição Federal, frente à Emenda Constitucional 33/2001.

6. Inexiste qualquer incompatibilidade de natureza constitucional entre a base de cálculo (folha de salários) das contribuições combatidas e as bases econômicas mencionadas no art. 149, § 2º, inciso III, alínea "a", do texto constitucional. Assim, as contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico podem, certamente, incidir sobre a folha de salários.

7. Não se pode reconhecer a inconstitucionalidade da contribuição destinada ao SEBRAE por conta da redação do artigo 149, §2º da Carta Magna, alterada pela EC 33/2001, e a Constituição de 1988 recepcionou a legislação que prevê a exigência da contribuição ao INCRA sobre a folha de salários.

8. Nos termos da Súmula 732/STF: é constitucional a cobrança da contribuição do salário-educação, seja sob a Carta de 1969, seja sob a Constituição Federal de 1988, e no regime da Lei 9.424/1996. A cobrança da exação, nos termos do DL 1.422/1975 e dos Decretos 76.923/1975 e 87.043/1982 é compatível com as Constituições de 1969 e 1988.

9. Preliminar acolhida em parte. Apelação não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, acolheu a preliminar arguida pela impetrante em parte, apenas para reduzir a r. sentença aos limites do pedido e, no mérito, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5003318-51.2018.4.03.6111

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: BRUDDEN EQUIPAMENTOS LTDA

Advogados do(a) APELADO: TATIANE THOME - SP223575-A, ROGERIO AUGUSTO CAMPOS PAIVA - SP175156-A, CARLOS ALBERTO RIBEIRO DE ARRUDA - SP133149-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5003318-51.2018.4.03.6111

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: BRUDDEN EQUIPAMENTOS LTDA

Advogados do(a) APELADO: TATIANE THOME - SP223575-A, ROGERIO AUGUSTO CAMPOS PAIVA - SP175156-A, CARLOS ALBERTO RIBEIRO DE ARRUDA - SP133149-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação e remessa oficial interpostas em face da r. sentença (Id num. 81281127) que julgou procedente o pedido nos autos do mandado de segurança com pedido de liminar, promovido por **BRUDDEN EQUIPAMENTOS LTDA** em desfavor do **DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM MARÍLIA**, com o objetivo de “reconhecer o direito da Impetrante de apurar crédito sobre a receita auferida com a exportação de bens à Zona Franca de Manaus (ZFM) e Áreas de Livre Comércio (ALCs), de acordo com o Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para Empresas Exportadoras – REINTEGRA, previsto no art. 21 e seguintes da Lei n.º 13.043/2014, desde que cumpridos os demais requisitos do art. 23 da mesma lei, no que tange às prestações vincendas”.

Sustenta que, em razão de suas atividades, possui direito líquido e certo de apurar crédito sobre a receita auferida com a exportação de bens à Zona Franca de Manaus (ZFM) e em Áreas de Livre Comércio (ALCs), de acordo com o Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para Empresas Exportadoras – REINTEGRA, previsto no art. 21 e seguintes da Lei n.º 13.043/2014, bem como reaver os créditos apurados nos últimos cinco anos, de acordo com a legislação vigente à época.

O dispositivo mencionado tem o objetivo de devolver parcial ou integralmente o resíduo tributário remanescente na cadeia de produção de bens exportados, na forma do artigo 23 da referida lei, o que resta prejudicado na atividade com a ZFM e com as ALCs, em razão da exegese da autoridade fiscal, que não permite a apuração do crédito, pois não considera as operações realizadas com empresas sediadas na Zona Franca de Manaus e Áreas de Livre Comércio como exportações ao exterior.

Aponta como perigo da demora, o aumento da carga tributária e conseqüentemente o custo de sua atividade que está a sofrer com a conduta da autoridade fiscal, com ferimento à livre competitividade, em especial em razão de momento de crise econômica.

A liminar postulada restou indeferida.

Informações prestadas (13683507).

O MM. Juiz *a quo* JULGOU PROCEDENTE E CONCEDEU A SEGURANÇA na forma do pedido inicial. Custas em reembolso pela UNIÃO. Sem honorários. Sentença sujeita à remessa oficial (art. 14, §1º, LMS).

Em razões recursais, a União Federal requer a reforma da r. sentença, uma vez que o aproveitamento do crédito do REINTEGRA em relação às vendas destinadas à Zona Franca de Manaus e Áreas de Livre Comércio, violou, inquestionavelmente, o artigo 150 § 6º da Constituição Federal e a própria Lei do Reintegra (art. 2º da Lei nº 12.546/2011 e arts. 22 e 23 da Lei 13.043/15)

Caso não seja dado total provimento ao recurso, na forma postulada, fica desde já requerido que essa C. Corte se manifeste expressamente sobre os princípios e dispositivos constitucionais e legais acima mencionados, de modo que reste regularmente prequestionada a matéria discutida, a fim de possibilitar o conhecimento da controvérsia pelos E. STJ e STF (Súmulas do STF 282 e 356; RSTJ 30/341).

Com contrarrazões, vieram os autos.

O ilustre Representante do Ministério Público Federal opina pelo regular prosseguimento do feito (Id num. 90150243).

É o Relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5003318-51.2018.4.03.6111

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: BRUDDEN EQUIPAMENTOS LTDA

Advogados do(a) APELADO: TATIANE THOME - SP223575-A, ROGERIO AUGUSTO CAMPOS PAIVA - SP175156-A, CARLOS ALBERTO RIBEIRO DE ARRUDA - SP133149-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Mandado de Segurança é uma ação constitucional prevista no artigo 5º, inciso LXIX da Constituição Federal e na norma prevista na Lei 12.016 de 2009, e tem por objeto a proteção de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

É o que se depreende da leitura do inciso LXIX, do artigo 5º da Constituição Federal: "*conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparável por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público*".

Nos termos do artigo 4º do Decreto-lei 288/1967, tem-se que "*A exportação de mercadorias de origem nacional para consumo ou industrialização na Zona Franca de Manaus, ou reexportação para o estrangeiro, será para todos os efeitos fiscais, constantes da legislação em vigor, equivalente a uma exportação brasileira para o estrangeiro*".

Da mesma forma, preconizam os artigos 40, 92 e 92-A do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, a saber:

Artigo 40 - É mantida a Zona Franca de Manaus, com suas características de área livre de comércio, de exportação e importação, e de incentivos fiscais, pelo prazo de vinte e cinco anos, a partir da promulgação da Constituição.

Artigo 92 - "São acrescidos dez anos ao prazo fixado no art. 40 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Artigo 92-A - São acrescidos 50 (cinquenta) anos ao prazo fixado pelo art. 92 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Ou seja, o legislador constitucional, expressamente, idealizou a Zona Franca de Manaus como beneficiária de favores fiscais, de tal modo que as exportações a ele dirigidas devem ser consideradas equiparadas à exportação de produto nacional.

Logo, na medida em que o REINTEGRA se constitui em benefício fiscal concedido às empresas exportadoras, permitindo o ressarcimento parcial ou integral do resíduo tributário federal existente na cadeia de produção (artigo 2º da Lei nº 12.456/2011), é possível estender a benesse às vendas internas dirigidas à Zona Franca de Manaus.

Esse entendimento encontra-se em consonância com a jurisprudência do STJ e dos Tribunais Regionais Federais, no sentido de que, no âmbito do Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras (Reintegra), instituído pela Lei 12.456/2011, a venda de mercadorias para empresas situadas na Zona Franca de Manaus equivale à exportação de produto brasileiro para o estrangeiro, nos termos estabelecidos no Decreto-Lei 288/67, fazendo jus o contribuinte à compensação e aos benefícios fiscais decorrentes.

Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CRÉDITOS DO ÂMBITO DO REINTEGRA. LEI 12.456/2011. VENDAS EFETUADAS PARA A ZONA FRANCA DE MANAUS E ÁREAS DE LIVRE COMÉRCIO. EQUIPARAÇÃO À EXPORTAÇÃO BRASILEIRA PARA O ESTRANGEIRO. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. I. Agravo interno interposto em 12/04/2016, contra decisão publicada em 04/04/2016. II. Cinge-se a questão controversa a se determinar a possibilidade, ou não, de a empresa contribuinte poder creditar-se, no âmbito do Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras (Reintegra), instituído pela Lei 12.456/2001, das vendas realizadas para empresas da Zona Franca de Manaus. III. Na esteira do entendimento firmado no STJ, ao analisar especificamente o benefício conferido pela Lei 12.456/2011, "a venda de mercadorias para empresas situadas na Zona Franca de Manaus equivale à exportação de produto brasileiro para o estrangeiro, em termos de efeitos fiscais, segundo exegese do Decreto-Lei 288/67, fazendo jus a recorrida à compensação e aos benefícios fiscais requeridos" (STJ, AgRg no REsp 1.532.186/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 10/09/2015). No mesmo sentido: STJ, AgRg no REsp 1.550.849/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 16/10/2015. IV. Agravo interno improvido. ..EMEN:(AIRES P 201502230780, ASSUSETE MAGALHÃES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:25/05/2016).

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PIS/COFINS. REINTEGRA. VENDAS DE MERCADORIAS PARA EMPRESAS SITUADAS NA ZONA FRANCA DE MANAUS. EQUIVALÊNCIA. EXPORTAÇÃO DE PRODUTOS BRASILEIROS AO EXTERIOR. 1. A venda de mercadorias para empresas situadas na Zona Franca de Manaus equivale à exportação de produto brasileiro para o estrangeiro, para fins fiscais, segundo exegese do artigo 4º do Decreto Lei nº 288/1967, fazendo jus a agravante aos benefícios do Regime Especial e Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras (REINTEGRA). Precedentes: AgInt no REsp 1605804/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 20/09/2016; AgRg no REsp 1550849/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/10/2015, DJe 16/10/2015. 2. O Decreto Lei nº 288/1967, que criou a Zona Franca de Manaus, determina no art. 4º que: "a exportação de mercadorias de origem nacional para consumo ou industrialização na Zona Franca de Manaus, ou reexportação para o estrangeiro, será para todos os efeitos fiscais, constantes da legislação em vigor, equivalente a uma exportação brasileira para o estrangeiro". 3. Conforme disposto no citado art. 4º do Decreto Lei nº 288/67, recepcionado pelo art. 40 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988 - ADCT, as operações com mercadorias destinadas à Zona Franca de Manaus são, de fato, equiparadas à exportação para efeitos fiscais. 4. O objetivo da Lei nº 13.043, de 13.11.2014, que reinstalou o REINTEGRA, foi justamente o de aumentar a competitividade da indústria nacional mediante a desoneração das exportações. 5. As vendas realizadas pela agravante encontram subsunção integral às normas jurídicas que tratam da matéria sub examine. 6. Agravo de Instrumento provido. (AGRAVO 00521295520164010000, DESEMBARGADOR FEDERAL HERCULES FAJOSSES, TRF1 - SÉTIMA TURMA, e-DJFI DATA:03/02/2017).

O benefício tratado neste *mandamus* pode ser estendido a outras áreas de livre comércio, limitando-se, contudo, àquelas expressamente citadas no artigo 527 do Decreto n.º 6.759/2009 (Regulamento Aduaneiro), quais sejam, Boa Vista e Bonfim/RR:

Art. 527. A venda de mercadorias nacionais ou nacionalizadas, efetuada por empresas estabelecidas fora das áreas de livre comércio de Boa Vista e de Bonfim para empresas ali sediadas, será, para os efeitos fiscais, equiparada a uma exportação (Lei nº 11.732, de 2008, art. 7º).

Nesse sentido, precedentes jurisprudenciais:

"CONSTITUCIONAL - TRIBUTÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS DO REINTEGRA EM OPERAÇÕES DESTINADAS À ZONA FRANCA DE MANAUS E ÁREAS DE LIVRE COMÉRCIO - COMPENSAÇÃO.

1. A autoridade responsável por fiscalizar tributos recolhidos pela matriz é também legítima para figurar no polo passivo da ação mandamental que abrange as operações realizadas pelas filiais sediadas em outras cidades. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

2. O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: Art. 40. É mantida a Zona Franca de Manaus, com suas características de área livre de comércio, de exportação e importação, e de incentivos fiscais, pelo prazo de vinte e cinco anos, a partir da promulgação da Constituição. (Vide Decreto nº 7.212, de 2010)

3. Em 14 de dezembro de 2011, foi editada a Lei Federal n.º 12.546/2011 – conversão da Medida Provisória n.º 540/2011 – que instituiu o REINTEGRA – Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras: Art. 2º No âmbito do Reintegra, a pessoa jurídica produtora que efetue exportação de bens manufaturados no País poderá apurar valor para fins de ressarcir parcial ou integralmente o resíduo tributário federal existente na sua cadeia de produção.

4. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está consolidada no sentido de que o benefício em questão abrange as operações destinadas à Zona Franca de Manaus, porque equiparadas à exportação.

5. O benefício tratado nesta ação mandamental inclui também áreas de livre comércio, limitando-se àquelas expressamente citadas no artigo 527, do Decreto n.º 6.759/2009 (Regulamento Aduaneiro): Art. 527. A venda de mercadorias nacionais ou nacionalizadas, efetuada por empresas estabelecidas fora das áreas de livre comércio de Boa Vista e de Bonfim para empresas ali sediadas, será, para os efeitos fiscais, equiparada a uma exportação (Lei nº 11.732, de 2008, art. 7º).

6. O mandado de segurança foi impetrado em 13 de julho de 2016. Aplica-se o prazo prescricional quinquenal (STF, RE 566621, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 04/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011 EMENT VOL-02605-02 PP-00273 RTJ VOL-00223-01 PP-00540).

7. Apelação da impetrante parcialmente provida. Apelação da União Federal e remessa necessária desprovidas." (TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 5004000-43.2017.4.03.6110, Rel. Desembargador Federal FABIO PRIETO DE SOUZA, julgado em 01/03/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 11/03/2019)

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. REINTEGRA. LEI 12.546/11. VENDA DE MERCADORIAS PARA A ZONA FRANCA DE MANAUS E ÁREA DE LIVRE COMÉRCIO DE BOA VISTA E BONFIM/RR. EQUIPARAÇÃO À EXPORTAÇÃO. ART. 40 DO ADCT. DECRETO 6.759/2009. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL EM RELAÇÃO ÀS DEMAIS ÁREAS. COMPENSAÇÃO. TAXA SELIC. ART. 170-A CTN.

1. Apelo da União que se deixa de conhecer em parte, no que pertine à alegação de impossibilidade da compensação de tributos antes do trânsito em julgado, por não atender ao disposto no art. 1.010, inc. III, do CPC, uma vez que a decisão recorrida apreciou o pedido nos exatos termos de seu inconformismo.

2. Cabível mandado de segurança no caso vertente uma vez que se trata de pedido de reconhecimento do direito à compensação. Súmula STJ n.º 213.

3. Inocorreu o decurso do prazo decadencial de 120 dias para a impetração do mandamus, por se configurar uma relação de trato sucessivo e não de apenas um ato comissivo de efeitos permanentes.

4. O Decreto-Lei n.º 288/67, que regulou a Zona Franca de Manaus, determinou em seu art. 4º que, havendo um benefício fiscal instituído com o objetivo de incentivar as exportações de mercadorias nacionais, o mesmo deve ser estendido às vendas de mercadorias destinadas à Zona Franca de Manaus. Significa dizer que as mesmas regras jurídicas determinadas aos tributos que atingem exportações foram estendidas às operações realizadas com a Zona Franca de Manaus. Precedentes do STJ e desta Corte Regional.

5. O Decreto 4.543/2002, que previa os mesmos benefícios da Zona Franca de Manaus às Áreas de Livre Comércio nela previstas, de forma mais ampla, foi revogado pelo Decreto 6.759/2009, que disciplinou a matéria, restringindo a equiparação às áreas de livre comércio de Boa Vista e Bonfim/RR.

6. A Lei n.º 12.546/2011 instituiu o Regime Especial e reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras (REINTEGRA), o qual alberga as exportações para a Zona Franca de Manaus e Áreas de Livre Comércio de Boa Vista e de Bonfim/RR, uma vez que equiparadas às operações de exportação ao exterior, conforme dicção de seu art. 1.º, § 5.º.

7. Inexistência de violação ao disposto no art. 111 do CTN, visto que a Zona Franca de Manaus e Áreas de Livre Comércio de Boa Vista e de Bonfim/RR foram abrangidas pelo benefício fiscal, em conformidade com o disposto art. 40 do ADCT.

8. De modo diverso, as empresas localizadas nas Áreas de Livre Comércio de Tabatinga/AM, Guajará Mirim/RO, Macapá/AP, Santana/AP, Brasília, Epitaciolândia e Cruzeiro do Sul/AC não estão albergadas pelo benefício fiscal, em face da ausência de previsão legal, de modo que a elas não se aplica o regime de aproveitamento de crédito, a teor do que dispõe o art. 111 do CTN, não cabendo ao Poder Judiciário promover a extensão de benefício fiscal não previsto em lei.

9. Ainda a respeito das localidades mencionadas no item 8 desta ementa, não vinga a alegação de que norma geral serviria para amparar a pretensão recursal, visto que, quanto ao específico ponto de aplicação do regime de aproveitamento de crédito, a legislação de regência não alberga em norma específica a extensão do benefício para as Áreas de Livre Comércio de Tabatinga/AM, Guajará Mirim/RO, Macapá/AP, Santana/AP, Brasília, Epitaciolândia e Cruzeiro do Sul/AC, não prosperando, pois, o pleito quanto a este aspecto.

10. O instituto da compensação tributária está previsto no art. 170, do CTN, que determina ser necessária a edição de lei para fixar os requisitos a serem cumpridos para que o contribuinte possa dele se valer.

11. Com a edição da Lei n.º 10.637/02, que deu nova redação ao art. 74 da Lei n.º 9.430/96, permitiu-se a compensação de créditos tributários com débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Receita Federal do Brasil, independentemente de requerimento do contribuinte, ressalvadas as contribuições as contribuições previdenciárias previstas nos termos dos arts. 2º e 26, parágrafo único, da Lei 11.457/07.

12. De acordo com o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça, a compensação de tributos é regida pela lei vigente à época do ajuizamento da ação (REsp 488.992/MG, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki; REsp n.º 1.018.533/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 10/12/08, DJE 09/02/09).

13. Sendo a presente ação ajuizada depois das alterações introduzidas pelas Leis n.º 10.637/02 e 11.457/07, a compensação deve ser efetuada nos termos supramencionados.

14. Os créditos do contribuinte a serem utilizados para compensação devem ser atualizados monetariamente desde a data do recolhimento indevido (Súmula STJ n.º 162) até a data da compensação, com aplicação da taxa SELIC, nos moldes do art. 39, § 4º, da Lei n.º 9.250/95, devendo ser afastada a aplicação de qualquer outro índice a título de juros e de correção monetária.

15. *Matéria preliminar rejeitada, Apelação da União não conhecida em parte e, na parte conhecida, improvida, apelo da impetrante e Remessa necessária improvidas."*

(TRF 3ª Região, Sexta Turma, ApReeNec 0007169-27.2015.4.03.6100, Relator Juiz Convocado PAULO SARNO, julgado em 02/02/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/02/2017)

Quanto às demais áreas de livre comércio, inviável a extensão da benesse conferida à Zona Franca de Manaus eis que ausente previsão legal específica em tal tocante.

Reconhecido o direito ao benefício - creditamento do REINTEGRA com relação às exportações à Zona Franca de Manaus, Bonfime Boa Vista – exsurge o direito à compensação ou restituição.

O pedido de ressarcimento de crédito relativo ao REINTEGRA é efetuado pelo estabelecimento matriz da empresa, mediante a utilização do programa PER/DCOMP ou, na impossibilidade de sua utilização, mediante o formulário Pedido de Restituição ou Ressarcimento, acompanhado de documentação que comprove o direito ao crédito.

Os créditos apurados podem ser utilizados pelas empresas somente para solicitar seu ressarcimento em espécie ou para efetuar compensação com débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a tributos administrados pela Receita Federal. Essa regra foi estabelecida pela Receita por meio da IN nº 1.529, que altera a Instrução Normativa nº 1.300/2012 que trata do tema.

Diante do exposto, **dou parcial provimento à remessa necessária e à apelação** tão somente para afastar o benefício do REINTEGRA às demais áreas de livre comércio que não correspondam à Zona Franca de Manaus, Bonfim/RR e Boa Vista/RR.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA. MANDADO DE SEGURANÇA. REINTEGRA. ZONA FRANCA DE MANAUS. EQUIPARAÇÃO À EXPORTAÇÃO RECONHECIDA. EXTENSÃO DO BENEFÍCIO TÃO SOMENTE ÀS ÁREAS DE LIVRE COMÉRCIO DE BONFIM E BOA VISTA/RR. EXPRESSA PREVISÃO LEGAL. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDAS.

1. Nos termos do artigo 4º do Decreto-lei 288/1967, tem-se que "*A exportação de mercadorias de origem nacional para consumo ou industrialização na Zona Franca de Manaus, ou reexportação para o estrangeiro, será para todos os efeitos fiscais, constantes da legislação em vigor; equivalente a uma exportação brasileira para o estrangeiro*". Da mesma forma, preconizamos artigos 40, 92 e 92-A do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT.

2. Ou seja, o legislador constitucional, expressamente, idealizou a Zona Franca de Manaus como beneficiária de favores fiscais, de tal modo que as exportações a ele dirigidas devem ser consideradas equiparadas à exportação de produto nacional.

3. Logo, na medida em que o REINTEGRA se constitui em benefício fiscal concedido às empresas exportadoras, permitindo o ressarcimento parcial ou integral do resíduo tributário federal existente na cadeia de produção (artigo 2º da Lei nº 12.456/2011), é possível estender a benesse às vendas internas dirigidas à Zona Franca de Manaus.

4. Esse entendimento encontra-se em consonância com a jurisprudência do STJ e dos Tribunais Regionais Federais, no sentido de que, no âmbito do Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras (Reintegra), instituído pela Lei 12.456/2011, a venda de mercadorias para empresas situadas na Zona Franca de Manaus equivale à exportação de produto brasileiro para o estrangeiro, nos termos estabelecidos no Decreto-Lei 288/67, fazendo jus o contribuinte à compensação e aos benefícios fiscais de decorrentes.

5. O benefício tratado neste *mandamus* pode ser estendido a outras áreas de livre comércio, limitando-se, contudo, àquelas expressamente citadas no artigo 527 do Decreto n.º 6.759/2009 (Regulamento Aduaneiro), quais sejam, Boa Vista e Bonfim/RR

6. Quanto às demais áreas de livre comércio, inviável a extensão da benesse conferida à Zona Franca de Manaus eis que ausente previsão legal específica em tal tocante.

7. Reconhecido o direito ao benefício - creditamento do REINTEGRA com relação às exportações à Zona Franca de Manaus, Bonfim e Boa Vista – exsurge o direito à compensação ou restituição.

8. O pedido de ressarcimento de crédito relativo ao REINTEGRA é efetuado pelo estabelecimento matriz da empresa, mediante a utilização do programa PER/DCOMP ou, na impossibilidade de sua utilização, mediante o formulário Pedido de Restituição ou Ressarcimento, acompanhado de documentação que comprove o direito ao crédito. Os créditos apurados podem ser utilizados pelas empresas somente para solicitar seu ressarcimento em espécie ou para efetuar compensação com débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a tributos administrados pela Receita Federal. Essa regra foi estabelecida pela Receita por meio da IN nº 1.529, que altera a Instrução Normativa nº 1.300/2012 que trata do tema.

9. Remessa necessária e apelação parcialmente providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à remessa necessária e à apelação tão somente para afastar o benefício do REINTEGRA às demais áreas de livre comércio que não correspondam à Zona Franca de Manaus, Bonfim/RR e Boa Vista/RR, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015911-44.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: ROYALAGRO CEREAIS LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: ENIMAR PIZZATTO - PR15818
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

DESPACHO

Ante a certidão retro (ID 134604344), promova a agravante, no prazo de 5 (cinco) dias, a regularização do presente recurso, como recolhimento em dobro do preparo, conforme art. 1.007, § 4º, do Código de Processo Civil, sob pena de deserção.

Intime-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

Desembargador Federal CARLOS MUTA

Relator

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0018035-65.2013.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: HTB ENGENHARIA E CONSTRUÇÃO S.A., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, AGENCIA DE PROMOÇÃO DE EXPORTAÇÕES DO BRASIL - APEX-BRASIL, SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA SEI, SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL SENAI

Advogado do(a) APELANTE: PEDRO WANDERLEY RONCATO - SP107020-A

Advogado do(a) APELANTE: BRUNO NOVAES DE BORBOREMA - DF33806

Advogado do(a) APELANTE: PEDRO HENRIQUE BRAZ SIQUEIRA - DF37996-A

Advogado do(a) APELANTE: PEDRO HENRIQUE BRAZ SIQUEIRA - DF37996-A

APELADO: AGENCIA BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL - ABDI, SEBRAE, HTB ENGENHARIA E CONSTRUÇÃO S.A., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, AGENCIA DE PROMOÇÃO DE EXPORTAÇÕES DO BRASIL - APEX-BRASIL, SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA SEI, SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL SENAI, INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA

Advogado do(a) APELADO: PEDRO ERNESTO NEVES BAPTISTA - SP319955-A

Advogados do(a) APELADO: CECILIA DELALIBERA TRINDADE - MG139060-A, ALEXANDRE CESAR FARIA - SP144895-A

Advogado do(a) APELADO: PEDRO WANDERLEY RONCATO - SP107020-A

Advogado do(a) APELADO: BRUNO NOVAES DE BORBOREMA - DF33806

Advogado do(a) APELADO: PEDRO HENRIQUE BRAZ SIQUEIRA - DF37996-A

Advogado do(a) APELADO: PEDRO HENRIQUE BRAZ SIQUEIRA - DF37996-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0018035-65.2013.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: HTB ENGENHARIA E CONSTRUÇÃO S.A., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, AGENCIA DE PROMOÇÃO DE EXPORTAÇÕES DO BRASIL - APEX-BRASIL, SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA SEI, SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL SENAI

Advogado do(a) APELANTE: PEDRO WANDERLEY RONCATO - SP107020-A

Advogado do(a) APELANTE: BRUNO NOVAES DE BORBOREMA - DF33806

Advogado do(a) APELANTE: PEDRO HENRIQUE BRAZ SIQUEIRA - DF37996-A

Advogado do(a) APELANTE: PEDRO HENRIQUE BRAZ SIQUEIRA - DF37996-A

APELADO: AGENCIA BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL - ABDI, SEBRAE, HTB ENGENHARIA E CONSTRUÇÃO S.A., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, AGENCIA DE PROMOÇÃO DE EXPORTAÇÕES DO BRASIL - APEX-BRASIL, SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA SEI, SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL SENAI, INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA

Advogado do(a) APELADO: PEDRO ERNESTO NEVES BAPTISTA - SP319955-A
Advogado do(a) APELADO: ALEXANDRE CESAR FARIA - SP144895-A
Advogado do(a) APELADO: PEDRO WANDERLEY RONCATO - SP107020-A
Advogado do(a) APELADO: BRUNO NOVAES DE BORBOREMA - DF33806
Advogado do(a) APELADO: PEDRO HENRIQUE BRAZ SIQUEIRA - DF37996-A
Advogado do(a) APELADO: PEDRO HENRIQUE BRAZ SIQUEIRA - DF37996-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração contra acórdão assimementado:

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÕES AO INCRA, AO SENAI, AO SESI E AO SEBRAE. DEFINIÇÃO DAS VERBAS QUE DEVEM INTEGRAR AS RESPECTIVAS BASES DE CÁLCULO. VERIFICAÇÃO DA NATUREZA SALARIAL OU INDENIZATÓRIA. COMPENSAÇÃO DOS VALORES INDEVIDAMENTE PAGOS - CORREÇÃO PELA TAXA SELIC.

1. Acolhimento da tese de ilegitimidade passiva da Apex Brasil, tendo em vista a transferência à Secretaria da Receita Federal, a partir da edição da Lei nº 11.457/2007, das atividades de fiscalização, arrecadação, cobrança e recolhimento das contribuições destinadas a entidades terceiras. Exclusão do polo passivo.

2. O mesmo raciocínio usado na análise da incidência das verbas em debate no cálculo das contribuições previdenciárias deve ser utilizado nas hipóteses em que, a exemplo do caso concreto, a discussão está adstrita às contribuições ao Incra, ao Sesi, ao Senai e ao Sebrae. Isto porque, em ambas as situações, a base de cálculo é a mesma (folha de salários). Precedente do STJ.

3. Os valores referentes a "horas prêmio" ou "horas produtividade" são pagos em razão de liberalidade do empregador; passando a integrar a remuneração dos respectivos funcionários. Desta forma, de rigor que integrem a base de cálculo das contribuições pagas a entidades terceiras.

4. As horas "in itinere", pagas em razão do tempo despendido pelos trabalhadores no trajeto para o local de trabalho, também se revestem de natureza salarial/remuneratória. Devem, por conseguinte, a exemplo das horas extras, integrem a base de cálculo das contribuições em debate. Precedente do TRF3.

5. A jurisprudência tem se pacificado no sentido da natureza salarial (remuneratória) das demais verbas mencionadas no apelo da impetrante, a saber: adicional de transferência, ajuda de custo, adicional de insalubridade, adicional de periculosidade, adicional noturno, descanso semanal remunerado, acidente de trabalho, salário-maternidade e gratificação (por função de confiança). Portanto, tais verbas devem igualmente compor a base de cálculo das contribuições em debate. Precedentes (STJ e TRF3).

6. A questão relativa aos valores pagos nos quinze dias que antecedem o auxílio-doença/acidente foi definitivamente equacionada pelo STJ em julgado alçado à sistemática dos recursos repetitivos (RESp nº 1.230.957/RS), ocasião em que foi firmada a Tese Repetitiva nº 738, segundo a qual: "Sobre a importância paga pelo empregador ao empregado durante os primeiros quinze dias de afastamento por motivo de doença não incide a contribuição previdenciária, por não se enquadrar na hipótese de incidência da exação, que exige verba de natureza remuneratória".

7. A ajuda de custo paga com o único intuito de auxiliar o funcionário nas despesas com a mudança (alteração de domicílio) decorrente de necessidade profissional não constitui verba salarial, pois não é paga com habitualidade, mas em parcela única. Verba expressamente excluída do cálculo do salário de contribuição pelo artigo 28, § 9º, alínea "g", da Lei nº 8.212/1991.

8. A sentença deve ser reformada na parte em que determinou a não inclusão, na base de cálculo das contribuições acima especificadas, dos valores pagos em razão de ausências ao serviço justificadas mediante apresentação de atestados médicos. Verba de natureza salarial. Precedentes (STJ e TRF3).

9. O mandado de segurança consubstancia via processual adequada para o reconhecimento do direito à compensação, nos termos da Súmula nº 213 do STJ. A sentença reconheceu o direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos, após o trânsito em julgado, observada a prescrição quinquenal (RE nº 566.621/RS) e mediante aplicação da taxa Selic a partir dos recolhimentos indevidos (artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995), o que se mostra em perfeita harmonia com o pacífico entendimento jurisprudencial. Precedente do TRF3.

10. Preliminar de ilegitimidade passiva da Apex Brasil acolhida. Exclusão do polo passivo.

11. Apelação da impetrante a que se nega provimento.

12. Remessa oficial e apelações do Senai/Sesi e da União parcialmente providas.

Alegou o SEBRAE (f. 75/126, ID 103884094) omissão, pois não possui legitimidade passiva para figurar na demanda, vez que não compõe a relação jurídico-tributária em discussão, cabendo aproveitar o recurso da APEX-Brasil neste aspecto, devendo a matéria de ordem pública ser apreciada a qualquer tempo e grau de jurisdição.

Pleiteou a PFN (f. 128/42, ID 103884094) acolhimento dos embargos de declaração, inclusive para fins de pré-questionamento (artigos 22, 1, e 28 da Lei no 8.212/91; 60, § 3º, da Lei 8.213/91; 6º, § 4º, da Lei 2.613/55; 2º e 5º do Decreto-Lei 1.146/70 (INCRA); 13, §1º, do DL 9.403/46 (SESI/SENAI); 8º, §3º, da Lei 8.029/1990 (SEBRAE); e 70, XXVIII, 97, 149, 195, 1, "a", 201, § 1º, e 240 da Constituição Federal), alegando vício no julgado, pois: **(1)** contraditório ao expressar, na conclusão, a não incidência da tributação sobre valores questionados – conforme “consta da certidão de julgamento (fls. 823), do dispositivo do voto condutor (fls. 831) e da ementa (fls. 833)” -, enquanto na fundamentação consta a incidência, devendo esta prevalecer; e **(2)** omisso “no trato da questão da incidência das contribuições questionadas sobre as verbas denominadas ajuda de custo e auxílio-doença referente aos primeiros quinze dias de afastamento”.

Houve impugnação (f. 257/68, ID 103884094).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0018035-65.2013.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: HTB ENGENHARIA E CONSTRUÇÃO S.A., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, AGENCIA DE PROMOÇÃO DE EXPORTAÇÕES DO BRASIL - APEX-BRASIL, SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA SESI, SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL SENAI

Advogado do(a) APELANTE: PEDRO WANDERLEY RONCATO - SP107020-A

Advogado do(a) APELANTE: BRUNO NOVAES DE BORBOREMA - DF33806

Advogado do(a) APELANTE: PEDRO HENRIQUE BRAZ SIQUEIRA - DF37996-A

Advogado do(a) APELANTE: PEDRO HENRIQUE BRAZ SIQUEIRA - DF37996-A

APELADO: AGENCIA BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL - ABDI, SEBRAE, HTB ENGENHARIA E CONSTRUÇÃO S.A., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, AGENCIA DE PROMOÇÃO DE EXPORTAÇÕES DO BRASIL - APEX-BRASIL, SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA SESI, SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL SENAI, INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA

Advogado do(a) APELADO: PEDRO ERNESTO NEVES BAPTISTA - SP319955-A

Advogado do(a) APELADO: ALEXANDRE CESAR FARIA - SP144895-A

Advogado do(a) APELADO: PEDRO WANDERLEY RONCATO - SP107020-A

Advogado do(a) APELADO: BRUNO NOVAES DE BORBOREMA - DF33806

Advogado do(a) APELADO: PEDRO HENRIQUE BRAZ SIQUEIRA - DF37996-A

Advogado do(a) APELADO: PEDRO HENRIQUE BRAZ SIQUEIRA - DF37996-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, em embargos de declaração alegou o SEBRAE omissão no exame, de ofício, da ilegitimidade passiva, reconhecida em face da APEX, cujo recurso deveria ser aproveitado para tal efeito. Conquanto não se trate de aproveitamento de recurso, deve a matéria ser apreciada, de ofício, para, nos termos da jurisprudência, reconhecer que, de fato, não são legitimados a integrar a relação processual os destinatários das contribuições discutidas nos autos, já que a União, através da Receita Federal do Brasil, exerce as funções de arrecadação e fiscalização.

Neste sentido a jurisprudência da Corte Superior:

AIRESP 1.797.347, Rel. Min. OG FERNANDES, DJE 13/12/2019: "AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS E PREVIDENCIÁRIAS. ILEGITIMIDADE DO SEBRAE. 1. No julgamento dos EREsp 1.619.954/SC, a Primeira Seção declarou a ilegitimidade passiva do Sebrae, da Apex e da ABDI nas ações que questionam as contribuições sociais a eles destinadas. 2. Dessa forma, as entidades destinatárias das referidas contribuições são ilegítimas para figurar no polo passivo ao lado da União. É o que ocorre na hipótese dos autos. 3. Agravo interno a que se nega provimento."

Acolho, por tais fundamentos, a exclusão da embargante, assim como, de ofício, excludo da lide os demais destinatários das contribuições questionadas.

No tocante aos embargos de declaração fazendários, procede a alegação de contradição entre a fundamentação e o dispositivo, prevalecendo aquela, que exprime a interpretação dos fatos da causa à luz do direito incidente, sobre o mero erro material contido neste último.

De fato, decidiu o acórdão embargado que:

"Por outro lado, a sentença deve ser reformada na parte em que determinou a não inclusão, na base de cálculo das contribuições acima especificadas, dos valores pagos em razão de ausências ao serviço justificadas mediante apresentação de atestados médicos. Com efeito, tanto no âmbito do Superior Tribunal de Justiça quanto deste Tribunal, tem se solidificado o entendimento de que esta verba possui natureza salarial (remuneratória)."

Logo, configurou mero erro material a negação da incidência contida no seguinte trecho do dispositivo do voto condutor, a ser excluída com a retificação do acórdão neste sentido:

*"DOU PARCIAL PROVIMENTO à apelação do Sesi/Senai, para determinar que os valores pagos em razão de ausências ao serviço justificadas por atestados médicos sejam incluídos na base de cálculo destas contribuições e DOU PARCIAL PROVIMENTO à remessa oficial e à apelação da União, em maior extensão, para determinar que estes valores também **não incidam** na base de cálculo das contribuições ao Incra e ao Sebrae"*

Destarte, faz-se mister seja retificado para constar, em sua conclusão, o cabimento da incidência das contribuições em referência sobre os valores pagos em razão de ausências ao serviço justificadas mediante apresentação de atestados médicos.

Quanto ao mais, são manifestamente improcedentes os embargos de declaração, pois inexistente o vício apontado, restando nítido que se cuida de recurso interposto como o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

De fato, acerca da incidência tributária sobre as verbas de ajuda de custo e auxílio-doença nos primeiros quinze dias de afastamento, o que se pretende é meramente rediscutir a causa, por inconformismo da embargante com suposto *error in iudicando*, o que não se admite em sede de embargos de declaração.

Constou, como feito, do julgado as razões do entendimento adotado:

“Cumpra, pois, verificar se as verbas em comento possuem natureza salarial (de forma a comporem a base de cálculo das contribuições ao Incra, ao Sesi, ao Senai e ao Sebrae) ou se, ao contrário, revestem-se de natureza indenizatória.

Neste ponto, impende anotar que o mesmo raciocínio usado na análise da incidência das verbas em debate no cálculo das contribuições previdenciárias deve ser utilizado nas hipóteses em que, a exemplo do caso concreto, a discussão está adstrita às contribuições ao Incra, ao Sesi, ao Senai e ao Sebrae. Isto porque, em ambas as situações, a base de cálculo é a mesma (folha de salários).

(...)

No que concerne aos valores pagos nos quinze dias que antecedem o auxílio-doença/acidente, anoto que a questão foi definitivamente equacionada pelo STJ em julgado alçado à sistemática dos recursos repetitivos (REsp nº 1.230.957/RS), ocasião em que foi firmada a Tese Repetitiva nº 738, segundo a qual: "Sobre a importância paga pelo empregador ao empregado durante os primeiros quinze dias de afastamento por motivo de doença não incide a contribuição previdenciária, por não se enquadrar na hipótese de incidência da exação, que exige verba de natureza remuneratória".

Com relação à ajuda de custo a que se refere a empresa impetrante, paga com o único intuito de auxiliar o funcionário nas despesas com a mudança (alteração de domicílio) decorrente de necessidade profissional, assevero que também não constitui verba salarial/remuneratória, pois não é paga com habitualidade, mas em parcela única. Ademais, como observado pela Magistrada, trata-se de verba expressamente excluída do cálculo do salário de contribuição pelo artigo 28, § 9º, alínea "g", da Lei nº 8.212/1991:

"Art. 28.

[...]

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

[...]

g) a ajuda de custo, em parcela única, recebida exclusivamente em decorrência de mudança de local de trabalho do empregado, na forma do art. 470 da CLT (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)"

Como se observa, o acórdão embargado foi claro na abordagem do mérito suscitado, assentando que as contribuições, em discussão, incidem apenas sobre verbas de natureza salarial, seguindo mesma lógica das contribuições previdenciárias, por possuírem mesma base de cálculo, de maneira que os valores correspondentes à ajuda de custo e ao auxílio-doença referente aos primeiros quinze dias de afastamento, em razão de não possuírem natureza remuneratória, não integram a base de cálculo da incidência preconizada.

Se tal motivação é insuficiente, fere normas apontadas ou contraria a jurisprudência, deve-se veicular recurso próprio para a impugnação do acórdão e não rediscutir a matéria em embargos de declaração.

Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

Ante o exposto, acolho os embargos de declaração do SEBRAE para excluí-lo da lide, por ilegitimidade passiva, e, de ofício, também os demais apelados enquanto meros destinatários da arrecadação; e acolho em parte os embargos de declaração fazendários, com efeito infrigente sobre o acórdão embargado, nos termos supracitados.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES AO INCRA, AO SENAI, AO SESI E AO SEBRAE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. BASE DE CÁLCULO. AJUDA DE CUSTO E AUXÍLIO-DOENÇA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO INEXISTENTE. CONTRADIÇÃO VERIFICADA.

1. Em embargos de declaração alegou o SEBRAE omissão no exame, de ofício, da ilegitimidade passiva, reconhecida em face da APEX, cujo recurso deveria ser aproveitado para tal efeito. Conquanto não se trate de aproveitamento de recurso, deve a matéria ser apreciada, de ofício, para, nos termos da jurisprudência, reconhecer que, de fato, não são legitimados a integrar a relação processual os destinatários das contribuições discutidas nos autos, já que a União, através da Receita Federal do Brasil, exerce as funções de arrecadação e fiscalização. Acolhe-se, por tais fundamentos, a exclusão da embargante, assim como, de ofício, dos demais destinatários das contribuições questionadas.

2. No tocante aos embargos de declaração fazendários, procede a alegação de contradição entre a fundamentação e o dispositivo, prevalecendo aquela, que exprime a interpretação dos fatos da causa à luz do direito incidente, sobre o mero erro material contido neste último. De fato, decidiu o acórdão embargado que: *“Por outro lado, a sentença deve ser reformada na parte em que determinou a não inclusão, na base de cálculo das contribuições acima especificadas, dos valores pagos em razão de ausências ao serviço justificadas mediante apresentação de atestados médicos. Com efeito, tanto no âmbito do Superior Tribunal de Justiça quanto deste Tribunal, tem se solidificado o entendimento de que esta verba possui natureza salarial (remuneratória).”*. Logo, configurou mero erro material a negação da incidência contida no trecho destacado do dispositivo do voto condutor. Faz-se mister, pois, a retificação do acórdão para constar, em sua conclusão, o cabimento da incidência das contribuições em referência sobre valores pagos em razão de ausências ao serviço justificadas mediante apresentação de atestados médicos.

3. Quanto ao mais, são manifestamente improcedentes os embargos de declaração, pois inexistente o vício apontado, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado. De fato, acerca da incidência tributária sobre verbas de ajuda de custo e auxílio-doença nos primeiros quinze dias de afastamento, o que se pretende é meramente rediscutir a causa, por inconformismo da embargante com suposto *error in iudicando*, o que não se admite em sede de embargos de declaração. Revelamos autos, a propósito, que o acórdão embargado foi claro na abordagem do mérito suscitado, assentando que as contribuições, em discussão, incidem apenas sobre verbas de natureza salarial, seguindo mesma lógica das contribuições previdenciárias, por possuírem mesma base de cálculo, de maneira que os valores correspondentes à ajuda de custo e ao auxílio-doença referente aos primeiros quinze dias de afastamento, em razão de não possuírem natureza remuneratória, não integram a base de cálculo da incidência preconizada. Se tal motivação é insuficiente, fere normas apontadas ou contraria a jurisprudência, deve-se veicular recurso próprio para a impugnação do acórdão e não rediscutir a matéria em embargos de declaração.

4. Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

5. Embargos de declaração do SEBRAE acolhidos para excluí-lo da lide, por ilegitimidade passiva, e, de ofício, também os demais apelados enquanto meros destinatários da arrecadação; e acolhidos em parte, ainda, os embargos de declaração fazendários, com efeito infringente sobre o acórdão embargado, nos termos supracitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, acolheu os embargos de declaração do SEBRAE para excluí-lo da lide, por ilegitimidade passiva, e, de ofício, também os demais apelados enquanto meros destinatários da arrecadação; e acolheu em parte os embargos de declaração fazendários, com efeito infringente sobre o acórdão embargado, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5008985-81.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: UNIVERSIDADE BRASIL

Advogado do(a) AGRAVANTE: JOAO PEDRO PALHANO MELKE - MS14894-A

AGRAVADO: CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

Advogado do(a) AGRAVADO: JOSE ALEJANDRO BULLON SILVA - DF13792-A

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5008985-81.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: UNIVERSIDADE BRASIL
Advogado do(a) AGRAVANTE: JOAO PEDRO PALHANO MELKE - MS14894-A
AGRAVADO: CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA
Advogado do(a) AGRAVADO: JOSE ALEJANDRO BULLON SILVA - DF13792-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração contra acórdão assimementado:

"PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO – CONEXÃO – CRITÉRIO MODIFICADOR DE COMPETÊNCIA - MITIGAÇÃO DO ROL DO ARTIGO 1.015 DO CPC – PRETENSO FEITO CONEXO COM SENTENÇA PROFERIDA – SÚMULA 235 DO STJ – AGRAVO IMPROVIDO.

I – Em sede de recurso representativo de controvérsia (RESP nº 1704520/MT) o Superior Tribunal de Justiça definiu que o rol de cabimento do agravo de instrumento, previsto no artigo 1.015 do CPC, possui taxatividade mitigada, admitindo-se o recurso quando houver urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no curso da ação.

II – Cuidando-se de discussão a respeito de competência, o recurso de agravo de instrumento comporta conhecimento.

III – Há conexão entre demandas quando lhe for comum o pedido ou a causa de pedir (art. 55, caput, CPC). Haverá, ainda, reunião de processos para julgamento conjunto quando puderem “gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles” (artigo 55, § 3º, CPC).

IV – Não se verifica conexão entre a demanda subjacente e a ação civil pública em trâmite na 8ª Vara Federal de Cuiabá/MT (proc. nº 0005590-61.2017.4.01.3600), o qual, inclusive, já foi sentenciado, atraindo a incidência da súmula nº 235 do STJ: “A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado”.

V – Agravo de instrumento improvido.”

Alegou-se, inclusive para fins de pré-questionamento (artigos 55, §§ 2º e 3º, e 59 do Código de Processo Civil; 2º da Lei 7.347/85; e 5º, LIII, da Constituição Federal) omissão porque não analisou a relação de prejudicialidade entre as demandas; além de erro material porque mencionou no relatório que a embargante é parte nos autos que tramitam perante a 8ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Cuiabá/MT, embora, na realidade, não integre tal relação processual.

Houve impugnação da embargada.

O Ministério Público Federal apresentou parecer no sentido de acolhimento parcial dos embargos, para corrigir erro material apontado, mantendo-se, no entanto, a decisão recorrida.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5008985-81.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: UNIVERSIDADE BRASIL

Advogado do(a) AGRAVANTE: JOAO PEDRO PALHANO MELKE - MS14894-A
AGRAVADO: CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA
Advogado do(a) AGRAVADO: JOSE ALEJANDRO BULLON SILVA - DF13792-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, corrige-se erro material contido no relatório do acórdão embargado (ID 78410567, grifo nosso), pois a embargante, efetivamente, não integra a relação processual referente a feito 0005590-61.2017.4.01.3600 em curso na 8ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Cuiabá/MT.

Com relação às demais alegações, são manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

As alegações não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.

Consignou, a propósito, expressamente o acórdão embargado (ID 78410573) que:

“Na ação da qual derivou o recurso em julgamento o Conselho Federal de Medicina – CFM afirma que a Universidade Brasil (agravante) publicou a resolução CONJU n° 25/2018 na qual “implanta o programa de Avaliação de Desempenho, Reconhecimento e Complementação de Estudos para Revalidação de Diplomas Médicos Estrangeiros (PROAMED REVALIDA) das Universidades Brasil, aprovando seu respectivo regulamento”, sem, contudo, ter competência para isso, uma vez que universidades particulares não podem realizar revalidação de diploma estrangeiro. Como pedido, pleiteou a declaração da ilegalidade do processo de revalidação aberto pela universidade.

Já na demanda alegadamente conexa (Processo n° 0005590-61.2017.4.01.3600 da 8ª Vara Federal de Cuiabá/MT), segundo documentos juntados pela agravante na ação original (id 15288307), o Conselho Federal de Medicina ajuizou ação civil pública contra a União e a Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT objetivando a anulação parcial da Resolução CNE/CES n° 03/2016 e da Portaria Normativa do Ministro da Educação n° 22/2016, que permitiriam a realização de revalidação de diploma estrangeiro por universidades particulares. O pedido veiculado é claro no sentido de que seja “declarado parcialmente nulo o art. 8º, em seus parágrafos 6º e 7º da Resolução CNE/CES n° 03/2016 do Ministério da Educação e o artigo 24, parágrafo 2º, da Portaria Normativa n° 22, de 13 de dezembro de 2016, do Ministério da Educação, para definitivamente proibir que os estudos complementares previstos no processo de revalidação sejam feito por faculdades particulares, posto que em afronta ao artigo 48, § 2º da LBD e ao artigo 13, III, da Lei n. 9.784/99” (sic).

De forma bastante clara fica nítido que as demandas não comungam de identidade de pedido e tampouco de causa de pedir.

Não obstante, em consulta ao andamento processual da ação em trâmite no Estado Matogrossense constata-se ter sido proferido sentença, cujo dispositivo transcrevo:

“Diante do exposto, resolvo o mérito com base no art. 487, III, alínea “b”, do CPC, e homologo a transação firmada entre as partes Conselho Federal de Medicina (CFM) e Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT), para que produza seus efeitos jurídicos, adotando os supramencionados termos da proposta de acordo – formalizada às fls. 424/424-v -, como parte integrante deste dispositivo, com ressalva à alteração do “Item 10”, que passará a conter a seguinte redação:

“10. Os candidatos que receberam autorização após 2017 para realização de estudos complementares em outra instituição de ensino superior privada, deverão ser submetidos ao novo processo de revalidação conforme os artigos 15º a 18º do item VI do Regulamento para realização de Estudos Complementares em outras Instituições Brasileiras de Ensino Superior que ofertam Curso de Medicina reconhecido pelo MEC, publicado em 20/12/2017”.

Modulo os efeitos da transação para vedar a retroatividade do “Regulamento para realização de Estudos Complementares em outras Instituições Brasileiras de Ensino Superior que ofertam Curso de Medicina reconhecido pelo MEC”, publicado em 20/12/2017, previsto no item 10 da proposta de acordo, cujos efeitos somente poderão ser produzidos prospectivamente, caso haja previsão específica no Edital do Revalida, permanecendo os Editais anteriores regidos pelas suas próprias especificações”.

Além de não interferir no caso sub judice, a prolação da sentença afasta a possibilidade de reconhecimento da conexão, pois, nos termos da súmula nº 235 do Superior Tribunal de Justiça, “A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado”.”

Como se observa, o acórdão embargado foi claro na abordagem do mérito suscitado, ao estabelecer que, cotejadas as demandas, não se vislumbra hipótese de conexão, aduzindo-se, complementarmente, impossibilidade de reunião porque um dos autos já foi julgado.

Se tal motivação é insuficiente, fere normas apontadas ou contraria a jurisprudência (artigos 55, §§ 2º e 3º, e 59 do Código de Processo Civil; 2º da Lei 7.347/85; e 5º, LIII, da Constituição Federal), deve o contribuinte veicular recurso próprio para impugnação do acórdão e não rediscutir a matéria em embargos de declaração.

Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

Ante o exposto, acolho parcialmente os embargos de declaração apenas para corrigir o erro material apontado.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONEXÃO. IMPOSSIBILIDADE. ERRO MATERIAL. CORREÇÃO. ACOLHIMENTO PARCIAL.

1. Corrige-se erro material contido no relatório do acórdão embargado, pois a embargante, de fato, não integra a relação processual atinente ao feito 0005590-61.2017.4.01.3600 em curso na 8ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Cuiabá/MT.
2. Com relação às demais alegações, são manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.
3. As alegações não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.

4. Consignou, a propósito, expressamente o acórdão embargado que: *“Na ação da qual derivou o recurso em julgamento o Conselho Federal de Medicina – CFM afirma que a Universidade Brasil (agravante) publicou a resolução CONJU nº 25/2018 na qual “implanta o programa de Avaliação de Desempenho, Reconhecimento e Complementação de Estudos para Revalidação de Diplomas Médicos Estrangeiros (PROAMED REVALIDA) das Universidades Brasil, aprovando seu respectivo regulamento”, sem, contudo, ter competência para isso, uma vez que universidades particulares não podem realizar revalidação de diploma estrangeiro. Como pedido, pleiteou a declaração da ilegalidade do processo de revalidação aberto pela universidade. Já na demanda alegadamente conexa (Processo nº 0005590-61.2017.4.01.3600 da 8ª Vara Federal de Cuiabá/MT), segundo documentos juntados pela agravante na ação original (id 15288307), o Conselho Federal de Medicina ajuizou ação civil pública contra a União e a Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT objetivando a anulação parcial da Resolução CNE/CES nº 03/2016 e da Portaria Normativa do Ministro da Educação nº 22/2016, que permitiriam a realização de revalidação de diploma estrangeiro por universidades particulares. O pedido veiculado é claro no sentido de que seja “declarado parcialmente nulo o art. 8º, em seus parágrafos 6º e 7º da Resolução CNE/CES nº 03/2016 do Ministério da Educação e o artigo 24, parágrafo 2º, da Portaria Normativa nº 22, de 13 de dezembro de 2016, do Ministério da Educação, para definitivamente proibir que os estudos complementares previstos no processo de revalidação sejam feito por faculdades particulares, posto que em afronta ao artigo 48, § 2º da LBD e ao artigo 13, III, da Lei n. 9.784/99” (sic). De forma bastante clara fica nítido que as demandas não comungam de identidade de pedido e tampouco de causa de pedir. Não obstante, em consulta ao andamento processual da ação em trâmite no Estado Matogrossense constata-se ter sido proferido sentença, cujo dispositivo transcrevo: “Diante do exposto, resolvo o mérito com base no art. 487, III, alínea “b”, do CPC, e homologo a transação firmada entre as partes Conselho Federal de Medicina (CFM) e Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT), para que produza seus efeitos jurídicos, adotando os supramencionados termos da proposta de acordo – formalizada às fls. 424/424-v -, como parte integrante deste dispositivo, com ressalva à alteração do “Item 10”, que passará a conter a seguinte redação: “10. Os candidatos que receberam autorização após 2017 para realização de estudos complementares em outra instituição de ensino superior privada, deverão ser submetidos ao novo processo de revalidação conforme os artigos 15º a 18º do item VI do Regulamento para realização de Estudos Complementares em outras Instituições Brasileiras de Ensino Superior que ofertam Curso de Medicina reconhecido pelo MEC, publicado em 20/12/2017”. Modulo os efeitos da transação para vedar a retroatividade do “Regulamento para realização de Estudos Complementares em outras Instituições Brasileiras de Ensino Superior que ofertam Curso de Medicina reconhecido pelo MEC”, publicado em 20/12/2017, previsto no item 10 da proposta de acordo, cujos efeitos somente poderão ser produzidos prospectivamente, caso haja previsão específica no Edital do Revalida, permanecendo os Editais anteriores regidos pelas suas próprias especificações”. Além de não interferir no caso sub judice, a prolação da sentença afasta a possibilidade de reconhecimento da conexão, pois, nos termos da súmula nº 235 do Superior Tribunal de Justiça, “A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado”.”*

5. Como se observa, o acórdão embargado foi claro na abordagem do mérito suscitado, ao estabelecer que, cotejadas as demandas, não se vislumbra hipótese de conexão, aduzindo-se, complementarmente, impossibilidade de reunião porque um dos autos já foi julgado.

6. Se tal motivação é insuficiente, fere normas apontadas ou contraria a jurisprudência (artigos 55, §§ 2º e 3º, e 59 do Código de Processo Civil; 2º da Lei 7.347/85; e 5º, LIII, da Constituição Federal), deve a embargante veicular recurso próprio para impugnação do acórdão e não rediscutir a matéria em embargos de declaração.

7. Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideraram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

8. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, apenas para correção de erro material.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, acolheu parcialmente os embargos de declaração apenas para corrigir o erro material apontado, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0059778-66.2014.4.03.6182

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE NUTRICIONISTAS 3 REGIAO

Advogados do(a) APELANTE: VINICIUS PIRES CHAVES - SP335242-A, CELIA APARECIDA LUCCHESI - SP55203-A, GABRIELA SOUZA MIRANDA - SP346684-A

APELADO: ALESSANDRA MATERE PATRICIO DE OLIVEIRA

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0059778-66.2014.4.03.6182

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE NUTRICIONISTAS 3 REGIAO

Advogados do(a) APELANTE: VINICIUS PIRES CHAVES - SP335242-A, CELIA APARECIDA LUCCHESI - SP55203-A, GABRIELA SOUZA MIRANDA - SP346684-A

APELADO: ALESSANDRA MATERE PATRICIO DE OLIVEIRA

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação (ID 89332615, fls. 3/11) interposta pelo CONSELHO REGIONAL DE FISIOTERAPIA E TERAPIA OCUPACIONAL DA 3ª REGIÃO – CREFITO-3 contra a r. sentença (ID 89332614) que extinguiu a execução em razão da fixação das anuidades anteriores a 2012 com base em ato infralegal e do limite previsto no art. 8º da Lei nº 12.514/2011 no que diz respeito às posteriores.

Em suas razões recursais, sustenta, em síntese, que a cobrança de suas anuidades não fere o princípio da legalidade, eis que fixadas dentro dos parâmetros legais (Lei nº 6.994/1982 e Lei nº 12.514/2011). Quanto ao limite mínimo de quatro anuidades previsto na Lei nº 12.514/2011, defende que o valor da execução supera o valor equivalente a quatro anuidades, não havendo motivo para extinção.

Requer o provimento da apelação para que seja reformada a r. sentença, determinando-se o regular prosseguimento do feito executivo.

Sem contrarrazões, os autos subiram a esta E. Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0059778-66.2014.4.03.6182

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE NUTRICIONISTAS 3 REGIAO

Advogados do(a) APELANTE: VINICIUS PIRES CHAVES - SP335242-A, CELIA APARECIDA LUCCHESI - SP55203-A, GABRIELA SOUZA MIRANDA - SP346684-A

APELADO: ALESSANDRA MATERE PATRICIO DE OLIVEIRA

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A questão devolvida a esta E. Corte diz respeito à cobrança pelo CONSELHO REGIONAL DE FISIOTERAPIA E TERAPIA OCUPACIONAL DA 3ª REGIÃO – CREFITO-3 de anuidades referentes aos exercícios de 2008 a 2013.

As anuidades exigidas detêm natureza jurídica tributária, motivo pelo qual devem submeter-se aos princípios constitucionais da legalidade e da anterioridade, inclusive no tocante à fixação e alteração de alíquotas e base de cálculo (precedentes: STF, MS 21.797/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJU 18/05/2001; STJ, REsp 273674/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 27/05/2002).

Ocorre que, por ocasião do julgamento da ADI nº 1.717, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de dispositivo legal que autorizava os conselhos de fiscalização profissional a fixar suas contribuições anuais. Veja-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. CONTRIBUIÇÕES ANUAIS. NATUREZA TRIBUTÁRIA. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA. AGRAVO IMPROVIDO. I - As contribuições anualmente devidas aos conselhos de fiscalização profissional possuem natureza tributária e, desse modo, sujeitam-se ao princípio da legalidade tributária, previsto no art. 150, I, da Lei Maior. II - O Plenário desta Corte, no julgamento da ADI 1.717/DF, Rel. Min. Sidney Sanches, declarou a inconstitucionalidade de dispositivo legal que autorizava os conselhos de fiscalização profissional a fixar suas contribuições anuais. III - Agravo regimental improvido.

(ARE 640937 AgR-segundo, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-171 DIVULG 05-09-2011 PUBLIC 06-09-2011 EMENT VOL-02581-02 PP-00362)

No julgamento do ARE 640937 supracitado, o Supremo Tribunal Federal enfrentou e rejeitou o argumento de que o artigo 2º da Lei nº 11.000/2004, autorizaria os conselhos profissionais a fixar os valores de suas anuidades e, indo além, refutou também a alegação de que a decisão da Turma violaria o artigo 97, da Constituição Federal. Veja-se:

"O agravante sustenta que a delegação aos conselhos profissionais de atribuição para fixação de anuidade encontra suporte na Lei 11.000/2004. Nesse contexto, alega que, ao negar seguimento ao recurso, o relator não considerou citada lei ou afastou a sua incidência e, neste caso, fez-se um verdadeiro controle de constitucionalidade, em ofensa ao art. 97 da Constituição Federal.

Bem reexaminada a questão, verifica-se que a decisão ora atacada não merece reforma, visto que o recorrente não aduz novos argumentos capazes de afastar as razões nela expendidas, que devem ser mantidas por seus próprios fundamentos.

Com efeito, conforme destacado na decisão recorrida, as contribuições anualmente devidas aos conselhos de fiscalização profissional possuem natureza tributária (MS 21.797/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, Plenário) e, desse modo, sujeitam-se ao princípio da legalidade tributária.

Ademais, não procede a alegação do recorrente de que a decisão agravada violou o art. 97 da Constituição Federal. É que a questão relacionada à inconstitucionalidade de delegação aos conselhos de fiscalização profissional da competência para fixação de suas contribuições anuais já foi decidida pelo Plenário desta Corte no julgamento da ADI 1.717/DF, Rel. Min. Sidney Sanches. (...)

.....
Além disso, sobre a desnecessidade de observância do art. 97 da Lei Maior, saliento, nos termos da jurisprudência deste Tribunal, que '(...) não é necessária identidade absoluta para aplicação dos precedentes dos quais resultem a declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade. Requer-se, sim, que as matérias examinadas sejam equivalentes' (AI 607.616-AgR/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa."

Neste mesmo sentido, já decidiu este E. Tribunal. Vejam-se:

"EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - CONSTITUCIONAL - TRIBUTÁRIO - CONSELHO REGIONAL DE ECONOMIA - ANUIDADE - NATUREZA JURÍDICA TRIBUTÁRIA - PRINCÍPIO DA LEGALIDADE - IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO POR MEIO DE RESOLUÇÃO.

I - Rejeitada a preliminar de intempestividade da apelação, arguida em contrarrazões pela parte embargante, pois o conselho-embargado foi intimado pessoalmente da decisão de fls. 99/112 em 06/11/2009, conforme certidões de fls. 114 e 142 e interpôs apelação em 30/11/2009, conforme protocolo de fls. 115, dentro, portanto, do prazo legal. Importante destacar que o prazo recursal in casu é contado em dobro a partir do ato de ciência pessoal da decisão e não da publicação no Diário Eletrônico, como faz crer a apelada.

II - Estabelece o artigo 149 da Constituição Federal competir exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas. O artigo 150, I, por sua vez, veda às pessoas jurídicas de direito público interno exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça, o que configura uma garantia do contribuinte.

III - Os conselhos de classe profissional têm natureza de autarquia, segundo já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, de forma que são considerados pessoas jurídicas de direito público interno (art. 41, IV, Código Civil), razão pela qual devem atenção ao comando constitucional que veda a majoração do tributo sem lei antecedente, sendo manifestamente impossível, por conseguinte, a sua fixação por meio da Resolução do Conselho Federal de Economia.

IV - A questão já foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, que refutou a pretensão dos conselhos de fixar o valor de suas anuidades por meio de atos normativos inferiores, in casu, resoluções. Nesse sentido: STJ, REsp nº 1074932/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. 07.10.2008, DJe 05.11.2008; STJ, REsp nº 507769/SC, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 01.03.2007, DJ 19.03.2007, pág. 302.

V - Por outro lado, como o próprio conselho-apelante reconheceu em suas razões recursais, a Lei nº 1.411/51 não foi recepcionada pela Constituição Federal, pelo menos no tocante à fixação do valor das anuidades, já que estabeleceu o valor das anuidades vinculando-o ao salário mínimo, o que é de todo inadmissível diante da vedação prevista no art. 7º, inciso IV, da Constituição Federal.

VI - Apelação a que se nega provimento."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC 0061835-09.2004.4.03.6182, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MARCONDES, julgado em 18/07/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/07/2013)

"CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. CONSELHO REGIONAL DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. ANUIDADE. NATUREZA JURÍDICA TRIBUTÁRIA. FIXAÇÃO. PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL.

1. As contribuições instituídas em favor de entidades profissionais encontram previsão constitucional no art. 149 e possuem natureza tributária, razão pela qual submetem-se às mesmas regras dispensadas aos tributos em geral.

3. O aumento da contribuição em tela efetuada por meio da Resolução nº 617 do COFECI ofende o princípio da reserva legal insculpido no art. 150, I, da Constituição Federal, por não constituir lei em sentido formal, mas ato infra-legal."

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AMS 0000878-36.2000.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA, julgado em 15/12/2011, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/01/2012)

No presente caso, porém, não há como aplicar a Lei nº 6.994/82, pois a referida norma não consta como fundamento legal da CDA. Pelo mesmo motivo, tampouco pode ser aplicada a Lei nº 12.514/2011, vigente desde 31/10/2011, que trata das contribuições devidas aos conselhos profissionais em geral e veio fixar, em seu art. 6º, as anuidades cobradas por eles.

Quanto à possibilidade de emenda ou substituição da CDA, o art. 2º, § 8º, da Lei nº 6.830/1980, prevê que "até a decisão de primeira instância, a Certidão de Dívida Ativa poderá ser emendada ou substituída, assegurada ao executado a devolução do prazo para embargos".

A jurisprudência do C. STJ e desta C. Turma, porém, restringe a possibilidade de emenda ou substituição à correção de erro material ou formal, vedada a alteração do sujeito passivo (Súmula 392/STJ) ou da norma legal que, por equívoco, tenha servido de fundamento ao lançamento tributário. *Verbis*:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXPURGO DE PARCELA INDEVIDA DA CDA. SIMPLES CÁLCULO ARITMÉTICO. POSSIBILIDADE. NULIDADE DA CDA. INOCORRÊNCIA. DESNECESSIDADE DE NOVO LANÇAMENTO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA Nº 1115501/SP. 1. O excesso na cobrança expressa na CDA não macula a sua liquidez, desde que os valores possam ser revistos por simples cálculos aritméticos. Precedentes: AgRg no REsp 1126340/RJ, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, DJe 17/05/2010; AgRg no REsp 1107680/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 06/04/2010; REsp 1151559/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe 27/11/2009; AgRg no REsp 1126132/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 11/11/2009; AgRg no REsp 1017319/PE, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, DJe 26/08/2009; EDcl nos EDcl no REsp 1051860/PE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe 14/04/2009; AgRg no Ag 990.124/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe 11/12/2008; REsp 977.556/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, DJe 22/09/2008; REsp 1059051/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 06/10/2008. 2. "Deveras, é certo que a Fazenda Pública pode substituir ou emendar a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos (artigo 2º, § 8º, da Lei 6.830/80), quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada, entre outras, a modificação do sujeito passivo da execução (Súmula 392/STJ) ou da norma legal que, por equívoco, tenha servido de fundamento ao lançamento tributário" (Precedente do STJ submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: REsp 1115501/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/11/2010, DJe 30/11/2010) 3. In casu, o Tribunal a quo assentou que: "(...) Quanto ao mérito, observo que, do cotejo do processo de parcelamento da dívida, resta clara a ocorrência de pagamento de parte do débito questionado perante este juízo. Com efeito, às fls. 28/29, encontra-se provado o pagamento de 5 parcelas das 60 acordadas no parcelamento da dívida referente ao processo administrativo nº10435202302/2002-34. (...) tendo o demandante demonstrado que efetuou o pagamento de parte da dívida - e não havendo por parte do réu prova em contrário - constatada irregularidade a ensejar a desconsideração do que consta da CDA." (e-STJ fls. 133/138), restando possível a alteração do valor apresentado na Certidão da Dívida Ativa por simples cálculos aritméticos, sem que isso acarrete a nulidade do título, devendo a execução fiscal prosseguir pelo montante remanescente. 4. Agravo regimental provido para, reconsiderando a decisão agravada, conhecer parcialmente do recurso especial e nesta parte dar-lhe provimento.

(STJ, 1ª Turma, AGA de n.º 1293504, Rel. Min. Luiz Fux, data da decisão: 16/12/2010, DJE de 21/02/2011).

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 535, II, E 538, DO CPC. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. SÚMULA 284/STF. SUBSTITUIÇÃO DA CDA. ERRO NA INDICAÇÃO DA NORMA LEGAL QUE FUNDAMENTA A DÍVIDA. INADMISSIBILIDADE. MATÉRIA JULGADA SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO STJ N.º 08/2008. 1. Não se conhece do recurso especial por violação dos arts. 535, II, e 538, do CPC, quando as alegações são genéricas, já que configurada deficiência de fundamentação, nos termos da Súmula 284/STF, segundo a qual: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia". 2. Permite-se a substituição da Certidão da Dívida Ativa diante da existência de erro material ou formal. Todavia, não é possível a simples substituição do título exequendo quando os vícios decorrem do próprio lançamento ou da inscrição, como na hipótese em exame. Precedentes. 3. A Primeira Seção desta Corte colocou uma pá de cal sobre a discussão no julgamento de dois recursos especiais representativos de controvérsia, submetidos à sistemática do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n.º 08/2008, quando reafirmou que a Fazenda Pública não pode substituir ou emendar a certidão de dívida ativa até a prolação da sentença de embargos (artigo 2º, § 8º, da Lei 6.830/80), se houver necessidade de modificar o sujeito passivo da execução (Súmula 392/STJ) ou a norma legal que, por equívoco, tenha servido de fundamento ao lançamento tributário (REsp 1.045.472/BA, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe de 18.12.2009 e REsp 1.115.501/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe de 30.11.2010) 4. O caso em exame espelha, com absoluta fidelidade, os julgamentos ora invocados, pois focaliza CDA que consigna dívida com fundamento em norma ainda não vigente na data da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária. É caso típico de erro na indicação da norma legal que serviu de embasamento para a tributação, que não pode ser corrigido pela simples substituição ou emenda da CDA, exigindo-se a realização de um novo lançamento. 5. Recurso especial conhecido em parte e não provido."

(STJ, 2ª Turma, Resp n.º 1210968, Rel. Min. Castro Meira, data da decisão: 07/12/2010, DJE de 14/02/2011).

EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTÁRIO. CONSELHO REGIONAL DE TÉCNICOS EM RADIOLOGIA DA 5ª REGIÃO - CRTR/SP. EMENDA OU SUBSTITUIÇÃO DA CDA. ART. 2º, § 8º, DA LEI Nº 6.830/80. FIXAÇÃO DE ANUIDADE. NATUREZA JURÍDICA DA CONTRIBUIÇÃO. OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. O Superior Tribunal de Justiça - STJ entende que é certo que a Fazenda Pública pode substituir ou emendar a certidão de dívida ativa (CDA), nos termos do artigo 2º, § 8º, da Lei 6.830/80, quando se tratar de correção de erro material ou formal, porém é vedada a modificação do sujeito passivo da execução ou da norma legal que, por equívoco, tenha servido de fundamento ao lançamento tributário.

2. A presente execução fiscal é ajuizada pelo Conselho Regional de Técnicos em Radiologia da 5ª Região - CRTR/SP objetivando a cobrança de débito relativo a anuidades. As anuidades exigidas detém natureza jurídica tributária, motivo pelo qual devem submeter-se aos princípios constitucionais da legalidade e da anterioridade, inclusive no tocante à fixação e alteração de alíquotas e base de cálculo (precedentes: STF, MS 21.797/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJU 18/05/2001; STJ, REsp 273674/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 27/05/2002).

3. O Supremo Tribunal Federal enfrentou e rejeitou o argumento de que o artigo 2º da Lei nº 11.000/2004 autorizaria os conselhos profissionais a fixar os valores de suas anuidades e, indo além, refutou também a alegação de que a decisão da Turma violaria o artigo 97 da Constituição Federal. (Precedente: STF, ARE 640937 AgR-segundo, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-171 DIVULG 05-09-2011 PUBLIC 06-09-2011 EMENT VOL-02581-02 PP-00362).

4. In casu, não há como aplicar as disposições contidas na Lei nº 6.994/82, pois a referida norma não consta como fundamento legal da CDA.

5. Apelação desprovida.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 2093864 - 0003127-48.2013.4.03.6182, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, julgado em 07/04/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/04/2016)

Ante o exposto, decreto *ex officio* a nulidade das CDAs (ID 89332611, fls. 9/10), mantendo-se a r.sentença por fundamentação diversa (art. 803, I, c/c art. 485, IV e VI, do Código de Processo Civil), restando prejudicado o julgamento da apelação.

É o voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. APELAÇÃO. CONSELHO REGIONAL DE FISIOTERAPIA E TERAPIA OCUPACIONAL DA 3ª REGIÃO – CREFITO-3. COBRANÇA DE ANUIDADES. NATUREZA JURÍDICA DA CONTRIBUIÇÃO. OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. EMENDA OU SUBSTITUIÇÃO DA CDA. VEDAÇÃO À ALTERAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO OU DA NORMA LEGAL QUE FUNDAMENTA O LANÇAMENTO. EXECUÇÃO EXTINTA EX OFFICIO. APELAÇÃO PREJUDICADA.

1. A questão devolvida a esta E. Corte diz respeito à cobrança pelo CONSELHO REGIONAL DE FISIOTERAPIA E TERAPIA OCUPACIONAL DA 3ª REGIÃO – CREFITO-3 de anuidades referentes aos exercícios de 2008 a 2013.

2. As anuidades exigidas detém natureza jurídica tributária, motivo pelo qual devem submeter-se aos princípios constitucionais da legalidade e da anterioridade, inclusive no tocante à fixação e alteração de alíquotas e base de cálculo (precedentes: STF, MS 21.797/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJU 18/05/2001; STJ, REsp 273674/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 27/05/2002).

3. O Supremo Tribunal Federal enfrentou e rejeitou o argumento de que o artigo 2º da Lei nº 11.000/2004, autorizaria os conselhos profissionais a fixar os valores de suas anuidades e, indo além, refutou também a alegação de que a decisão da Turma violaria o artigo 97, da Constituição Federal. (Precedente: STF, ARE 640937 AgR-segundo, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-171 DIVULG 05-09-2011 PUBLIC 06-09-2011 EMENT VOL-02581-02 PP-00362).

4. No presente caso, porém, não há como aplicar a Lei nº 6.994/82, pois a referida norma não consta como fundamento legal da CDA. Pelo mesmo motivo, tampouco pode ser aplicada a Lei nº 12.514/2011, vigente desde 31/10/2011, que trata das contribuições devidas aos conselhos profissionais em geral e veio fixar, em seu art. 6º, as anuidades cobradas por eles.

5. Quanto à possibilidade de emenda ou substituição da CDA, o art. 2º, § 8º, da Lei nº 6.830/1980, prevê que "*até a decisão de primeira instância, a Certidão de Dívida Ativa poderá ser emendada ou substituída, assegurada ao executado a devolução do prazo para embargos*". A jurisprudência do C. STJ e desta C. Turma, porém, restringe a possibilidade de emenda ou substituição à correção de erro material ou formal, vedada a alteração do sujeito passivo (Súmula 392/STJ) ou da norma legal que, por equívoco, tenha servido de fundamento ao lançamento tributário. Precedentes (STJ, 1ª Turma, AGA de n.º 1293504, Rel. Min. Luiz Fux, data da decisão: 16/12/2010, DJE de 21/02/2011 / STJ, 2ª Turma, Resp n.º 1210968, Rel. Min. Castro Meira, data da decisão: 07/12/2010, DJE de 14/02/2011 / TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 2093864 - 0003127-48.2013.4.03.6182, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, julgado em 07/04/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/04/2016).

6. Decretada *ex officio* a nulidade das CDAs (ID 89332611, fls. 9/10), mantendo-se a r.sentença por fundamentação diversa (art. 803, I, c/c art. 485, IV e VI, do Código de Processo Civil).

7. Apelação prejudicada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, decretou *ex officio* a nulidade das CDAs (ID 89332611, fls. 9/10), mantendo-se a r.sentença por fundamentação diversa (art. 803, I, c/c art. 485, IV e VI, do Código de Processo Civil), restando prejudicado o julgamento da apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001198-66.2018.4.03.6133

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ORBITAL FERRAMENTARIA & SERRALHERIA LTDA

Advogados do(a) APELADO: LIDIANE MARIANO PEREIRA MANCIO - SP261860-A, MAURICIO OZI - SP129931-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001198-66.2018.4.03.6133

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ORBITAL FERRAMENTARIA & SERRALHERIA LTDA

Advogados do(a) APELADO: LIDIANE MARIANO PEREIRA MANCIO - SP261860-A, MAURICIO OZI - SP129931-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação, em face de sentença que julgou procedente o pedido para excluir o ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS e garantir a compensação do indébito fiscal, após o trânsito em julgado e observada a prescrição quinquenal, fixada verba honorária em 5% sobre o valor da causa, nos termos do artigo 85, § 2º e 3º, III, do Código de Processo Civil.

Foram opostos e rejeitados embargos de declaração fazendários.

Apelou a PFN, alegando: (1) necessidade de sobrestamento do feito até o julgamento definitivo do RE 574.706 pela Suprema Corte; (2) validade do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS; (3) o montante a ser excluído da base de cálculo das contribuições é o imposto efetivamente recolhido e não o destacado nas notas fiscais, caso contrário significa excluir mais do que é devido ao Estado a título de ICMS; e (4) eventual compensação deve observar as regras dos artigos 66 da Lei 8.383/1991, 89 da Lei 8.212/199 e 26-A da Lei 11.457/2007, e a INRFB 1.717/2017.

Em contrarrazões, o contribuinte pleiteou o não conhecimento do recurso e, no mérito, o desprovimento.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001198-66.2018.4.03.6133

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ORBITAL FERRAMENTARIA & SERRALHERIA LTDA

Advogados do(a) APELADO: LIDIANE MARIANO PEREIRA MANCIO - SP261860-A, MAURICIO OZI - SP129931-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, rejeita-se a preliminar de não conhecimento do recurso, pois, ao contrário do alegado, as razões fundamentam com suficiência o pedido de reforma, de sorte a preencher os requisitos formais de admissibilidade, nos termos do artigo 1.010, CPC.

Quanto à alegação de que o indébito fiscal depende da prova da existência de ICMS a ser efetivamente pago no sistema não cumulativo, trata-se de questão afeta ao mérito do julgado e, como tal, deve ser apreciado oportunamente neste voto.

Ainda antes do mérito, cabe rejeitar o pedido de suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior; o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior.

No mérito, a questão da inclusão de **imposto** na base de cálculo do PIS/COFINS com vulneração da matriz constitucional que prevê a respectiva incidência sobre faturamento ou receita na dicção atualizado do artigo 195, I, *b*, da Constituição Federal, foi resolvida, pela Suprema Corte no RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS.

Eis o acórdão ementado:

RE 574.706, Rel. Min. CARMEN LÚCIA, DJe 29/09/2017: "RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

A definição da base de cálculo do PIS/COFINS é matéria constitucional, não cabendo invocar orientação no plano do direito federal para afastar o juízo de inconstitucionalidade, menos ainda quando já vencida (Súmulas 68 e 94/STJ) no âmbito da respectiva Corte Superior. Ademais, o pronunciamento da Suprema Corte, sobretudo em repercussão geral, tem função primordial na tarefa de garantir segurança jurídica, estabilidade, integridade e coerência na aplicação do direito à luz da Constituição, a ser buscada por todos os órgãos do Poder Judiciário (artigos 926 e 927, III, CPC).

Perceba-se que a pretensão em causa não envolve a dedução de parcela legalmente prevista, daí porque impertinente o argumento de que é taxativo o rol de exclusões constante do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 - com as alterações da Lei 12.973/2014, cujo advento, conforme já decidiu esta Corte, "não promoveu modificação legislativa relevante para a espécie, na medida em que não alterou o conceito da base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS" (EI 0029413-91.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 17/11/2017) - e § 3º dos artigos 1º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003.

A tese do contribuinte é a de que a inclusão do imposto na base de cálculo de tais contribuições viola incidência constitucionalmente delimitada, exigindo, assim, decisão judicial no sentido de definir a base de cálculo compatível com o parâmetro constitucional.

A alegação de que o cálculo do PIS/COFINS com exclusão do imposto destinado ao erário contradiz a incidência, reconhecidamente válida, sobre outros custos, encargos ou despesas destinados a terceiros (como, por exemplo: empregados, companhia de energia elétrica, FGTS, fornecedores, empresas contratadas para prestação de serviços, entes estatais) não é verdadeira nem aceitável, sem análise da natureza jurídica de cada parcela discutida na formação da base de cálculo de tais contribuições. Por ora, o que assentou, suficientemente, a Suprema Corte para o exame do caso foi a inexigibilidade de imposto integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, seja o ICMS, seja o próprio ISS, quanto a este em juízo derivado diretamente da mesma lógica de fundamentação constitucional, conforme já exposto.

O aspecto relevante da controvérsia diz respeito ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS diante da divergência estabelecida entre as vertentes que primam, de um lado, pelo valor do imposto destacado nas notas fiscais e, de outro, pelo valor do imposto a ser efetivamente pago pelo contribuinte, dentro do regime de não cumulatividade. É importante frisar, de toda sorte, que tal ponto, ainda que não tenha ou tivesse sido discutido na inicial nem decidido na sentença ou veiculado na apelação, não impediria o pronunciamento da Corte - assim como do próprio Juízo após embargos de declaração -, por se tratar, justamente, de controvérsia ínsita ao próprio mérito, qual seja, a definição do que constitui o indébito fiscal e, neste sentido, matéria que deve ser resolvida na fase cognitiva e não em liquidação de sentença, inexistindo, portanto, mesmo quando nada tenha ou tivesse sido alegado ou decidido, vício de julgamento *extra* ou *ultra petita*, ou contrariedade ao princípio da congruência ou da adstrição..

Tanto é assim que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido em razão do regime de não cumulatividade do imposto.

Neste sentido o seguinte excerto do julgado no RE 574.706:

"O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS".

Também este o entendimento adotado no âmbito das Turmas desta Seção:

ApelRemNec 5000633-81.2017.4.03.6119, Rel. Des. Fed. ANTONIO CEDENHO, Intimação via sistema 18/04/2020: “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REQUISITOS DO ARTIGO 1.022 CPC/2015. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE Nº 574.706/PR. VINCULAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OBSCURIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1.022 do Código de Processo Civil vigente, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado. O caráter infringente dos embargos somente é admitido a título excepcional, quando a eliminação da contradição ou da omissão decorrer, logicamente, a modificação do julgamento embargado. 2. A e. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no julgamento do RE nº 574.706/PR, consignou que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. Como o presente julgamento se vincula ao que foi decidido sobre o tema pelo C. STF, deve-se assentar que, relativamente à questão do valor a ser efetivamente excluído a título de ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, a tese que foi acolhida pelo STF é a exposta no v. acórdão embargado. 3. O escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022 do Código de Processo Civil. 4. O artigo 1.025 do novo Código de Processo Civil bem esclarece que os elementos suscitados pelo embargante serão considerados incluídos no acórdão “para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.” 5. Embargos de declaração rejeitados.”

ApReeNec 5001772-28.2017.4.03.6100, Rel. Des. Fed. MARLI FERREIRA, Intimação via sistema 02/04/2020: “PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ARTIGO 1.022 DO CPC. OMISSÃO. EXISTÊNCIA. JULGADO INTEGRADO. 1. Prevê o artigo 1.022 do CPC que a oposição dos aclaratórios somente tem cabimento para esclarecimento de obscuridade ou eliminação de contradição, para suprimir omissão sobre ponto ou questão sobre o qual o julgado deveria se pronunciar, ou, ainda, para corrigir erro material existente no decisório. 2. Na espécie, o julgado restou omissivo quanto à parcela do ICMS a ser destacada da base de cálculo do PIS e da COFINS. E, nesse tocante, cumpre esclarecer que o ICMS a ser excluído é o destacado nos documentos fiscais de saída, vez que é esse montante que integra a indigitada base de cálculo. 3. Assim sendo, tem a impetrante o direito de excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS o valor integral do ICMS destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias do seu estabelecimento, inclusive após o advento da Lei nº 12.973/2014. 4. Embargos de declaração acolhidos.”

ApelRemNec 5003932-95.2019.4.03.6119, Rel. Des. Fed. JOHONSOM DI SALVO, e - DJF3 15/04/2020: "AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DECLAROU INCONSTITUCIONAL A INCLUSÃO DO ICMS (FATURADO) NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS, FAZENDO-O POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO RE Nº 574.706. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a inclusão do ICMS (faturado) na base de cálculo do PIS e da COFINS, fazendo-o por ocasião do julgamento do RE nº 574.706. A corte, por maioria e nos termos do voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia, apreciando o tema nº 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Esse entendimento é aplicável de pronto, não havendo que se falar em espera de embargos de declaração (sem efeito suspensivo) ou de modulação de efeitos da decisão plenária da Suprema Corte, já que esses dois eventos não estão consignados em lei como impeditivos da aplicação imediata do decísum. Esse é o entendimento que vem sendo seguido nesta Corte Regional (3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5021518-72.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 08/11/2019, Intimação via sistema DATA: 13/11/2019), e de modo unânime nesta 6ª Turma (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000706-20.2017.4.03.6130, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 03/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/12/2019). Deveras, a suspensão pretendida pelo Fisco esbarraria no art. 1.035, § 5º do NCPC. De outro lado, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal – ao acolher o voto da ministra Relatora – no sentido de que, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada como faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019). Essa é a postura que este Relator sempre defende desde o momento em que surdiu o julgamento do Tema nº 69 (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000596-53.2018.4.03.6108, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 02/12/2019, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019). Tratando-se de empresa comercial, resta claro que é contribuinte das três exações e que recolheu tributação a maior e poderá recuperá-la (quanto aos últimos cinco anos antes do ajuizamento da presente demanda) por meio de compensação, que deverá ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74 da Lei nº 9.430/1996 (redação dada pela Lei 10.637/02), observado ainda o artigo 26-A da Lei nº 11.457/2007."

Logo, não importa ao exame do mérito a juntada de documentos fiscais ou mercantis para demonstração do ICMS a ser pago pelo contribuinte, bastando para o presente julgamento a prova, tão-somente, de que o contribuinte, sujeito ao PIS/COFINS, recolheu valores com inclusão do ICMS nas bases de cálculo, ficando relegada à fase própria a apuração do *quantum debeatur* a partir de valores destacados em notas fiscais e incluídos na tributação federal.

Reconhecido o indébito fiscal, na forma acima especificada, os critérios para exercício do direito à compensação, na via administrativa mediante procedimento específico, inclusive com a própria comprovação e liquidação de valores indevidos a serem compensados, são os definidos nos artigos 168 (prescrição quinquenal) e 170-A (trânsito em julgado), ambos do Código Tributário Nacional; artigo 74 da Lei 9.430/1996 e demais textos legais de regência, incluindo o artigo 26-A da Lei 11.457/2007 na redação da Lei 13.670/2018, observado o regime legal vigente ao tempo da propositura da ação, pois este o critério determinante na jurisprudência consolidada, ainda que posteriormente possa ter sido alterada a legislação; e artigo 39, § 4º da Lei 9.250/1995 (incidência exclusiva da Taxa SELIC) desde cada recolhimento indevido.

De fato, como a presente ação foi proposta **após a Lei 13.670, de 30/05/2018**, que revogou o parágrafo único do artigo 26 da Lei 11.457/2007 e inseriu o artigo 26-A, este, pois, é o regime legal vigente ao tempo do ajuizamento a ser aplicado ao caso dos autos, segundo o critério jurídico acima apontado, consolidado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, rejeito a preliminar arguida em contrarrazões, e dou parcial provimento à apelação, para reformar a sentença, nos termos supracitados.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. INDÉBITO FISCAL. COMPENSAÇÃO.

1. Rejeita-se a preliminar de não conhecimento do recurso, pois, ao contrário do alegado, as razões fundamentam com suficiência o pedido de reforma, de sorte a preencher os requisitos formais de admissibilidade, nos termos do artigo 1.010, CPC. Quanto à alegação de que o indébito fiscal depende da prova da existência de ICMS a ser efetivamente pago no sistema não cumulativo, trata-se de questão afeta ao mérito do julgado e, como tal, deve ser apreciado oportunamente.
2. Ainda antes do mérito, cabe rejeitar o pedido de suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior, o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior.
3. No mérito, a questão da inclusão de **imposto** na base de cálculo do PIS/COFINS com vulneração da matriz constitucional que prevê a respectiva incidência sobre faturamento ou receita na dicção atualizada do artigo 195, I, *b*, da Constituição Federal, foi resolvida, pela Suprema Corte no RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS. A definição da base de cálculo do PIS/COFINS é matéria constitucional, não cabendo invocar orientação no plano do direito federal para afastar o juízo de inconstitucionalidade, menos ainda quando já vencida (Súmulas 68 e 94/STJ) no âmbito da respectiva Corte Superior. Ademais, o pronunciamento da Suprema Corte, sobretudo em repercussão geral, tem função primordial na tarefa de garantir segurança jurídica, estabilidade, integridade e coerência na aplicação do direito à luz da Constituição, a ser buscada por todos os órgãos do Poder Judiciário (artigos 926 e 927, III, CPC).
4. A pretensão em causa não envolve a dedução de parcela legalmente prevista, daí porque impertinente o argumento de que é taxativo o rol de exclusões constante do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 - com as alterações da Lei 12.973/2014, cujo advento, conforme já decidiu esta Corte, “*não promoveu modificação legislativa relevante para a espécie, na medida em que não alterou o conceito da base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS*” (EI 0029413-91.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 17/11/2017) - e § 3º dos artigos 1º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003. A tese do contribuinte é a de que a inclusão do imposto na base de cálculo de tais contribuições viola incidência constitucionalmente delimitada, exigindo, assim, decisão judicial no sentido de definir a base de cálculo compatível com o parâmetro constitucional.
5. A alegação de que o cálculo do PIS/COFINS com exclusão do imposto destinado ao erário contradiz a incidência, reconhecidamente válida, sobre outros custos, encargos ou despesas destinados a terceiros (como, por exemplo: empregados, companhia de energia elétrica, FGTS, fornecedores, empresas contratadas para prestação de serviços, entes estatais) não é verdadeira nem aceitável, sem análise da natureza jurídica de cada parcela discutida na formação da base de cálculo de tais contribuições. Por ora, o que assentou, suficientemente, a Suprema Corte para o exame do caso foi a inexigibilidade de imposto integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, seja o ICMS, seja o próprio ISS, quanto a este em juízo derivado diretamente da mesma lógica de fundamentação constitucional, conforme já exposto.
6. O aspecto relevante da controvérsia diz respeito ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS diante da divergência estabelecida entre as vertentes que primam, de um lado, pelo valor do imposto destacado nas notas fiscais e, de outro, pelo valor do imposto a ser efetivamente pago pelo contribuinte, dentro do regime de não cumulatividade. É importante frisar, de toda sorte, que tal ponto, ainda que não tenha ou tivesse sido discutido na inicial nem decidido na sentença ou veiculado na apelação, não impediria o pronunciamento da Corte - assim como do próprio Juízo após embargos de declaração -, por se tratar, justamente, de controvérsia ínsita ao próprio mérito, qual seja, a definição do que constitui o indébito fiscal e, neste sentido, matéria que deve ser resolvida na fase cognitiva e não em liquidação de sentença, inexistindo, portanto, mesmo quando nada tenha ou tivesse sido alegado ou decidido, vício de julgamento *extra* ou *ultra petita*, ou contrariedade ao princípio da congruência ou da adstrição. Tanto é assim que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido em razão do regime de não cumulatividade do imposto. Logo, não importa ao exame do mérito a juntada de documentos fiscais ou mercantis para demonstração do ICMS a ser pago pelo contribuinte, bastando para o presente julgamento a prova, tão-somente, de que o contribuinte, sujeito ao PIS/COFINS, recolheu valores com inclusão do ICMS nas bases de cálculo, ficando relegada à fase própria a apuração do *quantum debeatur* a partir de valores destacados em notas fiscais e incluídos na tributação federal.
7. Reconhecido o indébito fiscal, na forma acima especificada, os critérios para exercício do direito à compensação, na via administrativa mediante procedimento específico, inclusive com a própria comprovação e liquidação de valores indevidos a serem compensados, são os definidos nos artigos 168 (prescrição quinquenal) e 170-A (trânsito em julgado), ambos do Código Tributário Nacional; artigo 74 da Lei 9.430/1996 e demais textos legais de regência, incluindo o artigo 26-A da Lei 11.457/2007 na redação da Lei 13.670/2018, observado o regime legal vigente ao tempo da propositura da ação, pois este o critério determinante na jurisprudência consolidada, ainda que posteriormente possa ter sido alterada a legislação; e artigo 39, § 4º da Lei 9.250/1995 (incidência exclusiva da Taxa SELIC) desde cada recolhimento indevido.
8. Preliminar de contrarrazões rejeitada, e apelação provida em parte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou a preliminar arguida em contrarrazões, e deu parcial provimento à apelação, para reformar a sentença,, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0020704-58.2018.4.03.9999

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: FUNDICAO BALANCINS LTDA

Advogados do(a) APELANTE: NATANAEL MARTINS - SP60723-A, MARIO JUNQUEIRA FRANCO JUNIOR - SP140284-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0020704-58.2018.4.03.9999

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: FUNDICAO BALANCINS LTDA

Advogados do(a) APELANTE: NATANAEL MARTINS - SP60723-A, MARIO JUNQUEIRA FRANCO JUNIOR - SP140284-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração contra acórdão assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO VIA DCTF ANTERIOR À LEI 10.833/03. NECESSIDADE DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO NÃO CONFIGURADAS. COMPENSAÇÃO INDEVIDA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Hipótese em que o crédito tributário executado foi constituído por auto de infração em razão da compensação apontada na DCTF para fins de pagamento de débito de IPI não ter sido considerada pelo Fisco. Consoante firme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, nessas situações é importante destacar a data de 31/10/2003, pois somente a partir da eficácia do art. 18 da MP n. 135/2003, convertida na Lei n. 10.833/2003, o lançamento de ofício deixou de ser necessário.

2. No caso em apreço a compensação em DCTF foi realizada em data anterior, imprescindível, portanto, a atuação fazendária com o lançamento de ofício para a cobrança de débitos objeto de compensação indevida. Precedente do c. STJ.

3. Os fatos geradores remontam às competências de abril a dezembro de 1998. Nos termos do art. 173, I, do CTN, o prazo decadencial quinquenal para a constituição do crédito tributário de 1998, por meio do lançamento de ofício, teve início em 1º de janeiro de 2000 com término em 31/12/2004. Assim, realizado o lançamento de ofício pela Fazenda com a respectiva notificação em 08/08/2003, não há que se falar em decadência.

4. O artigo 174 do CTN discorre que a "ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva." Segundo o inciso I de seu parágrafo único, a prescrição se interromperá com o despacho que ordenar a citação no executivo fiscal.
5. No julgamento do REsp n. 1.120.295/SP, elevado à sistemática dos recursos repetitivos, firmou-se o entendimento de que o marco interruptivo da prescrição, retroagirá à data do ajuizamento do feito executivo. Por conseguinte, a data da propositura da execução fiscal constitui, em regra, o termo final do prazo prescricional.
6. A constituição do crédito tributário deu-se por lançamento de ofício. Após a lavratura do auto de infração em 2003, a embargante protocolou sua defesa administrativa, dando origem ao PA 13899.001395/2003-01, no qual afirmava inexistência da dívida em razão da compensação com créditos oriundos de débitos relativos ao PIS e FINSOCIAL. No entanto, a defesa não foi acatada e, não verificada a inexistência de causa suspensiva de exigibilidade porquanto a liminar na ação judicial não tinha o condão de alcançar o tributo em cobro, determinou a cobrança mediante carta-cobrança em 2011. Inexistente pagamento, inscreveu-se o débito em dívida ativa em 15/07/2011. Insistindo ainda na compensação do crédito, apresentou a embargante Pedido de Revisão de Débito Inscrito em Dívida Ativa da União em 18/08/2011, o qual foi indeferido em razão da ausência de autorização judicial para compensação com débitos de IPI. Insurgiu-se mais uma vez pela compensação via Pedido de Revisão de Débito, em 22/11/2011, o qual foi novamente rejeitado, finalizando definitivamente a discussão na seara administrativa.
7. Ajuizamento da execução fiscal no final do mesmo ano em que inscrita em dívida ativa, não há que se falar em prescrição.
8. O Superior Tribunal de Justiça, em apreciação de recurso sob sistemática repetitiva, consolidou o entendimento de que não há interdição absoluta à discussão de compensação em sede de embargos à execução fiscal (REsp 1.008.343, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 01/02/2010).
9. Ao interpretar o referido representativo de controvérsia, a própria Corte Superior orientou-se à admissão do encontro de contas como matéria de defesa à execução, contanto que esta haja sido reconhecida, administrativa ou judicialmente, previamente à cobrança judicial dos valores, efetivamente quitados.
10. Como exaustivamente demonstrado tanto na seara administrativa quanto consignado na r. sentença, o crédito que a embargante aponta como possível de compensação com o indébito aqui executado deriva de duas ações judiciais - 1999.61.00.046589-3 e 1999.61.00.046588-1, nos quais restou deferida a compensação do excedente do PIS e FINSOCIAL exclusivamente com parcelas da mesma espécie tributária (PIS, COFINS e CSLL), não abrangendo, portanto, dívidas de IPI, objeto da cobrança.
11. Apelação desprovida.

Alegou-se omissão e contradição, inclusive para fins de pré-questionamento (artigos 1.022, incisos I e II do Código de Processo Civil; 142, 156, V, e 174, parágrafo único, do CTN; e 74 da Lei 9.430/1996), pois: **(1)** “partiu de premissa equivocada, uma vez que o Auto de Infração lavrado pela administração pública não se prestou à constituição do crédito tributário, nos moldes e na forma do que prevê o art. 142 do Código Tributário Nacional” e “sendo nulo o Auto de Infração e não tendo havido novo lançamento ofício, o crédito tributário encontra-se fulminado pela decadência, conseqüentemente, extinto, nos termos do art. 156, V, do Código Tributário Nacional, eis que decorridos mais de 05 anos da data da entrega das DCTFs, conforme também pacificado pelo C. Superior Tribunal de Justiça”; **(2)** se o AIIM de 18/6/2003 foi apto à constituição do crédito tributário, “os débitos de IPI das competências de abril a maio de 1998 estariam extintos pela decadência”; **(3)** “reconhece que a defesa não foi acatada, o que acarretaria na exigibilidade dos débitos aqui discutidos e a conseqüente fluência do prazo prescricional, ao passo que reconhece, concomitantemente, que não foi verificada a existência de causa suspensiva de exigibilidade dos débitos”, omitindo-se, assim, “quanto ao fato que não houve suspensão da fluência do prazo prescricional de 5 anos previsto pelo art. 174 do CTN”, de maneira que é “clara a prescrição operada no caso concreto, e a conseqüente extinção dos débitos conforme previsto pelo art. 156, V, do CTN”; **(4)** “a defesa apresentada pelo Embargante contra o AIIM em questão foi protocolada em agosto/2003, antes, portanto, do advento da MP 651/2003 e da Lei de conversão, nº 10.833/2003, que introduziram o §11 ao art. 74 da Lei nº 9.430/96. Portanto, é certo que a defesa apresentada pelo contribuinte não surtiu os efeitos decorrentes do art. 151, III, do CTN e, por conseguinte, não interferiu na contagem do prazo prescricional, na linha do que já decidiram os nossos Tribunais”, restando omissis “quanto ao ponto e quanto às previsões do art. 174, § único do CTN e art. 74, §11, da Lei nº 9.430/96”; e **(5)** “a Receita Federal do Brasil permite a compensação de créditos reconhecidos em decisão judicial transitada em julgado, que apenas tenha permitido a compensação com tributos da mesma espécie, com quaisquer outros tributos por ela administrados, desde que (i) houver legislação superveniente que assegure igual tratamento aos demais contribuinte; (ii) se a legislação vigente quando do trânsito em julgado não tiver sido o fundamento da decisão que restringiu a compensação apenas com tributos da mesma espécie”, e “No caso ambas as condições são observadas: (i) a Lei n.º 12.637/2002 deu nova redação ao artigo 74 da Lei n.º 9.430/96, prevendo expressamente a possibilidade de compensação de crédito, inclusive oriundo de decisão transitada em julgado, com quaisquer tributos administrados pela SRFB e (ii) a legislação utilizada como fundamento das decisões que permitiram apenas a compensação com tributos da mesma espécie, foi a da época de ajuizamento das ações, e não a vigente à época do trânsito em julgado, quando já vigente a nova redação dada ao artigo 74 da Lei n.º 9.430/96, pela Lei 12.637/2002”.

Houve impugnação.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0020704-58.2018.4.03.9999

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: FUNDICAO BALANCINS LTDA

Advogados do(a) APELANTE: NATANAEL MARTINS - SP60723-A, MARIO JUNQUEIRA FRANCO JUNIOR - SP140284-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, são manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

As alegações não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.

Quanto à decadência, consignou, a propósito, expressamente o acórdão embargado (f. 121/122, ID 97174680) que:

“Os embargos impugnaram executivo fiscal movido pela União em face do embargante, na qual visa à cobrança de IPI cujo fato gerador ocorrera entre abril a dezembro de 1998, constituídos mediante auto de infração com notificação ao contribuinte em 08/08/2003. (fls. 52/103).

Observo que o caso em tela versa sobre realização de lançamento de ofício para a cobrança de débitos objeto de compensação indevida declarada em DCTF pelo contribuinte.

Consoante firme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, nessas situações é importante destacar a data de 31/10/2003, pois somente a partir da eficácia do art. 18 da MP n. 135/2003, convertida na Lei n. 10.833/2003, o lançamento de ofício deixou de ser necessário. Considerando que no caso em apreço a compensação em DCTF foi realizada em data anterior, imprescindível a atuação fazendária com o lançamento de ofício para a cobrança de débitos objeto de compensação indevida.

(...)

No caso concreto, os fatos geradores remontam às competências de abril a dezembro de 1998. Assim, nos termos do art. 173, I, do CTN, o prazo decadencial quinquenal para a constituição do crédito tributário de 1998, por meio do lançamento de ofício, teve início em 1º de janeiro de 2000 com término em 31/12/2004. Assim, realizado o lançamento de ofício pela Fazenda com a respectiva notificação em 08/08/2003, não há que se falar em decadência.”

Como se percebe, evidente o entendimento firmado no acórdão no sentido de que não se operou a decadência tributária em razão do lançamento ter sido realizado de ofício dentro do prazo legal, conforme prova dos autos (f. 54/105, ID 97182722).

Também restou observado que o auto de infração decorreu, sim, da constatação de que havia débitos inadimplidos em razão de compensação indevida declarada em DCTF, identificando, pois, o fato gerador, a matéria tributável e a quantificação respectiva, nos moldes do artigo 142, CTN, inexistindo, portanto, qualquer omissão ou ofensa à motivação que orientou a fiscalização.

O acórdão embargado considerou prova documental existente neste sentido, assim a comunicação EQAJUD 026/2011 feita ao contribuinte, indicando ter sido indevida, frente à coisa julgada, a compensação de FINSOCIAL com PIS (f. 129, ID 97182722), resultando em débitos exigíveis de PIS, constituídos conforme CDA's (f. 52/105, ID 97182722), auto de infração (f. 25/33, ID 97183480) e relatório fiscal (f. 38/44, idem), todos uníssonos em revelar que houve lançamento de PIS por compensação indevida de tal contribuição em DCTF's, em convergência com a alegação da apelada, em contrarrazões, de que *“a descrição dos fatos pela auditoria deixa clara a origem de tal passivo, consideradas as irregularidades da aplicação dos créditos informados em DCTF para fins de compensação”* (f. 88, ID 97174680).

No que tange à prescrição, registrou o acórdão embargado (f. 123/125, ID 97174680) que:

“O artigo 174 do CTN discorre que a “ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.” Segundo o inciso I de seu parágrafo único, a prescrição se interromperá com o despacho que ordenar a citação no executivo fiscal.

No julgamento do REsp n. 1.120.295/SP, elevado à sistemática dos recursos repetitivos, firmou-se o entendimento de que o marco interruptivo da prescrição, retroagirá à data do ajuizamento do feito executivo. Por conseguinte, a data da propositura da execução fiscal constitui, em regra, o termo final do prazo prescricional.

(...)

No caso concreto, a constituição do crédito tributário deu-se por lançamento de ofício. Após a lavratura do auto de infração em 2003, a embargante protocolou sua defesa administrativa, dando origem ao PA 13899.001395/2003-01, no qual afirmava inexistência da dívida em razão da compensação com créditos oriundos de indébitos relativos ao PIS e FINSOCIAL (fls. 180/234). No entanto, a defesa não foi acatada e, não verificada a inexistência de causa suspensiva de exigibilidade porquanto a liminar na ação judicial não tinha o condão de alcançar o tributo em cobro, determinou a cobrança mediante carta-cobrança em 2011 (fls. 235). Inexistente pagamento, inscreveu-se o débito em dívida ativa (fls. 247). Insistindo ainda na compensação do crédito, apresentou a embargante Pedido de Revisão de Débito Inscrito em Dívida Ativa da União em 18/08/2011 (fls. 249). Diante da ausência de autorização judicial para compensação com débitos de IPI, foi indeferido o pedido de revisão de débitos em 24/08/2011 e mantida a cobrança (fls. 304/305). Mais uma vez, a embargante protocolou Pedido de Revisão de Débito em 22/11/2011 (fls. 309) com a mesma alegação de compensação, o qual foi rejeitado (fls. 323), finalizando, aqui, a discussão na seara administrativa (2011).

Inscrito o débito em dívida em 15/07/2011 e ajuizada a execução fiscal no final do mesmo ano, não há que se falar em prescrição.”

Verifica-se, portanto, assentado no aresto recorrido que, após análise administrativa da defesa do contribuinte, em que se discutia a exigibilidade do crédito tributário, houve cobrança mediante carta-cobrança em 2011, com posterior inscrição em dívida ativa em 15/07/2011, por ausência de pagamento, e correspondente propositura de execução fiscal no mesmo ano. Destarte, como demonstrado, não se operou a prescrição, não havendo omissão a ser sanada, até porque, de forma manifestamente equivocada, a embargante buscou convencer de que a prescrição deve ser contada não do auto de infração, que constituiu de ofício o PIS, mas da entrega das DCTF's, em 1998, contrariando, pois, toda a jurisprudência e a prova contundente dos autos.

Também inexistente omissão e contradição quanto à suspensão da exigibilidade, pois o que o acórdão constatou dos autos foi que a defesa administrativa não foi acolhida ou acatada, e não que a prescrição teve curso contínuo sem qualquer interrupção como aventado, tanto que foi expressamente assentado que o encerramento da discussão na via administrativa ocorreu em 2011, após longa defesa e impugnação do contribuinte.

Por sua vez, a respeito da compensação, constou do acórdão embargado (f. 127/128, ID 97174680) que:

“Ao interpretar o referido representativo de controvérsia, a própria Corte Superior orientou-se à admissão do encontro de contas como matéria de defesa à execução, contanto que esta haja sido reconhecida, administrativa ou judicialmente, previamente à cobrança judicial dos valores, efetivamente quitados.

Não é a situação dos autos.

Como exaustivamente demonstrado tanto na seara administrativa quanto consignado na r. sentença, o crédito que a embargante aponta como possível de compensação com o indébito aqui executado deriva de duas ações judiciais - 1999.61.00.046589-3 e 1999.61.00.046588-1, que tramitaram respectivamente na 23ª e 22ª Varas Federais desta Capital.

Em consulta ao sistema processual desta Corte, observo que em ambos os processos foi deferida a compensação do excedente do PIS e FINSOCIAL exclusivamente com parcelas da mesma espécie tributária (PIS, COFINS e CSSL), não abrangendo, portanto, dívidas de IPI, objeto da cobrança.

Em assim sendo, o pedido de compensação também não merece ser reconhecido e a cobrança deve ser mantida integralmente.”

Como se observa, o acórdão embargado foi claro na abordagem do mérito suscitado, considerando que a coisa julgada delimitou o alcance da compensação possível e legítima, ao passo que a embargante pretendeu sustentar que, administrativamente, são aceitas outras formas de compensação. A proposição da embargante é a de que se pode aproveitar a coisa julgada quanto à inexigibilidade e o reconhecimento do indébito fiscal sem observar, porém, a mesma coisa julgada em relação aos limites discutidos nos autos quanto aos tributos passíveis de compensação, tendo o acórdão embargado decidido, ao contrário, que a coisa julgada delimita, por inteiro, o exercício do direito, e não apenas no que interessa à embargante.

Se tal motivação é insuficiente, fere normas apontadas ou contraria a jurisprudência (artigos 1.022, incisos I e II do Código de Processo Civil; 142, 156, V, e 174, parágrafo único, do CTN; e 74 da Lei n 9.430/1996) deve o contribuinte veicular recurso próprio para impugnação do acórdão e não rediscutir a matéria em embargos de declaração.

Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PIS. AUTO DE INFRAÇÃO. DECADÊNCIA. PRESCRIÇÃO. COMPENSAÇÃO. VÍCIOS INEXISTENTES. REJEIÇÃO.

1. São manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

2. As alegações não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.

3. Com relação à decadência, consignou, a propósito, expressamente o acórdão embargado que: *“Os embargos impugnaram executivo fiscal movido pela União em face do embargante, na qual visa à cobrança de IPI cujo fato gerador ocorrera entre abril a dezembro de 1998, constituídos mediante auto de infração com notificação ao contribuinte em 08/08/2003. (fls. 52/103). Observo que o caso em tela versa sobre realização de lançamento de ofício para a cobrança de débitos objeto de compensação indevida declarada em DCTF pelo contribuinte. Consoante firme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, nessas situações é importante destacar a data de 31/10/2003, pois somente a partir da eficácia do art. 18 da MP n. 135/2003, convertida na Lei n. 10.833/2003, o lançamento de ofício deixou de ser necessário. Considerando que no caso em apreço a compensação em DCTF foi realizada em data anterior, imprescindível a atuação fazendária com o lançamento de ofício para a cobrança de débitos objeto de compensação indevida. (...) No caso concreto, os fatos geradores remontam às competências de abril a dezembro de 1998. Assim, nos termos do art. 173, I, do CTN, o prazo decadencial quinquenal para a constituição do crédito tributário de 1998, por meio do lançamento de ofício, teve início em 1º de janeiro de 2000 com término em 31/12/2004. Assim, realizado o lançamento de ofício pela Fazenda com a respectiva notificação em 08/08/2003, não há que se falar em decadência”*. Como se percebe, evidente o entendimento firmado no acórdão no sentido de que não se operou a decadência tributária em razão do lançamento ter sido realizado de ofício dentro do prazo legal, conforme prova dos autos. Também restou observado que o auto de infração decorreu, sim, da constatação de que havia débitos inadimplidos em razão de compensação indevida declarada em DCTF, identificando, pois, o fato gerador, a matéria tributável e a quantificação respectiva, nos moldes do artigo 142, CTN, inexistindo, portanto, qualquer omissão ou ofensa à motivação que orientou a fiscalização. O aresto recorrido considerou prova documental existente neste sentido, assim a comunicação EQAJUD 026/2011 feita ao contribuinte, indicando ter sido indevida, frente à coisa julgada, a compensação de FINSOCIAL com PIS, resultando em débitos exigíveis de PIS, constituídos conforme CDA's, auto de infração e relatório fiscal, todos uníssimos em revelar que houve lançamento de PIS por compensação indevida de tal contribuição em DCTF's, em convergência com a alegação da apelada, em contrarrazões, de que *“a descrição dos fatos pela auditoria deixa clara a origem de tal passivo, consideradas as irregularidades da aplicação dos créditos informados em DCTF para fins de compensação”*.

4. No que tange à prescrição, consta do acórdão embargado que: *“O artigo 174 do CTN dispõe que a “ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.” Segundo o inciso I de seu parágrafo único, a prescrição se interromperá com o despacho que ordenar a citação no executivo fiscal. No julgamento do REsp n. 1.120.295/SP, elevado à sistemática dos recursos repetitivos, firmou-se o entendimento de que o marco interruptivo da prescrição, retroagirá à data do ajuizamento do feito executivo. Por conseguinte, a data da propositura da execução fiscal constitui, em regra, o termo final do prazo prescricional. (...) No caso concreto, a constituição do crédito tributário deu-se por lançamento de ofício. Após a lavratura do auto de infração em 2003, a embargante protocolou sua defesa administrativa, dando origem ao PA 13899.001395/2003-01, no qual afirmava inexistência da dívida em razão da compensação com créditos oriundos de indébitos relativos ao PIS e FINSOCIAL (fls. 180/234). No entanto, a defesa não foi acatada e, não verificada a inexistência de causa suspensiva de exigibilidade porquanto a liminar na ação judicial não tinha o condão de alcançar o tributo em cobro, determinou a cobrança mediante carta-cobrança em 2011 (fls. 235). Inexistente pagamento, inscreveu-se o débito em dívida ativa (fls. 247). Insistindo ainda na compensação do crédito, apresentou a embargante Pedido de Revisão de Débito Inscrito em Dívida Ativa da União em 18/08/2011 (fls. 249). Diante da ausência de autorização judicial para compensação com débitos de IPI, foi indeferido o pedido de revisão de débitos em 24/08/2011 e mantida a cobrança (fls. 304/305). Mais uma vez, a embargante protocolou Pedido de Revisão de Débito em 22/11/2011 (fls. 309) com a mesma alegação de compensação, o qual foi rejeitado (fls. 323), finalizando, aqui, a discussão na seara administrativa (2011). Inscrito o débito em dívida em 15/07/2011 e ajuizada a execução fiscal no final do mesmo ano, não há que se falar em prescrição”*. Verifica-se, portanto, assentado no aresto recorrido que, após análise administrativa da defesa do contribuinte, em que se discutia a exigibilidade do crédito tributário, houve cobrança mediante carta-cobrança em 2011, com posterior inscrição em dívida ativa em 15/07/2011, por ausência de pagamento, e correspondente propositura de execução fiscal no mesmo ano. Destarte, como demonstrado, não se operou a prescrição, não havendo omissão a ser sanada, até porque, de forma manifestamente equivocada, a embargante buscou convencer de que a prescrição deve ser contada não do auto de infração, que constituiu de ofício o PIS, mas da entrega das DCTF's, em 1998, contrariando, pois, toda a jurisprudência e a prova contundente dos autos. Também inexistente omissão e contradição quanto à suspensão da exigibilidade, pois o que o acórdão constatou dos autos foi que a defesa administrativa não foi acolhida ou acatada, e não que a prescrição teve curso contínuo sem qualquer interrupção como aventado, tanto que foi expressamente assentado que o encerramento da discussão na via administrativa ocorreu em 2011, após longa defesa e impugnação do contribuinte.

5. Por sua vez, a respeito da compensação, consta do acórdão embargado que: “Ao interpretar o referido representativo de controvérsia, a própria Corte Superior orientou-se à admissão do encontro de contas como matéria de defesa à execução, contanto que esta haja sido reconhecida, administrativa ou judicialmente, previamente à cobrança judicial dos valores, efetivamente quitados. Não é a situação dos autos. Como exaustivamente demonstrado tanto na seara administrativa quanto consignado na r. sentença, o crédito que a embargante aponta como possível de compensação com o indébito aqui executado deriva de duas ações judiciais - 1999.61.00.046589-3 e 1999.61.00.046588-1, que tramitaram respectivamente na 23ª e 22ª Varas Federais desta Capital. Em consulta ao sistema processual desta Corte, observo que em ambos os processos foi deferida a compensação do excedente do PIS e FINSOCIAL exclusivamente com parcelas da mesma espécie tributária (PIS, COFINS e CSLL), não abrangendo, portanto, dívidas de IPI, objeto da cobrança. Em assim sendo, o pedido de compensação também não merece ser reconhecido e a cobrança deve ser mantida integralmente”. Como se observa, o acórdão embargado foi claro na abordagem do mérito suscitado, considerando que a coisa julgada delimitou o alcance da compensação possível e legítima, ao passo que a embargante pretendeu sustentar que, administrativamente, são aceitas outras formas de compensação. A proposição da embargante é a de que se pode aproveitar a coisa julgada quanto à inexigibilidade e o reconhecimento do indébito fiscal sem observar, porém, a mesma coisa julgada em relação aos limites discutidos nos autos quanto aos tributos passíveis de compensação, tendo o acórdão embargado decidido, ao contrário, que a coisa julgada delimita, por inteiro, o exercício do direito, e não apenas no que interessa à embargante.

6. Se tal motivação é insuficiente, fere normas apontadas ou contraria a jurisprudência (artigos 1.022, incisos I e II do Código de Processo Civil; 142, 156, V, e 174, parágrafo único, do CTN; 74 da Lei nº9.430/96) deve o contribuinte veicular recurso próprio para impugnação do acórdão e não rediscutir a matéria em embargos de declaração.

7. Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

8. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000457-53.2017.4.03.6103

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MINERADORA PONTE ALTA LTDA

Advogados do(a) APELADO: ANDRE MAGRINI BASSO - SP178395-A, DINO VAN DUMAS DE OLIVEIRA - SP249766-A, EDUARDO SOUSA MACIEL - SP209051-A, JEAN HENRIQUE FERNANDES - SP168208-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000457-53.2017.4.03.6103

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MINERADORA PONTE ALTA LTDA

Advogados do(a) APELADO: ANDRE MAGRINI BASSO - SP178395-A, DINO VAN DUMAS DE OLIVEIRA - SP249766-A, EDUARDO SOUSA MACIEL - SP209051-A, JEAN HENRIQUE FERNANDES - SP168208-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial e apelação interposta pela UNIÃO FEDERAL contra sentença em que concedida a segurança nos seguintes termos:

*Ante o exposto, nos termos do artigo 487, inciso I do Código de Processo Civil, extingo o processo com resolução de mérito e **JULGO PROCEDENTE** o pedido, para o fim de **CONCEDER A SEGURANÇA PLEITEADA** e reconhecer a inexistência de relação jurídico-tributária que obrigue a impetrante ao recolhimento da contribuição ao PIS e à COFINS com o ICMS nas respectivas bases de cálculo.*

*À vista da existência (ao menos em tese) de crédito compensável, declaro o direito da(s) impetrante(s) de proceder(em) à compensação dos valores recolhidos a título de contribuição sobre as rubricas acima citadas, a partir de 15/03/2012 (cinco anos antes do ajuizamento da ação), na forma prevista no art. 74 da Lei 9.430/96, com a redação dada pelas Leis n.ºs. 10.637/02, 10.833/03 e 11.051/04, e no artigo 170-A do Código Tributário Nacional, com demais tributos devidos pela(s) empresa(s) impetrante(s) e administrados pela Receita Federal do Brasil, **devendo a parte autora/impetrante apresentar a compensação a ser efetuada, após em trânsito o julgado desta sentença, perante a Administração Fazendária, cabendo ao Fisco, em sede administrativa (e não ao Poder Judiciário), a verificação da exatidão das importâncias que vierem a ser compensadas (“encontro de contas”), respeitados os critérios discriminados na fundamentação, na forma da legislação pertinente, devidamente corrigidos pela taxa SELIC, vedada a cumulação de juros com tal índice.** (ID 65476331)*

Em seu apelo, a União requer inicialmente a suspensão destes autos até que seja finalizado o julgamento do RE nº 574.706, salientando existir a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão nele proferida. No mérito, sustenta, em síntese, que o ICMS integra o valor ou preço da operação de venda, de forma a compor também o faturamento ou receita bruta das empresas, base de cálculo do PIS e da COFINS.

Aduz que o legislador ordinário estabeleceu como base de cálculo da COFINS e do PIS a receita bruta, e não a receita líquida, ou algo que ficasse no meio do caminho entre esses conceitos. Ressalta que no conceito de receita bruta não está somente a receita líquida, isto é, a renda, mas todos os custos que compõem o valor da operação que gerou a receita contabilizada por um dado contribuinte, sendo que em tais custos, encontram-se os valores dos salários pagos, despesas com o FGTS, o valor pago a título de energia elétrica, despesas com segurança, propaganda, planejamento, custo de matéria-prima, e, inclusive, os tributos pagos pelo contribuinte e que oneram o valor do produto ou do serviço, já que repassados ao consumidor no preço. Alega que entre os tributos, tem-se o ICMS, que, como os demais, é repassado para o preço final do produto ou do serviço, e cuja receita é justamente o fato econômico definido pelo legislador como a base de cálculo da COFINS e do PIS. Requer seja provido o recurso, denegando-se a segurança requerida.

Intimada, a impetrante apresentou contrarrazões (ID 65476743), pugnano pela manutenção da sentença recorrida.

O ilustre representante do Ministério Público Federal - MPF manifestou-se pelo regular prosseguimento do feito (ID nº 73265977).

É o relatório.

VOTO

O C. Supremo Tribunal Federal, em 15.03.2017, no julgamento do RE 574.706, com repercussão geral, definiu que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, conforme acórdão publicado em 02/10/2017, *verbis*:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atender ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS.

4. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

5. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

Anote-se que as alterações posteriores perpetradas pela Lei nº 12.973/14 não têm o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido, pois, conforme entendimento sedimentado do C. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinante ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.

Considero, portanto, que as alegações do contribuinte coadunam com o atual posicionamento da Corte Suprema.

No tocante à possibilidade de modulação dos efeitos do RE 574.706, não há como suspender o feito nesta fase processual.

A regra geral relativa aos recursos extraordinários julgados com repercussão geral é de vinculação dos demais casos ao julgado e a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Destaca-se que no âmbito do próprio STF vem sendo dada eficácia ao desfecho do RE nº 574.706/PR independentemente do trânsito em julgado dessa decisão. Confrimam-se as seguintes decisões monocráticas:

Decisão: ... Cumpra observar, finalmente, no que se refere à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, após reconhecer a existência de repercussão geral da questão constitucional igualmente versada na presente causa, julgou o RE 574.706/PR, Rel. Min. CARMEN LÚCIA, nele fixando tese assim consubstanciada: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS." O exame da presente causa evidencia que o acórdão ora impugnado diverge, no ponto, da diretriz jurisprudencial que esta Suprema Corte firmou na análise da matéria em referência. Sendo assim, e tendo em consideração as razões expostas, dou parcial provimento ao recurso extraordinário, por estar o acórdão recorrido em confronto com entendimento emanado do Plenário desta Suprema Corte (RE 574.706/PR, Rel. Min. CARMEN LÚCIA), para determinar, em consequência, seja observada, pelo Tribunal "a quo", a orientação jurisprudencial em referência. Publique-se. Brasília, 21 de junho de 2017. Ministro CELSO DE MELLO Relator (RE 939742, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 21/06/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-141 DIVULG 27/06/2017 PUBLIC 28/06/2017)

Decisão: ... Quanto a possibilidade de inclusão do referido crédito presumido na base de cálculo do PIS e da COFINS, nos termos do art. 328, RISTF, determino o retorno dos autos ao Tribunal de origem para aplicação da sistemática da repercussão geral. Brasília, 26 de maio de 2017. Ministro Dias Toffoli Relator Documento assinado digitalmente(RE 1028359, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 26/05/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-114 DIVULG 30/05/2017 PUBLIC 31/05/2017)

Decisão: O Plenário desta Corte no RE 574.706, julgado sob a sistemática da repercussão geral (Tema 69), firmou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS". O acórdão do RE 574.706-RG ainda se encontra pendente de formalização e publicação, razão pela qual devem os autos retornar à origem para aplicação da tese firmada em sede de repercussão geral. Diante do exposto, com base no art. 328, parágrafo único, do RI/STF, determino o retorno dos autos à origem, a fim de que seja observada a sistemática da repercussão geral. Publique-se. Brasília, 23 de junho de 2017. Ministro Luís Roberto Barroso Relator (ARE 1054230, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 23/06/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-142 DIVULG 28/06/2017 PUBLIC 29/06/2017)

Em decorrência do indébito tributário, surge a possibilidade de realizar-se a compensação, observando-se a prescrição quinquenal, uma vez que a presente ação foi ajuizada em março de 2017.

O E. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Recursos Especiais nºs 1.365.095/SP e 1.715.256/SP, submetidos à sistemática dos recursos repetitivos, firmou o entendimento de que é desnecessária a exigência de provas do efetivo recolhimento do tributo e do seu montante exato, de modo que tal apreciação fica postergada para a esfera administrativa.

Na hipótese, como relatado, o contribuinte impetrou o mandado de segurança, objetivando a declaração de inexigibilidade da inclusão dos valores atinentes ao ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS, bem como o reconhecimento do direito de compensar os valores indevidamente recolhidos a tais títulos. A pretensão é meramente declaratória, não tendo a apelada postulado a efetiva investigação da liquidez e certeza dos valores indevidamente pagos.

O instituto da compensação tributária encontra-se previsto no artigo 170 do Código Tributário Nacional, segundo o qual é necessária a edição de lei para fixar os requisitos a serem cumpridos para que o contribuinte possa se valer de referido instituto.

A Lei nº 8.383/91 permitia a compensação de tributos indevidamente recolhidos com parcelas vincendas de tributos da mesma espécie (art. 66) e, posteriormente, a Lei nº 9.250, de 26/12/1995, estabeleceu a exigência de mesma destinação constitucional.

Como advento da Lei nº 9.430/96, foi possibilitado ao contribuinte que, por meio de requerimento administrativo, fosse-lhe autorizado, pela Secretaria da Receita Federal, compensar seus créditos com quaisquer tributos e contribuições sob sua administração.

Somente com a edição da Lei nº 10.637/02, que deu nova redação ao art. 74 da Lei nº 9.430/96, permitiu-se a compensação de créditos tributários com débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Receita Federal do Brasil, independentemente do requerimento do contribuinte, ressalvadas as contribuições previdenciárias, conforme disposto no art. 41 da Instrução Normativa nº 1300/2012, da Receita Federal do Brasil.

De acordo com o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça, a compensação de tributos é regida pela lei vigente à época do ajuizamento da ação (REsp nº 488.922/MG, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki; REsp nº 1.018.533/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 10/12/08, DJE 09/02/09).

Assim, a compensação deverá ser efetuada com tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, nos termos do artigo 74 da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da demanda. Não obstante, nada impede que a apelada opte por realizar a compensação pela via administrativa, de acordo com a lei vigente à data do encontro de contas, desde que preenchidos os requisitos próprios, conforme jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C do CPC/1973 - REsp nº 1.137.738/SP (Tema nº 265).

Por fim, sobre o indébito tributário, incidirá correção monetária e juros apenas pela taxa SELIC, tendo em vista que esta já engloba juros e correção e, portanto, não pode ser cumulada com qualquer outro índice.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO À APELAÇÃO E À REMESSA OFICIAL.

É o voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. APELAÇÃO. REMESSA OFICIAL. ICMS. BASE DE CÁLCULO. PIS. COFINS. INCONSTITUCIONALIDADE. TESE FIRMADA PELO STF EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). APLICAÇÃO NA HIPÓTESE, CONFORME PRECEDENTE DESTA C. CORTE. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO NÃO PROVIDAS.

1. O C. Supremo Tribunal Federal, em 15.03.2017, no julgamento do RE nº 574.706, com repercussão geral, definiu que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, conforme acórdão publicado em 02/10/2017.

2. No tocante à possibilidade de modulação dos efeitos do RE nº 574.706, não há como suspender o feito nesta fase processual, considerando que os embargos de declaração opostos não são dotados de efeito suspensivo. A regra geral relativa aos recursos extraordinários julgados com repercussão geral é de vinculação dos demais casos ao julgado e a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas. A intenção da União Federal é sobrestar o feito diante de uma mera expectativa de modulação do julgado, o que não merece guarida, uma vez que ausente previsão legal para tanto.

3. Em decorrência do indébito tributário, surge a possibilidade de realizar-se a compensação, observando-se a prescrição quinquenal, uma vez que a presente ação foi ajuizada em março de 2017.

4. A compensação deverá ser efetuada com tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, à exceção das contribuições previdenciárias, nos termos do artigo 74 da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da demanda. Nada impede, todavia, que a apelada opte por realizar a compensação pela via administrativa, de acordo com a lei vigente à data do encontro de contas, desde que preenchidos os requisitos próprios, conforme jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C do CPC/1973 - REsp nº 1.137.738/SP (Tema nº 265).

5. Apelação da União Federal e remessa oficial não providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO À APELAÇÃO E À REMESSA OFICIAL., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5010974-03.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: VALDIR DA FONSECA SANTOS
Advogado do(a) APELADO: KAROLINE ABREU AMARAL TEIXEIRA - SP240139-N
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5010974-03.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: VALDIR DA FONSECA SANTOS
Advogado do(a) APELADO: KAROLINE ABREU AMARAL TEIXEIRA - SP240139-N
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial e apelação em mandado de segurança concedido em parte para compelir a autoridade impetrada a prosseguir na análise do recurso administrativo enviado à 14ª Junta de Recursos do Conselho de Recursos da Previdência Social, nos autos do processo de aposentadoria por tempo de contribuição e que se encontra sem andamento desde 22/06/2018 (ID. 124228249).

Alegou o INSS que (1) a imposição judicial de prazo intransponível e peremptório de avaliação do requerimento pela autarquia, sem considerar critérios inerentes ao desempenho de funções administrativas não tem fundamento legal; (2) sofre dificuldades administrativas e com intuito de minorá-las tem adotado medidas para solucionar atrasos nas análises de benefícios; (3) a sentença ofende os princípios da isonomia e da impessoalidade, frente à “*fila temporal de análise dos pleitos de benefícios*”; e (4) não são aplicáveis os prazos do artigo 49 da Lei 9.784/1999 e artigo 41-A da Lei 8.213/1991, cabendo observar o parâmetro temporal adotado no RE 631.240.

Houve apresentação de contrarrazões em que a impetrante noticia a conclusão do recurso administrativo e implementação do benefício (ID.124228268).

O Ministério Público Federal lançou parecer nos autos.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5010974-03.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: VALDIR DA FONSECA SANTOS
Advogado do(a) APELADO: KAROLINE ABREU AMARAL TEIXEIRA - SP240139-N
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, o princípio da duração razoável do processo, elevado à superioridade constitucional, elenca não apenas a garantia da prestação administrativa célere, como a da eficiência, razoabilidade e moralidade, de acordo com o previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal e artigo 2º, *caput*, da Lei 9.784/1999:

"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte (...)"

"Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência."

Com efeito, tem-se dado materialidade ao entendimento de que é dever do Poder Público, parte de sua própria finalidade e do interesse público, que suas funções sejam exercidas de maneira célere e satisfatória, sob pena, caso contrário, de ineficácia. Não por outro motivo foram promulgadas as Emendas Constitucionais 19 e 45, bem como, em nível infraconstitucional, editada a própria Lei 9.784/1999, supracitada.

Neste sentido tem decidido a Corte:

ApCiv 5000897-78.2019.4.03.6103, Rel. Des. Fed. CECILIA MARCONDES, intimação via sistema 06/03/2020: **“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO. REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. DECURSO DO PRAZO LEGAL PARA ANÁLISE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO DESPROVIDAS. 1. Na hipótese dos autos, o impetrante formulou requerimento de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição em 06.07.2018, o qual permaneceu pendente de apreciação pelo INSS, além do prazo legal. 2. Cumpre ressaltar que a duração razoável dos processos é garantia constitucionalmente assegurada aos administrados, consoante expressa disposição do art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/88, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04. 3. Com efeito, a Administração Pública tem o dever de analisar em prazo razoável os pedidos que lhe são submetidos, sob pena de causar prejuízo ao administrado e de descumprir o princípio da celeridade processual, também assegurado constitucionalmente aos processos administrativos (art. 5º, LXXVIII, da CF/88). 4. Consoante preconiza o princípio constitucional da eficiência, previsto no art. 37, caput, da Constituição da República, o administrado não pode ser prejudicado pela morosidade excessiva na apreciação de requerimentos submetidos à Administração Pública. Assim, a via mandamental é adequada para a garantia do direito do administrado. 5. O art. 49 da Lei nº 9.784/1999 fixa o prazo de até 30 dias para que a Administração Pública decida a questão posta em processo administrativo, salvo se houver motivo que justifique de maneira expressa a prorrogação do referido lapso temporal. 6. Além do aludido prazo legal, o art. 41-A, § 5º, da Lei nº 8.213/1991 e o art. 174 do Decreto nº 3.048/1999, que dispõem especificamente sobre a implementação de benefícios previdenciários, preveem o prazo de 45 dias para o primeiro pagamento, contados a partir da data da apresentação dos documentos necessários pelo segurado. 7. No caso vertente, resta evidenciado que a autoridade impetrada desrespeitou os prazos estabelecidos em legislações ordinárias, que regulam tanto o processo administrativo em geral, como os processos administrativos de requerimentos de benefícios no âmbito da Previdência Social. 8. Inexiste amparo legal para a omissão administrativa da autarquia previdenciária, que, pelo contrário, enseja descumprimento de normas legais e violação aos princípios da legalidade, razoável duração do processo, proporcionalidade, eficiência na prestação de serviço público, segurança jurídica e moralidade, sujeitando-se ao controle jurisdicional visando a reparar a lesão a direito líquido e certo infringido. 9. Não há condenação em honorários advocatícios em sede de mandado de segurança, nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009 e das Súmulas 105 do STJ e 512 do STF. 10. Apelação e remessa necessária, tida por interposta, não providas.”**

Na espécie, o recurso administrativo foi protocolado em 21/05/2015, distribuído à 14ª Junta de Recursos do CRPS e sem andamento desde 22/06/2018 (ID. 124228249), gerando, pela demora, reclamação na Ouvidoria do INSS em 17/12/2018 (ID. 124228248), com apreciação da pretensão somente após a concessão da segurança (ID's. 124228260 e 124228268), com evidente violação ao prazo de 30 dias, previsto nos artigos 49 e 59, § 1º, da Lei 9.784/1999, bem como à razoável duração do processo, segundo os princípios da eficiência e da moralidade:

"Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada."

"Art. 59. (...)"

§ 1º Quando a lei não fixar prazo diferente, o recurso administrativo deverá ser decidido no prazo máximo de trinta dias a partir do recebimento dos autos pelo órgão competente."

Como se observa, o INSS não se exclui da incidência da legislação citada que, ao fixar prazo de trinta dias para proferir decisão e para julgar recurso administrativo, não permite que nas fases intermediárias possa ser consumido prazo indefinido, protraindo alongadamente o prazo para conclusão do procedimento administrativo, prejudicando o cumprimento das etapas finais, em que peremptórios os prazos fixados, justificados em particular pela própria natureza dos benefícios previdenciários. Logo, dificuldades de estrutura e pessoal não podem ser invocadas em detrimento do princípio constitucional e legal da eficiência e celeridade na prestação do serviço público.

O reconhecimento de direito líquido e certo não viola os princípios da isonomia e da impessoalidade, pois não pode a Administração preconizar que a Constituição Federal autoriza a prática de ilegalidade desde que seja de forma igual e impessoal. Quem se vê tolhido de direito líquido e certo deve buscar amparo judicial e o remédio é o restabelecimento do regime jurídico da legalidade, e não o contrário.

Nem se invoque, em defesa, o tratado no RE 631.240, que originou, em repercussão geral, o Tema 350 cuja impertinência como caso é manifesta, vez que referente, exclusivamente, à exigência de prévio requerimento administrativo como condição para acesso ao Judiciário sem nada dispor sobre a validade de atrasos praticados pela autarquia previdenciária no exercício de suas atribuições e deveres legais. A previsão de intimação para o INSS manifestar-se em até noventa dias nas ações ajuizadas sem prévio requerimento administrativo e antes da conclusão do julgamento do precedente em 03/09/2014, não revoga o preceito legal, mas busca apenas resolver o destino das demandas judiciais em curso, bem diferente do verificado, nos autos, em que já foi previamente acionada a administração e esta, ainda assim, descumpriu prazo legal para a prestação do serviço público.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO ADMINISTRATIVO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. INSS. PRAZO. DEMORA INJUSTIFICADA. ARTS. 5º, LXXVII E 37, CF. LEI 9.784/1999.

1. O princípio da duração razoável do processo, elevado à superioridade constitucional, elenca não apenas a garantia da prestação administrativa célere, como a da eficiência, razoabilidade e moralidade, de acordo com o previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal e artigo 2º, *caput*, da Lei 9.784/1999.
2. Constatada a significativa demora no exame do recurso administrativo é direito do segurado ver compelido o INSS a observar o prazo legal para apreciação do requerimento, em especial por se tratar de pleito de natureza previdenciária e, portanto, de caráter alimentar. Não são justificáveis atrasos baseados em falta de estrutura e pessoal, pois incumbe à Administração Pública fornecer os meios necessários para a prestação de serviço público célere e eficiente.
3. O reconhecimento de direito líquido e certo não viola os princípios da isonomia e da impessoalidade, pois não pode a Administração preconizar que a Constituição Federal autoriza a prática de ilegalidade desde que seja de forma igual e impessoal. Quem se vê tolhido de direito líquido e certo deve buscar amparo judicial e o remédio é o restabelecimento do regime jurídico da legalidade, e não o contrário.
4. O caso dos autos não se amolda ao discutido no RE 631.240, que originou, em repercussão geral, o Tema 350 que tratou, exclusivamente, da exigência de prévio requerimento administrativo como condição para acesso ao Judiciário sem nada dispor sobre a validade de atrasos praticados pela autarquia previdenciária no exercício de suas atribuições e deveres legais. A previsão de intimação para o INSS manifestar-se em até noventa dias nas ações ajuizadas sem prévio requerimento administrativo e antes da conclusão do julgamento do precedente em 03/09/2014, não revoga o preceito legal, mas busca apenas resolver o destino das demandas judiciais em curso, bem diferente do verificado, nos autos, em que já foi previamente acionada a administração e esta, ainda assim, descumpriu prazo legal para a prestação do serviço público.
5. Apelação e remessa oficial desprovidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0000788-13.2015.4.03.6129

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: OZELIO ANTUNES

Advogados do(a) APELADO: SERGIO HIROSHI SIOIA - SP113127-N, ROSEMENEGILDA DA SILVA SIOIA - SP104001-N

OUTROS PARTICIPANTES:

INTERESSADO: BANCO CETELEM S.A.

ADVOGADO do(a) INTERESSADO: ROSIMEIRE APARECIDA VENDRAMEL

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0000788-13.2015.4.03.6129

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: OZELIO ANTUNES

Advogados do(a) APELADO: SERGIO HIROSHI SIOIA - SP113127-N, ROSEMENEGILDA DA SILVA SIOIA - SP104001-N

OUTROS PARTICIPANTES:

INTERESSADO: BANCO CETELEM S.A.

ADVOGADO do(a) INTERESSADO: ROSIMEIRE APARECIDA VENDRAMEL

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, contra sentença que julgou procedente a respectiva ação ordinária proposta por Ozélio Antuanes, em face da apelante e do Banco Cetelem S/A.

Segundo consta na inicial, o autor recebe proventos de aposentadoria por idade (NB 160.792.527-0), através da conta corrente nº 19740-6 mantida perante o Banco BGN, atual Banco Cetelem S/A.

Afirma que desde abril/2013 vem sofrendo descontos mensais, de forma indevida, em seu benefício previdenciário, em razão de suposto empréstimo consignado assumido, em seu nome, por terceiro estelionatário.

O Magistrado *a quo* afastou a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pela autarquia federal. No mérito, após incidente de falsidade documental, reconheceu a fraudulência do empréstimo consignado, e fixou indenização por danos materiais em valor correspondente àquilo que foi indevidamente descontado. No mais, arbitrou indenização por danos morais, no valor de R\$ 5.000,00, pelos prejuízos psicológicos suportados. Estabeleceu honorários advocatícios em 10% sobre o valor da causa, em desfavor dos réus.

Inconformado, apenas o órgão previdenciário apelou. Retoma somente os argumentos acerca da ausência de legitimidade para figurar no polo passivo desta ação, e da não ocorrência de dano moral indenizável.

Com contrarrazões, os autos subiram a esta E. Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000788-13.2015.4.03.6129
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: OZELIO ANTUNES
Advogados do(a) APELADO: SERGIO HIROSHI SIOIA - SP113127-N, ROSEMENEGILDA DA SILVA SIOIA - SP104001-N
OUTROS PARTICIPANTES:
INTERESSADO: BANCO CETELEM S.A.
ADVOGADO do(a) INTERESSADO: ROSIMEIRE APARECIDA VENDRAMEL

VOTO

A questão posta nos autos e devolvida a esta E. Corte diz respeito à responsabilidade civil do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS por descontos indevidos realizados em benefício previdenciário, em razão de empréstimo consignado fraudulento.

De início, reafirma-se a legitimidade passiva do apelante. *Verbis*:

ADMINISTRATIVO - PROCESSUAL CIVIL – RESPONSABILIDADE CIVIL – EMPRÉSTIMOS CONSIGNADOS FRAUDULENTOS – DESCONTO EM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO – RESPONSABILIDADE DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA E DO INSS – DANOS MATERIAIS E MORAIS COMPROVADOS – SOLIDARIEDADE – APELAÇÃO DA AUTORA PROVIDA.

I – De acordo com a jurisprudência pacífica, em se tratando de empréstimo consignado obtido fraudulentamente junto a instituição financeira o INSS está legitimado a figurar no polo passivo de ações indenizatórias.

II – A prova pericial deixou incontestes que dentre os 19 (dezenove) contratos de empréstimo analisados a autora somente assinou os de nºs 796935033 e 805629858. Conquanto a autora também não reconheça o lançamento de sua assinatura nesses dois contratos, este juízo não dispõe de elementos de convencimento suficientes, diante da prova técnica, para determinar a anulação destes pactos. O juízo de possibilidade e de plausibilidade não favorece o autor da lide, mas sim ao réu (“in dubio pro reo”).

(...)

VIII – Apelação da instituição financeira improvida. Provido a apelação da autora para determinar a condenação solidária do INSS e para majorar o valor da indenização pelos danos morais.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5005993-54.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 21/02/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 02/03/2020)

“EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. FRAUDE. DESCONTO EM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PEDIDOS DE CONDENAÇÃO EM DANO MORAL E MATERIAL. LEGITIMIDADE PASSIVA DO INSS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. RECURSO PROVIDO.

1- Trata-se de agravo de instrumento interposto em face da r. decisão que, em sede de ação pelo rito comum, excluiu o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS do polo passivo da lide, remetendo os autos à Justiça Estadual.

2- Na presente demanda, questiona-se a legitimidade passiva do INSS em ação na qual se discute a existência de fraude em empréstimo consignado, bem como a consequente indenização por danos morais e materiais oriundos de descontos indevidos em benefício previdenciário.

3- De acordo com a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, é pacífico o entendimento de que o INSS é parte legítima nas causas que versem sobre descontos indevidos em benefício previdenciário oriundos de empréstimo consignado fraudulento. Precedentes.

4- Agravo de instrumento a que se dá provimento.”

(TRF3, AI nº 5022047-62.2017.4.03.0000, 1ª Turma, Rel. Des. Federal Valdeci dos Santos, j. 23.10.2019, e-DJF3 29.10.2019)

“DIREITO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSFERÊNCIA FRAUDULENTA DE CONTA DE RECEBIMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO E DESCONTOS INDEVIDOS DECORRENTES DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO INSS E RESPONSABILIDADE DA AUTARQUIA E DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA PELOS PREJUÍZOS EXPERIMENTADOS PELO AUTOR. DANO MORAL CONFIGURADO E ADEQUADAMENTE AQUILATADO PELO JUIZ A QUO. IMPOSSIBILIDADE DE MAJORAÇÃO. APELAÇÕES IMPROVIDAS, COM IMPOSIÇÃO DE HONRÁRIOS RECURSAIS AO INSS.

1. Se a autarquia previdenciária efetuou indevidamente os descontos no benefício previdenciário do autor, não procedendo com a diligência necessária e esperada para a concessão de empréstimo consignado para aposentados, é parte legítima para figurar no polo passivo da presente demanda. Precedentes dessa Corte: TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1803946 - 0020174-92.2010.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA, julgado em 16/08/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:01/09/2017; TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1520826 - 0022996-94.2010.4.03.9999, Rel. JUIZ CONVOCADO SILVA NETO, julgado em 16/08/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:21/08/2017.

(...)

(TRF3, ApCiv nº 5000174-67.2018.4.03.6144, 6ª Turma, Rel. Des. Federal Johanson de Salvo, j. 20.09.2019, e-DJF3 24.09.2019)

Quanto ao mérito, são elementos da responsabilidade civil a ação ou omissão do agente, a culpa, o nexo causal e o dano, do qual surge o dever de indenizar.

No direito brasileiro, a responsabilidade civil do Estado é, em regra, objetiva, isto é, prescinde da comprovação de culpa do agente, bastando-se que se comprove o nexo causal entre a conduta do agente e o dano. Está consagrada na norma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, sob a seguinte redação:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

O trecho extraído do voto do Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, no recurso extraordinário nº. 109.615, ilustra com clareza a norma do referido artigo:

*"A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público. Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal." (RE 109615, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 28/05/1996, DJ 02-08-1996 PP-25785 EMENT VOL-01835-01 PP-00081)*

No caso dos autos, é evidente a aplicação do instituto da responsabilidade objetiva, uma vez que, não obstante o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS não participe da contratação do ajuste, este é responsável por fiscalizar e autorizar os descontos realizados nos proventos de seus segurados.

Observa-se, nesse sentido, o disposto pela Lei 10.820/03, com as alterações introduzidas pelas Leis 10.953/04 e 13.172/15:

“Art. 6º Os titulares de benefícios de aposentadoria e pensão do Regime Geral de Previdência Social poderão autorizar o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS a proceder aos descontos referidos no art. 1º e autorizar, de forma irrevogável e irretroatável, que a instituição financeira na qual recebam seus benefícios retenha, para fins de amortização, valores referentes ao pagamento mensal de empréstimos, financiamentos, cartões de crédito e operações de arrendamento mercantil por ela concedidos, quando previstos em contrato, nas condições estabelecidas em regulamento, observadas as normas editadas pelo INSS.

§ 1º Para os fins do caput, fica o INSS autorizado a dispor, em ato próprio, sobre:

I - as formalidades para habilitação das instituições e sociedades referidas no art. 1º;

II - os benefícios elegíveis, em função de sua natureza e forma de pagamento;

III - as rotinas a serem observadas para a prestação aos titulares de benefícios em manutenção e às instituições consignatárias das informações necessárias à consecução do disposto nesta Lei;

IV - os prazos para o início dos descontos autorizados e para o repasse das prestações às instituições consignatárias;

V - o valor dos encargos a serem cobrados para ressarcimento dos custos operacionais a ele acarretados pelas operações; e

VI - as demais normas que se fizerem necessárias.

§ 2º Em qualquer circunstância, a responsabilidade do INSS em relação às operações referidas no caput deste artigo restringe-se à:

I - retenção dos valores autorizados pelo beneficiário e repasse à instituição consignatária nas operações de desconto, não cabendo à autarquia responsabilidade solidária pelos débitos contratados pelo segurado; e

II - manutenção dos pagamentos do titular do benefício na mesma instituição financeira enquanto houver saldo devedor nas operações em que for autorizada a retenção, não cabendo à autarquia responsabilidade solidária pelos débitos contratados pelo segurado.”

Verifica-se, portanto, que a responsabilidade do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS recai não apenas sobre o dever de conferência da regularidade de tais operações, como também por decorrência de seu dever de instituir as normas de operacionalidade e funcionalidade dos sistemas relacionados a tais pagamentos.

É o por este entendimento, a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. EMPRÉSTIMO CONSIGNADO NÃO AUTORIZADO. INDENIZAÇÃO. LEGITIMIDADE E RESPONSABILIDADE DO INSS. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. O Superior Tribunal de Justiça entende que, nos termos do art. 6º da Lei 10.820/2003, nas hipóteses em que o empréstimo não tenha sido realizado no mesmo banco em que o aposentado recebe o benefício, cabe ao INSS reter os valores autorizados por ele e repassar à instituição financeira credora. Dessa forma, é de sua responsabilidade verificar se houve a efetiva autorização. Reconhecida, assim, a legitimidade da autarquia para responder os termos da demanda.

2. Consignado pela Corte local que foi autorizado o desconto indevido de valores sobre a aposentadoria do segurado, sem a sua necessária autorização, o que resultou em dano para o autor, fica caracterizada a responsabilidade civil, no caso. A revisão desse entendimento demanda reexame do contexto fático-probatório, o que é inviável no Superior Tribunal de Justiça, ante o óbice da Súmula 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial."

3. Precedentes: AgRg no REsp 1335598/SC, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 24.9.2015; AgRg no REsp 1272441/AL, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 02.6.2015; AgRg no AgRg no REsp 1370441/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 13/05/2015; AREsp 484.968/SE, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 20.5.2014; AgRg no REsp 1.369.669/PR, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 12.9.2013; REsp 1.213.288/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 1º.7.2013; AgRg no REsp 1.363.502/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 2.5.2013.

4. Agravo Regimental não provido.

(STJ, AgRg no REsp 1445011/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 10.11.2016, DJe 30.11.2016)

Por fim, nítida a ocorrência do prejuízo moral.

É sabido que o mero desconto em verba de caráter alimentar é suficiente para caracterizar a ocorrência de dano moral, dispensada a demonstração detalhada do abalo subjetivo. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DÍVIDA DE CORRENTISTA. RETENÇÃO INTEGRAL DE VENCIMENTOS. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO.

1.- Na linha dos precedentes desta Corte, a retenção indevida de rendimentos é suficiente para gerar indenização por danos morais.

2.- No caso, dos autos, porém, o desconto indevido de verbas na conta da Recorrente, foi compensado pelo descumprimento da obrigação de depositar judicialmente a quantia equivalente, não havendo por isso, falar em subtração efetiva de numerário alimentar.

3.- Agravo Regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1319768/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/06/2012, DJe 03/08/2012)

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. SAQUES IRREGULARES EFETUADOS EM CONTA CORRENTE. DANOS MATERIAIS RECONHECIDOS. DANOS MORAIS. OCORRÊNCIA. VALOR INDENIZATÓRIO DEVIDO. FIXAÇÃO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. REEXAME DOS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ.

1. Tendo o Tribunal a quo examinado, fundamentadamente, todas as questões suscitadas pelo recorrente, tanto em sede de apelação como em embargos (fls. 141/144, 167/169), não há falar na ocorrência de omissão e, pois, de ofensa ao art. 535, II, do CPC.

2. No pleito em questão, os saques irregulares efetuados na conta corrente do autor acarretaram situação evidente de constrangimento para o correntista (que, como reconhece, expressamente, o Tribunal "perdeu quase todo o seu dinheiro que tinha em sua conta corrente"), caracterizando, por isso, ato ilícito, passível de indenização a título de danos morais. Segundo precedentes desta Corte, em casos como este, o dever de indenizar prescinde da demonstração objetiva do abalo moral sofrido, exigindo-se como prova apenas o fato ensejador do dano, ou seja, os saques indevidos por culpa da instituição ora recorrida: "a exigência de prova do dano moral se satisfaz com a comprovação do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam". Precedentes.

3. Com o fito de assegurar ao lesado justa reparação, sem incorrer em enriquecimento ilícito, fixo o valor indenizatório por danos morais em R\$3.000,00 (três mil reais).

4. A pretensão do recorrente no sentido de que seja reconhecida a litigância de má-fé implicaria o revolvimento de elementos probatórios analisados nas instâncias ordinárias, e sobre os quais o Tribunal a quo fundamentou sua decisão. Incidência da Súmula 07, desta Corte.

5. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.

(STJ - Resp: 797689 MT 2005/0189396-6, Relator: Ministro JORGE SCARTEZZINI, Data de Julgamento: 15/08/2006, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 11/09/2006 p. 305)

É de ser mantida a sentença.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É o voto.

EMENTA

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DESCONTO INDEVIDO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. EMPRÉSTIMO CONSIGNADO FRAUDULENTO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO INSS. PRIVAÇÃO DE VERBA ALIMENTAR. DANO MORAL. VERIFICADO. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. A questão posta nos autos e devolvida a esta E. Corte diz respeito à responsabilidade civil do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS por descontos indevidos realizados em benefício previdenciário.

2. É pacífico o entendimento de que o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS é parte legítima nas causas que versem sobre descontos indevidos em benefício previdenciário oriundos de empréstimo consignado fraudulento.

3. No direito brasileiro, a responsabilidade civil do Estado é, em regra, objetiva, isto é, prescinde da comprovação de culpa do agente, bastando-se que se comprove o nexo causal entre a conduta do agente e o dano. Está consagrada na norma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.

4. No caso dos autos, é evidente a aplicação do instituto da responsabilidade objetiva, uma vez que, não obstante o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS não participe da contratação do ajuste, este é responsável por fiscalizar e autorizar os descontos realizados nos proventos de seus segurados.

5. A responsabilidade do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS recai não apenas sobre o dever de conferência da regularidade de tais operações, como também por decorrência de seu dever de instituir as normas de operacionalidade e funcionalidade dos sistemas relacionados a tais pagamentos.

6. Nítida a ocorrência do prejuízo moral. É sabido que o mero desconto em verba de caráter alimentar é suficiente para caracterizar a ocorrência de dano moral, dispensada a demonstração detalhada do abalo subjetivo.

7. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5120704-78.2018.4.03.9999
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: PEPSICO DO BRASIL LTDA
Advogado do(a) APELANTE: JOSE LUIZ MATTHES - SP76544-A
APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5120704-78.2018.4.03.9999
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: PEPSICO DO BRASIL LTDA
Advogado do(a) APELANTE: JOSE LUIZ MATTHES - SP76544-A
APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação à sentença que julgou improcedentes os pedidos deduzidos nos embargos à execução fiscal.

Alegou que: (1) multas aplicadas com base na Lei 9.933/1999 exigem a expedição do “decreto regulamentador” expressamente previsto no artigo 7º, incluído pela Lei 12.545/2011; (2) a alteração desta última lei explicitou que, tanto a Lei 5.966/1973 (que criou o SINMETRO) como a Lei 9.933/1999 (que criou o CONMETRO e o INMETRO) não definiram as figuras da infração e infrator, necessitando complemento por ato emanado do Presidente da República; e (3) não é válida portaria do presidente do INMETRO para estabelecer condutas infratoras e as respectivas sanções, pois afronta o princípio da legalidade e da tipicidade em matéria de direito administrativo sancionador, sendo os autos de infração nulos de pleno direito.

Houve contrarrazões.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5120704-78.2018.4.03.9999

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: PEPSICO DO BRASIL LTDA

Advogado do(a) APELANTE: JOSE LUIZ MATTHES - SP76544-A

APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, a apelante discutiu no recurso apenas a ilegalidade das autuações, ao fundamento de que a Lei 9.933/1999 não poderia ter eficácia sem regulamentação executiva.

Preveu a Lei 9.933/1999 que "*Todos os bens comercializados no Brasil, insumos, produtos finais e serviços, sujeitos à regulamentação técnica, devem estar em conformidade com os regulamentos técnicos pertinentes em vigor.*" (artigo 1º), dispondo caber ao Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - CONMETRO expedir atos normativos e regulamentos técnicos nos campos de metrologia e avaliação da conformidade de produtos, de processos e de serviços (artigo 2º), e ao Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia - INMETRO elaborar e expedir regulamentos técnicos nas áreas fixadas pelo CONMETRO, e exercer o poder de polícia administrativa, dentre outras atribuições (artigo 3º), sendo delegável o exercício de suas atribuições (artigo 4º), o que tem sido realizado através de convênios técnicos com órgão estaduais de fiscalização, como o IPEN/SP.

O artigo 5º da Lei 9.933/1999 prevê os deveres a que sujeitos os agentes de mercado e as atribuições dos órgãos do sistema metroológico nacional:

"Art. 5º As pessoas naturais ou jurídicas, públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, que atuem no mercado para prestar serviços ou para fabricar, importar, instalar, utilizar, reparar, processar, fiscalizar, montar, distribuir, armazenar, transportar, acondicionar ou comercializar bens são obrigadas ao cumprimento dos deveres instituídos por esta Lei e pelos atos normativos expedidos pelo Conmetro e pelo Inmetro, inclusive regulamentos técnicos e administrativos."

Percebe-se, pois, que o sistema nacional de metrologia, qualidade e tecnologia, a despeito de normas fixadas na própria lei quanto a deveres gerais de observância e conformidade, não prescinde da delegação das regras técnicas aos órgãos da estrutura CONMETRO-INMETRO, editadas através de atos normativos próprios, abrangendo inclusivas normas sancionadoras, observados os limites da lei.

Neste sentido, constou do artigo 7º:

"Art. 7º Constituirá infração a ação ou omissão contrária a qualquer das obrigações instituídas por esta Lei e pelos atos expedidos pelo Conmetro e pelo Inmetro sobre metrologia legal e avaliação da conformidade compulsória, nos termos do seu decreto regulamentador."

É, pois, da essência do sistema a observância do princípio da legalidade que não se confunde, porém, com o da reserva legal. O decreto executivo, ao regulamentar a lei, pode especificar e detalhar as atribuições e o funcionamento dos órgãos técnicos da estrutura do Poder Executivo, porém a competência para normatizar decorre diretamente da lei formal, de sorte que são aptos os atos normativos dos órgãos técnicos para prever as condutas a serem cumpridas e as sanções aplicáveis dentre as previstas na própria Lei 9.933/1999:

"Art. 8º Caberá ao Inmetro e às pessoas jurídicas de direito público que detiverem delegação de poder de polícia processar e julgar as infrações, bem assim aplicar aos infratores, isolada ou cumulativamente, as seguintes penalidades:

I - advertência;

II - multa;

III - interdição;

IV - apreensão;

V - inutilização.

Parágrafo único. Na aplicação das penalidades e no exercício de todas as suas atribuições, o Inmetro gozará dos privilégios e das vantagens da Fazenda Pública.

Art. 9º A pena de multa, imposta mediante procedimento administrativo, obedecerá os seguintes valores:

I - nas infrações leves, de R\$ 100,00 (cem reais) até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais);

II - nas infrações graves, de R\$ 200,00 (duzentos reais) até R\$ 750.000,00 (setecentos e cinquenta mil reais);

III - nas infrações gravíssimas, de R\$ 400,00 (quatrocentos reais) até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais).

§ 1º Na aplicação da penalidade de multa, a autoridade competente levará em consideração, além da gravidade da infração:

I - a vantagem auferida pelo infrator;

II - a condição econômica do infrator e seus antecedentes;

III - o prejuízo causado ao consumidor."

Evidencia-se, portanto, inexistente qualquer vício de legalidade nos atos normativos dos órgãos técnicos do sistema nacional de metrologia, qualidade e tecnologia.

A legalidade de atos normativos e portarias expedidas pelo INMETRO é reconhecida pela jurisprudência:

REsp 1.102.578, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe 29/10/2009: "ADMINISTRATIVO - AUTO DE INFRAÇÃO - CONMETRO E INMETRO - LEIS 5.966/1973 E 9.933/1999 - ATOS NORMATIVOS REFERENTES À METROLOGIA - CRITÉRIOS E PROCEDIMENTOS PARA APLICAÇÃO DE PENALIDADES - PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES - TEORIA DA QUALIDADE. 1. Inaplicável a Súmula 126/STJ, porque o acórdão decidiu a querela aplicando as normas infraconstitucionais, reportando-se em passant a princípios constitucionais. Somente o fundamento diretamente firmado na Constituição pode ensejar recurso extraordinário. 2. Estão revestidas de legalidade as normas expedidas pelo CONMETRO e INMETRO, e suas respectivas infrações, com o objetivo de regulamentar a qualidade industrial e a conformidade de produtos colocados no mercado de consumo, seja porque estão esses órgãos dotados da competência legal atribuída pelas Leis 5.966/1973 e 9.933/1999, seja porque seus atos tratam de interesse público e agregam proteção aos consumidores finais. Precedentes do STJ. 3. Essa sistemática normativa tem como objetivo maior o respeito à dignidade humana e a harmonia dos interesses envolvidos nas relações de consumo, dando aplicabilidade a ratio do Código de Defesa do Consumidor e efetividade à chamada Teoria da Qualidade. 4. Recurso especial conhecido e provido. Acórdão sujeito às disposições previstas no art. 543-C do CPC e na Resolução 8/2008-STJ."

No caso, consta dos autos que o AI 453/12 (ID 11446766), semelhante aos demais, registrou que o "*SALGADINHO DE MILHO, marca DORITOS, embalagem PLÁSTICA, conteúdo nominal 200g, comercializado pelo autuado, exposto à venda, foi reprovado, em exame pericial quantitativo, no critério individual conforme Laudo de Exame Quantitativo de Produtos Pré-medidos, número 1082293, que faz parte integrante do presente laudo*".

A fiscalização apurou que tais produtos continham quantidade média inferior à indicada, ferindo direitos do consumidor e infringindo regulamentos técnicos metroológicos, motivando a aplicação da multa, na forma dos artigos 8º e 9º, ambos da Lei 9.933/1999.

De fato, a multa foi aplicada com atenta indicação de fundamentação fática e jurídica, no montante de R\$ 46.915,01, abrangendo cinco autos de infração, acima do piso de R\$ 100,00, mas ainda abaixo do teto de R\$ 50.000,00, previsto para infrações leves (artigo 9º, I, da Lei 9.933/1999), anteriormente à Lei 12.545/2011, atualmente em R\$ 1.500.000,00, não cabendo cogitar, pois, de ofensa ao disposto na própria norma de regência, que trata das penalidades aplicáveis, ou aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, mesmo porque ainda indicada a reincidência da autora na infração.

Não se verifica, pois, violação ao princípio da legalidade, tipicidade, razoabilidade e proporcionalidade, na medida em que, consideradas circunstâncias fáticas do caso concreto, foram respeitados os patamares mínimo e máximo estabelecidos na legislação de regência para fixação das multas (artigo 9º, I, da Lei 9.933/1999).

Sendo assim, legítimo o ato administrativo de imposição de multa, pelo fato de terem sido os produtos aferidos com quantidade média inferior à admitida pelas normas legais.

Em caso análogo, assim decidiu a Turma:

AC 5000882-22.2018.4.03.6111, Rel. Des. NELTON DOS SANTOS, e-DJF3 10/03/2020: “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. INDEFERIMENTO DE PERÍCIA. NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. MULTA ADMINISTRATIVA. INMETRO. DIVERGÊNCIA ENTRE PESO REAL E PESO NOMINAL. REPROVAÇÃO DO PRODUTO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADES NA PERÍCIA ADMINISTRATIVA. VALOR DA MULTA APLICADA DENTRO DOS LIMITES DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. APELAÇÃO DESPROVIDA. Caso em que a empresa-embargante sofreu a autuação administrativa em decorrência da divergência do peso constante na embalagem do produto e o apurado pela fiscalização. Alegação de nulidade da sentença por cerceamento de defesa afastada. A realização de perícia sobre produtos semelhantes coletados na fábrica é irrelevante para o deslinde da controvérsia. Isso porque a perícia recairia sobre lotes de épocas diferentes, os quais não poderiam servir como parâmetro para invalidar a perícia do INMETRO sobre os produtos recolhidos nos pontos de venda em data pretérita. A apelante não logrou bom êxito em comprovar qualquer mácula na perícia administrativa que concluiu pela divergência de peso nos produtos indicados no laudo, bem como não apontou concretamente qualquer erro no procedimento adotado pelo INMETRO que pudesse enfraquecer as conclusões dos laudos produzidos pela autoridade administrativa, conclusivos no sentido de reprovar os produtos. O ato administrativo é revestido pela presunção de veracidade e legitimidade. Referida presunção não é absoluta, uma vez que pode ser afastada caso sejam trazidos elementos probatórios suficientes para comprovar eventual ilegalidade. No caso dos autos, não se trata de atribuir à perícia administrativa valor absoluto, mas, de outro modo, de constatar que a autuada não trouxe elementos robustos capazes de infirmar tal presunção. De acordo com o que restou apurado pela fiscalização, a autora é fabricante de produto reprovado no critério individual por divergência entre o peso encontrado e o que consta na embalagem, violando, pois, a legislação metrológica acerca da matéria. A violação aos direitos consumeristas atrai a responsabilidade objetiva e solidária do fabricante por vícios de quantidade dos produtos, nos termos do art. 18 do CDC. Tratando-se de responsabilidade objetiva, descabe fazer incursão no elemento subjetivo do fabricante, ou seja, se teve culpa ou dolo no tocante ao vício do produto verificado pela autoridade. Mesmo porque a responsabilização marcada por sua natureza solidária inviabiliza que sejam acolhidas as alegações da fabricante no sentido de existir a possibilidade de o vício ter se originado no transporte ou acondicionamento do produto. É dever do fabricante adotar as medidas adequadas para assegurar que o produto chegue ao consumidor com o peso indicado na embalagem. Por esse motivo, é possível que as amostras sejam colhidas fora do estabelecimento do fabricante, pois a fiscalização deve, de fato, recair sobre todas as fases da comercialização. O produto está sujeito a perdas previsíveis inerentes ao transporte e acondicionamento, a infração se configura diante da omissão do fabricante em diligenciar que ao curso da cadeia de fornecimento seja preservada a fidelidade quantitativa da mercadoria em que apõe sua marca. **Quanto à fixação e quantificação da penalidade a ser aplicada, se advertência ou multa, encontram-se no campo de discricionariedade da Administração Pública, competindo ao Poder Judiciário, tão somente, verificar se foram obedecidos os parâmetros legais. Além do caráter punitivo e repressivo no caso da ocorrência da infração, a multa também possui viés preventivo no que se refere à coerção sobre o comportamento do fabricante dos produtos para que observe a legislação protetiva ao consumidor. Apelação não provida.**”

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. INMETRO. LEI 9.933/1999. NORMAS E REGULAMENTOS TÉCNICOS. LEGALIDADE DE AUTOS DE INFRAÇÃO.

1. O sistema nacional de metrologia, qualidade e tecnologia, a despeito de normas fixadas diretamente na própria Lei 9.933/1999 quanto a deveres gerais de observância e conformidade, não prescinde da delegação das regras técnicas aos órgãos da estrutura CONMETRO-INMETRO, editadas através de atos normativos próprios, abrangendo inclusivas normas sancionadoras, observados os limites da lei.
2. O decreto executivo, ao regulamentar a lei, pode especificar e detalhar as atribuições e o funcionamento dos órgãos técnicos da estrutura do Poder Executivo, porém a competência para normatizar decorre diretamente da lei formal, de sorte que são aptos os atos normativos dos órgãos técnicos para prever as condutas a serem cumpridas e as sanções aplicáveis dentre as previstas na própria Lei 9.933/1999.
3. A legalidade de atos normativos e portarias expedidas pelo INMETRO é reconhecida pela jurisprudência, inclusive em sede do rito previsto no artigo 543-C, CPC/1973.
4. No caso, o AI 453/12 (ID 11446766), semelhante aos demais, registrou que o "*SALGADINHO DE MILHO, marca DORITOS, embalagem PLÁSTICA, conteúdo nominal 200g, comercializado pelo autuado, exposto à venda, foi reprovado, em exame pericial quantitativo, no critério individual conforme Laudo de Exame Quantitativo de Produtos Pré-medidos, número 1082293, que faz parte integrante do presente laudo*".
5. A fiscalização apurou que tais produtos continham quantidade média inferior à indicada, ferindo direitos do consumidor e infringindo regulamentos técnicos metrologicos, motivando a aplicação da multa, na forma dos artigos 8º e 9º, ambos da Lei 9.933/1999. De fato, a multa foi aplicada com atenta indicação de fundamentação fática e jurídica, no montante de R\$ 46.915,01, abrangendo cinco autos de infração, acima do piso de R\$ 100,00, mas ainda abaixo do teto de R\$ 50.000,00, previsto para infrações leves (artigo 9º, I, da Lei 9.933/1999), anteriormente à Lei 12.545/2011, atualmente em R\$ 1.500.000,00, não cabendo cogitar, pois, de ofensa ao disposto na própria norma de regência, que trata das penalidades aplicáveis, ou aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, mesmo porque ainda indicada a reincidência da autora na infração.
6. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002216-33.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: ANATEL - AGENCIA NACIONAL DE TELECOMUNICACOES
APELADO: THIAGO DE FREITAS RODRIGUES
Advogado do(a) APELADO: GILMAR GONCALVES RODRIGUES - MS3388-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002216-33.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: ANATEL - AGENCIA NACIONAL DE TELECOMUNICACOES
APELADO: THIAGO DE FREITAS RODRIGUES
Advogado do(a) APELADO: GILMAR GONCALVES RODRIGUES - MS3388-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação à sentença que julgou procedentes os embargos à execução fiscal, declarando nulo o título executivo.

Alegou que: (1) o apelado foi multado pela ANATEL, por utilização de antena para emissão de dados via “*wireless*”, com fins comerciais, sem autorização da autoridade competente; (2) a comunicação multimídia necessita de autorização da ANATEL para que seja prestado, nos termos do artigo 131 da Lei 9.472/1997, e artigo 10 do anexo à Resolução 272/2001; (3) o apelado desenvolveu, clandestinamente, infraestrutura de transmissão de dados com equipamentos, antenas e uso do espectro radioelétrico, incidindo na previsão do artigo 184, parágrafo único, da Lei 9.472/1997; (4) o valor da penalidade foi fixado dentro dos parâmetros legais, próximo do mínimo legal, não havendo desproporcionalidade ou irrazoabilidade, tal como fixado na decisão impugnada; e (5) não houve tampouco ilegalidade, sendo que deve ser limitada a revisão judicial de ato discricionário, vez que pautado no binômio conveniência e oportunidade.

Houve contrarrazões.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002216-33.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: ANATEL - AGENCIA NACIONAL DE TELECOMUNICACOES
APELADO: THIAGO DE FREITAS RODRIGUES
Advogado do(a) APELADO: GILMAR GONCALVES RODRIGUES - MS3388-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, a sentença reputou nula autuação administrativa realizada pela ANATEL, sob o fundamento de desproporcionalidade e irrazoabilidade do patamar fixado na pena de multa.

Consta dos autos que o apelado foi autuado por implantar infraestrutura de transmissão de dados, não se limitando a apenas prestar "Serviço de Conexão à Internet", mas fornecendo ainda os meios de interligação entre a estrutura e o usuário via equipamento de radiofrequência, configurando a prestação de serviço de telecomunicação, nos termos do artigo 60, § 1º, da Lei 9.472/1997, porém sem a prévia e obrigatória autorização da ANATEL.

A multa foi fixada no importe de R\$ 3.913,10, em observância ao disposto nos artigos 173 e 176, da Lei 9.472/1997.

Ademais, houve persecução penal, na qual foi absolvido o apelado com fundamento no princípio da insignificância, pois o laudo pericial constatou que o aparelho operava na potência máxima de transmissão de 65 miliwatts, sendo a grandeza um milésimo da mínima aferição de 1 (um) watt.

O embargante e a testemunha ouvida em Juízo asseveraram que, embora existisse estrutura física para transmissão do sinal, o ato ainda não foi consumado, pois era intenção do apelado alugar a estrutura. Em razão disto, o Juízo considerou incongruente a absolvição criminal pela mínima lesividade da conduta, com a autuação administrativa por conduta considerada grave, declarando, assim, a nulidade do título executivo.

A propósito, cabe ressaltar a independência entre as instâncias administrativa, cível e criminal, preconizando os artigos 66 e 67 do Código de Processo Penal que:

“Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.

Art. 67. Não impedirão igualmente a propositura da ação civil:

I - o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação;

II - a decisão que julgar extinta a punibilidade;

III - a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime.”

Logo, reconhecida a ausência na esfera penal de tipicidade material por aplicação do princípio da insignificância, disto não resulta a desconstituição automática de autuação na esfera administrativa, destinada a preservar a integridade, fiscalização e controle do serviço público de telecomunicações, de interesse público primário.

Este, aliás, é o entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça:

AINTRESP 1518762, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 05/05/2020: “ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO REGRESSIVA. INSS. ACIDENTE DE TRABALHO. RESPONSABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA EMPREGADORA. OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC/2015 NÃO CONFIGURADA. [...] 3. Com efeito, é entendimento do Superior Tribunal de Justiça que, em razão da relativa independência entre as instâncias cível e criminal, a absolvição no juízo criminal vincula o juízo cível apenas quando há reconhecimento da inexistência do fato ou comprovação da não autoria. Contudo, a absolvição penal de pessoa física supostamente responsável pelo acidente de trabalho não impede a caracterização de responsabilidade cível da pessoa jurídica ao ressarcimento ao INSS. 4. Acrescente-se, para concluir pela ausência de responsabilidade da empresa é imprescindível a análise do material probatório e de circunstâncias fáticas do caso, o que é vedado em Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ. 5. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015. 6. Agravo Interno não provido.”

Assim, não tendo sido reconhecida a inexistência do fato, a atipicidade por falta de lesividade penal, para efeito da sanção respectiva, não atinge a tipicidade administrativa, segundo o apurado pelo órgão de fiscalização, sendo distintas as infrações e possível a imposição de multa administrativa ainda que, criminalmente, absolvido o réu por insignificância da conduta penal.

Em relação à desproporcionalidade e irrazoabilidade da multa, a Turma adotou a tese de que ao administrador cabe o juízo meritório sobre a gravidade, bem como a quantidade e espécie de penalidade aplicável:

AC 5000882-22.2018.4.03.6111, Rel. Des. NELTON DOS SANTOS, e-DJF3 10/03/2020: "PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. INDEFERIMENTO DE PERÍCIA. NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. MULTA ADMINISTRATIVA. INMETRO. DIVERGÊNCIA ENTRE PESO REAL E PESO NOMINAL. REPROVAÇÃO DO PRODUTO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADES NA PERÍCIA ADMINISTRATIVA. VALOR DA MULTA APLICADA DENTRO DOS LIMITES DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. APELAÇÃO DESPROVIDA. [...] Quanto à fixação e quantificação da penalidade a ser aplicada, se advertência ou multa, encontram-se no campo de discricionariedade da Administração Pública, competindo ao Poder Judiciário, tão somente, verificar se foram obedecidos os parâmetros legais. Além do caráter punitivo e repressivo no caso da ocorrência da infração, a multa também possui viés preventivo no que se refere à coerção sobre o comportamento do fabricante dos produtos para que observe a legislação protetiva ao consumidor. Apelação não provida."

Sendo assim, mostra-se legítimo o ato administrativo de imposição de multa, pelo fato de terem sido constatadas condutas tipificadas como ilícito administrativo, não sendo exorbitante o valor de R\$ 3.913,10 (três mil, novecentos e treze reais e dez centavos), observado o limite e as condicionantes do artigo 179, parágrafo único, da Lei 9.472/1997, sendo, inclusive, confessado pelo embargante o intuito comercial da conduta tipificada.

Não existe, pois, ofensa ao princípio da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade, na medida em que, considerando as circunstâncias fáticas do caso concreto, foram respeitados os patamares mínimo e máximo da legislação de regência para fixação das multas (artigos 173, 176 e 179, da Lei 9.472/1997 e Resolução 614/2013), não podendo o Poder Judiciário substituir o juízo administrativo, no exercício do legítimo poder discricionário, quando inexistente ilegalidade.

Ante o exposto, dou provimento à apelação nos termos supracitados.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. MULTA. ANATEL. ABSOLVIÇÃO CRIMINAL. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. PARÂMETROS DA LEI 9.472/1997. OBSERVÂNCIA. DISCRICIONARIEDADE.

1. O apelado foi autuado por implantar infraestrutura de transmissão de dados, não se limitando a apenas prestar "Serviço de Conexão à Internet", mas fornecendo ainda os meios de interligação entre a estrutura e o usuário via equipamento de radiofrequência, configurando a prestação de serviço de telecomunicação, nos termos do artigo 60, § 1º, da Lei 9.472/1997, porém sem a prévia e obrigatória autorização da ANATEL.

2. A independência entre as instâncias não exige que a absolvição criminal, por atipicidade da conduta diante do princípio da insignificância, seja adotada como solução impositiva na esfera administrativa quanto à prática da infração própria da Lei Geral de Telecomunicações, devendo prevalecer, ao contrário, a norma específica que tipifica a infração e prevê a respectiva sanção que, no caso, consistiu em multa.

4. No caso foi legítimo o ato administrativo de imposição de multa, pelo fato de terem sido constatadas condutas tipificadas como ilícito administrativo, não sendo exorbitante o valor de R\$ 3.913,10 (três mil, novecentos e treze reais e dez centavos), observado o limite e as condicionantes do artigo 179, parágrafo único, da Lei 9.472/1997, sendo, inclusive, confessado pelo embargante o intuito comercial.

5. Não existe, pois, ofensa ao princípio da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade, na medida em que, considerando as circunstâncias fáticas do caso concreto, foram respeitados os patamares mínimo e máximo da legislação de regência para fixação das multas (artigos 173, 176 e 179, da Lei 9.472/1997 e Resolução 614/2013), não podendo o Poder Judiciário substituir o juízo administrativo, no exercício do legítimo poder discricionário, quando inexistente ilegalidade.

6. Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001518-21.2019.4.03.6121

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE EDUCACAO FISICA DA 4 REGIAO, PRESIDENTE DO CONSELHO REGIONAL DE EDUCACAO FISICA DE SAO PAULO DA 4º REGIÃO

APELADO: ROGERIO ZAITER SAYEG

Advogados do(a) APELADO: HELIO MARCONDES NETO - SP223413-A, CAIO DE MATTOS FERNANDES DA SILVA - SP244926-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5001518-21.2019.4.03.6121

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE EDUCACAO FISICA DA 4 REGIAO, PRESIDENTE DO CONSELHO REGIONAL DE EDUCACAO FISICA DE SAO PAULO DA 4º REGIÃO

APELADO: ROGERIO ZAITER SAYEG

Advogados do(a) APELADO: HELIO MARCONDES NETO - SP223413-A, CAIO DE MATTOS FERNANDES DA SILVA - SP244926-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário e de apelação interposta pelo Conselho Regional de Educação Física do Estado de São Paulo em face de sentença que concedeu a segurança pleiteada para determinar a abstenção de qualquer ato tendente a exigir a inscrição do impetrante no Conselho apelante, vedando-se a aplicação de sanções pela ausência de submissão ao órgão de classe.

Sustenta, em síntese, que o tênis é modalidade esportiva, cujo treinamento é de competência exclusiva do profissional de educação física, nos termos da Lei nº 9.696/98. Alega que a permissão para o impetrante ministrar aulas de tênis representa risco à saúde pública.

Com contrarrazões.

A Procuradoria Regional da República opinou seja negado provimento ao recurso e à remessa necessária.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5001518-21.2019.4.03.6121
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA DA 4ª REGIÃO, PRESIDENTE DO CONSELHO REGIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA DE SÃO PAULO DA 4ª REGIÃO
APELADO: ROGERIO ZAITER SAYEG
Advogados do(a) APELADO: HELIO MARCONDES NETO - SP223413-A, CAIO DE MATTOS FERNANDES DA SILVA - SP244926-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A questão devolvida a esta E. Corte diz respeito à necessidade de inscrição do instrutor de tênis junto ao Conselho Regional de Educação Física da 4ª Região - CREF4/SP.

A Constituição Federal garante, em seu Art. 5º, XIII, que *"é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer"*.

A Lei nº 9.696/98, que dispõe sobre a regulamentação da profissão de Educação Física e cria os respectivos Conselho Federal e Conselhos Regionais de Educação Física, estabelece, no Art. 1º, que *"o exercício das atividades de Educação Física e a designação de Profissional de Educação Física é prerrogativa dos profissionais regularmente registrados nos Conselhos Regionais de Educação Física"*, e, no Art. 3º, que *"compete ao Profissional de Educação Física coordenar, planejar, programar, supervisionar, dinamizar, dirigir, organizar, avaliar e executar trabalhos, programas, planos e projetos, bem como prestar serviços de auditoria, consultoria e assessoria, realizar treinamentos especializados, participar de equipes multidisciplinares e interdisciplinares e elaborar informes técnicos, científicos e pedagógicos, todos nas áreas de atividades físicas e do esporte"*.

É vedado aos Conselhos Federais ou Regionais de Educação Física ampliar, por meio de ato infralegal, o rol de atividades sujeitas à sua fiscalização. Da análise da legislação que regulamenta a profissão, resta claro que as atividades do instrutor de tênis não se enquadram como atividade privativa do profissional de Educação Física. É nesse sentido a jurisprudência do STJ e desta C. Turma:

..EMEN: ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO REGIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA. TÉCNICO DE TÊNIS. DESNECESSIDADE DO REGISTRO. PRECEDENTES. 1. "Consoante a jurisprudência desta Corte - firmada em casos análogos -, a atividade de um técnico, instrutor ou treinador está associada às táticas do esporte em si, e não à atividade física propriamente dita, o que torna dispensável a graduação específica em Educação Física. Tais competências não estão contempladas no rol do art. 3º da Lei 9.696/98, que delimita tão somente as atribuições dos profissionais de educação física." (AgInt no AREsp 904.218/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 28/6/2016). 2. Agravo interno não provido. ..EMEN: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Regina Helena Costa (Presidente), Gurgel de Faria, Napoleão Nunes Maia Filho e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

(AINTARESP - AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - 1176148 2017.02.37900-5, SÉRGIO KUKINA, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA: 16/10/2018 ..DTPB:.)

..EMEN: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHOS PROFISSIONAIS. TÉCNICO EM TÊNIS DE CAMPO. REGISTRO NO CONSELHO REGIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS ARTS. 2º E 3º DA LEI 9.696/1998. 1. Cuida-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado contra ato atribuído ao Presidente do Conselho Regional de Educação Física de Santa Catarina (CREF3/SC), com o fim de obter provimento jurisdicional que lhe assegure o exercício da profissão de treinador de tênis de campo independentemente de registro na entidade de classe. 2. O art. 1º da Lei 9.696/1998 define que apenas profissionais com registro regular no respectivo Conselho Regional poderão atuar na atividade de Educação Física e receber a designação de "Profissional de Educação Física". 3. Em relação à letra dos dispositivos legais apontados como violados (arts. 2º e 3º da Lei 9.696/98), não há comando normativo que obrigue a inscrição dos treinadores de tênis de campo nos Conselhos de Educação Física, porquanto, à luz do que dispõe o art. 3º da referida Lei, essas atividades, no momento, não são próprias dos profissionais de educação física. 4. Interpretação contrária, que extraísse da Lei 9.696/98 o sentido de que o exercício da profissão de treinador ou instrutor de tênis de campo é prerrogativa exclusiva dos profissionais que têm o diploma de Educação Física e o respectivo registro no Conselho Regional de Educação Física, ofenderia o direito fundamental assecuratório da liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais estabelecidas em lei, nos termos do art. 5º, XIII, da Constituição Federal. 5. Desse modo, o treinador ou instrutor de tênis de campo não está obrigado a inscrever-se no Conselho Regional de Educação Física para exercer essa atividade, assim como não pode o exercício dela sofrer qualquer restrição para quem não tem diploma em Educação Física nem é inscrito naquele Conselho Profissional. 6. Em relação à alegada ofensa à Resolução 46/2002, do Conselho Federal de Educação Física, não cabe ao Superior Tribunal de Justiça interpretar seus termos, uma vez que não se encontra inserida no conceito de lei federal, nos termos do art. 105, inciso III, da Carta Magna. 7. Agravo Regimental não provido. ..EMEN: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques (Presidente), Assusete Magalhães e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator. (AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 1513396 2015.00.23420-2, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA: 04/08/2015 ..DTPB:.)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 5º, XIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INSCRIÇÃO JUNTO AO CONSELHO REGIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA. TÉCNICO/TREINADOR DE TÊNIS. DESNECESSIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

- 1. Consoante o art. 5º, inciso XIII, da Constituição Federal, "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer".*
- 2. O art. 3º da Lei nº 9.696/1998 não menciona quais os profissionais que são considerados como exercentes da área de Educação Física. Com efeito, referido dispositivo apenas dispõe sobre as atribuições dos profissionais de Educação Física.*
- 3. Ademais, inexistente na Lei nº 9.696/1998 qualquer dispositivo que torne obrigatória a inscrição do técnico, instrutor ou treinador de tênis junto aos Conselhos de Educação Física e que determine a exclusividade do desempenho das referidas atividades por profissionais graduados em Educação Física.*
- 4. Consoante a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, a atividade exercida por técnico, instrutor ou treinador diz respeito às táticas do esporte em si, não estando ligada à atividade física propriamente dita, fato que torna dispensável a formação específica em Educação Física. Logo, é desnecessária a inscrição do treinador, técnico ou instrutor de tênis, tanto de campo quanto de mesa, junto ao Conselho Regional de Educação Física. Precedentes.*
- 5. Portanto, é cabível o exercício, pelo agravado, da atividade de técnico/treinador de tênis, sendo desnecessário o registro perante o Conselho Regional de Educação Física, em observância ao preceito constitucional previsto no art. 5º, inciso XIII, da Constituição da República, na medida em que não resta violada a norma estabelecida no art. 3º da Lei nº 9.696/1998.*
- 6. Agravo de instrumento não provido.*

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRADO DE INSTRUMENTO - 5002582-33.2018.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 19/07/2018, Intimação via sistema DATA: 23/07/2018)

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA. CREF. TREINADOR DE SQUASH. OBRIGATORIEDADE DE REGISTRO. DESNECESSIDADE. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL DESPROVIDAS.

1. Caso em que o impetrante instrutor de squash, objetiva provimento jurisdicional que declare a inexigibilidade do registro no Conselho Regional de Educação Física - CREF/4ª Região, bem assim como a não instauração de procedimento administrativo, atuação ou multa por suposto exercício ilegal da profissão.
 2. O artigo 5º, XIII, da Constituição Federal, estabeleceu o livre exercício de qualquer trabalho, ofício e profissão, desde que atendidas as qualificações fixadas em lei.
 3. A possibilidade de restrição infraconstitucional, contudo, não deve ser entendida no sentido de que é possível impor restrições a toda e qualquer atividade profissional, pois a regra é a liberdade, de forma que apenas é possível a exigência de inscrição em conselho de fiscalização profissional quando houver potencial lesivo na atividade profissional.
 4. Nesse âmbito, foi editada a Lei 9.696/98, regulamentadora da profissão de Educação Física.
 5. O artigo 3º da Lei 9.696/98 não elenca taxativamente quais são os profissionais que devem sujeitar-se ao CREF, mas apenas elenca atribuições do profissional de Educação Física. Ou seja, o dispositivo legal não confere unicamente ao profissional de Educação Física o exercício das funções relacionadas com esportes, mas tão somente enumera qual a natureza das atividades que poderão ser exercidas pelo profissional de Educação Física.
 6. In casu, o impetrante foi desligado da empresa em que trabalhava Spa Recanto, porquanto o agente do CREF notificou o estabelecimento sobre a impossibilidade de o impetrante ministrar aulas de squash sem inscrição no referido Conselho. Pelo mesmo motivo, o impetrante fora impedido de continuar a ministrar aulas também em seu segundo emprego realizado no Raquetes Club.
 7. À luz da sobredita jurisprudência, que inexistente norma que restrinja o exercício da profissão de treinador de squash, assim como não é possível afirmar, peremptoriamente, que está no bojo da definição de profissional de Educação Física da Lei 9.696/98.
 8. Não se pode inferir que o trabalho desenvolvido em torno das atividades esportivas é privativo de educadores físicos, muito embora possam também ser desempenhadas por eles.
 9. Se assim não fosse, a quase totalidade de técnicos de futebol - vencedores de torneios de repercussão internacional -, que dominam a prática esportiva, mas não possuem diploma universitário, não poderiam treinar times e seleções vitoriosos.
 10. Remessa oficial e apelação do Conselho desprovidas.
- (TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 369381 - 0022572-02.2016.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, julgado em 22/11/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/11/2017)

Ante o exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É o voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA DA 4ª REGIÃO - CREF4/SP. INSTRUTOR DE TÊNIS. INSCRIÇÃO DESNECESSÁRIA. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL DESPROVIDAS.

1. A questão devolvida a esta E. Corte diz respeito à necessidade de inscrição do instrutor de tênis junto ao Conselho Regional de Educação Física da 4ª Região - CREF4/SP.
2. A Constituição Federal garante, em seu Art. 5º, XIII, que "*é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*".
3. A Lei nº 9.696/98, que dispõe sobre a regulamentação da profissão de Educação Física e cria os respectivos Conselho Federal e Conselhos Regionais de Educação Física, estabelece, no Art. 1º, que "*o exercício das atividades de Educação Física e a designação de Profissional de Educação Física é prerrogativa dos profissionais regularmente registrados nos Conselhos Regionais de Educação Física*", e, no Art. 3º, que "*compete ao Profissional de Educação Física coordenar, planejar, programar, supervisionar, dinamizar, dirigir, organizar, avaliar e executar trabalhos, programas, planos e projetos, bem como prestar serviços de auditoria, consultoria e assessoria, realizar treinamentos especializados, participar de equipes multidisciplinares e interdisciplinares e elaborar informes técnicos, científicos e pedagógicos, todos nas áreas de atividades físicas e do desporto*".
4. É vedado aos Conselhos Federais ou Regionais de Educação Física ampliar, por meio de ato infralegal, o rol de atividades sujeitas à sua fiscalização. Da análise da legislação que regulamenta a profissão, resta claro as atividades do instrutor de tênis não se enquadram como atividade privativa do profissional de Educação Física. Precedentes do STJ (AINTARESP - AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - 1176148 2017.02.37900-5, SÉRGIO KUKINA, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:16/10/2018 ..DTPB: / AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 1513396 2015.00.23420-2, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:04/08/2015 ..DTPB:.) e desta C. Turma (TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5002582-33.2018.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 19/07/2018, Intimação via sistema DATA: 23/07/2018 / TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 369381 - 0022572-02.2016.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, julgado em 22/11/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/11/2017).
5. Apelação e remessa oficial desprovidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5003815-94.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: MARCOS ANTONIO OLIMPIO

Advogado do(a) AGRAVANTE: VANDERLEI FLORENTINO DE DEUS SANTOS - SP132489

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5003815-94.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: MARCOS ANTONIO OLIMPIO

Advogado do(a) AGRAVANTE: VANDERLEI FLORENTINO DE DEUS SANTOS - SP132489

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento contra rejeição de exceção de pré-executividade, determinando o prosseguimento da execução fiscal, sob o fundamento da necessidade de dilação probatória para análise da prescrição.

Alegou que: (1) o exame da prescrição prescinde de qualquer outra prova, bastando a simples leitura das CDA's para constatação; (2) a prescrição teve início nas datas de vencimento dos débitos em 30/04/2004 e 29/04/2005, sendo a execução fiscal proposta em 24/03/2011 e distribuída em 29/03/2011; e (3) o Superior Tribunal de Justiça entende que a contagem do prazo prescricional do crédito tributário declarado, mas não pago, inicia a partir da data do vencimento da obrigação tributária.

Houve contraminuta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5003815-94.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: MARCOS ANTONIO OLIMPIO

Advogado do(a) AGRAVANTE: VANDERLEI FLORENTINO DE DEUS SANTOS - SP132489

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, sobre os limites da exceção de pré-executividade firmou a jurisprudência a orientação consolidada na Súmula 393/STJ: "*A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória.*".

No caso, a decisão agravada não apontou as razões da exigência de dilação probatória para analisar a alegação de prescrição do crédito tributário.

De fato, tal questão pode ser apreciada na via eleita dada a suficiência da prova contida nos autos, partindo-se da CDA 80.1.09.036714-50 (ID 124725250, f. 2/6), que revela a cobrança de IRPF dos anos-calendário 2003/2004 e 2004/2005. Embora vencidos os tributos nas datas de 30/04/2004 e 29/04/2005, o ajuizamento refere-se, na verdade, a imposto complementar de cujo lançamento foi notificado o contribuinte em **15/11/2008** (ID 124725250, f. 3 e 5) após a entrega das declarações dos exercícios de 2004 e 2005 (0845105086 e 0845123517) em **13/11/2008** (ID 124725257, f. 5/6), sendo esta a data a ser considerada para efeito do quinquênio.

Neste sentido, assente a jurisprudência que, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o termo inicial do quinquênio corresponde à **data da entrega da declaração ou do vencimento do tributo**, o que for posterior:

AIRESP 1.596.436, Rel. Min. OG FERNANDES, DJE 15/04/2019: "PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. VENCIMENTO OCORRIDO ANTERIORMENTE À ENTREGA DA DECLARAÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Não há ofensa ao art. 535 do CPC/1973 quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, tendo o decísum revelado-se devidamente fundamentado. 2. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, o termo a quo do prazo prescricional para o ajuizamento da ação executiva tem início com a constituição definitiva do crédito tributário, que ocorre com a entrega da respectiva declaração pelo contribuinte, declarando o valor a ser recolhido, ou do vencimento do tributo, o que for posterior. 3. Agravo interno a que se nega provimento."

Como a propositura da execução fiscal ocorreu em **10/12/2009** no Juízo Estadual com redistribuição ao Juízo Federal em **24/03/2011** (ID 124725250, f. 1), dentro do quinquênio, não houve, pois, prescrição, pelo que improcedente a exceção de pré-executividade.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. QUINQUÊNIO OBSERVADO. IMPROCEDÊNCIA DA ALEGAÇÃO.

1. Consolidada, nos termos da Súmula 393/STJ, a jurisprudência quanto aos limites de cabimento da exceção de pré-executividade: "*A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória.*".
2. A prova documental coligida permite apreciar a tese de prescrição, sem necessidade de dilação probatória, constando dos autos que, embora indicados vencimentos do IRRF em 30/04/2004 e 29/04/2005, houve notificação de lançamento de imposto complementar em 15/11/2008 depois da entrega das declarações dos exercícios de 2004 e 2005 em 13/11/2008, tendo sido ajuizada ação de execução fiscal em 10/12/2009 na Justiça Estadual, com redistribuição em 24/03/2011 ao Juízo Federal, dentro, portanto, do quinquênio legal, razão pela qual improcedente a exceção de pré-executividade.
3. Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002377-62.2017.4.03.6103

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE EDUCACAO FISICA DA 4 REGIAO

APELADO: ALEXANDRE GABRIEL RODRIGUES GIROTTO

Advogado do(a) APELADO: BEATRIZ PINTO RIBEIRO DE ARAUJO ZACHARIAS - SP172686-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5002377-62.2017.4.03.6103
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE EDUCACAO FISICA DA 4 REGIAO
APELADO: ALEXANDRE GABRIEL RODRIGUES GIROTTO
Advogado do(a) APELADO: BEATRIZ PINTO RIBEIRO DE ARAUJO ZACHARIAS - SP172686-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pelo Conselho Regional de Educação Física do Estado de São Paulo em face de sentença que concedeu a segurança pleiteada para reconhecer ao impetrante o direito de exercer a atividade de treinador/técnico de tênis sem a necessidade de inscrição junto ao CREF/SP.

Sustenta, em síntese, que o tênis é modalidade esportiva, cujo treinamento é de competência exclusiva do profissional de educação física, nos termos da Lei nº 9.696/98. Alega que a permissão para o impetrante ministrar aulas de tênis representa risco à saúde pública.

Com contrarrazões.

A Procuradoria Regional da República opinou seja negado provimento ao recurso e à remessa necessária.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5002377-62.2017.4.03.6103
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE EDUCACAO FISICA DA 4 REGIAO
APELADO: ALEXANDRE GABRIEL RODRIGUES GIROTTO
Advogado do(a) APELADO: BEATRIZ PINTO RIBEIRO DE ARAUJO ZACHARIAS - SP172686-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

De início, submeto a r. sentença ao reexame necessário, nos termos do artigo 14, § 1º, da Lei nº 12.016/09.

A questão devolvida a esta E. Corte diz respeito à necessidade de inscrição do instrutor de tênis junto ao Conselho Regional de Educação Física da 4ª Região - CREF4/SP.

A Constituição Federal garante, em seu Art. 5º, XIII, que "*é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*".

A Lei nº 9.696/98, que dispõe sobre a regulamentação da profissão de Educação Física e cria os respectivos Conselho Federal e Conselhos Regionais de Educação Física, estabelece, no Art. 1º, que "*o exercício das atividades de Educação Física e a designação de Profissional de Educação Física é prerrogativa dos profissionais regularmente registrados nos Conselhos Regionais de Educação Física*", e, no Art. 3º, que "*compete ao Profissional de Educação Física coordenar, planejar, programar, supervisionar, dinamizar, dirigir, organizar, avaliar e executar trabalhos, programas, planos e projetos, bem como prestar serviços de auditoria, consultoria e assessoria, realizar treinamentos especializados, participar de equipes multidisciplinares e interdisciplinares e elaborar informes técnicos, científicos e pedagógicos, todos nas áreas de atividades físicas e do esporte*".

É vedado aos Conselhos Federais ou Regionais de Educação Física ampliar, por meio de ato infralegal, o rol de atividades sujeitas à sua fiscalização. Da análise da legislação que regulamenta a profissão, resta claro que as atividades do instrutor de tênis não se enquadram como atividade privativa do profissional de Educação Física. É nesse sentido a jurisprudência do STJ e desta C. Turma:

..EMEN: ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO REGIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA. TÉCNICO DE TÊNIS. DESNECESSIDADE DO REGISTRO. PRECEDENTES. 1. "Consoante a jurisprudência desta Corte - firmada em casos análogos -, a atividade de um técnico, instrutor ou treinador está associada às táticas do esporte em si, e não à atividade física propriamente dita, o que torna dispensável a graduação específica em Educação Física. Tais competências não estão contempladas no rol do art. 3º da Lei 9.696/98, que delimita tão somente as atribuições dos profissionais de educação física." (AgInt no AREsp 904.218/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 28/6/2016). 2. Agravo interno não provido. ..EMEN: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Regina Helena Costa (Presidente), Gurgel de Faria, Napoleão Nunes Maia Filho e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

(AINTARESP - AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - 1176148 2017.02.37900-5, SÉRGIO KUKINA, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:16/10/2018..DTPB:.)

..EMEN: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHOS PROFISSIONAIS. TÉCNICO EM TÊNIS DE CAMPO. REGISTRO NO CONSELHO REGIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS ARTS. 2º E 3º DA LEI 9.696/1998. 1. Cuida-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado contra ato atribuído ao Presidente do Conselho Regional de Educação Física de Santa Catarina (CREF3/SC), com o fim de obter provimento jurisdicional que lhe assegure o exercício da profissão de treinador de tênis de campo independentemente de registro na entidade de classe. 2. O art. 1º da Lei 9.696/1998 define que apenas profissionais com registro regular no respectivo Conselho Regional poderão atuar na atividade de Educação Física e receber a designação de "Profissional de Educação Física". 3. Em relação à letra dos dispositivos legais apontados como violados (arts. 2º e 3º da Lei 9.696/98), não há comando normativo que obrigue a inscrição dos treinadores de tênis de campo nos Conselhos de Educação Física, porquanto, à luz do que dispõe o art. 3º da referida Lei, essas atividades, no momento, não são próprias dos profissionais de educação física. 4. Interpretação contrária, que extraísse da Lei 9.696/98 o sentido de que o exercício da profissão de treinador ou instrutor de tênis de campo é prerrogativa exclusiva dos profissionais que têm o diploma de Educação Física e o respectivo registro no Conselho Regional de Educação Física, ofenderia o direito fundamental assecuratório da liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais estabelecidas em lei, nos termos do art. 5º, XIII, da Constituição Federal. 5. Desse modo, o treinador ou instrutor de tênis de campo não está obrigado a inscrever-se no Conselho Regional de Educação Física para exercer essa atividade, assim como não pode o exercício dela sofrer qualquer restrição para quem não tem diploma em Educação Física nem é inscrito naquele Conselho Profissional. 6. Em relação à alegada ofensa à Resolução 46/2002, do Conselho Federal de Educação Física, não cabe ao Superior Tribunal de Justiça interpretar seus termos, uma vez que não se encontra inserida no conceito de lei

federal, nos termos do art. 105, inciso III, da Carta Magna. 7. Agravo Regimental não provido. ..EMEN:Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques (Presidente), Assusete Magalhães e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator. (AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 1513396 2015.00.23420-2, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:04/08/2015 ..DTPB:.)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 5º, XIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INSCRIÇÃO JUNTO AO CONSELHO REGIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA. TÉCNICO/TREINADOR DE TÊNIS. DESNECESSIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. Consoante o art. 5º, inciso XIII, da Constituição Federal, "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer".

2. O art. 3º da Lei nº 9.696/1998 não menciona quais os profissionais que são considerados como exercentes da área de Educação Física. Com efeito, referido dispositivo apenas dispõe sobre as atribuições dos profissionais de Educação Física.

3. Ademais, inexistente na Lei nº 9.696/1998 qualquer dispositivo que torne obrigatória a inscrição do técnico, instrutor ou treinador de tênis junto aos Conselhos de Educação Física e que determine a exclusividade do desempenho das referidas atividades por profissionais graduados em Educação Física.

4. Consoante a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, a atividade exercida por técnico, instrutor ou treinador diz respeito às táticas do esporte em si, não estando ligada à atividade física propriamente dita, fato que torna dispensável a formação específica em Educação Física. Logo, é desnecessária a inscrição do treinador, técnico ou instrutor de tênis, tanto de campo quanto de mesa, junto ao Conselho Regional de Educação Física. Precedentes.

5. Portanto, é cabível o exercício, pelo agravado, da atividade de técnico/treinador de tênis, sendo desnecessário o registro perante o Conselho Regional de Educação Física, em observância ao preceito constitucional previsto no art. 5º, inciso XIII, da Constituição da República, na medida em que não resta violada a norma estabelecida no art. 3º da Lei nº 9.696/1998.

6. Agravo de instrumento não provido.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5002582-33.2018.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 19/07/2018, Intimação via sistema DATA: 23/07/2018)

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA. CREF. TREINADOR DE SQUASH. OBRIGATORIEDADE DE REGISTRO. DESNECESSIDADE. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL DESPROVIDAS.

1. Caso em que o impetrante instrutor de squash, objetiva provimento jurisdicional que declare a inexigibilidade do registro no Conselho Regional de Educação Física - CREF/4ª Região, bem assim como a não instauração de procedimento administrativo, atuação ou multa por suposto exercício ilegal da profissão.

2. O artigo 5º, XIII, da Constituição Federal, estabeleceu o livre exercício de qualquer trabalho, ofício e profissão, desde que atendidas as qualificações fixadas em lei.

3. A possibilidade de restrição infraconstitucional, contudo, não deve ser entendida no sentido de que é possível impor restrições a toda e qualquer atividade profissional, pois a regra é a liberdade, de forma que apenas é possível a exigência de inscrição em conselho de fiscalização profissional quando houver potencial lesivo na atividade profissional.

4. Nesse âmbito, foi editada a Lei 9.696/98, regulamentadora da profissão de Educação Física.

5. O artigo 3º da Lei 9.696/98 não elenca taxativamente quais são os profissionais que devem sujeitar-se ao CREF, mas apenas elenca atribuições do profissional de Educação Física. Ou seja, o dispositivo legal não confere unicamente ao profissional de Educação Física o exercício das funções relacionadas com esportes, mas tão somente enumera qual a natureza das atividades que poderão ser exercidas pelo profissional de Educação Física.

6. In casu, o impetrante foi desligado da empresa em que trabalhava Spa Recanto, porquanto o agente do CREF notificou o estabelecimento sobre a impossibilidade de o impetrante ministrar aulas de squash sem inscrição no referido Conselho. Pelo mesmo motivo, o impetrante fora impedido de continuar a ministrar aulas também em seu segundo emprego realizado no Raquetes Club.

7. À luz da sobredita jurisprudência, que inexistente norma que restrinja o exercício da profissão de treinador de squash, assim como não é possível afirmar, peremptoriamente, que está no bojo da definição de profissional de Educação Física da Lei 9.696/98.

8. Não se pode inferir que o trabalho desenvolvido em torno das atividades esportivas é privativo de educadores físicos, muito embora possam também ser desempenhadas por eles.

9. Se assim não fosse, a quase totalidade de técnicos de futebol - vencedores de torneios de repercussão internacional -, que dominam a prática esportiva, mas não possuem diploma universitário, não poderiam treinar times e seleções vitoriosos.

10. Remessa oficial e apelação do Conselho desprovidas.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 369381 - 0022572-

Ante o exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial, tida por interposta.

É o voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA DA 4ª REGIÃO - CREF4/SP. INSTRUTOR DE TÊNIS. INSCRIÇÃO DESNECESSÁRIA. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL, TIDA POR INTERPOSTA, NÃO PROVIDAS.

1. A questão devolvida a esta E. Corte diz respeito à necessidade de inscrição do instrutor de tênis junto ao Conselho Regional de Educação Física da 4ª Região - CREF4/SP.
2. A Constituição Federal garante, em seu Art. 5º, XIII, que "*é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*".
3. A Lei nº 9.696/98, que dispõe sobre a regulamentação da profissão de Educação Física e cria os respectivos Conselho Federal e Conselhos Regionais de Educação Física, estabelece, no Art. 1º, que "*o exercício das atividades de Educação Física e a designação de Profissional de Educação Física é prerrogativa dos profissionais regularmente registrados nos Conselhos Regionais de Educação Física*", e, no Art. 3º, que "*compete ao Profissional de Educação Física coordenar, planejar, programar, supervisionar, dinamizar, dirigir, organizar, avaliar e executar trabalhos, programas, planos e projetos, bem como prestar serviços de auditoria, consultoria e assessoria, realizar treinamentos especializados, participar de equipes multidisciplinares e interdisciplinares e elaborar informes técnicos, científicos e pedagógicos, todos nas áreas de atividades físicas e do esporte*".
4. É vedado aos Conselhos Federais ou Regionais de Educação Física ampliar, por meio de ato infralegal, o rol de atividades sujeitas à sua fiscalização. Da análise da legislação que regulamenta a profissão, resta claro as atividades do instrutor de tênis não se enquadram como atividade privativa do profissional de Educação Física. Precedentes do STJ (AINTARESP - AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - 1176148 2017.02.37900-5, SÉRGIO KUKINA, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:16/10/2018 ..DTPB: / AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 1513396 2015.00.23420-2, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:04/08/2015 ..DTPB:.) e desta C. Turma (TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5002582-33.2018.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 19/07/2018, Intimação via sistema DATA: 23/07/2018 / TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 369381 - 0022572-02.2016.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, julgado em 22/11/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/11/2017).
5. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, não providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
PARTE AUTORA: B & G SERVICOS S/S LTDA - EPP
Advogado do(a) PARTE AUTORA: GISELE TEIXEIRA LAGES - SP337425-A
PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5004805-74.2019.4.03.6126
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
PARTE AUTORA: B & G SERVICOS S/S LTDA - EPP
Advogado do(a) PARTE AUTORA: GISELE TEIXEIRA LAGES - SP337425-A
PARTE RÉ: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário em face da sentença ID 118060519 que ao identificar que os pedidos de ressarcimento da impetrante estavam pendentes de análise há mais de 360 dias, concedeu a segurança, determinando que autoridade coatora que analise e decida os processos administrativos atinentes às PERDCOMPs nº 078380.17295.251017.1.2.15-8272, 16132.69280.251117.1.2.15-2704, 32306.86403.281117.1.2.15-6035, 31127.10357.281117.1.2.15-1581, 18892.87689.281117.1.2.15-5053, 17102.28492.211117.1.2.15-5695, 22928.35629.221117.1.2.15-0802, 34511.16461.171117.1.2.15-6823, no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, sob pena de pagamento de multa diária de R\$ 100,00 (cem reais) até o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5004805-74.2019.4.03.6126
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
PARTE AUTORA: B & G SERVICOS S/S LTDA - EPP
Advogado do(a) PARTE AUTORA: GISELE TEIXEIRA LAGES - SP337425-A
PARTE RÉ: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Trata-se de mandado de segurança interposto pela *B&G Serviços* em face do Delegado da Delegacia Especial da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária em Santo André/SP relatando que entrou com pedido de restituição de crédito amparado pela Lei 9.711/98 nas datas de 25/10/2017, 21/11/2017 e 22/11/2017 e 28/11/2017 por meio de PER/DCOMP. Alega desrespeito ao artigo 24 da Lei Federal nº 11.457/2007 que estabelece o prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias para que a administração Pública Federal profira decisão nos processos administrativos.

O art. 24 da Lei nº 11.457/2007 assim estabelece:

“Art. 24. É obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte.”

Observe-se que está previsto o prazo de 360 (trezentos e sessenta) dias para que a autoridade impetrada aprecie e julgue pedidos, defesas e recursos administrativos protocolados pelo contribuinte, aplicando-se ao processo administrativo ora em comento.

O ato apontado como coator, portanto, viola o princípio constitucional da eficiência administrativa, insculpido no artigo 37 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19/98, e da razoabilidade, de modo que deve ser mantida a fundamentação da sentença, em face da violação a direito líquido e certo da parte impetrante.

Embora se reconheça a complexidade inerente à análise dos processos administrativos, a demora da Administração na verificação do preenchimento das exigências legais para o deferimento ou não do pedido não pode se perpetuar indefinidamente. Não havendo qualquer justificação plausível por parte da autoridade para a demora na análise dos processos administrativos, incorre-se em ofensa aos princípios constitucionais e administrativos da moralidade, eficiência, continuidade do serviço público e razoabilidade.

A Emenda Constitucional 45, de 2004, erigiu à categoria de direito fundamental a razoável duração do processo, acrescentando ao artigo 5º, o inciso LXXVIII, verbis: *“A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”*

O E. STJ, ao apreciar o Recurso Especial nº 1.138.206/RS, representativo de controvérsia, sujeito ao procedimento previsto no art. 543-C, do Código de Processo Civil/1973, concluiu que, tanto para os requerimentos efetuados anteriormente à vigência da Lei nº 11.457/2007, quanto aos pedidos protocolados após o advento da referida lei, o prazo aplicável é de 360 dias a partir do protocolo do pedido.

Confira-se:

TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL FEDERAL. PEDIDO ADMINISTRATIVO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO PARA DECISÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APLICAÇÃO DA LEI 9.784/99. IMPOSSIBILIDADE. NORMA GERAL. LEI DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. DECRETO 70.235/72. ART. 24 DA LEI 11.457/07. NORMA DE NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. 1. **A duração razoável dos processos foi erigida como cláusula pétrea e direito fundamental pela Emenda Constitucional 45, de 2004, que acresceu ao art. 5º, o inciso LXXVIII, in verbis: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação."** 2. **A conclusão de processo administrativo em prazo razoável é corolário dos princípios da eficiência, da moralidade e da razoabilidade.** (Precedentes: MS 13.584/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 26/06/2009; REsp 1091042/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 21/08/2009; MS 13.545/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 29/10/2008, DJe 07/11/2008; REsp 690.819/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/02/2005, DJ 19/12/2005) 3. **O processo administrativo tributário encontra-se regulado pelo Decreto 70.235/72 - Lei do Processo Administrativo Fiscal -, o que afasta a aplicação da Lei 9.784/99, ainda que ausente, na lei específica, mandamento legal relativo à fixação de prazo razoável para a análise e decisão das petições, defesas e recursos administrativos do contribuinte.** 4. *Ad argumentandum tantum, dadas as peculiaridades da seara fiscal, quiçá fosse possível a aplicação analógica em matéria tributária, caberia incidir à espécie o próprio Decreto 70.235/72, cujo art. 7º, § 2º, mais se aproxima do thema judicandum, in verbis: "Art. 7º O procedimento fiscal tem início com: (Vide Decreto nº 3.724, de 2001) I - o primeiro ato de ofício, escrito, praticado por servidor competente, cientificado o sujeito passivo da obrigação tributária ou seu preposto; II - a apreensão de mercadorias, documentos ou livros; III - o começo de despacho aduaneiro de mercadoria importada. § 1º O início do procedimento exclui a espontaneidade do sujeito passivo em relação aos atos anteriores e, independentemente de intimação a dos demais envolvidos nas infrações verificadas. § 2º Para os efeitos do disposto no § 1º, os atos referidos nos incisos I e II valerão pelo prazo de sessenta dias, prorrogável, sucessivamente, por igual período, com qualquer outro ato escrito que indique o prosseguimento dos trabalhos."* 5. **A Lei nº 11.457/07, com o escopo de suprir a lacuna legislativa existente, em seu art. 24, preceituou a obrigatoriedade de ser proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo dos pedidos, litteris: "Art. 24. É obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte."** 6. *Deveras, ostentando o referido dispositivo legal natureza processual fiscal, há de ser aplicado imediatamente aos pedidos, defesas ou recursos administrativos pendentes.* 7. *Destarte, tanto para os requerimentos efetuados anteriormente à vigência da Lei 11.457/07, quanto aos pedidos protocolados após o advento do referido diploma legislativo, o prazo aplicável é de 360 dias a partir do protocolo dos pedidos (art. 24 da Lei 11.457/07).* 8. *O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.* 9. *Recurso especial parcialmente provido, para determinar a obediência ao prazo de 360 dias para conclusão do procedimento sub judice. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. (REsp 1.138.206/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/08/2010, DJe 01/09/2010) grifamos*

Ademais, não há que se descuidar, em especial, do respeitado o princípio da eficiência, introduzido no ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional nº 19/98, o qual representa o que há de mais moderno em termos de legislação atinente à função pública, preconizando que a atividade administrativa deve ser exercida com presteza e ao menor custo. E, também, há de se observar o princípio da razoável duração do processo, disposto no inciso LXXVIII (acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004), sem descuidar, contudo, dos princípios do devido processo legal, do contraditório e ampla defesa, contidos nos incisos LIV e LV, ambos do artigo 5º, da Constituição Federal. Destarte, extrapolados os prazos da legislação, incorre a autoridade pública em ilegalidade por omissão, ferindo o direito líquido e certo do contribuinte.

Oportuno destacar que não se trata de permitir qualquer violação aos princípios norteadores da administração pública, mas sim de conferir razoável duração ao processo, um direito do administrado, inclusive naquelas hipóteses em que o pedido de restituição vem estampado em declaração de compensação (PERDCOMP).

Diante do exposto, deve ser negado provimento ao reexame necessário.

É como voto.

EMENTA

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PER/DCOMP. DEMORA NA ANÁLISE DO PEDIDO FORMULADO NA VIA ADMINISTRATIVA. LEI Nº 11.457/2007. REsp nº 1.138.206/RS. PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA EFICIÊNCIA. REEXAME NECESSÁRIO DESPROVIDO.

1 - Observe-se que está previsto o prazo de 360 (trezentos e sessenta) dias para que a autoridade impetrada aprecie e julgue pedidos, defesas e recursos administrativos protocolados pelo contribuinte, aplicando-se ao processo administrativo ora em comento. Inteligência do art. 24, da Lei nº 11.457/2007.

2 - O ato apontado como coator, portanto, viola o princípio constitucional da eficiência administrativa, insculpido no artigo 37 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19/98, e da razoabilidade, de modo que deve ser mantida a fundamentação da sentença, em face da violação a direito líquido e certo da parte impetrante.

3 - Embora se reconheça a complexidade inerente à análise dos processos administrativos, a demora da Administração na verificação do preenchimento das exigências legais para o deferimento ou não do pedido não pode se perpetuar indefinidamente. Não havendo qualquer justificação plausível por parte da autoridade para a demora na análise dos processos administrativos, incorre-se em ofensa aos princípios constitucionais e administrativos da moralidade, eficiência, continuidade do serviço público e razoabilidade.

4 - O E. STJ, ao apreciar o Recurso Especial nº 1.138.206/RS, representativo de controvérsia, sujeito ao procedimento previsto no art. 543-C, do Código de Processo Civil/1973, concluiu que, tanto para os requerimentos efetuados anteriormente à vigência da Lei nº 11.457/2007, quanto aos pedidos protocolados após o advento da referida lei, o prazo aplicável é de 360 dias a partir do protocolo do pedido.

5 - Ademais, não há que se descuidar, em especial, do respeito ao princípio da eficiência, introduzido no ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional nº 19/98, o qual representa o que há de mais moderno em termos de legislação atinente à função pública, preconizando que a atividade administrativa deve ser exercida com presteza e ao menor custo. E, também, há de se observar o princípio da razoável duração do processo, disposto no inciso LXXVIII (acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004), sem descuidar, contudo, dos princípios do devido processo legal, do contraditório e ampla defesa, contidos nos incisos LIV e LV, ambos do artigo 5º, da Constituição Federal.

6 - Destarte, extrapolados os prazos da legislação, incorre a autoridade pública em ilegalidade por omissão, ferindo o direito líquido e certo do contribuinte.

7 - Reexame necessário desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao reexame necessário, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002418-77.2018.4.03.6108

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: BRADO LOGISTICA S.A.

Advogados do(a) APELADO: MARCEL GULIN MELHEM - PR32547-A, MICHEL GULIN MELHEM - PR45475-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002418-77.2018.4.03.6108

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: BRADO LOGISTICA S.A.

Advogados do(a) APELADO: MARCEL GULIN MELHEM - PR32547-A, MICHEL GULIN MELHEM - PR45475-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pela União Federal, contra sentença que julgou procedente a respectiva ação ordinária proposta por Brado Logística S/A, pela qual se pretende o reconhecimento da inexigibilidade da exação destinada ao Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização – FUNDAF, bem como a repetição de indébito dos valores indevidamente recolhidos.

A apelante requer o afastamento de sua condenação à verba honorária nos termos do art. 19, §1º, da Lei 10.522/02.

Com contrarrazões, os autos subiram a esta E. Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5002418-77.2018.4.03.6108

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: BRADO LOGISTICA S.A.

Advogados do(a) APELADO: MARCEL GULIN MELHEM - PR32547-A, MICHEL GULIN MELHEM - PR45475-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A questão posta nos autos diz respeito à fixação de honorários advocatícios em desfavor da União Federal em ação ordinária na qual se discute a inexigibilidade da exação destinada ao Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização – FUNDAF, bem como a repetição de indébito dos valores indevidamente recolhidos.

De início, afasta-se a possibilidade de aplicação do art. 19, § 1º, I, da Lei nº 10.522/2002, que somente dispensa a condenação da Fazenda Nacional em honorários advocatícios quando, havendo reconhecimento jurídico do pedido, a controvérsia diz respeito a matérias específicas, previstas no art. 18 da referida lei, ou quando haja jurisprudência pacífica ou julgada sob o rito dos artigos 543-B e 543-C, do antigo Código de Processo Civil.

Em que pese o não oferecimento de contestação pela União Federal quanto ao mérito propriamente discutido, nos termos do Ato Declaratório PGFN nº 09/2016, não é caso de reconhecimento jurídico do pedido, uma vez que houve resistência da ré quanto à ocorrência de prescrição e quanto à fixação dos critérios de atualização monetária da quantia a ser restituída.

Ademais, reputa-se razoável, conforme art. 85, §3º, I, do atual Código de Processo Civil, o arbitramento estabelecido pelo Juiz sentenciante, em 10% sobre o valor atualizado da causa (R\$ 70.000,00 à época de seu ajuizamento em jun/2017).

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. INEXIGIBILIDADE DA EXAÇÃO DESTINADA AO FUNDO ESPECIAL DE DESENVOLVIMENTO E APERFEIÇOAMENTO DAS ATIVIDADES DE FISCALIZAÇÃO – FUNDAF. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INAPLICABILIDADE DA Lei nº 10.522/02. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. A questão posta nos autos diz respeito à fixação de honorários advocatícios em desfavor da União Federal em ação ordinária na qual se discute a inexigibilidade da exação destinada ao Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização – FUNDAF, bem como a repetição de indébito dos valores indevidamente recolhidos.

2. Afasta-se a possibilidade de aplicação do art. 19, § 1º, I, da Lei nº 10.522/2002, que somente dispensa a condenação da Fazenda Nacional em honorários advocatícios quando, havendo reconhecimento jurídico do pedido, a controvérsia diz respeito a matérias específicas, previstas no art. 18 da referida lei, ou quando haja jurisprudência pacífica ou julgada sob o rito dos artigos 543-B e 543-C, do antigo Código de Processo Civil.

3. Em que pese o não oferecimento de contestação pela União Federal quanto ao mérito propriamente discutido, nos termos do Ato Declaratório PGFN nº 09/2016, não é caso de reconhecimento jurídico do pedido, uma vez que houve resistência da ré quanto à ocorrência de prescrição e quanto à fixação dos critérios de atualização monetária da quantia a ser restituída.

4. Reputa-se razoável, conforme art. 85, §3º, I, do atual Código de Processo Civil, o arbitramento estabelecido pelo Juiz sentenciante, em 10% sobre o valor atualizado da causa (R\$ 70.000,00 à época de seu ajuizamento em jun/2017).

5. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001324-43.2017.4.03.6104

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ASHLAND POLIMEROS DO BRASIL SA, ISP INDUSTRIA E COMERCIO DE INGREDIENTES E ESPECIALIDADES PARA ALIMENTOS LTDA, ISP DO BRASIL LTDA.

Advogado do(a) APELADO: ALEXANDRE LIRA DE OLIVEIRA - SP218857-A

Advogado do(a) APELADO: ALEXANDRE LIRA DE OLIVEIRA - SP218857-A

Advogado do(a) APELADO: ALEXANDRE LIRA DE OLIVEIRA - SP218857-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5001324-43.2017.4.03.6104

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ASHLAND POLIMEROS DO BRASIL SA, ISP INDUSTRIA E COMERCIO DE INGREDIENTES E ESPECIALIDADES PARA ALIMENTOS LTDA, ISP DO BRASIL LTDA.

Advogado do(a) APELADO: ALEXANDRE LIRA DE OLIVEIRA - SP218857-A

Advogado do(a) APELADO: ALEXANDRE LIRA DE OLIVEIRA - SP218857-A

Advogado do(a) APELADO: ALEXANDRE LIRA DE OLIVEIRA - SP218857-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial tida por interposta e apelação em face da r. sentença que concedeu a segurança nos autos do mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado por **ISP INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE INGREDIENTES E ESPECIALIDADES PARA ALIMENTOS LTDA e OUTROS.**, empresa qualificada nos autos, em face de ato praticado pelo **INSPECTOR DA ALFÂNDEGA DO PORTO DE SANTOS**, objetivando a suspensão do recolhimento da Taxa SISCOMEX, mediante o reconhecimento de afronta ao princípio constitucional da isonomia ou, alternativamente, a suspensão da exigência do recolhimento da Taxa SISCOMEX pela forma majorada através da Portaria MF 257/11.

Conforme a inicial, aduz ser inconstitucional e ilegal a cobrança da referida taxa, instituída pela Lei 9.716/98, com a majoração ocorrida a partir de maio de 2011, visto que tal aumento estaria pautado apenas em ato normativo infralegal (Portaria do Ministério da Fazenda nº 257/11) e desproporcional ao analisado na Nota técnica Conjunta Cotec/Copol/Coana nº 02/2011.

A impetrante fundamenta sua tese nas recentes decisões do Supremo Tribunal Federal que, nos Recursos Extraordinários de números 959.274/SC e 1.095.001/SC, reconheceram a inconstitucionalidade da majoração das alíquotas da Taxa Siscomex por ato normativo infraconstitucional.

A autoridade impetrada prestou suas informações, requerendo a denegação da liminar e da ordem pleiteadas, em razão da correção dos atos praticados e da constitucionalidade da referida taxa.

O MM. Juiz *a quo* (Id num. 107504837), com fundamento no artigo 487, I, do Código de Processo Civil de 2015, proferiu sentença **complementada pelo julgamento dos embargos de declaração** e concedeu a segurança para: 1) determinar que a autoridade coatora se abstenha de exigir das impetrantes ISP INDUSTRIA E COMERCIO DE INGREDIENTES E ESPECIALIDADES PARA ALIMENTOS LTDA (CNPJ: 21.014.118/0001-49) e ISP DO BRASIL LTDA. (CNPJ: 62.432.778/0001-27), o recolhimento da Taxa do Siscomex pela forma majorada pela Portaria MF 257/2011; 2) declarar o direito à compensação dos valores recolhidos indevidamente a este título, corrigidos monetariamente pela Taxa SELIC e após o trânsito em julgado, observadas a prescrição quinquenal e as limitações impostas pela lei em vigor no momento do ajuizamento da ação. Por fim o *decisum* não foi submetido ao duplo grau obrigatório.

Inconformada, a União Federal interpôs o recurso de Apelação, afirmando que os valores fixados na Portaria nº 257 só são devidos à proporção em que ultrapassam o índice oficial de correção monetária. Aduz que o afastamento do reajuste promovido não impede a cobrança baseada na correção monetária acumulada no período. Afirma que em relação ao índice oficial, deve ser aplicado o IPCA, uma vez que tal índice consiste em um dos indicadores que retratam com maior fidedignidade a flutuação de preços de um conjunto de produtos e serviços consumidos pelas famílias num determinado período. Pugna pela reforma parcial da sentença a fim de que seja consignada a possibilidade de correção monetária da taxa SISCOMEX pelos índices oficiais.

Com contrarrazões, vieram os autos.

O ilustre Representante do Ministério Público Federal opina pelo regular prosseguimento do feito (Id num. 123632819).

É o Relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5001324-43.2017.4.03.6104

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ASHLAND POLIMEROS DO BRASIL SA, ISP INDUSTRIA E COMERCIO DE INGREDIENTES E ESPECIALIDADES PARA ALIMENTOS LTDA, ISP DO BRASIL LTDA.

Advogado do(a) APELADO: ALEXANDRE LIRA DE OLIVEIRA - SP218857-A

Advogado do(a) APELADO: ALEXANDRE LIRA DE OLIVEIRA - SP218857-A

Advogado do(a) APELADO: ALEXANDRE LIRA DE OLIVEIRA - SP218857-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Recebo a remessa oficial tida por interposta nos termos do art. 14, §1º da Lei nº 12.016/2009, uma vez que a Lei do Mandado de Segurança é especial prevalecendo sobre normas gerais.

O Mandado de Segurança é uma ação constitucional prevista no artigo 5º, inciso LXIX da Constituição Federal e na norma prevista na Lei 12.016 de 2009, e tempor objeto a proteção de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

É o que se depreende da leitura do inciso LXIX, do artigo 5º da Constituição Federal: "*conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparável por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público*".

O MM. Juiz *a quo* com fundamento no artigo 487, I, do Código de Processo Civil de 2015 (ID num. 107504837), manteve a liminar concedida e, julgou procedente o pedido e concedeu a segurança para: 1) determinar que a autoridade coatora se abstenha de exigir das impetrantes ISP INDUSTRIA E COMERCIO DE INGREDIENTES E ESPECIALIDADES PARA ALIMENTOS LTDA (CNPJ: 21.014.118/0001-49) e ISP DO BRASIL LTDA. (CNPJ: 62.432.778/0001-27), o recolhimento da Taxa do Siscomex pela forma majorada pela Portaria MF 257/2011; 2) declarar o direito à compensação dos valores recolhidos indevidamente a este título, na forma da fundamentação da r. sentença, corrigidos monetariamente pela Taxa SELIC e após o trânsito em julgado, observadas a prescrição quinquenal e as limitações impostas pela lei em vigor no momento do ajuizamento da ação.

Em primeiro, não se perca de vista que a fiscalização do comércio exterior é atividade relacionada ao Poder de Polícia estatal, nos termos do artigo 77 do Código Tributário Nacional:

"Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição."

Nos termos da legislação que rege o SISCOMEX, a taxa de utilização do sistema, prevista no artigo 3º da Lei 9.716/98, aplica-se às importações realizadas a partir de 1º de janeiro de 1999, decorrendo a Portaria MF nº 257/11 de delegação ao Ministro da Fazenda, observada a variação dos custos de operação e de investimentos no sistema eletrônico.

Lei 9.716/98:

"Art. 3o Fica instituída a Taxa de Utilização do Sistema Integrado de Comércio Exterior - siscomex, administrada pela Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda.

§ 1o A taxa a que se refere este artigo será devida no Registro da Declaração de Importação, à razão de:

I - R\$ 30,00 (trinta reais) por Declaração de Importação;

II - R\$ 10,00 (dez reais) para cada adição de mercadorias à Declaração de Importação, observado limite fixado pela Secretaria da Receita Federal.

§ 2o Os valores de que trata o parágrafo anterior poderão ser reajustados, anualmente, mediante ato do Ministro de Estado da Fazenda, conforme a variação dos custos de operação e dos investimentos no SISCOMEX.

(...)

§ 5o O disposto neste artigo aplica-se em relação às importações registradas a partir de 1o de janeiro de 1999."

Contudo, na esteira do que decidiu, por unanimidade, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal no RE/SC 1095001 AgR, a lei de regência haveria de ter fixado parâmetros mínimos para majoração da taxa de modo a evitar eventual arbitrariedade por parte do executivo, o que não ocorreu.

"Agravo regimental no recurso extraordinário. Taxa SISCOMEX. Majoração. Portaria. Delegação. Artigo 3º, § 2º, Lei nº 9.716/98. Ausência de balizas mínimas definidas em lei. Princípio da Legalidade. Violação. Atualização. Índices oficiais. Possibilidade.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem acompanhado um movimento de maior flexibilização do Princípio da Legalidade em matéria de delegação legislativa, desde que o legislador estabeleça o desenho mínimo que evite o arbítrio.

2. Diante dos parâmetros já traçados na jurisprudência da Corte, a delegação contida no art. 3º, § 2º, da Lei nº 9.716/98 restou incompleta ou defeituosa, pois o legislador não estabeleceu o desenho mínimo que evitasse o arbítrio fiscal.

3. Esse entendimento não conduz a invalidade da taxa SISCOMEX, tampouco impede que o Poder Executivo atualize os valores previamente fixados na lei, de acordo com os índices oficiais, conforme amplamente aceito na jurisprudência da Corte.

4. Agravo regimental não provido.

5. Não se aplica ao caso dos autos a majoração dos honorários prevista no art. 85, § 11, do novo Código de Processo Civil, uma vez que não houve o arbitramento de honorários sucumbenciais. (RE 1095001 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 06/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-103 DIVULG 25-05-2018 PUBLIC 28-05-2018)

A Lei 9.716/98, ao não fixar critérios mínimos para majoração da taxa (aspecto quantitativo), deu plena liberdade ao executivo para exercer, ao seu alvedrio, o poder de legislar sobre a matéria, o que vai de encontro ao princípio da estrita legalidade tributária, o qual estatui a vedação de exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça.

Tenha-se em vista, ademais, que a Portaria MF nº 257/2011 acabou por majorar a taxa SISCOMEX em cerca de 500%, restando configurada também a clara desproporcionalidade da medida.

"Portaria MF 257/2011

Art. 1º Reajustar a Taxa de Utilização do Sistema Integrado de Comércio Exterior (SISCOMEX), devida no Registro da Declaração de Importação (DI), de que trata o parágrafo 1º do artigo 3º da Lei Nº 9.716, de 1998, nos seguintes valores:

I - R\$ 185,00 (cento e oitenta e cinco reais) por DI;

II - R\$ 29,50 (vinte e nove reais e cinquenta centavos) para cada adição de mercadorias à DI, observados os limites fixados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB).

Destarte, revendo posicionamentos anteriores, vislumbro infringência ao princípio da legalidade já que a Lei nº 9.716/98, artigo 3º, § 2º, delegou ao Ministro da Fazenda o estabelecimento, por meio de ato infralegal, do reajuste anual da taxa Siscomex sem a fixação de critérios mínimos a tal.

Realizadas tais ponderações, exsurge a possibilidade de que a taxa não seja recolhida nos moldes da portaria MF 257/2011, reconhecendo-se, ainda, o direito à compensação.

A compensação, contudo, deverá observar a diferença entre o valor recolhido com base na Portaria MF nº 257/2011, ora afastada, e aquele previsto na Lei 9.716/98, devidamente atualizado com índices oficiais, de modo a propiciar equilíbrio na relação entre as partes e evitar indevido prejuízo ao Fisco.

O presente entendimento vem com esteio no RE/SC 1095001, cuja decisão foi corroborada no Ag. Reg. no RE 1.130.979, o qual fixa o INPC como índice oficial a ser observado na atualização da Taxa Siscomex, com restituição dos valores (diferença) pela SELIC.

Em consequência, é de se declarar inexigível o reajuste da taxa de utilização do SISCOMEX promovido pela Portaria MF nº 257, de 2011, acima do valor resultante da aplicação do percentual de 131,60%, correspondente à variação de preços, medida pelo INPC, entre janeiro de 1999 e abril de 2011, devendo a ré restituir à parte demandante, mediante compensação, os valores pagos indevidamente, segundo esse critério. A compensação será efetuada, observada a prescrição quinquenal dos valores recolhidos indevidamente, com tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, com exceção das contribuições previdenciárias, bem como observando-se a regra do artigo 170-A do CTN e a lei em vigor no momento do ajuizamento da ação, com correção monetária pela SELIC.

Por fim, deve ficar claro que a atualização da taxa SISCOMEX pelos índices oficiais, no caso a variação do INPC de janeiro/1999 a abril/2011, com aplicação da SELIC ao montante a ser ressarcido.

Diante do exposto, dou parcial provimento à Apelação e à remessa oficial tida por interposta na forma da fundamentação acima.

É o voto.

EMENTA

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. TAXA DE UTILIZAÇÃO DO *SISCOMEX*. MAJORAÇÃO. ART. 3º, § 2º, DA LEI 9.716/98 E PORTARIA MF 257/2011. INCONSTITUCIONALIDADE. QUESTÃO PACIFICADA NO STF. LIMITAÇÃO DO REAJUSTE AOS ÍNDICES DE CORREÇÃO MONETÁRIA. POSSIBILIDADE. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL TIDA POR INTERPOSTA PARCIALMENTE PROVIDAS.

1. Em primeiro, não se perca de vista que a fiscalização do comércio exterior é atividade relacionada ao Poder de Polícia estatal, nos termos do artigo 77 do Código Tributário Nacional: "*Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.*"

2. Nos termos da legislação que rege o *SISCOMEX*, a taxa de utilização do sistema, prevista no artigo 3º da Lei 9.716/98, aplica-se às importações realizadas a partir de 1º de janeiro de 1999, decorrendo a Portaria MF nº 257/11 de delegação ao Ministro da Fazenda, observada a variação dos custos de operação e de investimentos no sistema eletrônico.

3. Contudo, na esteira do que decidiu, por unanimidade, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal no RE/SC 1095001 AgR, a lei de regência haveria de ter fixado parâmetros mínimos para majoração da taxa de modo a evitar eventual arbitrariedade por parte do executivo, o que não ocorreu.

4. A Lei 9.716/98, ao não fixar critérios mínimos para majoração da taxa (aspecto quantitativo), deu plena liberdade ao executivo para exercer, ao seu alvedrio, o poder de legislar sobre a matéria, o que vai de encontro ao princípio da estrita legalidade tributária, o qual estatui a vedação de exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça. Tenha-se em vista, ademais, que a Portaria MF nº 257/2011 acabou por majorar a taxa *SISCOMEX* em cerca de 500%, restando configurada também a clara desproporcionalidade da medida.

5. Destarte, revendo posicionamentos anterior, vislumbro infringência ao princípio da legalidade já que a Lei nº 9.716/98, artigo 3º, § 2º, delegou ao Ministro da Fazenda o estabelecimento, por meio de ato infralegal, do reajuste anual da taxa *Siscomex* sem a fixação de critérios mínimos a tal.

6. Realizadas tais ponderações, exsurge a possibilidade de que a taxa não seja recolhida nos moldes da portaria MF 257/2011, reconhecendo-se, ainda, o direito à compensação.

7. A compensação, contudo, deverá observar a diferença entre o valor recolhido com base na Portaria MF nº 257/2011, ora afastada, e aquele previsto na Lei 9.716/98, devidamente atualizado com índices oficiais, de modo a propiciar equilíbrio na relação entre as partes e evitar indevido prejuízo ao Fisco.

8. O presente entendimento vem com esteio no RE/SC 1095001, cuja decisão foi corroborada no Ag. Reg. no RE 1.130.979, o qual fixa o *INPC* como índice oficial a ser observado na *atualização* da Taxa *Siscomex*, com restituição dos valores (diferença) pela *SELIC*.

9. Em consequência, é de se declarar inexigível o reajuste da taxa de utilização do *SISCOMEX* promovido pela Portaria MF nº 257, de 2011, acima do valor resultante da aplicação do percentual de 131,60%, correspondente à variação de preços, medida pelo *INPC*, entre janeiro de 1999 e abril de 2011, devendo a ré restituir à parte demandante, mediante compensação, os valores pagos indevidamente, segundo esse critério. A compensação será efetuada, observada a prescrição quinquenal dos valores recolhidos indevidamente, com tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, com exceção das contribuições previdenciárias, bem como observando-se a regra do artigo 170-A do CTN e a lei em vigor no momento do ajuizamento da ação, com correção monetária pela *SELIC*.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à Apelação e à remessa oficial tida por interposta, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002654-44.2018.4.03.6103
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL
APELADO: COMERCIAL ZARAGOZA IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LIMITADA
Advogados do(a) APELADO: PAULO BAUAB PUZZO - SP174592-A, ELZEANE DA ROCHA - SP333935-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002654-44.2018.4.03.6103
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL
APELADO: COMERCIAL ZARAGOZA IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LIMITADA
Advogados do(a) APELADO: PAULO BAUAB PUZZO - SP174592-A, ELZEANE DA ROCHA - SP333935-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de ação ordinária ajuizada por COMERCIAL ZARAGOZA IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LIMITADA em face do INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA, QUALIDADE E TECNOLOGIA – INMETRO, objetivando o cancelamento da duplicata mercantil nº 11248F072, que deu origem à Certidão de Dívida Ativa nº 1124/072. Atribuído à causa o valor de R\$ 5.794,51.

A sentença julgou procedente o pedido para **anular** o Auto de Infração nº 1001130016454; a duplicata mercantil nº 11248F072 e o protesto dela decorrente, bem como a Certidão de Dívida Ativa nº 1124/072. Por fim, condenou o INMETRO ao pagamento de honorários advocatícios de 20% (vinte por cento) sobre o valor atualizado da causa.

Apela o INMETRO, sustentando a ausência de causa de suspensão da exigibilidade e o cabimento da incidência da multa por infrações administrativas constatadas pela fiscalização metrológica. Subsidiariamente, postula a redução da verba honorária.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002654-44.2018.4.03.6103
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL
APELADO: COMERCIAL ZARAGOZA IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LIMITADA
Advogados do(a) APELADO: PAULO BAUAB PUZZO - SP174592-A, ELZEANE DA ROCHA - SP333935-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

De início, a questão sobre a ausência de causa de suspensão da exigibilidade da multa não comporta discussão neste tribunal, por ausência de interesse recursal, uma vez que tal fato foi devidamente reconhecido pelo Magistrado de Primeiro grau, restando o resultado desfavorável ao INMETRO por fundamento diverso.

A autora busca anular título levado a protesto pelo INMETRO, decorrente da aplicação de multa por violação ao artigo 8º da Portaria INMETRO nº 321/2009, a qual encontra embasamento legal na Lei 9.933/99, que confere ao INMETRO atribuição para expedir atos normativos e regulamentação técnica quanto à metrologia e avaliação de conformidade de produtos, processos e serviços, conferindo-lhe ainda poder de polícia para a aplicação de sanções administrativas.

Consoante se verifica do Auto de Infração nº 1001130016454, lavrado em 08.04.2015, a autora comercializou produtos com a indicação indevida de “brinquedo”, quais sejam:

- conjunto de pente com espelho modelo Chiquititas, acompanhando 15 ovos de chocolate da mesma temática, marca VILLAGE;
- caneca da Galinha Pintadinha, acompanhando 15 ovos de chocolate da mesma temática, marca VILLAGE;
- caneca Darth Vader acompanhando 15 ovos de chocolate da temática Star Wars, marca NESTLE.

A Portaria INMETRO nº 351/2009, em seu artigo 8º, remete a anexo quanto ao rol dos produtos que não podem ser considerados brinquedos (“Determinar que produtos não considerados brinquedo, conforme Anexo II da Portaria Inmetro nº 108/2005, não deverão ostentar a expressão “brinquedo” nem mesmo fazer uso do Selo de Identificação da Conformidade de Segurança do Brinquedo.”).

Por sua vez, o Anexo II da Portaria nº 108/2005 tem a seguinte redação:

Anexo II

PRODUTOS NÃO CONSIDERADOS BRINQUEDOS

1 Enfeites de Natal e de outras festas, inclusive as infantis, com finalidade exclusivamente ornamental.

2 Modelos em escala reduzida, tipo hobby ou artesanal, à propulsão ou não, prontos ou para montar, cujo produto final não tenha primordialmente valor de brinquedo. (por exemplo: bonecas folclóricas decorativas, soldados de coleção, maquetes para montar, etc.).

- 3 Equipamentos de instalação permanente destinados a uso coletivo, em parques infantis ou de aventuras (playground).
- 4 Elementos e equipamentos esportivos regulamentares (entendem-se como tais aqueles que reúnam as características de materiais, dimensões e peso estabelecidas em cada regulamento esportivo).
- 5 Equipamentos náuticos destinados a sua utilização em águas profundas (entende-se por águas profundas aquelas cuja profundidade seja maior que 1,40m).
- 6 Equipamentos instalados em lugares públicos que requeiram fichas ou moedas específicas.
- 7 Quebra-cabeças de mais de 500 peças com ou sem modelo.
- 8 Armas de ar comprimido ou outro gás do tipo das utilizadas em jogos, práticas ou competições esportivas.
- 9 Fogos de artifício, incluindo os pequenos explosivos, exceto aqueles projetados para serem incorporados ao brinquedo.
- 10 Estilingues, catapultas e arquearia, cujos arcos não tensionados superem a distância de 1,20m.
- 11 Dardos e flechas com pontas metálicas exceto os que possuam discos metálicos magnéticos.
- 12 Veículos com motores a combustão.
- 13 Máquinas a vapor.
- 14 Bicicletas projetadas para esportes ou passeios pela via pública de altura máxima de assento superior a 435 mm.
- 15 Jogos de vídeo que possam ser conectados a um monitor, alimentados por uma tensão superior a 24 volts.
- 16 Chupetas de puericultura.
- 17 Imitações fiéis de armas de fogo.
- 18 Jóias de fantasia destinadas a crianças, exceto as que fazem parte de uma fantasia ou figurino e os componentes para fabricá-las.
- 19 Óculos de sol, exceto os demasiadamente pequenos para serem usados por uma criança.
- 20 Material auxiliar para flutuação que seja para uso em águas de mais de 30 cm de profundidade (bóias e coletes salva-vidas).
- 21 Material escolar que não tenha função lúdica.
- 22 Artigos para crianças que não tenham uma função lúdica adicional ou posterior a seu uso principal.

Infere-se da norma em comento que o rol dos produtos impedidos de serem classificados como brinquedos é taxativo, não podendo a administração inovar na restrição.

No caso em espécie, não pende sobre os itens no Auto de Infração descritos óbice à sua classificação como brinquedo.

Portanto, o fundamento do agente do Imetro não se sustenta, eis que ausente amparo normativo para a autuação.

Transcrevo, por oportuno, trecho da bem lançada sentença:

“Destarte, não se vislumbra a existência de violação aos atos infralegais indicados, posto que a conduta da parte-autora não se subsume de forma perfeita à imputada infração.

Pela documentação acostada ao processo administrativo, as embalagens dos ovos de Páscoa falam em brinquedos e, a rigor, não é possível afirmar categoricamente que os objetos trazidos nesses ovos não sejam brinquedos, posto que, a despeito da normatização trazida pela Portaria nº 108/2005 o conceito de "brinquedo" é mais amplo do que ela pretende determinar.

Ademais, é razoável considerar como brinquedos “um pente e um espelho” das “Chiquititas”, uma caneca da “Galinha Pintadinha” e uma caneca “Star Wars Darth Vader”, pois são possivelmente os principais atrativos às crianças em ovos de Páscoa.

Parece-me claro que existe também discussão jurídica sobre o conceito de "brinquedo" quando se trata de informação ao consumidor, mas também não poderia impedir a comercialização de venda de produto e nem ensejar a autuação por infração, especialmente porque não há indicação de risco à saúde dos consumidores, especialmente de crianças.

Fosse o caso de brindes de plástico ou outro material que crianças pudessem engolir ou se ferir de algum modo, seria razoável restringir a comercialização, informando a idade recomendável para uso seguro, mas não quando a discussão se restringe à simples informação sobre o conteúdo do produto, e se é enquadrável ou não como brinquedo, nos moldes em que se apresenta nos autos.

Portanto, não se pode afirmar que tenha a requerente infringido os atos normativos indicados nos termos de autuação, uma vez que não ficou cabalmente demonstrado que os brindes que acompanhavam os ovos de Páscoa comercializados não se enquadrem no conceito de brinquedos, ainda que se considere a lista taxativa trazida na Portaria nº 108/2005.”

Logo, restando evidenciado o direito da autora, impõe-se a manutenção da r. sentença.

Da mesma forma, os honorários advocatícios devem ser mantidos tal como fixados na sentença, eis que arbitrados com observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É o voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. INMETRO. PORTARIA 321/2009. OVO DE CHOCOLATE COM BRINDE, CLASSIFICADOS COMO BRINQUEDOS. ATO INFRALEGAL. ROL TAXATIVO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. RECURSO DESPROVIDO.

I - A questão sobre a ausência de causa de suspensão da exigibilidade da multa não comporta discussão neste tribunal, por ausência de interesse recursal, uma vez que tal fato foi devidamente reconhecido pelo Magistrado de Primeiro grau.

II - A autora busca anular título levado a protesto pelo INMETRO, decorrente da aplicação de multa por violação ao artigo 8º da Portaria INMETRO nº 321/2009, a qual encontra embasamento legal na Lei 9.933/99, que confere ao INMETRO atribuição para expedir atos normativos e regulamentação técnica quanto à metrologia e avaliação de conformidade de produtos, processos e serviços, conferindo-lhe ainda poder de polícia para a aplicação de sanções administrativas.

III - O Auto de Infração nº 1001130016454 indica que a autora comercializou produtos com a indicação indevida de “brinquedo”.

IV - A Portaria INMETRO nº 351/2009, em seu artigo 8º, remete a anexo quanto ao rol dos produtos que não podem ser considerados brinquedos, dentre os quais não estão elencados os produtos autuados.

V – Honorários advocatícios mantidos.

VI – Apelação não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5005398-55.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: EPICE IMPORTACAO COMERCIO E REPRESENTACOES LTDA
Advogado do(a) APELADO: SILVANA BUSSAB ENDRES - SP65330-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5005398-55.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: EPICE IMPORTACAO COMERCIO E REPRESENTACOES LTDA
Advogado do(a) APELADO: SILVANA BUSSAB ENDRES - SP65330-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial e apelação interposta pela UNIÃO FEDERAL contra sentença em que concedida a segurança, para determinar a exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições ao PIS e COFINS, autorizando a compensação dos valores indevidamente recolhidos a partir de janeiro de 2015, observando-se o disposto no art. 170-A do CTN, com incidência da taxa SELIC, que abrange juros e correção monetária, a partir da data do pagamento indevido.

A União Federal alega, preliminarmente, a necessidade de suspensão do feito até o julgamento dos embargos de declaração opostos no RE nº 574.706/PR. No mérito, sustenta a legalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições ao PIS e COFINS. Aduz que a base de cálculo das contribuições em questão está definida em lei que, em momento algum, determinou a exclusão do valor do ICMS desta grandeza, inclusive a Lei nº 12.973/2014 teve como escopo afastar qualquer exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, o que já é suficiente para macular a tese defendida pelo contribuinte. Afirma que o ICMS compõe o valor da atividade que gera receita ao contribuinte, não havendo como dissociá-lo dos ingressos havidos a título de faturamento. Sobre a compensação, ressalta a necessidade de que seja observado o procedimento previsto na Instrução Normativa RFB nº 1717/2017, vigente à época do ajuizamento da ação. Afirma que o crédito reconhecido não pode ser compensado com contribuições previdenciárias, conforme previsto na Lei nº 11.457/2007. Sustenta, ainda, a aplicabilidade do artigo 170-A e quanto aos consectários, pede que seja adotada exclusivamente a SELIC como índice de correção, nos moldes do artigo 39, § 4º da Lei nº 9.450/96. Requer seja provido o recurso, denegando-se a segurança requerida.

Intimada, a impetrante apresentou contrarrazões (ID 64179278), pugnando pela manutenção da sentença recorrida.

O ilustre representante do Ministério Público Federal - MPF opinou pelo não provimento do recurso (ID nº 73168893).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5005398-55.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: EPICE IMPORTACAO COMERCIO E REPRESENTACOES LTDA
Advogado do(a) APELADO: SILVANA BUSSAB ENDRES - SP65330-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O C. Supremo Tribunal Federal, em 15.03.2017, no julgamento do RE 574.706, com repercussão geral, definiu que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, conforme acórdão publicado em 02/10/2017, *verbis*:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. *A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.*

3. *O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS.*

4. *Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.*

5. *Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.*

Anote-se que as alterações posteriores perpetradas pela Lei nº 12.973/14 não têm o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido, pois, conforme entendimento sedimentado do C. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinante ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.

Considero, portanto, que as alegações do contribuinte coadunam como atual posicionamento da Corte Suprema.

No tocante à possibilidade de modulação dos efeitos do RE 574.706, não há como suspender o feito nesta fase processual.

A regra geral relativa aos recursos extraordinários julgados com repercussão geral é de vinculação dos demais casos ao julgado e a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Destaca-se que no âmbito do próprio STF vem sendo dada eficácia ao desfecho do RE nº 574.706/PR independentemente do trânsito em julgado dessa decisão. Confira-se as seguintes decisões monocráticas:

Decisão: ... Cumpre observar, finalmente, no que se refere à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, após reconhecer a existência de repercussão geral da questão constitucional igualmente versada na presente causa, julgou o RE 574.706/PR, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, nele fixando tese assim consubstanciada: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS." O exame da presente causa evidencia que o acórdão ora impugnado diverge, no ponto, da diretriz jurisprudencial que esta Suprema Corte firmou na análise da matéria em referência. Sendo assim, e tendo em consideração as razões expostas, dou parcial provimento ao recurso extraordinário, por estar o acórdão recorrido em confronto com entendimento emanado do Plenário desta Suprema Corte (RE 574.706/PR, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA), para determinar, em consequência, seja observada, pelo Tribunal "a quo", a orientação jurisprudencial em referência. Publique-se. Brasília, 21 de junho de 2017. Ministro CELSO DE MELLO Relator (RE 939742, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 21/06/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-141 DIVULG 27/06/2017 PUBLIC 28/06/2017)

Decisão: ... Quanto a possibilidade de inclusão do referido crédito presumido na base de cálculo do PIS e da COFINS, nos termos do art. 328, RISTF, determino o retorno dos autos ao Tribunal de origem para aplicação da sistemática da repercussão geral. Brasília, 26 de maio de 2017. Ministro Dias Toffoli Relator Documento assinado digitalmente(RE 1028359, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 26/05/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-114 DIVULG 30/05/2017 PUBLIC 31/05/2017)

Decisão: O Plenário desta Corte no RE 574.706, julgado sob a sistemática da repercussão geral (Tema 69), firmou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS". O acórdão do RE 574.706-RG ainda se encontra pendente de formalização e publicação, razão pela qual devem os autos retornar à origem para aplicação da tese firmada em sede de repercussão geral. Diante do exposto, com base no art. 328, parágrafo único, do RI/STF, determino o retorno dos autos à origem, a fim de que seja observada a sistemática da repercussão geral. Publique-se. Brasília, 23 de junho de 2017. Ministro Luís Roberto Barroso Relator(ARE 1054230, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 23/06/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-142 DIVULG 28/06/2017 PUBLIC 29/06/2017)

Em decorrência do indébito tributário, surge a possibilidade de realizar-se a compensação, observando-se a prescrição quinquenal, uma vez que a presente ação foi ajuizada em abril de 2017.

O E. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Recursos Especiais nºs 1.365.095/SP e 1.715.256/SP, submetidos à sistemática dos recursos repetitivos, firmou o entendimento de que é desnecessária a exigência de provas do efetivo recolhimento do tributo e do seu montante exato, de modo que tal apreciação fica postergada para a esfera administrativa.

Na hipótese, como relatado, o contribuinte impetrou o mandado de segurança, objetivando a declaração de inexigibilidade da inclusão dos valores atinentes ao ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS, bem como o reconhecimento do direito de compensar os valores indevidamente recolhidos a tais títulos. A pretensão é meramente declaratória, não tendo a apelada postulado a efetiva investigação da liquidez e certeza dos valores indevidamente pagos.

O instituto da compensação tributária encontra-se previsto no artigo 170 do Código Tributário Nacional, segundo o qual é necessária a edição de lei para fixar os requisitos a serem cumpridos para que o contribuinte possa se valer de referido instituto.

A Lei nº 8.383/91 permitia a compensação de tributos indevidamente recolhidos com parcelas vincendas de tributos da mesma espécie (art. 66) e, posteriormente, a Lei nº 9.250, de 26/12/1995, estabeleceu a exigência de mesma destinação constitucional.

Como advento da Lei nº 9.430/96, foi possibilitado ao contribuinte que, por meio de requerimento administrativo, fosse-lhe autorizado, pela Secretaria da Receita Federal, compensar seus créditos com quaisquer tributos e contribuições sob sua administração.

Somente com a edição da Lei nº 10.637/02, que deu nova redação ao art. 74 da Lei nº 9.430/96, permitiu-se a compensação de créditos tributários com débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Receita Federal do Brasil, independentemente do requerimento do contribuinte, ressalvadas as contribuições previdenciárias, conforme disposto no art. 41 da Instrução Normativa nº 1300/2012, da Receita Federal do Brasil.

De acordo com o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça, a compensação de tributos é regida pela lei vigente à época do ajuizamento da ação (EREsp nº 488.922/MG, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki; EREsp nº 1.018.533/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 10/12/08, DJE 09/02/09).

Assim, a compensação deverá ser efetuada com tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, nos termos do artigo 74 da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da demanda. Não obstante, nada impede que a apelada opte por realizar a compensação pela via administrativa, de acordo com a lei vigente à data do encontro de contas, desde que preenchidos os requisitos próprios, conforme jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C do CPC/1973 - REsp nº 1.137.738/SP (Tema nº 265).

No tocante à aplicação do art. 170-A do CTN e da incidência da SELIC como índice de correção monetária, a apelante carece de interesse recursal, uma vez que a sentença foi expressa nesse sentido.

Ante o exposto, **não conheço de parte da apelação e, na parte conhecida, dou-lhe parcial provimento, assim como à remessa oficial**, para afastar a compensação com as contribuições previdenciárias, caso a impetrante entenda por realizá-la, na via judicial, pela legislação vigente à época da propositura da demanda, na forma da fundamentação acima.

É o voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. APELAÇÃO. REMESSA OFICIAL. ICMS. BASE DE CÁLCULO. PIS. COFINS. INCONSTITUCIONALIDADE. TESE FIRMADA PELO STF EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). APLICAÇÃO NA HIPÓTESE, CONFORME PRECEDENTE DESTA C. CORTE. COMPENSAÇÃO. PARÂMETROS APLICÁVEIS. ART. 170-A CTN. CORREÇÃO MONETÁRIA. SELIC. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. APELAÇÃO CONHECIDA EM PARTE E NA PARTE CONHECIDA, PROVIDA EM PARTE. REMESSA OFICIAL PARCIALMENTE PROVIDA.

1. O C. Supremo Tribunal Federal, em 15.03.2017, no julgamento do RE nº 574.706, com repercussão geral, definiu que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, conforme acórdão publicado em 02/10/2017.
2. No tocante à possibilidade de modulação dos efeitos do RE nº 574.706, não há como suspender o feito nesta fase processual, considerando que os embargos de declaração opostos não são dotados de efeito suspensivo. A regra geral relativa aos recursos extraordinários julgados com repercussão geral é de vinculação dos demais casos ao julgado e a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas. A intenção da União Federal é sobrestar o feito diante de uma mera expectativa de modulação do julgado, o que não merece guarida, uma vez que ausente previsão legal para tanto.
3. Em decorrência do indébito tributário, surge a possibilidade de realizar-se a compensação, observando-se a prescrição quinquenal, uma vez que a presente ação foi ajuizada em abril de 2017.
4. A compensação deverá ser efetuada com tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, à exceção das contribuições previdenciárias, nos termos do artigo 74 da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da demanda. Nada impede, todavia, que a apelada opte por realizar a compensação pela via administrativa, de acordo com a lei vigente à data do encontro de contas, desde que preenchidos os requisitos próprios, conforme jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C do CPC/1973 - REsp nº 1.137.738/SP (Tema nº 265).
5. Quanto à aplicação do art. 170-A do CTN e da incidência da SELIC como índice de correção monetária, a apelante carece de interesse recursal, uma vez que a sentença foi expressa nesse sentido.
6. Apelação da União Federal conhecida em parte e, na parte conhecida, provida parcialmente .
7. Remessa oficial parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, não conheceu de parte da apelação e, na parte conhecida, deu-lhe parcial provimento, assim como à remessa oficial,, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5007576-40.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

PARTE AUTORA: RICARDO PAULINO DA SILVA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: ALESSANDRO COELHO PATIA - SP254488-A

PARTE RE: PRESIDENTE DO EGRÉGIO CONSELHO REGIONAL DE DESPACHANTE DOCUMENTALISTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO, CONSELHO REGIONAL DOS DESPACHANTES DOCUMENTALISTAS DO ESTADO DE SAO PAULO, PRESIDENTE DO CONSELHO REGIONAL DE DESPACHANTES DOCUMENTALISTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO/SP

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5007576-40.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

PARTE AUTORA: RICARDO PAULINO DA SILVA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: ALESSANDRO COELHO PATIA - SP254488-A

PARTE RÉ: PRESIDENTE DO EGRÉGIO CONSELHO REGIONAL DE DESPACHANTE DOCUMENTALISTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO, CONSELHO REGIONAL DOS DESPACHANTES DOCUMENTALISTAS DO ESTADO DE SAO PAULO, PRESIDENTE DO CONSELHO REGIONAL DE DESPACHANTES DOCUMENTALISTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO/SP

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa necessária em face de sentença proferida em mandado de segurança que julgou parcialmente procedente o pedido inicial para determinar a inscrição do impetrante junto ao Conselho Regional de Despachantes Documentalistas do Estado de São Paulo - CRDD/SP, independentemente da apresentação de diploma SSP/SP ou outro de Curso de Qualificação Profissional.

Consta dos autos que o impetrante trabalha como despachante desde 1987 e que, ao buscar inscrever-se como Despachante Documentalista no CRDD/SP em dezembro de 2017, seu requerimento foi condicionado à apresentação de Diploma SSP/SP ou de Curso de Qualificação Profissional, o que entende ser manifestamente ilegal.

Notificado, o impetrado não prestou informações.

Proferida sentença, após as providências de praxe, subiram os autos a este Tribunal.

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento da remessa necessária.

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5007576-40.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

PARTE AUTORA: RICARDO PAULINO DA SILVA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: ALESSANDRO COELHO PATIA - SP254488-A

PARTE RÉ: PRESIDENTE DO EGRÉGIO CONSELHO REGIONAL DE DESPACHANTE DOCUMENTALISTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO, CONSELHO REGIONAL DOS DESPACHANTES DOCUMENTALISTAS DO ESTADO DE SAO PAULO, PRESIDENTE DO CONSELHO REGIONAL DE DESPACHANTES DOCUMENTALISTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO/SP

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Lei Estadual 8.107/92, bem como os respectivos Decretos nº 37.420 e nº 37.421, regulamentam o exercício da atividade de despachante no Estado de São Paulo.

No entanto, as exigências de apresentação de diploma SSP/SP ou outro de Curso de Qualificação Profissional para fins de inscrição junto ao Conselho não encontram respaldo legal em nenhuma legislação da União, a quem compete privativamente editar leis sobre direito do trabalho e sobre condições para o exercício das profissões, conforme dispõe o artigo 22, incisos I e XVI, da CF.

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

[...]

XVI - organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões;

Nesse sentido, restou decidido na ADI 4.387/SP:

"Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 8.107, de 27 de outubro de 1992, e Decretos nº 37.420 e nº 37.421, todos do Estado de São Paulo. Regulamentação da atividade de despachante perante os órgãos da Administração Pública estadual. Competência legislativa privativa da União (art. 22, I e XVI, da CF/88). Ratificação da cautelar. Ação julgada procedente. 1. A Lei estadual nº 8.107/92, a pretexto de prescrever regras de caráter administrativo acerca da atuação dos despachantes junto aos órgãos públicos estaduais, acabou por regulamentar essa atividade, uma vez que estabeleceu os próprios requisitos para seu exercício. Violação da competência legislativa da União, a quem compete privativamente editar leis sobre direito do trabalho e sobre condições para o exercício de profissões. Precedentes. A norma de que trata o art. 5º, XIII, da Carta Magna, que assegura ser "livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer", deve ter caráter nacional, não se admitindo que haja diferenças entre os entes federados quanto aos requisitos ou condições para o exercício de atividade profissional. 2. O Estado de São Paulo, conforme se verifica nos arts. 7º e 8º da lei impugnada, impôs limites excessivos ao exercício da profissão de despachante no âmbito do Estado, submetendo esses profissionais liberais a regime jurídico assemelhado ao de função delegada da administração pública, afrontando materialmente o disposto no art. 5º, inciso XIII, da Carta Magna. 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente." g.n. ADI 4.387/SP, Min. Rel. Dias Toffoli, PLENÁRIO, Julgado em 04/09/2014, DJe 10/10/2014.

Cumpra acrescentar que a Lei n. 10.602/2002, que criou o Conselho Federal e os Conselhos Regionais dos Despachantes Documentalistas, dispõe acerca da atividade destes órgãos, se limitando à representação dos profissionais, sem, contudo, permitir a estipulação de requisitos à inscrição dos profissionais em seus quadros.

Veja-se que o artigo 4º da referida Lei, que previa a exigência de habilitação técnica, foi vetado pelo Poder Executivo.

Assim é a jurisprudência deste Tribunal Federal:

ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DOS DESPACHANTES DOCUMENTALISTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. INSCRIÇÃO. IMPOSIÇÃO DE CONDIÇÕES. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 10.602/2002. REMESSA NECESSÁRIA IMPROVIDA.

- O trabalho tem valor social, pois é meio de sobrevivência do ser humano e o não fornecimento da inscrição consiste no cerceamento do livre exercício profissional. A proibição de seu exercício é atitude equivocada, tendo em vista que tal situação vai contra uma garantia fundamental que encontra amparo no art. 5º, inciso XIII, da Constituição Federal. Referido dispositivo constitucional permite que seja exigido o cumprimento de certos requisitos, desde que haja previsão legal.

- Lei do Estado de São Paulo nº 8.107/92. ADIn. Violação da competência legislativa da União, a quem compete privativamente editar leis sobre direito do trabalho e sobre condições para o exercício de profissões. Precedentes.

- A imposição de limites excessivos ao exercício da atividade de despachante afronta o direito fundamental ao livre exercício profissional e o princípio da estrita legalidade no âmbito da administração.

- Possibilidade de prejuízo ao impetrante, caso não seja reconhecido seu direito a inscrição perante o Conselho Regional dos Despachantes Documentaristas do Estado de São Paulo.

- Remessa necessária improvida.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 5005520-97.2019.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 12/03/2020, Intimação via sistema DATA: 17/03/2020)

Ante o exposto, nego provimento à remessa necessária.

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. REMESSA NECESSÁRIA. CONSELHO REGIONAL DE DESPACHANTES DOCUMENTALISTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. INSCRIÇÃO. LEI ESTADUAL 8.107/92. ILEGALIDADE. REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDA.

1. A Lei Estadual 8.107/92, bem como os respectivos Decretos nº 37.420 e nº 37.421, regulamentam o exercício da atividade de despachante no Estado de São Paulo.

2. No entanto, as exigências de apresentação de diploma SSP/SP ou outro de Curso de Qualificação Profissional para fins de inscrição junto ao Conselho não encontram respaldo legal em nenhuma legislação da União, a quem compete privativamente editar leis sobre direito do trabalho e sobre condições para o exercício das profissões, conforme dispõe o artigo 22, incisos I e XVI, da CF. Nesse sentido, restou decidido na ADI 4.387/SP.

4. Cumpres acrescentar que a Lei n. 10.602/2002, que criou o Conselho Federal e os Conselhos Regionais dos Despachantes Documentaristas, dispõe acerca da atividade destes órgãos, se limitando à representação dos profissionais, sem, contudo, permitir a estipulação de requisitos à inscrição dos profissionais em seus quadros. Veja-se que o artigo 4º da referida Lei, que previa a exigência de habilitação técnica, foi vetado pelo Poder Executivo. Precedente deste Tribunal Regional.

5. Remessa desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa necessária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0014055-08.2016.4.03.6100
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: LOUIS DREYFUS COMPANY BRASIL S.A.
Advogados do(a) APELADO: EULO CORRADI JUNIOR - SP221611-A, JOSE ROZINEI DA SILVA - PR50448-S
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0014055-08.2016.4.03.6100
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: LOUIS DREYFUS COMPANY BRASIL S.A.
Advogados do(a) APELADO: EULO CORRADI JUNIOR - SP221611-A, JOSE ROZINEI DA SILVA - PR50448-S
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial e apelação interposta pela União Federal (Fazenda Nacional), em face da r. sentença que concedeu em parte a segurança (Id num. 127834499) nos autos do mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por LOUIS DREYFUS COMPANY BRASIL SA, contra ato do DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA EM SÃO PAULO - DERAT, objetivando obter provimento jurisdicional que determine à autoridade fiscal que proceda à imediata conclusão do procedimento administrativo de pedido de ressarcimento objeto do PER/DCOMP nº 25929.82252.250615.1.1.19-7500 e efetue o ressarcimento do crédito remanescente, na forma do artigo 4º da IN/SRF 1.497/2014, após o levantamento de eventuais débitos para fins de subtração do montante líquido a ser ressarcido, com a incidência da taxa Selic a partir do 361º dia do envio dos mesmos, sendo vedada a compensação com débitos cuja exigibilidade esteja suspensa, sob pena de multa diária pelo descumprimento de ordem judicial.

Aduz a impetrante que, na qualidade de contribuinte, constituiu a seu favor créditos presumidos de PIS e COFINS consubstanciado pelas Leis nºs 10.637/2002, 10.833/2003, 12.865/2013 e IN/SRF 1.497/2014.

Desta forma, afirma que, cumpridos os requisitos necessários em análise preliminar, 70% (setenta por cento) do montante requerido já foi devidamente antecipado à impetrante, restando a conclusão do pedido de ressarcimento dos 30% (trinta por cento) remanescentes.

No entanto, em que pese o pedido de ressarcimento tenha sido formalizado há mais de 360 (trezentos e sessenta) dias, até o momento não fora sequer apreciado pela autoridade impetrada. Com efeito, alega que a administração fiscal está violando o disposto no artigo 24 da Lei n. 11.457/07, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Tributária Federal, bem como a Constituição Federal. A petição inicial veio instruída com documentos (fls. 15/37).

O pedido de liminar foi deferido em parte apenas para determinar que a autoridade impetrada aprecie, no prazo de 30 (trinta) dias, conclusivamente sobre o pedido de ressarcimento.

Notificada, a autoridade impetrada prestou informações.

A impetrante informou às fls. 167 que a liminar foi devidamente cumprida.

O MM. Juíza *quo* concedeu em parte a segurança (Id num. 127934459), complementada pela decisão dos embargos de declaração (Id num. 127934513), nos termos do artigo 487, I do Código de Processo Civil, para determinar à autoridade impetrada a conclusão definitiva do pedido de ressarcimento PER/DCOMP nº 25929.82252.250615.1.1.19-7500 corrigido pela taxa SELIC a partir do 361º dia do protocolo dos referidos pedidos até a data da efetiva disponibilização/compensação. Custas na forma da lei. Sem condenação em honorários, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.016/2009. Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição, nos ter 14, §1º da Lei nº 12.016/2009.

Irresignada, a Apelante interpôs recurso de apelação, alegando basicamente não ser cabível a correção dos valores de ressarcimento de PIS e de COFINS pela taxa Selic, eis tratar-se de benefício fiscal, e não de pedido de restituição de tributo pago indevidamente ou a maior.

Comcontrarrrazões, vieramos autos a este E. Tribunal.

O ilustre Representante do Ministério Público Federal (Id num. 129672120), opina pelo regular prosseguimento do feito.

É o Relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0014055-08.2016.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: LOUIS DREYFUS COMPANY BRASIL S.A.

Advogados do(a) APELADO: EULO CORRADI JUNIOR - SP221611-A, JOSE ROZINEI DA SILVA - PR50448-S

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Mandado de Segurança é uma ação constitucional prevista no artigo 5º, inciso LXIX da Constituição Federal e na norma prevista na Lei 12.016 de 2009, e tem por objeto a proteção de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

É o que se depreende da leitura do inciso LXIX, do artigo 5º da Constituição Federal: "*conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparável por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público*".

A Lei 11.457 de 16/03/2007, que implantou a Receita Federal do Brasil, fixou o prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte, para que a administração fiscal proceda à análise dos pedidos de revisão feitos pelos contribuintes, a teor do artigo 24 da referida Lei, *in verbis*: "*Art. 24. É obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte.*"

O **C. Superior Tribunal de Justiça**, firmou entendimento, por meio do julgamento de recurso representativo de controvérsia, nos termos do artigo 543-C do CPC/1973, que são aplicáveis o prazo previsto no artigo 24 da Lei nº 11.457/07 os pedidos, defesas ou recurso administrativos pendentes, tanto os efetuados anteriormente à sua vigência, quanto os apresentados posteriormente à edição da referida lei.

Portanto, com relação aos referidos processos administrativos, é sabido que a Administração Pública deve pronunciar-se sobre os pedidos que lhe são apresentados pelos administrados na defesa de seus próprios interesses.

Assim, uma vez que a análise do referido processo administrativo extrapolou o prazo legal, possui a impetrante o direito líquido e certo a ensejar a concessão da segurança.

No tocante à incidência da taxa SELIC, tendo o tempo decorrido entre os protocolos de requerimento e o efetivo ressarcimento extrapolado o prazo previsto legalmente para a efetiva disponibilização do crédito à Apelante, resta evidenciada a mora da Fazenda, modo pelo qual deve a administração pública proceder a atualização monetária e respectivo pagamento do crédito do contribuinte.

Ademais, conforme entendimento sedimentado pela Corte Superior (STJ), já submetido à sistemática de julgamento de recurso repetitivo (Resp nºs 1.767.945/PR, 1.768.060/RS e 1.768.415/SC - Tema 1.003), a correção monetária pela Selic incide a partir de decorrido o prazo de 360 dias para análise do pedido de ressarcimento.

No mesmo sentido, são os seguintes precedentes desta Corte:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. CRÉDITO PRESUMIDO DE IPI. LEI N.º 9.363/96. PIS E COFINS. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APELAÇÃO DA AUTORA PROVIDA EM PARTE. APELAÇÃO DA UNIÃO E REMESSA NECESSÁRIA NÃO PROVIDAS.

1. As Instruções Normativas de nrs. 23/97 e 103/97, editadas pela Secretaria da Receita Federal, ao imporem restrições ao aferimento do crédito presumido de IPI extrapolaram os limites estabelecidos na Lei n.º 9.363/1996 (precedentes do STJ).

3. É cabível a correção monetária dos créditos de IPI, a fim de evitar o enriquecimento sem causa e de dar integral cumprimento ao princípio da não-cumulatividade. Precedentes do STJ, inclusive com julgado prolatado nos termos do artigo 543-C, do CPC e Súmula 411 do STJ.

4. Considerando o entendimento do STJ e deste Tribunal acerca dos índices aplicáveis à compensação tributária, os valores deverão ser corrigidos nos moldes preceituados pelo Manual de Cálculos da Justiça Federal, que determina a aplicação da taxa SELIC. REsp 959.338/SP e o REsp 993.164/MG (prolatados nos termos do artigo 543-C, do CPC) e Precedentes deste Tribunal.

5. A taxa SELIC engloba, a um só tempo, correção monetária e juros de mora, razão pela qual somente tem incidência a partir do momento em que resta caracterizada a mora.

6. A jurisprudência do STJ é assente em fixar o termo inicial para a incidência da taxa SELIC como sendo a data do indeferimento do pedido administrativo ou o término do prazo de 360 (trezentos e sessenta) dias estabelecido no artigo 24 da Lei n. 11.457/2007, o que ocorrer primeiro. Precedentes.

7. No arbitramento de verba honorária com base no juízo de equidade, o magistrado deve levar em consideração o caso concreto, em face das circunstâncias previstas nas alíneas a, b e c do § 3º do artigo 20, do Código de Processo Civil de 1973, podendo adotar, como base de cálculo, o valor da causa, o valor da condenação ou arbitrar valor fixo.

8. Tendo em vista os princípios da sucumbência e da equidade e observando-se, ainda, o valor do débito, a simplicidade da causa e o descomplicado trabalho realizado pelo causídico da parte vencedora, deve a verba honorária ser arbitrada em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), à luz do disposto no artigo 20, § 4º, do CPC/73.

9. Apelação da autora parcialmente provida. Apelação da União e remessa necessária não providas." (TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 2054314 - 0004051-55.2012.4.03.6130, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, julgado em 05/09/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/09/2018)

"AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. PRELIMINAR ACOLHIDA. ERRO MATERIAL. NÃO APLICAÇÃO DE MULTA. LEVANTAMENTO VALOR DEPOSITADO. PEDIDO DE RESSARCIMENTO. INCIDÊNCIA DA TAXA SELIC APÓS 360 DIAS. AGRAVO INTERNO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Houve erro material no final do dispositivo da decisão que negou provimento aos embargos de declaração fazendo constar, sem necessária fundamentação, de forma equivocada a expressão "com aplicação de multa".

2. A incidência da taxa SELIC, como índice de correção, deve se dar depois de decorridos 360 (trezentos e sessenta) dias do pedido de ressarcimento realizado administrativamente.

3. Nesse sentido, pronunciou-se o STJ que, nos termos do art. 24 da Lei nº 11.457/07, a administração deve obedecer ao prazo de 360 dias para decidir sobre os pedidos de ressarcimento, conforme sedimentado no julgamento do REsp 1.138.206/RS, submetido ao rito do art. 543-C do CPC/73; sendo que "a correção monetária de ressarcimento de créditos ocorre após o prazo de 360 dias para análise do pedido administrativo" (AgRg nos EREsp 1490081/SC, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 24/6/2015, DJe 1º/7/2015).

4. Não há falar em mudança de entendimento diante dos julgamentos do REsp nº 1.474.353/RS e EAg nº 1.220.942/SP, uma vez que decisões pontuais não submetidas ao rito dos recursos repetitivos.

5. Agravo interno parcialmente provido."

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2005169 - 0018460-29.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, julgado em 06/09/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/09/2018)

"TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. PEDIDO ADMINISTRATIVO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO PARA DECISÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APLICAÇÃO DA LEI 9.784/99. ART. 24 DA LEI 11.457/07. NORMA DE NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA APÓS 360 DIAS DA DATA DO PROTOCOLO. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL PARCIALMENTE PROVIDAS. 1. A duração razoável dos processos foi erigida como cláusula pétrea e direito fundamental pela Emenda Constitucional 45, de 2004, que acresceu ao art. 5º, o inciso LXXVIII, verbis: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação." 2. A conclusão de processo administrativo em prazo razoável é corolário dos princípios da eficiência, da moralidade e da razoabilidade. (Precedentes: MS 13.584/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 26/06/2009; REsp 1091042/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 21/08/2009; MS 13.545/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 29/10/2008, DJe 07/11/2008; REsp 690.819/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/02/2005, DJ 19/12/2005). 3. O processo administrativo tributário encontra-se regulado pelo Decreto 70.235/72 - lei do Processo Administrativo Fiscal -, o que afasta a aplicação da lei 9.784/99, ainda que ausente, na lei específica, mandamento legal relativo à fixação de prazo razoável para a análise e decisão das petições, defesas e recursos administrativos do contribuinte. 4. A Lei n.º 11.457/07, com o escopo de suprir a lacuna legislativa existente, em seu art. 24, preceituou a obrigatoriedade de ser proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo dos pedidos, litteris: "Art. 24. É obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte." 5. Somente após decorrido o prazo de 360 (trezentos e sessenta) dias para a análise do pedido de ressarcimento resta configurada a mora da Administração, incidindo, a partir daí, juros e correção monetária pela aplicação da taxa Selic, mesmo índice utilizado para atualização dos débitos da União. 6. Apelação e remessa oficial parcialmente providas. Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado." (Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 348668 0011862-96.2012.4.03.6120, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/07/2017)

Diante do exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É o Voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. MOROSIDADE ADMINISTRATIVA. RESSARCIMENTO E TAXA SELIC. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL NÃO PROVIDAS.

I - A Lei 11.457 de 16/03/2007, que implantou a Receita Federal do Brasil, fixou o prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte, para que a administração fiscal proceda à análise dos pedidos de revisão feitos pelos contribuintes, a teor do artigo 24 da referida Lei, *in verbis*: “Art. 24. É obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte.”

II - O C. Superior Tribunal de Justiça, firmou entendimento, por meio do julgamento de recurso representativo de controvérsia, nos termos do artigo 543-C do CPC/1973, que são aplicáveis o prazo previsto no artigo 24 da Lei nº 11.457/07 os pedidos, defesas ou recursos administrativos pendentes, tanto os efetuados anteriormente à sua vigência, quanto os apresentados posteriormente à edição da referida lei.

III - É sabido que a Administração Pública deve pronunciar-se sobre os pedidos que lhe são apresentados pelos administrados na defesa de seus próprios interesses. Assim, uma vez que a análise do referido processo administrativo extrapolou o prazo legal, possui a impetrante o direito líquido e certo a ensejar a concessão da segurança.

IV - No tocante à incidência da taxa SELIC conforme entendimento sedimentado pela Corte Superior (STJ), já submetido à sistemática de julgamento de recurso repetitivo (Resp nºs 1.767.945/PR, 1.768.060/RS e 1.768.415/SC - Tema 1.003), a correção monetária pela Selic incide a partir de decorrido o prazo de 360 dias para análise do pedido de ressarcimento.

V - Apelação e remessa oficial não providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002931-27.2013.4.03.6102

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: LUIZ DALILA

Advogado do(a) APELADO: ALEXANDRE ASSEF MULLER - SP177937-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002931-27.2013.4.03.6102

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: LUIZ DALILA

Advogado do(a) APELADO: ALEXANDRE ASSEF MULLER - SP177937-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pela União Federal, contra sentença que homologou pedido de desistência de execução fiscal, julgando-a extinta, sem resolução do mérito, arbitrando honorários advocatícios em desfavor da exequente.

A apelante requer, o afastamento da sua condenação à verba honorárias, em razão da aplicação do art. 19, §1º, da Lei nº 10.522/02. Subsidiariamente, pugna pela incidência do art. 90, §4º, do atual Código de Processo Civil.

Com contrarrazões, os autos subiram a esta E. Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002931-27.2013.4.03.6102
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: LUIZ DALILA
Advogado do(a) APELADO: ALEXANDRE ASSEF MULLER - SP177937-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A questão posta nos autos diz respeito à fixação de honorários advocatícios em execução fiscal extinta em razão de pedido de desistência por parte do ente público exequente.

A presente ação executiva foi ajuizada pela União Federal, em 29.04.2013, para cobrança de débito tributário inscrito na Certidão de Dívida Ativa nº 80.1.12.095104-46.

Houve cancelamento da referida inscrição em dívida ativa ante a notícia do falecimento do executado em 26.12.2011.

Com efeito, para fins de fixação do ônus da sucumbência, cuidando-se de hipótese de perda do objeto, nos termos do art. 85, §10º, do atual Código de Processo Civil, deve ser observado o princípio da causalidade, cabendo a condenação àquele que deu causa à demanda.

Entende-se cabível a condenação da exequente ao pagamento da verba honorária, uma vez que a execução fiscal foi indevidamente ajuizada após a morte do devedor contribuinte.

Com efeito, afasta-se a possibilidade de aplicação do art. 19, § 1º, I, da Lei nº 10.522/2002, que somente dispensa a condenação da Fazenda Nacional em honorários advocatícios quando, havendo reconhecimento jurídico do pedido, a controvérsia diz respeito a matérias específicas, previstas no art. 18 da referida lei, ou quando haja jurisprudência pacífica ou julgada sob o rito dos artigos 543-B e 543-C, do antigo Código de Processo Civil.

De outro modo, observa-se que houve reconhecimento jurídico do pedido, uma vez que a União Federal procedeu ao cancelamento da inscrição em dívida ativa e requereu, por consequência, a extinção da demanda executiva, o que, nos termos do art. 90, §4º, implica em redução dos honorários advocatícios aplicados em seu desfavor pela metade.

É de ser reformada a sentença.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação, determinando a redução dos honorários advocatícios para 5% do valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, §3º, I, c/c art. 90, §4º do atual Código de Processo Civil.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. HOMOLOGAÇÃO DE PEDIDO DE DESISTÊNCIA DE EXECUÇÃO FISCAL. CANCELAMENTO DA INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. PERDA DO OBJETO. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE.

1. A questão posta nos autos diz respeito à fixação de honorários advocatícios em execução fiscal extinta em razão de pedido de desistência por parte do ente público exequente.

2. A presente ação executiva foi ajuizada pela União Federal, em 29.04.2013, para cobrança de débito tributário inscrito na Certidão de Dívida Ativa nº 80.1.12.095104-46.

3. Houve cancelamento da referida inscrição em dívida ativa ante a notícia do falecimento do executado em 26.12.2011.

4. Para fins de fixação do ônus da sucumbência, cuidando-se de hipótese de perda do objeto, nos termos do art. 85, §10º, do atual Código de Processo Civil, deve ser observado o princípio da causalidade, cabendo a condenação àquele que deu causa à demanda.

5. Cabível a condenação da exequente ao pagamento da verba honorária, uma vez que a execução fiscal foi indevidamente ajuizada após a morte do devedor contribuinte.

6. Afasta-se a possibilidade de aplicação do art. 19, § 1º, I, da Lei nº 10.522/2002, que somente dispensa a condenação da Fazenda Nacional em honorários advocatícios quando, havendo reconhecimento jurídico do pedido, a controvérsia diz respeito a matérias específicas, previstas no art. 18 da referida lei, ou quando haja jurisprudência pacífica ou julgada sob o rito dos artigos 543-B e 543-C, do antigo Código de Processo Civil.

7. Observa-se que houve reconhecimento jurídico do pedido, uma vez que a União Federal procedeu ao cancelamento da inscrição em dívida ativa e requereu, por consequência, a extinção da demanda executiva, o que, nos termos do art. 90, §4º, implica em redução dos honorários advocatícios aplicados em seu desfavor pela metade.

8. Apelação provida em parte, para determinar a redução dos honorários advocatícios para 5% do valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, §3º, I, c/c art. 90, §4º do atual Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação,, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5009173-52.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
PARTE AUTORA: ZEIDE HAMAD CHARRUF
Advogado do(a) PARTE AUTORA: YOUSRA YOUSSEF AMAD - SP275586-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5009173-52.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
PARTE AUTORA: ZEIDE HAMAD CHARRUF
Advogado do(a) PARTE AUTORA: YOUSRA YOUSSEF AMAD - SP275586-A
PARTE RÉ: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial em mandado de segurança concedido para compelir a autoridade impetrada a proferir decisão no pedido administrativo de benefício assistencial ao idoso (LOAS) formulado em 08/11/2018 (protocolo 409764272).

Em 14/10/2019 foram juntadas informações, comunicando que o requerimento administrativo foi apreciado e deferido (ID 127771440).

O Ministério Público Federal lançou parecer nos autos.

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5009173-52.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
PARTE AUTORA: ZEIDE HAMAD CHARRUF
Advogado do(a) PARTE AUTORA: YOUSRA YOUSSEF AMAD - SP275586-A
PARTE RÉ: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, o princípio da duração razoável do processo, elevado à superioridade constitucional, elenca não apenas a garantia da prestação administrativa célere, como a da eficiência, razoabilidade e moralidade, de acordo com o previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal e artigo 2º, *caput*, da Lei 9.784/1999:

"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte (...)"

"Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência."

Com efeito, tem-se dado materialidade ao entendimento de que é dever do Poder Público, parte de sua própria finalidade e do interesse público, que suas funções sejam exercidas de maneira célere e satisfatória, sob pena, caso contrário, de ineficácia. Não por outro motivo foram promulgadas as Emendas Constitucionais 19 e 45, bem como, em nível infraconstitucional, editada a própria Lei 9.784/1999, supracitada.

Neste sentido tem decidido a Corte:

ApCiv 5000897-78.2019.4.03.6103, Rel. Des. Fed. CECILIA MARCONDES, intimação via sistema 06/03/2020: **“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO. REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. DECURSO DO PRAZO LEGAL PARA ANÁLISE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO DESPROVIDAS. 1. Na hipótese dos autos, o impetrante formulou requerimento de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição em 06.07.2018, o qual permaneceu pendente de apreciação pelo INSS, além do prazo legal. 2. Cumpre ressaltar que a duração razoável dos processos é garantia constitucionalmente assegurada aos administrados, consoante expressa disposição do art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/88, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04. 3. Com efeito, a Administração Pública tem o dever de analisar em prazo razoável os pedidos que lhe são submetidos, sob pena de causar prejuízo ao administrado e de descumprir o princípio da celeridade processual, também assegurado constitucionalmente aos processos administrativos (art. 5º, LXXVIII, da CF/88). 4. Consoante preconiza o princípio constitucional da eficiência, previsto no art. 37, caput, da Constituição da República, o administrado não pode ser prejudicado pela morosidade excessiva na apreciação de requerimentos submetidos à Administração Pública. Assim, a via mandamental é adequada para a garantia do direito do administrado. 5. O art. 49 da Lei nº 9.784/1999 fixa o prazo de até 30 dias para que a Administração Pública decida a questão posta em processo administrativo, salvo se houver motivo que justifique de maneira expressa a prorrogação do referido lapso temporal. 6. Além do aludido prazo legal, o art. 41-A, § 5º, da Lei nº 8.213/1991 e o art. 174 do Decreto nº 3.048/1999, que dispõem especificamente sobre a implementação de benefícios previdenciários, preveem o prazo de 45 dias para o primeiro pagamento, contados a partir da data da apresentação dos documentos necessários pelo segurado. 7. No caso vertente, resta evidenciado que a autoridade impetrada desrespeitou os prazos estabelecidos em legislações ordinárias, que regulam tanto o processo administrativo em geral, como os processos administrativos de requerimentos de benefícios no âmbito da Previdência Social. 8. Inexiste amparo legal para a omissão administrativa da autarquia previdenciária, que, pelo contrário, enseja descumprimento de normas legais e violação aos princípios da legalidade, razoável duração do processo, proporcionalidade, eficiência na prestação de serviço público, segurança jurídica e moralidade, sujeitando-se ao controle jurisdicional visando a reparar a lesão a direito líquido e certo infringido. 9. Não há condenação em honorários advocatícios em sede de mandado de segurança, nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009 e das Súmulas 105 do STJ e 512 do STF. 10. Apelação e remessa necessária, tida por interposta, não providas.”**

Na espécie, o requerimento foi protocolado em 08/11/2018, gerando, pela demora, apreciação somente em 10/10/2019 (ID. 127771440), ainda assim com evidente violação ao prazo de 30 dias, previsto nos artigos 49 e 59, § 1º, da Lei 9.784/1999, bem como à razoável duração do processo, segundo os princípios da eficiência e da moralidade:

"Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada."

"Art. 59. (...)"

§ 1º Quando a lei não fixar prazo diferente, o recurso administrativo deverá ser decidido no prazo máximo de trinta dias a partir do recebimento dos autos pelo órgão competente."

Como se observa, o INSS não se exclui da incidência da legislação citada que, ao fixar prazo de trinta dias para proferir decisão e para julgar recurso administrativo, não permite que nas fases intermediárias possa ser consumido prazo indefinido, protraindo alongadamente o prazo para conclusão do procedimento administrativo, prejudicando o cumprimento das etapas finais, em que peremptórios os prazos fixados, justificados em particular pela própria natureza dos benefícios previdenciários. Logo, dificuldades de estrutura e pessoal não podem ser invocadas em detrimento do princípio constitucional e legal da eficiência e celeridade na prestação do serviço público.

O reconhecimento de direito líquido e certo não viola os princípios da isonomia e da impessoalidade, pois não pode a Administração preconizar que a Constituição Federal autoriza a prática de ilegalidade desde que seja de forma igual e impessoal. Quem se vê tolhido de direito líquido e certo deve buscar amparo judicial e o remédio é o restabelecimento do regime jurídico da legalidade, e não o contrário.

Nem se invoque, em defesa, o tratado no RE 631.240, que originou, em repercussão geral, o Tema 350 cuja impertinência como caso é manifesta, vez que referente, exclusivamente, à exigência de prévio requerimento administrativo como condição para acesso ao Judiciário sem nada dispor sobre a validade de atrasos praticados pela autarquia previdenciária no exercício de suas atribuições e deveres legais. A previsão de intimação para o INSS manifestar-se em até noventa dias nas ações ajuizadas sem prévio requerimento administrativo e antes da conclusão do julgamento do precedente em 03/09/2014, não revoga o preceito legal, mas busca apenas resolver o destino das demandas judiciais em curso, bem diferente do verificado, nos autos, em que já foi previamente acionada a administração e esta, ainda assim, descumpriu prazo legal para a prestação do serviço público.

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO ADMINISTRATIVO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. INSS. PRAZO. DEMORA INJUSTIFICADA. ARTS. 5º, LXXVII E 37, CF. LEI 9.784/1999. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. O princípio da duração razoável do processo, elevado à superioridade constitucional, elenca não apenas a garantia da prestação administrativa célere, como a da eficiência, razoabilidade e moralidade, de acordo com o previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal e artigo 2º, *caput*, da Lei 9.784/1999.

2. Constatada a significativa demora no exame do pedido administrativo é direito do segurado ver compelido o INSS a observar o prazo legal para apreciação do requerimento, em especial por se tratar de pleito de natureza previdenciária e, portanto, de caráter alimentar. Não são justificáveis atrasos baseados em falta de estrutura e pessoal, pois incumbe à Administração Pública fornecer os meios necessários para a prestação de serviço público célere e eficiente.

3. O reconhecimento de direito líquido e certo não viola os princípios da isonomia e da impessoalidade, pois não pode a Administração preconizar que a Constituição Federal autoriza a prática de ilegalidade desde que seja de forma igual e impessoal. Quem se vê tolhido de direito líquido e certo deve buscar amparo judicial e o remédio é o restabelecimento do regime jurídico da legalidade, e não o contrário.

4. O caso dos autos não se amolda ao discutido no RE 631.240, que originou, em repercussão geral, o Tema 350 que tratou, exclusivamente, da exigência de prévio requerimento administrativo como condição para acesso ao Judiciário sem nada dispor sobre a validade de atrasos praticados pela autarquia previdenciária no exercício de suas atribuições e deveres legais. A previsão de intimação para o INSS manifestar-se em até noventa dias nas ações ajuizadas sem prévio requerimento administrativo e antes da conclusão do julgamento do precedente em 03/09/2014, não revoga o preceito legal, mas busca apenas resolver o destino das demandas judiciais em curso, bem diferente do verificado, nos autos, em que já foi previamente acionada a administração e esta, ainda assim, descumpriu prazo legal para a prestação do serviço público.

5. Remessa oficial desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5008311-81.2019.4.03.6183

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

PARTE AUTORA: OSWALDO CARDOSO FILHO

Advogado do(a) PARTE AUTORA: CLAUDIA MORAIS LESSA SAMPAIO - SP155480-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5008311-81.2019.4.03.6183

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

PARTE AUTORA: OSWALDO CARDOSO FILHO

Advogado do(a) PARTE AUTORA: CLAUDIA MORAIS LESSA SAMPAIO - SP155480-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial em mandado de segurança concedido para compelir a autoridade impetrada a proferir decisão no pedido administrativo de aposentadoria por tempo de contribuição formulado em 28/01/2019 (protocolo 760898776).

Em 29/08/2019 foram juntadas informações da autoridade impetrada, comunicando que o requerimento administrativo foi apreciado e deferido (ID 127177610).

O Ministério Público Federal lançou parecer nos autos.

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5008311-81.2019.4.03.6183

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

PARTE AUTORA: OSWALDO CARDOSO FILHO

Advogado do(a) PARTE AUTORA: CLAUDIA MORAIS LESSA SAMPAIO - SP155480-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, o princípio da duração razoável do processo, elevado à superioridade constitucional, elenca não apenas a garantia da prestação administrativa célere, como a da eficiência, razoabilidade e moralidade, de acordo com o previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal e artigo 2º, *caput*, da Lei 9.784/1999:

"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte (...)"

"Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência."

Com efeito, tem-se dado materialidade ao entendimento de que é dever do Poder Público, parte de sua própria finalidade e do interesse público, que suas funções sejam exercidas de maneira célere e satisfatória, sob pena, caso contrário, de ineficácia. Não por outro motivo foram promulgadas as Emendas Constitucionais 19 e 45, bem como, em nível infraconstitucional, editada a própria Lei 9.784/1999, supracitada.

Neste sentido tem decidido a Corte:

ApCiv 5000897-78.2019.4.03.6103, Rel. Des. Fed. CECILIA MARCONDES, intimação via sistema 06/03/2020: **“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO. REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. DECURSO DO PRAZO LEGAL PARA ANÁLISE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO DESPROVIDAS. 1. Na hipótese dos autos, o impetrante formulou requerimento de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição em 06.07.2018, o qual permaneceu pendente de apreciação pelo INSS, além do prazo legal. 2. Cumpre ressaltar que a duração razoável dos processos é garantia constitucionalmente assegurada aos administrados, consoante expressa disposição do art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/88, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04. 3. Com efeito, a Administração Pública tem o dever de analisar em prazo razoável os pedidos que lhe são submetidos, sob pena de causar prejuízo ao administrado e de descumprir o princípio da celeridade processual, também assegurado constitucionalmente aos processos administrativos (art. 5º, LXXVIII, da CF/88). 4. Consoante preconiza o princípio constitucional da eficiência, previsto no art. 37, caput, da Constituição da República, o administrado não pode ser prejudicado pela morosidade excessiva na apreciação de requerimentos submetidos à Administração Pública. Assim, a via mandamental é adequada para a garantia do direito do administrado. 5. O art. 49 da Lei nº 9.784/1999 fixa o prazo de até 30 dias para que a Administração Pública decida a questão posta em processo administrativo, salvo se houver motivo que justifique de maneira expressa a prorrogação do referido lapso temporal. 6. Além do aludido prazo legal, o art. 41-A, § 5º, da Lei nº 8.213/1991 e o art. 174 do Decreto nº 3.048/1999, que dispõem especificamente sobre a implementação de benefícios previdenciários, preveem o prazo de 45 dias para o primeiro pagamento, contados a partir da data da apresentação dos documentos necessários pelo segurado. 7. No caso vertente, resta evidenciado que a autoridade impetrada desrespeitou os prazos estabelecidos em legislações ordinárias, que regulam tanto o processo administrativo em geral, como os processos administrativos de requerimentos de benefícios no âmbito da Previdência Social. 8. Inexiste amparo legal para a omissão administrativa da autarquia previdenciária, que, pelo contrário, enseja descumprimento de normas legais e violação aos princípios da legalidade, razoável duração do processo, proporcionalidade, eficiência na prestação de serviço público, segurança jurídica e moralidade, sujeitando-se ao controle jurisdicional visando a reparar a lesão a direito líquido e certo infringido. 9. Não há condenação em honorários advocatícios em sede de mandado de segurança, nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009 e das Súmulas 105 do STJ e 512 do STF. 10. Apelação e remessa necessária, tida por interposta, não providas.”**

Na espécie, o requerimento foi protocolado em 28/01/2019 (ID. 127177600), gerando, pela demora, apreciação somente em 08/08/2019 (ID. 127177612), após a presente impetração e concessão da medida liminar, em evidente violação ao prazo de 30 dias, previsto nos artigos 49 e 59, § 1º, da Lei 9.784/1999, bem como à razoável duração do processo, segundo os princípios da eficiência e da moralidade:

"Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada."

"Art. 59. (...)"

§ 1º Quando a lei não fixar prazo diferente, o recurso administrativo deverá ser decidido no prazo máximo de trinta dias a partir do recebimento dos autos pelo órgão competente."

Como se observa, o INSS não se exclui da incidência da legislação citada que, ao fixar prazo de trinta dias para proferir decisão e para julgar recurso administrativo, não permite que nas fases intermediárias possa ser consumido prazo indefinido, protraindo alongadamente o prazo para conclusão do procedimento administrativo, prejudicando o cumprimento das etapas finais, em que preempórios os prazos fixados, justificados em particular pela própria natureza dos benefícios previdenciários. Logo, dificuldades de estrutura e pessoal não podem ser invocadas em detrimento do princípio constitucional e legal da eficiência e celeridade na prestação do serviço público.

O reconhecimento de direito líquido e certo não viola os princípios da isonomia e da impessoalidade, pois não pode a Administração preconizar que a Constituição Federal autoriza a prática de ilegalidade desde que seja de forma igual e impessoal. Quem se vê tolhido de direito líquido e certo deve buscar amparo judicial e o remédio é o restabelecimento do regime jurídico da legalidade, e não o contrário.

Nem se invoque, em defesa, o tratado no RE 631.240, que originou, em repercussão geral, o Tema 350 cuja impertinência como caso é manifesta, vez que referente, exclusivamente, à exigência de prévio requerimento administrativo como condição para acesso ao Judiciário sem nada dispor sobre a validade de atrasos praticados pela autarquia previdenciária no exercício de suas atribuições e deveres legais. A previsão de intimação para o INSS manifestar-se em até noventa dias nas ações ajuizadas sem prévio requerimento administrativo e antes da conclusão do julgamento do precedente em 03/09/2014, não revoga o preceito legal, mas busca apenas resolver o destino das demandas judiciais em curso, bem diferente do verificado, nos autos, em que já foi previamente acionada a administração e esta, ainda assim, descumpriu prazo legal para a prestação do serviço público.

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO ADMINISTRATIVO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. INSS. PRAZO. DEMORA INJUSTIFICADA. ARTS. 5º, LXXVII E 37, CF. LEI 9.784/1999. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. O princípio da duração razoável do processo, elevado à superioridade constitucional, elenca não apenas a garantia da prestação administrativa célere, como a da eficiência, razoabilidade e moralidade, de acordo com o previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal e artigo 2º, *caput*, da Lei 9.784/1999.

2. Constatada a significativa demora no exame do pedido administrativo é direito do segurado ver compelido o INSS a observar o prazo legal para apreciação do requerimento, em especial por se tratar de pleito de natureza previdenciária e, portanto, de caráter alimentar. Não são justificáveis atrasos baseados em falta de estrutura e pessoal, pois incumbe à Administração Pública fornecer os meios necessários para a prestação de serviço público célere e eficiente.

3. O reconhecimento de direito líquido e certo não viola os princípios da isonomia e da impessoalidade, pois não pode a Administração preconizar que a Constituição Federal autoriza a prática de ilegalidade desde que seja de forma igual e impessoal. Quem se vê tolhido de direito líquido e certo deve buscar amparo judicial e o remédio é o restabelecimento do regime jurídico da legalidade, e não o contrário.

4. O caso dos autos não se amolda ao discutido no RE 631.240, que originou, em repercussão geral, o Tema 350 que tratou, exclusivamente, da exigência de prévio requerimento administrativo como condição para acesso ao Judiciário sem nada dispor sobre a validade de atrasos praticados pela autarquia previdenciária no exercício de suas atribuições e deveres legais. A previsão de intimação para o INSS manifestar-se em até noventa dias nas ações ajuizadas sem prévio requerimento administrativo e antes da conclusão do julgamento do precedente em 03/09/2014, não revoga o preceito legal, mas busca apenas resolver o destino das demandas judiciais em curso, bem diferente do verificado, nos autos, em que já foi previamente acionada a administração e esta, ainda assim, descumpriu prazo legal para a prestação do serviço público.

5. Remessa oficial desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5001633-50.2019.4.03.6183

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AUTOR: ELZA BEZERRA DA SILVA

Advogado do(a) AUTOR: JOCILENE DE JESUS MARTINS COSTA - SP372018-A
REU: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5001633-50.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AUTOR: ELZA BEZERRA DA SILVA
Advogado do(a) AUTOR: JOCILENE DE JESUS MARTINS COSTA - SP372018-A
REU: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial em mandado de segurança concedido para compelir a autoridade impetrada a proferir decisão no pedido administrativo de aposentadoria por idade formulado em 28/11/2018 (protocolo 495020162).

Em 20/03/2019 a autoridade impetrada comunicou a notificação da impetrante para, em trinta dias, apresentar documentos (ID. 102290873).

O Ministério Público Federal lançou parecer nos autos.

Inicialmente distribuído à 9ª Turma, o relator originário determinou a redistribuição do feito à 2ª Seção, sendo os autos encaminhados a esta relatoria, designada por sorteio.

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5001633-50.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AUTOR: ELZA BEZERRA DA SILVA
Advogado do(a) AUTOR: JOCILENE DE JESUS MARTINS COSTA - SP372018-A
REU: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, o princípio da duração razoável do processo, elevado à superioridade constitucional, elenca não apenas a garantia da prestação administrativa célere, como a da eficiência, razoabilidade e moralidade, de acordo com o previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal e artigo 2º, *caput*, da Lei 9.784/1999:

"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte (...)"

"Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência."

Com efeito, tem-se dado materialidade ao entendimento de que é dever do Poder Público, parte de sua própria finalidade e do interesse público, que suas funções sejam exercidas de maneira célere e satisfatória, sob pena, caso contrário, de ineficácia. Não por outro motivo foram promulgadas as Emendas Constitucionais 19 e 45, bem como, em nível infraconstitucional, editada a própria Lei 9.784/1999, supracitada.

Neste sentido tem decidido a Corte:

ApCiv 5000897-78.2019.4.03.6103, Rel. Des. Fed. CECILIA MARCONDES, intimação via sistema 06/03/2020: "ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO. REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. DECURSO DO PRAZO LEGAL PARA ANÁLISE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO DESPROVIDAS. 1. Na hipótese dos autos, o impetrante formulou requerimento de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição em 06.07.2018, o qual permaneceu pendente de apreciação pelo INSS, além do prazo legal. 2. Cumpre ressaltar que a duração razoável dos processos é garantia constitucionalmente assegurada aos administrados, consoante expressa disposição do art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/88, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04. 3. Com efeito, a Administração Pública tem o dever de analisar em prazo razoável os pedidos que lhe são submetidos, sob pena de causar prejuízo ao administrado e de descumprir o princípio da celeridade processual, também assegurado constitucionalmente aos processos administrativos (art. 5º, LXXVIII, da CF/88). 4. Consoante preconiza o princípio constitucional da eficiência, previsto no art. 37, caput, da Constituição da República, o administrado não pode ser prejudicado pela morosidade excessiva na apreciação de requerimentos submetidos à Administração Pública. Assim, a via mandamental é adequada para a garantia do direito do administrado. 5. O art. 49 da Lei nº 9.784/1999 fixa o prazo de até 30 dias para que a Administração Pública decida a questão posta em processo administrativo, salvo se houver motivo que justifique de maneira expressa a prorrogação do referido lapso temporal. 6. Além do aludido prazo legal, o art. 41-A, § 5º, da Lei nº 8.213/1991 e o art. 174 do Decreto nº 3.048/1999, que dispõem especificamente sobre a implementação de benefícios previdenciários, preveem o prazo de 45 dias para o primeiro pagamento, contados a partir da data da apresentação dos documentos necessários pelo segurador. 7. No caso vertente, resta evidenciado que a autoridade impetrada desprezeitou os prazos estabelecidos em legislações ordinárias, que regulam tanto o processo administrativo em geral, como os processos administrativos de requerimentos de benefícios no âmbito da Previdência Social. 8. Inexiste amparo legal para a omissão administrativa da autarquia previdenciária, que, pelo contrário, enseja descumprimento de normas legais e violação aos princípios da legalidade, razoável duração do processo, proporcionalidade, eficiência na prestação de serviço público, segurança jurídica e moralidade, sujeitando-se ao controle jurisdicional visando a reparar a lesão a direito líquido e certo infringido. 9. Não há condenação em honorários advocatícios em sede de mandado de segurança, nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009 e das Súmulas 105 do STJ e 512 do STF. 10. Apelação e remessa necessária, tida por interposta, não providas."

Na espécie, o requerimento foi protocolado em 28/11/2018 (ID. 102290873), gerando, pela demora, análise com abertura de prazo para apresentação de documentação somente em 20/03/2019 (ID. 102290880), após a presente impetração, sem que se saiba, até o presente momento, se houve decisão administrativa final, em evidente violação ao prazo de 30 dias, previsto nos artigos 49 e 59, § 1º, da Lei 9.784/1999, bem como à razoável duração do processo, segundo os princípios da eficiência e da moralidade:

"Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada."

"Art. 59. (...)"

§ 1º Quando a lei não fixar prazo diferente, o recurso administrativo deverá ser decidido no prazo máximo de trinta dias a partir do recebimento dos autos pelo órgão competente."

Como se observa, o INSS não se exclui da incidência da legislação citada que, ao fixar prazo de trinta dias para proferir decisão e para julgar recurso administrativo, não permite que nas fases intermediárias possa ser consumido prazo indefinido, protraindo alongadamente o prazo para conclusão do procedimento administrativo, prejudicando o cumprimento das etapas finais, em que peremptórios os prazos fixados, justificados em particular pela própria natureza dos benefícios previdenciários. Logo, dificuldades de estrutura e pessoal não podem ser invocadas em detrimento do princípio constitucional e legal da eficiência e celeridade na prestação do serviço público.

O reconhecimento de direito líquido e certo não viola os princípios da isonomia e da impessoalidade, pois não pode a Administração preconizar que a Constituição Federal autoriza a prática de ilegalidade desde que seja de forma igual e impessoal. Quem se vê tolhido de direito líquido e certo deve buscar amparo judicial e o remédio é o restabelecimento do regime jurídico da legalidade, e não o contrário.

Nem se invoque, em defesa, o tratado no RE 631.240, que originou, em repercussão geral, o Tema 350 cuja impertinência com o caso é manifesta, vez que referente, exclusivamente, à exigência de prévio requerimento administrativo como condição para acesso ao Judiciário sem nada dispor sobre a validade de atrasos praticados pela autarquia previdenciária no exercício de suas atribuições e deveres legais. A previsão de intimação para o INSS manifestar-se em até noventa dias nas ações ajuizadas sem prévio requerimento administrativo e antes da conclusão do julgamento do precedente em 03/09/2014, não revoga o preceito legal, mas busca apenas resolver o destino das demandas judiciais em curso, bem diferente do verificado, nos autos, em que já foi previamente acionada a administração e esta, ainda assim, descumpriu prazo legal para a prestação do serviço público.

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO ADMINISTRATIVO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. INSS. PRAZO. DEMORA INJUSTIFICADA. ARTS. 5º, LXXVII E 37, CF. LEI 9.784/1999. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. O princípio da duração razoável do processo, elevado à superioridade constitucional, elenca não apenas a garantia da prestação administrativa célere, como a da eficiência, razoabilidade e moralidade, de acordo com o previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal e artigo 2º, *caput*, da Lei 9.784/1999.

2. Constatada a significativa demora no exame do pedido administrativo é direito do segurado ver compelido o INSS a observar o prazo legal para apreciação do requerimento, em especial por se tratar de pleito de natureza previdenciária e, portanto, de caráter alimentar. Não são justificáveis atrasos baseados em falta de estrutura e pessoal, pois incumbe à Administração Pública fornecer os meios necessários para a prestação de serviço público célere e eficiente.

3. O reconhecimento de direito líquido e certo não viola os princípios da isonomia e da impessoalidade, pois não pode a Administração preconizar que a Constituição Federal autoriza a prática de ilegalidade desde que seja de forma igual e impessoal. Quem se vê tolhido de direito líquido e certo deve buscar amparo judicial e o remédio é o restabelecimento do regime jurídico da legalidade, e não o contrário.

4. O caso dos autos não se amolda ao discutido no RE 631.240, que originou, em repercussão geral, o Tema 350 que tratou, exclusivamente, da exigência de prévio requerimento administrativo como condição para acesso ao Judiciário sem nada dispor sobre a validade de atrasos praticados pela autarquia previdenciária no exercício de suas atribuições e deveres legais. A previsão de intimação para o INSS manifestar-se em até noventa dias nas ações ajuizadas sem prévio requerimento administrativo e antes da conclusão do julgamento do precedente em 03/09/2014, não revoga o preceito legal, mas busca apenas resolver o destino das demandas judiciais em curso, bem diferente do verificado, nos autos, em que já foi previamente acionada a administração e esta, ainda assim, descumpriu prazo legal para a prestação do serviço público.

5. Remessa oficial desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5013611-24.2019.4.03.6183

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: GERENTE EXECUTIVO SAO PAULO NORTE, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: A. D. V.

REPRESENTANTE: JULIANA APARECIDA DA SILVA

Advogado do(a) APELADO: ELISETE SODRE FONSECA CIPRIANO - SP431482-A,

OUTROS PARTICIPANTES:

)

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5013611-24.2019.4.03.6183

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: GERENTE EXECUTIVO SAO PAULO NORTE, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: A. D. V.

REPRESENTANTE: JULIANA APARECIDA DA SILVA

Advogado do(a) APELADO: ELISETE SODRE FONSECA CIPRIANO - SP431482-A,

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação contra deferimento de liminar em mandado de segurança impetrado para compelir a autoridade impetrada a proferir decisão, em trinta dias, no pedido administrativo de benefício assistencial à pessoa com deficiência formulado em 10/04/2019 (protocolo 88440197).

Alegou o INSS que (1) a imposição judicial de prazo intransponível e peremptório de avaliação do requerimento pela autarquia, sem considerar critérios inerentes ao desempenho de funções administrativas não tem fundamento legal; (2) sofre dificuldades administrativas e com intuito de minorá-las tem adotado medidas para solucionar atrasos nas análises de benefícios; (3) a sentença ofende os princípios da isonomia e da impessoalidade, frente à "*fila temporal de análise dos pleitos de benefícios*"; e (4) não são aplicáveis os prazos do artigo 49 da Lei 9.784/1999 e artigo 41-A da Lei 8.213/1991, cabendo observar o parâmetro temporal adotado no RE 631.240.

Em contrarrazões alegou a impetrante que (1) em sede de decisão liminar, o Juízo determinou o retorno dos autos para prolação de sentença; (2) o artigo 14 da Lei 12.016/2009 estabelece que o recurso cabível contra a decisão liminar é o agravo de instrumento; (3) "*o prazo para interposição do recurso cabível já se esgotou tendo em vista que a decisão atacada fora publicada em 02/12/2019; assim, seria totalmente intempestivo o recurso cabível à espécie*"; e (4) a autoridade impetrada cumpriu a decisão concessiva da liminar, analisando e deferindo o pedido administrativo.

O Ministério Público Federal lançou parecer nos autos.

Inicialmente distribuído à 8ª Turma, o relator originário determinou a redistribuição do feito à 2ª Seção, sendo os autos encaminhados a esta relatoria, designada por sorteio.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5013611-24.2019.4.03.6183

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: GERENTE EXECUTIVO SAO PAULO NORTE, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: A. D. V.

REPRESENTANTE: JULIANA APARECIDA DA SILVA

Advogado do(a) APELADO: ELISETE SODRE FONSECA CIPRIANO - SP431482-A,

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, o rito processual do mandado de segurança disciplinado na Lei 12.016/2009 dispõe em seus artigos 7º, III, § 1º e 14, "caput":

"Art. 7.º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

(...)

III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

§ 1º Da decisão do juiz de primeiro grau que conceder ou denegar a liminar caberá agravo de instrumento, observado o disposto na Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil ."

"Art. 14. Da sentença, denegando ou concedendo o mandado, cabe apelação. "

Com efeito, é manifestamente inadmissível a interposição do recurso de apelação, pois a decisão que aprecia o pedido de concessão de liminar em mandado de segurança tem a natureza jurídica de decisão interlocutória e, portanto, somente pode ser impugnada por meio de agravo de instrumento.

Tendo sido interposto, na espécie, a apelação, recurso manifestamente impróprio, não se pode sequer admitir a aplicação do princípio da fungibilidade, dado o erro grosseiro presente na interposição, na conformidade da jurisprudência sedimentada.

Neste sentido, a jurisprudência:

AINTARESP 1.034.896, Rel. Min. MAURO CAMPBELL, DJE de 18/12/2017: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO A NORMATIVOS FEDERAIS. ART. 557 DO CPC/1973. DESCARACTERIZAÇÃO DE HIPÓTESE DE JULGAMENTO MONOCRÁTICO. SUPERAÇÃO. APRECIÇÃO DO AGRAVO. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. DECISÃO QUE EXCLUI LITISCONSORTE. RECURSO CABÍVEL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERPOSIÇÃO DE APELAÇÃO. ERRO GROSSEIRO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N 83 DO STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. Não havendo no acórdão recorrido omissão, obscuridade ou contradição, não fica caracterizada ofensa ao art. 535 do CPC. 2. É cabível agravo de instrumento - e não apelação - contra decisão que exclui litisconsorte passivo da lide, com extinção parcial do processo. 3. Agravo interno não provido"

ApCiv 0002189-38.2019.4.03.9999, Rel. Min. Des. Fed. MAIRAN MAIA, e-DJF3 de 28/08/2019: "PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO QUE NÃO EXTINGUE A EXECUÇÃO. RECURSO CABÍVEL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERPOSIÇÃO DE APELAÇÃO. ERRO GROSSEIRO. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE PARA CONHECER DA APELAÇÃO. 1. A interposição de apelação contra decisão interlocutória constitui falha inescusável, tendo em vista a previsão expressa no parágrafo único do art. 1.015 do CPC/2015. Incabível, portanto, a aplicação do princípio da fungibilidade recursal. 2. Recurso não conhecido. Precedentes."

Na espécie, a decisão recorrida deferiu a liminar requerida em mandado de segurança (ID 126197894), daí que incabível a interposição de apelação, nos termos do artigo 1.009 do CPC.

Ante o exposto, não conheço da apelação.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO ADMINISTRATIVO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. INSS. PRAZO. DEMORA INJUSTIFICADA. LIMINAR CONCEDIDA. APELAÇÃO INTERPOSTA. VIA RECURSAL INADEQUADA. ARTS. 7º, III, § 1º e 14 LEI 12.016/2009. ART. 1.009 DO CPC. RECURSO NÃO CONHECIDO.

1. Contra liminar em mandado de segurança, conferindo prazo que a autoridade impetrada aprecie pedido administrativo em face a alegação de demora ilegal, cabe agravo de instrumento, e não apelação.

2. Sendo grosseiro o erro na interposição recursal, não se aplica o princípio da fungibilidade.

3. Apelação não conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, não conheceu da apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001946-79.2019.4.03.6128

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: AGROPECUARIA SAO DOMINGOS SAVIO LTDA - ME

Advogados do(a) APELADO: LUIZ APARICIO FUZARO - SP45250-A, ANA LUIZA FUZARO HOJNACKI - SP345205-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5001946-79.2019.4.03.6128

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: AGROPECUARIA SAO DOMINGOS SAVIO LTDA - ME

Advogados do(a) APELADO: LUIZ APARICIO FUZARO - SP45250-A, ANA LUIZA FUZARO HOJNACKI - SP345205-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial e apelação interposta pela União Federal (Fazenda Nacional), em face da r. sentença complementada pela decisão dos embargos declaratórios que concedeu a segurança, nos autos do Mandado de Segurança impetrado por **AGROPECUÁRIA SÃO DOMINGOS SAVIO LTDA** em face de ato coator praticado pelo **DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM JUNDIAÍ/SP**, que lhe excluiu de programa de parcelamento anteriormente aderido.

Sustenta, para tanto, que se trata de proprietária de diversos imóveis rurais localizados no município de IVINHEMA/MS, onde explora atividade agropecuária. Assim, recebeu notificação de lançamento referente à cobrança de ITR dos exercícios de 2006, 2007, 2008 e 2009, totalizando um débito de R\$ 1.869.734,82. Posteriormente, a Impetrante teria apresentado impugnação na via administrativa, em que se reconheceu a decadência do crédito de 2006 e, ato contínuo, ingressou em programa de parcelamento, a fim de efetuar o pagamento do débito em 60 parcelas.

Afirma que em 14/09/2017, após ter efetuado o recolhimento de 49 parcelas, desistiu do parcelamento, aderindo ao Programa Especial de Regularização Tributária, quitando, integralmente o débito objeto do processo administrativo. Contudo, aduz que, em razão de um erro de interpretação da Instrução Normativa 1855/2018, deixou de realizar a consolidação da adesão ao PERT dentro do prazo estipulado, constando, por conseguinte, que é devedora, o que impossibilita a expedição de CPEN.

Por tais razões, afirma que em 15/02/2019 formulou um pedido via E-CAC de consolidação da adesão ao PERT, tendo a Autoridade Impetrada indeferido o pedido, razão pela qual se vale do presente *mandamus*. Invoca aos princípios da razoabilidade, bem como cita entendimentos jurisprudenciais a fim de permitir que faça a consolidação ainda que de forma intempestiva.

A autoridade impetrada apresentou informações (ID 16953733), defendendo a legalidade do ato praticado, tendo em vista que o pedido de consolidação não teria sido efetuado dentro do prazo estipulado pelo artigo 3º, da Instrução Normativa 1.855/2018.

O MM. Juíza *quo concedeu* a segurança (Id num. 90508356), para o fim de determinar que a Autoridade Impetrada aceite o pedido de consolidação a adesão do débito objeto do processo administrativo nº 13162.720118/2013-70, no parcelamento regulamentado pela Lei nº 13.496/17, a fim de verificar se as condições do parcelamento foram devidamente cumpridas. Foi determinada a expedição da Certidão Positiva com efeitos de Negativa (Id num. 90508365). Descabe condenação em honorários advocatícios, nos termos do artigo 25, da Lei nº 12.016/2019. Custas *ex lege*. Sentença sujeita a reexame necessário, nos termos do artigo 14, §1º, da Lei 12.016/2019.

Em razões recursais, alega a impetrada que a r. sentença, ao acolher a pretensão da apelada, violou o princípio da isonomia, já que todos os contribuintes que pretenderam aderir ao parcelamento em questão se submeteram ao mesmo regramento e a prazos idênticos. Ressalta que, não se pode, a pretexto de aplicar o princípio da razoabilidade, flexibilizar os prazos legais para determinado contribuinte, sem que a mesma possibilidade tenha sido conferida a todos, o que infringe ainda, os princípios da legalidade, da impessoalidade, da segurança jurídica, da separação dos poderes e o próprio pacto federativo.

Comcontrarrazões, vieram os autos.

A parte impetrante peticiona (Id num 122857876), aduzindo que com base no entendimento firmado pela própria Receita Federal do Brasil com a edição da Nota Técnica CODAC – Nota Pert nº 9/2019, ela reitera na totalidade os pedidos formulados em suas contrarrazões de apelação, em especial, de que seja negado provimento ao Reexame Necessário e Recurso de Apelação interposto pela União (Fazenda Nacional), diante da flagrante violação a direito líquido e certo da Apelada em consolidar a adesão do débito objeto do processo administrativo nº 13162.720118/2013-70, no parcelamento regulamentado pela Lei nº 13.496/17, com a consequente suspensão da exigibilidade do crédito tributário e emissão da Certidão Positiva de Débito com Efeito de Negativa, mantendo-se, assim, em sua totalidade a r. sentença de 1ª Instância que concedeu a segurança e deferiu a liminar pleiteada.

A União foi intimada para se manifestar a respeito, ratificando os argumentos aduzidos em apelação (ID num. 124722967), aduzindo, porém que, conforme as informações prestadas, verifica-se que a nota técnica referida somente se aplica para análise de recursos administrativos pendentes de decisão ou passíveis de revisão, sendo que no presente caso optou-se pela via judicial e já há um novo parcelamento, assim reitera-se as razões de recurso da União, tendo em conta ter sido demonstrado que não foi praticado nenhum ato ilegal pela autoridade administrativa.

O ilustre Representante do Ministério Público Federal opina pelo regular prosseguimento do feito (Id num 108870033).

É o Relatório.

VOTO

O Mandado de Segurança é uma ação constitucional prevista no artigo 5º, inciso LXIX da Constituição Federal e na norma prevista na Lei 12.016 de 2009, e tem por objeto a proteção de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

É o que se depreende da leitura do inciso LXIX, do artigo 5º da Constituição Federal: "*conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparável por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público*".

A parte impetrante alega que é proprietária de diversos imóveis rurais localizados no município de IVINHEMA/MS, onde explora atividade agropecuária. Relata que recebeu notificação de lançamento referente à cobrança de ITR dos exercícios de 2006, 2007, 2008 e 2009, totalizando um débito de R\$ 1.869.734,82. Posteriormente, ela teria apresentado impugnação na via administrativa, em que se reconheceu a decadência do crédito de 2006 e, ato contínuo, ingressou em programa de parcelamento, a fim de efetuar o pagamento do débito em 60 parcelas.

Afirma que em 14/09/2017, após ter efetuado o recolhimento de 49 parcelas, desistiu do parcelamento, aderindo ao Programa Especial de Regularização Tributária, quitando, integralmente o débito objeto do processo administrativo. Contudo, aduz que, em razão de um erro de interpretação da Instrução Normativa 1855/2018, deixou de realizar a consolidação da adesão ao PERT dentro do prazo estipulado, constando, por conseguinte, que é devedora, o que impossibilita a expedição de CPEN.

Por tais razões, afirma que em 15/02/2019 formulou um pedido via E-CAC de consolidação da adesão ao PERT, tendo a Autoridade Impetrada indeferido o pedido, razão pela qual se vale do presente *mandamus*. Invoca aos princípios da razoabilidade, bem como cita entendimentos jurisprudenciais a fim de permitir que faça a consolidação ainda que de forma intempestiva.

A.r. sentença concedeu a ordem e deve assim ser mantida.

No caso em tela, a exclusão do Impetrante do PERT mostra-se desarrazoada, sobretudo quando se leva em consideração de que foram quitadas a totalidade das parcelas, conforme se observa do documento de ID 16406502, fls. 2.

Logo, pelo relatado nos autos há apenas imprecisão formal nas providências da parte-impetrante, e não irregularidade material (notadamente quanto ao pagamento dos débitos incluídos no parcelamento, os quais foram pagos integralmente, conforme informado nos autos).

Desta forma, não há que se imponha formalidade em detrimento do cumprimento integral de elementos materiais que importaram no regular pagamento das parcelas do parcelamento.

Se houve a perda de prazo para inclusão dos débitos, na fase de consolidação, não é providência irrelevante, mas não pode impor exclusão do contribuinte do parcelamento, mormente quando efetuado quase todo o pagamento integral dos débitos parcelados.

Essa E. Corte assim se manifestou:

“TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PARCELAMENTO DA LEI N. 11.941/2009. PORTARIA CONJUNTA PGFN/RFB nº 02/2011. AUSÊNCIA DAS INFORMAÇÕES NECESSÁRIAS PARA A CONSOLIDAÇÃO DO PARCELAMENTO DENTRO DO PRAZO ESTABELECIDO. 1. Nos termos do art. 155-A do CTN, o parcelamento deve ser concedido conforme as condições estabelecidas em lei específica, podendo o legislador determinar os requisitos que entender necessário para a referida concessão. 2. A exclusão da impetrante se deu porque esta deveria ter retificado as modalidades de parcelamento, no período de 01 a 31/03/2011, porém, não o fez. 3. Em atenção aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que a opção feita, com base na Lei nº 11.941/2009, pelo contribuinte deve ser tida como correta, a uma porque se demonstrou inequívoca sua intenção de prosseguir no parcelamento, tanto que continuou a efetuar os pagamentos das parcelas em valor superior ao mínimo exigido, a duas porque se deve levar em conta as consequências da exclusão para a empresa por mero descumprimento de obrigação formal. 4. Atente-se que a exclusão sumária do contribuinte do parcelamento, tão somente em razão do não cumprimento de uma formalidade não essencial, ofende a razoabilidade e

proporcionalidade, já que o contribuinte se manifestou no sentido de ter sua situação tributária regularizada desde novembro de 2009 até a data da impetração deste writ, de modo que a rigidez na interpretação da lei, no caso em concreto, não se demonstra minimamente razoável. 5. A omissão verificada em nada prejudicou o Fisco, já que continuou a receber as parcelas mensais do parcelamento nos termos da lesão, inexistindo lesão ao Erário. 6. Remessa oficial desprovida. "(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, ReeNec - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 345241 - 0012323-31.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA, julgado em 15/08/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:20/09/2018)" TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA.

PARCELAMENTO DA LEI Nº 11.941/2009. DÉBITOS. SALDO REMANESCENTE DE PARCELAMENTO ANTERIOR (REFIS I). MODALIDADE EQUIVOCADA. AUSÊNCIA DE RETIFICAÇÃO. MERO ERRO MATERIAL. CONSOLIDAÇÃO. POSSIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO DA UNIÃO IMPROVIDAS.

1. O cerne da questão debatida consiste na possibilidade de inclusão dos débitos referentes às CDAs nºs 31.523.021-5 e 55.639.809-2 no parcelamento previsto pela Lei nº 11.941/2009, face à escolha equivocada da modalidade de débitos a parcelar. Os débitos previdenciários que a apelada pretende parcelar constituem saldo remanescente de parcelamento anterior (Refis I), portanto, conforme reconhece a própria apelada, deveria ter sido escolhida a modalidade "Parcelamento de dívidas parceladas anteriormente - art. 3º - PGFN - Débitos previdenciários". Depreende-se dos autos a impetrante escolheu somente as seguintes modalidades: "Parcelamento de dívidas não parceladas anteriormente - art. 1º - PGFN - Demais Débitos" (fls. 57/58), "Parcelamento de Saldo Remanescente dos Programas Refis, Paes, Paex e Parcelamentos Ordinários - art. 3º - RFB - Demais Débitos" (fls. 59/60) e "Parcelamento de dívidas não parceladas anteriormente - art. 1º - RFB - Débitos Previdenciários" (fls. 61/62).

2. Não se pode olvidar que os programas de parcelamento visam, primordialmente, incentivar o pagamento de tributos atrasados, de modo que atende ao interesse público a inclusão de débitos, sobretudo no presente caso, no qual o contribuinte preencheu todas as demais formalidades do procedimento, no entanto, por um erro, deixou de escolher a modalidade em que os débitos objeto deste mandamus se enquadram. 3. Na hipótese dos autos é inequívoca a intenção da parte apelada incluir todos os débitos que possuía no parcelamento da Lei nº 11.941/2009 e regularizar sua situação com o fisco. Basta verificar a Declaração de Inclusão da Totalidade dos Débitos, preenchida no ato de adesão ao programa (fl. 70). Ocorre que, no momento de escolher as modalidades de débitos a serem parcelados, a parte apelada deixou de escolher a modalidade correta para os débitos em questão. Ademais, a parte apelada juntou Certidão Positiva de Débitos com Efeitos de Negativa (fls. 72/73), emitida após o preenchimento da Declaração de Inclusão da Totalidade dos Débitos, o que corrobora as alegações da impetrante no sentido de que cometeu um equívoco acreditando ter parcelado todos os seus débitos. Presente está a boa-fé do contribuinte, que, possivelmente, inclusive em função da mencionada Declaração, fora induzida a supor que havia efetivamente incluído todos os débitos no parcelamento, sobretudo ante a emissão da certidão de regularidade fiscal. No mais, os documentos de fls. 95/237 comprovam que a impetrante vem pagando as parcelas tempestivamente. 4. Ademais, essa postura da apelante no sentido de impedir a consolidação do débito sequer beneficia fisco, tendo em vista que a adesão do impetrante ao parcelamento proporcionará a possibilidade de recebimento do crédito de forma mais ágil, sem os custos de um processo judicial (execução fiscal), sendo de interesse do Estado, portanto. E, ainda que ocorra a rescisão do parcelamento, não há prejuízo à União, na medida em que permanecem hígidos os meios processuais para a cobrança do valor remanescente, inclusive porque se entende que o parcelamento implica em confissão irretroatável de dívida.

5. Recurso de apelação da União e à remessa oficial improvidos. "(AMS 00131816220124036100, rel. Desembargador Federal Paulo Fontes, Quinta Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:01/04/2016)

"TRIBUNÁRIO. ADMINISTRATIVO. PARCELAMENTO Nº 11.491/2009. DÉBITOS PARCELADOS ANTERIORMENTE. OPÇÃO PELO ART. 1º. EQUIVOCO DO CONTRIBUINTE. REAL INTENÇÃO DE PARCELAR. INCLUSÃO DOS DÉBITOS NO PARCELAMENTO. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA DA LEI. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.

1. Tais como outros programas de parcelamento fiscal, a exemplo do REFIS e do PAES, a Lei nº 11.941/09 trata de um benefício concedido àqueles contribuintes que optem por se sujeitar às condições e requisitos estabelecidos na norma. No momento que o contribuinte opta pelo parcelamento, deve se submeter aos requisitos fixados na lei e regulamentados que a disciplinam.

2. No âmbito da Lei 11.941/09, cabe ao devedor indicar as modalidades de parcelamento que pretende aderir; dentre elas e entre outras, a consolidação de dívidas não parceladas anteriormente (art. 1º) e aquelas decorrentes de saldo remanescente de outros parcelamentos (art. 3º).

3. No caso em questão, muito embora a impetrante tenha solicitado tão somente o parcelamento dos débitos de que trata o art. 1º, da Lei nº 11.941/09 (fls. 58/60), incluiu no Anexo II - Discriminação dos Débitos Previdenciários a Parcelar - as inscrições referentes aos Processos Administrativos nºs 31527450-6, 31696794-7, 31826213-4, 36585708-4, 36585709-2, 37011705-0 e 60334129-2, que tratam de débitos parcelados anteriormente e que, portanto, deveriam ter sido objeto de pedido de parcelamento segundo o art. 3º, da Lei nº 11.941/09.

4. Nada obstante tenha havido inequívoco erro por parte do contribuinte, que não consolidou os débitos na modalidade de que trata o artigo 3º, da Lei nº 11.941/09, reconheço sua real intenção de parcelar tais valores com os benefícios constantes da referida lei, mesmo porque logrou comprovar os recolhimentos mensais do acordo celebrado, conforme guias acostadas às fls. 89/167.

5. A despeito de o ato administrativo ser vinculado, cabendo à autoridade a aplicação da regra contida na lei, ao

juiz, por sua vez, cabe a aplicação do direito ao fato concreto, sopesando os bens tutelados e ponderando princípios sob a ótica da proporcionalidade.

6. Cabe ao juiz interpretar a lei de forma sistêmica e teleológica e não apenas gramatical, ao passo que a Lei nº 11.941/09, em sua origem, destinou-se à recuperação fiscal dos contribuintes em débito perante a PGFN e SRF, inclusive com saldo remanescente dos débitos consolidados no REFIS, no Parcelamento Especial - PAES, no Parcelamento Excepcional - PAEX e em outros parcelamentos, mesmo que tenham sido excluídos dos respectivos programas, mediante uma política de concessão de vantagens, ao mesmo tempo em que procurou a ampliação da arrecadação tributária aos cofres públicos.

7. Precedentes do STJ.

8. Apelação provida."(AMS 00131533120114036100, rel^a. Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, Sexta Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:31/10/2014)

Diante do exposto, nego provimento à apelação e à Remessa Oficial.

É o Voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PARCELAMENTO. LEI Nº 13.496/2017. AUSÊNCIA DAS INFORMAÇÕES NECESSÁRIAS PARA A CONSOLIDAÇÃO DO PARCELAMENTO DENTRO DO PRAZO ESTABELECIDO. IMPRECISÃO FORMAL. NÃO PROVIMENTO DA APELAÇÃO E DA REMESSA OFICIAL

I - No caso em tela, a exclusão do Impetrante do PERT mostra-se desarrazoada, sobretudo quando se leva em consideração de que foram quitadas a totalidade das parcelas, conforme se observa do documento de ID 16406502, fls. 2.

II - Logo, pelo relatado nos autos há apenas imprecisão formal nas providências da parte-impetrante, e não irregularidade material (notadamente quanto ao pagamento dos débitos incluídos no parcelamento, os quais foram pagos integralmente, conforme informado nos autos).

III - Não há que se impor formalidade em detrimento do cumprimento integral de elementos materiais que importaram no regular pagamento das parcelas do parcelamento. Se houve a perda de prazo para inclusão dos débitos, na fase de consolidação, não é providência irrelevante, mas não pode impor exclusão do contribuinte do parcelamento, mormente quando efetuado o pagamento integral dos débitos parcelados.

IV - Apelação e Remessa Oficial não providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e à Remessa Oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5004542-42.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: EXPRESSO RODA BRASIL LTDA - EPP

Advogados do(a) APELADO: MARCIO FREIRE DE CARVALHO - SP355030-A, EDERSON OLIVEIRA COSTA - SP413823-E
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5004542-42.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: EXPRESSO RODA BRASIL LTDA - EPP
Advogados do(a) APELADO: MARCIO FREIRE DE CARVALHO - SP355030-A, EDERSON OLIVEIRA COSTA - SP413823-E
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário e de recurso de apelação interposto pela **UNIÃO** em face da sentença, que concedeu a segurança para declarar o direito da impetrante **EXPRESSO RODA BRASIL LTDA - EPP**, à exclusão dos valores correspondentes ao ICMS da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e ao COFINS, bem como à repetição dos valores indevidamente recolhidos, cinco últimos anos anteriores à impetração, por meio de restituição ou compensação, a serem requeridas administrativamente.

Em suas razões de apelação, a União sustentou, em síntese, que não há como prosperar a tese seguida pela r. sentença de que o ICMS não compõe a base de cálculo da contribuição ao PIS, vez que o valor do ICMS integra o preço da operação comercial para qualquer efeito, e esse valor incrementa a receita bruta da pessoa jurídica.

Com contrarrazões, subiram os autos a essa E. Corte Regional.

O Ministério Público Federal, em manifestação da Procuradora Regional da República, Denise Neves Abade, opinou pelo regular prosseguimento do feito.

É o sucinto relatório.

srevi

APELADO: EXPRESSO RODA BRASIL LTDA - EPP
Advogados do(a) APELADO: MARCIO FREIRE DE CARVALHO - SP355030-A, EDERSON OLIVEIRA COSTA - SP413823-E
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

O cerne da presente controvérsia gravita em torno do pleito da impetrante acerca do reconhecimento judicial que declare seu direito à exclusão do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) da base de cálculo das contribuições devidas a título de PIS e COFINS, bem como à declaração do direito de efetuar a compensação tributária dos valores recolhidos indevidamente nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação.

Pois bem.

No caso em análise, face à sentença concessiva de segurança contra a União, por força do disposto no §1º do art. 14, da Lei 12.016/2009, reconheço a hipótese da obrigatoriedade ao duplo grau de jurisdição, com a análise da remessa necessária.

Quanto ao mérito, a questão não carece de maiores debates, haja vista que em sessão plenária do dia 15.03.2017 foi julgado o RE nº 574.706/RS, que trata do tema atinente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a sistemática da repercussão geral (artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973), nos seguintes termos:

*"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Carmen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: **"O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins"**. Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017."*

(RE 574706 RG, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 15/03/2017, DJe-053 DIVULG 17-03-2017 PUBLIC 20-03-2017)

Reforce-se a esse quadro que em 29.09.2017 foi disponibilizada a ementa do aludido acórdão:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

Em suma, a novel jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, assim como a do Superior Tribunal de Justiça, reconheceu a exclusão da parcela relativa ao ICMS da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, confira-se:

"TRIBUTO - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da Cofins, porque estranho ao conc eito de faturamento." (RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituinto receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS incluiu-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido."

(AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 07/04/2015)

Cumprasse asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

Na verdade, o ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.

Resta evidente, portanto, que o ICMS não tem a natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, veja-se:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ICMS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. *Encontra-se, atualmente, consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme constou do Boletim de Notícias do Supremo Tribunal Federal nº 762 de 06 a 11 de Outubro de 2014 (RE 240.785-2/MG).*

2. *Embargos infringentes desprovidos."*

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI 0000266-78.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 04/11/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/11/2014)

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS e DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/04/2014)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DUPLO AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. VALIDADE. APROVEITAMENTO DO TÍTULO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. *Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.*

2. *A orientação no plano constitucional, a partir do precedente citado, foi adotada, recentemente, no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94, conforme AgRg no ARES 593.627, Rel. p/acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 07/04/2015.*

3. *Embora cabível excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, não se reconhece a nulidade da execução fiscal, que deve prosseguir pelo saldo efetivamente devido, não se cogitando, de extinção da execução fiscal, na conformidade da jurisprudência consolidada.*

4. *Agravos inominados desprovidos."*

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0030027-53.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/05/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/05/2015)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB A SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. ICMS RECOLHIDO PELO SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO – ICMS-ST. EXCLUSÃO NO CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS PELO CONTRIBUINTE SUBSTITUÍDO. POSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO – PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS.

1. *Apelação da União não conhecida no que tange à necessidade de ser observado o disposto no artigo 170-A, do CTN, uma vez que a sentença não destoou desse entendimento.*

2. *O STF pacificou a controvérsia objeto de discussão nestes autos, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).*

3. A pacificação do tema, por meio de julgado proferido sob o regime da repercussão geral (e/ou na sistemática dos recursos repetitivos), impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.

4. A jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

5. Embora o Supremo Tribunal Federal não tenha enfrentado a controvérsia atinente ao regime tributário adotado para a arrecadação do ICMS, tal questão não pode servir de óbice à aplicação do referido precedente quanto à exclusão do ICMS recolhido antecipadamente pelo substituto tributário em nome do contribuinte substituído, notadamente se considerada a circunstância de que tais antecipações do ICMS serão computadas no custo dos bens adquiridos pelo substituído e, por conseguinte, integrarão a sua receita bruta na etapa subsequente.

6. A compensação (a ser realizada após o trânsito em julgado destes autos – artigo 170-A do CTN) deverá observar a prescrição quanto aos valores pagos antes do quinquênio anterior à impetração. Deverá, outrossim, ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74 da Lei nº 9.430/1996, porém à exceção das contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991 (conforme disposição do artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 11.457/2007). A atualização monetária dos valores pagos deve ser realizada mediante aplicação da taxa Selic (artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995).

7. Na presente ação apenas se declara a existência do direito do contribuinte à compensação (Súmula 213 do STJ). Reserva-se à Administração o direito a ulterior verificação de sua plena regularidade, inclusive o encontro de contas. Para fins do simples reconhecimento/declaração do direito à compensação, os documentos colacionados aos autos são suficientes. A título ilustrativo, cumpre citar os comprovantes de arrecadação de Cofins não cumulativa, código de receita 5856, bem como de PIS não cumulativo, código de receita 6912.

8. Apelação da União improvida na parte conhecida. Remessa oficial parcialmente provida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 5004832-09.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 25/03/2019, Intimação via sistema DATA: 27/03/2019)

Reconheço, portanto, o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Reforce-se que mesmo com as alterações posteriores na legislação que instituiu o PIS e a COFINS – Lei nº 12.973/14 – não temo condão de afastar o quanto decidido, pois, conforme amplamente demonstrado, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, **observada a prescrição quinquenal** e segundo a lei vigente ao tempo do ajuizamento da demanda, que ocorreu em **29/05/2018**.

Conforme jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, confira-se:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).
3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.
4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".
5. Consectariamente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.
6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.
7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.
8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."
9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressaltando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).
10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.
11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.
12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor; o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.
13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor; nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."

14. Consequentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF). (Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

Destarte, conforme a jurisprudência acima colacionada e, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

Cumprе ressaltar que a compensação requerida nos presentes autos **não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias**, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior, *in verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO INEXISTENTE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. COMPENSAÇÃO. TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA. ART. 26 DA LEI N. 11.457/07. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nos termos da jurisprudência do STJ, é impossível a compensação de créditos tributários administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal com débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (contribuições sociais previstas nas alíneas 'a', 'b' e 'c' do parágrafo único do art. 11 da Lei n. 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida pelo art. 26 da Lei n. 11.457/07. Precedentes. Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1469537/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 24/10/2014)

Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, veja-se:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4º 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.

4. A Tabela Única aprovada pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação /repetição de indébito, quais sejam: (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDcl no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. O prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/05 (09.06.2005), nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobrejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.") (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: RESP 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009).

7. Outrossim, o artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

8. Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010)

Finalmente, o termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior, que ora colaciono:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNBEN. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL. APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.250/95. DESDE O RECOLHIMENTO INDEVIDO. SÚMULA 83/STJ

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nas ações de restituição de tributos federais, antes do advento da Lei 9.250/95, incide a correção monetária desde o pagamento indevido (no caso, no momento da indevida retenção do IR) até a restituição ou a compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros moratórios a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), na forma do art. 167, parágrafo único, do CTN.

3. Ocorre que, com o advento do referido diploma, passou-se a incidir a Taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou a partir de 1º de janeiro de 1996 (caso o recolhimento tenha ocorrido antes dessa data).

Agravo regimental improvido."

(AgRg no AgRg no AREsp 536.348/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014)

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso de apelação da União e **dou parcial provimento** à remessa necessária, apenas para reconhecer a impossibilidade de realizar a compensação pleiteada com as contribuições previdenciárias, nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. POSSIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE REALIZAR A COMPENSAÇÃO PLEITEADA COM AS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO. REMESSA NECESSÁRIA PARCIALMENTE PROVIDA.

1. O cerne da presente controvérsia gravita em torno do reconhecimento do direito da impetrante à exclusão dos valores correspondentes ao ICMS da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e a COFINS, bem como a compensação dos valores tidos como indevidamente recolhidos, nos últimos 05 (cinco) anos, com os acréscimos cabíveis.

2. A jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.
3. Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.
4. Cumpre asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.
5. O ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.
6. O ICMS não tem a natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.
7. Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da demanda, que ocorreu em **29/05/2018**.
8. Cumpre asseverar que a compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias.
9. Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil.
10. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior.
11. Recurso de apelação da União desprovido e remessa necessária parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso de apelação da União e deu parcial provimento à remessa necessária, apenas para reconhecer a impossibilidade de realizar a compensação pleiteada com as contribuições previdenciárias, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5014034-06.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: OSVIL SERVICOS GERAIS LTDA - ME
Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCIO AMATO - SP199215-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5014034-06.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: OSVIL SERVICOS GERAIS LTDA - ME
Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCIO AMATO - SP199215-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento à decisão que, em execução fiscal, rejeitou exceção de pré-executividade fundada em alegação de prescrição intercorrente.

Alegou que: (1) ocorreu prescrição intercorrente, pois o agravado não se manifestou nos autos por mais de cinco anos, sem prosseguir na execução e requerer localização de bens; (2) inaplicável ao caso a Súmula 314/STJ, sendo que a jurisprudência consolidou entendimento no sentido de que não se faz necessário despacho de arquivamento no caso de inércia do exequente, iniciando-se o prazo prescricional automaticamente; e (3) a empresa encontra-se inativa há vários anos, pelo que requereu os benefícios da gratuidade de justiça.

Foi indeferido o pedido de gratuidade de justiça (ID 80378070) e houve recolhimento de custas.

Houve contraminuta do agravado.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5014034-06.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: OSVIL SERVICOS GERAIS LTDA - ME
Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCIO AMATO - SP199215-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, prejudicada a assistência judiciária gratuita, pois foram as custas recolhidas (ID 83413869), sem dissenso.

Sobre os limites da via eleita, estabelece a Súmula 393/STJ: "*A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória.*".

Na espécie, a exceção de pré-executividade discutiu decadência e prescrição material do artigo 174, CTN, tendo sido tais as questões apreciadas na decisão agravada, não se tratando, pois, de prescrição intercorrente por paralisação da execução fiscal no curso da tramitação, tal qual deduzida, de forma inovadora, no agravo de instrumento.

Percebe-se, pois, que as razões deduzidas no recurso não se coadunam com o objeto da decisão agravada, contrastando de forma a impedir a discussão do pedido de reforma.

Nem se alegue que se trata de questão passível de exame de ofício, pois, no caso dos autos, existem fatos e provas a serem minudentemente apreciados e contraditados e, portanto, o debate deve ter curso regular junto à instância originária para preservar o duplo grau de jurisdição sobre matéria fática, não havendo, ainda, esclarecimento fático-probatório a permitir ou justificar supressão de instância.

Ante o exposto, não conheço do agravo de instrumento.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PRESCRIÇÃO. RAZÕES DISSOCIADAS. INOVAÇÃO DA LIDE. CONTROVÉRSIA FÁTICA. RECURSO NÃO CONHECIDO.

1. Não se conhece do recurso, pois dissociadas as razões recursais, dado que na origem não se tratou da prescrição intercorrente, cujo exame demanda a análise de fatos e provas sem que esteja a causa suficientemente esclarecida para o exame da questão com supressão de instância.

2. Agravo de instrumento não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, não conheceu do agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5000642-26.2019.4.03.6102

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

PARTE AUTORA: ELIANE DE SOUZA BOSAK

Advogado do(a) PARTE AUTORA: VANESSA PAULA ANDRADE - SP218366-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, CHEFE DA AGÊNCIA DO INSS EM SERTÃOZINHO/SP, 28ª JUNTA DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, PRESIDENTE DA 28ª JUNTA DE RECURSOS DO INSS

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5000642-26.2019.4.03.6102
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
PARTE AUTORA: ELIANE DE SOUZA BOSAK
Advogado do(a) PARTE AUTORA: VANESSA PAULA ANDRADE - SP218366-A
PARTE RÉ: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, CHEFE DA AGÊNCIA DO INSS EM SERTÃOZINHO/SP, 28ª JUNTA DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, PRESIDENTE DA 28ª JUNTA DE RECURSOS DO INSS
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por **Eliane de Souza Bosak** em face do Presidente da 28ª Junta de Recursos da Previdência Social, objetivando provimento jurisdicional que determine à autoridade coatora concluir a análise do seu recurso administrativo.

Suscitado conflito negativo de competência, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que é possível o ajuizamento da ação no domicílio do autor (ID 108329637 - Pág. 25).

A liminar foi deferida para determinar que a autoridade impetrada promova o julgamento do recurso interposto pela impetrante no processo nº 44233.161375/2017-33 (NB 21/178.708.383-4), no prazo de 30 (trinta) dias (ID 108329639).

O MM. Juíza *quo* concedeu a segurança, confirmando a liminar anteriormente deferida (ID 108329650).

Vieram os autos para o reexame necessário.

A Procuradoria Regional da República, em parecer da lavra da Dra. Sonia Maria Curvello, opinou pelo desprovisionamento da remessa necessária (ID 125521072).

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5000642-26.2019.4.03.6102
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
PARTE AUTORA: ELIANE DE SOUZA BOSAK
Advogado do(a) PARTE AUTORA: VANESSA PAULA ANDRADE - SP218366-A
PARTE RÉ: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, CHEFE DA AGÊNCIA DO INSS EM SERTÃOZINHO/SP, 28ª JUNTA DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, PRESIDENTE DA 28ª JUNTA DE RECURSOS DO INSS
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Trata-se de mandado de segurança impetrado com o fito de obter provimento jurisdicional que determine à autoridade coatora concluir a análise do recurso administrativo apresentado pela impetrante perante a 28ª Junta de Recursos da Previdência Social.

Como é cediço, cabe à Administração Pública respeitar o princípio da razoável duração do processo, constante no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.

Nesse sentido, a Lei nº 9.784/1999 determina ao Poder Público o prazo de até 30 (trinta) dias, contados do momento em que concluída a instrução, para emitir decisão em processos administrativos de sua competência. *In verbis*:

"Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada".

A impetrante alega que protocolou o requerimento de benefício de pensão por morte no dia 07.04.2017, com apresentação de recurso administrativo em 07.06.2017 e registro de reclamação perante a Ouvidoria em 08.12.2017, mas até a data da impetração do presente *mandamus* (19.02.2019), ainda não existia qualquer perspectiva de decisão por parte da autoridade coatora, tampouco alguma resposta da reclamação apresentada.

O recurso administrativo, por sua vez, somente foi analisado após a prolação da sentença, vindo a parte impetrada, sem dúvidas, a extrapolar os limites da razoabilidade em relação à demora na apreciação do pedido.

A respeito do tema, colhem-se os seguintes precedentes:

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO. ART. 5º, LXXVIII, DA CF. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSOS. TRASLADO DE PEÇAS. POSSIBILIDADE. CELERIDADE. ÔNUS DAS PARTES. ATUAÇÃO. RECURSO NÃO-CONHECIDO. 1. "A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" (art. 5º, LXXVIII, da CF). 2. Devem as partes colaborar no andamento do processo com o escopo de se chegar a um provimento jurisdicional final em tempo moderado. 3. Recurso não-conhecido". ..EMEN:(RESP 200701513930, ARNALDO ESTEVES LIMA, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:01/02/2010..DTPB:.)

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ANÁLISE DE PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO. LEI Nº 9.784/99. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. 1 - Os artigos 48 e 49 da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estipulam o prazo de até 30 (trinta) dias, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada, para Administração explicitamente emitir decisão nos processos administrativos. 2 - A Administração Pública deve examinar e decidir os requerimentos que lhe sejam submetidos à apreciação, no prazo legal, sob pena de violação aos princípios da eficiência e da razoável duração do processo, conforme preceituam as Leis ns. 9.784/99 e 11.457/07, bem como os artigos 5º, inciso LXXVIII e 37, caput, da Constituição da República, que a todos assegura o direito à celeridade na tramitação dos procedimentos administrativos. 3 - Remessa oficial não provida". (REO 00097112820094036100, DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/12/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

"PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MOROSIDADE ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. [...] II - De acordo com os documentos juntados aos autos demonstram, de plano a delonga da Administração na verificação do preenchimento das exigências legais para o deferimento do pleito. Portanto, não há qualquer justificativa plausível por parte da autoridade para a demora na análise do processo administrativo, em ofensa aos princípios constitucionais e administrativos da moralidade, eficiência, continuidade do serviço público e razoabilidade. III - Agravo legal não provido".(AMS 00218437820134036100, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/12/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

“DIREITO DE PETIÇÃO. OBTENÇÃO DE RESPOSTA. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ILEGALIDADE. 1. Assiste direito líquido e certo à impetrante, de receber uma resposta da Administração Pública, acerca do requerimento formulado. 2. Todas as pessoas, físicas e jurídicas, têm assegurado o direito de invocar o Poder Público, a fim de receber uma resposta acerca de uma determinada questão ou situação considerada abusiva ou contrária ao direito. 3. Cuida-se do direito de petição (art. 5º, XXXIV, "a", da CF), no qual se encontra, implícito, o direito de receber a respectiva resposta, dentro de prazo razoável (Princípio da Eficiência da Administração Pública - art. 37, caput, da CF). 4. Protocolado o pleito de restituição em 17/02/05 (cf. fls. 29), sem que o mesmo houvesse sido analisado até a data do ajuizamento deste mandado de segurança (em 06/07/05), resta configurada a omissão ilegal por parte da autoridade administrativa. 5. Ao tratar do dever de decidir, a Lei 9784/99, reguladora do processo administrativo no âmbito federal, fixa o prazo de 30 dias para tanto. 6. Correta a sentença ao fixar o prazo de 15 dias para conclusão do processo administrativo. 7. Apelação e remessa oficial improvidas”. (AMS - APELAÇÃO CÍVEL – 279903. TRF3. e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/09/2011 PÁGINA: 1229. 24/08/2011. JUIZ CONVOCADO LEONEL FERREIRA).

A r. sentença, portanto, deve ser mantida tal como lançada.

Diante do exposto, voto por **NEGAR PROVIMENTO** à remessa necessária.

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. PRAZO. LEI Nº 9.784/99. 30 DIAS. REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDA.

1. Cabe à administração pública respeitar o princípio da razoável duração do processo, constante no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.

2. A Lei n. 9.784/1999 determina à Administração Pública o prazo de até 30 (trinta) dias, contados do momento em que concluída a instrução, para emitir decisão em processos administrativos de sua competência.

3. Remessa necessária desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa necessária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5012744-31.2019.4.03.6183

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

PARTE AUTORA: LOURDES SOARES FERNANDES BASSI

Advogado do(a) PARTE AUTORA: VLADIMIR RENATO DE AQUINO LOPES - SP94932-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, CHEFE DA GERENCIA EXECUTIVA SÃO PAULO NORTE
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5012744-31.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
PARTE AUTORA: LOURDES SOARES FERNANDES BASSI
Advogado do(a) PARTE AUTORA: VLADIMIR RENATO DE AQUINO LOPES - SP94932-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, CHEFE DA GERENCIA EXECUTIVA SÃO PAULO NORTE
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário de sentença que concedeu a segurança pleiteada para confirmar a liminar que determinou o regular processamento do processo administrativo de revisão de benefício no prazo de 15 (quinze) dias.

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL opinou pelo não conhecimento da remessa oficial ante o exaurimento do objeto da lide.

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5012744-31.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
PARTE AUTORA: LOURDES SOARES FERNANDES BASSI
Advogado do(a) PARTE AUTORA: VLADIMIR RENATO DE AQUINO LOPES - SP94932-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, CHEFE DA GERENCIA EXECUTIVA SÃO PAULO NORTE
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A questão devolvida a esta E. Corte diz respeito à observância de prazo razoável para análise de pedido de benefício previdenciário pelo INSS.

A Constituição Federal determina em seu art. 5º, LXXVIII, que “a todos no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação”.

Nesse sentido, o art. 49 da Lei nº 9.784/99 estabelece que, concluída a instrução de processo administrativo, a Administração Pública tem o prazo de até 30 (trinta) dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada.

Especificamente quanto à implementação de benefício previdenciário, como é o caso dos autos, os arts. 41-A, § 5º, da Lei nº 8.213/91, e 174, do Decreto nº 3.048/1999, preveem o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias para o primeiro pagamento, contados a partir da data apresentação dos documentos necessários pelo segurado.

Confira-se:

Lei nº 8.213/1991:

“Art. 41-A: O valor dos benefícios em manutenção será reajustado, anualmente, na mesma data do reajuste do salário mínimo, pro rata, de acordo com suas respectivas datas de início ou do último reajustamento, com base no Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC, apurado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

(...)

§ 5º O primeiro pagamento do benefício será efetuado até quarenta e cinco dias após a data da apresentação, pelo segurado, da documentação necessária a sua concessão.”

Decreto nº 3.048/1999:

“Art. 174. O primeiro pagamento do benefício será efetuado até quarenta e cinco dias após a data da apresentação, pelo segurado, da documentação necessária à sua concessão. (Redação dada pelo Decreto nº 6.722, de 2008).

Parágrafo único. O prazo fixado no caput fica prejudicado nos casos de justificação administrativa ou outras providências a cargo do segurado, que demandem a sua dilação, iniciando-se essa contagem a partir da data da conclusão das mesmas”.

Por fim, o artigo 31 da Portaria MPS nº 548/2011, que disciplina o Regimento Interno do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS, estabelece o prazo de 30 (trinta) dias para apresentação de contrarrazões pela autarquia, sob pena de se considerarem “como contrarrazões do INSS os motivos do indeferimento inicial”.

Assim, considerando que não houve análise do requerimento administrativo feito pelo impetrante dentro de prazo razoável, deve ser mantida a sentença.

É nesse sentido a jurisprudência desta C. Turma:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO. REQUERIMENTO DE REVISÃO DE BENEFÍCIO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. DECURSO DO PRAZO LEGAL PARA ANÁLISE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. REEXAME NECESSÁRIO DESPROVIDO.

- 1. Trata-se de remessa necessária em mandado de segurança, com pedido de liminar, objetivando o impetrante obter provimento jurisdicional que determine à autoridade impetrada que analise, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, o requerimento administrativo de revisão de aposentadoria protocolado em 01/09/2017.*
- 2. Inicialmente, cumpre ressaltar que a duração razoável dos processos é garantia constitucionalmente assegurada aos administrados, consoante expressa disposição do art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/88, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.*
- 3. Com efeito, a Administração Pública tem o dever de analisar em prazo razoável os pedidos que lhe são submetidos, sob pena de causar prejuízo ao administrado e de descumprir o princípio da celeridade processual, também assegurado constitucionalmente aos processos administrativos (art. 5º, LXXVIII, da CF/88).*
- 4. Consoante preconiza o princípio constitucional da eficiência, previsto no art. 37, caput, da Constituição da República, o administrado não pode ser prejudicado pela morosidade excessiva na apreciação de requerimentos submetidos à Administração Pública. Assim, a via mandamental é adequada para a garantia do direito do administrado.*
- 5. O art. 49 da Lei nº 9.784/1999 fixa o prazo de até 30 dias para que a Administração Pública decida a questão posta em processo administrativo, salvo se houver motivo que justifique de maneira expressa a prorrogação do referido lapso temporal.*
- 6. Além do aludido prazo legal, o art. 41-A, § 5º, da Lei nº 8.213/1991 e o art. 174 do Decreto nº 3.048/1999, que dispõem especificamente sobre a implementação de benefícios previdenciários, preveem o prazo de 45 dias para o primeiro pagamento, contados a partir da data apresentação dos documentos necessários pelo segurado.*
- 7. No caso vertente, resta evidenciado que a autoridade impetrada desrespeitou os prazos estabelecidos em legislações ordinárias, que regulam tanto o processo administrativo em geral, como os processos administrativos de requerimentos de benefícios no âmbito da Previdência Social.*
- 8. Inexiste amparo legal para a omissão administrativa da autarquia previdenciária, que, pelo contrário, enseja descumprimento de normas legais e violação aos princípios da legalidade, razoável duração do processo, proporcionalidade, eficiência na prestação de serviço público, segurança jurídica e moralidade, sujeitando-se ao controle jurisdicional visando a reparar a lesão a direito líquido e certo infringido.*
- 9. Não há condenação em honorários advocatícios em sede de mandado de segurança, nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009 e das Súmulas 105 do STJ e 512 do STF.*
- 10. Reexame necessário não provido.*
(TRF 3ª Região, 3ª Turma, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 5006431-46.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 05/12/2019, Intimação via sistema DATA: 06/12/2019)

ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. PRAZO. LEI Nº 9.784/99. 30 DIAS. REMESSA OFICIAL DESPROVIDA.

- 1. Cabe à administração pública respeitar o princípio da razoável duração do processo, constante no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.*
- 2. A Lei n. 9.784/1999 determina à Administração Pública o prazo de até 30 (trinta) dias, contados do momento em que concluída a instrução, para emitir decisão em processos administrativos de sua competência.*
- 3. Remessa oficial desprovida.*
(TRF 3ª Região, 3ª Turma, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 5018407-92.2018.4.03.6183, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 21/11/2019, Intimação via sistema DATA: 22/11/2019)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO. REQUERIMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO.

- 1. Verificada a demora injustificada, correta a estipulação de prazo para que a Administração conclua procedimento administrativo.*
- 2. Aplicável jurisprudência que assegura a razoável duração do processo, segundo os princípios da eficiência e da moralidade, não se podendo permitir que a Administração postergue, indefinidamente, a conclusão de procedimento administrativo.*
- 3. Remessa oficial a se nega provimento.*
(TRF 3ª Região, 3ª Turma, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 5002429-12.2019.4.03.6128, Rel. Desembargador Federal MAIRAN GONCALVES MAIA JUNIOR, julgado em 07/11/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 11/11/2019)

ADMINISTRATIVO. REEXAME NECESSÁRIO. PEDIDO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO

PREVIDENCIÁRIO. PRAZO PARA DECISÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. LEI 9.784/99. ARTIGOS 41-A, § 5º, DA LEI Nº 8.213/91, E 174, DO DECRETO Nº 3.048/1999. REMESSA DESPROVIDA.

1. A Constituição Federal assegura a todos, em seu art. 5º, LXXVIII, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação.

2. O artigo 49, da Lei nº 9.784/99, estabelece que, concluída a instrução de processo administrativo, a Administração Pública tem o prazo de até 30 (trinta) dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada.

3. Especificamente sobre a implementação de benefício previdenciário, caso dos autos, os artigos 41-A, § 5º, da Lei nº 8.213/91, e 174, do Decreto nº 3.048/1999, preveem o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias para o primeiro pagamento, contados a partir da data apresentação dos documentos necessários pelo segurado.

4. E o artigo 31, da Portaria MPS nº 548-2011 (que disciplina o Regimento Interno do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS), estabelece o prazo de 30 (trinta) dias para apresentação de contrarrazões pela autarquia, sob pena de se considerarem “como contrarrazões do INSS os motivos do indeferimento inicial”.

5. Assim, considerando que o recurso administrativo foi interposto em 24/08/2016, deve ser mantida a sentença que determinou o encaminhamento do recurso para julgamento no prazo de 15 (quinze) dias.

6. Remessa oficial a que se nega provimento.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 5001418-43.2017.4.03.6119, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 05/09/2019, Intimação via sistema DATA: 11/09/2019)

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial.

É o voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. REEXAME NECESSÁRIO. PEDIDO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PRAZO PARA DECISÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. LEI 9.784/99. ARTIGOS 41-A, § 5º, DA LEI Nº 8.213/91, E 174, DO DECRETO Nº 3.048/1999. REMESSA OFICIAL DESPROVIDA.

1. A questão devolvida a esta E. Corte diz respeito à observância de prazo razoável para análise de pedido de benefício previdenciário pelo INSS.

2. A Constituição Federal determina em seu art. 5º, LXXVIII, que “a todos no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação”.

3. Nesse sentido, o art. 49 da Lei nº 9.784/99 estabelece que, concluída a instrução de processo administrativo, a Administração Pública tem o prazo de até 30 (trinta) dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada.

4. Especificamente quanto à implementação de benefício previdenciário, caso dos autos, os arts. 41-A, § 5º, da Lei nº 8.213/91, e 174, do Decreto nº 3.048/1999, preveem o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias para o primeiro pagamento, contados a partir da data apresentação dos documentos necessários pelo segurado.

5. Por fim, o artigo 31 da Portaria MPS nº 548/2011, que disciplina o Regimento Interno do Conselho de Recursos da Previdência Social-CRPS, estabelece o prazo de 30 (trinta) dias para apresentação de contrarrazões pela autarquia, sob pena de se considerarem “como contrarrazões do INSS os motivos do indeferimento inicial”.

6. Assim, considerando que não houve análise do requerimento administrativo feito pelo impetrante dentro de prazo razoável, deve ser mantida a sentença. Precedentes (TRF 3ª Região, 3ª Turma, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 5006431-46.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 05/12/2019, Intimação via sistema DATA: 06/12/2019 / TRF 3ª Região, 3ª Turma, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 5018407-92.2018.4.03.6183, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 21/11/2019, Intimação via sistema DATA: 22/11/2019 / TRF 3ª Região, 3ª Turma, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 5002429-12.2019.4.03.6128, Rel. Desembargador Federal MAIRAN GONCALVES MAIA JUNIOR, julgado em 07/11/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 11/11/2019 / TRF 3ª Região, 3ª Turma, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 5001418-43.2017.4.03.6119, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 05/09/2019, Intimação via sistema DATA: 11/09/2019)

7. Remessa oficial desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003123-02.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: RACUIA MATERIAIS ELETRICOS E FERRAGENS LTDA

Advogados do(a) APELANTE: CLAUDIA MIE KOZONOE SACODA - SP275851-A, TATIANA DA SILVA BEZERRA CAVALCANTE - SP309390-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003123-02.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: RACUIA MATERIAIS ELETRICOS E FERRAGENS LTDA

Advogados do(a) APELANTE: CLAUDIA MIE KOZONOE SACODA - SP275851-A, TATIANA DA SILVA BEZERRA CAVALCANTE - SP309390-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto pela **União**, em face da sentença que julgou procedente o pedido, para determinar a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e reconhecer o direito à compensação, a partir de 15 de março de 2017, quando, portanto, proferida a decisão no RE n.º 574.706.

Em suas razões, a União aduz, preliminarmente, a nulidade da sentença por ter proferido julgamento *ultra petita* e requer o sobrestamento do feito.

Alega, ainda, a recorrente, a ausência de comprovação dos valores recolhidos indevidamente, para efeitos de compensação. No mérito sustenta, em síntese, que:

a) o ICMS integra o faturamento, base de cálculo do PIS e da COFINS, definida em lei.

b) após a edição da Lei n.º 12.973/2014, que alterou a redação dos arts. 1º e seus respectivos §§1º das Leis n.ºs 10.637/02 e 10.833/02, resta incontestada a inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições em análise.

c) os honorários advocatícios devem ser fixados nos termos dos arts. 85, §§2º e 4º, inciso II e 292, §2º do Código de Processo Civil.

Com contrarrazões vieram os autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003123-02.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: RACUIA MATERIAIS ELETRICOS E FERRAGENS LTDA

Advogados do(a) APELANTE: CLAUDIA MIE KOZONOE SACODA - SP275851-A, TATIANA DA SILVA BEZERRA CAVALCANTE - SP309390-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores resem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.

Preliminarmente, no tocante à alegação de nulidade da sentença, por julgamento *ultra petita*, verifico que assiste razão à União.

Com efeito, a autora não efetuou pedido de compensação do indébito, tampouco estabeleceu marco temporal para que fosse declarada a inexistência da relação jurídica tributária, que a obrigue ao recolhimento do PIS e da COFINS, com a base de cálculo majorada, a partir de 15 de março de 2017, como constou da sentença.

Comefeito, a autora efetuou o pedido nos seguintes termos:

“E)DOS PEDIDOS

Isto posto, face à sólida fundamentação jurídica retro exposta, em especial ao decidido no RE nº 574.706 do E. STF –REPERCUSSÃO GERAL –TEMA 69, requer, com o devido acatamento, à Vossa Excelência, o recebimento e processamento da presente petição inicial em todos os atos, termos e anexos;

Após, requer a PROCEDÊNCIA INTEGRAL DA AÇÃO, com a CONVOCAÇÃO DA TUTELA JURÍDICA ANTECIPADA REQUERIDA EM DEFINITIVA culminando com a DECLARAÇÃO JUDICIAL DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA PARA OS FINS DE EXCLUSÃO DO ICMS, EM QUALQUER REGIME DE RECOLHIMENTO, DAS BASES DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS INCIDENTES SOBRE O FATURAMENTO DA AUTORA/CONTRIBUINTE.” (ID 97497340)

Já, a sentença foi preferida nestes moldes:

“Diante do exposto, ACOELHO PARCIALMENTE o pedido para reconhecer a inconstitucionalidade da inclusão do valor do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, a partir de 15 de março de 2017 E REJEITO o pedido em relação aos pedidos anteriores.

A resolução do mérito dá-se nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil.

Condeno as partes ao pagamento de honorários advocatícios fixados com moderação no valor de 10% sobre o valor da causa, reciprocamente. O autor arca com suas custas e o réu com as suas custas.

A parte autora poderá realizar a compensação ou restituição das diferenças administrativamente, após o trânsito em julgado.” (ID 97497365).

Vê-se, pois, que a sentença desbordou dos limites do pedido, proferindo julgamento além do pleiteado, motivo pelo qual é de rigor o reconhecimento de vício de nulidade.

Com efeito, se não há postulação específica quanto ao pedido de restituição do indébito, tampouco quanto ao reconhecimento da ilegalidade da base de cálculo majorada, em período anterior à propositura da ação, a sentença incorreu em julgamento *ultra petita*.

Destarte, embora parte da sentença esteja maculada pelo vício de nulidade, juridicamente não se pode conceber, em evidente homenagem ao princípio da economia processual, que esta mácula ultrapasse os limites da parcela viciada e contamine toda a sentença, impondo desnecessários sacrifícios e prejuízos às partes.

Embora reconheça a nulidade existente, se deve afastar as disposições da sentença que versaram sobre o direito à restituição, bem como quanto ao reconhecimento de ilegalidade da majoração da base de cálculo, em período pretérito à propositura da ação, reformando-a neste aspecto.

Indo adiante, diga-se que, a questão relativa à juntada de guia que comprove o recolhimento no quinquênio prescricional, não deve ser conhecida, pois a autora não pleiteou a compensação do indébito.

Passo ao exame do mérito.

De início, ressalte-se que em sessão plenária do dia 15.03.2017 foi julgado o RE nº 574.706/RG, que trata do tema atinente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a sistemática da repercussão geral (artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973), que constou com a seguinte decisão:

“O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da cofins”. Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017.”

(RE 574706 RG, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 15/03/2017, DJe-053 DIVULG 17-03-2017 PUBLIC 20-03-2017)

Reforce-se a esse quadro que em 29.09.2017 foi disponibilizada a ementa do aludido acórdão:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS . DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS .

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS , não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS . 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS ."

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o E. Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

Indo adiante, a questão não carece de maiores debates, visto que a novel jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal e do C. Superior Tribunal de Justiça reconheceu a exclusão da parcela relativa ao ICMS , da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS , confira-se:

"TRIBUTO - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS . O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da cofins , porque estranho ao conceito de faturamento."

(RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS . COFINS . BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS . POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituindo receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS .

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido."

(AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 07/04/2015)

Cumprido asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

Ressalto, por oportuno, que a falta de definitividade da entrada de valores a título de ICMS no caixa da pessoa jurídica caracteriza a ausência da natureza jurídica adrede mencionada, que, repita-se, tem natureza de receita para o Estado-membro.

Ademais, o termo "faturamento" deve ser conceituado no sentido técnico consagrado pela jurisprudência e pela doutrina.

Ainda, o ICMS é imposto indireto no qual o ônus financeiro é transferido para o consumidor final, tornando-se este o contribuinte de fato da exação. Assim, o sujeito passivo do tributo - aquele que realiza a operação de circulação de mercadorias - apenas tem o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, qual seja, o Estado-membro ou o Distrito Federal, mostrando-se, incontestavelmente, despedido da natureza jurídica de receita para o sujeito passivo.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, veja-se:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ICMS . INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS / COFINS . IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Encontra-se, atualmente, consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS , conforme constou do Boletim de Notícias do Supremo Tribunal Federal nº 762 de 06 a 11 de Outubro de 2014 (RE 240.785-2/MG).

2. Embargos infringentes desprovidos."

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI 0000266-78.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 04/11/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/11/2014)

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS e DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS . DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS .

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS , afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS .

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/04/2014)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DUPLO AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS . EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS / COFINS . VALIDADE. APROVEITAMENTO DO TÍTULO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS , conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.

2. A orientação no plano constitucional, a partir do precedente citado, foi adotada, recentemente, no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94, conforme AgRg no ARESP 593.627, Rel. p/ acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 07/04/2015.

3. Embora cabível excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, não se reconhece a nulidade da execução fiscal, que deve prosseguir pelo saldo efetivamente devido, não se cogitando, de extinção da execução fiscal, na conformidade da jurisprudência consolidada.

4. Agravos inominados desprovidos."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0030027-53.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/05/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/05/2015)

Por fim, diga-se que, considerando o julgamento do RE nº 240.785-2 que declarou inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, o advento da Lei nº 12.973/2014 em nada altera o entendimento proferido pela Suprema Corte.

Com efeito, a superveniência da Lei, modificando o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

No tocante aos honorários advocatícios, não assiste razão à União, pois de acordo com o pedido, trata-se de sentença ilíquida e de prestações futuras, sendo o caso de aplicar-se o contido no art. 85, §§ 2º, 3º, inciso I e 4º, inciso III do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, **CONHEÇO EM PARTE** do recurso de apelação e, na parte conhecida **DOU-LHE PARCIAL PROVIMENTO**, para restringir a sentença aos limites do pedido, nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL E TRIBUTÁRIO. SENTENÇA *ULTRA PETITA*. PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores restem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.
2. Se não há postulação específica quanto ao pedido de restituição do indébito, tampouco quanto ao reconhecimento de ilegalidade da base de cálculo majorada, em período pretérito à propositura da ação, a sentença incorreu em julgamento *ultra petita*.
3. Ainda que a sentença padeça de nulidade, se deve afastar apenas as disposições da sentença que versaram sobre o direito à restituição e ao reconhecimento de ilegalidade da base de cálculo majorada, em período pretérito à propositura da ação, reformando-a neste aspecto.
4. A questão relativa à juntada de guia que comprove o recolhimento no quinquênio prescricional, não deve ser conhecida, pois a autora não pleiteou a compensação do indébito.
5. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontrar inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse Tribunal Regional Federal da 3ª Região.
6. A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, uma vez que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.
7. Cumpre asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.
8. A superveniência da Lei nº 12.973/2014, que alargou o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.
12. Recurso de apelação conhecido em parte, e, na parte conhecida, provido parcialmente, apenas para restringir a sentença aos limites do pedido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, CONHECEU EM PARTE do recurso de apelação e, na parte conhecida DEU-LHE PARCIAL PROVIMENTO, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0007362-67.2014.4.03.6103

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: SHOJI KIYOKAWA, CUNIKA IONECUBO KIYOKAWA, RENAN IONECUBO KIYOKAWA, LENI IONECUBO KIYOKAWA

Advogado do(a) APELANTE: TOSHINOBU TASOKO - SP314181-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0007362-67.2014.4.03.6103

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: SHOJI KIYOKAWA, CUNIKA IONECUBO KIYOKAWA, RENAN IONECUBO KIYOKAWA, LENI IONECUBO KIYOKAWA

Advogado do(a) APELANTE: TOSHINOBU TASOKO - SP314181-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos por RENAN IONECUBO KIYOKAWA E OUTROS em face do acórdão proferido pela Terceira Turma, assim ementado:

“AÇÃO ANULATÓRIA. IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA (IRPF). LANÇAMENTO EM EXTRATOS BANCÁRIOS. ACESSO A INFORMAÇÕES FINANCEIRAS. CONSTITUCIONALIDADE. PRESUNÇÃO RELATIVA DE OMISSÃO DE RENDIMENTOS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS SEM COMPROVAÇÃO DA ORIGEM. ÔNUS DO CONTRIBUINTE. LANÇAMENTO REGULAR. DECISÃO DO CARF. HIPÓTESE DIVERSA DOS AUTOS. PROTESTO DE CDA. POSSIBILIDADE. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

I. A tributação de renda com base em depósitos ou investimentos cuja origem não resta comprovada não fere a garantia constitucional de sigilo de dados. O acesso do Fisco a informações de natureza financeira decorre de interesse da coletividade (recolhimento de tributos) e justifica a relativização de direito individual. O núcleo da garantia sequer é afetado, passando para uma confidencialidade de âmbito fiscal.

II. O STF reconheceu a constitucionalidade dos artigos 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001, em sede de controle concentrado (ADI 2390, Relator Dias Toffoli).

III. O uso dos informes bancários como indicador de capacidade contributiva também não contraria o princípio da razoabilidade e proporcionalidade. Em função da disseminação dos serviços bancários, os recursos disponíveis em conta de depósito e de investimento dão uma margem segura do acréscimo patrimonial do exercício financeiro e autorizam uma presunção de riqueza cuja destruição cabe ao próprio contribuinte, através de documentação comprobatória dos valores. Se ele não desempenhar o ônus da prova, a presunção se consolida, com a incidência de tributação.

IV. Segundo os autos da ação anulatória, a Secretaria da Receita Federal, após a análise de extratos bancários e a manifestação dos contribuintes, concluiu pela omissão das receitas encontradas em contas bancárias, adotando um percentual dos recursos como acréscimo patrimonial a ser tributado. O procedimento transparece sensatez e equilíbrio.

V. As decisões do CARF não são vinculantes, de modo que o só fato de existir julgamento favorável ao contribuinte em caso semelhante, não enseja a aplicação do entendimento à hipótese.

VI. O protesto de Certidão de Dívida Ativa encontra amparo no artigo 1º, parágrafo único, da Lei nº 9.492/97, com a redação dada pela Lei nº 12.767/12, sendo considerado um instrumento válido, a disposição do credor, para cobrança do débito.

VII. O fato de que o protesto do título enseja a inserção do nome do devedor em cadastros de inadimplentes, impedindo eventuais concessões de crédito, constitui mera consequência legalmente prevista, que também pode ocorrer em razão do protesto de títulos cambiais, de modo que este argumento, por si só, não justifica a discriminação em relação ao crédito fiscal.

VIII. Apelação não provida.”

Sustenta o embargante, em seus embargos, a omissão quanto à alegação de nulidade por erro na identificação do sujeito passivo.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0007362-67.2014.4.03.6103

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: SHOJI KIYOKAWA, CUNIKA IONECUBO KIYOKAWA, RENAN IONECUBO KIYOKAWA, LENI IONECUBO KIYOKAWA

Advogado do(a) APELANTE: TOSHINOBU TASOKO - SP314181-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Não vislumbro qualquer vício na decisão impugnada, sendo evidente que a embargante, insatisfeita com o resultado do julgado, objetiva alterá-lo, o que não é cabível na via de embargos declaratórios, cuja finalidade é tão somente aclarar alguma questão omissa, obscura, contraditória ou corrigir algum erro material.

Acresço que o Magistrado não está obrigado a analisar cada ponto e cada dispositivo suscitado pelas partes se a sua fundamentação é suficiente e clara para embasar o resultado da decisão.

Nesse aspecto, consigne-se que a questão preliminar de erro na identificação do sujeito passivo foi apresentada tão-somente em sede de recurso de apelação, tratando-se de evidente inovação recursal, descabida na sistemática processual pátria.

Tampouco lhe assiste razão quanto à intenção de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário, a qual perde relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022 do novo Código de Processo Civil.

Aliás, veja-se que o artigo 1.025 do novo Código de Processo Civil bem esclarece que os elementos suscitados pelo embargante serão considerados incluídos no acórdão *"para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade"*.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É o voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIOS NO JULGADO. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. PREQUESTIONAMENTO. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Não há qualquer vício na decisão impugnada, sendo evidente que a embargante insatisfeita como resultado do julgado objetiva alterá-lo, o que não é cabível na via de embargos declaratórios, cuja finalidade é tão somente aclarar alguma questão omissa, obscura, contraditória ou corrigir algum erro material.

2. Tampouco lhe assiste razão quanto à intenção de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário, a qual perde relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022 do novo Código de Processo Civil.

3. O artigo 1.025 do novo Código de Processo Civil bem esclarece que os elementos suscitados pelo embargante serão considerados incluídos no acórdão *"para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade."*

4. Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0016411-94.2011.4.03.6182
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: CHRIS CINTOS DE SEGURANCA LTDA
Advogado do(a) APELANTE: MARCOS TAVARES LEITE - SP95253-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0016411-94.2011.4.03.6182
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: CHRIS CINTOS DE SEGURANCA LTDA
Advogado do(a) APELANTE: MARCOS TAVARES LEITE - SP95253-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos por CHRIS CINTOS DE SEGURANCA LTDA em face do acórdão proferido pela Terceira Turma, assimmentado:

“EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CDA. LIQUIDEZ E CERTEZA. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO. RECONHECIMENTO PARCIAL DO CRÉDITO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE RETENÇÃO DE IR. EXIGÊNCIA LEGAL. EXISTÊNCIA DE OUTROS DÉBITOS INSCRITOS EM DÍVIDA ATIVA. REGULARIZAÇÃO DA SITUAÇÃO ANTES DA COMPENSAÇÃO. INÉRCIA DO CONTRIBUINTE. COMPENSAÇÃO DE OFÍCIO. CABIMENTO. REGULARIDADE DO PROCEDIMENTO. VIA INADEQUADA. CDA. REGULARIDADE. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

1. A compensação é um encontro de contas que pressupõe relações jurídicas diversas, de um lado o devedor e de outro o credor, e impõe a reciprocidade entre débitos e créditos, que devem ser líquidos e exigíveis para extinção na medida em que se equivalham.
2. A compensação tem como pré-requisito a certeza do crédito do sujeito passivo e a previsão legal permitindo o procedimento, devendo o contribuinte estar autorizado judicial ou administrativamente a efetuar-lo.
3. A autoridade fazendária reconheceu parte dos créditos, tendo glosado o montante no qual não houve comprovação sobre a retenção de imposto de renda na fonte, a teor do disposto no artigo 55 da Lei n 7.540/1995.
4. É legítima a exigência do Fisco quanto à comprovação da retenção de valores de imposto de renda bem como, em consequência da ausência de cumprimento do requisito, a exclusão de tais valores dos créditos compensáveis.
5. A Receita Federal apurou que a empresa tinha outros débitos, já inscritos em Dívida Ativa, e que teriam preferência sobre os débitos que se pretendia compensar, razão pela a pessoa jurídica foi intimada a regularizar aqueles débitos.
6. Em decorrência da inércia da empresa, o montante do crédito reconhecido foi utilizado pela administração em compensação de ofício para o pagamento de PIS e COFINS, não remanescendo saldo para o adimplemento do IPI objeto da execução fiscal.
7. Sólido o entendimento sobre a legalidade da compensação de ofício de débitos com a exigibilidade mantida, por se tratar de ato vinculado da Fazenda Pública Federal a que deve se submeter o sujeito passivo.
8. A compensação realizada pelo próprio contribuinte pode constituir matéria de defesa apresentada em sede de execução fiscal, desde que se demonstre que o encontro de contas tenha sido realizado anteriormente à propositura do executivo fiscal e, ainda, que a compensação tenha sido reconhecida em sede administrativa ou judicial.
9. Os créditos indicados pela empresa foram utilizados para o pagamento de outros tributos, não tendo sido promovida a compensação do IPI, que, dessa forma, remanesce sem pagamento.
10. Refoge ao âmbito destes embargos a discussão acerca da correção ou não do procedimento administrativo de compensação de ofício dos débitos de PIS e COFINS, em detrimento do pedido de compensação dos débitos de IPI.
11. A Certidão de Dívida Ativa - CDA goza de presunção de liquidez e certeza, produzindo, inclusive, o efeito de prova pré-constituída; e não tendo a embargante apresentado qualquer prova inequívoca de sua nulidade (art. 204 do CTN), merecem ser afastadas suas alegações.
12. Apelação não provida.”

Sustenta a empresa embargante a omissão sobre fatos, dados da perícia e sobre a irretroatividade da IN nº 21/1997, além de violação ao artigo 106 do CTN e ao artigo 5º, inciso XXXVI, da CF.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0016411-94.2011.4.03.6182
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: CHRIS CINTOS DE SEGURANCA LTDA
Advogado do(a) APELANTE: MARCOS TAVARES LEITE - SP95253-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Não vislumbro qualquer vício na decisão impugnada, sendo evidente que a embargante, insatisfeita com o resultado do julgado, objetiva alterá-lo, o que não é cabível na via de embargos declaratórios, cuja finalidade é tão somente aclarar alguma questão omissa, obscura, contraditória ou corrigir algum erro material.

Acresço que o Magistrado não está obrigado a analisar cada ponto e cada dispositivo suscitado pelas partes se a sua fundamentação é suficiente e clara para embasar o resultado da decisão.

Nesse aspecto, consigne-se que o julgado foi contundente ao afirmar a legalidade do resultado do processo administrativo, mostrando-se irrelevante a verificação das normas infralegais (v.g. a IN 21/1997).

Tampouco lhe assiste razão quanto à intenção de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário, a qual perde relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022 do novo Código de Processo Civil.

Aliás, veja-se que o artigo 1.025 do novo Código de Processo Civil bem esclarece que os elementos suscitados pelo embargante serão considerados incluídos no acórdão "*para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade*".

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É o voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIOS NO JULGADO. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. PREQUESTIONAMENTO. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Não há qualquer vício na decisão impugnada, sendo evidente que a embargante insatisfeita com o resultado do julgado objetiva alterá-lo, o que não é cabível na via de embargos declaratórios, cuja finalidade é tão somente aclarar alguma questão omissa, obscura, contraditória ou corrigir algum erro material.
2. Tampouco lhe assiste razão quanto à intenção de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário, a qual perde relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022 do novo Código de Processo Civil.
3. O artigo 1.025 do novo Código de Processo Civil bem esclarece que os elementos suscitados pelo embargante serão considerados incluídos no acórdão *"para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade."*
4. Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5012293-28.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: USINA SANTA ROSA LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: FABIO RODRIGUES GARCIA - SP160182-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5012293-28.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: USINA SANTA ROSA LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: FABIO RODRIGUES GARCIA - SP160182-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos por USINA SANTA ROSA LTDA contra acórdão assim ementado:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. EFEITO SUSPENSIVO. REFORÇO DE PENHORA. POSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O agravo de instrumento foi interposto no bojo da execução fiscal nº 0011566-74.2012.8.26.0082, na qual a Fazenda Nacional busca o pagamento de créditos de PIS e COFINS, no valor de R\$ 3.702.062,17 (três milhões, setecentos e dois mil, sessenta e dois reais e dezessete centavos), em outubro/2012. Não obstante a garantia parcial da dívida, a agravante opôs embargos à execução (processo nº 0007285-70.2015.8.26.0082), suscitando a tese de que o ICMS não comporia a base de cálculo das contribuições em cobrança. O juiz a quo recebeu os embargos no efeito suspensivo sem prejuízo da posterior modificação deste efeito, conforme o disposto no parágrafo 2º, do artigo 739-A, § 1º, do Código de Processo Civil de 1973, bem como de eventual reforço de penhora. Diante da notícia de que a agravante possui valores a receber na ação judicial nº 0002262-89.1990.401.3400, em trâmite perante a 7ª Vara Federal de Brasília/DF, a exequente requereu o reforço da penhora mediante a constrição do crédito que a agravante tem a receber. A decisão agravada determinou o reforço de penhora do presente feito executivo, a despeito do efeito suspensivo atribuído aos embargos a ele referentes.

2. O § 5º do art. 919 do Código de Processo Civil vigente (art. 739-A, § 6º do CPC/73) fixa a regra de que, mesmo diante da concessão de efeito suspensivo, não há óbice para a efetivação dos atos executivos tendentes à formalização e adequação da penhora e à realização da avaliação. O efeito suspensivo nos embargos está direcionado a impedir tão somente os atos de expropriação. Na hipótese, como bem decidiu o juiz de primeiro grau, o reforço da penhora não implica na alienação dos bens.

3. A afetação de tema ao julgamento pelo regime de recursos repetitivos com determinação de suspensão nacional de julgamentos não impede a análise das medias urgentes. O levantamento dos valores que a agravante tem a receber na ação judicial nº 0002262-89.1990.401.3400 impossibilitará a exequente de garantir o executivo fiscal de forma definitiva e integral.

3. Agravo de instrumento não provido.

Sustenta omissão no acórdão na questão relativa à análise do artigo 921 do Código de Processo Civil

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5012293-28.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: USINA SANTA ROSA LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: FABIO RODRIGUES GARCIA - SP160182-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) dispõe o seguinte acerca dos embargos de declaração:

Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:

I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição;

II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento;

III - corrigir erro material.

Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que:

I - deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento;

II - incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, §1º.

O artigo 489, §1º, por sua vez dispõe:

Art. 489. [...]

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

No caso, não vislumbro a ocorrência de nenhum vício no julgado.

Com efeito, a omissão a ser suprida por meio de embargos de declaração é aquela referente a alguma questão sobre a qual o juiz deveria ter se pronunciado de ofício ou a requerimento da parte interessada capaz de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.

Analisando as razões do agravo e os fundamentos do acórdão, pode-se ver com clareza que houve abordagem de todas as alegações trazidas, não havendo omissão ou contradição a serem supridas.

Das alegações trazidas no presente recurso, salta evidente que não almeja o embargante suprir vícios no julgado, buscando, em verdade, externar seu inconformismo com a solução adotada, que lhe foi desfavorável, pretendendo vê-la alterada. Não é esse, contudo, o escopo dos embargos declaratórios.

Por fim, cumpre asseverar que o escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022 do novo Código de Processo Civil.

Aliás, veja-se que o artigo 1.025 do novo Código de Processo Civil bem esclarece que os elementos suscitados pelo embargante serão considerados incluídos no acórdão "para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade."

"TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO DA MATÉRIA AVENTADA NOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS REJEITADOS. 1. Os embargos de declaração consubstanciam instrumento processual apto a suprir omissão do julgado ou dele excluir qualquer obscuridade, contradição ou erro material. 2. "O STJ já tem entendimento pacífico de que os embargos declaratórios, mesmo para fins de prequestionamento, só serão admissíveis se a decisão embargada ostentar algum dos vícios que ensejariam o seu manejo, o que, na espécie, não se mostra evidenciado" (EDcl no MS 11.413/DF, Rel. Min. CELSO LIMONGI, Desembargador convocado do TJSP, Terceira Seção, DJe 20/9/10). 3. Resumindo-se irrisignação do embargante ao seu mero inconformismo com o resultado do julgado, desfavorável à sua pretensão, não há nenhum fundamento que justifique a interposição de embargos. 4. Embargos de declaração rejeitados."

(STJ, EDAGA 201001252512, ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, 28/10/2011.)

Ante o exposto, REJEITO os embargos de declaração.

É o voto.

EMENTA

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INOCORRÊNCIA DE VÍCIOS NO JULGADO. ARTIGO 1.022 DO NOVO CPC. PREQUESTIONAMENTO. EMBARGOS REJEITADOS.

1. O Novo Código de Processo Civil estabelece que há omissão quando a decisão: i) deixar de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento; ii) incorrer em qualquer das condutas descritas no art. 489, §1º.

2. No caso, não há nenhum vício no julgado a ser sanado. Com efeito, a omissão a ser suprida por meio de embargos de declaração é aquela referente a alguma questão sobre a qual o juiz deveria ter se pronunciado de ofício ou a requerimento da parte interessada capaz de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.

3. Analisando as razões do agravo e os fundamentos do acórdão, pode-se ver com clareza que houve abordagem de todas as alegações trazidas, não havendo omissão ou contradição a serem supridas.

4. Das alegações trazidas no presente recurso, salta evidente que não almeja a embargante suprir vícios no julgado, buscando, em verdade, externar seu inconformismo com a solução adotada, que lhe foi desfavorável, pretendendo vê-la alterada. Não é esse, contudo, o escopo dos embargos declaratórios.

5. Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, REJEITOU os embargos de declaração., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001691-21.2018.4.03.6108

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: LUTEPEL INDUSTRIA E COMERCIO DE PAPEL LTDA

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 23/06/2020 1389/4253

Advogados do(a) APELANTE: TALITA FERNANDA RITZ SANTANA - SP319665-A, PAULO HENRIQUE DE SOUZA FREITAS - SP102546-A, DEVANILDO PAVANI - SP328142-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001691-21.2018.4.03.6108
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: LUTEPEL INDUSTRIA E COMERCIO DE PAPEL LTDA
Advogados do(a) APELANTE: TALITA FERNANDA RITZ SANTANA - SP319665-A, PAULO HENRIQUE DE SOUZA FREITAS - SP102546-A, DEVANILDO PAVANI - SP328142-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de Embargos de Declaração (Id. num 128710015) opostos por Lutepel Indústria e Comércio de Papel Ltda, em face do v. acórdão (Id. num 127443709), que negou provimento à apelação da Impetrante, nos autos do Mandado de Segurança em face do DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM BAURU/SP, por meio do qual pleiteia provimento jurisdicional determinado ao impetrado que se abstenha de qualquer ato que implique a exigência de Imposto de Renda (IRPJ) e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), sobre os valores que irá se apropriar a título de REINTEGRA e que se declare o direito a compensação dos valores do REINTEGRA.

O v. acórdão assim decidiu:

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. REGIME ESPECIAL DE REINTEGRAÇÃO DE VALORES TRIBUTÁRIOS PARA AS EMPRESAS EXPORTADORAS - REINTEGRA. LEI Nº 12.456/11. INCIDÊNCIA DO IRPJ E CSLL. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

- 1. O mandado de segurança é ação de cumho constitucional e tem por objeto a proteção de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.*
- 2. O STJ firmou entendimento no sentido de que é devida a incidência de IRPJ e da CSLL sobre os créditos apurados no Reintegra, uma vez que há redução de custos e consequente majoração dos lucros.*
- 3. Ante a higidez das exações, prejudicado o pleito de compensação.*
- 4. Apelação da impetrante não provida."*

Alega a embargante omissões no v. acórdão requerendo que seja analisado o conteúdo da norma 13.043/2014, plenamente válida, vigente e eficaz, reconhecendo-se, via de consequência, que o Reintegra representa um autêntico BENEFÍCIO FISCAL aos exportadores, visando basicamente o ressarcimento dos tributos que incidiram ao longo do processo produtivo e que foram pagos no mercado interno, não sendo, portanto, receita nova, o que afasta a incidência do IRPJ e CSLL.

É o Relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001691-21.2018.4.03.6108
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: LUTEPEL INDUSTRIA E COMERCIO DE PAPEL LTDA
Advogados do(a) APELANTE: TALITA FERNANDA RITZ SANTANA - SP319665-A, PAULO HENRIQUE DE SOUZA FREITAS - SP102546-A, DEVANILDO PAVANI - SP328142-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Lei nº 13.105/2015, o chamado novo Código de Processo Civil, estabelece em seu art. 1.022 que cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para esclarecer obscuridade ou eliminar contradição, suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento e corrigir erro material.

Nos termos do parágrafo único do citado artigo, considera-se omissa a decisão que deixar de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento; ou incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, §1º, a saber:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

In casu, não há que se falar em omissão no v. acórdão embargado e de seus fundamentos. Não há as omissões alegadas pela embargante, o que ocorre é que há uma pretensão de reapreciação da matéria, bem como o inconformismo com o resultado do *decisum*. Portanto, o acórdão não padece de qualquer vício, daí porque se a embargante entende que houve violação aos dispositivos legais (Lei nº 13.043/14), deve manejar o recurso adequado à obtenção da reforma do julgado.

Assim, não há quaisquer das hipóteses do artigo 1.022 do Código de Processo Civil de 2015, de modo que a discordância da parte embargante deve ser ventilada pela via recursal adequada.

De outra parte, ainda que os embargos de declaração tenham como propósito o prequestionamento da matéria, faz-se imprescindível, para o acolhimento do recurso, que se constate a existência de qualquer dos vícios previstos no artigo 1.022 do Código de Processo Civil de 2015, sem o que se torna inviável seu acolhimento.

Nesse sentido, já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça que:

"mesmo nos embargos de declaração com fim de prequestionamento, devem-se observar os lindes traçados no art. 535 do CPC (obscuridade, dúvida, contradição, omissão e, por construção pretoriana integrativa, a hipótese de erro material). Esse recurso não é meio hábil para o reexame da causa" (1ª Turma, ED em REsp. 13.843-0-SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo).

Sob outro aspecto, o juiz não está adstrito a examinar todas as normas legais trazidas pelas partes, bastando que, *in casu*, decline os fundamentos suficientes para lastrear sua decisão.

Nesse sentido, cumpre trazer à colação aresto transcrito por Theotonio Negrão in Código de processo civil e legislação processual em vigor, 30ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 566, *verbis*:

"O juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos (RTTJESP 115/207)".

Diante do exposto, REJEITO OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

É o voto.

EMENTA

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS REJEITADOS.

I - Os embargos de declaração se destinam a integrar pronunciamento judicial que contenha omissão, obscuridade, contradição ou erro material (artigo 1.022 do Novo Código de Processo Civil). Não se prestam à revisão da decisão, a não ser que a superação daqueles vícios produza esse efeito, denominado infringente. Não se verifica omissão/contradição alguma na espécie.

II - A atenta leitura do acórdão combatido, ao lado das razões trazidas pelo embargante evidencia, inquestionavelmente, que aquilo que se pretende rotular como obscuridade ou contradição ou omissão nada tem a ver com essas espécies de vício no julgado, valendo-se a parte dos presentes, portanto, para expressar sua irrisignação com as conclusões tiradas e preparando-se para a interposição de outros recursos mediante um rejuízo. Deseja, pois, em verdade, que os julgadores reanalisem as questões postas, proferindo nova decisão que lhe seja favorável. Insisto, a pretensa conclusão contrária ou em afronta àquela que, no ver da embargante, deveria ter sido alcançada, conforme os fundamentos expendidos, não caracteriza hipótese de obscuridade ou contradição ou omissão, segundo o exigido pelo legislador neste recurso impróprio. É o acórdão, claro, tendo-se nele apreciado e decidido todas as matérias em relação às quais estavam os julgadores obrigados a pronunciar-se, segundo seu convencimento.

III - Embargos de Declaração Rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, REJEITOU OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SECÇÃO DE SÃO PAULO
Advogado do(a) APELANTE: MARIANE LATORRE FRANCO LIMA - SP328983-A
APELADO: MOURA CAMPOS E FERNANDES LOPES SOCIEDADE DE ADVOGADOS
Advogado do(a) APELADO: RAFAEL DE MOURA CAMPOS - SP185942-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5003655-27.2019.4.03.6104
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SECÇÃO DE SÃO PAULO
Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRA BERTON SCHIAVINATO - SP231355-A
APELADO: MOURA CAMPOS E FERNANDES LOPES SOCIEDADE DE ADVOGADOS
Advogado do(a) APELADO: RAFAEL DE MOURA CAMPOS - SP185942-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação (ID 126831216) interposta pela ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, SECÇÃO DE SÃO PAULO – OAB/SP contra a r. sentença (ID 126831215) que declarou a inexigibilidade das contribuições anuais cobradas da sociedade de advogados apelada e determinou a restituição dos valores pagos a esse título desde a sua constituição.

Em suas razões recursais, sustenta, em síntese, que as contribuições cobradas não tem natureza tributária, sendo desnecessária sua instituição por meio de lei em sentido estrito.

Requer o provimento da apelação para que seja reformada a r. sentença, julgando-se improcedente o pedido. Subsidiariamente, requer que eventual restituição observe a prescrição quinquenal.

Com contrarrazões (ID 126831222), os autos subiram a esta E. Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5003655-27.2019.4.03.6104
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SECÇÃO DE SÃO PAULO
Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRA BERTON SCHIAVINATO - SP231355-A
APELADO: MOURA CAMPOS E FERNANDES LOPES SOCIEDADE DE ADVOGADOS
Advogado do(a) APELADO: RAFAEL DE MOURA CAMPOS - SP185942-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A questão devolvida a esta E. Corte diz respeito à cobrança, pela OAB/SP, de anuidades da sociedade de advogados.

A sociedade de advogados vem prevista no art. 15, §1º, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da OAB), nos seguintes termos: “Art. 15. Os advogados podem reunir-se em sociedade simples de prestação de serviços de advocacia ou constituir sociedade unipessoal de advocacia, na forma disciplinada nesta Lei e no regulamento geral. § 1º A sociedade de advogados e a sociedade unipessoal de advocacia adquirem personalidade jurídica com o registro aprovado dos seus atos constitutivos no Conselho Seccional da OAB em cuja base territorial tiver sede”.

A mesma Lei confere, em seu art. 46, competência à OAB para “fixar e cobrar, de seus inscritos, contribuições, preços de serviços e multas”.

Para que não haja confusão entre inscrição e registro, figuras distintas, o Capítulo III do referido texto legal trata exclusivamente da inscrição, fixando-a como exigência somente para o advogado (art. 8º) e para o estagiário (art. 9º).

Não pode a OAB instituir cobrança não prevista em lei. Ainda que possua natureza jurídica sui generis, submete-se ao ordenamento jurídico, em especial à Constituição Federal, que, em seu art. 5º, II, assegura que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Inexigível, portanto, por ausência de previsão legal, a cobrança de anuidade da sociedade de advogados. É nesse sentido o entendimento desta C. Turma, bem como o do STJ. *Verbis*:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DE SOCIEDADE DE ADVOGADOS INSTITUÍDA PELA OAB MEDIANTE RESOLUÇÃO. OBRIGAÇÃO NÃO PREVISTA EM LEI. INEXIGIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. Consolidada a jurisprudência no sentido da inexigibilidade da cobrança de anuidade para as sociedades de advogados inscritas na OAB, devido à completa ausência de previsão legal.
2. Agravo inominado desprovido.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 2096573 - 0001803-32.2014.4.03.6103, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 08/10/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/10/2015)

AÇÃO ORDINÁRIA - ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - INEXIGIBILIDADE DE CONTRIBUIÇÃO (ANUIDADE) EM RELAÇÃO À SOCIEDADE DE ADVOGADOS - EXAÇÃO QUE, SEGUNDO O SEU ESTATUTO, VOLTA-SE EXCLUSIVAMENTE ÀS PESSOAS FÍSICAS / NATURAIS (ADVOGADOS E ESTAGIÁRIOS DE DIREITO) - REPETIÇÃO DOS VALORES INDEVIDAMENTE RECOLHIDOS - IMPROVIMENTO À APELAÇÃO

1. Controverte-se, no particular em estudo, acerca da obrigatoriedade, ou não, de recolhimento de contribuições anuais por Sociedade de Advogados.
2. A celeuma instaurada gira em torno dos artigos 46 e 15, §1º, Estatuto da Advocacia.
3. Nos termos da límpida dicção do art. 46, a contribuição à OAB é exigível daqueles que possuem “inscrição” junto à entidade. A inscrição, por seu turno, é disciplinada pelos artigos 8º, 9º e 10, do mesmo Estatuto, dirigindo-se, clara e especificamente, aos Advogados e Estagiários Acadêmicos de Direito.
4. A figura do registro, prevista no citado artigo 15, § 1º, tem por escopo conferir personalidade jurídica à Sociedade de Advogados, razão pela qual não pode ser confundida com a inscrição.
5. Quisesse o Legislador permitir a cobrança de anuidades em face das Sociedades de Advogados, teria empregado terminologia idêntica em ambos os casos, impondo a tais Sociedades registro e inscrição perante a OAB, o que não ocorreu.
6. Tão grande é a diferença entre os Advogados e as Sociedades de Advocacia que o Regulamento Geral da OAB vedou a prática, por estas, de atos privativos da classe, consoante o seu artigo 42 : Art. 42. Podem ser praticados pela sociedade de advogados, com uso da razão social, os atos indispensáveis às suas finalidades, que não sejam privativos de advogado.

7. Inscrição e registro não constituem expressões sinônimas, haja vista que a Lei n. 8.906/94, ao empregá-las, fê-lo para tratar de situações juridicamente distintas, direcionadas a entes diversos, daí exsurgindo a conclusão de que a contribuição, proveniente da inscrição, só é cabível em face das pessoas físicas / naturais, não da Sociedade.

8. Acertada a r. sentença, ao firmar inexigível, em relação à Sociedade autoral, o pagamento de contribuições (anuidades) à OAB. Neste sentido, a pacífica jurisprudência do C. STJ e desta E. Corte. (Precedentes)

9. Ainda que se considere a peculiaridade da função exercida pela OAB, não há falar em poder discricionário / ilimitado da entidade para instituir, livremente, cobrança que a lei não a autorizou a exigir, relembrando-se que todos, independentemente de suas atribuições ou especificidades, vergam-se à legalidade, inciso II do art. 5º, Lei Maior.

10. Não socorre à parte recorrente o fato de tratar-se de entidade atípica, nem mesmo a natureza não tributária da contribuição perseguida.

11. Comprovado o recolhimento de contribuições à OAB a partir do ano seguinte ao de seu registro junto à entidade (1996), fls. 22 e 36/51, impositiva se revela a devolução dos valores não atingidos pela decadência repetitória, ressaltando-se que as nobres atividades subsidiadas pela Ordem não autorizam a retenção de cifras indevidamente vertidas, superior a tudo a principiológica vedação ao enriquecimento sem causa.

12. Quanto ao prazo a ser observado, recorde-se que a r. sentença fixou a decadência quinquenal, tal como perseguido pela apelante (fls. 216, último parágrafo), faltando-lhe, neste ponto, interesse recursal, o mesmo ocorrendo em relação aos juros compensatórios, não fixados pelo r. "decisum" atacado.

13. Escorreita a fixação dos juros moratórios a partir da citação, fulcro no art. 219, CPC, rememorando-se, uma vez mais, a natureza não tributária da contribuição em prisma, à luz da consolidada jurisprudência do STJ. (Precedente)

14. Improvimento à apelação.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1683440 - 0009943-74.2008.4.03.6100, Rel. JUIZ CONVOCADO SILVA NETO, julgado em 26/02/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/03/2015)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. COBRANÇA DE ANUIDADE OAB. SOCIEDADE DE ADVOGADOS. INEXIGIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. RECURSO DESPROVIDO.

1. Encontra-se consolidada a jurisprudência no sentido da inexigibilidade da cobrança de anuidade para as sociedades de advogados inscritas na OAB, devido à completa ausência de previsão legal.

2. A decisão agravada foi fartamente motivada, com exame de aspectos fáticos do caso concreto e aplicação da legislação específica e jurisprudência consolidada, sendo que o agravo inominado apenas reiterou o que havia sido antes deduzido, e já enfrentado e vencido no julgamento monocrático, não restando, portanto, espaço para a reforma postulada.

3. Recurso desprovido.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1969034 - 0004588-95.2013.4.03.6104, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 02/10/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/10/2014)

MANDADO DE SEGURANÇA. OAB/SP. ANUIDADE. SOCIEDADES CIVIS DE ADVOGADOS. LEI Nº 8.906/94. INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 01/95. ILEGALIDADE.

1. Cuida-se de apelação da Ordem dos Advogados do Brasil em face de sentença que concedeu a ordem em mandado de segurança, no qual se controverte a propósito da inexigibilidade de cobrança de anuidade de sociedade civil de advogados.

2. A matéria já está pacificada nos tribunais e não demanda maiores digressões, no sentido de que a cobrança de anuidade de sociedades civis de advogados atenta contra o princípio da legalidade, posto que a Lei nº 8.906/94 não a prevê.

3. Precedentes do C. STJ e das Cortes Regionais, inclusive nesta Terceira Turma (AMS 0002187-88.2011.4.03.6106, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MARCONDES).

4. Apelo da OAB/SP improvido, para manter a r. sentença.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS - APELAÇÃO CÍVEL - 338362 - 0013786-42.2011.4.03.6100, Rel. JUIZ CONVOCADO ROBERTO JEUKEN, julgado em 24/04/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/05/2014)

PROCESSO CIVIL - AGRAVO - ARTIGO 557, § 1º, DO CPC - MANDADO DE SEGURANÇA - SOCIEDADE DE ADVOGADOS - CONTRIBUIÇÃO À OAB - INEXIGIBILIDADE - OBRIGAÇÃO NÃO PREVISTA EM LEI.

I - De acordo como Supremo Tribunal Federal (ADI nº 3026/DF), a Ordem dos Advogados do Brasil não é uma entidade da Administração Pública Indireta, mas sim um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro. Conquanto não esteja vinculada à Administração e sua anuidade não seja considerada um tributo, não significa que não deva guardar respeito ao princípio geral da legalidade insculpido no artigo 5º, II, da Carta Magna.

II - A Lei nº 8.906/94 permite a possibilidade de cobrança de anuidade daqueles que são inscritos na OAB; as sociedades de advogados não são inscritas, mas apenas registradas na Ordem dos Advogados do Brasil, registro este cuja única finalidade é lhes atribuir personalidade jurídica (artigo 15, § 1º).

III - Instruções normativas não têm o condão de inovar o ordenamento jurídico.

IV - Precedentes.

V - Agravo improvido.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS - APELAÇÃO CÍVEL - 334502 - 0002187-88.2011.4.03.6106, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES, julgado em 02/08/2012, e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/08/2012)

..EMEN: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 535. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. ANUIDADE DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. INEXIGIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. ILEGALIDADE DA RESOLUÇÃO Nº 08/2000 DO CONSELHO SECCIONAL DA OAB/SC. 1. É entendimento sedimentado o de não haver omissão no acórdão que, com fundamentação suficiente, ainda que não exatamente a invocada pelas partes, decide de modo integral a controvérsia posta (EDcl no AgRg no Ag 492.969/RS, Min. Herman Benjamin, 2ª T., DJ 14.02.2007; AgRg no Ag 776.179/SP, Min. José Delgado, 1ª T., DJ 12.02.2007). 2. "A Lei 8.906/94 não prevê a cobrança de anuidade dos escritórios de advocacia, mas tão-somente de seus inscritos (advogados e estagiários). Essa conclusão decorre da interpretação sistemática e teleológica do Estatuto da Advocacia e da OAB, pois quando o legislador fez uso do substantivo inscrição ou do adjetivo inscrito(s), referiu-se, sempre, ao(s) sujeito(s) advogado e/ou estagiário, e não à sociedade civil (pessoa jurídica). Consequentemente, é ilegal a Resolução nº 08/2000, do Conselho Seccional da OAB/SC, que instituiu cobrança de anuidade dos escritórios de advocacia, porquanto obrigação não prevista em lei" (REsp 879339/SC, 1ª Turma, Min. Luiz Fux, DJ de 31.03.2008). 3. Recurso especial a que se nega provimento. ..EMEN:

(RESP 200400499429, TEORI ALBINO ZAVASCKI, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:03/11/2008 RT VOL..00880 PG:00148 ..DTPB:.)

..EMEN: RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DE SOCIEDADE DE ADVOGADOS INSTITUÍDA PELA OAB/SC MEDIANTE A RESOLUÇÃO 08/2000. ANUIDADE. NATUREZA JURÍDICA DA CONTRIBUIÇÃO DEVIDA À ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB). OBRIGAÇÃO NÃO PREVISTA EM LEI. INEXIGIBILIDADE. 1. O princípio da legalidade (CF/88, art. 5º, II) consubstancia garantia imanente ao Estado Democrático de Direito, e assegura que somente a lei, editada pelos órgãos legislativos competentes de acordo com o processo legislativo constitucional, pode criar direitos e obrigações. 2. O registro das sociedades civis de advocacia não se confunde com a inscrição de advogados e estagiários. A inscrição qualifica o advogado e o estagiário ao exercício da advocacia (Lei 8.906/94, arts. 3º, 8º e 9º); o registro apenas confere personalidade jurídica às sociedades civis de advogados (Lei 8.906/94, art. 15, § 1º), não lhes atribuindo legitimidade para, por si sós, desempenharem atividades privativas de advogados e estagiários regularmente inscritos (Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB, art. 42). 3. A Lei 8.906/94 não prevê a cobrança de anuidade dos escritórios de advocacia, mas tão-somente de seus inscritos (advogados e estagiários). Essa conclusão decorre da interpretação sistemática e teleológica do Estatuto da Advocacia e da OAB, pois quando o legislador fez uso do substantivo inscrição ou do adjetivo inscrito(s), referiu-se, sempre, ao(s) sujeito(s) advogado e/ou estagiário, e não à sociedade civil (pessoa jurídica). 4. Consequentemente, é ilegal a Resolução nº 08/2000, do Conselho Seccional da OAB/SC, que instituiu cobrança de anuidade dos escritórios de advocacia, porquanto obrigação não prevista em lei. 5. À luz da Lei n. 8.906/94 não compete ao Conselho Seccional da OAB/SC editar resolução para instituir a cobrança de anuidade das sociedades de advogados. Precedentes: REsp 793.201/SC, DJ 26.10.2006; REsp 882.830/SC, DJ 30.03.2007. 6. O princípio constitucional da reserva de lei formal traduz limitação ao exercício das atividades administrativas e jurisdicionais do Estado. A reserva de lei - analisada sob tal perspectiva - constitui postulado revestido de função excludente, de caráter negativo, pois veda, nas matérias a ela sujeitas, quaisquer intervenções normativas, a título primário, de órgãos estatais não-legislativos. Essa cláusula constitucional, por sua vez, projeta-se em uma dimensão positiva, eis que a sua incidência reforça o princípio, que, fundado na autoridade da Constituição, impõe, à administração e à jurisdição, a necessária submissão aos comandos estatais emanados, exclusivamente, do legislador (ADI 2.075/MC, Plenário, DJU 27.6.2003 - Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal) 7. O registro do ato constitutivo produz efeito legal específico (confere personalidade jurídica à sociedade de advogados), e não se confunde com a inscrição de advogados e estagiários, porquanto conceitos jurídicos distintos, nos termos da Lei n. 8.906/94 e do Regulamento Geral, vez que, o mero registro não atribui legitimidade à sociedade simples para, por si só, realizar atos privativos de advogado, nos termos do art. 42 do Regulamento Geral, que dispõe: "Podem ser praticados pela sociedade de advogados, com uso da razão social, os atos indispensáveis às suas finalidades, que não sejam privativos de advogado." 8. É vedada qualquer interpretação no sentido de estender à sociedade obrigação de recolhimento de anuidade que a lei impôs apenas aos advogados e estagiários regularmente inscritos nos quadros da OAB. 9. Recurso Especial desprovido. ..EMEN:

(RESP 200601862958, LUIZ FUX, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:31/03/2008 ..DTPB:.)

Quanto à restituição dos valores indevidamente pagos, verifica-se que de fato deve ser respeitado o prazo prescricional quinquenal, tese com a qual concorda a parte apelada, que junta em contrarrazões documento que demonstra que a constituição da sociedade ocorreu em 06/08/2015. Uma vez que a ação foi proposta em 07/05/2019, porém, ausente o interesse de agir em relação a esse pedido específico, de que deixo, portanto, de conhecer.

Ante o exposto, CONHEÇO EM PARTE da apelação e, na parte conhecida, NEGOU-LHE PROVIMENTO.

É o voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. TRIBUTÁRIO. OAB/SP. COBRANÇA DE ANUIDADE DA SOCIEDADE DE ADVOGADOS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. RESTITUIÇÃO DOS VALORES INDEVIDAMENTE PAGOS. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. APELAÇÃO CONHECIDA EM PARTE E, NESTA, DESPROVIDA.

1. A questão devolvida a esta E. Corte diz respeito à cobrança, pela OAB/SP, de anuidades da sociedade de advogados.

2. A sociedade de advogados vem prevista no art. 15, §1º, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da OAB), nos seguintes termos: "Art. 15. Os advogados podem reunir-se em sociedade simples de prestação de serviços de advocacia ou constituir sociedade unipessoal de advocacia, na forma disciplinada nesta Lei e no regulamento geral. § 1º A sociedade de advogados e a sociedade unipessoal de advocacia adquirem personalidade jurídica com o registro aprovado dos seus atos constitutivos no Conselho Seccional da OAB em cuja base territorial tiver sede".

3. A mesma Lei confere, em seu art. 46, competência à OAB para “fixar e cobrar, de seus inscritos, contribuições, preços de serviços e multas”.

4. Para que não haja confusão entre inscrição e registro, figuras distintas, o Capítulo III do referido texto legal trata exclusivamente da inscrição, fixando-a como exigência somente para o advogado (art. 8º) e para o estagiário (art. 9º).

5. Não pode a OAB instituir cobrança não prevista em lei. Ainda que possua natureza jurídica sui generis, submete-se ao ordenamento jurídico, em especial à Constituição Federal, que, em seu art. 5º, II, assegura que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

6. Inexigível, portanto, por ausência de previsão legal, a cobrança de anuidade da sociedade de advogados. Precedentes (RESP 200400499429, TEORI ALBINO ZAVASCKI, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:03/11/2008 RT VOL.:00880 PG:00148 ..DTPB.: / RESP 200601862958, LUIZ FUX, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:31/03/2008 ..DTPB.: / TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 2096573 - 0001803-32.2014.4.03.6103, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 08/10/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/10/2015 / TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1683440 - 0009943-74.2008.4.03.6100, Rel. JUIZ CONVOCADO SILVA NETO, julgado em 26/02/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/03/2015 / TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1969034 - 0004588-95.2013.4.03.6104, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 02/10/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/10/2014 / TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS - APELAÇÃO CÍVEL - 338362 - 0013786-42.2011.4.03.6100, Rel. JUIZ CONVOCADO ROBERTO JEUKEN, julgado em 24/04/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/05/2014 / TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS - APELAÇÃO CÍVEL - 334502 - 0002187-88.2011.4.03.6106, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES, julgado em 02/08/2012, e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/08/2012).

7. Quanto à restituição dos valores indevidamente pagos, verifica-se que de fato deve ser respeitado o prazo prescricional quinquenal, tese com a qual concorda a parte apelada, que junta em contrarrazões documento que demonstra que a constituição da sociedade ocorreu em 06/08/2015. Uma vez que a ação foi proposta em 07/05/2019, porém, ausente o interesse de agir em relação a esse pedido específico, de que se deixa, portanto, de conhecer.

8. Apelação conhecida em parte e, nesta, desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, CONHECEU EM PARTE da apelação e, na parte conhecida, NEGOU-LHE PROVIMENTO, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5024142-94.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: PATRIZZI & FERNANDES INDUSTRIA E COMERCIO LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: LINCOLN JAYMES LOTSCH - SP276318-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5024142-94.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: PATRIZZI & FERNANDES INDUSTRIA E COMERCIO LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: LINCOLN JAYMES LOTSCH - SP276318-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos por Patrizzi & Fernandes Indústria e Comércio Ltda. em face de acórdão que negou provimento a agravo de instrumento, que objetivava a concessão de efeito suspensivo a embargos do devedor.

Sustenta que a decisão colegiada apresenta contradição, pois aplicou o CPC na definição dos efeitos dos embargos à execução fiscal, mesmo diante da presença de lei especial sobre a matéria.

Argumenta que, para qualquer ordenamento jurídico racional e lógico, a lei especial se sobrepõe à geral, de modo que a simples oferta dos embargos do devedor, nos termos da Lei n. 6.830 de 1980, é suficiente para suspender a execução fiscal.

Alega também que o órgão julgador se contradisse na análise do perigo da demora. Explica que os equipamentos penhorados condicionam o funcionamento da empresa, justificando a suspensão do processo executivo até o julgamento dos embargos do devedor.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5024142-94.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: PATRIZZI & FERNANDES INDUSTRIA E COMERCIO LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: LINCOLN JAYMES LOTSCH - SP276318-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Os embargos de declaração se destinam a integrar pronunciamento judicial que contenha omissão, obscuridade, contradição ou erro material (artigo 1.022 do Código de Processo Civil). Não se prestam à revisão da decisão, a não ser que a superação daqueles vícios produza esse efeito, denominado infrigente.

O acórdão abordou coerentemente todos os itens essenciais à resolução da controvérsia.

Ponderou que a suspensão da execução fiscal pela simples oferta de embargos do devedor fere a noção de sistema jurídico, de ordenamento lógico e racional. Explicou que o CPC, enquanto norma voltada a interesses privados, passou a exigir requisitos adicionais para a suspensão do processo executivo, devendo ser aplicado a procedimentos privilegiados de alguns credores, como a execução fiscal.

Considerou que a interpretação sistemática, a Teoria do Diálogo das Fontes e a jurisprudência do STJ servem de fundamento para a sobreposição excepcional de norma geral sobre lei especial, com a inviabilidade de paralisação do processo executivo pela mera oposição de embargos.

Acrescentou que, segundo essa exegese, inexistente fundamentação relevante nos embargos de Patrizzi & Fernandes Indústria e Comércio Ltda., pois nenhuma das argumentações feitas é hábil a extinguir a execução fiscal – haveria simples excesso de execução, cujo acolhimento não evitaria a expropriação dos equipamentos penhorados, de modo a tornar contraproducente a paralisação do processo executivo.

Diferentemente do que argumentou a embargante, em nenhum momento o órgão julgador negou a ocorrência do perigo da demora; esclareceu apenas que a suspensão da execução fiscal não teria cabimento em função da baixa abrangência dos embargos do devedor e da inevitável expropriação dos bens penhorados mesmo após o julgamento favorável deles.

Observa-se, pelo relatório dos embargos e pela descrição dos fundamentos do acórdão, que Patrizzi & Fernandes Indústria e Comércio Ltda. pretende claramente rediscutir a solução dada à controvérsia, mediante o artifício da contradição, ultrapassando os limites do simples esclarecimento. Para esse propósito, deve se valer do recurso apropriado.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. EFEITOS INFRINGENTES. RECURSO DESPROVIDO.

I. O acórdão abordou coerentemente todos os itens essenciais à resolução da controvérsia.

II. Ponderou que a suspensão da execução fiscal pela simples oferta de embargos do devedor fere a noção de sistema jurídico, de ordenamento lógico e racional. Explicou que o CPC, enquanto norma voltada a interesses privados, passou a exigir requisitos adicionais para a suspensão do processo executivo, devendo ser aplicado a procedimentos privilegiados de alguns credores, como a execução fiscal.

III. Considerou que a interpretação sistemática, a Teoria do Diálogo das Fontes e a jurisprudência do STJ servem de fundamento para a sobreposição excepcional de norma geral sobre lei especial, com a inviabilidade de paralisação do processo executivo pela mera oposição de embargos.

IV. Acrescentou que, segundo essa exegese, inexistente fundamentação relevante nos embargos de Patrizzi & Fernandes Indústria e Comércio Ltda., pois nenhuma das argumentações feitas é hábil a extinguir a execução fiscal – haveria simples excesso de execução, cujo acolhimento não evitaria a expropriação dos equipamentos penhorados, de modo a tornar contraproducente a paralisação do processo executivo.

V. Diferentemente do que argumentou a embargante, em nenhum momento o órgão julgador negou a ocorrência do perigo da demora; esclareceu apenas que a suspensão da execução fiscal não teria cabimento em função da baixa abrangência dos embargos do devedor e da inevitável expropriação dos bens penhorados mesmo após o julgamento favorável deles.

VI. Observa-se, pelo relatório dos embargos e pela descrição dos fundamentos do acórdão, que Patrizzi & Fernandes Indústria e Comércio Ltda. pretende claramente rediscutir a solução dada à controvérsia, mediante o artifício da contradição, ultrapassando os limites do simples esclarecimento. Para esse propósito, deve se valer do recurso apropriado.

VII. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0036111-51.2014.4.03.6182
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: PLASTICOS MUELLER S/A IND E COM
Advogados do(a) APELANTE: GABRIEL NEDER DE DONATO - SP273119-A, MILTON FONTES - SP132617-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0036111-51.2014.4.03.6182
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: PLASTICOS MUELLER S/A IND E COM
Advogados do(a) APELANTE: GABRIEL NEDER DE DONATO - SP273119-A, MILTON FONTES - SP132617-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos pela *PLÁSTICOS MUELLER S/A* em face da decisão de fls. 669/673 que negou provimento ao seu recurso de apelação.

Aduz a embargante, em síntese, que o acórdão foi omisso em relação ao Tema 987/STJ e quanto ao disposto nos artigos 927, §4º e 928, I e II, todos do CPC. Alega que a decisão proferida no REsp nº 1.694.261/SP estabeleceu a suspensão do processamento de todos os processos pendentes que versem sobre a prática de atos constitutivos em face de empresa em recuperação judicial, em sede de execução fiscal. Com relação ao mérito, alega que o acórdão limitou-se a fundamentar o desprovimento conforme a sentença, omitindo a análise dos arts. 485, §1º, IV, 783 e 786 do CPC, arts. 142 e 145 do CTN e art. 5º, LIV, LV da CF que podem influenciar diretamente no resultado. Prequestiona os arts. 485, §1º, IV; art. 783 e 786 do CPC, arts. 142 e 145 do CTN e arts. 5º, LIV e LV da CF e, considerando, ainda, o art. 1.025 do CPC.

Ciente, a Procuradoria da Fazenda Nacional não se manifestou (fl. 687).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0036111-51.2014.4.03.6182
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: PLASTICOS MUELLER S/A INDE COM
Advogados do(a) APELANTE: GABRIEL NEDER DE DONATO - SP273119-A, MILTON FONTES - SP132617-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Os embargos de declaração, a teor do art. 1.022 do CPC/2015, não são o meio próprio ao reexame da causa, devendo limitar-se ao esclarecimento de obscuridade, contradição, omissão ou à existência de erro material no julgado.

A mera leitura do r. julgado embargado revela que todos os temas expostos nas razões de apelação foram integralmente debatidos no âmbito desta e. Turma julgadora.

O tema nº 987 do STJ trata sobre a possibilidade da prática de atos constitutivos em face da empresa em recuperação judicial, em sede de execução fiscal de dívida tributária e não tributária. Foi determinada a suspensão nacional de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos sobre a questão (art. 1.037, II, CPC). Contudo, a suspensão do feito não é aplicável nesta fase processual, pois o Tribunal não é o juízo universal que exerce o controle sobre os atos de constrição ou expropriação patrimonial.

Confira-se:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL E RECUPERAÇÃO JUDICIAL. COMPATIBILIZAÇÃO DAS REGRAS E PRINCÍPIOS. CONTINUIDADE DA EXECUÇÃO FISCAL. ATOS DE CONSTRIÇÃO JUDICIAL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EDIÇÃO DA LEI N. 13.043, DE 13.11.2014. PARCELAMENTO DE CRÉDITOS DE EMPRESA EM RECUPERAÇÃO.

1. A execução fiscal não se suspende com o deferimento da recuperação judicial; todavia, fica definida a competência do Juízo universal para dar seguimento aos atos constitutivos ou de alienação.

2. "No que diz respeito à Lei n.º 13.043/2014, que acrescentou o art. 10-A à Lei n.º 10.522/2002, possibilitando o parcelamento de crédito de empresas em recuperação, a Segunda Seção decidiu que a edição da referida legislação não repercuta na jurisprudência desta Corte Superior a respeito da competência do juízo da recuperação, sob pena de afrontar o princípio da preservação da empresa. Precedentes da Segunda Seção" (EDcl no AgRg no CC n. 137.520/SP, relator Ministro Marco Buzzi, Segunda Seção, DJe de 1º/3/2016).

3. Agravo interno desprovido.

(AgInt no CC 140.021/MT, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/08/2016, DJe 22/08/2016) grifamos

Por certo, a prática de atos de execução do patrimônio da sociedade recuperanda é direcionada ao juízo universal, a quem compete praticar as medidas de constrição em face de empresa em recuperação judicial em sede de execução fiscal.

Encontra-se pacificada a jurisprudência de que não está o julgador obrigado a se manifestar ou rebater, um por um, cada argumento invocado pelas partes para sustentar suas razões se, como foi o caso, por outros elementos, emitir juízo fundamentado e suficiente para dirimir o litígio.

A aplicação do direito ao caso, ainda que por meio de solução jurídica diversa da requerida por um dos litigantes, não induz negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

Ante o exposto, devem ser rejeitados os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SOBRESTAMENTO DO FEITO. TEMA 987/STJ. ATOS DE CONSTRIÇÃO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

- 1 - Os embargos de declaração, a teor do art. 1.022 do CPC/2015, não são o meio próprio ao reexame da causa, devendo limitar-se ao esclarecimento de obscuridade, contradição, omissão ou à existência de erro material no julgado.
- 2 - A mera leitura do r. julgado embargado revela que todos os temas expostos nas razões de apelação foram integralmente debatidos no âmbito desta e. Turma julgadora.
- 3 - O tema nº 987 do STJ trata sobre a possibilidade da prática de atos constritivos em face da empresa em recuperação judicial, em sede de execução fiscal de dívida tributária e não tributária. Foi determinada a suspensão nacional de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos sobre a questão (art. 1.037, II, CPC). Contudo, a suspensão do feito não é aplicável nesta fase processual, pois o Tribunal não é o juízo universal que exerce o controle sobre os atos de constrição ou expropriação patrimonial.
- 4 - Por certo, a prática de atos de execução do patrimônio da sociedade recuperanda é direcionada ao juízo universal, a quem compete praticar as medidas de constrição em face de empresa em recuperação judicial em sede de execução fiscal.
- 5 - Embargos de declaração desprovidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5020154-65.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: MUNICIPIO DE SAO CARLOS

Advogado do(a) AGRAVANTE: IVY DE ASSIS SILVA - SP312946

AGRAVADO: ANTONIO CARLOS JOAO

Advogado do(a) AGRAVADO: ANA LAURA GONZALES PEDRINO BELASCO - SP149624-A

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5020154-65.2019.4.03.0000

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 23/06/2020 1403/4253

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: MUNICIPIO DE SAO CARLOS
Advogado do(a) AGRAVANTE: IVY DE ASSIS SILVA - SP312946
AGRAVADO: ANTONIO CARLOS JOAO
Advogado do(a) AGRAVADO: ANA LAURA GONZALES PEDRINO BELASCO - SP149624-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento à decisão que, em execução fiscal, determinou que a Fazenda Municipal de São Carlos formalizasse penhora no rosto dos autos, sob pena de liberação do saldo remanescente da arrematação em favor do terceiro.

Alegou que: (1) a Fazenda Municipal é credora dos executados Marcos Aurélio Ruggiero e Antônio Carlos João, referente a IPTU incidente sobre o imóvel de matrícula 8.943, sendo estes devedores solidários pelo total da dívida; e (2) requereu a reserva do valor do saldo do executado para satisfação dos créditos municipais, sendo que, diante da habilitação anterior dos seus créditos, é desnecessária a penhora no rosto dos autos, pois o artigo 130, CTN, resguarda o direito pleiteado, sem necessidade de quaisquer outras formalidades.

Foi deferida parcialmente a antecipação da tutela recursal apenas para sobrestar o levantamento do saldo remanescente do depósito judicial relativo à arrematação (ID 89108088).

Não houve contraminuta do agravado.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5020154-65.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: MUNICIPIO DE SAO CARLOS

Advogado do(a) AGRAVANTE: IVY DE ASSIS SILVA - SP312946

AGRAVADO: ANTONIO CARLOS JOAO

Advogado do(a) AGRAVADO: ANA LAURA GONZALES PEDRINO BELASCO - SP149624-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, a decisão impugnada determinou ao Município de São Carlos a formalização da penhora no rosto dos autos para que sejam reservados, do saldo remanescente da arrematação de imóvel na execução fiscal, valores para quitação de crédito tributário de IPTU de que são devedores os executados (ID 87703195, f. 115/6).

A Fazenda Pública municipal, além da exiguidade do tempo concedido, de apenas três dias, alegou que o artigo 130, do CTN, não requer tal formalidade.

Confira-se o teor do dispositivo legal:

“Art. 130. Os créditos tributários relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis, e bem assim os relativos a taxas pela prestação de serviços referentes a tais bens, ou a contribuições de melhoria, subrogam-se na pessoa dos respectivos adquirentes, salvo quando conste do título a prova de sua quitação.”

***Parágrafo único. No caso de arrematação em hasta pública, a sub-rogação ocorre sobre o respectivo preço.*”**

Embora a Fazenda Pública tenha direitos creditórios advindos da arrematação judicial, recaindo sobre o preço, devem ser observados os procedimentos necessários para assegurar a constrição do respectivo valor, pois assim determina o artigo 860 do CPC, nos seguintes termos:

*“Art. 860. Quando o direito estiver sendo pleiteado em juízo, a penhora que recair sobre ele **será averbada, com destaque, nos autos pertinentes ao direito** e na ação correspondente à penhora, a fim de que esta seja efetivada nos bens que forem adjudicados ou que vierem a caber ao executado.*”

Neste contexto, participando da lide como terceiro interveniente, necessária a formalização de penhora no rosto dos autos para perfectibilização da reserva de valor de que é credora, bem como para a observância da ordem de preferência legal a recair sobre o produto da arrematação, em consonância com os artigos 187, parágrafo único, do CTN, c/c 29, parágrafo único, da Lei 6.830/1980.

Reconhecida a exiguidade do prazo concedido na decisão que antecipou a tutela nesta instância, o que se ratifica integralmente, deve o Juízo recorrido assinar prazo razoável para que o agravante proceda à penhora no rosto dos autos, mantendo-se o valor bloqueado nos autos, no referido lapso temporal.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. ARREMATÇÃO. SALDO EM FAVOR DO EXECUTADO. PENHORA NO ROSTO DOS AUTOS. FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL. NECESSIDADE. ORDEM DE PREFERÊNCIAS.

1. Embora a Fazenda Pública tenha direitos creditórios advindos da arrematação judicial, recaindo sobre o preço, nos termos do artigo 130, do CTN, devem ser observados os procedimentos necessários para assegurar a constrição do respectivo valor, pois assim determina o artigo 860 do CPC.
2. Necessária a formalização de penhora no rosto dos autos para perfectibilização da reserva de valor de que é credora, bem como para a observância da ordem de preferência a recair sobre o produto da arrematação, em consonância com os artigos 187, parágrafo único, do CTN, e 29, parágrafo único da Lei 6.830/1980.
3. Reconhecida a exiguidade do prazo concedido, deve o Juízo recorrido assinar prazo razoável para que o agravante proceda à penhora no rosto dos autos, mantendo-se o valor bloqueado nos autos, no referido lapso temporal.
4. Agravo de instrumento parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5003473-53.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: SCHNEIDER ELECTRIC BRASIL LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: FABIANA DE ALMEIDA COELHO - SP202903-A, HERMES HENRIQUE OLIVEIRA PEREIRA - SP225456-A, CRISTIANE CAMPOS MORATA - SP194981-A, MARILIA MARCONDES PIEDADE - SP324782-A, LILIAN BARK LIU - SP360572-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, SCHNEIDER ELECTRIC BRASIL LTDA

Advogados do(a) APELADO: MARILIA MARCONDES PIEDADE - SP324782-A, CRISTIANE CAMPOS MORATA - SP194981-A, FABIANA DE ALMEIDA COELHO - SP202903-A, HERMES HENRIQUE OLIVEIRA PEREIRA - SP225456-A, LILIAN BARK LIU - SP360572-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5003473-53.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: SCHNEIDER ELECTRIC BRASIL LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: FABIANA DE ALMEIDA COELHO - SP202903-A, HERMES HENRIQUE OLIVEIRA PEREIRA - SP225456-A, CRISTIANE CAMPOS MORATA - SP194981-A, MARILIA MARCONDES PIEDADE - SP324782-A, LILIAN BARK LIU - SP360572-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, SCHNEIDER ELECTRIC BRASIL LTDA

Advogados do(a) APELADO: MARILIA MARCONDES PIEDADE - SP324782-A, CRISTIANE CAMPOS MORATA - SP194981-A, FABIANA DE ALMEIDA COELHO - SP202903-A, HERMES HENRIQUE OLIVEIRA PEREIRA - SP225456-A, LILIAN BARK LIU - SP360572-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração em face de acórdão assim ementado:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS/ISS. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. INDÉBITO FISCAL. COMPENSAÇÃO.

1. Preliminarmente não se conhece do apelo fazendário, no que pleiteou a impossibilidade da restituição administrativa no mandado de segurança, e a aplicação do artigo 170-A do CTN e da taxa SELIC, pois assim já decidiu a sentença, inexistindo, portanto, sucumbência.

2. Ainda antes do mérito, cabe rejeitar o pedido de suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior, o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior.

3. No mérito, a questão da inclusão de imposto na base de cálculo do PIS/COFINS com vulneração da matriz constitucional que prevê a respectiva incidência sobre faturamento ou receita na dicção atualizado do artigo 195, I, b, da Constituição Federal, foi resolvida, pela Suprema Corte no RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, frente ao ICMS. A interpretação constitucional quanto à exclusão do ICMS da base de cálculo de tais contribuições é extensiva, por identidade de razão jurídico-constitucional, à pretensão formulada em face do ISS, ainda que pendente o julgamento do RE 592.616. Isso porque a centralidade da tese jurídica fixada pela Suprema Corte serve tanto para o imposto estadual como municipal. A resolução da questão encontra-se menos colocada na peculiaridade própria do tributo estadual do que na centralidade substancial de que a materialidade constitucionalmente definida sobre a qual pode incidir a cobrança de tais contribuições sociais não comporta a inserção de valores de impostos que não expressem o faturamento do contribuinte. É importante registrar, inclusive, que o ICMS alcança não apenas operações relativas à circulação de mercadorias, mas também prestações de serviço como os de transportes interestadual e intermunicipal, e de comunicação. Não teria sentido, portanto, incluir outros serviços, que são próprios do ISS, na base de cálculo de tais contribuições, quando já definida solução contrária ao Fisco no âmbito do ICMS. Existe, pois, simetria sistêmica que, considerada a centralidade da controvérsia resolvida no RE 574.706, não permite seja concebida, desde logo, interpretação ou solução distintas das definidas no relevante precedente. Certo que ao Excelso Pretório compete estabelecer a exegese definitiva também no tocante à inclusão do ISS na base de cálculo de tais contribuições, porém disto não resulta que caiba, desde logo, negar eficácia ao precedente firmado no exame do ICMS em favor de orientação contrária.

4. A pretensão em causa não envolve a dedução de parcela legalmente prevista, daí porque impertinente o argumento de que é taxativo o rol de exclusões constante do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 - com as alterações da Lei 12.973/2014, cujo advento, conforme já decidiu esta Corte, "não promoveu modificação legislativa relevante para a espécie, na medida em que não alterou o conceito da base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS" (EI 0029413-91.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 17/11/2017) - e § 3º dos artigos 1º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003. A tese do contribuinte é a de que a inclusão do imposto na base de cálculo de tais contribuições viola incidência constitucionalmente delimitada, exigindo, assim, decisão judicial no sentido de definir a base de cálculo compatível com o parâmetro constitucional.

5. Quanto ao disposto no § 6º do artigo 150 da Constituição Federal, é inquestionável que serve de norma-parâmetro para a delimitação da atuação funcional do legislador e administrador; alertando que cabe somente ao Parlamento, não ao Executivo, definir, em caráter normativo, geral e abstrato, por exemplo, "redução de base de cálculo". Tal norma e, na mesma linha, ainda o artigo 97, VI, do Código Tributário Nacional, não excluem, por evidente, a competência constitucional do Judiciário de declarar inconstitucionalidade da lei, no que fixada incidência ou não prevista exclusão exigida à luz do parâmetro constitucional, única leitura constitucional possível para que seja respeitada a própria cláusula pétrea da separação dos Poderes, consagrada nos artigos 2º e 60, §4º, III, da Constituição Federal.

6. A regra de interpretação legal das normas tributárias (artigo 111, I, CTN) tem atuação adstrita ao campo do direito infraconstitucional. Não pode ser levada em consideração no controle de constitucionalidade para efeito de coibir a função de interpretação da Constituição Federal dada e conferida ao Poder Judiciário. Ao contrário do preconizado pela PFN, o que cabe prestigiar no regime de Estado de Direito é a lição de que se deve interpretar a lei segundo a Constituição e, não, a Constituição segundo a lei.

7. A alegação de que o cálculo do PIS/COFINS com exclusão do imposto destinado ao erário contradiz a incidência, reconhecidamente válida, sobre outros custos, encargos ou despesas destinados a terceiros (como elencado nos autos, por exemplo: empregados, companhia de energia elétrica, FGTS, fornecedores, empresas contratadas para prestação de serviços, entes estatais) não é verdadeira e nem aceitável sem análise da natureza jurídica de cada parcela discutida na formação da base de cálculo de tais contribuições. Por ora, o que assentou, suficientemente, a Suprema Corte para o exame do caso foi a inexigibilidade de imposto integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, seja o ICMS, seja o próprio ISS, quanto a este em juízo derivado diretamente da mesma lógica de fundamentação constitucional, conforme já exposto.

8. Reconhecido o indébito fiscal, na forma acima especificada, os critérios para exercício do direito à compensação, na via administrativa mediante procedimento específico, inclusive com a própria comprovação e liquidação de valores indevidos a serem compensados, são os definidos nos artigos 168 (prescrição quinquenal) e 170-A (trânsito em julgado), ambos do Código Tributário Nacional; artigo 74 da Lei 9.430/1996 e demais textos legais de regência, incluindo o artigo 26-A da Lei 11.457/2007 na redação da Lei 13.670/2018, desde que vigente o regime legal respectivo ao tempo da propositura da ação, pois este o critério determinante na jurisprudência consolidada, ainda que posteriormente alterada a legislação; e artigo 39, § 4º da Lei 9.250/1995 (incidência exclusiva da Taxa SELIC).

9. Quanto à exclusão do ISS da base de cálculo do PIS/COFINS somente a partir de 15/03/2017, somente poderia prevalecer se assim definida pela Suprema Corte a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, o que ainda não ocorreu, razão pela qual prematura a adoção de tal critério, sem embargo da aplicação oportuna da deliberação que vier a ser adotada pela superior instância. A inexigibilidade fiscal deve ser admitida dentro do período quinquenal anterior à propositura da presente demanda, dentro da qual viável a compensação do indébito fiscal.

10. Apelação fazendária conhecida em parte, e nesta extensão, desprovida, e apelação do contribuinte e remessa oficial parcialmente providas."

Alegou-se omissão do julgado, inclusive para fins de pré-questionamento, pois: (1) os artigos 489, § 1º, IV a VI, 525, §13, 927, § 3º, do CPC e 27 da Lei 9.868/1999 revelam que a solução mais prudente para garantir coerência e estabilidade exige o sobrestamento do feito até o exame dos embargos de declaração no RE 574.706 e o trânsito em julgado respectivo, em razão da discussão de pontos relevantes, como a eventual modulação dos efeitos da inconstitucionalidade, evitando rescisórias e a aplicação imediata do precedente em casos apenas correlatos, como o da espécie, aduzindo que os artigos 1.036, 1.039 e 1.040, CPC, presumem o trânsito em julgado da decisão nos recursos afetados, o que ainda não houve, remanescendo dúvidas a serem resolvidas somente com o julgamento dos embargos de declaração e (2) o artigo 156, III, CF e as disposições da LC 116/2003 deixam claro que o contribuinte do ISS é o prestador de serviço, e que o imposto é incluído no preço do serviço, não impondo a obrigação do repasse do ISS, sendo meramente econômica a transferência entre tomador e prestador, de modo a impedir a aplicação da solução dada em relação ao ICMS no julgamento do Tema 69 em repercussão geral.

Apresento o feito em mesa para julgamento (artigo 1.024, § 1º, CPC).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5003473-53.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: SCHNEIDER ELECTRIC BRASIL LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: FABIANA DE ALMEIDA COELHO - SP202903-A, HERMES HENRIQUE OLIVEIRA PEREIRA - SP225456-A, CRISTIANE CAMPOS MORATA - SP194981-A, MARILIA MARCONDES PIEDADE - SP324782-A, LILIAN BARK LIU - SP360572-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, SCHNEIDER ELECTRIC BRASIL LTDA

Advogados do(a) APELADO: MARILIA MARCONDES PIEDADE - SP324782-A, CRISTIANE CAMPOS MORATA - SP194981-A, FABIANA DE ALMEIDA COELHO - SP202903-A, HERMES HENRIQUE OLIVEIRA PEREIRA - SP225456-A, LILIAN BARK LIU - SP360572-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, são manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

As alegações não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.

Com efeito, constou do acórdão embargado, quanto ao sobrestamento do feito diante da pendência dos embargos de declaração no RE 574.706, a rejeição expressa da pretensão nos seguintes termos:

"Ainda antes do mérito, cabe rejeitar o pedido de suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior, o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior."

Ao contrário do alegado, os preceitos legais reputados omitidos no julgamento sequer foram devolvidos ao exame da Turma na apelação interposta, que formulou pedido genérico para sobrestamento do feito sem sequer apontar fundamentação legal. Seja como for, evidencia-se que a interpretação das normas, somente agora levantadas, não revelam omissão do julgado, em que se destacou que cabe à Suprema Corte atribuir efeito suspensivo tanto na admissão da repercussão geral como na eventual pendência de embargos de declaração.

Por mais relevantes que eventualmente possam ser as dúvidas e questionamentos que foram suscitados nos embargos de declaração, não cabe a este Tribunal paralisar o andamento dos processos para reputar omissos, contraditórios ou obscuros o acórdão da Suprema Corte, externando concordância com a embargante, e deixar de prestar a jurisdição, se inexistente, como constou do aresto recorrido, previsão legal e decisão judicial da Corte Superior competente na qual tramita o recurso para solução da controvérsia constitucional.

Logo, não se trata de reconhecer omissão no acórdão embargado, mas de destacar que se, como alegado, o prosseguimento do feito violou as normas apontadas (artigos 489, § 1º, IV a VI, 525, §13, 927, III e § 3º, 1.035, § 5º, 1.036, 1.039, 1.040, CPC; e 27 da Lei 9.868/1999), cabe discutir, na instância superior competente, o eventual *error in iudicando*, e não pleitear a reforma do julgado, por inconformismo, em sede de embargos de declaração.

Quanto ao mérito, tampouco houve omissão no julgamento, tendo sido fundamentado o acórdão embargado nos seguintes termos:

"No mérito, a questão da inclusão de imposto na base de cálculo do PIS/COFINS com vulneração da matriz constitucional que prevê a respectiva incidência sobre faturamento ou receita na dicção atualizado do artigo 195, I, b, da Constituição Federal, foi resolvida, pela Suprema Corte no RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS.

(...)

A interpretação constitucional quanto à exclusão do ICMS da base de cálculo de tais contribuições é extensiva, por identidade de razão jurídico-constitucional, à pretensão formulada em face do ISS, ainda que pendente o julgamento do RE 592.616. Isso porque a centralidade da tese jurídica fixada pela Suprema Corte serve tanto para o imposto estadual como municipal. A resolução da questão encontra-se menos colocada na peculiaridade própria do tributo estadual do que na centralidade substancial de que a materialidade constitucionalmente definida sobre a qual pode incidir a cobrança de tais contribuições sociais não comporta a inserção de valores de impostos que não expressem o faturamento do contribuinte.

É importante registrar, inclusive, que o ICMS alcança não apenas operações relativas à circulação de mercadorias, mas também prestações de serviço como os de transportes interestadual e intermunicipal, e de comunicação. Não teria sentido, portanto, incluir outros serviços, que são próprios do ISS, na base de cálculo de tais contribuições, quando já definida solução contrária ao Fisco no âmbito do ICMS. Existe, pois, simetria sistêmica que, considerada a centralidade da controvérsia resolvida no RE 574.706, não permite seja concebida, desde logo, interpretação ou solução distintas das definidas no relevante precedente. Certo que ao Excelso Pretório compete estabelecer a exegese definitiva também no tocante à inclusão do ISS na base de cálculo de tais contribuições, porém disto não resulta que caiba, desde logo, negar eficácia ao precedente firmado no exame do ICMS em favor de orientação contrária.

Neste sentido tem decidido a Turma:

ApCiv 5002810-15.2017.4.03.6120, Rel. Des. Fed. NELTON DOS SANTOS, e- DJF3 29/10/2019: "PROCESSUAL CIVIL. JUNTADA DE COMPROVANTES EM SEDE RECURSAL. INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO NO CASO SUB JUDICE. RECURSO DE APELAÇÃO. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ISSQN NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. COMPENSAÇÃO ART. 26, DA LEI Nº 11.457/07. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. RECURSO DE APELAÇÃO PROVIDO. 1. Na vigência do Código de Processo Civil de 1973, sobejavam razões para o acolhimento da tese restritiva, impeditiva da juntada de documentos novos em sede recursal. Com efeito, aquele diploma legal caracterizava-se como consagrador de um sistema de preclusões rígidas, de sorte que, ultrapassada a fase própria para a prática do ato, este restava inviabilizado. 2. Já no Código de Processo Civil de 2015, todavia, concebido já sobre os influxos da teoria da instrumentalidade do processo, prevalece o princípio segundo o qual, sempre que possível, a solução mais completa da controvérsia deve ser buscada. Nesse particular, ademais, o atual Código Processual tem como norte principiológico a resolução do mérito da demanda. 3. De mais a mais, não está se afastando a necessidade da devida instrução processual desde o início da demanda, mas a instrumentalidade do processo, sob o enfoque do caso dos autos, nos demonstra a ausência de prejuízo à defesa da administração pública. Isto porque os pontos atinentes à compensação foram regularmente levantados e analisados, sendo certo que a comprovação de credora, neste momento, apenas afirmou aquela condição devidamente debatida. 4. Preliminarmente, em que pese o julgamento sob o rito dos recursos repetitivos realizado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu a legalidade da incidência do PIS e da COFINS sobre a parcela relativa ao ISSQN, conforme se verificará no presente voto, a questão a ser tratada antecede a análise da legalidade, sendo certo que o vício combatido paira sob a constitucionalidade de tal exação, razão pela qual não se trata de afronta ao quanto decidido por aquela Corte Superior: Por outro lado, trata-se de situação que visa respeitar o entendimento exarado pela Corte Suprema quanto ao tema. 5. Assente-se que, tanto o RE 574.706/PR quanto o 240.785/MG foram julgados pelo Pleno do A. Supremo Tribunal Federal, sendo certo que nesses acórdãos foi sufragado que um tributo não detém a natureza jurídica de receita, tornando plenamente inaplicável o incidente de arguição de inconstitucionalidade, nos termos do artigo 949, parágrafo único, do Código de Processo Civil. 6. A jurisprudência do A. Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontrar inserida no conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. 7. Impende destacar que o reconhecimento da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pode ser aplicado ao ISS, em razão da própria inexistência de natureza de receita ou faturamento destas parcelas. Precedentes da 3ª Turma do TRF da 3ª Região. 8. Reforce-se que mesmo com as alterações posteriores na legislação que institui o PIS e a COFINS – Lei nº 12.973/14 – não tem o condão de afastar o quanto decidido, pois, conforme amplamente demonstrado, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela. 9. A compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior. 10. No que tange à condenação dos honorários advocatícios, em análise pelo reexame necessário, entendo que apesar dos patamares constantes no artigo 85, § 3º, inciso I a V, do Código de Processo Civil, o intuito do legislador não é pautado pelo enriquecimento sem causa, devendo a fixação dos honorários ser realizada de forma equitativa, balizada pelos princípios da proporcionalidade, causalidade e razoabilidade, analisando-se o quanto dispõe o artigo 85, § 2º, da Lei Adjetiva Civil. 11. No caso dos autos, a matéria tratada é corriqueira e já sedimentada na jurisprudência, inclusive através do julgamento de repercussão geral pelo A. Supremo Tribunal Federal, ainda, verifica-se que não houve necessidade de dilação probatória com acompanhamento de perícia ou audiência, sendo que o tempo para a solução da demanda também não se demonstrou excessivo, o que enseja o reconhecimento do diminuto trabalho realizado. 12. Neste diapasão, é de rigor a condenação da União nos honorários advocatícios, fixados nos patamares mínimos dispostos no artigo 85, § 3º, do Código de Processo Civil, observando-se a faixa de valores e o quanto delimitado no § 5º, do mesmo dispositivo legal, em respeito aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e causalidade. 13. Recurso de apelação provido."

Perceba-se que a pretensão em causa não envolve a dedução de parcela legalmente prevista, daí porque impertinente o argumento de que é taxativo o rol de exclusões constante do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 - com as alterações da Lei 12.973/2014, cujo advento, conforme já decidiu esta Corte, "não promoveu modificação legislativa relevante para a espécie, na medida em que não alterou o conceito da base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS" (EI 0029413-91.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 17/11/2017) - e § 3º dos artigos 1º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003.

A tese do contribuinte é a de que a inclusão do imposto na base de cálculo de tais contribuições viola incidência constitucionalmente delimitada, exigindo, assim, decisão judicial no sentido de definir a base de cálculo compatível com o parâmetro constitucional.

Quanto ao disposto no § 6º do artigo 150 da Constituição Federal, é inquestionável que serve de norma-parâmetro para a delimitação da atuação funcional do legislador e administrador; alertando que cabe somente ao Parlamento, não ao Executivo, definir, em caráter normativo, geral e abstrato, por exemplo, "redução de base de cálculo". Tal norma e, na mesma linha, ainda o artigo 97, VI, do Código Tributário Nacional, não excluem, por evidente, a competência constitucional do Judiciário de declarar inconstitucionalidade da lei, no que fixada incidência ou não prevista exclusão exigida à luz do parâmetro constitucional, única leitura constitucional possível para que seja respeitada a própria cláusula pétrea da separação dos Poderes, consagrada nos artigos 2º e 60, §4º, III, da Constituição Federal.

A regra de interpretação legal das normas tributárias (artigo 111, I, CTN) tem atuação adstrita ao campo do direito infraconstitucional. Não pode ser levada em consideração no controle de constitucionalidade para efeito de coibir a função de interpretação da Constituição Federal dada e conferida ao Poder Judiciário. O que cabe prestigiar no regime de Estado de Direito é a lição de que se deve interpretar a lei segundo a Constituição e, não, a Constituição segundo a lei.

A alegação de que o cálculo do PIS/COFINS com exclusão do imposto destinado ao erário contradiz a incidência, reconhecidamente válida, sobre outros custos, encargos ou despesas destinados a terceiros (como elencado nos autos, por exemplo: empregados, companhia de energia elétrica, FGTS, fornecedores, empresas contratadas para prestação de serviços, entes estatais) não é verdadeira e nem aceitável, sem análise da natureza jurídica de cada parcela discutida na formação da base de cálculo de tais contribuições. Por ora, o que assentou, suficientemente, a Suprema Corte para o exame do caso foi a inexigibilidade de imposto integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, seja o ICMS, seja o próprio ISS, quanto a este em juízo derivado diretamente da mesma lógica de fundamentação constitucional, conforme já exposto.

Em suma, portanto, o reconhecimento da inexigibilidade do ISS na formação da base de cálculo do PIS/COFINS atende à fundamentação jurídico-constitucional assentada no exame do RE 574.706, em regime de repercussão geral, sem embargo da observância, oportunamente, do que for deliberado, pelo Excelso Pretório, no âmbito do julgamento do RE 592.616."

A embargante alegou que o aresto recorrido, ao reputar aplicável ao ISS a solução do RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS, incorreu em omissão, pois os tributos são distintos e não autorizaram a assimilação ou equiparação que lhes foi dada para efeito de redução da base de cálculo do PIS/COFINS.

Primeiramente, é importante registrar que a discussão é constitucional e, portanto, não tem pertinência a aplicação, caso não sobrestado o feito, da solução fixada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do RESP 1.330.737, sob rito repetitivo, no sentido de que "o valor do ISSQN integra o conceito de receita bruta, assim entendida como a totalidade das receitas auferidas com o exercício da atividade econômica, de modo que não pode ser dedutível da base de cálculo do PIS e COFINS".

O cerne da controvérsia em matéria constitucional encontra-se na interpretação do artigo 195, I, "b", da Constituição Federal, no que estabeleceu que contribuições de financiamento e custeio da Seguridade Social podem ser cobradas do empregador ou empresa com incidência sobre a respectiva receita ou faturamento. Neste sentido, o acórdão embargado, destacando sem se olvidar a distinção constitucional entre ICMS e ISS, concluiu que aspectos essenciais da solução dada pela Suprema Corte no exame do RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS, não poderiam deixar de ser considerados na apreciação da temática da formação da base de cálculo do PIS/COFINS à vista da impugnação à inclusão do ISS, imposto municipal.

A distinção, exposta pela embargante com densa análise, sobretudo, da legislação infraconstitucional, revela o propósito de atribuir interpretação excepcional à exclusão de tributo da base de cálculo de outro tributo. Neste sentido, as articulações foram profundas, no sentido de demonstrar que o ICMS tem características constitucionais e legais próprias, que as distinguem, por exemplo, do ISS, fundamentalmente atinentes, no que ora importa, ao regime constitucional da não cumulatividade, que seria o ponto determinante da excepcional forma com que lidou a Corte Suprema com a pretensão de revisão da forma de apuração do PIS/COFINS.

Conquanto se possa tratar de vertente de análise relevante e válida, pela clareza de suas enunciações, a ínsita correlação, para efeito de definição constitucional do conceito de receita ou faturamento, não é derivação unívoca do texto constitucional, tanto que é longa a discussão do tema e repleto de divergências como visto no próprio julgamento em referência. Ainda que tenha, pessoalmente, firmado historicamente interpretação favorável à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS, o pronunciamento da Suprema Corte revelou outra ótica a ser observada, obrigatoriamente, no tratamento da matéria.

O aresto recorrido aderiu à compreensão de que o ISS, imposto tal qual o ICMS, a ser repassado aos cofres públicos, na linha do precedente no RE 574.706, não deve integrar a receita ou faturamento, base de cálculo do PIS/COFINS. Ainda que se cuide, na espécie, de ISS, o que se considerou relevante para rejeitar o *distinguishing* pleiteado pela embargante foi que a técnica da não cumulatividade, inerente ao ICMS, apenas configura forma de cálculo do tributo devido, não significando que, porém, que haja distinção entre ICMS e ISS no tocante ao fato, aparentemente determinante no julgado paradigma, de que os valores apurados, de uma ou outra forma, não são incorporados ao patrimônio do contribuinte tributado como expressão de auferimento de riqueza própria.

Saliente-se que tal interpretação foi levada a efeito, em prejuízo à toda a lógica diversa que sustenta a diferenciação para fins tributários entre receita/faturamento e lucro, exclusivamente em razão da decisão proferida no RE 574.706, objetivando resguardar o mérito do pronunciamento constitucional da Suprema Corte na extensão da lógica enxergada a partir do decidido.

Não houve, como se observa, qualquer omissão e, quanto à suposta ofensa, negativa de vigência, nulidade ou contrariedade à Constituição e legislação (artigos 489, § 1º, IV a VI, 525, §13, 927, III e § 3º, 1.035, § 5º, 1.036, 1.039, 1.040, CPC; 27 da Lei 9.868/1999; 156, III, CF; e normas da LC 116/2003) ou à jurisprudência, ainda que houvesse, não seriam vícios passíveis de exame em embargos de declaração como via substitutiva dos recursos específicos, próprios para cada situação, de competência das instâncias superiores.

Não cabendo, com efeito, a este Tribunal deixar de julgar o mérito da causa, apesar da pendência de embargos de declaração, resta claro que eventual dissintonia - considerado o que se reputou ter sido o conteúdo e o alcance do paradigma e o que supostamente teria sido decidido em sentido contrário naquela instância - deve ser dirigida ao exame da própria Suprema Corte para pronunciamento último e definitivo sobre a controvérsia constitucional suscitada.

Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, como os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÕES. NULIDADES, ILEGALIDADES E INCONSTITUCIONALIDADES. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS. REJEIÇÃO.

1. São manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado. As alegações deduzidas não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.

2. Conistou do acórdão embargado, quanto ao sobrestamento do feito diante da pendência dos embargos de declaração no RE 574.706, a rejeição expressa da pretensão, pois "Ainda antes do mérito, cabe rejeitar o pedido de suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior, o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior."

3. Por mais relevantes que eventualmente possam ser as dúvidas e questionamentos que foram suscitados nos embargos de declaração, não cabe a este Tribunal paralisar o andamento dos processos para reputar omissos, contraditórios ou obscuros o acórdão da Suprema Corte, externando concordância com a embargante, e deixar de prestar a jurisdição, se inexistente, como constou do aresto recorrido, previsão legal e decisão judicial da Corte Superior competente na qual tramita o recurso para solução da controvérsia constitucional.

4. Quanto ao mérito, tampouco houve omissão no julgamento, tendo sido fundamentado o acórdão embargado nos seguintes termos: "*No mérito, a questão da inclusão de imposto na base de cálculo do PIS/COFINS com vulneração da matriz constitucional que prevê a respectiva incidência sobre faturamento ou receita na dicção atualizado do artigo 195, I, b, da Constituição Federal, foi resolvida, pela Suprema Corte no RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS. (...) A interpretação constitucional quanto à exclusão do ICMS da base de cálculo de tais contribuições é extensiva, por identidade de razão jurídico-constitucional, à pretensão formulada em face do ISS, ainda que pendente o julgamento do RE 592.616. Isso porque a centralidade da tese jurídica fixada pela Suprema Corte serve tanto para o imposto estadual como municipal. A resolução da questão encontra-se menos colocada na peculiaridade própria do tributo estadual do que na centralidade substancial de que a materialidade constitucionalmente definida sobre a qual pode incidir a cobrança de tais contribuições sociais não comporta a inserção de valores de impostos que não expressem o faturamento do contribuinte. É importante registrar, inclusive, que o ICMS alcança não apenas operações relativas à circulação de mercadorias, mas também prestações de serviço como os de transportes interestadual e intermunicipal, e de comunicação. Não teria sentido, portanto, incluir outros serviços, que são próprios do ISS, na base de cálculo de tais contribuições, quando já definida solução contrária ao Fisco no âmbito do ICMS. Existe, pois, simetria sistêmica que, considerada a centralidade da controvérsia resolvida no RE 574.706, não permite seja concebida, desde logo, interpretação ou solução distintas das definidas no relevante precedente. Certo que ao Excelso Pretório compete estabelecer a exegese definitiva também no tocante à inclusão do ISS na base de cálculo de tais contribuições, porém disto não resulta que caiba, desde logo, negar eficácia ao precedente firmado no exame do ICMS em favor de orientação contrária. (...) Perceba-se que a pretensão em causa não envolve a dedução de parcela legalmente prevista, daí porque impertinente o argumento de que é taxativo o rol de exclusões constante do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 - com as alterações da Lei 12.973/2014, cujo advento, conforme já decidiu esta Corte, "não promoveu modificação legislativa relevante para a espécie, na medida em que não alterou o conceito da base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS" (EI 0029413-91.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 17/11/2017) - e § 3º dos artigos 1º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003. A tese do contribuinte é a de que a inclusão do imposto na base de cálculo de tais contribuições viola incidência constitucionalmente delimitada, exigindo, assim, decisão judicial no sentido de definir a base de cálculo compatível com o parâmetro constitucional. Quanto ao disposto no § 6º do artigo 150 da Constituição Federal, é inquestionável que serve de norma-parâmetro para a delimitação da atuação funcional do legislador e administrador; alertando que cabe somente ao Parlamento, não ao Executivo, definir, em caráter normativo, geral e abstrato, por exemplo, "redução de base de cálculo". Tal norma e, na mesma linha, ainda o artigo 97, VI, do Código Tributário Nacional, não excluem, por evidente, a competência constitucional do Judiciário de declarar inconstitucionalidade da lei, no que fixada incidência ou não prevista exclusão exigida à luz do parâmetro constitucional, única leitura constitucional possível para que seja respeitada a própria cláusula pétrea da separação dos Poderes, consagrada nos artigos 2º e 60, §4º, III, da Constituição Federal. A regra de interpretação legal das normas tributárias (artigo III, I, CTN) tem atuação adstrita ao campo do direito infraconstitucional. Não pode ser levada em consideração no controle de constitucionalidade para efeito de coibir a função de interpretação da Constituição Federal dada e conferida ao Poder Judiciário. o que cabe prestigiar no regime de Estado de Direito é a lição de que se deve interpretar a lei segundo a Constituição e, não, a Constituição segundo a lei. A alegação de que o cálculo do PIS/COFINS com exclusão do imposto destinado ao erário contradiz a incidência, reconhecidamente válida, sobre outros custos, encargos ou despesas destinados a terceiros (como elencado nos autos, por exemplo: empregados, companhia de energia elétrica, FGTS, fornecedores, empresas contratadas para prestação de serviços, entes estatais) não é verdadeira e nem aceitável, sem análise da natureza jurídica de cada parcela discutida na formação da base de cálculo de tais contribuições. Por ora, o que assentou, suficientemente, a Suprema Corte para o exame do caso foi a inexigibilidade de imposto integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, seja o próprio ICMS, seja o próprio ISS, quanto a este em juízo derivado diretamente da mesma lógica de fundamentação constitucional, conforme já exposto. Em suma, portanto, o reconhecimento da inexigibilidade do ISS na formação da base de cálculo do PIS/COFINS atende à fundamentação jurídico-constitucional assentada no exame do RE 574.706, em regime de repercussão geral, sem embargo da observância, oportunamente, do que for deliberado, pelo Excelso Pretório, no âmbito do julgamento do RE 592.616."*

5. Alegou-se que o aresto recorrido, ao reputar aplicável ao ISS a solução do RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS, incorreu em omissão, pois os tributos são distintos e não autorizaram a assimilação ou equiparação que lhes foi dada para efeito de redução da base de cálculo do PIS/COFINS. Primeiramente, é importante registrar que a discussão é constitucional e, portanto, não tem pertinência a aplicação da solução fixada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do RESP 1.330.737, sob rito repetitivo, no sentido de que “o valor do ISSQN integra o conceito de receita bruta, assim entendida como a totalidade das receitas auferidas com o exercício da atividade econômica, de modo que não pode ser dedutível da base de cálculo do PIS e COFINS”.

6. O cerne da controvérsia em matéria constitucional encontra-se na interpretação do artigo 195, I, “b”, da Constituição Federal, no que estabeleceu que contribuições de financiamento e custeio da Seguridade Social podem ser cobradas do empregador ou empresa com incidência sobre a respectiva receita ou faturamento. Neste sentido, o acórdão embargado, sem olvidar a distinção constitucional entre ICMS e ISS, concluiu que aspectos essenciais da solução dada pela Suprema Corte no exame do RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS, não poderiam deixar de ser considerados na apreciação da temática da formação da base de cálculo do PIS/COFINS à vista da impugnação à inclusão do ISS. A distinção, exposta pela embargante com densa análise, sobretudo, da legislação infraconstitucional, revela o propósito de atribuir interpretação excepcional à exclusão de tributo da base de cálculo de outro tributo. Neste sentido, as articulações foram profundas, no sentido de demonstrar que o ICMS tem características constitucionais e legais próprias, que as distinguem, por exemplo, do ISS, fundamentalmente atinentes, no que ora importa, ao regime constitucional da não cumulatividade, que seria o ponto determinante da excepcional forma com que lidou a Corte Suprema com a pretensão de revisão da forma de apuração do PIS/COFINS.

7. Conquanto se possa tratar de vertente de análise relevante e válida, pela clareza de suas enunciações, a ínsita correlação, para efeito de definição constitucional do conceito de receita ou faturamento, não é derivação unívoca do texto constitucional, tanto que é longa a discussão do tema e repleto de divergências como visto no próprio julgamento em referência. Ainda que tenha, pessoalmente, firmado historicamente interpretação favorável à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS, o pronunciamento da Suprema Corte revelou outra ótica a ser observada, obrigatoriamente, no tratamento da matéria.

8. O aresto recorrido aderiu à compreensão de que o ISS, imposto tal qual o ICMS, a ser repassado aos cofres públicos, na linha do precedente no RE 574.706, não deve integrar a receita ou faturamento, base de cálculo do PIS/COFINS. Ainda que se cuide, na espécie, de ISS, o que se considerou relevante para rejeitar o *distinguishing* pleiteado pela embargante foi que a técnica da não cumulatividade, inerente ao ICMS, apenas configura forma de cálculo do tributo devido, não significando que, porém, que haja distinção entre ICMS e ISS no tocante ao fato, aparentemente determinante no julgado paradigma, de que os valores apurados, de uma ou outra forma, não são incorporados ao patrimônio do contribuinte tributado como expressão de auferimento de riqueza própria. Saliente-se que tal interpretação foi levada a efeito, em prejuízo à toda a lógica diversa que sustenta a diferenciação para fins tributários entre receita/faturamento e lucro, exclusivamente em razão da decisão proferida no RE 574.706, objetivando resguardar o mérito do pronunciamento constitucional da Suprema Corte na extensão da lógica enxergada a partir do decidido.

9. Não houve, como se observa, qualquer omissão e, quanto à suposta ofensa, negativa de vigência, nulidade ou contrariedade à Constituição e legislação (artigos 195, I, “b”, CF; 489, § 1º, IV a VI, 525, § 13, 926 e 927, § 3º, do CPC; e 27 da Lei 9.868/1999; 156, III, CF; e normas da LC 116/2003) ou à jurisprudência, ainda que houvesse, não seriam vícios passíveis de exame em embargos de declaração como via substitutiva dos recursos específicos, próprios para cada situação, de competência das instâncias superiores. Não cabendo, com efeito, a este Tribunal deixar de julgar o mérito da causa, apesar da pendência de embargos de declaração, resta claro que eventual dissintonia - considerado o que se reputou ter sido o conteúdo e o alcance do paradigma e o que supostamente teria sido decidido em sentido contrário naquela instância - deve ser dirigida ao exame da própria Suprema Corte para pronunciamento último e definitivo sobre a controvérsia constitucional suscitada.

10. Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

11. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015892-72.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR
AGRAVADO: SAO FRANCISCO SISTEMAS DE SAUDE SOCIEDADE EMPRESARIA LIMITADA
Advogado do(a) AGRAVADO: FERRUCIO CARDOSO ALQUIMIM DE PADUA - SP318606-A
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015892-72.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

AGRAVADO: SAO FRANCISCO SISTEMAS DE SAUDE SOCIEDADE EMPRESARIA LIMITADA

Advogado do(a) AGRAVADO: FERRUCIO CARDOSO ALQUIMIM DE PADUA - SP318606-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração contra acórdão assimementado:

ADMINISTRATIVO. MULTA APLICADA PELA ANS. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DA DÍVIDA. DEPÓSITO INTEGRAL. NECESSIDADE. GARANTIA DO JUÍZO POR SEGURO-GARANTIA. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGO 151 CTN. ROL TAXATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

1. Multa imposta pela ANS em razão da ausência de cobertura de dois procedimentos pela agravada, operadora de plano de saúde.

2. A autora/gravada sustenta na exordial do feito originário que não houve negativa de cobertura, mas sim aplicação de cobertura parcial temporária, conforme o artigo 2º, inciso II da Resolução Normativa nº 162/2007, restando consubstanciada a indispensável ausência de motivação no ato administrativo de lavratura do auto de infração.

3. A tutela de urgência foi concedida para suspender a dívida descrita na inicial mediante apresentação de garantia em juízo por seguro-caução ou fiança bancária.

4. O artigo 151 do CTN estabelece, em rol taxativo, as hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Não obstante a norma faça expressa menção à suspensão do crédito tributário, o entendimento que prevalece na jurisprudência deste Tribunal é no sentido de que o artigo 151 do CTN é aplicável por analogia também às multas administrativas. Precedentes.

5. No julgamento do REsp n. 1.156.668/DF (Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 10/12/2010) submetido à sistemática do art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a "suspensão da exigibilidade do crédito tributário (que implica óbice à prática de quaisquer atos executivos) encontra-se taxativamente prevista no art. 151 do CTN, sendo certo que a prestação de caução, mediante o oferecimento de fiança bancária, ainda que no montante integral do valor devido, não ostenta o efeito de suspender a exigibilidade do crédito tributário".

6. A apresentação de seguro-garantia não acarreta a suspensão da exigibilidade do crédito fiscal, pois a hipótese não está elencada no rol taxativo do artigo 151 do CTN.

7. O deferimento da suspensão da exigibilidade da dívida descrita na exordial do feito subjacente deve ser condicionado ao depósito judicial do valor integral da multa, devidamente atualizado.

8. Agravo de instrumento provido.

Alegou-se, inclusive para fins de pré-questionamento, omissão no julgado, pois: (1) não observou que a decisão agravada, ao suspender a exigibilidade da dívida, o fez nos termos do inciso V do artigo 151 do CTN, e não no inciso II, como constou do julgado; (2) a tutela antecipada deferida com apresentação da apólice de seguro serviu meramente como caução, nos termos do artigo 300, *caput*, § § 1º e 2º do CPC; e (3) não enfrentou o enunciado de jurisprudência deduzido na contraminuta, conforme artigo 489, § 1º, VI, CPC.

Apresento o feito em mesa para julgamento (artigo 1.024, § 1º, CPC).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015892-72.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

AGRAVADO: SAO FRANCISCO SISTEMAS DE SAUDE SOCIEDADE EMPRESARIA LIMITADA

Advogado do(a) AGRAVADO: FERRUCIO CARDOSO ALQUIMIM DE PADUA - SP318606-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, são manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

As alegações não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.

Neste sentido, verifica-se que não foi deferida tutela antecipada, independentemente de garantia, pois esta foi essencial para o reconhecimento de que seria possível conceder a medida com a salvaguarda dos interesses da parte contrária, *verbis*:

"Vistos.

Tendo em vista que o seguro-caução ou fiança bancária salvaguardam os interesses da parte contrária, nos limites da apólice ou contrato a serem apresentados em juízo - não havendo riscos relevantes de descumprimento - considero viável a concessão da medida de urgência.

Ante o exposto, defiro a antecipação dos efeitos da tutela para suspender a dívida descrita na inicial mediante apresentação da garantia em juízo, no prazo de 5 (cinco) dias, com termos e condições devidamente especificados.

Cite-se.

P. R. Intimem-se."

O acórdão embargado ressaltou, diante das circunstâncias da decisão, ser necessário discutir se a garantia oferecida é suficiente ou não para suspender a exigibilidade do crédito, tendo constatado a sua inaptidão, em razão de ausência de equivalência com o rol legal enunciado, e por não se equiparar a depósito integral e em dinheiro, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, sendo, assim, impertinente a invocação do artigo 300, *caput*, § § 1º e 2º, do CPC, destacando o julgado que:

"Assim sendo, o deslinde da controvérsia exige a análise acerca da possibilidade de o seguro-garantia equiparar-se, ou não, ao depósito do montante integral da dívida para fins de suspensão da exigibilidade do crédito fiscal, nos termos do artigo 151, II, do CTN.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.156.668/DF (Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 10/12/2010) submetido à sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973, firmou entendimento no sentido de que a "suspensão da exigibilidade do crédito tributário (que implica óbice à prática de quaisquer atos executivos) encontra-se taxativamente prevista no art. 151 do CTN, sendo certo que a prestação de caução, mediante o oferecimento de fiança bancária, ainda que no montante integral do valor devido, não ostenta o efeito de suspender a exigibilidade do crédito tributário".

A propósito, a Súmula n. 112 do STJ preconiza que: "o depósito somente suspende a exigibilidade do crédito tributário se for integral e em dinheiro".

Portanto, a apresentação de seguro-garantia não acarreta a suspensão da exigibilidade do crédito fiscal, pois a hipótese não está elencada no rol taxativo do artigo 151 do CTN.

Nesse contexto, entendo inexistente causa hábil a ensejar a suspensão de crédito não tributário decorrente de multa administrativa. "

Além do mais, restou evidenciada a impertinência do RESP 1.691.748, a que se referiu a contraminuta, pois atinente a cumprimento de sentença, sendo inviável invocar outros julgados em oposição à farta jurisprudência adotada pelo acórdão embargado, pois não cabem embargos de declaração para rediscussão de tese jurídica a prevalecer no exame da causa.

Como se observa, fundamentado o acórdão, na linha da jurisprudência da Corte Superior, não se cogita em violação ao artigo 489, § 1º, VI do CPC, e, à evidência, eventual *error in iudicando*, como aventado, não implica omissão sanável na via dos embargos de declaração.

Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, como os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MULTA. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE. VÍCIOS INEXISTENTES. REJEIÇÃO.

1. São manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto como o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.
2. As alegações não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.
3. Neste sentido, verifica-se que não foi deferida tutela antecipada, independentemente de garantia, pois esta foi essencial para o reconhecimento de que seria possível conceder a medida com a salvaguarda dos interesses da parte contrária. O aresto ressaltou, diante das circunstâncias do caso, ser necessário discutir se a garantia oferecida é suficiente ou não para suspender a exigibilidade do crédito, concluindo pela inaptidão em razão de ausência de equivalência com o rol legal enunciado e por não se equiparar a depósito integral e em dinheiro, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, sendo, assim, impertinente a invocação do artigo 300, *caput*, § § 1º e 2º, do CPC. Evidenciou-se, outrossim, a impertinência do RESP 1.691.748, aludido na contraminuta, pois atinente a cumprimento de sentença, sendo inviável invocar outros julgados em oposição à farta jurisprudência adotada pelo acórdão embargado, pois não cabem embargos de declaração para rediscussão de tese jurídica a prevalecer no exame da causa.
4. Como se observa, fundamentado o acórdão, na linha da jurisprudência da Corte Superior, não se cogita em violação ao artigo 489, § 1º, VI do CPC, e, à evidência, eventual *error in iudicando*, como aventado, não implica omissão sanável na via dos embargos de declaração.

5. Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

6. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5009594-34.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

PARTE AUTORA: ENVISION PM GERENCIAMENTO E CONSULTORIA LTDA

Advogados do(a) PARTE AUTORA: LUIZ HENRIQUE DELLIVENNERI MANSSUR - SP176943-A, THIAGO

CERAVOLO LAGUNA - SP182696-A

PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5009594-34.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

PARTE AUTORA: ENVISION PM GERENCIAMENTO E CONSULTORIA LTDA

Advogados do(a) PARTE AUTORA: LUIZ HENRIQUE DELLIVENNERI MANSSUR - SP176943-A, THIAGO

CERAVOLO LAGUNA - SP182696-A

PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial em face da r. sentença (Id num. 90315869), que concedeu a segurança nos autos do Mandado de Segurança, com pedido de liminar, objetivando afastar o ato coator que indeferiu a expedição de Certidão Positiva com efeito de Negativa em função dos débitos representados pelas inscrições em Dívida Ativa da União sob os n.ºs 8 06 16 128008-01 e 8 02 16 066896-10. Alega a impetrante que as inscrições apontadas como óbice à expedição de CND encontram-se parceladas e, portanto, com a sua exigibilidade suspensa, motivo pelo qual busca o Poder Judiciário para resguardo de seu direito.

O pedido liminar foi deferido, Id. 8632809.

As autoridades impetradas prestaram suas informações, Id's. 8762836 e 9208537.

O MM. Juíza *quo* julgou **procedente o pedido**, confirmando a liminar anteriormente deferida, a fim de determinar a expedição de Certidão Positiva de Débitos, com Efeitos de Negativa (CPD/EN), se apenas em razão dos débitos representados pelas inscrições 80 2 16 066896-10 e 80 6 16 128008-01 estiver sendo negada (o que já foi cumprido). O feito foi julgado extinto com resolução de mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do CPC. Custas "ex lege". Honorários advocatícios indevidos. Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição.

Por força da remessa oficial, vieramos autos a este E. Tribunal.

O ilustre Representante do Ministério Público Federal opina pelo regular prosseguimento do feito.

É o Relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5009594-34.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

PARTE AUTORA: ENVISION PM GERENCIAMENTO E CONSULTORIA LTDA

Advogados do(a) PARTE AUTORA: LUIZ HENRIQUE DELLIVENNERI MANSSUR - SP176943-A, THIAGO

CERAVOLO LAGUNA - SP182696-A

PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Mandado de Segurança é uma ação constitucional prevista no artigo 5º, inciso LXIX da Constituição Federal e na norma prevista na Lei 12.016 de 2009, e tem por objeto a proteção de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

É o que se depreende da leitura do inciso LXIX, do artigo 5º da Constituição Federal: "*conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparável por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público*".

Para que seja expedida certidão positiva com efeitos de negativa, tem que estar presente um dos três requisitos a seguir listados, conforme exige o art. 206, CTN: a) tratar-se de crédito ainda não vencido; ou, b) esteja efetivada a penhora no curso da cobrança executiva; ou, c) o crédito deve estar com a exigibilidade suspensa.

Analisando os autos, verifico que o ilustre MM. Juíza *quo* apontou devidamente as razões para a concessão da segurança

Conforme fundamentação do r. *decisum*, o requerimento apresentado pela impetrante para obtenção de certidão de regularidade fiscal foi indeferido, por inexistir causa suspensiva de exigibilidade em face das inscrições em Dívida Ativa da União sob os n.ºs 80 2 16 066896-10 e 80 6 16 128008-01, documento id n.º 6433159. Todavia, observo que os documentos emitidos em 31.10.2017, id's n.ºs 6433177 e 6433186, demonstram que o impetrante aderiu ao PERT, nele tendo sido incluídas as inscrições em Dívida Ativa da União sob os n.ºs 80 2 16 066896-10 e 80 6 16 128008-01.

Conclui-se, portanto, que as inscrições 80 2 16 066896-10 e 80 6 16 128008-01 foram objeto de parcelamento, encontrando-se com a sua exigibilidade suspensa.

Com efeito, nos termos do art. 151, inciso VI, do Código Tributário Nacional, suspende-se a exigibilidade do crédito tributário, quando este for objeto de parcelamento.

Sendo assim, a r. sentença merece ser mantida em sua integralidade. Nesse sentido:

"TRIBUTÁRIO. EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS. CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA, ARTS. 205 E 206 DO CTN. PEDIDO DE REVISÃO. ALEGAÇÃO DE PAGAMENTO. LEIS NºS 9.784/99 E 11.051/04. CAUSA SUSPENSIVA DA EXIGIBILIDADE. ART. 151, III, CTN.

1. Afastada a preliminar de ilegitimidade passiva, porquanto o ato coator impugnado foi praticado pela procuradora da fazenda nacional (fls. 17/23), que recusou a expedição de CND, uma vez que os débitos já se encontravam inscritos em dívida ativa quando do seu requerimento.

2. Desnecessária a dilação probatória no caso em questão. O direito líquido e certo à obtenção de certidão negativa de débitos ou de positiva com efeitos de negativa se faz de plano através de prova documental pré-constituída, seja da extinção do crédito tributário, seja da suspensão de sua exigibilidade.

3. A necessidade de a certidão negativa de débitos (art. 205 do CTN) retratar com fidelidade a situação do contribuinte perante o Fisco impossibilita a sua expedição na existência de débitos, ainda que estejam com a exigibilidade suspensa. Nesta última situação, o contribuinte tem direito à denominada "certidão positiva com efeitos de negativa" expedida nos termos e para os fins do art. 206 do CTN.

4. Conforme documentação acostada aos autos, denota-se que houve o parcelamento dos débitos inscritos em dívida ativa sob os n.ºs 80.2.05.007067-09, 80.6.05.010708-90 e 80.6.05.010709-71, cujos pedidos de revisão de débitos com fundamento em erro de fato no preenchimento das DCTF's aguardam análise desde 20/04/2005.

5. Conforme preceitua o artigo 65, da lei nº 9.784/99, o pedido de revisão é causa suspensiva da exigibilidade do crédito tributário, subsumindo-se à hipótese do inciso III, art. 151, do CTN.

6. Atribui-se efeito de negativa à certidão expedida quanto a tributos e contribuições administrados pela SRF e à dívida ativa da União, relativamente àqueles em que tenha sido formulado pedido de revisão fundado em pagamento e pendente de apreciação há mais de 30 dias (Lei nº 11.051/04).

7. Sendo assim, inexistindo outros impedimentos à expedição da certidão requerida, deveria a mesma ter sido fornecida à impetrante.

8. Precedentes jurisprudenciais do C. STJ. 9. Apelação e remessa oficial improvidas.

(TRF3. MAS - 274927, 6ª Turma, Rel. Des. Consuelo Yoshida DJF3 CJI DATA:19/05/2011 PÁGINA: 1383.)

Diante do exposto, nego provimento à remessa oficial.

É o Voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA, ART. 206 DO CTN. CAUSA SUSPENSIVA DA EXIGIBILIDADE. ART. 151, VI, CTN. NÃO PROVIMENTO DA REMESSA OFICIAL.

I - O requerimento apresentado pela impetrante para obtenção de certidão de regularidade fiscal foi indeferido, por inexistir causa suspensiva de exigibilidade em face das inscrições em Dívida Ativa da União sob os n.ºs 80 2 16 066896-10 e 80 6 16 128008-01, documento id n.º 6433159. Todavia, os documentos emitidos em 31.10.2017, id's n.ºs 6433177 e 6433186, demonstram que o impetrante aderiu ao PERT, nele tendo sido incluídas as inscrições em Dívida Ativa da União sob os n.ºs 80 2 16 066896-10 e 80 6 16 128008-01. Portanto, os débitos objetos de tais inscrições encontram-se com a sua exigibilidade suspensa.

II - Com efeito, nos termos do art. 151, inciso VI, do Código Tributário Nacional, suspende-se a exigibilidade do crédito tributário, quando este for objeto de parcelamento.

III - Remessa Oficial não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5004943-52.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: REAL RIO PRETO COMERCIO DE PRODUTOS ALIMENTICIOS LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCELO ZANETTI GODOI - SP139051-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5004943-52.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: REAL RIO PRETO COMERCIO DE PRODUTOS ALIMENTICIOS LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCELO ZANETTI GODOI - SP139051-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Trata-se de agravo de instrumento interposto por **Real Rio Preto Comércio de Produtos Alimentícios Ltda.**, inconformada com a decisão de ID 26671217 dos autos da ação declaratória c/c repetição de indébito nº 5000638-74.2019.4.03.6106, ajuizada em face da União e em trâmite perante o Juízo da 1ª Vara Federal de São José do Rio Preto/SP, que indeferiu o pedido de tutela de evidência ou urgência para excluir o ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

A agravante alega, em síntese, que:

a) por força do entendimento sedimentado pelo STF no RE 574.706/PR, deve ser declarada a inexistência de relação jurídica tendente a exigir-lhe a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS a partir da concessão da liminar, bem como o direito à repetição do indébito dos valores pagos indevidamente nos últimos cinco anos;

b) em que pese a ausência de trânsito em julgado da decisão proferida no RE 574.706/PR, o mérito da tese principal é definitivo, não cabendo mais recurso da União para rediscuti-lo;

c) presente o perigo da demora, consubstanciado no pagamento de tributo inconstitucional, o que se revela um abuso de direito, enriquecimento sem causa do Fisco e devastadora insegurança jurídica para a empresa recorrente.

Intimada, a parte agravada apresentou contraminuta, oportunidade em que pugnou pelo desprovimento do recurso (ID 127349663).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5004943-52.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
AGRAVANTE: REAL RIO PRETO COMERCIO DE PRODUTOS ALIMENTICIOS LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCELO ZANETTI GODOI - SP139051-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Em sessão plenária do dia 15.03.2017, foi julgado o RE 574.706/PR, que trata do tema atinente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a sistemática da repercussão geral:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.”

(RE 574.706/PR, Relatora Ministra CARMEN LÚCIA, STF - Tribunal Pleno, DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017) (grifei)

A ausência de trânsito em julgado ou a possibilidade de eventual modulação dos efeitos da decisão não impede que o entendimento seja desde logo adotado, na esteira do quanto já decidido pela Corte Superior. Nesse sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. MULTA DO ART. 475-J. TRÂNSITO EM JULGADO. NECESSIDADE. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. APLICAÇÃO TRÂNSITO EM JULGADO. DESNECESSIDADE. NÃO PROVIMENTO.

[...]

2. O acórdão proferido em recurso representativo da controvérsia pode ser aplicado aos demais processos que tratam da mesma matéria, antes mesmo do seu trânsito em julgado. Precedentes.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(AgRg no AREsp 147.250/PR, Relatora Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, STJ - Quarta Turma, julgado em 19/05/2015, DJe 01/06/2015) (grifei)

“TRIBUTÁRIO. INCIDÊNCIA DO IPI SOBRE VEÍCULO AUTOMOTOR IMPORTADO PARA USO PRÓPRIO. CABIMENTO. ENTENDIMENTO FIRMADO EM REPERCUSSÃO GERAL. RE 723.651/PR. SUPERAÇÃO DO ENTENDIMENTO DO STJ.

1. O fato de a ementa do julgado promovido pelo STF encontrar-se pendente de publicação não inviabiliza sua imediata aplicação, mormente diante do efeito vinculante dos pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral, emprestando celeridade e eficiência na prestação jurisdicional, bem como reverência ao pronunciamento superior.

[...]

Agravo interno improvido.”

Assim, a questão dos autos não carece de maiores debates, visto que a novel jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal e do C. Superior Tribunal de Justiça reconheceu a exclusão da parcela relativa ao ICMS, da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS. Confram-se:

“TRIBUTO - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da Cofins, porque estranho ao conceito de faturamento.”

(RE 240785, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, STJ - Tribunal Pleno, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001) (grifei)

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituindo receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS incluí-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido.”

(AgRg no AREsp 593.627/RN, Relator p/acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, STJ - Primeira Turma, DJe 07/04/2015) (grifei)

Importante asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada, desde 23.02.2015.

A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que representa apenas ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassar aqueles ao Estado-membro.

Ressalte-se, por oportuno, que a falta de definitividade da entrada de valores, a título de ICMS, no caixa da pessoa jurídica caracteriza a ausência da natureza jurídica adrede mencionada, que, repita-se, tem natureza de receita para o Estado-membro.

Ademais, o termo "faturamento" deve ser conceituado no sentido técnico consagrado pela jurisprudência e pela doutrina.

Ainda, o ICMS é imposto indireto, no qual o ônus financeiro é transferido para o consumidor final, tornando-se este o contribuinte de fato da exação. Assim, o sujeito passivo do tributo - aquele que realiza a circulação de mercadoria – apenas tem o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, qual seja, o Estado-membro e o Distrito Federal, mostrando-se, incontestavelmente, despedido da natureza jurídica de receita para o sujeito passivo.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional. Vejam-se:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ICMS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Encontra-se, atualmente, consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme constou do Boletim de Notícias do Supremo Tribunal Federal nº 762 de 06 a 11 de Outubro de 2014 (RE 240.785-2/MG).

2. Embargos infringentes desprovidos.”

(EI 0000266-78.2012.4.03.6100, Relatora DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, TRF3 - Segunda Seção, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/11/2014) (grifei)

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS e DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS.

Apelação provida.”

(AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Relator DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, TRF3 - Terceira Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/04/2014) (grifei)

“DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DUPLO AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. VALIDADE. APROVEITAMENTO DO TÍTULO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.

2. A orientação no plano constitucional, a partir do precedente citado, foi adotada, recentemente, no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94, conforme AgRg no ARES 593.627, Rel. p/acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 07/04/2015.

3. Embora cabível excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, não se reconhece a nulidade da execução fiscal, que deve prosseguir pelo saldo efetivamente devido, não se cogitando, de extinção da execução fiscal, na conformidade da jurisprudência consolidada.

4. Agravos inominados desprovidos.”

Não se vislumbra relevância, ao menos por ora, na polêmica que a parte agravada tenta instaurar a respeito dos conceitos de tributos diretos e indiretos, bem como de receita, faturamento e despesa, tendo em vista que o precedente é peremptório no sentido do afastamento do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Tem-se, à primeira vista, portanto, por verossimilhante o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, a ensejar a tutela de evidência do artigo 311 do Código de Processo Civil.

Contudo, inviável, neste momento, a pretensão de compensação dos valores relativos à exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, por encontrar óbice na expressa dicção do artigo 170-A do Código Tributário Nacional, bem como na orientação constante do enunciado da Súmula nº 212 do Superior Tribunal de Justiça.

Corroborando o entendimento ora esposado:

“PROCESSUAL CIVIL - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA - UNIÃO FEDERAL - PIS-COFINS - NÃO INCLUSÃO DO ISS - COMPENSAÇÃO.

I - Inviável incidirem PIS e Cofins sobre a parcela relativa ao ISSQN e ICMS. Com efeito, a hipótese versa, exclusivamente, sobre a inclusão do ICMS e ISS na base de cálculo do PIS/COFINS, sendo pertinente, na solução do caso concreto, destacar a jurisprudência firmada na questão do ICMS, considerando a identidade de fundamentação e tratamento da controvérsia. Recentemente, o E. STF decidiu, em Plenário, que o ICMS não compõe a base de cálculo da COFINS. O julgamento se deu em Recurso Extraordinário RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.

II - Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpretadas pela Lei nº 10.637/02, visto que o presente mandamus foi ajuizado em 24.02.2017 e, conforme jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, observando-se a prescrição quinquenal.

III - É necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional. Cumpre ressaltar que a compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior.

IV - Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil,

V - Finalmente, o termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior:

VI - Apelação e remessa oficial não providas.”

(ApReeNec 0001835-41.2017.4.03.6100, Relator DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - Terceira Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:27/03/2018) (grifei)

Ante o exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao agravo de instrumento, nos termos supra.

É como voto.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TUTELA DE EVIDÊNCIA. ARTIGO 311 DO CPC. CABIMENTO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. RE 574706. COMPENSAÇÃO. DESCABIMENTO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal, no RE 574.706/PR, sob a sistemática da repercussão geral, reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra no conceito de faturamento ou receita bruta. Mesmo entendimento já adotado pela Primeira Turma do E. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgRg no AREsp 593.627/RN.

2. A ausência de trânsito em julgado ou a possibilidade de eventual modulação dos efeitos da decisão não impede que o entendimento seja desde logo adotado, na esteira do quanto já decidido pela Corte Superior (AgRg no AREsp 147.250/PR e AgInt no REsp 1.402.242/SC).

3. Inviável, neste momento, a pretensão de compensação dos valores relativos à exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, por encontrar óbice na expressa dicção do artigo 170-A do Código Tributário Nacional, bem como na orientação constante do enunciado da Súmula nº 212 do Superior Tribunal de Justiça.

4. Requisitos autorizadores da tutela de evidência preenchidos. Agravo de instrumento parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, DEU PARCIAL PROVIMENTO ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0010258-69.2016.4.03.6182

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE BIBLIOTECONOMIA 8 REGIAO

Advogados do(a) APELANTE: ROBERTA BAGATIM SCHERRER - SP271308-A, RUDY RIBEIRO ROSE MESQUITA - SP424091-A, MARIO THADEU LEME DE BARROS FILHO - SP246508-A

APELADO: MARIA CRISTINA PELLIZZER DE SA PEREIRA

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0010258-69.2016.4.03.6182

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE BIBLIOTECONOMIA 8 REGIAO

Advogado do(a) APELANTE: MARIO THADEU LEME DE BARROS FILHO - SP246508-A

APELADO: MARIA CRISTINA PELLIZZER DE SA PEREIRA

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pelo **Conselho Regional de Biblioteconomia da 8ª Região - São Paulo**, contra a sentença proferida na execução fiscal, ajuizada em face de **Maria Cristina Pellizzer de Sá Pereira**.

A MM. Juíza de primeiro grau julgou extinta a execução fiscal, nos termos do art. 485, VI, combinado como art. 803, I, ambos do Código de Processo Civil. Sua Excelência entendeu indevida a cobrança das anuidades, pelo fato de que as mesmas não atendem o princípio da legalidade, e, com relação à cobrança das multas eleitorais, a MM. Juíza Sentenciante entendeu que é indevida a sua cobrança, visto que a executada estava inadimplente em relação às anuidades de 2011 e 2014.

Irresignado, o apelante alega, em síntese, que:

- a) o decidido no RE de n.º 704.792 não se aplica ao presente caso;
- b) o art. 2º da Lei n.º 11.000/04 regeu e fundamentou a cobrança das anuidades até 2011, sendo que o apelante sempre respeitou a estrita legalidade anterior a Lei n.º 12.514/11;
- c) apresentou nova Certidão de Dívida Ativa, onde consta a Lei 12.514/11;
- d) é legal a cobrança das multas eleitorais, já que não há isenção em caso de inadimplência.

Sem contrarrazões, os autos vieram a este Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0010258-69.2016.4.03.6182
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE BIBLIOTECONOMIA 8 REGIAO
Advogado do(a) APELANTE: MARIO THADEU LEME DE BARROS FILHO - SP246508-A
APELADO: MARIA CRISTINA PELLIZZER DE SA PEREIRA

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Trata-se de execução fiscal em que se busca a cobrança das anuidades de 2011 a 2014 e multa eleitoral prevista para os anos de 2011 e 2014 (ID de n.º 126556228, pág. 06).

As anuidades devidas aos conselhos profissionais são débitos de natureza tributária, conforme entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal - STF. Veja-se:

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ENTIDADES FISCALIZADORAS DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL. CONSELHO FEDERAL DE ODONTOLOGIA: NATUREZA AUTÁRQUICA. Lei 4.234, de 1964, art. 2º. FISCALIZAÇÃO POR PARTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. I. - Natureza autárquica do Conselho Federal e dos Conselhos Regionais de Odontologia. Obrigatoriedade de prestar contas ao Tribunal de Contas da União. Lei 4.234/64, art. 2º. C.F., art. 70, parágrafo único, art. 71, II. II. - Não conhecimento da ação de mandado de segurança no que toca à recomendação do Tribunal de Contas da União para aplicação da Lei 8.112/90, vencido o Relator e os Ministros Francisco Rezek e Maurício Corrêa. III. - Os servidores do Conselho Federal de Odontologia deverão se submeter ao regime único da Lei 8.112, de 1990: votos vencidos do Relator e dos Ministros Francisco Rezek e Maurício Corrêa. IV. - As contribuições cobradas pelas autarquias responsáveis pela fiscalização do exercício profissional são contribuições parafiscais, contribuições corporativas, com caráter tributário. C.F., art. 149. RE 138.284-CE, Velloso, Plenário, RTJ 143/313. V. - Diárias: impossibilidade de os seus valores superarem valores fixados pelo Chefe do Poder Executivo, que exerce a direção superior da administração federal (C.F., art. 84, II). VI. - Mandado de Segurança conhecido, em parte, e indeferido na parte conhecida. (MS 21797, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 09/03/2000, DJ 18-05-2001 PP-00434 EMENT VOL-02031-04 PP-00711 RTJ VOL-00177-02 PP-00751).

Assim, a legislação que regula o presente tema deve respeitar ao princípio da legalidade tributária, uma vez que as anuidades cobradas pelos Conselhos Profissionais constituem verdadeira contribuição instituída no interesse de categorias profissionais, que não podem ser criadas ou majoradas por meio de simples resolução.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o mérito da ADIn n.º 1.717/DF, declarou a inconstitucionalidade do caput e dos §§ 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º, do art. 58, da Lei n.º 9.649/1998. Vejam-se:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS. 1. Estando prejudicada a Ação, quanto ao § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649, de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, declarando-se a inconstitucionalidade do "caput" e dos § 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do mesmo art. 58. 2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados. 3. Decisão unânime. (STF, Tribunal Pleno, ADIn n.º 1717/DF, Relator Min. Sidney Sanches, DJ 28/03/2003, p. 61)

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. CONTRIBUIÇÕES ANUAIS. NATUREZA TRIBUTÁRIA. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA. AGRAVO IMPROVIDO. I - As contribuições anualmente devidas aos conselhos de fiscalização profissional possuem natureza tributária e, desse modo, sujeitam-se ao princípio da legalidade tributária, previsto no art. 150, I, da Lei Maior. II - O Plenário desta Corte, no julgamento da ADI 1.717/DF, Rel. Min. Sidney Sanches, declarou a inconstitucionalidade de dispositivo legal que autorizava os conselhos de fiscalização profissional a fixar suas contribuições anuais. III - Agravo regimental improvido." (ARE 640937 AgR-segundo, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-171 DIVULG 05-09-2011 PUBLIC 06-09-2011 EMENT VOL-02581-02 PP-00362)

Igualmente, com a promulgação da Lei n.º 11.000/2004 houve expressa delegação de competência aos conselhos para fixação do montante devido a título de contribuição à entidade profissional, em clara ofensa, mais uma vez, ao princípio da legalidade tributária.

Portanto, pelo fato das anuidades devidas aos conselhos profissionais terem inegável natureza jurídica tributária, mais precisamente de contribuições instituídas no interesse de categorias profissionais, de rigor que sejam instituídas ou majoradas exclusivamente por meio de lei em sentido estrito sob pena de indubitável afronta ao princípio da legalidade.

Assim, conclui-se que a cobrança é indevida, pelo menos nos termos em que vem estampada no título executivo.

A questão já restou apreciada por este E. Tribunal. Veja-se:

"CONTRIBUIÇÕES DESTINADAS AOS CONSELHOS PROFISSIONAIS - INSTITUIÇÃO DE ANUIDADES POR MEIO DE RESOLUÇÃO OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS TRIBUTÁRIOS INCIDENTES. 1. As contribuições destinadas aos Conselhos Profissionais têm natureza jurídica tributária. Subordina-se sua instituição à observância dos preceitos contidos no art. 149 e nos arts. 146, III e 150 I e III da Constituição Federal. 2. A instituição de anuidades por meio de resolução viola os princípios constitucionais tributários incidentes." (TRF3, AMS n.º 0009092-74.2004.4.03.6100, Rel. Des. Fed. MAIRAN MAIA, Sexta Turma, j. 15/12/2011, e-DJF3 12/01/2012).

Ademais, em decisão proferida no julgamento do RE 704292, ocorrido em 19/10/2016, de Relatoria do Ministro Dias Toffoli, com repercussão geral, a Suprema Corte decidiu que "É inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar, sem parâmetro legal, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos".

Por outro lado, não há a possibilidade de substituição das CDA's, pois tal operação importaria em modificação substancial do próprio lançamento, como já destacado no REsp de nº 1.045.472/BA, submetido ao rito dos recursos repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSO JUDICIAL TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA (CDA). SUBSTITUIÇÃO, ANTES DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA, PARA INCLUSÃO DO NOVEL PROPRIETÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CARACTERIZAÇÃO ERRO FORMAL OU MATERIAL. SÚMULA 392/STJ. 1. A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução (Súmula 392/STJ). 2. É que: "Quando haja equívocos no próprio lançamento ou na inscrição em dívida, fazendo-se necessária alteração de fundamento legal ou do sujeito passivo, nova apuração do tributo com aferição de base de cálculo por outros critérios, imputação de pagamento anterior à inscrição etc., será indispensável que o próprio lançamento seja revisado, se ainda viável em face do prazo decadencial, oportunizando-se ao contribuinte o direito à impugnação, e que seja revisada a inscrição, de modo que não se viabilizará a correção do vício apenas na certidão de dívida. A certidão é um espelho da inscrição que, por sua vez, reproduz os termos do lançamento. Não é possível corrigir, na certidão, vícios do lançamento e/ou da inscrição. Nestes casos, será inviável simplesmente substituir-se a CDA." (Leandro Paulsen, René Bergmann Ávila e Ingrid Schroder Sliwka, in "Direito Processual Tributário: Processo Administrativo Fiscal e Execução Fiscal à luz da Doutrina e da Jurisprudência", Livraria do Advogado, 5ª ed., Porto Alegre, 2009, pág. 205). 3. Outrossim, a apontada ofensa aos artigos 165, 458 e 535, do CPC, não restou configurada, uma vez que o acórdão recorrido pronunciou-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Saliente-se, ademais, que o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão, como de fato ocorreu na hipótese dos autos. 4. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008." (STJ, Primeira Seção, Resp. de n.º 1045472, Rel. Min. Luiz Fux, data da decisão: 25/11/2009, Dj de 18/12/2009).

De outra face, consigne-se que a Lei nº 12.514 de 28 de outubro de 2011 regularizou a questão atinente à fixação das contribuições devidas aos conselhos profissionais, porém no caso dos autos a referida Lei não consta da CDA que dá embasamento à presente execução fiscal (ID de n.º 126556228, pág. 06), não sendo admissível a sua substituição, conforme explanado acima.

Com relação à cobrança de multa por débito eleitoral relativo aos anos de 2011 e 2014, o artigo 4º da Resolução nº 088/2008 do Conselho Federal de Biblioteconomia assim disciplina:

"Art. 4º - O voto é secreto, obrigatório, direto e pessoal sendo exercido pelo Bibliotecário no CRB de seu registro principal e que esteja em dia com suas obrigações.

§ 1º - A obrigatoriedade do voto de que trata o caput deste artigo, alcança o profissional que esteja em dia com o parcelamento de débito junto ao CRB.

§ 2º - A regularização financeira do profissional junto ao CRB para fins do exercício do direito do voto deverá ocorrer até dois dias úteis anteriores à data da eleição.(...)"

Na questão *sub judice*, verifica-se que a executada estava inadimplente em relação às anuidades previstas para os exercícios de 2011 e 2014, estando impossibilitada de votar nas eleições do Conselho.

Desse modo, a cobrança é indevida.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação, conforme a fundamentação supra.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE BIBLIOTECONOMIA DA 8ª REGIÃO. CDA. COBRANÇA DE ANUIDADES. RE nº 704.292. NÃO OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. NULIDADE. MULTA ELEITORAL. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. Trata-se de execução fiscal em que se busca a cobrança das anuidades de 2011 a 2014 e multa eleitoral prevista para os anos de 2011 e 2014 (ID de n.º 126556228, pág. 06).

2. O Supremo Tribunal Federal enfrentou e rejeitou o argumento de que o artigo 2º da Lei nº 11.000/2004 autorizaria os conselhos profissionais a fixar os valores de suas anuidades e, indo além, refutou também a alegação de que a decisão da Turma violaria o artigo 97 da Constituição Federal. (Precedente: STF, ARE 640937 AgR-segundo, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-171 DIVULG 05-09-2011 PUBLIC 06-09-2011 EMENT VOL-02581-02 PP-00362).

3. Ademais, em decisão proferida no julgamento do RE 704292, ocorrido em 19/10/2016, de Relatoria do Ministro Dias Toffoli, com repercussão geral, a Suprema Corte decidiu que "É inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar, sem parâmetro legal, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos". Assim, conclui-se que a cobrança das anuidades é indevida, pelo menos nos termos em que vem estampada no título executivo.

4. Por outro lado, não há a possibilidade de substituição das CDA's, pois tal operação importaria em modificação substancial do próprio lançamento (REsp de nº 1.045.472/BA, submetido ao rito dos recursos repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça).

5. De outra face, consigne-se que a Lei nº 12.514 de 28 de outubro de 2011 regularizou a questão atinente à fixação das contribuições devidas aos conselhos profissionais, porém no caso dos autos a referida Lei não consta da CDA que dá embasamento à presente execução fiscal (ID de n.º 126556228, pág. 06), não sendo admissível a sua substituição.

6. Com relação à cobrança de multa por débito eleitoral relativo aos anos de 2011 e 2014, verifica-se que a executada estava inadimplente em relação às anuidades previstas para os exercícios de 2011 e 2014, estando impossibilitada de votar nas eleições do Conselho. Desse modo, a cobrança é indevida.

7. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO ao recurso de apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5018811-04.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: R BRASIL SOLUCOES S.A

Advogados do(a) APELADO: JOSE MARIA ARRUDA DE ANDRADE - SP153509-A, ENIO ZAHA - SP123946-A, FERNANDO ANTONIO CAVANHA GAIA - SP58079-A, JORGE HENRIQUE FERNANDES FACURE - SP236072-A, SANDRYA RODRIGUEZ VALMANA DE MEDEIROS - SP250321-A, ALESSANDRO TEMPORIM CALAF - SP199894-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5018811-04.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: R BRASIL SOLUCOES S.A

Advogados do(a) APELADO: JOSE MARIA ARRUDA DE ANDRADE - SP153509-A, ENIO ZAHA - SP123946-A, FERNANDO ANTONIO CAVANHA GAIA - SP58079-A, JORGE HENRIQUE FERNANDES FACURE - SP236072-A, SANDRYA RODRIGUEZ VALMANA DE MEDEIROS - SP250321-A, ALESSANDRO TEMPORIM CALAF - SP199894-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial e de recurso de apelação interposto pela **União**, em face da sentença que concedeu a ordem, no mandado de segurança, para determinar a exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS e reconhecer o direito à compensação ou restituição, observada a prescrição quinquenal, dos valores indevidamente recolhidos, atualizados pela SELIC, com quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

A União requer, preliminarmente, o sobrestamento do feito. No mérito, sustenta, em síntese que:

a) o *mandamus* não constitui meio hábil para repetição do indébito de período pretérito, já que não pode ser substituído por ação de cobrança;

b) o julgamento proferido no RE n.º 574.706, **não alcança o ISS;**

c) não há ilegalidade ou inconstitucionalidade na incidência do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS, por constituir, referido tributo, o faturamento e a receita da empresa e compor o preço do serviço.

Com contrarrazões vieram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal, em manifestação de lavra do e. Procurador Regional da República José Leonidas Bellem de Lima, deixou de exarar parecer, por entender não haver interesse público primário que justifique sua intervenção no feito.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5018811-04.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: R BRASIL SOLUCOES S.A

Advogados do(a) APELADO: JOSE MARIA ARRUDA DE ANDRADE - SP153509-A, ENIO ZAHA - SP123946-A, FERNANDO ANTONIO CAVANHA GAIA - SP58079-A, JORGE HENRIQUE FERNANDES FACURE - SP236072-A, SANDRYA RODRIGUEZ VALMANA DE MEDEIROS - SP250321-A, ALESSANDRO TEMPORIM CALAF - SP199894-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores resem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.

Passo ao do recurso.

Importa esclarecer que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (Resp 1.111.164/BA), julgada sob o regime dos recursos representativos de controvérsia do artigo 543-C do Código de Processo Civil, firmou o entendimento de que a prova dos recolhimentos indevidos será pressuposto indispensável à impetração, quando se postular juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, com a efetiva investigação da liquidez e certeza dos créditos, ou, ainda, na hipótese em que os efeitos da sentença supõem a efetiva homologação da compensação a ser realizada. Veja-se:

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPETRAÇÃO VISANDO EFEITOS JURÍDICOS PRÓPRIOS DA EFETIVA REALIZAÇÃO DA COMPENSAÇÃO. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. NECESSIDADE.

1. No que se refere a mandado de segurança sobre compensação tributária, a extensão do âmbito probatório está intimamente relacionada com os limites da pretensão nele deduzida. Tratando-se de impetração que se limita, com base na Súmula 213/STJ, a ver reconhecido o direito de compensar (que tem como pressuposto um ato da autoridade de negar a compensabilidade), mas sem fazer juízo específico sobre os elementos concretos da própria compensação, a prova exigida é a da "condição de credora tributária" (ERESP 116.183/SP, 1ª Seção, Min. Adhemar Maciel, DJ de 27.04.1998).

2. Todavia, será indispensável prova pré-constituída específica quando, à declaração de compensabilidade, a impetração agrega (a) pedido de juízo sobre os elementos da própria compensação (v.g.: reconhecimento do indébito tributário que serve de base para a operação de compensação, acréscimos de juros e correção monetária sobre ele incidente, inexistência de prescrição do direito de compensar), ou (b) pedido de outra medida executiva que tem como pressuposto a efetiva realização da compensação (v.g.: expedição de certidão negativa, suspensão da exigibilidade dos créditos tributários contra os quais se opera a compensação). Nesse caso, o reconhecimento da liquidez e certeza do direito afirmado depende necessariamente da comprovação dos elementos concretos da operação realizada ou que o impetrante pretende realizar. Precedentes da 1ª Seção (ERESP 903.367/SP, Min. Denise Arruda, DJe de 22.09.2008) e das Turmas que a compõem.

3. No caso em exame, foram deduzidas pretensões que supõem a efetiva realização da compensação (suspensão da exigibilidade dos créditos tributários abrangidos pela compensação, até o limite do crédito da impetrante e expedição de certidões negativas), o que torna imprescindível, para o reconhecimento da liquidez e certeza do direito afirmado, a pré-constituição da prova dos recolhimentos indevidos.

4. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08." (REsp 111164/BA, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 25/05/2009) (grifei)

No mesmo sentido:

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TESE FIRMADA SOB O RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. ART. 1.036 E SEQUENTES DO CÓDIGO FUX. DIREITO DO CONTRIBUINTE À DEFINIÇÃO DO ALCANCE DA TESE FIRMADA NO TEMA 118/STJ (RESP 1.111.164/BA, DA RELATORIA DO EMINENTE MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI). INEXIGIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO, NO WRIT OF MANDAMUS, DO EFETIVO RECOLHIMENTO DO TRIBUTO, PARA O FIM DE OBTER DECLARAÇÃO DO SEU DIREITO À COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA, OBIAMENTE SEM QUALQUER EMPECILHO À ULTERIOR FISCALIZAÇÃO DA OPERAÇÃO COMPENSATÓRIA PELO FISCO FEDERAL. A OPERAÇÃO DE COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA REALIZADA NA CONTABILIDADE DA EMPRESA CONTRIBUINTE FICA SUJEITA AOS PROCEDIMENTOS DE FISCALIZAÇÃO DA RECEITA COMPETENTE, NO QUE SE REFERE AOS QUANTITATIVOS CONFRONTADOS E À RESPECTIVA CORREÇÃO. RECURSO ESPECIAL DA CONTRIBUINTE A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.

1. *Esclareça-se que a questão ora submetida a julgamento encontra-se delimitada ao alcance da aplicação da tese firmada no Tema 118/STJ (REsp. 1.111.164/BA, da relatoria do eminente Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, submetido a sistemática do art. 543-C do CPC/1973), segundo o qual é necessária a efetiva comprovação do recolhimento feito a maior ou indevidamente para fins de declaração do direito à compensação tributária em sede de Mandado de Segurança.*

2. *A afetação deste processo a julgamento pela sistemática repetitiva foi decidida pela Primeira Seção deste STJ, em 24.4.2018, por votação majoritária; de qualquer modo, trata-se de questão vencida, de sorte que o julgamento do feito como repetitivo é assunto precluso.*

3. *Para se espancar qualquer dúvida sobre a viabilidade de se garantir, em sede de Mandado de Segurança, o direito à utilização de créditos por compensação, esta Corte Superior reafirma orientação unânime, inclusive consagrada na sua Súmula 213, de que o Mandado de Segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária.*

4. *No entanto, ao sedimentar a Tese 118, por ocasião do julgamento do REsp. 1.111.164/BA, da relatoria do eminente Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, a Primeira Seção desta Corte firmou diretriz de que, tratando-se de Mandado de Segurança que apenas visa à compensação de tributos indevidamente recolhidos, impõe-se delimitar a extensão do pedido constante da inicial, ou seja, a ordem que se pretende alcançar para se determinar quais seriam os documentos indispensáveis à propositura da ação. **O próprio voto condutor do referido acórdão, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC/1973, é expresso ao distinguir as duas situações, a saber: (...) a primeira, em que a impetração se limita a ver reconhecido o direito de compensar (que tem como pressuposto um ato da autoridade de negar a compensabilidade), mas sem fazer juízo específico sobre os elementos concretos da própria compensação; a outra situação é a da impetração, à declaração de compensabilidade, agrega (a) pedido de juízo específico sobre os elementos da própria compensação (v.g.: reconhecimento do indébito tributário que serve de base para a operação de compensação, acréscimos de juros e correção monetária sobre ele incidente, inexistência de prescrição do direito de compensar), ou (b) pedido de outra medida executiva que tem como pressuposto a efetiva realização da compensação (v.g.: expedição de certidão negativa, suspensão da exigibilidade dos créditos tributários contra os quais se opera a compensação).***

5. **Logo, postulando o Contribuinte apenas a concessão da ordem para se declarar o direito à compensação tributária, em virtude do reconhecimento judicial transitado em julgado da ilegalidade ou inconstitucionalidade da exigência da exação, independentemente da apuração dos respectivos valores, é suficiente, para esse efeito, a comprovação de que o impetrante ocupa a posição de credor tributário, visto que os comprovantes de recolhimento indevido serão exigidos posteriormente, na esfera administrativa, quando o procedimento de compensação for submetido à verificação pelo Fisco.**

Ou seja, se a pretensão é apenas a de ver reconhecido o direito de compensar, sem abranger juízo específico dos elementos da compensação ou sem apurar o efetivo quantum dos recolhimentos realizados indevidamente, não cabe exigir do impetrante, credor tributário, a juntada da providência somente será levada a termo no âmbito administrativo, quando será assegurada à autoridade fazendária a fiscalização e controle do procedimento compensatório.

6. *Todavia, a prova dos recolhimentos indevidos será pressuposto indispensável à impetração, quando se postular juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, com a efetiva investigação da liquidez e certeza dos créditos, ou, ainda, na hipótese em que os efeitos da sentença supõem a efetiva homologação da compensação a ser realizada. Somente nessas hipóteses o crédito do contribuinte depende de quantificação, de modo que a inexistência de comprovação cabal dos valores indevidamente recolhidos representa a ausência de prova pré-constituída indispensável à propositura da ação mandamental.*

7. *Na hipótese em análise, em que se visa garantir a compensação de valores indevidamente recolhidos a título do PIS e da COFINS, calculados na forma prevista no art. 3o., § 1o. da Lei 9.718/1998, o Tribunal de origem manteve a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido, concedendo a segurança apenas para garantir a compensação dos valores indevidamente recolhidos, limitando-os, todavia, àqueles devidamente comprovados nos autos.*

8. *Ao assim decidir, o Tribunal de origem deixou de observar que o objeto da lide limitou-se ao reconhecimento do direito de compensar; e, nesse ponto, foi devidamente comprovada a liquidez e certeza do direito necessário à impetração do Mandado de Segurança, porquanto seria preciso tão somente demonstrar que a impetrante estava sujeita ao recolhimento do PIS e da COFINS, com base de cálculo prevista no art. 3o., § 1o. da Lei 9.718/1998, cuja obrigatoriedade foi afastada pelas instâncias ordinárias.*

9. *Extraí-se do pedido formulado na exordial que a impetração, no ponto atinente à compensação tributária, tem natureza preventiva e cunho meramente declaratório, e, portanto, a concessão da ordem postulada só depende do reconhecimento do direito de se compensar tributo submetido ao regime de lançamento por homologação. Ou seja, não pretendeu a impetrante a efetiva investigação da liquidez e certeza dos valores indevidamente pagos, apurando-se o valor exato do crédito submetido ao acervo de contas, mas, sim, a declaração de um direito subjetivo à compensação tributária de créditos reconhecidos com tributos vencidos e vincendos, e que estará sujeita a verificação de sua regularidade pelo Fisco.*

10. *Portanto, a questão debatida no Mandado de Segurança é meramente jurídica, sendo desnecessária a exigência de provas do efetivo recolhimento do tributo e do seu montante exato, cuja apreciação, repita-se, fica postergada para a esfera administrativa.*

11. *Recurso Especial da Contribuinte ao qual se dá parcial provimento, para reconhecer o direito à compensação dos valores de PIS e COFINS indevidamente recolhidos, ainda que não tenham sido comprovados nos autos.*

12. *Acórdão submetido ao regime do art. 1.036 do Código Fux, fixando-se a seguinte tese, apenas explicitadora do pensamento zavaskiano consignado no julgamento REsp. 1.111.164/BA: (a) tratando-se de Mandado de Segurança impetrado com vistas a declarar o direito à compensação tributária, em virtude do reconhecimento da ilegalidade ou inconstitucionalidade da exigência da exação, independentemente da apuração dos respectivos valores, é suficiente, para esse efeito, a comprovação de que o impetrante ocupa a posição de credor tributário, visto que os comprovantes de recolhimento indevido serão exigidos posteriormente, na esfera administrativa, quando o procedimento de compensação for submetido à verificação pelo Fisco; e (b) tratando-se de Mandado de Segurança com vistas a obter juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, com efetiva investigação da liquidez e certeza dos créditos, ou, ainda, na hipótese em que os efeitos da sentença supõem a efetiva homologação da compensação a ser realizada, o crédito do contribuinte depende de quantificação, de modo que a inexistência de comprovação cabal dos valores indevidamente recolhidos representa a ausência de prova pré-constituída indispensável à propositura da ação." (REsp 1715256/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/02/2019, DJe 11/03/2019) (grifei)*

No caso em tela, como a impetrante busca apenas a declaração do direito à compensação tributária, é suficiente a comprovação de que ela ocupa a posição de credora tributária, uma vez que os comprovantes dos recolhimentos indevidos serão exigidos apenas posteriormente, na esfera administrativa.

In casu, extrai-se do contrato social, que a impetrante comprovou que tem o dever de recolher as contribuições em comento, visto que realiza as hipóteses de incidência das referidas exações.

Desse modo, há de ser admitida pela via mandamental, caso existente o direito, à compensação tributária, dos valores recolhidos nos 5 (cinco) anos anteriores ao ajuizamento, em montante a ser comprovado na esfera administrativa, com a apresentação das guias DARF correspondentes, relativos à exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS.

Passo ao exame do mérito.

De início, ressalte-se que em sessão plenária do dia 15.03.2017 foi julgado o RE nº 574.706/RG, que trata do tema atinente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a sistemática da repercussão geral (artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973), que constou com a seguinte decisão:

"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017."

(RE 574706 RG, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 15/03/2017, DJe-053 DIVULG 17-03-2017 PUBLIC 20-03-2017)

Reforce-se a esse quadro que em 29.09.2017 foi disponibilizada a ementa do aludido acórdão:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. *Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.*

2. *A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.*

3. *O regime da não cumulatividade impõe concluir; conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.*

4. *Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."*

Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o E. Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

Ainda, a novel jurisprudência do e. Supremo Tribunal Federal e do C. Superior Tribunal de Justiça reconheceu a exclusão da parcela relativa ao ICMS, da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, confira-se:

"TRIBUTO - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da Cofins, porque estranho ao conceito de faturamento."

(RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituindo receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido."

(AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 07/04/2015)

Cumprase asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

Impende destacar que o reconhecimento da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pode ser aplicado ao caso do ISS, em razão da própria inexistência de natureza de receita ou faturamento destas parcelas.

A exclusão do ISS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquelas parcelas, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassar aqueles ao Município.

Ressalto, por oportuno, que a falta de definitividade da entrada de valores a título de ICMS e ISS no caixa da pessoa jurídica caracteriza a ausência da natureza jurídica adrede mencionada, que, repita-se, tem natureza de receita para o Estado-Membro e para o Município, respectivamente.

Ademais, o termo "faturamento" deve ser conceituado no sentido técnico consagrado pela jurisprudência e pela doutrina.

Ainda, o ICMS e o ISS são impostos indiretos nos quais o ônus financeiro é transferido para o consumidor final, tornando-se este o contribuinte de fato da exação. Assim, o sujeito passivo do tributo - aquele que realiza a prestação de serviços - apenas tem o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e ao ISS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, mostrando-se, incontestavelmente, despido da natureza jurídica de receita para o sujeito passivo.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, veja-se:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ICMS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Encontra-se, atualmente, consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme constou do Boletim de Notícias do Supremo Tribunal Federal nº 762 de 06 a 11 de Outubro de 2014 (RE 240.785-2/MG).

2. Embargos infringentes desprovidos."

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI 0000266-78.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 04/11/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/11/2014)

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS e DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/04/2014)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DUPLO AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. VALIDADE. APROVEITAMENTO DO TÍTULO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.

2. A orientação no plano constitucional, a partir do precedente citado, foi adotada, recentemente, no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94, conforme AgRg no ARES 593.627, Rel. p/ acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 07/04/2015.

3. Embora cabível excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, não se reconhece a nulidade da execução fiscal, que deve prosseguir pelo saldo efetivamente devido, não se cogitando, de extinção da execução fiscal, na conformidade da jurisprudência consolidada.

4. Agravos inominados desprovidos."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0030027-53.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/05/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/05/2015)

Por fim, diga-se que, considerando o julgamento do RE nº 240.785-2 que declarou inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, o advento da Lei nº 12.973/2014 em nada altera o entendimento proferido pela Suprema Corte.

Com efeito, a superveniência da Lei, modificando o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

Reconhecido o direito à exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS e, respeitando-se a prescrição quinquenal, é direito do autor a repetição dos valores recolhidos indevidamente, através da compensação, conforme os termos delineados a seguir.

*Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas pelas Leis nº 10.637/02 e 13.670/2018, visto a data que o presente *mandamus* foi ajuizado e, conforme jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, confira-se:*

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. *A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).*

2. *A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).*

3. *Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.*

4. *A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".*

5. *Consectariamente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.*

6. *A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.*

7. *Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.*

8. *Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."*

9. *Entretentes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).*

10. *In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.*

11. *À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.*

12. *Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.*

13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."

14. Consequentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF). (Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

Destarte, conforme a jurisprudência acima colacionada e, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

Cabe acrescentar, por fim, que, em razão do presente *mandamus* ter sido impetrado após a entrada em vigor da Lei n.º 13.670/2018, que revogou o art. 26 da Lei n.º 11.457/2007, não se aplica mais a vedação da compensação dos valores recolhidos indevidamente com as contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei n.º 8.212/1991. No entanto, deve-se observar o quanto disposto no art. 26-A da Lei n.º 13.670/2018.

Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, veja-se:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4ª 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.

4. A Tabela Única aprovada pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação /repetição de indébito, quais sejam: (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDcl no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. O prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/05 (09.06.2005), nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.") (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: RESP 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009).

7. Outrossim, o artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

8. Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010)

Finalmente, o termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior, que ora colaciono:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNBEN. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL. APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.250/95. DESDE O RECOLHIMENTO INDEVIDO. SÚMULA 83/STJ

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nas ações de restituição de tributos federais, antes do advento da Lei 9.250/95, incide a correção monetária desde o pagamento indevido (no caso, no momento da indevida retenção do IR) até a restituição ou a compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros moratórios a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), na forma do art. 167, parágrafo único, do CTN.

3. Ocorre que, com o advento do referido diploma, passou-se a incidir a Taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou a partir de 1º de janeiro de 1996 (caso o recolhimento tenha ocorrido antes dessa data).

Agravo regimental improvido."

(AgRg no AgRg no AREsp 536.348/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014)

Por outro lado, verifico que, na petição inicial, a impetrante formulou pedido para que fosse declarado o direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos"; vale dizer, não pleiteou a restituição administrativa dos valores recolhidos.

Desse modo, a sentença, ao dar pela possibilidade de restituição na via administrativa, contemplou modalidade que não fora objeto do pleito inicial, sendo caso, portanto, de acolher-se em parte a remessa oficial para restringi-la aos limites do pedido, afastando-se, por conseguinte, a restituição, mantida a compensação.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação e dou parcial provimento à remessa oficial, conforme fundamentação *supra*.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ISS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO DOS VALORES RECOLHIDOS INDEVIDAMENTE.

1. Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores resem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.

2. A jurisprudência do e. Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela Primeira Turma do e. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgRg no AREsp 593.627/RN.

3. Impende destacar que o reconhecimento da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pode ser aplicado ao ISS, em razão da própria inexistência de natureza de receita ou faturamento destas parcelas. Precedentes da 3ª Turma do TRF da 3ª Região.

4. A superveniência da Lei n.º 12.973/2014, que alargou o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

5. Reconhecido o direito à exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS e, respeitando-se a prescrição quinquenal, à impetrante é assegurada a repetição dos valores recolhidos indevidamente, através da compensação.

6. A compensação deverá ser realizada nos termos do art. 74 da Lei nº 9.430/96 com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02 e 13.670/2018.

7. É necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

8. É aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil.

9. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior.

10. Tendo a impetrante pleiteado a compensação de valores indevidamente recolhidos, desborda dos limites do pedido a sentença que reconhece - além da compensação - também o direito à restituição de valores na via administrativa.

11. Recurso de apelação desprovido; remessa oficial provida em parte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO ao recurso de apelação e deu parcial provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5002132-29.2019.4.03.6120

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: CASALE EQUIPAMENTOS LTDA

Advogado do(a) APELANTE: OCTAVIO TEIXEIRA BRILHANTE USTRA - SP196524-A

APELADO: DELEGADO DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5002132-29.2019.4.03.6120

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: CASALE EQUIPAMENTOS LTDA

Advogado do(a) APELANTE: OCTAVIO TEIXEIRA BRILHANTE USTRA - SP196524-A

APELADO: DELEGADO DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração em face de acórdão assim ementado:

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SEBRAE APÓS O INÍCIO DA VIGÊNCIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 33/2001. LEGITIMIDADE DA EXIGÊNCIA. ARTIGO 149, § 2º, INCISO III, ALÍNEA "A". ROL NÃO EXAURIENTE. HIGIDEZ DA UTILIZAÇÃO DA FOLHA DE SALÁRIOS COMO BASE DE CÁLCULO.

1. EMBORA A QUESTÃO ATINENTE À EXIGIBILIDADE DAS CONTRIBUIÇÕES COMBATIDAS NESTES AUTOS A PARTIR DA EDIÇÃO DA EC Nº 33/2001 ESTEJA PENDENTE DE APRECIÇÃO PELO STF, EM JULGADOS ALÇADOS À ÉGIDE DA REPERCUSSÃO GERAL (TEMAS 325 E 495), CUMPRE CONSIGNAR QUE NÃO HOUVE DETERMINAÇÃO DOS EMINENTES RELATORES QUE, COM FULCRO NO ARTIGO 1.035, § 5º, DO CPC, DETERMINASSE A SUSPENSÃO DO PROCESSAMENTO DOS RECURSOS PENDENTES DE APRECIÇÃO NOS DEMAIS ÓRGÃOS JUDICIÁRIOS DO PAÍS.

2. A TESE FIRMADA PELO STF NO RE Nº 559.937 ("É INCONSTITUCIONAL A PARTE DO ART. 7º, I, DA LEI 10.865/2004 QUE ACRESCE À BASE DE CÁLCULO DA DENOMINADA PIS/COFINS-IMPORTAÇÃO O VALOR DO ICMS INCIDENTE NO DESEMBARAÇO ADUANEIRO E O VALOR DAS PRÓPRIAS CONTRIBUIÇÕES") NÃO GUARDA RELAÇÃO DE IDENTIDADE COM A DISCUSSÃO TRAVADA NESTES AUTOS.

3. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL TEM RECONHECIDO A CONSTITUCIONALIDADE DA CONTRIBUIÇÃO AO SEBRAE, INCLUSIVE EM JULGADOS PROFERIDOS APÓS O ADVENTO DA EC Nº 33/2001 (PRECEDENTES).

4. O CERNE DA CONTROVÉRSIA TEM SIDO OBJETO DE APRECIÇÃO NO ÂMBITO DESTES TRIBUNAL, QUE REITERADAMENTE ATESTA A LEGITIMIDADE DA EXIGÊNCIA DAS CONTRIBUIÇÕES IMPUGNADAS NESTES AUTOS, INCLUSIVE APÓS O INÍCIO DA VIGÊNCIA DA EC Nº 33/2001.

5. NENHUMA MÁCULA DE INCONSTITUCIONALIDADE PAIRA SOBRE A UTILIZAÇÃO DA FOLHA DE SALÁRIOS COMO BASE DE CÁLCULO DESTAS CONTRIBUIÇÕES. PRECEDENTES DO TRF3.

6. DIANTE DA IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO PRINCIPAL, RESTA PREJUDICADA A PRETENSÃO DE COMPENSAÇÃO DOS VALORES PAGOS NO QUINQUÊNIO ANTERIOR À IMPETRAÇÃO.

7. APELAÇÃO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

Alegou-se, inclusive para pré-questionamento, vício no julgado, pois foi omissivo quanto à aplicabilidade de preceitos apontados (artigos 149, § 2º, III, "a", 170, 184, 195, I, da CF; 926 do CPC; 8º, § 3º, da Lei 8.029/1990; e 1º do Decreto-lei 2.318/1986; e EC 33/2001), e em relação ao posicionamento da Suprema Corte no RE 396.266.

Apresento o feito em mesa para julgamento (artigo 1.024, § 1º, CPC).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5002132-29.2019.4.03.6120

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: CASALE EQUIPAMENTOS LTDA

Advogado do(a) APELANTE: OCTAVIO TEIXEIRA BRILHANTE USTRA - SP196524-A

APELADO: DELEGADO DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, são manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

As alegações não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.

Quanto à omissão no exame do artigo 149, § 2º, III, "a", da Constituição Federal, foi cristalino o acórdão embargado em dispor que:

"Com efeito, o entendimento predominante, ao qual adiro, é de que a inovação trazida pela emenda constitucional em apreço, na parte em que menciona algumas bases de cálculo sobre as quais podem incidir tais contribuições (adição do § 2º, inciso III, alínea "a", ao artigo 149 da CF/1988), refere-se, em verdade, a um rol meramente exemplificativo. Desta forma, nenhuma mácula de inconstitucionalidade paira sobre a utilização da folha de salários (não mencionada expressamente no artigo 149, § 2º, III, "a") como base de cálculo destas contribuições.

Conforme salientado pelo Des. Fed. Paulo Fontes por ocasião do julgamento do AMS nº 0001898-13.2010.4.03.6100, a correta exegese desta inovação legislativa é de que ela prescreve "tão-somente a possibilidade de algumas bases de cálculos serem adotadas pelas Contribuições Sociais de Intervenção no Domínio Econômico, sem que haja qualquer restrição explícita à adoção de outras bases de cálculo não constantes na alínea "a"".

Como se observa, o acórdão embargado foi claro na abordagem do mérito suscitado, ao estabelecer que o rol previsto na Constituição Federal para servir de base de cálculo para a contribuição do salário-educação é exemplificativo, e não taxativo, de maneira que sua incidência sobre folha de salários não apresenta vício de constitucionalidade.

Ademais, a Suprema Corte no RE 396.266, invocado pela embargante, consolidou entendimento no sentido da constitucionalidade da contribuição ao SEBRAE prevista no § 3º do artigo 8º da Lei 8.029/1990, com a redação dada pelas Leis 8.154/1990 e 10.668/2003.

Assim, se tal motivação é insuficiente, fere normas apontadas (artigos 149, § 2º, III, "a", 170, 184, 195, I, da CF; 926 do CPC; 8º, § 3º, da Lei 8.029/1990; e 1º do Decreto-lei 2.318/1986; e EC 33/2001), ou contraria jurisprudência, deve o contribuinte veicular recurso próprio para a impugnação do acórdão e não rediscutir a matéria em embargos de declaração.

Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO AO SEBRAE. EC 33/2001. VÍCIOS INEXISTENTES. REJEIÇÃO.

1. São manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

2. As alegações não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.

3. Quanto à omissão no exame do artigo 149, § 2º, III, "a", da Constituição Federal, foi cristalino o acórdão embargado em dispor que: "*Com efeito, o entendimento predominante, ao qual adiro, é de que a inovação trazida pela emenda constitucional em apreço, na parte em que menciona algumas bases de cálculo sobre as quais podem incidir tais contribuições (adição do § 2º, inciso III, alínea "a", ao artigo 149 da CF/1988), refere-se, em verdade, a um rol meramente exemplificativo. Desta forma, nenhuma mácula de inconstitucionalidade paira sobre a utilização da folha de salários (não mencionada expressamente no artigo 149, § 2º, III, "a") como base de cálculo destas contribuições. Conforme salientado pelo Des. Fed. Paulo Fontes por ocasião do julgamento do AMS nº 0001898-13.2010.4.03.6100, a correta exegese desta inovação legislativa é de que ela prescreve "tão-somente a possibilidade de algumas bases de cálculos serem adotadas pelas Contribuições Sociais de Intervenção no Domínio Econômico, sem que haja qualquer restrição explícita à adoção de outras bases de cálculo não constantes na alínea "a"."*"

4. Como se observa, o acórdão embargado foi claro na abordagem do mérito suscitado, ao estabelecer que o rol previsto na Constituição Federal para servir de base de cálculo para a contribuição do salário-educação é exemplificativo, e não taxativo, de maneira que sua incidência sobre folha de salários não apresenta vício de constitucionalidade. Ademais, a Suprema Corte no RE 396.266, invocado pela embargante, consolidou posição no sentido da constitucionalidade da contribuição ao SEBRAE prevista no § 3º do artigo 8º da Lei 8.029/1990, com a redação dada pelas Lei 8.154/1990 e 10.668/2003.

5. Assim, se tal motivação é insuficiente, fere normas apontadas (artigos 149, § 2º, III, "a", 170, 184, 195, I, da CF; 926 do CPC; 8º, § 3º, da Lei 8.029/1990; e 1º do Decreto-lei 2.318/1986; e EC 33/2001), ou contraria jurisprudência, deve o contribuinte veicular recurso próprio para a impugnação do acórdão e não rediscutir a matéria em embargos de declaração.

6. Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

7. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000703-24.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: PETSMA RT COMERCIAL LTDA
Advogado do(a) APELADO: DANILO MARTINS FONTES - SP330237-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000703-24.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: PETSMA RT COMERCIAL LTDA
Advogado do(a) APELADO: DANILO MARTINS FONTES - SP330237-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário e de recurso de apelação interposto pela **UNIÃO** em face da sentença, que concedeu a segurança para declarar o direito da impetrante **PETSMART COMERCIAL LTDA**, à exclusão dos valores correspondentes ao ICMS da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e ao COFINS, bem como à repetição dos valores indevidamente recolhidos, cinco últimos anos anteriores à impetração, a serem requeridas administrativamente.

O Juízo *a quo* concedeu a segurança para declarar o direito da impetrante à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como para reconhecer o direito daquela de compensar, os valores recolhidos a tal título nos últimos cinco anos que antecederam o ajuizamento da ação.

Em suas razões de apelação, a União **formulou pedido de antecipação da tutela recursal** e sustentou, em síntese, que:

a) ainda há pedido pendente da PGFN de modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706 - o que justifica a **suspensão do processo até o julgamento dos embargos declaratórios**;

b) não há como prosperar a tese seguida pela r. sentença de que o ICMS não compõe a base de cálculo da contribuição ao PIS, vez que o valor do ICMS integra o preço da operação comercial para qualquer efeito, e esse valor incrementa a receita bruta da pessoa jurídica.

Com contrarrazões, subiram os autos a essa E. Corte Regional.

O Ministério Público Federal, em manifestação da Procuradora Regional da República, MARIA EMILIA MORAES DE ARAUJO, opinou pelo regular prosseguimento do feito.

É o sucinto relatório.

srevi

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000703-24.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: PETSMART COMERCIAL LTDA

Advogado do(a) APELADO: DANILO MARTINS FONTES - SP330237-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

O cerne da presente controvérsia gravita em torno do pleito da impetrante acerca do reconhecimento judicial que declare seu direito à exclusão do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) da base de cálculo das contribuições devidas a título de PIS e COFINS, bem como à declaração do direito de efetuar a compensação tributária dos valores recolhidos indevidamente nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação.

Pois bem

No caso em análise, face à sentença concessiva de segurança contra a União, por força do disposto no §1º do art. 14, da Lei 12.016/2009, reconheço a hipótese da obrigatoriedade ao duplo grau de jurisdição, com a análise da remessa necessária.

Preliminarmente, ante a análise do mérito, julgo prejudicada a análise do pedido de antecipação da tutela recursal.

Outrossim, rejeito o pedido de suspensão do feito, uma vez que a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia **evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito** das demais demandas em que se discute o tema.

Assim, uma vez que não há determinação expressa pelo STF, a suspensão da demanda é mera faculdade, a qual afasto, em nome da duração razoável do processo.

Quanto ao mérito, a questão não carece de maiores debates, haja vista que em sessão plenária do dia 15.03.2017 foi julgado o RE nº 574.706/RS, que trata do tema atinente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a sistemática da repercussão geral (artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973), nos seguintes termos:

*"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Carmen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: **"O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins"**. Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017."*

(RE 574706 RG, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 15/03/2017, DJe-053 DIVULG 17-03-2017 PUBLIC 20-03-2017)

Reforce-se a esse quadro que em 29.09.2017 foi disponibilizada a ementa do aludido acórdão:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

Em suma, a novel jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, assim como a do Superior Tribunal de Justiça, reconheceu a exclusão da parcela relativa ao ICMS da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, confira-se:

"TRIBUTO - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da Cofins, porque estranho ao conc eito de faturamento." (RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituindo receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS incluí-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido."

(AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 07/04/2015)

Cumpra-se asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

Na verdade, o ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.

Resta evidente, portanto, que o ICMS não tem a natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, veja-se:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ICMS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Encontra-se, atualmente, consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme constou do Boletim de Notícias do Supremo Tribunal Federal nº 762 de 06 a 11 de Outubro de 2014 (RE 240.785-2/MG).

2. Embargos infringentes desprovidos."

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI 0000266-78.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 04/11/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/11/2014)

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS e DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/04/2014)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DUPLO AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. VALIDADE. APROVEITAMENTO DO TÍTULO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.

2. A orientação no plano constitucional, a partir do precedente citado, foi adotada, recentemente, no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94, conforme AgRg no ARES 593.627, Rel. p/ acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJE 07/04/2015.

3. Embora cabível excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, não se reconhece a nulidade da execução fiscal, que deve prosseguir pelo saldo efetivamente devido, não se cogitando, de extinção da execução fiscal, na conformidade da jurisprudência consolidada.

4. Agravos inominados desprovidos."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0030027-53.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/05/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/05/2015)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB A SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. ICMS RECOLHIDO PELO SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO – ICMS-ST. EXCLUSÃO NO CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS PELO CONTRIBUINTE SUBSTITUÍDO. POSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO – PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS.

1. Apelação da União não conhecida no que tange à necessidade de ser observar o disposto no artigo 170-A, do CTN, uma vez que a sentença não destoou desse entendimento.

2. O STF pacificou a controvérsia objeto de discussão nestes autos, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).

3. A pacificação do tema, por meio de julgado proferido sob o regime da repercussão geral (e/ou na sistemática dos recursos repetitivos), impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.

4. A jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

5. Embora o Supremo Tribunal Federal não tenha enfrentado a controvérsia atinente ao regime tributário adotado para a arrecadação do ICMS, tal questão não pode servir de óbice à aplicação do referido precedente quanto à exclusão do ICMS recolhido antecipadamente pelo substituto tributário em nome do contribuinte substituído, notadamente se considerada a circunstância de que tais antecipações do ICMS serão computadas no custo dos bens adquiridos pelo substituído e, por conseguinte, integrarão a sua receita bruta na etapa subsequente.

6. A compensação (a ser realizada após o trânsito em julgado destes autos – artigo 170-A do CTN) deverá observar a prescrição quanto aos valores pagos antes do quinquênio anterior à impetração. Deverá, outrossim, ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74 da Lei nº 9.430/1996, porém à exceção das contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991 (conforme disposição do artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 11.457/2007). A atualização monetária dos valores pagos deve ser realizada mediante aplicação da taxa Selic (artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995).

7. Na presente ação apenas se declara a existência do direito do contribuinte à compensação (Súmula 213 do STJ). Reserva-se à Administração o direito a ulterior verificação de sua plena regularidade, inclusive o encontro de contas. Para fins do simples reconhecimento/declaração do direito à compensação, os documentos colacionados aos autos são suficientes. A título ilustrativo, cumpre citar os comprovantes de arrecadação de Cofins não cumulativa, código de receita 5856, bem como de PIS não cumulativo, código de receita 6912.

8. Apelação da União improvida na parte conhecida. Remessa oficial parcialmente provida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5004832-09.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 25/03/2019, Intimação via sistema DATA: 27/03/2019)

Reconheço, portanto, o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Reforce-se que mesmo com as alterações posteriores na legislação que institui o PIS e a COFINS – Lei nº 12.973/14 – não temo condão de afastar o quanto decidido, pois, conforme amplamente demonstrado, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, **observada a prescrição quinquenal** e segundo a lei vigente ao tempo do ajuizamento da demanda, que ocorreu em **10/01/2018**.

Conforme jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, confira-se:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. *A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".*
5. *Consectariamente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.*
6. *A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.*
7. *Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.*
8. *Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."*
9. *Entretentes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressaltando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).*
10. *In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.*
11. *À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.*
12. *Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.*
13. *Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor; nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."*
14. *Consequentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/06/2004).*

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF). (Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

Destarte, conforme a jurisprudência acima colacionada e, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

Ressalte-se que a compensação requerida nos presentes autos **não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias**, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior, *in verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO INEXISTENTE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. COMPENSAÇÃO . TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA. ART. 26 DA LEI N. 11.457/07. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nos termos da jurisprudência do STJ, é impossível a compensação de créditos tributários administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal com débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (contribuições sociais previstas nas alíneas 'a', 'b' e 'c' do parágrafo único do art. 11 da Lei n. 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida pelo art. 26 da Lei n. 11.457/07. Precedentes. Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1469537/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 24/10/2014)

Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, veja-se:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4ª 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.

4. A Tabela Única aprovada pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação /repetição de indébito, quais sejam: (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDcl no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. O prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/05 (09.06.2005), nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar; sojem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.") (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: RESP 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009).

7. *Outrossim, o artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.*

8. *Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."*

(REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010)

Finalmente, o termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior, que ora colaciono:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNBEN. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL. APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.250/95. DESDE O RECOLHIMENTO INDEVIDO. SÚMULA 83/STJ

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nas ações de restituição de tributos federais, antes do advento da Lei 9.250/95, incide a correção monetária desde o pagamento indevido (no caso, no momento da indevida retenção do IR) até a restituição ou a compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros moratórios a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), na forma do art. 167, parágrafo único, do CTN.

3. Ocorre que, com o advento do referido diploma, passou-se a incidir a Taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou a partir de 1º de janeiro de 1996 (caso o recolhimento tenha ocorrido antes dessa data).

Agravo regimental improvido."

(AgRg no AgRg no AREsp 536.348/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014)

Ante o exposto, **julgo prejudicado** o pedido de antecipação de tutela recursal; **nego provimento** ao recurso de apelação da União e **dou parcial provimento** à remessa necessária, para reconhecer a impossibilidade de realizar a compensação pleiteada com as contribuições previdenciárias, nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. DIREITO À COMPENSAÇÃO OU RESTITUIÇÃO RECONHECIDO. IMPOSSIBILIDADE DE REALIZAR COMPENSAÇÃO COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. PEDIDO DE CONCESSÃO DE TUTELA RECURSAL. PREJUDICADO. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO. REMESSA NECESSÁRIA PARCIALMENTE PROVIDA.

1. O cerne da presente controvérsia gravita em torno do reconhecimento do direito da impetrante à exclusão dos valores correspondentes ao ICMS da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e a COFINS, bem como a compensação dos valores tidos como indevidamente recolhidos, nos últimos 05 (cinco) anos, com os acréscimos cabíveis.

2. Pedido de suspensão do feito rejeitado, uma vez que a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia **evento futuro e incerto, que não constitui óbice à solução do mérito** das demais demandas em que se discute o tema.

3. Uma vez que não há determinação expressa pelo STF, a suspensão da demanda é mera faculdade, a qual afasto, em nome da duração razoável do processo.
4. A jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.
5. Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.
6. Cumpre asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.
7. O ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.
8. Resta evidente, portanto, que o ICMS não tem a natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.
9. Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, observada a prescrição quinquenal e segundo a lei vigente ao tempo do ajuizamento da demanda que ocorreu em **10/01/2018**.
10. Ressalte-se que a compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias.
11. Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil.
12. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior.
13. Pedido de antecipação de tutela recursal prejudicado.
14. Recurso de apelação da União desprovido.
15. Reexame necessário parcialmente provido para reconhecer a impossibilidade de realizar a compensação pleiteada com as contribuições previdenciárias.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, julgou prejudicado o pedido de antecipação de tutela recursal; negou provimento ao recurso de apelação da União e deu parcial provimento à remessa necessária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000921-51.2017.4.03.6144

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: SUPERMERCADO MAGNATA LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: MARCOS DE CARVALHO PAGLIARO - SP166020-A, ALINE HELENA GAGLIARDO DOMINGUES - SP202044-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, SUPERMERCADO MAGNATA LTDA

Advogados do(a) APELADO: MARCOS DE CARVALHO PAGLIARO - SP166020-A, ALINE HELENA GAGLIARDO DOMINGUES - SP202044-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000921-51.2017.4.03.6144

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: SUPERMERCADO MAGNATA LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: MARCOS DE CARVALHO PAGLIARO - SP166020-A, ALINE HELENA GAGLIARDO DOMINGUES - SP202044-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, SUPERMERCADO MAGNATA LTDA

Advogados do(a) APELADO: MARCOS DE CARVALHO PAGLIARO - SP166020-A, ALINE HELENA GAGLIARDO DOMINGUES - SP202044-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração contra acórdão assimementado:

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. BASE DE CÁLCULO. PIS/COFINS. INCLUSÃO DO VALOR DE IMPOSTO PAGO. OMISSÃO. ACOLHIMENTO.

1. No caso, cabe, de fato, reconhecer a existência de omissão, pois a definição do alcance da exclusão do ICMS na base de cálculo de tais contribuições sociais integra o mérito da pretensão formulada. Não teria sentido, com efeito, deixar de resolver no julgamento se o valor a ser excluído - ponto controvertido - é o ICMS na sua expressão destacada em notas fiscais ou a ser recolhida pelo contribuinte, de sorte a criar dívida que não poderia ser esclarecida em oportuna melhor do que no próprio julgamento do mérito.

2. Neste sentido, cabe assinalar; que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido em razão do regime de não cumulatividade do imposto.

3. Embargos de declaração acolhidos."

Alegou-se omissão do julgado, inclusive para efeitos de pré-questionamento, pois: **(1)** decisões monocráticas de relatores têm sobrestado recursos sobre o Tema 69 até o julgamento em definitivo da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS, alterando a exegese da Corte sobre a imediata aplicação do precedente em repercussão geral quando pendentes embargos de declaração; **(2)** existem importantes questões pendentes de exame nos embargos de declaração no RE 574.706, inclusive a modulação dos efeitos caso mantida a inconstitucionalidade, pelo que não deveria ter sido julgado o presente feito; **(3)** a exclusão do ICMS destacado em notas fiscais, sem pleito da parte, configura inovação recursal, com violação dos princípios do dispositivo e da congruência, gerando julgamento *extra petita* (artigos 141, 490 e 429, CPC), e contrariedade à jurisprudência da Corte Superior; **(4)** a exclusão do ICMS, pelo valor faturado, para a apuração do PIS/COFINS, ao ser deferida sem fundamentação plausível ofende os artigos 5º, LIV, LV e 93, XI, da Constituição Federal; **(5)** a referência do acórdão embargado ao ICMS destacado, a partir do que julgado no RE 574.706, não é suficiente para fundamentar a exclusão, pois ainda pendentes várias questões essenciais apontadas em embargos de declaração, colidindo o aresto recorrido com os artigos 489, § 1º, IV a VI, 525, § 13, 926 e 927, § 3, CPC, e com o artigo 27 da Lei 9.868/1999; e **(6)** o mérito como decidido, no tocante a tal questão, não é compatível com as disposições dos artigos 13, § 1º, I, 19 e 20, caput, da LC 87/1996; 1º da Lei 10.637/2002; 1º da Lei 10.833/2003; 2º da Lei 9.715/1998; 2º da LC 70/1991; e 2º e 3º da Lei 9.718/1998.

Apresento o feito em mesa para julgamento (artigo 1.024, § 1º, CPC).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000921-51.2017.4.03.6144

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: SUPERMERCADO MAGNATA LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: MARCOS DE CARVALHO PAGLIARO - SP166020-A, ALINE HELENA GAGLIARDO DOMINGUES - SP202044-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, SUPERMERCADO MAGNATA LTDA

Advogados do(a) APELADO: MARCOS DE CARVALHO PAGLIARO - SP166020-A, ALINE HELENA GAGLIARDO DOMINGUES - SP202044-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, para a melhor compreensão da espécie, cabe proceder a uma breve retrospectiva do ocorrido nos autos.

O primeiro acórdão da Turma apreciou apelações e remessa oficial, julgando-as nos termos da seguinte ementa:

"PROCESSUAL CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO. RECURSO DE APELAÇÃO. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. COMPENSAÇÃO. ART. 26, DA LEI Nº 11.457/07. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. COMPENSAÇÃO OU RESTITUIÇÃO. FACULDADE DO CONTRIBUINTE NA VIA ADMINISTRATIVA. RECURSO DE APELAÇÃO DA UNIÃO DESPROVIDO. RECURSO DE APELAÇÃO DO CONTRIBUINTE PROVIDO. REEXAME NECESSÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A jurisprudência do A. Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontrar inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

2. Reforce-se que mesmo com as alterações posteriores na legislação que institui o PIS e a COFINS – Lei nº 12.973/14 – não tem o condão de afastar o quanto decidido, pois, conforme amplamente demonstrado, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.

3. A compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior.

4. O direito pretendido – de exclusão do ICMS das bases de cálculo do PIS e da COFINS – foi reconhecido e, os valores recolhidos indevidamente àquele título podem ser repetidos pela ora apelante da maneira que lhe melhor convir; seja pelo instituto da compensação ou da restituição, lembrando-se que sob qualquer instituto, deve passar pelo procedimento administrativo competente.

5. Recurso de apelação da União desprovido; recurso de apelação do contribuinte provido; e, reexame necessário parcialmente provido."

O segundo acórdão da Turma julgou embargos de declaração do contribuinte, tendo assim assimmentado o julgado:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. HIPÓTESES DO ARTIGO 1.022 DO CPC/2015. OMISSÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. REDISCUSSÃO DO MÉRITO DO ACÓRDÃO EMBARGADO. INADEQUAÇÃO

1. O mandado de segurança não é a via processual adequada para obter restituição de valores, ante a impossibilidade de execução de sentença em sede de mandado de segurança, ainda que de provimento declaratório. Nesse sentido é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, cristalizada nas Súmulas 269 e 271. Precedentes.

2. Embargos de declaração rejeitados."

O terceiro acórdão da Turma versou sobre novos embargos de declaração opostos pelo contribuinte, alegando que um dos pedidos do recurso anterior não foi apreciado, resultando no acolhimento com a seguinte fundamentação expressa na respectiva ementa:

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. BASE DE CÁLCULO. PIS/COFINS. INCLUSÃO DO VALOR DE IMPOSTO PAGO. OMISSÃO. ACOLHIMENTO.

1. No caso, cabe, de fato, reconhecer a existência de omissão, pois a definição do alcance da exclusão do ICMS na base de cálculo de tais contribuições sociais integra o mérito da pretensão formulada. Não teria sentido, com efeito, deixar de resolver no julgamento se o valor a ser excluído - ponto controvertido - é o ICMS na sua expressão destacada em notas fiscais ou a ser recolhida pelo contribuinte, de sorte a criar dúvida que não poderia ser esclarecida em oportuna melhor do que no próprio julgamento do mérito.

2. Neste sentido, cabe assinalar, que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido em razão do regime de não cumulatividade do imposto.

3. Embargos de declaração acolhidos."

Como visto no relatório, o acórdão, acima transcrito, foi objetado através de embargos de declaração da Fazenda Nacional com extensa narrativa de omissões associadas a nulidades, inconstitucionalidades e ilegalidades.

Fundamentalmente são dois os questionamentos contidos nos embargos declaratórios fazendários.

Primeiramente, o fato de ter sido julgado o mérito da causa, a partir do paradigma firmado no RE 574.706 e Tema 69/STF, na pendência de declaração, o que acarretou, quanto ao julgamento de mérito proferido, nulidade, inconstitucionalidade e ilegalidade, adiante tratadas. A este argumento, centrado na discussão do próprio tema principal do RE 574.706, acresceu-se alegação de que o acórdão embargado não poderia ter sido proferido porque cabível o sobrestamento do julgamento até deliberação da Suprema Corte em embargos de declaração, que discutiu diversos pontos essenciais ao deslinde da controvérsia, e ainda porque assim tem decidido alguns membros daquele colegiado, indicando "*mudança de postura em andamento, no âmbito do STF, em relação à aplicação do precedente de repercussão geral quando há Embargos de Declaração pendentes de apreciação*".

Percebe-se claramente que a questão processual do sobrestamento do julgamento do mérito da matéria constitucional até a decisão definitiva da Suprema Corte no RE 574.706, qualquer que seja o ponto discutido, resta preclusa na medida em que o julgamento que, segundo a recorrente, não deveria ter ocorrido foi o que apreciou as apelações e remessa oficial e, contra aquele acórdão, que foi o primeiro proferido pela Turma, a Fazenda Nacional não opôs embargos de declaração para sanar eventual omissão, ilegalidade, inconstitucionalidade ou nulidade, como agora pretendeu fazer, porém, tardiamente.

Como visto, não existe omissão a ser suprida porque preclusa a discussão em torno do sobrestamento do presente feito, em razão dos embargos de declaração no RE 574.706, ainda não apreciados pelo Supremo Tribunal Federal.

A segunda ordem de questionamento refere-se, propriamente, ao objeto efetivamente decidido no acórdão embargado. Divide-se a argumentação fazendária de omissões em duas linhas ou vertentes expositivas. Inicialmente, apontou-se ser nulo o julgamento, pois violou os princípios dispositivo, da congruência e acarretou julgamento *extra petita* (artigos 141, 490 e 429, CPC), além de não ter sido motivada a decisão (artigos 5º, LIV e LV e 93, XI, da Constituição Federal), inclusive porque ainda pendentes embargos de declaração sobre temas cruciais à controvérsia constitucional suscitada (artigos 489, § 1º, IV a VI, 525, § 13, 926 e 927, § 3, CPC, e 27 da Lei 9.868/1999), e, ainda, por contrariar a própria jurisprudência (EDcl no REsp 1.191.640, Rel. Min. MAURO CAMPBELL, DJe de 14/05/2019).

Derradeiramente, preconizou-se, a título de omissão, ter sido inconstitucional (artigo 195, I, 'b', CF) e ilegal (artigos 13, §1º, I, 19 e 20, *caput*, da LC 87/1996; 1º da Lei 10.637/2002; 1º da Lei 10.833/2003; 2º da Lei 9.715/1998; 2º da LC 70/1991; e 2º e 3º da Lei 9.718/1998) a solução definida no mérito pelo acórdão embargado, ao estipular que o ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o faturado, e não o efetivamente pago pelo contribuinte.

Quanto à abordagem impugnativa inicial, verifica-se que não houve omissão, já que o acórdão embargado expressamente registrou que o tema integra, logicamente, o pedido formulado no sentido da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS na medida em que, existindo formas ou critérios diferentes de identificação ou apuração de tal valor, a definição respectiva condiz com o mérito da causa, e não com questão incidental passível de solução no cumprimento da coisa julgada.

Eis o que constou do acórdão embargado:

"Com efeito, cabe, de fato, reconhecer a existência de omissão, pois a definição do alcance da exclusão do ICMS na base de cálculo de tais contribuições sociais integra o mérito da pretensão formulada. Não teria sentido, com efeito, deixar de resolver no julgamento se o valor a ser excluído - ponto controvertido - é o ICMS na sua expressão destacada em notas fiscais ou a ser recolhida pelo contribuinte, de sorte a criar dívida que não poderia ser esclarecida em oportuna melhor do que no próprio julgamento do mérito.

Tanto é assim que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido em razão do regime de não cumulatividade do imposto.

Neste sentido o seguinte excerto do julgado no RE 574.706:

"O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS".

Também este o entendimento adotado no âmbito das Turmas desta Seção:

ApelRemNec 5000633-81.2017.4.03.6119, Rel. Des. Fed. ANTONIO CEDENHO, Intimação via sistema 18/04/2020: "PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REQUISITOS DO ARTIGO 1.022 CPC/2015. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE Nº 574.706/PR. VINCULAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OBSCURIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1.022 do Código de Processo Civil vigente, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado. O caráter infringente dos embargos somente é admitido a título excepcional, quando a eliminação da contradição ou da omissão decorrer, logicamente, a modificação do julgamento embargado. 2. A e. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no julgamento do RE nº 574.706/PR, consignou que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. Como o presente julgamento se vincula ao que foi decidido sobre o tema pelo C. STF, deve-se assentar que, relativamente à questão do valor a ser efetivamente excluído a título de ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, a tese que foi acolhida pelo STF é a exposta no v. aresto embargado. 3. O escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022 do Código de Processo Civil. 4. O artigo 1.025 do novo Código de Processo Civil bem esclarece que os elementos suscitados pelo embargante serão considerados incluídos no acórdão "para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade." 5. Embargos de declaração rejeitados."

ApReeNec 5001772-28.2017.4.03.6100, Rel. Des. Fed. MARLI FERREIRA, Intimação via sistema 02/04/2020: "PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ARTIGO 1.022 DO CPC. OMISSÃO. EXISTÊNCIA. JULGADO INTEGRADO. 1. Prevê o artigo 1.022 do CPC que a oposição dos aclaratórios somente tem cabimento para esclarecimento de obscuridade ou eliminação de contradição, para suprimir omissão sobre ponto ou questão sobre o qual o julgado deveria se pronunciar; ou, ainda, para corrigir erro material existente no decisório. 2. Na espécie, o julgado restou omissivo quanto à parcela do ICMS a ser destacada da base de cálculo do PIS e da COFINS. E, nesse tocante, cumpre esclarecer que o ICMS a ser excluído é o destacado nos documentos fiscais de saída, vez que é esse montante que integra a indigitada base de cálculo. 3. Assim sendo, tem a impetrante o direito de excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS o valor integral do ICMS destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias do seu estabelecimento, inclusive após o advento da Lei nº 12.973/2014. 4. Embargos de declaração acolhidos."

ApelRemNec 5003932-95.2019.4.03.6119, Rel. Des. Fed. JOHNSOM DI SALVO, e - DJF3 15/04/2020: "AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DECLAROU INCONSTITUCIONAL A INCLUSÃO DO ICMS (FATURADO) NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS, FAZENDO-O POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO RE Nº 574.706. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a inclusão do ICMS (faturado) na base de cálculo do PIS e da COFINS, fazendo-o por ocasião do julgamento do RE nº 574.706. A corte, por maioria e nos termos do voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia, apreciando o tema nº 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Esse entendimento é aplicável de pronto, não havendo que se falar em espera de embargos de declaração (sem efeito suspensivo) ou de modulação de efeitos da decisão plenária da Suprema Corte, já que esses dois eventos não estão consignados em lei como impedientes da aplicação imediata do decisum. Esse é o entendimento que vem sendo seguido nesta Corte Regional (3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5021518-72.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 08/11/2019, Intimação via sistema DATA: 13/11/2019), e de modo unânime nesta 6ª. Turma (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000706-20.2017.4.03.6130, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 03/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/12/2019). Deveras, a suspensão pretendida pelo Fisco esbarraria no art. 1.035, § 5º do NCPC. De outro lado, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal – ao acolher o voto da ministra Relatora – no sentido de que, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada como faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019). Essa é a postura que este Relator sempre defende desde o momento em que surtiu o julgamento do Tema nº 69 (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000596-53.2018.4.03.6108, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHNSON DI SALVO, julgado em 02/12/2019, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019). Tratando-se de empresa comercial, resta claro que é contribuinte das três exações e que recolheu tributação a maior e poderá recuperá-la (quanto aos últimos cinco anos antes do ajuizamento da presente demanda) por meio de compensação, que deverá ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74 da Lei nº 9.430/1996 (redação dada pela Lei 10.637/02), observado ainda o artigo 26-A da Lei nº 11.457/2007."

O voto condutor do acórdão embargado, no trecho acima reproduzido, já expõe, por de vez, a fundamentação necessária em torno do critério adotado para identificar o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, considerada a discrepância entre o que pedido pela Fazenda Nacional (ICMS efetivamente pago), e o que defendido pelo contribuinte (ICMS destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias).

A longa narrativa da embargante, buscando demonstrar que a fundamentação adotada no acórdão embargado, incorreu em omissão oculta, na verdade, irresignação por suposto vício de ilegalidade e inconstitucionalidade, à luz dos preceitos apontados, em típica imputação de *error in iudicando*, por não ter sido acolhida, pelo acórdão embargado, a interpretação constitucional e legal que, segundo a embargante, faria concluir que o ICMS a ser excluído, se alguma exclusão for possível, deveria ser o relativo ao valor efetivamente pago e não o destacado nas notas fiscais.

Leia-se, a propósito, as razões expostas pela embargante, que veiculam fundamentação de inconstitucionalidade (artigo 195, I, "b", CF) e ilegalidades (artigos 13, §1º, I, 19 e 20, *caput*, da LC 87/1996; 1º da Lei 10.637/2002; 1º da Lei 10.833/2003; 2º da Lei 9.715/1998; 2º da LC 70/1991; e 2º e 3º da Lei 9.718/1998), e não, propriamente, de omissão sanável em embargos de declaração:

"Da exegese dos dispositivos legais supratranscritos, pode-se concluir que o ICMS que se deve excluir da base de cálculo do PIS e COFINS corresponde à parcela do ICMS a ser pago, isto é, à parcela do ICMS a recolher para a Fazenda Pública dos Estados ou do Distrito Federal, também chamado ICMS escritural, razão porque ao definir como critério para exclusão o ICMS destacado das notas fiscais, o v. acórdão regional violou os dispositivos legais supratranscritos.

Ora, diante da existência de decisões já transitadas em julgado, bem como da necessidade de prosseguir com a cobrança de débitos inscritos em Dívida Ativa da União a título de PIS e de COFINS, tornou-se premente à Administração Tributária definir um critério para os cálculos da parcela a excluir dessas contribuições a título de ICMS.

A partir de uma interpretação dos termos do acórdão do STF no RE n. 574.706, pelo menos até que sobrevenha nova decisão em sentido diverso, foi que a COSIT, órgão da Secretaria da Receita Federal do Brasil, decidiu publicar a Solução de Consulta Interna n. 13, de 18-10-2018, em que se definiu, em síntese, que o ICMS a ser excluído é o chamado "ICMS a recolher", também chamado "ICMS escritural" - e, não, o ICMS destacado nas notas fiscais.

Para bem se compreender o alcance desse entendimento, antes de mais nada, vale examinar os precisos termos da ementa do acórdão do RE n. 574.706:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2o, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir; conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3o, § 2o, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. (os grifos não constam do original)

Embora em diversas passagens o acórdão da Suprema Corte não seja totalmente claro e, por vezes, pareça até contraditório (daí os embargos de declaração que a ele foram opostos pela União), o que se pode depreender é que o ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições corresponde à parcela do ICMS a ser pago, isto é, à parcela do ICMS a recolher para a Fazenda Pública dos Estados ou do Distrito Federal, também chamado ICMS escritural.

Como bem pontuado até na ementa acima transcrita, não se pode olvidar que o ICMS sempre há de atentar ao disposto no art. 155, § 2o, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

E, para uma perfeita compreensão do significado desse princípio, vale atentar ainda para o que preceituam alguns dispositivos da Lei Complementar n.º 87, de 13 de setembro de 1996, retro mencionados.

Na verdade, como bem assinalado na parte final do inciso I do § 1º do art. 13 da Lei Complementar n. 87/96, o destaque de ICMS nas notas fiscais não passa de "mera indicação para fins de controle".

A não ser, talvez, na primeira etapa de uma cadeia produtiva, o valor da nota não corresponde ao que o contribuinte irá recolher aos cofres do Estado ou do Distrito Federal. Ao revés, o valor a recolher a título de ICMS sempre é o resultado da subtração entre o somatório do ICMS constante das notas de saída do somatório do ICMS constante das notas de entrada.

Nesse diapasão, resta configurado que é até possível a pessoa jurídica contribuinte de ICMS faturar e destacar valores desse imposto, correspondentes ao preço de cada mercadoria ou serviço discriminados nos diversos documentos fiscais representativos de vendas no período e, ao término do mês, não ter valor algum de ICMS a recolher, em razão de apurar saldo credor do imposto, a transportar para período futuro. Se a legislação objeto do julgamento em tela do Supremo Tribunal Federal se refere a contribuições sociais incidentes sobre a totalidade da receita do mês, segue-se que a parcela do ICMS a recolher do período é a que há de ser excluída da base de cálculo das contribuições, vez que, no entendimento firmado pela Suprema Corte, tais valores não devem ser considerados como receita da pessoa jurídica, por não se integrarem ao seu patrimônio.

A Contribuição para o PIS/Pasep e a Cofins na legislação vigente, tanto na sua configuração cumulativa como na não cumulativa, têm sua apuração mensal, o fato gerador tem natureza periódica, mensal, compondo a base de cálculo o somatório das correspondentes operações geradoras de receita ou de crédito, ocorridas em cada mês.

A base de cálculo das referidas contribuições, na legislação vigente, corresponde ao total das receitas auferidas no mês (sistema base contra base) e não, no momento de concretude de cada operação de venda quando da emissão de nota fiscal (sistema tributo contra tributo). Tem-se assim para as contribuições sociais a definição e formação de uma base de cálculo única, periódica, mensal, conforme disposto na legislação de regência retro transcrita, a saber: arts. 13, §1º, I, 19 e 20, caput, da Lei Complementar nº 87, de 1996, o art. 1º da Lei 10.637, 2002, o art. 1º da 10.833, de 2002, art. 2º da Lei 9.715, de 1998, e art. 2º da Lei Complementar nº 70, de 1991, e artigos 2º e 3º da Lei 9.718/98.

Sendo a base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins determinada com base na receita mensal (na incidência não cumulativa), ou no faturamento mensal (na incidência cumulativa), não faria sentido buscar valores dedutíveis de operações concretas, a cada operação de venda quando da emissão de nota fiscal. Assim, o que se há de excluir da base de cálculo mensal das referidas contribuições é também a parcela do ICMS a recolher; correspondente a cada período de apuração mensal.

Necessariamente e conforme a legislação do referido imposto, ao término de cada período de apuração mensal, os valores de ICMS destacados nos documentos fiscais representativos das operações de vendas (débitos) terão de ser confrontados com os valores de ICMS destacados nos documentos fiscais representativos das operações de compras (créditos), para daí então se ter a definição do valor do imposto efetivamente apurado e devido no período, valor este que, conforme se pode depreender da manifestação do Supremo Tribunal Federal, não sendo receita da pessoa jurídica, não deve compor a base de cálculo das contribuições.

Por fim, de se registrar que, se fosse o caso de reconhecer a exclusão do ICMS a partir do exame de cada nota fiscal emitida por cada um dos contribuintes brasileiros, tornar-se-ia ainda mais complexa toda a apuração decorrente do RE n. 574.706. Isso porque, ao invés de se examinar simplesmente a apuração mensal do ICMS a recolher; lançada na própria escrita fiscal de cada contribuinte, de forma resumida, ter-se-ia que aferir tanto a autenticidade de cada nota emitida, ao longo de vários anos, quanto examinar a situação fiscal dos produtos nela constantes, visto que, numa mesma nota fiscal, podem constar diversas mercadorias em situações distintas – brindes, mercadorias devolvidas, mercadorias isentas ou imunes, etc.

Assim, o critério do ICMS a recolher revela-se, não só o mais acertado juridicamente à luz da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, como, inclusive, o que melhor atende ao outro princípio tributário hodiernamente tão debatido, que é o da praticabilidade."

Enfim, a alegação da embargante de que o aresto censurado não restou fundamentado, padecendo de nulidade, inconstitucionalidade e ilegalidade, contraria o próprio reconhecimento da recorrente de que o julgado estabeleceu que o ICMS a ser devolvido é o destacado na nota fiscal, em conformidade com o decidido no RE 574.706. Se o paradigma da Suprema Corte, ainda não se tornou julgamento definitivo de mérito - por existirem pendências e controvérsias ainda a serem resolvidas em tal julgado, a exemplo de "trechos contraditórios, uns sinalizando a adoção do critério "ICMS a pagar ou líquido" e outros sinalizando a adoção do critério do "ICMS da nota fiscal" - , disto não decorre que o pronunciamento desta Corte não esteja fundamentado, seja nulo, ilegal ou inconstitucional, por ter adotado uma dentre as linhas de interpretação que, segundo dito pela embargante, estariam em conflito no precedente assinalado.

Não houve, como se observa, qualquer omissão e, quanto à suposta ofensa, negativa de vigência, nulidade ou contrariedade à Constituição e legislação (artigos 5º, LIV e LV, 93, XI, e 195, I, "b", CF; 141, 490, 429, 489, § 1º, IV a VI, 525, § 13, 926 e 927, § 3º, do CPC; e 27 da Lei 9.868/1999; 13, §1º, I, 19 e 20, caput, da LC 87/1996; 1º da Lei 10.637/2002; 1º da Lei 10.833/2003; 2º da Lei 9.715/1998; 2º da LC 70/1991; e 2º e 3º da Lei 9.718/1998) ou à jurisprudência (EDcl no REsp 1.191.640, Rel. Min. MAURO CAMPBELL, DJe de 14/05/2019), ainda que houvesse, não seriam vícios passíveis de exame em embargos de declaração como via substitutiva dos recursos específicos, próprios para cada situação, de competência das instâncias superiores.

Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DE ACÓRDÃO QUE JULGOU APELAÇÕES E REMESSA OFICIAL. OMISSÕES. NULIDADES, ILEGALIDADES E INCONSTITUCIONALIDADES. PRECLUSÃO E VÍCIOS IMPRÓPRIOS À DISCUSSÃO NA VIA ELEITA. REJEIÇÃO.

1. São manifestamente improcedentes os embargos de declaração, pois a suposta omissão quanto à existência de embargos de declaração pendentes de julgamento no RE 574.706, referente ao Tema 69/STF, enquanto fundamento para sobrestamento das ações individuais em que se questiona a exigibilidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS, configura matéria objeto de preclusão, pois o julgamento foi retratado com a prolação do primeiro acórdão pela Turma, em face do qual não houve embargos de declaração da Fazenda Nacional, mas apenas do contribuinte, alegando pontos de interesse à respectiva defesa.

2. Se houve omissão do acórdão em proceder ao julgamento da causa sem observar a necessidade de sobrestamento em razão de embargos de declaração no RE 574.706, o vício, supostamente havido, não decorreu do acórdão ora embargado, que apenas apreciou embargos de declaração em face de acórdão proferido em outros embargos de declaração, mas do primeiro acórdão que julgou apelações e remessa oficial. Ainda que assim não fosse, não se narrou omissão processual sanável na via eleita face ao aresto recorrido, no que integrou o acórdão anterior com o pronunciamento de mérito que se reputou omisso no exame dos primeiros embargos de declaração do contribuinte, revelando, pois, o despropósito e a inadequação da via eleita para o intento preconizado.

3. Quanto ao questionamento dirigido ao objeto efetivamente decidido no acórdão embargado, a argumentação fazendária divide-se em duas linhas ou vertentes expositivas. A inicial coloca que o julgamento é nulo, pois violou os princípios dispositivo, da congruência e acarretou julgamento *extra petita*, além de padecer de nulidade por falta de fundamentação. A derradeira preconiza, a título de omissão, ter sido inconstitucional e ilegal a solução definida no mérito pelo acórdão embargado, ao estipular que o ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o faturado, e não o efetivamente pago pelo contribuinte.

4. Quanto à abordagem impugnativa inicial, verifica-se que não houve omissão, já que o acórdão embargado expressamente registrou que o tema integra, logicamente, o pedido de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS, considerando que, existindo formas ou critérios diferentes de identificação ou apuração de tal valor, a definição respectiva condiz com o mérito da causa, e não com questão incidental passível de solução no cumprimento da coisa julgada. Neste sentido, constou do acórdão embargado que: "*cabe, de fato, reconhecer a existência de omissão, pois a definição do alcance da exclusão do ICMS na base de cálculo de tais contribuições sociais integra o mérito da pretensão formulada. Não teria sentido, com efeito, deixar de resolver no julgamento se o valor a ser excluído - ponto controvertido - é o ICMS na sua expressão destacada em notas fiscais ou a ser recolhida pelo contribuinte, de sorte a criar dívida que não poderia ser esclarecida em oportuna melhor do que no próprio julgamento do mérito. Tanto é assim que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido em razão do regime de não cumulatividade do imposto. Neste sentido o seguinte excerto do julgado no RE 574.706: "O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS". Também este o entendimento adotado no âmbito das Turmas desta Seção (...)"*".

5. O acórdão embargado, neste tópico, expôs, por sua vez, a fundamentação necessária em torno do critério adotado para identificar o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, considerada a pretensão fazendária (ICMS efetivamente pago), e a do contribuinte (ICMS expresso nas notas fiscais de saída das mercadorias). A longa narrativa da embargante, buscando demonstrar que a fundamentação adotada no acórdão embargado, incorreu em omissão oculta, na verdade, irresignação por suposto vício de ilegalidade e inconstitucionalidade, à luz dos preceitos apontados, em típica imputação de *error in iudicando*, por não ter sido acolhida, pelo aresto embargado, a interpretação constitucional e legal que, segundo a embargante, faria concluir que o ICMS a ser excluído, se alguma exclusão for possível, deveria ser o relativo ao valor efetivamente pago e não o destacado nas notas fiscais.

6. A alegação da embargante de que o acórdão embargado não restou fundamentado, padecendo de nulidade, inconstitucionalidade e ilegalidade, contraria o próprio reconhecimento da recorrente de que o julgado estabeleceu que o ICMS a ser devolvido é o destacado na nota fiscal, de acordo com o decidido no RE 574.706. Se o paradigma da Suprema Corte, ainda não se tornou julgamento definitivo de mérito - por existirem pendências e controvérsias ainda a serem resolvidas em tal julgado, a exemplo de "*trechos contraditórios, uns sinalizando a adoção do critério "ICMS a pagar ou líquido" e outros sinalizando a adoção do critério do "ICMS da nota fiscal"*" - , disto não decorre que o pronunciamento desta Corte não esteja fundamentado, seja nulo, ilegal ou inconstitucional, por ter adotado uma dentre as linhas de interpretação que, segundo a embargante, estariam em conflito no precedente assinalado.

7. Não houve, como se observa, qualquer omissão e, quanto à suposta ofensa, negativa de vigência, nulidade ou contrariedade à Constituição e legislação (artigos 5º, LIV e LV, 93, XI, e 195, I, "b", CF; 141, 490, 429, 489, § 1º, IV a VI, 525, § 13, 926 e 927, § 3º, do CPC; e 27 da Lei 9.868/1999; 13, § 1º, I, 19 e 20, *caput*, da LC 87/1996; 1º da Lei 10.637/2002; 1º da Lei 10.833/2003; 2º da Lei 9.715/1998; 2º da LC 70/1991; e 2º e 3º da Lei 9.718/1998) ou à jurisprudência (EDcl no REsp 1.191.640, Rel. Min. MAURO CAMPBELL, DJe de 14/05/2019), ainda que houvesse, não seriam vícios passíveis de exame em embargos de declaração como via substitutiva dos recursos específicos, próprios para cada situação, de competência das instâncias superiores.

8. Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

9. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: DENVER ESPECIALIDADES QUIMICAS LTDA.
Advogados do(a) APELADO: MARIA LUCIA DE ANDRADE RAMON - SP70645-A, SANDRO DANTAS CHIARADIA
JACOB - SP236205-A, ARTHUR CANDEO CHAHDA - SP369623-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000411-80.2017.4.03.6130
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: DENVER ESPECIALIDADES QUIMICAS LTDA.
Advogados do(a) APELADO: MARIA LUCIA DE ANDRADE RAMON - SP70645-A, SANDRO DANTAS CHIARADIA
JACOB - SP236205-A, ARTHUR CANDEO CHAHDA - SP369623-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário, **reconhecido de ofício**, e de recurso de apelação interposto pela **UNIÃO** em face da sentença, que concedeu a segurança para declarar o direito da impetrante **DENVER ESPERCIALIDADES QUIMICAS LTDA**, à exclusão dos valores correspondentes ao ICMS da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e ao COFINS, bem como à repetição dos valores indevidamente recolhidos, cinco últimos anos anteriores à impetração, a serem requeridas administrativamente.

O Juízo *a quo* concedeu a segurança para declarar o direito da impetrante à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como para reconhecer a inconstitucionalidade da cobrança do PIS e da COFINS com a inclusão do ICMS em sua base de cálculo, bem como, declarar o direito da Impetrante à compensação.

Em suas razões de apelação, a União sustentou, em síntese, que:

- a) ainda há pedido pendente da PGFN de modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706 - o que justifica a **suspensão do processo até o julgamento dos embargos declaratórios**;
- b) não há como prosperar a tese seguida pela r. sentença de que o ICMS não compõe a base de cálculo da contribuição ao PIS, vez que o valor do ICMS integra o preço da operação comercial para qualquer efeito, e esse valor incrementa a receita bruta da pessoa jurídica.

Com contrarrazões, subiram os autos a essa E. Corte Regional.

O Ministério Público Federal, em manifestação do Procurador Regional da República, Osvaldo Capelari Junior, opinou pelo regular prosseguimento do feito.

É o sucinto relatório.

srevi

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000411-80.2017.4.03.6130
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: DENVER ESPECIALIDADES QUIMICAS LTDA.
Advogados do(a) APELADO: MARIA LUCIA DE ANDRADE RAMON - SP70645-A, SANDRO DANTAS CHIARADIA
JACOB - SP236205-A, ARTHUR CANDEO CHAHDA - SP369623-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

O cerne da presente controvérsia gravita em torno do pleito da impetrante acerca do reconhecimento judicial que declare seu direito à exclusão do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) da base de cálculo das contribuições devidas a título de PIS e COFINS, bem como à declaração do direito de efetuar a compensação tributária dos valores recolhidos indevidamente nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação.

Pois bem.

No caso em análise, face à sentença concessiva de segurança contra a União, por força do disposto no §1º do art. 14, da Lei 12.016/2009, reconheço a hipótese da obrigatoriedade ao duplo grau de jurisdição, com a análise da remessa necessária.

Preliminarmente, rejeito o pedido de suspensão do feito, uma vez que a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia **evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito** das demais demandas em que se discute o tema.

Assim, uma vez que não há determinação expressa pelo STF, a suspensão da demanda é mera faculdade, a qual afasto, em nome da duração razoável do processo.

Quanto ao mérito, a questão não carece de maiores debates, haja vista que em sessão plenária do dia 15.03.2017 foi julgado o RE nº 574.706/RS, que trata do tema atinente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a sistemática da repercussão geral (artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973), nos seguintes termos:

*"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Carmen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: **"O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins"**. Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017."*

(RE 574706 RG, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 15/03/2017, DJe-053 DIVULG 17-03-2017 PUBLIC 20-03-2017)

Reforce-se a esse quadro que em 29.09.2017 foi disponibilizada a ementa do aludido acórdão:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO."

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

Em suma, a novel jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, assim como a do Superior Tribunal de Justiça, reconheceu a exclusão da parcela relativa ao ICMS da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, confira-se:

"TRIBUTO - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da Cofins, porque estranho ao conc eito de faturamento." (RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituindo receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido."

(AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 07/04/2015)

Cumprasseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

Na verdade, o ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.

Resta evidente, portanto, que o ICMS não tem a natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, veja-se:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ICMS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Encontra-se, atualmente, consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme constou do Boletim de Notícias do Supremo Tribunal Federal nº 762 de 06 a 11 de Outubro de 2014 (RE 240.785-2/MG).

2. Embargos infringentes desprovidos."

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI 0000266-78.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 04/11/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/11/2014)

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS e DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/04/2014)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DUPLO AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. VALIDADE. APROVEITAMENTO DO TÍTULO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.

2. A orientação no plano constitucional, a partir do precedente citado, foi adotada, recentemente, no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94, conforme AgRg no ARES 593.627, Rel. p/acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 07/04/2015.

3. Embora cabível excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, não se reconhece a nulidade da execução fiscal, que deve prosseguir pelo saldo efetivamente devido, não se cogitando, de extinção da execução fiscal, na conformidade da jurisprudência consolidada.

4. Agravos inominados desprovidos."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0030027-53.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/05/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/05/2015)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB A SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. ICMS RECOLHIDO PELO SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO – ICMS-ST. EXCLUSÃO NO CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS PELO CONTRIBUINTE SUBSTITUÍDO. POSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO – PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS.

- 1. Apelação da União não conhecida no que tange à necessidade de ser observado o disposto no artigo 170-A, do CTN, uma vez que a sentença não destoou desse entendimento.*
- 2. O STF pacificou a controvérsia objeto de discussão nestes autos, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).*
- 3. A pacificação do tema, por meio de julgado proferido sob o regime da repercussão geral (e/ou na sistemática dos recursos repetitivos), impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.*
- 4. A jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.*
- 5. Embora o Supremo Tribunal Federal não tenha enfrentado a controvérsia atinente ao regime tributário adotado para a arrecadação do ICMS, tal questão não pode servir de óbice à aplicação do referido precedente quanto à exclusão do ICMS recolhido antecipadamente pelo substituto tributário em nome do contribuinte substituído, notadamente se considerada a circunstância de que tais antecipações do ICMS serão computadas no custo dos bens adquiridos pelo substituído e, por conseguinte, integrarão a sua receita bruta na etapa subsequente.*
- 6. A compensação (a ser realizada após o trânsito em julgado destes autos – artigo 170-A do CTN) deverá observar a prescrição quanto aos valores pagos antes do quinquênio anterior à impetração. Deverá, outrossim, ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74 da Lei nº 9.430/1996, porém à exceção das contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991 (conforme disposição do artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 11.457/2007). A atualização monetária dos valores pagos deve ser realizada mediante aplicação da taxa Selic (artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995).*
- 7. Na presente ação apenas se declara a existência do direito do contribuinte à compensação (Súmula 213 do STJ). Reserva-se à Administração o direito a ulterior verificação de sua plena regularidade, inclusive o encontro de contas. Para fins do simples reconhecimento/declaração do direito à compensação, os documentos colacionados aos autos são suficientes. A título ilustrativo, cumpre citar os comprovantes de arrecadação de Cofins não cumulativa, código de receita 5856, bem como de PIS não cumulativo, código de receita 6912.*
- 8. Apelação da União improvida na parte conhecida. Remessa oficial parcialmente provida.*

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5004832-09.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 25/03/2019, Intimação via sistema DATA: 27/03/2019)

Reconheço, portanto, o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Reforce-se que mesmo com as alterações posteriores na legislação que instituiu o PIS e a COFINS – Lei nº 12.973/14 – não temo condão de afastar o quanto decidido, pois, conforme amplamente demonstrado, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, **observada a prescrição quinquenal** e segundo a lei vigente ao tempo do ajuizamento da demanda, que ocorreu em **14/03/2017**.

Conforme jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, confira-se:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

5. Conseqüentemente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.

7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.

13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor; nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."

14. Consequentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF). (Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

Destarte, conforme a jurisprudência acima colacionada e, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

Ressalte-se que a compensação requerida nos presentes autos **não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias**, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior, *in verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO INEXISTENTE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. COMPENSAÇÃO. TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA. ART. 26 DA LEI N. 11.457/07. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nos termos da jurisprudência do STJ, é impossível a compensação de créditos tributários administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal com débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (contribuições sociais previstas nas alíneas 'a', 'b' e 'c' do parágrafo único do art. 11 da Lei n. 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida pelo art. 26 da Lei n. 11.457/07. Precedentes. Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1469537/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 24/10/2014)

Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, veja-se:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4º 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.

4. A Tabela Única aprovada pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação /repetição de indébito, quais sejam: (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDcl no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. O prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/05 (09.06.2005), nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.") (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: RESP 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009).

7. Outrossim, o artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

8. Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010)

Finalmente, o termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior, que ora colaciono:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNBEN. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL. APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.250/95. DESDE O RECOLHIMENTO INDEVIDO. SÚMULA 83/STJ

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nas ações de restituição de tributos federais, antes do advento da Lei 9.250/95, incide a correção monetária desde o pagamento indevido (no caso, no momento da indevida retenção do IR) até a restituição ou a compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros moratórios a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), na forma do art. 167, parágrafo único, do CTN.

3. Ocorre que, com o advento do referido diploma, passou-se a incidir a Taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou a partir de 1º de janeiro de 1996 (caso o recolhimento tenha ocorrido antes dessa data).

Agravo regimental improvido."

(AgRg no AgRg no AREsp 536.348/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014)

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso de apelação da União e **dou parcial provimento** à remessa necessária, para reconhecer a impossibilidade de realizar a compensação pleiteada com as contribuições previdenciárias, nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. DIREITO À COMPENSAÇÃO OU RESTITUIÇÃO RECONHECIDO. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO. REMESSA NECESSÁRIA PARCIALMENTE PROVIDA.

1. O cerne da presente controvérsia gravita em torno do reconhecimento do direito da impetrante à exclusão dos valores correspondentes ao ICMS da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e a COFINS, bem como a compensação dos valores tidos como indevidamente recolhidos, nos últimos 05 (cinco) anos, com os acréscimos cabíveis.
2. Pedido de suspensão do feito rejeitado, uma vez que a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia **evento futuro e incerto, que não constitui óbice à solução do mérito** das demais demandas em que se discute o tema.
3. Uma vez que não há determinação expressa pelo STF, a suspensão da demanda é mera faculdade, a qual afastou, em nome da duração razoável do processo.
4. A jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.
5. Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.
6. Cumpre asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.
7. O ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.
8. Resta evidente, portanto, que o ICMS não tem a natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.
9. Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, observada a prescrição quinquenal e segundo a lei vigente ao tempo do ajuizamento da demanda que ocorreu em **14/03/2017**.
10. Ressalte-se que a compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias.
11. Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil.
12. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior.
13. Recurso de apelação da União desprovido.
14. Reexame necessário parcialmente provido para reconhecer a impossibilidade de realizar a compensação pleiteada com as contribuições previdenciárias.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso de apelação da União e deu parcial provimento à remessa necessária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 23/06/2020 1475/4253

presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5017151-72.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: HOSPITAL E MATERNIDADE VIDA'S LTDA.

Advogados do(a) APELADO: RENATA DE CAROLI - SP177829-A, UBIRATAN COSTODIO - SP181240-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5017151-72.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: HOSPITAL E MATERNIDADE VIDA'S LTDA.

Advogados do(a) APELADO: RENATA DE CAROLI - SP177829-A, UBIRATAN COSTODIO - SP181240-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário e de recurso de apelação interposto pela **UNIÃO** contra sentença que, nos autos do presente mandado de segurança impetrado por **HOSPITAL E MATERNIDADE VIDA'S LTDA.**, concedeu a segurança pleiteada, declarando o direito da impetrante à exclusão dos valores correspondentes ao ISS da base de cálculo das contribuições devidas a título de PIS e COFINS.

Em suas razões de apelação, a União sustentou, em síntese,

- a) o entendimento majoritariamente adotado pelo plenário quanto ao ICMS no RE 574.706/PR não se aplica ao ISS;
- b) que a parcela referente ao ISS, embutida no preço da mercadoria, sem dúvida compõe esse preço e é um dos elementos formadores do faturamento da empresa – devendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS;
- c) ainda há pedido pendente da PGFN de modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706, que concluiu ser indevida a inclusão do ICMS na base de cálculo de PIS e COFINS – o que justifica a suspensão do processo até o julgamento dos embargos declaratórios.

Com contrarrazões, subiram os autos a essa E. Corte Regional, inclusive para a realização do reexame necessário.

O Ministério Público Federal, em manifestação do e. Procurador Regional da República, ELTON VENTURI, deixou de exarar parecer por entender que a situação descrita nos autos não se enquadra nos direitos de relevância social ou individuais indisponíveis, tutelados pelo *parquet*.

É o sucinto relatório.

srevi

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5017151-72.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: HOSPITAL E MATERNIDADE VIDA'S LTDA.
Advogados do(a) APELADO: RENATA DE CAROLI - SP177829-A, UBIRATAN COSTODIO - SP181240-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

O cerne da presente controvérsia gravita em torno do pleito da impetrante acerca do reconhecimento judicial que declare seu direito à exclusão do Imposto sobre Serviços (ISS) da base de cálculo das contribuições devidas a título de PIS e COFINS.

Pois bem.

Preliminarmente, afasto o pedido de suspensão do feito, uma vez que a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia **evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito** das demais demandas em que se discute o tema.

Ademais, uma vez que não há determinação expressa pelo STF, a suspensão da demanda é mera faculdade, a qual afasto, em nome da duração razoável do processo.

Quanto ao mérito, em que pese a hipótese verse, exclusivamente, sobre a inclusão do ISS na base de cálculo do PIS/COFINS, é pertinente, na solução do caso concreto, destacar a jurisprudência firmada na questão do ICMS, considerando a identidade de fundamentação e tratamento da controvérsia. Veja-se:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. *O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.*

4. *Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."*

(RE 574706, Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

Em suma, a novel jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, assim como a do Superior Tribunal de Justiça, reconheceu a exclusão da parcela relativa ao ICMS da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, confira-se:

"TRIBUTO - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da Cofins, porque estranho ao conceito de faturamento." (RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituinte receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS incluiu-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido."

(AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 07/04/2015)

Cumprasse asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

Na verdade, o ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.

Resta evidente, portanto, que o ICMS não tem a natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, veja-se:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ICMS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. *Encontra-se, atualmente, consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme constou do Boletim de Notícias do Supremo Tribunal Federal nº 762 de 06 a 11 de Outubro de 2014 (RE 240.785-2/MG).*

2. *Embargos infringentes desprovidos."*

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI 0000266-78.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 04/11/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/11/2014)

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS e DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/04/2014)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB A SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. ICMS RECOLHIDO PELO SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO – ICMS-ST. EXCLUSÃO NO CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS PELO CONTRIBUINTE SUBSTITUÍDO. POSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO – PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS.

1. *Apelação da União não conhecida no que tange à necessidade de ser observar o disposto no artigo 170-A, do CTN, uma vez que a sentença não destoou desse entendimento.*

2. *O STF pacificou a controvérsia objeto de discussão nestes autos, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).*

3. *A pacificação do tema, por meio de julgado proferido sob o regime da repercussão geral (e/ou na sistemática dos recursos repetitivos), impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.*

4. *A jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.*

5. *Embora o Supremo Tribunal Federal não tenha enfrentado a controvérsia atinente ao regime tributário adotado para a arrecadação do ICMS, tal questão não pode servir de óbice à aplicação do referido precedente quanto à exclusão do ICMS recolhido antecipadamente pelo substituto tributário em nome do contribuinte substituído, notadamente se considerada a circunstância de que tais antecipações do ICMS serão computadas no custo dos bens adquiridos pelo substituído e, por conseguinte, integrarão a sua receita bruta na etapa subsequente.*

6. A compensação (a ser realizada após o trânsito em julgado destes autos – artigo 170-A do CTN) deverá observar a prescrição quanto aos valores pagos antes do quinquênio anterior à impetração. Deverá, outrossim, ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74 da Lei nº 9.430/1996, porém à exceção das contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991 (conforme disposição do artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 11.457/2007). A atualização monetária dos valores pagos deve ser realizada mediante aplicação da taxa Selic (artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995).

7. Na presente ação apenas se declara a existência do direito do contribuinte à compensação (Súmula 213 do STJ). Reserva-se à Administração o direito a ulterior verificação de sua plena regularidade, inclusive o encontro de contas. Para fins do simples reconhecimento/declaração do direito à compensação, os documentos colacionados aos autos são suficientes. A título ilustrativo, cumpre citar os comprovantes de arrecadação de Cofins não cumulativa, código de receita 5856, bem como de PIS não cumulativo, código de receita 6912.

8. Apelação da União improvida na parte conhecida. Remessa oficial parcialmente provida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 5004832-09.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 25/03/2019, Intimação via sistema DATA: 27/03/2019)

Assim, impende destacar que **o reconhecimento da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pode ser aplicado ao caso do ISS, em razão da própria inexistência de natureza de receita ou faturamento destas parcelas**, neste sentido é a jurisprudência desta Terceira Turma, veja-se:

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza - ISS, externando semelhança ao debate da inclusão do ICMS na base de cálculo da mencionadas contribuições.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinalizou no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS se inclui na base de cálculo do FINSOCIAL."

*Desta forma, **reconheço a plausibilidade da tese defendida nesta ação, razão pela qual não deve ser admitida a inclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS.***

Em relação ao pedido de compensação, havendo a opção pelo ingresso em juízo, o regime normativo a ser aplicado é o da data do ajuizamento da ação.

Assim, as diferenças recolhidas a maior devem ser compensadas nos termos Lei nº 10.637, de 30/12/2002 (que modificou a Lei nº 9.430/96), considerando-se prescritos os créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior há cinco anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação, conforme o disposto no artigo 168 do CTN c/c artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, tendo em vista que a presente ação foi proposta em 30/11/2011.

Quanto à comprovação do indébito, destaco que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.111.003/PR, de relatoria do Ministro Humberto Martins, sob a sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil, firmou o entendimento de que, em demanda voltada à repetição de indébito tributário, basta a comprovação da qualidade de contribuinte do autor; não sendo necessária a juntada de todos os demonstrativos de recolhimento do tributo no momento do ajuizamento da ação, por ser possível a sua postergação para a fase de liquidação, momento em que deverá ser apurado o quantum debeatur.

Os créditos da autora devem ser atualizados na forma da Resolução nº 134/2010 do Conselho da Justiça Federal, que aprovou o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, desde a época do recolhimento indevido (Súmula STJ nº 162).

Esclareço que a taxa SELIC está prevista tanto na Resolução CJF nº 134/2010, como no Código Civil, tratando-se de índice legal que engloba a correção monetária e os juros de mora. Insta salientar, que o termo inicial para incidência de juros de mora ocorrerá, necessariamente, quando já houver a incidência da taxa SELIC a título de correção monetária.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC 0022119-80.2011.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 09/04/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/04/2015)

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. ISS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Embora a hipótese verse, exclusivamente, sobre a inclusão do ISS na base de cálculo do PIS/COFINS, é pertinente, na solução do caso concreto, destacar a jurisprudência firmada na questão do ICMS, considerando a identidade de fundamentação e tratamento da controvérsia.

2. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

3. Recurso desprovido."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0005905-84.2012.4.03.6130, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 26/02/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/03/2015)

A exclusão do ISS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassar aqueles ao Município.

Ressalto, por oportuno, que a falta de definitividade da entrada de valores a título de ISS no caixa da pessoa jurídica caracteriza a ausência da natureza jurídica adrede mencionada, que, repita-se, tem natureza de receita para o Município.

Ademais, o termo "faturamento" deve ser conceituado no sentido técnico consagrado pela jurisprudência e pela doutrina.

Ainda, o ISS é imposto indireto no qual o ônus financeiro é transferido para o consumidor final, tornando-se este o contribuinte de fato da exação. Assim, o sujeito passivo do tributo - aquele que realiza a prestação de serviços - apenas tem o dever de recolher os valores atinentes ao ISS e repassá-las ao seu efetivo sujeito ativo, qual seja, o Município ou o Distrito Federal, mostrando-se, incontestavelmente, despedido da natureza jurídica de receita para o sujeito passivo.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, veja-se:

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS e DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/04/2014)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DUPLO AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. VALIDADE. APROVEITAMENTO DO TÍTULO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.

2. A orientação no plano constitucional, a partir do precedente citado, foi adotada, recentemente, no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94, conforme AgRg no ARESP 593.627, Rel. p/ acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 07/04/2015.

3. Embora cabível excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, não se reconhece a nulidade da execução fiscal, que deve prosseguir pelo saldo efetivamente devido, não se cogitando, de extinção da execução fiscal, na conformidade da jurisprudência consolidada.

4. Agravos inominados desprovidos."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0030027-53.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/05/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/05/2015)

Mantido, portanto, o reconhecimento do direito à exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso de apelação da União e à remessa necessária, nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. EXCLUSÃO DO ISS NA BASE DE CÁLCULO. POSSIBILIDADE. APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDAS.

1. O cerne da presente controvérsia gravita em torno do reconhecimento do direito da impetrante à exclusão dos valores correspondentes ao ISS da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e a COFINS.

2. Pedido de suspensão do feito afastado, uma vez que a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia **evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito** das demais demandas em que se discute o tema.

3. Ademais, uma vez que não há determinação expressa pelo STF, a suspensão da demanda é mera faculdade, a qual afasto, em nome da duração razoável do processo.

4. Em que pese a hipótese verse, exclusivamente, sobre a inclusão do ISS na base de cálculo do PIS/COFINS, é pertinente, na solução do caso concreto, destacar a jurisprudência firmada na questão do ICMS, considerando a identidade de fundamentação e tratamento da controvérsia.

5. A novel jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, assim como a do Superior Tribunal de Justiça, reconheceu a exclusão da parcela relativa ao ICMS da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS.

6. Impende destacar que **o reconhecimento da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pode ser aplicado ao caso do ISS, em razão da própria inexistência de natureza de receita ou faturamento destas parcelas**, neste sentido é a jurisprudência desta Terceira Turma.

7. A exclusão do ISS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassar aqueles ao Município.

8. O ISS é imposto indireto no qual o ônus financeiro é transferido para o consumidor final, tornando-se este o contribuinte de fato da exação. Assim, o sujeito passivo do tributo - aquele que realiza a prestação de serviços - apenas tem o dever de recolher os valores atinentes ao ISS e repassá-las ao seu efetivo sujeito ativo, qual seja, o Município ou o Distrito Federal, mostrando-se, incontestavelmente, despido da natureza jurídica de receita para o sujeito passivo.

9. Recurso de apelação da União e reexame necessário desprovidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso de apelação da União e à remessa necessária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0002617-77.2016.4.03.6134

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA DO ESTADO DE SAO PAULO - CREA SP

APELADO: IVAN NOGUEIRA MAGALHAES JUNIOR

Advogados do(a) APELADO: MARCELA JACOB - SP282165-A, BRUNA FURLAN GALLO - SP369435-A, CRISTINA DOS SANTOS REZENDE - SP198643-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0002617-77.2016.4.03.6134

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA DO ESTADO DE SAO PAULO - CREA SP

APELADO: IVAN NOGUEIRA MAGALHAES JUNIOR

Advogados do(a) APELADO: MARCELA JACOB - SP282165-A, BRUNA FURLAN GALLO - SP369435-A, CRISTINA DOS SANTOS REZENDE - SP198643-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de ação ajuizada por **Ivan Nogueira Magalhães Junior** em face do **Conselho Regional de Engenharia e Agronomia do Estado de São Paulo – CREA/SP**, objetivando a retificação de sua inscrição profissional.

O MM. Juiz *a quo* julgou procedente o pedido para condenar o CREA/SP na obrigação de fazer consistente em retificar a inscrição profissional do autor, de modo a enquadrá-lo, em caráter definitivo, como engenheiro elétrico, concedendo-lhe as atribuições do art. 8º da Resolução 218/73 do CONFEA. Condenou a parte ré, ainda, ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R\$ 3.000,00 (três mil reais), ante o valor irrisório da causa (ID 107364861 - Pág. 17-25).

O CREA/SP apelou, sustentando, em síntese, que:

a) nos termos da Lei nº 5.194/66, cabe ao CONFEA — Conselho Federal de Engenharia e Agronomia verificar a correspondência entre os títulos acadêmicos e os títulos profissionais, tudo de modo a definir quais títulos acadêmicos integram as profissões por ele fiscalizadas, definindo suas atribuições e atividades, para discriminar as diferentes modalidades profissionais e impedir o ilícito da exorbitância de atribuições, não se confundindo os atos administrativos decorrentes dessa função delegada com aquelas delegadas ao MEC — Ministério da Educação, que autoriza o curso com determinada grade curricular;

b) a Câmara Especializada de Engenharia Elétrica do CREA-SP, analisando a formação do autor, isto é, analisando criteriosamente a grade curricular e conteúdo formativo do seu curso de Engenharia Elétrica ministrado pela FAM, verificou a incompatibilidade para a habilitação do profissional atuar com base nas atribuições estabelecidas no artigo 8º da Resolução nº 218/73, visto que a sua formação somente lhe habilitaria a exercer as atribuições da engenharia voltadas para artigo o 9º da supracitada norma, mais precisamente as atribuições conferidas à engenharia elétrica – telecomunicações;

c) é certo que na seara das profissões regulamentadas da área tecnológica, é a formação do profissional (grade curricular e perfil formativo) que delimita o campo de atuação e as atribuições profissionais decorrentes, representando, tal circunstância, efetiva garantia de segurança e qualidade mínima que deve possuir o exercício de tais profissões, sendo competência dos conselhos profissionais a fiscalização do seu cumprimento.

Com contrarrazões, vieramos autos a este Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002617-77.2016.4.03.6134

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA DO ESTADO DE SAO PAULO - CREA SP

APELADO: IVAN NOGUEIRA MAGALHAES JUNIOR

Advogados do(a) APELADO: MARCELA JACOB - SP282165-A, BRUNA FURLAN GALLO - SP369435-A, CRISTINA DOS SANTOS REZENDE - SP198643-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Trata-se de ação ajuizada com o fito de obter a retificação da inscrição profissional do autor junto ao CREA/SP.

Narra a exordial que o autor, tendo concluído o curso de Engenharia Elétrica na Faculdade de Americana - FAM, em 2007 (ingresso em 2003), requereu seu registro profissional perante o Conselho réu, o qual, por sua vez, expediu-lhe o título de Engenheiro de Telecomunicações, modalidade diferente da pleiteada e mais restrita em termos de atribuições.

O réu, por outro lado, afirma que a formação do autor não permite que lhe sejam conferidas as atribuições próprias do engenheiro eletricitista (artigo 8º da Resolução nº 218/73), uma vez ausentes disciplinas fundamentais para o desempenho dessas atividades, razão pela qual, considerando o seu perfil de formação básico, concluiu que o título profissional a ser conferido ao autor seria de Engenheiro de Telecomunicações, com as atribuições do artigo 9º da Resolução nº 218/73 do CONFEA.

Pois bem, a teor do artigo 5º, XIII, da CF/88, a liberdade de exercício profissional só pode sofrer restrições por força de lei.

A jurisprudência é pacífica no sentido de que os Conselhos Profissionais não podem impor restrições ao exercício da profissão com base apenas em resolução do Conselho Federal que traga limitações não previstas em lei.

Com efeito, conquanto caiba ao CREA/SP o registro profissional, não se encontra nos limites de suas atribuições legais a de rever ou declarar ilegal ato praticado pelo MEC, mormente porque o curso do autor já havia sido reconhecido pelo órgão federal competente.

Ora, se o autor graduou-se Engenheiro Eletricista, devem ser aplicadas a ele as regras contidas no art. 33 do Decreto nº 23.569/33, que regulamenta o exercício das profissões de Engenheiro, Arquiteto e Agrimensor. *In verbis*:

“Art. 33 - São da competência do engenheiro eletricista:

a) trabalhos topográficos e geodésicos;

b) a direção, fiscalização e construção de edifícios;

c) a direção, fiscalização e construção de obras de estradas de rodagem e de ferro;

d) a direção, fiscalização e construção de obras de captação e abastecimento de água;

e) a direção, fiscalização e construção de obras de drenagem e irrigação;

f) a direção, fiscalização e construção das obras destinadas ao aproveitamento de energia e dos trabalhos relativos às máquinas e fábricas;

g) a direção, fiscalização e construção de obras concernentes às usinas elétricas e às redes de distribuição de eletricidade;

h) a direção, fiscalização e construção das instalações que utilizem energia elétrica;

i) assuntos de engenharia legal, relacionados com a sua especialidade;

j) vistorias e arbitramentos concernentes à matéria das alíneas anteriores”. (grifei)

Depreende-se, assim, que o réu, ao inscrever o autor em seus quadros como Engenheiro de Telecomunicações, por entender que a grade do curso de graduação não o habilita ao desempenho integral das funções de Engenheiro Eletricista, agiu em contrariedade à legislação de regência, a qual, em nenhum momento, traz essa diferenciação.

Registre-se, ademais, que o poder regulamentar do Conselho pode estabelecer as condições para o cumprimento da lei, mas não trazer inovações que imponham limitações indevidas ao exercício profissional.

A respeito da questão, colhem-se os seguintes precedentes desta Corte Regional:

“ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL. CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA DO ESTADO DE SÃO PAULO-CREA/SP. CURSO SUPERIOR DE ENGENHARIA ELÉTRICA. REGISTRO FUNCIONAL NOS QUADROS DO CREA/SP. POSSIBILIDADE. CURSO RECONHECIDO PELO MEC. - No caso concreto, os autores, ora apelados, sustentam terem concluído o curso de Engenharia Elétrica na Associação Educacional Americanense, tendo encaminhado os seus respectivos diplomas ao CREA/SP o qual, indevidamente, expediu títulos de "engenheiros de telecomunicações". - O curso de Engenharia Elétrica concluído pelos autores foi autorizado pelo MEC por meio da Portaria n.º 589, de 28/03/2001, a qual autorizou o funcionamento do curso de "Engenharia, bacharelado, com a habilitação Engenharia Elétrica, a ser ministrado pela Faculdade de Americana, mantida pela Associação Educacional Americanense, ambas com sede na cidade de Americana, no Estado de São Paulo" (ID 98217029 - Pág. 140). - Entendo que se a União, através do MEC, reconheceu como válido o curso superior de Engenharia Elétrica, não pode o apelante, a que está vinculado a profissão, restringir-lhe o exercício. - Importante registrar, outrossim, que tal restrição não se coaduna com a norma contida no artigo 5º, inciso XIII, da Constituição Federal, in verbis: "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer". Precedentes desta Corte. - Apelação e remessa oficial improvidas”. (ApReeNec 0014778-27.2013.4.03.6134, Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, TRF3 - 4ª Turma, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 04/02/2020.) (grifei)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROFISSIONAL ENGENHEIRO ELETRICISTA. AMPLITUDE DA GRADE CURRICULAR. HABILITAÇÃO PARA EXERCER AS ATIVIDADES DE GERAÇÃO, TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA, ELENCADAS NOS ARTIGO 8º E 9º DA RESOLUÇÃO CONFEA Nº 218/1973. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. 1. Os autos foram instruídos com Diploma outorgado ao agravado em 06/06/2019, documento hábil a comprovar que ele possui formação profissional em Engenharia Elétrica - Bacharelado pelo Centro Universitário do Norte Paulista (Unorp), curso cujo reconhecimento pelo Ministério da Educação foi renovado pela Portaria nº 1.091, de 24/12/2015. 2. O título de Engenheiro Eletricista do agravado foi reconhecido pelo CREA-SP na Certidão CI nº 2106713/2019, porém apenas para as atribuições do artigo 9º da Resolução CONFEA nº 218/1973. 3. As atribuições do artigo 9º são afetas aos engenheiros eletrônicos, assim também aos engenheiros eletricitas (modalidade eletrônica) e aos engenheiros de comunicação. Em contrapartida, as atividades elencadas no artigo 8º também são de competência dos engenheiros eletricitas, porém com ênfase na modalidade eletrotécnica, especialidade que, ao contrário da eletrônica, possibilita ao profissional o exercício de trabalhos com alta tensão. 4. De acordo com a grade curricular apresentada, foram ministradas ao agravado, durante o 5º ano do Bacharelado, disciplinas que se relacionam com a área de eletrotécnica, tais como "Análise de Sistemas Elétricos de Potência" (carga horária de 80 horas) e "Geração, Transmissão, Distribuição da Energia Elétrica e Fontes Alternativas e Renováveis" (carga horária de 160 horas). 5. A aferição da pertinência das aulas ministradas com as respectivas atribuições profissionais dá-se em consonância com o quanto estabelecido na própria Resolução CONFEA nº 218/1973, que menciona dentre as atividades do artigo 8º aquelas relacionadas "à geração, transmissão, distribuição e utilização da energia elétrica". 6. Os elementos colacionados no mandado de segurança originário são hábeis a indicar que o impetrante/agravado possui aptidão para exercer não apenas as atividades relacionadas no artigo 9º da Resolução CONFEA nº 218/1973, mas também aquelas elencadas no artigo 8º dessa resolução. 7. Demonstrada a probabilidade do direito, bem como o perigo na demora, consubstanciado no iminente prejuízo oriundo da indevida restrição ao pleno exercício profissional. 8. Agravo de instrumento a que se nega provimento”. (AI 5021755-09.2019.4.03.0000, Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, TRF3 - 3ª Turma, Intimação via sistema DATA: 06/12/2019.) (grifei)

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA DO ESTADO DE SÃO PAULO. ENGENHEIRO ELETRICISTA. RESOLUÇÃO CONFEA 218/1973. RESTRIÇÃO DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL NÃO PREVISTA EM LEI. ART. 5º, XIII, DA CF/1988. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO DESPROVIDAS. 1. A questão devolvida a esta E. Corte diz respeito à legalidade da restrição imposta ao exercício profissional do Engenheiro Eletricista com base na análise do currículo da graduação pelo CREA. 2. O art. 5º, XIII, da Constituição Federal assegura que "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer". 3. Nesse sentido, o art. 2º da Lei nº 5.194/1966 estabelece que "o exercício, no País, da profissão de engenheiro, arquiteto ou engenheiro-agrônomo, observadas as condições de capacidade e demais exigências legais, é assegurado: a) aos que possuam, devidamente registrado, diploma de faculdade ou escola superior de engenharia, arquitetura ou agronomia, oficiais ou reconhecidas, existentes no País; b) aos que possuam, devidamente revalidado e registrado no País, diploma de faculdade ou escola estrangeira de ensino superior de engenharia, arquitetura ou agronomia, bem como os que tenham êsse exercício amparado por convênios internacionais de intercâmbio; c) aos estrangeiros contratados que, a critério dos Conselhos Federal e Regionais de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, considerados a escassez de profissionais de determinada especialidade e o interesse nacional, tenham seus títulos registrados temporariamente". 4. A mesma Lei nº 5.194/1966 cria o Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia - CONFEA e os Conselhos Regionais de Engenharia, Arquitetura e Agronomia - CREA, cujas atribuições estão definidas, respectivamente, nos arts. 27 e 34. 5. Verifica-se, portanto, que os Conselhos Federal e Regionais possuem competência para fiscalizar o exercício da profissão de Engenheiros nos seus variados ramos. Entretanto, a competência para "autorizar, reconhecer, credenciar, supervisionar e avaliar, respectivamente, os cursos das instituições de educação superior e os estabelecimentos do seu sistema de ensino" é exclusiva da União, nos termos do art. 9º, IX, da Lei nº 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional). 6. Assim, não pode o CONFEA, por meio de ato infralegal (Resolução CONFEA nº 218/1973), ampliar as restrições legais ao exercício profissional. 7. Uma vez que os impetrantes apresentaram diploma devidamente reconhecido pelo Ministério da Educação, fazem jus à inscrição correspondente no CREA/SP para o desempenho das atividades inerentes ao Engenheiro Eletricista, previstas tanto pelo art. 8º quanto pelo art. 9º da Resolução CONFEA nº 218/1973. Precedentes desta E. Corte (ReeNec 5007797-23.2018.4.03.6100, Desembargador Federal MARCELO MESQUITA SARAIVA, TRF3 - 4ª Turma, Intimação via sistema DATA: 15/07/2019 / ApReeNec 5003602-04.2018.4.03.6000, Desembargador Federal MAIRAN GONCALVES MAIA JUNIOR, TRF3 - 3ª Turma, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 26/06/2019. / ApelRemNec 0011318-32.2016.4.03.6100, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:25/04/2018 / ApCiv 0014609-40.2013.4.03.6134, DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:20/03/2018.) 8. Remessa oficial e apelação desprovidas”. (ApReeNec 5015246-32.2018.4.03.6100, Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, TRF3 - 3ª Turma, Intimação via sistema DATA: 29/10/2019.) (grifei)

“ADMINISTRATIVO. REGISTRO PROFISSIONAL NO CONSELHO REGIONAL. RESOLUÇÃO Nº 218/73 DO CONSELHO FEDERAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA. CONFEA. DIREITO CONSTITUCIONAL AO LIVRE EXERCÍCIO DE QUALQUER PROFISSÃO. NECESSÁRIO REGISTRO PROFISSIONAL. 1. Rejeitada a matéria preliminar de incompetência do juízo e de ilegitimidade passiva. 2. O artigo 5º, inciso XIII, da Constituição Federal assegura ser "livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações que a lei estabelecer." 3. Ausente previsão legal ou constitucional para a restrição à liberdade de exercício profissional deve o CREA observar o título do interessado, expedido por instituição regular e credenciada e já chancelado pelo MEC. 4. A restrição à atividade profissional, por meio de ressalva contida no registro junto ao CREA, não pode ser imposta com base apenas em resolução do Conselho Federal e a partir da análise unilateral de insuficiência da formação do bacharel, pois cabe à lei, nos termos da Constituição Federal, definir quais os requisitos para graduação e para o exercício da profissão. Precedentes”. (ApReeNec 5003521-55.2018.4.03.6000, Desembargador Federal MAIRAN GONCALVES MAIA JUNIOR, TRF3 - 3ª Turma, Intimação via sistema DATA: 27/08/2019.) (grifei)

A r. sentença, portanto, deve ser mantida tal como lançada.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** à apelação.

É como voto.

jucarval

EMENTA

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REGISTRO PROFISSIONAL. CREA/SP. CURSO DE ENGENHARIA ELÉTRICA. RESTRIÇÃO DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL NÃO PREVISTA EM LEI. CURSO RECONHECIDO PELO MEC. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. A jurisprudência é pacífica no sentido de que os Conselhos Profissionais não podem impor restrições ao exercício da profissão com base apenas em resolução do Conselho Federal que traga limitações não previstas em lei. Precedentes.
2. Conquanto caiba ao CREA/SP o registro profissional, não se encontra nos limites de suas atribuições legais a de rever ou declarar ilegal ato praticado pelo MEC, mormente porque o curso do autor já havia sido reconhecido pelo órgão federal competente.
3. O Conselho réu, ao inscrever o autor em seus quadros como Engenheiro de Telecomunicações, por entender que a grade do curso de graduação não o habilita ao desempenho integral das funções de Engenheiro Eletricista, agiu em contrariedade à legislação de regência, a qual, em nenhum momento, traz essa diferenciação.
4. O poder regulamentar do Conselho pode estabelecer as condições para o cumprimento da lei, mas não trazer inovações que imponham limitações indevidas ao exercício profissional.
5. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5026181-34.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO
APELADO: DYNATEST ENGENHARIA LTDA
Advogados do(a) APELADO: RICARDO OLIVEIRA GODOI - SP143250-A, ALEXANDER GUSTAVO LOPES DE FRANCA - SP246222-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5026181-34.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO
APELADO: DYNATEST ENGENHARIA LTDA
Advogados do(a) APELADO: RICARDO OLIVEIRA GODOI - SP143250-A, ALEXANDER GUSTAVO LOPES DE FRANCA - SP246222-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração contra acórdão assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DOS PRÓPRIOS TRIBUTOS. IMPOSSIBILIDADE. RE Nº 574.706. EXTENSÃO DOS EFEITOS. INVIABILIDADE. STJ – RESP 1.330.737/SP. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). ISS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. COMPENSAÇÃO – PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS.

- 1. O Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, já firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS", conforme RE nº 574.706.*
- 2. O precedente estabelecido pelo colendo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706 não pode ser estendido às demais exações incidentes sobre a receita bruta, uma vez que se trata de tributos distintos.*
- 3. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela constitucionalidade da sistemática de apuração do ICMS denominada cálculo por dentro, de modo que, em razão da similitude das controvérsias, não se mostra plausível a viabilidade da exclusão das aludidas contribuições de suas próprias bases de cálculo.*
- 4. O STF reconheceu a existência de repercussão geral na questão atinente à inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins em 10/10/2008 (tema nº 118; leading case: RE nº 592.616), porém ainda não analisou o mérito da controvérsia. Por outro lado, não houve qualquer vedação oriunda daquela Corte Superior no que concerne à sua apreciação pelos demais órgãos judiciários do País.*

5. Noutro ponto, o STF pacificou a controvérsia referente ao ICMS, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral). Adota-se o entendimento majoritário perfilhado pela Terceira Turma para reconhecer o direito à exclusão do ISSQN da base de cálculo do PIS e da COFINS.

6. A jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

7. A compensação deverá observar a prescrição quanto aos valores pagos antes do quinquênio anterior à impetração (STF; RE nº 566.621/RS) e só poderá ser realizada após o trânsito em julgado destes autos, a teor do disposto no artigo 170-A do CTN. A atualização monetária dos valores pagos, por sua vez, deve ser realizada mediante aplicação da taxa Selic, nos termos do artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995.

8. Em razão da presente ação ter sido proposta após a entrada em vigor da Lei 13.670/2018, que revogou o art. 26 da Lei 11.457/2007, não se aplica mais a vedação da compensação dos valores recolhidos indevidamente com as contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991. No entanto, deve-se observar o quanto disposto no art. 26-A, da Lei n. 11.457/2007.

9. Na presente ação apenas se declara a existência do direito do contribuinte (Súmula 213 do STJ). É na esfera administrativa que a compensação deve ser efetivada (artigo 74, § 1º, da Lei nº 9.430/1996), reservando-se à Administração o direito a ulterior verificação de sua plena regularidade, inclusive o encontro de contas (artigo 74, 2º, da Lei nº 9.430/1996).

10. Para fins do simples reconhecimento/declaração do direito à compensação, entendo que os documentos colacionados aos autos são suficientes, pois demonstram a qualidade de contribuinte das exações em apreço, assim também a "posição de credor tributário", nos termos do quanto decidido pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais n. 1365095/SP e n. 1715256/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos (STJ, 1ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe em 11/03/2019).

11. Apelação da União e remessa oficial parcialmente providas.

Alegou o contribuinte, inclusive para fins de pré-questionamento (especialmente com relação ao artigo 195, I, alínea "b", da Constituição Federal), vício no julgado, pois foi obscuro, no que tange à ausência de previsão legal que possibilite a inclusão do PIS/COFINS em sua própria base de cálculo, aduzindo ser contraditório ao entender que o fixado pelo RE 574.706 não se aplica ao presente caso, por referir-se ao ICMS, ao passo que decidiu pela constitucionalidade do "cálculo por dentro", reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em precedente também relativo ao ICMS.

Apresento o feito em mesa para julgamento (artigo 1.024, § 1º, CPC).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5026181-34.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

APELADO: DYNATEST ENGENHARIA LTDA

Advogados do(a) APELADO: RICARDO OLIVEIRA GODOI - SP143250-A, ALEXANDER GUSTAVO LOPES DE FRANCA - SP246222-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, são manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

As alegações não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.

Cabe, de qualquer forma, registrar que o acórdão embargado motivou e distinguiu as situações tratadas, sem ampliar a interpretação dada pela Suprema Corte ao caso do ICMS, dentro da ótica de que o “*cálculo por dentro*” configura técnica de tributação válida, vez que inexistente vedação constitucional, salvo o disposto no artigo 155, § 2º, XI, no tocante à inclusão do IPI na base de cálculo do próprio ICMS e, ainda assim, somente “*quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configure fato gerador dos dois impostos*”.

Evidencia-se, pois, que a invalidação do “*cálculo por dentro*” por contraste com a matriz constitucional de incidência tributária depende de análise de cada espécie ou tributo, não se aproveitando, por extensão obrigatória e vinculante, o que decidido quanto ao ICMS para autorizar a exclusão do PIS/COFINS, ainda que em referência às mesmas bases de cálculo. Não existe, assim, presunção de inconstitucionalidade da técnica da tributação pelo “*cálculo por dentro*”, pois é exatamente o contrário o que se extrai da consolidada jurisprudência da Suprema Corte.

Neste sentido, no *leading case*, que validou a inclusão do ICMS na respectiva base de cálculo (RE 582.461, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJU 18/08/2011), a Suprema Corte expressou, precisamente, o alcance da técnica do “*cálculo por dentro*” no sistema constitucional tributário, recordando a lição do grande tributarista da Corte, Ministro ILMAR GALVÃO, para quem, à exceção do disposto no artigo 155, § 2º, XI, “*Não há norma constitucional ou legal que vede a presença, na formação da base de cálculo de qualquer imposto, de parcela resultante do mesmo ou de outro tributo*”.

Esta interpretação, presente no julgamento que reconheceu constitucional a técnica do “*cálculo por dentro*” do ICMS, direciona ao entendimento de que não se pode ampliar, como se pretende, o precedente do RE 574.706 para a exclusão do próprio PIS/COFINS na apuração das respectivas bases de cálculo.

No âmbito da interpretação do direito federal, no julgamento do RESP 1.144.469, Rel. p/ acórdão Min. CAMPBELL MARQUES, decidiu a Corte Superior que:

"RECURSO ESPECIAL DO PARTICULAR: TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. PIS/PASEP E COFINS. BASE DE CÁLCULO. RECEITA OU FATURAMENTO. INCLUSÃO DO ICMS. 1. A Constituição Federal de 1988 somente veda expressamente a inclusão de um imposto na base de cálculo de um outro no art. 155, §2º, XI, ao tratar do ICMS, quando estabelece que este tributo: "XI - não compreenderá, em sua base de cálculo, o montante do imposto sobre produtos industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configure fato gerador dos dois impostos". 2. A contrario sensu é permitida a incidência de tributo sobre tributo nos casos diversos daquele estabelecido na exceção, já tendo sido reconhecida jurisprudencialmente, entre outros casos, a incidência: 2.1. Do ICMS sobre o próprio ICMS: repercussão geral no RE n. 582.461 / SP, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 18.05.2011. 2.2. Das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS sobre as próprias contribuições ao PIS/PASEP e COFINS: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 976.836 - RS, STJ, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.8.2010. (...)"

Em julgados do Superior Tribunal de Justiça, a extensão do precedente no RE 574.706 ao caso em referência e o emprego da analogia para eximir-se da tributação foram reputados como pretensão infundada do contribuinte:

RESP 1.825.675, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJE 29/10/2019: "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO AO PIS E À COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE. ENFOQUE CONSTITUCIONAL DADO À MATÉRIA. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ. APLICAÇÃO. 1. A recorrente pretende fazer prevalecer a tese fixada no RE 574.706. O acolhimento de tal linha de raciocínio exigiria determinar se o art. 1º da Lei 10.637/2002 e o art. 1º da Lei 10.833/2003, ao definirem o conceito de faturamento, incluindo neste todas as receitas da empresa, estariam de acordo com o art. 195, I, b, da Constituição Federal, tarefa que compete, em princípio, ao Supremo Tribunal Federal. 2. A matéria referente à inconstitucionalidade da cobrança efetuada nos moldes do art. 2º da Lei 12.973/2014, bem como a aplicação analógica do Tema 69/STF são de cunho eminentemente constitucional, de forma que é defeso ao Superior Tribunal de Justiça analisá-las sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. 3. A jurisprudência do STJ foi pacificada, no âmbito da Primeira Seção, no sentido da incidência, salvo previsão expressa em legislação específica, do PIS e da Cofins sobre sua própria base de cálculo. (REsp 1.144.469/PR, Rel. p/ acórdão Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe de 2.12.2016). 5. **Dessume-se que o acórdão recorrido está em sintonia com o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça, inclusive quando declara que "descabe aplicar-se a analogia em matéria tributária", e que "não é possível estender a orientação do Supremo Tribunal Federal referente à questão", razão pela qual não merece prosperar a irresignação.** Incide, in casu, o princípio estabelecido na Súmula 83/STJ: "Não se conhece do Recurso Especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida". 6. Recurso Especial não conhecido. "

A jurisprudência superior respalda, portanto, sob esta ótica, o entendimento de que se deve considerar, de forma excepcional, a exclusão de tributos das respectivas bases de cálculo, em consonância, de resto, com a lição extraída da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto ao alcance amplo a ser dado e admitido no emprego da técnica do "cálculo por dentro" nos tributos em geral.

Enfim, para não reiterar a ementa do próprio acórdão embargado que bastaria, por si, à demonstração da improcedência de todos os pontos levantados na presente discussão, cita-se emacréscimo o seguinte julgado:

ApCiv 5004366-63.2018.4.03.6105, Rel. Des. Fed. NELTON DOS SANTOS, publicação 06/04/2020: "TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. INCIDÊNCIA SOBRE A PRÓPRIA BASE DE CÁLCULO. POSSIBILIDADE. INVIABILIDADE DE EXTENSÃO DO ENTENDIMENTO DO RE 574706. 1. O sistema tributário brasileiro não repele a incidência de tributo sobre tributo. Neste particular, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 582.461/SP (Tema 214), com repercussão geral reconhecida, assentou a constitucionalidade da sistemática de apuração do ICMS mediante o denominado "cálculo por dentro", ao passo que Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp nº 1.144.469/PR (Tema 313), sob o rito dos recursos repetitivos, pronunciou-se pela legitimidade da incidência de tributos sobre o valor pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo, destacando jurisprudência que reconhecera a incidência do PIS e da COFINS sobre as próprias contribuições. 2. Recurso de apelação desprovido."

Importa reafirmar, a propósito, o entendimento de que, salvo revisão específica ou extensão autorizada pela própria Suprema Corte, os ingressos na receita e faturamento da empresa, ainda que com mero trânsito para posterior saída, não desfiguram os conceitos constitucional (artigo 195, I, "b") e legal (artigo 100, CTN, e artigo 12, § 5º do Decreto-Lei 1.598/1977) atrelados à hipótese de incidência do PIS/COFINS, alinhando-se a jurisprudência da Turma à exegese de que receita bruta e faturamento são termos equivalentes, consistindo na totalidade das receitas auferidas com a venda de mercadorias, serviços ou mercadorias e serviços, referentes ao exercício das atividades empresariais (ARE 1.210.308, Rel. Min. EDSON FACHIN, DJE 11/12/2019).

Por tais fundamentos é que a inconstitucionalidade da Lei 12.973/2014, no que alterou disposições legais diversas, inclusive a redação do § 5º do artigo 12 do Decreto-lei 1.598/1977 ("Na receita bruta incluem-se os tributos sobre ela incidentes ...") não foi admitida na espécie, nem tem sido reconhecida nesta Corte, de modo a autorizar a extensão do decidido quanto ao ICMS à pretensão de exclusão do próprio PIS/COFINS das respectivas bases de cálculo.

Se tal motivação é insuficiente, fere norma apontada (artigo 195, I, alínea "b", da Constituição Federal), ou contraria a jurisprudência, deve o contribuinte veicular recurso próprio para a impugnação do acórdão e não rediscutir a matéria em embargos de declaração.

Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PIS/COFINS NAS RESPECTIVAS BASES DE CÁLCULO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VÍCIOS INEXISTENTES.

1. São manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto como objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.
2. As alegações não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.
3. O acórdão embargado motivou e distinguiu as situações tratadas, sem ampliar a interpretação dada pela Suprema Corte ao caso do ICMS, dentro da ótica de que o “*cálculo por dentro*” configura técnica de tributação válida, vez que inexistente vedação constitucional, salvo o disposto no artigo 155, § 2º, XI, no tocante à inclusão do IPI na base de cálculo do próprio ICMS e, ainda assim, somente “*quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configure fato gerador dos dois impostos*”.
4. A invalidação do “*cálculo por dentro*” por contraste com a matriz constitucional de incidência tributária depende de análise de cada espécie ou tributo, não se aproveitando, por extensão obrigatória e vinculante, o decidido quanto ao ICMS para autorizar a exclusão do PIS/COFINS, ainda que em relação às mesmas bases de cálculo. Não existe presunção de inconstitucionalidade da técnica da tributação pelo “*cálculo por dentro*”, pois é exatamente o contrário o que se extrai da consolidada jurisprudência da Suprema Corte. No *leading case*, que validou a inclusão do ICMS na respectiva base de cálculo (RE 582.461, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJU 18/08/2011), a Suprema Corte expressou, precisamente, o alcance da técnica do “*cálculo por dentro*” no sistema constitucional tributário, recordando a lição do grande tributarista da Corte, Ministro ILMAR GALVÃO, para quem, à exceção do disposto no artigo 155, § 2º, XI, “*Não há norma constitucional ou legal que vede a presença, na formação da base de cálculo de qualquer imposto, de parcela resultante do mesmo ou de outro tributo*”. Esta interpretação, presente no julgamento que reconheceu constitucional a técnica do “*cálculo por dentro*” do ICMS, autoriza a conclusão de que não se pode ampliar, como se pretende, o precedente do RE 574.706 para a exclusão do próprio PIS/COFINS na apuração das respectivas bases de cálculo.
5. O emprego da analogia ou a extensão do precedente no RE 574.706 ao caso em referência são pretensões infundadas à luz da jurisprudência desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça. Do quanto consolidado, no âmbito dos Tribunais, resulta a diretriz de que se deve considerar, de forma excepcional, a exclusão de tributos das respectivas bases de cálculo, em consonância, de resto, com a lição extraída da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto ao alcance amplo a ser dado e admitido no emprego da técnica do “*cálculo por dentro*” nos tributos em geral.
6. Salvo revisão específica ou extensão autorizada pela própria Suprema Corte, os ingressos na receita e faturamento da empresa, ainda que com mero trânsito para posterior saída, não desfiguram os conceitos constitucional (artigo 195, I, “*b*”) e legal (artigo 100, CTN, e artigo 12, § 5º do Decreto-Lei 1.598/1977) atrelados à hipótese de incidência do PIS/COFINS, alinhando-se a jurisprudência da Turma à exegese de que receita bruta e faturamento são termos equivalentes, consistindo na totalidade das receitas auferidas com a venda de mercadorias, serviços ou mercadorias e serviços, referentes ao exercício das atividades empresariais (ARE 1.210.308, Rel. Min. EDSON FACHIN, DJE 11/12/2019). Por tais fundamentos é que a inconstitucionalidade da Lei 12.973/2014, no que alterou disposições legais diversas, inclusive a redação do § 5º do artigo 12 do Decreto-lei 1.598/1977 (“*Na receita bruta incluem-se os tributos sobre ela incidentes ...*”) não foi admitida na espécie, nem tem sido reconhecida nesta Corte, de modo a autorizar a extensão do decidido quanto ao ICMS à pretensão de exclusão do próprio PIS/COFINS das respectivas bases de cálculo.
7. Se tal motivação é insuficiente, fere norma apontada (artigo 195, I, alínea “*b*”, da Constituição Federal), ou contraria a jurisprudência, deve o contribuinte veicular recurso próprio para a impugnação do acórdão e não rediscutir a matéria em embargos de declaração.
8. Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.
9. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002372-82.2018.4.03.6110

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: LOCADORA E TRANSPORTADORA EXPRESS LTDA

Advogados do(a) APELANTE: FABRICIO HENRIQUE DE SOUZA - SP129374-A, TIAGO LUVISON CARVALHO - SP208831-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002372-82.2018.4.03.6110

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: LOCADORA E TRANSPORTADORA EXPRESS LTDA

Advogados do(a) APELANTE: FABRICIO HENRIQUE DE SOUZA - SP129374-A, TIAGO LUVISON CARVALHO - SP208831-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração contra acórdão assimementado:

"TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. IRPJ E CSL. REGIME DO LUCRO PRESUMIDO. EXCLUSÃO DO ICMS. INVIABILIDADE.

1. A Lei nº 9.430/96, ao prescrever que o imposto de renda incida sobre um percentual da receita bruta, já antevê as possíveis despesas efetuadas pelo contribuinte no exercício de sua atividade empresarial, de modo que não lhe é permitida a dedução dos impostos incidentes sobre as vendas realizadas.

2. Se a tributação do imposto de renda pelo lucro presumido decorre de opção feita pelo contribuinte, é evidente que ele deve sujeição à legislação atinente à espécie tributária, sendo-lhe vedada a miscigenação de regimes para o cálculo dos tributos devidos.

3. O entendimento proferido pelo colendo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706, consistente na exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, não se aplica ao IRPJ e à CSL calculados pelo regime do lucro presumido, porque se trata de tributos distintos.

4. Legitimada a exigência do IRPJ e da CSL sobre a base de cálculo estimada pela legislação de regência, por via de consequência, fica afastada a possibilidade de compensação/ressarcimento de valores quanto a essa parcela da pretensão.

5. Apelação não provida."

Alegou-se omissão e obscuridade, pois não aplicada interpretação analógica a partir do julgado no RE 574.706, embora igualmente discutida, na espécie, a exclusão do ICMS por não estar incluído no conceito de faturamento ou receita bruta, e ainda que os créditos obtidos nas operações realizadas não consistem em venda a prazo e não integram o faturamento.

Apresento o feito em mesa para julgamento (artigo 1.024, § 1º, CPC).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002372-82.2018.4.03.6110

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: LOCADORA E TRANSPORTADORA EXPRESS LTDA

Advogados do(a) APELANTE: FABRICIO HENRIQUE DE SOUZA - SP129374-A, TIAGO LUVISON CARVALHO - SP208831-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, preliminarmente cabe destacar que a apelação discutiu a causa sob prisma constitucional, considerado o artigo 195, I, *b*, da Constituição Federal, reputando inconstitucional a inclusão de ICMS na apuração do IRPJ/CSL, sem veicular questão estritamente legal, referente às normas discutidas no RESP 1.767.631.

Feita tal distinção, são manifestamente improcedentes os presentes embargos de declaração, pois não se verifica qualquer omissão ou erro material no julgamento impugnado, mas mera contrariedade da embargante com a solução dada pelo colegiado, que resolveu o litígio à luz da legislação aplicável e com respaldo na jurisprudência desta Turma.

Com efeito, o acórdão embargado, citando jurisprudência, fundamentou a confirmação da sentença na compreensão motivada de que não é aplicável ao IRPJ e CSL a orientação fixada pela Suprema Corte no RE 564.706 relativamente ao PIS/COFINS, não apenas porque distintos os tributos como igualmente as respectivas bases de cálculo, a impedir, pois, qualquer assimilação entre os casos e, sobretudo, interpretação extensiva ou analógica de inconstitucionalidade.

Restou igualmente assentado, na fundamentação, em acréscimo, que *"a base de cálculo estimada pelo legislador, embora permita a dedução dos valores das devoluções, das vendas canceladas e dos descontos concedidos incondicionalmente, não a equipara à receita líquida"*; que, *"ao prescrever que os referidos tributos incidam sobre um percentual da receita bruta, a legislação de regência já antevê as possíveis despesas efetuadas pelo contribuinte no exercício de sua atividade empresarial, de modo que não lhe é permitida a dedução dos impostos incidentes sobre as vendas realizadas"*; e, finalmente, que *"se a tributação pelo lucro presumido decorre de opção feita pelo contribuinte, é evidente que ele deve sujeição à legislação atinente à espécie tributária, sendo-lhe vedada a miscigenação de regimes para o cálculo dos tributos em questão"*.

Não houve, como se observa, omissão, contradição ou obscuridade frente a alegações, preceitos e provas pertinentes à discussão, mas, ainda que, por hipótese, houvesse ofensa ou negativa de vigência à legislação, ou contrariedade à interpretação consolidada na jurisprudência das Cortes Superiores, os embargos de declaração, mesmo assim, não seriam cabíveis ou passíveis de acolhimento em substituição aos recursos específicos, próprios para cada situação, de competência das instâncias superiores.

Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO IRPJ/CSL. REGIME DO LUCRO PRESUMIDO. ARTIGOS 1.022 E 489, § 1º, DO CPC. VÍCIOS INEXISTENTES. REJEIÇÃO.

1. São manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

2. O acórdão embargado, citando jurisprudência, fundamentou a confirmação da sentença dentro da compreensão motivada de que não é aplicável ao IRPJ e CSL a orientação fixada pela Suprema Corte no RE 564.706 relativamente ao PIS/COFINS, não apenas porque distintos os tributos como igualmente as respectivas bases de cálculo, a impedir, pois, qualquer assimilação entre os casos e, sobretudo, interpretação extensiva ou analógica de inconstitucionalidade.

3. Restou igual e expressamente assentado, na fundamentação, que *"a base de cálculo estimada pelo legislador, embora permita a dedução dos valores das devoluções, das vendas canceladas e dos descontos concedidos incondicionalmente, não a equipara à receita líquida"*; que, *"ao prescrever que os referidos tributos incidam sobre um percentual da receita bruta, a legislação de regência já antevê as possíveis despesas efetuadas pelo contribuinte no exercício de sua atividade empresarial, de modo que não lhe é permitida a dedução dos impostos incidentes sobre as vendas realizadas"*; e, finalmente, que *"se a tributação pelo lucro presumido decorre de opção feita pelo contribuinte, é evidente que ele deve sujeição à legislação atinente à espécie tributária, sendo-lhe vedada a miscigenação de regimes para o cálculo dos tributos em questão"*.

4. Não houve, com efeito, omissão, contradição ou obscuridade frente a alegações, preceitos e provas pertinentes à discussão, mas, ainda que, por hipótese, houvesse ofensa ou negativa de vigência à legislação, ou contrariedade à interpretação consolidada na jurisprudência das Cortes Superiores, os embargos de declaração, mesmo assim, não seriam cabíveis ou passíveis de acolhimento em substituição aos recursos específicos, próprios para cada situação, de competência das instâncias superiores.

5. Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

6. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003661-45.2018.4.03.6144

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: AVANADE DO BRASIL LTDA

Advogados do(a) APELADO: LUIZ ROBERTO PEROBA BARBOSA - SP130824-A, OTAVIO HENRIQUE DE CASTRO

BERTOLINO - SP243801-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003661-45.2018.4.03.6144

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: AVANADE DO BRASIL LTDA

Advogados do(a) APELADO: LUIZ ROBERTO PEROBA BARBOSA - SP130824-A, OTAVIO HENRIQUE DE CASTRO

BERTOLINO - SP243801-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto pela **União** contra sentença proferida em autos de ação pelo procedimento comum, que extinguiu o feito sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, inciso VI, do CPC, no bojo da qual foi ofertada garantia para fins de obtenção de certidão positiva com efeitos de negativa.

Diante da notícia do ajuizamento da execução fiscal, o feito foi extinto sem exame do mérito, com a fixação de honorários advocatícios em 10% (dez por cento) do valor da causa, a ser meado pelas partes.

Inconformada, a União interpôs o presente recurso asseverando que não deu causa à instauração indevida da ação judicial, cabendo somente à autora o pagamento de honorários advocatícios. Alega, ainda, que não opôs resistência ao oferecimento da garantia pela parte autora.

Com contrarrazões, os autos vieram a este Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5003661-45.2018.4.03.6144
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: AVANADE DO BRASIL LTDA
Advogados do(a) APELADO: LUIZ ROBERTO PEROBA BARBOSA - SP130824-A, OTAVIO HENRIQUE DE CASTRO
BERTOLINO - SP243801-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

A autora ajuizou ação com pedido de tutela de urgência, ofertando garantia do débito relativo aos processos administrativos nº 13896903.221/2018-83 e nº 13896-903.220/2018-39 no intuito de obter a respectiva certidão de regularidade fiscal, já que não ajuizada a execução fiscal, bem como impedir a inclusão do seu nome em órgãos de proteção ao crédito e a realização do protesto da dívida.

A tutela de urgência foi parcialmente concedida, declarando-se garantidos os débitos tributários relacionados aos processos administrativos acima mencionados, sem lhes suspender a exigibilidade.

Citada, a União Federal aduziu a perda superveniente do interesse de agir diante do ajuizamento da execução fiscal.

Sobreveio, então, sentença extinguindo o feito sem exame do mérito e condenando ambas as partes ao pagamento de honorários advocatícios.

A sentença não merece reparos.

Conforme jurisprudência consolidada pelo C. Superior Tribunal de Justiça, após o vencimento da obrigação e antes do ajuizamento da execução fiscal, pode o contribuinte ofertar em juízo garantia do débito para o fim de obter certidão positiva com efeitos de negativa. Caso fosse adotada conclusão diversa, o contribuinte que contra si tenha já execução fiscal ajuizada ostentaria, de modo injustificado, condição mais favorável.

Com efeito, não é a parte autora quem dá causa à ação ajuizada no intuito de apresentar garantia e obter certidão de regularidade fiscal, o que só feito diante do não ajuizamento da execução fiscal.

Assim sendo, ainda que tenha se configurado a perda superveniente do interesse processual, a condenação da União ao pagamento de honorários advocatícios é devida no caso dos autos por força do princípio da causalidade.

No mesmo sentido, colaciono aresto proferido pela E. Terceira Turma:

"MEDIDA CAUTELAR. APELAÇÃO CÍVEL. APRESENTAÇÃO DE FIANÇA BANCÁRIA. GARANTIA DO DÉBITO. POSSIBILIDADE. APELAÇÃO DESPROVIDA. I. O STJ possui jurisprudência consolidada no sentido de que nas hipóteses em que a União Federal reconhece o pedido já na contestação é indevida a condenação em honorários advocatícios, nos termos do artigo 19, §1º, da Lei nº 10.522/2002. Todavia, na hipótese em análise, apesar de reconhecer em juízo o cumprimento dos requisitos para aceitação da carta de fiança bancária, estabelecidos pela Portaria PGFN nº 644/2009, alterada pela Portaria PGFN nº 1.378/2009, a União deve ser condenada em honorários advocatícios pelo princípio da causalidade, já que não restou outra alternativa à requerente senão ajuizar a ação cautelar. O artigo 206 do CTN assegura ao devedor, quando a execução está devidamente garantida, que lhe seja expedida certidão positiva com efeitos de negativa. II. Contudo, a despeito da ausência de previsão relativa à Carta de Fiança Bancária nas hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário elencadas no art. 151 do CTN, enquanto não ajuizada a execução, o contribuinte não pode ficar sem alternativa para garantir o débito fiscal, visto que tal situação lhe causa profundos prejuízos econômicos, pois o desenvolvimento da sua atividade empresarial resta interdito naquelas hipóteses legais em que a apresentação da certidão negativa é imprescindível à concretização de negócios. Deveras, não pode ser imputado ao requerente, que tem condições de oferecer bens suficientes à garantia da dívida, prejuízo pela demora da Administração em ajuizar a execução fiscal para cobrança do débito tributário. III. É viável a antecipação dos efeitos que seriam obtidos com a penhora no executivo fiscal, por meio do oferecimento de bens em ações cautelares, até o ajuizamento da execução fiscal própria e a conversão dessa garantia provisória e cautelar em penhora, caso assim decida o juízo da Execução Fiscal. Do contrário, o contribuinte que contra si tenha ajuizada ação de execução fiscal ostenta condição mais favorável do que aquele contra o qual o Fisco ainda não se voltou judicialmente. IV. Portanto, à requerente não restou outra alternativa, ante a demora da Fazenda Pública no ajuizamento da ação fiscal, se não contratar um advogado e propor a medida cautelar, pois não tinha como tomar tal providência administrativamente. Acrescente-se ainda a agilidade com que tal medida é concedida pela via judicial, ao contrário do que ocorre na via administrativa, quando há previsão legal. V. Apelação desprovida."

(Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1808796 0000061-49.2012.4.03.6100, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:15/07/2016)

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. APRESENTAÇÃO DE SEGURO GARANTIA. EXECUÇÃO FISCAL NÃO AJUZADA. HONORÁRIOS DEVIDOS. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. Trata-se de recurso de apelação interposto pela União contra sentença proferida em autos de ação pelo procedimento comum, que extinguiu o feito sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, inciso VI, do CPC, no bojo da qual foi ofertada garantia para fins de obtenção de certidão positiva com efeitos de negativa. Diante da notícia do ajuizamento da execução fiscal, o feito foi extinto sem exame do mérito, com a fixação de honorários advocatícios em 10% (dez por cento) do valor da causa, a ser meado pelas partes.

2. Conforme jurisprudência consolidada pelo C. Superior Tribunal de Justiça, após o vencimento da obrigação e antes do ajuizamento da execução fiscal, pode o contribuinte ofertar em juízo garantia do débito para o fim de obter certidão positiva com efeitos de negativa. Caso fosse adotada conclusão diversa, o contribuinte que contra si tenha já execução fiscal ajuizada ostentaria, de modo injustificado, condição mais favorável.

3. Mantida a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em observância ao princípio da causalidade.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO ao recurso de apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5006697-67.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

APELADO: SISTEMAS E PLANOS DE SAUDE LTDA.

Advogados do(a) APELADO: SIDNEY REGOZONI JUNIOR - SP312431-A, BRUNA ARIANE DUQUE - SP369029-A, VANIA DE ARAUJO LIMA TORO DA SILVA - SP181164-A, JOSE LUIZ TORO DA SILVA - SP76996-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5006697-67.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

APELADO: SISTEMAS E PLANOS DE SAUDE LTDA.

Advogados do(a) APELADO: SIDNEY REGOZONI JUNIOR - SP312431-A, BRUNA ARIANE DUQUE - SP369029-A, VANIA DE ARAUJO LIMA TORO DA SILVA - SP181164-A, JOSE LUIZ TORO DA SILVA - SP76996-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pela **Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS** em face da sentença que acolheu o pedido formulado por **Sistemas e Planos de Saúde Ltda.**, para declarar a inexistência de relação jurídico tributária que obrigue a autora a recolher a Taxa de Saúde Suplementar – TSS prevista no artigo 20, inciso I, da Lei nº 9.961/2000 e regulamentada pela Resolução Normativa nº 89/2005, bem como condenar a ré à repetição do indébito desde o quinquênio antecedente ao ajuizamento da demanda, corrigido desde a data de cada pagamento indevido pela taxa Selic. A Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS foi condenada ao pagamento de honorários advocatícios, no percentual mínimo da faixa de acordo com o valor da condenação a ser oportunamente liquidado, com fulcro no artigo 85, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil.

Irresignada, a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS apelou aduzindo, em síntese, que:

a) foi concebida com a específica atribuição de fiscalizar e garantir o efetivo cumprimento da Lei nº 9.656, de 1998, conforme se depreende do disposto na Lei nº 9.961, de 2000. Nesse contexto, alega que as Leis nº 9.656, de 1998, e 9.961, de 2000 estão em consonância com o mandamento constitucional, sendo instrumentos de consecução dos objetivos fundamentais da República;

b) é competente para fiscalizar atividades concernentes à promoção da saúde (Lei nº 9.961/2000). Desse modo, é plenamente justificável a cobrança da Taxa de Saúde Suplementar, que tem como fato gerador a atividade estatal fiscalizatória que lhe compete;

c) não há qualquer ilegalidade na base de cálculo da Taxa de Saúde Suplementar, encontrando-se a sua cobrança em perfeita consonância e harmonia com a Constituição da República;

d) não há dúvida que quanto maior o número de usuários dos contratos de planos de saúde, a atividade fiscalizatória da ANS será proporcionalmente aumentada, justificando plenamente a adoção do número médio de usuários de cada operadora como parâmetro mais justo e adequado para a mensuração da base de cálculo da Taxa de Saúde Suplementar. Protesta, assim, pela constitucionalidade da base de cálculo da TSS, não havendo que se falar em violação ao princípio da legalidade estrita;

e) é descabido o pedido de compensação e repetição integral, devendo ser observado o prazo quinquenal previsto na Lei Complementar nº 118/05, bem como o reconhecimento do direito de compensação apenas da diferença entre os valores decorrentes da apuração diária e da apuração nos termos da RN nº 89/05, que atualmente dispõe sobre a TPS.

Em contrarrazões a apelada requer a manutenção da sentença proferida, bem como a condenação da apelante ao pagamento de honorários recursais. Em seguida, vieram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5006697-67.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

APELADO: SISTEMAS E PLANOS DE SAUDE LTDA.

Advogados do(a) APELADO: SIDNEY REGOZONI JUNIOR - SP312431-A, BRUNA ARIANE DUQUE - SP369029-A, VANIA DE ARAUJO LIMA TORO DA SILVA - SP181164-A, JOSE LUIZ TORO DA SILVA - SP76996-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Trata-se de ação declaratória cumulada com repetição do indébito, objetivando que seja declarada a inexigibilidade da Taxa de Saúde Suplementar – TSS, trazida pela Lei 9.961/00 e regulamentada pelo art. 3º, I, da Resolução Normativa nº. 89/2005.

De início, faz-se necessário analisar a legitimidade da cobrança da taxa de saúde suplementar, instituída pelo artigo 18 da Lei nº 9.961/2000, nos seguintes termos:

Art. 18 - É instituída a taxa de saúde suplementar, cujo fato gerador é o exercício pela ANS do poder de polícia que lhe é legalmente atribuído.

Por outro lado, os artigos 19 e 20 da mesma lei dispõem que:

“Art. 19. São sujeitos passivos da taxa de saúde suplementar as pessoas jurídicas, condomínios ou consórcios constituídos sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa ou entidade de autogestão, que operem produto, serviço ou contrato com a finalidade de garantir a assistência à saúde visando a assistência médica, hospitalar ou odontológica.

Art. 20. A taxa de saúde suplementar será devida:

I - por plano de assistência à saúde, e seu valor será o produto da multiplicação de R\$ 2,00 (dois reais) pelo número médio de usuários de cada plano privado de assistência à saúde, deduzido o percentual total de descontos apurado em cada plano, de acordo com as Tabelas I e II do Anexo II desta Lei;

II - por registro de produto, registro de operadora, alteração de dados referente ao produto, alteração de dados referente à operadora, pedido de reajuste de contraprestação pecuniária, conforme os valores constantes da Tabela que constitui o Anexo III desta Lei.

§ 1º Para fins do cálculo do número médio de usuários de cada plano privado de assistência à saúde, previsto no inciso I deste artigo, não serão incluídos os maiores de sessenta anos.

§ 2º Para fins do inciso I deste artigo, a taxa de saúde suplementar será devida anualmente e recolhida até o último dia útil do primeiro decêndio dos meses de março, junho, setembro e dezembro e de acordo com o disposto no regulamento da ANS.

§ 3º Para fins do inciso II deste artigo, a taxa de saúde suplementar será devida quando da protocolização do requerimento e de acordo com o regulamento da ANS.

§ 4º Para fins do inciso II deste artigo, os casos de alteração de dados referentes ao produto ou à operadora que não produzam consequências para o consumidor ou o mercado de saúde suplementar, conforme disposto em resolução da Diretoria Colegiada da ANS, poderão fazer jus a isenção ou redução da respectiva taxa de saúde suplementar.

§ 5º Até 31 de dezembro de 2000, os valores estabelecidos no Anexo III desta Lei sofrerão um desconto de 50% (cinquenta por cento).

[...]"

Ocorre que a Agência Nacional de Saúde Suplementar, no intuito de quantificar objetivamente o critério material da hipótese de incidência da taxa de saúde suplementar, fixou a base de cálculo da referida taxa através da Resolução de Diretoria Colegiada nº 10/2010, violando o princípio da legalidade estrita, previsto no artigo 97, inciso IV, do Código Tributário Nacional, de modo a tornar a referida exação inexigível. Isso porque a base de cálculo dos tributos deve ser fixada por lei em sentido formal, razão pela qual não é válido o ato de fixá-la por outro instrumento normativo.

A jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que, embora a Lei nº 9.961/2000 (artigo 20) tenha instituído a Taxa de Saúde Suplementar, sua base de cálculo só foi efetivamente definida pelo artigo 3º da Resolução nº 10 da Diretoria Colegiada da ANS. Assim, embora tivesse apenas o intuito de regulamentar a dicção legal, tal ato normativo acabou por estabelecer a própria base de cálculo da referida taxa, o que a torna inexigível por ofensa ao princípio da legalidade estrita. Neste sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. TAXA DE SAÚDE SUPLEMENTAR. BASE DE CÁLCULO DETERMINADA PELO ART. 3º DA RESOLUÇÃO RDC N. 10/2000. VIOLAÇÃO AO ART. 97 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. INEXIGIBILIDADE. SÚMULA N. 83/STJ. INCIDÊNCIA.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, in casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015 no julgamento do Agravo Interno.

II - É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça segundo o qual é inexigível a taxa de saúde suplementar, prevista no art. 20, I, Lei n. 9.961/2000, porquanto sua base de cálculo foi determinada pelo art. 3º da Resolução RDC 10/2000, em contrariedade ao princípio da legalidade estrita (art. 97 do CTN).

III - O recurso especial, interposto pela alínea a e/ou pela alínea c, do inciso III, do art. 105, da Constituição da República, não merece prosperar quando o acórdão recorrido encontra-se em sintonia com a jurisprudência dessa Corte, a teor da Súmula n. 83/STJ.

IV - A Agravante não apresenta, no agravo, argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

V - Agravo Interno improvido."

(AgInt no REsp 1276788/RS, Relatora Ministra REGINA HELENA COSTA, STJ - Primeira Turma, DJe 30/03/2017) (grifei)

"TRIBUTÁRIO. TAXA DE SAÚDE SUPLEMENTAR - TSS. BASE DE CÁLCULO EFETIVAMENTE DEFINIDA NA RESOLUÇÃO RDC N. 10. VIOLAÇÃO DO ART. 97, I E IV, DO CTN. INEXIGIBILIDADE DO TRIBUTO. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.

Consoante precedentes de ambas as Turmas da Primeira Seção, a taxa de saúde suplementar - TSS, prevista no art. 20, inciso I, da Lei n. 9.961/2000, é inexigível, em decorrência da ofensa ao princípio da legalidade estrita, visto que sua base de cálculo somente fora definida pelo art. 3º da Resolução nº 10 da Diretoria Colegiada da ANS. Aplicação da Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido."

(AGRESP 1503785, Relator Ministro HUMBERTO MARTINS, STJ - Segunda Turma, DJE 11/03/2015) (grifei)

No mesmo sentido, é o entendimento deste Tribunal. Vejam-se:

"ADMINISTRATIVO. TRIBUTÁRIO. TAXA DE SAÚDE SUPLEMENTAR. LEI Nº 9.961/2000. BASE DE CÁLCULO ESTABELECIDA PELA RESOLUÇÃO RDC Nº 10, DE 03 DE MARÇO DE 2000. VIOLAÇÃO ÀS DISPOSIÇÕES DO ARTIGO 97 DO CTN. OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA. INEXIGIBILIDADE DO DÉBITO FISCAL. RECURSO DE APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO DESPROVIDOS.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - STJ firmou o entendimento de que, embora a Lei n. 9.961/2000 (art. 20) tenha instituído a Taxa de Saúde Complementar, sua base de cálculo só foi efetivamente definida pelo art. 3º da Resolução nº 10, da Diretoria Colegiada da ANS, eis que, 'no intuito de apenas regulamentar a dicção legal, tal ato normativo acabou por ter o condão de estabelecer a própria base de cálculo da referida taxa', o que a torna inexigível por ofensa ao princípio da legalidade estrita, previsto no art. 97, I e IV, do CTN (EDcl no REsp 1.075.333/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 02/06/2010).

2. Com efeito, a base de cálculo dos tributos deve ser fixada por lei em seu sentido formal, razão pela qual se mostra inválido o ato de fixá-la por outro instrumento normativo, razão pela qual a previsão contida na Resolução RDC nº 10/2000, ato infralegal que, por fixar, de fato, a base de cálculo da taxa de saúde suplementar, culminou por afrontar o disposto no artigo 97, IV, do CTN.

Precedentes do STJ: REsp nº 728.330/RJ, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, DJe 15.04.2009; REsp nº 963.531/RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 10.06.2009.

3. Conforme consignado na decisão recorrida, é ilegal a cobrança da taxa de saúde suplementar (TSS) exigida com base no art. 3º, da Resolução RDC 10/2000 e pela Resolução Normativa NR nº 89/2005, da ANS devendo, portanto, ser cancelada a Certidão de Dívida Ativa ante a inexigibilidade do débito, declarando extinta a execução fiscal.

4. Reexame necessário e recurso de apelação desprovido."

(APELREEX 0004545-92.2013.4.03.6126, Relator Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO, TRF3 - Terceira Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/05/2016) (grifei)

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TAXA DE SAÚDE SUPLEMENTAR - TSS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. INEXIGIBILIDADE. TUTELA ANTECIPADA. DEPÓSITO JUDICIAL. INEXIGÍVEL.

1. Há relevância jurídica na tese da agravada, considerando que é pacífico o entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça no sentido da inexigibilidade da taxa de saúde suplementar - TSS (artigo 20, incisos I e II, da Lei 9.961/2000), por violação ao princípio da legalidade.

2. Sendo plausível o direito buscado pela agravada na ação ordinária, merece ser mantida a decisão proferida, independentemente da realização de depósito judicial.

3. Agravo de Instrumento desprovido."

(AI 0017504-38.2016.4.03.0000, Relator Desembargador Federal CARLOS MUTA, TRF3 - Terceira Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/01/2017) (grifei)

"AGRAVO. ARTIGO 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. TAXA DE SAÚDE SUPLEMENTAR - TSS. LEI 9.961/2000. BASE DE CÁLCULO. RESOLUÇÃO RDC Nº 10. OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA. INEXIGIBILIDADE DO TRIBUTO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1 - O agravo inominado não pode ser utilizado como meio de rediscussão da matéria, mas tão somente para rever verdadeiramente o fundamento daquela decisão.

2 - Não obstante a dicção do inciso IV, do artigo 97, do Código Tributário Nacional, determine que somente a lei pode estabelecer a fixação de alíquota do tributo e da sua base de cálculo, a Resolução de Diretoria Colegiada - RDC nº 10, de 3 de março de 2000, no § 3º, do artigo 3º, a pretexto de regulamentar o quanto disposto na Lei nº 9.961/00, acabou por dispor acerca da base de cálculo da taxa de saúde suplementar - TSS, tornando-a inexigível por ofensa ao princípio da estrita legalidade.

Precedentes do STJ.

3 - O fato da RDC nº 10/2000 ter sido revogada pela RN nº 7/2002 e esta pela RN nº 89/2005, em nada altera a situação dos autos, na medida em que a base de cálculo da taxa de saúde suplementar continua sendo definida por ato infralegal.

4 - A decisão agravada encontra fundamentos suficientes para a sua manutenção.

5 - Agravo inominado não provido."

(APELREEX 0008463-79.2013.4.03.6102, Relator Desembargador Federal NERY JUNIOR, TRF3 - Terceira Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/03/2016) (grifei)

Assim, conclui-se que a cobrança da taxa de saúde suplementar é indevida.

Por outro lado, não prospera a alegação da apelante de que é descabido o pedido de compensação e repetição integral, já que se trata de cobrança ilegal, ensejando o direito à repetição/compensação na integridade dos valores indevidamente pagos.

Neste sentido, trago a colação precedente deste E. Tribunal. Veja-se:

"APELAÇÃO CÍVEL. TAXA DE SAÚDE SUPLEMENTAR. LEI 9.961/00. ARTIGO 3º RESOLUÇÃO RDC Nº 10/2000. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. ART. 97, DO CTN. INEXIGIBILIDADE.

1. A Lei nº 9.961/2000, que criou a agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS (artigo 1º) e instituiu a taxa de saúde suplementar, cujo fato gerador é o exercício pela ANS do poder de polícia que lhe é legalmente atribuído (artigo 18).

2. O artigo 3º da Resolução RDC nº 10/2000 extrapolou sua competência normativa, nos termos do artigo 97 do Código Tributário Nacional, sendo referida taxa inexigível. 3. Vale dizer, consoante a dicção do artigo 20, inciso I, da Lei nº 9.961/2000, a base de cálculo da taxa de saúde suplementar corresponderá ao "número médio de usuários de cada plano privado de assistência à saúde". Não obstante a dicção do artigo 97, inciso IV, do Código Tributário Nacional, determinar que somente a lei pode estabelecer a fixação de alíquota do tributo e da sua base de cálculo, a Resolução de Diretoria Colegiada - RDC nº 10, de 3 de março de 2000, no § 3º, do artigo 3º, a pretexto de regulamentar o quanto disposto na Lei nº 9.961/00, acabou por dispor acerca da base de cálculo da exação em comento, tornando-a inexigível por ofensa ao princípio da estrita legalidade.

3. O fato de a Resolução RDC nº 10/2000 ter sido revogada pela RN nº 7/2002 e posteriormente pela RN nº 89/2005, da Agência Nacional de Saúde Suplementar, em nada altera a situação dos autos, visto que a base de cálculo do tributo continuou sendo definida por ato infralegal, contrariando o disposto no artigo 97 do Código Tributário Nacional.

4. O argumento de impossibilidade de restituição dos valores indevidamente recolhidos pela autora a título de Taxa de Saúde Suplementar, mas o recálculo da taxa apurado pelo número diário de beneficiários não merece prosperar, haja vista não se tratar de alteração do critério definido em resolução, mas sim de reconhecimento de sua invalidade, ante a violação ao princípio da legalidade tributária.

5. Mantida a condenação da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS ao pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, visto que em conformidade com o entendimento desta E. Quarta Turma.

6. Apelação e remessa oficial desprovidas." (sem grifos no original)

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 2114082 - 0016032-06.2014.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA, julgado em 06/06/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:19/07/2018) (grifei)

Com relação ao prazo prescricional, a questão já restou decidida pelo C. Supremo Tribunal Federal - STF, no RE nº 566.621 (julgado sob a sistemática da repercussão geral), no sentido de que a prescrição quinquenal para a repetição ou compensação de indébito deve ser contada retroativamente ao ajuizamento da ação.

Assim, a sentença deve ser mantida.

Por fim, verifico que a sentença condenou a recorrente nos honorários advocatícios, fixados no percentual mínimo da faixa de acordo com o valor da condenação a ser oportunamente liquidado, com fulcro no artigo 85, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil. Desse modo, em atenção ao disposto no artigo 85, § 11, do CPC/2015, determino o acréscimo do percentual de 1% (um por cento) ao importe fixado na sentença a título de verba honorária.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação.

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. TAXA DE SAÚDE SUPLEMENTAR. LEI 9.961/00. ARTIGO 3º RESOLUÇÃO RDC Nº 10/2000. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. ART. 97, DO CTN. INEXIGIBILIDADE. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. PRESCRIÇÃO. HONORÁRIOS RECURSAIS. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.

1. Trata-se de ação declaratória de inexigibilidade de obrigação de pagamento da Taxa de Saúde Suplementar por plano de assistência à saúde, prevista na Lei nº 9.961/2000, na base de cálculo prevista no artigo 3º da Resolução RDC 10/2000.
2. A Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, no intuito de quantificar objetivamente o critério material da hipótese de incidência da Taxa de Saúde Suplementar fixou a base de cálculo da referida taxa através da Resolução de Diretoria Colegiada - RDC nº 10/2000, violando o princípio da legalidade estrita prevista no art. 97, IV, do Código Tributário Nacional, de modo a tornar a referida exação inexigível. Isso porque a base de cálculo dos tributos deve ser fixada por lei em seu sentido formal, razão pela qual não é válido o ato de fixá-la por outro instrumento normativo.
3. A jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que, embora a Lei n. 9.961/2000 (art. 20) tenha instituído a Taxa de Saúde Complementar, sua base de cálculo só foi efetivamente definida pelo art. 3º da Resolução nº 10, da Diretoria Colegiada da ANS. Assim, muito embora tivesse apenas o intuito de regulamentar a dicção legal, tal ato normativo acabou por ter o condão de estabelecer a própria base de cálculo da referida taxa, o que a torna inexigível por ofensa ao princípio da legalidade estrita (precedentes do STJ e deste Tribunal).
4. Assim, conclui-se que a cobrança da Taxa de Saúde Suplementar é indevida.
5. Não prospera a alegação da apelante de que é descabido o pedido de compensação e repetição integral, já que se trata de cobrança ilegal, ensejando o direito à repetição/compensação na integridade dos valores indevidamente pagos (precedente deste Tribunal).
6. Com relação ao prazo prescricional, a questão já restou decidida pelo C. Supremo Tribunal Federal - STF, no RE nº 566.621 (julgado sob a sistemática da repercussão geral), no sentido de que a prescrição quinquenal para a repetição ou compensação de indébito deve ser contada retroativamente ao ajuizamento da ação.
7. Por fim, verifico que a sentença condenou a recorrente nos honorários advocatícios, fixados no percentual mínimo da faixa de acordo com o valor da condenação a ser oportunamente liquidado, com fulcro no artigo 85, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil. Desse modo, em atenção ao disposto no artigo 85, § 11, do CPC/2015, determino o acréscimo do percentual de 1% (um por cento) ao importe fixado na sentença a título de verba honorária.
8. Recurso de apelação desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO ao recurso de apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5004486-20.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: TRANSPORTADORA WILSON DOS SANTOS LTDA - EPP

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

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5004486-20.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: TRANSPORTADORA WILSON DOS SANTOS LTDA - EPP
Advogado do(a) AGRAVANTE: ALFREDO BERNARDINI NETO - SP231856-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento contra acolhimento parcial, em execução fiscal, de exceção de pré-executividade para reconhecer prescrição de parte dos débitos e determinar a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS, recalculando-se os valores executados, fixada verba honorária de R\$ 20.000,00.

Alegou a agravante, em síntese, que deve ser majorada a verba honorária devida, em observância aos limites mínimos previstos no artigo 85, §§2º e 3º, do Código de Processo Civil.

Houve contraminuta da agravada.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5004486-20.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: TRANSPORTADORA WILSON DOS SANTOS LTDA - EPP
Advogado do(a) AGRAVANTE: ALFREDO BERNARDINI NETO - SP231856-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, o agravante impugnou a verba honorária fixada em vinte mil reais por acolhimento parcial de exceção de pré-executividade oposta à execução fiscal com reconhecimento de prescrição parcial e inexigibilidade do PIS/COFINS com a inclusão do ICMS na respectiva base de cálculo, recalculando-se os débitos executados.

No arbitramento da verba honorária constou da sentença a aplicação do disposto no artigo 85, §8º, do CPC, por apreciação equitativa do juiz da causa:

*"Ante o exposto, julgo parcialmente procedente o pedido, para o fim de reconhecer a prescrição relativamente aos débitos inscritos por meio das certidões de dívida ativa números 80 6 98 029096-13, 30 6 98 034968-00, 80 2 98 016813-69 e 80 2 99 01892-74 e, por conseguinte, extinguir as execuções fiscais números 0010386-34.1999.403.6102, 0010625-38.1999.403.6102, 0010624-53.1999.403.6102 e 0010590-78.1999.403.6102, com fundamento nos termos dos artigos 487, inciso II e 925, ambos do CPC; bem como para determinar à União (Fazenda Nacional) que apure os valores corretos das Certidões de Dívida Ativa números 80 6 05 071820-70 e 80 7 05 021353-73 (processo nº 0012065-59.2005.403.6102 e 0010590-78.1999.403.6102, com fundamento nos termos dos artigos 487, inciso II e 925, ambos do CPC; bem como para determinar à união (Fazenda Nacional) que apure os valores corretos das Certidões de Dívida Ativa números 80 6 05 071820-70 e 80 7 05 021353-73 (processo nº 0012065-59.2005.403.6102), adequando-as aos moldes desta sentença. Sem condenação da excipiente em honorários advocatícios em face do disposto no Decreto-Lei nº 1025/69. **Condene a União ao pagamento de honorários advocatícios, na parte em que foi vencida, que fixo em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), nos moldes §8º do artigo 85 do CPC.**"*

Embora a regra de fixação de honorários estipulada se preste às ações em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, revela-se descabida, no caso, a pretensão de aplicação do artigo 85, §3º, CPC, em respeito aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e causalidade, considerando a matéria discutida nos autos, a baixa complexidade da demanda e o trabalho realizado pelo advogado para seu deslinde.

Frente aos detalhados enunciados do Código de Processo Civil, quanto à sucumbência, tem sido reiterado pela jurisprudência que a equidade, na condição de princípio geral do direito, deve ser aplicada na interpretação da lei para correto arbitramento da verba honorária, sobretudo nos casos em que a estrita literalidade normativa possa resultar na imposição de valor tanto irrisório como excessivo e desproporcional, considerando os critérios elencados nos incisos do § 2º do artigo 85 do Código de Processo Civil, devendo, assim, ser coibida e afastada a condenação a título de sucumbência que possa gerar locupletamento ilícito e enriquecimento sem causa para qualquer das partes que litigam em Juízo.

Neste sentido:

RESP 1.789.913, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJE de 11/03/2019: “PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. ACOLHIMENTO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ARBITRAMENTO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INTERPRETAÇÃO CONJUNTA DO ART. 85, §§ 3º E 8º DO CPC/2015, DESTINADA A EVITAR O ENRIQUECIMENTO ILÍCITO OU DESPROPORCIONAL. POSSIBILIDADE. 1. No regime do CPC/1973, o arbitramento da verba honorária devida pelos entes públicos era feito sempre pelo critério da equidade, tendo sido consolidado o entendimento jurisprudencial de que o órgão julgador não estava adstrito ao piso de 10% estabelecido no art. 20, § 3º, do CPC/1973. 2. A leitura do caput e parágrafos do art. 85 do CPC/2015 revela que, atualmente, nas causas envolvendo a Fazenda Pública, o órgão julgador arbitrará a verba honorária atento às seguintes circunstâncias: a) liquidez ou não da sentença: na primeira hipótese, passará o juízo a fixar; imediatamente, os honorários conforme os critérios do art. 85, § 3º, do CPC/2015; caso ilíquida, a definição do percentual a ser aplicado somente ocorrerá após a liquidação de sentença; b) a base de cálculo dos honorários é o valor da condenação ou o proveito econômico obtido pela parte vencedora; em caráter residual, isto é, quando inexistente condenação ou não for possível identificar o proveito econômico, a base de cálculo corresponderá ao valor atualizado da causa; c) segundo disposição expressa no § 6º, os limites e critérios do § 3º serão observados independentemente do conteúdo da decisão judicial (podem ser aplicados até nos casos de sentença sem resolução de mérito ou de improcedência); e d) o juízo puramente equitativo para arbitramento da verba honorária - ou seja, desvinculado dos critérios acima - , teria ficado reservado para situações de caráter excepcionalíssimo, quando “inestimável” ou “irrisório” o proveito econômico, ou quando o valor da causa se revelar “muito baixo”. 3. No caso concreto, a sucumbência do ente público foi gerada pelo acolhimento da singela Exceção de Pré-Executividade, na qual apenas se informou que o débito foi pago na época adequada. 4. O Tribunal de origem fixou honorários advocatícios abaixo do valor mínimo estabelecido no art. 85, § 3º, do CPC, almejado pela recorrente, porque “o legislador pretendeu que a apreciação equitativa do Magistrado (§ 8º do art. 85) ocorresse em hipóteses tanto de proveito econômico extremamente alto ou baixo, ou inestimável” e porque “entendimento diverso implicaria ofensa aos princípios da vedação do enriquecimento sem causa, razoabilidade e proporcionalidade” (fls. 108-109, e-STJ). 5. A regra do art. 85, § 3º, do atual CPC - como qualquer norma, reconheça-se - não comporta interpretação exclusivamente pelo método literal. Por mais claro que possa parecer seu conteúdo, é juridicamente vedada técnica hermenêutica que posicione a norma inserta em dispositivo legal em situação de desarmonia com a integridade do ordenamento jurídico. 6. Assim, o referido dispositivo legal (art. 85, § 8º, do CPC/2015) deve ser interpretado de acordo com a reiterada jurisprudência do STJ, que havia consolidado o entendimento de que o juízo equitativo é aplicável tanto na hipótese em que a verba honorária se revela ínfima como excessiva, à luz dos parâmetros do art. 20, § 3º, do CPC/1973 (atual art. 85, § 2º, do CPC/2015). 7. Conforme bem apreendido no acórdão hostilizado, justifica-se a incidência do juízo equitativo tanto na hipótese do valor inestimável ou irrisório, de um lado, como no caso da quantia exorbitante, de outro. Isso porque, observa-se, o princípio da boa-fé processual deve ser adotado não somente como vetor na aplicação das normas processuais, pela autoridade judicial, como também no próprio processo de criação das leis processuais, pelo legislador, evitando-se, assim, que este último utilize o poder de criar normas com a finalidade, deliberada ou não, de superar a orientação jurisprudencial que se consolidou a respeito de determinado tema. 8. A linha de raciocínio acima, diga-se de passagem, é a única que confere efetividade aos princípios constitucionais da independência dos poderes e da isonomia entre as partes - com efeito, é totalmente absurdo conceber que somente a parte exequente tenha de suportar a majoração dos honorários, quando a base de cálculo dessa verba se revelar ínfima, não existindo, em contrapartida, semelhante raciocínio na hipótese em que a verba honorária se mostrar excessiva ou viabilizar enriquecimento injustificável à luz da complexidade e relevância da matéria controvertida, bem como do trabalho realizado pelo advogado. 9. A prevalecer o indevido entendimento de que, no regime do novo CPC, o juízo equitativo somente pode ser utilizado contra uma das partes, ou seja, para majorar honorários irrisórios, o próprio termo “equitativo” será em si mesmo contraditório. 10. Recurso Especial não provido.” (g.n.)

Também assim tem decidido a Turma:

ApCiv 0001346-78.2016.4.03.6119, Rel. Des. Fed. ANTONIO CEDENHO, e-DJF3 de 11/07/2019: “DIREITO PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DESISTÊNCIA DA AÇÃO PELO AUTOR. JUSTA REMUNERAÇÃO. EQUIDADE. APELAÇÃO PROVIDA. 1. Os honorários advocatícios devem ser arbitrados em valor que permita a justa e adequada remuneração dos vencedores, sem contribuir para o seu enriquecimento sem causa, ou para a imposição de ônus excessivo a quem decaiu da respectiva pretensão, cumprindo, assim, o montante da condenação com a finalidade própria do instituto da sucumbência, calcada no princípio da causalidade e da responsabilidade processual. 2. A legislação permite a fixação de honorários pelo magistrado em consonância com o trabalho prestado pelo advogado, evitando-se o enriquecimento desproporcional e sem causa e a onerosidade excessiva para a parte contrária. Interpretação extensiva ao disposto no § 8º do artigo 85 do CPC/2015. 3. A causa é de baixa complexidade, o processo tramitou por tempo exíguo, houve desistência pela parte autora e o trabalho da Fazenda Nacional não demandou esforço fora do exigido em qualquer demanda. 4. Razoável fixar o valor da condenação dos honorários no montante de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). 5. Apelação provida.”

Assim, nos termos da jurisprudência, considerando as circunstâncias relacionadas ao trabalho desenvolvido nos autos, restou observada, pelo princípio da equidade, e de forma equilibrada, a verba honorária para garantir remuneração proporcional sem oneração excessiva da ré, parcialmente vencida, pelo que adequada a condenação em honorários advocatícios no valor de vinte mil reais.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

EMENTA

DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ARTIGO 85, §§ 2º e 8º, DO CPC. APRECIÇÃO EQUITATIVA. POSSIBILIDADE.

1. A sentença condenou a União em honorários advocatícios de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), nos termos do artigo 85, § 8º, do CPC, em acolhimento parcial de exceção de pré-executividade.

2. Frente aos detalhados enunciados do Código de Processo Civil, quanto à sucumbência, tem sido reiterado pela jurisprudência que a equidade, na condição de princípio geral do direito, deve ser aplicada na interpretação da lei para correto arbitramento da verba honorária, sobretudo nos casos em que a estrita literalidade normativa possa resultar na imposição de valor tanto irrisório como excessivo e desproporcional, considerando os critérios elencados nos incisos do §2º do artigo 85 do Código de Processo Civil, devendo, assim, ser coibida e afastada a condenação a título de sucumbência que possa gerar locupletamento ilícito e enriquecimento sem causa para qualquer das partes que litigam em Juízo.

3. Aplicada a jurisprudência e avaliados os contornos do caso concreto, à luz dos critérios e fatores previstos nos incisos do §2º do artigo 85 do Código de Processo Civil, mostra-se adequada a fixação da verba honorária empregada na sentença.

4. Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5010846-09.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: SPORTMYS DE ARTIGOS ESPORTIVOS LTDA.

Advogados do(a) APELANTE: JOSY CARLA DE CAMPOS ALVES - SP228099-A, CARLOS EDUARDO LAZZARINI - SP234961-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5010846-09.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: SPORTMYS DE ARTIGOS ESPORTIVOS LTDA.

Advogados do(a) APELANTE: JOSY CARLA DE CAMPOS ALVES - SP228099-A, CARLOS EDUARDO LAZZARINI - SP234961-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação, em face de sentença que, julgou extinto o feito sem resolução de mérito, nos termos do artigo 485, VI, do CPC, por inadequação do mandado de segurança, impetrado para excluir o ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS e garantir a compensação ou restituição do indébito fiscal, após o trânsito em julgado, observada a prescrição quinquenal, e aplicação da SELIC.

Apelou o contribuinte, alegando, em suma, o cabimento do mandado de segurança para discutir a inexigibilidade da tributação, sendo possível a declaração da compensação ou restituição do indébito, nos termos da Súmula 213/STJ, observada a prescrição quinquenal e o trânsito em julgado, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não havendo ofensa às Súmulas 269 e 271 da Suprema Corte, aduzindo que houve juntada de guias de recolhimento como prova pré-constituída, razão pela qual requereu a reforma da sentença, com a concessão da ordem para excluir o ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS e garantir a compensação ou restituição do indébito, nos termos da inicial.

Houve contrarrazões.

O Ministério Público Federal opinou pelo regular prosseguimento do feito.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5010846-09.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: SPORTMYS DE ARTIGOS ESPORTIVOS LTDA.

Advogados do(a) APELANTE: JOSY CARLA DE CAMPOS ALVES - SP228099-A, CARLOS EDUARDO LAZZARINI - SP234961-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, causa espécie a sentença proferida, primeiramente porque o controle da adequação da via eleita deve ser realizado *ab initio*, ao ser despachada a inicial, a fim de que a parte possa, querendo, emendar ou propor outra ação. Realizada tal aferição e, pois, superada a fase de admissibilidade, a prolação de sentença de tal teor, após toda tramitação, prejudica o devido processo legal e atenta contra os princípios da celeridade e da eficiência na prestação jurisdicional, suprimindo grau de jurisdição, ao deixar de apreciar o mérito e restringir o exame de toda a controvérsia, no tocante à matéria probatória, a uma única instância.

Em segundo lugar, constata-se que a solução adotada viola sedimentada jurisprudência sumulada, tangenciando verdadeira negativa de prestação jurisdicional em primeira instância, obrigando o tribunal de apelação a agir como juiz originário da causa, ao ser decidido, findo todo o processamento, que não é admissível o mandado de segurança para discutir inexigibilidade tributária e direito à compensação, apesar do expressamente disposto na Súmula 213/STJ: "*O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária.*".

Percebe-se que os fundamentos da sentença são genéricos, baseados na proibição da Súmula 269/STF, quando, na verdade, o que se pretende é suspender a exigibilidade de tributo reputado indevido na forma impugnada na inicial, além de compensar indébito fiscal, providência esta amparada pelo expresso teor da Súmula 213/STJ. Mesmo quando se trate eventualmente de ação com formulação de pedido incompatível com a via eleita, seja repetição em mandado de segurança, seja restituição administrativa em detrimento do artigo 100, CF, a extinção do processo, sem resolução do mérito, como feito na espécie, viola os enunciados sumulares, que não abrangem a inadequação da via eleita para decidir sobre a inexigibilidade da tributação impugnada, cabendo, assim, ao próprio Juízo o exame do mérito respectivo, sem embargo de apreciar, em seguida e somente então, a procedência ou não da compensação, repetição ou restituição administrativa.

Embora nula a sentença, cabe ao Tribunal julgar como instância de origem, fazendo as vezes do magistrado, nos termos do artigo 1.013, § 3º, I, CPC.

Antes de analisar o mérito, cabe destacar que não é cabível a suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior, o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior.

No mérito, a questão da inclusão de **imposto** na base de cálculo do PIS/COFINS com vulneração da matriz constitucional que prevê a respectiva incidência sobre faturamento ou receita na dicção atualizado do artigo 195, I, *b*, da Constituição Federal, foi resolvida, pela Suprema Corte no RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS.

Eis o acórdão ementado:

RE 574.706, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe 29/09/2017: "RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

A definição da base de cálculo do PIS/COFINS é matéria constitucional, não cabendo invocar orientação no plano do direito federal para afastar o juízo de inconstitucionalidade, menos ainda quando já vencida (Súmulas 68 e 94/STJ) no âmbito da respectiva Corte Superior. Ademais, o pronunciamento da Suprema Corte, sobretudo em repercussão geral, tem função primordial na tarefa de garantir segurança jurídica, estabilidade, integridade e coerência na aplicação do direito à luz da Constituição, a ser buscada por todos os órgãos do Poder Judiciário (artigos 926 e 927, III, CPC).

Perceba-se que a pretensão em causa não envolve a dedução de parcela legalmente prevista, daí porque impertinente o argumento de que é taxativo o rol de exclusões constante do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 - com as alterações da Lei 12.973/2014, cujo advento, conforme já decidiu esta Corte, “*não promoveu modificação legislativa relevante para a espécie, na medida em que não alterou o conceito da base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS*” (EI 0029413-91.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 17/11/2017) - e § 3º dos artigos 1º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003.

A tese do contribuinte é a de que a inclusão do imposto na base de cálculo de tais contribuições viola incidência constitucionalmente delimitada, exigindo, assim, decisão judicial no sentido de definir a base de cálculo compatível com o parâmetro constitucional.

A alegação de que o cálculo do PIS/COFINS com exclusão do imposto destinado ao erário contradiz a incidência, reconhecidamente válida, sobre outros custos, encargos ou despesas destinados a terceiros (como, por exemplo: empregados, companhia de energia elétrica, FGTS, fornecedores, empresas contratadas para prestação de serviços, entes estatais) não é verdadeira nem aceitável, sem análise da natureza jurídica de cada parcela discutida na formação da base de cálculo de tais contribuições. Por ora, o que assentou, suficientemente, a Suprema Corte para o exame do caso foi a inexigibilidade de imposto integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, seja o ICMS, seja o próprio ISS, quanto a este em juízo derivado diretamente da mesma lógica de fundamentação constitucional, conforme já exposto.

O aspecto relevante da controvérsia, diz respeito ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS diante da divergência estabelecida entre as vertentes que primam, de um lado, pelo valor do imposto destacado nas notas fiscais e, de outro, pelo valor do imposto a ser efetivamente pago pelo contribuinte, dentro do regime de não cumulatividade. É importante frisar, de toda sorte, que tal ponto, ainda que não tenha ou tivesse sido discutido na inicial nem decidido na sentença ou veiculado na apelação, não impediria o pronunciamento da Corte - assim como do próprio Juízo após embargos de declaração -, por se tratar, justamente, de controvérsia ínsita ao próprio mérito, qual seja, a definição do que constitui o indébito fiscal e, neste sentido, matéria que deve ser resolvida na fase cognitiva e não em liquidação de sentença, inexistindo, portanto, mesmo quando nada tenha ou tivesse sido alegado ou decidido, vício de julgamento *extra* ou *ultra petita*, ou contrariedade ao princípio da congruência ou da adstrição.

Tanto é assim que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido em razão do regime de não cumulatividade do imposto.

Neste sentido o seguinte excerto do julgado no RE 574.706:

“O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS”.

Também este o entendimento adotado no âmbito das Turmas desta Seção:

ApelRemNec 5000633-81.2017.4.03.6119, Rel. Des. Fed. ANTONIO CEDENHO, Intimação via sistema 18/04/2020: “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REQUISITOS DO ARTIGO 1.022 CPC/2015. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE Nº 574.706/PR. VINCULAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OBSCURIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1.022 do Código de Processo Civil vigente, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado. O caráter infringente dos embargos somente é admitido a título excepcional, quando a eliminação da contradição ou da omissão decorrer, logicamente, a modificação do julgamento embargado. 2. A e. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no julgamento do RE nº 574.706/PR, consignou que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. Como o presente julgamento se vincula ao que foi decidido sobre o tema pelo C. STF, deve-se assentar que, relativamente à questão do valor a ser efetivamente excluído a título de ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, a tese que foi acolhida pelo STF é a exposta no v. acórdão embargado. 3. O escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022 do Código de Processo Civil. 4. O artigo 1.025 do novo Código de Processo Civil bem esclarece que os elementos suscitados pelo embargante serão considerados incluídos no acórdão “para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.” 5. Embargos de declaração rejeitados.”

ApReeNec 5001772-28.2017.4.03.6100, Rel. Des. Fed. MARLI FERREIRA, Intimação via sistema 02/04/2020: "PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ARTIGO 1.022 DO CPC. OMISSÃO. EXISTÊNCIA. JULGADO INTEGRADO. 1. Prevê o artigo 1.022 do CPC que a oposição dos aclaratórios somente tem cabimento para esclarecimento de obscuridade ou eliminação de contradição, para suprimir omissão sobre ponto ou questão sobre o qual o julgado deveria se pronunciar; ou, ainda, para corrigir erro material existente no decisório. 2. Na espécie, o julgado restou omissivo quanto à parcela do ICMS a ser destacada da base de cálculo do PIS e da COFINS. E, nesse tocante, cumpre esclarecer que o ICMS a ser excluído é o destacado nos documentos fiscais de saída, vez que é esse montante que integra a indigitada base de cálculo. 3. Assim sendo, tem a impetrante o direito de excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS o valor integral do ICMS destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias do seu estabelecimento, inclusive após o advento da Lei nº 12.973/2014. 4. Embargos de declaração acolhidos."

ApelRemNec 5003932-95.2019.4.03.6119, Rel. Des. Fed. JOHNSOM DI SALVO, e - DJF3 15/04/2020: "AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DECLAROU INCONSTITUCIONAL A INCLUSÃO DO ICMS (FATURADO) NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS, FAZENDO-O POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO RE Nº 574.706. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a inclusão do ICMS (faturado) na base de cálculo do PIS e da COFINS, fazendo-o por ocasião do julgamento do RE nº 574.706. A corte, por maioria e nos termos do voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia, apreciando o tema nº 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Esse entendimento é aplicável de pronto, não havendo que se falar em espera de embargos de declaração (sem efeito suspensivo) ou de modulação de efeitos da decisão plenária da Suprema Corte, já que esses dois eventos não estão consignados em lei como impedientes da aplicação imediata do decisum. Esse é o entendimento que vem sendo seguido nesta Corte Regional (3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5021518-72.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 08/11/2019, Intimação via sistema DATA: 13/11/2019), e de modo unânime nesta 6ª Turma (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000706-20.2017.4.03.6130, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 03/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/12/2019). Deveras, a suspensão pretendida pelo Fisco esbarraria no art. 1.035, § 5º do NCPC. De outro lado, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal – ao acolher o voto da ministra Relatora – no sentido de que, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada como faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019). Essa é a postura que este Relator sempre defende desde o momento em que surtiu o julgamento do Tema nº 69 (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000596-53.2018.4.03.6108, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHNSON DI SALVO, julgado em 02/12/2019, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019). Tratando-se de empresa comercial, resta claro que é contribuinte das três exações e que recolheu tributação a maior e poderá recuperá-la (quanto aos últimos cinco anos antes do ajuizamento da presente demanda) por meio de compensação, que deverá ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74 da Lei nº 9.430/1996 (redação dada pela Lei 10.637/02), observado ainda o artigo 26-A da Lei nº 11.457/2007."

Logo, não importa ao exame do mérito a juntada de documentos fiscais ou mercantis para demonstração do ICMS a ser pago pelo contribuinte, bastando para o presente julgamento a prova, tão-somente, de que o contribuinte, sujeito ao PIS/COFINS, recolheu valores com inclusão do ICMS nas bases de cálculo, ficando relegada à fase própria a apuração do *quantum debeatur* a partir de valores destacados em notas fiscais e incluídos na tributação federal.

Reconhecido o indébito fiscal, na forma acima especificada, os critérios para exercício do direito à compensação, na via administrativa mediante procedimento específico, inclusive com a própria comprovação e liquidação de valores indevidos a serem compensados, são os definidos nos artigos 168 (prescrição quinquenal) e 170-A (trânsito em julgado), ambos do Código Tributário Nacional; artigo 74 da Lei 9.430/1996 e demais textos legais de regência, incluindo o artigo 26-A da Lei 11.457/2007 na redação da Lei 13.670/2018, observado o regime legal vigente ao tempo da propositura da ação, pois este o critério determinante na jurisprudência consolidada, ainda que posteriormente possa ter sido alterada a legislação; e artigo 39, § 4º da Lei 9.250/1995 (incidência exclusiva da Taxa SELIC) desde cada recolhimento indevido.

A respeito da restituição administrativa, que tem sido deferida com base na Súmula 461 do Superior Tribunal de Justiça, é importante observar que o enunciado respectivo, ao fazer referência expressa a "precatório", registra o entendimento de que não é possível que o ressarcimento de indébito fiscal, em espécie, reconhecido judicialmente, possa gerar condenação a pagamento fora do regime constitucional do precatório (artigo 100, CF). De fato, o regime de precatório busca preservar a ordem cronológica das requisições e, sobretudo, as preferências alimentares, o que não se verifica possível ou garantido na via administrativa, até porque, nela, não concorrem, de forma conjunta e simultânea, as variadas cobranças em dinheiro contra a Fazenda Pública, ao contrário do que ocorre com requisições judiciais de precatórios que, inclusive, são todas globalmente organizadas e inseridas cronologicamente na previsão orçamentária anual para execução no exercício financeiro posterior. Permitir que o contribuinte utilize a via administrativa para receber pagamento de indébito fiscal em detrimento do sistema de precatório já foi reconhecido, inclusive, como inconstitucional pela Suprema Corte que, por semelhança, aplicou a solução expressa no Tema 831 da sistemática de repercussão geral (RE 1.069.065, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe 19/12/2019).

Partindo de tais premissas, o ressarcimento do contribuinte em razão de indébito fiscal, quando judicial a condenação (título judicial condenatório), apenas cabe mediante compensação ou repetição, modalidade esta que, porém, não se compatibiliza com decisão proferida em sede de mandado de segurança (Súmulas 269 e 271/STF), vedada, assim, a restituição administrativa, salvo quando os procedimentos sejam originariamente administrativos.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação para reformar a sentença de extinção sem mérito, e *ex vi* do artigo 1.013, §3º, I, do Código de Processo Civil, conceder parcialmente a ordem, nos termos supracitados.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. REFORMA DA SENTENÇA. PROSEGUIMENTO NO MÉRITO. ICMS. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. INDÉBITO FISCAL. COMPENSAÇÃO. RESTITUIÇÃO ADMINISTRATIVA.

1. Causa espécie a sentença proferida, primeiramente porque o controle da adequação da via eleita deve ser realizado *ab initio*, ao ser despachada a inicial, a fim de que a parte possa, querendo, emendar ou propor outra ação. Realizada tal aferição e, pois, superada a fase de admissibilidade, a prolação de sentença de tal teor, após toda tramitação, prejudica o devido processo legal e atenta contra os princípios da celeridade e da eficiência na prestação jurisdicional, suprimindo grau de jurisdição, ao deixar de apreciar o mérito e restringir o exame de toda a controvérsia, no tocante à matéria probatória, a uma única instância. Em segundo lugar, constata-se que a solução adotada viola sedimentada jurisprudência sumulada, tangenciando verdadeira negativa de prestação jurisdicional em primeira instância, obrigando o tribunal de apelação a agir como juiz originário da causa, ao ser decidido, findo todo o processamento, que não é admissível o mandado de segurança para discutir inexigibilidade tributária e direito à compensação, apesar do expressamente disposto na Súmula 213/STJ: "*O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária.*". Os fundamentos da sentença são genéricos, baseados na proibição da Súmula 269/STF, quando, na verdade, o que se pretende é suspender a exigibilidade de tributo reputado indevido na forma impugnada na inicial, além de compensar indébito fiscal, providência esta amparada pelo expresso teor da Súmula 213/STJ. Mesmo quando se trate eventualmente de ação com formulação de pedido incompatível com a via eleita, seja repetição em mandado de segurança, seja restituição administrativa em detrimento do artigo 100, CF, a extinção do processo, sem resolução do mérito, como feito na espécie, viola os enunciados sumulares, que não abrangem a inadequação da via eleita para decidir sobre a inexigibilidade da tributação impugnada, cabendo, assim, ao próprio Juízo o exame do mérito respectivo, sem embargo de apreciar, em seguida e somente então, a procedência ou não da compensação, repetição ou restituição administrativa. Embora nula a sentença, cabe ao Tribunal julgar como instância de origem, fazendo as vezes do magistrado, nos termos do artigo 1.013, § 3º, I, CPC.

2. Antes de analisar o mérito, cabe destacar que não é cabível a suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior, o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior.

3. No mérito, a questão da inclusão de **imposto** na base de cálculo do PIS/COFINS com vulneração da matriz constitucional que prevê a respectiva incidência sobre faturamento ou receita na dicção atualizado do artigo 195, I, *b*, da Constituição Federal, foi resolvida, pela Suprema Corte no RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS. A definição da base de cálculo do PIS/COFINS é matéria constitucional, não cabendo invocar orientação no plano do direito federal para afastar o juízo de inconstitucionalidade, menos ainda quando já vencida (Súmulas 68 e 94/STJ) no âmbito da respectiva Corte Superior. Ademais, o pronunciamento da Suprema Corte, sobretudo em repercussão geral, tem função primordial na tarefa de garantir segurança jurídica, estabilidade, integridade e coerência na aplicação do direito à luz da Constituição, a ser buscada por todos os órgãos do Poder Judiciário (artigos 926 e 927, III, CPC).

4. A pretensão em causa não envolve a dedução de parcela legalmente prevista, daí porque impertinente o argumento de que é taxativo o rol de exclusões constante do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 - com as alterações da Lei 12.973/2014, cujo advento, conforme já decidiu esta Corte, "*não promoveu modificação legislativa relevante para a espécie, na medida em que não alterou o conceito da base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS*" (EI 0029413-91.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 17/11/2017) - e § 3º dos artigos 1º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003. A tese do contribuinte é a de que a inclusão do imposto na base de cálculo de tais contribuições viola incidência constitucionalmente delimitada, exigindo, assim, decisão judicial no sentido de definir a base de cálculo compatível com o parâmetro constitucional.

5. A alegação de que o cálculo do PIS/COFINS com exclusão do imposto destinado ao erário contradiz a incidência, reconhecidamente válida, sobre outros custos, encargos ou despesas destinados a terceiros (como, por exemplo: empregados, companhia de energia elétrica, FGTS, fornecedores, empresas contratadas para prestação de serviços, entes estatais) não é verdadeira nem aceitável, sem análise da natureza jurídica de cada parcela discutida na formação da base de cálculo de tais contribuições. Por ora, o que assentou, suficientemente, a Suprema Corte para o exame do caso foi a inexigibilidade de imposto integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, seja o ICMS, seja o próprio ISS, quanto a este em juízo derivado diretamente da mesma lógica de fundamentação constitucional, conforme já exposto.

6. O aspecto relevante da controvérsia, diz respeito ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS diante da divergência estabelecida entre as vertentes que primam, de um lado, pelo valor do imposto destacado nas notas fiscais e, de outro, pelo valor do imposto a ser efetivamente pago pelo contribuinte, dentro do regime de não cumulatividade. É importante frisar, de toda sorte, que tal ponto, ainda que não tenha ou tivesse sido discutido na inicial nem decidido na sentença ou veiculado na apelação, não impediria o pronunciamento da Corte - assim como do próprio Juízo após embargos de declaração -, por se tratar, justamente, de controvérsia ínsita ao próprio mérito, qual seja, a definição do que constitui o indébito fiscal e, neste sentido, matéria que deve ser resolvida na fase cognitiva e não em liquidação de sentença, inexistindo, portanto, mesmo quando nada tenha ou tivesse sido alegado ou decidido, vício de julgamento *extra* ou *ultra petita*, ou contrariedade ao princípio da congruência ou da adstrição. Tanto é assim que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido em razão do regime de não cumulatividade do imposto. Logo, não importa ao exame do mérito a juntada de documentos fiscais ou mercantis para demonstração do ICMS a ser pago pelo contribuinte, bastando para o presente julgamento a prova, tão-somente, de que o contribuinte, sujeito ao PIS/COFINS, recolheu valores com inclusão do ICMS nas bases de cálculo, ficando relegada à fase própria a apuração do *quantum debeatur* a partir de valores destacados em notas fiscais e incluídos na tributação federal.

7. Reconhecido o indébito fiscal, na forma especificada, os critérios para exercício do direito à compensação, na via administrativa mediante procedimento específico, inclusive com a própria comprovação e liquidação de valores indevidos a serem compensados, são os definidos nos artigos 168 (prescrição quinquenal) e 170-A (trânsito em julgado), ambos do Código Tributário Nacional; artigo 74 da Lei 9.430/1996 e demais textos legais de regência, incluindo o artigo 26-A da Lei 11.457/2007 na redação da Lei 13.670/2018, observado o regime legal vigente ao tempo da propositura da ação, pois este o critério determinante na jurisprudência consolidada, ainda que posteriormente possa ter sido alterada a legislação; e artigo 39, § 4º da Lei 9.250/1995 (incidência exclusiva da Taxa SELIC) desde cada recolhimento indevido.

8. A respeito da restituição administrativa, que tem sido deferida com base na Súmula 461 do Superior Tribunal de Justiça, é importante observar que o enunciado respectivo, ao fazer referência expressa a "precatório", registra o entendimento de que não é possível que o ressarcimento de indébito fiscal, em espécie, reconhecido judicialmente, possa gerar condenação a pagamento fora do regime constitucional do precatório (artigo 100, CF). De fato, o regime de precatório busca preservar a ordem cronológica das requisições e, sobretudo, as preferências alimentares, o que não se verifica possível ou garantido na via administrativa, até porque, nela, não concorrem, de forma conjunta e simultânea, as variadas cobranças em dinheiro contra a Fazenda Pública, ao contrário do que ocorre com requisições judiciais de precatórios que, inclusive, são todas globalmente organizadas e inseridas cronologicamente na previsão orçamentária anual para execução no exercício financeiro posterior. Permitir que o contribuinte utilize a via administrativa para receber pagamento de indébito fiscal em detrimento do sistema de precatório já foi reconhecido, inclusive, como inconstitucional pela Suprema Corte que, por semelhança, aplicou a solução expressa no Tema 831 da sistemática de repercussão geral (RE 1.069.065, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe 19/12/2019). Partindo de tais premissas, o ressarcimento do contribuinte em razão de indébito fiscal, quando judicial a condenação (título judicial condenatório), apenas cabe mediante compensação ou repetição, modalidade esta que, porém, não se compatibiliza com decisão proferida em sede de mandado de segurança (Súmulas 269 e 271/STF), vedada, assim, a restituição administrativa, salvo quando os procedimentos sejam originariamente administrativos.

9. Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação
DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO Data de Divulgação: 23/06/2020 1514/4253

para reformar a sentença de extinção sem mérito, e ex vi do artigo 1.013, §3º, I, do Código de Processo Civil, e conceder parcialmente a ordem, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5001788-41.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: PDG INCORPORADORA, CONSTRUTORA, URBANIZADORA E CORRETORA LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: LARISSA OLIVEIRA DO PRADO SOUZA - PR58121-A, CRISTINA TIELAS

MADUREIRA - SP408185-S, PAULO SERGIO PIASECKI - PR20930-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5001788-41.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: PDG INCORPORADORA, CONSTRUTORA, URBANIZADORA E CORRETORA LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: LARISSA OLIVEIRA DO PRADO SOUZA - PR58121-A, CRISTINA TIELAS

MADUREIRA - SP408185-S, PAULO SERGIO PIASECKI - PR20930-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por PDG INCORPORADORA, CONSTRUTORA, URBANIZADORA E CORRETORA LTDA, em sede de mandado de segurança impetrado em desfavor da União Federal, contra decisão que denegou a liminar recursal.

Na minuta recursal, a agravante aduz que o artigo 4º, parágrafo único, da Lei nº 6.950/81 estabeleceu o limite máximo de 20 (vinte) salários mínimos para a base de cálculo das contribuições a terceiros (INCRA, SEBRAE), mantendo-se o dispositivo vigente mesmo após as disposições contidas no artigo 3º do Decreto-Lei nº 2.318/86 e artigo 22, I, da Lei nº 8.212/91, ambos relacionados tão somente à contribuição previdenciária.

Afirma não haver dúvidas de que a União Federal quer interpretar de maneira ampliativa o artigo 3º do Decreto-Lei nº 2.318/86, o que, contudo, é manifestamente proibido ante a necessidade de interpretação literal de benefício fiscal (art. 111, II, do CTN).

Pugna que seja assegurado o direito líquido e certo de recolher as contribuições destinadas ao INCRA e SEBRAE, com as respectivas bases de cálculo limitadas a 20 (vinte) vezes o maior salário mínimo vigente no país, nos termos do parágrafo único do artigo 4º da Lei nº 6.950/81, suspendendo-se a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, IV, do CTN.

Foi oferecida contraminuta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5001788-41.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: PDG INCORPORADORA, CONSTRUTORA, URBANIZADORA E CORRETORA LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: LARISSA OLIVEIRA DO PRADO SOUZA - PR58121-A, CRISTINA TIELAS

MADUREIRA - SP408185-S, PAULO SERGIO PIASECKI - PR20930-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Aduza agravante, em suma, que o limite de 20 (vinte) salários mínimos para a base de cálculo de contribuição a terceiros deve ser preservada haja vista a plena vigência do artigo 4º, parágrafo único, da Lei nº 6.950/81, abaixo reproduzido:

Art 4º - O limite máximo do salário-de-contribuição, previsto no art. 5º da Lei nº 6.332, de 18 de maio de 1976, é fixado em valor correspondente a 20 (vinte) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

Parágrafo único - O limite a que se refere o presente artigo aplica-se às contribuições parafiscais arrecadadas por conta de terceiros.

Salienta que a edição do Decreto-Lei nº 2.318/86, artigo 3º, afastou o limite da base de cálculo tão somente com relação à contribuição previdenciária. Doravante, a redação do dispositivo:

Art 3º Para efeito do cálculo da contribuição da empresa para a previdência social, o salário de contribuição não está sujeito ao limite de vinte vezes o salário mínimo, imposto pelo art. 4º da Lei nº 6.950, de 4 de novembro de 1981.

Pois bem

Pelo cotejo das redações dos dispositivos transcritos, é possível inferir que o teto da base de cálculo das contribuições a terceiros permanece em plena vigência, havendo alteração (revogação) apenas no tocante à contribuição previdenciária patronal.

Em outras palavras, tendo em vista que as contribuições destinadas a terceiros gozam de natureza diversa daquelas destinadas ao custeio da previdência social, não é possível concluir que a novel legislação tenha se referido, ao revogar o teto, também às contribuições de terceiros já que não há menção legal quanto à específica circunstância.

Nesse sentido, caminha a jurisprudência desta Corte Federal, a saber:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. BASE DE CÁLCULO. CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO (CIDE). INCRA. SEBRAE. SENAI. SESI. SALÁRIO-EDUCAÇÃO. EC 33/2001. ACRÉSCIMO DO § 2º DO ARTIGO 149, CF. TESE DE RESTRIÇÃO DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA REJEITADA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. O cerne da presente controvérsia consiste na constitucionalidade ou inconstitucionalidade de Contribuições Sociais de Intervenção no Domínio Econômico, que adotem como base de cálculo a "folha de salários", tendo em vista que o artigo 149, § 2º, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, na redação atribuída pelo artigo 1º, da Emenda Constitucional nº 33/2001, teria estabelecido um rol taxativo de bases de cálculo ad valorem possíveis, no qual esta não estaria inclusa.

2. O § 2º do artigo 149 da Constituição Federal não é proibitivo, no sentido de impedir que a lei adote outras bases de cálculo. O objetivo do constituinte derivado não foi o de restringir a ação do legislador, como sempre se fez relativamente às contribuições do artigo 195, mas o de preencher o enorme vazio normativo da redação anterior, indicando, agora, possibilidades, que ficam de logo asseguradas para a imposição fiscal, sem prejuízo de que a lei preveja, em cada situação concreta, a base de cálculo ou material respectiva, e a alíquota pertinente, específica ou ad valorem.

3. Consolidada a jurisprudência desta Corte a respeito da possibilidade de utilização da folha de salários como base de cálculo das contribuições referidas no caput do artigo 149 da Constituição Federal, frente à Emenda Constitucional 33/2001.

4. Reconhecida a repercussão geral do tema discutido nestes autos no julgamento do RE 603.624, que ainda pende de julgamento. Em verdade, o que se observa é que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, presentemente, está orientada em sentido contrário à pretensão da apelante.

5. Quanto à alegação subsidiária da apelante de que deve ser afastada a exigência de tais tributos na parte em que exceder a base de cálculo de 20 salários-mínimos sobre a folha de salários, nos termos do parágrafo único do 4º da Lei nº 6.950/81 vislumbra-se que com a edição do Decreto-Lei nº 2.318/86 ocorreu expressa revogação do limite apenas para as contribuições previdenciárias devidas pelas empresas, preservando-se o limite somente para as contribuições a terceiros. Ainda, posteriormente, a Lei nº 9.426/96 determinou de forma expressa que a alíquota de 2,5% tem incidência sobre o total de remunerações pagas ou creditadas, a qualquer título, aos segurados empregados, sem qualquer imposição de limite.

6. A lei nº 9.426/96 constitui-se no diploma regulador específico do salário-de-contribuição, de modo que a Lei nº 6.950/81, que cuidava unicamente de alterar a legislação previdenciária, não se pode sobrepor aos ditames da nova lei, posterior e específica, até porque suas disposições, na questão em foco, são eminentemente conflitantes com a nova regra.

7. Apelação desprovida. (TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5002018-37.2017.4.03.6128, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 24/06/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 28/06/2019)

TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO AO INCRA. LIMITE DO SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO. ARTIGO 4º DA LEI N.º 6.950/81. APLICAÇÃO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005. COMPENSAÇÃO. COONSECTÁRIOS LEGAIS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. RECURSO PROVIDO.

- Os artigos 4º da Lei n.º 6.950/81 e 3º do Decreto-Lei n.º 2.318/86 referem-se à contribuições de naturezas diferentes: uma destinada ao custeio da previdência social e outra de intervenção no domínio econômico, com finalidade específica e constitucionalmente determinada de promover a reforma agrária visando atender aos princípios da função social da propriedade e a diminuição das desigualdades regionais e sociais, de modo que a disposição contida decreto-lei aplica-se tão somente às contribuições previdenciárias, afastada a sua incidência à contribuição do INCRA.

- A questão relativa à contagem de prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, à vista do Recurso Especial nº 1.269.570/MG, julgado em 23.05.2012, e seguiu o entendimento que foi definido no Recurso Extraordinário nº 566.621/RS pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a repetição ou compensação de indébitos pode ser realizada em até dez anos contados do fato gerador somente para as ações ajuizadas até 09.06.2005. Por outro lado, foi considerada: válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005.

- Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça exarado no Recurso Especial n.º 1.137.738/SP, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do CPC/73, no tocante à compensação deve ser aplicada a lei vigente à época da propositura da demanda.

- Quanto ao artigo 170-A do Código Tributário Nacional, a matéria foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos Recursos Especiais n. 1.164.452/MG e n. 1.167.039/DF, representativos da controvérsia, que foram submetidos ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil e regulamentado pela Resolução n. 8/STJ de 07.08.2008, no qual fixou a orientação no sentido de que essa norma deve ser aplicada tão somente às demandas propostas após sua entrada em vigor; que se deu com a Lei Complementar n. 104/2001.

- Quanto à correção monetária, saliento que se trata de mecanismo de recomposição da desvalorização da moeda que visa a preservar o poder aquisitivo original. Dessa forma, ela é devida nas ações de repetição de indébito tributário e deve ser efetuada com base no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do Conselho da Justiça Federal.

- No que se refere aos juros de mora, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no Recurso Especial n.º 1.111.175/SP, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no sentido de que nas hipóteses em que a decisão ainda não transitou em julgado, como é o caso dos autos, incide apenas a taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária.

- Devido à reforma da sentença, é de rigor a reversão da sucumbência, para condenar a apelada ao pagamento dos honorários advocatícios.

- *Apelação provida. (TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 1948309 - 0009811-97.2011.4.03.6104, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRE NABARRETE, julgado em 30/05/2019, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/07/2019)*

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO AO INCRA. TETO DE VINTE SALÁRIOS-MÍNIMOS. COMPENSAÇÃO. DEMONSTRAÇÃO DO INDÉBITO. SUMCUMBÊNCIA RECÍPROCA.

1. *Cinge-se a controvérsia a aferir se o parágrafo único do artigo 4º da Lei 6.950/1981 - que aplicou o limite máximo do salário-de-contribuição de vinte salários mínimos (estabelecido no caput) às contribuições parafiscais à conta de terceiros - foi revogado pelos termos do artigo 3º do Decreto-Lei 2.318/1986.*

2. *A prescrição do artigo 3º do Decreto-Lei 2.318/1986 não pretende a regência do recolhimento de contribuições parafiscais, mas, sim, modular a incidência do caput do artigo 4º da Lei 6.950/1981. Desta forma, o comando tão-somente destaca as contribuições patronais da regra geral anteriormente estabelecida, conforme ressalva expressa constante de seu texto.*

3. *A derrogação tácita pressupõe antinomia entre prescrições normativas, comumente solucionada pelo critério temporal. Sucede que o regramento específico do salário-de-contribuição, enquanto conceito de direito previdenciário, em nada conflita com a referência de seu anterior limite para regramento de matéria diversa, como o cálculo do teto contributivo de CIDE, assim entendida a contribuição ao INCRA.*

4. *Insubsistente a alegação de que a revogação do caput do artigo 4º importa a derrogação, por arrastamento, de seus parágrafos, incisos ou alíneas, por questões de linguagem e estrutura dogmática. É que não se pode tomar aprioristicamente a relação de subordinação orgânica - própria da validade desse tipo de raciocínio - entre o caput e a integralidade dos comandos a ele vinculados, pois, até mesmo pela dinâmica do processo legislativo, a observação empírica revela frequentes exceções. É o caso dos autos, em que o liame entre o caput e o parágrafo único (que, frise-se tratam de assuntos distintos), é de cunho meramente objetivo e funcional, pertinente tão-somente ao valor positivado, do que resulta a autonomia entre as disposições.*

5. *O acervo probatório dos autos não permite o reconhecimento do direito à compensação de eventuais recolhimentos indevidos, vez que ausente qualquer prova dos indébitos, a amparar o direito invocado e submetido a julgamento. Com efeito, o provimento declaratório de direito condiciona-se à prova mínima de sua existência - no caso, da condição de credor, pelo contribuinte.*

6. *Evidenciada a sucumbência recíproca, pelo que cada parte deve arcar com a respectiva verba honorária, nos termos do artigo 21 do CPC/1973, sob a égide do qual foi prolatada a sentença.*

7. *Apelo parcialmente provido. (TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2159394 - 0012994-76.2011.4.03.6104, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 07/07/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:15/07/2016)*

Desse modo, ao menos nesse juízo perfunctório, de cognição sumária própria dos provimentos de natureza liminar, verifico a plausibilidade do direito invocado e, ainda, a urgência da medida ante os prejuízos comerciais a serem suportados com a cobrança a maior.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo de instrumento para assegurar o direito da agravante recolher as contribuições destinadas ao INCRA e SEBRAE com as respectivas bases de cálculo limitadas a 20 (vinte) vezes o maior salário mínimo vigente no país, nos termos do parágrafo único do artigo 4º da Lei nº 6.950/81.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. TETO DE 20 (VINTE) SALÁRIOS MÍNIMOS PARA BASE DE CÁLCULO DE CONTRIBUIÇÃO A TERCEIROS. LIMITE DO SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO. ARTIGO 4º DA LEI N.º 6.950/81. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

1. Aduz a agravante, em suma, que o limite de 20 (vinte) salários mínimos para a base de cálculo de contribuição a terceiros deve ser preservada haja vista a plena vigência do artigo 4º, parágrafo único, da Lei nº 6.950/81. Salienta que a edição do Decreto-Lei nº 2.318/86, artigo 3º, afastou o limite da base de cálculo tão somente com relação à contribuição previdenciária.
2. Pelo cotejo das redações dos dispositivos transcritos, é possível inferir que o teto da base de cálculo das contribuições a terceiros permanece em plena vigência, havendo alteração (revogação) apenas no tocante à contribuição previdenciária patronal.
3. Em outras palavras, tendo em vista que as contribuições destinadas a terceiros gozam de natureza diversa daquelas destinadas ao custeio da previdência social, não é possível concluir que a novel legislação tenha se referido, ao revogar o teto, também às contribuições de terceiros já que não há menção legal quanto à específica circunstância.
4. Desse modo, ao menos nesse juízo perfunctório, de cognição sumária própria dos provimentos de natureza liminar, verifica-se a plausibilidade do direito invocado e, ainda, a urgência da medida ante os prejuízos comerciais a serem suportados com a cobrança a maior.
5. Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo de instrumento para assegurar o direito da agravante recolher as contribuições destinadas ao INCRA e SEBRAE com as respectivas bases de cálculo limitadas a 20 (vinte) vezes o maior salário mínimo vigente no país, nos termos do parágrafo único do artigo 4º da Lei nº 6.950/81., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002592-47.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, LUGREGI IMPORTACAO, COMERCIO E DISTRIBUICAO LTDA

Advogados do(a) APELANTE: MATHEUS AUGUSTO CURIONI - SP356217-A, FLAVIO DE HARO SANCHES - SP192102-A, ANDRE MUSZKAT - SP222797-A

APELADO: LUGREGI IMPORTACAO, COMERCIO E DISTRIBUICAO LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELADO: ANDRE MUSZKAT - SP222797-A, MATHEUS AUGUSTO CURIONI - SP356217-A, FLAVIO DE HARO SANCHES - SP192102-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5002592-47.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, LUGREGI IMPORTACAO, COMERCIO E DISTRIBUICAO LTDA

Advogados do(a) APELANTE: MATHEUS AUGUSTO CURIONI - SP356217-A, FLAVIO DE HARO SANCHES - SP192102-A, ANDRE MUSZKAT - SP222797-A

APELADO: LUGREGI IMPORTACAO, COMERCIO E DISTRIBUICAO LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELADO: ANDRE MUSZKAT - SP222797-A, MATHEUS AUGUSTO CURIONI - SP356217-A, FLAVIO DE HARO SANCHES - SP192102-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa necessária e de recurso de apelação interposto pela **UNIÃO** em face da sentença que concedeu parcialmente a segurança para declarar o direito da impetrante **LUGREGI IMPORTAÇÃO, COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO LTDA.** à exclusão dos valores correspondentes ao ICMS da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e ao COFINS, reconhecendo tal direito **para fatos geradores ocorridos a partir de 15/03/2017 (inclusive).**

Em suas razões de apelação, a União sustentou, em síntese, que:

a) ainda há pedido pendente da PGFN de **modulação dos efeitos** da decisão proferida no RE nº 574.706, que concluiu ser indevida a inclusão do ICMS na base de cálculo de PIS e Cofins – o que **justifica a suspensão do processo** até o julgamento dos embargos declaratórios;

b) após a edição da Lei nº 12.973/2014, a base de cálculo do PIS e da COFINS permanece compreendendo a totalidade da receita auferida pela pessoa jurídica, sendo que os tributos incidentes sobre as receitas integram a receita bruta da venda de mercadorias e da prestação de serviços da pessoa jurídica.

Irresignada, de igual maneira, a impetrante interpôs recurso de apelação, pleiteando que **seja afastada a modulação do efeito do provimento dado pela a sentença, a qual previu efeitos *ex nunc* (a partir de 15/03/2017).**

Com contrarrazões de ambas as partes, subiram os autos a essa E. Corte Regional.

O Ministério Público Federal, em manifestação da e. Procuradora Regional da República, Paula Bajer Fernandes Martins da Costa, opinou pelo prosseguimento do feito.

É o sucinto relatório.

srevi

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5002592-47.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL- FAZENDA NACIONAL, LUGREGI IMPORTACAO, COMERCIO E DISTRIBUICAO LTDA

Advogados do(a) APELANTE: MATHEUS AUGUSTO CURIONI - SP356217-A, FLAVIO DE HARO SANCHES - SP192102-A, ANDRE MUSZKAT - SP222797-A

APELADO: LUGREGI IMPORTACAO, COMERCIO E DISTRIBUICAO LTDA, UNIAO FEDERAL- FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELADO: ANDRE MUSZKAT - SP222797-A, MATHEUS AUGUSTO CURIONI - SP356217-A, FLAVIO DE HARO SANCHES - SP192102-A

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

O cerne da presente controvérsia gravita em torno do pleito da impetrante acerca do reconhecimento judicial que declare seu direito à exclusão do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) da base de cálculo das contribuições devidas a título de PIS e COFINS, bem como à declaração do direito de efetuar a compensação tributária dos valores recolhidos indevidamente nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação.

O juízo *a quo* reconheceu o direito à exclusão do ICMS sobre a referida base de cálculo, no entanto, modulou os efeitos da decisão, para fatos geradores ocorridos a partir de 15/03/2017 (inclusive).

Pois bem

No caso em análise, face à sentença parcialmente concessiva de segurança contra a União, por força do disposto no §1º do art. 14, da Lei 12.016/2009, reconheço a hipótese da obrigatoriedade ao duplo grau de jurisdição, com a análise da remessa necessária.

Inicialmente, rejeito o pedido de suspensão do feito realizado pela União, uma vez que a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia **evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito** das demais demandas em que se discute o tema.

Assim, uma vez que não há determinação expressa pelo STF, a suspensão da demanda é mera faculdade, a qual afastou, em nome da duração razoável do processo.

Quanto ao mérito, a questão não carece de maiores debates, haja vista que em sessão plenária do dia 15.03.2017 foi julgado o RE nº 574.706/RS, que trata do tema atinente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a sistemática da repercussão geral (artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973), nos seguintes termos:

"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Carmen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017."

(RE 574706 RG, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 15/03/2017, DJe-053 DIVULG 17-03-2017 PUBLIC 20-03-2017)

Reforce-se a esse quadro que em 29.09.2017 foi disponibilizada a ementa do aludido acórdão:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. *O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.*

4. *Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."*

(RE 574706, Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o A. Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

Em suma, a novel jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, assim como a do Superior Tribunal de Justiça, reconheceu a exclusão da parcela relativa ao ICMS da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, confira-se:

"TRIBUTO - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da Cofins, porque estranho ao conceito de faturamento." (RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituindo receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido."

(AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 07/04/2015)

Cumprasseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

Na verdade, o ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.

Resta evidente, portanto, que o ICMS não tem a natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, veja-se:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ICMS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Encontra-se, atualmente, consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme constou do Boletim de Notícias do Supremo Tribunal Federal nº 762 de 06 a 11 de Outubro de 2014 (RE 240.785-2/MG).

2. Embargos infringentes desprovidos."

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI 0000266-78.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 04/11/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/11/2014)

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS e DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/04/2014)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DUPLO AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. VALIDADE. APROVEITAMENTO DO TÍTULO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.

2. A orientação no plano constitucional, a partir do precedente citado, foi adotada, recentemente, no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94, conforme AgRg no ARESP 593.627, Rel. p/ acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 07/04/2015.

3. Embora cabível excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, não se reconhece a nulidade da execução fiscal, que deve prosseguir pelo saldo efetivamente devido, não se cogitando, de extinção da execução fiscal, na conformidade da jurisprudência consolidada.

4. Agravos inominados desprovidos."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0030027-53.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/05/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/05/2015)

Reconheço, portanto, o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Reforce-se que mesmo com as alterações posteriores na legislação que instituiu o PIS e a COFINS – Lei nº 12.973/14 – não temo condão de afastar o quanto decidido, pois, conforme amplamente demonstrado, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, observada a prescrição quinquenal e segundo a lei vigente ao tempo do ajuizamento da demanda, que ocorreu em **15/03/2017** e, conforme jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, confira-se:

*"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. **REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA.** LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.*

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

5. Consectariamente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.

7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. *À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.*
12. *Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor; o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.*
13. *Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor; nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."*
14. *Consequentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/06/2004).*
15. *A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF). (Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)*
16. *O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.*
17. *Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."*

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

Diante desse cenário e tendo em vista que, até a presente data, a Suprema Corte ainda não se pronunciou sobre eventual modulação de efeitos da decisão proferida no RE 574.406, **afasto a modulação de efeitos ex nunc realizada pelo juízo a quo**, possibilitando, assim, que a impetrante possa restituir ou compensar os valores indevidamente pagos nos últimos cinco anos anteriores ao dia do ajuizamento da ação **15/03/2017**, ressaltando apenas a impossibilidade de realizar a compensação pleiteada com as contribuições previdenciárias.

Destarte, conforme a jurisprudência acima colacionada e, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

Cumprе ressaltar que a compensação requerida nos presentes autos **não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias**, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior, *in verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO INEXISTENTE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. COMPENSAÇÃO. TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA. ART. 26 DA LEI N. 11.457/07. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nos termos da jurisprudência do STJ, é impossível a compensação de créditos tributários administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal com débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (contribuições sociais previstas nas alíneas 'a', 'b' e 'c' do parágrafo único do art. 11 da Lei n. 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida pelo art. 26 da Lei n. 11.457/07. Precedentes. Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1469537/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 24/10/2014)

Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, veja-se:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4º 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.

4. A Tabela Única aprovada pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação /repetição de indébito, quais sejam: (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDcl no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. O prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/05 (09.06.2005), nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.") (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: RESP 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009).

7. Outrossim, o artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

8. Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010)

Finalmente, o termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior, que ora colaciono:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNBEN. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL. APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.250/95. DESDE O RECOLHIMENTO INDEVIDO. SÚMULA 83/STJ

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nas ações de restituição de tributos federais, antes do advento da Lei 9.250/95, incide a correção monetária desde o pagamento indevido (no caso, no momento da indevida retenção do IR) até a restituição ou a compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros moratórios a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), na forma do art. 167, parágrafo único, do CTN.

3. Ocorre que, com o advento do referido diploma, passou-se a incidir a Taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou a partir de 1º de janeiro de 1996 (caso o recolhimento tenha ocorrido antes dessa data).

Agravo regimental improvido."

(AgRg no AgRg no AREsp 536.348/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014)

Ante o exposto, **dou provimento à apelação da impetrante, para afastar a modulação dos efeitos realizada pelo juízo de piso, possibilitando que a impetrante possa restituir ou compensar os valores indevidamente pagos nos cinco anos antecedentes ao dia do ajuizamento da ação realizada em 15/03/2017, ressaltando apenas a impossibilidade de realizar a compensação pleiteada com as contribuições previdenciárias; nego provimento ao recurso de apelação da União e dou parcial provimento à remessa necessária, apenas para reconhecer a impossibilidade de realizar a compensação pleiteada com as contribuições previdenciárias, nos termos da fundamentação supra.**

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. POSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. COMPENSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE REALIZAR A COMPENSAÇÃO PLEITEADA COM AS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO. REMESSA NECESSÁRIA PARCIALMENTE PROVIDA. APELAÇÃO DA IMPETRANTE PROVIDA.

1. O cerne da presente controvérsia gravita em torno do reconhecimento do direito da impetrante à exclusão dos valores correspondentes ao ICMS da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e a COFINS, bem como a compensação dos valores tidos como indevidamente recolhidos, nos últimos 05 (cinco) anos, com os acréscimos cabíveis.
2. A jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.
3. Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.
4. Cumpre asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.
5. O ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.
6. Resta evidente, portanto, que o ICMS não tem a natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.
7. Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, **observada a prescrição quinquenal** e segundo a lei vigente ao tempo do ajuizamento da demanda, que ocorreu em **15/03/2017**.
8. Tendo em vista que, até a presente data, a Suprema Corte ainda não se pronunciou sobre eventual modulação de efeitos da decisão proferida no RE 574.406, afasto a modulação de efeitos ex nunc realizada pelo juízo a quo, possibilitando, assim, que a impetrante possa restituir ou compensar os valores indevidamente pagos nos últimos cinco anos anteriores ao dia do ajuizamento da ação 15/03/2017, ressaltando apenas a impossibilidade de realizar a compensação pleiteada com as contribuições previdenciárias.
9. Cumpre asseverar que a compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias.
10. Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil.
11. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior.
12. Recurso de apelação da União desprovido.

13. Remessa necessária parcialmente provida.
14. Recurso de apelação da impetrante provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação da impetrante, para afastar a modulação dos efeitos realizada pelo juízo de piso, possibilitando que a impetrante possa restituir ou compensar os valores indevidamente pagos nos cinco anos antecedentes ao dia do ajuizamento da ação realizada em 15/03/2017, ressaltando apenas a impossibilidade de realizar a compensação pleiteada com as contribuições previdenciárias; negou provimento ao recurso de apelação da União e deu parcial provimento à remessa necessária, apenas para reconhecer a impossibilidade de realizar a compensação pleiteada com as contribuições previdenciárias, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000196-34.2017.4.03.6121
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: FLC INDUSTRIA E COMERCIO DE PLASTICOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: RUBENS FONSECA DE SOUZA LOPES - SP302691-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000196-34.2017.4.03.6121
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: FLC INDUSTRIA E COMERCIO DE PLASTICOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: RUBENS FONSECA DE SOUZA LOPES - SP302691-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial submetida *ex officio* e apelação interposta pela UNIÃO FEDERAL contra sentença em que concedida a segurança nos seguintes termos:

Diante do exposto, CONCEDO A SEGURANÇA, confirmando a liminar anteriormente deferida e julgo extinto o processo com exame do mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do [Código de Processo Civil](#), para assegurar à parte impetrante o direito de recolher as contribuições ao [PIS](#) e à [COFINS](#) sem a inclusão dos valores correspondentes ao ICMS, devendo o impetrado se abster da imposição de sanções administrativas pelo não pagamento do mesmo.

Declaro, outrossim, o direito da impetrante a proceder a compensação dos valores recolhidos a maior, nos últimos cinco anos que antecederam à propositura da ação, devidamente atualizados pela taxa SELIC, observado o disposto no artigo 170-A do [Código Tributário Nacional](#). Competirá ao Fisco verificar a adequação dos valores a serem compensados e fiscalizar se o procedimento está sendo efetuado nos moldes previstos pela legislação vigente.

A apelante requer, preliminarmente, a suspensão do feito até o julgamento dos embargos de declaração opostos pela União Federal no RE nº 574.706/PR. No mérito, defende a legalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições em questão. Sustenta que o ICMS integra o valor ou preço da operação de venda, de forma a compor também o faturamento ou receita bruta das empresas, base de cálculo do PIS e da COFINS. A comungar deste entendimento, cita os enunciados das súmulas 68 e 94 do STJ. Afirmo que o C. STF, em diversas ocasiões, já alterou seu entendimento ou mesmo o desfecho de julgamentos anteriores ao apreciar embargos de declaração de suas próprias decisões, a exemplo do que ocorreu no AgRg-ARE 907.941/RJ (DJe 29.03.2017) e no EDcl-RE 596.177/RS (DJe 18.11.2013), o que, por si só, demonstra a necessidade de se aguardar o julgamento dos embargos declaratórios opostos no RE nº 574.706/PR. Requer a reforma da sentença, julgando-se totalmente improcedente a pretensão da impetrante (ID 51637609).

Intimada, a impetrante apresentou contrarrazões (ID 51637617), pugnando pela manutenção da sentença recorrida.

A ilustre representante do Ministério Público Federal - MPF opinou pela reforma da sentença "apenas para manter a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, em relação às contribuições vincendas, após o trânsito em julgado" (ID 75115377).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000196-34.2017.4.03.6121
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: FLC INDUSTRIA E COMERCIO DE PLASTICOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: RUBENS FONSECA DE SOUZA LOPES - SP302691-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

De início, submeto a r. sentença ao reexame necessário, nos termos do artigo 14, § 1º, da Lei nº 12.016/09.

O C. Supremo Tribunal Federal, em 15.03.2017, no julgamento do RE 574.706, com repercussão geral, definiu que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, conforme acórdão publicado em 02/10/2017, *verbis*:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS.

4. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

5. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

Anote-se que as alterações posteriores perpetradas pela Lei nº 12.973/14 não têm o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido, pois, conforme entendimento sedimentado do C. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinante ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.

Considero, portanto, que as alegações do contribuinte coadunam com o atual posicionamento da Corte Suprema.

No tocante à possibilidade de modulação dos efeitos do RE 574.706, não há como suspender o feito nesta fase processual.

A regra geral relativa aos recursos extraordinários julgados com repercussão geral é de vinculação dos demais casos ao julgado e a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Destaca-se que no âmbito do próprio STF vem sendo dada eficácia ao desfecho do RE nº 574.706/PR independentemente do trânsito em julgado dessa decisão. Confirmam-se as seguintes decisões monocráticas:

Decisão: ... Cumpre observar, finalmente, no que se refere à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, após reconhecer a existência de repercussão geral da questão constitucional igualmente versada na presente causa, julgou o RE 574.706/PR, Rel. Min. CARMEN LÚCIA, nele fixando tese assim consubstanciada: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS." O exame da presente causa evidencia que o acórdão ora impugnado diverge, no ponto, da diretriz jurisprudencial que esta Suprema Corte firmou na análise da matéria em referência. Sendo assim, e tendo em consideração as razões expostas, dou parcial provimento ao recurso extraordinário, por estar o acórdão recorrido em confronto com entendimento emanado do Plenário desta Suprema Corte (RE 574.706/PR, Rel. Min. CARMEN LÚCIA), para determinar, em consequência, seja observada, pelo Tribunal "a quo", a orientação jurisprudencial em referência. Publique-se. Brasília, 21 de junho de 2017. Ministro CELSO DE MELLO Relator (RE 939742, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 21/06/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-141 DIVULG 27/06/2017 PUBLIC 28/06/2017)

Decisão: ... Quanto a possibilidade de inclusão do referido crédito presumido na base de cálculo do PIS e da COFINS, nos termos do art. 328, RISTF, determino o retorno dos autos ao Tribunal de origem para aplicação da sistemática da repercussão geral. Brasília, 26 de maio de 2017. Ministro Dias Toffoli Relator Documento assinado digitalmente (RE 1028359, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 26/05/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-114 DIVULG 30/05/2017 PUBLIC 31/05/2017)

Decisão: O Plenário desta Corte no RE 574.706, julgado sob a sistemática da repercussão geral (Tema 69), firmou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS". O acórdão do RE 574.706-RG ainda se encontra pendente de formalização e publicação, razão pela qual devem os autos retornar à origem para aplicação da tese firmada em sede de repercussão geral. Diante do exposto, com base no art. 328, parágrafo único, do RI/STF, determino o retorno dos autos à origem, a fim de que seja observada a sistemática da repercussão geral. Publique-se. Brasília, 23 de junho de 2017. Ministro Luís Roberto Barroso Relator (ARE 1054230, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 23/06/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-142 DIVULG 28/06/2017 PUBLIC 29/06/2017)

Em decorrência do indébito tributário, surge a possibilidade de realizar-se a compensação, observando-se a prescrição quinquenal, uma vez que a presente ação foi ajuizada em março de 2017.

O E. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Recursos Especiais nºs 1.365.095/SP e 1.715.256/SP, submetidos à sistemática dos recursos repetitivos, firmou o entendimento de que é desnecessária a exigência de provas do efetivo recolhimento do tributo e do seu montante exato, de modo que tal apreciação fica postergada para a esfera administrativa.

Na hipótese, como relatado, o contribuinte impetrou o mandado de segurança, objetivando a declaração de inexigibilidade da inclusão dos valores atinentes ao ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS, bem como o reconhecimento do direito de compensar os valores indevidamente recolhidos a tais títulos. A pretensão é meramente declaratória, não tendo a apelada postulado a efetiva investigação da liquidez e certeza dos valores indevidamente pagos.

O instituto da compensação tributária encontra-se previsto no artigo 170 do Código Tributário Nacional, segundo o qual é necessária a edição de lei para fixar os requisitos a serem cumpridos para que o contribuinte possa se valer de referido instituto.

A Lei nº 8.383/91 permitia a compensação de tributos indevidamente recolhidos com parcelas vincendas de tributos da mesma espécie (art. 66) e, posteriormente, a Lei nº 9.250, de 26/12/1995, estabeleceu a exigência de mesma destinação constitucional.

Como advento da Lei nº 9.430/96, foi possibilitado ao contribuinte que, por meio de requerimento administrativo, fosse-lhe autorizado, pela Secretaria da Receita Federal, compensar seus créditos com quaisquer tributos e contribuições sob sua administração.

Somente com a edição da Lei nº 10.637/02, que deu nova redação ao art. 74 da Lei nº 9.430/96, permitiu-se a compensação de créditos tributários com débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Receita Federal do Brasil, independentemente do requerimento do contribuinte, ressalvadas as contribuições previdenciárias, conforme disposto no art. 41 da Instrução Normativa nº 1300/2012, da Receita Federal do Brasil.

De acordo com o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça, a compensação de tributos é regida pela lei vigente à época do ajuizamento da ação (EResp nº 488.922/MG, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki; ERESp nº 1.018.533/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 10/12/08, DJE 09/02/09).

Assim, a compensação deverá ser efetuada com tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, nos termos do artigo 74 da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da demanda. Não obstante, nada impede que a apelada opte por realizar a compensação pela via administrativa, de acordo com a lei vigente à data do encontro de contas, desde que preenchidos os requisitos próprios, conforme jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C do CPC/1973 - REsp nº 1.137.738/SP (Tema nº 265).

Por fim, sobre o indébito tributário, incidirá correção monetária e juros apenas pela taxa SELIC, tendo em vista que esta já engloba juros e correção e, portanto, não pode ser cumulada com qualquer outro índice.

Ante o exposto, NEGOU PROVIMENTO À APELAÇÃO E À REMESSA OFICIAL, tida por interposta..

É o voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. APELAÇÃO. REMESSA OFICIAL. ICMS. BASE DE CÁLCULO. PIS. COFINS. INCONSTITUCIONALIDADE. TESE FIRMADA PELO STF EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). APLICAÇÃO NA HIPÓTESE, CONFORME PRECEDENTE DESTA C. CORTE. REMESSA OFICIAL TIDA POR INTERPOSTA, E APELAÇÃO NÃO PROVIDAS.

1. O C. Supremo Tribunal Federal, em 15.03.2017, no julgamento do RE nº 574.706, com repercussão geral, definiu que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, conforme acórdão publicado em 02/10/2017.

2. No tocante à possibilidade de modulação dos efeitos do RE nº 574.706, não há como suspender o feito nesta fase processual, considerando que os embargos de declaração opostos não são dotados de efeito suspensivo. A regra geral relativa aos recursos extraordinários julgados com repercussão geral é de vinculação dos demais casos ao julgado e a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas. A intenção da União Federal é sobrestar o feito diante de uma mera expectativa de modulação do julgado, o que não merece guarida, uma vez que ausente previsão legal para tanto.

3. Em decorrência do indébito tributário, surge a possibilidade de realizar-se a compensação, observando-se a prescrição quinquenal, uma vez que a presente ação foi ajuizada em março de 2017.

4. A compensação deverá ser efetuada com tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, à exceção das contribuições previdenciárias, nos termos do artigo 74 da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da demanda. Nada impede, todavia, que a apelada opte por realizar a compensação pela via administrativa, de acordo com a lei vigente à data do encontro de contas, desde que preenchidos os requisitos próprios, conforme jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C do CPC/1973 - REsp nº 1.137.738/SP (Tema nº 265).

5. Apelação da União Federal e remessa oficial não providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO À APELAÇÃO E À REMESSA OFICIAL, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015742-91.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: MENTORA RECAPADORA DE PNEUS LTDA - ME
Advogado do(a) AGRAVANTE: AUGUSTO FAUVEL DE MORAES - SP202052-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015742-91.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: MENTORA RECAPADORA DE PNEUS LTDA - ME
Advogado do(a) AGRAVANTE: AUGUSTO FAUVEL DE MORAES - SP202052-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração contra acórdão assimmentado:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MERCADORIA ESTRANGEIRA APREENDIDA DESACOMPANHA DE DOCUMENTAÇÃO DE REGULAR INTRODUÇÃO NO PAÍS. PROBABILIDADE DE DIREITO NÃO DEMONSTRADA.

1. *Agravante pretende liberação de mercadorias estrangeiras apreendidas desacompanhadas de documentação comprobatória de sua introdução regular no país.*

2. *Agravante não logrou demonstrar que adquiriu a mercadoria importada apreendida no mercado interno, o que poderia demonstrar a sua boa-fé e, por conseguinte, poderia legitimar sua pretensão de obter a imediata liberação da mercadoria apreendida.*

3. *Inexiste a probabilidade do direito invocado pela parte agravante, razão pela qual deve ser mantida a decisão do Juízo a quo que indeferiu a concessão da tutela de urgência pleiteada.*

4. Agravo de instrumento não provido."

Alegou-se omissão, pois deixou de apreciar a questão da pena de perdimento, além de contradição em considerar a importação irregular, pois a mercadoria foi adquirida no mercado interno.

Houve impugnação da embargada.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015742-91.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: MENTORA RECAPADORA DE PNEUS LTDA - ME
Advogado do(a) AGRAVANTE: AUGUSTO FAUVEL DE MORAES - SP202052-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

VOTO

Senhores Desembargadores, são manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

Com efeito, assentou o acórdão embargado o entendimento de que "*a nota fiscal nº 000.000.092, de compra da mercadoria que teria sido adquirida no mercado interno, foi emitida apenas no dia 26/12/2018 (Id 71836929 – fl. 79), portanto é posterior à data da apreensão da mercadoria, ocorrida no dia 19/12/2018 e, como bem apontado pela agravada em sua contestação, a nota fiscal foi emitida “por uma empresa JVA PEREIRA RECICLADORA DE PNEUS EPP, que possui domicílio fiscal em Amambai/MS, município que não corresponde ao local onde o veículo foi abastecido com os pneus, Ponta Porã”.* (Id 16016159 – fl. 3, grifos no texto original), ressaltando que a empresa emitente da nota fiscal não possui qualquer tipo de filial em Ponta Porã".

Evidencia-se que restou fundamentado o desprovimento do agravo de instrumento e que as alegações de contradição e omissão revelam, na verdade, não vícios lógicos-formais do julgamento ou silêncio quanto a pontos essenciais da controvérsia, mas, ao contrário, irresignação ou inconformismo da embargante, por ter sido considerada inexistente a probabilidade do direito invocado e mantida, pois, a decisão do Juízo *a quo* que indeferiu a concessão da tutela de urgência pleiteada.

Sucedo, porém, que se o acórdão embargado incorreu em *error in iudicando*, sob tais fundamentos, o caso não é de embargos de declaração, mas de interposição de recurso próprio dirigido à instância superior competente.

Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É o voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADUANEIRO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PERDIMENTO. VÍCIOS INEXISTENTES. *ERROR IN JUDICANDO*. REJEIÇÃO.

1. São manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

2. Assentou o acórdão embargado o entendimento de que "*a nota fiscal nº 000.000.092, de compra da mercadoria que teria sido adquirida no mercado interno, foi emitida apenas no dia 26/12/2018 (Id 71836929 – fl. 79), portanto é posterior à data da apreensão da mercadoria, ocorrida no dia 19/12/2018 e, como bem apontado pela agravada em sua contestação, a nota fiscal foi emitida “por uma empresa JVA PEREIRA RECICLADORA DE PNEUS EPP, que possui domicílio fiscal em Amambai/MS, município que não corresponde ao local onde o veículo foi abastecido com os pneus, Ponta Porã”.* (Id 16016159 – fl. 3, grifos no texto original), ressaltando que a empresa emitente da nota fiscal não possui qualquer tipo de filial em Ponta Porã”.

3. Evidencia-se que restou fundamentado o desprovemento do agravo de instrumento e que as alegações de contradição e omissão revelam, na verdade, não vícios lógicos-formais do julgamento ou silêncio quanto a pontos essenciais da controvérsia, mas, ao contrário, mera irresignação ou inconformismo da embargante, por ter sido considerada inexistente a probabilidade do direito invocado e, pois, mantida a decisão do Juízo *a quo* que indeferiu a concessão da tutela de urgência pleiteada.

4. Sucede, porém, que se o acórdão embargado incorreu em *error in iudicando*, sob tais fundamentos, o caso não é de embargos de declaração, mas de interposição de recurso próprio dirigido à instância superior competente.

5. Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

6. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000365-49.2017.4.03.6144

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

SUCESSOR: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

SUCESSOR: DIGITAL WORK COMPUTER SERVICE COMERCIAL EIRELI .

Advogados do(a) SUCESSOR: RICARDO BOTOS DA SILVA NEVES - SP143373-A, NELSON MONTEIRO JUNIOR - SP137864-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000365-49.2017.4.03.6144

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

SUCESSOR: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

SUCESSOR: DIGITAL WORK COMPUTER SERVICE COMERCIAL EIRELI .

Advogados do(a) SUCESSOR: RICARDO BOTOS DA SILVA NEVES - SP143373-A, NELSON MONTEIRO JUNIOR - SP137864-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação, em face de sentença que julgou procedente o pedido para excluir o ICMS/ISS, destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias e de prestação de serviços, da base de cálculo do PIS/COFINS e garantir a compensação do indébito fiscal com quaisquer tributos administrados pela Receita Federal, excetuadas contribuições previdenciárias, nos termos do artigos 66 da Lei 8.383/1991, 74 da Lei 9.430/1996, e 26-A da Lei 11.457/2007, após o trânsito em julgado, observada a prescrição quinquenal, e aplicação da SELIC, fixada a verba honorária sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 85, §§ 2º, 3º e 4º, II, CPC, a ser definido em liquidação.

Foi atribuído à causa o valor de R\$ 45.000,00 (agosto/2017).

Apelou a PFN, alegando: (1) necessidade de sobrestamento do feito até o julgamento definitivo do RE 574.706 pela Suprema Corte; (2) que o ICMS deve ser integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em que se definiu que o valor relativo ao ICMS faz parte do valor do produto e deve ser acrescido ao valor da operação, base de cálculo do próprio ICMS, e ao faturamento ou receita, base de cálculo de tais exações, agregando todos os componentes do preço, mesmo que imposto estadual, como qualquer outro custo ainda que destinado a terceiros; (3) os artigos 2º do DL 406/1968, e 13 da LC 87/1996 determinam que o valor do ICMS devido por uma operação de circulação de mercadorias deve integrar a própria base de cálculo do imposto, que é o imposto por dentro, por isso que o valor do imposto estadual integra o preço da mercadoria, e consequentemente a própria base de cálculo das contribuições; (4) a única hipótese legal de exclusão do ICMS recolhido pelo substituto tributário da base de cálculo do PIS/COFINS encontra-se prevista no artigo 12, § 4º do Decreto-lei 1.598/1977, incluído pela Lei 12.973/2014; (5) o Supremo Tribunal Federal, no RE 212.209, definiu que não há inconstitucionalidade no fato do valor de um determinado tributo fazer parte da base de cálculo do mesmo tributo ou de outro, não se cogitando, assim, em violação aos artigos 145, § 1º, 150, IV c/c 5º, XXII, e 155, II, da CF; (6) ser aplicável o RESP 1.330.737, sob o rito dos recursos repetitivos, em que reconhecida a validade da inclusão do ISS na base de cálculo do PIS/COFINS; (7) apesar da Suprema Corte ter declarado inconstitucional a base de cálculo instituída pela Lei 9.718/1998, a legislação superveniente - Leis 10.637/2002 e 10.833/2003 -, definiu incidir o PIS/COFINS sobre a totalidade das receitas auferidas, indicando expressamente as rubricas que são excluídas, sem mencionar o imposto municipal; e (8) o ISS, diferentemente do ICMS, não é destacado da nota fiscal, pois não compõe, na verdade, o valor da nota ou do serviço, porque o fato gerador é a efetiva prestação do serviço.

Houve contrarrazões.

Às vésperas da sessão, peticionou o apelado, pleiteando o reconhecimento do direito de compensar antes do trânsito em julgado, afastando a aplicação do artigo 170-A, CTN (ID 134526920).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000365-49.2017.4.03.6144

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

SUCESSOR: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

SUCESSOR: DIGITAL WORK COMPUTER SERVICE COMERCIAL EIRELI .

Advogados do(a) SUCESSOR: RICARDO BOTOS DA SILVA NEVES - SP143373-A, NELSON MONTEIRO JUNIOR - SP137864-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, preliminarmente, antes do mérito, cabe rejeitar o pedido de suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior, o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior.

No mérito, a questão da inclusão de **imposto** na base de cálculo do PIS/COFINS com vulneração da matriz constitucional que prevê a respectiva incidência sobre faturamento ou receita na dicção atualizado do artigo 195, I, *b*, da Constituição Federal, foi resolvida, pela Suprema Corte no RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS.

Eis o acórdão ementado:

RE 574.706, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe 29/09/2017: "RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

A definição da base de cálculo do PIS/COFINS é matéria constitucional, não cabendo invocar orientação no plano do direito federal para afastar o juízo de inconstitucionalidade, menos ainda quando já vencida (Súmulas 68 e 94/STJ) no âmbito da respectiva Corte Superior. Ademais, o pronunciamento da Suprema Corte, sobretudo em repercussão geral, tem função primordial na tarefa de garantir segurança jurídica, estabilidade, integridade e coerência na aplicação do direito à luz da Constituição, a ser buscada por todos os órgãos do Poder Judiciário (artigos 926 e 927, III, CPC).

A interpretação constitucional quanto à exclusão do ICMS da base de cálculo de tais contribuições é extensiva, por identidade de razão jurídico-constitucional, à pretensão formulada em face do ISS, ainda que pendente o julgamento do RE 592.616. Isso porque a centralidade da tese jurídica fixada pela Suprema Corte serve tanto para o imposto estadual como municipal. A resolução da questão encontra-se menos colocada na peculiaridade própria do tributo estadual do que na centralidade substancial de que a materialidade constitucionalmente definida sobre a qual pode incidir a cobrança de tais contribuições sociais não comporta a inserção de valores de impostos que não expressem o faturamento do contribuinte.

É importante registrar, inclusive, que o ICMS alcança não apenas operações relativas à circulação de mercadorias, mas também prestações de serviço como os de transportes interestadual e intermunicipal, e de comunicação. Não teria sentido, portanto, incluir outros serviços, que são próprios do ISS, na base de cálculo de tais contribuições, quando já definida solução contrária ao Fisco no âmbito do ICMS. Existe, pois, simetria sistêmica que, considerada a centralidade da controvérsia resolvida no RE 574.706, não permite seja concebida, desde logo, interpretação ou solução distintas das definidas no relevante precedente. Certo que ao Excelso Pretório compete estabelecer a exegese definitiva também no tocante à inclusão do ISS na base de cálculo de tais contribuições, porém disto não resulta que caiba, desde logo, negar eficácia ao precedente firmado no exame do ICMS em favor de orientação contrária.

Neste sentido tem decidido a Turma:

ApCiv 5002810-15.2017.4.03.6120, Rel. Des. Fed. NELTON DOS SANTOS, e- DJF3 29/10/2019: "PROCESSUAL CIVIL. JUNTADA DE COMPROVANTES EM SEDE RECURSAL. INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO NO CASO SUB JUDICE. RECURSO DE APELAÇÃO. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ISSQN NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. COMPENSAÇÃO ART. 26, DA LEI Nº 11.457/07. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. RECURSO DE APELAÇÃO PROVIDO. 1. Na vigência do Código de Processo Civil de 1973, sobejavam razões para o acolhimento da tese restritiva, impeditiva da juntada de documentos novos em sede recursal. Com efeito, aquele diploma legal caracterizava-se como consagrador de um sistema de preclusões rígidas, de sorte que, ultrapassada a fase própria para a prática do ato, este restava inviabilizado. 2. Já no Código de Processo Civil de 2015, todavia, concebido já sobre os influxos da teoria da instrumentalidade do processo, prevalece o princípio segundo o qual, sempre que possível, a solução mais completa da controvérsia deve ser buscada. Nesse particular, ademais, o atual Código Processual tem como norte principiológico a resolução do mérito da demanda. 3. De mais a mais, não está se afastando a necessidade da devida instrução processual desde o início da demanda, mas a instrumentalidade do processo, sob o enfoque do caso dos autos, nos demonstra a ausência de prejuízo à defesa da administração pública. Isto porque os pontos atinentes à compensação foram regularmente levantados e analisados, sendo certo que a comprovação de credora, neste momento, apenas afirmou aquela condição devidamente debatida. 4. Preliminarmente, em que pese o julgamento sob o rito dos recursos repetitivos realizado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu a legalidade da incidência do PIS e da COFINS sobre a parcela relativa ao ISSQN, conforme se verificará no presente voto, a questão a ser tratada antecede a análise da legalidade, sendo certo que o vício combatido paira sob a constitucionalidade de tal exação, razão pela qual não se trata de afronta ao quanto decidido por aquela Corte Superior: Por outro lado, trata-se de situação que visa respeitar o entendimento exarado pela Corte Suprema quanto ao tema. 5. Assente-se que, tanto o RE 574.706/PR quanto o 240.785/MG foram julgados pelo Pleno do A. Supremo Tribunal Federal, sendo certo que nesses acórdãos foi sufragado que um tributo não detém a natureza jurídica de receita, tornando plenamente inaplicável o incidente de arguição de inconstitucionalidade, nos termos do artigo 949, parágrafo único, do Código de Processo Civil. 6. A jurisprudência do A. Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontrar inserida no conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. 7. Impende destacar que o reconhecimento da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pode ser aplicado ao ISS, em razão da própria inexistência de natureza de receita ou faturamento destas parcelas. Precedentes da 3ª Turma do TRF da 3ª Região. 8. Reforce-se que mesmo com as alterações posteriores na legislação que institui o PIS e a COFINS – Lei nº 12.973/14 – não tem o condão de afastar o quanto decidido, pois, conforme amplamente demonstrado, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela. 9. A compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior. 10. No que tange à condenação dos honorários advocatícios, em análise pelo reexame necessário, entendo que apesar dos patamares constantes no artigo 85, § 3º, inciso I a V, do Código de Processo Civil, o intuito do legislador não é pautado pelo enriquecimento sem causa, devendo a fixação dos honorários ser realizada de forma equitativa, balizada pelos princípios da proporcionalidade, causalidade e razoabilidade, analisando-se o quanto dispõe o artigo 85, § 2º, da Lei Adjetiva Civil. 11. No caso dos autos, a matéria tratada é corriqueira e já sedimentada na jurisprudência, inclusive através do julgamento de repercussão geral pelo A. Supremo Tribunal Federal, ainda, verifica-se que não houve necessidade de dilação probatória com acompanhamento de perícia ou audiência, sendo que o tempo para a solução da demanda também não se demonstrou excessivo, o que enseja o reconhecimento do diminuto trabalho realizado. 12. Neste diapasão, é de rigor a condenação da União nos honorários advocatícios, fixados nos patamares mínimos dispostos no artigo 85, § 3º, do Código de Processo Civil, observando-se a faixa de valores e o quanto delimitado no § 5º, do mesmo dispositivo legal, em respeito aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e causalidade. 13. Recurso de apelação provido."

Perceba-se que a pretensão em causa não envolve a dedução de parcela legalmente prevista, daí porque impertinente o argumento de que é taxativo o rol de exclusões constante do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 - com as alterações da Lei 12.973/2014, cujo advento, conforme já decidiu esta Corte, "não promoveu modificação legislativa relevante para a espécie, na medida em que não alterou o conceito da base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS" (EI 0029413-91.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 17/11/2017) - e § 3º dos artigos 1º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003.

A tese do contribuinte é a de que a inclusão do imposto na base de cálculo de tais contribuições viola incidência constitucionalmente delimitada, exigindo, assim, decisão judicial no sentido de definir a base de cálculo compatível com o parâmetro constitucional. Não se trata, pois, de discutir isenção a ser interpretada na forma do artigo 111, CTN, ou qualquer outra questão de índole infraconstitucional. Exatamente por tal motivo é que se revela impertinente a invocação, com base no artigo 927, CPC, do paradigma no RESP 1.300.737, que resolveu a controvérsia sob o prisma legal, enquanto que a espécie discute a inconstitucionalidade da inclusão do ISS na base de cálculo do PIS/COFINS.

Quanto ao RE 212.209, tratou-se de precedente que reconheceu válida a inclusão do ICMS na própria base de cálculo do imposto estadual, o que, porém, não obistou que a Suprema Corte, ao tratar do PIS/COFINS, deliberasse pela exclusão do ICMS. Logo, o paradigma para o caso concreto não é o RE 212.209 (ICMS na apuração do próprio ICMS), mas o RE 574.706, que definiu especificamente a base de cálculo constitucionalmente admitida para tais contribuições sociais.

Sobre a narrativa de que o ISS não é destacado nas notas fiscais, diferentemente do que ocorre com o ICMS, importa registrar que tal alegação não influencia na determinação da inconstitucionalidade da inclusão na base de cálculo do PIS/COFINS de valor correspondente a imposto. A Suprema Corte não se ateve nem adotou tal critério como base para a interpretação de que o imposto incidente na operação não se inclui na base de cálculo de tais contribuições sociais, sendo, pois, infundado pretender, com tal angulação, impor distinção ou restrição à aplicação da orientação consolidada no paradigma firmado e enunciado nos autos.

A alegação de que o cálculo do PIS/COFINS com exclusão do imposto destinado ao erário contradiz a incidência, reconhecidamente válida, sobre outros custos, encargos ou despesas destinados a terceiros (como, por exemplo: empregados, companhia de energia elétrica, FGTS, fornecedores, empresas contratadas para prestação de serviços, entes estatais) não é verdadeira nem aceitável, sem análise da natureza jurídica de cada parcela discutida na formação da base de cálculo de tais contribuições. Por ora, o que assentou, suficientemente, a Suprema Corte para o exame do caso foi a inexigibilidade de imposto integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, seja o ICMS, seja o próprio ISS, quanto a este em juízo derivado diretamente da mesma lógica de fundamentação constitucional, conforme já exposto.

O aspecto relevante da controvérsia diz respeito ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS diante da divergência estabelecida entre as vertentes que primam, de um lado, pelo valor do imposto destacado nas notas fiscais e, de outro, pelo valor do imposto a ser efetivamente pago pelo contribuinte, dentro do regime de não cumulatividade. É importante frisar, de toda sorte, que tal ponto, ainda que não tenha ou tivesse sido discutido na inicial nem decidido na sentença ou veiculado na apelação, não impediria o pronunciamento da Corte - assim como do próprio Juízo após embargos de declaração -, por se tratar, justamente, de controvérsia ínsita ao próprio mérito, qual seja, a definição do que constitui o indébito fiscal e, neste sentido, matéria que deve ser resolvida na fase cognitiva e não em liquidação de sentença, inexistindo, portanto, mesmo quando nada tenha ou tivesse sido alegado ou decidido, vício de julgamento *extra* ou *ultra petita*, ou contrariedade ao princípio da congruência ou da adstrição..

Tanto é assim que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido em razão do regime de não cumulatividade do imposto.

Neste sentido o seguinte excerto do julgado no RE 574.706:

“O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS”.

Também este o entendimento adotado no âmbito das Turmas desta Seção:

ApelRemNec 5000633-81.2017.4.03.6119, Rel. Des. Fed. ANTONIO CEDENHO, Intimação via sistema 18/04/2020: “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REQUISITOS DO ARTIGO 1.022 CPC/2015. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE Nº 574.706/PR. VINCULAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OBSCURIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1.022 do Código de Processo Civil vigente, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado. O caráter infringente dos embargos somente é admitido a título excepcional, quando a eliminação da contradição ou da omissão decorrer, logicamente, a modificação do julgamento embargado. 2. A e. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no julgamento do RE nº 574.706/PR, consignou que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. Como o presente julgamento se vincula ao que foi decidido sobre o tema pelo C. STF, deve-se assentar que, relativamente à questão do valor a ser efetivamente excluído a título de ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, a tese que foi acolhida pelo STF é a exposta no v. acórdão embargado. 3. O escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022 do Código de Processo Civil. 4. O artigo 1.025 do novo Código de Processo Civil bem esclarece que os elementos suscitados pelo embargante serão considerados incluídos no acórdão “para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.” 5. Embargos de declaração rejeitados.”

ApReeNec 5001772-28.2017.4.03.6100, Rel. Des. Fed. MARLI FERREIRA, Intimação via sistema 02/04/2020: “PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ARTIGO 1.022 DO CPC. OMISSÃO. EXISTÊNCIA. JULGADO INTEGRADO. 1. Prevê o artigo 1.022 do CPC que a oposição dos aclaratórios somente tem cabimento para esclarecimento de obscuridade ou eliminação de contradição, para suprimir omissão sobre ponto ou questão sobre o qual o julgado deveria se pronunciar; ou, ainda, para corrigir erro material existente no decisório. 2. Na espécie, o julgado restou omissivo quanto à parcela do ICMS a ser destacada da base de cálculo do PIS e da COFINS. E, nesse tocante, cumpre esclarecer que o ICMS a ser excluído é o destacado nos documentos fiscais de saída, vez que é esse montante que integra a indigitada base de cálculo. 3. Assim sendo, tem a impetrante o direito de excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS o valor integral do ICMS destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias do seu estabelecimento, inclusive após o advento da Lei nº 12.973/2014. 4. Embargos de declaração acolhidos.”

ApelRemNec 5003932-95.2019.4.03.6119, Rel. Des. Fed. JOHNSOM DI SALVO, e - DJF3 15/04/2020: “AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DECLAROU INCONSTITUCIONAL A INCLUSÃO DO ICMS (FATURADO) NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS, FAZENDO-O POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO RE Nº 574.706. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a inclusão do ICMS (faturado) na base de cálculo do PIS e da COFINS, fazendo-o por ocasião do julgamento do RE nº 574.706. A corte, por maioria e nos termos do voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia, apreciando o tema nº 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins”. Esse entendimento é aplicável de pronto, não havendo que se falar em espera de embargos de declaração (sem efeito suspensivo) ou de modulação de efeitos da decisão plenária da Suprema Corte, já que esses dois eventos não estão consignados em lei como impedientes da aplicação imediata do decisum. Esse é o entendimento que vem sendo seguido nesta Corte Regional (3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5021518-72.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 08/11/2019, Intimação via sistema DATA: 13/11/2019), e de modo unânime nesta 6ª. Turma (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000706-20.2017.4.03.6130, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 03/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/12/2019). Deveras, a suspensão pretendida pelo Fisco esbarraria no art. 1.035, § 5º do NCPC. De outro lado, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal – ao acolher o voto da ministra Relatora – no sentido de que, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada como faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019). Essa é a postura que este Relator sempre defende desde o momento em que surtiu o julgamento do Tema nº 69 (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000596-53.2018.4.03.6108, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHNSON DI SALVO, julgado em 02/12/2019, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019). Tratando-se de empresa comercial, resta claro que é contribuinte das três exações e que recolheu tributação a maior e poderá recuperá-la (quanto aos últimos cinco anos antes do ajuizamento da presente demanda) por meio de compensação, que deverá ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74 da Lei nº 9.430/1996 (redação dada pela Lei 10.637/02), observado ainda o artigo 26-A da Lei nº 11.457/2007.”

Logo, não importa ao exame do mérito a juntada de documentos fiscais ou mercantis para demonstração do ICMS/ISS a ser pago pelo contribuinte, bastando no presente julgamento a prova, tão-somente, de que o contribuinte, sujeito ao PIS/COFINS, recolheu valores com inclusão do ICMS nas bases de cálculo, ficando relegada à fase própria a apuração do *quantum debeatur* a partir de valores destacados em notas fiscais e incluídos na tributação federal.

Quanto ao ICMS cobrado pelo regime de substituição tributária (artigo 150, § 7º, CF), indaga-se se seria aplicável, por igual, a exclusão definida no RE 574.706 na apuração da base de cálculo do PIS/COFINS, à vista da constatação de que o paradigma não tratou de tal situação específica, mas apenas do regime comum de tributação.

O preceito constitucional, que permite a substituição tributária progressiva no caso do ICMS, dispõe que: “A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido” (artigo 150, § 7º, CF).

Por tal sistemática de tributação, o responsável tributário antecipa o valor do imposto que, regularmente, seria devido em etapa posterior do processo econômico gerador de riqueza tributável, utilizando-se do conceito de fato gerador presumido e de estimativa de base de cálculo, permitindo reembolso preferencial se não realizado o fato gerador (ADI 1.851, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, DJU 13/12/2002) ou se tiver ocorrido excesso na tributação (RE 593.849, Rel. Min. EDSON FACCHIN, DJe 30/03/2017, Tema 201: “*É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida*”).

O substituto tributário, contribuinte do ICMS próprio de sua operação, além de responsável pelo ICMS recolhido antecipadamente (ICMS-ST), pode excluir da base de cálculo do PIS/COFINS, de que é contribuinte, o valor relativo ao ICMS-ST, desde que destacado na nota fiscal, porém o entendimento fiscal é de que tal exclusão não pode beneficiar o substituído na obrigação tributária correlata, ou seja, o intermediário adquirente do produto com ICMS cobrando antecipadamente, em substituição tributária, pelo industrial e destacado na nota fiscal de venda, não pode excluir o imposto estadual na apuração da respectiva base de cálculo do PIS/COFINS.

Evidencia-se de logo que a interpretação fiscal é a de que o RE 574.706 não se aplica ao ICMS pago antecipadamente no regime de substituição tributária progressiva.

A exclusão do ICMS-ST na apuração da base de cálculo do PIS/COFINS do substituto tributário (industrial, por exemplo) decorre do fato de ser ele não o contribuinte, mas apenas o responsável tributário e, portanto, não se cogitar de receita ou faturamento próprio para efeito de discussão da validade da tributação do imposto gerado pela operação de saída ou circulação da mercadoria do respectivo estabelecimento. Nesta quadra, o precedente do Supremo Tribunal Federal evidencia que sequer seria possível entendimento contrário, já que se o ICMS próprio não compõe a base de cálculo das referidas contribuições, com mais razão os valores que perpassam a escrituração fiscal do contribuinte a título de tributo devido por outrem, arrecadado em regime de substituição tributária.

Sucedo que, nestes termos, a vedação a que se proceda ao ajuste da base de cálculo do PIS/COFINS devido pelo contribuinte do ICMS, que foi substituído na incidência específica por outrem a quem a lei conferiu o ônus de recolher antecipadamente o tributo, acarreta apropriação indevida, pela União, do efeito econômico da exação estadual na formação do faturamento ou receita tributável a título de PIS/COFINS, pretensão fiscal afastada pela Suprema Corte no RE 574.706, paradigma este cuja aplicação não pode ser excepcionada por suposta violação, como pretendido, do artigo 110, CTN.

Perceba-se que não se trata de discutir, a rigor, creditamento de valores, na base de cálculo do PIS/COFINS devido pelo substituído, em razão do custo de ICMS-ST atrelado à mercadoria adquirida e refletido, posteriormente, no faturamento, vez que tal ônus financeiro será incorporado no preço praticado na saída ou absorvido como redução de margem de lucro. O ponto é que o montante dispendido com o ICMS-ST, conforme apurado na fatura do substituto, sequer deve compor a própria base de cálculo das contribuições devidas pelo substituído.

Com efeito, a substituição tributária, nos termos do artigo 150, § 7º, da Constituição Federal, configura mera técnica de tributação, sequer específica do ICMS, mas de caráter geral, que não desfigura, portanto, a natureza e as características próprias do ICMS que, desta maneira, sendo recolhido de forma antecipada ou não, não pode ser compreendido, na dicção da Suprema Corte, como receita ou faturamento para fins de incidência do PIS/COFINS. Neste sentido, a vedação pretendida pelo Fisco importaria inegável ofensa à isonomia, com forma de apuração diferenciada do PIS/COFINS baseada em regime de tributação de imposto estadual, em que pese certo que a estrutura do conceito constitucional de receita ou faturamento deve ser idêntica para todos os contribuintes, independentemente da sujeição ocorrer pelo regime comum ou antecipado de recolhimento do ICMS.

Os honorários advocatícios, considerado o trabalho adicional em grau recursal e os critérios do artigo 85, §§ 2º a 6º e 11, CPC, especialmente grau de zelo do profissional, lugar da prestação do serviço, natureza e importância da causa e tempo exigido de atuação nesta fase do processo, devem ser fixados, pela atuação nesta instância, em percentual equivalente à metade do mínimo legal da respectiva faixa de enquadramento (incisos do § 3º do artigo 85, CPC), a ser acrescido ao valor a ser liquidado na fase de cumprimento pela atuação em primeiro grau, na forma prevista na sentença.

Quanto à petição do apelado (ID 134526920), evidentemente a matéria veiculada deveria ter sido objeto de recurso, a tempo e modo, não se prestando mero petitório avulso a vencer a preclusão e inibir a eficácia própria da sentença, quanto ao artigo 170-A, CTN, derivada da falta de interposição de apelação.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS/ICMS-ST/ISS. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. INDÉBITO FISCAL. COMPENSAÇÃO.

1. Preliminarmente, antes do mérito, cabe rejeitar o pedido de suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior, o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior.

2. No mérito, a questão da inclusão de **imposto** na base de cálculo do PIS/COFINS com vulneração da matriz constitucional que prevê a respectiva incidência sobre faturamento ou receita na dicção atualizado do artigo 195, I, *b*, da Constituição Federal, foi resolvida, pela Suprema Corte no RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS. A definição da base de cálculo do PIS/COFINS é matéria constitucional, não cabendo invocar orientação no plano do direito federal para afastar o juízo de inconstitucionalidade, menos ainda quando já vencida (Súmulas 68 e 94/STJ) no âmbito da respectiva Corte Superior. Ademais, o pronunciamento da Suprema Corte, sobretudo em repercussão geral, tem função primordial na tarefa de garantir segurança jurídica, estabilidade, integridade e coerência na aplicação do direito à luz da Constituição, a ser buscada por todos os órgãos do Poder Judiciário (artigos 926 e 927, III, CPC).

3. A interpretação constitucional quanto à exclusão do ICMS da base de cálculo de tais contribuições é extensiva, por identidade de razão jurídico-constitucional, à pretensão formulada em face do ISS, ainda que pendente o julgamento do RE 592.616. Isso porque a centralidade da tese jurídica fixada pela Suprema Corte serve tanto para o imposto estadual como municipal. A resolução da questão encontra-se menos colocada na peculiaridade própria do tributo estadual do que na centralidade substancial de que a materialidade constitucionalmente definida sobre a qual pode incidir a cobrança de tais contribuições sociais não comporta a inserção de valores de impostos que não expressem o faturamento do contribuinte.

4. É importante registrar, inclusive, que o ICMS alcança não apenas operações relativas à circulação de mercadorias, mas também prestações de serviço como os de transportes interestadual e intermunicipal, e de comunicação. Não teria sentido, portanto, incluir outros serviços, que são próprios do ISS, na base de cálculo de tais contribuições, quando já definida solução contrária ao Fisco no âmbito do ICMS. Existe, pois, simetria sistêmica que, considerada a centralidade da controvérsia resolvida no RE 574.706, não permite seja concebida, desde logo, interpretação ou solução distintas das definidas no relevante precedente. Certo que ao Excelso Pretório compete estabelecer a exegese definitiva também no tocante à inclusão do ISS na base de cálculo de tais contribuições, porém disto não resulta que caiba, desde logo, negar eficácia ao precedente firmado no exame do ICMS em favor de orientação contrária.

5. A pretensão em causa não envolve a dedução de parcela legalmente prevista, daí porque impertinente o argumento de que é taxativo o rol de exclusões constante do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 - com as alterações da Lei 12.973/2014, cujo advento, conforme já decidiu esta Corte, *“não promoveu modificação legislativa relevante para a espécie, na medida em que não alterou o conceito da base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS”* (EI 0029413-91.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 17/11/2017) - e § 3º dos artigos 1º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003.

6. A tese do contribuinte é a de que a inclusão do imposto na base de cálculo de tais contribuições viola incidência constitucionalmente delimitada, exigindo, assim, decisão judicial no sentido de definir a base de cálculo compatível com o parâmetro constitucional. Não se trata, pois, de discutir isenção a ser interpretada na forma do artigo 111, CTN, ou qualquer outra questão de índole infraconstitucional. Exatamente por tal motivo é que se revela impertinente a invocação, com base no artigo 927, CPC, do paradigma no RESP 1.300.737, que resolveu a controvérsia sob o prisma legal, enquanto que a espécie discute a inconstitucionalidade da inclusão do ISS na base de cálculo do PIS/COFINS.

7. Quanto ao RE 212.209, tratou-se de precedente que reconheceu válida a inclusão do ICMS na própria base de cálculo do imposto estadual, o que, porém, não obstou que a Suprema Corte, ao tratar do PIS/COFINS, deliberasse pela exclusão do ICMS. Logo, o paradigma para o caso concreto não é o RE 212.209 (ICMS na apuração do próprio ICMS), mas o RE 574.706, que definiu especificamente a base de cálculo constitucionalmente admitida para tais contribuições sociais.

8. Sobre a narrativa de que o ISS não é destacado nas notas fiscais, diferentemente do que ocorre com o ICMS, importa registrar que tal alegação não influencia na determinação da inconstitucionalidade da inclusão na base de cálculo do PIS/COFINS de valor correspondente a imposto. A Suprema Corte não se ateve nem adotou tal critério como base para a interpretação de que o imposto incidente na operação não se inclui na base de cálculo de tais contribuições sociais, sendo, pois, infundado pretender, com tal angulação, impor distinção ou restrição à aplicação da orientação consolidada no paradigma firmado e enunciado nos autos.

9. A alegação de que o cálculo do PIS/COFINS com exclusão do imposto destinado ao erário contradiz a incidência, reconhecidamente válida, sobre outros custos, encargos ou despesas destinados a terceiros (como, por exemplo: empregados, companhia de energia elétrica, FGTS, fornecedores, empresas contratadas para prestação de serviços, entes estatais) não é verdadeira nem aceitável, sem análise da natureza jurídica de cada parcela discutida na formação da base de cálculo de tais contribuições. Por ora, o que assentou, suficientemente, a Suprema Corte para o exame do caso foi a inexigibilidade de imposto integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, seja o ICMS, seja o próprio ISS, quanto a este em juízo derivado diretamente da mesma lógica de fundamentação constitucional, conforme já exposto.

10. O aspecto relevante da controvérsia diz respeito ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS diante da divergência estabelecida entre as vertentes que primam, de um lado, pelo valor do imposto destacado nas notas fiscais e, de outro, pelo valor do imposto a ser efetivamente pago pelo contribuinte, dentro do regime de não cumulatividade. É importante frisar, de toda sorte, que tal ponto, ainda que não tenha ou tivesse sido discutido na inicial nem decidido na sentença ou veiculado na apelação, não impediria o pronunciamento da Corte - assim como do próprio Juízo após embargos de declaração -, por se tratar, justamente, de controvérsia ínsita ao próprio mérito, qual seja, a definição do que constitui o indébito fiscal e, neste sentido, matéria que deve ser resolvida na fase cognitiva e não em liquidação de sentença, inexistindo, portanto, mesmo quando nada tenha ou tivesse sido alegado ou decidido, vício de julgamento *extra* ou *ultra petita*, ou contrariedade ao princípio da congruência ou da adstrição. Tanto é assim que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido em razão do regime de não cumulatividade do imposto. Logo, não importa ao exame do mérito a juntada de documentos fiscais ou mercantis para demonstração do ICMS/ISS a ser pago pelo contribuinte, bastando para o presente julgamento a prova, tão-somente, de que o contribuinte, sujeito ao PIS/COFINS, recolheu valores com inclusão do ICMS nas bases de cálculo, ficando relegada à fase própria a apuração do *quantum debeatur* a partir de valores destacados em notas fiscais e incluídos na tributação federal.

11. A substituição tributária, nos termos do artigo 150, § 7º, da Constituição Federal, configura mera técnica de tributação, sequer específica do ICMS, mas de caráter geral, que não desfigura, portanto, a natureza e as características próprias do ICMS, que, desta maneira, sendo recolhido de forma antecipada ou não, não pode ser compreendido, na dicção da Suprema Corte, como receita ou faturamento para fins de incidência do PIS/COFINS, sob pena de ofensa à isonomia por tratamento diverso em função da mera da sistemática de recolhimento da exação estadual. Não se trata de discutir, a rigor, creditamento de valores, na base de cálculo das contribuições devidas pelo substituído, em razão do custo de ICMS-ST atrelado à mercadoria adquirida e refletido na receita ou faturamento respectivo, mas, sim, de reconhecer que o montante dispendido como ICMS-ST, conforme apurado na fatura emitida pelo substituto, sequer deve compor a própria base de cálculo do PIS/COFINS devidos pelo substituído.

12. Fixada verba honorária pelo trabalho adicional em grau recursal, em observância ao comando e critérios do artigo 85, §§ 2º a 6º e 11, do Código de Processo Civil.

13. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0006306-74.2016.4.03.6120

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: LAGOA DOURADAS AALCOOLE DERIVADOS

Advogados do(a) APELADO: MARCELO CAPOTOSTO VALERIO - SP385785-A, AUGUSTO AMSTALDEN NETO - SP374716-A, ODEIR APARECIDO DE MORAES REIS - SP368901-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0006306-74.2016.4.03.6120

RELATOR: Gab. 08 - CARLOS MUTA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: LAGOA DOURADAS AALCOOLE DERIVADOS

RELATÓRIO

Trata-se de apelação contra sentença de procedência em ação anulatória, com extinção, por pagamento (artigo 156, I, CTN), créditos das CDAs 80.6.96.167931-04, 80.7.96.010746-94, 80.6.96.167932-87, 80.6.93.005912-34, 80.2.94.012571-10, 80.7.96.010749-37, 80.6.96.167929-81, 80.6.96.167935-20, 80.6.96.167934-49, 80.7.96.010747-75, 80.6.96.167933-68, 80.6.96.167930-15, 80.7.96.010748-56, 80.5.98.001389-73 e 80.5.98.001430-39; fixada verba honorária de dez por cento sobre o valor atualizado da causa.

Alegou a União que: (1) não deu causa ao ajuizamento da ação, tendo a cobrança de parcelas remanescentes decorrido de equívoco da autora, que optou por modalidade de parcelamento em duas prestações, nos termos da Lei 12.996/2014, com descontos distintos da modalidade de pagamento à vista; (2) somente após reconsolidação dos débitos pela União no procedimento administrativo 10816.720070/2015-31, no curso da ação anulatória, com retificação do número de parcelas para 30 (trinta) é que tornou possível aplicar os descontos para pagamento à vista, apurando-se, assim mesmo, saldo devedor remanescente de R\$ 34.757,17 (trinta e quatro mil setecentos e cinquenta e sete reais e dezessete centavos), que foi pago pela autora no curso da ação; e (3) ao não observar a forma e condições estabelecidas para parcelamento, nos termos do artigo 155-A do CTN, a autora deu causa ao ajuizamento da demanda, cabendo a reforma da sentença conforme o princípio da causalidade para afastar a imposição de verba honorária ou, ao menos, para reduzir do respectivo valor pela metade, conforme disposto no artigo 90, §4º, CPC.

Sem contrarrazões, vieramos autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0006306-74.2016.4.03.6120

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: LAGOA DOURADAS AALCOOLE DERIVADOS

Advogados do(a) APELADO: JOSE AUGUSTO AMSTALDEN - SP94283-A, ODEIR APARECIDO DE MORAES REIS - SP368901-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, a ação anulatória foi ajuizada para desconstituir débito de R\$ 263.130,49, relativo a saldo remanescente de parcelamento da Lei 12.996/2014.

Conforme consta dos autos, o saldo remanescente decorreu de descompasso entre a modalidades pretendida e aquela pela qual optou a autora, gerando distinção quanto aos descontos aplicáveis e respectivo saldo devedor.

Da leitura da petição inicial (Id 56387944, f. 44), restou clara a pretensão da autora de aderir ao programa da Lei 11.941/2009 (reaberto pelo artigo 2º da Lei 2.996/2014) na modalidade de pagamento à vista (artigo 1º, §3º, I, da Lei 11.941/2009), alegando, porém, que, na fase de consolidação, por falha no sistema da RFB, apenas foi permitida a opção de parcelamento em duas ou trinta parcelas, não lhe possibilitando usufruir dos descontos do artigo 1º, §3º, I, da Lei 11.941/2009, mas apenas dos previstos no artigo 1º, §3º, II, da Lei 11.941/2009, o que assim resultou no débito em cobrança:

“Art. 1º...

[...]

§ 3º Observado o disposto no art. 3º desta Lei e os requisitos e as condições estabelecidos em ato conjunto do Procurador-Geral da Fazenda Nacional e do Secretário da Receita Federal do Brasil, a ser editado no prazo de 60 (sessenta) dias a partir da data de publicação desta Lei, os débitos que não foram objeto de parcelamentos anteriores a que se refere este artigo poderão ser pagos ou parcelados da seguinte forma:

I – pagos a vista, com redução de 100% (cem por cento) das multas de mora e de ofício, de 40% (quarenta por cento) das isoladas, de 45% (quarenta e cinco por cento) dos juros de mora e de 100% (cem por cento) sobre o valor do encargo legal;

II – parcelados em até 30 (trinta) prestações mensais, com redução de 90% (noventa por cento) das multas de mora e de ofício, de 35% (trinta e cinco por cento) das isoladas, de 40% (quarenta por cento) dos juros de mora e de 100% (cem por cento) sobre o valor do encargo legal”

Embora inicialmente a falha tenha sido na fase da opção, pois escolhida a modalidade de “parcelamento da Lei 2.996/2014 de demais débitos - PGFN”, no lugar do parcelamento através de “pagamento à vista” (Id 56387944, f. 20; Id 56387945, f. 40), a autora buscou regularizar a situação, consultando a PGFN/RFB que a informou que o erro somente poderia ser corrigido na etapa de “reconsolidação”, alterando-se o pagamento para duas ou trinta parcelas para aplicação da benesse prevista no artigo 12 da Portaria Conjunta PGFN/RFB 13/2014:

“Art. 12. O sujeito passivo poderá amortizar o saldo devedor parcelado com as reduções para pagamento à vista, previstas no inciso I do art. 2º, desde que pague valor equivalente a, no mínimo, 12 (doze) prestações.

§ 1º O pagamento de que trata caput amortizará as parcelas vincendas, na ordem decrescente da data de seus vencimentos.

§ 2º Para obter as reduções de que trata o caput, o sujeito passivo primeiramente deverá quitar eventuais prestações vencidas e não pagas e a prestação do mês corrente.”

Naquele momento, porém, não seria possível a “reconsolidação” para aplicação dos benefícios do “pagamento à vista”, pois o sistema informatizado ainda não possuiria o algoritmo para tanto (“nos contatos prestados por telefone e em atendimento presencial foi orientado que o interessado optasse por 30 parcelas, pois neste momento o sistema ainda não tinha ferramenta para indicação do pagamento antecipado de parcelas, conforme previsão do art. 12 da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 13 de 30/07/2014” – Id 56387944, f. 32).

A informação de impossibilidade de aplicação do artigo 12 da Portaria Conjunta PGFN/RFB 13/2014 constou ainda da resposta ao requerimento da autora, após concessão da antecipação de tutela, em que se determinou a adoção de procedimentos manuais para contornar a ausência de software específico (Id 56387944, f. 70), bem como em manifestação da União nos autos (Id 56387944, f. 106).

Portanto, a manutenção da pendência administrativa do saldo exigiu o ajuizamento da ação, por omissão fiscal em disponibilizar meios eletrônicos para converter e reconsolidar o débito parcelado, e alterar o número de parcelas para tornar possível a aplicação dos descontos para pagamento à vista sobre débitos parcelados e, assim, quitar o débito parcelado e regularizar a situação tributária da autora.

Note-se que, embora no curso da ação o Fisco tenha promovido a “reconsolidação” e aplicação dos descontos previstos no artigo 12 da Portaria Conjunta PGFN/RFB 13/2014 (Id 56387945, f. 17), e disto tenha resultado ainda saldo remanescente ínfimo (Id 56387945, f. 118), é certo que a disponibilização ao contribuinte da ferramenta eletrônica em tempo hábil teria evitado o ajuizamento da ação, já que possibilitaria o pagamento do débito extrajudicialmente em valor muito inferior ao efetivamente cobrado, o que se tornou possível, diante da omissão da União, somente no curso da ação (Id 56387945, f. 145).

Conclui-se, portanto, que a União deu causa ao ajuizamento da ação, ficando obrigada, pelo princípio da causalidade, ao pagamento dos honorários advocatícios.

Não cabe reconhecer o benefício da redução da sucumbência à metade, nos termos do artigo 90, § 4º, CPC, pois a ré, conforme contestação e petição posterior, resistiu ao pedido, postulando a decretação da improcedência, de modo que não houve reconhecimento do pedido nem cumprimento voluntário da prestação devida para o fim preconizado.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. PARCELAMENTO. LEI 11.941/2009. REABERTURA. RECONSOLIDAÇÃO. INDISPONIBILIDADE DE FERRAMENTA. PENDÊNCIA FISCAL. AJUIZAMENTO DA AÇÃO. SUCUMBÊNCIA. CAUSALIDADE E RESPONSABILIDADE PROCESSUAL.

1. Constatado o erro na opção, a autora buscou regularizar e quitar o débito parcelado na fase de reconsolidação, porém o sistema eletrônico não forneceu ferramenta para alteração da modalidade de pagamento para descontos legalmente previstos, o que manteve em aberto a pendência fiscal, contra a qual foi necessária a propositura de ação para garantir a alteração necessária e a quitação do acordo fiscal, eliminando a pendência fiscal registrada.

2. Evidenciada, no contexto, que a conduta administrativa da ré causou o ajuizamento da ação, a demonstrar a sua responsabilidade processual pelo pagamento de verba honorária de sucumbência, sem a redução prevista no artigo 90, § 4º, CPC, pois inexistente reconhecimento do pedido que, ao contrário, foi impugnado na contestação e petição posterior, sem cumprimento voluntário, pois, da prestação devida, somente realizada por força de determinação judicial.

3. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5025451-53.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: BAZZI COMPANY COMERCIO, IMPORTACAO E EXPORTACAO DE PRODUTOS ELETRONICOS EIRELI - EPP

Advogado do(a) AGRAVANTE: AUGUSTO FAUVEL DE MORAES - SP202052-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5025451-53.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: BAZZI COMPANY COMERCIO, IMPORTACAO E EXPORTACAO DE PRODUTOS ELETRONICOS EIRELI - EPP

Advogado do(a) AGRAVANTE: AUGUSTO FAUVEL DE MORAES - SP202052-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração contra acórdão assimmentado:

“DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. BASE DE CÁLCULO. VALOR ADUANEIRO. DESPESAS DE ENTREGA DA MERCADORIA ATÉ O PORTO ALFANDEGADO. SEGURO E FRETE INTERNACIONAL. ARTIGO 20, II DO CTN. ARTIGO 77, I e III DO DECRETO N.º 6.759/09. POSSIBILIDADE.

1. O imposto de importação está regulamentado pelo Código Tributário Nacional, que no artigo 20, II dispõe que quando a alíquota seja ad valorem, o preço normal que o produto, ou seu similar, alcançaria, ao tempo da importação, em uma venda em condições de livre concorrência, para entrega no porto ou lugar de entrada do produto no País.

2. O art. 2º, II, do Decreto-Lei n.º 37/66 estabelece que a base de cálculo do Imposto de Importação é o valor aduaneiro, o qual deve ser apurado segundo as normas do art. 7º do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio - GATT. Assim, o conceito de valor aduaneiro deve ser obtido em observância aos acordos internacionais sobre o tema, os quais são de aplicabilidade obrigatória, inclusive conforme determina o art. 98 do CTN.

3. O Acordo de Valoração Aduaneira - AVA, elaborado para conferir aplicação ao Artigo 7º do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio - GATT, aprovado pelo Decreto Legislativo n.º 30/1994 e promulgado pelo Decreto n.º 1.355/1994, prevê que cada Estado membro deve estabelecer a inclusão ou a exclusão, no valor aduaneiro, no todo ou em parte, dos custos de transporte das mercadorias importadas até o porto ou local de importação, bem como dos gastos relativos ao carregamento descarregamento e manuseio associados ao transporte das mercadorias importadas até o porto ou local de importação.

4. O Decreto n.º 6.759/09, que substituiu o Decreto n.º 4.543/02, dispõe que integram o valor aduaneiro o custo de transporte da mercadoria importada até o porto ou o aeroporto alfandegado de descarga ou o ponto de fronteira alfandegado onde devam ser cumpridas as formalidades de entrada no território aduaneiro, bem como os gastos relativos à carga, à descarga e ao manuseio, associados ao transporte da mercadoria importada, até a chegada aos locais anteriormente referidos.

5. A norma que se extrai da leitura do Acordo de Valoração Aduaneira - AVA e do Decreto n.º 6.759/09 é expressa no sentido de que podem ser computados no valor aduaneiro os gastos despendidos a título de transporte da mercadoria até o porto ou local da importação e o custeio do seguro durante a referida operação.

6. Adotando-se tal entendimento extraído da expressão "até o porto ou o aeroporto", contida no artigo 77, inciso I do Decreto 6.759/2009, que indica um limite físico claro e inequívoco, em cotejo com a norma do artigo 20, II do CTN, diploma normativo com status de lei complementar; conclui-se pela legitimidade da inclusão das despesas de seguro e frete internacional no valor aduaneiro para fixação da base de cálculo do imposto de importação.

7. Ausência de plausibilidade jurídica do pedido.

8. Agravo de Instrumento não provido.”

Alegou-se omissão, pois não se abordou a inconstitucionalidade da inclusão do frete e seguro na base de cálculo, aduzindo que: (1) tal inclusão na base de cálculo do imposto de importação é inconstitucional, pois somente lei complementar, nos termos do artigo 146, III, *a*, CF, pode definir a base de cálculo, e não decreto como ocorreu; (2) em que pese tal imposto não se sujeitar ao princípio da legalidade na alteração de alíquota (artigo 153, §1º, CF), a Constituição Federal trata tão somente de alíquota e não de base de cálculo, como previsto no artigo 21 do CTN, não restando outra conclusão senão a de que não foi recepcionado tal disposição legal.

Houve impugnação da embargada.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5025451-53.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: BAZZI COMPANY COMERCIO, IMPORTACAO E EXPORTACAO DE PRODUTOS ELETRONICOS EIRELI - EPP

Advogado do(a) AGRAVANTE: AUGUSTO FAUVEL DE MORAES - SP202052-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

VOTO

Senhores Desembargadores, são manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

Com efeito, assentou o acórdão embargado o entendimento de que para fixação da base de cálculo dos impostos de importação, **devem ser observados os critérios fixados pelo Código Tributário Nacional (artigo 20, II), que possui status de lei complementar**, em cotejo com os critérios internacionais de valoração aduaneira, fixados pelo Acordo de Valoração Aduaneira (AVA-GATT), devidamente aprovado pelo Congresso Nacional, e **que também possui status de lei**. Ressaltou, ainda, que se infere do texto do artigo 20, II, do Código Tributário Nacional, em especial da expressão utilizada pelo legislador "preço normal que o produto alcançaria em uma venda de condições de livre concorrência para entrega no porto ou lugar de entrada do produto no país", a inclusão, no valor aduaneiro, dos custos de entrega da mercadoria, no caso o frete internacional e o seguro.

Evidencia-se que restou fundamentado o desprovemento do agravo de instrumento e que as alegações de omissão revelam, na verdade, não vícios lógicos-formais do julgamento ou silêncio quanto a pontos essenciais da controvérsia, mas, ao contrário, irresignação ou inconformismo da embargante, por ter sido considerada devida a inclusão do valor das despesas de frete internacional e seguro na base de cálculo do imposto de importação nas operações efetuadas pela embargante.

De fato, a base de cálculo do imposto de importação foi considerada à luz do Código Tributário Nacional, recepcionado como lei complementar, nos termos do artigo 146, III, *a*, da Constituição Federal, e não do decreto como alegado, não tendo sido veiculada a fundamentação de que a base de cálculo pode ser alterada por tal instrumento executivo, conforme restou, de modo claro, assentado no acórdão sem qualquer omissão.

Em verdade, pretende-se imputar *error in iudicando* ao acórdão embargado, o que, porém, não é passível de exame em embargos de declaração, exigindo, ao contrário, interposição de recurso próprio dirigido à instância superior competente.

Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É o voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. BASE DE CÁLCULO. VALOR ADUANEIRO. SEGURO E FRETE INTERNACIONAL. VÍCIOS INEXISTENTES. ERROR IN JUDICANDO. REJEIÇÃO.

1. São manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto como objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

2. Assentou, com efeito, o acórdão embargado o entendimento de que para fixação da base de cálculo dos impostos de importação, devem ser observados os critérios fixados pelo Código Tributário Nacional (artigo 20, II), que possui *status* de lei complementar, em cotejo com os critérios internacionais de valoração aduaneira, fixados pelo Acordo de Valoração Aduaneira (AVA-GATT), devidamente aprovado pelo Congresso Nacional, e que também possui *status* de lei. Ressaltou, ainda, que se infere do texto do artigo 20, II, do Código Tributário Nacional, em especial da expressão utilizada pelo legislador "preço normal que o produto alcançaria em uma venda de condições de livre concorrência para entrega no porto ou lugar de entrada do produto no país", a inclusão, no valor aduaneiro, dos custos de entrega da mercadoria, no caso o frete internacional e o seguro.

3. Evidencia-se que restou fundamentado o desprovimento do agravo de instrumento e que as alegações de omissão revelam, na verdade, não vícios lógicos-formais do julgamento ou silêncio quanto a pontos essenciais da controvérsia, mas, ao contrário, irresignação ou inconformismo da embargante, por ter sido considerada devida a inclusão do valor das despesas de frete internacional e seguro na base de cálculo do Imposto de Importação nas operações efetuadas pela embargante.

4. De fato, a base de cálculo do imposto de importação foi considerada à luz do Código Tributário Nacional, recepcionado como lei complementar, nos termos do artigo 146, III, *a*, da Constituição Federal, e não do decreto como alegado, não tendo sido veiculada a fundamentação de que a base de cálculo pode ser alterada por tal instrumento executivo, conforme restou, de modo claro, assentado no acórdão sem qualquer omissão.

5. Em verdade, pretende-se imputar *error in iudicando* ao acórdão embargado, o que, porém, não é passível de exame em embargos de declaração, exigindo, ao contrário, interposição de recurso próprio dirigido à instância superior competente.

6. Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

7. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5004742-21.2019.4.03.6103

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, GERENTE DA AGENCIA DO INSS DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS SP

APELADO: PAULO CESAR DE OLIVEIRA

Advogados do(a) APELADO: LEONARDO AUGUSTO NOGUEIRA DE OLIVEIRA - SP293580-A, ANDRE LUIS DE PAULA - SP288135-A, ISABELA FARIA BORTHOLACE DA SILVA - SP392574-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5004742-21.2019.4.03.6103

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, GERENTE DA AGENCIA DO INSS DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS SP

APELADO: PAULO CESAR DE OLIVEIRA

Advogados do(a) APELADO: LEONARDO AUGUSTO NOGUEIRA DE OLIVEIRA - SP293580-A, ANDRE LUIS DE PAULA - SP288135-A, ISABELA FARIA BORTHOLACE DA SILVA - SP392574-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário e de recurso de apelação interposto pelo **Instituto Nacional do Seguro Social – INSS** contra a sentença que concedeu a ordem pleiteada no mandado de segurança impetrado por **Paulo Cesar de Oliveira**, para determinar à autoridade impetrada que, no prazo de 15 (quinze) dias, profira decisão a respeito do requerimento da parte impetrante.

Inconformado, o recorrente sustenta, em síntese, que o desrespeito à ordem cronológica na apreciação dos pedidos administrativos causa prejuízo aos demais segurados. Assevera, ainda, que a eficiência que todos almejam da Administração Pública encontra óbice na cláusula da reserva do possível. Aduz, por fim, que a imposição por parte do Poder Judiciário de medidas visando a compelir a Administração Pública à prática de atos que lhe são próprios configura ofensa ao princípio constitucional da separação dos poderes.

Sem contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

A d. Procuradoria Regional da República opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5004742-21.2019.4.03.6103

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, GERENTE DA AGENCIA DO INSS DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS SP

APELADO: PAULO CESAR DE OLIVEIRA

Advogados do(a) APELADO: LEONARDO AUGUSTO NOGUEIRA DE OLIVEIRA - SP293580-A, ANDRE LUIS DE PAULA - SP288135-A, ISABELA FARIA BORTHOLACE DA SILVA - SP392574-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

Trata-se de mandado de segurança impetrado com o fito de obter provimento jurisdicional que determine à autoridade coatora a imediata análise e conclusão do requerimento de aposentadoria por tempo de contribuição, protocolizado pelo impetrante em 19.02.2019.

Como é cediço, cabe à Administração Pública respeitar o princípio da razoável duração do processo, constante no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.

Nesse sentido, a Lei n. 9.784/1999 determina ao Poder Público o prazo de até 30 (trinta) dias, contados do momento em que concluída a instrução, para emitir decisão em processos administrativos de sua competência. *In verbis*:

"Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o *prazo* de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada".

Nesse contexto, é cabível a intervenção do Poder Judiciário como forma de concretização dos valores constitucionais, o que não ofende o princípio da separação dos poderes.

No caso em apreço, o requerimento de aposentadoria por tempo de contribuição foi apresentado em 19.02.2019 e até a data da impetração do *mandamus*, em 10.07.2019, ainda não existia qualquer perspectiva de decisão por parte da autoridade administrativa.

Com efeito, a falta de estrutura administrativa, seja ela material ou pessoal, não pode ser usada como argumento que justifique a demora da prestação de um serviço público, quando ultrapassado prazo consideravelmente razoável.

A respeito do tema, colhem-se os seguintes precedentes:

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO. ART. 5º, LXXVIII, DA CF. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSOS. TRASLADO DE PEÇAS. POSSIBILIDADE. CELERIDADE. ÔNUS DAS PARTES. ATUAÇÃO. RECURSO NÃO-CONHECIDO. 1. "A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" (art. 5º, LXXVIII, da CF). 2. Devem as partes colaborar no andamento do processo como o escopo de se chegar a um provimento jurisdicional final em tempo moderado. 3. Recurso não-conhecido". ..EMEN:(RESP 200701513930, ARNALDO ESTEVES LIMA, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:01/02/2010 ..DTPB:.)

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ANÁLISE DE PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. *PRAZO*. LEI Nº 9.784/99. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. 1 - **Os artigos 48 e 49 da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estipulam o prazo de até 30 (trinta) dias, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada, para Administração explicitamente emitir decisão nos processos administrativos.** 2 - A Administração Pública deve examinar e decidir os requerimentos que lhe sejam submetidos à apreciação, no *prazo* legal, sob pena de violação aos princípios da eficiência e da razoável duração do processo, conforme preceituam as Leis ns. 9.784/99 e 11.457/07, bem como os artigos 5º, inciso LXXVIII e 37, caput, da Constituição da República, que a todos assegura o direito à celeridade na tramitação dos procedimentos administrativos. 3 - Remessa oficial não provida". (REO 00097112820094036100, DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial I DATA:12/12/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.) (grifei)

"PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. APELAÇÃO EM *MANDADO DE SEGURANÇA*. MOROSIDADE ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. [...] II - De acordo com os documentos juntados aos autos demonstram, de plano a delonga da Administração na verificação do preenchimento das exigências legais para o deferimento do pleito. Portanto, não há qualquer justificação plausível por parte da autoridade para a demora na análise do processo administrativo, em ofensa aos princípios constitucionais e administrativos da moralidade, eficiência, continuidade do serviço público e razoabilidade. III - Agravo legal não provido". (AMS 00218437820134036100, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial I DATA:04/12/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

"DIREITO DE PETIÇÃO. OBTENÇÃO DE RESPOSTA. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ILEGALIDADE. 1. Assiste direito líquido e certo à impetrante, de receber uma resposta da Administração Pública, acerca do requerimento formulado. 2. Todas as pessoas, físicas e jurídicas, têm assegurado o direito de invocar o Poder Público, a fim de receber uma resposta acerca de uma determinada questão ou situação considerada abusiva ou contrária ao direito. 3. Cuida-se do direito de petição (art. 5º, XXXIV, "a", da CF), no qual se encontra, implícito, o direito de receber a respectiva resposta, dentro de *prazo* razoável (Princípio da Eficiência da Administração Pública - art. 37, caput, da CF). 4. Protocolado o pleito de restituição em 17/02/05 (cf. fls. 29), sem que o mesmo houvesse sido analisado até a data do ajuizamento deste *mandado de segurança* (em 06/07/05), resta configurada a omissão ilegal por parte da autoridade administrativa. 5. **Ao tratar do dever de decidir, a Lei 9784/99, reguladora do processo administrativo no âmbito federal, fixa o prazo de 30 dias para tanto.** 6. Correta a sentença ao fixar o *prazo* de 15 dias para conclusão do processo administrativo. 7. Apelação e remessa oficial improvidas". (AMS - APELAÇÃO CÍVEL – 279903. TRF3. e-DJF3 Judicial I DATA:02/09/2011 PÁGINA: 1229. 24/08/2011. JUIZ CONVOCADO LEONEL FERREIRA) (grifei)

Por derradeiro, manifestamente descabida a menção à teoria da reserva do possível em demanda cujo objeto se restringe à apresentação de resposta pela Administração a requerimento apresentado por segurado da Previdência Social.

A.r. sentença, portanto, deve ser mantida tal como lançada.

Diante do exposto, **NEGO PROVIMENTO** à apelação e à remessa necessária.

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. PRAZO. LEI Nº 9.784/99. 30 DIAS. APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDAS.

1. Cabe à administração pública respeitar o princípio da razoável duração do processo, constante no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.
2. A Lei n. 9.784/1999 determina à Administração Pública o prazo de até 30 (trinta) dias, contados do momento em que concluída a instrução, para emitir decisão em processos administrativos de sua competência.
3. A falta de estrutura administrativa, seja ela material ou pessoal, não pode ser usada como argumento que justifique a demora da prestação de um serviço público, quando ultrapassado prazo consideravelmente razoável.
4. Apelação e remessa necessária desprovidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO à apelação e à remessa necessária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0000276-95.2017.4.03.6117

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: ASSOCIACAO HOSPITALAR BENEFICENTE DO BRASIL

Advogado do(a) APELANTE: WALTER JOSE MARTINS GALENTI - SP173827-A

APELADO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP, MUNICIPIO DE ITAPUI, UNIAO FEDERAL

Advogado do(a) APELADO: MARIANA YUMI DINIZ - SP333487-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0000276-95.2017.4.03.6117
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: ASSOCIACAO HOSPITALAR BENEFICENTE DO BRASIL
Advogado do(a) APELANTE: WALTER JOSE MARTINS GALENTI - SP173827-A
APELADO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP, MUNICIPIO DE ITAPUI, UNIAO FEDERAL
Advogado do(a) APELADO: MARIANA YUMI DINIZ - SP333487-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal, com pedido liminar, em face do Município de Itapuí e da Associação Hospitalar Beneficente do Brasil - AHBB, alegando a existência de risco de colapso na prestação do serviço de saúde no município, em razão do término da vigência do convênio n.º 15/2016, celebrado para prestação de serviços hospitalares pela AHBB.

Requer o “*parquet*” que o Município de Itapuí prorogue a vigência do convênio n.º 15/2016 e que a Associação Hospitalar Beneficente do Brasil - AHBB mantenha a prestação dos serviços, bem como que apresente à Prefeitura de Itapuí a documentação que comprove todas as despesas, com a prestação de conta anual relativa ao ano de 2016, no prazo de 10 (dez) dias, e a prestação de contas relativa ao exercício de 2017, até o dia 31 do mês subsequente.

Manifestação do Município de Itapuí (ID 91869767) e da Associação Hospitalar Beneficente do Brasil - AHBB (ID 91869768).

O juízo “*a quo*” concedeu a tutela provisória de urgência (ID 91869767) e determinou que a Associação Hospitalar Beneficente do Brasil exhibisse nos autos as contas dos meses de janeiro e de fevereiro do ano de 2017 e as contas de todo o exercício financeiro de 2016, sob pena de multa de R\$ 300,00 (trezentos reais).

Posteriormente, o MM. Juiz “*a quo*” afirmou que havia indícios de que a Associação Hospitalar Beneficente do Brasil não estava considerando a eficácia da decisão judicial (ID 91869768) e, por isso, elevou o valor da multa de R\$300,00 (trezentos reais) para R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), por dia de atraso no cumprimento de cada uma das determinações judiciais.

Após, o magistrado alegou que a Associação Hospitalar Beneficente do Brasil manteve-se inerte em relação ao cumprimento das medidas determinadas pelo juízo (ID 91872908), sobretudo quanto ao cumprimento de sua parte para a viabilização do acordo celebrado na audiência de conciliação, realizada em 15/03/2017, e majorou a multa diária para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Ademais, o juízo “*a quo*” condenou a Associação Hospitalar Beneficente do Brasil ao pagamento de multa em 4% (quatro por cento) do valor da causa (ID 91872909), por litigância de má-fé, em razão da acentuada displicência e do retardamento no cumprimento das medidas judiciais.

A r. sentença (ID 91869759) julgou procedente os pedidos para condenar os réus às obrigações de fazer consistentes na continuidade do serviço público de saúde, bem como na apresentação, ao Ministério Público, da documentação acerca das despesas havidas com a prestação do serviço de saúde no hospital de Itapuí, relativas a todo o exercício financeiro de 2016 e ao período de janeiro a junho de 2017.

O juízo “*a quo*” ratificou a imposição das multas processuais contra a ré AHBB, destinando o montante à conta bancária específica e exclusiva em favor da Prefeitura de Itapuí, sendo sua utilização vinculada de forma integral e direta à melhoria das condições do hospital local, apenas para a aquisição de medicamentos e de equipamentos médicos importantes ao serviço de saúde da população.

A Associação Hospitalar Beneficente do Brasil ofereceu recurso de apelação (ID 91869759), requerendo os benefícios da justiça gratuita e a reforma da r. sentença, para afastar as multas aplicadas por litigância de má-fé e por morosidade no cumprimento das obrigações de fazer.

O Ministério Público Federal ofereceu parecer (ID 58738383) e opinou pelo desprovimento do recurso de apelação, a fim de manter as multas aplicadas pelo juízo “*a quo*”.

Com contrarrazões, os autos subiram a esta E. Corte.

É o breve relatório.

Passo a decidir.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) N° 0000276-95.2017.4.03.6117
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: ASSOCIACAO HOSPITALAR BENEFICENTE DO BRASIL
Advogado do(a) APELANTE: WALTER JOSE MARTINS GALENTI - SP173827-A
APELADO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP, MUNICIPIO DE ITAPUI, UNIAO FEDERAL
Advogado do(a) APELADO: MARIANA YUMI DINIZ - SP333487-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto pela Associação Hospitalar Beneficente do Brasil – AHBB, requerendo o recebimento do recurso no duplo efeito, a concessão dos benefícios da justiça gratuita e a reforma da r. sentença, no tocante às multas aplicadas por litigância de má-fé e por morosidade no cumprimento das obrigações de fazer.

O artigo 14 da Lei n.º 7.47/1985, que disciplina a ação civil pública, determina que *"o juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte."*

No caso em comento, não se constata a presença do requisito do perigo de dano de difícil ou incerta reparação e, por conseguinte, impõe-se o recebimento do recurso de apelação somente no efeito devolutivo.

1. DA PRELIMINAR DE JUSTIÇA GRATUITA

A ora apelante Associação Hospitalar Beneficente do Brasil - AHBB requer, preliminarmente, os benefícios da justiça gratuita, consoante o artigo 5º, inciso LXXIV, da Carta Maior e o artigo 51 da Lei n.º 10.741/03.

Todavia, a r. sentença não condenou a parte ré em custas e despesas processuais, nos termos do artigo 4º, inciso III, da Lei n.º 9.289/1996, nem em honorários advocatícios, por simetria ao artigo 128, § 5º, inciso II, alínea 'a', da Constituição da República e do artigo 18 da Lei n.º 7.347/1985.

Constata-se que não há interesse de agir no pedido dos benefícios de justiça gratuita, devendo o pedido preliminar ser julgado prejudicado.

2. DO MÉRITO

A Associação Hospitalar Beneficente do Brasil – AHBB alega que as multas impostas pelo juízo “a quo”, em desfavor da apelante, ultrapassaram os limites da razoabilidade e que eventual atraso no cumprimento das obrigações de fazer não acarretou qualquer prejuízo ao hospital ou prestação dos serviços de saúde.

Após análise dos autos, observa-se que o juízo “a quo” concedeu a tutela provisória de urgência para que a Associação Hospitalar Beneficente do Brasil cumprisse as seguintes obrigações:

10 Apresentação liminar de documentos. Impõe-se a presta sindicância, ainda que superficial, da higidez da destinação já havida das verbas públicas em referência, inclusive como meio a instruir eventual composição do litígio. Assim, com fundamento no artigo 300 do CPC e no teor do item 7 acima, desde já concedo a tutela provisória de urgência para o fim específico de determinar que a ré Associação Hospitalar Beneficente do Brasil exiba nos autos, até o ato da audiência, as contas relativas aos meses de janeiro e de fevereiro deste ano de 2017 e as relativas a todo o exercício financeiro de 2016.

11 Continuidade do serviço público hospitalar. Igualmente com fundamento no artigo 300 do CPC e no teor do item 7 acima desde já concedo a tutela provisória de urgência para o fim específico de determinar que a ré Associação Hospitalar Beneficente do Brasil, até novo pronunciamento deste Juízo a ocorrer a partir da realização da audiência acima designada: (11.1) mantenha a prestação dos serviços hospitalares, objeto do convênio (b.1.1 do item 4 acima); (11.2) abstenha-se de fechar ou de impedir o acesso de presentante do Município ao imóvel ou ao local onde funciona o serviço de pronto atendimento hospitalar (item b.4 do item 4 acima); (11.3) abstenha-se de utilizar os recursos repassados do Município em despesas que não aquelas específicas do convênio, privando-se inclusive de utilizá-los no pagamento de alugueres do(s) imóvel(is) cometido(s) à prestação do serviço em referência (b.5, acima).

Nesse panorama, o juízo “a quo” determinou que a Associação Hospitalar Beneficente do Brasil exibisse nos autos as contas dos meses de janeiro e de fevereiro do ano de 2017 e as contas de todo o exercício financeiro de 2016, sob pena de multa de R\$ 300,00 (trezentos reais):

Descumprimento das obrigações de fazer constantes do itens 10 e 11, acima - artigo 11 da Lei n.º 7.347/1985 e artigos 500, 536, § 1.º, e 537, do CPC: comino à ré Associação a multa de R\$300,00 (trezentos reais) por dia de mora no cumprimento das determinações. Ambas as multas referidas, caso eventualmente aplicadas, deverão ser inscritas em dívida ativa e deverão ser cobradas regressiva e pessoalmente dos representantes omissos no cumprimento das determinações. A destinação dos valores das multas, caso aplicadas, será objeto de futura análise deste Juízo. (Destacamos)

Todavia, o Município de Itapuí informou que a Associação Hospitalar Beneficente do Brasil não cumpriu devidamente a liminar judicial e a apresentação de contas estava em desconformidade com os termos das instruções normativas do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e da Lei Municipal n.º 2.529.

Nesse prisma, o juízo “a quo” afirmou que havia indícios de que a Associação Hospitalar Beneficente do Brasil não estava considerando a eficácia da decisão judicial e, por isso, elevou o valor da multa de R\$300,00 (trezentos reais) para R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), por dia de atraso no cumprimento de cada uma das determinações judiciais:

Há indício ainda que unilateralmente apresentado nos autos (f. 117), de que a corré Associação está a declinar pouca deferência à eficácia da decisão judicial de ff. 2429. Assim, com espeque no permissivo do artigo 537 do Código de Processo Civil, elevo o valor da multa cominada no item (12.2) de f. 28, de R\$300,00 (trezentos reais) para R\$1.500,00 (um mil e quinhentos reais) por dia de atraso no cumprimento de cada uma das determinações judiciais constantes da decisão de ff. 24-29. O valor em questão, se aplicado, deverá ser inscrito em dívida ativa e cobrado diretamente do patrimônio pessoal de cada um dos agentes responsáveis pelo descumprimento das determinações. Não bastasse, eventual desobediência, conforme memorado pelo “Parquet” Federal (f. 130), ficará sujeita à persecução penal correspondente. (Destacamos)

Após a realização da audiência de conciliação, em 15/03/2017, foi determinada a abertura de conta bancária, pela Associação Hospitalar Beneficente do Brasil, no Banco do Brasil, para recebimento dos repasses oriundos do convênio com o Município de Itapuí.

O Banco do Brasil informou ao juízo “*a quo*” que havia pendência na documentação para a abertura da conta bancária e solicitou à Associação Hospitalar Beneficente do Brasil, em 30/03/2017, a apresentação do documento da ata de constituição/fundação da filial. Porém, até a data de 05/04/2017, a AHBB não havia apresentado o documento pendente.

Acerca do tema, o Ministério Público Federal sustentou que (ID 91872908):

Por esse panorama já se vê que malgrado a AHBB tenha alegado, por meio de petição protocolizada na data de 03/04/2017, que teria tomado todas as providências atinentes à abertura de conta para o recebimento dos repasses (fis. 350/352), as medidas adotadas a essa finalidade, por tal entidade, se revelaram, ao menos até o momento, insuficientes, a despeito da situação de urgência que o presente caso demanda.

(...)

Diante do exposto, e dada a necessidade em se buscar, enquanto não solucionada a questão pendente pela AHBB, resultado prático equivalente, requerem:

(...)

3. a intimação, com urgência, da AHBB para que, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, entregue a ata de constituição/fundação da filial no Banco do Brasil, documento exigido pelo Banco e de simples disposição, sob pena de elevação da multa diária ao patamar de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais);(Destacamos)

O magistrado alegou que a ABHH manteve-se inerte em relação ao cumprimento das medidas determinadas pelo juízo (ID 91872908), sobretudo quanto ao cumprimento de sua parte para a viabilização do acordo celebrado na audiência de conciliação, realizada em 15/03/2017, e majorou a multa diária para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais):

Assim, sem prejuízo do exame dos demais pedidos formulados pelos autores em outro momento, intime-se a requerida AHBB, com urgência, para que comprove, até às 15 horas do dia 10/04/2017 (horário de encerramento bancário), que apresentou ao Banco do Brasil os documentos exigidos para a abertura da conta, bem como sanou quaisquer pendências que impedem a abertura da conta.

Majoro a multa por descumprimento para R\$ 5 mil por dia, a iniciar às 15h01 do próximo dia útil. Anoto que a multa será exigida de forma solidária da ré e de seus dirigentes, ficando desde logo autorizada a inscrição do débito dívida ativa, caso a destinatária da intimação deixe de cumprir a determinação ora fixada. (Destacamos)

Ademais, o Ministério Público Federal solicitou que a AHBB apresentasse as informações documentais dos valores das remunerações em atraso, dos empregados vinculados à execução do convênio, e de todos os encargos trabalhistas, tributários e previdenciários, permitindo o pagamento diretamente pelo Município de Itapuí, em substituição da Associação Hospitalar Beneficente do Brasil.

A esse respeito, o juízo “*a quo*” determinou que:

Intime-se a AHBB para que traga aos autos, em duas vias de igual teor, impreterivelmente até as 13:00 horas do dia 17/04/2017, isto é, próximo dia de expediente forense, informações documentais claras e organizadas do valor da remuneração em atraso de cada um dos empregados vinculados à execução do convênio e de todos os encargos trabalhistas, tributários e previdenciários correspondentes ao ato de pagamento salarial. Com fundamento no artigo 537 do Código de Processo Civil, comino multa de R\$1.500,00 (um mil e quinhentos reais) por dia de atraso no cumprimento da presente determinação exigida solidariamente do patrimônio da AHBB e do de seus representantes responsáveis por dar cumprimento à determinação. (Destacamos)

O Ministério Público Federal requereu ainda a apresentação, por parte da AHBB, de plano de trabalho pormenorizado, contendo “as especificidades de sua atuação futura no desencargo do convênio cuja vigência foi prorrogada”, conforme o acordo na audiência de conciliação realizada em 15/03/2017, considerando o decurso do prazo estabelecido para tal providência (30 dias corridos contados da audiência).

Tendo em vista que a Associação Hospitalar Beneficente do Brasil não cumpriu com as determinações do juízo “a quo” para apresentar o plano de trabalho relativo à atuação futura no cumprimento do convênio prorrogado e de juntar as prestações das contas devidas, o magistrado determinou a multa diária de R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

Chega-se à conclusão de que o juízo “a quo” fundamentou cada multa para compelir a Associação Hospitalar Beneficente do Brasil a cumprir as obrigações de fazer, como apresentação dos documentos devidos e das prestações de contas, sendo injustificável a morosidade da apelante no cumprimento das medidas judiciais.

Noutro dizer, o juízo “a quo” condenou a Associação Hospitalar Beneficente do Brasil ao pagamento de multa em 4% (quatro por cento) do valor da causa, por litigância de má-fé, conforme os comportamentos sancionáveis previstos no artigo 80, incisos II, IV e V, do Código de Processo Civil.

Salientou o magistrado que, desde 06/03/2017, além de todo o lapso decorrido anteriormente ao ajuizamento da demanda, a AHBB “vem de protelar a adoção de solução material ao impasse que envolve a regularização da prestação de serviço público de saúde e a necessária prestação de contas das verbas públicas”.

Cumpra transcrever a fundamentação do juízo “a quo” para condenar a Associação Hospitalar Beneficente do Brasil por litigância de má-fé:

Suas manifestações (ff. 137-142, 350, 412-414) são vagas e instruídas com documentos que já constam dos autos (v.g. f. 60 versus f. 145 versus f. 429, dentre outros), demais de veicularem tão-somente informações imprecisas e desencontradas. Exemplos desse atuar, dentre outras posturas processuais reprováveis, são: (a) sua recalcitrância em adotar medida pontual e efetiva de abertura de conta -corrente nova e sob o CNPJ de sua filial em Itapuí/SP junto ao Banco do Brasil, para movimentação da verba pública a lhe ser repassada para a continuidade da execução do serviço público de saúde, (b) sua mendaz afirmação nos autos de que já teria apresentado todos os documentos à abertura da conta corrente (f. 350v. f. 371, conforme já registrado às ff. 375-376), (c) sua admissão documental (ff. 424-427) de que sua filial de Itapuí já se encontra formalmente criada desde 2016, razão pela qual um mero encaminhamento seu, ao Banco do Brasil, já se mostrava aparentemente suficiente para que prontamente tivesse superado o empecilho (f. 371) à abertura da imprescindível conta-corrente e (d) sua última informação (ff. 412-414) de “resolução” da questão bancária, mediante apresentação a este Juízo de dados bancários (f. 414) aparentemente impertinentes, pois de conta -corrente vinculada à filial sita em Lins, CNPJ n.º 45.349.461/0002-93 (f. 319), não à filial de Itapuí, cujo CNPJ é o de n.º 45.349.461/0008-89 (f. 320).

As circunstâncias acima, além de todo o comportamento omissivo processual da corré Associação Hospitalar Beneficente do Brasil - AHBB, nitidamente expressam o tumulto processual a que ela vem dando causa. Com sua inação, a um só tempo descumpra deveres processuais de diligência e de boa-fé, viola ordem judicial e compromisso convencional assumido e ainda provoca a necessária e sempre urgente atuação tópica de todos os demais atores deste feito (do Ministério Público, Federal e Estadual, do Município e deste Juízo). Com isso, faz movimentar custosa estrutura pública, cuja atuação seria desnecessária caso a corré prestamente desse pleno cumprimento a seus deveres processuais e às decisões judiciais já prolatadas nos autos. (Destacamos)

Nesse panorama, a apelante requer a reforma da r. sentença para afastar a multa por litigância de má-fé, argumentando a impossibilidade de aplicação, pela mesma conduta, de multa por litigância de má-fé e de outras multas aplicadas pelo juízo “a quo”.

Sobreleva consignar, no entanto, que as multas por descumprimento das obrigações de fazer foram fixadas para compelir o cumprimento das medidas judiciais pela Associação Hospitalar Beneficente do Brasil, diferentemente da multa por litigância de má-fé.

Analisando os documentos presentes nos autos, verifica-se que a Associação Hospitalar Beneficente do Brasil descumpriu reiteradamente as obrigações de fazer determinadas pelo juízo “a quo” no trâmite da demanda.

Por outro lado, a condenação em litigância de má-fé tem por escopo punir o sujeito que, desrespeitando o dever de cooperação entre as partes (art. 6º do CPC) em uma ação judicial, propositalmente altera a verdade dos fatos, opõe resistência injustificada ao andamento do processo, provoca incidente manifestamente infundado, entre outros.

No caso em tela, justifica-se a condenação por litigância de má-fé da Associação Hospitalar Beneficente do Brasil, em virtude da resistência injustificada ao andamento do processo, por exemplo na demora na apresentação do documento de ata de constituição para a abertura da conta no Banco do Brasil, bem como pelos prejuízos causados pela omissão da AHBB à população do Município de Itapuí e aos funcionários da entidade.

Inclusive, consoante petição do sindicato dos empregados em estabelecimentos de serviços de saúde de Jaú e região (ID 91869424), observa-se que a Associação Hospitalar Beneficente do Brasil deixou de realizar os pagamentos dos funcionários que trabalhavam no hospital da cidade de Itapuí, referentes aos meses de janeiro, fevereiro e março de 2017.

Cabe destacar ainda que a Associação Hospitalar Beneficente do Brasil alegou que a demora na abertura da conta bancária decorria unicamente da burocracia por parte da agência do Banco do Brasil (ID 91872908).

Entretanto, o Banco do Brasil informou que solicitou à Associação Hospitalar Beneficente do Brasil, em 30/03/2017, a apresentação do documento da ata de constituição/fundação da filial para a abertura da conta bancária e, até a data de 05/04/2017, a AHBB não havia apresentado o documento pendente.

Nesse sentido, o Município de Itapuí salientou que (ID 91872908):

O motivo da morosidade no cumprimento da obrigação inadiável e urgente na abertura da conta corrente para recebimento de recursos SUS é completamente descabido e não prospera, visto que demorou mais de 10 (dez) dias após a homologação do acordo para requerer o procedimento ao Banco do Brasil e há mais de 07 (sete) dias mesmo notificado pela instituição, não apresenta a pendência para finalização do procedimento.

Registra-se perplexidade, diante das atitudes da empresa, especialmente no tocante a manifestação de fls., que transferiu ao Banco do Brasil a responsabilidade pela demora na abertura da Conta Corrente, o que se fez de forma inverídica, visto a justificativa apresentada pela Instituição Financeira. Ex^a, a empresa mais uma vez dá causa ao retardamento da normalização dos serviços e a quitação de salários de seus funcionários. (Destacamos)

Por fim, ressalta-se que a r. sentença determinou que o valor total arrecadado pela condenação da apelante deve ser executado e depositado em conta bancária, em favor da Prefeitura de Itapuí, sendo sua utilização vinculada de forma integral e direta à melhoria das condições do hospital local, para a aquisição de medicamentos e de equipamentos médicos específicos e importantes à assistência à saúde da população.

Transcrevo, por pertinente, a r. sentença:

Nesse contexto, o valor total a ser arrecadado a título de imposição das multas dirigidas à AHBB deverá servir melhoria do serviço médico hospitalar do Município de Itapuí, sempre com mirrada na efetividade do direito humano fundamental do direito à assistência à saúde.

Dessa maneira, o montante em referência deverá ser executado e depositado em conta bancária específica e exclusiva a ser criada em favor da Prefeitura de Itapuí. Sua utilização restará vinculada de forma integral e direta à melhoria das condições do hospital local e servirá apenas para a aquisição de medicamentos e de equipamentos médicos específicos e importantes à assistência à saúde da população. Fica vedada, portanto, a destinação da verba em questão para custeio de pessoal ou de prestadores ou outras despesas que não aquelas acima autorizadas, de modo a garantir a vinculação direta e de modo a viabilizar a fiscalização dos Órgãos de controle, especialmente do Ministério Público. (Destacamos)

3. DO DISPOSITIVO

Ante todo o exposto, julgo prejudicado o pedido dos benefícios da justiça gratuita e nego provimento ao recurso de apelação da Associação Hospitalar Beneficente do Brasil – AHBB.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EFEITO DEVOLUTIVO. CONVÊNIO ADMINISTRATIVO. PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE SAÚDE. BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA. PEDIDO PREJUDICADO. MOROSIDADE NO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER. MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. CABIMENTO. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.

1. Trata-se de recurso de apelação interposto pela Associação Hospitalar Beneficente do Brasil – AHBB, requerendo o recebimento do recurso no duplo efeito, a concessão dos benefícios da justiça gratuita e a reforma da r. sentença, no tocante às multas aplicadas por litigância de má-fé e por morosidade no cumprimento das obrigações de fazer.
2. O artigo 14 da Lei n.º 7.47/1985, que disciplina a ação civil pública, determina que *"o juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte."* No caso em comento, não se constata a presença do requisito do perigo de dano de difícil ou incerta reparação e, por conseguinte, impõe-se o recebimento do recurso de apelação somente no efeito devolutivo.
3. A apelante requer, preliminarmente, os benefícios da justiça gratuita, consoante o artigo 5º, inciso LXXIV, da Carta Maior e o artigo 51 da Lei n.º 10.741/03.
4. Todavia, a r. sentença não condenou a parte ré em custas e despesas processuais, nos termos do artigo 4º, inciso III, da Lei n.º 9.289/1996, nem em honorários advocatícios, por simetria ao artigo 128, § 5º, inciso II, alínea 'a', da Constituição da República e do artigo 18 da Lei n.º 7.347/1985.
5. Constata-se que não há interesse de agir no pedido dos benefícios de justiça gratuita, devendo o pedido preliminar ser julgado prejudicado.
6. A Associação Hospitalar Beneficente do Brasil – AHBB alega que as multas impostas pelo juízo *"a quo"*, em desfavor da apelante, ultrapassaram os limites da razoabilidade e que eventual atraso no cumprimento das obrigações de fazer não acarretou qualquer prejuízo ao hospital ou prestação dos serviços de saúde.
7. Após análise dos autos, chega-se à conclusão de que o juízo *"a quo"* fundamentou cada multa para compelir a Associação Hospitalar Beneficente do Brasil a cumprir as obrigações de fazer, como apresentação dos documentos devidos e das prestações de contas, sendo injustificável a morosidade da apelante no cumprimento das medidas judiciais.
8. O Município de Itapuí alegou que a Associação Hospitalar Beneficente do Brasil não cumpriu devidamente a liminar judicial e a apresentação de contas estava em desconformidade com os termos das instruções normativas do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e da Lei Municipal n.º 2.529.
9. O juízo *"a quo"* afirmou que havia indícios de que a Associação Hospitalar Beneficente do Brasil não estava considerando a eficácia da decisão judicial e, por isso, elevou o valor da multa de R\$300,00 (trezentos reais) para R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), por dia de atraso no cumprimento de cada uma das determinações judiciais.
10. Posteriormente, destacou o magistrado que a ABHH manteve-se inerte em relação ao cumprimento das medidas determinadas pelo juízo, sobretudo quanto ao cumprimento de sua parte para a viabilização do acordo celebrado na audiência de conciliação, realizada em 15/03/2017, e majorou a multa diária para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

11. Noutro dizer, o juízo “*a quo*” condenou a Associação Hospitalar Beneficente do Brasil ao pagamento de multa em 4% (quatro por cento) do valor da causa, por litigância de má-fé, conforme os comportamentos sancionáveis previstos no artigo 80, incisos II, IV e V, do Código de Processo Civil.
12. Salientou o magistrado que, desde 06/03/2017, além de todo o lapso decorrido anteriormente ao ajuizamento da demanda, a AHBB “*vem de protelar a adoção de solução material ao impasse que envolve a regularização da prestação de serviço público de saúde e a necessária prestação de contas das verbas públicas*”.
13. Analisando os documentos presentes nos autos, verifica-se que a Associação Hospitalar Beneficente do Brasil descumpriu reiteradamente as obrigações de fazer determinadas pelo juízo “*a quo*” no trâmite da demanda.
14. A condenação em litigância de má-fé tem por escopo punir o sujeito que, desrespeitando o dever de cooperação entre as partes em uma ação judicial, propositalmente altera a verdade dos fatos, opõe resistência injustificada ao andamento do processo, provoca incidente manifestamente infundado, entre outros.
15. Justifica-se a condenação por litigância de má-fé da Associação Hospitalar Beneficente do Brasil, em virtude da resistência injustificada ao andamento do processo e pelos prejuízos causados pela omissão da AHBB à população do Município de Itapuí e aos funcionários da entidade.
16. Argumentou a Associação Hospitalar Beneficente do Brasil que a demora na abertura da conta bancária decorria unicamente da burocracia por parte da agência do Banco do Brasil. Entretanto, o Banco do Brasil informou que solicitou à AHBB, em 30/03/2017, a apresentação do documento da ata de constituição/fundação da filial para a abertura da conta bancária e, até a data de 05/04/2017, a AHBB não havia apresentado o documento pendente.
17. Cabe mencionar que a Associação Hospitalar Beneficente do Brasil deixou de realizar os pagamentos dos funcionários que trabalhavam no hospital da cidade de Itapuí, referentes aos meses de janeiro, fevereiro e março de 2017, consoante petição do sindicato dos empregados em estabelecimentos de serviços de saúde de Jaú e região.
18. Ressalta-se que a r. sentença determinou que o valor total arrecadado pela condenação da apelante deve ser executado e depositado em conta bancária, em favor da Prefeitura de Itapuí, sendo sua utilização vinculada de forma integral e direta à melhoria das condições do hospital local, para a aquisição de medicamentos e de equipamentos médicos específicos e importantes à assistência à saúde da população.
19. Ante todo o exposto, julgo prejudicado o pedido preliminar dos benefícios da justiça gratuita e nego provimento ao recurso de apelação da Associação Hospitalar Beneficente do Brasil – AHBB.
20. Pedido preliminar de justiça gratuita prejudicado. Recurso de apelação desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, julgou prejudicado o pedido dos benefícios da justiça gratuita e negou provimento ao recurso de apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001212-06.2019.4.03.6104

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: N&N COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA., N&N COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: BRAULIO DA SILVA FILHO - SP74499-A

Advogado do(a) APELANTE: BRAULIO DA SILVA FILHO - SP74499-A

Advogado do(a) APELANTE: BRAULIO DA SILVA FILHO - SP74499-A

Advogado do(a) APELANTE: BRAULIO DA SILVA FILHO - SP74499-A

Advogado do(a) APELANTE: BRAULIO DA SILVA FILHO - SP74499-A

Advogado do(a) APELANTE: BRAULIO DA SILVA FILHO - SP74499-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001212-06.2019.4.03.6104

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: N&N COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA., N&N COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: BRAULIO DA SILVA FILHO - SP74499-A

Advogado do(a) APELANTE: BRAULIO DA SILVA FILHO - SP74499-A

Advogado do(a) APELANTE: BRAULIO DA SILVA FILHO - SP74499-A

Advogado do(a) APELANTE: BRAULIO DA SILVA FILHO - SP74499-A

Advogado do(a) APELANTE: BRAULIO DA SILVA FILHO - SP74499-A

Advogado do(a) APELANTE: BRAULIO DA SILVA FILHO - SP74499-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração contra acórdão assimementado:

TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DOS PRÓPRIOS TRIBUTOS. IMPOSSIBILIDADE. RE Nº 574.706. EXTENSÃO DOS EFEITOS. INVIABILIDADE.

1. O Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, já firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS", conforme RE nº 574.706.

2. O precedente estabelecido pelo colendo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706 não pode ser estendido às demais exações incidentes sobre a receita bruta, uma vez que se trata de tributos distintos.

3. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela constitucionalidade da sistemática de apuração do ICMS denominada cálculo por dentro, de modo que, em razão da similitude das controvérsias, não se mostra plausível a viabilidade da exclusão das aludidas contribuições de suas próprias bases de cálculo.

4. Apelação desprovida.

Alegou-se, inclusive para fins de pré-questionamento, omissão, pois não considerado o conceito de faturamento e receita bruta (artigos 195, I, "b", CF; 110, CTN; e 12, §5º, do Decreto-Lei 1.598/77) com a aplicação do RE 574.706; aduzindo que houve obscuridade, ao ser invocado o precedente do "cálculo por dentro", pois, em tal caso, a validade foi reconhecida por ter sistemática exclusiva e autorização constitucional (artigos 155, §2º, I, II e XII, CF; e 2º, §7º, do Decreto-Lei 406/68; e 13, §1º, I, da Lei Complementar 87/96) e ainda porque o valor da operação, enquanto base de cálculo do ICMS, justificava tal inclusão.

Houve impugnação.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001212-06.2019.4.03.6104

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: N&N COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA., N&N COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: BRAULIO DA SILVA FILHO - SP74499-A

Advogado do(a) APELANTE: BRAULIO DA SILVA FILHO - SP74499-A

Advogado do(a) APELANTE: BRAULIO DA SILVA FILHO - SP74499-A

Advogado do(a) APELANTE: BRAULIO DA SILVA FILHO - SP74499-A

Advogado do(a) APELANTE: BRAULIO DA SILVA FILHO - SP74499-A

Advogado do(a) APELANTE: BRAULIO DA SILVA FILHO - SP74499-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, são manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

As alegações não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.

Cabe, de qualquer forma, registrar que o acórdão embargado motivou e distinguiu as situações tratadas, sem ampliar a interpretação dada pela Suprema Corte ao caso do ICMS, dentro da ótica de que o “*cálculo por dentro*” configura técnica de tributação válida, vez que inexistente vedação constitucional, salvo o disposto no artigo 155, § 2º, XI, no tocante à inclusão do IPI na base de cálculo do próprio ICMS e, ainda assim, somente “*quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configure fato gerador dos dois impostos*”.

Evidencia-se, pois, que a invalidação do “*cálculo por dentro*” por contraste com a matriz constitucional de incidência tributária depende de análise de cada espécie ou tributo, não se aproveitando, por extensão obrigatória e vinculante, o que decidido quanto ao ICMS para autorizar a exclusão do PIS/COFINS, ainda que em referência às mesmas bases de cálculo. Não existe, assim, presunção de inconstitucionalidade da técnica da tributação pelo “*cálculo por dentro*”, pois é exatamente o contrário o que se extrai da consolidada jurisprudência da Suprema Corte.

Neste sentido, no *leading case*, que validou a inclusão do ICMS na respectiva base de cálculo (RE 582.461, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJU 18/08/2011), a Suprema Corte expressou, precisamente, o alcance da técnica do “*cálculo por dentro*” no sistema constitucional tributário, recordando a lição do grande tributarista da Corte, Ministro ILMAR GALVÃO, para quem, à exceção do disposto no artigo 155, § 2º, XI, “*Não há norma constitucional ou legal que vede a presença, na formação da base de cálculo de qualquer imposto, de parcela resultante do mesmo ou de outro tributo*”.

Esta interpretação, presente no julgamento que reconheceu constitucional a técnica do “*cálculo por dentro*” do ICMS, direciona ao entendimento de que não se pode ampliar, como se pretende, o precedente do RE 574.706 para a exclusão do próprio PIS/COFINS na apuração das respectivas bases de cálculo.

No âmbito da interpretação do direito federal, no julgamento do RESP 1.144.469, Rel. p/ acórdão Min. CAMPBELL MARQUES, decidiu a Corte Superior que:

"RECURSO ESPECIAL DO PARTICULAR: TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. PIS/PASEP E COFINS. BASE DE CÁLCULO. RECEITA OU FATURAMENTO. INCLUSÃO DO ICMS. 1. A Constituição Federal de 1988 somente veda expressamente a inclusão de um imposto na base de cálculo de um outro no art. 155, §2º, XI, ao tratar do ICMS, quando estabelece que este tributo: "XI - não compreenderá, em sua base de cálculo, o montante do imposto sobre produtos industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configure fato gerador dos dois impostos". 2. A contrario sensu é permitida a incidência de tributo sobre tributo nos casos diversos daquele estabelecido na exceção, já tendo sido reconhecida jurisprudencialmente, entre outros casos, a incidência: 2.1. Do ICMS sobre o próprio ICMS: repercussão geral no RE n. 582.461 / SP, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 18.05.2011. 2.2. Das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS sobre as próprias contribuições ao PIS/PASEP e COFINS: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 976.836 - RS, STJ, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.8.2010. (...)"

Em julgados do Superior Tribunal de Justiça, a extensão do precedente no RE 574.706 ao caso em referência e o emprego da analogia para eximir-se da tributação foram reputados como pretensão infundada do contribuinte:

*RESP 1.825.675, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJE 29/10/2019: "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO AO PIS E À COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE. ENFOQUE CONSTITUCIONAL DADO À MATÉRIA. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ. APLICAÇÃO. 1. A recorrente pretende fazer prevalecer a tese fixada no RE 574.706. O acolhimento de tal linha de raciocínio exigiria determinar se o art. 1º da Lei 10.637/2002 e o art. 1º da Lei 10.833/2003, ao definirem o conceito de faturamento, incluindo neste todas as receitas da empresa, estariam de acordo com o art. 195, I, b, da Constituição Federal, tarefa que compete, em princípio, ao Supremo Tribunal Federal. 2. A matéria referente à inconstitucionalidade da cobrança efetuada nos moldes do art. 2º da Lei 12.973/2014, bem como a aplicação analógica do Tema 69/STF são de cunho eminentemente constitucional, de forma que é defeso ao Superior Tribunal de Justiça analisá-las sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. 3. A jurisprudência do STJ foi pacificada, no âmbito da Primeira Seção, no sentido da incidência, salvo previsão expressa em legislação específica, do PIS e da Cofins sobre sua própria base de cálculo. (REsp 1.144.469/PR, Rel. p/ acórdão Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe de 2.12.2016). 5. **Dessume-se que o acórdão recorrido está em sintonia com o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça, inclusive quando declara que "descabe aplicar-se a analogia em matéria tributária", e que "não é possível estender a orientação do Supremo Tribunal Federal referente à questão", razão pela qual não merece prosperar a irresignação.** Incide, in casu, o princípio estabelecido na Súmula 83/STJ: "Não se conhece do Recurso Especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida". 6. Recurso Especial não conhecido. "*

A jurisprudência superior respalda, portanto, sob esta ótica, o entendimento de que se deve considerar, de forma excepcional, a exclusão de tributos das respectivas bases de cálculo, em consonância, de resto, com a lição extraída da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto ao alcance amplo a ser dado e admitido no emprego da técnica do "cálculo por dentro" nos tributos em geral.

Enfim, para não reiterar a ementa do próprio acórdão embargado que bastaria, por si, à demonstração da improcedência de todos os pontos levantados na presente discussão, cita-se em acréscimo o seguinte julgado:

ApCiv 5004366-63.2018.4.03.6105, Rel. Des. Fed. NELTON DOS SANTOS, publicação 06/04/2020: "TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. INCIDÊNCIA SOBRE A PRÓPRIA BASE DE CÁLCULO. POSSIBILIDADE. INVIABILIDADE DE EXTENSÃO DO ENTENDIMENTO DO RE 574706. 1. O sistema tributário brasileiro não repele a incidência de tributo sobre tributo. Neste particular, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 582.461/SP (Tema 214), com repercussão geral reconhecida, assentou a constitucionalidade da sistemática de apuração do ICMS mediante o denominado "cálculo por dentro", ao passo que Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp nº 1.144.469/PR (Tema 313), sob o rito dos recursos repetitivos, pronunciou-se pela legitimidade da incidência de tributos sobre o valor pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo, destacando jurisprudência que reconheceu a incidência do PIS e da COFINS sobre as próprias contribuições. 2. Recurso de apelação desprovido."

Importa reafirmar, a propósito, o entendimento de que, salvo revisão específica ou extensão autorizada pela própria Suprema Corte, os ingressos na receita e faturamento da empresa, ainda que com mero trânsito para posterior saída, não desfiguram os conceitos constitucional (artigo 195, I, "b") e legal (artigo 100, CTN, e artigo 12, § 5º do Decreto-Lei 1.598/1977) atrelados à hipótese de incidência do PIS/COFINS, alinhando-se a jurisprudência da Turma à exegese de que receita bruta e faturamento são termos equivalentes, consistindo na totalidade das receitas auferidas com a venda de mercadorias, serviços ou mercadorias e serviços, referentes ao exercício das atividades empresariais (ARE 1.210.308, Rel. Min. EDSON FACHIN, DJE 11/12/2019).

Se tal motivação é insuficiente, fere normas apontadas ou contraria a jurisprudência, deve o contribuinte veicular recurso próprio para a impugnação do acórdão e não rediscutir a matéria em embargos de declaração.

Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PIS/COFINS NAS RESPECTIVAS BASES DE CÁLCULO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VÍCIOS INEXISTENTES. REJEIÇÃO.

1. São manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

2. As alegações não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.

3. O acórdão embargado motivou e distinguiu as situações tratadas, sem ampliar a interpretação dada pela Suprema Corte ao caso do ICMS, dentro da ótica de que o “*cálculo por dentro*” configura técnica de tributação válida, vez que inexistente vedação constitucional, salvo o disposto no artigo 155, § 2º, XI, no tocante à inclusão do IPI na base de cálculo do próprio ICMS e, ainda assim, somente “*quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configure fato gerador dos dois impostos*”.

4. A invalidação do “*cálculo por dentro*” por contraste com a matriz constitucional de incidência tributária depende de análise de cada espécie ou tributo, não se aproveitando, por extensão obrigatória e vinculante, o decidido quanto ao ICMS para autorizar a exclusão do PIS/COFINS, ainda que em relação às mesmas bases de cálculo. Não existe presunção de inconstitucionalidade da técnica da tributação pelo “*cálculo por dentro*”, pois é exatamente o contrário o que se extrai da consolidada jurisprudência da Suprema Corte. No *leading case*, que validou a inclusão do ICMS na respectiva base de cálculo (RE 582.461, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJU 18/08/2011), a Suprema Corte expressou, precisamente, o alcance da técnica do “*cálculo por dentro*” no sistema constitucional tributário, recordando a lição do grande tributarista da Corte, Ministro ILMAR GALVÃO, para quem, à exceção do disposto no artigo 155, § 2º, XI, “*Não há norma constitucional ou legal que vede a presença, na formação da base de cálculo de qualquer imposto, de parcela resultante do mesmo ou de outro tributo*”. Esta interpretação, presente no julgamento que reconheceu constitucional a técnica do “*cálculo por dentro*” do ICMS, autoriza a conclusão de que não se pode ampliar, como se pretende, o precedente do RE 574.706 para a exclusão do próprio PIS/COFINS na apuração das respectivas bases de cálculo.

5. O emprego da analogia ou a extensão do precedente no RE 574.706 ao caso em referência são pretensões infundadas à luz da jurisprudência desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça. Do quanto consolidado, no âmbito dos Tribunais, resulta a diretriz de que se deve considerar, de forma excepcional, a exclusão de tributos das respectivas bases de cálculo, em consonância, de resto, com a lição extraída da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto ao alcance amplo a ser dado e admitido no emprego da técnica do “*cálculo por dentro*” nos tributos em geral.

6. Salvo revisão específica ou extensão autorizada pela própria Suprema Corte, os ingressos na receita e faturamento da empresa, ainda que com o trânsito para posterior saída, não desfiguram os conceitos constitucional (artigo 195, I, “*b*”) e legal (artigo 100, CTN, e artigo 12, § 5º do Decreto-Lei 1.598/1977) atrelados à hipótese de incidência do PIS/COFINS, alinhando-se a jurisprudência da Turma à exegese de que receita bruta e faturamento são termos equivalentes, consistindo na totalidade das receitas auferidas com a venda de mercadorias, serviços ou mercadorias e serviços, referentes ao exercício das atividades empresariais (ARE 1.210.308, Rel. Min. EDSON FACHIN, DJE 11/12/2019).

7. Se tal motivação é insuficiente, fere normas apontadas ou contraria a jurisprudência, deve o contribuinte veicular recurso próprio para a impugnação do acórdão e não rediscutir a matéria em embargos de declaração.

8. Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

9. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003362-68.2018.4.03.6144
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: TEREX LATIN AMERICA EQUIPAMENTOS LTDA
Advogado do(a) APELANTE: HAROLDO LAUFFER - RS36876-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003362-68.2018.4.03.6144
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 23/06/2020 1566/4253

APELANTE: TEREX LATIN AMERICA EQUIPAMENTOS LTDA
Advogado do(a) APELANTE: HAROLDO LAUFFER - RS36876-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração contra acórdão assimementado:

“TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. JUROS DE MORA DECORRENTES DO RESSARCIMENTO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO. TAXA SELIC. IRPJ E CSL. INCIDÊNCIA.

- 1. Os valores recebidos pelo contribuinte a título de juros de mora, decorrentes do ressarcimento de indébito tributário, devem sujeição à incidência do IRPJ e da CSL.*
- 2. Precedentes do colendo Superior Tribunal de Justiça e da egrégia Turma.*
- 3. Os juros moratórios equivalentes à taxa SELIC ostentam a natureza de lucros cessantes, portanto, a incidência em comento não ofende as disposições contidas nos arts. 153, III, e 195, I, “c”, da Constituição Federal.*
- 4. Apelação desprovida.”*

Alegou-se omissão, inclusive para fins de pré-questionamento, pois: **(1)** ao adotar a tese do Superior Tribunal de Justiça, deixou de analisar a matéria sob perspectiva constitucional, destacando-se que “o próprio Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade da matéria (e a repercussão geral da mesma), tendo afetado o paradigma RE 1.063.187 para julgamento como precedente vinculante– Tema 962 da Repercussão Geral”; e **(2)** não se analisou a causa sob o prisma de que a Taxa SELIC, composta de juros e correção monetária, possui natureza híbrida, não representando qualquer acréscimo patrimonial ou lucro passível de tributação (artigos 153, III, e 195, I, “c”, da Constituição Federal).

Houve impugnação da embargada.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003362-68.2018.4.03.6144
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: TEREX LATIN AMERICA EQUIPAMENTOS LTDA
Advogado do(a) APELANTE: HAROLDO LAUFFER - RS36876-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, são manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

Com efeito, ao contrário do alegado, o aresto embargado venceu as alegações expostas e relevantes à solução do caso concreto, tendo, neste sentido, ao tratar da natureza jurídica dos juros moratórios, aderido ao entendimento da jurisprudência de que são rendimentos tributáveis, sujeitos à incidência do IRPJ e CSL, não procedendo, portanto, a alegação de que a sujeição fiscal violaria os artigos 153, III, e 195, I, “c”, da Constituição Federal. Em se tratando, de resto, de discussão sobre incidência tributária, os contornos da controvérsia foram resolvidos nos marcos legais pertinentes, inclusive à vista da natureza da SELIC nas relações jurídico-tributárias, não se cogitando, portanto, de omissão.

Também o fato de ser admitida a repercussão geral do Tema 962 significa, apenas, que a matéria é constitucional e tem relevância jurídica para além dos interesses subjetivos das partes envolvidas no processo, o que não significa a antecipação de qualquer juízo de mérito quanto a ser inconstitucional a tributação em tal situação.

Se tal entendimento viola preceitos constitucionais cabe ao contribuinte veicular a pretensão de reforma do acórdão impugnado em recurso próprio dirigido à instância superior competente, vez que não se prestam os embargos de declaração à mera revisão por inconformismo da parte com a solução ou fundamentação adotada.

Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. JUROS MORATÓRIOS. IRPJ. CSL. RENDIMENTOS TRIBUTÁVEIS. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS. REJEIÇÃO.

1. São manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto como objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

2. Ao contrário do alegado, o aresto embargado venceu as alegações expostas e relevantes à solução do caso concreto, tendo, neste sentido, ao tratar da natureza jurídica dos juros moratórios, aderido ao entendimento da jurisprudência de que são rendimentos tributáveis, sujeitos à incidência do IRPJ e CSL, não procedendo, portanto, a alegação de que a sujeição fiscal violaria os artigos 153, III, e 195, I, “c”, da Constituição Federal. Em se tratando, de resto, de discussão sobre incidência tributária, os contornos da controvérsia foram resolvidos nos marcos legais pertinentes, inclusive à vista da natureza da SELIC nas relações jurídico-tributárias, não se cogitando, portanto, de omissão.

3. Também o fato de ser admitida a repercussão geral do Tema 962 significa, apenas, que a matéria é constitucional e tem relevância jurídica para além dos interesses subjetivos das partes envolvidas no processo, o que não significa a antecipação de qualquer juízo de mérito quanto a ser inconstitucional a tributação em tal situação.

4. Se tal entendimento viola preceitos constitucionais cabe ao contribuinte veicular a pretensão de reforma do acórdão impugnado em recurso próprio dirigido à instância superior competente, vez que não se prestam os embargos de declaração à mera revisão por inconformismo da parte com a solução ou fundamentação adotada.

5. Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

6. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5030983-08.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
AGRAVANTE: INTERCEMENT BRASIL S.A.
Advogado do(a) AGRAVANTE: JOAO CARLOS DE LIMA JUNIOR - SP142452-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5030983-08.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
AGRAVANTE: INTERCEMENT BRASIL S.A.
Advogado do(a) AGRAVANTE: JOAO CARLOS DE LIMA JUNIOR - SP142452-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por **INTERCEMENT BRASIL S.A.**, inconformada com a r. decisão proferida nos autos da execução fiscal nº 5000055-55.2019.4.03.6182, ajuizada pela **UNIÃO** e em trâmite perante o Juízo da 10ª Vara Federal Especializada em Execuções Fiscais de São Paulo/SP, que indeferiu o pedido de substituição da penhora formulado pela executada.

Alega a agravante, em síntese, que:

- a) a jurisprudência ampara a pretensão de substituição dos bens penhorados por outros de mesma natureza, sendo infundada a recusa da União, sobretudo porque o fato de os bens estarem situados em outro estado da federação não implica qualquer dificuldade para o regular trâmite processual;
- b) a substituição pelos bens ofertados, de maior valor frente aos já penhorados, além de não causar prejuízo ao exequente, atende ao princípio da menor onerosidade, previsto no artigo 805 do NCPC, além de propiciar a continuidade da empresa, tendo em vista que o bem substituído será alienado para que o valor por ele recebido possa equilibrar o caixa da sociedade empresária.

Indeferido o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal

Intimada, a União ficou-se inerte, e não apresentou suas contrarrazões ao recurso.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5030983-08.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
AGRAVANTE: INTERCEMENT BRASIL S.A.
Advogado do(a) AGRAVANTE: JOAO CARLOS DE LIMA JUNIOR - SP142452-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

A controvérsia se refere à possibilidade de substituição de imóvel penhorado, por bem de mesma natureza, contudo, situado em município diverso daquele em que localizada a subseção judiciária em que tramita a execução fiscal.

Como afirmado em decisão monocrática que indeferira a antecipação dos efeitos da tutela recursal no presente agravo de instrumento, encontra-se pacificada a jurisprudência, firme no sentido de que, sem a concordância do credor, a substituição da penhora, em garantia à execução fiscal, somente pode ocorrer quando se refira a depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia (artigo 15, inciso I, da Lei nº 6.830/90).

Nesse sentido, tem decidido o Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SUBMISSÃO À REGRA PREVISTA NO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 03/STJ. EXECUÇÃO FISCAL. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DO BEM PENHORADO. AUSÊNCIA DE ANUÊNCIA DA FAZENDA PÚBLICA (EXEQUENTE).

1. “Nos termos do art. 15, I, da Lei 6.830/80, é autorizada ao executado, em qualquer fase do processo e independentemente da aquiescência da Fazenda Pública, tão somente a substituição dos bens penhorados por depósito em dinheiro ou fiança bancária” (EREsp 996.537/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Denise Arruda, DJe de 4.5.2009). Como se verifica, o preceito legal destacado não autoriza eventual substituição da penhora por bem imóvel, sem haver a concordância da Fazenda Pública.

2. Agravo interno não provido.”

(AgInt no AREsp 985875/SP, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - Segunda Turma, DJE DATA:03/04/2017) (grifei)

Firmado, igualmente, o entendimento jurisprudencial de que não cabe a mera invocação genérica do princípio da menor onerosidade, a fim de que seja realizada a substituição do bem penhorado, e que o ônus da demonstração de sua necessidade é do executado. Senão veja-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENHORA. RECUSA DA EXEQUENTE. CABIMENTO. RECURSO DESPROVIDO.

- 1. É direito do credor recusar a nomeação de bens à penhora ou pedir a sua substituição, se não for atendida a ordem estabelecida pela lei. Além da referida ordem legal, também é preciso ponderar que a execução deve ser útil para o credor.*
- 2. A regra da menor onerosidade para o devedor não é o único critério a nortear as decisões judiciais em questões desse tipo, pois, além dela, existe o princípio do interesse público na execução fiscal, da utilidade da ação e da eficácia da prestação jurisdicional.*
- 3. No presente caso, a agravante pretende a substituição não por dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia, mas por máquinas e equipamentos de propriedade da empresa que, embora possuam a mesma natureza dos bens já penhorados, estão localizados em outro Estado da Federação e não constituem garantia bastante ao saldo do débito atualizado.*
- 4. Também não há nos autos elementos a respeito da situação dos novos bens indicados, a revelar que a proposta de substituição ensejaria a realização de várias providências ao juízo deprecado, com risco de não haver qualquer utilidade para a execução, o que não se pode aceitar, inclusive com base na economia processual.*
- 5. Não encontrando o credor vantagem na substituição postulada, afigura-se razoável a recusa por ele manifestada.*
- 6. Agravo desprovido.*

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5001809-56.2016.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 10/07/2019, Intimação via sistema DATA: 15/07/2019)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. NOMEAÇÃO À PENHORA. INOBSERVÂNCIA DA ORDEM LEGAL, PREVISTA NO ART. 11 DA LEI 6.830/80. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM QUE, DIANTE DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS, AFASTOU A AFRONTA AO PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE (ART. 620 DO CPC). IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ.

AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

- I. A Primeira Seção do STJ firmou o entendimento de que a não observância da ordem legal de preferência da nomeação de bens à penhora, na forma do art. 11 da Lei 6.830/80, demanda a comprovação, pelo executado, da existência de elementos concretos, que justifiquem a incidência do princípio da menor onerosidade, sendo insuficiente a mera invocação genérica do art. 620 do CPC (STJ, REsp 1.337.790/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe de 07/10/2013, julgado sob a sistemática do art. 543-C do CPC).*
- II. O Tribunal de origem, diante das circunstâncias fáticas do caso concreto, houve por bem rejeitar o bem imóvel oferecido à penhora, em desconformidade com o art. 11 da Lei 6.830/80, entendendo que, na espécie, estaria devidamente fundamentada a recusa da penhora, devido ao fato de o bem imóvel, oferecido à penhora, estar localizado em foro diverso da execução e ser de difícil avaliação e alienação.*

III. Nesses termos, os argumentos utilizados pela parte recorrente, relativos à não observância do princípio da menor onerosidade da execução, insculpido no art. 620 do CPC, devido à efetiva liquidez do bem imóvel oferecido à penhora, somente poderiam ter sua procedência verificada mediante o necessário reexame de matéria fática, não cabendo a esta Corte, a fim de alcançar conclusão diversa, reavaliar o conjunto probatório dos autos, em conformidade com a Súmula 7/STJ. Nesse sentido: STJ, AgRg no REsp 1.197.492/SC, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 20/08/2015; AgRg no AREsp 681.020/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 05/08/2015; AgRg no AREsp 613.351/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 06/04/2015.

IV. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp 1501429/SC, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe 02/12/2015) - grifei

Na hipótese, pretende-se a substituição não por dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia, mas por outro imóvel que, embora possua a mesma natureza do bem já penhorado, está situado em localidade diversa do foro da execução, em outro estado da federação, e configura grande parque industrial, que denota a dificuldade de alienação do bem para a satisfação do crédito em cobrança.

Ressalte-se que o processo de execução, e em especial o de execução fiscal, se dá em favor do credor, em defesa do crédito público, e visa a preservar a satisfatividade da dívida, não sendo a regra da menor onerosidade para o devedor o único critério a nortear as decisões judiciais em questões desse tipo.

Nesse contexto, não encontrando o credor vantagem na substituição postulada, afigura-se razoável a recusa por ele manifestada.

De outro lado, acerca dos prejuízos decorrentes da manutenção de tal penhora para a atividade empresarial, não existem senão meras alegações da parte agravante, nos autos da execução fiscal em que se origina o presente recurso.

Isso porque, não há qualquer demonstração documental da necessidade de substituição do imóvel penhorado por aquele oferecido pela agravante, de modo que não se desincumbiu de seu ônus probatório, a fim de justificar a aplicação do princípio da menor onerosidade no caso, em detrimento dos princípios da efetividade da execução e da indisponibilidade do interesse público.

Ante o exposto, **nego provimento ao agravo de instrumento.**

É como voto.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. SUBSTITUIÇÃO DE IMÓVEL PENHORADO POR OUTRO SITUADO EM ESTADO DA FEDERAÇÃO DIVERSO DO FORO DA EXECUÇÃO. NECESSIDADE DE ANUÊNCIA DA FAZENDA PÚBLICA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Pacificada a jurisprudência, firme no sentido de que, sem a concordância do credor, a substituição da penhora, em garantia à execução fiscal, somente pode ocorrer quando se refira a depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia (artigo 15, inciso I, da Lei nº 6.830/90).
2. Firmado, igualmente, o entendimento jurisprudencial de que não cabe a mera invocação genérica do princípio da menor onerosidade, a fim de que seja realizada a substituição do bem penhorado, e que o ônus da demonstração sua necessidade é do executado.
3. Nesse contexto, não encontrando o credor vantagem na substituição postulada, afigura-se razoável a recusa por ele manifestada.
4. Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000343-88.2017.4.03.6144
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: SUPERMERCADO MIRALHA CAMARGO II LTDA
Advogado do(a) APELADO: MIRIAM COSTA FACCIN - SP285235-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000343-88.2017.4.03.6144
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: SUPERMERCADO MIRALHA CAMARGO II LTDA
Advogado do(a) APELADO: MIRIAM COSTA FACCIN - SP285235-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração em face de acórdão assim ementado:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. HONORÁRIOS.

- 1. O STF pacificou a controvérsia objeto de discussão nestes autos, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).*
- 2. A pacificação do tema, por meio de julgado proferido sob o regime da repercussão geral (e/ou na sistemática dos recursos repetitivos), impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.*
- 3. A jurisprudência do STJ, tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.*
- 4. Em suma: a pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS tem supedâneo em julgado proferido pelo STF em sede de repercussão geral.*
- 5. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.*
- 6. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.*
- 7. A compensação deve ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74, da Lei nº 9.430/1996, porém à exceção das contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991 (conforme disposição do artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 11.457/2007).*
- 8. Apelação da União parcialmente provida."*

Alegou o contribuinte erro material, pois deferida compensação ou restituição quanto ao recolhido no último quinquênio, embora pleiteada apenas restituição no período da vigência da Lei 12.973/2014; e contradição, "porque, na sentença, reconheceu-se o direito da Embargante de compensar os valores indevidamente recolhidos com qualquer tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, a partir do trânsito em julgado, na forma do art. 170-A, do Código Tributário Nacional; do art. 74, da Lei n. 9.430/1996; e do art. 16 da Lei n. 9.250/1995; e, na presente decisão, consignou-se que a Embargante teria o direito de compensar os valores indevidamente recolhidos com quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil nos termos do disposto no artigo 74, da Lei nº 9.430/1996"; pelo que foi requerido o reconhecimento do direito à expedição de precatório ou à compensação pela via administrativa.

Pleiteou a PFN o acolhimento dos embargos de declaração, inclusive para fins de pré-questionamento, alegando vício no julgado, pois: (1) a aplicação imediata do precedente no RE 574.706, na pendência de embargos de declaração sobre a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, contraria decisões monocráticas daquela Corte que suspenderam feitos até o exame definitivo do mérito; e (2) foi reconhecido o direito à exclusão do ICMS destacado em notas fiscais, na apuração da base de cálculo do PIS/COFINS, porém sem pedido, exame na origem, fundamentação e ainda com violação de normas aplicáveis, até porque o que se depreende do julgado em repercussão geral é que o valor a ser excluído deve ser apenas o ICMS a pagar.

Houve impugnações.

É o relatório.

VOTO

Senhores Desembargadores, são manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

Com relação ao embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional, inicialmente, cabe registrar que, apreciado o tema constitucional no RE 574.706, eventual **pendência de embargos de declaração** não suspende o julgamento da matéria perante as instâncias ordinárias, pois, para tanto, seria necessário que a própria Suprema Corte conferisse tutela específica com tal efeito, o que não ocorreu. Perceba-se que decisões monocráticas em casos concretos, como as referidas no recurso, por relevantes que sejam, não conferem colegialidade nem caráter de precedente a que se devam submeter juízes e tribunais, especialmente se a orientação nelas adotada é exatamente contrária à assentada em acórdãos da Corte Constitucional, como bem demonstrado na citação ao seguinte aresto, que trata da interpretação aplicável ao **artigo 1.040 do Código de Processo Civil**:

“(…) REPERCUSSÃO GERAL – ACÓRDÃO – PUBLICAÇÃO – EFEITOS – ARTIGO 1.040 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. A sistemática prevista no artigo 1.040 do Código de Processo Civil sinaliza, a partir da publicação do acórdão paradigma, a observância do entendimento do Plenário, formalizado sob o ângulo da repercussão geral” (RE nº 579.431/RS-ED, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJe de 22/6/18).”

No mérito, houve indicação de **jurisprudência violada** pelo acórdão embargado, assim como de **normas ofendidas** dada a natureza jurídica especial de tais contribuições e as regras de responsabilidade social das empresas com a Seguridade Social, serviço baseada na universalidade do atendimento e da cobertura (artigos 3º, I e IV, 170, 194 e 195, CF), que permitiriam a formação da base de cálculo do PIS/COFINS como acréscimo do valor do ICMS.

O acórdão apreciou questão constitucional e, não, estritamente legal, prevalecendo, portanto, a jurisprudência da Suprema Corte que, a propósito, fundamentou o julgado recorrido. A defesa da técnica de que é constitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS - por se tratar de componente do preço que integra o valor do produto, do serviço, da operação, do faturamento e da receita, e por serem os recursos auferidos destinados a financiar a Seguridade Social – não enseja embargos de declaração, pois inexistente omissão, contradição ou obscuridade na apreciação da causa, que considerou, evidentemente, o entendimento consagrado, pelo Pleno da Corte Suprema, no que decidiu a controvérsia a partir de parâmetros normativos próprios da ordem constitucional-tributária e, em específico, da espécie tributária em evidência.

Em relação a ter sido especificado o critério de apuração do imposto a ser excluído da base de cálculo de tais contribuições, sustentou-se vício a ensejar a correção do julgado. Assentou o acórdão embargado, a propósito, que a exclusão refere-se ao valor do **ICMS destacado nas notas fiscais**, e não o montante a recolher, conclusão extraída do próprio precedente da Suprema Corte, integrando tal matéria, portanto, o próprio **cerne conhecido da controvérsia**, sobre o qual cabível a apreciação desde a origem, dado que não se poderia relegar à fase de cumprimento a **discussão meritória** do valor do ICMS, por critério de apuração (destacado ou recolhido), a ser excluído da incidência das contribuições em referência. Assim fundamentado o aresto recorrido (artigos 93, IX, CF, e 11, CPC), a eventual inovação recursal e violação do princípio da congruência (artigos 10, 141, 489, §1º, IV a VI, 490 e 492, CPC), ou ofensa a preceitos aventados (artigos 195, I, b, da Constituição Federal; 13, §1º, I, 19 e 20, *caput*, da Lei Complementar 87/1996; artigo 1º da Lei 10.637/2002; artigo 1º da Lei 10.833/2002; artigo 2º da Lei 9.715/1998; artigo 2º da LC 70/1999; e artigos 2º e 3º da Lei 9.718/1998) devem ser tratadas na via recursal própria, que não os embargos de declaração.

Quanto aos embargos de declaração do contribuinte, importa registrar que a sentença não foi reformada, senão em aspecto pontual para delimitar a compensação aos termos do artigo 26, parágrafo único, da Lei 11.457/2007, e nada mais.

Não houve apelação do contribuinte contra a sentença, a revelar que o apontamento de erro material e obscuridade, ambos inexistentes, intenta modificar o julgado quanto a pontos que não foram recorridos a tempo e modo, não cabendo, pois, pleitear acolhimento dos embargos de declaração para contornar a preclusão no que a sentença lhe tenha sido desfavorável diante da pretensão formulada.

Reitere-se que, em todos os casos destacados, não houve omissão, contradição ou obscuridade frente a alegações, preceitos e provas pertinentes à discussão, mas, ainda que, por hipótese, houvesse ofensa ou negativa de vigência à legislação, ou contrariedade à interpretação consolidada na jurisprudência das Cortes Superiores, os embargos de declaração, mesmo assim, não seriam cabíveis ou passíveis de acolhimento em substituição aos recursos específicos, próprios para cada situação, de competência das instâncias superiores.

Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

Ante o exposto, rejeito ambos os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. IMPOSTO. VÍCIOS INEXISTENTES. REJEIÇÃO.

1. São manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto como o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

2. Inicialmente, quanto aos embargos declaratórios da União, cabe registrar que, apreciado o tema constitucional no RE 574.706, eventual **pendência de embargos de declaração** não suspende o julgamento da matéria perante as instâncias ordinárias, pois, para tanto, seria necessário que a própria Suprema Corte conferisse tutela específica com tal efeito, o que não ocorreu. Perceba-se que decisões monocráticas em casos concretos, como as referidas no recurso, por relevantes que sejam, não conferem colegialidade nem caráter de precedente a que se devam submeter juízes e tribunais, especialmente se a orientação nelas adotada é exatamente contrária à assentada em acórdãos da Corte Constitucional.

3. No mérito, houve indicação de **jurisprudência violada** pelo acórdão embargado, assim como de **normas ofendidas** dada a natureza jurídica especial de tais contribuições e as regras de responsabilidade social das empresas com a Seguridade Social, serviço baseada na universalidade do atendimento e da cobertura (artigos 3º, I e IV, 170, 194 e 195, CF), que permitiriam a formação da base de cálculo do PIS/COFINS como acréscimo do valor do ICMS.

4. O acórdão apreciou questão constitucional e, não, estritamente legal, prevalecendo, portanto, a jurisprudência da Suprema Corte que, a propósito, fundamentou o julgado recorrido. A defesa da tese de que é constitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS - por se tratar de componente do preço que integra o valor do produto, do serviço, da operação, do faturamento e da receita, e por serem os recursos auferidos destinados a financiar a Seguridade Social - não enseja embargos de declaração, pois inexistente omissão, contradição ou obscuridade na apreciação da causa, que considerou, evidentemente, o entendimento consagrado, pelo Pleno da Corte Suprema, no que decidiu a controvérsia a partir de parâmetros normativos próprios da ordem constitucional-tributária e, em específico, da espécie tributária em evidência.

5. Em relação a ter sido especificado o critério de apuração do imposto a ser excluído da base de cálculo de tais contribuições, sustentou-se vício a ensejar a correção do julgado. Assentou o acórdão embargado, a propósito, que a exclusão refere-se ao valor do **ICMS destacado nas notas fiscais**, e não o montante a recolher, conclusão extraída do próprio precedente da Suprema Corte, integrando tal matéria, portanto, o próprio **cerne conhecido da controvérsia**, sobre o qual cabível a apreciação desde a origem, dado que não se poderia relegar à fase de cumprimento a **discussão meritória** do valor do ICMS, por critério de apuração (destacado ou recolhido), a ser excluído da incidência das contribuições em referência. Assim fundamentado o aresto recorrido (artigos 93, IX, CF, e 11, CPC), a eventual inovação recursal e violação do princípio da congruência (artigos 10, 141, 489, §1º, IV a VI, 490 e 492, CPC), ou ofensa a preceitos aventados (artigos 195, I, b, da Constituição Federal; 13, §1º, I, 19 e 20, *caput*, da Lei Complementar 87/1996; artigo 1º da Lei 10.637/2002; artigo 1º da Lei 10.833/2002; artigo 2º da Lei 9.715/1998; artigo 2º da LC 70/1999; e artigos 2º e 3º da Lei 9.718/1998) devem ser tratadas na via recursal própria, que não os embargos de declaração.

6. No que tange aos embargos de declaração do contribuinte, importa registrar que a sentença não foi reformada, senão em aspecto pontual para delimitar a compensação aos termos do artigo 26, parágrafo único, da Lei 11.457/2007, e nada mais. Não houve apelação do contribuinte contra a sentença, a revelar que o apontamento de erro material e obscuridade, ambos inexistentes, intenta modificar o julgado quanto a pontos que não foram recorridos a tempo e modo, não cabendo, pois, pleitear acolhimento dos embargos de declaração para contornar a preclusão no que a sentença lhe tenha sido desfavorável diante da pretensão formulada.

7. Reitere-se que, em todos os casos destacados, não houve omissão, contradição ou obscuridade frente a alegações, preceitos e provas pertinentes à discussão, mas, ainda que, por hipótese, houvesse ofensa ou negativa de vigência à legislação, ou contrariedade à interpretação consolidada na jurisprudência das Cortes Superiores, os embargos de declaração, mesmo assim, não seriam cabíveis ou passíveis de acolhimento em substituição aos recursos específicos, próprios para cada situação, de competência das instâncias superiores.

8. Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

9. Embargos de declaração de ambas as partes rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou ambos os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5019503-33.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: BRASOFTWARE INFORMATICA LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: MATHEUS GIL DE OLIVEIRA - SP392095, MANOEL ANTONIO DOS SANTOS - SP73537, THOMAZ LOPES CORTE REAL - SP179540-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5019503-33.2019.4.03.0000

RELATOR: DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: BRASOFTWARE INFORMATICA LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: MATHEUS GIL DE OLIVEIRA - SP392095, MANOEL ANTONIO DOS SANTOS - SP73537, THOMAZ LOPES CORTE REAL - SP179540-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração contra acórdão assim ementado:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – LICITAÇÃO – CONVOCAÇÃO DESATENDIDA EM PREGÃO ELETRÔNICO – PENALIDADE DE IMPEDIMENTO DE LICITAR E CONTRATAR COM A UNIÃO POR 3 (TRÊS) MESES – LEGALIDADE – RAZOABILIDADE DA SANÇÃO – AGRAVO INTERNO PREJUDICADO - AGRAVO IMPROVIDO.

I – Tendo em vista o julgamento do recurso de agravo de instrumento, com análise da matéria abordada no âmbito recursal, resta prejudicado o agravo interno.

II – De acordo com os autos, a agravante convocada no certame licitatório em que classificada em segundo lugar, deixou de enviar proposta de preços e documentação nos termos do item 7.2 do edital de pregão eletrônico nº 103/2018, do TRT2, sem apresentar nenhuma justificativa. A conduta subsome-se ao tipo legal previsto no artigo 28 do Decreto nº 5.450/2005, que estipula, como sanção, o impedimento de participar de contratar com a União pelo máximo abstrato de 5 (cinco) anos.

III – Além de incidir objetivamente na conduta descrita em norma federal, para obter a tutela jurisdicional a agravante agiu com malícia para alterar fatos, conforme reconheceu o juízo a quo na decisão agravada. Artifícios maliciosos que transbordam a boa-fé objetiva que se espera das partes (art. 5º, CPC) colocam em dúvida a credibilidade de toda a argumentação apresentada, tornando duvidosa a existência do *fumus boni iuris*, requisito indispensável para a concessão da liminar pretendida.

IV – Mostra-se razoável e proporcional a sanção fixada em 3 (três) meses, condizente com a reduzida culpabilidade da conduta.

V – Agravo interno prejudicado. Agravo de instrumento improvido.”

Alegou-se omissão, pois deixou de analisar a: (1) “impossibilidade de retenção de valores devidos à agravante por contratos já firmados e serviços já prestados”; e (2) “substituição da penalidade aplicada por pena de multa”, como pedido alternativo; pleiteando-se por liminar para que “seja determinada a suspensão da eficácia da penalidade aplicada pelo TRTSP até o julgamento do recurso especial que será interposto pela ora Embargante”, em razão de risco de dano grave ou de difícil reparação, e probabilidade de provimento de eventual recurso interposto, considerando que a decisão embargada não foi unânime.

Houve impugnação.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5019503-33.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: BRASOFTWARE INFORMATICA LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: MATHEUS GIL DE OLIVEIRA - SP392095, MANOEL ANTONIO DOS SANTOS - SP73537, THOMAZ LOPES CORTE REAL - SP179540-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, são manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

As alegações não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.

Conforme se verifica, a embargante pleiteou a suspensão da penalidade aplicada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, alegando risco de dano irreversível ou de difícil reparação. O acórdão embargado observou os contornos da demanda limitada ao objeto da decisão agravada, que negou liminar para afastamento da imposição até julgamento definitivo da causa.

Consignou, a propósito, expressamente o acórdão embargado (ID 124105733) que:

“O emprego de malícia para a obtenção de provimento jurisdicional favorável não pode ser aceito pelo Poder Judiciário. Artifícios maliciosos que transbordam a boa-fé objetiva que se espera das partes (art. 5º, CPC) colocam em dúvida a credibilidade de toda a argumentação apresentada, tornando duvidosa a existência do fumus boni iuris, requisito indispensável para a concessão da liminar pretendida.

De outro lado, tenho como infundada a alegação de que a sanção aplicada violou o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade. Com efeito, diante da previsão de pena máxima de 5 (cinco) anos, o sancionamento em 3 (três) meses mostrou-se adequado e condizente com a reduzida culpabilidade da conduta praticada.”

Como se observa, o acórdão embargado foi claro na abordagem do mérito suscitado, ao estabelecer que a sanção imposta não violou princípio da razoabilidade ou proporcionalidade e que não se constatou, assim, relevância do direito alegado para respaldar a liminar pleiteada.

Ademais, o pleito de suspensão liminar da eficácia da penalidade até julgamento de eventual recurso, que se pretende interpor, é mera reiteração do pedido indeferido na decisão agravada e no acórdão embargado, demonstrando que a embargante pretende, na via eleita, apenas renovar a discussão sobre pretensão já decidida, o que não cabe em embargos de declaração.

Se tal motivação é insuficiente, fere normas apontadas ou contraria a jurisprudência, deve o contribuinte veicular recurso próprio para impugnação do acórdão e não rediscutir a matéria em embargos de declaração.

Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. VÍCIOS INEXISTENTES. PEDIDO LIMINAR. REJEIÇÃO.

1. São manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto como o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.
2. As alegações não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.
3. O acórdão embargado foi claro na abordagem do mérito suscitado, ao estabelecer que a sanção imposta não violou princípio da razoabilidade ou proporcionalidade e que não se constatou, assim, relevância do direito alegado para respaldar a liminar. Consignou, a propósito, expressamente o acórdão embargado que: “O emprego de malícia para a obtenção de provimento jurisdicional favorável não pode ser aceito pelo Poder Judiciário. Artíficos maliciosos que transbordam a boa-fé objetiva que se espera das partes (art. 5º, CPC) colocam em dúvida a credibilidade de toda a argumentação apresentada, tornando duvidosa a existência do *fumus boni iuris*, requisito indispensável para a concessão da liminar pretendida. De outro lado, tenho como infundada a alegação de que a sanção aplicada violou o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade. Com efeito, diante da previsão de pena máxima de 5 (cinco) anos, o sancionamento em 3 (três) meses mostrou-se adequado e condizente com a reduzida culpabilidade da conduta praticada”.
4. Ademais, o pleito de suspensão liminar da eficácia da penalidade até julgamento de eventual recurso, que se pretende interpor, é mera reiteração do pedido indeferido na decisão agravada e no acórdão embargado, demonstrando que a embargante pretende, na via eleita, apenas renovar a discussão sobre pretensão já decidida, o que não cabe em embargos de declaração.
5. Se tal motivação é insuficiente, fere normas apontadas ou contraria a jurisprudência, deve o contribuinte veicular recurso próprio para impugnação do acórdão e não rediscutir a matéria em embargos de declaração.
6. Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.
7. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5005533-52.2017.4.03.6105

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: STEFAN ADRIAN COPPELMANS

Advogado do(a) APELANTE: SILVIO LUIZ DE COSTA - SP245959-A

APELADO: FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCACAO, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5005533-52.2017.4.03.6105

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: STEFAN ADRIAN COPPELMANS

Advogado do(a) APELANTE: SILVIO LUIZ DE COSTA - SP245959-A

APELADO: FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCACAO, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração contra acórdão assimementado:

"TRIBUTÁRIO. PRODUTOR RURAL. SALÁRIO-EDUCAÇÃO. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. MANDADO DE SEGURANÇA ANTERIOR – DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO QUE NÃO RECONHECEU O DIREITO DO CONTRIBUINTE À REPETIÇÃO. LAPSO PRESCRICIONAL DE CINCO ANOS – CÔMPUTO A PARTIR DOS PAGAMENTOS CONSIDERADOS INDEVIDOS, SEM INTERRUPTÃO DE SUA FLUÊNCIA.

1. Ação ajuizada com o intuito de obter provimento jurisdicional que condene os réus à restituição de valor líquido e certo, concernente ao montante pago a título de salário-educação no quinquênio anterior à impetração do mandado de segurança nº 0005865-68.2012.4.03.6109 (período de 30/07/2007 a 30/07/2012), visto ter sido reconhecido no mandamus o direito de não se submeter ao recolhimento da exação em apreço.

2. A sentença proferida no mandado de segurança nº 0005865-68.2012.4.03.6109, transitada em julgado em 21/06/2016, não reconheceu o direito à repetição dos valores pagos no quinquênio anterior à impetração, mas apenas o direito de não recolher a contribuição ao salário-educação incidente sobre a folha de salários dos trabalhadores. Sentença cujos efeitos foram projetados para o futuro.

3. Inexistência de um reconhecimento implícito ou automático do direito à restituição, como pretende o contribuinte, sendo necessário um provimento específico para este fim, inexistente no caso concreto.

4. Ante a ausência do reconhecimento do direito à repetição de valores na ação anterior, não houve interrupção do prazo prescricional, que continuou a fluir; de modo que eventual direito à pretendida repetição foi atingido pela prescrição após o decurso de 05 (cinco) anos dos recolhimentos que o autor entende indevidos.

5. Incidência das disposições do artigo 168, inciso I, e 150, §§ 1º e 4º, do Código Tribunal Nacional, pois o direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 05 (cinco) anos contados da data da extinção do crédito tributário.

6. Embora os efeitos patrimoniais pretéritos do mandado de segurança possam ser reclamados pela via processual da repetição de indébito, faz-se mister, para tanto, que o direito a essa repetição tenha sido reconhecido no mandamus.

7. Acréscimo do percentual de 2% (dois por cento) ao importe fixado na sentença a título de verba honorária (artigo 85, § 11, do CPC).

8. Apelação a que se nega provimento."

Alegou-se obscuridade, pois não apreciou as alegações deduzidas na apelação, especialmente quanto à interrupção do curso prescricional, aduzindo que, mesmo considerada a prescrição quinquenal, o recurso não poderia ter sido totalmente desprovido, pois haveria débitos não atingidos pela prescrição.

Houve impugnação das embargadas.

É o relatório.

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: STEFAN ADRIAAN COPPELMANS
Advogado do(a) APELANTE: SILVIO LUIZ DE COSTA - SP245959-A
APELADO: FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCACAO, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

VOTO

Senhores Desembargadores, são manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

Com efeito, inexistente obscuridade, pois assentou o julgado que no mandado de segurança anteriormente impetrado foi reconhecida apenas a inexigibilidade do recolhimento da tributação, porém não o direito líquido e certo de repetição do indébito fiscal. Logo, os valores que foram recolhidos no quinquênio antecedente à impetração deveriam ter sido objeto de nova ação de restituição antes da respectiva prescrição, pois o prazo não restou suspenso, porém, no caso, a propositura ocorreu além do quinquênio, inviabilizando o reconhecimento em Juízo do direito postulado.

Evidencia-se, assim, que restou fundamentado o desprovimento da apelação e que as alegações de obscuridade revelam, na verdade, não vícios lógicos-formais do julgamento ou silêncio quanto a pontos essenciais da controvérsia, mas, ao contrário, mera irresignação ou inconformismo da embargante, por ter sido considerado prescrita a pretensão deduzida após o decurso de cinco anos desde os recolhimentos indevidos.

Sucedo, porém, que se o acórdão embargado incorreu em *error in iudicando*, sob tais fundamentos ou porque haveria ainda parcela não prescrita, cabe ao contribuir não discutir o tema em embargos de declaração, mas interpor recurso próprio dirigido à instância superior competente.

Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É o voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. PRODUTOR RURAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SALÁRIO-EDUCAÇÃO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRESCRIÇÃO. VÍCIOS INEXISTENTES. *ERROR IN JUDICANDO*. REJEIÇÃO.

1. São manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

2. Inexistente obscuridade, pois assentou o julgado que no mandado de segurança anteriormente impetrado foi reconhecida apenas a inexigibilidade do recolhimento da tributação, porém não o direito líquido e certo de repetição do indébito fiscal. Logo, os valores que foram recolhidos no quinquênio antecedente à impetração deveriam ter sido objeto de nova ação de restituição antes da respectiva prescrição, pois o prazo não restou suspenso, porém, no caso, a propositura ocorreu além do quinquênio, inviabilizando o reconhecimento em Juízo do direito postulado.

3. Evidencia-se, assim, que restou fundamentado o desprovimento da apelação e que as alegações de obscuridade revelam, na verdade, não vícios lógicos-formais do julgamento ou silêncio quanto a pontos essenciais da controvérsia, mas, ao contrário, mera irresignação ou inconformismo da embargante, por ter sido considerado prescrita a pretensão deduzida após o decurso de cinco anos desde os recolhimentos indevidos. Se o acórdão embargado incorreu em *error in iudicando*, sob tais fundamentos ou porque haveria ainda parcela não prescrita, como alegado, cabe ao contribuinte não discutir o tema embargos de declaração, mas interpor recurso próprio dirigido à instância superior competente.

4. Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

5. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5006752-89.2019.4.03.6183

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

PARTE AUTORA: IRINEU EVANGELISTA RIBEIRO

Advogados do(a) PARTE AUTORA: WAGNER DE SOUZA SANTIAGO - SP272779-A, NAIARA APARECIDA

VENTURA DE LIMA - SP419187-A

PARTE RE: GERENTE EXECUTIVO DA AGÊNCIA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL DO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL DA PENHA - SÃO PAULO, GERENTE EXECUTIVO DO INSS EM SÃO PAULO - LESTE, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5006752-89.2019.4.03.6183

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

PARTE AUTORA: IRINEU EVANGELISTA RIBEIRO

Advogados do(a) PARTE AUTORA: WAGNER DE SOUZA SANTIAGO - SP272779-A, NAIARA APARECIDA

VENTURA DE LIMA - SP419187-A

PARTE RE: GERENTE EXECUTIVO DA AGÊNCIA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL DO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL DA PENHA - SÃO PAULO, GERENTE EXECUTIVO DO INSS EM SÃO PAULO - LESTE, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial em mandado de segurança concedido para compelir a autoridade impetrada a proferir decisão no pedido administrativo de aposentadoria por tempo de contribuição formulado em 03/09/2018 (protocolo 170876553).

Em 28/01/2020 foram juntadas informações da autoridade impetrada, comunicando que o requerimento administrativo foi apreciado (ID 126298402).

O Ministério Público Federal lançou parecer nos autos.

Inicialmente distribuído à 8ª Turma, o relator originário determinou a redistribuição do feito à 2ª Seção, sendo os autos encaminhados a esta relatoria, designada por sorteio.

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5006752-89.2019.4.03.6183

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

PARTE AUTORA: IRINEU EVANGELISTA RIBEIRO

Advogados do(a) PARTE AUTORA: WAGNER DE SOUZA SANTIAGO - SP272779-A, NAIARA APARECIDA VENTURA DE LIMA - SP419187-A

PARTE RE: GERENTE EXECUTIVO DA AGÊNCIA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL DO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL DA PENHA - SÃO PAULO, GERENTE EXECUTIVO DO INSS EM SÃO PAULO - LESTE, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, o princípio da duração razoável do processo, elevado à superioridade constitucional, elenca não apenas a garantia da prestação administrativa célere, como a da eficiência, razoabilidade e moralidade, de acordo com o previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal e artigo 2º, *caput*, da Lei 9.784/1999:

"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte (...)"

"Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência."

Com efeito, tem-se dado materialidade ao entendimento de que é dever do Poder Público, parte de sua própria finalidade e do interesse público, que suas funções sejam exercidas de maneira célere e satisfatória, sob pena, caso contrário, de ineficácia. Não por outro motivo foram promulgadas as Emendas Constitucionais 19 e 45, bem como, em nível infraconstitucional, editada a própria Lei 9.784/1999, supracitada.

Neste sentido tem decidido a Corte:

ApCiv 5000897-78.2019.4.03.6103, Rel. Des. Fed. CECILIA MARCONDES, intimação via sistema 06/03/2020: "ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO. REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. DECURSO DO PRAZO LEGAL PARA ANÁLISE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO DESPROVIDAS. 1. Na hipótese dos autos, o impetrante formulou requerimento de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição em 06.07.2018, o qual permaneceu pendente de apreciação pelo INSS, além do prazo legal. 2. Cumpre ressaltar que a duração razoável dos processos é garantia constitucionalmente assegurada aos administrados, consoante expressa disposição do art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/88, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04. 3. Com efeito, a Administração Pública tem o dever de analisar em prazo razoável os pedidos que lhe são submetidos, sob pena de causar prejuízo ao administrado e de descumprir o princípio da celeridade processual, também assegurado constitucionalmente aos processos administrativos (art. 5º, LXXVIII, da CF/88). 4. Consoante preconiza o princípio constitucional da eficiência, previsto no art. 37, caput, da Constituição da República, o administrado não pode ser prejudicado pela morosidade excessiva na apreciação de requerimentos submetidos à Administração Pública. Assim, a via mandamental é adequada para a garantia do direito do administrado. 5. O art. 49 da Lei nº 9.784/1999 fixa o prazo de até 30 dias para que a Administração Pública decida a questão posta em processo administrativo, salvo se houver motivo que justifique de maneira expressa a prorrogação do referido lapso temporal. 6. Além do aludido prazo legal, o art. 41-A, § 5º, da Lei nº 8.213/1991 e o art. 174 do Decreto nº 3.048/1999, que dispõem especificamente sobre a implementação de benefícios previdenciários, preveem o prazo de 45 dias para o primeiro pagamento, contados a partir da data da apresentação dos documentos necessários pelo segurado. 7. No caso vertente, resta evidenciado que a autoridade impetrada desrespeitou os prazos estabelecidos em legislações ordinárias, que regulam tanto o processo administrativo em geral, como os processos administrativos de requerimentos de benefícios no âmbito da Previdência Social. 8. Inexiste amparo legal para a omissão administrativa da autarquia previdenciária, que, pelo contrário, enseja descumprimento de normas legais e violação aos princípios da legalidade, razoável duração do processo, proporcionalidade, eficiência na prestação de serviço público, segurança jurídica e moralidade, sujeitando-se ao controle jurisdicional visando a reparar a lesão a direito líquido e certo infringido. 9. Não há condenação em honorários advocatícios em sede de mandado de segurança, nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009 e das Súmulas 105 do STJ e 512 do STF. 10. Apelação e remessa necessária, tida por interposta, não providas."

Na espécie, o requerimento foi protocolado em 03/09/2018 (ID. 126298065), gerando, pela demora, apreciação em 21/01/2020 (ID. 126298402), após a presente impetração e concessão da segurança, ainda assim com evidente violação ao prazo de 30 dias, previsto nos artigos 49 e 59, § 1º, da Lei 9.784/1999, bem como à razoável duração do processo, segundo os princípios da eficiência e da moralidade:

"Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada."

"Art. 59. (...)

§ 1º Quando a lei não fixar prazo diferente, o recurso administrativo deverá ser decidido no prazo máximo de trinta dias a partir do recebimento dos autos pelo órgão competente."

Como se observa, o INSS não se exclui da incidência da legislação citada que, ao fixar prazo de trinta dias para profereir decisão e para julgar recurso administrativo, não permite que nas fases intermediárias possa ser consumido prazo indefinido, protraindo alongadamente o prazo para conclusão do procedimento administrativo, prejudicando o cumprimento das etapas finais, em que peremptórios os prazos fixados, justificados em particular pela própria natureza dos benefícios previdenciários. Logo, dificuldades de estrutura e pessoal não podem ser invocadas em detrimento do princípio constitucional e legal da eficiência e celeridade na prestação do serviço público.

O reconhecimento de direito líquido e certo não viola os princípios da isonomia e da impessoalidade, pois não pode a Administração preconizar que a Constituição Federal autoriza a prática de ilegalidade desde que seja de forma igual e impessoal. Quem se vê tolhido de direito líquido e certo deve buscar amparo judicial e o remédio é o restabelecimento do regime jurídico da legalidade, e não o contrário.

Nem se invoque, em defesa, o tratado no RE 631.240, que originou, em repercussão geral, o Tema 350 cuja impertinência com o caso é manifesta, vez que referente, exclusivamente, à exigência de prévio requerimento administrativo como condição para acesso ao Judiciário sem nada dispor sobre a validade de atrasos praticados pela autarquia previdenciária no exercício de suas atribuições e deveres legais. A previsão de intimação para o INSS manifestar-se em até noventa dias nas ações ajuizadas sem prévio requerimento administrativo e antes da conclusão do julgamento do precedente em 03/09/2014, não revoga o preceito legal, mas busca apenas resolver o destino das demandas judiciais em curso, bem diferente do verificado, nos autos, em que já foi previamente acionada a administração e esta, ainda assim, descumpriu prazo legal para a prestação do serviço público.

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO ADMINISTRATIVO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. INSS. PRAZO. DEMORA INJUSTIFICADA. ARTS. 5º, LXXVII E 37, CF. LEI 9.784/1999. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. O princípio da duração razoável do processo, elevado à superioridade constitucional, elenca não apenas a garantia da prestação administrativa célere, como a da eficiência, razoabilidade e moralidade, de acordo com o previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal e artigo 2º, *caput*, da Lei 9.784/1999.
2. Constatada a significativa demora no exame do pedido administrativo é direito do segurado ver compelido o INSS a observar o prazo legal para apreciação do requerimento, em especial por se tratar de pleito de natureza previdenciária e, portanto, de caráter alimentar. Não são justificáveis atrasos baseados em falta de estrutura e pessoal, pois incumbe à Administração Pública fornecer os meios necessários para a prestação de serviço público célere e eficiente.
3. O reconhecimento de direito líquido e certo não viola os princípios da isonomia e da impessoalidade, pois não pode a Administração preconizar que a Constituição Federal autoriza a prática de ilegalidade desde que seja de forma igual e impessoal. Quem se vê tolhido de direito líquido e certo deve buscar amparo judicial e o remédio é o restabelecimento do regime jurídico da legalidade, e não o contrário.
4. O caso dos autos não se amolda ao discutido no RE 631.240, que originou, em repercussão geral, o Tema 350 que tratou, exclusivamente, da exigência de prévio requerimento administrativo como condição para acesso ao Judiciário sem nada dispor sobre a validade de atrasos praticados pela autarquia previdenciária no exercício de suas atribuições e deveres legais. A previsão de intimação para o INSS manifestar-se em até noventa dias nas ações ajuizadas sem prévio requerimento administrativo e antes da conclusão do julgamento do precedente em 03/09/2014, não revoga o preceito legal, mas busca apenas resolver o destino das demandas judiciais em curso, bem diferente do verificado, nos autos, em que já foi previamente acionada a administração e esta, ainda assim, descumpriu prazo legal para a prestação do serviço público.
5. Remessa oficial desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0002084-98.2017.4.03.6000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: LIFE COMERCIAL DE ALIMENTOS EIRELI - ME

Advogados do(a) APELADO: FABIO SEIKI ESMERELLES - SP285635-A, ANDRE LUIZ MARQUETE FIGUEIREDO - SP286446-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0002084-98.2017.4.03.6000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: LIFE COMERCIAL DE ALIMENTOS EIRELI - ME

Advogados do(a) APELADO: FABIO SEIKI ESMERELLES - SP285635-A, ANDRE LUIZ MARQUETE FIGUEIREDO - SP286446-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial e apelação interposta pela UNIÃO FEDERAL contra sentença em que concedida a segurança requerida pela impetrante, "para o fim de assegurar à mesma o direito de excluir o ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, assim como o direito de compensar, após o trânsito em julgado desta decisão e junto à Receita Federal, os valores indevidamente recolhidos a título de PIS e COFINS, sobre a parcela relativa ao ICMS, no período de cinco anos antes do ajuizamento desta ação em diante, com quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, devidamente corrigidos monetariamente nos termos da Resolução nº 267/2013, do CJF, a partir do recolhimento indevido, sendo que os juros de mora já estão abrangidos pela utilização da taxa SELIC, afastando-se, assim, qualquer ato da autoridade impetrada tendente a obstar tal procedimento, podendo, entretanto, fiscalizar a regularidade do procedimento relativo à compensação".

A apelante requer, preliminarmente, a suspensão do feito até o julgamento dos embargos de declaração opostos pela União Federal no RE nº 574.706/PR. No mérito, defende a legalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições em questão. Sustenta que o ICMS integra o valor ou preço da operação de venda, de forma a compor também o faturamento ou receita bruta das empresas, base de cálculo do PIS e da COFINS. A comungar deste entendimento, cita os enunciados das súmulas 68 e 94 do STJ. Afirma que a Lei nº 12.973/2014 prevê nova definição de receita bruta do PIS e COFINS, sendo posterior à interposição do RE nº 574.706 e, portanto, não foi analisada pelo C. Supremo Tribunal Federal. Requer a reforma da sentença, julgando-se totalmente improcedente a pretensão da impetrante.

Intimada, a impetrante apresentou contrarrazões, pugnando pela manutenção da sentença.

O ilustre representante do Ministério Público Federal - MPF manifestou-se pelo regular prosseguimento do feito.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0002084-98.2017.4.03.6000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: LIFE COMERCIAL DE ALIMENTOS EIRELI - ME

Advogados do(a) APELADO: FABIO SEIKI ESMERELLES - SP285635-A, ANDRE LUIZ MARQUETE FIGUEIREDO - SP286446-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O C. Supremo Tribunal Federal, em 15.03.2017, no julgamento do RE 574.706, com repercussão geral, definiu que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, conforme acórdão publicado em 02/10/2017, *verbis*:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. *Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.*
2. *A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.*
3. *O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS.*
4. *Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.*
5. *Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.*

Anote-se que as alterações posteriores perpetradas pela Lei nº 12.973/14 não têm o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido, pois, conforme entendimento sedimentado do C. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.

Considero, portanto, que as alegações do contribuinte coadunam com o atual posicionamento da Corte Suprema.

No tocante à possibilidade de modulação dos efeitos do RE 574.706, não há como suspender o feito nesta fase processual.

A regra geral relativa aos recursos extraordinários julgados com repercussão geral é de vinculação dos demais casos ao julgado e a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Destaca-se que no âmbito do próprio STF vem sendo dada eficácia ao desfecho do RE nº 574.706/PR independentemente do trânsito em julgado dessa decisão. Confirmam-se as seguintes decisões monocráticas:

Decisão: ... Cumpre observar, finalmente, no que se refere à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, após reconhecer a existência de repercussão geral da questão constitucional igualmente versada na presente causa, julgou o RE 574.706/PR, Rel. Min. CARMEN LÚCIA, nele fixando tese assim consubstanciada: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS." O exame da presente causa evidencia que o acórdão ora impugnado diverge, no ponto, da diretriz jurisprudencial que esta Suprema Corte firmou na análise da matéria em referência. Sendo assim, e tendo em consideração as razões expostas, dou parcial provimento ao recurso extraordinário, por estar o acórdão recorrido em confronto com entendimento emanado do Plenário desta Suprema Corte (RE 574.706/PR, Rel. Min. CARMEN LÚCIA), para determinar, em consequência, seja observada, pelo Tribunal "a quo", a orientação jurisprudencial em referência. Publique-se. Brasília, 21 de junho de 2017. Ministro CELSO DE MELLO Relator (RE 939742, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 21/06/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-141 DIVULG 27/06/2017 PUBLIC 28/06/2017)

Decisão: ... Quanto a possibilidade de inclusão do referido crédito presumido na base de cálculo do PIS e da COFINS, nos termos do art. 328, RISTF, determino o retorno dos autos ao Tribunal de origem para aplicação da sistemática da repercussão geral. Brasília, 26 de maio de 2017. Ministro Dias Toffoli Relator Documento assinado digitalmente (RE 1028359, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 26/05/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-114 DIVULG 30/05/2017 PUBLIC 31/05/2017)

Decisão: O Plenário desta Corte no RE 574.706, julgado sob a sistemática da repercussão geral (Tema 69), firmou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS". O acórdão do RE 574.706-RG ainda se encontra pendente de formalização e publicação, razão pela qual devem os autos retornar à origem para aplicação da tese firmada em sede de repercussão geral. Diante do exposto, com base no art. 328, parágrafo único, do RI/STF, determino o retorno dos autos à origem, a fim de que seja observada a sistemática da repercussão geral. Publique-se. Brasília, 23 de junho de 2017. Ministro Luís Roberto Barroso Relator (ARE 1054230, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 23/06/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-142 DIVULG 28/06/2017 PUBLIC 29/06/2017)

Em decorrência do indébito tributário, surge a possibilidade de realizar-se a compensação, observando-se a prescrição quinquenal, uma vez que a presente ação foi ajuizada em março de 2017.

O E. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Recursos Especiais nºs 1.365.095/SP e 1.715.256/SP, submetidos à sistemática dos recursos repetitivos, firmou o entendimento de que é desnecessária a exigência de provas do efetivo recolhimento do tributo e do seu montante exato, de modo que tal apreciação fica postergada para a esfera administrativa.

Na hipótese, como relatado, o contribuinte impetrou o mandado de segurança, objetivando a declaração de inexigibilidade da inclusão dos valores atinentes ao ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS, bem como o reconhecimento do direito de compensar os valores indevidamente recolhidos a tais títulos. A pretensão é meramente declaratória, não tendo a apelada postulado a efetiva investigação da liquidez e certeza dos valores indevidamente pagos.

O instituto da compensação tributária encontra-se previsto no artigo 170 do Código Tributário Nacional, segundo o qual é necessária a edição de lei para fixar os requisitos a serem cumpridos para que o contribuinte possa se valer de referido instituto.

Foi editada, então, a Lei nº 8.383/91, que permitia a compensação de tributos indevidamente recolhidos com parcelas vincendas de tributos da mesma espécie (art. 66) e, posteriormente, a Lei nº 9.250, de 26/12/1995, veio estabelecer a exigência de mesma destinação constitucional.

Com o advento da Lei nº 9.430/96, foi possibilitado ao contribuinte que, por meio de requerimento administrativo, fosse-lhe autorizado, pela Secretaria da Receita Federal, compensar seus créditos com quaisquer tributos e contribuições sob sua administração.

Somente com a edição da Lei nº 10.637/02, que deu nova redação ao art. 74 da Lei nº 9.430/96, permitiu-se a compensação de créditos tributários com débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Receita Federal do Brasil, independentemente do requerimento do contribuinte, ressalvadas as contribuições previdenciárias e as contribuições recolhidas para outras entidades ou fundos, conforme disposto no art. 41 da Instrução Normativa nº 1300/2012, da Receita Federal do Brasil.

De acordo com o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça, a compensação de tributos é regida pela lei vigente à época do ajuizamento da ação (REsp nº 488.922/MG, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki; REsp nº 1.018.533/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 10/12/08, DJE 09/02/09).

Assim, a compensação deverá ser efetuada com tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, nos termos do artigo 74 da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da demanda, observando-se a regra do artigo 170-A do CTN. Não obstante, nada impede que a apelada opte por realizar a compensação pela via administrativa, de acordo com a lei vigente à data do encontro de contas, desde que preenchidos os requisitos próprios, conforme jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C do CPC/1973 - REsp nº 1.137.738/SP (Tema nº 265).

Por fim, sobre o indébito tributário, incidirá correção monetária e juros apenas pela taxa SELIC, tendo em vista que esta já engloba juros e correção e, portanto, não pode ser cumulada com qualquer outro índice.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO À APELAÇÃO E À REMESSA OFICIAL.**

É o voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. APELAÇÃO. REMESSA OFICIAL. ICMS. BASE DE CÁLCULO. PIS. COFINS. INCONSTITUCIONALIDADE. TESE FIRMADA PELO STF EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). APLICAÇÃO NA HIPÓTESE, CONFORME PRECEDENTE DESTA C. CORTE. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO NÃO PROVIDAS,

1. O C. Supremo Tribunal Federal, em 15.03.2017, no julgamento do RE nº 574.706, com repercussão geral, definiu que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, conforme acórdão publicado em 02/10/2017.

2. No tocante à possibilidade de modulação dos efeitos do RE nº 574.706, não há como suspender o feito nesta fase processual, considerando que os embargos de declaração opostos não são dotados de efeito suspensivo. A regra geral relativa aos recursos extraordinários julgados com repercussão geral é de vinculação dos demais casos ao julgado e a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas. A intenção da União Federal é sobrestar o feito diante de uma mera expectativa de modulação do julgado, o que não merece guarida, uma vez que ausente previsão legal para tanto.

3. Em decorrência do indébito tributário, surge a possibilidade de realizar-se a compensação, observando-se a prescrição quinquenal, uma vez que a presente ação foi ajuizada em março de 2017.

4. A compensação deverá ser efetuada com tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, à exceção das contribuições previdenciárias, nos termos do artigo 74 da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da demanda. Nada impede, todavia, que a apelada opte por realizar a compensação pela via administrativa, de acordo com a lei vigente à data do encontro de contas, desde que preenchidos os requisitos próprios, conforme jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C do CPC/1973 - REsp nº 1.137.738/SP (Tema nº 265).

5. Apelação da União Federal e remessa oficial não providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO À APELAÇÃO E À REMESSA OFICIAL, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5024895-21.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: NOTRE DAME INTERMEDICA SAUDE S.A.

Advogado do(a) APELANTE: DAGOBERTO JOSE STEINMEYER LIMA - SP17513-A

APELADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5024895-21.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: NOTRE DAME INTERMEDICA SAUDE S.A.

Advogado do(a) APELANTE: DAGOBERTO JOSE STEINMEYER LIMA - SP17513-A

APELADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por Notre Dame Intermédica Saúde S/A e apelação adesiva interposta pela Agência Nacional de Saúde – ANS, contra sentença que julgou improcedente a respectiva ação ordinária ajuizada pela primeira em face da segunda.

Segundo consta na inicial, a demandante, cuja finalidade social é a operação de planos privados de assistência à saúde, teve gerada contra si a GRU nº 294120400029551630, para ressarcimento ao Sistema Único de Saúde - SUS de valores despendidos com prestação pública de serviços de saúde a beneficiários de planos de saúde por ela operados.

A autora suscita, preliminarmente, a nulidade do débito em cobrança por motivos de inconstitucionalidade de seu fundamento legal, e a ocorrência de prescrição. No mérito propriamente dito, aduz que os atendimentos realizados não estão abrangidos pela cobertura contratual, e argumenta no sentido do excesso de execução, em razão das diferenças entre os valores previstos na Tabela TUNEP e na Tabela do SUS.

O Magistrado *a quo*, em consonância com a jurisprudência dos Tribunais Superiores, entendeu pela constitucionalidade da previsão de ressarcimento ao Sistema Único de Saúde - SUS, nos termos do art. 32 da Lei 9.656/98, e verificou não ter havido decurso de prazo prescricional quinquenal. Ademais, afastou as alegações obstativas de cobrança e rejeitou os argumentos relativos ao excesso de execução. Fixou honorários advocatícios R\$ 2.000,00, em favor da autarquia federal.

Inconformada, a parte autora apelou retomando os fundamentos da inicial, e suscitando nulidade da decisão recorrida por ausência de fundamentação.

A Agência Reguladora, por sua vez, interpôs recurso adesivo requerendo a majoração da verba sucumbencial.

Com contrarrazões, os autos subiram a esta E. Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5024895-21.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: NOTRE DAME INTERMEDICA SAUDE S.A.
Advogado do(a) APELANTE: DAGOBERTO JOSE STEINMEYER LIMA - SP17513-A
APELADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A questão posta nos autos diz respeito a ressarcimento ao Sistema Único de Saúde - SUS pelo atendimento público prestado a beneficiários de planos privados de assistência à saúde.

De início, rechaça-se o pedido de reconhecimento de nulidade da sentença por suposta falta de fundamentação.

É entendimento sedimentado do C. Superior Tribunal de Justiça que o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão (*EDcl no MS 21.315-DF, Rel. Min. Diva Malerbi, Desembargadora convocada do TRF da 3ª Região, julgado em 8/6/2016, DJe 15/6/2016 - Informativo de Jurisprudência nº 0585*).

No caso em tela, a sentença foi escrita de modo detalhado e com base em lastro probatório suficiente para sua legitimação, sendo desnecessária a análise pormenorizada de cada umas das AIHs. Trata-se, portanto, de mero inconformismo da recorrente com o julgamento contrário ao seu interesse.

Pois bem, com o objetivo de evitar o enriquecimento ilícito das empresas privadas operadoras de planos/seguros de saúde que captam recursos de seus consumidores sem prestar adequadamente os serviços contratados, o art. 32 da Lei 9.656/98 prevê a obrigação de ressarcimento dos gastos tidos com os beneficiários de plano/seguro de saúde atendidos na rede pública.

Destaca-se que basta o atendimento realizado na rede pública de saúde, ou em instituições privadas conveniadas ou contratadas pelo Sistema Único de Saúde - SUS, para que seja devido o ressarcimento por parte das operadoras. Não é necessário, portanto, nenhum convênio entre a operadora do plano de saúde e os hospitais que realizam o atendimento, sejam eles públicos ou particulares.

Sobre esse aspecto, o Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, reconhecida no RE 597064, relativa ao Tema 345, decidiu:

ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO SUS. OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE. ART. 32 DA LEI 9.656/98. ART. 199 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONSTITUCIONALIDADE. IMPUGNAÇÃO. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA ASSEGURADOS. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE. FATOS JURÍGENOS POSTERIORES À VIGÊNCIA DA LEI FEDERAL.

1. O Estado, sem se desincumbir de seu ônus constitucional, possibilitou que empresas privadas, sob sua regulamentação, fiscalização e controle (ANS), prestassem a assistência à saúde de forma paralela, no intuito de compartilhar os custos e os riscos a fim de otimizar o mandamento constitucional. 2. A cobrança disciplinada no art. 32 da Lei 9.656/98 ostenta natureza jurídica indenizatória ex lege (receita originária), sendo inaplicáveis as disposições constitucionais concernentes às limitações estatais ao poder de tributar, entre elas a necessidade de edição de lei complementar. 3. Observada a cobertura contratual entre os cidadãos-usuários e as operadoras de planos de saúde, além dos limites mínimo (praticado pelo SUS) e máximo (valores de mercado pagos pelas operadoras de planos de saúde), tal ressarcimento é compatível com a permissão constitucional contida no art. 199 da Carta Maior. 4. A possibilidade de as operadoras de planos de saúde ofertarem impugnação (e recurso, atualmente), em prazo razoável e antes da cobrança administrativa e da inscrição em dívida ativa, sendo-lhes permitido suscitar matérias administrativas ou técnicas de defesa, cumpre o mandamento constitucional do inciso LV do art. 5º da Constituição Federal. 5. O ressarcimento previsto na norma do art. 32 da Lei 9.656/98 é aplicável aos procedimentos médicos, hospitalares ou ambulatoriais custeados pelo SUS posteriores a 4.6.1998, desde que assegurado o exercício do contraditório e da ampla defesa, no âmbito administrativo, em todos os interstícios amparados por sucessivas reedições de medidas provisórias. (RE 597064, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 07/02/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-095 DIVULG 15-05-2018 PUBLIC 16-05-2018)

Ademais, no julgamento da ADI 1.931/DF, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela constitucionalidade da previsão legal de ressarcimento ao Sistema Único de Saúde - SUS (art. 32 da Lei nº 9.656/98):

***Decisão:** O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgou prejudicada a ação no tocante aos artigos 10, inc. VI; 12, incisos I, c, e II, g, e parágrafos 4º e 5º; e 32, parágrafos 1º, 3º, 7º e 9º, todos da Lei 9.656/1998, e, na parte conhecida, julgou parcialmente procedentes os pedidos, para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 10, § 2º, e 35-E da Lei 9.656/1998, bem como do art. 2º da Medida Provisória n. 2.177-44/2001. Falaram, pela requerente, Confederação Nacional de Saúde - Hospitais Estabelecimentos e Serviços - CNS, Dr. Marcelo Ribeiro; e, pelo Presidente da República e pelo Congresso Nacional, a Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, Advogada-Geral da União. Impedidos o Ministro Dias Toffoli, ausente neste julgamento, e o Ministro Roberto Barroso. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 7.2.2018.*

Por outro lado, é pacífico o entendimento jurisprudencial de que não se trata de cobrança imprescritível, mas que deve observar o prazo prescricional quinquenal previsto no artigo 1º do Decreto nº 20.910/1932. Sobre o tema, trago precedente do Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO AO SUS. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. DECRETO 20.910/1932. SÚMULA 83/STJ. APLICAÇÃO DA TABELA TUNEP. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7 DO STJ.

1. Quanto à prescrição da pretensão de cobrança do ressarcimento ao SUS, verifica-se que o acórdão recorrido está em harmonia com o entendimento do STJ de que a prescrição para a cobrança da dívida ativa de natureza não tributária é quinquenal, com base no Decreto 20.910/1932.

2. Verifica-se que o Tribunal de origem decidiu a causa em consonância com a orientação do STJ, pelo que incide, na espécie, a Súmula 83/STJ, enunciado sumular aplicável, inclusive, quando fundado o Recurso Especial na alínea "a" do inciso III do art. 105 da Constituição Federal.

3. *A análise sobre a aplicação da tabela TUNEP e a verificação se os seus valores correspondem ao efetivamente praticado pelas operadoras de plano de saúde, exigiram a apreciação dos elementos de provas constantes nos autos, cuja revisão é inviável no âmbito do Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7 do STJ.*

4. *Além disso, verificar a ocorrência ou não enriquecimento ilícito demandaria também reexame de matéria fático-probatória, vedado em Recurso Especial.*

5. *Recurso Especial não conhecido." (sem grifos no original)*

(REsp 1698860/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 19/12/2017)

Com efeito, convencionou-se que o termo inicial da prescrição é a data da notificação do devedor da decisão final do processo administrativo, consoante jurisprudência deste Tribunal:

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. RESSARCIMENTO AO SUS. PRESCRIÇÃO. NULIDADES INEXISTENTES. IMPROCEDÊNCIA NO MÉRITO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. APELO DESPROVIDO.

1. Manifestamente infundada a pretensão de ter ocorrido o lapso prescricional, pois firmada a jurisprudência no sentido de que a prescrição para a cobrança do ressarcimento ao SUS, pelas operadoras de planos ou seguradoras de saúde, previsto no artigo 32 da Lei 9.656/1998, pelo uso dos serviços de saúde pública, é de 5 anos, na forma do Decreto 20.910/1932, contada a partir da notificação do devedor da decisão final do processo administrativo.

2. Caso em que os débitos referem-se às competências de abril a junho/2009, com vencimento, após processo administrativo, em 19/03/2013. Vencidos e não pagos os débitos, houve inscrição em dívida ativa em 08/10/2013, com a suspensão da prescrição (Lei 6.830/1980). O ajuizamento da execução fiscal ocorreu em 11/02/2014, tendo sido proferido despacho determinando a citação em 17/02/2014 (artigo 7º, da LEF), dentro, portanto, do prazo quinquenal, pelo que inexistente a prescrição.

(...)

8. Apelação improvida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2280082 - 0000558-75.2014.4.03.6138, Rel. JUIZA CONVOCADA DENISE AVELAR, julgado em 21/02/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/03/2018)

No caso dos autos, após regular procedimento administrativo, foi expedida a GRU nº 29412040002951630 com vencimento em 09.10.2018. Por sua vez, a presente ação ordinária foi ajuizada em 02.10.2018, com depósito judicial dos valores em cobrança, suspendendo-se a exigibilidade do crédito público e, por consequência, o prazo prescricional para ajuizamento de eventual execução fiscal.

Outrossim, não merecem guarida os argumentos acerca da inviabilidade de ressarcimento dos atendimentos realizados fora da rede credenciada ou fora da área de abrangência contratual ou, ainda, durante eventual período de carência contratual.

Estabelece a Lei nº 9.656/98:

Art. 35-C. É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos:

I - de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente;

II - de urgência, assim entendidos os resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional;

III - de planejamento familiar.

Verifica-se que, tendo em vista a presunção de legalidade dos atos administrativos, recai sobre a parte autora o ônus de comprovar que os atendimentos mencionados não foram realizados sob situação de urgência ou emergência, hipóteses em que se torna obrigatória a cobertura.

Nesse sentido, observa-se a jurisprudência:

ADMINISTRATIVO. TEMPESTIVIDADE RECURSAL. LEGITIMIDADE CONCORRENTE. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. CERCEAMENTO DE ATIVIDADE PROBATÓRIA. NÃO OCORRÊNCIA. OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE PRIVADO. ATENDIMENTO NA REDE PÚBLICA DE SAÚDE. RESSARCIMENTO AO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE-SUS. LEI N.º 9.656/98. COBRANÇA. CONSTITUCIONALIDADE. LEGALIDADE.

(...)

9. Melhor sorte não socorre à autora no que tange às alegações de que os atendimentos foram realizados fora da rede credenciada ou de que foram prestados a beneficiários em período de carência contratual, porquanto as situações em caráter de urgência/emergência tornam obrigatória a cobertura contratual, nos termos dos artigos 12, incisos V, "c", e VI, e 35-C da Lei n.º 9.656/98.

(...)

14. Agravo retido não conhecido, apelação da ré desprovida e apelação da autora provida em parte.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1597599 - 0001295-08.2008.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, julgado em 18/12/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:23/01/2019)

ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO AO SUS POR OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. ARTIGO 32 DA LEI N.º 9.656/98. PRESCRIÇÃO REGIDA PELO DECRETO-LEI N.º 20.910/32.

(...)

14. No que tange à alegação de que os atendimentos foram realizados fora da rede credenciada ou da abrangência geográfica dos planos, bem como de que não estavam cobertos pelo contrato ou de que foram prestados a beneficiários em período de carência contratual, melhor sorte não socorre a autora, porquanto não comprovado que a situação não se amoldava ao caráter emergencial ou urgencial, hipótese que torna obrigatória a cobertura contratual, nos termos dos artigos 12, incisos V e VI, e 35-C da Lei n.º 9.656/98.

(...)

17. Apelação e remessa oficial providas, para afastar a prescrição e, com fulcro no §4º do artigo 1.013 do CPC/2015, julgados improcedentes os pedidos da autora.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 2171936 - 0007958-83.2013.4.03.6136, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 07/02/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/02/2018)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. RESSARCIMENTO AO SUS POR OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. DECRETO N.º 20.910/32. ART. 32 DA LEI 9.656/98. CONSTITUCIONALIDADE. LEGALIDADE TUNEP. APELAÇÃO DESPROVIDA.

(...)

7. As alegações obstativas de cobrança como atendimento fora da rede credenciada ou do período de carência contratual, não prosperam em casos de emergência e urgência, já que a Lei n.º 9.656/1998, em seus artigos 12, incisos V e VI, e 35-C, assegura a obrigatoriedade da cobertura contratual, sendo que caberia à autora o ônus de comprovar, tendo em conta a presunção de legalidade dos atos administrativos, não ser o caso de atendimento emergencial ou urgencial, hipótese em que se torna obrigatória a cobertura, além do que não há violação aos princípios do contraditório e à ampla defesa, pois não restou demonstrada qualquer irregularidade nos processos administrativos relativos às impugnações e à cobrança do ressarcimento, sendo que à operadora não foi tolhida a oportunidade de impugnações e recursos para questionar os valores cobrados.

8. *Apelação desprovida.*

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2319354 - 0008887-98.2011.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI, julgado em 09/05/2019, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/05/2019)

Ademais, considerando que a obrigação de ressarcimento ao Sistema Único de Saúde - SUS não guarda relação o contrato celebrado entre a operadora de saúde e o consumidor, é certo que o atendimento realizado, nos termos da Lei 9.656/98, ainda que fora das hipóteses contratuais, não impede o dever de restituição ao Poder Público.

Por fim, é sabido que a Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos - TUNEP é resultado de um processo administrativo, amplamente discutido no âmbito do Conselho de Saúde Complementar, do qual participam os gestores responsáveis pelo processamento do ressarcimento e os representantes das operadoras e das unidades prestadoras de serviços integrantes do Sistema Único de Saúde, nos termos da Resolução CONSU nº. 23/1999.

Não restou comprovada a alegação de que os preços cobrados com base na Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos - TUNEP não refletem o real valor de mercado dos serviços. Isso porque seus valores são estabelecidos de modo a não serem inferiores aos praticados pelo Sistema Único de Saúde - SUS, e nem superiores aos praticados pelas operadoras de planos de saúde.

Igualmente, acerca da aplicação do Índice de Valoração do Ressarcimento – IVR, conforme disposto pela Coordenadoria Geral do SUS, o multiplicador de 1,5 sobre os valores contidos na tabela TUNEP tem por finalidade adequar o ressarcimento a gastos públicos que, apesar de efetivamente realizados, não foram previstos na referida tabela.

Nesse sentido, remanescendo qualquer dúvida sobre a razoabilidade dos preços, milita em favor da apelada a presunção de regularidade dos valores discriminados na referida tabela.

É esse o entendimento desta E. Corte:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO DECLARATÓRIA. CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA. RESSARCIMENTO AO SUS - ARTIGO 32 DA LEI Nº 9.656/98. PRESCRIÇÃO - DECRETO Nº 20.910/1932 - PRAZO QUINQUENAL. FLUÊNCIA INTEGRAL - INOCORRÊNCIA. LEGITIMIDADE DA COBRANÇA NÃO INFIRMADA. TABELA TUNEP E IVR - INCIDÊNCIA.

(...)

16. Ausência de comprovação de que os valores estabelecidos pela TUNEP - Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos, ou cobrados com utilização do IVR (Índice de Valoração do ressarcimento), seriam superiores à média daqueles praticados pelas operadoras. Não foi demonstrada violação do artigo 32, § 8º, da Lei nº 9.656/1998. Outrossim, os valores constantes na TUNEP foram estabelecidos em procedimento administrativo que contou com a participação de representantes das entidades interessadas. Precedentes da 3ª Turma do TRF3.

17. Apelação da Unimed de Catanduva - Cooperativa de Trabalho Médico a que se nega provimento. Apelação da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS provida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000782-89.2018.4.03.6136, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 25/06/2019, Intimação via sistema DATA: 01/07/2019)

EMBARGOS À EXECUÇÃO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. RESSARCIMENTO OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE. REPERCUSSÃO GERAL. RE 597064-RJ. TEMA 345. IVR. AGRAVO RETIDO E APELAÇÃO IMPROVIDOS.

1. O entendimento do STJ é de que a prescrição para a cobrança da dívida ativa de natureza não tributária é quinquenal, com base no Decreto 20.910/1932.

2. "É constitucional o ressarcimento previsto no art. 32 da Lei 9.656/98, o qual é aplicável aos procedimentos médicos, hospitalares ou ambulatoriais custeados pelo SUS e posteriores a 4/6/1998, assegurados o contraditório e a ampla defesa, no âmbito administrativo, em todos os marcos jurídicos".

3. Os valores constantes da Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos (TUNEP) foram fixados a partir de processo participativo, que contou inclusive com o envolvimento das operadoras de planos de saúde e a aplicação do Índice de Valorização do ressarcimento - IVR no cálculo do ressarcimento de valores ao SUS, encontrando-se dentro dos parâmetros fixados no art. 32, § 8º da Lei n.º 9.656/98, portanto, não se revelando desarrazoados ou arbitrários.

4. Agravo retido, conhecido, e Apelação improvidos.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2107832 - 0039126-86.2015.4.03.9999, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA, julgado em 20/03/2019, e-DJF3 Judicial 1 DATA:27/03/2019)

ADMINISTRATIVO. TEMPESTIVIDADE RECURSAL. LEGITIMIDADE CONCORRENTE. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. CERCEAMENTO DE ATIVIDADE PROBATÓRIA. NÃO OCORRÊNCIA. OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE PRIVADO. ATENDIMENTO NA REDE PÚBLICA DE SAÚDE. RESSARCIMENTO AO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE-SUS. LEI N.º 9.656/98. COBRANÇA. CONSTITUCIONALIDADE. LEGALIDADE.

(...)

7. Quanto à aplicação da tabela TUNEP - Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos, cumpre esclarecer que os valores não são superiores à média dos praticados pelas operadoras, sendo que tais valores foram estabelecidos em procedimento administrativo, com participação de representantes das entidades interessadas, não possuindo qualquer ilegalidade na sua implementação pela ANS.

(...)

14. Agravo retido não conhecido, apelação da ré desprovida e apelação da autora provida em parte.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1597599 - 0001295-08.2008.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, julgado em 18/12/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:23/01/2019).

Por fim, é certo que, no presente caso, o valor do proveito econômico obtido confunde-se como o próprio valor da causa (R\$ 437.854,31 à época de seu ajuizamento em 02.10.2018), que deve figurar como base de cálculo para fins de arbitramento da verba sucumbencial.

Entende-se, portanto, pela necessidade de majoração dos honorários advocatícios. Considerando-se a baixa complexidade da causa, reputa-se razoável fixá-los nos percentuais mínimos do art. 85, §3º, I e II do atual Código de Processo Civil, observando-se a regra de escalonamento prevista no art. 85, §5º do mesmo diploma legal.

Ante o exposto, nego provimento à apelação da autora e dou provimento à apelação da Agência Nacional de Saúde – ANS.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO AO SUS. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 32 DA LEI 9.656/98. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. DECRETO 20.910/32. ÔNUS DA PROVA. ATENDIMENTO EMERGENCIAL OU URGENCIAL. REGULARIDADE DA TABELA TUNEP. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APELAÇÃO AUTORAL DESPROVIDA. APELAÇÃO ANS PROVIDA.

1. A questão posta nos autos diz respeito a ressarcimento ao Sistema Único de Saúde - SUS pelo atendimento público prestado a beneficiários de planos privados de assistência à saúde.

2. O art. 32 da Lei 9.656/98 prevê a obrigação de ressarcimento dos gastos tidos com os beneficiários de plano de saúde atendidos na rede pública, com o objetivo de evitar o enriquecimento ilícito das empresas privadas operadoras de planos e seguros de saúde que captam recursos de seus consumidores sem prestar adequadamente os serviços contratados,

3. Basta o atendimento realizado na rede pública de saúde, ou em instituições privadas conveniadas ou contratadas pelo Sistema Único de Saúde - SUS, para que seja devido o ressarcimento por parte das operadoras. Não é necessário convênio entre a operadora do plano de saúde e os hospitais que realizam o atendimento.

4. Pacífico o entendimento jurisprudencial de que não se trata de cobrança imprescritível, mas que deve observar o prazo prescricional quinquenal previsto no artigo 1º do Decreto nº 20.910/1932, cujo termo inicial é a data da notificação do devedor da decisão final do processo administrativo.

5. Ação ordinária ajuizada em 02.10.2018 antes mesmo do vencimento a GRU nº 29412040002951630 com depósito judicial dos valores em cobrança, suspendendo-se a exigibilidade do crédito público e, por consequência, o prazo prescricional para ajuizamento da execução fiscal.

6. Não merece acolhimento os argumentos acerca da inviabilidade de ressarcimento dos atendimentos realizados fora da rede credenciada ou fora da área de abrangência contratual ou, ainda, durante eventual período de carência contratual. Verifica-se que, tendo em vista a presunção de legalidade dos atos administrativos, recai sobre a parte autora o ônus de comprovar que os atendimentos mencionados não foram realizados sob situação de urgência ou emergência, hipóteses em que se torna obrigatória a cobertura.

7. Considerando que a obrigação de ressarcimento ao Sistema Único de Saúde - SUS não guarda relação o contrato celebrado entre a operadora de saúde e o consumidor, é certo que o atendimento realizado, nos termos da Lei 9.656/98, ainda que fora das hipóteses contratuais, não impede o dever de restituição ao Poder Público.

8. A Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos - TUNEP é resultado de um processo administrativo, amplamente discutido no âmbito do Conselho de Saúde Complementar, do qual participam os gestores responsáveis pelo processamento do ressarcimento e os representantes das operadoras e das unidades prestadoras de serviços integrantes do Sistema Único de Saúde, nos termos da Resolução CONSU nº. 23/1999.

9. Não restou comprovada a alegação de que os preços cobrados com base na Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos - TUNEP não refletem o real valor de mercado dos serviços. Isso porque seus valores são estabelecidos de modo a não serem inferiores aos praticados pelo Sistema Único de Saúde - SUS, e nem superiores aos praticados pelas operadoras de planos de saúde.

10. Milita em favor da apelada a presunção de regularidade dos valores discriminados na referida tabela.

11. No presente caso, o valor do proveito econômico obtido confunde-se com o próprio valor da causa (R\$ 437.854,31 à época de seu ajuizamento em 02.10.2018), que deve figurar como base de cálculo para fins de arbitramento da verba sucumbencial.

12. Entende-se, portanto, pela necessidade de majoração dos honorários advocatícios. Considerando-se a baixa complexidade da causa, reputa-se razoável fixá-los nos percentuais mínimos do art. 85, §3º, I e II do atual Código de Processo Civil, observando-se a regra de escalonamento prevista no art. 85, §5º do mesmo diploma legal.

13. Apelação da autora desprovida. Apelação da Agência Nacional de Saúde – ANS provida, para majorar a verba sucumbencial.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação da autora e deu provimento à apelação da Agência Nacional de Saúde ANS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000299-37.2009.4.03.6112
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
Advogado do(a) APELANTE: HENRIQUE CHAGAS - SP113107-A
APELADO: DEOCLECIANA DE SOUZA SANTOS
Advogado do(a) APELADO: ROGERIO ROCHA DIAS - SP286345-N
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Vistos,

Não havendo outras providências a serem tomadas, retornemos autos à condição de sobrestado.

Intime-se.

São Paulo, 22 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000299-37.2009.4.03.6112
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
Advogado do(a) APELANTE: HENRIQUE CHAGAS - SP113107-A
APELADO: DEOCLECIANA DE SOUZA SANTOS
Advogado do(a) APELADO: ROGERIO ROCHA DIAS - SP286345-N
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Vistos,

Não havendo outras providências a serem tomadas, retornemos autos à condição de sobrestado.

Intime-se.

São Paulo, 22 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5009095-84.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE ECONOMIA DOIS REGIAO

Advogados do(a) APELANTE: EVELINE BERTO GONCALVES - SP270169-A, WILLIAN MIGUEL DA SILVA - SP360610-A

APELADO: ALAOF DO BRASIL ADMINISTRADORA DE VALORES MOBILIARIOS E CONSULTORIA LTDA.

Advogados do(a) APELADO: MARCOS VINICIUS PASSARELLI PRADO - SP154632-A, PAULO DE FIGUEIREDO FERRAZ PEREIRA LEITE - SP317575-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5009095-84.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE ECONOMIA DOIS REGIAO

Advogados do(a) APELANTE: EVELINE BERTO GONCALVES - SP270169-A, WILLIAN MIGUEL DA SILVA - SP360610-A

APELADO: ALAOF DO BRASIL ADMINISTRADORA DE VALORES MOBILIARIOS E CONSULTORIA LTDA.

Advogados do(a) APELADO: MARCOS VINICIUS PASSARELLI PRADO - SP154632-A, PAULO DE FIGUEIREDO FERRAZ PEREIRA LEITE - SP317575-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pelo Conselho Regional de Economia da 2ª Região contra sentença que julgou procedente o pedido inicial para declarar a inexistência de relação jurídica entre as partes e reconhecer a desobrigação de a parte-autora, ora apelada, se inscrever no CORECON/SP, devendo a ré abster-se de exigir a anuidade, bem como o direito à devolução de valores indevidamente pagos a esse título referentes ao Auto de Infração nº 048/2013 (Processo Administrativo nº 067/2013), respeitada a prescrição quinquenal e observados os termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal. Condenou o réu ao pagamento de custas e honorários advocatícios em favor da autora, calculados sobre o valor da condenação, aplicando-se a tabela progressiva de percentuais, observados os patamares mínimos, prevista no art. 85, § 3º, do Código de Processo Civil de 2015.

Sustenta, em apertada síntese, ser devida a inscrição da apelada no Conselho apelante, uma vez que o gestor de recursos de terceiros, em suas análises, utiliza-se de ferramentas das ciências econômicas para a consecução de sua atividade fim.

Subsidiariamente, insurge-se contra a restituição dos valores pagos, pois a empresa também exerce a atividade de consultoria financeira.

Comcontrarrazões.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5009095-84.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE ECONOMIA DOIS REGIAO

Advogados do(a) APELANTE: EVELINE BERTO GONCALVES - SP270169-A, WILLIAN MIGUEL DA SILVA - SP360610-A

APELADO: ALAOF DO BRASIL ADMINISTRADORA DE VALORES MOBILIARIOS E CONSULTORIA LTDA.

Advogados do(a) APELADO: MARCOS VINICIUS PASSARELLI PRADO - SP154632-A, PAULO DE FIGUEIREDO FERRAZ PEREIRA LEITE - SP317575-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A jurisprudência do STJ pacificou-se no sentido de que a obrigatoriedade de registro nos conselhos profissionais e contratação de profissional específico é determinada pela atividade básica ou pela natureza dos serviços prestados pela empresa. *Verbis*:

..EMEN: ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA VETERINÁRIA. INDÚSTRIA DE RAÇÕES E SUPLEMENTOS NUTRICIONAIS PARA ANIMAIS. REGISTRO E RESPONSÁVEL TÉCNICO. NECESSIDADE. ACÓRDÃO FUNDAMENTADO COM BASE NO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. 1. O STJ entende que a atividade básica desenvolvida na empresa determina a qual conselho de fiscalização profissional deverá submeter-se, e que tão somente os estabelecimentos cujas atividades estiverem vinculadas à medicina veterinária é que estão obrigados ao registro no Conselho de Medicina. 2. In casu, o Tribunal de origem consignou que "a atividade desempenhada pela autora não se limita à comercialização de produtos, abrangendo também a fabricação de rações e suplementos nutricionais, além de medicamentos e condicionadores de ambiente para diversas espécies de animais" (fl. 215, e-STJ). Assim, é evidente que, para modificar o entendimento firmado no acórdão recorrido, necessário exceder as razões colacionadas no acórdão vergastado, o que demanda incursão no contexto fático-probatório dos autos, vedada em Recurso Especial, conforme Súmula 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial". 3. Agravo Regimental não provido. ..EMEN: (AGARESP 201600179730, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:27/05/2016 ..DTPB:.)

..EMEN: RECURSO FUNDADO NO CPC/73. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. INSCRIÇÃO EM CONSELHO PROFISSIONAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA À DISPOSITIVOS DA LEI 2.800/56. NECESSIDADE DE PRÉVIA ANÁLISE DE ATOS NORMATIVOS INFRALEGAIS. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1. O Plenário do STJ, na sessão de 09.03.2016, definiu que o regime recursal será determinado pela data da publicação da decisão impugnada (Enunciado Administrativo n. 2/STJ). Logo, no caso, aplica-se o CPC/73. 2. O exame da controvérsia, a fim de se reconhecer ofensa a dispositivos da Lei 2.800/56, depende de prévia análise das Resoluções 128, 262 e 277, do CONFEA, atos normativos que não se enquadram no conceito de lei federal ou tratado, o que inviabilizando o conhecimento do recurso especial. 3. Verifica-se que o acórdão recorrido está em consonância com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual a obrigatoriedade de inscrição de profissional em conselho de classe depende da atividade básica ou dos serviços prestados. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. ..EMEN: (AGRESP 200901500633, SÉRGIO KUKINA, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:11/05/2016 ..DTPB:.)

No caso dos autos, o objeto social da ora apelada refere-se preponderantemente a atividades relacionadas à operação na Bolsa de Valores (ID 101893807), estando sujeita à fiscalização pela Comissão de Valores Mobiliários.

Desse modo, indevido o registro perante o Conselho apelante.

Nesse sentido já decidiu o Tribunal Federal:

"ADMINISTRATIVO- AÇÃO ORDINÁRIA. ATIVIDADE DOS AUTORES RELACIONADA À ANÁLISE E PESQUISA DE EMPRESAS QUE ATUAM NA BOLSA DE VALORES. REGISTRO E PAGAMENTO DE ANUIDADES AO CONSELHO REGIONAL DE ECONOMIA (CORECON) - INEXIGIBILIDADE - ATIVIDADE BÁSICA - FISCALIZAÇÃO PELA CVM. AUTORIZAÇÃO E CERTIFICAÇÃO PELO APIMEC- PRECEDENTES.

1. O artigo 1º, da Lei Federal nº 6.839/80, determina o registro de empresas e a anotação dos profissionais legalmente habilitados nas entidades competentes para a fiscalização do exercício das diversas profissões, em razão da atividade básica ou em relação àquela pela qual prestem serviços a terceiros.

2. É indevida a inscrição no Conselho Regional de Economia, pois as atividades básicas dos autores, ou aquelas pelas quais prestam serviços a terceiros, não requerem conhecimentos técnicos privativos de economista. Além disso, as atividades dos autores já se submetem à fiscalização da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e autorização e certificação pelo APIMEC. Precedentes.

3. Apelação provida.

4. Inversão do ônus da sucumbência."

(AC 0023663-35.2013.4.03.6100/SP, Rel. Des. Fed. MARCELO SARAIVA, Quarta Turma, j. 19/07/2017, D.E. 14/08/2017)

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CORECON/SP. MULTA. REGISTRO. ATIVIDADE BÁSICA. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSO DESPROVIDO. 1. Consolidada a jurisprudência, firme no sentido de que inscrição e registro em conselho profissional somente são obrigatórios a pessoas que exerçam atividade básica e precípua na área de fiscalização técnica de tais entidades. 2. Consta do contrato social da embargante que "o objeto social compreende a prestação de serviços de gestão de carteira de títulos e valores mobiliários de terceiros, nos termos da regulamentação da Comissão de Valores Mobiliários - CVM". 3. Mesmo no caso específico de consultoria financeira, que é o caso dos autos, já decidiu a Corte que não é obrigatório o registro no CORECON. 4. Não existe compatibilidade da atividade básica da embargante com a área de atuação e fiscalização profissional do Conselho Regional da Economia. 5. Apelação desprovida."

(AC 00203850320154036182, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, Terceira Turma, e-DJF3 20/10/2016)

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É o voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. CONSELHOS PROFISSIONAIS. CRE/SP. ATIVIDADE BÁSICA PREPONDERANTE. RECURSO DESPROVIDO.

1. A jurisprudência do STJ pacificou-se no sentido de que a obrigatoriedade de registro nos conselhos profissionais e contratação de profissional específico é determinada pela atividade básica ou pela natureza dos serviços prestados pela empresa.
2. No caso dos autos, o objeto social da impetrante, ora apelada, refere-se preponderantemente a atividades relacionadas à operação na Bolsa de Valores, estando sujeita à fiscalização pela Comissão de Valores Mobiliários. Desse modo, indevido o registro perante o Conselho apelante. Nesse sentido já decidiu este Tribunal Federal.
3. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0018153-09.2013.4.03.6143

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: ABENGOA BIOENERGIA AGROINDUSTRIA LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: JOAO JOAQUIM MARTINELLI - SP175215-S

APELADO: ABENGOA BIOENERGIA AGROINDUSTRIA LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELADO: JOAO JOAQUIM MARTINELLI - SP175215-S

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0018153-09.2013.4.03.6143

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: ABENGOA BIOENERGIA AGROINDUSTRIA LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: JOAO JOAQUIM MARTINELLI - RJ139475-S

APELADO: ABENGOA BIOENERGIA AGROINDUSTRIA LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELADO: JOAO JOAQUIM MARTINELLI - RJ139475-S

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração contra acórdão assimementado:

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. MULTA ISOLADA PREVISTA NO § 15 DO ART. 74 DA LEI Nº 9.430/96. REVOGAÇÃO PELO ART. 27 DA LEI Nº 13.137/15. CARÊNCIA SUPERVENIENTE. PERDA DO OBJETO. OCORRÊNCIA. RECURSOS. PREJUDICADOS. PROCESSO EXTINTO SEM RESOLUÇÃO MÉRITO.

1. A revogação do dispositivo legal cujos efeitos o contribuinte pretende afastar leva à carência superveniente, por falta de interesse de agir; uma vez que o provimento jurisdicional, antes imprescindível, torna-se completamente desnecessário.

2. Com o esvaziamento do objeto da demanda, restam prejudicados os recursos em exame.

3. *Apelações prejudicadas e processo extinto sem resolução do mérito.*"

Alegou-se vício, inclusive para fins de pré-questionamento (artigos 5º, XXXIV, "a", CF; 106, II, "a", CTN; e 27, II, da Lei 13.137/15, que revogou os §§ 15 e 16 do artigo 74 da Lei nº 9.430/96; e princípio da proporcionalidade), pois, diferente do decidido, não se esvaiu o objeto da demanda, pois, ainda que o Ato Declaratório Interpretativo 8, de 24/08/2016, tenha reconhecido não ser aplicável a multa isolada dos §§ 15 e 16 do artigo 74 da Lei 9.430/1996, o auto de infração subsiste, exigindo-se provimento jurisdicional que o anule, aplicando-se a retroatividade benigna do artigo 106, II, "a" do Código Tributário Nacional.

Houve impugnação da embargada.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0018153-09.2013.4.03.6143

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: ABENGOA BIOENERGIA AGROINDUSTRIA LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: JOAO JOAQUIM MARTINELLI - RJ139475-S

APELADO: ABENGOA BIOENERGIA AGROINDUSTRIA LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELADO: JOAO JOAQUIM MARTINELLI - RJ139475-S

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, são manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

As alegações não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.

De fato, considerou-se no julgado que, pendente processo administrativo em que imposta multa que se pretende afastar, é de rigor que a anulação pleiteada seja aplicada pela via administrativa, nos termos do ADI 8/2016, de maneira que verificada desnecessidade da intervenção jurisdicional.

Se tal motivação é insuficiente, fere normas apontadas ou contraria a jurisprudência (artigos 5º, XXXIV, "a", CF; 106, II, "a", CTN; e 27, II, da Lei 13.137/15, que revogou os §§ 15 e 16 do artigo 74 da Lei nº 9.430/96; e princípio da proporcionalidade), deve o contribuinte veicular recurso próprio para a impugnação do acórdão e não rediscutir a matéria em embargos de declaração.

Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

DIREITO ADMINISTRATIVO. TRIBUTÁRIO. PERDA DE OBJETO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VÍCIO INEXISTENTE. REJEIÇÃO.

1. São manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.
2. As alegações não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.
3. De fato, considerou-se no julgado que, pendente processo administrativo em que imposta multa que se pretende afastar, é de rigor que a anulação pleiteada seja aplicada pela via administrativa, nos termos do ADI 8/2016, de maneira que verificada desnecessidade da intervenção jurisdicional.
4. Se tal motivação é insuficiente, fere normas apontadas ou contraria a jurisprudência (artigos 5º, XXXIV, "a", CF; 106, II, "a", CTN; e 27, II, da Lei 13.137/15, que revogou os §§ 15 e 16 do artigo 74 da Lei nº 9.430/96; e princípio da proporcionalidade), deve o contribuinte veicular recurso próprio para a impugnação do acórdão e não rediscutir a matéria em embargos de declaração.
5. Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.
6. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5004901-86.2017.4.03.6182

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

APELADO: CENTRAL NACIONAL UNIMED - COOPERATIVA CENTRAL

Advogados do(a) APELADO: NAIMACHCAR ELIAS JUNIOR - SP344074-A, MARIO ARTHUR AZUAGA MORAES BUENO - SP135628-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5004901-86.2017.4.03.6182

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

APELADO: CENTRAL NACIONAL UNIMED - COOPERATIVA CENTRAL

Advogados do(a) APELADO: NAIMACHCAR ELIAS JUNIOR - SP344074-A, MARIO ARTHUR AZUAGA MORAES BUENO - SP135628-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação à sentença de parcial procedência de embargos à execução fiscal, reduzindo a multa aplicada.

Alegou que: (1) a sentença reduziu a multa sem que tenha havido pedido, reputando existentes circunstâncias atenuantes do artigo 8º da Resolução 124/2006; (2) houve julgamento “*ultra petita*”, com violação ao contraditório e à ampla defesa e inobservância do princípio da não surpresa; (3) fundada em leis e regulamentos, aplicou multa, avaliando o caso concreto, a condição econômica da empresa e a gravidade dos fatos; (4) configura violação ao princípio constitucional da separação dos poderes, o controle judicial irrestrito dos atos administrativos, que devem ser limitado à análise da legalidade do procedimento, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal; e (5) o administrador tem competência privativa para escolher, motivadamente, uma dentre as penalidades possíveis, envolvendo o exame de circunstâncias atenuantes juízo de discricionariedade da Administração, não implicando ato abusivo, irrazoável ou desproporcional.

Não houve contrarrazões.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5004901-86.2017.4.03.6182

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

APELADO: CENTRAL NACIONAL UNIMED - COOPERATIVA CENTRAL

Advogados do(a) APELADO: NAIMACH CAR ELIAS JUNIOR - SP344074-A, MARIO ARTHUR AZUAGA MORAES BUENO - SP135628-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, os embargos à execução fiscal objetivaram a anulação do auto de infração, oriundo do PA 25772.021848/2015-57, e por consequência, da multa que lhe foi cominada no importe de R\$ 88.000,00 (oitenta e oito mil reais).

A sentença (ID 33523772) reconheceu como violado pela embargante o artigo 12, I, da Lei 9.656/1998, consignando não ter havido nulidade ou mácula no procedimento administrativo, porém, reconheceu duas hipóteses atenuantes previstas no artigo 8º, da Resolução ANS 124/2006, reduzindo a cominação para R\$ 70.400,00 (setenta mil e quatrocentos reais).

Não existe, pois, controvérsia quanto à materialidade da conduta imputada e respeito ao devido processo legal.

A apelante alegou que a redução da multa, em razão de atenuantes previstas no artigo 8º da Resolução 124/2006, ocorreu sem pedido, gerando julgamento “*ultra petita*”, com violação ao contraditório e à ampla defesa e inobservância do princípio da não surpresa.

A sentença assim relatou a pretensão deduzida em Juízo pela embargante:

"Expôs que, conforme auto de infração n.º 66771, de 12/11/2015, foi multada pela ANS, no valor de R\$88.000,00, com fundamento no art. 12 da Lei 9.656/98 e 77 da RN ANS 124, por ter deixado de garantir cobertura a testes cutâneo-alérgicos (poeira, alimentos, fungos, insetos, pólen ou látex), solicitada em 03/06/2015.

Alegou que não se caracterizou a infração, pois o procedimento dispensaria prévia autorização, bastando apresentação de solicitação médica dos exames, o qual não teria sido apresentado, tampouco foi esclarecido se a beneficiária teve dificuldade em localizar laboratórios na região de seu domicílio. Assim, teria havido defeito na informação ou incompreensão pela beneficiária, mas não recusa à cobertura dos testes.

Não obstante, ponderou que o atendimento foi realizado depois, em 03/08/2015, de modo que deveria ser afastada a penalidade em razão da reparação voluntária eficaz, antes da lavratura do auto de infração, nos termos do art. 11 da RN 48/2003.

Arguiu nulidade do processo administrativo, uma vez que não teria sido intimada para apresentar alegações finais, nos termos do inciso X do parágrafo único do art. 2º c/c inciso III do art. 3º da Lei 9.784/99.

Finalmente, ponderou que a infração não seria passível de multa, sendo suficiente a advertência, nos termos do art. 25, I, da Lei 9.656/98 e 2º, I, da RN 124/2006, bem como que o valor fixado seria abusivo, afrontando o princípio da proporcionalidade, cabendo, pois, sua revisão judicial para redução."

Ao fundamentar o acolhimento parcial do pedido expôs:

"No entanto, não foram consideradas as circunstâncias atenuantes de que trata o art. 8º da Resolução 124/2006, a saber:

"Art. 8º São circunstâncias que sempre atenuam a sanção:

I - ser a infração provocada por lapso do autor e não lhe trazer nenhum benefício, nem prejuízo ao consumidor; ou (Revogado pela RN nº 396, de 25/01/2016)

II - ter o infrator incorrido em equívoco na compreensão das normas regulamentares da ANS, claramente demonstrada no processo; (Revogado pela RN nº 396, de 25/01/2016)

III - ter o infrator adotado voluntariamente providências suficientes para reparar a tempo os efeitos danosos da infração.

III - ter o infrator adotado voluntariamente providências suficientes para reparar os efeitos danosos da infração, mesmo que não configure reparação voluntária e eficaz – RVE. (Revogado pela RN nº 396, de 25/01/2016)

Parágrafo único. Cada circunstância atenuante implicará a redução de 10% (dez por cento) do valor da multa."

Esclareça-se que mesmo as atenuantes dos incisos revogados pela RN 396/2016 deveriam ter sido consideradas na fixação da pena, na medida em que vigentes à época da infração, não se admitindo a retroatividade da lei penal mais gravosa (art. 5º, XL, da CF/88).

No caso dos autos, a infração se deu por lapso da Operadora, que se confundiu quanto à natureza do exame demandado, não informando adequadamente a beneficiária sobre a disponibilização do atendimento. Além disso, o exame não garantido no prazo legal constitui procedimento ambulatorial e de caráter eletivo, sem qualquer denotação de urgência ou emergência, não se podendo presumir que o atraso tenha acarretado prejuízo à beneficiária. A despeito disso, é certo que a Embargante adotou providências para atender à reclamação antes da autuação, ainda que fora do prazo para reparação eficaz. A título de comparação, fosse prevista a advertência ou multa para a infração, seria cabível a advertência, com fundamento no art. 5º, I, por ter sido cumprida a obrigação em 03/08/15, antes mesmo da autuação, em 12/11/15, sendo certo que a lei prevê a advertência mesmo para a reparação até o décimo dia contado da ciência do auto.

Destarte, é de se reconhecer a aplicação das 2 (duas) atenuantes, com a aplicação do fator de redução de 20% (vinte por cento). Alterando-se o cálculo da multa constante de fl. 21 do ID 1539829, nos termos sucessivos indicados pelo art. 11 da RN ANS n. 124/2006, alcança-se o total de R\$70.400,00 (setenta mil e quatrocentos reais)."

É importante registrar, no contexto, que a genérica alegação de desproporcionalidade da multa não foi acolhida pela sentença:

"Por outro lado, não se vislumbra violação ao princípio da proporcionalidade pela multa aplicada, tendo em vista que os critérios legais considerados (tipo de infração, porte econômico da empresa, agravantes e atenuantes) permitem dosar a penalidade de forma adequada e suficiente para coibir o ilícito, respeitando também os limites previstos no art. 27 da Lei 9.656/98 (R\$5.000,00 a R\$1.000.000,00)."

Todavia, derivou-se de tal princípio, ao que se presume, a causa de pedir adotada pela sentença, que concluiu ser indevida a multa no valor fixado, pois *"não foram consideradas as circunstâncias atenuantes de que trata o art. 8º da Resolução 124/2006"*. Para assim decidir, constou do julgado que, embora revogadas tais atenuantes pela RN 396, de 25/01/2016, o texto vigente ao tempo da infração permitiria a aplicação, dado que proibida a retroação prejudicial ao infrator, o que motivou a redução da multa em 20%.

Sucedo que, de fato, nem causa de pedir nem pedido foram expostos na inicial acerca de atenuantes e da não aplicação retroativa da revogação perpetrada pela RN 396/2016 ao texto da Resolução RN 124/2006. De fato, as alegações da inicial foram genéricas, fundando-se em ofensa aos princípios do devido processo legal e ampla defesa, finalidade, motivação, razoabilidade e proporcionalidade, integralmente rejeitada, acolhendo-se os embargos do devedor por fundamento distinto, como visto.

Houve, no particular, julgamento *ultra petita*, pois, qualificado o pedido pela causa de pedir respectiva, atenta contra o princípio da congruência o acolhimento de pretensão cuja fundamentação fático-jurídica não tenha sido deduzida em Juízo, não se inserindo na vasta e genérica alegação de desproporcionalidade o exame de toda a legislação sem que tenha sido apontada na inicial a causa de pedir respectiva, sobretudo em se tratando de embargos à execução fiscal, em que se deve presumir, salvo alegação e comprovação em contrário, a legitimidade do ato administrativo e a liquidez e certeza do título executivo.

O acolhimento gerou, ademais, ofensa ao princípio do contraditório e da não-surpresa perante o Juízo da causa.

Neste sentido a jurisprudência:

RESP 1.169.755, Rel. Des. Conv. VASCO DELLA GIUSTINA, DJE 26/05/2010: "CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CLÍNICA MÉDICA. SÓCIOS. JULGAMENTO EXTRA PETITA. CAUSA DE PEDIR. ALTERAÇÃO. PRINCÍPIO DA ADSTRIÇÃO OU DA CONGRUÊNCIA. NEXO DE CAUSALIDADE. EXCLUSÃO. RECURSOS ESPECIAIS PROVIDOS. 1. Segundo o princípio da adstrição ou da congruência, deve haver necessária correlação entre o pedido/causa de pedir e o provimento judicial (artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil), sob pena de nulidade por julgamento citra, extra ou ultra petita. 2. O provimento judicial está adstrito, não somente ao pedido formulado pela parte na inicial, mas também à causa de pedir, que, segundo a teoria da substanciação, adotada pela nossa legislação processual, é delimitada pelos fatos narrados na petição inicial. 3. Incide em vício de nulidade por julgamento extra petita a decisão que julga procedente o pedido com base em fato diverso daquele narrado pelo autor na inicial como fundamento do seu pedido. 4. Se a causa de pedir veio fundada no sofrimento dos autores em função da morte do paciente, imputada aos maus tratos sofridos durante a internação, era defeso ao Tribunal de origem condenar os réus com base nas más condições de atendimento da clínica, não relacionadas com o óbito. 5. Excluído pelo acórdão recorrido, com base na prova dos autos, o nexo causal entre o resultado morte e o tratamento recebido pelo paciente, ao consignar que se tratava de paciente em estado terminal, a improcedência da ação é solução que se impõe. 6. Recursos especiais providos."

ApelRemNec 0002957-70.2009.4.03.6100, Rel. Des. Fed. WILSON ZAUHY, e-DJF3 12/12/2017: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇA ULTRA PETITA. REDUÇÃO DA CONDENAÇÃO PARA OS LIMITES DO PEDIDO DA EXECUÇÃO. 1. Nosso ordenamento jurídico acolhe o princípio da congruência, segundo o qual a decisão judicial deverá ter estrita relação com as pretensões do autor estabelecidas na inicial e assim respeitar não só os limites do pedido, mas também a causa de pedir e os próprios sujeitos. 2. A citada congruência está relacionada aos princípios da inércia da jurisdição que estabelece que o juízo só deverá se movimentar quando provocado pela parte interessada, sempre respeitando os sujeitos do processo, bem como os limites impostos na causa de pedir e, sobretudo, no pedido da petição inicial (art. 141 do NCPC). 3. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado (art. 492, CPC/2015). 4. Ainda que o montante apurado pela contadoria judicial corresponda a R\$ 174.762,12, não poderia o MM. Juízo a quo extrapolar os limites do pedido posto pelos exequentes, condenando o executado em montante superior ao que foi apresentado pelos próprios exequentes. 5. Neste ponto vale ressaltar que a sentença ultra petita, não deve ser anulada pelo tribunal, mas, tão somente, reduzida aos limites do pedido. 6. Apelação provida."

Ante o exposto, dou provimento à apelação para julgar improcedentes os embargos do devedor.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. MULTA. ANS. LEI 9.656/1998 E RESOLUÇÃO ANS 124/2006. REDUÇÃO DA MULTA. JULGAMENTO *ULTRA PETITA*.

1. Configura julgamento *ultra petita*, com violação ao contraditório e ao princípio da não surpresa, o acolhimento em sentença de pedido não formulado nem amparado em causa de pedir deduzida na inicial, sobretudo em se tratando de embargos à execução fiscal, em que se deve presumir, salvo alegação e comprovação em contrário, a legitimidade do ato administrativo e a liquidez e certeza do título executivo.
2. Verificado, na espécie, que houve genérica impugnação ao auto de infração lavrado, fundado em alegação de ofensa aos princípios do devido processo legal e ampla defesa, finalidade, motivação, razoabilidade e proporcionalidade, integralmente rejeitada pela sentença. Não obstante, a multa foi reduzida, com o acolhimento parcial dos embargos à execução fiscal, reputando-se ilegal a falta de aplicação de duas atenuantes, revogadas na resolução atual, mas vigentes ao tempo dos fatos, com a incidência, pois, do princípio da vedação à retroação prejudicial ao infrator. O julgamento neste termos incorreu, porém, em detrimento do princípio da congruência, não se autorizando, portanto, a solução adotada.
3. Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação para julgar improcedentes os embargos do devedor, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5006093-80.2019.4.03.6183

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

PARTE AUTORA: URINIR DUARTE

Advogado do(a) PARTE AUTORA: VIVIANE CABRAL DOS SANTOS - SP365845-A

PARTE RE: AGENCIA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL DE ITAQUERA, GERENTE EXECUTIVO DO INSS EM SAO PAULO - LESTE, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5006093-80.2019.4.03.6183

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

PARTE AUTORA: URINIR DUARTE

Advogado do(a) PARTE AUTORA: ERIKA CARVALHO - SP425952-A

PARTE RÉ: AGENCIA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL DE ITAQUERA, GERENTE EXECUTIVO DO INSS EM SAO PAULO - LESTE, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por **Urinir Duarte** em face do Gerente Executivo do Instituto Nacional do Seguro Social de São Paulo/Leste, objetivando provimento jurisdicional que determine à autoridade coatora concluir a análise do seu pedido de aposentadoria por tempo de contribuição.

A liminar foi deferida para determinar à autoridade impetrada que proceda à análise do requerimento administrativo protocolizado sob o nº 1864978078, no prazo improrrogável de 10 (dez) dias, ou, caso já tenha sido analisado, que comunique o impetrante, bem como o Juízo (ID 125598160).

A MM. Juíza *a quo* concedeu a segurança, confirmando a liminar anteriormente deferida (ID 125598169).

Vieram os autos para o reexame necessário.

A Procuradoria Regional da República, em parecer da lavra do Dr. André de Carvalho Ramos, opinou pelo desprovimento da remessa necessária (ID 128591958).

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5006093-80.2019.4.03.6183

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

PARTE AUTORA: URINIR DUARTE

Advogado do(a) PARTE AUTORA: ERIKA CARVALHO - SP425952-A

PARTE RÉ: AGENCIA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL DE ITAQUERA, GERENTE EXECUTIVO DO INSS EM SAO PAULO - LESTE, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Trata-se de mandado de segurança impetrado com o fito de obter provimento jurisdicional que determine à autoridade coatora concluir a análise do pedido de aposentadoria por tempo de contribuição do impetrante.

Como é cediço, cabe à Administração Pública respeitar o princípio da razoável duração do processo, constante no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.

Nesse sentido, a Lei nº 9.784/1999 determina ao Poder Público o prazo de até 30 (trinta) dias, contados do momento em que concluída a instrução, para emitir decisão em processos administrativos de sua competência. *In verbis*:

"Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir; salvo prorrogação por igual período expressamente motivada".

O impetrante alega que protocolou o requerimento administrativo no dia 15.02.2019, mas até a data da impetração do presente *mandamus* (27.05.2019), ainda não havia qualquer perspectiva de decisão por parte da autoridade impetrada.

A autarquia previdenciária, deste modo, extrapolou os limites da razoabilidade em relação à demora na apreciação do pedido e veio a fazê-lo somente após a concessão da liminar (ID 125598176).

A respeito do tema, colhem-se os seguintes precedentes:

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO. ART. 5º, LXXVIII, DA CF. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSOS. TRASLADO DE PEÇAS. POSSIBILIDADE. CELERIDADE. ÔNUS DAS PARTES. ATUAÇÃO. RECURSO NÃO-CONHECIDO. 1. "A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" (art. 5º, LXXVIII, da CF). 2. Devem as partes colaborar no andamento do processo com o escopo de se chegar a um provimento jurisdicional final em tempo moderado. 3. Recurso não-conhecido". ..EMEN:(RESP 200701513930, ARNALDO ESTEVES LIMA, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:01/02/2010 ..DTPB:.)

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ANÁLISE DE PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO. LEI Nº 9.784/99. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. 1 - Os artigos 48 e 49 da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estipulam o prazo de até 30 (trinta) dias, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada, para Administração explicitamente emitir decisão nos processos administrativos. 2 - A Administração Pública deve examinar e decidir os requerimentos que lhe sejam submetidos à apreciação, no prazo legal, sob pena de violação aos princípios da eficiência e da razoável duração do processo, conforme preceituam as Leis ns. 9.784/99 e 11.457/07, bem como os artigos 5º, inciso LXXVIII e 37, caput, da Constituição da República, que a todos assegura o direito à celeridade na tramitação dos procedimentos administrativos. 3 - Remessa oficial não provida". (REO 00097112820094036100, DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/12/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

"PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MOROSIDADE ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. [...] II - De acordo com os documentos juntados aos autos demonstram, de plano a delonga da Administração na verificação do preenchimento das exigências legais para o deferimento do pleito. Portanto, não há qualquer justificação plausível por parte da autoridade para a demora na análise do processo administrativo, em ofensa aos princípios constitucionais e administrativos da moralidade, eficiência, continuidade do serviço público e razoabilidade. III - Agravo legal não provido".(AMS 00218437820134036100, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/12/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

"DIREITO DE PETIÇÃO. OBTENÇÃO DE RESPOSTA. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ILEGALIDADE. 1. Assiste direito líquido e certo à impetrante, de receber uma resposta da Administração Pública, acerca do requerimento formulado. 2. Todas as pessoas, físicas e jurídicas, têm assegurado o direito de invocar o Poder Público, a fim de receber uma resposta acerca de uma determinada questão ou situação considerada abusiva ou contrária ao direito. 3. Cuida-se do direito de petição (art. 5º, XXXIV, "a", da CF), no qual se encontra, implícito, o direito de receber a respectiva resposta, dentro de prazo razoável (Princípio da Eficiência da Administração Pública - art. 37, caput, da CF). 4. Protocolado o pleito de restituição em 17/02/05 (cf. fls. 29), sem que o mesmo houvesse sido analisado até a data do ajuizamento deste mandado de segurança (em 06/07/05), resta configurada a omissão ilegal por parte da autoridade administrativa. 5. Ao tratar do dever de decidir, a Lei 9784/99, reguladora do processo administrativo no âmbito federal, fixa o prazo de 30 dias para tanto. 6. Correta a sentença ao fixar o prazo de 15 dias para conclusão do processo administrativo. 7. Apelação e remessa oficial improvidas". (AMS - APELAÇÃO CÍVEL – 279903. TRF3. e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/09/2011 PÁGINA: 1229. 24/08/2011. JUIZ CONVOCADO LEONEL FERREIRA).

Registre-se que a falta de estrutura administrativa, seja ela material ou pessoal, não pode ser usada como argumento que justifique a demora da prestação de um serviço público, quando ultrapassado prazo consideravelmente razoável.

A.r. sentença, portanto, deve ser mantida tal como lançada.

Diante do exposto, voto por **NEGAR PROVIMENTO** à remessa necessária.

É como voto.

jucarval

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. PRAZO. LEI Nº 9.784/99. 30 DIAS. REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDA.

1. Cabe à administração pública respeitar o princípio da razoável duração do processo, constante no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.
2. A Lei n. 9.784/1999 determina à Administração Pública o prazo de até 30 (trinta) dias, contados do momento em que concluída a instrução, para emitir decisão em processos administrativos de sua competência.
3. A falta de estrutura administrativa, seja ela material ou pessoal, não pode ser usada como argumento que justifique a demora da prestação de um serviço público, quando ultrapassado prazo consideravelmente razoável.
4. Remessa necessária desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO à remessa necessária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5001483-91.2019.4.03.6111

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

PARTE AUTORA: JAIR APARECIDO GUIMARAES

Advogado do(a) PARTE AUTORA: FABRICIO AUGUSTO DE SOUZA GUIMARAES - SP380464-N

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5001483-91.2019.4.03.6111

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

PARTE AUTORA: JAIR APARECIDO GUIMARAES

Advogado do(a) PARTE AUTORA: FABRICIO AUGUSTO DE SOUZA GUIMARAES - SP380464-N

PARTE RÉ: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial em face da r. sentença que concedeu a segurança nos autos do mandado de segurança, com pedido de liminar, por meio do qual o impetrante quer ver decidido requerimento que apresentou ao INSS, voltado à concessão de benefício de aposentadoria por tempo de contribuição. Sustenta extrapolado, pela autarquia previdenciária, o prazo para decisão administrativa fixado pela Lei n.º 9.784/1999. Pedes, assim, ordem para resolução do procedimento administrativo em questão, com a análise do pedido administrativo de concessão de benefício de aposentadoria por tempo de contribuição formulado pelo impetrante a que tem direito. A inicial veio acompanhada de procuração e documentos.

O pedido de liminar formulado foi indeferido, porquanto havia matéria fática a investigar.

Na forma do disposto no artigo 7.º, inciso II, da Lei n.º 12.016/09, o representante judicial do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS manifestou sua ciência acerca do processado e informou ter interesse de intervir no processo.

Notificada, a autoridade impetrada informou que o requerimento administrativo de aposentadoria por tempo de contribuição formulado pelo impetrante já fora analisado e estava aguardando o cumprimento de exigências pela parte interessada.

O MM. Juiz *a quo* julgou procedente o pedido e concedeu a segurança vindicada, nos termos do artigo 487, I, do Código de Processo Civil, para que a autoridade impetrada, ou quem suas vezes faça, ultime em 30 (trinta) dias, depois de finalizada a fase de apresentação de documentos pela impetrante, a análise do pedido de aposentadoria por tempo de contribuição de que versam estes autos. Sentença sujeita a reexame necessário (artigo 14, §1.º, da Lei n.º 12.016/2009). Honorários não são devidos (artigo 25 da Lei n.º 12.016/2009).

Por força da remessa oficial, vieramos autos.

O ilustre Representante do Ministério Público Federal opina pelo regular prosseguimento do feito (Id num. 128606528).

É o Relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5001483-91.2019.4.03.6111

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

PARTE AUTORA: JAIR APARECIDO GUIMARAES

Advogado do(a) PARTE AUTORA: FABRICIO AUGUSTO DE SOUZA GUIMARAES - SP380464-N

PARTE RÉ: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Mandado de Segurança é uma ação constitucional prevista no artigo 5º, inciso LXIX da Constituição Federal e na norma prevista na Lei 12.016 de 2009, e tem por objeto a proteção de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

É o que se depreende da leitura do inciso LXIX, do artigo 5º da Constituição Federal: "*conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparável por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público*".

A r. sentença concedeu a ordem e deve assim ser mantida.

A Lei 9.784/99 preceitua em seus artigos 48 e 49 que a Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência, bem como tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada, quando concluída a instrução dos procedimentos administrativos.

Em relação à conclusão do processo administrativo, o artigo 174 do Decreto n.º 3048/99 concede um prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, contados da entrega dos documentos necessários, para que a Autarquia efetue o primeiro pagamento do benefício, senão veja-se:

"Art. 174. O primeiro pagamento do benefício será efetuado até quarenta e cinco dias após a data da apresentação, pelo segurado, da documentação necessária à sua concessão." (Redação dada pelo Decreto nº 6.722, de 2008).

Parágrafo único. O prazo fixado no caput fica prejudicado nos casos de justificação administrativa ou outras providências a cargo do segurado, que demandem a sua dilatação, iniciando-se essa contagem a partir da data da conclusão das mesmas.

Nesse prazo, o INSS deverá proceder à análise, apreciação e conclusão do procedimento administrativo de concessão de benefício, deferindo-o ou não ao segurado, excetuados os casos em que haja fundamentada decisão administrativa ou providências a serem tomadas a cargo do solicitante.

Não favorece a autoridade impetrada e o INSS o argumento de que, por questões procedimentais e administrativas, não pode se desincumbir dos deveres plasmados na lei de regência.

O ato apontado como coator, portanto, viola o princípio constitucional da eficiência administrativa, insculpido no artigo 37 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19/98, e da razoabilidade, de modo que deve ser mantida a fundamentação da sentença, em face da violação a direito líquido e certo da parte impetrante.

Ademais, a Emenda Constitucional 45, de 2004, erigiu à categoria de direito fundamental a razoável duração do processo, acrescentando ao artigo 5º, o inciso LXXVIII, *verbis*: "A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação."

Nesse sentido deve haver prazo razoável na administração pública:

"MANDADO DE SEGURANÇA. PREVIDENCIÁRIO. DETERMINAÇÃO DE ANÁLISE DE PEDIDO ADMINISTRATIVO. POSTERIOR CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. PERDA DE OBJETO. INOCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E DA EFICIÊNCIA. SEGURANÇA CONCEDIDA. - A análise do pedido de concessão do benefício pleiteado administrativamente pela impetrante ocorreu em virtude da concessão da medida liminar neste mandado de segurança. - Dessa forma, não houve perda superveniente de interesse de agir por perda de objeto, mas apenas eficácia de medida liminar que, para manter sua eficácia, deve ser confirmada pela sentença ou, no caso, no julgamento deste reexame necessário. - No mérito, observo que a excessiva demora na conclusão da diligência, sem motivo excepcional que a justificasse, colide com o princípio da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CF), da eficiência (art. 37, caput, CF), além dos prazos previstos pela Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo. - Dessa forma, corretas a concessão da segurança liminarmente e sua confirmação pela sentença. - Reexame necessário a que se nega provimento." (TRF3 – T8 - REOMS 318381 – 0001143-02.2008.4.03.6183 – Rel. Des. Fed. LUIZ STEFANINI – j. 24/04/2017 - e-DJF3 Judicial 1 de 09/05/2017)

"PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DURAÇÃO RAZOÁVEL PARA ANÁLISE E CONCLUSÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. SEGURANÇA CONCEDIDA. REMESSA OFICIAL IMPROVIDA. - O mandado de segurança é remédio constitucional destinado à proteção de direito líquido e certo, o qual, em razão da especificidade da via, deve mostrar-se cristalino em sede de cognição exauriente. - Os atos da Administração Pública devem ser guiados pelo princípio da eficiência. Assim, a demora na apreciação dos requerimentos administrativos, ao exceder o limite da razoabilidade, afronta aquele princípio e acarreta prejuízos. - A Administração Pública, mormente em setores de sensível influência social, como é o caso do Instituto Nacional do Seguro Social, não pode delongar em demasia a análise das questões postas à sua apreciação. O direito à razoável duração do processo, judicial ou administrativo, foi erigido a garantia fundamental, e está previsto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal: 'a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação'. - Remessa oficial improvida." (TRF3 – T9 - REOMS 362826 – 0001774- 82.2015.4.03.6123 – Rel. Juiz Conv. RODRIGO ZACHARIAS – j. 12/09/2016 - e-DJF3 Judicial 1 de 26/09/2016)

Desta forma, a manutenção da r. decisão, a qual reporto-me, merece ser mantida.

Diante do exposto, nego provimento à Remessa Oficial.

É o voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. MOROSIDADE ADMINISTRATIVA. NÃO PROVIMENTO DA REMESSA OFICIAL.

1. O ato apontado como coator viola o princípio constitucional da eficiência administrativa, insculpido no artigo 37 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19/98, e da razoabilidade, de modo que deve ser mantida a fundamentação da sentença, em face da violação a direito líquido e certo do impetrante.

2. Não favorece a autoridade impetrada e o INSS o argumento de que, por questões procedimentais e administrativas, não pode se desincumbir dos deveres plasmados na lei de regência.

3. Ademais, a Emenda Constitucional 45, de 2004, erigiu à categoria de direito fundamental a razoável duração do processo, acrescentando ao artigo 5º, o inciso LXXVIII, *verbis*: "*A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.*"

4. Remessa Oficial não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à Remessa Oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5012395-83.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM JUNDIAI/SP

APELADO: MINI-MERCADO NOVO MODELO LTDA - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Advogado do(a) APELADO: KLEBER DE NICOLA BISSOLATTI - SP211495-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5012395-83.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM JUNDIAI/SP

APELADO: MINI-MERCADO NOVO MODELO LTDA - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Advogado do(a) APELADO: KLEBER DE NICOLA BISSOLATTI - SP211495-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação e remessa oficial contra sentença que concedeu a segurança para excluir o ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS e garantir a compensação, após o trânsito em julgado, observada a prescrição quinquenal e a aplicação da SELIC.

Apelou a PFN, alegando: (1) necessidade de sobrestamento do feito até o julgamento definitivo do RE 574.706 pela Suprema Corte; (2) validade do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS, “*especialmente após a edição da Lei 12.973/2014*”; (3) apesar da Suprema Corte ter declarado inconstitucional a base de cálculo instituída pela Lei 9.718/1998, a legislação superveniente - Leis 10.637/2002 e 10.833/2003 -, definiu incidir o PIS/COFINS sobre a totalidade das receitas auferidas, indicando expressamente as rubricas que são excluídas, sem mencionar o ICMS; e (4) o montante a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o imposto efetivamente recolhido.

Houve contrarrazões.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo regular prosseguimento do feito.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5012395-83.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM JUNDIAI/SP

APELADO: MINI-MERCADO NOVO MODELO LTDA - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Advogado do(a) APELADO: KLEBER DE NICOLA BISSOLATTI - SP211495-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, antes de analisar o mérito, cabe rejeitar o pedido de suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior, o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior.

No mérito, a questão da inclusão de **imposto** na base de cálculo do PIS/COFINS com vulneração da matriz constitucional que prevê a respectiva incidência sobre faturamento ou receita na dicção atualizado do artigo 195, I, *b*, da Constituição Federal, foi resolvida, pela Suprema Corte no RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS.

Eis o acórdão ementado:

RE 574.706, Rel. Min. CARMEN LÚCIA, DJe 29/09/2017: "RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

A definição da base de cálculo do PIS/COFINS é matéria constitucional, não cabendo invocar orientação no plano do direito federal para afastar o juízo de inconstitucionalidade, menos ainda quando já vencida (Súmulas 68 e 94/STJ) no âmbito da respectiva Corte Superior. Ademais, o pronunciamento da Suprema Corte, sobretudo em repercussão geral, tem função primordial na tarefa de garantir segurança jurídica, estabilidade, integridade e coerência na aplicação do direito à luz da Constituição, a ser buscada por todos os órgãos do Poder Judiciário (artigos 926 e 927, III, CPC).

Perceba-se que a pretensão em causa não envolve a dedução de parcela legalmente prevista, daí porque impertinente o argumento de que é taxativo o rol de exclusões constante do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 - com as alterações da Lei 12.973/2014, cujo advento, conforme já decidiu esta Corte, "não promoveu modificação legislativa relevante para a espécie, na medida em que não alterou o conceito da base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS" (EI 0029413-91.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 17/11/2017) - e § 3º dos artigos 1º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003.

A tese do contribuinte é a de que a inclusão do imposto na base de cálculo de tais contribuições viola incidência constitucionalmente delimitada, exigindo, assim, decisão judicial no sentido de definir a base de cálculo compatível com o parâmetro constitucional.

A alegação de que o cálculo do PIS/COFINS com exclusão do imposto destinado ao erário contradiz a incidência, reconhecidamente válida, sobre outros custos, encargos ou despesas destinados a terceiros (como, por exemplo: empregados, companhia de energia elétrica, FGTS, fornecedores, empresas contratadas para prestação de serviços, entes estatais) não é verdadeira nem aceitável, sem análise da natureza jurídica de cada parcela discutida na formação da base de cálculo de tais contribuições. Por ora, o que assentou, suficientemente, a Suprema Corte para o exame do caso foi a inexigibilidade de imposto integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, seja o ICMS, seja o próprio ISS, quanto a este em juízo derivado diretamente da mesma lógica de fundamentação constitucional, conforme já exposto.

O aspecto relevante da controvérsia diz respeito ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS diante da divergência estabelecida entre as vertentes que primam, de um lado, pelo valor do imposto destacado nas notas fiscais e, de outro, pelo valor do imposto a ser efetivamente pago pelo contribuinte, dentro do regime de não cumulatividade. É importante frisar, de toda sorte, que tal ponto, ainda que não tenha ou tivesse sido discutido na inicial nem decidido na sentença ou veiculado na apelação, não impediria o pronunciamento da Corte - assim como do próprio Juízo após embargos de declaração -, por se tratar, justamente, de controvérsia ínsita ao próprio mérito, qual seja, a definição do que constitui o indébito fiscal e, neste sentido, matéria que deve ser resolvida na fase cognitiva e não em liquidação de sentença, inexistindo, portanto, mesmo quando nada tenha ou tivesse sido alegado ou decidido, vício de julgamento *extra* ou *ultra petita*, ou contrariedade ao princípio da congruência ou da adstrição.

Tanto é assim que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido em razão do regime de não cumulatividade do imposto.

Neste sentido o seguinte excerto do julgado no RE 574.706:

"O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS".

ApelRemNec 5000633-81.2017.4.03.6119, Rel. Des. Fed. ANTONIO CEDENHO, Intimação via sistema 18/04/2020: “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REQUISITOS DO ARTIGO 1.022 CPC/2015. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE Nº 574.706/PR. VINCULAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OBSCURIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1.022 do Código de Processo Civil vigente, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado. O caráter infringente dos embargos somente é admitido a título excepcional, quando a eliminação da contradição ou da omissão decorrer, logicamente, a modificação do julgamento embargado. 2. A e. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no julgamento do RE nº 574.706/PR, consignou que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. Como o presente julgamento se vincula ao que foi decidido sobre o tema pelo C. STF, deve-se assentar que, relativamente à questão do valor a ser efetivamente excluído a título de ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, a tese que foi acolhida pelo STF é a exposta no v. aresto embargado. 3. O escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022 do Código de Processo Civil. 4. O artigo 1.025 do novo Código de Processo Civil bem esclarece que os elementos suscitados pelo embargante serão considerados incluídos no acórdão “para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.” 5. Embargos de declaração rejeitados.”

ApReeNec 5001772-28.2017.4.03.6100, Rel. Des. Fed. MARLI FERREIRA, Intimação via sistema 02/04/2020: “PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ARTIGO 1.022 DO CPC. OMISSÃO. EXISTÊNCIA. JULGADO INTEGRADO. 1. Prevê o artigo 1.022 do CPC que a oposição dos aclaratórios somente tem cabimento para esclarecimento de obscuridade ou eliminação de contradição, para suprimir omissão sobre ponto ou questão sobre o qual o julgado deveria se pronunciar, ou, ainda, para corrigir erro material existente no decisório. 2. Na espécie, o julgado restou omissivo quanto à parcela do ICMS a ser destacada da base de cálculo do PIS e da COFINS. E, nesse tocante, cumpre esclarecer que o ICMS a ser excluído é o destacado nos documentos fiscais de saída, vez que é esse montante que integra a indigitada base de cálculo. 3. Assim sendo, tem a impetrante o direito de excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS o valor integral do ICMS destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias do seu estabelecimento, inclusive após o advento da Lei nº 12.973/2014. 4. Embargos de declaração acolhidos.”

ApelRemNec 5003932-95.2019.4.03.6119, Rel. Des. Fed. JOHONSOM DI SALVO, e - DJF3 15/04/2020: "AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DECLAROU INCONSTITUCIONAL A INCLUSÃO DO ICMS (FATURADO) NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS, FAZENDO-O POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO RE Nº 574.706. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a inclusão do ICMS (faturado) na base de cálculo do PIS e da COFINS, fazendo-o por ocasião do julgamento do RE nº 574.706. A corte, por maioria e nos termos do voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia, apreciando o tema nº 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Esse entendimento é aplicável de pronto, não havendo que se falar em espera de embargos de declaração (sem efeito suspensivo) ou de modulação de efeitos da decisão plenária da Suprema Corte, já que esses dois eventos não estão consignados em lei como impeditivos da aplicação imediata do decísum. Esse é o entendimento que vem sendo seguido nesta Corte Regional (3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5021518-72.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 08/11/2019, Intimação via sistema DATA: 13/11/2019), e de modo unânime nesta 6ª Turma (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000706-20.2017.4.03.6130, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 03/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/12/2019). Deveras, a suspensão pretendida pelo Fisco esbarraria no art. 1.035, § 5º do NCPC. De outro lado, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal – ao acolher o voto da ministra Relatora – no sentido de que, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada como faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019). Essa é a postura que este Relator sempre defende desde o momento em que surdiu o julgamento do Tema nº 69 (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000596-53.2018.4.03.6108, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 02/12/2019, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019). Tratando-se de empresa comercial, resta claro que é contribuinte das três exações e que recolheu tributação a maior e poderá recuperá-la (quanto aos últimos cinco anos antes do ajuizamento da presente demanda) por meio de compensação, que deverá ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74 da Lei nº 9.430/1996 (redação dada pela Lei 10.637/02), observado ainda o artigo 26-A da Lei nº 11.457/2007."

Logo, não importa ao exame do mérito a juntada de documentos fiscais ou mercantis para demonstração do ICMS a ser pago pelo contribuinte, bastando para o presente julgamento a prova, tão-somente, de que o contribuinte, sujeito ao PIS/COFINS, recolheu valores com inclusão do ICMS nas bases de cálculo, ficando relegada à fase própria a apuração do *quantum debeatur* a partir de valores destacados em notas fiscais e incluídos na tributação federal.

Reconhecido o indébito fiscal, na forma acima especificada, os critérios para exercício do direito à compensação, na via administrativa mediante procedimento específico, inclusive com a própria comprovação e liquidação de valores indevidos a serem compensados, são os definidos nos artigos 168 (prescrição quinquenal) e 170-A (trânsito em julgado), ambos do Código Tributário Nacional; artigo 74 da Lei 9.430/1996 e demais textos legais de regência, incluindo o artigo 26-A da Lei 11.457/2007 na redação da Lei 13.670/2018, observado o regime legal vigente ao tempo da propositura da ação, pois este o critério determinante na jurisprudência consolidada, ainda que posteriormente possa ter sido alterada a legislação; e artigo 39, § 4º da Lei 9.250/1995 (incidência exclusiva da Taxa SELIC) desde cada recolhimento indevido.

De fato, como a presente ação foi proposta **após a Lei 13.670, de 30/05/2018**, que revogou o parágrafo único do artigo 26 da Lei 11.457/2007 e inseriu o artigo 26-A, este, pois, é o regime legal vigente ao tempo do ajuizamento a ser aplicado ao caso dos autos, segundo o critério jurídico acima apontado, consolidado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e dou parcial provimento à remessa oficial, para reformar a sentença, nos termos supracitados.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. INDÉBITO FISCAL.

1. Antes do mérito, cabe rejeitar o pedido de suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior, o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior.

2. No mérito, a questão da inclusão de **imposto** na base de cálculo do PIS/COFINS com vulneração da matriz constitucional que prevê a respectiva incidência sobre faturamento ou receita na dicção atualizado do artigo 195, I, *b*, da Constituição Federal, foi resolvida, pela Suprema Corte no RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS. A definição da base de cálculo do PIS/COFINS é matéria constitucional, não cabendo invocar orientação no plano do direito federal para afastar o juízo de inconstitucionalidade, menos ainda quando já vencida (Súmulas 68 e 94/STJ) no âmbito da respectiva Corte Superior. Ademais, o pronunciamento da Suprema Corte, sobretudo em repercussão geral, tem função primordial na tarefa de garantir segurança jurídica, estabilidade, integridade e coerência na aplicação do direito à luz da Constituição, a ser buscada por todos os órgãos do Poder Judiciário (artigos 926 e 927, III, CPC).

3. A pretensão em causa não envolve a dedução de parcela legalmente prevista, daí porque impertinente o argumento de que é taxativo o rol de exclusões constante do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 - com as alterações da Lei 12.973/2014, cujo advento, conforme já decidiu esta Corte, “*não promoveu modificação legislativa relevante para a espécie, na medida em que não alterou o conceito da base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS*” (EI 0029413-91.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 17/11/2017) - e § 3º dos artigos 1º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003. A tese do contribuinte é a de que a inclusão do imposto na base de cálculo de tais contribuições viola incidência constitucionalmente delimitada, exigindo, assim, decisão judicial no sentido de definir a base de cálculo compatível com o parâmetro constitucional.

4. A alegação de que o cálculo do PIS/COFINS com exclusão do imposto destinado ao erário contradiz a incidência, reconhecidamente válida, sobre outros custos, encargos ou despesas destinados a terceiros (como, por exemplo: empregados, companhia de energia elétrica, FGTS, fornecedores, empresas contratadas para prestação de serviços, entes estatais) não é verdadeira nem aceitável, sem análise da natureza jurídica de cada parcela discutida na formação da base de cálculo de tais contribuições. Por ora, o que assentou, suficientemente, a Suprema Corte para o exame do caso foi a inexigibilidade de imposto integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, seja o ICMS, seja o próprio ISS, quanto a este em juízo derivado diretamente da mesma lógica de fundamentação constitucional, conforme já exposto.

5. O aspecto relevante da controvérsia diz respeito ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS diante da divergência estabelecida entre as vertentes que primam, de um lado, pelo valor do imposto destacado nas notas fiscais e, de outro, pelo valor do imposto a ser efetivamente pago pelo contribuinte, dentro do regime de não cumulatividade. É importante frisar, de toda sorte, que tal ponto, ainda que não tenha ou tivesse sido discutido na inicial nem decidido na sentença ou veiculado na apelação, não impediria o pronunciamento da Corte - assim como do próprio Juízo após embargos de declaração -, por se tratar, justamente, de controvérsia ínsita ao próprio mérito, qual seja, a definição do que constitui o indébito fiscal e, neste sentido, matéria que deve ser resolvida na fase cognitiva e não em liquidação de sentença, inexistindo, portanto, mesmo quando nada tenha ou tivesse sido alegado ou decidido, vício de julgamento *extra* ou *ultra petita*, ou contrariedade ao princípio da congruência ou da adstrição. Tanto é assim que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido em razão do regime de não cumulatividade do imposto. Logo, não importa ao exame do mérito a juntada de documentos fiscais ou mercantis para demonstração do ICMS a ser pago pelo contribuinte, bastando para o presente julgamento a prova, tão-somente, de que o contribuinte, sujeito ao PIS/COFINS, recolheu valores com inclusão do ICMS nas bases de cálculo, ficando relegada à fase própria a apuração do *quantum debeat* a partir de valores destacados em notas fiscais e incluídos na tributação federal.

6. Reconhecido o indébito fiscal, na forma acima especificada, os critérios para exercício do direito à compensação, na via administrativa mediante procedimento específico, inclusive com a própria comprovação e liquidação de valores indevidos a serem compensados, são os definidos nos artigos 168 (prescrição quinquenal) e 170-A (trânsito em julgado), ambos do Código Tributário Nacional; artigo 74 da Lei 9.430/1996 e demais textos legais de regência, incluindo o artigo 26-A da Lei 11.457/2007 na redação da Lei 13.670/2018, desde que vigente o regime legal respectivo ao tempo da propositura da ação, pois este o critério determinante na jurisprudência consolidada, ainda que posteriormente alterada a legislação; e artigo 39, § 4º da Lei 9.250/1995 (incidência exclusiva da Taxa SELIC) desde cada recolhimento indevido.

7. Apelação desprovida e remessa oficial parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e deu parcial provimento à remessa oficial, para reformar a sentença, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 0024342-30.2016.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

PARTE AUTORA: ITAOCA S/A ADMINISTRACAO DE BENS

Advogados do(a) PARTE AUTORA: RICARDO LAZZARI DA SILVA MENDES CARDOZO - SP208019-A, ERICK CALHEIROS ALELUIA - AL12118-A, FELIPE MASTROCOLA - SP221625-A

PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, DELEGADO DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DE ADMINISTRACÃO TRIBUTÁRIA EM SÃO PAULO-DERAT

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 0024342-30.2016.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

PARTE AUTORA: ITAOCA S/A ADMINISTRACAO DE BENS

Advogados do(a) PARTE AUTORA: RICARDO LAZZARI DA SILVA MENDES CARDOZO - SP208019-A, ERICK CALHEIROS ALELUIA - AL12118-A, FELIPE MASTROCOLA - SP221625-A

PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, DELEGADO DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DE ADMINISTRACÃO TRIBUTÁRIA EM SÃO PAULO-DERAT

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário em mandado de segurança em face da decisão de fls. 162/165, que reformou em embargos de declaração a decisão de fl. 145, declarando a não incidência de PIS, COFINS, IRPJ e CSLL sobre os valores recebidos pela impetrante a título de indenização por desapropriação levada a termo nos autos n. 0000008-04.1982.826.0294 em razão da decisão proferida no REsp 1.116.460/SP, no regime do art. 543-C, do CPC/1973.

Sem condenação em honorários advocatícios, foi determinado o reexame necessário.

Os autos subiram a esta e. Corte.

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 0024342-30.2016.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

PARTE AUTORA: ITAOCA S/A ADMINISTRACAO DE BENS

Advogados do(a) PARTE AUTORA: RICARDO LAZZARI DA SILVA MENDES CARDOZO - SP208019-A, ERICK CALHEIROS ALELUIA - AL12118-A, FELIPE MASTROCOLA - SP221625-A
PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, DELEGADO DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA EM SÃO PAULO-DERAT
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A indenização paga em decorrência de desapropriação não constitui ganho de capital não podendo ser entendida como lucro, não incidindo, portanto, a contribuição social sobre lucro líquido. Pacífica a matéria relativa à não incidência do Imposto de Renda sobre as verbas recebidas a título de indenização decorrente de desapropriação em Recurso Repetitivo (STJ - REsp: 1116460 SP 2009/0006580-7, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 09/12/2009, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 01/02/2010).

Confira-se:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. IMPOSTO DE RENDA. INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE DESAPROPRIAÇÃO. VERBA INDENIZATÓRIA. NÃO-INCIDÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A incidência do imposto de renda tem como fato gerador o acréscimo patrimonial (art. 43, do CTN), sendo, por isso, imperioso perscrutar a natureza jurídica da verba percebida, a fim de verificar se há efetivamente a criação de riqueza nova: a) se indenizatória, que, via de regra, não retrata hipótese de incidência da exação; ou b) se remuneratória, ensejando a tributação. Isto porque a tributação ocorre sobre signos presuntivos de capacidade econômica, sendo a obtenção de renda e proventos de qualquer natureza um deles.

2. Com efeito, a Constituição Federal, em seu art. 5º, assim disciplina o instituto da desapropriação: "XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;" 3. Destarte, a interpretação mais consentânea com o comando emanado da Carta Maior é no sentido de que a indenização decorrente de desapropriação não encerra ganho de capital, porquanto a propriedade é transferida ao poder público por valor justo e determinado pela justiça a título de indenização, não ensejando lucro, mas mera reposição do valor do bem expropriado.

4. "Representação. Arguição de Inconstitucionalidade parcial do inciso ii, do parágrafo 2., do art. 1., do Decreto-lei Federal n. 1641, de 7.12.1978, que inclui a desapropriação entre as modalidades de alienação de imóveis, suscetíveis de gerar lucro a pessoa física e, assim, rendimento tributável pelo imposto de renda. Não há, na desapropriação, transferência da propriedade, por qualquer negócio jurídico de direito privado. Não sucede, aí, venda do bem ao poder expropriante. Não se configura, outrossim, a noção de preço, como contraprestação pretendida pelo proprietário, 'modo privado'. O 'quantum' auferido pelo titular da propriedade expropriada é, tão-só, forma de reposição, em seu patrimônio, do justo valor do bem, que perdeu, por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social. Tal o sentido da 'justa indenização' prevista na Constituição (art. 153, parágrafo 22). Não pode, assim, ser reduzida a justa indenização pela incidência do imposto de renda. Representação procedente, para declarar a inconstitucionalidade da expressão 'desapropriação', contida no art. 1., parágrafo 2., inciso ii, do decreto-lei n. 1641/78. (Rp 1260, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, TRIBUNAL PLENO, julgado em 13/08/1987, DJ 18-11-1988) 4. In casu, a ora recorrida percebeu verba decorrente de indenização oriunda de ato expropriatório, o que, manifestamente, consubstancia verba indenizatória, razão pela qual é infensa à incidência do imposto sobre a renda.

5. Deveras, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido da não incidência da exação sobre as verbas auferidas a título de indenização advinda de desapropriação, seja por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, porquanto não representam acréscimo patrimonial.

6. Precedentes: AgRg no Ag 934.006/SP, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS, DJ 06.03.2008; REsp 799.434/CE, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, DJ 31.05.2007; REsp 674.959/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, DJ 20/03/2006; REsp 673273/AL, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJ 02.05.2005; REsp 156.772/RJ, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ 04/05/98; REsp 118.534/RS, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ 19/12/1997.

7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. (REsp 1.116.460/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

Por certo, a indenização decorrente de desapropriação não encerra ganho de capital, tendo em vista que a propriedade é transferida ao Poder Público por valor justo e determinado pela Justiça a título de indenização, não ensejando lucro, mas mera reposição do valor do bem expropriado, seja por utilidade pública ou por interesse social.

Nessa esteira, o entendimento sedimentado na Súmula 39, do extinto Tribunal Federal de Recursos: "*Não está sujeita ao Imposto de Renda a indenização recebida por pessoa jurídica, em decorrência de desapropriação amigável ou judicial*".

Cediço que em relação à apuração e ao pagamento da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, aplicam-se as mesmas normas estabelecidas para o IRPJ.

É o que dispões o artigo 57, da Lei Federal nº 8.981/95:

Art. 57. Aplicam-se à Contribuição Social sobre o Lucro (Lei nº 7.689, de 1988) as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, inclusive no que se refere ao disposto no art. 38, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor; com as alterações introduzidas por esta Lei. (Redação dada pela Lei nº 9.065, de 1995).

Da mesma forma, tais valores não se subsumem ao conceito de faturamento, eis que não deflui do exercício das atividades empresariais. Portanto, não há que se falar em incidência do PIS e da COFINS.

Confira-se os seguintes precedentes (grifou-se):

MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. INDENIZAÇÃO POR DESAPROPRIAÇÃO DE IMÓVEL. NÃO INCIDÊNCIA DE IRPJ. CSLL. GANHO DE CAPITAL. AUSÊNCIA. PIS E COFINS. NÃO INCIDÊNCIA. CONCEITO DE FATURAMENTO. ORIGEM DIVERSA.

1. Em seu pedido específico não constou menção expressa à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, senão "contribuição social", mas pelo contexto da narrativa e da causa de pedir, por certo que a impetrante pretendeu a inexigibilidade de todos os tributos discutidos nos autos.

2. A Primeira Seção do STJ ao apreciar o REsp nº 1.116.460/SP, sob o regime dos recursos repetitivos, entendeu que a indenização decorrente de desapropriação não se consubstancia em ganho de capital e que, nessa condição, não enseja lucro e não gera acréscimo patrimonial.

3. Os valores pagos a título de indenização por desapropriação de bem imóvel pelo Poder Público, seja para fins de reforma agrária, seja por necessidade ou utilidade pública, tem natureza de indenização, ou seja, tem por objetivo a reposição do valor do bem de cuja propriedade foi privada. Precedentes.

4. Apelação da impetrante provida, apelação da União Federal e remessa oficial desprovidas.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5014553-48.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 10/05/2019, Intimação via sistema DATA: 15/05/2019)

MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. PROCESSO CIVIL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. INDENIZAÇÃO POR DESAPROPRIAÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA DE IRPJ. CSLL. GANHO DE CAPITAL. AUSÊNCIA. PIS E COFINS. NÃO INCIDÊNCIA. CONCEITO DE FATURAMENTO. ORIGEM DIVERSA.

1. Mostra-se adequada a via mandamental, pois os documentos apresentados na inicial configuram prova pré-constituída, de molde a afastar a necessidade de dilação probatória ou inadequação da via eleita. Preliminar rejeitada.

2. A Primeira Seção do STJ ao apreciar o REsp nº 1.116.460/SP, sob o regime dos recursos repetitivos, entendeu que a indenização decorrente de desapropriação não se consubstancia em ganho de capital e que, nessa condição, não enseja lucro e não gera acréscimo patrimonial.

3. Nesse contexto, mostra-se equivocado o argumento da agravante no sentido de que o entendimento exarado no paradigma da Corte Superior de Justiça não se aplica às hipóteses de IRRF e CSLL.

4. Os valores pagos a título de indenização por desapropriação de bem imóvel pelo Poder Público, seja para fins de reforma agrária, seja por necessidade ou utilidade pública, tem natureza de indenização, ou seja, tem por objetivo a reposição do valor do bem de cuja propriedade foi privada.

5. Diante disso, o valor correspondente à indenização tem origem diversa do conceito de faturamento, eis que não deflui do exercício das atividades empresariais, principais ou acessórias. Conseqüentemente, não há que se falar em incidência do PIS ou da COFINS. Precedentes.

6. Embora a Constituição Federal preveja, no art. 184, §5º que estariam "isentas" de impostos federais apenas as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária, no caso dos autos não se cuida de estender a imunidade aos outros casos de desapropriação que não os decorrentes de reforma agrária, mas de não correspondência dos valores recebidos à hipótese de incidência do PIS e da COFINS.

7. Matéria preliminar rejeitada, apelação da impetrante provida, apelação da União Federal e remessa oficial desprovidas.

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 327188 - 0018756-56.2009.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA, julgado em 06/09/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 29/09/2017)

Desta forma não cabe a incidência de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS sobre os valores recebidos a título de indenização por desapropriação.

Ante o exposto, deve ser negado provimento à remessa necessária.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. INDENIZAÇÃO POR DESAPROPRIAÇÃO DE IMÓVEL. NÃO INCIDÊNCIA DE IRPJ, CSLL, PIS E COFINS. REsp 1.116.460/SP E PRECEDENTES DESTA E CORTE. REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDA.

1 - A indenização paga em decorrência de desapropriação não constitui ganho de capital não podendo ser entendida como lucro, não incidindo, portanto, a contribuição social sobre lucro líquido. Pacífica a matéria relativa à não incidência do Imposto de Renda sobre as verbas recebidas a título de indenização decorrente de desapropriação em Recurso Repetitivo (STJ - REsp: 1116460 SP 2009/0006580-7, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 09/12/2009, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 01/02/2010).

2 - Por certo, a indenização decorrente de desapropriação não encerra ganho de capital, tendo em vista que a propriedade é transferida ao Poder Público por valor justo e determinado pela Justiça a título de indenização, não ensejando lucro, mas mera reposição do valor do bem expropriado, seja por utilidade pública ou por interesse social.

3 - Cediço que em relação à apuração e ao pagamento da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, aplicam-se as mesmas normas estabelecidas para o IRPJ. Inteligência do artigo 57, da Lei Federal nº 8.981/95:

4 - Da mesma forma, tais valores não se subsumem ao conceito de faturamento, eis que não deflui do exercício das atividades empresariais. Portanto, não há que se falar em incidência do PIS e da COFINS. Precedentes TRF3ª Região: nº 5014553-48.2018.4.03.6100 e nº 327188 - 0018756-56.2009.4.03.6100.

5 - Remessa necessária desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa necessária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5008962-08.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

PARTE AUTORA: BORGWARNER BRASIL LTDA, BORGWARNER COMERCIAL E DISTRIBUIDORA DE PECAS PARA VEICULOS AUTOMOTORES LTDA

Advogados do(a) PARTE AUTORA: JOSE CARLOS WAHLE - SP120025-A, MATEUS AIMORE CARRETEIRO - SP256748-A

Advogados do(a) PARTE AUTORA: MATEUS AIMORE CARRETEIRO - SP256748-A, JOSE CARLOS WAHLE - SP120025-A

PARTE RE: PRESIDENTE DA JUNTA COMERCIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO, JUNTA COMERCIAL DO ESTADO DE SAO PAULO, ESTADO DE SAO PAULO

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5008962-08.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

PARTE AUTORA: BORGWARNER BRASIL LTDA, BORGWARNER COMERCIAL E DISTRIBUIDORA DE PECAS PARA VEICULOS AUTOMOTORES LTDA

Advogados do(a) PARTE AUTORA: JOSE CARLOS WAHLE - SP120025-A, MATEUS AIMORE CARRETEIRO - SP256748-A

Advogados do(a) PARTE AUTORA: MATEUS AIMORE CARRETEIRO - SP256748-A, JOSE CARLOS WAHLE - SP120025-A

PARTE RE: PRESIDENTE DA JUNTA COMERCIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO, JUNTA COMERCIAL DO ESTADO DE SAO PAULO, ESTADO DE SAO PAULO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial em face da r. sentença (ID. num. 123520714), que concedeu a segurança nos autos do mandado de segurança, com pedido de liminar, objetivando obter provimento jurisdicional que determine à autoridade impetrada que se abstenha de aplicar à parte impetrante os ditames da Deliberação JUCESP nº 2/2015, autorizando o arquivamento das atas de reunião de sócios e qualquer outro documento societário que venha a ser celebrado, independente da publicação de suas demonstrações financeiras e seu balanço patrimonial.

Alega ter sido promulgada a Lei nº 11.638/2007, a qual, além de trazer relevantes alterações à Lei nº 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas – “LSA”), criou a figura das “sociedades limitadas de grande porte” e a elas impôs obrigações equiparadas às das S/A’s no que diz respeito às suas demonstrações financeiras.

Sustenta que, por se enquadrar no conceito de empresa de grande porte, passou a ser subordinada às disposições da LSA no que tange à escrituração e elaboração de suas demonstrações financeiras, nos termos do art. 3º, da referida Lei nº 11.638/2007.

Afirma que, nos termos da referida norma, as disposições da LSA devem ser aplicadas às limitadas de grande porte somente no que diz respeito à escrituração e elaboração de suas demonstrações financeiras, não existindo obrigação quanto à divulgação e/ou publicação dos seus resultados. Aponta que, na condição de sociedade de grande porte, está na iminência de ter direito líquido e certo violado, em decorrência da Deliberação JUCESP nº 02/2015, a qual exige o cumprimento de obrigação destituída de base legal.

Defende que tornar obrigatória a publicação no Diário Oficial do Estado e em jornal de grande circulação do Balanço Anual e Demonstrações Financeiras das sociedades e cooperativas de grande porte é ilegal, violando a privacidade das informações das Sociedades Limitadas.

A liminar foi deferida.

A autoridade impetrada prestou informações.

O MM. Juiz *a quo* **CONCEDEU A SEGURANÇA** pleiteada para determinar à autoridade impetrada que se abstenha de aplicar à parte impetrante as exigências previstas na Deliberação JUCESP nº 02/2015, independentemente de publicação de suas demonstrações financeiras no Diário Oficial e em jornal de grande circulação, confirmando a liminar anteriormente concedida. Sem condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 25, da Lei nº 12.016/09. Custas *ex lege*. Sentença sujeita ao reexame necessário.

Por força da remessa oficial vieram os autos.

O Ilustre Representante do Ministério Público Federal opina pelo não provimento da remessa oficial (Id. num. 128046060).

É o Relatório.

Advogados do(a) PARTE AUTORA: JOSE CARLOS WAHLE - SP120025-A, MATEUS AIMORE CARRETEIRO - SP256748-A

Advogados do(a) PARTE AUTORA: MATEUS AIMORE CARRETEIRO - SP256748-A, JOSE CARLOS WAHLE - SP120025-A

PARTE RE: PRESIDENTE DA JUNTA COMERCIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO, JUNTA COMERCIAL DO ESTADO DE SAO PAULO, ESTADO DE SAO PAULO

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Mandado de Segurança é uma ação constitucional prevista no artigo 5º, inciso LXIX da Constituição Federal e na norma prevista na Lei 12.016 de 2009, e tem por objeto a proteção de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

É o que se depreende da leitura do inciso LXIX, do artigo 5º da Constituição Federal: "*conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparável por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público*".

Sustentou a impetrante que a exigência de publicação dos balanços e demonstrativos mostra-se ilegal, porquanto o art. 3º da lei nº 11.638/2007 não previu tal exigência, de forma que a Deliberação nº 02 da Jucesp exorbita da legislação ao impor a obrigatoriedade de publicação do balanço anual e demonstrações financeiras do último exercício em jornal de grande circulação em local da sede da sociedade e Diário Oficial do Estado.

Comrazão a impetrante.

A Deliberação JUCESP nº 2/2015 estabelece em seu art. 1º:

"art. 1º As sociedades empresárias e cooperativas consideradas de grande porte, nos termos da Lei nº 11.638/2007, deverão publicar o Balanço Anual e as Demonstrações Financeiras do último exercício, em jornal de grande circulação no local da sede da sociedade e no Diário Oficial do Estado. (Deliberação JUCESP nº 02, de 25 de março de 2015)

A Lei nº 11.638/2007, ao ampliar o alcance das normas de contabilidade das companhias, menciona exclusivamente a escrituração e a elaboração de demonstrações financeiras (artigo 3º).

"Art. 3º Aplicam-se às sociedades de grande porte, ainda que não constituídas sob a forma de sociedades por ações, as disposições da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, sobre escrituração e elaboração de demonstrações financeiras e a obrigatoriedade de auditoria independente por auditor registrado na Comissão de Valores Mobiliários." (Lei nº 11.638, de 28 de dezembro de 2007)

As sociedades que não sejam anônimas ficam obrigadas a preencher livros específicos e a desenvolver, além do balanço patrimonial e do resultado econômico, o de lucros ou prejuízos acumulados e o de fluxos de caixa (artigos 176 e 177 da Lei nº 6.414/1976).

Não existe qualquer referência à publicação. Como a contabilidade tradicional das sociedades civis e limitadas não prevê a divulgação das demonstrações financeiras pela imprensa oficial e por jornal de grande circulação, a alteração deveria ter sido explícita.

O próprio Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins estabelece um regime de legalidade estrita, extraído do informalismo do direito comercial. O emprego de analogia ou de interpretação aberta se torna contraproducente.

Ademais, a escrituração e a elaboração de balanços nos termos da Lei nº 6.404/1976 não implicam necessariamente a publicação.

Ela tem utilidade para as organizações que se apresentam como mera alternativa de investimento, em que os adquirentes das participações societárias não buscam contato permanente com a administração.

Esse distanciamento torna necessário que, ao final de cada exercício financeiro, as contas da gestão sejam expostas publicamente, a fim de que os sócios investidores se inteirem dos dados patrimoniais e financeiros da pessoa jurídica.

A necessidade de divulgação não se aplica às sociedades de pessoas, porquanto os sócios se interessam geralmente pela condução da entidade e não precisam de um ato de convocação de grande abrangência, para que venham a conhecer o patrimônio e as finanças.

A disponibilização dos livros e dos balanços antes da reunião de prestação de contas e de destinação do resultado do exercício cumpre o papel de informação.

A impetrante, como sociedade limitada de grande porte, não está obrigada aparentemente a publicar as demonstrações financeiras pela imprensa oficial e por jornal de grande circulação.

Dessa forma, a r. sentença será mantida.

Nesse sentido:

" APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. REGISTRO DE EMPRESA. EXIGÊNCIA DE PUBLICAÇÃO DAS DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS. SOCIEDADES DE GRANDE PORTE NÃO CONSTITUÍDAS SOB A FORMA DE S/A. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. 1- Tratando-se de mandado de segurança impetrado contra ato praticado pelo presidente da Junta Comercial do Estado de São Paulo, a competência para o processamento e o julgamento do feito é da Justiça Federal, por força do artigo 109, VIII, da Constituição Federal. Precedente: TRF3, Órgão Especial, CC 00274929320104030000, Rel. Des. Fed. Fábio Prieto, DJF3CJI DATA: 17/01/2011. 2- O mandado de segurança é remédio constitucional destinado a proteger direito líquido e certo sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade. 3- O artigo 3º da Lei n. 11.638/2007 limitou-se a estender às sociedades de grande porte, ainda que não constituídas sob a forma de sociedades por ações, as disposições da Lei n. 6.404, de 15/12/1976, apenas no que tange à "escrituração e elaboração de demonstrações financeiras e a obrigatoriedade de auditoria independente por auditor registrado na Comissão de Valores Mobiliários". 4- Deste modo, exorbita da referida legislação (art. 3º da Lei n. 11.638/2007), impor, por meio da Deliberação JUCESP n. 02/2015, às sociedades de grande porte, não sujeitas ao regime da Lei n. 6.404/1976, a obrigatoriedade de publicação Balanço Anual e as Demonstrações Financeiras do último exercício, em jornal de grande circulação no local da sede da sociedade e no Diário Oficial do Estado. 5- Não havendo menção no artigo 3º da Lei n. 11.638/2007 quanto à publicação destes, inviável a ampliação da norma por parte da JUCESP. 6- Apelação da impetrante a que se dá provimento para julgar procedente a pretensão inicial, na forma do artigo 487, I, do CPC/2015."

(AMS - APELAÇÃO CÍVEL - 367130 0007316-19.2016.4.03.6100, DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/04/2017 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

"CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. COMERCIAL. REGISTRO DE COMÉRCIO. EFEITOS SUBJETIVOS DA SENTENÇA. PODER REGULAMENTAR. EXIGÊNCIA DE PUBLICAÇÃO DAS DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS. SOCIEDADES DE GRANDE PORTE NÃO CONSTITUÍDAS SOB A FORMA DE S/A. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. 1. Apelação e reexame necessário de sentença. 2. De acordo com o disposto no art. 472 do CPC, a coisa julgada somente produz efeitos em relação aos integrantes da relação jurídico-processual em curso de maneira que, em regra, terceiros não podem ser beneficiados ou prejudicados. Assim, o simples fato da ação proposta pela "ABIO" ter sido julgada procedente, em primeira instância, não pode caracterizar o único fundamento para a exigência das publicações das demonstrações financeiras, conforme determina a Deliberação n.º 2/2015 da JUCESP. 3. Conforme as disposições do art. 3º da Lei 11.638/2007, não há obrigatoriedade da prévia publicação do Balanço Anual e Demonstrações Financeiras do último exercício, no Diário Oficial e jornais de grande circulação, como condição para registro dos atos societários das empresas de grande porte na JUCESP. 4. Ao administrador público, no exercício do poder regulamentar, não é permitido ampliar esses limites legais, criando obrigações às sociedades de grande porte, as quais não estão previstas na norma jurídica, sob pena de afronta ao princípio da legalidade. 5. Apelação e reexame necessário improvidos."

(AMS n. 00098263920154036100, Relator Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA, 1ª Turma, j. 24/11/2015, e-DJF3 02/12/2015).

"APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. REGISTRO DE EMPRESA. EXIGÊNCIA DE PUBLICAÇÃO DAS DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS. SOCIEDADES DE GRANDE PORTE NÃO CONSTITUÍDAS SOB A FORMA DE S/A. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. I. O artigo 3º da Lei 11.638/07 limitou-se a estender às sociedades de grande porte, ainda que não constituídas sob a forma de sociedades por ações, as disposições da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, apenas no que tange à "escrituração e elaboração de demonstrações financeiras e a obrigatoriedade de auditoria independente por auditor registrado na Comissão de Valores Mobiliários". II. Deste modo, exorbita da referida legislação (art. 3º da Lei 11.638/07), impor, por meio da Deliberação JUCESP nº 02/2015, às sociedades de grande porte, não sujeitas ao regime da Lei nº 6.404/76, a obrigatoriedade de publicação Balanço Anual e as Demonstrações Financeiras do último exercício, em jornal de grande circulação no local da sede da sociedade e no Diário Oficial do Estado. III. Dessa forma, não havendo menção no artigo 3º, da Lei nº 11.638/07 quanto à publicação destes, inviável a ampliação da norma por parte da JUCESP. IV. Apelação a que se dá provimento."(AMS n. 00182151320154036100/SP, Relator Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS, 1ª Turma, j. 21/02/2017).

"MANDADO DE SEGURANÇA. SOCIEDADE DE GRANDE PORTE. JUNTA COMERCIAL. PUBLICAÇÃO DE DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS. OBRIGATORIEDADE AFASTADA. I - O mandado de segurança é remédio constitucional destinado a proteger direito líquido e certo sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade. II - A Lei nº 11.638/2007, ao ampliar o alcance das normas de contabilidade das companhias, menciona exclusivamente a escrituração e a elaboração de demonstrações financeiras (artigo 3º). As sociedades que não sejam anônimas ficam obrigadas a preencher livros específicos e a desenvolver, além do balanço patrimonial e do resultado econômico, o de lucros ou prejuízos acumulados e o de fluxos de caixa (artigos 176 e 177 da Lei nº 6.414/1976). Não existe qualquer referência à publicação. Como a contabilidade tradicional das sociedades civis e limitadas não prevê a divulgação das demonstrações financeiras pela imprensa oficial e por jornal de grande circulação, a alteração deveria ter sido explícita. III - A impetrante, como sociedade limitada de grande porte, não está obrigada aparentemente a publicar as demonstrações financeiras pela imprensa oficial e por jornal de grande circulação. IV - Apelação provida."

(AMS n. 00233345220154036100/SP, Relator Desembargador Federal ANTÔNIO CEDENHO, 3ª Turma, j. 01/02/2017, e-DJF3 DATA: 13/02/2017)

Diante do exposto, nego provimento à remessa oficial.

É o voto.

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. SOCIEDADE DE GRANDE PORTE. DELIBERAÇÃO JUCESP Nº 02/2014. PUBLICAÇÃO. LEI Nº 11.638/07. REMESSA OFICIAL DESPROVIDA.

I - Sustentou a impetrante que a exigência de publicação dos balanços e demonstrativos mostra-se ilegal, porquanto o art. 3º da lei nº 11.638/2007 não previu tal exigência, de forma que a Deliberação nº 02 da Jucesp exorbita da legislação ao impor a obrigatoriedade de publicação do balanço anual e demonstrações financeiras do último exercício em jornal de grande circulação em local da sede da sociedade e Diário Oficial do Estado.

II - A correta exegese do art. 3º, da Lei 11.638/07 não imputa às sociedades de grande porte, não constituídas sob a forma de sociedade por ações, a obrigatoriedade da publicação das demonstrações financeiras e do balanço, sendo-lhes imposto, exclusivamente, o cumprimento das disposições da Lei n.6.404/76 quanto à escrituração e à elaboração de demonstrações financeiras.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5009542-17.2017.4.03.6183

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

PARTE AUTORA: PAULO ROBERTO DOS SANTOS

Advogados do(a) PARTE AUTORA: VANESSA RODRIGUES DE OLIVEIRA - SP247548-A, MARIA TERESINHA

HINTEREGGER MARTINEZ Y PELL - SP282950-A, MARCOS VICHIESI - SP333700-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, GERENTE DO INSS AGÊNCIA SÃO PAULO - CENTRO

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5009542-17.2017.4.03.6183

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

PARTE AUTORA: PAULO ROBERTO DOS SANTOS

Advogados do(a) PARTE AUTORA: VANESSA RODRIGUES DE OLIVEIRA - SP247548-A, MARIA TERESINHA

HINTEREGGER MARTINEZ Y PELL - SP282950-A, MARCOS VICHIESI - SP333700-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, GERENTE DO INSS AGÊNCIA SÃO PAULO - CENTRO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial em face da r. sentença que concedeu a segurança, nos autos do Mandado de Segurança impetrado por **PAULO ROBERTO DOS SANTOS, com pedido liminar, contra ato do GERENTE EXECUTIVO DO INSS –AGÊNCIA PENHA**, alegando, em síntese, que formulou pedido administrativo para a emissão de Certidão de Tempo de Contribuição (CTC nº 21001030.1.00202/17-1) pela autoridade impetrada, sendo certo que até a impetração do presente “*mandamus*” não obteve resposta quanto ao seu deferimento ou não.

Deferida parcialmente a liminar (id 3914436).

Houve parecer ministerial (id 7516250 e 17860264).

A autoridade impetrada informou o cumprimento da liminar (id 15987876 e 15987879)

Vieram, os autos, conclusos para sentença.

O MM. Juiz *a quo* **CONCEDEU A SEGURANÇA** nos termos do art. 1º da Lei 12.016/09, confirmando a liminar deferida, que resultou na conclusão da análise do recurso administrativo. Custas na forma da lei. Os honorários advocatícios não são cabíveis em sede de Mandado de Segurança (art. 25 da Lei 12.016/09).

Por força da remessa oficial, vieram os autos.

O ilustre Representante do Ministério Público Federal opina pela manutenção da r. sentença.

É o Relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5009542-17.2017.4.03.6183

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

PARTE AUTORA: PAULO ROBERTO DOS SANTOS

Advogados do(a) PARTE AUTORA: VANESSA RODRIGUES DE OLIVEIRA - SP247548-A, MARIA TERESINHA HINTEREGGER MARTINEZ Y PELL - SP282950-A, MARCOS VICHIESI - SP333700-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, GERENTE DO INSS AGÊNCIA SÃO PAULO - CENTRO

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Mandado de Segurança é uma ação constitucional prevista no artigo 5º, inciso LXIX da Constituição Federal e na norma prevista na Lei 12.016 de 2009, e tem por objeto a proteção de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

É o que se depreende da leitura do inciso LXIX, do artigo 5º da Constituição Federal: "*conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparável por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público*".

A r. sentença concedeu a ordem e deve assim ser mantida.

A Lei 9.784/99 preceitua em seus artigos 48 e 49 que a Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência, bem como tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada, quando concluída a instrução dos procedimentos administrativos.

Em relação à conclusão do processo administrativo, o artigo 174 do Decreto n.º 3048/99 concede um prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, contados da entrega dos documentos necessários, para que a Autarquia efetue o primeiro pagamento do benefício, senão veja-se:

"Art. 174. O primeiro pagamento do benefício será efetuado até quarenta e cinco dias após a data da apresentação, pelo segurado, da documentação necessária à sua concessão." (Redação dada pelo Decreto nº 6.722, de 2008).

Parágrafo único. O prazo fixado no caput fica prejudicado nos casos de justificação administrativa ou outras providências a cargo do segurado, que demandem a sua dilatação, iniciando-se essa contagem a partir da data da conclusão das mesmas.

Nesse prazo, o INSS deverá proceder à análise, apreciação e conclusão do procedimento administrativo de concessão de benefício, deferindo-o ou não ao segurado, excetuados os casos em que haja fundamentada decisão administrativa ou providências a serem tomadas a cargo do solicitante.

Não favorece a autoridade impetrada e o INSS o argumento de que, por questões procedimentais e administrativas, não pode se desincumbir dos deveres plasmados na lei de regência.

O ato apontado como coator, portanto, viola o princípio constitucional da eficiência administrativa, insculpido no artigo 37 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19/98, e da razoabilidade, de modo que deve ser mantida a fundamentação da sentença, em face da violação a direito líquido e certo da parte impetrante.

Ademais, a Emenda Constitucional 45, de 2004, erigiu à categoria de direito fundamental a razoável duração do processo, acrescentando ao artigo 5º, o inciso LXXVIII, *verbis*: "A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação."

Nesse sentido deve haver prazo razoável na administração pública:

"MANDADO DE SEGURANÇA. PREVIDENCIÁRIO. DETERMINAÇÃO DE ANÁLISE DE PEDIDO ADMINISTRATIVO. POSTERIOR CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. PERDA DE OBJETO. INOCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E DA EFICIÊNCIA. SEGURANÇA CONCEDIDA. - A análise do pedido de concessão do benefício pleiteado administrativamente pela impetrante ocorreu em virtude da concessão da medida liminar neste mandado de segurança. - Dessa forma, não houve perda superveniente de interesse de agir por perda de objeto, mas apenas eficácia de medida liminar que, para manter sua eficácia, deve ser confirmada pela sentença ou, no caso, no julgamento deste reexame necessário. - No mérito, observo que a excessiva demora na conclusão da diligência, sem motivo excepcional que a justificasse, colide com o princípio da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CF), da eficiência (art. 37, caput, CF), além dos prazos previstos pela Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo. - Dessa forma, corretas a concessão da segurança liminarmente e sua confirmação pela sentença. - Reexame necessário a que se nega provimento." (TRF3 – T8 - REOMS 318381 – 0001143-02.2008.4.03.6183 – Rel. Des. Fed. LUIZ STEFANINI – j. 24/04/2017 - e-DJF3 Judicial 1 de 09/05/2017)

"PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DURAÇÃO RAZOÁVEL PARA ANÁLISE E CONCLUSÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. SEGURANÇA CONCEDIDA. REMESSA OFICIAL IMPROVIDA. - O mandado de segurança é remédio constitucional destinado à proteção de direito líquido e certo, o qual, em razão da especificidade da via, deve mostrar-se cristalino em sede de cognição exauriente. - Os atos da Administração Pública devem ser guiados pelo princípio da eficiência. Assim, a demora na apreciação dos requerimentos administrativos, ao exceder o limite da razoabilidade, afronta aquele princípio e acarreta prejuízos. - A Administração Pública, mormente em setores de sensível influência social, como é o caso do Instituto Nacional do Seguro Social, não pode delongar em demasia a análise das questões postas à sua apreciação. O direito à razoável duração do processo, judicial ou administrativo, foi erigido a garantia fundamental, e está previsto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal: 'a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação'. - Remessa oficial improvida." (TRF3 – T9 - REOMS 362826 – 0001774- 82.2015.4.03.6123 – Rel. Juiz Conv. RODRIGO ZACHARIAS – j. 12/09/2016 - e-DJF3 Judicial 1 de 26/09/2016)

Desta forma, a manutenção da r. decisão, a qual reporto-me, merece ser mantida.

Diante do exposto, nego provimento à Remessa Oficial.

É o voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. MOROSIDADE ADMINISTRATIVA. NÃO PROVIMENTO DA REMESSA OFICIAL.

1. O ato apontado como coator viola o princípio constitucional da eficiência administrativa, insculpido no artigo 37 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19/98, e da razoabilidade, de modo que deve ser mantida a fundamentação da sentença, em face da violação a direito líquido e certo do impetrante.

2. Não favorece a autoridade impetrada e o INSS o argumento de que, por questões procedimentais e administrativas, não pode se desincumbir dos deveres plasmados na lei de regência.

3. Ademais, a Emenda Constitucional 45, de 2004, erigiu à categoria de direito fundamental a razoável duração do processo, acrescentando ao artigo 5º, o inciso LXXVIII, *verbis*: "*A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.*"

4. Remessa Oficial não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à Remessa Oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000128-48.2017.4.03.6129
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE EDUCACAO FISICA DA 4 REGIAO
PROCURADOR: CONSELHO REGIONAL DE EDUCACAO FISICA DA 4 REGIAO
Advogado do(a) APELANTE: JONATAS FRANCISCO CHAVES - SP220653-A
APELADO: KAZUO MARIO SUZUKI
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000128-48.2017.4.03.6129
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE EDUCACAO FISICA DA 4 REGIAO
PROCURADOR: CONSELHO REGIONAL DE EDUCACAO FISICA DA 4 REGIAO
Advogado do(a) APELANTE: JONATAS FRANCISCO CHAVES - SP220653-A
APELADO: KAZUO MARIO SUZUKI

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo **Conselho Regional de Educação Física da 4ª Região - CREF4/SP**, inconformado com a sentença proferida nos autos da execução fiscal ajuizada em face de **Kazuo Mario Suzuki**.

O MM. Juiz de primeiro grau extinguiu o feito, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, VI, do Código de Processo Civil combinado com o art. 771, parágrafo único, também do Código de Processo Civil e art. 25 da Lei 6.830/80, por entender que o exequente deixou de dar andamento ao feito.

Irresignado, o apelante sustenta, em síntese, que:

- a) não foi intimado para que se manifestasse sobre o seu interesse em dar andamento ao feito;
- b) a suspensão da execução fiscal em razão da não localização do devedor ou de bens passíveis de penhora, deve durar pelo prazo de 01 (um) ano, só após é que se inicia o prazo prescricional previsto no art. 40 da Lei 6.830/80;
- c) não foi devidamente intimado na forma prevista no art. 485, § 1º, do Código de Processo Civil.

Sem contrarrazões, os autos vieram a este e. Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000128-48.2017.4.03.6129
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE EDUCACAO FISICA DA 4 REGIAO
PROCURADOR: CONSELHO REGIONAL DE EDUCACAO FISICA DA 4 REGIAO
Advogado do(a) APELANTE: JONATAS FRANCISCO CHAVES - SP220653-A
APELADO: KAZUO MARIO SUZUKI

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Trata-se de execução fiscal ajuizada pelo Conselho Regional de Educação Física da 4ª Região - CRF/SP, visando a cobrança de anuidades referente aos exercícios de 2012 a 2015 (ID de n.º 61073091, páginas 4-7).

No caso dos autos, a demanda foi ajuizada em 10/02/2017, sendo que a citação do executado restou infrutífera (AR Negativo, ID de n.º 61073091, pág. 16).

Em 18/09/2017, foi realizada audiência de tentativa de conciliação, porém, a executada não compareceu (ID de n.º 61073091, pág. 17).

No dia 19/10/2017, o exequente requereu a penhora de valores da executada, via sistema BACENJUD, e o bloqueio de veículos, via sistema RENAJUD (ID de n.º 61073091, pág. 21-22).

Como a tentativa de penhora restou infrutífera, o exequente requereu em 07/03/2018, que fosse efetuada pesquisa de bens da executada, via sistema ARISP (ID de n.º 61073092, pág. 06).

O pedido foi indeferido, em 16/04/2018, sendo que o MM. Juiz de primeiro grau determinou que o exequente requeresse, no prazo de 10 (dez) dias, o que de direito para o prosseguimento do feito. Alertando que, no silêncio, ou se fosse requerido somente a suspensão de prazo, o feito seria suspenso, nos termos do art. 40 da Lei n.º 6.830/80 e encaminhado ao arquivo (ID de n.º 61073092, pág. 7).

Após, em 24/05/2018, o exequente requereu a utilização do sistema INFOJUD para localização de bens passíveis de penhora.

O pedido foi indeferido, em 22/06/2018, sendo que o MM. Juiz de primeiro grau determinou novamente que o exequente requeresse, no prazo de 10 (dez) dias, o que de direito para o prosseguimento do feito. Alertando que, no silêncio, ou se fosse requerido somente a suspensão de prazo, o feito seria suspenso, nos termos do art. 40 da Lei n.º 6.830/80 e encaminhado ao arquivo (ID de n.º 61073092, pág. 14).

Em seguida, no dia 11/10/2018, foi proferida sentença, extinguindo a execução fiscal, sem resolução do mérito, sob o fundamento de que o autor, embora devidamente intimado, deixou de dar andamento ao feito.

A sentença deve ser desconstituída.

De início, observa-se que o MM Juiz Sentenciante não observou o comando, dado por ele mesmo, nos despachos datados de 16/04/2018 (ID de n.º 61073092, pág. 7) e de 22/06/2018 (ID de n.º 61073092, pág. 14), quando alertou que no silêncio, o feito ficaria suspenso, nos termos do art. 40 da Lei n.º 6.830/80, aguardando manifestação em arquivo.

De outra face, não foi observado o disposto no art. 485, § 1º, do Código de Processo Civil, que dispõe, *in verbis*:

Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

(...)

III - por não promover os atos e as diligências que lhe incumbir; o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias;

(...)

§ 1º Nas hipóteses descritas nos incisos II e III, a parte será intimada pessoalmente para suprir a falta no prazo de 5 (cinco) dias.

No presente caso, o magistrado de primeiro grau não observou o mandamento legal, visto que extinguiu o feito sem oportunizar à exequente suprir a falta no prazo de 5 (cinco) dias.

Desse modo, por inobservância do rito estabelecido na norma processual, impõe-se a desconstituição da sentença que, prematuramente, julgou extinto o processo, sem resolução do mérito.

Neste sentido, trago a colação precedente do C. Superior Tribunal de Justiça - STJ. Veja-se:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. ABANDONO DE CAUSA. ART. 485, III, DO CPC. OBRIGATORIEDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL FIXANDO PRAZO PARA PROMOVER O ANDAMENTO DO FEITO, CUJO DESATENDIMENTO SERÁ SANCIONADO COM SENTENÇA TERMINATIVA SEM MÉRITO. ART. 485, § 1º, DO CPC.

1. O término do processo sem resolução do mérito, na hipótese de abandono (art. 485, III, do CPC), exige que a parte seja intimada pessoalmente, com a advertência de que a falta de promoção dos atos de sua incumbência, no prazo derradeiro (que é de cinco dias, no atual CPC), acarretará a extinção do feito. Exegese do art. 485, § 1º, do CPC.
2. A regra acima já vinha prevista no CPC/1973, no art. 267, § 1º (a única diferença é que o prazo para restabelecer o andamento do feito era de quarenta e oito horas). A jurisprudência do STJ, em relação ao referido dispositivo legal, exigia que a sentença de extinção fosse precedida de intimação pessoal abrindo o específico prazo (então de 48h, conforme dito) para que fosse promovido o andamento do feito, sob pena de extinção.
3. No caso concreto, o Tribunal de origem manteve a sentença de extinção da Execução Fiscal por abandono, consignando que a Fazenda credora foi cientificada pessoalmente da penhora deferida, sem apresentar manifestação.
4. Há dois equívocos que conduzem à reforma do julgado: em primeiro lugar, a extinção do feito por abandono tem por premissa que a parte, por mais de trinta (30) dias, não promoveu os atos e/ou diligências que lhe competiam. Ademais, verificado o transcurso do prazo in albis, compete à autoridade judicial determinar a sua intimação pessoal para que, no prazo de cinco dias ou de quarenta e oito horas (conforme vigente, ao tempo da intimação, o novo ou o revogado CPC), promovesse o andamento do feito, sob pena de extinção.
5. Ao que se verifica, o ato de cientificar a Fazenda Pública da realização da penhora não lhe transferiu a prática de qualquer ato processual, uma vez que o ato subsequente (alienação judicial) poderia ser promovido ex officio pelo juiz.
6. Não bastasse isso, ao que consta do voto condutor do acórdão hostilizado, a extinção do feito teria decorrido da simples ausência de resposta do ente público à cientificação da penhora realizada nos autos, quando, conforme acima demonstrado, a sentença somente poderia ser proferida se previamente tivesse havido intimação pessoal concedendo à exequente prazo para que esta praticasse algum ato privativo, indispensável para o andamento do feito, cujo desatendimento seria sancionado com a extinção por abandono de causa.
7. Recurso Especial provido.

(REsp 1738705/MT, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 23/11/2018)

No mesmo sentido, já decidiu este E. Tribunal. Veja-se:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EXTINÇÃO. ART. 485, III, DO CPC. ABANDONO DA CAUSA. NÃO CARACTERIZADO. APELAÇÃO PROVIDA.

1. As hipóteses de extinção do processo por desídia encontram-se descritas no art. 485, II e III, do CPC. Em ambos os casos, para ficar caracterizada a desídia imputável à parte, torna-se imprescindível a intimação pessoal, conforme disposto no § 1º do mesmo dispositivo legal.

2. Não sendo o exequente intimado na forma do parágrafo 1º do art. 485, não há que se falar em extinção do feito com fulcro no inciso III deste dispositivo.

3. Apelação provida.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2127508 - 0000704-34.2014.4.03.6133, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA, julgado em 18/07/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:25/07/2018)

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** à apelação, para determinar o prosseguimento da execução fiscal, nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

EMENTA

PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA DA 4ª REGIÃO. COBRANÇA DE ANUIDADES. ABANDONO DA CAUSA NÃO CONFIGURADO. RECURSO DE APELAÇÃO PROVIDO.

1) Trata-se de execução fiscal ajuizada pelo Conselho Regional de Educação Física da 4ª Região - CRF/SP, visando a cobrança de anuidades referente aos exercícios de 2012 a 2015 (ID de n.º 61073091, páginas 4-7).

2) No caso dos autos, a demanda foi ajuizada em 10/02/2017, sendo que a citação do executado restou infrutífera (AR Negativo, ID de n.º 61073091, pág. 16). Em 18/09/2017, foi realizada audiência de tentativa de conciliação, porém, a executada não compareceu (ID de n.º 61073091, pág. 17). No dia 19/10/2017, o exequente requereu a penhora de valores da executada, via sistema BACENJUD, e o bloqueio de veículos, via sistema RENAJUD (ID de n.º 61073091, pág. 21-22). Como a tentativa de penhora restou infrutífera, o exequente requereu em 07/03/2018, que fosse efetuada pesquisa de bens da executada, via sistema ARISP (ID de n.º 61073092, pág. 06). O pedido foi indeferido, em 16/04/2018, sendo que o MM. Juiz de primeiro grau determinou que o exequente requeresse, no prazo de 10 (dez) dias, o que de direito para o prosseguimento do feito. Alertando que, no silêncio, ou se fosse requerido somente a suspensão de prazo, o feito seria suspenso, nos termos do art. 40 da Lei n.º 6.830/80 e encaminhado ao arquivo (ID de n.º 61073092, pág. 7). Após, em 24/05/2018, o exequente requereu a utilização do sistema INFOJUD para localização de bens passíveis de penhora. O pedido foi indeferido, em 22/06/2018, sendo que o MM. Juiz de primeiro grau determinou novamente que o exequente requeresse, no prazo de 10 (dez) dias, o que de direito para o prosseguimento do feito. Alertando que, no silêncio, ou se fosse requerido somente a suspensão de prazo, o feito seria suspenso, nos termos do art. 40 da Lei n.º 6.830/80 e encaminhado ao arquivo (ID de n.º 61073092, pág. 14). Em seguida, no dia 11/10/2018, foi proferida sentença, extinguindo a execução fiscal, sem resolução do mérito, sob o fundamento de que o autor, embora devidamente intimado, deixou de dar andamento ao feito.

3) No caso *sub judice*, observa-se que o MM Juiz Sentenciante não observou o comando, dado por ele mesmo, nos despachos datados de 16/04/2018 (ID de n.º 61073092, pág. 7) e de 22/06/2018 (ID de n.º 61073092, pág. 14), quando alertou que no silêncio, o feito ficaria suspenso, nos termos do art. 40 da Lei n.º 6.830/80, aguardando manifestação em arquivo.

4) De outra face, não foi observado o disposto no art. 485, § 1º, do Código de Processo Civil, pois o feito foi extinto sem oportunizar à exequente suprir a falta no prazo de 5 (cinco) dias. Deste modo, por inobservância do rito estabelecido na norma processual, impõe-se a desconstituição da sentença que, prematuramente, julgou extinto o processo, sem resolução do mérito.

5) Recurso de apelação provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, DEU PROVIMENTO à apelação, para determinar o prosseguimento da execução fiscal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5014051-12.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: LOUIS DREYFUS COMPANY SUCOS S.A
Advogados do(a) APELANTE: JOSE ROZINEI DA SILVA - PR50448-S, EULO CORRADI JUNIOR - SP221611-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5014051-12.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: LOUIS DREYFUS COMPANY SUCOS S.A
Advogados do(a) APELANTE: JOSE ROZINEI DA SILVA - PR50448-S, EULO CORRADI JUNIOR - SP221611-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por **LOUIS DREYFUS COMPANY SUCOS S.A** em face da r. sentença (Id. num 101956895), que denegou a segurança, nos autos do mandado de segurança em face do **DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA EM SÃO PAULO**, com pedido de liminar, com vistas a obter provimento jurisdicional que reconheça o direito da parte impetrante ao benefício do Reintegra na alíquota integral de 3% para os pedidos de ressarcimento, objeto do presente feito, bem como para determinar à autoridade impetrada que proceda ao pagamento do valor residual sobre o montante da base de cálculo já reconhecido, devidamente corrigido, tudo conforme narrado na exordial.

A petição inicial veio acompanhada de documentos.

A medida liminar foi indeferida.

A autoridade impetrada apresentou informações. A União Federal foi incluída no feito.

O MM. Juiz *a quo* denegou a segurança, extinguindo o feito nos termos do artigo 487, I, do CPC. Sem condenação em honorários, com base no art. 25 da Lei n.º 12.016/2009. Custas *ex lege*.

Em razões recursais, requer a Apelante o julgamento procedente do presente recurso, para fins de que seja reformada a r. sentença, sendo reconhecido o direito da Apelante ao benefício do Reintegra na alíquota integral de 3% para os pedidos de ressarcimento objeto do presente *writ*, ordenando a Autoridade Apelada que proceda no pagamento do valor residual sobre o montante da base de cálculo já objeto de reconhecimento pela Autoridade Impetrada, devidamente corrigidos pela taxa Selic a contar do 361º dia da transmissão de cada pedido, como medida de Justiça!

Com contrarrazões, vieramos autos a este E. Tribunal.

O ilustre Representante do Ministério Público Federal opina pelo regular prosseguimento do feito (Id num. 122165406).

É o Relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5014051-12.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: LOUIS DREYFUS COMPANY SUCOS S.A
Advogados do(a) APELANTE: JOSE ROZINEI DA SILVA - PR50448-S, EULO CORRADI JUNIOR - SP221611-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Mandado de Segurança é uma ação constitucional prevista no artigo 5º, inciso LXIX da Constituição Federal e na norma prevista na Lei 12.016 de 2009, e tem por objeto a proteção de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

É o que se depreende da leitura do inciso LXIX, do artigo 5º da Constituição Federal: "conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparável por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público".

Em razões recursais, requer a Apelante o julgamento procedente do presente recurso, para fins de que seja reformada a r. sentença, sendo reconhecido o direito da Apelante ao benefício do Reintegra na alíquota integral de 3% para os pedidos de ressarcimento objeto do presente writ, ordenando a Autoridade Apelada que proceda no pagamento do valor residual sobre o montante da base de cálculo já objeto de reconhecimento pela Autoridade Impetrada, devidamente corrigidos pela taxa Selic a contar do 361º dia da transmissão de cada pedido

A parte impetrada apontou os seguintes pedidos administrativos:

	Trimestre	PerDcomp	alíquota	transmissão:
(1/2016)	26229.01911.110516.1.1.17-1058	0,1%	11/05/2016,	(2/2016) 12839.16183.091216.1.1.17-3300 0,1%
09/02/2016,	(3/2016) 32684.57155.091216.1.1.17-8068	0,1%	09/02/2016,	(4/2016) 12087.64700.090217.1.1.17-2241 0,1%
09/02/2017.				

Relata a parte impetrante que para todo o ano de 2015, o governo federal já havia projetado a renúncia fiscal no Projeto de Lei Orçamentária enviado ao Congresso e afiançado publicamente aos empresários o Reintegra sob o percentual de 3%, na forma da Portaria MF 428/20141. Criou-se, assim, uma expectativa das indústrias exportadoras brasileiras que poderiam contar com a integralidade do Reintegra, no mínimo em todo o período de 2015 e também nos anos subseqüentes, para fins de dimensionamento de seus preços, celebração de seus correlatos contratos comerciais e promoção das suas exportações.

Alega, todavia, que o Decreto Federal 8.415, de 27 de fevereiro de 2015, alterado posteriormente pelo Decreto 8.543/2015, "quebrou o pacto" com os contribuintes e reduziu abruptamente o Reintegra ao percentual de 1%, para o restante do ano em curso e 0,1% para o ano de 2016, em total violação à confiança do contribuinte em usufruir do programa, bem como com relação à segurança jurídica.

Assevera também que a alteração da alíquota teria razão apenas em caso de eventual modificação no resíduo representado pelas contribuições inerentes ao benefício, de modo que qualquer outra se revela ilegítima e viola o princípio da legalidade e a concessão de incentivos fiscais consagrada pela Constituição Federal, em atuação arbitrária do Poder Executivo.

Alega, ainda, que a redução da alíquota viola o princípio da anterioridade.

Acrescenta, por fim, que transcorreram mais de 360 (trezentos e sessenta) dias sem a efetiva disponibilização do numerário que cabe ao contribuinte referente aos pedidos administrativos formulados.

Com razão a apelante.

O Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras (REINTEGRA), é um benefício fiscal instituído inicialmente em 2011 por meio da Lei 12.546/2011, e reinstituído pela Lei 13.043/2014, como forma de estimular as empresas exportadoras brasileiras que manufacturassem produtos no país, para que fossem reduzidos os custos tributários residuais pagos ao longo da cadeia produtiva mas que não foram compensados, de modo a aumentar sua competitividade no mercado global.

Tais custos tributários residuais são calculados por meio da aplicação de uma alíquota de até 3% (fixada por meio de ato infralegal do Poder Executivo) sobre a receita decorrente da exportação de bens industrializados (de acordo com o setor econômico e tipo de atividade exercida pelas empresas).

Essa alíquota, originalmente fixada em 3%, foi alterada pelo Decreto 8.415, de 27 de fevereiro de 2015, sendo reduzida para 1% entre 1º de março de 2015 e 31 de dezembro de 2016. Após, depois, foi editado o Decreto 8.543 de 21 de outubro de 2015, que também passou a produzir efeitos na data de sua publicação (22/10/2015), e reduziu novamente as alíquotas do REINTEGRA para 0,1% entre 1º de dezembro de 2015 e 31 de dezembro de 2016.

Com razão a apelante é certo que tais alterações desrespeitaram frontalmente os princípios constitucionais da anterioridade anual e nonagesimal, expostos no artigo 150, inciso III, alíneas "b" e "c" da Constituição Federal, o que definitivamente se aplica ao presente caso com a redução das alíquotas do REINTEGRA. Tanto é assim que este posicionamento vem sendo reiterado em várias decisões recentes que ressaltam a necessidade de observação de tais princípios no caso da redução das alíquotas do REINTEGRA promovidas pelos Decretos 8.415/15, 8.543/15, por se tratar de majoração indireta de tributos

Ademais, a controvérsia trazida aos autos não comporta grandes questionamentos haja vista o entendimento pacificado no âmbito do STF quanto à inconstitucionalidade das alterações promovidas pelos decretos nº 8.415/15 e nº 8.543/15 no âmbito do REINTEGRA diante da ofensa ao princípio da anterioridade, em seu aspecto anual e nonagesimal. Nesse sentido, destaco:

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CPC/2015. PROGRAMA REINTEGRA. PIS E COFINS. APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS. REVOGAÇÃO DE BENEFÍCIO FISCAL. REDUÇÃO DA ALÍQUOTA. MAJORAÇÃO INDIRETA DE TRIBUTOS. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE NONAGESIMAL. CONSONÂNCIA DA DECISÃO AGRAVADA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO MANEJADO SOB A VIGÊNCIA DO CPC/2015. 1. O entendimento assinalado na decisão agravada não diverge da jurisprudência firmada no Supremo Tribunal Federal. Ao julgamento da ADI 2.325-MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, esta Suprema Corte decidiu que a revogação de benefício fiscal, quando acarretar majoração indireta de tributos, deve observar o princípio da anterioridade nonagesimal. 2. As razões do agravo interno não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada. 3. Em se tratando de mandado de segurança, inaplicável o artigo 85, §§ 2º, 3º e 11, do CPC/2015. 4. Agravo interno conhecido e não provido." (STF – RE nº 983.821 AgR, Rel(a) Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, j. em 03/04/2018, p. em 16/04/2018)

Agravo regimental no recurso extraordinário. Tributário. REINTEGRA. Decreto nº 8.415/15. Princípio da anterioridade nonagesimal. 1. O entendimento da Corte vem se firmando no sentido de que não só a majoração direta de tributos atrai a aplicação da anterioridade nonagesimal, mas também a majoração indireta decorrente de revogação de benefícios fiscais. 2. Negativa de provimento ao agravo regimental. Não se aplica ao caso dos autos a majoração dos honorários prevista no art. 85, § 11, do novo Código de Processo Civil, uma vez que não houve o arbitramento de honorários sucumbenciais pela Corte de origem (Súmula 512/STF). (RE nº 1.081.041/SC, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, DJe de 27/4/18)

REINTEGRA – DECRETOS Nº 8.415 E Nº 8.543, DE 2015 – BENEFÍCIO – REDUÇÃO DO PERCENTUAL – ANTERIORIDADE – PRECEDENTES. Promovido aumento indireto de tributo mediante redução da alíquota de incentivo do Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras REINTEGRA, cumpre observar o princípio da anterioridade, geral e nonagesimal, constante das alíneas b e c do inciso III do artigo 150 da Constituição Federal. Precedente: medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 2.325/DF, Pleno, relator ministro Marco Aurélio, acórdão publicado no Diário da Justiça de 6 de outubro de 2006. (RE 964850 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 08/05/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-128 DIVULG 27-06-2018 PUBLIC 28-06-2018)

AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. O acórdão recorrido encontra-se em harmonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de ser imperativa a observância do princípio da anterioridade, geral e nonagesimal (art. 150, III, b e c, da Constituição Federal), em face de aumento indireto de tributo decorrente da redução da alíquota de incentivo do Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras (REINTEGRA). 2. Nesse sentido, o RE 964.850 AgR, desta 1ª Turma, Relator o ilustre Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 8/5/2018; e o RE 1.081.041 AgR, 2ª Turma, Relator o ilustre Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 27/4/2018. 3. Agravo Interno a que se nega provimento. Não se aplica o art. 85, § 11, do CPC/2015, tendo em vista que não houve fixação de honorários advocatícios nas instâncias de origem. (RE 1040084 AgR, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 29/05/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-120 DIVULG 15-06-2018 PUBLIC 18-06-2018)

No voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes no RE 1105918 AGR/SC, 2ª Turma, julgado em sessão virtual de 8.6.2018 a 14.6.2018, considerou-se que:

...ao reduzir o percentual para apuração do crédito a ser compensado no âmbito do Reintegra, implicou aumento indireto da carga tributária do agravado. Isso porque, na medida em que restringiu a extensão de incidência do incentivo, acabou por onerar indiretamente a operação da cadeia de exportação. Desse modo, inafastável na espécie a incidência do princípio da anterioridade nonagesimal.

Da mesma forma aponto as decisões monocráticas (RE 970.955/SC, Rel. Min. Dias Toffoli; RE 775.181/SC, Rel. Min. Gilmar Mendes; RE 1.026.463/RS, Rel. Min. Rosa Weber; ARE 985.209/RO, Rel. Min. Marco Aurélio, RE **1053254/RS**, Rel. **Min. Luis Barroso**) que se orientam no mesmo sentido.

Ora, se - conforme dito pelo STF - a redução da alíquota que impactou a cadeia de importação resultou no aumento de carga tributária - o certo é que incida a limitação constitucional referente a anterioridade anual (art. 150, III, "b", CF), porquanto houve alteração da base de cálculo com o expurgo na apuração de crédito pela pessoa jurídica exportadora.

Com efeito, reduzido o percentual de crédito, houve aumento, ainda que indireto, da carga tributária, onerando o contribuinte repentinamente, razão pela qual o princípio da anterioridade é aplicável ao caso justamente a fim de evitar o elemento surpresa.

Assim, diante da fundamentação acima deve ser assegurado à impetrante ao benefício do Reintegra na alíquota integral de 3% para os pedidos de ressarcimento objeto do presente *writ*, pela violação ao Princípios da Segurança Jurídica, da Legalidade e da Anterioridade previstos nos artigos 5º, inciso XXXVI e 150, I, III, “b” e “c” da CF, violando ainda o artigo, 150, § 6º da CF, ordenando a Autoridade Impetrada que proceda no pagamento do valor residual sobre o montante da base de cálculo já objeto de reconhecimento pela Autoridade Impetrada, devidamente corrigidos pela taxa Selic a contar do 361º dia da transmissão de cada pedido.

Diante do exposto, dou provimento à apelação. Sem honorários.

É o voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. REINTEGRA. DECRETO nº , 8.415/15 REDUÇÃO DE PERCENTUAL RELATIVO A BENEFÍCIO FISCAL. EXIGÊNCIA NO MESMO EXERCÍCIO FISCAL E ANTES DE DECORRIDOS NOVENTA DIAS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE NONAGESIMAL E ANUAL. APELAÇÃO PROVIDA.

1. O Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras (REINTEGRA), é um benefício fiscal instituído inicialmente em 2011 por meio da Lei 12.546/2011, e reinstituído pela Lei 13.043/2014, como forma de estimular as empresas exportadoras brasileiras que manufaturassem produtos no país, para que fossem reduzidos os custos tributários residuais pagos ao longo da cadeia produtiva mas que não foram compensados, de modo a aumentar sua competitividade no mercado global.

2. Tais custos tributários residuais são calculados por meio da aplicação de uma alíquota de até 3% (fixada por meio de ato infralegal do Poder Executivo) sobre a receita decorrente da exportação de bens industrializados (de acordo com o setor econômico e tipo de atividade exercida pelas empresas). Essa alíquota, originalmente fixada em 3%, foi alterada pelo Decreto 8.415, de 27 de fevereiro de 2015, sendo reduzida para 1% entre 1º de março de 2015 e 31 de dezembro de 2016. Após, depois, foi editado o Decreto 8.543 de 21 de outubro de 2015, que também passou a produzir efeitos na data de sua publicação (22/10/2015), e reduziu novamente as alíquotas do REINTEGRA para 0,1% entre 1º de dezembro de 2015 e 31 de dezembro de 2016.

3. Com razão a apelante é certo que tais alterações desrespeitaram frontalmente os princípios constitucionais da anterioridade anual e nonagesimal, expostos no artigo 150, inciso III, alíneas “b” e “c” da Constituição Federal, o que definitivamente se aplica ao presente caso com a redução das alíquotas do REINTEGRA. Tanto é assim que este posicionamento vem sendo reiterado em várias decisões recentes que ressaltam a necessidade de observação de tais princípios no caso da redução das alíquotas do REINTEGRA promovidas pelo Decreto 8.415/15, por se tratar de majoração indireta de tributos

4. Ademais, a controvérsia trazida aos autos não comporta grandes questionamentos haja vista o entendimento pacificado no âmbito do STF quanto à inconstitucionalidade das alterações promovidas pelos decretos nº 8.415/15, no âmbito do REINTEGRA diante da ofensa ao princípio da anterioridade, em seu aspecto anual e nonagesimal.

5. Ora, se - conforme dito pelo STF - a redução da alíquota que impactou a cadeia de importação resultou no aumento de carga tributária - o certo é que incida a limitação constitucional referente a anterioridade anual (art. 150, III, "b", CF), porquanto houve alteração da base de cálculo como o expurgo na apuração de crédito pela pessoa jurídica exportadora.

6. Com efeito, reduzido o percentual de crédito, houve aumento, ainda que indireto, da carga tributária, onerando o contribuinte repentinamente, razão pela qual o princípio da anterioridade é aplicável ao caso justamente a fim de evitar o elemento surpresa.

7. Assim, diante da fundamentação acima deve ser assegurado à impetrante ao benefício do Reintegra na alíquota integral de 3% para os pedidos de ressarcimento objeto do presente *writ*, pela violação ao Princípios da Legalidade e da Anterioridade previstos nos artigos 5º, inciso XXXVI e 150, I, III, “b” e “c” da CF, violando ainda o artigo, 150, § 6º da CF, e para que a Autoridade Impetrada que proceda no pagamento do valor residual sobre o montante da base de cálculo já objeto de reconhecimento pela Autoridade Impetrada, devidamente corrigidos pela taxa Selic a contar do 361º dia da transmissão de cada pedido.

8. Apelação provida. Sem honorários.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5007711-03.2019.4.03.6105
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: WOODWARD COMERCIO DE SISTEMAS DE CONTROLE E PROTECAO ELETRICALTDA
Advogado do(a) APELADO: OCTAVIO TEIXEIRA BRILHANTE USTRA - SP196524-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5007711-03.2019.4.03.6105
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: WOODWARD COMERCIO DE SISTEMAS DE CONTROLE E PROTECAO ELETRICALTDA
Advogado do(a) APELADO: OCTAVIO TEIXEIRA BRILHANTE USTRA - SP196524-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial e apelação em face da r. sentença que concedeu a segurança (ID num. 108603091), nos autos do mandado de segurança impetrado por **Woodward Comércio de Sistemas de Controle e Proteção Elétrica Ltda**, contra ato praticado pelo **Delegado da Receita Federal do Brasil em Campinas/SP**, objetivando seja suspensa a exigibilidade da contribuição ao SEBRAE – Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas, após a edição da Emenda Constitucional nº 33/2001, afastando-se qualquer ato tendente à cobrança do débito, bem como qualquer óbice à expedição de certidão de regularidade fiscal, em virtude de não ter sido recepcionada pela Emenda Constitucional nº 33/2001, fazendo com que a base de cálculo daquela contribuição seja inconstitucional. Pretende a condenação da impetrada à devolução, via compensação com outros tributos administrados pela Receita ou contribuições previdenciárias dos valores indevidamente recolhidos a título da contribuição em tela, pela impetrante, nos 5 (cinco) anos anteriores ao ajuizamento da presente ação, bem como no período em que tramitar a ação, corrigidos pela SELIC.

Liminar indeferida.

A Procuradoria da Fazenda Nacional pugnou pela sua inclusão no feito e intimação de todos os atos processuais (ID 19214648).

A autoridade impetrada prestou informações no ID 19677490.

Intimado, o Ministério Público Federal deixou de opinar no caso, por não vislumbrar a existência de interesses que justifiquem a sua atuação (ID 19761206).

O MM. Juiz *a quo* **CONCEDEU A SEGURANÇA PLEITEADA**, resolvendo o mérito do processo, nos termos do artigo 487, I, do Novo Código de Processo Civil, para reconhecer a inexigibilidade da cobrança da contribuição devida ao SEBRAE após 12/12/2001, por ter base de cálculo diversa daquelas previstas no art. 149 da Constituição Federal, reconhecendo também o direito da impetrante à compensação administrativa dos valores pagos nos termos do art. 26-A, I da lei n. 11.457/2007 c/c art. 66, da Lei n.º 8.383/91, que deverá ser atualizado pela taxa SELIC, observando-se a prescrição quinquenal. Não há condenação em honorários advocatícios (art. 25, Lei n.º 12.016/2009). Custas “ex lege”. Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição, nos termos do art. 14, § 1º da Lei n.º 12.016/2009.

Em razões recursais, requer a União Federal (Fazenda Nacional), a reforma do *decisum* com a denegação da segurança.

Com contrarrazões, vieramos autos a este E. Tribunal.

O ilustre Representante do Ministério Público Federal opina pelo regular prosseguimento do feito (Id num. 127190922).

É o Relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5007711-03.2019.4.03.6105

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: WOODWARD COMERCIO DE SISTEMAS DE CONTROLE E PROTECAO ELETRICALTDA

Advogado do(a) APELADO: OCTAVIO TEIXEIRA BRILHANTE USTRA - SP196524-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Mandado de Segurança é uma ação constitucional prevista no artigo 5º, inciso LXIX da Constituição Federal e na norma prevista na Lei 12.016 de 2009, e tem por objeto a proteção de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

É o que se depreende da leitura do inciso LXIX, do artigo 5º da Constituição Federal: "*conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparável por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público*".

No tocante às contribuições às entidades integrantes do Sistema S (*Sebrae* – APEX e ABDI), sua constitucionalidade também tem sido proferida pelo Supremo Tribunal Federal, proferidos após a EC nº 33/2001.

Nesse sentido:

"Agravo regimental no agravo de instrumento. Contribuição ao SESC/SENAC. Questão constitucional. Recepção pelo art. 240 da Constituição Federal. Precedentes.

- 1. A controvérsia não demanda a análise da legislação infraconstitucional. Não incidência da Súmula nº 636/STF.*
- 2. As contribuições destinadas ao chamado Sistema S foram expressamente recepcionadas pelo art. 240 da Constituição Federal, conforme decidido pela Corte.*
- 3. Agravo regimental não provido." (sem grifos no original)(AI 610247 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 04/06/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-160 DIVULG 15-08-2013 PUBLIC 16-08-2013)*

"Recurso extraordinário. Tributário. Contribuição para o SEBRAE. Desnecessidade de lei complementar. Contribuição para o SEBRAE. Tributo destinado a viabilizar a promoção do desenvolvimento das micro e pequenas empresas. Natureza jurídica: contribuição de intervenção no domínio econômico. 5. Desnecessidade de instituição por lei complementar. Inexistência de vício formal na instituição da contribuição para o SEBRAE mediante lei ordinária. 6. Intervenção no domínio econômico. É válida a cobrança do tributo independentemente de contraprestação direta em favor do contribuinte. 7. Recurso extraordinário não provido. 8. Acórdão recorrido mantido quanto aos honorários fixados." (RE 635682, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-098 DIVULG 23-05-2013 PUBLIC 24-05-2013)

O Superior Tribunal de Justiça também tem atestado a exigibilidade destas contribuições:

"TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. DESCARACTERIZAÇÃO. SÚMULA 7. REDUÇÃO DE MULTA PARA 20%. LEI SUPERVENIENTE N. 11.941/09. POSSIBILIDADE.

- 1. A contribuição para o SEBRAE constitui contribuição de intervenção no domínio econômico (CF art. 149) e, por isso, é exigível de todos aqueles que se sujeitam às Contribuições ao SESC, SESI, SENAC e SENAI, independentemente do porte econômico, porquanto não vinculada a eventual contraprestação dessa entidade.*
- 2. O art. 35 da Lei n. 8.212/91 foi alterado pela Lei 11.941/09, devendo o novo percentual aplicável à multa moratória seguir o patamar de 20%, que, sendo mais propícia ao contribuinte, deve ser a ele aplicado, por se tratar de lei mais benéfica, cuja retroação é autorizada com base no art. 106, II, do CTN. 3. Precedentes: REsp 1.189.915/ES, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 1º.6.2010, DJe 17.6.2010; REsp 1.121.230/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 18.2.2010, DJe 2.3.2010. Agravo regimental improvido." (sem grifos no original)(AgRg no REsp 1216186/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/05/2011, DJe 16/05/2011)*

In casu, a inovação trazida pela EC nº 33/2001 - tem sido objeto de apreciação no âmbito deste Tribunal, que em vários julgados assentou a legitimidade da exigência das contribuições impugnadas, inclusive após o início da vigência da EC nº 33/2001.

Com efeito, o entendimento predominante, é de que a inovação trazida pela emenda constitucional em apreço, na parte em que menciona algumas bases de cálculo sobre as quais podem incidir tais contribuições (adição do § 2º, inciso III, alínea "a", ao artigo 149 da CF/1988), refere-se, em verdade, a um rol não exauriente. Desta forma, nenhuma mácula de inconstitucionalidade paira sobre a utilização da folha de salários (não mencionada expressamente no artigo 149, § 2º, III, "a") como base de cálculo destas contribuições.

Nesse sentido, os argumentos da apelante merecem prosperar devendo ser reformada a douta sentença monocrática.

Diante do exposto, DOU PROVIMENTO à apelação da União Federal e à Remessa Oficial. Sem honorários (Súmulas 512 STF e 105 STJ).

É o voto.

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. APELAÇÃO DA UNIÃO FEDERAL. REMESSA OFICIAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES PARA O (SEBRAE). CONSTITUCIONALIDADE DA BASE DE CÁLCULO. EC 33/2001. PROVIMENTO DA APELAÇÃO DA UNIÃO E DA REMESSA OFICIAL.

I - No tocante às contribuições ao Sebrae, sua constitucionalidade tem sido proferida pelo Supremo Tribunal Federal, proferidos após a EC nº 33/2001.

II - *In casu*, a inovação trazida pela EC nº 33/2001 - tem sido objeto de apreciação no âmbito deste Tribunal, que em vários julgados assentou a legitimidade da exigência das contribuições impugnadas, inclusive após o início da vigência da EC nº 33/2001. Com efeito, o entendimento predominante, é de que a inovação trazida pela emenda constitucional em apreço, na parte em que menciona algumas bases de cálculo sobre as quais podem incidir tais contribuições (adição do § 2º, inciso III, alínea "a", ao artigo 149 da CF/1988), refere-se, em verdade, a um rol não exauriente. Desta forma, nenhuma mácula de inconstitucionalidade paira sobre a utilização da folha de salários (não mencionada expressamente no artigo 149, § 2º, III, "a") como base de cálculo destas contribuições.

III - Apelação e Remessa Oficial providas. Sem honorários.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, DEU PROVIMENTO à apelação da União Federal e à Remessa Oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5021091-75.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: LANCHONETE ILHA DAS FLORES LTDA - EPP

Advogado do(a) AGRAVANTE: WALDEMAR CURY MALULY JUNIOR - SP41830-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5021091-75.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: LANCHONETE ILHA DAS FLORES LTDA - EPP

Advogado do(a) AGRAVANTE: WALDEMAR CURY MALULY JUNIOR - SP41830-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento contra rejeição, em execução fiscal, de exceção de pré-executividade oposta com alegação de prescrição e nulidade da CDA.

Alegou que: (1) o crédito tributário resta prescrito, com base no artigo 174 do Código Tributário Nacional, tendo em vista o decurso do prazo de cinco anos entre a constituição do crédito tributário e o despacho de citação; (2) o início do prazo prescricional ocorreu no exercício fiscal de 2008, quando vencidas as guias do SIMPLES nacional, sendo tal prazo interrompido pelo despacho de citação em 13/09/2013; e (3) a CDA não observou as formalidades do artigo 202, II, do CTN, e artigo 2º, §5º, I, da Lei 6.830/1980, pois não constou o valor originário da dívida, bem como o termo inicial e a forma de calcular os juros de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato.

Houve contraminuta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5021091-75.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: LANCHONETE ILHA DAS FLORES LTDA - EPP
Advogado do(a) AGRAVANTE: WALDEMAR CURY MALULY JUNIOR - SP41830-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, quanto à nulidade da CDA, verifica-se que não padece de vício o título executivo, pois expressamente identificado "*o processo administrativo nº 10580 511077/2013/29*" (ID 89837291, f. 2/27), bem como todos os demais dados e fundamentos legais da dívida devidamente descritos, inclusive em relação à quantia devida e a maneira de calcular os juros de mora acrescidos, ponto impugnado pela agravante.

Ademais, segundo a Lei 6.830/1980 a exigência de inscrição em dívida ativa gera a presunção de liquidez e certeza do título, cumprindo ao devedor produzir a prova cabal capaz de desconstituir tais atributos inerentes à certidão.

Neste sentido:

RESP 1.138.202, Rel. Min. Min. LUIZ FUX, DJe 01/02/2010: “**TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA - CDA. REQUISITOS DE CERTEZA E LIQUIDEZ. APRESENTAÇÃO DE DEMONSTRATIVOS DO DÉBITO. DESNECESSIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. INOCORRÊNCIA. 1. A petição inicial da execução fiscal apresenta seus requisitos essenciais próprios e especiais que não podem ser exacerbados a pretexto da aplicação do Código de Processo Civil, o qual, por conviver com a *lex specialis*, somente se aplica subsidiariamente. 2. Os referidos requisitos encontram-se enumerados no art. 6º, da Lei 6.830/80, in verbis: 'Art. 6º A petição inicial indicará apenas: I - o juiz a quem é dirigida; II - o pedido; e III - o requerimento para a citação. § 1º A petição inicial será instruída com a Certidão da Dívida Ativa, que dela fará parte integrante, como se estivesse transcrita. § 2º A petição inicial e a Certidão da Dívida Ativa poderão constituir um único documento, preparado inclusive por processo eletrônico.'** 3. Consequentemente, é desnecessária a apresentação do demonstrativo de cálculo, em execução fiscal, uma vez que a Lei n.º 6.830/80 dispõe, expressamente, sobre os requisitos essenciais para a instrução da petição inicial e não elenca o demonstrativo de débito entre eles. Inaplicável à espécie o art. 614, II, do CPC. (Precedentes: AgRg no REsp 1049622/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/08/2009, DJe 31/08/2009; REsp 1065622/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/03/2009, DJe 23/04/2009; REsp 781.487/SC, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/09/2008, DJe 11/09/2008; REsp 762748 / SC, PRIMEIRA TURMA, Relator Min. LUIZ FUX, DJ 12.04.2007; REsp n.º 384.324/RS, SEGUNDA TURMA, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJU de 29/03/2006; REsp n.º 693.649/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJU de 21/11/2005) **4. A própria Certidão da Dívida Ativa, que embasa a execução, já discrimina a composição do débito, porquanto todos os elementos que compõem a dívida estão arrolados no título executivo - que goza de presunção de liquidez e certeza -, consoante dessume-se das normas emanadas dos §§ 5º e 6º, do art. 2º, da Lei nº 6830/80, litteris: 'Art. 2º (...) (...) § 5º - O Termo da Inscrição de Dívida Ativa deverá conter: I - o nome do devedor, dos co-responsáveis e, sempre que conhecido, o domicílio ou residência de um e de outros; II - o valor originário da dívida, bem como o termo inicial e a forma de calcular os juros de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato; III - a origem, a natureza e o fundamento legal ou contratual da dívida; IV - a indicação, se for o caso, de estar a dívida sujeita à atualização monetária, bem como o respectivo momento legal e o termo inicial para o cálculo; V - a data e o número da inscrição, no Registro de Dívida Ativa; e VI - o número do processo administrativo ou do auto de infração, se neles estiver apurado o valor da dívida. § 6º - A Certidão da Dívida Ativa conterá os mesmos elementos do Termo de Inscrição e será autenticada pela autoridade competente.' [...] 7. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.”**

A alegação genérica de iliquidez e incerteza, sem apontar elementos essenciais omitidos no termo de inscrição e no título executivo, não se presta, evidentemente, a elidir a presunção que milita em favor da CDA (artigo 3º, LEF), sendo da excipiente, sabidamente, o ônus de provar a nulidade ou a ilegalidade da execução fiscal, o que, nem de longe, ocorreu, à luz da prova dos autos.

Quanto à prescrição quinquenal nos termos do artigo 174, CTN, nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, a Súmula 436/STJ dispõe que: “*a entrega de declaração pelo contribuinte reconhecendo débito fiscal constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do fisco.*”

O termo inicial corresponde à data da entrega da declaração ou do vencimento do tributo, o que for posterior:

AIRESP 1.596.436, Rel. Min. OG FERNANDES, DJE 15/04/2019: “PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. VENCIMENTO OCORRIDO ANTERIORMENTE À ENTREGA DA DECLARAÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Não há ofensa ao art. 535 do CPC/1973 quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, tendo o decismum revelado-se devidamente fundamentado. 2. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, o termo a quo do prazo prescricional para o ajuizamento da ação executiva tem início com a constituição definitiva do crédito tributário, que ocorre com a entrega da respectiva declaração pelo contribuinte, declarando o valor a ser recolhido, ou do vencimento do tributo, o que for posterior. 3. Agravo interno a que se nega provimento.”

Na espécie, consta da CDA 80 4 13 042039-99 (ID 89837291 – f. 3/27) a cobrança de créditos tributários do SIMPLES nacional (LC 123/2006), constituídos através de declaração do contribuinte, entregue em **30/04/2009** (ID 89837302, f. 48), com ajuizamento do executivo fiscal em **06/06/2013** e ordem de citação em **14/09/2013**, não decorrendo, assim, o prazo de prescrição quinquenal antes do termo interruptivo.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. CDA. NULIDADE DO TÍTULO INEXISTENTE. PRESCRIÇÃO. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. INOCORRÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Não padece de vício formal a CDA, pois expressamente identificado "*o processo administrativo nº 10580 511077/2013/29*", bem como todos os demais dados e fundamentos legais da dívida devidamente descritos, inclusive em relação à quantia devida e a maneira de calcular os juros de mora acrescidos: presunção legal de liquidez e certeza não elidida.
2. Não consumada a prescrição, pois entre a data da entrega da declaração e o despacho de citação não decorreu prazo superior a cinco anos, na forma do artigo 174, CTN, e jurisprudência firme e consolidada.
3. Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL(199) Nº 0000382-88.2017.4.03.6139

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

PARTE AUTORA: ALINE REBECA DOS SANTOS GOMES

Advogado do(a) PARTE AUTORA: SHEILA ELOISE DOS SANTOS - SP355243-A

PARTE RE: SOCIEDADE CULTURAL E EDUCACIONAL DE ITAPEVA S/S LTDA

Advogados do(a) PARTE RE: ROBERTO CARNEIRO FILHO - SP244997-A, DANILO DE OLIVEIRA SILVA - SP237489-A

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL(199) Nº 0000382-88.2017.4.03.6139

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

PARTE AUTORA: ALINE REBECA DOS SANTOS GOMES

Advogado do(a) PARTE AUTORA: SHEILA ELOISE DOS SANTOS - SP355243-A
PARTE RE: SOCIEDADE CULTURAL E EDUCACIONAL DE ITAPEVA S/S LTDA
Advogados do(a) PARTE RE: ROBERTO CARNEIRO FILHO - SP244997-A, DANILO DE OLIVEIRA SILVA - SP237489-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário em face de sentença proferida em sede de mandado de segurança impetrado por Aline Rebeca dos Santos Gomes contra ato da Diretora das Faculdades Integradas de Itapeva/SP - Sociedade Cultural e Educacional de Itapeva S/S Ltda. que concedeu a ordem pleiteada para determinar à autoridade impetrada que permita à impetrante realizar as provas de exame final das disciplinas de Clínica Médica Terapêutica de Grandes Animais II e Clínica Cirúrgica de Grandes Animais II, ambas do Curso de Medicina Veterinária.

Narra a petição inicial que, em 09/12/2016, a impetrada instaurou em desfavor da impetrante inquérito administrativo a fim de apurar suposto ilícito em sua conduta acadêmica consistente em fazer com que a discente Tamires Maria Marques de Souza realizasse em seu lugar o exame final da disciplina de Bioestatística do Curso de Medicina Veterinária.

Sustenta a impetrante que lhe foi aplicada sumariamente a pena de suspensão das atividades acadêmicas pelo prazo de 7 dias sem, contudo, que fosse observada a exigência de prévio inquérito administrativo conforme previsão no Regimento Interno da Instituição de Ensino.

Argumenta que, em virtude da suspensão, foi impedida de realizar as provas no respectivo período, o que teria resultado na sua reprovação nas disciplinas de Bioestatística, bem como Clínica Médica Terapêutica de Grandes Animais II e Clínica Cirúrgica de Grandes Animais II.

A liminar foi deferida.

Foram apresentadas informações pela autoridade impetrada.

Após a prolação da sentença e ante a ausência de recurso voluntário, subiram os autos a esta Corte para análise do reexame necessário.

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 0000382-88.2017.4.03.6139
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
PARTE AUTORA: ALINE REBECA DOS SANTOS GOMES

Advogado do(a) PARTE AUTORA: SHEILA ELOISE DOS SANTOS - SP355243-A
PARTE RE: SOCIEDADE CULTURAL E EDUCACIONAL DE ITAPEVA S/S LTDA
Advogados do(a) PARTE RE: ROBERTO CARNEIRO FILHO - SP244997-A, DANILO DE OLIVEIRA SILVA - SP237489-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A questão controversa nos autos está em saber se a penalidade aplicada à impetrante de suspensão das atividades acadêmicas por 7 dias se deu de modo indevido, sem a instauração de prévio procedimento administrativo, o que a teria impedido de realizar as provas finais ocorridas no período de suspensão, culminando com a sua reprovação nas disciplinas de Bioestatística, Clínica Médica Terapêutica de Grandes Animais II e Clínica Cirúrgica de Grandes Animais II.

Os documentos constantes dos autos permitem verificar que a penalidade aplicada à impetrante consistiu na suspensão das atividades acadêmicas durante o período de 10/12/2016 a 16/12/2016 e que neste período foram realizados os exames das disciplinas de Clínica Médica Terapêutica de Grandes Animais II e Clínica Cirúrgica de Grandes Animais II, respectivamente, em 15/12/2016 e 14/12/2016.

O Boletim de Notas e Faltas acostado à fl. 126 evidencia que de fato a impetrante foi reprovada nas referidas disciplinas de Clínica Médica Terapêutica de Grandes Animais II e Clínica Cirúrgica de Grandes Animais II, não tendo comparecido aos exames finais.

Ainda, os documentos acostados às fls. 150/179 demonstram que o procedimento administrativo para apuração dos fatos foi instaurado apenas em 12/12/2016, ou seja, em data posterior à da aplicação da penalidade de suspensão, que teve início em 10/12/2016.

A autoridade impetrada em nenhum momento se manifestou acerca da aplicação da penalidade de suspensão sem instauração de procedimento administrativo prévio, limitando-se a alegar a regularidade das sanções impostas.

Desse modo, indevida a penalidade aplicada, pois imposta sem a observância do devido processo legal, conforme orienta o artigo 5º, LIV e LV, da CF, bem como o artigo 82, §1º, do próprio Regimento Interno da IES.

De rigor, portanto, a manutenção da sentença de primeiro grau.

Ante o exposto, nego provimento ao reexame necessário.

É o voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. REEXAME NECESSÁRIO. ENSINO SUPERIOR. APLICAÇÃO DE PENALIDADE DE SUSPENSÃO DAS ATIVIDADES ACADÊMICAS SEM O PRÉVIO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. IRREGULARIDADE. REEXAME DESPROVIDO.

1. A questão controversa nos autos está em saber se a penalidade aplicada à impetrante de suspensão das atividades acadêmicas por 7 dias se deu de modo indevido, sem a instauração de prévio procedimento administrativo, o que a teria impedido de realizar as provas finais ocorridas no período de suspensão, culminando com a sua reprovação nas disciplinas de Bioestatística, Clínica Médica Terapêutica de Grandes Animais II e Clínica Cirúrgica de Grandes Animais II.
2. Os documentos constantes dos autos permitem verificar que a penalidade aplicada à impetrante consistiu na suspensão das atividades acadêmicas durante o período de 10/12/2016 a 16/12/2016 e que neste período foram realizados os exames das disciplinas de Clínica Médica Terapêutica de Grandes Animais II e Clínica Cirúrgica de Grandes Animais II, respectivamente, em 15/12/2016 e 14/12/2016.
3. O Boletim de Notas e Faltas acostado à fl. 126 evidencia que de fato a impetrante foi reprovada nas referidas disciplinas de Clínica Médica Terapêutica de Grandes Animais II e Clínica Cirúrgica de Grandes Animais II, não tendo comparecido aos exames finais.
4. Ainda, os documentos acostados às fls. 150/179 demonstram que o procedimento administrativo para apuração dos fatos foi instaurado apenas em 12/12/2016, ou seja, em data posterior à da aplicação da penalidade de suspensão, que teve início em 10/12/2016.
5. A autoridade impetrada em nenhum momento se manifestou acerca da aplicação da penalidade de suspensão sem instauração de procedimento administrativo prévio, limitando-se a alegar a regularidade das sanções impostas.
6. Desse modo, indevida a penalidade aplicada, pois imposta sem a observância do devido processo legal, conforme orienta o artigo 5º, LIV e LV, da CF, bem como o artigo 82, §1º, do próprio Regimento Interno da IES.
7. De rigor, portanto, a manutenção da sentença de primeiro grau.
8. Reexame necessário desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao reexame necessário, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001811-73.2018.4.03.6105

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: THORNTON ELETRONICA EIRELI

Advogados do(a) APELANTE: FABIANA DA SILVA MIRANDA COVOLO - SP154399-A, VICTOR GUSTAVO DA SILVA COVOLO - SP171227-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001811-73.2018.4.03.6105

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: THORNTON ELETRONICA EIRELI

Advogados do(a) APELANTE: FABIANA DA SILVA MIRANDA COVOLO - SP154399-A, VICTOR GUSTAVO DA SILVA COVOLO - SP171227-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pela impetrante em face da r. sentença (Id. num. 95657900), que denegou a segurança, nos autos do mandado de segurança impetrado por **Thornton Eletrônica EIRELI**, contra ato atribuído ao **Delegado da Receita Federal do Brasil em Campinas**, vinculado à União Federal, objetivando a declaração da inexistência de relação jurídico-tributária que lhe imponha o recolhimento da contribuição ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, bem assim de seu alegado direito à compensação do correspondente indébito tributário recolhido desde 05 (cinco) anos antes da presente impetração.

A impetrante alega, em apertada síntese, a incompatibilidade da base de cálculo da referida exação com o disposto na Emenda Constitucional nº 33/2001.

O pedido de liminar foi indeferido.

A União requereu sua inclusão no feito.

Notificada, a autoridade impetrada prestou informações, pugnando pela denegação da segurança.

O MM. Juiz *a quo* denegou a segurança, resolvendo o feito no mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil. Sem condenação em honorários advocatícios (artigo 25 da Lei nº 12.016/2009). Custas na forma da lei.

Inconformada, a apelante pretende a reforma da sentença, alegando que a contribuição devida ao FNDE incide sobre base de cálculo não prevista no § 2º do artigo 149 da Constituição Federal, dispositivo incluído pela Emenda Constitucional nº 33/2001.

Com contrarrazões, vieram os autos.

O ilustre Representante do Ministério Público Federal opina pelo não provimento do recurso da impetrante.

É o Relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001811-73.2018.4.03.6105

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: THORNTON ELETRONICA EIRELI

Advogados do(a) APELANTE: FABIANA DA SILVA MIRANDA COVOLO - SP154399-A, VICTOR GUSTAVO DA SILVA COVOLO - SP171227-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Mandado de Segurança é uma ação constitucional prevista no artigo 5º, inciso LXIX da Constituição Federal e na norma prevista na Lei 12.016 de 2009, e tempor objeto a proteção de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

É o que se depreende da leitura do inciso LXIX, do artigo 5º da Constituição Federal: "*conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparável por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público*".

Discute-se no presente *mandamus* a legitimidade da contribuição destinada ao custeio do salário educação – FNDE.

Entende a impetrante que com o advento da Emenda Constitucional nº 33/2001, a folha de salário, base de cálculo de referida contribuição, não foi recepcionada como materialidade passível de tributação pelo artigo 149, § 2º, III, da Constituição Federal.

In casu, a Constituição Federal adotou a expressão "poderão ter alíquotas", a qual contém, semanticamente, a ideia de "possibilidade", não de "necessidade/obrigatoriedade" como pretende atribuir-lhe a apelante, tratando-se, portanto, de rol meramente exemplificativo.

"Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

(...)§ 2º As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o caput deste artigo: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)(...)

III - poderão ter alíquotas: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

a) ad valorem, tendo por base o faturamento, a receita bruta ou o valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

Verifica-se do disposto no inciso III acima que as hipóteses de incidência enumeradas pelo poder constituinte derivado não encerram um rol taxativo, podendo o legislador ordinário criar outras bases de cálculo para os citados tributos.

Nesse sentido, o artigo 240 da Constituição da República recepcionou expressamente as contribuições sociais do chamado sistema "S", tendo a folha de salários como base de cálculo, e não foi revogado e nem modificado pela citada EC 33/2001. Confira-se, *verbis*:

"Art. 240. Ficam ressalvadas do disposto no art. 195 as atuais contribuições compulsórias dos empregadores sobre a folha de salários, destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical."

Em relação à contribuição do salário-educação está prevista no artigo 212, § 5º, da Constituição Federal, nos seguintes termos:

"Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

(...)

§ 5º - A educação básica pública terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhida pelas empresas na forma da lei."

A regulamentação do dispositivo constitucional foi feita pela Lei nº 9.424/1996, que dispõe sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério. Em seu artigo 15 estabeleceu que:

"Art. 15. O salário-educação, previsto no art. 212, § 5º, da Constituição Federal e devido pelas empresas, na forma em que vier a ser disposto em regulamento, é calculado com base na alíquota de 2,5% (dois e meio por cento) sobre o total de remunerações pagas ou creditadas, a qualquer título, aos segurados empregados, assim definidos no art. 12, inciso I, da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991."

A Lei nº 9.766/98, por sua vez, explicitou o conceito de empresa para fins de incidência da contribuição do salário-educação nos seguintes termos:

"Art. 1º - A contribuição social do salário-educação, a que se refere o art. 15 da Lei nº 9.424, de 24 de dezembro de 1996, obedecerá aos mesmos prazos e condições, e sujeitar-se-á às mesmas sanções administrativas ou penais e outras normas relativas às contribuições sociais e demais importâncias devidas à Seguridade Social, ressalvada a competência do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação- FNDE, sobre a matéria.

(...)

§ 3º - *Entende-se por empresa, para fins de incidência da contribuição social do salário-educação, qualquer firma individual ou sociedade que assumo o risco de atividade econômica, urbana ou rural, com fins lucrativos ou não, bem como as empresas e demais entidades públicas ou privadas, vinculadas à Seguridade Social.* - destaquei.

No mesmo sentido estabeleceu o Decreto nº 6.003/2006, atualmente regulamentador da matéria, considerando como empresas contribuintes do salário-educação qualquer firma individual ou sociedade que assumo o risco de atividade econômica, urbana ou rural, com fins lucrativos ou não:

"Art. 2º São contribuintes do salário-educação as empresas em geral e as entidades públicas e privadas vinculadas ao Regime Geral da Previdência Social, entendendo-se como tais, para fins desta incidência, qualquer firma individual ou sociedade que assumo o risco de atividade econômica, urbana ou rural, com fins lucrativos ou não, bem assim a sociedade de economia mista, a empresa pública e demais sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público, nos termos do art. 173, § 2º, da Constituição."

O E. Supremo Tribunal Federal declarou, com eficácia "erga omnes" e efeito "ex tunc", a constitucionalidade da referida norma na ação Declaratória de constitucionalidade nº 3, afastando a necessidade de lei complementar para a instituição da contribuição do salário-educação, bem como editou a Súmula nº 732, *verbis*:

"É constitucional a cobrança da contribuição do salário-educação, seja sob a Carta de 1969, seja sob a Constituição Federal de 1988, e no regime da Lei 9.424/96."

A constitucionalidade foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em precedente também açado à sistemática da repercussão geral (RE nº 660933). Nesse sentido:

"TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DESTINADA AO CUSTEIO DA EDUCAÇÃO BÁSICA. SALÁRIO-EDUCAÇÃO. COBRANÇA NOS TERMOS DO DL 1.422/1975 E DOS DECRETOS 76.923/1975 E 87.043/1982. CONSTITUCIONALIDADE SEGUNDO AS CARTAS DE 1969 E 1988. PRECEDENTES.

Nos termos da Súmula 732/STF. é constitucional a cobrança da contribuição do salário-educação, seja sob a Carta de 1969, seja sob a Constituição Federal de 1988, e no regime da Lei 9.424/1996. A cobrança da exação, nos termos do DL 1.422/1975 e dos Decretos 76.923/1975 e 87.043/1982 é compatível com as Constituições de 1969 e 1988. Precedentes. Repercussão geral da matéria reconhecida e jurisprudência reafirmada, para dar provimento ao recurso extraordinário da União.

(RE 660933/RG, Relator(a): Min.Joaquim Barbosa, julgado em 02/02/2012, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-037 DIVULG 22-02-2012 PUBLIC 23-02-2012)

Nesse sentido, os argumentos da apelante não merecem prosperar devendo ser mantida a douda sentença de primeiro grau.

Diante do exposto, nego provimento à apelação.

É o voto.

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. APELAÇÃO DA IMPETRANTE. DIREITO TRIBUTÁRIO. FNDE. SALÁRIO EDUCAÇÃO. NÃO PROVIMENTO DA APELAÇÃO.

I - *In casu*, a Constituição Federal adotou a expressão "poderão ter alíquotas", a qual contém, semanticamente, a ideia de "possibilidade", não de "necessidade/obrigatoriedade" como pretende atribuir-lhe a apelante, tratando-se, portanto, de rol meramente exemplificativo. "Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo. (...)§ 2º As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o caput deste artigo: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)(...)III - poderão ter alíquotas: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)a) ad valorem, tendo por base o faturamento, a receita bruta ou o valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

II - Verifica-se do disposto no inciso III que as hipóteses de incidência enumeradas pelo poder constituinte derivado não encerram um rol taxativo, podendo o legislador ordinário criar outras bases de cálculo para os citados tributos. Nesse sentido, o artigo 240 da Constituição da República recepcionou expressamente as contribuições sociais do chamado *sistema "S"*, tendo a folha de salários como base de cálculo, e não foi revogado e nem modificado pela citada EC 33/2001. Confira-se, *verbis*: "Art. 240. Ficam ressalvadas do disposto no art. 195 as atuais contribuições compulsórias dos empregadores sobre a folha de salários, destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical."

III- Em relação à contribuição do salário-educação está prevista no artigo 212, § 5º, da Constituição Federal, nos seguintes termos: "Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.(...) § 5º - A educação básica pública terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhida pelas empresas na forma da lei."

IV - A regulamentação do dispositivo constitucional foi feita pela Lei nº 9.424/1996, que dispõe sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério. Em seu artigo 15 estabeleceu que: "Art. 15. O salário-educação, previsto no art. 212, § 5º, da Constituição Federal e devido pelas empresas, na forma em que vier a ser disposto em regulamento, é calculado com base na alíquota de 2,5% (dois e meio por cento) sobre o total de remunerações pagas ou creditadas, a qualquer título, aos segurados empregados, assim definidos no art. 12, inciso I, da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991."

V - A Lei nº 9.766/98, por sua vez, explicitou o conceito de empresa para fins de incidência da contribuição do salário-educação nos seguintes termos: "*Art. 1º - A contribuição social do salário-educação, a que se refere o art. 15 da Lei nº 9.424, de 24 de dezembro de 1996, obedecerá aos mesmos prazos e condições, e sujeitar-se-á às mesmas sanções administrativas ou penais e outras normas relativas às contribuições sociais e demais importâncias devidas à Seguridade Social, ressalvada a competência do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação- FNDE, sobre a matéria. (...) § 3º - Entende-se por empresa, para fins de incidência da contribuição social do salário-educação, qualquer firma individual ou sociedade que assume o risco de atividade econômica, urbana ou rural, com fins lucrativos ou não, bem como as empresas e demais entidades públicas ou privadas, vinculadas à Seguridade Social.*" - destaquei. No mesmo sentido estabeleceu o Decreto nº 6.003/2006, atualmente regulamentador da matéria, considerando como empresas contribuintes do salário-educação qualquer firma individual ou sociedade que assumam o risco de atividade econômica, urbana ou rural, com fins lucrativos ou não: "*Art. 2º São contribuintes do salário-educação as empresas em geral e as entidades públicas e privadas vinculadas ao Regime Geral da Previdência Social, entendendo-se como tais, para fins desta incidência, qualquer firma individual ou sociedade que assumam o risco de atividade econômica, urbana ou rural, com fins lucrativos ou não, bem assim a sociedade de economia mista, a empresa pública e demais sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público, nos termos do art. 173, § 2º, da Constituição.*"

VI - O E. Supremo Tribunal Federal declarou, com eficácia "erga omnes" e efeito "ex tunc", a constitucionalidade da referida norma na ação Declaratória de constitucionalidade nº 3, afastando a necessidade de lei complementar para a instituição da contribuição do salário-educação, bem como editou a Súmula nº 732, verbis: "*É constitucional a cobrança da contribuição do salário-educação, seja sob a Carta de 1969, seja sob a Constituição Federal de 1988, e no regime da Lei 9.424/96.*" A constitucionalidade foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em precedente também alçado à sistemática da repercussão geral (RE nº 660933).

VII - Apelação não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000432-52.2017.4.03.6002

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SECAO MATO GROSSO DO SUL

Advogado do(a) APELANTE: MARCELO NOGUEIRA DA SILVA - MS13300-A

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 23/06/2020 1657/4253

APELADO: SEBASTIAO FERREIRA SOBRINHO
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000432-52.2017.4.03.6002
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SECAO MATO GROSSO DO SUL
Advogado do(a) APELANTE: MARCELO NOGUEIRA DA SILVA - MS13300-A
APELADO: SEBASTIAO FERREIRA SOBRINHO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pela ORDEM DOS ADVOGADOS DOS BRASIL, SEÇÃO DE MATO GROSSO DO SUL - OAB/MS (ID 130073087) contra a r. sentença (ID 130073085) que extinguiu a execução por entender que o valor da execução não alcançou o limite mínimo estabelecido pelo art. 8º da Lei nº 12.514/2011.

Em suas razões recursais, a OAB sustenta, em síntese, que não mantém com órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico e que as contribuições recebidas pela entidade não possuem natureza tributária, de forma que sua execução deve seguir o rito do CPC e não se submete às disposições gerais da Lei nº 12.514/2011.

Requer o provimento da apelação para que seja reformada a r. sentença, determinando-se o regular prosseguimento da execução até a integral satisfação do crédito.

Sem contrarrazões, os autos subirão a esta E. Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000432-52.2017.4.03.6002
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SECAO MATO GROSSO DO SUL
Advogado do(a) APELANTE: MARCELO NOGUEIRA DA SILVA - MS13300-A
APELADO: SEBASTIAO FERREIRA SOBRINHO

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A questão devolvida a esta E. Corte diz respeito à possibilidade de a Ordem dos Advogados do Brasil OAB/MS promover execução para a cobrança de dívida de valor monetário inferior a quatro anuidades.

O art. 8º da Lei nº 12.514/2011 dispõe que "os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente".

De fato, a Ordem dos Advogados do Brasil possui natureza jurídica sui generis, desempenhando atividade de caráter público relevante. No entanto, dentre as suas diversas atividades, pode-se relacionar a fiscalização do exercício profissional da advocacia.

Assim, a norma contida no art. 8º da Lei 12.514/2011 é aplicável à OAB.

Nesse sentido tem decidido o E. Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO DE UMA ANUIDADE. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL-OAB/PE. CARACTERIZAÇÃO. CONSELHO DE CLASSE. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DE NORMA JURÍDICA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA.

1. É pacífico no STJ que a divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente.

2. Trata-se de ação de Execução que possui como título executivo extrajudicial certidão de inadimplência no valor de uma anuidade, movida pela OAB/PE contra o recorrido.

3. O STF teve oportunidade de se manifestar sobre a natureza jurídica da OAB, no julgamento da ADI 3026/DF, Relator Ministro EROS GRAU, julgado em 08/06/2006. Naquela oportunidade consignou que a "Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro", portanto não se sujeitaria aos ditames impostos à Administração Pública direta e indireta.

4. A Ordem dos Advogados do Brasil - OAB "não pode ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional". Entretanto, conforme decidido pela Corte Especial do STJ, ela não deixa de ser um Conselho de Classe. Precedente: AgRg no AgRg na PET nos EREsp 1.226.946/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Corte Especial, DJe 10/10/2013.

5. O Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, em seu art. 44, II, da Lei 8.906/1994, não deixa dúvida de que a OAB não pode ser equiparada a nenhum outro conselho profissional, pois sua finalidade transpassa todos os objetivos fixados para as demais entidades de classe. Contudo, existe um ponto em comum que as une, qual seja, a representatividade da classe profissional.

6. Tendo em vista que a OAB é um conselho de classe, apesar de possuir natureza jurídica especialíssima, deve se submeter ao disposto no art. 8º da Lei 12.514/2011, que rege a execução de dívida oriunda de anuidade inferior a quatro vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente.

7. A finalidade da norma em comento é evitar o ajuizamento de demandas para a cobrança de valores tidos como irrisórios pelo legislador, evitando-se, dessa forma, o colapso da "máquina judiciária". É indiferente que a OAB tenha essa ou aquela personalidade jurídica, pois o texto da lei visa que os conselhos de classe, independentemente da sua natureza jurídica, não sobrecarreguem o Poder Judiciário.

3. Recurso Especial não provido.

(REsp 1615805/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 11/10/2016)

No mesmo sentido, julgado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. NATUREZA NÃO TRIBUTÁRIA. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. COBRANÇA JUDICIAL DE ANUIDADES. MÍNIMO DE ANUIDADES PREVISTO NO ART. 8º DA LEI N. 12.514/2011. NORMA APLICÁVEL SOMENTE AOS PROCESSOS AJUIZADOS NA SUA VIGÊNCIA. PRECEDENTE DO STJ. SENTENÇA MANTIDA. (8)

1. Já se encontra pacificado no STJ o entendimento segundo o qual as anuidades exigidas pela OAB não tem natureza tributária. São títulos executivos extrajudiciais, consubstanciados em espécie de instrumento particular que veicula dívida líquida.

2. O art. 8º da Lei n. 12.514, publicada em 31/10/2011, introduziu no ordenamento jurídico o conceito de que os conselhos de fiscalização profissional "não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente".

3. Assim, a regra contida no art. 8º da Lei 12.514/2011 é de política judiciária (administração da Justiça), aplicável a todas as execuções dos Conselhos Profissionais, inclusive à OAB, salvo se houver lei especial sobre a matéria (AC 0004231-81.2014.4.01.3503 / GO, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL HERCULES FAJOSSES, SÉTIMA TURMA, e-DJF1 de 30/09/2016).

4. Ajuizada a execução na vigência da Lei n. 12.514/2011, a cobrança não pode prosseguir, pois, a soma das anuidades é inferior ao limite mínimo de que trata o art. 8º da Lei n. 12.514/2011. Importante ressaltar que o limite mínimo se refere ao valor monetário de 04 anuidades, não a cobrança de 04 anuidades em si, como bem explicitado pelo STJ (REsp 1466562/RS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/05/2015, DJe 02/06/2015).

5. Apelação não provida.

(APELAÇÃO 00023068420134013503, DESEMBARGADORA FEDERAL ÂNGELA CATÃO, SÉTIMA TURMA, e-DJF1 DATA:28/04/2017 PAGINA:.)

Ainda, colaciono recentes julgados de minha relatoria nesta C. 3ª Turma:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. APELAÇÃO. OAB. COBRANÇA DE ANUIDADES. EXTINÇÃO COM BASE NO ART. 8º DA LEI 12.514/2011. VALOR INFERIOR A QUATRO ANUIDADES VIGENTES QUANDO DA PROPOSITURA DA AÇÃO. CABIMENTO. REGRA DE POLÍTICA JUDICIÁRIA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. A questão devolvida a esta E. Corte diz respeito à possibilidade de a Ordem dos Advogados do Brasil OAB/MS promover execução para a cobrança de dívida de valor monetário inferior a quatro anuidades.

2. O Art. 8º, da Lei nº 12.514/2011, dispõe que "os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente".

3. De fato, a Ordem dos Advogados do Brasil possui natureza jurídica "sui generis", desempenhando atividade de caráter público relevante. No entanto, dentre as suas diversas atividades, pode-se relacionar a fiscalização do exercício profissional da advocacia. Assim, a norma contida no art. 8º da Lei 12.514/2011 é aplicável à OAB.

4. Conforme recente Jurisprudência do E. STJ, "É indiferente que a OAB tenha essa ou aquela personalidade jurídica, pois o texto da lei visa que os conselhos de classe, independentemente da sua natureza jurídica, não sobrecarreguem o Poder Judiciário." (REsp 1615805/PE).

5. No caso, o valor da presente execução não atinge o valor monetário de 4 (quatro) anuidades vigentes à época da propositura da ação, motivo pelo qual deve ser mantida a extinção da execução.

6. Importante mencionar que a impossibilidade de execução judicial da dívida não impede a realização de medidas administrativas de cobrança, a aplicação de sanções por violação da ética ou, até mesmo, a suspensão do exercício profissional, nos termos do parágrafo único do artigo 8º da Lei nº 12.514/2011.

7. Apelação desprovida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000413-46.2017.4.03.6002, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 06/06/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 11/06/2019)

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. APELAÇÃO. OAB. COBRANÇA DE ANUIDADES. EXTINÇÃO COM BASE NO ART. 8º DA LEI 12.514/2011. VALOR INFERIOR A QUATRO ANUIDADES VIGENTES QUANDO DA PROPOSITURA DA AÇÃO. CABIMENTO. REGRA DE POLÍTICA JUDICIÁRIA.

1. A questão devolvida a esta E. Corte diz respeito à possibilidade de a Ordem dos Advogados do Brasil OAB/MS promover execução para a cobrança de dívida de valor monetário inferior a quatro anuidades.

2. O Art. 8º, da Lei nº 12.514/2011, dispõe que "os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente".

3. De fato, a Ordem dos Advogados do Brasil possui natureza jurídica sui generis, desempenhando atividade de caráter público relevante. No entanto, dentre as suas diversas atividades, pode-se relacionar a fiscalização do exercício profissional da advocacia. Assim, a norma contida no art. 8º da Lei 12.514/2011 é aplicável à OAB.

4. Conforme recente Jurisprudência do E. STJ, "É indiferente que a OAB tenha essa ou aquela personalidade jurídica, pois o texto da lei visa que os conselhos de classe, independentemente da sua natureza jurídica, não sobrecarreguem o Poder Judiciário." (REsp 1615805/PE).

5. No caso, o valor da presente execução não atinge o valor monetário de 4 (quatro) anuidades vigentes à época da propositura da ação, motivo pelo qual deve ser mantida a extinção da execução.

6. Importante mencionar que a impossibilidade de execução judicial da dívida não impede a realização de medidas administrativas de cobrança, a aplicação de sanções por violação da ética ou, até mesmo, a suspensão do exercício profissional, nos termos do parágrafo único do artigo 8º da Lei nº 12.514/2011.

7. Apelação desprovida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000178-79.2017.4.03.6002, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 05/07/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 13/07/2018)

No caso, o valor da presente execução não atinge o valor monetário de 4 (quatro) anuidades vigentes à época da propositura da ação, motivo pelo qual deve ser mantida a extinção da execução.

Importante mencionar que a impossibilidade de execução judicial da dívida não impede a realização de medidas administrativas de cobrança, a aplicação de sanções por violação da ética ou, até mesmo, a suspensão do exercício profissional, nos termos do parágrafo único do artigo 8º da Lei nº 12.514/2011.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO à apelação.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. APELAÇÃO. OAB. COBRANÇA DE ANUIDADES. EXTINÇÃO COM BASE NO ART. 8º DA LEI 12.514/2011. VALOR INFERIOR A QUATRO ANUIDADES VIGENTES QUANDO DA PROPOSITURA DA AÇÃO. CABIMENTO. REGRA DE POLÍTICA JUDICIÁRIA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. A questão devolvida a esta E. Corte diz respeito à possibilidade de a Ordem dos Advogados do Brasil OAB/MS promover execução para a cobrança de dívida de valor monetário inferior a quatro anuidades.

2. O art. 8º da Lei nº 12.514/2011 dispõe que "os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente".

3. De fato, a Ordem dos Advogados do Brasil possui natureza jurídica "sui generis", desempenhando atividade de caráter público relevante. No entanto, dentre as suas diversas atividades, pode-se relacionar a fiscalização do exercício profissional da advocacia. Assim, a norma contida no art. 8º da Lei 12.514/2011 é aplicável à OAB.

4. Conforme recente Jurisprudência do E. STJ, “É indiferente que a OAB tenha essa ou aquela personalidade jurídica, pois o texto da lei visa que os conselhos de classe, independentemente da sua natureza jurídica, não sobrecarreguem o Poder Judiciário.” (REsp 1615805/PE).

5. No caso, o valor da presente execução não atinge o valor monetário de 4 (quatro) anuidades vigentes à época da propositura da ação, motivo pelo qual deve ser mantida a extinção da execução. Precedentes (TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000413-46.2017.4.03.6002, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 06/06/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 11/06/2019 / TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000178-79.2017.4.03.6002, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 05/07/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 13/07/2018)

6. Importante mencionar que a impossibilidade de execução judicial da dívida não impede a realização de medidas administrativas de cobrança, a aplicação de sanções por violação da ética ou, até mesmo, a suspensão do exercício profissional, nos termos do parágrafo único do artigo 8º da Lei nº 12.514/2011.

7. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO à apelação., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5020018-38.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

PARTE AUTORA: DR. OETKER BRASIL LTDA.

Advogado do(a) PARTE AUTORA: DANIEL POLYDORO ROSA - SP283871-A

PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, CHEFE DA ALFANDEGA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL NO PORTO DE SANTOS, DELEGADO DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE COMERCIO EXTERIOR E INDUSTRIA - DELEX/SP

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5020018-38.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

PARTE AUTORA: DR. OETKER BRASIL LTDA.

Advogado do(a) PARTE AUTORA: DANIEL POLYDORO ROSA - SP283871-A

PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, CHEFE DA ALFANDEGA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL NO PORTO DE SANTOS, DELEGADO DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE COMERCIO EXTERIOR E INDUSTRIA - DELEX/SP

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial em face da sentença que concedeu a ordem, no mandado de segurança para afastar a majoração da Taxa de Utilização do SISCOMEX, por meio da Portaria MF n.º 257/2011, bem como o reconhecer o direito de compensar os valores recolhidos indevidamente nos 5 (cinco) anos anteriores ao ajuizamento da ação.

O Ministério Público Federal, em manifestação de lavra da e. Procuradora Regional da República Fátima Aparecida de Souza Borghi, deixou de exarar parecer, por entender que não há interesse público primário que justifique sua intervenção no feito.

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) N.º 5020018-38.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

PARTE AUTORA: DR. OETKER BRASIL LTDA.

Advogado do(a) PARTE AUTORA: DANIEL POLYDORO ROSA - SP283871-A

PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, CHEFE DA ALFANDEGA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL NO PORTO DE SANTOS, DELEGADO DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE COMERCIO EXTERIOR E INDUSTRIA - DELEX/SP

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): A questão trazida aos presentes autos refere-se à possibilidade de a impetrante obter, em síntese, a declaração de inexigibilidade do recolhimento da Taxa de Utilização do SISCOMEX no valor fixado por meio da Portaria MF n.º 257/2011, bem como o reconhecimento do direito de compensar os valores recolhidos indevidamente nos 5 (cinco) anos anteriores ao ajuizamento da ação, nos termos do artigo 74 da Lei 9.430/96.

Na verdade, a Taxa de Utilização do SISCOMEX foi instituída por meio da Lei n.º 9.716/98, nos seguintes termos:

“Art. 3º Fica instituída a Taxa de Utilização do Sistema Integrado de Comércio Exterior - SISCOMEX, administrada pela Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda.

§1º A taxa a que se refere este artigo será devida no Registro da Declaração de Importação, à razão de: (Vide Medida Provisória n.º 320, 2006)

I - R\$ 30,00 (trinta reais) por Declaração de Importação;

II - R\$ 10,00 (dez reais) para cada adição de mercadorias à Declaração de Importação, observado limite fixado pela Secretaria da Receita Federal.

§2º Os valores de que trata o parágrafo anterior poderão ser reajustados, anualmente, mediante ato do Ministro de Estado da Fazenda, conforme a variação dos custos de operação e dos investimentos no SISCOMEX.” (grifei)

Resta claro, portanto, que o artigo 3º, § 2º, da Lei n.º 9.716/1998 delegou ao Ministro da Fazenda, por meio de ato infralegal, o estabelecimento do reajuste anual da referida taxa, considerando a variação dos custos de operação e dos investimentos no SISCOMEX.

Ocorre que o entendimento do Supremo Tribunal Federal foi o de que viola o princípio da legalidade a possibilidade de reajuste anual, por ato do Ministro da Fazenda, “considerando a variação dos custos de operação e dos investimentos no SISCOMEX”, por se tratar de expressão aberta e pouco clara.

Assim, a questão da inconstitucionalidade da majoração da Taxa SISCOMEX restou pacificada no Supremo Tribunal Federal e nesta Terceira Turma, que reviu sua posição e passou a adotar a do Supremo Tribunal Federal.

Citem-se, a respeito, os seguintes precedentes recentes desta Terceira Turma:

“CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. TAXA DE UTILIZAÇÃO DO SISCOMEX. MAJORAÇÃO. ART. 3º, §2º, DA LEI 9.716/98 E PORTARIA MF 257/2011. INCONSTITUCIONALIDADE. QUESTÃO PACIFICADA NO STF. LIMITAÇÃO DO REAJUSTE AOS ÍNDICES DE CORREÇÃO MONETÁRIA. POSSIBILIDADE. APELAÇÃO DA IMPETRANTE PARCIALMENTE PROVIDA. APELO DA UNIÃO E REEXAME NECESSÁRIO IMPROVIDOS.

1. *Sentença que concedeu parcialmente a ordem, para limitar o valor de cobrança da taxa SISCOMEX ao índice de reajuste de 131, 60% (INPC) e declarou o direito da impetrante à compensação ou restituição dos valores recolhidos em montante superior ao devido.*

2. *Cinge-se a controvérsia à constitucionalidade da majoração dos valores da Taxa de Siscomex promovida pela Portaria MF n.º 257/2011, editada com fundamento no parágrafo 2º do artigo 3º da Lei n.º 9.716/98 e ao afastamento do limite do índice acumulado do INPC, fixado pela sentença, in casu.*

3. ***Tendo em vista a existência de recentes precedentes proferidos pelo C. STF pela inconstitucionalidade da majoração, os quais conduzem a conclusão no sentido de que atualmente se encontra pacificada a questão tanto na Primeira quanto na Segunda Turma da Suprema Corte, impõe-se a revisão do posicionamento que até então vinha sendo adotado.***

4. ***A 2ª Turma do STF concluiu que “a delegação contida no art. 3º, § 2º, da Lei n.º 9.716/98 restou incompleta ou defeituosa, pois o legislador não estabeleceu o desenho mínimo que evitasse o arbítrio fiscal”. (RE 1095001 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 06/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-103 DIVULG 25-05-2018 PUBLIC 28-05-2018). Assim, decidiu que a majoração estabelecida pela Portaria MF n.º 257/2011, considerando a variação dos custos de operação e dos investimentos no SISCOMEX, viola o princípio da legalidade, entendimento este que passou a ser perflhado pela 1ª Turma da Suprema Corte, consoante restou consignado no julgamento do RE 1155381, em 22-03-2019.***

5. *A questão foi incluída pela própria Procuradoria Geral da Fazenda Nacional na lista de dispensa de contestação e recursos de que trata o art. 2º, VII e §§ 4º e 5º, da Portaria PGFN n.º 502/2016.*

6. *O afastamento do reajuste, na forma promovida pela Portaria MF n.º 257/2011, não impede a incidência de atualização monetária, por meio da aplicação de índices oficiais, consoante o entendimento firmado pelo STF. A propósito, o C. STF, ao afastar a majoração promovida pela Portaria MF n.º 257/2011, reiteradamente vem decidindo por limitar o reajuste da taxa aos índices oficiais de correção monetária acumulados no período.*

7. *Como consectário lógico, de rigor o acolhimento do pedido formulado pela parte autora no tocante à repetição de indébito dos valores recolhidos em montante superior ao devido, referentes aos cinco anos antecedentes ao ajuizamento da ação, a qual poderá ser efetivada em fase de cumprimento de sentença ou na via administrativa.*

8. *Aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito a partir do recolhimento indevido a título de correção monetária. A SELIC, por englobar correção monetária e juros de mora, não pode ser cumulada com nenhum outro índice.*

9. *A sentença deve ser reformada para que seja julgado parcialmente procedente o pedido a fim de afastar a majoração da Taxa Siscomex, na forma promovida pela Portaria MF n.º 257/11, bem como para afastar o limite do índice acumulado do INPC, aplicado in casu, ressalvando-se a incidência de atualização monetária com a aplicação de índices oficiais acumulados no período (janeiro de 1999 e abril de 2011), bem como para assegurar a repetição do indébito dos valores recolhidos em montante superior ao devido, referentes aos cinco anos antecedentes ao ajuizamento da ação, a qual poderá ser efetivada em fase de cumprimento de sentença ou na via administrativa.*

10. *Apelação da impetrante parcialmente provida. Apelação da União e reexame necessário não providos.” (TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000715-44.2019.4.03.6119, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 23/08/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 03/09/2019) (grifei)*

“TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA. MANDADO DE SEGURANÇA. TAXA DE UTILIZAÇÃO DO SISCOMEX. AUMENTO PELA PORTARIA MF 257/11. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE CRITÉRIO QUANTITATIVO NO ARTIGO 3º, §2º, DA LEI 9.716/98 PARA MAJORAÇÃO PRETENDIDA. COMPENSAÇÃO DEFERIDA COM TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL, À EXCEÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. APELO DO CONTRIBUINTE PARCIALMENTE PROVIDO.

1. *Em primeiro, não se perca de vista que a fiscalização do comércio exterior é atividade relacionada ao Poder de Polícia estatal, nos termos do artigo 77 do Código Tributário Nacional:*

2. Nos termos da legislação que rege o SISCOMEX, a taxa de utilização do sistema, prevista no artigo 3º da Lei 9.716/98, aplica-se às importações realizadas a partir de 1º de janeiro de 1999, decorrendo a Portaria MF nº 257/11 de delegação ao Ministro da Fazenda, observada a variação dos custos de operação e de investimentos no sistema eletrônico.

3. Contudo, na esteira do que decidiu, por unanimidade, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal no RE/SC 1095001 AgR, a lei de regência haveria de ter fixado parâmetros mínimos para majoração da taxa de modo a evitar eventual arbitrariedade por parte do executivo, o que não ocorreu.

4. A Lei 9.716/98, ao não fixar critérios mínimos para majoração da taxa (aspecto quantitativo), deu plena liberdade ao executivo para exercer, ao seu alvedrio, o poder de legislar sobre a matéria, o que vai de encontro ao princípio da estrita legalidade tributária, o qual estatui a vedação de exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça.

5. Tenha-se em vista, ademais, que a Portaria MF nº 257/2011 acabou por majorar a taxa SISCOMEX em cerca de 500%, restando configurada também a clara desproporcionalidade da medida.

6. Caracterizada a infringência ao princípio da legalidade já que a Lei nº 9.716/98, artigo 3º, § 2º, delegou ao Ministro da Fazenda o estabelecimento, por meio de ato infralegal, do reajuste anual da taxa Siscomex sem a fixação de critérios mínimos a tal.

7. Reconhecido o direito, exsurge a possibilidade à compensação. A compensação, contudo, deverá observar a diferença entre o valor recolhido com base na Portaria MF nº 257/2011, ora afastada, e aquele previsto na Lei 9.716/98, devidamente atualizado com índices oficiais, de modo a propiciar equilíbrio na relação entre as partes e evitar indevido prejuízo ao Fisco.

8. A compensação será efetuada, observada a prescrição quinquenal dos valores recolhidos indevidamente, com tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, com exceção das contribuições previdenciárias, bem como observando-se a regra do artigo 170-A do CTN e a lei em vigor no momento do ajuizamento da ação, com correção monetária pela SELIC.

9. Apelo do contribuinte parcialmente provido.”

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5003859-11.2018.4.03.6103, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 25/07/2019, Intimação via sistema DATA: 29/07/2019) (grifei)

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. TAXA DE UTILIZAÇÃO DO SISCOMEX. MAJORAÇÃO POR PORTARIA DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. AFRONTA À LEGALIDADE TRIBUTÁRIA. DIREITO À COMPENSAÇÃO.

1. Questão decidida pelo Supremo Tribunal Federal cujos precedentes se seguem: RE 959.284-AgR, redator do acórdão Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJE 29/08/2017; RE-AgR 1.095, relator Ministro Dias Tóffoli, Segunda Turma, DJE 28/05/2018; RE 1.126.958-AgR, relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJE 27/04/2018 e RE 1.132.699, relator Ministro Edson Fachin, DJE; 18/06/2018.

2. Reconhecimento do direito de a impetrante recolher a taxa de utilização do sistema integrado de comércio exterior – SISCOMEX a partir dos valores vigentes anteriormente à edição da Portaria nº 257/11, reajustados pela SELIC.

3. Conforme entendimento pacificado no STF (RE 566.621/RS) e no STJ (REsp 1.269.570/MG), para as ações ajuizadas após a entrada em vigor da Lei Complementar 118/2005 (de 09.06.2005), o prazo de prescrição é quinquenal.

4. A compensação deverá ser realizada nos termos do artigo 74 da Lei nº 9.430/96 com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02. Precedentes do STJ.

5. A compensação não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, nos termos da jurisprudência sedimentada do Superior Tribunal de Justiça.

6. A taxa SELIC é o índice aplicável como critério de correção monetária, cujo termo inicial é a data do pagamento indevido. Precedentes do STJ.

7. Ressalvado o direito da autoridade administrativa em proceder à plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, exatidão dos números e documentos comprobatórios, "quantum" a compensar e conformidade do procedimento adotado com a legislação de regência.” (TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5003574-52.2017.4.03.6103, Rel. Desembargador Federal Nilton Agnaldo Moraes Dos Santos, Rel. para acórdão Juiz Federal Márcio Catapani, julgado em 01/07/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 08/07/2019)

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada nos termos do artigo 74 da Lei nº 9.430/96 com as modificações perpetradas pelas Leis nºs 10.637/02 e 13.670/2018, uma vez que era essa a legislação vigente na data do ajuizamento da presente demanda, conforme jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, confira-se:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

5. Consectariamente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.

7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.

13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."

14. Consequentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF). (Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

Ademais, conforme a jurisprudência acima colacionada e tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

Cabe acrescentar, por fim, que, em razão do presente *mandamus* ter sido impetrado após a entrada em vigor da Lei n.º 13.670/2018, que revogou o art. 26 da Lei n.º 11.457/2007, não se aplica mais a vedação da compensação dos valores recolhidos indevidamente com as contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei n.º 8.212/1991. No entanto, deve-se observar o quanto disposto no art. 26-A da Lei n.º 11.457/2007, incluído pela Lei n.º 13.670/2018.

Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, veja-se:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4ª 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.

4. A Tabela Única aprovada pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação/repetição de indébito, quais sejam: (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDcl no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. O prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/05 (09.06.2005), nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.") (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: RESP 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009).

7. Outrossim, o artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

8. Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010)

Finalmente, o termo inicial para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário é a data do pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior, que ora colaciono:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNBEN. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL. APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.250/95. DESDE O RECOLHIMENTO INDEVIDO. SÚMULA 83/STJ

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nas ações de restituição de tributos federais, antes do advento da Lei 9.250/95, incide a correção monetária desde o pagamento indevido (no caso, no momento da indevida retenção do IR) até a restituição ou a compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros moratórios a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), na forma do art. 167, parágrafo único, do CTN.

3. Ocorre que, com o advento do referido diploma, passou-se a incidir a Taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou a partir de 1º de janeiro de 1996 (caso o recolhimento tenha ocorrido antes dessa data).

Agravo regimental improvido."

(AgRg no AgRg no AREsp 536.348/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014)

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** à remessa oficial.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL. ADMINISTRATIVO. ADUANEIRO. MANDADO DE SEGURANÇA. TAXA SISCOMEX. INCONSTITUCIONALIDADE DA MAJORAÇÃO.

1. A Taxa de Utilização do SISCOMEX foi instituída por meio da Lei n.º 9.716/98.

2. O entendimento do STF foi o de que viola o princípio da legalidade a possibilidade de reajuste anual, por ato do Ministro da Fazenda, "considerando a variação dos custos de operação e dos investimentos no SISCOMEX", por se tratar de expressão aberta e pouco clara. Art. 3º, §2º, Lei n.º 9.716/98.

3. Assim, a questão da inconstitucionalidade da majoração da Taxa SISCOMEX restou pacificada no STF e nesta Terceira Turma, que reviu sua posição e passou a adotar a do STF. Precedentes.

4. Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada nos termos do artigo 74 da Lei n.º 9.430/96 com as modificações perpetradas pelas Leis n.ºs 10.637/02 e 13.670/2018, uma vez que era essa a legislação vigente na data do ajuizamento da presente demanda. REsp n.º 1137738/SP.

5. É necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do CTN, sendo aplicável a taxa SELIC como índice de correção monetária, desde a data do pagamento indevido. REsp n.º 1112524/DF; AgRg no AgRg no AREsp n.º 536.348.

6. Remessa oficial desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) N° 5000994-89.2018.4.03.6143

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM LIMEIRA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ENGEFAZ ENGENHARIA LTDA

Advogados do(a) APELADO: JULIO CESAR AMARO DA SILVA - SP409842-A, APARECIDO PEDRO DA SILVA NETO - SP407516-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) N° 5000994-89.2018.4.03.6143

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM LIMEIRA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ENGEFAZ ENGENHARIA LTDA

Advogados do(a) APELADO: JULIO CESAR AMARO DA SILVA - SP409842-A, APARECIDO PEDRO DA SILVA NETO - SP407516-A

RELATÓRIO

Trata-se de apelação e remessa oficial, em face de sentença que concedeu a segurança para excluir o ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS e garantir a compensação, após o trânsito em julgado, observada a prescrição quinquenal e a aplicação da SELIC.

Apelou a PFN, alegando: (1) necessidade de sobrestamento do feito até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706; (2) validade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Houve contrarrazões.

O Ministério Público Federal opinou pelo regular prosseguimento do feito.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000994-89.2018.4.03.6143

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM LIMEIRA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ENGEFAZ ENGENHARIA LTDA

Advogados do(a) APELADO: JULIO CESAR AMARO DA SILVA - SP409842-A, APARECIDO PEDRO DA SILVA NETO - SP407516-A

VOTO

Senhores Desembargadores, preliminarmente, cabe rejeitar o pedido de suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior, o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior.

No mérito, a questão da inclusão de **imposto** na base de cálculo do PIS/COFINS com vulneração da matriz constitucional que prevê a respectiva incidência sobre faturamento ou receita na dicção atualizado do artigo 195, I, b, da Constituição Federal, foi resolvida, pela Suprema Corte no RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS.

Eis o acórdão ementado:

RE 574.706, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe 29/09/2017: "RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir; conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

A definição da base de cálculo do PIS/COFINS é matéria constitucional, não cabendo invocar orientação no plano do direito federal para afastar o juízo de inconstitucionalidade, menos ainda quando já vencida (Súmulas 68 e 94/STJ) no âmbito da respectiva Corte Superior. Ademais, o pronunciamento da Suprema Corte, sobretudo em repercussão geral, tem função primordial na tarefa de garantir segurança jurídica, estabilidade, integridade e coerência na aplicação do direito à luz da Constituição, a ser buscada por todos os órgãos do Poder Judiciário (artigos 926 e 927, III, CPC).

Perceba-se que a pretensão em causa não envolve a dedução de parcela legalmente prevista, daí porque impertinente o argumento de que é taxativo o rol de exclusões constante do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 - com as alterações da Lei 12.973/2014, cujo advento, conforme já decidiu esta Corte, “*não promoveu modificação legislativa relevante para a espécie, na medida em que não alterou o conceito da base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS*” (EI 0029413-91.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 17/11/2017) - e § 3º dos artigos 1º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003.

A tese do contribuinte é a de que a inclusão do imposto na base de cálculo de tais contribuições viola incidência constitucionalmente delimitada, exigindo, assim, decisão judicial no sentido de definir a base de cálculo compatível com o parâmetro constitucional.

A alegação de que o cálculo do PIS/COFINS com exclusão do imposto destinado ao erário contradiz a incidência, reconhecida válida, sobre outros custos, encargos ou despesas destinados a terceiros (como, por exemplo: empregados, companhia de energia elétrica, FGTS, fornecedores, empresas contratadas para prestação de serviços, entes estatais) não é verdadeira nem aceitável, sem análise da natureza jurídica de cada parcela discutida na formação da base de cálculo de tais contribuições. Por ora, o que assentou, suficientemente, a Suprema Corte para o exame do caso foi a inexigibilidade de imposto integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, seja o ICMS, seja o próprio ISS, quanto a este em juízo derivado diretamente da mesma lógica de fundamentação constitucional, conforme já exposto.

O aspecto relevante da controvérsia diz respeito ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS diante da divergência estabelecida entre as vertentes que primam, de um lado, pelo valor do imposto destacado nas notas fiscais e, de outro, pelo valor do imposto a ser efetivamente pago pelo contribuinte, dentro do regime de não cumulatividade. É importante frisar, de toda sorte, que tal ponto, ainda que não tenha ou tivesse sido discutido na inicial nem decidido na sentença ou veiculado na apelação, não impediria o pronunciamento da Corte, por se tratar, justamente, de controvérsia ínsita ao próprio mérito, qual seja, a definição do que constitui o indébito fiscal e, neste sentido, matéria que deve ser resolvida na fase cognitiva e não em liquidação de sentença, inexistindo, portanto, mesmo quando nada tenha ou tivesse sido alegado ou decidido, vício de julgamento *extra* ou *ultra petita*, ou contrariedade ao princípio da congruência ou da adstrição.

Tanto é assim que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido em razão do regime de não cumulatividade do imposto.

Neste sentido o seguinte excerto do julgado no RE 574.706:

“O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS”.

Também este o entendimento adotado no âmbito das Turmas desta Seção:

ApelRemNec 5000633-81.2017.4.03.6119, Rel. Des. Fed. ANTONIO CEDENHO, Intimação via sistema 18/04/2020: “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REQUISITOS DO ARTIGO 1.022 CPC/2015. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE Nº 574.706/PR. VINCULAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OBSCURIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1.022 do Código de Processo Civil vigente, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado. O caráter infringente dos embargos somente é admitido a título excepcional, quando a eliminação da contradição ou da omissão decorrer, logicamente, a modificação do julgamento embargado. 2. A e. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no julgamento do RE nº 574.706/PR, consignou que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. Como o presente julgamento se vincula ao que foi decidido sobre o tema pelo C. STF, deve-se assentar que, relativamente à questão do valor a ser efetivamente excluído a título de ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, a tese que foi acolhida pelo STF é a exposta no v. aresto embargado. 3. O escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022 do Código de Processo Civil. 4. O artigo 1.025 do novo Código de Processo Civil bem esclarece que os elementos suscitados pelo embargante serão considerados incluídos no acórdão “para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.” 5. Embargos de declaração rejeitados.”

ApReeNec 5001772-28.2017.4.03.6100, Rel. Des. Fed. MARLI FERREIRA, Intimação via sistema 02/04/2020: "PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ARTIGO 1.022 DO CPC. OMISSÃO. EXISTÊNCIA. JULGADO INTEGRADO. 1. Prevê o artigo 1.022 do CPC que a oposição dos aclaratórios somente tem cabimento para esclarecimento de obscuridade ou eliminação de contradição, para suprimir omissão sobre ponto ou questão sobre o qual o julgado deveria se pronunciar; ou, ainda, para corrigir erro material existente no decisório. 2. Na espécie, o julgado restou omissivo quanto à parcela do ICMS a ser destacada da base de cálculo do PIS e da COFINS. E, nesse tocante, cumpre esclarecer que o ICMS a ser excluído é o destacado nos documentos fiscais de saída, vez que é esse montante que integra a indigitada base de cálculo. 3. Assim sendo, tem a impetrante o direito de excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS o valor integral do ICMS destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias do seu estabelecimento, inclusive após o advento da Lei nº 12.973/2014. 4. Embargos de declaração acolhidos."

ApelRemNec 5003932-95.2019.4.03.6119, Rel. Des. Fed. JOHNSOM DI SALVO, e - DJF3 15/04/2020: "AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DECLAROU INCONSTITUCIONAL A INCLUSÃO DO ICMS (FATURADO) NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS, FAZENDO-O POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO RE Nº 574.706. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a inclusão do ICMS (faturado) na base de cálculo do PIS e da COFINS, fazendo-o por ocasião do julgamento do RE nº 574.706. A corte, por maioria e nos termos do voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia, apreciando o tema nº 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Esse entendimento é aplicável de pronto, não havendo que se falar em espera de embargos de declaração (sem efeito suspensivo) ou de modulação de efeitos da decisão plenária da Suprema Corte, já que esses dois eventos não estão consignados em lei como impedientes da aplicação imediata do decisum. Esse é o entendimento que vem sendo seguido nesta Corte Regional (3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5021518-72.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 08/11/2019, Intimação via sistema DATA: 13/11/2019), e de modo unânime nesta 6ª Turma (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000706-20.2017.4.03.6130, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 03/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/12/2019). Deveras, a suspensão pretendida pelo Fisco esbarraria no art. 1.035, § 5º do NCPC. De outro lado, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal – ao acolher o voto da ministra Relatora – no sentido de que, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada como faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019). Essa é a postura que este Relator sempre defende desde o momento em que surtiu o julgamento do Tema nº 69 (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000596-53.2018.4.03.6108, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHNSON DI SALVO, julgado em 02/12/2019, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019). Tratando-se de empresa comercial, resta claro que é contribuinte das três exações e que recolheu tributação a maior e poderá recuperá-la (quanto aos últimos cinco anos antes do ajuizamento da presente demanda) por meio de compensação, que deverá ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74 da Lei nº 9.430/1996 (redação dada pela Lei 10.637/02), observado ainda o artigo 26-A da Lei nº 11.457/2007."

Logo, não importa ao exame do mérito a juntada de documentos fiscais ou mercantis para demonstração do ICMS a ser pago pelo contribuinte, bastando para o presente julgamento a prova, tão-somente, de que o contribuinte, sujeito ao PIS/COFINS, recolheu valores com inclusão do ICMS nas bases de cálculo, ficando relegada à fase própria a apuração do *quantum debeatur* a partir de valores destacados em notas fiscais e incluídos na tributação federal.

Reconhecido o indébito fiscal, na forma acima especificada, os critérios para exercício do direito à compensação, na via administrativa mediante procedimento específico, inclusive com a própria comprovação e liquidação de valores indevidos a serem compensados, são os definidos nos artigos 168 (prescrição quinquenal) e 170-A (trânsito em julgado), ambos do Código Tributário Nacional; artigo 74 da Lei 9.430/1996 e demais textos legais de regência, incluindo o artigo 26-A da Lei 11.457/2007 na redação da Lei 13.670/2018, desde que vigente o regime legal respectivo ao tempo da propositura da ação, pois este o critério determinante na jurisprudência consolidada, ainda que posteriormente alterada a legislação; e artigo 39, § 4º da Lei 9.250/1995 (incidência exclusiva da Taxa SELIC) desde cada recolhimento indevido.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e dou parcial provimento à remessa oficial.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. INDÉBITO FISCAL. COMPENSAÇÃO.

1. Preliminarmente, cabe rejeitar o pedido de suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior, o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior.

2. No mérito, a questão da inclusão de **imposto** na base de cálculo do PIS/COFINS com vulneração da matriz constitucional que prevê a respectiva incidência sobre faturamento ou receita na dicção atualizado do artigo 195, I, *b*, da Constituição Federal, foi resolvida, pela Suprema Corte no RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS. A definição da base de cálculo do PIS/COFINS é matéria constitucional, não cabendo invocar orientação no plano do direito federal para afastar o juízo de inconstitucionalidade, menos ainda quando já vencida (Súmulas 68 e 94/STJ) no âmbito da respectiva Corte Superior. Ademais, o pronunciamento da Suprema Corte, sobretudo em repercussão geral, tem função primordial na tarefa de garantir segurança jurídica, estabilidade, integridade e coerência na aplicação do direito à luz da Constituição, a ser buscada por todos os órgãos do Poder Judiciário (artigos 926 e 927, III, CPC).

3. A pretensão em causa não envolve a dedução de parcela legalmente prevista, daí porque impertinente o argumento de que é taxativo o rol de exclusões constante do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 - com as alterações da Lei 12.973/2014, cujo advento, conforme já decidiu esta Corte, “*não promoveu modificação legislativa relevante para a espécie, na medida em que não alterou o conceito da base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS*” (EI 0029413-91.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 17/11/2017) - e § 3º dos artigos 1º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003. A tese do contribuinte é a de que a inclusão do imposto na base de cálculo de tais contribuições viola incidência constitucionalmente delimitada, exigindo, assim, decisão judicial no sentido de definir a base de cálculo compatível com o parâmetro constitucional.

4. A alegação de que o cálculo do PIS/COFINS com exclusão do imposto destinado ao erário contradiz a incidência, reconhecidamente válida, sobre outros custos, encargos ou despesas destinados a terceiros (como, por exemplo: empregados, companhia de energia elétrica, FGTS, fornecedores, empresas contratadas para prestação de serviços, entes estatais) não é verdadeira nem aceitável, sem análise da natureza jurídica de cada parcela discutida na formação da base de cálculo de tais contribuições. Por ora, o que assentou, suficientemente, a Suprema Corte para o exame do caso foi a inexigibilidade de imposto integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, seja o ICMS, seja o próprio ISS, quanto a este em juízo derivado diretamente da mesma lógica de fundamentação constitucional, conforme já exposto.

5. O aspecto relevante da controvérsia diz respeito ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS diante da divergência estabelecida entre as vertentes que primam, de um lado, pelo valor do imposto destacado nas notas fiscais e, de outro, pelo valor do imposto a ser efetivamente pago pelo contribuinte, dentro do regime de não cumulatividade. É importante frisar, de toda sorte, que tal ponto, ainda que não tenha ou tivesse sido discutido na inicial nem decidido na sentença ou veiculado na apelação, não impediria o pronunciamento da Corte, por se tratar, justamente, de controvérsia ínsita ao próprio mérito, qual seja, a definição do que constitui o indébito fiscal e, neste sentido, matéria que deve ser resolvida na fase cognitiva e não em liquidação de sentença, inexistindo, portanto, mesmo quando nada tenha ou tivesse sido alegado ou decidido, vício de julgamento *extra* ou *ultra petita*, ou contrariedade ao princípio da congruência ou da adstrição. Tanto é assim que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido em razão do regime de não cumulatividade do imposto. Logo, não importa ao exame do mérito a juntada de documentos fiscais ou mercantis para demonstração do ICMS a ser pago pelo contribuinte, bastando para o presente julgamento a prova, tão-somente, de que o contribuinte, sujeito ao PIS/COFINS, recolheu valores com inclusão do ICMS nas bases de cálculo, ficando relegada à fase de liquidação e cumprimento a apuração do *quantum debeatur* a partir de valores destacados em notas fiscais e incluídos na tributação federal.

6. Reconhecido o indébito fiscal, na forma acima especificada, os critérios para exercício do direito à compensação, na via administrativa mediante procedimento específico, inclusive com a própria comprovação e liquidação de valores indevidos a serem compensados, são os definidos nos artigos 168 (prescrição quinquenal) e 170-A (trânsito em julgado), ambos do Código Tributário Nacional; artigo 74 da Lei 9.430/1996 e demais textos legais de regência, incluindo o artigo 26-A da Lei 11.457/2007 na redação da Lei 13.670/2018, desde que vigente o regime legal respectivo ao tempo da propositura da ação, pois este o critério determinante na jurisprudência consolidada, ainda que posteriormente alterada a legislação; e artigo 39, § 4º da Lei 9.250/1995 (incidência exclusiva da Taxa SELIC) desde cada recolhimento indevido.

7. Apelação desprovida e remessa oficial parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e deu parcial provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002906-79.2016.4.03.6111
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMOVEIS DA 2 REGIAO
APELADO: EDSON GRILO MALDONADO
Advogado do(a) APELADO: GISELE LOPES DE OLIVEIRA - SP226125-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002906-79.2016.4.03.6111
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMOVEIS DA 2 REGIAO
APELADO: EDSON GRILO MALDONADO
Advogado do(a) APELADO: GISELE LOPES DE OLIVEIRA - SP226125-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pelo Conselho Regional de Corretores de Imóveis da 2ª Região contra sentença que julgou procedente o pedido inicial feito por Edson Grilo Maldonado para declarar a inexistência de relação de débito perante o réu/apelante quanto aos autos de infração lavrados em razão da suposta prática de exercício irregular da profissão de corretor de imóveis, bem como para condenar o réu a emitir o Cartão Anual de Regularidade Profissional em nome do autor. Ainda, condenou o ora conselho ora apelante ao pagamento de honorários fixados em R\$1.000,00, na forma do artigo 85, §8º, do CPC.

O MM. Juíza *quo* entendeu que a multa seria descabida, pois aplicada a terceiro não inscrito nos quadros do CRECI/SP.

Sustenta o apelante que a Lei 6.530/78 disciplina a profissão de corretor de imóveis, de modo que todo aquele que não for corretor de imóveis, porém atuar como tal, sujeita-se às cominações impostas pela citada lei.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0002906-79.2016.4.03.6111
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMOVEIS DA 2 REGIAO
APELADO: EDSON GRILO MALDONADO
Advogado do(a) APELADO: GISELE LOPES DE OLIVEIRA - SP226125-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Lei 6.530/78 regulamenta a profissão de Corretores de Imóveis, disciplinando o funcionamento de seus órgãos de fiscalização, além de dar outras providências.

Estabelece em seus artigos 5º e 6º o seguinte:

Art 5º O Conselho Federal e os Conselhos Regionais são órgãos de disciplina e fiscalização do exercício da profissão de Corretor de Imóveis, constituídos em autarquia, dotada de personalidade jurídica de direito público, vinculada ao Ministério do Trabalho, com autonomia administrativa, operacional e financeira.

Art 6º As pessoas jurídicas inscritas no Conselho Regional de Corretores de Imóveis sujeitam-se aos mesmos deveres e têm os mesmos direitos das pessoas físicas nele inscritas.

Portanto, a competência de fiscalização do CRECI se limita àqueles inscritos junto ao Conselho Regional respectivo, não lhe cabendo aplicar multas àqueles que eventualmente exercem a profissão de corretor de imóveis sem registro.

Tal conduta não está sujeita à multa pela autarquia, mas, sim, eventualmente, à pena pelo exercício irregular da profissão, nos termos do artigo 47 da Lei de Contravenções Penais (Decreto-lei 3.688/41).

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMÓVEIS (CRECI). EXERCÍCIO PROFISSIONAL POR TERCEIRO NÃO INSCRITO NOS QUADROS. CONTRAÇÃO PENAL. IMPOSIÇÃO DE MULTA. IMPOSSIBILIDADE. REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. NÃO COMPROVAÇÃO DO DANO. APELAÇÃO DESPROVIDA. RECURSO ADESIVO DESPROVIDO.

1. De fato, a Lei 6530/78, regulamentadora do exercício da profissão de corretor de imóveis, não confere poderes para que o CRECI aplique multas ou quaisquer outras sanções a pessoas não inscritas nos quadros da autarquia.

2. Incidência, "in casu", do Princípio da Legalidade (art. 37, caput, da CF), a balizar a atuação de toda a Administração Pública.

3. Precedentes desta Corte Regional.

4. Quanto ao pagamento de indenização por dano moral veiculado no recurso adesivo do autor, julgo improcedente o pedido porquanto não houve comprovação de dano efetivo, a justificar qualquer reparação.

5. Apelação do Conselho desprovida.

6. Recurso adesivo desprovido.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000091-02.2017.4.03.6107, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 22/06/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 27/06/2018)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CPC/73. REMESSA NECESSÁRIA TIDA POR INTERPOSTA. APELAÇÃO. CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMÓVEIS. LEGITIMIDADE PASSIVA. AUTUAÇÃO. MULTA. EXERCÍCIO PROFISSIONAL POR TERCEIRO NÃO INSCRITO NOS QUADROS. CONTRAÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE AUTUAÇÃO. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO IMPROVIDAS.

- "Ab initio, deve ser afastada a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pelo CRECI/SP. Uma vez que versa a lide sobre a suposta prática de infração à legislação profissional, cuja fiscalização cabe à apelante, inclusive tendo sido imposta multa em seu favor (fls. 09), resta demonstrada a legitimidade, independentemente de eventual atuação do Conselho Federal de Corretores de Imóveis - COFECI na revisão do auto de infração. Precedente desta C. Turma (AC 00109217520134036100)". Logo, se cabe ao Conselho Regional de Corretores de Imóveis executar a pena de multa que ele mesmo impôs, não há que se falar em ilegitimidade passiva ad causam.

- O poder de polícia conferido ao conselho profissional, de fiscalizar e autuar irregularidades, não possibilita ao órgão impor multas em face de terceiros que não sejam corretores de imóveis, como no caso concreto em que a autora, secretária (com vínculo devidamente reconhecido pela Justiça do Trabalho), foi autuada e condenada a pagar multa no valor de três amidades, por exercício ilegal da profissão. Precedentes.

- Se o conselho-réu, efetivamente, apurou conduta ilegal, de exercício irregular de profissão, teria a prerrogativa de comunicar as autoridades competentes para a apuração de eventual prática da contração penal, prevista no art. 47, do Decreto-Lei n.º 3.688/41.

- Preliminar afastada. Remessa necessária e apelação improvidas.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0024518-77.2014.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 12/03/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 18/03/2020)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMÓVEIS (CRECI). EXERCÍCIO PROFISSIONAL POR TERCEIRO NÃO INSCRITO NOS QUADROS. CONTRAÇÃO PENAL. IMPOSIÇÃO DE MULTA. IMPOSSIBILIDADE. 1. O livre exercício profissional é um direito fundamental assegurado pela Constituição da República em seu art. 5º, XIII, desde que atendidas às qualificações profissionais que a lei estabelecer. 2. Trata-se de norma de eficácia contida, ou seja, possui aplicabilidade imediata, podendo, contudo, ter seu âmbito de atuação restringido por meio de lei que estabeleça quais os critérios que habilitam o profissional ao desempenho de determinada atividade, sendo competência privativa da União legislar sobre organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões (art. 22, XVI). 3. Em relação aos Corretores de Imóveis, a regulamentação e a definição de direitos e deveres da categoria deram-se por meio da Lei n.º 6.530/78, que, muito embora atribua ao conselho em comento a fiscalização do exercício da profissão, não estabelece a possibilidade de imposição de multas em face de terceiros que não sejam Corretores de Imóveis ou pessoas jurídicas regularmente inscritas nos quadros da autarquia profissional. 4. Restaria ao conselho denunciar a apelada às autoridades, em razão do exercício irregular da profissão, nos termos do art. 47, da Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei n.º 3.688/41), sendo incabível a imposição de multa. 5. Apelação Improvida."

(ApCiv 0007668-44.2011.4.03.6102, DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/11/2013.)

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É o voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. EXERCÍCIO ILEGAL DA PROFISSÃO POR TERCEIRO NÃO INSCRITO NO CRECI. MULTA. NÃO CABIMENTO. CONTRAVENÇÃO PENAL. RECURSO DESPROVIDO.

1. A Lei 6.530/78 regulamenta a profissão de Corretores de Imóveis, disciplinando o funcionamento de seus órgãos de fiscalização, além de dar outras providências.
2. Extraí-se de seus artigos 5º e 6º que a competência de fiscalização do CRECI se limita àqueles inscritos junto ao Conselho Regional respectivo, não lhe cabendo aplicar multas àqueles que eventualmente exercera a profissão de corretor de imóveis sem registro.
3. Tal conduta não está sujeita à multa pela autarquia, mas, sim, eventualmente, à pena pelo exercício irregular da profissão, nos termos do artigo 47 da Lei de Contravenções Penais (Decreto-lei 3.688/41).
4. Precedentes.
5. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001675-64.2018.4.03.6109

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

SUCESSOR: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

SUCESSOR: MUNDO DIGITAL GRAFICA E EDITORA EIRELI

Advogados do(a) SUCESSOR: SUZANA COMELATO GUZMAN - SP155367-A, IVAN NASCIBEM JUNIOR - SP232216-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001675-64.2018.4.03.6109

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

SUCESSOR: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

SUCESSOR: MUNDO DIGITAL GRAFICA E EDITORA EIRELI

Advogados do(a) SUCESSOR: SUZANA COMELATO GUZMAN - SP155367-A, IVAN NASCIBEM JUNIOR - SP232216-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação e remessa oficial, em face de sentença que concedeu a segurança para excluir o ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS e garantir compensação ou restituição, após o trânsito em julgado, observada a prescrição quinquenal, e a aplicação da SELIC.

Apelou a PFN, alegando: (1) necessidade de sobrestamento do feito até o julgamento definitivo do RE 574.706 pela Suprema Corte; (2) que o ICMS deve ser integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em que se definiu que o valor relativo ao ICMS faz parte do valor do produto e deve ser acrescido ao valor da operação, base de cálculo do próprio ICMS, e ao faturamento ou receita, base de cálculo de tais exações, agregando todos os componentes do preço, mesmo que imposto estadual, como qualquer outro custo ainda que destinado a terceiros, aduzindo que a natureza jurídica especial de tais contribuições e as normas de responsabilidade social das empresas com a Seguridade Social, focadas em garantir universalidade do atendimento e da cobertura (artigos 3º e 195, CF), permitem a formação da base de cálculo do PIS/COFINS com tal acréscimo; (3) os artigos 2º, § 7º, do DL 406/1968, e 13, § 1º, I, da LC 87/1996 determinam que o valor do ICMS devido na operação de circulação de mercadorias deve integrar a própria base de cálculo do imposto, que é o imposto por dentro, formando o próprio preço da mercadoria e consequentemente a base de cálculo das contribuições; (3) impossibilidade de uso do mandado de segurança para efeitos pretéritos à impetração; e (4) não cabimento de restituição, via precatório, no mandado de segurança, e na via administrativa.

Houve contrarrazões.

O Ministério Público Federal opinou pelo regular prosseguimento do feito.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001675-64.2018.4.03.6109

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

SUCESSOR: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

SUCESSOR: MUNDO DIGITAL GRAFICA E EDITORA EIRELI

Advogados do(a) SUCESSOR: SUZANA COMELATO GUZMAN - SP155367-A, IVAN NASCIMBEM JUNIOR - SP232216-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, preliminarmente, antes de analisar o mérito, cabe rejeitar o pedido de suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior, o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior.

No mérito, a questão da inclusão de **imposto** na base de cálculo do PIS/COFINS com vulneração da matriz constitucional que prevê a respectiva incidência sobre faturamento ou receita na dicção atualizado do artigo 195, I, *b*, da Constituição Federal, foi resolvida, pela Suprema Corte no RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS.

Eis o acórdão ementado:

RE 574.706, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe 29/09/2017: "RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

A definição da base de cálculo do PIS/COFINS é matéria constitucional, não cabendo invocar orientação no plano do direito federal para afastar o juízo de inconstitucionalidade, menos ainda quando já vencida (Súmulas 68 e 94/STJ) no âmbito da respectiva Corte Superior. Ademais, o pronunciamento da Suprema Corte, sobretudo em repercussão geral, tem função primordial na tarefa de garantir segurança jurídica, estabilidade, integridade e coerência na aplicação do direito à luz da Constituição, a ser buscada por todos os órgãos do Poder Judiciário (artigos 926 e 927, III, CPC).

Perceba-se que a pretensão em causa não envolve a dedução de parcela legalmente prevista, daí porque impertinente o argumento de que é taxativo o rol de exclusões constante do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 - com as alterações da Lei 12.973/2014, cujo advento, conforme já decidiu esta Corte, "não promoveu modificação legislativa relevante para a espécie, na medida em que não alterou o conceito da base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS" (EI 0029413-91.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 17/11/2017) - e § 3º dos artigos 1º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003.

A tese do contribuinte é a de que a inclusão do imposto na base de cálculo de tais contribuições viola incidência constitucionalmente delimitada, exigindo, assim, decisão judicial no sentido de definir a base de cálculo compatível com o parâmetro constitucional.

A alegação de que o cálculo do PIS/COFINS com exclusão do imposto destinado ao erário contradiz a incidência, reconhecidamente válida, sobre outros custos, encargos ou despesas destinados a terceiros (como, por exemplo: empregados, companhia de energia elétrica, FGTS, fornecedores, empresas contratadas para prestação de serviços, entes estatais) não é verdadeira nem aceitável, sem análise da natureza jurídica de cada parcela discutida na formação da base de cálculo de tais contribuições. Por ora, o que assentou, suficientemente, a Suprema Corte para o exame do caso foi a inexigibilidade de imposto integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, seja o ICMS, seja o próprio ISS, quanto a este em juízo derivado diretamente da mesma lógica de fundamentação constitucional, conforme já exposto.

O aspecto relevante da controvérsia diz respeito ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS diante da divergência estabelecida entre as vertentes que primam, de um lado, pelo valor do imposto destacado nas notas fiscais e, de outro, pelo valor do imposto a ser efetivamente pago pelo contribuinte, dentro do regime de não cumulatividade. É importante frisar, de toda sorte, que tal ponto, ainda que não tenha ou tivesse sido discutido na inicial nem decidido na sentença ou veiculado na apelação, não impediria o pronunciamento da Corte - assim como do próprio Juízo após embargos de declaração -, por se tratar, justamente, de controvérsia ínsita ao próprio mérito, qual seja, a definição do que constitui o indébito fiscal e, neste sentido, matéria que deve ser resolvida na fase cognitiva e não em liquidação de sentença, inexistindo, portanto, mesmo quando nada tenha ou tivesse sido alegado ou decidido, vício de julgamento *extra* ou *ultra petita*, ou contrariedade ao princípio da congruência ou da adstrição..

Tanto é assim que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido em razão do regime de não cumulatividade do imposto.

Neste sentido o seguinte excerto do julgado no RE 574.706:

"O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS".

Também este o entendimento adotado no âmbito das Turmas desta Seção:

ApelRemNec 5000633-81.2017.4.03.6119, Rel. Des. Fed. ANTONIO CEDENHO, Intimação via sistema 18/04/2020: “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REQUISITOS DO ARTIGO 1.022 CPC/2015. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE Nº 574.706/PR. VINCULAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OBSCURIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1.022 do Código de Processo Civil vigente, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado. O caráter infringente dos embargos somente é admitido a título excepcional, quando a eliminação da contradição ou da omissão decorrer, logicamente, a modificação do julgamento embargado. 2. A e. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no julgamento do RE nº 574.706/PR, consignou que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. Como o presente julgamento se vincula ao que foi decidido sobre o tema pelo C. STF, deve-se assentar que, relativamente à questão do valor a ser efetivamente excluído a título de ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, a tese que foi acolhida pelo STF é a exposta no v. acórdão embargado. 3. O escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022 do Código de Processo Civil. 4. O artigo 1.025 do novo Código de Processo Civil bem esclarece que os elementos suscitados pelo embargante serão considerados incluídos no acórdão “para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.” 5. Embargos de declaração rejeitados.”

ApReeNec 5001772-28.2017.4.03.6100, Rel. Des. Fed. MARLI FERREIRA, Intimação via sistema 02/04/2020: “PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ARTIGO 1.022 DO CPC. OMISSÃO. EXISTÊNCIA. JULGADO INTEGRADO. 1. Prevê o artigo 1.022 do CPC que a oposição dos aclaratórios somente tem cabimento para esclarecimento de obscuridade ou eliminação de contradição, para suprimir omissão sobre ponto ou questão sobre o qual o julgado deveria se pronunciar; ou, ainda, para corrigir erro material existente no decisório. 2. Na espécie, o julgado restou omissivo quanto à parcela do ICMS a ser destacada da base de cálculo do PIS e da COFINS. E, nesse tocante, cumpre esclarecer que o ICMS a ser excluído é o destacado nos documentos fiscais de saída, vez que é esse montante que integra a indigitada base de cálculo. 3. Assim sendo, tem a impetrante o direito de excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS o valor integral do ICMS destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias do seu estabelecimento, inclusive após o advento da Lei nº 12.973/2014. 4. Embargos de declaração acolhidos.”

ApelRemNec 5003932-95.2019.4.03.6119, Rel. Des. Fed. JOHONSOM DI SALVO, e - DJF3 15/04/2020: "AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DECLAROU INCONSTITUCIONAL A INCLUSÃO DO ICMS (FATURADO) NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS, FAZENDO-O POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO RE Nº 574.706. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a inclusão do ICMS (faturado) na base de cálculo do PIS e da COFINS, fazendo-o por ocasião do julgamento do RE nº 574.706. A corte, por maioria e nos termos do voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia, apreciando o tema nº 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Esse entendimento é aplicável de pronto, não havendo que se falar em espera de embargos de declaração (sem efeito suspensivo) ou de modulação de efeitos da decisão plenária da Suprema Corte, já que esses dois eventos não estão consignados em lei como impeditivos da aplicação imediata do decísum. Esse é o entendimento que vem sendo seguido nesta Corte Regional (3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5021518-72.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 08/11/2019, Intimação via sistema DATA: 13/11/2019), e de modo unânime nesta 6ª Turma (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000706-20.2017.4.03.6130, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 03/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/12/2019). Deveras, a suspensão pretendida pelo Fisco esbarraria no art. 1.035, § 5º do NCPC. De outro lado, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal – ao acolher o voto da ministra Relatora – no sentido de que, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada como faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019). Essa é a postura que este Relator sempre defende desde o momento em que surdiu o julgamento do Tema nº 69 (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000596-53.2018.4.03.6108, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 02/12/2019, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019). Tratando-se de empresa comercial, resta claro que é contribuinte das três exações e que recolheu tributação a maior e poderá recuperá-la (quanto aos últimos cinco anos antes do ajuizamento da presente demanda) por meio de compensação, que deverá ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74 da Lei nº 9.430/1996 (redação dada pela Lei 10.637/02), observado ainda o artigo 26-A da Lei nº 11.457/2007."

Logo, não importa ao exame do mérito a juntada de documentos fiscais ou mercantis para demonstração do ICMS a ser pago pelo contribuinte, bastando para o presente julgamento a prova, tão-somente, de que o contribuinte, sujeito ao PIS/COFINS, recolheu valores com inclusão do ICMS nas bases de cálculo, ficando relegada à fase própria a apuração do *quantum debeatur* a partir de valores destacados em notas fiscais e incluídos na tributação federal.

Reconhecido o indébito fiscal, na forma acima especificada, os critérios para exercício do direito à compensação, na via administrativa mediante procedimento específico, inclusive com a própria comprovação e liquidação de valores indevidos a serem compensados, são os definidos nos artigos 168 (prescrição quinquenal) e 170-A (trânsito em julgado), ambos do Código Tributário Nacional; artigo 74 da Lei 9.430/1996 e demais textos legais de regência, incluindo o artigo 26-A da Lei 11.457/2007 na redação da Lei 13.670/2018, observado o regime legal vigente ao tempo da propositura da ação, pois este o critério determinante na jurisprudência consolidada, ainda que posteriormente possa ter sido alterada a legislação; e artigo 39, § 4º da Lei 9.250/1995 (incidência exclusiva da Taxa SELIC) desde cada recolhimento indevido.

A respeito da restituição administrativa, que tem sido deferida com base na Súmula 461 do Superior Tribunal de Justiça, é importante observar que o enunciado respectivo, ao fazer referência expressa a "precatório", registra o entendimento de que não é possível que o ressarcimento de indébito fiscal, em espécie, reconhecido judicialmente, possa gerar condenação a pagamento fora do regime constitucional do precatório (artigo 100, CF). De fato, o regime de precatório busca preservar a ordem cronológica das requisições e, sobretudo, as preferências alimentares, o que não se verifica possível ou garantido na via administrativa, até porque, nela, não concorrem, de forma conjunta e simultânea, as variadas cobranças em dinheiro contra a Fazenda Pública, ao contrário do que ocorre com requisições judiciais de precatórios que, inclusive, são todas globalmente organizadas e inseridas cronologicamente na previsão orçamentária anual para execução no exercício financeiro posterior. Permitir que o contribuinte utilize a via administrativa para receber pagamento de indébito fiscal em detrimento do sistema de precatório já foi reconhecido, inclusive, como inconstitucional pela Suprema Corte que, por semelhança, aplicou a solução expressa no Tema 831 da sistemática de repercussão geral (RE 1.069.065, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe 19/12/2019).

Partindo de tais premissas, o ressarcimento do contribuinte em razão de indébito fiscal, quando judicial a condenação (título judicial condenatório), apenas cabe mediante compensação ou repetição, modalidade esta que, porém, não se compatibiliza com decisão proferida em sede de mandado de segurança (Súmulas 269 e 271/STF), vedada, assim, a restituição administrativa, salvo quando os procedimentos sejam originariamente administrativos.

Cabe realçar, quanto à compensação, que, observada a prescrição quinquenal, pode o procedimento abranger recolhimentos anteriores à impetração, respeitando-se, quanto aos créditos tributários a serem compensados, a legislação vigente ao tempo da impetração.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação e à remessa oficial, para reformar a sentença, nos termos supracitados.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. INDÉBITO FISCAL. COMPENSAÇÃO. RESTITUIÇÃO ADMINISTRATIVA.

1. Preliminarmente, antes de analisar o mérito, cabe rejeitar o pedido de suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior, o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior.

2. No mérito, a questão da inclusão de **imposto** na base de cálculo do PIS/COFINS com vulneração da matriz constitucional que prevê a respectiva incidência sobre faturamento ou receita na dicção atualizado do artigo 195, I, *b*, da Constituição Federal, foi resolvida, pela Suprema Corte no RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS. A definição da base de cálculo do PIS/COFINS é matéria constitucional, não cabendo invocar orientação no plano do direito federal para afastar o juízo de inconstitucionalidade, menos ainda quando já vencida (Súmulas 68 e 94/STJ) no âmbito da respectiva Corte Superior. Ademais, o pronunciamento da Suprema Corte, sobretudo em repercussão geral, tem função primordial na tarefa de garantir segurança jurídica, estabilidade, integridade e coerência na aplicação do direito à luz da Constituição, a ser buscada por todos os órgãos do Poder Judiciário (artigos 926 e 927, III, CPC).

3. A pretensão em causa não envolve a dedução de parcela legalmente prevista, daí porque impertinente o argumento de que é taxativo o rol de exclusões constante do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 - com as alterações da Lei 12.973/2014, cujo advento, conforme já decidiu esta Corte, “*não promoveu modificação legislativa relevante para a espécie, na medida em que não alterou o conceito da base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS*” (EI 0029413-91.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 17/11/2017) - e § 3º dos artigos 1º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003. A tese do contribuinte é a de que a inclusão do imposto na base de cálculo de tais contribuições viola incidência constitucionalmente delimitada, exigindo, assim, decisão judicial no sentido de definir a base de cálculo compatível com o parâmetro constitucional.

4. A alegação de que o cálculo do PIS/COFINS com exclusão do imposto destinado ao erário contradiz a incidência, reconhecidamente válida, sobre outros custos, encargos ou despesas destinados a terceiros (como, por exemplo: empregados, companhia de energia elétrica, FGTS, fornecedores, empresas contratadas para prestação de serviços, entes estatais) não é verdadeira nem aceitável, sem análise da natureza jurídica de cada parcela discutida na formação da base de cálculo de tais contribuições. Por ora, o que assentou, suficientemente, a Suprema Corte para o exame do caso foi a inexigibilidade de imposto integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, seja o ICMS, seja o próprio ISS, quanto a este em juízo derivado diretamente da mesma lógica de fundamentação constitucional, conforme já exposto.

5. O aspecto relevante da controvérsia diz respeito ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS diante da divergência estabelecida entre as vertentes que primam, de um lado, pelo valor do imposto destacado nas notas fiscais e, de outro, pelo valor do imposto a ser efetivamente pago pelo contribuinte, dentro do regime de não cumulatividade. É importante frisar, de toda sorte, que tal ponto, ainda que não tenha ou tivesse sido discutido na inicial nem decidido na sentença ou veiculado na apelação, não impediria o pronunciamento da Corte - assim como do próprio Juízo após embargos de declaração -, por se tratar, justamente, de controvérsia ínsita ao próprio mérito, qual seja, a definição do que constitui o indébito fiscal e, neste sentido, matéria que deve ser resolvida na fase cognitiva e não em liquidação de sentença, inexistindo, portanto, mesmo quando nada tenha ou tivesse sido alegado ou decidido, vício de julgamento *extra* ou *ultra petita*, ou contrariedade ao princípio da congruência ou da adstrição. Tanto é assim que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido em razão do regime de não cumulatividade do imposto. Logo, não importa ao exame do mérito a juntada de documentos fiscais ou mercantis para demonstração do ICMS a ser pago pelo contribuinte, bastando para o presente julgamento a prova, tão-somente, de que o contribuinte, sujeito ao PIS/COFINS, recolheu valores com inclusão do ICMS nas bases de cálculo, ficando relegada à fase de liquidação e cumprimento a apuração do *quantum debeatur* a partir de valores destacados em notas fiscais e incluídos na tributação federal.

6. Reconhecido o indébito fiscal, na forma acima especificada, os critérios para exercício do direito à compensação, na via administrativa mediante procedimento específico, inclusive com a própria comprovação e liquidação de valores indevidos a serem compensados, são os definidos nos artigos 168 (prescrição quinquenal) e 170-A (trânsito em julgado), ambos do Código Tributário Nacional; artigo 74 da Lei 9.430/1996 e demais textos legais de regência, incluindo o artigo 26-A da Lei 11.457/2007 na redação da Lei 13.670/2018, observado o regime legal vigente ao tempo da propositura da ação, pois este o critério determinante na jurisprudência consolidada, ainda que posteriormente possa ter sido alterada a legislação; e artigo 39, § 4º da Lei 9.250/1995 (incidência exclusiva da Taxa SELIC) desde cada recolhimento indevido.

7. A respeito da restituição administrativa, que tem sido deferida com base na Súmula 461 do Superior Tribunal de Justiça, é importante observar que o enunciado respectivo, ao fazer referência expressa a "precatório", registra o entendimento de que não é possível que o ressarcimento de indébito fiscal, em espécie, reconhecido judicialmente, possa gerar condenação a pagamento fora do regime constitucional do precatório (artigo 100, CF). De fato, o regime de precatório busca preservar a ordem cronológica das requisições e, sobretudo, as preferências alimentares, o que não se verifica possível ou garantido na via administrativa, até porque, nela, não concorrem, de forma conjunta e simultânea, as variadas cobranças em dinheiro contra a Fazenda Pública, ao contrário do que ocorre com requisições judiciais de precatórios que, inclusive, são todas globalmente organizadas e inseridas cronologicamente na previsão orçamentária anual para execução no exercício financeiro posterior. Permitir que o contribuinte utilize a via administrativa para receber pagamento de indébito fiscal em detrimento do sistema de precatório já foi reconhecido, inclusive, como inconstitucional pela Suprema Corte que, por semelhança, aplicou a solução expressa no Tema 831 da sistemática de repercussão geral (RE 1.069.065, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe 19/12/2019). Partindo de tais premissas, o ressarcimento do contribuinte em razão de indébito fiscal, quando judicial a condenação (título judicial condenatório), apenas cabe mediante compensação ou repetição, modalidade esta que, porém, não se compatibiliza com decisão proferida em sede de mandado de segurança (Súmulas 269 e 271/STF), vedada, assim, a restituição administrativa, salvo quando os procedimentos sejam originariamente administrativos.

8. Apelação e remessa oficial parcialmente providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação e à remessa oficial, para reformar a sentença, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002491-38.2018.4.03.6144

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MAJOVI PRODUTOS QUIMICOS - EIRELI - EPP

Advogados do(a) APELADO: SILVIO DIAS - SP226864-A, PAULO FERNANDO GRECO DE PINHO - SP144164-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002491-38.2018.4.03.6144

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MAJOVI PRODUTOS QUIMICOS - EIRELI - EPP

Advogados do(a) APELADO: SILVIO DIAS - SP226864-A, PAULO FERNANDO GRECO DE PINHO - SP144164-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial e apelação interposta pela UNIÃO FEDERAL contra sentença em que concedida a segurança, "para o fim de assegurar à impetrante o direito de excluir o valor correspondente ao ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, bem como para assegurar o direito à compensação dos valores recolhidos indevidamente, após o trânsito em julgado da sentença, com tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, e com as contribuições previdenciárias, desde que o impetrante utilize o Sistema de Escrituração Digital das Obrigações Fiscais, Previdenciárias e Trabalhistas (eSocial), para apuração das referidas contribuições, observado o disposto no § 1º, do artigo 26-A, da Lei 11.457/2007, com a ressalva de que o montante pago indevidamente deve ser atualizado pela SELIC a partir de janeiro de 1996, calculada até o mês anterior ao da compensação, afastada a cumulação com outro índice de correção monetária, e observada a prescrição quinquenal, ressalvado ao Fisco o direito de verificar a exatidão dos valores recolhidos pela parte impetrante" (ID 28722463).

A apelante requer, preliminarmente, a suspensão do feito até o julgamento dos embargos de declaração opostos pela União Federal no RE nº 574.706/PR. No mérito, defende a legalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições em questão. Sustenta que o ICMS integra o valor ou preço da operação de venda, de forma a compor também o faturamento ou receita bruta das empresas, base de cálculo do PIS e da COFINS. A comungar deste entendimento, cita os enunciados das súmulas 68 e 94 do STJ. Afirma que o E. STJ, em julgamento sob o regime dos recursos repetitivos, consolidou o entendimento favorável à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS (REsp nº 1.144.469/PR). Requer a reforma da sentença, julgando-se totalmente improcedente a pretensão da impetrante (ID 28722465).

Intimada, a impetrante apresentou contrarrazões (ID 28722469), pugnando pela manutenção da sentença recorrida.

O ilustre representante do Ministério Público Federal - MPF manifestou-se pelo regular prosseguimento do feito (ID nº 45257391).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002491-38.2018.4.03.6144

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MAJOVI PRODUTOS QUIMICOS - EIRELI - EPP

Advogados do(a) APELADO: SILVIO DIAS - SP226864-A, PAULO FERNANDO GRECO DE PINHO - SP144164-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O C. Supremo Tribunal Federal, em 15.03.2017, no julgamento do RE 574.706, com repercussão geral, definiu que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, conforme acórdão publicado em 02/10/2017, *verbis*:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS.

4. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

5. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

Anote-se que as alterações posteriores perpetradas pela Lei nº 12.973/14 não têm o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido, pois, conforme entendimento sedimentado do C. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.

Considero, portanto, que as alegações do contribuinte coadunam com o atual posicionamento da Corte Suprema.

No tocante à possibilidade de modulação dos efeitos do RE 574.706, não há como suspender o feito nesta fase processual.

A regra geral relativa aos recursos extraordinários julgados com repercussão geral é de vinculação dos demais casos ao julgado e a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Destaca-se que no âmbito do próprio STF vem sendo dada eficácia ao desfecho do RE nº 574.706/PR independentemente do trânsito em julgado dessa decisão. Confira-se as seguintes decisões monocráticas:

Decisão: ... Cumpre observar, finalmente, no que se refere à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, após reconhecer a existência de repercussão geral da questão constitucional igualmente versada na presente causa, julgou o RE 574.706/PR, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, nele fixando tese assim consubstanciada: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS." O exame da presente causa evidencia que o acórdão ora impugnado diverge, no ponto, da diretriz jurisprudencial que esta Suprema Corte firmou na análise da matéria em referência. Sendo assim, e tendo em consideração as razões expostas, dou parcial provimento ao recurso extraordinário, por estar o acórdão recorrido em confronto com entendimento emanado do Plenário desta Suprema Corte (RE 574.706/PR, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA), para determinar, em consequência, seja observada, pelo Tribunal "a quo", a orientação jurisprudencial em referência. Publique-se. Brasília, 21 de junho de 2017. Ministro CELSO DE MELLO Relator (RE 939742, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 21/06/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-141 DIVULG 27/06/2017 PUBLIC 28/06/2017)

Decisão: ... Quanto a possibilidade de inclusão do referido crédito presumido na base de cálculo do PIS e da COFINS, nos termos do art. 328, RISTF, determino o retorno dos autos ao Tribunal de origem para aplicação da sistemática da repercussão geral. Brasília, 26 de maio de 2017. Ministro Dias Toffoli Relator Documento assinado digitalmente (RE 1028359, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 26/05/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-114 DIVULG 30/05/2017 PUBLIC 31/05/2017)

Decisão: O Plenário desta Corte no RE 574.706, julgado sob a sistemática da repercussão geral (Tema 69), firmou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS". O acórdão do RE 574.706-RG ainda se encontra pendente de formalização e publicação, razão pela qual devem os autos retornar à origem para aplicação da tese firmada em sede de repercussão geral. Diante do exposto, com base no art. 328, parágrafo único, do RI/STF, determino o retorno dos autos à origem, a fim de que seja observada a sistemática da repercussão geral. Publique-se. Brasília, 23 de junho de 2017. Ministro Luís Roberto Barroso Relator (ARE 1054230, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 23/06/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-142 DIVULG 28/06/2017 PUBLIC 29/06/2017)

Em decorrência do indébito tributário, surge a possibilidade de realizar-se a compensação, observando-se a prescrição quinquenal, uma vez que a presente ação foi ajuizada em julho de 2018.

O E. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Recursos Especiais nºs 1.365.095/SP e 1.715.256/SP, submetidos à sistemática dos recursos repetitivos, firmou o entendimento de que é desnecessária a exigência de provas do efetivo recolhimento do tributo e do seu montante exato, de modo que tal apreciação fica postergada para a esfera administrativa.

Na hipótese, como relatado, o contribuinte impetrou o mandado de segurança, objetivando a declaração de inexigibilidade da inclusão dos valores atinentes ao ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS, bem como o reconhecimento do direito de compensar os valores indevidamente recolhidos a tais títulos. A pretensão é meramente declaratória, não tendo a apelada postulado a efetiva investigação da liquidez e certeza dos valores indevidamente pagos.

O instituto da compensação tributária encontra-se previsto no artigo 170 do Código Tributário Nacional, segundo o qual é necessária a edição de lei para fixar os requisitos a serem cumpridos para que o contribuinte possa se valer de referido instituto.

A Lei nº 8.383/91 permitia a compensação de tributos indevidamente recolhidos com parcelas vincendas de tributos da mesma espécie (art. 66) e, posteriormente, a Lei nº 9.250, de 26/12/1995, estabeleceu a exigência de mesma destinação constitucional.

Com o advento da Lei nº 9.430/96, foi possibilitado ao contribuinte que, por meio de requerimento administrativo, fosse-lhe autorizado, pela Secretaria da Receita Federal, compensar seus créditos com quaisquer tributos e contribuições sob sua administração.

A partir da edição da Lei nº 10.637/02, que deu nova redação ao art. 74 da Lei nº 9.430/96, permitiu-se a compensação de créditos tributários com débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Receita Federal do Brasil, independentemente do requerimento do contribuinte, ressalvadas as contribuições previdenciárias, conforme disposto no art. 26, parágrafo único, da Lei nº 11.457/2007, e art. 65 da Instrução Normativa nº 1717/2017, da Receita Federal do Brasil.

Sobreveio, então, a Lei nº 13.670/2018, que incluiu o artigo 26-A na Lei nº 11.457/2007, trazendo a possibilidade de compensação de contribuições previdenciárias e de contribuições destinadas a terceiras entidades com os demais tributos administrados pela Receita Federal do Brasil, desde que o contribuinte utilize o Sistema de Escrituração Digital das Obrigações Fiscais, Previdenciárias e Trabalhistas (eSocial), para apuração das referidas contribuições, observado o disposto no § 1º do referido artigo.

De acordo com o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça, a compensação de tributos é regida pela lei vigente à época do ajuizamento da ação (EREsp nº 488.922/MG, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki; EREsp nº 1.018.533/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 10/12/08, DJE 09/02/09).

Assim, a compensação deverá ser efetuada com contribuições e tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, nos termos do artigo 74 da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da demanda, observando-se a regra do artigo 170-A do CTN. Não obstante, nada impede que a apelada opte por realizar a compensação pela via administrativa, de acordo com a lei vigente à data do encontro de contas, desde que preenchidos os requisitos próprios, conforme jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C do CPC/1973 - REsp nº 1.137.738/SP (Tema nº 265).

Por fim, sobre o indébito tributário, incidirá correção monetária e juros apenas pela taxa SELIC, tendo em vista que esta já engloba juros e correção e, portanto, não pode ser cumulada com qualquer outro índice.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO À APELAÇÃO E À REMESSA OFICIAL.**

É o voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. APELAÇÃO. REMESSA OFICIAL. ICMS. BASE DE CÁLCULO. PIS. COFINS. INCONSTITUCIONALIDADE. TESE FIRMADA PELO STF EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). APLICAÇÃO NA HIPÓTESE, CONFORME PRECEDENTE DESTA C. CORTE. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO NÃO PROVIDAS.

1. O C. Supremo Tribunal Federal, em 15.03.2017, no julgamento do RE nº 574.706, com repercussão geral, definiu que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, conforme acórdão publicado em 02/10/2017.

2. No tocante à possibilidade de modulação dos efeitos do RE nº 574.706, não há como suspender o feito nesta fase processual, considerando que os embargos de declaração opostos não são dotados de efeito suspensivo. A regra geral relativa aos recursos extraordinários julgados com repercussão geral é de vinculação dos demais casos ao julgado e a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas. A intenção da União Federal é sobrestar o feito diante de uma mera expectativa de modulação do julgado, o que não merece guarida, uma vez que ausente previsão legal para tanto.

3. Em decorrência do indébito tributário, surge a possibilidade de realizar-se a compensação, observando-se a prescrição quinquenal, uma vez que a presente ação foi ajuizada em julho de 2018.

4. A compensação deverá ser efetuada com tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, à exceção das contribuições previdenciárias, nos termos do artigo 74 da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da demanda. Nada impede, todavia, que a apelada opte por realizar a compensação pela via administrativa, de acordo com a lei vigente à data do encontro de contas, desde que preenchidos os requisitos próprios, conforme jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C do CPC/1973 - REsp nº 1.137.738/SP (Tema nº 265).

5. Apelação da União Federal e remessa oficial não providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO À APELAÇÃO E À REMESSA OFICIAL., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5030866-17.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: MOVIDA LOCACAO DE VEICULOS S.A.
Advogado do(a) AGRAVANTE: ROBSON SITORSKI LINS - MS9678-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5030866-17.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: MOVIDA LOCACAO DE VEICULOS S.A.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento à decisão que, em ação anulatória, indeferiu tutela de urgência para liberação de veículo em favor da autora como fiel depositária, inclusive mediante caução por meio de seguro garantia, por não se ter vislumbrado perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.

A ação anulatória foi ajuizada contra ato administrativo de apreensão e aplicação de pena de perdimento de veículo que teria sido utilizado para transporte de mercadorias estrangeiras desacompanhadas de documentação regular.

Alegou a agravante que: **(1)** somente cabe perdimento de veículo ao proprietário que for responsável pelo ato ilícito, conforme Súmula 138 do extinto Tribunal Federal de Recursos; **(2)** houve julgamento recente do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a *“pessoa jurídica proprietária do veículo que exerce legalmente a atividade de locação, com fins lucrativos, não pode sofrer a pena de perdimento em razão de ilícito praticado pelo condutor-locatário, salvo se tiver participação na internalização ilícita de mercadoria da própria sociedade empresária”*; **(3)** não estão presentes os requisitos objetivos para aplicação da sanção; **(4)** sofre prejuízos desde a apreensão do veículo, que já ocorreu há mais de ano, em razão da impossibilidade de sua locação; **(5)** é empresa idônea, não havendo riscos de irreversibilidade da medida; e **(6)** estão demonstradas probabilidade do direito e perigo na demora.

Frente ao pedido de antecipação de tutela recursal foi registrado inexistir perigo de dano em razão do veículo estar apreendido há mais de um ano e não haver notícias da aplicação da pena de perdimento.

A agravante apresentou embargos de declaração.

A agravada ofertou manifestação.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5030866-17.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: MOVIDA LOCAÇÃO DE VEÍCULOS S.A.
Advogado do(a) AGRAVANTE: ROBSON SITORSKI LINS - MS9678-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL- FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, o objeto do presente recurso foi o indeferimento de tutela de urgência em ação anulatória, objetivando liberação de veículo apreendido.

Indeferida a antecipação de tutela recursal, houve processamento do recurso e, pautado o feito, foi noticiada, em 11/03/2020, a publicação de sentença que julgou procedente o pedido, nos seguintes termos:

“Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido, extinguindo o processo no mérito na forma do art. 487, I do CPC, para anular o ato administrativo que determinou o perdimento do veículo NISSAN KICKS – SV 1.6V FLEXSTAR 5p, Placa: QOA6958, Chassi de nº. 94DFCAP15JB137158, e, por conseguinte, determinar sua restituição à parte autora.

Considerando a fundamentação supramencionada e o perigo de dano irreparável, consistente na alienação ou deterioração do bem, defiro integralmente a tutela de urgência para determinar a imediata restituição do veículo, servindo cópia desta sentença como ofício.”

Logo, a decisão agravada restou superada pela sentença, na qual, inclusive, deferida tutela de urgência para imediata restituição do veículo à autora da ação. Tanto o objeto do agravo de instrumento como o objeto dos embargos de declaração não mais subsistem diante da prolação, na origem, de sentença.

Ante o exposto, julgo prejudicado o agravo de instrumento, tal qual os embargos de declaração ao indeferimento da antecipação de tutela recursal.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ANULATÓRIA. INDEFERIMENTO DE TUTELA DE URGÊNCIA. PROFERIDA SENTENÇA NA AÇÃO PRINCIPAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PERDA DE OBJETO.

1. Proferida sentença na ação originária, resta sem objeto o agravo de instrumento interposto contra indeferimento da tutela de urgência requerida, assim como os embargos de declaração em face do indeferimento, nesta instância, da antecipação de tutela recursal.
2. Agravo de instrumento e embargos de declaração julgados prejudicados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, julgou prejudicado o agravo de instrumento, tal qual aos embargos de declaração ao indeferimento da antecipação de tutela, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5003511-84.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: SAUDE SANTA TEREZA LTDA
Advogado do(a) APELANTE: DANIEL JOSE DE BARROS - SP162443-A

APELADO: AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR, ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Erro de interpretação na linha: '

#{processoTrfHome.processoPartePoloPassivoDetalhadoStr}

': java.lang.ClassCastException

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003511-84.2018.4.03.6105

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: SAUDE SANTA TEREZA LTDA

Advogado do(a) APELANTE: DANIEL JOSE DE BARROS - SP162443-A

APELADO: AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR, ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por Saúde Santa Tereza Ltda., contra sentença que julgou improcedentes os respectivos embargos à execução fiscal.

O caso é de ação executiva manejada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS para a cobrança do crédito público inscrito na Certidão de Dívida Ativa nº 4.002.000819/17-93 e resultante do processo administrativo nº 33902.236170/2012-68, pelo qual se constatou a inobservância, pela embargante, do dever de comunicação de reajuste de planos de saúde coletivos, previsto no art. 20, caput, da Lei 9.656/98 cumulado com as Resoluções 156/07 e 171/08 da referida Agência Reguladora.

A embargante sustenta nulidade do título executivo e pugna pelo reconhecimento da ocorrência de prescrição da pretensão de cobrança. No mais, requer o abrandamento da sanção disciplinar imposta e aduz a inaplicabilidade do encargo legal previsto no Decreto Lei 1.025/69 e da Taxa Selic, enquanto índice de atualização monetária.

O Magistrado *a quo* entendeu que a executada não conseguiu desconstituir a presunção de certeza e liquidez inerente a todas as certidões de dívida ativa. Decidiu pela regularidade da aplicação da multa administrativa e de seus consectários legais. Julgou o feito improcedente e fixou honorários advocatícios em 10% sobre o valor atualizado da causa.

Inconformada, a demandante apelou retomando apenas os argumentos atinentes à ocorrência de decadência/prescrição e ao abrandamento da sanção administrativa imposta. Ademais, pleiteia o afastamento de sua condenação à verba honorária.

Com contrarrazões, os autos subiram a esta E. Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5003511-84.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: SAUDE SANTA TEREZA LTDA
Advogado do(a) APELANTE: DANIEL JOSE DE BARROS - SP162443-A
APELADO: AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR, ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A questão posta nos autos diz respeito à exigibilidade de crédito público.

De início, cuidando-se de multa administrativa, com caráter sancionatório e não tributário, não é cabível a aplicação do Código Tributário Nacional, de modo que eventual ocorrência de decadência deve ser analisada com base na Lei 9.873/99.

Comefeito, dispõe o artigo 1º e 2º do mencionado diploma legal:

Art. 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

(...)

Art. 2º Interrompe-se a prescrição da ação punitiva: (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

I - pela citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital;

I – pela notificação ou citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital; (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

II - por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato;

III - pela decisão condenatória recorrível.

IV – por qualquer ato inequívoco que importe em manifestação expressa de tentativa de solução conciliatória no âmbito interno da administração pública federal. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

Ressalta-se que, apesar do art. 1º e 2º da Lei 9.873/99 se referir à prescrição da ação punitiva, é evidente o caso de atecnia legislativa, tratando-se, em verdade, de prazo decadencial, uma vez que relacionado a direito potestativo da Administração Pública de constituir o crédito público.

Observa-se o precedente desta E. Turma nesse sentido:

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. MULTA AMBIENTAL. IBAMA. ARTS. 1º E 1º-A DA LEI Nº 9.873/99. DECADÊNCIA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTIVA. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. NÃO OCORRÊNCIA. EXCESSO DE COBRANÇA RECONHECIDA. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE DA CDA. REDUÇÃO DO VALOR PRINCIPAL. POSSIBILIDADE. PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO DA PARCELA EXIGÍVEL.

1. Agravo de instrumento não conhecido na parte em que o recorrente pleiteia a redução da multa com fundamento no art. 60, §§1º e 3º, do Decreto n.º 3.179/1999. Trata-se de flagrante inovação recursal, visto que a alegação sequer foi aventada na exceção de pré-executividade oposta na origem. Não se trata de questão de ordem pública, tampouco de fato superveniente. Em sendo assim, a causa de pedir deveria ter sido trazida a debate, sob o crivo do contraditório, junto ao juízo de primeiro grau, o que não ocorreu. Desse modo, não é possível conhecer a matéria nesta instância recursal.

2. A execução fiscal de origem tem como objeto a cobrança de crédito não tributário (multa por infração à legislação ambiental). Dessa forma, não é cabível a aplicação do Código Tributário Nacional no tocante à prescrição e decadência do crédito fiscal.

3. Na hipótese dos autos, em que o auto de infração é datado de 14/10/2003, o prazo de decadência aplicável é aquele previsto no artigo 1º da Lei n.º 9.873/99. Embora a norma faça menção à prescrição da ação punitiva, trata-se de nítido prazo decadencial para constituição do crédito, o qual tem como termo inicial a prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, o dia em que tiver cessado. Tema Repetitivo n.º 326 do STJ.

4. Caso concreto em que a infração consiste em “danificar 5,0 hectares de área de preservação permanente, sem autorização do órgão competente à nascente de um córrego”. É cediço que os danos constatados à vegetação caracterizam a permanência da infração, a qual somente é cessada com a integral recuperação da área. Desse modo, não estava consumada a decadência no momento em que foram constatados os danos ambientais em área de preservação permanente e, conseqüentemente, lavrado o auto de infração. Precedentes da 3ª Turma.

5. Não corre o prazo decadencial (denominado pela legislação como prazo de “prescrição da ação punitiva”) enquanto é oportunizada a ampla defesa do autuado e colhidos os elementos para apuração do fato no curso do devido processo administrativo, nos termos do art. 2º, II, da Lei n.º 9.873/99.

6. Transcorre o prazo de prescrição intercorrente entre a lavratura do auto de infração e o término do processo administrativo, nos termos do §1º do art. 1º da Lei n.º 9.873/99. Ocorre que a prescrição intercorrente na via administrativa apenas se configura nas hipóteses de paralisação de processo administrativo por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho, no qual não ocorra a prática de qualquer ato ou movimentação.

7. O regular impulso processual promovido pela autoridade administrativa, tanto para cientificar as partes de atos praticados quanto para a realização de diligências relacionadas à apuração do fato, afastam a caracterização da prescrição intercorrente, a qual, frise-se, não decorre da mera demora no julgamento do recurso. Compulsando os autos do processo administrativo em análise, verifica-se não ter ocorrido a ausência de movimentação do processo administrativo por mais de três anos.

8. Ainda que se vislumbrasse eventual excesso de prazo na conclusão do processo administrativo, tal fato não acarreta qualquer nulidade no caso concreto. Na hipótese, deveria o executado ter comprovado concretamente o prejuízo decorrente do fato de a autoridade ter extrapolado o prazo previsto para conclusão do procedimento administrativo, o que não foi demonstrado nos autos. Aplicação do princípio da inexistência de nulidade sem prejuízo (pas de nullité san grief), amplamente admitida nos processos administrativos.

9. Em relação à prescrição da pretensão executiva, consoante estabelece o art. 1º-A da Lei n.º 9.873/99, incluído pela Lei n.º 11.941/09, a Administração Pública dispõe do prazo de 5 (cinco) anos para a promoção da ação de execução decorrente da aplicação de multa por infração à legislação em vigor, contado do término do respectivo processo administrativo.

10. O STJ, no julgamento do Recurso Especial 1.112.577/SP, processado sob o regime do art. 543-C do CPC, fixou o entendimento de que: “em se tratando de multa administrativa, a prescrição da ação de cobrança somente tem início com o vencimento do crédito sem pagamento, quando se torna inadimplente o administrado infrator. Antes disso, e enquanto não se encerrar o processo administrativo de imposição da penalidade, não corre prazo prescricional, porque o crédito ainda não está definitivamente constituído e simplesmente não pode ser cobrado”. Súmula 467 do STJ.

11. Na pendência de processo administrativo visando à apuração de infrações administrativas, instaurado em decorrência do exercício do poder de polícia, não há se falar em transcurso do lustro prescricional. Precedentes.

12. Apenas a partir do novo vencimento para pagamento da multa (04/03/2009), fixado após a homologação do auto de infração pela autoridade competente, iniciou-se a contagem do prazo prescricional. 13. Considerando a data em que o referido processo administrativo teve termo, bem como a data da propositura da ação de execução (19/12/2012), a prescrição não deve ser reconhecida, à míngua do decurso do prazo quinquenal legal.

14. Assiste parcial razão à agravante no tocante à alegação de que o débito principal consignado na CDA corresponde a montante superior àquele fixado pela autoridade administrativa a título de multa. Incorretamente constou na CDA o valor principal como sendo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), pois a autoridade administrativa, ao realizar a inscrição do débito em dívida ativa, não observou que a pena havia sido reduzida para R\$ 7.500,00.

15. Referido excesso na cobrança não acarreta a nulidade da CDA, pois permanece exigível a parcela correspondente à multa efetivamente aplicada pela autoridade administrativa. Nessa hipótese, o C. STJ entende, inclusive, ser desnecessária a emenda ou substituição da CDA, bastando que por meros cálculos aritméticos se obtenha o valor correto para prosseguimento da execução.

16. Acolhida parcialmente a exceção de pré-executividade, de rigor a condenação do IBAMA no pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor do excesso cobrado na execução fiscal de origem, nos termos do art. 85, §§ 2º e 3º, I, do CPC.

17. Agravo de instrumento parcialmente conhecido. Na parte conhecida, parcialmente provido.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5003253-22.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 24/06/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 28/06/2019)

Na hipótese em comento, a infração administrativa relaciona-se ao período compreendido entre maio/2008 e abril/2011.

Em 14.05.2012, houve notificação da embargante, mediante o ofício nº 958/2012/GGEFP/DIPRO/ANS, a fim de lhe oportunizar a possibilidade de esclarecimentos, sob pena de lavratura de auto de infração (ID 65523486).

É caso, portanto, de interrupção do prazo decadencial quinquenal, nos termos do supracitado art. 2º, IV, da Lei 9.873/99.

Foi, por fim, oferecida a representação nº 0588/DIPRO, foi constituído o crédito público, ainda que não definitivamente, em 24.03.2014, conforme se verifica da Certidão de Dívida Ativa nº 4.002.000819/17-93.

Não há que se falar em ocorrência de decadência.

Em relação à prescrição, igualmente, no caso, esta não se orienta pelo Código Tributário Nacional, mas sim pelo Decreto nº 20.910/32, conforme decidido pelo C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Resp nº 1.105.442/RJ (representativo de controvérsia):

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. RITO DO ARTIGO 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA. MULTA ADMINISTRATIVA. EXECUÇÃO FISCAL. PRAZO PRESCRICIONAL. INCIDÊNCIA DO DECRETO Nº 20.910/32. PRINCÍPIO DA ISONOMIA.

1. É de cinco anos o prazo prescricional para o ajuizamento da execução fiscal de cobrança de multa de natureza administrativa, contado do momento em que se torna exigível o crédito (artigo 1º do Decreto nº 20.910/32).

2. Recurso especial provido.

(REsp 1105442/RJ, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 22/02/2011)

Com efeito, restou igualmente pacificado que o termo inicial do curso prescricional quinquenal coincide com a constituição definitiva dos créditos públicos, o que, no caso de multas administrativas, ocorre na data de seus vencimentos, após o término de processo administrativo, em caso de deflagração deste.

Nesse sentido, o entendimento fixado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Resp nº 1.112.577/SP (representativo de controvérsia):

ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO FISCAL. MULTA ADMINISTRATIVA. INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO DO MEIO AMBIENTE. PRESCRIÇÃO. SUCESSÃO LEGISLATIVA. LEI 9.873/99. PRAZO DECADENCIAL. OBSERVÂNCIA. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC E À RESOLUÇÃO STJ N.º 08/2008.

(...)

5. O termo inicial da prescrição coincide com o momento da ocorrência da lesão ao direito, consagração do princípio universal da actio nata. Nesses termos, em se tratando de multa administrativa, a prescrição da ação de cobrança somente tem início com o vencimento do crédito sem pagamento, quando se torna inadimplente o administrado infrator. Antes disso, e enquanto não se encerrar o processo administrativo de imposição da penalidade, não corre prazo prescricional, porque o crédito ainda não está definitivamente constituído e simplesmente não pode ser cobrado.

(...)

8. Recurso especial não provido. Acórdão sujeito ao art. 543-C do CPC e à Resolução STJ n.º 08/2008.

(REsp 1112577/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 08/02/2010)

No caso autos, ainda que não haja cópia integral do processo administrativo, verifica-se que sua decisão definitiva foi proferida em 28.12.2015 (ID 65523486). Por sua vez, conforme consta na Certidão de Dívida Ativa nº 4.002.000819/17-93, a inscrição em dívida ativa ocorreu em 20.03.2017 e o ajuizamento da execução fiscal em 03.06.2017.

Não se identifica o decurso do prazo prescricional quinquenal.

Quanto ao mérito propriamente dito, é sabido que embargante descumpriu o dever de envio de informações periódicas à Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, previsto no art. 20 da Lei 9.656/98:

Art. 20. As operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o desta Lei são obrigadas a fornecer, periodicamente, à ANS todas as informações e estatísticas relativas as suas atividades, incluídas as de natureza cadastral, especialmente aquelas que permitam a identificação dos consumidores e de seus dependentes, incluindo seus nomes, inscrições no Cadastro de Pessoas Físicas dos titulares e Municípios onde residem, para fins do disposto no art. 32.

Quanto às penalidades, o art. 25 do mesmo diploma legal, estabelece:

Art. 25. As infrações dos dispositivos desta Lei e de seus regulamentos, bem como aos dispositivos dos contratos firmados, a qualquer tempo, entre operadoras e usuários de planos privados de assistência à saúde, sujeitam a operadora dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o desta Lei, seus administradores, membros de conselhos administrativos, deliberativos, consultivos, fiscais e assemelhados às seguintes penalidades, sem prejuízo de outras estabelecidas na legislação vigente

I - advertência;

II - multa pecuniária;

III - suspensão do exercício do cargo;

IV - inabilitação temporária para exercício de cargos em operadoras de planos ou seguros de assistência à saúde;

IV - inabilitação temporária para exercício de cargos em operadoras de planos de assistência à saúde;

V - inabilitação permanente para exercício de cargos de direção ou em conselhos das operadoras a que se refere esta Lei, bem como em entidades de previdência privada, sociedades seguradoras, corretoras de seguros e instituições financeiras.

VI - cancelamento da autorização de funcionamento e alienação da carteira da operadora.

(...)

Art. 27. A multa de que trata o art. 25 será fixada e aplicada pela ANS no âmbito de suas atribuições, com valor não inferior a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) e não superior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) de acordo com o porte econômico da operadora ou prestadora de serviço e a gravidade da infração, ressalvado o disposto no § 6º do art. 19.

Por fim, a tal conduta foi especificamente tratada pela Resolução 124/06:

Art. 35. Deixar de enviar à ANS ou enviar, fora do prazo previsto na regulamentação, documento ou informação periódica:

Sanção - advertência; multa de R\$ 25.000,00.

A impossibilidade de aplicação da penalidade de advertência foi devidamente justificada pela autoridade administrativa com base no art. 5º e 8º do mesmo ato normativo. *Verbis:*

Art. 5º. A sanção de advertência poderá ser aplicada, a critério da autoridade julgadora, nos casos previstos nesta norma e desde que atendida ao menos uma das seguintes condições circunstâncias descritas nos incisos I a III do art. 8º, ou uma das condições abaixo previstas:

I - ter ocorrido o cumprimento da obrigação até o décimo dia contado da data do recebimento da intimação pela operadora para ciência do auto; ou

II - não ter havido lesão irreversível ao bem jurídico tutelado pela norma infringida."

(...)

Art. 8º. São circunstâncias que sempre atenuam a sanção:

I - ser a infração provocada por lapso do autor e não lhe trazer nenhum benefício, nem prejuízo ao consumidor; ou

II - ter o infrator incorrido em equívoco na compreensão das normas regulamentares da ANS, claramente demonstrada no processo;

III - ter o infrator adotado voluntariamente providências suficientes para reparar a tempo os efeitos danosos da infração.

Assim, não assiste razão à requerente quanto ao pedido de abrandamento da sanção imposta.

Acerca do encargo legal de 20%, previsto no Decreto Lei nº 1.025/69, sua aplicabilidade enquanto verba substitutiva dos honorários advocatícios, em sede de embargos à execução fiscal, já foi reafirmada pelo C. STJ. Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ANÁLISE DOS REQUISITOS DA CDA. IMPOSSIBILIDADE. ENCARGO LEGAL DO DECRETO-LEI 1.025/1969. LEGALIDADE E COMPATIBILIDADE COMO CPC.

1. A aferição dos requisitos essenciais à validade da CDA demanda, em regra, reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que é inviável em Recurso Especial ante o óbice da Súmula 7/STJ.

2. Está assentado na jurisprudência deste STJ, inclusive em recurso representativo da controvérsia, a legalidade e a compatibilidade do encargo legal previsto no art. 1º, do Decreto-Lei n. 1.025/69 com o Código de Processo Civil.

3. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp 1516395/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2015, DJe 04/09/2015)

É de ser excluída a condenação da executada aos honorários advocatícios, diante da presença do referido encargo legal no título executivo em cobrança.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação da embargante, apenas para afastar sua condenação ao pagamento da verba honorária.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO FISCAL. ANS. MULTA ADMINISTRATIVA. CRÉDITO NÃO TRIBUTÁRIO. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO VERIFICADAS. INAPLICABILIDADE DO CTN. REGULARIDADE DA PENALIDADE IMPOSTA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE.

1. A questão posta nos autos diz respeito à exigibilidade de crédito público.
2. Cuidando-se de multa administrativa, com caráter sancionatório e não tributário, não é cabível a aplicação do Código Tributário Nacional, de modo que eventual ocorrência de decadência deve ser analisada com base na Lei 9.873/99.
3. Ressalta-se que, apesar do art. 1º e 2º da Lei 9.873/99 se referir à prescrição da ação punitiva, é evidente o caso de atecnia legislativa, tratando-se, em verdade, de prazo decadencial, uma vez que relacionado a direito potestativo da Administração Pública de constituir o crédito público.
4. Em 14.05.2012, houve notificação da embargante, mediante o ofício nº 958/2012/GGEFP/DIPRO/ANS, a fim de lhe oportunizar a possibilidade de esclarecimentos, sob pena de lavratura de auto de infração (ID 65523486). É caso, portanto, de interrupção do prazo decadencial quinquenal, nos termos do supracitado art. 2º, IV, da Lei 9.873/99.
5. Foi, por fim, oferecida a representação nº 0588/DIPRO, foi constituído o crédito público, ainda que não definitivamente, em 24.03.2014, conforme se verifica da Certidão de Dívida Ativa nº 4.002.000819/17-93. Não há que se falar em ocorrência de decadência.
6. Em relação à prescrição, igualmente, no caso, esta não se orienta pelo Código Tributário Nacional, mas sim pelo Decreto nº 20.910/32, conforme decidido pelo C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Resp nº 1.105.442/RJ (representativo de controvérsia).
7. Restou igualmente pacificado que o termo inicial do curso prescricional quinquenal coincide com a constituição definitiva dos créditos públicos, o que, no caso de multas administrativas, ocorre na data de seus vencimentos, após o término de processo administrativo, em caso de deflagração deste.
8. No caso autos, ainda que não haja cópia integral do processo administrativo, verifica-se que sua decisão definitiva foi proferida em 28.12.2015 (ID 65523486). Por sua vez, conforme consta na Certidão de Dívida Ativa nº 4.002.000819/17-93, a inscrição em dívida ativa ocorreu em 20.03.2017 e o ajuizamento da execução fiscal em 03.06.2017. Não se identifica o decurso do prazo prescricional quinquenal.
9. Quanto ao mérito propriamente dito, é sabido que embargante descumpriu o dever de envio de informações periódicas à Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, previsto no art. 20 da Lei 9.656/98. As penalidades impostas ao descumprimento dos deveres previstos na Lei 9.656/98 estão previstas em seu art. 25. Tal conduta foi especificamente tratada pela Resolução 124/06, em seu art. 35, sendo apenada com advertência ou multa de R\$ 25.000,00.
10. A impossibilidade de aplicação da penalidade de advertência devidamente justificada pela autoridade administrativa com base no art. 5º e 8º do mesmo ato normativo. Não assiste razão à requerente quanto ao pedido de abrandamento da sanção imposta.

11. Acerca do encargo legal de 20%, previsto no Decreto Lei nº 1.025/69, sua aplicabilidade enquanto verba substitutiva dos honorários advocatícios, em sede de embargos à execução fiscal, é consolidada na jurisprudência.

12. Apelação parcialmente provida, apenas para afastar a condenação da embargante ao pagamento da verba honorária.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação da embargante,, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5003998-65.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: VIACAO ITAPEMIRIM S.A.

Advogado do(a) AGRAVANTE: HEMERSON JOSE DA SILVA - ES19171

AGRAVADO: AGENCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5003998-65.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: VIACAO ITAPEMIRIM S.A.

Advogado do(a) AGRAVANTE: HEMERSON JOSE DA SILVA - ES19171

AGRAVADO: AGENCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Viação Itapemirim S.A. em face de decisão que indeferiu pedido de justiça gratuita em execução fiscal.

Sustenta que comprovou a insuficiência de recursos. Explica que experimentou prejuízos acumulados nos últimos anos e variações negativas no fluxo de caixa, conforme balancetes contábeis juntados.

Alega que, embora a concessão de recuperação judicial não autorize isoladamente a justiça gratuita, constitui grande fator de dificuldade financeira, que justifica análise diferenciada em relação às demais pessoas jurídicas.

Requeru a antecipação de tutela recursal, que foi indeferida.

A ANTT apresentou resposta ao agravo.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5003998-65.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: VIACAO ITAPEMIRIM S.A.
Advogado do(a) AGRAVANTE: HEMERSON JOSE DA SILVA - ES19171
AGRAVADO: AGENCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A pretensão recursal não procede.

A pessoa jurídica, para fazer jus ao benefício da justiça gratuita, deve comprovar insuficiência de recursos, o que não foi demonstrado por Viação Itapemirim S.A. (artigo 98, *caput*, do CPC e Súmula n. 481 do STJ).

Embora o processamento de recuperação judicial indique crise econômico-financeira, a companhia detém, no ativo circulante, disponibilidades nada desprezíveis (superiores a um milhão de reais), que permitem, a princípio, o custeio de despesas no decorrer da relação processual.

Os prejuízos acumulados e o passivo contábil não subtraem imediatamente a capacidade de pagamento. O cumprimento das obrigações pode ocorrer em período posterior ao custeio de cada despesa processual, mantendo a disposição de recursos no momento do ato a ser praticado.

A insuficiência deve ser contemporânea ao pagamento e não se pode afirmar, no cenário atual, que Viação Itapemirim S.A. esteja destituída de numerário para custear as despesas processuais, em função do saldo de caixa disponível.

Talvez a privação ocorra por ocasião da prática de cada ato processual, o que justifica a formulação de pedido específico. O que não cabe, porém, é defender insuficiência de recursos num momento de disponibilidades nada desprezíveis, garantindo a cobertura de obrigações futuras e preterindo outras, mesmo com caixa suficiente para elas. Há quebra de paridade.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. JUSTIÇA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA. INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. DISPONIBILIDADES SIGNIFICATIVAS. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.

I. A pretensão recursal não procede.

II. A pessoa jurídica, para fazer jus ao benefício da justiça gratuita, deve comprovar insuficiência de recursos, o que não foi demonstrado por Viação Itapemirim S.A. (artigo 98, *caput*, do CPC e Súmula n. 481 do STJ).

III. Embora o processamento de recuperação judicial indique crise econômico-financeira, a companhia detém, no ativo circulante, disponibilidades nada desprezíveis (superiores a um milhão de reais), que permitem, a princípio, o custeio de despesas no decorrer da relação processual.

IV. Os prejuízos acumulados e o passivo contábil não subtraem imediatamente a capacidade de pagamento. O cumprimento das obrigações pode ocorrer em período posterior ao custeio de cada despesa processual, mantendo a disposição de recursos no momento do ato a ser praticado.

V. A insuficiência deve ser contemporânea ao pagamento e não se pode afirmar, no cenário atual, que Viação Itapemirim S.A. esteja destituída de numerário para custear as despesas processuais, em função do saldo de caixa disponível.

VI. Talvez a privação ocorra por ocasião da prática de cada ato processual, o que justifica a formulação de pedido específico. O que não cabe, porém, é defender insuficiência de recursos num momento de disponibilidades nada desprezíveis, garantindo a cobertura de obrigações futuras e preterindo outras, mesmo com caixa suficiente para elas. Há quebra de paridade.

VII. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5022032-92.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: LUIS ALBERTO LABOISSIERE AMBROSIO, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: STEFFANIA GONCALVES DE CAMPOS SCOMPARIN - SP395145-A, BRUNA BARBOSA LUPPI - SP241358-A, FERNANDA RIZZO PAES DE ALMEIDA - SP271385-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, LUIS ALBERTO LABOISSIERE AMBROSIO

Advogados do(a) APELADO: FERNANDA RIZZO PAES DE ALMEIDA - SP271385-A, STEFFANIA GONCALVES DE CAMPOS SCOMPARIN - SP395145-A, BRUNA BARBOSA LUPPI - SP241358-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5022032-92.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: LUIS ALBERTO LABOISSIERE AMBROSIO, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: STEFFANIA GONCALVES DE CAMPOS SCOMPARIN - SP395145-A, BRUNA BARBOSA LUPPI - SP241358-A, FERNANDA RIZZO PAES DE ALMEIDA - SP271385-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, LUIS ALBERTO LABOISSIERE AMBROSIO

Advogados do(a) APELADO: FERNANDA RIZZO PAES DE ALMEIDA - SP271385-A, STEFFANIA GONCALVES DE CAMPOS SCOMPARIN - SP395145-A, BRUNA BARBOSA LUPPI - SP241358-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de dupla apelação e remessa necessária à sentença que, em mandado de segurança, concedeu parcialmente a ordem para afastar a exigibilidade de imposto de renda sobre parcela do ganho de capital na alienação imobiliária utilizada na quitação de financiamento de outro imóvel, adquirido anteriormente pelo contribuinte.

Alegou o contribuinte que: (1) os empréstimos tomados com pessoas físicas tiveram a finalidade única de financiar a aquisição do “Imóvel Adquirido nº 2”, regularmente informado na declaração de ajuste anual do ano-calendário de 2017, sendo que os valores recebidos pela venda do imóvel à Rua Brás Cardoso, 563, geraram ganho de capital usado para pagar os empréstimos, quitando os dois imóveis (Rua Bueno Brandão e Rua Brás Cardoso 547); (2) houve nulidade parcial da sentença, por cerceamento de defesa e contraditório, pois ignoradas as provas carreadas após a petição inicial, sem atentar ao fato novo levantado nas informações da autoridade coatora, consistente na dúvida sobre os valores dos empréstimos terem sido aplicados na compra do imóvel da Rua Bueno Brandão, fato comprovado pela juntada de escritura do imóvel, demonstrando que em 17/06/2015, somente um dia após recebido o empréstimo de Gustavo Loyola em 16/06/2015, e no mesmo dia do recebimento do empréstimo de José Luis Camargo (17.06.2015), foi efetuado o pagamento do imóvel, emitindo cheque em valor coincidente com os empréstimos; (3) conforme o artigo 39 da Lei 11.196/2005, caso o alienante de imóvel residencial aplique o produto da venda na aquisição de outros imóveis residenciais, no prazo de 180 dias, será isento do imposto de renda sobre ganho de capital, não havendo previsão de que o imóvel tenha de ser adquirido depois da venda do imóvel que gerou ganho de capital; e (4) as provas revelam que aplicação dos valores recebidos destinou-se ao pagamento de empréstimos realizados com finalidade única de financiar a aquisição do imóvel da Rua Bueno Brandão, 282, apartamento 101 (“Imóvel Adquirido nº 2”), da mesma forma como já reconhecido na sentença em relação ao imóvel da Rua Brás Cardoso, 547 (“Imóvel Adquirido nº 1”).

Alegou a PFN que: (1) o artigo 2º, § 11º, I, da IN/RFB 599/2005, prevê que, para a concessão da isenção sobre ganho de capital, deve ocorrer primeiro a venda do imóvel para posterior aquisição, em até 180 dias, de outro imóvel novo, usando o valor de ganho de capital da primeira operação; (2) o artigo 39 da Lei 11.196/2005 deixa claro que somente seria possível usufruir da isenção se a compra do imóvel ocorrer a partir da venda do imóvel antigo, o que não foi o caso dos autos; (3) nos termos do artigo 150, § 6º, da Constituição Federal, e do artigo 111, do Código Tributário Nacional, a isenção tributária deve ser interpretada literalmente, inexistindo espaço para exegese extensiva; e (4) assim, é inviável a interpretação de que o valor obtido na venda do imóvel antigo possa ser utilizado para pagar o financiamento de imóvel antes adquirido sem que haja a incidência do imposto sobre o ganho de capital.

Houve contrarrazões e parecer do MPF, manifestando-se pelo prosseguimento do feito (ID 129175577).

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5022032-92.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: LUIS ALBERTO LABOISSIERE AMBROSIO, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogados do(a) APELANTE: STEFFANIA GONCALVES DE CAMPOS SCOMPARIN - SP395145-A, BRUNA
BARBOSA LUPPI - SP241358-A, FERNANDA RIZZO PAES DE ALMEIDA - SP271385-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, LUIS ALBERTO LABOISSIERE AMBROSIO
Advogados do(a) APELADO: FERNANDA RIZZO PAES DE ALMEIDA - SP271385-A, STEFFANIA GONCALVES
DE CAMPOS SCOMPARIN - SP395145-A, BRUNA BARBOSA LUPPI - SP241358-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, foi concedida em parte a ordem para afastar o imposto de renda sobre parcela do ganho de capital pela alienação imobiliária utilizada na quitação de financiamentos de outros imóveis, adquiridos anteriormente pelo contribuinte.

De início, quanto a não terem sido considerados documentos juntados em fase ulterior da impetração, inviável o reconhecimento da nulidade da sentença, pois o mandado de segurança não é via processual que comporte dilação probatória, devendo a base documental ser acostada à inicial para requisição de informações à autoridade impetrada e pronto julgamento da causa.

Neste sentido:

RMS 30.081, Rel. Min. OTÁVIO NORONHA, DJe 28/04/2010: "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. SÚMULA N. 267/STF. ATO JUDICIAL. AUSÊNCIA DE TERATOLOGIA E ILEGALIDADE. 1. O mandado de segurança somente pode ser ofertado quando plenamente aferível o direito líquido e certo no momento da impetração, cuja existência e delimitação são comprovadas de plano, sem a necessidade de dilação probatória. 2. A decisão judicial que, com base em certidão, conclui pela inexistência de prolação de sentença em processo falimentar não é passível de impugnação via ação mandamental, visto que não se reveste de teratologia ou flagrante ilegalidade. 3. "Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição" – Súmula n. 267 do STF. 4. Recurso ordinário desprovido."

Logo, não implica nulidade a rejeição no mandado de segurança de documentos adicionais à impetração (ID 127176225), não havendo cerceamento de defesa. Ademais, tais documentos não se mostraram novos ou desconhecidos do autor, sendo pré-existentes ao direito alegado, não sendo juntados por descuido ou negligência.

Quanto ao mérito, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que, embora a aquisição do imóvel novo seja anterior à alienação do imóvel antigo, o contribuinte faz jus à isenção de imposto de renda sobre a parcela do ganho de capital, utilizada na quitação de financiamento do imóvel adquirido anteriormente, nos seguintes termos:

REsp 1.668.268, Rel. Min. REGINA COSTA, DJe 22/03/2018: "TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF. ALIENAÇÃO DE IMÓVEL RESIDENCIAL. GANHO DE CAPITAL. LEI N. 11.196/05 ("LEI DO BEM"). VALORES PARCIALMENTE DESTINADOS À QUITAÇÃO DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO DE OUTRO IMÓVEL RESIDENCIAL. DIREITO À ISENÇÃO. RESTRIÇÃO IMPOSTA POR INSTRUÇÃO NORMATIVA. ILEGALIDADE. PRECEDENTE. MAJORAÇÃO DE HONORÁRIOS RECURSAIS. ART. 85, § 11, DO CPC/15. IMPOSSIBILIDADE. I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Aplica-se o Código de Processo Civil de 2015. II - A isenção prevista no art. 39, § 2º, da Lei n. 11.196/05, alcança as hipóteses nas quais o produto da venda de imóvel por pessoa física seja destinado, total ou parcialmente, à quitação ou amortização de financiamento de outro imóvel residencial que o alienante já possui. Precedente. III - Ilegalidade do art. 2º, § 11, inciso I, da Instrução Normativa SRF n. 599/05. IV - Impossibilitada a majoração de honorários nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil de 2015, porquanto não houve anterior fixação de verba honorária. V - Recurso especial desprovido."

No mesmo sentido decidiu esta Turma:

ApReeNec 0009037-46.2016.4.03.6119, Rel. Juíza Fed. Conv. DENISE AVELAR, DJe 31/01/2018: "DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. GANHO DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE BEM IMÓVEL RESIDENCIAL. ARTIGO 2º, § 11º, INCISO I, DA IN/SRF 599/2005 E ARTIGO 39 DA LEI 11.196/2005. 1. A Lei 11.196/05, ao tratar sobre a isenção do IRPF sobre o ganho na alienação de imóvel residencial, apenas exigiu, no prazo de 180 dias da venda, a aplicação do "produto da venda na aquisição de imóveis residenciais localizados no País". 2. A norma de isenção da Lei 11.196/2005 não prescreve que o produto da venda de imóvel somente seja aplicado/utilizado na aquisição de imóvel posteriormente ao ato da venda, de modo que a IN/SRF 599/2005, deu interpretação restritiva não prevista na legislação. 3. Precedente do Superior Tribunal de Justiça: "É ilegal a restrição estabelecida no art. 2º, §11, I, da Instrução Normativa-SRF n. 599/2005" (RESP 1.469.478, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJE 19/12/2016). 4. Apelação e remessa oficial desprovidas."

Assim, tendo em vista o reconhecimento da ilegalidade e incompatibilidade vertical do artigo 2º, §11, da IN SRF 599/2005 como artigo 39, §2º, da Lei 11.196/2005, implausível a tese suscitada pela Fazenda Nacional.

A exegese teleológica da norma tributária, que evite reduzir o alcance substancial e efetivo de sua eficácia, não equivale, como suposto, à adoção de leitura extensiva, analógica ou, por qualquer forma, contrária à natureza do benefício estabelecido ou à regra de interpretação fixadas pelo artigo 150, § 6º, da Constituição Federal, ou artigo 111 do Código Tributário Nacional. Logo, a solução consagrada na jurisprudência, longe de ater-se a aspectos simplistas e formais da norma, reforça o intento projetado pelo legislador de estimular o investimento imobiliário no contexto de carência que, desde sempre, permeia, neste aspecto, a realidade social e econômica do país.

No caso, cabe ressaltar, porém, inexistir prova inconteste de que empréstimos tomados com pessoas físicas tivessem como objeto e finalidade única e exclusiva a aquisição do imóvel à Rua Bueno Brandão, sendo traço distintivo essencial de tal modalidade de mútuo a desvinculação de propósito específico, diversamente do que ocorre com financiamentos imobiliários contratados nos termos da Lei 9.514/1997, realizados exclusivamente pelas instituições financeiras constantes do artigo 2º para aquisição de imóvel no âmbito do SFI - Sistema de Financiamento Imobiliário.

Neste contexto, o contrato de mútuo particular (ID 127176196, f. 1/5) do impetrante com Gustavo Jorge Laboisierre Loyola não prevê como finalidade a aquisição de imóvel, sendo que o comprovante de transferência no valor de R\$ 1.800.000,00 (ID 127176198, f. 1) constitui apenas a prova do pagamento do mútuo.

Quanto à declaração de imposto de renda do impetrante (ID 127176203, f. 7), trata-se de informação unilateral do contribuinte, notadamente o preenchimento do campo referente às dívidas e ônus reais.

Em relação às transferências bancárias de ID's 127176200 e 127176201, nos valores de R\$ 100.000,00 e R\$ 30.000,00, que o impetrante alegou terem sido pagamentos ao empréstimo contratado com José Luis Camargo Jr. para aquisição do imóvel, não estão identificados, tratando-se de extrato do próprio apelante, não havendo comprovação quanto ao que se refere.

De fato, o impetrante apenas logrou comprovar ter quitado parte do financiamento imobiliário contratado com o Banco Citibank (ID Num. 127176194, f. 1/21 e ID 12717195, f. 1) para aquisição do imóvel à Rua Brás Cardoso 547, apartamento 91, São Paulo/SP, fazendo jus à isenção sobre o ganho de capital aplicado apenas neste imóvel.

Portanto, a sentença apelada deve ser mantida na integralidade.

Ante o exposto, nego provimento às apelações e à remessa oficial.

É como voto.

EMENTA

DIREITO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA – IRPF. GANHO DE CAPITAL PELA VENDA DE IMÓVEL RESIDENCIAL. PARCELA UTILIZADA NA QUITAÇÃO DE FINANCIAMENTO DE IMÓVEL RESIDENCIAL ADQUIRIDO ANTERIORMENTE. ARTIGO 39 DA LEI 11.196/2005. NORMA DE ISENÇÃO. APLICABILIDADE. ILEGALIDADE DO ARTIGO 2º, §11, I, DA IN RFB 599/2005.

1. O mandado de segurança, constitucionalmente deferido para tutelar direito líquido e certo do impetrante, demonstrável de plano por prova pré-constituída apresentada juntamente com a petição inicial, é incompatível com instrução ou dilação probatória. Não configura nulidade a preservação pelo Juízo do rito célere do mandado de segurança, rejeitando a juntada de documentos no curso da tramitação, que exigiriam contradita da autoridade impetrada e tumulto processual atentatório à natureza especial do procedimento mandamental.

2. A parcela de ganho de capital da venda de imóvel, utilizada na quitação de financiamento de outro imóvel anteriormente adquirido, não se sujeita à incidência do imposto de renda, nos termos do artigo 39 da Lei 11.196/2005, sendo ilegal o artigo 2º, § 11, I, da IN RFB 599/2005, ao estabelecer restrição não prevista em lei, inovando indevidamente a ordem jurídica.

3. A exegese teleológica da norma tributária, que evite reduzir o alcance substancial e efetivo de sua eficácia, não equivale, como suposto, à adoção de leitura extensiva, analógica ou, por qualquer forma, contrária à natureza do benefício estabelecido ou à regra de interpretação fixadas pelo artigo 150, § 6º, da Constituição Federal, ou artigo 111 do Código Tributário Nacional. Logo, a solução consagrada na jurisprudência, longe de ater-se a aspectos simplistas e formais da norma, reforça o intento projetado pelo legislador de estimular o investimento imobiliário no contexto de carência que, desde sempre, permeia, neste aspecto, a realidade social e econômica do país.

4. O impetrante apenas logrou comprovar a isenção do imposto de renda em relação aos valores do ganho de capital que foram empregados na quitação de financiamento imobiliário com instituição financeira, conforme corretamente assentado pela sentença apelada, não havendo direito líquido e certo quanto aos valores remanescentes.

5. Apelações e remessa oficial desprovidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento às apelações e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5014626-50.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: CLAUDIO DE PAIVA MENDONCA

Advogado do(a) AGRAVADO: FERNANDA GUIMARAES MARTINS - SP363300-A

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5014626-50.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: CLAUDIO DE PAIVA MENDONCA

Advogado do(a) AGRAVADO: FERNANDA GUIMARAES MARTINS - SP363300-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por UNIÃO em face de decisão proferida nos autos da ação de cumprimento de sentença individual nº 5004604-34.2017.4.03.6100, que afastou a impugnação da ora agravante.

Aduz que o agravado é parte ilegítima por ausência da condição de substituído processual e que não comprovou seu domicílio quando da propositura da ação coletiva. Requer a tutela antecipada recursal, nos termos do art. 1.019, do CPC.

Em contraminuta, o agravado alega, em síntese, que o agravo de instrumento deve ser rejeitado, pois não há falar em qualquer delimitação da eficácia da sentença proferida nos autos da ação coletiva originária.

É o relatório.

/

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5014626-50.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO: CLAUDIO DE PAIVA MENDONCA
Advogado do(a) AGRAVADO: FERNANDA GUIMARAES MARTINS - SP363300-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Trata-se, na origem, de execução individual de sentença coletiva ajuizada pelo Sr. Claudio de Paiva Mendonça visando a repetição de valores retidos indevidamente do saldo devolvido da reserva de poupança, quando da saída do autor do quadro de funcionários do Banco do Brasil S.A. em 01/2000, e, conseqüentemente, da Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil – PREVI, conforme arts 97 e 103, III, do CDC.

O Sindicato dos Bancários na Bahia promoveu uma ação civil pública autuada sob nº 0016898-35.2005.4.01.3400, que tramitou na 17ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, na qual foi decidida a não incidência do IRPF sobre as parcelas de previdência complementar no período de 01/01/1989 a 31/12/1995, transitada em julgado em 29/05/2012 (ID 1016899).

O autor narra que foi funcionário do Banco do Brasil e que a sentença proferida na ação coletiva ajuizada pelo Sindicato dos Bancários do Estado da Bahia deve abranger todos os integrantes da categoria, independentemente de filiação ou de estarem relacionados na inicial.

Com base no quanto decidido, o autor, domiciliado no Município de São Paulo - SP (ID 1016705), requereu o cumprimento individual da referida sentença, para restituir o valor de R\$5.839,36 (cinco mil, oitocentos e trinta e nove reais e trinta e seis centavos), atualizados até março/2017, fundamentando o pleito em precedentes jurisprudenciais, o qual foi acolhido pela r. decisão singular recorrida, que determinou o prosseguimento da execução.

De fato, ao sindicato compete a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas, nos termos do art. 8º, III, da CF.

O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 883.642, apreciando o tema nº 823 em repercussão geral, firmou entendimento no sentido da legitimidade extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam, inclusive, nas liquidações e execuções de sentença, independentemente de autorização dos substituídos.

Confira-se:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ART. 8º, III, DA LEI MAIOR. SINDICATO. LEGITIMIDADE. SUBSTITUTO PROCESSUAL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. I – Repercussão geral reconhecida e reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido da ampla legitimidade extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam, inclusive nas liquidações e execuções de sentença, independentemente de autorização dos substituídos. (RE 883.642 RG, Relator(a): Min. MINISTRO PRESIDENTE, julgado em 18/06/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-124 DIVULG 25-06-2015 PUBLIC 26-06-2015) grifamos

Assim, a coisa julgada advinda de ação coletiva ajuizada por ente sindical, na qualidade de substituto processual, alcança todas as pessoas da categoria, legitimando-os para a propositura individual da execução de sentença. A legitimidade extraordinária, que se dá mediante substituição processual, decorre do disposto no artigo 8º, inciso II, da Constituição Federal.

Com relação ao REsp nº 1.614.030/RS julgado pela 1ª Turma do STJ - que ao tratar dos aspectos relativos a legitimidade e a autorização para a promoção de execução individual de sentença coletiva de Sindicato e de Associação abordou sobre os efeitos da respectiva sentença - **importante destacar que há limites decorrentes da própria ordem constitucional.**

Não obstante os sindicatos detenham legitimidade extraordinária para a "defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria" (art. 8º, III, da CF), independentemente de prévia autorização ou filiação, é certo que **a substituição processual se restringe ao âmbito da base territorial da entidade de classe, decorrência dos princípios da territorialidade e da unidade sindical, conforme art. 8º, incisos II e III, da CF.**

Confira-se:

Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

[...]

II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;

III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

Quanto a representatividade sindical, considerando-se a base territorial de atuação, somente uma entidade sindical representativa de categoria pode existir. Por força do princípio da especificidade, havendo sindicato que, seja por conta da especialidade da categoria ou por conta de base territorial mínima, representa parcela mais restrita da categoria, somente ele possui representatividade em relação à específica categoria para a qual foi criado.

No caso em exame, verifica-se que a base territorial do substituto processual, qual seja, o Sindicato dos Bancários na Bahia, não abrange o município de São Paulo/SP, no qual reside o ora agravado, o que *afasta a condição de substituído na referida ação de origem.*

Nos termos do disposto no art. 2º-A da Lei 9.494/1997, a decisão judicial proferida em ação ordinária de caráter coletivo promovida por sindicato *atinge apenas os substituídos que possuam, quando do ajuizamento da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator:*

Art. 2º-A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001).

No mesmo sentido, a jurisprudência do STJ a respeito:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA AJUIZADA POR SINDICATO. EXECUÇÃO INDIVIDUAL. LIMITAÇÃO TEMPORAL E TERRITORIAL À BASE DO ÓRGÃO DE CLASSE. 1. O acórdão recorrido está em sintonia com o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça, de que **a sentença civil proferida em ação de caráter coletivo ajuizada por entidade associativa ou sindicato, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados ou da categoria, atinge somente os substituídos que possuam, na data do ajuizamento da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator, conforme o disposto no art. 2º-A da Lei 9.494/97.** Precedentes: REsp 1.737.597/PR, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 18/6/2018; AgInt no REsp 1.639.899/RS, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 24/11/2017 e REsp 1.657.506/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 20/6/2017. 2. Recurso Especial não provido. (STJ - RESP - RECURSO ESPECIAL - 1737200 2018.00.94381-4, HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJE DATA: 16/11/2018) grifamos

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. GRATIFICAÇÃO DE DESEMPENHO. GRATIFICAÇÃO DE DESEMPENHO. AÇÃO COLETIVA AJUIZADA POR ASSOCIAÇÃO. LIMITAÇÃO TERRITORIAL DOS EFEITOS DA SENTENÇA AOS SUBSTITUÍDOS DOMICILIADOS NO ÂMBITO DA COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO ÓRGÃO JULGADOR. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A sentença civil, proferida em ação de caráter coletivo, proposta por ente sindical ou entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus membros, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator, nos termos do art. 2º-A da Lei 9.494/97. Precedentes.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1528900/CE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/09/2015, DJe 17/09/2015) grifamos

Confira-se precedentes desta e. Corte:

PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO INDIVIDUAL DE SENTENÇA COLETIVA. AÇÃO COLETIVA PROPOSTA POR SINDICATO. LIMITAÇÃO TERRITORIAL. POSSIBILIDADE. 1. No caso concreto, pretende o recorrente, residente e domiciliado no município de Avaré/SP, a execução individual de sentença proferida nos autos da ação coletiva autuado sob o nº 0016898-35.2005.4.01.3400, proposta pelo Sindicato dos Bancários da Bahia, cujo trâmite se deu, originariamente, perante a 17ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal. 2. Consoante entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 612.043/PR, cujo trâmite se deu em sede de repercussão geral, foi fixada a tese de que "A eficácia subjetiva da coisa julgada formada a partir de ação coletiva, de rito ordinário, ajuizada por associação civil na defesa de interesses dos associados, somente alcança os filiados, residentes no âmbito da jurisdição do órgão julgador, que o fossem em momento anterior ou até a data da propositura da demanda, constantes da relação jurídica juntada à inicial do processo de conhecimento". 3. **Tratando-se de sentença civil proferida em ação coletiva proposta por sindicato na defesa de interesses de seus associados ou da categoria, somente serão atingidos os substituídos que possuam, na data do ajuizamento da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator, a teor do art. 2º-A da Lei 9.494/97.** Precedentes do STJ e desta Corte. 4. Apelação não provida. (TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5001012-46.2018.4.03.6132, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 04/04/2019, Intimação via sistema DATA: 08/04/2019) grifamos

PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO INDIVIDUAL DE SENTENÇA COLETIVA. ENTIDADE SINDICAL. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. LIMITAÇÃO À BASE TERRITORIAL. ILEGITIMIDADE ATIVA DO EXEQUENTE. EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO (AT. 485, VI, CPC). HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MAJORAÇÃO. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. Execução individual de créditos decorrentes de ação coletiva ajuizada por entidade sindical.

2. Conquanto os sindicatos detenham legitimidade extraordinária para a "defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria" (art. 8º, III, da CF), independentemente de prévia autorização ou filiação, a substituição processual se restringe ao âmbito da base territorial da entidade de classe, decorrência dos princípios da territorialidade e da unidade sindical (art. 8º, inciso II, da CF).

3. No caso vertente, não demonstrou o exequente integrar o rol de substituídos na ação coletiva, do que decorre sua ilegitimidade para executar o título judicial formado naqueles autos.

4. **Conforme entendimento dominante no C. STJ, "a sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por Entidade Sindical, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator"** (AgInt no REsp 1536151/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/12/2017, DJe 14/12/2017).

5. Extinção do feito sem resolução de mérito, nos termos do artigo 485, VI, do CPC.

6. Honorários advocatícios majorados em 1%, ex vi do art. 85, § 11, do CPC, observada a suspensão da exigibilidade em razão da gratuidade da justiça.

7. Apelação desprovida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0002987-36.2017.4.03.6000, Rel. Desembargador Federal MAIRAN GONCALVES MAIA JUNIOR, julgado em 19/09/2019, Intimação via sistema DATA: 26/09/2019) grifamos

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA EM AÇÃO COLETIVA AJUIZADA PELO SINDICATO DOS BANCÁRIOS DA BAHIA. ILEGITIMIDADE ATIVA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

1. **É cediço na jurisprudência que o sindicato tem representatividade regional, ou seja, representa apenas os empregados de sua base territorial, e não tem legitimidade ativa para além disso. Precedentes.**

2. No caso em tela, conforme consta da petição inicial e da procuração, o autor reside na comarca de Guararapes/SP e não há notícia nos autos de que tenha residido no Estado da Bahia, nem que tenha sido afiliado ao Sindicato dos Bancários da Bahia.

3. O autor/exequente é parte ilegítima para requerer o cumprimento de sentença de ação coletiva ajuizada pelo Sindicato dos Bancários da Bahia.

4. Apelação não provida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000138-73.2017.4.03.6107, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 21/11/2019, Intimação via sistema DATA: 23/11/2019) grifamos

Ante a limitação subjetiva na ação coletiva ajuizada pelo *Sindicato dos Bancários da Bahia*, o agravado não possui legitimidade para requerer o cumprimento de sentença.

Diante do exposto, deve ser dado provimento ao agravo de instrumento da União, para reconhecer a ilegitimidade ativa do agravado para figurar no polo ativo da execução individual da sentença coletiva nº 0016898-35.2005.4.01.3400.

É o voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO INDIVIDUAL DE SENTENÇA COLETIVA. ENTIDADE SINDICAL. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. DOMICÍLIO NO ÂMBITO DA COMPETÊNCIA TERRITORIAL. LIMITAÇÃO DO TÍTULO EXECUTIVO. COISA JULGADA. ILEGITIMIDADE ATIVA DO EXEQUENTE PARA REQUERER O CUMPRIMENTO DA SENTENÇA. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

1 - O Sindicato dos Bancários da Bahia promoveu uma ação civil pública autuada sob nº 0016898-35.2005.4.01.3400, que tramitou na 17ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, na qual foi decidida a não incidência do IRPF sobre as parcelas de previdência complementar no período de 01/01/1989 a 31/12/1995, transitada em julgado em 29/05/2012 (ID 1016899).

2 - De fato, ao sindicato compete a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas, nos termos do art. 8º, III, da CF.

3 - O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 883.642, apreciando o tema nº 823 em repercussão geral, firmou entendimento no sentido da legitimidade extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam, inclusive, nas liquidações e execuções de sentença, independentemente de autorização dos substituídos.

4 - Não obstante os sindicatos detenham legitimidade extraordinária para a "defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria" (art. 8º, III, da CF), independentemente de prévia autorização ou filiação, é certo que a substituição processual se restringe ao âmbito da base territorial da entidade de classe, decorrência dos princípios da territorialidade e da unidade sindical, conforme art. 8º, incisos II e III, da CF.

5 - Quanto a representatividade sindical, considerando-se a base territorial de atuação, somente uma entidade sindical representativa de categoria pode existir. Por força do princípio da especificidade, havendo sindicato que, seja por conta da especialidade da categoria ou por conta de base territorial mínima, representa parcela mais restrita da categoria, somente ele possui representatividade em relação à específica categoria para a qual foi criado.

6 - No caso em exame, verifica-se que a base territorial do substituto processual, qual seja, o Sindicato dos Bancários na Bahia, não abrange o município de São Paulo/SP, no qual reside o ora agravado, o que afasta a condição de substituído na referida ação de origem.

7 - Nos termos do disposto no art. 2º-A da Lei 9.494/1997, a decisão judicial proferida em ação ordinária de caráter coletivo promovida por sindicato atinge apenas os substituídos que possuem, quando do ajuizamento da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.

8 - Ante a limitação subjetiva na ação coletiva ajuizada pelo Sindicato dos Bancários da Bahia, o agravado não possui legitimidade para requerer o cumprimento de sentença.

9 - Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo de instrumento da União, para reconhecer a ilegitimidade ativa do agravado para figurar no polo ativo da execução individual da sentença coletiva nº 0016898-35.2005.4.01.3400., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0057692-54.2016.4.03.6182

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE FARMACIA DO ESTADO DE SAO PAULO

Advogado do(a) APELANTE: MARCUS ELIDIUS MICHELLI DE ALMEIDA - SP100076-A

APELADO: DROGARIA ONOFRE LTDA

Advogados do(a) APELADO: RAPHAEL AUGUSTO ALMEIDA PRADO - SP295039-A, FELIPE RICARDO HADDAD

NOVAK SAVIOLI - SP322623-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0057692-54.2016.4.03.6182

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE FARMACIA DO ESTADO DE SAO PAULO

Advogado do(a) APELANTE: MARCUS ELIDIUS MICHELLI DE ALMEIDA - SP100076-A

APELADO: DROGARIA ONOFRE LTDA

Advogados do(a) APELADO: RAPHAEL AUGUSTO ALMEIDA PRADO - SP295039-A, FELIPE RICARDO HADDAD

NOVAK SAVIOLI - SP322623-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação (ID 107584218, fls. 29/35) interposta pelo CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO – CRF/SP contra a r. sentença (ID 107584218, fls. 22/26) que julgou procedentes os embargos à execução por entender que é nula a inscrição da dívida relativa a multas de cuja imposição não teve ciência a atuada.

Em suas razões recursais, sustenta, em síntese, que não se pode alegar que não houve notificação, pois a apelada apresentou recurso administrativo de todas as multas.

Requer o provimento da apelação para que seja reformada a r. sentença, determinando-se o regular prosseguimento do feito executivo nos termos em que proposto.

Com contrarrazões (ID 107584219, fls. 7/11), em que se requer a majoração dos honorários, os autos subiram a esta E. Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0057692-54.2016.4.03.6182

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Advogado do(a) APELANTE: MARCUS ELIDIUS MICHELLI DE ALMEIDA - SP100076-A

APELADO: DROGARIA ONOFRE LTDA

Advogados do(a) APELADO: RAPHAEL AUGUSTO ALMEIDA PRADO - SP295039-A, FELIPE RICARDO HADDAD

NOVAK SAVIOLI - SP322623-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A questão devolvida a esta E. Corte diz respeito à cobrança pelo CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO – CRF/SP de multas pela ausência de responsável técnico sem a intimação da atuada.

Dispõe o art. 24 da Lei nº 3.820/1960: "As empresas e estabelecimentos que exploram serviços para os quais são necessárias atividades de profissional farmacêutico deverão provar perante os Conselhos Federal e Regionais que essas atividades são exercidas por profissional habilitado e registrado".

Ainda, o art. 15 da Lei 5.991/1973 estabelece: "A farmácia e a drogaria terão, obrigatoriamente, a assistência de técnico responsável, inscrito no Conselho Regional de farmácia, na forma da lei. § 1º - A presença do técnico responsável será obrigatória durante todo o horário de funcionamento do estabelecimento. § 2º - Os estabelecimentos de que trata este artigo poderão manter técnico responsável substituto, para os casos de impedimento ou ausência do titular".

O STJ, no julgamento do REsp 1382751/MG, realizado sob o rito do art. 543-C do CPC/1973, firmou entendimento de que "os Conselhos Regionais de farmácia possuem competência para fiscalização e atuação das farmácias e drogarias, quanto ao cumprimento da exigência de manterem profissional legalmente habilitado (farmacêutico) durante todo o período de funcionamento dos respectivos estabelecimentos, sob pena de incorrerem em infração passível de multa". Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ N. 8/2008. DROGARIAS E FARMÁCIA S. EXIGÊNCIA DA PRESENÇA DE PROFISSIONAL LEGALMENTE HABILITADO DURANTE O PERÍODO INTEGRAL DE FUNCIONAMENTO DO RESPECTIVO ESTABELECIMENTO. FISCALIZAÇÃO E AUTUAÇÃO. CONSELHOS REGIONAIS DE FARMÁCIA. COMPETÊNCIA.

1. Para efeitos de aplicação do disposto no art. 543-C do CPC, e levando em consideração o entendimento há muito consolidado por esta Corte Superior de Justiça, firma-se compreensão no sentido de que os Conselhos Regionais de farmácia possuem competência para fiscalização e atuação das farmácias e drogarias, quanto ao cumprimento da exigência de manterem profissional legalmente habilitado (farmacêutico) durante todo o período de funcionamento dos respectivos estabelecimentos, sob pena de incorrerem em infração passível de multa. Inteligência do art. 24 da Lei n. 3.820/60, c/c o art. 15 da Lei n. 5.991/73.

2. No caso dos autos, o Tribunal de origem deixou de apreciar as razões levadas à sua consideração pelo apelante, atinentes à validade das CDAs acostadas aos autos, cabendo àquele Tribunal enfrentar tais questões.

3. Recurso especial a que se dá provimento, para reformar o acórdão e, nessa extensão, reconhecer e declarar a competência dos Conselhos Regionais de farmácia para fiscalizar e atuar farmácias e drogarias, no que tange à presença de farmacêutico responsável, durante todo o período de funcionamento do estabelecimento comercial, determinando, na hipótese, o retorno dos autos à Corte de origem para que prossiga no julgamento da causa, sobretudo no que diz respeito à regularidade das CDAs acostadas aos autos.

(REsp 1382751/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/11/2014, DJe 02/02/2015)

Por sua vez, a multa punitiva imposta é prevista e fixada no art. 24 da Lei 3.820/60, sem que haja, portanto, violação ao princípio da legalidade.

Art. 24. - As empresas e estabelecimentos que exploram serviços para os quais são necessárias atividades de profissional farmacêutico deverão provar perante os Conselhos Federal e Regionais que essas atividades são exercidas por profissional habilitado e registrado.

Parágrafo único - Aos infratores deste artigo será aplicada pelo respectivo Conselho Regional a multa de Cr\$ 500,00 (quinhentos cruzeiros) a Cr\$ 5.000,00 (cinco mil cruzeiros).

O texto do dispositivo foi posteriormente alterado pela Lei 5.724/71 para constar:

Art. 1º As multas previstas no parágrafo único do artigo 24 e no inciso II do artigo 30 da Lei nº 3.820, de 11 de novembro de 1960, passam a ser de valor igual a 1 (um) salário-mínimo a 3(três) salários-mínimos regionais, que serão elevados ao dôbro no caso de reincidência.

Destaca-se que, conforme a jurisprudência do C. STJ, não há ilegalidade na fixação das multas em salários mínimos. É nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ARTIGO 105, INCISO III, A E C, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ADMINISTRATIVO. ESTABELECIMENTOS FARMACÊUTICOS. AUSÊNCIA DE RESPONSÁVEL TÉCNICO DURANTE O HORÁRIO DE FUNCIONAMENTO. COMPETÊNCIA PARA FISCALIZAR E APLICAR PENALIDADES. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. MULTA. FIXAÇÃO EM SALÁRIOS-MÍNIMOS. Compete aos Conselhos Regionais de farmácia fiscalizar e aplicar penalidades às farmácias e drogarias que não cumprirem a obrigação legal de manter um responsável técnico habilitado em horário integral (artigos 10, c, e 24 da Lei n. 3.820/60, e § 1º do artigo 15 da Lei n. 5.991/73). "A atribuição dos órgãos de vigilância sanitária que, de acordo com o art. 44, do Decreto nº 74.170/74, que regulamentou a Lei nº 5.991/73, é competente para licenciar e fiscalizar as condições de funcionamento das drogarias e farmácias, bem como o controle sanitário do comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, o que não se confunde com a incumbência do CRF de empreender a fiscalização de tais estabelecimentos quanto ao fato de obedecerem a exigência legal de possuírem, durante todo o tempo de funcionamento, profissional legalmente habilitado junto àquela autarquia" (REsp n. 411.088/PR, Rel. Min. Luiz Fux, in DJ de 27.05.02). Quanto ao valor da multa aplicada, é pacífico o entendimento, neste egrégio Superior Tribunal de Justiça, de que sua fixação em salários mínimos, prevista na Lei n. 5.724/71, não se tornou ilegal após a Lei n. 6.205/75, que proibia a utilização do salário mínimo como indexador monetário. Divergência jurisprudencial não demonstrada. Recurso especial não conhecido.

(STJ - REsp: 415506 PR 2002/0018442-4, Relator: Ministro FRANCIULLI NETTO, Data de Julgamento: 13/08/2002, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 31.03.2003 p. 202)

Assim, verifica-se que a legislação prevê a possibilidade de imposição da penalidade.

Entretanto, como bem asseverado pelo Magistrado *a quo*, que analisou de forma minuciosa as provas acostadas aos autos, o apelante somente notificou a autuada dos autos de infração, mas não das notificações para recolhimento das multas, ato essencial que, não praticado, conduz ao reconhecimento da nulidade das respectivas CDAs.

A própria parte apelante, em suas razões recursais, demonstra documentalmente que, lavrados os autos de infração *in loco*, deles tomou ciência a autuada que, então, apresentou recurso administrativo. Indeferido, foram expedidas as NRMs (notificações de recolhimento de multa) sem, contudo, delas dar ciência à apelada.

O CRF até tenta inverter a ordem do procedimento, dando a entender que a NRM precede o recurso administrativo, mas a simples análise da documentação acostada permite perceber que se trata de dois atos distintos — a lavratura do auto de infração e a imposição da respectiva penalidade — e para a validade de ambos impõe-se como *conditio sine qua non* a intimação.

Ante o exposto, NEGOU PROVIMENTO à apelação e majorou os honorários advocatícios de sucumbência de 10% para 11% sobre o valor do proveito econômico obtido pela embargante/apelada.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO – CRF/SP. COBRANÇA DE MULTA POR AUSÊNCIA DE RESPONSÁVEL TÉCNICO. EXIGÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA NOTIFICAÇÃO DE RECOLHIMENTO DE MULTA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. A questão devolvida a esta E. Corte diz respeito à cobrança pelo CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO – CRF/SP de multas pela ausência de responsável técnico sem a intimação da autuada.
2. Dispõe o art. 24 da Lei nº 3.820/1960: "As empresas e estabelecimentos que exploram serviços para os quais são necessárias atividades de profissional farmacêutico deverão provar perante os Conselhos Federal e Regionais que essas atividades são exercidas por profissional habilitado e registrado".
3. Ainda, o art. 15 da Lei 5.991/1973 estabelece: "A farmácia e a drogaria terão, obrigatoriamente, a assistência de técnico responsável, inscrito no Conselho Regional de farmácia, na forma da lei. § 1º - A presença do técnico responsável será obrigatória durante todo o horário de funcionamento do estabelecimento. § 2º - Os estabelecimentos de que trata este artigo poderão manter técnico responsável substituto, para os casos de impedimento ou ausência do titular".
4. O STJ, no julgamento do REsp 1382751/MG, realizado sob o rito do art. 543-C do CPC/1973, firmou entendimento de que "os Conselhos Regionais de farmácia possuem competência para fiscalização e atuação das farmácias e drogarias, quanto ao cumprimento da exigência de manterem profissional legalmente habilitado (farmacêutico) durante todo o período de funcionamento dos respectivos estabelecimentos, sob pena de incorrerem em infração passível de multa". Precedente (REsp 1382751/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/11/2014, DJe 02/02/2015).
5. Por sua vez, a multa punitiva imposta é prevista e fixada no art. 24, parágrafo único, da Lei 3.820/60.
6. Assim, verifica-se que a legislação prevê a possibilidade de imposição da penalidade.
7. Entretanto, como bem asseverado pelo Magistrado *a quo*, que analisou de forma minuciosa as provas acostadas aos autos, o apelante somente notificou a autuada dos autos de infração, mas não das notificações para recolhimento das multas, ato essencial que, não praticado, conduz ao reconhecimento da nulidade das respectivas CDAs.
8. A própria parte apelante, em suas razões recursais, demonstra documentalmente que, lavrados os autos de infração *in loco*, deles tomou ciência a autuada que, então, apresentou recurso administrativo. Indeferido, foram expedidas as NRMs (notificações de recolhimento de multa) sem, contudo, delas dar ciência à apelada.
9. O CRF até tenta inverter a ordem do procedimento, dando a entender que a NRM precede o recurso administrativo, mas a simples análise da documentação acostada permite perceber que se trata de dois atos distintos — a lavratura do auto de infração e a imposição da respectiva penalidade — e para a validade de ambos impõe-se como *conditio sine qua non* a intimação.
10. Apelação desprovida.
11. Majorados os honorários advocatícios de sucumbência de 10% para 11% sobre o valor do proveito econômico obtido pela embargante/apelada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO à apelação e majorou os honorários advocatícios de sucumbência de 10% para 11% sobre o valor do proveito econômico obtido pela embargante/apelada., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5012882-69.2017.4.03.6182

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Erro de interpretação na linha: 1

#processoTrfHome.processoPartePoloAtivoDetalhadoStr}

':java.lang.ClassCastException

APELADO:ANTONIO JOSE JUNQUEIRA VILELA FILHO

Advogados do(a) APELADO:CLAUDIA DE CASTRO CALLI - SP141206-A, RODRIGO OLIVEIRA SILVA - SP287687-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5012882-69.2017.4.03.6182

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVAVEIS

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Erro de interpretação na linha:!

#processoTrfHome.processoPartePoloAtivoDetalhadoStr}

':java.lang.ClassCastException: br.jus.pje.nucleo.entidades.PessoaJuridica cannot be cast to br.jus.pje.nucleo.entidades.PessoaFisica

APELADO:ANTONIO JOSE JUNQUEIRA VILELA FILHO

Advogados do(a) APELADO:CLAUDIA DE CASTRO CALLI - SP141206-A, RODRIGO OLIVEIRA SILVA - SP287687-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação (ID 7601560) interposta pelo INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS – IBAMA contra a r. sentença (ID 7601559) que lhe condenou a pagar honorários advocatícios nos seguintes termos:

No que tange à verba honorária, o exequente por ela responde, haja vista que: a) foi o IBAMA quem decidiu pelo cancelamento da CDA, o que propiciou a extinção da execução fiscal; b) restou comprovado nos autos o indevido ajuizamento da presente ação (Id nº 5865680); e c) o executado constituiu advogados, que opuseram exceção de pré-executividade. Assim, condeno o exequente ao pagamento de honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento) sobre o limite de duzentos salários-mínimos, nos termos do art. 85, § 3º, I, do CPC, acrescido de 8% (oito por cento) sobre o valor da causa atualizado que exceder o limite de 200 salários-mínimos até o limite de 2000 salários-mínimos, a teor do que dispõe o art. 85, § 3º, II, do CPC, acrescido, ainda, de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa atualizado que exceder 2000 salários-mínimos, conforme disposto no art. 85, § 3º, III e § 5º, do CPC.

Em suas razões recursais, sustenta, em síntese, que não cabe a sua condenação em honorários ante o disposto no art. 26 da LEF. Alega, ainda, que foram fixados em valor exorbitante, desproporcional à complexidade da causa e ao trabalho exigido do patrono da parte executada.

Requer o provimento da apelação para que seja afastada a condenação em honorários. Subsidiariamente, requer a redução dos honorários mediante apreciação equitativa

Com contrarrazões (ID 7601562), os autos subiram a esta E. Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5012882-69.2017.4.03.6182

```
#processoTrfHome.processoPartePoloAtivoDetalhadoStr}
```

```
':java.lang.ClassCastException: br.jus.pje.nucleo.entidades.PessoaJuridica cannot be cast to br.jus.pje.nucleo.entidades.PessoaFisica
```

APELADO: ANTONIO JOSE JUNQUEIRA VILELA FILHO

Advogados do(a) APELADO: CLAUDIA DE CASTRO CALLI - SP141206-A, RODRIGO OLIVEIRA SILVA - SP287687-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A questão devolvida a esta E. Corte diz respeito unicamente à condenação em honorários advocatícios de sucumbência.

Firmou-se a jurisprudência do STJ no sentido de que a condenação em honorários advocatícios pauta-se, para além da sucumbência, pelo princípio da causalidade, de forma que aquele que deu causa à demanda é quem deve arcar com as despesas dela decorrentes. Se a Fazenda Pública cancela a dívida ativa após a citação do executado, que o obriga a opor embargos de devedor ou exceção de pré-executividade, deve arcar com os ônus da sucumbência, não se aplicando à hipótese o disposto no art. 26 da Lei nº 6.830/1980.

Embora o art. 26 da Lei n. 6.830/1980 disponha que o cancelamento da inscrição de dívida ativa acarreta na extinção da execução fiscal sem qualquer ônus para as partes, tratando-se de cancelamento administrativo ocorrido após a oposição dos embargos do devedor, é assente o entendimento no sentido de que, em face do princípio da causalidade, deverá a Fazenda Pública arcar com o pagamento dos ônus sucumbenciais.

Nesse sentido, confira-se a jurisprudência desta C. Turma:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. EXTINÇÃO PARCIAL DA EXECUÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO A PEDIDO DA UNIÃO FEDERAL. DEFESA APRESENTADA PELA PARTE EXECUTADA. CAUSALIDADE. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS DEVIDA. REDUÇÃO DA VERBA. POSSIBILIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O alegado cerceamento de defesa veiculado pela União Federal, no caso concreto, não se sustenta haja vista a apreciação, dos argumentos de defesa declinados, por decisão posterior proferida pelo Magistrado monocrático.

2. Com efeito, o Magistrado, após manifestado o inconformismo da União Federal e levantada a tese de cerceamento de defesa, uma vez mais debruçou-se sobre a condenação em honorários, desta vez a mantendo após análise específica e fundamentada das considerações da exequente acerca do não cabimento da condenação na verba.

3. Da marcha processual não se denota prejuízo de defesa suportado pela União Federal eis que: a) embora a condenação em honorários tenha se dado após oposição de embargos de declaração pela parte adversa, sem abertura de contraditório, a agravante pode manifestar-se, a posteriori, quanto ao não cabimento dos honorários advocatícios no caso concreto; e b) a agravante teve seu pleito apreciado. Preliminar afastada.

4. O direito aos honorários advocatícios na execução decorre da necessidade de remuneração do causídico que atua de forma diligente no sentido de propor embargos, ou exceção de pré-executividade, com a finalidade de defender o executado.

5. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que a condenação em honorários advocatícios pauta-se pelo princípio da causalidade, ou seja, aquele que deu causa à demanda é quem deve arcar com as despesas dela decorrentes.

6. Embora seja vedada a imposição de honorários advocatícios à Fazenda Pública quando esta reconhece o pedido, a teor do que dispõe o artigo 19, § 1º, I, da Lei nº 10.522/2002, com a redação dada pela Lei nº 12.844/2013, é possível verificar, do decorrer processual, que a empresa executada foi obrigada a defender-se da execução em sua totalidade, restando extinta em parte a execução, embora a pedido da própria União Federal, tão somente após manejo de embargos à execução.

7. Não se olvide que nos embargos à execução opostos em 19.07.2018, portanto anteriormente à manifestação da União Federal pela extinção parcial, datada de 17.10.2018, há expressa manifestação quanto à duplicidade das cobranças, o que só corrobora ter havido clara atuação da defesa. Não é demais ressaltar, ainda, que para a penhora dos bens da executada foi levado em consideração o valor total da execução, sofrendo esta as agruras de uma cobrança a maior voltada contra si.

8. Destarte, no caso concreto, a necessidade de defesa da executada no bojo da execução fiscal gera a condenação do Fisco em honorários.

9. Sopese-se, nos mais, que o Magistrado monocrático tomou o cuidado de trasladar a decisão de extinção parcial para os embargos à execução, rechaçando, expressamente, a possibilidade de dupla condenação em honorários.

10. Por fim, no tocante ao montante da condenação, conforme se infere dos autos, o valor somado das CDA's extintas perfaz R\$ 77.076.540,08 atualizados até outubro de 2018, sendo que aplicados 3% sobre esse valor chega-se a uma condenação em honorários no valor R\$ 2.312.296,20 (dois milhões, trezentos e doze mil, duzentos e noventa e seis reais e vinte centavos), montante excessivo.

11. Ainda que o artigo 85 do CPC determine, nas causas que envolver a Fazenda Pública, a aplicação dos percentuais indicados nos incisos I a V de seu §3º, é evidente que o intuito do legislador é permitir a fixação de honorários pelo magistrado em consonância com o trabalho prestado pelo advogado, evitando-se o enriquecimento desproporcional e sem causa.

12. No caso dos autos, a matéria é desprovida de grande complexidade e, embora os valor das CDA's extintas seja elevado, a extinção se deu sem resolução do mérito em razão da duplicidade de cobrança. Reputa-se, então, razoável arbitrar, por meio da apreciação equitativa, honorários advocatícios no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a serem arcados pela União Federal.

13. Preliminar afastada. Agravo de instrumento parcialmente provido.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5016582-04.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 21/02/2020, e - DJF3 Judicial I DATA: 28/02/2020)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. APELAÇÃO. DÍVIDA CANCELADA APÓS A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. APELAÇÃO PROVIDA.

1. Trata-se de recurso de apelação interposto pelo patrono da parte autora D. C. GLÓRIA & RODRIGUES LTDA-EPP em face da r. sentença de fl. 412 que, em autos de execução fiscal, julgou extinta a execução, com fundamento no art. 26 da Lei nº 6.830/80, em razão do cancelamento da CDA que embasava o crédito em cobro.

2. Percebe-se pelos documentos de fls. 386/390 que o cancelamento dos créditos supramencionados somente ocorreu após a propositura da exceção de pré-executividade, no qual o excipiente sustentou a ausência da exigibilidade da cobrança, uma vez que o crédito ainda estava sendo discutido administrativamente, em sede de recurso. Foi somente após a defesa do executado ter apontado para a existência de recurso administrativo pendente de julgamento, que os órgãos responsáveis analisaram a questão e determinaram o cancelamento do débito, atraindo assim, para o presente feito, à aplicação do Princípio da Causalidade.

3. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que a condenação em honorários advocatícios pauta-se, para além da sucumbência, pelo princípio da causalidade, ou seja, aquele que deu causa à demanda é quem deve arcar com as despesas dela decorrentes. Se a Fazenda Pública cancela a dívida ativa após a citação do executado, obrigando-o a ajuizar embargos de devedor, ou apresentar exceção de pré-executividade, que foram extintos em razão desse fato, deve arcar com os ônus da sucumbência, não se aplicando à hipótese o disposto no art. 26 da Lei nº 6.830/1980.

5. Embora o art. 26 da Lei n. 6.830/1980 disponha que o cancelamento da inscrição de dívida ativa acarreta na extinção da execução fiscal sem qualquer ônus para as partes, tratando-se de cancelamento administrativo ocorrido após a oposição dos embargos do devedor, é assente o entendimento no sentido de que, em face do princípio da causalidade, deverá a Fazenda Pública arcar com o pagamento dos ônus sucumbenciais.

6. A Lei nº 13.105/2015, o chamado Novo Código de Processo Civil, é claro de que "nos casos de perda do objeto, os honorários serão devidos por quem deu causa ao processo" (§10, do art. 85, do CPC/2015). Nesse sentido, condeno a União (Fazenda Nacional) ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos do art. 85, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Civil, em 10% sobre o valor da causa.

7. Apelação provida.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2253789 - 0000325-98.2016.4.03.6141, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 22/11/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/11/2017)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. CANCELAMENTO DA INSCRIÇÃO NA DÍVIDA ATIVA APÓS A CITAÇÃO E DEFESA DO EXECUTADO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Consolidada a jurisprudência, firme no sentido de que o artigo 26 da Lei 6.830/80 somente tem aplicação quando o executivo fiscal tenha sido extinto sem acarretar despesas ao executado com o exercício do direito de defesa. No caso de cancelamento da inscrição com pedido de desistência da execução fiscal somente depois da citação, a Fazenda Nacional, em função dos princípios da responsabilidade e causalidade processual, deve ressarcir o executado das despesas com o exercício do direito de defesa, através quer de embargos (Súmula 153/STJ), quer de exceção de pré-executividade. Cabe assinalar que a Lei 8.952, de 13.12.94, alterando a redação do § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil, previu o cabimento da condenação em verba honorária, nas execuções, embargadas ou não, mediante apreciação equitativa do juiz.

2. É inequívoco, em tal contexto, que a execução fiscal, objeto de embargos ou de exceção de pré-executividade pelo devedor, pode ensejar a condenação da exequente em verba honorária, desde que ausente qualquer responsabilidade da própria executada pela propositura da ação.

3. Caso em que, é manifestamente improcedente o pedido de reforma da sentença, vez que não comprovou a apelante que a execução fiscal ocorreu por culpa da executada, limitando-se, apenas, a argumentar, que não cabe verba honorária, em caso de cancelamento da inscrição na dívida ativa, nos termos do artigo 26 da LEF, o que não afasta sua responsabilidade processual e a causalidade que foi apurada pela sentença para a sua condenação em verba honorária.

4. Sobre os honorários advocatícios, firme, a propósito, a orientação acerca da necessidade de que o valor arbitrado permita a justa e adequada remuneração dos vencedores, sem contribuir para o seu enriquecimento sem causa, ou para a imposição de ônus excessivo a quem decaiu da respectiva pretensão, cumprindo, assim, o montante da condenação com a finalidade própria do instituto da sucumbência, calcado no princípio da causalidade e da responsabilidade processual. Na aplicação do § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil, o que se deve considerar não é parâmetro do percentual do valor da causa, visto em abstrato, mas a equidade, diante de critérios de grau de zelo do profissional, lugar de prestação do serviço, natureza e importância da causa, trabalho do advogado e tempo exigido para o serviço.

5. Caso em que o valor da causa, ainda que reduzido, não deve ser considerado para efeito de aviltar a apuração da verba honorária devida pela sucumbência. A condenação, fixada pela sentença em R\$ 500,00 (quinhentos reais), revela-se adequado à luz das circunstâncias do caso concreto, aplicando equidade e demais requisitos especificados no § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil, não se autorizando a redução pleiteada.

6. Agravo inominado desprovido.

O mesmo entendimento se observa no julgamento do REsp n. 1.111.002/SP pelo E. STJ, sob a sistemática do art. 543-C do CPC: "*É jurisprudência pacífica no STJ aquela que, em casos de extinção de execução fiscal em virtude de cancelamento de débito pela exequente, define a necessidade de se perquirir quem deu causa à demanda a fim de imputar-lhe o ônus pelo pagamento dos honorários advocatícios. Precedentes: AgRg no REsp. N° 969.358 - SP, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 6.11.2008; EDcl no AgRg no AG N° 1.112.581 - SP, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 23.7.2009; REsp N° 991.458 - SP, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 2.4.2009; REsp. N° 626.084 - SC, Primeira Turma, Rel. Min. Denise Arruda, julgado em 7.8.2007; AgRg no REsp 818.522/MG, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 21.8.2006; AgRg no REsp 635.971/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 16.11.2004.*"

Por fim, é nesse sentido, inclusive, a Súmula nº 153 do STJ: "a desistência da execução fiscal, após o oferecimento dos embargos, não exime o exequente dos encargos da sucumbência".

Considerando-se que a prolação da sentença se deu sob a égide do atual Código de Processo Civil, é certo que a fixação da verba honorária deve se orientar pelo diploma legal vigente.

Ocorre que, ainda que o art. 85 do referido ordenamento processualista determine, nas causas que envolver a Fazenda Pública, a aplicação dos percentuais indicados nos incisos I a V de seu §3º, é evidente que o intuito do legislador é permitir a fixação de honorários pelo magistrado em consonância com o trabalho prestado pelo advogado, evitando-se o enriquecimento desproporcional e sem causa.

Observa-se, nesse sentido, o precedente do C. Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. EXTINÇÃO MEDIANTE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ASSENTIMENTO IMEDIATO DA FAZENDA PÚBLICA EXEQUENTE. CANCELAMENTO DO DÉBITO. CONDENAÇÃO DA FAZENDA AO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS. CABIMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS, NO TRIBUNAL DE ORIGEM, EM R\$ 4.000,00 MEDIANTE APRECIÇÃO EQUITATIVA. PROCESSO SENTENCIADO NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO FUX. VALOR DO DÉBITO EXEQUENDO SUPERIOR A R\$ 2.700.000,00. DESCABIMENTO DA APLICAÇÃO DO ART. 85, § 8º. DO CÓDIGO FUX, UMA VEZ QUE NÃO SE TRATA DE CAUSA DE VALOR INESTIMÁVEL OU DE PROVEITO ECONÔMICO IRRISÓRIO. NAS AÇÕES DE VALOR PREFIXADO A VERBA HONORÁRIA NÃO DEVE SER ESTABELECIDADA COM A EXCLUSÃO DESSE ELEMENTO QUANTITATIVO. OBSERVÂNCIA DO ART. 1º. DO REFERIDO CÓDIGO, DE FORMA A APLICAR AO CASO CONCRETO OS VALORES DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE PARA ADEQUAR O VALOR FIXADO A TÍTULO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS À REALIDADE DO OCORRIDO NO PROCESSO. RECURSO ESPECIAL DA EMPRESA A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO, PARA FIXAR OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM 1% SOBRE O VALOR DA EXECUÇÃO.

1. Em execução fiscal extinta mediante exceção de pré-executividade não resistida, e sendo cancelada a própria inscrição do crédito em dívida ativa, por já ter ocorrido a citação do devedor, é cabível a condenação da parte exequente em custas sucumbenciais e honorários advocatícios.

2. No caso presente, o proveito econômico obtido pelo contribuinte é de R\$ 2.717.008,23, de acordo com a Certidão de Dívida Ativa 1.215.928.910 (fls. 1) que foi cancelada pela Fazenda Pública Paulista após a citação da parte executada em face de ter sido exibida a prova de pagamento do débito, isso em incidente de exceção pré-executividade não resistida (conforme sentença de fls. 62).

3. Nesse contexto, uma primeira apreciação da situação mostra que não cabe a aplicação do art. 85, § 8º. do Código Fux, porquanto, como se vê, não se trata de causa de valor inestimável ou de irrisório o proveito econômico obtido, tendo em vista o valor envolvido na disputa. Poder-se-ia pensar que a hipótese deveria ser regulada, quanto aos honorários, pelas regras do § 3º. do art. 85 do Código Fux, mas isso acarretaria evidente distorção na fixação da verba honorária, tendo em vista que o trabalho profissional foi daqueles que podem ser classificados como sumários, simples ou descomplicados.

4. Essa orientação se mostraria, porém, excessivamente apegada à literalidade das regras legais. Seria um demasiado amor ao formalismo, desconsiderando a pressão dos fatos processuais, em apreço ao cumprimento da lei em situação que revela a sua acintosa inadequação.

5. O art. 1o. do Código Fux orienta que o processo civil observe princípios e valores, bem como a lei, significando isso a chamada justiça no caso concreto, influenciada pelas características e peculiaridades do fato-suporte da demanda, o que deve ser adequadamente ponderado.

6. Na hipótese em exame, como dito, inobstante o valor da causa (R\$ 2.717.008,23), o labor advocatício foi bastante simples e descomplicado, tendo em vista que a mera informação de pagamento de dívida tributária, moveu a Fazenda Pública exequente à extinção da própria execução; não houve recurso, não houve instrução e tudo se resolveu quase de forma conciliatória.

7. Desse modo, atentando-se para ao princípio da dita justiça no caso concreto, que deve, sempre, reger a jurisdição, ele há de prevalecer sobre outras premissas, embora igualmente prezáveis e importantes. Neste caso, em razão da baixa complexidade da causa, da curta duração do processo e da ausência de maior dilação probatória, fixa-se em 1% a verba honorária advocatícia sobre o valor da execução.

8. Recurso Especial da Empresa parcialmente provido, para condenar a parte recorrida ao pagamento de honorários advocatícios ora fixados em 1% sobre o valor da execução.

(REsp 1771147/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/09/2019, DJe 25/09/2019)

No caso dos autos, a matéria não ostenta grande complexidade e o valor da causa é demasiadamente alto (R\$11.060.755,20). Reputa-se razoável, portanto, reduzir, por meio de apreciação equitativa, o valor dos honorários advocatícios ao valor de R\$ 40.000,00.

É como tem julgado esta C. Turma em casos semelhantes:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PROPORCIONALIDADE. APRECIÇÃO EQUITATIVA. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

1. A questão posta nos autos diz respeito à fixação de verba honorária contra Fazenda Pública. Anota-se que a União Federal não questiona a causalidade da condenação em honorários advocatícios, mas apenas o valor estabelecido.

2. Considerando-se que a prolação da decisão interlocutória se deu sob a égide do atual Código de Processo Civil, é certo que a fixação da verba honorária deve se orientar pelo diploma legal vigente.

3. Ainda que o art. 85 do referido ordenamento processualista determine, nas causas que envolver a Fazenda Pública, a aplicação dos percentuais indicados nos incisos I a V de seu §3º, é evidente que o intuito do legislador é permitir a fixação de honorários pelo magistrado em consonância com o trabalho prestado pelo advogado, evitando-se o enriquecimento desproporcional e sem causa. Precedente: REsp 1771147/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/09/2019, DJe 25/09/2019.

4. No caso dos autos, a matéria é desprovida de complexidade e o valor da causa é demasiadamente alto (R\$ R\$ 930.778,81). Reputa-se, então, razoável arbitrar, por meio da apreciação equitativa, honorários advocatícios no valor de R\$ 40.000,00, a serem marcados pela União Federal.

5. Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5022735-53.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 09/03/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 11/03/2020)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. EXTINÇÃO PARCIAL DA EXECUÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO A PEDIDO DA UNIÃO FEDERAL. DEFESA APRESENTADA PELA PARTE EXECUTADA. CAUSALIDADE. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS DEVIDA. REDUÇÃO DA VERBA. POSSIBILIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O alegado cerceamento de defesa veiculado pela União Federal, no caso concreto, não se sustenta haja vista a apreciação, dos argumentos de defesa declinados, por decisão posterior proferida pelo Magistrado monocrático.

2. Com efeito, o Magistrado, após manifestado o inconformismo da União Federal e levantada a tese de cerceamento de defesa, uma vez mais debruçou-se sobre a condenação em honorários, desta vez a mantendo após análise específica e fundamentada das considerações da exequente acerca do não cabimento da condenação na verba.

3. Da marcha processual não se denota prejuízo de defesa suportado pela União Federal eis que: a) embora a condenação em honorários tenha se dado após oposição de embargos de declaração pela parte adversa, sem abertura de contraditório, a agravante pode manifestar-se, a posteriori, quanto ao não cabimento dos honorários advocatícios no caso concreto; e b) a agravante teve seu pleito apreciado. Preliminar afastada.

4. O direito aos honorários advocatícios na execução decorre da necessidade de remuneração do causídico que atua de forma diligente no sentido de propor embargos, ou exceção de pré-executividade, com a finalidade de defender o executado.

5. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que a condenação em honorários advocatícios pauta-se pelo princípio da causalidade, ou seja, aquele que deu causa à demanda é quem deve arcar com as despesas dela decorrentes.

6. Embora seja vedada a imposição de honorários advocatícios à Fazenda Pública quando esta reconhece o pedido, a teor do que dispõe o artigo 19, § 1º, I, da Lei nº 10.522/2002, com a redação dada pela Lei nº 12.844/2013, é possível verificar, do decorrer processual, que a empresa executada foi obrigada a defender-se da execução em sua totalidade, restando extinta em parte a execução, embora a pedido da própria União Federal, tão somente após manejo de embargos à execução.

7. Não se olvide que nos embargos à execução opostos em 19.07.2018, portanto anteriormente à manifestação da União Federal pela extinção parcial, datada de 17.10.2018, há expressa manifestação quanto à duplicidade das cobranças, o que só corrobora ter havido clara atuação da defesa. Não é demais ressaltar, ainda, que para a penhora dos bens da executada foi levado em consideração o valor total da execução, sofrendo esta as agruras de uma cobrança a maior voltada contra si.

8. Destarte, no caso concreto, a necessidade de defesa da executada no bojo da execução fiscal gera a condenação do Fisco em honorários.

9. Sopese-se, nos mais, que o Magistrado monocrático tomou o cuidado de trasladar a decisão de extinção parcial para os embargos à execução, rechaçando, expressamente, a possibilidade de dupla condenação em honorários.

10. Por fim, no tocante ao montante da condenação, conforme se infere dos autos, o valor somado das CDA's extintas perfaz R\$ 77.076.540,08 atualizados até outubro de 2018, sendo que aplicados 3% sobre esse valor chega-se a uma condenação em honorários no valor R\$ 2.312.296,20 (dois milhões, trezentos e doze mil, duzentos e noventa e seis reais e vinte centavos), montante excessivo.

11. Ainda que o artigo 85 do CPC determine, nas causas que envolver a Fazenda Pública, a aplicação dos percentuais indicados nos incisos I a V de seu §3º, é evidente que o intuito do legislador é permitir a fixação de honorários pelo magistrado em consonância com o trabalho prestado pelo advogado, evitando-se o enriquecimento desproporcional e sem causa.

12. No caso dos autos, a matéria é desprovida de grande complexidade e, embora os valores das CDA's extintas seja elevado, a extinção se deu sem resolução do mérito em razão da duplicidade de cobrança. Reputa-se, então, razoável arbitrar, por meio da apreciação equitativa, honorários advocatícios no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a serem marcados pela União Federal.

13. Preliminar afastada. Agravo de instrumento parcialmente provido.

Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO à apelação para reduzir ao valor de R\$40.000,00 os honorários de sucumbência impostos ao apelante.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CANCELAMENTO DA DÍVIDA. ART. 26 DA LEF. OFERTA DE DEFESA PELA PARTE EXECUTADA. CAUSALIDADE. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VALOR EXORBITANTE. REDUÇÃO POR APRECIÇÃO EQUITATIVA. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

1. A questão devolvida a esta E. Corte diz respeito unicamente à condenação em honorários advocatícios de sucumbência.
2. Firmou-se a jurisprudência do STJ no sentido de que a condenação em honorários advocatícios pauta-se, para além da sucumbência, pelo princípio da causalidade, de forma que aquele que deu causa à demanda é quem deve arcar com as despesas dela decorrentes. Se a Fazenda Pública cancela a dívida ativa após a citação do executado, que o obriga a opor embargos de devedor ou exceção de pré-executividade, deve arcar com os ônus da sucumbência, não se aplicando à hipótese o disposto no art. 26 da Lei nº 6.830/1980.
3. Embora o art. 26 da Lei n. 6.830/1980 disponha que o cancelamento da inscrição de dívida ativa acarreta na extinção da execução fiscal sem qualquer ônus para as partes, tratando-se de cancelamento administrativo ocorrido após a oposição dos embargos do devedor, é assente o entendimento no sentido de que, em face do princípio da causalidade, deverá a Fazenda Pública arcar com o pagamento dos ônus sucumbenciais. Precedentes (TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRADO DE INSTRUMENTO - 5016582-04.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 21/02/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 28/02/2020 / TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2253789 - 0000325-98.2016.4.03.6141, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 22/11/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 28/11/2017 / TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC 0002072-02.2013.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 30/07/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 04/08/2015).
4. O mesmo entendimento se observa no julgamento do REsp n. 1.111.002/SP pelo E. STJ, sob a sistemática do art. 543-C do CPC: "É jurisprudência pacífica no STJ aquela que, em casos de extinção de execução fiscal em virtude de cancelamento de débito pela exequente, define a necessidade de se perquirir quem deu causa à demanda a fim de imputar-lhe o ônus pelo pagamento dos honorários advocatícios. Precedentes: AgRg no REsp. Nº 969.358 - SP, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 6.11.2008; EDcl no AgRg no AG Nº 1.112.581 - SP, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 23.7.2009; REsp Nº 991.458 - SP, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 2.4.2009; REsp. Nº 626.084 - SC, Primeira Turma, Rel. Min. Denise Arruda, julgado em 7.8.2007; AgRg no REsp 818.522/MG, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 21.8.2006; AgRg no REsp 635.971/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 16.11.2004."
5. Por fim, é nesse sentido, inclusive, a Súmula nº 153 do STJ: "a desistência da execução fiscal, após o oferecimento dos embargos, não exime o exequente dos encargos da sucumbência".
6. Considerando-se que a prolação da sentença se deu sob a égide do atual Código de Processo Civil, é certo que a fixação da verba honorária deve se orientar pelo diploma legal vigente.
7. Ocorre que, ainda que o art. 85 do referido ordenamento processualista determine, nas causas que envolver a Fazenda Pública, a aplicação dos percentuais indicados nos incisos I a V de seu §3º, é evidente que o intuito do legislador é permitir a fixação de honorários pelo magistrado em consonância com o trabalho prestado pelo advogado, evitando-se o enriquecimento desproporcional e sem causa. Precedente (REsp 1771147/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/09/2019, DJe 25/09/2019).

8. No caso dos autos, a matéria não ostenta grande complexidade e o valor da causa é demasiadamente alto (R\$11.060.755,20). Reputa-se razoável, portanto, reduzir, por meio de apreciação equitativa, o valor dos honorários advocatícios ao valor de R\$ 40.000,00, em consonância com decisões recentes desta C. Turma em casos semelhantes. Precedentes (TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5022735-53.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 09/03/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 11/03/2020 / TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5016582-04.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 21/02/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 28/02/2020).

9. Apelação parcialmente provida.

10. Reformada a r. sentença para reduzir ao valor de R\$40.000,00 os honorários de sucumbência impostos ao apelante.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, DEU PARCIAL PROVIMENTO à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0004641-21.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: TEMPERALHO TRADING, COMERCIO, IMPORTACAO E EXPORTACAO EIRELI
Advogado do(a) APELANTE: AGEU LIBONATI JUNIOR - SP144716-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0004641-21.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: TEMPERALHO TRADING, COMERCIO, IMPORTACAO E EXPORTACAO EIRELI
Advogado do(a) APELANTE: AGEU LIBONATI JUNIOR - SP144716-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por Temporalho Trading, Comércio, Importação e Exportação EIRELI, contra sentença que julgou improcedentes os respectivos embargos à execução fiscal, pela qual se objetiva a cobrança de crédito tributário inscrito nas Certidões de Dívida Ativa nº 80.6.08.007297-62 e 80.7.08.002045-19.

A embargante, ora apelante, requer o reconhecimento do direito de recolher PIS/COFINS sem o cômputo de ICMS em suas bases de cálculos, ante a inconstitucionalidade dessa inclusão. Por fim, sustenta a inaplicabilidade da Taxa Selic como índice de atualização monetária.

O Magistrado *a quo* decidiu pela improcedência do feito, por entender que não restou comprovado que o recolhimento de PIS/COFINS pela requerente teria se dado para além do faturamento real da empresa. Ademais, asseverou que a demandante não demonstrou qual parcela do débito tributário entende devida. Não procedeu à condenação em honorários advocatícios, ante em razão do encargo legal previsto no Decreto Lei 1.025/69.

Inconformada, a executada interpôs recurso de apelação, retomando os fundamentos da inicial.

Com contrarrazões, os autos subiram a esta E. Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0004641-21.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: TEMPERALHO TRADING, COMERCIO, IMPORTACAO E EXPORTACAO EIRELI
Advogado do(a) APELANTE: AGEU LIBONATI JUNIOR - SP144716-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A questão posta nos autos diz respeito à possibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS.

O C. Supremo Tribunal Federal reafirmou seu entendimento anterior e pacificou a questão definindo, com repercussão geral, no julgamento do RE 574.706/PR, que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, conforme acórdão publicado em 02/10/2017, *verbis*:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS.

3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

Destaca-se que no âmbito do próprio C. Supremo Tribunal Federal vem sendo dada eficácia ao desfecho do RE nº 574.706/PR independentemente do trânsito em julgado dessa decisão. Confrimam-se as seguintes decisões monocráticas:

Decisão: *Cumprе observar, finalmente, no que se refere à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, após reconhecer a existência de repercussão geral da questão constitucional igualmente versada na presente causa, julgou o RE 574.706/PR, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, nele fixando tese assim consubstanciada: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS." O exame da presente causa evidencia que o acórdão ora impugnado diverge, no ponto, da diretriz jurisprudencial que esta Suprema Corte firmou na análise da matéria em referência. Sendo assim, e tendo em consideração as razões expostas, dou parcial provimento ao recurso extraordinário, por estar o acórdão recorrido em confronto com entendimento emanado do Plenário desta Suprema Corte (RE 574.706/PR, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA), para determinar, em consequência, seja observada, pelo Tribunal "a quo", a orientação jurisprudencial em referência. Publique-se. Brasília, 21 de junho de 2017. Ministro CELSO DE MELLO Relator (RE 939742, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 21/06/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-141 DIVULG 27/06/2017 PUBLIC 28/06/2017)*

Decisão: *Quanto a possibilidade de inclusão do referido crédito presumido na base de cálculo do PIS e da COFINS, nos termos do art. 328, RISTF, determino o retorno dos autos ao Tribunal de origem para aplicação da sistemática da repercussão geral. Brasília, 26 de maio de 2017. Ministro Dias Toffoli Relator Documento assinado digitalmente (RE 1028359, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 26/05/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-114 DIVULG 30/05/2017 PUBLIC 31/05/2017)*

Decisão: *O Plenário desta Corte no RE 574.706, julgado sob a sistemática da repercussão geral (Tema 69), firmou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS". O acórdão do RE 574.706-RG ainda se encontra pendente de formalização e publicação, razão pela qual devem os autos retornar à origem para aplicação da tese firmada em sede de repercussão geral. Diante do exposto, com base no art. 328, parágrafo único, do RI/STF, determino o retorno dos autos à origem, a fim de que seja observada a sistemática da repercussão geral. Publique-se. Brasília, 23 de junho de 2017. Ministro Luís Roberto Barroso Relator (ARE 1054230, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 23/06/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-142 DIVULG 28/06/2017 PUBLIC 29/06/2017)*

Ademais, à luz do entendimento firmado pelos Tribunais Superiores, é desnecessária a exigência de provas do efetivo recolhimento do tributo e do seu montante exato, de modo que tal apreciação fica postergada para a esfera administrativa.

É perfeitamente possível, portanto, o prosseguimento da execução fiscal com a retificação da Certidão de Dívida Ativa, sem necessidade de novo lançamento, pois o título executivo não está desprovido de liquidez.

Nesse sentido:

EMEN: PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. CDA. DÉBITOS EM DUPLICIDADE. NULIDADE, POR FALTA DE LIQUIDEZ E CERTEZA. INEXISTÊNCIA, EM RAZÃO DA POSSIBILIDADE DE SUA EXCLUSÃO POR MERO DECOTE. TÍTULO QUE NÃO IDENTIFICA OS FATOS QUE ENSEJARAM O LANÇAMENTO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. ILEGALIDADE DA MULTA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL SUPOSTAMENTE VIOLADO. SÚMULA 284/STF. INCONSTITUCIONALIDADE DA SELIC. NÃO RECEPÇÃO DO DECRETO-LEI 1.025/1969 PELA CF/1988. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. 1. A constatação de cobrança, na CDA, de débitos em duplicidade não afeta a higidez do título executivo extrajudicial, tendo em vista a possibilidade de sua identificação e exclusão por mero decote. Precedentes do STJ. 2. O Tribunal de origem não emitiu juízo de valor a respeito da alegada ausência de indicação, na CDA, dos fatos que deram ensejo à constituição do crédito tributário, razão pela qual não houve o prequestionamento da matéria. Incidência da Súmula 211/STJ. 3. A ausência de indicação do dispositivo de lei federal que teria sido infringido, no que diz respeito à inexigibilidade da multa de mora, torna deficiente o Recurso Especial e atrai, no ponto, a aplicação da Súmula 284/STF. 4. Inviável este meio de impugnação para discutir a alegada inconstitucionalidade da Selic e a não recepção, pela CF/1988, do Decreto-Lei 1.025/1969. 5. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. ..EMEN:(RESP 201700977080, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:30/06/2017 ..DTPB:.)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VÍCIOS PREVISTOS NO ART. 1.022 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. OBSCURIDADE. OMISSÃO. CONTRADIÇÃO. ERRO MATERIAL. INEXISTÊNCIA. REDISCUSSÃO DO ENTENDIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1 - Os embargos de declaração consubstanciam instrumento processual apto a suprir omissão do julgado, esclarecer obscuridade, eliminar contradição ou corrigir erro material, nos termos do art. 1.022, do CPC/2015, não se prestando para rediscutir a lide. 2 - No caso, observa-se que a decisão recorrida abordou a questão de forma suficientemente clara, nos limites da controvérsia, não restando vício a ser sanado. 3 - Quanto ao argumento de que a embargada reconhece à fl. 591 que os pagamentos foram realizados, observa-se, na verdade, que a recorrente apenas afirma que a competência para análise de alegação de pagamento é exclusiva da Receita Federal, e que esta se manifestou pela manutenção do débito, conforme fls. 143/146, e pelo prosseguimento da execução fiscal, posto que os documentos acostados pelo contribuinte comprovariam "supostos pagamentos" realizados fora do prazo, o que justificaria, portanto, a aplicação das multas constantes na CDA. 4 - Quanto à alegação de impossibilidade de substituição da CDA, a jurisprudência está pacificada no sentido de que as alterações a serem feitas na certidão de dívida ativa por meio de simples cálculo aritmético dispensam a sua substituição, sendo cabível o mero decote do excesso encontrado. Precedentes (STJ: AgRg no REsp nº 779.496/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 17/10/2007; REsp n. 737.138/PR, Rel. Min. José Delgado, DJ de 01/08/2005 e REsp nº 535.943/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 13/09/2004). 5 - Oportuno destacar que o julgador não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos invocados pelas partes, quando tenha encontrado motivação satisfatória para dirimir o litígio. "O Tribunal não fica obrigado a examinar todos os artigos de lei invocados no recurso, desde que decida a matéria questionada sob fundamento suficiente para sustentar a manifestação jurisdicional, dispensável a análise dos dispositivos que pareçam para a parte significativos, mas que para o julgador, se não irrelevantes, constituem questões superadas pelas razões de julgar" (STJ. AgInt no REsp 1035738/RS, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 14/02/2017, DJe 23/02/2017). 6 - Não merecem ser acolhidos embargos declaratórios que, a pretexto de alegada omissão do acórdão embargado, traduzem, na verdade, o mero inconformismo da parte embargante com a decisão tomada, pretendendo, na verdade, rediscutir a conclusão do decisum. 7 - Embargos de declaração rejeitados. (APELREEX 00224423820084036182, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/06/2017 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

No mais, é sabido que, a despeito de não ter concluído o julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições sociais é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais.

Com relação à aplicabilidade da Taxa Selic, o C. Superior Tribunal de Justiça já sedimentou o entendimento acerca da legalidade de sua incidência às dívidas tributárias. *Verbis*:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ITR. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DO IMÓVEL RURAL. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO POSSUIDOR DIRETO (PROMITENTE COMPRADOR) E DO PROPRIETÁRIO/POSSUIDOR INDIRETO (PROMITENTE VENDEDOR). DÉBITOS TRIBUTÁRIOS VENCIDOS. TAXA SELIC. APLICAÇÃO. LEI 9.065/95.

(...)

10. A Taxa SELIC é legítima como índice de correção monetária e de juros de mora, na atualização dos débitos tributários pagos em atraso, ex vi do disposto no artigo 13, da Lei 9.065/95 (Precedentes do STJ: REsp 947.920/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 06.08.2009, DJe 21.08.2009; AgRg no Ag 1.108.940/RS, Rel.

Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 04.08.2009, DJe 27.08.2009; REsp 743.122/MG, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 26.02.2008, DJe 30.04.2008; e EREsp 265.005/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 24.08.2005, DJ 12.09.2005).

11. Destarte, vencido o crédito tributário em junho de 1998, como restou assente no Juízo a quo, revela-se aplicável a Taxa Selic, a título de correção monetária e juros moratórios.

13. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008. Proposição de verbete sumular.

Por fim, diante da sucumbência mínima da embargante, entende-se pela fixação de honorários advocatícios em desfavor da exequente, nos percentuais mínimos previstos no art. 85, §3º, do atual Código de Processo Civil, incidentes sobre o proveito econômico obtido pela executada, a ser arbitrado em fase de liquidação.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação, somente para reconhecer o direito da embargante de recolher PIS/COFINS, sem incidência de ICMS em suas bases de cálculo.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. POSSIBILIDADE DE DECOTE DA CDA. DESNECESSIDADE DE NOVO LANÇAMENTO. APLICABILIDADE DA TAXA SELIC. APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE.

1. A questão posta nos autos diz à possibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS.

2. O C. Supremo Tribunal Federal reafirmou seu entendimento anterior e pacificou a questão definindo, com repercussão geral, no julgamento do RE 574.706, que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. Destaca-se que no âmbito do próprio C. Supremo Tribunal Federal vem sendo dada eficácia ao desfecho do RE nº 574.706/PR independentemente do trânsito em julgado dessa decisão.

3. Desnecessária a exigência de provas do efetivo recolhimento do tributo e do seu montante exato, de modo que tal apreciação fica postergada para a esfera administrativa. Perfeitamente possível, portanto, o prosseguimento da execução fiscal com a retificação da Certidão de Dívida Ativa, sem necessidade de novo lançamento, pois o título executivo não está desprovido de liquidez.

4. Com relação à aplicabilidade da Taxa Selic, o C. Superior Tribunal de Justiça já sedimentou o entendimento acerca da legalidade de sua incidência às dívidas tributárias, no julgamento do REsp 1073846/SP.

5. Diante da sucumbência mínima da embargante, entende-se pela fixação de honorários advocatícios em desfavor da exequente, nos percentuais mínimos previstos no art. 85, §3º, do atual Código de Processo Civil, incidentes sobre o proveito econômico obtido pela executada, a ser arbitrado em fase de liquidação.

6. Apelação provida em parte, somente para reconhecer o direito da embargante de recolher PIS/COFINS, sem incidência de ICMS em suas bases de cálculo.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação,

somente para reconhecer o direito da embargante de recolher PIS/COFINS, sem incidência de ICMS em suas bases de cálculo., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5005505-61.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: ALFA EXPRESS FOTO COMERCIAL LTDA - EPP

Advogado do(a) AGRAVANTE: SIDNEI LOSTADO XAVIER JUNIOR - SP137563-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5005505-61.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: ALFA EXPRESS FOTO COMERCIAL LTDA - EPP

Advogado do(a) AGRAVANTE: SIDNEI LOSTADO XAVIER JUNIOR - SP137563-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por ALFA EXPRESS FOTO COMERCIAL LTDA – EPP contra a r decisão proferida em sede de ação ordinária, que indeferiu o pedido de tutela de urgência requerido a fim de suspender a exigibilidade do débito oriundo do auto de infração – PAF nº 12689.720265/2019-33, bem como seja obstado o protesto extrajudicial, a inscrição no CADIN e a cobrança emação executiva fiscal.

Narra o contribuinte que procedeu à importação de impressoras SINFONIA TECHNOLOGY CO, LTD., tendo classificado a mercadoria na posição tarifária NCM 8443.32.32 (solid ink e dye sublimation), consoante o disposto na Seção XVI, Capítulo 8, Posição TIPI 84, Subposição TIPI 43, Subitem TIPI 8443.32.32 do Sistema Harmonizado da Nomenclatura Comum do Mercosul, de acordo, a seu ver, com as regras da NESH (Notas Explicativas do Sistema Harmonizado de Designação e de Codificação de Mercadorias versão luso brasileira, aprovada pelo Decreto nº 435/92, com a redação dada pela IN SRF 123/98 e alterações posteriores).

No entanto, a Autoridade Fiscal utilizou a classificação tarifária – NCM nº 8443.32.99 (outras), lavrando o auto de infração que a agravante pretende anular na ação originária.

Aponta que houve divergência interpretativa acerca da tecnologia que envolve o maquinário importado, de modo que a fiscalização imputou à mercadoria posição mais genérica em detrimento de termo mais específico, a qual deveria prevalecer, gerando violação ao regramento legal a indevida autuação fiscal, eivada de vício material (ausência de motivação que redundará em anulação do ato administrativo..

Foi apresentada contraminuta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5005505-61.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: ALFA EXPRESS FOTO COMERCIAL LTDA - EPP
Advogado do(a) AGRAVANTE: SIDNEI LOSTADO XAVIER JUNIOR - SP137563-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

As hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário estão previstas no artigo 151, do Código Tributário Nacional:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I - moratória;

II - o depósito do seu montante integral;

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

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

V - a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial; (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

VI - o parcelamento. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

Como se vê, a simples propositura de ação anulatória não permite a suspensão da cobrança fiscal, sendo necessária a concessão de liminar para tanto (Inciso IV), ou ainda a prestação de garantia suficiente à satisfação do crédito (Inciso II).

Em situações como a presente, em que se está diante de uma ação anulatória, entendo aplicável o quanto disposto no artigo 151, II, do Código Tributário Nacional, inclusive aos créditos não tributários.

O dispositivo legal prevê, como forma de suspensão da exigibilidade do crédito tributário (extensível aos não tributários), o depósito do montante integral da dívida.

Nesse sentido, colho precedentes desta Corte:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. TUTELA DEFERIDA. OFERECIMENTO DE SEGURO-GARANTIA, ATÉ AJUIZAMENTO DE EXECUÇÃO FISCAL. INVIABILIDADE. DEPÓSITO INTEGRAL. ART. 151, DO CTN. SÚMULA 112 DO STJ. RECURSO IMPROVIDO.

1. Concessão de antecipação de tutela, para assegurar o direito à autora de oferecer seguro-garantia, em relação aos débitos objeto do Processo Administrativo nº 53542.001877/2005 e, com isto, possibilitar a obtenção de certidão positiva de débitos com efeito de negativa e também inibir a inclusão de seu nome em cadastros de inadimplentes.

2. A decisão recorrida se opõe ao texto expresso da lei, pois o art. 38 da Lei 6.830/80 textualmente estabelece que (grifei) "a discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos"; esse discurso vem significando há décadas (STF: RE 105.552, Relator Min. DJACI FALCAO, Segunda Turma, DJ 30-08-1985) que o contribuinte que ajuíza ação anulatória de débito fiscal não pode pretender a suspensão da exigibilidade dele enquanto discutido nessa espécie de ação a não ser sob o depósito em dinheiro do montante do débito.

3. O STJ, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo 1.156.668/DF (Rel. Min. Luiz Fux, DJe 10/12/2010), firmou posicionamento no viés de que a fiança bancária não é equiparável ao depósito integral do débito exequendo, para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, ante a taxatividade do art. 151 do CTN e do enunciado da Súmula 112/STJ. Precedentes desta Corte Regional.

4. A Lei 13.043/2014 não mudou essa ordem de coisas, pois um dispositivo de lei complementar (CTN) não pode ser mudado por lei ordinária, tal qual pretendido a partir da Lei 13.043/2014, no que alterou a Lei 6.830/1980, apenas para estabelecer, no inciso II do artigo 9º, que para garantia da execução fiscal pode ser ofertada fiança bancária ou seguro garantia, e no artigo 15, I, que é possível substituir penhora anterior por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia. Obviamente que se o art. 38 foi mantido íntegro, e também porque o CTN não pode ser alterado por lei ordinária, é evidente que carta de fiança ou seguro-garantia não podem ser manejados em ação anulatória de débito fiscal para obter-se a suspensividade desse crédito público. 5. Ainda, a expedição da certidão do art. 206 do CTN só se permite quando o débito está suspenso por alguma das situações permitidas no próprio CTN, art. 151, o que não é o caso pois essa lei complementar não cogita de carta de fiança/seguro garantia. 6. Agravo de instrumento provido, para reformar a decisão agravada e, assim, vedar o oferecimento do seguro-garantia com a finalidade pretendida, denegando a tutela antecipada.

(AI 00173537220164030000, DESEMBARGADOR FEDERAL JOHNSOM DI SALVO, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/07/2017..FONTE_REPUBLICACAO:.)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO ANULATÓRIA - TUTELA DE URGÊNCIA - SEGURO GARANTIA - SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO - DESCABIMENTO - ART. 151, II, CTN- ROL TAXATIVO - CERTIDÃO DE REGULARIDADE FISCAL - POSSIBILIDADE - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1.O deferimento da tutela de urgência, pelo Juízo a quo, teve como fundamento a apresentação do seguro garantia como caução, como defende a agravante, de modo que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário não se alicerçou no art. 151, V, CTN, como acredita a agravada.

2.O depósito do montante integral como forma de suspender a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, II, do Código Tributário Nacional, tem o condão de assegurar ao contribuinte o direito de discuti-lo, sem que se submeta a atos executórios, bem como sua inscrição em cadastro de inadimplentes ou recusa de expedição de certidão de regularidade fiscal. Na esteira da disposição legal, foi editada a súmula 112 do STJ que assim prescreve: "Súmula 112 - "o depósito somente suspende a exigibilidade do crédito tributário se for integral e em dinheiro."

3.O texto da Súmula 112 não deixa dúvidas de que o depósito tem que ser em dinheiro, de modo que a ele não equivale o oferecimento de caução ou outra forma de garantia. Essas outras formas de garantia, que não o depósito em dinheiro do montante integral, não estão arroladas como causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

4.O entendimento sobre a matéria parece uníssono no Superior Tribunal de Justiça, tanto que submetido às peculiaridades do art. 543-C, CPC/73, no sentido de que, facultado ao contribuinte, antes da propositura da execução fiscal, o oferecimento de garantia (na hipótese fiança bancária) com o fito de obter a expedição de certidão de regularidade fiscal, não implica a suspensão da exigibilidade do crédito, posto que o art. 151, CTN é taxativo ao arrolar as hipóteses competentes para a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, bem como tendo em vista o disposto na Súmula 112 da mesma Corte.

5. Cabível a possibilidade de aceitação da carta fiança, como forma de autorizar a expedição de certidão de regularidade fiscal, nos termos do art. 206, CTN, mas não como hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito, possibilitando, desta forma, a propositura da execução fiscal.

6. Agravo de instrumento parcialmente provido.

(AI 00145943820164030000, DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/06/2017..FONTE_REPUBLICACAO:.)

De outro lado, ao serem analisadas os requisitos atinentes à concessão de tutela de urgência para a suspensão da exigibilidade prevista pelo inciso V do artigo 151 do CTN, verifico a ausência da plausibilidade do direito invocado, porque o mesmo não é verificável de plano, uma vez que a questão da correta indicação da posição tarifária para fins aduaneiros necessita de análise mais acurada, requerendo necessária dilação probatória inviável nesta sede sumária. Assim, reputo ausente o *fumus boni iuris*.

Ausente qualquer outra causa suspensiva da exigibilidade, de rigor a manutenção da decisão singular.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE. NECESSIDADE DE DEPÓSITO DO MONTANTE INTEGRAL. AUSÊNCIA DE *FUMUS BONI IURIS*. AGRAVO DESPROVIDO. AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO PROVIDO.

1. As hipóteses de suspensão de exigibilidade do crédito tributário estão previstas no artigo 151 do Código Tributário Nacional.
2. Em situações como a presente, em que se está diante de uma ação ordinária/anulatória, é aplicável o quanto disposto no artigo 151, II, do Código Tributário Nacional, como forma de suspensão da exigibilidade dos créditos tributário, inclusive dos não tributários, mediante o depósito do montante integral da dívida.
3. De outro lado, ao serem analisadas os requisitos atinentes à concessão de tutela de urgência para a suspensão da exigibilidade prevista pelo inciso V do artigo 151 do CTN, verifico a ausência da plausibilidade do direito invocado, porque o mesmo não é verificável de plano, uma vez que a questão da correta indicação da posição tarifária para fins aduaneiros necessita de análise mais acurada, requerendo necessária dilação probatória inviável nesta sede sumária. Assim, reputo ausente o *fumus boni iuris*.
4. Agravo de instrumento não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5010673-14.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DE SÃO PAULO

APELADO: QUALITY TRANSPORTES E ENTREGAS RAPIDAS LTDA - EPP

Advogado do(a) APELADO: UBALDO JUVENIZ DOS SANTOS JUNIOR - SP160493-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5010673-14.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DE SÃO PAULO

APELADO: QUALITY TRANSPORTES E ENTREGAS RAPIDAS LTDA - EPP

Advogado do(a) APELADO: UBALDO JUVENIZ DOS SANTOS JUNIOR - SP160493-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação e remessa oficial, em face de sentença que concedeu a segurança para excluir o ISS da base de cálculo do PIS/COFINS e garantir a compensação, após o trânsito em julgado, observada a prescrição quinquenal e a aplicação da SELIC.

Apelou a PFN, alegando: (1) necessidade de sobrestamento do feito até o julgamento definitivo do RE 574.706 pela Suprema Corte; (2) apesar da Suprema Corte ter declarado inconstitucional a base de cálculo instituída pela Lei 9.718/1998, a legislação superveniente - Leis 10.637/2002 e 10.833/2003 -, definiu incidir o PIS/COFINS sobre a totalidade das receitas auferidas, indicando expressamente as rubricas que são excluídas, sem mencionar o imposto municipal; (3) o ISS, diferentemente do ICMS, não é destacado da nota fiscal, pois não compõe, na verdade, o valor da nota ou do serviço, porque o fato gerador é a efetiva prestação do serviço; (4) o Supremo Tribunal Federal, no RE 212.209, definiu que não há inconstitucionalidade no fato do valor de um determinado tributo fazer parte da base de cálculo do mesmo tributo ou de outro; e (5) eventual compensação deve observar as regras dos artigos 170-A do CTN, artigo 74 da Lei 9.430/1996, e 26-A da Lei 11.457/2007.

Houve contrarrazões.

O Ministério Público Federal opinou pelo regular prosseguimento do feito.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5010673-14.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DE SÃO PAULO

APELADO: QUALITY TRANSPORTES E ENTREGAS RAPIDAS LTDA - EPP

Advogado do(a) APELADO: UBALDO JUVENIZ DOS SANTOS JUNIOR - SP160493-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, preliminarmente não se conhece do apelo fazendário, no que pleiteou aplicação do artigo 170-A do CTN, pois assim já decidiu a sentença, inexistindo, portanto, sucumbência.

Ainda antes do mérito, cabe rejeitar o pedido de suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior, o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior.

No mérito, a questão da inclusão de **imposto** na base de cálculo do PIS/COFINS com vulneração da matriz constitucional que prevê a respectiva incidência sobre faturamento ou receita na dicção atualizado do artigo 195, I, *b*, da Constituição Federal, foi resolvida, pela Suprema Corte no RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS.

Eis o acórdão ementado:

RE 574.706, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe 29/09/2017: "RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

A interpretação constitucional quanto à exclusão do ICMS da base de cálculo de tais contribuições é extensiva, por identidade de razão jurídico-constitucional, à pretensão formulada em face do ISS, ainda que pendente o julgamento do RE 592.616. Isso porque a centralidade da tese jurídica fixada pela Suprema Corte serve tanto para o imposto estadual como municipal. A resolução da questão encontra-se menos colocada na peculiaridade própria do tributo estadual do que na centralidade substancial de que a materialidade constitucionalmente definida sobre a qual pode incidir a cobrança de tais contribuições sociais não comporta a inserção de valores de impostos que não expressem o faturamento do contribuinte.

É importante registrar, inclusive, que o ICMS alcança não apenas operações relativas à circulação de mercadorias, mas também prestações de serviço como os de transportes interestadual e intermunicipal, e de comunicação. Não teria sentido, portanto, incluir outros serviços, que são próprios do ISS, na base de cálculo de tais contribuições, quando já definida solução contrária ao Fisco no âmbito do ICMS. Existe, pois, simetria sistêmica que, considerada a centralidade da controvérsia resolvida no RE 574.706, não permite seja concebida, desde logo, interpretação ou solução distintas das definidas no relevante precedente. Certo que ao Excelso Pretório compete estabelecer a exegese definitiva também no tocante à inclusão do ISS na base de cálculo de tais contribuições, porém disto não resulta que caiba, desde logo, negar eficácia ao precedente firmado no exame do ICMS em favor de orientação contrária.

Neste sentido tem decidido a Turma:

ApCiv 5002810-15.2017.4.03.6120, Rel. Des. Fed. NELTON DOS SANTOS, e- DJF3 29/10/2019: "PROCESSUAL CIVIL. JUNTADA DE COMPROVANTES EM SEDE RECURSAL. INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO NO CASO SUB JUDICE. RECURSO DE APELAÇÃO. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ISSQN NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. COMPENSAÇÃO ART. 26, DA LEI Nº 11.457/07. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. RECURSO DE APELAÇÃO PROVIDO. 1. Na vigência do Código de Processo Civil de 1973, sobejavam razões para o acolhimento da tese restritiva, impeditiva da juntada de documentos novos em sede recursal. Com efeito, aquele diploma legal caracterizava-se como consagrador de um sistema de preclusões rígidas, de sorte que, ultrapassada a fase própria para a prática do ato, este restava inviabilizado. 2. Já no Código de Processo Civil de 2015, todavia, concebido já sobre os influxos da teoria da instrumentalidade do processo, prevalece o princípio segundo o qual, sempre que possível, a solução mais completa da controvérsia deve ser buscada. Nesse particular, ademais, o atual Código Processual tem como norte principiológico a resolução do mérito da demanda. 3. De mais a mais, não está se afastando a necessidade da devida instrução processual desde o início da demanda, mas a instrumentalidade do processo, sob o enfoque do caso dos autos, nos demonstra a ausência de prejuízo à defesa da administração pública. Isto porque os pontos atinentes à compensação foram regularmente levantados e analisados, sendo certo que a comprovação de credora, neste momento, apenas afirmou aquela condição devidamente debatida. 4. Preliminarmente, em que pese o julgamento sob o rito dos recursos repetitivos realizado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu a legalidade da incidência do PIS e da COFINS sobre a parcela relativa ao ISSQN, conforme se verificará no presente voto, a questão a ser tratada antecede a análise da legalidade, sendo certo que o vício combatido paira sob a constitucionalidade de tal exação, razão pela qual não se trata de afronta ao quanto decidido por aquela Corte Superior: Por outro lado, trata-se de situação que visa respeitar o entendimento exarado pela Corte Suprema quanto ao tema. 5. Assente-se que, tanto o RE 574.706/PR quanto o 240.785/MG foram julgados pelo Pleno do A. Supremo Tribunal Federal, sendo certo que nesses acórdãos foi sufragado que um tributo não detém a natureza jurídica de receita, tornando plenamente inaplicável o incidente de arguição de inconstitucionalidade, nos termos do artigo 949, parágrafo único, do Código de Processo Civil. 6. A jurisprudência do A. Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontrar inserida no conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. 7. Impende destacar que o reconhecimento da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pode ser aplicado ao ISS, em razão da própria inexistência de natureza de receita ou faturamento destas parcelas. Precedentes da 3ª Turma do TRF da 3ª Região. 8. Reforce-se que mesmo com as alterações posteriores na legislação que institui o PIS e a COFINS – Lei nº 12.973/14 – não tem o condão de afastar o quanto decidido, pois, conforme amplamente demonstrado, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela. 9. A compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior. 10. No que tange à condenação dos honorários advocatícios, em análise pelo reexame necessário, entendo que apesar dos patamares constantes no artigo 85, § 3º, inciso I a V, do Código de Processo Civil, o intuito do legislador não é pautado pelo enriquecimento sem causa, devendo a fixação dos honorários ser realizada de forma equitativa, balizada pelos princípios da proporcionalidade, causalidade e razoabilidade, analisando-se o quanto dispõe o artigo 85, § 2º, da Lei Adjetiva Civil. 11. No caso dos autos, a matéria tratada é corriqueira e já sedimentada na jurisprudência, inclusive através do julgamento de repercussão geral pelo A. Supremo Tribunal Federal, ainda, verifica-se que não houve necessidade de dilação probatória com acompanhamento de perícia ou audiência, sendo que o tempo para a solução da demanda também não se demonstrou excessivo, o que enseja o reconhecimento do diminuto trabalho realizado. 12. Neste diapasão, é de rigor a condenação da União nos honorários advocatícios, fixados nos patamares mínimos dispostos no artigo 85, § 3º, do Código de Processo Civil, observando-se a faixa de valores e o quanto delimitado no § 5º, do mesmo dispositivo legal, em respeito aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e causalidade. 13. Recurso de apelação provido."

Perceba-se que a pretensão em causa não envolve a dedução de parcela legalmente prevista, daí porque impertinente o argumento de que é taxativo o rol de exclusões constante do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 - com as alterações da Lei 12.973/2014, cujo advento, conforme já decidiu esta Corte, "não promoveu modificação legislativa relevante para a espécie, na medida em que não alterou o conceito da base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS" (EI 0029413-91.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 17/11/2017) - e § 3º dos artigos 1º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003.

A alegação de que o cálculo do PIS/COFINS com exclusão do imposto destinado ao erário contradiz a incidência, reconhecidamente válida, sobre outros custos, encargos ou despesas destinados a terceiros (como, por exemplo: empregados, companhia de energia elétrica, FGTS, fornecedores, empresas contratadas para prestação de serviços, entes estatais) não é verdadeira e nem aceitável, sem análise da natureza jurídica de cada parcela discutida na formação da base de cálculo de tais contribuições. Por ora, o que assentou, suficientemente, a Suprema Corte para o exame do caso foi a inexigibilidade de imposto integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, seja o ICMS, seja o próprio ISS, quanto a este em juízo derivado diretamente da mesma lógica de fundamentação constitucional, conforme já exposto.

A pretensão de invalidar a decisão do Supremo Tribunal Federal no RE 574.706 não pode ser admitida, seja porque a matéria restou decidida a tempo e modo, seja porque não cabe, por certo, valer-se da LC 70/1991 ou Lei 9.718/1998 para estabelecer o conceito constitucional de faturamento ou receita, pois, segundo o princípio da supremacia da Constituição, de que deriva a hierarquia das fontes normativas, a lei é interpretada segundo a Constituição, e não o contrário.

A tese do contribuinte é a de que a inclusão do imposto na base de cálculo de tais contribuições viola incidência constitucionalmente delimitada, exigindo, assim, decisão judicial no sentido de definir a base de cálculo compatível com o parâmetro constitucional. Não se trata, pois, de discutir isenção a ser interpretada na forma do artigo 111, CTN, ou qualquer outra questão de índole infraconstitucional. Exatamente por tal motivo é que se revela impertinente a invocação, com base no artigo 927, CPC, do paradigma no RESP 1.300.737, que resolveu a controvérsia sob o prisma legal, enquanto que a espécie discute a inconstitucionalidade da inclusão do ISS na base de cálculo do PIS/COFINS.

Quanto ao RE 212.209, tratou-se de precedente que reconheceu válida a inclusão do ICMS na própria base de cálculo do imposto estadual, o que, porém, não obsteu que a Suprema Corte, ao tratar do PIS/COFINS, deliberasse pela exclusão do ICMS. Logo, o paradigma para o caso concreto não é o RE 212.209 (ICMS na apuração do próprio ICMS), mas o RE 574.706, que definiu especificamente a base de cálculo constitucionalmente admitida para tais contribuições sociais.

Sobre a narrativa de que o ISS não é destacado nas notas fiscais, diferentemente do que ocorre com o ICMS, importa registrar que tal alegação não influencia na determinação da inconstitucionalidade da inclusão na base de cálculo do PIS/COFINS de valor correspondente a imposto. A Suprema Corte não se ateve nem adotou tal critério como base para a interpretação de que o imposto incidente na operação não se inclui na base de cálculo de tais contribuições sociais, sendo, pois, infundado pretender, com tal angulação, impor distinção ou restrição à aplicação da orientação consolidada no paradigma firmado e enunciado nos autos.

Em suma, portanto, o reconhecimento da inexigibilidade do ISS na formação da base de cálculo do PIS/COFINS atende à fundamentação jurídico-constitucional assentada no exame do RE 574.706, em regime de repercussão geral, sem embargo da observância, oportunamente, do que for deliberado, pelo Excelso Pretório, no âmbito do julgamento do RE 592.616.

Reconhecido o indébito fiscal, na forma acima especificada, os critérios para exercício do direito à compensação, na via administrativa mediante procedimento específico, inclusive com a própria comprovação e liquidação de valores indevidos a serem compensados, são os definidos nos artigos 168 (prescrição quinquenal) e 170-A (trânsito em julgado), ambos do Código Tributário Nacional; artigo 74 da Lei 9.430/1996 e demais textos legais de regência, incluindo o artigo 26-A da Lei 11.457/2007 na redação da Lei 13.670/2018, observado o regime legal vigente ao tempo da propositura da ação, pois este o critério determinante na jurisprudência consolidada, ainda que posteriormente possa ter sido alterada a legislação; e artigo 39, § 4º da Lei 9.250/1995 (incidência exclusiva da Taxa SELIC) desde cada recolhimento indevido.

De fato, como a presente ação foi proposta **após a Lei 13.670, de 30/05/2018**, que revogou o parágrafo único do artigo 26 da Lei 11.457/2007 e inseriu o artigo 26-A, este, pois, é o regime legal vigente ao tempo do ajuizamento a ser aplicado ao caso dos autos, segundo o critério jurídico acima apontado, consolidado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, conheço em parte da apelação e, nesta extensão, dou-lhe parcial provimento, assim como à remessa oficial, para reformar a sentença, nos termos supracitados.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ISS. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. INDÉBITO FISCAL. COMPENSAÇÃO.

1. Preliminarmente não se conhece do apelo fazendário, no que pleiteou aplicação do artigo 170-A do CTN, pois assim já decidiu a sentença, inexistindo, portanto, sucumbência.

2. Ainda antes do mérito, cabe rejeitar o pedido de suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior, o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior.

3. No mérito, a questão da inclusão de **imposto** na base de cálculo do PIS/COFINS com vulneração da matriz constitucional que prevê a respectiva incidência sobre faturamento ou receita na dicção atualizado do artigo 195, I, *b*, da Constituição Federal, foi resolvida, pela Suprema Corte no RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS.

4. A interpretação constitucional quanto à exclusão do ICMS da base de cálculo de tais contribuições é extensiva, por identidade de razão jurídico-constitucional, à pretensão formulada em face do ISS, ainda que pendente o julgamento do RE 592.616. Isso porque a centralidade da tese jurídica fixada pela Suprema Corte serve tanto para o imposto estadual como municipal. A resolução da questão encontra-se menos colocada na peculiaridade própria do tributo estadual do que na centralidade substancial de que a materialidade constitucionalmente definida sobre a qual pode incidir a cobrança de tais contribuições sociais não comporta a inserção de valores de impostos que não expressem o faturamento do contribuinte.

5. Importa registrar, inclusive, que o ICMS alcança não apenas operações relativas à circulação de mercadorias, mas também prestações de serviço como os de transportes interestadual e intermunicipal, e de comunicação. Não teria sentido, portanto, incluir outros serviços, que são próprios do ISS, na base de cálculo de tais contribuições, quando já definida solução contrária ao Fisco no âmbito do ICMS. Existe, pois, simetria sistêmica que, considerada a centralidade da controvérsia resolvida no RE 574.706, não permite seja concebida, desde logo, interpretação ou solução distintas das definidas no relevante precedente. Certo que ao Excelso Pretório compete estabelecer a exegese definitiva também no tocante à inclusão do ISS na base de cálculo de tais contribuições, porém disto não resulta que caiba, desde logo, negar eficácia ao precedente firmado no exame do ICMS em favor de orientação contrária.

6. A pretensão em causa não envolve a dedução de parcela legalmente prevista, daí porque impertinente o argumento de que é taxativo o rol de exclusões constante do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 - com as alterações da Lei 12.973/2014, cujo advento, conforme já decidiu esta Corte, “*não promoveu modificação legislativa relevante para a espécie, na medida em que não alterou o conceito da base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS*” (EI 0029413-91.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 17/11/2017) - e § 3º dos artigos 1º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003.

7. A alegação de que o cálculo do PIS/COFINS com exclusão do imposto destinado ao erário contradiz a incidência, reconhecidamente válida, sobre outros custos, encargos ou despesas destinados a terceiros (como, por exemplo: empregados, companhia de energia elétrica, FGTS, fornecedores, empresas contratadas para prestação de serviços, entes estatais) não é verdadeira e nem aceitável, sem análise da natureza jurídica de cada parcela discutida na formação da base de cálculo de tais contribuições. Por ora, o que assentou, suficientemente, a Suprema Corte para o exame do caso foi a inexigibilidade de imposto integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, seja o ICMS, seja o próprio ISS, quanto a este em juízo derivado diretamente da mesma lógica de fundamentação constitucional, conforme já exposto.

8. A pretensão de invalidar a decisão do Supremo Tribunal Federal no RE 574.706 não pode ser admitida, seja porque a matéria restou decidida a tempo e modo, seja porque não cabe, por certo, valer-se da LC 70/1991 ou Lei 9.718/1998 para estabelecer o conceito constitucional de faturamento ou receita, pois, segundo o princípio da supremacia da Constituição, de que deriva a hierarquia das fontes normativas, a lei é interpretada segundo a Constituição, e não o contrário.

9. A tese do contribuinte é a de que a inclusão do imposto na base de cálculo de tais contribuições viola incidência constitucionalmente delimitada, exigindo, assim, decisão judicial no sentido de definir a base de cálculo compatível com o parâmetro constitucional. Não se trata, pois, de discutir isenção a ser interpretada na forma do artigo 111, CTN, ou qualquer outra questão de índole infraconstitucional. Exatamente por tal motivo é que se revela impertinente a invocação, com base no artigo 927, CPC, do paradigma no RESP 1.300.737, que resolveu a controvérsia sob o prisma legal, enquanto que a espécie discute a inconstitucionalidade da inclusão do ISS na base de cálculo do PIS/COFINS.

10. Quanto ao RE 212.209, tratou-se de precedente que reconheceu válida a inclusão do ICMS na própria base de cálculo do imposto estadual, o que, porém, não obstou que a Suprema Corte, ao tratar do PIS/COFINS, deliberasse pela exclusão do ICMS. Logo, o paradigma para o caso concreto não é o RE 212.209 (ICMS na apuração do próprio ICMS), mas o RE 574.706, que definiu especificamente a base de cálculo constitucionalmente admitida para tais contribuições sociais.

11. Sobre a narrativa de que o ISS não é destacado nas notas fiscais, diferentemente do que ocorre com o ICMS, registra-se que tal alegação não influencia na determinação da inconstitucionalidade da inclusão na base de cálculo do PIS/COFINS de valor correspondente a imposto. A Suprema Corte não se ateve nem adotou tal critério como base para a interpretação de que o imposto incidente na operação não se inclui na base de cálculo de tais contribuições sociais, sendo, pois, infundado pretender, com tal angulação, impor distinção ou restrição à aplicação da orientação consolidada no paradigma firmado e enunciado nos autos.

12. Reconhecido o indébito fiscal, na forma especificada, os critérios para exercício do direito à compensação, na via administrativa mediante procedimento específico, inclusive com a própria comprovação e liquidação de valores indevidos a serem compensados, são os definidos nos artigos 168 (prescrição quinquenal) e 170-A (trânsito em julgado), ambos do Código Tributário Nacional; artigo 74 da Lei 9.430/1996 e demais textos legais de regência, incluindo o artigo 26-A da Lei 11.457/2007 na redação da Lei 13.670/2018, observado o regime legal vigente ao tempo da propositura da ação, pois este o critério determinante na jurisprudência consolidada, ainda que posteriormente possa ter sido alterada a legislação; e artigo 39, § 4º da Lei 9.250/1995 (incidência exclusiva da Taxa SELIC) desde cada recolhimento indevido.

13. Apelação conhecida em parte e, nesta extensão, parcialmente provida, e remessa oficial provida em parte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, conheceu em parte da apelação e, nesta extensão, deu-lhe parcial provimento, assim como à remessa oficial, para reformar a sentença, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0007653-08.2016.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

APELADO: AMIL ASSISTENCIA MEDICA INTERNACIONAL S.A.

Advogados do(a) APELADO: RODRIGO CRUZ MONTENEGRO - RJ103400, LUIZ FELIPE CONDE - SP310799-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0007653-08.2016.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

APELADO: AMIL ASSISTENCIA MEDICA INTERNACIONAL S.A.

Advogados do(a) APELADO: RODRIGO CRUZ MONTENEGRO - RJ103400, LUIZ FELIPE CONDE - SP310799-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pela Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, contra sentença que julgou parcialmente procedente a ação ordinária ajuizada por Amil - Assistência Médica Internacional S/A.

Segundo consta na inicial, a demandante teve instaurado contra si processo administrativo (autos nº 25789.063529/2012-97) perante a Agência Reguladora, pela prática de infração prevista no art. 17, §4º, da Lei 9.656/98, qual seja, redução da rede hospitalar oferecida aos beneficiários de seus planos de saúde sem autorização do Poder Público.

Após a interposição de recurso administrativo, a multa originalmente arbitrada em R\$ 125.894,74 foi reduzida para R\$ 114.957,89 por decisão definitiva. O auto de infração nº 42.212 lavrado anteriormente (05.09.2012) foi confirmado.

A parte autora argumenta no sentido do descabimento da penalidade imposta. Aduz que pleiteou autorização perante a autarquia federal para alteração de sua rede assistencial, mas que a Administração Pública não se manifestou em prazo hábil. Subsidiariamente, requer a redução do valor da multa aplicada.

O Magistrado *a quo* entendeu pela adequação e proporcionalidade da sanção imposta. Contudo, entendeu que os encargos monetários devem incidir sobre a partir do encerramento do procedimento administrativo (29.01.2016), e não desde o vencimento original (09.04.2013).

Inconformada, a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS apelou, sustentando que, no caso, o único encargo moratório incidente é a Taxa Selic a qual, por conjugar correção monetária e juros de mora, deve incidir desde o vencimento original.

Com contrarrazões, os autos subiram a esta E. Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0007653-08.2016.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

APELADO: AMIL ASSISTENCIA MEDICA INTERNACIONAL S.A.

Advogados do(a) APELADO: RODRIGO CRUZ MONTENEGRO - RJ103400, LUIZ FELIPE CONDE - SP310799-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A questão posta nos autos e devolvida a esta E. Corte diz respeito apenas à incidência de encargos moratórios sobre multa administrativa imposta pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS.

Observa-se o precedente, em caso semelhante ao presente:

ADMINISTRATIVO. TUTELA CAUTELAR ANTECEDENTE CONVERTIDA EM AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM (ARTIGO 307, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC). AUTUAÇÃO EFETUADA PELA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR – ANP. ARTIGO 12, INCISO IV, ALÍNEA “C”, DA LEI Nº 9.656/1998. EXTRAÇÃO DENTÁRIA NÃO COBERTA PELO PLANO ODONTOLÓGICO. APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ARTIGO 77 DA RESOLUÇÃO NORMATIVA – RN Nº 124/2006 – PERTINÊNCIA.

1. Em decorrência de reclamação/denúncia apresentada por beneficiária de plano de assistência odontológica oferecido pela apelante, a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS instaurou o procedimento administrativo nº 25789.002477/2013-63, o qual deu origem, na data de 02/04/2013, ao Auto de Infração nº 40.508.

2. Consta do Auto de Infração que, em outubro de 2011, a autora/apelante deixou de garantir à beneficiária/denunciante cobertura assistencial obrigatória prevista em lei para extração dentária, de forma a ensejar a abertura de procedimento administrativo. Referida autuação culminou na imposição de multa à apelante, arbitrada no montante de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

3. A Notificação de Intermediação Preliminar - NIP foi remetida à apelante na data de 10/11/2011 mediante correspondência enviada ao endereço eletrônico cadastrado na agência reguladora. O prazo para a apelante manifestar-se sobre os fatos a ela imputados expirou em 22/11/2011

4. Caberia à apelante demonstrar que não obteve ciência deste procedimento, o que não logrou fazer. Isto porque as ações fiscais revestem-se de presunção de regularidade, a qual, ainda que relativa, não pode ser afastada sem a apresentação de elementos robustos, capazes de demonstrar a existência de mácula no curso dos procedimentos administrativos.

5. O auto de infração contém imprecisão no que concerne à indicação do dispositivo violado. Foi indicada pelo agente fiscalizador violação ao disposto no artigo 12, inciso I, alínea “b” da Lei nº 9.656/1998. Entretanto, durante o curso do processo administrativo, os órgãos técnicos da ANS identificaram que a conduta da apelante melhor se amolda à dicção do inciso IV, alínea “c”, do mesmo artigo, o que ensejou a alteração da base legal da autuação.

6. A imprecisão da capitulação legal inicialmente indicada no auto de infração não implica nulidade, visto que o agente fiscal delimitou de forma clara a conduta reputada infracional. O exercício do direito de defesa há de ser realizado tendo por supedâneo os fundamentos fáticos imputados, os quais, ao contrário do alegado no apelo, foram corretamente delineados no documento em questão.

7. Há nos autos recibo a demonstrar que a beneficiária do plano realizou pagamento na data de 22/10/2011, no valor de trezentos reais, referente a cirurgia odontológica, poucos dias antes de apresentar seu inconformismo com a conduta da apelante perante a agência reguladora. Portanto, ela de fato teve dispêndio financeiro que deveria ter sido coberto pelo plano odontológico oferecido pela apelante.

8. A apelante juntou aos autos “Instrumento Particular de Transação”, datado de 06/05/2013, documento que comprova a restituição à beneficiária/denunciante da quantia por ela dispendida. Entretanto, este ressarcimento ocorreu somente após o transcurso do prazo para reparação voluntária e eficaz (22/11/2011) e posteriormente, inclusive, à lavratura do auto de infração (02/04/2013).

9. Como consignado na sentença, inexistente previsão de que a beneficiária deva procurar a operadora antes de se queixar da falta de atendimento aos órgãos competente.

10. Quanto à multa imposta, não se identifica violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, visto que foi fixada com supedâneo na disposição do artigo 77 da Resolução Normativa ANS nº 124/2006, editada para o fim de disciplinar acerca da aplicação de penalidades no caso de infrações cometidas pelos planos de assistência à saúde. O montante estipulado por esta disposição regulamentar mostra-se consentâneo à gravidade da infração nela prevista.

11. A apelação comporta provimento no que concerne ao termo inicial do cálculo dos juros e da multa de natureza moratória. Da análise da GRU enviada à apelante, verifica-se que foi considerada como vencimento original (e, portanto, como termo inicial da atualização monetária) a data de 04/12/2014, todavia a apelante foi comunicada acerca da decisão administrativa final somente em 05/08/2016. Não se mostra razoável o cômputo da atualização monetária enquanto a pertinência da autuação permanece em discussão na seara administrativa, pois até então não há que se falar em certeza da cobrança. O termo inicial da fluência da multa e dos juros moratórios deve ser fixado no primeiro dia útil seguinte à notificação acerca da derradeira decisão administrativa.

12. Apelação parcialmente provida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5014123-96.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 21/12/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 08/01/2019)

Pois bem, no caso dos autos, após encerramento do processo administrativo nº 25789.063529/2012-97 em 29.01.2016, a parte autora foi notificada através do Ofício 4278/COREC/SIF CD/2015 para promover o pagamento do débito em tela (R\$ 114.957,89) a ser atualizado desde seu vencimento original (09.04.2013) conforme Taxa Selic.

É devida a atualização monetária com observância da Taxa Selic que, como sabia, engloba juros de mora e correção monetária, e, portanto, não pode ser cumulada com qualquer outro índice.

Contudo, na linha do que já foi decidido por esta E. Turma, não é razoável o cômputo da atualização monetária enquanto a pertinência da autuação permanece em discussão na seara administrativa, pois até então não há que se falar em certeza da cobrança.

É de ser mantida a sentença.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MULTA ADMINISTRATIVA. ANS. REDUÇÃO DE REDE HOSPITALAR NÃO AUTORIZADA. ENCARGOS MORATÓRIOS. TAXA SELIC. TERMO INICIAL. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. A questão posta nos autos e devolvida a esta E. Corte diz respeito apenas à incidência de encargos moratórios sobre multa administrativa imposta pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS.

2. No caso dos autos, após encerramento do processo administrativo nº 25789.063529/2012-97 em 29.01.2016, a parte autora foi notificada através do Ofício 4278/COREC/SIF CD/2015 para promover o pagamento do débito em tela (R\$ 114.957,89) a ser atualizado desde seu vencimento original (09.04.2013) conforme Taxa Selic.

3. É devida a atualização monetária com observância da Taxa Selic que, como sabido, engloba juros de mora e correção monetária, e, portanto, não pode ser cumulada com qualquer outro índice. Contudo, na linha do que já foi decidido por esta E. Turma, não é razoável o cômputo da atualização monetária enquanto a pertinência da autuação permanece em discussão na seara administrativa, pois até então não há que se falar em certeza da cobrança.

4. Precedente: *TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL – 5014123-96.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 21/12/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 08/01/2019.*

5. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5006755-32.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: HIPERSTREAM SISTEMAS E TECNOLOGIA DA INFORMACAO LTDA.

Advogado do(a) AGRAVANTE: LEO LOPES DE OLIVEIRA NETO - SP271413-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5006755-32.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: HIPERSTREAM SISTEMAS E TECNOLOGIA DA INFORMACAO LTDA.
Advogado do(a) AGRAVANTE: LEO LOPES DE OLIVEIRA NETO - SP271413-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto HIPERSTREAM SISTEMAS E TECNOLOGIA DA INFORMACAO LTDA., em sede de mandado de segurança impetrado em desfavor da União Federal, contra decisão que indeferiu a liminar.

No mandado e segurança originário, postula a agravante a concessão da segurança visando a apuração e recolhimento do PIS/COFINS sem a indevida inclusão do próprio PIS/COFINS nas bases de cálculo.

Afirma que o PIS e a COFINS não integram os conceitos de receita bruta, razão pela qual não devem incidir sobre suas bases de cálculo.

Cita, em defesa, a decisão relativa à impossibilidade inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme Recurso Extraordinário nº 574.706.

Requer a concessão de liminar e, ao fim, o provimento do agravo de instrumento para apurar e recolher o PIS/COFINS sem a indevida inclusão do próprio PIS/COFINS nas bases de cálculo, suspendendo-se a exigibilidade dos respectivos créditos tributários nos termos do artigo 151, inciso IV, do Código Tributário Nacional.

Foi oferecida contraminuta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5006755-32.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: HIPERSTREAM SISTEMAS E TECNOLOGIA DA INFORMACAO LTDA.
Advogado do(a) AGRAVANTE: LEO LOPES DE OLIVEIRA NETO - SP271413-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O PIS e a COFINS compõem expressamente a receita bruta, conforme dispõe o art. 12, §5º, do Decreto-Lei nº 1.598/1977, com redação dada pela Lei nº 12.973/2014 e não há qualquer previsão legal ou decisão vinculante excluindo a contribuição do PIS e da COFINS das suas próprias bases de cálculo.

Nos termos do §5º, do art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598/1977, deve-se incluir, na receita bruta, os tributos sobre ela incidentes, determinando a nova composição da receita bruta como base de cálculo do PIS e da COFINS, em ambos os regimes, mediante alteração da Lei nº 9.718/98 e das Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, bem como do IRPJ e da CSLL, mediante alteração do disposto nos arts. 25, 27 e 29 da Lei nº 9.430/1996, e no art. 20 da Lei nº 9.249/1995.

Assim, devem ser mantidos os valores de PIS e COFINS da base de cálculo das próprias contribuições, sendo que contribuições ao PIS e COFINS são repassadas ao consumidor final de forma econômica, sendo que o destaque na nota fiscal é facultativo e existe apenas a título informativo.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal no tocante à tese de que o ICMS não incide nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, conforme julgado no RE nº 574.706/PR, com repercussão geral, não se aplica à hipótese dos autos.

Com efeito, o próprio Supremo Tribunal Federal, também se debruçando sobre o ICMS, entende que a “base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação de circulação de mercadorias, inclui o próprio montante do ICMS incidente”.

Do entendimento acima exposto, é possível extrair que a Corte Suprema continua a entender pela constitucionalidade do cálculo “por dentro”, o que ocorre no caso da incidência do PIS e da COFINS sobre as próprias contribuições.

Nesse sentido, precedentes que colho:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS NºS 282 E 356/STF. TRIBUTÁRIO. ICMS. CÁLCULO POR DENTRO. TAXA SELIC. CONSTITUCIONALIDADE. MULTA MORATÓRIA DE 10% SOBRE O VALOR DO DÉBITO. CARÁTER CONFISCATÓRIO. INEXISTÊNCIA.

1. A base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação de circulação de mercadorias, inclui o próprio montante do ICMS incidente.

2. Inexistência de violação do princípio da legalidade na incidência da Selic para a atualização de débito tributário, desde que exista lei legitimando o uso desse índice.

3. O acórdão recorrido encontra amparo na jurisprudência da Suprema Corte, segundo a qual não é confiscatória a multa moratória no importe de 10% (dez por cento).

4. Agravo regimental não provido.”

(ARE 897254 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 27/10/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-250 DIVULG 11-12-2015 PUBLIC 14-12-2015)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – ICMS.

1. CÁLCULO POR DENTRO E INCIDÊNCIA SOBRE OS ENCARGOS FINANCEIROS NAS VENDAS A PRAZO: CONSTITUCIONALIDADE.

2. TAXA SELIC. ATUALIZAÇÃO DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS: CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTE.

3. MULTA MORATÓRIA. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. ANÁLISE DO CARÁTER CONFISCATÓRIO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRECEDENTE.

4. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.”

(ARE 759877 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 22/04/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-084 DIVULG 05-05-2014 PUBLIC 06-05-2014)

Pela mesma vereda, caminha o Superior Tribunal de Justiça, inclusive em julgamento de recurso representativo de controvérsia:

RECURSO ESPECIAL DO PARTICULAR: TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. PIS/PASEP E COFINS. BASE DE CÁLCULO. RECEITA OU FATURAMENTO. INCLUSÃO DO ICMS.

1. *A Constituição Federal de 1988 somente veda expressamente a inclusão de um imposto na base de cálculo de um outro no art. 155, §2º, XI, ao tratar do ICMS, quanto estabelece que este tributo: ‘XI - não compreenderá, em sua base de cálculo, o montante do imposto sobre produtos industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configure fato gerador dos dois impostos’.*

2. *A contrario sensu é permitida a incidência de tributo sobre tributo nos casos diversos daquele estabelecido na exceção, já tendo sido reconhecida jurisprudencialmente, entre outros casos, a incidência: 2.1. Do ICMS sobre o próprio ICMS: repercussão geral no RE n. 582.461 /SP, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 18.05.2011.*

2.2. *Das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS sobre as próprias contribuições ao PIS/PASEP e COFINS: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 976.836 - RS, STJ, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.8.2010.*

2.3. *Do IRPJ e da CSLL sobre a própria CSLL: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.113.159 - AM, STJ, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 11.11.2009.*

2.4. *Do IPI sobre o ICMS: REsp. n. 675.663 - PR, STJ, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 24.08.2010; REsp. N° 610.908 - PR, STJ, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 20.9.2005, AgRg no REsp. N° 462.262 - SC, STJ, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 20.11.2007.*

2.5. *Das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS sobre o ISSQN: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.330.737 - SP, Primeira Seção, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 10.06.2015.*

3. *Desse modo, o ordenamento jurídico pátrio comporta, em regra, a incidência de tributos sobre o valor a ser pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo. Ou seja, é legítima a incidência de tributo sobre tributo ou imposto sobre imposto, salvo determinação constitucional ou legal expressa em sentido contrário, não havendo aí qualquer violação, a priori, ao princípio da capacidade contributiva.*

4. *Consoante o disposto no art. 12 e §1º, do Decreto-Lei n. 1.598/77, o ISSQN e o ICMS devidos pela empresa prestadora de serviços na condição de contribuinte de direito fazem parte de sua receita bruta e, quando dela excluídos, a nova rubrica que se tem é a receita líquida.*

5. *Situação que não pode ser confundida com aquela outra decorrente da retenção e recolhimento do ISSQN e do ICMS pela empresa a título de substituição tributária (ISSQN-ST e ICMS-ST). Nesse outro caso, a empresa não é a contribuinte, o contribuinte é o próximo na cadeia, o substituído. Quando é assim, a própria legislação tributária prevê que tais valores são meros ingressos na contabilidade da empresa que se torna apenas depositária de tributo que será entregue ao Fisco, consoante o art. 279 do RIR/99.*

6. *Na tributação sobre as vendas, o fato de haver ou não discriminação na fatura do valor suportado pelo vendedor a título de tributação decorre apenas da necessidade de se informar ou não ao Fisco, ou ao adquirente, o valor do tributo embutido no preço pago. Essa necessidade somente surgiu quando os diversos ordenamentos jurídicos passaram a adotar o lançamento por homologação (informação ao Fisco) e/ou o princípio da não-cumulatividade (informação ao Fisco e ao adquirente), sob a técnica específica de dedução de imposto sobre imposto (imposto pago sobre imposto devido ou ‘tax on tax’).*

7. *Tal é o que acontece com o ICMS, onde autolancamento pelo contribuinte na nota fiscal existe apenas para permitir ao Fisco efetivar a fiscalização a posteriori, dentro da sistemática do lançamento por homologação e permitir ao contribuinte contabilizar o crédito de imposto que irá utilizar para calcular o saldo do tributo devido dentro do princípio da não cumulatividade sob a técnica de dedução de imposto sobre imposto. Não se trata em momento algum de exclusão do valor do tributo do preço da mercadoria ou serviço.*

8. *Desse modo, firma-se para efeito de recurso repetitivo a tese de que: ‘O valor do ICMS, destacado na nota, devido e recolhido pela empresa compõe seu faturamento, submetendo-se à tributação pelas contribuições ao PIS/PASEP e COFINS, sendo integrante também do conceito maior de receita bruta, base de cálculo das referidas exações’.*

9. Tema que já foi objeto de quatro súmulas produzidas pelo extinto Tribunal Federal de Recursos - TFR e por este Superior Tribunal de Justiça - STJ: Súmula n. 191/TFR: 'É compatível a exigência da contribuição para o PIS com o imposto único sobre combustíveis e lubrificantes'. Súmula n. 258/TFR: 'Inclui-se na base de cálculo do PIS a parcela relativa ao ICM'. Súmula n. 68/STJ: 'A parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do PIS'. Súmula n. 94/STJ: 'A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL'.

10. Tema que já foi objeto também do recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.330.737 - SP (Primeira Seção, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 10.06.2015) que decidiu matéria idêntica para o ISSQN e cujos fundamentos determinantes devem ser respeitados por esta Seção por dever de coerência na prestação jurisdicional previsto no art. 926, do CPC/2015.

11. Ante o exposto, DIVIRJO do relator para NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial do PARTICULAR e reconhecer a legalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS.

RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA NACIONAL: TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. PIS/PASEP E COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DOS VALORES COMPUTADOS COMO RECEITAS QUE TENHAM SIDO TRANSFERIDOS PARA OUTRAS PESSOAS JURÍDICAS. ART. 3º, § 2º, III, DA LEI Nº 9.718/98. NORMA DE EFICÁCIA LIMITADA. NÃO-APLICABILIDADE.

12. A Corte Especial deste STJ já firmou o entendimento de que a restrição legislativa do artigo 3º, § 2º, III, da Lei n.º 9.718/98 ao conceito de faturamento (exclusão dos valores computados como receitas que tenham sido transferidos para outras pessoas jurídicas) não teve eficácia no mundo jurídico já que dependia de regulamentação administrativa e, antes da publicação dessa regulamentação, foi revogado pela Medida Provisória n. 2.158-35, de 2001. Precedentes: AgRg nos EREsp. n. 529.034/RS, Corte Especial, Rel. Min. José Delgado, julgado em 07.06.2006; AgRg no Ag 596.818/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 28/02/2005; EDcl no AREsp 797544 /SP, Primeira Turma, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 14.12.2015, AgRg no Ag 544.104/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJ 28.8.2006; AgRg nos EDcl no Ag 706.635/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 28.8.2006; AgRg no Ag 727.679/SC, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ 8.6.2006; AgRg no Ag 544.118/TO, Rel. Min. Franciulli Netto, Segunda Turma, DJ 2.5.2005; REsp 438.797/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 3.5.2004; e REsp 445.452/RS, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ 10.3.2003.

13. Tese firmada para efeito de recurso representativo da controvérsia: 'O artigo 3º, § 2º, III, da Lei n.º 9718/98 não teve eficácia jurídica, de modo que integram o faturamento e também o conceito maior de receita bruta, base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS, os valores que, computados como receita, tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica'.

14. Ante o exposto, ACOMPANHO o relator para DAR PROVIMENTO ao recurso especial da FAZENDA NACIONAL.

(REsp 1144469/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/08/2016, DJe 02/12/2016)

Esta Corte Federal, no mesmo sentido, já se pronunciou:

PROCESSUAL CIVIL - TRIBUTÁRIO - AGRAVO INTERNO - REPERCUSSÃO GERAL - MODULAÇÃO EFEITOS STF - OPOSIÇÃO EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - PIS/COFINS EM SUA PRÓPRIA BASE DE CÁLCULO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO PARA RETIFICAR DECISÃO ANTERIOR QUE DEU PROVIMENTO AOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

1. Não há falar em ocorrência de preclusão consumativa pela interposição anterior de agravo interno, uma vez que esta se deu antes da decisão monocrática que deu provimento aos embargos de declaração, corrigindo suposto erro material e ampliando os termos da decisão monocrática proferida para excluir as contribuições do PIS/COFINS de sua própria base de cálculo.

2. No que se refere à oposição de embargos de declaração frente à decisão do STF, eventual modulação do julgado não impede o imediato julgamento dos recursos pendentes.

3. Impossibilidade de sobrestamento do feito, pois, consoante entendimento firmado pelo STJ, o instituto exige expressa determinação em vigor da Suprema Corte, devendo esta ser a interpretação a ser dada ao agora vigente art. 1035, § 5º, do CPC/15 e ao art. 328 do RISTF c/c art. 543-B do CPC/73.

4. Retifico entendimento esposado na decisão que deu provimento aos embargos de declaração, pois a pretensão da impetrante em excluir o valor das próprias contribuições das bases de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS nos recolhimentos vincendos destas exações é tema que envolve créditos públicos que não cabe ao Judiciário dispensar inopinadamente. Até porque o STF já entendeu constitucional a incidência do ICMS sobre si mesmo (cálculo "por dentro" - AI 651873 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 04/10/2011, DJe-210 DIVULG 03-11-2011 PUBLIC 04-11-2011 EMENT VOL-02619-03 PP-00372, etc.), sendo incabível invocar o quanto decidido pelo STF no RE nº 574.706 porque o caso aqui tratado se refere à tributação distinta.

3. Agravo interno parcialmente provido para retificar a decisão monocrática que deu provimento aos embargos de declaração, no ponto em que houve a exclusão das contribuições do PIS/COFINS de sua própria base de cálculo.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 371404 - 0002198-28.2017.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, julgado em 08/11/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:22/11/2018)

Logo, realizadas tais considerações, entendo válida a inclusão do PIS e da COFINS em suas próprias bases de cálculo.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É o voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INCIDÊNCIA DO PIS E DA COFINS EM SUAS PRÓPRIAS BASES DE CÁLCULO. POSSIBILIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.

1. - Nos termos do §5º do art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598/1977, deve-se incluir, na receita bruta, os tributos sobre ela incidentes, determinando a nova composição da receita bruta como base de cálculo do PIS e da COFINS, em ambos os regimes, mediante alteração da Lei nº 9.718/98 e das Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, bem como do IRPJ e da CSLL, mediante alteração do disposto nos arts. 25, 27 e 29 da Lei nº 9.430/1996, e no art. 20 da Lei nº 9.249/1995.

2. O entendimento do Supremo Tribunal Federal no tocante à tese de que o ICMS não incide nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, conforme julgado no RE nº 574.706/PR, com repercussão geral, não se aplica à hipótese dos autos.

3. Com efeito, o próprio Supremo Tribunal Federal, também se debruçando sobre o ICMS, entende que a “base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação de circulação de mercadorias, inclui o próprio montante do ICMS incidente”.

4. Do entendimento acima exposto, é possível extrair que a Corte Suprema continua a entender pela constitucionalidade do cálculo “por dentro”, o que ocorre no caso da incidência do PIS e da COFINS sobre as próprias contribuições. Precedentes do STF, STJ e desta Corte.

5. Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5016741-77.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: VLP DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA

Advogado do(a) APELANTE: ADEMIR GILLI JUNIOR - SC20741-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5016741-77.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: VLP DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA

Advogado do(a) APELANTE: ADEMIR GILLI JUNIOR - SC20741-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação e remessa oficial à sentença que concedeu em parte o mandado de segurança para *"determinar que a autoridade impetrada, no prazo de 30 (trinta) dias, analise e decida conclusivamente sobre os pedidos de restituição nºs. 384162821426041111083051; 142552126126041111093563; 223468315926041111087607 e 365467112226041111096761, sendo que, em caso de necessidade de diligências cujo ônus seja da impetrante, o prazo ora fixado ficará suspenso até o seu cumprimento"*.

Considerando que foram deferidos pela impetrada os pedidos nos PER/DCOMP's 0726.18635.260411.1.1.09-0278 e 08076.03943.260411.1.1.08-2118, cujo pagamento não ocorreu em razão de erro na indicação do domicílio bancário, a sentença decretou a falta de interesse processual da impetrante.

A impetrante opôs embargos de declaração, alegando omissão quanto ao pedido de atualização, pela Taxa SELIC, dos créditos que vierem a ser reconhecidos. Quanto à falta de interesse processual em relação aos pedidos indicados, alegou que *"jamais foi intimada a respeito do deferimento dos referidos requerimentos, razão pela qual deve-se reconhecer a necessidade de tais valores também serem corrigidos pela SELIC – em razão do lapso de 360 dias desde os respectivos protocolos"*.

O MM. Juízo a quo não conheceu dos embargos, consignando que *"não foi emitido, nos presentes autos, nenhuma ordem mandamental para que a Receita Federal seja compelida a promover o pagamento imediato da quantia, sem respeitar nenhum prazo, ordem cronológica com base na igualdade e na impessoalidade, nem qualquer previsão ou disponibilidade orçamentária, não sendo o caso de se manifestar sobre a atualização da quantia que eventualmente será restituída"*.

Apelou a impetrante que (1) tem direito à efetiva indexação dos créditos pela aplicação da taxa SELIC e (2) a autoridade impetrada "incorreu em morosidade ao dar prosseguimento aos requerimentos de números 30726.18635.260411.1.1.09-0278 e 08076.03943.260411.1.1.08-2118, já apreciados, motivo pelo qual também deve ser reconhecida a necessidade de atualização dos valores referentes aos citados pedidos de restituição".

A União informou nos autos que deixa de interpor recurso voluntário face à dispensa de recorrer, conforme REsp 1.138.206/RS e artigo 19 da Lei 10.522/2002.

Houve contrarrazões.

Opinou o Ministério Público Federal pelo regular prosseguimento do feito.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5016741-77.2019.4.03.6100
RELATOR: Gab. 08 - DES, FED, CARLOS MUTA
APELANTE: VLP DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA
Advogado do(a) APELANTE: ADEMIR GILLI JUNIOR - SC20741-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, preliminarmente não se conhece da remessa oficial, uma vez que a Fazenda Nacional manifestou expresso desinteresse em recorrer nos termos do artigo 19 da Lei 10.522/2002, cujo § 2º prescreve que, em tal situação, a sentença "não se subordinará ao duplo grau de jurisdição obrigatório".

Com relação aos pedidos apreciados, que foram objeto de sentença extintiva sem resolução do mérito, houve atraso na prolação das decisões respectivas, sendo que a impetração, além de impugnar a mora administrativa, pleiteou que o ressarcimento seja corrigido pela taxa SELIC, apesar de se tratar de crédito escritural, o que evidencia, diante da falta de informação em relação ao cálculo elaborado em tais procedimentos de ressarcimento, o cabimento da reforma da sentença de extinção sem resolução do mérito, em razão do interesse processual na discussão de tal forma de cálculo dos valores envolvidos.

O processo administrativo deve observar os princípios do devido processo legal, da razoável duração do processo e da eficiência, sendo consolidado na jurisprudência o entendimento de que a demora injustificada no exame de pleitos administrativos fiscais, extrapolando o prazo previsto no artigo 24 da Lei 11.457/2007, vulnera direito líquido e certo do contribuinte.

Neste sentido os seguintes precedentes:

AIRESP 1.598.796, Rel. Min. CAMPBELL MARQUES, DJE 03/10/2018: “PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 3/STJ. PEDIDO ADMINISTRATIVO FISCAL DE RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO. EXAURIMENTO DO PRAZO PARA CONCLUSÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. 360 DIAS. PRECEDENTE. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ARTIGO 543-C DO CPC/1973. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. Os requerimentos efetuados anteriormente à vigência da Lei 11.457/07, quanto aos pedidos protocolados após o advento do referido diploma legislativo, o prazo aplicável para conclusão do processo administrativo de restituição é de 360 dias a partir do protocolo dos pedidos, nos termos do art. 24 da Lei 11.457/07 (REsp. n. 1.138.206/RS, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 9.8.2010). 2. Agravo interno não provido.”

RemNecCiv 5028392-43.2018.4.03.6100, Rel. Des. Fed. NELTON DOS SANTOS, intimação via sistema 06/03/2020: “ADMINISTRATIVO. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. PROCESSO ADMINISTRATIVO FEDERAL. PEDIDO ADMINISTRATIVO. PRAZO PARA DECISÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 24 DA LEI 11.457/07. 1. O Superior Tribunal de Justiça já dirimiu a controvérsia, em julgamento realizado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, acerca da razoável duração do processo administrativo tributário. 2. O artigo 24, da Lei nº 11.457/07, norma de natureza processual e de aplicação imediata, supriu a lacuna existente, devendo a administração pública manifestar-se sobre o pedido no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias. 3. Cabe à Administração Pública respeitar o princípio da razoável duração do processo, constante no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04. 4. Remessa oficial desprovida.”

No caso, os PER/DCOMP do contribuinte foram protocolados em **26/04/2011** (ID. 128227125), sem que até a data da impetração (**10/09/2019**) tivessem sido proferidas decisões administrativas ou ofertadas quaisquer justificativas - salvo em relação, segundo informado, aos PER/DCOMP's 0726.18635.260411.1.1.09-0278 e 08076.03943.260411.1.1.08-2118, que teriam sido apreciados, porém sem pagamento por erro na indicação do domicílio bancário -, em evidente ofensa, pois, ao prazo estipulado no artigo 24 da Lei 11.457/2007.

Prossegue-se, pois, no exame do mérito de tal pretensão, em relação a todos os pedidos apontados na inicial.

Cuida-se, na espécie, de pedido de ressarcimento de crédito escritural de PIS/COFINS no regime de não cumulatividade, conforme relação transcrita na inicial.

Sem embargo da atribuição da autoridade administrativa de avaliar a existência de tais créditos escriturais para efeito de ressarcimento, é certo que, se reconhecidos, sobre os respectivos valores deve incidir a taxa SELIC desde o dia seguinte ao exaurimento do prazo fixado no artigo 24 da Lei 11.457/2007, conforme tese firmada no Superior Tribunal de Justiça (Tema 1.003): **“O termo inicial da correção monetária de ressarcimento de crédito escritural excedente de tributo sujeito ao regime não cumulativo ocorre somente após escoado o prazo de 360 dias para a análise do pedido administrativo pelo Fisco (art. 24 da Lei n. 11.457/2007)”** (RESP 1.767.945, RESP 1.768.060 e RESP 1.768.415).

A propósito, o julgamento de um desses recursos representativos restou assimementado:

RESP 1.767.945, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe de 06/05/2020: “**TRIBUTÁRIO. REPETITIVO. TEMA 1.003/STJ. CRÉDITO PRESUMIDO DE PIS/COFINS. PEDIDO DE RESSARCIMENTO. APROVEITAMENTO ALEGADAMENTE OBSTACULIZADO PELO FISCO. SÚMULA 411/STJ. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL. DIA SEGUINTE AO EXAURIMENTO DO PRAZO DE 360 DIAS A QUE ALUDE O ART. 24 DA LEI N. 11.457/07. RECURSO JULGADO PELO RITO DOS ARTS. 1.036 E SEQUENTES DO CPC/2015. 1. A Primeira Seção desta Corte Superior, a respeito de créditos escriturais, derivados do princípio da não cumulatividade, firmou as seguintes diretrizes: (a) "A correção monetária não incide sobre os créditos de IPI decorrentes do princípio constitucional da não-cumulatividade (créditos escriturais), por ausência de previsão legal" (REsp 1.035.847/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 03/08/2009 - Tema 164/STJ); (b) "É devida a correção monetária ao creditamento do IPI quando há oposição ao seu aproveitamento decorrente de resistência ilegítima do Fisco" (Súmula 411/STJ); e (c) "Tanto para os requerimentos efetuados anteriormente à vigência da Lei 11.457/07, quanto aos pedidos protocolados após o advento do referido diploma legislativo, o prazo aplicável é de 360 dias a partir do protocolo dos pedidos (art. 24 da Lei 11.457/07)" (REsp 1.138.206/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 01/09/2010 - Temas 269 e 270/STJ). 2. Consoante decisão de afetação ao rito dos repetitivos, a presente controvérsia cinge-se à "Definição do termo inicial da incidência de correção monetária no ressarcimento de créditos tributários escriturais: a data do protocolo do requerimento administrativo do contribuinte ou o dia seguinte ao escoamento do prazo de 360 dias previsto no art. 24 da Lei n. 11.457/2007". 3. A atualização monetária, nos pedidos de ressarcimento, não poderá ter por termo inicial data anterior ao término do prazo de 360 dias, lapso legalmente concedido ao Fisco para a apreciação e análise da postulação administrativa do contribuinte. Efetivamente, não se configuraria adequado admitir que a Fazenda, já no dia seguinte à apresentação do pleito, ou seja, sem o mais mínimo traço de mora, devesse arcar com a incidência da correção monetária, sob o argumento de estar opondo "resistência ilegítima" (a que alude a Súmula 411/STJ). Ora, nenhuma oposição ilegítima se poderá identificar na conduta do Fisco em servir-se, na integralidade, do interregno de 360 dias para apreciar a pretensão ressarcitória do contribuinte. 4. Assim, o termo inicial da correção monetária do pleito de ressarcimento de crédito escritural excedente tem lugar somente após escoado o prazo de 360 dias para a análise do pedido administrativo pelo Fisco. 5. Precedentes: EREsp 1.461.607/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Rel. p/ Acórdão Ministro Sérgio Kukina, Primeira Seção, DJe 1º/10/2018; AgInt no REsp 1.239.682/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 13/12/2018; AgInt no REsp 1.737.910/PR, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 28/11/2018; AgRg no REsp 1.282.563/PR, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 16/11/2018; AgInt no REsp 1.724.876/PR, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 07/11/2018; AgInt nos EDcl nos EREsp 1.465.567/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 06/11/2018; AgInt no REsp 1.665.950/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 25/10/2018; AgInt no AREsp 1.249.510/RS, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 19/09/2018; REsp 1.722.500/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 13/11/2018; AgInt no REsp 1.697.395/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 27/08/2018; e AgInt no REsp 1.229.108/SC, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 24/04/2018. 6. **TESE FIRMADA:** "O termo inicial da correção monetária de ressarcimento de crédito escritural excedente de tributo sujeito ao regime não cumulativo ocorre somente após escoado o prazo de 360 dias para a análise do pedido administrativo pelo Fisco (art. 24 da Lei n. 11.457/2007)". 7. Resolução do caso concreto: recurso especial da Fazenda Nacional provido." (g.n..)**

Portanto, diante da jurisprudência consolidada, cabe reconhecer o direito líquido e certo da impetrante à prolação de decisão com observância dos prazos legais e, ainda, mediante aplicação da taxa SELIC contada a partir do 361º dia posterior à transmissão em todos os pedidos relacionados nos autos que já foram deferidos (PER/DCOMP's 30726.18635.260411.1.1.09-0278 e 08076.03943.260411.1.1.08-2118) ou que vierem a ser deferidos.

Ante o exposto, não conheço da remessa oficial e dou provimento à apelação para reformar a sentença, no que extinguiu o processo sem resolução do mérito e garantir, sem prejuízo da competência da autoridade administrativa para apreciar o mérito dos pedidos, a aplicação da taxa SELIC nos ressarcimentos, dentre os relacionados, que forem deferidos após o prazo acima apontado.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. TRIBUTÁRIO. REMESSA OFICIAL NÃO CONHECIDA. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. ARTIGO 24 DA LEI 11.457/2007. DEMORA. LESÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INTERESSE PROCESSUAL. RESSARCIMENTO DE CRÉDITO ESCRITURAL. TAXA SELIC DESDE O EXAURIMENTO DO PRAZO DE 360 DIAS.

1. Preliminarmente não se conhece da remessa oficial, vez que a Fazenda Nacional manifestou expresso desinteresse em recorrer nos termos do artigo 19 da Lei 10.522/2002, cujo § 2º prescreve que, em tal situação, a sentença "*não se subordinará ao duplo grau de jurisdição obrigatório*".

2. Com relação aos pedidos apreciados, que foram objeto de sentença extintiva sem resolução do mérito, houve atraso na prolação das decisões respectivas, sendo que a impetração, além de impugnar a mora administrativa, pleiteou que o ressarcimento seja corrigido pela taxa SELIC, apesar de se tratar de crédito escritural, o que evidencia, diante da falta de informação em relação ao cálculo elaborado em tais procedimentos de ressarcimento, o cabimento da reforma da sentença de extinção sem resolução do mérito, em razão do interesse processual na discussão de tal forma de cálculo dos valores envolvidos.

3. O processo administrativo deve observar os princípios do devido processo legal, da razoável duração do processo e da eficiência, sendo consolidado na jurisprudência o entendimento de que a demora injustificada no exame de pleitos administrativos fiscais, extrapolando o prazo previsto no artigo 24 da Lei 11.457/2007, vulnera direito líquido e certo do contribuinte.

4. Sem embargo da atribuição da autoridade administrativa de avaliar a existência de créditos escriturais, relativos a PIS/COFINS não cumulativos, para efeito de ressarcimento, é certo que, se reconhecidos, sobre os valores respectivos deve incidir taxa SELIC desde o dia seguinte ao exaurimento do prazo fixado no artigo 24 da Lei 11.457/2007, conforme tese firmada no Superior Tribunal de Justiça (Tema 1.003): "*O termo inicial da correção monetária de ressarcimento de crédito escritural excedente de tributo sujeito ao regime não cumulativo ocorre somente após escoado o prazo de 360 dias para a análise do pedido administrativo pelo Fisco (art. 24 da Lei n. 11.457/2007)*" (RESP 1.767.945, RESP 1.768.060 e RESP 1.768.415).

5. Apelação provida e remessa oficial não conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, não conheceu da remessa oficial e deu provimento à apelação para reformar a sentença, no que extinguiu o processo sem resolução do mérito e garantir, sem prejuízo da competência da autoridade administrativa para apreciar o mérito dos pedidos, a aplicação da taxa SELIC nos ressarcimentos, dentre os relacionados, que forem deferidos após o prazo acima apontado, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002368-19.2011.4.03.6000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE MATO GROSSO DO SUL

Advogado do(a) APELANTE: IDELMARA RIBEIRO MACEDO - MS9853-A

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 23/06/2020 1749/4253

APELADO: NORMA ELISANGELA ALMEIDA DE QUEIROZ
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002368-19.2011.4.03.6000
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE MATO GROSSO DO SUL
Advogado do(a) APELANTE: IDELMARA RIBEIRO MACEDO - MS9853-A
APELADO: NORMA ELISANGELA ALMEIDA DE QUEIROZ

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto pela **Conselho Regional de Enfermagem de Mato Grosso do Sul**, inconformado com a sentença proferida na execução fiscal, ajuizada em face de **Norma Elisângela Almeida de Queiroz**.

A MM. Juíza de primeiro grau acolheu a exceção de pré-executividade apresentada pela executada, para declarar a nulidade da cobrança das anuidades efetuada pelo exequente, e, extinguiu o processo, com resolução do mérito, nos termos do art. 485, I, do Código de Processo Civil. Sua Excelência condenou o exequente ao pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em R\$ 200,00 (duzentos) reais.

Irresignado, o Conselho Regional de Enfermagem apela alegando, em síntese, que é indevida a condenação em honorários advocatícios da maneira arbitrada na sentença, devendo ser adotada a sistemática prevista no art. 85 do Código de Processo Civil.

Com contrarrazões, vieram os autos a este e. Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002368-19.2011.4.03.6000
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE MATO GROSSO DO SUL
Advogado do(a) APELANTE: IDELMARA RIBEIRO MACEDO - MS9853-A
APELADO: NORMA ELISANGELA ALMEIDA DE QUEIROZ

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): A irresignação do apelante restringe-se ao pagamento de honorários advocatícios.

Segundo o princípio da causalidade, aquele que tiver dado causa ao ajuizamento da ação responderá pelas despesas daí decorrentes e pelos honorários de advogado.

Neste sentido, é firme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça - STJ. Veja-se:

"PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO. HONORÁRIOS. CABIMENTO. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. SÚMULA 83/STJ. VERIFICAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. 1. A extinção da execução fiscal após a citação do devedor dá ensejo à sucumbência processual, máxime em havendo oferecimento de embargos à execução, como no caso sub judice. 2. In casu, conforme entendimento firmado na origem, "é que a Fazenda Nacional deu causa à presente execução de sentença condenatória de honorários de advogado, arbitrados em embargos à execução fiscal julgados improcedentes, haja vista as despesas que a executada teve para vir a juízo se defender, inclusive, contra a penhora. Assim, consoante apreciação equitativa, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, fixo tal verba em R\$ 3.000,00" (fl. 384, e-STJ). Incidência da Súmula 7/STJ. Agravo regimental improvido." (STJ, 2ª Turma, AGAResp n.º 388730, rel. Min. Humberto Martins, j. 03.02.13, DJE 10.02.13).

No caso dos autos, a parte executada teve que constituir advogado para se defender (exceção de pré-executividade - ID de n.º 90492524, págs. 49-56). Assim, o exequente deve responder pelo pagamento dos honorários advocatícios.

Por outro lado, a demanda envolveu pouca complexidade, não havendo motivos para fixação dos honorários acima do patamar mínimo de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa (R\$ 636,21 no ano de 2010) a devidamente atualizado, nos termos do art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso de apelação, para fixar a condenação em honorários advocatícios no patamar mínimo de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa devidamente atualizado, nos termos do art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil, conforme a fundamentação supra.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE MATO GROSSO DO SUL. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APLICAÇÃO DO ART. 85, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO PROVIDA.

1. No caso *sub judice*, a irrisignação da apelante restringe-se ao pagamento de honorários advocatícios.
2. Segundo o princípio da causalidade, aquele que tiver dado causa ao ajuizamento da ação responderá pelas despesas daí decorrentes e pelos honorários de advogado (precedente do STJ).
3. No caso dos autos, a parte executada teve que constituir advogado para se defender (exceção de pré-executividade - ID de n.º 90492524, págs. 49-56). Assim, o exequente deve responder pelo pagamento dos honorários advocatícios.
4. Por outro lado, a demanda envolveu pouca complexidade, não havendo motivos para fixação dos honorários acima do patamar mínimo de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa (R\$ 636,21 no ano de 2010) a devidamente atualizado, nos termos do art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil.
5. Recurso de apelação provido, para fixar a condenação em honorários advocatícios no patamar mínimo de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa devidamente atualizado, nos termos do art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, DEU PROVIMENTO ao recurso de apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000383-96.2017.4.03.6103
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: DISTRIBUIDORA DE COMBUSTIVEIS TORRAO LTDA
Advogado do(a) APELADO: LUIZ OTAVIO PINHEIRO BITTENCOURT - SP147224-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000383-96.2017.4.03.6103
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: DISTRIBUIDORA DE COMBUSTIVEIS TORRAO LTDA

RELATÓRIO

Trata-se de remessa necessária e de recurso de apelação interposto pela **UNIÃO** em face da sentença que concedeu a segurança para declarar o direito da impetrante **DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS TORRAO LTDA.** à exclusão dos valores correspondentes ao ICMS da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e ao COFINS, bem como à repetição dos valores indevidamente recolhidos, nos cinco últimos anos anteriores à impetração.

Em suas razões de apelação, a União sustentou, em síntese, que:

- a) ainda há pedido pendente da PGFN de **modulação dos efeitos** da decisão proferida no RE nº 574.706, que concluiu ser indevida a inclusão do ICMS na base de cálculo de PIS e Cofins – o que **justifica a suspensão do processo** até o julgamento dos embargos declaratórios;
- b) após a edição da Lei n.º 12.973/2014, a base de cálculo do PIS e da COFINS permanece compreendendo a totalidade da receita auferida pela pessoa jurídica, sendo que os tributos incidentes sobre as receitas integram a receita bruta da venda de mercadorias e da prestação de serviços da pessoa jurídica.

Com contrarrazões, subiram os autos a essa E. Corte Regional.

O Ministério Público Federal, em manifestação do e. Procurador Regional da República, Walter Claudius Rothenburg, opinou pelo prosseguimento do feito.

É o sucinto relatório.

srevi.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000383-96.2017.4.03.6103
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL- FAZENDA NACIONAL

APELADO: DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS TORRAO LTDA
Advogado do(a) APELADO: LUIZ OTAVIO PINHEIRO BITTENCOURT - SP147224-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

O cerne da presente controvérsia gravita em torno do pleito da impetrante acerca do reconhecimento judicial que declare seu direito à exclusão do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) da base de cálculo das contribuições devidas a título de PIS e COFINS, bem como à declaração do direito de efetuar a compensação tributária dos valores recolhidos indevidamente nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação.

Pois bem.

No caso em análise, face à sentença concessiva de segurança contra a União, por força do disposto no §1º do art. 14, da Lei 12016/2009, reconheço a hipótese da obrigatoriedade ao duplo grau de jurisdição, com a análise da remessa necessária.

A questão não carece de maiores debates, haja vista que em sessão plenária do dia 15.03.2017 foi julgado o RE nº 574.706/RS, que trata do tema atinente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a sistemática da repercussão geral (artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973), nos seguintes termos:

"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Carmen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017."

(RE 574706 RG, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 15/03/2017, DJe-053 DIVULG 17-03-2017 PUBLIC 20-03-2017)

Reforce-se a esse quadro que em 29.09.2017 foi disponibilizada a ementa do aludido acórdão:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o A. Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

Em suma, a novel jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, assim como a do Superior Tribunal de Justiça, reconheceu a exclusão da parcela relativa ao ICMS da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, confira-se:

"TRIBUTO - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da Cofins, porque estranho ao conceito de faturamento." (RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituindo receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS incluí-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido."

(AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 07/04/2015)

Cumprase asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

Na verdade, o ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.

Resta evidente, portanto, que o ICMS não tem a natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, veja-se:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ICMS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Encontra-se, atualmente, consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme constou do Boletim de Notícias do Supremo Tribunal Federal nº 762 de 06 a 11 de Outubro de 2014 (RE 240.785-2/MG).

2. Embargos infringentes desprovidos."

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI 0000266-78.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 04/11/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/11/2014)

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS e DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/04/2014)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DUPLO AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. VALIDADE. APROVEITAMENTO DO TÍTULO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.

2. A orientação no plano constitucional, a partir do precedente citado, foi adotada, recentemente, no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94, conforme AgRg no ARES 593.627, Rel. p/ acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 07/04/2015.

3. Embora cabível excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, não se reconhece a nulidade da execução fiscal, que deve prosseguir pelo saldo efetivamente devido, não se cogitando, de extinção da execução fiscal, na conformidade da jurisprudência consolidada.

4. Agravos inominados desprovidos."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0030027-53.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/05/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/05/2015)

Reconheço, portanto, o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Reforce-se que mesmo com as alterações posteriores na legislação que instituiu o PIS e a COFINS – Lei nº 12.973/14 – não temo condão de afastar o quanto decidido, pois, conforme amplamente demonstrado, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da demanda, que ocorreu em **05/04/2017** e, conforme jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, confira-se:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. *A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).*
3. *Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.*
4. *A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".*
5. *Consectariamente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.*
6. *A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.*
7. *Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.*
8. *Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."*
9. *Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressaltando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).*
10. *In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.*
11. *À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.*
12. *Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor; o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.*
13. *Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor; nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."*

14. Consequentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF). (Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

Destarte, conforme a jurisprudência acima colacionada e, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

Cumprе ressaltar que a compensação requerida nos presentes autos **não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias**, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior, *in verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO INEXISTENTE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. COMPENSAÇÃO. TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA. ART. 26 DA LEI N. 11.457/07. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nos termos da jurisprudência do STJ, é impossível a compensação de créditos tributários administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal com débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (contribuições sociais previstas nas alíneas 'a', 'b' e 'c' do parágrafo único do art. 11 da Lei n. 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida pelo art. 26 da Lei n. 11.457/07. Precedentes. Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1469537/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 24/10/2014)

Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, veja-se:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. *A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).*

2. *É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4º 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).*

3. *A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.*

4. *A Tabela Única aprovada pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação /repetição de indébito, quais sejam: (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDcl no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).*

5. *Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).*

6. O prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/05 (09.06.2005), nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.") (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: RESP 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009).

7. Outrossim, o artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

8. Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010)

Finalmente, o termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior, que ora colaciono:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNBEN. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL. APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.250/95. DESDE O RECOLHIMENTO INDEVIDO. SÚMULA 83/STJ

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nas ações de restituição de tributos federais, antes do advento da Lei 9.250/95, incide a correção monetária desde o pagamento indevido (no caso, no momento da indevida retenção do IR) até a restituição ou a compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros moratórios a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), na forma do art. 167, parágrafo único, do CTN.

3. Ocorre que, com o advento do referido diploma, passou-se a incidir a Taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou a partir de 1º de janeiro de 1996 (caso o recolhimento tenha ocorrido antes dessa data).

Agravo regimental improvido."

(AgRg no AgRg no AREsp 536.348/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014)

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso de apelação da União e **dou parcial provimento** à remessa necessária, apenas para reconhecer a impossibilidade de realizar a compensação pleiteada com as contribuições previdenciárias, nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. POSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. COMPENSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE REALIZAR A COMPENSAÇÃO PLEITEADA COM AS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO. REMESSA NECESSÁRIA PARCIALMENTE PROVIDA.

1. O cerne da presente controvérsia gravita em torno do reconhecimento do direito da impetrante à exclusão dos valores correspondentes ao ICMS da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e a COFINS, bem como a compensação dos valores tidos como indevidamente recolhidos, nos últimos 05 (cinco) anos, com os acréscimos cabíveis.
2. A jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.
3. Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.
4. Cumpre asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.
5. O ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.
6. Resta evidente, portanto, que o ICMS não tem a natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.
7. Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da demanda, que ocorreu em **05/04/2017**.
8. Cumpre asseverar que a compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias.
9. Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil.
10. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior.
11. Recurso de apelação da União desprovido.
12. Remessa necessária parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso de apelação da União e deu parcial provimento à remessa necessária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5006032-57.2018.4.03.6119
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: GRANTERRA COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: PEDRO LUIZ PATERRA - SP47505-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5006032-57.2018.4.03.6119
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: GRANTERRA COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: PEDRO LUIZ PATERRA - SP47505-A
DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 23/06/2020 1761/4253

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial, de recurso de apelação interposto pela **União** e de recurso adesivo interposto por **Granterra Comércio de Alimentos Ltda.**, em face da sentença que concedeu a ordem para determinar a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e reconhecer o direito à compensação, após o trânsito em julgado, observada a prescrição quinquenal.

Em suas razões, a União requer, preliminarmente, o sobrestamento do feito. No mérito sustenta, em síntese, que:

a) o ICMS integra o faturamento, base de cálculo do PIS e da COFINS, definida em lei.

b) após a edição da Lei n.º 12.973/2014, que alterou a redação dos arts. 1º e seus respectivos §§ 1º das Leis n.ºs 10.637/02 e 10.833/02, resta incontestada a inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições em análise.

Com contrarrazões vieram os autos a esta Corte.

Em seu recurso adesivo, a impetrante, ora apelante, requer seja afastada a necessidade de observância do trânsito em julgado, para que seja iniciada a compensação do indébito, já que o tema restou pacificado pelo STF, no julgamento do RE n.º 574.706.

O Ministério Público Federal, em manifestação de lavra do e. Procurador Regional da República Uendel Domingues Ugatti, deixou de exarar parecer, por entender não haver interesse público primário que justifique sua intervenção no feito.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5006032-57.2018.4.03.6119
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: GRANTERRA COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: PEDRO LUIZ PATERRA - SP47505-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Denise Avelar (Relator): Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores resem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.

Passo ao exame do mérito.

De início, ressalte-se que em sessão plenária do dia 15.03.2017 foi julgado o RE nº 574.706/RG, que trata do tema atinente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a sistemática da repercussão geral (artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973), que constou com a seguinte decisão:

"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da cofins ". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017."

(RE 574706 RG, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 15/03/2017, DJe-053 DIVULG 17-03-2017 PUBLIC 20-03-2017)

Reforce-se a esse quadro que em 29.09.2017 foi disponibilizada a ementa do aludido acórdão:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS . DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS .

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS , não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS . 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS ."

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o E. Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

Indo adiante, a questão não carece de maiores debates, visto que a novel jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal e do C. Superior Tribunal de Justiça reconheceu a exclusão da parcela relativa ao ICMS , da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS , confira-se:

"TRIBUTO - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS . O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da cofins , por que estranho ao conceito de faturamento."

(RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS . COFINS . BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS . POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituindo receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS .

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido."

(AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 07/04/2015)

Cumprase asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

Ressalto, por oportuno, que a falta de definitividade da entrada de valores a título de ICMS no caixa da pessoa jurídica caracteriza a ausência da natureza jurídica adrede mencionada, que, repita-se, tem natureza de receita para o Estado-membro.

Ademais, o termo "faturamento" deve ser conceituado no sentido técnico consagrado pela jurisprudência e pela doutrina.

Ainda, o ICMS é imposto indireto no qual o ônus financeiro é transferido para o consumidor final, tomando-se este o contribuinte de fato da exação. Assim, o sujeito passivo do tributo - aquele que realiza a operação de circulação de mercadorias - apenas tem o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, qual seja, o Estado-membro ou o Distrito Federal, mostrando-se, incontestavelmente, despido da natureza jurídica de receita para o sujeito passivo.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, veja-se:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ICMS . INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS / COFINS . IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Encontra-se, atualmente, consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS , conforme constou do Boletim de Notícias do Supremo Tribunal Federal nº 762 de 06 a 11 de Outubro de 2014 (RE 240.785-2/MG).

2. Embargos infringentes desprovidos."

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI 0000266-78.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 04/11/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/11/2014)

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS e DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS . DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS .

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS , afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS .

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/04/2014)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DUPLO AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS . EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS / COFINS . VALIDADE. APROVEITAMENTO DO TÍTULO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.

2. A orientação no plano constitucional, a partir do precedente citado, foi adotada, recentemente, no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94, conforme AgRg no ARES 593.627, Rel. p/ acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 07/04/2015.

3. Embora cabível excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, não se reconhece a nulidade da execução fiscal, que deve prosseguir pelo saldo efetivamente devido, não se cogitando, de extinção da execução fiscal, na conformidade da jurisprudência consolidada.

4. Agravos inominados desprovidos."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0030027-53.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/05/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/05/2015)

Por fim, diga-se que, considerando o julgamento do RE n.º 240.785-2 que declarou inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, o advento da Lei n.º 12.973/2014 em nada altera o entendimento proferido pela Suprema Corte.

Com efeito, a superveniência da Lei, modificando o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, e, respeitando-se a prescrição quinquenal, é direito da impetrante a repetição dos valores recolhidos indevidamente, através da compensação, conforme os termos delineados a seguir.

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas pelas Leis nº 10.637/02 e 13.670/2018, visto a data que o presente *mandamus* foi impetrado e, conforme jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, confira-se:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

5. Conseqüentemente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.

7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutoria de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.

13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."

14. Consequentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF). (Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010).

Destarte, conforme a jurisprudência acima colacionada e, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

Neste particular, não é o caso de acolhimento do recurso adesivo.

Cabe acrescentar, por fim, que, em razão do presente *mandamus* ter sido impetrado após a entrada em vigor da Lei n.º 13.670/2018, que revogou o art. 26 da Lei n.º 11.457/2007, não se aplica mais a vedação da compensação dos valores recolhidos indevidamente com as contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991. No entanto, deve-se observar o quanto disposto no art. 26-A da Lei n.º 13.670/2018.

Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, veja-se:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4ª 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.

4. A Tabela Única a prova da pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação /repetição de indébito, quais sejam: (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDcl no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. O prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/05 (09.06.2005), nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.") (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: RESP 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009).

7. Outrossim, o artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

8. Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010)

Finalmente, o termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior, que ora colaciono:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNBEN. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL. APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.250/95. DESDE O RECOLHIMENTO INDEVIDO. SÚMULA 83/STJ

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nas ações de restituição de tributos federais, antes do advento da Lei 9.250/95, incide a correção monetária desde o pagamento indevido (no caso, no momento da indevida retenção do IR) até a restituição ou a compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros moratórios a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), na forma do art. 167, parágrafo único, do CTN.

3. Ocorre que, como advento do referido diploma, passou-se a incidir a Taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou a partir de 1º de janeiro de 1996 (caso o recolhimento tenha ocorrido antes dessa data).

Agravo regimental improvido."

(AgRg no AgRg no AREsp 536.348/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014)

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação, à remessa oficial e ao recurso adesivo.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO.

1. Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores retem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontrar inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

3. A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, uma vez que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

4. A superveniência da Lei n.º 12.973/2014, que alargou o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

5. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e respeitando-se a prescrição quinquenal, é assegurada à impetrante a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio de compensação ou repetição.

6. A compensação deverá ser realizada nos termos do art. 74 da Lei n.º 9.430/96 com as modificações perpetradas pelas Leis n.ºs 10.637/02 e 13.670/2018, sendo necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional. Precedentes do STJ.

7. Em razão do presente *mandamus* ter sido impetrado após a entrada em vigor da Lei n.º 13.670/2018, que revogou o art. 26 da Lei n.º 11.457/2007, não se aplica mais a vedação da compensação dos valores recolhidos indevidamente com as contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei n.º 8.212/1991. No entanto, deve-se observar o quanto disposto no art. 26-A da Lei n.º 11.457/2007, incluído pela Lei n.º 13.670/2018.

8. A taxa SELIC é o índice aplicável para a correção monetária, cujo termo inicial é a data do pagamento indevido. Precedentes do STJ.

9. Remessa oficial, recurso de apelação e recurso adesivo desprovidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO ao recurso de apelação, à remessa oficial e ao recurso adesivo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5005063-87.2018.4.03.6104

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: RICARDO DOS SANTOS, ROBERTO CARDOSO, SAMUEL DA SILVA, SEBASTIAO PEDRO DA SILVA, WALTER PALMIERI, VILMAR LAMARCK, WILKIE PEDRO DE CARVALHO FRAGA, GERALDO SOARES AMORIM, DARCI JOSE DOS SANTOS, JOSE FRANCISCO NOGUEIRA

Advogados do(a) APELANTE: ERALDO AURELIO RODRIGUES FRANZESE - SP42501-A, TATHIANE GRANDE GUERRA ANDRIA PAIVA - SP278861-A
Advogados do(a) APELANTE: ERALDO AURELIO RODRIGUES FRANZESE - SP42501-A, TATHIANE GRANDE GUERRA ANDRIA PAIVA - SP278861-A
Advogados do(a) APELANTE: ERALDO AURELIO RODRIGUES FRANZESE - SP42501-A, TATHIANE GRANDE GUERRA ANDRIA PAIVA - SP278861-A
Advogados do(a) APELANTE: ERALDO AURELIO RODRIGUES FRANZESE - SP42501-A, TATHIANE GRANDE GUERRA ANDRIA PAIVA - SP278861-A
Advogados do(a) APELANTE: ERALDO AURELIO RODRIGUES FRANZESE - SP42501-A, TATHIANE GRANDE GUERRA ANDRIA PAIVA - SP278861-A
Advogados do(a) APELANTE: ERALDO AURELIO RODRIGUES FRANZESE - SP42501-A, TATHIANE GRANDE GUERRA ANDRIA PAIVA - SP278861-A
Advogados do(a) APELANTE: ERALDO AURELIO RODRIGUES FRANZESE - SP42501-A, TATHIANE GRANDE GUERRA ANDRIA PAIVA - SP278861-A
Advogados do(a) APELANTE: ERALDO AURELIO RODRIGUES FRANZESE - SP42501-A, TATHIANE GRANDE GUERRA ANDRIA PAIVA - SP278861-A
Advogados do(a) APELANTE: ERALDO AURELIO RODRIGUES FRANZESE - SP42501-A, TATHIANE GRANDE GUERRA ANDRIA PAIVA - SP278861-A
Advogados do(a) APELANTE: ERALDO AURELIO RODRIGUES FRANZESE - SP42501-A, TATHIANE GRANDE GUERRA ANDRIA PAIVA - SP278861-A
Advogados do(a) APELANTE: ERALDO AURELIO RODRIGUES FRANZESE - SP42501-A, TATHIANE GRANDE GUERRA ANDRIA PAIVA - SP278861-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5005063-87.2018.4.03.6104

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: RICARDO DOS SANTOS, ROBERTO CARDOSO, SAMUEL DA SILVA, SEBASTIAO PEDRO DA SILVA, WALTER PALMIERI, VILMAR LAMARCK, WILKIE PEDRO DE CARVALHO FRAGA, GERALDO SOARES AMORIM, DARCI JOSE DOS SANTOS, JOSE FRANCISCO NOGUEIRA

Advogados do(a) APELANTE: ERALDO AURELIO RODRIGUES FRANZESE - SP42501-A, TATHIANE GRANDE GUERRA ANDRIA PAIVA - SP278861-A

Advogados do(a) APELANTE: ERALDO AURELIO RODRIGUES FRANZESE - SP42501-A, TATHIANE GRANDE GUERRA ANDRIA PAIVA - SP278861-A

Advogados do(a) APELANTE: ERALDO AURELIO RODRIGUES FRANZESE - SP42501-A, TATHIANE GRANDE GUERRA ANDRIA PAIVA - SP278861-A

Advogados do(a) APELANTE: ERALDO AURELIO RODRIGUES FRANZESE - SP42501-A, TATHIANE GRANDE GUERRA ANDRIA PAIVA - SP278861-A

Advogados do(a) APELANTE: ERALDO AURELIO RODRIGUES FRANZESE - SP42501-A, TATHIANE GRANDE GUERRA ANDRIA PAIVA - SP278861-A

Advogados do(a) APELANTE: ERALDO AURELIO RODRIGUES FRANZESE - SP42501-A, TATHIANE GRANDE GUERRA ANDRIA PAIVA - SP278861-A

Advogados do(a) APELANTE: ERALDO AURELIO RODRIGUES FRANZESE - SP42501-A, TATHIANE GRANDE GUERRA ANDRIA PAIVA - SP278861-A

Advogados do(a) APELANTE: ERALDO AURELIO RODRIGUES FRANZESE - SP42501-A, TATHIANE GRANDE GUERRA ANDRIA PAIVA - SP278861-A

Advogados do(a) APELANTE: ERALDO AURELIO RODRIGUES FRANZESE - SP42501-A, TATHIANE GRANDE GUERRA ANDRIA PAIVA - SP278861-A

Advogados do(a) APELANTE: ERALDO AURELIO RODRIGUES FRANZESE - SP42501-A, TATHIANE GRANDE GUERRA ANDRIA PAIVA - SP278861-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação à sentença que decretou extinta a execução, acolhendo a impugnação da União, alegou excesso na pretensão e falta de liquidez do título executivo judicial, que reconheceu aos autores a restituição de valores descontados a título de imposto de renda incidente sobre verbas recebidas de forma acumulada em reclamação trabalhista.

Alegaram que: (1) a hipótese de extinção da execução não está entre as elencadas no artigo 924, do CPC; (2) cabe à União o ônus de comprovar o fato impeditivo que obsta a pretensão executória, nos termos do artigo 350, CPC; e (3) subsidiariamente, requer o prosseguimento da fase de execução, com designação de perícia contábil para fixação dos valores devidos por arbitramento, ante o permissivo constante no artigo 509, I, CPC.

Houve contrarrazões da apelada.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5005063-87.2018.4.03.6104

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: RICARDO DOS SANTOS, ROBERTO CARDOSO, SAMUEL DA SILVA, SEBASTIAO PEDRO DA SILVA, WALTER PALMIERI, VILMAR LAMARCK, WILKIE PEDRO DE CARVALHO FRAGA, GERALDO SOARES AMORIM, DARCI JOSE DOS SANTOS, JOSE FRANCISCO NOGUEIRA

Advogados do(a) APELANTE: ERALDO AURELIO RODRIGUES FRANZESE - SP42501-A, TATHIANE GRANDE GUERRA ANDRIA PAIVA - SP278861-A

Advogados do(a) APELANTE: ERALDO AURELIO RODRIGUES FRANZESE - SP42501-A, TATHIANE GRANDE GUERRA ANDRIA PAIVA - SP278861-A

Advogados do(a) APELANTE: ERALDO AURELIO RODRIGUES FRANZESE - SP42501-A, TATHIANE GRANDE GUERRA ANDRIA PAIVA - SP278861-A

Advogados do(a) APELANTE: ERALDO AURELIO RODRIGUES FRANZESE - SP42501-A, TATHIANE GRANDE GUERRA ANDRIA PAIVA - SP278861-A

Advogados do(a) APELANTE: ERALDO AURELIO RODRIGUES FRANZESE - SP42501-A, TATHIANE GRANDE GUERRA ANDRIA PAIVA - SP278861-A

Advogados do(a) APELANTE: ERALDO AURELIO RODRIGUES FRANZESE - SP42501-A, TATHIANE GRANDE GUERRA ANDRIA PAIVA - SP278861-A

Advogados do(a) APELANTE: ERALDO AURELIO RODRIGUES FRANZESE - SP42501-A, TATHIANE GRANDE GUERRA ANDRIA PAIVA - SP278861-A

Advogados do(a) APELANTE: ERALDO AURELIO RODRIGUES FRANZESE - SP42501-A, TATHIANE GRANDE GUERRA ANDRIA PAIVA - SP278861-A

Advogados do(a) APELANTE: ERALDO AURELIO RODRIGUES FRANZESE - SP42501-A, TATHIANE GRANDE GUERRA ANDRIA PAIVA - SP278861-A

Advogados do(a) APELANTE: ERALDO AURELIO RODRIGUES FRANZESE - SP42501-A, TATHIANE GRANDE GUERRA ANDRIA PAIVA - SP278861-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

VOTO

Senhores Desembargadores, não se sustenta a alegação de que a decretação da extinção não se verificou dentro do permissivo do artigo 924, CPC.

Com efeito, embora seja relevante a indicação do dispositivo com base no qual se decretou a extinção da pretensão executória, o certo é que, em conformidade com os fundamentos lançados e interpretando-se o conjunto da sentença, foi indeferida a petição inicial ante a iliquidez do título judicial, o que acarreta a sua inexigibilidade, nos termos do artigo 924, I, CPC/2015.

Quanto ao alegado ônus da executada em comprovar o fato impeditivo que venha a obstar a execução, cabe pontuar dois aspectos processuais: (i) a União não se opôs à certeza do título, mas tão somente à sua liquidez, o que afasta a aplicação do artigo 350, CPC; e (ii) cabe aos exequentes instruir a execução com documentação idônea e suficiente a demonstrar a subsistência do cálculo da pretensão executória para permitir o exercício do direito de defesa pela executada.

De fato, ao acolher a impugnação à execução, a decisão recorrida asseverou a iliquidez do título judicial, ante a ausência dos documentos essenciais para calcular os valores efetivamente a serem executados.

A respeito, oportuno destacar os seguintes trechos:

"Por fim, com relação ao requerimento dos impugnados (fls. 446/447) acerca da designação de perícia contábil, a experiência deste Juízo tem demonstrado – ante a falta de dados e informações essenciais – a impossibilidade da elaboração de cálculo por estimativa/arbitramento, a exemplo das manifestações de perito da confiança deste juízo nos autos n°s 0007340-45.2010.403.6104 e 0006351-68.2012.403.6104, talhadas, ademais, nos fundamentos da presente decisão." (ID 6542075, f. 105)

[...]

Sendo assim, para a escorreita liquidação do julgado, é imprescindível que os cálculos sejam elaborados com base nas declarações anuais de ajuste do imposto de renda dos anos-calendários correspondentes aos períodos especificado." (ID 6542075, f. 196)

A apuração do valor ficou comprometida pela falta de documentos essenciais que deveriam ter acompanhado o pedido de cumprimento da sentença.

Cumprе ressaltar que o Juízo recorrido, além de oficiar à fonte pagadora, a qual carrou aos autos inúmeros documentos, também oportunizou aos apelantes que apresentassem os demais documentos, sem os quais reputou impossível a elaboração do cálculo da execução (ID 6542075, f. 187). Assim, é inconteste que foi oportunizado aos exequentes a promoção do regular andamento do cumprimento da sentença, porém, diante da informação de que os apelantes não detinham tais documentos para fundamentar a própria liquidação do julgado, o Juízo proferiu a decisão de extinção da execução, considerada a inviabilidade de quantificação do valor a ser executado na situação dos autos.

Nada obsta, entretanto, que os apelantes, em requerimento próprio, formulem o pleito de liquidação de sentença, nos termos do artigo 509 do CPC, não comportando deferimento o pleito subsidiário de suspensão do cumprimento de sentença enquanto tramita o procedimento de liquidação, por ser esta última de natureza prévia e integrativa em relação ao primeiro.

Permitir o andamento da pretensão executória nos termos em que proposta é dar azo à nulidade, já que o título não detém o atributo da liquidez, além de provocar, às avessas, a suspensão não permitida pelo artigo 921, CPC.

A liquidez do título judicial constitui pressuposto de constituição e desenvolvimento válido da etapa de cumprimento da sentença e, existindo elementos, é legítima a decretação da extinção sem o julgamento do mérito.

Nesse sentido:

AI 0009119-60.2018.4.02.0000, Rel. Des. Fed. GUILHERME DIEFENTHAELER, DJE 14/01/2020: "AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO COLETIVA. EXECUÇÃO INDIVIDUAL. NECESSIDADE DE PRÉVIA LIQUIDAÇÃO. CONDIÇÃO DA AÇÃO EXECUTIVA NÃO OBSERVADA. EXTINÇÃO DE OFÍCIO DO PROCESSO EXECUTIVO. RECURSO PREJUDICADO. 1. Trata-se de Agravo de Instrumento interposto pela parte Executada contra decisão que, em Execução Individual de Sentença, definiu o IPCA-E como índice de atualização monetária a ser aplicado ao montante devido. 2. A presente Execução Individual merece ser extinta, pois ausente uma condição da ação executiva, matéria apreciável de ofício, qual seja a liquidação da Sentença condenatória genérica proferida nos autos da Ação Coletiva nº 0002254-59.2009.4.02.5101. 3. Em sede de processo coletivo, em que a Sentença condenatória é necessariamente genérica, mostra-se imprescindível, para apuração de um valor líquido, certo e exigível, a realização de processo de liquidação, com respeito ao Contraditório e à Ampla Defesa, de modo que o executado possa contribuir de forma efetiva. 4. O Juiz quando verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo deverá conhecer de ofício a matéria, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado, de acordo com o art. 485, § 3º, do CPC/15. 5. Processo de Execução extinto, de ofício, sem julgamento do mérito. Agravo prejudicado."

Desta forma, a sentença que decretou extinta a execução nos termos em que posta, não obsta a liquidação e, posteriormente, novo requerimento de execução do título judicial.

Cumpre, ao fim, o exame do cabimento de arbitramento de *honorários* advocatícios recursais, a teor do disposto no artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, e dado o assentado, na Corte Superior, a propósito do tema (AgInt nos EREsp 1.539.725).

Neste sentido, considerado o arbitramento originário, o desenvolvimento recursal do feito e os demais critérios de aferição previstos nos §§ 2º a 6º e 11 do artigo 85 do Código de Processo Civil, reputa-se cabível o acréscimo do percentual de 2% (dois por cento) ao importe fixado na origem.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É o voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. EXTINÇÃO. ART. 924, I, CPC. AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS ESSENCIAIS À ELABORAÇÃO DO CÁLCULO. LIQUIDAÇÃO PRÉVIA. NECESSIDADE. ILIQUIDEZ VERBA HONORÁRIA

1. Constata-se do exame da fundamentação da sentença que a extinção da pretensão executória foi lastreada na iliquidez do título judicial, acarretando a inexigibilidade, nos termos do artigo 924, I, CPC/2015.

2. Quanto ao alegado ônus da executada em comprovar o fato impeditivo que venha a obstar a execução, cabe pontuar dois aspectos processuais: (i) a União não se opôs à certeza do título, mas tão somente à sua liquidez, o que afasta a aplicação do artigo 350 do CPC; e (ii) cabe aos exequentes instruir a execução com documentação idônea e suficiente a demonstrar a subsistência do cálculo da pretensão executória para permitir o próprio exercício do direito de defesa pela executada.
3. A decisão recorrida asseverou a iliquidez do título judicial, ante a ausência dos documentos essenciais para calcular os valores pleitados, cumprindo ressaltar que o Juízo, além de oficiar a fonte pagadora, a qual carrou aos autos inúmeros documentos, também oportunizou aos apelantes que apresentassem os demais documentos, sem os quais reputou impossível quantificar o valor a ser executado.
4. Nada obsta que os apelantes, em requerimento próprio, formulem o pleito de liquidação de sentença, nos termos do artigo 509, CPC, não comportando deferimento o pleito subsidiário de suspensão do cumprimento de sentença enquanto tramita o procedimento de liquidação, por ser esta última de natureza prévia e integrativa em relação ao primeiro, além de provocar, às avessas, a suspensão não permitida pelo artigo 921, CPC.
5. Fixação de sucumbência recursal nos termos jurisprudenciais (AgInt nos EREsp 1.539.725), com acréscimo do percentual de 2% (dois por cento) ao importe fixado na sentença a título de verba honorária (artigo 85, §§ 2º, 3º e 11, do CPC).
6. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5015261-64.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

PARTE AUTORA: ALMEIDA PRAZO, ZOLL SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Advogado do(a) PARTE AUTORA: RAFAEL NEVES DE ALMEIDA PRADO - SP212418-A

PARTE RE: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO DE SÃO PAULO, PRESIDENTE DO CONSELHO SECCIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL NO ESTADO DE SÃO PAULO, PRESIDENTE DA COMISSÃO DAS SOCIEDADES DE ADVOGADOS DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, SEÇÃO SÃO PAULO

Advogado do(a) PARTE RE: ALEXANDRA BERTON SCHIAVINATO - SP231355-A

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5015261-64.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

PARTE AUTORA: ALMEIDA PRAZO, ZOLL SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Advogado do(a) PARTE AUTORA: RAFAEL NEVES DE ALMEIDA PRADO - SP212418-A

PARTE RE: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO DE SÃO PAULO, PRESIDENTE DO CONSELHO SECCIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL NO ESTADO DE SÃO PAULO, PRESIDENTE DA COMISSÃO DAS SOCIEDADES DE ADVOGADOS DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, SEÇÃO SÃO PAULO

Advogado do(a) PARTE RE: ALEXANDRA BERTON SCHIAVINATO - SP231355-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário à sentença que concedeu a segurança para determinar a averbação da alteração do contrato social sem exigência de quitação das anuidades da sociedade de advogados.

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovinimento da remessa necessária.

Os autos vieram redistribuídos da 1ª Seção.

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5015261-64.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

PARTE AUTORA: ALMEIDA PRAZO, ZOLL SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Advogado do(a) PARTE AUTORA: RAFAEL NEVES DE ALMEIDA PRADO - SP212418-A

PARTE RE: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SECÇÃO DE SÃO PAULO, PRESIDENTE DO CONSELHO SECCIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL NO ESTADO DE SÃO PAULO, PRESIDENTE DA COMISSÃO DAS SOCIEDADES DE ADVOGADOS DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, SECÇÃO SÃO PAULO

Advogado do(a) PARTE RE: ALEXANDRA BERTON SCHIAVINATO - SP231355-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, o registro de alteração do contrato social da impetrante foi indeferido, pela impetrada, em razão de constar pendência no pagamento de contribuição, pela sociedade de advogados, à OAB/SP, alegando, porém, a impetrante que tal cobrança é ilegal.

Na essência, pois, a questão controvertida versa sobre a exigibilidade de contribuição anual devida por sociedade de advogados registrada na OAB/SP.

Independentemente da natureza jurídica atribuída à entidade, é inquestionável que o princípio da legalidade tem transcendência fundante no sistema jurídico, a teor do artigo 5º, II, da CF.

A sociedade de advogados encontra-se assim disciplinada no artigo 15, §1º, da Lei 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia e da OAB - EOAB), *in verbis*:

“Art. 15. Os advogados podem reunir-se em sociedade simples de prestação de serviços de advocacia ou constituir sociedade unipessoal de advocacia, na forma disciplinada nesta Lei e no regulamento geral. (Redação dada pela Lei nº 13.247, de 2016)

§ 1º A sociedade de advogados e a sociedade unipessoal de advocacia adquirem personalidade jurídica com o registro aprovado dos seus atos constitutivos no Conselho Seccional da OAB em cuja base territorial tiver sede.”

A Lei 8.906/1994 confere competência à OAB para “fixar e cobrar, de seus inscritos, contribuições, preços de serviços e multas”. Eis a dicção de referido dispositivo legal:

“Art. 46. Compete à OAB fixar e cobrar, de seus inscritos, contribuições, preços de serviços e multas. Parágrafo único. Constitui título executivo extrajudicial a certidão passada pela diretoria do Conselho competente, relativa a crédito previsto neste artigo.”

É cediço que inscrição e registro são figuras distintas. O Capítulo III do Estatuto da Advocacia versa exclusivamente sobre a inscrição, exigida apenas para o advogado e o estagiário, conforme se constata da leitura dos artigos 8º, 9º e 14, nos seguintes termos:

"CAPÍTULO III

Da Inscrição

Art. 8º Para inscrição como advogado é necessário:

[...]

Art. 9º Para inscrição como estagiário é necessário:

[...]

Art. 14. É obrigatória a indicação do nome e do número de inscrição em todos os documentos assinados pelo advogado, no exercício de sua atividade.

Parágrafo único. É vedado anunciar ou divulgar qualquer atividade relacionada com o exercício da advocacia ou o uso da expressão escritório de advocacia, sem indicação expressa do nome e do número de inscrição dos advogados que o integrem ou o número de registro da sociedade de advogados na OAB. [...]"

De fato, a Lei 8.906/1994 prevê a cobrança de anuidade daqueles que são inscritos na OAB (artigo 46), ou seja, advogado (artigo 8º) e estagiário (artigo 9º), pessoas físicas. As sociedades de advogados, enquanto pessoas jurídicas, não são inscritas, mas apenas registradas na Ordem dos Advogados do Brasil, registro cuja única finalidade é a de apenas atribuir-lhes personalidade jurídica (artigo 15, § 1º). Cada bacharel em Direito inscrito na OAB, que integra a sociedade de advogados, deve, individualmente, recolher a sua respectiva anuidade.

Se o legislador tivesse a intenção de instituir a cobrança de anuidade dos escritórios de advocacia, teria feito de maneira expressa, o que não aconteceu, consoante se extrai do teor do artigo 46 da Lei 8.096/1994.

Afigura-se, pois, inexigível a cobrança de anuidade de sociedade de advogados, por falta de previsão legal (artigo 5º, II, da CF), já que instruções normativas não têm o condão de inovar o ordenamento jurídico.

A propósito, é assente a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que têm obrigação de pagar anuidade à OAB apenas advogados e estagiários, ao contrário dos escritórios de advocacia, ante a ausência de previsão legal.

Confira-se:

AINTARESP 913.240, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJe 16/03/2017: "PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. COBRANÇA DE ANUIDADE DAS SOCIEDADES DE ADVOGADOS. OBRIGAÇÃO NÃO PREVISTA EM LEI. INEXIGIBILIDADE. SÚMULA N. 83/STJ. I - A Lei n. 8.906/94 não prevê a cobrança de anuidade dos escritórios de advocacia, mas tão somente de seus inscritos. Consequentemente, é ilegal a cobrança efetuada com base em instrução normativa, porque obrigação não prevista em lei. II - O acórdão recorrido está em sintonia com a atual jurisprudência do STJ, no sentido de que é ilegítima a cobrança da unidade de escritórios de advocacia por meio de instrução normativa, sob o fundamento de ausência de previsão legal. Incidência do enunciado n. 83 da Súmula do STJ. III - Agravo interno improvido."

No mesmo sentido, o seguinte precedente da Turma, de que fui relator:

RemNecCiv 5015484-51.2018.4.03.6100, Intimação via sistema 11/05/2020: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ANUIDADE. OAB. SOCIEDADE DE ADVOGADOS. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. INEXIGIBILIDADE. 1. A anuidade, nos termos da legislação, somente é devida por advogados e estagiários, pessoas físicas inscritas na Ordem dos Advogados do Brasil, não tendo respaldo legal a cobrança em face da sociedade de advogados, não se prestando ato normativo a inovar, ampliar ou revogar a previsão legal. 2. Remessa oficial desprovida."

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. REMESSA NECESSÁRIA. REGISTRO DE ALTERAÇÃO DE CONTRATO SOCIAL. INDEFERIMENTO POR INADIMPLÊNCIA. ANUIDADE. OAB. SOCIEDADE DE ADVOGADOS. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. INEXIGIBILIDADE.

1. A anuidade, nos termos da legislação, somente é devida por advogados e estagiários, pessoas físicas inscritas na Ordem dos Advogados do Brasil, não tendo respaldo legal a cobrança em face da sociedade de advogados, não se prestando ato normativo a inovar, ampliar ou revogar a previsão legal.

2. Sendo ilegal a exigência de pagamento de tais contribuições, não existe inadimplência nem a causa impeditiva invocada pela impetrada para obstar o registro da alteração do contrato social da impetrante.

2. Remessa oficial desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5009673-43.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: TERELAND DO BRASIL EMPREENDIMENTOS E PARTICIPACOES LTDA.
Advogado do(a) AGRAVANTE: DANIEL BIRENBAUM - DF57832
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5009673-43.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: TERELAND DO BRASIL EMPREENDIMENTOS E PARTICIPACOES LTDA.
Advogado do(a) AGRAVANTE: DANIEL BIRENBAUM - DF57832
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Tereland do Brasil Empreendimentos e Participações Ltda. em face de decisão que não recebeu embargos à execução fiscal no efeito suspensivo.

Argumenta primeiramente que, em contrariedade ao que ponderou o Juízo de Origem, chegou a pedir a concessão de efeito suspensivo aos embargos à execução, como se pode deduzir do requerimento de suspensão da penhora.

Alega, de qualquer modo, que protocolou petição de aditamento, na qual requereu expressamente a suspensão do processo executivo.

Sustenta que os créditos tributários no valor de R\$ 94.594.498,89 estão garantidos. Explica que a penhora incidiu sobre imóveis, créditos, ativos financeiros e veículos automotores avaliados em R\$ 112.940.361,63.

Esclarece que a avaliação dos imóveis feita pelo oficial de justiça não pode prevalecer, seja porque se baseou no valor venal dos prédios – distante do preço real –, seja porque não veio acompanhada de pesquisa de campo, desconsiderando o potencial de exploração mineral de duas glebas (matrículas n. 19.300 e 19.301).

Afirma que o próprio oficial de justiça reconheceu a fragilidade da avaliação, ao ressaltar a possibilidade de conclusão diferente por conhecimento especializado.

Acrescenta que o reconhecimento da garantia integral dos créditos tributários é necessário para impedir reforço de penhora no processo executivo. Pondera que, no mínimo, deve haver avaliação judicial antes da ampliação da constrição.

Conclui que a suficiência da penhora, aliada à probabilidade do direito e ao perigo da demora, justifica o recebimento dos embargos no efeito suspensivo.

O agravo tramitou sem antecipação de tutela recursal.

A União apresentou resposta ao recurso.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5009673-43.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: TERELAND DO BRASIL EMPREENDIMENTOS E PARTICIPACOES LTDA.

Advogado do(a) AGRAVANTE: DANIEL BIRENBAUM - DF57832

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A pretensão recursal não procede.

Em primeiro lugar, Tereland do Brasil Empreendimentos e Participações Ltda. sequer pediu a concessão de efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal na petição inicial. Requereu apenas a outorga de tutela de urgência, que não é literalmente aplicável àquela ação, devido à necessidade de garantia do crédito, sem que bastem a probabilidade do direito e o perigo da demora (artigos 300, *caput*, e 919, §1, do CPC).

Pode-se dizer que a tutela de urgência aplicável aos embargos do devedor contém a garantia da execução como requisito, diferentemente da modalidade geral, em que a caução exerce papel de contracautela, de equilíbrio da relação processual (artigo 300, §1, do CPC).

O fato de o devedor haver requerido a suspensão da penhora não modifica a conclusão. A medida condiz mais com o perigo da demora, com o receio de expropriação patrimonial. A garantia da execução não diz respeito à suspensão da penhora, mas à própria existência do ato construtivo, em nível suficiente para cobrir os créditos tributários.

A pessoa jurídica, portanto, não formulou o pedido apropriado nos embargos do devedor. Naturalmente não poderia ter feito o requerimento diretamente no agravo de instrumento, já que a medida extrapolaria o conteúdo da decisão interlocutória, com supressão de instância e violação da devolução restrita do recurso instrumental.

Se a parte chegou a aditar a petição inicial, cabe ao Juízo de Origem analisar o novo pedido. O aditamento envolve a petição inicial dos embargos e não o agravo de instrumento interposto contra decisão proferida antes dele.

Em segundo lugar, o perigo da demora não está presente. A simples constrição executiva não é suficiente para consumi-lo, sob pena de toda e qualquer execução restar suspensa. A legislação processual exige logicamente um risco diferenciado, que extravase a onerosidade patrimonial inerente ao processo executivo.

Tereland do Brasil Empreendimentos e Participações Ltda. não exerceu esse ônus, limitando-se a indicar genericamente o perigo da demora, sem que tivesse demonstrado especificamente os impactos que a expropriação dos imóveis, veículos automotores e recebíveis traria para a subsistência da atividade econômica.

Ademais, como se explicará na fundamentação seguinte, o procedimento de expropriação dos bens penhorados não atingiu fase crítica aos interesses do executado. Uma parte dos ativos ainda não foi avaliada (imóveis urbanos, veículos automotores e recebíveis) e a outra recebeu uma avaliação que o devedor pretende impugnar (imóveis rústicos), com a eventual necessidade de intervenção de especialista.

Enquanto não se formalizar a impugnação do laudo do oficial de justiça e não se promover a avaliação total, com possibilidade de nova impugnação pelo executado, o processo executivo não abrigará ato de expropriação que consubstancia o perigo da demora (alienação, adjudicação ou apropriação de frutos), segundo o artigo 875 do CPC.

E, em terceiro lugar, a análise da garantia da execução fiscal se mostra precipitada. O oficial de justiça não avaliou todos os bens penhorados; fê-lo somente em relação aos imóveis rurais situados na Comarca de Vargem Grande do Sul – SP (matrículas n. 19.300, 19.301, 16.814, 6.663, 3.775 e 3.776).

Os prédios situados no Município de São Paulo (matrículas n. 13.342, 147.595, 169.145 e 50.382), os veículos automotores e os recebíveis estão pendentes de avaliação e não podem servir ainda de parâmetro para a cobertura do crédito e a suspensão do processo executivo, principalmente diante de título executivo provido de presunção de certeza e liquidez (artigo 3º da Lei n. 6.830 de 1980).

A consulta do valor venal dos imóveis urbanos e da tabela FIPE não exerce influência. Além de os preços médios dos prédios nem estarem disponíveis no agravo, ainda não se sabe o estado de cada bem imóvel e veículo automotor, de modo que o acatamento da estimativa feita pelo devedor se revela precoce e frágil para uma medida tão drástica quanto a suspensão de cobrança de Dívida Ativa da Fazenda Pública.

A mesma ponderação se aplica ao ativo de maior valor estimado pela pessoa jurídica e cuja influência é decisiva para a cobertura de créditos tributários na importância de R\$ 94.594.498,89: recebíveis decorrentes de penhora no rosto dos autos n. 1054920-39.2016.8.26.0100 e 1058917-93.2017.8.26.0100, em trâmite na Justiça Estadual de São Paulo.

Embora os avalie em R\$ 44.707.744,50, cuja atualização para abril de 2019 levaria à quantia de R\$ 71.608.625,41, o mandado de penhora e os documentos juntados não comprovam que o crédito atinja realmente esse montante. Há a juntada de simples extrato de movimentação processual, sem indicação do bem jurídico em discussão.

A ausência de material inviabiliza naturalmente a conclusão sobre garantia integral, ainda mais com aquela magnitude.

Mesmo a avaliação dos imóveis rurais não pode ser decidida no sentido dos interesses do devedor. Se a estimativa do oficial de justiça não considerou o potencial produtivo das glebas de matrículas n. 19.300 e 19.301 (Fazenda “Graminha”), segundo o laudo de avaliação de reserva mineral, a impugnação do executado deve ser formalizada na execução fiscal, com a eventual necessidade de avaliação técnica (artigo 13 da Lei n. 6.830 de 1980 e artigo 870, parágrafo único, do CPC).

Enquanto não se formaliza a impugnação e não sobrevém conhecimento especializado, não se pode acatar a estimativa feita no laudo particular na direção de garantia integral da execução. Até porque, na pendência de avaliação técnica, não se iniciará a expropriação do ativo, que materializa o temor da pessoa jurídica (artigo 875 do CPC).

Por fim, relativamente ao pedido de vedação de novas penhoras, a questão não comporta decisão nos embargos do devedor, mas no próprio processo executivo, em que se praticam os atos de expropriação patrimonial.

A caução integral dos créditos depende de providências a serem adotadas na execução fiscal, de maneira que a definição dos efeitos dos embargos constitui mero reflexo dos atos executivos, sem espaço para discussão sobre falta ou excesso de constrição.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. AUSÊNCIA DE PERIGO DA DEMORA E DE GARANTIA DOS CRÉDITOS. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.

I. A pretensão recursal não procede.

- II. Em primeiro lugar, Tereland do Brasil Empreendimentos e Participações Ltda. sequer pediu a concessão de efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal na petição inicial. Requeriu apenas a outorga de tutela de urgência, que não é literalmente aplicável àquela ação, devido à necessidade de garantia do crédito, sem que bastem a probabilidade do direito e o perigo da demora (artigos 300, *caput*, e 919, §1, do CPC).
- III. Pode-se dizer que a tutela de urgência aplicável aos embargos do devedor contém a garantia da execução como requisito, diferentemente da modalidade geral, em que a caução exerce papel de contracautela, de equilíbrio da relação processual (artigo 300, §1, do CPC).
- IV. O fato de o devedor haver requerido a suspensão da penhora não modifica a conclusão. A medida condiz mais com o perigo da demora, como receio de expropriação patrimonial. A garantia da execução não diz respeito à suspensão da penhora, mas à própria existência do ato construtivo, em nível suficiente para cobrir os créditos tributários.
- V. A pessoa jurídica, portanto, não formulou o pedido apropriado nos embargos do devedor. Naturalmente não poderia ter feito o requerimento diretamente no agravo de instrumento, já que a medida extrapolaria o conteúdo da decisão interlocutória, com supressão de instância e violação da devolução restrita do recurso instrumental.
- VI. Se a parte chegou a aditar a petição inicial, cabe ao Juízo de Origem analisar o novo pedido. O aditamento envolve a petição inicial dos embargos e não o agravo de instrumento interposto contra decisão proferida antes dele.
- VII. Em segundo lugar, o perigo da demora não está presente. A simples constrição executiva não é suficiente para consumá-lo, sob pena de toda e qualquer execução restar suspensa. A legislação processual exige logicamente um risco diferenciado, que extravase a onerosidade patrimonial inerente ao processo executivo.
- VIII. Tereland do Brasil Empreendimentos e Participações Ltda. não exerceu esse ônus, limitando-se a indicar genericamente o perigo da demora, sem que tivesse demonstrado especificamente os impactos que a expropriação dos imóveis, veículos automotores e recebíveis traria para a subsistência da atividade econômica.
- IX. Ademais, como se explicará na fundamentação seguinte, o procedimento de expropriação dos bens penhorados não atingiu fase crítica aos interesses do executado. Uma parte dos ativos ainda não foi avaliada (imóveis urbanos, veículos automotores e recebíveis) e a outra recebeu uma avaliação que o devedor pretende impugnar (imóveis rústicos), com a eventual necessidade de intervenção de especialista.
- X. Enquanto não se formalizar a impugnação do laudo do oficial de justiça e não se promover a avaliação total, com possibilidade de nova impugnação pelo executado, o processo executivo não abrigará ato de expropriação que consubstancia o perigo da demora (alienação, adjudicação ou apropriação de frutos), segundo o artigo 875 do CPC.
- XI. E, em terceiro lugar, a análise da garantia da execução fiscal se mostra precipitada. O oficial de justiça não avaliou todos os bens penhorados; fê-lo somente em relação aos imóveis rurais situados na Comarca de Vargem Grande do Sul – SP (matrículas n. 19.300, 19.301, 16.814, 6.663, 3.775 e 3.776).
- XII. Os prédios situados no Município de São Paulo (matrículas n. 13.342, 147.595, 169.145 e 50.382), os veículos automotores e os recebíveis estão pendentes de avaliação e não podem servir ainda de parâmetro para a cobertura do crédito e a suspensão do processo executivo, principalmente diante de título executivo provido de presunção de certeza e liquidez (artigo 3º da Lei n. 6.830 de 1980).
- XIII. A consulta do valor venal dos imóveis urbanos e da tabela FIPE não exerce influência. Além de os preços médios dos prédios nem estarem disponíveis no agravo, ainda não se sabe o estado de cada bem imóvel e veículo automotor, de modo que o acatamento da estimativa feita pelo devedor se revela precoce e frágil para uma medida tão drástica quanto a suspensão de cobrança de Dívida Ativa da Fazenda Pública.
- XIV. A mesma ponderação se aplica ao ativo de maior valor estimado pela pessoa jurídica e cuja influência é decisiva para a cobertura de créditos tributários na importância de R\$ 94.594.498,89: recebíveis decorrentes de penhora no rosto dos autos n. 1054920-39.2016.8.26.0100 e 1058917-93.2017.8.26.0100, em trâmite na Justiça Estadual de São Paulo.
- XV. Embora os avalie em R\$ 44.707.744,50, cuja atualização para abril de 2019 levaria à quantia de R\$ 71.608.625,41, o mandado de penhora e os documentos juntados não comprovam que o crédito atinja realmente esse montante. Há a juntada de simples extrato de movimentação processual, sem indicação do bem jurídico em discussão.
- XVI. A ausência de material inviabiliza naturalmente a conclusão sobre garantia integral, ainda mais com aquela magnitude.
- XVII. Mesmo a avaliação dos imóveis rurais não pode ser decidida no sentido dos interesses do devedor. Se a estimativa do oficial de justiça não considerou o potencial produtivo das glebas de matrículas n. 19.300 e 19.301 (Fazenda “Graminha”), segundo o laudo de avaliação de reserva mineral, a impugnação do executado deve ser formalizada na execução fiscal, com a eventual necessidade de avaliação técnica (artigo 13 da Lei n. 6.830 de 1980 e artigo 870, parágrafo único, do CPC).

XVIII. Enquanto não se formaliza a impugnação e não sobrevém conhecimento especializado, não se pode acatar a estimativa feita no laudo particular na direção de garantia integral da execução. Até porque, na pendência de avaliação técnica, não se iniciará a expropriação do ativo, que materializa o temor da pessoa jurídica (artigo 875 do CPC).

XIX. Por fim, relativamente ao pedido de vedação de novas penhoras, a questão não comporta decisão nos embargos do devedor, mas no próprio processo executivo, em que se praticam os atos de expropriação patrimonial.

XX. A caução integral dos créditos depende de providências a serem adotadas na execução fiscal, de maneira que a definição dos efeitos dos embargos constitui mero reflexo dos atos executivos, sem espaço para discussão sobre falta ou excesso de constrição.

XXI. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento. , nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0050126-93.2012.4.03.6182
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO
APELADO: FERTGEO REPRESENTACOES COMERCIAIS LTDA
Advogado do(a) APELADO: ALEXANDRE VENTURINI - SP173098-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0050126-93.2012.4.03.6182
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO
APELADO: FERTGEO REPRESENTACOES COMERCIAIS LTDA
Advogado do(a) APELADO: ALEXANDRE VENTURINI - SP173098-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial e apelação interposta pela União Federal, contra sentença que julgou parcialmente procedentes os respectivos embargos à execução fiscal, pela qual se objetiva a cobrança de crédito tributário inscrito nas Certidões de Dívida Ativa nº 80.6.09.017692-90, 80.6.09.031755-65, 80.6.09.031756-46, 80.7.09.007809-61.

A embargante (Fertgeo Representações Comerciais LTDA) argumenta que parte dos débitos em cobro foram fulminados pela prescrição, e requer o reconhecimento do direito de recolher PIS/COFINS sem o cômputo de ICMS em suas bases de cálculos, ante a inconstitucionalidade dessa inclusão. Por fim, sustenta a inaplicabilidade da Taxa Selic como índice de atualização monetária.

O Magistrado *a quo*, inicialmente, verificou que o crédito tributário constante da Certidão de Dívida Ativa nº 80.6.09.017692-90 já foi extinto pelo pagamento. Quanto aos demais débitos, entendeu pela inoccorrência de prescrição, pela necessidade de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS, e pela correta incidência da Taxa Selic. Assim, julgou o feito parcialmente procedente, determinando o prosseguimento da execução fiscal pelo saldo remanescente, após o decote dos valores indevidamente cobrados. Submeteu o feito a reexame necessário.

Inconformada, a exequente interpôs recurso de apelação, pugnando pela continuação da cobrança pelo valor originalmente inscrito em dívida ativa.

Comcontrarrrazões, os autos subiram a esta E. Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0050126-93.2012.4.03.6182
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO
APELADO: FERTGEO REPRESENTACOES COMERCIAIS LTDA
Advogado do(a) APELADO: ALEXANDRE VENTURINI - SP173098-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A questão posta nos autos diz respeito à possibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS.

O C. Supremo Tribunal Federal reafirmou seu entendimento anterior e pacificou a questão definindo, com repercussão geral, no julgamento do RE 574.706, que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, conforme acórdão publicado em 02/10/2017, *verbis*:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS.

3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

Destaca-se que no âmbito do próprio C. Supremo Tribunal Federal vem sendo dada eficácia ao desfecho do RE nº 574.706/PR independentemente do trânsito em julgado dessa decisão. Confirmam-se as seguintes decisões monocráticas:

Decisão: *Cumprе observar, finalmente, no que se refere à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, após reconhecer a existência de repercussão geral da questão constitucional igualmente versada na presente causa, julgou o RE 574.706/PR, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, nele fixando tese assim consubstanciada: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS." O exame da presente causa evidencia que o acórdão ora impugnado diverge, no ponto, da diretriz jurisprudencial que esta Suprema Corte firmou na análise da matéria em referência. Sendo assim, e tendo em consideração as razões expostas, dou parcial provimento ao recurso extraordinário, por estar o acórdão recorrido em confronto com entendimento emanado do Plenário desta Suprema Corte (RE 574.706/PR, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA), para determinar, em consequência, seja observada, pelo Tribunal "a quo", a orientação jurisprudencial em referência. Publique-se. Brasília, 21 de junho de 2017. Ministro CELSO DE MELLO Relator (RE 939742, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 21/06/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-141 DIVULG 27/06/2017 PUBLIC 28/06/2017)*

Decisão: *Quanto a possibilidade de inclusão do referido crédito presumido na base de cálculo do PIS e da COFINS, nos termos do art. 328, RISTF, determino o retorno dos autos ao Tribunal de origem para aplicação da sistemática da repercussão geral. Brasília, 26 de maio de 2017. Ministro Dias Toffoli Relator Documento assinado digitalmente (RE 1028359, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 26/05/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-114 DIVULG 30/05/2017 PUBLIC 31/05/2017)*

Decisão: *O Plenário desta Corte no RE 574.706, julgado sob a sistemática da repercussão geral (Tema 69), firmou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS". O acórdão do RE 574.706-RG ainda se encontra pendente de formalização e publicação, razão pela qual devem os autos retornar à origem para aplicação da tese firmada em sede de repercussão geral. Diante do exposto, com base no art. 328, parágrafo único, do RI/STF, determino o retorno dos autos à origem, a fim de que seja observada a sistemática da repercussão geral. Publique-se. Brasília, 23 de junho de 2017. Ministro Luís Roberto Barroso Relator (ARE 1054230, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 23/06/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-142 DIVULG 28/06/2017 PUBLIC 29/06/2017)*

Ademais, à luz do entendimento firmado pelos Tribunais Superiores, é desnecessária a exigência de provas do efetivo recolhimento do tributo e do seu montante exato, de modo que tal apreciação fica postergada para a esfera administrativa.

É perfeitamente possível, portanto, o prosseguimento da execução fiscal com a retificação da Certidão de Dívida Ativa, sem necessidade de novo lançamento, pois o título executivo não está desprovido de liquidez.

Nesse sentido:

EMEN: PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. CDA. DÉBITOS EM DUPLICIDADE. NULIDADE, POR FALTA DE LIQUIDEZ E CERTEZA. INEXISTÊNCIA, EM RAZÃO DA POSSIBILIDADE DE SUA EXCLUSÃO POR MERO DECOTE. TÍTULO QUE NÃO IDENTIFICA OS FATOS QUE ENSEJARAM O LANÇAMENTO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. ILEGALIDADE DA MULTA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL SUPOSTAMENTE VIOLADO. SÚMULA 284/STF. INCONSTITUCIONALIDADE DA SELIC. NÃO RECEPÇÃO DO DECRETO-LEI 1.025/1969 PELA CF/1988. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. 1. A constatação de cobrança, na CDA, de débitos em duplicidade não afeta a higidez do título executivo extrajudicial, tendo em vista a possibilidade de sua identificação e exclusão por mero decote. Precedentes do STJ. 2. O Tribunal de origem não emitiu juízo de valor a respeito da alegada ausência de indicação, na CDA, dos fatos que deram ensejo à constituição do crédito tributário, razão pela qual não houve o prequestionamento da matéria. Incidência da Súmula 211/STJ. 3. A ausência de indicação do dispositivo de lei federal que teria sido infringido, no que diz respeito à inexigibilidade da multa de mora, torna deficiente o Recurso Especial e atrai, no ponto, a aplicação da Súmula 284/STF. 4. Inviável este meio de impugnação para discutir a alegada inconstitucionalidade da Selic e a não recepção, pela CF/1988, do Decreto-Lei 1.025/1969. 5. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. ..EMEN:(RESP 201700977080, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:30/06/2017 ..DTPB:.)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VÍCIOS PREVISTOS NO ART. 1.022 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. OBSCURIDADE. OMISSÃO. CONTRADIÇÃO. ERRO MATERIAL. INEXISTÊNCIA. REDISCUSSÃO DO ENTENDIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1 - Os embargos de declaração consubstanciam instrumento processual apto a suprir omissão do julgado, esclarecer obscuridade, eliminar contradição ou corrigir erro material, nos termos do art. 1.022, do CPC/2015, não se prestando para rediscutir a lide. 2 - No caso, observa-se que a decisão recorrida abordou a questão de forma suficientemente clara, nos limites da controvérsia, não restando vício a ser sanado. 3 - Quanto ao argumento de que a embargada reconhece à fl. 591 que os pagamentos foram realizados, observa-se, na verdade, que a recorrente apenas afirma que a competência para análise de alegação de pagamento é exclusiva da Receita Federal, e que esta se manifestou pela manutenção do débito, conforme fls. 143/146, e pelo prosseguimento da execução fiscal, posto que os documentos acostados pelo contribuinte comprovariam "supostos pagamentos" realizados fora do prazo, o que justificaria, portanto, a aplicação das multas constantes na CDA. 4 - Quanto à alegação de impossibilidade de substituição da CDA, a jurisprudência está pacificada no sentido de que as alterações a serem feitas na certidão de dívida ativa por meio de simples cálculo aritmético dispensam a sua substituição, sendo cabível o mero decote do excesso encontrado. Precedentes (STJ: AgRg no REsp nº 779.496/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 17/10/2007; REsp n. 737.138/PR, Rel. Min. José Delgado, DJ de 01/08/2005 e REsp nº 535.943/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 13/09/2004). 5 - Oportuno destacar que o julgador não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos invocados pelas partes, quando tenha encontrado motivação satisfatória para dirimir o litígio. "O Tribunal não fica obrigado a examinar todos os artigos de lei invocados no recurso, desde que decida a matéria questionada sob fundamento suficiente para sustentar a manifestação jurisdicional, dispensável a análise dos dispositivos que pareçam para a parte significativos, mas que para o julgador, se não irrelevantes, constituem questões superadas pelas razões de julgar" (STJ. AgInt no REsp 1035738/RS, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 14/02/2017, DJe 23/02/2017). 6 - Não merecem ser acolhidos embargos declaratórios que, a pretexto de alegada omissão do acórdão embargado, traduzem, na verdade, o mero inconformismo da parte embargante com a decisão tomada, pretendendo, na verdade, rediscutir a conclusão do decisum. 7 - Embargos de declaração rejeitados.(APELREEX 00224423820084036182, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/06/2017 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Por fim, quanto aos honorários advocatícios, entende-se que estes devem ser fixados conforme os percentuais mínimos previstos no art. 85, §3º do atual Código de Processo Civil, sobre o valor atualizado do proveito econômico, a ser calculado em fase de liquidação.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e dou parcial provimento à remessa oficial, somente para adequar a fixação da verba honorária.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. POSSIBILIDADE DE DECOTE DA CDA. DESNECESSIDADE DE NOVO LANÇAMENTO. APELAÇÃO DESPROVIDA E REMESSA OFICIAL PROVIDA EM PARTE.

1. A questão posta nos autos diz respeito à regularidade da constituição do crédito tributário e à possibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS.

2. O C. Supremo Tribunal Federal reafirmou seu entendimento anterior e pacificou a questão definindo, com repercussão geral, no julgamento do RE 574.706, que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. Destaca-se que no âmbito do próprio C. Supremo Tribunal Federal vem sendo dada eficácia ao desfecho do RE nº 574.706/PR independentemente do trânsito em julgado dessa decisão.

3. Desnecessária a exigência de provas do efetivo recolhimento do tributo e do seu montante exato, de modo que tal apreciação fica postergada para a esfera administrativa. Perfeitamente possível, portanto, o prosseguimento da execução fiscal com a retificação da Certidão de Dívida Ativa, sem necessidade de novo lançamento, pois o título executivo não está desprovido de liquidez.

4. Honorários advocatícios fixados conforme os percentuais mínimos previstos no art. 85, §3º do atual Código de Processo Civil, sobre o valor atualizado do proveito econômico, a ser calculado em fase de liquidação.

5. Apelação desprovida e remessa oficial provida em parte, somente para adequar a fixação da verba honorária.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e deu parcial provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015293-36.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: RIO CAIXAS EMBALAGENS LTDA - EPP

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCO AURELIO MARCHIORI - SP199440-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015293-36.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: RIO CAIXAS EMBALAGENS LTDA - EPP
Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCO AURELIO MARCHIORI - SP199440-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Rio Caixas Embalagens Ltda. interpôs agravo interno em face de decisão singular de relator que não conheceu de agravo de instrumento, sob o fundamento de que a empresa não tem legitimidade recursal.

Sustenta que o reconhecimento de sucessão de estabelecimento comercial na execução fiscal, com a responsabilização de Real Caixas Indústria e Comércio de Embalagens Ltda., pode ser impugnado pela própria empresa executada.

Explica que o CPC confere legitimidade recursal a quem simplesmente participa do processo e a legitimidade provém do interesse, que corresponde, no caso, ao risco de passar a responder pelos débitos da empresa sucessora em relações jurídicas invertidas, por simetria.

Alega que, no mínimo, seria terceiro prejudicado, correndo o risco de ser responsabilizada nas cobranças promovidas contra Real Caixas Indústria e Comércio de Embalagens Ltda.

Afirma, assim, que possui legitimidade para questionar a sucessão do próprio fundo de comércio.

Argumenta que não há qualquer prova de transferência de seus bens a Real Caixas Indústria e Comércio de Embalagens Ltda. Esclarece que a identidade de sede e de atividade econômica não constitui indício de trespasse, dependente de aquisição formal e abrangente dos itens do estabelecimento comercial.

A União se manifestou sobre o agravo interno.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015293-36.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: RIO CAIXAS EMBALAGENS LTDA - EPP
Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCO AURELIO MARCHIORI - SP199440-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A pretensão recursal não procede. Segundo a fundamentação adotada por ocasião da decisão singular, Rio Caixas Embalagens Ltda. não tem legitimidade para interpor agravo de instrumento contra a inclusão de Real Caixas Indústria e Comércio de Embalagens Ltda. no polo passivo de execução fiscal:

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Rio Caixas Embalagens Ltda. em face de decisão que incluiu Real Caixas Indústria e Comércio de Embalagens Ltda. no polo passivo de execução fiscal, como empresa sucessora de seu estabelecimento comercial.

Destaca primeiramente a legitimidade para interpor o recurso. Explica que, embora seja a empresa executada e Real Caixas Indústria e Comércio de Embalagens Ltda., a empresa sucessora, o reconhecimento da sucessão de fundo de comércio pode gerar medida semelhante na hipótese inversa. Alega que está a defender interesse próprio contra futuras cobranças de débitos alheios.

Argumenta que o pronunciamento judicial apresenta nulidade. Esclarece que a sucessão foi deferida sem manifestação prévia da sociedade executada, em violação às garantias da ampla defesa e do contraditório e à vedação explícita de decisões surpreendentes.

Sustenta que o redirecionamento fundado em sucessão de fundo de comércio não tem cabimento, seja porque a pretensão já está prescrita, com formulação depois de cinco anos da prova do trespasse, segundo a teoria da “actio nata” e a tese firmada no Resp. 1.201.993 (Tema 444), seja porque não há prova inequívoca da transmissão de bens.

Afirma que a identidade de sede e de atividade econômica não é suficiente e a sociedade devedora se mantém ativa em outro endereço, sem extinção que gere continuação de atividade econômica.

Requeru a antecipação de tutela recursal.

A União apresentou resposta ao recurso.

Decido.

Apesar das razões expostas no sentido da legitimidade recursal, o agravo de instrumento é inadmissível.

Rio Caixas Embalagens Ltda. expõe fundamentos que dizem respeito apenas aos interesses de Real Caixas Indústria e Comércio de Embalagens Ltda. Ao argumentar que a decisão não respeitou as garantias da ampla defesa e do contraditório e a pretensão de redirecionamento está prescrita, assume a assunção de direitos da empresa sucessora, única interessada em apresentar manifestação prévia e defender a prescrição intercorrente, em resposta a uma nova relação jurídica.

A prolação de decisão surpreendente e a exigibilidade imediata dos créditos tributários apenas trazem prejuízos à sociedade sucessora do fundo de comércio, que não pôde exercer garantias processuais antes da constrição patrimonial e responderia pelo pagamento de débitos alheios eventualmente prescritos em função da própria longevidade da sucessão.

A entidade sucedida não experimenta dano ou alteração de relação jurídica, tanto que o acolhimento da nulidade e da prescrição não mudará a esfera jurídica da empresa, que continuará responsável como antes pelo débito, com a única diferença de subtração de patrimônio alheio.

O próprio pedido formulado no agravo de instrumento fortalece a falta de legitimidade: Rio Caixas Embalagens Ltda. requer o provimento do recurso, para que Real Caixas Indústria e Comércio de Embalagens Ltda. seja excluída do polo passivo da execução fiscal.

Se não houvesse vinculação do agravo aos interesses da empresa sucessora do estabelecimento comercial, ela poderia pedir a simples declaração de inexistência de sucessão tributária, da qual indiretamente se beneficiaria Real Caixas Indústria e Comércio de Embalagens Ltda.

A alegação de que o trespasse criaria precedente para redirecionamentos inversos em outros processos não modifica a conclusão. Rio Caixas Embalagens Ltda. deve se defender; quando os seus próprios interesses estiverem em jogo, ou seja, quando ela for responsabilizada como sucessora do fundo de comércio de Real Caixas Indústria e Comércio de Embalagens Ltda.

Não existe a possibilidade de a empresa sucedida se antecipar e negar a sucessão em execução cujo redirecionamento prejudica apenas os interesses da entidade sucessora.

Ademais, Rio Caixas Embalagens Ltda. age, como se o precedente vinculasse outros processos. Nada impede que a União peça a sucessão invertida, apesar do indeferimento da forma direta, ou que esta seja deferida e aquela, negada, no exercício de jurisdições diversas.

Rio Caixas Embalagens Ltda. não possui, portanto, legitimidade para questionar a sucessão tributária, segundo os fundamentos então adotados (artigo 17 do CPC). A empresa não requer a simples declaração de inexistência de trespasse, mas a exclusão da entidade sucessora com base na nulidade da decisão, prescrição intercorrente e ausência de prova de transmissão de bens.

Ante o exposto, nos termos dos artigos 932, III, e 1.019, caput, do CPC, não conheço do recurso.

Intimem-se.

Decorrido o prazo legal, dê-se baixa nos autos.

As razões expostas no agravo interno não modificam a conclusão.

A simples participação no processo não confere legitimidade para a interposição de recurso. Torna-se necessário que o ponto incidental decidido afete os interesses do sujeito processual, interferindo em relação jurídica de que ele seja titular (artigo 17 do CPC).

Embora o executado seja parte da execução, ele não pode recorrer de toda e qualquer decisão. Para fazê-lo, precisa demonstrar a suscetibilidade do próprio vínculo jurídico de que participa, a presença de interesse jurídico na resolução do incidente, do qual provém a legitimidade recursal.

Sob essa perspectiva, a sociedade contribuinte (Rio Caixas Embalagens Ltda.) não pode recorrer de decisão que incluiu responsável tributário no polo passivo de execução fiscal (Real Caixas Indústria e Comércio de Embalagens Ltda.), sob o fundamento de violação de garantias processuais e de prescrição intercorrente.

Apesar de a pessoa jurídica representar a parte executada, não se envolve na relação jurídica correspondente à responsabilização tributária. Inexiste pertinência subjetiva entre o contribuinte e a lide decorrente do redirecionamento.

Se Rio Caixas Embalagens Ltda. tivesse requerido apenas a declaração de inexistência de sucessão do seu próprio estabelecimento comercial, sem contextualizá-la na responsabilidade tributária, a legitimidade recursal seria inegável. A empresa, porém, interpôs agravo para excluir Real Caixas Indústria e Comércio de Embalagens Ltda. do polo passivo de execução, mediante fundamentação totalmente voltada aos interesses do responsável tributário – ausência de defesa prévia e prescrição intercorrente.

Tampouco a legitimidade seria viável pela ótica de terceiro prejudicado. O mesmo fundamento da ausência de pertinência subjetiva demonstra validade: o contribuinte, enquanto terceiro à controvérsia proveniente da responsabilização tributária, não é afetado juridicamente pelo redirecionamento (artigo 996, parágrafo único, do CPC). A relação jurídica com o Fisco se mantém íntegra, podendo sofrer apenas impactos de ordem factual ou econômica – mais um patrimônio garantidor.

Como constou da decisão monocrática, a possibilidade de o devedor principal vir a ser responsabilizado por débitos do responsável tributário, em relação jurídica invertida, não materializa qualquer legitimidade ou interesse. Trata-se de risco externo à execução fiscal, autônomo e incapaz de conformar imediatamente qualquer interesse jurídico na negativa de responsabilização tributária de Real Caixas Indústria e Comércio de Embalagens Ltda.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. RESPONSABILIZAÇÃO TRIBUTÁRIA. LEGITIMIDADE RECURSAL DO CONTRIBUINTE. INEXISTÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO.

I. As razões que constam do agravo interno não justificam a mudança da decisão singular de relator.

II. A simples participação no processo não confere legitimidade para a interposição de recurso. Torna-se necessário que o ponto incidental decidido afete os interesses do sujeito processual, interferindo em relação jurídica de que ele seja titular (artigo 17 do CPC).

III. Embora o executado seja parte da execução, ele não pode recorrer de toda e qualquer decisão. Para fazê-lo, precisa demonstrar a suscetibilidade do próprio vínculo jurídico de que participa, a presença de interesse jurídico na resolução do incidente, do qual provém a legitimidade recursal.

IV. Sob essa perspectiva, a sociedade contribuinte (Rio Caixas Embalagens Ltda.) não pode recorrer de decisão que incluiu responsável tributário no polo passivo de execução fiscal (Real Caixas Indústria e Comércio de Embalagens Ltda.), sob o fundamento de violação de garantias processuais e de prescrição intercorrente.

V. Apesar de a pessoa jurídica representar a parte executada, não se envolve na relação jurídica correspondente à responsabilização tributária. Inexiste pertinência subjetiva entre o contribuinte e a lide decorrente do redirecionamento.

VI. Se Rio Caixas Embalagens Ltda. tivesse requerido apenas a declaração de inexistência de sucessão do seu próprio estabelecimento comercial, sem contextualizá-la na responsabilidade tributária, a legitimidade recursal seria inegável. A empresa, porém, interpôs agravo para excluir Real Caixas Indústria e Comércio de Embalagens Ltda. do polo passivo de execução, mediante fundamentação totalmente voltada aos interesses do responsável tributário – ausência de defesa prévia e prescrição intercorrente.

VII. Tampouco a legitimidade seria viável pela ótica de terceiro prejudicado. O mesmo fundamento da ausência de pertinência subjetiva demonstra validade: o contribuinte, enquanto terceiro à controvérsia proveniente da responsabilização tributária, não é afetado juridicamente pelo redirecionamento (artigo 996, parágrafo único, do CPC). A relação jurídica com o Fisco se mantém íntegra, podendo sofrer apenas impactos de ordem factual ou econômica – mais um patrimônio garantidor.

VIII. Como constou da decisão monocrática, a possibilidade de o devedor principal vir a ser responsabilizado por débitos do responsável tributário, em relação jurídica invertida, não materializa qualquer legitimidade ou interesse. Trata-se de risco externo à execução fiscal, autônomo e incapaz de conformar imediatamente qualquer interesse jurídico na negativa de responsabilização tributária de Real Caixas Indústria e Comércio de Embalagens Ltda.

IX. Agravo interno a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0004318-16.2019.4.03.9999

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

APELADO: NILZA APARECIDA RIBEIRO PEREIRA ITAPEVI

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0004318-16.2019.4.03.9999

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

APELADO: NILZA APARECIDA RIBEIRO PEREIRA ITAPEVI

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação à sentença que extinguiu execução fiscal, em razão da prescrição intercorrente, pelo decurso do prazo de cinco anos do arquivamento provisório.

Alegou a exequente que: (1) o Juízo suspendeu a execução fiscal, sem intimar pessoalmente a exequente (INMETRO), apenas efetuando publicação no diário oficial; e (2) diante da ausência de intimação regular da exequente, inexistia a justificar a prescrição intercorrente.

Sem contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0004318-16.2019.4.03.9999

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

APELADO: NILZA APARECIDA RIBEIRO PEREIRA ITAPEVI

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, a respeito da prescrição intercorrente, o Superior Tribunal de Justiça assentou no teor da Súmula 314 que: *"Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente"*.

A compreensão da forma com que o prazo é caracterizado e computado foi explicitada no julgamento do RESP 1.340.553:

RESP 1.340.553, Rel. Min. CAMPBELL MARQUES, DJe 16/10/2018: "RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ARTS. 1.036 E SEQUINTE DO CPC/2015 (ART. 543-C, DO CPC/1973). PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. SISTEMÁTICA PARA A CONTAGEM DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE (PRESCRIÇÃO APÓS A PROPOSITURA DA AÇÃO) PREVISTA NO ART. 40 E PARÁGRAFOS DA LEI DE EXECUÇÃO FISCAL (LEI N. 6.830/80). 1. O espírito do art. 40, da Lei n. 6.830/80 é o de que nenhuma execução fiscal já ajuizada poderá permanecer eternamente nos escaninhos do Poder Judiciário ou da Procuradoria Fazenda encarregada da execução das respectivas dívidas fiscais. 2. **Não havendo a citação de qualquer devedor por qualquer meio válido e/ou não sendo encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora (o que permitiria o fim da inércia processual), inicia-se automaticamente o procedimento previsto no art. 40 da Lei n. 6.830/80, e respectivo prazo, ao fim do qual restará prescrito o crédito fiscal.** Esse o teor da Súmula n. 314/STJ: "Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente". 3. Nem o Juiz e nem a Procuradoria da Fazenda Pública são os senhores do termo inicial do prazo de 1 (um) ano de suspensão previsto no caput, do art. 40, da LEF, somente a lei o é (ordena o art. 40: "[...] o juiz suspenderá [...]"). **Não cabe ao Juiz, ou à Procuradoria a escolha do melhor momento para o seu início. No primeiro momento em que constatada a não localização do devedor e/ou ausência de bens pelo oficial de justiça e intimada a Fazenda Pública, inicia-se automaticamente o prazo de suspensão, na forma do art. 40, caput, da LEF.** Indiferente aqui, portanto, o fato de existir petição da Fazenda Pública requerendo a suspensão do feito por 30, 60, 90 ou 120 dias a fim de realizar diligências, sem pedir a suspensão do feito pelo art. 40, da LEF. Esses pedidos não encontram amparo fora do art. 40 da LEF que limita a suspensão a 1 (um) ano. **Também indiferente o fato de que o Juiz, ao intimar a Fazenda Pública, não tenha expressamente feito menção à suspensão do art. 40, da LEF. O que importa para a aplicação da lei é que a Fazenda Pública tenha tomado ciência da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido e/ou da não localização do devedor. Isso é o suficiente para inaugurar o prazo, ex lege.** 4. Teses julgadas para efeito dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 543-C, do CPC/1973): 4.1.) **O prazo de 1 (um) ano de suspensão do processo e do respectivo prazo prescricional previsto no art. 40, §§ 1º e 2º da Lei n. 6.830/80 - LEF tem início automaticamente na data da ciência da Fazenda Pública a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido, havendo, sem prejuízo dessa contagem automática, o dever de o magistrado declarar ter ocorrido a suspensão da execução:** 4.1.1.) Sem prejuízo do disposto no item 4.1., nos casos de execução fiscal para cobrança de dívida ativa de natureza tributária (cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido antes da vigência da Lei Complementar n. 118/2005), depois da citação válida, ainda que editalícia, **logo após a primeira tentativa infrutífera de localização de bens penhoráveis, o Juiz declarará suspensa a execução.** 4.1.2.) Sem prejuízo do disposto no item 4.1., em se tratando de execução fiscal para cobrança de dívida ativa de natureza tributária (cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido na vigência da Lei Complementar n. 118/2005) e de qualquer dívida ativa de natureza não tributária, **logo após a primeira tentativa frustrada de citação do devedor ou de localização de bens penhoráveis, o Juiz declarará suspensa a execução.** 4.2.) **Havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não pronunciamento judicial nesse sentido, findo o prazo de 1 (um) ano de suspensão inicia-se automaticamente o prazo prescricional aplicável (de acordo com a natureza do crédito exequendo) durante o qual o processo deveria estar arquivado sem baixa na distribuição, na forma do art. 40, §§ 2º, 3º e 4º da Lei n. 6.830/80 - LEF, findo o qual o o Juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato;** 4.3.) **A efetiva constrição patrimonial e a efetiva citação (ainda que por edital) são aptas a interromper o curso da prescrição intercorrente, não bastando para tal o mero peticionamento em juízo, requerendo, v.g., a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens.** Os requerimentos feitos pelo exequente, dentro da soma do prazo máximo de 1 (um) ano de suspensão mais o prazo de prescrição aplicável (de acordo com a natureza do crédito exequendo) deverão ser processados, ainda que para além da soma desses dois prazos, pois, citados (ainda que por edital) os devedores e penhorados os bens, a qualquer tempo - mesmo depois de escoados os referidos prazos -, considera-se interrompida a prescrição intercorrente, retroativamente, na data do protocolo da petição que requereu a providência frutífera. 4.4.) A Fazenda Pública, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245 do CPC/73, correspondente ao art. 278 do CPC/2015), ao alegar nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40 da LEF, deverá demonstrar o prejuízo que sofreu (exceto a falta da intimação que constitui o termo inicial - 4.1., onde o prejuízo é presumido), por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição. 4.5.) **O magistrado, ao reconhecer a prescrição intercorrente, deverá fundamentar o ato judicial por meio da delimitação dos marcos legais que foram aplicados na contagem do respectivo prazo, inclusive quanto ao período em que a execução ficou suspensa.** 5. Recurso especial não provido. Acórdão submetido ao regime dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 543-C, do CPC/1973)."

Percebe-se, portanto, que foram fixadas as seguintes teses repetitivas:

(1) **Tese 566:** "O prazo de 1 (um) ano de suspensão do processo e do respectivo prazo prescricional previsto no art. 40, §§ 1º e 2º da Lei n. 6.830/80 - LEF tem início automaticamente na data da ciência da Fazenda Pública a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido, havendo, sem prejuízo dessa contagem automática, o dever de o magistrado declarar ter ocorrido a suspensão da execução";

(2) **Teses 567 e 569:** "*Havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não pronunciamento judicial nesse sentido, findo o prazo de 1 (um) ano de suspensão inicia-se automaticamente o prazo prescricional aplicável*";

(3) **Tese 568:** "*A efetiva constrição patrimonial e a efetiva citação (ainda que por edital) são aptas a interromper o curso da prescrição intercorrente, não bastando para tal o mero peticionamento em juízo, requerendo, v.g., a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens*"; e

(4) **Teses 570 e 571:** "*A Fazenda Pública, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245 do CPC/73, correspondente ao art. 278 do CPC/2015), ao alegar nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40 da LEF, deverá demonstrar o prejuízo que sofreu (exceto a falta da intimação que constitui o termo inicial - 4.1., onde o prejuízo é presumido), por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição*".

Como se observa, desde outubro de 2018, passou a Súmula 314 do Superior Tribunal de Justiça a ser interpretada com outros parâmetros de análise.

A prescrição intercorrente não mais depende de pedido no sentido de suspender e arquivar provisoriamente a execução fiscal, bastando a intimação da exequente acerca da decisão de suspensão, computando-se automaticamente o prazo de um ano seguido sem exigência de nova intimação acerca do prazo de cinco anos de arquivamento provisório. Não depende, tampouco, de caracterização de inércia, pois nenhum ato ou diligência de localização do devedor ou pesquisa de bens é capaz de obstar a contagem da prescrição, que somente se interrompe com a efetiva citação ou constrição patrimonial.

Portanto, ainda que esteja em tramitação, com realização de diligências, a prescrição intercorrente encontra-se em curso desde a ciência, pela exequente, do decisão de suspensão nas hipóteses do artigo 40, LEF, de não localização do devedor ou de bens penhoráveis, sendo somente interrompida a contagem com a efetiva citação ou constrição patrimonial.

Sendo este o quadro de caracterização da prescrição intercorrente, segundo a exegese da Corte Superior, importa apenas verificar se **não houve localização do devedor para citação ou de bens para penhora** e, neste caso, quando a exequente teve **ciência da decisão de suspensão** pela falta de localização do devedor ou de bens penhoráveis, nos termos do artigo 40, LEF, para que seja contado, automaticamente, o prazo de um ano acrescido de mais cinco anos para a consumação do prazo extintivo.

No caso, após regular citação (Id 89857605, f. 13), a executada deixou de garantir o Juízo (Id. 89857605, f. 16), não tendo o oficial de Justiça localizado bens a serem constritos (Id 89857605, f. 36).

O exequente requereu, então, penhora de ativos financeiros pelo BACENJUD (Id 89857605, f. 38 e Id 89857605, f. 50), deferido e imediatamente cumprido, porém sem êxito (Id 89857605, f. 56), o que levou o Juízo a decidir pela suspensão da execução fiscal, nos termos do artigo 40, §1º, da Lei 6.830/1980 (Id 89857605, f. 55), em 05/07/2012, seguindo-se a prolação, em 04/05/2018, da sentença de extinção da execução fiscal, pelo decurso dos cinco anos da prescrição intercorrente (Id 89857605, f. 58).

Todavia, como visto, embora tenha havido suspensão da execução fiscal, com lastro específico no artigo 40, LEF, por falta de localização de bens penhoráveis, o exequente não foi intimado regularmente para início da contagem do prazo de um ano seguido de mais cinco anos de arquivamento provisório para efeito de prescrição intercorrente.

De fato, consta dos autos que houve publicação da decisão de suspensão no diário oficial (Id 89857605, f. 57), porém o INMETRO, como autarquia federal, possui a prerrogativa de intimação pessoal, nos termos do artigo 183, §1º, CPC e artigo 25, parágrafo único, da Lei 6.830/1980, sendo, nula, portanto, a intimação realizada.

A sentença extintiva violou, pois, o entendimento consagrado na Tese 566, segundo o qual "*O prazo de 1 (um) ano de suspensão do processo e do respectivo prazo prescricional previsto no art. 40, §§ 1º e 2º da Lei n. 6.830/80 - LEF tem início automaticamente na data da ciência da Fazenda Pública a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido, havendo, sem prejuízo dessa contagem automática, o dever de o magistrado declarar ter ocorrido a suspensão da execução*".

No mesmo sentido:

AC 0000343-83.2019.4.03.9999, Rel. Des. Fed. NELTON DOS SANTOS, DJe de 27/03/2019: "EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA EXEQUENTE SOBRE A SUSPENSÃO DO PROCESSO. APELAÇÃO PROVIDA. 1. Trata-se de execução fiscal ajuizada em 24 de janeiro de 2005 (f. 2). A citação do executado restou infrutífera, conforme a Certidão de f. 23-v. No dia 14 de setembro de 2007, a União requereu a inclusão do sócio administrador no polo passivo da execução (f. 42-43). O pedido foi deferido às f. 47. A tentativa de citação do sócio restou infrutífera (Aviso de Recebimento de f. 50). Em 28/08/2008, a exequente requereu a suspensão do feito por 120 (cento e vinte) dias (f. 57-58). Após, em 21/07/2009, forneceu novo endereço para citação do coexecutado, bem como solicitou a penhora de ativos financeiros do mesmo. Houve a tentativa de bloqueio de valores (f. 79) sem que houvesse êxito. Após, a União requereu às f. 83, que a penhora de ativos financeiros recaia também sobre o patrimônio do coexecutado (pessoa física), visto que a empresa executada é uma firma individual (f. 83). O pedido foi deferido às f. 85. A tentativa de bloqueio de valores restou novamente infrutífera (f. 86). Após, no dia 22/02/2011, a União requereu a expedição de mandado de penhora sobre tantos bens quanto bastem para garantir a execução (f. 96). O MM. Juiz de Direito indeferiu o pedido e determinou a suspensão da execução, bem como fosse dado vista à exequente para manifestação na forma do art. 40, § 4º, da Lei n.º 6.830/80 (f. 99). Não consta nos autos, qualquer intimação da União a respeito da determinação de f. 99. Após, foi proferida a sentença reconhecendo a ocorrência da prescrição intercorrente. 2. A prescrição intercorrente pressupõe inércia da Fazenda Pública exequente, que não se caracteriza quando ela não foi validamente intimada da suspensão do processo de execução (precedentes da Terceira Turma deste E. Tribunal). 3. Apelação provida."

Note-se, ademais, que, antes de decretar a prescrição intercorrente, não foi intimada a exequente para manifestar-se nos termos do artigo 40, §4º, da Lei 6.830/1980 ("Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato").

Verifica-se, portanto, que o recurso deve ser provido para determinar o prosseguimento da ação executiva.

Ante o exposto, dou provimento à apelação.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. SÚMULA 314/STJ. RESP 1.340.553. TESES 566 A 571. INEXISTÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA EXEQUENTE SOBRE A SUSPENSÃO. NÃO LOCALIZAÇÃO DE BENS PENHORÁVEIS. INOCORRÊNCIA.

1. Em função do julgamento, em regime repetitivo, do RESP 1.340.553, em outubro de 2018, a Súmula 314 do Superior Tribunal de Justiça, editada para regular a caracterização da prescrição intercorrente, deve ser aplicada a partir das teses interpretativas firmadas em tal precedente (566 a 571).

2. Segundo a diretriz firmada pela Corte Superior, a prescrição intercorrente não mais depende de pedido no sentido de suspender e arquivar provisoriamente a execução fiscal, bastando a intimação da exequente acerca da decisão de suspensão, computando-se automaticamente o prazo de um ano seguido sem exigência de nova intimação acerca do prazo de cinco anos de arquivamento provisório. Não depende, tampouco, de caracterização de inércia, pois nenhum ato ou diligência de localização do devedor ou pesquisa de bens é capaz de obstar a contagem da prescrição, que somente se interrompe com a efetiva citação ou constrição patrimonial. Portanto, ainda que esteja em tramitação, com realização de diligências, a prescrição intercorrente encontra-se em curso desde a ciência, pela exequente, da decisão de suspensão nas hipóteses do artigo 40, LEF, de não localização do devedor ou de bens penhoráveis, sendo somente interrompida a contagem com a efetiva citação ou constrição patrimonial.

3. Sendo este o quadro de caracterização da prescrição intercorrente, segundo a exegese da Corte Superior, importa apenas verificar se não houve localização do devedor para citação ou de bens para penhora e, neste caso, quando a exequente teve ciência da decisão de suspensão pela falta de localização do devedor ou de bens penhoráveis, nos termos do artigo 40, LEF, para que seja contado, automaticamente, o prazo de um ano acrescido de mais cinco anos para a consumação do prazo extintivo.

4. No caso, embora tenha havido suspensão da execução fiscal, com lastro específico no artigo 40, LEF, por falta de localização de bens penhoráveis, o exequente não foi intimado regularmente para início da contagem do prazo de um ano seguido de mais cinco anos de arquivamento provisório para efeito de prescrição intercorrente. De fato, houve publicação da decisão de suspensão no diário oficial, porém o INMETRO, como autarquia federal, possui a prerrogativa de intimação pessoal, nos termos do artigo 183, §1º, CPC e artigo 25, parágrafo único, da Lei 6.830/1980, sendo, nula, portanto, a intimação realizada. Note-se, ademais, que, antes de decretar a prescrição intercorrente, não foi intimada a exequente para manifestar-se nos termos do artigo 40, §4º, da Lei 6.830/1980 (“*Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato*”).

5. Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5013354-25.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE EDUCACAO FISICA DA 4 REGIAO, PRESIDENTE DO CONSELHO REGIONAL DE EDUCACAO FISICA

APELADO: PEDRO LIMA DA CUNHA PINTO

Advogado do(a) APELADO: WELLINGTON ROBERTO DE MELLO - SP384037-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5013354-25.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE EDUCACAO FISICA DA 4 REGIAO, PRESIDENTE DO CONSELHO REGIONAL DE EDUCACAO FISICA

APELADO: PEDRO LIMA DA CUNHA PINTO

Advogado do(a) APELADO: WELLINGTON ROBERTO DE MELLO - SP384037-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário e de apelação interposta pelo Conselho Regional de Educação Física do Estado de São Paulo em face de sentença que concedeu a segurança pleiteada para assegurar a parte impetrante o livre exercício da profissão de técnico/treinador de tênis, em todo o território nacional, sem o registro perante o CREF4 – SP.

Sustenta, em síntese, que o tênis é modalidade esportiva, cujo treinamento é de competência exclusiva do profissional de educação física, nos termos da Lei nº 9.696/98. Alega que a permissão para o impetrante ministrar aulas de tênis representa risco à saúde pública.

Com contrarrazões.

A Procuradoria Regional da República opinou seja negado provimento ao recurso e à remessa necessária.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5013354-25.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA DA 4ª REGIÃO, PRESIDENTE DO CONSELHO REGIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA
APELADO: PEDRO LIMA DA CUNHA PINTO
Advogado do(a) APELADO: WELLINGTON ROBERTO DE MELLO - SP384037-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A questão devolvida a esta E. Corte diz respeito à necessidade de inscrição do instrutor de tênis junto ao Conselho Regional de Educação Física da 4ª Região - CREF4/SP.

A Constituição Federal garante, em seu Art. 5º, XIII, que *"é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer"*.

A Lei nº 9.696/98, que dispõe sobre a regulamentação da profissão de Educação Física e cria os respectivos Conselho Federal e Conselhos Regionais de Educação Física, estabelece, no Art. 1º, que *"o exercício das atividades de Educação Física e a designação de Profissional de Educação Física é prerrogativa dos profissionais regularmente registrados nos Conselhos Regionais de Educação Física"*, e, no Art. 3º, que *"compete ao Profissional de Educação Física coordenar, planejar, programar, supervisionar, dinamizar, dirigir, organizar, avaliar e executar trabalhos, programas, planos e projetos, bem como prestar serviços de auditoria, consultoria e assessoria, realizar treinamentos especializados, participar de equipes multidisciplinares e interdisciplinares e elaborar informes técnicos, científicos e pedagógicos, todos nas áreas de atividades físicas e do esporte"*.

É vedado aos Conselhos Federais ou Regionais de Educação Física ampliar, por meio de ato infralegal, o rol de atividades sujeitas à sua fiscalização. Da análise da legislação que regulamenta a profissão, resta claro que as atividades do instrutor de tênis não se enquadram como atividade privativa do profissional de Educação Física. É nesse sentido a jurisprudência do STJ e desta C. Turma:

..EMEN: ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO REGIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA. TÉCNICO DE TÊNIS. DESNECESSIDADE DO REGISTRO. PRECEDENTES. 1. "Consoante a jurisprudência desta Corte - firmada em casos análogos -, a atividade de um técnico, instrutor ou treinador está associada às táticas do esporte em si, e não à atividade física propriamente dita, o que torna dispensável a graduação específica em Educação Física. Tais competências não estão contempladas no rol do art. 3º da Lei 9.696/98, que delimita tão somente as atribuições dos profissionais de educação física." (AgInt no AREsp 904.218/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 28/6/2016). 2. Agravo interno não provido. ..EMEN: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Regina Helena Costa (Presidente), Gurgel de Faria, Napoleão Nunes Maia Filho e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

(AINTARESP - AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - 1176148 2017.02.37900-5, SÉRGIO KUKINA, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA: 16/10/2018 ..DTPB:.)

..EMEN: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHOS PROFISSIONAIS. TÉCNICO EM TÊNIS DE CAMPO. REGISTRO NO CONSELHO REGIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS ARTS. 2º E 3º DA LEI 9.696/1998. 1. Cuida-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado contra ato atribuído ao Presidente do Conselho Regional de Educação Física de Santa Catarina (CREF3/SC), com o fim de obter provimento jurisdicional que lhe assegure o exercício da profissão de treinador de tênis de campo independentemente de registro na entidade de classe. 2. O art. 1º da Lei 9.696/1998 define que apenas profissionais com registro regular no respectivo Conselho Regional poderão atuar na atividade de Educação Física e receber a designação de "Profissional de Educação Física". 3. Em relação à letra dos dispositivos legais apontados como violados (arts. 2º e 3º da Lei 9.696/98), não há comando normativo que obrigue a inscrição dos treinadores de tênis de campo nos Conselhos de Educação Física, porquanto, à luz do que dispõe o art. 3º da referida Lei, essas atividades, no momento, não são próprias dos profissionais de educação física. 4. Interpretação contrária, que extraísse da Lei 9.696/98 o sentido de que o exercício da profissão de treinador ou instrutor de tênis de campo é prerrogativa exclusiva dos profissionais que têm o diploma de Educação Física e o respectivo registro no Conselho Regional de Educação Física, ofenderia o direito fundamental assecuratório da liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais estabelecidas em lei, nos termos do art. 5º, XIII, da Constituição Federal. 5. Desse modo, o treinador ou instrutor de tênis de campo não está obrigado a inscrever-se no Conselho Regional de Educação Física para exercer essa atividade, assim como não pode o exercício dela sofrer qualquer restrição para quem não tem diploma em Educação Física nem é inscrito naquele Conselho Profissional. 6. Em relação à alegada ofensa à Resolução 46/2002, do Conselho Federal de Educação Física, não cabe ao Superior Tribunal de Justiça interpretar seus termos, uma vez que não se encontra inserida no conceito de lei federal, nos termos do art. 105, inciso III, da Carta Magna. 7. Agravo Regimental não provido. ..EMEN: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques (Presidente), Assusete Magalhães e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator. (AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 1513396 2015.00.23420-2, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA: 04/08/2015 ..DTPB:.)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 5º, XIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INSCRIÇÃO JUNTO AO CONSELHO REGIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA. TÉCNICO/TREINADOR DE TÊNIS. DESNECESSIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

- 1. Consoante o art. 5º, inciso XIII, da Constituição Federal, "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer".*
- 2. O art. 3º da Lei nº 9.696/1998 não menciona quais os profissionais que são considerados como exercentes da área de Educação Física. Com efeito, referido dispositivo apenas dispõe sobre as atribuições dos profissionais de Educação Física.*
- 3. Ademais, inexistente na Lei nº 9.696/1998 qualquer dispositivo que torne obrigatória a inscrição do técnico, instrutor ou treinador de tênis junto aos Conselhos de Educação Física e que determine a exclusividade do desempenho das referidas atividades por profissionais graduados em Educação Física.*
- 4. Consoante a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, a atividade exercida por técnico, instrutor ou treinador diz respeito às táticas do esporte em si, não estando ligada à atividade física propriamente dita, fato que torna dispensável a formação específica em Educação Física. Logo, é desnecessária a inscrição do treinador, técnico ou instrutor de tênis, tanto de campo quanto de mesa, junto ao Conselho Regional de Educação Física. Precedentes.*
- 5. Portanto, é cabível o exercício, pelo agravado, da atividade de técnico/treinador de tênis, sendo desnecessário o registro perante o Conselho Regional de Educação Física, em observância ao preceito constitucional previsto no art. 5º, inciso XIII, da Constituição da República, na medida em que não resta violada a norma estabelecida no art. 3º da Lei nº 9.696/1998.*
- 6. Agravo de instrumento não provido.*

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRADO DE INSTRUMENTO - 5002582-33.2018.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 19/07/2018, Intimação via sistema DATA: 23/07/2018)

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA. CREF. TREINADOR DE SQUASH. OBRIGATORIEDADE DE REGISTRO. DESNECESSIDADE. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL DESPROVIDAS.

1. Caso em que o impetrante instrutor de squash, objetiva provimento jurisdicional que declare a inexigibilidade do registro no Conselho Regional de Educação Física - CREF/4ª Região, bem assim como a não instauração de procedimento administrativo, atuação ou multa por suposto exercício ilegal da profissão.
 2. O artigo 5º, XIII, da Constituição Federal, estabeleceu o livre exercício de qualquer trabalho, ofício e profissão, desde que atendidas as qualificações fixadas em lei.
 3. A possibilidade de restrição infraconstitucional, contudo, não deve ser entendida no sentido de que é possível impor restrições a toda e qualquer atividade profissional, pois a regra é a liberdade, de forma que apenas é possível a exigência de inscrição em conselho de fiscalização profissional quando houver potencial lesivo na atividade profissional.
 4. Nesse âmbito, foi editada a Lei 9.696/98, regulamentadora da profissão de Educação Física.
 5. O artigo 3º da Lei 9.696/98 não elenca taxativamente quais são os profissionais que devem sujeitar-se ao CREF, mas apenas elenca atribuições do profissional de Educação Física. Ou seja, o dispositivo legal não confere unicamente ao profissional de Educação Física o exercício das funções relacionadas com esportes, mas tão somente enumera qual a natureza das atividades que poderão ser exercidas pelo profissional de Educação Física.
 6. In casu, o impetrante foi desligado da empresa em que trabalhava Spa Recanto, porquanto o agente do CREF notificou o estabelecimento sobre a impossibilidade de o impetrante ministrar aulas de squash sem inscrição no referido Conselho. Pelo mesmo motivo, o impetrante fora impedido de continuar a ministrar aulas também em seu segundo emprego realizado no Raquetes Club.
 7. À luz da sobredita jurisprudência, que inexistente norma que restrinja o exercício da profissão de treinador de squash, assim como não é possível afirmar, peremptoriamente, que está no bojo da definição de profissional de Educação Física da Lei 9.696/98.
 8. Não se pode inferir que o trabalho desenvolvido em torno das atividades esportivas é privativo de educadores físicos, muito embora possam também ser desempenhadas por eles.
 9. Se assim não fosse, a quase totalidade de técnicos de futebol - vencedores de torneios de repercussão internacional -, que dominam a prática esportiva, mas não possuem diploma universitário, não poderiam treinar times e seleções vitoriosos.
 10. Remessa oficial e apelação do Conselho desprovidas.
- (TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 369381 - 0022572-02.2016.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, julgado em 22/11/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/11/2017)

Ante o exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É o voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA DA 4ª REGIÃO - CREF4/SP. INSTRUTOR DE TÊNIS. INSCRIÇÃO DESNECESSÁRIA. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL DESPROVIDAS.

1. A questão devolvida a esta E. Corte diz respeito à necessidade de inscrição do instrutor de tênis junto ao Conselho Regional de Educação Física da 4ª Região - CREF4/SP.

2. A Constituição Federal garante, em seu Art. 5º, XIII, que "*é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*".

3. A Lei nº 9.696/98, que dispõe sobre a regulamentação da profissão de Educação Física e cria os respectivos Conselho Federal e Conselhos Regionais de Educação Física, estabelece, no Art. 1º, que "*o exercício das atividades de Educação Física e a designação de Profissional de Educação Física é prerrogativa dos profissionais regularmente registrados nos Conselhos Regionais de Educação Física*", e, no Art. 3º, que "*compete ao Profissional de Educação Física coordenar, planejar, programar, supervisionar, dinamizar, dirigir, organizar, avaliar e executar trabalhos, programas, planos e projetos, bem como prestar serviços de auditoria, consultoria e assessoria, realizar treinamentos especializados, participar de equipes multidisciplinares e interdisciplinares e elaborar informes técnicos, científicos e pedagógicos, todos nas áreas de atividades físicas e do esporte*".

4. É vedado aos Conselhos Federais ou Regionais de Educação Física ampliar, por meio de ato infralegal, o rol de atividades sujeitas à sua fiscalização. Da análise da legislação que regulamenta a profissão, resta claro as atividades do instrutor de tênis não se enquadram como atividade privativa do profissional de Educação Física. Precedentes do STJ (AINTARESP - AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - 1176148 2017.02.37900-5, SÉRGIO KUKINA, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:16/10/2018 ..DTPB.; / AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 1513396 2015.00.23420-2, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:04/08/2015 ..DTPB.;) e desta C. Turma (TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5002582-33.2018.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 19/07/2018, Intimação via sistema DATA: 23/07/2018 / TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 369381 - 0022572-02.2016.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, julgado em 22/11/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/11/2017).

5. Apelação e remessa oficial desprovidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e à remessa oficial., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5003922-41.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: CONVIP COMERCIO E REPRESENTACOES LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE SUSSUMU IIZUKA - SP154013-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5003922-41.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: CONVIP COMERCIO E REPRESENTACOES LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE SUSSUMU IIZUKA - SP154013-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por CONVIP COMERCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA contra a decisão que rejeitou a exceção de pré-executividade

Na minuta recursal, o contribuinte alega discutir a cobrança indevida de dívida tributária inscrita na CDA 80613101368-87, que foi objeto de parcelamento fiscal com pagamento parcial.

Sustenta que inicialmente aderiu ao PERT em 16 de outubro de 2017, sendo-lhe indeferido o ingresso, inclusive através de decisão judicial já transitada em julgado nesta Corte Regional.

Não obstante a discussão judicial, a agravante alega que, entre a data do parcelamento e a pretendida consolidação do mesmo, procedeu ao pagamento de quantias que somadas totalizaram R\$ 33.897,41 à época.

Pretende, no feito executivo subjacente, o abatimento da dívida constante da referida CDA com tais valores pagos, acrescidos de correção monetária pela Taxa Selic até julho/2019, no montante de R\$ 36.676,18.

Requer, ainda, a permissão para compensar entre o resultado excedente calculado a seu favor (R\$ 10.295,59) e o valor pago corrigido e o cobrado na CDA.

Pleiteia, enfim, a extinção da presente execução fiscal pelo pagamento integral e o imediato cancelamento da CDA.

Foi ofertada contraminuta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5003922-41.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: CONVIP COMERCIO E REPRESENTACOES LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE SUSSUMU IIZUKA - SP154013-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A CDA nº 80613101368-87 que é objeto da presente Exceção de Pré-Executividade à Execução Fiscal, visa a cobrança da Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido – CSLL e multa, perfazendo o valor consolidado: R\$ 26.826,44.

Narra o autor que em 16 de outubro de 2017, a excipiente aderiu ao Programa Especial de Regularização Tributária – PERT. Enquanto aguardava a consolidação do parcelamento, aponta o pagamento de 16 DARFS, sob o código da receita 5190, relativas aos meses de agosto de 2017 até novembro de 2018 totalizando o valor de R\$ 33.897,41.

Tendo em vista a opção pela modalidade equivocada, a consolidação do referido parcelamento não foi admitida.

A discussão foi objeto do Mandado de Segurança nº 5001151-52.2018.4.03.6114, que pretendia a consolidação da adesão ao PERT - Programa Especial de Regularização Tributária – PERT, previsto na Lei nº 13.496/2017, para fins de regularização fiscal, nos termos em que realizada pelo contribuinte.

No entanto, a sentença de improcedência do *writ* prolatada pelo MM Juízo *a quo* foi mantida por Esta Corte Regional, cujo acórdão, proferido pela Desembargadora Federal Marli Ferreira, transitou em **16/04/2019, nos seguintes termos:**

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PERT. LEI Nº 13.496/2017. DÉBITOS ADMINISTRADOS PELA RECEITA FEDERAL E PELA PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL. INCLUSÃO CONJUNTA. IMPOSSIBILIDADE. PORTARIA Nº 690/2017.

Nos termos da Lei nº 13.496, de 24/10/2017, o PERT distinguiu os débitos de responsabilidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil e os da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, estabelecendo no artigo 2º condições específicas de pagamento para os créditos na Receita Federal e no artigo 3º para os créditos na Procuradoria Geral da Fazenda Nacional.

A adesão relativa aos débitos inscritos em dívida ativa deveria ter sido requerida, exclusivamente, no sítio da PGFN na internet (Portal e-CAC), para que os Procuradores da Fazenda Nacional apreciem os pedidos, bem como prestem informações à autoridade judiciária acerca do parcelamento no âmbito desse órgão (Portaria PGFN nº 690/2017, artigo 20).

A inscrição em dívida ativa transfere à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional a administração do respectivo crédito tributário, o que retira do Delegado da Receita Federal do Brasil o poder de ingerência direta sobre este.

O parcelamento é favor fiscal ao qual o contribuinte adere se quiser, e, em aderindo, deve sujeitar-se às regras do programa, sem possibilidade de modificá-las a seu talante.

Outrossim, o artigo 111, inciso I do Código Tributário Nacional determina seja interpretada literalmente a legislação que disponha sobre a suspensão do crédito tributário. Nesse contexto, sendo o parcelamento uma das modalidades suspensivas de crédito tributário (artigo 151, VI, do CTN), a legislação que o institui deve ser lida de forma literal.

Apelação improvida.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5001151-52.2018.4.03.6114, Rel. Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, julgado em 11/02/2019, Intimação via sistema DATA: 11/03/2019)

No caso da Execução Fiscal subjacente, a análise das Darfs apresentadas, por si só, não é capaz de comprovar inequivocamente o pagamento da dívida ora em cobrança.

Os elementos constantes nos autos, desse modo, por contraditórios ou insuficientes, inviabilizam o reconhecimento, de plano, do pagamento da dívida.

No caso vertente, para chegar-se a um provimento seguro a respeito da existência e suficiência do propalado pagamento, mister se faz análise acurada de provas consistentes a tal.

Em outras palavras, diversamente do que afirma a agravante, não consta comprovação, de plano, do adimplemento do tributo, havendo, em verdade, dúvida quanto ao direito invocado e inegável controvérsia a ser dirimida na via própria.

Ademais, há discussão judicial sobre o mesmo tema em andamento na Ação Anulatória nº 5002616-62.2019.4.03.6114.

Assim, conforme decidido pelo Magistrado monocrático, de fato é incabível a exceção de pré-executividade na situação em apreço.

Cumprе esclarecer que a exceção de pré-executividade, embora não haja previsão legal a respeito, é admitida pela jurisprudência para veicular questões de ordem pública ou que não demandem dilação probatória. A violação apontada deve ser evidente, clara.

No caso dos autos, a questão controvertida não é eminentemente de direito, demandando dilação probatória, de modo que não pode ser de pronto analisada pelo Juízo, sendo, assim, impassível de ser objeto de exceção de pré-executividade.

Nesse sentido a Súmula 393, do STJ:

A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória.

E também a orientação desta Corte Federal, a saber:

AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. EFEITO SUSPENSIVO. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A decisão ora agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do C. STJ e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 1.019, do novo CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder. 2. Quanto à questão principal, reitera-se que nos termos do artigo 1.019, do CPC, recebido o agravo de instrumento no Tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o Relator poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão. 3. Sabe-se que a denominada "exceção de pré - executividade" admite a defesa do executado sem a garantia do r. Juízo somente nas hipóteses excepcionais de ilegitimidade de parte ou pagamento documental com prova do cancelamento de débito, anistia, remissão e outras situações reconhecíveis de plano, ou seja, a sua admissibilidade deve basear-se em prova inequívoca não sendo cabível nos casos em que há necessidade de produção de provas. 4. A fim de pacificar o entendimento, o c. STJ tratou do tema por meio da edição da Súmula nº 393: "A exceção de pré - executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória ." O caso dos autos está a revelar que não se trata de questão a ser apreciada em sede de exceção de pré-executividade, tendo em vista que as alegações formuladas pelo agravante demandam dilação probatória diante da presunção legal de certeza e liquidez da CDA em questão. 5. Assim, forçoso reconhecer que a execução fiscal em questão encontra-se aparelhada com Certidão(ões) de Dívida(s) Ativa(s) regularmente inscrita(s), formalmente em ordem, restando atendidos os comandos do artigo 2º da Lei de Execução Fiscal, bem como o artigo 202 do Código Tributário Nacional. 6. Agravo improvido.

(AI 00206412820164030000, DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/09/2017..FONTE_REPUBLICACAO:.)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - ACÓRDÃO - TCU - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - MATÉRIA AFERÍVEL DE PLANO - DILAÇÃO PROBATÓRIA - NECESSIDADE - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - LITISPENDÊNCIA - PRESCRIÇÃO - RESSARCIMENTO AO ERÁRIO - ART. 37, § 5º, CF - RECURSO IMPROVIDO. 1. A exceção de pré-executividade, admitida em nosso direito por construção doutrinário-jurisprudencial, tem como escopo a defesa atinente à matéria de ordem pública, tais como a ausência das condições da ação e dos pressupostos de desenvolvimento válido do processo, desde que comprovadas de plano, mediante prova pré-constituída. 2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte aquiesce ao restringir a exceção de pré-executividade às matérias reconhecíveis de ofício e aos casos aferíveis de plano, sem necessidade de contraditório e dilação probatória. 3. A nulidade formal e material da certidão de dívida ativa é matéria que o juiz pode conhecer de plano, sem necessidade de garantia da execução ou interposição dos embargos, sendo à exceção de pré-executividade via apropriada para tanto. Nesse sentido a Súmula 393/STJ: "A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória." 4. A matéria deduzida pelo agravante não restou comprovada através de prova pré-constituída, sendo necessária a dilação probatória, com o extenso contraditório entre as partes. 5. A nulidade do título executivo, tendo em vista a ausência de aferição do quantum devido e a indevida condenação pelo Tribunal de Contas da União (a despeito, nesta cognição, de seu cabimento ou não) não é aferível de plano e, tampouco, cognoscível de ofício, que justificaria a aceitação do oferecimento da exceção de pré-executividade. 6. Como bem ressaltado pelo Juízo a quo e reforçado pela agravada, a questão está sendo discutida em sede de embargos à execução. De rigor, neste caso, reconhecer a litispendência (art. 337, § 1º, CPC/15), na medida em que o ora agravante repete a pretensão já deduzida, em relação aos embargos à execução, impondo, mais uma vez, o afastamento das alegações deduzidas. 7. Quanto à prescrição, ainda que arguível em qualquer grau de jurisdição e já esteja sendo analisada nos embargos à execução opostos pelo o agravante, cediço que a Tomada de Contas Especial é um processo administrativo que visa a identificar responsáveis por danos causados ao erário, e determinar o ressarcimento do prejuízo, portanto, imprescritível, ante a previsão constitucional, prevista no referido artigo 37, § 5º, Magna Carta. 8. Agravo de instrumento improvido.

(AI 00172047620164030000, DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:01/09/2017..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Assim, a rejeição à exceção há de ser mantida.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. TRIBUTÁRIO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.

1. Cumpre esclarecer que a exceção de pré-executividade, embora não haja previsão legal a respeito, é admitida pela jurisprudência para veicular questões de ordem pública ou que não demandem dilação probatória, de modo que a violação apontada deve ser evidente, clara.
2. Não sem embargo, a Súmula nº 393 do Superior Tribunal de Justiça veicula que: “A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória”.
3. A questão controvertida, para ser considerada eminentemente de direito, não demandando qualquer dilação probatória, exige que constem nos autos elementos suficientes que permitam o reconhecimento imediato do pedido pelo Juízo de modo a infirmar a presunção de liquidez, certeza e exigibilidade da CDA.
4. A CDA nº 80613101368-87 que é objeto da presente Exceção de Pré-Executividade à Execução Fiscal, visa a cobrança da Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido – CSLL e multa, perfazendo o valor consolidado: R\$ 26.826,44.
5. Narra o autor que em 16 de outubro de 2017, a excipiente aderiu ao Programa Especial de Regularização Tributária – PERT. Enquanto aguardava a consolidação do parcelamento, aponta o pagamento de 16 DARFS, sob o código da receita 5190, relativas aos meses de agosto de 2017 até novembro de 2018 totalizando o valor de R\$ 33.897,41. Tendo em vista a opção pela modalidade equivocada, a consolidação do referido parcelamento não foi admitida.
6. A discussão foi objeto do Mandado de Segurança nº 5001151-52.2018.4.03.6114, que pretendia a consolidação da adesão ao PERT - Programa Especial de Regularização Tributária – PERT, previsto na Lei nº 13.496/2017, para fins de regularização fiscal, nos termos em que realizada pelo contribuinte.
7. No entanto, a sentença de improcedência do *writ* prolatada pelo MM Juízo *a quo* foi mantida por Esta Corte Regional, cujo acórdão, proferido pela Desembargadora Federal Marli Ferreira, transitou em 16/04/2019, nos seguintes termos:
8. No caso da Execução Fiscal subjacente, a análise das Darfs apresentadas, por si só, não é capaz de comprovar inequivocamente o pagamento da dívida ora em cobrança.
9. Os elementos constantes nos autos, desse modo, por contraditórios ou insuficientes, inviabilizam o reconhecimento, de plano, do pagamento da dívida.
10. Em outras palavras, diversamente do que afirma a agravante, não consta comprovação, de plano, do adimplemento do tributo, havendo, em verdade, dúvida quanto ao direito invocado e inegável controvérsia a ser dirimida na via própria.
11. Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5007672-95.2018.4.03.6119
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: ELEVADORES OTIS LTDA., SERAL OTIS INDÚSTRIA METALÚRGICA LTDA.
Advogado do(a) APELADO: JOAO ALVES DA SILVA - SP66331-A
Advogado do(a) APELADO: JOAO ALVES DA SILVA - SP66331-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5007672-95.2018.4.03.6119
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: ELEVADORES OTIS LTDA., SERAL OTIS INDÚSTRIA METALÚRGICA LTDA.
Advogado do(a) APELADO: JOAO ALVES DA SILVA - SP66331-A
Advogado do(a) APELADO: JOAO ALVES DA SILVA - SP66331-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial e de recurso de apelação interposto pela **União, em face da sentença que concedeu a ordem para declarar a inexigibilidade do recolhimento da Taxa de Utilização do SISCOMEX**, no valor fixado por meio da Portaria MF n.º 257/2011.

A apelante alega, em síntese, que:

a) não recorrerá quanto ao mérito, nos termos do art. 2º, V, VII e §§ 3º a 8º, da Portaria PGFN Nº 502/2016, que autoriza a dispensa da apresentação de contestação, oferecimento de contrarrazões, a interposição de recursos, bem como a desistência dos já interpostos, e da Nota nº 73/2018/CRJ/PGACET/PGFN-MF.

b) deve ser reformada a sentença, de forma que se permita a correção monetária acumulada no período, sobre o valor originário da taxa, antes da majoração promovida pela Portaria MF n.º 257/2011, até a data do registro de cada DI.

Com contrarrazões vieram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal, em manifestação de lavra do e. Procurador Regional da República André de Carvalho Ramos, deixou de exarar parecer por entender não haver interesse público primário que justifique sua intervenção no feito.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5007672-95.2018.4.03.6119
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: ELEVADORES OTIS LTDA., SERAL OTIS INDÚSTRIA METALÚRGICA LTDA.

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): A questão trazida aos presentes autos refere-se à possibilidade de a impetrante obter, em síntese, a declaração de inexigibilidade do recolhimento da Taxa de Utilização do SISCOMEX no valor fixado por meio da Portaria MF n.º 257/2011.

Na verdade, a Taxa de Utilização do SISCOMEX foi instituída por meio da Lei n.º 9.716/98, nos seguintes termos:

“Art. 3º Fica instituída a Taxa de Utilização do Sistema Integrado de Comércio Exterior - SISCOMEX, administrada pela Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda.

§1º A taxa a que se refere este artigo será devida no Registro da Declaração de Importação, à razão de: (Vide Medida Provisória n.º 320, 2006)

I - R\$ 30,00 (trinta reais) por Declaração de Importação;

II - R\$ 10,00 (dez reais) para cada adição de mercadorias à Declaração de Importação, observado limite fixado pela Secretaria da Receita Federal.

§2º Os valores de que trata o parágrafo anterior poderão ser reajustados, anualmente, mediante ato do Ministro de Estado da Fazenda, conforme a variação dos custos de operação e dos investimentos no SISCOMEX.” (grifei)

Resta claro, portanto, que o artigo 3º, § 2º, da Lei n.º 9.716/1998 delegou ao Ministro da Fazenda, por meio de ato infralegal, o estabelecimento do reajuste anual da referida taxa, considerando a variação dos custos de operação e dos investimentos no SISCOMEX.

Ocorre que o entendimento do Supremo Tribunal Federal foi o de que viola o princípio da legalidade a possibilidade de reajuste anual, por ato do Ministro da Fazenda, *“considerando a variação dos custos de operação e dos investimentos no SISCOMEX”*, por se tratar de expressão aberta e pouco clara.

Assim, a questão da inconstitucionalidade da majoração da Taxa SISCOMEX restou pacificada no Supremo Tribunal Federal e nesta Terceira Turma, que reviu sua posição e passou a adotar a do Supremo Tribunal Federal.

Citem-se, a respeito, os seguintes precedentes recentes desta Terceira Turma:

“CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. TAXA DE UTILIZAÇÃO DO SISCOMEX. MAJORAÇÃO. ART. 3º, §2º, DA LEI 9.716/98 E PORTARIA MF 257/2011. INCONSTITUCIONALIDADE. QUESTÃO PACIFICADA NO STF. LIMITAÇÃO DO REAJUSTE AOS ÍNDICES DE CORREÇÃO MONETÁRIA. POSSIBILIDADE. APELAÇÃO DA IMPETRANTE PARCIALMENTE PROVIDA. APELO DA UNIÃO E REEXAME NECESSÁRIO IMPROVIDOS.

1. Sentença que concedeu parcialmente a ordem, para limitar o valor de cobrança da taxa SISCOMEX ao índice de reajuste de 131, 60% (INPC) e declarou o direito da impetrante à compensação ou restituição dos valores recolhidos em montante superior ao devido.

2. Cinge-se a controvérsia à constitucionalidade da majoração dos valores da Taxa de Siscomex promovida pela Portaria MF n.º 257/2011, editada com fundamento no parágrafo 2º do artigo 3º da Lei n.º 9.716/98 e ao afastamento do limite do índice acumulado do INPC, fixado pela sentença, in casu.

3. Tendo em vista a existência de recentes precedentes proferidos pelo C. STF pela inconstitucionalidade da majoração, os quais conduzem a conclusão no sentido de que atualmente se encontra pacificada a questão tanto na Primeira quanto na Segunda Turma da Suprema Corte, impõe-se a revisão do posicionamento que até então vinha sendo adotado.

4. **A 2ª Turma do STF concluiu que “a delegação contida no art. 3º, § 2º, da Lei nº 9.716/98 restou incompleta ou defeituosa, pois o legislador não estabeleceu o desenho mínimo que evitasse o arbítrio fiscal”.** (RE 1095001 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 06/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-103 DIVULG 25-05-2018 PUBLIC 28-05-2018). Assim, **decidiu que a majoração estabelecida pela Portaria MF nº 257/2011, considerando a variação dos custos de operação e dos investimentos no SISCOMEX, viola o princípio da legalidade, entendimento este que passou a ser perfilhado pela 1ª Turma da Suprema Corte, consoante restou consignado no julgamento do RE 1155381, em 22-03-2019.**

5. A questão foi incluída pela própria Procuradoria Geral da Fazenda Nacional na lista de dispensa de contestação e recursos de que trata o art. 2º, VII e §§ 4º e 5º, da Portaria PGFN nº 502/2016.

6. O afastamento do reajuste, na forma promovida pela Portaria MF nº 257/2011, não impede a incidência de atualização monetária, por meio da aplicação de índices oficiais, consoante o entendimento firmado pelo STF. A propósito, o **C. STF, ao afastar a majoração promovida pela Portaria MF nº 257/2011, reiteradamente vem decidindo por limitar o reajuste da taxa aos índices oficiais de correção monetária acumulados no período.**

7. Como consectário lógico, de rigor o acolhimento do pedido formulado pela parte autora no tocante à repetição de indébito dos valores recolhidos em montante superior ao devido, referentes aos cinco anos antecedentes ao ajuizamento da ação, a qual poderá ser efetivada em fase de cumprimento de sentença ou na via administrativa.

8. Aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito a partir do recolhimento indevido a título de correção monetária. A SELIC, por englobar correção monetária e juros de mora, não pode ser cumulada com nenhum outro índice.

9. A sentença deve ser reformada para que seja julgado parcialmente procedente o pedido a fim de afastar a majoração da Taxa Siscomex, na forma promovida pela Portaria MF nº 257/11, bem como para afastar o limite do índice acumulado do INPC, aplicado in casu, ressaltando-se a incidência de atualização monetária com a aplicação de índices oficiais acumulados no período (janeiro de 1999 e abril de 2011), bem como para assegurar a repetição do indébito dos valores recolhidos em montante superior ao devido, referentes aos cinco anos antecedentes ao ajuizamento da ação, a qual poderá ser efetivada em fase de cumprimento de sentença ou na via administrativa.

10. *Apelação da impetrante parcialmente provida. Apelação da União e reexame necessário não providos.* (TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000715-44.2019.4.03.6119, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 23/08/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 03/09/2019) (grifei)

“TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA. MANDADO DE SEGURANÇA. TAXA DE UTILIZAÇÃO DO SISCOMEX. AUMENTO PELA PORTARIA MF 257/11. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE CRITÉRIO QUANTITATIVO NO ARTIGO 3º, §2º, DA LEI 9.716/98 PARA MAJORAÇÃO PRETENDIDA. COMPENSAÇÃO DEFERIDA COM TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL, À EXCEÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. APELO DO CONTRIBUINTE PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Em primeiro, não se perca de vista que a fiscalização do comércio exterior é atividade relacionada ao Poder de Polícia estatal, nos termos do artigo 77 do Código Tributário Nacional:

2. Nos termos da legislação que rege o SISCOMEX, a taxa de utilização do sistema, prevista no artigo 3º da Lei 9.716/98, aplica-se às importações realizadas a partir de 1º de janeiro de 1999, decorrendo a Portaria MF nº 257/11 de delegação ao Ministro da Fazenda, observada a variação dos custos de operação e de investimentos no sistema eletrônico.

3. Contudo, na esteira do que decidiu, por unanimidade, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal no RE/SC 1095001 AgR, a lei de regência haveria de ter fixado parâmetros mínimos para majoração da taxa de modo a evitar eventual arbitrariedade por parte do executivo, o que não ocorreu.

4. A Lei 9.716/98, ao não fixar critérios mínimos para majoração da taxa (aspecto quantitativo), deu plena liberdade ao executivo para exercer, ao seu alvedrio, o poder de legislar sobre a matéria, o que vai de encontro ao princípio da estrita legalidade tributária, o qual estatui a vedação de exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça.

5. Tenha-se em vista, ademais, que a Portaria MF nº 257/2011 acabou por majorar a taxa SISCOMEX em cerca de 500%, restando configurada também a clara desproporcionalidade da medida.

6. Caracterizada a infringência ao princípio da legalidade já que a Lei nº 9.716/98, artigo 3º, § 2º, delegou ao Ministro da Fazenda o estabelecimento, por meio de ato infralegal, do reajuste anual da taxa Siscomex sem a fixação de critérios mínimos a tal.

7. *Reconhecido o direito, exsurge a possibilidade à compensação. A compensação, contudo, deverá observar a diferença entre o valor recolhido com base na Portaria MF nº 257/2011, ora afastada, e aquele previsto na Lei 9.716/98, devidamente atualizado com índices oficiais, de modo a propiciar equilíbrio na relação entre as partes e evitar indevido prejuízo ao Fisco.*

8. *A compensação será efetuada, observada a prescrição quinquenal dos valores recolhidos indevidamente, com tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, com exceção das contribuições previdenciárias, bem como observando-se a regra do artigo 170-A do CTN e a lei em vigor no momento do ajuizamento da ação, com correção monetária pela SELIC.*

9. *Apelo do contribuinte parcialmente provido.”*

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5003859-11.2018.4.03.6103, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 25/07/2019, Intimação via sistema DATA: 29/07/2019) (grifei)

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. TAXA DE UTILIZAÇÃO DO SISCOMEX. MAJORAÇÃO POR PORTARIA DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. AFRONTA À LEGALIDADE TRIBUTÁRIA. DIREITO À COMPENSAÇÃO.

1. *Questão decidida pelo Supremo Tribunal Federal cujos precedentes se seguem: RE 959.284-AgR, redator do acórdão Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJE 29/08/2017; RE-AgR 1.095, relator Ministro Dias Tóffoli, Segunda Turma, DJE 28/05/2018; RE 1.126.958-AgR, relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJE 27/04/2018 e RE 1.132.699, relator Ministro Edson Fachin, DJE; 18/06/2018.*

2. *Reconhecimento do direito de a impetrante recolher a taxa de utilização do sistema integrado de comércio exterior – SISCOMEX a partir dos valores vigentes anteriormente à edição da Portaria nº 257/11, reajustados pela SELIC.*

3. *Conforme entendimento pacificado no STF (RE 566.621/RS) e no STJ (REsp 1.269.570/MG), para as ações ajuizadas após a entrada em vigor da Lei Complementar 118/2005 (de 09.06.2005), o prazo de prescrição é quinquenal.*

4. *A compensação deverá ser realizada nos termos do artigo 74 da Lei nº 9.430/96 com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02. Precedentes do STJ.*

5. *A compensação não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, nos termos da jurisprudência sedimentada do Superior Tribunal de Justiça.*

6. *A taxa SELIC é o índice aplicável como critério de correção monetária, cujo termo inicial é a data do pagamento indevido. Precedentes do STJ.*

7. *Ressalvado o direito da autoridade administrativa em proceder à plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, exatidão dos números e documentos comprobatórios, "quantum" a compensar e conformidade do procedimento adotado com a legislação de regência.” (TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5003574-52.2017.4.03.6103, Rel. Desembargador Federal Nelton Agnaldo Moraes Dos Santos, Rel. para acórdão Juiz Federal Márcio Catapani, julgado em 01/07/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 08/07/2019)*

Afastada a majoração, por sentença, a União deixou de recorrer quanto ao mérito, limitando-se a arguir a possibilidade de correção monetária da taxa Siscomex.

Assiste razão à recorrente.

A jurisprudência do STF reconhece que o afastamento da majoração, na forma promovida pela Portaria MF nº 257/2011, não impede a incidência de atualização monetária, por meio da aplicação de índices oficiais. *Verbis*:

“Agravo regimental no recurso extraordinário. Taxa SISCOMEX. Majoração. Portaria. Delegação. Artigo 3º, § 2º, Lei nº 9.716/98. Ausência de balizas mínimas definidas em lei. Princípio da Legalidade. Violação. Atualização. Índices oficiais. Possibilidade. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem acompanhado um movimento de maior flexibilização do Princípio da Legalidade em matéria de delegação legislativa, desde que o legislador estabeleça o desenho mínimo que evite o arbítrio. 2. Diante dos parâmetros já traçados na jurisprudência da Corte, a delegação contida no art. 3º, § 2º, da Lei nº 9.716/98 restou incompleta ou defeituosa, pois o legislador não estabeleceu o desenho mínimo que evitasse o arbítrio fiscal. 3. Esse entendimento não conduz à invalidade da taxa SISCOMEX, tampouco impede que o Poder Executivo atualize os valores previamente fixados na lei, de acordo com os índices oficiais, conforme amplamente aceito na jurisprudência da Corte. 4. Agravo regimental não provido. 5. Não se aplica ao caso dos autos a majoração dos honorários prevista no art. 85, § 11, do novo Código de Processo Civil, uma vez que não houve o arbitramento de honorários sucumbenciais.”

(RE 1095001 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 06/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-103 DIVULG 25-05-2018 PUBLIC 28-05-2018)

Destarte, embora a impetrante, em seu pedido inicial, pretenda afastar integralmente a majoração promovida pela Portaria MF n.º 257/2011, entendo que o reajuste é indevido apenas no montante que superar os índices de correção monetária acumulados no período.

Nesse passo, merece parcial reforma a sentença.

Indo adiante, o índice a ser observado na atualização monetária da Taxa Siscomex, de acordo com o entendimento firmado por esta Corte, é o INPC, cujo percentual acumulado no período de janeiro de 1999 a abril de 2011 é de 131,60% (cento e trinta e um ponto sessenta por cento).

A corroborar o entendimento acima esposado colho os seguintes precedentes:

“CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. TAXA DE UTILIZAÇÃO DO SISCOMEX. MAJORAÇÃO. ART. 3º, § 2º, DA LEI 9.716/98 E PORTARIA MF 257/2011. INCONSTITUCIONALIDADE. QUESTÃO PACIFICADA NO STF. LIMITAÇÃO DO REAJUSTE AOS ÍNDICES DE CORREÇÃO MONETÁRIA. POSSIBILIDADE. REMESSA OFICIAL PARCIALMENTE PROVIDA.

1. Sentença que julgou procedente o pedido e concedeu a segurança para afastar a majoração da Taxa Siscomex, na forma promovida pela Portaria MF n.º 257/11 e reconhecer o direito à repetição do indébito dos valores recolhidos em montante superior ao devido.

2. A controvérsia cinge-se à possibilidade de atualização monetária do valor da taxa em análise, de acordo com os índices oficiais e consequente reconhecimento do direito à repetição do indébito na via administrativa.

3. Tendo em vista a existência de recentes precedentes proferidos pelo C. STF pela inconstitucionalidade da majoração, os quais conduzem a conclusão no sentido de que atualmente se encontra pacificada a questão tanto na Primeira quanto na Segunda Turma da Suprema Corte, impõe-se a revisão do posicionamento que até então vinha sendo adotado.

4. A 2ª Turma do STF concluiu que “a delegação contida no art. 3º, § 2º, da Lei nº 9.716/98 restou incompleta ou defeituosa, pois o legislador não estabeleceu o desenho mínimo que evitasse o arbítrio fiscal”. (RE 1095001 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 06/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-103 DIVULG 25-05-2018 PUBLIC 28-05-2018). Assim, decidiu que a majoração estabelecida pela Portaria MF n.º 257/2011, considerando a variação dos custos de operação e dos investimentos no SISCOMEX, viola o princípio da legalidade, entendimento este que passou a ser perfilhado pela 1ª Turma da Suprema Corte, consoante restou consignado no julgamento do RE 1155381, em 22-03-2019.

5. A questão foi incluída pela própria Procuradoria Geral da Fazenda Nacional na lista de dispensa de contestação e recursos de que trata o art. 2º, VII e §§ 4º e 5º, da Portaria PGFN n.º 502/2016.

6. O afastamento do reajuste, na forma promovida pela Portaria MF n.º 257/2011, não impede a incidência de atualização monetária, por meio da aplicação de índices oficiais, consoante o entendimento firmado pelo STF. A propósito, o C. STF, ao afastar a majoração promovida pela Portaria MF n.º 257/2011, reiteradamente vem decidindo por limitar o reajuste da taxa aos índices oficiais de correção monetária acumulados no período.

7. O índice a ser observado na atualização monetária da SISCOMEX, de acordo com o entendimento firmado por esta turma julgadora, é o INPC, cujo percentual acumulado no período de janeiro de 1999 a abril de 2011 é de 131,60% (cento e trinta e um ponto sessenta por cento).

8. Como consectário lógico, de rigor o acolhimento do pedido formulado pela parte autora no tocante à repetição do indébito dos valores recolhidos em montante superior ao devido, referentes aos cinco anos antecedentes ao ajuizamento da ação, a qual poderá ser efetivada em fase de cumprimento de sentença ou na via administrativa (no artigo 170-A do CTN).

9. Aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito a partir do recolhimento indevido a título de correção monetária. A SELIC, por englobar correção monetária e juros de mora, não pode ser cumulada com nenhum outro índice.

10. A sentença deve ser parcialmente reformada para que seja julgado procedente em parte o pedido a fim de afastar a majoração da Taxa Siscomex, na forma promovida pela Portaria MF n.º 257/11, ressalvando-se a incidência de atualização monetária mediante a aplicação do INPC acumulado no período de janeiro de 1999 a abril de 2011 (131,60%), bem como para assegurar a repetição do indébito dos valores recolhidos em montante superior ao devido, referentes aos cinco anos antecedentes ao ajuizamento da ação, a qual poderá ser efetivada em fase de cumprimento de sentença ou na via administrativa.

11. Remessa necessária parcialmente provida.”

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 5002405-56.2019.4.03.6104, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 21/02/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 02/03/2020)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TAXA SISCOMEX. COMPENSAÇÃO DA DIFERENÇA ENTRE O VALOR DA TAXA INSTITUÍDO PELA PORTARIA MF 257/2011 E AQUELE FIXADO PELA LEI 9.716/98. INPC DE JANEIRO DE 1999 A ABRIL DE 2011. CORREÇÃO DO INDÉBITO PELA SELIC. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS SEM EFEITOS INFRINGENTES.

1. A embargante, busca, nitidamente, com a oposição dos embargos de declaração, a alteração do mérito da decisão.

2. No caso concreto, constam no acórdão embargado, explicitamente, as razões que levaram à conclusão de que a compensação deverá observar a diferença entre o valor recolhido com base na Portaria MF nº 257/2011 e aquele previsto na Lei 9.716/98, devidamente atualizado com índices oficiais, de modo a propiciar equilíbrio na relação entre as partes e evitar indevido prejuízo ao Fisco.

3. A decisão proferida vem com esteio no RE/SC 1095001, cuja decisão foi corroborada no Ag. Reg. no RE 1.130.979, o qual fixa o INPC como índice oficial a ser observado na atualização da Taxa Siscomex, com restituição dos valores (diferença) pela SELIC.

4. Assim, é de se salientar que em relação à respectiva decisão não houve omissão apta a ensejar a infringência do julgado, restando, tão somente, nesta oportunidade, esclarecida a forma de atualização da taxa SISCOMEX (INPC entre janeiro de 1999 e abril de 2011), conforme, aliás, decidiu o STF.

5. Uma vez reconhecido o direito, é consequência lógica a inexigibilidade da taxa ilegalmente majorada, razão pela qual deverá ser exigida nos termos desta decisão.

6. Embargos de Declaração acolhidos sem efeitos infringentes.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5003499-28.2018.4.03.6119, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 29/01/2020, Intimação via sistema DATA: 31/01/2020)

“A Portaria MF nº 257/2011 viola ao princípio da legalidade, pois estabeleceu por meio de ato normativo infralegal a majoração da Taxa de Utilização do SISCOMEX quando a Lei nº 9.716/98 não fixou balizas mínimas para eventuais reajustes da referida taxa. A Portaria elevou a taxa de utilização no SISCOMEX de R\$ 30,00 para R\$ 185,00 por declaração de importação e de R\$ 10,00 para R\$ 29,50 para cada adição de mercadorias à DI, de forma que tal majoração extrapola claramente a mera atualização dos valores pelos índices oficiais de correção monetária.

- Precedentes do C. STF e desta E. Corte.

- Quanto à atualização da taxa SISCOMEX, a jurisprudência do STF é no sentido de permitir que o Poder Executivo atualize os valores fixados em lei para a referida taxa em percentual não superior aos índices oficiais de correção monetária, e a manutenção da majoração até o limite da variação do INPC no período: (RE 1095001 e RE 1111866).

- Nos termos em que explicitado no RE 1.111.866, a variação da inflação medida pelo INPC no período de 01 de janeiro de 1999 a 30 de abril de 2001 foi de 131,60%, e este deve ser o índice de reajuste a ser aplicado.

- Dessa forma, enquanto não sobrevier novo ato Executivo fixando os novos valores da taxa Siscomex, é possível apenas sua correção pelo índice oficial da inflação (ficando restrita a legalidade à exigência do reajuste de 131,60%, correspondente à variação de preços, medida pelo INPC, entre janeiro de 1999 e abril de 2011).

- A autora comprovou a condição de contribuinte, ficando autorizada, administrativamente, a apresentar outros documentos que sejam considerados necessários e/ou imprescindíveis, ficando a cargo da autoridade administrativa a fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem restituídos e a exatidão dos números.

- A compensação dos valores pagos indevidamente, corrigidos pela taxa SELIC, pode ser realizada com quaisquer tributos administrados pela Receita Federal do Brasil, conforme o art. 74 da Lei nº 9.430, de 1996, com a redação da Lei nº 10.637, de 2002, observando-se ainda o disposto no art. 170-A do CTN e no art. 26-A da Lei 11.457/07.

- Considerando o valor da causa (R\$ 96.324,00 em 23/10/2017), bem como a matéria discutida nos autos, o trabalho realizado e o tempo exigido, inverte os ônus de sucumbência e condeno a União no pagamento dos honorários advocatícios, ora fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa.

- Apelação provida.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5003185-70.2017.4.03.6102, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 03/03/2020, Intimação via sistema DATA: 05/03/2020)

Ante o exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** à remessa oficial e **DOU PROVIMENTO** ao recurso de apelação, para reformando em parte a sentença, **CONCEDER EM PARTE** a ordem, ficando afastada a majoração da Taxa Siscomex, na forma promovida pela Portaria MF n.º 257/11, mas com a ressalva da incidência de atualização monetária, pela aplicação do percentual de 131,60%, correspondente à variação de preços, medida pelo INPC, entre janeiro de 1999 e abril de 2011.

É o voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. ADUANEIRO. MANDADO DE SEGURANÇA. TAXA SISCOMEX. INCONSTITUCIONALIDADE DA MAJORAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. INPC.

1. A Taxa de Utilização do SISCOMEX foi instituída por meio da Lei n.º 9.716/98.

2. O entendimento do STF foi o de que viola o princípio da legalidade a possibilidade de reajuste anual, por ato do Ministro da Fazenda, “*considerando a variação dos custos de operação e dos investimentos no SISCOMEX*”, por se tratar de expressão aberta e pouco clara. Art. 3º, §2º, Lei n.º 9.716/98.

3. Assim, a questão da inconstitucionalidade da majoração da Taxa SISCOMEX restou pacificada no STF e nesta Terceira Turma, que reviu sua posição e passou a adotar a do STF. Precedentes.

4. A jurisprudência do STF reconhece que o afastamento da majoração da Taxa Siscomex, na forma promovida pela Portaria MF n.º 257/2011, não impede a incidência de atualização monetária, por meio da aplicação de índices oficiais.

5. O índice a ser observado na atualização monetária da Taxa Siscomex, de acordo com o entendimento firmado por esta Corte, é o INPC, cujo percentual acumulado no período de janeiro de 1999 a abril de 2011 é de 131,60% (cento e trinta e um ponto sessenta por cento).

6. Remessa oficial provida em parte. Recurso de apelação provido para, reformando em parte a sentença, conceder parcialmente a ordem, afastando-se a majoração da Taxa Siscomex, na forma promovida pela Portaria MF n.º 257/11, mas com a ressalva da incidência de atualização monetária, pela aplicação do percentual de 131,60%, correspondente à variação de preços, medida pelo INPC, entre janeiro de 1999 e abril de 2011.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, **DEU PARCIAL PROVIMENTO** à remessa oficial e **DEU PROVIMENTO** ao recurso de apelação, para reformando em parte a sentença, **CONCEDER EM PARTE** a ordem, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015693-16.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: SIFCO SA
Advogado do(a) AGRAVADO: MARCOS MARTINS DA COSTA SANTOS - SP72080-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Em atenção ao princípio do contraditório, por ora, postergo a apreciação do pedido de atribuição de efeito suspensivo/antecipação dos efeitos da tutela recursal para após a vinda da contraminuta. Intime-se a parte agravada para, querendo, apresentar contraminuta, nos termos do artigo 1.019, inciso II, do CPC.

Após, retomemos autos conclusos.

Intime-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5004186-41.2019.4.03.6128
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
PARTE AUTORA: CARLOS EDUARDO PONTEL
Advogado do(a) PARTE AUTORA: LETICIA MARIA LUCIANO COSTA - SP425822-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5004186-41.2019.4.03.6128
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
PARTE AUTORA: CARLOS EDUARDO PONTEL
Advogado do(a) PARTE AUTORA: LETICIA MARIA LUCIANO COSTA - SP425822-A
PARTE RÉ: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por **Carlos Eduardo Pontel** em face do Gerente Executivo do Instituto Nacional do Seguro Social de Jundiaí/SP, objetivando provimento jurisdicional que determine à autoridade coatora proceder à análise e conclusão de seu pedido de concessão de benefício previdenciário.

O MM. Juiz *a quo* concedeu a segurança para determinar à autoridade impetrada que analise o requerimento administrativo do impetrante no ponderado prazo adicional de 45 (quarenta e cinco) dias (ID 126284949).

Vieram os autos para o reexame necessário.

A Procuradoria Regional da República, em parecer da lavra do Dr. Osvaldo Capelari Junior, opinou pelo desprovimento da remessa necessária (ID 128497160).

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5004186-41.2019.4.03.6128
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
PARTE AUTORA: CARLOS EDUARDO PONTEL
Advogado do(a) PARTE AUTORA: LETICIA MARIA LUCIANO COSTA - SP425822-A
PARTE RÉ: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Trata-se de mandado de segurança impetrado com o fito de obter provimento jurisdicional que determine à autoridade coatora proceder à análise e conclusão do pedido de aposentadoria por tempo de contribuição do impetrante.

Como é cediço, cabe à Administração Pública respeitar o princípio da razoável duração do processo, constante no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.

Nesse sentido, a Lei nº 9.784/1999 determina ao Poder Público o prazo de até 30 (trinta) dias, contados do momento em que concluída a instrução, para emitir decisão em processos administrativos de sua competência. *In verbis*:

"Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada".

O impetrante alega que protocolou requerimento de aposentadoria por tempo de contribuição em 07.06.2019, mas até a data da impetração do presente *mandamus* (12.09.2019), ainda não existia qualquer perspectiva de decisão.

A autoridade impetrada, por sua vez, concluiu pela procedência do benefício somente após a prolação da sentença, extrapolando, assim, os limites da razoabilidade em relação à demora na apreciação do pedido administrativo.

A respeito do tema, colhem-se os seguintes precedentes:

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO. ART. 5º, LXXVIII, DA CF. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSOS. TRASLADO DE PEÇAS. POSSIBILIDADE. CELERIDADE. ÔNUS DAS PARTES. ATUAÇÃO. RECURSO NÃO-CONHECIDO. 1. "A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" (art. 5º, LXXVIII, da CF). 2. Devem as partes colaborar no andamento do processo com o escopo de se chegar a um provimento jurisdicional final em tempo moderado. 3. Recurso não-conhecido". ..EMEN:(RESP 200701513930, ARNALDO ESTEVES LIMA, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:01/02/2010 ..DTPB:.)

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ANÁLISE DE PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO. LEI Nº 9.784/99. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. 1 - Os artigos 48 e 49 da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estipulam o prazo de até 30 (trinta) dias, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada, para Administração explicitamente emitir decisão nos processos administrativos. 2 - A Administração Pública deve examinar e decidir os requerimentos que lhe sejam submetidos à apreciação, no prazo legal, sob pena de violação aos princípios da eficiência e da razoável duração do processo, conforme preceituam as Leis ns. 9.784/99 e 11.457/07, bem como os artigos 5º, inciso LXXVIII e 37, caput, da Constituição da República, que a todos assegura o direito à celeridade na tramitação dos procedimentos administrativos. 3 - Remessa oficial não provida". (REO 00097112820094036100, DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/12/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

"PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MOROSIDADE ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. [...] II - De acordo com os documentos juntados aos autos demonstram, de plano a delonga da Administração na verificação do preenchimento das exigências legais para o deferimento do pleito. Portanto, não há qualquer justificação plausível por parte da autoridade para a demora na análise do processo administrativo, em ofensa aos princípios constitucionais e administrativos da moralidade, eficiência, continuidade do serviço público e razoabilidade. III - Agravo legal não provido".(AMS 00218437820134036100, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/12/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

“DIREITO DE PETIÇÃO. OBTENÇÃO DE RESPOSTA. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ILEGALIDADE. 1. Assiste direito líquido e certo à impetrante, de receber uma resposta da Administração Pública, acerca do requerimento formulado. 2. Todas as pessoas, físicas e jurídicas, têm assegurado o direito de invocar o Poder Público, a fim de receber uma resposta acerca de uma determinada questão ou situação considerada abusiva ou contrária ao direito. 3. Cuida-se do direito de petição (art. 5º, XXXIV, "a", da CF), no qual se encontra, implícito, o direito de receber a respectiva resposta, dentro de prazo razoável (Princípio da Eficiência da Administração Pública - art. 37, caput, da CF). 4. Protocolado o pleito de restituição em 17/02/05 (cf. fls. 29), sem que o mesmo houvesse sido analisado até a data do ajuizamento deste mandado de segurança (em 06/07/05), resta configurada a omissão ilegal por parte da autoridade administrativa. 5. Ao tratar do dever de decidir, a Lei 9784/99, reguladora do processo administrativo no âmbito federal, fixa o prazo de 30 dias para tanto. 6. Correta a sentença ao fixar o prazo de 15 dias para conclusão do processo administrativo. 7. Apelação e remessa oficial improvidas”. (AMS - APELAÇÃO CÍVEL – 279903. TRF3. e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/09/2011 PÁGINA: 1229. 24/08/2011. JUIZ CONVOCADO LEONEL FERREIRA).

Registre-se que a falta de estrutura administrativa, seja ela material ou pessoal, não pode ser usada como argumento que justifique a demora da prestação de um serviço público, quando ultrapassado prazo consideravelmente razoável.

A r. sentença, portanto, deve ser mantida tal como lançada.

Diante do exposto, voto por **NEGAR PROVIMENTO** à remessa necessária.

É como voto.

jucarval

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. PRAZO. LEI Nº 9.784/99. 30 DIAS. REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDA.

1. Cabe à administração pública respeitar o princípio da razoável duração do processo, constante no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.
2. A Lei n. 9.784/1999 determina à Administração Pública o prazo de até 30 (trinta) dias, contados do momento em que concluída a instrução, para emitir decisão em processos administrativos de sua competência.
3. A falta de estrutura administrativa, seja ela material ou pessoal, não pode ser usada como argumento que justifique a demora da prestação de um serviço público, quando ultrapassado prazo consideravelmente razoável.
4. Remessa necessária desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO à remessa necessária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5003548-84.2018.4.03.6114
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: MUNICIPIO DE SAO BERNARDO DO CAMPO
PROCURADOR: MUNICIPIO DE SAO BERNARDO DO CAMPO
Advogado do(a) APELANTE: DANIEL DOVIGO BIZIAK - SP308599
APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5003548-84.2018.4.03.6114
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: MUNICIPIO DE SAO BERNARDO DO CAMPO
PROCURADOR: MUNICIPIO DE SAO BERNARDO DO CAMPO
Advogado do(a) APELANTE: DANIEL DOVIGO BIZIAK - SP308599
APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação à sentença que extinguiu execução fiscal sem resolução de mérito, em razão da ilegitimidade passiva da Caixa Econômica Federal, condenando a exequente ao pagamento de honorários advocatícios em 10% sobre o valor atualizado da causa, reduzida pela metade, nos termos do artigo 90, §4º, CPC.

Alegou a exequente que: (1) embora concordando com a ilegitimidade passiva da CEF – tendo em vista sua indevida inclusão no cadastro do IPTU de forma automática pelo sistema –, seu reconhecimento não deve acarretar a extinção da ação, mas a remessa dos autos à Justiça Estadual para prosseguimento da execução em face dos demais executados; e (2) não deve ser condenada em honorários advocatícios, pois reconheceu a ilegitimidade passiva da CEF antes da manifestação desta nos autos, que não requereu condenação nas verbas de sucumbência.

Com contrarrazões, vieramos autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5003548-84.2018.4.03.6114
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: MUNICIPIO DE SAO BERNARDO DO CAMPO
PROCURADOR: MUNICIPIO DE SAO BERNARDO DO CAMPO
Advogado do(a) APELANTE: DANIEL DOVIGO BIZIAK - SP308599
APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, a execução fiscal foi ajuizada pelo Município de São Bernardo do Campo contra a CEF e dois particulares, todos constantes da CDA, para cobrança de IPTU, Taxa de Prevenção de Incêndios, Taxa de Conservação de Vias e Logradouro, e Taxa de Coleta de Lixo, com vencimento entre 15/08/2013 a 13/12/2015 (Id. 123337269, f. 02).

Distribuída a ação à 1ª Vara da Fazenda Pública de São Bernardo do Campo, o Juízo de Direito declinou da competência à Justiça Federal, tendo em vista a presença da CEF no pólo passivo (Id 123337269, f. 56).

Na Justiça Federal promoveu-se a citação da CEF (Id 123337277, f. 01), não tendo sido, contudo, localizados os demais executados (Id 123337278, f. 01).

Na sequência, a municipalidade apresentou manifestação pela exclusão da CEF do pólo passivo, por ilegitimidade passiva e prosseguimento da execução quanto aos demais litisconsortes na Justiça Estadual (Id 123337280, f. 01):

“[...]

Como se extrai da leitura dos autos, no entanto, a entidade Caixa Econômica Federal fora lançada como devedora na petição inicial, em razão de informação inserida nos cadastros municipais, de que dita instituição financeira teria participado como Arrendatária/Fiduciária em operação de crédito. No momento de geração da petição inicial, essa informação foi colhida pelo sistema eletrônico, automaticamente, acarretando a propositura da Execução Fiscal tal qual ora se verifica, também contra a entidade financeira, o que, todavia, deve ser corrigido.

[...]

Com efeito, a CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF não tem legitimação para ocupar o polo passivo da ação, ao menos por agora.

[...]

Por tal razão, o Exequente requer a este nobre Magistrado que determine a EXCLUSÃO da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF do polo passivo da ação, que deverá prosseguir com relação aos demais Co-Executados, que detém legitimação para responder pelo crédito em excussão, devendo o processo ser restituído ao D. Juízo Estadual, no qual serão adotadas as providências para prosseguimento do feito.”

Posteriormente, a CEF apresentou manifestação, requerendo a extinção em razão de sua ilegitimidade passiva, alegando ter sido apenas credora fiduciária do imóvel, decorrendo tal equívoco de culpa do próprio Município no registro dos cadastros municipais (Id 123338082, f. 01).

Foi, então, proferida sentença, extinguindo o processo sem resolução de mérito, em razão da ilegitimidade passiva da CEF, condenando a municipalidade ao pagamento de honorários advocatícios em favor da CEF (Id 123338084, f. 01):

“[...]

*Reconhecida a ilegitimidade passiva da Caixa Econômica Federal, de rigor a sua **exclusão do polo, e com a exclusão da CEF do pólo passivo, este Juízo deixa de ser competente para processar e julgar a presente demanda, posto que sua competência, absoluta, é pautada in casu pelo disposto no art. 109, I, da CF/88.***

*Revedo posicionamento anteriormente adotado, este Juízo passou a entender que **nos casos como destes autos, a extinção do feito é medida que se impõe.***

Pelo exposto, extingo a presente Execução Fiscal, nos termos do artigo 485, VI do Código de Processo Civil.

Custas na forma da lei. Observado o princípio da causalidade condeno o Município de São Bernardo do Campo ao pagamento de honorários advocatícios em benefício da Caixa Econômica Federal, que fixo em 10% (artigo 85, § 3º, CPC) sobre o valor atualizado da causa.

Contudo, face à manifestação do exequente, de rigor a redução dos honorários advocatícios pela metade, nos termos do artigo 90, § 4º, do CPC.”

De fato, embora proferida sentença terminativa em razão da ilegitimidade passiva da CEF e da competência absoluta da Justiça Federal, é certo que, subsistindo outros executados no pólo passivo sem foro na Justiça Federal, deve o feito ser encaminhado à Justiça Estadual para prosseguimento em relação aos demais litisconsortes, persistindo a extinção da ação sem resolução de mérito apenas em relação à CEF.

Neste sentido, já decidiu esta Corte:

AI 0026114-29.2015.4.03.0000, Rel. Des. Fed. MAIRAN MAIA, DJe de 02/03/2016: “AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - DECISÃO MONOCRÁTICA - HIPÓTESE DE APLICAÇÃO DO ARTIGO 557 DO CPC - AUSÊNCIA DE ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL CAPAZ DE INFLUIR NA DECISÃO PROFERIDA - EXECUÇÃO FISCAL - IPTU E TAXAS MUNICIPAIS - IMÓVEL OBJETO DE CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - EXTINÇÃO DO PROCESSO EM RELAÇÃO A CEF - COMPETÊNCIA. [...]. 3. Manifesta a ilegitimidade passiva ad causam da CEF para figurar no polo passivo da execução fiscal uma vez que ostenta tão somente a condição de credora fiduciária, e não de usuária, ou destinatária final, do serviço divisível de coleta domiciliar de resíduos sólidos. Precedentes. 4. Com a extinção do feito em relação à Caixa Econômica Federal, não mais remanesce a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito de origem. De rigor a remessa dos autos à Justiça Estadual para o processamento do feito em face dos devedores fiduciários do imóvel.”

Mantida, pois, a sentença no que declarou a ilegitimidade passiva da CEF, e apesar do prosseguimento do feito em relação aos demais executados perante a Justiça Estadual, é cabível a condenação da exequente em honorários advocatícios em favor da CEF.

De fato, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça encontra-se consolidada no sentido de que a condenação em honorários advocatícios deve ser efetuada mediante verificação da sucumbência e aplicação do princípio da causalidade, nos termos do artigo 85, *caput*, CPC, impondo a obrigação de pagamento da verba honorária àquele que deu causa ao ajuizamento da demanda, de forma a promover justiça no caso concreto.

Neste sentido o seguinte julgado:

AINTARESP 1.520.666, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe de 19/12/2019: “TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. SUCUMBÊNCIA. CAUSALIDADE. QUITAÇÃO DO DÉBITO EM DATA POSTERIOR AO AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL E ANTERIOR À CITAÇÃO. EXTINÇÃO DO FEITO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO. PRECEDENTES DO STJ.[...] 6. O STJ firmou o entendimento de que os honorários advocatícios são devidos pela parte executada na hipótese de extinção da Execução Fiscal em decorrência do pagamento extrajudicial do quantum, após ajuizada a ação e ainda que não tenha sido promovida a citação. 7. A condenação em honorários advocatícios deve observar critérios objetivos, sendo a sucumbência um deles, ao lado do princípio da causalidade. Este determina a imposição da verba honorária à parte que deu causa à instauração do processo ou ao incidente processual. [...]”

No caso, a própria exequente reconheceu que a inclusão da CEF na CDA e no pólo passivo da execução fiscal decorreu de equívoco da municipalidade no registro de dados no cadastro de imóveis, dando causa, pois, ao direcionamento da ação à parte ilegítima.

Cabe anotar que o reconhecimento da ilegitimidade pela exequente, anteriormente à manifestação da CEF, não exclui a responsabilidade do Município pelo pagamento dos honorários advocatícios, pois tendo havido citação, a posterior desistência, ainda que anterior à contestação, não exclui a causalidade e responsabilidade processual para efeito de sucumbência.

Dispõe, neste sentido, o artigo 90, CPC, e a jurisprudência da Corte:

ApCiv 0006365-64.2012.4.03.6100, Rel. Des. Fed. WILSON ZAHUY, e-DJF3 11/06/2018: "PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA. PEDIDO DE DESISTÊNCIA FORMULADO APÓS A CITAÇÃO, MAS ANTES DA CONTESTAÇÃO. DESNECESSÁRIA AQUISECÊNCIA DA RÉ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVIDOS. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. I - A despeito de sua juntada na mesma data, o protocolo do pedido de desistência é anterior ao da contestação, de modo que o autor pode desistir da ação, independentemente de aquiescência da ré. II - Por outro lado, formalizada a relação processual por meio da citação, à luz do princípio da causalidade, nos termos da lei processual (artigo 26 do CPC/73 e artigo 90 do novo CPC), os ônus de sucumbência devem ser suportados pela parte que desistiu, ainda que anteriormente à apresentação da contestação. III - Considerando que o recurso de apelação foi interposto sob a égide do CPC/73, tenho por inaplicável o artigo 85, do CPC/15, conforme Enunciado Administrativo nº 7, elaborado pelo STJ para orientar a comunidade jurídica acerca da questão do direito intertemporal. IV - Tendo em vista que a fixação em honorários advocatícios deve dar-se em patamar justo e adequado à circunstância de fato, segundo o princípio da razoabilidade e os contornos fáticos da demanda, e considerando o pedido de desistência da ação formulado logo de início, a questão não demandou maiores discussões, nem de grande complexidade, de modo que sua fixação em R\$ 900,00 atende aos requisitos legais, não merecendo reparos a sentença proferida. V - Apelações desprovidas."

Por fim, descabida a alegação de não serem devidos honorários advocatícios pelo fato de a CEF não ter pleiteado tal condenação em manifestação nos autos, pois decorrência legal obrigatória do princípio da responsabilidade processual, tanto que, a propósito, dispõe o artigo 322, §1º, CPC, que "compreendem-se no [pedido] principal os juros legais, a correção monetária e as verbas de sucumbência, inclusive os honorários advocatícios".

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação apenas para que a execução fiscal seja remetida à Justiça Estadual para processamento em relação aos demais devedores, mantida a extinção em face da CEF e a imposição da verba honorária.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. AGENTE FIDUCIÁRIO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA CEF. PROSSEGUIMENTO EM RELAÇÃO AOS DEMAIS EXECUTADOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE.

1. Extinta a execução fiscal em face da CEF, por ilegitimidade passiva, remanescendo outros executados o feito deve ser remetido à Justiça Estadual para prosseguimento.
2. Embora pleiteada pela própria exequente a exclusão da CEF, o pedido formulado após a citação não afasta a causalidade que impõe a condenação da exequente à verba honorária de sucumbência, independentemente de pedido da citada executada, pois decorrência legal obrigatória do princípio da responsabilidade processual.
3. Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação apenas para que a execução fiscal seja remetida à Justiça Estadual para processamento em relação aos demais devedores, mantida a extinção em face da CEF e a imposição da verba honorária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001394-40.2017.4.03.6143

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: USINA ACUCAREIRA ESTER S A, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: JOAO JOAQUIM MARTINELLI - SP175215-S

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, USINA ACUCAREIRA ESTER S A

Advogado do(a) APELADO: JOAO JOAQUIM MARTINELLI - SP175215-S

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001394-40.2017.4.03.6143
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: USINA ACUCAREIRA ESTER S A, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELANTE: JOAO JOAQUIM MARTINELLI - RJ139475-S
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, USINA ACUCAREIRA ESTER S A
Advogado do(a) APELADO: JOAO JOAQUIM MARTINELLI - RJ139475-S
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração contra acórdão assimementado:

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS E COFINS - DECRETO Nº 8.426/2015. RESTABELECIMENTO DE ALÍQUOTAS COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 27, § 2º, DA LEI Nº 10.865/2004. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DISPOSITIVOS LEGAIS - VIOLAÇÃO - INOCORRÊNCIA. RECEITAS DE VARIAÇÃO CAMBIAL POSITIVA ORIUNDAS DE EXPORTAÇÕES. IMUNIDADE. ARTIGO 149, § 2º, INCISO I, DA CF. PREVALÊNCIA. COMPENSAÇÃO – PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS.

1. As Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003 estabeleceram a exigibilidade do PIS à alíquota de 1,65% (artigo 2º da Lei nº 10.637/2002) e da COFINS no percentual de 7,6% (artigo 2º da Lei nº 10.833/2003), ambos a incidirem sobre o total das receitas auferidas no mês.

2. Com a edição da Lei nº 10.865/2004, sobreveio, em seu artigo 27, § 2º, autorização para o Poder Executivo reduzir (e restabelecer nos limites anteriores) as alíquotas do PIS e da COFINS incidentes sobre as receitas financeiras obtidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime não cumulativo destas contribuições. Assim, durante a vigência dos Decretos nºs 5.164/2004 e 5.442/2005, as alíquotas das contribuições em apreço foram reduzidas a zero.

3. O Decreto nº 8.426/2015 não criou nova contribuição, tampouco aumentou a alíquota a ser paga, apenas restabeleceu (com fulcro na expressa dicção do artigo 27, § 2º, da Lei nº 10.865/2004) a incidência de alíquotas de PIS/COFINS sobre receitas financeiras, o que ocorreu nos percentuais de 0,65% (PIS) e 4% (COFINS), patamares inferiores aos originariamente previstos nas Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003. Inocorrência de violação ao princípio da estrita legalidade tributária.

4. Ao identificar eventuais distorções na tributação, o legislador e o Poder Executivo possuem a prerrogativa de aplicar políticas fiscais no intuito de reduzir estes desequilíbrios. Em tais situações, o Supremo Tribunal Federal tem se pautado no entendimento de que não cabe ao Poder Judiciário adentrar ao mérito dos critérios utilizados pelo legislador e pelo Poder Executivo na execução destas medidas, em razão do primado constitucional da separação de poderes. Precedente.

5. Não identificada eventual violação dos princípios constitucionais mencionados no apelo.

6. O Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido de que as aludidas receitas financeiras vinculadas ao câmbio contratado nas operações de exportação não se sujeitam à incidência do PIS e da COFINS, uma vez que abrangidas pela imunidade prevista no artigo 149, § 2º, I, da Constituição Federal. Precedentes.

7. A compensação (a ser realizada após o trânsito em julgado destes autos – artigo 170-A do CTN) deverá observar a prescrição quanto aos valores pagos antes do quinquênio anterior à impetração. Deverá, outrossim, ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74 da Lei nº 9.430/1996, porém à exceção das contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991 (conforme disposição do artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 11.457/2007). A atualização monetária dos valores pagos deve ser realizada mediante aplicação da taxa Selic (artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995).

8. Na presente ação apenas se declara a existência do direito do contribuinte à compensação (Súmula 213 do STJ). Reserva-se à Administração o direito a ulterior verificação de sua plena regularidade, inclusive o encontro de contas. Para fins do simples reconhecimento/declaração do direito à compensação, os documentos colacionados aos autos são suficientes, pois demonstram a qualidade de contribuinte das exações em apreço, assim também a "posição de credor tributário", nos termos do quanto decidido pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais nº 1.365.095/SP e nº 1.715.256/SP, julgados sob a sistemática dos recursos repetitivos (STJ, 1ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 11/03/19).

9. Apelações e reexame necessário desprovidos.

Alegou-se omissão, inclusive para fins de pré-questionamento (artigos 5º, II, 149, 2º, 150, I e II, 154, I, 153, I, e 195, "b" e §12, CF; 27, §2º, da Lei 10.865/2004; 1º do Decreto 8.426/2015; 97, II, CTN; 3º da Lei 10.637/2002 e Lei 10.833/2003; 74 da Lei 9.430/1996; e Ato Declaratório Interpretativo RFB 8/2015), pois: **(1)** não considerou que o Decreto 8.426/2015 ofende o princípio da isonomia; e **(2)** não analisou o direito à dedução de despesas financeiras, para que o PIS e a COFINS incidam apenas sobre receitas financeiras.

Houve impugnação da embargada.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001394-40.2017.4.03.6143

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: USINA ACUCAREIRA ESTER S A, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: JOAO JOAQUIM MARTINELLI - RJ139475-S

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, USINA ACUCAREIRA ESTER S A

Advogado do(a) APELADO: JOAO JOAQUIM MARTINELLI - RJ139475-S

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, são manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

Segundo a embargante a omissão consistiu em ter deixado o acórdão embargado de enfrentar pontos primordiais do mérito, relacionados à observância do princípio da isonomia e à análise do direito à dedução de despesas financeiras, considerando a seguinte legislação, que restou violada: artigos 5º, II, 149, 2º, 150, I e II, 154, I, 153, I, e 195, "b" e §12, CF; 27, §2º, da Lei 10.865/2004; 1º do Decreto 8.426/2015; 97, II, CTN; 3º da Lei 10.637/2002 e Lei 10.833/2003; 74 da Lei 9.430/1996; e Ato Declaratório Interpretativo RFB 8/2015.

Como se observa, não houve narrativa de omissão, mas de violação, expressando, pois, a embargante mero inconformismo com o julgamento que, ao contrário do alegado, claramente enfrentou a controvérsia, nos pontos levantados, ao decidir, conforme retratado no acórdão embargado que:

"Vale acrescentar que, ao identificar eventuais distorções na tributação, o legislador e o Poder Executivo possuem a prerrogativa de aplicar políticas fiscais no intuito de reduzir estes desequilíbrios. Em tais situações, o STF tem se pautado no entendimento de que não cabe ao Poder Judiciário adentrar ao mérito dos critérios utilizados pelo legislador e pelo Poder Executivo na execução destas medidas, em razão do primado constitucional da separação de poderes. Neste sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. ATIVIDADES DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE LIMPEZA, CONSERVAÇÃO E MANUTENÇÃO. CREDITAMENTO. INTERPRETAÇÃO DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA INDIRETA. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. PODER JUDICIÁRIO. ATUAÇÃO COMO LEGISLADOR POSITIVO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

I - É inadmissível o recurso extraordinário quando sua análise implica rever a interpretação de normas infraconstitucionais que fundamentam a decisão a quo. A afronta à Constituição, se ocorrente, seria apenas indireta. Precedentes.

II - Ante a impossibilidade de atuação do Poder Judiciário como legislador positivo, não cabe a ele, com base no princípio da isonomia, afastar limitação para concessão de benefício fiscal a contribuintes não abrangidos pela legislação pertinente. Precedentes.

III - Agravo regimental improvido. (sem grifos no original)

(AgR no RE nº 631.641, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe 13/02/13)

Sobre o tema, destaco também precedente desta egrégia Corte:

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. RESTABELECIMENTO DE ALÍQUOTAS DE PIS/COFINS. DECRETO Nº 8.426/15: LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE PLENAS. PARÂMETROS INSTITUÍDOS PELAS LEIS 10.865/04, 10.637/02 E 10.833/03. PRECEDENTES. RECURSO DESPROVIDO, MANTENDO OS TERMOS DA SENTENÇA.

[...]

4. Nos termos do § 12 do art. 195 da CF, o contribuinte somente tem direito ao creditamento nos limites impostos pela lei, sendo plenamente válida a revogação de determinada hipótese de creditamento de acordo com a política tributária adotada à época, desde que chancelada por lei. Seria vedada somente a revogação por completo do creditamento sobre qualquer espécie de despesa, aí sim inviabilizando o regime não cumulativo. Nesse sentido, o restabelecimento das alíquotas em patamar inferior ao previsto em lei sem a contrapartida do creditamento de despesas financeiras traduz opção política não passível de exame pelo Judiciário, até porque inexistente qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade.

6. A situação é de inoocorrência do fenômeno de majoração das alíquotas, tendo havido somente o retorno ao cenário dos mesmos percentuais anteriormente fixados em lei, ou seja, dentro dos limites previamente determinados em lei, encontrando-se o Decreto nº 8.426/15 em perfeita consonância com o princípio da legalidade, sendo inexistentes, destarte, quaisquer ofensas aos arts. 5º, II, 150, I, e 153, §1º, da CF e arts. 97, II e IV do CTN. Nesse sentido é a firme posição desta Turma, de que é exemplo o recente jugado em AMS - APELAÇÃO CÍVEL - 365378 - 0023071-20.2015.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, julgado em 15/12/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/01/2017. (sem grifos no original)

(ApCiv nº 0004859-55.2015.4.03.6130, Rel. Des. Fed. Johonsom di Salvo, 6ª Turma, DJe 11/04/17)"

Evidente, pois, que a regra matriz da incidência tributária foi tratada para expressar o entendimento de que existe não apenas base constitucional como legal em sentido estrito para a cobrança de PIS/COFINS sobre receitas financeiras, sem violar a isonomia porque tratados todos os contribuintes, sujeitos a tal regime tributário, de forma indistinta, de sorte que, se o acórdão embargado, ao reputar válida a tributação de receitas financeiras sem previsão de dedutibilidade, violou a Constituição Federal ou o direito federal, cabe ao contribuinte veicular a pretensão de reforma do julgado na via extraordinária competente, e não perante a própria Turma em sede de embargos de declaração.

Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É o voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PIS/COFINS. RECEITAS FINANCEIRAS. INDEDUTIBILIDADE. ISONOMIA. VÍCIOS INEXISTENTES. REJEIÇÃO.

1. São manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto como objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

2. Não houve, propriamente, narrativa de omissão, mas apenas de *error in iudicando*, expressando a embargante inconformismo com o julgamento que, ao contrário do alegado, claramente enfrentou a controvérsia, nos pontos levantados. A regra matriz da incidência tributária foi tratada para expor o entendimento de que existe não apenas base constitucional como legal em sentido estrito para a cobrança de PIS/COFINS sobre receitas financeiras, sem violar a isonomia porque tratados todos os contribuintes, sujeitos a tal regime tributário, de forma indistinta.

3. Se o acórdão embargado, ao reputar válida a tributação de receitas financeiras sem previsão de dedutibilidade, violou a Constituição Federal ou o direito federal (artigos 5º, II, 149, 2º, 150, I e II, 154, I, 153, I, e 195, "b" e §12, CF; 27, §2º, da Lei 10.865/2004; 1º do Decreto 8.426/2015; 97, II, CTN; 3º da Lei 10.637/2002 e Lei 10.833/2003; 74 da Lei 9.430/1996; e Ato Declaratório Interpretativo RFB 8/2015), cabe ao contribuinte veicular a pretensão de reforma do julgado na via extraordinária competente, e não perante a própria Turma em sede de embargos de declaração.

4. Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

5. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000481-11.2019.4.03.6136

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: HBA - SERVICOS AGRICOLAS LTDA - EPP

Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE FONTANA BERTO - SP156232-N

APELADO: CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA DO ESTADO DE SAO PAULO - CREA SP

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000481-11.2019.4.03.6136

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: HBA - SERVICOS AGRICOLAS LTDA - EPP

Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE FONTANA BERTO - SP156232-N

APELADO: CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA DO ESTADO DE SAO PAULO - CREA SP

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por HBA - Serviços Agrícolas Ltda. - EPP contra sentença que julgou improcedente o pedido objetivando o reconhecimento da inexigibilidade do valor de R\$2.271,73 referente à multa aplicada conforme auto de infração n. 492921/2019 pelo Conselho Regional de Engenharia e Agronomia do Estado de São Paulo. Ainda, condenou a parte autora ao pagamento de honorários fixados em 10% do valor atualizado da causa.

Argumenta, em síntese, a apelante que as atividades por ela exercidas dizem respeito a aluguel de máquinas e equipamentos agrícolas sem operador e, secundariamente, atividade de prestação de serviços mecanizados, as quais não são reguladas pelo CREA, pelo que seria indevida a exigência de registro e conseqüentemente da multa aplicada.

Comcontrarrazões.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000481-11.2019.4.03.6136
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: HBA - SERVICOS AGRICOLAS LTDA - EPP
Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE FONTANA BERTO - SP156232-N
APELADO: CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA DO ESTADO DE SAO PAULO - CREA SP

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A jurisprudência do STJ pacificou-se no sentido de que a obrigatoriedade de registro nos conselhos profissionais e contratação de profissional específico é determinada pela atividade básica ou pela natureza dos serviços prestados pela empresa. *Verbis*:

..EMEN: ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA VETERINÁRIA. INDÚSTRIA DE RAÇÕES E SUPLEMENTOS NUTRICIONAIS PARA ANIMAIS. REGISTRO E RESPONSÁVEL TÉCNICO. NECESSIDADE. ACÓRDÃO FUNDAMENTADO COM BASE NO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. 1. O STJ entende que a atividade básica desenvolvida na empresa determina a qual conselho de fiscalização profissional deverá submeter-se, e que tão somente os estabelecimentos cujas atividades estiverem vinculadas à medicina veterinária é que estão obrigados ao registro no Conselho de Medicina. 2. In casu, o Tribunal de origem consignou que "a atividade desempenhada pela autora não se limita à comercialização de produtos, abrangendo também a fabricação de rações e suplementos nutricionais, além de medicamentos e condicionadores de ambiente para diversas espécies de animais" (fl. 215, e-STJ). Assim, é evidente que, para modificar o entendimento firmado no acórdão recorrido, necessário exceder as razões colacionadas no acórdão vergastado, o que demanda incursão no contexto fático-probatório dos autos, vedada em Recurso Especial, conforme Súmula 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial". 3. Agravo Regimental não provido. ..EMEN: (AGARESP 201600179730, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:27/05/2016 ..DTPB:.)

..EMEN: RECURSO FUNDADO NO CPC/73. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. INSCRIÇÃO EM CONSELHO PROFISSIONAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA À DISPOSITIVOS DA LEI 2.800/56. NECESSIDADE DE PRÉVIA ANÁLISE DE ATOS NORMATIVOS INFRALEGAIS. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1. O Plenário do STJ, na sessão de 09.03.2016, definiu que o regime recursal será determinado pela data da publicação da decisão impugnada (Enunciado Administrativo n. 2/STJ). Logo, no caso, aplica-se o CPC/73. 2. O exame da controvérsia, a fim de se reconhecer ofensa a dispositivos da Lei 2.800/56, depende de prévia análise das Resoluções 128, 262 e 277, do CONFEA, atos normativos que não se enquadram no conceito de lei federal ou tratado, o que inviabilizando o conhecimento do recurso especial. 3. Verifica-se que o acórdão recorrido está em consonância com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual a obrigatoriedade de inscrição de profissional em conselho de classe depende da atividade básica ou dos serviços prestados. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. ..EMEN: (AGRESP 200901500633, SÉRGIO KUKINA, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:11/05/2016 ..DTPB:.)

A esse respeito, dispõe o art. 7º da Lei nº 5.194/66: “As atividades e atribuições profissionais do engenheiro, do arquiteto e do engenheiro-agrônomo consistem em: a) desempenho de cargos, funções e comissões em entidades estatais, paraestatais, autárquicas, de economia mista e privada; b) planejamento ou projeto, em geral, de regiões, zonas, cidades, obras, estruturas, transportes, explorações de recursos naturais e desenvolvimento da produção industrial e agropecuária; c) estudos, projetos, análises, avaliações, vistorias, perícias, pareceres e divulgação técnica; d) ensino, pesquisas, experimentação e ensaios; e) fiscalização de obras e serviços técnicos; f) direção de obras e serviços técnicos; g) execução de obras e serviços técnicos; h) produção técnica especializada, industrial ou agro-pecuária”.

Deste modo, o registro no CREA é obrigatório apenas para as entidades cuja atividade básica seja de competência privativa dos engenheiros. Nesses casos, não apenas o profissional é obrigado ao registro, como igualmente a entidade.

Não se pode concluir, todavia, que qualquer entidade que desenvolva secundariamente atividades que dependam da contratação de um engenheiro esteja igualmente compelida ao registro no CREA.

É o que se extrai de julgado do STJ:

..EMEN: ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA, ARQUITETURA E AGRONOMIA. ATIVIDADE BÁSICA. METALURGIA. REGISTRO. INEXIGIBILIDADE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o critério legal para a obrigatoriedade de registro nos conselhos profissionais, bem como para a contratação de profissional específico, é determinado pela atividade básica ou pela natureza dos serviços prestados pela empresa, e não pela qualificação técnica da mão de obra especializada empregada na linha de produção industrial. 2. O Tribunal de origem concluiu, com base na prova dos autos, que a atividade básica da agravante não está relacionada entre aquelas sujeitas a fiscalização pelo Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia. Contudo, a revisão desse entendimento implica reexame de fatos e provas, obstado pelo teor da Súmula 7/STJ. 3. Agravo regimental não provido. ..EMEN:

(AGARESP - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - 255901 2012.02.39841-9, ARNALDO ESTEVES LIMA, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:04/02/2013 ..DTPB:.)

No caso dos autos, o contrato social da apelante prevê como objeto social a prestação de serviços mecanizados agrícolas e locação de máquinas e implementos agrícolas. Na ficha cadastral da JUCESP, consta como objeto social o aluguel de máquinas e equipamentos agrícolas sem operador.

Por outro lado, no auto de infração, o fiscal concluiu que a apelante vem desenvolvendo atividades de prestação de serviços de colheita e tratos culturais, pulverização agrícola e preparo do solo. Segundo consta do AI, chegou-se a tal conclusão porque foi verificado que a empresa possui três colhedoras de cana, quatro tratores, quatro transbordos e 1 pulverizador, realizando serviços próprios e para terceiros, conforme descreveu o agente fiscal.

Entretanto, entendo que o fato de a empresa possuir tais equipamentos não permite concluir por si só que exerce atividades de colheita, pulverização e preparo do solo, sobretudo, porque seu objeto social, conforme descrito no contrato e na ficha cadastral, consiste em locação de maquinário.

Uma breve pesquisa na internet, bem como no sítio eletrônico da empresa esclarece que a atividade básica realmente consiste em locação e até mesmo em venda de equipamentos, e não em prestação de serviços.

Portanto, não havendo correlação entre a atividade básica exercida pela empresa e o exercício privativo da engenharia, inexigível o registro da apelada no CREA, ainda que processos secundários que eventualmente sejam atividade privativa de engenheiro devam ser realizados por ou sob a supervisão de profissional devidamente inscrito no Conselho.

É nesse sentido a jurisprudência do C. STJ e desta E. Corte:

..EMEN: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CREA/PR. REGISTRO PERANTE O CONSELHO. ATIVIDADE BÁSICA DA EMPRESA. COMÉRCIO, CARGA E RECARGA DE EXTINTORES DE INCÊNDIO. REGISTRO. DESNECESSIDADE. ATIVIDADE PREPONDERANTE. DISSÍDIO PRETORIANO. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. 1. A empresa, que desempenha o comércio, carga e recarga de extintores, não é obrigada a se submeter ao registro no CREA, cuja atividade-fim é diversa da função inerente à engenharia. Precedentes. 2. O aresto colacionado como paradigma não guarda similitude fática com o caso que agora se examina, fato que impede o conhecimento do recurso especial com fundamento no dissídio pretoriano. 3. Agravo regimental não provido. ..EMEN:

(AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 1096788 2008.02.19561-2, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:23/06/2009 ..DTPB:.)

ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA - CREA. COMÉRCIO VAREJISTA DE EXTINTORES DE INCÊNDIO, RECARGA, REPAROS E MANUTENÇÃO. ATIVIDADE DE COMPETÊNCIA DE ENGENHEIRO MECÂNICO. REGISTRO. INEXIGIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDOS. - Os artigos 27, 59 e 60 da Lei n.º 5.194/66 estabelecem quais competências do engenheiro, arquiteto e engenheiro agrônomo, bem como quais empresas devem se registrar perante a autarquia. - A Resolução n.º 218/73 regulamentou a Lei n.º 5.194/99 ao discriminar as atividades das diferentes modalidades profissionais da Engenharia e as empresas industriais necessitam de registro. - O objeto social da empresa e atividade principal é o comércio varejista de extintores de incêndio, equipamentos, serviços de recarga, reparo e manutenção e da leitura dos dispositivos legais observa-se que a atividade desenvolvida pela apelada não guarda relação com as atribuições referentes à Engenharia, estabelecidas pela Lei n.º 5.194/66. - Apelação desprovida. (ApCiv 0004268-45.2010.4.03.6138, DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRE NABARRETE, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:09/11/2018.)

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. COMERCIALIZAÇÃO DE EQUIPAMENTOS DE SEGURANÇA E PREVENÇÃO DE INCÊNDIOS. REGISTRO NO CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA - CREA. DESNECESSIDADE. APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO DESPROVIDOS. 1. A questão debatida nos presentes autos refere-se à legalidade de ato do Conselho Regional de Engenharia e Agronomia (CREA/MS) quanto à exigência de contratação de Engenheiro como responsável técnico da empresa Extinfer Comércio de Extintores LTDA ME. 2. Preliminarmente, cumpre destacar que o registro em órgão de fiscalização profissional tem por pressuposto a atividade básica exercida pela empresa, a teor do disposto na Lei n.º 6839/80. 3. A jurisprudência é firme no sentido de que não cabe exigência de inscrição e registro em conselho profissional, nem contratação de profissional da área como responsável técnico, se a atividade básica exercida não estiver enquadrada nas áreas profissionais específicas, objeto de fiscalização por parte da entidade paraestatal. 4. Nesse sentido, a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que a empresa que comercializa extintores de incêndio, não está sujeita ao registro no CREA ou obrigada ao registro de profissional habilitado junto ao referido Conselho. Precedentes do STJ e demais Cortes Regionais Federais. 5. Com efeito, a comercialização de extintores de incêndio, realizando carga e descarga, não se enquadra nas atividades elencadas no art. 7º da Lei 5.194/66, que necessitam de fiscalização por parte do Conselho Regional de Engenharia e Agronomia ou o acompanhamento de profissional do ramo da Engenharia. Isso se deve ao fato de que o objetivo precípua da empresa é o comércio e a recarga de extintores de incêndio, não havendo previsão legal que autorize a exigência de registro de um profissional habilitado junto ao CREA. 6. Apelação e reexame necessário desprovidos. (ApelRemNec 0002208-48.2012.4.03.6003, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:21/06/2017.)

ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA - CREA. RESPONSÁVEL TÉCNICO NA ÁREA DE ENGENHARIA ELÉTRICA. DESNECESSIDADE. ATIVIDADE

BÁSICA DA EMPRESA. FABRICAÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTOS ALIMENTARES. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. APELAÇÃO PROVIDA. 1. A jurisprudência é firme no sentido de que não cabe exigência de inscrição e registro em conselho profissional, nem contratação de profissional da área como responsável técnico, se a atividade básica exercida não esteja enquadrada nas áreas profissionais específicas, objeto de fiscalização por parte da entidade paraestatal. 2. De acordo com o objeto social, a atividade básica desenvolvida pela empresa autora é a comercialização, manutenção e inspeção de extintores de incêndio e seus derivados, materiais de segurança e equipamentos de proteção para indústria. 3. A contratação de profissional engenheiro elétrico torna-se dispensável, a uma porque a manutenção preventiva e corretiva dos equipamentos elétricos/eletrônicos não se trata de atividade privativa de engenheiro, e a duas porque a atividade-fim da empresa não guarda relação com o ramo da engenharia elétrica. Precedentes. 4. Apelação e remessa oficial não providas.

(ApelRemNec 0021596-63.2014.4.03.6100, DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:25/11/2016.)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO E À REMESSA OFICIAL. CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA, ARQUITETURA E AGRONOMIA. REGISTRO E CONTRATAÇÃO DE RESPONSÁVEL TÉCNICO. DESNECESSIDADE. ATIVIDADE BÁSICA DESENVOLVIDA PELA EMPRESA NÃO SUJEITA À FISCALIZAÇÃO DO REFERIDO ÓRGÃO. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO. 1. É entendimento dominante na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta E. Corte Federal que a vinculação de uma empresa a determinado conselho profissional leva em consideração a atividade básica por ela desenvolvida, ou seja, os objetivos sociais especificados no contrato ou estatuto que a constituiu (EDcl no AgRg no REsp 1.023.178/SP, Primeira Turma, Min. Benedito Gonçalves, DJe de 12/11/2008). 2. Na singularidade, verifica-se que a agravada tem como atividade preponderante a compra, venda e manutenção de extintores de incêndio. Não presta, portanto, serviços próprios da profissão de engenheiro, agrônomo ou arquiteto (artigo 7º da Lei nº 5.194/1966), não havendo razão para sua sujeição ao CREA. 3. Agravo legal improvido.

(ApelRemNec 0008776-75.2015.4.03.6100, DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:19/04/2016.)

Por fim, tendo em vista o novo resultado da demanda, de rigor, a inversão do ônus de sucumbência.

Ante o exposto, dou provimento à apelação.

É o voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA DO ESTADO DE SÃO PAULO. EMPRESA QUE ATUA NO RAMO DE LOCAÇÃO DE MAQUINÁRIO. REGISTRO DESNECESSÁRIO. ATIVIDADE NÃO PRIVATIVA DE ENGENHEIRO. APELAÇÃO PROVIDA. INVERSÃO DO ONUS DE SUCUMBENCIA.

1. A jurisprudência do STJ pacificou-se no sentido de que a obrigatoriedade de registro nos conselhos profissionais e contratação de profissional específico é determinada pela atividade básica ou pela natureza dos serviços prestados pela empresa. Precedentes (AGARESP 201600179730, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:27/05/2016 ..DTPB.: / AGRESP 200901500633, SÉRGIO KUKINA, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:11/05/2016 ..DTPB.:)

2. A esse respeito, dispõe o art. 7º da Lei nº 5.194/66: “*As atividades e atribuições profissionais do engenheiro, do arquiteto e do engenheiro-agrônomo consistem em: a) desempenho de cargos, funções e comissões em entidades estatais, paraestatais, autárquicas, de economia mista e privada; b) planejamento ou projeto, em geral, de regiões, zonas, cidades, obras, estruturas, transportes, explorações de recursos naturais e desenvolvimento da produção industrial e agropecuária; c) estudos, projetos, análises, avaliações, vistorias, perícias, pareceres e divulgação técnica; d) ensino, pesquisas, experimentação e ensaios; e) fiscalização de obras e serviços técnicos; f) direção de obras e serviços técnicos; g) execução de obras e serviços técnicos; h) produção técnica especializada, industrial ou agro-pecuária*”.

3. Deste modo, o registro no CREA é obrigatório apenas para as entidades cuja atividade básica seja de competência privativa dos engenheiros. Nesses casos, não apenas o profissional é obrigado ao registro, como igualmente a entidade. Não se pode concluir, todavia, que qualquer entidade que desenvolva secundariamente atividades que dependam da contratação de um engenheiro esteja igualmente compelida ao registro no CREA. Precedente (AGARESP - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - 255901 2012.02.39841-9, ARNALDO ESTEVES LIMA, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:04/02/2013 ..DTPB.:).

4. No caso dos autos, o contrato social da apelante prevê como objeto social a prestação de serviços mecanizados agrícolas e locação de máquinas e implementos agrícolas. Na ficha cadastral da JUCESP, consta como objeto social o aluguel de máquinas e equipamentos agrícolas sem operador. Por outro lado, no auto de infração, o fiscal concluiu que a apelante vem desenvolvendo atividades de prestação de serviços de colheita e tratos culturais, pulverização agrícola e preparo do solo. Segundo consta do AI, chegou-se a tal conclusão porque foi verificado que a empresa possui três colhedoras de cana, quatro tratores, quatro transbordos e 1 pulverizador, realizando serviços próprios e para terceiros, conforme descreveu o agente fiscal.

5. Entretanto, o fato de a empresa possuir tais equipamentos não permite concluir por si só que exerce atividades de colheita, pulverização e preparo do solo, sobretudo, porque seu objeto social, conforme descrito no contrato e na ficha cadastral, consiste em locação de maquinário. Uma breve pesquisa na internet, bem como no sítio eletrônico da empresa esclarece que a atividade básica realmente consiste em locação e até mesmo em venda de equipamentos, e não em prestação de serviços. Portanto, não havendo correlação entre a atividade básica exercida pela empresa e o exercício privativo da engenharia, inexigível o registro da apelada no CREA, ainda que processos secundários que eventualmente sejam atividade privativa de engenheiro devam ser realizados por ou sob a supervisão de profissional devidamente inscrito no Conselho. É nesse sentido a jurisprudência do C. STJ e desta E. Corte.

6. Apelação provida. Inversão do ônus de sucumbência.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5011941-88.2019.4.03.6105

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

PARTE AUTORA: LUCIANA APARECIDA FORTUNATO

Advogado do(a) PARTE AUTORA: PEDRO LOPES DE VASCONCELOS - SP248913-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Vistos.

(ID 134868389): Dê-se ciência a parte Autora sobre as diligências efetuadas.

Após, voltem-me conclusos para imediato julgamento.

Cumpra-se

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002276-34.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: AZ11 COMERCIO DE VESTUARIO LTDA - ME
Advogado do(a) APELADO: RAFAEL MONTEIRO BARRETO - SP257497-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002276-34.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: AZ11 COMERCIO DE VESTUARIO LTDA - ME
Advogado do(a) APELADO: RAFAEL MONTEIRO BARRETO - SP257497-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial e apelação interposta pela UNIÃO FEDERAL contra sentença em que concedida a segurança nos seguintes termos:

"(...)

Assim, reconhece-se o direito à compensação, que, no entanto, somente poderá ser efetivada após o trânsito em julgado da decisão, nos termos da disposição contida no art. 170-A do CTN (introduzida pela Lei Complementar nº 104/01), exigência que também alcança as situações em que o STF já tenha declarado a inconstitucionalidade de tributo/contribuição. Precedentes do STJ: (AgRg no REsp 739.039/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/11/2007, DJ 06/12/2007 p. 301).

Saliente-se, outrossim, que a compensação tributária observará a lei vigente à data do encontro de contas entre os recíprocos débito e crédito da Fazenda e do contribuinte, consoante assinalado no Recurso representativo de controvérsia nº 1.164.452/MG.

No que se refere aos índices de correção aplicáveis, o Plenário do Pretório Excelso, em sessão realizada na data de 18.05.2011, julgando o RE nº 582.461/SP, no qual foi reconhecida a existência de repercussão geral da matéria, deixou assentado que a incidência da taxa SELIC na atualização do débito tributário é legítima.

É de se reconhecer, portanto, que a taxa SELIC é o índice aplicável para a correção monetária, cujo termo inicial é a data do pagamento indevido.

*Diante do exposto, **CONCEDO A SEGURANÇA** para determinar a exclusão do ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS e autorizar a compensação, na forma acima explicitada, dos valores indevidamente recolhidos nos 5 (cinco) anos que antecederam o ajuizamento desta demanda, acrescidos da SELIC, que abrange juros e correção monetária, a partir da data do pagamento indevido." ID 48346859*

A União Federal alega, preliminarmente, a necessidade de suspensão do feito até o julgamento dos embargos de declaração opostos no RE nº 574.706/PR. No mérito, sustenta a legalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições ao PIS e COFINS. Aduz que a base de cálculo das contribuições em questão está definida em lei que, em momento algum, determinou a exclusão do valor do ICMS desta grandeza, inclusive a Lei nº 12.973/2014 teve como escopo afastar qualquer exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, o que já é suficiente para macular a tese defendida pelo contribuinte.

Afirma que o ICMS compõe o valor da atividade que gera receita ao contribuinte, não havendo como dissociá-lo dos ingressos havidos a título de faturamento. Sobre a compensação, ressalta a necessidade de que seja observado o procedimento previsto na Instrução Normativa RFB nº 1300/2012, vigente à época do ajuizamento da ação. Afirma que o crédito reconhecido não pode ser compensado com contribuições previdenciárias, conforme previsto na Lei nº 11.457/2007. Sustenta, ainda, a aplicabilidade do artigo 170-A e quanto aos consectários, pede que seja adotada exclusivamente a SELIC como índice de correção, nos moldes do artigo 39, § 4º da Lei nº 9.450/96. Requer seja provido o recurso, denegando-se a segurança requerida.

Intimada, a impetrante apresentou contrarrazões (ID 48346868), pugnando pela manutenção da sentença recorrida.

O ilustre representante do Ministério Público Federal - MPF manifestou-se pelo regular prosseguimento do feito (ID nº 68284998).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002276-34.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: AZ11 COMERCIO DE VESTUARIO LTDA - ME
Advogado do(a) APELADO: RAFAEL MONTEIRO BARRETO - SP257497-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O C. Supremo Tribunal Federal, em 15.03.2017, no julgamento do RE 574.706, com repercussão geral, definiu que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, conforme acórdão publicado em 02/10/2017, *verbis*:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS.

4. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

5. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

Anote-se que as alterações posteriores perpetradas pela Lei nº 12.973/14 não têm o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido, pois, conforme entendimento sedimentado do C. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinante ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.

Considero, portanto, que as alegações do contribuinte coadunam com o atual posicionamento da Corte Suprema.

No tocante à possibilidade de modulação dos efeitos do RE 574.706, não há como suspender o feito nesta fase processual.

A regra geral relativa aos recursos extraordinários julgados com repercussão geral é de vinculação dos demais casos ao julgado e a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Destaca-se que no âmbito do próprio STF vem sendo dada eficácia ao desfecho do RE nº 574.706/PR independentemente do trânsito em julgado dessa decisão. Confirmam-se as seguintes decisões monocráticas:

Decisão: ... Cumpre observar, finalmente, no que se refere à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, após reconhecer a existência de repercussão geral da questão constitucional igualmente versada na presente causa, julgou o RE 574.706/PR, Rel. Min. CARMEN LÚCIA, nele fixando tese assim consubstanciada: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS." O exame da presente causa evidencia que o acórdão ora impugnado diverge, no ponto, da diretriz jurisprudencial que esta Suprema Corte firmou na análise da matéria em referência. Sendo assim, e tendo em consideração as razões expostas, dou parcial provimento ao recurso extraordinário, por estar o acórdão recorrido em confronto com entendimento emanado do Plenário desta Suprema Corte (RE 574.706/PR, Rel. Min. CARMEN LÚCIA), para determinar, em consequência, seja observada, pelo Tribunal "a quo", a orientação jurisprudencial em referência. Publique-se. Brasília, 21 de junho de 2017. Ministro CELSO DE MELLO Relator (RE 939742, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 21/06/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-141 DIVULG 27/06/2017 PUBLIC 28/06/2017)

Decisão: ... Quanto a possibilidade de inclusão do referido crédito presumido na base de cálculo do PIS e da COFINS, nos termos do art. 328, RISTF, determino o retorno dos autos ao Tribunal de origem para aplicação da sistemática da repercussão geral. Brasília, 26 de maio de 2017. Ministro Dias Toffoli Relator Documento assinado digitalmente(RE 1028359, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 26/05/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-114 DIVULG 30/05/2017 PUBLIC 31/05/2017)

Decisão: O Plenário desta Corte no RE 574.706, julgado sob a sistemática da repercussão geral (Tema 69), firmou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS". O acórdão do RE 574.706-RG ainda se encontra pendente de formalização e publicação, razão pela qual devem os autos retornar à origem para aplicação da tese firmada em sede de repercussão geral. Diante do exposto, com base no art. 328, parágrafo único, do RI/STF, determino o retorno dos autos à origem, a fim de que seja observada a sistemática da repercussão geral. Publique-se. Brasília, 23 de junho de 2017. Ministro Luís Roberto Barroso Relator(ARE 1054230, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 23/06/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-142 DIVULG 28/06/2017 PUBLIC 29/06/2017)

Em decorrência do indébito tributário, surge a possibilidade de realizar-se a compensação, observando-se a prescrição quinquenal, uma vez que a presente ação foi ajuizada em março de 2017.

O E. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Recursos Especiais nºs 1.365.095/SP e 1.715.256/SP, submetidos à sistemática dos recursos repetitivos, firmou o entendimento de que é desnecessária a exigência de provas do efetivo recolhimento do tributo e do seu montante exato, de modo que tal apreciação fica postergada para a esfera administrativa.

Na hipótese, como relatado, o contribuinte impetrou o mandado de segurança, objetivando a declaração de inexigibilidade da inclusão dos valores atinentes ao ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS, bem como o reconhecimento do direito de compensar os valores indevidamente recolhidos a tais títulos. A pretensão é meramente declaratória, não tendo a apelada postulado a efetiva investigação da liquidez e certeza dos valores indevidamente pagos.

O instituto da compensação tributária encontra-se previsto no artigo 170 do Código Tributário Nacional, segundo o qual é necessária a edição de lei para fixar os requisitos a serem cumpridos para que o contribuinte possa se valer de referido instituto.

A Lei nº 8.383/91 permitia a compensação de tributos indevidamente recolhidos com parcelas vincendas de tributos da mesma espécie (art. 66) e, posteriormente, a Lei nº 9.250, de 26/12/1995, estabeleceu a exigência de mesma destinação constitucional.

Como advento da Lei nº 9.430/96, foi possibilitado ao contribuinte que, por meio de requerimento administrativo, fosse-lhe autorizado, pela Secretaria da Receita Federal, compensar seus créditos com quaisquer tributos e contribuições sob sua administração.

Somente com a edição da Lei nº 10.637/02, que deu nova redação ao art. 74 da Lei nº 9.430/96, permitiu-se a compensação de créditos tributários com débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Receita Federal do Brasil, independentemente do requerimento do contribuinte, ressalvadas as contribuições previdenciárias, conforme disposto no art. 41 da Instrução Normativa nº 1300/2012, da Receita Federal do Brasil.

De acordo com o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça, a compensação de tributos é regida pela lei vigente à época do ajuizamento da ação (EREsp nº 488.922/MG, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki; EREsp nº 1.018.533/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 10/12/08, DJE 09/02/09).

Assim, a compensação deverá ser efetuada com tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, nos termos do artigo 74 da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da demanda. Não obstante, nada impede que a apelada opte por realizar a compensação pela via administrativa, de acordo com a lei vigente à data do encontro de contas, desde que preenchidos os requisitos próprios, conforme jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C do CPC/1973 - REsp nº 1.137.738/SP (Tema nº 265).

No tocante à aplicação do art. 170-A do CTN e da incidência da SELIC como índice de correção monetária, a apelante carece de interesse recursal, uma vez que a sentença foi expressa nesse sentido.

Ante o exposto, **não conheço de parte da apelação e, na parte conhecida, dou-lhe parcial provimento, assim como à remessa oficial**, para afastar a compensação com as contribuições previdenciárias, caso a impetrante entenda por realizá-la, na via judicial, pela legislação vigente à época da propositura da demanda, na forma da fundamentação acima.

É o voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. APELAÇÃO. REMESSA OFICIAL. ICMS. BASE DE CÁLCULO. PIS. COFINS. INCONSTITUCIONALIDADE. TESE FIRMADA PELO STF EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). APLICAÇÃO NA HIPÓTESE, CONFORME PRECEDENTE DESTA C. CORTE. COMPENSAÇÃO. PARÂMETROS APLICÁVEIS. ART. 170-A CTN. CORREÇÃO MONETÁRIA. SELIC. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. APELAÇÃO CONHECIDA EM PARTE E NA PARTE CONHECIDA, PROVIDA EM PARTE. REMESSA OFICIAL PARCIALMENTE PROVIDA.

1. O C. Supremo Tribunal Federal, em 15.03.2017, no julgamento do RE nº 574.706, com repercussão geral, definiu que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, conforme acórdão publicado em 02/10/2017.

2. No tocante à possibilidade de modulação dos efeitos do RE nº 574.706, não há como suspender o feito nesta fase processual, considerando que os embargos de declaração opostos não são dotados de efeito suspensivo. A regra geral relativa aos recursos extraordinários julgados com repercussão geral é de vinculação dos demais casos ao julgado e a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas. A intenção da União Federal é sobrestar o feito diante de uma mera expectativa de modulação do julgado, o que não merece guarida, uma vez que ausente previsão legal para tanto.

3. Em decorrência do indébito tributário, surge a possibilidade de realizar-se a compensação, observando-se a prescrição quinquenal, uma vez que a presente ação foi ajuizada em março de 2017.

4. A compensação deverá ser efetuada com tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, à exceção das contribuições previdenciárias, nos termos do artigo 74 da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da demanda. Nada impede, todavia, que a apelada opte por realizar a compensação pela via administrativa, de acordo com a lei vigente à data do encontro de contas, desde que preenchidos os requisitos próprios, conforme jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C do CPC/1973 - REsp nº 1.137.738/SP (Tema nº 265).

5. Quanto à aplicação do art. 170-A do CTN e da incidência da SELIC como índice de correção monetária, a apelante carece de interesse recursal, uma vez que a sentença foi expressa nesse sentido.

6. Apelação da União Federal conhecida em parte e, na parte conhecida, provida parcialmente .

7. Remessa oficial parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, não conheceu de parte da apelação e, na parte conhecida, deu-lhe parcial provimento, assim como à remessa oficial,, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5003721-13.2019.4.03.6102

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: SUPERMERCADO VISTA ALEGRE SAO SIMAO - EIRELI, SUPERMERCADO VISTA ALEGRE SAO SIMAO - EIRELI

Advogados do(a) APELADO: MARCOS ROBERTO ELEOTERIO - SP289846-A, MARINA ANGELICA SILVA BASSI MIYOSHI - SP274691-A

Advogados do(a) APELADO: MARCOS ROBERTO ELEOTERIO - SP289846-A, MARINA ANGELICA SILVA BASSI MIYOSHI - SP274691-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5003721-13.2019.4.03.6102

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: SUPERMERCADO VISTA ALEGRE SAO SIMAO - EIRELI, SUPERMERCADO VISTA ALEGRE SAO SIMAO - EIRELI

Advogados do(a) APELADO: MARCOS ROBERTO ELEOTERIO - SP289846-A, MARINA ANGELICA SILVA BASSI MIYOSHI - SP274691-A

Advogados do(a) APELADO: MARCOS ROBERTO ELEOTERIO - SP289846-A, MARINA ANGELICA SILVA BASSI MIYOSHI - SP274691-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação e remessa oficial, em face de sentença que concedeu a segurança para excluir o ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS e garantir a compensação do indébito, após o trânsito em julgado, observada a prescrição quinquenal, e atualização monetária de acordo com os critérios em vigor no âmbito da 3ª Região na data do trânsito.

Apelou a PFN, alegando, quanto ao ICMS-ST: **(1)** falta de interesse de agir do substituto tributário nas operações de saída de mercadorias ou serviço, pois o valor relativo ao ICMS-ST, cumulativo ou não cumulativo, não integra a base de cálculo do PIS/COFINS, por expressa previsão legal, conforme os artigos 3º, § 2º da Lei 9.718/1998, e 12, § 4º, do Decreto-Lei 1.598/1997, incluído pela Lei 12.973/2014; **(2)** inaplicabilidade do RE 574.706 ao ICMS-ST, pois não há mero trânsito contábil do valor do ICMS, seja porque excluído do conceito de receita bruta ou faturamento para o substituto, seja porque não há recolhimento nas operações subsequentes pelo substituído; **(3)** na substituição tributária para frente, prevista no artigo 150, § 7º, da CF, a totalidade do ICMS ingressa de imediato aos cofres do Estado e, nesta oportunidade, é excluído da base de cálculo do PIS/COFINS do substituto tributário, não havendo recolhimentos posteriores pelos demais contribuintes substituídos; **(4)** a substituição tributária encerra antecipadamente a cadeia de arrecadação, razão pela qual quem compra não se credita na entrada e nem se debita na revenda, repassando-se integralmente o ônus ao consumidor final; **(5)** o Supremo Tribunal Federal, na ADI 1.851, reconheceu a constitucionalidade do regime de substituição tributária de adesão facultativa ao contribuinte, e definiu que a base de cálculo e o fato gerador presumidos no regime do ICMS-ST são definitivos, não comportando restituição ao contribuinte e nem complementação pelo Fisco, exceto na hipótese de não concretização do fato gerador; porém tal entendimento foi revisto - RE 593.849- Tema 201 -, em parte, para reconhecer, por igual, a possibilidade de eventual restituição no caso da diferença do ICMS pago a maior, se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida; **(6)** permitir a dedução do montante recolhido em operação anterior pelo substituto a título de ICMS-ST da base de cálculo das contribuições, por parte do substituído, equivale a autorizar a exclusão de parcela do custo da aquisição da mercadoria, alterando conceitos contábeis para fins tributários, violando o artigo 110 do CTN; e **(7)** na eventualidade de ser admitida a exclusão do imposto ao substituído, deve ser limitada, portanto, ao último da cadeia de alienações, qual seja o consumidor final. Quanto ao ICMS apurado na qualidade de contribuinte, aduziu que: **(8)** imprescindível o sobrestamento do feito até o julgamento definitivo do RE 574.706 pela Suprema Corte; **(9)** ser aplicável o RESP 1.144.469, sob o rito dos recursos repetitivos, em que reconhecida a validade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS; **(10)** que o ICMS deve ser integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em que se definiu que o valor relativo ao ICMS faz parte do valor do produto e deve ser acrescido ao valor da operação, base de cálculo do próprio ICMS, e ao faturamento ou receita, base de cálculo de tais exações, agregando todos os componentes do preço, mesmo que imposto estadual, como qualquer outro custo ainda que destinado a terceiros; **(11)** apesar da Suprema Corte ter declarado inconstitucional a base de cálculo instituída pela Lei 9.718/1998, a legislação superveniente - Leis 10.637/2002 e 10.833/2003 -, definiu incidir o PIS/COFINS sobre a totalidade das receitas auferidas, indicando expressamente as rubricas que são excluídas, sem mencionar o imposto estadual; **(12)** os artigos 2º, § 7º do DL 406/1968, e 13, § 1º, I da LC 87/1996 determinam que o valor do ICMS devido na operação de circulação de mercadorias deve integrar a própria base de cálculo do imposto, que é o imposto por dentro, motivo pelo qual o valor do imposto estadual integra o preço da mercadoria, e consequentemente a própria base de cálculo das contribuições; **(13)** o Supremo Tribunal Federal, no RE 212.209, definiu que não há inconstitucionalidade no fato do valor de um determinado tributo fazer parte da base de cálculo do mesmo tributo ou de outro, não se cogitando, assim, em violação aos artigos 145, § 1º, 150, IV c/c 5º, XXII, e 155, II, da CF; **(14)** o artigo 12 do Decreto-lei 1.598/1977, na redação dada pela Lei 12.973/2014, destacou que estão incluídos na receita bruta os tributos sobre ela incidentes, o que inclui o ICMS; e **(15)** por fim, cabe a atribuição de efeito suspensivo à apelação.

Não houve contrarrazões.

O Ministério Público Federal opinou pelo regular prosseguimento do feito.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5003721-13.2019.4.03.6102

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: SUPERMERCADO VISTA ALEGRE SAO SIMAO - EIRELI, SUPERMERCADO VISTA ALEGRE SAO SIMAO - EIRELI

Advogados do(a) APELADO: MARCOS ROBERTO ELEOTERIO - SP289846-A, MARINA ANGELICA SILVA BASSI MIYOSHI - SP274691-A

Advogados do(a) APELADO: MARCOS ROBERTO ELEOTERIO - SP289846-A, MARINA ANGELICA SILVA BASSI MIYOSHI - SP274691-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, preliminarmente resta prejudicado o pedido de atribuição de efeito suspensivo à apelação diante do julgamento diretamente do próprio recurso.

Quanto à falta de interesse de agir do substituto tributário nas operações de saída de mercadorias ou serviço, registra-se que a hipótese versa sobre pretensão formulada não por aquele, mas pelo substituído na tributação antecipada do ICMS, pelo que impertinente a preliminar.

Ainda antes do mérito, cabe rejeitar o pedido de suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior, o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior.

No mérito, a questão da inclusão de **imposto** na base de cálculo do PIS/COFINS com vulneração da matriz constitucional que prevê a respectiva incidência sobre faturamento ou receita na dicção atualizado do artigo 195, I, *b*, da Constituição Federal, foi resolvida, pela Suprema Corte no RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS.

Eis o acórdão ementado:

RE 574.706, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe 29/09/2017: "RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

A definição da base de cálculo do PIS/COFINS é matéria constitucional, não cabendo invocar orientação no plano do direito federal para afastar o juízo de inconstitucionalidade, menos ainda quando já vencida (Súmulas 68 e 94/STJ) no âmbito da respectiva Corte Superior. Ademais, o pronunciamento da Suprema Corte, sobretudo em repercussão geral, tem função primordial na tarefa de garantir segurança jurídica, estabilidade e coerência na aplicação do direito à luz da Constituição, a ser buscada por todos os órgãos do Poder Judiciário (artigos 926 e 927, III, CPC).

Perceba-se que a pretensão em causa não envolve a dedução de parcela legalmente prevista, daí porque impertinente o argumento de que é taxativo o rol de exclusões constante do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 - com as alterações da Lei 12.973/2014, cujo advento, conforme já decidiu esta Corte, "não promoveu modificação legislativa relevante para a espécie, na medida em que não alterou o conceito da base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS" (EI 0029413-91.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 17/11/2017) - e § 3º dos artigos 1º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003.

A tese do contribuinte é a de que a inclusão do imposto na base de cálculo de tais contribuições viola incidência constitucionalmente delimitada, exigindo, assim, decisão judicial no sentido de definir a base de cálculo compatível com o parâmetro constitucional. Não se trata, pois, de discutir isenção a ser interpretada na forma do artigo 111, CTN, ou qualquer outra questão de índole infraconstitucional. Exatamente por tal motivo é que se revela impertinente a invocação do paradigma no RESP 1.144.469, que resolveu a controvérsia sob o prisma legal, enquanto que a espécie discute a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS.

Quanto ao RE 212.209, tratou-se de precedente que reconheceu válida a inclusão do ICMS na própria base de cálculo do imposto estadual, o que, porém, não obstou que a Suprema Corte, ao tratar do PIS/COFINS, deliberasse pela exclusão do ICMS. Logo, o paradigma para o caso concreto não é o RE 212.209 (ICMS na apuração do próprio ICMS), mas o RE 574.706, que definiu especificamente a base de cálculo constitucionalmente admitida para tais contribuições sociais.

A alegação de que o cálculo do PIS/COFINS com exclusão do imposto destinado ao erário contradiz a incidência, reconhecida válida, sobre outros custos, encargos ou despesas destinados a terceiros (como, por exemplo: empregados, companhia de energia elétrica, FGTS, fornecedores, empresas contratadas para prestação de serviços, entes estatais) não é verdadeira nem aceitável, sem análise da natureza jurídica de cada parcela discutida na formação da base de cálculo de tais contribuições. Por ora, o que assentou, suficientemente, a Suprema Corte para o exame do caso foi a inexigibilidade de imposto integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, seja o ICMS, seja o próprio ISS, quanto a este em juízo derivado diretamente da mesma lógica de fundamentação constitucional, conforme já exposto.

O aspecto relevante da controvérsia diz respeito ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS diante da divergência estabelecida entre as vertentes que primam, de um lado, pelo valor do imposto destacado nas notas fiscais e, de outro, pelo valor do imposto a ser efetivamente pago pelo contribuinte, dentro do regime de não cumulatividade. É importante frisar, de toda sorte, que tal ponto, ainda que não tenha ou tivesse sido discutido na inicial nem decidido na sentença ou veiculado na apelação, não impediria o pronunciamento da Corte - assim como do próprio Juízo após embargos de declaração -, por se tratar, justamente, de controvérsia ínsita ao próprio mérito, qual seja, a definição do que constitui o indébito fiscal e, neste sentido, matéria que deve ser resolvida na fase cognitiva e não em liquidação de sentença, inexistindo, portanto, mesmo quando nada tenha ou tivesse sido alegado ou decidido, vício de julgamento *extra* ou *ultra petita*, ou contrariedade ao princípio da congruência ou da adstrição..

Tanto é assim que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido em razão do regime de não cumulatividade do imposto.

Neste sentido o seguinte excerto do julgado no RE 574.706:

“O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS”.

Também este o entendimento adotado no âmbito das Turmas desta Seção:

ApelRemNec 5000633-81.2017.4.03.6119, Rel. Des. Fed. ANTONIO CEDENHO, Intimação via sistema 18/04/2020: “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REQUISITOS DO ARTIGO 1.022 CPC/2015. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE Nº 574.706/PR. VINCULAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OBSCURIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1.022 do Código de Processo Civil vigente, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado. O caráter infringente dos embargos somente é admitido a título excepcional, quando a eliminação da contradição ou da omissão decorrer, logicamente, a modificação do julgamento embargado. 2. A e. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no julgamento do RE nº 574.706/PR, consignou que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. Como o presente julgamento se vincula ao que foi decidido sobre o tema pelo C. STF, deve-se assentar que, relativamente à questão do valor a ser efetivamente excluído a título de ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, a tese que foi acolhida pelo STF é a exposta no v. aresto embargado. 3. O escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022 do Código de Processo Civil. 4. O artigo 1.025 do novo Código de Processo Civil bem esclarece que os elementos suscitados pelo embargante serão considerados incluídos no acórdão “para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.” 5. Embargos de declaração rejeitados.”

ApReeNec 5001772-28.2017.4.03.6100, Rel. Des. Fed. MARLI FERREIRA, Intimação via sistema 02/04/2020: “PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ARTIGO 1.022 DO CPC. OMISSÃO. EXISTÊNCIA. JULGADO INTEGRADO. 1. Prevê o artigo 1.022 do CPC que a oposição dos aclaratórios somente tem cabimento para esclarecimento de obscuridade ou eliminação de contradição, para suprimir omissão sobre ponto ou questão sobre o qual o julgado deveria se pronunciar; ou, ainda, para corrigir erro material existente no decisório. 2. Na espécie, o julgado restou omissivo quanto à parcela do ICMS a ser destacada da base de cálculo do PIS e da COFINS. E, nesse tocante, cumpre esclarecer que o ICMS a ser excluído é o destacado nos documentos fiscais de saída, vez que é esse montante que integra a indigitada base de cálculo. 3. Assim sendo, tem a impetrante o direito de excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS o valor integral do ICMS destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias do seu estabelecimento, inclusive após o advento da Lei nº 12.973/2014. 4. Embargos de declaração acolhidos.”

ApelRemNec 5003932-95.2019.4.03.6119, Rel. Des. Fed. JOHONSOM DI SALVO, e - DJF3 15/04/2020: “AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DECLAROU INCONSTITUCIONAL A INCLUSÃO DO ICMS (FATURADO) NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS, FAZENDO-O POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO RE Nº 574.706. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a inclusão do ICMS (faturado) na base de cálculo do PIS e da COFINS, fazendo-o por ocasião do julgamento do RE nº 574.706. A corte, por maioria e nos termos do voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia, apreciando o tema nº 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins”. Esse entendimento é aplicável de pronto, não havendo que se falar em espera de embargos de declaração (sem efeito suspensivo) ou de modulação de efeitos da decisão plenária da Suprema Corte, já que esses dois eventos não estão consignados em lei como impeditivos da aplicação imediata do decisum. Esse é o entendimento que vem sendo seguido nesta Corte Regional (3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5021518-72.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 08/11/2019, Intimação via sistema DATA: 13/11/2019), e de modo unânime nesta 6ª Turma (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000706-20.2017.4.03.6130, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 03/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/12/2019). Deveras, a suspensão pretendida pelo Fisco esbarraria no art. 1.035, § 5º do NCPC. De outro lado, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal – ao acolher o voto da ministra Relatora – no sentido de que, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada como faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019). Essa é a postura que este Relator sempre defende desde o momento em que surdiu o julgamento do Tema nº 69 (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000596-53.2018.4.03.6108, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 02/12/2019, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019). Tratando-se de empresa comercial, resta claro que é contribuinte das três exações e que recolheu tributação a maior e poderá recuperá-la (quanto aos últimos cinco anos antes do ajuizamento da presente demanda) por meio de compensação, que deverá ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74 da Lei nº 9.430/1996 (redação dada pela Lei 10.637/02), observado ainda o artigo 26-A da Lei nº 11.457/2007.”

Logo, não importa ao exame do mérito a juntada de documentos fiscais ou mercantis para demonstração do ICMS a ser pago pelo contribuinte, bastando para o presente julgamento a prova, tão-somente, de que o contribuinte, sujeito ao PIS/COFINS, recolheu valores com inclusão do ICMS nas bases de cálculo, ficando relegada à fase própria a apuração do *quantum debeat* a partir de valores destacados em notas fiscais e incluídos na tributação federal.

Quanto ao ICMS cobrado pelo regime de substituição tributária (artigo 150, § 7º, CF), indaga-se se seria aplicável, por igual, a exclusão definida no RE 574.706 na apuração da base de cálculo do PIS/COFINS, à vista da constatação de que o paradigma não tratou de tal situação específica, mas apenas do regime comum de tributação.

O preceito constitucional, que permite a substituição tributária progressiva no caso do ICMS, dispõe que: “A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido” (artigo 150, § 7º, CF).

Por tal sistemática de tributação, o responsável tributário antecipa o valor do imposto que, regularmente, seria devido em etapa posterior do processo econômico gerador de riqueza tributável, utilizando-se do conceito de fato gerador presumido e de estimativa de base de cálculo, permitindo reembolso preferencial se não realizado o fato gerador (ADI 1.851, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, DJU 13/12/2002) ou se tiver ocorrido excesso na tributação (RE 593.849, Rel. Min. EDSON FACCHIN, DJe 30/03/2017, Tema 201: “*É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida*”).

O substituto tributário, contribuinte do ICMS próprio de sua operação, além de responsável pelo ICMS recolhido antecipadamente (ICMS-ST), pode excluir da base de cálculo do PIS/COFINS, de que é contribuinte, o valor relativo ao ICMS-ST, desde que destacado na nota fiscal, porém o entendimento fiscal é de que tal exclusão não pode beneficiar o substituído na obrigação tributária correlata, ou seja, o intermediário adquirente do produto com ICMS cobrando antecipadamente, em substituição tributária, pelo industrial e destacado na nota fiscal de venda, não pode excluir o imposto estadual na apuração da respectiva base de cálculo do PIS/COFINS.

Evidencia-se de logo que a interpretação fiscal é a de que o RE 574.706 não se aplica ao ICMS pago antecipadamente no regime de substituição tributária progressiva.

A exclusão do ICMS-ST na apuração da base de cálculo do PIS/COFINS do substituto tributário (industrial, por exemplo) decorre do fato de ser ele não o contribuinte, mas apenas o responsável tributário e, portanto, não se cogitar de receita ou faturamento próprio para efeito de discussão da validade da tributação do imposto gerado pela operação de saída ou circulação da mercadoria do respectivo estabelecimento. Nesta quadra, o precedente do Supremo Tribunal Federal evidencia que sequer seria possível entendimento contrário, já que se o ICMS próprio não compõe a base de cálculo das referidas contribuições, com mais razão os valores que perpassam a escrituração fiscal do contribuinte a título de tributo devido por outrem, arrecadado em regime de substituição tributária.

Sucedo que, nestes termos, a vedação a que se proceda ao ajuste da base de cálculo do PIS/COFINS devido pelo contribuinte do ICMS, que foi substituído na incidência específica por outrem a quem a lei conferiu o ônus de recolher antecipadamente o tributo, acarreta apropriação indevida, pela União, do efeito econômico da exação estadual na formação do faturamento ou receita tributável a título de PIS/COFINS, pretensão fiscal afastada pela Suprema Corte no RE 574.706, paradigma este cuja aplicação não pode ser excepcionada por suposta violação, como pretendido, do artigo 110, CTN.

Perceba-se que não se trata de discutir, a rigor, creditamento de valores, na base de cálculo do PIS/COFINS devido pelo substituído, em razão do custo de ICMS-ST atrelado à mercadoria adquirida e refletido, posteriormente, no faturamento, vez que tal ônus financeiro será incorporado no preço praticado na saída ou absorvido como redução de margem de lucro. O ponto é que o montante dispendido com o ICMS-ST, conforme apurado na fatura do substituto, sequer deve compor a própria base de cálculo das contribuições devidas pelo substituído.

Com efeito, a substituição tributária, nos termos do artigo 150, § 7º, da Constituição Federal, configura mera técnica de tributação, sequer específica do ICMS, mas de caráter geral, que não desfigura, portanto, a natureza e as características próprias do ICMS que, desta maneira, sendo recolhido de forma antecipada ou não, não pode ser compreendido, na dicção da Suprema Corte, como receita ou faturamento para fins de incidência do PIS/COFINS. Neste sentido, a vedação pretendida pelo Fisco importaria inegável ofensa à isonomia, com forma de apuração diferenciada do PIS/COFINS baseada em regime de tributação de imposto estadual, em que pese certo que a estrutura do conceito constitucional de receita ou faturamento deve ser idêntica para todos os contribuintes, independentemente da sujeição ocorrer pelo regime comum ou antecipado de recolhimento do ICMS.

Reconhecido o indébito fiscal, os critérios para exercício do direito à compensação, na via administrativa mediante procedimento específico, inclusive com a própria comprovação e liquidação de valores indevidos a serem compensados, são os definidos nos artigos 168 (prescrição quinquenal) e 170-A (trânsito em julgado), ambos do Código Tributário Nacional; artigo 74 da Lei 9.430/1996 e demais textos legais de regência, incluindo o artigo 26-A da Lei 11.457/2007 na redação da Lei 13.670/2018, observado o regime legal vigente ao tempo da propositura da ação, pois este o critério determinante na jurisprudência consolidada, ainda que posteriormente possa ter sido alterada a legislação; e artigo 39, § 4º da Lei 9.250/1995 (incidência exclusiva da Taxa SELIC) desde cada recolhimento indevido.

De fato, como a presente ação foi proposta **após a Lei 13.670, de 30/05/2018**, que revogou o parágrafo único do artigo 26 da Lei 11.457/2007 e inseriu o artigo 26-A, este, pois, é o regime legal vigente ao tempo do ajuizamento a ser aplicado ao caso dos autos, segundo o critério jurídico acima apontado, consolidado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, conheço em parte da apelação e, nesta extensão, nego-lhe provimento e dou parcial provimento à remessa oficial, para reformar a sentença, nos termos supracitados.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS/ICMS-ST. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. INDÉBITO FISCAL. COMPENSAÇÃO.

1. Preliminarmente resta prejudicado o pedido de atribuição de efeito suspensivo à apelação diante do julgamento diretamente do próprio recurso. Quanto à falta de interesse de agir do substituto tributário nas operações de saída de mercadorias ou serviço, registra-se que a hipótese versa sobre pretensão formulada não por aquele, mas pelo substituído na tributação antecipada do ICMS, pelo que impertinente a preliminar.

2. Ainda antes do mérito, cabe rejeitar o pedido de suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior, o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior.

3. No mérito, a questão da inclusão de **imposto** na base de cálculo do PIS/COFINS com vulneração da matriz constitucional que prevê a respectiva incidência sobre faturamento ou receita na dicção atualizado do artigo 195, I, *b*, da Constituição Federal, foi resolvida, pela Suprema Corte no RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS. A definição da base de cálculo do PIS/COFINS é matéria constitucional, não cabendo invocar orientação no plano do direito federal para afastar o juízo de inconstitucionalidade, menos ainda quando já vencida (Súmulas 68 e 94/STJ) no âmbito da respectiva Corte Superior. Ademais, o pronunciamento da Suprema Corte, sobretudo em repercussão geral, tem função primordial na tarefa de garantir segurança jurídica, estabilidade, integridade e coerência na aplicação do direito à luz da Constituição, a ser buscada por todos os órgãos do Poder Judiciário (artigos 926 e 927, III, CPC).

4. A pretensão em causa não envolve a dedução de parcela legalmente prevista, daí porque impertinente o argumento de que é taxativo o rol de exclusões constante do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 - com as alterações da Lei 12.973/2014, cujo advento, conforme já decidiu esta Corte, “*não promoveu modificação legislativa relevante para a espécie, na medida em que não alterou o conceito da base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS*” (EI 0029413-91.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 17/11/2017) - e § 3º dos artigos 1º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003.

5. A tese do contribuinte é a de que a inclusão do imposto na base de cálculo de tais contribuições viola incidência constitucionalmente delimitada, exigindo, assim, decisão judicial no sentido de definir a base de cálculo compatível com o parâmetro constitucional. Não se trata, pois, de discutir isenção a ser interpretada na forma do artigo 111, CTN, ou qualquer outra questão de índole infraconstitucional. Exatamente por tal motivo é que se revela impertinente a invocação, do paradigma no RESP 1.144.469, que resolveu a controvérsia sob o prisma legal, enquanto que a espécie discute a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS.

6. Quanto ao RE 212.209, tratou-se de precedente que reconheceu válida a inclusão do ICMS na própria base de cálculo do imposto estadual, o que, porém, não obsteu que a Suprema Corte, ao tratar do PIS/COFINS, deliberasse pela exclusão do ICMS. Logo, o paradigma para o caso concreto não é o RE 212.209 (ICMS na apuração do próprio ICMS), mas o RE 574.706, que definiu especificamente a base de cálculo constitucionalmente admitida para tais contribuições sociais.

7. A alegação de que o cálculo do PIS/COFINS com exclusão do imposto destinado ao erário contradiz a incidência, reconhecidamente válida, sobre outros custos, encargos ou despesas destinados a terceiros (como, por exemplo: empregados, companhia de energia elétrica, FGTS, fornecedores, empresas contratadas para prestação de serviços, entes estatais) não é verdadeira nem aceitável, sem análise da natureza jurídica de cada parcela discutida na formação da base de cálculo de tais contribuições. Por ora, o que assentou, suficientemente, a Suprema Corte para o exame do caso foi a inexigibilidade de imposto integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, seja o ICMS, seja o próprio ISS, quanto a este em juízo derivado diretamente da mesma lógica de fundamentação constitucional, conforme já exposto.

8. O aspecto relevante da controvérsia diz respeito ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS diante da divergência estabelecida entre as vertentes que primam, de um lado, pelo valor do imposto destacado nas notas fiscais e, de outro, pelo valor do imposto a ser efetivamente pago pelo contribuinte, dentro do regime de não cumulatividade. É importante frisar, de toda sorte, que tal ponto, ainda que não tenha ou tivesse sido discutido na inicial nem decidido na sentença ou veiculado na apelação, não impediria o pronunciamento da Corte - assim como do próprio Juízo após embargos de declaração -, por se tratar, justamente, de controvérsia ínsita ao próprio mérito, qual seja, a definição do que constitui o indébito fiscal e, neste sentido, matéria que deve ser resolvida na fase cognitiva e não em liquidação de sentença, inexistindo, portanto, mesmo quando nada tenha ou tivesse sido alegado ou decidido, vício de julgamento *extra* ou *ultra petita*, ou contrariedade ao princípio da congruência ou da adstrição. Tanto é assim que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido em razão do regime de não cumulatividade do imposto. Logo, não importa ao exame do mérito a juntada de documentos fiscais ou mercantis para demonstração do ICMS a ser pago pelo contribuinte, bastando para o presente julgamento a prova, tão-somente, de que o contribuinte, sujeito ao PIS/COFINS, recolheu valores com inclusão do ICMS nas bases de cálculo, ficando relegada à fase própria a apuração do *quantum debeat* a partir de valores destacados em notas fiscais e incluídos na tributação federal.

9. A substituição tributária, nos termos do artigo 150, § 7º, da Constituição Federal, configura mera técnica de tributação, sequer específica do ICMS, mas de caráter geral, que não desfigura, portanto, a natureza e as características próprias do ICMS, que, desta maneira, sendo recolhido de forma antecipada ou não, não pode ser compreendido, na dicção da Suprema Corte, como receita ou faturamento para fins de incidência do PIS/COFINS, sob pena de ofensa à isonomia por tratamento diverso em função da mera da sistemática de recolhimento da exação estadual. Não se trata de discutir, a rigor, creditamento de valores, na base de cálculo das contribuições devidas pelo substituído, em razão do custo de ICMS-ST atrelado à mercadoria adquirida e refletido na receita ou faturamento respectivo, mas, sim, de reconhecer que o montante dispendido com o ICMS-ST, conforme apurado na fatura emitida pelo substituto, sequer deve compor a própria base de cálculo do PIS/COFINS devidos pelo substituído.

10. Reconhecido o indébito fiscal, na forma acima especificada, os critérios para exercício do direito à compensação, na via administrativa mediante procedimento específico, inclusive com a própria comprovação e liquidação de valores indevidos a serem compensados, são os definidos nos artigos 168 (prescrição quinquenal) e 170-A (trânsito em julgado), ambos do Código Tributário Nacional; artigo 74 da Lei 9.430/1996 e demais textos legais de regência, incluindo o artigo 26-A da Lei 11.457/2007 na redação da Lei 13.670/2018, observado o regime legal vigente ao tempo da propositura da ação, pois este o critério determinante na jurisprudência consolidada, ainda que posteriormente possa ter sido alterada a legislação; e artigo 39, § 4º da Lei 9.250/1995 (incidência exclusiva da Taxa SELIC) desde cada recolhimento indevido.

11. Apelação conhecida em parte e, nesta extensão, desprovida e remessa oficial parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, conheceu em parte da apelação e, nesta extensão, negou-lhe provimento e deu parcial provimento à remessa oficial, para reformar a sentença, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5028864-74.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

Advogado do(a) AGRAVANTE: JAIRO TAKEO AYABE - SP147528-A

AGRAVADO: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) AGRAVADO: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5028864-74.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

Advogado do(a) AGRAVANTE: JAIRO TAKEO AYABE - SP147528-A

AGRAVADO: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) AGRAVADO: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento à decisão que, em ação declaratória, deferiu a tutela de urgência para suspender a exigibilidade de crédito relativo a multas administrativas ante o oferecimento de seguro-garantia pelo autor.

Alegou o INMETRO, em síntese, que para suspender a exigibilidade do crédito, o depósito deve ser integral e em dinheiro, conforme a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, consolidada na Súmula 112, que dispõe: "o depósito somente suspende a exigibilidade do crédito tributário se for integral e em dinheiro".

Houve contraminuta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5028864-74.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

Advogado do(a) AGRAVANTE: JAIRO TAKEO AYABE - SP147528-A

AGRAVADO: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) AGRAVADO: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, a Súmula 112 da Corte Superior refere-se à cobrança de crédito tributário, cuja suspensão da exigibilidade encontra-se prevista no artigo 151 do Código Tributário Nacional, daí porque a previsão específica de depósito judicial integral.

Não seria cabível, portanto, a aplicação estrita de tais parâmetros aos créditos de outra natureza jurídica, ainda que regulados pela mesma Lei 6.830/1980 quanto à inscrição e cobrança judicial.

Quanto à inscrição em cadastro de inadimplentes e protesto extrajudicial, o artigo 7º da Lei 10.522/2002 demonstra que a prestação de garantia idônea e suficiente é fundamento bastante para inibir a prática de atos extrajudiciais incompatíveis com a solução processual consolidada em autos judiciais:

"Art. 7º. Será suspenso o registro no Cadin quando o devedor comprove que:

I - tenha ajuizado ação, com o objetivo de discutir a natureza da obrigação ou o seu valor, com o oferecimento de garantia idônea e suficiente ao Juízo, na forma da lei;

II - esteja suspensa a exigibilidade do crédito objeto do registro, nos termos da lei."

Todavia, além de tais medidas explicitadas, a decisão agravada atinge, em potencial, o próprio exercício do direito de ação pelo credor. Neste particular, o oferecimento de garantia que não seja a preferencial ou frustre a própria ordem legal no interesse da execução não tem amparo legal.

Sendo a penhora em dinheiro preferencial, nos termos do artigo 835, § 1º, do Código de Processo Civil, e do artigo 11 da Lei 6.830/1980, não pode ser aceita outra garantia para obstar a propositura da execução fiscal, lembrando que a equivalência de efeitos entre fiança bancária, seguro garantia e depósito em dinheiro (artigo 9º, § 3º, LEF) não derroga a ordem de preferência a ser mantida no interesse da execução fiscal (artigos 9º, I, e 11, I, LEF).

Disto resulta, pois, que a ordem judicial que impeça a execução fiscal e o exercício do direito de garantia preferencial do crédito através de depósito em dinheiro somente é admissível se na ação declaratória ou anulatória for estabelecida idêntica preferência, caso em que a inibição do direito de ação não produz distorção no regime do devido processo legal.

Embora possa, pois, o devedor discutir a exigibilidade do crédito antes da propositura da execução fiscal, a garantia a ser ofertada contra a inibição do direito de ação deve ser capaz de assegurar equivalência no exercício de prerrogativas legais inerentes ao crédito discutido.

Percebe-se, pois, da legislação que o oferecimento de garantia idônea e suficiente é admitida apenas para impedir inscrição no CADIN e protesto extrajudicial, não servindo, porém, para impedir o exercício do direito de ação, salvo se na ação declaratória ou anulatória houver o depósito integral do valor respectivo.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso para reformar a decisão agravada, nos termos supracitados.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA. INMETRO. MULTA. SEGURO-GARANTIA. EFEITOS EM RELAÇÃO À EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO. INSCRIÇÃO NO CADIN E PROTESTO EXTRAJUDICIAL.

1. Embora as multas administrativas não sejam créditos tributários, somente o depósito integral em dinheiro pode obstar o exercício pelo credor do direito de ajuizar execução fiscal e, no respectivo curso, penhorar preferencialmente dinheiro como garantia do Juízo.
2. O oferecimento de seguro fiança, idôneo e suficiente, tem o efeito legal de impedir a inscrição no CADIN e o protesto extrajudicial do débito (artigo 7º da Lei 10.522/2002).
3. Agravo de instrumento parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso para reformar a decisão agravada, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001714-94.2009.4.03.6002
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
Advogado do(a) APELANTE: JOAO CARLOS DE OLIVEIRA - MS3905-A
APELADO: LUCIANO ROGERIO PASCHOALIM
Advogado do(a) APELADO: DANIELA OLIVEIRA LINIA - MS7761-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Vistos,

Não havendo outras providências a serem tomadas, retornemos autos à condição de sobrestado.

Intime-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001714-94.2009.4.03.6002
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
Advogado do(a) APELANTE: JOAO CARLOS DE OLIVEIRA - MS3905-A
APELADO: LUCIANO ROGERIO PASCHOALIM
Advogado do(a) APELADO: DANIELA OLIVEIRA LINIA - MS7761-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Vistos,

Não havendo outras providências a serem tomadas, retornemos autos à condição de sobrestado.

Intime-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0015978-69.2016.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ENGETAL ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA

Advogados do(a) APELADO: VITOR ANTONIO ZANI FURLAN - SP305747-A, DIBAN LUIZ HABIB - SP130273-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0015978-69.2016.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ENGETAL ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA

Advogados do(a) APELADO: VITOR ANTONIO ZANI FURLAN - SP305747-A, DIBAN LUIZ HABIB - SP130273-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação à sentença que julgou procedente o pedido de restituição dos valores indevidamente recolhidos a título de parcelamento fiscal entre os meses de julho/2012 e maio/2013, a serem atualizados pela taxa SELIC até o efetivo pagamento, fixando honorários advocatícios de 8% sobre o valor da causa, nos termos do artigo 85, § 3º, II, do CPC (ID 88898209, f. 169/71).

Apelou a Fazenda Nacional, alegando que deixou de apresentar contestação, sendo indevido o pagamento de verba honorária, nos termos do artigo 19, § 1º, da Lei 10.522/2002 (ID 88898209, f. 182/4).

Houve contrarrazões (ID 88898209, f. 190/7).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0015978-69.2016.4.03.6100
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: ENGETAL ENGENHARIA E CONSTRUÇOES LTDA
Advogados do(a) APELADO: VITOR ANTONIO ZANI FURLAN - SP305747-A, DIBAN LUIZ HABIB - SP130273-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, dispõe a Lei 10.522/2002, invocada pela apelante, que:

“Art. 19. Fica a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional dispensada de contestar, de oferecer contrarrazões e de interpor recursos, e fica autorizada a desistir de recursos já interpostos, desde que inexistam outros fundamentos relevantes, na hipótese em que a ação ou a decisão judicial ou administrativa versar sobre:

I - matérias de que trata o art. 18;

II - tema que seja objeto de parecer, vigente e aprovado, pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional, que conclua no mesmo sentido do pleito do particular;

III - (VETADO)

IV - tema sobre o qual exista súmula ou parecer do Advogado-Geral da União que conclua no mesmo sentido do pleito do particular;

V - tema fundado em dispositivo legal que tenha sido declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso e tenha tido sua execução suspensa por resolução do Senado Federal, ou tema sobre o qual exista enunciado de súmula vinculante ou que tenha sido definido pelo Supremo Tribunal Federal em sentido desfavorável à Fazenda Nacional em sede de controle concentrado de constitucionalidade;

VI - tema decidido pelo Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, ou pelo Superior Tribunal de Justiça, pelo Tribunal Superior do Trabalho, pelo Tribunal Superior Eleitoral ou pela Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência, no âmbito de suas competências, quando:

a) for definido em sede de repercussão geral ou recurso repetitivo; ou

b) não houver viabilidade de reversão da tese firmada em sentido desfavorável à Fazenda Nacional, conforme critérios definidos em ato do Procurador-Geral da Fazenda Nacional;

VII - tema que seja objeto de súmula da administração tributária federal de que trata o art. 18-A desta Lei.

§ 1º Nas matérias de que trata este artigo, o Procurador da Fazenda Nacional que atuar no feito deverá, expressamente:

I - reconhecer a procedência do pedido, quando citado para apresentar resposta, inclusive em embargos à execução fiscal e exceções de pré-executividade, hipóteses em que não haverá condenação em honorários; ou

[...]”(g.n.)

Na espécie, a ação foi ajuizada para repetição de valores recolhidos em duplicidade em parcelamento fiscal, sendo atribuído à causa o valor de R\$ 223.304,13 (ID 88898209, f. 6/22). Citada, a União, representada pela Procuradoria da Fazenda Nacional, manifestou-se nos seguintes termos:

“[...] deixa de contestar a presente ação diante da ausência de interesse processual, devendo este processo ser extinto sem resolução do mérito.

Conforme parecer anexo da Divisão de Dívida Ativa e do Setor de Cálculo desta Procuradoria, aponta-se o valor de R\$ 320.362,21 passível de restituição administrativa, nos termos da IN RFB 1300/2012.

Por fim, salienta-se ser incabível condenação da União em honorários advocatícios, por aplicação analógica do art. 19, § 1º, da Lei 10.522/02” (ID 88898209, f. 143)

Como se observa, a hipótese dos autos não se enquadra em nenhum dos incisos do artigo 19 da Lei 10.522/2002, tanto que requerida a aplicação analógica do respectivo § 1º.

Ademais, embora tenha havido reconhecimento do direito material perquirido, não se pode afirmar ter ocorrido o reconhecimento expresso da procedência da pretensão judicial, sem qualquer resistência, conforme exigido pela jurisprudência, pois, ao contrário, foi expressamente sustentada a ausência de interesse processual da autora, sendo requerida a extinção do feito, sem exame de mérito.

A propósito assim tem decidido a Corte Superior:

AIRESP 1.577.588, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJE de 25/05/2016: “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. PRETENSÃO RESISTIDA. ART. 19, § 1º, DA LEI 10.522/2002. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO. 1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. 2. O acórdão recorrido consignou: “Ressalte-se que a União apresentou resistência ao pedido da agravante, uma vez que, na resposta à exceção de pré-executividade, reconheceu a procedência do pedido somente no referente à prescrição. Ao manifestar-se acerca do redirecionamento, finalizou nos seguintes termos: ‘Assim, perfeitamente possível o redirecionamento no caso’. Além disso, concordou com a prescrição somente depois de interposta a exceção de pré-executividade. Dessa forma, inaplicável ao caso o art. 19 da Lei 10.522”. 3. Preceitua o art. 19 da Lei 10.522/02 que, para que a Fazenda não sofra condenação em honorários advocatícios, é preciso que reconheça expressamente a procedência do pedido quando citada para apresentar resposta, sem que haja pretensão resistida. 4. A Fazenda reconheceu apenas parcialmente o pedido, razão pela qual, no caso dos autos, é cabível a condenação em honorários advocatícios. 5. Agravo Interno não provido.” (g.n.)

Também nesta Corte o seguinte precedente:

ApCiv 0001144-90.2015.4.03.6134, Rel. Des. Fed. MARLI FERREIRA, e-DJF3 de 07/08/2019: “PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. PRETENSÃO RESISTIDA. ARTIGO 19, § 1º DA LEI N.º 10.522/2002. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO. APELAÇÃO DESPROVIDA. 1. A jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça é no sentido de isentar a Fazenda Nacional do pagamento de honorários quando ela, citada para apresentar resposta, reconhece a procedência do pedido da parte contrária, nos termos do artigo 19, II e §1º, da Lei n.º 10.522/2002. 2. In casu, a União Federal contestou o feito, requerendo o reconhecimento da prescrição e o julgamento de improcedência da presente ação. 3. Não se pode dizer que não tenha havido resistência por parte da União Federal, razão pela qual não se aplica a regra prevista no artigo 19, § 1º da Lei n.º 10.522/2002. 4. De se ressaltar que o autor precisou recorrer ao Poder Judiciário para fazer valer seu direito, o que justifica a condenação da parte sucumbente ao pagamento dos honorários advocatícios. 5. Apelação desprovida.” (g.n.)

Considerado o trabalho adicional em grau recursal e os critérios do artigo 85, §§ 2º a 6º e 11, CPC, especialmente grau de zelo do profissional, lugar da prestação do serviço, natureza e importância da causa e tempo exigido de atuação nesta fase do processo, os honorários advocatícios devem ser fixados, pela atuação nesta instância, em 2% sobre o valor atualizado da causa, a ser acrescido ao fixado na sentença.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO FISCAL. SUCUMBÊNCIA. ARTIGO 19, § 1º DA LEI N.º 10.522/2002.

1. A hipótese dos autos não se enquadra em nenhum dos incisos do artigo 19 da Lei 10.522/2002, tanto que requerida a aplicação analógica do respectivo § 1º.
2. Ademais, embora tenha havido reconhecimento do direito material perquirido, não se pode afirmar ter ocorrido o reconhecimento expresso da procedência da pretensão judicial, sem qualquer resistência, conforme exigido pela jurisprudência, pois, ao contrário, foi expressamente sustentada a ausência de interesse processual da autora, sendo requerida a extinção do feito, sem exame de mérito.
3. Fixada verba honorária pelo trabalho adicional em grau recursal, em observância ao comando e critérios do artigo 85, §§ 2º a 6º e 11, do Código de Processo Civil.
4. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) N° 5006632-44.2019.4.03.6119

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: INSPETOR CHEFE DA ALFANDEGA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL NO AEROPORTO INTERNACIONAL DE GUARULHOS, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: CONTINENTAL BRASIL INDUSTRIA AUTOMOTIVA LTDA

Advogados do(a) APELADO: CAROLINA ROBERTA ROTA - SP198134-A, FABIO DE ALMEIDA GARCIA - SP237078-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) N° 5006632-44.2019.4.03.6119

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: INSPETOR CHEFE DA ALFANDEGA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL NO AEROPORTO INTERNACIONAL DE GUARULHOS, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: CONTINENTAL BRASIL INDUSTRIA AUTOMOTIVA LTDA

Advogados do(a) APELADO: CAROLINA ROBERTA ROTA - SP198134-A, FABIO DE ALMEIDA GARCIA - SP237078-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial, de recurso de apelação interposto pela **União** e de recurso adesivo interposto por **Continental Brasil Indústria Automotiva Ltda., em face da sentença que concedeu a ordem para** declarar a inexigibilidade do recolhimento da Taxa de Utilização do SISCOMEX, no valor fixado por meio da Portaria MF n.º 257/2011, bem como o reconhecer o direito de compensar os valores recolhidos indevidamente nos 5 (cinco) anos anteriores ao ajuizamento da ação.

A apelante alega, preliminarmente, ser incabível a via mandamental contra lei em tese, bem como para pleitear-se a repetição de valores pretéritos. No mérito, sustenta, em síntese, que:

a) não recorrerá quanto ao mérito, nos termos do art. 2º, V, VII e §§ 3º a 8º, da Portaria PGFN N° 502/2016, que autoriza a dispensa da apresentação de contestação, oferecimento de contrarrazões, a interposição de recursos, bem como a desistência dos já interpostos, e da Nota n° 73/2018/CRJ/PGACET/PGFN-MF;

b) deve ser reformada a sentença, de forma que se permita a correção monetária acumulada no período, sobre o valor originário da taxa, antes da majoração promovida pela Portaria MF n.º 257/2011, até a data do registro de cada DI.

Com contrarrazões vieram os autos a esta Corte.

Em seu recurso adesivo a impetrante requer seja reconhecida a data da impetração do mandado de segurança n.º 0004014-56.2015.4.03.6119, para fins de interrupção da prescrição, permitindo-se a compensação dos valores indevidamente recolhidos desde 23.5.2011.

Conquanto intimada, a União não ofereceu contrarrazões ao recurso.

O Ministério Público Federal, em manifestação de lavra do e. Procurador Regional da República André de Carvalho Ramos, deixou de exarar parecer por entender não haver interesse público primário que justifique sua intervenção no feito.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) N° 5006632-44.2019.4.03.6119

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: INSPETOR CHEFE DA ALFANDEGA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL NO AEROPORTO INTERNACIONAL DE GUARULHOS, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: CONTINENTAL BRASIL INDUSTRIA AUTOMOTIVA LTDA

Advogados do(a) APELADO: CAROLINA ROBERTA ROTA - SP198134-A, FABIO DE ALMEIDA GARCIA - SP237078-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): De início, afásto a preliminar de inadequação da via eleita, porquanto no presente *writ* a impetrante visa assegurar direito líquido e certo a inexigibilidade da majoração da Taxa Siscomex operada pela Portaria MF n.º 257/2011. A matéria discutida no presente feito não está sendo tratada em tese, mas aplicada ao caso concreto, por isso não há que se falar em aplicação da Súmula 266, do STF (Não cabe Mandado de Segurança contra lei em tese).

Indo adiante, a questão relativa à vedação, em mandado de segurança, de compensação ou repetição, inclusive de período pretérito à impetração, não merece acolhida.

Com efeito, há mais de cinquenta anos, diz-se, repete-se e aplica-se, sem maior discussão, um par de enunciados da súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, decretando, um, que “o mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança” (Súmula 269) e, outro, que a “concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria” (Súmula 271).

Os precedentes que deram origem às referidas súmulas – ambas produzidas na sessão plenária de 13 de dezembro de 1963 – não esclarecem a razão do entendimento consagrado, limitando-se a afirmá-lo como resultado de um consenso anteriormente alcançado; mas, da doutrina de Castro Nunes, constante de seu clássico “Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público” (Rio de Janeiro: Forense. 9ª edição, 1987, p. 328 e 329), colhe-se que, no tocante aos aspectos patrimoniais, o obstáculo à execução da sentença proferida no mandado de segurança residiria na impossibilidade de concluir-se, na estreita via processual que lhe é própria, pela responsabilização do **agente público impetrado**.

Com efeito, entendeu-se que seria necessário “abrir, na instância de reparação do dano, possibilidades de defesa **para o funcionário**”, inviáveis na sede processual do mandado de segurança, onde aquele não é citado, mas apenas notificado para prestar informações.

Tal raciocínio, todavia, não é de qualquer modo aplicável ou, mesmo, pertinente quando se pensa em execução ou cumprimento não em face do funcionário, mas **da pessoa jurídica de direito público**, mormente nos tempos atuais, em que ela é formalmente chamada ao processo de mandado de segurança, podendo deduzir suas razões, defender a regularidade do ato combatido, recorrer etc.

Note-se, ademais, que, tratando da execução da sentença proferida em mandado de segurança, já a Lei n. 5.021/1966 – **posterior às apontadas súmulas** – passou a dispor, expressamente, que “o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público federal, da administração direta ou autárquica, e a servidor público estadual e municipal, somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial”; e que “a sentença que implicar em pagamento de atrasados será objeto, nessa parte, de liquidação por cálculo (arts. 906 a 908 do Código de Processo Civil), procedendo-se, em seguida, de acordo com o art. 204 da Constituição Federal”.

Em outras palavras, existe lei, também cinquentenária, que admite, com todas as letras, a **mandamentalidade** da sentença proferida em mandado de segurança quanto às verbas referentes ao período posterior à impetração e a **executividade** – inclusive com liquidação, precatório etc. – no que concerne aos atrasados, assim entendidos os valores relativos ao período anterior ao ajuizamento.

Atento a esse quadro, Cassio Scarpinella Bueno (in “Mandado de segurança: comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66”, São Paulo, Saraiva, 5ª edição, 2009, p. 180 e seguintes), sustentou, ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973, o entendimento – de resto irresponsável – de que o sistema disciplinado pela Lei n. 5.021/66, porque posterior, deve prevalecer sobre a Súmula 271 do Supremo Tribunal Federal, de sorte que, quanto aos valores referentes ao período posterior ao ajuizamento do mandado de segurança, os pagamentos devem ser feitos por determinação dirigida ao impetrado; e, quanto aos valores relativos ao período anterior à propositura, por execução contra a Fazenda Pública, nos termos da legislação processual e da Constituição Federal.

Atualmente, já sob a égide do Código de Processo Civil de 2015, não subsiste o processo (autônomo) de execução contra a Fazenda Pública quando o título executivo for judicial, sujeitando-se ela, assim como todos, ao regime de cumprimento de sentença. Assim, com muito mais razão há de dispensar-se o ajuizamento de demanda condenatória para a efetivação do direito consagrado na sentença proferida em mandado de segurança.

Não se ignora que, no mandado de segurança, a sentença de procedência não contém, propriamente, uma condenação – no sentido tradicional do termo –, mas uma determinação, uma ordem, um mandamento. Assim, ao tempo em que editadas as mencionadas súmulas, a sentença do mandado de segurança sujeitava-se ao disposto no artigo 290 do Código de Processo Civil de 1939, *verbis*:

“Art. 290. Na ação declaratória, a sentença que passar em julgado valerá como preceito, mas a execução do que houver sido declarado somente poderá promover-se em virtude de sentença condenatória.

Parágrafo único. A sentença condenatória será pleiteada por meio de ação adequada à efetivação do direito declarado, sendo, porém, exequível desde logo a condenação nas custas.”

Como se vê, o Código de Processo Civil de 1939 admitia somente a execução da sentença condenatória, quadro que não se alterou com o advento do Código de Processo Civil de 1973, cujo artigo 584, inciso I, originariamente arrolava dentre os títulos executivos judiciais “a sentença **condenatória** proferida no processo civil”.

Ocorre que, com a edição da Lei n. 11.232/2005, o Código de Processo Civil de 1973 restou alterado e, no particular, passou a dispor, precisamente no artigo 475-N, que também é título executivo judicial “a sentença proferida no processo civil que **reconheça** a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia”.

Como se percebe, a partir da aludida lei, o Código de Processo Civil de 1973 deixou de conferir força executiva somente às sentenças condenatórias, admitindo que também a têm as sentenças **declaratórias**.

Não se distanciando desse norte, o Código de Processo Civil de 2015 inclui, no rol dos títulos executivos judiciais, “as decisões proferidas no processo civil que **reconheçam** a exigibilidade de obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa”.

Ora, ainda que se considere que, no mandado de segurança, a sentença não é, propriamente, condenatória, dúvida não há de que, invariavelmente, ela possui eficácia declaratória e, mesmo implicitamente, contém uma ordem de fazer ou de não fazer. Além disso, não raras vezes ela reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia ou de entregar coisa.

Deveras, no âmbito dos mandados de segurança que versam sobre direito administrativo ou direito tributário, são frequentes as sentenças que delimitam todos os contornos do direito, constituindo um verdadeiro despropósito, *data venia*, que se exija a propositura e a tramitação de uma nova demanda apenas para, reiterando o que já foi juridicamente afirmado e determinado em caráter definitivo, acrescer-se uma fórmula sacramental condenatória, a conta de viabilizar a execução.

Importa destacar, nesse contexto, que a peculiaridade do rito do mandado de segurança encerra-se com a sentença. As limitações probatórias que caracterizam o rito da impetração não espraiam restrições para o momento posterior ao do julgamento, inexistindo qualquer incompatibilidade com as fases de liquidação e de cumprimento, assim como previstas na legislação processual civil.

Em síntese e por todos os ângulos que se examine a questão, a conclusão a que se chega é a de que, não fosse pelas Leis n. 5.021/64 e 11.232/2005, o Código de Processo Civil de 2015 tornou obsoleta e de todo superada a jurisprudência restritiva existente sobre a matéria.

Importa esclarecer, ainda, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (Resp 1.111.164/BA), julgada sob o regime dos recursos representativos de controvérsia do artigo 543-C do Código de Processo Civil, firmou o entendimento de que a prova dos recolhimentos indevidos será pressuposto indispensável à impetração, quando se postular juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, com a efetiva investigação da liquidez e certeza dos créditos, ou, ainda, na hipótese em que os efeitos da sentença supõem a efetiva homologação da compensação a ser realizada. Veja-se:

“TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPETRAÇÃO VISANDO EFEITOS JURÍDICOS PRÓPRIOS DA EFETIVA REALIZAÇÃO DA COMPENSAÇÃO. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. NECESSIDADE.

1. No que se refere a mandado de segurança sobre compensação tributária, a extensão do âmbito probatório está intimamente relacionada com os limites da pretensão nele deduzida. Tratando-se de impetração que se limita, com base na Súmula 213/STJ, a ver reconhecido o direito de compensar (que tem como pressuposto um ato da autoridade de negar a compensabilidade), mas sem fazer juízo específico sobre os elementos concretos da própria compensação, a prova exigida é a da “condição de credora tributária” (ERESP 116.183/SP, 1ª Seção, Min. Adhemar Maciel, DJ de 27.04.1998).

2. Todavia, será indispensável prova pré-constituída específica quando, à declaração de compensabilidade, a impetração agrega (a) pedido de juízo sobre os elementos da própria compensação (v.g.: reconhecimento do indébito tributário que serve de base para a operação de compensação, acréscimos de juros e correção monetária sobre ele incidente, inexistência de prescrição do direito de compensar), ou (b) pedido de outra medida executiva que tem como pressuposto a efetiva realização da compensação (v.g.: expedição de certidão negativa, suspensão da exigibilidade dos créditos tributários contra os quais se opera a compensação). Nesse caso, o reconhecimento da liquidez e certeza do direito afirmado depende necessariamente da comprovação dos elementos concretos da operação realizada ou que o impetrante pretende realizar. Precedentes da 1ª Seção (REsp 903.367/SP, Min. Denise Arruda, DJe de 22.09.2008) e das Turmas que a compõem.

3. No caso em exame, foram deduzidas pretensões que supõem a efetiva realização da compensação (suspensão da exigibilidade dos créditos tributários abrangidos pela compensação, até o limite do crédito da impetrante e expedição de certidões negativas), o que torna imprescindível, para o reconhecimento da liquidez e certeza do direito afirmado, a pré-constituição da prova dos recolhimentos indevidos.

4. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.” (REsp 111164/BA, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 25/05/2009) (grifei)

No mesmo sentido:

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TESE FIRMADA SOB O RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. ART. 1.036 E SEQUINTE DO CÓDIGO FUX. DIREITO DO CONTRIBUINTE À DEFINIÇÃO DO ALCANCE DA TESE FIRMADA NO TEMA 118/STJ (RESP 1.111.164/BA, DA RELATORIA DO EMINENTE MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI). INEXIGIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO, NO WRIT OF MANDAMUS, DO EFETIVO RECOLHIMENTO DO TRIBUTO, PARA O FIM DE OBTER DECLARAÇÃO DO SEU DIREITO À COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA, OBVIAMENTE SEM QUALQUER EMPECILHO À ULTERIOR FISCALIZAÇÃO DA OPERAÇÃO COMPENSATÓRIA PELO FISCO FEDERAL. A OPERAÇÃO DE COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA REALIZADA NA CONTABILIDADE DA EMPRESA CONTRIBUINTE FICA SUJEITA AOS PROCEDIMENTOS DE FISCALIZAÇÃO DA RECEITA COMPETENTE, NO QUE SE REFERE AOS QUANTITATIVOS CONFRONTADOS E À RESPECTIVA CORREÇÃO. RECURSO ESPECIAL DA CONTRIBUINTE A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.

1. *Esclareça-se que a questão ora submetida a julgamento encontra-se delimitada ao alcance da aplicação da tese firmada no Tema 118/STJ (REsp. 1.111.164/BA, da relatoria do eminente Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, submetido a sistemática do art. 543-C do CPC/1973), segundo o qual é necessária a efetiva comprovação do recolhimento feito a maior ou indevidamente para fins de declaração do direito à compensação tributária em sede de Mandado de Segurança.*

2. *A afetação deste processo a julgamento pela sistemática repetitiva foi decidida pela Primeira Seção deste STJ, em 24.4.2018, por votação majoritária; de qualquer modo, trata-se de questão vencida, de sorte que o julgamento do feito como repetitivo é assunto precluso.*

3. *Para se espancar qualquer dúvida sobre a viabilidade de se garantir, em sede de Mandado de Segurança, o direito à utilização de créditos por compensação, esta Corte Superior reafirma orientação unânime, inclusive consagrada na sua Súmula 213, de que o Mandado de Segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária.*

4. *No entanto, ao sedimentar a Tese 118, por ocasião do julgamento do REsp. 1.111.164/BA, da relatoria do eminente Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, a Primeira Seção desta Corte firmou diretriz de que, tratando-se de Mandado de Segurança que apenas visa à compensação de tributos indevidamente recolhidos, impõe-se delimitar a extensão do pedido constante da inicial, ou seja, a ordem que se pretende alcançar para se determinar quais seriam os documentos indispensáveis à propositura da ação. **O próprio voto condutor do referido acórdão, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC/1973, é expresso ao distinguir as duas situações, a saber: (...) a primeira, em que a impetração se limita a ver reconhecido o direito de compensar (que tem como pressuposto um ato da autoridade de negar a compensabilidade), mas sem fazer juízo específico sobre os elementos concretos da própria compensação; a outra situação é a da impetração, à declaração de compensabilidade, agrega (a) pedido de juízo específico sobre os elementos da própria compensação (v.g.: reconhecimento do indébito tributário que serve de base para a operação de compensação, acréscimos de juros e correção monetária sobre ele incidente, inexistência de prescrição do direito de compensar), ou (b) pedido de outra medida executiva que tem como pressuposto a efetiva realização da compensação (v.g.: expedição de certidão negativa, suspensão da exigibilidade dos créditos tributários contra os quais se opera a compensação).***

5. ***Logo, postulando o Contribuinte apenas a concessão da ordem para se declarar o direito à compensação tributária, em virtude do reconhecimento judicial transitado em julgado da ilegalidade ou inconstitucionalidade da exigência da exação, independentemente da apuração dos respectivos valores, é suficiente, para esse efeito, a comprovação de que o impetrante ocupa a posição de credor tributário, visto que os comprovantes de recolhimento indevido serão exigidos posteriormente, na esfera administrativa, quando o procedimento de compensação for submetido à verificação pelo Fisco.***

Ou seja, se a pretensão é apenas a de ver reconhecido o direito de compensar, sem abranger juízo específico dos elementos da compensação ou sem apurar o efetivo quantum dos recolhimentos realizados indevidamente, não cabe exigir do impetrante, credor tributário, a juntada da providência somente será levada a termo no âmbito administrativo, quando será assegurada à autoridade fazendária a fiscalização e controle do procedimento compensatório.

6. *Todavia, a prova dos recolhimentos indevidos será pressuposto indispensável à impetração, quando se postular juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, com a efetiva investigação da liquidez e certeza dos créditos, ou, ainda, na hipótese em que os efeitos da sentença supõem a efetiva homologação da compensação a ser realizada. Somente nessas hipóteses o crédito do contribuinte depende de quantificação, de modo que a inexistência de comprovação cabal dos valores indevidamente recolhidos representa a ausência de prova pré-constituída indispensável à propositura da ação mandamental.*

7. *Na hipótese em análise, em que se visa garantir a compensação de valores indevidamente recolhidos a título do PIS e da COFINS, calculados na forma prevista no art. 3o., § 1o. da Lei 9.718/1998, o Tribunal de origem manteve a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido, concedendo a segurança apenas para garantir a compensação dos valores indevidamente recolhidos, limitando-os, todavia, àqueles devidamente comprovados nos autos.*

8. *Ao assim decidir, o Tribunal de origem deixou de observar que o objeto da lide limitou-se ao reconhecimento do direito de compensar, e, nesse ponto, foi devidamente comprovada a liquidez e certeza do direito necessário à impetração do Mandado de Segurança, porquanto seria preciso tão somente demonstrar que a impetrante estava sujeita ao recolhimento do PIS e da COFINS, com base de cálculo prevista no art. 3o., § 1o. da Lei 9.718/1998, cuja obrigatoriedade foi afastada pelas instâncias ordinárias.*

9. *Extrai-se do pedido formulado na exordial que a impetração, no ponto atinente à compensação tributária, tem natureza preventiva e cunho meramente declaratório, e, portanto, a concessão da ordem postulada só depende do reconhecimento do direito de se compensar tributo submetido ao regime de lançamento por homologação. Ou seja, não pretendeu a impetrante a efetiva investigação da liquidez e certeza dos valores indevidamente pagos, apurando-se o valor exato do crédito submetido ao acervo de contas, mas, sim, a declaração de um direito subjetivo à compensação tributária de créditos reconhecidos com tributos vencidos e vincendos, e que estará sujeita a verificação de sua regularidade pelo Fisco.*

10. *Portanto, a questão debatida no Mandado de Segurança é meramente jurídica, sendo desnecessária a exigência de provas do efetivo recolhimento do tributo e do seu montante exato, cuja apreciação, repita-se, fica postergada para a esfera administrativa.*

11. *Recurso Especial da Contribuinte ao qual se dá parcial provimento, para reconhecer o direito à compensação dos valores de PIS e COFINS indevidamente recolhidos, ainda que não tenham sido comprovados nos autos.*

12. *Acórdão submetido ao regime do art. 1.036 do Código Fux, fixando-se a seguinte tese, apenas explicitadora do pensamento zavaskiano consignado no julgamento REsp. 1.111.164/BA: (a) tratando-se de Mandado de Segurança impetrado com vistas a declarar o direito à compensação tributária, em virtude do reconhecimento da ilegalidade ou inconstitucionalidade da exigência da exação, independentemente da apuração dos respectivos valores, é suficiente, para esse efeito, a comprovação de que o impetrante ocupa a posição de credor tributário, visto que os comprovantes de recolhimento indevido serão exigidos posteriormente, na esfera administrativa, quando o procedimento de compensação for submetido à verificação pelo Fisco; e (b) tratando-se de Mandado de Segurança com vistas a obter juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, com efetiva investigação da liquidez e certeza dos créditos, ou, ainda, na hipótese em que os efeitos da sentença supõem a efetiva homologação da compensação a ser realizada, o crédito do contribuinte depende de quantificação, de modo que a inexistência de comprovação cabal dos valores indevidamente recolhidos representa a ausência de prova pré-constituída indispensável à propositura da ação." (REsp 1715256/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/02/2019, DJe 11/03/2019) (grifei)*

No caso em tela, como a impetrante busca apenas a declaração do direito à compensação ou repetição tributária, é suficiente a comprovação de que ele ocupa a posição de credor tributário, uma vez que os comprovantes dos recolhimentos indevidos serão exigidos apenas posteriormente, na esfera administrativa.

In casu, a impetrante comprovou que se sujeita ao recolhimento da Taxa pela utilização do SISCOMEX, majorada.

Desse modo, desde que reconhecido o direito, há de ser admitida a compensação, dos valores recolhidos anteriormente à impetração, em montante a ser comprovado na esfera administrativa, com a apresentação das guias DARF correspondentes.

Passo ao exame do mérito.

A questão trazida aos presentes autos refere-se à possibilidade de a impetrante obter, em síntese, a declaração de inexigibilidade do recolhimento da Taxa de Utilização do SISCOMEX, no valor fixado por meio da Portaria MF n.º 257/2011.

A impetrante, ora apelante, impetrou o mandado de segurança n.º 0001014-56.2015.403.6119, em 8.4.2015, com o objetivo de obter o reconhecimento da inexigibilidade do recolhimento da Taxa de Utilização do SISCOMEX, no valor fixado por meio da Portaria MF n.º 257/2011; além do direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos.

O *decisum* prolatado, nos autos do citado Mandado de Segurança, denegou a ordem, porquanto dirigido a autoridade incompetente.

Desta feita, a impetrante, ora apelante, impetrou o presente *mandamus*.

Concedida a ordem, em primeiro grau, fora reconhecido o direito à compensação somente do período quinquenal que antecedeu a impetração deste feito.

O prazo prescricional a ser observado, na espécie, é o quinquenal, alcançando as parcelas recolhidas anteriormente a cinco anos da primeira impetração.

Destarte, no caso em questão, considerando a impetração anterior do Mandado de Segurança nº 0004014-56.2015.4.03.6119, em 8.4.2015, houve a interrupção da prescrição, que somente após o trânsito em julgado voltou a fluir para a cobrança dos créditos recolhidos indevidamente.

Nesse sentido, é a jurisprudência consolidada no STJ:

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 535, II, DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO PRAZO PRESCRICIONAL DA AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA. IMPETRAÇÃO ANTERIOR DE MANDADO DE SEGURANÇA. INTERRUPTÃO DA PRESCRIÇÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 168 DO CTN. INEXISTÊNCIA. PRAZO PRESCRICIONAL PARA A REPETIÇÃO DE TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. TEMA JÁ JULGADO EM SEDE DE RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA.

(...)

2. A jurisprudência deste STJ está sedimentada no sentido de que a impetração de mandado de segurança interrompe o prazo prescricional em relação à ação de repetição do indébito tributário, de modo que somente a partir do trânsito em julgado do mandamus inicia a contagem do prazo em relação à ação ordinária para a cobrança dos créditos recolhidos indevidamente. Precedentes: AgRg no REsp 1.348.276 / RS, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 18.12.2012; AgRg no Ag 1.240.674/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe 2.6.2010; AgRg no REsp 1.181.970/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 15.04.2010; REsp 1.181.834/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 17/08/2010; AgRg no REsp. n. 1.210.652 - RS, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 23.11.2010.”

(STJ, 2ª Turma, Min. Rel. Mauro Campbell Marques, Resp 1248277/PR, j. 04/08/15, DJe 12/08/15)

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. MANEJO ANTERIOR DE MANDADO DE SEGURANÇA. PRAZO PRESCRICIONAL. INTERRUPTÃO.

1. Entendimento deste Tribunal no sentido de que o manejo de mandado de segurança tem o condão de interromper o prazo prescricional em relação à ação de repetição de indébito tributário. Precedentes: REsp 1.181.834/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJ de 20/9/2010, AgRg no REsp 1.181.970/SP, Rel. Min. Humberto Martins, DJ 27/4/2010, AgRg no REsp 1.210.652/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ de 4/2/2011.

2. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 1.348.276 / RS, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 18.12.2012).

DIREITO TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. AGRAVO REGIMENTAL. ACÓRDÃO RECORRIDO. CONTRIBUIÇÃO AO PIS E COFINS. INTERRUPTÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL EM RAZÃO DA IMPETRAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ.

1. A impetração do mandado de segurança interrompe a fluência do prazo prescricional de modo que somente após o trânsito em julgado da decisão nele proferida é que voltará a fluir a prescrição da ação ordinária para a cobrança dos créditos recolhidos indevidamente referentes ao quinquênio que antecedeu a propositura do writ.

2. O entendimento esposado no acórdão recorrido está de acordo com a jurisprudência deste órgão jurisdicional, incidindo, pois, na espécie, o teor da Súmula 83/STJ.

3. Agravo regimental não provido (AgRg no Ag 1.240.674/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe 2.6.2010).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - INTERRUPTÃO DA PRESCRIÇÃO - TERMO A QUO DA PRESCRIÇÃO - AJUIZAMENTO DA AÇÃO MANDAMENTAL.

A impetração do mandado de segurança interrompe a fluência do prazo prescricional de modo que somente após o trânsito em julgado da decisão nele proferida é que voltará a fluir a prescrição da ação ordinária para a cobrança dos créditos recolhidos indevidamente referentes ao quinquênio que antecedeu a propositura do writ.

Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 1.181.970/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 15.04.2010).

PROCESSUAL CIVIL. REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO. PRAZO PRESCRICIONAL DA AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA. IMPETRAÇÃO ANTERIOR DE MANDADO DE SEGURANÇA. INTERRUPTÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 168 DO CTN. INEXISTÊNCIA.

1. A impetração de mandado de segurança interrompe o prazo prescricional em relação à ação de repetição do indébito tributário, de modo que somente a partir do trânsito em julgado do mandamus inicia a contagem do prazo em relação à ação ordinária para a cobrança dos créditos recolhidos indevidamente. Precedentes.

2. Recurso especial não provido (REsp 1.181.834/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 17/08/2010, DJe 20/09/2010).

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO. ANTERIOR IMPETRAÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA. PRAZO PRESCRICIONAL. INTERRUPTÃO.

1. A jurisprudência do STJ se firmou no sentido de que a impetração de Mandado de Segurança interrompe o prazo prescricional em relação à Ação de Repetição do Indébito tributário, iniciando-se a contagem do prazo em relação à ação ordinária para a cobrança dos créditos recolhidos indevidamente somente a partir do trânsito em julgado da impetração.

2. Agravo Regimental não provido (AgRg no REsp. n. 1.210.652 - RS, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 23.11.2010).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. INTERRUPTÃO DA PRESCRIÇÃO. TERMO A QUO DA PRESCRIÇÃO. AJUIZAMENTO DA AÇÃO MANDAMENTAL. A impetração do mandado de segurança interrompe a fluência do prazo prescricional de modo que somente após o trânsito em julgado da decisão nele proferida é que voltará a fluir a prescrição da ação ordinária para a cobrança dos créditos recolhidos indevidamente referentes ao quinquênio que antecedeu a propositura do writ. Agravo regimental improvido".

(STJ. AgREsp nº 1181970. 2ª Turma. Relator Ministro Humberto Martins. DJe de 27.04.2010)

Destarte, considerando a data da impetração n.º 0004014-56.2015.4.03.6119, em 8.4.2015, ocorreu a interrupção da prescrição em relação ao período pleiteado, permanecendo interrompido até a data do trânsito em julgado da decisão proferida, que se deu em 13.9.2017.

Frise-se que a interrupção da prescrição ocorre independentemente do resultado favorável do feito.

Tendo em conta que o prazo interrompido, recomeça a fluir a partir do marco inicial, no caso, o trânsito em julgado na ação mandamental n.º 0004014-56.2015.4.03.6119 (13.9.2017), tem-se que, com a distribuição do novo mandado de segurança em 2.9.2019, não decorreu o prazo quinquenal, devendo a presente decisão compreender o período pretendido desde 23.5.2011, data a partir da qual vigorou a Portaria MF n.º 257/2011.

Indo adiante, a Taxa de Utilização do SISCOMEX foi instituída por meio da Lei n.º 9.716/98, nos seguintes termos:

“Art. 3º Fica instituída a Taxa de Utilização do Sistema Integrado de Comércio Exterior - SISCOMEX, administrada pela Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda.

§1º A taxa a que se refere este artigo será devida no Registro da Declaração de Importação, à razão de: (Vide Medida Provisória nº 320, 2006)

I - R\$ 30,00 (trinta reais) por Declaração de Importação;

II - R\$ 10,00 (dez reais) para cada adição de mercadorias à Declaração de Importação, observado limite fixado pela Secretaria da Receita Federal.

§2º Os valores de que trata o parágrafo anterior poderão ser reajustados, anualmente, mediante ato do Ministro de Estado da Fazenda, conforme a variação dos custos de operação e dos investimentos no SISCOMEX.” (grifei)

Resta claro, portanto, que o artigo 3º, § 2º, da Lei n.º 9.716/1998 delegou ao Ministro da Fazenda, por meio de ato infralegal, o estabelecimento do reajuste anual da referida taxa, considerando a variação dos custos de operação e dos investimentos no SISCOMEX.

Ocorre que o entendimento do Supremo Tribunal Federal foi o de que viola o princípio da legalidade a possibilidade de reajuste anual, por ato do Ministro da Fazenda, “considerando a variação dos custos de operação e dos investimentos no SISCOMEX”, por se tratar de expressão aberta e pouco clara.

Assim, a questão da inconstitucionalidade da majoração da Taxa SISCOMEX restou pacificada no Supremo Tribunal Federal e nesta Terceira Turma, que reviu sua posição e passou a adotar a do Supremo Tribunal Federal.

Citem-se, a respeito, os seguintes precedentes recentes desta Terceira Turma:

“CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. TAXA DE UTILIZAÇÃO DO SISCOMEX. MAJORAÇÃO. ART. 3º, §2º, DA LEI 9.716/98 E PORTARIA MF 257/2011. INCONSTITUCIONALIDADE. QUESTÃO PACIFICADA NO STF. LIMITAÇÃO DO REAJUSTE AOS ÍNDICES DE CORREÇÃO MONETÁRIA. POSSIBILIDADE. APELAÇÃO DA IMPETRANTE PARCIALMENTE PROVIDA. APELO DA UNIÃO E REEXAME NECESSÁRIO IMPROVIDOS.

1. Sentença que concedeu parcialmente a ordem, para limitar o valor de cobrança da taxa SISCOMEX ao índice de reajuste de 131, 60% (INPC) e declarou o direito da impetrante à compensação ou restituição dos valores recolhidos em montante superior ao devido.

2. Cinge-se a controvérsia à constitucionalidade da majoração dos valores da Taxa de Siscomex promovida pela Portaria MF n.º 257/2011, editada com fundamento no parágrafo 2º do artigo 3º da Lei n.º 9.716/98 e ao afastamento do limite do índice acumulado do INPC, fixado pela sentença, in casu.

3. Tendo em vista a existência de recentes precedentes proferidos pelo C. STF pela inconstitucionalidade da majoração, os quais conduzem a conclusão no sentido de que atualmente se encontra pacificada a questão tanto na Primeira quanto na Segunda Turma da Suprema Corte, impõe-se a revisão do posicionamento que até então vinha sendo adotado.

4. A 2ª Turma do STF concluiu que “a delegação contida no art. 3º, § 2º, da Lei n.º 9.716/98 restou incompleta ou defeituosa, pois o legislador não estabeleceu o desenho mínimo que evitasse o arbítrio fiscal”. (RE 1095001 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 06/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-103 DIVULG 25-05-2018 PUBLIC 28-05-2018). Assim, decidiu que a majoração estabelecida pela Portaria MF n.º 257/2011, considerando a variação dos custos de operação e dos investimentos no SISCOMEX, viola o princípio da legalidade, entendimento este que passou a ser perfilhado pela 1ª Turma da Suprema Corte, consoante restou consignado no julgamento do RE 1155381, em 22-03-2019.

5. A questão foi incluída pela própria Procuradoria Geral da Fazenda Nacional na lista de dispensa de contestação e recursos de que trata o art. 2º, VII e §§ 4º e 5º, da Portaria PGFN n.º 502/2016.

6. O afastamento do reajuste, na forma promovida pela Portaria MF n.º 257/2011, não impede a incidência de atualização monetária, por meio da aplicação de índices oficiais, consoante o entendimento firmado pelo STF. A propósito, o C. STF, ao afastar a majoração promovida pela Portaria MF n.º 257/2011, reiteradamente vem decidindo por limitar o reajuste da taxa aos índices oficiais de correção monetária acumulados no período.

7. Como consectário lógico, de rigor o acolhimento do pedido formulado pela parte autora no tocante à repetição de indébito dos valores recolhidos em montante superior ao devido, referentes aos cinco anos antecedentes ao ajuizamento da ação, a qual poderá ser efetivada em fase de cumprimento de sentença ou na via administrativa.

8. Aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito a partir do recolhimento indevido a título de correção monetária. A SELIC, por englobar correção monetária e juros de mora, não pode ser cumulada com nenhum outro índice.

9. A sentença deve ser reformada para que seja julgado parcialmente procedente o pedido a fim de afastar a majoração da Taxa Siscomex, na forma promovida pela Portaria MF n.º 257/11, bem como para afastar o limite do índice acumulado do INPC, aplicado in casu, ressalvando-se a incidência de atualização monetária com a aplicação de índices oficiais acumulados no período (janeiro de 1999 e abril de 2011), bem como para assegurar a repetição do indébito dos valores recolhidos em montante superior ao devido, referentes aos cinco anos antecedentes ao ajuizamento da ação, a qual poderá ser efetivada em fase de cumprimento de sentença ou na via administrativa.

10. Apelação da impetrante parcialmente provida. Apelação da União e reexame necessário não providos.” (TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000715-44.2019.4.03.6119, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 23/08/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 03/09/2019) (grifei)

“TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA. MANDADO DE SEGURANÇA. TAXA DE UTILIZAÇÃO DO SISCOMEX. AUMENTO PELA PORTARIA MF 257/11. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE CRITÉRIO QUANTITATIVO NO ARTIGO 3º, §2º, DA LEI 9.716/98 PARA MAJORAÇÃO PRETENDIDA. COMPENSAÇÃO DEFERIDA COM TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL, À EXCEÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. APELO DO CONTRIBUINTE PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Em primeiro, não se perca de vista que a fiscalização do comércio exterior é atividade relacionada ao Poder de Polícia estatal, nos termos do artigo 77 do Código Tributário Nacional:

2. Nos termos da legislação que rege o SISCOMEX, a taxa de utilização do sistema, prevista no artigo 3º da Lei 9.716/98, aplica-se às importações realizadas a partir de 1º de janeiro de 1999, decorrendo a Portaria MF n.º 257/11 de delegação ao Ministro da Fazenda, observada a variação dos custos de operação e de investimentos no sistema eletrônico.

3. Contudo, na esteira do que decidiu, por unanimidade, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal no RE/SC 1095001 AgR, a lei de regência haveria de ter fixado parâmetros mínimos para majoração da taxa de modo a evitar eventual arbitrariedade por parte do executivo, o que não ocorreu.

4. A Lei 9.716/98, ao não fixar critérios mínimos para majoração da taxa (aspecto quantitativo), deu plena liberdade ao executivo para exercer, ao seu alvedrio, o poder de legislar sobre a matéria, o que vai de encontro ao princípio da estrita legalidade tributária, o qual estatui a vedação de exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça.

5. Tenha-se em vista, ademais, que a Portaria MF n.º 257/2011 acabou por majorar a taxa SISCOMEX em cerca de 500%, restando configurada também a clara desproporcionalidade da medida.

6. Caracterizada a infringência ao princípio da legalidade já que a Lei nº 9.716/98, artigo 3º, § 2º, delegou ao Ministro da Fazenda o estabelecimento, por meio de ato infralegal, do reajuste anual da taxa Siscomex sem a fixação de critérios mínimos a tal.

7. Reconhecido o direito, exsurge a possibilidade à compensação. A compensação, contudo, deverá observar a diferença entre o valor recolhido com base na Portaria MF nº 257/2011, ora afastada, e aquele previsto na Lei 9.716/98, devidamente atualizado com índices oficiais, de modo a propiciar equilíbrio na relação entre as partes e evitar indevido prejuízo ao Fisco.

8. A compensação será efetuada, observada a prescrição quinquenal dos valores recolhidos indevidamente, com tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, com exceção das contribuições previdenciárias, bem como observando-se a regra do artigo 170-A do CTN e a lei em vigor no momento do ajuizamento da ação, com correção monetária pela SELIC.

9. Apelo do contribuinte parcialmente provido.”

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5003859-11.2018.4.03.6103, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 25/07/2019, Intimação via sistema DATA: 29/07/2019) (grifei)

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. TAXA DE UTILIZAÇÃO DO SISCOMEX. MAJORAÇÃO POR PORTARIA DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. AFRONTA À LEGALIDADE TRIBUTÁRIA. DIREITO À COMPENSAÇÃO.

1. Questão decidida pelo Supremo Tribunal Federal cujos precedentes se seguem: RE 959.284-AgR, redator do acórdão Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJE 29/08/2017; RE-AgR 1.095, relator Ministro Dias Toffoli, Segunda Turma, DJE 28/05/2018; RE 1.126.958-AgR, relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJE 27/04/2018 e RE 1.132.699, relator Ministro Edson Fachin, DJE; 18/06/2018.

2. Reconhecimento do direito de a impetrante recolher a taxa de utilização do sistema integrado de comércio exterior – SISCOMEX a partir dos valores vigentes anteriormente à edição da Portaria nº 257/11, reajustados pela SELIC.

3. Conforme entendimento pacificado no STF (RE 566.621/RS) e no STJ (REsp 1.269.570/MG), para as ações ajuizadas após a entrada em vigor da Lei Complementar 118/2005 (de 09.06.2005), o prazo de prescrição é quinquenal.

4. A compensação deverá ser realizada nos termos do artigo 74 da Lei nº 9.430/96 com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02. Precedentes do STJ.

5. A compensação não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, nos termos da jurisprudência sedimentada do Superior Tribunal de Justiça.

6. A taxa SELIC é o índice aplicável como critério de correção monetária, cujo termo inicial é a data do pagamento indevido. Precedentes do STJ.

7. Ressalvado o direito da autoridade administrativa em proceder à plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, exatidão dos números e documentos comprobatórios, "quantum" a compensar e conformidade do procedimento adotado com a legislação de regência.” (TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5003574-52.2017.4.03.6103, Rel. Desembargador Federal Nilton Agnaldo Moraes Dos Santos, Rel. para acórdão Juiz Federal Márcio Catapani, julgado em 01/07/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 08/07/2019)

Afastada a majoração, por sentença, a União deixou de recorrer quanto ao mérito, limitando-se a arguir a possibilidade de correção monetária da taxa Siscomex.

Assiste razão à recorrente.

A jurisprudência do STF reconhece que o afastamento da majoração, na forma promovida pela Portaria MF n.º 257/2011, não impede a incidência de atualização monetária, por meio da aplicação de índices oficiais. *Verbis*:

“Agravo regimental no recurso extraordinário. Taxa SISCOMEX. Majoração. Portaria. Delegação. Artigo 3º, § 2º, Lei nº 9.716/98. Ausência de balizas mínimas definidas em lei. Princípio da Legalidade. Violação. Atualização. Índices oficiais. Possibilidade. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem acompanhado um movimento de maior flexibilização do Princípio da Legalidade em matéria de delegação legislativa, desde que o legislador estabeleça o desenho mínimo que evite o arbítrio. 2. Diante dos parâmetros já traçados na jurisprudência da Corte, a delegação contida no art. 3º, § 2º, da Lei nº 9.716/98 restou incompleta ou defeituosa, pois o legislador não estabeleceu o desenho mínimo que evitasse o arbítrio fiscal. 3. Esse entendimento não conduz a invalidade da taxa SISCOMEX, tampouco impede que o Poder Executivo atualize os valores previamente fixados na lei, de acordo com os índices oficiais, conforme amplamente aceito na jurisprudência da Corte. 4. Agravo regimental não provido. 5. Não se aplica ao caso dos autos a majoração dos honorários prevista no art. 85, § 11, do novo Código de Processo Civil, uma vez que não houve o arbitramento de honorários sucumbenciais.”

(RE 1095001 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 06/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-103 DIVULG 25-05-2018 PUBLIC 28-05-2018)

Destarte, embora a impetrante, em seu pedido inicial, pretenda afastar integralmente a majoração promovida pela Portaria MF nº 257/2011, entendo que o reajuste é indevido apenas no montante que superar os índices de correção monetária acumulados no período.

Nesse passo, merece parcial reforma a sentença.

Indo adiante, o índice a ser observado na atualização monetária da Taxa Siscomex, de acordo com o entendimento firmado por esta Corte, é o INPC, cujo percentual acumulado no período de janeiro de 1999 a abril de 2011 é de 131,60% (cento e trinta e um ponto sessenta por cento).

A corroborar o entendimento acima esposado colho os seguintes precedentes:

“CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. TAXA DE UTILIZAÇÃO DO SISCOMEX. MAJORAÇÃO. ART. 3º, § 2º, DA LEI 9.716/98 E PORTARIA MF 257/2011. INCONSTITUCIONALIDADE. QUESTÃO PACIFICADA NO STF. LIMITAÇÃO DO REAJUSTE AOS ÍNDICES DE CORREÇÃO MONETÁRIA. POSSIBILIDADE. REMESSA OFICIAL PARCIALMENTE PROVIDA.

1. Sentença que julgou procedente o pedido e concedeu a segurança para afastar a majoração da Taxa Siscomex, na forma promovida pela Portaria MF nº 257/11 e reconhecer o direito à repetição do indébito dos valores recolhidos em montante superior ao devido.

2. A controvérsia cinge-se à possibilidade de atualização monetária do valor da taxa em análise, de acordo com os índices oficiais e consequente reconhecimento do direito à repetição do indébito na via administrativa.

3. Tendo em vista a existência de recentes precedentes proferidos pelo C. STF pela inconstitucionalidade da majoração, os quais conduzem a conclusão no sentido de que atualmente se encontra pacificada a questão tanto na Primeira quanto na Segunda Turma da Suprema Corte, impõe-se a revisão do posicionamento que até então vinha sendo adotado.

4. A 2ª Turma do STF concluiu que “a delegação contida no art. 3º, § 2º, da Lei nº 9.716/98 restou incompleta ou defeituosa, pois o legislador não estabeleceu o desenho mínimo que evitasse o arbítrio fiscal”. (RE 1095001 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 06/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-103 DIVULG 25-05-2018 PUBLIC 28-05-2018). Assim, decidiu que a majoração estabelecida pela Portaria MF nº 257/2011, considerando a variação dos custos de operação e dos investimentos no SISCOMEX, viola o princípio da legalidade, entendimento este que passou a ser perflhado pela 1ª Turma da Suprema Corte, consoante restou consignado no julgamento do RE 1155381, em 22-03-2019.

5. A questão foi incluída pela própria Procuradoria Geral da Fazenda Nacional na lista de dispensa de contestação e recursos de que trata o art. 2º, VII e §§ 4º e 5º, da Portaria PGFN nº 502/2016.

6. O afastamento do reajuste, na forma promovida pela Portaria MF nº 257/2011, não impede a incidência de atualização monetária, por meio da aplicação de índices oficiais, consoante o entendimento firmado pelo STF. A propósito, o C. STF, ao afastar a majoração promovida pela Portaria MF nº 257/2011, reiteradamente vem decidindo por limitar o reajuste da taxa aos índices oficiais de correção monetária acumulados no período.

7. O índice a ser observado na atualização monetária da SISCOMEX, de acordo com o entendimento firmado por esta turma julgadora, é o INPC, cujo percentual acumulado no período de janeiro de 1999 a abril de 2011 é de 131,60% (cento e trinta e um ponto sessenta por cento).

8. Como consectário lógico, de rigor o acolhimento do pedido formulado pela parte autora no tocante à repetição de indébito dos valores recolhidos em montante superior ao devido, referentes aos cinco anos antecedentes ao ajuizamento da ação, a qual poderá ser efetivada em fase de cumprimento de sentença ou na via administrativa (no artigo 170-A do CTN).

9. Aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito a partir do recolhimento indevido a título de correção monetária. A SELIC, por englobar correção monetária e juros de mora, não pode ser cumulada com nenhum outro índice.

10. A sentença deve ser parcialmente reformada para que seja julgado procedente em parte o pedido a fim de afastar a majoração da Taxa Siscomex, na forma promovida pela Portaria MF n.º 257/11, ressaltando-se a incidência de atualização monetária mediante a aplicação do INPC acumulado no período de janeiro de 1999 a abril de 2011 (131,60%), bem como para assegurar a repetição do indébito dos valores recolhidos em montante superior ao devido, referentes aos cinco anos antecedentes ao ajuizamento da ação, a qual poderá ser efetivada em fase de cumprimento de sentença ou na via administrativa.

11. Remessa necessária parcialmente provida.”

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 5002405-56.2019.4.03.6104, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 21/02/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 02/03/2020)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TAXA SISCOMEX. COMPENSAÇÃO DA DIFERENÇA ENTRE O VALOR DA TAXA INSTITUÍDO PELA PORTARIA MF 257/2011 E AQUELE FIXADO PELA LEI 9.716/98. INPC DE JANEIRO DE 1999 A ABRIL DE 2011. CORREÇÃO DO INDÉBITO PELA SELIC. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS SEM EFEITOS INFRINGENTES.

1. A embargante, busca, nitidamente, com a oposição dos embargos de declaração, a alteração do mérito da decisão.

2. No caso concreto, constam no acórdão embargado, explicitamente, as razões que levaram à conclusão de que a compensação deverá observar a diferença entre o valor recolhido com base na Portaria MF nº 257/2011 e aquele previsto na Lei 9.716/98, devidamente atualizado com índices oficiais, de modo a propiciar equilíbrio na relação entre as partes e evitar indevido prejuízo ao Fisco.

3. A decisão proferida vem com esteio no RE/SC 1095001, cuja decisão foi corroborada no Ag. Reg. no RE 1.130.979, o qual fixa o INPC como índice oficial a ser observado na atualização da Taxa Siscomex, com restituição dos valores (diferença) pela SELIC.

4. Assim, é de se salientar que em relação à respectiva decisão não houve omissão apta a ensejar a infringência do julgado, restando, tão somente, nesta oportunidade, esclarecida a forma de atualização da taxa SISCOMEX (INPC entre janeiro de 1999 e abril de 2011), conforme, aliás, decidiu o STF.

5. Uma vez reconhecido o direito, é consequência lógica a inexigibilidade da taxa ilegalmente majorada, razão pela qual deverá ser exigida nos termos desta decisão.

6. Embargos de Declaração acolhidos sem efeitos infringentes.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5003499-28.2018.4.03.6119, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 29/01/2020, Intimação via sistema DATA: 31/01/2020)

“A Portaria MF nº 257/2011 viola ao princípio da legalidade, pois estabeleceu por meio de ato normativo infralegal a majoração da Taxa de Utilização do SISCOMEX quando a Lei nº 9.716/98 não fixou balizas mínimas para eventuais reajustes da referida taxa. A Portaria elevou a taxa de utilização no SISCOMEX de R\$ 30,00 para R\$ 185,00 por declaração de importação e de R\$ 10,00 para R\$ 29,50 para cada adição de mercadorias à DI, de forma que tal majoração extrapola claramente a mera atualização dos valores pelos índices oficiais de correção monetária.

- Precedentes do C. STF e desta E. Corte.

- Quanto à atualização da taxa SISCOMEX, a jurisprudência do STF é no sentido de permitir que o Poder Executivo atualize os valores fixados em lei para a referida taxa em percentual não superior aos índices oficiais de correção monetária, e a manutenção da majoração até o limite da variação do INPC no período: (RE 1095001 e RE 1111866).

- Nos termos em que explicitado no RE 1.111.866, a variação da inflação medida pelo INPC no período de 01 de janeiro de 1999 a 30 de abril de 2001 foi de 131,60%, e este deve ser o índice de reajuste a ser aplicado.

- Dessa forma, enquanto não sobrevier novo ato Executivo fixando os novos valores da taxa Siscomex, é possível apenas sua correção pelo índice oficial da inflação (ficando restrita a legalidade à exigência do reajuste de 131,60%, correspondente à variação de preços, medida pelo INPC, entre janeiro de 1999 e abril de 2011).

- A autora comprovou a condição de contribuinte, ficando autorizada, administrativamente, a apresentar outros documentos que sejam considerados necessários e/ou imprescindíveis, ficando a cargo da autoridade administrativa a fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem restituídos e a exatidão dos números.

- A compensação dos valores pagos indevidamente, corrigidos pela taxa SELIC, pode ser realizada com quaisquer tributos administrados pela Receita Federal do Brasil, conforme o art. 74 da Lei nº 9.430, de 1996, com a redação da Lei nº 10.637, de 2002, observando-se ainda o disposto no art. 170-A do CTN e no art. 26-A da Lei 11.457/07.

- Considerando o valor da causa (R\$ 96.324,00 em 23/10/2017), bem como a matéria discutida nos autos, o trabalho realizado e o tempo exigido, inverteo os ônus de sucumbência e condeno a União no pagamento dos honorários advocatícios, ora fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa.

-Apelação provida.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5003185-70.2017.4.03.6102, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 03/03/2020, Intimação via sistema DATA: 05/03/2020)

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada nos termos do artigo 74 da Lei nº 9.430/96 com as modificações perpetradas pelas Leis nºs 10.637/02 e 13.670/2018, uma vez que era essa a legislação vigente na data do ajuizamento da presente demanda, conforme jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, confira-se:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

5. Consectariamente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.

7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor; o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.

13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."

14. Consequentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF). (Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

Ademais, conforme a jurisprudência acima colacionada e tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

Cabe acrescer, por fim, que, em razão do presente *mandamus* ter sido impetrado após a entrada em vigor da Lei n.º 13.670/2018, que revogou o art. 26 da Lei n.º 11.457/2007, não se aplica mais a vedação da compensação dos valores recolhidos indevidamente com as contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei n.º 8.212/1991. No entanto, deve-se observar o quanto disposto no art. 26-A da Lei n.º 11.457/2007, incluído pela Lei n.º 13.670/2018.

Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, veja-se:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. *A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).*

2. *É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4º 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).*

3. *A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.*

4. *A Tabela Única aprovada pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação/repetição de indébito, quais sejam: (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDcl no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).*

5. *Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).*

6. O prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/05 (09.06.2005), nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.") (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: RESP 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009).

7. Outrossim, o artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

8. Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010)

Finalmente, o termo inicial para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário é a data do pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior; que ora colaciono:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNBEN. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL. APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.250/95. DESDE O RECOLHIMENTO INDEVIDO. SÚMULA 83/STJ

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nas ações de restituição de tributos federais, antes do advento da Lei 9.250/95, incide a correção monetária desde o pagamento indevido (no caso, no momento da indevida retenção do IR) até a restituição ou a compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros moratórios a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), na forma do art. 167, parágrafo único, do CTN.

3. Ocorre que, com o advento do referido diploma, passou-se a incidir a Taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou a partir de 1º de janeiro de 1996 (caso o recolhimento tenha ocorrido antes dessa data).

Agravo regimental improvido."

(AgRg no AgRg no AREsp 536.348/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014)

Ante o exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** à remessa oficial e ao recurso de apelação, para reformando em parte a sentença, **CONCEDER EM PARTE** a ordem, ficando afastada a majoração da Taxa Siscomex, na forma promovida pela Portaria MF n.º 257/11, mas com a ressalva da incidência de atualização monetária, pela aplicação do percentual de 131,60%, correspondente à variação de preços, medida pelo INPC, entre janeiro de 1999 e abril de 2011; e, **DOU PROVIMENTO** ao recurso adesivo para, reconhecer a interrupção da prescrição e autorizar a compensação dos valores, desde 23.5.2011.

É o voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. ADUANEIRO. MANDADO DE SEGURANÇA. CABIMENTO. PRESCRIÇÃO INTERRUPTIVA. TAXA SISCOMEX. INCONSTITUCIONALIDADE DA MAJORAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. INPC.

1. Preliminar de inadequação da via eleita rejeitada, porquanto no presente *writ* a impetrante visa assegurar direito líquido e certo a inexistência da majoração da Taxa Siscomex. A matéria discutida no presente feito não está sendo tratada em tese, mas aplicada ao caso concreto, por isso não há que se falar em aplicação da Súmula 266, do STF (Não cabe Mandado de Segurança contra lei em tese).

2. Ainda que se considere que, no mandado de segurança, a sentença não é, propriamente, condenatória, dúvida não há de que, invariavelmente, ela possui eficácia declaratória e, mesmo implicitamente, contém uma ordem de fazer ou de não fazer. Além disso, não raras vezes ela reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia ou de entregar coisa.

3. No âmbito dos mandados de segurança que versam sobre direito administrativo ou direito tributário, são frequentes as sentenças que delimitam todos os contornos do direito, constituindo um verdadeiro despropósito que se exija a propositura e a tramitação de uma nova demanda apenas para, reiterando o que já foi juridicamente afirmado e determinado em caráter definitivo, acrescer-se uma fórmula sacramental condenatória, a conta de viabilizar a execução, destarte, não mais prospera o entendimento de que o mandado de segurança não pode ser usado como substitutivo de ação de cobrança.

4. Contudo, segundo o entendimento proferido no REsp n.º 1.111.164/BA, julgado sob o regime dos recursos representativos de controvérsia do artigo 543-C do CPC/73, se o impetrante busca apenas a declaração do direito à compensação tributária, é suficiente a comprovação de que ele ocupa a posição de credor, uma vez que os comprovantes dos recolhimentos indevidos serão exigidos apenas posteriormente, na esfera administrativa. Precedentes do STJ.

5. A jurisprudência do STJ está sedimentada no sentido de que, a impetração de mandado de segurança interrompe o prazo prescricional para a ação de repetição do indébito, de modo que, somente a partir do trânsito em julgado do *mandamus*, reinicia-se a contagem do prazo prescricional.

6. A Taxa de Utilização do SISCOMEX foi instituída por meio da Lei n.º 9.716/98.

7. O entendimento do STF foi o de que viola o princípio da legalidade a possibilidade de reajuste anual, por ato do Ministro da Fazenda, “considerando a variação dos custos de operação e dos investimentos no SISCOMEX”, por se tratar de expressão aberta e pouco clara. Art. 3º, §2º, Lei n.º 9.716/98.

8. Assim, a questão da inconstitucionalidade da majoração da Taxa SISCOMEX restou pacificada no STF e nesta Terceira Turma, que reviu sua posição e passou a adotar a do STF. Precedentes.

9. A jurisprudência do STF reconhece que o afastamento da majoração da Taxa Siscomex, na forma promovida pela Portaria MF n.º 257/2011, não impede a incidência de atualização monetária, por meio da aplicação de índices oficiais.

10. O índice a ser observado na atualização monetária da Taxa Siscomex, de acordo com o entendimento firmado por esta Corte, é o INPC, cujo percentual acumulado no período de janeiro de 1999 a abril de 2011 é de 131,60% (cento e trinta e um pontos e sessenta por cento).

11. Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada nos termos do artigo 74 da Lei n.º 9.430/96 com as modificações perpetradas pelas Leis n.ºs 10.637/02 e 13.670/2018, uma vez que era essa a legislação vigente na data do ajuizamento da presente demanda. REsp n.º 1137738/SP.

12. É necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do CTN, sendo aplicável a taxa SELIC como índice de correção monetária, desde a data do pagamento indevido. REsp n.º 1112524/DF; AgRg no AgRg no AREsp n.º 536.348.

13. Remessa oficial e recurso de apelação providos em parte para, reformando em parte a sentença, conceder parcialmente a ordem, afastando-se a majoração da Taxa Siscomex, na forma promovida pela Portaria MF n.º 257/11, mas com a ressalva da incidência de atualização monetária, pela aplicação do percentual de 131,60%, correspondente à variação de preços, medida pelo INPC, entre janeiro de 1999 e abril de 2011. Recurso adesivo provido para, reconhecer a interrupção da prescrição e autorizar a compensação dos valores, desde 23.5.2011.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, DEU PARCIAL PROVIMENTO à remessa oficial e ao recurso de apelação, para reformando em parte a sentença, CONCEDER EM PARTE a ordem, ficando afastada a majoração da Taxa Siscomex, na forma promovida pela Portaria MF n.º 257/11, mas com a ressalva da incidência de atualização monetária, pela aplicação do percentual de 131,60%, correspondente à variação de preços, medida pelo INPC, entre janeiro de 1999 e abril de 2011; e, DEU PROVIMENTO ao recurso adesivo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5006195-27.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: FORMI FRUCHI INDUSTRIA E COMERCIO MOVEIS LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: RODRIGO OTAVIO DA SILVA - SP213046-N

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5006195-27.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: FORMI FRUCHI INDUSTRIA E COMERCIO MOVEIS LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: RODRIGO OTAVIO DA SILVA - SP213046-N

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento contra indeferimento, em execução fiscal, de pedido de suspensão ou cancelamento do leilão do bem penhorado.

Alegou-se que o edital de leilão contém vícios, devendo ser anulada a designação, pois não houve intimação de credores com penhoras registradas anteriormente, existe irregularidade no valor da segunda hasta pública e deve ser reavaliado o imóvel, a publicação pode ser resumida sem dispensar o conteúdo essencial nos termos do artigo 886, CPC, e a intimação de terceiros não pode ser realizada por telegrama com base no artigo 274, CPC.

Indeferida a antecipação de tutela recursal, a agravante opôs embargos de declaração, que foram rejeitados.

Houve contrarrazões.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5006195-27.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: FORMI FRUCHI INDUSTRIA E COMERCIO MOVEIS LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: RODRIGO OTAVIO DA SILVA - SP213046-N
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

VOTO

Senhores Desembargadores, impugnou edital de leilão por variados fundamentos.

Sucedo que, posteriormente, o leilão objeto do edital impugnado foi suspenso, tendo sido determinada nova praça, em 08/10/2019, com publicação de outro edital.

Assim, uma vez que o edital versado no presente agravo foi tornado sem efeito em razão da suspensão do leilão, com a publicação de outro edital, resta configurada a superveniente perda de interesse recursal, dado que insubsistente o objeto impugnado.

Ante o exposto, comesteio no artigo 932, III, do Código de Processo Civil, julgo prejudicado o agravo de instrumento.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EDITAL DE LEILÃO. NULIDADE. NOVA PUBLICAÇÃO. PERDA DE OBJETO.

1. Tornado sem efeito o edital de leilão, impugnado no recurso, com a designação de nova praça e publicação de outro edital, resta caracterizada a superveniente perda do interesse recursal.
2. Agravo de instrumento prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, com esteio no artigo 932, III, do Código de Processo Civil, julgou prejudicado o agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016380-90.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: PMO CONSTRUCOES LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: MAYARA NOVAES MENDES DA SILVA - SP332277-A, BRUNO SCHOUERI DE CORDEIRO - SP238953-A, VIVIANE SIQUEIRALEITE - SP218191-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Providencie a parte agravante, no prazo de 05 (cinco) dias, a juntada da respectiva guia de recolhimento (GRU JUDICIAL), referentes ao pagamento das custas de preparo, sob pena de negativa de seguimento ao presente recurso.

Intime-s

São Paulo, 19 de junho de 2020.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5002493-85.2019.4.03.6107

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

PARTE AUTORA: JOSE CARLOS DE SOUZA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: ROGERIO ROCHA DE FREITAS - SP225097-N

PARTE RÉ: GERENTE DA AGENCIA EXECUTIVA DO INSS ARAÇATUBA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5002493-85.2019.4.03.6107

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

PARTE AUTORA: JOSE CARLOS DE SOUZA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: ROGERIO ROCHA DE FREITAS - SP225097-N

PARTE RÉ: GERENTE DA AGENCIA EXECUTIVA DO INSS ARAÇATUBA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por **José Carlos de Souza** em face do Gerente Executivo do Instituto Nacional do Seguro Social de Andradina/SP, objetivando provimento jurisdicional que determine à autoridade coatora proceder à implantação de seu benefício previdenciário.

A liminar foi indeferida (ID 124842702).

A MM. Juíza *a quo* concedeu a segurança (ID 124842712).

Vieram os autos para o reexame necessário.

A Procuradoria Regional da República, em parecer da lavra do Dr. Márcio Domene Cabrini, opinou pelo desprovimento da remessa necessária (ID 127938195).

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5002493-85.2019.4.03.6107

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

PARTE AUTORA: JOSE CARLOS DE SOUZA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: ROGERIO ROCHA DE FREITAS - SP225097-N

PARTE RÉ: GERENTE DA AGENCIA EXECUTIVA DO INSS ARAÇATUBA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Trata-se de mandado de segurança impetrado com o fito de obter provimento jurisdicional que determine à autoridade coatora proceder à implantação do benefício previdenciário do impetrante.

Como é cediço, cabe à Administração Pública respeitar o princípio da razoável duração do processo, constante no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.

Nesse sentido, a Lei nº 9.784/1999 determina ao Poder Público o prazo de até 30 (trinta) dias, contados do momento em que concluída a instrução, para emitir decisão em processos administrativos de sua competência. *In verbis:*

"Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada".

O impetrante alega que recorreu da decisão administrativa que indeferiu o seu pedido de aposentadoria por tempo de contribuição, tendo a 3ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos da Previdência Social dado parcial provimento ao recurso, reconhecendo como período especial de trabalho de 19.11.2003 a 30.09.2012 e, conseqüentemente, determinando a concessão do benefício pleiteado, com o encaminhamento do processo à APS de origem em 23.07.2019, para a implantação da aposentadoria do impetrante, todavia, até a data da impetração do presente *mandamus* (21.09.2019), ainda não existia qualquer perspectiva de cumprimento da decisão.

A autoridade impetrada, por sua vez, procedeu à implantação do benefício somente em 10.10.2019, após notificada para prestar informações nos autos (ID 124842706), extrapolando, assim, os limites da razoabilidade em relação à demora no cumprimento da decisão administrativa recursal.

A respeito do tema, colhem-se os seguintes precedentes:

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO. ART. 5º, LXXVIII, DA CF. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSOS. TRASLADO DE PEÇAS. POSSIBILIDADE. CELERIDADE. ÔNUS DAS PARTES. ATUAÇÃO. RECURSO NÃO-CONHECIDO. 1. "A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" (art. 5º, LXXVIII, da CF). 2. Devem as partes colaborar no andamento do processo com o escopo de se chegar a um provimento jurisdicional final em tempo moderado. 3. Recurso não-conhecido". ..EMEN:(RESP 200701513930, ARNALDO ESTEVES LIMA, STJ- QUINTA TURMA, DJE DATA:01/02/2010 ..DTPB:.)

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ANÁLISE DE PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO. LEI Nº 9.784/99. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. 1 - Os artigos 48 e 49 da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estipulam o prazo de até 30 (trinta) dias, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada, para Administração explicitamente emitir decisão nos processos administrativos. 2 - A Administração Pública deve examinar e decidir os requerimentos que lhe sejam submetidos à apreciação, no prazo legal, sob pena de violação aos princípios da eficiência e da razoável duração do processo, conforme preceituam as Leis ns. 9.784/99 e 11.457/07, bem como os artigos 5º, inciso LXXVIII e 37, caput, da Constituição da República, que a todos assegura o direito à celeridade na tramitação dos procedimentos administrativos. 3 - Remessa oficial não provida". (REO 00097112820094036100, DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/12/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

"PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MOROSIDADE ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. [...] II - De acordo com os documentos juntados aos autos demonstram, de plano a delonga da Administração na verificação do preenchimento das exigências legais para o deferimento do pleito. Portanto, não há qualquer justificação plausível por parte da autoridade para a demora na análise do processo administrativo, em ofensa aos princípios constitucionais e administrativos da moralidade, eficiência, continuidade do serviço público e razoabilidade. III - Agravo legal não provido".(AMS 00218437820134036100, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/12/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

"DIREITO DE PETIÇÃO. OBTENÇÃO DE RESPOSTA. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ILEGALIDADE. 1. Assiste direito líquido e certo à impetrante, de receber uma resposta da Administração Pública, acerca do requerimento formulado. 2. Todas as pessoas, físicas e jurídicas, têm assegurado o direito de invocar o Poder Público, a fim de receber uma resposta acerca de uma determinada questão ou situação considerada abusiva ou contrária ao direito. 3. Cuida-se do direito de petição (art. 5º, XXXIV, "a", da CF), no qual se encontra, implícito, o direito de receber a respectiva resposta, dentro de prazo razoável (Princípio da Eficiência da Administração Pública - art. 37, caput, da CF). 4. Protocolado o pleito de restituição em 17/02/05 (cf. fls. 29), sem que o mesmo houvesse sido analisado até a data do ajuizamento deste mandado de segurança (em 06/07/05), resta configurada a omissão ilegal por parte da autoridade administrativa. 5. Ao tratar do dever de decidir, a Lei 9784/99, reguladora do processo administrativo no âmbito federal, fixa o prazo de 30 dias para tanto. 6. Correta a sentença ao fixar o prazo de 15 dias para conclusão do processo administrativo. 7. Apelação e remessa oficial improvidas". (AMS - APELAÇÃO CÍVEL – 279903. TRF3. e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/09/2011 PÁGINA: 1229. 24/08/2011. JUIZ CONVOCADO LEONEL FERREIRA).

A.r. sentença, portanto, deve ser mantida tal como lançada.

Diante do exposto, voto por **NEGAR PROVIMENTO** à remessa necessária.

É como voto.

jucarval

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. PRAZO. LEI Nº 9.784/99. 30 DIAS. REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDA.

1. Cabe à administração pública respeitar o princípio da razoável duração do processo, constante no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.
2. A Lei n. 9.784/1999 determina à Administração Pública o prazo de até 30 (trinta) dias, contados do momento em que concluída a instrução, para emitir decisão em processos administrativos de sua competência.
3. Remessa necessária desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO à remessa necessária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5018056-10.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: CROMACAO ZINCRONI - TRATAMENTO E POLIMENTO DE METAIS LTDA - ME, CARLOS CESAR CRISTAL LOPES, MAURICIO CRISTAL LOPES

Advogado do(a) AGRAVANTE: PRISCILA OJEDA RAMIRES - MS18963

Advogado do(a) AGRAVANTE: PRISCILA OJEDA RAMIRES - MS18963

Advogado do(a) AGRAVANTE: PRISCILA OJEDA RAMIRES - MS18963

AGRAVADO: CONSELHO REGIONAL DE QUIMICA DA 20A. REGIAO

PROCURADOR: LUIZ MESQUITA BOSSAY JUNIOR

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5018056-10.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: CROMACAO ZINCRONI - TRATAMENTO E POLIMENTO DE METAIS LTDA - ME, CARLOS CESAR CRISTAL LOPES, MAURICIO CRISTAL LOPES

Advogado do(a) AGRAVANTE: PRISCILA OJEDA RAMIRES - MS18963

Advogado do(a) AGRAVANTE: PRISCILA OJEDA RAMIRES - MS18963

Advogado do(a) AGRAVANTE: PRISCILA OJEDA RAMIRES - MS18963

AGRAVADO: CONSELHO REGIONAL DE QUIMICA DA 20A. REGIAO

PROCURADOR: LUIZ MESQUITA BOSSAY JUNIOR

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento contra rejeição, em execução fiscal, de exceção de pré-executividade oposta por sócios corresponsabilizados pela constatação da dissolução irregular da empresa executada.

Alegou-se que: (1) houve violação do artigo 202, I, III, do CTN, bem como do artigo 2º, §5º, VI, da Lei 6.830/1980, vez que faltaram requisitos essenciais na certidão de dívida ativa; (2) a empresa foi citada em 10/05/2002, e o pedido de redirecionamento ocorreu em 18/10/2011, além do prazo de prescrição quinquenal; (3) a decisão agravada aplicou a teoria da *actio nata*, com base na ciência da dissolução irregular pela exequente apenas em 2011, após exame da DIRPJ, mas em 2006 já havia sido requerido e indeferido redirecionamento; e (4) os sócios não constaram da certidão de dívida ativa, sendo da exequente o ônus de provar a responsabilidade tributária dos sócios nos termos do artigo 135, III, CTN, por má-fé ou dolo no exercício de suas atribuições societárias.

Houve contraminuta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5018056-10.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: CROMACAO ZINCIONI - TRATAMENTO E POLIMENTO DE METAIS LTDA - ME, CARLOS CESAR CRISTAL LOPES, MAURICIO CRISTAL LOPES

Advogado do(a) AGRAVANTE: PRISCILA OJEDA RAMIRES - MS18963

Advogado do(a) AGRAVANTE: PRISCILA OJEDA RAMIRES - MS18963

Advogado do(a) AGRAVANTE: PRISCILA OJEDA RAMIRES - MS18963

AGRAVADO: CONSELHO REGIONAL DE QUIMICA DA 20A. REGIAO

PROCURADOR: LUIZ MESQUITA BOSSAY JUNIOR

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, sobre os limites da exceção de pré-executividade firmou a jurisprudência a orientação consolidada na Súmula 393/STJ: "*A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória.*".

No caso, a CDA não padece de qualquer vício, pois indicados suficientemente na petição inicial da execução (ID 80538294, f. 7/8): (i) o nome do devedor e o domicílio; (ii) o valor da dívida e forma de calcular juros e encargos; (iii) período, data de vencimento e termo inicial da dívida; e (iv) origem, natureza e fundamentos legais.

Ademais, não existe vedação legal à constituição de única CDA, ou mesmo à execução de créditos de origens diversas, observada a ampla defesa e o contraditório, de cuja violação não se cogita nem se comprovou nos autos, de sorte que, não elidida, prevalece a presunção legal de liquidez e certeza do título executivo.

A propósito da regularidade formal do título executivo, em casos que tais:

RESP 1.138.202, Rel. Min. Min. LUIZ FUX, DJe 01/02/2010: “TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA - CDA. REQUISITOS DE CERTEZA E LIQUIDEZ. APRESENTAÇÃO DE DEMONSTRATIVOS DO DÉBITO. DESNECESSIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. INOCORRÊNCIA. 1. A petição inicial da execução fiscal apresenta seus requisitos essenciais próprios e especiais que não podem ser exacerbados a pretexto da aplicação do Código de Processo Civil, o qual, por conviver com a lex specialis, somente se aplica subsidiariamente. 2. Os referidos requisitos encontram-se enumerados no art. 6º, da Lei 6.830/80, in verbis: 'Art. 6º A petição inicial indicará apenas: I - o juiz a quem é dirigida; II - o pedido; e III - o requerimento para a citação. § 1º A petição inicial será instruída com a Certidão da Dívida Ativa, que dela fará parte integrante, como se estivesse transcrita. § 2º A petição inicial e a Certidão da Dívida Ativa poderão constituir um único documento, preparado inclusive por processo eletrônico.' 3. Consequentemente, é desnecessária a apresentação do demonstrativo de cálculo, em execução fiscal, uma vez que a Lei n.º 6.830/80 dispõe, expressamente, sobre os requisitos essenciais para a instrução da petição inicial e não elenca o demonstrativo de débito entre eles. Inaplicável à espécie o art. 614, II, do CPC. (Precedentes: AgRg no REsp 1049622/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/08/2009, DJe 31/08/2009; REsp 1065622/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/03/2009, DJe 23/04/2009; REsp 781.487/SC, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/09/2008, DJe 11/09/2008; REsp 762748 / SC, PRIMEIRA TURMA, Relator Min. LUIZ FUX, DJ 12.04.2007; REsp n.º 384.324/RS, SEGUNDA TURMA, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJU de 29/03/2006; REsp n.º 693.649/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJU de 21/11/2005) 4. A própria Certidão da Dívida Ativa, que embasa a execução, já discrimina a composição do débito, porquanto todos os elementos que compõem a dívida estão arrolados no título executivo - que goza de presunção de liquidez e certeza -, consoante dessume-se das normas emanadas dos §§ 5º e 6º, do art. 2º, da Lei nº 6830/80, litteris: 'Art. 2º (...) (...) § 5º - O Termo da Inscrição de Dívida Ativa deverá conter: I - o nome do devedor, dos co-responsáveis e, sempre que conhecido, o domicílio ou residência de um e de outros; II - o valor originário da dívida, bem como o termo inicial e a forma de calcular os juros de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato; III - a origem, a natureza e o fundamento legal ou contratual da dívida; IV - a indicação, se for o caso, de estar a dívida sujeita à atualização monetária, bem como o respectivo momento legal e o termo inicial para o cálculo; V - a data e o número da inscrição, no Registro de Dívida Ativa; e VI - o número do processo administrativo ou do auto de infração, se neles estiver apurado o valor da dívida. § 6º - A Certidão da Dívida Ativa conterá os mesmos elementos do Termo de Inscrição e será autenticada pela autoridade competente.' [...] 7. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.”

A alegação genérica de nulidade, sem apontar quais elementos essenciais omitidos no termo de inscrição e no título executivo, ou qual o prejuízo advindo aos devedores, não se presta, evidentemente, a elidir a presunção que milita em favor da CDA (artigo 3º, LEF), sendo dos excipientes, sabidamente, o ônus de provar a nulidade ou a ilegalidade da execução fiscal, o que, nem de longe, ocorreu, à luz da prova dos autos.

Quanto à prescrição para redirecionamento, é consolidada a jurisprudência no sentido de acolher a teoria da actio nata:

RESP 1.201.993, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe de 12/12/2019: “PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (AFETADO NA VIGÊNCIA DO ART. 543-C DO CPC/1973 - ART. 1.036 DO CPC/2015 - E RESOLUÇÃO STJ 8/2008). EXECUÇÃO FISCAL. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO PARA O REDIRECIONAMENTO. DISTINGUISHING RELACIONADO À DISSOLUÇÃO IRREGULAR POSTERIOR À CITAÇÃO DA EMPRESA, OU A OUTRO MARCO INTERRUPTIVO DA PRESCRIÇÃO. ANÁLISE DA CONTROVÉRSIA SUBMETIDA AO RITO DO ART. 543-C DO CPC/1973 (ATUAL 1.036 DO CPC/2015) [...] 14. Para fins dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015, fica assim resolvida a controvérsia repetitiva: (i) o prazo de redirecionamento da Execução Fiscal, fixado em cinco anos, contado da diligência de citação da pessoa jurídica, é aplicável quando o referido ato ilícito, previsto no art. 135, III, do CTN, for precedente a esse ato processual; (ii) a citação positiva do sujeito passivo devedor original da obrigação tributária, por si só, não provoca o início do prazo prescricional quando o ato de dissolução irregular for a ela subsequente, uma vez que, em tal circunstância, inexistirá, na aludida data (da citação), pretensão contra os sócios-gerentes (conforme decidido no REsp 1.101.728/SP, no rito do art. 543-C do CPC/1973, o mero inadimplemento da exação não configura ilícito atribuível aos sujeitos de direito descritos no art. 135 do CTN). O termo inicial do prazo prescricional para a cobrança do crédito dos sócios-gerentes infratores, nesse contexto, é a data da prática de ato inequívoco indicador do intuito de inviabilizar a satisfação do crédito tributário já em curso de cobrança executiva promovida contra a empresa contribuinte, a ser demonstrado pelo Fisco, nos termos do art. 593 do CPC/1973 (art. 792 do novo CPC - fraude à execução), combinado com o art. 185 do CTN (presunção de fraude contra a Fazenda Pública); e, (iii) em qualquer hipótese, a decretação da prescrição para o redirecionamento impõe seja demonstrada a inércia da Fazenda Pública, no lustrro que se seguiu à citação da empresa originalmente devedora (REsp 1.222.444/RS) ou ao ato inequívoco mencionado no item anterior (respectivamente, nos casos de dissolução irregular precedente ou superveniente à citação da empresa), cabendo às instâncias ordinárias o exame dos fatos e provas atinentes à demonstração da prática de atos concretos na direção da cobrança do crédito tributário no decurso do prazo prescricional. [...]”

Na espécie, embora a empresa tenha sido citada em 10/05/2002 (ID 80538294, f. 19), a efetiva constatação da dissolução irregular que propiciou o redirecionamento aos sócios somente foi verificada a partir da juntada das declarações de IRPJ (ID 80546925, f. 18/72), em 16/11/2009, bem como da tentativa frustrada de bloqueio *on line* de ativos da empresa (ID 80546928, f. 3), em 22/03/2011.

A exequente somente teve ciência dos fatos ensejadores da responsabilização dos sócios em 27/07/2011 (ID 80546928, f. 4), considerado este o termo inicial do prazo prescricional, em observância à teoria da *actio nata*, sendo deferida a inclusão dos sócios por decisões proferidas em 03/05/2012 (ID 80546928, f. 70/1) e 15/02/2016 (ID 80546929, f. 14/5), antes do quinquênio legal.

O reconhecimento da dissolução irregular resultou da constatação de inexistência de bens capazes de solver a execução (ID 80538294, f. 26/8, 37/8 e 51); ausência de receita declarada na DIRPJ (ID 80546925, f. 18/72); cancelamento do registro empresarial (ID 80538306, f. 10); e demais certidões do oficial de justiça.

Constatou-se subsunção das circunstâncias fáticas ao que dispõe a Súmula 435/STJ: “*Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente*”, autorizando a inclusão dos sócios no polo passivo com base no artigo 135, III, do CTN, sendo infundada a alegação de inexistência de prova de responsabilidade tributária.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. NULIDADE DA CDA. REDIRECIONAMENTO. ARTIGO 135, III, CTN. PRESCRIÇÃO. REJEIÇÃO.

1. Sobre os limites da exceção de pré-executividade, consolidada a jurisprudência nos termos da Súmula 393/STJ: "*A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória.*".

2. A CDA não padece de qualquer vício, pois indicados suficientemente na petição inicial da execução: (i) o nome do devedor e o domicílio; (ii) o valor da dívida e forma de calcular juros e encargos; (iii) período, data de vencimento e termo inicial da dívida; e (iv) origem, natureza e fundamentos legais. Ademais, não existe vedação legal à constituição de única CDA, ou mesmo à execução de créditos de origens diversas, observada a ampla defesa e o contraditório, de cuja violação não se cogita nem se comprovou nos autos, de sorte que, não elidida, prevalece a presunção legal de liquidez e certeza do título executivo.

3. A alegação genérica de nulidade, sem apontar quais elementos essenciais omitidos no termo de inscrição e no título executivo, ou qual o prejuízo advindo aos devedores, não se presta, evidentemente, a elidir a presunção que milita em favor da CDA (artigo 3º, LEF), sendo dos excipientes, sabidamente, o ônus de provar a nulidade ou a ilegalidade da execução fiscal, o que, nem de longe, ocorreu, à luz da prova dos autos.

4. A prescrição para redirecionamento da execução fiscal é contada a partir da ciência do fato que gerou a responsabilidade tributária, apurado coma juntada das declarações de IRPJ em 16/11/2009 e com a tentativa frustrada de bloqueio *on line* de ativos da empresa em 22/03/2011, reforçada pelo cancelamento do registro empresarial e certidões do oficial de justiça, indicando presentes indícios de dissolução irregular, sendo deferida a inclusão dos sócios em 03/05/2012 e 15/02/2016, antes do quinquênio legal.

5. Constatou-se subsunção das circunstâncias fáticas ao que dispõe a Súmula 435/STJ: "*Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente*", autorizando a inclusão dos sócios no polo passivo com base no artigo 135, III, do CTN, sendo infundada, pois, a alegação de inexistência de prova de responsabilidade tributária.

6. Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5006377-53.2018.4.03.6109
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: VOLLMENS FRAGRANCES LTDA
Advogado do(a) APELANTE: GENTIL BORGES NETO - SP52050-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5006377-53.2018.4.03.6109
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: VOLLMENS FRAGRANCES LTDA
Advogado do(a) APELANTE: GENTIL BORGES NETO - SP52050-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação à sentença que: (1) julgou parcialmente procedente ação ordinária para, “reconhecendo a inconstitucionalidade do art. 7º, inciso I, da Lei nº 10.865/04, declarar a inexigibilidade do recolhimento do COFINS-Importação e do PIS/PASEP-Importação sobre os valores relativos ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), incidente no desembaraço aduaneiro”; e (2) acolhendo embargos de declaração opostos em face da sentença, deixou de condenar a União em honorários advocatícios, “em face do disposto no art. 19, §1º, I, da Lei nº 10.522/2002, incluído pela Lei nº 12.844/2013”.

Pleiteou a autora a reforma da sentença para condenar a ré em verba honorária, pois: (1) houve resistência parcial quanto à pretensão da autora, pois, embora não tenha discutido o mérito da ação (inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS-Importação), discordou do valor atribuído à causa, pleiteando seu recálculo na fase de liquidação de sentença; (2) ao insurgir-se quanto ao valor do tributo a ser restituído, demonstrado a partir de documentos juntados em mídia digital aos autos, e requerer novos cálculos, houve concordância apenas parcial com a pretensão da autora, demonstrando o cabimento dos honorários sucumbenciais; (3) tal resistência parcial não permite a aplicação do artigo 19, §1º, da Lei 10.522/2002; e (4) a dispensa na condenação em honorários advocatícios constitui depreciação do trabalho do profissional.

Com contrarrazões, vieramos autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5006377-53.2018.4.03.6109
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: VOLLMENS FRAGRANCES LTDA
Advogado do(a) APELANTE: GENTIL BORGES NETO - SP52050-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, a autora ajuizou a ação para, alegando inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS-Importação incidente no desembaraço aduaneiro de mercadorias, condenar a União à compensação dos valores indevidamente pagos a tal título, no montante de R\$ 233.407,64 (Id 10078367, f. 04).

Citada, a União apresentou contestação, reconhecendo, no mérito, o pedido da autora, requerendo, porém, que o *quantum* do indébito a ser compensado seja apurado em sede de liquidação de sentença, tendo em vista não concordar com os cálculos da autora, requerendo ainda a exoneração da verba de sucumbência nos termos do artigo 19, §1º, I, da Lei 10.522/2002 (Id 10078367, f. 34):

“[...]”

Desse modo, com base no art. 19, IV, e §1º, I, da Lei nº 10.522/2002, com redação dada pela Lei nº 12.844/2013, c/c o art. 1º, V, da Portaria PGFN nº 294/2010, a União /Fazenda Nacional informa que deixará de oferecer contestação quanto à matéria de fundo veiculada na petição inicial, reconhecendo sua procedência, nos termos da Mensagem Eletrônica PGFN/CRJ nº 01/2015.

Contudo, cumpre ressaltar que o reconhecimento do direito da empresa autora à repetição dos valores recolhidos entre 27/09/2010 e 25/09/2013, com base no art. 7º, I, da Lei nº 10.865/2004, com redação anterior à Lei nº 12.865/2013, isto é, o valor das parcelas que compuseram indevidamente a base de cálculo do PIS/PASEP-Importação e COFINS -Importação, pelas peculiaridades envolvidas no presente caso concreto, demanda a existência de todo um conjunto de elementos fático-probatórios do direito discutido não trazido aos autos. Por isso, o montante exato do indébito pleiteado pelo contribuinte, cujos cálculos a União/Fazenda Nacional expressamente discorda, deve ser objeto de posterior liquidação de sentença, especialmente em caso de opção pela restituição, mediante expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor (RPV), ou, ainda, para fins de posterior compensação a ser realizada no âmbito administrativo, precedida de regular habilitação perante a Receita Federal do Brasil.

[...]

Ante o exposto, a União/Fazenda Nacional expressamente reconhece a procedência da pretensão formulada na petição inicial a respeito da inconstitucionalidade da inclusão da base de cálculo da contribuição ao PIS-Importação e da COFINS-Importação do valor do ICMS incidente no desembaraço aduaneiro e do valor das próprias contribuições, nos termos do art. 7º, I, da Lei 10.865/2004, na redação anterior conferida pela Lei nº 12.865/2013.

No entanto, pugna que o reconhecimento do direito de crédito ocorra nos termos da fundamentação supra, inclusive mediante posterior liquidação de sentença, bem como que não seja a parte ré condenada ao pagamento de honorários advocatícios e demais verbas sucumbenciais”.

De fato, dispõe o artigo 19, IV, §1º, I, da Lei 10.522/2002, quanto ao reconhecimento do pedido e à dispensa dos honorários advocatícios:

“Art. 19. Fica a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional dispensada de contestar, de oferecer contrarrazões e de interpor recursos, e fica autorizada a desistir de recursos já interpostos, desde que inexistam outros fundamentos relevantes, na hipótese em que a ação ou a decisão judicial ou administrativa versar sobre:

[...]

IV - tema sobre o qual exista súmula ou parecer do Advogado-Geral da União que conclua no mesmo sentido do pleito do particular;

[...]

§ 1º Nas matérias de que trata este artigo, o Procurador da Fazenda Nacional que atuar no feito deverá, expressamente:

I - reconhecer a procedência do pedido, quando citado para apresentar resposta, inclusive em embargos à execução fiscal e exceções de pré-executividade, hipóteses em que não haverá condenação em honorários”

Conforme se verifica, embora a União tenha reconhecido procedente o pedido quanto à inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS-Importação, discordou do valor do indébito apontado como compensável, requerendo a postergação do exame do valor para a fase de liquidação de sentença, diante da necessidade de apuração documental.

Tal fato revela, pois, a resistência à pretensão, mesmo que de modo parcial, o que afasta a incidência do disposto no artigo 19, §1º, I, da Lei 10.522/2002.

Neste sentido, já decidiu esta Turma:

*AC 0000192-76.2016.4.03.6102, Rel. Des. Fed. NELTON DOS SANTOS, DJe de 21/08/2017: “TRIBUTÁRIO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. PRETENSÃO RESISTIDA PELA FAZENDA PÚBLICA. SOCIEDADES CORRETORAS DE SEGURO. REDUÇÃO DA ALÍQUOTA DA COFINS. JURISPRUDÊNCIA PACIFICADA NO STJ. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. APURAÇÃO DO QUANTUM DEBEATUR EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 19, § 1º, DA LEI N. 10.522/2002. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA RECONHECIDA. 1. Conquanto não tenha havido oposição à matéria de fundo, consubstanciada na redução da alíquota da COFINS para as sociedades corretoras de seguro (relativamente à qual os Procuradores da Fazenda Nacional estão dispensados de apresentar contestação e recurso), **houve impugnação acerca do quantum debeatur pleiteado pela autora a título de repetição do indébito, caracterizando a resistência ao pedido.** Havendo pretensão resistida, ainda que parcial, a demonstrar a necessidade e a utilidade da prestação jurisdicional para o deslinde do conflito, configurado está o interesse de agir. 2. O Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento dos Recursos Especiais n. 1.391.092/SC e 1.400.287/SC, sob a sistemática do artigo 543-C do CPC/1973, pacificou o entendimento de que as sociedades corretoras de seguro não se equiparam às sociedades corretoras de valores mobiliários ou aos agentes autônomos de seguros privados, às quais se destina a alíquota majorada de 4% da COFINS, prevista no artigo 18 da Lei n. 10.684/2003. A apelada comprovou nos autos se tratar de pessoa jurídica que explora a atividade de corretagem de seguros, fazendo jus à incidência da alíquota de 3% da COFINS. 3. Reconhecido o direito de a sociedade empresária enquadrar-se em uma alíquota inferior, deve ser reconhecido também o direito à repetição do indébito referente aos valores recolhidos a maior, face à diferença entre a alíquota aplicada e aquela de direito. Como bem ponderou o juiz monocrático, **a ausência de comprovação efetiva da composição da base de cálculo não constitui óbice ao reconhecimento do direito à restituição, mas protraí a apuração do quantum debeatur para a fase de liquidação de sentença, condicionada à apresentação dos documentos fiscais pertinentes.** 4. Quanto à verba honorária, a isenção prevista no artigo 19, § 1º, da Lei n. 10.522/2002 é inaplicável ao caso concreto, diante da contestação parcial ao pedido formulado na inicial, configurando a litigiosidade necessária para a geração de sucumbência. Daí porque cabível a condenação da União ao pagamento de honorários advocatícios. 5. Entretanto, a hipótese dos autos é de sucumbência recíproca, sem decaimento mínimo de qualquer das partes, tendo em vista que a sentença, ao reconhecer a necessidade de liquidação do quantum debeatur, desacolheu o pedido certo e determinado formulado pelo autor, acolhendo, de outro lado, a irrisignação da Fazenda Nacional. Considerando que ambas as partes foram sucumbentes, os honorários e as despesas processuais deverão ser proporcionalmente distribuídos, nos termos do artigo 86, caput, do CPC/2015. 6. Apelação improvida. Remessa oficial parcialmente provida.”*

Logo, cabível a condenação da União em honorários advocatícios que, considerando os critérios previstos no artigo 85, §§ 2º a 6º, CPC, especialmente grau de zelo do profissional, lugar da prestação do serviço, natureza e importância da causa e tempo exigido de atuação nesta fase do processo, se arbitra no percentual mínimo da faixa de valor a que corresponder o proveito econômico pleiteado a ser aferido na fase de liquidação, observado, inclusive, o disposto no § 5º do artigo 85, supracitado.

Ante o exposto, dou provimento à apelação.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. RECONHECIMENTO PARCIAL DA PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS-IMPORTAÇÃO. DISCORDÂNCIA EM RELAÇÃO AO QUANTUM DEBEATUR. ARTIGO 19, §1º, I, DA LEI 10.522/2002. INAPLICABILIDADE.

1. A dispensa da condenação em verba honorária de sucumbência, na hipótese do artigo 19, §1º, da Lei 10. 522/2002, exige o reconhecimento integral do pedido formulado pela autora, o que, no caso, não ocorreu, pois, embora admitida a inconstitucionalidade do tributo, a Fazenda Nacional discordou do valor pleiteado pelo contribuinte, requerendo a definição do montante respectivo em liquidação de sentença.

2. Logo, cabível a condenação da União em honorários advocatícios que, considerando os critérios previstos no artigo 85, §§ 2º a 6º, CPC, especialmente grau de zelo do profissional, lugar da prestação do serviço, natureza e importância da causa e tempo exigido de atuação nesta fase do processo, se arbitra no percentual mínimo da faixa de valor correspondente ao proveito econômico pleiteado (incisos do § 3º do artigo 85, CPC) a ser aferido na fase de liquidação, observado, inclusive, o disposto no respectivo § 5º.

3. Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002622-30.2018.4.03.6106

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SAO JOSE DO RIO PRETO, PROCURADOR DA PROCURADORIA SECCIONAL DA FAZENDA NACIONAL EM SÃO JOSÉ DO RIO PRETO - SP, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: GEROTTO INDUSTRIA DE ESQUADRIAS METALICAS LTDA

Advogados do(a) APELADO: CAMILA DE CAMARGO VIEIRA ALTERO - SP242542-A, BENEDICTO CELSO BENICIO - SP20047-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002622-30.2018.4.03.6106

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SAO JOSE DO RIO PRETO, PROCURADOR DA PROCURADORIA SECCIONAL DA FAZENDA NACIONAL EM SÃO JOSÉ DO RIO PRETO - SP, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: GEROTTO INDUSTRIA DE ESQUADRIAS METALICAS LTDA

Advogados do(a) APELADO: CAMILA DE CAMARGO VIEIRA ALTERO - SP242542-A, BENEDICTO CELSO BENICIO - SP20047-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação e remessa oficial, em face de sentença que concedeu parcialmente a segurança para excluir o ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS e garantir a compensação com quaisquer tributos administrados pela Receita Federal, desde que da mesma destinação, após o trânsito em julgado, observada a prescrição quinquenal, e a aplicação da SELIC.

Apelou a PFN alegando: (1) necessidade de sobrestamento do feito até o julgamento definitivo do RE 574.706 pela Suprema Corte; (2) validade do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS; (3) a base de cálculo das contribuições, na sistemática cumulativa - Lei 9.718/1998 - é a receita bruta, e pela não cumulatividade - Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, é a totalidade das receitas auferidas, indicando expressamente as rubricas que são excluídas sem mencionar o imposto estadual; (4) inexistência de previsão expressa na legislação infraconstitucional de exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições, cuja implementação viola os artigos 150, § 6º da CF, e 97, IV e VI, 111, II, e 176 do CTN; (5) os artigos 2º do Decreto-lei 406/1968, e 13 da LC 87/1996 destacam que o valor do imposto integra o preço da mercadoria vendida e do serviço prestado e, conseqüentemente, o faturamento mensal da pessoa jurídica, base de cálculo do PIS/COFINS; (6) a alteração promovida pela Lei 12.973/2014 não abrangida pela decisão paradigma; e (7) o Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1.144.469, pela sistemática dos recursos repetitivos, pacificou o entendimento no sentido de que "o valor do ICMS, destacado na nota, devido e recolhido pela empresa compõe seu faturamento, submetendo-se à tributação pelas contribuições ao PIS/PASEP e COFINS, sendo integrante também do conceito maior de receita bruta, base de cálculo das referidas exações".

Houve contrarrazões.

O Ministério Público Federal opinou pelo regular prosseguimento do feito.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002622-30.2018.4.03.6106

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SAO JOSE DO RIO PRETO, PROCURADOR DA PROCURADORIA SECCIONAL DA FAZENDA NACIONAL EM SÃO JOSÉ DO RIO PRETO - SP, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: GEROTTO INDUSTRIA DE ESQUADRIAS METALICAS LTDA

Advogados do(a) APELADO: CAMILA DE CAMARGO VIEIRA ALTERO - SP242542-A, BENEDICTO CELSO BENICIO - SP20047-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, preliminarmente, antes do mérito, cabe rejeitar o pedido de suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior, o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior.

No mérito, a questão da inclusão de **imposto** na base de cálculo do PIS/COFINS com vulneração da matriz constitucional que prevê a respectiva incidência sobre faturamento ou receita na dicção atualizado do artigo 195, I, *b*, da Constituição Federal, foi resolvida, pela Suprema Corte no RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS.

Eis o acórdão ementado:

RE 574.706, Rel. Min. CARMEN LÚCIA, DJe 29/09/2017: "RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

A definição da base de cálculo do PIS/COFINS é matéria constitucional, não cabendo invocar orientação no plano do direito federal para afastar o juízo de inconstitucionalidade, menos ainda quando já vencida (Súmulas 68 e 94/STJ) no âmbito da respectiva Corte Superior. Ademais, o pronunciamento da Suprema Corte, sobretudo em repercussão geral, tem função primordial na tarefa de garantir segurança jurídica, estabilidade, integridade e coerência na aplicação do direito à luz da Constituição, a ser buscada por todos os órgãos do Poder Judiciário (artigos 926 e 927, III, CPC).

Perceba-se que a pretensão em causa não envolve a dedução de parcela legalmente prevista, daí porque impertinente o argumento de que é taxativo o rol de exclusões constante do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 - com as alterações da Lei 12.973/2014, cujo advento, conforme já decidiu esta Corte, "não promoveu modificação legislativa relevante para a espécie, na medida em que não alterou o conceito da base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS" (EI 0029413-91.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 17/11/2017) - e § 3º dos artigos 1º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003.

A tese do contribuinte é a de que a inclusão do imposto na base de cálculo de tais contribuições viola incidência constitucionalmente delimitada, exigindo, assim, decisão judicial no sentido de definir a base de cálculo compatível com o parâmetro constitucional. Não se trata, pois, de discutir isenção a ser interpretada na forma do artigo 111, CTN, ou qualquer outra questão de índole infraconstitucional. Exatamente por tal motivo é que se revela impertinente a invocação, com base no artigo 1.036, § 1º, CPC, do paradigma no RESP 1.144.469, que resolveu a controvérsia sob o prisma legal, enquanto que a espécie discute a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS.

Quanto ao disposto no § 6º do artigo 150 da Constituição Federal, é inquestionável que serve de norma-parâmetro para a delimitação da atuação funcional do legislador e administrador, alertando que cabe somente ao Parlamento, não ao Executivo, definir, em caráter normativo, geral e abstrato, por exemplo, "redução de base de cálculo". Tal norma e, na mesma linha, ainda o artigo 97, VI, do Código Tributário Nacional, não excluem, por evidente, a competência constitucional do Judiciário de declarar inconstitucionalidade da lei, no que fixada incidência ou não prevista exclusão exigida à luz do parâmetro constitucional, única leitura constitucional possível para que seja respeitada a própria cláusula pétrea da separação dos Poderes, consagrada nos artigos 2º e 60, §4º, III, da Constituição Federal.

A regra de interpretação legal das normas tributárias (artigo 111, I, CTN) tem atuação adstrita ao campo do direito infraconstitucional. Não pode ser levada em consideração no controle de constitucionalidade para efeito de coibir a função de interpretação da Constituição Federal dada e conferida ao Poder Judiciário. O que cabe prestigiar no regime de Estado de Direito é a lição de que se deve interpretar a lei segundo a Constituição e, não, a Constituição segundo a lei.

A alegação de que o cálculo do PIS/COFINS com exclusão do imposto destinado ao erário contradiz a incidência, reconhecidamente válida, sobre outros custos, encargos ou despesas destinados a terceiros (como, por exemplo: empregados, companhia de energia elétrica, FGTS, fornecedores, empresas contratadas para prestação de serviços, entes estatais) não é verdadeira nem aceitável, sem análise da natureza jurídica de cada parcela discutida na formação da base de cálculo de tais contribuições. Por ora, o que assentou, suficientemente, a Suprema Corte para o exame do caso foi a inexigibilidade de imposto integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, seja o ICMS, seja o próprio ISS, quanto a este em juízo derivado diretamente da mesma lógica de fundamentação constitucional, conforme já exposto.

O aspecto relevante da controvérsia diz respeito ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS diante da divergência estabelecida entre as vertentes que primam, de um lado, pelo valor do imposto destacado nas notas fiscais e, de outro, pelo valor do imposto a ser efetivamente pago pelo contribuinte, dentro do regime de não cumulatividade. É importante frisar, de toda sorte, que tal ponto, ainda que não tenha ou tivesse sido discutido na inicial nem decidido na sentença ou veiculado na apelação, não impediria o pronunciamento da Corte - assim como do próprio Juízo após embargos de declaração -, por se tratar, justamente, de controvérsia ínsita ao próprio mérito, qual seja, a definição do que constitui o indébito fiscal e, neste sentido, matéria que deve ser resolvida na fase cognitiva e não em liquidação de sentença, inexistindo, portanto, mesmo quando nada tenha ou tivesse sido alegado ou decidido, vício de julgamento *extra* ou *ultra petita*, ou contrariedade ao princípio da congruência ou da adstrição..

Tanto é assim que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido em razão do regime de não cumulatividade do imposto.

Neste sentido o seguinte excerto do julgado no RE 574.706:

“O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS”.

Também este o entendimento adotado no âmbito das Turmas desta Seção:

ApelRemNec 5000633-81.2017.4.03.6119, Rel. Des. Fed. ANTONIO CEDENHO, Intimação via sistema 18/04/2020: “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REQUISITOS DO ARTIGO 1.022 CPC/2015. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE Nº 574.706/PR. VINCULAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OBSCURIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1.022 do Código de Processo Civil vigente, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado. O caráter infringente dos embargos somente é admitido a título excepcional, quando a eliminação da contradição ou da omissão decorrer, logicamente, a modificação do julgamento embargado. 2. A e. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no julgamento do RE nº 574.706/PR, consignou que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. Como o presente julgamento se vincula ao que foi decidido sobre o tema pelo C. STF, deve-se assentar que, relativamente à questão do valor a ser efetivamente excluído a título de ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, a tese que foi acolhida pelo STF é a exposta no v. acórdão embargado. 3. O escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022 do Código de Processo Civil. 4. O artigo 1.025 do novo Código de Processo Civil bem esclarece que os elementos suscitados pelo embargante serão considerados incluídos no acórdão “para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.” 5. Embargos de declaração rejeitados.”

ApReeNec 5001772-28.2017.4.03.6100, Rel. Des. Fed. MARLI FERREIRA, Intimação via sistema 02/04/2020: “PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ARTIGO 1.022 DO CPC. OMISSÃO. EXISTÊNCIA. JULGADO INTEGRADO. 1. Prevê o artigo 1.022 do CPC que a oposição dos aclaratórios somente tem cabimento para esclarecimento de obscuridade ou eliminação de contradição, para suprimir omissão sobre ponto ou questão sobre o qual o julgado deveria se pronunciar, ou, ainda, para corrigir erro material existente no decisório. 2. Na espécie, o julgado restou omisso quanto à parcela do ICMS a ser destacada da base de cálculo do PIS e da COFINS. E, nesse tocante, cumpre esclarecer que o ICMS a ser excluído é o destacado nos documentos fiscais de saída, vez que é esse montante que integra a indigitada base de cálculo. 3. Assim sendo, tem a impetrante o direito de excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS o valor integral do ICMS destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias do seu estabelecimento, inclusive após o advento da Lei nº 12.973/2014. 4. Embargos de declaração acolhidos.”

ApelRemNec 5003932-95.2019.4.03.6119, Rel. Des. Fed. JOHONSOM DI SALVO, e - DJF3 15/04/2020: "AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DECLAROU INCONSTITUCIONAL A INCLUSÃO DO ICMS (FATURADO) NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS, FAZENDO-O POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO RE Nº 574.706. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a inclusão do ICMS (faturado) na base de cálculo do PIS e da COFINS, fazendo-o por ocasião do julgamento do RE nº 574.706. A corte, por maioria e nos termos do voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia, apreciando o tema nº 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Esse entendimento é aplicável de pronto, não havendo que se falar em espera de embargos de declaração (sem efeito suspensivo) ou de modulação de efeitos da decisão plenária da Suprema Corte, já que esses dois eventos não estão consignados em lei como impeditivos da aplicação imediata do decísum. Esse é o entendimento que vem sendo seguido nesta Corte Regional (3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5021518-72.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 08/11/2019, Intimação via sistema DATA: 13/11/2019), e de modo unânime nesta 6ª Turma (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000706-20.2017.4.03.6130, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 03/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/12/2019). Deveras, a suspensão pretendida pelo Fisco esbarraria no art. 1.035, § 5º do NCPC. De outro lado, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal – ao acolher o voto da ministra Relatora – no sentido de que, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada como faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019). Essa é a postura que este Relator sempre defende desde o momento em que surdiu o julgamento do Tema nº 69 (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000596-53.2018.4.03.6108, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 02/12/2019, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019). Tratando-se de empresa comercial, resta claro que é contribuinte das três exações e que recolheu tributação a maior e poderá recuperá-la (quanto aos últimos cinco anos antes do ajuizamento da presente demanda) por meio de compensação, que deverá ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74 da Lei nº 9.430/1996 (redação dada pela Lei 10.637/02), observado ainda o artigo 26-A da Lei nº 11.457/2007."

Logo, não importa ao exame do mérito a juntada de documentos fiscais ou mercantis para demonstração do ICMS a ser pago pelo contribuinte, bastando para o presente julgamento a prova, tão-somente, de que o contribuinte, sujeito ao PIS/COFINS, recolheu valores com inclusão do ICMS nas bases de cálculo, ficando relegada à fase própria a apuração do *quantum debeatur* a partir de valores destacados em notas fiscais e incluídos na tributação federal.

Reconhecido o indébito fiscal, na forma acima especificada, os critérios para exercício do direito à compensação, na via administrativa mediante procedimento específico, inclusive com a própria comprovação e liquidação de valores indevidos a serem compensados, são os definidos nos artigos 168 (prescrição quinquenal) e 170-A (trânsito em julgado), ambos do Código Tributário Nacional; artigo 74 da Lei 9.430/1996 e demais textos legais de regência, incluindo o artigo 26-A da Lei 11.457/2007 na redação da Lei 13.670/2018, observado o regime legal vigente ao tempo da propositura da ação, pois este o critério determinante na jurisprudência consolidada, ainda que posteriormente possa ter sido alterada a legislação; e artigo 39, § 4º da Lei 9.250/1995 (incidência exclusiva da Taxa SELIC) desde cada recolhimento indevido.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e dou parcial provimento à remessa oficial, para reformar a sentença, nos termos supracitados.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. INDÉBITO FISCAL. COMPENSAÇÃO.

1. Preliminarmente, antes do mérito, cabe rejeitar o pedido de suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior, o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior.

2. No mérito, a questão da inclusão de **imposto** na base de cálculo do PIS/COFINS com vulneração da matriz constitucional que prevê a respectiva incidência sobre faturamento ou receita na dicção atualizada do artigo 195, I, b, da Constituição Federal, foi resolvida, pela Suprema Corte no RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS. A definição da base de cálculo do PIS/COFINS é matéria constitucional, não cabendo invocar orientação no plano do direito federal para afastar o juízo de inconstitucionalidade, menos ainda quando já vencida (Súmulas 68 e 94/STJ) no âmbito da respectiva Corte Superior. Ademais, o pronunciamento da Suprema Corte, sobretudo em repercussão geral, tem função primordial na tarefa de garantir segurança jurídica, estabilidade, integridade e coerência na aplicação do direito à luz da Constituição, a ser buscada por todos os órgãos do Poder Judiciário (artigos 926 e 927, III, CPC).

3. A pretensão em causa não envolve a dedução de parcela legalmente prevista, daí porque impertinente o argumento de que é taxativo o rol de exclusões constante do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 - com as alterações da Lei 12.973/2014, cujo advento, conforme já decidiu esta Corte, "*não promoveu modificação legislativa relevante para a espécie, na medida em que não alterou o conceito da base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS*" (EI 0029413-91.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 17/11/2017) - e § 3º dos artigos 1º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003. A tese do contribuinte é a de que a inclusão do imposto na base de cálculo de tais contribuições viola incidência constitucionalmente delimitada, exigindo, assim, decisão judicial no sentido de definir a base de cálculo compatível com o parâmetro constitucional.

4. Quanto ao disposto no § 6º do artigo 150 da Constituição Federal, é inquestionável que serve de norma-parâmetro para a delimitação da atuação funcional do legislador e administrador, alertando que cabe somente ao Parlamento, não ao Executivo, definir, em caráter normativo, geral e abstrato, por exemplo, "redução de base de cálculo". Tal norma e, na mesma linha, ainda o artigo 97, VI, do Código Tributário Nacional, não excluem, por evidente, a competência constitucional do Judiciário de declarar inconstitucionalidade da lei, no que fixada incidência ou não prevista exclusão exigida à luz do parâmetro constitucional, única leitura constitucional possível para que seja respeitada a própria cláusula pétrea da separação dos Poderes, consagrada nos artigos 2º e 60, §4º, III, da Constituição Federal.

5. A regra de interpretação legal das normas tributárias (artigo 111, I, CTN) tem atuação adstrita ao campo do direito infraconstitucional. Não pode ser levada em consideração no controle de constitucionalidade para efeito de coibir a função de interpretação da Constituição Federal dada e conferida ao Poder Judiciário. O que cabe prestigiar no regime de Estado de Direito é a lição de que se deve interpretar a lei segundo a Constituição e, não, a Constituição segundo a lei.

6. A alegação de que o cálculo do PIS/COFINS com exclusão do imposto destinado ao erário contradiz a incidência, reconhecidamente válida, sobre outros custos, encargos ou despesas destinados a terceiros (como, por exemplo: empregados, companhia de energia elétrica, FGTS, fornecedores, empresas contratadas para prestação de serviços, entes estatais) não é verdadeira nem aceitável, sem análise da natureza jurídica de cada parcela discutida na formação da base de cálculo de tais contribuições. Por ora, o que assentou, suficientemente, a Suprema Corte para o exame do caso foi a inexigibilidade de imposto integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, seja o ICMS, seja o próprio ISS, quanto a este em juízo derivado diretamente da mesma lógica de fundamentação constitucional, conforme já exposto.

7. O aspecto relevante da controvérsia diz respeito ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS diante da divergência estabelecida entre as vertentes que primam, de um lado, pelo valor do imposto destacado nas notas fiscais e, de outro, pelo valor do imposto a ser efetivamente pago pelo contribuinte, dentro do regime de não cumulatividade. É importante frisar, de toda sorte, que tal ponto, ainda que não tenha ou tivesse sido discutido na inicial nem decidido na sentença ou veiculado na apelação, não impediria o pronunciamento da Corte - assim como do próprio Juízo após embargos de declaração -, por se tratar, justamente, de controvérsia ínsita ao próprio mérito, qual seja, a definição do que constitui o indébito fiscal e, neste sentido, matéria que deve ser resolvida na fase cognitiva e não em liquidação de sentença, inexistindo, portanto, mesmo quando nada tenha ou tivesse sido alegado ou decidido, vício de julgamento *extra* ou *ultra petita*, ou contrariedade ao princípio da congruência ou da adstrição. Tanto é assim que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido em razão do regime de não cumulatividade do imposto. Logo, não importa ao exame do mérito a juntada de documentos fiscais ou mercantis para demonstração do ICMS a ser pago pelo contribuinte, bastando para o presente julgamento a prova, tão-somente, de que o contribuinte, sujeito ao PIS/COFINS, recolheu valores com inclusão do ICMS nas bases de cálculo, ficando relegada à fase própria a apuração do *quantum debeat* a partir de valores destacados em notas fiscais e incluídos na tributação federal.

8. Reconhecido o indébito fiscal, na forma acima especificada, os critérios para exercício do direito à compensação, na via administrativa mediante procedimento específico, inclusive com a própria comprovação e liquidação de valores indevidos a serem compensados, são os definidos nos artigos 168 (prescrição quinquenal) e 170-A (trânsito em julgado), ambos do Código Tributário Nacional; artigo 74 da Lei 9.430/1996 e demais textos legais de regência, incluindo o artigo 26-A da Lei 11.457/2007 na redação da Lei 13.670/2018, observado o regime legal vigente ao tempo da propositura da ação, pois este o critério determinante na jurisprudência consolidada, ainda que posteriormente possa ter sido alterada a legislação; e artigo 39, § 4º da Lei 9.250/1995 (incidência exclusiva da Taxa SELIC) desde cada recolhimento indevido.

9. Apelação desprovida e remessa oficial parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e deu parcial provimento à remessa oficial, para reformar a sentença, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5006495-86.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: NOTRE DAME INTERMEDICA SAUDE S.A.

Advogados do(a) AGRAVANTE: CARLOS AUGUSTO LEITAO DE OLIVEIRA - SP272411-A, DAGOBERTO JOSE

STEINMEYER LIMA - SP17513-A

AGRAVADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por NOTRE DAME INTERMEDICA SAUDE S.A. em face da decisão proferida pelo Juízo Federal da 11ª Vara de São Paulo/SP.

Por meio de comunicação eletrônica o MM. Juiz *a quo* noticiou que proferiu sentença.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a superveniente prolação de sentença implica a perda de objeto do Agravo de Instrumento interposto contra decisão concessiva ou denegatória de decisão interlocutória sobre antecipação dos efeitos de tutela. (REsp 1.332.553/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 4/9/2012, DJe de 11/9/2012) (AGRESP 201001499976, RAULARAÚJO, STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA:15/08/2013)

Assim havendo decisão definitiva no processo principal, o presente recurso resta prejudicado, devido ao caráter exauriente da sentença no processo principal.

Neste sentido, a melhor jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SENTENÇA PROFERIDA NOS AUTOS DA AÇÃO ORIGINÁRIA. PERDA DE OBJETO. AGRAVO PREJUDICADO.

I - A prolação de sentença nos autos da ação de onde se originou o agravo de instrumento acarreta a perda de objeto deste recurso.

II - Agravo de instrumento prejudicado.

(TRF - 3ª Região, 2ª Turma, AG 2000.03.00.049815-2, Rel. Juíza Fed. Conv. Raquel Perrini, j. 16/09/2002, DJU 06/12/2002, p. 511)

AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AFRONTA AO ART. 535 DO DIPLOMA PROCESSUAL. INOCORRÊNCIA. AÇÃO ORDINÁRIA RELATIVA À GREVE DE SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS. EXAME PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. VIA PROCESSUAL INADEQUADA. AUSÊNCIA PREVISÃO NO ART. 105 DA CF/88. 1. O art. 105 da Constituição Federal não autoriza este Superior Tribunal a analisar ação ordinária relativa à greve dos servidores públicos federais, mas apenas e tão somente as relativas a dissídio coletivo, conforme restou decidido pela pela Suprema Corte nos autos do STA 207/RS. Precedente. 2. Resta prejudicado o recurso especial interposto contra acórdão que examinou agravo de instrumento de decisão que defere ou indefere liminar ou antecipação de tutela, quando se verifica a prolação de sentença de mérito, tanto de procedência, porquanto absorve os efeitos da medida antecipatória, por se tratar de decisão proferida em cognição exauriente; como de improcedência, pois há a revogação, expressa ou implícita, da decisão antecipatória. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ, AGRESP 200901403810, QUINTA TURMA, Relator(a) LAURITA VAZ, Decisão: 02/02/2012, Publicação: 13/02/2012)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA DE MÉRITO. EXTINÇÃO DA AÇÃO PRINCIPAL. PERDA DO OBJETO DO RECURSO ESPECIAL. 1. Conforme consignado na decisão agravada, a prolação de sentença de mérito, mediante cognição exauriente, enseja a superveniente perda de objeto do recurso interposto contra o acórdão que negou provimento ao agravo de instrumento. 2. Eventual provimento do recurso especial, referente à decisão interlocutória, não poderia infirmar o julgamento superveniente e definitivo que reapreciou a questão. 3. A decisão agravada não está em confronto com o julgado da Corte Especial (EREsp 765.105/TO (Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe 25.8.2010), uma vez que este não se amolda ao presente caso, em que, conforme se observa nos autos, houve decisão denegatória de antecipação de tutela. Agravo regimental improvido. (STJ, AGRESP 201100699334, SEGUNDA TURMA, Relator(a) HUMBERTO MARTINS, Decisão: 13/12/2011, Publicação: 19/12/2011)

Diante do exposto nego seguimento ao agravo de instrumento, eis que prejudicado, nos termos do artigo 932, inciso III, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intime-se.

Após as formalidades legais, certifique-se o trânsito em julgado, dando-se baixa na distribuição.

São Paulo, 20 de junho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000541-57.2019.4.03.6144

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: DELEGADO DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL EM SÃO PAULO, UNIAO FEDERAL-FAZENDA NACIONAL

APELADO: PRISMA PROMOTORA PRESTADORA DE SERVICOS E INTERMEDIACAO DE NEGOCIOS LTDA-EPP

Advogado do(a) APELADO: VICTOR MAGALHAES GADELHA - SP330076-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000541-57.2019.4.03.6144

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: DELEGADO DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL EM SÃO PAULO, UNIAO FEDERAL-FAZENDA NACIONAL

APELADO: PRISMA PROMOTORA PRESTADORA DE SERVICOS E INTERMEDIACAO DE NEGOCIOS LTDA-EPP

Advogado do(a) APELADO: VICTOR MAGALHAES GADELHA - SP330076-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa necessária e de recurso de apelação interposto pela **UNIÃO** em face da sentença concessiva, nos autos de mandado de segurança, para declarar o direito da impetrante **PRISMA PROMOTORA PRESTADORA DE SERVICOS E INTERMEDIACAO DE NEGOCIOS LTDA - EPP** à exclusão dos valores correspondentes ao ISSQN da base de cálculo das contribuições devidas a título de PIS e COFINS, bem como à repetição dos valores indevidamente recolhidos, nos cinco últimos anos anteriores à impetração, por meio de restituição ou compensação, a serem requeridas administrativamente.

Em suas razões de apelação, a União sustentou, em síntese,

- a) o entendimento majoritariamente adotado pelo plenário quanto ao ICMS no RE 574.706/PR não se aplica ao ISS;
- b) no conceito de receita bruta/faturamento estão os valores que ingressam no patrimônio da pessoa jurídica mediante a cobrança de preços;
- c) inexistente vedação constitucional quanto à inclusão do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza na composição desse faturamento/receita bruta, base de cálculo da contribuição ao PIS/PASEP e da COFINS.

Não houve apresentação de contrarrazões.

O Ministério Público Federal, em manifestação do e. Procurador Regional da República, Márcio Domene Cabrini, deixou de exarar parecer por entender que a situação descrita nos autos não se enquadra nos direitos de relevância social ou individuais indisponíveis, tutelados pelo *parquet*.

É o sucinto relatório.

srevi

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000541-57.2019.4.03.6144
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: DELEGADO DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL EM SÃO PAULO, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: PRISMA PROMOTORA PRESTADORA DE SERVICOS E INTERMEDIACAO DE NEGOCIOS LTDA - EPP

Advogado do(a) APELADO: VICTOR MAGALHAES GADELHA - SP330076-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Denise Avelar (Relatora):

O cerne da presente controvérsia gravita em torno do pleito da impetrante acerca do reconhecimento judicial que declare seu direito à exclusão do Imposto sobre Serviços (ISSQN) da base de cálculo das contribuições devidas a título de PIS e COFINS, bem como à declaração do direito de efetuar a compensação tributária dos valores recolhidos indevidamente nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação.

Pois bem.

Não merece reforma a r. sentença do Juízo *a quo*.

Em que pese a hipótese verse, exclusivamente, sobre a inclusão do ISS na base de cálculo do PIS/COFINS, é pertinente, na solução do caso concreto, destacar a jurisprudência firmada na questão do ICMS, considerando a identidade de fundamentação e tratamento da controvérsia. Veja-se:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. *O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.*

4. *Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."*

(RE 574706, Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

Em suma, a novel jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, assim como a do Superior Tribunal de Justiça, reconheceu a exclusão da parcela relativa ao ICMS da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, confira-se:

"TRIBUTO - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da Cofins, porque estranho ao conceito de faturamento." (RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituinte receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS incluiu-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido."

(AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 07/04/2015)

Cumprasse asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

Na verdade, o ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.

Resta evidente, portanto, que o ICMS não tem a natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, veja-se:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ICMS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Encontra-se, atualmente, consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme constou do Boletim de Notícias do Supremo Tribunal Federal nº 762 de 06 a 11 de Outubro de 2014 (RE 240.785-2/MG).

2. Embargos infringentes desprovidos."

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI 0000266-78.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 04/11/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/11/2014)

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS e DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/04/2014)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB A SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. ICMS RECOLHIDO PELO SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO – ICMS-ST. EXCLUSÃO NO CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS PELO CONTRIBUINTE SUBSTITUÍDO. POSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO – PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS.

1. Apelação da União não conhecida no que tange à necessidade de ser observar o disposto no artigo 170-A, do CTN, uma vez que a sentença não destoou desse entendimento.

2. O STF pacificou a controvérsia objeto de discussão nestes autos, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).

3. A pacificação do tema, por meio de julgado proferido sob o regime da repercussão geral (e/ou na sistemática dos recursos repetitivos), impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.

4. A jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

5. Embora o Supremo Tribunal Federal não tenha enfrentado a controvérsia atinente ao regime tributário adotado para a arrecadação do ICMS, tal questão não pode servir de óbice à aplicação do referido precedente quanto à exclusão do ICMS recolhido antecipadamente pelo substituto tributário em nome do contribuinte substituído, notadamente se considerada a circunstância de que tais antecipações do ICMS serão computadas no custo dos bens adquiridos pelo substituído e, por conseguinte, integrarão a sua receita bruta na etapa subsequente.

6. A compensação (a ser realizada após o trânsito em julgado destes autos – artigo 170-A do CTN) deverá observar a prescrição quanto aos valores pagos antes do quinquênio anterior à impetração. Deverá, outrossim, ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74 da Lei nº 9.430/1996, porém à exceção das contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991 (conforme disposição do artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 11.457/2007). A atualização monetária dos valores pagos deve ser realizada mediante aplicação da taxa Selic (artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995).

7. Na presente ação apenas se declara a existência do direito do contribuinte à compensação (Súmula 213 do STJ). Reserva-se à Administração o direito a ulterior verificação de sua plena regularidade, inclusive o encontro de contas. Para fins do simples reconhecimento/declaração do direito à compensação, os documentos colacionados aos autos são suficientes. A título ilustrativo, cumpre citar os comprovantes de arrecadação de Cofins não cumulativa, código de receita 5856, bem como de PIS não cumulativo, código de receita 6912.

8. Apelação da União improvida na parte conhecida. Remessa oficial parcialmente provida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 5004832-09.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 25/03/2019, Intimação via sistema DATA: 27/03/2019)

Assim, impende destacar que **o reconhecimento da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pode ser aplicado ao caso do ISS, em razão da própria inexistência de natureza de receita ou faturamento destas parcelas**, neste sentido é a jurisprudência desta Terceira Turma, veja-se:

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza - ISS, externando semelhança ao debate da inclusão do ICMS na base de cálculo da mencionadas contribuições.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinalizou no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS se inclui na base de cálculo do FINSOCIAL."

*Desta forma, **reconheço a plausibilidade da tese defendida nesta ação, razão pela qual não deve ser admitida a inclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS.***

Em relação ao pedido de compensação, havendo a opção pelo ingresso em juízo, o regime normativo a ser aplicado é o da data do ajuizamento da ação.

Assim, as diferenças recolhidas a maior devem ser compensadas nos termos Lei nº 10.637, de 30/12/2002 (que modificou a Lei nº 9.430/96), considerando-se prescritos os créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior há cinco anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação, conforme o disposto no artigo 168 do CTN c/c artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, tendo em vista que a presente ação foi proposta em 30/11/2011.

Quanto à comprovação do indébito, destaco que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.111.003/PR, de relatoria do Ministro Humberto Martins, sob a sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil, firmou o entendimento de que, em demanda voltada à repetição de indébito tributário, basta a comprovação da qualidade de contribuinte do autor; não sendo necessária a juntada de todos os demonstrativos de recolhimento do tributo no momento do ajuizamento da ação, por ser possível a sua postergação para a fase de liquidação, momento em que deverá ser apurado o quantum debeatur.

Os créditos da autora devem ser atualizados na forma da Resolução nº 134/2010 do Conselho da Justiça Federal, que aprovou o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, desde a época do recolhimento indevido (Súmula STJ nº 162).

Esclareço que a taxa SELIC está prevista tanto na Resolução CJF nº 134/2010, como no Código Civil, tratando-se de índice legal que engloba a correção monetária e os juros de mora. Insta salientar, que o termo inicial para incidência de juros de mora ocorrerá, necessariamente, quando já houver a incidência da taxa SELIC a título de correção monetária.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC 0022119-80.2011.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 09/04/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/04/2015)

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. ISS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Embora a hipótese verse, exclusivamente, sobre a inclusão do ISS na base de cálculo do PIS/COFINS, é pertinente, na solução do caso concreto, destacar a jurisprudência firmada na questão do ICMS, considerando a identidade de fundamentação e tratamento da controvérsia.

2. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

3. Recurso desprovido."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0005905-84.2012.4.03.6130, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 26/02/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/03/2015)

A exclusão do ISS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassar aqueles ao Município.

Ressalto, por oportuno, que a falta de definitividade da entrada de valores a título de ISS no caixa da pessoa jurídica caracteriza a ausência da natureza jurídica adrede mencionada, que, repita-se, tem natureza de receita para o Município.

Ademais, o termo "faturamento" deve ser conceituado no sentido técnico consagrado pela jurisprudência e pela doutrina.

Ainda, o ISS é imposto indireto no qual o ônus financeiro é transferido para o consumidor final, tornando-se este o contribuinte de fato da exação. Assim, o sujeito passivo do tributo - aquele que realiza a prestação de serviços - apenas tem o dever de recolher os valores atinentes ao ISS e repassá-las ao seu efetivo sujeito ativo, qual seja, o Município ou o Distrito Federal, mostrando-se, incontestavelmente, despedido da natureza jurídica de receita para o sujeito passivo.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, veja-se:

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS e DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/04/2014)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DUPLO AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. VALIDADE. APROVEITAMENTO DO TÍTULO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSOS DESPROVIDOS.

- 1. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.*
- 2. A orientação no plano constitucional, a partir do precedente citado, foi adotada, recentemente, no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94, conforme AgRg no ARESP 593.627, Rel. p/ acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 07/04/2015.*
- 3. Embora cabível excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, não se reconhece a nulidade da execução fiscal, que deve prosseguir pelo saldo efetivamente devido, não se cogitando, de extinção da execução fiscal, na conformidade da jurisprudência consolidada.*
- 4. Agravos inominados desprovidos."*

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0030027-53.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/05/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/05/2015)

Mantido, portanto, o reconhecimento do direito à exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Reforce-se que mesmo com as alterações posteriores na legislação que institui o PIS e a COFINS – Lei nº 12.973/14 – não temo condão de afastar o quanto decidido, pois, conforme amplamente demonstrado, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, após observada a prescrição quinquenal, aquela deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da demanda, que ocorreu em **22/02/2019** e, conforme jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, confira-se:

*"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. **REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA.** LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.*

- 1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).*
- 2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).*
- 3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.*
- 4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".*
- 5. Consectariamente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.*

6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.

7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressaltando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (REsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor; o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.

13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."

14. Consequentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF). (Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

Destarte, conforme a jurisprudência acima colacionada e, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, veja-se:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4º 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.

4. A Tabela Única aprovada pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação /repetição de indébito, quais sejam: (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDcl no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. O prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/05 (09.06.2005), nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.") (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: RESP 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009).

7. Outrossim, o artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

8. Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010)

Finalmente, o termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior, que ora colaciono:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNBEN. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL. APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.250/95. DESDE O RECOLHIMENTO INDEVIDO. SÚMULA 83/STJ

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nas ações de restituição de tributos federais, antes do advento da Lei 9.250/95, incide a correção monetária desde o pagamento indevido (no caso, no momento da indevida retenção do IR) até a restituição ou a compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros moratórios a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), na forma do art. 167, parágrafo único, do CTN.

3. Ocorre que, com o advento do referido diploma, passou-se a incidir a Taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou a partir de 1º de janeiro de 1996 (caso o recolhimento tenha ocorrido antes dessa data).

Agravo regimental improvido."

(AgRg no AgRg no AREsp 536.348/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014)

supra. Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso de apelação da União e à remessa necessária, nos termos da fundamentação

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ISS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDA.

1. O cerne da presente controvérsia gravita em torno do reconhecimento do direito da impetrante à exclusão dos valores correspondentes ao ISS da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e a COFINS, bem como a compensação dos valores tidos como indevidamente recolhidos, nos últimos 05 (cinco) anos, com os acréscimos cabíveis.
2. Em que pese a hipótese verse, exclusivamente, sobre a inclusão do ISS na base de cálculo do PIS/COFINS, é pertinente, na solução do caso concreto, destacar a jurisprudência firmada na questão do ICMS, considerando a identidade de fundamentação e tratamento da controvérsia.
3. A novel jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, assim como a do Superior Tribunal de Justiça, reconheceu a exclusão da parcela relativa ao ICMS da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS.
4. Impende destacar que **o reconhecimento da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pode ser aplicado ao caso do ISS, em razão da própria inexistência de natureza de receita ou faturamento destas parcelas**, neste sentido é a jurisprudência desta Terceira Turma.
5. A exclusão do ISS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassar aqueles ao Município.
6. O ISS é imposto indireto no qual o ônus financeiro é transferido para o consumidor final, tornando-se este o contribuinte de fato da exação. Assim, o sujeito passivo do tributo - aquele que realiza a prestação de serviços - apenas tem o dever de recolher os valores atinentes ao ISS e repassá-las ao seu efetivo sujeito ativo, qual seja, o Município ou o Distrito Federal, mostrando-se, incontestavelmente, despido da natureza jurídica de receita para o sujeito passivo.
7. Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, após observada a prescrição quinquenal, aquela deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da demanda, que ocorreu em **22/02/2019**.
8. Conforme a jurisprudência acima colacionada e, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.
9. Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito.
10. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior.
11. Recurso de apelação da União e reexame necessário desprovidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso de apelação da União e à remessa necessária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5010162-46.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: CMA CGM DO BRASIL AGENCIA MARITIMA LTDA, CMA CGM SOCIÉTÉ ANONYME

Advogados do(a) AGRAVANTE: TATIANA YUMIKO KANASHIRO - SP419965, REGINALDO EGERTT ISHII - SP245249, SABRINA DA SILVA RODRIGUES - SP429487

Advogados do(a) AGRAVANTE: SABRINA DA SILVA RODRIGUES - SP429487, REGINALDO EGERTT ISHII - SP245249, TATIANA YUMIKO KANASHIRO - SP419965

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por CMA CGM DO BRASIL AGENCIA MARITIMA LTDA em face da decisão proferida pelo Juízo Federal da 4ª Vara de Santos/SP.

Em consulta ao andamento processual no sítio eletrônico da Justiça Federal de 1ª Instância verifica-se que já foi proferida sentença pelo MM. Juiz *a quo*.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a superveniente prolação de sentença implica a perda de objeto do Agravo de Instrumento interposto contra decisão concessiva ou denegatória de decisão interlocutória sobre antecipação dos efeitos de tutela. (REsp 1.332.553/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 4/9/2012, DJe de 11/9/2012) (AGRESP 201001499976, RAULARAÚJO, STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA:15/08/2013)

Assim havendo decisão definitiva no processo principal, o presente recurso resta prejudicado, devido ao caráter exauriente da sentença no processo principal.

Neste sentido, a melhor jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SENTENÇA PROFERIDA NOS AUTOS DA AÇÃO ORIGINÁRIA. PERDA DE OBJETO. AGRAVO PREJUDICADO.

I - A prolação de sentença nos autos da ação de onde se originou o agravo de instrumento acarreta a perda de objeto deste recurso.

II - Agravo de instrumento prejudicado.

(TRF - 3ª Região, 2ª Turma, AG 2000.03.00.049815-2, Rel. Juíza Fed. Conv. Raquel Perrini, j. 16/09/2002, DJU 06/12/2002, p. 511)

AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AFRONTA AO ART. 535 DO DIPLOMA PROCESSUAL. INOCORRÊNCIA. AÇÃO ORDINÁRIA RELATIVA À GREVE DE SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS. EXAME PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. VIA PROCESSUAL INADEQUADA. AUSÊNCIA PREVISÃO NO ART. 105 DA CF/88. 1. O art. 105 da Constituição Federal não autoriza este Superior Tribunal a analisar ação ordinária relativa à greve dos servidores públicos federais, mas apenas e tão somente as relativas a dissídio coletivo, conforme restou decidido pela Suprema Corte nos autos do STA 207/RS. Precedente. 2. Resta prejudicado o recurso especial interposto contra acórdão que examinou agravo de instrumento de decisão que deferiu ou indefere liminar ou antecipação de tutela, quando se verifica a prolação de sentença de mérito, tanto de procedência, porquanto absorve os efeitos da medida antecipatória, por se tratar de decisão proferida em cognição exauriente; como de improcedência, pois há a revogação, expressa ou implícita, da decisão antecipatória. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ, AGRESP 200901403810, QUINTA TURMA, Relator(a) LAURITA VAZ, Decisão: 02/02/2012, Publicação: 13/02/2012)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA DE MÉRITO. EXTINÇÃO DA AÇÃO PRINCIPAL. PERDA DO OBJETO DO RECURSO ESPECIAL. 1. Conforme consignado na decisão agravada, a prolação de sentença de mérito, mediante cognição exauriente, enseja a superveniente perda de objeto do recurso interposto contra o acórdão que negou provimento ao agravo de instrumento. 2. Eventual provimento do recurso especial, referente à decisão interlocutória, não poderia infirmar o julgamento superveniente e definitivo que reapreciou a questão. 3. A decisão agravada não está em confronto com o julgado da Corte Especial (EREsp 765.105/TO (Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe 25.8.2010), uma vez que este não se amolda ao presente caso, em que, conforme se observa nos autos, houve decisão denegatória de antecipação de tutela. Agravo regimental improvido. (STJ, AGRESP 201100699334, SEGUNDA TURMA, Relator(a) HUMBERTO MARTINS, Decisão: 13/12/2011, Publicação: 19/12/2011)

Diante do exposto nego seguimento ao agravo de instrumento, eis que prejudicado, nos termos do artigo 932, inciso III, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intime-se.

Após as formalidades legais, certifique-se o trânsito em julgado, dando-se baixa na distribuição.

São Paulo, 20 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5010162-46.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: CMA CGM DO BRASIL AGENCIA MARITIMA LTDA, CMA CGM SOCIÉTÉ ANONYME

Advogados do(a) AGRAVANTE: TATIANA YUMIKO KANASHIRO - SP419965, REGINALDO EGERTT ISHII - SP245249, SABRINA DA SILVA RODRIGUES - SP429487

Advogados do(a) AGRAVANTE: SABRINA DA SILVA RODRIGUES - SP429487, REGINALDO EGERTT ISHII - SP245249, TATIANA YUMIKO KANASHIRO - SP419965

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por CMA CGM DO BRASIL AGENCIA MARITIMA LTDA em face da decisão proferida pelo Juízo Federal da 4ª Vara de Santos/SP.

Em consulta ao andamento processual no sítio eletrônico da Justiça Federal de 1ª Instância verifica-se que já foi proferida sentença pelo MM. Juiz *a quo*.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a superveniente prolação de sentença implica a perda de objeto do Agravo de Instrumento interposto contra decisão concessiva ou denegatória de decisão interlocutória sobre antecipação dos efeitos de tutela. (REsp 1.332.553/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 4/9/2012, DJe de 11/9/2012) (AGRESP 201001499976, RAULARAÚJO, STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA:15/08/2013)

Assim havendo decisão definitiva no processo principal, o presente recurso resta prejudicado, devido ao caráter exauriente da sentença no processo principal.

Neste sentido, a melhor jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SENTENÇA PROFERIDA NOS AUTOS DA AÇÃO ORIGINÁRIA. PERDA DE OBJETO. AGRAVO PREJUDICADO.

I - A prolação de sentença nos autos da ação de onde se originou o agravo de instrumento acarreta a perda de objeto deste recurso.

II - Agravo de instrumento prejudicado.

(TRF - 3ª Região, 2ª Turma, AG 2000.03.00.049815-2, Rel. Juíza Fed. Conv. Raquel Perrini, j. 16/09/2002, DJU 06/12/2002, p. 511)

AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AFRONTA AO ART. 535 DO DIPLOMA PROCESSUAL. INOCORRÊNCIA. AÇÃO ORDINÁRIA RELATIVA À GREVE DE SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS. EXAME PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. VIA PROCESSUAL INADEQUADA. AUSÊNCIA PREVISÃO NO ART. 105 DA CF/88. 1. O art. 105 da Constituição Federal não autoriza este Superior Tribunal a analisar ação ordinária relativa à greve dos servidores públicos federais, mas apenas e tão somente as relativas a dissídio coletivo, conforme restou decidido pela Suprema Corte nos autos do STA 207/RS. Precedente. 2. Resta prejudicado o recurso especial interposto contra acórdão que examinou agravo de instrumento de decisão que deferiu ou indefere liminar ou antecipação de tutela, quando se verifica a prolação de sentença de mérito, tanto de procedência, porquanto absorve os efeitos da medida antecipatória, por se tratar de decisão proferida em cognição exauriente; como de improcedência, pois há a revogação, expressa ou implícita, da decisão antecipatória. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ, AGRESP 200901403810, QUINTA TURMA, Relator(a) LAURITA VAZ, Decisão: 02/02/2012, Publicação: 13/02/2012)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA DE MÉRITO. EXTINÇÃO DA AÇÃO PRINCIPAL. PERDA DO OBJETO DO RECURSO ESPECIAL. 1. Conforme consignado na decisão agravada, a prolação de sentença de mérito, mediante cognição exauriente, enseja a superveniente perda de objeto do recurso interposto contra o acórdão que negou provimento ao agravo de instrumento. 2. Eventual provimento do recurso especial, referente à decisão interlocutória, não poderia infirmar o julgamento superveniente e definitivo que reapreciou a questão. 3. A decisão agravada não está em confronto com o julgado da Corte Especial (EREsp 765.105/TO (Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe 25.8.2010), uma vez que este não se amolda ao presente caso, em que, conforme se observa nos autos, houve decisão denegatória de antecipação de tutela. Agravo regimental improvido. (STJ, AGRESP 201100699334, SEGUNDA TURMA, Relator(a) HUMBERTO MARTINS, Decisão: 13/12/2011, Publicação: 19/12/2011)

Diante do exposto nego seguimento ao agravo de instrumento, eis que prejudicado, nos termos do artigo 932, inciso III, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intime-se.

Após as formalidades legais, certifique-se o trânsito em julgado, dando-se baixa na distribuição.

São Paulo, 20 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5021427-79.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO: TRANSPORTADORA GRANDE ABC LTDA
Advogado do(a) AGRAVADO: CHARLES CHRISTIAN HINSCHING - SP239026
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5021427-79.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO: TRANSPORTADORA GRANDE ABC LTDA
Advogado do(a) AGRAVADO: CHARLES CHRISTIAN HINSCHING - SP239026
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração contra acórdão assimementado:

DIREITO TRIBUTÁRIO. PROCESSO CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. CESSÃO DE DIREITOS CREDITÓRIOS. FRAUDE À EXECUÇÃO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. COGNOSCÍVEL A QUALQUER TEMPO E GRAU DE JURISDIÇÃO. INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. PRESUNÇÃO DE FRAUDE NÃO INFIRMADA. NEGÓCIO JURÍDICO INEFICAZ PERANTE A FAZENDA PÚBLICA. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

1. *Requer a agravante, em síntese, seja declarada a ineficácia da cessão de direitos creditórios noticiada nos autos, tendo em vista a inexistência de quaisquer documentos que lhe demonstrem a higidez. Aduz, ainda, que os atos de cessão teriam sido firmados em detrimento da Fazenda Pública, com evidente caráter de se esquivar do cumprimento de obrigações de natureza tributária.*

2. *Depreende-se que a questão ora deduzida diz respeito à ocorrência de eventual fraude à execução, que, por ostentar natureza de ordem pública, é passível de conhecimento a qualquer tempo e grau de jurisdição, inclusive de ofício. Precedentes.*

3. *Consoante assentado pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.141.990/PR, alçado à sistemática dos recursos repetitivos, "(a) a natureza jurídica tributária do crédito conduz a que a simples alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, pelo sujeito passivo por quantia inscrita em dívida ativa, sem a reserva de meios para quitação do débito, gera presunção absoluta (jure et de jure) de fraude à execução (lei especial que se sobrepõe ao regime do direito processual civil); (b) a alienação engendrada até 08.06.2005 exige que tenha havido prévia citação no processo judicial para caracterizar a fraude de execução; se o ato translativo foi praticado a partir de 09.06.2005, data de início da vigência da Lei Complementar n.º 118/2005, basta a efetivação da inscrição em dívida ativa para a configuração da figura da fraude; (c) a fraude de execução prevista no artigo 185 do CTN encerra presunção jure et de jure, conquanto componente do elenco das "garantias do crédito tributário"; (d) a inaplicação do artigo 185 do CTN, dispositivo que não condiciona a ocorrência de fraude a qualquer registro público, importa violação da Cláusula Reserva de Plenário e afronta à Súmula Vinculante n.º 10, do STF.*

4. *Consoante se depreende dos autos do cumprimento de sentença de origem, a empresa Transportadora Grande ABC Ltda, primeira cedente dos créditos decorrentes da ação autuada sob o nº 2008.61.14.004280-5, possuía, ao tempo da cessão, datada de 25/07/08, débitos inscritos em dívida ativa, os quais, entretanto, foram quitados, ainda que posteriormente, não havendo que se falar; portanto, em fraude à execução.*

5. *Contrariamente, da nova cessão de créditos empreendida por Antônio Caetano Pinto em favor de Charles Christian Hinsching Sociedade Individual De Advocacia, em 03/04/17, é possível se extrair situação diversa. Isto porque, das informações gerais de inscrição encartadas aos autos, é possível se aferir que, ao tempo da cessão, Antônio Caetano Pinto possuía em seu desfavor os seguintes débitos inscritos em dívida ativa, com as respectivas execuções ajuizadas.*

6. *Caberia ao cedente, Antônio Caetano Pinto, a demonstração de reserva patrimonial suficiente para a garantia dos débitos inscritos em dívida ativa apontados pela União, mantendo-se solvente, o que, entretanto, não restou devidamente delineado na hipótese. Precedentes.*

7. *Agravo de instrumento provido.*

Alegou-se omissão, contradição e obscuridade, pois (1) não apreciada a preliminar de intempestividade do agravo de instrumento pela União, cujo prazo transcorreu em 20/08/2019, certo de que o “*simples fato da ocorrência de feriado municipal na cidade de São Bernardo do Campo (circunscrição do processo originário) não tem o condão de acarretar postergação de prazo de recurso a ser protocolizado diretamente do E. Tribunal via sistema*” e que “*a União deixou de atender o disposto no art. 1003, § 6º, NCPC: “O recorrente comprovará a ocorrência de feriado local no ato de interposição do Recurso”*”; (2) a agravada não possui legitimidade passiva devido à alteração anterior do polo ativo da demanda de origem; (3) “*As razões aduzidas no presente recurso de Agravo são totalmente dissociadas dos fundamentos da decisão recorrida*”, e “*a Fazenda, na manifestação do ID 16353443 (da liquidação de sentença) limita-se a argumentar que a cessão do crédito não poderia ser realizada em face de eventuais débitos da cessionária, ora Agravada, conforme assentido pelo MM. Juízo no despacho agravado ID 17441313, e, por outro lado, no presente Agravo trata de requestrar argumentos completamente diversos e desconectados da realidade, pura reprodução dos Embargos de Declaração REJEITADOS (ID 18672066), decisão esta que sequer é objeto deste agravo*”; e (4) verificado “*flagrante desrespeito a Coisa Julgada, pelo trânsito do Acórdão do AI 5004685-13.2018.4.03.0000, pelo qual restou homologada a cessão de crédito em favor do atual Sujeito Ativo da liquidação de sentença*”.

Houve impugnação da embargada.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5021427-79.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO: TRANSPORTADORA GRANDE ABC LTDA
Advogado do(a) AGRAVADO: CHARLES CHRISTIAN HINSCHING - SP239026
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, com relação à alegada intempestividade recursal, verifica-se, mediante consulta ao sistema PJe, que foi registrada ciência pela União da decisão agravada em 04/07/2019, sendo a data limite de manifestação calculada automaticamente para 21/08/2019. e, portanto, considerando que o presente agravo de instrumento foi protocolado em 21/08/2019, não se constata a intempestividade do recurso.

No que tange à arguição de ilegitimidade passiva, tampouco procede, pois, além de a embargante participar da cadeia de cessão de crédito que se discute, consta como exequente na decisão agravada (ID 17441313), ainda que não mais esteja registrada na decisão dos embargos de declaração no Juízo de origem (ID 18672066). Observada, portanto, a presença de legitimidade passiva da embargante.

Analisando as outras alegações, revelam-se todas manifestamente improcedentes, inexistindo quaisquer dos demais vícios apontados nos embargos de declaração, restando nítido que se cuida de recurso interposto com objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

As alegações não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.

Consignou, a propósito, expressamente o acórdão embargado (ID 102251109) que:

“Sob tal perspectiva, depreende-se que a questão ora deduzida diz respeito à ocorrência de eventual fraude à execução, que, por ostentar natureza de ordem pública, é passível de conhecimento a qualquer tempo e grau de jurisdição, inclusive de ofício.

(...)

Desta feita, não tendo a matéria sido deduzida no âmbito do Agravo de Instrumento nº 5004685-13.2018.4.03.0000, não há quaisquer óbices para que seja ora conhecida.”

Percebe-se que foi deduzido, de forma inequívoca, o entendimento de que a matéria ventilada, por sua natureza de ordem pública, pode ser conhecida a qualquer momento ou fase processual, inclusive, de ofício, não se cogitando de preclusão; acrescendo-se a argumentação de que a questão não foi objeto do Agravo de Instrumento 5004685-13.2018.4.03.0000, inexistindo coisa julgada.

Outrossim, com relação à possibilidade de realização da cessão discutida, constou do acórdão embargado (ID 102251109) que:

“Dessa forma, foi definido que a Súmula nº 375 do STJ não se aplica às execuções fiscais, diante da existência de disposição específica sobre o tema na seara tributária (artigo 185 do CTN). Restou assentado também que a caracterização da fraude à execução requer que não esteja demonstrado nos autos que o sujeito passivo (executado) dispõe de outros ativos capazes de efetuar a quitação do débito.

*Nos termos expressos no paradigma em referência, trata-se de presunção **absoluta** de fraude, afigurando-se irrelevante eventual circunstância de índole subjetiva - tal como a boa-fé.*

(...)

*Contrariamente, da nova cessão de créditos empreendida por Antônio Caetano Pinto em favor de Charles Christian Hinsching Sociedade Individual De Advocacia, em **03/04/17**, é possível se extrair situação diversa (fls. 102/104, ID 13356227 dos autos do cumprimento de sentença de origem).*

Isto porque, das informações gerais de inscrição encartadas aos autos, é possível se aferir que, ao tempo da cessão, Antônio Caetano Pinto possuía em seu desfavor os seguintes débitos inscritos em dívida ativa, com as respectivas execuções ajuizadas (fls. 275/298, ID 13356227 dos autos do cumprimento de sentença de origem):

- **CDA nº 80 2 04 060866-03**, inscrita em 28/12/04;
- **CDA nº 80 6 03 046841-87**, inscrita em 24/03/03;
- **CDA nº 80 6 04 105791-03**, inscrita em 28/12/04;
- **CDA nº 80 6 04 105792-94**, inscrita em 28/12/04;
- **CDA nº 80 7 04 028106-80**, inscrita em 28/12/04;

Oportuno salientar que caberia ao cedente, Antônio Caetano Pinto, a demonstração de reserva patrimonial suficiente para a garantia dos débitos inscritos em dívida ativa apontados pela União, mantendo-se solvente, o que, entretanto, não restou devidamente delineado na hipótese.

(...)

Desta feita, de rigor a declaração de ineficácia, perante a Fazenda Pública, do negócio jurídico de cessão de direitos creditórios entabulado entre Antônio Caetano Pinto e Charles Christian Hinsching Sociedade Individual De Advocacia, diante da configuração de fraude à execução.”

Como se observa, o acórdão embargado foi claro na abordagem do mérito suscitado, ao estabelecer que a cessão de crédito, conforme realizada, consubstanciou fraude à execução fiscal, em razão de ter sido efetivada após inscrição em dívida ativa, sem devida demonstração de solvência da devedora.

Se tal motivação é insuficiente, fere normas apontadas ou contraria a jurisprudência, deve o contribuinte veicular recurso próprio para impugnação do acórdão e não rediscutir a matéria em embargos de declaração.

Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

Ante o exposto, acolho em parte os embargos de declaração apenas para acrescer ao acórdão os fundamentos para a rejeição das alegações de intempestividade e ilegitimidade passiva da embargante, porém sem efeitos modificativos

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CESSÃO DE CRÉDITOS. FRAUDE À EXECUÇÃO. ORDEM PÚBLICA. LEGITIMIDADE PASSIVA. TEMPESTIVIDADE. ACOLHIMENTO PARCIAL.

1. Com relação à alegada intempestividade recursal, verifica-se, mediante consulta ao sistema PJe, que foi registrada ciência pela União da decisão agravada em 04/07/2019, sendo a data limite para manifestação calculada automaticamente para 21/08/2019 e, portanto, considerando que o presente agravo de instrumento foi protocolado nesta mesma data, inexistente a intempestividade levantada.

2. No que tange à arguição de ilegitimidade passiva, além de a embargante participar da cadeia de cessão de crédito que se discute, consta como exequente na decisão agravada (ID 17441313), ainda que não mais esteja registrada na decisão dos embargos de declaração no Juízo de origem (ID 18672066). Observada, portanto, a presença de legitimidade passiva da embargante.

3. Analisando as outras alegações, são manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos demais vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

4. As alegações não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.

5. Consignou, a propósito, expressamente o acórdão embargado (ID 102251109) que: “*Sob tal perspectiva, depreende-se que a questão ora deduzida diz respeito à ocorrência de eventual fraude à execução, que, por ostentar natureza de ordem pública, é passível de conhecimento a qualquer tempo e grau de jurisdição, inclusive de ofício. (...) Desta feita, não tendo a matéria sido deduzida no âmbito do Agravo de Instrumento nº 5004685-13.2018.4.03.0000, não há quaisquer óbices para que seja ora conhecida*”.

6. Percebe-se que foi deduzido, de forma inequívoca, o entendimento de que a matéria ventilada, por sua natureza de ordem pública, pode ser conhecida a qualquer momento ou fase processual, inclusive, de ofício, não se cogitando de preclusão; acrescendo-se a argumentação de que a questão não foi objeto do Agravo de Instrumento 5004685-13.2018.4.03.0000, inexistindo coisa julgada.

7. Outrossim, com relação à possibilidade de realização da cessão discutida, assentou o acórdão embargado (ID 102251109) que: “*Dessa forma, foi definido que a Súmula nº 375 do STJ não se aplica às execuções fiscais, diante da existência de disposição específica sobre o tema na seara tributária (artigo 185 do CTN). Restou assentado também que a caracterização da fraude à execução requer que não esteja demonstrado nos autos que o sujeito passivo (executado) dispõe de outros ativos capazes de efetuar a quitação do débito. Nos termos expressos no paradigma em referência, trata-se de presunção absoluta de fraude, afigurando-se irrelevante eventual circunstância de índole subjetiva - tal como a boa-fé. (...) Contrariamente, da nova cessão de créditos empreendida por Antônio Caetano Pinto em favor de Charles Christian Hinsching Sociedade Individual De Advocacia, em 03/04/17, é possível se extrair situação diversa (fls. 102/104, ID 13356227 dos autos do cumprimento de sentença de origem). Isto porque, das informações gerais de inscrição encartadas aos autos, é possível se aferir que, ao tempo da cessão, Antônio Caetano Pinto possuía em seu desfavor os seguintes débitos inscritos em dívida ativa, com as respectivas execuções ajuizadas (fls. 275/298, ID 13356227 dos autos do cumprimento de sentença de origem): - CDA nº 80 2 04 060866-03, inscrita em 28/12/04; - CDA nº 80 6 03 046841-87, inscrita em 24/03/03; - CDA nº 80 6 04 105791-03, inscrita em 28/12/04; - CDA nº 80 6 04 105792-94, inscrita em 28/12/04; - CDA nº 80 7 04 028106-80, inscrita em 28/12/04; Oportuno salientar que caberia ao cedente, Antônio Caetano Pinto, a demonstração de reserva patrimonial suficiente para a garantia dos débitos inscritos em dívida ativa apontados pela União, mantendo-se solvente, o que, entretanto, não restou devidamente delineado na hipótese. (...) Desta feita, de rigor a declaração de ineficácia, perante a Fazenda Pública, do negócio jurídico de cessão de direitos creditórios entabulado entre Antônio Caetano Pinto e Charles Christian Hinsching Sociedade Individual De Advocacia, diante da configuração de fraude à execução”.*

8. Como se observa, o acórdão embargado foi claro na abordagem do mérito suscitado, ao estabelecer que a cessão de crédito, conforme realizada, consubstanciou fraude à execução fiscal, em razão de ter sido efetivada após inscrição em dívida ativa, sem devida demonstração de solvência da devedora.

9. Se tal motivação é insuficiente, fere normas apontadas ou contraria a jurisprudência, deve o contribuinte veicular recurso próprio para impugnação do acórdão e não rediscutir a matéria em embargos de declaração.

10. Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

11. Embargos de declaração parcialmente acolhidos apenas para acrescer ao acórdão os fundamentos para a rejeição das alegações de intempestividade e ilegitimidade passiva da embargante, porém sem efeitos modificativos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, acolheu em parte os embargos de declaração apenas para acrescer ao acórdão os fundamentos para a rejeição das alegações de intempestividade e ilegitimidade passiva da embargante, porém sem efeitos modificativos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0008517-91.2016.4.03.6182

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: INDUSTRIAS MATARAZZO DE OLEOS E DERIVADOS LTDA

Advogados do(a) APELANTE: ALEXANDRE NASRALLAH - SP141946-A, FABIO MASSAYUKI OSHIRO - SP228863-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0008517-91.2016.4.03.6182

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: INDUSTRIAS MATARAZZO DE OLEOS E DERIVADOS LTDA

Advogados do(a) APELANTE: ALEXANDRE NASRALLAH - SP141946-A, FABIO MASSAYUKI OSHIRO - SP228863-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração contra acórdão assimementado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PIS/COFINS. INCONSTITUCIONALIDADE DA COBRANÇA PELAS LEIS 10.637/02 E 10.833/03. ICMS NA BASE DE CÁLCULO. REPERCUSSÃO GERAL. MERAS ALEGAÇÕES TRAZIDAS A DESTEMPO. RECURSO DESPROVIDO.

1. O PIS e a COFINS são contribuições que não exigem, para sua cobrança, Lei Complementar; pois encontram seu fundamento de validade no próprio texto constitucional - artigo 195, inciso I, 'b', como uma das fontes de custeio destinadas ao financiamento da Seguridade Social. Não se trata de contribuições residuais, cuja exigência do procedimento complementar encontra-se previsto no artigo 195, § 4º, da Constituição Federal.

2. Segundo entendimento do c. Supremo Tribunal Federal, a instituição, modificação ou extinção das contribuições sociais, previstas nos incisos I a IV do artigo 195 da Constituição Federal, poderá ser veiculada através de lei ordinária. Por tal razão, a Lei Complementar nº 70/90, que instituiu a COFINS, é uma lei complementar apenas no aspecto formal, já que, por ser a COFINS uma contribuição sobre faturamento das empresas, prevista, pois, na alínea "b", do inciso I, do artigo 195, da Carta Magna, sua lei instituidora é materialmente uma lei ordinária.

3. As Leis 10.637/02 e 10.833/03 não instituíram as referidas contribuições, apenas trouxeram nova sistemática de tributação, pois passaram a prever o regime da não-cumulatividade para cobrança do PIS e da COFINS. Encontrando, portanto, fundamento de validade no artigo 195, I, alínea b, da CF, já com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98, nem sequer se pode cogitar em inconstitucionalidade por alargamento de sua base de cálculo.

4. O artigo 16, § 2º, da Lei nº 6.830/80 dispõe, de forma clara e objetiva, que "No prazo dos embargos, o executado deverá alegar toda matéria útil à defesa, requerer provas e juntar aos autos os documentos e rol de testemunhas, até três, ou, a critério do juiz, até o dobro desse limite." Portanto, a matéria deve ser pertinente a utilidade do feito e produção de provas.

5. Assente entendimento nesta e. Terceira Turma no sentido de que, ainda que consolidado pela Suprema Corte a inconstitucionalidade da inserção do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS, isso não significa que essa tese possa ser alegada em abstrato, como uma carta branca capaz de nulificar todo e qualquer título executivo que veicule referida cobrança, em total desrespeito às disposições legais de presunção de certeza e liquidez da Dívida Ativa regularmente inscrita, conforme art. 204 do CTN e art. 3º da LEF.

6. Essa presunção, segundo esses mesmos artigos, somente pode ser ilida por prova inequívoca, a cargo do sujeito passivo ou do terceiro a que aproveite, sendo imprescindível, portanto, a produção de prova pericial para identificar e destacar da cobrança o valor reconhecido por inconstitucional. Logo, impossível reconhecer o excesso da cobrança nesta instância recursal fundamentado em meras alegações.

7. Apelação desprovida.

Alegou-se, inclusive para fins de pré-questionamento (especialmente dos artigos 485, § 3º, 493, 525, § 1º, III, §§ 11, 12 e 14, CPC), vício no julgado, pois **(1)** a inconstitucionalidade alegada em réplica é matéria de ordem pública, não sujeita à preclusão prevista no artigo 16, § 2º, da Lei 6830/80, podendo ser apreciada a qualquer tempo; **(2)** a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS é posterior à distribuição dos embargos à execução, de modo que não pode ser considerada extemporânea; **(3)** "a inexigibilidade, ainda que parcial do título executivo, encontra respaldo na letra do artigo 525, § 12, do Código de Processo Civil"; e **(4)** houve erro material, já que o apelo discute a natureza jurídica do PIS/COFINS, exigíveis apenas por meio de lei complementar, ao passo que o acórdão embargado tratou dos Temas 34 e 337 do Supremo Tribunal Federal sobre matéria diferente da abordada no feito.

Não houve impugnação da embargada.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0008517-91.2016.4.03.6182

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: INDUSTRIAS MATARAZZO DE OLEOS E DERIVADOS LTDA

Advogados do(a) APELANTE: ALEXANDRE NASRALLAH - SP141946-A, FABIO MASSAYUKI OSHIRO - SP228863-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, são manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

As alegações não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.

Com efeito, quanto à preclusão nos termos da legislação processual, o que se alegou foi que houve *error in iudicando* na aplicação do artigo 16, § 2º, da Lei 6.830/1980, porém cabe registrar que o aresto recorrido acresceu o entendimento de que a inconstitucionalidade, alegada em abstrato, não se presta a elidir a presunção de liquidez e certeza do título executivo, não tendo a embargante se desincumbido de provar, concreta e efetivamente, o excesso supostamente havido no título executivo. Não se apreciou, portanto, a causa apenas pela ótica abstrata do tema jurídico suscitado, mas pelo prisma da falta de demonstração probatória da falta de liquidez e certeza da cobrança judicial.

Sobre a inconstitucionalidade do PIS/COFINS na forma das Leis 10.638/2002 e 10.833/2003, o acórdão embargado foi claro em apontar que a criação de tais contribuições sequer exigiria lei complementar, pois são tributos expressamente previstos na Constituição Federal, aduzindo que, na verdade, tais leis apenas instituíram o regime tributário de não cumulatividade, igualmente previsto na Constituição Federal sem ser invocada ou exercida a competência tributária residual da União. A referência aos Temas 34 e 337 não invalida, porém, o acerto da identificação, pela fundamentação exposta, do ponto controvertido nos autos, devidamente resolvido.

Se tal motivação é insuficiente, fere normas apontadas (artigos 485, § 3º, 493, 525, § 1º, III, §§ 11, 12 e 14, CPC) ou contraria a jurisprudência, deve o contribuinte veicular recurso próprio para a impugnação do acórdão e não rediscutir a matéria em embargos de declaração.

Não houve, com efeito, omissão, contradição ou obscuridade frente a alegações, preceitos e provas pertinentes à discussão, mas, ainda que, por hipótese, houvesse ofensa ou negativa de vigência à legislação, ou contrariedade à interpretação consolidada na jurisprudência das Cortes Superiores, os embargos de declaração, mesmo assim, não seriam cabíveis ou passíveis de acolhimento em substituição aos recursos específicos, próprios para cada situação, de competência das instâncias superiores.

Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. LEIS 10.637/2002 E 10.833/2003. ICMS NA BASE DE CÁLCULO DE PIS/COFINS. VÍCIOS INEXISTENTES. REJEIÇÃO.

1. São manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto como objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.
2. As alegações não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.
3. Quanto à preclusão nos termos da legislação processual, o que se alegou foi que houve *error in iudicando* na aplicação do artigo 16, § 2º, da Lei 6.830/1980, porém cabe registrar que o aresto recorrido acresceu o entendimento de que a inconstitucionalidade, alegada em abstrato, não se presta a elidir a presunção de liquidez e certeza do título executivo, não tendo a embargante se desincumbido de provar, concreta e efetivamente, o excesso supostamente havido no título executivo. Não se apreciou, portanto, a causa apenas pela ótica abstrata do tema jurídico suscitado, mas pelo prisma da falta de demonstração probatória da falta de liquidez e certeza da cobrança judicial.
4. Sobre a inconstitucionalidade do PIS/COFINS na forma das Leis 10.638/2002 e 10.833/2003, o acórdão embargado foi claro em apontar que a criação de tais contribuições sequer exigiria lei complementar, pois são tributos expressamente previstos na Constituição Federal, aduzindo que, na verdade, tais leis apenas instituíram o regime tributário de não cumulatividade, igualmente previsto na Constituição Federal sem ser invocada ou exercida a competência tributária residual da União. A referência aos Temas 34 e 337 não invalida, porém, o acerto da identificação, pela fundamentação exposta, do ponto controvertido nos autos, devidamente resolvido.
5. Se tal motivação é insuficiente, fere normas apontadas (artigos 485, § 3º, 493, 525, § 1º, III, §§ 11, 12 e 14, CPC) ou contraria a jurisprudência, deve o contribuinte veicular recurso próprio para a impugnação do acórdão e não rediscutir a matéria em embargos de declaração.
6. Não houve, com efeito, omissão, contradição ou obscuridade frente a alegações, preceitos e provas pertinentes à discussão, mas, ainda que, por hipótese, houvesse ofensa ou negativa de vigência à legislação, ou contrariedade à interpretação consolidada na jurisprudência das Cortes Superiores, os embargos de declaração, mesmo assim, não seriam cabíveis ou passíveis de acolhimento em substituição aos recursos específicos, próprios para cada situação, de competência das instâncias superiores.
7. Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.
8. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0067016-05.2015.4.03.6182

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SAO PAULO

Advogados do(a) APELANTE: PAULA VESPOLI GODOY - SP168432-A, ADRIANA TEIXEIRA DA TRINDADE

FERREIRA - SP152714-A, TOMAS TENSIN SATAKA BUGARIN - SP332339-A, OLGA CODORNIZ CAMPELLO CARNEIRO - SP86795-A

APELADO: RICARDO MIRANDA BRITTO

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0067016-05.2015.4.03.6182
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SAO PAULO
Advogado do(a) APELANTE: OSVALDO PIRES GARCIA SIMONELLI - SP165381-A
APELADO: RICARDO MIRANDA BRITTO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação (ID 88050827, fls. 77/85) interposta pelo CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO – CREMESP contra a r. sentença (ID 88050827, fls. 49/61) que extinguiu a execução em razão da fixação das anuidades anteriores a 2012 com base em ato infralegal e do limite previsto no art. 8º da Lei nº 12.514/2011 no que diz respeito às posteriores.

Em suas razões recursais, sustenta, em síntese, que a Lei nº 11.000/2004 ainda não havia sido declarada inconstitucional à época da propositura da ação, motivo pelo qual entende ser válida a fundamentação legal da dívida inscrita. Quanto ao limite mínimo de quatro anuidades previsto na Lei nº 12.514/2011, defende que na propositura da ação havia a cobrança de quatro anuidades, pois a CDA não estava eivada de qualquer nulidade, não havendo motivo para extinção.

Requer o provimento da apelação para que seja reformada a r. sentença, determinando-se o regular prosseguimento do feito executivo.

Sem contrarrazões, os autos subiram a esta E. Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0067016-05.2015.4.03.6182
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SAO PAULO
Advogado do(a) APELANTE: OSVALDO PIRES GARCIA SIMONELLI - SP165381-A
APELADO: RICARDO MIRANDA BRITTO

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A questão devolvida a esta E. Corte diz respeito à cobrança pelo CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO - CREMESP de anuidades referentes aos exercícios de 2011 a 2014.

As anuidades exigidas detêm natureza jurídica tributária, motivo pelo qual devem submeter-se aos princípios constitucionais da legalidade e da anterioridade, inclusive no tocante à fixação e alteração de alíquotas e base de cálculo (precedentes: STF, MS 21.797/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJU 18/05/2001; STJ, REsp 273674/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 27/05/2002).

Ocorre que, por ocasião do julgamento da ADI nº 1.717, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de dispositivo legal que autorizava os conselhos de fiscalização profissional a fixar suas contribuições anuais. Veja-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. CONTRIBUIÇÕES ANUAIS. NATUREZA TRIBUTÁRIA. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA. AGRAVO IMPROVIDO. I - As contribuições anualmente devidas aos conselhos de fiscalização profissional possuem natureza tributária e, desse modo, sujeitam-se ao princípio da legalidade tributária, previsto no art. 150, I, da Lei Maior. II - O Plenário desta Corte, no julgamento da ADI 1.717/DF, Rel. Min. Sidney Sanches, declarou a inconstitucionalidade de dispositivo legal que autorizava os conselhos de fiscalização profissional a fixar suas contribuições anuais. III - Agravo regimental improvido.

(ARE 640937 AgR-segundo, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-171 DIVULG 05-09-2011 PUBLIC 06-09-2011 EMENT VOL-02581-02 PP-00362)

No julgamento do ARE 640937 supracitado, o Supremo Tribunal Federal enfrentou e rejeitou o argumento de que o artigo 2º da Lei nº 11.000/2004 autorizaria os conselhos profissionais a fixar os valores de suas anuidades e, indo além, refutou também a alegação de que a decisão da Turma violaria o artigo 97, da Constituição Federal. Veja-se:

"O agravante sustenta que a delegação aos conselhos profissionais de atribuição para fixação de anuidade encontra suporte na Lei 11.000/2004. Nesse contexto, alega que, ao negar seguimento ao recurso, o relator não considerou citada lei ou afastou a sua incidência e, neste caso, fez-se um verdadeiro controle de constitucionalidade, em ofensa ao art. 97 da Constituição Federal.

Bem reexaminada a questão, verifica-se que a decisão ora atacada não merece reforma, visto que o recorrente não aduz novos argumentos capazes de afastar as razões nela expendidas, que devem ser mantidas por seus próprios fundamentos.

Com efeito, conforme destacado na decisão recorrida, as contribuições anualmente devidas aos conselhos de fiscalização profissional possuem natureza tributária (MS 21.797/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, Plenário) e, desse modo, sujeitam-se ao princípio da legalidade tributária.

Ademais, não procede a alegação do recorrente de que a decisão agravada violou o art. 97 da Constituição Federal. É que a questão relacionada à inconstitucionalidade de delegação aos conselhos de fiscalização profissional da competência para fixação de suas contribuições anuais já foi decidida pelo Plenário desta Corte no julgamento da ADI 1.717/DF, Rel. Min. Sidney Sanches. (...)

.....

Além disso, sobre a desnecessidade de observância do art. 97 da Lei Maior, saliento, nos termos da jurisprudência deste Tribunal, que '(...) não é necessária identidade absoluta para aplicação dos precedentes dos quais resultem a declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade. Requer-se, sim, que as matérias examinadas sejam equivalentes' (AI 607.616-AgR/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa."

Neste mesmo sentido, já decidiu este E. Tribunal. Vejam-se:

"EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - CONSTITUCIONAL - TRIBUTÁRIO - CONSELHO REGIONAL DE ECONOMIA - ANUIDADE - NATUREZA JURÍDICA TRIBUTÁRIA - PRINCÍPIO DA LEGALIDADE - IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO POR MEIO DE RESOLUÇÃO.

I - Rejeitada a preliminar de intempestividade da apelação, arguida em contrarrazões pela parte embargante, pois o conselho-embargado foi intimado pessoalmente da decisão de fls. 99/112 em 06/11/2009, conforme certidões de fls. 114 e 142 e interpôs apelação em 30/11/2009, conforme protocolo de fls. 115, dentro, portanto, do prazo legal. Importante destacar que o prazo recursal in casu é contado em dobro a partir do ato de ciência pessoal da decisão e não da publicação no Diário Eletrônico, como faz crer a apelada.

II - Estabelece o artigo 149 da Constituição Federal competir exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas. O artigo 150, I, por sua vez, veda às pessoas jurídicas de direito público interno exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça, o que configura uma garantia do contribuinte.

III - Os conselhos de classe profissional têm natureza de autarquia, segundo já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, de forma que são considerados pessoas jurídicas de direito público interno (art. 41, IV, Código Civil), razão pela qual devem atenção ao comando constitucional que veda a majoração do tributo sem lei antecedente, sendo manifestamente impossível, por conseguinte, a sua fixação por meio da Resolução do Conselho Federal de Economia.

IV - A questão já foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, que refutou a pretensão dos conselhos de fixar o valor de suas anuidades por meio de atos normativos inferiores, in casu, resoluções. Nesse sentido: STJ, REsp nº 1074932/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. 07.10.2008, DJe 05.11.2008; STJ, REsp nº 507769/SC, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 01.03.2007, DJ 19.03.2007, pág. 302.

V - Por outro lado, como o próprio conselho-apelante reconheceu em suas razões recursais, a Lei nº. 1.411/51 não foi recepcionada pela Constituição Federal, pelo menos no tocante à fixação do valor das anuidades, já que estabeleceu o valor das anuidades vinculando-o ao salário mínimo, o que é de todo inadmissível diante da vedação prevista no art. 7º, inciso IV, da Constituição Federal.

VI - Apelação a que se nega provimento."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC 0061835-09.2004.4.03.6182, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MARCONDES, julgado em 18/07/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/07/2013)

"CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. CONSELHO REGIONAL DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. ANUIDADE. NATUREZA JURÍDICA TRIBUTÁRIA. FIXAÇÃO. PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL.

1. As contribuições instituídas em favor de entidades profissionais encontram previsão constitucional no art. 149 e possuem natureza tributária, razão pela qual submetem-se às mesmas regras dispensadas aos tributos em geral.

3. O aumento da contribuição em tela efetuada por meio da Resolução nº 617 do COFECI ofende o princípio da reserva legal insculpido no art. 150, I, da Constituição Federal, por não constituir lei em sentido formal, mas ato infra-legal."

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AMS 0000878-36.2000.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA, julgado em 15/12/2011, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/01/2012)

No presente caso, porém, não há como aplicar a Lei nº 6.994/82, pois a referida norma não consta como fundamento legal da CDA. Pelo mesmo motivo, tampouco pode ser aplicada a Lei nº 12.514/2011, vigente desde 31/10/2011, que trata das contribuições devidas aos conselhos profissionais em geral e veio fixar, em seu art. 6º, as anuidades cobradas por eles.

Quanto à possibilidade de emenda ou substituição da CDA, o art. 2º, § 8º, da Lei nº 6.830/1980, prevê que "até a decisão de primeira instância, a Certidão de Dívida Ativa poderá ser emendada ou substituída, assegurada ao executado a devolução do prazo para embargos".

A jurisprudência do C. STJ e desta C. Turma, porém, restringe a possibilidade de emenda ou substituição à correção de erro material ou formal, vedada a alteração do sujeito passivo (Súmula 392/STJ) ou da norma legal que, por equívoco, tenha servido de fundamento ao lançamento tributário. *Verbis*:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXPURGO DE PARCELA INDEVIDA DA CDA. SIMPLES CÁLCULO ARITMÉTICO. POSSIBILIDADE. NULIDADE DA CDA. INOCORRÊNCIA. DESNECESSIDADE DE NOVO LANÇAMENTO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA Nº 1115501/SP. 1. O excesso na cobrança expressa na CDA não macula a sua liquidez, desde que os valores possam ser revistos por simples cálculos aritméticos. Precedentes: AgRg no REsp 1126340/RJ, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, DJe 17/05/2010; AgRg no REsp 1107680/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 06/04/2010; REsp 1151559/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe 27/11/2009; AgRg no REsp 1126132/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 11/11/2009; AgRg no REsp 1017319/PE, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, DJe 26/08/2009; EDcl nos EDcl no REsp 1051860/PE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe 14/04/2009; AgRg no Ag 990.124/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe 11/12/2008; REsp 977.556/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, DJe 22/09/2008; REsp 1059051/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 06/10/2008. 2. **"Deveras, é certo que a Fazenda Pública pode substituir ou emendar a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos (artigo 2º, § 8º, da Lei 6.830/80), quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada, entre outras, a modificação do sujeito passivo da execução (Súmula 392/STJ) ou da norma legal que, por equívoco, tenha servido de fundamento ao lançamento tributário"** (Precedente do STJ submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: REsp 1115501/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/11/2010, DJe 30/11/2010) 3. In casu, o Tribunal a quo assentou que: "(...)"Quanto ao mérito, observo que, do cotejo do processo de parcelamento da dívida, resta clara a ocorrência de pagamento de parte do débito questionado perante este juízo. Com efeito, às fls. 28/29, encontra-se provado o pagamento de 5 parcelas das 60 acordadas no parcelamento da dívida referente ao processo administrativo nº10435202302/2002-34. (...) tendo o demandante demonstrado que efetuou o pagamento de parte da dívida - e não havendo por parte do réu prova em contrário - constatada irregularidade a ensejar a desconsideração do que consta da CDA." (e-STJ fls. 133/138), restando possível a alteração do valor apresentado na Certidão da Dívida Ativa por simples cálculos aritméticos, sem que isso acarrete a nulidade do título, devendo a execução fiscal prosseguir pelo montante remanescente. 4. Agravo regimental provido para, reconsiderando a decisão agravada, conhecer parcialmente do recurso especial e nesta parte dar-lhe provimento.

(STJ, 1ª Turma, AGA de n.º 1293504, Rel. Min. Luiz Fux, data da decisão: 16/12/2010, DJE de 21/02/2011).

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 535, II, E 538, DO CPC. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. SÚMULA 284/STF. SUBSTITUIÇÃO DA CDA. ERRO NA INDICAÇÃO DA NORMA LEGAL QUE FUNDAMENTA A DÍVIDA. INADMISSIBILIDADE. MATÉRIA JULGADA SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO STJ N.º 08/2008. 1. Não se conhece do recurso especial por violação dos arts. 535, II, e 538, do CPC, quando as alegações são genéricas, já que configurada deficiência de fundamentação, nos termos da Súmula 284/STF, segundo a qual: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia". 2. **Permite-se a substituição da Certidão da Dívida Ativa diante da existência de erro material ou formal. Todavia, não é possível a simples substituição do título exequendo quando os vícios decorrem do próprio lançamento ou da inscrição, como na hipótese em exame. Precedentes. 3. A Primeira Seção desta Corte colocou uma pá de cal sobre a discussão no julgamento de dois recursos especiais representativos de controvérsia, submetidos à sistemática do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n.º 08/2008, quando reafirmou que a Fazenda Pública não pode substituir ou emendar a certidão de dívida ativa até a prolação da sentença de embargos (artigo 2º, § 8º, da Lei 6.830/80), se houver necessidade de modificar o sujeito passivo da execução (Súmula 392/STJ) ou a norma legal que, por equívoco, tenha servido de fundamento ao lançamento tributário (REsp 1.045.472/BA, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe de 18.12.2009 e REsp 1.115.501/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe de 30.11.2010) 4. O caso em exame espelha, com absoluta fidelidade, os julgamentos ora invocados, pois focaliza CDA que consigna dívida com fundamento em norma ainda não vigente na data da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária. É caso típico de erro na indicação da norma legal que serviu de embasamento para a tributação, que não pode ser corrigido pela simples substituição ou emenda da CDA, exigindo-se a realização de um novo lançamento. 5. Recurso especial conhecido em parte e não provido."**

(STJ, 2ª Turma, Resp n.º 1210968, Rel. Min. Castro Meira, data da decisão: 07/12/2010, DJE de 14/02/2011).

EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTÁRIO. CONSELHO REGIONAL DE TÉCNICOS EM RADIOLOGIA DA 5ª REGIÃO - CRTR/SP. EMENDA OU SUBSTITUIÇÃO DA CDA. ART. 2º, § 8º, DA LEI Nº 6.830/80. FIXAÇÃO DE ANUIDADE. NATUREZA JURÍDICA DA CONTRIBUIÇÃO. OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. O Superior Tribunal de Justiça - STJ entende que é certo que a Fazenda Pública pode substituir ou emendar a certidão de dívida ativa (CDA), nos termos do artigo 2º, § 8º, da Lei 6.830/80, quando se tratar de correção de erro material ou formal, porém é vedada a modificação do sujeito passivo da execução ou da norma legal que, por equívoco, tenha servido de fundamento ao lançamento tributário.

2. A presente execução fiscal é ajuizada pelo Conselho Regional de Técnicos em Radiologia da 5ª Região - CRTR/SP objetivando a cobrança de débito relativo a anuidades. As anuidades exigidas detêm natureza jurídica tributária, motivo pelo qual devem submeter-se aos princípios constitucionais da legalidade e da anterioridade, inclusive no tocante à fixação e alteração de alíquotas e base de cálculo (precedentes: STF, MS 21.797/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJU 18/05/2001; STJ, REsp 273674/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 27/05/2002).

3. O Supremo Tribunal Federal enfrentou e rejeitou o argumento de que o artigo 2º da Lei nº 11.000/2004 autorizaria os conselhos profissionais a fixar os valores de suas anuidades e, indo além, refutou também a alegação de que a decisão da Turma violaria o artigo 97 da Constituição Federal. (Precedente: STF, ARE 640937 AgR-segundo, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-171 DIVULG 05-09-2011 PUBLIC 06-09-2011 EMENT VOL-02581-02 PP-00362).

4. In casu, não há como aplicar as disposições contidas na Lei nº 6.994/82, pois a referida norma não consta como fundamento legal da CDA.

5. Apelação desprovida.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 2093864 - 0003127-48.2013.4.03.6182, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, julgado em 07/04/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/04/2016)

Ante o exposto, decreto *ex officio*, a nulidade da CDA, restando prejudicado o julgamento da apelação.

É o voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. APELAÇÃO. CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO - CREMESP. COBRANÇA DE ANUIDADES. NATUREZA JURÍDICA DA CONTRIBUIÇÃO. OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. EMENDA OU SUBSTITUIÇÃO DA CDA. VEDAÇÃO À ALTERAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO OU DA NORMA LEGAL QUE FUNDAMENTA O LANÇAMENTO. EXECUÇÃO EXTINTA *EX OFFICIO*. APELAÇÃO PREJUDICADA.

1. A questão devolvida a esta E. Corte diz respeito à cobrança pelo CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO - CREMESP de anuidades referentes aos exercícios de 2011 a 2014.

2. As anuidades exigidas detêm natureza jurídica tributária, motivo pelo qual devem submeter-se aos princípios constitucionais da legalidade e da anterioridade, inclusive no tocante à fixação e alteração de alíquotas e base de cálculo (precedentes: STF, MS 21.797/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJU 18/05/2001; STJ, REsp 273674/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 27/05/2002).

3. O Supremo Tribunal Federal enfrentou e rejeitou o argumento de que o artigo 2º da Lei nº 11.000/2004 autorizaria os conselhos profissionais a fixar os valores de suas anuidades e, indo além, refutou também a alegação de que a decisão da Turma violaria o artigo 97, da Constituição Federal. (Precedente: STF, ARE 640937 AgR-segundo, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-171 DIVULG 05-09-2011 PUBLIC 06-09-2011 EMENT VOL-02581-02 PP-00362).

4. No presente caso, porém, não há como aplicar a Lei nº 6.994/82, pois a referida norma não consta como fundamento legal da CDA. Pelo mesmo motivo, tampouco pode ser aplicada a Lei nº 12.514/2011, vigente desde 31/10/2011, que trata das contribuições devidas aos conselhos profissionais em geral e veio fixar, em seu art. 6º, as anuidades cobradas por eles.

5. Quanto à possibilidade de emenda ou substituição da CDA, o art. 2º, § 8º, da Lei nº 6.830/1980, prevê que "até a decisão de primeira instância, a Certidão de Dívida Ativa poderá ser emendada ou substituída, assegurada ao executado a devolução do prazo para embargos". A jurisprudência do C. STJ e desta C. Turma, porém, restringe a possibilidade de emenda ou substituição à correção de erro material ou formal, vedada a alteração do sujeito passivo (Súmula 392/STJ) ou da norma legal que, por equívoco, tenha servido de fundamento ao lançamento tributário. Precedentes (STJ, 1ª Turma, AGA de n.º 1293504, Rel. Min. Luiz Fux, data da decisão: 16/12/2010, DJE de 21/02/2011 / STJ, 2ª Turma, Resp n.º 1210968, Rel. Min. Castro Meira, data da decisão: 07/12/2010, DJE de 14/02/2011 / TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 2093864 - 0003127-48.2013.4.03.6182, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, julgado em 07/04/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/04/2016).

6. Decretada *ex officio*, a nulidade da CDA.

7. Apelação prejudicada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, decretou *ex officio*, a nulidade da CDA, restando prejudicado o julgamento da apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5028418-71.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: TECSIS TECNOLOGIA E SISTEMAS AVANÇADOS S.A.

Advogado do(a) AGRAVANTE: RONALDO DIAS LOPES FILHO - SP185371-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5028418-71.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: TECSIS TECNOLOGIA E SISTEMAS AVANÇADOS S.A.

Advogado do(a) AGRAVANTE: RONALDO DIAS LOPES FILHO - SP185371-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração contra acórdão assim ementado:

PROCESSO CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. GRATUIDADE DA JUSTIÇA. DECISÃO CONCESSIVA. RETROATIVIDADE. NÃO CABIMENTO.

1. Pretende a agravante seja concedida a gratuidade da justiça para o fim de afastar, em sede de cumprimento de sentença, determinação ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais.

2. A decisão que concede os benefícios da gratuidade da justiça não possui eficácia retroativa, incidindo apenas em relação às despesas processuais devidas no momento do pedido e que lhe sejam posteriores. Precedentes.

3. Depreende-se que a agravante pretende, em realidade, afastar a exigibilidade de honorários advocatícios sucumbenciais consolidada em decisão judicial transitada em julgado anteriormente ao pleito de concessão da gratuidade da justiça, o que, na forma da fundamentação acima expandida, não se demonstra cabível.

4. Agravo de instrumento não provido.

Alegou-se omissão, pois deixou de apreciar pedido de concessão da gratuidade da justiça em sua forma prospectiva, aduzindo que eventual ato de constrição deve ser remetido ao Juízo universal da recuperação judicial (2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo).

Houve impugnação da embargada.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5028418-71.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: TECSIS TECNOLOGIA E SISTEMAS AVANÇADOS S.A.
Advogado do(a) AGRAVANTE: RONALDO DIAS LOPES FILHO - SP185371-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, são manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

As alegações não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.

Consignou, a propósito, expressamente o acórdão embargado (ID 122214245) que:

“No caso dos autos, trata-se de cumprimento de sentença deflagrado pela União visando à percepção da quantia de R\$ 28.407,18 (vinte e oito mil quatrocentos e sete reais e dezoito centavos), atualizado até abril de 2018, a título de honorários advocatícios sucumbenciais (ID 9486316 dos autos de origem).”

A executada, ora agravante, por sua vez, comparece aos autos a fim de pleitear “a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita para restar concedida a isenção dos honorários advocatícios”, o que, entretanto, restou indeferido pelo MM. Juízo a quo, sob o seguinte fundamento (ID 15000187 e ID 21200723 dos autos originários):

“Não obstante as alegações da executada o pedido de concessão dos benefícios da gratuidade da Justiça não merece prosperar. Na verdade, a executada pretende dar interpretação extensiva ao referido benefício em momento inoportuno. Vejamos. Com efeito, a r. sentença que condenou a executada ao pagamento dos honorários advocatícios transitou em julgado em 14/11/2017 (ID9486807) e, atualmente, o feito encontra-se em fase de cumprimento de sentença. Importante ressaltar que eventual pedido de gratuidade da Justiça deveria ter sido feito no decorrer do procedimento comum e não após a condenação com trânsito em julgado. Diante do exposto, indefiro o pedido de concessão dos benefícios da gratuidade da justiça”

Com efeito, depreende-se que a agravante pretende, em realidade, afastar a exigibilidade de honorários advocatícios sucumbenciais consolidada em decisão judicial transitada em julgado anteriormente ao pleito de concessão da gratuidade da justiça, o que, na forma da fundamentação acima expendida, não se demonstra cabível.”

Como se observa, o acórdão embargado foi claro na abordagem do mérito suscitado, ao estabelecer que se trata de recurso contra decisão que indeferiu benefício da gratuidade da justiça com objetivo de afastar pagamento de honorários advocatícios, cuja condenação, inclusive, já havia transitado em julgado, não se tratando, portanto, de pedido com efeitos prospectivos, a caracterizar a pretendida omissão.

Se tal motivação é insuficiente, fere normas ou contraria a jurisprudência, deve o contribuinte veicular recurso próprio para impugnação do acórdão e não rediscutir a matéria em embargos de declaração.

No que tange à questão da “competência do MD. Juízo Universal para eventual expropriação”, não houve qualquer omissão, pois a matéria não foi ventilada no agravo de instrumento, configurando inovação da lide, o que é inadmissível em embargos de declaração.

Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. JUSTIÇA GRATUITA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. TRÂNSITO EM JULGADO. VÍCIOS INEXISTENTES. REJEIÇÃO.

1. São manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

2. As alegações não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.

3. Consignou, a propósito, expressamente o acórdão embargado (ID 122214245) que: “No caso dos autos, trata-se de cumprimento de sentença deflagrado pela União visando à percepção da quantia de R\$ 28.407,18 (vinte e oito mil quatrocentos e sete reais e dezoito centavos), atualizado até abril de 2018, a título de honorários advocatícios sucumbenciais (ID 9486316 dos autos de origem). A executada, ora agravante, por sua vez, comparece aos autos a fim de pleitear “a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita para restar concedida a isenção dos honorários advocatícios”, o que, entretanto, restou indeferido pelo MM. juízo a quo, sob o seguinte fundamento (ID 15000187 e ID 21200723 dos autos originários): “Não obstante as alegações da executada o pedido de concessão dos benefícios da gratuidade da Justiça não merece prosperar. Na verdade, a executada pretende dar interpretação extensiva ao referido benefício em momento inoportuno. Vejamos. Com efeito, a r. sentença que condenou a executada ao pagamento dos honorários advocatícios transitou em julgado em 14/11/2017 (ID9486807) e, atualmente, o feito encontra-se em fase de cumprimento de sentença. Importante ressaltar que eventual pedido de gratuidade da Justiça deveria ter sido feito no decorrer do procedimento comum e não após a condenação com trânsito em julgado. Diante do exposto, indefiro o pedido de concessão dos benefícios da gratuidade da justiça” Com efeito, depreende-se que a agravante pretende, em realidade, afastar a exigibilidade de honorários advocatícios sucumbenciais consolidada em decisão judicial transitada em julgado anteriormente ao pleito de concessão da gratuidade da justiça, o que, na forma da fundamentação acima expendida, não se demonstra cabível”.

4. Como se observa, o acórdão embargado foi claro na abordagem do mérito suscitado, ao estabelecer que se trata de recurso contra decisão que indeferiu benefício da gratuidade da justiça com objetivo de afastar pagamento de honorários advocatícios, cuja condenação, inclusive, já havia transitado em julgado, não se tratando, portanto, de pedido com efeitos prospectivos, de maneira que não há omissão a ser sanada.

5. Se tal motivação é insuficiente, fere normas ou contraria a jurisprudência, deve o contribuinte veicular recurso próprio para impugnação do acórdão e não rediscutir a matéria em embargos de declaração.

6. No que tange à questão da “competência do MD. Juízo Universal para eventual expropriação”, não houve qualquer omissão, pois a matéria não foi ventilada no agravo de instrumento, configurando inovação da lide, o que é inadmissível em embargos de declaração.

7. Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

8. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5004224-70.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: TAYSA PACCA FERRAZ DE CAMARGO

Advogado do(a) AGRAVANTE: TAYSA PACCA FERRAZ DE CAMARGO - SP346802

AGRAVADO: ASSOCIACAO EDUCACIONAL NOVE DE JULHO

Advogados do(a) AGRAVADO: TATTIANA CRISTINA MAIA - SP210108-A, VICTOR DA SILVA MAURO - SP264288-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por TAYSA PACCA FERRAZ DE CAMARGO em face da decisão proferida pelo Juízo Federal da 26ª Vara de São Paulo/SP.

Em consulta ao andamento processual no sítio eletrônico da Justiça Federal de 1ª Instância verifica-se que já foi proferida sentença pelo MM. Juiz *a quo*.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a superveniente prolação de sentença implica a perda de objeto do Agravo de Instrumento interposto contra decisão concessiva ou denegatória de decisão interlocutória sobre antecipação dos efeitos de tutela. (REsp 1.332.553/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 4/9/2012, DJe de 11/9/2012) (AGRESP 201001499976, RAULARAÚJO, STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA:15/08/2013)

Assim havendo decisão definitiva no processo principal, o presente recurso resta prejudicado, devido ao caráter exauriente da sentença no processo principal.

Neste sentido, a melhor jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SENTENÇA PROFERIDA NOS AUTOS DA AÇÃO ORIGINÁRIA. PERDA DE OBJETO. AGRAVO PREJUDICADO.

I - A prolação de sentença nos autos da ação de onde se originou o agravo de instrumento acarreta a perda de objeto deste recurso.

II - Agravo de instrumento prejudicado.

(TRF - 3ª Região, 2ª Turma, AG 2000.03.00.049815-2, Rel. Juíza Fed. Conv. Raquel Perrini, j. 16/09/2002, DJU 06/12/2002, p. 511)

AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AFRONTA AO ART. 535 DO DIPLOMA PROCESSUAL. INOCORRÊNCIA. AÇÃO ORDINÁRIA RELATIVA À GREVE DE SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS. EXAME PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. VIA PROCESSUAL INADEQUADA. AUSÊNCIA PREVISÃO NO ART. 105 DA CF/88. 1. O art. 105 da Constituição Federal não autoriza este Superior Tribunal a analisar ação ordinária relativa à greve dos servidores públicos federais, mas apenas e tão somente as relativas a dissídio coletivo, conforme restou decidido pela Suprema Corte nos autos do STA 207/RS. Precedente. 2. Resta prejudicado o recurso especial interposto contra acórdão que examinou agravo de instrumento de decisão que defere ou indefere liminar ou antecipação de tutela, quando se verifica a prolação de sentença de mérito, tanto de procedência, porquanto absorve os efeitos da medida antecipatória, por se tratar de decisão proferida em cognição exauriente; como de improcedência, pois há a revogação, expressa ou implícita, da decisão antecipatória. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ, AGRESP 200901403810, QUINTA TURMA, Relator(a) LAURITA VAZ, Decisão: 02/02/2012, Publicação: 13/02/2012)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA DE MÉRITO. EXTINÇÃO DA AÇÃO PRINCIPAL. PERDA DO OBJETO DO RECURSO ESPECIAL. 1. Conforme consignado na decisão agravada, a prolação de sentença de mérito, mediante cognição exauriente, enseja a superveniente perda de objeto do recurso interposto contra o acórdão que negou provimento ao agravo de instrumento. 2. Eventual provimento do recurso especial, referente à decisão interlocutória, não poderia infirmar o julgamento superveniente e definitivo que reapreciou a questão. 3. A decisão agravada não está em confronto com o julgado da Corte Especial (REsp 765.105/TO (Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe 25.8.2010), uma vez que este não se amolda ao presente caso, em que, conforme se observa nos autos, houve decisão denegatória de antecipação de tutela. Agravo regimental improvido. (STJ, AGRESP 201100699334, SEGUNDA TURMA, Relator(a) HUMBERTO MARTINS, Decisão: 13/12/2011, Publicação: 19/12/2011)

Diante do exposto nego seguimento ao agravo de instrumento, eis que prejudicado, nos termos do artigo 932, inciso III, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intime-se.

Após as formalidades legais, certifique-se o trânsito em julgado, dando-se baixa na distribuição.

São Paulo, 20 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5004224-70.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: TAYSA PACCA FERRAZ DE CAMARGO

Advogado do(a) AGRAVANTE: TAYSA PACCA FERRAZ DE CAMARGO - SP346802

AGRAVADO: ASSOCIACAO EDUCACIONAL NOVE DE JULHO

Advogados do(a) AGRAVADO: TATTIANA CRISTINA MAIA - SP210108-A, VICTOR DA SILVA MAURO - SP264288-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por TAYSA PACCA FERRAZ DE CAMARGO em face da decisão proferida pelo Juízo Federal da 26ª Vara de São Paulo/SP.

Em consulta ao andamento processual no sítio eletrônico da Justiça Federal de 1ª Instância verifica-se que já foi proferida sentença pelo MM. Juiz *a quo*.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a superveniente prolação de sentença implica a perda de objeto do Agravo de Instrumento interposto contra decisão concessiva ou denegatória de decisão interlocutória sobre antecipação dos efeitos de tutela. (REsp 1.332.553/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 4/9/2012, DJe de 11/9/2012) (AGRESP 201001499976, RAULARAÚJO, STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA:15/08/2013)

Assim havendo decisão definitiva no processo principal, o presente recurso resta prejudicado, devido ao caráter exauriente da sentença no processo principal.

Neste sentido, a melhor jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SENTENÇA PROFERIDA NOS AUTOS DA AÇÃO ORIGINÁRIA. PERDA DE OBJETO. AGRAVO PREJUDICADO.

I - A prolação de sentença nos autos da ação de onde se originou o agravo de instrumento acarreta a perda de objeto deste recurso.

II - Agravo de instrumento prejudicado.

(TRF - 3ª Região, 2ª Turma, AG 2000.03.00.049815-2, Rel. Juíza Fed. Conv. Raquel Perrini, j. 16/09/2002, DJU 06/12/2002, p. 511)

AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AFRONTA AO ART. 535 DO DIPLOMA PROCESSUAL. INOCORRÊNCIA. AÇÃO ORDINÁRIA RELATIVA À GREVE DE SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS. EXAME PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. VIA PROCESSUAL INADEQUADA. AUSÊNCIA PREVISÃO NO ART. 105 DA CF/88. 1. O art. 105 da Constituição Federal não autoriza este Superior Tribunal a analisar ação ordinária relativa à greve dos servidores públicos federais, mas apenas e tão somente as relativas a dissídio coletivo, conforme restou decidido pela Suprema Corte nos autos do STA 207/RS. Precedente. 2. Resta prejudicado o recurso especial interposto contra acórdão que examinou agravo de instrumento de decisão que deferiu ou indeferiu liminar ou antecipação de tutela, quando se verifica a prolação de sentença de mérito, tanto de procedência, porquanto absorve os efeitos da medida antecipatória, por se tratar de decisão proferida em cognição exauriente; como de improcedência, pois há a revogação, expressa ou implícita, da decisão antecipatória. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ, AGRESP 200901403810, QUINTA TURMA, Relator(a) LAURITA VAZ, Decisão: 02/02/2012, Publicação: 13/02/2012)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA DE MÉRITO. EXTINÇÃO DA AÇÃO PRINCIPAL. PERDA DO OBJETO DO RECURSO ESPECIAL. 1. Conforme consignado na decisão agravada, a prolação de sentença de mérito, mediante cognição exauriente, enseja a superveniente perda de objeto do recurso interposto contra o acórdão que negou provimento ao agravo de instrumento. 2. Eventual provimento do recurso especial, referente à decisão interlocutória, não poderia infirmar o julgamento superveniente e definitivo que reapreciou a questão. 3. A decisão agravada não está em confronto com o julgado da Corte Especial (REsp 765.105/TO (Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe 25.8.2010), uma vez que este não se amolda ao presente caso, em que, conforme se observa nos autos, houve decisão denegatória de antecipação de tutela. Agravo regimental improvido. (STJ, AGRESP 201100699334, SEGUNDA TURMA, Relator(a) HUMBERTO MARTINS, Decisão: 13/12/2011, Publicação: 19/12/2011)

Diante do exposto nego seguimento ao agravo de instrumento, eis que prejudicado, nos termos do artigo 932, inciso III, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intime-se.

Após as formalidades legais, certifique-se o trânsito em julgado, dando-se baixa na distribuição.

São Paulo, 20 de junho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5006527-04.2018.4.03.6119

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: DVS EQUIPAMENTOS DE PROTECAO INDIVIDUAL LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: MARUAN ABULASAN JUNIOR - SP173421-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, DVS EQUIPAMENTOS DE PROTECAO INDIVIDUAL LTDA

Advogado do(a) APELADO: MARUAN ABULASAN JUNIOR - SP173421-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5006527-04.2018.4.03.6119

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: DVS EQUIPAMENTOS DE PROTECAO INDIVIDUAL LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: MARUAN ABULASAN JUNIOR - SP173421-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, DVS EQUIPAMENTOS DE PROTECAO INDIVIDUAL LTDA

Advogado do(a) APELADO: MARUAN ABULASAN JUNIOR - SP173421-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração contra acórdão assimementado:

"CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. TAXA DE UTILIZAÇÃO DO SISCOMEX. MAJORAÇÃO. ART. 3º, §2º, DA LEI 9.716/98 E PORTARIA MF 257/2011. INCONSTITUCIONALIDADE. QUESTÃO PACIFICADA NO STF. LIMITAÇÃO DO REAJUSTE AOS ÍNDICES DE CORREÇÃO MONETÁRIA. POSSIBILIDADE. APELAÇÃO DA AUTORA PARCIALMENTE PROVIDA. APELO DA UNIÃO E REEXAME NECESSÁRIO IMPROVIDOS.

1. *Sentença que julgou parcialmente procedente o pedido, para declarar que a taxa prevista no art. 3º da Lei nº 9.716/1998 é devida nos casos previstos em lei, pelo valor estabelecido no § 1º desse mesmo dispositivo legal, atualizado pela Selic desde 26/11/1998, bem como declarar o direito do contribuinte à restituição ou compensação dos valores indevidamente pagos, observada a prescrição quinquenal.*”

2. *Cinge-se a controvérsia à constitucionalidade da majoração dos valores da Taxa de Siscomex promovida pela Portaria MF n.º 257/2011, editada com fundamento no parágrafo 2º do artigo 3º da Lei nº 9.716/98 e ao afastamento do limite do índice acumulado do INPC, fixado pela sentença, in casu.*

3. *Tendo em vista a existência de recentes precedentes proferidos pelo C. STF pela inconstitucionalidade da majoração, os quais conduzem a conclusão no sentido de que atualmente se encontra pacificada a questão tanto na Primeira quanto na Segunda Turma da Suprema Corte, impõe-se a revisão do posicionamento que até então vinha sendo adotado.*

4. *A 2ª Turma do STF concluiu que “a delegação contida no art. 3º, § 2º, da Lei nº 9.716/98 restou incompleta ou defeituosa, pois o legislador não estabeleceu o desenho mínimo que evitasse o arbítrio fiscal”. (RE 1095001 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 06/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-103 DIVULG 25-05-2018 PUBLIC 28-05-2018). Assim, decidiu que a majoração estabelecida pela Portaria MF n.º 257/2011, considerando a variação dos custos de operação e dos investimentos no SISCOMEX, viola o princípio da legalidade, entendimento este que passou a ser perfilhado pela 1ª Turma da Suprema Corte, consoante restou consignado no julgamento do RE 1155381, em 22-03-2019.*

5. *A questão foi incluída pela própria Procuradoria Geral da Fazenda Nacional na lista de dispensa de contestação e recursos de que trata o art. 2º, VII e §§ 4º e 5º, da Portaria PGFN n.º 502/2016.*

6. *O afastamento do reajuste, na forma promovida pela Portaria MF n.º 257/2011, não impede a incidência de atualização monetária, por meio da aplicação de índices oficiais, consoante o entendimento firmado pelo STF. A propósito, o C. STF, ao afastar a majoração promovida pela Portaria MF n.º 257/2011, reiteradamente vem decidindo por limitar o reajuste da taxa aos índices oficiais de correção monetária acumulados no período.*

7. *Como consectário lógico, de rigor o acolhimento do pedido formulado pela parte autora no tocante à repetição de indébito dos valores recolhidos em montante superior ao devido, referentes aos cinco anos antecedentes ao ajuizamento da ação, a qual poderá ser efetivada em fase de cumprimento de sentença ou na via administrativa.*

8. *Aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito a partir do recolhimento indevido a título de correção monetária. A SELIC, por englobar correção monetária e juros de mora, não pode ser cumulada com nenhum outro índice.*

9. *A sentença deve ser reformada apenas quanto à condenação aos ônus da sucumbência. Diante da sucumbência mínima da parte autora, de rigor a condenação da União Federal integralmente no pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios (art. 86, parágrafo único, do CPC).*

10. *Sentença mantida quanto ao julgamento parcialmente procedente do pedido, a fim de afastar a majoração da Taxa Siscomex, na forma promovida pela Portaria MF n.º 257/11, ressalvando-se a incidência de atualização monetária com a aplicação de índices oficiais acumulados no período (janeiro de 1999 e abril de 2011), bem como para assegurar a repetição do indébito dos valores recolhidos em montante superior ao devido, referentes aos cinco anos antecedentes ao ajuizamento da ação, a qual poderá ser efetivada em fase de cumprimento de sentença ou na via administrativa.*

11. *Apelação da parte autora parcialmente provida. Apelação da União e reexame necessário não providos.”*

Alegou-se omissão, pois não especificou o índice oficial aplicável para correção da taxa SISCOMEX nos períodos em questão (01/1999 a 04/2011) e reconheceu expressamente apenas créditos referentes aos recolhimentos indevidos realizados no cinco anos que antecederam ao início da demanda, sem incluir os pagos indevidamente no curso da ação; além de erro material no item 2 da ementa do acórdão de apelação, uma vez que o índice fixado pela sentença, e que se busca afastar, foi o SELIC.

Houve manifestação da embargada.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5006527-04.2018.4.03.6119

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: DVS EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: MARUAN ABULASAN JUNIOR - SP173421-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, DVS EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL LTDA

Advogado do(a) APELADO: MARUAN ABULASAN JUNIOR - SP173421-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, corrige-se o erro material contido no item 2 da ementa do acórdão, pois, ao referir ao INPC, contrariou o próprio relatório que, de forma correta, mencionou ter sido fixado, na sentença, a SELIC como índice aplicável na atualização da taxa SISCOMEX, após a declaração de inconstitucionalidade da Portaria MP 257/2011.

Quanto à atualização, reconheceu o aresto recorrido que, em substituição à majoração declarada inconstitucional, deve ser aplicada a correção monetária correspondente à inflação do período, tendo havido, porém, omissão na especificação do índice respectivo.

Cabe, assim, nesta assentada, incorporar ao acórdão embargado a jurisprudência consolidada a respeito da aplicação, no período de janeiro de 1999 a abril de 2011, do INPC com variação de 131,60%:

ApReeNec 5000232-59.2019.4.03.6104, Rel. Des. Fed. CECÍLIA MARCONDES, publicação 13/11/2019: "CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. TAXA DE UTILIZAÇÃO DO SISCOMEX. MAJORAÇÃO. ART. 3º, §2º, DA LEI 9.716/98 E PORTARIA MF 257/2011. INCONSTITUCIONALIDADE. QUESTÃO PACIFICADA NO STF. LIMITAÇÃO DO REAJUSTE AOS ÍNDICES DE CORREÇÃO MONETÁRIA. POSSIBILIDADE. APELAÇÃO DA AUTORA PROVIDA. APELO DA UNIÃO E REEXAME NECESSÁRIO PARCIALMENTE PROVIDOS. 1. Sentença que julgou procedente o pedido, para declarar que a taxa prevista no art. 3º da Lei nº 9.716/1998 é devida nos casos previstos em lei, pelo valor estabelecido no § 1º desse mesmo dispositivo legal, atualizado pela Selic desde 26/11/1998, bem como declarar "o direito das impetrantes de efetuarem a compensação do valor do indébito apurado, após o trânsito em julgado da presente, respeitado o prazo decadencial de 120 dias, observando-se a atualização pela Taxa SELIC, desde os recolhimentos indevidos." 2. A controvérsia cinge-se à possibilidade de atualização monetária do valor da taxa em análise, de acordo com os índices oficiais e ao prazo decadencial para a repetição do indébito. 3. A Fazenda Nacional não recorre quanto à inconstitucionalidade da majoração dos valores da Taxa de Siscomex promovida pela Portaria MF n.º 257/2011, eis que já firmado entendimento no STF. Pleiteia a majoração pelos índices do IPCA. 4. A parte autora pleiteia a repetição de indébito dos valores recolhidos no quinquênio que antecede o ajuizamento da ação. 5. A 2ª Turma do STF concluiu que "a delegação contida no art. 3º, § 2º, da Lei nº 9.716/98 restou incompleta ou defeituosa, pois o legislador não estabeleceu o desenho mínimo que evitasse o arbítrio fiscal". (RE 1095001 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 06/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-103 DIVULG 25-05-2018 PUBLIC 28-05-2018). Assim, decidiu que a majoração estabelecida pela Portaria MF n.º 257/2011, considerando a variação dos custos de operação e dos investimentos no SISCOMEX, viola o princípio da legalidade, entendimento este que passou a ser perfilhado pela 1ª Turma da Suprema Corte, consoante restou consignado no julgamento do RE 1155381, em 22-03-2019. 6. A questão foi incluída pela própria Procuradoria Geral da Fazenda Nacional na lista de dispensa de contestação e recursos de que trata o art. 2º, VII e §§ 4º e 5º, da Portaria PGFN n.º 502/2016. 7. O afastamento do reajuste, na forma promovida pela Portaria MF n.º 257/2011, não impede a incidência de atualização monetária, por meio da aplicação de índices oficiais, consoante o entendimento firmado pelo STF. A propósito, o C. STF, ao afastar a majoração promovida pela Portaria MF n.º 257/2011, reiteradamente vem decidindo por limitar o reajuste da taxa aos índices oficiais de correção monetária acumulados no período. 8. O índice a ser observado na atualização monetária da SISCOMEX, de acordo com o entendimento firmado por esta turma julgadora, é o INPC, cujo percentual acumulado no período de janeiro de 1999 a abril de 2011 é de 131,60% (cento e trinta e um ponto sessenta por cento). 9. Como consectário lógico, de rigor o acolhimento do pedido formulado pela parte autora no tocante à repetição de indébito dos valores recolhidos em montante superior ao devido, referentes aos cinco anos antecedentes ao ajuizamento da ação, a qual poderá ser efetivada em fase de cumprimento de sentença ou na via administrativa. 10. Aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito a partir do recolhimento indevido a título de correção monetária. A SELIC, por englobar correção monetária e juros de mora, não pode ser cumulada com nenhum outro índice. 11. Sentença mantida quanto ao afastamento da majoração da Taxa Siscomex, na forma promovida pela Portaria MF n.º 257/11, ressaltando-se a incidência de atualização monetária com a aplicação do INPC acumulados no período de janeiro de 1999 a abril de 2011 (131,60%), bem como para assegurar a repetição do indébito dos valores recolhidos em montante superior ao devido, observado o prazo correspondente aos cinco anos antecedentes ao ajuizamento da ação, a qual poderá ser efetivada em fase de cumprimento de sentença ou na via administrativa. 12. Apelação da parte autora provida. Apelação da União e reexame necessário parcialmente providos."

Finalmente, quanto ao alcance do ressarcimento do indébito fiscal, a sentença já havia fixado o direito à restituição ou compensação dos "valores indevidamente pagos, observada a prescrição quinquenal", ou seja afastou apenas os recolhimentos anteriores ao quinquênio aludido, e não os posteriores, incluindo os realizados no curso da ação. Apелou, porém, a embargante para incluir os valores recolhidos a maior no curso da ação, não tendo sido reformada a sentença, neste aspecto, sobrevindo os embargos de declaração, alegando omissão.

Não houve, contudo, omissão, pois, como ressaltado, a prescrição atingiu apenas os valores recolhidos em data anterior ao quinquênio antecedente ao ajuizamento da ação, de modo que, na liquidação, todos os demais recolhimentos, feitos a maior, podem ser ressarcidos, daí que inexistente vício a ser sanado no julgamento.

Ante o exposto, acolho parcialmente os embargos de declaração, nos termos supracitados.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TAXA SISCOMEX. ERRO MATERIALE OMISSÃO. ACOLHIMENTO PARCIAL.

1. Corrige-se o erro material contido no item 2 da ementa do acórdão, pois, ao referir ao INPC, contrariou o próprio relatório que, de forma correta, mencionou ter sido fixado, na sentença, a SELIC como índice aplicável na atualização da taxa SISCOMEX, após a declaração de inconstitucionalidade da Portaria MP 257/2011.

2. Quanto à atualização, reconheceu o aresto recorrido que, em substituição à majoração declarada inconstitucional, deve ser aplicada a correção monetária correspondente à inflação do período, tendo havido, porém, omissão na especificação do índice respectivo. Cabe, assim, nesta assentada, incorporar ao acórdão embargado a jurisprudência consolidada a respeito da aplicação, no período de janeiro de 1999 a abril de 2011, do INPC com variação de 131,60%.

3. Finalmente, quanto ao alcance do ressarcimento do indébito fiscal, a sentença já havia fixado o direito à restituição ou compensação dos "valores indevidamente pagos, observada a prescrição quinquenal", ou seja afastou apenas os recolhimentos anteriores ao quinquênio aludido, e não os posteriores, incluindo os realizados no curso da ação. Apелou, porém, a embargante para incluir os valores recolhidos a maior no curso da ação, não tendo sido reformada a sentença, neste aspecto, sobrevindo os embargos de declaração, alegando omissão. Não houve, contudo, omissão, pois, como ressaltado, a prescrição atingiu apenas os valores recolhidos em data anterior ao quinquênio antecedente ao ajuizamento da ação, de modo que, na liquidação, todos os demais recolhimentos, feitos a maior, podem ser ressarcidos, daí que inexistente vício a ser sanado no julgamento.

4. Embargos de declaração acolhidos em parte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, acolheu parcialmente os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5012089-47.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: C.L.A. DISTRIBUIDORA DE VEICULOS E IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA.

Advogado do(a) AGRAVANTE: LUIS CARLOS GOMES DA SILVA - SP180745-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela C.L.A. DISTRIBUIDORA DE VEICULOS E IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA. em face da decisão proferida pelo Juízo Federal da 26ª Vara de São Paulo/SP.

Em consulta ao andamento processual no sítio eletrônico da Justiça Federal de 1ª Instância verifica-se que já foi proferida sentença pelo MM. Juiz *a quo*.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a superveniente prolação de sentença implica a perda de objeto do Agravo de Instrumento interposto contra decisão concessiva ou denegatória de decisão interlocutória sobre antecipação dos efeitos de tutela. (REsp 1.332.553/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 4/9/2012, DJe de 11/9/2012) (AGRESP 201001499976, RAULARAÚJO, STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA:15/08/2013)

Assim havendo decisão definitiva no processo principal, o presente recurso resta prejudicado, devido ao caráter exauriente da sentença no processo principal.

Neste sentido, a melhor jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SENTENÇA PROFERIDA NOS AUTOS DA AÇÃO ORIGINÁRIA. PERDA DE OBJETO. AGRAVO PREJUDICADO.

I - A prolação de sentença nos autos da ação de onde se originou o agravo de instrumento acarreta a perda de objeto deste recurso.

II - Agravo de instrumento prejudicado.

(TRF - 3ª Região, 2ª Turma, AG 2000.03.00.049815-2, Rel. Juíza Fed. Conv. Raquel Perrini, j. 16/09/2002, DJU 06/12/2002, p. 511)

AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AFRONTA AO ART. 535 DO DIPLOMA PROCESSUAL. INOCORRÊNCIA. AÇÃO ORDINÁRIA RELATIVA À GREVE DE SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS. EXAME PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. VIA PROCESSUAL INADEQUADA. AUSÊNCIA PREVISÃO NO ART. 105 DA CF/88. 1. O art. 105 da Constituição Federal não autoriza este Superior Tribunal a analisar ação ordinária relativa à greve dos servidores públicos federais, mas apenas e tão somente as relativas a dissídio coletivo, conforme restou decidido pela Suprema Corte nos autos do STA 207/RS. Precedente. 2. Resta prejudicado o recurso especial interposto contra acórdão que examinou agravo de instrumento de decisão que defere ou indefere liminar ou antecipação de tutela, quando se verifica a prolação de sentença de mérito, tanto de procedência, porquanto absorve os efeitos da medida antecipatória, por se tratar de decisão proferida em cognição exauriente; como de improcedência, pois há a revogação, expressa ou implícita, da decisão antecipatória. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ, AGRESP 200901403810, QUINTA TURMA, Relator(a) LAURITA VAZ, Decisão: 02/02/2012, Publicação: 13/02/2012)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA DE MÉRITO. EXTINÇÃO DA AÇÃO PRINCIPAL. PERDA DO OBJETO DO RECURSO ESPECIAL. 1. Conforme consignado na decisão agravada, a prolação de sentença de mérito, mediante cognição exauriente, enseja a superveniente perda de objeto do recurso interposto contra o acórdão que negou provimento ao agravo de instrumento. 2. Eventual provimento do recurso especial, referente à decisão interlocutória, não poderia infirmar o julgamento superveniente e definitivo que reapreciou a questão. 3. A decisão agravada não está em confronto com o julgado da Corte Especial (EREsp 765.105/TO (Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe 25.8.2010), uma vez que este não se amolda ao presente caso, em que, conforme se observa nos autos, houve decisão denegatória de antecipação de tutela. Agravo regimental improvido. (STJ, AGRESP 201100699334, SEGUNDA TURMA, Relator(a) HUMBERTO MARTINS, Decisão: 13/12/2011, Publicação: 19/12/2011)

Diante do exposto nego seguimento ao agravo de instrumento, eis que prejudicado, nos termos do artigo 932, inciso III, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intime-se.

Após as formalidades legais, certifique-se o trânsito em julgado, dando-se baixa na distribuição.

São Paulo, 20 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5026416-31.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO: PIRAOX GASES E EQUIPAMENTOS LTDA - EPP
Advogado do(a) AGRAVADO: ODINEI ROQUE ASSARISSE - SP117804
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5026416-31.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO: PIRAOX GASES E EQUIPAMENTOS LTDA - EPP
Advogado do(a) AGRAVADO: ODINEI ROQUE ASSARISSE - SP117804
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento à decisão que, em execução fiscal, anulou de ofício o redirecionamento da execução fiscal em face dos sócios-administradores, sob o fundamento da superação do entendimento da Súmula 435 do Superior Tribunal de Justiça.

Alegou a PFN que: (1) a decisão agravada entendeu que a responsabilidade de sócios administradores, por dissolução irregular, foi superada após o julgamento do RE 562.276; (2) a jurisprudência da Corte Superior, nos EmbDivRESP 716.412 e Súmula 435, revela que a falta de localização de empresa no endereço cadastrado junto ao Fisco configura indicio de dissolução irregular, possibilitando redirecionamento da execução fiscal ao sócio-gerente; (3) os artigos 1.150 e 1.151, do Código Civil, preconizam que é obrigação do sócio-gerente manter atualizados registros da empresa, sob pena de infração à lei, gerando responsabilidade tributária (artigo 135, III, CTN); (4) a Súmula 435/STJ foi objeto de confirmação no RESP 1371128/RS, sob regime repetitivo, com a Tese 630: “em execução fiscal de dívida ativa tributária ou não-tributária, dissolvida irregularmente a empresa, está legitimado o redirecionamento ao sócio-gerente”; (5) não houve superação da Súmula 435/STJ, pois, mesmo posteriormente ao RE 562.276, o Superior Tribunal de Justiça manteve tal orientação; e (6) conforme o artigo 779, CPC, é desnecessário o lançamento ou inscrição em dívida ativa frente aos responsáveis tributários (artigo 135, III, CTN), que podem ser incluídos diretamente na execução mesmo sem anterior processo administrativo.

Houve contraminuta do agravado.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5026416-31.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO: PIRAOX GASES E EQUIPAMENTOS LTDA - EPP
Advogado do(a) AGRAVADO: ODINEI ROQUE ASSARISSE - SP117804
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, o recurso impugnou decisão que anulou, de ofício, o redirecionamento da execução aos sócios-administradores (ID 95654904, f. 122/147), por reputar superada a Súmula 435/STJ em razão do julgamento do RE 562.276, que declarou inconstitucional o artigo 13 da Lei 8.620/1993.

Entretanto, tal entendimento não reflete a jurisprudência dos Tribunais Superiores.

A respeito, encontra-se consolidada e plenamente vigente a jurisprudência no sentido de que a infração, capaz de suscitar a aplicação do artigo 135, III, CTN, não ocorre com a mera inadimplência fiscal, daí que não basta provar que deixou a empresa de recolher tributos na gestão societária de um dos sócios, pois necessário que se demonstre que o administrador praticou atos de gestão com excesso de poderes, infração à lei, contrato social ou estatuto, o que inclui, sobretudo, a responsabilidade por eventual dissolução irregular da sociedade.

Neste sentido, entre outros:

AgInt no REsp 182.5207 Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJe 10/03/2020: "TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. INFRAÇÃO À LEI. REQUISITOS DO ART. 135 DO CTN. APRECIÇÃO. ENUNCIADO SUMULAR N. 7/STJ. REDIRECIONAMENTO AOS SÓCIOS. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO N. 435 DA SÚMULA DO STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. SIMILITUDE FÁTICA. REEXAME. ALEGAÇÕES DE VÍCIOS NO ACÓRDÃO. INEXISTENTES. I - Na origem, trata-se de execução fiscal ajuizada pela União que foi redirecionada para a sócia-administradora da empresa executada, a qual opôs exceção de pré-executividade. No Juízo de origem, rejeitou-se a exceção. No Tribunal a quo, negou-se provimento ao agravo de instrumento. Esta Corte negou seguimento ao recurso especial. II - Com efeito, para se aferir eventual violação do art. 135, III, do CTN, investigando-se a prática de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, é necessário o reexame do conjunto probatório dos presentes autos, o que encontra óbice no Enunciado Sumular n. 7/STJ. III - Ainda que fosse superado esse óbice, ad argumentandum tantum, verifica-se que o recurso não comportaria acolhimento em seu mérito. IV - No presente caso, o Tribunal de origem manteve o redirecionamento da execução fiscal em face da sócia-administradora, considerando o fato de que, ao proceder à citação da pessoa jurídica, o Oficial de Justiça certificou que estava inativa e sem bens passíveis de penhora, muito embora a empresa continuasse com o registro ativo e com o mesmo endereço informado na inicial da execução. Confira-se trecho do acórdão recorrido: " (...) Certifico que, segundo informação prestada pelo Dr. Josué, e empresa Ooze Leather Comercio e Representacoes de Couro Ltda. - ME (10.504.409/0001-07), está inativa e sem bens passíveis de penhora. (...) (Evento28/EXTR2). Ainda, de acordo com informações juntadas no Evento 28, verifica-se que na consulta realizada perante a Junta Comercial do Rio Grande do Sul, a empresa continua com o Registro Ativo, e com o mesmo endereço informado na inicial da execução, cito à Rua Porto Alegre, 385, Vila Nova, Novo Hamburgo." V - Assim, o acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, de que é viável o redirecionamento da execução fiscal para a pessoa do sócio-administrador, quando há indícios de dissolução irregular da sociedade, diante da certidão do Oficial de Justiça atestando que a empresa não funciona mais no seu endereço. Incidência do Enunciado Sumular n. 435/STJ ("Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente"). A propósito: AgInt no REsp n.1.587.168/SE, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 13/5/2019, DJe 16/5/2019; REsp n. 1.675.067/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 13/9/2017; AgRg no AREsp n. 414.135/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 28/2/2014 e AgRg no REsp n. 1.339.991/BA, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 12/9/2013. VI - Quanto à alegada divergência jurisprudencial, verifico que a incidência do Óbice Sumular n. 7/STJ impede o exame do dissídio, na medida em que falta identidade entre os paradigmas apresentados. VII - Agravo interno improvido."

A decisão do Supremo Tribunal Federal no RE 562.276 reafirmou a necessidade da constatação dos pressupostos do artigo 135, III, CTN, para redirecionamento da execução, com o que reconheceu que o artigo 13 da Lei 8.620/1993 violou a reserva material de lei complementar (artigo 146, III, b, CF), além de instituir confusão entre personalidades e patrimônios jurídicos distintos, ao prever, de forma inovadora, responsabilidade tributária, ainda solidária, apenas pela condição de sócio mesmo sem qualquer função de gerência ou prática de infração societária.

Eis o teor do paradigma:

*DIREITO TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. ART 146, III, DA CF. ART. 135, III, DO CTN. SÓCIOS DE SOCIEDADE LIMITADA. ART. 13 DA LEI 8.620/93. INCONSTITUCIONALIDADES FORMAL E MATERIAL. REPERCUSSÃO GERAL. APLICAÇÃO DA DECISÃO PELOS DEMAIS TRIBUNAIS. 1. Todas as espécies tributárias, entre as quais as contribuições de seguridade social, estão sujeitas às normas gerais de direito tributário. 2. O Código Tributário Nacional estabelece algumas regras matrizes de responsabilidade tributária, como a do art. 135, III, bem como diretrizes para que o legislador de cada ente político estabeleça outras regras específicas de responsabilidade tributária relativamente aos tributos da sua competência, conforme seu art. 128. 3. O preceito do art. 124, II, no sentido de que são solidariamente obrigadas “as pessoas expressamente designadas por lei”, não autoriza o legislador a criar novos casos de responsabilidade tributária sem a observância dos requisitos exigidos pelo art. 128 do CTN, tampouco a desconsiderar as regras matrizes de responsabilidade de terceiros estabelecidas em caráter geral pelos arts. 134 e 135 do mesmo diploma. A previsão legal de solidariedade entre devedores – de modo que o pagamento efetuado por um aproveite aos demais, que a interrupção da prescrição, em favor ou contra um dos obrigados, também lhes tenha efeitos comuns e que a isenção ou remissão de crédito exonere a todos os obrigados quando não seja pessoal (art. 125 do CTN) – pressupõe que a própria condição de devedor tenha sido estabelecida validamente. 4. A responsabilidade tributária pressupõe duas normas autônomas: a regra matriz de incidência tributária e a regra matriz de responsabilidade tributária, cada uma com seu pressuposto de fato e seus sujeitos próprios. A referência ao responsável enquanto terceiro (dritter Person, terzo ou tercero) evidencia que não participa da relação contributiva, mas de uma relação específica de responsabilidade tributária, inconfundível com aquela. **O “terceiro” só pode ser chamado responsabilizado na hipótese de descumprimento de deveres próprios de colaboração para com a Administração Tributária, estabelecidos, ainda que a contrario sensu, na regra matriz de responsabilidade tributária, e desde que tenha contribuído para a situação de inadimplemento pelo contribuinte.** 5. **O art. 135, III, do CTN responsabiliza apenas aqueles que estejam na direção, gerência ou representação da pessoa jurídica e tão-somente quando pratiquem atos com excesso de poder ou infração à lei, contrato social ou estatutos. Desse modo, apenas o sócio com poderes de gestão ou representação da sociedade é que pode ser responsabilizado, o que resguarda a pessoalidade entre o ilícito (mal gestão ou representação) e a consequência de ter de responder pelo tributo devido pela sociedade.** 6. O art. 13 da Lei 8.620/93 não se limitou a repetir ou detalhar a regra de responsabilidade constante do art. 135 do CTN, tampouco cuidou de uma nova hipótese específica e distinta. Ao vincular à simples condição de sócio a obrigação de responder solidariamente pelos débitos da sociedade limitada perante a Seguridade Social, tratou a mesma situação genérica regulada pelo art. 135, III, do CTN, mas de modo diverso, incorrendo em inconstitucionalidade por violação ao art. 146, III, da CF. 7. O art. 13 da Lei 8.620/93 também se reveste de inconstitucionalidade material, porquanto não é dado ao legislador estabelecer confusão entre os patrimônios das pessoas física e jurídica, o que, além de impor desconsideração ex lege e objetiva da personalidade jurídica, descaracterizando as sociedades limitadas, implica irrazoabilidade e inibe a iniciativa privada, afrontando os arts. 5º, XIII, e 170, parágrafo único, da Constituição. 8. Reconhecida a inconstitucionalidade do art. 13 da Lei 8.620/93 na parte em que determinou que os sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada responderiam solidariamente, com seus bens pessoais, pelos débitos junto à Seguridade Social. 9. Recurso extraordinário da União desprovido. 10. Aos recursos sobrestados, que aguardavam a análise da matéria por este STF, aplica-se o art. 543-B, § 3º, do CPC.*

Portanto, não houve, como preconizou a decisão impugnada, superação da Súmula 435/STJ, estando vigente o entendimento de que a constatação da dissolução irregular da empresa configura infração à lei apta a atrair a responsabilidade tributária do sócio-gerente, com fulcro no artigo 135, III, CTN.

Na espécie, houve execução fiscal de créditos tributários do SIMPLES (LC 123/2006), sendo a citação determinada em 15/10/2012 (ID 95654904, f. 60), certificando o oficial de justiça que a empresa não mais funcionava no endereço constante dos autos, levando a citação na pessoa do representante legal, realizada em 28/03/2013, certificando-se que “o representante legal da executada afirmou que a empresa encerrou suas atividades no mês de Junho/2010 e que não possui nenhum bem social que possa ser objeto de penhora” (ID 95654904, f. 64).

A inclusão dos sócios Marcelo Augusto Pereira e Natalino José Fernandes Vianna, nos termos do artigo 135 do CTN, foi requerida em julho/2013 (ID 95654904, f. 66/9) e deferida em janeiro/2015 (ID 95654904, f. 73/4), sendo ambos citados em 23/10/2015 (ID 95654904, f. 79), seguindo-se atos expropriatórios, inclusive penhora incidente sobre imóvel dos executados (ID 95654904, f. 108).

Neste contexto, evidenciada, nitidamente, a dissolução irregular da sociedade, de sorte a autorizar o redirecionamento da execução fiscal aos respectivos sócios-administradores.

Na mesma linha de raciocínio o seguinte precedente da Corte:

AI 5005650-25.2017.4.03.0000, Rel. Des. Fed. SOUZA RIBEIRO, e-DJF3 19/03/2020: "PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INOCORRÊNCIA. REDIRECIONAMENTO. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. SÚMULA Nº 435, STJ. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Superior Tribunal de Justiça, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso. 2. O art. 174 do Código Tributário Nacional disciplina o instituto da prescrição, prevendo a sua consumação no prazo de cinco anos contados da constituição definitiva do crédito tributário. 3. É pacífica a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "a entrega de declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui o crédito tributário, dispensada qualquer providência por parte do Fisco" (Súmula nº 436/STJ), e, "em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação declarado e não pago, o Fisco dispõe de cinco anos para a cobrança do crédito, contados do dia seguinte ao vencimento da exação ou da entrega da declaração pelo contribuinte, o que for posterior" (in: AgRg no AREsp nº 302363/SE, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 1ª Turma, j. 05.11.2013, DJe 13.11.2013). 4. Assim, apresentada a declaração e não efetuado o recolhimento do respectivo tributo, desnecessária a notificação do contribuinte ou a instauração de procedimento administrativo, podendo o débito ser imediatamente inscrito na dívida ativa e iniciando-se a fluência do prazo prescricional a partir da data do vencimento da obrigação assinalada no título executivo, ou da entrega da declaração, "o que for posterior". 5. Consoante entendimento firmado pelo E. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do recurso especial nº 1.120.295/SP, submetido ao regime do art. 543-C do CPC, a propositura da ação é o termo ad quem do prazo prescricional e, simultaneamente, o termo inicial para sua recontagem sujeita às causas interruptivas constantes do art. 174, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, que deve ser interpretado conjuntamente com o art. 219, § 1º, do Código de Processo Civil. 6. Dessa forma, em execução fiscal para a cobrança de créditos tributários, o marco interruptivo da prescrição é a data da citação pessoal do devedor (quando aplicável a redação original do parágrafo único do art. 174 do CTN) ou a data do despacho que ordena a citação (após a alteração do art. 174 do CTN pela Lei Complementar nº 118/2005); os quais retroagem à data do ajuizamento da ação. Precedentes do C. STJ. 7. No presente caso, a execução fiscal foi ajuizada em face de A Gusman Tratores Ltda., para cobrança de crédito tributário referente ao período de 01/2003 a 12/2004, constituído através da entrega das declarações entre 11.08.2003 a 09.02.2005. Assim, ocorrido o ajuizamento da execução fiscal em 21.05.2007, com despacho determinando a citação proferido em 27.06.2007, não se consumou a prescrição do crédito tributário, porquanto não transcorreu o prazo quinquenal. 8. Com relação à prescrição intercorrente, a E. Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp 1.102.431-RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe 01.02.2010, submetido ao rito do art. 543-C do Código de Processo Civil, firmou entendimento no sentido de que a perda da pretensão executiva tributária pelo decurso do tempo é consequência da inércia do credor; que não se verifica quando a demora na citação do executado decorre unicamente do aparelho judiciário. 9. Sobre o tema em questão, observa-se que o E. Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp 1.222.444-RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 25.04.2012, submetido ao rito do art. 543-C do Código de Processo Civil, firmou também entendimento no sentido de que a configuração da prescrição intercorrente não se faz apenas com a aferição do decurso do lapso quinquenal após a data da citação, devendo também ficar caracterizada a inércia da Fazenda exequente. 10. Ressalta-se que o redirecionamento da execução fiscal somente é possível no momento em que a Fazenda Pública fica sabendo da insolvência da empresa, quando então deve ter início a contagem do prazo prescricional, aplicando-se o princípio da "actio nata." Precedente do C. STJ. 11. No presente caso, não houve o decurso de prazo superior a cinco anos entre a certidão que constatou a dissolução irregular da empresa executada e o pedido de inclusão dos sócios no polo passivo da execução fiscal, não havendo que se falar em prescrição intercorrente. 12. **Pacificou-se no E. Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que "presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente" (Súmula nº 435/STJ), e de que a Certidão do Oficial de Justiça atestando que a empresa devedora não foi encontrada no endereço fornecido como domicílio fiscal constitui indício suficiente de dissolução irregular, permitindo, portanto, a responsabilização do gestor, nos termos do art. 135, III, do CTN, e o redirecionamento da execução contra ele.** (v.g. REsp 1374744/BA, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/08/2013, DJe 17/12/2013). 13. No presente caso, "Sérgio Antonio Gusman era sócio da sociedade com poderes de gerência desde a constituição da empresa, em 17/10/1972 e não há registro de sua retirada da sociedade. Sendo assim, conclui-se que ele era sócio responsável na data do fato gerador da dívida e na data da constatação da dissolução irregular da empresa executada (fls. 135/335)." 14. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decurso, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida. 15. Agravo interno desprovido."

Ante o exposto, dou provimento ao agravo de instrumento, nos termos supracitados.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. SÓCIO. REDIRECIONAMENTO. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. CERTIDÃO DO OFICIAL DE JUSTIÇA. SÚMULA 435/STJ. POSSIBILIDADE. RE 562.276. HIPÓTESE DISTINTA. HIPÓTESES DO ART. 135, III, CTN.

1. Consolidada a jurisprudência no sentido de que a infração capaz de suscitar a aplicação do artigo 135, III, CTN, não ocorre com a mera inadimplência fiscal, daí que não basta provar que deixou a empresa de recolher tributos na gestão societária de um dos sócios, pois necessário que se demonstre que o administrador praticou atos de gestão com excesso de poderes, infração à lei, contrato social ou estatuto, o que inclui, sobretudo, a responsabilidade por eventual dissolução irregular da sociedade.

2. A decisão do Supremo Tribunal Federal no RE 562.276 reafirmou a necessidade da constatação dos pressupostos do artigo 135, III, CTN, para redirecionamento da execução, com o que reconheceu que o artigo 13 da Lei 8.620/1993 violou a reserva material de lei complementar (artigo 146, III, b, CF), além de instituir confusão entre personalidades e patrimônios jurídicos distintos, ao prever, de forma inovadora, responsabilidade tributária, ainda solidária, apenas pela condição de sócio mesmo sem qualquer função de gerência ou prática de infração societária.

3. Presume-se irregularmente dissolvida a empresa que deixar de funcionar no domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, assim legitimando o redirecionamento da execução fiscal aos respectivos sócios.

4. Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5001657-66.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: AQUILES SERIANI

Advogado do(a) AGRAVANTE: GABRIEL DE AGUIAR RANGEL - SP379421-A

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5001657-66.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: AQUILES SERIANI
Advogado do(a) AGRAVANTE: GABRIEL DE AGUIAR RANGEL - SP379421-A
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento à decisão que recebeu a inicial de ação civil pública por improbidade administrativa, ajuizada pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS em face de LOURDE NEY DE JESUS TORRES SAMPAIO, ELZANIRA DOS REIS NOVAES e AQUILES SERIANI, em razão de a primeira requerida, ex-servidora do INSS, ter se valido do cargo “*para favorecer terceiros, intermediários e segurados de benefícios concedidos irregularmente*”.

Alegou-se que: (1) a pretensão restou atingida pela prescrição, nos termos dos artigos 23, II, da Lei 8.429/1992 e 142, I, da Lei 8.112/1990, sendo que a própria inicial informa que o fato se tornou conhecido em 19/10/2012, inexistindo qualquer causa interruptiva do prazo extintivo; (2) a instauração de PAD não interrompe o prazo prescricional; (3) não é agente público, de forma que eventuais sanções administrativas e quaisquer outras disposições específicas não lhe produzem qualquer efeito; (4) a inicial é inepta porque é genérica, apenas transcreve trechos do PAD, não descreve a conduta praticada e dificulta o contraditório e ampla defesa, limitando-se à informação de participação na concessão de aposentadoria diversa da devida a José Bispo – suposta conversão indevida de tempo de atividade especial em comum no período de 01/11/0985 a 01/11/1986; (5) o suposto dano ao erário por tal participação (R\$ 7.028,49) “*é insignificante face aos valores astronômicos do orçamento da autora e mesmo aos valores totais envolvidos na presente demanda*”; (6) a caracterização de ato de improbidade exige grave reprovabilidade da conduta e relevante repercussão para a Administração, sobretudo na esfera patrimonial, pois do contrário deve ser aplicado o princípio da insignificância, por analogia ao direito penal com lastro em jurisprudência da Corte Superior; (7) não houve dolo, nem mesmo ato culposo; (8) “*a intermediação do benefício do senhor José Bispo*” foi regular, mediante representação válida e com apresentação dos documentos necessários; (9) “*funcionando como procurador de benefícios é normal que o agravante compareça à agência no lugar do beneficiário, munido de procuração, para tratar da intermediação com o INSS. Este é o cerne da atividade, todavia, não cabe ao procurador providenciar a documentação comprobatória dos direitos de aposentadoria, tampouco influenciar na análise destes documentos pelo servidor da autarquia federal. [...] O labor do indivíduo que serve como procurador no INSS é somente fazer a intermediação, justamente para o beneficiário que não quer ou não possui disponibilidade para comparecer à agência do INSS, logo, o fato de o Sr. José Bispo não ter comparecido à agência, conforme seu depoimento em fase administrativa, (o que se admite somente por amor ao debate) não pesa de maneira alguma em desfavor do Sr. Aquiles, tampouco constitui indício de ato de improbidade*”; (10) jamais foi possível a escolha de determinado servidor do INSS para atendimento e protocolização dos documentos; e (11) não houve cassação do benefício previdenciário tido por indevidamente deferido, logo não se cogita de improbidade.

O agravado apresentou resposta.

O MPF opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5001657-66.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: AQUILES SERIANI
Advogado do(a) AGRAVANTE: GABRIEL DE AGUIAR RANGEL - SP379421-A
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, o presente agravo de instrumento impugnou decisão que, em ação civil pública para responsabilização por atos de improbidade administrativa, recebeu a petição inicial e determinou a citação dos réus para contestação do pedido.

Inicialmente, rejeita-se a alegação de inépcia da inicial, apresentada nos seguintes termos (ID 5437813 da ação originária):

*“A presente Ação Civil Pública foi manejada em razão da prática de atos de improbidade administrativa atribuídos a ex-servidora pública federal, demitida do cargo efetivo que ocupava junto ao INSS em razão de ter se valido do mesmo para **favorecer terceiros, intermediários** e segurados de benefícios concedidos irregularmente.*

A responsabilidade dos réus está exaustivamente demonstrada no conjunto probatório que instrui a presente ação, em especial na auditoria realizada nos benefícios concedidos ilicitamente na Agência da Previdência Social – SP/Brás, destacando-se o evidente animus da ex-servidora em beneficiar terceiros, e provavelmente a si própria, eis que descumpria reiteradamente regras institucionais que garantem a lisura e a isonomia dos procedimentos, bem como inseriu no sistema informatizado da autarquia previdenciária informações inverídicas.

*Não há dúvida de que estão legitimados a figurar no polo passivo do feito a ex-servidora e os **intermediários que induziram a prática dos atos ilícitos**, [...]*

[...]

Os terceiros intermediários, nas situações objeto destes autos, estavam não apenas cientes das improbidades administrativas praticadas pela ex-servidora e da ilicitude dos benefícios concedidos, como também concorreram para a prática dos atos de improbidade e deles se beneficiaram.

A legitimidade passiva dos terceiros que, mesmo não sendo agentes públicos, induzem, concorrem ou se beneficiam do ato de improbidade, encontra fundamento no artigo 3º da Lei n. 8429/1992:

Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

[...]

*Apurou-se que a ré recebeu e protocolou requerimentos sem a presença dos segurados e sem, alternativamente, receber e juntar aos dossiês o instrumento de mandato de seus procuradores, os quais também não foram identificados e cadastrados no sistema PRISMA. **Verificou-se que os referidos procuradores eram atendidos no horário de sua conveniência, por vezes em data e hora diferentes das agendadas, sem retirar senha e sem o trâmite de chamamento pelo sistema SGA (Sistema de Gerenciamento de Atendimento).** Em seguida, quando do atendimento, o protocolo de requerimento não era assinado pelo procurador ou por seu segurado.*

[...]

*Por sua vez, o Sr. Aquiles Seriani, que intermediou o benefício de José Bispo de Jesus, também relatou que **NÃO foi atendido através dos canais oficiais e que, sem retirar senha, entregou os documentos diretamente à servidora** (fls. 177/178):*

*2º PERGUNTA: O depoente pode esclarecer de que forma se desenvolveu o protocolo do benefício do Sr. José Bispo de Jesus, Apenso IX do presente PAD, NB 42/165.272.043-7? RESPOSTA: **Disse que, estando no INSS no Brás, por ser diabético, precisou tomar sua medicação, o que o levou a solicitar para a servidora Lourde-Ney que ficasse com os documentos do Sr. José Bispo de Jesus, para protocolo de aposentadoria. Que não pegou qualquer senha para ser atendido. Que ao solicitar à servidora que ficasse com os documentos, esta os reteve, informando que iria promover o protocolo do benefício. Que esses fatos se deram no período da manhã. Que posteriormente retornou para retirar o comprovante de protocolo.***

Percebe-se que a ex-servidora ré não cumpria as orientações e regras normativas atinentes ao trabalho que executava, embora tais regras tenham sido instituídas com o escopo de garantir a isonomia e a lisura dos processos concessórios. Saliente-se que a própria servidora, em interrogatório, confessou que concedia tratamento privilegiado a procuradores com os quais mantinha vínculo próximo [...]

[...]

Não há dúvidas, destarte, de que a servidora sistematicamente concedia tratamento favorecido a procuradores, privilegiando-os à margem da legislação e da rotina administrativa e em prejuízo dos demais administrados.

Não bastasse a constatação de favorecimento indevido, também se verificou que vários dos benefícios apurados foram concedidos indevidamente.

Vê-se, por exemplo, quanto ao NB 42/165.272.043-7 (apenso nº 35366.000693/2014-80), em nome de José Bispo de Jesus, que o deferimento foi irregular, tendo em vista a conversão indevida de tempo de atividade supostamente especial em tempo comum no período de 01.11.1985 a 01.11.1986 na empresa Fundação Dom Bosco Ltda., o que gerou aumento indevido do valor do benefício, conforme apontou a equipe de auditoria:

Atentos a essa observação, vimos que de conformidade aos escritos de fls. 07/08 e 26/29, na verdade, o interessado laborou na empresa acima citada, nos períodos de 08/01/1980 a 01/08/1985 e de 01/11/1985 a 01/11/1986, na função de Ajudante Geral, limpando ferramentas e varrendo a firma (...)

Conforme se vê, apenas os períodos laborados de 01/02/1987 a 01/07/1988, na função de Auxiliar do Fundidor; no setor de Fundação, de 01/12/1988 a 01/02/1994, na função de Oficial Fundidor e de 04/10/1994 até 28/04/1995, na função de Fundidor; são passíveis de enquadramento profissional, a que se refere o código 2.5. 1, Anexo II do Decreto 83.080/79, face a habitualidade e a permanência no exercício dessas funções, no setor mencionado" (fl. 111 do apenso)

[...]

Pelos fundamentos expostos, não há dúvidas quanto à má-fé nos procedimentos adotados pela servidora e pelos intermediários igualmente réus nesta demanda.

Com efeito, a ré concedia tratamento privilegiado a procuradores do seu círculo de convivência, o que é confessado pela própria servidora e admitido por dois intermediários que atuaram nos processos sob exame. Nesse sentido, a servidora protocolou benefícios sem a presença dos segurados e sem que tenha sido juntada procuração aos processos concessórios. Em diversas ocasiões, atendeu procuradores em data e horário divergentes do agendamento, segundo sua conveniência, sem cumprimento do trâmite regular estabelecido pela autarquia.

Inclusive, os protocolos de requerimento sequer eram assinados pelo segurado ou pelo procurador. O fato de não serem juntadas as procurações nem cadastrados os procuradores evidencia que a servidora procurava dissimular a intermediação e o procedimento adotado. De semelhante modo, o relato de fls. 81/82 do Anexo I, acima transcrito e corroborado em depoimento (fls. 189/191), reforça a conclusão de que a acusada dissimulava suas condutas.

[...]

Importa salientar que a intermediária Elzanira dos Reis atuou na concessão dos benefícios de José Augusto Rodrigues, Apenso I do presente PAD, NB 42/164.782.322-3; de José Augusto Leite da Silva, Apenso II, NB 42/165.030.076-7; e de Cleosmar Vieira Galvão, Apenso V, NB 42/165.683.057-4. Por sua vez, o intermediário Aquiles Seriani atuou no benefício de José Bispo de Jesus.

[...]

Assim sendo, os atos de improbidade praticados pelos réus guardam subsunção legal com os tipos do artigo 9º e do artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa. Vejamos:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente: I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular; de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;... IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento; XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular; XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência; II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

[...]

Postula-se que o montante abaixo indicado seja utilizado para fins de indisponibilidade de bens:

[...]

AQUILES SERIANI

R\$ 7.028,49 – Prejuízo ao erário

R\$ 21.085,47 – Multa Civil

Total: R\$ 28.113,96

[...]

A condenação dos requeridos pela prática de atos de improbidade administrativa previstos nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, sendo-lhe cominadas as sanções previstas no artigo 12, inciso I, da referida Lei, notadamente perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, perda da função pública, quando for o caso, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

[...]” (grifamos)

Como se observa, a inicial da ação civil pública originária descreveu minuciosamente os fatos, individualizando as condutas e respectivas imputações, fartamente ora impugnadas sem quaisquer dificuldades, não se cogitando, assim, de inépcia da inicial, tampouco de prejuízo ao contraditório ou ampla defesa.

Em preliminar de mérito, passa-se ao exame da alegação de prescrição, enquanto matéria de ordem pública, apesar de não ter sido apreciada pelo Juízo *a quo*.

Dispõe a Lei 8.429/1992 que:

“Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:

I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;

II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

III - até cinco anos da data da apresentação à administração pública da prestação de contas final pelas entidades referidas no parágrafo único do art. 1º desta Lei.”

Especificamente quanto ao agravante, pessoa sem vínculo com a Administração - mas em face da qual se alegou ter cometido improbidade administrativa, pois teria sido conivente com o agente público, concorrendo para a concretização do ato ímprobo, nos termos do disposto no artigo 3º da LIA -, deve sujeitar-se às **mesmas regras de prescrição a que se submete o agente público**, à minguada de previsão legal específica acerca do prazo aplicável ao particular, consoante entendimento inclusive sumulado do Superior Tribunal de Justiça (verbete 634: “*Ao particular aplica-se o mesmo regime prescricional previsto na Lei de Improbidade Administrativa para o agente público*”), a exemplo do seguinte precedente:

AINTARESP 986.279, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJE de 30/10/2017: “ADMINISTRATIVO. ATO DE IMPROBIDADE. DESVIO DE MEDICAMENTOS. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/73. INEXISTENTE. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTENTE. DELITOS PRATICADOS DURANTE O PERÍODO DE 2004 A 2006, PROPOSTA AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM 2012. ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO. INEXISTENTE. MESMO PRAZO. MESMA SISTEMÁTICA ATRIBUÍDA AOS AGENTES PÚBLICOS PARA FINS DE FIXAÇÃO DO TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO. I - Ação civil pública por ato de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público Federal em face de servidor público militar da Aeronáutica e de pessoa jurídica supostamente favorecida por desvio de medicamentos da farmácia de hospital público. II - Parecer do Ministério Público Federal pela negativa de provimento do recurso especial. III - Não há ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil de 1973, quando o aresto a quo decide plenamente a controvérsia e se apresenta devidamente motivado, sem omissões, contradições ou obscuridades a serem sanadas, não sendo necessário que o magistrado efetue o prequestionamento numérico dos dispositivos legais aplicáveis ao caso ou que se manifeste sobre cada um dos argumentos apresentados pela parte. IV - A petição inicial descreve com clareza os fatos pelos quais estão sendo processados os acusados, bem como indica os dispositivos da Lei de Improbidade Administrativa reputados violados, quais sejam, arts. 9º, caput, 10, caput e incisos I e XII, e 11, caput, da Lei n. 8.429/92, apresentando, ainda, pedidos congruentes com as causas de pedir próxima e remota delineadas. Dessa forma, assegurou-se o exercício dos direitos fundamentais da ampla defesa e do contraditório. V - Não prospera a tese da prescrição. A ação de improbidade administrativa centrou-se na penalidade ressarcimento dos danos causados ao erário, bem como, ao se julgar procedente a pretensão em questão, o provimento jurisdicional foi coerente ao impor como sanção tal prestação pecuniária. VI - Constata-se, ainda, que a imposição da pena de multa não se encontra prescrita. Isso porque o ato de improbidade administrativa foi tipificado como crime de receptação, nos termos do art. 251 do Código Penal Militar. VII - Logo, considerando a reprimenda penal máxima prevista no referido codex, a presente pretensão de responsabilização civil se daria no prazo de 12 (doze) anos, conforme art. 125 do Código Penal Militar, a contar da ciência do ato reputado ímprobo. Assim, tendo os supostos delitos sido praticados durante o período de 2004 a 2006, e proposta a presente ação civil pública em 2012, não há se falar em caracterização da prescrição. VIII - O prazo prescricional aplicável ao terceiro que pratica ato de improbidade administrativa, em conjunto com agente público, rege-se pelo lapso temporal incidente a esse último. Conforme a jurisprudência desta Corte, “nos termos do artigo 23, I e II, da Lei 8.429/92, aos particulares, réus na ação de improbidade administrativa, aplica-se a mesma sistemática atribuída aos agentes públicos para fins de fixação do termo inicial da prescrição”. (STJ, AgRg no REsp 1.541.598/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 13/11/2015). Nesse mesmo sentido: AgInt no REsp 1.607.040/PE, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 28/3/2017, DJe 10/4/2017; STJ, AgRg no REsp 1.510.589/SE, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 10/6/2015; REsp 1.433.552/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 5/12/2014; REsp 1.405.346/SP, Rel. p/ acórdão Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 19/8/2014; AgRg no REsp 1.159.035/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe de 29/11/2013; EDcl no AgRg no REsp 1.066.838/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 26/4/2011. IX - Agravo interno improvido.” (g.n.)

No caso, conforme a regra do artigo 23, II, da Lei 8.429/1992 (“*prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público*”), é aplicável à então servidora do INSS o disposto na Lei 8.112/1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, e que assim prescreve:

“Art. 142. A ação disciplinar prescreverá:

I - em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão;

[...]

§ 1º O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido.

§ 2º Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime.

§ 3º A abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente.

§ 4º Interrompido o curso da prescrição, o prazo começará a correr a partir do dia em que cessar a interrupção.”

Na espécie, conforme reconhecido pelo próprio agravado, o fato tornou-se conhecido em 19/10/2012. Após, em 08/05/2014, foi instaurado processo administrativo disciplinar contra a ex-servidora do INSS, de que resultou, ao final, a demissão do cargo efetivo que ocupava, sendo ajuizada a ação originária em 09/04/2018.

Como se observa, nos termos da jurisprudência e legislação aplicável, afasta-se a tese de prescrição alegada pelo agravante.

No mais, quanto ao mérito propriamente dito, reconheceu a decisão agravada que (ID 20148538 da ação originária):

“Para a instauração do processo basta a existência de indícios suficientes de que o ato de improbidade administrativa tenha ocasionado lesão ao patrimônio público ou o enriquecimento ilícito do agente, conforme se depreende do artigo 17, §6º, da Lei nº 8.429/92.

Portanto, para a configuração do ato de improbidade e conseqüente recebimento da petição inicial, somente é preciso que se averigüe se há elementos mínimos que indiquem a existência de ato de improbidade administrativa, uma vez que a convicção final se formará por ocasião do julgamento, após a instrução probatória.

É nesse sentido que estabelecem os parágrafos 7º e 8º do referido artigo 17, evidenciando a existência do princípio “in dubio, pro societate” das ações civis públicas por prática de ato de improbidade administrativa:

“Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar:

(...)

§ 7º Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001)

§ 8º Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001)” – Grifos nossos.

Não é outro o posicionamento mais recente do Superior Tribunal de Justiça a respeito do assunto:

[...]

Feitas essas considerações, passo à análise do caso. Verifico que há indícios suficientes de prática de ato de improbidade pelos réus.

A autarquia autora anexou aos autos cópia integral do Processo Administrativo Disciplinar nº 35664.000460/2014-12, em que foi investigada a conduta da servidora pública Lourde Ney de Jesus Torres Sampaio e dos advogados indicados na exordial, assim como dos 50 (cinquenta) processos administrativos de revisão dos benefícios protocolizados pela servidora.

[...]

Além disso, consta do Relatório Final do processo supramencionado (doc. 5437839 – págs. 55 e seguintes) que, ao colher o depoimento dos advogados réus, beneficiários de aposentadorias concedidas e da própria servidora pública, em seara administrativa, todos afirmaram que os fatos ocorreram da forma apurada em PAD, ou seja, ocorreram atendimentos sem que fosse fornecida senha, tratamento favorecido a certos advogados, instrução de requerimentos administrativos previdenciários sem a presença do requerente ou de seu procurador e sem assinatura de qualquer um destes, entre outros.

Note-se, neste particular, que os atos e processos administrativos gozam de presunção de legalidade e legitimidade juris tantum, ou seja, até que seja constituída prova em sentido contrário.

Muito embora os réus aleguem que não há comprovação da sua atuação dolosa nos fatos apurados administrativamente, entendo que verificação do animus dos agentes deverá ocorrer durante a instrução probatória, no momento processual cabível. Fato é que as condutas dos requeridos cujo dolo se debate não foram negados em sede de defesa prévia, motivo pelo qual, em atendimento ao §8º do artigo 17 da Lei de Improbidade Administrativa, a inicial deve ser recebida para processar regularmente a ação.

Anoto, por fim, que as preliminares suscitadas pelos requeridos devem ser reiteradas em sede de contestação, momento processual adequado para a formulação de tais teses.

Ante o exposto, presentes indícios de atos de improbidade administrativa, RECEBO A PETIÇÃO INICIAL em face dos réus.”

Verifica-se, pois, que a decisão agravada encontra-se em plena consonância com a jurisprudência, firme no sentido de que a Lei 8.429/1992 exige, para o recebimento da inicial, tão somente a existência de indícios suficientes da prática de ato de improbidade administrativa (artigo 17, § 6º), e não de elementos para a formação de juízo de condenação, próprio do julgamento ao final, depois da regular defesa e instrução do processo.

Assim tem decidido o Superior Tribunal de Justiça:

AINTARESP 1.372.557, Rel. Min. ASSUSETE MAGALHÃES, DJE de 07/10/2019: “ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ARTS. 9º E 11 DA LEI 8.429/92. RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. INDÍCIOS DA PRÁTICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. IN DUBIO PRO SOCIETATE. DECISÃO DE 1º GRAU RESTABELECIDADA, PARA DETERMINAR O PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. I. Agravo interno aviado contra decisão que julgara recurso interposto contra decisum publicado na vigência do CPC/2015. II. Na origem, trata-se de Agravo de Instrumento, interposto por João Batista da Rocha, contra decisão que, nos autos da ação civil pública por improbidade administrativa que lhe move o Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, fundamentadamente recebeu a inicial da demanda, concluindo que “os fatos narrados na petição inicial são suficientes para que se dê continuidade ao processo”. A decisão de 1º Grau recebeu, motivadamente, a inicial da ação de improbidade administrativa contra o Vereador João Batista da Rocha, examinando detidamente documentos, situações e interceptações telefônicas constantes dos autos, para concluir pela existência de indícios mínimos e razoáveis de que a votação do agravante e de outros Vereadores, pela cassação do Prefeito Alcides Bernal, teria sido negociada, no caso, em troca de indicação para nomeação do Presidente da Fundação Municipal de Esporte (FUNESP), havendo indícios, no mínimo, segundo o seu entendimento, de violação aos princípios da Administração Pública. III. O acórdão recorrido - que deu provimento ao Agravo de Instrumento do ora agravante, para rejeitar a petição inicial da ação de improbidade administrativa - concluiu que, “mesmo que se alcinhe como imoral o referido ato, não se pode conceituá-lo como ilícito civil ou administrativo”, e que “não há indícios suficientes de que o agravante tenha praticado ato de improbidade administrativa, ou que tenha agido com culpa ou dolo e muito menos de que atentou contra os princípios da Administração Pública”. IV. Entretanto, a análise atenta dos fatos e provas, tal como postos no acórdão recorrido, conduz à conclusão de que há, no caso - tal como demonstrou a decisão de 1º Grau -, indícios mínimos e razoáveis, que sugerem a existência, em tese, de atos de improbidade, pelo menos daquele previsto no art. 11 da Lei 8.429/92, matéria que deverá ser definitivamente deslindada, inclusive quanto à prova da existência do elemento subjetivo da conduta, após a instrução processual. V. Sobre o tema, esta Corte entende que “é necessária regular instrução processual para se concluir pela configuração ou não de elemento subjetivo apto a caracterizar o noticiado ato ímprobo” (STJ, AgInt no REsp 1.614.538/GO, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 23/02/2017). No mesmo sentido: STJ, AgInt no REsp 1.606.709/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe de 22/06/2018. VI. Assim, na forma da jurisprudência do STJ, havendo indícios da prática de ato de improbidade - como no caso -, “deve ser considerada prematura a extinção do processo com julgamento de mérito, tendo em vista que nesta fase da demanda, a relação jurídica sequer foi formada, não havendo, portanto, elementos suficientes para um juízo conclusivo acerca da demanda, tampouco quanto à efetiva presença do elemento subjetivo do suposto ato de improbidade administrativa, o qual exige a regular instrução processual para a sua verificação” (STJ, EDcl no REsp 1.387.259/MT, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 23/04/2015). VII. Nesse contexto, merece ser mantida a decisão ora agravada, que conheceu do Agravo, para dar provimento ao Recurso Especial do Ministério Público Estadual, para restabelecer a decisão de 1º Grau, que, concluindo pela existência de indícios de cometimento de improbidade administrativa, recebeu a inicial contra o agravante. Precedentes da Segunda Turma do STJ, relativos a corréus do mesmo processo (STJ, AgInt no AREsp 1.361.773/MS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, DJe de 13/05/2019; AgInt no AREsp 1.362.803/MS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, DJe de 13/05/2019; AgInt no AREsp 1.371.873/MS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, DJe de 13/05/2019). VIII. A conclusão da decisão agravada, ora mantida, não reclama o reexame de fatos ou provas. Cuida-se de reavaliação dos critérios jurídicos utilizados, pelo Tribunal de origem, na apreciação de fatos incontroversos, tal como postos no acórdão recorrido, pelo que não incide, no caso, o óbice da Súmula 7/STJ. IX. Agravo interno improvido.” (g.n.)

AIRESP 1.749.669, Rel. Min. REGINA COSTA, DJE de 20/02/2019: "PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FRAUDE A PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO SOCIETATE. JUSTA CAUSA. INDÍCIOS MÍNIMOS. EXISTÊNCIA NO CASO DOS AUTOS. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO. I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015. II - É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça segundo o qual é possível a rejeição da petição inicial da ação de improbidade quando o magistrado está convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita, consoante estabelece o art. 17, § 8º da Lei n. 8.429/92. III - No caso, consoante afirma o acórdão recorrido, há indício mínimo configurador de prática de ato ímprobo, qual seja, dano ao erário causado pela fraude em contratos administrativos IV - Não apresentação de argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida. V - Em regra, descabe a imposição da multa, prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015, em razão do mero improvimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso. VI - Agravo Interno improvido." (g.n.)

A rejeição liminar somente é cabível no caso de "*inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita*" (artigo 17, §8º, da Lei 8.429/1992), sendo que, na espécie, basta a leitura da inicial para identificar as condutas imputadas, e constatar que todo o arrazoado decorreu de apurações no âmbito administrativo, documentalmente reproduzidas nos autos originários, sem que se possa, desde logo, afastar a cognição de suficiência dos elementos para o recebimento da inicial, mesmo porque não configuradas as hipóteses de rejeição liminar.

Assim, como já consignado, o arrazoado descreve de forma suficiente e individualizada a conduta e a forma de participação do agravante para consecução dos atos ímprobos, indicando elementos probatórios a partir de fiscalizações na esfera administrativa, demonstrando a aptidão da inicial.

A propósito, o seguinte precedente desta Corte:

AI 0003192-91.2015.4.03.0000, Rel. Des. Fed. MAIRAN MAIA, DJU de 18/09/2015: "AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PARA RESPONSABILIZAR OS RÉUS POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL - INDISPONIBILIDADE DE BENS - INCIDÊNCIA SOBRE BENS PARTICULARES DO CÔNJUGE - NÃO CONHECIMENTO DA ALEGAÇÃO - ILEGITIMIDADE - RESPONSABILIDADE QUANTO À PRÁTICA DOS ATOS INDICADOS A SER ANALISADA NO DESENVOLVIMENTO DA AÇÃO - LIMITES DA INDISPONIBILIDADE - RESSARCIMENTO AO ERÁRIO - SOLIDARIEDADE - EXTENSÃO DO DECRETO DE INDISPONIBILIDADE AOS BENS DO CÔNJUGE INOCENTE - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PROVEITO EM FAVOR DO CASAL. [...] 5. Nas ações que buscam a responsabilização por atos de improbidade administrativa, a petição inicial deve narrar os fatos com a indicação dos limites da demanda. Não são exigidas fórmulas minuciosas acerca das condutas dos réus, com a individualização precisa e pormenorizada dos atos imputados, sob pena de subtrair a utilidade da instrução e impossibilitar a apuração judicial dos ilícitos imputados. 6. Com o processamento e desenvolvimento do feito - produção de provas em contraditório, o juiz poderá analisar todas as questões difundidas com o ajuizamento da ação, não excluindo a possibilidade de sua reforma por ocasião do julgamento da ação num plano de cognição exauriente em que ocorra a apreciação do mérito da questão levada a Juízo, dando, assim, aplicação plena aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Nessa oportunidade poderão ser apreciadas as questões relacionadas à responsabilidade material do agravante, notadamente em relação ao período de exercício do cargo de Secretário de Receita e Gestão do município de Coxim. [...]"

Cumprir destacar que a indicação e descrição, na petição inicial, de informações e dados contidos em processo administrativo disciplinar permitem constatar e reforçar exatamente o teor da imputação, esclarecendo qualquer dúvida acerca das acusações formuladas, não havendo que se falar em inépcia da inicial e nem em prejuízo ao contraditório e à ampla defesa.

Assim, cabe reiterar que para o recebimento da petição inicial, bastam indícios suficientes da prática de ato de improbidade administrativa, e não de elementos para a formação de juízo de condenação, estando, pois, razoavelmente evidenciados os elementos para o regular processamento da ação.

Por fim, a aplicação do princípio da insignificância não foi objeto de deliberação pelo Juízo *a quo*, não cabendo apreciá-la originariamente por ocasião do julgamento do presente agravo de instrumento, sob pena de supressão de instância. Ademais, o ato de improbidade não se encerra somente em dano material, mas sobretudo na moralidade da Administração Pública, inclusive quanto à reputação desta frente aos administrados, pelo que inviável, nesta fase prefacial de admissibilidade da ação, cogitar da aplicação do princípio suscitado.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PETIÇÃO INICIAL. RECEBIMENTO. INDÍCIOS SUFICIENTES. "IN DUBIO PRO SOCIETATE". PRESCRIÇÃO.

1. A inicial da ação civil pública originária descreveu minuciosamente os fatos, individualizando as condutas e respectivas imputações, fartamente ora impugnadas sem quaisquer dificuldades, não se cogitando, assim, de inépcia da inicial, tampouco de prejuízo ao contraditório ou ampla defesa.

2. O terceiro, sem vínculo com a Administração - mas contra o qual se atribuiu o cometimento de improbidade administrativa, por ter sido conivente com o agente público, concorrendo para a concretização do ato ímprobo, nos termos do disposto no artigo 3º da LIA -, deve sujeitar-se às mesmas regras de prescrição a que se submete o agente público, à míngua de previsão legal específica acerca do prazo aplicável ao particular: Súmula 634/STJ.

3. A Lei 8.429/1992 exige, para o recebimento da inicial da ação civil pública, tão somente a existência de indícios suficientes da prática de ato de improbidade administrativa (artigo 17, § 6º), e não de elementos para a formação de juízo de condenação, próprio do julgamento ao final, depois da regular defesa e instrução do processo.

4. A rejeição liminar somente é cabível no caso de "*inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita*" (artigo 17, §8º, da Lei 8.429/1992), sendo que, na espécie, basta a leitura da inicial, devidamente reportada na decisão agravada, para identificar as condutas imputadas, e constatar que todo o arrazoado decorreu de apurações no âmbito administrativo, reproduzidas documentalmente nos autos originários, sem que se possa, desde logo, afastar a cognição de suficiência dos elementos para o recebimento da inicial, mesmo porque não configuradas as hipóteses de rejeição liminar.

5. A aplicação do princípio da insignificância não foi objeto de deliberação pelo Juízo *a quo*, não cabendo apreciá-la originariamente por ocasião do julgamento do presente agravo de instrumento, sob pena de supressão de instância. Ademais, o ato de improbidade não se encerra somente em dano material, mas sobretudo na moralidade da Administração Pública, inclusive quanto à reputação desta frente aos administrados, pelo que inviável, nesta fase prefacial de admissibilidade da ação, cogitar da aplicação do princípio suscitado.

6. Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5021567-16.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: TRANSITDO BRASIL S.A.

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARIA APARECIDA CAPUTO - SP105973

AGRAVADO: ANATEL - AGENCIA NACIONAL DE TELECOMUNICACOES

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5021567-16.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: TRANSIT DO BRASIL S.A.
Advogado do(a) AGRAVANTE: MARIA APARECIDA CAPUTO - SP105973
AGRAVADO: ANATEL - AGENCIA NACIONAL DE TELECOMUNICACOES
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento contra rejeição, em execução fiscal, de exceção de pré-executividade fundada em iliquidez do título executivo, sob o fundamento da necessidade de dilação probatória.

Alegou que: (1) a execução fiscal cobra TFF - taxa de fiscalização e funcionamento e contribuição ao FUST - fundo de universalização dos serviços de telecomunicações, existindo prejudicialidade externa, pois em ação (0061128-42.2012.8.26.0053) em trâmite na 13ª Vara da Fazenda Pública da Capital discute a não incidência de ICMS-comunicação nos serviços prestados, impactando o cálculo dos créditos executados; e (2) quanto à cobrança da taxa de fiscalização e funcionamento, inexistente fato gerador, pois várias estações foram fechadas, gerando irregularidade na cobrança.

Houve contraminuta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5021567-16.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: TRANSIT DO BRASIL S.A.
Advogado do(a) AGRAVANTE: MARIA APARECIDA CAPUTO - SP105973
AGRAVADO: ANATEL - AGENCIA NACIONAL DE TELECOMUNICACOES
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, sobre os limites da exceção de pré-executividade firmou a jurisprudência a orientação consolidada na Súmula 393/STJ: "*A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória.*".

No caso, a presunção de liquidez e certeza do título executivo não foi elidida, menos ainda de forma cabal e pré-constituída, dado que a própria alegação de prejudicial externa exige demonstração para além da mera argumentação abstrata, pois, segundo o artigo 6º, IV, da Lei 9.998/2000, a contribuição ao FUST incide sobre a receita operacional bruta apurada na prestação de serviços de telecomunicações, excluindo-se ICMS, ISS, PIS e COFINS, a revelar, por si, que a incidência ou não do imposto estadual é irrelevante na exigibilidade do tributo objeto da execução fiscal, daí porque inexistente qualquer prejudicialidade externa devidamente comprovada.

Também assim quanto à taxa de fiscalização de funcionamento, sendo inquestionável, neste sentido, a necessidade de ampla dilação probatória para demonstrar, em relação ao período a que se refere a execução fiscal, o encerramento de atividades, unidades ou estações passíveis de fiscalização quanto à execução dos serviços de telecomunicações.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ANATEL. TAXA E CONTRIBUIÇÃO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. CDA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INVIABILIDADE.

1. Sobre os limites da exceção de pré-executividade, consolidada a jurisprudência nos termos da Súmula 393/STJ: "*A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória.*".

2. A presunção de liquidez e certeza do título executivo não foi elidida, menos ainda de forma cabal e pré-constituída, dado que a própria alegação de prejudicial externa exige demonstração para além da mera argumentação abstrata, pois, segundo o artigo 6º, IV, da Lei 9.998/2000, a contribuição ao FUST incide sobre a receita operacional bruta apurada na prestação de serviços de telecomunicações, excluindo-se ICMS, ISS, PIS e COFINS, a revelar, por si, que a incidência ou não do imposto estadual é irrelevante na exigibilidade do tributo objeto da execução fiscal, daí porque inexistente qualquer prejudicialidade externa devidamente comprovada.

3. Também assim quanto à taxa de fiscalização de funcionamento, sendo inquestionável, neste sentido, a necessidade de ampla dilação probatória para demonstrar, em relação ao período a que se refere a execução fiscal, o encerramento de atividades, unidades ou estações passíveis de fiscalização quanto à execução dos serviços de telecomunicações.

4. Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5009950-25.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: ASSOCIACAO BRASILEIRA DE REFRIAR COND VENTI AQUECIMEN
Advogado do(a) AGRAVANTE: LUCAS PEREIRA SANTOS PARREIRA - SP342809-A
AGRAVADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela ASSOCIACAO BRASILEIRA DE REFRIAR COND VENTI AQUECIMEN em face da decisão proferida pelo Juízo Federal da 2ª Vara de São Paulo/SP.

Em consulta ao andamento processual no sítio eletrônico da Justiça Federal de 1ª Instância verifica-se que já foi proferida sentença pelo MM. Juiz *a quo*.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a superveniente prolação de sentença implica a perda de objeto do Agravo de Instrumento interposto contra decisão concessiva ou denegatória de decisão interlocutória sobre antecipação dos efeitos de tutela. (REsp 1.332.553/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 4/9/2012, DJe de 11/9/2012) (AGRESP 201001499976, RAULARAÚJO, STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA:15/08/2013)

Assim havendo decisão definitiva no processo principal, o presente recurso resta prejudicado, devido ao caráter exauriente da sentença no processo principal.

Neste sentido, a melhor jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SENTENÇA PROFERIDA NOS AUTOS DA AÇÃO ORIGINÁRIA. PERDA DE OBJETO. AGRAVO PREJUDICADO.

I - A prolação de sentença nos autos da ação de onde se originou o agravo de instrumento acarreta a perda de objeto deste recurso.

II - Agravo de instrumento prejudicado.

AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AFRONTA AO ART. 535 DO DIPLOMA PROCESSUAL. INOCORRÊNCIA. AÇÃO ORDINÁRIA RELATIVA À GREVE DE SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS. EXAME PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. VIA PROCESSUAL INADEQUADA. AUSÊNCIA PREVISÃO NO ART. 105 DA CF/88. 1. O art. 105 da Constituição Federal não autoriza este Superior Tribunal a analisar ação ordinária relativa à greve dos servidores públicos federais, mas apenas e tão somente as relativas a dissídio coletivo, conforme restou decidido pela pela Suprema Corte nos autos do STA 207/RS. Precedente. 2. Resta prejudicado o recurso especial interposto contra acórdão que examinou agravo de instrumento de decisão que defere ou indefere liminar ou antecipação de tutela, quando se verifica a prolação de sentença de mérito, tanto de procedência, porquanto absorve os efeitos da medida antecipatória, por se tratar de decisão proferida em cognição exauriente; como de improcedência, pois há a revogação, expressa ou implícita, da decisão antecipatória. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ, AGRESP 200901403810, QUINTA TURMA, Relator(a) LAURITA VAZ, Decisão: 02/02/2012, Publicação: 13/02/2012)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA DE MÉRITO. EXTINÇÃO DA AÇÃO PRINCIPAL. PERDA DO OBJETO DO RECURSO ESPECIAL. 1. Conforme consignado na decisão agravada, a prolação de sentença de mérito, mediante cognição exauriente, enseja a superveniente perda de objeto do recurso interposto contra o acórdão que negou provimento ao agravo de instrumento. 2. Eventual provimento do recurso especial, referente à decisão interlocutória, não poderia infirmar o julgamento superveniente e definitivo que reapreciou a questão. 3. A decisão agravada não está em confronto com o julgado da Corte Especial (EREsp 765.105/TO (Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe 25.8.2010), uma vez que este não se amolda ao presente caso, em que, conforme se observa nos autos, houve decisão denegatória de antecipação de tutela. Agravo regimental improvido. (STJ, AGRESP 201100699334, SEGUNDA TURMA, Relator(a) HUMBERTO MARTINS, Decisão: 13/12/2011, Publicação: 19/12/2011)

Diante do exposto nego seguimento ao agravo de instrumento, eis que prejudicado, nos termos do artigo 932, inciso III, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intime-se.

Após as formalidades legais, certifique-se o trânsito em julgado, dando-se baixa na distribuição.

São Paulo, 20 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007645-68.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: INDUSTRIA E COMERCIO DE PRODUTOS DE BELEZA YAMA LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: RODRIGO REFUNDINI MAGRINI - SP210968-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela INDUSTRIA E COMERCIO DE PRODUTOS DE BELEZA YAMA LTDA em face da decisão proferida pelo Juízo Federal da 26ª Vara de São Paulo/SP.

Em consulta ao andamento processual no sítio eletrônico da Justiça Federal de 1ª Instância verifica-se que já foi proferida sentença pelo MM. Juiz *a quo*.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a superveniente prolação de sentença implica a perda de objeto do Agravo de Instrumento interposto contra decisão concessiva ou denegatória de decisão interlocutória sobre antecipação dos efeitos de tutela. (REsp 1.332.553/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 4/9/2012, DJe de 11/9/2012) (AGRESP 201001499976, RAUL ARAÚJO, STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA:15/08/2013)

Assim havendo decisão definitiva no processo principal, o presente recurso resta prejudicado, devido ao caráter exauriente da sentença no processo principal.

Neste sentido, a melhor jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SENTENÇA PROFERIDA NOS AUTOS DA AÇÃO ORIGINÁRIA. PERDA DE OBJETO. AGRAVO PREJUDICADO.

I - A prolação de sentença nos autos da ação de onde se originou o agravo de instrumento acarreta a perda de objeto deste recurso.

II - Agravo de instrumento prejudicado.

(TRF - 3ª Região, 2ª Turma, AG 2000.03.00.049815-2, Rel. Juíza Fed. Conv. Raquel Perrini, j. 16/09/2002, DJU 06/12/2002, p. 511)

AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AFRONTA AO ART. 535 DO DIPLOMA PROCESSUAL. INOCORRÊNCIA. AÇÃO ORDINÁRIA RELATIVA À GREVE DE SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS. EXAME PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. VIA PROCESSUAL INADEQUADA. AUSÊNCIA PREVISÃO NO ART. 105 DA CF/88. 1. O art. 105 da Constituição Federal não autoriza este Superior Tribunal a analisar ação ordinária relativa à greve dos servidores públicos federais, mas apenas e tão somente as relativas a dissídio coletivo, conforme restou decidido pela Suprema Corte nos autos do STA 207/RS. Precedente. 2. Resta prejudicado o recurso especial interposto contra acórdão que examinou agravo de instrumento de decisão que deferiu ou indefere liminar ou antecipação de tutela, quando se verifica a prolação de sentença de mérito, tanto de procedência, porquanto absorve os efeitos da medida antecipatória, por se tratar de decisão proferida em cognição exauriente; como de improcedência, pois há a revogação, expressa ou implícita, da decisão antecipatória. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ, AGRESP 200901403810, QUINTA TURMA, Relator(a) LAURITA VAZ, Decisão: 02/02/2012, Publicação: 13/02/2012)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA DE MÉRITO. EXTINÇÃO DA AÇÃO PRINCIPAL. PERDA DO OBJETO DO RECURSO ESPECIAL. 1. Conforme consignado na decisão agravada, a prolação de sentença de mérito, mediante cognição exauriente, enseja a superveniente perda de objeto do recurso interposto contra o acórdão que negou provimento ao agravo de instrumento. 2. Eventual provimento do recurso especial, referente à decisão interlocutória, não poderia infirmar o julgamento superveniente e definitivo que reapreciou a questão. 3. A decisão agravada não está em confronto com o julgado da Corte Especial (EREsp 765.105/TO (Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe 25.8.2010), uma vez que este não se amolda ao presente caso, em que, conforme se observa nos autos, houve decisão denegatória de antecipação de tutela. Agravo regimental improvido. (STJ, AGRESP 201100699334, SEGUNDA TURMA, Relator(a) HUMBERTO MARTINS, Decisão: 13/12/2011, Publicação: 19/12/2011)

Diante do exposto nego seguimento ao agravo de instrumento, eis que prejudicado, nos termos do artigo 932, inciso III, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intime-se.

Após as formalidades legais, certifique-se o trânsito em julgado, dando-se baixa na distribuição.

São Paulo, 20 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0042428-31.2015.4.03.6182
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE SAO PAULO
Advogado do(a) APELANTE: DENIS CAMARGO PASSEROTTI - SP178362-A
APELADO: BIANCA FRANCISCA DURAES ALVES DA SILVA
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0042428-31.2015.4.03.6182
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE SAO PAULO
Advogado do(a) APELANTE: DENIS CAMARGO PASSEROTTI - SP178362-A
APELADO: BIANCA FRANCISCA DURAES ALVES DA SILVA

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação (ID 126662421, fls. 43/46) interposta pelo CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE SÃO PAULO - COREN/SP contra a r. sentença (ID 126662421, fls. 39/40) que extinguiu a execução por entender ilegais as anuidades cobradas até o ano de 2011 e, em relação às restantes (2012 a 2014), que não resta atendido o limite mínimo imposto pelo art. 8º da Lei nº 12.514/2011.

Em suas razões recursais, sustenta, em síntese, que os critérios estabelecidos pela Lei nº 12.514/2011 dizem respeito ao valor e não à quantidade de anuidades objeto da execução.

Requer o provimento da apelação para que seja reformada a r. sentença, determinando-se o regular prosseguimento do feito executivo.

Sem contrarrazões, os autos subiram a esta E. Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0042428-31.2015.4.03.6182
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE SAO PAULO
Advogado do(a) APELANTE: DENIS CAMARGO PASSEROTTI - SP178362-A
APELADO: BIANCA FRANCISCA DURAES ALVES DA SILVA

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A questão devolvida a esta E. Corte diz respeito à possibilidade de o CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE SÃO PAULO - COREN/SP promover execução fiscal para a cobrança de dívida de 2012 a 2014.

O art. 8º da Lei nº 12.514/2011 dispõe que "*os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente*".

Conforme a jurisprudência desta C. Turma e do C. STJ, a vedação do art. 8º da Lei 12.514/2011 se refere ao valor total da execução, que não pode ser inferior ao equivalente a 4 (quatro) anuidades vigentes na data da propositura da execução, não havendo restrição quanto ao número de anuidades cobradas. *Verbis*:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ANUIDADES DE CONSELHO PROFISSIONAL. ART. 8º DA LEI Nº 12.514/2011. INTERPRETAÇÃO DA NORMA LEGAL. VALOR EXEQUENDO SUPERIOR AO EQUIVALENTE A 4 (QUATRO) ANUIDADES. APELAÇÃO PROVIDA.

I. O art. 8º da Lei nº 12.514/2011 estabelece que: "Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente." No julgamento do REsp nº 1404796/SP o C. STJ pacificou, no âmbito do art. 543-C do CPC, a questão da inaplicabilidade do referido preceito normativo às execuções propostas anteriormente à sua vigência. Considerando que a presente execução fiscal foi proposta em 29/03/2012, a ela se aplicam os comandos da Lei nº 12.514/11 que entrou em vigor em 31/10/11.

II. No presente caso, o valor do crédito executado é superior a 4 (quatro) anuidades. Por conseguinte, verificado o patamar mínimo previsto pela Lei nº 12.514/2011, de rigor a reforma da sentença.

III. Apelação provida.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2174564 - 0002543-10.2012.4.03.6119, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 25/08/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/09/2016)

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ANUIDADES DE CONSELHO PROFISSIONAL. ART. 8º DA LEI Nº 12.514/2011. INTERPRETAÇÃO DA NORMA LEGAL. VALOR EXEQUENDO SUPERIOR AO EQUIVALENTE A 4 (QUATRO) ANUIDADES. CONSECUTÓRIOS LEGAIS. CONSIDERAÇÃO.

1. O art. 8º da Lei nº 12.514/2011 estabelece que: "Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente."

2. Da leitura do dispositivo legal, extrai-se que a limitação imposta para o ajuizamento da execução fiscal refere-se ao valor da dívida na época da propositura da ação, o qual não poderá ser "inferior a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente".

3. No caso concreto, apesar de a dívida executada referir-se a apenas 3 (três) anuidades, o valor do montante executado, ou seja, principal mais acréscimos legais, supera em muito o equivalente "a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente", não havendo, por isso, razão para se extinguir o feito. Precedente: REsp 1.488.203/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2.ª Turma, j. em 20/11/2014, DJe 28/11/2014.

4. Ademais, "não obstante o legislador tenha feito referência à quantidade de quatro anuidades, a real intenção foi prestigiar o valor em si do montante exequendo, pois, se de baixo aporte, eventual execução judicial seria ineficaz, já que dispendioso o processo judicial" (REsp 1.468.126/PR, Rel. Ministro Og Fernandes, 2.ª Turma, j. em 24/02/2015, DJe 06/03/2015).

5. Recurso especial a que se dá provimento, em ordem a ensejar a retomada da execução".

(REsp 1425329/PR, Rel. Ministro Sérgio Kukina, 1ª Turma, j. 19/03/15, DJe 16/04/15)

Verifica-se que o valor remanescente da presente execução fiscal - R\$906,86 – não atinge o valor de quatro anuidades vigentes à época da propositura da ação - R\$928,88 -, motivo pelo qual há de ser mantida a r. sentença.

Ante o exposto, NEGOU PROVIMENTO à apelação.

É o voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. APELAÇÃO. CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE SÃO PAULO - COREN/SP. COBRANÇA DE ANUIDADES. VALOR INFERIOR A QUATRO ANUIDADES VIGENTES QUANDO DA PROPOSITURA DA AÇÃO. EXTINÇÃO COM BASE NO ART. 8º DA LEI 12.514/2011. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. A questão devolvida a esta E. Corte diz respeito à possibilidade de o CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE SÃO PAULO - COREN/SP promover execução fiscal para a cobrança de dívida de 2012 a 2014.

2. O art. 8º, da Lei nº 12.514/2011, dispõe que "*os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente*".

3. Conforme a jurisprudência desta C. Turma e do C. STJ, a vedação do art. 8º da Lei 12.514/2011 se refere ao valor total da execução, que não pode ser inferior ao equivalente a 4 (quatro) anuidades vigentes na data da propositura da execução, não havendo restrição quanto ao número de anuidades cobradas. Precedentes (*TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2174564 - 0002543-10.2012.4.03.6119, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 25/08/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/09/2016 / REsp 1425329/PR, Rel. Ministro Sérgio Kukina, 1ª Turma, j. 19/03/15, DJe 16/04/15*).

4. Verifica-se que o valor remanescente da presente execução fiscal - R\$906,86 – não atinge o valor de quatro anuidades vigentes à época da propositura da ação - R\$928,88 -, motivo pelo qual há de ser mantida a r. sentença.

5. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO à apelação., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO (12357) Nº 5015367-56.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

REQUERENTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) REQUERENTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

REQUERIDO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de pedido de concessão de efeito suspensivo à apelação requerido por Nestle Brasil Ltda. em face de Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia - INMETRO.

Narra a requerente ter oposto embargos à execução com vistas ao reconhecimento de nulidade da inscrição da dívida em cobro sustentando, em síntese, que a inscrição decorre de atos administrativos que devem ser declarados nulos por ausência de violação à regulamentação vigente ou qualquer prejuízo aos consumidores, sustentando, ainda, aplicação de multa administrativa em valor arbitrário e desproporcional.

Sustenta que estão presentes os requisitos do artigo 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil, quais sejam: probabilidade de provimento do recurso, existência de relevante fundamentação e risco de dano grave.

Alega que o prosseguimento da ação lhe trará prejuízos relacionados à execução da garantia apresentada e a possibilidade de bloqueio em conta, ainda mais se considerado que diversas são as demandas ajuizadas contra si semelhantes a esta. Traz que a concessão de efeito suspensivo, por outro lado, não traz nenhum prejuízo ao requerido.

É o relato do essencial. Cumpre decidir.

A requerente foi autuada pelo INMETRO em razão da comercialização de produtos com peso inferior ao descrito na embalagem.

Entendeu o magistrado por julgar improcedentes os embargos ante a ausência de irregularidade formal no auto de infração vez que cumpridos os critérios legais e normativos.

A autuação se insere dentre as atribuições do INMETRO e visa, no caso concreto, tutelar o consumidor de abusos praticados pelo fabricante.

Não há irregularidade flagrante apontada no pedido que permita a concessão do efeito suspensivo pleiteado com fundamento na probabilidade de provimento do recurso interposto.

Ao contrário, ao menos neste juízo perfunctório, observo que a requerente sequer trouxe ao pedido o auto de infração, não sendo possível analisar, ao menos liminarmente, se caracterizar ilegalidade *ictu oculi*.

Para a concessão do efeito suspensivo pleiteado como exceção à regra imposta pelo artigo 1.012, III, do Código de Processo Civil, necessário seria maior robustez nas alegações da recorrente de modo a indicar o mínimo de probabilidade do direito invocado.

Não se nega que a continuidade da execução pode acarretar atos expropriatórios em detrimento do patrimônio da requerente. Contudo, mesmo que o feito culmine no levantamento da garantia, não se perca de vista que a conversão de renda dos valores eventualmente depositados em juízo só se dará após o trânsito em julgado da decisão, após ordem do Juízo competente, conforme preconiza o artigo 32, § 2º, da Lei de Execuções Fiscais.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 1.012, § 3º e 4º, nego o efeito suspensivo pleiteado.

Publique-se. Intimem-se.

Nada sendo requerido, arquivem-se os autos.

São Paulo, 20 de junho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001934-71.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: BRUNO CARDILLO ANDRADE TRANSPORTES - ME
Advogado do(a) APELADO: ROBERY BUENO DA SILVEIRA - SP303253-N
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5001934-71.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: BRUNO CARDILLO ANDRADE TRANSPORTES - ME

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial e apelação interposta pela UNIÃO FEDERAL contra sentença em que concedida a segurança "para determinar à Autoridade Impetrada que se abstenha da exigência do crédito tributário decorrente da incidência dos valores relativos ao ICMS na base de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS, deferindo à Impetrante o procedimento legal de compensação de seus créditos comprovadamente recolhidos e apurados a esse título, não atingidos pela prescrição quinquenal, com atualização pela taxa SELIC (Lei nº 9.250/95), após o trânsito em julgado, em procedimento administrativo perante a Receita Federal do Brasil, observada a legislação vigente" (ID 61977537).

A apelante requer, preliminarmente, a suspensão do feito até o julgamento dos embargos de declaração opostos pela União Federal no RE nº 574.706/PR. No mérito, defende a legalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições em questão. Sustenta que o ICMS integra o valor ou preço da operação de venda, de forma a compor também o faturamento ou receita bruta das empresas, base de cálculo do PIS e da COFINS. A comungar deste entendimento, cita os enunciados das súmulas 68 e 94 do STJ. Afirma que a Lei nº 12.973/2014 prevê nova definição de receita bruta do PIS e COFINS, sendo posterior à interposição do RE nº 574.706 e, portanto, não foi analisada pelo C. Supremo Tribunal Federal. Requer a reforma da sentença, julgando-se totalmente improcedente a pretensão da impetrante (ID 61977545).

Intimada, a impetrante apresentou contrarrazões (ID 61977548), pugnando pela manutenção da sentença recorrida.

O ilustre representante do Ministério Público Federal - MPF manifestou-se pelo regular prosseguimento do feito (ID nº 70376874).

É o relatório.

VOTO

O C. Supremo Tribunal Federal, em 15.03.2017, no julgamento do RE 574.706, com repercussão geral, definiu que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, conforme acórdão publicado em 02/10/2017, *verbis*:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS.

4. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

5. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

Anote-se que as alterações posteriores perpetradas pela Lei nº 12.973/14 não têm o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido, pois, conforme entendimento sedimentado do C. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.

Considero, portanto, que as alegações do contribuinte coadunam com o atual posicionamento da Corte Suprema.

No tocante à possibilidade de modulação dos efeitos do RE 574.706, não há como suspender o feito nesta fase processual.

A regra geral relativa aos recursos extraordinários julgados com repercussão geral é de vinculação dos demais casos ao julgado e a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Destaca-se que no âmbito do próprio STF vem sendo dada eficácia ao desfecho do RE nº 574.706/PR independentemente do trânsito em julgado dessa decisão. Confirmam-se as seguintes decisões monocráticas:

Decisão: ... Cumpra observar, finalmente, no que se refere à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, após reconhecer a existência de repercussão geral da questão constitucional igualmente versada na presente causa, julgou o RE 574.706/PR, Rel. Min. CARMEN LÚCIA, nele fixando tese assim consubstanciada: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS." O exame da presente causa evidencia que o acórdão ora impugnado diverge, no ponto, da diretriz jurisprudencial que esta Suprema Corte firmou na análise da matéria em referência. Sendo assim, e tendo em consideração as razões expostas, dou parcial provimento ao recurso extraordinário, por estar o acórdão recorrido em confronto com entendimento emanado do Plenário desta Suprema Corte (RE 574.706/PR, Rel. Min. CARMEN LÚCIA), para determinar, em consequência, seja observada, pelo Tribunal "a quo", a orientação jurisprudencial em referência. Publique-se. Brasília, 21 de junho de 2017. Ministro CELSO DE MELLO Relator (RE 939742, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 21/06/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-141 DIVULG 27/06/2017 PUBLIC 28/06/2017)

Decisão: ... Quanto a possibilidade de inclusão do referido crédito presumido na base de cálculo do PIS e da COFINS, nos termos do art. 328, RISTF, determino o retorno dos autos ao Tribunal de origem para aplicação da sistemática da repercussão geral. Brasília, 26 de maio de 2017. Ministro Dias Toffoli Relator Documento assinado digitalmente(RE 1028359, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 26/05/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-114 DIVULG 30/05/2017 PUBLIC 31/05/2017)

Decisão: O Plenário desta Corte no RE 574.706, julgado sob a sistemática da repercussão geral (Tema 69), firmou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS". O acórdão do RE 574.706-RG ainda se encontra pendente de formalização e publicação, razão pela qual devem os autos retornar à origem para aplicação da tese firmada em sede de repercussão geral. Diante do exposto, com base no art. 328, parágrafo único, do RI/STF, determino o retorno dos autos à origem, a fim de que seja observada a sistemática da repercussão geral. Publique-se. Brasília, 23 de junho de 2017. Ministro Luís Roberto Barroso Relator(ARE 1054230, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 23/06/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-142 DIVULG 28/06/2017 PUBLIC 29/06/2017)

Em decorrência do indébito tributário, surge a possibilidade de realizar-se a compensação, observando-se a prescrição quinquenal, uma vez que a presente ação foi ajuizada em março de 2018.

O E. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Recursos Especiais nºs 1.365.095/SP e 1.715.256/SP, submetidos à sistemática dos recursos repetitivos, firmou o entendimento de que é desnecessária a exigência de provas do efetivo recolhimento do tributo e do seu montante exato, de modo que tal apreciação fica postergada para a esfera administrativa.

Na hipótese, como relatado, o contribuinte impetrou o mandado de segurança, objetivando a declaração de inexigibilidade da inclusão dos valores atinentes ao ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS, bem como o reconhecimento do direito de compensar os valores indevidamente recolhidos a tais títulos. A pretensão é meramente declaratória, não tendo a apelada postulado a efetiva investigação da liquidez e certeza dos valores indevidamente pagos.

O instituto da compensação tributária encontra-se previsto no artigo 170 do Código Tributário Nacional, segundo o qual é necessária a edição de lei para fixar os requisitos a serem cumpridos para que o contribuinte possa se valer de referido instituto.

Foi editada, então, a Lei nº 8.383/91, que permitia a compensação de tributos indevidamente recolhidos com parcelas vincendas de tributos da mesma espécie (art. 66) e, posteriormente, a Lei nº 9.250, de 26/12/1995, veio estabelecer a exigência de mesma destinação constitucional.

Como advento da Lei nº 9.430/96, foi possibilitado ao contribuinte que, por meio de requerimento administrativo, fosse-lhe autorizado, pela Secretaria da Receita Federal, compensar seus créditos com quaisquer tributos e contribuições sob sua administração.

Somente com a edição da Lei nº 10.637/02, que deu nova redação ao art. 74 da Lei nº 9.430/96, permitiu-se a compensação de créditos tributários com débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Receita Federal do Brasil, independentemente do requerimento do contribuinte, ressalvadas as contribuições previdenciárias e as contribuições recolhidas para outras entidades ou fundos, conforme disposto no art. 65 da Instrução Normativa nº 1717/2017, da Receita Federal do Brasil.

De acordo com o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça, a compensação de tributos é regida pela lei vigente à época do ajuizamento da ação (REsp nº 488.922/MG, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki; REsp nº 1.018.533/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 10/12/08, DJE 09/02/09).

Assim, a compensação deverá ser efetuada com tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, nos termos do artigo 74 da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da demanda, observando-se a regra do artigo 170-A do CTN. Não obstante, nada impede que a apelada opte por realizar a compensação pela via administrativa, de acordo com a lei vigente à data do encontro de contas, desde que preenchidos os requisitos próprios, conforme jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C do CPC/1973 - REsp nº 1.137.738/SP (Tema nº 265).

Por fim, sobre o indébito tributário, incidirá correção monetária e juros apenas pela taxa SELIC, tendo em vista que esta já engloba juros e correção e, portanto, não pode ser cumulada com qualquer outro índice.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO À APELAÇÃO E À REMESSA OFICIAL.**

É o voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. APELAÇÃO. REMESSA OFICIAL. ICMS. BASE DE CÁLCULO. PIS. COFINS. INCONSTITUCIONALIDADE. TESE FIRMADA PELO STF EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). APLICAÇÃO NA HIPÓTESE, CONFORME PRECEDENTE DESTA C. CORTE. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO NÃO PROVIDAS.

1. O C. Supremo Tribunal Federal, em 15.03.2017, no julgamento do RE nº 574.706, com repercussão geral, definiu que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, conforme acórdão publicado em 02/10/2017.
2. No tocante à possibilidade de modulação dos efeitos do RE nº 574.706, não há como suspender o feito nesta fase processual, considerando que os embargos de declaração opostos não são dotados de efeito suspensivo. A regra geral relativa aos recursos extraordinários julgados com repercussão geral é de vinculação dos demais casos ao julgado e a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas. A intenção da União Federal é sobrestar o feito diante de uma mera expectativa de modulação do julgado, o que não merece guarida, uma vez que ausente previsão legal para tanto.
3. Em decorrência do indébito tributário, surge a possibilidade de realizar-se a compensação, observando-se a prescrição quinquenal, uma vez que a presente ação foi ajuizada em março de 2018.
4. A compensação deverá ser efetuada com tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, à exceção das contribuições previdenciárias, nos termos do artigo 74 da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da demanda. Nada impede, todavia, que a apelada opte por realizar a compensação pela via administrativa, de acordo com a lei vigente à data do encontro de contas, desde que preenchidos os requisitos próprios, conforme jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C do CPC/1973 - REsp nº 1.137.738/SP (Tema nº 265).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO À APELAÇÃO E À REMESSA OFICIAL, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO (12357) Nº 5016359-17.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

RECORRENTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) RECORRENTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

RECORRIDO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de pedido de concessão de efeito suspensivo à apelação requerido por Nestle Brasil Ltda. em face de Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia - INMETRO.

Narra a requerente ter oposto embargos à execução com vistas ao reconhecimento de nulidade da inscrição da dívida em cobro sustentando, em síntese, que a inscrição decorre de atos administrativos que devem ser declarados nulos por ausência de violação à regulamentação vigente ou qualquer prejuízo aos consumidores, sustentando, ainda, aplicação de multa administrativa em valor arbitrário e desproporcional.

Sustenta que estão presentes os requisitos do artigo 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil, quais sejam: probabilidade de provimento do recurso, existência de relevante fundamentação e risco de dano grave.

Alega que o prosseguimento da ação lhe trará prejuízos relacionados à execução da garantia apresentada e a possibilidade de bloqueio em conta, ainda mais se considerado que diversas são as demandas ajuizadas contra si semelhantes a esta. Traz que a concessão de efeito suspensivo, por outro lado, não traz nenhum prejuízo ao requerido.

É o relato do essencial. Cumpre decidir:

A requerente foi autuada pelo INMETRO em razão da comercialização de produtos com peso inferior ao descrito na embalagem.

Entendeu o magistrado por julgar improcedentes os embargos ante a ausência de irregularidade formal no auto de infração vez que cumpridos os critérios legais e normativos.

A autuação se insere dentre as atribuições do INMETRO e visa, no caso concreto, tutelar o consumidor de abusos praticados pelo fabricante.

Não há irregularidade flagrante apontada no pedido que permita a concessão do efeito suspensivo pleiteado com fundamento na probabilidade de provimento do recurso interposto.

Ao contrário, ao menos neste juízo perfunctório, observo que a requerente sequer trouxe ao pedido o auto de infração, não sendo possível analisar, ao menos liminarmente, se caracterizar ilegalidade *ictu oculi*.

Para a concessão do efeito suspensivo pleiteado como exceção à regra imposta pelo artigo 1.012, III, do Código de Processo Civil, necessário seria maior robustez nas alegações da recorrente de modo a indicar o mínimo de probabilidade do direito invocado.

Não se nega que a continuidade da execução pode acarretar atos expropriatórios em detrimento do patrimônio da requerente. Contudo, mesmo que o feito culmine no levantamento da garantia, não se perca de vista que a conversão de renda dos valores eventualmente depositados em juízo só se dará após o trânsito em julgado da decisão, após ordem do Juízo competente, conforme preconiza o artigo 32, § 2º, da Lei de Execuções Fiscais.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 1.012, § 3º e 4º, nego o efeito suspensivo pleiteado.

Publique-se. Intimem-se.

Nada sendo requerido, arquivem-se os autos.

São Paulo, 20 de junho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5008148-02.2019.4.03.6119
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: DAGAN INDUSTRIA E COMERCIO DE PRODUTOS SIDERURGICOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: SANDRA REGINA FREIRE LOPES - SP244553-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5008148-02.2019.4.03.6119
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: DAGAN INDUSTRIA E COMERCIO DE PRODUTOS SIDERURGICOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: SANDRA REGINA FREIRE LOPES - SP244553-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação e remessa oficial, em face de sentença que concedeu a segurança para excluir o ICMS destacado das notas fiscais da base de cálculo do PIS/COFINS e garantir a compensação, nos termos do artigo 74 da Lei 9.430/1996, após o trânsito em julgado, observada a prescrição quinquenal, e a aplicação da SELIC.

Apelou a PFN alegando: (1) necessidade de sobrestamento do feito até o julgamento definitivo do RE 574.706 pela Suprema Corte; (2) validade do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS; (3) o artigo 12 do Decreto-lei 1.598/1977, na redação dada pela Lei 12.973/2014 destacou que estão incluídos na receita bruta os tributos sobre ela incidentes, o que inclui o ICMS; (4) o montante a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o imposto efetivamente recolhido e não o destacado nas notas fiscais, caso contrário significa excluir mais do que é devido ao Estado a título de ICMS; (4) na eventualidade de ser mantida a exclusão do ICMS destacado nas notas fiscais, "*seja consignada expressamente no título judicial a necessidade de readequação também da base de cálculo do crédito das contribuições para o PIS e da COFINS, ainda que o contribuinte atualmente não esteja sujeito ao regime não cumulativo das contribuições, uma vez que em data futura o contribuinte poderá alterar o regime*"; e (5) eventual compensação deve observar as regras dos artigos 66 da Lei 8.383/1991, 89 da Lei 8.212/199 e 26-A da Lei 11.457/2007, e a INRFB 1.717/2017.

Em contrarrazões, o contribuinte requereu seja negado provimento ao apelo, nos termos do artigo 1.011, I, do Código de Processo Civil.

O Ministério Público Federal opinou pelo regular prosseguimento do feito.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5008148-02.2019.4.03.6119
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: DAGAN INDUSTRIA E COMERCIO DE PRODUTOS SIDERURGICOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: SANDRA REGINA FREIRE LOPES - SP244553-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, não é caso de julgamento monocrático terminativo, pelo que se procede ao exame colegiado do feito.

Em relação ao apelo fazendário, não se conhece no que pleiteou a readequação da base de cálculo do crédito do PIS/COFINS, caso mantida a exclusão do ICMS com base em notas fiscais emitidas e na eventual sujeição futura do contribuinte ao regime de não cumulatividade, pois não se autoriza a prestação jurisdicional condicionada, devendo a questão ser, portanto, discutida na oportunidade em que evidenciada a situação jurídica ensejadora da providência requerida.

Quanto à alegação de que o indébito fiscal depende da prova da existência de ICMS a ser efetivamente pago no sistema não cumulativo, trata-se de questão afeta ao mérito do julgado e, como tal, deve ser apreciado oportunamente neste voto.

Ainda antes do mérito, cabe rejeitar o pedido de suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior, o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior.

No mérito, a questão da inclusão de **imposto** na base de cálculo do PIS/COFINS com vulneração da matriz constitucional que prevê a respectiva incidência sobre faturamento ou receita na dicção atualizado do artigo 195, I, *b*, da Constituição Federal, foi resolvida, pela Suprema Corte no RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS.

Eis o acórdão ementado:

RE 574.706, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe 29/09/2017: "RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

A definição da base de cálculo do PIS/COFINS é matéria constitucional, não cabendo invocar orientação no plano do direito federal para afastar o juízo de inconstitucionalidade, menos ainda quando já vencida (Súmulas 68 e 94/STJ) no âmbito da respectiva Corte Superior. Ademais, o pronunciamento da Suprema Corte, sobretudo em repercussão geral, tem função primordial na tarefa de garantir segurança jurídica, estabilidade, integridade e coerência na aplicação do direito à luz da Constituição, a ser buscada por todos os órgãos do Poder Judiciário (artigos 926 e 927, III, CPC).

Perceba-se que a pretensão em causa não envolve a dedução de parcela legalmente prevista, daí porque impertinente o argumento de que é taxativo o rol de exclusões constante do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 - com as alterações da Lei 12.973/2014, cujo advento, conforme já decidiu esta Corte, "não promoveu modificação legislativa relevante para a espécie, na medida em que não alterou o conceito da base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS" (EI 0029413-91.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 17/11/2017) - e § 3º dos artigos 1º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003.

A tese do contribuinte é a de que a inclusão do imposto na base de cálculo de tais contribuições viola incidência constitucionalmente delimitada, exigindo, assim, decisão judicial no sentido de definir a base de cálculo compatível com o parâmetro constitucional.

A alegação de que o cálculo do PIS/COFINS com exclusão do imposto destinado ao erário contradiz a incidência, reconhecidamente válida, sobre outros custos, encargos ou despesas destinados a terceiros (como, por exemplo: empregados, companhia de energia elétrica, FGTS, fornecedores, empresas contratadas para prestação de serviços, entes estatais) não é verdadeira nem aceitável, sem análise da natureza jurídica de cada parcela discutida na formação da base de cálculo de tais contribuições. Por ora, o que assentou, suficientemente, a Suprema Corte para o exame do caso foi a inexigibilidade de imposto integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, seja o ICMS, seja o próprio ISS, quanto a este em juízo derivado diretamente da mesma lógica de fundamentação constitucional, conforme já exposto.

O aspecto relevante da controvérsia diz respeito ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS diante da divergência estabelecida entre as vertentes que primam, de um lado, pelo valor do imposto destacado nas notas fiscais e, de outro, pelo valor do imposto a ser efetivamente pago pelo contribuinte, dentro do regime de não cumulatividade. É importante frisar, de toda sorte, que tal ponto, ainda que não tenha ou tivesse sido discutido na inicial nem decidido na sentença ou veiculado na apelação, não impediria o pronunciamento da Corte - assim como do próprio Juízo após embargos de declaração -, por se tratar, justamente, de controvérsia ínsita ao próprio mérito, qual seja, a definição do que constitui o indébito fiscal e, neste sentido, matéria que deve ser resolvida na fase cognitiva e não em liquidação de sentença, inexistindo, portanto, mesmo quando nada tenha ou tivesse sido alegado ou decidido, vício de julgamento *extra* ou *ultra petita*, ou contrariedade ao princípio da congruência ou da adstrição..

Tanto é assim que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido em razão do regime de não cumulatividade do imposto.

Neste sentido o seguinte excerto do julgado no RE 574.706:

“O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS”.

Também este o entendimento adotado no âmbito das Turmas desta Seção:

ApelRemNec 5000633-81.2017.4.03.6119, Rel. Des. Fed. ANTONIO CEDENHO, Intimação via sistema 18/04/2020: “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REQUISITOS DO ARTIGO 1.022 CPC/2015. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE Nº 574.706/PR. VINCULAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OBSCURIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1.022 do Código de Processo Civil vigente, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado. O caráter infringente dos embargos somente é admitido a título excepcional, quando a eliminação da contradição ou da omissão decorrer, logicamente, a modificação do julgamento embargado. 2. A e. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no julgamento do RE nº 574.706/PR, consignou que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. Como o presente julgamento se vincula ao que foi decidido sobre o tema pelo C. STF, deve-se assentar que, relativamente à questão do valor a ser efetivamente excluído a título de ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, a tese que foi acolhida pelo STF é a exposta no v. acórdão embargado. 3. O escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022 do Código de Processo Civil. 4. O artigo 1.025 do novo Código de Processo Civil bem esclarece que os elementos suscitados pelo embargante serão considerados incluídos no acórdão “para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.” 5. Embargos de declaração rejeitados.”

ApReeNec 5001772-28.2017.4.03.6100, Rel. Des. Fed. MARLI FERREIRA, Intimação via sistema 02/04/2020: “PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ARTIGO 1.022 DO CPC. OMISSÃO. EXISTÊNCIA. JULGADO INTEGRADO. 1. Prevê o artigo 1.022 do CPC que a oposição dos aclaratórios somente tem cabimento para esclarecimento de obscuridade ou eliminação de contradição, para suprimir omissão sobre ponto ou questão sobre o qual o julgado deveria se pronunciar; ou, ainda, para corrigir erro material existente no decisório. 2. Na espécie, o julgado restou omissivo quanto à parcela do ICMS a ser destacada da base de cálculo do PIS e da COFINS. E, nesse tocante, cumpre esclarecer que o ICMS a ser excluído é o destacado nos documentos fiscais de saída, vez que é esse montante que integra a indigitada base de cálculo. 3. Assim sendo, tem a impetrante o direito de excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS o valor integral do ICMS destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias do seu estabelecimento, inclusive após o advento da Lei nº 12.973/2014. 4. Embargos de declaração acolhidos.”

ApelRemNec 5003932-95.2019.4.03.6119, Rel. Des. Fed. JOHONSOM DI SALVO, e - DJF3 15/04/2020: "AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DECLAROU INCONSTITUCIONAL A INCLUSÃO DO ICMS (FATURADO) NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS, FAZENDO-O POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO RE Nº 574.706. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a inclusão do ICMS (faturado) na base de cálculo do PIS e da COFINS, fazendo-o por ocasião do julgamento do RE nº 574.706. A corte, por maioria e nos termos do voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia, apreciando o tema nº 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Esse entendimento é aplicável de pronto, não havendo que se falar em espera de embargos de declaração (sem efeito suspensivo) ou de modulação de efeitos da decisão plenária da Suprema Corte, já que esses dois eventos não estão consignados em lei como impeditivos da aplicação imediata do decísum. Esse é o entendimento que vem sendo seguido nesta Corte Regional (3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5021518-72.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 08/11/2019, Intimação via sistema DATA: 13/11/2019), e de modo unânime nesta 6ª Turma (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000706-20.2017.4.03.6130, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 03/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/12/2019). Deveras, a suspensão pretendida pelo Fisco esbarraria no art. 1.035, § 5º do NCPC. De outro lado, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal – ao acolher o voto da ministra Relatora – no sentido de que, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada como faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019). Essa é a postura que este Relator sempre defende desde o momento em que surdiu o julgamento do Tema nº 69 (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000596-53.2018.4.03.6108, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 02/12/2019, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019). Tratando-se de empresa comercial, resta claro que é contribuinte das três exações e que recolheu tributação a maior e poderá recuperá-la (quanto aos últimos cinco anos antes do ajuizamento da presente demanda) por meio de compensação, que deverá ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74 da Lei nº 9.430/1996 (redação dada pela Lei 10.637/02), observado ainda o artigo 26-A da Lei nº 11.457/2007."

Logo, não importa ao exame do mérito a juntada de documentos fiscais ou mercantis para demonstração do ICMS a ser pago pelo contribuinte, bastando para o presente julgamento a prova, tão-somente, de que o contribuinte, sujeito ao PIS/COFINS, recolheu valores com inclusão do ICMS nas bases de cálculo, ficando relegada à fase própria a apuração do *quantum debeatur* a partir de valores destacados em notas fiscais e incluídos na tributação federal.

Reconhecido o indébito fiscal, na forma acima especificada, os critérios para exercício do direito à compensação, na via administrativa mediante procedimento específico, inclusive com a própria comprovação e liquidação de valores indevidos a serem compensados, são os definidos nos artigos 168 (prescrição quinquenal) e 170-A (trânsito em julgado), ambos do Código Tributário Nacional; artigo 74 da Lei 9.430/1996 e demais textos legais de regência, incluindo o artigo 26-A da Lei 11.457/2007 na redação da Lei 13.670/2018, observado o regime legal vigente ao tempo da propositura da ação, pois este o critério determinante na jurisprudência consolidada, ainda que posteriormente possa ter sido alterada a legislação; e artigo 39, § 4º da Lei 9.250/1995 (incidência exclusiva da Taxa SELIC) desde cada recolhimento indevido.

De fato, como a presente ação foi proposta **após a Lei 13.670, de 30/05/2018**, que revogou o parágrafo único do artigo 26 da Lei 11.457/2007 e inseriu o artigo 26-A, este, pois, é o regime legal vigente ao tempo do ajuizamento a ser aplicado ao caso dos autos, segundo o critério jurídico acima apontado, consolidado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, conheço em parte da apelação e, nesta extensão, dou-lhe parcial provimento, assim como à remessa oficial, para reformar a sentença, nos termos supracitados.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. INDÉBITO FISCAL. COMPENSAÇÃO.

1. Preliminarmente não cabe julgamento monocrático terminativo, mas colegiado dada a amplitude das questões discutidas, para além do permissivo legal aventado.

2. Em relação ao apelo fazendário, não se conhece no que pleiteou a readequação da base de cálculo do crédito do PIS/COFINS, caso mantida a exclusão do ICMS com base em notas fiscais emitidas e na eventual sujeição futura do contribuinte ao regime de não cumulatividade, pois não se autoriza a prestação jurisdicional condicionada, devendo a questão ser, portanto, discutida na oportunidade em que evidenciada a situação jurídica ensejadora da providência requerida. Quanto à alegação de que o indébito fiscal depende da prova da existência de ICMS a ser efetivamente pago no sistema não cumulativo, trata-se de questão afeta ao mérito do julgado e, como tal, deve ser apreciado oportunamente neste voto.

3. Ainda antes do mérito, cabe rejeitar o pedido de suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior, o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior.

4. No mérito, a questão da inclusão de **imposto** na base de cálculo do PIS/COFINS com vulneração da matriz constitucional que prevê a respectiva incidência sobre faturamento ou receita na dicção atualizado do artigo 195, I, *b*, da Constituição Federal, foi resolvida, pela Suprema Corte no RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS. A definição da base de cálculo do PIS/COFINS é matéria constitucional, não cabendo invocar orientação no plano do direito federal para afastar o juízo de inconstitucionalidade, menos ainda quando já vencida (Súmulas 68 e 94/STJ) no âmbito da respectiva Corte Superior. Ademais, o pronunciamento da Suprema Corte, sobretudo em repercussão geral, tem função primordial na tarefa de garantir segurança jurídica, estabilidade, integridade e coerência na aplicação do direito à luz da Constituição, a ser buscada por todos os órgãos do Poder Judiciário (artigos 926 e 927, III, CPC).

5. A pretensão em causa não envolve a dedução de parcela legalmente prevista, daí porque impertinente o argumento de que é taxativo o rol de exclusões constante do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 - com as alterações da Lei 12.973/2014, cujo advento, conforme já decidiu esta Corte, “*não promoveu modificação legislativa relevante para a espécie, na medida em que não alterou o conceito da base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS*” (EI 0029413-91.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 17/11/2017) - e § 3º dos artigos 1º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003. A tese do contribuinte é a de que a inclusão do imposto na base de cálculo de tais contribuições viola incidência constitucionalmente delimitada, exigindo, assim, decisão judicial no sentido de definir a base de cálculo compatível com o parâmetro constitucional.

6. A alegação de que o cálculo do PIS/COFINS com exclusão do imposto destinado ao erário contradiz a incidência, reconhecidamente válida, sobre outros custos, encargos ou despesas destinados a terceiros (como, por exemplo: empregados, companhia de energia elétrica, FGTS, fornecedores, empresas contratadas para prestação de serviços, entes estatais) não é verdadeira nem aceitável, sem análise da natureza jurídica de cada parcela discutida na formação da base de cálculo de tais contribuições. Por ora, o que assentou, suficientemente, a Suprema Corte para o exame do caso foi a inexigibilidade de imposto integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, seja o ICMS, seja o próprio ISS, quanto a este em juízo derivado diretamente da mesma lógica de fundamentação constitucional, conforme já exposto.

7. O aspecto relevante da controvérsia diz respeito ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS diante da divergência estabelecida entre as vertentes que primam, de um lado, pelo valor do imposto destacado nas notas fiscais e, de outro, pelo valor do imposto a ser efetivamente pago pelo contribuinte, dentro do regime de não cumulatividade. É importante frisar, de toda sorte, que tal ponto, ainda que não tenha ou tivesse sido discutido na inicial nem decidido na sentença ou veiculado na apelação, não impediria o pronunciamento da Corte - assim como do próprio Juízo após embargos de declaração -, por se tratar, justamente, de controvérsia ínsita ao próprio mérito, qual seja, a definição do que constitui o indébito fiscal e, neste sentido, matéria que deve ser resolvida na fase cognitiva e não em liquidação de sentença, inexistindo, portanto, mesmo quando nada tenha ou tivesse sido alegado ou decidido, vício de julgamento *extra* ou *ultra petita*, ou contrariedade ao princípio da congruência ou da adstrição. Tanto é assim que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido em razão do regime de não cumulatividade do imposto. Logo, não importa ao exame do mérito a juntada de documentos fiscais ou mercantis para demonstração do ICMS a ser pago pelo contribuinte, bastando para o presente julgamento a prova, tão-somente, de que o contribuinte, sujeito ao PIS/COFINS, recolheu valores com inclusão do ICMS nas bases de cálculo, ficando relegada à fase própria a apuração do *quantum debeatur* a partir de valores destacados em notas fiscais e incluídos na tributação federal.

8. Reconhecido o indébito fiscal, na forma acima especificada, os critérios para exercício do direito à compensação, na via administrativa mediante procedimento específico, inclusive com a própria comprovação e liquidação de valores indevidos a serem compensados, são os definidos nos artigos 168 (prescrição quinquenal) e 170-A (trânsito em julgado), ambos do Código Tributário Nacional; artigo 74 da Lei 9.430/1996 e demais textos legais de regência, incluindo o artigo 26-A da Lei 11.457/2007 na redação da Lei 13.670/2018, observado o regime legal vigente ao tempo da propositura da ação, pois este o critério determinante na jurisprudência consolidada, ainda que posteriormente possa ter sido alterada a legislação; e artigo 39, § 4º da Lei 9.250/1995 (incidência exclusiva da Taxa SELIC) desde cada recolhimento indevido.

9. Apelação conhecida em parte e, nesta extensão, parcialmente provida, e remessa oficial provida em parte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, conheceu em parte da apelação e, nesta extensão, deu-lhe parcial provimento, assim como à remessa oficial, para reformar a sentença, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO (12357) Nº 5015838-72.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

RECORRENTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) RECORRENTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

RECORRIDO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de pedido de concessão de efeito suspensivo à apelação requerido por Nestle Brasil Ltda. em face de Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia - INMETRO.

Narra a requerente ter oposto embargos à execução com vistas ao reconhecimento de nulidade da inscrição da dívida em cobro sustentando, em síntese, que a inscrição decorre de atos administrativos que devem ser declarados nulos por ausência de violação à regulamentação vigente ou qualquer prejuízo aos consumidores, sustentando, ainda, aplicação de multa administrativa em valor arbitrário e desproporcional.

Sustenta que estão presentes os requisitos do artigo 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil, quais sejam: probabilidade de provimento do recurso, existência de relevante fundamentação e risco de dano grave.

Alega que o prosseguimento da ação lhe trará prejuízos relacionados à execução da garantia apresentada e a possibilidade de bloqueio em conta, ainda mais se considerado que diversas são as demandas ajuizadas contra si semelhantes a esta. Traz que a concessão de efeito suspensivo, por outro lado, não traz nenhum prejuízo ao requerido.

É o relato do essencial. Cumpre decidir.

A requerente foi autuada pelo INMETRO em razão da comercialização de produtos com peso inferior ao descrito na embalagem.

Entendeu o magistrado por julgar improcedentes os embargos ante a ausência de irregularidade formal no auto de infração vez que cumpridos os critérios legais e normativos.

A autuação se insere dentre as atribuições do INMETRO e visa, no caso concreto, tutelar o consumidor de abusos praticados pelo fabricante.

Não há irregularidade flagrante apontada no pedido que permita a concessão do efeito suspensivo pleiteado com fundamento na probabilidade de provimento do recurso interposto.

Ao contrário, ao menos neste juízo perfunctório, observo que a requerente sequer trouxe ao pedido o auto de infração, não sendo possível analisar, ao menos liminarmente, se caracterizar ilegalidade *ictu oculi*.

Para a concessão do efeito suspensivo pleiteado como exceção à regra imposta pelo artigo 1.012, III, do Código de Processo Civil, necessário seria maior robustez nas alegações da recorrente de modo a indicar o mínimo de probabilidade do direito invocado.

Não se nega que a continuidade da execução pode acarretar atos expropriatórios em detrimento do patrimônio da requerente. Contudo, mesmo que o feito culmine no levantamento da garantia, não se perca de vista que a conversão de renda dos valores eventualmente depositados em juízo só se dará após o trânsito em julgado da decisão, após ordem do Juízo competente, conforme preconiza o artigo 32, § 2º, da Lei de Execuções Fiscais.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 1.012, § § 3º e 4º, nego o efeito suspensivo pleiteado.

Publique-se. Intimem-se.

Nada sendo requerido, arquivem-se os autos.

São Paulo, 20 de junho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5009008-79.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: SINDICATO HOTEIS RESTAURANTES BARES E SIMILARES DE CAMP
Advogado do(a) APELADO: DIMAS ALBERTO ALCANTARA - SP91308-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5009008-79.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: SINDICATO HOTEIS RESTAURANTES BARES E SIMILARES DE CAMP
Advogado do(a) APELADO: DIMAS ALBERTO ALCANTARA - SP91308-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial e de recurso de apelação interposto pela **União** em face da sentença que concedeu a ordem para determinar a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e reconhecer o direito à compensação, após o trânsito em julgado, observada a prescrição quinquenal.

Em suas razões, a apelante requer, preliminarmente, o reconhecimento da ilegitimidade ativa do Sindicato, pois não há autorização expressa dos sindicalizados, e, o sobrestamento do feito. No mérito sustenta, em síntese, que:

a) o ICMS integra o faturamento, base de cálculo do PIS e da COFINS, definida em lei.

b) após a edição da Lei n.º 12.973/2014, que alterou a redação dos arts. 1º e seus respectivos §§1º das Leis n.ºs 10.637/02 e 10.833/02, resta incontestado a inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições em análise;

c) a decisão não pode ter seus efeitos estendidos a futuros sindicalizados.

Conquanto intimado, o impetrante não ofereceu contrarrazões.

O Ministério Público Federal, em manifestação de lavra do e. Procurador Regional da República Elton Venturi, deixou de exarar parecer, por entender que não há interesse público primário que justifique sua intervenção no feito.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5009008-79.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: SINDICATO HOTEIS RESTAURANTES BARES E SIMILARES DE CAMP
Advogado do(a) APELADO: DIMAS ALBERTO ALCANTARA - SP91308-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Passo ao exame da preliminar suscitada.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE n.º 883.642/AL, em regime de repercussão geral, reafirmou sua jurisprudência no sentido da ampla legitimidade extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam, inclusive nas liquidações e execuções de sentença, independentemente de autorização dos substituídos. Entendimento que se coaduna com a previsão do art. 8º, III da CF, atuando o sindicato em verdadeira substituição processual.

Tal posicionamento não se confunde, todavia, com aquele adotado no âmbito do RE n.º 612.043/PR, que complementa a tese adotada no RE n.º 573.232/SC, ambos julgados com repercussão geral, e que trata de ações propostas por associação, hipótese em que os beneficiários do título executivo são aqueles residentes na área compreendida na jurisdição do órgão julgador e que detinham, antes do ajuizamento da ação, a condição de filiados e constaram da lista apresentada com a peça inicial. Este entendimento, por sua vez, está em harmonia com a previsão do art. 5º, XXI da CF que exige a autorização expressa e específica do associado para a atuação judicial da associação em seu nome.

Cumprido destacar que o mandado de segurança coletivo impetrado pelo sindicato tem efeito perante toda a categoria representada, sob pena de violação à representatividade sindical prevista no artigo 8º da Constituição Federal.

Neste sentido, aliás, é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte. *Verbis:*

"Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Sindicato. Legitimidade. Execução de sentença. Autorização expressa. Desnecessidade. Precedentes. Reafirmação da jurisprudência em sede de repercussão geral reconhecida. Coisa julgada. Limites objetivos. Ofensa reflexa. Precedentes.

1. A jurisprudência da Corte reconhece aos sindicatos ampla legitimidade para figurar como substitutos processuais nas ações em que atuam na defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais dos trabalhadores integrantes da categoria, sendo certo que, atuando nessa qualidade, não se faz necessária expressa autorização dos substituídos para o ajuizamento de ações em seu benefício.

2. Ao reconhecer a repercussão geral desse tema, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reafirmou essa orientação (RE nº 883.642/AL-RG, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 25/6/15).

3. É pacífica a orientação da Corte de que não se presta o recurso extraordinário para a verificação dos limites objetivos da coisa julgada, haja vista tratar-se de discussão de índole infraconstitucional.

4. Agravo regimental não provido.

(STF, ARE-AgR - AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO, DIAS TOFFOLI)"

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. AGRAVO INTERNO QUE NÃO IMPUGNA TODOS OS FUNDAMENTOS DO DECISUM. CONCORDÂNCIA EXPRESSA DA PARTE RECORRENTE COM O CAPÍTULO AUTÔNOMO NÃO IMPUGNADO. POSSIBILIDADE DE EXAME DO MÉRITO DA IRRESIGNAÇÃO. NÃO APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 182/STJ. AÇÃO DE CARÁTER COLETIVO. SINDICATO. SUBSTITUTO PROCESSUAL. EFEITO DA SENTENÇA. ADSTRICÇÃO AOS FILIADOS À ENTIDADE SINDICAL À ÉPOCA DO OFERECIMENTO DA AÇÃO, OU LIMITAÇÃO DA ABRANGÊNCIA AO ÂMBITO TERRITORIAL DA JURISDIÇÃO DO ÓRGÃO PROLATOR DA DECISÃO. NÃO CABIMENTO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 2º-A DA LEI N. 9.494/97 EM HARMONIA COM AS NORMAS QUE DISCIPLINAM A MATÉRIA. VIOLAÇÃO À DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.

I - (...)

III - O Supremo Tribunal Federal firmou orientação, sob o regime da repercussão geral, segundo a qual há distinção entre a execução individual de sentença coletiva proposta por sindicato daquela proposta por associação, no que se refere à legitimidade e autorização dos sindicalizados ou associados.

IV - Delineada a substituição processual pelos sindicatos e a representação processual pelas associações, não se faz necessária a juntada da listagem dos substituídos para o ajuizamento de demanda coletiva proposta por sindicato, providência exigível em se tratando de ação ajuizada por associação, exceto se tratar-se de mandado de segurança coletivo.

V - Impõe-se interpretar o art. 2º-A da Lei n. 9.494/97 em harmonia com as demais normas que disciplinam a matéria, de modo que os efeitos da sentença coletiva, nos casos em que a entidade sindical atua com substituta processual, não estão adstritos aos filiados à entidade sindical à época do oferecimento da ação coletiva, ou limitada a sua abrangência ao âmbito territorial da jurisdição do órgão prolator da decisão, salvo se houver restrição expressa no título executivo judicial. Precedentes.

VI - Não compete a esta Corte Superior a análise de suposta violação de dispositivos constitucionais, ainda que para efeito de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência reservada ao Supremo Tribunal Federal, ex vi art. 102, III, da Constituição da República.

VII - (...)

IX - Agravo Interno improvido. ..EMEN:

(STJ - AIRESP - AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL - 1614030 2016.01.85594-6, REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:13/02/2019..DTPB:)"

"AÇÃO COLETIVA. SINDICATO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. EXECUÇÃO INDIVIDUAL. SERVIDOR NÃO FILIADO. LEGITIMIDADE.

1. É firme no STJ a orientação de que os Sindicatos, na qualidade de substitutos processuais, detêm legitimidade para atuar judicialmente na defesa dos interesses coletivos de toda a categoria que representam, independente de autorização expressa ou relação nominal.

2. Assim, o servidor público integrante da categoria beneficiada, desde que comprove essa condição, tem legitimidade para propor execução individual, ainda que não ostente a condição de filiado ou associado da entidade autora da ação de conhecimento.

3. Tal orientação foi confirmada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 573.232/SC, em repercussão geral, perfilhando entendimento acerca da exegese do art. 5º, XXI, da Constituição Federal.

4. Ademais, não tendo a sentença coletiva fixado delimitação expressa dos seus limites subjetivos, a coisa julgada advinda da ação coletiva deve alcançar todos os integrantes da categoria, que terão legitimidade para a propositura da execução individual de sentença.

5. Recurso Especial provido. ..EMEN:

(STJ, RESP - RECURSO ESPECIAL - 1666086 2017.00.52928-7, HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJE DATA:30/06/2017..DTPB:.)"

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. QUINTOS INCORPORADOS. SINTRAJUD. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. INTERESSE DA CATEGORIA. EXECUÇÃO INDIVIDUAL DO JULGADO. SERVIDOR NÃO FILIADO. LEGITIMIDADE ATIVA. EXTENSÃO DOS EFEITOS DA COISA JULGADA.

I - A Constituição Federal, no artigo 8º, inciso III, ao tratar da legitimidade do sindicato para a promoção da defesa dos direitos e interesses coletivos, elege como destinatários dessa tutela a categoria profissional, não distinguindo entre filiados e não filiados.

II - Não fazendo a Constituição Federal qualquer distinção, há de ser atribuída à sentença a extensão subjetiva ora almejada, provendo-se o recurso interposto a fim de que se dê prosseguimento ao feito, com a formalização da relação jurídico-processual, tendo em vista o indeferimento liminar da petição inicial.

III - Apelação provida.

(TRF3, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2171811 0004247-76.2016.4.03.6100, DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY, PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/11/2018..FONTE_REPUBLICACAO:.)"

"CUMPRIMENTO INDIVIDUAL DE SENTENÇA, PROMOVIDO POR SUJEITO NÃO ABRANGIDO PELA COISA JULGADA COLETIVA, PROFERIDA EM AÇÃO COLETIVA - TÍTULO JUDICIAL TRANSITADO EM JULGADO QUE LIMITOU OS SEUS ALCANCES APENAS AOS SERVIDORES ALI NOMINADOS - PREVALÊNCIA DA COISA JULGADA - IMPROVIMENTO À APELAÇÃO PRIVADA

1. Destaque-se ser possível a execução individual de sentença proferida em ação coletiva por integrante da categoria profissional. Precedente.

2. Contudo, a questão posta à apreciação é objetivamente técnica, de natureza processual, vez que o provimento jurisdicional exarado na ação coletiva foi expresso ao limitar o seu alcance aos entes listados naquela lide, esta a particularidade que exclui a aplicação da regra geral supra exposta, fls. 59.

3. O caso concreto não alcança a interpretação recorrente, no sentido de que as ações coletivas abrangem a categoria profissional, não apenas os filiados ao Sindicato, pois, repita-se, o título judicial limitou, expressamente, o seu alcance subjetivo.

4. A alteração de referido decisório somente é possível por meio dos mecanismos processuais existentes no ordenamento, portanto vazia a alegação privada de que "provimentos inconstitucionais não transitam em julgado", afinal, enquanto perdurar aquele mandamento, tal a produzir efeito se não houve adoção das providências cabíveis dentro do prazo previsto em lei: trata-se, evidentemente, de prestígio à segurança jurídica.

5. Afigura-se incontroverso que a parte apelante não figura na lista de servidores que compuseram aquela ação coletiva - limitação transitada em julgado - portanto não detém legitimidade ativa para a execução individual aqui examinada, este o entendimento desta C. Segunda Turma. Precedente.

6. Para deixar claro à parte apelante, somente não detém legitimidade ativa porque a sentença excluiu àqueles que naquela lide não foram nominados, questão simples e técnica, imperando a coisa julgada e a segurança jurídica inerentes, como visto.

7. Improvimento à apelação.

(TRF3, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2189828 0004082-29.2016.4.03.6100, JUIZ CONVOCADO SILVA NETO, SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:06/12/2018..FONTE_REPUBLICACAO:.)"

Destarte, rejeito a preliminar suscitada.

Indo adiante, assevere-se, restar prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores resem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.

Passo ao exame do mérito.

De início, ressalte-se que em sessão plenária do dia 15.03.2017 foi julgado o RE nº 574.706/RG, que trata do tema atinente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a sistemática da repercussão geral (artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973), que constou com a seguinte decisão:

"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da cofins ". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017."

(RE 574706 RG, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 15/03/2017, DJe-053 DIVULG 17-03-2017 PUBLIC 20-03-2017)

Reforce-se a esse quadro que em 29.09.2017 foi disponibilizada a ementa do aludido acórdão:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS . DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS .

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS , não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS . 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS ."

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o E. Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

Indo adiante, a questão não carece de maiores debates, visto que a novel jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal e do C. Superior Tribunal de Justiça reconheceu a exclusão da parcela relativa ao ICMS , da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS , confira-se:

"TRIBUTO - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS . O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da cofins , porque estranho ao conceito de faturamento."

(RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS . COFINS . BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS . POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituindo receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS .

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido."

(AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 07/04/2015)

Cumpra-se a seguinte decisão: RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

Ressalto, por oportuno, que a falta de definitividade da entrada de valores a título de ICMS no caixa da pessoa jurídica caracteriza a ausência da natureza jurídica adrede mencionada, que, repita-se, tem natureza de receita para o Estado-membro.

Ademais, o termo "faturamento" deve ser conceituado no sentido técnico consagrado pela jurisprudência e pela doutrina.

Ainda, o ICMS é imposto indireto no qual o ônus financeiro é transferido para o consumidor final, tornando-se este o contribuinte de fato da exação. Assim, o sujeito passivo do tributo - aquele que realiza a operação de circulação de mercadorias - apenas tem o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, qual seja, o Estado-membro ou o Distrito Federal, mostrando-se, incontestavelmente, despedido da natureza jurídica de receita para o sujeito passivo.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, veja-se:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ICMS . INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS / COFINS . IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Encontra-se, atualmente, consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS , conforme constou do Boletim de Notícias do Supremo Tribunal Federal nº 762 de 06 a 11 de Outubro de 2014 (RE 240.785-2/MG).

2. Embargos infringentes desprovidos."

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI 0000266-78.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 04/11/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/11/2014)

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS e DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS . DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS .

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS , afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS .

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/04/2014)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DUPLO AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS . EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS / COFINS . VALIDADE. APROVEITAMENTO DO TÍTULO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS , conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.

2. A orientação no plano constitucional, a partir do precedente citado, foi adotada, recentemente, no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94, conforme AgRg no ARESP 593.627, Rel. p/ acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 07/04/2015.

3. Embora cabível excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, não se reconhece a nulidade da execução fiscal, que deve prosseguir pelo saldo efetivamente devido, não se cogitando, de extinção da execução fiscal, na conformidade da jurisprudência consolidada.

4. Agravos inominados desprovidos."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0030027-53.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/05/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/05/2015)

Por fim, diga-se que, considerando o julgamento do RE n.º 240.785-2 que declarou inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, o advento da Lei n.º 12.973/2014 em nada altera o entendimento proferido pela Suprema Corte.

Com efeito, a superveniência da Lei, modificando o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, e, respeitando-se a prescrição quinquenal, é direito da impetrante a repetição dos valores recolhidos indevidamente, através da compensação, conforme os termos delineados a seguir.

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas pelas Leis nº 10.637/02 e 13.670/2018, visto a data que o presente *mandamus* foi ajuizado e, conforme jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, confira-se:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

5. Conseqüentemente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.

7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.

13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."

14. Consequentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF). (Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010).

Destarte, conforme a jurisprudência acima colacionada e, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

Cabe acrescentar, por fim, que, em razão do presente *mandamus* ter sido impetrado após a entrada em vigor da Lei n.º 13.670/2018, que revogou o art. 26 da Lei n.º 11.457/2007, não se aplica mais a vedação da compensação dos valores recolhidos indevidamente com as contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei n.º 8.212/1991. No entanto, deve-se observar o quanto disposto no art. 26-A da Lei n.º 11.457/2007, incluído pela Lei n.º 13.670/2018.

Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, veja-se:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4ª 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.

4. A Tabela Única a prova da pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação /repetição de indébito, quais sejam: (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDcl no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. O prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/05 (09.06.2005), nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.") (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: RESP 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009).

7. Outrossim, o artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

8. Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010)

Finalmente, o termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior, que ora colaciono:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNBEN. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL. APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.250/95. DESDE O RECOLHIMENTO INDEVIDO. SÚMULA 83/STJ

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nas ações de restituição de tributos federais, antes do advento da Lei 9.250/95, incide a correção monetária desde o pagamento indevido (no caso, no momento da indevida retenção do IR) até a restituição ou a compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros moratórios a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), na forma do art. 167, parágrafo único, do CTN.

3. Ocorre que, com o advento do referido diploma, passou-se a incidir a Taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou a partir de 1º de janeiro de 1996 (caso o recolhimento tenha ocorrido antes dessa data).

Agravo regimental improvido."

(AgRg no AgRg no AREsp 536.348/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014)

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação e à remessa oficial.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. LEGITIMIDADE ATIVA. SINDICATO. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO.

1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE n.º 883.642/AL reconheceu a existência de repercussão geral e reafirmou sua jurisprudência no sentido da ampla legitimidade extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam, inclusive nas liquidações e execuções de sentença, independentemente de autorização dos substituídos. Este entendimento coaduna-se com a previsão do art. 8º, III da CF, atuando o sindicato em verdadeira substituição processual.

2. O entendimento em questão não se confunde com aquele adotado no âmbito do RE nº 612.043/PR, que complementa a tese adotada no RE 573.232/SC, ambos julgados com repercussão geral, e que trata de ações propostas por associação, hipótese em que os beneficiários do título executivo são aqueles residentes na área compreendida na jurisdição do órgão julgador e que detinham, antes do ajuizamento da ação, a condição de filiados e constaram da lista apresentada com a peça inicial. Este entendimento, por sua vez, está em harmonia com a previsão do art. 5º, XXI da CF que exige a autorização expressa e específica do associado para a atuação judicial da associação em seu nome.

3. Cumpre destacar que o mandado de segurança coletivo impetrado pelo sindicato tem efeito perante toda a categoria representada, sob pena de violação à representatividade sindical prevista no artigo 8º da Constituição Federal. Precedentes.

4. Resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores resem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.

5. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

6. A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, uma vez que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

7. A superveniência da Lei nº 12.973/2014, que alargou o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

8. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e respeitando-se a prescrição quinquenal, é assegurada à impetrante a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio de compensação.

9. A compensação deverá ser realizada nos termos do art. 74 da Lei nº 9.430/96 com as modificações perpetradas pelas Leis nºs 10.637/02 e 13.670/2018. Precedentes do STJ.

10. A taxa SELIC é o índice aplicável para a correção monetária, cujo termo inicial é a data do pagamento indevido. Precedentes do STJ.

11. Remessa oficial e recurso de apelação desprovidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO ao recurso de apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO (12357) Nº 5033169-04.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

RECORRENTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) RECORRENTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

RECORRIDO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo interno tirado de pedido de concessão de efeito suspensivo à apelação requerido por Nestle Brasil Ltda. em face de Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia - INMETRO.

No pedido de concessão de efeito suspensivo, narra a requerente ter oposto embargos à execução com vistas ao reconhecimento de nulidade da inscrição da dívida em cobro sustentando, em síntese, que a inscrição decorre de atos administrativos que devem ser declarados nulos por ausência de violação à regulamentação vigente ou qualquer prejuízo aos consumidores, sustentando, ainda, aplicação de multa administrativa em valor arbitrário e desproporcional.

Sustenta que estão presentes os requisitos do artigo 1.012, § 4º, do Código de Processo Civil, quais sejam: probabilidade de provimento do recurso, existência de relevante fundamentação e risco de dano grave.

Alega que o prosseguimento da ação lhe trará prejuízos relacionados à execução da garantia apresentada e a possibilidade de bloqueio em conta, ainda mais se considerado que diversas são as demandas ajuizadas contra si semelhantes a esta. Traz que a concessão de efeito suspensivo, por outro lado, não traz nenhum prejuízo ao requerido.

O pedido de efeito suspensivo foi negado.

Na minuta de agravo interno, a agravante repisa aos argumentos iniciais.

Decido.

O recurso de apelação correspondente ao presente pedido de concessão de efeito suspensivo, autos nº 5012209-76.2017.4.03.6182, foi julgado em 29/05/2020, conforme ementa abaixo colacionada:

ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO EM EMBARGOS À EXECUÇÃO. MULTA APLICADA PELO INMETRO. PESO DO PRODUTO DIVERGENTE DO INDICADO NA EMBALAGEM. CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADO. AUTO DE INFRAÇÃO QUE PREENCHE OS REQUISITOS LEGAIS. IMPOSSIBILIDADE DE INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NA APLICAÇÃO DE MULTA QUE RESPEITA OS LIMITES DA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. As questões referentes à ausência de regulamento para aplicação da multa e à atuação do órgão em contrariedade a Portaria 248/2008 de fato foram apresentadas posteriormente à oposição dos embargos e não dizem respeito a matéria de ordem pública, estando realmente preclusas, nos termos do artigo 16, §2º, da LEP.
2. Cabe precipuamente ao Magistrado, na condição de destinatário da prova, a avaliação quanto à sua pertinência. A respeito, prescreve o artigo 370 do Código de Processo Civil que ao juiz é dado decidir acerca das provas que julga necessárias ao deslinde de mérito do processo.
3. Ainda que assim não fosse, o julgamento antecipado da lide não implicou cerceamento de defesa, porquanto a avaliação das amostras atuais não asseguraria que aquela verificada pelo INMETRO seguiu a regulamentação técnica, especificamente a exatidão da quantidade encontrada. O conflito de interesses envolveu um lote específico, no qual as garantias processuais do fabricante devem se concentrar.
4. A ausência de menção da data de fabricação e do lote não gera a nulidade do auto de infração. O ato ilícito recebeu descrição clara e foi antecedido de instrução procedimental prévia, que detalhou todas as mercadorias em discordância com a metrologia legal – diferença entre o peso nominal e o real.
5. A apelante foi intimada do auto de infração, ofertando defesa administrativa, e foi intimada da perícia técnica, ostentando plenas condições de conhecer os produtos considerados irregulares e de exercer na plenitude as garantias da ampla defesa e do contraditório.
6. Quanto às demais alegações de nulidade do auto de infração tenho que também não procedem. Com efeito, não há qualquer exigência legal no sentido de que o AI deva conter informações específicas acerca dos produtos e das amostras coletados, as quais, contudo, podem ser obtidas pela simples leitura da perícia técnica, da qual, ressalta-se, foi intimada a acompanhar.
7. No que diz respeito à pena aplicada, não verifico nenhum abuso capaz de ensejar a atuação do Poder Judiciário, a qual somente é legítima quando caracterizada ilegalidade na atividade discricionária da Administração.
8. No caso, a multa não extrapolou os limites da razoabilidade e da proporcionalidade, diante da constatação de que a empresa reincide na prática e a simples possibilidade de prejuízo a um número indeterminado de consumidores já inspira gravidade (artigo 9º, §1º e §2º, da Lei nº 9.933/1999).
9. Se de fato a multa não foi aplicada no mínimo, é inegável estar muito aquém do máximo, não se revelando desproporção entre a infração apontada e o valor de multa fixado, tampouco ilegalidade ante a divergência de valores aplicados em casos análogos eis que, repise-se, foram observados os padrões legais aplicáveis.
10. Apelação desprovida

Assim, havendo decisão definitiva no processo principal, o presente pedido resta prejudicado devido ao caráter exauriente da decisão proferida em sede de apelação.

Ante o exposto, julgo prejudicado o agravo interno interposto.

Publique-se. Intime-se

Após as formalidades legais, certifique-se o trânsito em julgado, dando-se baixa na distribuição.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000814-27.2017.4.03.6105

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: USIESP USINAGENS ESPECIAIS LTDA

Advogados do(a) APELADO: PEDRO MARIANO CAPELOSSI REIS - SP288044-A, EDUARDO CANTELLI ROCCA - SP237805-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000814-27.2017.4.03.6105

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: USIESP USINAGENS ESPECIAIS LTDA

Advogados do(a) APELADO: PEDRO MARIANO CAPELOSSI REIS - SP288044-A, EDUARDO CANTELLI ROCCA - SP237805-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial e apelação interposta pela UNIÃO FEDERAL contra sentença em que concedida a segurança requerida, "para determinar que a autoridade impetrada abstenha-se de compelir a impetrante a incluir o ICMS na base de cálculo da contribuição ao PIS e COFINS, autorizando-a a efetuar a compensação dos valores pagos indevidamente, anteriores aos cinco anos do ajuizamento desta ação, nos termos do artigo 74 da Lei nº 9.430/96 (ressalvado o disposto no artigo 26-A da Lei nº 11.457/2007, com redação dada pela Lei nº 13.670/2018), devidamente atualizados pela taxa SELIC desde cada recolhimento, a teor da Lei 9.250/95 e na forma da fundamentação, a partir do trânsito em julgado da sentença (art. 170-A do CTN)", ID 60681671.

A apelante requer, preliminarmente, a suspensão do feito até o julgamento dos embargos de declaração opostos pela União Federal no RE nº 574.706/PR. No mérito, defende a legalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições em questão. Aduz que o valor do ICMS como custo que é na formação do preço da mercadoria ou do serviço deve compor o cálculo da receita bruta, base de cálculo do PIS e da COFINS. Afirma que o fato de o ICMS ser recolhido aos cofres públicos municipais não desnatura a sua condição de custo componente do preço da mercadoria ou do serviço, visto que os demais custos também não são, em regra, destinados ao contribuinte, mas sim a terceiros.

Alega que outros tributos também compõem os custos da mercadoria ou do serviço são destinados a pessoas jurídicas de direito público, e nem por isso deixam de ser considerados custos e deixam de ser contabilizados no valor da receita bruta. Ressalta que, em recente julgado, o E. STJ, no REsp nº 1.144.469/PR, confirmou o entendimento de que o valor do ICMS compõe a base de cálculo das contribuições ao PIS e COFINS. Requer seja reformada a sentença, denegando-se a segurança requerida.

Intimada, a impetrante apresentou contrarrazões (ID 60681681), pugnano pela manutenção da sentença recorrida.

O ilustre representante do Ministério Público Federal - MPF manifestou-se pelo regular prosseguimento do feito (ID nº 68020346).

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000814-27.2017.4.03.6105

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: USIESP USINAGENS ESPECIAIS LTDA

Advogados do(a) APELADO: PEDRO MARIANO CAPELOSSI REIS - SP288044-A, EDUARDO CANTELLI ROCCA - SP237805-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O C. Supremo Tribunal Federal, em 15.03.2017, no julgamento do RE 574.706, com repercussão geral, definiu que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, conforme acórdão publicado em 02/10/2017, *verbis*:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. *O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS.*

4. *Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.*

5. *Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.*

Anote-se que as alterações posteriores perpetradas pela Lei nº 12.973/14 não têm o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido, pois, conforme entendimento sedimentado do C. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.

Considero, portanto, que as alegações do contribuinte coadunam com o atual posicionamento da Corte Suprema.

No tocante à possibilidade de modulação dos efeitos do RE 574.706, não há como suspender o feito nesta fase processual.

A regra geral relativa aos recursos extraordinários julgados com repercussão geral é de vinculação dos demais casos ao julgado e a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Destaca-se que no âmbito do próprio STF vem sendo dada eficácia ao desfecho do RE nº 574.706/PR independentemente do trânsito em julgado dessa decisão. Confrim-se as seguintes decisões monocráticas:

Decisão: ... Cumpra observar, finalmente, no que se refere à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, após reconhecer a existência de repercussão geral da questão constitucional igualmente versada na presente causa, julgou o RE 574.706/PR, Rel. Min. CARMEN LÚCIA, nele fixando tese assim consubstanciada: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS." O exame da presente causa evidencia que o acórdão ora impugnado diverge, no ponto, da diretriz jurisprudencial que esta Suprema Corte firmou na análise da matéria em referência. Sendo assim, e tendo em consideração as razões expostas, dou parcial provimento ao recurso extraordinário, por estar o acórdão recorrido em confronto com entendimento emanado do Plenário desta Suprema Corte (RE 574.706/PR, Rel. Min. CARMEN LÚCIA), para determinar, em consequência, seja observada, pelo Tribunal "a quo", a orientação jurisprudencial em referência. Publique-se. Brasília, 21 de junho de 2017. Ministro CELSO DE MELLO Relator (RE 939742, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 21/06/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-141 DIVULG 27/06/2017 PUBLIC 28/06/2017)

Decisão: ... Quanto a possibilidade de inclusão do referido crédito presumido na base de cálculo do PIS e da COFINS, nos termos do art. 328, RISTF, determino o retorno dos autos ao Tribunal de origem para aplicação da sistemática da repercussão geral. Brasília, 26 de maio de 2017. Ministro Dias Toffoli Relator Documento assinado digitalmente (RE 1028359, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 26/05/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-114 DIVULG 30/05/2017 PUBLIC 31/05/2017)

Decisão: O Plenário desta Corte no RE 574.706, julgado sob a sistemática da repercussão geral (Tema 69), firmou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS". O acórdão do RE 574.706-RG ainda se encontra pendente de formalização e publicação, razão pela qual devem os autos retornar à origem para aplicação da tese firmada em sede de repercussão geral. Diante do exposto, com base no art. 328, parágrafo único, do RI/STF, determino o retorno dos autos à origem, a fim de que seja observada a sistemática da repercussão geral. Publique-se. Brasília, 23 de junho de 2017. Ministro Luís Roberto Barroso Relator (ARE 1054230, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 23/06/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-142 DIVULG 28/06/2017 PUBLIC 29/06/2017)

Em decorrência do indébito tributário, surge a possibilidade de realizar-se a compensação, observando-se a prescrição quinquenal, uma vez que a presente ação foi ajuizada em março de 2017.

O E. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Recursos Especiais nºs 1.365.095/SP e 1.715.256/SP, submetidos à sistemática dos recursos repetitivos, firmou o entendimento de que é desnecessária a exigência de provas do efetivo recolhimento do tributo e do seu montante exato, de modo que tal apreciação fica postergada para a esfera administrativa.

Na hipótese, como relatado, o contribuinte impetrou o mandado de segurança, objetivando a declaração de inexigibilidade da inclusão dos valores atinentes ao ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS, bem como o reconhecimento do direito de compensar os valores indevidamente recolhidos a tais títulos. A pretensão é meramente declaratória, não tendo a apelada postulado a efetiva investigação da liquidez e certeza dos valores indevidamente pagos.

O instituto da compensação tributária encontra-se previsto no artigo 170 do Código Tributário Nacional, segundo o qual é necessária a edição de lei para fixar os requisitos a serem cumpridos para que o contribuinte possa se valer de referido instituto.

Foi editada, então, a Lei nº 8.383/91, que permitia a compensação de tributos indevidamente recolhidos com parcelas vincendas de tributos da mesma espécie (art. 66) e, posteriormente, a Lei nº 9.250, de 26/12/1995, veio estabelecer a exigência de mesma destinação constitucional.

Como advento da Lei nº 9.430/96, foi possibilitado ao contribuinte que, por meio de requerimento administrativo, fosse-lhe autorizado, pela Secretaria da Receita Federal, compensar seus créditos com quaisquer tributos e contribuições sob sua administração.

Somente com a edição da Lei nº 10.637/02, que deu nova redação ao art. 74 da Lei nº 9.430/96, permitiu-se a compensação de créditos tributários com débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Receita Federal do Brasil, independentemente do requerimento do contribuinte, ressalvadas as contribuições previdenciárias e as contribuições recolhidas para outras entidades ou fundos, conforme disposto no art. 41 da Instrução Normativa nº 1300/2012, da Receita Federal do Brasil.

De acordo com o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça, a compensação de tributos é regida pela lei vigente à época do ajuizamento da ação (EREsp nº 488.922/MG, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki; EREsp nº 1.018.533/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 10/12/08, DJE 09/02/09).

Assim, a compensação deverá ser efetuada com tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, à exceção das contribuições previdenciárias, nos termos do artigo 74 da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas ATÉ o ajuizamento da demanda, observando-se a regra do artigo 170-A do CTN. Não obstante, nada impede que a apelada opte por realizar a compensação pela via administrativa, de acordo com a lei vigente à data do encontro de contas, desde que preenchidos os requisitos próprios, conforme jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C do CPC/1973 - REsp nº 1.137.738/SP (Tema nº 265).

Por fim, sobre o indébito tributário, incidirá correção monetária e juros apenas pela taxa SELIC, tendo em vista que esta já engloba juros e correção e, portanto, não pode ser cumulada com qualquer outro índice.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO À APELAÇÃO E DOU PARCIAL PROVIMENTO À REMESSA OFICIAL** para afastar a compensação com as contribuições previdenciárias, caso a impetrante entenda por realizá-la, na via judicial, pela legislação vigente à época da propositura da demanda, na forma da fundamentação acima.

É o voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. REMESSA OFICIAL. ICMS. BASE DE CÁLCULO. PIS. COFINS. INCONSTITUCIONALIDADE. TESE FIRMADA PELO STF EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). APLICAÇÃO NA HIPÓTESE, CONFORME PRECEDENTE DESTA C. CORTE. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. COMPENSAÇÃO. PARÂMETROS APLICÁVEIS. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. REMESSA OFICIAL PROVIDA EM PARTE.

1. O C. Supremo Tribunal Federal, em 15.03.2017, no julgamento do RE nº 574.706, com repercussão geral, definiu que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, conforme acórdão publicado em 02/10/2017.

2. No tocante à possibilidade de modulação dos efeitos do RE nº 574.706, não há como suspender o feito nesta fase processual, considerando que os embargos de declaração opostos não são dotados de efeito suspensivo. A regra geral relativa aos recursos extraordinários julgados com repercussão geral é de vinculação dos demais casos ao julgado e a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas. A intenção da União Federal é sobrestar o feito diante de uma mera expectativa de modulação do julgado, o que não merece guarida, uma vez que ausente previsão legal para tanto.

3. Em decorrência do indébito tributário, surge a possibilidade de realizar-se a compensação, qual deverá ser efetuada observando-se a prescrição quinquenal dos valores recolhidos indevidamente, uma vez que a presente ação foi ajuizada em março de 2017. Assim, a partir dessa data conta-se o prazo prescricional quinquenal, podendo a compensação ser efetuada com tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, nos termos do artigo 74 da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da demanda, observando-se a regra do artigo 170-A do CTN. Não obstante, nada impede que a apelada opte por realizar a compensação pela via administrativa, de acordo com a lei vigente à data do encontro de contas, desde que preenchidos os requisitos próprios, conforme jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C do CPC/1973 - REsp nº 1.137.738/SP (Tema nº 265). Sobre o indébito tributário, incidirá correção monetária e juros apenas pela taxa SELIC, tendo em vista que esta já engloba juros e correção e, portanto, não pode ser cumulada com qualquer outro índice.

4. Apelação não provida.

5. Remessa oficial provida em parte para afastar a compensação com as contribuições previdenciárias, caso a impetrante entenda por realizá-la, na via judicial, pela legislação vigente à época da propositura da demanda.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO À APELAÇÃO E DEU PARCIAL PROVIMENTO À REMESSA OFICIAL para afastar a compensação com as contribuições previdenciárias, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5003104-47.2019.4.03.6104

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

PARTE AUTORA: JOSE DOS SANTOS HEITOR

Advogados do(a) PARTE AUTORA: LEANDRO OLIVEIRA MESSIAS - SP272930-A, AMANDA DOS SANTOS MESSIAS - SP411282-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5003104-47.2019.4.03.6104

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

PARTE AUTORA: JOSE DOS SANTOS HEITOR

Advogados do(a) PARTE AUTORA: LEANDRO OLIVEIRA MESSIAS - SP272930-A, AMANDA DOS SANTOS MESSIAS - SP411282-A

PARTE RÉ: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial em mandado de segurança concedido para compelir a autoridade impetrada a proferir decisão no pedido administrativo de aposentadoria por tempo de contribuição formulado em 05/09/2018 (protocolo 92486616).

Em 22/05/2019 foram juntadas informações da autoridade impetrada, comunicando que o requerimento administrativo foi apreciado e indeferido (ID 90371575).

O Ministério Público Federal lançou parecer nos autos.

Inicialmente distribuído à 9ª Turma, o relator originário determinou a redistribuição do feito à 2ª Seção, sendo os autos encaminhados a esta relatoria, designada por sorteio.

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5003104-47.2019.4.03.6104

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

PARTE AUTORA: JOSE DOS SANTOS HEITOR

Advogados do(a) PARTE AUTORA: LEANDRO OLIVEIRA MESSIAS - SP272930-A, AMANDA DOS SANTOS MESSIAS - SP411282-A

PARTE RÉ: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, o princípio da duração razoável do processo, elevado à superioridade constitucional, elenca não apenas a garantia da prestação administrativa célere, como a da eficiência, razoabilidade e moralidade, de acordo com o previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal e artigo 2º, *caput*, da Lei 9.784/1999:

"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte (...)"

"Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência."

Com efeito, tem-se dado materialidade ao entendimento de que é dever do Poder Público, parte de sua própria finalidade e do interesse público, que suas funções sejam exercidas de maneira célere e satisfatória, sob pena, caso contrário, de ineficácia. Não por outro motivo foram promulgadas as Emendas Constitucionais 19 e 45, bem como, em nível infraconstitucional, editada a própria Lei 9.784/1999, supracitada.

Neste sentido tem decidido a Corte:

ApCiv 5000897-78.2019.4.03.6103, Rel. Des. Fed. CECILIA MARCONDES, intimação via sistema 06/03/2020: "ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO. REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. DECURSO DO PRAZO LEGAL PARA ANÁLISE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO DESPROVIDAS. 1. Na hipótese dos autos, o impetrante formulou requerimento de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição em 06.07.2018, o qual permaneceu pendente de apreciação pelo INSS, além do prazo legal. 2. Cumpre ressaltar que a duração razoável dos processos é garantia constitucionalmente assegurada aos administrados, consoante expressa disposição do art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/88, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04. 3. Com efeito, a Administração Pública tem o dever de analisar em prazo razoável os pedidos que lhe são submetidos, sob pena de causar prejuízo ao administrado e de descumprir o princípio da celeridade processual, também assegurado constitucionalmente aos processos administrativos (art. 5º, LXXVIII, da CF/88). 4. Consoante preconiza o princípio constitucional da eficiência, previsto no art. 37, caput, da Constituição da República, o administrado não pode ser prejudicado pela morosidade excessiva na apreciação de requerimentos submetidos à Administração Pública. Assim, a via mandamental é adequada para a garantia do direito do administrado. 5. O art. 49 da Lei nº 9.784/1999 fixa o prazo de até 30 dias para que a Administração Pública decida a questão posta em processo administrativo, salvo se houver motivo que justifique de maneira expressa a prorrogação do referido lapso temporal. 6. Além do aludido prazo legal, o art. 41-A, § 5º, da Lei nº 8.213/1991 e o art. 174 do Decreto nº 3.048/1999, que dispõem especificamente sobre a implementação de benefícios previdenciários, preveem o prazo de 45 dias para o primeiro pagamento, contados a partir da data da apresentação dos documentos necessários pelo segurado. 7. No caso vertente, resta evidenciado que a autoridade impetrada desrespeitou os prazos estabelecidos em legislações ordinárias, que regulam tanto o processo administrativo em geral, como os processos administrativos de requerimentos de benefícios no âmbito da Previdência Social. 8. Inexiste amparo legal para a omissão administrativa da autarquia previdenciária, que, pelo contrário, enseja descumprimento de normas legais e violação aos princípios da legalidade, razoável duração do processo, proporcionalidade, eficiência na prestação de serviço público, segurança jurídica e moralidade, sujeitando-se ao controle jurisdicional visando a reparar a lesão a direito líquido e certo infringido. 9. Não há condenação em honorários advocatícios em sede de mandado de segurança, nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009 e das Súmulas 105 do STJ e 512 do STF. 10. Apelação e remessa necessária, tida por interposta, não providas."

Na espécie, o requerimento foi protocolado em 05/09/2018 (ID. 90371552), gerando, pela demora, apreciação somente em 24/04/2019 (ID. 90371575), após a presente impetração e concessão da medida liminar, em evidente violação ao prazo de 30 dias, previsto nos artigos 49 e 59, § 1º, da Lei 9.784/1999, bem como à razoável duração do processo, segundo os princípios da eficiência e da moralidade:

"Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada."

"Art. 59. (...)

§ 1º Quando a lei não fixar prazo diferente, o recurso administrativo deverá ser decidido no prazo máximo de trinta dias a partir do recebimento dos autos pelo órgão competente."

Como se observa, o INSS não se exclui da incidência da legislação citada que, ao fixar prazo de trinta dias para proferir decisão e para julgar recurso administrativo, não permite que nas fases intermediárias possa ser consumido prazo indefinido, protraindo alongadamente o prazo para conclusão do procedimento administrativo, prejudicando o cumprimento das etapas finais, em que peremptórios os prazos fixados, justificados em particular pela própria natureza dos benefícios previdenciários. Logo, dificuldades de estrutura e pessoal não podem ser invocadas em detrimento do princípio constitucional e legal da eficiência e celeridade na prestação do serviço público.

O reconhecimento de direito líquido e certo não viola os princípios da isonomia e da impessoalidade, pois não pode a Administração preconizar que a Constituição Federal autoriza a prática de ilegalidade desde que seja de forma igual e impessoal. Quem se vê tolhido de direito líquido e certo deve buscar amparo judicial e o remédio é o restabelecimento do regime jurídico da legalidade, e não o contrário.

Nem se invoque, em defesa, o tratado no RE 631.240, que originou, em repercussão geral, o Tema 350 cuja impertinência com o caso é manifesta, vez que referente, exclusivamente, à exigência de prévio requerimento administrativo como condição para acesso ao Judiciário sem nada dispor sobre a validade de atrasos praticados pela autarquia previdenciária no exercício de suas atribuições e deveres legais. A previsão de intimação para o INSS manifestar-se em até noventa dias nas ações ajuizadas sem prévio requerimento administrativo e antes da conclusão do julgamento do precedente em 03/09/2014, não revoga o preceito legal, mas busca apenas resolver o destino das demandas judiciais em curso, bem diferente do verificado, nos autos, em que já foi previamente acionada a administração e esta, ainda assim, descumpriu prazo legal para a prestação do serviço público.

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO ADMINISTRATIVO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. INSS. PRAZO. DEMORA INJUSTIFICADA. ARTS. 5º, LXXVII E 37, CF. LEI 9.784/1999. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. O princípio da duração razoável do processo, elevado à superioridade constitucional, elenca não apenas a garantia da prestação administrativa célere, como a da eficiência, razoabilidade e moralidade, de acordo com o previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal e artigo 2º, *caput*, da Lei 9.784/1999.

2. Constatada a significativa demora no exame do pedido administrativo é direito do segurado ver compelido o INSS a observar o prazo legal para apreciação do requerimento, em especial por se tratar de pleito de natureza previdenciária e, portanto, de caráter alimentar. Não são justificáveis atrasos baseados em falta de estrutura e pessoal, pois incumbe à Administração Pública fornecer os meios necessários para a prestação de serviço público célere e eficiente.

3. O reconhecimento de direito líquido e certo não viola os princípios da isonomia e da impessoalidade, pois não pode a Administração preconizar que a Constituição Federal autoriza a prática de ilegalidade desde que seja de forma igual e impessoal. Quem se vê tolhido de direito líquido e certo deve buscar amparo judicial e o remédio é o restabelecimento do regime jurídico da legalidade, e não o contrário.

4. O caso dos autos não se amolda ao discutido no RE 631.240, que originou, em repercussão geral, o Tema 350 que tratou, exclusivamente, da exigência de prévio requerimento administrativo como condição para acesso ao Judiciário sem nada dispor sobre a validade de atrasos praticados pela autarquia previdenciária no exercício de suas atribuições e deveres legais. A previsão de intimação para o INSS manifestar-se em até noventa dias nas ações ajuizadas sem prévio requerimento administrativo e antes da conclusão do julgamento do precedente em 03/09/2014, não revoga o preceito legal, mas busca apenas resolver o destino das demandas judiciais em curso, bem diferente do verificado, nos autos, em que já foi previamente acionada a administração e esta, ainda assim, descumpriu prazo legal para a prestação do serviço público.

5. Remessa oficial desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0011057-64.2007.4.03.6106
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: ELIANA RENATA DA SILVA BERTOLUCCI
Advogado do(a) APELADO: ARNALDO JOSE DE SANTANA FILHO - SP107877
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0011057-64.2007.4.03.6106
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ELIANA RENATA DA SILVA BERTOLUCCI
Advogado do(a) APELADO: ARNALDO JOSE DE SANTANA FILHO - SP107877
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário e recurso de apelação interposto pela **União** contra a r. sentença que julgou procedente a medida cautelar inominada ajuizada por **Eliana Renata da Silva Bertolucci**.

O juízo *a quo* reconheceu o direito da autora adquirir veículo automotor adaptado, com a isenção do IPI, em razão de se tratar de pessoa com deficiência, nos termos da Lei nº 8.989/95, com as alterações realizadas pela Lei nº 10.690/03.

Sua Excelência, ainda, condenou a União nos honorários advocatícios, fixados em R\$ 500,00 (quinhentos reais).

A apelante alega, em síntese, que:

a) a autora não tem interesse processual na apresentação da presente medida cautelar inominada, haja vista que se trata de pedido de natureza satisfativa, inviável nesta via;

b) no mérito, a incapacidade física indicada pela apelada não se encontrava no rol delimitado na legislação como hábil a conceder a isenção do IPI para a aquisição de veículo, sendo certo que por se tratar de benefício fiscal, a interpretação deve ser restritiva, não se podendo aplicar a analogia, tampouco afastar o quanto determinado na legislação de regência.

Com as contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

Intimadas as partes para se manifestarem acerca da ausência de ajuizamento da ação principal, no prazo assinalado pelos artigos 806 e 808, do Código de Processo Civil de 1973, a União aduziu pela ocorrência da perda superveniente do interesse de agir e, a ora apelada ficou-se inerte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0011057-64.2007.4.03.6106
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ELIANA RENATA DA SILVA BERTOLUCCI
Advogado do(a) APELADO: ARNALDO JOSE DE SANTANA FILHO - SP107877
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): A solução do presente caso não deve se fincar unicamente no formalismo exacerbado, porém, não pode se afastar das normas atinentes ao processo e procedimento que traga o devido processo legal.

Isto porque, se de um lado não se poderia admitir a utilização das cautelares dispostas no Código de Processo Civil de 1973, como substitutivo de ação em que se pretendia a consecução de uma tutela satisfativa, porém, com a ideia de fungibilidade dos pedidos de antecipação e cautelares e aproveitamento dos atos praticados. Por outro lado, não franquear a parte requerida na cautelar o amplo direito de produzir provas durante a instrução do processo principal, é mitigar em demasia o princípio explicitado em nossa Constituição Federal, que delimita a incidência do devido processo legal, a fim de que a jurisdição seja prestada.

No caso concreto, a autora pleiteou através de cautelar inominada, pedido de natureza satisfativa, que mais se assemelha àqueles inerentes às tutelas antecipadas.

Veja-se que o pedido formulado não visava assegurar em nenhum momento o resultado útil da tutela jurisdicional a ser prestada posteriormente, mas apenas pretendeu que a isenção tributária em relação ao IPI para veículos automotores, em razão de determinada limitação física do condutor, fosse concedida logo ao início do processo e, portanto, tratando-se de patente pedido de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional.

Em alguns casos, vislumbra-se como possível a desnecessidade de ajuizamento da ação principal, quando a própria cautelar com pedido satisfativo é julgada de forma exauriente. Porém, no caso *sub judice*, o devido processo legal não fora devidamente respeitado, franqueando-se a ampla defesa para a Fazenda Pública demonstrar no plano fático, através do procedimento ordinário (substituído pelo comum na atual legislação processual) que o direito pretendido pela autora lhe apoiava.

Se por um lado a ausência do interesse de agir, através da apresentação da cautelar inominada em pedido de natureza satisfativa e, que poderia apresentar a necessidade de toda a defesa franqueada no antigo procedimento ordinário, que não foi oportunizada à autoridade fazendária. Por outro lado, o caminho da extinção do feito, sem resolução do mérito *ab initio*, demonstra-se inviável, conforme se passa a expor.

A indagação a ser respondida é: Qual o momento em que o interesse de agir esvaiu-se? Deste o início, quando a autora apresentou pedido satisfativo em sede cautelar. Ou no momento em que não aplicada a fungibilidade entre os pedidos acima mencionados.

Nesta senda, em acórdão da relatoria do e. Desembargador Nelson dos Santos, versou sobre o tema do dever do julgador em aplicar o princípio da fungibilidade, quando presentes os requisitos ensejadores de tal instituto. Veja-se:

“PROCESSO CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. SFH. SUSTAÇÃO DE PRAÇA. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. FUNGIBILIDADE. ART. 273, § 7º. POSSIBILIDADE. APELAÇÃO PROVIDA.

*1. O § 7º do art. 273 do Código de Processo Civil, acrescentado pela Lei n.º 10.444/02, prevê a fungibilidade entre as medidas cautelares e o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, **sendo dever do juiz, em atenção aos princípios da economia processual, instrumentalidade e efetividade do processo, aproveitar os atos processuais praticados pelo autor, deferindo pretensão de natureza cautelar, mesmo se requerida a título de antecipação da tutela, ou vice-versa.***

2. Apelação provida.”

(TRF 3ª Região, SEGUNDA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 825713 - 0020474-69.2001.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, julgado em 15/03/2005, e-DJF3 Judicial 2 DATA:02/07/2009 PÁGINA: 369) grifei.

Destarte, a resposta da indagação acima se demonstra clara, qual seja, o momento que o interesse de agir desapareceu na presente ação foi a não aplicação da fungibilidade entre o pedido cautelar e o de antecipação de tutela.

Ademais, a própria autora formulou o mencionado pedido na exordial (id nº 90228444, f. 12):

“Requer seja recebida a presente, e concedida a Liminar para fins de isenções dos impostos devidos, e se V.Exa, entender ser o caso de concessão de Tutela antecipada, aplicar o Princípio da Fungibilidade. Aceitando a presente ação com caráter satisfativo.”

No que se refere à possibilidade da fungibilidade entre os pedidos cautelares e os de natureza satisfativos, a doutrina e a jurisprudência são assentes em reconhecê-la. Confira-se o seguinte precedente:

“ADMINISTRATIVO ? CORTE DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA ? FUNGIBILIDADE ENTRE AS MEDIDAS DE URGÊNCIA ? POSSIBILIDADE ? INTERRUPTÃO DO FORNECIMENTO ? IMINÊNCIA DE PREJUÍZO A CIDADÃOS ? IMPOSSIBILIDADE DE INTERRUPTÃO.

1. Não há, no acórdão recorrido, qualquer omissão, contradição ou obscuridade, razão pela qual não foram malferidos os artigos 515 e 535 do Estatuto Processual Civil.

2. Esta Corte Superior já se manifestou no sentido da admissão da fungibilidade entre os institutos da medida cautelar e da tutela antecipada, desde que presentes os pressupostos da medida que vier a ser concedida. Precedentes.

3. O Tribunal de origem reconheceu explicitamente o perigo de danos irreparáveis à população dos Municípios Novo Hamburgo, Portão e Estância Velha, em caso de interrupção do fornecimento de energia elétrica.

4. O Superior Tribunal de Justiça, pela sua Corte Especial, tem posição firmada em vários precedentes, no sentido de que sejam preservadas, em caso de corte de energia, as unidades e serviços públicos cuja paralisação é inadmissível, como no caso em questão.

5. Embora inadimplente, a Comusa é responsável pelo abastecimento de água aos Municípios de Novo Hamburgo, Portão e Estância Velha, cuja população não pode ser prejudicada em razão da referida inadimplência.

Agravo regimental improvido.”

(AgRg no REsp 1003667/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/05/2009, DJe 01/06/2009)

Assim, pela análise dos dois pontos demonstrados acima (inadequação da via eleita com a possibilidade de reconhecimento da fungibilidade), a melhor solução para o caso vertente se funda no reconhecimento da ausência de interesse processual para a utilização da cautelar para a pretensão apresentada em juízo (adequação), porém, com o retorno dos autos à origem para a análise pelo MM. juízo *a quo* da eventual aplicação da fungibilidade, oportunizando-se à autora a emenda da inicial, para adequar aquele pedido às formalidades inerentes ao procedimento comum, inclusive, com a possibilidade de formular o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, caso assim entenda conveniente, pois o momento em que o mencionado interesse processual esvaiu-se foi a não aplicação do princípio da fungibilidade e não desde o início, conforme pleiteou a União.

Em primazia ao exame de cognição exauriente realizado em primeira instância, demonstrando a verossimilhança do direito pretendido, suspende-se a exigibilidade do crédito tributário discutido nos presentes autos, enquanto perdurar o trâmite do presente feito nesta instância recursal e pelo julgamento deste recurso de apelação, cabendo a análise de eventual manutenção do efeito concedido no juízo em que for realizada a tramitação posterior.

Ante o exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao reexame necessário e ao recurso de apelação interposto, conforme fundamentação *supra*.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO DE APELAÇÃO. REEXAME NECESSÁRIO. CAUTELAR INOMINADA. PEDIDO DE NATUREZA SATISFATIVA. FUNGIBILIDADE. DEVER DO JUIZ. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR DESDE O MOMENTO EM QUE NÃO APLICADO O INSTITUTO. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM. RECURSO DE APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO PARCIALMENTE PROVIDOS.

1. Se por um lado a ausência do interesse de agir, através da apresentação da cautelar inominada em pedido de natureza satisfativa e, que poderia apresentar a necessidade de toda a defesa franqueada no antigo procedimento ordinário, que não foi oportunizada à autoridade fazendária. Por outro lado, o caminho da extinção do feito, sem resolução do mérito *ab initio*, demonstra-se inviável.

2. É do dever do julgador em aplicar o princípio da fungibilidade, quando presentes os requisitos ensejadores de tal instituto. Precedentes (TRF 3ª Região, SEGUNDA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 825713 - 0020474-69.2001.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, julgado em 15/03/2005, e-DJF3 Judicial 2 DATA:02/07/2009 PÁGINA:369).

3. O momento que o interesse de agir desapareceu na presente ação foi a não aplicação da fungibilidade entre o pedido cautelar e o de antecipação de tutela.

4. Assim, pela análise dos dois pontos demonstrados acima (inadequação da via eleita com a possibilidade de reconhecimento da fungibilidade), a melhor solução para o caso vertente se funda no reconhecimento da ausência de interesse processual para a utilização da cautelar para a pretensão apresentada em juízo (adequação), porém, com o retorno dos autos à origem para a análise pelo MM. juízo *a quo* da eventual aplicação da fungibilidade, oportunizando-se à autora a emenda da inicial, para adequar aquele pedido às formalidades inerentes ao procedimento comum, inclusive, com a possibilidade de formular o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, caso assim entenda conveniente, pois o momento em que o mencionado interesse processual esvaiu-se foi a não aplicação do princípio da fungibilidade e não desde o início, conforme pleiteou a União.

5. Recurso de apelação e reexame necessário parcialmente providos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, DEU PARCIAL PROVIMENTO ao reexame necessário e ao recurso de apelação interposto, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000416-60.2017.4.03.6144
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: MAQUIPLAST PLASTICOS ESPECIAIS LTDA
Advogado do(a) APELADO: MARIA ISABEL PORTO ALVES BLANCO - SP207244-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000416-60.2017.4.03.6144
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: MAQUIPLAST PLASTICOS ESPECIAIS LTDA
Advogado do(a) APELADO: MARIA ISABEL PORTO ALVES BLANCO - SP207244-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial e apelação interposta pela UNIÃO FEDERAL contra sentença em que concedida a segurança nos seguintes termos:

“(…)

Uma vez reconhecido o direito à exclusão do valor do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, cabível a restituição ou a compensação do indébito vertido nos últimos cinco anos anteriores ao ajuizamento desta ação, corrigido pela taxa do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, desde a data do pagamento indevido. Eventual compensação dar-se-á com qualquer tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal (excetuadas as contribuições previdenciárias), a partir do trânsito em julgado, na forma dos artigos 170-A, do Código Tributário Nacional; 66, da Lei n. 8.383/1991; 74, da Lei n. 9.430/1996; 16 e 39 da Lei n. 9.250/1995; e 26-A da Lei n. 11.457/2007. Fica ressalvada eventual modulação de efeitos pelo Supremo Tribunal Federal.

Pelo exposto, resolvendo o mérito, com fulcro no art. 487, I, do Código de Processo Civil, julgo procedente o pedido, CONCEDENDO A SEGURANÇA e confirmando a liminar deferida, para declarar o direito da Parte Impetrante à exclusão do valor correspondente ao Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) da base de cálculo das contribuições devidas ao Programa de Integração Social (PIS) e ao Financiamento da Seguridade Social (COFINS), bem como reconhecer o direito à restituição/compensação do indébito corrigido, na forma da fundamentação, após o trânsito em julgado. " (ID 63303213 e 63303223)

A apelante requer, preliminarmente, a suspensão do feito até o julgamento dos embargos de declaração opostos pela União Federal no RE nº 574.706/PR. No mérito, defende a legalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições em questão. Sustenta que o ICMS integra o valor ou preço da operação de venda, de forma a compor também o faturamento ou receita bruta das empresas, base de cálculo do PIS e da COFINS. A comungar deste entendimento, cita os enunciados das súmulas 68 e 94 do STJ.

Afirma que o Plenário do STF, no julgamento do RE nº 212.209/RS, posicionou-se no sentido de que não há inconstitucionalidade no fato do valor de um determinado tributo fazer parte da base de cálculo do mesmo tributo ou de outro. Afirma que, estando pendentes os embargos de declaração, não há como conferir caráter definitivo ao entendimento firmado pelo STF, restando claro que o RE nº 574.706/PR não pode ser invocado para exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS. Requer a reforma da sentença, julgando-se totalmente improcedente a pretensão da impetrante (ID 63303228).

Intimada, a impetrante apresentou contrarrazões (ID 63303234), pugnando pela manutenção da sentença recorrida.

A ilustre representante do Ministério Público Federal - MPF manifestou-se pelo regular prosseguimento do feito (ID nº 71524468).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000416-60.2017.4.03.6144
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: MAQUIPLAST PLASTICOS ESPECIAIS LTDA
Advogado do(a) APELADO: MARIA ISABEL PORTO ALVES BLANCO - SP207244-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O C. Supremo Tribunal Federal, em 15.03.2017, no julgamento do RE 574.706, com repercussão geral, definiu que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, conforme acórdão publicado em 02/10/2017, *verbis*:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS.

4. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

5. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

Anote-se que as alterações posteriores perpetradas pela Lei nº 12.973/14 não têm o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido, pois, conforme entendimento sedimentado do C. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinante ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.

Considero, portanto, que as alegações do contribuinte coadunam com o atual posicionamento da Corte Suprema.

No tocante à possibilidade de modulação dos efeitos do RE 574.706, não há como suspender o feito nesta fase processual.

A regra geral relativa aos recursos extraordinários julgados com repercussão geral é de vinculação dos demais casos ao julgado e a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Destaca-se que no âmbito do próprio STF vem sendo dada eficácia ao desfecho do RE nº 574.706/PR independentemente do trânsito em julgado dessa decisão. Confirmam-se as seguintes decisões monocráticas:

Decisão: ... Cumpra observar, finalmente, no que se refere à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, após reconhecer a existência de repercussão geral da questão constitucional igualmente versada na presente causa, julgou o RE 574.706/PR, Rel. Min. CARMEN LÚCIA, nele fixando tese assim consubstanciada: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS." O exame da presente causa evidencia que o acórdão ora impugnado diverge, no ponto, da diretriz jurisprudencial que esta Suprema Corte firmou na análise da matéria em referência. Sendo assim, e tendo em consideração as razões expostas, dou parcial provimento ao recurso extraordinário, por estar o acórdão recorrido em confronto com entendimento emanado do Plenário desta Suprema Corte (RE 574.706/PR, Rel. Min. CARMEN LÚCIA), para determinar, em consequência, seja observada, pelo Tribunal "a quo", a orientação jurisprudencial em referência. Publique-se. Brasília, 21 de junho de 2017. Ministro CELSO DE MELLO Relator (RE 939742, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 21/06/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-141 DIVULG 27/06/2017 PUBLIC 28/06/2017)

Decisão: ... Quanto a possibilidade de inclusão do referido crédito presumido na base de cálculo do PIS e da COFINS, nos termos do art. 328, RISTF, determino o retorno dos autos ao Tribunal de origem para aplicação da sistemática da repercussão geral. Brasília, 26 de maio de 2017. Ministro Dias Toffoli Relator Documento assinado digitalmente(RE 1028359, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 26/05/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-114 DIVULG 30/05/2017 PUBLIC 31/05/2017)

Decisão: O Plenário desta Corte no RE 574.706, julgado sob a sistemática da repercussão geral (Tema 69), firmou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS". O acórdão do RE 574.706-RG ainda se encontra pendente de formalização e publicação, razão pela qual devem os autos retornar à origem para aplicação da tese firmada em sede de repercussão geral. Diante do exposto, com base no art. 328, parágrafo único, do RI/STF, determino o retorno dos autos à origem, a fim de que seja observada a sistemática da repercussão geral. Publique-se. Brasília, 23 de junho de 2017. Ministro Luís Roberto Barroso Relator(ARE 1054230, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 23/06/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-142 DIVULG 28/06/2017 PUBLIC 29/06/2017)

Portanto, é de ser assegurado à impetrante o direito à restituição via precatório ou compensação na via administrativa dos valores indevidamente recolhidos, observando-se a prescrição quinquenal.

Tanto a compensação como a restituição via precatório são modos de se efetuar a repetição do tributo declarado indevido, podendo o contribuinte, quando da execução do julgado, optar pela forma de repetição que lhe for mais favorável.

Nesse sentido decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça, por ocasião da análise do REsp nº 1.114.404/MG, submetido ao regime da Lei nº 11.672/08 (Lei dos Recursos Repetitivos):

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. SENTENÇA DECLARATÓRIA DO DIREITO À COMPENSAÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO. POSSIBILIDADE DE REPETIÇÃO POR VIA DE PRECATÓRIO OU REQUISIÇÃO DE PEQUENO VALOR. FACULDADE DO CREDOR. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC.

1. 'A sentença declaratória que, para fins de compensação tributária, certifica o direito de crédito do contribuinte que recolheu indevidamente o tributo, contém juízo de certeza e de definição exaustiva a respeito de todos os elementos da relação jurídica questionada e, como tal, é título executivo para a ação visando à satisfação, em dinheiro, do valor devido' (REsp n. 614.577/SC, Ministro Teori Albino Zavascki).

2. A opção entre a compensação e o recebimento do crédito por precatório ou requisição de pequeno valor cabe ao contribuinte credor pelo indébito tributário, haja vista que constituem, todas as modalidades, formas de execução do julgado colocadas à disposição da parte quando procedente a ação que teve a eficácia de declarar o indébito. Precedentes da Primeira Seção: REsp.796.064 - RJ, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 22.10.2008; EREsp. N° 502.618 - RS, Primeira Seção, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 8.6.2005; EREsp. N. 609.266 - RS, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 23.8.2006.

3. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(STJ, REsp nº 1.114.404/MG, Primeira Seção, Relator Min. Mauro Campbell Marques, j. 10.02.10, DJe 01.03.10)

Entendo que, atualmente, não há razão para inadmitir o cumprimento da obrigação de pagar quantia em sede de mandado de segurança.

Nesse sentido, acompanhei o entendimento esposado pelo e. Des. Fed. Nelton dos Santos no julgamento do processo nº 2015.61.12.003849-7:

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO.

1. O mandado de segurança é via adequada para a restituição de valores pagos indevidamente. Toda a jurisprudência clássica acerca do mandado de segurança, inclusive de estatura sumular, foi construída sob a égide dos Códigos de Processo Civil de 1939 e de 1973, que reservavam a força executiva para as sentenças condenatórias. Esse quadro começou a alterar-se ainda na vigência do CPC de 1973, que, por meio de uma de suas reformas, passou a conferir força executiva às sentenças declaratórias. O CPC de 2015 preservou esse entendimento, nada justificando, a esta altura da evolução do direito processual civil, a inviabilidade do cumprimento de sentença proferida em mandado de segurança, ainda que dela resulte obrigação de pagar quantia. É curioso, aliás, que sempre se tenha admitido essa possibilidade com relação às verbas devidas a partir da impetração e não às anteriores a ela. Hoje, não subsiste qualquer razão para inadmitir o cumprimento da obrigação de pagar quantia, máxime quando se sabe que a pessoa jurídica de direito público compõe a relação processual, direta ou indiretamente.

2. Rejeitada a preliminar de inadequação da via eleita.

3. No que tange à ausência de comprovação do pretense ato coator (não cabimento de mandado de segurança contra ato normativo geral e abstrato), nota-se que, no caso, não se trata de mandado de segurança impetrado contra a lei em tese, mas contra os efeitos concretos da norma, visto que a ausência de recolhimento da contribuição ao PIS e à COFINS, sem a inclusão do ICMS nas suas bases de cálculo, poderá acarretar a autuação pela autoridade fiscal impetrada. Rejeito, também, a preliminar de ausência de comprovação do pretense ato coator.

4. A alegação de decadência não merece ser acolhida, pois segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, não se aplica o lapso decadencial de cento e vinte dias aos mandados de segurança tendentes à compensação tributária.

5. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontrar inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

6. A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, uma vez que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

7. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e respeitando-se a prescrição quinquenal, é assegurada ao autor a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio de compensação.

8. A compensação deverá ser realizada nos termos do art. 74 da Lei nº 9.430/96 com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, observada a impossibilidade de compensação com contribuições previdenciárias. Precedentes do STJ.

9. A taxa SELIC é o índice aplicável para a correção monetária, cujo termo inicial é a data do pagamento indevido. Precedentes do STJ.

10. Remessa oficial e recurso de apelação desprovidos.

Assim, considerando que a impetrante tem a faculdade de optar pela compensação, analiso os critérios a ela aplicáveis.

O E. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Recursos Especiais nºs 1.365.095/SP e 1.715.256/SP, submetidos à sistemática dos recursos repetitivos, firmou o entendimento de que é desnecessária a exigência de provas do efetivo recolhimento do tributo e do seu montante exato, de modo que tal apreciação fica postergada para a esfera administrativa.

Na hipótese, como relatado, o contribuinte impetrou o mandado de segurança, objetivando a declaração de inexigibilidade da inclusão dos valores atinentes ao ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS, bem como o reconhecimento do direito de compensar os valores indevidamente recolhidos a tais títulos. A pretensão é meramente declaratória, não tendo a apelada postulado a efetiva investigação da liquidez e certeza dos valores indevidamente pagos.

O instituto da compensação tributária encontra-se previsto no artigo 170 do Código Tributário Nacional, segundo o qual é necessária a edição de lei para fixar os requisitos a serem cumpridos para que o contribuinte possa se valer de referido instituto.

A Lei nº 8.383/91 permitia a compensação de tributos indevidamente recolhidos com parcelas vincendas de tributos da mesma espécie (art. 66) e, posteriormente, a Lei nº 9.250, de 26/12/1995, estabeleceu a exigência de mesma destinação constitucional.

Com o advento da Lei nº 9.430/96, foi possibilitado ao contribuinte que, por meio de requerimento administrativo, fosse-lhe autorizado, pela Secretaria da Receita Federal, compensar seus créditos com quaisquer tributos e contribuições sob sua administração.

Somente com a edição da Lei nº 10.637/02, que deu nova redação ao art. 74 da Lei nº 9.430/96, permitiu-se a compensação de créditos tributários com débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Receita Federal do Brasil, independentemente do requerimento do contribuinte, ressalvadas as contribuições previdenciárias, conforme disposto no art. 41 da Instrução Normativa nº 1300/2012, da Receita Federal do Brasil.

De acordo com o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça, a compensação de tributos é regida pela lei vigente à época do ajuizamento da ação (EREsp nº 488.922/MG, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki; EREsp nº 1.018.533/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 10/12/08, DJE 09/02/09).

Assim, a compensação deverá ser efetuada com tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, nos termos do artigo 74 da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da demanda. Não obstante, nada impede que a apelada opte por realizar a compensação pela via administrativa, de acordo com a lei vigente à data do encontro de contas, desde que preenchidos os requisitos próprios, conforme jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C do CPC/1973 - REsp nº 1.137.738/SP (Tema nº 265).

Por fim, sobre o indébito tributário, incidirá correção monetária e juros apenas pela taxa SELIC, tendo em vista que esta já engloba juros e correção e, portanto, não pode ser cumulada com qualquer outro índice.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO À APELAÇÃO E À REMESSA OFICIAL.

É o voto.

Egrégia Turma.

Ouso dissentir em parte do e. relator, precisamente no ponto em que Sua Excelência entende cabível a restituição administrativa na via do mandado de segurança.

Penso, com a devida vênia, que o pleito de ressarcimento mediante tal modalidade não se harmoniza com o rito do mandado de segurança, tendo lugar, no caso, a incidência das Súmulas 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal.

Ante o exposto, dou parcial provimento à remessa oficial apenas para afastar a possibilidade de restituição do indébito fiscal, mantendo-se a compensação.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. APELAÇÃO. REMESSA OFICIAL. ICMS. BASE DE CÁLCULO. PIS. COFINS. INCONSTITUCIONALIDADE. TESE FIRMADA PELO STF EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). APLICAÇÃO NA HIPÓTESE, CONFORME PRECEDENTE DESTA C. CORTE. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. COMPENSAÇÃO. RESTITUIÇÃO VIA PRECATÓRIO. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO NÃO PROVIDAS.

1. O C. Supremo Tribunal Federal, em 15.03.2017, no julgamento do RE nº 574.706, com repercussão geral, definiu que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, conforme acórdão publicado em 02/10/2017.

2. No tocante à possibilidade de modulação dos efeitos do RE nº 574.706, não há como suspender o feito nesta fase processual, considerando que os embargos de declaração opostos não são dotados de efeito suspensivo. A regra geral relativa aos recursos extraordinários julgados com repercussão geral é de vinculação dos demais casos ao julgado e a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas. A intenção da União Federal é sobrestar o feito diante de uma mera expectativa de modulação do julgado, o que não merece guarida, uma vez que ausente previsão legal para tanto.

3. Tanto a compensação como a restituição via precatório são modos de se efetuar a repetição do tributo declarado indevido, podendo o contribuinte, quando da execução do julgado, optar pela forma de repetição que lhe for mais favorável. Nesse sentido decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça, por ocasião da análise do REsp nº 1.114.404/MG, submetido ao regime da Lei nº 11.672/08 (Lei dos Recursos Repetitivos).

4. Caso a impetrante opte pela compensação, esta deverá ser efetuada com tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, à exceção das contribuições previdenciárias, nos termos do artigo 74 da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da demanda. Nada impede, todavia, que a apelada opte por realizar a compensação pela via administrativa, de acordo com a lei vigente à data do encontro de contas, desde que preenchidos os requisitos próprios, conforme jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C do CPC/1973 - REsp nº 1.137.738/SP (Tema nº 265).

5. Apelação da União Federal e remessa oficial não providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e, por maioria, negou provimento à remessa oficial, nos termos do voto do Relator. Vencida a Juíza Federal Denise Avelar que dava parcial provimento à remessa oficial apenas para afastar a possibilidade de restituição do indébito fiscal, mantendo-se a compensação., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5003677-71.2019.4.03.6141
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO ESTADO SAO PAULO
APELADO: PRISCILA LEONIS RAMPON
Advogado do(a) APELADO: MARIANA NASCIMENTO GALINDO - SP393386-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5003677-71.2019.4.03.6141
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO ESTADO SAO PAULO
APELADO: PRISCILA LEONIS RAMPON
Advogado do(a) APELADO: MARIANA NASCIMENTO GALINDO - SP393386-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa necessária e de apelação interposta pelo Conselho Regional de Contabilidade do Estado de São Paulo contra sentença proferida em mandado de segurança que concedeu a ordem para determinar que a autoridade impetrada proceda ao registro do impetrante como Técnico em Contabilidade, desde que o único impedimento seja a necessidade de se submeter ao exame de suficiência.

Sustenta a apelante que o exercício profissional dos técnicos em contabilidade é assegurado àqueles que já possuam registro junto ao conselho respectivo antes da vigência da Lei 12.249/2010 ou os que requereram o registro até 1º de junho de 2015.

Aduz que a apelada requereu o registro após a data mencionada, o que não lhe dá direito pretendido.

Com contrarrazões.

Parecer do Ministério Público Federal pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

A questão devolvida a esta E. Corte diz respeito ao registro do técnico em contabilidade formado em data anterior à vigência da lei nº 12.249/2010.

A Lei nº 12.249/2010 deu nova redação ao art. 12 do Decreto-Lei nº 9295/1946 para restringir o exercício da profissão aos bacharéis em Ciências Contábeis e criar, ainda, um exame de suficiência: “Os profissionais a que se refere este Decreto-Lei somente poderão exercer a profissão após a regular conclusão do curso de Bacharelado em Ciências Contábeis, reconhecido pelo Ministério da Educação, aprovação em Exame de Suficiência e registro no Conselho Regional de Contabilidade a que estiverem sujeitos”.

Incluiu, ainda, o §2º, que estabelece um prazo (01/06/2015) para que os técnicos em contabilidade possam requerer o registro junto ao CRC: “Os técnicos em contabilidade já registrados em Conselho Regional de Contabilidade e os que venham a fazê-lo até 1º de junho de 2015 têm assegurado o seu direito ao exercício da profissão”.

Entretanto, a jurisprudência do STJ e desta E. Corte é firme no sentido de que aqueles que concluíram o curso de técnico em contabilidade anteriormente à vigência da Lei nº 12.249/2010 possuem direito adquirido ao registro, uma vez que à época atendiam plenamente aos requisitos para inscrição no CRC, não se lhes aplicando as exigências introduzidas pela Lei nº 12.249/2010. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE. CONTADORES E TÉCNICO EM CONTABILIDADE. CONCLUSÃO DO CURSO ANTES DA ALTERAÇÃO DO DECRETO-LEI 9.295/1946 PELA LEI 12.249/2010. REQUISITO PARA INSCRIÇÃO PREENCHIDO SOB A ÉGIDE DA LEI VIGENTE À ÉPOCA. DIREITO ADQUIRIDO. EXAME DE SUFICIÊNCIA. DISPENSA.

ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA 568/STJ.

1. Impõe-se o não conhecimento do recurso especial por ausência de prequestionamento, entendido como o necessário e indispensável exame da questão pela decisão atacada, apto a viabilizar a pretensão recursal. Incidência da Súmula 211/STJ.

2. A pretensão da agravante, no sentido de que as regras do procedimento licitatório e do contrato firmado foram alteradas unilateralmente, não pode ser avaliada nesta Corte, por demandar reexame de matéria fática e cláusulas de contrato, o que encontra óbice nas Súmulas 5 e 7/STJ.

Agravo interno improvido.

(AgInt no REsp 1589818/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/05/2016, DJe 16/05/2016)

..EMEN: ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. REGISTRO PROFISSIONAL. CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE. EXAME DE SUFICIÊNCIA. DISPENSA. CONCLUSÃO DO CURSO EM PERÍODO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI N. 12.249/2010. DIREITO ADQUIRIDO. 1. A recorrida concluiu o curso técnico em Contabilidade em 2006, antes da vigência da Lei n. 12.249/2010, que instituiu a exigência do exame de suficiência. Vale dizer, ao tempo de sua formatura, ela havia implementado os requisitos para a inscrição no respectivo conselho profissional, conforme decidido pelo Tribunal Regional. 2. No mesmo sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a referida Lei n. 12.249/2010 não retroage para atingir o direito adquirido dos que já haviam completado cursos técnicos ou superiores em Contabilidade. 3. Recurso especial a que se nega provimento. ..EMEN:

(RESP - RECURSO ESPECIAL - 1434237 2014.00.25843-3, OG FERNANDES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:02/05/2014 ..DTPB:.)

E M E N T A APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TÉCNICO DE CONTABILIDADE. REGISTRO PERANTE O CONSELHO. EXIGÊNCIAS TRAZIDAS PELA LEI 12.249/10. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE AQUELES QUE JÁ PREENCHIAM OS REQUISITOS ENTÃO PREVISTOS NO ART. 12 DO DECRETO-LEI Nº 9.295/46. RESPEITO AO DIREITO ADQUIRIDO. RECURSO PROVIDO. 1. Consoante jurisprudência do STJ, os requisitos instituídos pela Lei nº 12.249/10 para o registro profissional no conselho de contabilidade atingem somente aqueles que, à época de sua entrada em vigor, ainda não tinham alcançado a qualificação necessária para o exercício da função de técnico de contabilidade. Já qualificado o profissional e preenchidos os requisitos então previstos no art. 12 do Decreto-Lei nº 9.295/46 antes da alteração, reputa-se consolidado o direito ao exercício como técnico de contabilidade, garantindo-lhe o registro no CRC independentemente do cumprimento das exigências trazidas pela Lei nº 12.249/10. 2. Apelação provida. (ApCiv 5009892-26.2018.4.03.6100, Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, TRF3 - 6ª Turma, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 13/06/2019.)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TÉCNICO EM CONTABILIDADE. REGISTRO. CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE. EXAME DE SUFICIÊNCIA. EXIGÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. DIREITO ADQUIRIDO. 1. O exame de suficiência, criado pela Lei nº 12.249/2010, deverá ser exigido daqueles que ainda não haviam completado curso técnico ou superior em Contabilidade sob a égide da legislação pretérita. 2. No caso em tela, o ora embargante concluiu o curso de habilitação profissional de técnico em contabilidade em 1969, consoante cópia do diploma colacionada à fl. 19, exarado em 20/02/1970, sendo irrelevante que tenha solicitado o seu registro em momento posterior, uma vez que preencheu os requisitos exigidos pela legislação de regência, à época, restando consolidado, aqui, o princípio do direito adquirido, nos termos do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. 3. Com efeito, o artigo 5º, inciso XIII, da Lei Maior, estabelece ser livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. 4. Desta forma, pacífico o entendimento de que o direito discutido nos autos, incorporado ao plexo jurídico do impetrante, diante do atendimento dos requisitos do Decreto 9.295, de 27/05/1946, o qual, entre outras providências, criou o Conselho Federal de Contabilidade e definiu as atribuições da profissão de Contador, não pode ser subtraído pelas alterações promovidas pela Lei nº 12.249, de 11/06/2010. 5. Nesse exato andar o C. Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.452.996/RS, Relator Ministro SÉRGIO KUKINA, Primeira Turma, j. 03/06/2014, DJe 10/06/2014; e no REsp 1.434.237/RS, Relator Ministro OG FERNANDES, Segunda Turma, j. 08/04/2014, DJe 02/05/2014; esta E. Turma julgadora, no Ag. Legal em AI 2015.03.00.010037-8/SP, Relator Desembargador Federal ANDRE NABARRETE, Quarta Turma, j. 18/11/2015, D.E. 04/12/2015; e ainda, sobre a questão específica, esta C. Turma julgadora, na AMS 2015.61.12.003854-0/SP, Relator Juiz Federal Convocado MARCELO GUERRA, Quarta Turma, j. 20/07/2016, j. 04/08/2016. 6. Embargos de declaração acolhidos, com efeito infringentes, sanando a omissão apontada, para conceder a segurança no sentido de afastar a exigência de exame de suficiência para registro como Técnico em Contabilidade no respectivo Conselho Profissional, face ao reconhecimento do direito adquirido do impetrante, na forma aqui explicitada. (ApelRemNec 0002144-96.2016.4.03.6100, DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/04/2019.)

MANDADO DE SEGURANÇA - CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE - ARTIGO 12 DO DECRETO-LEI Nº 9.295/46 - RESOLUÇÃO CFC Nº 1.373/2011 - TÉCNICOS EM CONTABILIDADE EXAME DE SUFICIÊNCIA - LEGALIDADE DA EXIGÊNCIA. 1. O artigo 12 do Decreto-Lei nº 9.295/46 prescreve acerca da obrigatoriedade do registro no Conselho Profissional para o exercício das atividades de contabilidade, estabelecendo que todos os profissionais aos quais se refere somente poderão exercer a profissão após a conclusão do curso de Bacharelado em Ciências Contábeis, aprovação em Exame de Suficiência e inscrição no Conselho Profissional. 2. Alega, no entanto, o impetrante a desnecessidade do Exame de Suficiência para aqueles profissionais já inscritos, bem como para aqueles que viessem a registrar-se até 1º de junho de 2015. 3. Ausência de ilegalmente do ato do CRC/SP ao condicionar a inscrição do impetrante em seus quadros à aprovação no Exame de Suficiência, uma vez que tal exigência figura em lei. 4. A jurisprudência, por outro lado, é pacífica quanto à desnecessidade de se submeter ao Exame de Suficiência os profissionais inscritos no CRC antes da entrada em vigor da Lei nº 12.249/2010, bem como aqueles que solicitarem o restabelecimento de sua inscrição, desde que inscritos anteriormente à vigência da citada lei, respeitando-se os direitos adquiridos desses profissionais. Precedentes. 5. Na hipótese dos autos, o impetrante concluiu o curso de Técnico em Contabilidade em 08/11/2011, vale dizer, em data posterior à exigência da Lei 12.249/2010, devendo, assim, submeter-se ao exame de suficiência para inscrição nos quadros do Conselho Regional de Contabilidade de São Paulo. 6. Apelação parcialmente provida. (ApCiv 0022873-46.2016.4.03.6100, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/04/2018.)

RESTABELECIMENTO DE INSCRIÇÃO SEM SUBMISSÃO AO EXAME DE SUFICIÊNCIA INSTITUÍDO PELA LEI 12.249/2010. DIREITO ADQUIRIDO. IMPOSSIBILIDADE DE RETROAÇÃO DA NORMA PARA EXIGIR CONDIÇÕES NÃO IMPOSTAS À ÉPOCA. ART. 5º, XXXVI, CF. PRECEDENTES DO STJ E DESTA CORTE REGIONAL. SEGURANÇA CONCEDIDA. RECURSO PROVIDO. 1 - Cuida-se a questão posta de esclarecer eventual obrigatoriedade do impetrante de submeter-se ao exame de suficiência imposto pelo art. 12 e § 2º do Decreto-lei 9.295/46, com redação alterada pelo art. 76 da Lei 12.249/2010, e ainda em razão do disposto no art. 18

da Resolução do Conselho Federal de Contabilidade nº 130/2010, para o fim de restabelecer seu registro no CRC/SP. 2 - Na hipótese dos autos, o impetrante comprovou ter concluído o curso de Técnico em Contabilidade em 21/12/1987, vale dizer, em data muito anterior à entrada em vigor da Lei 12.249/2010, restando irrelevante o fato de ter se desfilhado do Conselho Regional de Contabilidade de São Paulo bem assim de ter extrapolado o prazo para requerer o restabelecimento de seu registro profissional, condição esta imposta por resolução administrativa, visto que o exame de suficiência criado pela Lei nº 12.249/2010 não pode retroagir para alcançar o direito dos que já haviam completado curso técnico ou superior em Contabilidade sob a égide da legislação pretérita, em atenção ao princípio consagrado no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal. 3 - Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte Regional. 4 - Demonstrando o direito líquido e certo do impetrante de restabelecer sua inscrição no CRC/SP sem ter que se submeter ao exame de suficiência exigido pela Lei 12.249/2010, impõe-se a reforma da sentença e a concessão da segurança pleiteada. 5 - Apelação provida.

(ApCiv 0001995-87.2013.4.03.6106, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/07/2017.)

Ante o exposto, nego provimento à remessa necessária e à apelação.

É o voto.

EMENTA

APELAÇÃO. REMESSA NECESSÁRIA. ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO ESTADO DE SÃO PAULO. TÉCNICO EM CONTABILIDADE. CONCLUSÃO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 12.249/2010. DIREITO ADQUIRIDO. NÃO SUBMISSÃO ÀS EXIGÊNCIAS INSTITUÍDAS PELA NOVA REDAÇÃO DADA AO ART. 12 DO DECRETO 9.295/1946 PELA LEI 12.249/2010. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO DESPROVIDAS.

1. A questão devolvida a esta E. Corte diz respeito ao registro do técnico em contabilidade formado em data anterior à vigência da lei nº 12.249/2010.
2. A Lei nº 12.249/2010 deu nova redação ao art. 12 do Decreto-Lei nº 9295/1946 para restringir o exercício da profissão aos bacharéis em Ciências Contábeis e criar, ainda, um exame de suficiência: “Os profissionais a que se refere este Decreto-Lei somente poderão exercer a profissão após a regular conclusão do curso de Bacharelado em Ciências Contábeis, reconhecido pelo Ministério da Educação, aprovação em Exame de Suficiência e registro no Conselho Regional de Contabilidade a que estiverem sujeitos”.
3. Incluiu, ainda, o §2º, que estabelece um prazo (01/06/2015) para que os técnicos em contabilidade possam requerer o registro junto ao CRC: “Os técnicos em contabilidade já registrados em Conselho Regional de Contabilidade e os que venham a fazê-lo até 1º de junho de 2015 têm assegurado o seu direito ao exercício da profissão”.
4. Entretanto, a jurisprudência do STJ e desta E. Corte é firme no sentido de que aqueles que concluíram o curso de técnico em contabilidade anteriormente à vigência da Lei nº 12.249/2010 possuem direito adquirido ao registro, uma vez que à época atendiam plenamente aos requisitos para inscrição no CRC, não se lhes aplicando as exigências introduzidas pela Lei nº 12.249/2010. Precedentes (AgInt no REsp 1589818/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/05/2016, DJe 16/05/2016 / RESP - RECURSO ESPECIAL - 1434237 2014.00.25843-3, OG FERNANDES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:02/05/2014 ..DTPB.: / ApCiv 5009892-26.2018.4.03.6100, Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, TRF3 - 6ª Turma, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 13/06/2019. / ApelRemNec 0002144-96.2016.4.03.6100, DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/04/2019. / ApCiv 0022873-46.2016.4.03.6100, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/04/2018. / ApCiv 0001995-87.2013.4.03.6106, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/07/2017.)
5. Apelação e remessa necessária desprovidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa necessária e à apelação. , nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5031206-28.2018.4.03.6100

(AIRES - AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL - 1615620 2016.01.91946-5, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:06/03/2017 ..DTPB:.)

..EMEN: ADMINISTRATIVO. EXERCÍCIO PROFISSIONAL. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. COBRANÇA DE ANUIDADE DE FILIAL LOCALIZADA NA MESMA JURISDIÇÃO DA MATRIZ. CAPITAL SOCIAL DESTACADO. AVERIGUAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. 1. Esta Corte Superior de Justiça, no julgamento do REsp 1.110.152, DJe 8.9.2009, de relatoria da Ministra Eliana Calmon, firmou entendimento de que é legítima a cobrança de anuidades, pelo órgão de classe, das filiais que tiverem capital social destacado de sua matriz, nos termos do que dispõe o § 4º do art. 1º do Decreto 88.147/1983. 2. No presente caso, o Tribunal a quo não se manifestou a respeito da existência ou não de capital social destacado. Assim, para averiguar a existência de tal requisito, seria necessário o reexame da matéria fático probatória, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ. 3. Agravo regimental não provido. ..EMEN:

(AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 1572116 2015.03.08870-0, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:29/02/2016 ..DTPB:.)

No mesmo sentido, vejam-se os precedentes desta E. Corte:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO COLETIVA PROPOSTA POR SINDICATO: DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO EXPRESSA E DE APRESENTAÇÃO DE RELAÇÃO NOMINAL DE INTEGRANTES DA CLASSE SUBSTITUÍDA. ART. 1º, PARÁGRAFO ÚNICO, LEI Nº 7.347/85: RESTRIÇÃO APLICÁVEL APENAS À AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL, QUE ESTÁ DEVIDAMENTE INSTRUÍDA COM DOCUMENTOS INDISPENSÁVEIS À PROPOSITURA DA AÇÃO. EXIGÊNCIA DE ANUIDADE DE FILIAIS LOCALIZADAS NA MESMA "JURISDIÇÃO" A QUE SE SUBMETE A EMPRESA MATRIZ: POSSIBILIDADE DESDE QUE HAJA CAPITAL SOCIAL DESTACADO. LEI Nº 12.514/2011 (ARTS. 5º E 6º). PRECEDENTE DO STJ. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA, COM IMPOSIÇÃO DE SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. 1. Os sindicatos, na qualidade de substitutos processuais (art. 8º, III, da CF), têm ampla legitimidade para defender em juízo os interesses da categoria, independentemente de autorização expressa, sendo dispensada a apresentação de relação nominal de integrantes da classe substituída. 2. A legitimidade ativa sindical para ação coletiva em sede de matéria tributária é admitida pelo STJ (REsp 782.961/RJ 2005/0156157-7, Relator Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 26/09/2006, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 23.11.2006 p. 225). No âmbito do STF entende-se que a legitimidade ad causam conferida aos sindicatos é a mais ampla possível, desde que referente a direitos subjetivos individuais e coletivos dos integrantes da categoria por ele representada (RE 210.029, Rel. p/ o ac. Ministro JOAQUIM BARBOSA, julgamento em 12/6/2006, Plenário, DJ de 17/8/2007). Não se aplica, in casu, o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 7.347/85, porquanto é norma restrita às ações civis públicas (APELREEX 00142575820114036100, DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:20/04/2017, APELREEX 00148144520114036100, DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:15/07/2016). 3. A preliminar de inépcia da inicial por falta de comprovação, pelo autor, de fato constitutivo de seu direito, na verdade diz respeito ao mérito. Ademais, a petição inicial não padece de vício e foi instruída com os documentos indispensáveis à sua propositura. Trata-se de ação coletiva proposta por sindicato em defesa da categoria, sendo suficiente que o autor comprove que algumas das farmácias do Estado de São Paulo foram atingidas pela Deliberação nº 142/2011 do CRF/SP. 4. O Superior Tribunal de Justiça, à luz da Lei nº 12.514/2011, reafirmou entendimento no sentido de que o órgão de classe só pode cobrar anuidade das filiais que tiverem capital social destacado em relação ao de sua matriz. 5. In casu, o CRF/SP, em contestação, alega que a cobrança é feita apenas em relação às filiais que tenham capital social destacado da matriz. Porém, por se tratar de ação coletiva e diante da impossibilidade da confirmação de referida informação em relação a todas as filiais de farmácias no Estado de São Paulo, é preciso que a sentença seja parcialmente mantida para impedir a exigência da anuidade das filiais que, instaladas na jurisdição do CRF/SP, não tenham capital destacado da matriz. 6. Sucumbência recíproca (art. 21, caput, CPC/73). 7. Apelação parcialmente provida.

(ApCiv 0006108-39.2012.4.03.6100, DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/03/2018.)

ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. COBRANÇA DE ANUIDADES DE FILIAIS DE FARMÁCIA. IMPOSSIBILIDADE. ART. 6º, INCISO III DA LEI Nº 12.514/2011. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL EXPRESSA SOBRE O RECOLHIMENTO DA CONTRIBUIÇÃO PARA AS FILIAIS. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 150, I, CF. APELAÇÃO DESPROVIDA. 1. A questão trazida aos autos refere-se à possibilidade de a empresa autora, ora apelada, obter a manutenção da inscrição de sua filial junto ao Conselho Regional de Farmácia, independentemente do pagamento de taxa de anuidade. 2. Preliminarmente, cumpre esclarecer que, de fato, não há previsão legal expressa sobre a legalidade da cobrança de anuidades de filiais por parte dos Conselhos Profissionais. Cedição é, pois, que a Lei nº 12.514/2011 prevê a cobrança de anuidade pelos conselhos, cujo fato gerador se dá pela existência de inscrição junto ao conselho, a qual será cobrada de acordo com o capital social da pessoa jurídica, independentemente do número de estabelecimentos ou filiais. 3. Assim, consoante se extrai da inteligência do art. 6º, inciso III, da supracitada lei, atualmente em vigor, instituiu-se que a cobrança da anuidade varia conforme o capital social da pessoa jurídica, independentemente do número de filiais ou de estabelecimentos. 4. Dessa sorte, não havendo previsão legal expressa sobre o recolhimento da contribuição para as filiais, mas atendo-se a lei apenas a questão do capital social, não pode decreto ou regulamento criar a obrigação tributária por analogia, sob pena de desrespeitar o princípio da legalidade tributária, disposto no artigo 150, inciso I, da Constituição Federal, que dispõe: "Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça". 5. Portanto, considerando que a lei não é expressa ao prever a cobrança da anuidade das filiais, infere-se que tais anuidades não podem ser exigidas pelo respectivo Conselho. 6. Precedente dessa Corte. AMS 01496971319804036100, JUIZ CONVOCADO EM AUXÍLIO MIGUEL DI PIERRO, TRF3 - SEXTA TURMA, DJU DATA:26/08/2005. 7. Apelação desprovida.

(ApCiv 0001096-90.2012.4.03.6117, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/05/2017.)

Trata-se de *conditio sine qua non* para a cobrança de anuidades, portanto, a existência de capital social destacado, o que não se verifica no caso em tela, conforme documentos acostados.

Por fim, note-se que manter responsável técnico farmacêutico é obrigação diversa do pagamento de anuidades, essa sim exigível de qualquer estabelecimento que explore serviços para os quais são necessárias atividades de profissional farmacêutico, nos termos do art. 24 da Lei nº 3.820/1960.

Ante o exposto, NEGÓ PROVIMENTO à apelação.

É o voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO. COBRANÇA DE ANUIDADES. FILIAL. INEXISTÊNCIA DE CAPITAL SOCIAL DESTACADO. EXIGÊNCIA OPOSTIVA SOMENTE À MATRIZ. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. A questão devolvida a esta E. Corte diz respeito à possibilidade de cobrança de anuidades da filial de empresa que exerce atividades sujeitas à fiscalização do CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

2. O art. 22, parágrafo único, da Lei nº 3.820/1960, estabelece que "as empresas que exploram serviços para os quais são necessárias atividades profissionais farmacêuticas estão igualmente sujeitas ao pagamento de uma anuidade, incidindo na mesma mora de 20% (vinte por cento), quando fora do prazo".

3. Conforme previsão do art. 3º da Lei nº 12.514/2011, aplicam-se as previsões dessa Lei quanto à fixação do valor das anuidades quando a lei específica não especificar valores, mas delegar a fixação para o próprio conselho, caso da Lei nº 3.820/1960. Nesse sentido, estabelece o art. 6º, III, que as anuidades cobradas pelo Conselho obedecerão, "para pessoas jurídicas, conforme o capital social, os seguintes valores máximos: a) até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais): R\$ 500,00 (quinhentos reais); b) acima de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e até R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais): R\$ 1.000,00 (mil reais); c) acima de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) e até R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais): R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais); d) acima de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) e até R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais): R\$ 2.000,00 (dois mil reais); e) acima de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) e até R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais): R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais); f) acima de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) e até R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais): R\$ 3.000,00 (três mil reais)".

4. A recente jurisprudência do STJ é no sentido de que o CRF somente pode cobrar anuidade das filiais localizadas na mesma jurisdição da matriz se elas apresentarem capital social destacado. No mesmo sentido é a jurisprudência desta E. Corte. Precedentes (AIRES - AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL - 1615620 2016.01.91946-5, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:06/03/2017 ..DTPB /

AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 1572116 2015.03.08870-0, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:29/02/2016 ..DTPB.: / ApCiv 0006108-39.2012.4.03.6100, DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/03/2018. /

ApCiv 0001096-90.2012.4.03.6117, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/05/2017.)

5. Trata-se de conditio sine qua non para a cobrança de anuidades, portanto, a existência de capital social destacado, o que não se verifica no caso em tela, conforme documentos acostados.

6. Por fim, note-se que manter responsável técnico farmacêutico é obrigação diversa do pagamento de anuidades, essa sim exigível de qualquer estabelecimento que explore serviços para os quais são necessárias atividades de profissional farmacêutico, nos termos do art. 24 da Lei nº 3.820/1960.

7. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5004475-29.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

PARTE AUTORA: ABBAS MOHAMAD DIAB

Advogado do(a) PARTE AUTORA: ELLEN CRISTINA DE SOUSA DIAS DA SILVA - SP222854-A

PARTE RE: DELEGADO DA POLICIA FEDERAL DE IMIGRACAO - DELEMIG, UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5004475-29.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

PARTE AUTORA: ABBAS MOHAMAD DIAB

Advogado do(a) PARTE AUTORA: ELLEN CRISTINA DE SOUSA DIAS DA SILVA - SP222854-A

PARTE RÉ: DELEGADO DA POLICIA FEDERAL DE IMIGRACAO - DELEMIG, UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial interposta contra sentença que concedeu parcialmente a ordem pleiteada em mandado de segurança impetrado por Abbas Mohamad Diab, objetivando que seja processado e deferido o seu pedido de permanência definitiva no Brasil, nos termos da Lei 11.961/09.

O Ministério Público Federal manifesta-se pelo desprovimento do reexame necessário, mantendo-se a sentença que determinou a reabertura de prazo de 90 dias para que o impetrante apresente a documentação apta a comprovar os requisitos exigidos pela Lei 11.961/09 para obtenção da permanência definitiva do Brasil, devendo, em seguida, com base nas novas provas, a autoridade impetrada decidir a respeito.

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5004475-29.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

PARTE AUTORA: ABBAS MOHAMAD DIAB

Advogado do(a) PARTE AUTORA: ELLEN CRISTINA DE SOUSA DIAS DA SILVA - SP222854-A

PARTE RÉ: DELEGADO DA POLICIA FEDERAL DE IMIGRACAO - DELEMIG, UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A questão posta nos autos diz respeito a processamento de pedido permanência definitiva de estrangeiro no Brasil.

É sabido que a Lei 11.961/2009 ofereceu anistia aos estrangeiros em situação irregular e que tenham adentrado ao território nacional até o dia 01/02/2009, permitindo-lhe requerer a residência provisória no Brasil. *Verbis*:

Art. 1o Poderá requerer residência provisória o estrangeiro que, tendo ingressado no território nacional até 1o de fevereiro de 2009, nele permaneça em situação migratória irregular.

(...)

Art. 4o O requerimento de residência provisória deverá ser dirigido ao Ministério da Justiça até 180 (cento e oitenta) dias após a publicação desta Lei, obedecendo ao disposto em regulamento, e deverá ser instruído com:

I - Comprovante original do pagamento da taxa de expedição de Carteira de Identidade de Estrangeiro - CIE, em valor correspondente a 25% (vinte e cinco por cento) do fixado para expedição de 1a (primeira) via de Carteira de Identidade de Estrangeiro Permanente;

II - Comprovante original do pagamento da taxa de registro;

III - Declaração, sob as penas da lei, de que não responde a processo criminal ou foi condenado criminalmente, no Brasil e no exterior;

IV - Comprovante de entrada no Brasil ou qualquer outro documento que permita à Administração atestar o ingresso do estrangeiro no território nacional até o prazo previsto no art. 1o desta Lei; e

V - Demais documentos previstos em regulamento.

Com efeito, o mesmo diploma legal previu a possibilidade de posterior requerimento para transformação do visto de residência provisória em visto de residência permanente. Observa-se:

Art. 7o No prazo de 90 (noventa) dias anteriores ao término da validade da CIE, o estrangeiro poderá requerer sua transformação em permanente, na forma do regulamento, devendo comprovar:

I - Exercício de profissão ou emprego lícito ou a propriedade de bens suficientes à manutenção própria e da sua família;

II - Inexistência de débitos fiscais e de antecedentes criminais no Brasil e no exterior; e

III - Não ter se ausentado do território nacional por prazo superior a 90 (noventa) dias consecutivos durante o período de residência provisória.

No caso dos autos, o impetrante informa que é nacional do Líbano e reside no Brasil desde 04.04.1998.

Verifica-se foi solicitada a permanência provisória em território nacional, com fundamento na Lei 11.961/09, em 15.10.2009, a qual restou indeferida. Posteriormente, por ocasião de pedido de reconsideração, foi requerida também a transformação da residência provisória em permanente.

Ocorre que, conforme bem assinalou o juiz sentenciante e o membro do Ministério Público, não há comprovação de que o demandante teria sido devidamente notificado, em sede recursal, acerca da determinação de apresentação de novos documentos comprobatórios de sua estadia regular no Brasil.

Portanto, depreende-se que o impetrante não teve conhecimento do indeferimento definitivo de seu pedido, na seara extrajudicial.

Diante da possível violação ao devido processo legal administrativo, é de rigor a reabertura do processo administrativo, assegurando-se seu prosseguimento com observância do contraditório e ampla defesa.

Por fim, assevera-se que a regularização da presença de estrangeiros em território nacional é sempre medida que diz respeito ao interesse público.

É de ser mantida a sentença.

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ESTRANGEIRO. CONVERSÃO DE PERMANÊNCIA PROVISÓRIA EM PERMANENTE. DEVIDO PROCESSO LEGAL ADMINISTRATIVO. REMESSA OFICIAL DESPROVIDA.

1. A questão posta nos autos diz respeito a processamento de pedido permanência definitiva de estrangeiro no Brasil.

2. É sabido que a Lei 11.961/2009 ofereceu anistia aos estrangeiros em situação irregular e que tenham adentrado ao território nacional até o dia 01/02/2009, permitindo-lhe requerer a residência provisória no Brasil. O mesmo diploma legal previu a possibilidade de posterior requerimento para transformação do visto de residência provisória em visto de residência permanente.

3. No caso dos autos, o impetrante informa que é nacional do Líbano e reside no Brasil desde 04.04.1998.

4. Verifica-se foi solicitada a permanência provisória em território nacional, com fundamento na Lei 11.961/09, em 15.10.2009, a qual restou indeferida. Posteriormente, por ocasião de pedido de reconsideração, foi requerida também a transformação da residência provisória em permanente.

5. Não há comprovação de que o demandante teria sido devidamente notificado, em sede recursal, acerca da determinação de apresentação de novos documentos comprobatórios de sua estadia regular no Brasil. Depreende-se que o impetrante não teve conhecimento do indeferimento definitivo de seu pedido, na seara extrajudicial.

6. Diante da possível violação ao devido processo legal administrativo, é de rigor a reabertura do processo administrativo, assegurando-se seu prosseguimento com observância do contraditório e ampla defesa.

7. Remessa oficial desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5009016-67.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: REFRICON MERCANTIL LTDA.

Advogados do(a) AGRAVANTE: RODRIGO ANDRES GARRIDO MOTTA - SP161563-A, RITA DE CASSIA CECHIN

BONO - SP167247-A, BRAULIO DA SILVA FILHO - SP74499-A, KENNYTI DAIJO - SP175034

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Refricon Mercantil Ltda., em face de decisão que indeferiu a concessão de tutela provisória antecipada de urgência, pleiteada no bojo de mandado de segurança (autos nº 5001003-18.2020.4.03.6002).

A recorrente pretende ver aplicado a seu caso o entendimento formulado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706/PR, garantindo-lhe o direito de recolher PIS e COFINS sem a inclusão em suas bases de cálculo de ICMS faturado, isto é, aquele destacado nas notas fiscais.

Requer a atribuição de efeito suspensivo ao presente recurso, bem como a antecipação dos efeitos da tutela provisória de urgência para, em liminar, determinar-se à União Federal que se abstenha do recolhimento do tributo indevido.

Com contraminuta, os autos vieram conclusos.

É o relatório.

Decido.

A tutela provisória de urgência, em sua modalidade antecipada, objetiva adiantar a satisfação da medida pleiteada, garantindo a efetividade do direito material discutido. Para tanto, nos termos do art. 300 do atual Código de Processo Civil, exige-se, cumulativamente, a demonstração da probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) e do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*).

No caso dos autos, reputa-se demonstrada a verossimilhança das alegações do recorrente, inclusive quanto ao perigo de dano, visto que a Administração Tributária ainda entende que o ICMS compõe o conceito de faturamento de pessoa jurídica, para fins de arrecadação das contribuições sociais em tela.

É sabido que o C. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 574.706/PR, reafirmou sua posição anterior e definiu, com repercussão geral, que o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS. *Verbis*:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. *Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.*

2. *A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.*

3. *O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS.*

4. *Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.*

5. *Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.*

(RE 574706, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Com efeito, considerando-se o regime da não cumulatividade do ICMS e toda a sistemática de seu recolhimento, tem-se entendido que o ICMS a ser excluído base de cálculo do PIS e da COFINS é aquele que corresponde aos valores destacados em nota fiscal, isto é, resultante de toda cadeia de comercialização, e não apenas o que já tenha sido efetivamente recolhido aos cofres públicos. Nesse sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA – TUTELA PROVISÓRIA. STF – RE Nº 574.706. ICMS – BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS – EXCLUSÃO. ICMS DESTACADO NAS NOTAS FISCAIS.

1. *A jurisprudência tem se pautado na possibilidade do julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático. A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706 por ocasião da apreciação dos embargos de declaração consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.*

2. *No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.*

3. *Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.*

4. *Agravo de instrumento provido.*

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5000823-63.2020.4.03.0000, Rel. Juiz Federal Convocado na Titularidade Plena LEILA PAIVA MORRISON, julgado em 16/04/2020, Intimação via sistema DATA: 23/04/2020)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS E DO PIS. ILEGALIDADE. STF. RE 574.706/PR. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 069. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. APURAÇÃO CONFORME OS VALORES DESTACADOS NA NOTA FISCAL. OMISSÃO. OCORRÊNCIA.

1. Ao apreciar o tema no âmbito do RE 574.706/PR-RG (Rel. Min. Cármen Lúcia), o E. STF firmou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS."

(...)

5. Na ocasião do julgamento do RE n. 574.706, a Ministra Cármen Lúcia enfrentou diretamente essa questão, consignando que o ICMS a ser excluído não é o ICMS "pago" ou "recolhido", mas o ICMS destacado na nota fiscal, litteris: "Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na 'fatura' é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior; em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições. (...) Toda essa digressão sobre a forma de apuração do ICMS devido pelo contribuinte demonstra que o regime da não cumulatividade impõe concluir; embora se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, todo ele, não se inclui na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal, pelo que não pode ele compor a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. (...) Contudo, é inegável que o ICMS respeita a todo o processo e o contribuinte não inclui como receita ou faturamento o que ele haverá de repassar à Fazenda Pública. Com esses fundamentos, concluo que o valor correspondente ao ICMS não pode ser validamente incluído na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

6. Assim sendo, repise-se, tem a impetrante o direito de excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS o valor integral do ICMS destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias do seu estabelecimento, inclusive após o advento da Lei nº 12.973/2014.

(...)

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5002156-88.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, julgado em 15/06/2020, Intimação via sistema DATA: 17/06/2020)

Por fim, a despeito da possibilidade de eventual modulação de efeitos por não ter a demanda transitado em julgado, pondera-se que o entendimento vem sendo tranquilamente aplicado pela jurisprudência, inclusive no âmbito dos órgãos fracionários do próprio C. Supremo Tribunal Federal. *Verbis*:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. RECENTE POSICIONAMENTO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL (RE 574.706/PR). AGRAVO INTERNO DA FAZENDA NACIONAL DESPROVIDO.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 574.706/PR, em repercussão geral, Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, entendeu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do Contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da Seguridade Social.

2. A existência de precedente firmado sob o regime de repercussão geral pelo Plenário do STF autoriza o imediato julgamento dos processos com o mesmo objeto, independentemente do trânsito em julgado do paradigma. Precedentes: RE 1.006.958 AgR-ED-ED, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Dje 18.9/2017; ARE 909.527/RS-AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe de 30.5.2016.

3. *Agravo Interno da Fazenda Nacional desprovido.* (sem grifos no original)

(AgInt no AREsp 282.685/CE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/02/2018, DJe 27/02/2018)

Verifica-se, portanto, a satisfação dos requisitos legais para a concessão da tutela provisória de urgência antecipada.

Ante o exposto, defiro a liminar.

Intimem-se as partes, com urgência.

Comunique-se ao juízo de origem.

Após, adotem-se as providências necessárias para julgamento.

Publique-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5009367-74.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: GALLWAY PROJETOS E ENERGIA LTDA., GALLWAY EMPREENDIMENTOS E PARTICIPACOES LTDA., ENERGETICA SERRA DA CARIOCA LTDA., ENERGETICA SERRA DA CARIOCA II LTDA., CENTRAIS ELETRICAS BELEM S/A

Advogado do(a) AGRAVANTE: DIOGO LUIZ ARAUJO DE BENEVIDES COVELLO - DF40499

Advogado do(a) AGRAVANTE: DIOGO LUIZ ARAUJO DE BENEVIDES COVELLO - DF40499

Advogado do(a) AGRAVANTE: DIOGO LUIZ ARAUJO DE BENEVIDES COVELLO - DF40499

Advogado do(a) AGRAVANTE: DIOGO LUIZ ARAUJO DE BENEVIDES COVELLO - DF40499

Advogado do(a) AGRAVANTE: DIOGO LUIZ ARAUJO DE BENEVIDES COVELLO - DF40499

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5009367-74.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: GALLWAY PROJETOS E ENERGIA LTDA., GALLWAY EMPREENDIMENTOS E PARTICIPACOES LTDA., ENERGETICA SERRA DA CARIOCA LTDA., ENERGETICA SERRA DA CARIOCA II LTDA., CENTRAIS ELETRICAS BELEM S/A

Advogado do(a) AGRAVANTE: DIOGO LUIZ ARAUJO DE BENEVIDES COVELLO - DF40499

Advogado do(a) AGRAVANTE: DIOGO LUIZ ARAUJO DE BENEVIDES COVELLO - DF40499

Advogado do(a) AGRAVANTE: DIOGO LUIZ ARAUJO DE BENEVIDES COVELLO - DF40499

Advogado do(a) AGRAVANTE: DIOGO LUIZ ARAUJO DE BENEVIDES COVELLO - DF40499

Advogado do(a) AGRAVANTE: DIOGO LUIZ ARAUJO DE BENEVIDES COVELLO - DF40499

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Gallway Projetos e Energia Ltda., Gallway Empreendimentos e Participações Ltda., Energética Serra da Carioca Ltda., Energética Serra da Carioca II Ltda. e Centrais Elétricas Belém S/A em face de decisão que não recebeu embargos à execução fiscal no efeito suspensivo.

Argumentam primeiramente que, em contrariedade ao que ponderou o Juízo de Origem, chegaram a pedir a concessão de efeito suspensivo aos embargos à execução, como se pode deduzir do requerimento de suspensão da penhora.

Alegam, de qualquer modo, que protocolaram petição de aditamento, na qual requereram expressamente a suspensão do processo executivo.

Sustentam que os créditos tributários no valor de R\$ 94.594.498,89 estão garantidos. Explicam que a penhora incidiu sobre imóveis, créditos, ativos financeiros e veículos automotores avaliados em R\$ 112.940.361,63.

Esclarecem que a avaliação dos imóveis feita pelo oficial de justiça não pode prevalecer, seja porque se baseou no valor venal dos prédios – distante do preço real –, seja porque não veio acompanhada de pesquisa de campo, desconsiderando o potencial de exploração mineral de duas glebas (matrículas n. 19.300 e 19.301).

Afirmam que o próprio oficial de justiça reconheceu a fragilidade da avaliação, ao ressaltar a possibilidade de conclusão diferente por conhecimento especializado.

Acrescentam que o reconhecimento da garantia integral dos créditos tributários é necessário para impedir reforço de penhora no processo executivo. Ponderam que, no mínimo, deve haver avaliação judicial antes da ampliação da construção.

Concluem que a suficiência da penhora, aliada à probabilidade do direito e ao perigo da demora, justifica o recebimento dos embargos no efeito suspensivo.

O agravo tramitou sem antecipação de tutela recursal.

A União apresentou resposta ao recurso.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5009367-74.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: GALLWAY PROJETOS E ENERGIA LTDA., GALLWAY EMPREENDIMENTOS E PARTICIPACOES LTDA., ENERGETICA SERRA DA CARIOCA LTDA., ENERGETICA SERRA DA CARIOCA II LTDA., CENTRAIS ELETRICAS BELEM S/A

Advogado do(a) AGRAVANTE: DIOGO LUIZ ARAUJO DE BENEVIDES COVELLO - DF40499

Advogado do(a) AGRAVANTE: DIOGO LUIZ ARAUJO DE BENEVIDES COVELLO - DF40499

Advogado do(a) AGRAVANTE: DIOGO LUIZ ARAUJO DE BENEVIDES COVELLO - DF40499

Advogado do(a) AGRAVANTE: DIOGO LUIZ ARAUJO DE BENEVIDES COVELLO - DF40499

Advogado do(a) AGRAVANTE: DIOGO LUIZ ARAUJO DE BENEVIDES COVELLO - DF40499

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A pretensão recursal não procede.

Em primeiro lugar, Gallway Projetos e Energia Ltda., Gallway Empreendimentos e Participações Ltda., Energética Serra da Carioca Ltda., Energética Serra da Carioca II Ltda. e Centrais Elétricas Belém S/A sequer pediram a concessão de efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal na petição inicial. Requereram apenas a outorga de tutela de urgência, que não é literalmente aplicável àquela ação, devido à necessidade de garantia do crédito, sem que bastem a probabilidade do direito e o perigo da demora (artigos 300, *caput*, e 919, §1, do CPC).

Pode-se dizer que a tutela de urgência aplicável aos embargos do devedor contém a garantia da execução como requisito, diferentemente da modalidade geral, em que a caução exerce papel de contracautela, de equilíbrio da relação processual (artigo 300, §1, do CPC).

O fato de os devedores haverem requerido a suspensão da penhora não modifica a conclusão. A medida condiz mais com o perigo da demora, com o receio de expropriação patrimonial. A garantia da execução não diz respeito à suspensão da penhora, mas à própria existência do ato constitutivo, em nível suficiente para cobrir os créditos tributários.

As pessoas jurídicas, portanto, não formularam o pedido apropriado nos embargos do devedor. Naturalmente não poderiam ter feito o requerimento diretamente no agravo de instrumento, já que a medida extrapolaria o conteúdo da decisão interlocutória, com supressão de instância e violação da devolução restrita do recurso instrumental.

Se as partes chegaram a aditar a petição inicial, cabe ao Juízo de Origem analisar o novo pedido. O aditamento envolve a petição inicial dos embargos e não o agravo de instrumento interposto contra decisão proferida antes dele.

Em segundo lugar, o perigo da demora não está presente. A simples constrição executiva não é suficiente para consumá-lo, sob pena de toda e qualquer execução restar suspensa. A legislação processual exige logicamente um risco diferenciado, que extravase a onerosidade patrimonial inerente ao processo executivo.

Gallway Projetos e Energia Ltda., Gallway Empreendimentos e Participações Ltda., Energética Serra da Carioca Ltda., Energética Serra da Carioca II Ltda. e Centrais Elétricas Belém S/A não exerceram esse ônus, limitando-se a indicar genericamente o perigo da demora, sem que tivessem demonstrado especificamente os impactos que a expropriação dos imóveis, veículos automotores e recebíveis traria para a subsistência da atividade econômica.

Ademais, como se explicará na fundamentação seguinte, o procedimento de expropriação dos bens penhorados não atingiu fase crítica aos interesses dos executados. Uma parte dos ativos ainda não foi avaliada (imóveis urbanos, veículos automotores e recebíveis) e a outra recebeu uma avaliação que os devedores pretendem impugnar (imóveis rústicos), com a eventual necessidade de intervenção de especialista.

Enquanto não se formalizar a impugnação do laudo do oficial de justiça e não se promover a avaliação total, com possibilidade de nova impugnação pelos executados, o processo executivo não abrigará ato de expropriação que consubstancia o perigo da demora (alienação, adjudicação ou apropriação de frutos), segundo o artigo 875 do CPC.

E, em terceiro lugar, a análise da garantia da execução fiscal se mostra precipitada. O oficial de justiça não avaliou todos os bens penhorados; fê-lo somente em relação aos imóveis rurais situados na Comarca de Vargem Grande do Sul – SP (matrículas n. 19.300, 19.301, 16.814, 6.663, 3.775 e 3.776).

Os prédios situados no Município de São Paulo (matrículas n. 13.342, 147.595, 169.145 e 50.382), os veículos automotores e os recebíveis estão pendentes de avaliação e não podem servir ainda de parâmetro para a cobertura do crédito e a suspensão do processo executivo, principalmente diante de título executivo provido de presunção de certeza e liquidez (artigo 3º da Lei n. 6.830 de 1980).

A consulta do valor venal dos imóveis urbanos e da tabela FIPE não exerce influência. Além de os preços médios dos prédios nem estarem disponíveis no agravo, ainda não se sabe o estado de cada bem imóvel e veículo automotor, de modo que o acatamento da estimativa feita pelos devedores se revela precoce e frágil para uma medida tão drástica quanto a suspensão de cobrança de Dívida Ativa da Fazenda Pública.

A mesma ponderação se aplica ao ativo de maior valor estimado pelas pessoas jurídicas e cuja influência é decisiva para a cobertura de créditos tributários na importância de R\$ 94.594.498,89: recebíveis decorrentes de penhora no rosto dos autos n. 1054920-39.2016.8.26.0100 e 1058917-93.2017.8.26.0100, em trâmite na Justiça Estadual de São Paulo.

Embora os avaliem em R\$ 44.707.744,50, cuja atualização para abril de 2019 levaria à quantia de R\$ 71.608.625,41, o mandado de penhora e os documentos juntados não comprovam que o crédito atinja realmente esse montante. Há a juntada de simples extrato de movimentação processual, sem indicação do bem jurídico em discussão.

A ausência de material inviabiliza naturalmente a conclusão sobre garantia integral, ainda mais com aquela magnitude.

Mesmo a avaliação dos imóveis rurais não pode ser decidida no sentido dos interesses dos devedores. Se a estimativa do oficial de justiça não considerou o potencial produtivo das glebas de matrículas n. 19.300 e 19.301 (Fazenda “Graminha”), segundo o laudo de avaliação de reserva mineral, a impugnação dos executados deve ser formalizada na execução fiscal, com a eventual necessidade de avaliação técnica (artigo 13 da Lei n. 6.830 de 1980 e artigo 870, parágrafo único, do CPC).

Enquanto não se formaliza a impugnação e não sobrevém conhecimento especializado, não se pode acatar a estimativa feita no laudo particular na direção de garantia integral da execução. Até porque, na pendência de avaliação técnica, não se iniciará a expropriação do ativo, que materializa o temor das pessoas jurídicas (artigo 875 do CPC).

Por fim, relativamente ao pedido de vedação de novas penhoras, a questão não comporta decisão nos embargos do devedor, mas no próprio processo executivo, em que se praticamos atos de expropriação patrimonial.

A caução integral dos créditos depende de providências a serem adotadas na execução fiscal, de maneira que a definição dos efeitos dos embargos constitui mero reflexo dos atos executivos, sem espaço para discussão sobre falta ou excesso de constrição.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. AUSÊNCIA DE PERIGO DA DEMORA E DE GARANTIA DOS CRÉDITOS. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.

I. A pretensão recursal não procede.

II. Em primeiro lugar, Gallway Projetos e Energia Ltda., Gallway Empreendimentos e Participações Ltda., Energética Serra da Carioca Ltda., Energética Serra da Carioca II Ltda. e Centrais Elétricas Belém S/A sequer pediram a concessão de efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal na petição inicial. Requereram apenas a outorga de tutela de urgência, que não é literalmente aplicável àquela ação, devido à necessidade de garantia do crédito, sem que bastem a probabilidade do direito e o perigo da demora (artigos 300, *caput*, e 919, §1, do CPC).

III. Pode-se dizer que a tutela de urgência aplicável aos embargos do devedor contém a garantia da execução como requisito, diferentemente da modalidade geral, em que a caução exerce papel de contracautela, de equilíbrio da relação processual (artigo 300, §1, do CPC).

IV. O fato de os devedores haverem requerido a suspensão da penhora não modifica a conclusão. A medida condiz mais com o perigo da demora, com o receio de expropriação patrimonial. A garantia da execução não diz respeito à suspensão da penhora, mas à própria existência do ato construtivo, em nível suficiente para cobrir os créditos tributários.

V. As pessoas jurídicas, portanto, não formularam o pedido apropriado nos embargos do devedor. Naturalmente não poderiam ter feito o requerimento diretamente no agravo de instrumento, já que a medida extrapolaria o conteúdo da decisão interlocutória, com supressão de instância e violação da devolução restrita do recurso instrumental.

VI. Se as partes chegaram a aditar a petição inicial, cabe ao Juízo de Origem analisar o novo pedido. O aditamento envolve a petição inicial dos embargos e não o agravo de instrumento interposto contra decisão proferida antes dele.

VII. Em segundo lugar, o perigo da demora não está presente. A simples constrição executiva não é suficiente para consumá-lo, sob pena de toda e qualquer execução restar suspensa. A legislação processual exige logicamente um risco diferenciado, que extravase a onerosidade patrimonial inerente ao processo executivo.

VIII. Gallway Projetos e Energia Ltda., Gallway Empreendimentos e Participações Ltda., Energética Serra da Carioca Ltda., Energética Serra da Carioca II Ltda. e Centrais Elétricas Belém S/A não exerceram esse ônus, limitando-se a indicar genericamente o perigo da demora, sem que tivessem demonstrado especificamente os impactos que a expropriação dos imóveis, veículos automotores e recebíveis traria para a subsistência da atividade econômica.

IX. Ademais, como se explicará na fundamentação seguinte, o procedimento de expropriação dos bens penhorados não atingiu fase crítica aos interesses dos executados. Uma parte dos ativos ainda não foi avaliada (imóveis urbanos, veículos automotores e recebíveis) e a outra recebeu uma avaliação que os devedores pretendem impugnar (imóveis rústicos), com a eventual necessidade de intervenção de especialista.

X. Enquanto não se formalizar a impugnação do laudo do oficial de justiça e não se promover a avaliação total, com possibilidade de nova impugnação pelos executados, o processo executivo não abrigará ato de expropriação que consubstancia o perigo da demora (alienação, adjudicação ou apropriação de frutos), segundo o artigo 875 do CPC.

XI. E, em terceiro lugar, a análise da garantia da execução fiscal se mostra precipitada. O oficial de justiça não avaliou todos os bens penhorados; fê-lo somente em relação aos imóveis rurais situados na Comarca de Vargem Grande do Sul – SP (matrículas n. 19.300, 19.301, 16.814, 6.663, 3.775 e 3.776).

XII. Os prédios situados no Município de São Paulo (matrículas n. 13.342, 147.595, 169.145 e 50.382), os veículos automotores e os recebíveis estão pendentes de avaliação e não podem servir ainda de parâmetro para a cobertura do crédito e a suspensão do processo executivo, principalmente diante de título executivo provido de presunção de certeza e liquidez (artigo 3º da Lei n. 6.830 de 1980).

XIII. A consulta do valor venal dos imóveis urbanos e da tabela FIPE não exerce influência. Além de os preços médios dos prédios nem estarem disponíveis no agravo, ainda não se sabe o estado de cada bem imóvel e veículo automotor, de modo que o acatamento da estimativa feita pelos devedores se revela precoce e frágil para uma medida tão drástica quanto a suspensão de cobrança de Dívida Ativa da Fazenda Pública.

XIV. A mesma ponderação se aplica ao ativo de maior valor estimado pelas pessoas jurídicas e cuja influência é decisiva para a cobertura de créditos tributários na importância de R\$ 94.594.498,89: recebíveis decorrentes de penhora no rosto dos autos n. 1054920-39.2016.8.26.0100 e 1058917-93.2017.8.26.0100, em trâmite na Justiça Estadual de São Paulo.

XV. Embora os avaliem em R\$ 44.707.744,50, cuja atualização para abril de 2019 levaria à quantia de R\$ 71.608.625,41, o mandado de penhora e os documentos juntados não comprovam que o crédito atinja realmente esse montante. Há a juntada de simples extrato de movimentação processual, sem indicação do bem jurídico em discussão.

XVI. A ausência de material inviabiliza naturalmente a conclusão sobre garantia integral, ainda mais com aquela magnitude.

XVII. Mesmo a avaliação dos imóveis rurais não pode ser decidida no sentido dos interesses dos devedores. Se a estimativa do oficial de justiça não considerou o potencial produtivo das glebas de matrículas n. 19.300 e 19.301 (Fazenda “Graminha”), segundo o laudo de avaliação de reserva mineral, a impugnação dos executados deve ser formalizada na execução fiscal, com a eventual necessidade de avaliação técnica (artigo 13 da Lei n. 6.830 de 1980 e artigo 870, parágrafo único, do CPC).

XVIII. Enquanto não se formaliza a impugnação e não sobrevém conhecimento especializado, não se pode acatar a estimativa feita no laudo particular na direção de garantia integral da execução. Até porque, na pendência de avaliação técnica, não se iniciará a expropriação do ativo, que materializa o temor das pessoas jurídicas (artigo 875 do CPC).

XIX. Por fim, relativamente ao pedido de vedação de novas penhoras, a questão não comporta decisão nos embargos do devedor, mas no próprio processo executivo, em que se praticamos atos de expropriação patrimonial.

XX. A caução integral dos créditos depende de providências a serem adotadas na execução fiscal, de maneira que a definição dos efeitos dos embargos constitui mero reflexo dos atos executivos, sem espaço para discussão sobre falta ou excesso de constrição.

XXI. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0020585-62.2015.4.03.6100
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: DESLOR S/A INDUSTRIA E COMERCIO

Advogados do(a) APELADO: FRANCISCO FERREIRA NETO - SP67564-A, MAURICIO JOSE BARROS FERREIRA - SP114338-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0020585-62.2015.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - CARLOS MUTA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: DESLOR S/A INDUSTRIA E COMERCIO

Advogados do(a) APELADO: FRANCISCO FERREIRA NETO - SP67564-A, MAURICIO JOSE BARROS FERREIRA - SP114338-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação contra sentença de improcedência de embargos à execução de condenação na ação ordinária 0049774-18.1997.4.03.6100, com prosseguimento da cobrança pelo valor de R\$ 94.415,97 (agosto/2015), conforme cálculo da embargada, condenando a União em honorários advocatícios de 10% sobre o valor da causa.

Apelou, alegando que: (1) a execução refere-se a honorários advocatícios fixado na ação ordinária 0049774-18.1997.4.03.6100, sendo indevida a correção monetária pelo IPCA-e em vez da TR, resultando em diferença de R\$ 22.906,79; (2) a conta acolhida violou o artigo 1º-F, da Lei 9.494/1997, não sendo inconstitucional tal preceito em créditos objeto de precatório ou RPV, conforme decidido nas ADINs 4.357 e 4.425, mas somente quanto aos já expedidos; (3) em período anterior, pois, à inscrição do crédito nas ordens de pagamento, não houve declaração de inconstitucionalidade do artigo 1º-F da Lei 9.494/1997; e (4) tal entendimento sobre a aplicação da TR em período anterior à inscrição do crédito no precatório ou RPV restou decidido no RE 870.947.

Com contrarrazões, vieramos autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0020585-62.2015.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: DESLOR S/A INDUSTRIA E COMERCIO

Advogados do(a) APELADO: FRANCISCO FERREIRA NETO - SP67564-A, MAURICIO JOSE BARROS FERREIRA - SP114338-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, em execução de condenação em verba honorária, pleiteou a exequente o valor de R\$ 94.415,97, embargando a União por excesso no montante de R\$ 22.906,79, derivado da aplicação do IPCA-e em vez da TR.

A contadoria judicial elaborou cálculo, aplicando a Resolução CJF 267/2013, sendo apurado o valor de R\$ 100.043,53 para 01/08/2015, e R\$ 107.960,03 para junho de 2016 (Id 71876596, f. 26/28,), utilizando o IPCA-e como índice de atualização monetária. Tal cálculo foi aceito pela exequente, tendo a União discordado de seus termos.

A sentença julgou improcedentes os embargos à execução, sob fundamento de que a hipótese não é abrangida na declaração de inconstitucionalidade do artigo 1º-F da Lei 9.494/1997, na redação da Lei 11.960/09, sendo correta, pois, a atualização monetária pelo IPCA-e, adotada pela contadoria judicial.

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal, no **RE 870.947 (Rel. Min. LUIZ FUX, 20/09/2017)**, alertou que a declaração de inconstitucionalidade por arrastamento do artigo 1º-F da Lei 9.494/1997, na redação da Lei 11.960/09, objeto das ADIs 4.357 e 4.425, foi circunscrita ao período de atualização a partir da expedição do precatório ou requisição de pequeno valor, não tendo sido tratada da situação referente ao período anterior:

“[...] Já quanto ao regime de atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública, a questão reveste-se de sutilezas formais. É que, diferentemente dos juros moratórios, que só incidem uma única vez até o efetivo pagamento, a atualização monetária da condenação imposta à Fazenda Pública ocorre em dois momentos distintos:

***O primeiro** se dá ao final da fase de conhecimento com o trânsito em julgado da decisão condenatória. Esta correção inicial compreende o período de tempo entre o dano efetivo (ou o ajuizamento da demanda) e a imputação de responsabilidade à Administração Pública. A atualização é estabelecida pelo próprio juízo prolator da decisão condenatória no exercício de atividade jurisdicional.*

***O segundo** momento ocorre já na fase executiva, quando o valor devido é efetivamente entregue ao credor. Esta última correção monetária cobre o lapso temporal entre a inscrição do crédito em precatório e o efetivo pagamento. Seu cálculo é realizado no exercício de função administrativa pela Presidência do Tribunal a que vinculado o juízo prolator da decisão condenatória.*

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar as ADIs nº 4.357 e 4.425, declarou a inconstitucionalidade da correção monetária pela TR apenas quanto ao segundo período, isto é, quanto ao intervalo de tempo compreendido entre a inscrição do crédito em precatório e o efetivo pagamento. Isso porque a norma constitucional impugnada nas ADIs (art. 100, §12, da CRFB, incluído pela EC nº 62/09) referia-se apenas à atualização do precatório e não à atualização da condenação ao concluir-se a fase de conhecimento”

[...]

Na parte em que rege a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública até a expedição do requisitório (i.e., entre o dano efetivo/ajuizamento da demanda e a condenação), o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 ainda não foi objeto de pronunciamento expresso do Supremo Tribunal Federal quanto à sua constitucionalidade”.

Por sua vez, ao apreciar a aplicabilidade dos índices oficiais de remuneração básica aplicados à caderneta de poupança para atualização monetária dos créditos judiciais devidos pela União (artigo 1º-F da Lei 9.494/1997), no período anterior à expedição de precatório ou requisição de pequeno valor, hipótese ainda não analisada até aquele momento, decidiu a Corte Suprema que a adoção da TR implicaria ofensa à isonomia, constituindo discriminação arbitrária, devendo ser resguardada a aplicação do fator mais próximo da inflação no interregno:

“[...] A finalidade básica da correção monetária é preservar o poder aquisitivo da moeda diante da sua desvalorização nominal provocada pela inflação. Enquanto instrumento de troca, a moeda fiduciária que conhecemos hoje só tem valor na medida em que capaz de ser transformada em bens e serviços. Ocorre que a inflação, por representar o aumento persistente e generalizado do nível de preços, distorce, no tempo, a correspondência entre valores real e nominal [...]

[...]

Esse estreito nexo entre correção monetária e inflação exige, por imperativo de adequação lógica, que os instrumentos destinados a realizar a primeira sejam capazes de capturar a segunda. Em outras palavras, índices de correção monetária devem ser, ao menos em tese, aptos a refletir a variação de preços de caracteriza o fenômeno inflacionário, o que somente será possível se consubstanciarem autênticos índices de preços.

[...]

Ademais, é curioso notar que o regime brasileiro de metas de inflação não utilize a remuneração da caderneta de poupança como seu critério norteador. É o IPCA, calculado pelo IBGE, o índice escolhido pelo Banco Central. A razão é óbvia: seria baixa a credibilidade de uma política econômica de controle da inflação cujo termômetro não apresentasse qualquer vínculo com a variação de preços no País. De forma análoga, desconheço qualquer contrato entre particular e Poder Público que seja reajustado pela caderneta de poupança. Aliás, a Lei nº 8.666/93 expressamente prevê que o critério de reajuste dos ajustes firmados com o Poder Público 'deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais' (art. 40, XI). Novamente a razão é simples: dificilmente um agente econômico aceitaria submeter-se voluntariamente a um regime de atualização contratual desvinculado de um verdadeiro índice de preços.

Ora, se o Estado não utiliza a caderneta de poupança como índice de correção quando tem o objetivo de passar credibilidade ao investidor ou de atrair contratantes, é porque tem consciência de que o aludido índice não é adequado a medir a variação de preços na economia. Por isso, beira a iniquidade permitir utilizá-lo quando em questão condenações judiciais. O cidadão que recorre ao Poder Judiciário não optou por um investimento ou negócio jurídico com o Estado. Foi obrigado a litigar. Tendo seu direito reconhecido em juízo, vulnera a cláusula do rule of law vê-lo definhando em razão de um regime de atualização casuística, injustificável e benéfico apenas da autoridade estatal.

[...]

Entendo, assim, que a remuneração da caderneta de poupança prevista no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09, não consubstancia índice constitucionalmente válido de correção monetária das condenações impostas à Fazenda Pública, uma vez que desvinculada da variação de preços na economia, como revelam os ângulos lógico-conceitual, técnico-metodológico, histórico-jurisprudencial e pragmático-consequencialista apresentados supra”.

Diante de tais conclusões, em tal julgamento, em sede de repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal definiu a seguinte **tese em repercussão geral**:

“O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina.”

Logo, tratando-se de execução de débito não-tributário (honorários advocatícios) e não verificada expedição de precatório, o IPCA-e é o indexador a ser utilizado, conforme o Manual de Cálculos aprovado pelo Conselho da Justiça Federal, por se revelar o índice que melhor expressa a inflação ocorrida no período.

Quanto aos honorários advocatícios, considerado o trabalho adicional em grau recursal e os critérios previstos no artigo 85, §§ 2º a 6º e 11, CPC, especialmente grau de zelo do profissional, lugar da prestação do serviço, natureza e importância da causa e tempo exigido de atuação nesta fase do processo, a verba honorária deve ser majorada em 5% (cinco por cento), a ser acrescido ao fixado na sentença (10% sobre o valor da causa).

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. VERBA HONORÁRIA. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. PERÍODO ANTERIOR À EXPEDIÇÃO DE PRECATÓRIO. ARTIGO 1º-F DA LEI 9.494/1997. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA ENTRE ENTE PÚBLICO E PRIVADO. OFENSA À ISONOMIA. INAPLICABILIDADE.

1. A correção monetária nas condenações impostas à Fazenda Pública, com base nos índices oficiais de remuneração básicas e juros da cadernetas de poupança (artigo 1º-F da Lei 9.494/1997, redação da Lei 11.960/2009: TR), não é aplicável seja antes da expedição do precatório ou requisição de pequeno valor (RE 870.947), seja depois (ADIs 4.357 e 4.425).

2. No caso de atualização antes da expedição do precatório ou requisição de pequeno valor, deve se aplicado o índice de correção monetária que melhor reflita a variação inflacionária do período, o que corresponde, nos débitos não-tributários, ao IPCA-e, conforme previsto no próprio Manual de Cálculos aprovado pelo Conselho da Justiça Federal.

3. Quanto aos honorários advocatícios, considerado o trabalho adicional em grau recursal e os critérios previstos no artigo 85, §§ 2º a 6º e 11, CPC, especialmente grau de zelo do profissional, lugar da prestação do serviço, natureza e importância da causa e tempo exigido de atuação nesta fase do processo, a verba honorária deve ser majorada em 5% (cinco por cento), a ser acrescido ao fixado na sentença (10% sobre o valor da causa).

4. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001566-93.2017.4.03.6005

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA

APELADO: ANDERSON CHUMAN DOS SANTOS, CRISLAINE APARECIDA DA SILVA, DANILO BUZALAF, DIEGO ROBERTO MARTINAZZO, GLICIA FERNANDES DIAS, HADLA MARIANNI SCHUCK MARIANO, HASSAN SALMAN, JOAO LUIZ TANAKA PASQUINI, JOSE CARLOS WINGETER NETO, JOSE NOCRECIO CASTRO DA SILVA, JULIO CESAR DE OLIVEIRA RODRIGUES, MARCO AURELIO LINO OSSUNA, PATRICIA CARLA GAVIOLI ANDO, PAULA DE OLIVEIRA MATOS, RENANN GLEYDSONN LUGNANI HOLOSBAH FERNANDES, TIAGO DUTRA CHAPARRO, EDUARDO ALVES CANEDO, GLAYCE FERREIRA LEITE, GUSTAVO APARECIDO GRATAO, MELINA COSTA LOPES SA, MICHAEL HENRIQUE ALEXANDRE, THIAGO DOS SANTOS CARNEIRO, UNIÃO FEDERAL

Advogado do(a) APELADO: ZILMA MARQUES DE BERNARDO CASTRO E SILVA - MS12424-A

Advogado do(a) APELADO: ZILMA MARQUES DE BERNARDO CASTRO E SILVA - MS12424-A

Advogado do(a) APELADO: ZILMA MARQUES DE BERNARDO CASTRO E SILVA - MS12424-A

Advogado do(a) APELADO: ZILMA MARQUES DE BERNARDO CASTRO E SILVA - MS12424-A

Advogado do(a) APELADO: ZILMA MARQUES DE BERNARDO CASTRO E SILVA - MS12424-A

Advogado do(a) APELADO: ZILMA MARQUES DE BERNARDO CASTRO E SILVA - MS12424-A

Advogado do(a) APELADO: ZILMA MARQUES DE BERNARDO CASTRO E SILVA - MS12424-A

Advogado do(a) APELADO: ZILMA MARQUES DE BERNARDO CASTRO E SILVA - MS12424-A

Advogado do(a) APELADO: ZILMA MARQUES DE BERNARDO CASTRO E SILVA - MS12424-A

Advogado do(a) APELADO: ZILMA MARQUES DE BERNARDO CASTRO E SILVA - MS12424-A

Advogado do(a) APELADO: ZILMA MARQUES DE BERNARDO CASTRO E SILVA - MS12424-A

Advogado do(a) APELADO: ZILMA MARQUES DE BERNARDO CASTRO E SILVA - MS12424-A

Advogado do(a) APELADO: ZILMA MARQUES DE BERNARDO CASTRO E SILVA - MS12424-A

Advogado do(a) APELADO: ZILMA MARQUES DE BERNARDO CASTRO E SILVA - MS12424-A

Advogado do(a) APELADO: ZILMA MARQUES DE BERNARDO CASTRO E SILVA - MS12424-A

Advogado do(a) APELADO: ZILMA MARQUES DE BERNARDO CASTRO E SILVA - MS12424-A

Advogado do(a) APELADO: ZILMA MARQUES DE BERNARDO CASTRO E SILVA - MS12424-A

Advogado do(a) APELADO: ZILMA MARQUES DE BERNARDO CASTRO E SILVA - MS12424-A

Advogado do(a) APELADO: ZILMA MARQUES DE BERNARDO CASTRO E SILVA - MS12424-A

Advogado do(a) APELADO: ZILMA MARQUES DE BERNARDO CASTRO E SILVA - MS12424-A

Advogado do(a) APELADO: ZILMA MARQUES DE BERNARDO CASTRO E SILVA - MS12424-A

Advogado do(a) APELADO: ZILMA MARQUES DE BERNARDO CASTRO E SILVA - MS12424-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001566-93.2017.4.03.6005

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA

APELADO: ANDERSON CHUMAN DOS SANTOS, CRISLAINE APARECIDA DA SILVA, DANILO BUZALAF, DIEGO ROBERTO MARTINAZZO, GLICIA FERNANDES DIAS, HADLA MARIANNI SCHUCK MARIANO, HASSAN SALMAN, JOAO LUIZ TANAKA PASQUINI, JOSE CARLOS WINGETER NETO, JOSE NOCRECIO CASTRO DA SILVA, JULIO CESAR DE OLIVEIRA RODRIGUES, MARCO AURELIO LINO OSSUNA, PATRICIA CARLA GAVIOLI ANDO, PAULA DE OLIVEIRA MATOS, RENANN GLEYDSONN LUGNANI HOLOSBAH FERNANDES, TIAGO DUTRA CHAPARRO, EDUARDO ALVES CANEDO, GLAYCE FERREIRA LEITE, GUSTAVO APARECIDO GRATAO, MELINA COSTA LOPES SA, MICHAEL HENRIQUE ALEXANDRE, THIAGO DOS SANTOS CARNEIRO, UNIÃO FEDERAL

Advogado do(a) APELADO: ZILMA MARQUES DE BERNARDO CASTRO E SILVA - MS12424-A

Advogado do(a) APELADO: ZILMA MARQUES DE BERNARDO CASTRO E SILVA - MS12424-A

Advogado do(a) APELADO: ZILMA MARQUES DE BERNARDO CASTRO E SILVA - MS12424-A

Advogado do(a) APELADO: ZILMA MARQUES DE BERNARDO CASTRO E SILVA - MS12424-A

Advogado do(a) APELADO: ZILMA MARQUES DE BERNARDO CASTRO E SILVA - MS12424-A

Advogado do(a) APELADO: ZILMA MARQUES DE BERNARDO CASTRO E SILVA - MS12424-A

Advogado do(a) APELADO: ZILMA MARQUES DE BERNARDO CASTRO E SILVA - MS12424-A

Advogado do(a) APELADO: ZILMA MARQUES DE BERNARDO CASTRO E SILVA - MS12424-A

Advogado do(a) APELADO: ZILMA MARQUES DE BERNARDO CASTRO E SILVA - MS12424-A

Advogado do(a) APELADO: ZILMA MARQUES DE BERNARDO CASTRO E SILVA - MS12424-A

Advogado do(a) APELADO: ZILMA MARQUES DE BERNARDO CASTRO E SILVA - MS12424-A

Advogado do(a) APELADO: ZILMA MARQUES DE BERNARDO CASTRO E SILVA - MS12424-A

Advogado do(a) APELADO: ZILMA MARQUES DE BERNARDO CASTRO E SILVA - MS12424-A

Advogado do(a) APELADO: ZILMA MARQUES DE BERNARDO CASTRO E SILVA - MS12424-A

Advogado do(a) APELADO: ZILMA MARQUES DE BERNARDO CASTRO E SILVA - MS12424-A

Advogado do(a) APELADO: ZILMA MARQUES DE BERNARDO CASTRO E SILVA - MS12424-A

Advogado do(a) APELADO: ZILMA MARQUES DE BERNARDO CASTRO E SILVA - MS12424-A

Advogado do(a) APELADO: ZILMA MARQUES DE BERNARDO CASTRO E SILVA - MS12424-A

Advogado do(a) APELADO: ZILMA MARQUES DE BERNARDO CASTRO E SILVA - MS12424-A

Advogado do(a) APELADO: ZILMA MARQUES DE BERNARDO CASTRO E SILVA - MS12424-A

Advogado do(a) APELADO: ZILMA MARQUES DE BERNARDO CASTRO E SILVA - MS12424-A

Advogado do(a) APELADO: ZILMA MARQUES DE BERNARDO CASTRO E SILVA - MS12424-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pelo INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA - INEP contra sentença que julgou procedente o pedido inicial para validar as inscrições dos autores, ora apelados, no Exame Revalida/2017, independentemente da juntada de seu diplomas de conclusão de curso. Condenou o INEP ao pagamento de despesas e honorários fixados no percentual mínimo do §3º do artigo 85 do CPC.

No mérito, sustenta, em síntese, que não restou comprovada nenhuma conduta ilícita do INEP. Diz que o edital do Processo Seletivo seguiu as diretrizes da Portaria Conjunta nº 278, de 17 de março de 2011, exigindo para a inscrição na seleção no revalida a apresentação de diploma médico expedido por universidade estrangeira.

Afirma que o INEP, como autarquia federal vinculada ao princípio da legalidade, não poderia ter outra atitude a não ser incluir no edital tal exigência, reproduzindo a norma de superior hierarquia. Defende a inaplicabilidade da Súmula 266 do STJ.

Comcontrarrazões.

O Ministério Público Federal opinou pelo regular prosseguimento do feito.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001566-93.2017.4.03.6005

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANISIO TEIXEIRA

APELADO: ANDERSON CHUMAN DOS SANTOS, CRISLAINE APARECIDA DA SILVA, DANILO BUZALAF, DIEGO ROBERTO MARTINAZZO, GLICIA FERNANDES DIAS, HADLA MARIANNI SCHUCK MARIANO, HASSAN SALMAN, JOAO LUIZ TANAKA PASQUINI, JOSE CARLOS WINGETER NETO, JOSE NOCRECIO CASTRO DA SILVA, JULIO CESAR DE OLIVEIRA RODRIGUES, MARCO AURELIO LINO OSSUNA, PATRICIA CARLA GAVIOLI ANDO, PAULA DE OLIVEIRA MATOS, RENANN GLEYDSONN LUGNANI HOLOSBAH FERNANDES, TIAGO DUTRA CHAPARRO, EDUARDO ALVES CANEDO, GLAYCE FERREIRA LEITE, GUSTAVO APARECIDO GRATAO, MELINA COSTA LOPES SA, MICHAEL HENRIQUE ALEXANDRE, THIAGO DOS SANTOS CARNEIRO, UNIÃO FEDERAL

Advogado do(a) APELADO: ZILMA MARQUES DE BERNARDO CASTRO E SILVA - MS12424-A

Advogado do(a) APELADO: ZILMA MARQUES DE BERNARDO CASTRO E SILVA - MS12424-A

Advogado do(a) APELADO: ZILMA MARQUES DE BERNARDO CASTRO E SILVA - MS12424-A

Advogado do(a) APELADO: ZILMA MARQUES DE BERNARDO CASTRO E SILVA - MS12424-A

Advogado do(a) APELADO: ZILMA MARQUES DE BERNARDO CASTRO E SILVA - MS12424-A

Advogado do(a) APELADO: ZILMA MARQUES DE BERNARDO CASTRO E SILVA - MS12424-A

Advogado do(a) APELADO: ZILMA MARQUES DE BERNARDO CASTRO E SILVA - MS12424-A

Advogado do(a) APELADO: ZILMA MARQUES DE BERNARDO CASTRO E SILVA - MS12424-A

Advogado do(a) APELADO: ZILMA MARQUES DE BERNARDO CASTRO E SILVA - MS12424-A

Advogado do(a) APELADO: ZILMA MARQUES DE BERNARDO CASTRO E SILVA - MS12424-A

Advogado do(a) APELADO: ZILMA MARQUES DE BERNARDO CASTRO E SILVA - MS12424-A

Advogado do(a) APELADO: ZILMA MARQUES DE BERNARDO CASTRO E SILVA - MS12424-A

Advogado do(a) APELADO: ZILMA MARQUES DE BERNARDO CASTRO E SILVA - MS12424-A

Advogado do(a) APELADO: ZILMA MARQUES DE BERNARDO CASTRO E SILVA - MS12424-A

Advogado do(a) APELADO: ZILMA MARQUES DE BERNARDO CASTRO E SILVA - MS12424-A

Advogado do(a) APELADO: ZILMA MARQUES DE BERNARDO CASTRO E SILVA - MS12424-A

Advogado do(a) APELADO: ZILMA MARQUES DE BERNARDO CASTRO E SILVA - MS12424-A

Advogado do(a) APELADO: ZILMA MARQUES DE BERNARDO CASTRO E SILVA - MS12424-A

Advogado do(a) APELADO: ZILMA MARQUES DE BERNARDO CASTRO E SILVA - MS12424-A

Advogado do(a) APELADO: ZILMA MARQUES DE BERNARDO CASTRO E SILVA - MS12424-A

Advogado do(a) APELADO: ZILMA MARQUES DE BERNARDO CASTRO E SILVA - MS12424-A

Advogado do(a) APELADO: ZILMA MARQUES DE BERNARDO CASTRO E SILVA - MS12424-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A questão controversa nos autos diz respeito à legalidade da exigência por parte do INEP da apresentação do diploma de graduação no ato da inscrição do candidato no exame REVALIDA.

Ocorre que a atuação do INEP cinge-se à elaboração da prova unificada, sendo certo que após a aprovação dos candidatos é que será feita a análise da revalidação ou não do diploma pelas Instituições de Ensino Superior.

Nesse prisma, de fato, a exigência de apresentação do diploma de graduação no ato da inscrição parece descabida, podendo-se aplicar por analogia a Súmula 266 do STJ: “O diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público.”

A jurisprudência dos Tribunais Federais tem seguido este entendimento. *In verbis*:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. PARTICIPAÇÃO NO EXAME NACIONAL DE REVALIDAÇÃO DE DIPLOMAS MÉDICOS. REVALIDA. POSTERGAÇÃO NA APRESENTAÇÃO DO DIPLOMA. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO. 1. A respeito da questão, recorde-se que o egrégio STJ editou a Súmula 266 relacionada à exigência de apresentação de diploma, no caso de concurso público, somente no ato da posse, verbis: "O diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição do concurso público". 2. Nada impede a aplicação do enunciado acima ao caso, ainda que por analogia, em homenagem ao princípio da razoabilidade, a fim de que os agravados possam participar da prova prevista para o dia 1º de novembro de 2015, do Exame Nacional de Revalidação de Diplomas Médicos Expedidos por Instituições de Educação Superior Estrangeira - REVALIDA 2015, bem como das fases posteriores, caso aprovados, devendo apresentar o documento na forma exigida pelo item 2.4.3 edital somente no momento da revalidação do diploma. 3. Agravo de instrumento improvido.

TRF 3, AI 00070708720164030000, DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA, QUARTA TURMA, 08/03/2017.

5. Nesta análise prefacial acerca da matéria discutida, vislumbra-se razoabilidade na decisão agravada, no quanto concedeu a antecipação da tutela pretendida, com fundamento na aplicação analógica da Súmula nº 266 do STJ, e na jurisprudência pátria acerca da participação no Exame de Ordem da OAB e no ENEM, que afastam a exigência do diploma no ato da inscrição. 6. Na concessão liminar, não se vislumbra qualquer prejuízo a parte agravante, considerando que apenas assegurou a possibilidade de os agravados realizarem a prova, com a exigência da apresentação do diploma de Graduação em Medicina apenas por ocasião da inscrição no Conselho Profissional, caso sejam aprovados. 7. Agravo de Instrumento improvido.

TRF 5, AG 08027983120144050000, Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira, Quarta Turma.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É o voto.

ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. REVALIDA. INEP. DIPLOMA. APRESENTAÇÃO PARA A INSCRIÇÃO. DESNECESSIDADE. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

1. A questão controversa nos autos diz respeito à legalidade da exigência por parte do INEP da apresentação do diploma de graduação no ato da inscrição do candidato no exame REVALIDA.
2. Ocorre que a atuação do INEP cinge-se à elaboração da prova unificada, sendo certo que após a aprovação dos candidatos é que será feita a análise da revalidação ou não do diploma pelas Instituições de Ensino Superior.
3. Nesse prisma, de fato, a exigência de apresentação do diploma de graduação no ato da inscrição parece descabida, podendo-se aplicar por analogia a Súmula 266 do STJ: “*O diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público.*” Precedentes.
4. Apelação não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5000307-81.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

JUIZO RECORRENTE: HEINZ BRASIL S.A.

Advogado do(a) JUIZO RECORRENTE: CARLOS EDUARDO GARCIAASHIKAGA - SP171032-A

PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5000307-81.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

JUIZO RECORRENTE: HEINZ BRASIL S.A.

Advogado do(a) JUIZO RECORRENTE: CARLOS EDUARDO GARCIAASHIKAGA - SP171032-A

PARTE RÉ: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial em face da sentença que concedeu em parte a ordem no mandado de segurança, impetrado por **Heinz Brasil S/A**, para determinar à autoridade impetrada que profira decisão conclusiva acerca do Pedido de Alteração de Responsável Legal perante o Siscomex (Radar).

O Ministério Público Federal, em manifestação da lavra da e. Procuradora Regional da República Denise Neves Abade, deixou de exarar parecer, por entender que não há interesse público primário que justifique sua intervenção no feito.

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL(199) Nº 5000307-81.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

JUÍZO RECORRENTE: HEINZ BRASIL S.A.

Advogado do(a) JUÍZO RECORRENTE: CARLOS EDUARDO GARCIAASHIKAGA - SP171032-A

PARTE RÉ: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Trata-se de mandado de segurança impetrado como fito de obter provimento jurisdicional que determine à autoridade coatora concluir a análise do Pedido de Alteração de Responsável Legal perante o Siscomex (Radar).

Como é cediço, cabe à Administração Pública respeitar o princípio da razoável duração do processo, constante no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.

Nesse sentido, a Lei nº 9.784/1999 determina ao Poder Público o prazo de até 30 (trinta) dias, contados do momento em que concluída a instrução, para emitir decisão em processos administrativos de sua competência. In verbis:

"Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada".

A impetrante alega que protocolou o pedido no dia 25.11.2016, cujo recebimento foi acusado em 9.12.2016, mas até a data da impetração do presente mandamus (19.1.2017), ainda não existia qualquer perspectiva de decisão por parte da autoridade administrativa.

A autoridade impetrada prestou informações à f. 177/182, momento em que afirmou a conclusão da análise do pedido da impetrante, vindo, assim, a extrapolar os limites da razoabilidade em relação à demora na apreciação do requerimento administrativo.

A respeito do tema, colhem-se os seguintes precedentes:

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO. ART. 5º, LXXVIII, DA CF. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSOS. TRASLADO DE PEÇAS. POSSIBILIDADE. CELERIDADE. ÔNUS DAS PARTES. ATUAÇÃO. RECURSO NÃO-CONHECIDO. 1. "A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" (art. 5º, LXXVIII, da CF). 2. Devem as partes colaborar no andamento do processo com o escopo de se chegar a um provimento jurisdicional final em tempo moderado. 3. Recurso não-conhecido". ..EMEN:(RESP 200701513930, ARNALDO ESTEVES LIMA, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:01/02/2010 ..DTPB:.)

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ANÁLISE DE PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO. LEI Nº 9.784/99. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. 1 - Os artigos 48 e 49 da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estipulam o prazo de até 30 (trinta) dias, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada, para Administração explicitamente emitir decisão nos processos administrativos. 2 - A Administração Pública deve examinar e decidir os requerimentos que lhe sejam submetidos à apreciação, no prazo legal, sob pena de violação aos princípios da eficiência e da razoável duração do processo, conforme preceituam as Leis ns. 9.784/99 e 11.457/07, bem como os artigos 5º, inciso LXXVIII e 37, caput, da Constituição da República, que a todos assegura o direito à celeridade na tramitação dos procedimentos administrativos. 3 - Remessa oficial não provida". (REO 00097112820094036100, DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/12/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

"PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MOROSIDADE ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. [...] II - De acordo com os documentos juntados aos autos demonstram, de plano a delonga da Administração na verificação do preenchimento das exigências legais para o deferimento do pleito. Portanto, não há qualquer justificação plausível por parte da autoridade para a demora na análise do processo administrativo, em ofensa aos princípios constitucionais e administrativos da moralidade, eficiência, continuidade do serviço público e razoabilidade. III - Agravo legal não provido".(AMS 00218437820134036100, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/12/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

"DIREITO DE PETIÇÃO. OBTENÇÃO DE RESPOSTA. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ILEGALIDADE. 1. Assiste direito líquido e certo à impetrante, de receber uma resposta da Administração Pública, acerca do requerimento formulado. 2. Todas as pessoas, físicas e jurídicas, têm assegurado o direito de invocar o Poder Público, a fim de receber uma resposta acerca de uma determinada questão ou situação considerada abusiva ou contrária ao direito. 3. Cuida-se do direito de petição (art. 5º, XXXIV, "a", da CF), no qual se encontra, implícito, o direito de receber a respectiva resposta, dentro de prazo razoável (Princípio da Eficiência da Administração Pública - art. 37, caput, da CF). 4. Protocolado o pleito de restituição em 17/02/05 (cf. fls. 29), sem que o mesmo houvesse sido analisado até a data do ajuizamento deste mandado de segurança (em 06/07/05), resta configurada a omissão ilegal por parte da autoridade administrativa. 5. Ao tratar do dever de decidir, a Lei 9784/99, reguladora do processo administrativo no âmbito federal, fixa o prazo de 30 dias para tanto. 6. Correta a sentença ao fixar o prazo de 15 dias para conclusão do processo administrativo. 7. Apelação e remessa oficial improvidas". (AMS - APELAÇÃO CÍVEL – 279903. TRF3. e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/09/2011 PÁGINA: 1229. 24/08/2011. JUIZ CONVOCADO LEONEL FERREIRA).

In casu, verifica-se que as normas administrativas em matéria aduaneira, mais especificamente, estabelecendo procedimentos de habilitação de importadores, exportadores e internadores da Zona Franca de Manaus para operação no Sistema Integrado de Comércio Exterior (Siscomex) e de credenciamento de seus representantes para a prática de atividades relacionadas ao despacho aduaneiro, dispõem sobre prazos mais exíguos para análise e conclusão do pedido administrativo, *verbis*:

Instrução Normativa RFB n.º 1.603/2015:

"Art. 17. Os procedimentos relativos à análise do requerimento de habilitação ou de revisão serão executados no prazo de até 10 (dez) dias contado de sua protocolização.

§ 1º No caso de habilitação na submodalidade expressa, o prazo a que se refere o caput será de 2 (dois) dias úteis, contados da data de protocolização do requerimento.

§ 2º O prazo referido no caput será interrompido na hipótese de intimação, nos termos do art. 18.

§ 3º A habilitação será concedida de ofício, pelo chefe da unidade da RFB responsável pelo processo, caso os procedimentos de análise do requerimento não sejam concluídos no prazo fixado, independentemente de manifestação do interessado.

§ 4º A competência de que trata o § 3º poderá ser delegada."

Sendo assim, de rigor o reconhecimento do direito da impetrante, de ter o seu requerimento administrativo apreciado e decidido, tal como reconhecido em sentença.

Por fim, bem lançada, a sentença, que, concedeu, em parte, a segurança, pois o pedido de início do despacho aduaneiro e efetivo desembaraço das mercadorias objeto das importações realizadas, será analisado pela aduana competente.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO à remessa oficial.

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. PRAZO. LEI Nº 9.784/99. 30 DIAS. REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDA.

1. Cabe à administração pública respeitar o princípio da razoável duração do processo, constante no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.

2. A Lei n. 9.784/1999 determina à Administração Pública o prazo de até 30 (trinta) dias, contados do momento em que concluída a instrução, para emitir decisão em processos administrativos de sua competência.

3. Remessa necessária desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002735-84.2019.4.03.6126

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

APELADO: PAULA DE PADUA SALLES

Advogados do(a) APELADO: BARBARA CRISTINA NOVAES SCHWARZ - SP404336-A, MARCOS TAVARES DE ALMEIDA - SP123226-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002735-84.2019.4.03.6126

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

APELADO: PAULA DE PADUA SALLES

Advogados do(a) APELADO: BARBARA CRISTINA NOVAES SCHWARZ - SP404336-A, MARCOS TAVARES DE ALMEIDA - SP123226-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa necessária e de apelação interposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS contra sentença que concedeu a ordem em mandado de segurança para determinar que o INSS examine o pedido de revisão formulado no processo administrativo referente ao protocolo 958591714 no prazo de 20 (vinte) dias a contar da intimação desta decisão, sob pena de pagamento de multa de R\$ 100,00 (cem reais) por dia de atraso, até o limite de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Insurge-se o apelante contra a fixação de prazo pelo Poder Judiciário para a apreciação do requerimento administrativo de benefício previdenciário. Afirma violação à separação dos poderes, bem como aos princípios da isonomia e da impessoalidade. Defende a inaplicabilidade dos prazos definidos nos artigos 49 da Lei 9.784/99 e 41-A da Lei 8.213/91.

Subsidiariamente, requer a aplicação do parâmetro temporal adotado pelo E. STF no RE n. 631.240/MG, qual seja, 90 dias, bem como que não haja imposição de multa diária ou que a mesma seja reduzida.

Com contrarrazões.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002735-84.2019.4.03.6126

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

APELADO: PAULA DE PADUA SALLES

Advogados do(a) APELADO: BARBARA CRISTINA NOVAES SCHWARZ - SP404336-A, MARCOS TAVARES DE ALMEIDA - SP123226-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A questão devolvida a esta E. Corte diz respeito à observância de prazo razoável para análise de pedido de benefício previdenciário pelo INSS.

A Constituição Federal determina em seu art. 5º, LXXVIII, que “*a todos no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação*”.

Nesse sentido, o art. 49 da Lei nº 9.784/99 estabelece que, concluída a instrução de processo administrativo, a Administração Pública tem o prazo de até 30 (trinta) dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada.

Especificamente quanto à implementação de benefício previdenciário, como é o caso dos autos, os arts. 41-A, § 5º, da Lei nº 8.213/91, e 174, do Decreto nº 3.048/1999, preveem o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias para o primeiro pagamento, contados a partir da data apresentação dos documentos necessários pelo segurado.

Confira-se:

Lei nº 8.213/1991:

“Art. 41-A: O valor dos benefícios em manutenção será reajustado, anualmente, na mesma data do reajuste do salário mínimo, pro rata, de acordo com suas respectivas datas de início ou do último reajustamento, com base no Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC, apurado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

(...)

§ 5º O primeiro pagamento do benefício será efetuado até quarenta e cinco dias após a data da apresentação, pelo segurado, da documentação necessária a sua concessão.”

Decreto nº 3.048/1999:

“Art. 174. O primeiro pagamento do benefício será efetuado até quarenta e cinco dias após a data da apresentação, pelo segurado, da documentação necessária à sua concessão. (Redação dada pelo Decreto nº 6.722, de 2008).

Parágrafo único. O prazo fixado no caput fica prejudicado nos casos de justificação administrativa ou outras providências a cargo do segurado, que demandem a sua dilação, iniciando-se essa contagem a partir da data da conclusão das mesmas”.

Por fim, o artigo 31 da Portaria MPS nº 548/2011, que disciplina o Regimento Interno do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS, estabelece o prazo de 30 (trinta) dias para apresentação de contrarrazões pela autarquia, sob pena de se considerarem *“como contrarrazões do INSS os motivos do indeferimento inicial”*.

No caso, resta evidenciada a demora na análise do pedido de revisão da aposentadoria protocolado em 09/2018, de modo que deve ser mantida a sentença.

É nesse sentido a jurisprudência desta C. Turma:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO. REQUERIMENTO DE REVISÃO DE BENEFÍCIO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. DECURSO DO PRAZO LEGAL PARA ANÁLISE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. REEXAME NECESSÁRIO DESPROVIDO.

1. Trata-se de remessa necessária em mandado de segurança, com pedido de liminar, objetivando o impetrante obter provimento jurisdicional que determine à autoridade impetrada que analise, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, o requerimento administrativo de revisão de aposentadoria protocolado em 01/09/2017.

2. Inicialmente, cumpre ressaltar que a duração razoável dos processos é garantia constitucionalmente assegurada aos administrados, consoante expressa disposição do art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/88, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.

3. Com efeito, a Administração Pública tem o dever de analisar em prazo razoável os pedidos que lhe são submetidos, sob pena de causar prejuízo ao administrado e de descumprir o princípio da celeridade processual, também assegurado constitucionalmente aos processos administrativos (art. 5º, LXXVIII, da CF/88).

4. Consoante preconiza o princípio constitucional da eficiência, previsto no art. 37, caput, da Constituição da República, o administrado não pode ser prejudicado pela morosidade excessiva na apreciação de requerimentos submetidos à Administração Pública. Assim, a via mandamental é adequada para a garantia do direito do administrado.

5. O art. 49 da Lei nº 9.784/1999 fixa o prazo de até 30 dias para que a Administração Pública decida a questão posta em processo administrativo, salvo se houver motivo que justifique de maneira expressa a prorrogação do referido lapso temporal.

6. Além do aludido prazo legal, o art. 41-A, § 5º, da Lei nº 8.213/1991 e o art. 174 do Decreto nº 3.048/1999, que dispõem especificamente sobre a implementação de benefícios previdenciários, preveem o prazo de 45 dias para o primeiro pagamento, contados a partir da data apresentação dos documentos necessários pelo segurado.

7. No caso vertente, resta evidenciado que a autoridade impetrada desrespeitou os prazos estabelecidos em legislações ordinárias, que regulam tanto o processo administrativo em geral, como os processos administrativos de requerimentos de benefícios no âmbito da Previdência Social.

8. Inexiste amparo legal para a omissão administrativa da autarquia previdenciária, que, pelo contrário, enseja descumprimento de normas legais e violação aos princípios da legalidade, razoável duração do processo, proporcionalidade, eficiência na prestação de serviço público, segurança jurídica e moralidade, sujeitando-se ao

controle jurisdicional visando a reparar a lesão a direito líquido e certo infringido.

9. Não há condenação em honorários advocatícios em sede de mandado de segurança, nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009 e das Súmulas 105 do STJ e 512 do STF.

10. Reexame necessário não provido.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 5006431-46.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 05/12/2019, Intimação via sistema DATA: 06/12/2019)

ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. PRAZO. LEI Nº 9.784/99. 30 DIAS. REMESSA OFICIAL DESPROVIDA.

1. Cabe à administração pública respeitar o princípio da razoável duração do processo, constante no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.

2. A Lei n. 9.784/1999 determina à Administração Pública o prazo de até 30 (trinta) dias, contados do momento em que concluída a instrução, para emitir decisão em processos administrativos de sua competência.

3. Remessa oficial desprovida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 5018407-92.2018.4.03.6183, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 21/11/2019, Intimação via sistema DATA: 22/11/2019)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO. REQUERIMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO.

1. Verificada a demora injustificada, correta a estipulação de prazo para que a Administração conclua procedimento administrativo.

2. Aplicável jurisprudência que assegura a razoável duração do processo, segundo os princípios da eficiência e da moralidade, não se podendo permitir que a Administração postergue, indefinidamente, a conclusão de procedimento administrativo.

3. Remessa oficial a se nega provimento.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 5002429-12.2019.4.03.6128, Rel. Desembargador Federal MAIRAN GONCALVES MAIA JUNIOR, julgado em 07/11/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 11/11/2019)

ADMINISTRATIVO. REEXAME NECESSÁRIO. PEDIDO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PRAZO PARA DECISÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. LEI 9.784/99. ARTIGOS 41-A, § 5º, DA LEI Nº 8.213/91, E 174, DO DECRETO Nº 3.048/1999. REMESSA DESPROVIDA.

1. A Constituição Federal assegura a todos, em seu art. 5º, LXXVIII, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação.

2. O artigo 49, da Lei nº 9.784/99, estabelece que, concluída a instrução de processo administrativo, a Administração Pública tem o prazo de até 30 (trinta) dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada.

3. Especificamente sobre a implementação de benefício previdenciário, caso dos autos, os artigos 41-A, § 5º, da Lei nº 8.213/91, e 174, do Decreto nº 3.048/1999, preveem o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias para o primeiro pagamento, contados a partir da data apresentação dos documentos necessários pelo segurado.

4. E o artigo 31, da Portaria MPS nº 548-2011 (que disciplina o Regimento Interno do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS), estabelece o prazo de 30 (trinta) dias para apresentação de contrarrazões pela autarquia, sob pena de se considerarem “como contrarrazões do INSS os motivos do indeferimento inicial”.

5. Assim, considerando que o recurso administrativo foi interposto em 24/08/2016, deve ser mantida a sentença que determinou o encaminhamento do recurso para julgamento no prazo de 15 (quinze) dias.

6. Remessa oficial a que se nega provimento.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 5001418-43.2017.4.03.6119, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 05/09/2019, Intimação via sistema DATA: 11/09/2019)

Por fim, esclareço que a jurisprudência entende possível a fixação de astreintes contra o Poder Público a fim de assegurar o cumprimento de decisões judiciais.

No caso, a multa diária foi estabelecida em R\$100,00, estando, portanto, dentro dos parâmetros da razoabilidade.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. REEXAME NECESSÁRIO. PEDIDO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PRAZO PARA DECISÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. LEI 9.784/99. ARTIGOS 41-A, § 5º, DA LEI Nº 8.213/91, E 174, DO DECRETO Nº 3.048/1999. MULTA DIÁRIA. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO DESPROVIDAS.

1. A questão devolvida a esta E. Corte diz respeito à observância de prazo razoável para análise de pedido de benefício previdenciário pelo INSS.
2. A Constituição Federal determina em seu art. 5º, LXXVIII, que “*a todos no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação*”.
3. Nesse sentido, o art. 49 da Lei nº 9.784/99 estabelece que, concluída a instrução de processo administrativo, a Administração Pública tem o prazo de até 30 (trinta) dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada.
4. Especificamente quanto à implementação de benefício previdenciário, caso dos autos, os arts. 41-A, § 5º, da Lei nº 8.213/91, e 174, do Decreto nº 3.048/1999, preveem o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias para o primeiro pagamento, contados a partir da data apresentação dos documentos necessários pelo segurado.
5. Por fim, o artigo 31 da Portaria MPS nº 548/2011, que disciplina o Regimento Interno do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS, estabelece o prazo de 30 (trinta) dias para apresentação de contrarrazões pela autarquia, sob pena de se considerarem “*como contrarrazões do INSS os motivos do indeferimento inicial*”.
6. No caso, resta evidenciada a demora na análise do pedido de revisão da aposentadoria protocolado em 09/2018, de modo que deve ser mantida a sentença. Precedentes (TRF 3ª Região, 3ª Turma, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 5006431-46.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 05/12/2019, Intimação via sistema DATA: 06/12/2019 / TRF 3ª Região, 3ª Turma, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 5018407-92.2018.4.03.6183, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 21/11/2019, Intimação via sistema DATA: 22/11/2019 / TRF 3ª Região, 3ª Turma, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 5002429-12.2019.4.03.6128, Rel. Desembargador Federal MAIRAN GONCALVES MAIA JUNIOR, julgado em 07/11/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 11/11/2019 / TRF 3ª Região, 3ª Turma, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 5001418-43.2017.4.03.6119, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 05/09/2019, Intimação via sistema DATA: 11/09/2019)
7. A jurisprudência entende possível a fixação de astreintes contra o Poder Público a fim de assegurar o cumprimento de decisões judiciais. No caso, a multa diária foi estabelecida em R\$100,00, estando, portanto, dentro dos parâmetros da razoabilidade.
8. Remessa oficial e apelação desprovidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: ENXUTO SUPERMERCADOS LTDA
Advogados do(a) APELANTE: BRENO APIO BEZERRA FILHO - SP125374-A, JOAO CARLOS DE FIGUEIREDO NETO - SP120050-A
APELADO: DELEGADO DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL EM CAMPINAS, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO, PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0002477-43.2010.4.03.6105
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: ENXUTO SUPERMERCADOS LTDA
Advogados do(a) APELANTE: BRENO APIO BEZERRA FILHO - SP125374-A, JOAO CARLOS DE FIGUEIREDO NETO - SP120050-A
APELADO: DELEGADO DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL EM CAMPINAS, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO, PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação e remessa oficial, tida por submetida, em face de sentença que concedeu parcialmente a segurança para excluir o ICMS destacado das notas fiscais da base de cálculo do PIS/COFINS e garantir a compensação, nos termos dos artigos 74 da Lei 9.430/1996, e 26-A da Lei 11.457/2007, após o trânsito em julgado, observada a prescrição quinquenal, e a aplicação da SELIC.

Apelou a PFN pleiteando, em preliminar, a concessão de efeito suspensivo à apelação, nos termos do artigo 1.012, § 3º e 4º do CPC; e o reconhecimento de julgamento *ultra petita*, em relação à exclusão do ICMS destacado das notas fiscais, pois houve violação dos artigos 141, 490 e 492 do CPC, e, no mérito, alegando: (1) necessidade de sobrestamento do feito até o julgamento definitivo do RE 574.706 pela Suprema Corte; (2) validade do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS; (3) o montante a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o imposto efetivamente recolhido; e (4) o Supremo Tribunal Federal, no RE 212.209, definiu que não há inconstitucionalidade no fato de um determinado tributo fazer parte da base de cálculo do mesmo tributo ou de outro.

Não houve contrarrazões.

O Ministério Público Federal opinou pelo regular prosseguimento do feito.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0002477-43.2010.4.03.6105
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: ENXUTO SUPERMERCADOS LTDA
Advogados do(a) APELANTE: BRENO APIO BEZERRA FILHO - SP125374-A, JOAO CARLOS DE FIGUEIREDO NETO - SP120050-A

APELADO: DELEGADO DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL EM CAMPINAS, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO, PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, preliminarmente resta prejudicado o pedido de atribuição de efeito suspensivo à apelação diante do julgamento diretamente do próprio recurso.

Quanto à alegação de que o indébito fiscal depende da prova da existência de ICMS a ser efetivamente pago no sistema não cumulativo, trata-se de questão afeta ao mérito do julgado e, como tal, deve ser apreciado oportunamente neste voto.

Ainda antes do mérito, cabe rejeitar o pedido de suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior, o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior.

No mérito, a questão da inclusão de **imposto** na base de cálculo do PIS/COFINS com vulneração da matriz constitucional que prevê a respectiva incidência sobre faturamento ou receita na dicção atualizado do artigo 195, I, *b*, da Constituição Federal, foi resolvida, pela Suprema Corte no RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS.

Eis o acórdão ementado:

RE 574.706, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe 29/09/2017: "RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

A definição da base de cálculo do PIS/COFINS é matéria constitucional, não cabendo invocar orientação no plano do direito federal para afastar o juízo de inconstitucionalidade, menos ainda quando já vencida (Súmulas 68 e 94/STJ) no âmbito da respectiva Corte Superior. Ademais, o pronunciamento da Suprema Corte, sobretudo em repercussão geral, tem função primordial na tarefa de garantir segurança jurídica, estabilidade, integridade e coerência na aplicação do direito à luz da Constituição, a ser buscada por todos os órgãos do Poder Judiciário (artigos 926 e 927, III, CPC).

Perceba-se que a pretensão em causa não envolve a dedução de parcela legalmente prevista, daí porque impertinente o argumento de que é taxativo o rol de exclusões constante do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 - com as alterações da Lei 12.973/2014, cujo advento, conforme já decidiu esta Corte, “*não promoveu modificação legislativa relevante para a espécie, na medida em que não alterou o conceito da base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS*” (EI 0029413-91.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 17/11/2017) - e § 3º dos artigos 1º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003.

A tese do contribuinte é a de que a inclusão do imposto na base de cálculo de tais contribuições viola incidência constitucionalmente delimitada, exigindo, assim, decisão judicial no sentido de definir a base de cálculo compatível com o parâmetro constitucional.

Quanto ao RE 212.209, tratou-se de precedente que reconheceu válida a inclusão do ICMS na própria base de cálculo do imposto estadual, o que, porém, não obistou que a Suprema Corte, ao tratar do PIS/COFINS, deliberasse pela exclusão do ICMS. Logo, o paradigma para o caso concreto não é o RE 212.209 (ICMS na apuração do próprio ICMS), mas o RE 574.706, que definiu especificamente a base de cálculo constitucionalmente admitida para tais contribuições sociais.

A alegação de que o cálculo do PIS/COFINS com exclusão do imposto destinado ao erário contradiz a incidência, reconhecidamente válida, sobre outros custos, encargos ou despesas destinados a terceiros (como, por exemplo: empregados, companhia de energia elétrica, FGTS, fornecedores, empresas contratadas para prestação de serviços, entes estatais) não é verdadeira nem aceitável, sem análise da natureza jurídica de cada parcela discutida na formação da base de cálculo de tais contribuições. Por ora, o que assentou, suficientemente, a Suprema Corte para o exame do caso foi a inexigibilidade de imposto integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, seja o ICMS, seja o próprio ISS, quanto a este em juízo derivado diretamente da mesma lógica de fundamentação constitucional, conforme já exposto.

O aspecto relevante da controvérsia, excepcionalmente levantado no caso pela própria PFN, ao apontar a violação do artigo 492, CPC, diz respeito ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS diante da divergência estabelecida entre as vertentes que primam, de um lado, pelo valor do imposto destacado nas notas fiscais e, de outro, pelo valor do imposto a ser efetivamente pago pelo contribuinte, dentro do regime de não cumulatividade. É importante frisar, de toda sorte, que tal ponto, ainda que não tenha ou tivesse sido discutido na inicial nem decidido na sentença ou veiculado na apelação, não impediria o pronunciamento da Corte - assim como do próprio Juízo após embargos de declaração -, por se tratar, justamente, de controvérsia ínsita ao próprio mérito, qual seja, a definição do que constitui o indébito fiscal e, neste sentido, matéria que deve ser resolvida na fase cognitiva e não em liquidação de sentença, inexistindo, portanto, mesmo quando nada tenha ou tivesse sido alegado ou decidido, vício de julgamento *extra* ou *ultra petita*, ou contrariedade ao princípio da congruência ou da adstrição..

Tanto é assim que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido em razão do regime de não cumulatividade do imposto.

Neste sentido o seguinte excerto do julgado no RE 574.706:

“O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS”.

Também este o entendimento adotado no âmbito das Turmas desta Seção:

ApelRemNec 5000633-81.2017.4.03.6119, Rel. Des. Fed. ANTONIO CEDENHO, Intimação via sistema 18/04/2020: “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REQUISITOS DO ARTIGO 1.022 CPC/2015. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE Nº 574.706/PR. VINCULAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OBSCURIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1.022 do Código de Processo Civil vigente, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado. O caráter infringente dos embargos somente é admitido a título excepcional, quando a eliminação da contradição ou da omissão decorrer, logicamente, a modificação do julgamento embargado. 2. A e. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no julgamento do RE nº 574.706/PR, consignou que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. Como o presente julgamento se vincula ao que foi decidido sobre o tema pelo C. STF, deve-se assentar que, relativamente à questão do valor a ser efetivamente excluído a título de ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, a tese que foi acolhida pelo STF é a exposta no v. aresto embargado. 3. O escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022 do Código de Processo Civil. 4. O artigo 1.025 do novo Código de Processo Civil bem esclarece que os elementos suscitados pelo embargante serão considerados incluídos no acórdão “para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.” 5. Embargos de declaração rejeitados.”

ApReeNec 5001772-28.2017.4.03.6100, Rel. Des. Fed. MARLI FERREIRA, Intimação via sistema 02/04/2020: “PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ARTIGO 1.022 DO CPC. OMISSÃO. EXISTÊNCIA. JULGADO INTEGRADO. 1. Prevê o artigo 1.022 do CPC que a oposição dos aclaratórios somente tem cabimento para esclarecimento de obscuridade ou eliminação de contradição, para suprimir omissão sobre ponto ou questão sobre o qual o julgado deveria se pronunciar, ou, ainda, para corrigir erro material existente no decisório. 2. Na espécie, o julgado restou omisso quanto à parcela do ICMS a ser destacada da base de cálculo do PIS e da COFINS. E, nesse tocante, cumpre esclarecer que o ICMS a ser excluído é o destacado nos documentos fiscais de saída, vez que é esse montante que integra a indigitada base de cálculo. 3. Assim sendo, tem a impetrante o direito de excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS o valor integral do ICMS destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias do seu estabelecimento, inclusive após o advento da Lei nº 12.973/2014. 4. Embargos de declaração acolhidos.”

ApelRemNec 5003932-95.2019.4.03.6119, Rel. Des. Fed. JOHONSOM DI SALVO, e - DJF3 15/04/2020: “AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DECLAROU INCONSTITUCIONAL A INCLUSÃO DO ICMS (FATURADO) NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS, FAZENDO-O POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO RE Nº 574.706. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a inclusão do ICMS (faturado) na base de cálculo do PIS e da COFINS, fazendo-o por ocasião do julgamento do RE nº 574.706. A corte, por maioria e nos termos do voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia, apreciando o tema nº 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins”. Esse entendimento é aplicável de pronto, não havendo que se falar em espera de embargos de declaração (sem efeito suspensivo) ou de modulação de efeitos da decisão plenária da Suprema Corte, já que esses dois eventos não estão consignados em lei como impeditivos da aplicação imediata do decísum. Esse é o entendimento que vem sendo seguido nesta Corte Regional (3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5021518-72.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 08/11/2019, Intimação via sistema DATA: 13/11/2019), e de modo unânime nesta 6ª Turma (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000706-20.2017.4.03.6130, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 03/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/12/2019). Deveras, a suspensão pretendida pelo Fisco esbarraria no art. 1.035, § 5º do NCPC. De outro lado, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal – ao acolher o voto da ministra Relatora – no sentido de que, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada como faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019). Essa é a postura que este Relator sempre defende desde o momento em que surdiu o julgamento do Tema nº 69 (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000596-53.2018.4.03.6108, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 02/12/2019, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019). Tratando-se de empresa comercial, resta claro que é contribuinte das três exações e que recolheu tributação a maior e poderá recuperá-la (quanto aos últimos cinco anos antes do ajuizamento da presente demanda) por meio de compensação, que deverá ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74 da Lei nº 9.430/1996 (redação dada pela Lei 10.637/02), observado ainda o artigo 26-A da Lei nº 11.457/2007.”

Logo, não importa ao exame do mérito a juntada de documentos fiscais ou mercantis para demonstração do ICMS a ser pago pelo contribuinte, bastando para o presente julgamento a prova, tão-somente, de que o contribuinte, sujeito ao PIS/COFINS, recolheu valores com inclusão do ICMS nas bases de cálculo, ficando relegada à fase própria a apuração do *quantum debeatur* a partir de valores destacados em notas fiscais e incluídos na tributação federal.

Reconhecido o indébito fiscal, na forma acima especificada, os critérios para exercício do direito à compensação, na via administrativa mediante procedimento específico, inclusive com a própria comprovação e liquidação de valores indevidos a serem compensados, são os definidos nos artigos 168 (prescrição quinquenal) e 170-A (trânsito em julgado), ambos do Código Tributário Nacional; artigo 74 da Lei 9.430/1996 e demais textos legais de regência, incluindo o artigo 26-A da Lei 11.457/2007 na redação da Lei 13.670/2018, observado o regime legal vigente ao tempo da propositura da ação, pois este o critério determinante na jurisprudência consolidada, ainda que posteriormente possa ter sido alterada a legislação; e artigo 39, § 4º da Lei 9.250/1995 (incidência exclusiva da Taxa SELIC) desde cada recolhimento indevido.

Ante o exposto, conheço em parte da apelação e, nesta extensão, nego-lhe provimento, assim como à remessa oficial, tida por submetida.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. INDÉBITO FISCAL. COMPENSAÇÃO.

1. Preliminarmente resta prejudicado o pedido de atribuição de efeito suspensivo à apelação diante do julgamento diretamente do próprio recurso; e quanto à alegação de que o indébito fiscal depende da prova da existência de ICMS a ser efetivamente pago no sistema não cumulativo, trata-se de questão afeta ao mérito do julgado e, como tal, deve ser apreciada oportunamente neste voto.

2. Ainda antes do mérito, cabe rejeitar o pedido de suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior, o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior.

3. No mérito, a questão da inclusão de **imposto** na base de cálculo do PIS/COFINS com vulneração da matriz constitucional que prevê a respectiva incidência sobre faturamento ou receita na dicção atualizado do artigo 195, I, *b*, da Constituição Federal, foi resolvida, pela Suprema Corte no RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS. A definição da base de cálculo do PIS/COFINS é matéria constitucional, não cabendo invocar orientação no plano do direito federal para afastar o juízo de inconstitucionalidade, menos ainda quando já vencida (Súmulas 68 e 94/STJ) no âmbito da respectiva Corte Superior. Ademais, o pronunciamento da Suprema Corte, sobretudo em repercussão geral, tem função primordial na tarefa de garantir segurança jurídica, estabilidade, integridade e coerência na aplicação do direito à luz da Constituição, a ser buscada por todos os órgãos do Poder Judiciário (artigos 926 e 927, III, CPC).

4. A pretensão em causa não envolve a dedução de parcela legalmente prevista, daí porque impertinente o argumento de que é taxativo o rol de exclusões constante do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 - com as alterações da Lei 12.973/2014, cujo advento, conforme já decidiu esta Corte, "*não promoveu modificação legislativa relevante para a espécie, na medida em que não alterou o conceito da base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS*" (EI 0029413-91.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 17/11/2017) - e § 3º dos artigos 1º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003. A tese do contribuinte é a de que a inclusão do imposto na base de cálculo de tais contribuições viola incidência constitucionalmente delimitada, exigindo, assim, decisão judicial no sentido de definir a base de cálculo compatível com o parâmetro constitucional.

5. Quanto ao RE 212.209, tratou-se de precedente que reconheceu válida a inclusão do ICMS na própria base de cálculo do imposto estadual, o que, porém, não obstou que a Suprema Corte, ao tratar do PIS/COFINS, deliberasse pela exclusão do ICMS. Logo, o paradigma para o caso concreto não é o RE 212.209 (ICMS na apuração do próprio ICMS), mas o RE 574.706, que definiu especificamente a base de cálculo constitucionalmente admitida para tais contribuições sociais.

6. A alegação de que o cálculo do PIS/COFINS com exclusão do imposto destinado ao erário contradiz a incidência, reconhecidamente válida, sobre outros custos, encargos ou despesas destinados a terceiros (como, por exemplo: empregados, companhia de energia elétrica, FGTS, fornecedores, empresas contratadas para prestação de serviços, entes estatais) não é verdadeira nem aceitável, sem análise da natureza jurídica de cada parcela discutida na formação da base de cálculo de tais contribuições. Por ora, o que assentou, suficientemente, a Suprema Corte para o exame do caso foi a inexigibilidade de imposto integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, seja o ICMS, seja o próprio ISS, quanto a este em juízo derivado diretamente da mesma lógica de fundamentação constitucional, conforme já exposto.

7. O aspecto relevante da controvérsia, excepcionalmente levantado no caso pela própria PFN, ao apontar a violação do artigo 492, CPC, diz respeito ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS diante da divergência estabelecida entre as vertentes que primam, de um lado, pelo valor do imposto destacado nas notas fiscais e, de outro, pelo valor do imposto a ser efetivamente pago pelo contribuinte, dentro do regime de não cumulatividade. É importante frisar, de toda sorte, que tal ponto, ainda que não tenha ou tivesse sido discutido na inicial nem decidido na sentença ou veiculado na apelação, não impediria o pronunciamento da Corte - assim como do próprio Juízo após embargos de declaração -, por se tratar, justamente, de controvérsia ínsita ao próprio mérito, qual seja, a definição do que constitui o indébito fiscal e, neste sentido, matéria que deve ser resolvida na fase cognitiva e não em liquidação de sentença, inexistindo, portanto, mesmo quando nada tenha ou tivesse sido alegado ou decidido, vício de julgamento *extra* ou *ultra petita*, ou contrariedade ao princípio da congruência ou da adstrição. Tanto é assim que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido em razão do regime de não cumulatividade do imposto. Logo, não importa ao exame do mérito a juntada de documentos fiscais ou mercantis para demonstração do ICMS a ser pago pelo contribuinte, bastando para o presente julgamento a prova, tão-somente, de que o contribuinte, sujeito ao PIS/COFINS, recolheu valores com inclusão do ICMS nas bases de cálculo, ficando relegada à fase própria a apuração do *quantum debeatur* a partir de valores destacados em notas fiscais e incluídos na tributação federal.

8. Reconhecido o indébito fiscal, na forma acima especificada, os critérios para exercício do direito à compensação, na via administrativa mediante procedimento específico, inclusive com a própria comprovação e liquidação de valores indevidos a serem compensados, são os definidos nos artigos 168 (prescrição quinquenal) e 170-A (trânsito em julgado), ambos do Código Tributário Nacional; artigo 74 da Lei 9.430/1996 e demais textos legais de regência, incluindo o artigo 26-A da Lei 11.457/2007 na redação da Lei 13.670/2018, observado o regime legal vigente ao tempo da propositura da ação, pois este o critério determinante na jurisprudência consolidada, ainda que posteriormente possa ter sido alterada a legislação; e artigo 39, § 4º da Lei 9.250/1995 (incidência exclusiva da Taxa SELIC) desde cada recolhimento indevido.

9. Apelação conhecida em parte e, nesta extensão, não provida, e remessa oficial desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, conheceu em parte da apelação e, nesta extensão, negou-lhe provimento, assim como à remessa oficial, tida por submetida, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5019498-15.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ELEVADORES ATLAS SCHINDLER LTDA.

Advogados do(a) APELADO: DANIELLA ZAGARI GONCALVES - SP116343-A, MARCO ANTÔNIO GOMES

BEHRNDT - SP173362-A, JULIANA JACINTHO CALEIRO - SP237843-A, DANIELLE BARROSO SPEJO - SP297601-

A, MARCELO PAULO FORTES DE CERQUEIRA - SP144994-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5019498-15.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ELEVADORES ATLAS SCHINDLER LTDA.

Advogados do(a) APELADO: DANIELLA ZAGARI GONCALVES - SP116343-A, MARCO ANTÔNIO GOMES BEHRNDT - SP173362-A, JULIANA JACINTHO CALEIRO - SP237843-A, DANIELLE BARROSO SPEJO - SP297601-A, MARCELO PAULO FORTES DE CERQUEIRA - SP144994-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial e de recurso de apelação interposto pela **União**, em face da sentença que concedeu a ordem no mandado de segurança, para afastar o ISS da base de cálculo do PIS-IMPORTAÇÃO e da COFINS-IMPORTAÇÃO, bem como autorizar a compensação dos valores recolhidos indevidamente, respeitada a prescrição quinquenal.

A União requer, preliminarmente, o sobrestamento do feito, e, no mérito, alega, em resumo, que o ICMS integra o faturamento da empresa.

Por fim, aduz, a Fazenda Nacional, que a impetrante não comprovou os recolhimentos efetuados para compensação do indébito.

Com contrarrazões vieram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal, em manifestação de lavra do e. Procurador Regional da República Márcio Domene Cabrini, deixou de exarar parecer por entender não haver interesse público primário que justifique sua intervenção no feito.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5019498-15.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ELEVADORES ATLAS SCHINDLER LTDA.

Advogados do(a) APELADO: DANIELLA ZAGARI GONCALVES - SP116343-A, MARCO ANTÔNIO GOMES

BEHRNDT - SP173362-A, JULIANA JACINTHO CALEIRO - SP237843-A, DANIELLE BARROSO SPEJO - SP297601-

A, MARCELO PAULO FORTES DE CERQUEIRA - SP144994-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): De início, não conheço do recurso de apelação, pois tratou de tema estranho à lide.

Passo ao exame da remessa oficial.

A Lei n.º 10.865/2004, em sua redação original, previa que:

“Art. 3º. O fato gerador será:

I - a entrada de bens estrangeiros no território nacional; ou

II - o pagamento, o crédito, a entrega, o emprego ou a remessa de valores a residentes ou domiciliados no exterior como contraprestação por serviço prestado.

(...)

Art. 7º. A base de cálculo será:

I - o valor aduaneiro, assim entendido, para os efeitos desta Lei, o valor que servir ou que serviria de base para o cálculo do imposto de importação, acrescido do valor do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS incidente no desembaraço aduaneiro e do valor das próprias contribuições, na hipótese do inciso I do caput do art. 3º desta Lei; ou

II - o valor pago, creditado, entregue, empregado ou remetido para o exterior, antes da retenção do imposto de renda, acrescido do Imposto sobre Serviços de qualquer Natureza - ISS e do valor das próprias contribuições, na hipótese do inciso II do caput do art. 3º desta Lei.”

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n.º 559.937, declarou a inconstitucionalidade apenas da parte final do artigo 7º, inciso I, da Lei n.º 10.865/04, razão pela qual, na hipótese de importação de bens, a base de cálculo tributária deve atender à definição estrita de valor aduaneiro, sem o acréscimo de ICMS e demais contribuições incidentes na operação. Nesse sentido:

“Tributário. Recurso extraordinário. Repercussão geral. PIS/COFINS – importação. Lei n.º 10.865/04. Vedação de bis in idem. Não ocorrência. Suporte direto da contribuição do importador (arts. 149, II, e 195, IV, da CF e art. 149, § 2º, III, da CF, acrescido pela EC 33/01). Alíquota específica ou ad valorem. Valor aduaneiro acrescido do valor do ICMS e das próprias contribuições. Inconstitucionalidade. Isonomia. Ausência de afronta. 1. Afastada a alegação de violação da vedação ao bis in idem, com invocação do art. 195, § 4º, da CF. Não há que se falar sobre invalidade da instituição originária e simultânea de contribuições idênticas com fundamento no inciso IV do art. 195, com alíquotas apartadas para fins exclusivos de destinação. 2. Contribuições cuja instituição foi previamente prevista e autorizada, de modo expresso, em um dos incisos do art. 195 da Constituição validamente instituídas por lei ordinária. Precedentes. 3. Inaplicável ao caso o art. 195, § 4º, da Constituição. Não há que se dizer que deveriam as contribuições em questão ser necessariamente não-cumulativas. O fato de não se admitir o crédito senão para as empresas sujeitas à apuração do PIS e da COFINS pelo regime não-cumulativo não chega a implicar ofensa à isonomia, de modo a fulminar todo o tributo. A sujeição ao regime do lucro presumido, que implica submissão ao regime cumulativo, é opcional, de modo que não se vislumbra, igualmente, violação do art. 150, II, da CF. 4. Ao dizer que a contribuição ao PIS/PASEP-Importação e a COFINS-Importação poderão ter alíquotas ad valorem e base de cálculo o valor aduaneiro, o constituinte derivado circunscreveu a tal base a respectiva competência. 5. A referência ao valor aduaneiro no art. 149, § 2º, III, a, da CF implicou utilização de expressão com sentido técnico inequívoco, porquanto já era utilizada pela legislação tributária para indicar a base de cálculo do Imposto sobre a Importação. 6. A Lei 10.865/04, ao instituir o PIS/PASEP-Importação e a COFINS-Importação, não alargou propriamente o conceito de valor aduaneiro, de modo que passasse a abranger, para fins de apuração de tais contribuições, outras grandezas nele não contidas. O que fez foi desconsiderar a imposição constitucional de que as contribuições sociais sobre a importação que tenham alíquota ad valorem sejam calculadas com base no valor aduaneiro, extrapolando a norma do art. 149, § 2º, III, a, da Constituição Federal. 7. Não há como equiparar, de modo absoluto, a tributação da importação com a tributação das operações internas. O PIS/PASEP-Importação e a COFINS-Importação incidem sobre operação na qual o contribuinte efetuou despesas com a aquisição do produto importado, enquanto a PIS e a COFINS internas incidem sobre o faturamento ou a receita, conforme o regime. São tributos distintos. 8. O gravame das operações de importação se dá não como concretização do princípio da isonomia, mas como medida de política tributária tendente a evitar que a entrada de produtos desonerados tenha efeitos predatórios relativamente às empresas sediadas no País, visando, assim, ao equilíbrio da balança comercial. 9. Inconstitucionalidade da seguinte parte do art. 7º, inciso I, da Lei 10.865/04: “acrescido do valor do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS incidente no desembaraço aduaneiro e do valor das próprias contribuições, por violação do art. 149, § 2º, III, a, da CF, acrescido pela EC 33/01. 10. Recurso extraordinário a que se nega provimento.”

(RE 559937, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2013, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-206 DIVULG 16-10-2013 PUBLIC 17-10-2013 EMENT VOL-02706-01 PP-000111)

Não houve declaração de inconstitucionalidade da hipótese material de incidência tributária prevista no inciso II, do artigo 7º, da Lei n.º 10.865/2004, atinente a serviços. Essa questão não foi objeto do recurso analisado pelo Supremo Tribunal Federal, não havendo como aplicar, a mesma razão de decidir ao presente caso, como pretende a impetrante.

Isso porque, de acordo com a jurisprudência dessa Corte Regional, quanto aos serviços, (artigo 3º, inciso II, c.c. artigo 7º, inciso II, ambos da Lei n. 10.865/2004), não há inconstitucionalidade na norma de regência.

De fato, desde a edição da Emenda Constitucional n.º 42/03, há previsão de incidência das contribuições sociais sobre a importação de bens e serviços do exterior, conforme artigo 195, inciso IV, da Constituição Federal.

O legislador ordinário fixou a hipótese de incidência a partir da previsão constitucional. E, na específica hipótese de serviços importados, não se valeu de instituto jurídico com definição já fixada pelo Direito Privado (como "valor aduaneiro"). Ao contrário, utilizou-se da expressão "pagamento de serviços".

Em hipótese distinta da prevista no Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN, no qual o fato gerador tributário é o serviço previsto em legislação complementar, nas contribuições sociais a incidência se dá sobre a importação, nos termos do artigo 3º, inciso II, da Lei n. 10.865/2004.

Nesses termos, existindo pagamento em decorrência da importação do serviço, ocorre a incidência da contribuição social. Portanto, é possível a integração do ISS na base de cálculo do PIS-Importação e COFINS-Importação quando da internalização de serviços (artigo 7º, inciso II, da Lei n. 10.865/2004).

Corroborando o entendimento ora esposado:

“CONSTITUCIONAL - TRIBUTÁRIO - PIS-IMPORTAÇÃO E COFINS-IMPORTAÇÃO - LEI FEDERAL Nº. 10.865/04 - HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA - BENS E SERVIÇOS - LIMITES DA ORIENTAÇÃO FIRMADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM REPERCUSSÃO GERAL.

1. As contribuições sociais possuem base constitucional. Foram instituídas a partir das alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003, que acrescentou o inciso IV, ao artigo 195, da Constituição Federal.

2. Há previsão de duas hipóteses materiais de incidência tributária: (a) o valor aduaneiro da mercadoria, quando da importação de bens - artigo 7º, inciso I, da Lei Federal nº. 10.865/04; (b) o valor dos serviços prestados no território nacional - artigo 7º, inciso II, da Lei Federal nº. 10.865/04.

3. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade apenas da parte final do artigo 7º, inciso I, da Lei Federal nº. 10.865/04. Ou seja, na hipótese de importação de bens, a base de cálculo tributária deve atender à definição estrita de valor aduaneiro, sem o acréscimo de ICMS e demais contribuições incidentes na operação.

4. Não houve declaração de inconstitucionalidade da hipótese material de incidência tributária prevista no inciso II, do artigo 7º, da Lei Federal nº. 10.865/04, atinente a serviços. Tal questão não era objeto do recurso analisado pela Suprema Corte. Nesse ponto, não há inconstitucionalidade na norma de regência. O legislador ordinário adotou sistemática semelhante àquela anteriormente estabelecida para as contribuições ao PIS e ao FINSOCIAL (atual COFINS), cuja legalidade foi reconhecida pelo STJ, através das Súmulas 68 e 94.

5. Não há inconstitucionalidade no artigo 15, da Lei Federal nº. 10.865/04. Não houve restrição, mas, sim, definição da incidência não-cumulativa das contribuições.

6. Em hipótese distinta da prevista no Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN, no qual o fato gerador tributário é o serviço previsto em legislação complementar, nas contribuições sociais a incidência se dá sobre a importação. Existindo pagamento em decorrência da importação do serviço, ocorre a incidência das contribuições sociais.

7. Diante da sucumbência mínima da União, é devida a condenação da Autora ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% do valor dado a causa.

8. Apelação da autora improvida. Apelo da União e remessa oficial, parcialmente providos”

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, APELREEX - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 1630211 - 0017513-53.2004.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FÁBIO PRIETO, julgado em 15/12/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/01/2017 – sem grifos no original)

“TRIBUTÁRIO. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 543-B, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PIS/COFINS NA IMPORTAÇÃO DE SERVIÇOS. INEXISTÊNCIA DE SUBSUNÇÃO DO CASO CONCRETO AO QUANTO DECIDIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 559.937/RS, NÃO SE CONFIGURANDO HIPÓTESE DE RETRATAÇÃO. ACÓRDÃO MANTIDO.

1. No julgamento do RE nº 559.937/RS, a Corte Suprema declarou a inconstitucionalidade da inclusão, na base de cálculo do PIS/PASEP-importação e da COFINS-importação, dos valores do ICMS incidente no desembaraço aduaneiro e das próprias contribuições, por violação ao art. 149, § 2º, III, a, da Constituição Federal. Ou seja, declarou a inconstitucionalidade da seguinte parte do art. 7º, inciso I, da Lei 10.865/04: "acrescido do valor do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS incidente no desembaraço aduaneiro e do valor das próprias contribuições".

2. In casu, entretanto, a impetrante, CREDICARD S/A ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO, realiza importação de serviços (art. 3º, II, da Lei nº 10.865/2004), de modo que está sujeita ao recolhimento do PIS-Importação e da COFINS-Importação sobre o "valor pago, creditado, entregue, empregado ou remetido para o exterior, antes da retenção do imposto de renda, acrescido ao Imposto sobre Serviços de qualquer Natureza - ISS e do valor das próprias contribuições" (art. 7º, II, da Lei nº 10.865/2004). Ou seja, na singularidade, a causa de pedir é a inconstitucionalidade do art. 7º, II, da Lei nº 10.865/2004, ao passo que o precedente representativo de controvérsia exarou a inconstitucionalidade de parte do art. 7º, I, da Lei nº 10.865/2004.

3. Não houve manifestação do STF a respeito da inclusão do ISS e das próprias contribuições na base de cálculo do PIS e da COFINS no caso de importação de serviços. O precedente cuida da importação de bens (art. 3º, I, da Lei nº 10.865/2004) e da exclusão do ICMS e das próprias contribuições da base de cálculo do PIS-Importação e da COFINS-Importação (art. 7º, I, da Lei nº 10.865/2004).

4. Não havendo perfeita harmonia entre o caso concreto e o julgado paradigma representativo da controvérsia, é descabida a retratação."

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 284685 - 0019772-21.2004.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHNSOM DI SALVO, julgado em 14/05/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:22/05/2015 – sem grifos no original)

Nesse contexto, o caso é de reforma da sentença para denegar-se a ordem pleiteada no *mandamus*.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** à remessa oficial para, reformando a sentença, **DENEGAR A ORDEM** no mandado de segurança, e, **NÃO CONHEÇO** do recurso de apelação, nos termos supra.

É como voto.

EMENTA

DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXCLUSÃO DO ISS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS-IMPORTAÇÃO E DA COFINS-IMPORTAÇÃO.

1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 559.937, declarou a inconstitucionalidade apenas da parte final do artigo 7º, inciso I, da Lei nº 10.865/04, razão pela qual, na hipótese de importação de bens, a base de cálculo tributária deve atender à definição estrita de valor aduaneiro, sem o acréscimo de ICMS e demais contribuições incidentes na operação. Nesse sentido: RE 559937, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2013, Repercussão Geral - Mérito DJe-206 DIVULG 16-10-2013 PUBLIC 17-10-2013.

2. Não houve declaração de inconstitucionalidade da hipótese material de incidência tributária prevista no inciso II, do artigo 7º, da Lei n. 10.865/2004, atinente a serviços. Essa questão não foi objeto do recurso analisado pelo Supremo Tribunal Federal, não havendo como aplicar, ao menos em exame de cognição sumária, a mesma razão de decidir ao presente caso, como pretende a impetrante.

3. De acordo com a jurisprudência dessa E. Corte Regional, quanto aos serviços, (artigo 3º, inciso II, c.c. artigo 7º, inciso II, ambos da Lei n. 10.865/2004), não há inconstitucionalidade na norma de regência.

4. Desde a edição da Emenda Constitucional n.º 42/03, há previsão de incidência das contribuições sociais sobre a importação de bens e serviços do exterior, conforme artigo 195, inciso IV, da Constituição Federal.

5. O legislador ordinário fixou a hipótese de incidência a partir da previsão constitucional. E, na específica hipótese de serviços importados, não se valeu de instituto jurídico com definição já fixada pelo Direito Privado (como "valor aduaneiro"). Ao contrário, utilizou-se da expressão "pagamento de serviços".

6. Em hipótese distinta da prevista no Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN, no qual o fato gerador tributário é o serviço previsto em legislação complementar, nas contribuições sociais a incidência se dá sobre a importação, nos termos do artigo 3º, inciso II, da Lei n. 10.865/2004.

7. Nesses termos, existindo pagamento em decorrência da importação do serviço, ocorre a incidência da contribuição social. Portanto, é possível a integração do ISS na base de cálculo do PIS-Importação e COFINS-Importação quando da internalização de serviços (artigo 7º, inciso II, da Lei n. 10.865/2004). Precedentes dessa Corte Regional.

8. Remessa oficial provida. Recurso de apelação não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, DEU PROVIMENTO à remessa oficial para, reformando a sentença, DENEGAR A ORDEM no mandado de segurança, e, NÃO CONHECEU do recurso de apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001238-35.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: MARDONIO CARGO EXPRESS TRANSPORTES LTDA
Advogado do(a) APELADO: MAURICIO ALVES COCCIADIFERRO - SP230549-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001238-35.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MARDONIO CARGO EXPRESS TRANSPORTES LTDA
Advogado do(a) APELADO: MAURICIO ALVES COCCIADIFERRO - SP230549-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário, reconhecido de ofício, e de recurso de apelação interposto pela **UNIÃO** em face da sentença, que concedeu a segurança para declarar o direito da impetrante **MARDONIO CARGO EXPRESS TRANSPORTES LTDA.**, à exclusão dos valores correspondentes ao ICMS da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e ao COFINS, bem como à repetição dos valores indevidamente recolhidos, cinco últimos anos anteriores à impetração, a serem requeridas administrativamente.

O Juízo *a quo* concedeu a segurança para reconhecer a inexigibilidade dos valores decorrentes da inclusão do ICMS nas bases de cálculo da contribuição ao PIS e à COFINS, bem como para reconhecer o direito da autora em repetir o indébito, respeitado o prazo prescricional, devidamente atualizado pela taxa Selic, a teor da Lei 9.250/95, a ser apurado em liquidação de sentença, a partir de seu trânsito em julgado (art. 170-A do CTN). Por fim, condenou a União nas custas e honorários advocatícios, fixados em 10% (artigo 85, § 3º, inciso I, do Código de Processo Civil), sobre o valor atualizado da condenação.

Em suas razões de apelação, a União sustentou, em síntese, que:

a) ainda há pedido pendente da PGFN de modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706 - o que justifica a **suspensão do processo até o julgamento dos embargos declaratórios**;

b) não há como prosperar a tese seguida pela r. sentença de que o ICMS não compõe a base de cálculo da contribuição ao PIS, vez que o valor do ICMS integra o preço da operação comercial para qualquer efeito, e esse valor incrementa a receita bruta da pessoa jurídica.

Com contrarrazões, subiram os autos a essa E. Corte Regional.

O Ministério Público Federal, em manifestação do Procurador Regional da República, Elton Venturi, deixou de exarar parecer, por entender ausente interesse público primário a justificar sua intervenção no feito.

É o sucinto relatório.

srevi

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001238-35.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MARDONIO CARGO EXPRESS TRANSPORTES LTDA
Advogado do(a) APELADO: MAURICIO ALVES COCCIADIFERRO - SP230549-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

O cerne da presente controvérsia gravita em torno do pleito da impetrante acerca do reconhecimento judicial que declare seu direito à exclusão do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) da base de cálculo das contribuições devidas a título de PIS e COFINS, bem como à declaração do direito de efetuar a compensação tributária dos valores recolhidos indevidamente nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação.

Pois bem

No caso em análise, face à sentença concessiva de segurança contra a União, por força do disposto no §1º do art. 14, da Lei 12.016/2009, reconheço a hipótese da obrigatoriedade ao duplo grau de jurisdição, com a análise da remessa necessária.

Preliminarmente, rejeito o pedido de suspensão do feito, uma vez que a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia **evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito** das demais demandas em que se discute o tema.

Assim, uma vez que não há determinação expressa pelo STF, a suspensão da demanda é mera faculdade, a qual afasto, em nome da duração razoável do processo.

Quanto ao mérito, a questão não carece de maiores debates, haja vista que em sessão plenária do dia 15.03.2017 foi julgado o RE nº 574.706/RS, que trata do tema atinente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a sistemática da repercussão geral (artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973), nos seguintes termos:

*"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Carmen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "**O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins**". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017."*

(RE 574706 RG, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 15/03/2017, DJe-053 DIVULG 17-03-2017 PUBLIC 20-03-2017)

Reforce-se a esse quadro que em 29.09.2017 foi disponibilizada a ementa do aludido acórdão:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

Em suma, a novel jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, assim como a do Superior Tribunal de Justiça, reconheceu a exclusão da parcela relativa ao ICMS da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, confira-se:

"TRIBUTO - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da Cofins, porque estranho ao conc eito de faturamento." (RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituindo receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS incluí-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido."

(AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 07/04/2015)

Cumprase asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

Na verdade, o ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.

Resta evidente, portanto, que o ICMS não tem a natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, veja-se:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ICMS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Encontra-se, atualmente, consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme constou do Boletim de Notícias do Supremo Tribunal Federal nº 762 de 06 a 11 de Outubro de 2014 (RE 240.785-2/MG).

2. Embargos infringentes desprovidos."

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI 0000266-78.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 04/11/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/11/2014)

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS e DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/04/2014)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DUPLO AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. VALIDADE. APROVEITAMENTO DO TÍTULO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.

2. A orientação no plano constitucional, a partir do precedente citado, foi adotada, recentemente, no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94, conforme AgRg no ARES 593.627, Rel. p/ acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 07/04/2015.

3. Embora cabível excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, não se reconhece a nulidade da execução fiscal, que deve prosseguir pelo saldo efetivamente devido, não se cogitando, de extinção da execução fiscal, na conformidade da jurisprudência consolidada.

4. Agravos inominados desprovidos."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0030027-53.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/05/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/05/2015)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB A SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. ICMS RECOLHIDO PELO SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO – ICMS-ST. EXCLUSÃO NO CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS PELO CONTRIBUINTE SUBSTITUÍDO. POSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO – PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS.

1. Apelação da União não conhecida no que tange à necessidade de ser observado o disposto no artigo 170-A, do CTN, uma vez que a sentença não destoou desse entendimento.

2. O STF pacificou a controvérsia objeto de discussão nestes autos, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).

3. A pacificação do tema, por meio de julgado proferido sob o regime da repercussão geral (e/ou na sistemática dos recursos repetitivos), impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.

4. A jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

5. Embora o Supremo Tribunal Federal não tenha enfrentado a controvérsia atinente ao regime tributário adotado para a arrecadação do ICMS, tal questão não pode servir de óbice à aplicação do referido precedente quanto à exclusão do ICMS recolhido antecipadamente pelo substituto tributário em nome do contribuinte substituído, notadamente se considerada a circunstância de que tais antecipações do ICMS serão computadas no custo dos bens adquiridos pelo substituído e, por conseguinte, integrarão a sua receita bruta na etapa subsequente.

6. A compensação (a ser realizada após o trânsito em julgado destes autos – artigo 170-A do CTN) deverá observar a prescrição quanto aos valores pagos antes do quinquênio anterior à impetração. Deverá, outrossim, ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74 da Lei nº 9.430/1996, porém à exceção das contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991 (conforme disposição do artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 11.457/2007). A atualização monetária dos valores pagos deve ser realizada mediante aplicação da taxa Selic (artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995).

7. Na presente ação apenas se declara a existência do direito do contribuinte à compensação (Súmula 213 do STJ). Reserva-se à Administração o direito a ulterior verificação de sua plena regularidade, inclusive o encontro de contas. Para fins do simples reconhecimento/declaração do direito à compensação, os documentos colacionados aos autos são suficientes. A título ilustrativo, cumpre citar os comprovantes de arrecadação de Cofins não cumulativa, código de receita 5856, bem como de PIS não cumulativo, código de receita 6912.

8. Apelação da União improvida na parte conhecida. Remessa oficial parcialmente provida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 5004832-09.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 25/03/2019, Intimação via sistema DATA: 27/03/2019)

Reconheço, portanto, o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Reforce-se que mesmo com as alterações posteriores na legislação que institui o PIS e a COFINS – Lei nº 12.973/14 – não temo condão de afastar o quanto decidido, pois, conforme amplamente demonstrado, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, **observada a prescrição quinquenal** e segundo a lei vigente ao tempo do ajuizamento da demanda, que ocorreu em **20/02/2018**.

Conforme jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, confira-se:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".
5. Consectariamente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.
6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.
7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.
8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."
9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).
10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.
11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.
12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor; o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.
13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor; nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."
14. Consequentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF). (Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

Destarte, conforme a jurisprudência acima colacionada e, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

Ressalte-se que a compensação requerida nos presentes autos **não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias**, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior, *in verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO INEXISTENTE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. COMPENSAÇÃO. TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA. ART. 26 DA LEI N. 11.457/07. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nos termos da jurisprudência do STJ, é impossível a compensação de créditos tributários administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal com débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (contribuições sociais previstas nas alíneas 'a', 'b' e 'c' do parágrafo único do art. 11 da Lei n. 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida pelo art. 26 da Lei n. 11.457/07. Precedentes. Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1469537/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 24/10/2014)

Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, veja-se:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4º 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.

4. A Tabela Única aprovada pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação /repetição de indébito, quais sejam: (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDcl no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. O prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/05 (09.06.2005), nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.") (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: REsp 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009).

7. *Outrossim, o artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.*

8. *Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."*

(REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010)

Finalmente, o termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior, que ora colaciono:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNBEN. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL. APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.250/95. DESDE O RECOLHIMENTO INDEVIDO. SÚMULA 83/STJ

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nas ações de restituição de tributos federais, antes do advento da Lei 9.250/95, incide a correção monetária desde o pagamento indevido (no caso, no momento da indevida retenção do IR) até a restituição ou a compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros moratórios a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), na forma do art. 167, parágrafo único, do CTN.

3. Ocorre que, com o advento do referido diploma, passou-se a incidir a Taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou a partir de 1º de janeiro de 1996 (caso o recolhimento tenha ocorrido antes dessa data).

Agravo regimental improvido."

(AgRg no AgRg no AREsp 536.348/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014)

Por fim, afasto a condenação da União, ao pagamento de honorários advocatícios, com fulcro no artigo 25, da Lei nº 12.016/2009 e nas Súmulas 512, STF e 105 STJ.

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso de apelação da União e **dou parcial provimento** à remessa necessária, para reconhecer a impossibilidade de realizar a compensação pleiteada com as contribuições previdenciárias, bem como para afastar a condenação da União ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. DIREITO À COMPENSAÇÃO RECONHECIDO. CONDENAÇÃO DA UNIÃO, AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, COM FULCRO NO ARTIGO 25, DA LEI Nº 12.016/2009 E NAS SÚMULAS 512, STF E 105 STJ. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO. REMESSA NECESSÁRIA PARCIALMENTE PROVIDA.

1. O cerne da presente controvérsia gravita em torno do reconhecimento do direito da impetrante à exclusão dos valores correspondentes ao ICMS da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e a COFINS, bem como a compensação dos valores tidos como indevidamente recolhidos, nos últimos 05 (cinco) anos, com os acréscimos cabíveis.

2. Pedido de suspensão do feito rejeitado, uma vez que a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia **evento futuro e incerto, que não constitui óbice à solução do mérito** das demais demandas em que se discute o tema.
3. Uma vez que não há determinação expressa pelo STF, a suspensão da demanda é mera faculdade, a qual afastou, em nome da duração razoável do processo.
4. A jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.
5. Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.
6. Cumpre asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.
7. O ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.
8. Resta evidente, portanto, que o ICMS não tem a natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.
9. Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, observada a prescrição quinquenal e segundo a lei vigente ao tempo do ajuizamento da demanda que ocorreu em **20/02/2018**.
10. Ressalte-se que a compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias.
11. Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil.
12. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior.
13. Recurso de apelação da União desprovido.
14. Reexame necessário parcialmente provido para reconhecer a impossibilidade de realizar a compensação pleiteada com as contribuições previdenciárias, bem como para afastar a condenação da União ao pagamento de honorários advocatícios.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso de apelação da União e deu parcial provimento à remessa necessária, para reconhecer a impossibilidade de realizar a compensação pleiteada com as contribuições previdenciárias, bem como para afastar a condenação da União ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000727-68.2017.4.03.6106
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR
APELADO: H.B. SAUDE S/A.
Advogado do(a) APELADO: RODRIGO GONCALVES GIOVANI - SP226747-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000727-68.2017.4.03.6106
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

APELADO: H.B. SAUDE S/A.
Advogado do(a) APELADO: RODRIGO GONCALVES GIOVANI - SP226747-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pela **Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS** em face da sentença que acolheu o pedido formulado por **H.B. Saúde S/A**, para declarar a inexigibilidade do recolhimento da Taxa de Saúde Suplementar – TSS, criada pela Lei nº 9.961/2000, na base de cálculo prevista no artigo 3º da RDC 10/2000. A Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS foi condenada ao pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

Irresignada, a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS apelou aduzindo, em síntese, que:

a) foi concebida com a específica atribuição de fiscalizar e garantir o efetivo cumprimento da Lei nº 9.656, de 1998, conforme se depreende do disposto na Lei nº 9.961, de 2000. Nesse contexto, alega que as Leis nº 9.656, de 1998, e 9.961, de 2000 estão em consonância com o mandamento constitucional, sendo instrumentos de consecução dos objetivos fundamentais da República;

b) é competente para fiscalizar atividades concernentes à promoção da saúde (Lei nº 9.961/2000). Desse modo, é plenamente justificável a cobrança da Taxa de Saúde Suplementar, que tem como fato gerador a atividade estatal fiscalizatória que lhe compete;

c) não há qualquer ilegalidade na base de cálculo da Taxa de Saúde Suplementar, encontrando-se a sua cobrança em perfeita consonância e harmonia com a Constituição da República;

d) não há dúvida que quanto maior o número de usuários dos contratos de planos de saúde, a atividade fiscalizatória da ANS será proporcionalmente aumentada, justificando plenamente a adoção do número médio de usuários de cada operadora como parâmetro mais justo e adequado para a mensuração da base de cálculo da Taxa de Saúde Suplementar. Protesta, assim, pela constitucionalidade da base de cálculo da TSS, não havendo que se falar em violação ao princípio da legalidade estrita.

Com contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000727-68.2017.4.03.6106
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

APELADO: H.B. SAUDE S/A.
Advogado do(a) APELADO: RODRIGO GONCALVES GIOVANI - SP226747-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Trata-se de ação declaratória de inexigibilidade de obrigação de pagamento da Taxa de Saúde Suplementar por plano de assistência à saúde, prevista na Lei nº 9.961/2000, na base de cálculo prevista no artigo 3º da Resolução RDC 10/2000.

De início, faz-se necessário analisar a legitimidade da cobrança da taxa de saúde suplementar, instituída pelo artigo 18 da Lei nº 9.961/2000, nos seguintes termos:

Art. 18 - É instituída a taxa de saúde suplementar, cujo fato gerador é o exercício pela ANS do poder de polícia que lhe é legalmente atribuído.

Por outro lado, os artigos 19 e 20 da mesma lei dispõem que:

“Art. 19. São sujeitos passivos da taxa de saúde suplementar as pessoas jurídicas, condomínios ou consórcios constituídos sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa ou entidade de autogestão, que operem produto, serviço ou contrato com a finalidade de garantir a assistência à saúde visando a assistência médica, hospitalar ou odontológica.

Art. 20. A taxa de saúde suplementar será devida:

I - por plano de assistência à saúde, e seu valor será o produto da multiplicação de R\$ 2,00 (dois reais) pelo número médio de usuários de cada plano privado de assistência à saúde, deduzido o percentual total de descontos apurado em cada plano, de acordo com as Tabelas I e II do Anexo II desta Lei;

II - por registro de produto, registro de operadora, alteração de dados referente ao produto, alteração de dados referente à operadora, pedido de reajuste de contraprestação pecuniária, conforme os valores constantes da Tabela que constitui o Anexo III desta Lei.

§ 1º Para fins do cálculo do número médio de usuários de cada plano privado de assistência à saúde, previsto no inciso I deste artigo, não serão incluídos os maiores de sessenta anos.

§ 2º Para fins do inciso I deste artigo, a taxa de saúde suplementar será devida anualmente e recolhida até o último dia útil do primeiro decêndio dos meses de março, junho, setembro e dezembro e de acordo com o disposto no regulamento da ANS.

§ 3º Para fins do inciso II deste artigo, a taxa de saúde suplementar será devida quando da protocolização do requerimento e de acordo com o regulamento da ANS.

§ 4º Para fins do inciso II deste artigo, os casos de alteração de dados referentes ao produto ou à operadora que não produzam consequências para o consumidor ou o mercado de saúde suplementar, conforme disposto em resolução da Diretoria Colegiada da ANS, poderão fazer jus a isenção ou redução da respectiva taxa de saúde suplementar.

§ 5º Até 31 de dezembro de 2000, os valores estabelecidos no Anexo III desta Lei sofrerão um desconto de 50% (cinquenta por cento).

[...]”

Ocorre que a Agência Nacional de Saúde Suplementar, no intuito de quantificar objetivamente o critério material da hipótese de incidência da taxa de saúde suplementar, fixou a base de cálculo da referida taxa através da Resolução de Diretoria Colegiada nº 10/2010, violando o princípio da legalidade estrita, previsto no artigo 97, inciso IV, do Código Tributário Nacional, de modo a tornar a referida exação inexigível. Isso porque a base de cálculo dos tributos deve ser fixada por lei em sentido formal, razão pela qual não é válido o ato de fixá-la por outro instrumento normativo.

A jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que, embora a Lei nº 9.961/2000 (artigo 20) tenha instituído a Taxa de Saúde Suplementar, sua base de cálculo só foi efetivamente definida pelo artigo 3º da Resolução nº 10 da Diretoria Colegiada da ANS. Assim, embora tivesse apenas o intuito de regulamentar a dicção legal, tal ato normativo acabou por estabelecer a própria base de cálculo da referida taxa, o que a torna inexigível por ofensa ao princípio da legalidade estrita. Neste sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. TAXA DE SAÚDE SUPLEMENTAR. BASE DE CÁLCULO DETERMINADA PELO ART. 3º DA RESOLUÇÃO RDC N. 10/2000. VIOLAÇÃO AO ART. 97 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. INEXIGIBILIDADE. SÚMULA N. 83/STJ. INCIDÊNCIA.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, in casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015 no julgamento do Agravo Interno.

II - É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça segundo o qual é inexigível a taxa de saúde suplementar, prevista no art. 20, I, Lei n. 9.961/2000, porquanto sua base de cálculo foi determinada pelo art. 3º da Resolução RDC 10/2000, em contrariedade ao princípio da legalidade estrita (art. 97 do CTN).

III - O recurso especial, interposto pela alínea a e/ou pela alínea c, do inciso III, do art. 105, da Constituição da República, não merece prosperar quando o acórdão recorrido encontra-se em sintonia com a jurisprudência dessa Corte, a teor da Súmula n. 83/STJ.

IV - A Agravante não apresenta, no agravo, argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

V - Agravo Interno improvido."

(AgInt no REsp 1276788/RS, Relatora Ministra REGINA HELENA COSTA, STJ - Primeira Turma, DJe 30/03/2017) (grifei)

"TRIBUTÁRIO. TAXA DE SAÚDE SUPLEMENTAR - TSS. BASE DE CÁLCULO EFETIVAMENTE DEFINIDA NA RESOLUÇÃO RDC N. 10. VIOLAÇÃO DO ART. 97, I E IV, DO CTN. INEXIGIBILIDADE DO TRIBUTO. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.

Consoante precedentes de ambas as Turmas da Primeira Seção, a taxa de saúde suplementar - TSS, prevista no art. 20, inciso I, da Lei n. 9.961/2000, é inexigível, em decorrência da ofensa ao princípio da legalidade estrita, visto que sua base de cálculo somente fora definida pelo art. 3º da Resolução nº 10 da Diretoria Colegiada da ANS. Aplicação da Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido."

(AGRESP 1503785, Relator Ministro HUMBERTO MARTINS, STJ - Segunda Turma, DJE 11/03/2015) (grifei)

No mesmo sentido, é o entendimento deste Tribunal. Vejam-se:

"ADMINISTRATIVO. TRIBUTÁRIO. TAXA DE SAÚDE SUPLEMENTAR. LEI Nº 9.961/2000. BASE DE CÁLCULO ESTABELECIDADA PELA RESOLUÇÃO RDC Nº 10, DE 03 DE MARÇO DE 2000. VIOLAÇÃO ÀS DISPOSIÇÕES DO ARTIGO 97 DO CTN. OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA. INEXIGIBILIDADE DO DÉBITO FISCAL. RECURSO DE APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO DESPROVIDOS.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - STJ firmou o entendimento de que, embora a Lei n. 9.961/2000 (art. 20) tenha instituído a Taxa de Saúde Complementar, sua base de cálculo só foi efetivamente definida pelo art. 3º da Resolução nº 10, da Diretoria Colegiada da ANS, eis que, 'no intuito de apenas regulamentar a dicção legal, tal ato normativo acabou por ter o condão de estabelecer a própria base de cálculo da referida taxa', o que a torna inexigível por ofensa ao princípio da legalidade estrita, previsto no art. 97, I e IV, do CTN (EDcl no REsp 1.075.333/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 02/06/2010).

2. Com efeito, a base de cálculo dos tributos deve ser fixada por lei em seu sentido formal, razão pela qual se mostra inválido o ato de fixá-la por outro instrumento normativo, razão pela qual a previsão contida na Resolução RDC nº 10/2000, ato infralegal que, por fixar, de fato, a base de cálculo da taxa de saúde suplementar, culminou por afrontar o disposto no artigo 97, IV, do CTN.

Precedentes do STJ: REsp nº 728.330/RJ, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, DJe 15.04.2009; REsp nº 963.531/RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 10.06.2009.

3. Conforme consignado na decisão recorrida, é ilegal a cobrança da taxa de saúde suplementar (TSS) exigida com base no art. 3º, da Resolução RDC 10/2000 e pela Resolução Normativa NR nº 89/2005, da ANS devendo, portanto, ser cancelada a Certidão de Dívida Ativa ante a inexigibilidade do débito, declarando extinta a execução fiscal.

4. Reexame necessário e recurso de apelação desprovido."

(APELREEX 0004545-92.2013.4.03.6126, Relator Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO, TRF3 - Terceira Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/05/2016) (grifei)

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TAXA DE SAÚDE SUPLEMENTAR - TSS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. INEXIGIBILIDADE. TUTELA ANTECIPADA. DEPÓSITO JUDICIAL. INEXIGÍVEL.

1. Há relevância jurídica na tese da agravada, considerando que é pacífico o entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça no sentido da inexigibilidade da taxa de saúde suplementar - TSS (artigo 20, incisos I e II, da Lei 9.961/2000), por violação ao princípio da legalidade.

2. Sendo plausível o direito buscado pela agravada na ação ordinária, merece ser mantida a decisão proferida, independentemente da realização de depósito judicial.

3. Agravo de Instrumento desprovido."

(AI 0017504-38.2016.4.03.0000, Relator Desembargador Federal CARLOS MUTA, TRF3 - Terceira Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/01/2017) (grifei)

"AGRAVO. ARTIGO 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. TAXA DE SAÚDE SUPLEMENTAR - TSS. LEI 9.961/2000. BASE DE CÁLCULO. RESOLUÇÃO RDC Nº 10. OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA. INEXIGIBILIDADE DO TRIBUTO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1 - O agravo inominado não pode ser utilizado como meio de rediscussão da matéria, mas tão somente para rever verdadeiramente o fundamento daquela decisão.

2 - Não obstante a dicção do inciso IV, do artigo 97, do Código Tributário Nacional, determine que somente a lei pode estabelecer a fixação de alíquota do tributo e da sua base de cálculo, a Resolução de Diretoria Colegiada - RDC nº 10, de 3 de março de 2000, no § 3º, do artigo 3º, a pretexto de regulamentar o quanto disposto na Lei nº 9.961/00, acabou por dispor acerca da base de cálculo da taxa de saúde suplementar - TSS, tornando-a inexigível por ofensa ao princípio da estrita legalidade. Precedentes do STJ.

3 - O fato da RDC nº 10/2000 ter sido revogada pela RN nº 7/2002 e esta pela RN nº 89/2005, em nada altera a situação dos autos, na medida em que a base de cálculo da taxa de saúde suplementar continua sendo definida por ato infralegal.

4 - A decisão agravada encontra fundamentos suficientes para a sua manutenção.

5 - Agravo inominado não provido."

(APELREEX 0008463-79.2013.4.03.6102, Relator Desembargador Federal NERY JUNIOR, TRF3 - Terceira Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/03/2016) (grifei)

Assim, conclui-se que a cobrança da taxa de saúde suplementar é indevida.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação.

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. TAXA DE SAÚDE SUPLEMENTAR. LEI 9.961/00. ARTIGO 3º RESOLUÇÃO RDC Nº 10/2000. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. ART. 97, DO CTN. INEXIGIBILIDADE. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.

1. Trata-se de ação declaratória de inexigibilidade de obrigação de pagamento da Taxa de Saúde Suplementar por plano de assistência à saúde, prevista na Lei nº 9.961/2000, na base de cálculo prevista no artigo 3º da Resolução RDC 10/2000.

2. A Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, no intuito de quantificar objetivamente o critério material da hipótese de incidência da Taxa de Saúde Suplementar fixou a base de cálculo da referida taxa através da Resolução de Diretoria Colegiada - RDC nº 10/2000, violando o princípio da legalidade estrita prevista no art. 97, IV, do Código Tributário Nacional, de modo a tornar a referida exação inexigível. Isso porque a base de cálculo dos tributos deve ser fixada por lei em seu sentido formal, razão pela qual não é válido o ato de fixá-la por outro instrumento normativo.

3. A jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que, embora a Lei n. 9.961/2000 (art. 20) tenha instituído a Taxa de Saúde Complementar, sua base de cálculo só foi efetivamente definida pelo art. 3º da Resolução nº 10, da Diretoria Colegiada da ANS. Assim, muito embora tivesse apenas o intuito de regulamentar a dicção legal, tal ato normativo acabou por ter o condão de estabelecer a própria base de cálculo da referida taxa, o que a torna inexigível por ofensa ao princípio da legalidade estrita (precedentes do STJ e deste Tribunal).

4. Assim, conclui-se que a cobrança da Taxa de Saúde Suplementar é indevida.

5. Recurso de apelação desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO ao recurso de apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5007996-79.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: DNIT-DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES

APELADO: SULAMERICA COMPANHIA NACIONAL DE SEGUROS

Advogado do(a) APELADO: JOSE CARLOS VAN CLEEF DE ALMEIDA SANTOS - SP273843-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5007996-79.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: DNIT-DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES

APELADO: SULAMERICA COMPANHIA NACIONAL DE SEGUROS

Advogado do(a) APELADO: JOSE CARLOS VAN CLEEF DE ALMEIDA SANTOS - SP273843-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de ação ajuizada por **Sul América Companhia Nacional de Seguros** em face do **Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT**, objetivando o ressarcimento de dano material, decorrente de acidente de trânsito, em rodovia federal.

O MM. Juiz *a quo* julgou procedente o pedido para condenar o DNIT a pagar à autora a importância de R\$ 56.142,45 (cinquenta e seis mil, cento e quarenta e dois reais e quarenta e cinco centavos), com atualização monetária a partir do desembolso (01/02/2017), de acordo com os índices da Justiça Federal, e incidência de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir da data do dano (10/01/2017), até o efetivo pagamento. Condenou-se o réu, ainda, ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 85, §§ 2º e 3º do Código de Processo Civil (ID 125432998).

O DNIT interpôs apelação, alegando, em suma, que:

- a) há presunção de responsabilidade do dono ou detentor do animal que cause dano a outrem, por culpa “*in vigilando*”, de modo que o apelante é parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda;
- b) compete à Polícia Rodoviária Federal o patrulhamento e a fiscalização das rodovias federais, e não ao apelante, encarregado tão somente de promover a manutenção da infraestrutura do Sistema Federal de Viação;
- c) o DNIT não descumpriu qualquer dever legal de bem conservar a rodovia e manter a infraestrutura adequada ao seu uso, de modo que inexistente culpa ou dolo de sua parte, além disso, a parte autora não fez prova de que conduzia o veículo com prudência, porquanto o local é ladeado por uma empresa e por um talude alto de aterro, fatos estes que comprovam a impossibilidade de aparição repentina de animais na pista, os quais já deveriam estar caminhando pela rodovia e poderiam ter sido avistados pelo motorista com antecedência.

Com contrarrazões, em que há informação de venda do salvado em 05.01.2018, pela quantia de R\$ 15.750,00 (quinze mil, setecentos e cinquenta reais), e se requer a majoração dos honorários sucumbenciais, vieram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5007996-79.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: DNIT-DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES
APELADO: SULAMERICA COMPANHIA NACIONAL DE SEGUROS
Advogado do(a) APELADO: JOSE CARLOS VAN CLEEF DE ALMEIDA SANTOS - SP273843-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Trata-se de ação ajuizada com o fito de obter indenização por dano material, decorrente de acidente de trânsito, em rodovia federal.

Narra a exordial que a autora firmou contrato de seguro com Fernando Ferraz Novaes de Lima, na modalidade “RCFV Auto Responsabilidade Civil de Proprietário de Veículo Automotor de Via Terrestre”, por meio da Apólice nº 928621-0, em que se obrigou a garantir o veículo Mercedes Benz, modelo C 180, placa KIT-7844, contra riscos, dentre os quais, decorrentes de acidente de trânsito.

Então, em 10.01.2017, o referido veículo, conduzido por seu proprietário, trafegava pela BR 232, quando, na altura do Km 158,3, nas proximidades do Município de Tacaimbó/PE, foi surpreendido pela presença de animais na pista. Assim, sem tempo para frear ou desviar, o condutor colidiu com os obstáculos, causando danos ao automóvel.

A parte autora, por sua vez, pugna pelo ressarcimento do valor do sinistro pago ao segurado, enquanto o DNIT alega que não possui responsabilidade pela presença de animais na pista de rolamento de rodovias federais.

Preliminarmente, cumpre asseverar que o DNIT possui legitimidade para figurar no polo passivo da lide, visto que a responsabilidade do dono do animal, prevista no art. 936 do Código Civil, não afasta a da Administração Pública, em especial quando ausente identificação do primeiro, como no caso, e verificada a existência de relação do dano com a prestação do serviço público.

Além disso, compete à Polícia Rodoviária Federal, órgão integrante do Ministério da Justiça, apenas o patrulhamento das rodovias com vistas a prevenir e reprimir a prática de infrações de trânsito, bem como atuar no combate à criminalidade, nos termos do artigo 1º do Decreto nº 1.655/1995, razão pela qual não se insere no âmbito de suas atribuições a retirada de animais e obstáculos que se colocam nas pistas de rolamento de estradas federais.

Deveras, sendo o DNIT o órgão responsável pela administração das rodovias federais, possui o dever jurídico de garantir a segurança e trafegabilidade das respectivas vias.

A respeito do tema, colaciono os seguintes precedentes:

*"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO LITERAL DE DISPOSIÇÃO DE LEI. NÃO OCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. ANIMAL EM RODOVIA. LEGITIMIDADE PASSIVA DO DNIT. PRECEDENTES. 1. Na ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC/1973, a violação de lei deve ser direta e evidente, descabendo a utilização desse instrumento para mera rediscussão da causa ou questionamento de interpretação legal possível. 2. No caso, o acórdão recorrido registrou que, nos termos da jurisprudência estabelecida naquela Corte, deve o DNIT responder pelo dano material advindo do acidente provocado por animal na pista. Por outro lado, da legislação invocada pela parte - arts. 80, 81 e 82 da Lei n. 10.233/2001, 20 da Lei n. 9.503/1997, 936 do Código Civil e 37 da Constituição Federal/1988 -, não é possível extrair, ictu oculi, a irresponsabilidade do recorrente pelo evento danoso. 3. **Segundo o posicionamento desta Corte Superior, a União e o DNIT possuem legitimidade para figurar no polo passivo da ação reparatória proposta com fundamento na ocorrência de acidente automobilístico em rodovia federal.** 4. Recurso especial a que se nega provimento, com majoração dos honorários advocatícios, na forma do art. 85, § 11, do CPC/2015". ..EMEN:(RESP 201602245720, OG FERNANDES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:08/02/2017 ..DTPB:.) (grifei)*

*"DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE REGRESSO. SEGURADORA. ACIDENTE EM RODOVIA FEDERAL. COLISÃO DE VEÍCULO COM ANIMAL NA PISTA. LEGITIMIDADE PASSIVA DO DNIT. POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL: ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. PRESCRIÇÃO. DEVER LEGAL DE GARANTIA DA SEGURANÇA E TRAFEGABILIDADE DAS RODOVIAS FEDERAIS. INEXISTÊNCIA DE CAUSA DE EXCLUSÃO OU MINORAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DA RÉ. INDENIZAÇÃO DEVIDA. DESPROVIMENTO DA APELAÇÃO. 1. O DNIT tem a atribuição legal de administrar rodovias federais e, portanto, garantir a segurança e trafegabilidade das respectivas vias, sendo parte legítima para responder por acidente de trânsito, em razão da colisão com animal na pista. O fato de o artigo 936, do Código Civil, atribuir ao dono ou detentor do animal o dever de ressarcir o dano causado, não elide a legitimidade passiva do DNIT por acidente ocorrido em rodovia federal, sob sua administração e gestão, especialmente se sequer identificado o dono ou detentor do animal. 2. **A União não é parte legítima para o feito, pois não cabe à Polícia Rodoviária Federal a remoção de animais das estradas, mas apenas o patrulhamento ostensivo das rodovias federais para prevenir e reprimir a prática de infrações de trânsito, bem como atuar no combate à criminalidade.** 3. Proposta a ação no prazo de cinco anos, contados do acidente, nos termos do Decreto 20.910/1932, não se cogita de prescrição. 4. Comprovado o dano sofrido com o acidente - com a sub-rogação da empresa seguradora nos direitos da vítima, que teve os prejuízos ressarcidos pela cobertura securitária -, e a relação de causalidade a partir da conduta estatal (Boletim de Ocorrência, levantamento do local efetuado pela autoridade policial e prova testemunhal colhida em Juízo), sem demonstração de causa excludente ou de minoração da responsabilidade da ré - cabendo a esta provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito, o que não ocorreu, não sendo possível, por evidente, presumir culpa ou dolo da vítima -, é certo e inequívoco o direito à reparação dos danos materiais resultantes do acidente, conforme prova documental juntada aos autos. 5. Apelação desprovida." (ApCiv 0022067-16.2013.4.03.6100, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/01/2016.) (grifei)*

Superadas estas questões, passo ao exame do mérito.

A reparação civil fundada em danos decorrentes de acidente de trânsito em rodovia exige demonstração de conduta estatal, por ação ou omissão, e relação de causalidade como dano apurado.

De acordo com o Boletim de Acidente de Trânsito, o acidente ocorreu no período noturno, quando a visibilidade do motorista é reduzida, de modo que, embora a rodovia estivesse em boas condições de trafegabilidade, dificilmente o condutor teria tempo de desviar de animais de grande porte (bovinos) que invadissem a pista de rolamento, mesmo que trafegando dentro do limite de velocidade. Com efeito, o fator surpresa interfere na atitude do motorista diante de uma situação de risco e exigir-lhe conduta diversa não se mostra razoável.

Cabe destacar, ademais, que as fotografias de ID 125432983 - Pág. 3 não revelam a existência de cerca ao longo da rodovia, tampouco é possível afirmar que o local fotografado seja realmente aquele em que houve o acidente, visto que consta BR-423 no documento apresentado pelo DNIT e o evento danoso ocorreu na BR-232.

Importante ressaltar, de outra parte, que, independentemente da desídia do proprietário dos animais, o fato de a parte ré deixar de fiscalizar corretamente rodovias federais destinadas a intenso, pesado e rápido tráfego de veículos, sem dúvida alguma revela uma relação objetiva de causa e efeito, demonstrando falta de cuidado e de zelo como patrimônio público e como direito dos usuários de tais vias.

Nesse sentido, a jurisprudência desta Corte Regional:

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE REGRESSO. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. LEGITIMIDADE DO DNIT. ANIMAL NA PISTA. APELAÇÃO DESPROVIDA. 1. A questão posta nos autos diz respeito à ação de regresso, proposta por Itaú seguros de Auto e Residência S/A em face do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT, em razão de indenização por danos materiais pagos pela autora para sua segurada, em razão de acidente de trânsito decorrente de colisão com animal na pista. 2. Inicialmente, cumpre observar que a preliminar de ilegitimidade passiva ad causam do DNIT merecem prosperar. Preconiza o artigo 82, inciso I, da Lei 10.322/01: Art. 82. São atribuições do DNIT, em sua esfera de atuação: I - estabelecer padrões, normas e especificações técnicas para os programas de segurança operacional, sinalização, manutenção ou conservação, restauração ou reposição de vias, terminais e instalações; 3. Precedentes. 4. Nesse sentido, com a extinção do Departamento Nacional de Estradas de Rodagens - DNER, o DNIT passou a ser responsável pela manutenção, conservação e fiscalização das rodovias federais, sendo parte legítima para figurar nas ações de reparação civil ajuizadas após o término do processo de inventariança ocorrido em 08/08/2003. Tendo sido a presente ação autuada em 16/07/2004, inquestionável a legitimidade do DNIT para figurar no polo passivo da demanda. 5. O mérito da discussão recai sobre o tema da responsabilidade civil do Estado, de modo que se fazem pertinentes algumas considerações doutrinárias e jurisprudenciais. São elementos da responsabilidade civil a ação ou omissão do agente, a culpa, o nexo causal e o dano, do qual surge o dever de indenizar: (...) 9. O evento danoso é claro e se encontra comprovado pelo boletim de acidente da Polícia Rodoviária Federal (fls. 53/58). **O nexo causal, por sua vez, consubstancia-se na simples presença de animais na pista, o que provocou o acidente em tela.** O evento danoso é claro e se encontra comprovado pelo boletim de acidente da Polícia Rodoviária Federal (fls. 53/58). O nexo causal, por sua vez, consubstancia-se na simples presença de animais na pista, o que provocou o acidente em tela. 10. Destarte, como bem asseverou o Juiz sentenciante, é nítido o dever da autarquia federal em indenizar a parte autora no valor por ela dispendido, nos termos da Súmula 188 STF: O segurador tem ação regressiva contra o causador do dano, pelo que efetivamente pagou, até ao limite previsto no contrato de seguro. 11. Apelação desprovida". (AC 00096742520144036100, JUÍZA CONVOCADA GISELLE FRANÇA, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:24/03/2017..FONTE_REPUBLICACAO:.) (grifei)

"DIREITO CIVIL, PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. CONFIGURADA. ACIDENTE . RODOVIA FEDERAL. ANIMAL NA PISTA DE ROLAMENTO. SEGURO . AÇÃO REGRESSIVA. DOCUMENTOS HÁBEIS. SUB-ROGAÇÃO. 1. Cuida-se de apelo do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT -, em ação ordinária ajuizada com vistas a ressarcimento de danos decorrentes de acidente automobilístico ocorrido na rodovia BR-222. 2. **A responsabilidade do dono do animal não exclui a da Administração Pública, de forma que a ausência de identificação do primeiro não tem o condão de excluir a responsabilidade do último, já que, por expressa disposição legal - artigos 79 a 82 da Lei nº 10.233/2001 -, o DNIT tem o dever de manter e fiscalizar as rodovias federais, zelando pelas boas condições de trânsito destas estradas, o que inclui a retirada de animais do leito trafegável.** 3. À Polícia Rodoviária Federal, órgão integrante do Ministério da Justiça, compete, nos termos do artigo 1º do Decreto nº 1.655/95, o patrulhamento das rodovias com vistas a prevenir e reprimir a prática de infrações de trânsito, bem como atuar no combate à criminalidade, de forma que não se insere no âmbito de suas atribuições a retirada de animais e outros obstáculos que se coloquem nos leitos carroçáveis das pistas de rolamento das estradas federais. 4. Conforme se infere do artigo 37, §6º, da Constituição Federal, foi consagrada a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, fundada no risco administrativo, o que significa dizer que, para a aferição da responsabilidade civil da Administração Pública e consequente reconhecimento do direito à reparação dos danos suportados pela parte autora, é suficiente que se prove a ação, o dano e o nexo de causalidade. 5. Embora seja pacífico na doutrina e jurisprudência o entendimento de que a responsabilidade do Estado por ato comissivo é objetiva, existem divergências em relação à responsabilidade estatal por ato omissivo. Para alguns, esta é subjetiva e exige a comprovação de dolo ou culpa. In casu, verifica-se a responsabilidade do DNIT sob as óticas objetiva e subjetiva. 6. O réu tinha o dever legal de garantir a segurança da rodovia sob sua administração, sendo objetiva a sua responsabilidade, a teor do que dispõe o artigo 1º, § 3º, da Lei nº 9.503/97. 7. Restou demonstrada, ainda, a culpa da autarquia federal, uma vez que o dano suportado pela autora decorreu de uma omissão da Administração Pública, que não observou o dever de cuidado, deixando de promover a devida fiscalização da estrada na qual o sinistro aconteceu. 8. A prova de que o sinistro decorreu de culpa exclusiva do condutor do veículo é fato impeditivo ao direito pleiteado e, portanto, cabe ao réu a sua invocação e prova (art. 333, II, CPC), o que não ocorreu na espécie. 9. Existe prova suficiente a demonstrar a existência do contrato de seguro e o pagamento da respectiva prestação securitária, fatos que, a teor do artigo 786 do Código Civil, determinam a sub-rogação e conferem legitimidade à autora para o exercício da presente ação de ressarcimento de danos. 10. Apelação do DNIT improvida". (AC 00068162620114036100, JUIZ CONVOCADO ROBERTO JEUKEN, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/03/2015..FONTE_REPUBLICACAO:.) (grifei)

Da mesma maneira, não merece prosperar a alegação de que o condutor do veículo houvesse, de alguma forma, dado causa ao acidente, pois, "(...) sobre a suposta culpa exclusiva ou concorrente, o que a afasta, definitivamente, no caso dos autos, é a constatação clara de que a vítima trafegava na rodovia sem qualquer indicação de imprudência, imperícia ou negligência. A prova de que o condutor dirigia como a legislação determina pode ser extraída do que consta dos autos, não se podendo presumir o contrário, ou seja, a prática de infração para elidir a responsabilidade estatal pela fiscalização precária da rodovia. A prova da imperícia, negligência ou imprudência da autora é fato impeditivo ao direito pleiteado e, portanto, cabe à ré a sua invocação e prova (artigo 333, II, CPC)" (APELREEX 00064412020144036100, JUÍZA CONVOCADA ELIANA MARCELO, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/12/2015.FONTE_REPUBLICACAO).

No caso em apreço, portanto, inequívoca a lesão a direito patrimonial da autora, que arcou com o pagamento do seguro pelos danos materiais sofridos como sinistro veicular, sub-rogando-se nos direitos respectivos.

O DNIT, portanto, tem a obrigação de ressarcir o prejuízo à autora, sem embargo do direito da autarquia de reaver do terceiro, proprietário ou detentor do animal, o que de direito, em ação própria.

Logo, considerando que a parte autora informou em suas contrarrazões a venda do salvado (ID 125433006), tal valor deverá ser descontado do montante devido pelo DNIT, a título de danos materiais, acrescido de juros de mora e correção monetária, nos termos da sentença.

Por fim, considerando o pedido formulado pela autora em suas contrarrazões, majoro os honorários advocatícios devidos pelo DNIT para 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** à apelação, acolho o pedido de majoração da verba honorária sucumbencial e determino o desconto do valor do salvado na quantia a ser paga pelo réu à autora, a título de indenização por danos materiais.

É como voto.

ID's 131559697-131559712: Anote-se e retifiquem-se os registros.

jucarval

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE PASSIVA DO DNIT. AÇÃO REGRESSIVA. SEGURADORA. ACIDENTE DE TRÂNSITO. ANIMAL NA PISTA. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO AO VEÍCULO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. Trata-se de ação ajuizada como fito de obter indenização por dano material, decorrente de acidente de trânsito, em rodovia federal.
2. O DNIT possui legitimidade para figurar no polo passivo da lide, visto que a responsabilidade do dono do animal, prevista no art. 936 do Código Civil, não afasta a da Administração Pública, em especial quando ausente identificação do primeiro, como no caso, e verificada a existência de relação do dano com a prestação do serviço público.
3. Compete à Polícia Rodoviária Federal, órgão integrante do Ministério da Justiça, apenas o patrulhamento das rodovias com vistas a prevenir e reprimir a prática de infrações de trânsito, bem como atuar no combate à criminalidade, nos termos do artigo 1º do Decreto nº 1.655/1995, razão pela qual não se insere no âmbito de suas atribuições a retirada de animais e obstáculos que se colocam nas pistas de rolamento de estradas federais.
4. A reparação civil fundada em danos decorrentes de acidente de trânsito em rodovia exige demonstração de conduta estatal, por ação ou omissão, e relação de causalidade com o dano apurado.
5. De acordo com o Boletim de Acidente de Trânsito, o acidente ocorreu no período noturno, quando a visibilidade do motorista é reduzida, de modo que, embora a rodovia estivesse em boas condições de trafegabilidade, dificilmente o condutor teria tempo de desviar de animais de grande porte (bovinos) que invadissem a pista de rolamento, mesmo que trafegando dentro do limite de velocidade. Com efeito, o fator surpresa interfere na atitude do motorista diante de uma situação de risco e exigir-lhe conduta diversa não se mostra razoável.
6. Deixar de fiscalizar corretamente rodovias federais destinadas a intenso, pesado e rápido tráfego de veículos, sem dúvida alguma revela uma relação objetiva de causa e efeito, demonstrando falta de cuidado e de zelo com o patrimônio público e como direito dos usuários de tais vias. Precedentes.
7. No caso em apreço, portanto, inequívoca a lesão a direito patrimonial da autora, que arcou com o pagamento do seguro pelos danos materiais sofridos com o sinistro veicular, sub-rogando-se nos direitos respectivos.
8. Honorários advocatícios majorados para 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO à apelação, acolheu o pedido de majoração da verba honorária sucumbencial e determinou o desconto do valor do salvado na quantia a ser paga pelo réu à autora, a título de indenização por danos materiais, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0005884-87.2015.4.03.6103
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: RWA LOGISTICS - TRANSPORTES LTDA.
Advogado do(a) APELANTE: EDUARDO CORREA - SP90165-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0005884-87.2015.4.03.6103
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: RWA LOGISTICS - TRANSPORTES LTDA.
Advogado do(a) APELANTE: EDUARDO CORREA - SP90165-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação, em face de sentença que denegou o mandado de segurança, impetrado para excluir o ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS e garantir a compensação dos valores recolhidos a maior no ano-calendário 2015.

Apelou o contribuinte, alegando, em suma, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS, conforme jurisprudência da Suprema Corte, pois o imposto estadual não possui natureza de faturamento, pertencendo a terceiro e não ao contribuinte, razão pela qual requereu a exclusão do tributo da base de cálculo das contribuições, bem como a compensação do indébito em relação ao ano-calendário de 2015.

Houve contrarrazões.

O Ministério Público Federal opinou pela manutenção da sentença.

O feito veio concluso ao Gabinete em 06/02/2020.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0005884-87.2015.4.03.6103
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: RWA LOGISTICS - TRANSPORTES LTDA.
Advogado do(a) APELANTE: EDUARDO CORREA - SP90165-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, primeiramente, antes de analisar o mérito, cabe destacar que não é cabível a suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior, o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior.

No mérito, a questão da inclusão de **imposto** na base de cálculo do PIS/COFINS com vulneração da matriz constitucional que prevê a respectiva incidência sobre faturamento ou receita na dicção atualizado do artigo 195, I, b, da Constituição Federal, foi resolvida, pela Suprema Corte no RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS.

Eis o acórdão ementado:

RE 574.706, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe 29/09/2017: "RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

A definição da base de cálculo do PIS/COFINS é matéria constitucional, não cabendo invocar orientação no plano do direito federal para afastar o juízo de inconstitucionalidade, menos ainda quando já vencida (Súmulas 68 e 94/STJ) no âmbito da respectiva Corte Superior. Ademais, o pronunciamento da Suprema Corte, sobretudo em repercussão geral, tem função primordial na tarefa de garantir segurança jurídica, estabilidade, integridade e coerência na aplicação do direito à luz da Constituição, a ser buscada por todos os órgãos do Poder Judiciário (artigos 926 e 927, III, CPC).

Perceba-se que a pretensão em causa não envolve a dedução de parcela legalmente prevista, daí porque impertinente o argumento de que é taxativo o rol de exclusões constante do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 - com as alterações da Lei 12.973/2014, cujo advento, conforme já decidiu esta Corte, “*não promoveu modificação legislativa relevante para a espécie, na medida em que não alterou o conceito da base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS*” (EI 0029413-91.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 17/11/2017) - e § 3º dos artigos 1º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003.

A tese do contribuinte é a de que a inclusão do imposto na base de cálculo de tais contribuições viola incidência constitucionalmente delimitada, exigindo, assim, decisão judicial no sentido de definir a base de cálculo compatível com o parâmetro constitucional.

A alegação de que o cálculo do PIS/COFINS com exclusão do imposto destinado ao erário contradiz a incidência, reconhecidamente válida, sobre outros custos, encargos ou despesas destinados a terceiros (como, por exemplo: empregados, companhia de energia elétrica, FGTS, fornecedores, empresas contratadas para prestação de serviços, entes estatais) não é verdadeira nem aceitável, sem análise da natureza jurídica de cada parcela discutida na formação da base de cálculo de tais contribuições. Por ora, o que assentou, suficientemente, a Suprema Corte para o exame do caso foi a inexigibilidade de imposto integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, seja o ICMS, seja o próprio ISS, quanto a este em juízo derivado diretamente da mesma lógica de fundamentação constitucional, conforme já exposto.

O aspecto relevante da controvérsia, diz respeito ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS diante da divergência estabelecida entre as vertentes que primam, de um lado, pelo valor do imposto destacado nas notas fiscais e, de outro, pelo valor do imposto a ser efetivamente pago pelo contribuinte, dentro do regime de não cumulatividade. É importante frisar, de toda sorte, que tal ponto, ainda que não tenha ou tivesse sido discutido na inicial nem decidido na sentença ou veiculado na apelação, não impediria o pronunciamento da Corte - assim como do próprio Juízo após embargos de declaração -, por se tratar, justamente, de controvérsia ínsita ao próprio mérito, qual seja, a definição do que constitui o indébito fiscal e, neste sentido, matéria que deve ser resolvida na fase cognitiva e não em liquidação de sentença, inexistindo, portanto, mesmo quando nada tenha ou tivesse sido alegado ou decidido, vício de julgamento *extra* ou *ultra petita*, ou contrariedade ao princípio da congruência ou da adstrição.

Tanto é assim que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido em razão do regime de não cumulatividade do imposto.

Neste sentido o seguinte excerto do julgado no RE 574.706:

“O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS”.

Também este o entendimento adotado no âmbito das Turmas desta Seção:

ApelRemNec 5000633-81.2017.4.03.6119, Rel. Des. Fed. ANTONIO CEDENHO, Intimação via sistema 18/04/2020: “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REQUISITOS DO ARTIGO 1.022 CPC/2015. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE Nº 574.706/PR. VINCULAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OBSCURIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1.022 do Código de Processo Civil vigente, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado. O caráter infringente dos embargos somente é admitido a título excepcional, quando a eliminação da contradição ou da omissão decorrer, logicamente, a modificação do julgamento embargado. 2. A e. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no julgamento do RE nº 574.706/PR, consignou que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. Como o presente julgamento se vincula ao que foi decidido sobre o tema pelo C. STF, deve-se assentar que, relativamente à questão do valor a ser efetivamente excluído a título de ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, a tese que foi acolhida pelo STF é a exposta no v. aresto embargado. 3. O escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022 do Código de Processo Civil. 4. O artigo 1.025 do novo Código de Processo Civil bem esclarece que os elementos suscitados pelo embargante serão considerados incluídos no acórdão “para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.” 5. Embargos de declaração rejeitados.”

ApReeNec 5001772-28.2017.4.03.6100, Rel. Des. Fed. MARLI FERREIRA, Intimação via sistema 02/04/2020: “PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ARTIGO 1.022 DO CPC. OMISSÃO. EXISTÊNCIA. JULGADO INTEGRADO. 1. Prevê o artigo 1.022 do CPC que a oposição dos aclaratórios somente tem cabimento para esclarecimento de obscuridade ou eliminação de contradição, para suprimir omissão sobre ponto ou questão sobre o qual o julgado deveria se pronunciar, ou, ainda, para corrigir erro material existente no decisório. 2. Na espécie, o julgado restou omisso quanto à parcela do ICMS a ser destacada da base de cálculo do PIS e da COFINS. E, nesse tocante, cumpre esclarecer que o ICMS a ser excluído é o destacado nos documentos fiscais de saída, vez que é esse montante que integra a indigitada base de cálculo. 3. Assim sendo, tem a impetrante o direito de excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS o valor integral do ICMS destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias do seu estabelecimento, inclusive após o advento da Lei nº 12.973/2014. 4. Embargos de declaração acolhidos.”

ApelRemNec 5003932-95.2019.4.03.6119, Rel. Des. Fed. JOHONSOM DI SALVO, e - DJF3 15/04/2020: “AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DECLAROU INCONSTITUCIONAL A INCLUSÃO DO ICMS (FATURADO) NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS, FAZENDO-O POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO RE Nº 574.706. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a inclusão do ICMS (faturado) na base de cálculo do PIS e da COFINS, fazendo-o por ocasião do julgamento do RE nº 574.706. A corte, por maioria e nos termos do voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia, apreciando o tema nº 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins”. Esse entendimento é aplicável de pronto, não havendo que se falar em espera de embargos de declaração (sem efeito suspensivo) ou de modulação de efeitos da decisão plenária da Suprema Corte, já que esses dois eventos não estão consignados em lei como impeditivos da aplicação imediata do decisum. Esse é o entendimento que vem sendo seguido nesta Corte Regional (3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5021518-72.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 08/11/2019, Intimação via sistema DATA: 13/11/2019), e de modo unânime nesta 6ª. Turma (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000706-20.2017.4.03.6130, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 03/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/12/2019). Deveras, a suspensão pretendida pelo Fisco esbarraria no art. 1.035, § 5º do NCPC. De outro lado, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal – ao acolher o voto da ministra Relatora – no sentido de que, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada como faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019). Essa é a postura que este Relator sempre defende desde o momento em que surdiu o julgamento do Tema nº 69 (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000596-53.2018.4.03.6108, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 02/12/2019, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019). Tratando-se de empresa comercial, resta claro que é contribuinte das três exações e que recolheu tributação a maior e poderá recuperá-la (quanto aos últimos cinco anos antes do ajuizamento da presente demanda) por meio de compensação, que deverá ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74 da Lei nº 9.430/1996 (redação dada pela Lei 10.637/02), observado ainda o artigo 26-A da Lei nº 11.457/2007.”

Logo, não importa ao exame do mérito a juntada de documentos fiscais ou mercantis para demonstração do ICMS a ser pago pelo contribuinte, bastando para o presente julgamento a prova, tão-somente, de que o contribuinte, sujeito ao PIS/COFINS, recolheu valores com inclusão do ICMS nas bases de cálculo, ficando relegada à fase própria a apuração do *quantum debeatur* a partir de valores destacados em notas fiscais e incluídos na tributação federal.

Reconhecido o indébito fiscal, na forma acima especificada, os critérios para exercício do direito à compensação, na via administrativa mediante procedimento específico, inclusive com a própria comprovação e liquidação de valores indevidos a serem compensados, são os definidos nos artigos 168 (prescrição quinquenal) e 170-A (trânsito em julgado), ambos do Código Tributário Nacional; artigo 74 da Lei 9.430/1996 e demais textos legais de regência, incluindo o artigo 26-A da Lei 11.457/2007 na redação da Lei 13.670/2018, observado o regime legal vigente ao tempo da propositura da ação, pois este o critério determinante na jurisprudência consolidada, ainda que posteriormente possa ter sido alterada a legislação; e artigo 39, § 4º da Lei 9.250/1995 (incidência exclusiva da Taxa SELIC) desde cada recolhimento indevido.

Na espécie, a compensação fica limitado ao período de 2015, conforme descrito na inicial da impetração.

Ante o exposto, dou provimento à apelação para reformar a sentença, e conceder a ordem, nos termos supracitados.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. INDÉBITO FISCAL. COMPENSAÇÃO.

1. Primeiramente, antes de analisar o mérito, cabe destacar que não é cabível a suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior, o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior.

2. No mérito, a questão da inclusão de **imposto** na base de cálculo do PIS/COFINS com vulneração da matriz constitucional que prevê a respectiva incidência sobre faturamento ou receita na dicção atualizado do artigo 195, I, *b*, da Constituição Federal, foi resolvida, pela Suprema Corte no RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS. A definição da base de cálculo do PIS/COFINS é matéria constitucional, não cabendo invocar orientação no plano do direito federal para afastar o juízo de inconstitucionalidade, menos ainda quando já vencida (Súmulas 68 e 94/STJ) no âmbito da respectiva Corte Superior. Ademais, o pronunciamento da Suprema Corte, sobretudo em repercussão geral, tem função primordial na tarefa de garantir segurança jurídica, estabilidade, integridade e coerência na aplicação do direito à luz da Constituição, a ser buscada por todos os órgãos do Poder Judiciário (artigos 926 e 927, III, CPC).

3. A pretensão em causa não envolve a dedução de parcela legalmente prevista, daí porque impertinente o argumento de que é taxativo o rol de exclusões constante do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 - com as alterações da Lei 12.973/2014, cujo advento, conforme já decidiu esta Corte, "*não promoveu modificação legislativa relevante para a espécie, na medida em que não alterou o conceito da base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS*" (EI 0029413-91.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 17/11/2017) - e § 3º dos artigos 1º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003. A tese do contribuinte é a de que a inclusão do imposto na base de cálculo de tais contribuições viola incidência constitucionalmente delimitada, exigindo, assim, decisão judicial no sentido de definir a base de cálculo compatível com o parâmetro constitucional.

4. A alegação de que o cálculo do PIS/COFINS com exclusão do imposto destinado ao erário contradiz a incidência, reconhecidamente válida, sobre outros custos, encargos ou despesas destinados a terceiros (como, por exemplo: empregados, companhia de energia elétrica, FGTS, fornecedores, empresas contratadas para prestação de serviços, entes estatais) não é verdadeira nem aceitável, sem análise da natureza jurídica de cada parcela discutida na formação da base de cálculo de tais contribuições. Por ora, o que assentou, suficientemente, a Suprema Corte para o exame do caso foi a inexigibilidade de imposto integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, seja o ICMS, seja o próprio ISS, quanto a este em juízo derivado diretamente da mesma lógica de fundamentação constitucional, conforme já exposto.

5. O aspecto relevante da controvérsia, diz respeito ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS diante da divergência estabelecida entre as vertentes que primam, de um lado, pelo valor do imposto destacado nas notas fiscais e, de outro, pelo valor do imposto a ser efetivamente pago pelo contribuinte, dentro do regime de não cumulatividade. É importante frisar, de toda sorte, que tal ponto, ainda que não tenha ou tivesse sido discutido na inicial nem decidido na sentença ou veiculado na apelação, não impediria o pronunciamento da Corte - assim como do próprio Juízo após embargos de declaração -, por se tratar, justamente, de controvérsia ínsita ao próprio mérito, qual seja, a definição do que constitui o indébito fiscal e, neste sentido, matéria que deve ser resolvida na fase cognitiva e não em liquidação de sentença, inexistindo, portanto, mesmo quando nada tenha ou tivesse sido alegado ou decidido, vício de julgamento *extra* ou *ultra petita*, ou contrariedade ao princípio da congruência ou da adstrição. Tanto é assim que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido em razão do regime de não cumulatividade do imposto. Logo, não importa ao exame do mérito a juntada de documentos fiscais ou mercantis para demonstração do ICMS a ser pago pelo contribuinte, bastando para o presente julgamento a prova, tão-somente, de que o contribuinte, sujeito ao PIS/COFINS, recolheu valores com inclusão do ICMS nas bases de cálculo, ficando relegada à fase própria a apuração do *quantum debeat* a partir de valores destacados em notas fiscais e incluídos na tributação federal.

6. Reconhecido o indébito fiscal, na forma especificada, os critérios para exercício do direito à compensação, na via administrativa mediante procedimento específico, inclusive com a própria comprovação e liquidação de valores indevidos a serem compensados, são os definidos nos artigos 168 (prescrição quinquenal) e 170-A (trânsito em julgado), ambos do Código Tributário Nacional; artigo 74 da Lei 9.430/1996 e demais textos legais de regência, incluindo o artigo 26-A da Lei 11.457/2007 na redação da Lei 13.670/2018, observado o regime legal vigente ao tempo da propositura da ação, pois este o critério determinante na jurisprudência consolidada, ainda que posteriormente possa ter sido alterada a legislação; e artigo 39, § 4º da Lei 9.250/1995 (incidência exclusiva da Taxa SELIC) desde cada recolhimento indevido.

7. Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação para reformar a sentença, e conceder a ordem, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000894-94.2017.4.03.6103
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: AUTOPOLI INDUSTRIA E COMERCIO LTDA
Advogado do(a) APELADO: MARCELO BAPTISTINI MOLEIRO - SP234745-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000894-94.2017.4.03.6103
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: AUTOPOLI INDUSTRIA E COMERCIO LTDA
Advogado do(a) APELADO: MARCELO BAPTISTINI MOLEIRO - SP234745-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação e remessa oficial, em face de sentença que concedeu a segurança para excluir o ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS e garantir a compensação, após o trânsito em julgado, observada a prescrição quinquenal, e atualização monetária, nos termos do Manual de Procedimentos para Cálculos da Justiça Federal.

Apelou a PFN alegando: (1) necessidade de sobrestamento do feito até o julgamento definitivo do RE 574.706 pela Suprema Corte; (2) validade do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS; (3) o artigo 12 do Decreto-lei 1.598/1977, na redação dada pela Lei 12.973/2014 destacou que estão incluídos na receita bruta os tributos sobre ela incidentes, o que inclui o ICMS; e (4) o Supremo Tribunal Federal, no RE 212.209, definiu que não há inconstitucionalidade no fato do valor de um determinado tributo fazer parte da base de cálculo do mesmo tributo ou de outro.

Em contrarrazões, o contribuinte pleiteou, preliminarmente, o não conhecimento do apelo fazendário, e, no mérito, o desprovemento.

O Ministério Público Federal opinou pelo regular prosseguimento do feito.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000894-94.2017.4.03.6103
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: AUTOPOLI INDUSTRIA E COMERCIO LTDA
Advogado do(a) APELADO: MARCELO BAPTISTINI MOLEIRO - SP234745-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, cabe rejeitar a preliminar de não conhecimento do apelo, pois suficientemente fundamentado o recurso, preenchendo os requisitos do artigo 1.010 do Código de Processo Civil.

Ainda antes do mérito, cabe rejeitar o pedido de suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior, o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior.

No mérito, a questão da inclusão de **imposto** na base de cálculo do PIS/COFINS com vulneração da matriz constitucional que prevê a respectiva incidência sobre faturamento ou receita na dicção atualizado do artigo 195, I, *b*, da Constituição Federal, foi resolvida, pela Suprema Corte no RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS.

Eis o acórdão ementado:

RE 574.706, Rel. Min. CARMEN LÚCIA, DJe 29/09/2017: "RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

A definição da base de cálculo do PIS/COFINS é matéria constitucional, não cabendo invocar orientação no plano do direito federal para afastar o juízo de inconstitucionalidade, menos ainda quando já vencida (Súmulas 68 e 94/STJ) no âmbito da respectiva Corte Superior. Ademais, o pronunciamento da Suprema Corte, sobretudo em repercussão geral, tem função primordial na tarefa de garantir segurança jurídica, estabilidade, integridade e coerência na aplicação do direito à luz da Constituição, a ser buscada por todos os órgãos do Poder Judiciário (artigos 926 e 927, III, CPC).

Perceba-se que a pretensão em causa não envolve a dedução de parcela legalmente prevista, daí porque impertinente o argumento de que é taxativo o rol de exclusões constante do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 - com as alterações da Lei 12.973/2014, cujo advento, conforme já decidiu esta Corte, "não promoveu modificação legislativa relevante para a espécie, na medida em que não alterou o conceito da base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS" (EI 0029413-91.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 17/11/2017) - e § 3º dos artigos 1º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003.

A tese do contribuinte é a de que a inclusão do imposto na base de cálculo de tais contribuições viola incidência constitucionalmente delimitada, exigindo, assim, decisão judicial no sentido de definir a base de cálculo compatível com o parâmetro constitucional.

Quanto ao RE 212.209, tratou-se de precedente que reconheceu válida a inclusão do ICMS na própria base de cálculo do imposto estadual, o que, porém, não obistou que a Suprema Corte, ao tratar do PIS/COFINS, deliberasse pela exclusão do ICMS. Logo, o paradigma para o caso concreto não é o RE 212.209 (ICMS na apuração do próprio ICMS), mas o RE 574.706, que definiu especificamente a base de cálculo constitucionalmente admitida para tais contribuições sociais.

A alegação de que o cálculo do PIS/COFINS com exclusão do imposto destinado ao erário contradiz a incidência, reconhecidamente válida, sobre outros custos, encargos ou despesas destinados a terceiros (como, por exemplo: empregados, companhia de energia elétrica, FGTS, fornecedores, empresas contratadas para prestação de serviços, entes estatais) não é verdadeira nem aceitável, sem análise da natureza jurídica de cada parcela discutida na formação da base de cálculo de tais contribuições. Por ora, o que assentou, suficientemente, a Suprema Corte para o exame do caso foi a inexigibilidade de imposto integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, seja o ICMS, seja o próprio ISS, quanto a este em juízo derivado diretamente da mesma lógica de fundamentação constitucional, conforme já exposto.

O aspecto relevante da controvérsia diz respeito ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS diante da divergência estabelecida entre as vertentes que primam, de um lado, pelo valor do imposto destacado nas notas fiscais e, de outro, pelo valor do imposto a ser efetivamente pago pelo contribuinte, dentro do regime de não cumulatividade. É importante frisar, de toda sorte, que tal ponto, ainda que não tenha ou tivesse sido discutido na inicial nem decidido na sentença ou veiculado na apelação, não impediria o pronunciamento da Corte - assim como do próprio Juízo após embargos de declaração -, por se tratar, justamente, de controvérsia ínsita ao próprio mérito, qual seja, a definição do que constitui o indébito fiscal e, neste sentido, matéria que deve ser resolvida na fase cognitiva e não em liquidação de sentença, inexistindo, portanto, mesmo quando nada tenha ou tivesse sido alegado ou decidido, vício de julgamento *extra* ou *ultra petita*, ou contrariedade ao princípio da congruência ou da adstrição..

Tanto é assim que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido em razão do regime de não cumulatividade do imposto.

Neste sentido o seguinte excerto do julgado no RE 574.706:

“O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS”.

Também este o entendimento adotado no âmbito das Turmas desta Seção:

ApelRemNec 5000633-81.2017.4.03.6119, Rel. Des. Fed. ANTONIO CEDENHO, Intimação via sistema 18/04/2020: “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REQUISITOS DO ARTIGO 1.022 CPC/2015. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE Nº 574.706/PR. VINCULAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OBSCURIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1.022 do Código de Processo Civil vigente, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado. O caráter infringente dos embargos somente é admitido a título excepcional, quando a eliminação da contradição ou da omissão decorrer, logicamente, a modificação do julgamento embargado. 2. A e. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no julgamento do RE nº 574.706/PR, consignou que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. Como o presente julgamento se vincula ao que foi decidido sobre o tema pelo C. STF, deve-se assentar que, relativamente à questão do valor a ser efetivamente excluído a título de ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, a tese que foi acolhida pelo STF é a exposta no v. aresto embargado. 3. O escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022 do Código de Processo Civil. 4. O artigo 1.025 do novo Código de Processo Civil bem esclarece que os elementos suscitados pelo embargante serão considerados incluídos no acórdão “para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.” 5. Embargos de declaração rejeitados.”

ApReeNec 5001772-28.2017.4.03.6100, Rel. Des. Fed. MARLI FERREIRA, Intimação via sistema 02/04/2020: “PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ARTIGO 1.022 DO CPC. OMISSÃO. EXISTÊNCIA. JULGADO INTEGRADO. 1. Prevê o artigo 1.022 do CPC que a oposição dos aclaratórios somente tem cabimento para esclarecimento de obscuridade ou eliminação de contradição, para suprimir omissão sobre ponto ou questão sobre o qual o julgado deveria se pronunciar, ou, ainda, para corrigir erro material existente no decisório. 2. Na espécie, o julgado restou omissivo quanto à parcela do ICMS a ser destacada da base de cálculo do PIS e da COFINS. E, nesse tocante, cumpre esclarecer que o ICMS a ser excluído é o destacado nos documentos fiscais de saída, vez que é esse montante que integra a indigitada base de cálculo. 3. Assim sendo, tem a impetrante o direito de excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS o valor integral do ICMS destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias do seu estabelecimento, inclusive após o advento da Lei nº 12.973/2014. 4. Embargos de declaração acolhidos.”

ApelRemNec 5003932-95.2019.4.03.6119, Rel. Des. Fed. JOHONSOM DI SALVO, e - DJF3 15/04/2020: "AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DECLAROU INCONSTITUCIONAL A INCLUSÃO DO ICMS (FATURADO) NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS, FAZENDO-O POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO RE Nº 574.706. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a inclusão do ICMS (faturado) na base de cálculo do PIS e da COFINS, fazendo-o por ocasião do julgamento do RE nº 574.706. A corte, por maioria e nos termos do voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia, apreciando o tema nº 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Esse entendimento é aplicável de pronto, não havendo que se falar em espera de embargos de declaração (sem efeito suspensivo) ou de modulação de efeitos da decisão plenária da Suprema Corte, já que esses dois eventos não estão consignados em lei como impeditivos da aplicação imediata do decísum. Esse é o entendimento que vem sendo seguido nesta Corte Regional (3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5021518-72.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 08/11/2019, Intimação via sistema DATA: 13/11/2019), e de modo unânime nesta 6ª Turma (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000706-20.2017.4.03.6130, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 03/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/12/2019). Deveras, a suspensão pretendida pelo Fisco esbarraria no art. 1.035, § 5º do NCPC. De outro lado, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal – ao acolher o voto da ministra Relatora – no sentido de que, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada como faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019). Essa é a postura que este Relator sempre defende desde o momento em que surdiu o julgamento do Tema nº 69 (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000596-53.2018.4.03.6108, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 02/12/2019, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019). Tratando-se de empresa comercial, resta claro que é contribuinte das três exações e que recolheu tributação a maior e poderá recuperá-la (quanto aos últimos cinco anos antes do ajuizamento da presente demanda) por meio de compensação, que deverá ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74 da Lei nº 9.430/1996 (redação dada pela Lei 10.637/02), observado ainda o artigo 26-A da Lei nº 11.457/2007."

Logo, não importa ao exame do mérito a juntada de documentos fiscais ou mercantis para demonstração do ICMS a ser pago pelo contribuinte, bastando para o presente julgamento a prova, tão-somente, de que o contribuinte, sujeito ao PIS/COFINS, recolheu valores com inclusão do ICMS nas bases de cálculo, ficando relegada à fase própria a apuração do *quantum debeatur* a partir de valores destacados em notas fiscais e incluídos na tributação federal.

Reconhecido o indébito fiscal, na forma acima especificada, os critérios para exercício do direito à compensação, na via administrativa mediante procedimento específico, inclusive com a própria comprovação e liquidação de valores indevidos a serem compensados, são os definidos nos artigos 168 (prescrição quinquenal) e 170-A (trânsito em julgado), ambos do Código Tributário Nacional; artigo 74 da Lei 9.430/1996 e demais textos legais de regência, incluindo o artigo 26-A da Lei 11.457/2007 na redação da Lei 13.670/2018, observado o regime legal vigente ao tempo da propositura da ação, pois este o critério determinante na jurisprudência consolidada, ainda que posteriormente possa ter sido alterada a legislação; e artigo 39, § 4º da Lei 9.250/1995 (incidência exclusiva da Taxa SELIC) desde cada recolhimento indevido.

Ante o exposto, rejeito a preliminar arguida em contrarrazões, nego provimento à apelação e dou parcial provimento à remessa oficial, para reformar a sentença, nos termos supracitados.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. INDÉBITO FISCAL. COMPENSAÇÃO.

1. Rejeitada a preliminar de não conhecimento do apelo, pois suficientemente fundamentado o recurso, preenchendo os requisitos do artigo 1.010 do Código de Processo Civil.

2. Ainda antes do mérito, cabe rejeitar o pedido de suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior, o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior.

3. No mérito, a questão da inclusão de **imposto** na base de cálculo do PIS/COFINS com vulneração da matriz constitucional que prevê a respectiva incidência sobre faturamento ou receita na dicção atualizado do artigo 195, I, *b*, da Constituição Federal, foi resolvida, pela Suprema Corte no RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS. A definição da base de cálculo do PIS/COFINS é matéria constitucional, não cabendo invocar orientação no plano do direito federal para afastar o juízo de inconstitucionalidade, menos ainda quando já vencida (Súmulas 68 e 94/STJ) no âmbito da respectiva Corte Superior. Ademais, o pronunciamento da Suprema Corte, sobretudo em repercussão geral, tem função primordial na tarefa de garantir segurança jurídica, estabilidade, integridade e coerência na aplicação do direito à luz da Constituição, a ser buscada por todos os órgãos do Poder Judiciário (artigos 926 e 927, III, CPC).

4. A pretensão em causa não envolve a dedução de parcela legalmente prevista, daí porque impertinente o argumento de que é taxativo o rol de exclusões constante do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 - com as alterações da Lei 12.973/2014, cujo advento, conforme já decidiu esta Corte, “*não promoveu modificação legislativa relevante para a espécie, na medida em que não alterou o conceito da base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS*” (EI 0029413-91.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 17/11/2017) - e § 3º dos artigos 1º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003. A tese do contribuinte é a de que a inclusão do imposto na base de cálculo de tais contribuições viola incidência constitucionalmente delimitada, exigindo, assim, decisão judicial no sentido de definir a base de cálculo compatível com o parâmetro constitucional.

5. Quanto ao RE 212.209, tratou-se de precedente que reconheceu válida a inclusão do ICMS na própria base de cálculo do imposto estadual, o que, porém, não obstou que a Suprema Corte, ao tratar do PIS/COFINS, deliberasse pela exclusão do ICMS. Logo, o paradigma para o caso concreto não é o RE 212.209 (ICMS na apuração do próprio ICMS), mas o RE 574.706, que definiu especificamente a base de cálculo constitucionalmente admitida para tais contribuições sociais.

6. A alegação de que o cálculo do PIS/COFINS com exclusão do imposto destinado ao erário contradiz a incidência, reconhecidamente válida, sobre outros custos, encargos ou despesas destinados a terceiros (como, por exemplo: empregados, companhia de energia elétrica, FGTS, fornecedores, empresas contratadas para prestação de serviços, entes estatais) não é verdadeira nem aceitável, sem análise da natureza jurídica de cada parcela discutida na formação da base de cálculo de tais contribuições. Por ora, o que assentou, suficientemente, a Suprema Corte para o exame do caso foi a inexigibilidade de imposto integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, seja o ICMS, seja o próprio ISS, quanto a este em juízo derivado diretamente da mesma lógica de fundamentação constitucional, conforme já exposto.

7. O aspecto relevante da controvérsia diz respeito ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS diante da divergência estabelecida entre as vertentes que primam, de um lado, pelo valor do imposto destacado nas notas fiscais e, de outro, pelo valor do imposto a ser efetivamente pago pelo contribuinte, dentro do regime de não cumulatividade. É importante frisar, de toda sorte, que tal ponto, ainda que não tenha ou tivesse sido discutido na inicial nem decidido na sentença ou veiculado na apelação, não impediria o pronunciamento da Corte - assim como do próprio Juízo após embargos de declaração -, por se tratar, justamente, de controvérsia ínsita ao próprio mérito, qual seja, a definição do que constitui o indébito fiscal e, neste sentido, matéria que deve ser resolvida na fase cognitiva e não em liquidação de sentença, inexistindo, portanto, mesmo quando nada tenha ou tivesse sido alegado ou decidido, vício de julgamento *extra* ou *ultra petita*, ou contrariedade ao princípio da congruência ou da adstrição. Tanto é assim que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido em razão do regime de não cumulatividade do imposto. Logo, não importa ao exame do mérito a juntada de documentos fiscais ou mercantis para demonstração do ICMS a ser pago pelo contribuinte, bastando para o presente julgamento a prova, tão-somente, de que o contribuinte, sujeito ao PIS/COFINS, recolheu valores com inclusão do ICMS nas bases de cálculo, ficando relegada à fase própria a apuração do *quantum debeatur* a partir de valores destacados em notas fiscais e incluídos na tributação federal.

8. Reconhecido o indébito fiscal, na forma acima especificada, os critérios para exercício do direito à compensação, na via administrativa mediante procedimento específico, inclusive com a própria comprovação e liquidação de valores indevidos a serem compensados, são os definidos nos artigos 168 (prescrição quinquenal) e 170-A (trânsito em julgado), ambos do Código Tributário Nacional; artigo 74 da Lei 9.430/1996 e demais textos legais de regência, incluindo o artigo 26-A da Lei 11.457/2007 na redação da Lei 13.670/2018, observado o regime legal vigente ao tempo da propositura da ação, pois este o critério determinante na jurisprudência consolidada, ainda que posteriormente possa ter sido alterada a legislação; e artigo 39, § 4º da Lei 9.250/1995 (incidência exclusiva da Taxa SELIC) desde cada recolhimento indevido.

9. Preliminar de contrarrazões rejeitada, apelação desprovida e remessa oficial provida em parte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou a preliminar arguida em contrarrazões, negou provimento à apelação e deu parcial provimento à remessa oficial, para reformar a sentença, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5022175-18.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, DELEGADO DA DELEGACIA ESPECIAL DE FISCALIZACAO EM SÃO PAULO - DEFIS/SP

APELADO: CLACIE MATERIAL ELETRICO LTDA - EPP

Advogados do(a) APELADO: VANESSA GOMES BAPTISTA - SP306363-A, SIMONE APARECIDA RINALDI LAKI - SP258403-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5022175-18.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, DELEGADO DA DELEGACIA ESPECIAL DE FISCALIZACAO EM SÃO PAULO - DEFIS/SP

APELADO: CLACIE MATERIAL ELETRICO LTDA - EPP

Advogados do(a) APELADO: VANESSA GOMES BAPTISTA - SP306363-A, SIMONE APARECIDA RINALDI LAKI - SP258403-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação e remessa oficial, em face de sentença que concedeu a segurança para excluir o ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS e garantir a compensação ou restituição, após o trânsito em julgado, observada a prescrição quinquenal, e a aplicação da SELIC.

Foram opostos e rejeitados embargos de declaração do contribuinte, em que alegou que o ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado nas notas fiscais.

Apelou a PFN, alegando: (1) necessidade de sobrestamento do feito até o julgamento definitivo do RE 574.706 pela Suprema Corte; (2) que o ICMS deve ser integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em que se definiu que o valor relativo ao ICMS faz parte do valor do produto e deve ser acrescido ao valor da operação, base de cálculo do próprio ICMS, e ao faturamento ou receita, base de cálculo de tais exações, agregando todos os componentes do preço, mesmo que imposto estadual, como qualquer outro custo ainda que destinado a terceiros; (3) os artigos 2º, § 7º, do DL 406/1968, e 13, § 1º, I, da LC 87/1996 determinam que o valor do ICMS devido por uma operação de circulação de mercadorias deve integrar a própria base de cálculo do imposto, que é o imposto por dentro, por isso que o valor do imposto estadual integra o preço da mercadoria, e consequentemente a própria base de cálculo das contribuições; (4) o Supremo Tribunal Federal, no RE 212.209, definiu que não há inconstitucionalidade no fato do valor de um determinado tributo fazer parte da base de cálculo do mesmo tributo ou de outro; (5) todo tributo indireto pode ser abarcado pelo conceito de faturamento, e quando o legislador infraconstitucional excluiu o IPI da base de cálculo do PIS/COFINS, fê-lo em caráter de benefício fiscal, o que não autoriza o Poder Judiciário a estendê-lo ao ICMS, agindo como legislador positivo, o que lhe é vedado; (6) na eventualidade de ser excluído o ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS, deve ser considerado o efetivamente recolhido e não o destacado nas notas fiscais, sob risco de ser excluído da tributação mais do que devido a título de ICMS; (7) "a partir das alterações da Lei n.º 12.973/2014, o conceito de receita bruta constante do § 4.º do art. 12 do DL 1598/1977, exclui os tributos não cumulativos cobrados, destacadamente, do comprador ou contratante pelo vendedor dos bens ou pelo prestador dos serviços na condição de mero depositário"; e (8) cabe ao contribuinte ofertar a escrituração fiscal e mercantil juntamente com as próprias notas fiscais, com a finalidade de aferir efetivamente o valor do imposto estadual a ser deduzido.

Houve contrarrazões.

O Ministério Público Federal opinou pelo regular prosseguimento do feito.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5022175-18.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, DELEGADO DA DELEGACIA ESPECIAL DE FISCALIZACAO EM SÃO PAULO - DEFIS/SP

APELADO: CLACIE MATERIAL ELETRICO LTDA - EPP

Advogados do(a) APELADO: VANESSA GOMES BAPTISTA - SP306363-A, SIMONE APARECIDA RINALDI LAKI - SP258403-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, antes de analisar o mérito, cabe rejeitar o pedido de suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior, o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior.

No mérito, a questão da inclusão de **imposto** na base de cálculo do PIS/COFINS com vulneração da matriz constitucional que prevê a respectiva incidência sobre faturamento ou receita na dicção atualizado do artigo 195, I, *b*, da Constituição Federal, foi resolvida, pela Suprema Corte no RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS.

Eis o acórdão ementado:

RE 574.706, Rel. Min. CARMEN LÚCIA, DJe 29/09/2017: "RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

A definição da base de cálculo do PIS/COFINS é matéria constitucional, não cabendo invocar orientação no plano do direito federal para afastar o juízo de inconstitucionalidade, menos ainda quando já vencida (Súmulas 68 e 94/STJ) no âmbito da respectiva Corte Superior. Ademais, o pronunciamento da Suprema Corte, sobretudo em repercussão geral, tem função primordial na tarefa de garantir segurança jurídica, estabilidade, integridade e coerência na aplicação do direito à luz da Constituição, a ser buscada por todos os órgãos do Poder Judiciário (artigos 926 e 927, III, CPC).

Perceba-se que a pretensão em causa não envolve a dedução de parcela legalmente prevista, daí porque impertinente o argumento de que é taxativo o rol de exclusões constante do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 - com as alterações da Lei 12.973/2014, cujo advento, conforme já decidiu esta Corte, "não promoveu modificação legislativa relevante para a espécie, na medida em que não alterou o conceito da base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS" (EI 0029413-91.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 17/11/2017) - e § 3º dos artigos 1º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003.

A tese do contribuinte é a de que a inclusão do imposto na base de cálculo de tais contribuições viola incidência constitucionalmente delimitada, exigindo, assim, decisão judicial no sentido de definir a base de cálculo compatível com o parâmetro constitucional.

Quanto ao RE 212.209, tratou-se de precedente que reconheceu válida a inclusão do ICMS na própria base de cálculo do imposto estadual, o que, porém, não obistou que a Suprema Corte, ao tratar do PIS/COFINS, deliberasse pela exclusão do ICMS. Logo, o paradigma para o caso concreto não é o RE 212.209 (ICMS na apuração do próprio ICMS), mas o RE 574.706, que definiu especificamente a base de cálculo constitucionalmente admitida para tais contribuições sociais.

A alegação de que o cálculo do PIS/COFINS com exclusão do imposto destinado ao erário contradiz a incidência, reconhecidamente válida, sobre outros custos, encargos ou despesas destinados a terceiros (como, por exemplo: empregados, companhia de energia elétrica, FGTS, fornecedores, empresas contratadas para prestação de serviços, entes estatais) não é verdadeira nem aceitável, sem análise da natureza jurídica de cada parcela discutida na formação da base de cálculo de tais contribuições. Por ora, o que assentou, suficientemente, a Suprema Corte para o exame do caso foi a inexigibilidade de imposto integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, seja o ICMS, seja o próprio ISS, quanto a este em juízo derivado diretamente da mesma lógica de fundamentação constitucional, conforme já exposto.

O aspecto relevante da controvérsia diz respeito ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS diante da divergência estabelecida entre as vertentes que primam, de um lado, pelo valor do imposto destacado nas notas fiscais e, de outro, pelo valor do imposto a ser efetivamente pago pelo contribuinte, dentro do regime de não cumulatividade. É importante frisar, de toda sorte, que tal ponto, ainda que não tenha ou tivesse sido discutido na inicial nem decidido na sentença ou veiculado na apelação, não impediria o pronunciamento da Corte - assim como do próprio Juízo após embargos de declaração -, por se tratar, justamente, de controvérsia ínsita ao próprio mérito, qual seja, a definição do que constitui o indébito fiscal e, neste sentido, matéria que deve ser resolvida na fase cognitiva e não em liquidação de sentença, inexistindo, portanto, mesmo quando nada tenha ou tivesse sido alegado ou decidido, vício de julgamento *extra* ou *ultra petita*, ou contrariedade ao princípio da congruência ou da adstrição..

Tanto é assim que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido em razão do regime de não cumulatividade do imposto.

Neste sentido o seguinte excerto do julgado no RE 574.706:

“O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS”.

Também este o entendimento adotado no âmbito das Turmas desta Seção:

ApelRemNec 5000633-81.2017.4.03.6119, Rel. Des. Fed. ANTONIO CEDENHO, Intimação via sistema 18/04/2020: “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REQUISITOS DO ARTIGO 1.022 CPC/2015. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE Nº 574.706/PR. VINCULAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OBSCURIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1.022 do Código de Processo Civil vigente, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado. O caráter infringente dos embargos somente é admitido a título excepcional, quando a eliminação da contradição ou da omissão decorrer, logicamente, a modificação do julgamento embargado. 2. A e. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no julgamento do RE nº 574.706/PR, consignou que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. Como o presente julgamento se vincula ao que foi decidido sobre o tema pelo C. STF, deve-se assentar que, relativamente à questão do valor a ser efetivamente excluído a título de ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, a tese que foi acolhida pelo STF é a exposta no v. acórdão embargado. 3. O escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022 do Código de Processo Civil. 4. O artigo 1.025 do novo Código de Processo Civil bem esclarece que os elementos suscitados pelo embargante serão considerados incluídos no acórdão “para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.” 5. Embargos de declaração rejeitados.”

ApReeNec 5001772-28.2017.4.03.6100, Rel. Des. Fed. MARLI FERREIRA, Intimação via sistema 02/04/2020: “PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ARTIGO 1.022 DO CPC. OMISSÃO. EXISTÊNCIA. JULGADO INTEGRADO. 1. Prevê o artigo 1.022 do CPC que a oposição dos aclaratórios somente tem cabimento para esclarecimento de obscuridade ou eliminação de contradição, para suprimir omissão sobre ponto ou questão sobre o qual o julgado deveria se pronunciar, ou, ainda, para corrigir erro material existente no decisório. 2. Na espécie, o julgado restou omissivo quanto à parcela do ICMS a ser destacada da base de cálculo do PIS e da COFINS. E, nesse tocante, cumpre esclarecer que o ICMS a ser excluído é o destacado nos documentos fiscais de saída, vez que é esse montante que integra a indigitada base de cálculo. 3. Assim sendo, tem a impetrante o direito de excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS o valor integral do ICMS destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias do seu estabelecimento, inclusive após o advento da Lei nº 12.973/2014. 4. Embargos de declaração acolhidos.”

ApelRemNec 5003932-95.2019.4.03.6119, Rel. Des. Fed. JOHONSOM DI SALVO, e - DJF3 15/04/2020: "AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DECLAROU INCONSTITUCIONAL A INCLUSÃO DO ICMS (FATURADO) NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS, FAZENDO-O POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO RE Nº 574.706. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a inclusão do ICMS (faturado) na base de cálculo do PIS e da COFINS, fazendo-o por ocasião do julgamento do RE nº 574.706. A corte, por maioria e nos termos do voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia, apreciando o tema nº 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Esse entendimento é aplicável de pronto, não havendo que se falar em espera de embargos de declaração (sem efeito suspensivo) ou de modulação de efeitos da decisão plenária da Suprema Corte, já que esses dois eventos não estão consignados em lei como impeditivos da aplicação imediata do decísum. Esse é o entendimento que vem sendo seguido nesta Corte Regional (3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5021518-72.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 08/11/2019, Intimação via sistema DATA: 13/11/2019), e de modo unânime nesta 6ª Turma (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000706-20.2017.4.03.6130, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 03/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/12/2019). Deveras, a suspensão pretendida pelo Fisco esbarraria no art. 1.035, § 5º do NCPC. De outro lado, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal – ao acolher o voto da ministra Relatora – no sentido de que, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada como faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019). Essa é a postura que este Relator sempre defende desde o momento em que surdiu o julgamento do Tema nº 69 (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000596-53.2018.4.03.6108, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 02/12/2019, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019). Tratando-se de empresa comercial, resta claro que é contribuinte das três exações e que recolheu tributação a maior e poderá recuperá-la (quanto aos últimos cinco anos antes do ajuizamento da presente demanda) por meio de compensação, que deverá ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74 da Lei nº 9.430/1996 (redação dada pela Lei 10.637/02), observado ainda o artigo 26-A da Lei nº 11.457/2007."

Logo, não importa ao exame do mérito a juntada de documentos fiscais ou mercantis para demonstração do ICMS a ser pago pelo contribuinte, bastando para o presente julgamento a prova, tão-somente, de que o contribuinte, sujeito ao PIS/COFINS, recolheu valores com inclusão do ICMS nas bases de cálculo, ficando relegada à fase própria a apuração do *quantum debeatur* a partir de valores destacados em notas fiscais e incluídos na tributação federal.

Reconhecido o indébito fiscal, na forma acima especificada, os critérios para exercício do direito à compensação, na via administrativa mediante procedimento específico, inclusive com a própria comprovação e liquidação de valores indevidos a serem compensados, são os definidos nos artigos 168 (prescrição quinquenal) e 170-A (trânsito em julgado), ambos do Código Tributário Nacional; artigo 74 da Lei 9.430/1996 e demais textos legais de regência, incluindo o artigo 26-A da Lei 11.457/2007 na redação da Lei 13.670/2018, observado o regime legal vigente ao tempo da propositura da ação, pois este o critério determinante na jurisprudência consolidada, ainda que posteriormente possa ter sido alterada a legislação; e artigo 39, § 4º da Lei 9.250/1995 (incidência exclusiva da Taxa SELIC) desde cada recolhimento indevido.

A respeito da restituição administrativa, que tem sido deferida com base na Súmula 461 do Superior Tribunal de Justiça, é importante observar que o enunciado respectivo, ao fazer referência expressa a "precatório", registra o entendimento de que não é possível que o ressarcimento de indébito fiscal, em espécie, reconhecido judicialmente, possa gerar condenação a pagamento fora do regime constitucional do precatório (artigo 100, CF). De fato, o regime de precatório busca preservar a ordem cronológica das requisições e, sobretudo, as preferências alimentares, o que não se verifica possível ou garantido na via administrativa, até porque, nela, não concorrem, de forma conjunta e simultânea, as variadas cobranças em dinheiro contra a Fazenda Pública, ao contrário do que ocorre com requisições judiciais de precatórios que, inclusive, são todas globalmente organizadas e inseridas cronologicamente na previsão orçamentária anual para execução no exercício financeiro posterior. Permitir que o contribuinte utilize a via administrativa para receber pagamento de indébito fiscal em detrimento do sistema de precatório já foi reconhecido, inclusive, como inconstitucional pela Suprema Corte que, por semelhança, aplicou a solução expressa no Tema 831 da sistemática de repercussão geral (RE 1.069.065, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe 19/12/2019).

Partindo de tais premissas, o ressarcimento do contribuinte em razão de indébito fiscal, quando judicial a condenação (título judicial condenatório), apenas cabe mediante compensação ou repetição, modalidade esta que, porém, não se compatibiliza com decisão proferida em sede de mandado de segurança (Súmulas 269 e 271/STF), vedada, assim, a restituição administrativa, salvo quando os procedimentos sejam originariamente administrativos.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e dou parcial provimento à remessa oficial, para reformar a sentença, nos termos supracitados.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. INDÉBITO FISCAL. COMPENSAÇÃO. RESTITUIÇÃO ADMINISTRATIVA.

1. Antes de analisar o mérito, cabe rejeitar o pedido de suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior, o que se coaduna, em lógica processual e sistêmica, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior.

2. No mérito, a questão da inclusão de **imposto** na base de cálculo do PIS/COFINS com vulneração da matriz constitucional que prevê a respectiva incidência sobre faturamento ou receita na dicção atualizado do artigo 195, I, *b*, da Constituição Federal, foi resolvida, pela Suprema Corte no RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS. A definição da base de cálculo do PIS/COFINS é matéria constitucional, não cabendo invocar orientação no plano do direito federal para afastar o juízo de inconstitucionalidade, menos ainda quando já vencida (Súmulas 68 e 94/STJ) no âmbito da respectiva Corte Superior. Ademais, o pronunciamento da Suprema Corte, sobretudo em repercussão geral, tem função primordial na tarefa de garantir segurança jurídica, estabilidade, integridade e coerência na aplicação do direito à luz da Constituição, a ser buscada por todos os órgãos do Poder Judiciário (artigos 926 e 927, III, CPC).

3. A pretensão em causa não envolve a dedução de parcela legalmente prevista, daí porque impertinente o argumento de que é taxativo o rol de exclusões constante do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 - com as alterações da Lei 12.973/2014, cujo advento, conforme já decidiu esta Corte, "*não promoveu modificação legislativa relevante para a espécie, na medida em que não alterou o conceito da base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS*" (EI 0029413-91.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 17/11/2017) - e § 3º dos artigos 1º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003. A tese do contribuinte é a de que a inclusão do imposto na base de cálculo de tais contribuições viola incidência constitucionalmente delimitada, exigindo, assim, decisão judicial no sentido de definir a base de cálculo compatível com o parâmetro constitucional.

4. Quanto ao disposto no § 6º do artigo 150 da Constituição Federal, é inquestionável que serve de norma-parâmetro para a delimitação da atuação funcional do legislador e administrador, alertando que cabe somente ao Parlamento, não ao Executivo, definir, em caráter normativo, geral e abstrato, por exemplo, "redução de base de cálculo". Tal norma e, na mesma linha, ainda o artigo 97, VI, do Código Tributário Nacional, não excluem, por evidente, a competência constitucional do Judiciário de declarar inconstitucionalidade da lei, no que fixada incidência ou não prevista exclusão exigida à luz do parâmetro constitucional, única leitura constitucional possível para que seja respeitada a própria cláusula pétrea da separação dos Poderes, consagrada nos artigos 2º e 60, §4º, III, da Constituição Federal.

5. A regra de interpretação legal das normas tributárias (artigo 111, I, CTN) tem atuação adstrita ao campo do direito infraconstitucional. Não pode ser levada em consideração no controle de constitucionalidade para efeito de coibir a função de interpretação da Constituição Federal dada e conferida ao Poder Judiciário. o que cabe prestigiar no regime de Estado de Direito é a lição de que se deve interpretar a lei segundo a Constituição e, não, a Constituição segundo a lei.

6. A alegação de que o cálculo do PIS/COFINS com exclusão do imposto destinado ao erário contradiz a incidência, reconhecidamente válida, sobre outros custos, encargos ou despesas destinados a terceiros (como, por exemplo: empregados, companhia de energia elétrica, FGTS, fornecedores, empresas contratadas para prestação de serviços, entes estatais) não é verdadeira nem aceitável, sem análise da natureza jurídica de cada parcela discutida na formação da base de cálculo de tais contribuições. Por ora, o que assentou, suficientemente, a Suprema Corte para o exame do caso foi a inexigibilidade de imposto integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, seja o ICMS, seja o próprio ISS, quanto a este em juízo derivado diretamente da mesma lógica de fundamentação constitucional, conforme já exposto.

7. O aspecto relevante da controvérsia diz respeito ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS diante da divergência estabelecida entre as vertentes que primam, de um lado, pelo valor do imposto destacado nas notas fiscais e, de outro, pelo valor do imposto a ser efetivamente pago pelo contribuinte, dentro do regime de não cumulatividade. É importante frisar, de toda sorte, que tal ponto, ainda que não tenha ou tivesse sido discutido na inicial nem decidido na sentença ou veiculado na apelação, não impediria o pronunciamento da Corte - assim como do próprio Juízo após embargos de declaração -, por se tratar, justamente, de controvérsia ínsita ao próprio mérito, qual seja, a definição do que constitui o indébito fiscal e, neste sentido, matéria que deve ser resolvida na fase cognitiva e não em liquidação de sentença, inexistindo, portanto, mesmo quando nada tenha ou tivesse sido alegado ou decidido, vício de julgamento *extra* ou *ultra petita*, ou contrariedade ao princípio da congruência ou da adstrição. Tanto é assim que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido em razão do regime de não cumulatividade do imposto. Logo, não importa ao exame do mérito a juntada de documentos fiscais ou mercantis para demonstração do ICMS a ser pago pelo contribuinte, bastando para o presente julgamento a prova, tão-somente, de que o contribuinte, sujeito ao PIS/COFINS, recolheu valores com inclusão do ICMS nas bases de cálculo, ficando relegada à fase própria a apuração do *quantum debeat* a partir de valores destacados em notas fiscais e incluídos na tributação federal.

8. Reconhecido o indébito fiscal, na forma acima especificada, os critérios para exercício do direito à compensação, na via administrativa mediante procedimento específico, inclusive com a própria comprovação e liquidação de valores indevidos a serem compensados, são os definidos nos artigos 168 (prescrição quinquenal) e 170-A (trânsito em julgado), ambos do Código Tributário Nacional; artigo 74 da Lei 9.430/1996 e demais textos legais de regência, incluindo o artigo 26-A da Lei 11.457/2007 na redação da Lei 13.670/2018, observado o regime legal vigente ao tempo da propositura da ação, pois este o critério determinante na jurisprudência consolidada, ainda que posteriormente possa ter sido alterada a legislação; e artigo 39, § 4º da Lei 9.250/1995 (incidência exclusiva da Taxa SELIC) desde cada recolhimento indevido.

9. A respeito da restituição administrativa, que tem sido deferida com base na Súmula 461 do Superior Tribunal de Justiça, é importante observar que o enunciado respectivo, ao fazer referência expressa a "precatório", registra o entendimento de que não é possível que o ressarcimento de indébito fiscal, em espécie, reconhecido judicialmente, possa gerar condenação a pagamento fora do regime constitucional do precatório (artigo 100, CF). De fato, o regime de precatório busca preservar a ordem cronológica das requisições e, sobretudo, as preferências alimentares, o que não se verifica possível ou garantido na via administrativa, até porque, nela, não concorrem, de forma conjunta e simultânea, as variadas cobranças em dinheiro contra a Fazenda Pública, ao contrário do que ocorre com requisições judiciais de precatórios que, inclusive, são todas globalmente organizadas e inseridas cronologicamente na previsão orçamentária anual para execução no exercício financeiro posterior. Permitir que o contribuinte utilize a via administrativa para receber pagamento de indébito fiscal em detrimento do sistema de precatório já foi reconhecido, inclusive, como inconstitucional pela Suprema Corte que, por semelhança, aplicou a solução expressa no Tema 831 da sistemática de repercussão geral (RE 1.069.065, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe 19/12/2019). Partindo de tais premissas, o ressarcimento do contribuinte em razão de indébito fiscal, quando judicial a condenação (título judicial condenatório), apenas cabe mediante compensação ou repetição, modalidade esta que, porém, não se compatibiliza com decisão proferida em sede de mandado de segurança (Súmulas 269 e 271/STF), vedada, assim, a restituição administrativa, salvo quando os procedimentos sejam originariamente administrativos.

10. Apelação desprovida e remessa oficial provida em parte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e deu parcial provimento à remessa oficial, para reformar a sentença, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0003236-69.2017.4.03.6102

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: ASSOCIACAO POLICIAL DE ASSIST. A SAUDE DE RIB. PRETO APAS

Advogados do(a) APELANTE: RODRIGO FORCENETTE - SP175076-A, JOSE LUIZ MATTHES - SP76544-A

APELADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0003236-69.2017.4.03.6102
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: ASSOCIACAO POLICIAL DE ASSIST. A SAUDE DE RIB. PRETO APAS
Advogados do(a) APELANTE: RODRIGO FORCENETTE - SP175076-A, JOSE LUIZ MATTHES - SP76544-A
APELADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto pela **Associação Policial de Assistência à Saúde de Ribeirão Preto (SP)**, em face da sentença que julgou improcedentes os embargos à execução, ajuizados em face da **Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS**.

Irresignada, a apelante sustenta, em síntese, que:

- a) houve o cerceamento, pois a apelada não apresentou nos autos, a cópia do processo administrativo pela ausência, bem como não foi observada a duração razoável do mesmo, ocorrendo violação ao disposto no art. 49, da Lei n.º 9.784/99;
- b) o ressarcimento ao SUS, instituído pelo artigo 32 da Lei 9.656/98 é manifestamente inconstitucional;
- c) somente persiste a obrigação em ressarcir ao SUS quando houver o dever da parte operadora em marcar com o procedimento.

Com contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0003236-69.2017.4.03.6102
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: ASSOCIACAO POLICIAL DE ASSIST. A SAUDE DE RIB. PRETO APAS
Advogados do(a) APELANTE: RODRIGO FORCENETTE - SP175076-A, JOSE LUIZ MATTHES - SP76544-A
APELADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): De início, não há falar em cerceamento de defesa, uma vez que houve a possibilidade de defesa e de iniciativa tanto no âmbito administrativo quanto no judicial.

Destaco que a Lei nº 6.830/80, em seu artigo 41, dispõe que o processo administrativo ficará na repartição competente, e dele poderão ser extraídas cópias ou certidões a requerimento da parte ou do juízo, cabendo à parte interessada diligenciar neste sentido. A propósito já decidiu o Superior Tribunal de Justiça - STJ: "*Esta Corte já se manifestou no sentido de que as cópias do processo administrativo fiscal não são imprescindíveis para a formação da certidão de dívida ativa e, conseqüentemente, para o ajuizamento da execução fiscal. Assim, o art. 41 da Lei n. 6.830/80 apenas possibilita, a requerimento da parte ou a requisição do juiz, a juntada aos autos de documentos ou certidões correspondentes ao processo administrativo, caso necessário para solução da controvérsia. Contudo, o ônus de tal juntada é da parte embargante, haja vista a presunção de certeza e liquidez de que goza a CDA, a qual somente pode ser ilidida por prova em contrário a cargo do sujeito passivo ou do terceiro a que aproveite, nos termos do art. 204 do CTN*" (REsp 1239257/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/03/2011, DJe 31/03/2011). E mais: "*A juntada do processo administrativo fiscal na execução fiscal é determinada segundo juízo de conveniência do magistrado, quando reputado imprescindível à alegação da parte executada. A disponibilidade do processo administrativo na repartição fiscal impede a alegação de cerceamento de defesa*" (REsp 1180299/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/03/2010, DJe 08/04/2010).

No caso dos autos, conquanto não tenha sido juntado aos autos o processo administrativo, verifica-se pela documento de ID n.º 27282570, páginas 49-51 e 58-64, que a embargante apresentou defesa na instância administrativa, restando cumpridos o contraditório e a ampla defesa.

Pelos mesmos motivos destacados acima, deve ser rechaçado o pedido no sentido de anulação do processo administrativo, sob a alegação de que não foi respeitada a sua duração razoável.

Desse modo, são improcedentes as alegações neste ponto.

Com relação à alegação da inconstitucionalidade do artigo 32 da Lei 9.656/1998, o C. Supremo Tribunal Federal - STF já analisou a questão, conforme os julgados abaixo. Vejam-se:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ORDINÁRIA 9656/98. PLANOS DE SEGUROS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. MEDIDA PROVISÓRIA 1730/98. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE ATIVA. INEXISTÊNCIA. AÇÃO CONHECIDA. INCONSTITUCIONALIDADES FORMAIS E OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. OFENSA AO DIREITO ADQUIRIDO E AO ATO JURÍDICO PERFEITO. 1. Propositura da ação. Legitimidade. Não depende de autorização específica dos filiados a propositura de ação direta de inconstitucionalidade. Preenchimento dos requisitos necessários. 2. Alegação genérica de existência de vício formal das normas impugnadas. Conhecimento. Impossibilidade. 3. Inconstitucionalidade formal quanto à autorização, ao funcionamento e ao órgão fiscalizador das empresas operadoras de planos de saúde. Alterações introduzidas pela última edição da Medida Provisória 1908-18/99. Modificação da natureza jurídica das empresas. Lei regulamentadora. Possibilidade. Observância do disposto no artigo 197 da Constituição Federal. 4. Prestação de serviço médico pela rede do SUS e instituições conveniadas, em virtude da impossibilidade de atendimento pela operadora de Plano de Saúde. Ressarcimento à Administração Pública mediante condições preestabelecidas em resoluções internas da Câmara de Saúde Complementar. Ofensa ao devido processo legal. Alegação improcedente. Norma programática pertinente à realização de políticas públicas. Conveniência da manutenção da vigência da norma impugnada. 5. Violação ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito. Pedido de inconstitucionalidade do artigo 35, caput e parágrafos 1º e 2º, da Medida Provisória 1730-7/98. Ação não conhecida tendo em vista as substanciais alterações neles promovida pela medida provisória superveniente. 6. Artigo 35-G, caput, incisos I a IV, parágrafos 1º, incisos I a V, e 2º, como nova versão dada pela Medida Provisória 1908-18/99. Incidência da norma sobre cláusulas contratuais preexistentes, firmadas sob a égide do regime legal anterior. Ofensa aos princípios do direito adquirido e do ato jurídico perfeito. Ação conhecida, para suspender-lhes a eficácia até decisão final da ação. 7. Medida cautelar deferida, em parte, no que tange à suscitada violação ao artigo 5º, XXXVI, da Constituição, quanto ao artigo 35-G, hoje, renumerado como artigo 35-E pela Medida Provisória 1908-18, de 24 de setembro de 1999; ação conhecida, em parte, quanto ao pedido de inconstitucionalidade do § 2º do artigo 10 da Lei 9656/1998, com a redação dada pela Medida Provisória 1908-18/1999, para suspender a eficácia apenas da expressão "atuais e". Suspensão da eficácia do artigo 35-E (redação dada pela MP 2177-44/2001) e da expressão "artigo 35-E", contida no artigo 3º da Medida Provisória 1908-18/99." (STF. ADI nº 1.931-MC, Rel. p/ acórdão Min. MAURÍCIO CORRÊA).

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESSARCIMENTO AO SUS. ARTIGO 32 DA LEI N. 9.656/98. CONSTITUCIONALIDADE. 1. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADI n. 1.931-MC, Relator o Ministro Maurício Corrêa, DJ de 28.5.04, decidiu pela constitucionalidade do ressarcimento ao SUS instituído pela Lei n. 9.656/98. Agravo regimental a que se nega provimento." (STF. REAgR nº 488.026, Rel. Min. EROS GRAU, DJE 06.06.2008).

Assim, resta claro que o objetivo da norma prevista no artigo 32, da Lei 9.656/98 é coibir o enriquecimento sem causa da operadora de plano de saúde, que deixou de prestar o serviço a que estava contratualmente obrigada, em razão do atendimento de pessoas conveniadas por meio da rede pública de atendimento.

Não se trata de responsabilidade civil derivada de ato ilícito, razão pela qual não há que se cogitar se houve ou não iniciativa ou orientação da Unimed para que os usuários procurassem os serviços da SUS.

Tampouco se verifica qualquer violação aos princípios constitucionais que garantem a gratuidade do atendimento do Sistema Único de Saúde, já que o ressarcimento ao SUS é mera forma de manutenção do equilíbrio financeiro entre os sistemas público e privado de saúde.

Por outro lado, não houve violação ao princípio da legalidade, pois a ANS não extrapolou os parâmetros estabelecidos pela Lei 9.656/98 ao baixar resoluções disciplinando o procedimento a ser observado a fim de viabilizar o ressarcimento ao SUS.

O artigo 32, caput, e §§ 3º e 5º, da Lei 9.656/1998 outorga à ANS o poder de definir normas, efetuar a cobrança e inscrever em dívida ativa as importâncias a título de ressarcimento ao SUS.

Assim, desde a edição da Lei nº 9.656/98, é possível a exigência de reembolso, em favor das instituições integrantes do SUS, dos valores gastos com atendimento médico prestado para beneficiários de serviços contratados com operadoras de planos de assistência médica, sendo totalmente improcedentes as alegações formuladas pela embargante, ora apelante.

Por fim, acerca do ressarcimento ao SUS, o C. Supremo Tribunal Federal - STF ratificou o seu entendimento ao apreciar o RE nº 597.064/RJ, submetido à sistemática da repercussão geral. Veja-se:

"É constitucional o ressarcimento previsto no art. 32 da Lei nº 9.656/98, o qual é aplicável aos procedimentos médicos, hospitalares ou ambulatoriais custeados pelo SUS e posteriores a 4.6.1998, assegurados o contraditório e a ampla defesa, no âmbito administrativo, em todos os marcos jurídicos." (STF, Plenário, RE 597.064/RJ, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 07.02.2018, DJe 16.05.2018)

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PLANO DE SAÚDE. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA E NULIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. AFASTADA. RESSARCIMENTO AO SUS. ART. 32, LEI FEDERAL Nº 9.656/98. CONSTITUCIONALIDADE. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. A Lei nº 6.830/80, em seu artigo 41, dispõe que o processo administrativo ficará na repartição competente, e dele poderão ser extraídas cópias ou certidões a requerimento da parte ou do juízo, cabendo à parte interessada diligenciar neste sentido.

2. "A juntada do processo administrativo fiscal na execução fiscal é determinada segundo juízo de conveniência do magistrado, quando reputado imprescindível à alegação da parte executada. A disponibilidade do processo administrativo na repartição fiscal impede a alegação de cerceamento de defesa" (REsp 1180299/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/03/2010, DJe 08/04/2010).

3. No caso dos autos, conquanto não tenha sido juntado aos autos o processo administrativo, verifica-se pela documento de ID n.º 27282570, páginas 49-51 e 58-64, que a embargante apresentou defesa na instância administrativa, restando cumpridos o contraditório e a ampla defesa. Pelos mesmos motivos destacados anteriormente, deve ser rechaçado o pedido no sentido de anulação do processo administrativo, sob a alegação de que não foi respeitada a sua duração razoável. Desse modo, são improcedentes as alegações neste ponto.

4. A questão referente à constitucionalidade do art. 32, da Lei Federal nº 9.656/98 já foi decidida pelo Supremo Tribunal Federal - STF ao apreciar o RE nº 597.064/RJ, submetido à sistemática da repercussão geral, onde ficou decidido que: "É constitucional o ressarcimento previsto no art. 32 da Lei nº 9.656/98, o qual é aplicável aos procedimentos médicos, hospitalares ou ambulatoriais custeados pelo SUS e posteriores a 4.6.1998, assegurados o contraditório e a ampla defesa, no âmbito administrativo, em todos os marcos jurídicos." (STF, Plenário, RE 597.064/RJ, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 07.02.2018, DJe 16.05.2018)

5. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO ao recurso de apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5026505-58.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: CARDAN BRAZ INDUSTRIA E COMERCIO LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: JUSSARA APARECIDA BEZERRA RAMOS - SP243250-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, CARDAN BRAZ INDUSTRIA E COMERCIO LTDA

Advogado do(a) APELADO: JUSSARA APARECIDA BEZERRA RAMOS - SP243250-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5026505-58.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: CARDAN BRAZ INDUSTRIA E COMERCIO LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: JUSSARA APARECIDA BEZERRA RAMOS - SP243250-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, CARDAN BRAZ INDUSTRIA E COMERCIO LTDA

Advogado do(a) APELADO: JUSSARA APARECIDA BEZERRA RAMOS - SP243250-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelações e remessa oficial, em face de sentença que, após embargos de declaração, concedeu a segurança para excluir o ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS e garantir a compensação ou restituição, após o trânsito em julgado, observada a prescrição quinquenal, e a aplicação da SELIC.

Apelou a PFN, alegando, preliminarmente, que a autoridade informante não possui atribuição para efetuar eventual lançamento tributário de contribuição previdenciária sobre folha de salário, nos termos do artigo 22, I, da Lei 8.212/1991; inadequação do mandado de segurança, pois a impetração é contra lei em tese, objetivando efeitos de ação declaratória e condenatória, razão pela qual requereu o indeferimento da inicial, com a extinção do feito, sem resolução de mérito; e inaplicabilidade da Súmula 213/STJ, pois quando da sua edição, não vigorava o artigo 170-A do CTN. Quanto ao mais, alegou: (1) necessidade de sobrestamento do feito até o julgamento definitivo do RE 574.706 pela Suprema Corte; (2) que o ICMS deve ser integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em que se definiu que o valor relativo ao ICMS faz parte do valor do produto e deve ser acrescido ao valor da operação, base de cálculo do próprio ICMS, e ao faturamento ou receita, base de cálculo de tais exações, agregando todos os componentes do preço, mesmo que imposto estadual, como qualquer outro custo ainda que destinado a terceiros; (3) o Supremo Tribunal Federal, no RE 212.209, definiu que não há inconstitucionalidade no fato do valor de um determinado tributo fazer parte da base de cálculo do mesmo tributo ou de outro; (5) todo tributo indireto pode ser abarcado pelo conceito de faturamento, e quando o legislador infraconstitucional excluiu o IPI da base de cálculo do PIS/COFINS, fê-lo em caráter de benefício fiscal, o que não autoriza o Poder Judiciário a estendê-lo ao ICMS, agindo como legislador positivo, o que lhe é vedado; e (6) não cabe ampliar o rol de exclusões do faturamento por meio de exegese que não encontra amparo nas normas gerais de direito tributário, nos termos do artigo 109 do CTN.

Por sua vez, recorreu o contribuinte, pleiteando o afastamento da aplicação do artigo 170-A, CTN, por violar a separação dos poderes (artigo 2º, CF), que é núcleo irredutível, não podendo ser objeto de deliberação a proposta de emenda que vise aboli-la, nos termos do artigo 60, § 4º, III, CF, configurando, ademais, tutela de evidência nos termos do artigo 311, CPC.

Houve contrarrazões.

O Ministério Público Federal opinou pelo regular prosseguimento do feito.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5026505-58.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: CARDAN BRAZ INDUSTRIA E COMERCIO LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: JUSSARA APARECIDA BEZERRA RAMOS - SP243250-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, CARDAN BRAZ INDUSTRIA E COMERCIO LTDA

Advogado do(a) APELADO: JUSSARA APARECIDA BEZERRA RAMOS - SP243250-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, preliminarmente é consolidada a jurisprudência quanto ao cabimento do mandado de segurança para pleitear declaração de inconstitucionalidade e garantir compensação de indébito fiscal a ser promovida na via administrativa (Súmula 213/STJ), sem que tal orientação dependesse da pré-existência do artigo 170-A, CTN, que restringe o momento de ser efetuada a compensação, mas não impede a formulação da pretensão na via mandamental.

Importa registrar, ademais, que eventual pedido incompatível com a via eleita, convolvando, por exemplo, o mandado de segurança em ação de cobrança, deve ser apreciado no mérito após reconhecido o indébito fiscal, não, desde logo, como causa de extinção da impetração sem resolução do mérito.

Sobre a ilegitimidade da impetração para lançamento de contribuição previdenciária sobre folha de salário, a preliminar é impertinente, pois não se cuida de tal matéria nos autos, mas apenas da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS, contribuição de natureza distinta das citadas.

Ainda antes de analisar o mérito, cabe rejeitar o pedido de suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior, o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior.

No mérito, a questão da inclusão de **imposto** na base de cálculo do PIS/COFINS com vulneração da matriz constitucional que prevê a respectiva incidência sobre faturamento ou receita na dicção atualizado do artigo 195, I, *b*, da Constituição Federal, foi resolvida, pela Suprema Corte no RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS.

Eis o acórdão ementado:

RE 574.706, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe 29/09/2017: "RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

A definição da base de cálculo do PIS/COFINS é matéria constitucional, não cabendo invocar orientação no plano do direito federal para afastar o juízo de inconstitucionalidade, menos ainda quando já vencida (Súmulas 68 e 94/STJ) no âmbito da respectiva Corte Superior. Ademais, o pronunciamento da Suprema Corte, sobretudo em repercussão geral, tem função primordial na tarefa de garantir segurança jurídica, estabilidade, integridade e coerência na aplicação do direito à luz da Constituição, a ser buscada por todos os órgãos do Poder Judiciário (artigos 926 e 927, III, CPC).

Perceba-se que a pretensão em causa não envolve a dedução de parcela legalmente prevista, daí porque impertinente o argumento de que é taxativo o rol de exclusões constante do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 - com as alterações da Lei 12.973/2014, cujo advento, conforme já decidiu esta Corte, "não promoveu modificação legislativa relevante para a espécie, na medida em que não alterou o conceito da base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS" (EI 0029413-91.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 17/11/2017) - e § 3º dos artigos 1º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003.

A tese do contribuinte é a de que a inclusão do imposto na base de cálculo de tais contribuições viola incidência constitucionalmente delimitada, exigindo, assim, decisão judicial no sentido de definir a base de cálculo compatível com o parâmetro constitucional.

Quanto ao RE 212.209, tratou-se de precedente que reconheceu válida a inclusão do ICMS na própria base de cálculo do imposto estadual, o que, porém, não obistou que a Suprema Corte, ao tratar do PIS/COFINS, deliberasse pela exclusão do ICMS. Logo, o paradigma para o caso concreto não é o RE 212.209 (ICMS na apuração do próprio ICMS), mas o RE 574.706, que definiu especificamente a base de cálculo constitucionalmente admitida para tais contribuições sociais.

A alegação de que o cálculo do PIS/COFINS com exclusão do imposto destinado ao erário contradiz a incidência, reconhecida, sobre outros custos, encargos ou despesas destinados a terceiros (como, por exemplo: empregados, companhia de energia elétrica, FGTS, fornecedores, empresas contratadas para prestação de serviços, entes estatais) não é verdadeira nem aceitável, sem análise da natureza jurídica de cada parcela discutida na formação da base de cálculo de tais contribuições. Por ora, o que assentou, suficientemente, a Suprema Corte para o exame do caso foi a inexigibilidade de imposto integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, seja o ICMS, seja o próprio ISS, quanto a este em juízo derivado diretamente da mesma lógica de fundamentação constitucional, conforme já exposto.

O aspecto relevante da controvérsia diz respeito ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS diante da divergência estabelecida entre as vertentes que primam, de um lado, pelo valor do imposto destacado nas notas fiscais e, de outro, pelo valor do imposto a ser efetivamente pago pelo contribuinte, dentro do regime de não cumulatividade. É importante frisar, de toda sorte, que tal ponto, ainda que não tenha ou tivesse sido discutido na inicial nem decidido na sentença ou veiculado na apelação, não impediria o pronunciamento da Corte - assim como do próprio Juízo após embargos de declaração -, por se tratar, justamente, de controvérsia ínsita ao próprio mérito, qual seja, a definição do que constitui o indébito fiscal e, neste sentido, matéria que deve ser resolvida na fase cognitiva e não em liquidação de sentença, inexistindo, portanto, mesmo quando nada tenha ou tivesse sido alegado ou decidido, vício de julgamento *extra* ou *ultra petita*, ou contrariedade ao princípio da congruência ou da adstrição..

Tanto é assim que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido em razão do regime de não cumulatividade do imposto.

Neste sentido o seguinte excerto do julgado no RE 574.706:

“O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS”.

Também este o entendimento adotado no âmbito das Turmas desta Seção:

ApelRemNec 5000633-81.2017.4.03.6119, Rel. Des. Fed. ANTONIO CEDENHO, Intimação via sistema 18/04/2020: “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REQUISITOS DO ARTIGO 1.022 CPC/2015. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE Nº 574.706/PR. VINCULAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OBSCURIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1.022 do Código de Processo Civil vigente, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado. O caráter infringente dos embargos somente é admitido a título excepcional, quando a eliminação da contradição ou da omissão decorrer, logicamente, a modificação do julgamento embargado. 2. A e. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no julgamento do RE nº 574.706/PR, consignou que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. Como o presente julgamento se vincula ao que foi decidido sobre o tema pelo C. STF, deve-se assentar que, relativamente à questão do valor a ser efetivamente excluído a título de ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, a tese que foi acolhida pelo STF é a exposta no v. acórdão embargado. 3. O escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022 do Código de Processo Civil. 4. O artigo 1.025 do novo Código de Processo Civil bem esclarece que os elementos suscitados pelo embargante serão considerados incluídos no acórdão “para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.” 5. Embargos de declaração rejeitados.”

ApReeNec 5001772-28.2017.4.03.6100, Rel. Des. Fed. MARLI FERREIRA, Intimação via sistema 02/04/2020: "PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ARTIGO 1.022 DO CPC. OMISSÃO. EXISTÊNCIA. JULGADO INTEGRADO. 1. Prevê o artigo 1.022 do CPC que a oposição dos aclaratórios somente tem cabimento para esclarecimento de obscuridade ou eliminação de contradição, para suprimir omissão sobre ponto ou questão sobre o qual o julgado deveria se pronunciar; ou, ainda, para corrigir erro material existente no decisório. 2. Na espécie, o julgado restou omissivo quanto à parcela do ICMS a ser destacada da base de cálculo do PIS e da COFINS. E, nesse tocante, cumpre esclarecer que o ICMS a ser excluído é o destacado nos documentos fiscais de saída, vez que é esse montante que integra a indigitada base de cálculo. 3. Assim sendo, tem a impetrante o direito de excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS o valor integral do ICMS destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias do seu estabelecimento, inclusive após o advento da Lei nº 12.973/2014. 4. Embargos de declaração acolhidos."

ApelRemNec 5003932-95.2019.4.03.6119, Rel. Des. Fed. JOHNSOM DI SALVO, e - DJF3 15/04/2020: "AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DECLAROU INCONSTITUCIONAL A INCLUSÃO DO ICMS (FATURADO) NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS, FAZENDO-O POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO RE Nº 574.706. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a inclusão do ICMS (faturado) na base de cálculo do PIS e da COFINS, fazendo-o por ocasião do julgamento do RE nº 574.706. A corte, por maioria e nos termos do voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia, apreciando o tema nº 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Esse entendimento é aplicável de pronto, não havendo que se falar em espera de embargos de declaração (sem efeito suspensivo) ou de modulação de efeitos da decisão plenária da Suprema Corte, já que esses dois eventos não estão consignados em lei como impedientes da aplicação imediata do decisum. Esse é o entendimento que vem sendo seguido nesta Corte Regional (3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5021518-72.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 08/11/2019, Intimação via sistema DATA: 13/11/2019), e de modo unânime nesta 6ª. Turma (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000706-20.2017.4.03.6130, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 03/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/12/2019). Deveras, a suspensão pretendida pelo Fisco esbarraria no art. 1.035, § 5º do NCPC. De outro lado, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal – ao acolher o voto da ministra Relatora – no sentido de que, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada como faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019). Essa é a postura que este Relator sempre defende desde o momento em que surtiu o julgamento do Tema nº 69 (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000596-53.2018.4.03.6108, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHNSON DI SALVO, julgado em 02/12/2019, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019). Tratando-se de empresa comercial, resta claro que é contribuinte das três exações e que recolheu tributação a maior e poderá recuperá-la (quanto aos últimos cinco anos antes do ajuizamento da presente demanda) por meio de compensação, que deverá ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74 da Lei nº 9.430/1996 (redação dada pela Lei 10.637/02), observado ainda o artigo 26-A da Lei nº 11.457/2007."

Logo, não importa ao exame do mérito a juntada de documentos fiscais ou mercantis para demonstração do ICMS a ser pago pelo contribuinte, bastando para o presente julgamento a prova, tão-somente, de que o contribuinte, sujeito ao PIS/COFINS, recolheu valores com inclusão do ICMS nas bases de cálculo, ficando relegada à fase própria a apuração do *quantum debeatur* a partir de valores destacados em notas fiscais e incluídos na tributação federal.

Reconhecido o indébito fiscal, na forma acima especificada, os critérios para exercício do direito à compensação, na via administrativa mediante procedimento específico, inclusive com a própria comprovação e liquidação de valores indevidos a serem compensados, são os definidos nos artigos 168 (prescrição quinquenal) e 170-A (trânsito em julgado), ambos do Código Tributário Nacional; artigo 74 da Lei 9.430/1996 e demais textos legais de regência, incluindo o artigo 26-A da Lei 11.457/2007 na redação da Lei 13.670/2018, observado o regime legal vigente ao tempo da propositura da ação, pois este o critério determinante na jurisprudência consolidada, ainda que posteriormente possa ter sido alterada a legislação; e artigo 39, § 4º da Lei 9.250/1995 (incidência exclusiva da Taxa SELIC) desde cada recolhimento indevido.

A respeito da restituição administrativa, que tem sido deferida com base na Súmula 461 do Superior Tribunal de Justiça, é importante observar que o enunciado respectivo, ao fazer referência expressa a "precatório", registra o entendimento de que não é possível que o ressarcimento de indébito fiscal, em espécie, reconhecido judicialmente, possa gerar condenação a pagamento fora do regime constitucional do precatório (artigo 100, CF). De fato, o regime de precatório busca preservar a ordem cronológica das requisições e, sobretudo, as preferências alimentares, o que não se verifica possível ou garantido na via administrativa, até porque, nela, não concorrem, de forma conjunta e simultânea, as variadas cobranças em dinheiro contra a Fazenda Pública, ao contrário do que ocorre com requisições judiciais de precatórios que, inclusive, são todas globalmente organizadas e inseridas cronologicamente na previsão orçamentária anual para execução no exercício financeiro posterior. Permitir que o contribuinte utilize a via administrativa para receber pagamento de indébito fiscal em detrimento do sistema de precatório já foi reconhecido, inclusive, como inconstitucional pela Suprema Corte que, por semelhança, aplicou a solução expressa no Tema 831 da sistemática de repercussão geral (RE 1.069.065, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe 19/12/2019).

Partindo de tais premissas, o ressarcimento do contribuinte em razão de indébito fiscal, quando judicial a condenação (título judicial condenatório), apenas cabe mediante compensação ou repetição, modalidade esta que, porém, não se compatibiliza com decisão proferida em sede de mandado de segurança (Súmulas 269 e 271/STF), vedada, assim, a restituição administrativa, salvo quando os procedimentos sejam originariamente administrativos.

Quanto à apelação da impetrante, evidencia-se manifesta a improcedência do pedido de reforma, pois a compensação é instituto previsto e regulado no Código Tributário Nacional, cujo assento constitucional se encontra no artigo 146, III, da Constituição Federal, tendo, pois, a lei complementar a atribuição de definir as normas gerais do direito à compensação, inclusive o momento em que possível implementar o procedimento, e a legislação ordinária outros aspectos concretos do exercício do direito, inexistindo, assim, cláusula pétrea ou qualquer outro preceito a tonar inconstitucional o artigo 170-A, CTN, tampouco cabendo invocar norma processual, como a tutela de evidência (artigo 311, CPC), para revogar norma geral tributária expressa em lei complementar.

Ante o exposto, rejeito as preliminares arguidas, nego provimento às apelações e dou parcial provimento à remessa oficial, para reformar a sentença, nos termos supracitados.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PRELIMINARES REJEITADAS. ICMS. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. INDÉBITO FISCAL. COMPENSAÇÃO. RESTITUIÇÃO ADMINISTRATIVA.

1. Preliminarmente é consolidada a jurisprudência quanto ao cabimento do mandado de segurança para pleitear declaração de inconstitucionalidade e garantir compensação de indébito fiscal a ser promovida na via administrativa (Súmula 213/STJ), sem que tal orientação dependesse da pré-existência do artigo 170-A, CTN, que restringe o momento de ser efetuada a compensação, mas não impede a formulação da pretensão na via mandamental. Importa registrar, ademais, que eventual pedido incompatível com a via eleita, convolvando, por exemplo, o mandado de segurança em ação de cobrança, deve ser apreciado no mérito após reconhecido o indébito fiscal e, não, desde logo, como causa de extinção da impetração sem resolução do mérito. Sobre a ilegitimidade da impetrada para lançamento de contribuição previdenciária sobre folha de salário, a preliminar é impertinente, pois não se cuida de tal matéria nos autos, mas apenas da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS, contribuição de natureza distinta das citadas.

2. Ainda antes do mérito, cabe rejeitar o pedido de suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior, o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior.

3. No mérito, a questão da inclusão de **imposto** na base de cálculo do PIS/COFINS com vulneração da matriz constitucional que prevê a respectiva incidência sobre faturamento ou receita na dicção atualizado do artigo 195, I, b, da Constituição Federal, foi resolvida, pela Suprema Corte no RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS. A definição da base de cálculo do PIS/COFINS é matéria constitucional, não cabendo invocar orientação no plano do direito federal para afastar o juízo de inconstitucionalidade, menos ainda quando já vencida (Súmulas 68 e 94/STJ) no âmbito da respectiva Corte Superior. Ademais, o pronunciamento da Suprema Corte, sobretudo em repercussão geral, tem função primordial na tarefa de garantir segurança jurídica, estabilidade, integridade e coerência na aplicação do direito à luz da Constituição, a ser buscada por todos os órgãos do Poder Judiciário (artigos 926 e 927, III, CPC).

4. A pretensão em causa não envolve a dedução de parcela legalmente prevista, daí porque impertinente o argumento de que é taxativo o rol de exclusões constante do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 - com as alterações da Lei 12.973/2014, cujo advento, conforme já decidiu esta Corte, “*não promoveu modificação legislativa relevante para a espécie, na medida em que não alterou o conceito da base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS*” (EI 0029413-91.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 17/11/2017) - e § 3º dos artigos 1º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003. A tese do contribuinte é a de que a inclusão do imposto na base de cálculo de tais contribuições viola incidência constitucionalmente delimitada, exigindo, assim, decisão judicial no sentido de definir a base de cálculo compatível com o parâmetro constitucional.

5. Quanto ao RE 212.209, tratou-se de precedente que reconheceu válida a inclusão do ICMS na própria base de cálculo do imposto estadual, o que, porém, não obstou que a Suprema Corte, ao tratar do PIS/COFINS, deliberasse pela exclusão do ICMS. Logo, o paradigma para o caso concreto não é o RE 212.209 (ICMS na apuração do próprio ICMS), mas o RE 574.706, que definiu especificamente a base de cálculo constitucionalmente admitida para tais contribuições sociais.

6. A alegação de que o cálculo do PIS/COFINS com exclusão do imposto destinado ao erário contradiz a incidência, reconhecidamente válida, sobre outros custos, encargos ou despesas destinados a terceiros (como, por exemplo: empregados, companhia de energia elétrica, FGTS, fornecedores, empresas contratadas para prestação de serviços, entes estatais) não é verdadeira nem aceitável, sem análise da natureza jurídica de cada parcela discutida na formação da base de cálculo de tais contribuições. Por ora, o que assentou, suficientemente, a Suprema Corte para o exame do caso foi a inexigibilidade de imposto integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, seja o ICMS, seja o próprio ISS, quanto a este em juízo derivado diretamente da mesma lógica de fundamentação constitucional, conforme já exposto.

7. O aspecto relevante da controvérsia diz respeito ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS diante da divergência estabelecida entre as vertentes que primam, de um lado, pelo valor do imposto destacado nas notas fiscais e, de outro, pelo valor do imposto a ser efetivamente pago pelo contribuinte, dentro do regime de não cumulatividade. É importante frisar, de toda sorte, que tal ponto, ainda que não tenha ou tivesse sido discutido na inicial nem decidido na sentença ou veiculado na apelação, não impediria o pronunciamento da Corte - assim como do próprio Juízo após embargos de declaração -, por se tratar, justamente, de controvérsia ínsita ao próprio mérito, qual seja, a definição do que constitui o indébito fiscal e, neste sentido, matéria que deve ser resolvida na fase cognitiva e não em liquidação de sentença, inexistindo, portanto, mesmo quando nada tenha ou tivesse sido alegado ou decidido, vício de julgamento *extra* ou *ultra petita*, ou contrariedade ao princípio da congruência ou da adstrição. Tanto é assim que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido em razão do regime de não cumulatividade do imposto. Logo, não importa ao exame do mérito a juntada de documentos fiscais ou mercantis para demonstração do ICMS a ser pago pelo contribuinte, bastando para o presente julgamento a prova, tão-somente, de que o contribuinte, sujeito ao PIS/COFINS, recolheu valores com inclusão do ICMS nas bases de cálculo, ficando relegada à fase própria a apuração do *quantum debeat* a partir de valores destacados em notas fiscais e incluídos na tributação federal.

8. Reconhecido o indébito fiscal, na forma acima especificada, os critérios para exercício do direito à compensação, na via administrativa mediante procedimento específico, inclusive com a própria comprovação e liquidação de valores indevidos a serem compensados, são os definidos nos artigos 168 (prescrição quinquenal) e 170-A (trânsito em julgado), ambos do Código Tributário Nacional; artigo 74 da Lei 9.430/1996 e demais textos legais de regência, incluindo o artigo 26-A da Lei 11.457/2007 na redação da Lei 13.670/2018, observado o regime legal vigente ao tempo da propositura da ação, pois este o critério determinante na jurisprudência consolidada, ainda que posteriormente possa ter sido alterada a legislação; e artigo 39, § 4º da Lei 9.250/1995 (incidência exclusiva da Taxa SELIC) desde cada recolhimento indevido.

9. A respeito da restituição administrativa, que tem sido deferida com base na Súmula 461 do Superior Tribunal de Justiça, é importante observar que o enunciado respectivo, ao fazer referência expressa a "precatório", registra o entendimento de que não é possível que o ressarcimento de indébito fiscal, em espécie, reconhecido judicialmente, possa gerar condenação a pagamento fora do regime constitucional do precatório (artigo 100, CF). De fato, o regime de precatório busca preservar a ordem cronológica das requisições e, sobretudo, as preferências alimentares, o que não se verifica possível ou garantido na via administrativa, até porque, nela, não concorrem, de forma conjunta e simultânea, as variadas cobranças em dinheiro contra a Fazenda Pública, ao contrário do que ocorre com requisições judiciais de precatórios que, inclusive, são todas globalmente organizadas e inseridas cronologicamente na previsão orçamentária anual para execução no exercício financeiro posterior. Permitir que o contribuinte utilize a via administrativa para receber pagamento de indébito fiscal em detrimento do sistema de precatório já foi reconhecido, inclusive, como inconstitucional pela Suprema Corte que, por semelhança, aplicou a solução expressa no Tema 831 da sistemática de repercussão geral (RE 1.069.065, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe 19/12/2019).

10. Partindo de tais premissas, o ressarcimento do contribuinte em razão de indébito fiscal, quando judicial a condenação (título judicial condenatório), apenas cabe mediante compensação ou repetição, modalidade esta que, porém, não se compatibiliza com decisão proferida em sede de mandado de segurança (Súmulas 269 e 271/STF), vedada, assim, a restituição administrativa, salvo quando os procedimentos sejam originariamente administrativos.

11. Quanto à apelação da impetrante, evidencia-se manifesta a improcedência do pedido de reforma, pois a compensação é instituto previsto e regulado no Código Tributário Nacional, cujo assento constitucional se encontra no artigo 146, III, da Constituição Federal, tendo, pois, a lei complementar a atribuição de definir as normas gerais do direito à compensação, inclusive o momento em que possível implementar o procedimento, e a legislação ordinária outros aspectos concretos do exercício do direito, inexistindo, assim, cláusula pétreia ou qualquer outro preceito a tornar inconstitucional o artigo 170-A, CTN, tampouco cabendo invocar norma processual, como a tutela de evidência (artigo 311, CPC), para revogar norma geral tributária expressa em lei complementar.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou as preliminares arguidas, negou provimento às apelações e deu parcial provimento à remessa oficial, para reformar a sentença, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000746-88.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: EMS S/A

Advogados do(a) AGRAVADO: RENATA MANZATTO BALDIN PINHEIRO ALVES - SP204350-A, ANA CLAUDIA GOMES LEME DE MEDEIROS - SP226485-A

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000746-88.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: EMS S/A

Advogados do(a) AGRAVADO: RENATA MANZATTO BALDIN PINHEIRO ALVES - SP204350-A, ANA CLAUDIA GOMES LEME DE MEDEIROS - SP226485-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela União em face da decisão ID 11002348 proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 5009411-48.2018.4.03.6105 que deferiu a liminar afastando a limitação introduzida ao artigo 74, § 3º, inciso IX, da Lei nº 9.430/1996 pela Lei nº 13.670/2018, garantindo o direito à compensação de débitos de IRPJ e CSLL apurados pela sistemática das estimativas mensais e assegurando a regular recepção e processamento da declaração de compensação até o final do ano calendário de 2018, da forma como optado pelo contribuinte no início do exercício.

Aduz a agravante, em síntese, que a liminar concedida provoca o *periculum in mora* reverso, pois confere aos débitos uma condição de pagamento diferenciada, sem que a agravada preste garantia, e que é ausente o *fumus boni iuris*, pois o art. 170, do CTN atribui à lei específica a estipulação das regras para compensação, de sorte que não há que se falar de direito adquirido. Alega que o § 2º do artigo 7º da Lei nº 12.016/2009 proíbe expressamente a concessão de liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários e que o disposto no art. 1º, § 3º, da Lei nº 8.437/92 estabelece que não será cabível medida liminar contra o Poder Público que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação. Afirma que não se pode confundir o fato gerador do direito à compensação com o fato gerador dos tributos compensáveis. Que não há como prosperar a alegação de que a vedação à compensação levada à cabo pela Lei nº 13.670/2018, acarretaria aumento de tributo. Requer a concessão de efeito suspensivo ativo, cassando-se a liminar concedida.

Em contraminuta, alega a EMS S/A, em síntese, que a liminar concedida não tem por objeto a compensação de créditos tributários como alega a agravante, mas sim de afastar a proibição introduzida, no curso do ano-calendário de 2018, pela Lei nº 13.670/2018, em seu art. 74, §3º, inciso IX, da Lei 9.430/96, garantindo, até o final do exercício, o recolhimento de tributos pelo regime de estimativa mensal, com a possibilidade - dada pelo próprio regime - de quitar IRPJ/CSLL por meio de compensações. Aduz que à época da concessão da liminar, o *periculum in mora* era evidente, que não se trata de avaliação do regime jurídico aplicável a compensações já efetuadas, mas sim o reconhecimento do direito de continuar a quitar as estimativas mensais com créditos fiscais válidos, haja vista que a Agravada optou, de forma irremediável, no início do ano-calendário, por um regime de quitação de tributos, não podendo a publicação de uma Lei alterar toda essa sistemática no meio do exercício, fazendo com que a Agravada desembolsasse vultuosas quantias, ao invés de poder utilizar forma menos gravosa de extinção do crédito tributário, a compensação. Alega que as restrições impostas pela nova redação do inciso IX do §3º do artigo 74 da Lei nº 9.430/96 também afrontam os princípios da irretroatividade e da anterioridade anual com relação ao IRPJ (art. 150, inciso III, “b”, da CF), e nonagesimal, para a CSLL (art. 150, inciso III, “c”, da CF). Requer que seja julgado prejudicado o agravo de instrumento, ante a ausência do interesse processual, tendo em vista que já encerrado o exercício fiscal de 2018, no qual a Agravada apurou saldo credor a título de IRPJ e CSLL ou, que seja julgado improcedente a fim de se manter a decisão agravada proferida pelo juízo a quo nos autos do Mandado de Segurança nº 5009411-48.2018.4.03.6105, que, acertadamente, concedeu medida liminar requerida pela Agravada com o fito de afastar a vedação imposta pela Lei nº 13.670/18, na qual proíbe a compensação das estimativas mensais de IRPJ e CSLL com créditos oriundos de outros tributos, uma vez que devidamente preenchidos os requisitos legais para sua concessão.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000746-88.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: EMS S/A

Advogados do(a) AGRAVADO: RENATA MANZATTO BALDIN PINHEIRO ALVES - SP204350-A, ANA CLAUDIA GOMES LEME DE MEDEIROS - SP226485-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

As hipóteses de agravo de instrumento encontram-se contempladas, em rol taxativo, no art. 1.015 do CPC.

A Lei nº 13.670/2018 incluiu o inciso IX, no § 3º do art. 74, da Lei nº 9.430/1999, para obstar que os valores mensalmente devidos, como estimativa do IRPJ e CSLL, pelas pessoas jurídicas fossem satisfeitos mediante compensação. Referida norma disciplina a extinção do crédito e não sua constituição, e, como não majora e nem institui tributo, em princípio, suas disposições não exigem observância da anterioridade. Também não há razões para se reconhecer que o advento da lei compromete a segurança jurídica.

Desde que editado, o art. 74 da Lei nº 9.430/1996 se submeteu a diversas alterações, mediante novas redações, inclusive de parágrafos e incisos. Essa característica volátil da matéria é controlada e a segurança é garantida mediante o entendimento jurisprudencial, já consolidado, de que a lei que regula a compensação tributária é a vigente à data do encontro de contas (STJ, REsp 742.768/SP).

O diferimento da vigência do artigo 74, §3º, IX, da Lei n. 9.430/1996, na redação dada pela Lei n. 13.670/2018, para o exercício financeiro de 2019 implica a autorização de compensação de tributos por força de tutela provisória, o que contraria expressamente o artigo 7º, §2º, da Lei n. 12.016/2009.

Lei específica veda que débitos mensais de IRPJ e CSLL sejam compensados com saldos negativos de anos-calendários anteriores, de modo que a postergação da proibição leva ao encontro de contas em sede de liminar, com o esgotamento do objeto do mandado de segurança.

Ainda que se abstraia o fundamento processual, o impedimento de compensação não equivale à majoração indireta de IRPJ e CSLL, a ponto de justificar a incidência do princípio da anterioridade ou nonagesimidade (artigo 150, III, *a, b e c*, da CF).

A compensação configura uma forma de extinção do crédito tributário, sem que integre qualquer elemento do fato gerador da obrigação (artigo 156, II, do CTN). Representa uma operação posterior à consumação da hipótese de incidência, inclusive sob o aspecto quantitativo – base de cálculo e alíquota.

Como constitui fator externo a uma relação jurídico-tributária especificamente estabelecida, dizendo respeito a um ajuste posterior de contas, não produz a majoração de imposto ou contribuição.

Os débitos do contribuinte preservam a configuração prevista para o período de apuração (artigo 2º da Lei n. 9.430 de 1996); sofrem apenas uma mudança dos modos de extinção, que não se assimilam ao alvo do princípio da anterioridade tributária – exigência ou aumento de tributo no mesmo exercício financeiro de publicação da lei instituidora.

Ocorre, na verdade, alteração do regime jurídico de um instituto – compensação –, ao qual não se aplica a garantia de direito adquirido, nos termos da jurisprudência do STF (RE 706240, DJ 24.06. 2014). Há muito vige o entendimento de que não existe direito adquirido a regime jurídico instituído por lei

O princípio da irretroatividade tampouco resta violado. Além de a vedação de compensação de débitos mensais de IRPJ e CSLL não atingir fatos geradores de tributos, mas apenas formas de extinção do crédito, ela projeta efeitos para o futuro, sem alcançar operações já feitas – essência do fenômeno retroativo.

A Lei n. 13.670/2018 veda abatimentos posteriores ao início de sua vigência (artigos 6º e 11, II), possuindo somente aplicação imediata e mantendo ilesas operações anteriores.

Não se pode afirmar que, como a opção pelo recolhimento mensal se revela irretroativa ao longo do ano-calendário, o sujeito passivo tenha o direito de manter as regras de compensação programadas inicialmente, segundo a segurança jurídica e a garantia do ato jurídico perfeito.

Em primeiro lugar, ele continua no gozo do regime de estimativa mensal, cuja essência não reside nas possibilidades de abatimento do saldo credor (artigo 2º da Lei n. 9.430 de 1996), que expressam, na realidade, fatores externos à hipótese de incidência de IRPJ e CSLL, inclusive na sistemática de antecipação. E, em segundo lugar, o recolhimento por estimativa retrata um regime jurídico, passível de alteração no curso do exercício financeiro. Desde que as compensações já efetuadas se mantenham incólumes, não há impedimento a que ele sofra mudanças aplicáveis imediatamente, sob pena de radicalização do direito adquirido.

Os saldos negativos de IRPJ e CSLL não serão perdidos.

O sujeito passivo conserva os créditos correspondentes, só não os poderá utilizar no pagamento dos débitos mensais do imposto e da contribuição.

A proibição também não atenta contra o princípio da isonomia (artigo 150, II, da CF), relativamente aos contribuintes sujeitos ao regime de apuração trimestral. O parâmetro de comparação não é válido devido ao fato de que eles recolhem o imposto e a contribuição não como antecipação, mas como tributação definitiva do lucro real, por trimestre (artigo 1º da Lei n. 9.430 de 1996).

Os optantes pela estimativa mensal fazem o recolhimento por antecipação, podendo, da mesma forma, usar os créditos ao final do período de apuração, que corresponde ao anual.

No mesmo sentido:

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. IRPJ. CSLL. APURAÇÃO MENSAL. CRÉDITO CUJA CONFIRMAÇÃO DE LIQUIDEZ E CERTEZA ESTEJA SOB PROCEDIMENTO FISCAL. COMPENSAÇÃO DE CRÉDITO. ALTERAÇÃO LEGISLATIVA. 1. A alteração realizada pela Lei 13.670/18, ao acrescentar os incisos VII e IX ao § 3º do art. 74 da Lei 9.430/96, não viola o princípio da segurança jurídica ou da anterioridade tributária. Não se trata de instituição ou majoração de tributos, e sim modalidade de extinção de crédito. 2. A Corte Superior, no julgamento do Recurso Repetitivo nº 1.164.452/MG1, firmou entendimento no sentido de que "a lei que regula a compensação tributária é a vigente à data do encontro de contas entre os recíprocos débito e crédito da Fazenda edo contribuinte." Ou seja, inexistente, para o contribuinte, direito subjetivo à compensação de créditos decorrentes de saldo negativo de IRPJ e CSLL com os débitos vincendos de IRPJ e da CSLL.

TRF4 5030272-59.2018.4.04.7000, PRIMEIRA TURMA, Relator FRANCISCO DONIZETE GOMES, juntado aos autos em 10/07/2019)

O fato de ser irrevogável a opção pelo contribuinte quanto à tributação pelo regime do lucro real com apuração mensal (recolhimento mensal por estimativa), durante todo o exercício, em nada altera a conclusão. Não poderia opção do contribuinte sobre período de apuração do tributo imunizá-lo a alterações legislativas sobre a compensação.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo de instrumento.

É o voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMPENSAÇÃO DE DÉBITOS MENSIS DE IRPJ E CSLL COM SALDOS NEGATIVOS. VEDAÇÃO. APLICAÇÃO NO CURSO DO EXERCÍCIO FINANCEIRO. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS. INEXISTÊNCIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

1 - Desde que editado, o art. 74 da Lei nº 9.430/1996 submeteu-se a diversas alterações. Essa característica volátil da matéria é controlada e a segurança dos contribuintes é suficientemente garantida mediante o entendimento jurisprudencial, já consolidado, de que a lei que regula a compensação tributária é a vigente à data do encontro de contas (STJ, REsp nº 742.768/SP).

2 - O diferimento da vigência do artigo 74, §3º, IX, da Lei n. 9.430/1996, na redação dada pela Lei n. 13.670/2018, para o exercício financeiro de 2019 implica a autorização de compensação de tributos por força de tutela provisória, o que contraria expressamente o artigo 7º, §2º, da Lei n. 12.016/2009.

3 - Ainda que se abstraia o fundamento processual, o impedimento de compensação não equivale à majoração indireta de IRPJ e CSLL, a ponto de justificar a incidência do princípio da anterioridade ou nonagesimidade (artigo 150, III, a, b e c, da CF).

4 - A compensação configura uma forma de extinção do crédito tributário, sem que integre qualquer elemento do fato gerador da obrigação (artigo 156, II, do CTN). Representa uma operação posterior à consumação da hipótese de incidência, inclusive sob o aspecto quantitativo – base de cálculo e alíquota.

5 - Como constitui fator externo a uma relação jurídico-tributária especificamente estabelecida, dizendo respeito a um ajuste posterior de contas, não produz a majoração de imposto ou contribuição.

6 - Os débitos do contribuinte preservam a configuração prevista para o período de apuração (artigo 2º da Lei n. 9.430 de 1996); sofrem apenas uma mudança dos modos de extinção, que não se assimilam ao alvo do princípio da anterioridade tributária – exigência ou aumento de tributo no mesmo exercício financeiro de publicação da lei instituidora.

7 - Ocorre, na verdade, alteração do regime jurídico de um instituto – compensação –, ao qual não se aplica a garantia de direito adquirido, nos termos da jurisprudência do STF (RE 706240, DJ 24.06. 2014). Há muito vige o entendimento de que não existe direito adquirido a regime jurídico instituído por lei

8 - O princípio da irretroatividade tampouco resta violado. Além de a vedação de compensação de débitos mensais de IRPJ e CSLL não atingir fatos geradores de tributos, mas apenas formas de extinção do crédito, ela projeta efeitos para o futuro, sem alcançar operações já feitas – essência do fenômeno retroativo.

9 - Não se pode afirmar que, como a opção pelo recolhimento mensal se revela irrevogável ao longo do ano-calendário, o sujeito passivo tenha o direito de manter as regras de compensação programadas inicialmente, segundo a segurança jurídica e a garantia do ato jurídico perfeito.

10 - O sujeito passivo conserva os créditos correspondentes, só não os poderá utilizar no pagamento dos débitos mensais do imposto e da contribuição.

11 - A proibição também não atenta contra o princípio da isonomia (artigo 150, II, da CF), relativamente aos contribuintes sujeitos ao regime de apuração trimestral. O parâmetro de comparação não é válido devido ao fato de que eles recolhem o imposto e a contribuição não como antecipação, mas como tributação definitiva do lucro real, por trimestre (artigo 1º da Lei n. 9.430 de 1996).

12 - Os optantes pela estimativa mensal fazem o recolhimento por antecipação, podendo, da mesma forma, usar os créditos ao final do período de apuração, que corresponde ao anual.

13 - O fato de ser irretroatável a opção pelo contribuinte quanto à tributação pelo regime do lucro real com apuração mensal (recolhimento mensal por estimativa), durante todo o exercício, em nada altera a conclusão. Não poderia opção do contribuinte sobre período de apuração do tributo imunizá-lo a alterações legislativas sobre a compensação.

14 - Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo de instrumento., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5004677-65.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: DIMAS DE MELO PIMENTA SISTEMAS DE PONTO E ACESSO LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: HELCIO HONDA - SP90389-A, RENATA SOUZA ROCHA - SP154367-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5004677-65.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: DIMAS DE MELO PIMENTA SISTEMAS DE PONTO E ACESSO LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: HELCIO HONDA - SP90389-A, RENATA SOUZA ROCHA - SP154367-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por DIMAS DE MELO PIMENTA SISTEMAS DE PONTO E ACESSO LTDA, em sede de Mandado de Segurança impetrado em face do Delegado da Receita Federal do Brasil da Administração Tributária em São Paulo - DERAT, contra decisão que denegou a liminar.

A agravante afirma que a majoração das alíquotas de PIS e COFINS pelo Decreto 8.426/2015, artigo 1º, é ilegal e inconstitucional em razão de: (i) violação do Princípio da Estrita Legalidade em matéria tributária (arts. 9º, I, e 97 do CTN e arts. 5º, II e XXXIX, 150, I, 153, parágrafo 1º da CF/88) em decorrência da majoração das alíquotas do PIS e da COFINS ser realizada por meio de Decreto editado pelo Poder Executivo, e (ii) inconstitucionalidade da delegação prevista no parágrafo 2º do artigo 27 da Lei n. 10.865/2004 e violação ao princípio da Separação de Poderes.

Pugna pela concessão de liminar para suspensão da exigibilidade do PIS/PASEP e da Cofins sobre as receitas financeiras, reconhecendo-se a ilegalidade e inconstitucionalidade da majoração.

Foi oferecida contraminuta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5004677-65.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: DIMAS DE MELO PIMENTA SISTEMAS DE PONTO E ACESSO LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: HELCIO HONDA - SP90389-A, RENATA SOUZA ROCHA - SP154367-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

No caso em tela, sustenta a impetrante a ilegalidade e a inconstitucionalidade da revogação da alíquota zero, prevista no artigo 1º do Decreto 5.442/2005, do PIS e da COFINS sobre receitas financeiras, notadamente pelo artigo 1º do Decreto 8.426 /2015, que passou a fixá-los em 0,65% e 4%, respectivamente, nos seguintes termos:

"Art. 1º Ficam restabelecidas para 0,65% (sessenta e cinco centésimos por cento) e 4% (quatro por cento), respectivamente, as alíquotas da Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS incidentes sobre receitas financeiras, inclusive decorrentes de operações realizadas para fins de hedge, auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime de apuração não-cumulativa das referidas contribuições.

§ 1º Aplica-se o disposto no caput inclusive às pessoas jurídicas que tenham apenas parte de suas receitas submetidas ao regime de apuração não-cumulativa da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS."

Resta claro do exame da controvérsia que tanto a instituição da alíquota zero quanto o restabelecimento das alíquotas para tais contribuições, efetuadas por meio de decreto, decorreram de autorização legislativa prevista no artigo 27, § 2º, da Lei 10.865/2004: "O Poder Executivo poderá, também, reduzir e restabelecer, até os percentuais de que tratam os incisos I e II do caput do art. 8º desta Lei, as alíquotas da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS incidentes sobre as receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime de não-cumulatividade das referidas contribuições, nas hipóteses que fixar".

Cabe ressaltar que o PIS/COFINS não-cumulativos foram instituídos pelas Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, em que prevista a hipótese de incidência, base de cálculo e alíquotas, não sendo possível alegar ofensa à estrita legalidade (artigo 150, I, CF/88) e delegação de competência tributária (artigo 7º, CTN) na alteração da alíquota dentro dos limites legalmente fixados, pois, definidas em decreto por força de autorização legislativa (artigo 27, § 2º, da Lei 10.865/2004), acatando os limites previstos nas leis instituidoras dos tributos.

Tampouco cabe cogitar de majoração da alíquota do tributo por meio de ato infralegal, pois não houve alteração para além do que havia sido fixado na Lei 10.637/2002 para o PIS (1,65%) e a prevista na Lei 10.833/2003 para a COFINS (7,6%).

Ao contrário, o Decreto 8.426 /2015, ao dispor sobre a aplicação de alíquotas de 0,65% e 4% para o PIS e para a COFINS, respectivamente, ainda assim promove a tributação reduzida através da modificação da alíquota, porém, dentro dos limites definidos por lei.

Note-se que o artigo 150, I, da CF/88 exige lei para majoração do tributo, nada exigindo para alteração do tributo a patamares inferiores (já que houve autorização legislativa para a redução da alíquota pelo Poder Executivo).

Disso se evidencia a extrafiscalidade do PIS e da COFINS definida a partir da edição da Lei 10.865/2004, que não se revela inconstitucional, mesmo porque não há alteração da alíquota em patamar superior (ao contrário) ao legalmente definido, vale dizer, não há ingerência sobre o núcleo essencial de liberdade do cidadão, intangível sem lei que o estabeleça de forma proporcional.

Aliás, se houvesse inconstitucionalidade na alteração da alíquota por decreto com obediência aos limites fixados na lei instituidora do tributo e na lei que outorgou tal delegação, seja com lastro na legalidade ou na separação dos poderes, a alíquota zero que as apelantes pretendem ver restabelecida, também fixada em decreto, sequer seria aplicável.

Isto porque ambos os decretos, tanto o que previu alíquota zero, como aquele que restabeleceu alíquotas, tiveram o mesmo fundamento legal, cuja eventual declaração de inconstitucionalidade teria por efeito torná-las inexistentes, determinando a aplicação da alíquota prevista na norma instituidora das contribuições, em percentuais muito superiores aos que foram fixados no decreto ora impugnado.

E nem se alegue direito subjetivo ao creditamento de despesas financeiras, com fundamento na não-cumulatividade, para desconto sobre o valor do tributo devido, cuja previsão estaria ausente no Decreto 8.426/2015.

Como já explicitado, tal decreto não instituiu o PIS e a COFINS, tendo o sido pela Lei 10.637/2002 e Lei 10.833/2003, que na redação original de seus artigos 3º, V, previam que da contribuição apurada seria possível o desconto de créditos calculados em relação a "despesas financeiras decorrentes de empréstimos, financiamentos e contraprestações de operações de arrendamento mercantil de pessoas jurídicas, exceto de optante pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES".

A previsão de creditamento de despesas financeiras foi, contudo, revogada pelo artigo 37 da Lei 10.865/2004, e não pelo decreto, sem que se tenha ofensiva ao princípio da não-cumulatividade.

De fato, o artigo 195, §12, da CF/88 dispõe que "a lei definirá os setores de atividade econômica para os quais as contribuições incidentes na forma dos incisos I, b; e IV do caput, serão não-cumulativas". Consta-se, desta forma, que a própria Constituição Federal outorgou à lei autorização para excluir de determinadas despesas/custos na apuração do PIS e da COFINS, definindo, desta forma, quais despesas serão ou não cumulativas para fins de tributação, não sendo possível alegar inconstitucionalidade, portanto.

Por fim, cabe destacar que a alteração pela Lei 10.865/04 do inciso V do artigo 3º da Lei 10.637/2002 e da Lei 10.833/2003, que deixou de prever a obrigatoriedade de desconto de créditos em relação a despesas financeiras, não excluiu a possibilidade do Poder Executivo permitir o desconto de tal despesa, tal como previu o artigo 27, caput:

"Art. 27. O Poder Executivo poderá autorizar o desconto de crédito nos percentuais que estabelecer e para os fins referidos no art. 3o das Leis nos 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e 10.833, de 29 de dezembro de 2003, relativamente às despesas financeiras decorrentes de empréstimos e financiamentos, inclusive pagos ou creditados a residentes ou domiciliados no exterior".

Conforme se verifica, a possibilidade do desconto de tais créditos deixou de ser prevista em lei para passar a ser definida pelo Poder Executivo, por meio de critérios administrativos, reforçando o caráter extrafiscal outorgado a tal tributo a partir de tal alteração.

Exatamente pela possibilidade de ser definido o desconto de tais créditos pelo Poder Executivo, por meio de tais critérios, é que não cabe antever ilegalidade no Decreto 8.426/2015 que, afastando a alíquota zero, deixou de prever tal desconto.

Em suma, não cabe cogitar de qualquer ofensa à legislação ou à Constituição Federal no decreto executivo impugnado.

A propósito, assim tem decidido esta Turma:

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. DIREITO CONSTITUCIONAL. AGRAVO INOMINADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. DECRETO Nº 8.426 /15. PIS E COFINS. RECURSO DESPROVIDO.

1. Caso em que a agravante discute a revogação da alíquota zero, prevista no artigo 1º do decreto 5.442/2005, do PIS e da COFINS sobre receitas financeiras, pelo artigo 1º do decreto 8.426 /2015, que passou a fixá-los em 0,65% e 4%, respectivamente.

2. Tanto a instituição da alíquota zero quanto o restabelecimento das alíquotas para tais contribuições, efetuados por meio de decreto, decorreram de autorização legislativa prevista no artigo 27, §2º, da Lei 10.865/2004.

3. O PIS e a COFINS não-cumulativos foram instituídos pelas Leis 10.637/02 e 10.833/03, em que prevista a hipótese de incidência, base de cálculo e alíquotas, não sendo possível alegar ofensa à estrita legalidade (artigo 150, I, CF/88) na alteração da alíquota dentro dos limites legalmente fixados, pois, definidas em decreto por força de autorização legislativa (artigo 27, §2º, da Lei 10.865/2004), acatando os limites previstos nas leis instituidoras dos tributos.

4. Não há que se falar em majoração da alíquota do tributo através de ato infralegal, pois não houve alteração superior da alíquota definida na Lei 10.637/02 para o PIS (1,65%) e aquela prevista na Lei 10.833/03 para a COFINS (7,6%). Ao contrário, o decreto 8.426 /15, ao dispor quanto à aplicação de alíquotas de 0,65% e 4% para o PIS e para a COFINS, respectivamente, ainda assim promove a tributação reduzida através da modificação da alíquota, porém, dentro dos limites definidos por lei. Note-se que o artigo 150, I, da CF/88 exige lei para a majoração do tributo, nada exigindo para alteração do tributo a patamares inferiores.

5. Disso se evidencia a extrafiscalidade do PIS e da COFINS definida a partir da edição da Lei 10.865/2004, que não se revela inconstitucional, mesmo porque não há alteração da alíquota em patamar superior (ao contrário) ao legalmente definido, vale dizer, não há ingerência sobre o núcleo essencial de liberdade do cidadão, intangível sem lei que o estabeleça de forma proporcional.

6. Se houvesse inconstitucionalidade na alteração da alíquota por decreto com obediência aos limites fixados na lei instituidora do tributo e na lei que outorgou tal delegação, a alíquota zero que a agravante pretende ver restabelecida, também fixada em decreto, sequer seria aplicável. Isto porque tanto o decreto que previu a alíquota zero como aquele que restabeleceu alíquotas, tiveram o mesmo fundamento legal, cuja eventual declaração de inconstitucionalidade teria por efeito torná-las inexistentes, determinando a aplicação da alíquota prevista na norma instituidora das contribuições, em percentuais muito superiores aos fixados nos decretos ora combatidos.

7. Nem se alegue direito subjetivo ao creditamento de despesas financeiras, com fundamento na não-cumulatividade, para desconto sobre o valor do tributo devido, cuja previsão estaria ausente no decreto 8.426/2015.

8. Tal decreto não instituiu o PIS e a COFINS, tendo o sido pela Lei 10.637/2002 e Lei 10.833/03, que na redação original de seus artigos 3º, V, previam que da contribuição apurada seria possível o desconto de créditos calculados em relação a "despesas financeiras decorrentes de empréstimos, financiamentos e contraprestações de operações de arrendamento mercantil de pessoas jurídicas, exceto de optante pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES".

9. A previsão de creditamento de despesas financeiras foi, contudo, revogada pelo artigo 37 da Lei 10.865/2004, e não pelo decreto, não se mostrando ofensiva ao princípio da não-cumulatividade.

10. Pelo disposto no artigo 195, §12, da CF/88, constata-se que a própria Constituição Federal outorgou à lei autorização para excluir de determinadas despesas/custos na apuração do PIS e da COFINS, definindo, desta forma, quais despesas serão ou não cumulativas para fins de tributação, não sendo possível alegar inconstitucionalidade, portanto.

11. A alteração pela Lei 10.865/04 do inciso V do artigo 3º da Lei 10.637/02 e da Lei 10.833/03, que deixou de prever a obrigatoriedade de desconto de créditos em relação a despesas financeiras, não excluiu a possibilidade do Poder Executivo permitir o desconto de tal despesa, tal como previu o artigo 27.

12. A possibilidade do desconto de tais créditos deixou de ser prevista em lei para passar a ser definida pelo Poder Executivo, através de critérios administrativos, reforçando o caráter extrafiscal outorgado a tal tributo a partir de tal alteração.

13. Justamente pela possibilidade de desconto de tais créditos ser definida pelo Poder Executivo através de tais critérios é que não se mostra possível apontar ilegalidade do decreto 8.426/2015 que, afastando a alíquota zero, deixou de prever tal desconto.

14. Agravo inominado desprovido."

(AI 0018391-56.2015.4.03.0000, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJE 14/09/2015)

"AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTAS DO PIS E DA COFINS PELO DECRETO Nº 8.426/2015. ALTERAÇÃO DENTRO DOS PARÂMETROS PREVISTOS NA LEI Nº 10.865/2004. IMPOSSIBILIDADE DE APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS ORIUNDOS DE DESPESAS FINANCEIRAS. HIPÓTESES DE EXCLUSÃO DO CRÉDITO QUE DEVEM SER INTERPRETADAS RESTRITIVAMENTE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O PIS e a COFINS não-cumulativos foram instituídos pelas Leis 10.637/02 e 10.833/03, nas quais estabelecidas as hipóteses de incidência, base de cálculo e alíquotas, descabendo alegar ofensa à estrita legalidade (art. 150, I, CF/88) no tocante à previsão de alterar-se a alíquota dentro dos limites legalmente fixados, uma vez que dispostas em decreto por força de autorização legislativa (art. 27, §2º, da Lei 10.865/2004), observando os limites previstos nas leis instituidoras dos tributos.

2. As alíquotas estabelecidas pelo decreto nº 8.426/2015 estão dentro dos limites traçados pela Lei nº 10.865/2004, pelo que não se pode dizer propriamente que houve majoração do tributo, mas, sim, restabelecimento de percentual previsto para o PIS e a COFINS, dentro dos parâmetros previstos na mencionada lei.

3. A sistemática introduzida pela Lei nº 10.637/2002 alberga apenas determinadas situações em que nasce o direito ao creditamento, para respeitar o princípio da não-cumulatividade, sendo certo que o Poder Judiciário não pode atuar como legislador positivo e estender benefício não concedido por lei, além de o art. 111 do Código Tributário Nacional estabelecer interpretação literal e restritiva para hipóteses de exclusão do crédito tributário.

4. Agravo desprovido."

O agravo, portanto, não comporta provimento.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO TRIBUTÁRIO. PIS/COFINS. DECRETO 8.426/2015. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA. LEGALIDADE. CREDITAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Tanto a instituição da alíquota zero quanto o restabelecimento das alíquotas do PIS/COFINS, por meio de decreto, decorreram de autorização prevista no artigo 27, §2º, da Lei 10.865/2004.
2. O PIS/COFINS não-cumulativos foram instituídos pelas Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, prevendo hipótese de incidência, base de cálculo e alíquotas, não cabendo alegar ofensa à legalidade ou delegação de competência tributária na alteração da alíquota dentro dos limites legalmente fixados, pois, definidas em decreto por força de autorização legislativa (artigo 27, §2º, da Lei 10.865/2004), acatando os limites previstos nas leis instituidoras dos tributos.
3. Tampouco cabe cogitar de majoração da alíquota do tributo através de ato infralegal, pois não houve alteração para além do que havia sido fixado na Lei 10.637/2002 para o PIS (1,65%) e a prevista na Lei 10.833/2003 para a COFINS (7,6%). Ao contrário, o Decreto 8.426/2015, ao dispor sobre a aplicação de alíquotas de 0,65% e 4% para o PIS e para a COFINS, respectivamente, ainda assim promove a tributação reduzida através da modificação da alíquota, porém, dentro dos limites definidos por lei. Note-se que o artigo 150, I, da CF/88 exige lei para majoração do tributo, nada exigindo para alteração do tributo a patamares inferiores (já que houve autorização legislativa para a redução da alíquota pelo Poder Executivo).
4. Evidencia-se a extrafiscalidade do PIS/COFINS definida a partir da edição da Lei 10.865/2004, que não se revela inconstitucional, mesmo porque não há alteração da alíquota em patamar superior (ao contrário) ao legalmente definido, vale dizer, não há ingerência sobre o núcleo essencial de liberdade do cidadão, intangível sem lei que o estabeleça de forma proporcional.
5. Se houvesse inconstitucionalidade na alteração da alíquota por decreto com obediência aos limites fixados na lei instituidora do tributo e na lei que outorgou tal delegação, a alíquota zero que as apelantes pretendem ver restabelecida, também fixada em decreto, sequer seria aplicável. Tanto o decreto que previu a alíquota zero como aquele que restabeleceu alíquotas, tiveram a mesma base legal, cuja eventual declaração de inconstitucionalidade teria por efeito torná-las inexistentes, determinando a aplicação da alíquota prevista na norma instituidora das contribuições, em percentuais muito superiores aos fixados nos decretos ora combatidos.
6. Nem se alegue direito subjetivo ao creditamento de despesas financeiras, com fundamento na não-cumulatividade, para desconto sobre o valor do tributo devido, cuja previsão estaria ausente no Decreto 8.426/2015. Tal decreto não instituiu o PIS e a COFINS, tendo o sido pela Lei 10.637/2002 e Lei 10.833/03, que na redação original de seus artigos 3º, V, previam que da contribuição apurada seria possível o desconto de créditos calculados em relação a "despesas financeiras decorrentes de empréstimos, financiamentos e contraprestações de operações de arrendamento mercantil de pessoas jurídicas, exceto de optante pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES".

7. A previsão de creditamento de despesas financeiras foi, contudo, revogada pelo artigo 37 da Lei 10.865/2004, e não pelo decreto, não se mostrando ofensiva ao princípio da não-cumulatividade. Os termos do artigo 195, §12, da CF/88, revelam que a própria Carta Federal outorgou à lei autorização para excluir de determinadas despesas/custos na apuração do PIS e da COFINS, definindo, desta forma, quais despesas serão ou não cumulativas para fins de tributação, não sendo possível, pois, alegar inconstitucionalidade.

8. A alteração pela Lei 10.865/04 do inciso V do artigo 3º da Lei 10.637/2002 e da Lei 10.833/2003, que deixou de prever a obrigatoriedade de desconto de créditos em relação a despesas financeiras, não excluiu a possibilidade de o Executivo permitir o desconto de tal despesa, como previu o artigo 27. Exatamente pela possibilidade de ser definido o desconto de tais créditos pelo Poder Executivo, através de tais critérios, é que não cabe antever qualquer ilegalidade no Decreto 8.426/2015 que, afastando a alíquota zero, deixou de prever tal desconto.

9. Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5008015-81.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: VISCAYA HOLDING PARTICIPACOES, INTERMEDIACOES, ESTRUTURACOES E SERVICOS S/S LTDA, CINGULAR PARTICIPACOES LTDA, ROYSTER S.A. GESTAO DE PATRIMONIO PESSOAL E SERVICOS, MORRO DOS ANJOS LLF AGROPECUARIA EIRELI - EPP

Advogado do(a) AGRAVANTE: PEDRO RAPOSO JAGUARIBE - DF42473-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5008015-81.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: VISCAYA HOLDING PARTICIPACOES, INTERMEDIACOES, ESTRUTURACOES E SERVICOS S/S LTDA, CINGULAR PARTICIPACOES LTDA, ROYSTER S.A. GESTAO DE PATRIMONIO PESSOAL E SERVICOS, MORRO DOS ANJOS LLF AGROPECUARIA EIRELI - EPP

Advogado do(a) AGRAVANTE: PEDRO RAPOSO JAGUARIBE - DF42473-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Viscaya Holding Participações, Intermediações, Estruturas e Serviços LTDA (“VISCAYA”), Cingular Participações LTDA (“CINGULAR”), Royster S/A Gestão de Patrimônio Pessoal e Serviços (“ROYSTER”) e Morro dos Anjos LLF Agropecuária Eireli – EPP (“MORRO DOS ANJOS”) em face de decisão que não recebeu embargos à execução fiscal no efeito suspensivo.

Sustentam que os requisitos previstos no artigo 919, §1, do CPC para a concessão de efeito suspensivo aos embargos do devedor estão presentes.

Explicam que a relevância da fundamentação decorre do fato de a União não ter redirecionado a execução nos cinco anos seguintes ao conhecimento do evento desencadeador, com a formação de prescrição intercorrente, de a responsabilidade tributária fundada em solidariedade obrigacional demandar interesse comum nos fatos geradores de tributos e de o incidente de desconsideração da personalidade jurídica ser cabível nas circunstâncias.

Alegam que o perigo da demora provém da evolução dos atos constritivos, em prejuízo do funcionamento das empresas.

Afirmam que, diferentemente do que disse o Juízo de Origem, o requisito da garantia da execução também se encontra presente. Esclarecem que os imóveis, os recebíveis e os veículos automotores penhorados são suficientes para a cobertura dos créditos tributários, conforme relatórios de avaliação juntados.

Argumentam que o oficial de justiça subavaliou os bens, deixando de ponderar o potencial de exploração mineral de uma das glebas, a insuficiência do valor venal apurado para a incidência de IPTU e a localização urbana de parte dos imóveis, sem espaço para avaliação como se fosse prédio rural.

Requereram a antecipação de tutela recursal, que foi indeferida.

A União apresentou resposta ao agravo.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5008015-81.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: VISCAYA HOLDING PARTICIPACOES, INTERMEDIACOES, ESTRUTURACOES E SERVICOS S/S LTDA, CINGULAR PARTICIPACOES LTDA, ROYSTER S.A. GESTAO DE PATRIMONIO PESSOAL E SERVICOS, MORRO DOS ANJOS LLF AGROPECUARIA EIRELI - EPP

Advogado do(a) AGRAVANTE: PEDRO RAPOSO JAGUARIBE - DF42473-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A pretensão recursal não procede.

Em primeiro lugar, “VISCAYA”, “CINGULAR”, “ROYSTER” e “MORRO DOS ANJOS” sequer pediram a concessão de efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal na petição inicial. Requereram apenas a outorga de tutela de urgência, que não é literalmente aplicável àquela ação, devido à necessidade de garantia do crédito, sem que bastem a probabilidade do direito e o perigo da demora (artigos 300, *caput*, e 919, §1, do CPC).

Pode-se dizer que a tutela de urgência aplicável aos embargos do devedor contém a garantia da execução como requisito, diferentemente da modalidade geral, em que a caução exerce papel de contracautela, de equilíbrio da relação processual (artigo 300, §1, do CPC).

O fato de os devedores haverem requerido a suspensão da penhora não modifica a conclusão. A medida condiz mais com o perigo da demora, com o receio de expropriação patrimonial. A garantia da execução não diz respeito à suspensão da penhora, mas à própria existência do ato construtivo, em nível suficiente para cobrir os créditos tributários.

As pessoas jurídicas, portanto, não formularam o pedido apropriado nos embargos do devedor. Naturalmente não poderiam ter feito o requerimento diretamente no agravo de instrumento, já que a medida extrapolaria o conteúdo da decisão interlocutória, com supressão de instância e violação da devolução restrita do recurso instrumental.

Se as partes chegaram a aditar a petição inicial, cabe ao Juízo de Origem analisar o novo pedido. O aditamento envolve a petição inicial dos embargos e não o agravo de instrumento interposto contra decisão proferida antes dele.

Em segundo lugar, o perigo da demora não está presente. A simples constrição executiva não é suficiente para consumá-lo, sob pena de toda e qualquer execução restar suspensa. A legislação processual exige logicamente um risco diferenciado, que extravase a onerosidade patrimonial inerente ao processo executivo.

“VISCAYA”, “CINGULAR”, “ROYSTER” e “MORRO DOS ANJOS” não exerceram esse ônus, limitando-se a indicar genericamente o perigo da demora, sem que tivessem demonstrado especificamente os impactos que a expropriação dos imóveis, veículos automotores e recebíveis traria para a subsistência da atividade econômica.

Ademais, como se explicará na fundamentação seguinte, o procedimento de expropriação dos bens penhorados não atingiu fase crítica aos interesses dos executados. Uma parte dos ativos ainda não foi avaliada (imóveis urbanos, veículos automotores e recebíveis) e a outra recebeu uma avaliação que os devedores pretendem impugnar (imóveis rústicos), com a eventual necessidade de intervenção de especialista.

Enquanto não se formalizar a impugnação do laudo do oficial de justiça e não se promover a avaliação total, com possibilidade de nova impugnação pelos executados, o processo executivo não abrigará ato de expropriação que consubstancia o perigo da demora (alienação, adjudicação ou apropriação de frutos), segundo o artigo 875 do CPC.

E, em terceiro lugar, a análise da garantia da execução fiscal se mostra precipitada. O oficial de justiça não avaliou todos os bens penhorados; fê-lo somente em relação aos imóveis rurais situados na Comarca de Vargem Grande do Sul – SP (matrículas n. 19.300, 19.301, 16.814, 6.663, 3.775 e 3.776).

Os prédios situados no Município de São Paulo (matrículas n. 13.342, 147.595, 169.145 e 50.382), os veículos automotores e os recebíveis estão pendentes de avaliação e não podem servir ainda de parâmetro para a cobertura do crédito e a suspensão do processo executivo, principalmente diante de título executivo provido de presunção de certeza e liquidez (artigo 3º da Lei n. 6.830 de 1980).

A consulta do valor venal dos imóveis urbanos e da tabela FIPE não exerce influência. Além de os preços médios dos prédios nem estarem disponíveis no agravo, ainda não se sabe o estado de cada bem imóvel e veículo automotor, de modo que o acatamento da estimativa feita pelos devedores se revela precoce e frágil para uma medida tão drástica quanto a suspensão de cobrança de Dívida Ativa da Fazenda Pública.

A mesma ponderação se aplica ao ativo de maior valor estimado pelas pessoas jurídicas e cuja influência é decisiva para a cobertura de créditos tributários na importância de R\$ 94.594.498,89: recebíveis decorrentes de penhora no rosto dos autos n. 1054920-39.2016.8.26.0100 e 1058917-93.2017.8.26.0100, em trâmite na Justiça Estadual de São Paulo.

Embora os avaliem em R\$ 44.707.744,50, cuja atualização para abril de 2019 levaria à quantia de R\$ 71.608.625,41, o mandado de penhora e os documentos juntados não comprovam que o crédito atinja realmente esse montante. Há a juntada de simples extrato de movimentação processual, sem indicação do bem jurídico em discussão.

A ausência de material inviabiliza naturalmente a conclusão sobre garantia integral, ainda mais com aquela magnitude.

Mesmo a avaliação dos imóveis rurais não pode ser decidida no sentido dos interesses dos devedores. Se a estimativa do oficial de justiça não considerou o potencial produtivo das glebas de matrículas n. 19.300 e 19.301 (Fazenda “Graminha”), segundo o laudo de avaliação de reserva mineral, a impugnação dos executados deve ser formalizada na execução fiscal, com a eventual necessidade de avaliação técnica (artigo 13 da Lei n. 6.830 de 1980 e artigo 870, parágrafo único, do CPC).

Enquanto não se formaliza a impugnação e não sobrevém conhecimento especializado, não se pode acatar a estimativa feita no laudo particular na direção de garantia integral da execução. Até porque, na pendência de avaliação técnica, não se iniciará a expropriação do ativo, que materializa o temor das pessoas jurídicas (artigo 875 do CPC).

Por fim, relativamente ao pedido de vedação de novas penhoras, a questão não comporta decisão nos embargos do devedor, mas no próprio processo executivo, em que se praticamos atos de expropriação patrimonial.

A caução integral dos créditos depende de providências a serem adotadas na execução fiscal, de maneira que a definição dos efeitos dos embargos constitui mero reflexo dos atos executivos, sem espaço para discussão sobre falta ou excesso de constrição.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. AUSÊNCIA DE PERIGO DA DEMORA E DE GARANTIA DOS CRÉDITOS. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.

I. A pretensão recursal não procede.

II. Em primeiro lugar, “VISCAYA”, “CINGULAR”, “ROYSTER” e “MORRO DOS ANJOS” sequer pediram a concessão de efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal na petição inicial. Requereram apenas a outorga de tutela de urgência, que não é literalmente aplicável àquela ação, devido à necessidade de garantia do crédito, sem que bastem a probabilidade do direito e o perigo da demora (artigos 300, *caput*, e 919, §1, do CPC).

III. Pode-se dizer que a tutela de urgência aplicável aos embargos do devedor contém a garantia da execução como requisito, diferentemente da modalidade geral, em que a caução exerce papel de contracautela, de equilíbrio da relação processual (artigo 300, §1, do CPC).

IV. O fato de os devedores haverem requerido a suspensão da penhora não modifica a conclusão. A medida condiz mais com o perigo da demora, com o receio de expropriação patrimonial. A garantia da execução não diz respeito à suspensão da penhora, mas à própria existência do ato construtivo, em nível suficiente para cobrir os créditos tributários.

V. As pessoas jurídicas, portanto, não formularam o pedido apropriado nos embargos do devedor. Naturalmente não poderiam ter feito o requerimento diretamente no agravo de instrumento, já que a medida extrapolaria o conteúdo da decisão interlocutória, com supressão de instância e violação da devolução restrita do recurso instrumental.

VI. Se as partes chegaram a aditar a petição inicial, cabe ao Juízo de Origem analisar o novo pedido. O aditamento envolve a petição inicial dos embargos e não o agravo de instrumento interposto contra decisão proferida antes dele.

VII. Em segundo lugar, o perigo da demora não está presente. A simples constrição executiva não é suficiente para consumá-lo, sob pena de toda e qualquer execução restar suspensa. A legislação processual exige logicamente um risco diferenciado, que extravase a onerosidade patrimonial inerente ao processo executivo.

VIII. “VISCAYA”, “CINGULAR”, “ROYSTER” e “MORRO DOS ANJOS” não exerceram esse ônus, limitando-se a indicar genericamente o perigo da demora, sem que tivessem demonstrado especificamente os impactos que a expropriação dos imóveis, veículos automotores e recebíveis traria para a subsistência da atividade econômica.

IX. Ademais, como se explicará na fundamentação seguinte, o procedimento de expropriação dos bens penhorados não atingiu fase crítica aos interesses dos executados. Uma parte dos ativos ainda não foi avaliada (imóveis urbanos, veículos automotores e recebíveis) e a outra recebeu uma avaliação que os devedores pretendem impugnar (imóveis rústicos), com a eventual necessidade de intervenção de especialista.

X. Enquanto não se formalizar a impugnação do laudo do oficial de justiça e não se promover a avaliação total, com possibilidade de nova impugnação pelos executados, o processo executivo não abrigará ato de expropriação que consubstancia o perigo da demora (alienação, adjudicação ou apropriação de frutos), segundo o artigo 875 do CPC.

XI. E, em terceiro lugar, a análise da garantia da execução fiscal se mostra precipitada. O oficial de justiça não avaliou todos os bens penhorados; fê-lo somente em relação aos imóveis rurais situados na Comarca de Vargem Grande do Sul – SP (matrículas n. 19.300, 19.301, 16.814, 6.663, 3.775 e 3.776).

XII. Os prédios situados no Município de São Paulo (matrículas n. 13.342, 147.595, 169.145 e 50.382), os veículos automotores e os recebíveis estão pendentes de avaliação e não podem servir ainda de parâmetro para a cobertura do crédito e a suspensão do processo executivo, principalmente diante de título executivo provido de presunção de certeza e liquidez (artigo 3º da Lei n. 6.830 de 1980).

XIII. A consulta do valor venal dos imóveis urbanos e da tabela FIPE não exerce influência. Além de os preços médios dos prédios nem estarem disponíveis no agravo, ainda não se sabe o estado de cada bem imóvel e veículo automotor, de modo que o acatamento da estimativa feita pelos devedores se revela precoce e frágil para uma medida tão drástica quanto a suspensão de cobrança de Dívida Ativa da Fazenda Pública.

XIV. A mesma ponderação se aplica ao ativo de maior valor estimado pelas pessoas jurídicas e cuja influência é decisiva para a cobertura de créditos tributários na importância de R\$ 94.594.498,89: recebíveis decorrentes de penhora no rosto dos autos n. 1054920-39.2016.8.26.0100 e 1058917-93.2017.8.26.0100, em trâmite na Justiça Estadual de São Paulo.

XV. Embora os avaliem em R\$ 44.707.744,50, cuja atualização para abril de 2019 levaria à quantia de R\$ 71.608.625,41, o mandado de penhora e os documentos juntados não comprovam que o crédito atinja realmente esse montante. Há a juntada de simples extrato de movimentação processual, sem indicação do bem jurídico em discussão.

XVI. A ausência de material inviabiliza naturalmente a conclusão sobre garantia integral, ainda mais com aquela magnitude.

XVII. Mesmo a avaliação dos imóveis rurais não pode ser decidida no sentido dos interesses dos devedores. Se a estimativa do oficial de justiça não considerou o potencial produtivo das glebas de matrículas n. 19.300 e 19.301 (Fazenda “Graminha”), segundo o laudo de avaliação de reserva mineral, a impugnação dos executados deve ser formalizada na execução fiscal, com a eventual necessidade de avaliação técnica (artigo 13 da Lei n. 6.830 de 1980 e artigo 870, parágrafo único, do CPC).

XVIII. Enquanto não se formaliza a impugnação e não sobrevém conhecimento especializado, não se pode acatar a estimativa feita no laudo particular na direção de garantia integral da execução. Até porque, na pendência de avaliação técnica, não se iniciará a expropriação do ativo, que materializa o temor das pessoas jurídicas (artigo 875 do CPC).

XIX. Por fim, relativamente ao pedido de vedação de novas penhoras, a questão não comporta decisão nos embargos do devedor, mas no próprio processo executivo, em que se praticam os atos de expropriação patrimonial.

XX. A caução integral dos créditos depende de providências a serem adotadas na execução fiscal, de maneira que a definição dos efeitos dos embargos constitui mero reflexo dos atos executivos, sem espaço para discussão sobre falta ou excesso de constrição.

XXI. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento. , nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017285-32.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: ZZAB COMERCIO DE CALCADOS LTDA.
Advogado do(a) AGRAVANTE: LISANDRO DOS REIS - RS75286
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017285-32.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: ZZAB COMERCIO DE CALCADOS LTDA.
Advogado do(a) AGRAVANTE: LISANDRO DOS REIS - RS75286
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL- FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela **ZZAB Comércio de Calçados** em face da decisão ID 18368906, complementada pela decisão ID 18600163, proferida nos autos do mandado de segurança nº 5008310-54.2019.4.03.6100 que determinou o sobrestamento do feito em cumprimento ao decidido no RE 796.939/RS, pela sistemática do art. 1.035, § 5º, do CPC, no qual foi determinada a suspensão de todos os processos que discutem a "*constitucionalidade do art. 74, §§15 e 17, da Lei nº 9.430/1996*" (Tema 736/STF) e que não acolheu o pedido alternativo de suspensão por não ter sido garantida a dívida realizada em conformidade com o art. 151, II, do CTN, já que se trata de um mandado de segurança.

Relata a agravante, em síntese, que a União propôs a Execução Fiscal nº 5015863-37.2018.4.03.6182 no valor de R\$ 1.026.345,82 visando a cobrança de IRPJ decorrente da não homologação de sua compensação. Tal execução foi garantida por meio de seguro no valor de R\$ 1.341.878,45, valor suficiente, inclusive, para quitar a multa no valor de R\$ 42.822,62.

Requer que a autoridade coatora se abstenha de impor a multa isolada prevista no parágrafo 17º do artigo 74 da Lei 9.430/1996, ou, alternativamente, que seja determinada a suspensão de sua exigibilidade, expedindo a certidão positiva com efeito de negativa, tendo em vista que o débito principal está garantido na execução fiscal nº 5015863-37.2018.4.03.6182.

Em contraminuta ao agravo de instrumento, alega a União, em síntese, que multas de 50% (cinquenta por cento) inscritas nos §§ 15 e 17 do art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na redação que lhes foi conferida pelo art. 62 da Lei nº 12.249, de 11 de junho de 2010, são constitucionais, não havendo qualquer afronta à garantia do direito de petição nem ao princípio da proporcionalidade.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017285-32.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: ZZAB COMERCIO DE CALCADOS LTDA.
Advogado do(a) AGRAVANTE: LISANDRO DOS REIS - RS75286
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL- FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Trata-se, na origem, de mandado de segurança impetrado com o objetivo de impedir a autoridade coatora de impor a multa prevista no §17, do art. 74, da Lei nº 9.430/1996.

O Supremo Tribunal Federal, no RE nº 796.939/RS, reconheceu a existência de repercussão geral sobre a seguinte questão constitucional (Tema 736): "*Constitucionalidade da multa prevista no art. 74, §§ 15 e 17, da Lei 9.430/1996 para os casos de indeferimento dos pedidos de ressarcimento e de não homologação das declarações de compensação de créditos perante a Receita Federal.*" Em 21/10/2016, foi determinada a suspensão do processamento dos feitos pendentes que versem sobre a questão e tramitem no território nacional, por força do art. 1.035, §5º, do CPC.

Quanto ao pedido principal, não tendo o agravante logrado êxito em demonstrar distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso extraordinário afetado, justifica-se, neste ponto, a manutenção da decisão recorrida.

Com relação ao pedido de suspensão da exigibilidade para fins de expedição de certidão positiva com efeitos de negativa em razão do débito principal ter sido garantido na Execução Fiscal nº 5015863-37.2018.4.03.6182, por certo não há óbice à nomeação de seguro garantia para garantir a dívida, não podendo o referido débito ensejar o protesto e a inclusão do nome do contribuinte no CADIN. Por outro lado, não há que se falar em suspensão da exigibilidade nos termos do artigo 151, II, do CTN, que somente se aplica às hipóteses de depósito em dinheiro.

Ao se consultar os autos da Execução Fiscal nº 5015863-37.2018.4.03.6182, constata-se que o valor da dívida tributária em 08/2018 era de R\$ 1.026.345,82 e que foi apresentada uma apólice seguro garantia nº 06.0775.019463 no valor de R\$ 1.341.878,45 (ID 15270210) que foi expressamente aceita pela União (ID 16143891). Todavia, diferente do que afirma a agravante, a multa isolada inscrita sob nº 80.6.18.117646-78 não consta na Execução Fiscal nº 5015863-37.2018.4.03.6182, que abrange apenas as inscrições nº 80.2.17.006925-48; 80.6.17.032101-01; 80.2.18.001088-05 e 80.6.18.001932-59.

Portanto, se pretende a parte agravante suspender a exigibilidade da multa isolada objeto da inscrição nº 80.6.18.117646-78 e do PA nº 16692.721359/2017-60 deverá providenciar a respectiva garantia, na forma prevista em Lei.

Ante o exposto, deve ser negado provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MULTA PREVISTA NO ART. 74, §§15 E 17 DA LEI Nº 9.430/1996. RE 796.939/RS, TEMA 736/STF SOBRESTADO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO EM RAZÃO DE SEGURO GARANTIA. IMPOSSIBILIDADE. A EXECUÇÃO FISCAL GARANTIDA NÃO ABRANGE A DÍVIDA ATIVA QUESTIONADA. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.

1 - Quanto ao pedido principal, não tendo o agravante logrado êxito em demonstrar distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso extraordinário afetado, justifica-se, neste ponto, a manutenção da decisão recorrida.

2 - Com relação ao pedido de suspensão da exigibilidade para fins de expedição de certidão positiva com efeitos de negativa em razão do débito principal ter sido garantido na Execução Fiscal nº 5015863-37.2018.4.03.6182, por certo não há óbice à nomeação de seguro garantia para garantir a dívida, não podendo o referido débito ensejar o protesto e a inclusão do nome do contribuinte no CADIN. Por outro lado, não há que se falar em suspensão da exigibilidade nos termos do artigo 151, II, do CTN, que somente se aplica às hipóteses de depósito em dinheiro.

3 - Ao se consultar os autos da Execução Fiscal nº 5015863-37.2018.4.03.6182, constata-se que o valor da dívida tributária em 08/2018 era de R\$ 1.026.345,82 e que foi apresentada uma apólice seguro garantia nº 06.0775.019463 no valor de R\$ 1.341.878,45 (ID 15270210) que foi expressamente aceita pela União (ID 16143891). Todavia, diferente do que afirma a agravante, a multa isolada inscrita sob nº 80.6.18.117646-78 não consta na Execução Fiscal nº 5015863-37.2018.4.03.6182, que abrange apenas as inscrições nº 80.2.17.006925-48; 80.6.17.032101-01; 80.2.18.001088-05 e 80.6.18.001932-59.

4 - Portanto, se pretende a parte agravante suspender a exigibilidade da multa isolada objeto da inscrição nº 80.6.18.117646-78 e do PA nº 16692.721359/2017-60 deverá providenciar a respectiva garantia, na forma prevista em Lei.

5 - Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0009134-34.2015.4.03.6102
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: HORTENCIO GIMENES PIZZO

Advogado do(a) APELANTE: RODRIGO BALDOCCHI PIZZO - SP201993-A
APELADO: CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMOVEIS DA 2 REGIAO
Advogado do(a) APELADO: ANDRE LUIS DE CAMARGO ARANTES - SP222450-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0009134-34.2015.4.03.6102
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: HORTENCIO GIMENES PIZZO
Advogado do(a) APELANTE: RODRIGO BALDOCCHI PIZZO - SP201993-A
APELADO: CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMOVEIS DA 2 REGIAO
Advogado do(a) APELADO: ANDRE LUIS DE CAMARGO ARANTES - SP222450-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de ação ajuizada por **Hortêncio Gimenes Pizzo** em face do **Conselho Regional de Corretores de Imóveis do Estado de São Paulo – CRECI 2º Região**, objetivando assegurar o restabelecimento da sua inscrição no referido Conselho Profissional, bem como o recebimento de indenização por dano moral.

A tutela antecipada foi indeferida (ID 104911438 - Pág. 56-57).

Dessa decisão o autor interpôs agravo de instrumento, o qual foi julgado prejudicado ante da prolação da sentença (ID 104911439 - Pág. 66-71).

O MM. Juiz *a quo* julgou improcedente o pedido e condenou o autor ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa (ID 104911438 - Pág. 165-168).

O autor apelou, sustentando, em síntese, que:

- a) faz jus aos benefícios da assistência judiciária gratuita, visto que, em razão do impedimento de continuar exercendo sua profissão de corretor de imóveis, a renda mensal do autor ficou circunscrita à sua aposentadoria por tempo de serviço de um (01) salário mínimo e, desse montante, necessita custear todas as suas despesas, tais como: plano de saúde particular, medicamentos, habitação, alimentação, vestuário, energia elétrica, gás, telefone, entre outras, sendo, inclusive, que se encontra na faixa de isenção de obrigatoriedade de declaração de imposto de renda;
- b) não é possível ao Conselho se utilizar de ato abusivo e ilegal, coagindo o profissional inscrito a regularizar sua situação fiscal e financeira, com a pena do cancelamento da inscrição do registro profissional no órgão de classe, pois dispõe de outros meios para a cobrança de anuidades ou outros encargos devidos pelos inscritos, tal como o procedimento executivo fiscal;
- c) o CRECI/SP já exerceu a providência que lhe cabia em promover as execuções fiscais, todas garantidas por penhora, de modo que o cancelamento da inscrição em decorrência de tais débitos caracteriza um abuso de suas atribuições e extrapola o limite da forma de cobrança dos supostos débitos.

Com contrarrazões, vieram os autos para este Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0009134-34.2015.4.03.6102
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: HORTENCIO GIMENES PIZZO
Advogado do(a) APELANTE: RODRIGO BALDOCCHI PIZZO - SP201993-A
APELADO: CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMOVEIS DA 2 REGIAO
Advogado do(a) APELADO: ANDRE LUIS DE CAMARGO ARANTES - SP222450-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Trata-se de ação ajuizada com o fito de assegurar o restabelecimento da inscrição do autor no CRECI/SP, bem como o recebimento de indenização por dano moral, em razão do cancelamento de seu registro profissional pela existência de anuidades em atraso.

De início, defiro o pedido de justiça gratuita formulado pela parte autora em suas razões recursais, nos termos do artigo 98 do Código de Processo Civil.

No mérito, registre-se o entendimento da jurisprudência no sentido de que configura ato ilícito o cancelamento do registro profissional, por falta de pagamento das anuidades em atraso, pois tais contribuições possuem natureza de taxa, cuja cobrança faz-se por meio de execução fiscal e não mediante incabível coação. Veja-se:

“TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. CONSELHO REGIONAL DE FONOAUDIOLOGIA. CANCELAMENTO DE INSCRIÇÃO. ANUIDADES EM ATRASO. IMPOSSIBILIDADE. REMESSA IMPROVIDA. 1. Os Conselhos de Fiscalização Profissional são autarquias especiais e a cobrança das anuidades em atraso deve ser realizada por meio de execução fiscal, e não por meio de coação ilícita que representa o cancelamento do registro do profissional. 2. O artigo 5º, inciso XIII, da Constituição da República assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, dentre outros direitos, o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão. 3. A Lei nº 6.965/1981 que regulamentou a profissão de Fonoaudiólogo estabelece em seu artigo 21, inciso VI, a infração disciplinar "deixar de pagar, pontualmente, ao Conselho Regional as contribuições a que está obrigado". 4. O artigo 22, § 6º, da Lei nº 6.965/1981 dispõe que "a suspensão por falta de pagamento de anuidades, taxas ou multas só cessará com a satisfação da dívida, podendo ser cancelado o registro profissional se, após decorridos 3 (três) anos, não for o débito resgatado", o que não ocorreu na hipótese dos autos. 5. Cancelar a inscrição do profissional em razão de anuidades atrasadas ou de sua discussão em medida específica, malfeire o disposto no art. 5º, inciso XIII e 170, parágrafo único da Constituição Federal, já que implica em restrição ao livre exercício da profissão para a qual o trabalhador esteja devidamente qualificado. 6. Sem condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.016/2009 e das Súmulas nºs 512 do STF e 105 do STJ. 7. Remessa Oficial improvida”. (RemNecCiv 0008349-44.2016.4.03.6100, JUIZA CONVOCADA LEILA PAIVA, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/03/2017.) (grifei)

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL. CONSELHO PROFISSIONAL. ANUIDADES. INADIMPLÊNCIA. CANCELAMENTO DO REGISTRO PROFISSIONAL. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO LIVRE EXERCÍCIO PROFISSIONAL. ARTS. 5º, INC. XIII, E 170, § ÚNICO, DA CF. 1. Remessa necessária, tida por interposta, conhecida, nos termos do art. 14, §1º, da Lei 12.016/2009. 2. Afastada a matéria preliminar de nulidade da sentença por ausência de fundamentação, uma vez que a r. sentença, embora de forma sucinta, encontra-se devidamente fundamentada. 3. O impetrante, regularmente registrado no Conselho Regional de Corretores de Imóveis de São Paulo, teve aplicada a penalidade administrativa de cancelamento de seu registro, em face da inadimplência das anuidades devidas. 4. Inocorrência de cerceamento de defesa e ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório no procedimento administrativo. 5. Débitos de anuidades em cobrança nos autos de Execuções Fiscais 0001376-56.2011.4.03.6130 e 0006555-68.2011.4.03.6130, com penhora de imóvel. 6. **Inexistente previsão legal expressa para a aplicação da penalidade de cancelamento da inscrição profissional em situação de débito financeiro perante o Conselho da categoria correspondente, conforme ocorreu no caso concreto, caracterizou-se a ofensa aos arts. 5º, inc. XIII, e 170, § único, da CF.** 7. Tendo os Conselhos de Fiscalização Profissional a natureza jurídica de autarquias especiais e as anuidades devidas pelos profissionais filiados, a característica de taxa, a cobrança das contribuições em atraso deve ser realizada pela via judicial, através do ajuizamento de execução fiscal, instrumento hábil para a satisfação do débito e a consequente regularização da situação administrativa do profissional. 8. **O condicionamento da manutenção do registro profissional ao pagamento das anuidades devidas ao Conselho Profissional, sem a devida regulamentação legal, configura verdadeira coação administrativa, uma vez que ao vedar o livre exercício da profissão para a qual o trabalhador esteja devidamente qualificado, impede-se a obtenção de recursos e rendimentos fundamentais à sua própria manutenção, inviabilizando, inclusive a possibilidade de eventual pagamento do saldo devedor das anuidades.** Precedentes jurisprudenciais. 9. Matéria preliminar rejeitada, apelações e remessa necessária, tida por interposta, improvidas”. (ApCiv 0019622-88.2014.4.03.6100, DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:01/06/2016.) (grifei)

“ADMINISTRATIVO. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. ANUIDADES EM ATRASO. RECADASTRAMENTO E EXPEDIÇÃO DE CARTEIRA DE IDENTIDADE PROFISSIONAL. POSSIBILIDADE. AFASTAMENTO DA PENA DE SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL EM RAZÃO DA INADIMPLÊNCIA. I - **A restrição ao exercício de atividades profissionais do advogado inadimplente, como forma indireta de coação ao pagamento das contribuições devidas, atenta contra o princípio da legalidade e da garantia ao livre exercício de trabalho, ofício ou profissão, assegurados na Constituição da República.** II - A legislação pertinente à matéria assegura às autarquias de fiscalização profissional os meios próprios para a cobrança de anuidades, observado o devido processo legal e o princípio do contraditório, ou seja, por meio de execuções fiscais. III - **Apelação improvida. Remessa Oficial improvida**”. (ApelRemNec 0004594-66.2003.4.03.6100, DESEMBARGADORA FEDERAL REGINA COSTA, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/02/2013.) (grifei)

Além disso, inexistente previsão na Lei nº 6.530/78 para a aplicação da penalidade de cancelamento da inscrição profissional em situação de débito financeiro perante o Conselho Regional de Corretores de Imóveis, mas somente no ato normativo que a regulamenta (artigo 42 do Decreto nº 81.871/78), o que caracteriza ofensa aos artigos 5º, XIII, e 170, parágrafo único, da CF/88.

No que diz respeito ao pedido de indenização, a jurisprudência tem firmado o entendimento de que é cabível reparação por danos morais em caso de cancelamento indevido da inscrição no órgão de classe, em razão de inadimplência. Confira-se:

“APELAÇÃO. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. CANCELAMENTO DE INSCRIÇÃO EM RAZÃO DE INADIMPLÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. DANOS MATERIAIS NÃO COMPROVADOS. DANOS MORAIS VERIFICADOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. - **As anuidades devidas aos conselhos profissionais têm natureza tributária, razão pela qual a elas são aplicados os princípios e normas previstos na legislação tributária. - Inadimplente o profissional, cabia ao conselho, na forma do artigo 2º da Lei n.º 11.000/04, cobrar e executar as contribuições anuais devidas, inclusive, na esfera judicial, uma vez que a certidão dos créditos existentes é considerada título executivo extrajudicial. - A Resolução n.º 464/07 editada pelo Conselho Federal de Farmácia extrapola os limites estabelecidos pelas Leis n.º 3.820/60 e 11.000/04, ao impor penalidade mais severa para hipóteses de inadimplência que sequer foi prevista pelas leis, de modo é ilegal o cancelamento da inscrição em razão da sua inadimplência. - Não obstante do cancelamento decorra a impossibilidade do exercício profissional, não há comprovação nos autos de que o registro no CRF era pressuposto para a sua atividade docente. Ademais, não há prova de prejuízo econômico sofrido pelo apelante durante o período em que esteve impedido de atuar como farmacêutico. - Relativamente à indenização pelo alegado constrangimento imposto ao apelante, inicialmente cumpre ressaltar que o artigo 5º, inciso X, do Texto Maior dispõe que: são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurada o direito a indenização por dano material ou moral, decorrente de sua violação. Evidente o nexo causal oriundo da conduta reprovável e imprudente do agente público que agiu em contrariedade à legalidade e impôs grave sanção ao autor. Segundo doutrina e jurisprudência pátrias, a indenização por dano moral tem duplo conteúdo: de sanção e compensação. - Devido à reforma da sentença, é de rigor a reversão da sucumbência, para condenar o CRF/MS ao pagamento dos honorários advocatícios. - Apelação parcialmente provida**”. (ApCiv 0007601-31.2010.4.03.6000, JUIZ CONVOCADO FERREIRA DA ROCHA, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:19/04/2018.) (grifei)

“ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA, ARQUITETURA E AGRONOMIA. REGISTRO PROFISSIONAL. INADIMPLÊNCIA. CANCELAMENTO. DESCABIMENTO. DANO MORAL. EXISTÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. PROSSEGUIMENTO. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ. DEVOLUÇÃO EM DOBRO. IMPOSSIBILIDADE. 1. A jurisprudência pátria reconhece a impossibilidade de cancelar o registro profissional por ausência de pagamento das anuidades devidas aos Conselhos de fiscalização profissional. 2. "O Superior Tribunal de Justiça reconheceu como ato ilícito o cancelamento do registro profissional, por falta de pagamento das anuidades em atraso, pois tais contribuições possuem natureza de taxa, cuja cobrança faz-se por meio de execução fiscal e não mediante incabível coação. (Cf. STJ, RESP 552.894/SE, Primeira Turma, Ministro Francisco Falcão, DJ 22/03/04.)" [AC 2003.35.00.021621-3/GO, rel. Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira, 15/03/2013 e-DJF1 P. 794]. No mesmo diapasão, precedentes desta Corte e dos Tribunais Regionais Federais da 2ª e 5ª Regiões. 3. Por outro lado, o cancelamento indevido do registro profissional, por si só, autoriza a condenação do Conselho de fiscalização profissional ao pagamento de indenização por danos morais, não podendo tal condenação ser reduzida a valor ínfimo ou exorbitante. 4. "É reconhecida a responsabilidade civil do Conselho Regional de Contabilidade de Goiás por dano moral decorrente do cancelamento da inscrição do autor; em razão da inadimplência com o pagamento das anuidades, bem como por tê-lo impedido de votar. 3. A "reparação de danos morais ou extra patrimoniais, deve ser estipulada 'cum arbitrio boni iuri', estimativamente, de modo a desestimular a ocorrência de repetição de prática lesiva; de legar à coletividade exemplo expressivo da reação da ordem pública para com os infratores e compensar a situação vexatória a que indevidamente foi submetido o lesado, sem reduzi-la a um mínimo inexpressivo, nem elevá-la a cifra enriquecedora" (AC 96.01.15105-2/BA, Desembargador Federal Mário César Ribeiro). (...)" (AC 2003.35.00.021621-3/GO, rel. Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira, 15/03/2013 e-DJF1 P. 794). (...) 9. Apelação parcialmente provida". (AC 0045982-79.2004.4.01.3800, JUIZ FEDERAL RAFAEL PAULO SOARES PINTO (CONV.), TRF1 - SÉTIMA TURMA, e-DJF1 27/03/2015) (grifei)

Logo, é de rigor a condenação do Conselho réu ao pagamento de indenização por dano moral ao autor, no importe de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), acrescido de juros de mora a partir do evento danoso (data do cancelamento da inscrição) e correção monetária desde a data do arbitramento, de acordo com os índices do Manual de Cálculos da Justiça Federal.

Por fim, inverte o ônus da sucumbência e condeno o CRECI/SP a arcar com o pagamento da verba honorária fixada em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil.

Diante do exposto, voto por **DAR PROVIMENTO** à apelação para determinar que o CRECI/SP restabeleça a inscrição do autor em seus quadros e para condená-lo ao pagamento de indenização por danos morais.

É como voto.

jucarval

EMENTA

ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMÓVEIS. CANCELAMENTO DE INSCRIÇÃO EM RAZÃO DE INADIMPLÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. CABIMENTO. INVERSÃO DO ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. APELAÇÃO PROVIDA.

1. Trata-se de ação ajuizada com o fito de assegurar o restabelecimento da inscrição do autor no CRECI/SP, bem como o recebimento de indenização por dano moral, em razão do cancelamento de seu registro profissional pela existência de anuidades em atraso.

2. Configura ato ilícito o cancelamento do registro profissional, por falta de pagamento das anuidades em atraso, porquanto tais contribuições possuem natureza de taxa, cuja cobrança faz-se por meio de execução fiscal e não mediante incabível coação. Precedentes.

3. Com efeito, inexistente previsão na Lei nº 6.530/78 para a aplicação da penalidade de cancelamento da inscrição profissional em situação de débito financeiro perante o Conselho Regional de Corretores de Imóveis, mas somente no ato normativo que a regulamenta (artigo 42 do Decreto nº 81.871/78), o que caracteriza ofensa aos artigos 5º, XIII, e 170, parágrafo único, da CF/88.

4. A jurisprudência tem firmado o entendimento de que é cabível reparação por danos morais em caso de cancelamento indevido da inscrição no órgão de classe, em razão de inadimplência.

5. Logo, é de rigor a condenação do Conselho réu ao pagamento de indenização por dano moral ao autor, no importe de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), acrescido de juros de mora a partir do evento danoso (data do cancelamento da inscrição) e correção monetária desde a data do arbitramento, de acordo com os índices do Manual de Cálculos da Justiça Federal.

6. Inversão do ônus de sucumbência.

7. Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, DEU PROVIMENTO à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5020335-36.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE FARMACIA DO ESTADO DE SAO PAULO

Advogado do(a) APELANTE: NATALIA GOMES DE ALMEIDA GONCALVES - SP288032-A

APELADO: PREVENT SENIOR PRIVATE OPERADORA DE SAUDE LTDA

Advogados do(a) APELADO: GILBERTO LEME MENIN - SP187542-A, MARCO ANTONIO DOS SANTOS - SP366364-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5020335-36.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE FARMACIA DO ESTADO DE SAO PAULO

Advogado do(a) APELANTE: NATALIA GOMES DE ALMEIDA GONCALVES - SP288032-A

APELADO: PREVENT SENIOR PRIVATE OPERADORA DE SAUDE LTDA

Advogados do(a) APELADO: GILBERTO LEME MENIN - SP187542-A, MARCO ANTONIO DOS SANTOS - SP366364-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação do **CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO (CRF/SP)** em face de sentença que julgou parcialmente procedente o pedido da autora **PREVENT SENIOR PRIVATE OPERADORA DE SAUDE LTDA**, a qual reconheceu que a ausência de contratação de responsável técnico para atuar em dispensários de medicamentos de pequenas unidades hospitalares mantidas pela autora não representa óbice à emissão da certidão de regularidade, porquanto tal contratação não é legalmente obrigatória.

Houve a condenação do réu ao ressarcimento das custas processuais, bem como ao pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa (art. 85, §§3º, I e 4º, III do CPC).

Irresignado, o CRF/SP apelou, sustentando, em síntese, que:

a) a Certidão de Regularidade Técnica (CRT) foi instituída pela Resolução 494/2008 do Conselho Federal de Farmácia e que para sua emissão é necessária a presença de responsável técnico, inclusive, nos dispensários de medicamentos, uma vez que houve mudança de paradigma em relação às farmácias privadas com a nova lei 13.021/2014;

b) houve condenação indevida ao pagamento de custas e de honorários advocatícios, porquanto a demanda fora julgada parcialmente procedente, devendo cada litigante arcar com sua parte do ônus processual.

Com contrarrazões da parte autora, subiram os autos a essa egrégia Corte Regional.

É o sucinto relatório.

srevi.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5020335-36.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE FARMACIA DO ESTADO DE SAO PAULO

Advogado do(a) APELANTE: NATALIA GOMES DE ALMEIDA GONCALVES - SP288032-A

APELADO: PREVENT SENIOR PRIVATE OPERADORA DE SAUDE LTDA

Advogados do(a) APELADO: GILBERTO LEME MENIN - SP187542-A, MARCO ANTONIO DOS SANTOS - SP366364-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Denise Avelar (Relatora): O cerne da controvérsia da presente demanda gravita em torno da aferição de legalidade - ou ilegalidade - da exigência de contratação de profissional farmacêutico para atuar como responsável por dispensários de medicamentos, para unidades com até 50 leitos.

Pois bem.

De fato, a manutenção de um responsável técnico farmacêutico é desnecessária em se tratando de dispensários de medicamentos.

Entende-se por dispensário de medicamento, nos termos do artigo 4º da Lei n. 5.991/1973, o "*setor de fornecimento de medicamentos industrializados, privativo de pequena unidade hospitalar ou equivalente*".

Assim, segundo esta Lei nº 5.991/1973, os dispensários de medicamentos não estão legalmente obrigados a manter profissional farmacêutico vinculado ao CRF/SP, sendo tal obrigatoriedade apenas às farmácias e drogarias, consoante a interpretação dos artigos 15 e 19 do referido diploma legal.

Por sua vez, o artigo 15, "caput", da citada lei prescreve que "*a farmácia e a drogaria terão, obrigatoriamente, a assistência de técnico responsável, inscrito no Conselho Regional de Farmácia, na forma da lei*".

Da análise da legislação supra, verifica-se que a obrigatoriedade na manutenção de responsável técnico devidamente inscrito no CRF restringe-se apenas e tão somente à farmácia e à drogaria, assim definidas no artigo 4º do diploma legal acima mencionado:

"X - Farmácia - estabelecimento de manipulação de fórmulas magistrais e oficinais, de comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, compreendendo o de dispensação e o de atendimento privativo de unidade hospitalar ou de qualquer outra equivalente de assistência médica;

XI - Drogaria - estabelecimento de dispensação e comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos em suas embalagens originais".

A jurisprudência desta Corte (AC 2005.61.23.001271-0, Relator Desembargador Federal Nery Júnior, Terceira Turma, julgado em 28/5/2009, DJ de 23/6/2009; AC 2005.61.00.004511-0, Relator Desembargador Federal Carlos Muta, Terceira Turma, julgado em 21/5/2009, DJ de 9/6/2009; AC 2009.03.99.000281-1, Relatora Desembargadora Federal Cecília Marcondes, Terceira Turma, Julgado em 12/3/2009, DJ de 24/3/2009), é uníssona no entender pela desnecessidade da presença de farmacêutico responsável por dispensário de medicamentos.

O Superior Tribunal de Justiça fixou orientação reafirmada pela Primeira Seção, no julgamento do REsp. 1.110.906/SP, submetido ao rito do art. 543-C do CPC, no sentido de que a Lei 5.991/73, em seu art. 15, somente exigiu a presença de responsável técnico, bem como sua inscrição no respectivo conselho profissional, em farmácias e drogarias. Destarte, os dispensários de medicamentos, situados em hospitais e clínicas (art. 4º, XIV), não estão obrigados a cumprir as referidas exigências.

Neste sentido, trago à colação os seguintes arestos:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. DISPENSÁRIO DE MEDICAMENTO S. PRESENÇA DE FARMACÊUTICO

. DESNECESSIDADE. ROL TAXATIVO NO ART. 15 DA LEI N. 5.991/73. OBRIGAÇÃO POR REGULAMENTO. DESBORDO DOS LIMITES LEGAIS. ILEGALIDADE. SÚMULA 140 DO EXTINTO TFR. MATÉRIA PACIFICADA NO STJ.

1. Cuida-se de recurso especial representativo da controvérsia, fundado no art. 543-C do Código de Processo Civil sobre a obrigatoriedade, ou não, da presença de farmacêutico responsável em dispensário de medicamento s de hospitais e clínicas públicos, ou privados, por força da Lei n. 5.991/73.

2. Não é obrigatória a presença de farmacêutico em dispensário de medicamentos, conforme o inciso XIV do art. 4º da Lei n. 5.991/73, pois não é possível criar a postulada obrigação por meio da interpretação sistemática dos arts. 15 e 19 do referido diploma legal.

3. Ademais, se eventual dispositivo regulamentar, tal como o Decreto n. 793, de 5 de abril de 1993 (que alterou o Decreto n. 74.170, de 10 de junho de 1974), fixar tal obrigação ultrapassará os limites da lei, porquanto desbordará o evidente rol taxativo fixado na Lei n. 5.991/73.

4. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que não é obrigatória a presença de farmacêutico em dispensário de medicamento s de hospital ou de clínica, prestigiando - inclusive - a aplicação da Súmula 140 do extinto Tribunal Federal de Recursos. Precedentes.

5. O teor da Súmula 140/TFR - e a desobrigação de manter profissional farmacêutico - deve ser entendido a partir da regulamentação existente, pela qual o conceito de dispensário atinge somente "pequena unidade hospitalar ou equivalente" (art. 4º, XV, da Lei n. 5.991/73); atualmente, é considerada como pequena a unidade hospitalar com até 50 (cinquenta) leitos, ao teor da regulamentação específica do Ministério da Saúde; os hospitais e equivalentes, com mais de 50 (cinquenta) leitos, realizam a dispensação de medicamentos por meio de farmácias e drogarias e, portanto, são obrigados a manter farmacêutico credenciado pelo Conselho Profissional, como bem indicado no voto-vista do Min. Teori Zavascki, incorporado aos presentes fundamentos. 6. Recurso sujeito ao regime do art. 543-C do CPC, combinado com a Resolução STJ 08/2008. Recurso especial improvido. (STJ, REsp nº 1.110.906/SP, processo: 2009/0016194-9, MINISTRO HUMBERTO MARTINS, data do julgamento: 23/5/2012)

Ressalte-se, ainda, que a Corte Superior de Justiça estende tal entendimento - da desnecessidade da presença de responsável técnico farmacêutico - nos dispensários de medicamentos localizados em unidades básicas de saúde, conforme precedente que trago à colação:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONTROVÉRSIA SOBRE A NECESSIDADE DE PROFISSIONAL FARMACÊUTICO EM UNIDADES BÁSICAS DE SAÚDE. QUESTÃO ANÁLOGA À DECIDIDA PELA PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ, NA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A Corte Especial do STJ entendeu não ser cabível agravo contra decisão que nega seguimento ao recurso especial com apoio no art. 543-C, § 7º, I, do CPC (QO no Ag 1.154.599/SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Corte Especial, julgado em 16.2.2011, DJe 12.5.2011). 2. Conforme entendimento sedimentado pela Primeira Seção no julgamento do REsp 1.110.906/SP, realizado na sistemática do art. 543-C do CPC, "a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que não é obrigatória a presença de farmacêutico em dispensário de medicamento s de hospital ou de clínica, prestigiando - inclusive - a aplicação da Súmula 140 do extinto Tribunal Federal de Recursos. O teor da Súmula 140/TFR - e a desobrigação de manter profissional farmacêutico - deve ser entendido a partir da regulamentação existente, pela qual o conceito de dispensário atinge somente "pequena unidade hospitalar ou equivalente" (art. 4º, XV, da Lei n. 5.991/73); atualmente, é considerada como pequena a unidade hospitalar com até 50 (cinquenta) leitos, ao teor da regulamentação específica do Ministério da Saúde; os hospitais e equivalentes, com mais de 50 (cinquenta) leitos, realizam a dispensação de medicamentos por meio de farmácias e drogarias e, portanto, são obrigados a manter farmacêutico credenciado pelo Conselho Profissional, como bem indicado no voto-vista do Min. Teori Zavascki, incorporado aos presentes fundamentos". 3. No caso dos autos, observando o teor do acórdão a quo, nota-se que houve decisão em sintonia com o entendimento sedimentado pelo STJ, na sistemática do art. 543-C do CPC. O Conselho recorrente pretende reavivar a discussão da necessidade de técnico farmacêutico em dispensário de medicamento s, tentando fazer crer que as Unidades Básicas de Saúde mereceriam outro entendimento a respeito da matéria. Contudo, suas alegações não convencem e está nítido que sua pretensão é rediscutir tema que já foi apreciado pelo STJ, no julgamento do recurso repetitivo. Agravo regimental improvido. (STJ, AGARESP - 515890, processo: 201401106061, Min. HUMBERTO MARTINS, DJE DATA:26/08/2014)

Em igual sentido, é a jurisprudência desta Turma Julgadora, *in verbis*:

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PRESENÇA DE RESPONSÁVEL TÉCNICO FARMACÊUTICO EM DISPENSÁRIO DE MEDICAMENTO S. UNIDADES BÁSICAS DE SAÚDE DOS MUNICÍPIOS. DESNECESSIDADE. OBRIGATORIEDADE APENAS EM FARMÁCIAS E DROGARIAS. ARTIGO 15 DA LEI Nº 5.991/73. PRECEITOS CONSTITUCIONAIS NÃO AFRONTADOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REEXAME NECESSÁRIO DESPROVIDO.

1. Da dicção legal extrai-se, de modo inequívoco, que a obrigação de assistência de responsável técnico, devidamente inscrito no Conselho Regional de Farmácia, recai somente sobre farmácias e drogarias, não existindo em relação aos dispensários de medicamentos.

2. O fato de o art. 19 da Lei n. 5.991/73 não consignar o dispensário de medicamento s dentre aqueles que não dependerão de assistência técnica e responsabilidade profissional, não infirma o entendimento ora esposado, que se lastreia na interpretação sistemática da lei.

3. O princípio do respeito à dignidade da pessoa; os objetivos de erradicar a pobreza e a marginalização, de reduzir as desigualdades sociais e regionais e de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação; o princípio da isonomia; o direito à saúde; e o princípio da proporcionalidade não autorizam as conclusões de que seria juridicamente imprescindível a manutenção de profissional farmacêutico em dispensário de medicamento s ou em unidades de saúde e de que não teria sido recepcionada pela atual Constituição Federal a Súmula n.º 140 do extinto Tribunal Federal de Recursos.

4. Por fim, esclareça-se que os débitos foram inscritos em dívida ativa no dia 01 de abril de 2014, antes da vigência da Lei de n.º n.º 13.021, de 08 de agosto de 2014, que tornou obrigatória a presença de farmacêutico nas UBS.

5. Com relação à condenação ao pagamento de honorários advocatícios, estes são devidos em razão da sucumbência da parte no processo, derivando eles da circunstância objetiva da derrota. De outra face, o percentual de 5 % (cinco por cento) estipulado na sentença, não desbordou do disposto no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil de 1973.

6. Reexame necessário desprovido.

(TRF3, 0007346-10.2014.4.03.6105, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, e-DJF3 Judicial 1 DATA:20/10/2016)

Por fim, cumpre ressaltar que consoante o disposto no art. 2º, §§ 1º e 2º, da LINDB, a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior, a menos que aquela declare a revogação expressamente; seja com a anterior incompatível; ou, regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. Senão vejamos:

Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

No caso dos autos, muito embora o Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo (CRF/SP) argumente que a Lei nº 13.021/2014 alterou o regramento dado às farmácias no ordenamento pátrio, estabelecendo novas obrigações a tais estabelecimentos, **a referida lei não se aplica aos dispensários de medicamentos**. A uma porque não houve revogação expressa quanto à denominação e definição de "dispensário de medicamentos"; e, a duas porque não se enquadrando o dispensário na definição de farmácia, não há que se falar em necessidade de técnico farmacêutico, nesse tipo de estabelecimento.

De mais a mais, não se pode olvidar que os artigos 9º e 17 da Lei 13.021/2014, que tratavam dos dispensários de medicamentos **foram vetados**. Nas razões do veto, explicitou-se que: "*As restrições trazidas pela proposta em relação ao tratamento hoje dispensado para o tema na Lei nº 5.991, de 17 de dezembro de 1973, **poderiam colocar em risco a assistência farmacêutica à população de diversas regiões do País, sobretudo nas localidades mais isoladas.** [...]."*

*"Art. 9º Somente as farmácias, observado o disposto no art. 3º, **podem dispensar medicamentos, cosméticos com indicações terapêuticas, fórmulas magistrais, oficinais e farmacopeicas e produtos fitoterápicos.**" (VETADO)*

"Art. 17. Os postos de medicamentos, os dispensários de medicamentos e as unidades volantes licenciados na forma da Lei nº 5.991, de 17 de dezembro de 1973, e em funcionamento na data de publicação desta Lei terão o prazo de 3 (três) anos para se transformarem em farmácia, de acordo com sua natureza, sob pena de cancelamento automático de seu registro de funcionamento." (VETADO)

Assim, para as unidades hospitalares em que há apenas dispensário de medicamento, permanece o entendimento da súmula 140 do TFR e do REsp 1.110.906/SP (repetitivo tema 483), não podendo o CRF regular o funcionamento.

Ante o exposto, **nego provimento** à apelação, mantendo *in totum* a sentença do juízo de piso, inclusive no que toca à condenação ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, ante a sucumbência mínima do pedido inicial da parte autora.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. PRESENÇA DE RESPONSÁVEL TÉCNICO FARMACÊUTICO EM DISPENSÁRIO DE MEDICAMENTOS. DESNECESSIDADE. OBRIGATORIEDADE APENAS EM FARMÁCIAS E DROGARIAS. ARTIGO 15 DA LEI Nº 5.991/73. LEI nº 13.021/2014. NÃO SE APLICA A DISPENSÁRIO DE MEDICAMENTOS. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. Caso em que se discute a legalidade - ou ilegalidade - da exigência de contratação de profissional farmacêutico para atuar como responsável por dispensários de medicamentos, para unidades com até 50 leitos.
2. De fato, a manutenção de um responsável técnico farmacêutico é desnecessária em se tratando de dispensários de medicamentos.
3. Entende-se por dispensário de medicamento, nos termos do artigo 4º da Lei n. 5.991/1973, o "setor de fornecimento de medicamentos industrializados, privativo de pequena unidade hospitalar ou equivalente".
4. Assim, segundo esta Lei nº 5.991/1973, os dispensários de medicamentos não estão legalmente obrigados a manter profissional farmacêutico vinculado ao CRF/SP, sendo tal obrigatoriedade apenas às farmácias e drogarias, consoante a interpretação dos artigos 15 e 19 do referido diploma legal.
5. Por sua vez, o artigo 15, "caput", da citada lei prescreve que "a farmácia e a drogaria terão, obrigatoriamente, a assistência de técnico responsável, inscrito no Conselho Regional de Farmácia, na forma da lei".
6. Da análise da legislação supra, verifica-se que a obrigatoriedade na manutenção de responsável técnico devidamente inscrito no CRF restringe-se apenas e tão somente à farmácia e à drogaria, assim definidas no artigo 4º do diploma legal acima mencionado.
7. A jurisprudência desta Corte (AC 2005.61.23.001271-0, Relator Desembargador Federal Nery Júnior, Terceira Turma, julgado em 28/5/2009, DJ de 23/6/2009; AC 2005.61.00.004511-0, Relator Desembargador Federal Carlos Muta, Terceira Turma, julgado em 21/5/2009, DJ de 9/6/2009; AC 2009.03.99.000281-1, Relatora Desembargadora Federal Cecília Marcondes, Terceira Turma, Julgado em 12/3/2009, DJ de 24/3/2009), é uníssona no entender pela desnecessidade da presença de farmacêutico responsável por dispensário de medicamentos.
8. O Superior Tribunal de Justiça fixou orientação reafirmada pela Primeira Seção, no julgamento do REsp. 1.110.906/SP, submetido ao rito do art. 543-C do CPC, no sentido de que a Lei 5.991/73, em seu art. 15, somente exigiu a presença de responsável técnico, bem como sua inscrição no respectivo conselho profissional, em farmácias e drogarias. Destarte, os dispensários de medicamentos, situados em hospitais e clínicas (art. 4º, XIV), não estão obrigados a cumprir as referidas exigências. Precedentes: STJ, REsp nº 1.110.906/SP, processo: 2009/0016194-9, MINISTRO HUMBERTO MARTINS, data do julgamento: 23/5/2012 e STJ, AGARESP - 515890, processo: 201401106061, Min. HUMBERTO MARTINS, DJE DATA:26/08/2014.
9. Por fim, cumpre ressaltar que consoante o disposto no art. 2º, §§ 1º e 2º, da LINDB, a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior, a menos que aquela declare a revogação expressamente; seja com a anterior incompatível; ou, regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

10. No caso dos autos, muito embora o Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo (CRF/SP) argumente que a Lei nº 13.021/2014 alterou o regramento dado às farmácias no ordenamento pátrio, estabelecendo novas obrigações a tais estabelecimentos, a referida lei não se aplica aos dispensários de medicamento. A uma porque não houve revogação expressa quanto à denominação e definição de "dispensário de medicamentos"; e, a duas porque não se enquadrando o dispensário na definição de farmácia, não há que se falar da necessidade de técnico farmacêutico, nesse tipo de estabelecimento.

11. Assim, para as unidades hospitalares em que há apenas dispensário de medicamento, permanece o entendimento da súmula 140 do TFR e do REsp 1.110.906/SP (repetitivo tema 483), não podendo o CRF regular o funcionamento.

12. Mantida a condenação do réu ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, ante a sucumbência mínima da autora quanto ao pedido inicial.

13. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5011165-22.2017.4.03.6182
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: NESTLE BRASIL LTDA.
Advogado do(a) APELANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A
APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5011165-22.2017.4.03.6182
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: NESTLE BRASIL LTDA.
Advogado do(a) APELANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A
APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por **Nestle Brasil Ltda.** nos autos dos embargos à execução fiscal proposta em face do **Inmetro**, objetivando a desconstituição de multa administrativa, referente ao auto de infração nº 2789324, **Processo Administrativo** 20980/2015, no valor de R\$ 8.775,00, em razão de divergência entre o peso informado na embalagem e o peso real de produtos analisados pela fiscalização.

Na inicial, alega a ora apelante, nulidade dos autos de infração e do processo administrativo, pleiteando o cancelamento do auto de infração e, subsidiariamente, a substituição da pena pecuniária por pena de advertência ou a redução do valor da multa.

O Juízo *a quo* julgou improcedentes os embargos à execução, julgando extinto o processo. Deixou de condenar a embargante ao pagamento de honorários em virtude do encargo legal, que lhes faz as vezes.

Irresignada, a apelante arguiu/pleiteou:

a) preliminarmente, a nulidade da sentença por cerceamento de defesa, diante da necessidade de produção de prova pericial, porquanto a medição dos produtos deveria ter sido realizada no local onde os produtos foram fabricados e não nos locais de venda e distribuição;

b) preliminarmente, que há matéria de ordem pública a ser analisada, no que toca a nulidades no processo administrativo, referentes ao preenchimento do Quadro Demonstrativo objeto tanto da Execução Fiscal quanto dos Embargos à Execução, quanto a ausência de critérios para aplicação da multa nos termos do art. 9º-A da Lei 12.545/2011;

c) a ausência de regulamento para quantificação da multa, resultando na inobservância ao art. 9º-A da Lei 9.933/99, tendo em vista a ausência de critérios para quantificação do valor aplicado, consequentemente tornando o ato ilegal. Asseverou que não há os critérios objetivos para aplicação da multa e que, no caso concreto, o valor aplicado mostra-se desproporcional e abusivo;

d) que os produtos periciados nestes autos não saíram da fábrica da empresa Apelante abaixo da média mínima legal, sendo forçoso reconhecer que suposta diferença alegada pelo Apelado, ainda que irrisória, pode ser resultante do armazenamento incorreto em local e condições inapropriadas, as quais a Apelante desconhece, ou ainda, da inadequada medição;

e) a necessidade da gradação da pena, sendo que a advertência deveria ter sido primeiramente aplicada e não pena de multa;

f) a ausência de informações acerca da forma como os produtos submetidos a exame são transportados e armazenados, o que torna impossível ter conhecimento se as mercadorias sofreram queda, influência de calor, frio em excesso, entre outras variantes;

g) a necessidade de afastar a penalidade da multa imposta, considerando a ausência de motivação e fundamentação da decisão administrativa, em afronta ao art. 19 da Resolução n.º 8 do CONMETRO e aos arts. 2º e 50 da Lei 9784/99, bem como aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

O **Inmetro** apresentou contrarrazões.

Subiram os autos a esta E. Corte.

É o sucinto relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5011165-22.2017.4.03.6182

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

Nos presentes autos verifica-se que a embargante sofreu a autuação administrativa em decorrência da divergência do peso constante na embalagem do produto e o apurado pela fiscalização.

Dos documentos trazidos aos autos extrai-se que o Inmetro coletou amostras do produto:

- “*WAFER RECHEADO SABOR BAUNILHA*”, marca *NEGRESKO*, embalagem *PLÁSTICA*, com conteúdo nominal de 110 g”

Depreende-se, ainda, que a apelante foi comunicada acerca do agendamento da perícia metroológica, via *fax* (p. 7 – Id 107347150).

Pois bem

De início, afasto a alegação de nulidade da sentença por cerceamento de defesa.

O juízo *a quo* entendeu impertinente a produção de prova pericial, uma vez que novas averiguações sobre produtos constantes na fábrica, distintos dos lotes sobre os quais recaiu a análise do INMETRO, seria inútil para o julgamento do mérito.

Como é cediço, incumbe ao julgador apreciar a utilidade e a pertinência da prova requerida e indeferi-la caso ausentes os requisitos legais. Nesse sentido dispõe o parágrafo único, do art. 370, do CPC:

Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

De fato, a realização de perícia sobre produtos semelhantes coletados na fábrica é irrelevante para o deslinde da controvérsia.

Isso porque a perícia recairia sobre lotes de épocas diferentes, os quais não poderiam servir como parâmetro para invalidar a perícia do INMETRO sobre os produtos recolhidos nos pontos de venda em data pretérita.

Assim, não se vislumbra haver ilegalidade na decisão do Juízo *a quo* que, ao entender que a perícia é impertinente no caso concreto, fundamentadamente a indefere.

Passo à análise do mérito.

In casu, verifica-se que a apelante não logrou bom êxito em comprovar qualquer mácula na perícia administrativa que concluiu pela divergência de peso nos produtos indicados no laudo.

A apelante não apontou concretamente qualquer erro no procedimento adotado pelo INMETRO que pudesse enfraquecer as conclusões dos laudos produzidos pela autoridade administrativa, conclusivos no sentido de reprovar os produtos.

Nesse ponto, destaca-se que o ato administrativo é revestido pela presunção de veracidade e legitimidade. Referida presunção não é absoluta, uma vez que pode ser afastada caso sejam trazidos elementos probatórios suficientes para comprovar eventual ilegalidade.

No caso dos autos, não se trata de atribuir à perícia administrativa valor absoluto, mas, de outro modo, de constatar que a autuada não trouxe elementos robustos capazes de infirmar tal presunção.

De mais a mais, o Dossiê de Fabricação, juntados pela apelante (Id. 68626353), o qual indica os critérios de qualidade do produto e segurança no processo de produção, não têm o condão de comprovar eventual desacerto nas conclusões da perícia administrativa.

Dessa feita, inexistente nos autos suficiente substrato probante para comprovar que as conclusões da perícia são incorretas.

Noutro ponto, observo que o auto de infração observou todos os requisitos do art. 7º e seguintes da Resolução 08/2006 do CONMETRO. Confira-se:

Art. 7º. Deverá constar do auto de infração:

I - local, data e hora da lavratura;

II - identificação do autuado;

III - descrição da infração;

IV - dispositivo normativo infringido;

V - indicação do órgão processante;

VI - identificação e assinatura do agente autuante;

Art. 8º. O auto de infração deverá ser lavrado em 2 (duas) vias de igual teor, destinando-se a primeira à instauração do processo administrativo e a segunda ao autuado, para conhecimento da autuação, adoção das medidas corretivas e providências necessárias.

Art. 9º. De acordo com a conveniência administrativa, o auto de infração poderá ser lavrado no ato da fiscalização ou em momento posterior:

§ 1º No caso da lavratura no ato da fiscalização, deverão constar do auto de infração, ainda, a assinatura do autuado, a indicação do prazo e do local para oferecimento da defesa.

§ 2º Negando-se o autuado a assinar o auto de infração ou qualquer outro documento com que seja notificado, tal circunstância será registrada, sem prejuízo à continuidade do processo.

Art. 10. A notificação da autuação poderá ser efetivada em momento diverso da lavratura do auto de infração, inclusive por meio eletrônico hábil.

Outro ponto é que a especificação da sanção não é requisito obrigatório do auto de infração, mormente porque a dosimetria da pena é realizada no bojo do devido processo administrativo no qual são colhidos, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, todos os elementos necessários para que seja individualizada a sanção, como ocorreu no caso concreto.

Igualmente, não assiste razão à apelante quanto à impossibilidade de que os produtos tenham sido colhidos nos pontos de venda, e não na fábrica, por não poder se responsabilizar por possível defeito no transporte e mau acondicionamento das mercadorias que possam ter acarretado a variação no peso do produto.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 39, estabelece as práticas abusivas que são vedadas ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre elas, a prevista em seu inciso VIII, que assim dispõe:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

(...)

VIII - colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normatização e Qualidade Industrial (Conmetro).

Por sua vez, os artigos 1º e 5º da Lei n.º 9933/99 preconizam:

Art. 1º Todos os bens comercializados no Brasil, insumos, produtos finais e serviços, sujeitos a regulamentação técnica, devem estar em conformidade com os regulamentos técnicos pertinentes em vigor.

Art. 5º As pessoas naturais ou jurídicas, públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, que atuem no mercado para prestar serviços ou para fabricar, importar, instalar, utilizar, reparar, processar, fiscalizar, montar, distribuir, armazenar, transportar, acondicionar ou comercializar bens são obrigadas ao cumprimento dos deveres instituídos por esta Lei e pelos atos normativos expedidos pelo Conmetro e pelo Inmetro, inclusive regulamentos técnicos e administrativos. (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

De acordo com o que restou apurado pela fiscalização, a autora é fabricante de produto reprovado no critério da individual por divergência entre o peso encontrado e o que consta na embalagem, violando, pois, a legislação metrológica acerca da matéria.

A apelante se sujeitou, então, à disciplina dos arts. 7º e 8º da Lei 9933/99, que estabelece:

Art. 7º Constituirá infração a ação ou omissão contrária a qualquer das obrigações instituídas por esta Lei e pelos atos expedidos pelo Conmetro e pelo Inmetro sobre metrologia legal e avaliação da conformidade compulsória, nos termos do seu decreto regulamentador. (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

Art. 8º Caberá ao Inmetro ou ao órgão ou entidade que detiver delegação de poder de polícia processar e julgar as infrações e aplicar, isolada ou cumulativamente, as seguintes penalidades: (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

I - advertência;

II - multa;

III - interdição;

IV - apreensão;

V - inutilização; (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

VI - suspensão do registro de objeto; e (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

VII - cancelamento do registro de objeto. (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

Parágrafo único. Na aplicação das penalidades e no exercício de todas as suas atribuições, o Inmetro gozará dos privilégios e das vantagens da Fazenda Pública.

Ressalte-se, por oportuno, que a violação aos direitos consumeristas atrai a responsabilidade objetiva e solidária do fabricante por vícios de quantidade dos produtos, nos termos do art. 18 do CDC:

*Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis **respondem solidariamente** pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor; assim como por aqueles decorrentes da **disparidade**, com a indicações constantes do recipiente, da **embalagem**, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.*

Assim, tratando-se de responsabilidade objetiva, descabe fazer incursão no elemento subjetivo do fabricante, ou seja, se teve culpa ou dolo no tocante ao vício do produto verificado pela autoridade.

Mesmo porque a responsabilização marcada por sua natureza solidária inviabiliza que sejam acolhidas as alegações da fabricante no sentido de existir a possibilidade de o vício ter se originado no transporte ou acondicionamento do produto.

Nesse sentido, é a jurisprudência dos Tribunais Federais:

APELAÇÃO CÍVEL. MULTA ADMINISTRATIVA. INMETRO. RESPONSABILIDADE DO FABRICANTE POR VÍCIOS DE QUANTIDADE DOS PRODUTOS. 1. Rejeitado o agravo retido, pois dispensável a produção de prova oral, porquanto a responsabilidade do fabricante por vícios de quantidade dos produtos é solidária e objetiva, conforme o Código de Defesa do Consumidor: ***2. Em razão dessa responsabilidade solidária e objetiva é que o fornecedor responde pelos vícios de quantidade do produto quando seu conteúdo líquido for inferior às indicações constantes da embalagem, não servindo, para eximir-se dessa responsabilidade, a alegação de que as alterações de peso se deram por supostas violações das embalagens após a saída do estabelecimento industrial.*** Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

(AC - APELAÇÃO CIVEL 2004.71.14.003267-6, MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA, TRF4 - TERCEIRA TURMA, D.E. 10/02/2010.)

Outrossim, é dever do fabricante adotar as medidas adequadas para assegurar que o produto chegue ao consumidor como o peso indicado na embalagem.

Por esse motivo, é possível que as amostras sejam colhidas fora do estabelecimento do fabricante, pois a fiscalização deve, de fato, recair sobre todas as fases da comercialização.

Ademais, se, conforme alega a própria apelante, o produto está sujeito a perdas previsíveis inerentes ao transporte e acondicionamento, a infração se configura diante da omissão do fabricante em diligenciar que ao curso da cadeia de fornecimento seja preservada a fidelidade quantitativa da mercadoria em que apõe sua marca.

Destarte, descabido o acolhimento da tese no sentido de que a possibilidade da existência de defeitos no transporte e no acondicionamento da mercadoria seria suficiente para afastar sua responsabilização.

Em idêntico sentido, são os seguintes precedentes deste. E. Tribunal:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. INMETRO. LEGALIDADE PARA ESTABELECEMOS NORMAS TÉCNICAS E EDITAR REGULAMENTOS. AUTUAÇÃO FUNDAMENTADA NOS ARTIGOS 1º A 5º DA LEI 9.933/99 E PORTARIAS INMETRO 74/1995 E 96/2000. RESPONSABILIDADE DE TERCEIRO. NÃO COMPROVAÇÃO. CONTINUIDADE DA INFRAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Rejeitada a preliminar de nulidade, pois a sentença encontra-se fundamentada e o fato de não ter sido explícita na rejeição da alegação de infração continuada não a torna nula, na medida em que evidenciado o reconhecimento da autonomia das infrações para efeito de autuação. A análise sucinta de tal questão não se confunde com falta de motivação, sobretudo quando diz respeito ao mérito devolvido pela própria apelação ao reexame do Tribunal.

2. A Lei 9.933/1999 atribuiu ao INMETRO competência para elaborar regulamentos técnicos na área de Metrologia. As Portarias 74/1995 e 96/2000 do INMETRO aprovaram o Regulamento Técnico Metrológico, fixando os critérios de verificação do conteúdo líquido de produtos pré-medidos com conteúdo nominal igual e comercializados nas grandezas de massa e volume.

3. O exame dos autos revela que, a embargante, em fiscalização realizada pelo INMETRO/RS, em estabelecimento comercial situado em Uruguaiana/RS, foi autuada (AI 1213553) em 29/04/03 "por verificar que o produto TEMPERO - LÍQ. C/VINHO TINTO, marca SÓ FALTA O SAL, embalagem PLÁSTICA, conteúdo nominal 730 ml comercializado pelo autuado, exposto à venda, foi reprovado, em exame pericial quantitativo, nos critérios individual e da média conforme Laudo de Exame Quantitativo de Produtos Pré-Medidos, número 305820, que faz parte integrante do presente auto.", o que constitui "infração ao disposto nos artigos 1º e 5º, da Lei nº 9933/1999, c/c o item 4, subitens 5.2 e 5.1 do Regulamento Técnico Metrológico, aprovado pelo art. 1º da Portaria INMETRO nº 096/2000".

(...)

8. Não cabe admitir a alegação de que a infração deve ser atribuída ao comerciante, por acondicionamento inadequado do produto. A responsabilidade de terceiro não restou comprovada, até porque se trata de infração relacionada à fase de produção do produto, com variação a menor do peso do conteúdo frente ao declarado na embalagem.

9. Não procede a alegação de continuidade da infração administrativa, sendo válidas as duas autuações sofridas pela embargante. Os locais das coletas dos produtos são diferentes e longínquos, situados nas cidades de Capivari, Estado de São Paulo e em Uruguaiana, Estado do Rio Grande do Sul.

10. Seja pelo ângulo da apuração técnica da infração, seja pelo aspecto do enquadramento da conduta com base na legislação aplicável, não existe qualquer vício ou ilegalidade a decretar; tendo sido regular a apuração das infrações e aplicação das respectivas penalidades, em conformidade com a firme e consolidada jurisprudência.

11. Apelação desprovida.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2151343 - 0013923-88.2016.4.03.9999, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 02/06/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/06/2016)

ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. INMETRO. PENALIDADE COM BASE EM PORTARIA DO INMETRO E RESOLUÇÃO DO CONMETRO. LEGALIDADE. PRECEDENTES DO STJ. PRELIMINAR REJEITADA. MULTA. PESO INFERIOR. PORTARIA N. 02/82. PERDA NATURAL DO PRODUTO. FATO PREVISTO NO ITEM 26 DA RESOLUÇÃO 11/88 DO CONMETRO. PÃO FRANCÊS. COMERCIALIZAÇÃO EM DESACORDO COMO DISPOSTO NOS ITENS 4 E 5.1.2 DO RTM APROVADO PELA PORTARIA INMETRO N. 074/95. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO QUANTITATIVA. PRODUTOS COM DUPLA INDICAÇÃO QUANTITATIVA. RESOLUÇÃO 11/88 DO CONMETRO. BALANÇA COM LACRE ROMPIDO. INFRAÇÃO AO ITEM 4.1.2.4 DO RTM C/C ARTS. 1º E 5º DA PORTARIA INMETRO N. 236/94.

I - Legalidade da aplicação de penalidade com base em Portaria do INMETRO. Precedentes do STJ. Preliminar de nulidade dos procedimentos administrativos rejeitada.

II - A farta documentação juntada pelo Embargado com sua impugnação comprova que a empresa, efetivamente, estava comercializando os produtos "feijão carioca", "salame hamburguês", "queijo tipo reino", "pão francês" e "salame italiano", com peso inferior ao constante das respectivas embalagens, com erro médio e/ou individual superior ao tolerado.

III - Legalidade da Portaria INMETRO n. 02/82, expedida objetivando uniformizar as tolerâncias admitidas nos exames quantitativos de mercadorias pré-medidas, com considerações técnicas sobre pesos e medidas dos produtos.

IV - A variação de peso do produto, em função de sua natureza e característica, não elide a infração, pois sendo fato objetivamente previsível, deve o fornecedor eleger métodos para substituição do produto a tempo ou para seu melhor acondicionamento, de modo a retardar ou eliminar esta perda.

V - Necessidade de constar da embalagem a ressalva de "quantidade mínima", nos termos do disposto no item 26 da Resolução CONMETRO n. 11/88.

VI - Consoante verificado dos documentos acostados aos autos, quando da realização dos exames os produtos estavam dentro do prazo de validade, aptos ao consumo, cabendo ao comerciante fazer chegar ao consumidor a quantidade expressamente indicada na embalagem.

(...)

XIII - Apurado em flagrante pelo agente fiscal metrológico o funcionamento da balança com o lacre rompido, em infração ao disposto no item acima referido.

XIV - Sanção aplicada desde que apurado o fato em desacordo com as regras fixadas, independentemente da verificação da culpa do fabricante ou do comerciante.

XV - Reconhecida pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) a utilidade da sistemática de metrologia e normalização à proteção do consumidor; ao caracterizar como abusiva a colocação, no mercado de consumo, de produto em desacordo com as normas estabelecidas (art. 39, inciso VIII).

XVI - Inversão dos ônus de sucumbência.

XVII - Remessa Oficial provida. Apelação provida.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 555785 - 0113514-19.1999.4.03.9999, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL REGINA COSTA, julgado em 10/12/2009, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/01/2010 PÁGINA: 901)

Quanto à alegação da apelante no sentido de que a infração deveria dar ensejo à sanção de advertência, e não à multa, cabe pontuar que não há na legislação norma que preconize a aplicação sucessiva das sanções estabelecidas na Lei n.º 9.933/99 e determine que a aplicação da multa deva ser condicionada à prévia advertência. O órgão fiscalizador, portanto, possui discricionariedade na escolha da pena aplicável, de modo que é infenso ao Poder Judiciário adentrar o mérito administrativo, em observância ao princípio da Separação dos Poderes.

Nesse sentido, esta C. Turma firmou o entendimento no sentido de que: “quanto à fixação e quantificação da penalidade a ser aplicada, se advertência ou multa, encontram-se no campo de discricionariedade da Administração Pública, competindo ao Poder Judiciário, tão somente, verificar se foram obedecidos os parâmetros legais, como no caso em tela” (TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1997333 - 0026400-17.2014.4.03.9999, Rel. JUIZ CONVOCADO MARCIO CATAPANI, julgado em 21/11/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/11/2018)

No mesmo sentido, são os seguintes precedentes deste Tribunal:

ADMINISTRATIVO. COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTOS EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO EM VIGOR. RESOLUÇÃO CONMETRO N. 02/2001. REGULAMENTO TÉCNICO DE ETIQUETAGEM. MULTA. GRADAÇÃO LEGAL. CERCEAMENTO DE DEFESA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO. INOVAÇÃO RECURSAL. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. A parte autora foi autuada pelo INMETRO, em 11.12.2003, devido à comercialização de calça e camisetas em desacordo com o Regulamento Técnico sobre Etiquetagem de Produtos Têxteis, aprovado pela Resolução CONMETRO n. 02/2001.

2. Cumpre registrar que a expedição da Nota Técnica DQUAL n. 06/2002, pela Diretoria de Qualidade do INMETRO, no sentido de prorrogar o prazo das exigências contidas no Regulamento Técnico de Etiquetagem e permitir a comercialização de produtos estocados sem a observância das novas regras, não se aplica ao caso em comento.

3. Isto porque, de acordo com a Resolução CONMETRO n. 01/2002, tais regras passaram a ser exigíveis em relação aos estoques a partir de 12.10.2003, ou seja, dois meses antes da lavratura do Auto de Infração n. 1150184. Além disso, a nota fiscal juntada aos autos não discrimina as mercadorias adquiridas pela autora no ano de 1998, sendo impossível concluir que os produtos fiscalizados em 2003, já se encontravam estocados no estabelecimento há cinco anos.

4. Outrossim, a aplicação da pena de multa não está condicionada à prévia advertência, pois, conquanto o art. 8º da Lei n. 9.933/1999 traga um rol sucessivo das sanções, a Administração não está obrigada a estabelecer uma antes da outra.

5. Por fim, de rigor seja reconhecida a inovação recursal no tocante ao valor da multa arbitrada e à alegação de cerceamento de defesa no processo administrativo, porquanto ambas as teses não foram aventadas em primeiro grau de jurisdição, o que impede sua análise em grau de recurso.

6. Precedentes.

7. Sentença mantida.

8. Apelação desprovida.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1327044 - 0013538-23.2004.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, julgado em 30/11/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/12/2017)

ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. INMETRO. LEI Nº 9.933/99 - ATOS NORMATIVOS REFERENTES À METROLOGIA. LEGALIDADE. MULTA ADMINISTRATIVA. VALOR FIXADO DENTRO DO LIMITE LEGAL. FIXAÇÃO E QUANTIFICAÇÃO DA PENALIDADE A SER APLICADA. CAMPO DE DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

I - Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial instituído pela Lei nº 5.966/73 (art. 1º), com a finalidade de formular e executar a política nacional de metrologia, normalização industrial e certificação de qualidade de produtos industriais.

II - Criados o CONMETRO - Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, órgão normativo do mencionado Sistema (art. 2º) e o INMETRO - Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, órgão executivo central daquele Sistema (arts. 4º e 5º) também pelo mencionado diploma legal.

III - Definido no art. 9º dessa norma como infração o desrespeito a dispositivos da Lei nº 5.966/73 e das normas baixadas pelo CONMETRO, caracterizando o infrator como aquele que pratica a infração e definindo as penalidades a serem aplicadas, inclusive estabelecendo o valor máximo da multa, contendo, assim, todos os elementos essenciais à aplicação das penalidades que prevê.

IV - A Lei n. 9.933/99 contém todos os elementos essenciais à aplicação das penalidades previstas. Legalidade da aplicação de penalidade com base em Resolução do CONMETRO. Precedentes do STJ.

V. O artigo 2º da Lei nº 9.933/99 estabelece caber ao CONMETRO e ao INMETRO (em determinadas áreas) expedir atos normativos e regulamentos técnicos, nos campos da Metrologia e de Avaliação de Conformidade de produtos, de processos e de serviços, de forma que o Regulamento Técnico Metrológico que embasou a lavratura dos autos de infração apresenta conformidade legal, porquanto expedido por órgão competente para regulamentação normativa.

VI. O artigo 3º do referido diploma legal outorga competência ao INMETRO para elaborar e expedir, com exclusividade, regulamentos técnicos na área de Metrologia, abrangendo o controle das quantidades com que os produtos, previamente medidos sem a presença do consumidor, são comercializados, cabendo-lhe determinar a forma de indicação das referidas quantidades.

VII. Não há se falar em incompetência ou falta de previsão legal, seja para o exercício do poder de polícia, seja para aplicação das penalidades, que foram regular e cuidadosamente enunciados pela legislação e, ademais, podem ser regulamentados tanto pelo CONMETRO, quanto pelo INMETRO, neste último caso vinculadamente ao primeiro.

VIII. Não fere o princípio da legalidade o fato de a lei atribuir a posterior normatização administrativa detalhes técnicos que, por demandarem de conhecimento técnico-científico apurado, cuja evolução é peculiarmente dinâmica, necessitam de atualização constante, de modo que não se trata de inovação, mas, sim, adequação à execução concreta com o objetivo de conferir à norma uma maior efetividade. Por mais isso, não há que se falar em ausência de regulamentação.

IX - As infrações às obrigações previstas na legislação metrológica possuem natureza objetiva, justamente pela presunção de prejuízo ao consumidor; independentemente, assim, da intenção ou não do comerciante de gerar prejuízo a quem adquire seus produtos.

X - Reconhecido pelo CDC (art. 39, VIII, com a redação dada pela Lei nº 8.884/94), como útil à proteção do consumidor a sistemática da metrologia e normalização, ao caracterizar como abusiva a prática de colocar, no mercado de consumo, produto em desacordo com as normas.

XI - Obrigatoriedade do fornecimento de informações claras ao consumidor que se aplica não só ao fabricante do produto, mas também ao estabelecimento responsável pelo comércio ou distribuição do mesmo, na esteira do previsto no art. 5º, da Lei nº 9.933/99.

XII - Sanção aplicada desde que apurado o fato em desacordo com as normas, independentemente da verificação da culpa do fabricante ou do comerciante.

XX - Roupas comercializadas pela embargante com denominação das fibras do tecido em desacordo com o estabelecido nas normas metrológicas.

XIII - Multa dentro do limite do quantum previsto no inciso I, do art. 9º, da Lei nº 9.933/99. Para aplicação da penalidade, a autoridade competente leva em consideração, além da gravidade da infração, a vantagem auferida pelo infrator, sua condição econômica e seus antecedentes e o prejuízo causado ao consumidor.

XIV - A Administração Pública deve se nortear pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade na aplicação de penalidades, sendo cabível sua revisão judicial caso se mostrem exorbitantes. Afastada tal hipótese, é vedada a atuação do Poder Judiciário, haja vista a margem de discricionariedade com que conta a autoridade administrativa quanto aos atos de sua competência.

XV - A fixação e quantificação da penalidade a ser aplicada, se advertência ou multa, encontram-se no campo de discricionariedade da Administração Pública, competindo ao Poder Judiciário, tão somente, verificar se foram obedecidos os parâmetros legais, como no caso em tela.

XVI - Recurso de apelação improvido.

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1473530 - 0005208-77.2008.4.03.6106, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA, julgado em 15/08/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:20/09/2018)

ADMINISTRATIVO - EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA - IPEM/SP - APLICAÇÃO DE PENALIDADE - SUBSTITUIÇÃO DA PENA DE MULTA POR ADVERTÊNCIA - DISCRICIONARIEDADE NA ESCOLHA DA SANÇÃO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - ART. 20, §§ 3º E 4º, CPC/73 - EQUIDADE - REDUÇÃO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A parte autora/apelante foi autuada por afronta aos arts. 1º e 5º da Lei 9.933/1999 por comercializar fita isolante reprovada em exame pericial quantitativo, nos critérios individual e média, estando em desacordo com as especificações contidas no item 4 e subitem 4.2.1, tabela III, e 4.2.2, tabela IV do Regulamento Técnico Metrológico, aprovado pelo art. 1º Portaria INMETRO 166/2003, vindo a ser penalizada com a oposição de multa no valor de R\$ 1.845,72.

2. A multa aplicada está adequada aos parâmetros legais (art. 9º, caput, da Lei nº 9.933/99) e levou em consideração as circunstâncias fáticas do caso concreto, inexistindo violação aos princípios da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade. Além disso, a parte apelante pôde impugná-la e exerceu livremente seus meios de defesa no âmbito do processo administrativo, restando preservado os princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

3. Inexiste dispositivo legal que preceitue a aplicação sucessiva das penas por infração aos dispositivos da Lei 9.933/99, de molde a dar precedência à penalidade da advertência. Assim, a escolha da penalidade aplicável decorre do poder discricionário da autoridade fiscalizadora, sendo vedado ao Judiciário sua modificação, salvo em hipóteses de flagrante ilegalidade ou abuso de poder, inócenas na espécie.

4. Estando comprovada a prática do ilícito administrativo, a multa se torna devida independentemente da ocorrência de culpa ou dolo do infrator; uma vez que o caso em tela trata de responsabilidade objetiva.

5. Segundo orientação reafirmada pelo Superior Tribunal de Justiça no Resp. 1102578/MG, submetido ao rito dos recursos especiais repetitivos, "estão revestidas de legalidade as normas expedidas pelo CONMETRO e INMETRO, e suas respectivas infrações, com o objetivo de regulamentar a qualidade industrial e a conformidade de produtos colocados no mercado de consumo, seja porque estão esses órgãos dotados da competência legal atribuída pelas Leis 5.966/1973 e 9.933/1999, seja porque seus atos tratam de interesse público e agregam proteção aos consumidores finais" (Resp. 1.102.578/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon).

6. Em atenção aos critérios do art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC/73, sem descurar dos parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade, de rigor a redução dos honorários advocatícios para R\$ 900,00, corrigido na forma da Res. 267/13 do CJF.

7. Recurso de apelação parcialmente provido.

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1781573 - 0020272-43.2011.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, julgado em 20/06/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:06/07/2018)

In casu, vislumbro que a aplicação da multa, bem como o respectivo valor atribuído, não desborda dos parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade.

Isso porque o art. 9º da Lei n.º 9.933/99 estabelece os parâmetros que devem ser observados na aplicação da multa pela autoridade administrativa:

Art. 9º A pena de multa, imposta mediante procedimento administrativo, poderá variar de R\$ 100,00 (cem reais) até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais). (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

§ 1º Para a gradação da pena, a autoridade competente deverá considerar os seguintes fatores: (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

I - a gravidade da infração; (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

II - a vantagem auferida pelo infrator; (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

III - a condição econômica do infrator e seus antecedentes; (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

IV - o prejuízo causado ao consumidor; e (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

V - a repercussão social da infração. (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

Nesse contexto, entendo que o valor da multa, fixado no patamar de R\$ 8.775,00, não se afigura desproporcional ou ilegal, uma vez que atende às finalidades da sanção e aos parâmetros estabelecidos na lei (art. 9º da Lei n.º 9.933/99), principalmente em vista à condição econômica da autuada e a reincidência noticiada.

Ademais, além do caráter punitivo e repressivo no caso da ocorrência da infração, a multa também possui viés preventivo no que se refere à coerção sobre o comportamento do fabricante dos produtos para que observe a legislação protetiva ao consumidor.

Dessa forma, inexistente manifesta ilegalidade ou desproporcionalidade na pena aplicada que torne legítima a incursão do Poder Judiciário no mérito do ato administrativo discricionário.

Em caso análogo, essa C. Turma já decidiu:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. INMETRO. AUTO DE INFRAÇÃO. ARTIGOS 8º E 9º DA LEI 9.933/1999. MULTA. DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO. APELO DESPROVIDO.

1. Em razão de desconformidade em etiqueta, foi lavrado auto de infração, com fundamento nos artigos 8º e 9º da Lei 9.933/1999, e aplicada multa no valor originário de R\$ 753,11, acima do piso de R\$ 100,00, mas longe do teto de R\$ 50.000,00, previsto para infrações leves (artigo 9º, I, da Lei 9.933/1999), inexistindo, pois, violação ao princípio da razoabilidade ou proporcionalidade.

2. Improcedente a alegação da autora de que tem direito, por se tratar de primeira autuação, à penalidade de mera advertência, ou que sua infração não foi grave o suficiente para aplicação de multa.

3. Configura mérito administrativo o juízo formulado, no tocante à sanção mais adequada ao caso concreto e, ademais, o próprio valor da multa imposta revela que foram consideradas as circunstâncias legais aplicáveis no arbitramento administrativo, não restando espaço para reputar ilegal o auto de infração.

4. *Apelação desprovida.*

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2201262 - 0000536-57.2016.4.03.6102, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 15/02/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:24/02/2017)

ADMINISTRATIVO. IPEM-SP/INMETRO. AUTO DE INFRAÇÃO. VIOLAÇÃO DO LACRE DAS BOMBAS DE COMBUSTÍVEIS. MULTA. ALEGAÇÕES DE NULIDADE AFASTADAS. APELO DESPROVIDO.

1. A escolha e quantificação da penalidade aplicável é atividade administrativa enquadrada no âmbito do poder discricionário da autoridade fiscalizadora, descabendo, a princípio, a intervenção do Poder Judiciário, salvo quando evidenciada ilegalidade ou notória falta de razoabilidade, o que incorre no caso em exame. Precedentes do C. STJ e deste Tribunal.

2. Não se verifica nenhuma ilegalidade na aplicação da pena de multa, porquanto fixada entre o mínimo e máximo previsto em lei.

3. Tampouco se mostra irrazoável ou desproporcional o montante estipulado, se comparado ao valor do capital social da empresa, e se considerada a gravidade da infração cometida e sua reincidência.

4. Não se verificando qualquer ilegalidade, ou ausência de razoabilidade ou de proporcionalidade na multa aplicada à apelante infratora, há que se respeitar a discricionariedade atribuída à Autoridade Fiscalizadora.

5. *Apelação desprovida.*

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2191784 - 0012596-50.2012.4.03.6119, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA, julgado em 03/10/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:24/10/2018)

Ante o exposto, **nego provimento** à apelação, conforme fundamentação supra.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. INDEFERIMENTO DE PERÍCIA. NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. MULTA ADMINISTRATIVA. INMETRO. DIVERGÊNCIA ENTRE PESO REAL E PESO NOMINAL. REPROVAÇÃO DO PRODUTO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADES NA PERÍCIA ADMINISTRATIVA. VALOR DA MULTA APLICADA DENTRO DOS LIMITES DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. Caso em que a embargante sofreu a autuação administrativa em decorrência da divergência do peso constante na embalagem do produto e o apurado pela fiscalização.
2. Alegação de nulidade da sentença por cerceamento de defesa afastada. A realização de perícia sobre produtos semelhantes coletados na fábrica é irrelevante para o deslinde da controvérsia. Isso porque a perícia recairia sobre lotes de épocas diferentes, os quais não poderiam servir como parâmetro para invalidar a perícia do INMETRO sobre os produtos recolhidos nos pontos de venda em data pretérita.
3. A apelante não logrou bom êxito em comprovar qualquer mácula na perícia administrativa que concluiu pela divergência de peso nos produtos indicados no laudo, bem como não apontou concretamente qualquer erro no procedimento adotado pelo INMETRO que pudesse enfraquecer as conclusões dos laudos produzidos pela

autoridade administrativa, conclusivos no sentido de reprovarem os produtos.

4. O ato administrativo é revestido pela presunção de veracidade e legitimidade. Referida presunção não é absoluta, uma vez que pode ser afastada caso sejam trazidos elementos probatórios suficientes para comprovar eventual ilegalidade. No caso dos autos, não se trata de atribuir à perícia administrativa valor absoluto, mas, de outro modo, de constatar que a autuada não trouxe elementos robustos capazes de infirmar tal presunção.
5. De acordo com o que restou apurado pela fiscalização, a autora é fabricante de produto reprovado no critério individual por divergência entre o peso encontrado e o que consta na embalagem, violando, pois, a legislação metroológica acerca da matéria.
6. A violação aos direitos consumeristas atrai a responsabilidade objetiva e solidária do fabricante por vícios de quantidade dos produtos, nos termos do art. 18 do CDC.
7. Tratando-se de responsabilidade objetiva, descabe fazer incursão no elemento subjetivo do fabricante, ou seja, se teve culpa ou dolo no tocante ao vício do produto verificado pela autoridade. Mesmo porque a responsabilização marcada por sua natureza solidária inviabiliza que sejam acolhidas as alegações da fabricante no sentido de existir a possibilidade de o vício ter se originado no transporte ou acondicionamento do produto.
8. É dever do fabricante adotar as medidas adequadas para assegurar que o produto chegue ao consumidor com o peso indicado na embalagem. Por esse motivo, é possível que as amostras sejam colhidas fora do estabelecimento do fabricante, pois a fiscalização deve, de fato, recair sobre todas as fases da comercialização.
9. O produto está sujeito a perdas previsíveis inerentes ao transporte e acondicionamento, a infração se configura diante da omissão do fabricante em diligenciar que ao curso da cadeia de fornecimento seja preservada a fidelidade quantitativa da mercadoria em que apõe sua marca.
10. Quanto à fixação e quantificação da penalidade a ser aplicada, se advertência ou multa, encontram-se no campo de discricionariedade da Administração Pública, competindo ao Poder Judiciário, tão somente, verificar se foram obedecidos os parâmetros legais.
11. Além do caráter punitivo e repressivo no caso da ocorrência da infração, a multa também possui viés preventivo no que se refere à coerção sobre o comportamento do fabricante dos produtos para que observe a legislação protetiva ao consumidor.
12. Apelação não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5028244-96.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) AGRAVANTE: MICHELLE VALENTIN BUENO - SP231242-N

AGRAVADO: CERAMICA SAVANE LTDA

Advogado do(a) AGRAVADO: NELSON WILIANS FRATONI RODRIGUES - SP128341-A

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5028244-96.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) AGRAVANTE: MICHELLE VALENTIN BUENO - SP231242-N

AGRAVADO: CERAMICA SAVANE LTDA

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 23/06/2020 2130/4253

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela União Federal, em face de decisão que, em sede de cumprimento de sentença (autos nº 0002772-52.2002.4.03.6108), reconheceu a inconstitucionalidade do art. 29 da Lei 13.327/16, o qual prevê o cabimento de honorários sucumbenciais, nas causas em que a União Federal ou suas entidades autárquicas e fundacionais forem vencedoras, em favor dos membros de suas carreiras de advocacia pública.

A agravante aduz que o referido dispositivo não viola o regime de remuneração por subsídio previsto constitucionalmente. Argumenta que a verba honorária tem natureza alimentar e constitui direito de todos os advogados.

Requer a atribuição de efeitos suspensivos ao presente recurso, bem como seu provimento para determinar que os valores depositados pela executada sejam transformados em pagamento, mediante o recolhimento via DAREF, código 2864.

Sem contraminuta, os autos vieram conclusos.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5028244-96.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) AGRAVANTE: MICHELLE VALENTIN BUENO - SP231242-N
AGRAVADO: CERAMICA SAVANE LTDA
Advogado do(a) AGRAVADO: NELSON WILIANS FRATONI RODRIGUES - SP128341-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A questão posta nos autos diz respeito à possibilidade de pagamento de honorários advocatícios a advogados públicos, nas causas em que a Fazenda Pública Federal restar vencedora.

De início, é sabido o atual Código de Processo Civil, em seu art. 85, §19º, prevê expressamente:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

(...)

§ 19. Os advogados públicos perceberão honorários de sucumbência, nos termos da lei.

Como efeito, dispõe a Lei 13.327/16:

Art. 27. Este Capítulo dispõe sobre o valor do subsídio, o recebimento de honorários advocatícios de sucumbência e outras questões que envolvem os ocupantes dos cargos:

I - de Advogado da União;

II - de Procurador da Fazenda Nacional;

III - de Procurador Federal;

IV - de Procurador do Banco Central do Brasil;

V - dos quadros suplementares em extinção previstos no art. 46 da Medida Provisória nº 2.229-43, de 6 de setembro de 2001.

(...)

Art. 29. Os honorários advocatícios de sucumbência das causas em que forem parte a União, as autarquias e as fundações públicas federais pertencem originariamente aos ocupantes dos cargos de que trata este Capítulo.

Parágrafo único. Os honorários não integram o subsídio e não servirão como base de cálculo para adicional, gratificação ou qualquer outra vantagem pecuniária.

Sobre este aspecto, o C. Superior Tribunal de Justiça já se manifestou:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 03/STJ. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 489 E 1.022 DO CPC/2015. INOCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. ANÁLISE. IMPOSSIBILIDADE. INOVAÇÃO EM SEDE DE AGRAVO INTERNO. IMPOSSIBILIDADE. REENQUADRAMENTO FUNCIONAL. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. ATO CONCRETO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. CONTROVÉRSIA QUE EXIGE ANÁLISE DE PORTARIA. MATÉRIA INSUSCETÍVEL DE APRECIÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. TITULARIDADE DO ADVOGADO PÚBLICO. LEI 13.327/2016. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Inexiste violação aos artigos 489 e 1.022 do CPC/2015, quando não se vislumbra omissão, obscuridade ou contradição no acórdão recorrido capaz de torná-lo nulo, especialmente se o Tribunal a quo apreciou a demanda de forma clara e precisa.

2. É vedado, em sede de agravo interno, ampliar-se o objeto do recurso especial, aduzindo-se questões novas, não suscitadas no momento oportuno, em virtude da ocorrência da preclusão consumativa.

3. A prescrição da pretensão, por ser de reenquadramento funcional, atinge o próprio fundo de direito e está em sintonia com a jurisprudência firmada no âmbito deste e. STJ.

4. A via especial é inadequada para análise de Portarias, Resoluções, Regimentos, ou qualquer outro tipo de norma que não se enquadre no conceito de Lei Federal.

5. Os honorários advocatícios de sucumbência das causas em que forem parte a União, as autarquias e as fundações públicas federais pertencem ao advogado público.

6. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 801.104/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/10/2016, DJe 13/10/2016)

Igualmente, a jurisprudência desta E. Corte posiciona-se no seguinte sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. ADVOGADOS PÚBLICOS. LEI N. 13.327/2016. RECURSO PROVIDO.

1. Os honorários advocatícios sucumbenciais em favor da União Federal, nos termos dos artigos 27 e 29 da Lei n. 13.327/2016, pertencem aos advogados públicos.

2. Nesse sentido é a jurisprudência do C. STJ e do E. TRF da 3ª Região. Precedentes.

3. Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, 1ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5028141-89.2018.4.03.0000, Rel. Juiz Federal Convocado NOEMI MARTINS DE OLIVEIRA, julgado em 17/02/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 20/02/2020)

APELAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. COMPENSAÇÃO DESTINAÇÃO. PROCURADOR PÚBLICO.

1 - Verifica-se que o artigo 85, § 19, do CPC dispõe: "Os advogados públicos perceberão honorários de sucumbência, nos termos da lei".

2- A Lei nº 13.327/16, dentre outros temas, dispôs sobre honorários advocatícios de sucumbência das causas em que forem parte a União, suas autarquias e fundações, especificamente nos arts. 27 a 36.

3 - A sentença deve ser reformada, ressaltando que o pagamento dos honorários advocatícios sucumbenciais aos advogados públicos deverá ser feita nos termos de lei específica.

4 - Recurso provido.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000340-89.2018.4.03.6115, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 09/11/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 19/11/2018)

Verifica-se, portanto, que, com a edição da Lei 13.327/16, os honorários sucumbenciais deixaram-se de qualificar enquanto recurso estatal, e passaram a ter reconhecida a condição de remuneração dos advogados públicos, em equivalência ao ocorre em relação à advocacia privada.

Não se vislumbra inconstitucionalidade, pois apesar de o regime de remuneração por subsídio prever pagamento em parcela única, a verba honorária não é paga pelo Poder Público, mas sim pela parte sucumbente na demanda.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo de instrumento.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PAGAMENTO DE HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS EM FAVOR DE ADVOGADOS PÚBLICOS. SISTEMA REMUNERATÓRIO POR SUBSÍDIO. NÃO VERIFICADA INCOMPATIBILIDADE. LEI 13.327/16. CONSTITUCIONALIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

1. A questão posta nos autos diz respeito à possibilidade de pagamento de honorários advocatícios a advogados públicos, nas causas em que a Fazenda Pública Federal restar vencedora.

2. Nos termos do art. 85, §19º atual Código de Processo Civil e da Lei 13.327/16, os honorários sucumbenciais deixaram se de qualificar enquanto recurso estatal, e passaram a ter reconhecida a condição de remuneração dos advogados públicos, em equivalência ao ocorre em relação à advocacia privada.

3. Não se vislumbra inconstitucionalidade, pois apesar de o regime de remuneração por subsídio prever pagamento em parcela única, a verba honorária não é paga pelo Poder Público, mas sim pela parte sucumbente na demanda.

4. Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo de instrumento., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5028375-37.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: UNIVEN REFINARIA DE PETROLEO LTDA, VIBRAPAR PARTICIPACOES LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCELO DA SILVA PRADO - SP162312-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCELO DA SILVA PRADO - SP162312-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5028375-37.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: UNIVEN REFINARIA DE PETROLEO LTDA, VIBRAPAR PARTICIPACOES LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCELO DA SILVA PRADO - SP162312-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCELO DA SILVA PRADO - SP162312-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela *UNIVEN REFINARIA DE PETRÓLEO* e pela *VIBRAPAR PARTICIPAÇÕES LTDA*. em face da decisão proferida nos autos da Ação Anulatória nº5018327-52.2019.4.03.6100 que negou o pedido de suspensão da exigibilidade dos supostos débitos de IRPJ e CSLL consubstanciados nas CDA's nºs 80.2.18.007459-53 e 80.6.18.089253-30, constituídos por infração (Processo Administrativo nº 16151.720193/2016-09).

Relatam que a Univen lançou em sua DIPJ 2010/2009 exclusões no valor de R\$ 204.829.084,15. Todavia, a fiscalização glosou tais exclusões por entender que a empresa não teria conseguido comprovar sua origem. Sustentam que a fiscalização errou, pois deveria ter refeito a apuração do lucro da Univen para verificar qual foi o impacto efetivamente ocasionado pela glosa das exclusões e daí apurar o lucro do exercício, mas o que ela fez foi colocar a exclusão glosada como sendo a base de cálculo da CSLL e do IRPJ. Aduzem que o LALUR está anexado aos autos (Fichas 09 e 67A, das DIPJs IDs22653295, 22653298, 22654401, 22654410, 22654405 e 22654412) e que os fiscais deveriam ter refeito a apuração do IRPJ e da CSLL e utilizado os saldos de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa que a Univen possuía para compensar parte do novo lucro real apurado após a glosa das exclusões. Afirmam que o CARF reconheceu o saldo de prejuízo fiscal e a base de cálculo negativa de CSLL.

Defendem que deve ser afastada a responsabilidade solidária da Vibrapar feita com base no artigo 124, inciso I, do CTN, pois não há provas mínimas da existência de interesse comum dessa empresa na situação que constituiria fato gerador da obrigação tributária. Que é nítida a ilegitimidade da Vibrapar para figurar no polo passivo da Execução Fiscal nº 5015632-10.2018.4.03.6182.

Alegam que o perigo de dano reside no fato que serão as agravantes compelidas a oferecer bens a penhora no valor de R\$ 300.000.000,00, com sua inclusão no CADIN, vedação de registro e arquivamento de contratos sociais, de registro de escrituras, a proibição de financiamentos junto a instituições financeiras e o protesto da certidão de dívida ativa e o impedimento da concessão de certidão negativa. A probabilidade do direito é constatada quanto ao erro material no auto de infração e que não há interesse comum entre a Univen e a Vibrapar, na medida em que eventual interesse econômico e a dita existência de um suposto “grupo econômico de fato” não legitimam a aplicação do artigo 124, inciso I, do CTN.

Requerem a concessão, em caráter liminar e a confirmação do provimento, da tutela de urgência antecipada, na forma do artigo 1.019 inciso I, do CPC, de modo que seja determinada a suspensão imediata da exigibilidade dos supostos débitos de IRPJ e CSLL exigidos na Execução Fiscal nº 5015632-10.2018.4.03.6182, nos termos do artigo 151, V, do CTN, bem como a exclusão da VIBRAPAR do seu polo passivo.

Em contraminuta ao agravo de instrumento, alega a União, em síntese, que a empresa não tem legitimidade para ajuizar demanda para a exclusão de outra pessoa jurídica do polo passivo de execução fiscal. Que quanto à suposta ilegitimidade de parte, esta sequer se configura nos autos a justificar a exclusão *in limine* da VIBRAPAR do polo passivo, ao contrário, o que se vislumbra dos autos é a ocorrência de requisitos que configuram indícios de formação de verdadeiro grupo econômico entre as duas empresas. Alega que se constata que é ausente a demonstração de risco de dano irreparável no caso dos autos, uma vez que não se cuida de hipótese em que o indeferimento da providência liminar possa resultar a ineficácia da medida. Ademais, não se comprovou a existência de qualquer ato concreto por parte da autoridade administrativa que pudesse caracterizar o risco de lesão irreparável, ou de difícil reparação para a Requerente. Do mesmo modo o *periculum in mora* não restou demonstrado, ao contrário, este existe em relação ao direito da União, uma vez que a cautela, caso concedida, colocaria em grave risco a satisfação do crédito tributário discutido e a eficácia da própria decisão de mérito favorável à União. Defende que a decisão deve ser mantida.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5028375-37.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: UNIVEN REFINARIA DE PETROLEO LTDA, VIBRAPAR PARTICIPACOES LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCELO DA SILVA PRADO - SP162312-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCELO DA SILVA PRADO - SP162312-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A tutela provisória de urgência, em sua modalidade antecipada, objetiva adiantar a satisfação da medida pleiteada, garantindo a efetividade do direito material discutido. Para tanto, nos termos do art. 300 do atual Código de Processo Civil, exige-se, cumulativamente, a demonstração da probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) e do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*).

Cuida-se de agravo de instrumento contra decisão judicial que indeferiu o pedido de tutela de urgência formulado na ação anulatória de débito fiscal ajuizada pela *Univen Refinaria de Petróleo Ltda.* e pela *Vibrapar Participações Ltda.* visando anular os débitos de IRPJ e CSLL exigidos na Execução Fiscal nº 5015632-10.2018.4.03.6182, constituídos pela fiscalização por meio de auto de infração (PA nº 16151.720193/2016-09 nos termos do art. 151, V, do CTN, decorrentes da glosa de receitas excluídas pela UNIVEN em sua DIPJ 2010, no valor de R\$ 204.829.084,15 por ausência de documentação comprobatória. A fiscalização incluiu a empresa *Vibrapar Participações Ltda.* no polo passivo como responsável tributária, conforme artigos 124, inciso I, e 135, do CTN por entender que a empresa é controladora da UNIVEN, tendo interesse comum na situação que configurou o fato gerador, devendo ser responsabilizada solidariamente pelos débitos.

A obrigação tributária acessória foi instituída no interesse da arrecadação ou fiscalização dos tributos, a qual visa a tornar possível a realização da obrigação principal, propiciando ao ente tributante a verificação do adequado cumprimento da obrigação tributária, conforme art. 113, §2º, do CTN.

O contribuinte não pode se eximir da obrigação legal de apresentar seus livros e documentos exigidos pela autoridade fiscal, conforme disciplina o art. 195, do CTN, que autoriza a fiscalização a examinar toda a documentação a fim de conferir ou calcular o montante de tributo devido (*STJ. REsp 1.010.920, Rel. Min. José Delgado, DJ 23.6.2008; REsp 201.459/DF, Rel. Min. Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 17.2.2004, DJ 3.9.2007*), devendo a autoridade administrativa lavrar os termos necessários, na forma a legislação aplicável.

Colhe-se dos autos que a fiscalização enfrentou uma série de dificuldades para intimar os contribuintes e proceder à fiscalização, tendo sido lavrado, inclusive, o Termo de Embaraço à Fiscalização nº 005/2012 (p. 2, ID 102916573) e diversos Termos de Constatação e Intimação Fiscal, com a conclusão de que "*a análise da exclusão demanda a exibição de livros e documentos fiscais comprobatórios, requisito não satisfeito pelo contribuinte no curso deste procedimento fiscal, a despeito de ter sido intimado a fazê-lo através do Termo de início de fiscalização, do termo de Reintimação Fiscal nº 002 e do termo de Reintimação Fiscal nº 003, lavrados, respectivamente, em 09/08/2012, 05/09/2012 e 03/10/2012, razão pela qual entendemos ser cabível a glosa integral do montante excluído do lucro líquido*" (ID 102916573, p. 3/5).

Na ocasião, ao analisar a estrutura do quadro societário das empresas *Vibrapar* e *Univen* e a cronologia dos eventos, a fiscalização concluiu que estava caracterizada a existência de interesse comum e a constituição da empresa por meio de interpostas pessoas. A matéria foi objeto do Acórdão nº 1201-001.432 - 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária do CARF (ID 102916581/102919282, 102919284 p. 23/24 ; p. 01/10 e p. 01/11) que afastou apenas a responsabilidade dos diretores do contribuinte e da empresa *Quasar Administrações e Participações Ltda.*, conforme art. 135, III, do CTN e art. 210, VI, do RIR/99 por ausência de comprovação de atuação com excesso de poder ou infração à lei ou a o contrato social, bem como por inexistência de situação que configure interesse comum na ocorrência de fato gerador.

O juízo de primeiro grau (decisão constante no ID 102919285) indeferiu o pedido de tutela antecipada por não constatar a presença dos requisitos legais, sem prejuízo de posterior reapreciação em sede de cognição exauriente.

Os atos administrativos gozam de presunção de legalidade e legitimidade, incumbindo à parte atuada produzir contraprova à presunção, demonstrando, de forma inequívoca, a incoerência da infração capitulada ou a existência de vício capaz de caracterizar a nulidade do auto de infração.

Com efeito, a análise da questão demanda análise de livros e de documentos fiscais e contábeis que não foram exibidos pelo contribuinte durante o procedimento de fiscalização, a despeito de ter sido intimado.

Não há nos autos elementos que possam afirmar que a autoridade fiscal agiu com abuso, tampouco foram apresentadas justificativas plausíveis para a empresa ter dificultado a fiscalização e não ter exibido, na oportunidade, seus livros fiscais requisitados em procedimento regular.

Diante da complexidade da matéria, em juízo de cognição sumária, não é possível se concluir, de plano, que a dedução do prejuízo fiscal no valor R\$ 204.829.084,15 na DIPJ esteja correta. Afinal, é necessário analisar, além do LALUR, os demais documentos comprobatórios para a composição do prejuízo fiscal utilizado.

Com efeito, observa-se que a questão debatida na presente demanda ainda carece de apreciação e deslinde em primeira instância para comprovar o alegado direito dos agravantes, sendo necessária a instrução probatória, sob o crivo do contraditório, bem como minuciosa análise documental, à luz da legislação de regência, o que é incompatível com a cognição sumária, nesta fase processual.

Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DEMANDA VOLTADA AO QUESTIONAMENTO DE NÃO HOMOLOGAÇÃO DE COMPENSAÇÃO. TUTELA DE URGÊNCIA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ARTIGO 300 DO CPC. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. RECURSO DA UNIÃO PROVIDO.

1. Pretende a União a revogação da tutela provisória concedida em ação de rito ordinário, por meio da qual foi determinada a suspensão da exigibilidade do crédito tributário e a expedição de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa.

2. Inexistem elementos suficientes a sustentar a tutela provisória, a qual se trata, é bom que se lembre, de medida excepcional de cognição sumária.

3. Em que pese a relevância das alegações da parte agravada no que concerne ao perigo de dano, não se constata, ao menos por ora, prova robusta acerca da existência do direito creditório, capaz de afastar a presunção de veracidade e legitimidade do ato administrativo que não homologou, ou homologou parcialmente, os pedidos de compensação.

4. Percebe-se, em relação à matéria de fundo, a necessidade da discussão aprofundada de teses jurídicas e provas, inclusive a pericial - já deferida no primeiro grau de jurisdição -, para o fim de comprovar a regularidade da atuação do contribuinte, o que evidencia dúvida razoável acerca da verossimilhança do direito e, por conseguinte, o descabimento do pedido antecipatório.

5. Verificada a intempestividade da manifestação de inconformidade apresentada pelo contribuinte na esfera administrativa, tampouco há como considerá-la causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, de molde a autorizar a emissão da Certidão Positiva com Efeitos de Negativa, conforme as premissas dos artigos 205 e 206 do Código Tributário Nacional. Precedentes.

6. Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5002965-79.2016.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 23/05/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 27/05/2019)

Para suspender a exigibilidade do crédito tributário e/ou obter CPD-EN, fica a critério das agravantes lançarem mão do depósito judicial previsto no artigo 151, II, do Código Tributário Nacional.

No mais, “as circunstâncias oriundas da exigibilidade e da inadimplência do crédito tributário são previsíveis e ordinárias no curso da expectativa do cotidiano empresarial e, portanto, não firmam, tão-somente por si, o necessário *periculum in mora*” (STF, AC 2277 MC-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, DJe-121 DIVULG 30-06-2009 PUBLIC 01-07-2009 EMENT VOL-02367-01 PP-00110 LEXSTF v. 31, n. 367, 2009, p. 40-49).

Nesse cenário, não se encontram presentes, em exame precário realizado em sede de agravo de instrumento, todos os requisitos necessários à inversão da regra de entrega da prestação jurisdicional ao final da demanda, por meio de antecipação da tutela.

Ante o exposto, deve ser negado provimento ao agravo de instrumento.

É o voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO ANULATÓRIA. PRETENSÃO DE SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TUTELA DE URGÊNCIA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ARTIGO 300, DO CPC/2015. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.

1 - A tutela provisória de urgência, em sua modalidade antecipada, objetiva adiantar a satisfação da medida pleiteada, garantindo a efetividade do direito material discutido. Para tanto, nos termos do art. 300 do atual Código de Processo Civil, exige-se, cumulativamente, a demonstração da probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) e do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*).

2 - A obrigação tributária acessória foi instituída no interesse da arrecadação ou fiscalização dos tributos, a qual visa a tornar possível a realização da obrigação principal, propiciando ao ente tributante a verificação do adequado cumprimento da obrigação tributária, conforme art. 113, §2º, do CTN.

3 - O contribuinte não pode se eximir da obrigação legal de apresentar seus livros e documentos exigidos pela autoridade fiscal, conforme disciplina o art. 195, do CTN, que autoriza a fiscalização a examinar toda a documentação a fim de conferir ou calcular o montante do tributo devido (STJ. REsp 1.010.920, Rel. Min. José Delgado, DJ 23.6.2008; REsp 201.459/DF, Rel. Min. Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 17.2.2004, DJ 3.9.2007) devendo a autoridade administrativa lavrar os termos necessários, na forma a legislação aplicável.

4 - Colhe-se dos autos que a fiscalização enfrentou uma série de dificuldades para intimar os contribuintes e proceder à fiscalização, tendo sido lavrado, inclusive, o Termo de Embaraço à Fiscalização nº 005/2012 (p. 2, ID 102916573) e diversos Termos de Constatação e Intimação Fiscal, tendo concluído que *"a análise da exclusão demanda a exibição de livros e documentos fiscais comprobatórios, requisito não satisfeito pelo contribuinte no curso deste procedimento fiscal, a despeito de ter sido intimado a fazê-lo através do Termo de início de fiscalização, do termo de Reintimação Fiscal nº 002 e do termo de Reintimação Fiscal nº 003, lavrados, respectivamente, em 09/08/2012, 05/09/2012 e 03/10/2012, razão pela qual entendemos ser cabível a glosa integral do montante excluído do lucro líquido"* (ID 102916573, p. 3/5).

5 - Não há nos autos elementos que possam afirmar que a autoridade fiscal agiu com abuso, tampouco foram apresentadas justificativas plausíveis para a empresa ter dificultado a fiscalização e não ter exibido, na oportunidade, seus livros fiscais requisitados em procedimento regular.

6 - Diante da complexidade da matéria, em juízo de cognição sumária, não é possível se concluir, de plano, que a dedução do prejuízo fiscal no valor R\$ 204.829.084,15 na DIPJ esteja correta. Afinal, é necessário analisar, além do LALUR, os demais documentos comprobatórios para a composição do prejuízo fiscal utilizado.

7 - Para suspender a exigibilidade do crédito tributário e/ou obter CPD-EN, fica a critério das agravantes lançarem mão do depósito judicial previsto no artigo 151, II, do Código Tributário Nacional.

8 - No mais, *"as circunstâncias oriundas da exigibilidade e da inadimplência do crédito tributário são previsíveis e ordinárias no curso da expectativa do cotidiano empresarial e, portanto, não firmam, tão-somente por si, o necessário periculum in mora"* (STF, AC 2277 MC-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, DJe-121 DIVULG 30-06-2009 PUBLIC 01-07-2009 EMENT VOL-02367-01 PP-00110 LEXSTF v. 31, n. 367, 2009, p. 40-49).

9 - Nesse cenário, não se encontram presentes, em exame precário realizado em sede de agravo de instrumento, todos os requisitos necessários à inversão da regra de entrega da prestação jurisdicional ao final da demanda, por meio de antecipação da tutela.

10 - Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0006585-62.2012.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: JOSE ANTONIO GALHARDO ABDALLA
Advogado do(a) APELANTE: TULARICARTE PETERS - SP395300-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0006585-62.2012.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: JOSE ANTONIO GALHARDO ABDALLA
Advogado do(a) APELANTE: TULARICARTE PETERS - SP395300-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por **José Antonio Galhardo Abdalla** em face da sentença que indeferiu a petição inicial em autos de mandado de segurança, no bojo do qual o impetrante objetiva a expedição de certidão declaratória do último recolhimento de parcela do REFIS das empresas Rodoviário Atlântico S/A, Viação Canarinho, Viação Nova Cidade e Atlântico Transportes Metropolitanos.

Inconformado, o apelante sustenta, em síntese, a violação ao disposto no artigo 5º, XXXIII e XXXIV, "b", da Constituição Federal, o qual garante ao contribuinte, pessoa física ou jurídica o direito de obter certidão dos órgãos públicos para defesa de direito e esclarecimento de situação pessoal. Assevera, ainda, que era administrador e sócio das empresas à época, razão pela qual não há que se falar em sigilo das informações requeridas.

Com contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

A d. Procuradoria Regional da República não opinou sobre o mérito.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0006585-62.2012.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: JOSE ANTONIO GALHARDO ABDALLA
Advogado do(a) APELANTE: TULARICARTE PETERS - SP395300-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

O apelante impetrou mandado de segurança no intuito de obter certidão declaratória acerca do último recolhimento de parcela do REFIS das empresas Rodoviário Atlântico S/A, Viação Canarinho, Viação Nova Cidade e Atlântico Transportes Metropolitanos.

Narra que tais documentos são necessários para responder por processo falimentar, inclusive formação do quadro geral de credores.

Alega que restou violado o direito constitucional de receber de órgãos públicos informações de ordem pessoal.

A petição inicial foi indeferida e o feito extinto sem julgamento do mérito, nos termos do artigos 267, I, e 295, V do CPC/73.

O art. 10, *caput*, da Lei nº 12.016/09 estabelece que, na falta de um dos requisitos legais do *mandamus*, a inicial será indeferida, *verbis*:

“Art. 10. A inicial será desde logo indeferida, por decisão motivada, quando não for o caso de mandado de segurança ou lhe faltar algum dos requisitos legais ou quando decorrido o prazo legal para a impetração.”

Prevê, ainda, a Lei nº 12.016/09, no art. 6º, § 5º, que será denegada a segurança nas hipóteses previstas pelo Código de Processo Civil de julgamento sem exame do mérito (art. 267 do CPC/73; art. 485 do CPC/15).

No caso dos autos, o impetrante pretende, na verdade, a concessão excepcional de certidão referente a contribuinte diverso para fins de apresentação da documentação em processo judicial falimentar, revelando-se manifestamente descabida a via mandamental, como salientado pelo Juízo *a quo*.

Não se verifica na espécie a demonstração da existência de ato coator, tampouco do direito líquido e certo exigido para a impetração do *mandamus*.

A respeito do tema, colaciono o seguinte aresto proferido pelo C. Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. MANDADO DE SEGURANÇA. OFICIAL DE JUSTIÇA. GRATIFICAÇÃO DE RISCO DE VIDA. RISCO EVENTUAL. REQUISITOS. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. IMPOSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. 1. O Mandado de Segurança é o instrumento processual destinado "a proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça" (art. 1º da Lei 12.016/2009). 2. A utilização da via mandamental pressupõe a existência de ato coator praticado por autoridade administrativa violador de direito subjetivo da impetrante, por ilegalidade ou abuso de poder, bem como a apresentação de prova pré-constituída, a fim de assegurar o direito tutelado pela ordem jurídica. 3. O Mandado de Segurança detém entre os seus requisitos a comprovação inequívoca de direito líquido e certo pela parte impetrante, por meio da chamada prova pré-constituída, inexistindo espaço para a dilação probatória na célere via do mandamus. 4. Para a demonstração do direito líquido e certo, é necessário que, no momento da sua impetração, seja facilmente aferível a extensão do direito alegado e que este possa ser prontamente exercido. Analisando detidamente a situação fática descrita nos autos e a documentação apresentada, patente a falta de prova pré-constituída do direito alegado. 5. Ademais, o fundamento de que seria justo o pagamento da parcela remuneratória, em virtude da necessidade de manutenção da isonomia, não se sustenta devido à incidência da Súmula 339/STF ("não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos, sob o fundamento de isonomia"). 6. Agravo Interno não provido. ..EMEN: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: ""A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."" Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão." (AIRMS - AGRAVO INTERNO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 53327 2017.00.29796-5, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE 23/11/2018) (grifei)

Assim, deve ser mantida a r. sentença nos termos em que proferida.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação.

É como voto.

EMENTA

PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. INDEFERIMENTO DA INICIAL. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.

1. O apelante impetrou mandado de segurança no intuito de obter certidão declaratória acerca do último recolhimento de parcela do REFIS de pessoas jurídicas mencionadas na inicial, alegando haver sido violado o direito constitucional de obtenção de informações de ordem pessoal.
2. A petição inicial foi indeferida e o feito extinto sem julgamento do mérito, nos termos do artigos 267, I, e 295, V do CPC/73.
3. O impetrante pretende, na verdade, a concessão excepcional de certidão referente a contribuinte diverso para fins de apresentação da documentação em processo judicial falimentar, revelando-se manifestamente descabida a via mandamental, como salientado pelo Juízo *a quo*.
4. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO ao recurso de apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0067995-98.2014.4.03.6182
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE FARMACIA DO ESTADO DE SAO PAULO
PROCURADOR: CONSELHO REGIONAL DE FARMACIA DO ESTADO DE SAO PAULO
Advogado do(a) APELANTE: ROBERTO TADAO MAGAMI JUNIOR - SP244363-A
APELADO: MARIA APARECIDA SILVA GIOVANNINI
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0067995-98.2014.4.03.6182
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE FARMACIA DO ESTADO DE SAO PAULO
PROCURADOR: CONSELHO REGIONAL DE FARMACIA DO ESTADO DE SAO PAULO
Advogado do(a) APELANTE: ROBERTO TADAO MAGAMI JUNIOR - SP244363-A
APELADO: MARIA APARECIDA SILVA GIOVANNINI

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação (ID 65207147, fls. 8/12) interposta pelo CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO - CRF/SP contra a r. sentença (ID 65207146, fls. 24/26, e ID 65207147, fls. 4/5) que extinguiu a execução por entender que as anuidades cobradas até o ano de 2011 não possuem previsão legal e, em relação às posteriores, que a CDA não indica fundamento legal válido.

Em suas razões recursais, sustenta, em síntese, que os critérios estabelecidos pela Lei nº 12.514/2011 dizem respeito ao valor e não à quantidade de anuidades objeto da execução.

Requer o provimento da apelação para que seja reformada a r. sentença, determinando-se o regular prosseguimento do feito executivo.

Sem contrarrazões, os autos subiram a esta E. Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0067995-98.2014.4.03.6182
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE FARMACIA DO ESTADO DE SAO PAULO
PROCURADOR: CONSELHO REGIONAL DE FARMACIA DO ESTADO DE SAO PAULO
Advogado do(a) APELANTE: ROBERTO TADAO MAGAMI JUNIOR - SP244363-A
APELADO: MARIA APARECIDA SILVA GIOVANNINI

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Dispõe o art. 932, III, que "*incumbe ao relator (...) não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida.*"

Nesse sentido, verifica-se que, enquanto a sentença extinguiu a execução ante a ausência de fundamentação legal válida na CDA, a apelação se limita a defender que a dívida supera o limite imposto pelo art. 8º da Lei nº 12.514/2011, o que sequer fora trazido à baila pelo Magistrado *a quo* na decisão vergastada.

Uma vez que a apelação apresenta razões dissociadas do quanto tratado na sentença, é de rigor o não conhecimento do recurso.

É como tem julgado esta C. Turma:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SOBRESTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. RAZÕES DISSOCIADAS. NÃO CONHECIMENTO DO MÉRITO DA APELAÇÃO. PIS. COFINS. INCLUSÃO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. DIREITO À COMPENSAÇÃO. REMESSA OFICIAL DESPROVIDA.

1. O sobrestamento pleiteado pela União Federal não possui amparo no microsistema processual de precedentes obrigatórios, pois, nos termos do artigo 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator, no e. Supremo Tribunal Federal, a determinação para que os processos nas instâncias inferiores sejam sobrestados e não há notícia de que tal suspensão fora determinada.

2. Não se conhece do mérito do recurso de apelação, no qual se defende a possibilidade de inclusão do ICMS, PIS e COFINS na base de cálculo da CPRB, haja vista suas razões estarem dissociadas do quanto tratado nos presentes autos.

3. A jurisprudência do STF reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou receita bruta.

4. As alterações posteriores perpetradas pela Lei nº 12.973/14, não tem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, conforme entendimento sedimentado do C. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela. Precedente.

5. Consagrado o entendimento de que a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, a qual é obrigada a repassá-los ao Estado-membro, de rigor o desprovemento da remessa oficial.

6. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, é direito da autora a compensação dos valores recolhidos indevidamente, uma vez que está comprovada a sua condição de credora tributária, respeitados os parâmetros impostos em sentença, os quais estão de acordo com o entendimento desta Corte, bem como do C. STJ.

7. Ressalvado o direito da autoridade administrativa em proceder à plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, exatidão dos números e documentos comprobatórios, "quantum" a compensar e conformidade do procedimento adotado com a legislação de regência.

8. Preliminar rejeitada, apelação não conhecida no mérito e remessa oficial desprovida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5001504-56.2017.4.03.6105, Rel. Desembargador Federal MAIRAN GONCALVES MAIA JUNIOR, julgado em 24/06/2019, Intimação via sistema DATA: 28/06/2019)

APELAÇÃO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. RAZÕES DISSOCIADAS. NÃO CONHECIMENTO.

1. Observa-se que a matéria aduzida no apelo aparta-se da fundamentação contida na decisão, eis que a apelante alega não ter ocorrido a prescrição intercorrente prevista no art. 40 da LEF, enquanto o juízo sentenciante extinguiu o processo por reconhecer a ocorrência da prescrição material, fundada no art. 174, caput, do CTN, por ausência de citação.

2. Não se verifica, nas razões do recurso, oposição direta aos fundamentos do Juízo para a extinção do processo. A recorrente não aponta causas que poderiam ter suspenso a prescrição material, apenas concentra suas alegações na impossibilidade de decretação da prescrição intercorrente por não ter havido suspensão do processo fundamentada expressamente no art. 40 da Lei n.º 6.830/80 e também por não ter sido intimada da decisão que enviou o processo ao arquivo.

3. Ao se distanciar da decisão apelada e deixar de impugnar as razões nela expostas, o recurso apresentado não preenche um de seus requisitos de admissibilidade, qual seja, a regularidade formal, porquanto não apresenta os fundamentos de direito pelo qual pretende a reforma da r. sentença. De rigor seu não conhecimento. Precedentes.

4. Apelação não conhecida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5005584-84.2018.4.03.9999, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 02/05/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 09/05/2019)

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO da apelação interposta.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. CDA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO LEGAL DA DÍVIDA. APELAÇÃO. RAZÕES DISSOCIADAS. RECURSO NÃO CONHECIDO.

1. Dispõe o art. 932, III, que *"incumbe ao relator (...) não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida."*
2. Nesse sentido, verifica-se que, enquanto a sentença extinguiu a execução ante a ausência de fundamentação legal válida na CDA, a apelação se limita a defender que a dívida supera o limite imposto pelo art. 8º da Lei nº 12.514/2011, o que sequer fora trazido à baila pelo Magistrado a quo na decisão vergastada.
3. Uma vez que a apelação apresenta razões dissociadas do quanto tratado na sentença, é de rigor o não conhecimento do recurso. Precedentes (TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5001504-56.2017.4.03.6105, Rel. Desembargador Federal MAIRAN GONCALVES MAIA JUNIOR, julgado em 24/06/2019, Intimação via sistema DATA: 28/06/2019 / TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5005584-84.2018.4.03.9999, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 02/05/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 09/05/2019).
4. Apelação não conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NÃO CONHECEU da apelação interposta., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001375-76.2017.4.03.6125

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: DROGARIA CLAUDIAFARMA LTDA - ME, CONSELHO REGIONAL DE FARMACIA DO ESTADO DE SAO PAULO

Advogado do(a) APELANTE: JOSE FERRAZ DE ARRUDA NETTO - SP14853-A

APELADO: CONSELHO REGIONAL DE FARMACIA DO ESTADO DE SAO PAULO, DROGARIA CLAUDIAFARMA LTDA - ME

Advogado do(a) APELADO: JOSE FERRAZ DE ARRUDA NETTO - SP14853-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001375-76.2017.4.03.6125

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: DROGARIA CLAUDIAFARMA LTDA - ME, CONSELHO REGIONAL DE FARMACIA DO ESTADO DE SAO PAULO

Advogado do(a) APELANTE: JOSE FERRAZ DE ARRUDA NETTO - SP14853-A

APELADO: CONSELHO REGIONAL DE FARMACIA DO ESTADO DE SAO PAULO, DROGARIA CLAUDIAFARMA LTDA - ME

Advogado do(a) APELADO: JOSE FERRAZ DE ARRUDA NETTO - SP14853-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelações interpostas por DROGARIA CLAUDIAFARMA LTDA - ME (ID 124952387, fls. 20/26) e pelo CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO - CRF/SP (ID 124952387, fls. 48/59) contra a r. sentença (ID 124952387, fls. 6/16) que julgou parcialmente procedentes os embargos à execução somente para reduzir as multas aplicadas ao patamar mínimo legal, eis que ausente fundamentação que justifique sua elevação.

Em suas razões recursais, DROGARIA CLAUDIAFARMA LTDA - ME sustenta, em síntese, que a responsabilidade técnica fora assumida à época das autuações pela Sra. CLAUDILENE ALBUQUERQUE VIOL em decorrência de decisão judicial transitada em julgado, de forma que devem ser afastadas as multas. Requer o provimento da apelação para que sejam julgados integralmente procedentes os embargos à execução.

Já o CRF, sustenta, em suas razões recursais, que a multa possui caráter pedagógico e, com esse critério, foi aplicada acima do patamar mínimo, mas dentro dos limites legais previstos. Requer o provimento da apelação para que prossiga a execução nos exatos termos em que proposta, julgando-se improcedentes os embargos opostos.

Com contrarrazões do CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO - CRF/SP (ID 124952387, fls. 60/74) e de DROGARIA CLAUDIAFARMA LTDA - ME (ID 124952387, fls. 78/86), os autos subiram a esta E. Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001375-76.2017.4.03.6125

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: DROGARIA CLAUDIAFARMA LTDA - ME, CONSELHO REGIONAL DE FARMACIA DO ESTADO DE SAO PAULO

Advogado do(a) APELANTE: JOSE FERRAZ DE ARRUDA NETTO - SP14853-A

APELADO: CONSELHO REGIONAL DE FARMACIA DO ESTADO DE SAO PAULO, DROGARIA CLAUDIAFARMA LTDA - ME

Advogado do(a) APELADO: JOSE FERRAZ DE ARRUDA NETTO - SP14853-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A questão devolvida a esta E. Corte diz respeito à possibilidade de assunção de responsabilidade técnica por técnico em farmácia e à aplicação de multa em patamar acima do mínimo legal sem fundamentação específica.

Inicialmente, é firme a jurisprudência desta C. Turma no sentido de que, declarada por decisão judicial transitada em julgado a possibilidade de o técnico em farmácia assumir a responsabilidade técnica de drogaria de sua propriedade perante o CRF competente, trata-se de direito adquirido, que não pode ser suprimido pela edição de norma posterior. Assim, ainda que a Lei nº 13.021/2014 tenha trazido novo regramento à situação, ele não se aplica ao caso, pois a decisão favorável à embargante transitou em julgado em data anterior à vigência da Nova Lei de Farmácia. Confira-se:

DIREITO ADMINISTRATIVO. CIVIL. AGRAVO INTERNO. FARMÁCIA. INSCRIÇÃO DE TÉCNICO EM FARMÁCIA. RESPONSABILIDADE TÉCNICA EM DROGARIA. LEI Nº 3.820/60. AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL. JURISPRUDÊNCIA FAVORÁVEL. NOVEL LEGISLAÇÃO EM 2014. PROIBIÇÃO. DIREITO ADQUIRIDO. AGRAVO PROVIDO.

1. Trata-se de agravo interno interposto por VALTER LUÍS RACANELLI, com fulcro no art. 1.021 do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), em face de juízo de retratação de fls. 262/264-v que, em autos de ação ordinária, deu provimento ao agravo interno interposto pelo Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo-CRF/SP, para, reconsiderando a decisão monocrática de fls. 234/239, julgar improcedente o pedido do autor que, técnico em farmácia, pleiteava o direito a ser inscrito no Conselho réu e, em consequência exercer a responsabilidade técnica por drogaria. Houve a condenação de Valter Luís Racanelli ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) do valor da causa.

2. A Constituição Federal consagra expressamente o Princípio da Segurança Jurídica, em seu artigo 5º, inciso XXXVI, ao determinar que "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada". Trata-se da questão da eficácia das Leis no tempo, tendo, por regra, que enquanto a lei nova se aplica a todos os fatos que ocorreram na sua vigência, os fatos ocorridos durante a vigência da lei antiga, ou revogada, continuam regidos por ela.

3. Direito adquirido é, pois, a irradiação de um fato jurídico, nele não se incluindo as expectativas e as faculdades, que são regidas pela lei nova.

4. In casu, Luís Racanelli, proprietário de estabelecimento farmacêutico na cidade de Rio Preto, desde 1998, propôs ação ordinária visando ter reconhecido seu direito à inscrição nos quadros do CRF/SP e, em consequência obter o Certificado de Responsabilidade Técnica por drogaria, tendo demonstrado que concluiu o Segundo Grau Completo (atual Ensino Médio) em 1977, num total de 2.395 horas e que em 30/06/1997 concluiu o Curso Supletivo de Qualificação Profissional IV em Farmácia (Curso Técnico) na Fundação Educacional de Penápolis-FUNEPE, constando de seu currículo um total de 1.120 horas de curso técnico em farmácia, das quais 900 horas foram dedicadas à matéria profissionalizantes e 220 horas de estágio supervisionado.

5. A lei nº 3.820/60 em nenhum momento proibiu a inscrição do técnico em farmácia nos quadros do Conselho e que esse profissional exercesse a responsabilidade técnica por drogarias, que são estabelecimentos que não podem manipular fórmulas oficiais e magistrais, apesar de comercializar medicamentos e insumos farmacêuticos. E diante da ausência de qualquer proibição, a jurisprudência se firmou pela possibilidade de inscrição, vez que o princípio da legalidade para o particular se consubstancia em presumir permitido tudo aquilo que não é expressa e previamente proibido em lei (art. 5º, inciso II, da CF/88). Ainda que esse reconhecimento fosse alcançável apenas em juízo, verdade é que o direito já existia, sendo a decisão pelo reconhecimento meramente declaratória frente às recusas do Conselho Profissional.

6. Se pelo princípio do "tempus regit actum" é a Lei do momento da realização do ato que se aplica e, quando do pedido judicial pela inscrição e exercício da responsabilidade técnica pelo ora agravante, vigia a Lei nº lei nº 3.820/60, há de se entender que é ela que regula toda a situação fático-jurídica levada à Justiça. E se a Lei nº lei nº 3.820/60 não vedava a inscrição e assunção técnica pelo técnico em farmácia, mister reconhecer o direito adquirido do agravante à inscrição quando do advento da novel legislação farmacêutica (Lei nº 13.021/2014).

7. Deve a r. sentença de fls. 174/176-v ser restabelecida na sua integralidade.

8. Agravo interno provido.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 1844113 - 0002045-68.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 21/02/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/03/2018)

DIREITO ADMINISTRATIVO. CIVIL. AGRAVO INTERNO. FARMÁCIA. INSCRIÇÃO DE TÉCNICO EM FARMÁCIA. RESPONSABILIDADE TÉCNICA EM DROGARIA. LEI Nº 3.820/60. AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL. JURISPRUDÊNCIA FAVORÁVEL. NOVEL LEGISLAÇÃO EM 2014. PROIBIÇÃO. DIREITO ADQUIRIDO. AGRAVO PROVIDO.

1. Trata-se de agravo interno interposto por VALTER LUÍS RACANELLI, com fulcro no art. 1.021 do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), em face de juízo de retratação de fls. 262/264-v que, em autos de ação ordinária, deu provimento ao agravo interno interposto pelo Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo-CRF/SP, para, reconsiderando a decisão monocrática de fls. 234/239, julgar improcedente o pedido do autor que, técnico em farmácia, pleiteava o direito a ser inscrito no Conselho réu e, em consequência exercer a responsabilidade técnica por drogaria. Houve a condenação de Valter Luis Racanelli ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) do valor da causa.

2. A Constituição Federal consagra expressamente o Princípio da Segurança Jurídica, em seu artigo 5º, inciso XXXVI, ao determinar que "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada". Trata-se da questão da eficácia das Leis no tempo, tendo, por regra, que enquanto a lei nova se aplica a todos os fatos que ocorreram na sua vigência, os fatos ocorridos durante a vigência da lei antiga, ou revogada, continuam regidos por ela.

3. Direito adquirido é, pois, a irradiação de um fato jurídico, nele não se incluindo as expectativas e as faculdades, que são regidas pela lei nova.

4. In casu, Luís Racanelli, proprietário de estabelecimento farmacêutico na cidade de Rio Preto, desde 1998, propôs ação ordinária visando ter reconhecido seu direito à inscrição nos quadros do CRF/SP e, em consequência obter o Certificado de Responsabilidade Técnica por drogaria, tendo demonstrado que concluiu o Segundo Grau Completo (atual Ensino Médio) em 1977, num total de 2.395 horas e que em 30/06/1997 concluiu o Curso Supletivo de Qualificação Profissional IV em Farmácia (Curso Técnico) na Fundação Educacional de Penápolis-FUNEPE, constando de seu currículo um total de 1.120 horas de curso técnico em farmácia, das quais 900 horas foram dedicadas à matéria profissionalizantes e 220 horas de estágio supervisionado.

5. A lei nº 3.820/60 em nenhum momento proibiu a inscrição do técnico em farmácia nos quadros do Conselho e que esse profissional exercesse a responsabilidade técnica por drogarias, que são estabelecimentos que não podem manipular fórmulas oficiais e magistrais, apesar de comercializar medicamentos e insumos farmacêuticos. E diante da ausência de qualquer proibição, a jurisprudência se firmou pela possibilidade de inscrição, vez que o princípio da legalidade para o particular se consubstancia em presumir permitido tudo aquilo que não é expressa e previamente proibido em lei (art. 5º, inciso II, da CF/88). Ainda que esse reconhecimento fosse alcançável apenas em juízo, verdade é que o direito já existia, sendo a decisão pelo reconhecimento meramente declaratória frente às recusas do Conselho Profissional.

6. Se pelo princípio do "tempus regit actum" é a Lei do momento da realização do ato que se aplica e, quando do pedido judicial pela inscrição e exercício da responsabilidade técnica pelo ora agravante, vigia a Lei nº lei nº 3.820/60, há de se entender que é ela que regula toda a situação fático-jurídica levada à Justiça. E se a Lei nº lei nº 3.820/60 não vedava a inscrição e assunção técnica pelo técnico em farmácia, mister reconhecer o direito adquirido do agravante à inscrição quando do advento da novel legislação farmacêutica (Lei nº 13.021/2014).

7. Deve a r. sentença de fls. 174/176-v ser restabelecida na sua integralidade.

8. Agravo interno provido.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 1844113 - 0002045-68.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 21/02/2018, e-DJF3 Judicial I DATA:02/03/2018)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. POSSIBILIDADE DE INSCRIÇÃO DE TÉCNICO DE FARMÁCIA NO CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA COMO RESPONSÁVEL TÉCNICO POR DROGARIA. IMPOSSIBILIDADE. LEI 13.021/2014. OBRIGATORIEDADE DE ASSISTÊNCIA TÉCNICA DE FARMACÊUTICO. AUTORIZAÇÃO, NO CASO ESPECÍFICO, POR DECISÕES TRANSITADAS EM JULGADO. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. A partir da vigência da Lei 13.021/2014, farmácias e drogarias passaram a ter o dever legal de manutenção de farmacêutico em seus quadros, em tempo integral.

2. No caso específico, entretanto, tanto a inscrição da apelada junto ao Conselho Regional de Farmácia/CRF-SP, como a possibilidade de ser responsável técnica pela drogaria de sua propriedade, Gercino Hernandes e Cia Ltda, foram autorizadas por esta Corte nos autos 2007.61.00.028676-6, e pelo Superior Tribunal de Justiça, no REsp 917.850/SP.

3. Em que pese o disposto no artigo 6º, I, da Lei 13.021/2014 exigir a presença de farmacêutico durante todo o horário de funcionamento, impõe-se interpretação sistemática resguardando o direito garantido à apelada por decisões transitadas em julgado, em obediência ao artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, e art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, sob pena de violação ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada.

4. Apelação e remessa oficial desprovidas.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 365128 - 0001365-44.2016.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 17/05/2017, e-DJF3 Judicial I DATA:26/05/2017)

Devidamente demonstrado nos autos que a decisão que garantiu à Sra. CLAUDILENE ALBUQUERQUE VIOL a assunção da responsabilidade técnica pela embargante transitou em julgado em 12/02/2009 (ID 124952385, fls. 16), de rigor o reconhecimento da nulidade dos autos de infração lavrados e das multas impostas, com a consequente extinção da execução.

Afastadas as multas, deixa-se de analisar a questão da sua fixação em valor superior ao mínimo legal.

Integralmente sucumbente, deverá o CRF arcar com os honorários advocatícios, que mantenho fixados em 10% sobre o valor do proveito econômico obtido pela embargante.

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO à apelação de DROGARIA CLAUDIAFARMA LTDA – ME, reformando-se a r. sentença para julgar procedentes os embargos à execução, restando PREJUDICADA a apelação do CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO - CRF/SP.

É o voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO. MULTA ADMINISTRATIVA. RESPONSABILIDADE TÉCNICA. POSSIBILIDADE DE ASSUNÇÃO PELO PROPRIETÁRIO. DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.021/2014. DIREITO ADQUIRIDO. APELAÇÃO DA EMBARGANTE PROVIDA. PREJUDICADA A APELAÇÃO DO EMBARGADO.

1. A questão devolvida a esta E. Corte diz respeito à possibilidade de assunção de responsabilidade técnica por técnico em farmácia e à aplicação de multa em patamar acima do mínimo legal sem fundamentação específica.
2. Inicialmente, é firme a jurisprudência desta C. Turma no sentido de que, declarada por decisão judicial transitada em julgado a possibilidade de o técnico em farmácia assumir a responsabilidade técnica de drogaria de sua propriedade perante o CRF competente, trata-se de direito adquirido, que não pode ser suprimido pela edição de norma posterior. Assim, ainda que a Lei nº 13.021/2014 tenha trazido novo regramento à situação, ele não se aplica ao caso, pois a decisão favorável à embargante transitou em julgado em data anterior à vigência da Nova Lei de Farmácia. Precedentes (TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 1844113 - 0002045-68.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 21/02/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/03/2018 / TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 1844113 - 0002045-68.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 21/02/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/03/2018 / TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 365128 - 0001365-44.2016.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 17/05/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/05/2017)
3. Devidamente demonstrado nos autos que a decisão que garantiu à Sra. CLAUDILENE ALBUQUERQUE VIOL a assunção da responsabilidade técnica pela embargante transitou em julgado em 12/02/2009 (ID 124952385, fls. 16), de rigor o reconhecimento da nulidade dos autos de infração lavrados e das multas impostas, com a consequente extinção da execução.
4. Afastadas as multas, deixa-se de analisar a questão da sua fixação em valor superior ao mínimo legal.
5. Integralmente sucumbente, deverá o CRF arcar com os honorários advocatícios, que se mantêm fixados em 10% sobre o valor do proveito econômico obtido pela embargante.
6. Apelação de DROGARIA CLAUDIAFARMA LTDA – ME provida. Apelação do CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO - CRF/SP prejudicada.
7. Reformada a r. sentença para julgar procedentes os embargos à execução.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Turma, por unanimidade, DEU PROVIMENTO à apelação de DROGARIA CLAUDIAFARMA LTDA ME, reformando-se a r. sentença para julgar procedentes os embargos à execução, restando PREJUDICADA a apelação do CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO CRF SP, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016215-14.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: SERVIMED COMERCIAL LTDA

Advogados do(a) AGRAVADO: LEANDRO MARTINHO LEITE - SP174082-A, LAURINDO LEITE JUNIOR - SP173229-A

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016215-14.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: SERVIMED COMERCIAL LTDA

Advogados do(a) AGRAVADO: LEANDRO MARTINHO LEITE - SP174082-A, LAURINDO LEITE JUNIOR - SP173229-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela União Federal, em face de decisão que, em sede de cumprimento de sentença (autos nº 5000440-65.2018.403.6108), reconheceu a inconstitucionalidade do art. 29 da Lei 13.327/16, o qual prevê o cabimento de honorários sucumbenciais, nas causas em que a União Federal ou suas entidades autárquicas e fundacionais forem vencedoras, em favor dos membros de suas carreiras de advocacia pública.

A agravante aduz que o referido dispositivo não viola o regime de remuneração por subsídio previsto constitucionalmente. Argumenta que a verba honorária tem natureza alimentar e constitui direito de todos os advogados.

Requer a atribuição de efeitos suspensivos ao presente recurso, bem como seu provimento para determinar que os valores depositados pela executada sejam transformados em pagamento, mediante o recolhimento via DARE, código 2864.

Sem contraminuta, os autos vieram conclusos.

É o relatório.

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO: SERVIMED COMERCIAL LTDA
Advogados do(a) AGRAVADO: LEANDRO MARTINHO LEITE - SP174082-A, LAURINDO LEITE JUNIOR - SP173229-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A questão posta nos autos diz respeito à possibilidade de pagamento de honorários advocatícios a advogados públicos, nas causas em que a Fazenda Pública Federal restar vencedora.

De início, é sabido o atual Código de Processo Civil, em seu art. 85, §19º, prevê expressamente:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

(...)

§ 19. Os advogados públicos perceberão honorários de sucumbência, nos termos da lei.

Como efeito, dispõe a Lei 13.327/16:

Art. 27. Este Capítulo dispõe sobre o valor do subsídio, o recebimento de honorários advocatícios de sucumbência e outras questões que envolvem os ocupantes dos cargos:

I - de Advogado da União;

II - de Procurador da Fazenda Nacional;

III - de Procurador Federal;

IV - de Procurador do Banco Central do Brasil;

V - dos quadros suplementares em extinção previstos no art. 46 da Medida Provisória nº 2.229-43, de 6 de setembro de 2001.

(...)

Art. 29. Os honorários advocatícios de sucumbência das causas em que forem parte a União, as autarquias e as fundações públicas federais pertencem originariamente aos ocupantes dos cargos de que trata este Capítulo.

Parágrafo único. Os honorários não integram o subsídio e não servirão como base de cálculo para adicional, gratificação ou qualquer outra vantagem pecuniária.

Sobre este aspecto, o C. Superior Tribunal de Justiça já se manifestou:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 03/STJ. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 489 E 1.022 DO CPC/2015. INOCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. ANÁLISE. IMPOSSIBILIDADE. INOVAÇÃO EM SEDE DE AGRAVO INTERNO. IMPOSSIBILIDADE. REENQUADRAMENTO FUNCIONAL. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. ATO CONCRETO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. CONTROVÉRSIA QUE EXIGE ANÁLISE DE PORTARIA. MATÉRIA INSUSCETÍVEL DE APRECIÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. TITULARIDADE DO ADVOGADO PÚBLICO. LEI 13.327/2016. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Inexiste violação aos artigos 489 e 1.022 do CPC/2015, quando não se vislumbra omissão, obscuridade ou contradição no acórdão recorrido capaz de torná-lo nulo, especialmente se o Tribunal a quo apreciou a demanda de forma clara e precisa.

2. É vedado, em sede de agravo interno, ampliar-se o objeto do recurso especial, aduzindo-se questões novas, não suscitadas no momento oportuno, em virtude da ocorrência da preclusão consumativa.

3. A prescrição da pretensão, por ser de reenquadramento funcional, atinge o próprio fundo de direito e está em sintonia com a jurisprudência firmada no âmbito deste e. STJ.

4. A via especial é inadequada para análise de Portarias, Resoluções, Regimentos, ou qualquer outro tipo de norma que não se enquadre no conceito de Lei Federal.

5. Os honorários advocatícios de sucumbência das causas em que forem parte a União, as autarquias e as fundações públicas federais pertencem ao advogado público.

6. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 801.104/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/10/2016, DJe 13/10/2016)

Igualmente, a jurisprudência desta E. Corte posiciona-se no seguinte sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. ADVOGADOS PÚBLICOS. LEI N. 13.327/2016. RECURSO PROVIDO.

1. Os honorários advocatícios sucumbenciais em favor da União Federal, nos termos dos artigos 27 e 29 da Lei n. 13.327/2016, pertencem aos advogados públicos.

2. Nesse sentido é a jurisprudência do C. STJ e do E. TRF da 3ª Região. Precedentes.

3. Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, 1ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5028141-89.2018.4.03.0000, Rel. Juiz Federal Convocado NOEMI MARTINS DE OLIVEIRA, julgado em 17/02/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 20/02/2020)

APELAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. COMPENSAÇÃO DESTINAÇÃO. PROCURADOR PÚBLICO.

1 - Verifica-se que o artigo 85, § 19, do CPC dispõe: "Os advogados públicos perceberão honorários de sucumbência, nos termos da lei".

2- A Lei nº 13.327/16, dentre outros temas, dispôs sobre honorários advocatícios de sucumbência das causas em que forem parte a União, suas autarquias e fundações, especificamente nos arts. 27 a 36.

3 - A sentença deve ser reformada, ressaltando que o pagamento dos honorários advocatícios sucumbenciais aos advogados públicos deverá ser feita nos termos de lei específica.

4 - Recurso provido.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000340-89.2018.4.03.6115, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 09/11/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 19/11/2018)

Verifica-se, portanto, que, com a edição da Lei 13.327/16, os honorários sucumbenciais deixaram se de qualificar enquanto recurso estatal, e passaram a ter reconhecida a condição de remuneração dos advogados públicos, em equivalência ao ocorre em relação à advocacia privada.

Não se vislumbra inconstitucionalidade, pois apesar de o regime de remuneração por subsídio prever pagamento em parcela única, a verba honorária não é paga pelo Poder Público, mas sim pela parte sucumbente na demanda.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo de instrumento.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PAGAMENTO DE HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS EM FAVOR DE ADVOGADOS PÚBLICOS. SISTEMA REMUNERATÓRIO POR SUBSÍDIO. NÃO VERIFICADA INCOMPATIBILIDADE. LEI 13.327/16. CONSTITUCIONALIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

1. A questão posta nos autos diz respeito à possibilidade de pagamento de honorários advocatícios a advogados públicos, nas causas em que a Fazenda Pública Federal restar vencedora.

2. Nos termos do art. 85, §19º atual Código de Processo Civil e da Lei 13.327/16, os honorários sucumbenciais deixaram se de qualificar enquanto recurso estatal, e passaram a ter reconhecida a condição de remuneração dos advogados públicos, em equivalência ao ocorre em relação à advocacia privada.

3. Não se vislumbra inconstitucionalidade, pois apesar de o regime de remuneração por subsídio prever pagamento em parcela única, a verba honorária não é paga pelo Poder Público, mas sim pela parte sucumbente na demanda.

4. Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5001864-77.2019.4.03.6183

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

PARTE AUTORA: PEDRO BENIGNO DE OLIVEIRA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: RAFAEL SILVA DE OLIVEIRA - SP394128-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5001864-77.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
PARTE AUTORA: PEDRO BENIGNO DE OLIVEIRA
Advogado do(a) PARTE AUTORA: RAFAEL SILVA DE OLIVEIRA - SP394128-A
PARTE RÉ: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por **Pedro Benigno de Oliveira** em face do Gerente Executivo do Instituto Nacional do Seguro Social de São Paulo/Centro, objetivando provimento jurisdicional que determine à autoridade coatora proceder à análise de seu recurso administrativo.

A MM. Juíza *a quo* concedeu a segurança para reconhecer o direito do impetrante ao processamento da análise e conclusão no âmbito administrativo, tendo deferido a liminar para que o INSS analise imediatamente o recurso administrativo do impetrante NB 31/619.110.857-9 (ID 95345700).

Vieram os autos para o reexame necessário.

A Procuradoria Regional da República, em parecer da lavra do Dr. Paulo Thadeu Gomes da Silva, opinou pelo regular prosseguimento do feito (ID 128506392).

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5001864-77.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
PARTE AUTORA: PEDRO BENIGNO DE OLIVEIRA
Advogado do(a) PARTE AUTORA: RAFAEL SILVA DE OLIVEIRA - SP394128-A
PARTE RÉ: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Trata-se de mandado de segurança impetrado com o fito de obter provimento jurisdicional que determine à autoridade coatora proceder à análise do recurso administrativo do impetrante.

Como é cediço, cabe à Administração Pública respeitar o princípio da razoável duração do processo, constante no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.

Nesse sentido, a Lei nº 9.784/1999 determina ao Poder Público o prazo de até 30 (trinta) dias, contados do momento em que concluída a instrução, para emitir decisão em processos administrativos de sua competência. *In verbis*:

"Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada".

O impetrante alega que protocolou requerimento de prorrogação do benefício de auxílio-doença no dia 01.10.2018, o qual foi indeferido e ensejou a apresentação de recurso administrativo à Junta de Recursos da Previdência Social em 30.11.2018, mas até a data da impetração do presente *mandamus* (25.02.2019), ainda não existia qualquer perspectiva de julgamento.

A autoridade impetrada, deste modo, extrapolou os limites da razoabilidade em relação à demora na apreciação do pedido do impetrante, vindo a dar andamento ao recurso somente após notificada para prestar informações (ID 95345709).

A respeito do tema, colhem-se os seguintes precedentes:

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO. ART. 5º, LXXVIII, DA CF. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSOS. TRASLADO DE PEÇAS. POSSIBILIDADE. CELERIDADE. ÔNUS DAS PARTES. ATUAÇÃO. RECURSO NÃO-CONHECIDO. 1. "A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" (art. 5º, LXXVIII, da CF). 2. Devem as partes colaborar no andamento do processo com o escopo de se chegar a um provimento jurisdicional final em tempo moderado. 3. Recurso não-conhecido". ..EMEN:(RESP 200701513930, ARNALDO ESTEVES LIMA, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:01/02/2010 ..DTPB:.)

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ANÁLISE DE PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO. LEI Nº 9.784/99. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. 1 - Os artigos 48 e 49 da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estipulam o prazo de até 30 (trinta) dias, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada, para Administração explicitamente emitir decisão nos processos administrativos. 2 - A Administração Pública deve examinar e decidir os requerimentos que lhe sejam submetidos à apreciação, no prazo legal, sob pena de violação aos princípios da eficiência e da razoável duração do processo, conforme preceituam as Leis ns. 9.784/99 e 11.457/07, bem como os artigos 5º, inciso LXXVIII e 37, caput, da Constituição da República, que a todos assegura o direito à celeridade na tramitação dos procedimentos administrativos. 3 - Remessa oficial não provida". (REO 00097112820094036100, DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/12/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

"PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MOROSIDADE ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. [...] II - De acordo com os documentos juntados aos autos demonstram, de plano a delonga da Administração na verificação do preenchimento das exigências legais para o deferimento do pleito. Portanto, não há qualquer justificação plausível por parte da autoridade para a demora na análise do processo administrativo, em ofensa aos princípios constitucionais e administrativos da moralidade, eficiência, continuidade do serviço público e razoabilidade. III - Agravo legal não provido".(AMS 00218437820134036100, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/12/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

“DIREITO DE PETIÇÃO. OBTENÇÃO DE RESPOSTA. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ILEGALIDADE. 1. Assiste direito líquido e certo à impetrante, de receber uma resposta da Administração Pública, acerca do requerimento formulado. 2. Todas as pessoas, físicas e jurídicas, têm assegurado o direito de invocar o Poder Público, a fim de receber uma resposta acerca de uma determinada questão ou situação considerada abusiva ou contrária ao direito. 3. Cuida-se do direito de petição (art. 5º, XXXIV, "a", da CF), no qual se encontra, implícito, o direito de receber a respectiva resposta, dentro de prazo razoável (Princípio da Eficiência da Administração Pública - art. 37, caput, da CF). 4. Protocolado o pleito de restituição em 17/02/05 (cf. fls. 29), sem que o mesmo houvesse sido analisado até a data do ajuizamento deste mandado de segurança (em 06/07/05), resta configurada a omissão ilegal por parte da autoridade administrativa. 5. Ao tratar do dever de decidir, a Lei 9784/99, reguladora do processo administrativo no âmbito federal, fixa o prazo de 30 dias para tanto. 6. Correta a sentença ao fixar o prazo de 15 dias para conclusão do processo administrativo. 7. Apelação e remessa oficial improvidas”. (AMS - APELAÇÃO CÍVEL – 279903. TRF3. e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/09/2011 PÁGINA: 1229. 24/08/2011. JUIZ CONVOCADO LEONEL FERREIRA).

A r. sentença, portanto, deve ser mantida tal como lançada.

Diante do exposto, voto por **NEGAR PROVIMENTO** à remessa necessária.

É como voto.

jucarval

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. PRAZO. LEI Nº 9.784/99. 30 DIAS. REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDA.

1. Cabe à administração pública respeitar o princípio da razoável duração do processo, constante no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.

2. A Lei n. 9.784/1999 determina à Administração Pública o prazo de até 30 (trinta) dias, contados do momento em que concluída a instrução, para emitir decisão em processos administrativos de sua competência.

3. Remessa necessária desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO à remessa necessária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 0002064-07.2013.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: SYNGENTA PROTECAO DE CULTIVOS LTDA, ICI BAHIA S/A

Advogado do(a) AGRAVADO: JOSE ERCILIO DE OLIVEIRA - SP27141-A

Advogado do(a) AGRAVADO: JOSE ERCILIO DE OLIVEIRA - SP27141-A

OUTROS PARTICIPANTES:

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 23/06/2020 2155/4253

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 0002064-07.2013.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO: SYNGENTA PROTECAO DE CULTIVOS LTDA, ICI BAHIAS/A
Advogado do(a) AGRAVADO: JOSE ERCILIO DE OLIVEIRA - SP27141-A
Advogado do(a) AGRAVADO: JOSE ERCILIO DE OLIVEIRA - SP27141-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela União em face de decisão que, para efeito de expedição de precatório, determinou a incidência de juros de mora entre o cancelamento de requisição anterior e a homologação de novos cálculos.

Sustenta que a CF prevê um procedimento específico de execução contra a Fazenda Pública, em nome dos princípios da legalidade, isonomia e moralidade. Alega que não pode ser penalizada pela tramitação do precatório, através da imposição de juros de mora.

Argumenta que mora pressupõe culpa do devedor, o que não ocorre no decorrer do cumprimento de condenações contra a Fazenda Pública, imposto por norma constitucional.

Afirma que os juros moratórios somente têm cabimento, quando o valor não é pago até o final do exercício financeiro subsequente ao da inscrição do crédito em proposta orçamentária. Pondera que não cabe compensação da mora nos períodos anteriores, inclusive entre a homologação dos cálculos e a expedição do precatório.

O agravo tramitou sem antecipação de tutela recursal.

Syngenta Proteção de Cultivos Ltda. apresentou contraminuta, respondendo que não se trata de incidência de juros moratórios entre a homologação dos cálculos e a expedição do ofício requisitório, mas de cancelamento de precatório anterior, seguido de um longo prazo até a emissão de um novo, com a necessidade de compensação da mora.

Adverte que a inclusão dos juros no período se encontra preclusa, uma vez que a União não recorreu da decisão que determinou o ajuste dos cálculos, mas da posterior homologação, quando os parâmetros já estavam fixados.

A Terceira Turma deu provimento ao agravo de instrumento da União, para impedir o cômputo de juros de mora entre a homologação dos cálculos e a expedição de precatório, rejeitando os embargos de declaração opostos na sequência.

Syngenta Proteção de Cultivos Ltda. interpôs recurso especial.

Em função do julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 1.665.599, Tema n. 291, a Vice-Presidência do Tribunal determinou o retorno dos autos do agravo ao órgão fracionário para eventual juízo de retratação.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 0002064-07.2013.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO: SYNGENTA PROTECAO DE CULTIVOS LTDA, ICI BAHIA S/A
Advogado do(a) AGRAVADO: JOSE ERCILIO DE OLIVEIRA - SP27141-A
Advogado do(a) AGRAVADO: JOSE ERCILIO DE OLIVEIRA - SP27141-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Em primeiro lugar, o reexame do agravo de instrumento pelo Tribunal ficará restrito à incidência dos juros de mora, enquanto projeção do julgamento de caso repetitivo, sem que ele possa alcançar as demais questões abordadas ou que deveriam ter sido abordadas pelo acórdão – preclusão sobre impugnação dos cálculos.

E, em segundo lugar, diversamente do que consta da contraminuta, a controvérsia corresponde à incidência de juros moratórios entre a homologação dos cálculos e a expedição de precatório. A União argumenta que não pode responder por mora no período que começa da conta homologada em julho de 1994 e que se encerraria na emissão do ofício requisitório – ainda pendente.

O cancelamento da requisição expedida em junho de 1997 não interfere na compreensão da controvérsia, que, segundo a fundamentação a ser exposta, deve ser resolvida independentemente das contingências por que passou a relação processual.

O juízo de retratação decorrente do julgamento de recurso especial repetitivo é cabível (artigo 1.040, II, do CPC).

Efetivamente, o período que vai da homologação dos cálculos até a expedição do precatório deve ser encarado como continuidade da mora que começou da prática do ato ilícito ou da citação do devedor, conforme se trate de responsabilidade extracontratual ou contratual (artigo 219, *caput*, do CPC de 73, artigo 240, *caput*, do CPC de 2015 e artigo 398 do CC).

O Estado persiste no descumprimento de obrigação, mantendo o cenário de dano que sofreu o particular com a tributação indevida, por exemplo. O administrado continua desprovido dos valores que recolheu indevidamente ao erário público e não pode receber a devolução com simples correção monetária, sem os frutos do capital de que ficou destituído.

Haveria, nas circunstâncias, o enriquecimento sem causa do Poder Público, que usou os recursos pagos pelo contribuinte e não pode restituí-los sem os rendimentos que propiciariam.

A mora iniciada dos recolhimentos indevidos ou da citação persiste na fase de liquidação da condenação judicial e somente cessará com a expedição do precatório, quando, então, se aplica um prazo constitucional para o pagamento (artigo 100 da CF), imposto como garantia da ordem cronológica de créditos e da operacionalização de normas orçamentárias – anualidade.

Observa-se que o período compreendido entre a homologação dos cálculos e a emissão do ofício requisitório não chega a integrar o prazo constitucional de tramitação do precatório, no qual não se pode cogitar de mora do Poder Público (Súmula Vinculante n. 17 do STF).

Ele representa sequência do estado de inadimplemento de obrigação, de recolhimentos indevidos ao erário, que devem ser ressarcidos como se não houvesse prejuízo, com a inclusão dos juros de que ficou desprovido o contribuinte desde a arrecadação.

Deve prevalecer, assim, a orientação fixada no Recurso Especial Repetitivo n. 1.665.599, Tema n. 291, que seguiu, na verdade, o julgamento do Recurso Extraordinário n. 579431, no qual o STF negou a existência de qualquer tipo de moratória durante o procedimento de execução contra a Fazenda Pública:

QUESTÃO DE ORDEM. REVISÃO DE ENTENDIMENTO CONSOLIDADO EM TEMA REPETITIVO. TEMA 291/STJ. TERMO FINAL DA INCIDÊNCIA DOS JUROS MORATÓRIOS CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. ENTENDIMENTO FIXADO PELO STF, EM REPERCUSSÃO GERAL, TEMA 96/STF, QUE SOLUCIONA, DE FORMA SUFICIENTE, A CONTROVÉRSIA POSTA EM DISCUSSÃO. ADEQUAÇÃO DO TEMA REPETITIVO 291/STJ À NOVA ORIENTAÇÃO FIXADA PELO STF EM REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 96/STF. QUESTÃO DE ORDEM ACOLHIDA, PARA DAR NOVA REDAÇÃO AO TEMA 291. PARECER FAVORÁVEL DO MPF.

1. Esta Corte Especial, por ocasião do julgamento do REsp 1.143.677/RS (DJe 4.2.2010), sob a Relatoria do ilustre Ministro LUIZ FUX, fixou a tese (Tema Repetitivo 291/STJ) no sentido de que não incidem juros moratórios entre a elaboração dos cálculos e o efetivo pagamento da Requisição de Pequeno Valor-RPV. Transcorridos aproximadamente sete anos, o Supremo Tribunal Federal, em 19.4.2017, julgou o Recurso Extraordinário 579.431/RS, sob a relatoria do ilustre Ministro MARCO AURÉLIO (DJe 30.6.2017), com Repercussão Geral reconhecida, quando fixou a tese de que incidem os juros da mora no período compreendido entre a data da realização dos cálculos e a da requisição ou do precatório (Tema 96/STF da Repercussão Geral). As duas orientações são claramente opostas, como se vê sem esforço. A partícula não no início do Tema Repetitivo 291/STJ não deixa margem à dívida.

2. Considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, nos termos do art. 927, §4o. do Código Fux, é patente e evidente a necessidade de revisão do entendimento consolidado no enunciado de Tema Repetitivo 291/STJ, a fim de adequá-lo à nova orientação fixada pelo egrégio Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do RE 579.431/RS (Repercussão Geral - Tema 96/STF).

3. Nova redação que se dá ao enunciado de Tema Repetitivo 291/STJ: incidem os juros da mora no período compreendido entre a data da realização dos cálculos e a da requisição ou do precatório.

4. Questão de ordem acolhida a fim de dar nova redação ao Tema 291/STJ, em conformidade com Parecer favorável do MPF e em estrita observância da redação conferida ao tema pelo STF.

(STJ, QO no Resp 1.665.599, Relator Napoleão Nunes Maia Filho, Corte Especial, DJ 20.03.2019).

Syngenta Proteção de Cultivos Ltda. faz jus, portanto, a juros de mora no período que vai da homologação dos cálculos (julho de 1994) até a expedição do futuro precatório.

O fato de ter ocorrido cancelamento de requisição no intervalo (junho de 1997) ou de o processo ter ficado arquivado por tempo considerável não modifica a conclusão. Como já se explicou, o Estado se encontra em mora desde o recolhimento indevido ou a citação e não deixa de estar na condição em função de prolongamento da relação processual, independentemente da responsabilidade por ele.

Se o pagamento do precatório foi postergado por erro do ofício requisitório ou arquivamento dos autos da execução, a medida não retira o quadro de enriquecimento sem causa do Poder Público, que continua a usufruir dos recursos indevidamente recolhidos e deve ressarcir o contribuinte por todo esse período, com correção monetária e juros.

Ante o exposto, em sede de juízo de retratação, nego provimento ao agravo de instrumento da União.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO ADMINISTRATIVO. PRECATÓRIO. JUROS DE MORA ENTRE A HOMOLOGAÇÃO DOS CÁLCULOS E A EXPEDIÇÃO DO OFÍCIO REQUISITÓRIO. CABIMENTO. ORIENTAÇÃO FIRMADA EM JULGAMENTO DE CASO REPETITIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.

I. Em primeiro lugar, o reexame do agravo de instrumento pelo Tribunal ficará restrito à incidência dos juros de mora, enquanto projeção do julgamento de caso repetitivo, sem que ele possa alcançar as demais questões abordadas ou que deveriam ter sido abordadas pelo acórdão – preclusão sobre impugnação dos cálculos.

II. E, em segundo lugar, diversamente do que consta da contraminuta, a controvérsia corresponde à incidência de juros moratórios entre a homologação dos cálculos e a expedição de precatório. A União argumenta que não pode responder por mora no período que começa da conta homologada em julho de 1994 e que se encerraria na emissão do ofício requisitório – ainda pendente.

III. O cancelamento da requisição expedida em junho de 1997 não interfere na compreensão da controvérsia, que, segundo a fundamentação a ser exposta, deve ser resolvida independentemente das contingências por que passou a relação processual.

IV. O juízo de retratação decorrente do julgamento de recurso especial repetitivo é cabível (artigo 1.040, II, do CPC).

V. Efetivamente, o período que vai da homologação dos cálculos até a expedição do precatório deve ser encarado como continuidade da mora que começou da prática do ato ilícito ou da citação do devedor, conforme se trate de responsabilidade extracontratual ou contratual (artigo 219, *caput*, do CPC de 73, artigo 240, *caput*, do CPC de 2015 e artigo 398 do CC).

VI. O Estado persiste no descumprimento de obrigação, mantendo o cenário de dano que sofreu o particular com a tributação indevida, por exemplo. O administrado continua desprovido dos valores que recolheu indevidamente ao erário público e não pode receber a devolução com simples correção monetária, sem os frutos do capital de que ficou destituído.

VII. Haveria, nas circunstâncias, o enriquecimento sem causa do Poder Público, que usou os recursos pagos pelo contribuinte e não pode restituí-los sem os rendimentos que propiciariam.

VIII. A mora iniciada dos recolhimentos indevidos ou da citação persiste na fase de liquidação da condenação judicial e somente cessará com a expedição do precatório, quando, então, se aplica um prazo constitucional para o pagamento (artigo 100 da CF), imposto como garantia da ordem cronológica de créditos e da operacionalização de normas orçamentárias – anualidade.

IX. Observa-se que o período compreendido entre a homologação dos cálculos e a emissão do ofício requisitório não chega a integrar o prazo constitucional de tramitação do precatório, no qual não se pode cogitar de mora do Poder Público (Súmula Vinculante n. 17 do STF).

X. Ele representa sequência do estado de inadimplemento de obrigação, de recolhimentos indevidos ao erário, que devem ser ressarcidos como se não houvesse prejuízo, com a inclusão dos juros de que ficou desprovido o contribuinte desde a arrecadação.

XI. Deve prevalecer, assim, a orientação fixada no Recurso Especial Repetitivo n. 1.665.599, Tema n. 291, que seguiu, na verdade, o julgamento do Recurso Extraordinário n. 579431, no qual o STF negou a existência de qualquer tipo de moratória durante o procedimento de execução contra a Fazenda Pública.

XII. Syngenta Proteção de Cultivos Ltda. faz jus, portanto, a juros de mora no período que vai da homologação dos cálculos (julho de 1994) até a expedição do futuro precatório.

XIII. O fato de ter ocorrido cancelamento de requisição no intervalo (junho de 1997) ou de o processo ter ficado arquivado por tempo considerável não modifica a conclusão. Como já se explicou, o Estado se encontra em mora desde o recolhimento indevido ou a citação e não deixa de estar na condição em função de prolongamento da relação processual, independentemente da responsabilidade por ele.

XIV. Se o pagamento do precatório foi postergado por erro do ofício requisitório ou arquivamento dos autos da execução, a medida não retira o quadro de enriquecimento sem causa do Poder Público, que continua a usufruir dos recursos indevidamente recolhidos e deve ressarcir o contribuinte por todo esse período, com correção monetária e juros.

XV. Agravo de instrumento a que se nega provimento, em juízo de retratação.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, em sede de juízo de retratação, negou provimento ao agravo de instrumento da União., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5023376-41.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: ENESIO JOSE VINHA
Advogado do(a) AGRAVANTE: JEFFERSON LUIZ MATIOLI - SP279295
AGRAVADO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5023376-41.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: ENESIO JOSE VINHA
Advogado do(a) AGRAVANTE: JEFFERSON LUIZ MATIOLI - SP279295
AGRAVADO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento (ID 90324864) interposto por ENÉSIO JOSÉ VINHA em face da decisão prolatada nos autos da ação civil pública n.º 5002428-75.2019.4.03.6112, em trâmite na 2ª Vara Federal de Presidente Prudente/SP (ID 90324880), que deferiu a medida liminar requerida pelo Ministério Público Federal, nos seguintes termos:

Do exposto, defiro a medida liminar nos termos em que requerida, conforme discriminado a seguir:

a) Imponho aos réus o cumprimento de obrigação de não-fazer, consistente em abster-se de realizar qualquer nova construção em áreas de várzea, preservação permanente e/ou inseridas nos limites da APA das Ilhas e Várzeas do Rio Paraná, bem como em se abster de promover ou permitir a supressão de qualquer tipo de cobertura vegetal do referido imóvel, sem a necessária e indispensável autorização do órgão competente – CBRN, IBAMA ou ICMBio;

b) Imponho aos réus o cumprimento de obrigação de não-fazer, consistente em abster-se de utilizar o imóvel, uma vez que se trata de imóvel/empreendimento destinado a lazer (e não à moradia ou turismo como pretende a parte ré) e qualquer uso do local causa dano ambiental que vem se perpetuando no tempo, sem nenhuma providência por parte do poder público, facultando-se, caso queira a parte ré, a manter um empregado às expensas suas na função de vigia/porteiro, podendo continuar a ocupar a construção destinada para essa função no Rancho Eldorado, e autorizar a Polícia Militar Ambiental a ingressar na propriedade a qualquer momento, sem prévio aviso ou requerimento, para fiscalizar o cumprimento da ordem judicial;

c) Imponho também a obrigação de se absterem de conceder o uso daquela área a qualquer interessado;

d) Comino ainda multa liminar equivalente a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia de eventual descumprimento das medidas ora determinadas nas alíneas anteriores.

O agravante requer a reforma da decisão agravada, sustentando, em síntese: a não existência de dano ambiental; o direito de uso e gozo da propriedade, consoante a inscrição do imóvel junto ao sistema SICAR/SP; a atividade principal desempenhada na propriedade de turismo rural.

Contramina do Ministério Público Federal (ID 107518483), destacando que a análise do Cadastro Ambiental Rural - CAR é desnecessária para a concessão da liminar, pois somente é possível a regularização dos imóveis no caso de uso consolidado de áreas de preservação permanente e conforme os critérios do Novo Código Florestal, os quais o agravante não cumpre, pelo menos em juízo de cognição sumária.

A Procuradoria Regional da República apresentou parecer (ID 126566227) e afirmou que a decisão interlocutória que deferiu a liminar na ação civil pública deve ser mantida, pois está em conformidade com a legislação ambiental e com as regras processuais, que disciplinam a tutela provisória de urgência.

É o breve relatório.

Passo a decidir.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5023376-41.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: ENESIO JOSE VINHA
Advogado do(a) AGRAVANTE: JEFFERSON LUIZ MATIOLI - SP279295
AGRAVADO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Em síntese, a parte agravante sustenta que “*sem a necessária análise do CAR apresentado pelo órgão ambiental competente (SICAR/SP), onde consta a informação sob consolidação das propriedade, APP e RL, não é possível imputar aos Agravantes qualquer dano ambiental, não sendo sequer razoável a concessão de liminar, devendo ser reformada, por meio da tutela antecipada recursal que se requer com esse pleito.*”

Por outro lado, o Ministério Público Federal afirma que o empreendimento denominado “Recanto Eldorado”, atual “Associação Esportiva de Pesca Recanto Eldorado Sertãozinho”, está situado em área de preservação permanente e que o uso contínuo da propriedade implica em agravamento da degradação da qualidade do meio ambiente.

Ademais, salienta o “*parquet*” que o empreendimento era e continua sendo um condomínio particular. Isto é, o local conta com a existência de imóveis residenciais, englobando apartamentos, casa do caseiro e depósito de embarcações, além de áreas calçadas, impermeabilizadas e cobertas por gramíneas.

Consoante o artigo 109, inciso I, da Constituição Federal, cabe mencionar que a conduta contra o meio ambiente ocorreu em mata ciliar nas margens do Rio Paraná, considerada área de preservação permanente, observando, por conseguinte, a competência da Justiça Federal para processar e julgar a demanda.

Necessário mencionar o Laudo n.º 2.816/2012, realizado pelo Núcleo de Criminalística da Superintendência Regional do Departamento de Polícia Federal no Estado de São Paulo (ID 90326536), nos autos da ação civil pública n.º 5002428-75.2019.4.03.6112:

Desta forma, os Peritos assinalam que todas as intervenções descritas acima e que totalizam uma área estimada em 7.800,00 m² (cerca de 0,78 hectare) estão em desacordo com a referida Lei, uma vez que tais intervenções contribuem de forma decisiva para o impedimento da regeneração da cobertura vegetal, impossibilitando que as funções da APP sejam desempenhadas de acordo com sua definição.

Constata-se que o imóvel está situado em espaço territorial especialmente protegido pelo Poder Público, que está gravado por obrigação “*propter rem*”, de maneira que a alegação de preexistência de construções a posse não exime seu titular da obrigação de reparar e indenizar os danos ambientais, em virtude da inexistência de direito adquirido de poluir.

Como bem asseverou o juízo “*a quo*”, no tocante ao Laudo Ambiental, realizado pelo Núcleo de Criminalística da Polícia Federal:

Na área foram edificadas construções em alvenaria (residência do caseiro, várias edificações para acomodar os proprietários, capela, local para limpeza de peixes, caixa d'água) com 7.800 (sete mil e oitocentos) metros quadrados ou 0,78 hectares no total, compreendendo ainda rampa de acesso ao rio Paraná, garagem de barcos, píer e estrutura para recolhimento de barcos. O terreno encontra-se, ainda, cercado em seus limites, com áreas impermeabilizadas, de solo exposto, gramado, com plantio de espécies exóticas e outras características de antropização.

Foi elaborado o Laudo Ambiental nº 2.816/2012, pelo Núcleo de Criminalística da Polícia Federal, onde constatada que a degradação ambiental atinge a totalidade da área, ou seja, 28.600 (vinte e oito mil e seiscentos) metros quadrados – cerca de 2,86 hectares (ID 16075730), em flagrante desacordo com a legislação ambiental vigente, contribuindo de forma decisiva para o impedimento da regeneração da cobertura vegetal, impossibilitando o desempenho das funções das áreas ambientalmente protegidas. (Destacamos)

Embora efetivamente as supressões de área de preservação permanente anteriores a julho de 2008 configurem área rural consolidada, com exigência de regeneração de vegetação inferior ao padrão e manutenção de atividades ligadas ao ecoturismo e turismo rural (artigo 61-A do Código Florestal, considerado constitucional pelo STF na ADI n.º 4.937), o Recanto Eldorado não pode ser enquadrado no regime de transição.

Segundo os elementos que instruíram a ação civil pública (Laudo Ambiental da Polícia Federal, Auto de Infração Ambiental e Boletim de Ocorrência Ambiental), o Recanto Eldorado caracteriza um condomínio voltado ao esporte e lazer dos associados. A presença de terceiros no local para o desfrute e preservação da natureza é restrita e não condiz com um empreendimento destinado ao ecoturismo e turismo rural.

Toda a infraestrutura existente se direciona à satisfação das necessidades individuais dos condôminos – unidades autônomas, residência de caseiro, depósito de embarcações. O laudo ambiental da Polícia Federal não detectou qualquer ativo propício à recepção e acomodação de terceiros com vistas ao desfrute e preservação da natureza, que constitui requisito de qualquer atividade turística, inclusive de natureza ecológica (artigo 2º da Lei n.º 11.771 de 2008).

A própria mudança do estatuto da associação dos moradores é prova da destinação anterior da área a empreendimento distinto. Se o local se dedicava ao ecoturismo e turismo rural, a alteração estatutária não se revela tão relevante assim, bastando a comprovação da infraestrutura ligada àquelas atividades.

Como os ativos próprios inexistem, a associação mudou o propósito da área a fim de dar justamente concretização ao turismo.

A parte agravante aduz ainda que a propriedade possui sistema de tratamento biodigestor na propriedade, usado para o processamento de matéria orgânica, a fim de evitar a poluição do meio ambiente com os dejetos orgânicos.

Trata-se, entretanto, de ponto controvertido, cuja resolução não pode ser antecedida de posicionamento favorável à continuidade da ocupação. Enquanto não se resolve a questão, deve prevalecer o direito difuso ao meio ambiente sadio, em detrimento de interesses particulares dos ocupantes (artigo 225, *caput*, da CF).

Ademais, deve atuar o princípio ambiental da prevenção, que suspende a realização de atividades potencialmente prejudiciais ao meio ambiente, na pendência de informações e estudos sobre os impactos (artigo 9º, III e IV, da Lei n.º 6.938 de 1981).

Apesar de os agravantes sustentarem que não há na propriedade a utilização de fossa negra, o Ministério Público Federal ressalta que, em procedimentos semelhantes, os imóveis do bairro Entre Rios, no município de Rosana, são abastecidos por água proveniente de poços, ou do próprio rio, e os efluentes são despejados em fossa negra, localizada a poucos metros do leito do Rio Paraná, conforme o ID 90324879, nos autos da ação civil pública n.º 5002428-75.2019.4.03.6112:

Segundo parecer do IBAMA em procedimentos semelhantes, os imóveis do bairro Entre Rios são abastecidos por água proveniente de poços, ou do próprio rio, os efluentes são despejados em fossa negra, localizada a poucos metros do leito do rio Paraná, e os efluentes líquidos são despejados diretamente no rio, sem nenhum tipo de tratamento.

Observe-se, ainda, que os terrenos possuem uma acentuada declividade, sofrendo periodicamente com as enchentes do rio Paraná e quando da abertura das comportas da UHE Sérgio Motta, sendo assim, o tempo e a intensidade dos despejos desses efluentes diretamente no solo e sub-solo acarretam, consequentemente, a contaminação das camadas do solo e das águas do rio Paraná. Esses despejos permanentes sem um tipo de tratamento eficaz e adequado, causam diversos tipos de doenças, como a febre tifoide, disenteria amebiana, ascariíase, diarreia por vírus, giardíase, hepatite A, teníase e outras. As fossas negras acumulam resíduos utilizados diariamente nas residências que são diretamente depositados ao solo, acarretando índice altíssimo de contaminação, além de poderem infectar as águas subterrâneas, aquelas que colhidas dos poços artesanais para uso doméstico. (Destacamos)

Além dos riscos de contaminação do meio ambiente com os dejetos orgânicos, há outras possíveis interferências negativas causadas pela ocupação dos lotes que compõem o bairro Entre Rios, no município de Rosana, como salientou o Ministério Público Federal (ID 90324879), nos autos da ação civil pública n.º 5002428-75.2019.4.03.6112:

Como principais interferências negativas tanto sobre os meios físicos e bióticos quanto sobre a saúde e qualidade de vida da população, causadas pela ocupação dos lotes que compõem o bairro Entre Rios, ressalta-se, entre outras: introdução de espécies de plantas exóticas; supressão da vegetação nativa; risco de disseminação de doenças em função da existência de acúmulo de lixo; risco de contaminação dos poços, do solo e do lençol freático, em razão da presença de fossas negras; lançamento indevido de efluentes líquidos e sólidos diretamente nas águas do rio Paraná, sem nenhum tipo de tratamento adequado; risco de carreamento de lixo para o leito do rio em períodos de chuvas intensas e de enchentes, e risco à saúde da população em decorrência da falta de saneamento básico e de rede de distribuição de água. (Destacamos)

Cumpra salientar que o Cadastro Ambiental Rural - CAR, com inscrição junto à Secretaria de Infraestrutura e Meio Ambiente, e a existência de sistema de tratamento biodigestor na propriedade não eximem a parte agravante da obrigação de reparar e indenizar os danos ambientais.

A fim de conferir uma maior proteção ao meio ambiente, a Lei nº 6.938/81, denominada Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, prevê que a responsabilidade civil por danos ambientais é objetiva, ou seja, independe da caracterização da culpa, além de ser fundada na teoria do risco integral, razão pela qual é incabível a aplicação de excludentes de responsabilidade para afastar a obrigação de reparar ou indenizar, "verbis":

Art. 14 Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

(...)

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

O Superior Tribunal de Justiça reconhece que o dever-poder de controle e fiscalização ambiental, além de inerente ao exercício do poder de polícia do Estado, provém diretamente do marco constitucional de garantia dos processos ecológicos essenciais, conforme o seguinte precedente:

AMBIENTAL. UNIDADE DE CONSERVAÇÃO DE PROTEÇÃO INTEGRAL (LEI 9.985/00). OCUPAÇÃO E CONSTRUÇÃO ILEGAL POR PARTICULAR NO PARQUE ESTADUAL DE JACUPIRANGA. TURBAÇÃO E ESBULHO DE BEM PÚBLICO. DEVER-PODER DE CONTROLE E FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL DO ESTADO. OMISSÃO. ART. 70, § 1º, DA LEI 9.605/1998. DESFORÇO IMEDIATO. ART. 1.210, § 1º, DO CÓDIGO CIVIL. ARTIGOS 2º, I E V, 3º, IV, 6º E 14, § 1º, DA LEI 6.938/1981 (LEI DA POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE). CONCEITO DE POLUIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DE NATUREZA SOLIDÁRIA, OBJETIVA, ILIMITADA E DE EXECUÇÃO SUBSIDIÁRIA. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO.

1. Já não se duvida, sobretudo à luz da Constituição Federal de 1988, que ao Estado a ordem jurídica abona, mais na fórmula de dever do que de direito ou faculdade, a função de implementar a letra e o espírito das determinações legais, inclusive contra si próprio ou interesses imediatos ou pessoais do Administrador. Seria mesmo um despropósito que o ordenamento constrangesse os particulares a cumprir a lei e atribuisse ao servidor a possibilidade, conforme a conveniência ou oportunidade do momento, de por ela zelar ou abandoná-la à própria sorte, de nela se inspirar ou, frontal ou indiretamente, contradizê-la, de buscar realizar as suas finalidades públicas ou ignorá-las em prol de interesses outros.

2. Na sua missão de proteger o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, como patrono que é da preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais, incumbe ao Estado "definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção" (Constituição Federal, art. 225, § 1º, III).

3. A criação de Unidades de Conservação não é um fim em si mesmo, vinculada que se encontra a claros objetivos constitucionais e legais de proteção da Natureza. Por isso, em nada resolve, freia ou mitiga a crise da biodiversidade - diretamente associada à insustentável e veloz destruição de habitat natural -, se não vier acompanhada do compromisso estatal de, sincera e eficazmente, zelar pela sua integridade físico-ecológica e providenciar os meios para sua gestão técnica, transparente e democrática. A ser diferente, nada além de um "sistema de áreas protegidas de papel ou de fachada" existirá, espaços de ninguém, onde a omissão das autoridades é compreendida pelos degradadores de plantão como autorização implícita para o desmatamento, a exploração predatória e a ocupação ilícita.

(...)

6. O dever-poder de controle e fiscalização ambiental (= dever-poder de implementação), além de inerente ao exercício do poder de polícia do Estado, provém diretamente do marco constitucional de garantia dos processos ecológicos essenciais (em especial os arts. 225, 23, VI e VII, e 170, VI) e da legislação, sobretudo da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/1981, arts. 2º, I e V, e 6º) e da Lei 9.605/1998 (Lei dos Crimes e Ilícitos Administrativos contra o Meio Ambiente).

7. Nos termos do art. 70, § 1º, da Lei 9.605/1998, são titulares do dever-poder de implementação "os funcionários de órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente - SISNAMA, designados para as atividades de fiscalização", além de outros a que se confira tal atribuição.

8. Quando a autoridade ambiental "tiver conhecimento de infração ambiental é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante processo administrativo próprio, sob pena de co-responsabilidade" (art. 70, § 3º, da Lei 9.605/1998, grifo acrescentado).

(...)

14. No caso de omissão de dever de controle e fiscalização, a responsabilidade ambiental solidária da Administração é de execução subsidiária (ou com ordem de preferência).

15. A responsabilidade solidária e de execução subsidiária significa que o Estado integra o título executivo sob a condição de, como devedor-reserva, só ser convocado a quitar a dívida se o degradador original, direto ou material (= devedor principal) não o fizer; seja por total ou parcial exaurimento patrimonial ou insolvência, seja por impossibilidade ou incapacidade, inclusive técnica, de cumprimento da prestação judicialmente imposta, assegurado, sempre, o direito de regresso (art. 934 do Código Civil), com a desconsideração da personalidade jurídica (art. 50 do Código Civil).

16. Ao acautelar a plena solvabilidade financeira e técnica do crédito ambiental, não se insere entre as aspirações da responsabilidade solidária e de execução subsidiária do Estado - sob pena de onerar duplamente a sociedade, romper a equação do princípio poluidor-pagador e inviabilizar a internalização das externalidades ambientais negativas - substituir, mitigar, postergar ou dificultar o dever; a carga do degradador material ou principal, de recuperação integral do meio ambiente afetado e de indenização pelos prejuízos causados.

17. Como consequência da solidariedade e por se tratar de litisconsórcio facultativo, cabe ao autor da Ação optar por incluir ou não o ente público na petição inicial.

18. Recurso Especial provido.

(REsp 1071741/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/03/2009, DJe 16/12/2010) (Destacamos)

Chega-se à conclusão de que as medidas determinadas nos autos da ação civil pública n.º 5002428-75.2019.4.03.6112, em trâmite na 2ª Vara Federal de Presidente Prudente/SP, são necessárias e adequadas para cessar o dano ambiental na área.

Destaca-se que é dever do Poder Público e da sociedade a defesa de um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as futuras gerações, sendo esse um direito transindividual garantido pela Constituição Federal.

Comefeito, a parte agravante não demonstrou a probabilidade do seu direito e a decisão interlocutória deve ser mantida.

Ante todo o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É o voto.

EMENTA

DIREITO AMBIENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. CONSTRUÇÃO IRREGULAR ÀS MARGENS DO RIO PARANÁ. DANO AMBIENTAL "IN RE IPSA". AGRAVO DE INSTRUMENTO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Trata-se de agravo de instrumento em face da decisão prolatada nos autos de ação civil pública, em trâmite na 2ª Vara Federal de Presidente Prudente/SP, que deferiu a medida liminar requerida pelo Ministério Público Federal.

2. O agravante requer a reforma da decisão agravada, sustentando, em síntese: a não existência de dano ambiental, o direito de uso e gozo da propriedade, consoante a inscrição do imóvel junto ao sistema SICAR/SP e a atividade principal desempenhada na propriedade de turismo rural.

3. O Ministério Público Federal alega que a propriedade em comento está situada em área de preservação permanente e que o uso contínuo do imóvel implica em agravamento da degradação da qualidade do meio ambiente. Destaca o "parquet" que, em procedimentos semelhantes, os imóveis do bairro Entre Rios, no município de Rosana, são abastecidos por água proveniente de poços, ou do próprio rio, e os efluentes são despejados em fossa negra, localizada a poucos metros do leito do Rio Paraná.
4. De acordo com o artigo 109, inciso I, da Constituição Federal, cabe mencionar que a conduta contra o meio ambiente ocorreu em mata ciliar nas margens do Rio Paraná, considerada área de preservação permanente, observando, por conseguinte, a competência da Justiça Federal para processar e julgar a demanda.
5. Constata-se que o imóvel está situado em espaço territorial especialmente protegido pelo Poder Público, que está gravado por obrigação "propter rem", de maneira que a alegação de preexistência de construções a posse não exime seu titular da obrigação de reparar e indenizar os danos ambientais, em virtude da inexistência de direito adquirido de poluir.
6. Segundo os elementos que instruíram a ação civil pública (Laudo Ambiental da Polícia Federal, Auto de Infração Ambiental e Boletim de Ocorrência Ambiental), a propriedade em comento caracteriza um condomínio voltado ao esporte e lazer dos associados. A presença de terceiros no local para o desfrute e preservação da natureza é restrita e não condiz com um empreendimento destinado ao ecoturismo e turismo rural.
7. Toda a infraestrutura existente se direciona à satisfação das necessidades individuais dos condôminos – unidades autônomas, residência de caseiro, depósito de embarcações. O laudo ambiental da Polícia Federal não detectou qualquer ativo propício à recepção e acomodação de terceiros com vistas ao desfrute e preservação da natureza, que constitui requisito de qualquer atividade turística, inclusive de natureza ecológica (artigo 2o da Lei n.º 11.771 de 2008).
8. A própria mudança do estatuto da associação dos moradores é prova da destinação anterior da área a empreendimento distinto. Se o local se dedicava ao ecoturismo e turismo rural, a alteração estatutária não se revela tão relevante assim, bastando a comprovação da infraestrutura ligada àquelas atividades.
9. Cumpre salientar que o Cadastro Ambiental Rural - CAR, com inscrição junto à Secretaria de Infraestrutura e Meio Ambiente, e a existência de sistema de tratamento biodigestor na propriedade não eximem a parte embargante da obrigação de reparar e indenizar os danos ambientais, uma vez que o imóvel está situado em espaço territorial especialmente protegido pelo Poder Público.
10. Ademais, deve atuar o princípio ambiental da prevenção, que suspende a realização de atividades potencialmente prejudiciais ao meio ambiente, na pendência de informações e estudos sobre os impactos (artigo 9º, III e IV, da Lei n.º 6.938 de 1981).
11. O Superior Tribunal de Justiça reconhece que o dever-poder de controle e fiscalização ambiental, além de inerente ao exercício do poder de polícia do Estado, provém diretamente do marco constitucional de garantia dos processos ecológicos essenciais.
12. Destaca-se que é dever do Poder Público e da sociedade a defesa de um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as futuras gerações, sendo esse um direito transindividual garantido pela Constituição Federal.
13. Como efeito, a parte agravante não demonstrou a probabilidade do seu direito e a decisão interlocutória deve ser mantida.
14. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5007275-47.2019.4.03.6104

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: UNIMARAGENCIAMENTOS MARITIMOS LTDA

Advogados do(a) APELANTE: GISELLE DE OLIVEIRA DIAS - SP326214-A, CRISTINA WADNER D ANTONIO - SP164983-A, FERNANDA BOZA NEGRAO FELICIO - SP345765-A, MARCELLA RODRIGUES DE OLIVEIRA COSTA - SP276326-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5007275-47.2019.4.03.6104

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: UNIMAR AGENCIAMENTOS MARITIMOS LTDA

Advogados do(a) APELANTE: GISELLE DE OLIVEIRA DIAS - SP326214-A, CRISTINA WADNER D ANTONIO - SP164983-A, FERNANDA BOZA NEGRAO FELICIO - SP345765-A, MARCELLA RODRIGUES DE OLIVEIRA COSTA - SP276326-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por **Unimar Agenciamentos Marítimos Ltda**, em face da r. sentença que denegou a segurança, nos autos do mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado pela apelante objetivando a liberação do contêiner YMMU6185450 (B/L YMLUB232009288).

Sustenta a impetrante que no exercício de sua atividade empresarial, efetuou o transporte de mercadorias, tendo desembarcando o contêiner no Porto de Santos em 11/08/2018. Ocorre que durante o procedimento de fiscalização, foram identificadas irregularidades e as mercadorias foram apreendidas.

Alega que as mercadorias apreendidas não lhe pertencem, e que o ato da autoridade aduaneira em não permitir a desunitização e a devolução do contêiner é ilegal e abusivo, privando-a da utilização de seu patrimônio em sua atividade comercial.

A análise da liminar foi postergada para após a apresentação das informações (ID 128697586 - pág. 1).

A impetrada prestou informações (ID 128697592 - págs. 1/2).

A União requereu seu ingresso no feito (ID 128697593 - pág. 1).

A liminar foi indeferida (ID 128697594 - págs. 1/3).

A impetrante noticiou a interposição de agravo de instrumento (ID 128697601 - pág. 1).

O Ministério Público Federal, em primeira instância, manifestou-se pelo prosseguimento do feito (ID 128697606 - págs. 1/3)

Em primeira instância, foi proferida sentença denegando a segurança (ID 128697607). Sem honorários.

A impetrante interpôs recurso de apelação (ID 128697617), arguindo a reforma do *decisum*, ao argumento de que a r. decisão estaria a ofender normas legais e constitucionais vigentes.

Com contrarrazões da União (ID 128697624), vieram os autos.

O ilustre Representante do Ministério Público Federal opina pelo provimento da apelação (Id num)

É o Relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5007275-47.2019.4.03.6104
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: UNIMAR AGENCIAMENTOS MARITIMOS LTDA
Advogados do(a) APELANTE: GISELLE DE OLIVEIRA DIAS - SP326214-A, CRISTINA WADNER DANTONIO - SP164983-A, FERNANDA BOZA NEGRAO FELICIO - SP345765-A, MARCELLA RODRIGUES DE OLIVEIRA COSTA - SP276326-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Mandado de Segurança é uma ação constitucional prevista no artigo 5º, inciso LXIX da Constituição Federal e na norma prevista na Lei 12.016 de 2009, e tem por objeto a proteção de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

É o que se depreende da leitura do inciso LXIX, do artigo 5º da Constituição Federal: "*conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparável por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público*".

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por UNIMAR AGENCIAMENTOS MARÍTIMOS LTDA. pleiteando a liberação do contêiner YMMU6185450 (B/L YMLUB232009288).

Sustenta a impetrante que no exercício de sua atividade empresarial, efetuou o transporte de mercadorias, tendo desembarcando o contêiner no Porto de Santos em 11/08/2018.

Ocorre que durante o procedimento de fiscalização, foram identificadas irregularidades e as mercadorias foram apreendidas. Alega que as mercadorias apreendidas não lhe pertencem, e que o ato da autoridade aduaneira em não permitir a desunitização e a devolução do contêiner é ilegal e abusivo, privando-a da utilização de seu patrimônio em sua atividade comercial.

In casu, a apelação merece provimento.

Conforme jurisprudência do STJ o contêiner não é acessório da mercadoria transportada, não se sujeitando à pena de perdimento (RESP 200900002721, Eliana Calmon, 2ª. Turma, DJE 14/09/2009). Assim, quando é decretado o perdimento da mercadoria em regra a unidade de contêiner deve ser restituída.

A jurisprudência é unânime em permitir a liberação do contêiner, sem que seja possível sua apreensão juntamente com a mercadoria abandonada ou sujeita a pena de perdimento, visto que o primeiro não é acessório da segunda nem pode ser confundido com ela.

Nesse sentido:

"TRIBUTÁRIO. MERCADORIA LEGALMENTE ABANDONADA. APREENSÃO DE CONTÊINER. IMPOSSIBILIDADE. 1. A jurisprudência desta Corte tem firmado o entendimento de que o contêiner não é acessório da mercadoria transportada, não se sujeitando, pois, à pena de perdimento aplicável àquela. Precedentes. 2. Recurso especial não provido." (REsp 1114944/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 14/09/2009)

"ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. APREENSÃO DE CARGA. RETENÇÃO DE CONTÊINER. LEIS N^os 6.288/75 E 9.611/98.1. A agravante não ofereceu argumentos suficientes para desconstituir a decisão agravada, mesmo porque esta se encontra em consonância com o entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça. 2. Segundo o art. 24 da Lei n^o 9.611/98, os contêineres constituem equipamentos que permitem a reunião ou unitização de mercadorias a serem transportadas. Não se confundem com embalagem ou acessório da mercadoria transportada. Inexiste, assim, amparo jurídico para a apreensão de contêineres. 3. Agravo regimental não provido." (AgRg no Ag 949.019/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/08/2008, DJe 19/08/2008)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. ABANDONO DE MERCADORIA. PENA DE PERDIMENTO. APREENSÃO DE CONTÊINER: UNIDADE DE CARGA ACESSÓRIA. NÃO-CABIMENTO DA RETENÇÃO. PRECEDENTES. 1. Agravo regimental contra decisão que negou provimento a agravo de instrumento. 2. O acórdão a quo concedeu segurança objetivando afastar a ilegalidade na apreensão dos "containers", cuja mercadoria sofreu pena de perdimento de bens. 3. Nos termos do art. 3^o da Lei n^o 6.288/75 "o container, para todos os efeitos legais, não constitui embalagem das mercadorias, sendo considerado sempre um equipamento ou acessório do veículo transportador". 4. "A unidade de carga, seus acessórios e equipamentos não constituem embalagem e são partes integrantes do todo" (art. 24, parágrafo único, da Lei n^o 9.611/98). 5. A jurisprudência da 1^a Turma do STJ é pacífica no sentido de que não deve recair sobre a unidade de carga (contêiner) a pena de perdimento, por ser simples acessório da carga transportada. 6. Precedentes: REsp's n^os 526767/PR, 526760/PR e 526755/PR. 7. Agravo regimental não-provido." (AgRg no Ag 950.681/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/03/2008, DJe 23/04/2008)

"PROCESSUAL CIVIL, ADMINISTRATIVO E ADUANEIRO. MANDADO DE SEGURANÇA. APREENSÃO FISCAL. RETENÇÃO DE CONTÊINER EM FACE DA APREENSÃO DA CARGA NELE CONTIDA EM RAZÃO DE ABANDONO. DESCABIMENTO. ARTIGO 3^o, LEI 6.288/75. ARTIGO 24, LEI 9.611/98. 1. A liminar concedida não tem caráter satisfativo, possuindo efeitos revestidos de provisoriedade, sendo necessário, portanto, a resolução definitiva acerca do mérito, que faça coisa julgada formal e material acerca do caso concreto, dirimindo a lide e produzindo seus efeitos devidos. 2. Precedentes desta Corte e do TRF da 2^a Região. 3. Possível a análise do mérito do mandamus (art. 515, § 3^o, CPC). 4. O contêiner ou a unidade de carga é considerado como um equipamento ou um acessório do veículo transportador, a teor do disposto no artigo 3^o, parágrafo único, da Lei n^o 6.288/1975. 5. Não existe amparo legal que justifique a retenção do contêiner do transportador de mercadoria importada. 6. Não se confunde o contêiner com eventual mercadoria nele transportada (artigo 24, parágrafo único, da Lei n^o 9.611/1998). 7. Precedentes do STJ e desta Turma. 8. A Lei 9.611/1998, que dispõe sobre o transporte Multimodal de Cargas e dá outras providências, em seu art. 26, prescreve que "é livre a entrada e saída, no País, de unidade de carga e seus acessórios e equipamentos, de qualquer nacionalidade, bem como a sua utilização no transporte doméstico". 9. Apelação que se dá provimento, para afastar a extinção do feito sem resolução do mérito, e apreciando-o, conceder a segurança pleiteada." (TRF 3^a Região, APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 313522, DJF3 de 14/07/2009, Relator JUIZ CONVOCADO EM AUXÍLIO RUBENS CALIXTO).

Diante do exposto, dou provimento à apelação. Sem honorários.

É o Voto.

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. DEVOLUÇÃO DO CONTÊINER. TERMINAL. PORTO DE SANTOS. APELAÇÃO PROVIDA.

I. A jurisprudência é unânime em permitir a liberação do contêiner, sem que seja possível sua apreensão juntamente com a mercadoria abandonada ou sujeita a pena de perdimento, visto que o primeiro não é acessório da segunda nem pode ser confundido com ela.

II. Apelação provida. Sem honorários.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007905-48.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: CLAUDIA REGINA GARCIA DE LIMA

Advogado do(a) AGRAVANTE: CLAUDIA REGINA GARCIA DE LIMA - SP280654-A

AGRAVADO: FINCH BRASIL SOLUCOES INTEGRADAS DE TECNOLOGIA LTDA.

Advogado do(a) AGRAVADO: PAULO EDUARDO PRADO - SP182951-A

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007905-48.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: CLAUDIA REGINA GARCIA DE LIMA

Advogado do(a) AGRAVANTE: CLAUDIA REGINA GARCIA DE LIMA - SP280654-A

AGRAVADO: FINCH BRASIL SOLUCOES INTEGRADAS DE TECNOLOGIA LTDA.

Advogado do(a) AGRAVADO: PAULO EDUARDO PRADO - SP182951-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela União Federal, em sede de mandado de segurança impetrado por Finch Brasil Soluções Integradas de Tecnologia Ltda., contra decisão que concedeu a liminar.

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 23/06/2020 2171/4253

Na inicial do *mandamus*, afirma a agravante que a periclitante situação econômica reflexa da atual pandemia de COVID-19, bem como a decretação de estado de calamidade pública caracterizam urgência e necessidade de dilação de prazo para recolhimento dos tributos federais. Pugnou pela aplicação da Portaria MF 12/2012.

A União Federal, na minuta recursal, aduz a inaplicabilidade da Portaria MF 12/2012 e a inexistência de previsão legal para suspensão de exigibilidade do crédito ou para concessão de moratória. Ressalta os efeitos prejudiciais da manutenção da decisão, pelo que requer a suspensão dos efeitos da decisão agravada e, ao fim, o provimento do agravo de instrumento de modo a afastar a dilação de prazo concedida para recolhimentos e parcelamentos.

Contra decisão que concedeu a liminar recursal, foi interposto agravo interno pela agravada.

A agravada ofertou contraminuta.

É o relato do essencial. Cumpre decidir.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007905-48.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: CLAUDIA REGINA GARCIA DE LIMA
Advogado do(a) AGRAVANTE: CLAUDIA REGINA GARCIA DE LIMA - SP280654-A
AGRAVADO: FINCH BRASIL SOLUCOES INTEGRADAS DE TECNOLOGIA LTDA.
Advogado do(a) AGRAVADO: PAULO EDUARDO PRADO - SP182951-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Julgo prejudicado o agravo interno haja vista a apreciação da matéria nesta oportunidade.

Não tendo havido modificações fático jurídicas após a apreciação da liminar, repiso os seus fundamentos.

De fato, é deveras preocupante a situação do mundo frente à pandemia de COVID-19.

É desolador acompanhar as notícias de tantas vidas se esvaindo e os esforços, com resultados ainda bastante incipientes, dos profissionais das mais diversas áreas em encontrar uma solução, ainda que parcial, apta a conter a disseminação do vírus e preservar o maior número possível de pessoas.

Além da preocupação com as vidas, o bem maior a ser tutelado pelo Estado, é também importante e necessário voltar-se aos inegáveis reflexos econômicos decorrentes da proliferação da doença e das atuais estratégias de contenção, minimizando-se, sempre que possível, os danos advindos.

Nessa conjuntura de absoluta imprevisibilidade, é válido que o Julgador, atento aos acontecimentos, possa eventualmente mitigar as disposições do ordenamento cujo rigor é construído no contexto da normalidade.

Isso não significa, todavia, que a pura e simples alegação de necessidade ou vulnerabilidade frente aos acontecimentos seja, no mais das vezes, suficiente para afrouxar as regras de direito material.

É necessário considerar que as Políticas Públicas e de Estado cabem precipuamente à avaliação e normatização do Poder Executivo, como consequente respaldo Legislativo, devendo o Judiciário, em homenagem à Separação dos Poderes e ao princípio da isonomia, proceder com a cautela necessária a não extrapolar, sob o fundamento da calamidade pública, suas funções institucionais.

São vultosas as cifras relativas à arrecadação de tributos federais, sendo temerária, mesmo frente à abrupta pandemia, a liberação irrestrita, pelo Judiciário, de valores ou a autorização para diferimento de recolhimento de tributos em detrimento dos interesses da União, ainda mais quando se considera que a União Federal será a maior responsável econômica para prover, ao tempo de crise, o bem-estar dos mais diversos estratos sociais e econômicos do país, além de manter em pleno funcionamento, com os custos adicionais decorrentes da pandemia, o Sistema Único de Saúde – SUS.

No mais, observo que a Portaria MF nº 12 de 20 de janeiro de 2012 foi, de fato, idealizada para a circunstância de calamidade pública, mas em contexto diverso, direcionada para situações enfrentadas por municipalidades especificamente definidas após expedição de atos pela RFB e pela PGFN.

PORTARIA MF Nº 12, DE 20 DE JANEIRO DE 2012 D.O.U.: 24.01.2012 Prorroga o prazo para pagamento de tributos federais, inclusive quando objeto de parcelamento, e suspende o prazo para a prática de atos processuais no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) e da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), na situação que especifica. O MINISTRO DE ESTADO DA FAZENDA, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos II e IV do parágrafo único do art. 87 da Constituição Federal, e tendo em vista o disposto no art. 66 da Lei nº 7.450, de 23 de dezembro de 1985, e no art. 67 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, resolve:

1º As datas de vencimento de tributos federais administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), devidos pelos sujeitos passivos domiciliados nos municípios abrangidos por decreto estadual que tenha reconhecido estado de calamidade pública, ficam prorrogadas para o último dia útil do 3º (terceiro) mês subsequente.

§ 1º O disposto no caput aplica-se ao mês da ocorrência do evento que ensejou a decretação do estado de calamidade pública e ao mês subsequente.

§ 2º A prorrogação do prazo a que se refere o caput não implica direito à restituição de quantias eventualmente já recolhidas.

§ 3º O disposto neste artigo aplica-se também às datas de vencimento das parcelas de débitos objeto de parcelamento concedido pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) e pela RFB.

Art. 2º Fica suspenso, até o último dia útil do 3º (terceiro) mês subsequente, o prazo para a prática de atos processuais no âmbito da RFB e da PGFN pelos sujeitos passivos domiciliados nos municípios de que trata o art. 1º.

Parágrafo único. A suspensão do prazo de que trata este artigo terá como termo inicial o 1º (primeiro) dia do evento que ensejou a decretação do estado de calamidade pública.

Art. 3º A RFB e a PGFN expedirão, nos limites de suas competências, os atos necessários para a implementação do disposto nesta Portaria, inclusive a definição dos municípios a que se refere o art. 1º.

Art. 4º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação”.

A súbita e inesperada pandemia afeta todo o país. A aplicação irrestrita da Portaria sem a regulamentação decorrente implicaria permitir que todos os municípios deixassem de recolher seus tributos federais nas datas de vencimento, acarretando redução abrupta e geral da arrecadação.

Ressalte-se que as decisões proferidas monocraticamente pelo STF no tocante à prorrogação das dívidas dos Estados leva em consideração justamente a diminuição da arrecadação dos entes federativos, mas em razão das políticas adotadas na contenção da disseminação do vírus, no combate à epidemia e na consecução do bem-estar social, enfoque diverso dos interesses de ordem privada.

Catalisar ainda mais a subtração da arrecadação, irrestritamente, sem avaliação prévia quanto aos impactos decorrentes pode colocar as particularidades e dificuldades enfrentadas pelos contribuintes em absoluta primazia sobre o interesse público, o que não seria diligente nesse primeiro momento.

Realizadas tais considerações, o pleito liminar realizado pelo contribuinte não comporta acolhimento, de modo que a suspensão requerida pela União Federal deve ser concedida.

Ante o exposto, julgo prejudicado o agravo interno e dou provimento ao agravo de instrumento para revogar os efeitos da liminar concedida em primeira instância.

É o voto.

(d)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. UNIÃO FEDERAL. PANDEMIA. COVID-19. DILAÇÃO DE PRAZO PARA RECOLHIMENTO DE TRIBUTOS FEDERAIS. APLICAÇÃO DA PORTARIA MF 12/2012. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO INTERNO PREJUDICADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

1. É desolador acompanhar as notícias de tantas vidas se esvaindo e os esforços, com resultados ainda bastante incipientes, dos profissionais das mais diversas áreas em encontrar uma solução, ainda que parcial, apta a conter a disseminação do vírus e preservar o maior número possível de pessoas. Além da preocupação com as vidas, o bem maior a ser tutelado pelo Estado, é também importante e necessário voltar-se aos inegáveis reflexos econômicos decorrentes da proliferação da doença e das atuais estratégias de contenção, minimizando-se, sempre que possível, os danos advindos.

2. Nessa conjuntura de absoluta imprevisibilidade, é válido que o Julgador, atento aos acontecimentos, possa eventualmente mitigar as disposições do ordenamento cujo rigor é construído no contexto da normalidade. Isso não significa, todavia, que a pura e simples alegação de necessidade ou vulnerabilidade frente aos acontecimentos seja, no mais das vezes, suficiente para afrouxar as regras de direito material.

3. É necessário considerar que as Políticas Públicas e de Estado cabem precipuamente à avaliação e normatização do Poder Executivo, com o conseqüente respaldo Legislativo, devendo o Judiciário, em homenagem à Separação dos Poderes e ao princípio da isonomia, proceder com a cautela necessária a não extrapolar, sob o fundamento da calamidade pública, suas funções institucionais.

4. São vultosas as cifras relativas à arrecadação de tributos federais, sendo temerária, mesmo frente à abrupta pandemia, a liberação irrestrita, pelo Judiciário, de valores ou a autorização para diferimento de recolhimento de tributos em detrimento dos interesses da União, ainda mais quando se considera que a União Federal será a maior responsável econômica para prover, ao tempo de crise, o bem estar dos mais diversos extratos sociais e econômicos do país, além de manter em pleno funcionamento, com os custos adicionais decorrentes da pandemia, o Sistema Único de Saúde – SUS.

5. No mais, observa-se que a Portaria MF nº 12 de 20 de janeiro de 2012 foi, de fato, idealizada para a circunstância de calamidade pública, mas em contexto diverso, direcionada para situações enfrentadas por municipalidades especificamente definidas após expedição de atos pela RFB e pela PGFN.

6. A súbita e inesperada pandemia afeta todo o país. A aplicação irrestrita da Portaria sem a regulamentação decorrente implicaria permitir que todos os municípios deixassem de recolher seus tributos federais nas datas de vencimento, acarretando redução abrupta e geral da arrecadação.

7. Catalisar ainda mais a subtração da arrecadação, irrestritamente, sem avaliação prévia quanto aos impactos decorrentes pode colocar as particularidades e dificuldades enfrentadas pelos contribuintes em absoluta primazia sobre o interesse público, o que não seria diligente nesse primeiro momento.

8. Agravo interno prejudicado. Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, julgou prejudicado o agravo interno e deu provimento ao agravo de instrumento para revogar os efeitos da liminar concedida em primeira instância., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5004674-17.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: CYLMAR PITELLI TEIXEIRA FORTES, FERNANDA ELISSA DE CARVALHO AWADA

Advogado do(a) APELANTE: FERNANDA ELISSA DE CARVALHO AWADA - SP132649-A

Advogado do(a) APELANTE: FERNANDA ELISSA DE CARVALHO AWADA - SP132649-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

Erro de interpretação na linha: '

{processoTrfHome.processoPartePoloPassivoDetalhadoStr}

': java.lang.ClassCastException

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5004674-17.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: CYLMAR PITELLI TEIXEIRA FORTES, FERNANDA ELISSA DE CARVALHO AWADA

Advogado do(a) APELANTE: FERNANDA ELISSA DE CARVALHO AWADA - SP132649-A

Advogado do(a) APELANTE: FERNANDA ELISSA DE CARVALHO AWADA - SP132649-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por Cylmar Pitelli Teixeira Fortes e Fernanda Elissa de Carvalho Awada, contra sentença que reconheceu a ocorrência de prescrição da pretensão executiva e determinou a extinção do respectivo cumprimento de sentença em face da Fazenda Pública.

O caso é de ação de repetição de indébito (autos nº 97.0025091-1) ajuizada por Camargo Soares Empreendimentos LTDA e outras sociedades empresárias, em 23.07.1997, com objetivo de obter restituição de valores indevidamente recolhidos a título de contribuições sociais.

Após a oposição de embargos à execução pela União Federal (autos nº 2001.61.00.024382-0), houve trânsito em julgado, em 08.02.2008, da fase de conhecimento da presente demanda, reconhecendo-se sua procedência e fixando-se honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação, em desfavor do ente público.

Realizada a liquidação, a verba sucumbencial foi calculada em R\$ 34.962,39 para abril/2002.

O Magistrado *a quo*, em 25.07.2017, entendeu pela inércia dos exequentes, credores dos honorários sucumbenciais, pois o requerimento de prosseguimento à fase executória foi protocolado apenas em 19.07.16, tendo ocorrido o decurso de prazo prescricional quinquenal.

Inconformados, os demandantes apelaram requerendo o prosseguimento do feito e a expedição de precatório.

Com contrarrazões, os autos subiram a esta E. Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5004674-17.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: CYLMAR PITELLI TEIXEIRA FORTES, FERNANDA ELISSA DE CARVALHO AWADA
Advogado do(a) APELANTE: FERNANDA ELISSA DE CARVALHO AWADA - SP 132649-A
Advogado do(a) APELANTE: FERNANDA ELISSA DE CARVALHO AWADA - SP 132649-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A questão posta nos autos diz respeito a cumprimento de sentença em ação de repetição de indébito tributário.

De início, ressalta-se que é assente o entendimento jurisprudencial de que o prazo prescricional para execução de sentença condenatória da Fazenda Pública à repetição de indébito tributário é quinquenal, sendo desinfluyente o fato de a ação de repetição de indébito ter sido proposta anteriormente à vigência da Lei Complementar n. 118/2005.

Neste sentido, cito os seguintes precedentes:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. FAZENDA PÚBLICA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA. SÚMULA 150/STF.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que é de cinco anos o prazo prescricional para a propositura da ação executiva contra a Fazenda Pública, contados a partir do trânsito em julgado da sentença exequenda, nos termos da Súmula 150/STF, não se podendo confundir o termo inicial do prazo para pleitear a restituição do indébito tributário com o próprio prazo da ação, que sempre foi quinquenal, nos termos do art. 168, I, do CTN, e não decenal. Antes da LC 118/2005, o termo inicial do prazo quinquenal ficava postergado para o momento da homologação tácita do lançamento, que, em regra, ocorre após cinco anos do fato gerador. Precedentes: AgRg nos EDcl no AREsp 619.977/DF, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 8/6/2015; AgRg nos EDcl no REsp 1.471.718/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 23/3/2015; AgInt nos EDcl no AREsp 609.742/DF, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 5/5/2017.

2. Agravo interno não provido."

(AgInt no REsp 1689172/GO, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 22/11/2018)

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. PRAZO PRESCRICIONAL. PROPOSITURA DA AÇÃO EXECUTIVA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. SÚMULA N. 150/STF. LEI COMPLEMENTAR 118/05. PRAZO QUINQUENAL PARA AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO E PARA A EXECUÇÃO. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, in casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça segundo o qual é de cinco anos, contados a partir do trânsito em julgado da sentença exequenda, o prazo prescricional para a propositura da ação executiva contra a Fazenda Pública, a teor do verbete sumular n. 150/STF, prescrevendo a execução no mesmo prazo de prescrição da ação.

III - Quanto ao argumento de que se aplica o prazo prescricional decenal à execução, à vista de a ação de conhecimento ter sido ajuizada antes da entrada em vigor da Lei Complementar n. 118/05, quando era vigorava a tese dos "cinco mais cinco", esta Corte adota o entendimento de que, tanto para ação de execução, quanto para a ação de repetição de indébito, independente da data em que ajuizada, o prazo prescricional é quinquenal.

IV - O recurso especial, interposto pela alínea a e/ou pela alínea c, do inciso III, do art. 105, da Constituição da República, não merece prosperar quando o acórdão recorrido encontra-se em sintonia com a jurisprudência dessa Corte, a teor da Súmula 83/STJ.

V - Os Agravantes não apresentam, no agravo, argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

VI - Agravo Interno improvido."

(AgInt nos EDcl no AREsp 609.742/DF, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/04/2017, DJe 05/05/2017)

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. FAZENDA PÚBLICA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA. SÚMULA 150/STF.

1. A jurisprudência desta Corte Superior tem entendimento firme no sentido de que é de cinco anos o prazo prescricional para a propositura da ação executiva contra a Fazenda Pública, contados a partir do trânsito em julgado da sentença exequenda, nos termos da Súmula 150/STF. Precedentes: AgRg nos EDcl no AREsp 625.297/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 3/9/2015; AgRg no REsp 1.572.133/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 2/3/2016; AgRg no AREsp 100.524/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 2/6/2014 e AgRg no Ag 1.392.595/SC, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 25/3/2014.

2. Agravo interno não provido."

(AgInt nos EDcl no AREsp 864.953/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/11/2016, DJe 23/11/2016)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. PRESCRIÇÃO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO QUINQUENAL. PRECEDENTES.

1. Não verificando nenhuma das hipóteses do art. 535 do CPC e tendo em vista o princípio da fungibilidade recursal, recebo os presentes Embargos como Agravo Regimental.

2. É de cinco anos o prazo prescricional da ação de execução de sentença proferida em ação de repetição de indébito de tributo sujeito a lançamento por homologação. Precedente.

3. Agravo Regimental não provido.

(EDcl nos EDcl no AREsp 652.489/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/03/2016, DJe 19/05/2016)

No caso dos autos, a fase de conhecimento da presente demanda transitou em julgado em 08.02.2008.

Em 25.06.2008, os advogados da parte autora apresentaram petição de substabelecimento (fls. 404/405), quedando-se inertes, contudo, acerca do início da execução.

Os autos foram arquivados em 25.08.2008 (fl. 406), e posteriormente desarquivados, em 26.05.2015, com juntada de nova petição de substabelecimento pelos causídicos (fls. 417/418).

Inexistente impulso da parte exequente, novamente os autos foram arquivados, em 14.09.2015. Por fim, foi requerido desarquivamento (fl. 421), e apenas em 19.07.2016 (fls. 428/430) houve pedido de execução dos honorários sucumbenciais.

Evidente, portanto, o decurso de prazo prescricional quinquenal.

É de ser mantida a sentença.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA CONTRA FAZENDA PÚBLICA. AÇÃO REPETIÇÃO DE INDÉBITO. VERBA SUCUMBENCIAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTIVA. DECURSO DE PRAZO QUINQUENAL. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. A questão posta nos autos diz respeito a cumprimento de sentença em ação de repetição de indébito tributário.

2. É assente o entendimento jurisprudencial de que o prazo prescricional para execução de sentença condenatória da Fazenda Pública proferida em sede de ação repetição de indébito tributário é quinquenal, sendo desinfluyente o fato de a ação de repetição de indébito ter sido proposta anteriormente à vigência da Lei Complementar n. 118/2005.

3. No caso dos autos, a fase de conhecimento da presente demanda transitou em julgado em 08.02.2008. Os advogados da parte autora quedaram-se inerte e somente requereram a execução da verba sucumbencial em 19.07.2016.

4. Reconhecido o decurso de prazo quinquenal da prescrição da pretensão executiva.

5. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5004204-89.2019.4.03.6119

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: LUKDIESEL COMERCIO DE PECAS PARA CAMINHOS LTDA. - EPP, LUKDIESEL COMERCIO DE PECAS PARA CAMINHOS LTDA.

Advogado do(a) APELADO: MARCOS PELOZATO HENRIQUE - SP273163-A

Advogado do(a) APELADO: MARCOS PELOZATO HENRIQUE - SP273163-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5004204-89.2019.4.03.6119

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: LUKDIESEL COMERCIO DE PECAS PARA CAMINHOS LTDA. - EPP, LUKDIESEL COMERCIO DE PECAS PARA CAMINHOS LTDA.

Advogado do(a) APELADO: MARCOS PELOZATO HENRIQUE - SP273163-A

Advogado do(a) APELADO: MARCOS PELOZATO HENRIQUE - SP273163-A

RELATÓRIO

Trata-se de apelação em face de sentença que julgou procedente o pedido para excluir o ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS e garantir a compensação ou restituição administrativa do indébito fiscal, observada a prescrição quinquenal e a aplicação da SELIC, fixada verba honorária no menor percentual, conforme o artigo 85, § 3º do CPC.

Foi atribuído à causa o valor de R\$ 500.000,00 (junho/2019).

Apelou a PFN, alegando: (1) necessidade de sobrestamento do feito até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706; (2) validade do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS; (3) a alteração promovida pela Lei 12.973/2014 não foi abrangida pela decisão paradigma; e (4) o montante a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o imposto efetivamente pago.

Houve contrarrazões.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5004204-89.2019.4.03.6119

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: LUKDIESEL COMERCIO DE PECAS PARA CAMINHOS LTDA. - EPP, LUKDIESEL COMERCIO DE PECAS PARA CAMINHOS LTDA.

Advogado do(a) APELADO: MARCOS PELOZATO HENRIQUE - SP273163-A

Advogado do(a) APELADO: MARCOS PELOZATO HENRIQUE - SP273163-A

VOTO

Senhores Desembargadores, preliminarmente, cabe rejeitar o pedido de suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior, o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior.

No mérito, a questão da inclusão de imposto na base de cálculo do PIS/COFINS com vulneração da matriz constitucional que prevê a respectiva incidência sobre faturamento ou receita na dicção atualizado do artigo 195, I, b, da Constituição Federal, foi resolvida, pela Suprema Corte no RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS.

Eis o acórdão ementado:

"RE 574.706, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe 29/09/2017: "RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

A definição da base de cálculo do PIS/COFINS é matéria constitucional, não cabendo invocar orientação no plano do direito federal para afastar o juízo de inconstitucionalidade, menos ainda quando já vencida (Súmulas 68 e 94/STJ) no âmbito da respectiva Corte Superior. Ademais, o pronunciamento da Suprema Corte, sobretudo em repercussão geral, tem função primordial na tarefa de garantir segurança jurídica, estabilidade, integridade e coerência na aplicação do direito à luz da Constituição, a ser buscada por todos os órgãos do Poder Judiciário (artigos 926 e 927, III, CPC).

Perceba-se que a pretensão em causa não envolve a dedução de parcela legalmente prevista, daí porque impertinente o argumento de que é taxativo o rol de exclusões constante do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 - com as alterações da Lei 12.973/2014, cujo advento, conforme já decidiu esta Corte, "não promoveu modificação legislativa relevante para a espécie, na medida em que não alterou o conceito da base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS" (EI 0029413-91.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 17/11/2017) - e § 3º dos artigos 1º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003.

A tese do contribuinte é a de que a inclusão do imposto na base de cálculo de tais contribuições viola incidência constitucionalmente delimitada, exigindo, assim, decisão judicial no sentido de definir a base de cálculo compatível com o parâmetro constitucional.

A alegação de que o cálculo do PIS/COFINS com exclusão do imposto destinado ao erário contradiz a incidência, reconhecidamente válida, sobre outros custos, encargos ou despesas destinados a terceiros (como, por exemplo: empregados, companhia de energia elétrica, FGTS, fornecedores, empresas contratadas para prestação de serviços, entes estatais) não é verdadeira nem aceitável, sem análise da natureza jurídica de cada parcela discutida na formação da base de cálculo de tais contribuições. Por ora, o que assentou, suficientemente, a Suprema Corte para o exame do caso foi a inexigibilidade de imposto integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, seja o ICMS, seja o próprio ISS, quanto a este em juízo derivado diretamente da mesma lógica de fundamentação constitucional, conforme já exposto.

O aspecto relevante da controvérsia diz respeito ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS diante da divergência estabelecida entre as vertentes que primam, de um lado, pelo valor do imposto destacado nas notas fiscais e, de outro, pelo valor do imposto a ser efetivamente pago pelo contribuinte, dentro do regime de não cumulatividade. É importante frisar, de toda sorte, que tal ponto, ainda que não tenha ou tivesse sido discutido na inicial nem decidido na sentença ou veiculado na apelação, não impediria o pronunciamento da Corte, por se tratar, justamente, de controvérsia ínsita ao próprio mérito, qual seja, a definição do que constitui o indébito fiscal e, neste sentido, matéria que deve ser resolvida na fase cognitiva e não em liquidação de sentença, inexistindo, portanto, mesmo quando nada tenha ou tivesse sido alegado ou decidido, vício de julgamento extra ou ultra petita, ou contrariedade ao princípio da congruência ou da adstrição.

Tanto é assim que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido em razão do regime de não cumulatividade do imposto.

Neste sentido o seguinte excerto do julgado no RE 574.706:

"O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS".

Também este o entendimento adotado no âmbito das Turmas desta Seção:

ApelRemNec 5000633-81.2017.4.03.6119, Rel. Des. Fed. ANTONIO CEDENHO, Intimação via sistema 18/04/2020: “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REQUISITOS DO ARTIGO 1.022 CPC/2015. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE Nº 574.706/PR. VINCULAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OBSCURIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1.022 do Código de Processo Civil vigente, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado. O caráter infringente dos embargos somente é admitido a título excepcional, quando a eliminação da contradição ou da omissão decorrer, logicamente, a modificação do julgamento embargado. 2. A e. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no julgamento do RE nº 574.706/PR, consignou que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. Como o presente julgamento se vincula ao que foi decidido sobre o tema pelo C. STF, deve-se assentar que, relativamente à questão do valor a ser efetivamente excluído a título de ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, a tese que foi acolhida pelo STF é a exposta no v. aresto embargado. 3. O escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022 do Código de Processo Civil. 4. O artigo 1.025 do novo Código de Processo Civil bem esclarece que os elementos suscitados pelo embargante serão considerados incluídos no acórdão “para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.” 5. Embargos de declaração rejeitados.”

ApReeNec 5001772-28.2017.4.03.6100, Rel. Des. Fed. MARLI FERREIRA, Intimação via sistema 02/04/2020: “PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ARTIGO 1.022 DO CPC. OMISSÃO. EXISTÊNCIA. JULGADO INTEGRADO. 1. Prevê o artigo 1.022 do CPC que a oposição dos aclaratórios somente tem cabimento para esclarecimento de obscuridade ou eliminação de contradição, para suprimir omissão sobre ponto ou questão sobre o qual o julgado deveria se pronunciar; ou, ainda, para corrigir erro material existente no decisório. 2. Na espécie, o julgado restou omissivo quanto à parcela do ICMS a ser destacada da base de cálculo do PIS e da COFINS. E, nesse tocante, cumpre esclarecer que o ICMS a ser excluído é o destacado nos documentos fiscais de saída, vez que é esse montante que integra a indigitada base de cálculo. 3. Assim sendo, tem a impetrante o direito de excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS o valor integral do ICMS destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias do seu estabelecimento, inclusive após o advento da Lei nº 12.973/2014. 4. Embargos de declaração acolhidos.”

ApelRemNec 5003932-95.2019.4.03.6119, Rel. Des. Fed. JOHONSOM DI SALVO, e - DJF3 15/04/2020: "AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DECLAROU INCONSTITUCIONAL A INCLUSÃO DO ICMS (FATURADO) NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS, FAZENDO-O POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO RE Nº 574.706. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a inclusão do ICMS (faturado) na base de cálculo do PIS e da COFINS, fazendo-o por ocasião do julgamento do RE nº 574.706. A corte, por maioria e nos termos do voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia, apreciando o tema nº 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Esse entendimento é aplicável de pronto, não havendo que se falar em espera de embargos de declaração (sem efeito suspensivo) ou de modulação de efeitos da decisão plenária da Suprema Corte, já que esses dois eventos não estão consignados em lei como impeditivos da aplicação imediata do decísum. Esse é o entendimento que vem sendo seguido nesta Corte Regional (3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5021518-72.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 08/11/2019, Intimação via sistema DATA: 13/11/2019), e de modo unânime nesta 6ª Turma (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000706-20.2017.4.03.6130, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 03/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/12/2019). Deveras, a suspensão pretendida pelo Fisco esbarraria no art. 1.035, § 5º do NCPC. De outro lado, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal – ao acolher o voto da ministra Relatora – no sentido de que, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada como faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019). Essa é a postura que este Relator sempre defende desde o momento em que surdiu o julgamento do Tema nº 69 (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000596-53.2018.4.03.6108, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 02/12/2019, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019). Tratando-se de empresa comercial, resta claro que é contribuinte das três exações e que recolheu tributação a maior e poderá recuperá-la (quanto aos últimos cinco anos antes do ajuizamento da presente demanda) por meio de compensação, que deverá ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74 da Lei nº 9.430/1996 (redação dada pela Lei 10.637/02), observado ainda o artigo 26-A da Lei nº 11.457/2007."

Logo, não importa ao exame do mérito a juntada de documentos fiscais ou mercantis para demonstração do ICMS a ser pago pelo contribuinte, bastando para o presente julgamento a prova, tão-somente, de que o contribuinte, sujeito ao PIS/COFINS, recolheu valores com inclusão do ICMS nas bases de cálculo, ficando relegada à fase própria a apuração do *quantum debeatur* a partir de valores destacados em notas fiscais e incluídos na tributação federal.

Por fim, cabe a fixação de honorários advocatícios pela atuação na instância recursal, considerando os critérios do artigo 85, §§ 2º a 6º e 11, CPC, especialmente grau de zelo do profissional, lugar da prestação do serviço, natureza e importância da causa e tempo exigido de atuação nesta fase do processo, os quais ficam arbitrados no equivalente à metade do percentual mínimo de cada faixa de enquadramento a incidir sobre o valor da causa (5%, 4%, 2,5%, 1,5% e 0,5%, conforme o caso), em acréscimo ao fixado na sentença.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. INDÉBITO FISCAL.

1. Preliminarmente, cabe rejeitar o pedido de suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior, o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior.

2. No mérito, a questão da inclusão de imposto na base de cálculo do PIS/COFINS com vulneração da matriz constitucional que prevê a respectiva incidência sobre faturamento ou receita na dicção atualizada do artigo 195, I, b, da Constituição Federal, foi resolvida, pela Suprema Corte no RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS. A definição da base de cálculo do PIS/COFINS é matéria constitucional, não cabendo invocar orientação no plano do direito federal para afastar o juízo de inconstitucionalidade, menos ainda quando já vencida (Súmulas 68 e 94/STJ) no âmbito da respectiva Corte Superior. Ademais, o pronunciamento da Suprema Corte, sobretudo em repercussão geral, tem função primordial na tarefa de garantir segurança jurídica, estabilidade, integridade e coerência na aplicação do direito à luz da Constituição, a ser buscada por todos os órgãos do Poder Judiciário (artigos 926 e 927, III, CPC).

3. A pretensão em causa não envolve a dedução de parcela legalmente prevista, daí porque impertinente o argumento de que é taxativo o rol de exclusões constante do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 - com as alterações da Lei 12.973/2014, cujo advento, conforme já decidiu esta Corte, “*não promoveu modificação legislativa relevante para a espécie, na medida em que não alterou o conceito da base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS*” (EI 0029413-91.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 17/11/2017) - e § 3º dos artigos 1º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003. A tese do contribuinte é a de que a inclusão do imposto na base de cálculo de tais contribuições viola incidência constitucionalmente delimitada, exigindo, assim, decisão judicial no sentido de definir a base de cálculo compatível com o parâmetro constitucional.

4. A alegação de que o cálculo do PIS/COFINS com exclusão do imposto destinado ao erário contradiz a incidência, reconhecidamente válida, sobre outros custos, encargos ou despesas destinados a terceiros (como, por exemplo: empregados, companhia de energia elétrica, FGTS, fornecedores, empresas contratadas para prestação de serviços, entes estatais) não é verdadeira nem aceitável, sem análise da natureza jurídica de cada parcela discutida na formação da base de cálculo de tais contribuições. Por ora, o que assentou, suficientemente, a Suprema Corte para o exame do caso foi a inexigibilidade de imposto integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, seja o ICMS, seja o próprio ISS, quanto a este em juízo derivado diretamente da mesma lógica de fundamentação constitucional, conforme já exposto.

5. O aspecto relevante da controvérsia diz respeito ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS diante da divergência estabelecida entre as vertentes que primam, de um lado, pelo valor do imposto destacado nas notas fiscais e, de outro, pelo valor do imposto a ser efetivamente pago pelo contribuinte, dentro do regime de não cumulatividade. É importante frisar, de toda sorte, que tal ponto, ainda que não tenha ou tivesse sido discutido na inicial nem decidido na sentença ou veiculado na apelação, não impediria o pronunciamento da Corte, por se tratar, justamente, de controvérsia insita ao próprio mérito, qual seja, a definição do que constitui o indébito fiscal e, neste sentido, matéria que deve ser resolvida na fase cognitiva e não em liquidação de sentença, inexistindo, portanto, mesmo quando nada tenha ou tivesse sido alegado ou decidido, vício de julgamento extra ou ultra petita, ou contrariedade ao princípio da congruência ou da adstrição. Tanto é assim que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido em razão do regime de não cumulatividade do imposto. Logo, não importa ao exame do mérito a juntada de documentos fiscais ou mercantis para demonstração do ICMS a ser pago pelo contribuinte, bastando para o presente julgamento a prova, tão-somente, de que o contribuinte, sujeito ao PIS/COFINS, recolheu valores com inclusão do ICMS nas bases de cálculo, ficando relegada à fase própria a apuração do *quantum debeat* a partir de valores destacados em notas fiscais e incluídos na tributação federal.

6. Fixada verba honorária pelo trabalho adicional em grau recursal, em observância ao comando e critérios do artigo 85, §§ 2º a 6º e 11, do Código de Processo Civil.

7. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0005894-73.2011.4.03.6103

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: OSCAR CALCADOS LTDA

Advogado do(a) APELADO: JEAN HENRIQUE FERNANDES - SP168208-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: OSCAR CALCADOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: JEAN HENRIQUE FERNANDES - SP168208-A

RELATÓRIO

Trata-se de apelação e remessa oficial, em face de sentença que concedeu a segurança para excluir o ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS e garantir a compensação, após o trânsito em julgado, observada a prescrição quinquenal e a aplicação da SELIC.

Apelou a PFN, alegando: (1) necessidade de sobrestamento do feito até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706; (2) validade do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS; e (3) o montante a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o imposto efetivamente pago.

Houve contrarrazões.

O Ministério Público Federal opinou pelo regular prosseguimento do feito.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0005894-73.2011.4.03.6103
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: OSCAR CALCADOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: JEAN HENRIQUE FERNANDES - SP168208-A

VOTO

Senhores Desembargadores, preliminarmente cabe rejeitar o pedido de suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior, o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior.

No mérito, a questão da inclusão de **imposto** na base de cálculo do PIS/COFINS com vulneração da matriz constitucional que prevê a respectiva incidência sobre faturamento ou receita na dicção atualizado do artigo 195, I, *b*, da Constituição Federal, foi resolvida, pela Suprema Corte no RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS.

Eis o acórdão ementado:

RE 574.706, Rel. Min. CARMEN LÚCIA, DJe 29/09/2017: "RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

A definição da base de cálculo do PIS/COFINS é matéria constitucional, não cabendo invocar orientação no plano do direito federal para afastar o juízo de inconstitucionalidade, menos ainda quando já vencida (Súmulas 68 e 94/STJ) no âmbito da respectiva Corte Superior. Ademais, o pronunciamento da Suprema Corte, sobretudo em repercussão geral, tem função primordial na tarefa de garantir segurança jurídica, estabilidade, integridade e coerência na aplicação do direito à luz da Constituição, a ser buscada por todos os órgãos do Poder Judiciário (artigos 926 e 927, III, CPC).

Perceba-se que a pretensão em causa não envolve a dedução de parcela legalmente prevista, daí porque impertinente o argumento de que é taxativo o rol de exclusões constante do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 - com as alterações da Lei 12.973/2014, cujo advento, conforme já decidiu esta Corte, "não promoveu modificação legislativa relevante para a espécie, na medida em que não alterou o conceito da base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS" (EI 0029413-91.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 17/11/2017) - e § 3º dos artigos 1º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003.

A tese do contribuinte é a de que a inclusão do imposto na base de cálculo de tais contribuições viola incidência constitucionalmente delimitada, exigindo, assim, decisão judicial no sentido de definir a base de cálculo compatível com o parâmetro constitucional.

A alegação de que o cálculo do PIS/COFINS com exclusão do imposto destinado ao erário contradiz a incidência, reconhecidamente válida, sobre outros custos, encargos ou despesas destinados a terceiros (como, por exemplo: empregados, companhia de energia elétrica, FGTS, fornecedores, empresas contratadas para prestação de serviços, entes estatais) não é verdadeira nem aceitável, sem análise da natureza jurídica de cada parcela discutida na formação da base de cálculo de tais contribuições. Por ora, o que assentou, suficientemente, a Suprema Corte para o exame do caso foi a inexigibilidade de imposto integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, seja o ICMS, seja o próprio ISS, quanto a este em juízo derivado diretamente da mesma lógica de fundamentação constitucional, conforme já exposto.

O aspecto relevante da controvérsia diz respeito ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS diante da divergência estabelecida entre as vertentes que primam, de um lado, pelo valor do imposto destacado nas notas fiscais e, de outro, pelo valor do imposto a ser efetivamente pago pelo contribuinte, dentro do regime de não cumulatividade. É importante frisar, de toda sorte, que tal ponto, ainda que não tenha ou tivesse sido discutido na inicial nem decidido na sentença ou veiculado na apelação, não impediria o pronunciamento da Corte, por se tratar, justamente, de controvérsia ínsita ao próprio mérito, qual seja, a definição do que constitui o indébito fiscal e, neste sentido, matéria que deve ser resolvida na fase cognitiva e não em liquidação de sentença, inexistindo, portanto, mesmo quando nada tenha ou tivesse sido alegado ou decidido, vício de julgamento *extra* ou *ultra petita*, ou contrariedade ao princípio da congruência ou da adstrição.

Tanto é assim que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido em razão do regime de não cumulatividade do imposto.

Neste sentido o seguinte excerto do julgado no RE 574.706:

"O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS".

Também este o entendimento adotado no âmbito das Turmas desta Seção:

ApelRemNec 5000633-81.2017.4.03.6119, Rel. Des. Fed. ANTONIO CEDENHO, Intimação via sistema 18/04/2020: “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REQUISITOS DO ARTIGO 1.022 CPC/2015. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE Nº 574.706/PR. VINCULAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OBSCURIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1.022 do Código de Processo Civil vigente, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado. O caráter infringente dos embargos somente é admitido a título excepcional, quando a eliminação da contradição ou da omissão decorrer, logicamente, a modificação do julgamento embargado. 2. A e. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no julgamento do RE nº 574.706/PR, consignou que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. Como o presente julgamento se vincula ao que foi decidido sobre o tema pelo C. STF, deve-se assentar que, relativamente à questão do valor a ser efetivamente excluído a título de ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, a tese que foi acolhida pelo STF é a exposta no v. aresto embargado. 3. O escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022 do Código de Processo Civil. 4. O artigo 1.025 do novo Código de Processo Civil bem esclarece que os elementos suscitados pelo embargante serão considerados incluídos no acórdão “para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.” 5. Embargos de declaração rejeitados.”

ApReeNec 5001772-28.2017.4.03.6100, Rel. Des. Fed. MARLI FERREIRA, Intimação via sistema 02/04/2020: “PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ARTIGO 1.022 DO CPC. OMISSÃO. EXISTÊNCIA. JULGADO INTEGRADO. 1. Prevê o artigo 1.022 do CPC que a oposição dos aclaratórios somente tem cabimento para esclarecimento de obscuridade ou eliminação de contradição, para suprimir omissão sobre ponto ou questão sobre o qual o julgado deveria se pronunciar, ou, ainda, para corrigir erro material existente no decisório. 2. Na espécie, o julgado restou omisso quanto à parcela do ICMS a ser destacada da base de cálculo do PIS e da COFINS. E, nesse tocante, cumpre esclarecer que o ICMS a ser excluído é o destacado nos documentos fiscais de saída, vez que é esse montante que integra a indigitada base de cálculo. 3. Assim sendo, tem a impetrante o direito de excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS o valor integral do ICMS destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias do seu estabelecimento, inclusive após o advento da Lei nº 12.973/2014. 4. Embargos de declaração acolhidos.”

ApelRemNec 5003932-95.2019.4.03.6119, Rel. Des. Fed. JOHONSOM DI SALVO, e - DJF3 15/04/2020: "AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DECLAROU INCONSTITUCIONAL A INCLUSÃO DO ICMS (FATURADO) NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS, FAZENDO-O POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO RE Nº 574.706. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a inclusão do ICMS (faturado) na base de cálculo do PIS e da COFINS, fazendo-o por ocasião do julgamento do RE nº 574.706. A corte, por maioria e nos termos do voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia, apreciando o tema nº 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Esse entendimento é aplicável de pronto, não havendo que se falar em espera de embargos de declaração (sem efeito suspensivo) ou de modulação de efeitos da decisão plenária da Suprema Corte, já que esses dois eventos não estão consignados em lei como impeditores da aplicação imediata do decísum. Esse é o entendimento que vem sendo seguido nesta Corte Regional (3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5021518-72.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 08/11/2019, Intimação via sistema DATA: 13/11/2019), e de modo unânime nesta 6ª Turma (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000706-20.2017.4.03.6130, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 03/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/12/2019). Deveras, a suspensão pretendida pelo Fisco esbarraria no art. 1.035, § 5º do NCPC. De outro lado, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal – ao acolher o voto da ministra Relatora – no sentido de que, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada como faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019). Essa é a postura que este Relator sempre defende desde o momento em que surdiu o julgamento do Tema nº 69 (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000596-53.2018.4.03.6108, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 02/12/2019, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019). Tratando-se de empresa comercial, resta claro que é contribuinte das três exações e que recolheu tributação a maior e poderá recuperá-la (quanto aos últimos cinco anos antes do ajuizamento da presente demanda) por meio de compensação, que deverá ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74 da Lei nº 9.430/1996 (redação dada pela Lei 10.637/02), observado ainda o artigo 26-A da Lei nº 11.457/2007."

Logo, não importa ao exame do mérito a juntada de documentos fiscais ou mercantis para demonstração do ICMS a ser pago pelo contribuinte, bastando para o presente julgamento a prova, tão-somente, de que o contribuinte, sujeito ao PIS/COFINS, recolheu valores com inclusão do ICMS nas bases de cálculo, ficando relegada à fase própria a apuração do *quantum debeatur* a partir de valores destacados em notas fiscais e incluídos na tributação federal.

Reconhecido o indébito fiscal, na forma acima especificada, os critérios para exercício do direito à compensação, na via administrativa mediante procedimento específico, inclusive com a própria comprovação e liquidação de valores indevidos a serem compensados, são os definidos nos artigos 168 (prescrição quinquenal) e 170-A (trânsito em julgado), ambos do Código Tributário Nacional; artigo 74 da Lei 9.430/1996 e demais textos legais de regência, incluindo o artigo 26-A da Lei 11.457/2007 na redação da Lei 13.670/2018, desde que vigente o regime legal respectivo ao tempo da propositura da ação, pois este o critério determinante na jurisprudência consolidada, ainda que posteriormente alterada a legislação; e artigo 39, § 4º da Lei 9.250/1995 (incidência exclusiva da Taxa SELIC) desde cada recolhimento indevido.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e dou parcial provimento à remessa oficial, para reformar a sentença, nos termos supracitados.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. INDÉBITO FISCAL. COMPENSAÇÃO.

1. Preliminarmente rejeita-se o pedido de suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior, o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior.

2. No mérito, a questão da inclusão de **imposto** na base de cálculo do PIS/COFINS com vulneração da matriz constitucional que prevê a respectiva incidência sobre faturamento ou receita na dicção atualizado do artigo 195, I, *b*, da Constituição Federal, foi resolvida, pela Suprema Corte no RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS. A definição da base de cálculo do PIS/COFINS é matéria constitucional, não cabendo invocar orientação no plano do direito federal para afastar o juízo de inconstitucionalidade, menos ainda quando já vencida (Súmulas 68 e 94/STJ) no âmbito da respectiva Corte Superior. Ademais, o pronunciamento da Suprema Corte, sobretudo em repercussão geral, tem função primordial na tarefa de garantir segurança jurídica, estabilidade, integridade e coerência na aplicação do direito à luz da Constituição, a ser buscada por todos os órgãos do Poder Judiciário (artigos 926 e 927, III, CPC).

3. A pretensão em causa não envolve a dedução de parcela legalmente prevista, daí porque impertinente o argumento de que é taxativo o rol de exclusões constante do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 - com as alterações da Lei 12.973/2014, cujo advento, conforme já decidiu esta Corte, “*não promoveu modificação legislativa relevante para a espécie, na medida em que não alterou o conceito da base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS*” (EI 0029413-91.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 17/11/2017) - e § 3º dos artigos 1º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003. A tese do contribuinte é a de que a inclusão do imposto na base de cálculo de tais contribuições viola incidência constitucionalmente delimitada, exigindo, assim, decisão judicial no sentido de definir a base de cálculo compatível com o parâmetro constitucional.

4. A alegação de que o cálculo do PIS/COFINS com exclusão do imposto destinado ao erário contradiz a incidência, reconhecidamente válida, sobre outros custos, encargos ou despesas destinados a terceiros (como, por exemplo: empregados, companhia de energia elétrica, FGTS, fornecedores, empresas contratadas para prestação de serviços, entes estatais) não é verdadeira nem aceitável, sem análise da natureza jurídica de cada parcela discutida na formação da base de cálculo de tais contribuições. Por ora, o que assentou, suficientemente, a Suprema Corte para o exame do caso foi a inexigibilidade de imposto integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, seja o ICMS, seja o próprio ISS, quanto a este em juízo derivado diretamente da mesma lógica de fundamentação constitucional, conforme já exposto.

5. O aspecto relevante da controvérsia diz respeito ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS diante da divergência estabelecida entre as vertentes que primam, de um lado, pelo valor do imposto destacado nas notas fiscais e, de outro, pelo valor do imposto a ser efetivamente pago pelo contribuinte, dentro do regime de não cumulatividade. É importante frisar, de toda sorte, que tal ponto, ainda que não tenha ou tivesse sido discutido na inicial nem decidido na sentença ou veiculado na apelação, não impediria o pronunciamento da Corte, por se tratar, justamente, de controvérsia ínsita ao próprio mérito, qual seja, a definição do que constitui o indébito fiscal e, neste sentido, matéria que deve ser resolvida na fase cognitiva e não em liquidação de sentença, inexistindo, portanto, mesmo quando nada tenha ou tivesse sido alegado ou decidido, vício de julgamento *extra* ou *ultra petita*, ou contrariedade ao princípio da congruência ou da adstrição. Tanto é assim que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido em razão do regime de não cumulatividade do imposto. Logo, não importa ao exame do mérito a juntada de documentos fiscais ou mercantis para demonstração do ICMS a ser pago pelo contribuinte, bastando para o presente julgamento a prova, tão-somente, de que o contribuinte, sujeito ao PIS/COFINS, recolheu valores com inclusão do ICMS nas bases de cálculo, ficando relegada à fase própria a apuração do *quantum debeat* a partir de valores destacados em notas fiscais e incluídos na tributação federal.

6. Reconhecido o indébito fiscal, na forma acima especificada, os critérios para exercício do direito à compensação, na via administrativa mediante procedimento específico, inclusive com a própria comprovação e liquidação de valores indevidos a serem compensados, são os definidos nos artigos 168 (prescrição quinquenal) e 170-A (trânsito em julgado), ambos do Código Tributário Nacional; artigo 74 da Lei 9.430/1996 e demais textos legais de regência, incluindo o artigo 26-A da Lei 11.457/2007 na redação da Lei 13.670/2018, desde que vigente o regime legal respectivo ao tempo da propositura da ação, pois este o critério determinante na jurisprudência consolidada, ainda que posteriormente alterada a legislação; e artigo 39, § 4º da Lei 9.250/1995 (incidência exclusiva da Taxa SELIC) desde cada recolhimento indevido.

7. Apelação desprovida e remessa oficial parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e deu parcial provimento à remessa oficial, para reformar a sentença, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5013510-77.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

AGRAVANTE: IMAVI INDUSTRIA E COMERCIO EIRELI

Advogados do(a) AGRAVANTE: LUANA APARECIDA ZUPPI GARCIA - SP267690-A, LINCON THOMANN - SP260770-A, FRANCISCO DE ASSIS GARCIA - SP116383-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO

Fica a parte agravante intimada do despacho ID 134684570.

São Paulo, 22 de junho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5006716-03.2018.4.03.6112

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: DRL COMERCIO DE BEBIDAS LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: CARLOS ROBERTO LOPES JUNIOR - SP276271-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, DRL COMERCIO DE BEBIDAS LTDA

Advogado do(a) APELADO: CARLOS ROBERTO LOPES JUNIOR - SP276271-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5006716-03.2018.4.03.6112

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: DRL COMERCIO DE BEBIDAS LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: CARLOS ROBERTO LOPES JUNIOR - SP276271-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, DRL COMERCIO DE BEBIDAS LTDA

Advogado do(a) APELADO: CARLOS ROBERTO LOPES JUNIOR - SP276271-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de dupla apelação e remessa oficial, em face de sentença que concedeu parcialmente a segurança para excluir o ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS e garantir a compensação, “com parcelas vencidas e/ou vincendas de tributos arrecadados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, exceto contribuições previdenciárias e destinadas a terceiros”, após o trânsito em julgado, observada a prescrição quinquenal e aplicação exclusiva da SELIC, “garantida, todavia, a fiscalização quanto ao acerto do procedimento pelo contribuinte”.

Apelou a PFN, alegando: (1) necessidade de sobrestamento do feito até o julgamento definitivo do RE 574.706 pela Suprema Corte; e (2) validade do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS.

Apelou o contribuinte, alegando que, ao garantir a fiscalização quanto ao acerto do procedimento de compensação, a sentença trouxe insegurança jurídica, pois a autoridade fiscal tem utilizado expedientes para furtar-se ao cumprimento do julgamento no RE 574.706, a exemplo da Solução de Consulta Interna COSIT 13/2018 que determina que a parcela a ser excluída da base de cálculo do PIS/COFINS é a do ICMS a recolher; pelo que requereu seja determinada a abstenção de todo e quaisquer “atos tendentes a promover a cobrança do mesmo ou que importem na inscrição do nome da IMPETRANTE no “CADIN” e a imposição de penalidades no tocante à exclusão do ICMS (recolhido ICMS-ST e ICMS a recolher) da base de cálculo da PIS e da COFINS”.

Houve contrarrazões, em que arguida preliminar de não conhecimento da apelação do contribuinte por incongruência do pedido com a sentença.

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso do impetrante e desprovimento da apelação fazendária.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5006716-03.2018.4.03.6112

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: DRL COMERCIO DE BEBIDAS LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: CARLOS ROBERTO LOPES JUNIOR - SP276271-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, DRL COMERCIO DE BEBIDAS LTDA

Advogado do(a) APELADO: CARLOS ROBERTO LOPES JUNIOR - SP276271-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, preliminarmente não se conhece do apelo do contribuinte, por inovação recursal, no que se refere ao ICMS-ST (ICMS por substituição tributária), que não foi objeto da inicial, tampouco da sentença apelada, bem como na parte em que requereu abstenção de atos tendentes à cobrança, inscrição no CADIN e imposição de penalidades em razão da exclusão do ICMS da base de cálculo da PIS/COFINS, porque já deferido tal pleito em liminar, confirmada em sentença.

Quanto ao mais, o recurso deve ser admitido, pois a alegada incongruência confunde-se como mérito discutido.

Ainda antes de analisar o mérito, cabe destacar que não é cabível a suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior, o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior.

No mérito, a questão da inclusão de imposto na base de cálculo do PIS/COFINS com vulneração da matriz constitucional que prevê a respectiva incidência sobre faturamento ou receita na dicção atualizado do artigo 195, I, b, da Constituição Federal, foi resolvida, pela Suprema Corte no RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS.

Eis o acórdão ementado:

RE 574.706, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe 29/09/2017: "RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

A definição da base de cálculo do PIS/COFINS é matéria constitucional, não cabendo invocar orientação no plano do direito federal para afastar o juízo de inconstitucionalidade, menos ainda quando já vencida (Súmulas 68 e 94/STJ) no âmbito da respectiva Corte Superior. Ademais, o pronunciamento da Suprema Corte, sobretudo em repercussão geral, tem função primordial na tarefa de garantir segurança jurídica, estabilidade, integridade e coerência na aplicação do direito à luz da Constituição, a ser buscada por todos os órgãos do Poder Judiciário (artigos 926 e 927, III, CPC).

Perceba-se que a pretensão em causa não envolve a dedução de parcela legalmente prevista, daí porque impertinente o argumento de que é taxativo o rol de exclusões constante do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 - com as alterações da Lei 12.973/2014, cujo advento, conforme já decidiu esta Corte, "não promoveu modificação legislativa relevante para a espécie, na medida em que não alterou o conceito da base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS" (EI 0029413-91.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 17/11/2017) - e § 3º dos artigos 1º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003.

A tese do contribuinte é a de que a inclusão do imposto na base de cálculo de tais contribuições viola incidência constitucionalmente delimitada, exigindo, assim, decisão judicial no sentido de definir a base de cálculo compatível com o parâmetro constitucional.

A alegação de que o cálculo do PIS/COFINS com exclusão do imposto destinado ao erário contradiz a incidência, reconhecidamente válida, sobre outros custos, encargos ou despesas destinados a terceiros (como, por exemplo: empregados, companhia de energia elétrica, FGTS, fornecedores, empresas contratadas para prestação de serviços, entes estatais) não é verdadeira nem aceitável, sem análise da natureza jurídica de cada parcela discutida na formação da base de cálculo de tais contribuições. Por ora, o que assentou, suficientemente, a Suprema Corte para o exame do caso foi a inexigibilidade de imposto integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, seja o ICMS, seja o próprio ISS, quanto a este em juízo derivado diretamente da mesma lógica de fundamentação constitucional, conforme já exposto.

O aspecto relevante da controvérsia diz respeito ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS diante da divergência estabelecida entre as vertentes que primam, de um lado, pelo valor do imposto destacado nas notas fiscais e, de outro, pelo valor do imposto a ser efetivamente pago pelo contribuinte, dentro do regime de não cumulatividade. É importante frisar, de toda sorte, que tal ponto, ainda que não tenha ou tivesse sido discutido na inicial nem decidido na sentença ou veiculado na apelação, não impediria o pronunciamento da Corte - assim como do próprio Juízo após embargos de declaração -, por se tratar, justamente, de controvérsia ínsita ao próprio mérito, qual seja, a definição do que constitui o indébito fiscal e, neste sentido, matéria que deve ser resolvida na fase cognitiva e não em liquidação de sentença, inexistindo, portanto, mesmo quando nada tenha ou tivesse sido alegado ou decidido, vício de julgamento *extra* ou *ultra petita*, ou contrariedade ao princípio da congruência ou da adstrição.

Tanto é assim que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido em razão do regime de não cumulatividade do imposto.

Neste sentido o seguinte excerto do julgado no RE 574.706:

“O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS”.

Também este o entendimento adotado no âmbito das Turmas desta Seção:

ApelRemNec 5000633-81.2017.4.03.6119, Rel. Des. Fed. ANTONIO CEDENHO, Intimação via sistema 18/04/2020: “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REQUISITOS DO ARTIGO 1.022 CPC/2015. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE Nº 574.706/PR. VINCULAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OBSCURIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1.022 do Código de Processo Civil vigente, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado. O caráter infringente dos embargos somente é admitido a título excepcional, quando a eliminação da contradição ou da omissão decorrer, logicamente, a modificação do julgamento embargado. 2. A e. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no julgamento do RE nº 574.706/PR, consignou que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. Como o presente julgamento se vincula ao que foi decidido sobre o tema pelo C. STF, deve-se assentar que, relativamente à questão do valor a ser efetivamente excluído a título de ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, a tese que foi acolhida pelo STF é a exposta no v. acórdão embargado. 3. O escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022 do Código de Processo Civil. 4. O artigo 1.025 do novo Código de Processo Civil bem esclarece que os elementos suscitados pelo embargante serão considerados incluídos no acórdão “para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.” 5. Embargos de declaração rejeitados.”

ApReeNec 5001772-28.2017.4.03.6100, Rel. Des. Fed. MARLI FERREIRA, Intimação via sistema 02/04/2020: “PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ARTIGO 1.022 DO CPC. OMISSÃO. EXISTÊNCIA. JULGADO INTEGRADO. 1. Prevê o artigo 1.022 do CPC que a oposição dos aclaratórios somente tem cabimento para esclarecimento de obscuridade ou eliminação de contradição, para suprimir omissão sobre ponto ou questão sobre o qual o julgado deveria se pronunciar; ou, ainda, para corrigir erro material existente no decisório. 2. Na espécie, o julgado restou omisso quanto à parcela do ICMS a ser destacada da base de cálculo do PIS e da COFINS. E, nesse tocante, cumpre esclarecer que o ICMS a ser excluído é o destacado nos documentos fiscais de saída, vez que é esse montante que integra a indigitada base de cálculo. 3. Assim sendo, tem a impetrante o direito de excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS o valor integral do ICMS destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias do seu estabelecimento, inclusive após o advento da Lei nº 12.973/2014. 4. Embargos de declaração acolhidos.”

ApelRemNec 5003932-95.2019.4.03.6119, Rel. Des. Fed. JOHONSOM DI SALVO, e - DJF3 15/04/2020: "AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DECLAROU INCONSTITUCIONAL A INCLUSÃO DO ICMS (FATURADO) NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS, FAZENDO-O POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO RE Nº 574.706. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a inclusão do ICMS (faturado) na base de cálculo do PIS e da COFINS, fazendo-o por ocasião do julgamento do RE nº 574.706. A corte, por maioria e nos termos do voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia, apreciando o tema nº 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Esse entendimento é aplicável de pronto, não havendo que se falar em espera de embargos de declaração (sem efeito suspensivo) ou de modulação de efeitos da decisão plenária da Suprema Corte, já que esses dois eventos não estão consignados em lei como impeditivos da aplicação imediata do decísum. Esse é o entendimento que vem sendo seguido nesta Corte Regional (3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5021518-72.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 08/11/2019, Intimação via sistema DATA: 13/11/2019), e de modo unânime nesta 6ª Turma (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000706-20.2017.4.03.6130, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 03/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/12/2019). Deveras, a suspensão pretendida pelo Fisco esbarraria no art. 1.035, § 5º do NCPC. De outro lado, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal – ao acolher o voto da ministra Relatora – no sentido de que, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada como faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019). Essa é a postura que este Relator sempre defende desde o momento em que surdiu o julgamento do Tema nº 69 (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000596-53.2018.4.03.6108, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 02/12/2019, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019). Tratando-se de empresa comercial, resta claro que é contribuinte das três exações e que recolheu tributação a maior e poderá recuperá-la (quanto aos últimos cinco anos antes do ajuizamento da presente demanda) por meio de compensação, que deverá ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74 da Lei nº 9.430/1996 (redação dada pela Lei 10.637/02), observado ainda o artigo 26-A da Lei nº 11.457/2007."

Logo, não importa ao exame do mérito a juntada de documentos fiscais ou mercantis para demonstração do ICMS a ser pago pelo contribuinte, bastando para o presente julgamento a prova, tão-somente, de que o contribuinte, sujeito ao PIS/COFINS, recolheu valores com inclusão do ICMS nas bases de cálculo, ficando relegada à fase própria a apuração do *quantum debeatur* a partir de valores destacados em notas fiscais e incluídos na tributação federal.

Reconhecido o indébito fiscal, na forma acima especificada, os critérios para exercício do direito à compensação, na via administrativa mediante procedimento específico, **sob controle e fiscalização**, inclusive com a própria comprovação e liquidação de valores indevidos a serem compensados, são os definidos nos artigos 168 (prescrição quinquenal) e 170-A (trânsito em julgado), ambos do Código Tributário Nacional; artigo 74 da Lei 9.430/1996 e demais textos legais de regência, observado, **nos limites da devolução**, o regime legal vigente ao tempo da propositura da ação, pois este o critério determinante na jurisprudência consolidada, ainda que posteriormente possa ter sido alterada a legislação; e artigo 39, § 4º da Lei 9.250/1995 (incidência exclusiva da Taxa SELIC) desde cada recolhimento indevido.

Ante o exposto, conheço em parte da apelação do contribuinte e, nesta extensão, nego-lhe provimento, e nego provimento à apelação fazendária e à remessa oficial.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. INDÉBITO FISCAL. COMPENSAÇÃO.

1. Preliminarmente não se conhece do apelo do contribuinte, por inovação recursal, no que se refere ao ICMS-ST (ICMS por substituição tributária), que não foi objeto da inicial, tampouco da sentença apelada, bem como na parte em requereu abstenção de atos tendentes à cobrança, inscrição no CADIN e imposição de penalidades em razão da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS, porque já deferido tal pleito em liminar, confirmada em sentença. Quanto ao mais, o recurso é admissível, pois a alegada incongruência confunde-se como mérito discutido.

2. Antes de analisar o mérito, cabe destacar que não é cabível a suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior, o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior.

3. No mérito, a questão da inclusão de **imposto** na base de cálculo do PIS/COFINS com vulneração da matriz constitucional que prevê a respectiva incidência sobre faturamento ou receita na dicção atualizado do artigo 195, I, *b*, da Constituição Federal, foi resolvida, pela Suprema Corte no RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS. A definição da base de cálculo do PIS/COFINS é matéria constitucional, não cabendo invocar orientação no plano do direito federal para afastar o juízo de inconstitucionalidade, menos ainda quando já vencida (Súmulas 68 e 94/STJ) no âmbito da respectiva Corte Superior. Ademais, o pronunciamento da Suprema Corte, sobretudo em repercussão geral, tem função primordial na tarefa de garantir segurança jurídica, estabilidade, integridade e coerência na aplicação do direito à luz da Constituição, a ser buscada por todos os órgãos do Poder Judiciário (artigos 926 e 927, III, CPC).

4. A pretensão em causa não envolve a dedução de parcela legalmente prevista, daí porque impertinente o argumento de que é taxativo o rol de exclusões constante do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 - com as alterações da Lei 12.973/2014, cujo advento, conforme já decidiu esta Corte, “*não promoveu modificação legislativa relevante para a espécie, na medida em que não alterou o conceito da base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS*” (EI 0029413-91.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 17/11/2017) - e § 3º dos artigos 1º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003. A tese do contribuinte é a de que a inclusão do imposto na base de cálculo de tais contribuições viola incidência constitucionalmente delimitada, exigindo, assim, decisão judicial no sentido de definir a base de cálculo compatível com o parâmetro constitucional.

5. A alegação de que o cálculo do PIS/COFINS com exclusão do imposto destinado ao erário contradiz a incidência, reconhecidamente válida, sobre outros custos, encargos ou despesas destinados a terceiros (como, por exemplo: empregados, companhia de energia elétrica, FGTS, fornecedores, empresas contratadas para prestação de serviços, entes estatais) não é verdadeira nem aceitável, sem análise da natureza jurídica de cada parcela discutida na formação da base de cálculo de tais contribuições. Por ora, o que assentou, suficientemente, a Suprema Corte para o exame do caso foi a inexigibilidade de imposto integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, seja o ICMS, seja o próprio ISS, quanto a este em juízo derivado diretamente da mesma lógica de fundamentação constitucional, conforme já exposto.

6. O aspecto relevante da controvérsia diz respeito ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS diante da divergência estabelecida entre as vertentes que primam, de um lado, pelo valor do imposto destacado nas notas fiscais e, de outro, pelo valor do imposto a ser efetivamente pago pelo contribuinte, dentro do regime de não cumulatividade. É importante frisar, de toda sorte, que tal ponto, ainda que não tenha ou tivesse sido discutido na inicial nem decidido na sentença ou veiculado na apelação, não impediria o pronunciamento da Corte - assim como do próprio Juízo após embargos de declaração -, por se tratar, justamente, de controvérsia ínsita ao próprio mérito, qual seja, a definição do que constitui o indébito fiscal e, neste sentido, matéria que deve ser resolvida na fase cognitiva e não em liquidação de sentença, inexistindo, portanto, mesmo quando nada tenha ou tivesse sido alegado ou decidido, vício de julgamento *extra* ou *ultra petita*, ou contrariedade ao princípio da congruência ou da adstrição. Tanto é assim que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido em razão do regime de não cumulatividade do imposto. Logo, não importa ao exame do mérito a juntada de documentos fiscais ou mercantis para demonstração do ICMS a ser pago pelo contribuinte, bastando para o presente julgamento a prova, tão-somente, de que o contribuinte, sujeito ao PIS/COFINS, recolheu valores com inclusão do ICMS nas bases de cálculo, ficando relegada à fase própria a apuração do *quantum debeat* a partir de valores destacados em notas fiscais e incluídos na tributação federal.

7. Reconhecido o indébito fiscal, na forma acima especificada, os critérios para exercício do direito à compensação, na via administrativa mediante procedimento específico, **sob controle e fiscalização**, inclusive com a própria comprovação e liquidação de valores indevidos a serem compensados, são os definidos nos artigos 168 (prescrição quinquenal) e 170-A (trânsito em julgado), ambos do Código Tributário Nacional; artigo 74 da Lei 9.430/1996 e demais textos legais de regência, observado, **nos limites da devolução**, o regime legal vigente ao tempo da propositura da ação, pois este o critério determinante na jurisprudência consolidada, ainda que posteriormente possa ter sido alterada a legislação; e artigo 39, § 4º da Lei 9.250/1995 (incidência exclusiva da Taxa SELIC) desde cada recolhimento indevido.

8. Apelação do contribuinte conhecida em parte e, nesta extensão, desprovida, e apelação fazendária e remessa oficial desprovidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, conheceu em parte da apelação do contribuinte e, nesta extensão, negou-lhe provimento, e negou provimento à apelação fazendária e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001096-71.2017.4.03.6103

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: RCP COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA

Advogado do(a) APELANTE: NICOLAU ABRAHAO HADDAD NETO - SP180747-A

APELADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SÃO JOSÉ DOS CAMPOS, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001096-71.2017.4.03.6103

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: RCP COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA

Advogado do(a) APELANTE: NICOLAU ABRAHAO HADDAD NETO - SP180747-A

APELADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SÃO JOSÉ DOS CAMPOS, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação contra sentença que, em mandado de segurança impetrado para excluir o ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS e garantir a compensação do indébito fiscal, denegou a ordem porque “a Impetrante não se sujeita à tributação nos termos das Leis nº 10.637/2002 e 10.833/2003 e, portanto, não se enquadra na hipótese tratada no julgamento do RE nº 574.706”.

Apelou o contribuinte, alegando que: (1) no julgamento do RE 574.706 foi definida “a tese de que o ICMS não compõe a base de cálculo das contribuições ao PIS e a COFINS indistintamente, uma vez que tais contribuições não integram a concepção jurídica de faturamento, não tendo sido apontada, portanto, qualquer distinção ao regime de apuração do imposto de renda, até porque aquela demanda se referia não a tal tributo, mas tão somente às contribuições sociais denominadas PIS e COFINS. Saliente-se, ainda, que o que fora decidido no tema de repercussão geral acima (tema 69 do E. STF) manteve a coerência com o entendimento que já vinha sendo adotado por aquela Suprema Corte, esposado no RE 240.785/MG, que apontara a existência de violação ao artigo 195, inciso I, da Constituição Federal, o qual, frise-se nada tem a ver com o tributo da espécie imposto, mas, ao contrário, trata exclusivamente das contribuições”; (2) não se observou o artigo 489, § 1º, VI, do CPC, pois a Corte Superior aderiu à tese firmada no RE 574.706, cancelando as Súmulas 68 e 94, não cabe a divergência posta na sentença; (3) o acórdão do RE 574.706 menciona a Lei 9.718/1998 “por inúmeras vezes, sendo que, em nenhum momento, argui-se sobre a limitação para aplicação da tese em razão do regime de apuração do imposto de renda do contribuinte”; e (4) inúmeros precedentes desta Corte têm aplicado o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal aos contribuintes com regime de incidência cumulativa ou não-cumulativa, assim como o faz a própria autoridade administrativa, na Solução de Consulta Interna COSIT 13/2018, ao regrar a forma de cumprimento das decisões transitadas em julgado sobre o tema.

Houve contrarrazões.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo prosseguimento do feito.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001096-71.2017.4.03.6103

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: RCP COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA

Advogado do(a) APELANTE: NICOLAU ABRAHAO HADDAD NETO - SP180747-A

APELADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SÃO JOSÉ DOS CAMPOS, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, antes de analisar o mérito do pedido de reforma da sentença, cabe destacar que não é cabível a suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior, o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior.

No mérito, a questão da inclusão de **imposto** na base de cálculo do PIS/COFINS com vulneração da matriz constitucional que prevê a respectiva incidência sobre faturamento ou receita na dicção atualizado do artigo 195, I, b, da Constituição Federal, foi resolvida, pela Suprema Corte no RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS.

Eis o acórdão ementado:

RE 574.706, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe 29/09/2017: "RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

A definição da base de cálculo do PIS/COFINS é matéria constitucional, não cabendo invocar orientação no plano do direito federal para afastar o juízo de inconstitucionalidade, menos ainda quando já vencida (Súmulas 68 e 94/STJ) no âmbito da respectiva Corte Superior. Ademais, o pronunciamento da Suprema Corte, sobretudo em repercussão geral, tem função primordial na tarefa de garantir segurança jurídica, estabilidade, integridade e coerência na aplicação do direito à luz da Constituição, a ser buscada por todos os órgãos do Poder Judiciário (artigos 926 e 927, III, CPC).

Perceba-se que a pretensão em causa não envolve a dedução de parcela legalmente prevista, daí porque impertinente o argumento de que é taxativo o rol de exclusões constante do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 - com as alterações da Lei 12.973/2014, cujo advento, conforme já decidiu esta Corte, “*não promoveu modificação legislativa relevante para a espécie, na medida em que não alterou o conceito da base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS*” (EI 0029413-91.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 17/11/2017) - e § 3º dos artigos 1º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003.

Assinale-se, ainda, que a distinção feita pela sentença para o âmbito de aplicação do RE 574.706 não tem respaldo no próprio paradigma, já que a definição do conteúdo e alcance dos conceitos de receita ou faturamento foi extraída de norma constitucional, com aplicação incontestada seja cumulativo ou não cumulativo o regime de tributação do PIS/COFINS.

A tese do contribuinte é a de que a inclusão do imposto na base de cálculo de tais contribuições viola incidência constitucionalmente delimitada, exigindo, assim, decisão judicial no sentido de definir a base de cálculo compatível com o parâmetro constitucional.

O aspecto relevante da controvérsia diz respeito ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS diante da divergência estabelecida entre as vertentes que primam, de um lado, pelo valor do imposto destacado nas notas fiscais e, de outro, pelo valor do imposto a ser efetivamente pago pelo contribuinte. É importante frisar, de toda sorte, que tal ponto, ainda que não tenha ou tivesse sido discutido na inicial nem decidido na sentença ou veiculado na apelação, não impediria o pronunciamento da Corte - assim como do próprio Juízo após embargos de declaração -, por se tratar, justamente, de controvérsia ínsita ao próprio mérito, qual seja, a definição do que constitui o indébito fiscal e, neste sentido, matéria que deve ser resolvida na fase cognitiva e não em liquidação de sentença, inexistindo, portanto, mesmo quando nada tenha ou tivesse sido alegado ou decidido, vício de julgamento *extra* ou *ultra petita*, ou contrariedade ao princípio da congruência ou da adstrição.

Tanto é assim que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido do imposto.

Neste sentido o seguinte excerto do julgado no RE 574.706:

“O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS”.

Também este o entendimento adotado no âmbito das Turmas desta Seção:

ApelRemNec 5000633-81.2017.4.03.6119, Rel. Des. Fed. ANTONIO CEDENHO, Intimação via sistema 18/04/2020: “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REQUISITOS DO ARTIGO 1.022 CPC/2015. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE Nº 574.706/PR. VINCULAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OBSCURIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1.022 do Código de Processo Civil vigente, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado. O caráter infringente dos embargos somente é admitido a título excepcional, quando a eliminação da contradição ou da omissão decorrer, logicamente, a modificação do julgamento embargado. 2. A e. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no julgamento do RE nº 574.706/PR, consignou que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. Como o presente julgamento se vincula ao que foi decidido sobre o tema pelo C. STF, deve-se assentar que, relativamente à questão do valor a ser efetivamente excluído a título de ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, a tese que foi acolhida pelo STF é a exposta no v. acórdão embargado. 3. O escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022 do Código de Processo Civil. 4. O artigo 1.025 do novo Código de Processo Civil bem esclarece que os elementos suscitados pelo embargante serão considerados incluídos no acórdão “para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.” 5. Embargos de declaração rejeitados.”

ApReeNec 5001772-28.2017.4.03.6100, Rel. Des. Fed. MARLI FERREIRA, Intimação via sistema 02/04/2020: "PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ARTIGO 1.022 DO CPC. OMISSÃO. EXISTÊNCIA. JULGADO INTEGRADO. 1. Prevê o artigo 1.022 do CPC que a oposição dos aclaratórios somente tem cabimento para esclarecimento de obscuridade ou eliminação de contradição, para suprimir omissão sobre ponto ou questão sobre o qual o julgado deveria se pronunciar; ou, ainda, para corrigir erro material existente no decisório. 2. Na espécie, o julgado restou omissivo quanto à parcela do ICMS a ser destacada da base de cálculo do PIS e da COFINS. E, nesse tocante, cumpre esclarecer que o ICMS a ser excluído é o destacado nos documentos fiscais de saída, vez que é esse montante que integra a indigitada base de cálculo. 3. Assim sendo, tem a impetrante o direito de excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS o valor integral do ICMS destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias do seu estabelecimento, inclusive após o advento da Lei nº 12.973/2014. 4. Embargos de declaração acolhidos."

ApelRemNec 5003932-95.2019.4.03.6119, Rel. Des. Fed. JOHNSOM DI SALVO, e - DJF3 15/04/2020: "AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DECLAROU INCONSTITUCIONAL A INCLUSÃO DO ICMS (FATURADO) NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS, FAZENDO-O POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO RE Nº 574.706. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a inclusão do ICMS (faturado) na base de cálculo do PIS e da COFINS, fazendo-o por ocasião do julgamento do RE nº 574.706. A corte, por maioria e nos termos do voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia, apreciando o tema nº 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Esse entendimento é aplicável de pronto, não havendo que se falar em espera de embargos de declaração (sem efeito suspensivo) ou de modulação de efeitos da decisão plenária da Suprema Corte, já que esses dois eventos não estão consignados em lei como impedientes da aplicação imediata do decisum. Esse é o entendimento que vem sendo seguido nesta Corte Regional (3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5021518-72.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 08/11/2019, Intimação via sistema DATA: 13/11/2019), e de modo unânime nesta 6ª Turma (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000706-20.2017.4.03.6130, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 03/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/12/2019). Deveras, a suspensão pretendida pelo Fisco esbarraria no art. 1.035, § 5º do NCPC. De outro lado, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal – ao acolher o voto da ministra Relatora – no sentido de que, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada como faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019). Essa é a postura que este Relator sempre defende desde o momento em que surtiu o julgamento do Tema nº 69 (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000596-53.2018.4.03.6108, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHNSON DI SALVO, julgado em 02/12/2019, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019). Tratando-se de empresa comercial, resta claro que é contribuinte das três exações e que recolheu tributação a maior e poderá recuperá-la (quanto aos últimos cinco anos antes do ajuizamento da presente demanda) por meio de compensação, que deverá ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74 da Lei nº 9.430/1996 (redação dada pela Lei 10.637/02), observado ainda o artigo 26-A da Lei nº 11.457/2007."

Logo, não importa ao exame do mérito a juntada de documentos fiscais ou mercantis para demonstração do ICMS a ser pago pelo contribuinte, bastando para o presente julgamento a prova, tão-somente, de que o contribuinte, sujeito ao PIS/COFINS, recolheu valores com inclusão do ICMS nas bases de cálculo, ficando relegada à fase própria a apuração do *quantum debeatur* a partir de valores destacados em notas fiscais e incluídos na tributação federal.

Reconhecido o indébito fiscal, na forma acima especificada, os critérios para exercício do direito à compensação, na via administrativa mediante procedimento específico, inclusive com a própria comprovação e liquidação de valores indevidos a serem compensados, são os definidos nos artigos 168 (prescrição quinquenal) e 170-A (trânsito em julgado), ambos do Código Tributário Nacional; artigo 74 da Lei 9.430/1996 e demais textos legais de regência, incluindo o artigo 26-A da Lei 11.457/2007 na redação da Lei 13.670/2018, observado o regime legal vigente ao tempo da propositura da ação, pois este o critério determinante na jurisprudência consolidada, ainda que posteriormente possa ter sido alterada a legislação; e artigo 39, § 4º da Lei 9.250/1995 (incidência exclusiva da Taxa SELIC) desde cada recolhimento indevido.

Ante o exposto, dou provimento à apelação, para reformar a sentença, nos termos supracitados.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. INDÉBITO FISCAL. COMPENSAÇÃO.

1. Antes de analisar o mérito, cabe destacar que não é cabível a suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior, o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior.

2. No mérito, a questão da inclusão de **imposto** na base de cálculo do PIS/COFINS com vulneração da matriz constitucional que prevê a respectiva incidência sobre faturamento ou receita na dicção atualizado do artigo 195, I, b, da Constituição Federal, foi resolvida, pela Suprema Corte no RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS. A definição da base de cálculo do PIS/COFINS é matéria constitucional, não cabendo invocar orientação no plano do direito federal para afastar o juízo de inconstitucionalidade, menos ainda quando já vencida (Súmulas 68 e 94/STJ) no âmbito da respectiva Corte Superior. Ademais, o pronunciamento da Suprema Corte, sobretudo em repercussão geral, tem função primordial na tarefa de garantir segurança jurídica, estabilidade, integridade e coerência na aplicação do direito à luz da Constituição, a ser buscada por todos os órgãos do Poder Judiciário (artigos 926 e 927, III, CPC).

3. A pretensão em causa não envolve a dedução de parcela legalmente prevista, daí porque impertinente o argumento de que é taxativo o rol de exclusões constante do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 - com as alterações da Lei 12.973/2014, cujo advento, conforme já decidiu esta Corte, “*não promoveu modificação legislativa relevante para a espécie, na medida em que não alterou o conceito da base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS*” (EI 0029413-91.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 17/11/2017) - e § 3º dos artigos 1º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003. Assinale-se, ainda, que a distinção feita pela sentença para o âmbito de aplicação do RE 574.706 não tem respaldo no próprio paradigma, já que a definição do conteúdo e alcance dos conceitos de receita ou faturamento foi extraída de norma constitucional, com aplicação incontestada seja cumulativo ou não cumulativo o regime de tributação do PIS/COFINS. A tese do contribuinte é a de que a inclusão do imposto na base de cálculo de tais contribuições viola incidência constitucionalmente delimitada, exigindo, assim, decisão judicial no sentido de definir a base de cálculo compatível com o parâmetro constitucional.

4. A alegação de que o cálculo do PIS/COFINS com exclusão do imposto destinado ao erário contradiz a incidência, reconhecidamente válida, sobre outros custos, encargos ou despesas destinados a terceiros (como, por exemplo: empregados, companhia de energia elétrica, FGTS, fornecedores, empresas contratadas para prestação de serviços, entes estatais) não é verdadeira nem aceitável, sem análise da natureza jurídica de cada parcela discutida na formação da base de cálculo de tais contribuições. Por ora, o que assentou, suficientemente, a Suprema Corte para o exame do caso foi a inexigibilidade de imposto integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, seja o ICMS, seja o próprio ISS, quanto a este em juízo derivado diretamente da mesma lógica de fundamentação constitucional, conforme já exposto.

5. O aspecto relevante da controvérsia diz respeito ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS diante da divergência estabelecida entre as vertentes que primam, de um lado, pelo valor do imposto destacado nas notas fiscais e, de outro, pelo valor do imposto a ser efetivamente pago pelo contribuinte, dentro do regime de não cumulatividade. É importante frisar, de toda sorte, que tal ponto, ainda que não tenha ou tivesse sido discutido na inicial nem decidido na sentença ou veiculado na apelação, não impediria o pronunciamento da Corte - assim como do próprio Juízo após embargos de declaração -, por se tratar, justamente, de controvérsia ínsita ao próprio mérito, qual seja, a definição do que constitui o indébito fiscal e, neste sentido, matéria que deve ser resolvida na fase cognitiva e não em liquidação de sentença, inexistindo, portanto, mesmo quando nada tenha ou tivesse sido alegado ou decidido, vício de julgamento *extra* ou *ultra petita*, ou contrariedade ao princípio da congruência ou da adstrição. Tanto é assim que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido em razão do regime de não cumulatividade do imposto. Logo, não importa ao exame do mérito a juntada de documentos fiscais ou mercantis para demonstração do ICMS a ser pago pelo contribuinte, bastando para o presente julgamento a prova, tão-somente, de que o contribuinte, sujeito ao PIS/COFINS, recolheu valores com inclusão do ICMS nas bases de cálculo, ficando relegada à fase própria a apuração do *quantum debeatur* a partir de valores destacados em notas fiscais e incluídos na tributação federal.

6. Reconhecido o indébito fiscal, na forma especificada, os critérios para exercício do direito à compensação, na via administrativa mediante procedimento específico, inclusive com a própria comprovação e liquidação de valores indevidos a serem compensados, são os definidos nos artigos 168 (prescrição quinquenal) e 170-A (trânsito em julgado), ambos do Código Tributário Nacional; artigo 74 da Lei 9.430/1996 e demais textos legais de regência, incluindo o artigo 26-A da Lei 11.457/2007 na redação da Lei 13.670/2018, observado o regime legal vigente ao tempo da propositura da ação, pois este o critério determinante na jurisprudência consolidada, ainda que posteriormente possa ter sido alterada a legislação; e artigo 39, § 4º da Lei 9.250/1995 (incidência exclusiva da Taxa SELIC) desde cada recolhimento indevido.

7. Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, para reformar a sentença, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001305-14.2017.4.03.6144

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: CARGLASS AUTOMOTIVA LTDA.

Advogados do(a) APELADO: FLAVIO COUTO BERNARDES - MG63291-A, RAFAEL DOS SANTOS QUEIROZ - MG103637-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001305-14.2017.4.03.6144

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: CARGLASS AUTOMOTIVA LTDA.

Advogados do(a) APELADO: FLAVIO COUTO BERNARDES - MG63291-A, RAFAEL DOS SANTOS QUEIROZ - MG103637-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação em face de sentença que julgou procedente o pedido para excluir o ISS destacado da base de cálculo do PIS/COFINS e garantir a compensação ou restituição do indébito fiscal, após o trânsito em julgado, observada a prescrição quinquenal e a aplicação da SELIC, fixando honorários advocatícios sobre o valor da condenação, *“cujo percentual será definido por ocasião da liquidação do julgado, nos termos do art. 85, caput, c/c §§2º, 3º e 4º, II, do Código de Processo Civil”*.

Apelou a PFN, alegando: (1) não ser aplicável o RE 574.706, ou, quando menos, a suspensão do feito até o seu julgamento definitivo; (2) necessidade de sobrestamento do feito, pois a aplicação imediata do precedente no RE 574.706, na pendência de trânsito em julgado, contraria decisões monocráticas daquela Corte que suspenderam feitos até o exame definitivo do mérito; (3) sobrestamento do feito até o exame do RE 592.616 pela Suprema Corte, que trata especificamente do ISS; (4) observância do RESP 1.330.737, sob o rito dos recursos repetitivos, de força obrigatória, em que reconhecida a validade da inclusão do ISS na base de cálculo do PIS/COFINS; (5) apesar da Suprema Corte ter declarado inconstitucional a base de cálculo instituída pela Lei 9.718/1998, a legislação superveniente - Leis 10.637/2002 e 10.833/2003 -, definiu incidir o PIS/COFINS sobre a totalidade das receitas auferidas, indicando expressamente as rubricas que são excluídas, sem mencionar o imposto municipal; e (6) o ISS, diferentemente do ICMS, não é destacado da nota fiscal, pois não compõe, na verdade, o valor da nota ou do serviço, porque o fato gerador é a efetiva prestação do serviço.

Houve contrarrazões.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001305-14.2017.4.03.6144

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: CARGLASS AUTOMOTIVA LTDA.

VOTO

Senhores Desembargadores, antes do mérito, cabe rejeitar o pedido de suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior, o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior.

No mérito, a questão da inclusão de **imposto** na base de cálculo do PIS/COFINS com vulneração da matriz constitucional que prevê a respectiva incidência sobre faturamento ou receita na dicção atualizado do artigo 195, I, b, da Constituição Federal, foi resolvida, pela Suprema Corte no RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS.

Eis o acórdão ementado:

RE 574.706, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe 29/09/2017: "RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

A interpretação constitucional quanto à exclusão do ICMS da base de cálculo de tais contribuições é extensiva, por identidade de razão jurídico-constitucional, à pretensão formulada em face do ISS, ainda que pendente o julgamento do RE 592.616. Isso porque a centralidade da tese jurídica fixada pela Suprema Corte serve tanto para o imposto estadual como municipal. A resolução da questão encontra-se menos colocada na peculiaridade própria do tributo estadual do que na centralidade substancial de que a materialidade constitucionalmente definida sobre a qual pode incidir a cobrança de tais contribuições sociais não comporta a inserção de valores de impostos que não expressem o faturamento do contribuinte.

É importante registrar, inclusive, que o ICMS alcança não apenas operações relativas à circulação de mercadorias, mas também prestações de serviço como os de transportes interestadual e intermunicipal, e de comunicação. Não teria sentido, portanto, incluir outros serviços, que são próprios do ISS, na base de cálculo de tais contribuições, quando já definida solução contrária ao Fisco no âmbito do ICMS. Existe, pois, simetria sistêmica que, considerada a centralidade da controvérsia resolvida no RE 574.706, não permite seja concebida, desde logo, interpretação ou solução distintas das definidas no relevante precedente. Certo que ao Excelso Pretório compete estabelecer a exegese definitiva também no tocante à inclusão do ISS na base de cálculo de tais contribuições, porém disto não resulta que caiba, desde logo, negar eficácia ao precedente firmado no exame do ICMS em favor de orientação contrária.

Neste sentido tem decidido a Turma:

ApCiv 5002810-15.2017.4.03.6120, Rel. Des. Fed. NELTON DOS SANTOS, e- DJF3 29/10/2019: "PROCESSUAL CIVIL. JUNTADA DE COMPROVANTES EM SEDE RECURSAL. INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO NO CASO SUB JUDICE. RECURSO DE APELAÇÃO. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ISSQN NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. COMPENSAÇÃO ART. 26, DA LEI Nº 11.457/07. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. RECURSO DE APELAÇÃO PROVIDO. 1. Na vigência do Código de Processo Civil de 1973, sobejavam razões para o acolhimento da tese restritiva, impeditiva da juntada de documentos novos em sede recursal. Com efeito, aquele diploma legal caracterizava-se como consagrador de um sistema de preclusões rígidas, de sorte que, ultrapassada a fase própria para a prática do ato, este restava inviabilizado. 2. Já no Código de Processo Civil de 2015, todavia, concebido já sobre os influxos da teoria da instrumentalidade do processo, prevalece o princípio segundo o qual, sempre que possível, a solução mais completa da controvérsia deve ser buscada. Nesse particular, ademais, o atual Código Processual tem como norte principiológico a resolução do mérito da demanda. 3. De mais a mais, não está se afastando a necessidade da devida instrução processual desde o início da demanda, mas a instrumentalidade do processo, sob o enfoque do caso dos autos, nos demonstra a ausência de prejuízo à defesa da administração pública. Isto porque os pontos atinentes à compensação foram regularmente levantados e analisados, sendo certo que a comprovação de credora, neste momento, apenas afirmou aquela condição devidamente debatida. 4. Preliminarmente, em que pese o julgamento sob o rito dos recursos repetitivos realizado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu a legalidade da incidência do PIS e da COFINS sobre a parcela relativa ao ISSQN, conforme se verificará no presente voto, a questão a ser tratada antecede a análise da legalidade, sendo certo que o vício combatido paira sob a constitucionalidade de tal exação, razão pela qual não se trata de afronta ao quanto decidido por aquela Corte Superior. Por outro lado, trata-se de situação que visa respeitar o entendimento exarado pela Corte Suprema quanto ao tema. 5. Assente-se que, tanto o RE 574.706/PR quanto o 240.785/MG foram julgados pelo Pleno do A. Supremo Tribunal Federal, sendo certo que nesses acórdãos foi sufragado que um tributo não detém a natureza jurídica de receita, tornando plenamente inaplicável o incidente de arguição de inconstitucionalidade, nos termos do artigo 949, parágrafo único, do Código de Processo Civil. 6. A jurisprudência do A. Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontrar inserida no conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. 7. Impende destacar que o reconhecimento da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pode ser aplicado ao ISS, em razão da própria inexistência de natureza de receita ou faturamento destas parcelas. Precedentes da 3ª Turma do TRF da 3ª Região. 8. Reforce-se que mesmo com as alterações posteriores na legislação que institui o PIS e a COFINS – Lei nº 12.973/14 – não tem o condão de afastar o quanto decidido, pois, conforme amplamente demonstrado, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela. 9. A compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior. 10. No que tange à condenação dos honorários advocatícios, em análise pelo reexame necessário, entendo que apesar dos patamares constantes no artigo 85, § 3º, inciso I a V, do Código de Processo Civil, o intuito do legislador não é pautado pelo enriquecimento sem causa, devendo a fixação dos honorários ser realizada de forma equitativa, balizada pelos princípios da proporcionalidade, causalidade e razoabilidade, analisando-se o quanto dispõe o artigo 85, § 2º, da Lei Adjetiva Civil. 11. No caso dos autos, a matéria tratada é corriqueira e já sedimentada na jurisprudência, inclusive através do julgamento de repercussão geral pelo A. Supremo Tribunal Federal, ainda, verifica-se que não houve necessidade de dilação probatória com acompanhamento de perícia ou audiência, sendo que o tempo para a solução da demanda também não se demonstrou excessivo, o que enseja o reconhecimento do diminuto trabalho realizado. 12. Neste diapasão, é de rigor a condenação da União nos honorários advocatícios, fixados nos patamares mínimos dispostos no artigo 85, § 3º, do Código de Processo Civil, observando-se a faixa de valores e o quanto delimitado no § 5º, do mesmo dispositivo legal, em respeito aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e causalidade. 13. Recurso de apelação provido."

Perceba-se que a pretensão em causa não envolve a dedução de parcela legalmente prevista, daí porque impertinente o argumento de que é taxativo o rol de exclusões constante do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 - com as alterações da Lei 12.973/2014, cujo advento, conforme já decidiu esta Corte, "não promoveu modificação legislativa relevante para a espécie, na medida em que não alterou o conceito da base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS" (EI 0029413-91.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 17/11/2017)- e § 3º dos artigos 1º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003.

A alegação de que o cálculo do PIS/COFINS com exclusão do imposto destinado ao erário contradiz a incidência, reconhecida e válida, sobre outros custos, encargos ou despesas destinados a terceiros (como, por exemplo: empregados, companhia de energia elétrica, FGTS, fornecedores, empresas contratadas para prestação de serviços, entes estatais) não é verdadeira e nem aceitável, sem análise da natureza jurídica de cada parcela discutida na formação da base de cálculo de tais contribuições. Por ora, o que assentou, suficientemente, a Suprema Corte para o exame do caso foi a inexigibilidade de imposto integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, seja o ICMS, seja o próprio ISS, quanto a este em juízo derivado diretamente da mesma lógica de fundamentação constitucional, conforme já exposto.

A pretensão de invalidar a decisão do Supremo Tribunal Federal no RE 574.706 não pode ser admitida, seja porque a matéria restou decidida a tempo e modo, seja porque não cabe, por certo, valer-se da LC 70/1991 ou Lei 9.718/1998 para estabelecer o conceito constitucional de faturamento ou receita, pois, segundo o princípio da supremacia da Constituição, de que deriva a hierarquia das fontes normativas, a lei é interpretada segundo a Constituição, e não o contrário.

A tese do contribuinte é a de que a inclusão do imposto na base de cálculo de tais contribuições viola incidência constitucionalmente delimitada, exigindo, assim, decisão judicial no sentido de definir a base de cálculo compatível com o parâmetro constitucional. Não se trata, pois, de discutir isenção a ser interpretada na forma do artigo 111, CTN, ou qualquer outra questão de índole infraconstitucional. Exatamente por tal motivo é que se revela impertinente a invocação, com base no artigo 927, CPC, do paradigma no RESP 1.300.737, que resolveu a controvérsia sob o prisma legal, enquanto que a espécie discute a inconstitucionalidade da inclusão do ISS na base de cálculo do PIS/COFINS.

Quanto ao RE 212.209, tratou-se de precedente que reconheceu válida a inclusão do ICMS na própria base de cálculo do imposto estadual, o que, porém, não obsteu que a Suprema Corte, ao tratar do PIS/COFINS, deliberasse pela exclusão do ICMS. Logo, o paradigma para o caso concreto não é o RE 212.209 (ICMS na apuração do próprio ICMS), mas o RE 574.706, que definiu especificamente a base de cálculo constitucionalmente admitida para tais contribuições sociais.

Sobre a narrativa de que o ISS não é destacado nas notas fiscais, diferentemente do que ocorre com o ICMS, importa registrar que tal alegação não influencia na determinação da inconstitucionalidade da inclusão na base de cálculo do PIS/COFINS de valor correspondente a imposto. A Suprema Corte não se ateve nem adotou tal critério como base para a interpretação de que o imposto incidente na operação não se inclui na base de cálculo de tais contribuições sociais, sendo, pois, infundado pretender, com tal angulação, impor distinção ou restrição à aplicação da orientação consolidada no paradigma firmado e enunciado nos autos.

Em suma, portanto, o reconhecimento da inexigibilidade do ISS na formação da base de cálculo do PIS/COFINS atende à fundamentação jurídico-constitucional assentada no exame do RE 574.706, em regime de repercussão geral, sem embargo da observância, oportunamente, do que for deliberado, pelo Excelso Pretório, no âmbito do julgamento do RE 592.616.

Os honorários advocatícios, considerado o trabalho adicional em grau recursal e os critérios do artigo 85, §§ 2º a 6º e 11, CPC, especialmente grau de zelo do profissional, lugar da prestação do serviço, natureza e importância da causa e tempo exigido de atuação nesta fase do processo, devem ser fixados, pela atuação nesta instância, no equivalente à metade do percentual adotado para a verba honorária a ser arbitrada na fase de liquidação, observado, de qualquer modo, o limite percentual máximo permitido pela faixa de arbitramento respectiva.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ISS. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. INDÉBITO FISCAL. COMPENSAÇÃO. RESTITUIÇÃO ADMINISTRATIVA.

1. Ainda antes do mérito, cabe rejeitar o pedido de suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior, o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior.

2. No mérito, a questão da inclusão de **imposto** na base de cálculo do PIS/COFINS com vulneração da matriz constitucional que prevê a respectiva incidência sobre faturamento ou receita na dicção atualizado do artigo 195, I, b, da Constituição Federal, foi resolvida, pela Suprema Corte no RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, frente ao ICMS. A interpretação constitucional quanto à exclusão do ICMS da base de cálculo de tais contribuições é extensiva, por identidade de razão jurídico-constitucional, à pretensão formulada em face do ISS, ainda que pendente o julgamento do RE 592.616. Isso porque a centralidade da tese jurídica fixada pela Suprema Corte serve tanto para o imposto estadual como municipal. A resolução da questão encontra-se menos colocada na peculiaridade própria do tributo estadual do que na centralidade substancial de que a materialidade constitucionalmente definida sobre a qual pode incidir a cobrança de tais contribuições sociais não comporta a inserção de valores de impostos que não expressem o faturamento do contribuinte. É importante registrar, inclusive, que o ICMS alcança não apenas operações relativas à circulação de mercadorias, mas também prestações de serviço como os de transportes interestadual e intermunicipal, e de comunicação. Não teria sentido, portanto, incluir outros serviços, que são próprios do ISS, na base de cálculo de tais contribuições, quando já definida solução contrária ao Fisco no âmbito do ICMS. Existe, pois, simetria sistêmica que, considerada a centralidade da controvérsia resolvida no RE 574.706, não permite seja concebida, desde logo, interpretação ou solução distintas das definidas no relevante precedente. Certo que ao Excelso Pretório compete estabelecer a exegese definitiva também no tocante à inclusão do ISS na base de cálculo de tais contribuições, porém disto não resulta que caiba, desde logo, negar eficácia ao precedente firmado no exame do ICMS em favor de orientação contrária.

3. Importa registrar, inclusive, que o ICMS alcança não apenas operações relativas à circulação de mercadorias, mas também prestações de serviço como os de transportes interestadual e intermunicipal, e de comunicação. Não teria sentido, portanto, incluir outros serviços, que são próprios do ISS, na base de cálculo de tais contribuições, quando já definida solução contrária ao Fisco no âmbito do ICMS. Existe, pois, simetria sistêmica que, considerada a centralidade da controvérsia resolvida no RE 574.706, não permite seja concebida, desde logo, interpretação ou solução distintas das definidas no relevante precedente. Certo que ao Excelso Pretório compete estabelecer a exegese definitiva também no tocante à inclusão do ISS na base de cálculo de tais contribuições, porém disto não resulta que caiba, desde logo, negar eficácia ao precedente firmado no exame do ICMS em favor de orientação contrária.

4. A pretensão em causa não envolve a dedução de parcela legalmente prevista, daí porque impertinente o argumento de que é taxativo o rol de exclusões constante do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 - com as alterações da Lei 12.973/2014, cujo advento, conforme já decidiu esta Corte, "*não promoveu modificação legislativa relevante para a espécie, na medida em que não alterou o conceito da base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS*" (EI 0029413-91.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 17/11/2017) - e § 3º dos artigos 1º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003.

5. A alegação de que o cálculo do PIS/COFINS com exclusão do imposto destinado ao erário contradiz a incidência, reconhecidamente válida, sobre outros custos, encargos ou despesas destinados a terceiros (como, por exemplo: empregados, companhia de energia elétrica, FGTS, fornecedores, empresas contratadas para prestação de serviços, entes estatais) não é verdadeira e nem aceitável, sem análise da natureza jurídica de cada parcela discutida na formação da base de cálculo de tais contribuições. Por ora, o que assentou, suficientemente, a Suprema Corte para o exame do caso foi a inexigibilidade de imposto integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, seja o ICMS, seja o próprio ISS, quanto a este em juízo derivado diretamente da mesma lógica de fundamentação constitucional, conforme já exposto.

6. A pretensão de invalidar a decisão do Supremo Tribunal Federal no RE 574.706 não pode ser admitida, seja porque a matéria restou decidida a tempo e modo, seja porque não cabe, por certo, valer-se da LC 70/1991 e Lei 9.718/1998 para estabelecer o conceito constitucional de faturamento ou receita, pois, segundo o princípio da supremacia da Constituição, de que deriva a hierarquia das fontes normativas, a lei é interpretada segundo a Constituição, e não o contrário.

7. A tese do contribuinte é a de que a inclusão do imposto na base de cálculo de tais contribuições viola incidência constitucionalmente delimitada, exigindo, assim, decisão judicial no sentido de definir a base de cálculo compatível com o parâmetro constitucional. Não se trata, pois, de discutir isenção a ser interpretada na forma do artigo 111, CTN, ou qualquer outra questão de índole infraconstitucional. Exatamente por tal motivo é que se revela impertinente a invocação, com base no artigo 927, CPC, do paradigma no RESP 1.300.737, que resolveu a controvérsia sob o prisma legal, enquanto que a espécie discute a inconstitucionalidade da inclusão do ISS na base de cálculo do PIS/COFINS.

8. Quanto ao RE 212.209, tratou-se de precedente que reconheceu válida a inclusão do ICMS na própria base de cálculo do imposto estadual, o que, porém, não obstou que a Suprema Corte, ao tratar do PIS/COFINS, deliberasse pela exclusão do ICMS. Logo, o paradigma para o caso concreto não é o RE 212.209 (ICMS na apuração do próprio ICMS), mas o RE 574.706, que definiu especificamente a base de cálculo constitucionalmente admitida para tais contribuições sociais.

9. Sobre a narrativa de que o ISS não é destacado nas notas fiscais, diferentemente do que ocorre com o ICMS, registra-se que tal alegação não influencia na determinação da inconstitucionalidade da inclusão na base de cálculo do PIS/COFINS de valor correspondente a imposto. A Suprema Corte não se ateu nem adotou tal critério como base para a interpretação de que o imposto incidente na operação não se inclui na base de cálculo de tais contribuições sociais, sendo, pois, infundado pretender, com tal angulação, impor distinção ou restrição à aplicação da orientação consolidada no paradigma firmado e enunciado nos autos.

10. Fixada verba honorária pelo trabalho adicional em grau recursal, em observância ao comando e critérios do artigo 85, §§ 2º a 6º e 11, do Código de Processo Civil.

11. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002447-95.2017.4.03.6130

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: BELLUNO COMERCIO E DISTRIBUICAO LTDA

Advogado do(a) APELADO: CARLOS EDUARDO DE TOLEDO BLAKE - SP304091-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5002447-95.2017.4.03.6130

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: BELLUNO COMERCIO E DISTRIBUICAO LTDA

Advogado do(a) APELADO: CARLOS EDUARDO DE TOLEDO BLAKE - SP304091-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial e apelação interposta pela UNIÃO FEDERAL contra sentença em que concedida a segurança nos seguintes termos:

Como consequência, reconhecido o recolhimento indevido de tributo, cabe a repetição do indébito ou a compensação do montante pago, nos termos do artigo 74 da Lei 9.430/96 e nos termos e condições estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

A compensação somente poderá ser realizada após o trânsito em julgado, por força do art. 170-A, do Código Tributário Nacional, na redação da Lei Complementar 104/2001, conforme pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, estabelecida no regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.

Deve ser observado o prazo prescricional para o exercício da pretensão de repetição do indébito de cinco anos, de acordo com a LC 118/2005, contado da data da impetração deste mandado de segurança.

Sobre os valores a ser restituídos incide exclusivamente os juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC, a partir da data do recolhimento indevido, por força do artigo 39, §4º, da Lei 9.250/95.

Diante do exposto, resolvo o mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, CONCEDENDO A SEGURANÇA pretendida para o fim de:

a) reconhecer o direito da impetrante de excluir o valor do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, devendo, no entanto, caso tenha optado pelo regime não-cumulativo de apuração do PIS e da COFINS, excluir tanto da base de cálculo dos débitos quanto da dos créditos o montante de ICMS cobrado sobre as operações, de maneira a neutralizar a incidência do tributo estadual;

b) declarar a existência do direito à compensação, nos termos acima definidos.

A apelante requer, preliminarmente, a suspensão do feito até o julgamento dos embargos de declaração opostos pela União Federal no RE nº 574.706/PR. No mérito, defende a legalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições em questão. Sustenta que o ICMS integra o valor ou preço da operação de venda, de forma a compor também o faturamento ou receita bruta das empresas, base de cálculo do PIS e da COFINS. A comungar deste entendimento, cita os enunciados das súmulas 68 e 94 do STJ. Afirma que a Lei nº 12.973/2014 prevê nova definição de receita bruta do PIS e COFINS, sendo posterior à interposição do RE nº 574.706 e, portanto, não foi analisada pelo C. Supremo Tribunal Federal. Quanto à compensação, alega que inexistente direito subjetivo sem a intermediação estatal, sendo o encontro de contas disciplinado pela lei vigente na data do ajuste, sendo defeso a alteração da norma jurídica instituidora da glosa em violação ao direito subjetivo. Ressalta que a jurisprudência consolidada do E. Superior Tribunal de Justiça entende pela aplicação da lei vigente ao encontro de contas e pela observância peremptória dos limites do ordenamento jurídico para que o contribuinte possa gozar da faculdade de extinguir o crédito tributário pela compensação. Requer a reforma da sentença, julgando-se totalmente improcedente a pretensão da impetrante (ID 61681915).

A ilustre representante do Ministério Público Federal - MPF opinou pelo não provimento do recurso (ID nº 70376864).

É o relatório.

VOTO

O C. Supremo Tribunal Federal, em 15.03.2017, no julgamento do RE 574.706, com repercussão geral, definiu que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, conforme acórdão publicado em 02/10/2017, *verbis*:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS.

4. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

5. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

Anote-se que as alterações posteriores perpetradas pela Lei nº 12.973/14 não têm o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido, pois, conforme entendimento sedimentado do C. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.

Considero, portanto, que as alegações do contribuinte coadunam como atual posicionamento da Corte Suprema.

No tocante à possibilidade de modulação dos efeitos do RE 574.706, não há como suspender o feito nesta fase processual.

A regra geral relativa aos recursos extraordinários julgados com repercussão geral é de vinculação dos demais casos ao julgado e a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Destaca-se que no âmbito do próprio STF vem sendo dada eficácia ao desfecho do RE nº 574.706/PR independentemente do trânsito em julgado dessa decisão. Confirmam-se as seguintes decisões monocráticas:

Decisão: ... Cumpra observar, finalmente, no que se refere à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, após reconhecer a existência de repercussão geral da questão constitucional igualmente versada na presente causa, julgou o RE 574.706/PR, Rel. Min. CARMEN LÚCIA, nele fixando tese assim consubstanciada: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS." O exame da presente causa evidencia que o acórdão ora impugnado diverge, no ponto, da diretriz jurisprudencial que esta Suprema Corte firmou na análise da matéria em referência. Sendo assim, e tendo em consideração as razões expostas, dou parcial provimento ao recurso extraordinário, por estar o acórdão recorrido em confronto com entendimento emanado do Plenário desta Suprema Corte (RE 574.706/PR, Rel. Min. CARMEN LÚCIA), para determinar, em consequência, seja observada, pelo Tribunal "a quo", a orientação jurisprudencial em referência. Publique-se. Brasília, 21 de junho de 2017. Ministro CELSO DE MELLO Relator (RE 939742, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 21/06/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-141 DIVULG 27/06/2017 PUBLIC 28/06/2017)

Decisão: ... Quanto a possibilidade de inclusão do referido crédito presumido na base de cálculo do PIS e da COFINS, nos termos do art. 328, RISTF, determino o retorno dos autos ao Tribunal de origem para aplicação da sistemática da repercussão geral. Brasília, 26 de maio de 2017. Ministro Dias Toffoli Relator Documento assinado digitalmente(RE 1028359, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 26/05/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-114 DIVULG 30/05/2017 PUBLIC 31/05/2017)

Decisão: O Plenário desta Corte no RE 574.706, julgado sob a sistemática da repercussão geral (Tema 69), firmou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS". O acórdão do RE 574.706-RG ainda se encontra pendente de formalização e publicação, razão pela qual devem os autos retornar à origem para aplicação da tese firmada em sede de repercussão geral. Diante do exposto, com base no art. 328, parágrafo único, do RI/STF, determino o retorno dos autos à origem, a fim de que seja observada a sistemática da repercussão geral. Publique-se. Brasília, 23 de junho de 2017. Ministro Luís Roberto Barroso Relator(ARE 1054230, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 23/06/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-142 DIVULG 28/06/2017 PUBLIC 29/06/2017)

Em decorrência do indébito tributário, surge a possibilidade de realizar-se a compensação, observando-se a prescrição quinquenal, uma vez que a presente ação foi ajuizada em outubro de 2017.

O E. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Recursos Especiais nºs 1.365.095/SP e 1.715.256/SP, submetidos à sistemática dos recursos repetitivos, firmou o entendimento de que é desnecessária a exigência de provas do efetivo recolhimento do tributo e do seu montante exato, de modo que tal apreciação fica postergada para a esfera administrativa.

Na hipótese, como relatado, o contribuinte impetrou o mandado de segurança, objetivando a declaração de inexigibilidade da inclusão dos valores atinentes ao ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS, bem como o reconhecimento do direito de compensar os valores indevidamente recolhidos a tais títulos. A pretensão é meramente declaratória, não tendo a apelada postulado a efetiva investigação da liquidez e certeza dos valores indevidamente pagos.

O instituto da compensação tributária encontra-se previsto no artigo 170 do Código Tributário Nacional, segundo o qual é necessária a edição de lei para fixar os requisitos a serem cumpridos para que o contribuinte possa se valer de referido instituto.

Foi editada, então, a Lei nº 8.383/91, que permitia a compensação de tributos indevidamente recolhidos com parcelas vincendas de tributos da mesma espécie (art. 66) e, posteriormente, a Lei nº 9.250, de 26/12/1995, veio estabelecer a exigência de mesma destinação constitucional.

Como advento da Lei nº 9.430/96, foi possibilitado ao contribuinte que, por meio de requerimento administrativo, fosse-lhe autorizado, pela Secretaria da Receita Federal, compensar seus créditos com quaisquer tributos e contribuições sob sua administração.

Somente com a edição da Lei nº 10.637/02, que deu nova redação ao art. 74 da Lei nº 9.430/96, permitiu-se a compensação de créditos tributários com débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Receita Federal do Brasil, independentemente do requerimento do contribuinte, ressalvadas as contribuições previdenciárias e as contribuições recolhidas para outras entidades ou fundos, conforme disposto no art. 65 da Instrução Normativa nº 1717/2017, da Receita Federal do Brasil.

De acordo com o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça, a compensação de tributos é regida pela lei vigente à época do ajuizamento da ação (EREsp nº 488.922/MG, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki; EREsp nº 1.018.533/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 10/12/08, DJE 09/02/09).

Assim, a compensação deverá ser efetuada com tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, nos termos do artigo 74 da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da demanda, observando-se a regra do artigo 170-A do CTN. Não obstante, nada impede que a apelada opte por realizar a compensação pela via administrativa, de acordo com a lei vigente à data do encontro de contas, desde que preenchidos os requisitos próprios, conforme jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C do CPC/1973 - REsp nº 1.137.738/SP (Tema nº 265).

Quanto ao ponto, há contrariedade nas alegações da apelante. Embora afirme que a legislação aplicável seja aquela vigente na data do encontro de contas, citando inclusive jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, pugna seja afastada a aplicação da Lei nº 13.670/2018, que incluiu o artigo 26-A na Lei nº 11.457/2007, reconhecendo a possibilidade de compensação de contribuições previdenciárias e de contribuições destinadas a terceiras entidades com os demais tributos administrados pela Receita Federal do Brasil, nos moldes do artigo 74 da Lei nº 9.430/1996.

Conforme acima exposto, nos termos do REsp nº 1.137.738/SP, a causa não pode ser julgada à luz do direito superveniente, ressalvado o direito do contribuinte em proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, inclusive a Lei nº 13.670/2018, desde que atendidos os requisitos próprios.

Ao traçar os parâmetros aplicáveis à compensação, a sentença recorrida, em nenhum momento, afastou-se da orientação ora firmada, tendo expressamente assentado que a compensação se dará "nos termos do artigo 74 da Lei 9.430/96 e nos termos e condições estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal".

Registre-se, por fim, que sobre o indébito tributário incidirá correção monetária e juros apenas pela taxa SELIC, tendo em vista que esta já engloba juros e correção e, portanto, não pode ser cumulada com qualquer outro índice.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO À APELAÇÃO E À REMESSA OFICIAL.**

É o voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. APELAÇÃO. REMESSA OFICIAL. ICMS. BASE DE CÁLCULO. PIS. COFINS. INCONSTITUCIONALIDADE. TESE FIRMADA PELO STF EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). APLICAÇÃO NA HIPÓTESE, CONFORME PRECEDENTE DESTA C. CORTE. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO NÃO PROVIDAS.

1. O C. Supremo Tribunal Federal, em 15.03.2017, no julgamento do RE nº 574.706, com repercussão geral, definiu que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, conforme acórdão publicado em 02/10/2017.

2. No tocante à possibilidade de modulação dos efeitos do RE nº 574.706, não há como suspender o feito nesta fase processual, considerando que os embargos de declaração opostos não são dotados de efeito suspensivo. A regra geral relativa aos recursos extraordinários julgados com repercussão geral é de vinculação dos demais casos ao julgado e a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas. A intenção da União Federal é sobrestar o feito diante de uma mera expectativa de modulação do julgado, o que não merece guarida, uma vez que ausente previsão legal para tanto.

3. Em decorrência do indébito tributário, surge a possibilidade de realizar-se a compensação, observando-se a prescrição quinquenal, uma vez que a presente ação foi ajuizada em outubro de 2017.

4. A compensação deverá ser efetuada com tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, à exceção das contribuições previdenciárias, nos termos do artigo 74 da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da demanda. Nada impede, todavia, que a apelada opte por realizar a compensação pela via administrativa, de acordo com a lei vigente à data do encontro de contas, desde que preenchidos os requisitos próprios, conforme jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C do CPC/1973 - REsp nº 1.137.738/SP (Tema nº 265).

5. Apelação da União Federal e remessa oficial não providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO À APELAÇÃO E À REMESSA OFICIAL., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5015846-87.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: SUPERMERCADO KRILL DE SANTOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: THIAGO CARLONE FIGUEIREDO - SP233229-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5015846-87.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: SUPERMERCADO KRILL DE SANTOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: THIAGO CARLONE FIGUEIREDO - SP233229-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação e remessa oficial, tida por submetida, em face de sentença que julgou procedente o pedido para excluir o ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS e garantir a compensação ou restituição do indébito fiscal, nos termos do artigo 74 da Lei 9.430/1996, após o trânsito em julgado, observada a prescrição quinquenal e atualização pela taxa SELIC, com “*confronto de contas*” na esfera administrativa, fixada verba honorária nos percentuais mínimos dos incisos do § 3º, c.c. § 5º, do artigo 85 do Código de Processo Civil.

Apelou a PFN, alegando: (1) necessidade de sobrestamento do feito até o julgamento definitivo do RE 574.706 pela Suprema Corte; (2) validade do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS, “*especialmente após a edição da Lei 12.973/2014*”; (3) cabível a remessa oficial, pois ainda não definidos os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, “*não se podendo dizer existente um acórdão sobre a questão debatida nestes autos*”; (4) observância às normas do artigo 170 e 170-A do CTN e 74 da Lei 9.430/1996, com redação dada pela Lei 10.637/2002, por ser o regime jurídico vigente ao tempo do ajuizamento da ação, bem como o procedimento da IN RFB 1.717/2017, sendo a compensação de contribuições previdenciárias disciplinada em norma especial (artigo 89 da Lei 8.212/1991); (5) que eventual direito à repetição de valores, estes deverão ser apurados em liquidação de sentença; e (6) seja afastada a incidência de juros moratórios.

Houve contrarrazões.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5015846-87.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: SUPERMERCADO KRILL DE SANTOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: THIAGO CARLONE FIGUEIREDO - SP233229-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, inicialmente não se conhece da apelação na parte em que impugnados os critérios de compensação e de atualização do indébito fiscal, por ausência de interesse recursal, já que tais questões foram decididas nos termos postulados pela apelante, sem acréscimo moratório específico.

Ainda antes do mérito, cabe rejeitar o pedido de suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior, o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior.

No mérito, a questão da inclusão de **imposto** na base de cálculo do PIS/COFINS com vulneração da matriz constitucional que prevê a respectiva incidência sobre faturamento ou receita na dicção atualizado do artigo 195, I, *b*, da Constituição Federal, foi resolvida, pela Suprema Corte no RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS.

Eis o acórdão ementado:

RE 574.706, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe 29/09/2017: "RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

A definição da base de cálculo do PIS/COFINS é matéria constitucional, não cabendo invocar orientação no plano do direito federal para afastar o juízo de inconstitucionalidade, menos ainda quando já vencida (Súmulas 68 e 94/STJ) no âmbito da respectiva Corte Superior. Ademais, o pronunciamento da Suprema Corte, sobretudo em repercussão geral, tem função primordial na tarefa de garantir segurança jurídica, estabilidade, integridade e coerência na aplicação do direito à luz da Constituição, a ser buscada por todos os órgãos do Poder Judiciário (artigos 926 e 927, III, CPC).

Perceba-se que a pretensão em causa não envolve a dedução de parcela legalmente prevista, daí porque impertinente o argumento de que é taxativo o rol de exclusões constante do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 - com as alterações da Lei 12.973/2014, cujo advento, conforme já decidiu esta Corte, “*não promoveu modificação legislativa relevante para a espécie, na medida em que não alterou o conceito da base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS*” (EI 0029413-91.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 17/11/2017) - e § 3º dos artigos 1º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003.

A tese do contribuinte é a de que a inclusão do imposto na base de cálculo de tais contribuições viola incidência constitucionalmente delimitada, exigindo, assim, decisão judicial no sentido de definir a base de cálculo compatível com o parâmetro constitucional.

A alegação de que o cálculo do PIS/COFINS com exclusão do imposto destinado ao erário contradiz a incidência, reconhecidamente válida, sobre outros custos, encargos ou despesas destinados a terceiros (como, por exemplo: empregados, companhia de energia elétrica, FGTS, fornecedores, empresas contratadas para prestação de serviços, entes estatais) não é verdadeira nem aceitável, sem análise da natureza jurídica de cada parcela discutida na formação da base de cálculo de tais contribuições. Por ora, o que assentou, suficientemente, a Suprema Corte para o exame do caso foi a inexigibilidade de imposto integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, seja o ICMS, seja o próprio ISS, quanto a este em juízo derivado diretamente da mesma lógica de fundamentação constitucional, conforme já exposto.

O aspecto relevante da controvérsia diz respeito ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS diante da divergência estabelecida entre as vertentes que primam, de um lado, pelo valor do imposto destacado nas notas fiscais e, de outro, pelo valor do imposto a ser efetivamente pago pelo contribuinte, dentro do regime de não cumulatividade. É importante frisar, de toda sorte, que tal ponto, ainda que não tenha ou tivesse sido discutido na inicial nem decidido na sentença ou veiculado na apelação, não impediria o pronunciamento da Corte - assim como do próprio Juízo após embargos de declaração -, por se tratar, justamente, de controvérsia ínsita ao próprio mérito, qual seja, a definição do que constitui o indébito fiscal e, neste sentido, matéria que deve ser resolvida na fase cognitiva e não em liquidação de sentença, inexistindo, portanto, mesmo quando nada tenha ou tivesse sido alegado ou decidido, vício de julgamento *extra* ou *ultra petita*, ou contrariedade ao princípio da congruência ou da adstrição.

Tanto é assim que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido em razão do regime de não cumulatividade do imposto.

Neste sentido o seguinte excerto do julgado no RE 574.706:

“O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS”.

Também este o entendimento adotado no âmbito das Turmas desta Seção:

ApelRemNec 5000633-81.2017.4.03.6119, Rel. Des. Fed. ANTONIO CEDENHO, Intimação via sistema 18/04/2020: “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REQUISITOS DO ARTIGO 1.022 CPC/2015. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE Nº 574.706/PR. VINCULAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OBSCURIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1.022 do Código de Processo Civil vigente, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado. O caráter infringente dos embargos somente é admitido a título excepcional, quando a eliminação da contradição ou da omissão decorrer, logicamente, a modificação do julgamento embargado. 2. A e. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no julgamento do RE nº 574.706/PR, consignou que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. Como o presente julgamento se vincula ao que foi decidido sobre o tema pelo C. STF, deve-se assentar que, relativamente à questão do valor a ser efetivamente excluído a título de ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, a tese que foi acolhida pelo STF é a exposta no v. aresto embargado. 3. O escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022 do Código de Processo Civil. 4. O artigo 1.025 do novo Código de Processo Civil bem esclarece que os elementos suscitados pelo embargante serão considerados incluídos no acórdão “para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.” 5. Embargos de declaração rejeitados.”

ApReeNec 5001772-28.2017.4.03.6100, Rel. Des. Fed. MARLI FERREIRA, Intimação via sistema 02/04/2020: “PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ARTIGO 1.022 DO CPC. OMISSÃO. EXISTÊNCIA. JULGADO INTEGRADO. 1. Prevê o artigo 1.022 do CPC que a oposição dos aclaratórios somente tem cabimento para esclarecimento de obscuridade ou eliminação de contradição, para suprimir omissão sobre ponto ou questão sobre o qual o julgado deveria se pronunciar, ou, ainda, para corrigir erro material existente no decisório. 2. Na espécie, o julgado restou omisso quanto à parcela do ICMS a ser destacada da base de cálculo do PIS e da COFINS. E, nesse tocante, cumpre esclarecer que o ICMS a ser excluído é o destacado nos documentos fiscais de saída, vez que é esse montante que integra a indigitada base de cálculo. 3. Assim sendo, tem a impetrante o direito de excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS o valor integral do ICMS destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias do seu estabelecimento, inclusive após o advento da Lei nº 12.973/2014. 4. Embargos de declaração acolhidos.”

ApelRemNec 5003932-95.2019.4.03.6119, Rel. Des. Fed. JOHONSOM DI SALVO, e - DJF3 15/04/2020: “AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DECLAROU INCONSTITUCIONAL A INCLUSÃO DO ICMS (FATURADO) NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS, FAZENDO-O POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO RE Nº 574.706. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a inclusão do ICMS (faturado) na base de cálculo do PIS e da COFINS, fazendo-o por ocasião do julgamento do RE nº 574.706. A corte, por maioria e nos termos do voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia, apreciando o tema nº 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins”. Esse entendimento é aplicável de pronto, não havendo que se falar em espera de embargos de declaração (sem efeito suspensivo) ou de modulação de efeitos da decisão plenária da Suprema Corte, já que esses dois eventos não estão consignados em lei como impeditivos da aplicação imediata do decísum. Esse é o entendimento que vem sendo seguido nesta Corte Regional (3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5021518-72.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 08/11/2019, Intimação via sistema DATA: 13/11/2019), e de modo unânime nesta 6ª Turma (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000706-20.2017.4.03.6130, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 03/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/12/2019). Deveras, a suspensão pretendida pelo Fisco esbarraria no art. 1.035, § 5º do NCPC. De outro lado, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal – ao acolher o voto da ministra Relatora – no sentido de que, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada como faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019). Essa é a postura que este Relator sempre defende desde o momento em que surdiu o julgamento do Tema nº 69 (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000596-53.2018.4.03.6108, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 02/12/2019, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019). Tratando-se de empresa comercial, resta claro que é contribuinte das três exações e que recolheu tributação a maior e poderá recuperá-la (quanto aos últimos cinco anos antes do ajuizamento da presente demanda) por meio de compensação, que deverá ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74 da Lei nº 9.430/1996 (redação dada pela Lei 10.637/02), observado ainda o artigo 26-A da Lei nº 11.457/2007.”

Logo, não importa ao exame do mérito a juntada de documentos fiscais ou mercantis para demonstração do ICMS a ser pago pelo contribuinte, bastando para o presente julgamento a prova, tão-somente, de que o contribuinte, sujeito ao PIS/COFINS, recolheu valores com inclusão do ICMS nas bases de cálculo, ficando relegada à fase própria a apuração do *quantum debeatur* a partir de valores destacados em notas fiscais e incluídos na tributação federal.

Reconhecido o indébito fiscal, na forma acima especificada, os critérios para exercício do direito à compensação, na via administrativa mediante procedimento específico, inclusive com a própria comprovação e liquidação de valores indevidos a serem compensados, são os definidos nos artigos 168 (prescrição quinquenal) e 170-A (trânsito em julgado), ambos do Código Tributário Nacional; artigo 74 da Lei 9.430/1996 e demais textos legais de regência, incluindo o artigo 26-A da Lei 11.457/2007 na redação da Lei 13.670/2018, observado o regime legal vigente ao tempo da propositura da ação, pois este o critério determinante na jurisprudência consolidada, ainda que posteriormente possa ter sido alterada a legislação; e artigo 39, § 4º da Lei 9.250/1995 (incidência exclusiva da Taxa SELIC) desde cada recolhimento indevido.

A respeito da restituição administrativa, que tem sido deferida com base na Súmula 461 do Superior Tribunal de Justiça, é importante observar que o enunciado respectivo, ao fazer referência expressa a "precatório", registra o entendimento de que não é possível que o ressarcimento de indébito fiscal, em espécie, reconhecido judicialmente, possa gerar condenação a pagamento fora do regime constitucional do precatório (artigo 100, CF). De fato, o regime de precatório busca preservar a ordem cronológica das requisições e, sobretudo, as preferências alimentares, o que não se verifica possível ou garantido na via administrativa, até porque, nela, não concorrem, de forma conjunta e simultânea, as variadas cobranças em dinheiro contra a Fazenda Pública, ao contrário do que ocorre com requisições judiciais de precatórios que, inclusive, são todas globalmente organizadas e inseridas cronologicamente na previsão orçamentária anual para execução no exercício financeiro posterior. Permitir que o contribuinte utilize a via administrativa para receber pagamento de indébito fiscal em detrimento do sistema de precatório já foi reconhecido, inclusive, como inconstitucional pela Suprema Corte que, por semelhança, aplicou a solução expressa no Tema 831 da sistemática de repercussão geral (RE 1.069.065, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe 19/12/2019).

Afastada a possibilidade de restituição administrativa, na hipótese de optar pela repetição, nos termos da Súmula 461/STJ, a partir do trânsito em julgado e com observância da prescrição quinquenal, os valores recolhidos a maior, conforme apurado em liquidação, serão acrescidos, desde cada pagamento, da taxa SELIC, exclusivamente.

Ante o exposto, conheço em parte da apelação e, nesta extensão, dou-lhe parcial provimento, e dou parcial provimento à remessa oficial, tida por submetida, para reformar a sentença, nos termos supracitados.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. INDÉBITO FISCAL. COMPENSAÇÃO. RESTITUIÇÃO ADMINISTRATIVA.

1. Não se conhece da apelação na parte em que impugnados os critérios de compensação e de atualização do indébito fiscal, por ausência de interesse recursal, já que tais questões foram decididas nos termos postulados pela apelante, sem acréscimo moratório específico.

2. Ainda antes do mérito, cabe rejeitar o pedido de suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior, o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior.

3. No mérito, a questão da inclusão de **imposto** na base de cálculo do PIS/COFINS com vulneração da matriz constitucional que prevê a respectiva incidência sobre faturamento ou receita na dicção atualizado do artigo 195, I, b, da Constituição Federal, foi resolvida, pela Suprema Corte no RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS. A definição da base de cálculo do PIS/COFINS é matéria constitucional, não cabendo invocar orientação no plano do direito federal para afastar o juízo de inconstitucionalidade, menos ainda quando já vencida (Súmulas 68 e 94/STJ) no âmbito da respectiva Corte Superior. Ademais, o pronunciamento da Suprema Corte, sobretudo em repercussão geral, tem função primordial na tarefa de garantir segurança jurídica, estabilidade, integridade e coerência na aplicação do direito à luz da Constituição, a ser buscada por todos os órgãos do Poder Judiciário (artigos 926 e 927, III, CPC).

4. A pretensão em causa não envolve a dedução de parcela legalmente prevista, daí porque impertinente o argumento de que é taxativo o rol de exclusões constante do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 - com as alterações da Lei 12.973/2014, cujo advento, conforme já decidiu esta Corte, “*não promoveu modificação legislativa relevante para a espécie, na medida em que não alterou o conceito da base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS*” (EI 0029413-91.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 17/11/2017) - e § 3º dos artigos 1º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003. A tese do contribuinte é a de que a inclusão do imposto na base de cálculo de tais contribuições viola incidência constitucionalmente delimitada, exigindo, assim, decisão judicial no sentido de definir a base de cálculo compatível com o parâmetro constitucional.

5. A alegação de que o cálculo do PIS/COFINS com exclusão do imposto destinado ao erário contradiz a incidência, reconhecidamente válida, sobre outros custos, encargos ou despesas destinados a terceiros (como, por exemplo: empregados, companhia de energia elétrica, FGTS, fornecedores, empresas contratadas para prestação de serviços, entes estatais) não é verdadeira nem aceitável, sem análise da natureza jurídica de cada parcela discutida na formação da base de cálculo de tais contribuições. Por ora, o que assentou, suficientemente, a Suprema Corte para o exame do caso foi a inexigibilidade de imposto integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, seja o ICMS, seja o próprio ISS, quanto a este em juízo derivado diretamente da mesma lógica de fundamentação constitucional, conforme já exposto.

6. O aspecto relevante da controvérsia diz respeito ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS diante da divergência estabelecida entre as vertentes que primam, de um lado, pelo valor do imposto destacado nas notas fiscais e, de outro, pelo valor do imposto a ser efetivamente pago pelo contribuinte, dentro do regime de não cumulatividade. É importante frisar, de toda sorte, que tal ponto, ainda que não tenha ou tivesse sido discutido na inicial nem decidido na sentença ou veiculado na apelação, não impediria o pronunciamento da Corte - assim como do próprio Juízo após embargos de declaração -, por se tratar, justamente, de controvérsia ínsita ao próprio mérito, qual seja, a definição do que constitui o indébito fiscal e, neste sentido, matéria que deve ser resolvida na fase cognitiva e não em liquidação de sentença, inexistindo, portanto, mesmo quando nada tenha ou tivesse sido alegado ou decidido, vício de julgamento *extra* ou *ultra petita*, ou contrariedade ao princípio da congruência ou da adstrição. Tanto é assim que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido em razão do regime de não cumulatividade do imposto. Logo, não importa ao exame do mérito a juntada de documentos fiscais ou mercantis para demonstração do ICMS a ser pago pelo contribuinte, bastando para o presente julgamento a prova, tão-somente, de que o contribuinte, sujeito ao PIS/COFINS, recolheu valores com inclusão do ICMS nas bases de cálculo, ficando relegada à fase própria a apuração do *quantum debeatur* a partir de valores destacados em notas fiscais e incluídos na tributação federal.

7. Reconhecido o indébito fiscal, na forma acima especificada, os critérios para exercício do direito à compensação, na via administrativa mediante procedimento específico, inclusive com a própria comprovação e liquidação de valores indevidos a serem compensados, são os definidos nos artigos 168 (prescrição quinquenal) e 170-A (trânsito em julgado), ambos do Código Tributário Nacional; artigo 74 da Lei 9.430/1996 e demais textos legais de regência, incluindo o artigo 26-A da Lei 11.457/2007 na redação da Lei 13.670/2018, observado o regime legal vigente ao tempo da propositura da ação, pois este o critério determinante na jurisprudência consolidada, ainda que posteriormente possa ter sido alterada a legislação; e artigo 39, § 4º da Lei 9.250/1995 (incidência exclusiva da Taxa SELIC) desde cada recolhimento indevido.

8. A respeito da restituição administrativa, que tem sido deferida com base na Súmula 461 do Superior Tribunal de Justiça, é importante observar que o enunciado respectivo, ao fazer referência expressa a "precatório", registra o entendimento de que não é possível que o ressarcimento de indébito fiscal, em espécie, reconhecido judicialmente, possa gerar condenação a pagamento fora do regime constitucional do precatório (artigo 100, CF). De fato, o regime de precatório busca preservar a ordem cronológica das requisições e, sobretudo, as preferências alimentares, o que não se verifica possível ou garantido na via administrativa, até porque, nela, não concorrem, de forma conjunta e simultânea, as variadas cobranças em dinheiro contra a Fazenda Pública, ao contrário do que ocorre com requisições judiciais de precatórios que, inclusive, são todas globalmente organizadas e inseridas cronologicamente na previsão orçamentária anual para execução no exercício financeiro posterior. Permitir que o contribuinte utilize a via administrativa para receber pagamento de indébito fiscal em detrimento do sistema de precatório já foi reconhecido, inclusive, como inconstitucional pela Suprema Corte que, por semelhança, aplicou a solução expressa no Tema 831 da sistemática de repercussão geral (RE 1.069.065, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe 19/12/2019).

9. Afastada a possibilidade de restituição administrativa, na hipótese de optar pela repetição, nos termos da Súmula 461/STJ, a partir do trânsito em julgado e com observância da prescrição quinquenal, os valores recolhidos a maior, conforme apurado em liquidação, serão acrescidos, desde cada pagamento, da taxa SELIC, exclusivamente.

10. Apelação conhecida em parte e, nesta extensão, parcialmente provida, e remessa oficial, tida por submetida, parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, conheceu em parte da apelação e, nesta extensão, deu-lhe parcial provimento, e deu parcial provimento à remessa oficial, tida por submetida, para reformar a sentença, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5003945-19.2019.4.03.6144

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: CAREX INDUSTRIA DE COSMETICOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: ADRIANA MARIA BARREIRO TELLES - SP111348-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003945-19.2019.4.03.6144
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: CAREX INDUSTRIA DE COSMETICOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: ADRIANA MARIA BARREIRO TELLES - SP111348-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação e remessa oficial, tida por submetida, em face de sentença que concedeu a segurança para excluir o ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS e garantir a compensação ou restituição, “*em sede administrativa ou pela via judicial autônoma*”, após o trânsito em julgado, observada a prescrição quinquenal, aplicação exclusiva da SELIC e parâmetros da IN/RFB 1.717/2017.

Apelou a PFN, alegando: (1) necessidade de sobrestamento do feito, pois a aplicação imediata do precedente no RE 574.706, na pendência de trânsito em julgado, contraria decisões monocráticas daquela Corte que suspenderam feitos até o exame definitivo do mérito; (2) validade do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS; (3) que “*não se pode permitir que um cidadão que aguarda cronologicamente a realização de seu crédito seja preterido por cidadão que pretenda administrativamente receber valores que reputa devidos*”, favorecendo, assim, que doravante sejam “*ajuizadas preferencialmente ações que tenham como resultado a repetição administrativa, como fórmula de burla ao modelo de precatório*” (artigo 100 da CF); e (4) que a jurisprudência não admite manejo de mandado de segurança como ação de cobrança, nem para produzir efeitos patrimoniais pretéritos.

Houve contrarrazões.

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003945-19.2019.4.03.6144
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: CAREX INDUSTRIA DE COSMETICOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: ADRIANA MARIA BARREIRO TELLES - SP111348-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, preliminarmente cabe destacar que não é cabível a suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior, o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior.

No mérito, a questão da inclusão de **imposto** na base de cálculo do PIS/COFINS com vulneração da matriz constitucional que prevê a respectiva incidência sobre faturamento ou receita na dicção atualizado do artigo 195, I, b, da Constituição Federal, foi resolvida, pela Suprema Corte no RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS.

Eis o acórdão ementado:

RE 574.706, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe 29/09/2017: "RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

A definição da base de cálculo do PIS/COFINS é matéria constitucional, não cabendo invocar orientação no plano do direito federal para afastar o juízo de inconstitucionalidade, menos ainda quando já vencida (Súmulas 68 e 94/STJ) no âmbito da respectiva Corte Superior. Ademais, o pronunciamento da Suprema Corte, sobretudo em repercussão geral, tem função primordial na tarefa de garantir segurança jurídica, estabilidade, integridade e coerência na aplicação do direito à luz da Constituição, a ser buscada por todos os órgãos do Poder Judiciário (artigos 926 e 927, III, CPC).

Perceba-se que a pretensão em causa não envolve a dedução de parcela legalmente prevista, daí porque impertinente o argumento de que é taxativo o rol de exclusões constante do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 - com as alterações da Lei 12.973/2014, cujo advento, conforme já decidiu esta Corte, "não promoveu modificação legislativa relevante para a espécie, na medida em que não alterou o conceito da base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS" (EI 0029413-91.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 17/11/2017) - e § 3º dos artigos 1º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003.

A tese do contribuinte é a de que a inclusão do imposto na base de cálculo de tais contribuições viola incidência constitucionalmente delimitada, exigindo, assim, decisão judicial no sentido de definir a base de cálculo compatível com o parâmetro constitucional.

A alegação de que o cálculo do PIS/COFINS com exclusão do imposto destinado ao erário contradiz a incidência, reconhecidamente válida, sobre outros custos, encargos ou despesas destinados a terceiros (como, por exemplo: empregados, companhia de energia elétrica, FGTS, fornecedores, empresas contratadas para prestação de serviços, entes estatais) não é verdadeira nem aceitável, sem análise da natureza jurídica de cada parcela discutida na formação da base de cálculo de tais contribuições. Por ora, o que assentou, suficientemente, a Suprema Corte para o exame do caso foi a inexistência de imposto integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, seja o ICMS, seja o próprio ISS, quanto a este em juízo derivado diretamente da mesma lógica de fundamentação constitucional, conforme já exposto.

O aspecto relevante da controvérsia diz respeito ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS diante da divergência estabelecida entre as vertentes que primam, de um lado, pelo valor do imposto destacado nas notas fiscais e, de outro, pelo valor do imposto a ser efetivamente pago pelo contribuinte, dentro do regime de não cumulatividade. É importante frisar, de toda sorte, que tal ponto, ainda que não tenha ou tivesse sido discutido na inicial nem decidido na sentença ou veiculado na apelação, não impediria o pronunciamento da Corte - assim como do próprio Juízo após embargos de declaração -, por se tratar, justamente, de controvérsia ínsita ao próprio mérito, qual seja, a definição do que constitui o indébito fiscal e, neste sentido, matéria que deve ser resolvida na fase cognitiva e não em liquidação de sentença, inexistindo, portanto, mesmo quando nada tenha ou tivesse sido alegado ou decidido, vício de julgamento *extra* ou *ultra petita*, ou contrariedade ao princípio da congruência ou da adstrição.

Tanto é assim que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido em razão do regime de não cumulatividade do imposto.

Neste sentido o seguinte excerto do julgado no RE 574.706:

“O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS”.

Também este o entendimento adotado no âmbito das Turmas desta Seção:

ApelRemNec 5000633-81.2017.4.03.6119, Rel. Des. Fed. ANTONIO CEDENHO, Intimação via sistema 18/04/2020: “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REQUISITOS DO ARTIGO 1.022 CPC/2015. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE Nº 574.706/PR. VINCULAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OBSCURIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1.022 do Código de Processo Civil vigente, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado. O caráter infringente dos embargos somente é admitido a título excepcional, quando a eliminação da contradição ou da omissão decorrer, logicamente, a modificação do julgamento embargado. 2. A e. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no julgamento do RE nº 574.706/PR, consignou que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. Como o presente julgamento se vincula ao que foi decidido sobre o tema pelo C. STF, deve-se assentar que, relativamente à questão do valor a ser efetivamente excluído a título de ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, a tese que foi acolhida pelo STF é a exposta no v. aresto embargado. 3. O escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022 do Código de Processo Civil. 4. O artigo 1.025 do novo Código de Processo Civil bem esclarece que os elementos suscitados pelo embargante serão considerados incluídos no acórdão “para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.” 5. Embargos de declaração rejeitados.”

ApReeNec 5001772-28.2017.4.03.6100, Rel. Des. Fed. MARLI FERREIRA, Intimação via sistema 02/04/2020: “PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ARTIGO 1.022 DO CPC. OMISSÃO. EXISTÊNCIA. JULGADO INTEGRADO. 1. Prevê o artigo 1.022 do CPC que a oposição dos aclaratórios somente tem cabimento para esclarecimento de obscuridade ou eliminação de contradição, para suprimir omissão sobre ponto ou questão sobre o qual o julgado deveria se pronunciar; ou, ainda, para corrigir erro material existente no decisório. 2. Na espécie, o julgado restou omissivo quanto à parcela do ICMS a ser destacada da base de cálculo do PIS e da COFINS. E, nesse tocante, cumpre esclarecer que o ICMS a ser excluído é o destacado nos documentos fiscais de saída, vez que é esse montante que integra a indigitada base de cálculo. 3. Assim sendo, tem a impetrante o direito de excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS o valor integral do ICMS destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias do seu estabelecimento, inclusive após o advento da Lei nº 12.973/2014. 4. Embargos de declaração acolhidos.”

ApelRemNec 5003932-95.2019.4.03.6119, Rel. Des. Fed. JOHONSOM DI SALVO, e - DJF3 15/04/2020: "AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DECLAROU INCONSTITUCIONAL A INCLUSÃO DO ICMS (FATURADO) NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS, FAZENDO-O POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO RE Nº 574.706. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a inclusão do ICMS (faturado) na base de cálculo do PIS e da COFINS, fazendo-o por ocasião do julgamento do RE nº 574.706. A corte, por maioria e nos termos do voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia, apreciando o tema nº 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Esse entendimento é aplicável de pronto, não havendo que se falar em espera de embargos de declaração (sem efeito suspensivo) ou de modulação de efeitos da decisão plenária da Suprema Corte, já que esses dois eventos não estão consignados em lei como impeditivos da aplicação imediata do decísum. Esse é o entendimento que vem sendo seguido nesta Corte Regional (3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5021518-72.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 08/11/2019, Intimação via sistema DATA: 13/11/2019), e de modo unânime nesta 6ª Turma (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000706-20.2017.4.03.6130, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 03/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/12/2019). Deveras, a suspensão pretendida pelo Fisco esbarraria no art. 1.035, § 5º do NCPC. De outro lado, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal – ao acolher o voto da ministra Relatora – no sentido de que, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada como faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019). Essa é a postura que este Relator sempre defende desde o momento em que surdiu o julgamento do Tema nº 69 (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000596-53.2018.4.03.6108, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 02/12/2019, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019). Tratando-se de empresa comercial, resta claro que é contribuinte das três exações e que recolheu tributação a maior e poderá recuperá-la (quanto aos últimos cinco anos antes do ajuizamento da presente demanda) por meio de compensação, que deverá ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74 da Lei nº 9.430/1996 (redação dada pela Lei 10.637/02), observado ainda o artigo 26-A da Lei nº 11.457/2007."

Logo, não importa ao exame do mérito a juntada de documentos fiscais ou mercantis para demonstração do ICMS a ser pago pelo contribuinte, bastando para o presente julgamento a prova, tão-somente, de que o contribuinte, sujeito ao PIS/COFINS, recolheu valores com inclusão do ICMS nas bases de cálculo, ficando relegada à fase própria a apuração do *quantum debeat* a partir de valores destacados em notas fiscais e incluídos na tributação federal.

Reconhecido o indébito fiscal, na forma acima especificada, os critérios para exercício do direito à compensação, na via administrativa mediante procedimento específico, inclusive com a própria comprovação e liquidação de valores indevidos a serem compensados, são os definidos nos artigos 168 (prescrição quinquenal) e 170-A (trânsito em julgado), ambos do Código Tributário Nacional; artigo 74 da Lei 9.430/1996 e demais textos legais de regência, incluindo o artigo 26-A da Lei 11.457/2007 na redação da Lei 13.670/2018, observado o regime legal vigente ao tempo da propositura da ação, pois este o critério determinante na jurisprudência consolidada, ainda que posteriormente possa ter sido alterada a legislação; e artigo 39, § 4º da Lei 9.250/1995 (incidência exclusiva da Taxa SELIC) desde cada recolhimento indevido.

De fato, como a presente ação foi proposta **após a Lei 13.670, de 30/05/2018**, que revogou o parágrafo único do artigo 26 da Lei 11.457/2007 e inseriu o artigo 26-A, este, pois, é o regime legal vigente ao tempo do ajuizamento a ser aplicado ao caso dos autos, segundo o critério jurídico acima apontado, consolidado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

A respeito da restituição administrativa, que tem sido deferida com base na Súmula 461 do Superior Tribunal de Justiça, é importante observar que o enunciado respectivo, ao fazer referência expressa a "precatório", registra o entendimento de que não é possível que o ressarcimento de indébito fiscal, em espécie, reconhecido judicialmente, possa gerar condenação a pagamento fora do regime constitucional do precatório (artigo 100, CF). De fato, o regime de precatório busca preservar a ordem cronológica das requisições e, sobretudo, as preferências alimentares, o que não se verifica possível ou garantido na via administrativa, até porque, nela, não concorrem, de forma conjunta e simultânea, as variadas cobranças em dinheiro contra a Fazenda Pública, ao contrário do que ocorre com requisições judiciais de precatórios que, inclusive, são todas globalmente organizadas e inseridas cronologicamente na previsão orçamentária anual para execução no exercício financeiro posterior. Permitir que o contribuinte utilize a via administrativa para receber pagamento de indébito fiscal em detrimento do sistema de precatório já foi reconhecido, inclusive, como inconstitucional pela Suprema Corte que, por semelhança, aplicou a solução expressa no Tema 831 da sistemática de repercussão geral (RE 1.069.065, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe 19/12/2019).

Partindo de tais premissas, o ressarcimento do contribuinte em razão de indébito fiscal, quando judicial a condenação (título judicial condenatório), apenas cabe mediante compensação ou repetição, modalidade esta que, porém, não se compatibiliza com decisão proferida em sede de mandado de segurança (Súmulas 269 e 271/STF), vedada, assim, a restituição administrativa, salvo quando os procedimentos sejam originariamente administrativos.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação e à remessa oficial, tida por submetida.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. INDÉBITO FISCAL. COMPENSAÇÃO.

1. Antes de analisar o mérito, cabe destacar que não é cabível a suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior, o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior.

2. No mérito, a questão da inclusão de **imposto** na base de cálculo do PIS/COFINS com vulneração da matriz constitucional que prevê a respectiva incidência sobre faturamento ou receita na dicção atualizado do artigo 195, I, b, da Constituição Federal, foi resolvida, pela Suprema Corte no RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS. A definição da base de cálculo do PIS/COFINS é matéria constitucional, não cabendo invocar orientação no plano do direito federal para afastar o juízo de inconstitucionalidade, menos ainda quando já vencida (Súmulas 68 e 94/STJ) no âmbito da respectiva Corte Superior. Ademais, o pronunciamento da Suprema Corte, sobretudo em repercussão geral, tem função primordial na tarefa de garantir segurança jurídica, estabilidade, integridade e coerência na aplicação do direito à luz da Constituição, a ser buscada por todos os órgãos do Poder Judiciário (artigos 926 e 927, III, CPC).

3. A pretensão em causa não envolve a dedução de parcela legalmente prevista, daí porque impertinente o argumento de que é taxativo o rol de exclusões constante do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 - com as alterações da Lei 12.973/2014, cujo advento, conforme já decidiu esta Corte, "*não promoveu modificação legislativa relevante para a espécie, na medida em que não alterou o conceito da base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS*" (EI 0029413-91.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 17/11/2017) - e § 3º dos artigos 1º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003. A tese do contribuinte é a de que a inclusão do imposto na base de cálculo de tais contribuições viola incidência constitucionalmente delimitada, exigindo, assim, decisão judicial no sentido de definir a base de cálculo compatível com o parâmetro constitucional.

4. A alegação de que o cálculo do PIS/COFINS com exclusão do imposto destinado ao erário contradiz a incidência, reconhecidamente válida, sobre outros custos, encargos ou despesas destinados a terceiros (como, por exemplo: empregados, companhia de energia elétrica, FGTS, fornecedores, empresas contratadas para prestação de serviços, entes estatais) não é verdadeira nem aceitável, sem análise da natureza jurídica de cada parcela discutida na formação da base de cálculo de tais contribuições. Por ora, o que assentou, suficientemente, a Suprema Corte para o exame do caso foi a inexigibilidade de imposto integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, seja o ICMS, seja o próprio ISS, quanto a este em juízo derivado diretamente da mesma lógica de fundamentação constitucional, conforme já exposto.

5. O aspecto relevante da controvérsia diz respeito ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS diante da divergência estabelecida entre as vertentes que primam, de um lado, pelo valor do imposto destacado nas notas fiscais e, de outro, pelo valor do imposto a ser efetivamente pago pelo contribuinte, dentro do regime de não cumulatividade. É importante frisar, de toda sorte, que tal ponto, ainda que não tenha ou tivesse sido discutido na inicial nem decidido na sentença ou veiculado na apelação, não impediria o pronunciamento da Corte - assim como do próprio Juízo após embargos de declaração -, por se tratar, justamente, de controvérsia ínsita ao próprio mérito, qual seja, a definição do que constitui o indébito fiscal e, neste sentido, matéria que deve ser resolvida na fase cognitiva e não em liquidação de sentença, inexistindo, portanto, mesmo quando nada tenha ou tivesse sido alegado ou decidido, vício de julgamento *extra* ou *ultra petita*, ou contrariedade ao princípio da congruência ou da adstrição. Tanto é assim que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido em razão do regime de não cumulatividade do imposto. Logo, não importa ao exame do mérito a juntada de documentos fiscais ou mercantis para demonstração do ICMS a ser pago pelo contribuinte, bastando para o presente julgamento a prova, tão-somente, de que o contribuinte, sujeito ao PIS/COFINS, recolheu valores com inclusão do ICMS nas bases de cálculo, ficando relegada à fase própria a apuração do *quantum debeatur* a partir de valores destacados em notas fiscais e incluídos na tributação federal.

6. Reconhecido o indébito fiscal, na forma especificada, os critérios para exercício do direito à compensação, na via administrativa mediante procedimento específico, inclusive com a própria comprovação e liquidação de valores indevidos a serem compensados, são os definidos nos artigos 168 (prescrição quinquenal) e 170-A (trânsito em julgado), ambos do Código Tributário Nacional; artigo 74 da Lei 9.430/1996 e demais textos legais de regência, incluindo o artigo 26-A da Lei 11.457/2007 na redação da Lei 13.670/2018, observado o regime legal vigente ao tempo da propositura da ação, pois este o critério determinante na jurisprudência consolidada, ainda que posteriormente possa ter sido alterada a legislação; e artigo 39, § 4º da Lei 9.250/1995 (incidência exclusiva da Taxa SELIC) desde cada recolhimento indevido.

7. A respeito da restituição administrativa, que tem sido deferida com base na Súmula 461 do Superior Tribunal de Justiça, é importante observar que o enunciado respectivo, ao fazer referência expressa a "precatório", registra o entendimento de que não é possível que o ressarcimento de indébito fiscal, em espécie, reconhecido judicialmente, possa gerar condenação a pagamento fora do regime constitucional do precatório (artigo 100, CF). De fato, o regime de precatório busca preservar a ordem cronológica das requisições e, sobretudo, as preferências alimentares, o que não se verifica possível ou garantido na via administrativa, até porque, nela, não concorrem, de forma conjunta e simultânea, as variadas cobranças em dinheiro contra a Fazenda Pública, ao contrário do que ocorre com requisições judiciais de precatórios que, inclusive, são todas globalmente organizadas e inseridas cronologicamente na previsão orçamentária anual para execução no exercício financeiro posterior. Permitir que o contribuinte utilize a via administrativa para receber pagamento de indébito fiscal em detrimento do sistema de precatório já foi reconhecido, inclusive, como inconstitucional pela Suprema Corte que, por semelhança, aplicou a solução expressa no Tema 831 da sistemática de repercussão geral (RE 1.069.065, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe 19/12/2019). Partindo de tais premissas, o ressarcimento do contribuinte em razão de indébito fiscal, quando judicial a condenação (título judicial condenatório), apenas cabe mediante compensação ou repetição, modalidade esta que, porém, não se compatibiliza com decisão proferida em sede de mandado de segurança (Súmulas 269 e 271/STF), vedada, assim, a restituição administrativa, salvo quando os procedimentos sejam originariamente administrativos.

8. Apelação e remessa oficial, tida por submetida, parcialmente providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação e à remessa oficial, tida por submetida, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5022085-73.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: MEGALUP COMERCIO DE ROUPAS LTDA - ME
Advogado do(a) APELADO: ANDRE APARECIDO MONTEIRO - SP318507-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5022085-73.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: MEGALUP COMERCIO DE ROUPAS LTDA - ME
Advogado do(a) APELADO: ANDRE APARECIDO MONTEIRO - SP318507-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação e remessa oficial, em face de sentença que concedeu a segurança para excluir o ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS e garantir a compensação administrativa – com quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, exceto contribuições previdenciárias, após o trânsito em julgado e observada a prescrição quinquenal - ou restituição administrativa, com aplicação exclusiva da SELIC.

Apelou a PFN, alegando que: (1) é válida a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS; e (2) a aplicação imediata e irrestrita do precedente no RE 574.706, na pendência de trânsito em julgado, afronta os princípios da segurança jurídica e boa-fé, pois “as situações consolidadas ao abrigo das Súmulas 68 e 94 do STJ, possivelmente criaram relações jurídicas merecedoras de proteção”, além de que “não se encontram as autoridades administrativas vinculadas ao entendimento nelas esposado até que seja declarada a inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, em ação de controle concentrado, ou haja a suspensão, pelo Senado Federal, após comunicação do Supremo Tribunal Federal, do dispositivo legal declarado inconstitucional na via difusa”.

Houve contrarrazões.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo prosseguimento do feito.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5022085-73.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: MEGALUP COMERCIO DE ROUPAS LTDA - ME
Advogado do(a) APELADO: ANDRE APARECIDO MONTEIRO - SP318507-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, antes de analisar o mérito, cabe destacar que não é cabível a suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior, o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior.

No mérito, a questão da inclusão de **imposto** na base de cálculo do PIS/COFINS com vulneração da matriz constitucional que prevê a respectiva incidência sobre faturamento ou receita na dicção atualizado do artigo 195, I, b, da Constituição Federal, foi resolvida, pela Suprema Corte no RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS.

Eis o acórdão ementado:

RE 574.706, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe 29/09/2017: "RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

A definição da base de cálculo do PIS/COFINS é matéria constitucional, não cabendo invocar orientação no plano do direito federal para afastar o juízo de inconstitucionalidade, menos ainda quando já vencida (Súmulas 68 e 94/STJ) no âmbito da respectiva Corte Superior. Ademais, o pronunciamento da Suprema Corte, sobretudo em repercussão geral, tem função primordial na tarefa de garantir segurança jurídica, estabilidade, integridade e coerência na aplicação do direito à luz da Constituição, a ser buscada por todos os órgãos do Poder Judiciário (artigos 926 e 927, III, CPC).

Perceba-se que a pretensão em causa não envolve a dedução de parcela legalmente prevista, daí porque impertinente o argumento de que é taxativo o rol de exclusões constante do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 - com as alterações da Lei 12.973/2014, cujo advento, conforme já decidiu esta Corte, "não promoveu modificação legislativa relevante para a espécie, na medida em que não alterou o conceito da base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS" (EI 0029413-91.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 17/11/2017) - e § 3º dos artigos 1º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003.

A tese do contribuinte é a de que a inclusão do imposto na base de cálculo de tais contribuições viola incidência constitucionalmente delimitada, exigindo, assim, decisão judicial no sentido de definir a base de cálculo compatível com o parâmetro constitucional.

A alegação de que o cálculo do PIS/COFINS com exclusão do imposto destinado ao erário contradiz a incidência, reconhecidamente válida, sobre outros custos, encargos ou despesas destinados a terceiros (como, por exemplo: empregados, companhia de energia elétrica, FGTS, fornecedores, empresas contratadas para prestação de serviços, entes estatais) não é verdadeira nem aceitável, sem análise da natureza jurídica de cada parcela discutida na formação da base de cálculo de tais contribuições. Por ora, o que assentou, suficientemente, a Suprema Corte para o exame do caso foi a inexigibilidade de imposto integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, seja o ICMS, seja o próprio ISS, quanto a este em juízo derivado diretamente da mesma lógica de fundamentação constitucional, conforme já exposto.

O aspecto relevante da controvérsia diz respeito ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS diante da divergência estabelecida entre as vertentes que primam, de um lado, pelo valor do imposto destacado nas notas fiscais e, de outro, pelo valor do imposto a ser efetivamente pago pelo contribuinte, dentro do regime de não cumulatividade. É importante frisar, de toda sorte, que tal ponto, ainda que não tenha ou tivesse sido discutido na inicial nem decidido na sentença ou veiculado na apelação, não impediria o pronunciamento da Corte - assim como do próprio Juízo após embargos de declaração -, por se tratar, justamente, de controvérsia ínsita ao próprio mérito, qual seja, a definição do que constitui o indébito fiscal e, neste sentido, matéria que deve ser resolvida na fase cognitiva e não em liquidação de sentença, inexistindo, portanto, mesmo quando nada tenha ou tivesse sido alegado ou decidido, vício de julgamento *extra* ou *ultra petita*, ou contrariedade ao princípio da congruência ou da adstrição.

Tanto é assim que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido em razão do regime de não cumulatividade do imposto.

Neste sentido o seguinte excerto do julgado no RE 574.706:

"O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS".

Também este o entendimento adotado no âmbito das Turmas desta Seção:

ApelRemNec 5000633-81.2017.4.03.6119, Rel. Des. Fed. ANTONIO CEDENHO, Intimação via sistema 18/04/2020: “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REQUISITOS DO ARTIGO 1.022 CPC/2015. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE Nº 574.706/PR. VINCULAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OBSCURIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1.022 do Código de Processo Civil vigente, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado. O caráter infringente dos embargos somente é admitido a título excepcional, quando a eliminação da contradição ou da omissão decorrer, logicamente, a modificação do julgamento embargado. 2. A e. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no julgamento do RE nº 574.706/PR, consignou que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. Como o presente julgamento se vincula ao que foi decidido sobre o tema pelo C. STF, deve-se assentar que, relativamente à questão do valor a ser efetivamente excluído a título de ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, a tese que foi acolhida pelo STF é a exposta no v. aresto embargado. 3. O escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022 do Código de Processo Civil. 4. O artigo 1.025 do novo Código de Processo Civil bem esclarece que os elementos suscitados pelo embargante serão considerados incluídos no acórdão “para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.” 5. Embargos de declaração rejeitados.”

ApReeNec 5001772-28.2017.4.03.6100, Rel. Des. Fed. MARLI FERREIRA, Intimação via sistema 02/04/2020: “PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ARTIGO 1.022 DO CPC. OMISSÃO. EXISTÊNCIA. JULGADO INTEGRADO. 1. Prevê o artigo 1.022 do CPC que a oposição dos aclaratórios somente tem cabimento para esclarecimento de obscuridade ou eliminação de contradição, para suprimir omissão sobre ponto ou questão sobre o qual o julgado deveria se pronunciar, ou, ainda, para corrigir erro material existente no decisório. 2. Na espécie, o julgado restou omisso quanto à parcela do ICMS a ser destacada da base de cálculo do PIS e da COFINS. E, nesse tocante, cumpre esclarecer que o ICMS a ser excluído é o destacado nos documentos fiscais de saída, vez que é esse montante que integra a indigitada base de cálculo. 3. Assim sendo, tem a impetrante o direito de excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS o valor integral do ICMS destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias do seu estabelecimento, inclusive após o advento da Lei nº 12.973/2014. 4. Embargos de declaração acolhidos.”

ApelRemNec 5003932-95.2019.4.03.6119, Rel. Des. Fed. JOHONSOM DI SALVO, e - DJF3 15/04/2020: "AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DECLAROU INCONSTITUCIONAL A INCLUSÃO DO ICMS (FATURADO) NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS, FAZENDO-O POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO RE Nº 574.706. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a inclusão do ICMS (faturado) na base de cálculo do PIS e da COFINS, fazendo-o por ocasião do julgamento do RE nº 574.706. A corte, por maioria e nos termos do voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia, apreciando o tema nº 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Esse entendimento é aplicável de pronto, não havendo que se falar em espera de embargos de declaração (sem efeito suspensivo) ou de modulação de efeitos da decisão plenária da Suprema Corte, já que esses dois eventos não estão consignados em lei como impeditivos da aplicação imediata do decísum. Esse é o entendimento que vem sendo seguido nesta Corte Regional (3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5021518-72.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 08/11/2019, Intimação via sistema DATA: 13/11/2019), e de modo unânime nesta 6ª Turma (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000706-20.2017.4.03.6130, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 03/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/12/2019). Deveras, a suspensão pretendida pelo Fisco esbarraria no art. 1.035, § 5º do NCPC. De outro lado, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal – ao acolher o voto da ministra Relatora – no sentido de que, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada como faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019). Essa é a postura que este Relator sempre defende desde o momento em que surdiu o julgamento do Tema nº 69 (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000596-53.2018.4.03.6108, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 02/12/2019, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019). Tratando-se de empresa comercial, resta claro que é contribuinte das três exações e que recolheu tributação a maior e poderá recuperá-la (quanto aos últimos cinco anos antes do ajuizamento da presente demanda) por meio de compensação, que deverá ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74 da Lei nº 9.430/1996 (redação dada pela Lei 10.637/02), observado ainda o artigo 26-A da Lei nº 11.457/2007."

Logo, não importa ao exame do mérito a juntada de documentos fiscais ou mercantis para demonstração do ICMS a ser pago pelo contribuinte, bastando para o presente julgamento a prova, tão-somente, de que o contribuinte, sujeito ao PIS/COFINS, recolheu valores com inclusão do ICMS nas bases de cálculo, ficando relegada à fase própria a apuração do *quantum debeatur* a partir de valores destacados em notas fiscais e incluídos na tributação federal.

Reconhecido o indébito fiscal, na forma acima especificada, os critérios para exercício do direito à compensação, na via administrativa mediante procedimento específico, inclusive com a própria comprovação e liquidação de valores indevidos a serem compensados, são os definidos nos artigos 168 (prescrição quinquenal) e 170-A (trânsito em julgado), ambos do Código Tributário Nacional; artigo 74 da Lei 9.430/1996 e demais textos legais de regência, observado, **nos limites da devolução**, o regime legal vigente ao tempo da propositura da ação, pois este o critério determinante na jurisprudência consolidada, ainda que posteriormente possa ter sido alterada a legislação; e artigo 39, § 4º da Lei 9.250/1995 (incidência exclusiva da Taxa SELIC) desde cada recolhimento indevido.

A respeito da restituição administrativa, que tem sido deferida com base na Súmula 461 do Superior Tribunal de Justiça, é importante observar que o enunciado respectivo, ao fazer referência expressa a "precatório", registra o entendimento de que não é possível que o ressarcimento de indébito fiscal, em espécie, reconhecido judicialmente, possa gerar condenação a pagamento fora do regime constitucional do precatório (artigo 100, CF). De fato, o regime de precatório busca preservar a ordem cronológica das requisições e, sobretudo, as preferências alimentares, o que não se verifica possível ou garantido na via administrativa, até porque, nela, não concorrem, de forma conjunta e simultânea, as variadas cobranças em dinheiro contra a Fazenda Pública, ao contrário do que ocorre com requisições judiciais de precatórios que, inclusive, são todas globalmente organizadas e inseridas cronologicamente na previsão orçamentária anual para execução no exercício financeiro posterior. Permitir que o contribuinte utilize a via administrativa para receber pagamento de indébito fiscal em detrimento do sistema de precatório já foi reconhecido, inclusive, como inconstitucional pela Suprema Corte que, por semelhança, aplicou a solução expressa no Tema 831 da sistemática de repercussão geral (RE 1.069.065, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe 19/12/2019).

Partindo de tais premissas, o ressarcimento do contribuinte em razão de indébito fiscal, quando judicial a condenação (título judicial condenatório), apenas cabe mediante compensação ou repetição, modalidade esta que, porém, não se compatibiliza com decisão proferida em sede de mandado de segurança (Súmulas 269 e 271/STF), vedada, assim, a restituição administrativa, salvo quando os procedimentos sejam originariamente administrativos.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e dou parcial provimento à remessa oficial para reformar a sentença, nos termos supracitados.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. INDÉBITO FISCAL. COMPENSAÇÃO. RESTITUIÇÃO ADMINISTRATIVA.

1. Antes de analisar o mérito, cabe destacar que não é cabível a suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior, o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior.

2. No mérito, a questão da inclusão de **imposto** na base de cálculo do PIS/COFINS com vulneração da matriz constitucional que prevê a respectiva incidência sobre faturamento ou receita na dicção atualizado do artigo 195, I, b, da Constituição Federal, foi resolvida, pela Suprema Corte no RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS. A definição da base de cálculo do PIS/COFINS é matéria constitucional, não cabendo invocar orientação no plano do direito federal para afastar o juízo de inconstitucionalidade, menos ainda quando já vencida (Súmulas 68 e 94/STJ) no âmbito da respectiva Corte Superior. Ademais, o pronunciamento da Suprema Corte, sobretudo em repercussão geral, tem função primordial na tarefa de garantir segurança jurídica, estabilidade, integridade e coerência na aplicação do direito à luz da Constituição, a ser buscada por todos os órgãos do Poder Judiciário (artigos 926 e 927, III, CPC).

3. A pretensão em causa não envolve a dedução de parcela legalmente prevista, daí porque impertinente o argumento de que é taxativo o rol de exclusões constante do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 - com as alterações da Lei 12.973/2014, cujo advento, conforme já decidiu esta Corte, “*não promoveu modificação legislativa relevante para a espécie, na medida em que não alterou o conceito da base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS*” (EI 0029413-91.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 17/11/2017) - e § 3º dos artigos 1º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003. A tese do contribuinte é a de que a inclusão do imposto na base de cálculo de tais contribuições viola incidência constitucionalmente delimitada, exigindo, assim, decisão judicial no sentido de definir a base de cálculo compatível com o parâmetro constitucional.

4. A alegação de que o cálculo do PIS/COFINS com exclusão do imposto destinado ao erário contradiz a incidência, reconhecidamente válida, sobre outros custos, encargos ou despesas destinados a terceiros (como, por exemplo: empregados, companhia de energia elétrica, FGTS, fornecedores, empresas contratadas para prestação de serviços, entes estatais) não é verdadeira nem aceitável, sem análise da natureza jurídica de cada parcela discutida na formação da base de cálculo de tais contribuições. Por ora, o que assentou, suficientemente, a Suprema Corte para o exame do caso foi a inexigibilidade de imposto integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, seja o ICMS, seja o próprio ISS, quanto a este em juízo derivado diretamente da mesma lógica de fundamentação constitucional, conforme já exposto.

5. O aspecto relevante da controvérsia diz respeito ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS diante da divergência estabelecida entre as vertentes que primam, de um lado, pelo valor do imposto destacado nas notas fiscais e, de outro, pelo valor do imposto a ser efetivamente pago pelo contribuinte, dentro do regime de não cumulatividade. É importante frisar, de toda sorte, que tal ponto, ainda que não tenha ou tivesse sido discutido na inicial nem decidido na sentença ou veiculado na apelação, não impediria o pronunciamento da Corte - assim como do próprio Juízo após embargos de declaração -, por se tratar, justamente, de controvérsia ínsita ao próprio mérito, qual seja, a definição do que constitui o indébito fiscal e, neste sentido, matéria que deve ser resolvida na fase cognitiva e não em liquidação de sentença, inexistindo, portanto, mesmo quando nada tenha ou tivesse sido alegado ou decidido, vício de julgamento *extra* ou *ultra petita*, ou contrariedade ao princípio da congruência ou da adstrição. Tanto é assim que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido em razão do regime de não cumulatividade do imposto. Logo, não importa ao exame do mérito a juntada de documentos fiscais ou mercantis para demonstração do ICMS a ser pago pelo contribuinte, bastando para o presente julgamento a prova, tão-somente, de que o contribuinte, sujeito ao PIS/COFINS, recolheu valores com inclusão do ICMS nas bases de cálculo, ficando relegada à fase própria a apuração do *quantum debeat* a partir de valores destacados em notas fiscais e incluídos na tributação federal.

6. Reconhecido o indébito fiscal, na forma acima especificada, os critérios para exercício do direito à compensação, na via administrativa mediante procedimento específico, inclusive com a própria comprovação e liquidação de valores indevidos a serem compensados, são os definidos nos artigos 168 (prescrição quinquenal) e 170-A (trânsito em julgado), ambos do Código Tributário Nacional; artigo 74 da Lei 9.430/1996 e demais textos legais de regência, observado, **nos limites da devolução**, o regime legal vigente ao tempo da propositura da ação, pois este o critério determinante na jurisprudência consolidada, ainda que posteriormente possa ter sido alterada a legislação; e artigo 39, § 4º da Lei 9.250/1995 (incidência exclusiva da Taxa SELIC) desde cada recolhimento indevido.

7. A respeito da restituição administrativa, que tem sido deferida com base na Súmula 461 do Superior Tribunal de Justiça, é importante observar que o enunciado respectivo, ao fazer referência expressa a "precatório", registra o entendimento de que não é possível que o ressarcimento de indébito fiscal, em espécie, reconhecido judicialmente, possa gerar condenação a pagamento fora do regime constitucional do precatório (artigo 100, CF). De fato, o regime de precatório busca preservar a ordem cronológica das requisições e, sobretudo, as preferências alimentares, o que não se verifica possível ou garantido na via administrativa, até porque, nela, não concorrem, de forma conjunta e simultânea, as variadas cobranças em dinheiro contra a Fazenda Pública, ao contrário do que ocorre com requisições judiciais de precatórios que, inclusive, são todas globalmente organizadas e inseridas cronologicamente na previsão orçamentária anual para execução no exercício financeiro posterior. Permitir que o contribuinte utilize a via administrativa para receber pagamento de indébito fiscal em detrimento do sistema de precatório já foi reconhecido, inclusive, como inconstitucional pela Suprema Corte que, por semelhança, aplicou a solução expressa no Tema 831 da sistemática de repercussão geral (RE 1.069.065, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe 19/12/2019). Partindo de tais premissas, o ressarcimento do contribuinte em razão de indébito fiscal, quando judicial a condenação (título judicial condenatório), apenas cabe mediante compensação ou repetição, modalidade esta que, porém, não se compatibiliza com decisão proferida em sede de mandado de segurança (Súmulas 269 e 271/STF), vedada, assim, a restituição administrativa, salvo quando os procedimentos sejam originariamente administrativos.

9. Apelação desprovida e remessa oficial parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e deu parcial provimento à remessa oficial para reformar a sentença, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5009514-78.2019.4.03.6183

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

PARTE RE: ELIETE ARAUJO DIOGO

Advogado do(a) PARTE RE: CLAUDIA GODOY - SP168820-N

PARTE AUTORA: GERENTE EXECUTIVO - GERÊNCIA EXECUTIVA LESTE INSS, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5009514-78.2019.4.03.6183

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

PARTE RE: ELIETE ARAUJO DIOGO

Advogado do(a) PARTE RE: CLAUDIA GODOY - SP168820-N

PARTE AUTORA: GERENTE EXECUTIVO - GERÊNCIA EXECUTIVA LESTE INSS, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial em mandado de segurança concedido para compelir a autoridade impetrada a proferir decisão no pedido administrativo de benefício assistencial ao idoso formulado em 22/11/2018 (protocolo 109015579).

Em 18/11/2019 foram juntadas informações da autoridade impetrada, comunicando que o requerimento administrativo foi apreciado (ID 109016347).

O Ministério Público Federal lançou parecer nos autos.

Inicialmente distribuído à 9ª Turma, o relator originário determinou a redistribuição do feito à 2ª Seção, sendo os autos encaminhados a esta relatoria, designada por sorteio.

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5009514-78.2019.4.03.6183

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

PARTE RE: ELIETE ARAUJO DIOGO

Advogado do(a) PARTE RE: CLAUDIA GODOY - SP168820-N

PARTE AUTORA: GERENTE EXECUTIVO - GERÊNCIA EXECUTIVA LESTE INSS, INSTITUTO NACIONAL DO

SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, o princípio da duração razoável do processo, elevado à superioridade constitucional, elenca não apenas a garantia da prestação administrativa célere, como a da eficiência, razoabilidade e moralidade, de acordo com o previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal e artigo 2º, *caput*, da Lei 9.784/1999:

"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte (...)"

"Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência."

Com efeito, tem-se dado materialidade ao entendimento de que é dever do Poder Público, parte de sua própria finalidade e do interesse público, que suas funções sejam exercidas de maneira célere e satisfatória, sob pena, caso contrário, de ineficácia. Não por outro motivo foram promulgadas as Emendas Constitucionais 19 e 45, bem como, em nível infraconstitucional, editada a própria Lei 9.784/1999, supracitada.

Neste sentido tem decidido a Corte:

ApCiv 5000897-78.2019.4.03.6103, Rel. Des. Fed. CECILIA MARCONDES, intimação via sistema 06/03/2020: **“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO. REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. DECURSO DO PRAZO LEGAL PARA ANÁLISE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO DESPROVIDAS. 1. Na hipótese dos autos, o impetrante formulou requerimento de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição em 06.07.2018, o qual permaneceu pendente de apreciação pelo INSS, além do prazo legal. 2. Cumpre ressaltar que a duração razoável dos processos é garantia constitucionalmente assegurada aos administrados, consoante expressa disposição do art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/88, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04. 3. Com efeito, a Administração Pública tem o dever de analisar em prazo razoável os pedidos que lhe são submetidos, sob pena de causar prejuízo ao administrado e de descumprir o princípio da celeridade processual, também assegurado constitucionalmente aos processos administrativos (art. 5º, LXXVIII, da CF/88). 4. Consoante preconiza o princípio constitucional da eficiência, previsto no art. 37, caput, da Constituição da República, o administrado não pode ser prejudicado pela morosidade excessiva na apreciação de requerimentos submetidos à Administração Pública. Assim, a via mandamental é adequada para a garantia do direito do administrado. 5. O art. 49 da Lei nº 9.784/1999 fixa o prazo de até 30 dias para que a Administração Pública decida a questão posta em processo administrativo, salvo se houver motivo que justifique de maneira expressa a prorrogação do referido lapso temporal. 6. Além do aludido prazo legal, o art. 41-A, § 5º, da Lei nº 8.213/1991 e o art. 174 do Decreto nº 3.048/1999, que dispõem especificamente sobre a implementação de benefícios previdenciários, preveem o prazo de 45 dias para o primeiro pagamento, contados a partir da data da apresentação dos documentos necessários pelo segurado. 7. No caso vertente, resta evidenciado que a autoridade impetrada desrespeitou os prazos estabelecidos em legislações ordinárias, que regulam tanto o processo administrativo em geral, como os processos administrativos de requerimentos de benefícios no âmbito da Previdência Social. 8. Inexiste amparo legal para a omissão administrativa da autarquia previdenciária, que, pelo contrário, enseja descumprimento de normas legais e violação aos princípios da legalidade, razoável duração do processo, proporcionalidade, eficiência na prestação de serviço público, segurança jurídica e moralidade, sujeitando-se ao controle jurisdicional visando a reparar a lesão a direito líquido e certo infringido. 9. Não há condenação em honorários advocatícios em sede de mandado de segurança, nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009 e das Súmulas 105 do STJ e 512 do STF. 10. Apelação e remessa necessária, tida por interposta, não providas.”**

Na espécie, o requerimento foi protocolado em 22/11/2018 (ID. 109015579), gerando, pela demora, apreciação somente em 14/11/2019 (ID. 109016347), após a presente impetração, em evidente violação ao prazo de 30 dias, previsto nos artigos 49 e 59, § 1º, da Lei 9.784/1999, bem como à razoável duração do processo, segundo os princípios da eficiência e da moralidade:

"Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada."

"Art. 59. (...)"

§ 1º Quando a lei não fixar prazo diferente, o recurso administrativo deverá ser decidido no prazo máximo de trinta dias a partir do recebimento dos autos pelo órgão competente."

Como se observa, o INSS não se exclui da incidência da legislação citada que, ao fixar prazo de trinta dias para proferir decisão e para julgar recurso administrativo, não permite que nas fases intermediárias possa ser consumido prazo indefinido, protraindo alongadamente o prazo para conclusão do procedimento administrativo, prejudicando o cumprimento das etapas finais, em que peremptórios os prazos fixados, justificados em particular pela própria natureza dos benefícios previdenciários. Logo, dificuldades de estrutura e pessoal não podem ser invocadas em detrimento do princípio constitucional e legal da eficiência e celeridade na prestação do serviço público.

O reconhecimento de direito líquido e certo não viola os princípios da isonomia e da impessoalidade, pois não pode a Administração preconizar que a Constituição Federal autoriza a prática de ilegalidade desde que seja de forma igual e impessoal. Quem se vê tolhido de direito líquido e certo deve buscar amparo judicial e o remédio é o restabelecimento do regime jurídico da legalidade, e não o contrário.

Nem se invoque, em defesa, o tratado no RE 631.240, que originou, em repercussão geral, o Tema 350 cuja impertinência como caso é manifesta, vez que referente, exclusivamente, à exigência de prévio requerimento administrativo como condição para acesso ao Judiciário sem nada dispor sobre a validade de atrasos praticados pela autarquia previdenciária no exercício de suas atribuições e deveres legais. A previsão de intimação para o INSS manifestar-se em até noventa dias nas ações ajuizadas sem prévio requerimento administrativo e antes da conclusão do julgamento do precedente em 03/09/2014, não revoga o preceito legal, mas busca apenas resolver o destino das demandas judiciais em curso, bem diferente do verificado, nos autos, em que já foi previamente acionada a administração e esta, ainda assim, descumpriu prazo legal para a prestação do serviço público.

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO ADMINISTRATIVO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. INSS. PRAZO. DEMORA INJUSTIFICADA. ARTS. 5º, LXXVII E 37, CF. LEI 9.784/1999. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. O princípio da duração razoável do processo, elevado à superioridade constitucional, elenca não apenas a garantia da prestação administrativa célere, como a da eficiência, razoabilidade e moralidade, de acordo com o previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal e artigo 2º, *caput*, da Lei 9.784/1999.

2. Constatada a significativa demora no exame do pedido administrativo é direito do segurado ver compelido o INSS a observar o prazo legal para apreciação do requerimento, em especial por se tratar de pleito de natureza previdenciária e, portanto, de caráter alimentar. Não são justificáveis atrasos baseados em falta de estrutura e pessoal, pois incumbe à Administração Pública fornecer os meios necessários para a prestação de serviço público célere e eficiente.

3. O reconhecimento de direito líquido e certo não viola os princípios da isonomia e da impessoalidade, pois não pode a Administração preconizar que a Constituição Federal autoriza a prática de ilegalidade desde que seja de forma igual e impessoal. Quem se vê tolhido de direito líquido e certo deve buscar amparo judicial e o remédio é o restabelecimento do regime jurídico da legalidade, e não o contrário.

4. O caso dos autos não se amolda ao discutido no RE 631.240, que originou, em repercussão geral, o Tema 350 que tratou, exclusivamente, da exigência de prévio requerimento administrativo como condição para acesso ao Judiciário sem nada dispor sobre a validade de atrasos praticados pela autarquia previdenciária no exercício de suas atribuições e deveres legais. A previsão de intimação para o INSS manifestar-se em até noventa dias nas ações ajuizadas sem prévio requerimento administrativo e antes da conclusão do julgamento do precedente em 03/09/2014, não revoga o preceito legal, mas busca apenas resolver o destino das demandas judiciais em curso, bem diferente do verificado, nos autos, em que já foi previamente acionada a administração e esta, ainda assim, descumpriu prazo legal para a prestação do serviço público.

5. Remessa oficial desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0060654-21.2014.4.03.6182

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE NUTRICIONISTAS 3 REGIAO

Advogados do(a) APELANTE: CELIA APARECIDA LUCCHESE - SP55203-A, VINICIUS PIRES CHAVES - SP335242-A, GABRIELA SOUZA MIRANDA - SP346684-A
APELADO: MONICA CACHIELO ALVARENGA
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0060654-21.2014.4.03.6182
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE NUTRICIONISTAS 3 REGIAO
Advogados do(a) APELANTE: CELIA APARECIDA LUCCHESE - SP55203-A, VINICIUS PIRES CHAVES - SP335242-A, GABRIELA SOUZA MIRANDA - SP346684-A
APELADO: MONICA CACHIELO ALVARENGA
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação à sentença que extinguiu a execução fiscal, nos termos do artigo 487, I, e 803, I, ambos do CPC, sem condenação em honorários advocatícios.

Alegou-se que: **(1)** as resoluções do CFN que fixam valores das anuidades possuem autorização na Lei 6.583/1978 e no Decreto 84.444/1980; **(2)** não se aplica ao presente caso o artigo 8º da Lei 12.514/2011; **(3)** deve ser dada continuidade ao processo em relação às anuidades cujos fatos geradores ocorreram após a vigência da Medida Provisória 536/2011, convertida na Lei 12.514/2011, logo quanto às anuidades de 2012 e 2013; e **(4)** quando muito, que seja a ação extinta sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, VI, do CPC.

Não houve contrarrazões.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0060654-21.2014.4.03.6182
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE NUTRICIONISTAS 3 REGIAO
Advogados do(a) APELANTE: CELIA APARECIDA LUCCHESE - SP55203-A, VINICIUS PIRES CHAVES - SP335242-A, GABRIELA SOUZA MIRANDA - SP346684-A
APELADO: MONICA CACHIELO ALVARENGA
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, a Suprema Corte na ADI 1.717 declarou inconstitucionais o artigo 58 e seus parágrafos - salvo o § 3º, julgado prejudicado - da Lei 9.649/1998, em especial, por sua pertinência ao caso, o § 4º assim redigido:

"Art. 58 (...)

§ 4º Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas são autorizados a fixar, cobrar e executar as contribuições anuais devidas por pessoas físicas e jurídicas, bem como preços de serviços e multas, que constituirão receitas próprias, considerando-se título executivo extrajudicial a certidão relativa aos créditos decorrentes."

A ementa destacou:

"2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir; no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados."

Em outro julgado, reforçou-se o entendimento de que as contribuições a tais entidades têm natureza tributária, sujeitando-se ao princípio constitucional da legalidade tributária: artigo 150, I (ARE 640.937).

Em repercussão geral no RE 704.292, firmou-se a seguinte tese:

"É inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar, sem parâmetro legal, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos."

Logo, tais contribuições não podem ser instituídas nem majoradas por resolução, ainda que lei delegue tal competência se não estipulados os parâmetros específicos de atuação.

Este o contexto em que editada a Lei 12.514/2011, fixando diretrizes de legitimação das contribuições devidas aos conselhos profissionais, sem validar, porém, as anuidades instituídas em períodos anteriores.

Somente a partir de 2012 é que as contribuições aos conselhos profissionais passaram a ter base legal específica, validando a tributação segundo o princípio da legalidade, ficando as de anos anteriores declaradas inconstitucionais.

No caso, além de inconstitucionais as anuidades até 2011, as posteriores tampouco podem ser exigidas, pois o fundamento da execução, descrito nos títulos executivos, não foi a Lei 12.514/2011, única norma legal vigente a validar a tributação, fixando valores máximos admitidos e critérios de atualização monetária aplicáveis.

Trata-se de exigência substancial do título executivo, pois a descrição do fundamento legal da cobrança permite identificar o débito e aferir a regularidade ou não à luz da legislação, de sorte a conferir-lhe liquidez e certeza: artigo 2º, § 5º, da Lei 6.830/1980.

A emenda ou substituição do título executivo apenas é possível até o julgamento em primeira instância e exclusivamente para correção de erro material ou formal, vedada a alteração de sujeito passivo (Súmula 392/STJ) ou de norma legal que, por equívoco, tenha servido de fundamento ao lançamento (AREsp 1.545.782).

Neste sentido tem decidido a Turma, inclusive:

ApCiv 0005058-21.2016.4.03.6105, Rel. Des. Fed. CECILIA MARCONDES, e - DJF3 03/03/2020: "DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE FISIOTERAPIA E TERAPIA OCUPACIONAL DA 3ª REGIÃO – CREFITO-3. ANUIDADES. NULIDADE DA INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. SUBSTITUIÇÃO DAS CDA's INADMISSÍVEL. APELAÇÃO DESPROVIDA. 1. Trata-se de execução fiscal que veicula a cobrança de anuidades de 2011 a 2014. 2. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE nº 704.292, firmou a seguinte tese de Repercussão Geral (Tema nº 540): "É inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar, sem parâmetro legal, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos". 3. Desse modo, o regime legal que regula a matéria submete-se, necessariamente, ao princípio da legalidade tributária, não podendo as contribuições ser criadas ou majoradas senão por lei em sentido estrito, e não simples resolução. 4. Desse modo, a cobrança de anuidades pelos Conselhos Regionais de Fisioterapia e Terapia Ocupacional é válida somente a partir do ano de 2012, considerando o princípio da irretroatividade das leis e o princípio da anterioridade tributária, o que afasta de plano a cobrança da anuidade de 2011. 5. Verifica-se, contudo, que, no caso dos autos, mesmo as anuidades de 2012 a 2014 veiculadas na CDA que embasa a execução têm indicado como dispositivo legal para a sua cobrança o artigo 7º, XI, da Lei nº 6.316/75, não havendo menção expressa à Lei nº 12.514/2011, que fixou os limites máximos das anuidades e estipulou o parâmetro para a atualização monetária a ser aplicada na sua cobrança. 6. Ao não fazer menção expressa ao referido dispositivo normativo, deixou o exequente de observar os requisitos previstos artigo 2º, §5º, inciso III, da Lei nº 6.830/80, razão pela qual de rigor o reconhecimento, de ofício, da nulidade da CDA executada, sendo vedada a sua substituição. Precedentes da Terceira Turma. 7. Recurso de apelação a que se nega provimento."

Assim, resta prejudicado o exame do artigo 8º da Lei 12.514/2011, consideradas as anuidades a partir de 2012, em face da nulidade do títulos executivos, com extinção da execução fiscal sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, IV, CPC. Quanto à anuidade de 2011, padece de inconstitucionalidade a cobrança, acarretando extinção com resolução do mérito, a teor do artigo 487, I, CPC.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação, apenas para extinguir a execução fiscal, com a fundamentação acima explicitada.

É como voto.

EMENTA

DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ANUIDADES DE CONSELHO PROFISSIONAL. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. LEI 12.514/2011. CDA. SUBSTITUIÇÃO. LIMITAÇÃO. PROVIMENTO PARCIAL: EXTINÇÃO SEM EXAME DO MÉRITO PARA ANUIDADES COBRADAS EM TÍTULOS FORMALMENTE NULOS.

1. A Suprema Corte declarou inconstitucional norma que autorizava os conselhos profissionais a fixar, cobrar e executar contribuições independentemente de parametrização legal do exercício da atividade (artigo 58 e parágrafos da Lei 9.649/1988, especialmente § 4º).
2. A natureza tributária das contribuições exige a sujeição ao princípio da legalidade (artigo 150, I, CF): *"É inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar, sem parâmetro legal, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos."* (RE 704.292).
3. Somente a partir de 2012, na vigência da Lei 12.514/2011, é que as contribuições aos conselhos profissionais passaram a ter base legal específica, validando a tributação segundo o princípio da legalidade, ficando as de anos anteriores declaradas inconstitucionais.
4. No caso, além de inconstitucionais as anuidades até 2011, as posteriores tampouco podem ser exigidas, pois o fundamento da execução, descrito nos títulos executivos, não foi a própria Lei 12.514/2011, única norma legal vigente a validar a tributação, fixando valores máximos admitidos e critérios de atualização monetária aplicáveis.
5. Trata-se de exigência substancial do título executivo, pois a descrição do fundamento legal da cobrança permite identificar o débito e aferir a regularidade ou não à luz da legislação, de sorte a conferir-lhe liquidez e certeza: artigo 2º, § 5º, da Lei 6.830/1980. A emenda ou substituição do título executivo apenas é possível até o julgamento em primeira instância e exclusivamente para correção de erro material ou formal, vedada a alteração de sujeito passivo (Súmula 392/STJ) ou de norma legal que, por equívoco, tenha servido de fundamento ao lançamento (AREsp 1.545.782).
6. Assim, resta prejudicado o exame do artigo 8º da Lei 12.514/2011, consideradas as anuidades a partir de 2012, em face da nulidade dos títulos executivos, com extinção da execução fiscal sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, IV, CPC. Quanto à anuidade de 2011, padece de inconstitucionalidade a cobrança, acarretando extinção com resolução do mérito, a teor do artigo 487, I, CPC.
7. Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação, apenas para extinguir a execução fiscal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0067996-83.2014.4.03.6182

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE FARMACIA DO ESTADO DE SAO PAULO

APELADO: NEIDE APARECIDA DE SOUZA DIOGENES
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0067996-83.2014.4.03.6182
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE FARMACIA DO ESTADO DE SAO PAULO
APELADO: NEIDE APARECIDA DE SOUZA DIOGENES
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação à sentença que extinguiu a execução fiscal, nos termos do artigo 485, VIII, do CPC, em relação à anuidade de 2011, e com base no artigo 485, IV e VI, do CPC, em relação às anuidades de 2012 a 2014, sem condenação em honorários advocatícios.

Alegou-se que: **(1)** anuidades de 2012 a 2014 são legítimas e possuem como fundamento legal o artigo 22 da Lei 3.820/1960; e **(2)** deve ter oportunizada a substituição das CDA's, nos termos da Súmula 392/STJ.

Não houve contrarrazões.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0067996-83.2014.4.03.6182
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE FARMACIA DO ESTADO DE SAO PAULO
APELADO: NEIDE APARECIDA DE SOUZA DIOGENES
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, a Suprema Corte na ADI 1.717 declarou inconstitucionais o artigo 58 e seus parágrafos - salvo o § 3º, julgado prejudicado - da Lei 9.649/1998, em especial, por sua pertinência ao caso, o § 4º assim redigido:

"Art. 58 (...)

§ 4º Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas são autorizados a fixar, cobrar e executar as contribuições anuais devidas por pessoas físicas e jurídicas, bem como preços de serviços e multas, que constituirão receitas próprias, considerando-se título executivo extrajudicial a certidão relativa aos créditos decorrentes."

A ementa destacou:

"2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir; no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados."

Em outro julgado, reforçou-se o entendimento de que as contribuições a tais entidades têm natureza tributária, sujeitando-se ao princípio constitucional da legalidade tributária: artigo 150, I (ARE 640.937).

Em repercussão geral no RE 704.292, firmou-se a seguinte tese:

"É inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar; sem parâmetro legal, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos."

Logo, tais contribuições não podem ser instituídas nem majoradas por resolução, ainda que lei delegue tal competência se não estipulados os parâmetros específicos de atuação.

Este o contexto em que editada a Lei 12.514/2011, fixando diretrizes de legitimação das contribuições devidas aos conselhos profissionais, sem validar, porém, as anuidades instituídas em períodos anteriores.

Somente a partir de 2012 é que as contribuições aos conselhos profissionais passaram a ter base legal específica, validando a tributação segundo o princípio da legalidade, ficando as de anos anteriores declaradas inconstitucionais.

No caso, além de inconstitucionais as anuidades até 2011, as posteriores tampouco podem ser exigidas, pois o fundamento da execução, descrito nos títulos executivos, não foi a Lei 12.514/2011, única norma legal vigente a validar a tributação, fixando valores máximos admitidos e critérios de atualização monetária aplicáveis.

Trata-se de exigência substancial do título executivo, pois a descrição do fundamento legal da cobrança permite identificar o débito e aferir a regularidade ou não à luz da legislação, de sorte a conferir-lhe liquidez e certeza: artigo 2º, § 5º, da Lei 6.830/1980.

A emenda ou substituição do título executivo apenas é possível até o julgamento em primeira instância e exclusivamente para correção de erro material ou formal, vedada a alteração de sujeito passivo (Súmula 392/STJ) ou de norma legal que, por equívoco, tenha servido de fundamento ao lançamento (AREsp 1.545.782).

Neste sentido tem decidido a Turma, inclusive:

ApCiv 0005058-21.2016.4.03.6105, Rel. Des. Fed. CECILIA MARCONDES, e - DJF3 03/03/2020: "DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE FISIOTERAPIA E TERAPIA OCUPACIONAL DA 3ª REGIÃO – CREFITO-3. ANUIDADES. NULIDADE DA INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. SUBSTITUIÇÃO DAS CDA's INADMISSÍVEL. APELAÇÃO DESPROVIDA. 1. Trata-se de execução fiscal que veicula a cobrança de anuidades de 2011 a 2014. 2. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE nº 704.292, firmou a seguinte tese de Repercussão Geral (Tema nº 540): "É inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar, sem parâmetro legal, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos". 3. Desse modo, o regime legal que regula a matéria submete-se, necessariamente, ao princípio da legalidade tributária, não podendo as contribuições ser criadas ou majoradas senão por lei em sentido estrito, e não simples resolução. 4. Desse modo, a cobrança de anuidades pelos Conselhos Regionais de Fisioterapia e Terapia Ocupacional é válida somente a partir do ano de 2012, considerando o princípio da irretroatividade das leis e o princípio da anterioridade tributária, o que afasta de plano a cobrança da anuidade de 2011. 5. Verifica-se, contudo, que, no caso dos autos, mesmo as anuidades de 2012 a 2014 veiculadas na CDA que embasa a execução têm indicado como dispositivo legal para a sua cobrança o artigo 7º, XI, da Lei nº 6.316/75, não havendo menção expressa à Lei nº 12.514/2011, que fixou os limites máximos das anuidades e estipulou o parâmetro para a atualização monetária a ser aplicada na sua cobrança. 6. Ao não fazer menção expressa ao referido dispositivo normativo, deixou o exequente de observar os requisitos previstos artigo 2º, §5º, inciso III, da Lei nº 6.830/80, razão pela qual de rigor o reconhecimento, de ofício, da nulidade da CDA executada, sendo vedada a sua substituição. Precedentes da Terceira Turma. 7. Recurso de apelação a que se nega provimento."

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

EMENTA

DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ANUIDADES DE CONSELHO PROFISSIONAL. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. LEI 12.514/2011. CDA. SUBSTITUIÇÃO. LIMITAÇÃO.

1. A Suprema Corte declarou inconstitucional norma que autorizava os conselhos profissionais a fixar, cobrar e executar contribuições independentemente de parametrização legal do exercício da atividade (artigo 58 e parágrafos da Lei 9.649/1988, especialmente § 4º).
2. A natureza tributária das contribuições exige a sujeição ao princípio da legalidade (artigo 150, I, CF): "É inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar, sem parâmetro legal, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos." (RE 704.292).
3. Somente a partir de 2012, na vigência da Lei 12.514/2011, é que as contribuições aos conselhos profissionais passaram a ter base legal específica, validando a tributação segundo o princípio da legalidade, ficando as de anos anteriores declaradas inconstitucionais.
4. No caso, além de inconstitucionais as anuidades até 2011, as posteriores tampouco podem ser exigidas, pois o fundamento da execução, descrito nos títulos executivos, não foi a própria Lei 12.514/2011, única norma legal vigente a validar a tributação, fixando valores máximos admitidos e critérios de atualização monetária aplicáveis.

5. Trata-se de exigência substancial do título executivo, pois a descrição do fundamento legal da cobrança permite identificar o débito e aferir a regularidade ou não à luz da legislação, de sorte a conferir-lhe liquidez e certeza: artigo 2º, § 5º, da Lei 6.830/1980. A emenda ou substituição do título executivo apenas é possível até o julgamento em primeira instância e exclusivamente para correção de erro material ou formal, vedada a alteração de sujeito passivo (Súmula 392/STJ) ou de norma legal que, por equívoco, tenha servido de fundamento ao lançamento (AREsp 1.545.782).

6. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma decidiu, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 0003027-10.2016.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: S.S. INDUSTRIALIZACAO DE CABEDAIIS PARA CALCADOS LTDA - ME

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 0003027-10.2016.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: S.S. INDUSTRIALIZACAO DE CABEDAIIS PARA CALCADOS LTDA - ME

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela União em face de decisão que indeferiu pedido de redirecionamento de execução fiscal contra o sócio remanescente de SS Industrialização de Cabedais Para Calçados Ltda.

Relata que a sociedade representa microempresa e foi extinta mediante distrato, sem o cumprimento das obrigações tributárias.

Sustenta que a Lei Complementar nº 123/2006, no artigo 90, prevê expressamente a responsabilidade dos sócios e administradores pelos débitos que não foram pagos até a baixa da inscrição na Junta Comercial.

Argumenta que o tratamento favorecido dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte não autoriza o sacrifício dos interesses dos credores.

A firma que o distrato sem a liquidação do patrimônio da pessoa jurídica configura dissolução irregular.

O pedido de antecipação da tutela recursal foi indeferido.

Como não está integrada à relação processual, Silvia Gonçalves da Silva não recebeu intimação para contraminuta.

A Terceira Turma negou provimento ao recurso, sob o fundamento de que o distrato configura modo de dissolução regular de sociedade empresária, sem prejuízo da responsabilização posterior de sócio ou liquidação pelo quinhão recebido.

A União interpôs recurso especial, ao qual o Superior Tribunal de Justiça deu provimento para anular o acórdão proferido e determinar a continuidade do julgamento, com a premissa de que o mero distrato não significa dissolução regular de pessoa jurídica.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 0003027-10.2016.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: S.S. INDUSTRIALIZACAO DE CABEDAIS PARA CALCADOS LTDA - ME

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Com o provimento do recurso especial pelo STJ, impõe-se a continuidade do julgamento, sob a premissa de que o simples distrato não constitui forma definitiva de dissolução regular de sociedade empresária.

Efêtuamente, a dissolução de sociedade por deliberação dos sócios se materializa num procedimento, composto de diversas fases. À assembleia ou reunião de extinção da pessoa jurídica devem suceder a apuração do ativo e o pagamento do passivo, com a eventual partilha dos bens remanescentes (artigos 1.036 e 1.102 do CC).

Enquanto todas as etapas não forem transpostas, não se pode considerar regular a dissolução decorrente de distrato. A regularidade depende da conclusão de todos os atos do procedimento, principalmente da satisfação do passivo em aberto.

Assim, o distrato representa apenas a fase inicial da dissolução, que deve ser seguida da liquidação do patrimônio societário. A pendência das etapas seguintes não garante a integridade do procedimento e não exime abstratamente os sócios de responsabilidade pelos débitos, nos termos da jurisprudência do STJ já aplicada nos autos (AgInt no Resp. 1737677, Primeira Turma, DJ 18.11.2019).

Em consulta à execução fiscal, verifica-se que houve o distrato de SS Industrialização de Cabedais Para Calçados Ltda., averbado em fevereiro de 2012, antes da cobrança judicial do crédito da União (dezembro de 2014).

Como a deliberação extintiva não é suficiente para a dissolução regular da sociedade (artigos 1.036 e 1.102 do CC), o exame das demais fases se torna indispensável para a resolução da controvérsia, no mesmo sentido da decisão proferida pelo STJ nos autos.

Ocorre que o Tribunal não tem condições de promover a análise, seja porque a juntada de contrato social atualizado se faz imprescindível, com a realização de diligência em primeiro grau de jurisdição, seja porque a medida implicaria supressão de instância e violação da devolução restrita do agravo de instrumento.

Os autos, portanto, devem retornar ao primeiro grau de jurisdição para o exame dos demais pressupostos do procedimento e a viabilidade da responsabilização dos sócios.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao agravo de instrumento, para que o Juízo de Origem prossiga no exame do pedido de redirecionamento.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. DISTRATO. DISSOLUÇÃO REGULAR. NECESSIDADE DE LIQUIDAÇÃO. RETORNO DOS AUTOS PARA ANÁLISE DOS DEMAIS PRESSUPOSTOS DO REDIRECIONAMENTO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO EM PARTE.

I. Com o provimento do recurso especial pelo STJ, impõe-se a continuidade do julgamento, sob a premissa de que o simples distrato não constitui forma definitiva de dissolução regular de sociedade empresária.

II. Efetivamente, a dissolução de sociedade por deliberação dos sócios se materializa num procedimento, composto de diversas fases. À assembleia ou reunião de extinção da pessoa jurídica devem suceder a apuração do ativo e o pagamento do passivo, com a eventual partilha dos bens remanescentes (artigos 1.036 e 1.102 do CC).

III. Enquanto todas as etapas não forem transpostas, não se pode considerar regular a dissolução decorrente de distrato. A regularidade depende da conclusão de todos os atos do procedimento, principalmente da satisfação do passivo em aberto.

IV. Assim, o distrato representa apenas a fase inicial da dissolução, que deve ser seguida da liquidação do patrimônio societário. A pendência das etapas seguintes não garante a integridade do procedimento e não exime abstratamente os sócios de responsabilidade pelos débitos, nos termos da jurisprudência do STJ já aplicada nos autos (AgInt no Resp. 1737677, Primeira Turma, DJ 18.11.2019).

V. Em consulta à execução fiscal, verifica-se que houve o distrato de SS Industrialização de Cabedais Para Calçados Ltda., averbado em fevereiro de 2012, antes da cobrança judicial do crédito da União (dezembro de 2014).

VI. Como a deliberação extintiva não é suficiente para a dissolução regular da sociedade (artigos 1.036 e 1.102 do CC), o exame das demais fases se torna indispensável para a resolução da controvérsia, no mesmo sentido da decisão proferida pelo STJ nos autos.

VII. Ocorre que o Tribunal não tem condições de promover a análise, seja porque a juntada de contrato social atualizado se faz imprescindível, com a realização de diligência em primeiro grau de jurisdição, seja porque a medida implicaria supressão de instância e violação da devolução restrita do agravo de instrumento.

VIII. Os autos, portanto, devem retornar ao primeiro grau de jurisdição para o exame dos demais pressupostos do procedimento e a viabilidade da responsabilização dos sócios.

IX. Agravo de instrumento a que se dá parcial provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao agravo de instrumento, para que o Juízo de Origem prossiga no exame do pedido de redirecionamento., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0001886-95.2007.4.03.6102

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMOVEIS DA 2 REGIAO

Advogado do(a) APELANTE: GIANE REGINA NARDI - SP151579-A

APELADO: ADEMAR LACERDA RUIZ

Advogado do(a) APELADO: OMAR ALAEDIN - SP196088-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0001886-95.2007.4.03.6102

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMOVEIS DA 2 REGIAO

Advogado do(a) APELANTE: GIANE REGINA NARDI - SP151579-A

APELADO: ADEMAR LACERDA RUIZ

Advogado do(a) APELADO: OMAR ALAEDIN - SP196088-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação à sentença que extinguiu a execução fiscal de anuidades (2003 a 2006) e de multa eleitoral (2003 e 2006), nos termos dos artigos 356 e 485, IV, ambos do CPC, sem condenação em honorários advocatícios.

Alegou-se que: **(1)** a cobrança tem respaldo na Lei 10.785/2003, que alterou a Lei 6.530/1978, não se aplicando o RE 704.292; **(2)** houve composição entre as partes para a quitação do débito, com pedido de suspensão do feito, e autorização para que fosse realizada a transferência de valor bloqueado pelo sistema BACENJUD; e **(3)** a execução fiscal não poderia ter sido extinta, devendo prosseguir até que o valor do débito seja convertido em renda, nos termos do artigo 156, VI, do CTN.

Não houve contrarrazões.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0001886-95.2007.4.03.6102

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMOVEIS DA 2 REGIAO

Advogado do(a) APELANTE: GIANE REGINA NARDI - SP151579-A

APELADO: ADEMAR LACERDA RUIZ

Advogado do(a) APELADO: OMAR ALAEDIN - SP196088-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, a Suprema Corte na ADI 1.717 declarou inconstitucionais o artigo 58 e seus parágrafos - salvo o § 3º, julgado prejudicado - da Lei 9.649/1998, em especial, por sua pertinência ao caso, o § 4º assim redigido:

"Art. 58 (...)

§ 4º Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas são autorizados a fixar, cobrar e executar as contribuições anuais devidas por pessoas físicas e jurídicas, bem como preços de serviços e multas, que constituirão receitas próprias, considerando-se título executivo extrajudicial a certidão relativa aos créditos decorrentes."

A ementa destacou:

"2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados."

Em outro julgado, reforçou-se o entendimento de que as contribuições a tais entidades têm natureza tributária, sujeitando-se ao princípio constitucional da legalidade tributária: artigo 150, I (ARE 640.937).

Em repercussão geral no RE 704.292, firmou-se a seguinte tese:

"É inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar, sem parâmetro legal, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos."

Logo, tais contribuições não podem ser instituídas nem majoradas por resolução, ainda que lei delegue tal competência se não estipulados os parâmetros específicos de atuação.

Com relação especificamente aos Conselhos Regionais de Corretores de Imóveis, foi editada a Lei 10.795/2003 que alterou os artigos 11 e 16, §§ 1º e 2º, da Lei 6.530/1978, vigorando desde 08/12/2003, fixando valores máximos de anuidades e multas, bem como parâmetro de atualização monetária aplicável, sem validar, porém, as anuidades instituídas em períodos anteriores.

A partir de 2004 surgiu, portanto, parâmetro legal específico para apurar o valor das anuidades.

No caso, a execução fiscal foi ajuizada em 16/02/2007 contra pessoa física, cobrando anuidades de 2003 a 2006 e multas eleitorais de 2003 e 2006, respectivamente, com base nos artigos "34 e 35 do Decreto 81.871/1978 e Resolução COFECI 176/1984" e "artigo 19, § único, do Decreto 81.871/1978". (ID 126189506, f. 9/14).

Percebe-se, portanto, que além de ser inconstitucional a anuidade de 2003, as posteriores tampouco podem ser exigidas, pois houve irregularidade formal consistente na falta de descrição dos §§ 1º e 2º do artigo 16 da Lei 6.530/1978, incluído pela Lei 10.795/2003, já vigente à época da inscrição das dívidas (19/01/2004, 11/01/2005, 11/01/2006, e 04/01/2007) e do ajuizamento da ação.

Assim, a legislação indicada nas CDA's como fundamentação legal válida não é suficiente para garantir integridade formal e material aos títulos executivos que embasam a execução fiscal, e portanto, não podem estes servir como base para justificar o prosseguimento do feito, inclusive em relação ao termo de conciliação elaborado no incidente conciliatório 0000191-19.2016.403.6902, perante à CECON em 24/10/2016, vez que a cobrança é indevida e foi afastada pelo próprio Juízo *a quo*, após instar o apelante a manifestar-se, em razão do que decidido no RE 704.292. (ID 126189507, f. 16/19, 30, 37, 53/60)

A propósito, a supressão na descrição do critério legal de fixação do valor principal constitui vício na perspectiva legal, cominando, assim, de nulidade insanável o título executivo (artigo 2º, §5º, III, da Lei 6.830/1980).

A emenda ou substituição do título executivo apenas é possível até o julgamento em primeira instância e exclusivamente para correção de erro material ou formal, vedada a alteração de sujeito passivo (Súmula 392/STJ) ou de norma legal que, por equívoco, tenha servido de fundamento ao lançamento (AREsp 1.545.782).

Neste sentido tem decidido, igualmente, a Turma:

ApCiv 0002081-27.2014.4.03.6105, Rel. Des. Fed. CECILIA MARCONDES, e-DJF3 de 02/03/2020: **"DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMÓVEIS DA 2ª REGIÃO - CRECI/SP. ANUIDADES. NULIDADE DA INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. COBRANÇA DE MULTA POR DÉBITO ELEITORAL. DESCABIMENTO. APELAÇÃO DESPROVIDA. 1. Trata-se de execução fiscal que veicula a cobrança de anuidades de 2009 a 2013 e multas por débito eleitoral dos anos de 2009 e 2012. 2. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE nº 704.292, firmou a seguinte tese de Repercussão Geral (Tema nº 540): "É inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar, sem parâmetro legal, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos". 3. Desse modo, o regime legal que regula a matéria submete-se, necessariamente, ao princípio da legalidade tributária, não podendo as contribuições ser criadas ou majoradas senão por lei em sentido estrito, e não simples resolução. 4. Com relação especificamente aos Conselhos Regionais de Corretores de Imóveis, a Lei nº 10.795, de 5 de dezembro de 2003, deu nova redação ao artigo 11 e acrescentou dois parágrafos ao artigo 16 da Lei nº 6.530/78 (que regulamenta a profissão de corretores de imóveis), permitindo a cobrança das anuidades, ao fixar limites máximos para essas, bem como estipular o parâmetro para a atualização monetária a ser aplicada, em observância ao princípio da legalidade estrita. 5. Verifica-se, contudo, que, no caso dos autos, as CDA's que embasam a execução indicam como dispositivos legais para a cobrança das anuidades apenas o inciso VII do art. 16 da Lei nº 6.530/78 c/c os artigos 34 e 35 do Decreto 81.871/78, não fazendo menção expressa aos §§1º e 2º do art. 16 da Lei nº 6.530/78, incluídos pela Lei nº 10.795/2003, que fixaram os limites máximos das anuidades e estipularam o parâmetro para a atualização monetária a ser aplicada na sua cobrança. 6. Ao não fazer menção expressa aos referidos dispositivos normativos, deixou o exequente de observar os requisitos previstos artigo 2º, §5º, inciso III, da Lei nº 6.830/80, razão pela qual de rigor o reconhecimento, de ofício, da nulidade das CDAs executadas. Precedentes da Terceira Turma. 7. O associado inadimplente (e, portanto, em situação irregular) está impossibilitado de votar nas eleições do CRECI, diante da disposição do artigo 13, II, da Resolução nº 809/2003 do Conselho Federal de Corretores de Imóveis. Assim, as multas em cobrança, resultantes do não comparecimento para votar nas eleições dos anos de 2009 e 2012, não pode ser exigida do executado. Precedentes desta Corte. 8. Recurso de apelação a que se nega provimento."(g.n.)**

Por fim, quanto aos títulos executivos que veiculam a cobrança de multas eleitorais relativas a 2003 e 2006, cabe destacar que o artigo 13, II, da Resolução 809/2003 do Conselho Federal de Corretores de Imóveis, assim dispõe:

"Art. 13 - Será considerado eleitor o Corretor de Imóveis que na data da realização da eleição satisfaça os seguintes requisitos:

I - tenha inscrição principal no CRECI da Região;

II - esteja em dia com as obrigações financeiras para com o CRECI da região, inclusive a anuidade do exercício corrente;(..)"

Desse modo, as multas, resultantes da falta de comparecimento para votar nas eleições de 2013 e 2016, não podem ser exigidas do corretor inadimplente.

Confira-se:

ApCiv 5007536-52.2018.4.03.6102, Rel. Des. Fed. NELTON DOS SANTOS, e-DJF3 de 09/12/2019: “EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMÓVEIS DA 2ª REGIÃO - CRECI/SP. ANUIDADES. NULIDADE DA INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. MULTA ELEITORAL. APELAÇÃO DESPROVIDA. 1. Trata-se de execução fiscal em que se busca a cobrança das anuidades de 2009 a 2013 (ID de n.º 57081252, páginas 15-16 e 18-20), e multa eleitoral de 2009 e 2012 (ID de n.º 57081252, páginas 17 e 21). 2. A cobrança de anuidade cujo valor seja fixado, majorado ou mesmo atualizado por ato normativo do Conselho Profissional ofende o princípio da legalidade. 3. O Supremo Tribunal Federal enfrentou e rejeitou o argumento de que o artigo 2º da Lei nº 11.000/2004 autorizaria os conselhos profissionais a fixar os valores de suas anuidades e, indo além, refutou também a alegação de que a decisão da Turma violaria o artigo 97 da Constituição Federal. (Precedente: STF, ARE 640937 AgR-segundo, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-171 DIVULG 05-09-2011 PUBLIC 06-09-2011 EMENT VOL-02581-02 PP-00362). 4. Em relação ao Conselho Regional de Corretores de Imóveis, a cobrança da contribuição de interesse da categoria profissional inicialmente era prevista na Lei nº 6.994/82 que estabeleceu limites ao valor das anuidades e taxas devidas aos conselhos fiscalizadores do exercício profissional, vinculando-as ao MVR (Maior Valor de Referência). Após, a Lei nº 9.649/98 previu a fixação de anuidades pelos próprios Conselhos de Fiscalização no seu art. 58, §4º. Porém, foi declarada a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal. Mas, a partir da edição da Lei nº 10.795/2003, de 5/12/2003, que deu nova redação aos artigos 11 e 16 da Lei nº 6.530/78 (que regulamenta a profissão de corretores de imóveis), a cobrança das anuidades passou a ser admitida, pois foram fixados limites máximos das anuidades, bem como estipulado o parâmetro para a atualização monetária a ser aplicada, em observância ao princípio da legalidade estrita. 5. Desse modo, observado o princípio da irretroatividade das leis, o Conselho Regional de Corretores de Imóveis passou a cobrar o valor das anuidades nos moldes estabelecidos em norma legal somente a partir de dezembro de 2003 (data de publicação da Lei nº 10.795/2003). 6. No presente caso, ainda que a Lei nº 10.795/2003 autorize a cobrança das anuidades devidas ao Conselho exequente, não há como a presente execução prosseguir, pois as CDA's que embasam a presente execução, indicam como dispositivos legais para a cobrança das anuidades, apenas o art. 16, VII, da Lei nº 6.530/78 c/c os artigos 34 e 35 do Decreto 81.871/78, sendo que o primeiro dispositivo citado (art. 16, VII, da Lei nº 6.530/78) permite a fixação das multas, anuidades e emolumentos devidos aos Conselhos Regionais; e, o segundo (artigos 34 e 35 do Decreto 81.871/78) estabelece que o pagamento da anuidade constitui condição para o exercício da profissão (art. 34), além de estipular a data em que deve ser paga a anuidade (art. 35). 7. Assim, os dispositivos legais utilizados pelo exequente não configuram embasamento legal válido para a cobrança das anuidades em tela, pois não consta como fundamento das referidas CDA's, o § 1º do art. 16, da Lei nº 6.530/78, incluído pela Lei nº 10.795/2003, que fixou os limites máximos das anuidades, bem como, o § 2º do art. 16, da Lei nº 6.530/78, incluído pela Lei nº 10.795/2003, que estipulou o parâmetro para a atualização monetária a ser aplicada na sua cobrança (precedentes da Terceira Turma deste E. Tribunal). 8. Desse modo, não indicando o fundamento legal para a cobrança das anuidades (artigos §§ 1º e 2º do art. 16 da Lei nº 6.530/78, incluídos pela Lei nº 10.795/2003), deixou o exequente de observar os requisitos previstos art. 2º, §5º, III, da Lei nº 6.830/80. 9. De outra face, com relação à multa de eleição, prevista para os anos de 2009 e 2012, a execução padece de nulidade, pois a resolução COFECI de nº 1.128/2009 (art. 2º, II) estabelece normas para a realização de eleições nos Conselhos Regionais de Corretores de Imóveis, dispondo no artigo 2º, II, das Normas Regulamentadoras do processo eleitoral que o corretor esteja em dia com as obrigações financeiras para com o CRECI da Região, inclusive a anuidade do exercício corrente para poder exercer seu direito a voto. Ressalte-se que a Resolução COFECI de nº 809/2003, no seu artigo 13, II, já estabelecia norma neste mesmo sentido. Como, no presente caso, estão sendo cobradas as anuidades de 2009 e 2012 é indevida a imposição da multa eleitoral. 10. Apelação desprovida.” (g.n.)

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

EMENTA

DIREITO TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMÓVEIS - CRECI/SP. ANUIDADES. LEI 6.530/1978, ARTIGO 16, §§ 1º e 2º. CDA. NULIDADE. MULTA ELEITORAL. INEXIGIBILIDADE.

1. A Suprema Corte declarou inconstitucional norma que autorizava os conselhos profissionais a fixar, cobrar e executar contribuições independentemente de parametrização legal do exercício da atividade (artigo 58 e parágrafos da Lei 9.649/1988, especialmente § 4º).

2. A natureza tributária das contribuições exige a sujeição ao princípio da legalidade (artigo 150, I, CF): *"É inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar, sem parâmetro legal, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos."* (RE 704.292).

3. Com relação especificamente aos Conselhos Regionais de Corretores de Imóveis, foi editada a Lei 10.795/2003 que alterou os artigos 11 e 16, §§ 1º e 2º, da Lei 6.530/1978, vigorando desde 08/12/2003, fixando valores máximos de anuidades e multas, bem como parâmetro de atualização monetária, aplicáveis, portanto, desde 2004.

4. No caso, a execução fiscal, além de cobrar anuidade inconstitucional (2003), incluiu anuidades de períodos posteriores, sob a vigência da nova legislação, sem apontar, nos títulos executivos, a fundamentação legal devida, padecendo, pois, de nulidade formal, pois somente tem os atributos de liquidez e certeza a execução fiscal fundada em correta descrição das normas aplicáveis, no caso, os §§ 1º e 2º do artigo 16 da Lei 6.530/1978, incluído pela Lei 10.795/2003, vigentes à época da inscrição das dívidas e do ajuizamento da ação.

5. Assim, a legislação indicada nas CDA's como fundamentação legal válida não é suficiente para garantir integridade formal e material aos títulos executivos que embasam a execução fiscal, e portanto, não podem estes servir como base para justificar o prosseguimento do feito, inclusive em relação ao termo de conciliação elaborado no incidente conciliatório perante à CECON em 24/10/2016, vez que a cobrança é indevida e, após manifestação do apelante, foi afastada em razão do que decidido no RE 704.292.

6. A supressão na descrição do critério legal de fixação do valor principal constitui vício na perspectiva legal, cominando, assim, de nulidade insanável o título executivo (artigo 2º, §5º, III, da Lei 6.830/1980). A emenda ou substituição do título executivo apenas é possível até o julgamento em primeira instância e exclusivamente para correção de erro material ou formal, vedada a alteração de sujeito passivo (Súmula 392/STJ) ou de norma legal que, por equívoco, tenha servido de fundamento ao lançamento (AREsp 1.545.782).

7. Por fim, quanto aos títulos executivos que veiculam a cobrança de multas eleitorais resultantes da falta de comparecimento para votar nas eleições de 2013 e 2016, estas não podem ser exigidas do corretor inadimplente, nos termos do artigo 13, II, da Resolução 809/2003 do Conselho Federal de Corretores de Imóveis.

8. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma decidiu, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5004396-35.2018.4.03.6126

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

PARTE AUTORA: EDSON PEREIRA

JUIZO RECORRENTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SANTO ANDRÉ/SP - 3ª VARA FEDERAL

Advogados do(a) PARTE AUTORA: NORMA DOS SANTOS MATOS VASCONCELOS - SP205321-A, PRISCILLA

MILENA SIMONATO DE MIGUELI - SP256596-A, GEISLA LUARA SIMONATO - SP306479-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5004396-35.2018.4.03.6126

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

PARTE AUTORA: EDSON PEREIRA
JUIZO RECORRENTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SANTO ANDRÉ/SP - 3ª VARA FEDERAL
Advogados do(a) PARTE AUTORA: NORMA DOS SANTOS MATOS VASCONCELOS - SP205321-A, PRISCILLA
MILENA SIMONATO DE MIGUELI - SP256596-A, GEISLA LUARA SIMONATO - SP306479-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial em mandado de segurança concedido para compelir a autoridade impetrada a proferir decisão no pedido administrativo de aposentadoria de pessoa com deficiência por tempo de contribuição formulado em 31/08/2018 (protocolo 1334659832).

Em 27/03/2019 foram juntadas informações da autoridade impetrada, comunicando que o requerimento administrativo foi apreciado e indeferido (ID 58503339).

O Ministério Público Federal lançou parecer nos autos.

Inicialmente distribuído à 7ª Turma, o relator originário determinou a redistribuição do feito à 2ª Seção, sendo os autos encaminhados a esta relatoria, designada por sorteio.

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5004396-35.2018.4.03.6126
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
PARTE AUTORA: EDSON PEREIRA
JUIZO RECORRENTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SANTO ANDRÉ/SP - 3ª VARA FEDERAL
Advogados do(a) PARTE AUTORA: NORMA DOS SANTOS MATOS VASCONCELOS - SP205321-A, PRISCILLA
MILENA SIMONATO DE MIGUELI - SP256596-A, GEISLA LUARA SIMONATO - SP306479-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, o princípio da duração razoável do processo, elevado à superioridade constitucional, elenca não apenas a garantia da prestação administrativa célere, como a da eficiência, razoabilidade e moralidade, de acordo com o previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal e artigo 2º, *caput*, da Lei 9.784/1999:

"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte (...)"

"Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência."

Com efeito, tem-se dado materialidade ao entendimento de que é dever do Poder Público, parte de sua própria finalidade e do interesse público, que suas funções sejam exercidas de maneira célere e satisfatória, sob pena, caso contrário, de ineficácia. Não por outro motivo foram promulgadas as Emendas Constitucionais 19 e 45, bem como, em nível infraconstitucional, editada a própria Lei 9.784/1999, supracitada.

Neste sentido tem decidido a Corte:

ApCiv 5000897-78.2019.4.03.6103, Rel. Des. Fed. CECILIA MARCONDES, intimação via sistema 06/03/2020: "ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO. REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. DECURSO DO PRAZO LEGAL PARA ANÁLISE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO DESPROVIDAS. 1. Na hipótese dos autos, o impetrante formulou requerimento de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição em 06.07.2018, o qual permaneceu pendente de apreciação pelo INSS, além do prazo legal. 2. Cumpre ressaltar que a duração razoável dos processos é garantia constitucionalmente assegurada aos administrados, consoante expressa disposição do art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/88, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04. 3. Com efeito, a Administração Pública tem o dever de analisar em prazo razoável os pedidos que lhe são submetidos, sob pena de causar prejuízo ao administrado e de descumprir o princípio da celeridade processual, também assegurado constitucionalmente aos processos administrativos (art. 5º, LXXVIII, da CF/88). 4. Consoante preconiza o princípio constitucional da eficiência, previsto no art. 37, caput, da Constituição da República, o administrado não pode ser prejudicado pela morosidade excessiva na apreciação de requerimentos submetidos à Administração Pública. Assim, a via mandamental é adequada para a garantia do direito do administrado. 5. O art. 49 da Lei nº 9.784/1999 fixa o prazo de até 30 dias para que a Administração Pública decida a questão posta em processo administrativo, salvo se houver motivo que justifique de maneira expressa a prorrogação do referido lapso temporal. 6. Além do aludido prazo legal, o art. 41-A, § 5º, da Lei nº 8.213/1991 e o art. 174 do Decreto nº 3.048/1999, que dispõem especificamente sobre a implementação de benefícios previdenciários, preveem o prazo de 45 dias para o primeiro pagamento, contados a partir da data da apresentação dos documentos necessários pelo segurado. 7. No caso vertente, resta evidenciado que a autoridade impetrada desrespeitou os prazos estabelecidos em legislações ordinárias, que regulam tanto o processo administrativo em geral, como os processos administrativos de requerimentos de benefícios no âmbito da Previdência Social. 8. Inexiste amparo legal para a omissão administrativa da autarquia previdenciária, que, pelo contrário, enseja descumprimento de normas legais e violação aos princípios da legalidade, razoável duração do processo, proporcionalidade, eficiência na prestação de serviço público, segurança jurídica e moralidade, sujeitando-se ao controle jurisdicional visando a reparar a lesão a direito líquido e certo infringido. 9. Não há condenação em honorários advocatícios em sede de mandado de segurança, nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009 e das Súmulas 105 do STJ e 512 do STF. 10. Apelação e remessa necessária, tida por interposta, não providas."

Na espécie, o requerimento foi protocolado em 31/08/2018 (ID. 58502358), gerando, pela demora, apreciação somente em 01/03/2019 (ID. 58503339), após a presente impetração, em evidente violação ao prazo de 30 dias, previsto nos artigos 49 e 59, § 1º, da Lei 9.784/1999, bem como à razoável duração do processo, segundo os princípios da eficiência e da moralidade:

"Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada."

"Art. 59. (...)

§ 1º Quando a lei não fixar prazo diferente, o recurso administrativo deverá ser decidido no prazo máximo de trinta dias a partir do recebimento dos autos pelo órgão competente."

Como se observa, o INSS não se exclui da incidência da legislação citada que, ao fixar prazo de trinta dias para proferir decisão e para julgar recurso administrativo, não permite que nas fases intermediárias possa ser consumido prazo indefinido, protraindo alongadamente o prazo para conclusão do procedimento administrativo, prejudicando o cumprimento das etapas finais, em que peremptórios os prazos fixados, justificados em particular pela própria natureza dos benefícios previdenciários. Logo, dificuldades de estrutura e pessoal não podem ser invocadas em detrimento do princípio constitucional e legal da eficiência e celeridade na prestação do serviço público.

O reconhecimento de direito líquido e certo não viola os princípios da isonomia e da impessoalidade, pois não pode a Administração preconizar que a Constituição Federal autoriza a prática de ilegalidade desde que seja de forma igual e impessoal. Quem se vê tolhido de direito líquido e certo deve buscar amparo judicial e o remédio é o restabelecimento do regime jurídico da legalidade, e não o contrário.

Nem se invoque, em defesa, o tratado no RE 631.240, que originou, em repercussão geral, o Tema 350 cuja impertinência com o caso é manifesta, vez que referente, exclusivamente, à exigência de prévio requerimento administrativo como condição para acesso ao Judiciário sem nada dispor sobre a validade de atrasos praticados pela autarquia previdenciária no exercício de suas atribuições e deveres legais. A previsão de intimação para o INSS manifestar-se em até noventa dias nas ações ajuizadas sem prévio requerimento administrativo e antes da conclusão do julgamento do precedente em 03/09/2014, não revoga o preceito legal, mas busca apenas resolver o destino das demandas judiciais em curso, bem diferente do verificado, nos autos, em que já foi previamente acionada a administração e esta, ainda assim, descumpriu prazo legal para a prestação do serviço público.

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO ADMINISTRATIVO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. INSS. PRAZO. DEMORA INJUSTIFICADA. ARTS. 5º, LXXVII E 37, CF. LEI 9.784/1999. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. O princípio da duração razoável do processo, elevado à superioridade constitucional, elenca não apenas a garantia da prestação administrativa célere, como a da eficiência, razoabilidade e moralidade, de acordo com o previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal e artigo 2º, *caput*, da Lei 9.784/1999.
2. Constatada a significativa demora no exame do pedido administrativo é direito do segurado ver compelido o INSS a observar o prazo legal para apreciação do requerimento, em especial por se tratar de pleito de natureza previdenciária e, portanto, de caráter alimentar. Não são justificáveis atrasos baseados em falta de estrutura e pessoal, pois incumbe à Administração Pública fornecer os meios necessários para a prestação de serviço público célere e eficiente.
3. O reconhecimento de direito líquido e certo não viola os princípios da isonomia e da impessoalidade, pois não pode a Administração preconizar que a Constituição Federal autoriza a prática de ilegalidade desde que seja de forma igual e impessoal. Quem se vê tolhido de direito líquido e certo deve buscar amparo judicial e o remédio é o restabelecimento do regime jurídico da legalidade, e não o contrário.

4. O caso dos autos não se amolda ao discutido no RE 631.240, que originou, em repercussão geral, o Tema 350 que tratou, exclusivamente, da exigência de prévio requerimento administrativo como condição para acesso ao Judiciário sem nada dispor sobre a validade de atrasos praticados pela autarquia previdenciária no exercício de suas atribuições e deveres legais. A previsão de intimação para o INSS manifestar-se em até noventa dias nas ações ajuizadas sem prévio requerimento administrativo e antes da conclusão do julgamento do precedente em 03/09/2014, não revoga o preceito legal, mas busca apenas resolver o destino das demandas judiciais em curso, bem diferente do verificado, nos autos, em que já foi previamente acionada a administração e esta, ainda assim, descumpriu prazo legal para a prestação do serviço público.

5. Remessa oficial desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5005485-65.2018.4.03.6103

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

PARTE AUTORA: ZILMAIRA VANESSA ARMOND DE MORAIS

Advogado do(a) PARTE AUTORA: RENATA MAGALHAES VIEIRA GOMES - SP339150-A

PARTE RE: DELEGADO DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SÃO JOSÉ DOS CAMPOS/SP,
UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5005485-65.2018.4.03.6103

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

PARTE AUTORA: ZILMAIRA VANESSA ARMOND DE MORAIS

Advogado do(a) PARTE AUTORA: RENATA MAGALHAES VIEIRA GOMES - SP339150-A

PARTE RE: DELEGADO DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SÃO JOSÉ DOS CAMPOS/SP,
UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial à sentença de concessão da segurança para, confirmando a liminar deferida, *determinar “à autoridade impetrada que promovesse, no prazo de 30 (trinta) dias, a análise dos requerimentos administrativos nº 18437.98098.040816.2.2.16-0927, nº 33178.36613.040816.2.2.16-3031 e nº 02260.18092.040816.2.2.16-7385”*.

Após concessão de liminar, foram juntadas informações da autoridade impetrada, comunicando a análise com deferimento dos pedidos protocolados em 30/08/2018 e conclusão da restituição do indébito em 26/11/2018.

Sem recurso voluntário, subiram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo prosseguimento do feito.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5005485-65.2018.4.03.6103

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

PARTE AUTORA: ZILMAIRA VANESSA ARMOND DE MORAIS

Advogado do(a) PARTE AUTORA: RENATA MAGALHAES VIEIRA GOMES - SP339150-A

PARTE RE: DELEGADO DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SÃO JOSÉ DOS CAMPOS/SP,
UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, o processo administrativo deve observar os princípios do devido processo legal, da razoável duração do processo e da eficiência, sendo consolidado na jurisprudência o entendimento de que a demora injustificada no exame de pleitos administrativos fiscais, extrapolando o prazo previsto no artigo 24 da Lei 11.457/2007, vulnera direito líquido e certo do contribuinte.

Neste sentido os seguintes precedentes:

AIRESP 1.598.796, Rel. Min. CAMPBELL MARQUES, DJE 03/10/2018: “PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 3/STJ. PEDIDO ADMINISTRATIVO FISCAL DE RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO. EXAURIMENTO DO PRAZO PARA CONCLUSÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. 360 DIAS. PRECEDENTE. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ARTIGO 543-C DO CPC/1973. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. Os requerimentos efetuados anteriormente à vigência da Lei 11.457/07, quanto aos pedidos protocolados após o advento do referido diploma legislativo, o prazo aplicável para conclusão do processo administrativo de restituição é de 360 dias a partir do protocolo dos pedidos, nos termos do art. 24 da Lei 11.457/07 (REsp. n. 1.138.206/RS, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 9.8.2010). 2. Agravo interno não provido.”

RemNecCiv 5028392-43.2018.4.03.6100, Rel. Des. Fed. NELTON DOS SANTOS, intimação via sistema 06/03/2020: “ADMINISTRATIVO. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. PROCESSO ADMINISTRATIVO FEDERAL. PEDIDO ADMINISTRATIVO. PRAZO PARA DECISÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 24 DA LEI 11.457/07. 1. O Superior Tribunal de Justiça já dirimiu a controvérsia, em julgamento realizado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, acerca da razoável duração do processo administrativo tributário. 2. O artigo 24, da Lei nº 11.457/07, norma de natureza processual e de aplicação imediata, supriu a lacuna existente, devendo a administração pública manifestar-se sobre o pedido no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias. 3. Cabe à Administração Pública respeitar o princípio da razoável duração do processo, constante no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04. 4. Remessa oficial desprovida.”

No caso, os requerimentos foram protocolados em 04/08/2016 (ID 123207605), com apreciação e definitiva conclusão somente em 30/08/2018 e 26/11/2018, respectivamente (IDs 123207613 e 12320736), após concedida liminar, em evidente descumprimento do prazo estipulado no artigo 24 da Lei 11.457/2007.

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. TRIBUTÁRIO. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. ARTIGO 24 DA LEI 11.457/2007. DEMORA. LESÃO ADIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. O processo administrativo deve observar os princípios do devido processo legal, da razoável duração do processo e da eficiência, sendo consolidado na jurisprudência o entendimento de que a demora injustificada no exame de pleitos administrativos fiscais, extrapolando o prazo previsto no artigo 24 da Lei 11.457/2007, vulnera direito líquido e certo do contribuinte.

2. Remessa oficial desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5003845-43.2018.4.03.6130
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
PARTE AUTORA: YARA AGDA FONSECA MORENO RODRIGUES
Advogado do(a) PARTE AUTORA: IZABEL RUBIO LAHERA - SP300795-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5003845-43.2018.4.03.6130
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
PARTE AUTORA: YARA AGDA FONSECA MORENO RODRIGUES
Advogado do(a) PARTE AUTORA: IZABEL RUBIO LAHERA - SP300795-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial em mandado de segurança concedido para compelir a autoridade impetrada a implantar o benefício de pensão por morte, em cumprimento ao decidido pela 5ª Junta de Recursos do Conselho de Recursos da Previdência Social em 09/10/2017.

Em 10/10/2018 foram juntadas informações da autoridade impetrada, comunicando a remessa à 5ª Junta de Recursos do CRPS do recurso administrativo, para revisão, de ofício, do acórdão 6199/2017 que concedeu o benefício (ID 107080327).

Após notificada da concessão da segurança, a autoridade impetrada informou que a revisão de ofício anulou o acórdão 6199/2017, conhecendo do recurso e negando-lhe provimento (ID 107080595).

O Ministério Público Federal lançou parecer nos autos.

Inicialmente distribuído à 10ª Turma, o relator originário determinou a redistribuição do feito à 2ª Seção, sendo os autos encaminhados a esta relatoria, designada por sorteio.

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5003845-43.2018.4.03.6130
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
PARTE AUTORA: YARA AGDA FONSECA MORENO RODRIGUES
Advogado do(a) PARTE AUTORA: IZABEL RUBIO LAHERA - SP300795-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, o princípio da duração razoável do processo, elevado à superioridade constitucional, elenca não apenas a garantia da prestação administrativa célere, como a da eficiência, razoabilidade e moralidade, de acordo com o previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal e artigo 2º, *caput*, da Lei 9.784/1999:

"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte (...)"

"Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência."

Com efeito, tem-se dado materialidade ao entendimento de que é dever do Poder Público, parte de sua própria finalidade e do interesse público, que suas funções sejam exercidas de maneira célere e satisfatória, sob pena, caso contrário, de ineficácia. Não por outro motivo foram promulgadas as Emendas Constitucionais 19 e 45, bem como, em nível infraconstitucional, editada a própria Lei 9.784/1999, supracitada.

Neste sentido tem decidido a Corte:

ApCiv 5000897-78.2019.4.03.6103, Rel. Des. Fed. CECILIA MARCONDES, intimação via sistema 06/03/2020: **“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO. REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. DECURSO DO PRAZO LEGAL PARA ANÁLISE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO DESPROVIDAS. 1. Na hipótese dos autos, o impetrante formulou requerimento de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição em 06.07.2018, o qual permaneceu pendente de apreciação pelo INSS, além do prazo legal. 2. Cumpre ressaltar que a duração razoável dos processos é garantia constitucionalmente assegurada aos administrados, consoante expressa disposição do art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/88, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04. 3. Com efeito, a Administração Pública tem o dever de analisar em prazo razoável os pedidos que lhe são submetidos, sob pena de causar prejuízo ao administrado e de descumprir o princípio da celeridade processual, também assegurado constitucionalmente aos processos administrativos (art. 5º, LXXVIII, da CF/88). 4. Consoante preconiza o princípio constitucional da eficiência, previsto no art. 37, caput, da Constituição da República, o administrado não pode ser prejudicado pela morosidade excessiva na apreciação de requerimentos submetidos à Administração Pública. Assim, a via mandamental é adequada para a garantia do direito do administrado. 5. O art. 49 da Lei nº 9.784/1999 fixa o prazo de até 30 dias para que a Administração Pública decida a questão posta em processo administrativo, salvo se houver motivo que justifique de maneira expressa a prorrogação do referido lapso temporal. 6. Além do aludido prazo legal, o art. 41-A, § 5º, da Lei nº 8.213/1991 e o art. 174 do Decreto nº 3.048/1999, que dispõem especificamente sobre a implementação de benefícios previdenciários, preveem o prazo de 45 dias para o primeiro pagamento, contados a partir da data da apresentação dos documentos necessários pelo segurado. 7. No caso vertente, resta evidenciado que a autoridade impetrada desrespeitou os prazos estabelecidos em legislações ordinárias, que regulam tanto o processo administrativo em geral, como os processos administrativos de requerimentos de benefícios no âmbito da Previdência Social. 8. Inexiste amparo legal para a omissão administrativa da autarquia previdenciária, que, pelo contrário, enseja descumprimento de normas legais e violação aos princípios da legalidade, razoável duração do processo, proporcionalidade, eficiência na prestação de serviço público, segurança jurídica e moralidade, sujeitando-se ao controle jurisdicional visando a reparar a lesão a direito líquido e certo infringido. 9. Não há condenação em honorários advocatícios em sede de mandado de segurança, nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009 e das Súmulas 105 do STJ e 512 do STF. 10. Apelação e remessa necessária, tida por interposta, não providas.”**

Na espécie, o recurso administrativo foi julgado pela 5ª Junta de Recursos do CRPS em 09/10/2017 (ID. 107080317), gerando, pela demora, análise de revisão de ofício, de que resultou a anulação do acórdão 6199/2017 em 28/08/2019 (ID. 107080595), após a concessão da segurança, prejudicando, portanto, a implantação do benefício, porém, de qualquer sorte, restou evidenciado, no curso da tramitação administrativa, evidente violação ao prazo de 30 dias, previsto nos artigos 49 e 59, § 1º, da Lei 9.784/1999, bem como à razoável duração do processo, segundo os princípios da eficiência e da moralidade:

"Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada."

"Art. 59. (...)"

§ 1º Quando a lei não fixar prazo diferente, o recurso administrativo deverá ser decidido no prazo máximo de trinta dias a partir do recebimento dos autos pelo órgão competente."

Como se observa, o INSS não se exclui da incidência da legislação citada que, ao fixar prazo de trinta dias para proferir decisão e para julgar recurso administrativo, não permite que nas fases intermediárias possa ser consumido prazo indefinido, protraindo alongadamente o prazo para conclusão do procedimento administrativo, prejudicando o cumprimento das etapas finais, em que preempórios os prazos fixados, justificados em particular pela própria natureza dos benefícios previdenciários. Logo, dificuldades de estrutura e pessoal não podem ser invocadas em detrimento do princípio constitucional e legal da eficiência e celeridade na prestação do serviço público.

O reconhecimento de direito líquido e certo não viola os princípios da isonomia e da impessoalidade, pois não pode a Administração preconizar que a Constituição Federal autoriza a prática de ilegalidade desde que seja de forma igual e impessoal. Quem se vê tolhido de direito líquido e certo deve buscar amparo judicial e o remédio é o restabelecimento do regime jurídico da legalidade, e não o contrário.

Nem se invoque, em defesa, o tratado no RE 631.240, que originou, em repercussão geral, o Tema 350 cuja impertinência como caso é manifesta, vez que referente, exclusivamente, à exigência de prévio requerimento administrativo como condição para acesso ao Judiciário sem nada dispor sobre a validade de atrasos praticados pela autarquia previdenciária no exercício de suas atribuições e deveres legais. A previsão de intimação para o INSS manifestar-se em até noventa dias nas ações ajuizadas sem prévio requerimento administrativo e antes da conclusão do julgamento do precedente em 03/09/2014, não revoga o preceito legal, mas busca apenas resolver o destino das demandas judiciais em curso, bem diferente do verificado, nos autos, em que já foi previamente acionada a administração e esta, ainda assim, descumpriu prazo legal para a prestação do serviço público.

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO ADMINISTRATIVO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. INSS. PRAZO. DEMORA INJUSTIFICADA. ARTS. 5º, LXXVII E 37, CF. LEI 9.784/1999. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. O princípio da duração razoável do processo, elevado à superioridade constitucional, elenca não apenas a garantia da prestação administrativa célere, como a da eficiência, razoabilidade e moralidade, de acordo com o previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal e artigo 2º, *caput*, da Lei 9.784/1999.

2. Constatada a significativa demora no reexame do recurso administrativo é direito do segurado ver compelido o INSS a observar o prazo legal para a respectiva apreciação, em especial por se tratar de pleito de natureza previdenciária e, portanto, de caráter alimentar. Não são justificáveis atrasos baseados em falta de estrutura e pessoal, pois incumbe à Administração Pública fornecer os meios necessários para a prestação de serviço público célere e eficiente.

3. O reconhecimento de direito líquido e certo não viola os princípios da isonomia e da impessoalidade, pois não pode a Administração preconizar que a Constituição Federal autoriza a prática de ilegalidade desde que seja de forma igual e impessoal. Quem se vê tolhido de direito líquido e certo deve buscar amparo judicial e o remédio é o restabelecimento do regime jurídico da legalidade, e não o contrário.

4. O caso dos autos não se amolda ao discutido no RE 631.240, que originou, em repercussão geral, o Tema 350 que tratou, exclusivamente, da exigência de prévio requerimento administrativo como condição para acesso ao Judiciário sem nada dispor sobre a validade de atrasos praticados pela autarquia previdenciária no exercício de suas atribuições e deveres legais. A previsão de intimação para o INSS manifestar-se em até noventa dias nas ações ajuizadas sem prévio requerimento administrativo e antes da conclusão do julgamento do precedente em 03/09/2014, não revoga o preceito legal, mas busca apenas resolver o destino das demandas judiciais em curso, bem diferente do verificado, nos autos, em que já foi previamente acionada a administração e esta, ainda assim, descumpriu prazo legal para a prestação do serviço público.

5. Remessa oficial desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5013054-37.2019.4.03.6183

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

PARTE AUTORA: HELIO PULCINO DOS SANTOS

Advogado do(a) PARTE AUTORA: DANIELA VOLPIANI BRASILINO DE SOUSA - SP230859-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5013054-37.2019.4.03.6183

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

PARTE AUTORA: HELIO PULCINO DOS SANTOS

Advogado do(a) PARTE AUTORA: DANIELA VOLPIANI BRASILINO DE SOUSA - SP230859-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial em mandado de segurança concedido para compelir a autoridade impetrada a proferir decisão no pedido administrativo de aposentadoria por tempo de contribuição formulado em 29/04/2019 (protocolo 512012994).

Em 03/02/2020 foram juntadas informações da autoridade impetrada, comunicando que o requerimento administrativo foi apreciado e indeferido (ID 127329310).

O Ministério Público Federal lançou parecer nos autos.

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL(199) Nº 5013054-37.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
PARTE AUTORA: HELIO PULCINO DOS SANTOS
Advogado do(a) PARTE AUTORA: DANIELA VOLPIANI BRASILINO DE SOUSA - SP230859-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, o princípio da duração razoável do processo, elevado à superioridade constitucional, elenca não apenas a garantia da prestação administrativa célere, como a da eficiência, razoabilidade e moralidade, de acordo com o previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal e artigo 2º, *caput*, da Lei 9.784/1999:

"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte (...)"

"Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência."

Com efeito, tem-se dado materialidade ao entendimento de que é dever do Poder Público, parte de sua própria finalidade e do interesse público, que suas funções sejam exercidas de maneira célere e satisfatória, sob pena, caso contrário, de ineficácia. Não por outro motivo foram promulgadas as Emendas Constitucionais 19 e 45, bem como, em nível infraconstitucional, editada a própria Lei 9.784/1999, supracitada.

Neste sentido tem decidido a Corte:

ApCiv 5000897-78.2019.4.03.6103, Rel. Des. Fed. CECILIA MARCONDES, intimação via sistema 06/03/2020: **“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO. REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. DECURSO DO PRAZO LEGAL PARA ANÁLISE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO DESPROVIDAS. 1. Na hipótese dos autos, o impetrante formulou requerimento de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição em 06.07.2018, o qual permaneceu pendente de apreciação pelo INSS, além do prazo legal. 2. Cumpre ressaltar que a duração razoável dos processos é garantia constitucionalmente assegurada aos administrados, consoante expressa disposição do art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/88, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04. 3. Com efeito, a Administração Pública tem o dever de analisar em prazo razoável os pedidos que lhe são submetidos, sob pena de causar prejuízo ao administrado e de descumprir o princípio da celeridade processual, também assegurado constitucionalmente aos processos administrativos (art. 5º, LXXVIII, da CF/88). 4. Consoante preconiza o princípio constitucional da eficiência, previsto no art. 37, caput, da Constituição da República, o administrado não pode ser prejudicado pela morosidade excessiva na apreciação de requerimentos submetidos à Administração Pública. Assim, a via mandamental é adequada para a garantia do direito do administrado. 5. O art. 49 da Lei nº 9.784/1999 fixa o prazo de até 30 dias para que a Administração Pública decida a questão posta em processo administrativo, salvo se houver motivo que justifique de maneira expressa a prorrogação do referido lapso temporal. 6. Além do aludido prazo legal, o art. 41-A, § 5º, da Lei nº 8.213/1991 e o art. 174 do Decreto nº 3.048/1999, que dispõem especificamente sobre a implementação de benefícios previdenciários, preveem o prazo de 45 dias para o primeiro pagamento, contados a partir da data da apresentação dos documentos necessários pelo segurado. 7. No caso vertente, resta evidenciado que a autoridade impetrada desrespeitou os prazos estabelecidos em legislações ordinárias, que regulam tanto o processo administrativo em geral, como os processos administrativos de requerimentos de benefícios no âmbito da Previdência Social. 8. Inexiste amparo legal para a omissão administrativa da autarquia previdenciária, que, pelo contrário, enseja descumprimento de normas legais e violação aos princípios da legalidade, razoável duração do processo, proporcionalidade, eficiência na prestação de serviço público, segurança jurídica e moralidade, sujeitando-se ao controle jurisdicional visando a reparar a lesão a direito líquido e certo infringido. 9. Não há condenação em honorários advocatícios em sede de mandado de segurança, nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009 e das Súmulas 105 do STJ e 512 do STF. 10. Apelação e remessa necessária, tida por interposta, não providas.”**

Na espécie, o requerimento foi protocolado em 29/04/2019 (ID. 127329285), gerando, pela demora, apreciação somente em 27/01/2020 (ID. 127329310), após a presente impetração e concessão da segurança, ainda assim com evidente violação ao prazo de 30 dias, previsto nos artigos 49 e 59, § 1º, da Lei 9.784/1999, bem como à razoável duração do processo, segundo os princípios da eficiência e da moralidade:

"Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada."

"Art. 59. (...)"

§ 1º Quando a lei não fixar prazo diferente, o recurso administrativo deverá ser decidido no prazo máximo de trinta dias a partir do recebimento dos autos pelo órgão competente."

Como se observa, o INSS não se exclui da incidência da legislação citada que, ao fixar prazo de trinta dias para proferir decisão e para julgar recurso administrativo, não permite que nas fases intermediárias possa ser consumido prazo indefinido, protraindo alongadamente o prazo para conclusão do procedimento administrativo, prejudicando o cumprimento das etapas finais, em que preempórios os prazos fixados, justificados em particular pela própria natureza dos benefícios previdenciários. Logo, dificuldades de estrutura e pessoal não podem ser invocadas em detrimento do princípio constitucional e legal da eficiência e celeridade na prestação do serviço público.

O reconhecimento de direito líquido e certo não viola os princípios da isonomia e da impessoalidade, pois não pode a Administração preconizar que a Constituição Federal autoriza a prática de ilegalidade desde que seja de forma igual e impessoal. Quem se vê tolhido de direito líquido e certo deve buscar amparo judicial e o remédio é o restabelecimento do regime jurídico da legalidade, e não o contrário.

Nem se invoque, em defesa, o tratado no RE 631.240, que originou, em repercussão geral, o Tema 350 cuja impertinência como caso é manifesta, vez que referente, exclusivamente, à exigência de prévio requerimento administrativo como condição para acesso ao Judiciário sem nada dispor sobre a validade de atrasos praticados pela autarquia previdenciária no exercício de suas atribuições e deveres legais. A previsão de intimação para o INSS manifestar-se em até noventa dias nas ações ajuizadas sem prévio requerimento administrativo e antes da conclusão do julgamento do precedente em 03/09/2014, não revoga o preceito legal, mas busca apenas resolver o destino das demandas judiciais em curso, bem diferente do verificado, nos autos, em que já foi previamente acionada a administração e esta, ainda assim, descumpriu prazo legal para a prestação do serviço público.

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO ADMINISTRATIVO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. INSS. PRAZO. DEMORA INJUSTIFICADA. ARTS. 5º, LXXVII E 37, CF. LEI 9.784/1999. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. O princípio da duração razoável do processo, elevado à superioridade constitucional, elenca não apenas a garantia da prestação administrativa célere, como a da eficiência, razoabilidade e moralidade, de acordo com o previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal e artigo 2º, *caput*, da Lei 9.784/1999.
2. Constatada a significativa demora no exame do pedido administrativo é direito do segurado ver compelido o INSS a observar o prazo legal para apreciação do requerimento, em especial por se tratar de pleito de natureza previdenciária e, portanto, de caráter alimentar. Não são justificáveis atrasos baseados em falta de estrutura e pessoal, pois incumbe à Administração Pública fornecer os meios necessários para a prestação de serviço público célere e eficiente.
3. O reconhecimento de direito líquido e certo não viola os princípios da isonomia e da impessoalidade, pois não pode a Administração preconizar que a Constituição Federal autoriza a prática de ilegalidade desde que seja de forma igual e impessoal. Quem se vê tolhido de direito líquido e certo deve buscar amparo judicial e o remédio é o restabelecimento do regime jurídico da legalidade, e não o contrário.
4. O caso dos autos não se amolda ao discutido no RE 631.240, que originou, em repercussão geral, o Tema 350 que tratou, exclusivamente, da exigência de prévio requerimento administrativo como condição para acesso ao Judiciário sem nada dispor sobre a validade de atrasos praticados pela autarquia previdenciária no exercício de suas atribuições e deveres legais. A previsão de intimação para o INSS manifestar-se em até noventa dias nas ações ajuizadas sem prévio requerimento administrativo e antes da conclusão do julgamento do precedente em 03/09/2014, não revoga o preceito legal, mas busca apenas resolver o destino das demandas judiciais em curso, bem diferente do verificado, nos autos, em que já foi previamente acionada a administração e esta, ainda assim, descumpriu prazo legal para a prestação do serviço público.
5. Remessa oficial desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000414-04.2018.4.03.6129

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO ESTADO SAO PAULO

Advogado do(a) APELANTE: KLEBER BRESCANSIN DE AMORES - SP227479-A

APELADO: CARLOS ALBERTO HONORIO

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000414-04.2018.4.03.6129

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO ESTADO SAO PAULO

Advogado do(a) APELANTE: KLEBER BRESCANSIN DE AMORES - SP227479-A

APELADO: CARLOS ALBERTO HONORIO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação à sentença que extinguiu a execução fiscal, nos termos dos artigos 485, VI, e 771, parágrafo único, ambos do CPC, sem condenação em honorários advocatícios.

Alegou-se que: **(1)** a Lei 6.830/1980 não prevê extinção do processo por falta de manifestação; **(2)** a execução fiscal deveria ser suspensa e arquivada, nos termos do artigo 40, da LEF; **(3)** os autos não permaneceram sobrestados por mais de seis anos; e **(4)** o Superior Tribunal de Justiça entende que, em execução fiscal, o termo *a quo* do lapso prescricional quinquenal somente se verifica após o transcurso do prazo de um ano de suspensão da execução.

Não houve intimação para contrarrazões, por determinação do Juízo *a quo* (ID 122849401).

É o relatório.

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO ESTADO SAO PAULO
Advogado do(a) APELANTE: KLEBER BRESCANSIN DE AMORES - SP227479-A
APELADO: CARLOS ALBERTO HONORIO
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, cinge-se a controvérsia em definir se, diante da inércia do exequente, deve a execução fiscal ser extinta ou suspensa e posteriormente arquivada com fulcro no artigo 40 da Lei 6.830/1980.

Na espécie, consta a certificação do oficial de Justiça de que o executado foi citado e, mais adiante, o deferimento de consulta ao RENAJUD para a penhora de bens, com a observação de que após a juntada da planilha fosse dada vista ao exequente para "requerer o que de direito ao regular prosseguimento do feito em 15 (quinze dias), sob pena de extinção da ação sem resolução do mérito" (ID 122849328 e ID 122849392).

Tendo sido relacionada a existência de um veículo no sistema de consulta, teve início o prazo de manifestação da exequente com a republicação do despacho retro, em junho/2019 (ID 122849393 e ID 122849395), seguindo-se a certificação do decurso de prazo sem manifestação e, depois, a prolação de sentença de extinção do processo sem resolução do mérito, com fundamento no artigo 485, VI, CPC, em setembro/2019 (ID 122849396 e ID 122849397).

Embora fundamentada a extinção na falta de interesse processual, a motivação decorreu da inércia da exequente em responder à intimação para manifestação nos autos, o que é caracterizado pela jurisprudência como hipótese ensejadora de abandono processual, quando a inércia for superior a trinta dias, devendo, porém, ser prévia e pessoalmente intimada a exequente para suprir a falta no prazo de cinco dias (artigo 485, § 1º, CPC).

Neste sentido:

REsp 1.738.705, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 23/11/2018: "PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. ABANDONO DE CAUSA. ART. 485, III, DO CPC. OBRIGATORIEDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL FIXANDO PRAZO PARA PROMOVER O ANDAMENTO DO FEITO, CUJO DESATENDIMENTO SERÁ SANCIONADO COM SENTENÇA TERMINATIVA SEM MÉRITO. ART. 485, § 1º, DO CPC. 1. O término do processo sem resolução do mérito, na hipótese de abandono (art. 485, III, do CPC), exige que a parte seja intimada pessoalmente, com a advertência de que a falta de promoção dos autos de sua incumbência, no prazo derradeiro (que é de cinco dias, no atual CPC), acarretará a extinção do feito. Exegese do art. 485, § 1º, do CPC. 2. A regra acima já vinha prevista no CPC/1973, no art. 267, § 1º (a única diferença é que o prazo para restabelecer o andamento do feito era de quarenta e oito horas). A jurisprudência do STJ, em relação ao referido dispositivo legal, exigia que a sentença de extinção fosse precedida de intimação pessoal abrindo o específico prazo (então de 48h, conforme dito) para que fosse promovido o andamento do feito, sob pena de extinção. 3. No caso concreto, o Tribunal de origem manteve a sentença de extinção da Execução Fiscal por abandono, consignando que a Fazenda credora foi cientificada pessoalmente da penhora deferida, sem apresentar manifestação. 4. Há dois equívocos que conduzem à reforma do julgado: em primeiro lugar, a extinção do feito por abandono tem por premissa que a parte, por mais de trinta (30) dias, não promoveu os atos e/ou diligências que lhe competiam. Ademais, verificado o transcurso do prazo in albis, compete à autoridade judicial determinar a sua intimação pessoal para que, no prazo de cinco dias ou de quarenta e oito horas (conforme vigente, ao tempo da intimação, o novo ou o revogado CPC), promovesse o andamento do feito, sob pena de extinção. 5. Ao que se verifica, o ato de cientificar a Fazenda Pública da realização da penhora não lhe transferiu a prática de qualquer ato processual, uma vez que o ato subsequente (alienação judicial) poderia ser promovido ex officio pelo juiz. 6. Não bastasse isso, ao que consta do voto condutor do acórdão hostilizado, a extinção do feito teria decorrido da simples ausência de resposta do ente público à cientificação da penhora realizada nos autos, quando, conforme acima demonstrado, a sentença somente poderia ser proferida se previamente tivesse havido intimação pessoal concedendo à exequente prazo para que esta praticasse algum ato privativo, indispensável para o andamento do feito, cujo desatendimento seria sancionado com a extinção por abandono de causa. 7. Recurso Especial provido."

Ap 0000704-34.2014.4.03.6133, Rel. Des. Fed. MAIRAN MAIA, e-DJF3 25/07/2018: "PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EXTINÇÃO. ART. 485, III, DO CPC. ABANDONO DA CAUSA. NÃO CARACTERIZADO. APELAÇÃO PROVIDA. 1. As hipóteses de extinção do processo por desídia encontram-se descritas no art. 485, II e III, do CPC. Em ambos os casos, para ficar caracterizada a desídia imputável à parte, torna-se imprescindível a intimação pessoal, conforme disposto no § 1º do mesmo dispositivo legal. 2. Não sendo o exequente intimado na forma do parágrafo 1º do art. 485, não há que se falar em extinção do feito com fulcro no inciso III deste dispositivo. 3. Apelação provida."

Perceba-se que não é caso de mera suspensão com posterior arquivamento da execução fiscal (artigo 40, LEF), pois tal solução somente é admitida quando, apesar de toda a diligência da exequente, ainda assim, não for possível dar regular andamento ao processo nas condições especificadas, não se confundindo tal hipótese com a de abandono processual.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação para anular a sentença para que seja pessoalmente intimada a exequente a suprir a falta no prazo de cinco dias antes da extinção da execução fiscal por abandono, nos termos do artigo 485, III e § 1º, CPC.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EXTINÇÃO. FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. CARACTERIZAÇÃO DE HIPÓTESE DE ABANDONO. ARTIGO 485, III, CPC. REQUISITO DA INTIMAÇÃO PESSOAL.

1. Embora fundamentada a extinção na falta de interesse processual, a motivação decorreu da inércia da exequente em responder à intimação para manifestação nos autos, o que é caracterizado pela jurisprudência como hipótese ensejadora de abandono processual, quando a inércia for superior a trinta dias, devendo, porém, ser prévia e pessoalmente intimada a exequente para suprir a falta no prazo de cinco dias (artigo 485, § 1º, CPC).

2. Perceba-se que não é caso de mera suspensão com posterior arquivamento da execução fiscal (artigo 40, LEF), pois tal solução somente é admitida quando, apesar de toda a diligência da exequente, ainda assim, não for possível dar regular andamento ao processo nas condições especificadas, não se confundindo tal hipótese com a de abandono processual.

3. Sentença anulada para que seja pessoalmente intimada a exequente a suprir a falta no prazo de cinco dias antes da extinção da execução fiscal por abandono, nos termos do artigo 485, III e § 1º, CPC.

4. Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação para anular a sentença para que seja pessoalmente intimada a exequente a suprir a falta no prazo de cinco dias antes da extinção da execução fiscal por abandono, nos termos do artigo 485, III e § 1º, CPC, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001114-49.2018.4.03.6106
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: FORT3 INDUSTRIA, COMERCIO E CONSTRUCOES LTDA - ME
Advogado do(a) APELADO: ALEXANDRE LEVY NOGUEIRA DE BARROS - SP235730-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001114-49.2018.4.03.6106
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: FORT3 INDUSTRIA, COMERCIO E CONSTRUCOES LTDA - ME
Advogado do(a) APELADO: ALEXANDRE LEVY NOGUEIRA DE BARROS - SP235730-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação e remessa oficial, em face de sentença que julgou procedente o pedido para excluir o ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS e garantir a restituição ou compensação do indébito fiscal, “*com quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, desde que da mesma destinação*”, após o trânsito em julgado, observada a prescrição quinquenal e a aplicação exclusiva da SELIC, fixada verba honorária de 10% sobre o valor da condenação.

Foi atribuído à causa o valor de R\$ 268.938,22 (abril/2018).

Apelou a PFN, alegando: (1) necessidade de sobrestamento do feito até o julgamento definitivo do RE 574.706 pela Suprema Corte; (2) validade do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS; e (3) que o valor a ser excluído deve ser apenas o ICMS a pagar, “*considerando que o autor em seu pedido requer apenas de forma genérica a exclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS, é de se concluir que o autor pretende se desvencilhar da inclusão na base do PIS/COFINS do valor do ICMS apenas destacado na nota de venda do produto ou serviço, independentemente do ulterior recolhimento aos cofres do sujeito ativo do ICMS. Neste caso, contudo, o ICMS repercute positivamente em seu patrimônio, compôs o faturamento ou a receita, pois não se configurou mero ingresso contábil, ou seja, não foi deslocado ao patrimônio do Estado tributante, mas se caracterizou como receita bruta da empresa*”.

Houve contrarrazões.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001114-49.2018.4.03.6106
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: FORT3 INDUSTRIA, COMERCIO E CONSTRUCOES LTDA - ME
Advogado do(a) APELADO: ALEXANDRE LEVY NOGUEIRA DE BARROS - SP235730-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, antes do mérito, cabe rejeitar o pedido de suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior, o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior.

No mérito, a questão da inclusão de **imposto** na base de cálculo do PIS/COFINS com vulneração da matriz constitucional que prevê a respectiva incidência sobre faturamento ou receita na dicção atualizado do artigo 195, I, b, da Constituição Federal, foi resolvida, pela Suprema Corte no RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS.

Eis o acórdão ementado:

RE 574.706, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe 29/09/2017: "RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

A definição da base de cálculo do PIS/COFINS é matéria constitucional, não cabendo invocar orientação no plano do direito federal para afastar o juízo de inconstitucionalidade, menos ainda quando já vencida (Súmulas 68 e 94/STJ) no âmbito da respectiva Corte Superior. Ademais, o pronunciamento da Suprema Corte, sobretudo em repercussão geral, tem função primordial na tarefa de garantir segurança jurídica, estabilidade, integridade e coerência na aplicação do direito à luz da Constituição, a ser buscada por todos os órgãos do Poder Judiciário (artigos 926 e 927, III, CPC).

Perceba-se que a pretensão em causa não envolve a dedução de parcela legalmente prevista, daí porque impertinente o argumento de que é taxativo o rol de exclusões constante do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 - com as alterações da Lei 12.973/2014, cujo advento, conforme já decidiu esta Corte, "não promoveu modificação legislativa relevante para a espécie, na medida em que não alterou o conceito da base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS" (EI 0029413-91.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 17/11/2017) - e § 3º dos artigos 1º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003.

A tese do contribuinte é a de que a inclusão do imposto na base de cálculo de tais contribuições viola incidência constitucionalmente delimitada, exigindo, assim, decisão judicial no sentido de definir a base de cálculo compatível com o parâmetro constitucional.

A alegação de que o cálculo do PIS/COFINS com exclusão do imposto destinado ao erário contradiz a incidência, reconhecidamente válida, sobre outros custos, encargos ou despesas destinados a terceiros (como, por exemplo: empregados, companhia de energia elétrica, FGTS, fornecedores, empresas contratadas para prestação de serviços, entes estatais) não é verdadeira nem aceitável, sem análise da natureza jurídica de cada parcela discutida na formação da base de cálculo de tais contribuições. Por ora, o que assentou, suficientemente, a Suprema Corte para o exame do caso foi a inexigibilidade de imposto integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, seja o ICMS, seja o próprio ISS, quanto a este em juízo derivado diretamente da mesma lógica de fundamentação constitucional, conforme já exposto.

O aspecto relevante da controvérsia diz respeito ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS diante da divergência estabelecida entre as vertentes que primam, de um lado, pelo valor do imposto destacado nas notas fiscais e, de outro, pelo valor do imposto a ser efetivamente pago pelo contribuinte, dentro do regime de não cumulatividade. É importante frisar, de toda sorte, que tal ponto, ainda que não tenha ou tivesse sido discutido na inicial nem decidido na sentença ou veiculado na apelação, não impediria o pronunciamento da Corte - assim como do próprio Juízo após embargos de declaração -, por se tratar, justamente, de controvérsia ínsita ao próprio mérito, qual seja, a definição do que constitui o indébito fiscal e, neste sentido, matéria que deve ser resolvida na fase cognitiva e não em liquidação de sentença, inexistindo, portanto, mesmo quando nada tenha ou tivesse sido alegado ou decidido, vício de julgamento *extra* ou *ultra petita*, ou contrariedade ao princípio da congruência ou da adstrição.

Tanto é assim que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido em razão do regime de não cumulatividade do imposto.

Neste sentido o seguinte excerto do julgado no RE 574.706:

“O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS”.

Também este o entendimento adotado no âmbito das Turmas desta Seção:

ApelRemNec 5000633-81.2017.4.03.6119, Rel. Des. Fed. ANTONIO CEDENHO, Intimação via sistema 18/04/2020: “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REQUISITOS DO ARTIGO 1.022 CPC/2015. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE Nº 574.706/PR. VINCULAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OBSCURIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1.022 do Código de Processo Civil vigente, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado. O caráter infringente dos embargos somente é admitido a título excepcional, quando a eliminação da contradição ou da omissão decorrer, logicamente, a modificação do julgamento embargado. 2. A e. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no julgamento do RE nº 574.706/PR, consignou que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. Como o presente julgamento se vincula ao que foi decidido sobre o tema pelo C. STF, deve-se assentar que, relativamente à questão do valor a ser efetivamente excluído a título de ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, a tese que foi acolhida pelo STF é a exposta no v. aresto embargado. 3. O escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022 do Código de Processo Civil. 4. O artigo 1.025 do novo Código de Processo Civil bem esclarece que os elementos suscitados pelo embargante serão considerados incluídos no acórdão “para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.” 5. Embargos de declaração rejeitados.”

ApReeNec 5001772-28.2017.4.03.6100, Rel. Des. Fed. MARLI FERREIRA, Intimação via sistema 02/04/2020: "PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ARTIGO 1.022 DO CPC. OMISSÃO. EXISTÊNCIA. JULGADO INTEGRADO. 1. Prevê o artigo 1.022 do CPC que a oposição dos aclaratórios somente tem cabimento para esclarecimento de obscuridade ou eliminação de contradição, para suprimir omissão sobre ponto ou questão sobre o qual o julgado deveria se pronunciar; ou, ainda, para corrigir erro material existente no decisório. 2. Na espécie, o julgado restou omissivo quanto à parcela do ICMS a ser destacada da base de cálculo do PIS e da COFINS. E, nesse tocante, cumpre esclarecer que o ICMS a ser excluído é o destacado nos documentos fiscais de saída, vez que é esse montante que integra a indigitada base de cálculo. 3. Assim sendo, tem a impetrante o direito de excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS o valor integral do ICMS destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias do seu estabelecimento, inclusive após o advento da Lei nº 12.973/2014. 4. Embargos de declaração acolhidos."

ApelRemNec 5003932-95.2019.4.03.6119, Rel. Des. Fed. JOHNSOM DI SALVO, e - DJF3 15/04/2020: "AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DECLAROU INCONSTITUCIONAL A INCLUSÃO DO ICMS (FATURADO) NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS, FAZENDO-O POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO RE Nº 574.706. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a inclusão do ICMS (faturado) na base de cálculo do PIS e da COFINS, fazendo-o por ocasião do julgamento do RE nº 574.706. A corte, por maioria e nos termos do voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia, apreciando o tema nº 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Esse entendimento é aplicável de pronto, não havendo que se falar em espera de embargos de declaração (sem efeito suspensivo) ou de modulação de efeitos da decisão plenária da Suprema Corte, já que esses dois eventos não estão consignados em lei como impedientes da aplicação imediata do decisum. Esse é o entendimento que vem sendo seguido nesta Corte Regional (3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5021518-72.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 08/11/2019, Intimação via sistema DATA: 13/11/2019), e de modo unânime nesta 6ª. Turma (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000706-20.2017.4.03.6130, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 03/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/12/2019). Deveras, a suspensão pretendida pelo Fisco esbarraria no art. 1.035, § 5º do NCPC. De outro lado, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal – ao acolher o voto da ministra Relatora – no sentido de que, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada como faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019). Essa é a postura que este Relator sempre defende desde o momento em que surtiu o julgamento do Tema nº 69 (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000596-53.2018.4.03.6108, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHNSON DI SALVO, julgado em 02/12/2019, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019). Tratando-se de empresa comercial, resta claro que é contribuinte das três exações e que recolheu tributação a maior e poderá recuperá-la (quanto aos últimos cinco anos antes do ajuizamento da presente demanda) por meio de compensação, que deverá ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74 da Lei nº 9.430/1996 (redação dada pela Lei 10.637/02), observado ainda o artigo 26-A da Lei nº 11.457/2007."

Logo, não importa ao exame do mérito a juntada de documentos fiscais ou mercantis para demonstração do ICMS a ser pago pelo contribuinte, bastando para o presente julgamento a prova, tão-somente, de que o contribuinte, sujeito ao PIS/COFINS, recolheu valores com inclusão do ICMS nas bases de cálculo, ficando relegada à fase própria a apuração do *quantum debeatur* a partir de valores destacados em notas fiscais e incluídos na tributação federal.

Por fim, cabe a fixação de honorários advocatícios pela atuação na instância recursal, considerando os critérios do artigo 85, §§ 2º a 6º e 11, CPC, especialmente grau de zelo do profissional, lugar da prestação do serviço, natureza e importância da causa e tempo exigido de atuação nesta fase do processo, os quais ficam arbitrados no equivalente à metade do percentual mínimo de cada faixa de enquadramento a incidir sobre o valor da causa (5%, 4%, 2,5%, 1,5% e 0,5%, conforme o caso), em acréscimo ao fixado na sentença.

Ante o exposto, não conheço da remessa oficial (artigo 496, § 3º, I, CPC) e nego provimento à apelação.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. INDÉBITO FISCAL.

1. Antes do mérito, cabe rejeitar o pedido de suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior, o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior.

2. No mérito, a questão da inclusão de **imposto** na base de cálculo do PIS/COFINS com vulneração da matriz constitucional que prevê a respectiva incidência sobre faturamento ou receita na dicção atualizado do artigo 195, I, b, da Constituição Federal, foi resolvida, pela Suprema Corte no RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS. A definição da base de cálculo do PIS/COFINS é matéria constitucional, não cabendo invocar orientação no plano do direito federal para afastar o juízo de inconstitucionalidade, menos ainda quando já vencida (Súmulas 68 e 94/STJ) no âmbito da respectiva Corte Superior. Ademais, o pronunciamento da Suprema Corte, sobretudo em repercussão geral, tem função primordial na tarefa de garantir segurança jurídica, estabilidade, integridade e coerência na aplicação do direito à luz da Constituição, a ser buscada por todos os órgãos do Poder Judiciário (artigos 926 e 927, III, CPC).

3. A pretensão em causa não envolve a dedução de parcela legalmente prevista, daí porque impertinente o argumento de que é taxativo o rol de exclusões constante do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 - com as alterações da Lei 12.973/2014, cujo advento, conforme já decidiu esta Corte, “*não promoveu modificação legislativa relevante para a espécie, na medida em que não alterou o conceito da base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS*” (EI 0029413-91.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 17/11/2017) - e § 3º dos artigos 1º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003. A tese do contribuinte é a de que a inclusão do imposto na base de cálculo de tais contribuições viola incidência constitucionalmente delimitada, exigindo, assim, decisão judicial no sentido de definir a base de cálculo compatível com o parâmetro constitucional.

4. A alegação de que o cálculo do PIS/COFINS com exclusão do imposto destinado ao erário contradiz a incidência, reconhecidamente válida, sobre outros custos, encargos ou despesas destinados a terceiros (como, por exemplo: empregados, companhia de energia elétrica, FGTS, fornecedores, empresas contratadas para prestação de serviços, entes estatais) não é verdadeira nem aceitável, sem análise da natureza jurídica de cada parcela discutida na formação da base de cálculo de tais contribuições. Por ora, o que assentou, suficientemente, a Suprema Corte para o exame do caso foi a inexigibilidade de imposto integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, seja o ICMS, seja o próprio ISS, quanto a este em juízo derivado diretamente da mesma lógica de fundamentação constitucional, conforme já exposto.

5. O aspecto relevante da controvérsia diz respeito ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS diante da divergência estabelecida entre as vertentes que primam, de um lado, pelo valor do imposto destacado nas notas fiscais e, de outro, pelo valor do imposto a ser efetivamente pago pelo contribuinte, dentro do regime de não cumulatividade. É importante frisar, de toda sorte, que tal ponto, ainda que não tenha ou tivesse sido discutido na inicial nem decidido na sentença ou veiculado na apelação, não impediria o pronunciamento da Corte - assim como do próprio Juízo após embargos de declaração -, por se tratar, justamente, de controvérsia ínsita ao próprio mérito, qual seja, a definição do que constitui o indébito fiscal e, neste sentido, matéria que deve ser resolvida na fase cognitiva e não em liquidação de sentença, inexistindo, portanto, mesmo quando nada tenha ou tivesse sido alegado ou decidido, vício de julgamento *extra* ou *ultra petita*, ou contrariedade ao princípio da congruência ou da adstrição. Tanto é assim que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido em razão do regime de não cumulatividade do imposto. Logo, não importa ao exame do mérito a juntada de documentos fiscais ou mercantis para demonstração do ICMS a ser pago pelo contribuinte, bastando para o presente julgamento a prova, tão-somente, de que o contribuinte, sujeito ao PIS/COFINS, recolheu valores com inclusão do ICMS nas bases de cálculo, ficando relegada à fase própria a apuração do *quantum debeat* a partir de valores destacados em notas fiscais e incluídos na tributação federal.

6. Fixada verba honorária pelo trabalho adicional em grau recursal, em observância ao comando e critérios do artigo 85, §§ 2º a 6º e 11, do Código de Processo Civil.

7. Apelação desprovida e remessa oficial não conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, não conheceu da remessa oficial (artigo 496, § 3º, I, CPC) e negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001884-63.2018.4.03.6002

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SECAO MATO GROSSO DO SUL
Advogado do(a) APELANTE: MARCELO NOGUEIRA DA SILVA - MS13300-A
APELADO: MARCUS VINICIUS RAMOS OLLE
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001884-63.2018.4.03.6002
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SECAO MATO GROSSO DO SUL
Advogado do(a) APELANTE: MARCELO NOGUEIRA DA SILVA - MS13300-A
APELADO: MARCUS VINICIUS RAMOS OLLE
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação à sentença que extinguiu a execução fiscal de contribuições, nos termos do artigo 485, IV e VI, do CPC, sem condenação em honorários advocatícios.

Alegou-se que: **(1)** não se aplica o artigo 8º, da Lei 12.514/2011 à OAB; **(2)** a Lei 8.906/1994 concede competência exclusiva à OAB para fixar e cobrar seus inscritos; e **(3)** as anuidades pagas pelos advogados não têm natureza tributária.

Não houve contrarrazões.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001884-63.2018.4.03.6002
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SECAO MATO GROSSO DO SUL
Advogado do(a) APELANTE: MARCELO NOGUEIRA DA SILVA - MS13300-A
APELADO: MARCUS VINICIUS RAMOS OLLE
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, apesar da Suprema Corte no julgamento da ADI 3.026 ter firmado entendimento de que a OAB constitui "serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro", tal reconhecimento não obsta a respectiva subordinação à legislação aplicável a todo e qualquer conselho profissional, ainda que tenha natureza jurídica "sui generis" e desempenhe atividade de caráter público relevante.

Assim sendo, no desempenho de atribuições e fiscalização do exercício profissional da advocacia, sujeita-se ao critério previsto no artigo 8º da Lei 12.514/2011, que impede a execução de anuidades com valor inferior a quatro vezes o cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente, conforme revela o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

AgInt no AREsp 1382501, Rel. Min. MAURO CAMPBELL, DJe 18/03/2019: "PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. EXECUÇÃO. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO DE UMA ANUIDADE. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - OAB/MS. CARACTERIZAÇÃO. CONSELHO DE CLASSE. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DE NORMA JURÍDICA. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.1. Inicialmente é necessário consignar que o presente recurso atraía incidência do Enunciado Administrativo n. 3/STJ: "Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC". 2. A jurisprudência de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção do STJ é firme no sentido de que a OAB, embora seja um conselho de classe e possuir natureza jurídica especialíssima, deve se submeter ao disposto no art. 8º da Lei nº 12.514/2011, de modo que não poderá executar judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente. 3. Agravo interno não provido."

Na mesma linha de raciocínio, o entendimento da Turma:

ApCiv 5000133-66.2017.4.03.6005, Rel. Des. Fed. ANTONIO CEDENHO, e - DJF3 07/04/2020: "PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. APELAÇÃO. OAB. COBRANÇA DE ANUIDADES. EXTINÇÃO COM BASE NO ART. 8º DA LEI 12.514/2011. VALOR INFERIOR A QUATRO ANUIDADES VIGENTES QUANDO DA PROPOSITURA DA AÇÃO. CABIMENTO. REGRA DE POLÍTICA JUDICIÁRIA. APELAÇÃO DESPROVIDA. 1. A questão devolvida a esta E. Corte diz respeito à possibilidade de a Ordem dos Advogados do Brasil OAB/MS promover execução para a cobrança de dívida de valor monetário inferior a quatro anuidades. 2. O Art. 8º, da Lei nº 12.514/2011, dispõe que "os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente". 3. De fato, a Ordem dos Advogados do Brasil possui natureza jurídica "sui generis", desempenhando atividade de caráter público relevante. No entanto, dentre as suas diversas atividades, pode-se relacionar a fiscalização do exercício profissional da advocacia. Assim, a norma contida no art. 8º da Lei 12.514/2011 é aplicável à OAB. 4. Conforme recente Jurisprudência do E. STJ, "É indiferente que a OAB tenha essa ou aquela personalidade jurídica, pois o texto da lei visa que os conselhos de classe, independentemente da sua natureza jurídica, não sobrecarreguem o Poder Judiciário." (REsp 1615805/PE). 5. No caso, o valor da presente execução não atinge o valor monetário de 4 (quatro) anuidades vigentes à época da propositura da ação, motivo pelo qual deve ser mantida a extinção da execução. 6. Importante mencionar que a impossibilidade de execução judicial da dívida não impede a realização de medidas administrativas de cobrança, a aplicação de sanções por violação da ética ou, até mesmo, a suspensão do exercício profissional, nos termos do parágrafo único do artigo 8º da Lei nº 12.514/2011. 7. Apelação desprovida."

Na espécie, não tendo o valor da execução atingido o valor de quatro anuidades vigentes à época da propositura da ação, de rigor, portanto, a manutenção da extinção da execução, nos termos do artigo 485, IV e VI, do CPC.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. OAB. ARTIGO 8º DA LEI 12.514/2011. APLICABILIDADE. COBRANÇA DE VALOR INFERIOR AO DE QUATRO ANUIDADES. IMPOSSIBILIDADE.

1. Apesar da Suprema Corte na ADI 3.026 ter firmado entendimento de que a OAB constitui "*serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro*", tal reconhecimento não obsta a respectiva subordinação à legislação aplicável a todo e qualquer conselho profissional, ainda que tenha natureza jurídica "*sui generis*" e desempenhe atividade de caráter público relevante.
2. Assim sendo, no desempenho de suas atribuições e fiscalização do exercício profissional da advocacia, sujeita-se, igualmente, ao critério do artigo 8º da Lei 12.514/2011, que impede sejam executadas anuidades com valor inferior a quatro vezes o cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Turma.
3. Na espécie, não tendo o valor da execução atingido o valor de quatro anuidades vigentes à época da propositura da ação, de rigor, portanto, a manutenção da extinção da execução, nos termos do artigo 485, IV e VI, do CPC.
4. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma decidiu, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0001648-90.2004.4.03.6002
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: VIDRACARIA SAO JOAO LTDA
Advogado do(a) APELADO: GAZE FEIZ AIDAR - MS3702
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0001648-90.2004.4.03.6002
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: VIDRACARIA SAO JOAO LTDA
Advogado do(a) APELADO: GAZE FEIZ AIDAR - MS3702
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário e recurso de apelação interposto pela **União** contra a r. sentença que julgou improcedentes os embargos à execução fiscal ajuizados por **Vidraçaria São João Ltda. ME**.

O juízo *a quo* reconheceu que em razão da anulação do crédito tributário, decorrente da sentença prolatada nos autos de nº 2000.60.02.000340-6, a presunção de certeza e liquidez da certidão de inscrição em dívida ativa restou abalada, razão pela qual deve ser reconhecida a procedência dos embargos } à execução fiscal ajuizados.

Sua Excelência, ainda, condenou a União nos honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa.

a) a apelada não ilidiu a presunção de certeza e liquidez que goza a certidão de inscrição em dívida ativa, razão pela qual não deve ser reconhecida a anulação do crédito tributário nos moldes tais quais exarados na r. sentença;

b) eventualmente, mesmo que se considere que não tenha ocorrido o fato gerador, o contribuinte deixou de praticar o dever instrumental de oferecer à tributação os valores recebidos através da operação financeira discutida nos presentes autos;

c) a apuração realizada na ação penal contra o gerente da instituição financeira não afastam a presunção de receita da sociedade empresária em relação aos depósitos efetuados em sua conta corrente, sem a devida escrituração contábil e fiscal;

d) a condenação nos honorários advocatícios, quando analisada em cotejo com os embargos à execução fiscal ajuizados em relação ao mesmo crédito tributário, chega ao patamar de 20% (vinte por cento), devendo ser reduzidos.

Com as contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

Fora determinada a suspensão do presente feito, em razão de questão prejudicial a ser analisada nos autos de nº 2000.60.02.000340-6, esta que transitou em julgado 18.06.2019, conforme extrato disponível no endereço eletrônico deste E. Tribunal Regional Federal.

As partes foram intimadas a se manifestarem acerca da perda superveniente do interesse de agir, sendo que a embargante, ora apelada, quedou-se inerte e, a União aduziu que remanesce o interesse de agir em relação às inscrições em dívida ativa de nº 13.2.98.001138-21, 13.6.98.002821-00, 13.2.99.000973-99 e 13.6.99.002847-75, pois não tratadas na sentença proferida nos presentes autos.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0001648-90.2004.4.03.6002
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: VIDRACARIA SAO JOAO LTDA
Advogado do(a) APELADO: GAZE FEIZ AIDAR - MS3702
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Doutora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): O crédito tributário referente ao processo administrativo de nº 10109.000279/99-90 foi anulado em razão do trânsito em julgado da ação ordinária ajuizada sob o nº 0000340-58.2000.4.03.6002, nos termos da ementa a seguir transcrita:

“PROCESSUAL CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO. RECURSO DE APELAÇÃO. AÇÃO ORDINÁRIA. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO DE FATO IMPONÍVEL. POSTERIOR COMPROVAÇÃO EM SEDE JUDICIAL DE SUA INOCORRÊNCIA. AFASTAMENTO DA TRIBUTAÇÃO. RECURSO DE APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO DESPROVIDOS.

1. A questão dos autos repousa sobre a existência do fato imponible tributário em decorrência do depósito de valores na conta corrente da apelada na instituição financeira, caracterizando tal fato como receita, lucro e renda e com a consequente tributação.

2. O arcabouço probatório dos autos demonstra que, embora o depósito no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) tenha ocorrido em favor do contribuinte, tal fato se demonstrou como uma fraude praticada por terceiro, sem que efetivamente tenha existido o fato imponible tributário.

3. Impossível reconhecer que se tratou de receita, renda ou lucro, pois o recurso apenas transitou na conta corrente da apelada, rememore-se, de forma fraudulenta praticada pelo gerente da instituição financeira, utilizando-se de "laranja".

4. Saliente-se que o tributo não se configura como sanção de ato ilícito, conforme preleciona o artigo 3º, do Código Tributário Nacional, bem como nos presentes autos não se verifica, conforme demonstrado, que se tratou de riqueza da apelada.

5. Por outro lado, cabe ao Estado verificar a prática de eventual fraude cometida pela apelada, porém, tal matéria não é objeto dos presentes autos, devendo a apuração de qualquer ato ilícito praticado ser realizado na esfera competente para tanto.

6. Recurso de apelação e reexame necessário desprovidos.”

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, ApelRemNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 1662215 - 0000340-58.2000.4.03.6002, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, julgado em 15/05/2019, e-DJF3 Judicial 1 DATA:22/05/2019)

Saliente-se que o trânsito em julgado da referida decisão ocorrera em 18.06.2019, conforme extrato disponível no endereço eletrônico deste E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

É de se frisar que o objeto dos presentes embargos à execução fiscal ajuizado pela apelada referiu-se unicamente ao mencionado procedimento administrativo (10109.0002749/99-90), sendo certo que em relação aos demais procedimentos administrativos constantes na execução fiscal (10109.202772/98-06, 10109.202773/98-61, 10109.200115/99-05 e 10109.200116/99-60), não houve provocação da jurisdição para que o Poder Judiciário se pronunciasse.

Assim, não há como se vislumbrar interesse da União no prosseguimento do recurso de apelação em relação a tais procedimentos administrativos, haja vista que, repita-se, não fora prestada jurisdição em relação a estes, justamente por ausência de provocação por aquele que detinha legitimidade para tanto, respeitando-se o princípio da inércia da jurisdição.

Nesta senda, como o objeto dos presentes embargos à execução fiscal fora devidamente tratado nos autos da ação anulatória de nº 0000340-58.2000.4.03.6002, mostra-se evidenciado que, nesse caso, desapareceu o interesse de agir, porquanto o crédito tributário referente ao procedimento administrativo de nº 10109.0002749/99-90 (único objeto dos presentes autos) foi anulado, não havendo mais mérito a ser debatido. Portanto, é o caso de admitir-se a carência de superveniente de ação. Neste sentido, é a jurisprudência desta Corte Regional. Confira-se:

"EMBARGOS DE TERCEIRO - EXECUÇÃO FISCAL EXTINTA, ART. 794, I, CPC - PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE DE AGIR CONFIGURADA, ART. 267, VI, CPC - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVIDOS PELA UNIÃO - RESISTÊNCIA - EXTINÇÃO DOS EMBARGOS DE RIGOR - PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO

1. Busca a parte embargante proteção a dinheiro depositado em sua conta e que foi alvo de bloqueio judicial, fls. 58.

2. A execução fiscal d'onde brotou a constrição em questão foi extinta por pagamento, fls. 90, segundo parágrafo.

3. Caracteriza-se o interesse de agir, figurado no art. 3º, CPC, por uma necessidade de recorrer ao Judiciário, para a obtenção do resultado pretendido, independentemente da legitimidade ou legalidade da pretensão, numa relação de necessidade e adequação, por ser primordial a provocação da tutela jurisdicional apta a produzir a correção da lesão agitada na inicial.

4. Configurada restou a perda superveniente do interesse de agir nestes embargos de terceiro, vez que a extinção da execução fiscal pelo pagamento do débito implicou no cancelamento das restrições que pairavam sobre o bem guerreado, assim o provimento jurisdicional buscado pelo embargante encontra-se suprido por aquele comando emanado da execução fiscal, como expressamente lançado no corpo da r. sentença lavrada naquele feito retro abordado.

5. Presente pacificação ao rito dos Recursos Representativos da Controvérsia a respeito da necessidade de apuração da causalidade (RESP 1111002), para fins de arbitramento da verba honorária advocatícia.

6. Realizado procedimento BACENJUD, defende a União, nos embargos, a licitude do procedimento, portanto oferecendo resistência ao levantamento da constrição, fls. 43/44, por este motivo de rigor a sua sujeição sucumbencial, no importe de R\$ 200,00 (duzentos reais), com monetária atualização até o seu efetivo desembolso, art. 20, CPC (o valor bloqueado e alvo dos presentes embargos foi de R\$ 1.190,32, fls. 13, restando objetivamente sem sentido o valor dado à causa, R\$ 7.000,00, fls. 09). Precedente.

7. Parcial provimento à apelação, reformada a r. sentença tão-somente para fixar honorários advocatícios, em prol da parte embargante, no importe de R\$ 200,00 (duzentos reais) - valor dos embargos em R\$ 7.000,00, fls. 09, todavia somente bloqueados R\$ 1.190,32, fls. 13 - monetariamente atualizados até o seu efetivo desembolso, art. 20, CPC, na forma aqui estatuída."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC 0016849-52.2010.4.03.9999, Rel. JUIZ CONVOCADO SILVA NETO, julgado em 26/02/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/03/2015)

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DECADÊNCIA RECONHECIDA PELO CARF. CARÊNCIA SUPERVENIENTE DO INTERESSE PROCESSUAL. EXTINÇÃO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. PREJUDICIALIDADE DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

1. A embargante, Banco Citicard S/A, informa a extinção do crédito tributário referente aos valores de CPMF relativos ao período de 23.02.1998 a 13.03.1998 em razão de decisão administrativa que reconheceu a decadência, nos moldes previstos no artigo 156, V, do Código Tributário Nacional.

2. Ausente qualquer das condições da ação, o que pode ser verificado a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, o processo deve ser extinto, sem resolução de mérito, nos termos do disposto no artigo 267, VI, do Código de Processo Civil. Jurisprudência assente do STJ.

3. A decisão administrativa que reconheceu a decadência do crédito tributário gerou a perda superveniente de interesse processual.

4. O processo deve ser extinto, sem resolução do mérito, nos termos do disposto no artigo 267, VI e § 3º e no artigo 462 do Código de Processo Civil. Restam prejudicados os embargos de declaração."

Apenas para fins de sanar eventual obscuridade, é de pleno direito de a União prosseguir com a cobrança dos demais créditos tributários, decorrentes dos procedimentos administrativos de nº 10109.202772/98-06, 10109.202773/98-61, 10109.200115/99-05 e 10109.200116/99-60, visto que não foram objeto dos presentes embargos, tampouco da ação anulatória de nº 0000340-58.2000.4.03.6002.

É de bom alvitre mencionar que pela própria análise das certidões de inscrição em dívida ativa que embasam a execução fiscal, diferentemente da constituição do crédito tributário do procedimento administrativo de nº 10109.0002749/99-90, que se dera através de auto de infração (e, portanto, de ofício pela administração fiscal); em relação aos demais procedimentos administrativos, a constituição ocorrerá pela própria declaração do contribuinte, o que demonstra, mais uma vez, que não foram objetos da ação anulatória e dos presentes embargos à execução fiscal.

Quanto aos honorários advocatícios, haja vista que a sentença nos presentes autos fora proferida na vigência do Código de Processo Civil de 1973, os honorários devem seguir o regramento daquele diploma processual.

Saliente-se que a condenação já se dera na ação anulatória no patamar de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa. Nesta senda, entende-se que em primazia aos princípios da proporcionalidade, causalidade, razoabilidade e equidade, a condenação da União nos presentes embargos à execução fiscal, nos termos do artigo 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil de 1973 deve ser estipulada em R\$ 3.000,00 (três mil reais).

Rememore-se que em relação aos créditos tributários que remanescem na execução fiscal, por não serem objeto dos presentes autos, não alteram a conclusão do montante fixado nos honorários advocatícios e, finalmente, a efetiva cobrança dos encargos decorrentes da execução dos créditos remanescentes serão devidamente cobrados na execução fiscal.

Ante o exposto, **JULGO EXTINTO** os presentes embargos à execução, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil; e, **JULGO PREJUDICADOS** o reexame necessário e o recurso de apelação interposto, conforme fundamentação *supra*.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO. RECURSO DE APELAÇÃO. CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS NÃO ABARCADOS NA AÇÃO ANTIEXACIONAL. AUSÊNCIA DE INTERESSE NO JULGAMENTO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ANULAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE DE AGIR. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. REEXAME NECESSÁRIO E RECURSO DE APELAÇÃO PREJUDICADOS.

1. O objeto dos presentes embargos à execução fiscal ajuizado pela apelada referiu-se unicamente ao procedimento administrativo de nº 10109.0002749/99-90, sendo certo que em relação aos demais procedimentos administrativos constantes na execução fiscal (10109.202772/98-06, 10109.202773/98-61, 10109.200115/99-05 e 10109.200116/99-60), não houve provocação da jurisdição para que o Poder Judiciário se pronunciasse.

2. Assim, não há como se vislumbrar interesse da União no prosseguimento do recurso de apelação em relação a tais procedimentos administrativos, haja vista que, repita-se, não fora prestada jurisdição em relação a estes, justamente por ausência de provocação por aquele que detinha legitimidade para tanto, respeitando-se o princípio da inércia da jurisdição.

3. O crédito tributário referente ao processo administrativo de nº 10109.000279/99-90 foi anulado em razão do trânsito em julgado da ação ordinária ajuizada sob o nº 0000340-58.2000.4.03.6002.

4. Nesta senda, como o objeto dos presentes embargos à execução fiscal fora devidamente tratado nos autos da ação anulatória de nº 0000340-58.2000.4.03.6002, mostra-se evidenciado que, nesse caso, desapareceu o interesse de agir, porquanto o crédito tributário referente ao procedimento administrativo de nº 10109.000279/99-90 (único objeto dos presentes autos) foi anulado, não havendo mais mérito a ser debatido. Portanto, é o caso de admitir-se a carência de superveniente de ação.

5. Embargos à execução fiscal extintos, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil.

6. Recurso de apelação e reexame necessário prejudicados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, JULGOU EXTINTO os presentes embargos à execução, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil; e, JULGOU PREJUDICADOS o reexame necessário e o recurso de apelação interposto, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0003245-56.2016.4.03.6105

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE EDUCACAO FISICA DA 4 REGIAO

APELADO: ALESSANDRA HERNANDEZ

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0003245-56.2016.4.03.6105

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE EDUCACAO FISICA DA 4 REGIAO

APELADO: ALESSANDRA HERNANDEZ

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação à sentença que extinguiu a execução fiscal de anuidades (2012 a 2014), nos termos do artigo 485, VI, do CPC, sem condenação em honorários advocatícios, ante a ausência de contrariedade.

Alegou-se que: **(1)** não foi concedida oportunidade para manifestação; **(2)** as anuidades possuem como fundamento para efeitos de valoração a Lei 12.197/2010; e **(3)** o valor executado das três anuidades é superior ao mínimo legal exigido pelo artigo 8º da Lei 12.514/2011.

Não houve contrarrazões.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0003245-56.2016.4.03.6105
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE EDUCACAO FISICADA 4 REGIAO
APELADO: ALESSANDRA HERNANDEZ
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, a Suprema Corte na ADI 1.717 declarou inconstitucionais o artigo 58 e seus parágrafos - salvo o § 3º, julgado prejudicado - da Lei 9.649/1998, em especial, por sua pertinência ao caso, o § 4º assim redigido:

"Art. 58 (...)

§ 4º Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas são autorizados a fixar, cobrar e executar as contribuições anuais devidas por pessoas físicas e jurídicas, bem como preços de serviços e multas, que constituirão receitas próprias, considerando-se título executivo extrajudicial a certidão relativa aos créditos decorrentes."

A ementa destacou:

"2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados."

Em outro julgado, reforçou-se o entendimento de que as contribuições a tais entidades têm natureza tributária, sujeitando-se ao princípio constitucional da legalidade tributária: artigo 150, I (ARE 640.937).

Em repercussão geral no RE 704.292, firmou-se a seguinte tese:

"É inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar, sem parâmetro legal, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos."

Logo, tais contribuições não podem ser instituídas nem majoradas por resolução, ainda que lei delegue tal competência se não estipulados os parâmetros específicos de atuação.

Com relação especificamente aos Conselhos Regionais de Educação Física, foi editada a Lei 12.197/2010, fixando valores máximos de anuidades e os parâmetros de atualização monetária para a cobrança a partir de 2011, sem validar, porém, as anuidades instituídas em períodos anteriores.

A partir de tal diploma surgiu, portanto, parâmetro legal específico para apurar o valor das anuidades.

Na espécie, a execução fiscal foi ajuizada em 19/02/2016 contra pessoa física, cobrando anuidades de 2012 a 2014, com base nos artigos "1º e 2º da Lei 6.830/1980, artigos 201 a 204, do CTN, Lei 12.197/2010, Lei 12.514/2011, Resoluções CONFEF 165/2008, 186/2009, 203/2010, 212/2011, 235/2012, 259/2013 e 272/2014, Resoluções CREF4/SP 47/2008, 53/2009, 57/2010, 61/2011, 68/2012, 75/2013 e 76/2014" (ID 108204330, f. 5/7).

Percebe-se, portanto, a constitucionalidade das anuidades de 2012 a 2014, vez que fundadas na Lei 12.197/2010 e na Lei 12.514/2011, sendo a última já vigente à época da inscrição das dívidas (14/10/2015) e do ajuizamento da ação.

Assim, a legislação indicada nas CDA's como fundamentação legal é suficiente para garantir integridade formal e material aos títulos executivos que lastreiam a execução fiscal.

Ressalte-se, ainda, que a execução fiscal observou o disposto no artigo 8º da Lei 12.514/2011, segundo o qual: "*os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente*".

No caso, verifica-se que o valor do crédito no momento do ajuizamento do feito (R\$ 2.333,20) supera o valor de quatro anuidades vigentes à época da propositura da ação, em 2016, conforme Resolução CONFEF 292/2015 (R\$ 2.213,60), a justificar, portanto, o prosseguimento da execução fiscal em relação às anuidades de 2012 a 2014.

Ainda que, no caso, sejam cobradas apenas três anuidades, a jurisprudência assentou que a referência mínima, prevista no artigo 8º da Lei 12.514/2011, diz respeito ao valor da execução fiscal, e não ao número de contribuições devidas (RESP 1.425.329, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 16/04/2015).

Neste sentido tem decidido, igualmente, a Turma:

ApCiv 0000430-45.2015.4.03.6130, Rel. Des. Fed. ANTONIO CARLOS CEDENHO, e - DJF3 23/04/2020: "TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. APELAÇÃO. CONSELHO REGIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA DA 4ª REGIÃO –CREFA/SP. COBRANÇA DE ANUIDADES. NATUREZA JURÍDICA DA CONTRIBUIÇÃO. OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. EMENDA OU SUBSTITUIÇÃO DA CDA. VEDAÇÃO À ALTERAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO OU DA NORMA LEGAL QUE FUNDAMENTA O LANÇAMENTO. LEI Nº 12.197/2010. ART. 8º DA LEI 12.514/2011. VALOR SUPERIOR A QUATRO ANUIDADES VIGENTES QUANDO DA PROPOSITURA DA AÇÃO. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. 1. A questão devolvida a esta E. Corte diz respeito à cobrança pelo CONSELHO REGIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA DA 4ª REGIÃO –CREFA/SP de anuidades referentes aos exercícios de 2010 a 2014. 2. As anuidades exigidas detêm natureza jurídica tributária, motivo pelo qual devem submeter-se aos princípios constitucionais da legalidade e da anterioridade, inclusive no tocante à fixação e alteração de alíquotas e base de cálculo (precedentes: STF, MS 21.797/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJU 18/05/2001; STJ, REsp 273674/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 27/05/2002). 3. O Supremo Tribunal Federal enfrentou e rejeitou o argumento de que o artigo 2º, da Lei nº 11.000/2004, autorizaria os conselhos profissionais a fixar os valores de suas anuidades e, indo além, refutou também a alegação de que a decisão da Turma violaria o artigo 97, da Constituição Federal. (Precedente: STF, ARE 640937 AgR-segundo, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-171 DIVULG 05-09-2011 PUBLIC 06-09-2011 EMENT VOL-02581-02 PP-00362). 4. No presente caso, porém, não há como aplicar a Lei nº 6.994/82, pois a referida norma não consta como fundamento legal da CDA referente ao exercício de 2010. 5. Quanto à possibilidade de emenda ou substituição da CDA, o art. 2º, § 8º, da Lei nº 6.830/1980, prevê que "até a decisão de primeira instância, a Certidão de Dívida Ativa poderá ser emendada ou substituída, assegurada ao executado a devolução do prazo para embargos". A jurisprudência do C. STJ e desta C. Turma, porém, restringe a possibilidade de emenda ou substituição à correção de erro material ou formal, vedada a alteração do sujeito passivo (Súmula 392/STJ) ou da norma legal que, por equívoco, tenha servido de fundamento ao lançamento tributário. Precedentes (STJ, 1ª Turma, AGA de n.º 1293504, Rel. Min. Luiz Fux, data da decisão: 16/12/2010, DJE de 21/02/2011 / STJ, 2ª Turma, Resp n.º 1210968, Rel. Min. Castro Meira, data da decisão: 07/12/2010, DJE de 14/02/2011 / TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 2093864 - 0003127-48.2013.4.03.6182, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, julgado em 07/04/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/04/2016). 6. No que diz respeito às anuidades de 2011 em diante, a Lei nº 12.197/2010 fixa em seu art. 1º os valores máximos das anuidades devidas ao Conselho Federal e aos Conselhos Regionais de Educação Física e, no art. 2º, prevê a sua correção anual pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA. 7. Tendo em vista que a Lei foi publicada em 2010 e as anuidades são constituídas no dia 31 de março de cada ano, a partir do exercício de 2011 restam plenamente atendidos os princípios da legalidade e da anterioridade tributária. 8. Isso posto, o art. 8º da Lei nº 12.514/2011 dispõe que "os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente". 9. Conforme a jurisprudência desta C. Turma e do C. STJ, a vedação do art. 8º da Lei 12.514/2011 se refere ao valor total da execução, que não pode ser inferior ao equivalente a 4 (quatro) anuidades vigentes na data da propositura da execução, não havendo restrição quanto ao número de anuidades cobradas. Precedentes (TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2174564 - 0002543-10.2012.4.03.6119, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 25/08/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/09/2016 / REsp 1425329/PR, Rel. Ministro Sérgio Kukina, 1ª Turma, j. 19/03/15, DJe 16/04/15) 10. Verifica-se que o valor remanescente da presente execução fiscal — R\$2.361,59 — supera o valor de quatro anuidades vigentes à época da propositura da ação — R\$2.021,08 —, de forma que não há óbice ao regular prosseguimento da execução quanto às anuidades dos exercícios de 2011 a 2014. 11. Apelação parcialmente provida. 12. Reformada a r. sentença para determinar o regular prosseguimento da execução somente no que diz respeito às anuidades dos exercícios de 2011, 2012, 2013 e 2014."

Ante o exposto, dou provimento à apelação, nos termos supracitados.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA. ANUIDADES. LEI 12.197/2010 E LEI 12.514/2011. CDA. VALIDADE. VALOR SUPERIOR A QUATRO ANUIDADES VIGENTES QUANDO DA PROPOSITURADAÇÃO.

1. A Suprema Corte declarou inconstitucional norma que autorizava os conselhos profissionais a fixar, cobrar e executar contribuições independentemente de parametrização legal do exercício da atividade (artigo 58 e parágrafos da Lei 9.649/1988, especialmente § 4º).
2. A natureza tributária das contribuições exige a sujeição ao princípio da legalidade (artigo 150, I, CF): "*É inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar, sem parâmetro legal, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos.*" (RE 704.292).
3. Com relação especificamente aos Conselhos Regionais de Educação Física, foi editada a Lei 12.197/2010, fixando valores máximos de anuidades e os parâmetros de atualização monetária para cobrança a partir de 2011.
4. Na espécie, a execução fiscal foi ajuizada em 19/12/2016 contra pessoa física, cobrando anuidades de 2012 a 2014, com base nos artigos "1º e 2º da Lei 6.830/1980, artigos 201 a 204, do CTN, Lei 12.197/2010, Lei 12.514/2011, Resoluções CONFEF 165/2008, 186/2009, 203/2010, 212/2011, 235/2012, 259/2013 e 272/2014, Resoluções CREF4/SP 47/2008, 53/2009, 57/2010, 61/2011, 68/2012, 75/2013 e 76/2014".
5. Percebe-se, portanto, a constitucionalidade das anuidades de 2012 a 2014, vez que fundadas na Lei 12.197/2010 e na Lei 12.514/2011, sendo a última já vigente à época da inscrição das dívidas (14/10/2015) e do ajuizamento da ação, de modo que a legislação indicada nas CDA's como fundamentação legal é suficiente para garantir integridade formal e material aos títulos executivos que lastreiam a execução fiscal.
6. Verifica-se que o valor do crédito no momento do ajuizamento do feito supera o valor de quatro anuidades vigentes à época da propositura da ação, em 2016, conforme Resolução CONFEF 292/2015, a justificar, portanto, o prosseguimento da execução fiscal em relação às anuidades de 2012 a 2014. Ainda que, no caso, sejam cobradas apenas três anuidades, a jurisprudência assentou que a referência mínima, prevista no artigo 8º da Lei 12.514/2011, diz respeito ao valor da execução fiscal, e não ao número de contribuições devidas (RESP 1.425.329, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 16/04/2015).
7. Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma decidiu, por unanimidade, dar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000474-20.2017.4.03.6122

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE FARMACIA DO ESTADO DE SAO PAULO

APELADO: CAIXA DE ASSISTENCIA DOS ADVOGADOS DE SAO PAULO

Advogados do(a) APELADO: LUIS RICARDO VASQUES DAVANZO - SP117043-A, ELIAS DE PAIVA - SP130276-A,

ELIANE YARA ZANIBONI - SP262222-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000474-20.2017.4.03.6122

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE FARMACIA DO ESTADO DE SAO PAULO
APELADO: CAIXA DE ASSISTENCIA DOS ADVOGADOS DE SAO PAULO
Advogados do(a) APELADO: LUIS RICARDO VASQUES DAVANZO - SP117043-A, ELIAS DE PAIVA - SP130276-A,
ELIANE YARA ZANIBONI - SP262222-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação à sentença que extinguiu a execução fiscal ao reconhecer a prescrição do crédito inscrito na CDA, nos termos do artigo 487, II, do CPC, com condenação em honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor do débito exequendo, nos termos do artigo 85, § 3º, I, do CPC.

Alegou-se que: **(1)** a exigibilidade do crédito estava suspensa em razão da liminar deferida no MS 0019747-71.2005.4.03.6100, e assim aguardou-se o trânsito em julgado da decisão denegatória da ordem para ingressar com as ações executivas; **(2)** o Superior Tribunal de Justiça firmou posicionamento à época no sentido que a impetração do mandado de segurança interrompe e suspende a fluência do prazo prescricional e somente com o trânsito em julgado da decisão retoma-se o cômputo da sua fluência; e **(3)** a decisão do mandado de segurança constitui coisa julgada, nos termos do artigo 502, do CPC.

Comcontrarrazões.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000474-20.2017.4.03.6122
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE FARMACIA DO ESTADO DE SAO PAULO
APELADO: CAIXA DE ASSISTENCIA DOS ADVOGADOS DE SAO PAULO
Advogados do(a) APELADO: LUIS RICARDO VASQUES DAVANZO - SP117043-A, ELIAS DE PAIVA - SP130276-A,
ELIANE YARA ZANIBONI - SP262222-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, consolidado o entendimento de que as regras dispostas no CTN não se aplicam às dívidas não tributárias, devendo-se observar, em tais casos, o artigo 1º do Decreto 20.910/1932 e o artigo 1º-A, da Lei 9.873/1999, incluído pela Lei 11.941/2009, que assim dispõem:

Art. 1º-A. Constituído definitivamente o crédito não tributário, após o término regular do processo administrativo, prescreve em 5 (cinco) anos a ação de execução da administração pública federal relativa a crédito decorrente da aplicação de multa por infração à legislação em vigor.

Ademais, também aplicável o artigo 2º, § 3º, da LEF, que prevê a suspensão do prazo prescricional por 180 dias a partir da inscrição em dívida ativa, ou até o ajuizamento da execução fiscal.

Na espécie, consta que o vencimento do débito remonta a 2005, tendo sido inscrito em dívida ativa somente em 02/03/2017, com propositura da ação de execução em 31/03/2017, despacho de citação em 07/04/2017, e citação válida em 31/08/2017 (ID 108011083, f. 2/3, 9/10, e 44).

Logo, consumou-se a prescrição, pois decorrido o prazo quinquenal, mesmo observado o período de suspensão por seis meses na forma do artigo 2º, § 3º, da LEF.

Nem se alegue, a propósito, que a contagem do prazo prescricional teria sido iniciada somente após o trânsito em julgado da decisão que denegou o MS 0019747-71.2005.4.03.6100, ocorrido em 01/03/2016 (ID 108011085, f. 20; e ID 108011085, f. 9).

Conforme extraído de documentos acostados e de consulta ao sítio da Justiça Federal da 3ª Região, ao ter ciência da atuação, a apelada impetrou mandado de segurança em 05/09/2005 para anular o auto de infração e a multa lavrada pela apelante (ID 108011084, f. 25/35). Indeferida a liminar, houve interposição do AI 0075602-02.2005.4.03.0000, em 23/09/2005, oportunidade em que foi concedida a suspensão da exigibilidade em antecipação de tutela, antes do recurso ser julgado prejudicado, em 30/03/2011, por ter sido proferida sentença na origem, denegando a segurança em 25/11/2005 (ID 108011084, f. 36/41).

Após, a sentença foi confirmada por esta Corte em julgamento de 20/03/2011, tendo ainda sido inadmitido o REsp interposto (ID 108011084, f. 42; e ID 108011085, f. 1/7).

Assim sendo, no caso, é certo que a sentença que denegou a ordem no MS 0019747-71.2005.4.03.6100, revogou a suspensão concedida no AI 0075602-02.2005.4.03.0000, fazendo erigir o termo inicial da prescrição para execução da multa punitiva em cobro, tendo transcorrido desde então o prazo quinquenal, consideradas as datas de ajuizamento do feito e do despacho que ordenou a citação.

Destaca-se, neste sentido, a Súmula 405/STF que prescreve que "*denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária*".

A jurisprudência ampara tal conclusão:

EDcl no AgInt no AREsp 1407682, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJe 24/04/2020: "PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RETOMADA DO PRAZO PRESCRICIONAL DADA COM O TRÂNSITO EM JULGADO. ACÓRDÃO REGIONAL RECORRIDO EM DESCONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA QUE PROCEDA À ANÁLISE DA PRESCRIÇÃO LEVANDO EM CONSIDERAÇÃO A DATA DA REVOGAÇÃO DA LIMINAR. I - Discute-se, nos autos, a retomada do prazo prescricional para o ajuizamento de execução de título executivo judicial após sua suspensão por meio de medida liminar. Nesta Corte, não se conheceu do agravo em recurso especial por falta de impugnação dos fundamentos de inadmissão do recurso especial. A decisão foi mantida no julgamento do agravo interno. Foram opostos embargos de declaração. II - O Tribunal de origem afastou a prescrição da execução por entender que os efeitos da liminar concedida em ação cautelar, deferida para suspender a execução, continuaram em vigor até o trânsito em julgado da ação rescisória em 2014. III - A jurisprudência do STJ é de que, conforme o art. 489 do CPC/73, a execução de sentença rescindenda não pode ser suspensa, salvo em casos excepcionais, quando presentes os requisitos para antecipação da tutela. (REsp n. 840.218/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 17/8/2006, DJ 31/8/2006, p. 271.) IV - Se a causa da suspensão da prescrição for medida liminar, a retomada da contagem do prazo prescricional se inicia a partir da revogação dos efeitos dessa liminar. Nesse sentido é o julgado da Segunda Turma que, apesar de tratar de matéria diversa, traz entendimento acerca da retomada da exigibilidade de crédito após o momento em que cessa a eficácia da medida liminar; nos seguintes termos da ementa: EAREsp n. 407.940/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, julgado em 10/5/2017, DJe 29/5/2017. V - Fica claro que o acórdão regional recorrido está em desconformidade com a jurisprudência desta Corte ao considerar que a retomada do prazo prescricional se deu apenas com o trânsito em julgado da ação rescisória, razão pela qual deve ser reformado. VI - Como não constam expressamente consignadas, no acórdão regional, as datas dos eventos, faz-se necessária a devolução dos autos à origem para que proceda à análise da prescrição levando em consideração a data da revogação da liminar. Outrossim, julgadas prejudicadas as demais matérias tratadas no recurso especial. VII - Embargos de declaração acolhidos para dar provimento ao agravo interno."

Na mesma linha de raciocínio, em caso análogo, o seguinte precedente da Turma:

ApCiv 0000454-47.2017.4.03.6116, Rel. Des. Fed. CECILIA MARCONDES, e - DJF3 10/01/2020: "DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. MULTA ADMINISTRATIVA. CRF. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. ART. 1º-A DA LEI Nº 9.873/99. OCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA EM MANDADO DE SEGURANÇA. REVOGAÇÃO DA LIMINAR. FLUÊNCIA DO PRAZO PRESCRICIONAL A PARTIR DE ENTÃO. 1. Consoante estabelece o art. 1º-A da Lei nº 9.873/99, incluído pela Lei nº 11.941/09, a Administração Pública dispõe do prazo de 5 (cinco) anos para a promoção da ação de execução decorrente da aplicação de multa por infração à legislação em vigor, contado do término do respectivo processo administrativo. 2. Tendo em vista a natureza não tributária do crédito em cobro, aplicável, no presente caso, o art. 2º, § 3º, da Lei nº 6.830/80, o qual dispõe acerca da suspensão do prazo prescricional por 180 (cento e oitenta) dias a partir da inscrição do débito em dívida ativa, ou até o ajuizamento da execução fiscal. 3. Apenas a partir do respectivo vencimento para pagamento da penalidade, iniciou-se a contagem do prazo prescricional, cujo termo final é o despacho que ordena a citação, o qual retroage à data da propositura da ação (artigo 2º-A da Lei nº 9.873/1999 c/c art. 219, §1º, do CPC). 4. Considerando o vencimento do débito, 28/10/2005, bem como a data da propositura da ação de execução (06/04/2017), a ocorrência da prescrição deve ser reconhecida, pois transcorreu o prazo quinquenal legal, mesmo observado o período de suspensão da prescrição por 6 (seis) meses prevista no art. 2º, § 3º, da Lei nº 6.830/80. 5. Não prospera o argumento do CRF/SP no sentido de que a contagem do prazo prescricional seria iniciada somente após o trânsito em julgado da sentença que denegou a ordem no mandado de segurança nº 0019747-71.2005.4.03.6100, ocorrido em 01/03/2016. 6. A executada, após ter sido notificada para o recolhimento da multa, impetrou o referido mandado de segurança para anular o auto de infração que lhe foi imposto pelo Conselho exequente, assim como a notificação para recolhimento da multa. Negada a liminar, interpôs o AI nº 0075602-02.2005.4.03.0000, obtendo nessa via a concessão da liminar pretendida. A sentença, proferida nos autos do mandado de segurança, em 25/11/2005, denegou a ordem, revogando a liminar anteriormente concedida em sede de agravo de instrumento. Em julgamento realizado nesta Corte, em 20/03/2011, foi negado provimento à apelação da CAASP, tendo sido inadmitido seu recurso especial. O agravo de instrumento foi julgado prejudicado por esta Corte, em 30/03/2011. 7. Nos termos do disposto no artigo 151, IV, do CTN, a suspensão da cobrança do crédito decorre da decisão liminar ou antecipatória de suspensão da exigibilidade. Da mesma forma, a perda da suspensão da exigibilidade, nos termos do disposto na Súmula 405 do STF. 8. Conclui-se, portanto, que a data da ciência da prolação da r. sentença denegatória no mandado de segurança nº 0019747-71.2005.4.03.6100, que revogou a liminar anteriormente concedida, constitui o termo inicial da prescrição para a execução da multa punitiva em cobro. Precedente do STJ. 9. Apelação não provida. "

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. MULTA ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. LEI 9.873/1999. OCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA EM MANDADO DE SEGURANÇA. REVOGAÇÃO DA LIMINAR. FLUÊNCIA DO PRAZO PRESCRICIONAL. DESNECESSIDADE DE AGUARDAR O TRÂNSITO EM JULGADO.

1. Consolidado o entendimento de que as regras dispostas no CTN não se aplicam às dívidas não tributárias, devendo-se observar, em tais casos, o artigo 1º do Decreto 20.910/1932 e o artigo 1º-A, da Lei 9.873/1999, incluído pela Lei 11.941/2009, que estabelecem que a Administração Pública dispõe do prazo de cinco anos para a promoção da ação de execução decorrente da aplicação de multa por infração à legislação em vigor, contado do término do respectivo processo administrativo.

2. Ademais, também aplicável o artigo 2º, § 3º, da LEF, que prevê a suspensão do prazo prescricional por 180 dias a partir da inscrição em dívida ativa, ou até o ajuizamento da execução fiscal.

3. Na espécie, consta que o vencimento do débito remonta a 2005, tendo sido inscrito em dívida ativa somente em 02/03/2017, com propositura da ação de execução em 31/03/2017, despacho de citação em 07/04/2017, e citação válida em 31/08/2017, de modo que consumada a prescrição, pois decorrido o prazo quinquenal, mesmo observado o período de suspensão da prescrição por seis meses na forma do artigo 2º, § 3º, da LEF.

3. Nem se alegue que a contagem do prazo prescricional teria sido iniciada somente após o trânsito em julgado da decisão que denegou o MS 0019747-71.2005.4.03.6100, pois, sendo a causa da suspensão da prescrição a concessão de medida liminar, a revogação desta pela superveniência de sentença gera a retomada da contagem do prazo prescricional: precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Turma.

4. Assim sendo, no caso, é certo que a sentença que denegou o mandado de segurança revogou os efeitos da suspensão da exigibilidade e, portanto, tomando-se o termo inicial da prescrição para a execução da multa punitiva em cobro, tendo transcorrido desde então o prazo quinquenal, consideradas as datas do ajuizamento do feito e do despacho que ordenou a citação.

5. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma decidiu, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

SUBSECRETARIA DA 4ª TURMA

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0006517-30.2008.4.03.6108
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: TILIBRA PRODUTOS DE PAPELARIA LTDA.
Advogado do(a) APELANTE: LUIZ FERNANDO MAIA - SP67217-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do(a) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a), de acordo com o artigo 1º da Ordem de Serviço nº 1/2016 - PRESI/DIRG/SEJU/UTU4, faço abertura de vista para que a(s) parte(s) (**TILIBRA PRODUTOS DE PAPELARIA LTDA.**), ora embargada(s), querendo, manifeste(m)-se nos termos do § 2º do art. 1023 da Lei nº 13.105/15 (NCPC).

Considera-se data da publicação o primeiro dia útil subsequente ao dia de disponibilização no Diário Eletrônico da Justiça Federal.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0008824-71.2011.4.03.6133
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: EMPLOY RECURSOS HUMANOS LTDA

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do(a) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a), de acordo com o artigo 1º da Ordem de Serviço nº 1/2016 - PRESI/DIRG/SEJU/UTU4, faço abertura de vista para que a(s) parte(s) (**EMPLOY RECURSOS HUMANOS LTDA**), ora embargada(s), querendo, manifeste(m)-se nos termos do § 2º do art. 1023 da Lei nº 13.105/15 (NCPC).

Considera-se data da publicação o primeiro dia útil subsequente ao dia de disponibilização no Diário Eletrônico da Justiça Federal.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5015467-15.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: DNIT-DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES

APELADO: ITAU SEGUROS DE AUTO E RESIDENCIAS S.A.

Advogados do(a) APELADO: ANARITA DOS REIS PETRAROLI - SP130291-A, VICTOR JOSE PETRAROLI NETO - SP31464-A

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do(a) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a), de acordo com o artigo 1º da Ordem de Serviço nº 1/2016 - PRESI/DIRG/SEJU/UTU4, faço abertura de vista para que a(s) parte(s) (**ITAU SEGUROS DE AUTO E RESIDENCIA S.A.**), ora embargada(s), querendo, manifeste(m)-se nos termos do § 2º do art. 1023 da Lei nº 13.105/15 (NCPC).

Considera-se data da publicação o primeiro dia útil subsequente ao dia de disponibilização no Diário Eletrônico da Justiça Federal.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001182-15.2017.4.03.6112

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: COMERCIAL MOTO-OESTE LTDA

Advogado do(a) APELADO: HELIO VIEIRA MALHEIROS JUNIOR - SP197748

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do(a) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a), de acordo com o artigo 1º da Ordem de Serviço nº 1/2016 - PRESI/DIRG/SEJU/UTU4, faço abertura de vista para que a(s) parte(s) (**COMERCIAL MOTO-OESTE LTDA**), ora embargada(s), querendo, manifeste(m)-se nos termos do § 2º do art. 1023 da Lei nº 13.105/15 (Novo CPC).

Considera-se data da publicação o primeiro dia útil subsequente ao dia de disponibilização no Diário Eletrônico da Justiça Federal.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000001-69.2005.4.03.6117

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIÃO FEDERAL

APELADO: DINIS DE ALMEIDA

Advogado do(a) APELADO: LOURIVAL ARTUR MORI - SP106527-A

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do(a) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a), de acordo com o artigo 1º da Ordem de Serviço nº 1/2016 - PRESI/DIRG/SEJU/UTU4, faço abertura de vista para que a(s) parte(s) (**DINIS DE ALMEIDA**), ora embargada(s), querendo, manifeste(m)-se nos termos do § 2º do art. 1023 da Lei nº 13.105/15 (NCPC).

Considera-se data da publicação o primeiro dia útil subsequente ao dia de disponibilização no Diário Eletrônico da Justiça Federal.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0022017-73.2002.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIÃO FEDERAL

APELADO: BARTIRA MEIRA RAMOS NAGADO
Advogado do(a) APELADO: JORGE PAULO CARONI REIS - SP155154

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do(a) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a), de acordo com o artigo 1º da Ordem de Serviço nº 1/2016 - PRESI/DIRG/SEJU/UTU4, faço abertura de vista para que a(s) parte(s) (**BARTIRA MEIRA RAMOS NAGADO**), ora embargada(s), querendo, manifeste(m)-se nos termos do § 2º do art. 1023 da Lei nº 13.105/15 (NCPC).

Considera-se data da publicação o primeiro dia útil subsequente ao dia de disponibilização no Diário Eletrônico da Justiça Federal.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5002583-81.2019.4.03.6111
RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE
APELANTE: CONSTRUTORA CAVIBA LTDA - EPP
Advogado do(a) APELANTE: GLAUCO MARCELO MARQUES - SP153291-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do(a) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a), de acordo com o artigo 1º da Ordem de Serviço nº 1/2016 - PRESI/DIRG/SEJU/UTU4, faço abertura de vista para que a(s) parte(s) (**CONSTRUTORA CAVIBA LTDA - EPP**), ora embargada(s), querendo, manifeste(m)-se nos termos do § 2º do art. 1023 da Lei nº 13.105/15 (NCPC).

Considera-se data da publicação o primeiro dia útil subsequente ao dia de disponibilização no Diário Eletrônico da Justiça Federal.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5027389-53.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MENTSH CONFECÇÕES LTDA
Advogados do(a) APELADO: JOSE CRISTIANO DA SILVA - SP341032-A, MAURICIO MARQUES DA SILVA - SP351624-A

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do(a) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a), de acordo com o artigo 1º da Ordem de Serviço nº 1/2016 - PRESI/DIRG/SEJU/UTU4, faço abertura de vista para que a(s) parte(s) (**MENTSH CONFECÇÕES LTDA**), ora embargada(s), querendo, manifeste(m)-se nos termos do § 2º do art. 1023 da Lei nº 13.105/15 (NCPC).

Considera-se data da publicação o primeiro dia útil subsequente ao dia de disponibilização no Diário Eletrônico da Justiça Federal.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5017245-68.2019.4.03.6105
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: JOAO FARIADA SILVA
Advogados do(a) APELANTE: ALINE BARANDAS SAMSEL - PR71036-A, DORIVAL MAGALHAES SILVA - SP89688-A, MATHIAS MAGALHAES SILVA - SP188778-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCACAO

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Recebo o recurso de apelação no duplo efeito, com fulcro no art. 1.012, *caput*, do Código de Processo Civil.

Intime(m)-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

MARCELO SARAIVA

Desembargador Federal

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016245-78.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: EVERALDO GOMES DE OLIVEIRA

Advogado do(a) AGRAVANTE: REINALDO HIROSHI KANDA - SP236169

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E S P A C H O

1. Preliminarmente, considerando a juntada a estes autos de documento protegido por sigilo fiscal, identificado sob o ID 134701297, determino a anotação de sigilo documental do referido expediente.

2. Nos termos do artigo 10, do Código de Processo Civil, intime-se a parte agravante para que se manifeste acerca da tempestividade do recurso.

Intime-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

MARCELO SARAIVA

Desembargador Federal

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0001725-26.2014.4.03.6107

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: LUCIANA PEREIRA SOUZA BARBOZA, ANA CAROLINA SOUZA BARBOZA, M. C. S. B.

REPRESENTANTE: LUCIANA PEREIRA SOUZA BARBOZA

Advogados do(a) APELANTE: LUIS GUSTAVO RUCCINI FLORIANO - SP288806-A, ROGERIO COSTA CHIBENI YARID - SP140387-A

Advogados do(a) APELANTE: LUIS GUSTAVO RUCCINI FLORIANO - SP288806-A, ROGERIO COSTA CHIBENI YARID - SP140387-A

Advogados do(a) APELANTE: LUIS GUSTAVO RUCCINI FLORIANO - SP288806-A, ROGERIO COSTA CHIBENI YARID - SP140387-A

APELADO: CONSTRUTORA SUCESSO SA, DNIT-DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES

Advogados do(a) APELADO: ALEXANDRE DE ALMEIDA RAMOS - PI3271-A, MARIO AUGUSTO SOEIRO MACHADO - PI1529-A, BIANCA OLIVEIRA DOS SANTOS SATRIANI - SP290454-A

OUTROS PARTICIPANTES:

ASSISTENTE: LUCIANA PEREIRA SOUZA BARBOZA

ADVOGADO do(a) ASSISTENTE: LUIS GUSTAVO RUCCINI FLORIANO

ADVOGADO do(a) ASSISTENTE: ROGERIO COSTA CHIBENI YARID

DESPACHO

Vistos, etc.

Preliminarmente, oficie-se à 1ª Vara Federal de Araçatuba/SP solicitando informações acerca da suspensão do prazo alegado pelo apelante, certificando, ainda, a tempestividade da apelação, bem como o transcurso do prazo para contrarrazões.

Após, autos conclusos.

Intime(m)-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

MARCELO SARAIVA

Desembargador Federal

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL(199) Nº 5014465-58.2019.4.03.6105

RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA

PARTE AUTORA: THALITA VARGAS

Advogados do(a) PARTE AUTORA: ANA PAULA PICCOLI DE ALMEIDA CAMPANHARO - SC29009-A, LIGIA MANCHENHO PORTILIO - SC46214-A, LUANA KARINA GORISCH - SC44682-A, VALDIR CAMPANHARO - SC33590-A, RAFAEL LUIZ SIEWERT - SC30361-A, ROBERTO GONCALVES DE FREITAS - SC36205-A

PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

DECISÃO

Trata-se de reexame necessário de sentença que concedeu a segurança para confirmar a liminar deferida, a qual determinara que a autoridade impetrada autorizasse a empresa Expressa Distribuidora de Medicamentos Ltda. (fiel depositária) a liberar vinte frascos do medicamento Soliris (Eculizumab) (IDs 133440456, 133440473).

A União Federal manifestou desinteresse em interpor recurso de apelação (ID 133440475).

O Ministério Público Federal opinou pela manutenção da sentença (ID 134546888).

Decido.

Eis a manifestação da União:

"A UNIÃO (Fazenda Nacional), por seu Procurador signatário, vem tomar ciência do teor da r. sentença id 29729295 e dizer a Vossa Excelência que não apresentará recurso de apelação, conforme autoriza a Portaria PGFN 502/2016, art. 2º, inciso 'X'." (ID 133440475)

Segundo o art. 2º, X, da Portaria PGFN nº 502, de 12 de maio de 2016, fica dispensada a interposição de recurso, quando peculiaridades do direito material ou processual discutidos no caso concreto indicarem a total inviabilidade do ato processual cabível:

"Art. 2º. Sem prejuízo do disposto no artigo precedente, fica dispensada a apresentação de contestação, oferecimento de contrarrazões, interposição de recursos, bem como recomendada a desistência dos já interpostos, nas seguintes hipóteses:

(...)

X - quando peculiaridades do direito material ou processual discutidos no caso concreto indicarem a total inviabilidade do ato processual cabível;"

Diante do desinteresse da União em recorrer da sentença, aplica-se o art. 19, § 1º, II, e § 2º, da Lei nº 10.522/02:

"Art. 19. Fica a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional dispensada de contestar, de oferecer contrarrazões e de interpor recursos, e fica autorizada a desistir de recursos já interpostos, desde que inexistir outro fundamento relevante, na hipótese em que a ação ou a decisão judicial ou administrativa versar sobre:

(...)

§ 1º Nas matérias de que trata este artigo, o Procurador da Fazenda Nacional que atuar no feito deverá, expressamente:

I - (...)

II - manifestar o seu desinteresse em recorrer, quando intimado da decisão judicial.

§ 2º A sentença, ocorrendo a hipótese do § 1º, não se subordinará ao duplo grau de jurisdição obrigatório."

Ante o exposto, nos termos do art. 932, III, do Código de Processo Civil, não conheço da remessa oficial.

Observadas as cautelas legais, remetam-se os autos ao juízo de origem.

Intime-se.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016061-25.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: PEPSICO DO BRASIL LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: KLAUS EDUARDO RODRIGUES MARQUES - SP182340-A

AGRAVADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, interposto em face da r. decisão de indeferiu o pedido de substituição dos depósitos judiciais efetuados nos autos por Seguro Garantia, por força dos efeitos decorrentes da epidemia de COVID-19, mantendo a suspensão da execução até o trânsito em julgado dos embargos que se encontram no E. TRF 3ª Região (§ 2º, do artigo 32 da Lei 6.830/80).

Alega, em síntese, que grave pandemia que assola o mundo e o país, atrelado ao fato de que executada tem, atualmente, cerca de R\$ 3.500.000,00 (três milhões e quinhentos mil reais) em depósitos judiciais promovidos para garantir execuções, é circunstância fática especial que justifica a substituição do depósito pelo seguro garantia. Enquanto essa expressiva quantia está “congelada”, a executada já esta sofrendo graves efeitos desta crise.

Decido.

Não se desconhece o cenário avassalador trazido pela pandemia, devendo o Poder Judiciário estar atento aos acontecimentos para mitigar, quando possível, as disposições do ordenamento cujo rigor é construído no contexto da normalidade.

No entanto, deve-se agir com a cautela necessária, já que são vários os atos excepcionais editados no âmbito do Ministério da Economia para minimizar tal cenário.

Os depósitos judiciais só podem ser levantados após o trânsito em julgado da decisão favorável ao depositante. Vale dizer, no momento que o depósito judicial é feito, deixa de ser mera faculdade da parte, estabelecendo nova relação jurídica, razão pela qual os valores depositados devem permanecer em poder da Justiça até o trânsito em julgado da ação.

A despeito da possibilidade de liquidação do seguro garantia/carta fiança, é vedada a destinação, conversão em renda ou levantamento da quantia respectiva antes do trânsito em julgado. Nessa linha, é o entendimento desta corte: *AI n.º 0002124-43.2014.4.03.0000, Sexta Turma, Rel. Juíza Conv. Eliana Marcelo, j. 12.02.2015, e-DJF3 Judicial 1 de 25.02.2015 e AI n.º 0023816-98.2014.4.03.0000, Terceira Turma, Rel. Des. Fed. Carlos Muta, j. 27.11.2014, e-DJF3 Judicial 1 de 02.12.2014.*

Há de ser destacado, ainda, que consoante entendimento jurisprudencial, o seguro garantia e a carta fiança, diferentemente do depósito integral, não tem o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário, à vista da taxatividade das causas suspensivas previstas no artigo 151 do CTN.

O oferecimento de carta fiança/seguro, ainda que no montante integral do valor devido, tem apenas o efeito garantidor do débito exequendo e viabiliza o ajuizamento dos embargos à execução e a expedição de certidão de regularidade fiscal. Nesse sentido, o e. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1156668/DF, julgado conforme procedimento previsto para os recursos repetitivos, fixou a seguinte tese: *“A fiança bancária não é equiparável ao depósito integral do débito exequendo para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, ante a taxatividade do art. 151 do CTN e o teor do Enunciado Sumular n. 112 desta Corte”.*

Não se pode perder de vista, por fim, os incontáveis depósitos judiciais realizados nas mais diversas ações espalhadas pelo país, sendo temerária, mesmo frente à abrupta pandemia, a liberação irrestrita de valores em detrimento dos interesses da União, ainda mais quando se considera que a União Federal será a maior responsável econômica para prover, ao tempo de crise, o bem estar dos mais diversos extratos sociais e econômicos do país, além de manter em pleno funcionamento, com os custos adicionais decorrentes da pandemia, o Sistema Único de Saúde – SUS.

Nesse sentido, a decisão proferida pela Min. Assusete Magalhães, no RECURSO ESPECIAL nº 1.717.330/PR (DJe 30/04/2020):

“Havendo norma expressa a vedar o levantamento do depósito judicial, a medida somente poderia ser autorizada ou mediante a declaração de inconstitucionalidade, o que nos damos por escusado de apreciar; ou mediante aquilo que a doutrina denomina superação (defeasibility) da regra legal.

Por isso que “a superação de uma regra não exige apenas a mera ponderação do princípio da segurança jurídica com outro princípio constitucional específico, como ocorre nos casos de ponderação horizontal e direta de princípios constitucionais. (...) Isso porque a superação de uma regra não se circunscreve à solução de um caso, como ocorre na ponderação horizontal entre princípios mediante a criação de regras concretas de colisão; mas exige a construção de uma solução de um caso mediante a análise da sua repercussão para a maioria dos casos”.

Na espécie, a provável repercussão para a maioria dos casos milita contra o pleito da companhia. Os depósitos judiciais para a suspensão de exigibilidade de crédito tributário são destinados à conta única do Tesouro Nacional (art. 1º, § 2º, da Lei 9.703/98) e à conta única dos Tesouros Estaduais (art. 3º da Lei Complementar 151/2015). União e Estados, portanto, contam com os valores na gestão de seus fluxos de caixa.

Em meio à pandemia, o levantamento dos depósitos, sem decisão judicial transitada em julgado, pode comprometer o emprego dos valores pelo Poder Público na implantação de políticas sociais e na implementação de medidas econômicas anticíclicas. Claro está, pois, o risco à economia pública e à ordem social. (...)

Ante o exposto, indefiro o pedido de substituição do depósito por seguro garantia."

No mesmo sentido, destaco a decisão proferida pelo Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, nos autos Agravo na TutPrv no AREsp 1525342, DJE 02/06/2020, a saber:

(...)

Isto porque esta Corte tem o entendimento consolidado de que não há fumus boni iuris, quando não há probabilidade de êxito no pedido proposto, como no caso dos autos, uma vez que a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, por ambas as Turmas de Direito Público, é pacífica no sentido da impossibilidade da substituição de depósito judicial por seguro garantia no âmbito de ações declaratórias, anulatórias e mandado de segurança para a discussão de exações tributárias.

A substituição somente é admissível quando se trata de penhora para garantir execução fiscal (embargos à execução) e, ainda assim, com a concordância da Fazenda Pública ou com a demonstração cabal da necessidade de aplicação do princípio da menor onerosidade previsto no antigo art. 620, do CPC/1973 (hoje art. 805, do CPC/2015), a saber:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA. SUBSTITUIÇÃO DE DEPÓSITO JUDICIAL EFETUADO PARA SUSPENDER EXIGIBILIDADE DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO POR SEGURO GARANTIA.

DESCABIMENTO. MOVIMENTAÇÃO DOS VALORES DEPOSITADOS EM JUÍZO.

IMPOSSIBILIDADE ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DEMANDA À QUAL VINCULADOS. PLAUSIBILIDADE DO DIREITO INVOCADO. AUSÊNCIA.

1. Cuida-se de pedido de tutela de urgência formulado pela ora agravante objetivando apresentar seguro-garantia no valor integral do crédito discutido em recurso especial, ainda sem juízo de admissibilidade no Tribunal de origem, em substituição ao depósito realizado.

2. É firme nesta Corte o entendimento no sentido de que o seguro garantia judicial não se enquadra como uma das hipóteses previstas no artigo 151 do CTN de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Precedentes.

3. A jurisprudência desta Corte reconhece que a movimentação do depósito judicial efetuado na forma do artigo 151, II, do CTN, fica condicionada ao trânsito em julgado do processo a que se encontra vinculado. Precedentes.

4. Não demonstrada a plausibilidade do direito, obstado fica o trânsito da pretensão autoral.

5. Agravo interno não provido (AgInt no TP n. 176 / SP, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 18/11/2019).

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. DEPÓSITO JUDICIAL. ART. 151, II, DO CTN. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. SUBSTITUIÇÃO POR SEGURO GARANTIA. INVIABILIDADE. MOVIMENTAÇÃO DOS VALORES DEPOSITADOS EM JUÍZO. IMPOSSIBILIDADE ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DEMANDA À QUAL VINCULADOS. FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA NÃO DEMONSTRADOS. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - É pacífica a orientação do Superior Tribunal de Justiça quanto à inviabilidade de equiparação do seguro garantia ou da fiança bancária ao depósito judicial em dinheiro e integral para efeito de suspensão de exigibilidade do crédito tributário.

III- A 1ª Seção desta Corte tem entendimento consolidado segundo o qual a movimentação de valores judicialmente depositados, em atendimento ao disposto no art. 151, II, do CTN, fica condicionada ao trânsito em julgado da demanda à qual vinculados.

IV- Ausência de demonstração, em juízo de cognição sumária, do invocado periculum in mora.

V- O Agravante não apresenta, no agravo, argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

VI- Agravo Interno improvido (AgInt no TP n. 178 / SP, Primeira Turma, Rel. Min. Regina Helena Costa, julgado em 13/06/2017).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DO DEPÓSITO EM DINHEIRO POR SEGURO GARANTIA JUDICIAL, EM AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL.

1. A Primeira Seção, ao julgar o REsp 945.037/AM, decidiu pela impossibilidade de movimentação dos depósitos judiciais de tributos antes do trânsito em julgado do processo a que se encontram vinculados (DJe de 3.8.2009).

2. O seguro garantia judicial, assim como a fiança bancária, não é equiparável ao depósito em dinheiro para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, ante a taxatividade do art. 151 do CTN e o teor da Súmula 112/STJ. Nesse sentido: REsp 1.156.668/DF, 1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 10.12.2010, submetido ao regime do art. 543-C do CPC.

3. Como bem observou o juiz da primeira instância, revela-se inaplicável, in casu (para suspender a própria exigibilidade do crédito tributário), o disposto no § 2º do art. 656 do CPC, invocado para arrimar a pretensão de substituição do depósito em dinheiro por seguro garantia judicial, porquanto não se trata de simples requerimento de substituição de penhora nos autos de lide executiva, mas sim de pedido formulado em ação anulatória de débito fiscal. Pelo mesmo motivo de não se tratar de processo de execução, é inaplicável ao caso o art. 620 do CPC.

4. Recurso especial não provido (REsp. n. 1.260.192 / ES, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 01/12/2011).

Ademais, cabe registrar que excepcionalidade econômica e social trazida pela pandemia do Coronavírus (COVID-19) não legitima que sejam adotadas medidas que prestigiem o interesse individual da empresa, seus sócios, trabalhadores, clientes e fornecedores por sobre o interesse coletivo de toda a sociedade (interesse público).

Decerto, fossem liberados todos os depósitos judiciais efetivados em garantia de ações tributárias por todo o Brasil, o Poder Público restaria privado de importantes recursos que já estão sendo utilizados em diversas políticas públicas de combate à pandemia e seus efeitos de toda ordem (política, social, econômica, de saúde, educacional, científica etc.).

A medida da jurisdição tributária deve-se pautar na conjunção do irrefutável princípio da legalidade, jungido a necessária justiça fiscal, estando ambos sintonizados à capacidade contributiva e à vedação de confisco. Em síntese, penso que a avaliação dos pedidos desse jaez, devem dispor de critérios normativos mínimos dispostos por cada ente federativo, dentro de uma delimitação de competência tributária definida pela Constituição, e a partir disto, se estender para outros critérios de justiça e de solidariedade fiscal, indispensáveis neste momento de pandemia.

Ante o exposto, INDEFIRO O PEDIDO.”

Desse modo, sopesando os interesses em testilha e analisando o pedido de liberação dos depósitos judiciais frente ao argumento da pandemia, não visualizo a possibilidade de liberação neste momento.

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

Intimem-se a agravada para que se manifeste, nos termos do incisos II, do artigo 1019, do CPC.

Intime(m)-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5003623-64.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: AGENCIA NACIONAL DE ENERGIA ELETRICA - ANEEL

AGRAVADO: COMPANHIA PAULISTA DE FORÇA E LUZ
Advogados do(a) AGRAVADO: HELVECIO FRANCO MAIA JUNIOR - MG77467-A, MARIA JOAO CARREIRO PEREIRA ROLIM - DF30165, JOAO DACIO DE SOUZA PEREIRA ROLIM - SP76921-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, interposto pela ANEEL, em face da r. decisão proferida pelo MM. Juízo "a quo" que deferiu o pedido de tutela antecedente para suspender os efeitos da decisão administrativa combatida (da ANEEL – ID25719009 - despacho 2.270, de 20/08/2019), ante a cautela oferecida, qual seja, apólice de Seguro Garantia Judicial – Apólice nº 017412019000107750003230 (ID25719018) endossada pela apólice ID27257454 (endosso 0000001) devidamente acrescido de 30% do valor do débito.

Alega a agravante que a r. decisão agravada lhe impõe grave lesão, bem como que resta provado que o faturamento incorreto poderia e deveria ter sido evitado pela distribuidora, uma vez que era obrigação de a concessionária obedecer fielmente às regras de classificação tarifária estipuladas na legislação de regência. Assim, independentemente de a concessionária ter se beneficiado intencionalmente ou não do faturamento a maior (agindo com má-fé), o fato é que a mesma não pode alegar que este decorreu de um engano justificável, pois, no mínimo, agiu de maneira culposa.

A análise do pedido de efeito suspensivo foi postergada para após o oferecimento de contraminuta.

Devidamente intimada, a agravada apresentou contraminuta.

Decido.

Nos termos do artigo 1.019, do CPC, recebido o agravo de instrumento no e. Tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o Exmo. Relator poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão.

Neste juízo de cognição sumária, não verifico a plausibilidade do direito invocado nas alegações da agravante, de modo a justificar o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela recursal.

Na verdade, o entendimento acerca de questão análoga a presente encontra-se uníssono no c. Superior Tribunal de Justiça, tanto que submetido às peculiaridades do art. 543-C, CPC, no sentido de que, facultado ao contribuinte, antes da propositura da execução fiscal, o oferecimento de garantia (na hipótese seguro garantia) como fito de obter a expedição de certidão de regularidade fiscal, não implica a suspensão da exigibilidade do crédito, posto que o art. 151, CTN é taxativo ao arrolar as hipóteses competentes para a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, bem como tendo em vista o disposto na Súmula 112 da mesma Corte.

Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. CAUÇÃO E EXPEDIÇÃO DA CPD-EN. POSSIBILIDADE. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ART. 151 DO CTN. INEXISTÊNCIA DE EQUIPARAÇÃO DA FIANÇA BANCÁRIA AO DEPÓSITO DO MONTANTE INTEGRAL DO TRIBUTADO DEVIDO PARA FINS DE SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE. SÚMULA 112/STJ. VIOLAÇÃO AO ART. 535, II, DO CPC, NÃO CONFIGURADA. MULTA. ART. 538 DO CPC. EXCLUSÃO. 1. A fiança bancária não é equiparável ao depósito integral do débito exequendo para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, ante a taxatividade do art. 151 do CTN e o teor do Enunciado Sumular n. 112 desta Corte, cujos precedentes são de clareza hialina: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SUSPENSÃO CAUTELAR DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DEPÓSITO EM TDAS OU FIANÇA BANCÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. CONSOANTE PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS DESTA CORTE, A SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO, SO E ADMISSÍVEL, MEDIANTE DEPÓSITO INTEGRAL EM DINHEIRO, NOS TERMOS DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 151, DO CTN, E PAR. 4. DA LEI N. 6.830/70. RECURSO DESPROVIDO, POR UNANIMIDADE. (RMS 1269/AM, Rel. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/10/1993, DJ 08/11/1993) TRIBUTÁRIO. SUSPENSÃO DE EXIGIBILIDADE DE CRÉDITO. FIANÇA BANCÁRIA COMO GARANTIA ACOLHIDA EM LIMINAR. ART. 151, CTN. LEI 6830/80 (ARTS. 9. E 38). ARTIGOS 796, 798 E 804, CPC). SUMULAS 247-TFR E 1 E 2 DO TRF / 3A. REGIÃO. 1. A PROVISORIEDADE, COM ESPECÍFICOS CONTORNOS, DA CAUTELAR CALCADA EM

FIANÇA BANCARIA (ARTIGOS 796, 798 E 804, CPC), NÃO SUSPENDE A EXIGIBILIDADE DO CREDITO FISCAL (ART. 151, CTN), MONITORADO POR ESPECIALÍSSIMA LEGISLAÇÃO DE HIERARQUIA SUPERIOR, NÃO SUBMISSA AS COMUNS DISPOSIÇÕES CONTIDAS NA LEI 6830/80 (ARTS. 9. 38). 2. SO O DEPOSITO JUDICIAL EM DINHEIRO, AUTORIZADO NOS PROPRIOS AUTOS DA AÇÃO PRINCIPAL OU DA CAUTELAR, SUSPENDE A EXIGIBILIDADE DO CREDITO TRIBUTARIO. 3. RECURSO PROVIDO. (REsp 30610/SP, Rel. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/02/1993, DJ 15/03/1993) 2. O art. 151 do CTN dispõe que, in verbis: 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário: I - moratória; II - o depósito do seu montante integral; III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo; IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança. V - a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial; (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001) VI - o parcelamento." 3. Deveras, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário (que implica óbice à prática de quaisquer atos executivos) encontra-se taxativamente prevista no art. 151 do CTN, sendo certo que a prestação de caução, mediante o oferecimento de fiança bancária, ainda que no montante integral do valor devido, não ostenta o efeito de suspender a exigibilidade do crédito tributário, mas apenas de garantir o débito exequendo, em equiparação ou antecipação à penhora, com o escopo precípuo de viabilizar a expedição de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa e a oposição de embargos. (Precedentes: AgRg no REsp 1157794/MT, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/03/2010, DJe 24/03/2010; AgRg na MC 15.089/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 06/05/2009; AgRg no REsp 1046930/ES, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/03/2009, DJe 25/03/2009; REsp 870.566/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 11/02/2009; MC 12.431/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/03/2007, DJ 12/04/2007; AgRg no Ag 853.912/RJ, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/11/2007, DJ 29/11/2007 ; REsp 980.247/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/10/2007, DJ 31/10/2007; REsp 587.297/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/10/2006, DJ 05/12/2006; AgRg no REsp 841.934/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/09/2006, DJ 05/10/2006) 4. Ad argumentandum tantum, peculiaridades do instituto da fiança demonstram, de forma inequívoca, a impossibilidade de sua equiparação ao depósito, tais como a alegação do benefício de ordem e a desoneração do encargo assumido mediante manifestação unilateral de vontade do fiador, nos termos dos arts. 827 e 835 do Código Civil, verbis: "Art. 827. O fiador demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir, até a contestação da lide, que sejam primeiro executados os bens do devedor." "Art. 835. O fiador poderá exonerar-se da fiança que tiver assinado sem limitação de tempo, sempre que lhe convier, ficando obrigado por todos os efeitos da fiança , durante sessenta dias após a notificação do credor." 5. O contribuinte pode, após o vencimento da sua obrigação e antes da execução , garantir o juízo de forma antecipada, para o fim de obter certidão positiva com efeito de negativa.6. É que a Primeira Seção firmou o entendimento de que: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. AÇÃO CAUTELAR PARA ASSEGURAR A EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA. POSSIBILIDADE. INSUFICIÊNCIA DA CAUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. O contribuinte pode, após o vencimento da sua obrigação e antes da execução , garantir o juízo de forma antecipada, para o fim de obter certidão positiva com efeito de negativa. (Precedentes: EDcl no AgRg no REsp 1057365/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/08/2009, DJe 02/09/2009; EDcl nos EREsp 710.153/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/09/2009, DJe 01/10/2009; REsp 1075360/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/06/2009, DJe 23/06/2009; AgRg no REsp 898.412/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 13/02/2009; REsp 870.566/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 11/02/2009; REsp 746.789/BA, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/11/2008, DJe 24/11/2008; EREsp 574107/PR, Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA DJ 07.05.2007) 2. Dispõe o artigo 206 do CTN que: "tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa." A caução oferecida pelo contribuinte, antes da propositura da execução fiscal é equiparável à penhora antecipada e viabiliza a certidão pretendida, desde que prestada em valor suficiente à garantia do juízo.3. É viável a antecipação dos efeitos que seriam obtidos com a penhora no executivo fiscal , através de caução de eficácia semelhante. A percorrer-se entendimento diverso, o contribuinte que contra si tenha ajuizada ação de execução fiscal ostenta condição mais favorável do que aquele contra o qual o Fisco não se voltou judicialmente ainda. 4. Deveras, não pode ser imputado ao contribuinte solvente, isto é, aquele em condições de oferecer bens suficientes à garantia da dívida, prejuízo pela demora do Fisco em ajuizar a execução fiscal para a cobrança do débito tributário. Raciocínio inverso implicaria em que o contribuinte que contra si tenha ajuizada ação de execução fiscal ostenta condição mais favorável do que aquele contra o qual o Fisco ainda não se voltou judicialmente. 5. Mutatis mutandis o mecanismo assemelha-se ao previsto no revogado art. 570 do CPC, por força do qual era lícito ao devedor iniciar a execução . Isso porque as obrigações, como vínculos pessoais, nasceram para serem extintas pelo cumprimento, diferentemente dos direitos reais que visam à perpetuação da situação jurídica nele edificadas. 6. Outrossim, instigada a Fazenda pela caução oferecida,

pode ela iniciar a execução, convertendo-se a garantia prestada por iniciativa do contribuinte na famigerada penhora que autoriza a expedição da certidão. (...) 10. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. (REsp 1123669/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010) 7. In casu, o pleito constante da exordial da presente ação cautelar, juntada às fls. e-STJ 28, foi formulado nos seguintes termos, verbis: "À vista do exposto, demonstrada a existência de periculum in mora e fumus boni juris, pleiteiam as requerentes, com fundamento nos artigos 796 e 804 do Código de Processo Civil, que lhe seja deferida medida liminar para assegurar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário objeto dos Processos Administrativos n.ºs 15374.002156/00-73 e 15374.002155/00-19 até final decisão de mérito da questão jurídica em debate na AO n.º 2007.34.00.036175-5 sem apresentação de garantia ou, quando menos, caso V.Exa. entenda necessária a garantia da liminar, requer a Autora seja autorizada a apresentação de fiança bancária do valor envolvido, a exemplo do que aconteceria na hipótese de propositura de execução fiscal, tornando-se, assim, válida a expedição de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa, tal como previsto no art. 206, do CTN." (grifos no original) 8. O Juízo federal de primeiro grau concedeu a liminar, fundamentando o decisum na possibilidade de expedição de CPD-EN mediante a apresentação de fiança bancária garantidora da futura execução, consoante farta jurisprudência. No entanto, no dispositivo, contraditoriamente, determina a prestação de fiança "em valor não inferior ao do débito ora discutido mais 30% (trinta por cento), nos termos do § 2º do art. 656 do CPC, a qual deverá ter validade durante todo o tempo em que perdurar a ação judicial, sob pena de restauração da exigibilidade dos créditos tributários." 9. O Tribunal a quo, perpetuou o equívoco do juízo singular, confirmando a concessão da liminar, para suspender a exigibilidade do crédito tributário e para determinar a expedição de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa, mediante apresentação de fiança bancária, ao entendimento de que o art. 9º, §3º, da Lei n. 6.830/80 não estabelecerá qualquer distinção entre o depósito em dinheiro e a fiança bancária, apta a garantir o crédito tributário. 10. Destarte, não obstante o equivocado entendimento do aresto recorrido, verifica-se que o pedido formulado referiu-se à expedição de certidão de regularidade fiscal. 11. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. 10. Exclusão da multa imposta com base no art. 538, parágrafo único, do CPC, ante a ausência de intuito protelatório por parte da recorrente, sobressaindo-se, tão-somente, a finalidade de prequestionamento. 12. Recurso especial parcialmente provido, apenas para afastar a multa imposta com base no art. 538, § único do CPC. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. (STJ, RESP 200901753941, Relator Luiz Fux, Primeira Seção, DJE DATA:10/12/2010). (grifos).

No entanto, não se pode perder de vista que a Portaria nº.440/2016, da PGFN, estabelece critérios objetivos para aceitação do Seguro Garantia, no âmbito da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, não havendo como se deixar de ouvir a Fazenda Pública a respeito da caução ofertada.

Como é bem de ver, o seguro garantia, desde que devidos os quesitos da mencionada Portaria 440/2016, é meio idôneo para garantir o crédito tributário merece ser acolhido, vez que, consoante entendimento firmado pelo c. Superior Tribunal de Justiça, embora não tenha o condão de suspender a exigibilidade do crédito, o oferecimento de seguro garantia ou de carta de fiança possibilita a expedição de certidão positiva com efeitos de negativa, conforme arestos abaixo transcritos:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. NOS TERMOS DO ART. 151 DO CTN, É INCABÍVEL A SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO COM BASE NA OFERTA DE CARTA DE FIANÇA BANCÁRIA (SÚMULA 112/STJ), O QUE NÃO IMPEDE, TODAVIA, A EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA, A TEOR DO ART. 206 DO CTN. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

1. Proferida pelo eminente Ministro LUIZ FUX, a decisão ora agravada assentou, em apertada síntese, que a prestação de caução, mediante o oferecimento de fiança bancária, ainda que no montante integral do valor devido, não se encontra encartada nas hipóteses elencadas no art. 151 do CTN, não ostentando o efeito de suspender a exigibilidade do crédito tributário, mas, apenas, o de garantir o débito executando, em equiparação ou antecipação à penhora, permitindo-se, neste caso, a expedição de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa (DJe de 03.03.2011).

2. Entrementes, em seu dispositivo, tal decisão negou provimento ao Agravo de Instrumento e manteve, assim, o acórdão recorrido, que, fundado no Enunciado 112 da Súmula de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, deu provimento ao Agravo de Instrumento para reformar a decisão do Magistrado de piso que, por sua vez, em pedido de antecipação de tutela, indeferiu a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, mas, por outro lado, concedeu medida cautelar incidental, para suspender os efeitos do Auto de Infração que constituiu o imposto devido, bem como determinar a expedição da Certidão Positiva com Efeitos de Negativa, uma vez ofertada, em garantia, Carta de Fiança Bancária.

3. Agravo Regimental provido para, provendo-se o Agravo de Instrumento, conhecer do Recurso Especial e dar-lhe provimento, reformando-se, em parte, o acórdão recorrido, para restabelecer a decisão de primeiro grau, mas apenas na parte em que determinou a expedição da Certidão Positiva com Efeitos de Negativa.

(AgRg no Ag 1185481/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/10/2013, DJe 05/11/2013)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. AÇÃO CAUTELAR PARA ASSEGURAR A EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA. POSSIBILIDADE. INSUFICIÊNCIA DA CAUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. O contribuinte pode, após o vencimento da sua obrigação e antes da execução, garantir o juízo de forma antecipada, para o fim de obter certidão positiva com efeito de negativa. (Precedentes: EDcl no AgRg no REsp 1057365/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/08/2009, DJe 02/09/2009; EDcl nos EREsp 710.153/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/09/2009, DJe 01/10/2009; REsp 1075360/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/06/2009, DJe 23/06/2009; AgRg no REsp 898.412/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 13/02/2009; REsp 870.566/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 11/02/2009; REsp 746.789/BA, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/11/2008, DJe 24/11/2008; EREsp 574107/PR, Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA DJ 07.05.2007) 2. Dispõe o artigo 206 do CTN que: "tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa." A caução oferecida pelo contribuinte, antes da propositura da execução fiscal é equiparável à penhora antecipada e viabiliza a certidão pretendida, desde que prestada em valor suficiente à garantia do juízo.

3. É viável a antecipação dos efeitos que seriam obtidos com a penhora no executivo fiscal, através de caução de eficácia semelhante. A percorrer-se entendimento diverso, o contribuinte que contra si tenha ajuizada ação de execução fiscal ostenta condição mais favorável do que aquele contra o qual o Fisco não se voltou judicialmente ainda.

4. Deveras, não pode ser imputado ao contribuinte solvente, isto é, aquele em condições de oferecer bens suficientes à garantia da dívida, prejuízo pela demora do Fisco em ajuizar a execução fiscal para a cobrança do débito tributário. Raciocínio inverso implicaria em que o contribuinte que contra si tenha ajuizada ação de execução fiscal ostenta condição mais favorável do que aquele contra o qual o Fisco ainda não se voltou judicialmente.

5. Mutatis mutandis o mecanismo assemelha-se ao previsto no revogado art. 570 do CPC, por força do qual era lícito ao devedor iniciar a execução. Isso porque as obrigações, como vínculos pessoais, nasceram para serem extintas pelo cumprimento, diferentemente dos direitos reais que visam à perpetuação da situação jurídica nele edificadas.

6. Outrossim, instigada a Fazenda pela caução oferecida, pode ela iniciar a execução, convertendo-se a garantia prestada por iniciativa do contribuinte na famigerada penhora que autoriza a expedição da certidão.

7. In casu, verifica-se que a cautelar restou extinta sem resolução de mérito, impedindo a expedição do documento de regularidade fiscal, não por haver controvérsia relativa à possibilidade de garantia do juízo de forma antecipada, mas em virtude da insuficiência dos bens oferecidos em caução, consoante dessume-se da seguinte passagem do voto condutor do aresto recorrido, in verbis: "No caso dos autos, por intermédio da análise dos documentos acostados, depreende-se que os débitos a impedir a certidão de regularidade fiscal perfazem um montante de R\$ 51.802,64, sendo ofertados em garantia pela autora chapas de MDF adquiridas para revenda, às quais atribuiu o valor de R\$ 72.893,00.

Todavia, muito embora as alegações da parte autora sejam no sentido de que o valor do bem oferecido é superior ao crédito tributário, entendo que o bem oferecido como caução carece da idoneidade necessária para aceitação como garantia, uma vez que se trata de bem de difícil alienação.

8. Destarte, para infirmar os fundamentos do aresto recorrido, é imprescindível o revolvimento de matéria fático-probatória, o que resta defeso a esta Corte Superior, em face do óbice erigido pela Súmula 07 do STJ.

9. Por idêntico fundamento, resta inteditada, a este Tribunal Superior, a análise da questão de ordem suscitada pela recorrente, consoante infere-se do voto condutor do acórdão recorrido, litteris: "Prefacialmente, não merece prosperar a alegação da apelante de que é nula a sentença, porquanto não foi observada a relação de dependência com o processo de nº 2007.71.00.007754-8.

Sem razão a autora. Os objetos da ação cautelar e da ação ordinária em questão são diferentes. Na ação cautelar a demanda limita-se à possibilidade ou não de oferecer bens em caução de dívida tributária para fins de obtenção de CND, não se adentrando a discussão do débito em si, já que tal desbordaria dos limites do procedimento cautelar. Ademais, há que se observar que a sentença corretamente julgou extinto o presente feito, sem julgamento de mérito, em relação ao pedido que ultrapassou os limites objetivos de conhecimento da causa próprios do procedimento cautelar." 10. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 1123669/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

Nesse sentido:

"PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. OCORRÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. SUBSTITUIÇÃO DE CARTA DE FIANÇA POR SEGURO GARANTIA. LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA PERMISSIVA. EMBARGOS ACOLHIDOS. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO. 1. Nos termos do artigo 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração quando houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição, bem como for omitido ponto sobre o qual deveria se pronunciar o Juiz ou Tribunal. 2. Omissão se verifica na espécie. 3. A lei 11.382/2006, que incluiu o §2º ao artigo 656 do Código de Processo Civil, equiparou a carta de fiança ao seguro garantia. 4. Com efeito, a lei nº 6.830/80, em sua redação original, não contemplava expressamente o seguro garantia como modalidade de garantia, mas não a vedava, de modo que, sendo aplicáveis as disposições do Código de Processo Civil de forma subsidiária às execuções fiscais, forçoso reconhecer a possibilidade de realização da substituição da carta de fiança pelo seguro garantia. 5. Por seu turno, a União Federal admite tal modalidade de garantia, nos termos da Portaria PGFN nº 164/2014, que regulamenta o oferecimento e a aceitação do seguro garantia judicial para execução fiscal e seguro garantia parcelamento administrativo fiscal para débitos inscritos em dívida ativa da União e FGTS. 6. Na mesma esteira, a Lei nº 13.043 /2014, por meio de seu artigo 73, alterou a redação da Lei nº 6.830/80, equiparando para todos os efeitos o seguro garantia à carta de fiança, passando a admiti-lo como modalidade de garantia no processo de execução fiscal. 7. Consoante se constata a partir dos documentos de fls. 265/285, o seguro garantia ofertado pela executada está em consonância com os requisitos estabelecidos pela Portaria PGFN nº 164/2014, tendo sido sanadas todas as irregularidades anteriormente apontadas pela exequente e pelo MM. Juízo a quo, de modo que merece acolhimento o presente recurso, para o fim de admitir a substituição pleiteada. 8. Embargos de declaração acolhidos. Agravo de instrumento improvido." (TRF-3ª Região, AI 0023947-73.2014.4.03.0000, DJU de 20/01/2015, Rel. Juiz Fed. Conv. CARLOS DELGADO).

Isto posto, indefiro o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal.

Comunique-se o teor da presente decisão ao MM. Juízo a quo.

Intime(m)-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5006632-26.2018.4.03.6104

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: INDUSTRIA MARILIA DE AUTO PECAS S/A

Advogados do(a) APELADO: MARCOS ZANINI - SP142064-A, MAURICIO GEORGES HADDAD - SP137980-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de embargos de declaração da decisão lançada sob ID nº 120495718 que determinou o sobrestamento do feito, até o julgamento final dos Recursos Especiais nº 1799306/RS, 1799308/SC, e 1799309/PR.

Foram opostos embargos de declaração por INDÚSTRIA MARÍLIA DE AUTOPEÇAS S.A para que fosse sanado erro material, a fim de constarem o nome correto da embargante e a natureza da ação.

Pois bem. Acolho os embargos de declaração para corrigir erro material da decisão ID 120495718, que assim passa a constar:

Trata-se de apelação e remessa oficial em mandado de segurança impetrado por INDÚSTRIA MARÍLIA DE AUTOPEÇAS S.A,

(...)

Por fim, tendo em vista que a Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça definiu, sob o rito dos recursos repetitivos, acerca do tema dos serviços de capatazia – Tema 1.014, determino o levantamento do sobrestamento.

Int.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5011201-15.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

AGRAVADO: ASSIMEDICA SISTEMA DE SAUDE LTDA

Advogado do(a) AGRAVADO: MAURÍCIO DELLOVA DE CAMPOS - SP183917-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeitos suspensivos, interposto pela ANS, em face da r. decisão proferida pelo MM. Juízo de piso, que deferiu parcialmente a exceção de pré-executividade "para excluir, no que tange a CDA nº 000000029278-88, o valor correspondente à multa moratória e juros moratórios posteriores à quebra", a qual é, neste momento, objeto de agravo.

Alega a agravante, em síntese, que a Lei nº 6.024/74 há de ser interpretada de modo sistemático, à luz da nova lei falimentar (Lei nº 11.101/05), aplicável no caso presente pois a falência foi decretada em 17/10/2016. Pois bem, a Lei nº 6.024/74 não prevê a cobrança de multas fiscais ou administrativas na liquidação extrajudicial, da mesma forma que a revogada lei de falências (Decreto-lei nº 7.611/45); havia, pois, uma correspondência entre os atos normativos, os quais se diferenciavam essencialmente porque o procedimento de liquidação tem natureza administrativa, ao passo que a falência se processa judicialmente

A análise do pedido de efeito suspensivo foi postergada para após o oferecimento da contraminuta recursal.

Conforme se colhe dos autos, a falência da agravada foi decretada pelo MM. Juízo da 3ª. Vara Estadual Cível da Comarca de Campinas em 17 de outubro de 2016.

Com efeito, em se tratando de pessoa jurídica de direito privado que opera plano de assistência à saúde fica submetida ao regramento especial estipulado pela Lei nº 9.656/98.

É bem de ver que as instituições operadoras de planos de saúde são excluídas do processo de *falência*, nos termos do art. 2º, inciso II, da Lei nº 11.101/2005, contudo, poderá haver a *falência* quando no curso da liquidação extrajudicial sejam constatadas as hipóteses do art. 23 da Lei nº 9.656/98. É o que ocorreu no presente caso.

É certo que quando em regime de liquidação extrajudicial à sociedade operadora de plano de assistência à saúde é vedada a possibilidade de reclamação da *multa moratória*, nos termos da letra “f” do artigo 18 da Lei nº 6.024/1974.

No entanto, com o encerramento da liquidação extrajudicial e posterior decretação da *falência*, a massa falida fica submetida à Lei nº 11.101/2005.

Assim, aplicável à *multa moratória* o art. 83, inciso VII da Lei de Falências que arrola as “multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, inclusive as multas tributárias”, para fins de habilitação em *falência*.

Nesse sentido, precedentes desta E. Corte:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. DECRETAÇÃO DA FALÊNCIA DA EXECUTADA (VASP) NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.101/2005. POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DE MULTA ADMINISTRATIVA, QUE - AFASTADA QUALQUER PRESCRIÇÃO - PODE SER CARREADA À MASSA FALIDA. APELAÇÃO PROVIDA.

1. Com a edição da Lei nº 11.101/05, seu artigo 83, inciso VII tornou possível a cobrança da multa de natureza tributária.

2. No caso em exame, a decretação da falência da VASP operou-se em 04/09/2008, posteriormente à vigência da nova Lei de Falências, sendo, assim, devida a exigência da multa moratória de natureza tributária, da massa falida, ausente qualquer prescrição.

3. Apelo provido para o prosseguimento da execução.

(TRF3, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 0050393-36.2010.4.03.6182, SEXTA TURMA, DESEMBARGADOR FEDERAL JOHNSOMDI SALVO, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 07/11/2016).

PROCESSO CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - FALÊNCIA DECRETADA NA VIGÊNCIA DA LEI FEDERAL Nº. 11.101/05 - MULTA MORATÓRIA: EXIGIBILIDADE.

1- O artigo 83, inciso VII, da Lei Federal nº. 11.101/05, arrola as “multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, inclusive as multas tributárias” para fins de habilitação em falência.

2- Conclui-se que, a partir da vigência da Lei Federal nº. 11.101/05, a multa moratória é exigível nas falências.

3- Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5027672-43.2018.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal FABIO PRIETO DE SOUZA, julgado em 01/03/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 11/03/2019)

TRIBUTÁRIO. MASSA FALIDA. MULTA MORATÓRIA. POSSIBILIDADE. JUROS MORATÓRIOS. INCIDÊNCIA SOMENTE ATÉ A QUEBRA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

- Anteriormente ao advento da Lei nº 11.101/05 a multa moratória era inexigível da massa falida, por força do enunciado do artigo 112, do Código Tributário Nacional, e dos enunciados das Súmulas nºs 192 e 565 do Colendo Supremo Tribunal Federal.

- Com a vigência da Lei n. 11.101/05, cujo marco para a incidência é a data da decretação da falência, aplica-se à multa moratória o art. 83, inciso VII do referido diploma legal, de modo que a multa moratória passa a ser exigível.

- Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5011228-95.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 30/08/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 06/09/2019)

Desse modo, deve ser reformada a r. decisão agravada para restabelecer-se a incidência da multa moratória sobre o valor da execução fiscal, nos termos determinados pelo art. 83, VII, da Lei nº 11.101/05.

Ante o exposto, defiro o pedido de efeito suspensivo, nos termos acima expostos.

Comunique-se ao MM. Juízo *a quo* o teor da presente decisão para ciência e cumprimento.

Intime(m)-se.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002285-55.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
AGRAVANTE: MECTROL DO BRASIL COMERCIAL LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: TALITA FERNANDA RITZ SANTANA - SP319665-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal interposto por MECTROL DO BRASIL COMERCIAL LTDA, em face da r. decisão que indeferiu a medida liminar pleiteada objetivando que o ICMS faturado seja excluído da base de cálculo de PIS e COFINS.

Conforme se verifica pelo ID 133037594, foi proferida sentença nos autos principais, o que evidencia a perda de objeto do presente recurso.

Pelo exposto, julgo prejudicado o presente recurso, a teor do art. 932, inciso III, do CPC.

Observadas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

Int.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5028384-96.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
AGRAVANTE: TITAN PNEUS DO BRASIL LTDA
Advogados do(a) AGRAVANTE: GILBERTO RODRIGUES PORTO - SP187543-A, EDUARDO CORREA DA SILVA - SP242310-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, interposto por TITAN PNEUS DO BRASIL LTDA, em face da r. decisão proferida pelo MM. Juízo “quo” que indeferiu o pedido de tutela de urgência, objetivando a declaração de inexistência da relação jurídica tributária que a obrigue ao pagamento do adicional da taxa de utilização do Sistema Integrado de Comércio Exterior – SISCOEX, nos moldes da Portaria MF 257/2011, reconhecendo-se o direito de recolher o tributo nos valores fixados originariamente pela Lei nº 9.716/1998. Pleiteia, ainda, o reconhecimento do direito à compensação dos valores recolhidos a este título nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação e durante o curso da demanda, acrescidos da SELIC.

Em consulta ao Sistema Processual Informatizado desta E. Corte, verifico que foi proferida sentença nos autos principais, o que evidencia a perda de objeto do presente recurso.

Pelo exposto, julgo prejudicado o presente recurso, a teor do art. 932, inciso III, do CPC.

Observadas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

Int.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007278-44.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
AGRAVANTE: CLARIDON MAQUINAS E MATERIAIS LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: ROBERTO CARDONE - SP196924-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, interposto em face da r. decisão proferida pelo MM. Juízo “a quo” que indeferiu o pedido de medida liminar, objetivando a imediata análise dos pedidos de ressarcimentos deduzidos em 09/10/2019.

Alega, em síntese, que diante da demora injustificada na análise dos pedidos administrativos de habilitação de crédito, segue desprovida de parte de seu patrimônio e sujeita a todos os efeitos financeiros que atualmente podem leva-la a cessar definitivamente suas atividades.

Foi indeferido o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal.

Devidamente intimada, a agravada apresentou contraminuta.

O MPF em seu parecer (ID 129249232), opinou pelo prosseguimento do feito.

É o relatório.

Decido.

A matéria discutida nos autos comporta julgamento nos termos do artigo 932 do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), que conferiu ao relator a possibilidade de dar ou negar provimento ao recurso:

"Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

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

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

(...)

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível."

O artigo 5º em seu inciso LXXVIII, da Constituição Federal, estabelece como direito fundamental a duração razoável do processo tanto administrativo como judicial com o objetivo de atender adequadamente as necessidades sociais.

O art. 24, da Lei nº 11.457/2007 prevê que é obrigatório que a decisão administrativa seja proferida no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias, a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte.

Art. 24. É obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte.

O Superior Tribunal de Justiça decidiu em recurso submetido à sistemática do artigo 543-C, do Código de Processo Civil:

"TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL FEDERAL. PEDIDO ADMINISTRATIVO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO PARA DECISÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APLICAÇÃO DA LEI 9.784/99. IMPOSSIBILIDADE. NORMA GERAL. LEI DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. DECRETO 70.235/72. ART. 24 DA LEI 11.457 /07. NORMA DE NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. 1. A duração razoável dos processos foi erigida como cláusula pétrea e direito fundamental pela Emenda Constitucional 45, de 2004, que acresceu ao art. 5º, o inciso LXXVIII, in verbis: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação." 2. A conclusão de processo administrativo em prazo razoável é corolário dos princípios da eficiência, da moralidade e da razoabilidade. (Precedentes: MS 13.584/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 26/06/2009; REsp 1091042/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 21/08/2009; MS 13.545/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 29/10/2008, DJe 07/11/2008; REsp 690.819/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/02/2005, DJ 19/12/2005) 3. O processo administrativo tributário encontra-se regulado pelo Decreto 70.235/72 - Lei do Processo Administrativo Fiscal -, o que afasta a aplicação da Lei 9.784/99, ainda que ausente, na lei específica, mandamento legal relativo à fixação de prazo razoável para a análise e decisão das petições, defesas e recursos administrativos do contribuinte. 4. Ad argumentandum tantum, dadas as peculiaridades da seara fiscal, quiçá fosse possível a aplicação analógica em matéria tributária, caberia incidir à espécie o próprio Decreto 70.235/72, cujo art. 7º, § 2º, mais se aproxima do thema judicandum, in verbis: "Art. 7º O procedimento fiscal tem início com: (Vide Decreto nº 3.724, de 2001) I - o primeiro ato de ofício, escrito, praticado por servidor competente, cientificado o sujeito passivo da obrigação tributária ou seu preposto; II - a apreensão de mercadorias, documentos ou livros; III - o começo de despacho aduaneiro de mercadoria importada. § 1º O início do procedimento exclui a espontaneidade do sujeito passivo em relação aos atos anteriores e, independentemente de intimação a dos demais envolvidos nas infrações verificadas. § 2º Para os efeitos do disposto no § 1º, os atos referidos nos incisos I e II valerão pelo prazo de sessenta dias, prorrogável, sucessivamente, por igual período, com qualquer outro ato escrito que indique o prosseguimento dos trabalhos." 5. A Lei n.º 11.457 /07, com o escopo de suprir a lacuna legislativa existente, em seu art. 24, preceituou a obrigatoriedade de ser proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo dos pedidos, litteris: "Art. 24. É obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte." 6. Deveras, ostentando o referido dispositivo legal natureza processual fiscal, há de ser aplicado imediatamente aos pedidos, defesas ou recursos administrativos pendentes. 7. Destarte, tanto para os requerimentos efetuados anteriormente à vigência da Lei 11.457 /07, quanto aos pedidos protocolados após o advento do referido diploma legislativo, o prazo aplicável é de 360 dias a partir do protocolo dos pedidos (art. 24 da Lei 11.457 /07). 8. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. 9. Recurso especial parcialmente provido, para determinar a obediência ao prazo de 360 dias para conclusão do procedimento sub judice. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(RESP 200900847330, LUIZ FUX, STJ - PRIMEIRA SEÇÃO, DJE DATA:01/09/2010)

Considerando que o Processo Administrativo de Restituição (protocolado em 09 de outubro de 2019), não extrapolou tal prazo, mister a manutenção da r. decisão. agravada.

Ante o exposto, nos termos do art. 932, inciso IV, do CPC, nego provimento ao agravo de instrumento.

Observadas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

Int.

São Paulo, 17 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0000008-23.2016.4.03.6005

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SECAO MATO GROSSO DO SUL

Advogado do(a) APELANTE: MARCELO NOGUEIRA DA SILVA - MS13300-A

APELADO: DAVID NICOLINE DE ASSIS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Recebo o recurso de apelação no duplo efeito, com fulcro no art. 1.012, *caput*, do Código de Processo Civil.

Int.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002826-88.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: MICROINVEST S/A SOCIEDADE DE CREDITO A MICROEMPREENDEDOR, BANCO INVESTCRED UNIBANCO S A, LUIZACRED S.A. SOCIEDADE DE CREDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO, BANCO ITAUCARD S.A., BANCO ITAU BMG CONSIGNADO S.A., FINANCEIRA ITAU CBD S.A. - CREDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO, ITAU UNIBANCO S/A, HIPERCARD BANCO MULTIPLA S.A.

Advogados do(a) AGRAVANTE: LUIS EDUARDO PEREIRA ALMADA NEDER - SP234718-A, SIDNEY KAWAMURA LONGO - SP221483-A, HAISLA ROSA DA CUNHA ARAUJO - SP267452-A

Advogados do(a) AGRAVANTE: LUIS EDUARDO PEREIRA ALMADA NEDER - SP234718-A, SIDNEY KAWAMURA LONGO - SP221483-A, HAISLA ROSA DA CUNHA ARAUJO - SP267452-A

Advogados do(a) AGRAVANTE: LUIS EDUARDO PEREIRA ALMADA NEDER - SP234718-A, SIDNEY KAWAMURA LONGO - SP221483-A, HAISLA ROSA DA CUNHA ARAUJO - SP267452-A

Advogados do(a) AGRAVANTE: LUIS EDUARDO PEREIRA ALMADA NEDER - SP234718-A, SIDNEY KAWAMURA LONGO - SP221483-A, HAISLA ROSA DA CUNHA ARAUJO - SP267452-A

Advogados do(a) AGRAVANTE: LUIS EDUARDO PEREIRA ALMADA NEDER - SP234718-A, SIDNEY KAWAMURA LONGO - SP221483-A, HAISLA ROSA DA CUNHA ARAUJO - SP267452-A

Advogados do(a) AGRAVANTE: LUIS EDUARDO PEREIRA ALMADA NEDER - SP234718-A, SIDNEY KAWAMURA LONGO - SP221483-A, HAISLA ROSA DA CUNHA ARAUJO - SP267452-A

Advogados do(a) AGRAVANTE: LUIS EDUARDO PEREIRA ALMADA NEDER - SP234718-A, SIDNEY KAWAMURA LONGO - SP221483-A, HAISLA ROSA DA CUNHA ARAUJO - SP267452-A

Advogados do(a) AGRAVANTE: LUIS EDUARDO PEREIRA ALMADA NEDER - SP234718-A, SIDNEY KAWAMURA LONGO - SP221483-A, HAISLA ROSA DA CUNHA ARAUJO - SP267452-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento, interposto por Microinvest S.A Sociedade de Crédito ao Microempreendedor e outros, em face da r. decisão interlocutória proferida pelo MM. Juízo "a quo" nos autos originários.

A análise do pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal foi postergada para após a vinda da contraminuta.

Devidamente intimada, a agravada apresentou contraminuta.

Decido.

Conforme cópia anexada aos autos, foi proferida sentença nos autos principais, denegando a segurança, resolvendo o mérito com fundamento no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil.

Pelo exposto, julgo prejudicado o presente recurso, a teor do art. 932, III, do CPC.

Intime(m)-se.

Vista ao MPF.

Após o trânsito em julgado, arquivem-se os autos.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002420-56.2019.4.03.6126

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: GUILHERME HARUO MATUNAGA

Advogado do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO MORETTI - SP170911-A

APELADO: FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCACAO, FACULDADES METROPOLITANAS UNIDAS EDUCACIONAIS LTDA.

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Advogados do(a) APELADO: BRUNO MEDEIROS LIMA - SP407473-S, ANTONIO DE MORAES DOURADO NETO - PE23255-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Recebo o recurso de apelação no duplo efeito, com fulcro no art. 1.012, *caput*, do Código de Processo Civil.

Intime(m)-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

MARCELO SARAIVA

Desembargador Federal

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5003168-06.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: ASSOCIACAO EDUCACIONAL NOVE DE JULHO

Advogados do(a) APELANTE: TATTIANA CRISTINA MAIA - SP210108-A, FABIO ANTUNES MERCKI - SP174525-A

APELADO: SINAY NUNES
Advogado do(a) APELADO: WALDIR BERNARDO CRUZ FIGUEIRA - SP401496-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Recebo o recurso de apelação no efeito devolutivo, com fulcro no artigo 14, § 3º, da Lei nº 12.016/2009.

Int.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0004153-76.2017.4.03.6106
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: LOURIVAL CORNELIO ROSSI
Advogados do(a) APELANTE: SERGIO LUIZ FANELLI DE LIMA - SP90306-A, SERGIO LUIZ FANELLI DE LIMA
JUNIOR - SP303809-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Recebo o recurso de apelação no efeito devolutivo, com fulcro no art. 1.012, § 1º, III, do Código de Processo Civil.

Intime(m)-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

MARCELO SARAIVA

Desembargador Federal

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000287-93.2017.4.03.6002
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SECAO MATO GROSSO DO SUL
Advogado do(a) APELANTE: MARCELO NOGUEIRA DA SILVA - MS 13300-A
APELADO: LUCAS DINIZ MEDEIROS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

A apelante propôs a presente ação de execução de título executivo extrajudicial para o fim de receber a importância líquida, certa e exigível apontados na inicial através da Certidão Positiva de Débito referente à anuidade devida.

Ao receber a Ação de Execução de Título Extrajudicial, de plano o MM. Juízo *a quo*, proferiu sentença extintiva, sem resolução de mérito, ao fundamento, em síntese, de que com o advento da Lei n.º 12 514/11, que entrou em vigor no dia 28 de outubro de 2011, os Conselhos de Classe não mais executarão anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente.

Por meio de petição ID 132354712, a Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional de Mato Grosso do Sul, ora apelante, requereu a desistência do recurso.

Desse modo, homologo o pedido de desistência de recurso formulado pela recorrente, com fundamento no artigo 998 do atual Código de Processo Civil.

Oportunamente, após as formalidades cabíveis, baixemos autos ao Juízo de origem.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5002068-80.2018.4.03.6111
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: NESTLE BRASIL LTDA.
Advogado do(a) APELANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A
APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos, etc.

Trata-se de embargos de declaração (ID 125407918) opostos por Nestlé Brasil Ltda. em face da decisão proferida por este Relator (ID 122594431) que, nos termos do art. 1.012, §1º, do CPC, recebeu o recurso de apelação no efeito devolutivo.

A embargante alega, em síntese, que a r. decisão foi omissa, vez em que pese os sólidos argumentos trazidos pela apelante, o recurso foi recebido somente no efeito devolutivo, sem observar que ainda há discussão no pedido incidental nº 5027662-62.2019.4.03.0000.

Intimada, a parte embargada manifestou-se nos autos (ID 134604959).

Feito breve relato, decidido.

Os embargos de declaração somente são cabíveis, a teor do art. 1.022 do CPC, quando houver na decisão obscuridade, contradição ou omissão.

Sem razão a embargante, tendo em vista que o pedido de efeito suspensivo SuspApel nº 5027662-62.2019.4.03.0000 foi indeferido em 11/12/2019, inclusive foi interposto recurso de agravo interno pela parte executada, em 15/01/2020.

No mais, pretende a embargante ou rediscutir matéria já decidida, o que denota o caráter infringente dos presentes embargos, ou, a título de prequestionamento, que esta E. Corte responda, articuladamente, a quesitos ora formulados.

In casu, não verifico a presença dos requisitos legais, a justificar o acolhimento dos presentes embargos de declaração.

Pelo exposto, **rejeito** os embargos de declaração de declaração, mantendo integralmente a decisão embargada (ID 122594431).

Após as formalidades legais, retornem os autos conclusos.

Intimem-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0011098-34.2016.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SECÇÃO DE SÃO PAULO
Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRA BERTON SCHIAVINATO - SP231355-A
APELADO: FRONZAGLIA SOCIEDADE DE ADVOGADOS - EPP
Advogado do(a) APELADO: ALEXANDRE DANTAS FRONZAGLIA - SP101471-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Recebo o recurso de apelação no efeito devolutivo, com fulcro no art. 1.012, § 1º, V, do Código de Processo Civil.

Int.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5012922-02.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: CIVIAM COMERCIO IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA

Advogado do(a) AGRAVADO: MAURICIO ANTONIO PAULO - SP201269-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pela União Federal em face da r. decisão proferida pelo MM. Juízo “a quo”, que deferiu a medida liminar requerida para garantir à impetrante a exclusão do ICMS destacado nas notas fiscais da base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS.

Verifica-se que foi proferida sentença, em 08/05/2020, no Mandado de Segurança nº 5006605-21.2019.4.03.6100, feito originário, caracterizando o esvaziamento do objeto do presente Agravo de Instrumento que se voltava contra a decisão que deferiu a liminar.

Ante o exposto, julgo prejudicado o presente agravo de instrumento por perda de objeto, com fulcro no art. 932, III, do Código de Processo Civil.

Oportunamente, observadas as formalidades legais, baixemos autos à Vara de origem.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000918-61.2019.4.03.6133
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: CERAMICA E VELAS DE IGNICAO NGK DO BRASIL LTDA
Advogados do(a) APELADO: ENIO ZAHA - SP123946-A, FERNANDO ANTONIO CAVANHA GAIA - SP58079-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Recebo o recurso de apelação no duplo efeito, com fulcro no art. 1.012, *caput*, do Código de Processo Civil.

Intime(m)-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

MARCELO SARAIVA

Desembargador Federal

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5028071-72.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) AGRAVANTE: JULIANA MARIA BARBOSA ESPER PICCINNO - SP203925
AGRAVADO: BBM BAR E RESTAURANTES LTDA
Advogado do(a) AGRAVADO: ROBERTO GRECO DE SOUZA FERREIRA - SP162707-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pela União Federal em face da r. decisão proferida pelo MM. Juízo “a quo”, que, em ação de rito ordinário, que concedeu a tutela provisória de urgência para reconhecer o direito da parte autora de não incluir o valor do ICMS na base de cálculo das contribuições ao PIS e COFINS até a decisão final da presente demanda.

Verifica-se que foi proferida sentença, em 25/02/2019, nos autos da ação declaratória nº 5025782-05.2018.4.03.6100, feito originário, caracterizando o esvaziamento do objeto do presente Agravo de Instrumento que se voltava contra a decisão que deferiu a tutela de urgência.

Ante o exposto, julgo prejudicado o presente agravo de instrumento por perda de objeto, com fulcro no art. 932, III, do Código de Processo Civil.

Oportunamente, observadas as formalidades legais, baixemos autos à Vara de origem.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001645-90.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: COLGATE-PALMOLIVE COMERCIAL LTDA.
Advogado do(a) APELANTE: JERRY LEVERS DE ABREU - SP183106-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Recebo o recurso de apelação no duplo efeito, com fulcro no art. 1.012, *caput*, do Código de Processo Civil.

Intime(m)-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

MARCELO SARAIVA

Desembargador Federal

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5002672-08.2019.4.03.6143
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: MARCIA DO VAL INCANI RAZA
Advogados do(a) APELANTE: ANDERSON RODRIGO ESTEVES - SP308113-A, REGINA DE SOUZA JORGE
ARANEGA - SP304192-A
APELADO: CHEFE DO INSS LIMEIRA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Recebo o recurso de apelação no efeito devolutivo, com fulcro no art. 14, § 3º, da Lei nº 12.016/2009.

Intime(m)-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

MARCELO SARAIVA

Desembargador Federal

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5021949-43.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: CALDSTEEL EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS LTDA

Advogado do(a) AGRAVADO: DANIEL DOS REIS MACHADO - SP212224-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pela União Federal, em face da r. decisão proferida pelo MM. Juízo “a quo”, que deferiu a medida liminar requerida para determinar a suspensão da exigibilidade das contribuições ao PIS e a COFINS, nos termos do art. 151, V do CTN, reconhecendo o direito de a impetrante recolher as contribuições vincendas sem a incidência em sua base de cálculo do valor relativo ao ICMS.

Verifica-se que foi proferida sentença, em 15/09/2019, no Mandado de Segurança nº 5000914-94.2018.4.03.6121, feito originário, caracterizando o esvaziamento do objeto do presente Agravo de Instrumento que se voltava contra a decisão que deferiu a liminar.

Ante o exposto, julgo prejudicado o presente agravo de instrumento por perda de objeto, com fulcro no art. 932, III, do Código de Processo Civil.

Oportunamente, observadas as formalidades legais, baixemos autos à Vara de origem.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5003207-28.2017.4.03.6103

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: VILA INDUSTRIAL SERVICOS LTDA - EPP
Advogados do(a) APELANTE: ISLEY FARIA RIBEIRO - SP341380, ANA PAULA SOUZA PIRES DE OLIVEIRA - SP277013-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto por VILA INDUSTRIAL SERVIÇOS LTDA.– EPP em face de sentença proferida pelo MM Juiz da 3ª Vara Federal de São José dos Campos/SP, através da qual extinguiu o Mandado de Segurança, sem resolução de mérito, com fulcro no art. 485, VI, do Código de Processo Civil.

Todavia, o presente recurso não merece ser conhecido, uma vez que a apelante deixou de recolher as custas, mesmo após regularmente intimada do despacho, ID 32582932, que determinou o recolhimento de custas em dobro, conforme previsão do artigo 1007, §4º, do CPC.

Com efeito, cabe à parte recorrente efetuar o recolhimento das custas, na conformidade das disposições legais, sob pena de ter seu recurso declarado deserto.

Ante o exposto, nos termos do artigo 932, inciso III, do CPC, não conheço do recurso.

Oportunamente, observadas as formalidades legais, remetam-se os autos à Vara de origem.

Publique-se. Int.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5028373-04.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: AUTO POSTO ESTACAO ANCHIETA LTDA - ME
Advogado do(a) AGRAVADO: GILBERTO DE JESUS DA ROCHA BENTO JUNIOR - SP170162-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pela União Federal em face da r. decisão proferida pelo MM. Juízo “a quo”, que, em ação de rito ordinário, deferiu a antecipação da tutela, garantindo à autora o direito de excluir o ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Verifica-se que foi proferida sentença, em 15/043/2020, nos autos da ação declaratória nº 5004517-02.2018.4.03.6114, feito originário, caracterizando o esvaziamento do objeto do presente Agravo de Instrumento que se voltava contra a decisão que deferiu a tutela de urgência.

Ante o exposto, julgo prejudicado o presente agravo de instrumento por perda de objeto, com fulcro no art. 932, III, do Código de Processo Civil.

Oportunamente, observadas as formalidades legais, baixemos autos à Vara de origem.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0009314-29.2015.4.03.6109
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: VANDERLEI TANGUI
Advogados do(a) APELADO: GERALDO CONCEICAO CUNHA JUNIOR - SP363529-A, SILVIA HELENA MACHUCA - SP113875-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Recebo o recurso de apelação no duplo efeito, com fulcro no art. 1.012, *caput*, do Código de Processo Civil.

Intime(m)-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

MARCELO SARAIVA

Desembargador Federal

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: SILKA DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA
Advogado do(a) APELANTE: DIEGO SANTIAGO RODRIGUES - SP314791
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

ID 123504589 - Instada a se manifestar, para juntada de documentação que demonstre o preenchimento dos pressupostos legais para a concessão da gratuidade, a apelante permaneceu silente.

Ou seja, não demonstrou que preenche os requisitos necessários para fazer *jus* à gratuidade da justiça, apresentado inicialmente mera alegação genérica nesse sentido.

Embora o artigo 98 do CPC expressamente estenda os benefícios da gratuidade da justiça à pessoa jurídica, certo é que será necessária a comprovação da impossibilidade de arcar com os encargos processuais, nos termos da Súmula 481 do Superior Tribunal de Justiça:

Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais.

(STJ, Súmula 481, CORTE ESPECIAL, julgado em 28/06/2012, DJe 01/08/2012)

Do exposto, indefiro o pedido de justiça gratuita e determino a apelante que, no prazo de 5 (cinco) dias, providencie o recolhimento das custas, nos termos do art. 1.007 do Código de Processo Civil, observando, para tanto, o item 1.5, Anexo II, da Resolução PRES 138/2017, sob pena de não conhecimento do recurso.

Intime(m)-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

MARCELO SARAIVA

Desembargador Federal

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5006621-43.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: VERONICA NINA HUANCA

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Recebo o recurso de apelação no efeito devolutivo, com fulcro no artigo 14, § 3º, da Lei nº 12.016/2009.

Intimem-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

MARCELO SARAIVA

Desembargador Federal

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001194-34.2005.4.03.6113

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: CALCADOS SLING DE FRANCA LTDA - ME, MAURI RICARDO GOMES, JOSE ACACIO VALERIO, JOAO LAZARO RODRIGUES, REGINA DE LOURDES CUNHA GOMES, DANIELA DA SILVA GOMES

Advogado do(a) APELADO: JAIR DUTRA - SP50971-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Tendo em vista a admissão de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR acerca da matéria versada nos autos (fixação de honorários advocatícios ante o acolhimento de exceção de pré-executividade por reconhecimento de prescrição intercorrente), por decisão proferida pelo Órgão Especial deste E. Tribunal (autos nº 0000453-43.2018.4.03.0000), encaminhem-se os autos à Subsecretaria para fins de sobrestamento.

Anote-se. Intime-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5030193-58.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: MONITORE SEGURANCA PATRIMONIAL S.A.

Advogado do(a) AGRAVANTE: MICHEL GRUMACH - RJ169794-A

AGRAVADO: UNIVERSIDADE FEDERAL DE SAO PAULO

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento, interposto por Monitore Segurança Patrimonial S.A., em face da r. decisão proferida pelo MM. Juízo “a quo” que indeferiu a medida liminar requerida, objetivando provimento jurisdicional que determine a suspensão dos efeitos das penalidades aplicadas pela UNIFESP nos autos do processo administrativo nº 0001353-32.2013.5.02.0069.

A decisão de ID 82381552 indeferiu o pedido de efeito suspensivo ao agravo.

Da consulta aos autos principais, feito nº 5015952-15.2018.4.03.6100, verifico a prolação de sentença, razão pela qual resta evidenciada a perda do objeto deste recurso.

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

Intime(m)-se.

Como trânsito em julgado desta decisão, após observadas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

MARCELO SARAIVA

Desembargador Federal

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5004015-04.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

AGRAVADO: CHEBLASSAD BECHARA E CIALTDA - ME

Advogado do(a) AGRAVADO: ESPER CHACUR FILHO - SP98604

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – INMETRO em face da r. decisão proferida pelo MM. Juízo *a quo*, em execução fiscal, que indeferiu o pedido de inclusão de sócio no polo passivo do feito.

Alega que o registro de distrato, se deu de forma irregular, na medida em que não houve a quitação total dos débitos contraídos perante terceiros, como é o caso da autarquia. Isso porque, o distrato social pressupõe a realização do ativo e o pagamento do passivo, sendo que se o ativo não for suficiente para quitar o passivo, necessário se faz o pedido de falência, conforme legislação de regência, para que a extinção da pessoa jurídica seja regular.

Decido.

Nos termos do artigo 1.019, do CPC, recebido o agravo de instrumento no Tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o Relator poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao Juiz sua decisão.

Neste juízo de cognição sumária, verifico a plausibilidade do direito invocado nas alegações da agravante, de modo a justificar o parcial deferimento do efeito suspensivo.

O distrato social não exime a devedora do cumprimento de seu dever legal de pagar o tributo devido, uma vez que, mesmo dissolvida, a obrigação subsiste e pode ser cobrada.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.371.128/RS, representativo da controvérsia, firmou entendimento de que a dissolução irregular da pessoa jurídica caracteriza infração à lei e legitima o redirecionamento da execução fiscal de crédito não tributário para o sócio-gerente, nos termos da Súmula nº 435/STJ e do disposto nos artigos 10 do Decreto nº 3.078/19 e 158 da Lei nº 6.404/78. Assentou, ainda, que é obrigação dos gestores das empresas manter atualizados os respectivos cadastros, incluídos os atos relativos à mudança de endereço dos estabelecimentos e, especialmente, referentes à dissolução da sociedade. Explicitou que a regularidade desses registros é exigida para que se demonstre que a sociedade dissolveu-se de forma regular, em obediência às formalidades previstas nos artigos 1.033 a 1.038 e artigos 1.102 a 1.112, todos do Código Civil de 2002, nos quais é prevista a liquidação da sociedade como o pagamento dos credores em sua ordem de preferência, de modo que a desobediência a tais ritos caracteriza infração à lei, *verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. REDIRECIONAMENTO DE EXECUÇÃO FISCAL DE DÍVIDA ATIVA NÃO-TRIBUTÁRIA EM VIRTUDE DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR DE PESSOA JURÍDICA. POSSIBILIDADE. ART. 10, DO DECRETO N. 3.078/19 E ART. 158, DA LEI N. 6.404/78 - LSA C/C ART. 4º, V, DA LEI N. 6.830/80 - LEF.

1. A mera afirmação da Defensoria Pública da União - DPU de atuar em vários processos que tratam do mesmo tema versado no recurso representativo da controvérsia a ser julgado não é suficiente para caracterizar-lhe a condição de amicus curiae. Precedente: REsp. 1.333.977/MT, Segunda Seção, Rel. Min. Isabel Gallotti, julgado em 26.02.2014.

2. Consoante a Súmula n. 435/STJ: "Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente".

3. É obrigação dos gestores das empresas manter atualizados os respectivos cadastros, incluindo os atos relativos à mudança de endereço dos estabelecimentos e, especialmente, referentes à dissolução da sociedade. A regularidade desses registros é exigida para que se demonstre que a sociedade dissolveu-se de forma regular, em obediência aos ritos e formalidades previstas nos arts. 1.033 à 1.038 e arts. 1.102 a 1.112, todos do Código Civil de 2002 - onde é prevista a liquidação da sociedade com o pagamento dos credores em sua ordem de preferência - ou na forma da Lei n. 11.101/2005, no caso de falência. A desobediência a tais ritos caracteriza infração à lei.

4. Não há como compreender que o mesmo fato jurídico "dissolução irregular" seja considerado ilícito suficiente ao redirecionamento da execução fiscal de débito tributário e não o seja para a execução fiscal de débito não-tributário. "Ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio". O suporte dado pelo art. 135, III, do CTN, no âmbito tributário é dado pelo art. 10, do Decreto n. 3.078/19 e art. 158, da Lei n. 6.404/78 - LSA no âmbito não-tributário, não havendo, em nenhum dos casos, a exigência de dolo.

5. (...)6. Caso em que, conforme o certificado pelo oficial de justiça, a pessoa jurídica executada está desativada desde 2004, não restando bens a serem penhorados. Ou seja, além do encerramento irregular das atividades da pessoa jurídica, não houve a reserva de bens suficientes para o pagamento dos credores.

7. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(STJ, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 10/09/2014, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO)

No caso, consta da ficha cadastral JUCESP (ID 20733276- autos originários), o registro do distrato social, efetuado em 15/01/2009. Entretanto, o distrato é apenas uma das fases para a dissolução regular da empresa, que deve seguir as formalidades nos artigos 1.033 a 1.038 e 1.102 a 1.112, todos do Código Civil de 2002. À vista da existência de débitos apontados nas CDA que instruíram o feito, resta claro o descumprimento dos preceitos legais referidos porquanto não consta averbação de que tenha havido a necessária liquidação da sociedade com o pagamento dos credores em sua ordem de preferência, que é a segunda fase necessária para que se possa considerar regular a extinção da pessoa jurídica.

Nesse sentido, destaco:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL. JURISPRUDÊNCIA DO STJ EM SENTIDO OPOSTO AO JULGADO EMBARGADO. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. DISTRATO. POSSIBILIDADE, EM TESE, DE RESPONSABILIZAÇÃO DO SÓCIO. NECESSIDADE DE RETORNO DO FEITO AO TRIBUNAL DE ORIGEM PARA EXAMINAR AS DEMAIS QUESTÕES. ACOLHIMENTO.

1. Cuida-se de inconformismo contra acórdão do STJ que não conheceu do Recurso Especial da Fazenda Nacional, sob o fundamento de que o entendimento exarado no acórdão impugnado - no sentido de que o distrato configura forma regular de dissolução da sociedade - encontra-se em conformidade com julgados do Superior Tribunal de Justiça.

2. Nesse contexto, os julgados mais recentes do STJ afirmam que a legislação societária, a doutrina e a jurisprudência registram que o distrato social é apenas uma das fases (in casu, a primeira) do procedimento de extinção da pessoa jurídica empresarial. Após o distrato, procede-se ainda à liquidação, ou seja, à realização do ativo e pagamento do passivo (e eventual partilha de bens remanescentes, em sendo o caso), para, então, decretar-se o fim da personalidade jurídica. (REsp 1.650.347/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 16/6/2017; AgInt nos EDcl no AgRg no REsp 1.552.835/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 6/9/2016; (AgRg no AREsp 829.800/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 27/5/2016).

3. O simples fato de subsistir débito tributário em aberto já revela um paradoxo que a Corte local se esquivou de enfrentar. Com efeito, a lógica que permeia a extinção da personalidade jurídica da sociedade pressupõe que será dada baixa da empresa somente após a comprovação de quitação de todos os seus débitos.

4. Embargos de Declaração acolhidos, para dar parcial provimento ao Recurso Especial da embargante e anular o acórdão de segunda instância para, em continuação do julgamento do recurso interposto pela Fazenda Nacional, prosseguir o Sodalício de origem na análise do preenchimento dos demais requisitos para o redirecionamento pretendido.

(STJ; EDcl no REsp 1694691; Rel. Min. Ministro HERMAN BENJAMIN; 2ª Turma; j. em 21/11/2017)

Em conclusão, não se pode considerar como regular a extinção averbada na JUCESP. Destarte, passo à análise dos demais requisitos para a inclusão do sócio no polo passivo. Nesse contexto, é imprescindível a comprovação de que o gestor integrava a pessoa jurídica, simultaneamente, à época do vencimento da dívida e do encerramento ilícito, pois somente nessa condição detinha poderes para optar pelo pagamento e por dar continuidade às atividades, em vez de encerrá-la irregularmente, a teor do entendimento pacificado na corte superior, *verbis*: ... *Ainda, embora seja necessário demonstrar quem ocupava o posto de gerente no momento da dissolução, é necessário, antes, que aquele responsável pela dissolução tenha sido também, simultaneamente, o detentor da gerência na oportunidade do vencimento do tributo...* (STJ - EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1009997/SC - 1ª Turma - rel. Min. DENISE ARRUDA, j. 02/04/2009, v.u., DJe 04/05/2009).

Em conclusão, não se pode considerar como regular a extinção averbada na JUCESP. Assim, em consonância com a jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, restou caracterizada a ocorrência da dissolução irregular da pessoa jurídica devedora.

Ante o exposto, defiro parcialmente o efeito suspensivo, para determinar que o MM. Juiz *quo* proceda a análise dos demais requisitos para a inclusão do sócio no polo passivo.

Int.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016082-98.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL

AGRAVADO: TAIS BORTOLETTO

Advogado do(a) AGRAVADO: MARCOS OLIVEIRAIBE - MS7286

D E S P A C H O

Preliminarmente, tendo em vista a necessidade de esclarecimentos acerca da questão discutida, postergo a apreciação do pedido de atribuição de efeito suspensivo e/ou antecipação da tutela recursal para após a vinda da contraminuta.

Assim, manifeste(m)-se o(s) agravado(s), nos termos do artigo 1019, II, do Código de Processo Civil.

Oportunamente, voltem-me conclusos.

Intime(m)-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

MARCELO SARAIVA

Desembargador Federal

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016144-41.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: RAQUEL BERNARDES

Advogado do(a) AGRAVANTE: FABRICIA IARA SILVA DOS SANTOS - SP274491

AGRAVADO: CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO ESTADO DE SÃO PAULO

OUTROS PARTICIPANTES:

D E S P A C H O

Defiro os benefícios da justiça gratuita no âmbito do presente agravo de instrumento. Anote-se.

Preliminarmente, considerando a natureza dos fatos versados nestes autos, determino a tramitação do presente feito sob sigilo de justiça. Anote-se.

Ad cautelam, desde já saliento que somente deverão ter acesso a estes autos os servidores no desempenho de suas funções, as partes e seus procuradores devidamente constituídos, mediante apresentação de instrumento de mandato, incluídos nestes os estagiários devidamente substabelecidos, bem como as autoridades que nele oficiem.

Após cumprido o item supra, tendo em vista a necessidade de esclarecimentos acerca da questão discutida, postergo a apreciação do pedido de atribuição de efeito suspensivo e/ou antecipação da tutela recursal para após a vinda da contraminuta.

Assim, manifeste(m)-se o(s) agravado(s), nos termos do artigo 1019, II, do Código de Processo Civil.

Cumpra-se. Intime(m)-se. tornemos autos conclusos para decisão.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5014592-41.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: PAULO VITOR BRITO DE OLIVEIRA

Advogado do(a) AGRAVANTE: FELIPE BARBOSA DA SILVA - MS15546

AGRAVADO: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL CONSELHO FEDERAL, ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SECAO MATO GROSSO DO SUL

Advogado do(a) AGRAVADO: BRUNO MATIAS LOPES - DF31490-A

Advogado do(a) AGRAVADO: TIAGO KOUTCHIN OVELAR ECHAGUE - MS14707-A

D E S P A C H O

Preliminarmente, tendo em vista a necessidade de esclarecimentos acerca da questão discutida, postergo a apreciação do pedido de atribuição de efeito suspensivo e/ou antecipação da tutela recursal para após a vinda da contraminuta.

Assim, manifeste(m)-se o(s) agravado(s), nos termos do artigo 1019, II, do Código de Processo Civil.

Oportunamente, voltem-me conclusos.

Intime(m)-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

MARCELO SARAIVA

Desembargador Federal

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5012988-45.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: TMA TRANSPORTE LOTACAO E LOGISTICALTDA, ITARIO PARTICIPACOES E ADMINISTRACAO LTDA, RIO 800 PARTICIPACOES LTDA, CELIO PEREIRA PIRES

Advogados do(a) AGRAVANTE: PABLO PAVONI - SP376844-A, SAULO VINICIUS DE ALCANTARA - SP215228-A, CELSO CORDEIRO DE ALMEIDA E SILVA - SP161995-A, DANIEL BRUNO LINHARES - SP328133
Advogados do(a) AGRAVANTE: PABLO PAVONI - SP376844-A, SAULO VINICIUS DE ALCANTARA - SP215228-A, CELSO CORDEIRO DE ALMEIDA E SILVA - SP161995-A, DANIEL BRUNO LINHARES - SP328133
Advogados do(a) AGRAVANTE: PABLO PAVONI - SP376844-A, SAULO VINICIUS DE ALCANTARA - SP215228-A, DANIEL BRUNO LINHARES - SP328133, CELSO CORDEIRO DE ALMEIDA E SILVA - SP161995-A
Advogados do(a) AGRAVANTE: PABLO PAVONI - SP376844-A, SAULO VINICIUS DE ALCANTARA - SP215228-A, DANIEL BRUNO LINHARES - SP328133, CELSO CORDEIRO DE ALMEIDA E SILVA - SP161995-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

A questão ora discutida requer maiores esclarecimentos, razão pela qual postergo a apreciação do pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal.

Assim, manifeste a parte agravada, nos termos do artigo 1019, II, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 0002465-84.2014.4.03.6106

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

PARTE AUTORA: MUNICIPIO DE PALESTINA

Advogados do(a) PARTE AUTORA: MARCO RENATO DE SOUZA - SP248245-A, VANESSA MARIN DE ABREU - SP217803-N

PARTE RE: NICANOR NOGUEIRA BRANCO

Advogado do(a) PARTE RE: ANTONIO ALBERTO CRISTOFALO DE LEMOS - SP113902-N

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 0002465-84.2014.4.03.6106

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

PARTE AUTORA: MUNICIPIO DE PALESTINA

Advogados do(a) PARTE AUTORA: MARCO RENATO DE SOUZA - SP248245-A, VANESSA MARIN DE ABREU - SP217803-N

PARTE RE: NICANOR NOGUEIRA BRANCO

Advogado do(a) PARTE RE: ANTONIO ALBERTO CRISTOFALO DE LEMOS - SP113902-N

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário em face da r. sentença que, em sede de ação civil pública, julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados nesta ação (0002465-84.2014.403.6106), bem como na ação nº 0001884-06.2013.403.6106, e, em consequência, condenou o requerido NICANOR NOGUEIRA BRANCO por ato de improbidade administrativa, nos termos do art. 10, VIII, da Lei nº 8.429/92 (dispensa indevida de processo licitatório), às seguintes sanções:

a) Ressarcimento integral do dano, em favor do Município de Palestina/SP (art. 18, da Lei de Improbidade), no valor de R\$35.600,00 (trinta e cinco mil e seiscentos reais), acrescido de juros e de correção monetária, calculados desde os pagamentos indevidos, com base nos índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, para as ações condenatórias, em geral;

b) suspensão dos seus direitos políticos por 05 (cinco) anos;

c) pagamento de multa civil equivalente ao valor do dano causado (uma vez o valor do dano); sobre tal valor incidirão juros de mora e correção monetária, a partir da data da sentença, também pelos índices informados no Manual de Cálculos da Justiça Federal, até a data do efetivo pagamento; e

d) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos.

ROBERTO CARLOS DA SILVA e DIRCEU LUIZ DA SILVA foram absolvidos da imputação de dispensa indevida de licitação para contratação de artistas. NICANOR NOGUEIRA BRANCO foi absolvido da imputação de fracionamento irregular de licitação.

Não foram apresentados recursos voluntários.

Subiram os autos a este Egrégio Tribunal Regional Federal.

Com vista à Procuradoria Regional da República da 3ª Região, foi ofertado o parecer, com manifestação pelo NÃO PROVIMENTO da remessa oficial nesta ação - 0002465-84.2014.403.6106 (quanto à imputação a NICANOR NOGUEIRA BRANCO pelo fracionamento irregular de licitação), bem como pelo provimento da remessa oficial para condenar ROBERTO CARLOS DA SILVA e DIRCEU LUIZ DA SILVA nos autos nº 0001884-06.2013.4.03.6106 (pela dispensa indevida de licitação para contratação de artistas).

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 0002465-84.2014.4.03.6106

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

PARTE AUTORA: MUNICIPIO DE PALESTINA

Advogados do(a) PARTE AUTORA: MARCO RENATO DE SOUZA - SP248245-A, VANESSA MARIN DE ABREU - SP217803-N

PARTE RE: NICANOR NOGUEIRA BRANCO

Advogado do(a) PARTE RE: ANTONIO ALBERTO CRISTOFALO DE LEMOS - SP113902-N

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Trata-se de reexame necessário em face da r. sentença que, em sede de ação civil pública, julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados nesta ação (0002465-84.2014.403.6106), bem como na ação nº 0001884-06.2013.403.6106, e, em consequência, condenou o requerido NICANOR NOGUEIRA BRANCO por ato de improbidade administrativa, nos termos do art. 10, VIII, da Lei nº 8.429/92 (dispensa indevida de processo licitatório), às seguintes sanções: ressarcimento integral do dano, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil, e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.

Pois bem.

A Constituição Federal, em seu artigo 37, determina que *"a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência"*. Assim, a relação entre o dever da Administração Pública de atuar e o fim almejado pela lei não podem afastar o respeito à lealdade e à boa fé, conceitos constituintes do princípio da moralidade.

O § 4º, do referido artigo, por sua vez, define que *"os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível"*.

No meu entender, a probidade administrativa abrange a noção de moralidade administrativa e, assim sendo, toda conduta que atente contra a moralidade administrativa constitui-se, na verdade, em ato configurador de improbidade. No entanto, nem todo ato de improbidade administrativa configura infração à moralidade administrativa. Desta forma, a improbidade é ato de violação à moralidade administrativa e a outros princípios e regras da Administração Pública, expressos ou implícitos, conforme previsão em lei específica.

No intento de regulamentar a previsão constitucional e coibir efetivamente a prática de atos de improbidade, foi promulgada a Lei nº 8.429/92, que disciplinou os atos de improbidade administrativa, os sujeitos ativos e passivos, as sanções cabíveis, bem como os procedimentos administrativos e judiciais aplicáveis.

A Lei nº 8.429/92, ao definir a tipificação dos atos de improbidade administrativa, instituiu termos genéricos e abrangentes para a definição e qualificação das condutas ímprobas, agrupando-os em três categorias, conforme o bem jurídico atingido: atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito, atos de improbidade que causam prejuízo ao erário e atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública.

Os atos de improbidade, que acarretam enriquecimento ilícito, previstos nos art. 9º, da Lei 8.429/92, referem-se à obtenção de qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º da lei de improbidade administrativa. Os atos que causam prejuízo ao erário, consagrados no art. 10 da Lei 8.429/92, relacionam-se à ação ou omissão, dolosa ou culposa, que acarreta perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres da Administração Pública e demais entidades mencionadas no art. 1º, da lei de improbidade administrativa. Constitui ato de improbidade administrativa, ainda, a conduta, comissiva ou omissiva, que contraria princípios da Administração Pública, em desconformidade com os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, na forma do art. 11, da Lei 8.429/92.

Com relação aos sujeitos passivos, estes estão elencados no art. 1º, da Lei nº 8.429/9, e correspondem às pessoas jurídicas titulares do patrimônio público violado ou lesado pelo ato de improbidade administrativa, sejam elas pertencentes à administração direta ou indireta de qualquer dos poderes da União, Estados ou Municípios, ou, ainda, empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual. De acordo com o parágrafo único do art. 1º, da Lei nº 8.429/92, também estão sujeitos às penas da lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio da entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo fiscal ou creditício de órgão público, bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de 50% do patrimônio, restando restrita a sanção patrimonial nestes casos, à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Por outro lado, os sujeitos ativos (os responsáveis pelas condutas lesivas à Administração Pública) são os agentes públicos ou terceiros. O art. 2º, da Lei de Improbidade Administrativa, define o agente público como sendo todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades públicas da Administração Direta e Indireta. Da mesma forma, a Lei nº 8.429/92 teve o cuidado de apresentar, em seu art. 3º, a definição dos terceiros que estão sujeitos às suas disposições, ou seja, todos aqueles que, mesmo não sendo agentes públicos, induzam ou concorram para a prática do ato ímprobo ou dele se beneficiem sob qualquer forma direta ou indireta.

No tocante às penas, o artigo 37, § 4º, da Constituição Federal, de forma taxativa, fixou as penalidades para os agentes que praticarem ato de improbidade administrativa (suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário). Essas sanções possuem natureza civil e, conforme destacado expressamente na Constituição, não excluem as sanções penais eventualmente previstas em lei para a mesma conduta. O dispositivo constitucional definiu, ainda, que essas sanções devem ser aplicadas *"na forma e gradação previstas em lei"*. As sanções da Lei nº 8.249/92 não são, obrigatoriamente, aplicadas de forma cumulativa e devem guardar relação com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Na fixação das penas, deverá o julgador dosar as mesmas, levando em conta a extensão do dano causado, a gravidade da conduta e a intensidade do elemento subjetivo do agente.

Neste sentido: *"A aplicação das sanções da Lei nº 8.429/92 deve ocorrer à luz do princípio da proporcionalidade, de modo a evitar sanções desarrazoadas em relação ao ato ilícito praticado, sem, contudo, privilegiar a impunidade. Para decidir pela cominação isolada ou conjunta das penas previstas no artigo 12 e incisos, da Lei de Improbidade Administrativa, deve o magistrado atentar para as circunstâncias peculiares do caso concreto, avaliando a gravidade da conduta, a medida da lesão ao erário, o histórico funcional do agente público etc."* (STJ, RESP nº 300184, Rel. Min. Franciulli Netto, 2ª Turma, DJ de 03/11/2003, p. 291).

Posto isto, anote-se que, no caso dos autos, o MUNICÍPIO DE PALESTINA/SP ajuizou a presente ação civil pública em face de NICANOR NOGUEIRA BRANCO, objetivando o reconhecimento da prática de atos de improbidade administrativa (dispensa indevida do processo licitatório, além da identificação, pelo Ministério do Turismo, de fracionamento indevido da contratação de serviço de infraestrutura para a 41ª Festa do Peão de Boiadeiro).

Segundo a inicial, a Prefeitura do Município de Palestina/SP, na pessoa de seu ex-prefeito, Nicanor Nogueira Branco, firmou o convênio nº 703539/2009 com o Ministério do Turismo, objetivando o recebimento de recursos públicos no importe de R\$ 285.000,00. Em contrapartida, o Município disponibilizaria R\$ 15.000,00, para a realização do Projeto intitulado 41ª Festa do Peão de Boiadeiro de Palestina/SP.

Após a celebração do referido convênio, o ex-prefeito celebrou contrato de prestação de serviço junto à empresa Clássica Comércio de Eletrônicos e Produções Ltda., visando à contratação de artistas (cantores sertanejos) para se apresentarem naquela festa, sem a realização de licitação, mediante os Processos de Dispensa e inexigibilidade de Licitação nºs 3/2009, 4/2009 e 5/2009.

Referidos Processos de Dispensa deram origem aos Contratos nº 23/2009, 24/2009 e 25/2009, que teriam sido formalizados de modo irregular, uma vez que a contratação não se deu diretamente com os artistas, nem tampouco através de seus empresários exclusivos, mas, sim, através de uma empresa intermediária, que detinha "exclusividade" de comercialização dos shows dos artistas somente para as datas correspondentes às suas apresentações no evento, o que contraria o artigo 25, III, da Lei de Licitações.

Além de tal irregularidade, destaca o Município que a prestação de contas relativa ao convênio em foco foi também reprovada pelo Ministério do Turismo por fracionamento irregular do objeto da licitação e indícios de direcionamento, no que tange à contratação dos serviços de infraestrutura do evento, eis que desmembrado em 03 (três) certames, nos quais foram convidadas as mesmas empresas, sagrando-se cada uma delas vencedora de um dos objetos, quando, segundo a avaliação técnica, teriam capacidade para executar, individualmente, todo o objeto do contrato.

Com a reprovação das contas, foi determinada a devolução integral do montante repassado pelo Ministério do Turismo e o Município, por não dispor de recursos para tanto, acabou sendo incluído como inadimplente no Cadastro Único de Convênios do governo federal (CAUC/SIAFI), ficando impedido de celebrar novos convênios, durante o tempo em que se manteve nessa condição, sofrendo prejuízos em razão das irregularidades descritas na exordial.

Segundo o MUNICÍPIO DE PALESTINA/SP, os atos cometidos por NICANOR NOGUEIRA BRANCO, estão disciplinados na Lei de improbidade, em especial, nos artigos 10, V, VIII, e XII; 11, *caput*; e 12, II e II, todos, da Lei nº 8.429/92, *in verbis*:

"Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

(...)

V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;

(...)

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente;

(...)

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

(...)

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

(...)

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

(...)

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

(...)

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente."

No caso do art. 10, da Lei nº 8.429/92, o pressuposto para tipificação do ato de improbidade é a ocorrência de lesão ao erário. Ademais, o dispositivo exige a comprovação do elemento subjetivo (dolo ou culpa) do agente e o nexo de causalidade entre sua ação/omissão e o respectivo dano.

Para o art. 11 da referida lei, o pressuposto essencial para configuração do ato de improbidade é a violação aos princípios da Administração Pública, independente do enriquecimento ilícito ou de lesão ao erário. A violação aos princípios deve ser conjugada com a comprovação do dolo do agente e o nexo de causalidade entre ação/omissão e a respectiva ofensa ao princípio aplicável à Administração.

Após análise do conjunto probatório, não há nenhuma dúvida de que as denúncias feitas contra NICANOR NOGUEIRA BRANCO são verídicas (art. 10, VIII, da Lei nº 8.429/92 - dispensa indevida de processo licitatório).

Conforme bem demonstrado pela r. sentença, o Ministério do Turismo, através do Convênio nº 703539/2009, firmado com o Município de Palestina/SP em 03 de junho de 2009 - cópia juntada às fls. 114/130 - , destinou o valor de R\$285.000,00 (duzentos e oitenta e cinco mil reais) para a realização da 41ª Festa do Peão Boiadeiro no aludido município, conforme plano de trabalho previamente aprovado pelas partes, cabendo ao favorecido a escorreita utilização de tal verba na consecução do citado evento, obrigando-se a prestar contas de sua regular aplicação através de documentos e demonstrações contábeis.

Após denúncia anônima apontando para a existência de desvio de recursos em festas da região de São José do Rio Preto, iniciou-se a apuração de supostas irregularidades, em inquérito civil instaurado por determinação do Ministério Público Federal, que acabou culminando na propositura desta ação de improbidade administrativa.

De acordo com o Parecer CGMC/MTur nº 1150/2010, foram apontadas pendências técnicas que inviabilizaram definitiva conclusão quanto à aplicação dos recursos públicos repassados ao município, sendo solicitados esclarecimentos, que não foram prestados a contento pelo convenente, ensejando a abertura de procedimento de Tomada de Contas Especial e a inscrição do município no cadastro de inadimplentes do Sistema SIAFI (por não apresentação de documentação complementar).

Foi juntada farta documentação relativa às contratações realizadas para a 41ª Festa do Peão de Palestina/SP, incluindo documentos relativos à licitação, pareceres pela inexigibilidade (na contratação dos artistas já citados), além de notas fiscais e contratos.

De acordo com a Nota Técnica de Reanálise nº 0240/2011, teriam sido atendidos em parte os requisitos para a aprovação da prestação de contas do convênio já citado, sendo glosadas despesas nos valores de R\$18.000,00 (dezoito mil reais) e R\$7.000,00 (sete mil reais), em razão da reprovação de documentos para a comprovação de itens pertinentes à divulgação do evento (respectivamente, "Divulgação do evento através de veiculação em rádio, sendo 10 rádios da região com 120 inserções de 40 segundos cada uma" e "Divulgação e cobertura do evento em 7 mídias impressa (jornal) da cidade e região, com anúncio colorido no tamanho 6 col x 25,5 cm (1/2 página) publicado na contracapa"). Também não teria sido encaminhada declaração de uma autoridade local, que não o conveniente, atestando a realização do evento.

Todavia, uma nova Nota de Reanálise do Ministério do Turismo (nº 0951/2011), trouxe aos autos a informação de que também foram reprovadas as licitações para a contratação da infraestrutura da festa, nos seguintes termos: "*Informamos para os devidos fins que para realização do evento foram realizados 3 convites com propostas das mesmas empresas (Gilberto & Eliane Estruturas, A. de Souza Produções e Eventos e Agnaldo José Paglione) demonstrando o fracionamento de despesa para não realização de tomada de preços, vedada pela Lei 8.666/1993, portanto encontra-se reprovado os convites 13/2009 (R\$45.000,00), 14/2009 (R\$51.000,00) e 15/2009 (R\$44.500,00) que totalizam R\$141.000,00, estando incluído no valor total os R\$25.000,00 referente a glosa dos itens 03 e 04 das ressalvas técnicas (Convite 15/2009).*" De acordo com a conta atualizada, em julho de 2011, o débito seria de R\$196.083,06.

Na sequência, ofício encaminhado pelo réu Nicanor Nogueira Branco informa sobre a glosa integral do valor do convênio, fato este confirmado nos documentos encaminhados pelo Ministério do Turismo, apontando débito no valor de R\$284.000,00, atualizado, na época, para R\$509.231,88.

No tocante à contratação de artistas, NICANOR NOGUEIRA BRANCO, em todas as oportunidades em que foi ouvido e, também, nos diversos arrolados apresentados nos autos, deixou claro que entendeu pela inexigibilidade da licitação para a contratação dos artistas que cantaram na 41ª Festa do Peão Boiadeiro de Palestina/SP (Luan Santana e as duplas Mato Grosso/Matias e Maicon/Renato), por notória especialização.

As testemunhas que arrolou confirmaram a realização do evento, inclusive dos shows já mencionados, aduzindo que a contratação não se deu diretamente ou através de empresários exclusivos, mas através de empresa detentora das datas relativas ao evento, e que isto teria sido aprovado pelo consultor jurídico da prefeitura, especialista em licitações, Dr. Joaquim Souza Neto, profissional cujas orientações o então prefeito, Nicanor, sempre seguia.

Foram juntados os documentos relativos à contratação dos sertanejos Maycon e Renato (Contrato nº 25/2009); relativos à contratação da dupla Matogrosso e Matias (Contrato nº 24/2009); e pertinentes ao cantor Luan Santana (Contrato nº 23/2009).

Nos três casos, a empresa Clássica apresentou Carta ou Termo de Exclusividade, informando que detinha a exclusividade da data definida para cada um dos shows (04, 05 e 06 de junho de 2009), ficando claro que não se tratava da empresa responsável pela representação permanente dos indigitados artistas.

A questão relativa às contratações em questão através da empresa "Clássica Comércio de Eletrônicos e Produções Ltda.", foi submetida à apreciação do departamento jurídico da Prefeitura de Palestina/SP, que exarou parecer favorável à inexigibilidade de licitação com base nas disposições do art. 25, inciso III, da Lei nº 8.666/93. Em suas conclusões, pontuou o consultor, advogado Joaquim de Souza Neto, que: "*Assim, a teor do que dispõe o inciso III, do artigo 25, poderá o Município efetuar a contratação pretendida, diretamente ou através de empresário exclusivo, com inexigibilidade de licitação uma vez que trata-se de Dupla consagrado pela crítica especializada e pela opinião pública.*" (fl. 482 - Maycon e Renato; fl. 490, Matogrosso e Matias; e fl. 507, Luan Santana (vale mencionar, neste caso, que o causídico não teve o trabalho de alterar seu modelo, para excluir a expressão "dupla consagrada", já que não se tratava de uma dupla).

Interessante notar que: a Carta de Exclusividade relativa à dupla Maycon e Renato é datada de 12 de maio de 2009; que o Termo de Exclusividade de Matogrosso e Matias é datado de 11 de maio de 2009; e que a Carta de Exclusividade referente a Luan Santana é datada de 12 de maio de 2009, datas essas posteriores àquela em que proferidos os pareceres do consultor jurídico da prefeitura de Palestina, supracitados, todos datados de 30 de abril de 2009.

Obviamente, não se tratava de contratações diretas ou através de empresários exclusivos, nos termos da previsão contida no art. 25, inciso III, da Lei nº 8.666/93, mencionado no parecer supracitado, que não analisou a legalidade das contratações através de produtores musicais detentores de datas exclusivas, como verificado no caso concreto, contratações essas, aliás, vedadas no Convênio nº 703539/2009.

Ora, havendo expressa menção no convênio em apreço de que a inexigibilidade não poderia ser aplicada para os intermediários com exclusividade para certas datas - com base, inclusive, em Acórdão do TCU -, tal circunstância não poderia jamais escapar ao conhecimento do réu Nicanor, então prefeito de Palestina/SP, que assinou a avença, nem mesmo diante de um parecer de seu consultor jurídico, até porque tal parecer, diga-se de passagem, encontra-se eivado de vícios, já que, além de se tratar de um modelo pré-elaborado (o texto é sempre o mesmo nas três versões), não abordou juridicamente a real e primordial questão do caso concreto (possibilidade de contratação de intermediário detentor apenas de algumas datas), além de estampar datas anteriores àquelas impressas nas cartas de exclusividade, dando a entender que foi elaborado sem a devida análise de tal documentação.

Também cai por terra a explicação dada pelo prefeito e pelas testemunhas que arrolou, de que os nomes dos artistas teriam relação com o sucesso que faziam na época, na medida em que, como bem destacou o réu Roberto nas declarações transcritas anteriormente, o que de fato ocorreu é que foi procurado por um funcionário da prefeitura de Palestina/SP para a contratação de show de cantores sertanejos para a Festa do Peão Boiadeiro, circunstância que o levou a oferecer aqueles com os quais possuía algum contato ou vínculo.

Pelo que se vê, não estava em jogo a notória especialização dos artistas, mas, sim, a disponibilidade de agenda da empresa Clássica, ou seja, o que esta tinha a oferecer à prefeitura, naquele determinado momento, hipótese que, por motivos óbvios, não poderia jamais implicar no afastamento do processo licitatório.

Vale lembrar, de qualquer maneira, que a empresa Clássica, em momento algum, apresentou os contratos celebrados com Luan Santana e com as duplas "Maycon e Renato" e "Matogrosso e Matias", para demonstrar que, antes mesmo das iniciativas da prefeitura de Palestina para a realização da Festa do Peão Boiadeiro, já havia comprado as datas dos shows em questão. Diante de tal lacuna, é possível acreditar que as contratações tenham se efetivado *a posteriori*, mas como não existem provas neste sentido, deixo de considerar tal circunstância, que apenas serviria para agravar ainda mais a situação, em desfavor dos réus.

De qualquer maneira, se realmente a empresa "Clássica" tivesse a exclusividade de datas para os cantores descritos nos autos, diante da cláusula já analisada, caberia à prefeitura recusar qualquer avença e optar pela contratação direta com outros artistas, através de seus efetivos empresários, pois cantores sertanejos, com a mesma qualidade, não faltariam para os festejos na cidade. Lamentavelmente, optou o alcaide pelo descumprimento da norma cogente, estampada no Convênio assinado com o Ministério do Turismo, assumindo os riscos de tal atitude.

É possível afirmar, com segurança, que a inexigibilidade da licitação, no caso concreto, não foi uma decisão acertada, restando evidente que estavam sendo burlados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e probidade administrativa, direcionando-se a contratação dos artistas, através de intermediários, sem a realização de licitação, gerando prejuízos aos cofres públicos.

De fato, pelo que se depreende dos documentos anexados aos autos, a prefeitura de Palestina/SP pagou à produtora "Clássica", pelos multicitados shows, os seguintes valores: Luan Santana - fl. 137 - R\$58.000,00 (cinquenta e oito mil reais); Matogrosso e Matias - fl. 141 - R\$70.000,00 (setenta mil reais); Maicon e Renato - fl. 145 - R\$30.000,00 (trinta mil reais), totalizando R\$158.000,00 (cento e cinquenta e oito mil reais).

Ora, trata-se de valores bem superiores àqueles desembolsados pela "Clássica" para a contratação dos mencionados artistas, como se pode notar pelos recibos anexados aos autos: R\$45.000,00 (quarenta e cinco mil reais) para Luan Santana (fl. 577); R\$54.000,00 (cinquenta e quatro mil reais) para Matogrosso e Matias (fl. 576); e R\$23.400,00 (vinte e três mil e quatrocentos reais) para a dupla Maicon e Renato (fl. 578), totalizando R\$122.400,00 (cento e vinte e dois mil e quatrocentos reais).

Percebe-se, então, que a prefeitura arcou com o pagamento, a maior, de R\$35.600,00 (trinta e cinco mil e seiscentos reais), que poderiam ser utilizados para incrementar a própria festa ou até serem devolvidos aos cofres da União, para a utilização em proveito de outros municípios ou comunidades.

De outro lado, não obstante tenha sido glosada toda a verba relativa ao Convênio descrito nos autos (nº 703539/2009), isto aconteceu por conta de falhas na apresentação de documentos no procedimento de prestação de contas ou por irregularidades distintas, daí o valor cobrado da prefeitura, R\$284.000,00 - que, atualizado, na época da rejeição, alcançava a expressiva soma de R\$509.231,88.

As falhas de documentação que levaram à glosa integral das contas relativas ao aludido convênio não são objeto deste tópico, que se restringe à análise das irregularidades na contratação de cantores sertanejos para o evento, sem qualquer licitação; além disto, há nos autos demonstração idônea de que os shows efetivamente ocorreram, resumindo-se o prejuízo do município, neste caso, ao valor superior cobrado pelos intermediários, razão pela qual não deve ser condenado o ex-prefeito ao ressarcimento do valor total repassado pelo Ministério do Turismo, mas, tão somente, à devolução, com a devida correção monetária e incidência de juros de mora, da diferença apurada acima - R\$35.600,00 (trinta e cinco mil e seiscentos reais), a partir dos pagamentos indevidos.

Quanto ao Fracionamento da Licitação, também acompanho a r. sentença no sentido da ausência de provas: *“não obstante o autor tenha imputado ao réu Nicanor Nogueira Branco a responsabilidade pelas supostas irregularidades em questão, que causaram prejuízo ao erário público, pugnando pela sua condenação por ato de improbidade administrativa, não produziu prova alguma, especificamente, a respeito dos fatos levantados neste tópico (fracionamento de licitação e outros vícios, estampados acima), baseando suas colocações, unicamente, na Nota Técnica de Reanálise nº 0075/2012 - que em apenas algumas linhas, sem demonstração inequívoca, se refere a indícios de direcionamento das licitações na realização da infraestrutura da 41ª Festa do Peão de Palestina/SP, por fracionamento aparentemente indevido -, mas que, por si só, não traz elementos de convicção suficientes que permitam uma conclusão segura quanto à efetiva ocorrência de tais irregularidades ou que apontem para a efetiva responsabilidade do agente político, mediante comportamento doloso e decisivo para a concretização dos supostos ilícitos”*.

Diante do exposto, **nego provimento** à REMESSA OFICIAL.

EMENTA

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. ATOS DE IMPROBIDADE COMPROVADOS. INCIDÊNCIA DOS ARTIGOS 10, VIII; 11, *CAPUT*; 12, II E III, TODOS, DA LEI Nº 8.429/92.

- O MUNICÍPIO DE PALESTINA/SP ajuizou a presente ação civil pública em face de NICANOR NOGUEIRA BRANCO, objetivando o reconhecimento da prática de atos de improbidade administrativa (dispensa indevida do processo licitatório, além da identificação, pelo Ministério do Turismo, de fracionamento indevido da contratação de serviço de infraestrutura para a 41ª Festa do Peão de Boiadeiro). Segundo a inicial, a Prefeitura do Município de Palestina/SP, na pessoa de seu ex-prefeito, Nicanor Nogueira Branco, firmou o convênio nº 703539/2009 com o Ministério do Turismo, objetivando o recebimento de recursos públicos no importe de R\$ 285.000,00. Em contrapartida, o Município disponibilizaria R\$ 15.000,00, para a realização do Projeto intitulado 41ª Festa do Peão de Boiadeiro de Palestina/SP. Após a celebração do referido convênio, o ex-prefeito celebrou contrato de prestação de serviço junto à empresa Clássica Comércio de Eletrônicos e Produções Ltda., visando à contratação de artistas (cantores sertanejos) para se apresentarem naquela festa, sem a realização de licitação, mediante os Processos de Dispensa e inexigibilidade de Licitação nºs 3/2009, 4/2009 e 5/2009. Referidos Processos de Dispensa deram origem aos Contratos nº 23/2009, 24/2009 e 25/2009, que teriam sido formalizados de modo irregular, uma vez que a contratação não se deu diretamente com os artistas, nem tampouco através de seus empresários exclusivos, mas, sim, através de uma empresa intermediária, que detinha "exclusividade" de comercialização dos shows dos artistas somente para as datas correspondentes às suas apresentações no evento, o que contraria o artigo 25, III, da Lei de Licitações. Além de tal irregularidade, destaca o Município que a prestação de contas relativa ao convênio em foco foi também reprovada pelo Ministério do Turismo por fracionamento irregular do objeto da licitação e indícios de direcionamento, no que tange à contratação dos serviços de infraestrutura do evento, eis que desmembrado em 03 (três) certames, nos quais foram convidadas as mesmas empresas, sagrando-se cada uma delas vencedora de um dos objetos, quando, segundo a avaliação técnica, teriam capacidade para executar, individualmente, todo o objeto do contrato. Com a reprovação das contas, foi determinada a devolução integral do montante repassado pelo Ministério do Turismo e o Município, por não dispor de recursos para tanto, acabou sendo incluído como inadimplente no Cadastro Único de Convênios do governo federal (CAUC/SIAFI), ficando impedido de celebrar novos convênios, durante o tempo em que se manteve nessa condição, sofrendo prejuízos em razão das irregularidades descritas na exordial.

- Segundo o MUNICÍPIO DE PALESTINA/SP, os atos cometidos por NICANOR NOGUEIRA BRANCO, estão disciplinados na Lei de improbidade, em especial, nos artigos 10, V, VIII, e XII; 11, *caput*; e 12, II e II, todos, da Lei nº 8.429/92.

- No caso do art. 10, da Lei nº 8.429/92, o pressuposto para tipificação do ato de improbidade é a ocorrência de lesão ao erário. Ademais, o dispositivo exige a comprovação do elemento subjetivo (*dolo* ou *culpa*) do agente e o nexo de causalidade entre sua ação/omissão e o respectivo dano.

- Para o art. 11 da referida lei, o pressuposto essencial para configuração do ato de improbidade é a violação aos princípios da Administração Pública, independente do enriquecimento ilícito ou de lesão ao erário. A violação aos princípios deve ser conjugada com a comprovação do *dolo* do agente e o nexo de causalidade entre ação/omissão e a respectiva ofensa ao princípio aplicável à Administração.

- Após análise do conjunto probatório, não há nenhuma dúvida de que as denúncias feitas contra NICANOR NOGUEIRA BRANCO são verídicas.

- Quanto ao Fracionamento da Licitação, correta a r. sentença no sentido da ausência de provas.

- REMESSA OFICIAL não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à remessa oficial, nos termos do voto da Des. Fed. MÔNICA NOBRE (Relatora), com quem votaram os Des. Fed. MARCELO SARAIVA e ANDRÉ NABARRETE, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5006303-22.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
AGRAVANTE: METALLINCE INDUSTRIA E COMERCIO LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: PUBLIUS RANIERI - SP182955-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

ID 134695438 – Defiro o pedido e, excepcionalmente, concedo o prazo de 10 (dez) dias a contar do retorno das atividades/atendimentos presenciais na Vara competente.

Intime-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

MARCELO SARAIVA

Desembargador Federal

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 0001884-06.2013.4.03.6106
RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE
PARTE AUTORA: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP, MUNICIPIO DE PALESTINA
Advogado do(a) PARTE AUTORA: VANESSA MARIN DE ABREU - SP217803-N
PARTE RE: NICANOR NOGUEIRA BRANCO, ROBERTO CARLOS DA SILVA, DIRCEU LUIZ DA SILVA
Advogado do(a) PARTE RE: ANTONIO ALBERTO CRISTOFALO DE LEMOS - SP113902-N
Advogado do(a) PARTE RE: FERNANDO CANDIDO DE ALMEIDA - GO35432
Advogado do(a) PARTE RE: FERNANDO CANDIDO DE ALMEIDA - GO35432
OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 0001884-06.2013.4.03.6106

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

PARTE AUTORA: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP, MUNICIPIO DE PALESTINA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: VANESSA MARIN DE ABREU - SP217803-N

PARTE RE: NICANOR NOGUEIRA BRANCO, ROBERTO CARLOS DA SILVA, DIRCEU LUIZ DA SILVA

Advogado do(a) PARTE RE: ANTONIO ALBERTO CRISTOFALO DE LEMOS - SP113902-N

Advogado do(a) PARTE RE: FERNANDO CANDIDO DE ALMEIDA - GO35432

Advogado do(a) PARTE RE: FERNANDO CANDIDO DE ALMEIDA - GO35432

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário em face da r. sentença que, em sede de ação civil pública, julgou parcialmente procedente os pedidos formulados **nesta ação (0001884-06.2013.403.6106)**, bem como na **ação nº 0002465-84.2014.403.6106**, e, em consequência, condenou o requerido NICANOR NOGUEIRA BRANCO por ato de improbidade administrativa, nos termos do art. 10, VIII, da Lei nº 8.429/92 (dispensa indevida de processo licitatório), às seguintes sanções:

a) Ressarcimento integral do dano, em favor do Município de Palestina/SP (art. 18, da Lei de Improbidade), no valor de R\$35.600,00 (trinta e cinco mil e seiscientos reais), acrescido de juros e de correção monetária, calculados desde os pagamentos indevidos, com base nos índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, para as ações condenatórias, em geral;

b) suspensão dos seus direitos políticos por 05 (cinco) anos;

c) pagamento de multa civil equivalente ao valor do dano causado (uma vez o valor do dano); sobre tal valor incidirão juros de mora e correção monetária, a partir da data da sentença, também pelos índices informados no Manual de Cálculos da Justiça Federal, até a data do efetivo pagamento; e

d) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos.

ROBERTO CARLOS DA SILVA e DIRCEU LUIZ DA SILVA foram absolvidos da imputação de dispensa indevida de licitação para contratação de artistas. NICANOR NOGUEIRA BRANCO foi absolvido da imputação de fracionamento irregular de licitação.

Não foram apresentados recursos voluntários.

Subiram os autos a este Egrégio Tribunal Regional Federal.

Com vista à Procuradoria Regional da República da 3ª Região, foi ofertado o parecer, com manifestação pelo provimento da remessa oficial nesta ação - 0001884-06.2013.4.03.6106 (para condenar ROBERTO CARLOS DA SILVA e DIRCEU LUIZ DA SILVA pela dispensa indevida de licitação para contratação de artistas) e pelo não provimento da remessa oficial na ação nº 0002465-84.2014.403.6106.

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 0001884-06.2013.4.03.6106

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

PARTE AUTORA: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP, MUNICIPIO DE PALESTINA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: VANESSA MARIN DE ABREU - SP217803-N

PARTE RE: NICANOR NOGUEIRA BRANCO, ROBERTO CARLOS DA SILVA, DIRCEU LUIZ DA SILVA

Advogado do(a) PARTE RE: ANTONIO ALBERTO CRISTOFALO DE LEMOS - SP113902-N

Advogado do(a) PARTE RE: FERNANDO CANDIDO DE ALMEIDA - GO35432

Advogado do(a) PARTE RE: FERNANDO CANDIDO DE ALMEIDA - GO35432

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Trata-se de reexame necessário em face da r. sentença que, em sede de ação civil pública, julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados nesta ação (0001884-06.2013.403.6106), bem como na ação nº 0002465-84.2014.403.6106, e, em consequência, condenou o requerido NICANOR NOGUEIRA BRANCO por ato de improbidade administrativa, nos termos do art. 10, VIII, da Lei nº 8.429/92 (dispensa indevida de processo licitatório), às seguintes sanções: ressarcimento integral do dano, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil, e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.

ROBERTO CARLOS DA SILVA e DIRCEU LUIZ DA SILVA foram absolvidos da imputação de dispensa indevida de licitação para contratação de artistas.

Pois bem

A Constituição Federal, em seu artigo 37, determina que *"a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência"*. Assim, a relação entre o dever da Administração Pública de atuar e o fim almejado pela lei não podem afastar o respeito à lealdade e à boa fé, conceitos constituintes do princípio da moralidade.

O § 4º, do referido artigo, por sua vez, define que *"os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível"*.

No meu entender, a probidade administrativa abrange a noção de moralidade administrativa e, assim sendo, toda conduta que atente contra a moralidade administrativa constitui-se, na verdade, em ato configurador de improbidade. No entanto, nem todo ato de improbidade administrativa configura infração à moralidade administrativa. Desta forma, a improbidade é ato de violação à moralidade administrativa e a outros princípios e regras da Administração Pública, expressos ou implícitos, conforme previsão em lei específica.

No intento de regulamentar a previsão constitucional e coibir efetivamente a prática de atos de improbidade, foi promulgada a Lei nº 8.429/92, que disciplinou os atos de improbidade administrativa, os sujeitos ativos e passivos, as sanções cabíveis, bem como os procedimentos administrativos e judiciais aplicáveis.

A Lei nº 8.429/92, ao definir a tipificação dos atos de improbidade administrativa, instituiu termos genéricos e abrangentes para a definição e qualificação das condutas ímprobas, agrupando-os em três categorias, conforme o bem jurídico atingido: atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito, atos de improbidade que causam prejuízo ao erário e atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública.

Os atos de improbidade, que acarretam enriquecimento ilícito, previstos nos art. 9^a, da Lei 8.429/92, referem-se à obtenção de qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º da lei de improbidade administrativa. Os atos que causam prejuízo ao erário, consagrados no art. 10 da Lei 8.429/92, relacionam-se à ação ou omissão, dolosa ou culposa, que acarreta perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres da Administração Pública e demais entidades mencionadas no art. 1º, da lei de improbidade administrativa. Constitui ato de improbidade administrativa, ainda, a conduta, comissiva ou omissiva, que contraria princípios da Administração Pública, em desconformidade com os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, na forma do art. 11, da Lei 8.429/92.

Com relação aos sujeitos passivos, estes estão elencados no art. 1º, da Lei nº 8.429/92, e correspondem às pessoas jurídicas titulares do patrimônio público violado ou lesado pelo ato de improbidade administrativa, sejam elas pertencentes à administração direta ou indireta de qualquer dos poderes da União, Estados ou Municípios, ou, ainda, empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual. De acordo com o parágrafo único do art. 1º, da Lei nº 8.429/92, também estão sujeitos às penas da lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio da entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo fiscal ou creditício de órgão público, bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de 50% do patrimônio, restando restrita a sanção patrimonial nestes casos, à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Por outro lado, os sujeitos ativos (os responsáveis pelas condutas lesivas à Administração Pública) são os agentes públicos ou terceiros. O art. 2º, da Lei de Improbidade Administrativa, define o agente público como sendo todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades públicas da Administração Direta e Indireta. Da mesma forma, a Lei nº 8.429/92 teve o cuidado de apresentar, em seu art. 3º, a definição dos terceiros que estão sujeitos às suas disposições, ou seja, todos aqueles que, mesmo não sendo agentes públicos, induzam ou concorram para a prática do ato ímprobo ou dele se beneficiem sob qualquer forma direta ou indireta.

No tocante às penas, o artigo 37, § 4º, da Constituição Federal, de forma taxativa, fixou as penalidades para os agentes que praticarem ato de improbidade administrativa (suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário). Essas sanções possuem natureza civil e, conforme destacado expressamente na Constituição, não excluem as sanções penais eventualmente previstas em lei para a mesma conduta. O dispositivo constitucional definiu, ainda, que essas sanções devem ser aplicadas *"na forma e gradação previstas em lei"*. As sanções da Lei nº 8.429/92 não são, obrigatoriamente, aplicadas de forma cumulativa e devem guardar relação com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Na fixação das penas, deverá o julgador dosar as mesmas, levando em conta a extensão do dano causado, a gravidade da conduta e a intensidade do elemento subjetivo do agente.

Neste sentido: *"A aplicação das sanções da Lei nº 8.429/92 deve ocorrer à luz do princípio da proporcionalidade, de modo a evitar sanções desproporcionadas em relação ao ato ilícito praticado, sem, contudo, privilegiar a impunidade. Para decidir pela cominação isolada ou conjunta das penas previstas no artigo 12 e incisos, da Lei de Improbidade Administrativa, deve o magistrado atentar para as circunstâncias peculiares do caso concreto, avaliando a gravidade da conduta, a medida da lesão ao erário, o histórico funcional do agente público etc."* (STJ, RESP nº 300184, Rel. Min. Franciulli Netto, 2ª Turma, DJ de 03/11/2003, p. 291).

Posto isto, anote-se que, no caso dos autos, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL ajuizou a presente ação civil pública em face de NICANOR NOGUEIRA BRANCO, ROBERTO CARLOS DA SILVA e DIRCEU LUIZ DA SILVA objetivando o reconhecimento da prática de atos de improbidade administrativa (dispensa indevida do processo licitatório).

Fundamenta sua pretensão no Inquérito Civil Público nº 1.34.015.000686/2011-05, que concluiu pela conduta ímproba dos investigados. Consta dos autos do procedimento preparatório referido que a Prefeitura do Município de Palestina/SP, na pessoa de seu prefeito, Nicanor Nogueira Branco, teria se utilizado indevidamente do montante de R\$ 158.000,00 (cento e cinquenta e oito mil reais), consistente em verba pública federal recebida da União por intermédio do Ministério do Turismo, através do Convênio nº 703539/2009, ao contratar, por meio da empresa Clássica Comércio de Eletrônicos e Produções Ltda., pertencente aos dois outros investigados, artistas (cantores sertanejos: Maicon e Renato; Mato Grosso e Matias; Luan Santana) para a realização da 41ª Festa do Peão de Boiadeiro da cidade, no período de 4 a 7 de junho de 2009, sem a realização de licitação Procedimentos de Inexigibilidade nº 03,04 e 05/2009; Contratos nº 23, 24 e 25/2009), sob a justificativa de notória especialização, nos termos do artigo 25, III, da Lei 8.666/93, deixando de cumprir orientação já pacificada no âmbito do TCU (e que constava no convênio já mencionado), no sentido de que a contratação de artistas, sem licitação, teria que ser direta ou através de empresários exclusivos, sob pena de caracterizar flagrante irregularidade, com prejuízo ao erário.

Segundo o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, os atos cometidos por NICANOR NOGUEIRA BRANCO, ROBERTO CARLOS DA SILVA e DIRCEU LUIZ DA SILVA, estão disciplinados na Lei de improbidade, em especial, nos artigos 10, VIII; 11, *caput*; e 12, II e II, todos, da Lei nº 8.429/92, *in verbis*:

"Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente;

(...)

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

(...)

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

(...)

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

(...)

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente."

No caso do art. 10, da Lei nº 8.429/92, o pressuposto para tipificação do ato de improbidade é a ocorrência de lesão ao erário. Ademais, o dispositivo exige a comprovação do elemento subjetivo (dolo ou culpa) do agente e o nexo de causalidade entre sua ação/omissão e o respectivo dano.

Para o art. 11 da referida lei, o pressuposto essencial para configuração do ato de improbidade é a violação aos princípios da Administração Pública, independente do enriquecimento ilícito ou de lesão ao erário. A violação aos princípios deve ser conjugada com a comprovação do dolo do agente e o nexo de causalidade entre ação/omissão e a respectiva ofensa ao princípio aplicável à Administração.

Após análise do conjunto probatório, não há nenhuma dúvida de que as denúncias feitas contra NICANOR NOGUEIRA BRANCO são verídicas.

Conforme bem demonstrado pela r. sentença, o Ministério do Turismo, através do Convênio nº 703539/2009, firmado com o Município de Palestina/SP em 03 de junho de 2009 - cópia juntada às fls. 114/130 - , destinou o valor de R\$285.000,00 (duzentos e oitenta e cinco mil reais) para a realização da 41ª Festa do Peão Boiadeiro no aludido município, conforme plano de trabalho previamente aprovado pelas partes, cabendo ao favorecido a escorreta utilização de tal verba na consecução do citado evento, obrigando-se a prestar contas de sua regular aplicação através de documentos e demonstrações contábeis.

Após denúncia anônima apontando para a existência de desvio de recursos em festas da região de São José do Rio Preto, iniciou-se a apuração de supostas irregularidades, em inquérito civil instaurado por determinação do Ministério Público Federal, que acabou culminando na propositura desta ação de improbidade administrativa.

De acordo com o Parecer CGMC/MTur nº 1150/2010, foram apontadas pendências técnicas que inviabilizaram definitiva conclusão quanto à aplicação dos recursos públicos repassados ao município, sendo solicitados esclarecimentos, que não foram prestados a contento pelo convenente, ensejando a abertura de procedimento de Tomada de Contas Especial e a inscrição do município no cadastro de inadimplentes do Sistema SIAFI (por não apresentação de documentação complementar).

Foi juntada farta documentação relativa às contratações realizadas para a 41ª Festa do Peão de Palestina/SP, incluindo documentos relativos à licitação, pareceres pela inexigibilidade (na contratação dos artistas já citados), além de notas fiscais e contratos.

De acordo com a Nota Técnica de Reanálise nº 0240/2011, teriam sido atendidos em parte os requisitos para a aprovação da prestação de contas do convênio já citado, sendo glosadas despesas nos valores de R\$18.000,00 (dezoito mil reais) e R\$7.000,00 (sete mil reais), em razão da reprovação de documentos para a comprovação de itens pertinentes à divulgação do evento (respectivamente, "Divulgação do evento através de veiculação em rádio, sendo 10 rádios da região com 120 inserções de 40 segundos cada uma" e "Divulgação e cobertura do evento em 7 mídias impressa (jornal) da cidade e região, com anúncio colorido no tamanho 6 col x 25,5 cm (1/2 página) publicado na contracapa"). Também não teria sido encaminhada declaração de uma autoridade local, que não o conveniente, atestando a realização do evento.

Todavia, uma nova Nota de Reanálise do Ministério do Turismo (nº 0951/2011), trouxe aos autos a informação de que também foram reprovadas as licitações para a contratação da infraestrutura da festa, nos seguintes termos: "*Informamos para os devidos fins que para realização do evento foram realizados 3 convites com propostas das mesmas empresas (Gilberto & Eliane Estruturas, A. de Souza Produções e Eventos e Agnaldo José Paglione) demonstrando o fracionamento de despesa para não realização de tomada de preços, vedada pela Lei 8.666/1993, portanto encontra-se reprovado os convites 13/2009 (R\$45.000,00), 14/2009 (R\$51.000,00) e 15/2009 (R\$44.500,00) que totalizam R\$141.000,00, estando incluído no valor total os R\$25.000,00 referente a glosa dos itens 03 e 04 das ressalvas técnicas (Convite 15/2009).*" De acordo com a conta atualizada, em julho de 2011, o débito seria de R\$196.083,06.

Na sequência, ofício encaminhado pelo réu Nicanor Nogueira Branco informa sobre a glosa integral do valor do convênio, fato este confirmado nos documentos encaminhados pelo Ministério do Turismo, apontando débito no valor de R\$284.000,00, atualizado, na época, para R\$509.231,88.

No tocante à contratação de artistas, NICANOR NOGUEIRA BRANCO, em todas as oportunidades em que foi ouvido e, também, nos diversos arzoados apresentados nos autos, deixou claro que entendeu pela inexigibilidade da licitação para a contratação dos artistas que cantaram na 41ª Festa do Peão Boiadeiro de Palestina/SP (Luan Santana e as duplas Mato Grosso/Matias e Maicon/Renato), por notória especialização.

As testemunhas que arrolou confirmaram a realização do evento, inclusive dos shows já mencionados, aduzindo que a contratação não se deu diretamente ou através de empresários exclusivos, mas através de empresa detentora das datas relativas ao evento, e que isto teria sido aprovado pelo consultor jurídico da prefeitura, especialista em licitações, Dr. Joaquim Souza Neto, profissional cujas orientações o então prefeito, Nicanor, sempre seguia.

Foram juntados os documentos relativos à contratação dos sertanejos Maycon e Renato (Contrato nº 25/2009); relativos à contratação da dupla Matogrosso e Matias (Contrato nº 24/2009); e pertinentes ao cantor Luan Santana (Contrato nº 23/2009).

Nos três casos, a empresa Clássica apresentou Carta ou Termo de Exclusividade, informando que detinha a exclusividade da data definida para cada um dos shows (04, 05 e 06 de junho de 2009), ficando claro que não se tratava da empresa responsável pela representação permanente dos indigitados artistas.

A questão relativa às contratações em questão através da empresa "Clássica Comércio de Eletrônicos e Produções Ltda.", foi submetida à apreciação do departamento jurídico da Prefeitura de Palestina/SP, que exarou parecer favorável à inexigibilidade de licitação com base nas disposições do art. 25, inciso III, da Lei nº 8.666/93. Em suas conclusões, pontuou o consultor, advogado Joaquim de Souza Neto, que: "*Assim, a teor do que dispõe o inciso III, do artigo 25, poderá o Município efetuar a contratação pretendida, diretamente ou através de empresário exclusivo, com inexigibilidade de licitação uma vez que trata-se de Dupla consagrado pela crítica especializada e pela opinião pública.*" (fl. 482 - Maycon e Renato; fl. 490, Matogrosso e Matias; e fl. 507, Luan Santana (vale mencionar, neste caso, que o causídico não teve o trabalho de alterar seu modelo, para excluir a expressão "dupla consagrada", já que não se tratava de uma dupla).

Interessante notar que: a Carta de Exclusividade relativa à dupla Maycon e Renato é datada de 12 de maio de 2009; que o Termo de Exclusividade de Matogrosso e Matias é datado de 11 de maio de 2009; e que a Carta de Exclusividade referente a Luan Santana é datada de 12 de maio de 2009, datas essas posteriores àquela em que proferidos os pareceres do consultor jurídico da prefeitura de Palestina, supracitados, todos datados de 30 de abril de 2009.

Obviamente, não se tratava de contratações diretas ou através de empresários exclusivos, nos termos da previsão contida no art. 25, inciso III, da Lei nº 8.666/93, mencionado no parecer supracitado, que não analisou a legalidade das contratações através de produtores musicais detentores de datas exclusivas, como verificado no caso concreto, contratações essas, aliás, vedadas no Convênio nº 703539/2009.

Ora, havendo expressa menção no convênio em apreço de que a inexigibilidade não poderia ser aplicada para os intermediários com exclusividade para certas datas - com base, inclusive, em Acórdão do TCU -, tal circunstância não poderia jamais escapar ao conhecimento do réu Nicanor, então prefeito de Palestina/SP, que assinou a avença, nem mesmo diante de um parecer de seu consultor jurídico, até porque tal parecer, diga-se de passagem, encontra-se eivado de vícios, já que, além de se tratar de um modelo pré-elaborado (o texto é sempre o mesmo nas três versões), não abordou juridicamente a real e primordial questão do caso concreto (possibilidade de contratação de intermediário detentor apenas de algumas datas), além de estampar datas anteriores àquelas impressas nas cartas de exclusividade, dando a entender que foi elaborado sem a devida análise de tal documentação.

Também cai por terra a explicação dada pelo prefeito e pelas testemunhas que arrolou, de que os nomes dos artistas teriam relação com o sucesso que faziam na época, na medida em que, como bem destacou o réu Roberto nas declarações transcritas anteriormente, o que de fato ocorreu é que foi procurado por um funcionário da prefeitura de Palestina/SP para a contratação de show de cantores sertanejos para a Festa do Peão Boiadeiro, circunstância que o levou a oferecer aqueles com os quais possuía algum contato ou vínculo.

Pelo que se vê, não estava em jogo a notória especialização dos artistas, mas, sim, a disponibilidade de agenda da empresa Clássica, ou seja, o que esta tinha a oferecer à prefeitura, naquele determinado momento, hipótese que, por motivos óbvios, não poderia jamais implicar no afastamento do processo licitatório.

Vale lembrar, de qualquer maneira, que a empresa Clássica, em momento algum, apresentou os contratos celebrados com Luan Santana e com as duplas "Maycon e Renato" e "Matogrosso e Matias", para demonstrar que, antes mesmo das iniciativas da prefeitura de Palestina para a realização da Festa do Peão Boiadeiro, já havia comprado as datas dos shows em questão. Diante de tal lacuna, é possível acreditar que as contratações tenham se efetivado *a posteriori*, mas como não existem provas neste sentido, deixo de considerar tal circunstância, que apenas serviria para agravar ainda mais a situação, em desfavor dos réus.

De qualquer maneira, se realmente a empresa "Clássica" tivesse a exclusividade de datas para os cantores descritos nos autos, diante da cláusula já analisada, caberia à prefeitura recusar qualquer avença e optar pela contratação direta com outros artistas, através de seus efetivos empresários, pois cantores sertanejos, com a mesma qualidade, não faltariam para os festejos na cidade. Lamentavelmente, optou o alcaide pelo descumprimento da norma cogente, estampada no Convênio assinado com o Ministério do Turismo, assumindo os riscos de tal atitude.

É possível afirmar, com segurança, que a inexigibilidade da licitação, no caso concreto, não foi uma decisão acertada, restando evidente que estavam sendo burlados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e probidade administrativa, direcionando-se a contratação dos artistas, através de intermediários, sem a realização de licitação, gerando prejuízos aos cofres públicos.

De fato, pelo que se depreende dos documentos anexados aos autos, a prefeitura de Palestina/SP pagou à produtora "Clássica", pelos multicitados shows, os seguintes valores: Luan Santana - fl. 137 - R\$58.000,00 (cinquenta e oito mil reais); Matogrosso e Matias - fl. 141 - R\$70.000,00 (setenta mil reais); Maicon e Renato - fl. 145 - R\$30.000,00 (trinta mil reais), totalizando R\$158.000,00 (cento e cinquenta e oito mil reais).

Ora, trata-se de valores bem superiores àqueles desembolsados pela "Clássica" para a contratação dos mencionados artistas, como se pode notar pelos recibos anexados aos autos: R\$45.000,00 (quarenta e cinco mil reais) para Luan Santana (fl. 577); R\$54.000,00 (cinquenta e quatro mil reais) para Matogrosso e Matias (fl. 576); e R\$23.400,00 (vinte e três mil e quatrocentos reais) para a dupla Maicon e Renato (fl. 578), totalizando R\$122.400,00 (cento e vinte e dois mil e quatrocentos reais).

Percebe-se, então, que a prefeitura arcou com o pagamento, a maior, de R\$35.600,00 (trinta e cinco mil e seiscentos reais), que poderiam ser utilizados para incrementar a própria festa ou até serem devolvidos aos cofres da União, para a utilização em proveito de outros municípios ou comunidades.

De outro lado, não obstante tenha sido glosada toda a verba relativa ao Convênio descrito nos autos (nº 703539/2009), isto aconteceu por conta de falhas na apresentação de documentos no procedimento de prestação de contas ou por irregularidades distintas, daí o valor cobrado da prefeitura, R\$284.000,00 - que, atualizado, na época da rejeição, alcançava a expressiva soma de R\$509.231,88.

As falhas de documentação que levaram à glosa integral das contas relativas ao aludido convênio não são objeto deste tópico, que se restringe à análise das irregularidades na contratação de cantores sertanejos para o evento, sem qualquer licitação; além disto, há nos autos demonstração idônea de que os shows efetivamente ocorreram, resumindo-se o prejuízo do município, neste caso, ao valor superior cobrado pelos intermediários, razão pela qual não deve ser condenado o ex-prefeito ao ressarcimento do valor total repassado pelo Ministério do Turismo, mas, tão somente, à devolução, com a devida correção monetária e incidência de juros de mora, da diferença apurada acima - R\$35.600,00 (trinta e cinco mil e seiscentos reais), a partir dos pagamentos indevidos.

Quanto aos requeridos ROBERTO CARLOS DA SILVA e DIRCEU LUIZ DA SILVA, também acompanho a r. sentença no sentido da ausência de provas: *“ressalto que, não obstante o censurável ato do prefeito tenha beneficiado a produtora "Clássica", não há nos autos prova robusta apontando para uma relação espúria dos sócios da referida empresa com o chefe do poder executivo municipal, ou seja, de que, juntos, tenham arquitetado uma verdadeira fraude com o escopo de lograrem vantagem indevida, em detrimento dos cofres públicos. Certamente, os sócios se aproveitaram da irregularidade cometida pelo prefeito para auferirem lucro, mas tal circunstância, por si só, à míngua de maiores evidências de envolvimento direto no ato ilícito perpetrado pelo primeiro, não tem o condão de ensejar a condenação dos réus Dirceu e Roberto”*.

Diante do exposto, **nego provimento** à REMESSA OFICIAL.

EMENTA

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. ATOS DE IMPROBIDADE COMPROVADOS. INCIDÊNCIA DOS ARTIGOS 10, VIII; 11, *CAPUT*; 12, II E III, TODOS, DA LEI Nº 8.429/92.

- O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL ajuizou a presente ação civil pública em face de NICANOR NOGUEIRA BRANCO, ROBERTO CARLOS DA SILVA e DIRCEU LUIZ DA SILVA objetivando o reconhecimento da prática de atos de improbidade administrativa (dispensa indevida do processo licitatório). Fundamenta sua pretensão no Inquérito Civil Público nº 1.34.015.000686/2011-05, que concluiu pela conduta impropria dos investigados. Consta dos autos do procedimento preparatório referido que a Prefeitura do Município de Palestina/SP, na pessoa de seu prefeito, Nicanor Nogueira Branco, teria se utilizado indevidamente do montante de R\$ 158.000,00 (cento e cinquenta e oito mil reais), consistente em verba pública federal recebida da União por intermédio do Ministério do Turismo, através do Convênio nº 703539/2009, ao contratar, por meio da empresa Clássica Comércio de Eletrônicos e Produções Ltda., pertencente aos dois outros investigados, artistas (cantores sertanejos: Maicon e Renato; Mato Grosso e Matias; Luan Santana) para a realização da 41ª Festa do Peão de Boiadeiro da cidade, no período de 4 a 7 de junho de 2009, sem a realização de licitação Procedimentos de Inexigibilidade nº 03,04 e 05/2009; Contratos nº 23, 24 e 25/2009), sob a justificativa de notória especialização, nos termos do artigo 25, III, da Lei 8.666/93, deixando de cumprir orientação já pacificada no âmbito do TCU (e que constava no convênio já mencionado), no sentido de que a contratação de artistas, sem licitação, teria que ser direta ou através de empresários exclusivos, sob pena de caracterizar flagrante irregularidade, com prejuízo ao erário.

- Segundo o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, os atos cometidos por NICANOR NOGUEIRA BRANCO, ROBERTO CARLOS DA SILVA e DIRCEU LUIZ DA SILVA, estão disciplinados na Lei de improbidade, em especial, nos artigos 10, VIII; 11, *caput*; e 12, II e II, todos, da Lei nº 8.429/92

- No caso do art. 10, da Lei nº 8.429/92, o pressuposto para tipificação do ato de improbidade é a ocorrência de lesão ao erário. Ademais, o dispositivo exige a comprovação do elemento subjetivo (dolo ou culpa) do agente e o nexo de causalidade entre sua ação/omissão e o respectivo dano.

- Para o art. 11 da referida lei, o pressuposto essencial para configuração do ato de improbidade é a violação aos princípios da Administração Pública, independente do enriquecimento ilícito ou de lesão ao erário. A violação aos princípios deve ser conjugada com a comprovação do dolo do agente e o nexo de causalidade entre ação/omissão e a respectiva ofensa ao princípio aplicável à Administração.

- Após análise do conjunto probatório, não há nenhuma dúvida de que as denúncias feitas contra NICANOR NOGUEIRA BRANCO são verídicas.

- Quanto aos requeridos ROBERTO CARLOS DA SILVA e DIRCEU LUIZ DA SILVA, correta a r. sentença no sentido da ausência de provas.

- REMESSA OFICIAL não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à remessa oficial, nos termos do voto da Des. Fed. MÔNICA NOBRE (Relatora), com quem votaram os Des. Fed. MARCELO SARAIVA e ANDRÉ NABARRETE, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVANTE: THIAGO MARRA NETTO

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCELO FERNANDES MAGALHAES DA ROCHA - MG122727

AGRAVADO: ASSOCIACAO MEDICA BRASILEIRA, SOCIEDADE BRASILEIRA DE CIRURGIA PLASTICA, CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

Advogado do(a) AGRAVADO: LUIZ HENRIQUE BRITO PRESCENDO - SP242377-A

Advogado do(a) AGRAVADO: JOSE ALEJANDRO BULLON SILVA - DF13792-A

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5010345-22.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: THIAGO MARRA NETTO

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCELO FERNANDES MAGALHAES DA ROCHA - MG122727

AGRAVADO: ASSOCIACAO MEDICA BRASILEIRA, SOCIEDADE BRASILEIRA DE CIRURGIA PLASTICA, CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

Advogado do(a) AGRAVADO: LUIZ HENRIQUE BRITO PRESCENDO - SP242377-A

Advogado do(a) AGRAVADO: JOSE ALEJANDRO BULLON SILVA - DF13792-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Thiago Marra Neto, em face da r. decisão proferida pelo MM. Juízo “a quo”, que indeferiu o pedido de tutela provisória de urgência, objetivando provimento judicial que declare a nulidade da prova oral-prática da terceira etapa do exame de suficiência para obtenção do título de especialista realizado pela Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica em 10/03/2017, seja declarada a prescindibilidade da terceira etapa oral-plástica e seja determinado à AMB e à SBCP que reconheçam ao autor, em 48 horas, o título de especialista em cirurgia plástica.

Alega, em síntese, que sem o título de especialista em cirurgia plástica, o médico fica impedido de desempenhá-la em sua plenitude, notadamente por não poder se denominar/promover como “cirurgião plástico”.

Aduz que a seleção pública que se submeteu ignorou por completo vários princípios da administração pública na realização da prova, quais sejam: impessoalidade, moralidade, publicidade, motivação, julgamento objetivo, ampla defesa e contraditório, bem como que pontou 9,2 em 10 pontos dos 30% referentes à análise curricular, acumulando 27,6 pontos para contagem final, conforme a Normativa da AMB mencionada nos autos.

Esclarece, ainda, que desconsiderando a prova oral-prática, os outros 70% da avaliação correspondem à prova escrita (teórica), em que marcou 70 pontos em 100, acumulando, 49 pontos para contagem final e 76,6 pontos num total de 100 como pontuação total computada, suficiente para aprovação.

Foi indeferido o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal (ID 822638).

Foram apresentadas contrarrazões da Associação Médica Brasileira (Id 1126812) e do Conselho Federal de Medicina – CFM (ID 1282101).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5010345-22.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: THIAGO MARRANETTO

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCELO FERNANDES MAGALHAES DA ROCHA - MG122727

AGRAVADO: ASSOCIACAO MEDICA BRASILEIRA, SOCIEDADE BRASILEIRA DE CIRURGIA PLASTICA, CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

Advogado do(a) AGRAVADO: LUIZ HENRIQUE BRITO PRESCENDO - SP242377-A

Advogado do(a) AGRAVADO: JOSE ALEJANDRO BULLON SILVA - DF13792-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Na origem, o agravante ingressou com ação anulatória visando a declaração de nulidade da prova realizada pela Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica.

O r. juízo de origem indeferiu a tutela provisória nos seguintes termos:

“Não verifico demonstrados os requisitos necessários à concessão da medida pleiteada.

O pedido formulado na inicial está basicamente lastreado na alegação de ter sido o autor reprovado na prova oral-prática, embora tenha respondido corretamente às questões que lhe foram impostas.

Sustenta não ter requerido vista da prova para a avaliação de suas respostas e espelho da prova, o que não foi até o momento concedido.

Assim, alega não ter tido a possibilidade de exercer o contraditório e a ampla defesa. Aponta ainda circunstâncias que sugerem ter sido reprovado por perseguição de membros a SBCP.

Verifico, inicialmente, que a alegação de que foram corretas as respostas às questões que foram apresentadas ao autor na terceira etapa prevista no edital, não podem ser comprovadas de plano, mormente em face da ausência de resposta ao pedido administrativo já formulado pelo autor.

Embora possa não ter sido proporcionado ao autor, por meio do edital, o exercício da ampla defesa e ao contraditório, as questões aqui postas deverão ser esclarecidas pelos réus em contestação.

Assim como não pode ser comprovada de plano a assertiva de que as respostas foram corretas, o mesmo ocorre quanto à alegação de que sua reprovação decorreu de perseguição.

Desta forma, tenho como ausente, nesta fase, a probabilidade do direito invocado, necessário à concessão do pedido de tutela provisória de urgência, mormente porque o pedido provisório consiste na anulação da prova oral-prática ou sua remarcação para todos os candidatos reprovados até o final de junho de 2017, ressaltando, ainda, quanto ao pedido subsidiário, que não cabe ao autor pleitear direito alheio em nome próprio (artigo 18, CPC).

Não verifico, ainda, qualquer ilegalidade no edital que estabeleceu três fases para a concessão do título de especialista em cirurgia plástica, já que está dentro do poder discricionário da ré em estabelecer as regras que levem à avaliação dos candidatos.

Diante do exposto, INDEFIRO O PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA”.

Cinge-se a controvérsia acerca da reprovação do agravante na prova oral-prática da terceira etapa do exame de suficiência para obtenção do título de especialista realizado pela Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica.

Pois bem. O Supremo Tribunal Federal já decidiu, no Recurso Extraordinário n. 632.853-CE, com Repercussão Geral (tema 485), relatoria do Min. Gilmar Mendes, que “Não compete ao Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir banca examinadora para avaliar respostas dadas pelos candidatos e notas a elas atribuídas”.

É o que ocorre no caso dos autos, o agravante pretende que o Estado Juiz lhe conceda pontos em determinadas questões, o que implicaria examinar se suas respostas coadunam-se com esta ou aquela corrente doutrinária da ciência médica, tratando-se de pretensão de completa invasão do mérito científico, vedada ao Poder Judiciário.

Quanto as demais insurgências do agravado como a de não ter tido a possibilidade de exercer o contraditório e ampla defesa no bojo do processo, de possível perseguição velada ao agravante por parte dos colegas da SBCP ou de eventual ocorrência de ilegalidade ou abuso de poder no decorrer do processo seletivo, dependem de dilação probatória.

Por outro lado, importante recordar que o Edital do concurso vincula o candidato às condições nele estabelecidas, restando forçoso reconhecer que o agravante teve pleno conhecimento das respectivas regras, não havendo como se insurgir contra aquelas legalmente discriminadas pelo fato de não concordar com elas, e sem se olvidar que poderia ter apresentado a impugnação ao Edital no momento de sua publicação na imprensa oficial.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. EXAME PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO DE ESPECIALISTA EM CIRURGIA PLÁSTICA. ANULAÇÃO DA PROVA ORAL-PRÁTICA OU SUA REMARCAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONTROLE DE LEGALIDADE, SUBSTITUIR BANCA EXAMINADORA. VEDAÇÃO. RE 632.853. REPERCUSSÃO GERAL.

1. O Supremo Tribunal Federal já decidiu, no Recurso Extraordinário n. 632.853-CE, com Repercussão Geral (tema 485), relatoria do Min. Gilmar Mendes, que “Não compete ao Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir banca examinadora para avaliar respostas dadas pelos candidatos e notas a elas atribuídas”.

2. É o que ocorre no caso dos autos, o agravante pretende que o Estado Juiz lhe conceda pontos em determinadas questões, o que implicaria examinar se suas respostas coadunam-se com esta ou aquela corrente doutrinária da ciência médica, tratando-se de pretensão de completa invasão do mérito científico, vedada ao Poder Judiciário.

3. Quanto as demais insurgências do agravado como a de não ter tido a possibilidade de exercer o contraditório e ampla defesa no bojo do processo, de possível perseguição velada ao agravante por parte dos colegas da SBCP ou de eventual ocorrência de ilegalidade ou abuso de poder no decorrer do processo seletivo, dependem de dilação probatória.

4. O Edital do concurso vincula o candidato às condições nele estabelecidas, restando forçoso reconhecer que o agravante teve pleno conhecimento das respectivas regras, não havendo como se insurgir contra aquelas legalmente discriminadas pelo fato de não concordar com elas, e sem se olvidar que poderia ter apresentado a impugnação ao Edital no momento de sua publicação na imprensa oficial.

5. Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ

NABARRETE e MARLI FERREIRA., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016185-08.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA

AGRAVANTE: ENGEFORM CONSTRUÇOES E COMERCIO LTDA.

Advogado do(a) AGRAVANTE: LUIZ GUSTAVO ANTONIO SILVA BICHARA - RJ112310-S

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Considerando o pedido formulado e à míngua de elementos para apreciar o pleito, sem oitiva da parte contrária, postergo a análise do recurso para o momento posterior à apresentação da referida peça.

Intime-se a agravada para apresentar contraminuta, nos termos do artigo 1.019, II, do CPC.

Após, abra-se vista ao MPF.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001275-65.2019.4.03.6125

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: J. L. R. B.

REPRESENTANTE: IZABELLE DE OLIVEIRA RAPA BECKER

Advogado do(a) APELADO: JESSICA APARECIDA FRANCISCO MACHADO - SP432105-A

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Recebo o recurso de apelação no efeito devolutivo, com fulcro no art. 14, § 3º, da Lei nº 12.016/2009.

Intime(m)-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

MARCELO SARAIVA

Desembargador Federal

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016167-84.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: TONIELLO COMERCIO DE VEICULOS E PECAS LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: EVANDRO JOSE PLEZ - SP377626-A, JOSE HENRIQUE DONISETTE GARCIA DE CAMPOS - SP155640-A, PAULO RENATO DE FARIAMONTEIRO - SP130163-A

AGRAVADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM RIBEIRAO PRETO

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Preliminarmente, intime-se a agravante para a correta indicação do polo passivo/agravado, a fim de constar o órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

MARCELO SARAIVA

Desembargador Federal

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016313-28.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA

AGRAVANTE: MARCELO RIOS WITZEL

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCELO RIOS WITZEL - SP169874

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

DESPACHO

Considerando a ausência da hipótese prevista no Anexo II, item 1.3, da Resolução nº 138/2017 da Presidência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, de 06/07/2017, intime-se o agravante para regularizar pagamento das custas na agência bancária da Caixa Econômica Federal, a teor da referida Resolução, c/c o artigo 1007, § 7º, do CPC, fazendo constar o código de recolhimento correto, no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de deserção.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016291-67.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: EVONIK DEGUSSA BRASIL LTDA.

Advogado do(a) AGRAVADO: MARUAN ABULASAN JUNIOR - SP173421-A

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Considerando o pedido formulado e à míngua de elementos para apreciar o pleito, sem oitiva da parte contrária, postergo a análise do recurso para o momento posterior à apresentação da referida peça.

Intime-se a agravada para apresentar contraminuta, nos termos do artigo 1.019, II, do CPC.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5013435-33.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: CEMIL CENTRO MEDICO DE ITU LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: CLAUDIO AMAURI BARRIOS - SP63623-N

AGRAVADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por CEMIL – CENTRO MÉDICO DE ITU LTDA. contra a decisão que, em sede de embargos à execução fiscal, indeferiu a produção de prova pericial e testemunhal.

Alega a agravante, em síntese, que a produção de provas destina-se à desconstituição da pretensão da agravada, e que a oitiva de testemunhas poderia elucidar as questões, assim, seu indeferimento fere os princípios do contraditório e da ampla defesa.

É o relatório.

Decido.

O agravo de instrumento é manifestamente inadmissível.

O presente recurso não se adequa a quaisquer das hipóteses do rol taxativo previsto pelo artigo 1.015 do Código de Processo Civil de 2015:

Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

I - tutelas provisórias;

II - mérito do processo;

III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;

IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;

V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;

VI - exibição ou posse de documento ou coisa;

VII - exclusão de litisconsorte;

VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;

IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;

X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;

XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1o;

XII - (VETADO);

XIII - outros casos expressamente referidos em lei.

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 489 DO CPC/2015 NÃO CONFIGURADA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ROL TAXATIVO. SUSPENSÃO DO PROCESSO. IMPOSSIBILIDADE DE INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. ALÍNEA "C" PREJUDICADA.

1. Não se configurou a ofensa ao art. 489 do Código de Processo Civil de 2015, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia.

2. O entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a interpretação do rol constante do art. 1.015 do CPC/2015 deve ser restritiva.

3. Ademais, importa consignar que o STJ tem admitido a interpretação extensiva do art. 1.015 do CPC/2015 em situações de urgência. No presente caso, não se observa situação de urgência ou o risco do perecimento do direito.

4. Fica prejudicada a análise da divergência jurisprudencial quando a tese sustentada já foi afastada no exame do Recurso Especial pela alínea "a" do permissivo constitucional.

5. Recurso Especial não provido.

(STJ, REsp nº 1821772/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe de 19/12/2019)

Anote-se que os embargos à execução fiscal têm natureza de ação de conhecimento, razão pela qual não se aplica a exceção prevista no parágrafo único do aludido art. 1015 do CPC.

Destaco, ainda, trecho da decisão monocrática proferida pelo Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (STJ, REsp nº 1.696.8, Publicada em 06/03/2020): “*observa-se que o agravo de instrumento apresentado na origem não merece conhecimento, pois insurge-se contra decisão que indeferiu pedido de produção de provas, matéria que não consta do rol previsto no art. 1.015 do CPC/2015 e nem se verifica a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação*”.

Trata-se, portanto, de recurso inadmissível.

Ante o exposto, **não conheço do presente recurso**, nos termos do artigo 932, III, do CPC.

Comunique-se ao MM. Juiz *a quo*.

Publique-se. Intime-se.

Observadas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5004213-41.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA

AGRAVANTE: VCB COMUNICACOES S.A.

Advogados do(a) AGRAVANTE: ALEXANDRE GUSTAVO DE FREITAS - SP196169-A, LUIS FELIPE BAPTISTA LUZ - SP160547-A, IVANA RIBEIRO DE SOUZA MARCON - SP299195-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por VCB COMUNICAÇÕES S.A contra decisão que recusou o Laudo Pericial como prova emprestada e também como prova documental.

Consoante as novas regras processuais em vigor desde 18/03/2016, as decisões interlocutórias que versem sobre a indeferem ou deferem a produção de provas não estão mais sujeitas à interposição do agravo de instrumento, *ex vi* do artigo 1.015, cujo rol é taxativo, *verbis*:

"Art. 1015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

I - tutelas provisórias;

II - mérito do processo;

III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;

IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;

V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;

VI - exibição ou posse de documento ou coisa;

VII - exclusão de litisconsorte;

VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;

IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;

X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;

XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º;

XII - (VETADO);

XIII - outros casos expressamente referidos em lei.

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário."

Assim, é inadmissível o presente recurso.

Nesse sentido, a jurisprudência vem se posicionando:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARTIGO 1015, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015. ROL TAXATIVO. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO.

1. O Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 1.015, elenca as hipóteses nas quais cabe agravo de instrumento, apresentando rol taxativo.

2. A decisão agravada versa sobre o indeferimento de produção de prova pericial, hipótese esta não contemplada no mencionado artigo.

3. Recurso não conhecido.”

(TRF 3ª Região, AI 0016275-43.2016.4.03.0000, Relator Desembargador Federal Carlos Muta, julgamento em 20/10/2016, publicado em 03/11/2016)

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA. PRODUÇÃO DE PROVAS REQUERIDA PELA PARTE AUTORA. INDEFERIMENTO. DECISÃO NÃO CONSTANTE DO ROL DO ARTIGO 1.015 DO CPC. PUBLICAÇÃO NA VIGÊNCIA DA NOVA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO INADMISSÍVEL.

- Dispõe o artigo 1.015 do Código de Processo Civil: *Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: I - tutelas provisórias; II - mérito do processo; III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem; IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica; V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação; VI - exibição ou posse de documento ou coisa; VII - exclusão de litisconsorte; VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio; IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros; X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução; XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º; XII - (VETADO); XIII - outros casos expressamente referidos em lei. Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.*

- A lei processual civil em vigor traz um rol específico de decisões recorríveis por meio de agravo de instrumento nos seus incisos I a XI e no seu parágrafo único, além de fazer referência a outros casos explicitamente indicados em lei no seu inciso XIII. As demais situações devem ser objeto de preliminar de apelação ou de suas contrarrazões.

- Considerado que a decisão agravada indeferiu a produção das provas requeridas pela parte autora e que a sua publicação se deu já na vigência da nova legislação processual, o agravo de instrumento é inadmissível e, assim, não pode ser conhecido.

- Agravo de instrumento não conhecido.”

(TRF 3ª Região, AI 0008213-14.2016.4.03.0000, Relator Desembargador Federal André Nabarrete, julgamento em 03/08/2016, publicado em 15/09/2016)

Ante o exposto, não conheço do presente recurso, nos termos do artigo 932, III, do CPC.

Intimem-se.

Após, remetam-se os autos à vara de origem.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5032952-58.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA

AGRAVANTE: PASCHOALOTTO PARTICIPACOES LTDA, NELSON PASCHOALOTTO

Advogados do(a) AGRAVANTE: HERALDO GARCIA VITTA - MS22721, RODRIGO LOPES GARMS - SP159092

Advogados do(a) AGRAVANTE: HERALDO GARCIA VITTA - MS22721, RODRIGO LOPES GARMS - SP159092

AGRAVADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por PASCHOALOTTO PARTICIPAÇÕES LTDA. contra decisão que, em execução fiscal, indeferiu o pedido de substituição da penhora realizada (veículo) por imóvel.

Foi julgado deserto o agravo de instrumento, a teor do disposto na Resolução PRES nº 138/2017 e de acordo com os artigos 1007, §4º e 1017, § 1º, do CPC.

Contra essa decisão, a empresa opôs agravo interno, alertando que o preparo havia sido realizado com o código errado.

Constato que foi posteriormente recolhido corretamente as custas processuais.

Considerando que o recolhimento ocorreu no ato da interposição do recurso, assiste razão ao agravante, motivo pelo qual torna nula a decisão ID 123082757 e julgo prejudicado o agravo interno.

Intime-se a agravada para, querendo, apresentar contraminuta, nos termos do artigo 1.019, II, do CPC.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5023042-74.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: WALTER ZAGARI, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: RODRIGO GIACOMELI NUNES MASSUD - SP257135-A, MARCOS FERRAZ DE PAIVA - SP114303-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, WALTER ZAGARI

Advogados do(a) APELADO: RODRIGO GIACOMELI NUNES MASSUD - SP257135-A, MARCOS FERRAZ DE PAIVA - SP114303-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Petição do autor Walter Zagari (ID 129975840) para requerer a extinção do feito por perda superveniente do interesse recursal, a fim de que seja confirmada a sentença recorrida (ID 129975840, integrada pelo ID 72887979).

Instada, a União manifestou concordância (ID 132477372).

É o relatório. Decido.

Mandado de segurança impetrado por *Walter Zagari* contra o de *Delegado da Receita Federal do Brasil em São Paulo (DERPF-SP)* com o escopo de obter ordem para que fosse analisado o pedido de revisão formulado administrativamente e anulado o ato que impediu a utilização de livro diário como documento válido.

A sentença concedeu parcialmente a ordem requerida para determinar que a autoridade impetrada examinasse, no prazo de 180 dias, o pedido de revisão formulado, afastado o registro tardio do livro contábil como impeditivo de sua consideração por parte das autoridades fiscais competentes, ao que a União (ID 72888040) e o autor (ID 72888035) apresentaram apelações.

Enquanto se aguardava o julgamento, o contribuinte informou que a Receita Federal finalizou a análise da revisão, consoante determinado na sentença recorrida, e concluiu no sentido da exoneração da quase integralidade dos valores exigidos na autuação objeto do Processo Administrativo nº 10437.720018/2014-69 e que, por concordar com a revisão promovida, quitou o débito à vista, razão pela qual pugna seja o feito extinto por perda superveniente do interesse recursal. (ID 129975840)

Há, conforme se constata da narrativa dos fatos, incompatibilidade lógica entre o pagamento do débito e o prolongamento da discussão judicial. De fato, a concordância expressa de ambas as partes quanto ao resultado da revisão administrativa, inclusive com a quitação do débito revisado pelo contribuinte, caracteriza a ausência superveniente de interesse recursal. Nesse sentido, confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO RECURSO ESPECIAL. PAGAMENTO DOS DÉBITOS DISCUTIDOS JUDICIALMENTE, APÓS A INTERPOSIÇÃO DO RECURSO ESPECIAL, EM VIRTUDE DE NOTICIADA ANISTIA FISCAL. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO DE DESISTÊNCIA OU RENÚNCIA AO ALEGADO DIREITO SOBRE QUE SE FUNDA A AÇÃO. MANIFESTAÇÃO RECEBIDA COMO ACEITAÇÃO TÁCITA DO ACÓRDÃO PROFERIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM.

1. Se ocorre o pagamento espontâneo de débitos impugnados judicialmente, especialmente após a interposição de recurso contra a decisão que reconhece como legítimos tais débitos, configura-se a aceitação tácita da decisão recorrida. E consoante já proclamou a Terceira Turma desta Corte, ao julgar o AgRg no REsp 746.092/RJ (Rel. Min. Paulo Furtado - Desembargador Convocado do TJ/BA, DJ de 4.6.2009), "a aceitação tácita pode se dar antes ou depois da interposição do recurso, implicando, nesta última hipótese, em extinção do procedimento recursal (preclusão lógica do direito de recorrer)".

2. No caso concreto, tendo em vista que não houve expressa manifestação de desistência do recurso especial, tampouco manifestação de renúncia ao direito em que se funda a ação, deve ser considerada como aceitação tácita do acórdão recorrido a manifestação da recorrente no sentido de que, após a interposição do recurso especial, os débitos constantes dos autos de infração impugnados neste processo foram pagos em virtude de adesão a anistia fiscal. **A opção pelo pagamento dos débitos fiscais nos termos do Decreto n. 26.514/2010, do Estado do Maranhão, com redução de 95% da multa e 80% dos juros, trata-se de ato espontâneo da recorrente, incompatível com a sua vontade de recorrer, tanto que ela própria pediu o reconhecimento da superveniente perda do objeto do recurso especial.**

3. Não se aplica ao caso o art. 269, III, do CPC - o qual dispõe que haverá resolução de mérito quando as partes transigirem -, haja vista que a adesão do contribuinte a programa de parcelamento ou pagamento à vista de créditos tributários não configura transação, consoante decidido por esta Turma, no REsp 1.244.347/MS (Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 28.4.2011). Por outro lado, após confirmada pelo Tribunal de origem a sentença de improcedência dos embargos à execução fiscal e depois de interposto o recurso especial, o superveniente pagamento da dívida objeto da execução, mesmo que em virtude de anistia, não enseja a alteração do fundamento legal da extinção do processo do art. 269, I, do CPC, para o art. 267, VI, do mesmo diploma legal.

4. Agravo regimental não provido.

(grifô nosso)

(AgRg nos EDcl no REsp 1220327/MA, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/08/2011, DJe 23/08/2011)

Ante o exposto, declaro prejudicadas as apelações, nos termos do artigo 932, inciso III, do Diploma Processual Civil.

Publique-se. Intime-se.

Oportunamente, remetam-se os autos ao juízo de origem, observadas as cautelas legais.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5031933-84.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE
PARTE AUTORA: INOVA SAUDE SAO PAULO SPE S.A

Advogados do(a) PARTE AUTORA: BRUNO HENRIQUE COUTINHO DE AGUIAR - SP246396-A, RONALDO RAYES - SP114521-A, ANA CRISTINA MAIA MAZZAFERRO - SP261869-A, ARIELA SZMUSZKOWICZ - SP328370-A, JOAO PAULO FOGACA DE ALMEIDA FAGUNDES - SP154384-A
PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

DECISÃO

Trata-se de remessa oficial.

Intimada da r. sentença, a Fazenda Nacional manifestou expressamente seu desinteresse em recorrer (doc. nº 133993225).

Assim, aplica-se o disposto no artigo 19, § 1º, inciso II, e § 2º, da Lei Federal nº 10.522/02:

Art. 19. Fica a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional autorizada a não contestar, a não interpor recurso ou a desistir do que tenha sido interposto, desde que inexistir outro fundamento relevante, na hipótese de a decisão versar sobre:

(...)

§ 1º Nas matérias de que trata este artigo, o Procurador da Fazenda Nacional que atuar no feito deverá, expressamente:

(...)

II - manifestar o seu desinteresse em recorrer, quando intimado da decisão judicial.

2º A sentença, ocorrendo a hipótese do § 1º, não se subordinará ao duplo grau de jurisdição obrigatório.

Civil. Por estes fundamentos, não conheço da remessa oficial, nos termos do artigo 932, inciso III, do Código de Processo

Publique-se. Intimem-se.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5012877-61.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA

AGRAVANTE: MAGALI MARTINS SERRATI

Advogados do(a) AGRAVANTE: OTAVIO AUGUSTO DE SOUZA - SP257725-A, RAFAEL DA SILVA MOREIRA - SP442211

AGRAVADO: AGENCIA NACIONAL DO PETROLEO, GAS NATURAL E BIOCOMBUSTIVEIS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por MAGALI MARTINS SERRATI contra decisão que indeferiu o pedido de afastar o pagamento de honorários advocatícios.

Alega ser pobre na acepção jurídica do termo.

Requer a concessão da justiça gratuita.

DECIDO

Como bem asseverou o juiz “a quo”, a concessão dos benefícios da justiça gratuita à parte executada, por ocasião da decisão que indeferiu efeito suspensivo ao agravo de instrumento da executada (5003075-39.2020.4.03.0000), em 12/02/2020 (ID 28294029), não tem o condão de afastar a verba honorária fixada, tampouco produz efeito retroativo para alcançar a verba honorária fixada anteriormente.

A concessão da gratuidade da justiça não possui efeitos retroativos, tal como pretendido.

Confiram-se, a esse respeito, os seguintes julgados:

"AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. JUSTIÇA GRATUITA. PEDIDO FORMULADO NO RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. ERRO GROSSEIRO. DESERÇÃO. SÚMULA 187 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ).

1. O pedido de assistência judiciária gratuita formulado no curso da ação deve ser deduzido em petição a ser atuada em separado e processada em apenso aos autos principais (Lei 1.060/1950, artigo 6º), configurando erro grosseiro a proposição no recurso especial.

Precedentes.

2. A concessão da assistência judiciária gratuita não tem efeito retroativo, de modo que, se o benefício for reconhecido após a interposição do recurso, não isentará a parte do recolhimento do respectivo preparo, que deverá ser comprovado de acordo com a regra prevista no artigo 511 do Código de Processo Civil (CPC).

Precedentes.

3. Agravo regimental a que se nega provimento." (destaquei)

(RCD no AREsp 699.595/RS, Relatora Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, j. 15/12/2015, DJe 18/12/2015)

"AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. DEFERIMENTO DO BENEFÍCIO NÃO TERIA EFEITOS RETROATIVOS.

1. A concessão do benefício da assistência judiciária gratuita não possui efeito retroativo, de forma que a sua concessão em momento posterior à interposição do recurso não tem o condão de isentar a parte do recolhimento do respectivo preparo.

2. Agravo regimental a que se nega provimento." (destaquei)

(AgRg nos EDcl no REsp 1411314/MS, Relator Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, j. 05/11/2015, DJe 19/11/2015)

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO PREPARO. DESERÇÃO. PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA NÃO APRECIADO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. REQUERIMENTO NO CURSO DO PROCESSO.

1. Dispõe o art. 511 do Código de Processo Civil que, no ato da interposição do recurso, a parte deverá comprovar o recolhimento do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção.

2. Embora o pedido de assistência judiciária gratuita possa ser formulado a qualquer tempo, a concessão do benefício não produz efeitos retroativos (ex tunc), motivo pelo qual a parte recorrente não fica isenta do recolhimento das custas judiciais, enquanto não for agraciada com a referida benesse. Precedentes desta Corte.

3. Na hipótese, a Corte de origem não apreciou o pleito de concessão da justiça gratuita, ao argumento de ter esgotado a sua jurisdição, a despeito de o pedido ter sido formulado em petição avulsa, no momento da interposição do recurso especial.

4. Diante do quadro fático, não se vislumbra a possibilidade de abertura de prazo, nesta instância, para o recolhimento das custas devidas, impondo-se a manutenção do decisum que reconheceu a deserção do recurso especial.

5. Agravo regimental a que se nega provimento." (destaquei)

(AgRg no REsp 1391467/MG, Relator Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, j. 04/08/2015, DJe 20/08/2015)

Considerando que somente foi concedida a gratuidade da justiça ao agravante após a determinação de pagamento dos honorários periciais, inviável se pretender a aplicação de efeitos retroativos.

Isto porque, embora o pedido de assistência judiciária gratuita possa ser formulado a qualquer tempo, a concessão do benefício não produz efeitos retroativos (ex tunc), motivo pelo qual o agravante não fica isento do recolhimento dos honorários periciais.

Assim, indefiro a tutela pleiteada.

Intime-se a agravada para, querendo, apresentar contraminuta, nos termos do artigo 1.019, II, do CPC.

Dê-se ciência do teor desta decisão.

Intimem-se.

São Paulo, 17 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 0029320-51.2015.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: ADAIL DE ALMEIDA ROLLO

Advogados do(a) AGRAVANTE: HILARIO FLORIANO - SP209105, BRUNO ERNESTO PEREIRA - SP213620

AGRAVADO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL, UNIÃO FEDERAL, KZ CONSULTORIA EM GESTAO DE

SERVICOS DE SAUDE E COMUNICACAO LTDA - EPP, SPDM - ASSOCIACAO PAULISTA PARA O

DESENVOLVIMENTO DA MEDICINA, SOLUCOES INTEGRADAS - ASSESSORIA E CONSULTORIA EM

PROJETOS SOCIAIS LIMITADA - EPP, MED CONSULT - ADMINISTRACAO LTDA - ME, BETEL LTDA. - ME

INTERESSADO: CARLOS ALBERTO GARCIA OLIVA, ANA CLAUDIA BEZERRA DE OLIVEIRA, NACIME

SALOMAO MANSUR, ULYSSES FAGUNDES NETO, VERA LUCIA PEREIRA DOS SANTOS

Advogado do(a) AGRAVADO: IGOR SANTANNA TAMASAUSKAS - SP173163-A

Advogado do(a) AGRAVADO: LIDIA VALERIO MARZAGAO - SP107421-A

Advogado do(a) INTERESSADO: LIDIA VALERIO MARZAGAO - SP107421-A

Advogado do(a) AGRAVADO: MARTA CRISTINA CURY SAAD GIMENES - SP155546

Advogado do(a) AGRAVADO: ROGERIO DAMASCENO LEAL - SP156779-A

Advogado do(a) AGRAVADO: KLEBER BISPO DOS SANTOS - SP207847-A

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do(a) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a), de acordo com o artigo 1º da Ordem de Serviço nº 1/2016 - PRESI/DIRG/SEJU/UTU4, faço abertura de vista para que a(s) parte(s)

MINISTERIO PUBLICO FEDERAL,

UNIÃO FEDERAL,

KZ CONSULTORIA EM GESTAO DE SERVICOS DE SAUDE E COMUNICACAO LTDA - EPP,

SPDM - ASSOCIACAO PAULISTA PARA O DESENVOLVIMENTO DA MEDICINA,
SOLUCOES INTEGRADAS - ASSESSORIA E CONSULTORIA EM PROJETOS SOCIAIS LIMITADA - EPP,
MED CONSULT - ADMINISTRACAO LTDA - ME, BETEL LTDA. - ME,
ora embargada(s), querendo, manifeste(m)-se nos termos do § 2º do art. 1023 da Lei nº 13.105/15 (Novo CPC).

Considera-se data da publicação o primeiro dia útil subsequente ao dia de disponibilização no Diário Eletrônico da Justiça Federal.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5014737-97.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: URBANO AGROINDUSTRIAL LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANA LUIZA BARRETO DE ANDRADE FERNANDES NERY - SP257238-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por URBANO AGROINDUSTRIAL LTDA. contra a decisão que, em sede de execução fiscal, indeferiu o pedido de substituição do arresto cautelar sobre os valores bloqueados por seguro garantia.

Alega a agravante, em síntese, a equiparação legal entre o dinheiro e o seguro garantia, bem como o fato de que essa substituição não trará qualquer tipo de prejuízo à agravada. Defende o princípio de que a execução deve se dar de modo menos gravoso ao devedor. Por fim, sustenta que tem enfrentado grandes dificuldades em decorrência da pandemia causada pelo Covid-19, assim, faz jus à excepcional substituição requerida. Requer a concessão do efeito suspensivo.

É o relatório.

Decido.

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

Não é o caso dos autos.

Com efeito, a execução se realiza no interesse do credor (art. 797 do CPC), o que significa dizer que o menor gravame ao devedor não pode ocasionar a ineficiência da execução. Em suma, a execução não pode ser indolor ou inócua, posto que não é esse o sentido do art. 805 do CPC.

Cuidou o artigo 835 do CPC de estabelecer, portanto, uma ordem preferencial para a realização da penhora, visando permitir a eficiência do procedimento de cobrança. Também a Lei 6.830/80 (art. 9º e art. 11) estabelece uma ordem para a nomeação de bens à penhora. Impende salientar que o Código de Processo Civil estabeleceu no parágrafo 1º do aludido art. 835 que: "*É prioritária a penhora em dinheiro, podendo o juiz, nas demais hipóteses, alterar a ordem prevista no caput de acordo com as circunstâncias do caso concreto*". Depreende-se, portanto, que somente os itens dos incisos II a XIII podem ser penhorados sem obediência da ordem prevista.

Além disso, é posicionamento sedimentado nos tribunais que a exequente não se encontra obrigada a aceitar a nomeação de bens que, a despeito de figurarem em melhor localização no elenco do art. 11 citado, não ostentam a necessária liquidez.

Existindo bens outros livres e desembaraçados é de rigor o acatamento da recusa pela exequente daqueles nomeados pela executada, o que se faz em harmonia com o comando do artigo 797 do CPC.

Acerca da matéria, manifestou-se o C. STJ de forma bastante específica: *AGARESP 201303884344, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA: 05/02/2014.*

Logo, o princípio da menor onerosidade ao devedor deve ser aplicado quando existirem alternativas igualmente úteis à satisfação do direito do credor.

Se há discordância da exequente quanto à substituição pleiteada e se ambas as garantias ocupam a mesma posição na ordem de penhora, não há que falar em direito subjetivo do devedor em relação ao deve prevalecer, na medida em que tal direito existiria quando comprovada a intenção da exequente em tornar excessivamente onerosa a execução.

Expostos tais elementos, e ainda que esta Relatora não ignore a excepcionalidade dos motivos que ocasionaram o pleito ora apreciado, destaco que a providência requerida (substituição de depósito judicial por seguro-garantia) encontra obstáculo no art. 1º, § 3º, da Lei nº 9.703/1998, pelo qual o valor do depósito somente poderá ser levantado após o encerramento da lide ou do processo litigioso, entendimento este adotado nesta E. Corte:

PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – PENHORA ELETRÔNICA – SUBSTITUIÇÃO POR SEGURO GARANTIA: IMPOSSIBILIDADE.

1. A regra da menor onerosidade (art. 805, do Código de Processo Civil) não visa inviabilizar, ou dificultar, o recebimento do crédito pelo credor.

2. De acordo com o Superior Tribunal de Justiça, há distinção entre a garantia mediante depósito judicial e as demais modalidades.

3. No atual momento processual, a execução fiscal está parcialmente garantida por depósito, decorrente do bloqueio eletrônico. A substituição de dinheiro por seguro garantia não é viável.

4. Agravo de instrumento improvido.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5012492-84.2018.4.03.0000, Rel. Juiz Federal Convocado JOSE EDUARDO DE ALMEIDA LEONEL FERREIRA, julgado em 31/01/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 04/02/2019)

Destaco, ainda, que, em recente decisão (04 de maio de 2020), a Rel. do REsp 1.177.330 (Mmª. ASSUSETE MAGALHÃES) indeferiu pedido semelhante, anotando que “Os depósitos judiciais para a suspensão de exigibilidade de crédito tributário são destinados à conta única do Tesouro Nacional (art. 1º, § 2º, da Lei 9.703/98) e à conta única dos Tesouros Estaduais (art. 3º da Lei Complementar 151/2015). União e Estados, portanto, contam com os valores na gestão de seus fluxos de caixa. Em meio à pandemia, o levantamento dos depósitos, sem decisão judicial transitada em julgado, pode comprometer o emprego dos valores pelo Poder Público na implantação de políticas sociais e na implementação de medidas econômicas anticíclicas. Claro está, pois, o risco à economia pública e à ordem social.”

Deste modo e, ao menos em sede de exame sumário, não há qualquer fundamento para o deferimento da tutela, nos termos em que requerido.

Ausente o *fumus boni iuris*, dispensa-se a análise do *periculum in mora*.

Ante o exposto, **indefiro o efeito suspensivo**, nos termos da fundamentação.

Comunique-se ao MM. Juiz *a quo*.

Publique-se. Intimem-se.

Após, tornem conclusos.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000497-78.2018.4.03.6142

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: ASSISTENCIA MEDICO HOSPITALAR SAO LUCAS S/A

Advogado do(a) APELANTE: TANIA REGINA SANCHES TELLES - SP63139-A

APELADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

DESPACHO

Intime-se a subscritora da petição doc. nº **134699845**, para que esclareça em 05 (cinco) dias o substabelecimento apresentado, tendo em vista que se refere a empresa estranha a este feito.

Após conclusos.

Intime-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5008218-09.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL

AGRAVADO: CARLOS BARBARO FERNANDEZ PENARANDA

Advogado do(a) AGRAVADO: CARLOS ALBERTO DE JESUS MARQUES - MS4862-A

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Intime-se o agravado para, querendo, apresentar contraminuta, nos termos do artigo 1019, II, do CPC.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0014186-90.2010.4.03.6100

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: CENTRAIS ELETRICAS BRASILEIRAS SA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: LUCIA PEREIRA DE SOUZA RESENDE - SP137012

APELADO: PANIFICADORA CISNE LTDA - EPP

Advogado do(a) APELADO: ESNALRA SINERIA VITORIA LIMA DOS ANJOS - SP297170-A

DESPACHO

Doc. nº 125961936 - Trata-se de petição apresentada pela apelada, **após o trânsito em julgado da decisão que lhe foi desfavorável**, na qual se insurge contra a forma da digitalização dos autos, por extrapolar os limites estabelecidos pela Resolução PRES 88/2017, o que dificultaria a consulta do processo pelas partes, uma vez que no *"mesmo arquivo são colocadas um número grande de folhas juntas há uma demora do sistema carregar"* . Requer a adequação da digitalização e a renovação da sua intimação para conferência dos documentos digitalizados.

No caso concreto, não há irregularidade que justifique a readequação da digitalização realizada. Em resposta à consulta feita à Secretaria Judiciária, a Central de Digitalização - DIVI - esclareceu que a empresa responsável pela digitalização informou que o próprio sistema do PJe impede a inserção de arquivos maiores que o limite de 10MB permitido pela Resolução PRES 88/2017.

De fato, verifico que a digitalização aqui realizada está adequada, à semelhança dos milhares de processos digitalizados nesta Corte Regional.

A apelada alega que o 1º volume supera "*com larga margem o limite da resolução*", uma vez que teria **0.6mb** além do previsto na norma. No entanto, compulsando os autos não foi constatada qualquer dificuldade ou demora no acesso aos documentos em razão do suposto, e irrisório, acréscimo do tamanho do arquivo.

Assim, constatada a regularidade da digitalização e diante da ausência de demonstração objetiva de qualquer prejuízo na consulta aos documentos dos autos e, ainda, objetivando não postergar ainda mais a prestação jurisdicional, tendo em vista o trânsito em julgado do acórdão, indefiro o pedido doc. nº 125961936.

Intimem-se.

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

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0005498-02.2016.4.03.6110

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP, COMISSAO NACIONAL DE ENERGIA NUCLEAR, INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVAVEIS

Advogado do(a) APELANTE: RODOLFO FEDELI - SP125483

Advogado do(a) APELANTE: RODOLFO FEDELI - SP125483

APELADO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP, COMISSAO NACIONAL DE ENERGIA NUCLEAR, INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVAVEIS

Advogado do(a) APELADO: RODOLFO FEDELI - SP125483

Advogado do(a) APELADO: RODOLFO FEDELI - SP125483

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do(a) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a), de acordo com o artigo 1º da Ordem de Serviço nº 1/2016 - PRESI/DIRG/SEJU/UTU4, faço abertura de vista para que a(s) parte(s) (**COMISSAO NACIONAL DE ENERGIA NUCLEAR e INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVAVEIS**), ora embargada(s), querendo, manifeste(m)-se nos termos do § 2º do art. 1023 da Lei nº 13.105/15 (Novo CPC).

Considera-se data da publicação o primeiro dia útil subsequente ao dia de disponibilização no Diário Eletrônico da Justiça Federal.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5006787-37.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: TERMINAL QUIMICO DE ARATU S/A TEQUIMAR

Advogados do(a) AGRAVANTE: GABRIELA SILVA DE LEMOS - SP208452-A, PAULO CAMARGO TEDESCO - SP234916-A

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do(a) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a), de acordo com o artigo 1º da Ordem de Serviço nº 1/2016 - PRESI/DIRG/SEJU/UTU4, faço abertura de vista para que **UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO AS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS, INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZACAO E REFORMA AGRARIA - INCRA, FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCACAO**, ora agravado, querendo, manifeste-se nos termos do § 2º do art. 1021 da Lei nº 13.105/15 (Novo CPC).

Considera-se data da publicação o primeiro dia útil subsequente ao dia de disponibilização no Diário Eletrônico da Justiça Federal.

São Paulo, 21 de junho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0002729-22.2005.4.03.6105

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, CENTRAIS ELETRICAS BRASILEIRAS SA

APELADO: INDUSTRIA BRASILEIRA DE ARTEFATOS DE CERAMICA - IBAC LTDA.

Advogado do(a) APELADO: DELSON PETRONI JUNIOR - SP26837

DESPACHO

Doc. nº 125961949 - Trata-se de petição apresentada por Centrais Elétricas Brasileiras S/A - Eletrobrás, na qual se insurge contra a forma da digitalização dos autos, por extrapolar os limites estabelecidos pela Resolução PRES 88/2017, o que dificultaria a consulta do processo pelas partes, uma vez que no "*mesmo arquivo são colocadas um número grande de folhas juntas há uma demora do sistema carregar*". Requer a adequação da digitalização e a renovação da sua intimação para conferência dos documentos digitalizados.

No caso concreto, não há irregularidade que justifique a readequação da digitalização realizada. Em resposta à consulta feita à Secretaria Judiciária, a Central de Digitalização - DIVI - esclareceu que a empresa responsável pela digitalização informou que o próprio sistema do PJe impede a inserção de arquivos maiores que o limite de 10MB permitido pela Resolução PRES 88/2017 (doc. nº 129656040).

De fato, verifico que a digitalização aqui realizada está adequada, à semelhança dos milhares de processos digitalizados nesta Corte Regional.

A apelada alega que o 1º volume supera "*com larga margem o limite da resolução*", uma vez que teria **0.7mb** além do previsto na norma. No entanto, compulsando os autos não foi constatada qualquer dificuldade ou demora no acesso aos documentos em razão do suposto, e irrisório, acréscimo do tamanho do arquivo.

Assim, constatada a regularidade da digitalização e diante da ausência de demonstração objetiva de qualquer prejuízo na consulta aos documentos dos autos e, ainda, objetivando não postergar ainda mais a prestação jurisdicional, **indefiro o pedido doc. nº 125961949.**

Ademais, intime-se a UNIÃO FEDERAL e CENTRAIS ELÉTRICAS BRASILEIRAS S.A. para que se manifestem acerca dos pedidos de habilitação constantes do feito.

Intimem-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000249-91.2017.4.03.6128

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: AKZO NOBEL PULP AND PERFORMANCE QUIMICA LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: GABRIELA SILVA DE LEMOS - SP208452-A, PAULO CAMARGO TEDESCO - SP234916-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, AKZO NOBEL PULP AND PERFORMANCE QUIMICA LTDA

Advogados do(a) APELADO: GABRIELA SILVA DE LEMOS - SP208452-A, PAULO CAMARGO TEDESCO - SP234916-A

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do(a) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a), de acordo com o artigo 1º da Ordem de Serviço nº 1/2016 - PRESI/DIRG/SEJU/UTU4, faço abertura de vista para que a(s) parte(s) ora EMBARGADA(s), FAZENDA NACIONAL e AKZO NOBEL PULP AND PERFORMANCE QUÍMICA LTDA, querendo, manifeste(m)-se nos termos do § 2º do art. 1023 da Lei nº 13.105/15 (Novo CPC).

Considera-se data da publicação o primeiro dia útil subsequente ao dia de disponibilização no Diário Eletrônico da Justiça Federal.

São Paulo, 21 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5003875-67.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: AMANDA SANCHEZ MONTENEGRO

Advogado do(a) AGRAVANTE: HUSSEIN KASSEM ABOU HAIKAL - SP279987

AGRAVADO: UNIVERSIDADE BRASIL, UNIAO FEDERAL

Advogado do(a) AGRAVADO: DANIELA COZZO OLIVARES - SP237794

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Amanda Sanchez Montenegro em face da decisão que indeferiu o pedido de tutela de urgência proferida nos autos do ação de obrigação de fazer proposta em face da Universidade Brasil e da União Federal, para o fim da União, através do Ministério da Educação, transferir a agravante para a Instituição de Ensino por ela fiscalizada e devidamente aprovada nos quesitos técnicos que demonstram qualidade no serviço prestado, em razão dos graves acontecimentos policiais ocorridos na agravada Universidade Brasil.

Foi deferida em parte a tutela antecipada recursal para determinar à Universidade Brasil que providencie todos os documentos necessários para a efetiva transferência da agravante para outra universidade, no prazo de cinco dias úteis, sob pena de multa diária na ordem de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), bem como para determinar à União Federal, através do Ministério da Educação, que auxilie a agravante na busca de uma universidade que aceite sua transferência, ainda que em ano/semestre distinto do cursado atualmente.

Em 07/04/2020, foi determinada a intimação da União Federal para providenciar o aval para a transferência da agravante, caso o único impedimento fosse a proibição prevista na Portaria nº 461, do Ministério da Educação, emitida em 15/10/2019, tendo em vista que este Juízo já havia determinado que a Universidade Brasil apresentasse todos os documentos necessários à transferência, bem como afastou a proibição de transferência instituída pela referida Portaria.

Posteriormente, a agravante informou que a Universidade que aceitou a agravante teria declinado do pedido em razão de exigência do MEC de realização de processo seletivo.

Em 06/05/2020, foi determinado ao MEC, através da União Federal, que informasse a necessidade de realização de processo seletivo, indicando, inclusive, quais as normas legais da exigência, na medida em que a agravante, quando do ingresso na Universidade Brasil, foi aprovada em processo seletivo.

A União veio aos autos requerendo dilação de prazo, por não ter obtido resposta do MEC, ante a exiguidade do prazo a ela conferido.

Em 09/06/2020, a agravante peticionou alegando que a tutela de urgência deferida nos autos não foi cumprida pelas agravadas pois a Universidade Brasil não entregou os documentos necessários até o momento e que o MEC exige processo seletivo para a transferência.

Ora, a tutela antecipada anteriormente deferida já determinou à Universidade Brasil que providenciasse todos os documentos necessários para a efetiva transferência da agravante para outra universidade, no prazo de cinco dias úteis, sob pena de multa diária na ordem de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). À União Federal, através do Ministério da Educação, cabia tão somente auxiliar a agravante na busca de uma universidade que aceitasse sua transferência, ainda que em ano/semestre distinto do cursado atualmente.

No entanto, verifica-se que até hoje a agravante não logrou êxito em proceder a sua transferência para uma Universidade que já a havia aceitado, tendo em vista a exigência do MEC, no sentido da necessidade de novo processo seletivo.

Desse modo, determino que a Universidade Brasil providencie todos os documentos necessários para a transferência da agravante de modo a participar em processo seletivo da universidade de sua preferência, bem como para que a União Federal, através do MEC, justifique, com base nas normas legais, os entraves existentes quanto à transferência da agravante que se disponha a aceitá-la.

Prazo de cinco dias.

Intimem-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016420-72.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: IVO JUSSIANI

Advogado do(a) AGRAVANTE: BRUNO MARCOS DA SILVA JUSSIANI - MS15001-A

AGRAVADO: AGENCIA NACIONAL DE AVIACAO CIVIL - ANAC

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

1. ID 134864407 - Preliminarmente, no tocante a ausência de recolhimento de custas, nada resta a deliberar, pois, da análise da r. decisão agravada (ID 33179706 – PJe 1º grau), verifico que houve a concessão dos benefícios da justiça gratuita ao agravante nos autos de origem.

2. Tendo em vista a ausência de pedido de atribuição de efeito suspensivo e/ou antecipação da tutela recursal, manifeste-se o agravado, nos termos do artigo 1019, II, do Código de Processo Civil.

Intime(m)-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

MARCELO SARAIVA

Desembargador Federal

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5006764-91.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: GOLDEN PARK RESIDENCE EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCELO PELEGRINI BARBOSA - SP199877-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por GOLDEN PARK RESIDENCE EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA., em face da r. decisão proferida pelo MM. "a quo", que indeferiu o pedido de atribuição de efeito suspensivo aos embargos interpostos nos autos originários.

Alega, em síntese que vários imóveis de sua propriedade foram penhorados, que a avaliação da senhora Oficiala de Justiça foi inferior ao valor atual de mercado dos mesmos e que estará em iminente perigo de perder os bens imóveis penhorados.

Aduz que a avaliação imobiliária realizada por profissional CORRETOR DE IMÓVEIS, com devido cadastro no CRECI, é mais do que suficiente para ressaltar o valor dos imóveis e, com isso, delinear a garantia integral da execução originária.

A análise do pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal foi postergada para após a vinda da contraminuta.

Devidamente intimada, a agravada apresentou contraminuta.

Decido.

Nos termos do artigo 1.019, do CPC, recebido o agravo de instrumento no tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o relator poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão.

Neste juízo de cognição sumária, não verifico a plausibilidade do direito invocado nas alegações do agravante, de modo a justificar o deferimento do efeito suspensivo.

Dispõe o art. 919, do CPC:

"Art. 919. Os embargos à execução não terão efeito suspensivo .

§ 1o O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando verificados os requisitos para a concessão da tutela provisória e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes."

Nos termos do referido dispositivo, extrai-se que, para que os embargos sejam recebidos no efeito suspensivo, é necessário o preenchimento dos seguintes requisitos: o requerimento do embargante, que estejam preenchidos os requisitos para a concessão da tutela provisória e que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes.

Ademais, a questão atinente à atribuição de efeito suspensivo aos embargos à execução já foi objeto de exame pela 1ª Seção do C. Superior Tribunal de Justiça, no regime do art. 543-C do CPC/73.

Confira-se:

CIVIL. "PROCESSUAL TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. APLICABILIDADE DO ART. 739-A, §1º, DO CPC ÀS EXECUÇÕES FISCAIS. NECESSIDADE DE GARANTIA DA EXECUÇÃO E ANÁLISE DO JUIZ A RESPEITO DA RELEVÂNCIA DA ARGUMENTAÇÃO (FUMUS BONI JURIS) E DA OCORRÊNCIA DE GRAVE DANO DE DIFÍCIL OU INCERTA REPARAÇÃO (PERICULUM IN MORA) PARA A CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AOS EMBARGOS DO DEVEDOR OPOSTOS EM EXECUÇÃO FISCAL.

1. A previsão no ordenamento jurídico pátrio da regra geral de atribuição de efeito suspensivo aos embargos do devedor somente ocorreu com o advento da Lei n. 8.953, de 13, de dezembro de 1994, que promoveu a reforma do Processo de execução do Código de Processo Civil de 1973 (Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - CPC/73), nele incluindo o §1º do art. 739, e o inciso I do art. 791.

2. Antes dessa reforma, e inclusive na vigência do Decreto-lei n. 960, de 17 de dezembro de 1938, que disciplinava a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública em todo o território nacional, e do Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-lei n. 1.608/39), nenhuma lei previa expressamente a atribuição, em regra, de efeito s suspensivo s aos embargos do devedor; somente admitindo-os excepcionalmente. Em razão disso, o efeito suspensivo derivava de construção doutrinária que, posteriormente, quando suficientemente amadurecida, culminou no projeto que foi convertido na citada Lei n. 8.953/94, conforme o evidencia sua Exposição de Motivos - Mensagem n. 237, de 7 de maio de 1993, DOU de 12.04.1994, Seção II, p. 1696.

3. Sendo assim, resta evidente o equívoco da premissa de que a LEF e a Lei n. 8.212/91 adotaram a postura suspensiva dos embargos do devedor antes mesmo de essa postura ter sido adotada expressamente pelo próprio CPC/73, com o advento da Lei n. 8.953/94, fazendo tábula rasa da história legislativa.

4. Desta feita, à luz de uma interpretação histórica e dos princípios que nortearam as várias reformas nos feitos executivos da Fazenda Pública e no próprio Código de Processo Civil de 1973, mormente a eficácia material do feito executivo a primazia do crédito público sobre o privado e a especialidade das execuções fiscais, é ilógico concluir que a Lei n. 6.830 de 22 de setembro de 1980 - Lei de Execuções Fiscais - LEF e o art. 53, §4º da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, foram em algum momento ou são incompatíveis com a ausência de efeito suspensivo aos embargos do devedor. Isto porque quanto ao regime dos embargos do devedor invocavam - com derrogações específicas sempre no sentido de dar maiores garantias ao crédito público - a aplicação subsidiária do disposto no CPC/73 que tinha redação dúbia a respeito, admitindo diversas interpretações doutrinárias.

5. Desse modo, tanto a Lei n. 6.830/80 - LEF quanto o art. 53, §4º da Lei n. 8.212/91 não fizeram a opção por um ou outro regime, isto é, são compatíveis com a atribuição de efeito suspensivo ou não aos embargos do devedor. Por essa razão, não se incompatibilizam com o art. 739-A do CPC/73 (introduzido pela Lei 11.382/2006) que condiciona a atribuição de efeito s suspensivo s aos embargos do devedor ao cumprimento de três requisitos: apresentação de garantia ; verificação pelo juiz da relevância da fundamentação (fumus boni juris) e perigo de dano irreparável ou de difícil reparação (periculum in mora).

6. Em atenção ao princípio da especialidade da LEF, mantido com a reforma do CPC/73, a nova redação do art. 736, do CPC dada pela Lei n. 11.382/2006 - artigo que dispensa a garantia como condicionante dos embargos - não se aplica às execuções fiscais diante da presença de dispositivo específico, qual seja o art. 16, §1º da Lei n. 6.830/80, que exige expressamente a garantia para a apresentação dos embargos à execução fiscal.

7. Muito embora por fundamentos variados - ora fazendo uso da interpretação sistemática da LEF e do CPC/73, ora trilhando o inovador caminho da teoria do "Diálogo das Fontes", ora utilizando-se de interpretação histórica dos dispositivos (o que se faz agora) - essa conclusão tem sido a alcançada pela jurisprudência predominante, conforme ressoam os seguintes precedentes de ambas as Turmas deste Superior Tribunal de Justiça. Pela Primeira Turma: AgRg no Ag 1381229 / PR, Primeira Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 15.12.2011; AgRg no REsp 1.225.406 / PR, Primeira Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julgado em 15.02.2011; AgRg no REsp 1.150.534 / MG, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 16.11.2010; AgRg no Ag 1.337.891 / SC, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 16.11.2010; AgRg no REsp 1.103.465 / RS, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 07.05.2009. Pela Segunda Turma: AgRg nos EDcl no Ag n. 1.389.866/PR, Segunda Turma, Rei. Min. Humberto Martins, DJe de 21.9.2011; REsp, n. 1.195.977/RS, Segunda Turma, Rei. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 17/08/2010; AgRg no Ag n. 1.180.395/AL, Segunda Turma, Rei. Min. Castro Meira, DJe 26.2.2010; REsp, n. 1.127.353/SC, Segunda Turma, Rei. Min. Eliana Calmon, DJe 20.11.2009; REsp, 1.024.128/PR, Segunda Turma, Rei. Min. Herman Benjamin, DJe de 19.12.2008.

8. Superada a linha jurisprudencial em sentido contrário inaugurada pelo REsp. n. 1.178.883 - MG, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 20.10.2011 e seguida pelo AgRg no REsp 1.283.416 / AL, Primeira Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 02.02.2012; e pelo REsp 1.291.923 / PR, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 01.12.2011.

9. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C, do CPC, e da Resolução STJ n. 8/2008."

(REsp 1272827/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/05/2013, DJe 31/05/2013).

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. APLICAÇÃO DO ART. 739-A, § 1º, DO CPC. RESP 1.272.827/PE, JULGADO SOB O RITO DO ART. 543-C, CPC. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS ENSEJADORES DO EFEITO SUSPENSIVO PRETENDIDO. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ.

1. A jurisprudência do STJ, consolidada no julgamento do Recurso Especial 1.272.827/PE, submetido ao rito do art. 543-C do CPC, firmou entendimento no sentido de que o art. 739-A do CPC aplica-se às execuções fiscais e a atribuição de efeito suspensivo aos embargos do Devedor está condicionada ao cumprimento de três requisitos: apresentação de garantia da execução ; verificação, pelo juiz, da relevância da fundamentação (fumus boni iuris) e da ocorrência de grave dano de difícil ou incerta reparação que o prosseguimento da execução possa causar ao executado (periculum in mora).

2. No caso, o Tribunal de origem indeferiu a concessão de efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal, por concluir pela inexistência desses requisitos. Nesse contexto, rever a posição do órgão julgador a quo implica, necessariamente, reexame do quadro fático-probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de recurso especial, pela Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental não provido."

(AgRg no REsp 1351772 / RS, Relator Ministro BENEDITO GONÇALVES, julgamento em 14/10/2014, publicado no DJe de 22/10/2014).

Como é bem de ver, encontra-se pacificada a questão em torno dos requisitos necessários para o recebimento dos embargos à execução Fiscal com suspensão do procedimento executório correlato, reitere-se: a) garantia integral do crédito fiscal sob execução ou prova inequívoca do esgotamento do patrimônio penhorável disponível (STJ - RESP 1127815/SP - 1ª Seção - Relator Ministro Luiz Fux - Publicado no DJe de 14/12/2010); b) demonstração do risco de dano grave de difícil ou incerta reparação por força do prosseguimento do procedimento e a c) demonstração da relevância do direito invocado.

No caso em questão, verifico que a agravante juntou aos autos laudo de avaliação devidamente assinado por profissional inscrito no CRECI-SP, onde se constata uma discrepância em relação ao valor previamente apresentado.

O valor apurado pelo referido profissional por ser pouco superior ao montante executado, considerando-se apenas aspectos líquidos na data das respectivas apurações, é suficiente, em tese, para garanti-lo.

Assim, o risco de dano grave de difícil ou incerta reparação por força do prosseguimento do procedimento e a demonstração da relevância do direito invocado encontram-se aparentemente demonstrados, eis que a agravante poderá ver seus imóveis levados a leilão e tal situação poderá afetar diretamente o desenvolvimento de suas atividades empresariais.

Desse modo, ao menos através de um exame perfunctório, constato a presença dos requisitos necessários para a concessão da providência de urgência requerida.

Isto posto, defiro o pedido de efeito suspensivo pleiteado.

Comunique-se ao MM. Juízo "a quo" o teor da presente decisão para ciência e cumprimento.

Intime(m)-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5013104-51.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: PRAVALER S.A

Advogado do(a) AGRAVANTE: GUSTAVO BARROSO TAPARELLI - SP234419-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, interposto em face da r. decisão proferida pelo MM. Juízo "a quo" que indeferiu o pedido de medida liminar, objetivando a suspensão da exigibilidade do crédito tributário quanto às exigências das contribuições ao FNDE (salário educação), Incra, Sebrae, Sesc e Senac, na parte em que exceder a base de cálculo de vinte salários-mínimos.

Alega, em síntese, que é incontestável a necessidade da antecipação dos efeitos da tutela recursal do presente Agravo de Instrumento, assegurando o direito da Agravante, para suspender o recolhimento das contribuições destinadas aos terceiros, incidentes sobre a totalidade da sua folha de salários/rendimentos, de forma a limitar a composição das suas bases de cálculo a 20 (vinte) salários mínimos do Governo Federal nos termos da Lei nº 6.950/81.

Decido.

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão que, em sede de mandado de segurança, indeferiu o pedido de medida liminar formulado nos autos originários, objetivando autorização para "recolher as Contribuições ao FNDE (Salário-Educação), INCRA, SEBRAE, SESC e SENAC, observado o valor-limite de 20 (vinte) salários mínimos para a base de cálculo total de cada uma das exações, suspendendo-se – no que sobejar - a exigibilidade dos referidos créditos tributários, nos termos do artigo 151, IV, do CTN.

Quanto a primeira contribuição em questão (Salário Educação), forçoso verificar que possui regras próprias, entre elas o art. 15 da Lei nº 9.424/96, que prevê alíquota de 2,5% (dois e meio por cento), sobre o total de remunerações pagas ou creditadas, a qualquer título, aos segurados empregados, assim definidos no art. 12, inciso I, da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, não havendo dúvidas acerca da inaplicabilidade da limitação da base de cálculo a 20 salários-mínimos.

Verifica-se, ainda, que o art. 1º, da Lei 9.766/1998, que alterou a legislação regente do Salário-Educação, disciplina que a contribuição social do Salário-Educação obedecerá aos mesmos prazos e condições aplicados às contribuições sociais e demais importâncias devidas à Seguridade Social, ressalvada a competência do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE, sobre a matéria.

Assim, conclui-se que, para efeito do cálculo da contribuição da empresa atinente ao Salário-Educação, o salário de contribuição não está sujeito ao limite de vinte vezes o salário mínimo

Quanto ao pleito de ver reconhecido seu suposto direito de efetuar o recolhimento das contribuições destinadas a terceiros (INCRA, SENAC, SESC e SEBRAE), limitado a vinte salários mínimos, oportuno observar atentamente o disposto no art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 6.950/81, depreende-se que o legislador estabeleceu limite máximo de 20 salários mínimos para a base de cálculo das contribuições parafiscais arrecadadas por conta de terceiros, *in verbis*:

"Art 4º - O limite máximo do salário-de-contribuição, previsto no art. 5º da Lei nº 6.332, de 18 de maio de 1976, é fixado em valor correspondente a 20 (vinte) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

Parágrafo único - O limite a que se refere o presente artigo aplica-se às contribuições parafiscais arrecadadas por conta de terceiros".

No entanto, tal limite não se aplica ao cálculo da contribuição da empresa para a previdência social, em decorrência do que preceitua o Decreto-Lei nº 2.318/86 - que retirou o referido limite para o cálculo da contribuição da empresa, senão vejamos:

"Art 3º Para efeito do cálculo da contribuição da empresa para a previdência social, o salário de contribuição não está sujeito ao limite de vinte vezes o salário mínimo, imposto pelo art. 4º da Lei nº 6.950, de 4 de novembro de 1981."

Dessa forma, mesmo tendo havido expressa revogação do referido limite às contribuições previdenciárias, a lei o preservou às contribuições a terceiros.

Nesse sentido, trago julgado recente proferido pelo Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, no REsp 1.570.980/SP:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DEVIDA A TERCEIROS. LIMITE DE VINTE SALÁRIOS MÍNIMOS. ART. 40. DA LEI 6.950/1981 NÃO REVOGADO PELO ART. 30. DO DL 2.318/1986. RECURSO ESPECIAL DA CONTRIBUINTE A QUE SE DÁ PROVIMENTO. 1. Trata-se de Recurso Especial interposto pela RHODIA BRASIL LTDA., com fulcro na alínea c do art. 105, III da Constituição Federal, contra acórdão do egrégio Tribunal Regional Federal da 3a. Região, assim ementado: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ARTIGO 557, CPC. AÇÃO ORDINÁRIA. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DEVIDA A TERCEIROS. LIMITE DE VINTE SALÁRIOS MÍNIMOS. MATÉRIA ASSENTADA PELO EXCELSO PRETÓRIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRECEDENTES. AGRAVO IMPROVIDO. (fls. 246). 2. Os Embargos de Declaração opostos foram parcialmente acolhidos tão somente para corrigir erro material constante da ementa. 3. Nas razões do Apelo Nobre, a parte recorrente defende que o acórdão recorrido dissentiu do entendimento de outros Tribunais, segundo o qual o limite máximo da base de cálculo de 20 salários mínimos para as contribuições dos terceiros, previsto no art. 30. da Lei 6.950/1981, não foi revogado pelo art. 40. do DL 2.318/1986. 4. Com Contrarrazões, seguiu-se juízo positivo de admissibilidade recursal. 5. É o breve relatório. 6. A pretensão recursal encontra apoio na jurisprudência consolidada desta Corte Superior, segundo a base de cálculo das contribuições parafiscais recolhidas por conta de terceiros fica restrito ao limite máximo de 20 salários-mínimos, nos termos do parágrafo único, do art. 40. da Lei 6.950/1981, o qual não foi revogado pelo art. 30. do DL 2.318/1986, que se disciplina as contribuições sociais devidas pelo empregador diretamente à Previdência Social. A propósito, cita-se o seguinte julgado: PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 II, DO CPC. AUXÍLIO EDUCAÇÃO. SEGURO DE VIDA EM GRUPO. CONVÊNIO SAÚDE. LIMITE DO SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. ART. 515, DO CPC. VALORES PAGOS A TÍTULO DE ALUGUÉIS DE IMÓVEIS PARA USO DE EMPREGADOS E PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS. QUESTÕES FÁTICAS APRECIADAS PELA ORIGEM. SÚMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO DO § 2º, DO ART. 25, DA LEI N. 8.870/94. ENFOQUE CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME DO TEMA NA VIA ESPECIAL. (...) 3. No período do lançamento que se discute nos autos, tem aplicação o art. 4º, parágrafo único, da Lei n. 6.950/81, que limita o recolhimento do salário-de-contribuição de vinte vezes o valor do salário-mínimo para o cálculo da contribuição de terceiros. (...) 4. Apelo especial do INSS não provido. 5. Recurso especial da empresa parcialmente conhecido e não-provido. (REsp. 953.742/SC, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, 10.3.2008). 7. No mesmo sentido, seguindo a mesma orientação são as seguintes decisões monocráticas: REsp. 1241362/SC, Rel. Min. ASSUSETE MAGALHÃES, DJe 8.11.2017; REsp. 1.439.511/SC, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe de 25.6.2014. 8. Ante o exposto, dá-se provimento ao Recurso Especial da Contribuinte, a fim de reconhecer que a base de cálculo da contribuição de terceiros fique limitada a 20 salários mínimos, na forma prevista no art. 40. da Lei 6.950/1981. Invertem-se os ônus sucumbenciais, ficando os honorários advocatícios fixados em 5% sobre o valor da condenação. 9. Publique-se. Intimações necessárias. Brasília (DF), 1º de agosto de 2019. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO MINISTRO RELATOR.

Diante da probabilidade do direito e do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, no que tange as contribuições ao INCRA, SENAC, SESC e SEBRAE, defiro parcialmente o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal para autorizar a agravante a recolher tais contribuições, observado o valor-limite de 20 (vinte) salários mínimos para a base de cálculo total de cada uma das exações, suspendendo-se – no que sobejar - a exigibilidade dos referidos créditos tributários, nos termos do artigo 151, IV, do CTN.

Comunique-se o teor da presente decisão ao MM. Juízo "*a quo*" para ciência e cumprimento.

Intime-se a agravada para que se manifeste nos termos do inciso II, do artigo 1019, do CPC.

Vista ao MPF.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5007369-89.2019.4.03.6105
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: EMPRESA BRASILEIRA DE INFRA-ESTRUTURA AEROPORTUARIA
Advogado do(a) APELANTE: TIAGO VEGETTI MATHIELO - SP217800-A
APELADO: MUNICIPIO DE CAMPINAS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Recebo o recurso de apelação no duplo efeito, com fulcro no art. 1.012, *caput*, do Código de Processo Civil.

Intime(m)-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

MARCELO SARAIVA

Desembargador Federal

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5023577-03.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SECÇÃO DE SÃO PAULO
Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRA BERTON SCHIAVINATO - SP231355-A
APELADO: RODRIGO RABELO IVO
Advogado do(a) APELADO: LUIZ FERNANDO DE CAMARGO JUNIOR - SP309345-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Recebo o recurso de apelação no efeito devolutivo, com fulcro no art. 14, § 3º, da Lei nº 12.016/2009.

Intime(m)-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

MARCELO SARAIVA

Desembargador Federal

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5008054-44.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: IMEDIATO AGRICOLA LTDA.

Advogado do(a) AGRAVADO: JOAO FELIPE DINAMARCO LEMOS - SP197759-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela UNIÃO contra a r. decisão proferida pelo MM. Juízo “a quo”, que deferiu o pedido liminar de prorrogação do cumprimento das obrigações acessórias e principais federais.

Da análise dos autos de origem, verifico a prolação de sentença (ID 30950517 - PJe 1º grau), razão pela qual resta evidenciada a perda do objeto deste recurso.

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

Intime(m)-se.

Como trânsito em julgado desta decisão, após observadas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

MARCELO SARAIVA

Desembargador Federal

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5007809-85.2019.4.03.6105

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: PUROTEK SISTEMAS DE TRATAMENTO DE AGUA LTDA

Advogados do(a) APELANTE: YASMIN CONDE ARRIGHI - RJ211726-A, VALDETE APARECIDA CAMPOS
CHICONATO - SP103105-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Recebo o recurso de apelação no efeito devolutivo, com fulcro no art. 1.012, § 1º, III, do Código de Processo Civil.

Intime(m)-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

MARCELO SARAIVA

Desembargador Federal

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5008978-93.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: AGROVIA S/A

Advogados do(a) APELANTE: IGOR NASCIMENTO DE SOUZA - SP173167-A, JULIANO ROTOLI OKAWA -
SP179231-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Recebo o recurso de apelação no efeito devolutivo, com fulcro no art. 1.012, § 1º, V, do Código de Processo Civil.

Intime(m)-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

MARCELO SARAIVA

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0016555-81.2015.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: PAULINO HONORATO DOS SANTOS, BANCO DO BRASIL SA

Advogado do(a) APELANTE: JOSE ALEXANDRE BATISTA MAGINA - SP121882-A

Advogado do(a) APELANTE: JORGE LUIZ REIS FERNANDES - SP220917-A

APELADO: PAULINO HONORATO DOS SANTOS, BANCO DO BRASIL SA, UNIÃO FEDERAL

Advogado do(a) APELADO: JOSE ALEXANDRE BATISTA MAGINA - SP121882-A

Advogado do(a) APELADO: JORGE LUIZ REIS FERNANDES - SP220917-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de Ação Ordinária, interposta por Paulino Honorato dos Santos em face do Banco do Brasil S.A. e da União Federal, pela qual intenta a percepção da indenização prevista pela Lei 8.630/93, devida aos trabalhadores que cancelassem seu registro profissional, nos termos do art. 27, art. 55, art. 58 e art. 59, todos da mencionada Lei.

Na sentença (fls. 205 a 207; 277), o MM Juízo *a quo* acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva arguida pela União Federal, julgando extinto em parte o processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, VI, do Código de Processo Civil de 2015, para excluir a União Federal do polo passivo, prosseguindo o feito em relação ao Banco do Brasil S.A. e, desse modo, declinando da competência para processar e julgar o feito; por fim, determinou a remessa dos autos à Justiça Estadual de São Paulo.

Paulino Honorato dos Santos, em suas razões de Apelação (fls. 211 a 229), reiterou o exposto por ocasião da inicial quanto ao mérito.

O Banco do Brasil S.A., em suas razões de Apelação (fls. 230 a 238), argumentou haver legitimidade passiva *ad causam* da União Federal e a sua ilegitimidade.

Intimado o autor a se manifestar sobre legitimidade passiva da União Federal (ID 119305104), reiterou possuir a ré legitimidade passiva *ad causam* (ID 122187531).

É o relatório.

Decido.

A Lei 8.630/93, também conhecida como Lei dos Portos, criou o Órgão Gestor de Mão-de-Obra – OGMO a fim de regularizar e modernizar a utilização do trabalho portuário avulso, possuindo entre suas competências a organização e manutenção do registro dos trabalhadores portuários avulsos, assegurado o registro daqueles que tivessem sido matriculados até 31.12.1990 junto aos órgãos competentes, na forma da lei, desde que comprovadamente exercessem a atividade.

Por sua vez, dispõe o art. 67 da Lei 8.630/93:

Art. 67. É criado o Fundo de Indenização do Trabalhador Portuário Avulso (FITP), de natureza contábil, destinado a prover recursos para indenização do cancelamento do registro do trabalhador portuário avulso, de que trata esta lei.

§ 1º São recursos do fundo:

I - o produto da arrecadação do AITP;

II - (Vetado);

III - o produto do retorno das suas aplicações financeiras;

IV - a reversão dos saldos anuais não aplicados.

§ 2º Os recursos disponíveis do fundo poderão ser aplicados em títulos públicos federais ou em outras operações aprovadas pelo Ministro da Fazenda.

§ 3º O fundo terá como gestor o Banco do Brasil S.A.

A União Federal não tem nenhum interesse direto no feito, na medida em que não participa em nenhum momento seja na arrecadação das divisas, seja na gestão destas, seja na distribuição dos valores das eventuais indenizações aos portuários. A lei determina claramente que a competência pelo fundo é do Banco do Brasil, sociedade de economia mista. Assim sendo, a competência para o feito é da Justiça Estadual, nos termos da Súmula 556/STJ.

Consolidada a jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais quanto à ilegitimidade da União para figurar no polo passivo de demandas em que se pretende o pagamento de indenização por cancelamento de registro no OGMO, prevista no artigo 59, I, da Lei 8.630/1993, reconhecendo-se, desta forma, a incompetente a Justiça Federal para processar e julgar tais demandas.

Rememoro que tanto a legitimidade de parte quanto a competência absoluta se incluem entre as matérias de ordem pública.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO DEMONSTRADA. COMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA FEDERAL PROCLAMADA EM ANTERIOR AGRAVO DE INSTRUMENTO. POSTERIOR DECLARAÇÃO DE SUA INCOMPETÊNCIA EM APELAÇÃO. POSSIBILIDADE. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRESSUPOSTO PROCESSUAL. ART. 473 DO CPC. INEXISTÊNCIA DE PRECLUSÃO PRO JUDICATO.

1. Verifica-se não ter ocorrido ofensa ao art. 535 do CPC, na medida em que o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos autos, não se podendo, ademais, confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

2. De acordo com a jurisprudência do STJ, estando em curso a lide, inexistente preclusão pro judicato diante de matérias de ordem pública, de que é exemplo a apreciação do pressuposto processual concernente à competência absoluta. Precedentes.

3. Como explicam LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO, "Determinadas matérias são insuscetíveis de preclusão e podem voltar a ser examinadas pelo órgão jurisdicional dentro do mesmo grau de jurisdição ainda que já decididas. São infensas à preclusão. O art. 267, § 3º, CPC, arrola exemplos da espécie - os pressupostos processuais e as condições da ação são insuscetíveis de preclusão" (Código de Processo Civil comentado artigo por artigo. 4. ed. São Paulo: RT, 2012, nota 2 ao art. 473, p. 454).

4. Logo, deve prevalecer a combatida decisão do TRF da 3ª Região que, ao julgar a apelação, decidiu ser da Justiça Estadual a competência para julgar a ação, mesmo tendo, em anterior agravo de instrumento, proclamado a competência da Justiça Federal.

5. Recurso especial a que se nega provimento.

(STJ, REsp 1240091/SP, Rel. Min. Sérgio Kukina, 1ª Turma, DJe 02.02.2017)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COBRANÇA DE ANUIDADES POR CONSELHO PROFISSIONAL. ARTIGO 535, II, CPC. ALEGADA VIOLAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. CONHECIMENTO DE MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA. INAPLICABILIDADE DA PRECLUSÃO. LEGITIMIDADE DE PARTE E ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

1. No tocante à alegada violação do disposto no artigo 535 do CPC, o recurso especial não merece provimento. Sabe-se que os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inciso IX, da Constituição da República vigente. Isto não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. Neste sentido, existem diversos precedentes desta Corte.

2. Reconhece-se que ambas as questões tratadas nos presentes autos - inadequação da via eleita e legitimidade da parte - são matérias de ordem pública, o que autoriza seu conhecimento ex officio nas instâncias ordinárias e, em casos excepcionais, pelas instâncias extraordinárias. É cediço que as matérias de ordem pública não se submetem a seus efeitos nas instâncias ordinárias, podendo ser examinadas a qualquer tempo, mesmo de ofício pelo juiz, enquanto estiver em curso a causa, ex vi do disposto no artigo 267, § 3º, do CPC.

3. Recurso especial parcialmente provido, com a determinação de retorno dos autos à origem.

(STJ, REsp 1175100/SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, DJe 03.04.2011)

AC 1999.04.01.012081-2, Rel. Des. Fed. SILVIA MARIA GONÇALVES GORAIEB, DJU de 10/05/2000, p. 205: "CONSTITUCIONAL.PROCESSUAL CIVIL. ÓRGÃO DE GESTÃO DE MÃO DE OBRA DO TRABALHADOR PORTUÁRIO - OGM. INDENIZAÇÃO. ART. 59,I, LEI 8.630/93 - FUNDO DE INDENIZAÇÃO DO TRABALHADOR PORTUÁRIO AVULSO(FITP) - ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO - EXCLUSÃO DA LIDE - INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. . A União não possui legitimidade passiva para atuar no feito na qualidade de litisconsorte passivo necessário, porque os recursos para o pagamento da indenização prevista na Lei 8.630/93 são advindos do Fundo de Indenização do Trabalhador Portuário Avulso (FITP), que é formado pelo recolhimento feito pelos operadores portuários do Adicional de Indenização do Trabalhador Portuário Avulso (aitp), correspondente ao custo das operações de carga e descarga realizadas com mercadorias importadas ou exportadas, objeto do comércio na navegação de longo curso. . Irrelevante o fato da Receita Federal fiscalizar o seu recolhimento para atribuir interesse à União, pois o adicional foi criado para atender fins privados. . Tratando-se o OGM de entidade de direito privado, inaplicável o art. 109,I, CF. Incompetência da Justiça Federal. . Precedentes do Superior Tribunal de Justiça a determinar a competência da Justiça Estadual, quando em julgamento conflito negativo de competência tratando da matéria. . Prequestionamento estabelecido pelas razões de decidir. . Sucumbência não fixada, por tramitar o feito sob o benefício da assistência judiciária gratuita. . Exclusão, de ofício, da União Federal da lide. . Recurso dos autores prejudicado. . Competência declinada para a Justiça Estadual."

AC 1998.04.01.061089-6, Rel. Des. Fed. MARGA INGE BARTH TESSLER, DJU de 22/09/1999, p. 42: "ADMINISTRATIVO. CANCELAMENTO DE REGISTRO DE TRABALHADOR PORTUÁRIO AVULSO, AÇÃO ORDINÁRIA. COMPETÊNCIA. LEGITIMIDADE PASSIVA UNIÃO. 1. Compete à Justiça Comum do Estado processar e julgar ação de cancelamento do registro profissional e recebimento da indenização prevista no art. 59, inciso I, da Lei nº 8630/93. 2. A União é parte ilegítima para figurar no pólo passivo da demanda. 3. Anulada a sentença em razão da exclusão da União da lide, com a remessa dos autos à Justiça Estadual. 4. Apelação prejudicada."

AG 96.02.09856-2, Rel. Des. Fed. VALERIA ALBUQUERQUE, julgado em 26/08/1996: "PROCESSUAL CIVIL. CANCELAMENTO DE MATRÍCULA DE TRABALHADOR AVULSO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. EXCLUSÃO DA UNIÃO FEDERAL POR FALTA DE LEGITIMIDADE PASSIVA. GESTÃO DO FITP. - A diferença de correção monetária decorrente da aplicação de novo indexador deve ser postulada apenas contra a instituição depositária dos valores do fundo de indenização do trabalhador portuário avulso, qual seja, o banco do brasil (art. 5º do decreto 1.035/93). - Assim, correta a decisão que excluiu do feito a união federal, por ilegitimidade passiva, já que esta não deu origem ao litígio concreto. - Agravo improvido."

AC 2003.83.00.026240-8, Rel. Des. Fed. NAPOLEÃO MAIA FILHO, DJU de 17/07/2006, p. 397: "ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CANCELAMENTO DO REGISTRO PROFISSIONAL DE TRABALHADOR PORTUÁRIO AVULSO. INDENIZAÇÃO PREVISTA NO ART. 59 DA LEI 8.630/93. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ÓRGÃO GESTOR DE MÃO DE OBRA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO FEDERAL. INCOMPETENCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. SENTENÇA RECORRIDA QUE EXTINGUIU O FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. MANUTENÇÃO. 1. A União Federal não possui legitimidade ad causam para compor o pólo passivo de demanda em que, tal qual a dos autos, pretende-se o recebimento do Adicional de Indenização do Trabalhador Portuário Avulso (aitp) de que trata o art. 59, I da Lei 8.630/93, previsto como uma compensação pecuniária ao trabalhador portuário avulso que requeira, perante o Órgão Gestor de mão de obra, o cancelamento do seu respectivo registro profissional. 2. É remansosa a jurisprudência dos Tribunais, inclusive a do STJ, no sentido de que, em demandas desse jaez, a legitimidade ad causam passiva é exclusiva do Órgão Gestor de Mão de Obra do Trabalhador Portuário Avulso, sendo competente para processá-las e julgá-las, portanto, a Justiça Comum Estadual, e não a Justiça Federal. 3. Deve ser mantida a sentença que, ante a ilegitimidade passiva da União para compor um dos pólos da presente demanda e, conseqüentemente, a incompetência absoluta da Justiça Federal para processá-la e julgá-la, extinguiu o feito sem julgar-lhe o mérito. 4. Apelação improvida."

AC 2000.02.01.042653-6, Rel. Des. Fed. PAULO BARATA, DJU de 03/12/2003, p. 218: "PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL - CANCELAMENTO DE REGISTRO DE TRABALHADOR PORTUÁRIO AVULSO - ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO FEDERAL - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. 1. Nas ações propostas por trabalhador portuário avulso postulando o recebimento da indenização prevista no art. 59, I, da Lei nº 8.630/93, a União Federal não possui legitimidade passiva para atuar no feito na qualidade de litisconsorte passivo necessário. 2. É parte legítima o Órgão Gestor de mão-de-obra do Trabalhador portuário, entidade de direito privado, competindo portanto à Justiça comum estadual, processar e julgar o feito. Precedentes jurisprudenciais. 3. Apelação improvida."

Ante o exposto, nos termos do art. 932, III do Código de Processo Civil, não conheço dos recursos de Apelação.

Remetam-se os autos ao egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com baixa na distribuição.

Int.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002947-08.2019.4.03.6126

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: CHURRASCARIA VIVANO GRILL LTDA., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: ANA CAROLINA NUNES DE QUEIROZ - SP315810-A, VIVIANE TANIGUTI DA CRUZ TEIXEIRA - SP337729-A, VAGNER MENDES MENEZES - SP140684-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, CHURRASCARIA VIVANO GRILL LTDA.

Advogados do(a) APELADO: ANA CAROLINA NUNES DE QUEIROZ - SP315810-A, VIVIANE TANIGUTI DA CRUZ TEIXEIRA - SP337729-A, VAGNER MENDES MENEZES - SP140684-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos, etc.

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Churrascaria Vivano Grill Ltda a com o objetivo de recolher o PIS e a COFINS, sem a inclusão em sua base de cálculo de valores relativos ao ICMS, bem como compensar as quantias indevidamente recolhidas a este título, nos cinco anos anteriores à impetração.

Foi proferida sentença parcialmente concessiva da segurança pelo r. Juízo *a quo* (ID nº 107289587) para determinar à autoridade impetrada que se abstivesse de exigir da impetrante as contribuições sociais do PIS e da COFINS com a inclusão, na base de cálculo, do valor referente ao ICMS efetivamente recolhido, bem como declarar o seu direito à compensação dos valores recolhidos a este título, observados a prescrição quinquenal e o art. 170-A do CTN. Sobre o montante indevido incidindo somente a SELIC. Sem honorários, nos moldes do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009. Custas "ex lege.

A decisão foi submetida ao reexame necessário.

Inconformada com a r.decisão, apela a União Federal, aduzindo, inicialmente, a necessidade de sobrestamento do feito até a questão seja definitivamente julgada pelo STF bem como em virtude da possibilidade de modulação dos seus efeitos. Defende, ainda, em síntese, a necessidade de reforma do julgado, eis que o ICMS é parte integrante do preço da mercadoria ou da prestação do serviço, logo parte da receita bruta/faturamento da empresa, nos termos das Leis 10.637/2002, 10.833/2003, entendimento consolidado no C.STJ, razão pela qual, é devida sua inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS. Pugna, por fim, pelo reconhecimento da impossibilidade de utilização do valor contido na nota fiscal como parâmetro para cálculo do indébito.

Com contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal opinou pela ausência de interesse institucional que justifique a sua intervenção.

É o breve relatório. Decido.

A matéria discutida nos autos comporta julgamento nos termos do artigo 932, do Novo Código de Processo Civil, que conferiu ao relator a possibilidade de dar ou negar provimento ao recurso:

"Art. 932. Incumbe ao relator:

(...)

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

- a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;*
- b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;*
- c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;*

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

- a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;*
- b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;*
- c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;*

No presente feito, cinge-se o objeto da controvérsia à legalidade da inclusão dos valores arrecadados a título de ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, com a compensação dos valores indevidamente recolhidos.

O Plenário do e. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Tema 069: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Nem se alegue contrariedade à Lei nº 12.973/2014, que ampliou o conceito de receita bruta, ao dar nova redação ao artigo 12 do DL nº 1.598/77, posto que suas modificações contrariam o que restou decidido pelo Pretório Excelso no RE 574.706, ou seja, ainda que o julgado tenha levado em consideração a legislação anterior acerca da matéria, tal lei faz menção ao conceito de faturamento mantendo a inclusão do tributo (ICMS) em total desacordo à decisão vinculante do STF.

Dessa forma, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo c. Supremo Tribunal Federal.

Com relação ao pedido de sobrestamento do feito até a publicação do julgamento dos Embargos de Declaração opostos nos autos do RE nº 574.706/PR, ou até o trânsito em julgado do mesmo RE, cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Ademais, quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Com relação à prescrição, anote-se que para as ações ajuizadas a partir de 9/6/2005, como no presente caso, o prazo prescricional para a repetição ou compensação de indébito é quinquenal, nos termos da orientação firmada pelo e. STF, no julgamento do RE 566621/RS, sob o regime de repercussão geral.

No mais, é bem de ver que a jurisprudência se consolidou pela possibilidade de utilização do mandado de segurança para declaração do direito de compensação, conforme o enunciado 213 da sua Súmula do Superior Tribunal de Justiça:

O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária.

O mandado de segurança, no entanto, não é via adequada para o pleito de repetição de indébito, pela restituição, porque não é substitutivo de ação de cobrança, conforme a Súmula 269 do STF:

O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança.

No presente caso, a parte postula o reconhecimento do direito à compensação e não à restituição. De tal sorte, é possível, por esta via, declarar o direito à compensação, a ser promovida na via administrativa, observados os parâmetros legais e o prazo prescricional.

Deveras, quanto à análise da compensação tributária em sede mandamental, observo que o próprio C. STJ tem reiterado a aplicação do seu Enunciado 213, limitando, *in casu*, a prova à simples condição de credora tributária, por não se confundir com os fundamentos adotados no REsp 1.111.164/BA, afinal ao Poder Judiciário cabe tão somente a declaração do direito à compensação, ficando o ajuste de contas a cargo do Fisco no exercício da atividade que lhe é própria, sujeitando-se toda a operação à fiscalização e ao controle da autoridade administrativa.

Nesse sentido, colaciono:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. ICMS. COMPENSAÇÃO DOS VALORES INDEVIDAMENTE RECOLHIDOS. POSSIBILIDADE DE DECLARAÇÃO DO DIREITO À COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA (SÚMULA 213 DO STJ). PEDIDO DE SUSPENSÃO DO PROCESSO PREJUDICADO. AGRAVO REGIMENTAL DA FAZENDA PÚBLICA AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

1. Quando a Súmula 213/STJ afirma que o mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária, não retira do writ a sua natureza mandamental. O órgão julgador declara o direito à compensação, determina o regime jurídico aplicável e concede ordem para que a autoridade tributária não exija o tributo considerado indevido, nem obstaculize o encontro de contas nos termos fixados judicialmente.

2. É preciso ressaltar que ao Judiciário caberá apenas a declaração do direito à compensação, sendo certo que o ajuste de contas, em se tratando de ICMS, será feito administrativamente e sujeito a conferência e posterior homologação pela autoridade competente.

3. A alegação, referente ao pedido de suspensão do processo até o julgamento da questão prejudicial de ilegitimidade passiva da suposta autoridade coatora, no REsp. 1.352.425/MG, ficou prejudicada, tendo em vista que foi negado seguimento ao Recurso Especial da Fazenda Pública, em 26.5.2015.

4. Agravo Regimental da Fazenda Pública desprovido."

(AgRg no RMS 39.625/MG, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Turma, j. 20/02/2018, DJe 05/03/2018; destaquei)

No caso em concreto, a impetrante carrou aos autos documentos que comprovam a sua condição de credora tributária das exações em questão por meio de documentos (ID nº 107289455 a 107289468), satisfazendo a exigência para fins de compensação.

O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal (TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 300605 - 0002938-20.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 24/01/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:31/01/2018).

A propósito, destaco que e. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no mencionado RE nº 574.706, enfrentou a questão não deixando dúvidas de que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. (...). 'Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições'.=

Assim, no caso, deve ser declarado o direito à compensação, observado o lustro prescricional de cinco anos anteriores à propositura da ação, na forma da legislação de regência, que deverá ser realizada com tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, observando-se o disposto no art. 170-A do CTN, e com a incidência de correção monetária e juros apenas pela taxa SELIC, sobre os valores a serem compensados junto ao Fisco, desde o recolhimento indevido.

Diante do exposto, com fundamento no artigo 932, do Código de Processo Civil, nego provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial, nos termos da fundamentação.

Dê-se vista ao Ministério Público Federal.

Oportunamente, observadas as formalidades legais, baixemos autos à Vara de origem.

Publique-se e Intime-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0015877-74.2008.4.03.6112
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
APELANTE: MARIA SOCORRO RODRIGUES FERREIRA, CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
Advogado do(a) APELANTE: RAQUEL CELONI DOMBROSKI - SP270222-A
Advogado do(a) APELANTE: JOAO HENRIQUE GUEDES SARDINHA - SP241739-A
APELADO: MARIA SOCORRO RODRIGUES FERREIRA, CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
Advogado do(a) APELADO: RAQUEL CELONI DOMBROSKI - SP270222-A
Advogado do(a) APELADO: JOAO HENRIQUE GUEDES SARDINHA - SP241739-A
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do Exmo Des. Fed. Coordenador do Gabinete da Conciliação, com fundamento no art. 203, § 4º, do Código de Processo Civil, ante a notícia de falecimento da parte autora, manifeste-se a CAIXA ECONÔMICA FEDERAL sobre o pedido de habilitação do(s) herdeiro(s), no prazo de 5 (cinco) dias.

Intime-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002562-71.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
AGRAVANTE: ADT SERVIÇOS DE MONITORAMENTO LTDA.
Advogado do(a) AGRAVANTE: ALEXANDRE LIRA DE OLIVEIRA - SP218857-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por ADT SERVIÇOS DE MONITORAMENTO LTDA. contra a r. decisão proferida pelo MM. Juízo “a quo”, que indeferiu o pedido liminar para que as autoridades impetradas se abstenham de exigir o recolhimento do adicional à COFINS-Importação.

Da análise das informações anexadas a estes autos sob o ID 130982603, verifico a prolação de sentença, razão pela qual resta evidenciada a perda do objeto deste recurso.

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

Intime(m)-se.

Como trânsito em julgado desta decisão, após observadas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

MARCELO SARAIVA

Desembargador Federal

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0005792-23.2008.4.03.6114
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: AGRO QUIMICA MARINGAS A

Advogados do(a) APELADO: ANA BEATRIZ OLIVEIRA SANTOS DE FARIA BUSSAB - SP162127-A, ADILSON LUIZ SAMAHA DE FARIA - SP26958-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos, etc.

Cuida-se de ação ordinária ajuizada por Agro Química Maringá S/A com o objetivo de recolher o PIS e a COFINS, sem a inclusão em sua base de cálculo de valores relativos ao ICMS, bem como repetir as quantias indevidamente recolhidas a este título, nos cinco anos anteriores à propositura da demanda.

Foi proferida sentença de procedência da demanda pelo r. Juízo *a quo* (ID nº 97150998) para reconhecer o o direito da parte autora à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como o seu direito à repetição dos valores indevidamente recolhidos a esse título, devendo ser o montante apurado em fase de liquidação da sentença, observada a prescrição quinquenal. Condenou, ainda, a União Federal ao pagamento de honorários de advogado fixados em 8% (oito por cento) sobre o valor dado à causa. Custas na forma da lei.

A decisão não foi submetida ao reexame necessário.

Inconformada com a r. decisão, apela a União Federal aduzindo, preliminarmente, a necessidade de sobrestamento do feito até a questão seja definitivamente julgada pelo STF bem como em virtude da possibilidade de modulação dos seus efeitos. No mérito, defende, em síntese, a necessidade de reforma do julgado, eis que o ICMS é parte integrante do preço da mercadoria ou da prestação do serviço, logo parte da receita bruta/faturamento da empresa, nos termos das Leis nº 10.637/2002, 10.833/2003, entendimento consolidado no C.STJ, razão pela qual, é devida sua inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Com contrarrazões, vieramos autos a esta Corte.

É o breve relatório. Decido.

A matéria discutida nos autos comporta julgamento nos termos do artigo 932, do Novo Código de Processo Civil, que conferiu ao relator a possibilidade de dar ou negar provimento ao recurso:

"Art. 932. Incumbe ao relator:

(...)

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

Primeiramente, entendo que deve ser rejeitada a matéria preliminar aventada pela União Federal.

Com relação ao pedido de sobrestamento do feito até a publicação do julgamento dos Embargos de Declaração opostos nos autos do RE nº 574.706/PR, ou até o trânsito em julgado do mesmo RE, cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Ademais, quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Quanto ao mérito, no presente feito, cinge-se o objeto da controvérsia à legalidade da inclusão dos valores arrecadados a título de ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, com a repetição dos valores indevidamente recolhidos.

O Plenário do e. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Tema 069: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Nem se alegue contrariedade à Lei nº 12.973/2014, que ampliou o conceito de receita bruta, ao dar nova redação ao artigo 12 do DL nº 1.598/77, posto que suas modificações contrariam o que restou decidido pelo Pretório Excelso no RE 574.706, ou seja, ainda que o julgado tenha levado em consideração a legislação anterior acerca da matéria, tal lei faz menção ao conceito de faturamento mantendo a inclusão do tributo (ICMS) em total desacordo à decisão vinculante do STF.

Dessa forma, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo e. Supremo Tribunal Federal.

Com relação à prescrição, anote-se que para as ações ajuizadas a partir de 9/6/2005, como no presente caso, o prazo prescricional para a repetição ou compensação de indébito é quinquenal, nos termos da orientação firmada pelo e. STF, no julgamento do RE 566621/RS, sob o regime de repercussão geral.

Relativamente à comprovação do indébito, o C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp nº 1.111.003/PR, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973, firmou entendimento no sentido de que basta a comprovação da condição de contribuinte, cuja ementa segue transcrita:

"PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO - TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA - MUNICÍPIO DE LONDRINA - DESNECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO DE TODOS OS COMPROVANTES DE PAGAMENTO COM A INICIAL - APURAÇÃO DO "QUANTUM DEBEATUR" NA LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA.

1. De acordo com a jurisprudência pacífica do STJ, em ação de repetição de indébito, no Município de Londrina, os documentos indispensáveis mencionados pelo art. 283 do CPC são aqueles hábeis a comprovar a legitimidade ativa ad causam do contribuinte que arcou com o pagamento indevido da exação. Dessa forma, conclui-se desnecessária, para fins de reconhecer o direito alegado pelo autor, a juntada de todos os comprovantes de recolhimento do tributo, providência que deverá ser levada a termo, quando da apuração do montante que se pretende restituir, em sede de liquidação do título executivo judicial.

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

Recurso especial improvido.

(REsp n. 1.111.003/PR, Relator Ministro Humberto Martins, PRIMEIRA SEÇÃO, j. em 13/05/2009, DJe 25/05/2009)"

No caso em concreto, a parte autora carrou aos autos documentos que comprovam a sua condição de credora tributária das exações em questão por meio de documentos (ID nº 97150993 a 97150996), satisfazendo a exigência para fins de repetição.

O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal (*TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 300605 - 0002938-20.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 24/01/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:31/01/2018*).

A propósito, destaco que e. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no mencionado RE nº 574.706, enfrentou a questão não deixando dúvidas de que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. (...). 'Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior; em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições'.

Assim, no caso, deve ser declarado o direito à repetição, observado o lustrum prescricional de cinco anos anteriores à propositura da ação, na forma da legislação de regência, que deverá ser realizada com tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, com a incidência de correção monetária e juros apenas pela taxa SELIC, sobre os valores a serem repetidos junto ao Fisco, desde o recolhimento indevido.

Diante do exposto, com fundamento no artigo 932, do Código de Processo Civil, **rejeito** a matéria preliminar e **nego** provimento à apelação da União Federal, nos termos da fundamentação.

Oportunamente, observadas as formalidades legais, baixemos autos à Vara de origem.

Publique-se e Intime-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5011480-64.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: TECSOIL AUTOMACAO E SISTEMAS S.A

Advogado do(a) AGRAVANTE: EDUARDO AUGUSTO SALGADO FELIPE - SP308743-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, interposto em face da r. decisão proferida pelo MM. Juízo "a quo" que indeferiu o pedido de medida liminar, objetivando a suspensão da exigibilidade do crédito tributário quanto às exigências das contribuições ao SESC, SENAC, SEBRAE, INCRA e Salário Educação, na parte em que exceder a base de cálculo de vinte salários-mínimos.

Alega, em síntese, que a base de cálculo das Contribuições destinadas a Terceiros era (e permanece) a mesma das Contribuições Previdenciárias devidas pela Empresa, qual seja, a folha de salários, conforme se infere do artigo 35 da Lei nº 4.863/65, que unificou a base de cálculo das referidas Contribuições e que o artigo 4º da Lei nº 6.950/81 estabeleceu o limite do "salário-de-contribuição" em 20 (vinte) vezes o maior salário-mínimo vigente no País, sendo que tal limite foi expressamente estendido para a Contribuições destinadas a Terceiros.

Aduz, ainda, que não há dúvidas de que, a partir da vigência da Lei nº 6.950/81, as bases de cálculo das Contribuições Previdenciárias devidas pelas Empresas e das Contribuições destinadas a Terceiros estavam limitadas a 20 (vinte) salários mínimos.

Decido.

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão que, em sede de mandado de segurança, indeferiu o pedido de medida liminar formulado nos autos originários, objetivando autorização para "recolher as Contribuições ao FNDE (Salário-Educação), SESC, SENAC, SEBRAE, INCRA", observado o valor-limite de 20 (vinte) salários mínimos para a base de cálculo total de cada uma das exações, suspendendo-se – no que sobejar – a exigibilidade dos referidos créditos tributários, nos termos do artigo 151, IV, do CTN.

Quanto a primeira contribuição em questão (Salário Educação), forçoso verificar que possui regras próprias, entre elas o art. 15 da Lei nº 9.424/96, que prevê alíquota de 2,5% (dois e meio por cento), sobre o total de remunerações pagas ou creditadas, a qualquer título, aos segurados empregados, assim definidos no art. 12, inciso I, da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, não havendo dúvidas acerca da inaplicabilidade da limitação da base de cálculo a 20 salários-mínimos.

Verifica-se, ainda, que o art. 1º, da Lei 9.766/1998, que alterou a legislação regente do Salário-Educação, disciplina que a contribuição social do Salário-Educação obedecerá aos mesmos prazos e condições aplicados às contribuições sociais e demais importâncias devidas à Seguridade Social, ressalvada a competência do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE, sobre a matéria.

Assim, conclui-se que, para efeito do cálculo da contribuição da empresa atinente ao Salário-Educação, o salário de contribuição não está sujeito ao limite de vinte vezes o salário mínimo

Quanto ao pleito de ver reconhecido seu suposto direito de efetuar o recolhimento das contribuições destinadas a terceiros SESC, SENAC, SEBRAE, INCRA, limitado a vinte salários mínimos, oportuno observar atentamente o disposto no art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 6.950/81, depreende-se que o legislador estabeleceu limite máximo de 20 salários mínimos para a base de cálculo das contribuições para-fiscais arrecadadas por conta de terceiros, *in verbis*:

"Art 4º - O limite máximo do salário-de-contribuição, previsto no art. 5º da Lei nº 6.332, de 18 de maio de 1976, é fixado em valor correspondente a 20 (vinte) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

Parágrafo único - O limite a que se refere o presente artigo aplica-se às contribuições para-fiscais arrecadadas por conta de terceiros".

No entanto, tal limite não se aplica ao cálculo da contribuição da empresa para a previdência social, em decorrência do que preceitua o Decreto-Lei nº 2.318/86 - que retirou o referido limite para o cálculo da contribuição da empresa, senão vejamos:

"Art 3º Para efeito do cálculo da contribuição da empresa para a previdência social, o salário de contribuição não está sujeito ao limite de vinte vezes o salário mínimo, imposto pelo art. 4º da Lei nº 6.950, de 4 de novembro de 1981."

Dessa forma, mesmo tendo havido expressa revogação do referido limite às contribuições previdenciárias, a lei o preservou às contribuições a terceiros.

Nesse sentido, trago julgado recente proferido pelo Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, no REsp 1.570.980/SP:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DEVIDA A TERCEIROS. LIMITE DE VINTE SALÁRIOS MÍNIMOS. ART. 40. DA LEI 6.950/1981 NÃO REVOGADO PELO ART. 30. DO DL 2.318/1986. RECURSO ESPECIAL DA CONTRIBUINTE A QUE SE DÁ PROVIMENTO. 1. Trata-se de Recurso Especial interposto pela RHODIA BRASIL LTDA., com fulcro na alínea c do art. 105, III da Constituição Federal, contra acórdão do egrégio Tribunal Regional Federal da 3a. Região, assim ementado: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ARTIGO 557, CPC. AÇÃO ORDINÁRIA. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DEVIDA A TERCEIROS. LIMITE DE VINTE SALÁRIOS MÍNIMOS. MATÉRIA ASSENTADA PELO EXCELSO PRETÓRIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRECEDENTES. AGRAVO IMPROVIDO. (fls. 246). 2. Os Embargos de Declaração opostos foram parcialmente acolhidos tão somente para corrigir erro material constante da ementa. 3. Nas razões do Apelo Nobre, a parte recorrente defende que o acórdão recorrido dissentiu do entendimento de outros Tribunais, segundo o qual o limite máximo da base de cálculo de 20 salários mínimos para as contribuições dos terceiros, previsto no art. 3o. da Lei 6.950/1981, não foi revogado pelo art. 4o. do DL 2.318/1986. 4. Com Contrarrazões, seguiu-se juízo positivo de admissibilidade recursal. 5. É o breve relatório. 6. A pretensão recursal encontra apoio na jurisprudência consolidada desta Corte Superior, segundo a base de cálculo das contribuições para fiscais recolhidas por conta de terceiros fica restrito ao limite máximo de 20 salários-mínimos, nos termos do parágrafo único, do art. 4o. da Lei 6.950/1981, o qual não foi revogado pelo art. 3o. do DL 2.318/1986, que se disciplina as contribuições sociais devidas pelo empregador diretamente à Previdência Social. A propósito, cita-se o seguinte julgado: PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 II, DO CPC. AUXÍLIO EDUCAÇÃO. SEGURO DE VIDA EM GRUPO. CONVÊNIO SAÚDE. LIMITE DO SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. ART. 515, DO CPC. VALORES PAGOS A TÍTULO DE ALUGUÉIS DE IMÓVEIS PARA USO DE EMPREGADOS E PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS. QUESTÕES FÁTICAS APRECIADAS PELA ORIGEM. SÚMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO DO § 2º, DO ART. 25, DA LEI N. 8.870/94. ENFOQUE CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME DO TEMA NA VIA ESPECIAL. (...) 3. No período do lançamento que se discute nos autos, tem aplicação o art. 4º, parágrafo único, da Lei n. 6.950/81, que limita o recolhimento do salário-de-contribuição de vinte vezes o valor do salário-mínimo para o cálculo da contribuição de terceiros. (...) 4. Apelo especial do INSS não provido. 5. Recurso especial da empresa parcialmente conhecido e não-provido. (REsp. 953.742/SC, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, 10.3.2008). 7. No mesmo sentido, seguindo a mesma orientação são as seguintes decisões monocráticas: REsp. 1241362/SC, Rel. Min. ASSUSETE MAGALHÃES, DJe 8.11.2017; REsp. 1.439.511/SC, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe de 25.6.2014. 8. Ante o exposto, dá-se provimento ao Recurso Especial da Contribuinte, a fim de reconhecer que a base de cálculo da contribuição de terceiros fique limitada a 20 salários mínimos, na forma prevista no art. 4o. da Lei 6.950/1981. Invertem-se os ônus sucumbenciais, ficando os honorários advocatícios fixados em 5% sobre o valor da condenação. 9. Publique-se. Intimações necessárias. Brasília (DF), 1º de agosto de 2019. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO MINISTRO RELATOR.

Diante da probabilidade do direito e do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, no que tange as contribuições ao SESC, SENAC, SEBRAE, INCRA, defiro parcialmente o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal para autorizar a agravante a recolher tais contribuições, observado o valor-limite de 20 (vinte) salários mínimos para a base de cálculo total de cada uma das exações, suspendendo-se – no que sobejar - a exigibilidade dos referidos créditos tributários, nos termos do artigo 151, IV, do CTN.

Comunique-se o teor da presente decisão ao MM. Juízo "a quo" para ciência e cumprimento.

Intime-se a agravada para que se manifeste, nos termos do inciso II, do artigo 1019, do CPC.

Int.

Vista ao MPF.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5011792-40.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: ASSOCIACAO DE ENSINO SUPERIOR DE NOVA IGUAÇU

Advogados do(a) AGRAVANTE: ALEXANDRE GOMES DE OLIVEIRA - MG97218-A, BEATRIS JARDIM DE AZEVEDO - RJ117413-A, CARLA ANDREA BEZERRA ARAUJO - RJ94214-A

AGRAVADO: PRISCILA FERNANDA DE CARVALHO CASTRO

Advogado do(a) AGRAVADO: JAMES ALBERTO SERVELATTI - SP389935

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, interposto em face da r. decisão proferida pelo MM. Juízo *a quo* que declinou de sua competência para apreciar o pedido formulado nos autos originários.

Alega a agravante, em síntese, que não só há interesse da União no presente feito, inclusive já reconhecido pela própria, como também é necessária sua manutenção no polo passivo para esclarecer questões de fato e de direito úteis à matéria, nos termos do art. 5º, parágrafo único da Lei nº. 9.469/97.

Decido.

Nos termos do artigo 1.019, do CPC, recebido o agravo de instrumento no e. Tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o Exmo. Relator poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão.

Neste juízo de cognição sumária, não verifico a plausibilidade do direito invocado nas alegações do agravante, de modo a justificar o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela recursal.

Com bem afirmou o MM. Juízo *a quo*, a questão versada nos autos já foi objetivo de análise por parte do c.STJ, senão vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DECLARATÓRIA. INSTITUIÇÃO DE ENSINO. EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA DE CURSO SUPERIOR. VALIDADE. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL. I - Na origem, trata-se de ação declaratória de validade de diploma de ensino superior. No Juízo estadual, declinou-se da competência, determinando-se a remessa dos autos à Justiça Federal. No Juízo federal, suscitou-se o conflito negativo de competência. Nesta Corte, declarou-se competente o Juízo estadual. II - Constata-se que a ausência de validação do diploma da autora da ação originária, a priori, não decorre da ausência de credenciamento da instituição de ensino superior pelo Ministério da Educação - já tendo este, inclusive, se manifestado com relação à validade dos diplomas expedidos, conforme suscitado na exordial, o que afasta o interesse jurídico da União no feito, a ensejar a competência da Justiça Federal. III - Desse modo, a competência é firmada em favor do juízo comum, conforme depreende-se da leitura dos seguintes precedentes: AgRg nos EDcl no CC 128.718/PR, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/05/2018, DJe 16/05/2018; REsp 1616300/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 13/09/2016 e REsp 1295790/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/11/2012, DJe 12/11/2012. IV - Agravo interno improvido. (AgInt no CC 166.565/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/12/2019, DJe 17/12/2019).

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. DECLARAÇÃO DE VALIDADE DE DIPLOMA DE CURSO DE GRADUAÇÃO. AUSÊNCIA DE INTERESSE JURÍDICO DA UNIÃO. SÚMULA 224/STJ. EXCLUSÃO DO ENTE FEDERAL DA LIDE. SÚMULA 150/STJ. I - O presente feio decorre de conflito negativo de competência instaurado entre o Juízo Federal da 1ª Vara de Osasco - Seção Judiciária do Estado de São Paulo e o Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de Cotia/SP, nos autos da ação de conhecimento ajuizada por Ines Rodrigues Antunes Redero contra a Associação de Ensino Superior de Nova Iguaçu, Fundação Brasileira de Teatro, objetivando a declaração de validade de diploma de graduação do curso de Educação Artística. Nesta Corte, não se conheceu do referido conflito. II - Com efeito, verifica-se que o interesse jurídico da União foi explicitamente afastado pelo Juízo Federal, a quem compete decidir sobre o interesse do aludido ente no feito, nos termos da Súmula n. 150 desta Corte: "Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas." III - Por outro lado, aplica-se, na espécie, o verbete sumular n. 224/STJ, que dispõe: "Excluído do feito o ente federal, cuja presença levará o Juiz Estadual a declinar da competência, deve o Juiz Federal restituir os autos e não suscitar conflito." Nesse diapasão, confirmam-se os seguintes julgados: AgRg no CC 138.158/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Seção, DJe 11/09/2015; AgRg no CC 126.344/MG, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, julgado em 28/05/2014, DJe 02/06/2014 e AgRg no CC 119.898/RS, Rel. Ministro Teo Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 29/02/2012, DJe 08/03/2012. IV - Assim, a presente discussão não pode ser apreciada por esta Corte Superior, devendo os autos retornarem ao Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de Cotia/SP, ora suscitado. V - Agravo interno improvido. (AgInt no CC 166.407/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/12/2019, DJe 17/12/2019).

Assim, não há como se vislumbrar a plausibilidade do direito invocado ou o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Isto posto, indefiro o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal.

Comunique-se o teor da presente decisão ao MM. Juízo *a quo*.

Intime(m)-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002170-66.2019.4.03.6144
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: GP METALIZACAO INDUSTRIAL LTDA, G P NIQUEL DURO LTDA
Advogados do(a) APELADO: ANTONIO ESTEVES JUNIOR - SP183531-A, CAMILA ANGELA BONOLO PARISI - SP206593-A
Advogados do(a) APELADO: ANTONIO ESTEVES JUNIOR - SP183531-A, CAMILA ANGELA BONOLO PARISI - SP206593-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos, etc.

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por GP Metalização Industrial Ltda com o objetivo de recolher o PIS e a COFINS, sem a inclusão em sua base de cálculo de valores relativos ao ISS, bem como compensar as quantias indevidamente recolhidas a este título, nos cinco anos anteriores à impetração.

Foi proferida sentença concessiva da segurança pelo r. Juízo *a quo* (ID nº 90219973), para declarar a ilegitimidade material da inclusão da parcela do imposto sobre serviços de qualquer natureza – ISS nas bases de cálculo da contribuição ao PIS e da Cofins, razão pela qual determinou à impetrada que se abstinhasse de exigir das impetrantes o recolhimento das exações sobre os valores devidos a título desse tributo, bem assim se privasse de adotar qualquer ato material de cobrança dos valores pertinentes. A compensação, que ficando limitada ao prazo prescricional quinquenal, dos valores recolhidos indevidamente se dando após o trânsito em julgado, sobre os quais incide exclusivamente a Selic. Para a compensação de valores devem ser observados os parâmetros da Instrução Normativa da RFB nº 1717, de 17/07/2017, ou a que vier a lhe suceder. Não incidindo a restrição do artigo 166 do CTN na espécie. Vedada a restituição nestes autos, a qual fica autorizada em sede administrativa, após o trânsito em julgado, nos termos das súmulas ns. 269 e 271 do STF. Foi mantida a decisão que determinou a suspensão da exigibilidade dos valores pertinentes às diferenças apuradas, bem assim obstou a realização de ato material de cobrança dos valores pertinentes. Sem condenação honorária de acordo com o artigo 25 da Lei nº 12.016/2009 e súmulas nº 512/STF e 105/STJ. Custas na forma da lei.

A decisão não foi submetida ao reexame necessário.

Inconformada com a r.decisão, apela a União Federal aduzindo, em síntese, a necessidade de reforma do julgado, eis que o ISS é parte integrante do preço da mercadoria ou da prestação do serviço, logo parte da receita bruta/faturamento da empresa, nos termos das Leis nº 10.637/2002 e 10.833/2003, razão pela qual, é devida sua inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Com contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal opinou pela ausência de interesse institucional que justifique a sua intervenção.

É o breve relatório. Decido.

A matéria discutida nos autos comporta julgamento nos termos do artigo 932, do Novo Código de Processo Civil, que conferiu ao relator a possibilidade de dar ou negar provimento ao recurso:

"Art. 932. Incumbe ao relator:

(...)

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

No presente feito, cinge-se o objeto da controvérsia à legalidade da inclusão dos valores arrecadados a título ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS, com a compensação dos valores indevidamente recolhidos.

O Plenário do e. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Tema 069: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Nem se alegue contrariedade à Lei nº 12.973/2014, que ampliou o conceito de receita bruta, ao dar nova redação ao artigo 12 do DL nº 1.598/77, posto que suas modificações contrariam o que restou decidido pelo Pretório Excelso no RE 574.706, ou seja, ainda que o julgado tenha levado em consideração a legislação anterior acerca da matéria, tal lei faz menção ao conceito de faturamento mantendo a inclusão do tributo (ICMS) em total desacordo à decisão vinculante do STF.

Dessa forma, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo c. Supremo Tribunal Federal.

Com relação ao pedido de sobrestamento do feito até a publicação do julgamento dos Embargos de Declaração opostos nos autos do RE nº 574.706/PR, ou até o trânsito em julgado do mesmo RE, cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Ademais, quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Ressalto, ainda, que o entendimento aplicado ao ICMS deve ser estendido ao ISS uma vez que tais tributos apresentam a mesma sistemática de arrecadação.

Dessa forma, tanto o ICMS como o ISS não podem integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS, posto que os referidos impostos não configuram faturamento ou receita do contribuinte, mas tributos devido aos Estados/ Municípios.

No mesmo sentido, já se manifestou a Egrégia Segunda Seção desta Corte. Confira-se:

"EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO ORDINÁRIA. EXCLUSÃO DO ISS DA BASE DE CÁLCULO DE PIS/COFINS. POSSIBILIDADE. DECISÃO STF. PRECEDENTES DESTA CORTE. EMBARGOS INFRINGENTES PROVIDOS.

I - A questão posta nos autos diz respeito à possibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do pis e da cofins. É certo que as discussões sobre o tema são complexas e vêm de longa data, suscitando várias divergências jurisprudenciais até que finalmente restasse pacificada no recente julgamento do RE 574.706.

II - As alegações do contribuinte e coadunam com o posicionamento atual da Suprema Corte, conforme o RE 574.706/PR, julgado na forma de recurso repetitivo.

III - E não se olvide que o mesmo raciocínio no tocante a não inclusão do ICMS na base de cálculo do pis e da cofins se aplica ao iss.

IV - Embargos infringentes providos."

(Emb. Infringentes 2014.61.00.001887-9/SP, Relator Desembargador Federal ANTÔNIO CEDENHO, Segunda Seção, j. 02/05/2017; D.E. 15/05/2017; destacou-se)

A ata do referido julgamento restou assim concluída:

"JULGADO EMBARGOS INFRINGENTES (DECISÃO: 'A SEGUNDA SEÇÃO, POR UNANIMIDADE, DECIDIU DAR PROVIMENTO AOS EMBARGOS INFRINGENTES PARA QUE PREVALEÇA O VOTO VENCIDO NO SENTIDO DA NÃO INCLUSÃO DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DOS PIS/COFINS, NOS TERMOS DO VOTO DO DESEMBARGADOR FEDERAL ANTÔNIO CEDENHO (RELATOR). VOTARAM OS DESEMBARGADORES FEDERAIS MÔNICA NOBRE, MARCELO SARAIVA, DIVA MALERBI, ANDRÉ NABARRETE, FÁBIO PRIETO, NERY JÚNIOR, CARLOS MUTA, CONSUELO YOSHIDA, JOHONSOMDI SALVO E NELTON DOS SANTOS. AUSENTE, JUSTIFICADAMENTE, A DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA.) (RELATOR P/ACORDÃO: DES.FED. ANTONIO CEDENHO) (EM 02/05/2017)"

E ainda, colaciono precedente desta E. Turma, *verbis*:

"TRIBUTÁRIO. BASE DE CÁLCULO. PIS E COFINS. EXCLUSÃO. ISS. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS MORATÓRIOS. APELAÇÃO DA AUTORA PROVIDA.

-O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), como noticiado em 15/03/2017, por maioria de votos, decidiu que o Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) não integra a base de cálculo das contribuições para o Programa de Integração Social (pis) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (cofins).

- Ao finalizar o julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, os ministros entenderam que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da seguridade social.

- No que toca a eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, não é possível nesta fase processual, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação. A regra geral relativa aos recursos extraordinários julgados com repercussão geral é de vinculação dos demais casos ao julgado e a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- A recente posição do STF sobre o descabimento da inclusão do ICMS na formação da base de cálculo do pis/cofins aplica-se também ao caso da inclusão do iss, já que a situação é idêntica.

- In casu, o acórdão prolatado está em divergência com a orientação do Supremo Tribunal Federal, cabendo, nos termos do art. 1.040, II, NCPC (antigo art. 543-C, § 7º, inc. II, do CPC 1973), retratação para adequação à jurisprudência.

- Em relação ao pedido de compensação dos valores indevidamente recolhidos a título de ICMS na base de cálculo do pis/cofins, sob o argumento de não se enquadrar no conceito de faturamento, nos termos em que estabelecem o art. 195, I, da Constituição Federal, anoto que em relação a prova pré-constituída, no REsp nº 1.111.164/BA - Recurso repetitivo - art. 543-C do CPC/1973, representativo da controvérsia, restou sedimentada a necessidade da comprovação dos valores que o impetrante pretende compensar, mediante a juntada aos autos das respectivas guias de recolhimento.

- O regime aplicável à compensação tributária, conforme entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, é aquele vigente à época do ajuizamento da demanda (RESP 1.137.738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010).

- No entanto, somente poderá ser efetuada após o trânsito em julgado da sentença, nos termos em que decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, submetido ao rito dos recursos repetitivos.

- A correção do indébito deve ser aquela estabelecido no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do CJF, em perfeita consonância com iterativa jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, que inclui os índices expurgados reconhecidos pela jurisprudência dos tribunais, bem como a aplicabilidade da SELIC, a partir de 01/01/1996.

- No tocante aos juros moratórios, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento nos Recursos Especiais n.º 1.111.175/SP e 1.111.189/SP, representativos da controvérsia, no sentido de que, nas hipóteses de restituição e de compensação de débitos tributários, são devidos e equivalentes à taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária, bem como são contados do pagamento indevido, se foram efetuados após 1º de janeiro de 1996, ou incidentes a partir desta data, caso o tributo tenha sido recolhido antes desse termo, de acordo com o disposto nos artigos 13 da Lei nº 9.065/95, 30 da Lei nº 10.522/2002 e 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95. Ao consagrar essa orientação, a corte superior afastou a regra do parágrafo único do artigo 167 do Código Tributário Nacional, que prevê o trânsito em julgado da decisão para sua aplicação.

- Apelação da Autora provida.

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 339384 - 0023076-81.2011.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, julgado em 22/11/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/12/2017)

Com relação à prescrição, anote-se que para as ações ajuizadas a partir de 9/6/2005, como no presente caso, o prazo prescricional para a repetição ou compensação de indébito é quinquenal, nos termos da orientação firmada pelo e. STF, no julgamento do RE 566621/RS, sob o regime de repercussão geral.

No mais, é bem de ver que a jurisprudência se consolidou pela possibilidade de utilização do mandado de segurança para declaração do direito de compensação, conforme o enunciado 213 da sua Súmula do Superior Tribunal de Justiça:

O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária.

O mandado de segurança, no entanto, não é via adequada para o pleito de repetição de indébito, pela restituição, porque não é substitutivo de ação de cobrança, conforme a Súmula 269 do STF:

O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança.

No presente caso, a parte postula o reconhecimento do direito à compensação e não à restituição. De tal sorte, é possível, por esta via, declarar o direito à compensação, a ser promovida na via administrativa, observados os parâmetros legais e o prazo prescricional.

Deveras, quanto à análise da compensação tributária em sede mandamental, observo que o próprio C. STJ tem reiterado a aplicação do seu Enunciado 213, limitando, *in casu*, a prova à simples condição de credora tributária, por não se confundir com os fundamentos adotados no REsp 1.111.164/BA, afinal ao Poder Judiciário cabe tão somente a declaração do direito à compensação, ficando o ajuste de contas a cargo do Fisco no exercício da atividade que lhe é própria, sujeitando-se toda a operação à fiscalização e ao controle da autoridade administrativa.

Nesse sentido, colaciono:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. ICMS. COMPENSAÇÃO DOS VALORES INDEVIDAMENTE RECOLHIDOS. POSSIBILIDADE DE DECLARAÇÃO DO DIREITO À COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA (SÚMULA 213 DO STJ). PEDIDO DE SUSPENSÃO DO PROCESSO PREJUDICADO. AGRAVO REGIMENTAL DA FAZENDA PÚBLICA AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

1. Quando a Súmula 213/STJ afirma que o mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária, não retira do writ a sua natureza mandamental. O órgão julgador declara o direito à compensação, determina o regime jurídico aplicável e concede ordem para que a autoridade tributária não exija o tributo considerado indevido, nem obstaculize o encontro de contas nos termos fixados judicialmente.

2. É preciso ressaltar que ao Judiciário caberá apenas a declaração do direito à compensação, sendo certo que o ajuste de contas, em se tratando de ICMS, será feito administrativamente e sujeito a conferência e posterior homologação pela autoridade competente.

3. A alegação, referente ao pedido de suspensão do processo até o julgamento da questão prejudicial de ilegitimidade passiva da suposta autoridade coatora, no REsp. 1.352.425/MG, ficou prejudicada, tendo em vista que foi negado seguimento ao Recurso Especial da Fazenda Pública, em 26.5.2015.

4. Agravo Regimental da Fazenda Pública desprovido."

(AgRg no RMS 39.625/MG, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Turma, j. 20/02/2018, DJe 05/03/2018; destaquei)

No caso em concreto, a impetrante carrou aos autos documentos que comprovam a sua condição de credora tributária das exações em questão por meio de documentos (ID nº 90219960), satisfazendo a exigência para fins de compensação.

O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal (TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 300605 - 0002938-20.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 24/01/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:31/01/2018), entendimento este extensível à exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

A propósito, destaco que e. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no mencionado RE nº 574.706, enfrentou a questão não deixando dúvidas de que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. (...). 'Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior; em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições'.

Assim, no caso, deve ser declarado o direito à compensação, observado o lustro prescricional de cinco anos anteriores à propositura da ação, na forma da legislação de regência, que deverá ser realizada com tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, observando-se o disposto no artigo 170-A do CTN, e com a incidência de correção monetária e juros apenas pela taxa SELIC, sobre os valores a serem compensados junto ao Fisco, desde o recolhimento indevido.

Diante do exposto, com fundamento no artigo 932, do Código de Processo Civil, **nego** provimento à apelação da União Federal, nos termos da fundamentação.

Dê-se vista ao Ministério Público Federal.

Oportunamente, observadas as formalidades legais, baixemos autos à Vara de origem.

Publique-se e Intime-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5008987-84.2019.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: GP ISOLAMENTOS MECANICOS LTDA
Advogados do(a) APELADO: CAMILA ANGELA BONOLO PARISI - SP206593-A, ANTONIO ESTEVES JUNIOR - SP183531-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos, etc.

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por GP Isolamentos Mecânicos Ltda com o objetivo de recolher o PIS e a COFINS, sem a inclusão em sua base de cálculo de valores relativos ao ISS, bem como compensar as quantias indevidamente recolhidas a este título, nos cinco anos anteriores à impetração.

Foi proferida sentença concessiva da segurança pelo r. Juízo *a quo* (ID nº 107040346), para afastar a exigibilidade da inclusão do ISSQN na base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e à COFINS, devendo a autoridade impetrada se abster de praticar atos tendentes à sua cobrança, bem como para reconhecer o direito da impetrante à compensação dos valores recolhidos a título de contribuições devidas ao PIS e à COFINS, que incidiram sobre o ISSQN, a partir da competência de janeiro de 2014, em razão da extinção pela prescrição dos valores indevidamente recolhidos nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação, observando-se o disposto no artigo 170-A do Código Tributário Nacional. Os valores indevidamente recolhidos serão atualizados somente pela Taxa Selic (§ 4º do artigo 39 da Lei 9.250/95) e sendo a Taxa Selic composta de juros e correção monetária, não pode ser cumulada com juros moratórios (STJ, Segunda Turma, REsp nº 769.474/SP, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 6.12.2005, DJ 22.3.2006, p. 161). É incabível a condenação em honorários advocatícios em mandado de segurança, nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016/09.

A decisão foi submetida ao reexame necessário.

Inconformada com a r. decisão, apela a União Federal aduzindo, em síntese, a necessidade de reforma do julgado, eis que o ISS é parte integrante do preço da mercadoria ou da prestação do serviço, logo parte da receita bruta/faturamento da empresa, nos termos das Leis nº 10.637/2002 e 10.833/2003, entendimento já reconhecido pelo C.STF., razão pela qual, é devida sua inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Com contrarrazões, vieramos autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal opinou pela ausência de interesse institucional que justifique a sua intervenção.

É o breve relatório. Decido.

A matéria discutida nos autos comporta julgamento nos termos do artigo 932, do Novo Código de Processo Civil, que conferiu ao relator a possibilidade de dar ou negar provimento ao recurso:

"Art. 932. Incumbe ao relator:

(...)

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

- a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;*
- b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;*
- c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;*

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

- a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;*
- b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;*
- c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;*

No presente feito, cinge-se o objeto da controvérsia à legalidade da inclusão dos valores arrecadados a título ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS, com a compensação dos valores indevidamente recolhidos.

O Plenário do e. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Tema 069: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Nem se alegue contrariedade à Lei nº 12.973/2014, que ampliou o conceito de receita bruta, ao dar nova redação ao artigo 12 do DL nº 1.598/77, posto que suas modificações contrariam o que restou decidido pelo Pretório Excelso no RE 574.706, ou seja, ainda que o julgado tenha levado em consideração a legislação anterior acerca da matéria, tal lei faz menção ao conceito de faturamento mantendo a inclusão do tributo (ICMS) em total desacordo à decisão vinculante do STF.

Dessa forma, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo c. Supremo Tribunal Federal.

Com relação ao pedido de sobrestamento do feito até a publicação do julgamento dos Embargos de Declaração opostos nos autos do RE nº 574.706/PR, ou até o trânsito em julgado do mesmo RE, cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Ademais, quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Ressalto, ainda, que o entendimento aplicado ao ICMS deve ser estendido ao ISS uma vez que tais tributos apresentam a mesma sistemática de arrecadação.

Dessa forma, tanto o ICMS como o ISS não podem integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS, posto que os referidos impostos não configuram faturamento ou receita do contribuinte, mas tributos devido aos Estados/ Municípios.

No mesmo sentido, já se manifestou a Egrégia Segunda Seção desta Corte. Confira-se:

"EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO ORDINÁRIA. EXCLUSÃO DO ISS DA BASE DE CÁLCULO DE PIS/COFINS. POSSIBILIDADE. DECISÃO STF. PRECEDENTES DESTA CORTE. EMBARGOS INFRINGENTES PROVIDOS.

I - A questão posta nos autos diz respeito à possibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do pis e da cofins. É certo que as discussões sobre o tema são complexas e vêm de longa data, suscitando várias divergências jurisprudenciais até que finalmente restasse pacificada no recente julgamento do RE 574.706.

II - As alegações do contribuinte e coadunam com o posicionamento atual da Suprema Corte, conforme o RE 574.706/PR, julgado na forma de recurso repetitivo.

III - E não se olvide que o mesmo raciocínio no tocante a não inclusão do ICMS na base de cálculo do pis e da cofins se aplica ao iss.

IV - Embargos infringentes providos."

(Emb. Infringentes 2014.61.00.001887-9/SP, Relator Desembargador Federal ANTÔNIO CEDENHO, Segunda Seção, j. 02/05/2017; D.E. 15/05/2017; destacou-se)

A ata do referido julgamento restou assim concluída:

"JULGADO EMBARGOS INFRINGENTES (DECISÃO: 'A SEGUNDA SEÇÃO, POR UNANIMIDADE, DECIDIU DAR PROVIMENTO AOS EMBARGOS INFRINGENTES PARA QUE PREVALEÇA O VOTO VENCIDO NO SENTIDO DA NÃO INCLUSÃO DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DOS PIS/COFINS, NOS TERMOS DO VOTO DO DESEMBARGADOR FEDERAL ANTÔNIO CEDENHO (RELATOR). VOTARAM OS DESEMBARGADORES FEDERAIS MÔNICA NOBRE, MARCELO SARAIVA, DIVA MALERBI, ANDRÉ NABARRETE, FÁBIO PRIETO, NERY JÚNIOR, CARLOS MUTA, CONSUELO YOSHIDA, JOHONSOMDI SALVO E NELTON DOS SANTOS. AUSENTE, JUSTIFICADAMENTE, A DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA.) (RELATOR P/ACORDÃO: DES.FED. ANTONIO CEDENHO) (EM02/05/2017)"

E ainda, colaciono precedente desta E. Turma, verbis:

"TRIBUTÁRIO. BASE DE CÁLCULO. PIS E COFINS. EXCLUSÃO. ISS. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS MORATÓRIOS. APELAÇÃO DA AUTORA PROVIDA.

-O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), como noticiado em 15/03/2017, por maioria de votos, decidiu que o Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) não integra a base de cálculo das contribuições para o Programa de Integração Social (pis) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (cofins).

- Ao finalizar o julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, os ministros entenderam que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da seguridade social.

- No que toca a eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, não é possível nesta fase processual, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação. A regra geral relativa aos recursos extraordinários julgados com repercussão geral é de vinculação dos demais casos ao julgado e a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- A recente posição do STF sobre o descabimento da inclusão do ICMS na formação da base de cálculo do pis/cofins aplica-se também ao caso da inclusão do iss, já que a situação é idêntica.

- In casu, o acórdão prolatado está em divergência com a orientação do Supremo Tribunal Federal, cabendo, nos termos do art. 1.040, II, NCPC (antigo art. 543-C, § 7º, inc. II, do CPC 1973), retratação para adequação à jurisprudência.

- Em relação ao pedido de compensação dos valores indevidamente recolhidos a título de ICMS na base de cálculo do pis/cofins, sob o argumento de não se enquadrar no conceito de faturamento, nos termos em que estabelecem o art. 195, I, da Constituição Federal, anoto que em relação a prova pré-constituída, no REsp nº 1.111.164/BA - Recurso repetitivo - art. 543-C do CPC/1973, representativo da controvérsia, restou sedimentada a necessidade da comprovação dos valores que o impetrante pretende compensar, mediante a juntada aos autos das respectivas guias de recolhimento.

- O regime aplicável à compensação tributária, conforme entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, é aquele vigente à época do ajuizamento da demanda (RESP 1.137.738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010).

- No entanto, somente poderá ser efetuada após o trânsito em julgado da sentença, nos termos em que decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, submetido ao rito dos recursos repetitivos.

- A correção do indébito deve ser aquela estabelecido no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do CJF, em perfeita consonância com iterativa jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, que inclui os índices expurgados reconhecidos pela jurisprudência dos tribunais, bem como a aplicabilidade da SELIC, a partir de 01/01/1996.

- No tocante aos juros moratórios, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento nos Recursos Especiais nº 1.111.175/SP e 1.111.189/SP, representativos da controvérsia, no sentido de que, nas hipóteses de restituição e de compensação de débitos tributários, são devidos e equivalentes à taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária, bem como são contados do pagamento indevido, se foram efetuados após 1º de janeiro de 1996, ou incidentes a partir desta data, caso o tributo tenha sido recolhido antes desse termo, de acordo com o disposto nos artigos 13 da Lei nº 9.065/95, 30 da Lei nº 10.522/2002 e 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95. Ao consagrar essa orientação, a corte superior afastou a regra do parágrafo único do artigo 167 do Código Tributário Nacional, que prevê o trânsito em julgado da decisão para sua aplicação.

- Apelação da Autora provida.

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 339384 - 0023076-81.2011.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, julgado em 22/11/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/12/2017)

Com relação à prescrição, anote-se que para as ações ajuizadas a partir de 9/6/2005, como no presente caso, o prazo prescricional para a repetição ou compensação de indébito é quinquenal, nos termos da orientação firmada pelo e. STF, no julgamento do RE 566621/RS, sob o regime de repercussão geral.

No mais, é bem de ver que a jurisprudência se consolidou pela possibilidade de utilização do mandado de segurança para declaração do direito de compensação, conforme o enunciado 213 da sua Súmula do Superior Tribunal de Justiça:

O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária.

O mandado de segurança, no entanto, não é via adequada para o pleito de repetição de indébito, pela restituição, porque não é substitutivo de ação de cobrança, conforme a Súmula 269 do STF:

O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança.

No presente caso, a parte postula o reconhecimento do direito à compensação e não à restituição. De tal sorte, é possível, por esta via, declarar o direito à compensação, a ser promovida na via administrativa, observados os parâmetros legais e o prazo prescricional.

Deveras, quanto à análise da compensação tributária em sede mandamental, observo que o próprio C. STJ tem reiterado a aplicação do seu Enunciado 213, limitando, *in casu*, a prova à simples condição de credora tributária, por não se confundir com os fundamentos adotados no REsp 1.111.164/BA, afinal ao Poder Judiciário cabe tão somente a declaração do direito à compensação, ficando o ajuste de contas a cargo do Fisco no exercício da atividade que lhe é própria, sujeitando-se toda a operação à fiscalização e ao controle da autoridade administrativa.

Nesse sentido, colaciono:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. ICMS. COMPENSAÇÃO DOS VALORES INDEVIDAMENTE RECOLHIDOS. POSSIBILIDADE DE DECLARAÇÃO DO DIREITO À COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA EM SEDE DE MANDANDO DE SEGURANÇA (SÚMULA 213 DO STJ). PEDIDO DE SUSPENSÃO DO PROCESSO PREJUDICADO. AGRAVO REGIMENTAL DA FAZENDA PÚBLICA AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

1. Quando a Súmula 213/STJ afirma que o mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária, não retira do writ a sua natureza mandamental. O órgão julgador declara o direito à compensação, determina o regime jurídico aplicável e concede ordem para que a autoridade tributária não exija o tributo considerado indevido, nem obstaculize o encontro de contas nos termos fixados judicialmente.

2. É preciso ressaltar que ao Judiciário caberá apenas a declaração do direito à compensação, sendo certo que o ajuste de contas, em se tratando de ICMS, será feito administrativamente e sujeito a conferência e posterior homologação pela autoridade competente.

3. A alegação, referente ao pedido de suspensão do processo até o julgamento da questão prejudicial de ilegitimidade passiva da suposta autoridade coatora, no REsp. 1.352.425/MG, ficou prejudicada, tendo em vista que foi negado seguimento ao Recurso Especial da Fazenda Pública, em 26.5.2015.

4. Agravo Regimental da Fazenda Pública desprovido."

(AgRg no RMS 39.625/MG, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Turma, j. 20/02/2018, DJe 05/03/2018; destaquei)

No caso em concreto, a impetrante carrou aos autos documentos que comprovam a sua condição de credora tributária das exações em questão por meio de documentos (ID nº 107040332), satisfazendo a exigência para fins de compensação.

O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal (TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 300605 - 0002938-20.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 24/01/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:31/01/2018), entendimento este extensível à exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

A propósito, destaco que e. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no mencionado RE nº 574.706, enfrentou a questão não deixando dúvidas de que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. (...). 'Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições'.

Assim, no caso, deve ser declarado o direito à compensação, observado o lustro prescricional de cinco anos anteriores à propositura da ação, na forma da legislação de regência, que deverá ser realizada com tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, observando-se o disposto no artigo 170-A do CTN, e com a incidência de correção monetária e juros apenas pela taxa SELIC, sobre os valores a serem compensados junto ao Fisco, desde o recolhimento indevido.

Diante do exposto, com fundamento no artigo 932, do Código de Processo Civil, nego provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial, nos termos da fundamentação.

Dê-se vista ao Ministério Público Federal.

Oportunamente, observadas as formalidades legais, baixemos autos à Vara de origem.

Publique-se e Intime-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0005708-72.2006.4.03.6120

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 23/06/2020 2390/4253

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: ORIVAL GRANO, MAURO JOSE VIEIRA DE FIGUEIREDO JUNIOR, DAGOBERTO VILELA, APARECIDA ALICE TAMBARUSSI, ERNESTO ANTONIO PUZZI, IZILDINHA APARECIDA NUNES MERCALDI, MARILEI APARECIDA BELUCCI PUZZI, FRANCISCO LUIZ MADARO

Advogado do(a) APELANTE: CAETANO CAVICCHIOLI JUNIOR - SP121310

Advogado do(a) APELANTE: MARIO SERGIO CHARAMITARO MERGULHAO - SP214856

Advogado do(a) APELANTE: MARIO SERGIO CHARAMITARO MERGULHAO - SP214856

Advogado do(a) APELANTE: LUIS CLAUDIO LEITE - SP154923

Advogado do(a) APELANTE: UBALDO JOSE MASSARI JUNIOR - SP62297-A

Advogado do(a) APELANTE: UBALDO JOSE MASSARI JUNIOR - SP62297-A

Advogado do(a) APELANTE: UBALDO JOSE MASSARI JUNIOR - SP62297-A

Advogado do(a) APELANTE: DIVALDO EVANGELISTA DA SILVA - SP82443-N

APELADO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL, LEINE BATISTA DULCE

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do(a) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a), de acordo com o artigo 1º da Ordem de Serviço nº 1/2016 - PRESI/DIRG/SEJU/UTU4, faço abertura de vista para que a(s) parte(s) (MINISTERIO PUBLICO FEDERAL, LEINE BATISTA DULCE), ora embargada(s), querendo, manifeste(m)-se nos termos do § 2º do art. 1023 da Lei nº 13.105/15 (Novo CPC).

Considera-se data da publicação o primeiro dia útil subsequente ao dia de disponibilização no Diário Eletrônico da Justiça Federal.

São Paulo, 22 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5011194-86.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: SANTA LYDIA AGRICOLA S/A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ALINE PATRICIA BARBOSA GOBI - SP243384-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por Santa Lydia Agrícola S.A., em face da r. decisão proferida pelo MM. Juiz "a quo" que indeferiu o pedido de justiça gratuita formulado nos autos originários.

As agravantes alegam, em síntese, que não dispõem de condições financeiras para arcar com as despesas processuais e que o benefício postulado é concedido a quem dele precisa, sendo a hipossuficiência o elemento que traduz o direito pretendido.

Decido.

O artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal, garante a todos a assistência jurídica gratuita pelo Estado, comprovada a insuficiência de recursos pelo interessado, não fazendo distinção entre pessoa física e pessoa jurídica.

Assim, o conceito de "necessitado", contido no artigo 2º da Lei nº 1.060/50, deve ser interpretado extensivamente, a fim de atender ao comando constitucional, que não distingue entre as espécies de pessoas existentes no ordenamento jurídico.

Contudo, enquanto que para a pessoa física é suficiente a declaração de impossibilidade de arcar com as despesas do processo sem prejuízo de sua manutenção ou de sua família, para a pessoa jurídica é imprescindível a comprovação de sua precária situação financeira, o que não se evidenciou na espécie.

No caso dos autos, a documentação acostada não comprova a alegada hipossuficiência, conforme afirmou o MM. Juízo *a quo*, resta forçoso reconhecer que o balanço patrimonial dos meses de novembro e dezembro, aliado aos demais fatores apontados no bojo da r. decisão agravada não são suficientes para comprovar a situação de impossibilidade de arcar com as custas do processo.

Acerca da questão discutida nos autos, o c. STJ já se pronunciou, senão vejamos:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. GRATIFICAÇÃO DE ATIVIDADE PELO DESEMPENHO DE FUNÇÃO - GADF. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE DIREITO AO REAJUSTE COM BASE NO MAIOR VENCIMENTO BÁSICO DO SERVIDOR PÚBLICO. SINDICATO. ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA SITUAÇÃO ECONÔMICA PARA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.

...

3. *A jurisprudência do STJ é no sentido de que benefício da gratuidade pode ser concedido às pessoas jurídicas apenas se comprovarem que dele necessitam, independentemente de terem ou não fins lucrativos. Precedentes: AgRg no Ag 1.332.841/SC, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Segunda Turma, DJe 16/3/2011; AgRg no REsp 1.129.288/SC, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 13/10/2010.*

4. *Agravo regimental não provido.*

(STJ, AgRg no REsp 1242235/SC, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/03/2013, DJe 12/03/2013)

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MASSA FALIDA. PEDIDO DE CONCESSÃO DE GRATUIDADE DE JUSTIÇA . INDEFERIMENTO. CONDIÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA NÃO DEMONSTRADA NA INSTÂNCIA DE ORIGEM. VERBETE SUMULAR 481/STJ. REAVALIAÇÃO EM SEDE ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. ENUNCIADO SUMULAR 7/STJ. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. IMPROVIMENTO.

1.- Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais. (Simula 481/STJ).

(...)"

(STJ, AGARESP 201300242028, Relator Ministro SIDNEI BENETI, julgamento em 21/03/2013, publicação no DJ 01/04/2013)

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PESSOA JURÍDICA . ENTIDADE FILANTRÓPICA. COMPROVAÇÃO DO ESTADO DE MISERABILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. "A concessão do benefício da assistência judiciária gratuita às pessoas jurídicas, previsto na Lei 1.060/1950, exige comprovação de miserabilidade para arcar com os encargos do processo, mesmo nos casos de entidades filantrópicas ou beneficentes. Precedentes do STJ" (AgRg no REsp 1.338.284/PE, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 18/12/12).

2. Agravo regimental não provido."

(STJ, AGRESP 201300055594, Relator Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, julgamento em 07/03/2013, publicado no DJ 18/03/2013).

Isto posto, indefiro o pedido de efeito suspensivo.

Comunique-se o teor da presente decisão ao MM. Juízo.

Intime-se a agravada para que se manifeste, nos termos do inciso II, do artigo 1019, do CPC..

São Paulo, 22 de junho de 2020.

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
AGRAVANTE: JOSE PRIMO PICCOLO
Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCOS PINTO NIETO - SP166178-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por José Primo Piccolo em face da r. decisão proferida pelo MM. Juízo *a quo*, em execução fiscal, que rejeitou a exceção de pré-executividade oposta.

Inconformado, o agravante interpõe o presente recurso, aduzindo, em síntese, a sua ilegitimidade para figurar no polo passivo, bem como a ocorrência da prescrição para o redirecionamento do feito.

Decido:

Primeiramente, defiro os benefícios da justiça gratuita.

Nos termos do artigo 1.019, do CPC, recebido o agravo de instrumento no Tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o Relator poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao Juiz sua decisão.

Neste juízo de cognição sumária, não verifico a plausibilidade de direito nas alegações da agravante a justificar o deferimento do efeito suspensivo.

O redirecionamento da execução fiscal depende de prova do abuso de personalidade jurídica, na forma de excesso de poder ou de infração à lei, contrato social ou estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa, nos termos do art. 135, III, do Código Tributário Nacional.

A extração direta de título executivo, portanto, não tem mais respaldo normativo.

Nesse sentido:

“EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS INFRINGENTES. INCLUSÃO NA CDA. RESPONSABILIDADE PRESUMIDA DOS SÓCIOS. ART. 13 DA LEI 8.620/93. RE Nº 562.276/RS. INCONSTITUCIONALIDADE. OCORRÊNCIAS DO ART. 135, III DO CTN. PROVA A CARGO DA EXEQUENTE.

I - Entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal que, ao julgar o RE nº 562.276/RS, considerou inconstitucional a aplicação do artigo 13 da Lei 8.620/93. No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça julgou o REsp 1.153.119/MG, pelo regime do artigo 543-B do CPC e da Resolução STJ 08/08.

II - Da mera presença dos nomes dos sócios da empresa na Certidão de Dívida Ativa não é possível inferir a presunção de responsabilidade dos mesmos, sendo necessária a observância dos critérios contidos no artigo 135 do CTN.

III - No caso em tela, a responsabilidade da embargante Suzana Queiroz San Emeterio pela obrigação tributária da pessoa jurídica executada se fundaria na regra inconstitucional do artigo 13 da Lei 8.620/93. Além da irregularidade do próprio fundamento, a embargante logrou, ainda, demonstrar (fls. 26/27) que nos estatutos da sociedade observa-se que a sócia não tinha poderes de administração, conforme alteração contratual de 02.03.1988, anterior ao período dos créditos objeto da execução. Deste modo, não há nos autos qualquer elemento que demonstre que a sócia agiu com excesso de poder ou infração à lei.

IV - Embargos infringentes providos para manter a exclusão de Suzana Queiroz San Emeterio do pólo passivo da execução.” (TRF3, EI 1303512, Relator Des. Fed. Antônio Cedenho, DJ 16/01/2014).

“EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO. EXECUÇÃO FISCAL. ILEGITIMIDADE DOS SÓCIOS. IMPROVIMENTO.

No que tange à exclusão dos sócios do polo passivo ação, cumpre dizer que por força de decisão proferida em sede de recurso repetitivo pelo Supremo Tribunal Federal (RE 562.276/PR), foi reconhecida a inconstitucionalidade material do art. 13 da Lei 8.620/93. Também restou decidido que o art. 13 da Lei 8.620/93 é inconstitucional na parte que determinou que os sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada responderiam solidariamente, com seus bens pessoais, pelos débitos junto à Seguridade Social. Consoante estabelecido no julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal, o art. 135, III, do CTN responsabiliza apenas aqueles que estejam na direção, gerência ou representação da pessoa jurídica e tão-somente quando pratiquem atos com excesso de poder ou infração à lei, contrato social ou estatutos. Assim, o pressuposto de fato ou hipótese de incidência da norma de responsabilidade, no art. 135, III, do CTN, é a prática de atos, por quem esteja na gestão ou representação da sociedade, com excesso de poder ou a infração à lei, contrato social ou estatutos e que tenham implicado, se não o surgimento, ao menos o inadimplemento de obrigações tributárias. Ora, ainda que se considere o mero inadimplemento de tributos por força do risco do negócio, bem como o mero atraso no pagamento de tributos, incapaz de fazer com que os sócios com poderes de gestão respondam com seu patrimônio por dívida da sociedade, o mesmo não ocorre quando há dissolução irregular da sociedade, devidamente comprovada por meio de diligência realizada por meio de oficial de justiça, posto que há o descumprimento de deveres por parte dos sócios gerentes/administradores da sociedade (cf. Súmula 475 do STF). A admissão da corresponsabilidade dos sócios, simplesmente pelo só fato de terem seu nome gravado na CDA, significa reconhecer, ao final, que a CDA é documento dissociado da realidade administrativa ou, por outro lado, decorre do até recentemente aplicado aos créditos tributários-previdenciários art. 13 da Lei nº 8.620/93. Em conclusão, a falta de pagamento de tributo não configura, por si só, nem em tese, circunstância que acarrete a responsabilidade subsidiária do sócio. É indispensável, para tanto, que tenha agido com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto da empresa. O sócio deve responder pelos débitos fiscais do período em que exerceu a administração da sociedade apenas na hipótese de restar provado que agiu com dolo ou fraude e exista prova de que a sociedade, em razão de dificuldade econômica decorrente desse ato, não pôde cumprir o débito fiscal. Apesar de revogado pela Lei nº 11.941/09, este dispositivo somente pode ser interpretado em sintonia com o art. 135 do CTN (REsp nº 736.428/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, j. 03.08.2006, DJ 21.08.2006, p. 243) - razão por que cabe ao exequente a prova de que o sócio/terceiro praticou atos ilegais ou abusivos, aplicando-se a inversão do ônus da prova apenas quando provado administrativamente pelo exequente a responsabilidade do sócio. A prima facie, constata-se que não há nos autos qualquer elemento que demonstre que o sócio agiu com excesso de poder ou infração à lei. Embargos infringentes a que se nega provimento.”

(TRF3, EI 697921, Rel. Des. Fed. José Lunardelli, DJ 01/03/2012).

Por outro lado, conforme entendimento jurisprudencial pacificado, apesar de ser encargo da empresa o recolhimento de tributos, o mero inadimplemento ou atraso no pagamento não caracteriza a responsabilidade tributária disposta no artigo 135, III, do CTN.

Cabe consignar que, em uma sociedade capitalista, o risco é inerente à própria atividade comercial, industrial ou empresarial. Portanto, o sócio não pode ser responsabilizado pelo insucesso da pessoa jurídica.

Apesar de ser encargo da empresa o recolhimento de tributos, o mero inadimplemento ou atraso no pagamento não caracteriza a responsabilidade tributária disposta no artigo 135, III, do CTN.

Nesse sentido, a Súmula n. 430 do C. STJ: *"O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente"*.

O mesmo não ocorre quando há dissolução irregular da sociedade, devidamente comprovada por meio de diligência realizada por meio de Oficial de Justiça, posto haver o descumprimento de deveres por parte dos sócios gerentes/administradores da sociedade, nos termos da Súmula n. 435 do STJ:

"Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente".

Destarte, a certidão de Oficial de Justiça, no sentido de que a empresa não mais existe, é indício bastante de dissolução irregular, apto a ensejar o redirecionamento da execução (STJ, AGRESp n. 175282, Rel. Min. Humberto Martins, j. 26.06.12; TRF3, AI n. 201203000225393, Rel. Des. Fed. Luiz Stefanini, decisão proferida em 20.08.12; AI n. 201103000311827, Rel. Des. Fed. Antonio Cedenho, j. 03.09.12).

O senhor Oficial de Justiça certificou nos autos originários que a empresa executada encontra-se inativa (ID 129072546 - pág. 39).

Ressalte-se, bem assim, que o sócio, ora agravante, tinha poderes de administração, à época do fato gerador e da dissolução irregular da empresa, conforme se constata pela Ficha Cadastral expedida pela JUCESP (ID 129072546 - págs. 45/47).

Quanto a prescrição para o redirecionamento do feito, o C. STJ no julgamento do Resp. 1.201.993/SP (Tema 444), pela sistemática dos recursos repetitivos, analisou e decidiu acerca do início da contagem da prescrição para o redirecionamento da Execução Fiscal, cujo julgamento ficou assimmentado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (AFETADO NA VIGÊNCIA DO ART. 543-C DO CPC/1973 - ART. 1.036 DO CPC/2015 - E RESOLUÇÃO STJ 8/2008). EXECUÇÃO FISCAL. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO PARA O REDIRECIONAMENTO. DISTINGUISHING RELACIONADO À DISSOLUÇÃO IRREGULAR POSTERIOR À CITAÇÃO DA EMPRESA, OU A OUTRO MARCO INTERRUPTIVO DA PRESCRIÇÃO. ANÁLISE DA CONTROVÉRSIA SUBMETIDA AO RITO DO ART. 543-C DO CPC/1973 (ATUAL 1.036 DO CPC/2015) 1. A Fazenda do Estado de São Paulo pretende redirecionar Execução Fiscal para o sócio-gerente da empresa, diante da constatação de que, ao longo da tramitação do feito (após a citação da pessoa jurídica, a concessão de parcelamento do crédito tributário, a penhora de bens e os leilões negativos), sobreveio a dissolução irregular. Sustenta que, nessa hipótese, o prazo prescricional de cinco anos não pode ser contado da data da citação da pessoa jurídica.

TESE CONTROVERTIDA ADMITIDA 2. Sob o rito do art. 543-C do CPC/1973 (art. 1.036 e seguintes do CPC/2015), admitiu-se a seguinte tese controvertida (Tema 444): "prescrição para o redirecionamento da Execução Fiscal, no prazo de cinco anos, contados da citação da pessoa jurídica".

DELIMITAÇÃO DA MATÉRIA COGNOSCÍVEL 3. Na demanda, almeja-se definir, como muito bem sintetizou o eminente Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, o termo inicial da prescrição para o redirecionamento, especialmente na hipótese em que se deu a dissolução irregular, conforme reconhecido no acórdão do Tribunal a quo, após a citação da pessoa jurídica. Destaca-se, como premissa lógica, a precisa manifestação do eminente Ministro Gurgel de Faria, favorável a que "terceiros pessoalmente responsáveis (art. 135 do CTN), ainda que não participantes do processo administrativo fiscal, também podem vir a integrar o polo passivo da execução, não para responder por débitos próprios, mas sim por débitos constituídos em desfavor da empresa contribuinte". 4. Com o propósito de alcançar consenso acerca da matéria de fundo, que é extremamente relevante e por isso tratada no âmbito de recurso repetitivo, buscou-se incorporar as mais diversas observações e sugestões apresentadas pelos vários Ministros que se manifestaram nos sucessivos debates realizados, inclusive por meio de votos-vista - em alguns casos, com apresentação de várias teses, nem sempre congruentes entre si ou com o objeto da pretensão recursal.

PANORAMA GERAL DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ SOBRE A PRESCRIÇÃO PARA O REDIRECIONAMENTO 5. Preliminarmente, observa-se que o legislador não disciplinou especificamente o instituto da prescrição para o redirecionamento. O Código Tributário Nacional discorre genericamente a respeito da prescrição (art. 174 do CTN) e, ainda assim, o faz em relação apenas ao devedor original da obrigação tributária. 6. Diante da lacuna da lei, a jurisprudência do STJ há muito tempo consolidou o entendimento de que a Execução Fiscal não é imprescritível. Com a orientação de que o art. 40 da Lei 6.830/1980, em sua redação original, deve ser interpretado à luz do art. 174 do CTN, definiu que, constituindo a citação da pessoa jurídica o marco interruptivo da prescrição, extensível aos devedores solidários (art. 125, III, do CTN), o redirecionamento com fulcro no art. 135, III, do CTN deve ocorrer no prazo máximo de cinco anos, contado do aludido ato processual (citação da pessoa jurídica). Precedentes do STJ: Primeira Seção: AgRg nos EREsp 761.488/SC, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe de 7.12.2009. Primeira Turma: AgRg no Ag 1.308.057/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, DJe 26.10.2010; AgRg no Ag 1.159.990/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe 30.8.2010; AgRg no REsp 1.202.195/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe 22.2.2011; AgRg no REsp 734.867/SC, Rel. Ministra Denise Arruda, DJe 2.10.2008. Segunda Turma: AgRg no AREsp 88.249/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 15.5.2012; AgRg no Ag 1.211.213/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 24.2.2011; REsp 1.194.586/SP, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 28.10.2010; REsp 1.100.777/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 2.4.2009, DJe 4.5.2009. 7. A jurisprudência das Turmas que compõem a Seção de Direito Público do STJ, atenta à necessidade de corrigir distorções na aplicação da lei federal, reconheceu ser preciso distinguir situações jurídicas que, por possuírem características peculiares, afastam a exegese tradicional, de modo a preservar a integridade e a eficácia do ordenamento jurídico. Nesse sentido, analisou precisamente hipóteses em que a prática de ato de infração à lei, descrito no art. 135, III, do CTN (como, por exemplo, a dissolução irregular), ocorreu após a citação da pessoa jurídica, modificando para momento futuro o termo inicial do redirecionamento: AgRg no REsp 1.106.281/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 28.5.2009; AgRg no REsp 1.196.377/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 27.10.2010. 8. Efetivamente, não se pode dissociar o tema em discussão das características que definem e assim individualizam o instituto da prescrição, quais sejam a violação de direito, da qual se extrai uma pretensão exercível, e a cumulação do requisito objetivo (transcurso de prazo definido em lei) com o subjetivo (inércia da parte interessada).

TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO PARA REDIRECIONAMENTO EM CASO DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR PREEXISTENTE OU ULTERIOR À CITAÇÃO PESSOAL DA EMPRESA 9. *Afastada a orientação de que a citação da pessoa jurídica dá início ao prazo prescricional para redirecionamento, no específico contexto em que a dissolução irregular sucede a tal ato processual (citação da empresa), impõe-se a definição da data que assinala o termo a quo da prescrição para o redirecionamento nesse cenário peculiar (distinguishing).* 10. *No rigor técnico e lógico que deveria conduzir a análise da questão controvertida, a orientação de que a citação pessoal da empresa constitui o termo a quo da prescrição para o redirecionamento da Execução Fiscal deveria ser aplicada a outros ilícitos que não a dissolução irregular da empresa - com efeito, se a citação pessoal da empresa foi realizada, não há falar, nesse momento, em dissolução irregular e, portanto, em início da prescrição para redirecionamento com base nesse fato (dissolução irregular).* 11. *De outro lado, se o ato de citação resultar negativo devido ao encerramento das atividades empresariais ou por não se encontrar a empresa estabelecida no local informado como seu domicílio tributário, aí, sim, será possível cogitar da fluência do prazo de prescrição para o redirecionamento, em razão do enunciado da Súmula 435/STJ ("Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente").* 12. *Dessa forma, no que se refere ao termo inicial da prescrição para o redirecionamento, em caso de dissolução irregular preexistente à citação da pessoa jurídica, corresponderá aquele: a) à data da diligência que resultou negativa, nas situações regidas pela redação original do art. 174, parágrafo único, I, do CTN; ou b) à data do despacho do juiz que ordenar a citação, para os casos regidos pela redação do art. 174, parágrafo único, I, do CTN conferida pela Lei Complementar 118/2005.* 13. *No tocante ao momento do início do prazo da prescrição para redirecionar a Execução Fiscal em caso de dissolução irregular depois da citação do estabelecimento empresarial, tal marco não pode ficar ao talante da Fazenda Pública. Com base nessa premissa, mencionam-se os institutos da Fraude à Execução (art. 593 do CPC/1973 e art. 792 do novo CPC) e da Fraude contra a Fazenda Pública (art. 185 do CTN) para assinalar, como corretamente o fez a Ministra Regina Helena, que "a data do ato de alienação ou oneração de bem ou renda do patrimônio da pessoa jurídica contribuinte ou do patrimônio pessoal do(s) sócio(s) administrador(es) infrator(es), ou seu começo", é que corresponde ao termo inicial da prescrição para redirecionamento. Acrescenta-se que provar a prática de tal ato é incumbência da Fazenda Pública.*

TESE REPETITIVA 14. *Para fins dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015, fica assim resolvida a controvérsia repetitiva: (i) o prazo de redirecionamento da Execução Fiscal, fixado em cinco anos, contado da diligência de citação da pessoa jurídica, é aplicável quando o referido ato ilícito, previsto no art. 135, III, do CTN, for precedente a esse ato processual; (ii) a citação positiva do sujeito passivo devedor original da obrigação tributária, por si só, não provoca o início do prazo prescricional quando o ato de dissolução irregular for a ela subsequente, uma vez que, em tal circunstância, inexistirá, na aludida data (da citação), pretensão contra os sócios-gerentes (conforme decidido no REsp 1.101.728/SP, no rito do art. 543-C do CPC/1973, o mero inadimplemento da exação não configura ilícito atribuível aos sujeitos de direito descritos no art. 135 do CTN). O termo inicial do prazo prescricional para a cobrança do crédito dos sócios-gerentes infratores, nesse contexto, é a data da prática de ato inequívoco indicador do intuito de inviabilizar a satisfação do crédito tributário já em curso de cobrança executiva promovida contra a empresa contribuinte, a ser demonstrado pelo Fisco, nos termos do art. 593 do CPC/1973 (art. 792 do novo CPC - fraude à execução), combinado com o art. 185 do CTN (presunção de fraude contra a Fazenda Pública); e, (iii) em qualquer hipótese, a decretação da prescrição para o redirecionamento impõe seja demonstrada a inércia da Fazenda Pública, no lustro que se seguiu à citação da empresa originalmente devedora (REsp 1.222.444/RS) ou ao ato inequívoco mencionado no item anterior (respectivamente, nos casos de dissolução irregular precedente ou superveniente à citação da empresa), cabendo às instâncias ordinárias o exame dos fatos e provas atinentes à demonstração da prática de atos concretos na direção da cobrança do crédito tributário no decurso do prazo prescricional.*

RESOLUÇÃO DO CASO CONCRETO 15. *No caso dos autos, a Fazenda do Estado de São Paulo alegou que a Execução Fiscal jamais esteve paralisada, pois houve citação da pessoa jurídica em 1999, penhora de seus bens, concessão de parcelamento e, depois da sua rescisão por inadimplemento (2001), retomada do feito após o comparecimento do depositário, em 2003, indicando o paradeiro dos bens, ao que se sucedeu a realização de quatro leilões, todos negativos. Somente com a tentativa de substituição da constrição judicial é que foi constatada a dissolução irregular da empresa (2005), ocorrida inquestionavelmente em momento seguinte à citação da empresa, razão pela qual o pedido de redirecionamento, formulado em 2007, não estaria fulminado pela prescrição.* 16. *A genérica observação do órgão colegiado do Tribunal a quo, de que o pedido foi formulado após prazo superior a cinco anos da citação do estabelecimento empresarial ou da rescisão do parcelamento é insuficiente, como se vê, para caracterizar efetivamente a prescrição, de modo que é manifesta a aplicação indevida da legislação federal.* 17. *Tendo em vista a assertiva fazendária de que a circunstância fática que viabilizou o redirecionamento (dissolução irregular) foi ulterior à citação da empresa devedora (até aqui fato incontroverso, pois expressamente reconhecido no acórdão hostilizado), caberá às instâncias de origem pronunciar-se sobre a veracidade dos fatos narrados pelo Fisco e, em consequência, prosseguir no julgamento do Agravo do art. 522 do CPC/1973, observando os parâmetros acima fixados.* 18. *Recurso Especial provido. (REsp 1201993/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/05/2019, DJe 12/12/2019)*

De acordo, com a certidão de 04/12/2012 (ID 129072546 - Pág. 39), o Oficial de Justiça deixou de proceder a substituição da penhora, pois foi informado pelo depositário, Sr. José Primo Piccolo, que a empresa foi extinta.

No caso, somente a partir da diligência negativa do Sr. Oficial de Justiça, a exequente pôde constatar a ocorrência da dissolução irregular da empresa, nos termos da Súmula n. 435/STJ. O pedido de redirecionamento da execução em face dos sócios responsáveis pela empresa executada se deu em 28/01/2013 (ID 129072546 – Págs. 42/43).

Conforme se vê, não houve o decurso de prazo superior a cinco anos, entre a data da constatação da dissolução irregular e o pedido de redirecionamento da execução fiscal.

Ante o exposto, indefiro o efeito suspensivo.

Int.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016390-37.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVAVEIS

AGRAVADO: TRANSMIMO LTDA

Advogado do(a) AGRAVADO: RODRIGO CARDOSO BIAZIOLI - SP237165-A

DESPACHO

Preliminarmente, tendo em vista a necessidade de esclarecimentos acerca da questão discutida, postergo a apreciação do pedido de atribuição de efeito suspensivo e/ou antecipação da tutela recursal para após a vinda da contraminuta.

Assim, manifeste(m)-se o(s) agravado(s), nos termos do artigo 1019, II, do Código de Processo Civil.

Oportunamente, voltem-me conclusos.

Intime(m)-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

MARCELO SARAIVA

Desembargador Federal

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0001621-25.2014.4.03.6110

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: JARAGUA EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS LTDA

Advogado do(a) APELADO: CELSO BOTELHO DE MORAES - SP22207-A

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Vistos, etc.

ID 133224768 -Tendo em vista o entendimento de que os documentos originais somente serão entregues à parte que os produziu, mediante a anuência da parte adversa, deverá a requerente especificar quais os documentos originais cuja guarda pretende obter, inclusive com a indicação das páginas correspondentes, no entanto, fica prejudicado tal requerimento tendo em vista o funcionamento exclusivo do Tribunal por meio de teletrabalho em decorrência da pandemia do Corona vírus. Assim, aguarde-se momento oportuno de reabertura do Tribunal.

Intime-se.

Após, retornemos os autos conclusos.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016513-35.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: COMPANHIA PAULISTA DE FORÇA E LUZ

Advogados do(a) AGRAVANTE: ROBERTA DE AMORIM DUTRA - SP235169-A, TULIO GONZALEZ DAL POZ- SP422845, FATIMA FERNANDES RODRIGUES DE SOUZA - SP26689-A, MARCELO MONTALVAO MACHADO - SP357553, SAMUEL MEZZALIRA - SP257984-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

DESPACHO

Preliminarmente, tendo em vista a necessidade de esclarecimentos acerca da questão discutida, postergo a apreciação do pedido de atribuição de efeito suspensivo e/ou antecipação da tutela recursal para após a vinda da contraminuta.

Assim, manifeste(m)-se o(s) agravado(s), nos termos do artigo 1019, II, do Código de Processo Civil.

Oportunamente, voltem-me conclusos.

Intime(m)-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

MARCELO SARAIVA

Desembargador Federal

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5005241-02.2019.4.03.6104

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: WALDOMIRO CORREA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: MARCIO JOSE DE OLIVEIRA LOPES - SP245483-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, WALDOMIRO CORREA

Advogado do(a) APELADO: MARCIO JOSE DE OLIVEIRA LOPES - SP245483-A

DESPACHO

Com razão o apelante, uma vez que seu recurso versa, exclusivamente, honorários advocatícios, razão pela qual reconsidero a decisão do ID 13453180.

Intime-se.

Após, cls.

São Paulo, 21 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0000727-31.2004.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: BANCO CENTRAL DO BRASIL

APELADO: VALPI BRAGA BONOTE

Advogado do(a) APELADO: VERA LUCIA DE CARVALHO NETTO COSTA - SP58787

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do(a) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a), de acordo com o artigo 1º da Ordem de Serviço nº 1/2016 - PRESI/DIRG/SEJU/UTU4, faço abertura de vista para que a(s) parte(s) (**VALPI BRAGA BONOTE**), ora embargada(s), querendo, manifeste(m)-se nos termos do § 2º do art. 1023 da Lei nº 13.105/15 (Novo CPC).

Considera-se data da publicação o primeiro dia útil subsequente ao dia de disponibilização no Diário Eletrônico da Justiça Federal.

São Paulo, 22 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5004439-29.2019.4.03.6128

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM JUNDIAI, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

APELADO: FOXCONN BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO LTDA, FOXCONN BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO LTDA

Advogado do(a) APELADO: ENEIDA VASCONCELOS DE QUEIROZ MIOTTO - SP349138-A

Advogado do(a) APELADO: ENEIDA VASCONCELOS DE QUEIROZ MIOTTO - SP349138-A

D E C I S Ã O

Cuida-se de apelação da União Federal visando a reforma da r. sentença, que concedeu a segurança no presente *mandamus* e reconheceu o direito ao creditamento do IPI na aquisição de insumos isentos provenientes da Zona Franca de Manaus, por meio de ressarcimento/compensação, com correção pela SELIC, desde a data em que poderiam ter sido aproveitados até o mês de seu efetivo aproveitamento, observando a prescrição quinquenal e o disposto no art. 170-A do CTN.

Em suas razões, a apelante sustenta, a improcedência do pedido.

Com contrarrazões.

O representante do Ministério Público Federal deixou de opinar quanto ao mérito, restituindo os autos para regular prosseguimento.

É o Relatório.

Decido.

O artigo 932, inciso V, alínea "b", do NCPC, autoriza o Relator a dar provimento a recurso que for contrário a acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos.

É essa a hipótese dos autos.

Por primeiro, o feito deve ser submetido à remessa necessária, nos termos do art. 14, §1. da Lei n. 12.016/09.

Depois, anote-se que, nos presentes autos, pleiteia a impetrante ter reconhecido seu direito ao creditamento de IPI, na aquisição de insumos oriundos da Zona Franca de Manaus.

O Decreto-Lei nº 288/1967, em seu artigo 9º, instituiu isenção em relação ao imposto sobre produtos industrializados para as mercadorias produzidas na Zona Franca de Manaus, nos seguintes termos:

Art. 9º Estão isentas do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) todas as mercadorias produzidas na Zona Franca de Manaus, quer se destinem ao seu consumo interno, quer à comercialização em qualquer ponto do Território Nacional. (Redação dada pela Lei nº 8.387, de 30.12.91)

§ 1º A isenção de que trata este artigo, no que respeita aos produtos industrializados na Zona Franca de Manaus que devam ser internados em outras regiões do País, ficará condicionada à observância dos requisitos estabelecidos no art. 7º deste decreto-lei. (Incluído pela Lei nº 8.387, de 30.12.91)

§ 2º A isenção de que trata este artigo não se aplica às mercadorias referidas no § 1º do art. 3º deste decreto-lei. (Incluído pela Lei nº 8.387, de 30.12.91) (...)

Acerca da não-cumulatividade e do creditamento do IPI na entrada de produtos isentos, não tributáveis ou sujeitos à alíquota zero, o Supremo Tribunal Federal consolidou o seu entendimento ao julgar o RE 398.365/RS, sob a sistemática de repercussão geral: "O princípio da não cumulatividade não assegura direito de crédito presumido de IPI para o contribuinte adquirente de insumos não tributados, isentos ou sujeitos à alíquota zero".

Entretanto, especificamente em relação aos produtos provenientes da Zona Franca de Manaus, o Supremo Tribunal Federal adotou outra postura em recente decisão proferida no RE 592.891/SP, também julgado sob o regime de repercussão geral, cuja ementa restou assim redigida:

*TRIBUTÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS – IPI. CREDITAMENTO NA AQUISIÇÃO DIRETA DE INSUMOS PROVENIENTES DA ZONA FRANCA DE MANAUS. ARTIGOS 40, 92 E 92-A DO ADCT. CONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 3º, 43, § 2º, III, 151, I E 170, I E VII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INAPLICABILIDADE DA REGRA CONTIDA NO ARTIGO 153, § 3º, II DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL À ESPÉCIE. O fato de os produtos serem oriundos da Zona Franca de Manaus reveste-se de particularidade suficiente a distinguir o presente feito dos anteriores julgados do Supremo Tribunal Federal sobre o creditamento do IPI quando em jogo medidas desonerativas. **O tratamento constitucional conferido aos incentivos fiscais direcionados para sub-região de Manaus é especialíssimo. A isenção do IPI em prol do desenvolvimento da região é de interesse da federação como um todo, pois este desenvolvimento é, na verdade, da nação brasileira. A peculiaridade desta sistemática reclama exegese teleológica, de modo a assegurar a concretização da finalidade pretendida. À luz do postulado da razoabilidade, a regra da não cumulatividade esculpida no artigo 153, § 3º, II da Constituição, se compreendida como uma exigência de crédito presumido para creditamento diante de toda e qualquer isenção, cede espaço para a realização da igualdade, do pacto federativo, dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e da soberania nacional. Recurso Extraordinário desprovido.***

(RE 592891, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 25/04/2019, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-204 DIVULG 19-09-2019 PUBLIC 20-09-2019)

Configurado o indébito fiscal, passo à análise do pedido de ressarcimento/compensação.

A impetrante comprovou a condição de contribuinte (id 13630706). E nesse diapasão, por ter sido comprovada a condição de contribuinte, outros documentos poderão ser apresentados, por ocasião do efetivo creditamento, cabendo ao Fisco, no momento oportuno, proceder à plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos, a forma de apuração, a dedução de eventuais estornos, a exatidão dos valores, os documentos comprobatórios e o *quantum* a ser repetido.

Por seu turno, o aproveitamento de créditos escriturais, em regra, não enseja correção monetária, a não ser que o creditamento seja impedido por óbice ilegítimo do Fisco.

Com efeito, o E. STJ firmou entendimento em recurso representativo da controvérsia (REsp 1.035.847/RS) de que nos casos de pedidos de ressarcimento de créditos deve incidir a correção monetária se houver demora no atendimento pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

No mesmo sentido a Súmula 411 do STJ:

"É devida a correção monetária ao creditamento do IPI quando há oposição ao seu aproveitamento decorrente de resistência ilegítima do Fisco".

Na hipótese dos autos, tem direito o impetrante ao ressarcimento/compensação da diferença dos valores decorrentes da aplicação da SELIC sobre os créditos de IPI, quando houver resistência injustificada do Fisco.

Quanto à definição do termo inicial da incidência de correção monetária no ressarcimento/compensação de créditos tributários escriturais, o E. STJ no julgamento dos Recursos Especiais n.ºs 1.767.945/PR, 1.768.060/RS e 1.768.415/SC, submetidos à sistemática dos recursos repetitivos, julgados em 12/02/2020, DJe 06/05/2020, definiu que: "*O termo inicial da correção monetária de ressarcimento de crédito escritural excedente de tributo sujeito ao regime não cumulativo ocorre somente após escoado o prazo de 360 dias para a análise do pedido administrativo pelo Fisco (art. 24 da Lei n. 11.457/2007)*".

Com relação à prescrição, anote-se que para as ações ajuizadas a partir de 9/6/2005, como no presente caso, o prazo prescricional para a repetição ou compensação de indébito é quinquenal, nos termos da orientação firmada pelo STF nos autos da Repercussão Geral no RE 566621/RS.

O regime aplicável à compensação tributária, conforme entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, é aquele vigente à época do ajuizamento da demanda (RESP 1.137.738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010).

O ajuizamento da ação ocorreu na vigência da Lei 10.637/2002, que passou a admitir a compensação entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornando desnecessário o prévio requerimento administrativo.

No entanto, somente poderá ser efetuada após o trânsito em julgado da sentença ou acórdão proferido neste processo, em face do disposto no art. 170-A do CTN, instituído pela LC 104/2001.

Na hipótese, há de ser reconhecida à impetrante, a incidência da taxa SELIC, aos saldos credores do IPI computados nas aquisições de insumos de fornecedores da Zona Franca de Manaus, escoado o prazo de 360 dias para a análise do pedido administrativo pelo Fisco, quando houver resistência injustificada do Fisco.

Há de ser reformada a r. sentença, portanto, no tocante ao termo inicial para aplicação da taxa SELIC aos créditos de IPI ora discutidos.

Ante o exposto, com fulcro no artigo 932, V, "b" do NCPC, dou parcial provimento à remessa oficial, tida por ocorrida, e à apelação conforme fundamentação.

Dê-se vista ao Ministério Público Federal.

Publique-se. Intime-se.

Oportunamente, observadas as formalidades legais, baixemos autos à Vara de origem.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) N° 5014933-67.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: DCM - DROGARIA LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: ADOLPHO BERGAMINI - SP239953-A, DANIEL BIAGINI BRAZAO BARTKEVICIUS - SP346152-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por DCM–DROGARIA LTDA. visando a reforma da r. decisão que, em sede de mandado de segurança, indeferiu o pedido liminar objetivando provimento jurisdicional para que a agravante não se sujeite ao recolhimento das contribuições destinadas a “terceiros” (Sistema "S" - Sesi, Senai, Sesc, Senac, Senat, Sebrae e Incra), após a entrada em vigor do art. 149, § 2º, da Constituição Federal, na redação dada pela EC nº 33/2001 ou, subsidiariamente, não se sujeite ao recolhimento das mesmas contribuições destinadas a “terceiros”, na parte em que exceder a base de cálculo de vinte salários-mínimos, nos exatos termos do parágrafo único do artigo 4º da Lei nº 6.950/81.

Alega a agravante, em síntese, que a partir da EC 33/01 as contribuições sociais gerais ou de intervenção no domínio econômico cuja base de cálculo esteja em desacordo com aquelas permitidas pelo artigo 149 da CF não foram recepcionadas, eis que materialmente incompatíveis. Subsidiariamente, sustenta que o Decreto nº 2.318/86 revogou tão-somente a limitação imposta no art. 4º da Lei 6.950/81 para as contribuições previdenciárias, vez que nada pronunciou-se quanto às contribuições destinadas à terceiros. Requer seja concedida a tutela antecipada recursal.

É o relatório.

Decido.

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

O caso é de deferimento parcial da tutela pretendida.

As contribuições, ora questionadas, encontram fundamento de validade no art. 149 da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

(...)

§ 2º As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o caput deste artigo: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

I - não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

II - incidirão também sobre a importação de produtos estrangeiros ou serviços; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

III - poderão ter alíquotas: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

a) ad valorem, tendo por base o faturamento, a receita bruta ou o valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

b) específica, tendo por base a unidade de medida adotada. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

A EC nº 33/2001, portanto, não alterou o caput do art. 149, apenas incluiu regras adicionais, entre as quais, a possibilidade de estabelecer alíquotas *ad valorem* ou específicas sobre as bases ali elencadas de forma não taxativa. O uso do vocábulo “poderão” no inciso III, faculta ao legislador a utilização da alíquota *ad valorem*, com base no faturamento, receita bruta, valor da operação, ou o valor aduaneiro, no caso de importação. No entanto, trata-se de uma faculdade, o rol é apenas exemplificativo.

É certo que a Constituição, nas situações em que pretendeu limitar as bases de cálculo elegíveis adotou as expressões “incidente sobre”, “será”, “incidirá”, enquanto a utilização do verbo “poderá” é empregada em hipóteses típicas de mera faculdade, pelo que se deve entender que a EC n. 33/01 seguiu a mesma técnica legislativa.

Neste ponto a contribuição ao INCRA, que também tem fundamento de validade no art. 149 da Constituição, como contribuição de intervenção no domínio econômico, segue o mesmo raciocínio.

Ressalto que a Primeira Seção do STJ, ao julgar o REsp 977.058/RS, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC/1973, reafirmou o entendimento de que a contribuição do adicional de 0,2% destinado ao INCRA não foi extinta pelas Leis 7.787/89, 8.212/91 e 8.213/91, considerando a sua natureza jurídica de Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE).

Ainda, em relação a contribuição ao INCRA, na condição de contribuição especial atípica, não se aplica a referibilidade direta, podendo ser exigida mesmo de empregadores urbanos.

Isso porque é constitucionalmente destinada a finalidades não diretamente referidas ao sujeito passivo, o qual não necessariamente é beneficiado com a atuação estatal e nem a ela dá causa, sendo esse o traço característico que as distingue das contribuições de interesse de categorias profissionais e de categorias econômicas.

Anoto que a contribuição SEBRAE, que segue os mesmos moldes da contribuição ao INCRA, foi declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal (RE 396266, Relator Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 26/11/2003, DJ 27-02-2004) quando já em vigor referida Emenda.

O mesmo ocorre com as contribuições integrantes do Sistema S, como o Sesc e o Senai, que já foram objeto de análise pelo Colendo STF.

Note-se que o texto do § 2º do art. 149 faz referência expressa, tanto às CIDE, quanto às contribuições sociais. No entanto, tem-se que, mesmo após a EC nº 33/2001, é perfeitamente constitucional a incidência de contribuições sociais sobre a folha de salários (art. 195, I, “a”, da CF).

Em resumo, inexistente qualquer incompatibilidade de natureza constitucional entre a base de cálculo (folha de salários) das contribuições combatidas e as bases econômicas mencionadas no art. 149, § 2º, inciso III, alínea “a”, do texto constitucional.

As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico podem, certamente, incidir sobre a folha de salários.

Posto isto, anote-se que, no tocante ao pedido subsidiário de limitação do recolhimento das contribuições sociais devidas a terceiros, o art. 4º da Lei nº 6.950/81, assim dispôs:

Art 4º - O limite máximo do salário-de-contribuição, previsto no [art. 5º da Lei nº 6.332, de 18 de maio de 1976](#), é fixado em valor correspondente a 20 (vinte) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

Parágrafo único - O limite a que se refere o presente artigo aplica-se às contribuições parafiscais arrecadadas por conta de terceiros.

Por sua vez, o art. 3º do Decreto-Lei nº 2.318/86 dispôs:

Art 3º Para efeito do cálculo da contribuição da empresa para a previdência social, o salário de contribuição não está sujeito ao limite de vinte vezes o salário mínimo, imposto pelo [art. 4º da Lei nº 6.950, de 4 de novembro de 1981](#).

Dessa maneira, no que se refere às demais contribuições, fica mantido o limite estabelecido pelo artigo 4º da Lei nº 6.950/1981, já que o Decreto-Lei nº 2.318/1986 destina-se apenas às fontes de custeio da Previdência Social.

Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DEVIDA A TERCEIROS. LIMITE DE VINTE SALÁRIOS MÍNIMOS. ART. 4º DA LEI 6.950/1981 NÃO REVOGADO PELO ART. 3º DO DL 2.318/1986. INAPLICABILIDADE DO ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO DA FAZENDA NACIONAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Com a entrada em vigor da Lei 6.950/1981, unificou-se a base contributiva das empresas para a Previdência Social e das contribuições parafiscais por conta de terceiros, estabelecendo, em seu art. 4º., o limite de 20 salários-mínimos para base de cálculo.

Sobreveio o Decreto 2.318/1986, que, em seu art. 3º., alterou esse limite da base contributiva apenas para a Previdência Social, restando mantido em relação às contribuições parafiscais.

2. Ou seja, no que diz respeito às demais contribuições com função parafiscal, fica mantido o limite estabelecido pelo artigo 4º., da Lei nº 6.950/1981, e seu parágrafo, já que o Decreto-Lei 2.318/1986 dispunha apenas sobre fontes de custeio da Previdência Social, não havendo como estender a supressão daquele limite também para a base a ser utilizada para o cálculo da contribuição ao INCRA e ao salário-educação.

3. Sobre o tema, a Primeira Turma desta Corte Superior já se posicionou no sentido de que a base de cálculo das contribuições parafiscais recolhidas por conta de terceiros fica restrita ao limite máximo de 20 salários-mínimos, nos termos do parágrafo único do art. 4º. da Lei 6.950/1981, o qual não foi revogado pelo art. 3º. do DL 2.318/1986, que disciplina as contribuições sociais devidas pelo empregador diretamente à Previdência Social. Precedente: REsp. 953.742/SC, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJe 10.3.2008.

4. Na hipótese dos autos, não tem aplicação, na fixação da verba honorária, os parâmetros estabelecidos no art. 85 do Código Flux, pois a legislação aplicável para a estipulação dos honorários advocatícios será definida pela data da sentença ou do acórdão que fixou a condenação, devendo ser observada a norma adjetiva vigente no momento de sua publicação.

5. Agravo Interno da FAZENDA NACIONAL a que se nega provimento.

(AgInt no REsp 1570980/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2020, DJe 03/03/2020-grifei)

Logo, o artigo 4º da Lei nº 6.950/81 permanece vigente para a apuração das contribuições destinadas a terceiros/parafiscais.

Demonstrado o *fumus boni iuris*, verifico a presença do *periculum in mora*, já que, sem a decisão judicial pretendida, a agravante sofre o risco de cobrança indevida, inclusive com inscrição de valores em dívida ativa, além de se submeter à estreita e demorada via da repetição do indébito.

Ante o exposto, **defiro parcialmente a antecipação da tutela recursal**, apenas no que tange ao pedido subsidiário, nos termos da fundamentação.

Comunique-se ao MM. Juíza *quo*.

Civil Intime-se a parte agravada para que se manifeste nos termos e para os efeitos do art. 1.019, II, do Código de Processo

Após, abra-se vista ao Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 22 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001964-58.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: GUILHERME GOUVEA PICOLO, ALEXANDRE MARCOS RIZZO, LADISLAU TENORIO DE FREITAS

Advogado do(a) APELANTE: GUILHERME GOUVEA PICOLO - SP312223-A

Advogado do(a) APELANTE: GUILHERME GOUVEA PICOLO - SP312223-A

Advogado do(a) APELANTE: GUILHERME GOUVEA PICOLO - SP312223-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

DESPACHO

Intimem-se os recorrentes para que efetuem o recolhimento dos valores previstos na Resolução nº 138 do E. TRF 3ª Região, considerando-se as disposições do art. 1.007 §4º do Código de Processo Civil, no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de deserção.

Intime-se.

São Paulo, 21 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0024884-64.2011.4.03.9999
RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE
APELANTE: BALL EMBALAGENS LTDA
Advogado do(a) APELANTE: FLAVIO DE SAMUNHOZ - SP131441-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0024884-64.2011.4.03.9999
RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE
APELANTE: BALL EMBALAGENS LTDA
Advogado do(a) APELANTE: FLAVIO DE SAMUNHOZ - SP131441
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por LATAPACK BALL EMBALAGENS LTDA, sucedida por CENTROTAMPA EMBALAGENS LTDA, em face da sentença que julgou improcedentes os seus embargos à execução.

Alega a apelante, em síntese, que houve erro formal na realização do pagamento, em razão do recolhimento de débitos de dois estabelecimentos (matriz e filial) em um único DARF. Sustenta que houve o reconhecimento administrativo do recolhimento integral dos valores exigidos. Aduz impossibilidade de retificação do erro no recolhimento, a impossibilidade de prevalência do disposto em instrução normativa em detrimento de lei complementar e a ofensa ao princípio da legalidade, moralidade e eficiência.

Concedido efeito suspensivo à apelação.

Apresentadas contrarrazões.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0024884-64.2011.4.03.9999
RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE
APELANTE: BALL EMBALAGENS LTDA
Advogado do(a) APELANTE: FLAVIO DE SAMUNHOZ - SP131441
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

VOTO

De início, importa destacar que o sistema de arrecadação da Receita Federal funciona por processamento eletrônico, sendo que qualquer divergência no preenchimento da declaração ou DARF inviabiliza a vinculação do pagamento ao débito em aberto.

No caso em tela, a apelante cometeu equívoco formal no preenchimento da guia de recolhimento, que consistiu no pagamento do IPI apurado pela matriz e pela filial em um só DARF, quando deveria ter recolhido em DARFs independentes, um para cada estabelecimento.

Diante desse equívoco, não houve a vinculação do pagamento ao débito em aberto, ocasionando a sua inscrição em dívida ativa sob o nº 80 3 05 001448-56.

Compulsando os autos, verifico que o Fisco reconheceu que houve “*excessos de pagamento no CNPJ da matriz*” (doc. id nº 106470621 – pag. 215). Ademais, do conjunto probatório é possível observar que não só houve o efetivo pagamento dos débitos em questão, como também tal fato não foi contestado pela Fazenda Nacional.

Ora, manter a cobrança dos valores questionados, tão somente em razão de erro formal no recolhimento, corresponderia a exigir tributo quando se sabe não ser ele devido.

O erro ocorrido no preenchimento das DARFs não pode elidir a realidade dos fatos, especialmente quando evidenciado o direito da apelante.

De fato, a busca pela verdade material deve ser almejada sempre que possível. E, neste caso, a documentação apresentada pela embargante, ora apelante, indica a veracidade das suas alegações.

Em casos análogos, já decidiu essa Corte: (QUARTA TURMA, ReeNec - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 366736 - 0011503-70.2016.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA, julgado em 19/07/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:15/08/2017; SEGUNDA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 332844 - 0002015-04.2010.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR, julgado em 10/10/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/12/2017; SEXTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2207449 - 0001093-35.2016.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, julgado em 16/03/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/03/2017; TERCEIRA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 338483 - 0013902-48.2011.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 21/07/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:29/07/2016)

No caso concreto, há de ser reformada a r. sentença recorrida a fim de reconhecer a extinção dos débitos ora questionados na forma do art. 156, I, do CTN, com a alocação do saldo disponível no sistema de arrecadação da Receita Federal e o devido cancelamento da CDA nº 80 3 05 001448-56.

Considerando que a embargante deu causa ao ajuizamento da ação, em razão de seu próprio equívoco, deixo de condenar a embargada em honorários.

Ante o exposto, **dou provimento** à apelação da embargante.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ERRO FORMAL NO PREENCHIMENTO DA GUIA DARF. COMPROVADO O PAGAMENTO DOS DÉBITOS. VERDADE MATERIAL. RECURSO PROVIDO.

- O sistema de arrecadação da Receita Federal funciona por processamento eletrônico, sendo que qualquer divergência no preenchimento da declaração ou DARF inviabiliza a vinculação do pagamento ao débito em aberto.
- No caso em tela, a apelante cometeu equívoco formal, que consistiu no pagamento do IPI apurado pela matriz e pela filial em um só DARF, quando deveria ter recolhido em DARFs independentes, um para cada estabelecimento.
- Nada obstante, o Fisco reconheceu que houve “excessos de pagamento no CNPJ da matriz”.
- Do conjunto probatório constante dos autos, verifica-se que não só a embargante comprovou que houve o efetivo pagamento dos débitos em questão, como também tal fato não foi contestado pela Fazenda Nacional.
- Manter a cobrança dos valores questionados, tão somente em razão de erro formal no recolhimento, corresponderia a exigir tributo quando se sabe não ser ele devido.
- O erro ocorrido no preenchimento das DARFs não pode elidir a realidade dos fatos, especialmente quando evidenciado o direito da apelante.
- Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu dar provimento à Apelação, nos termos do voto da Des. Fed. MÔNICA NOBRE (Relatora), com quem votaram os Des. Fed. MARCELO SARAIVA e ANDRÉ NABARRETE, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0002059-31.2012.4.03.6107
RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE
APELANTE: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
Advogado do(a) APELANTE: JOSE ANTONIO ANDRADE - SP87317-A
APELADO: BRUNO MARTINS BITTES
Advogado do(a) APELADO: BRUNO MARTINS BITTES - SP237462
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0002059-31.2012.4.03.6107
RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE
APELANTE: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
Advogado do(a) APELANTE: JOSE ANTONIO ANDRADE - SP87317-A

RELATÓRIO

Trata-se de ação ordinária intentada contra a Caixa Econômica Federal – CEF, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, objetivando a contratação do autor para o cargo de advogado júnior, em decorrência de aprovação em concurso público para o cadastro de reserva.

A r. sentença julgou procedente o pedido para condenar a CEF a nomear e convocar o autor para o preenchimento do cargo de advogado júnior, nos termos do Edital n.º 1/2010/NS, mediante convocação para realização de exames admissionais e apresentação de documentos. Condenou a ré ao pagamento dos honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa, nos termos do art. 20, § 4.º, do CPC/73.

O MM. Juiz *a quo* deferiu a antecipação dos efeitos da tutela, para garantir a contratação do autor no cargo, nos termos do art. 461, § 5.º, do CPC/73 (ID 104905774 – pág. 10). No entanto, o próprio autor peticionou (ID 104905774 – págs. 59/60) renunciando à antecipação da tutela, informando preferir aguardar o trânsito em julgado para tomar posse, se for o caso, no cargo, “*com total segurança jurídica*”.

Nas razões de apelação, a Caixa Econômica Federal sustenta ausência de direito à nomeação do autor, tendo em vista ter prestado concurso para o cadastro de reservas. Argumenta, ainda, com a inexistência de preterição dos candidatos aprovados em decorrência da terceirização.

Houve apresentação de contrarrazões.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002059-31.2012.4.03.6107
RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE
APELANTE: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
Advogado do(a) APELANTE: JOSE ANTONIO ANDRADE - SP87317-A
APELADO: BRUNO MARTINS BITTES
Advogado do(a) APELADO: BRUNO MARTINS BITTES - SP237462

VOTO

De início, esclareço que o Código de Processo Civil de 1973 será o diploma processual aplicável ao deslinde da controvérsia, pois a r. sentença foi publicada na vigência do código revogado.

Por primeiro, cabe destacar que o autor prestou concurso para o cadastro de reserva tendo, portanto, mera expectativa de direito à nomeação.

O tema foi apreciado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 837.311, submetido à sistemática de Repercussão Geral. Eis o teor do precedente:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 784 DO PLENÁRIO VIRTUAL. CONTROVÉRSIA SOBRE O DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS ALÉM DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO NO CASO DE SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS DURANTE O PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. IN CASU, A ABERTURA DE NOVO CONCURSO PÚBLICO FOI ACOMPANHADA DA DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DA NECESSIDADE PREMENTE E INADIÁVEL DE PROVIMENTO DOS CARGOS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 37, IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988. ARBITRÁRIO. PRETERIÇÃO. CONVOLAÇÃO EXCEPCIONAL DA MERA EXPECTATIVA EM DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA, BOA-FÉ, MORALIDADE, IMPESSOALIDADE E DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA. FORÇA NORMATIVA DO CONCURSO PÚBLICO. INTERESSE DA SOCIEDADE. RESPEITO À ORDEM DE APROVAÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A TESE ORA DELIMITADA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O postulado do concurso público traduz-se na necessidade essencial de o Estado conferir efetividade a diversos princípios constitucionais, corolários do merit system, dentre eles o de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (CRFB/88, art. 5º, caput). 2. O edital do concurso com número específico de vagas, uma vez publicado, faz exsurgir um dever de nomeação para a própria Administração e um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas. Precedente do Plenário: RE 598.099 - RG, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 03-10-2011. 3. O Estado Democrático de Direito republicano impõe à Administração Pública que exerça sua discricionariedade entrenchada não, apenas, pela sua avaliação unilateral a respeito da conveniência e oportunidade de um ato, mas, sobretudo, pelos direitos fundamentais e demais normas constitucionais em um ambiente de perene diálogo com a sociedade. 4. O Poder Judiciário não deve atuar como "Administrador Positivo", de modo a aniquilar o espaço decisório de titularidade do administrador para decidir sobre o que é melhor para a Administração: se a convocação dos últimos colocados de concurso público na validade ou a dos primeiros aprovados em um novo concurso. Essa escolha é legítima e, ressalvadas as hipóteses de abuso, não encontra obstáculo em qualquer preceito constitucional. 5. Conseqüentemente, é cediço que a Administração Pública possui discricionariedade para, observadas as normas constitucionais, prover as vagas da maneira que melhor convier para o interesse da coletividade, como verbi gratia, ocorre quando, em função de razões orçamentárias, os cargos vagos só possam ser providos em um futuro distante, ou, até mesmo, que sejam extintos, na hipótese de restar caracterizado que não mais serão necessários. 6. A publicação de novo edital de concurso público ou o surgimento de novas vagas durante a validade de outro anteriormente realizado não caracteriza, por si só, a necessidade de provimento imediato dos cargos. É que, a despeito da vacância dos cargos e da publicação do novo edital durante a validade do concurso, podem surgir circunstâncias e legítimas razões de interesse público que justifiquem a inoportunidade da nomeação no curto prazo, de modo a obstaculizar eventual pretensão de reconhecimento do direito subjetivo à nomeação dos aprovados em colocação além do número de vagas. Nesse contexto, a Administração Pública detém a prerrogativa de realizar a escolha entre a prorrogação de um concurso público que esteja na validade ou a realização de novo certame. 7. A tese objetiva assentada em sede desta repercussão geral é a de que o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizadas por comportamento tácito ou expresso do Poder público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. Assim, a discricionariedade da Administração quanto à convocação de aprovados em concurso público fica reduzida ao patamar zero (Ermessensreduzierung auf Null), fazendo exsurgir o direito subjetivo à nomeação, verbi gratia, nas seguintes hipóteses excepcionais: i) Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital (RE 598.099); ii) Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF); iii) Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima. 8. In casu, reconhece-se, excepcionalmente, o direito subjetivo à nomeação aos candidatos devidamente aprovados no concurso público, pois houve, dentro da validade do processo seletivo e, também, logo após expirado o referido prazo, manifestações inequívocas da Administração piauiense acerca da existência de vagas e, sobretudo, da necessidade de chamamento de novos Defensores públicos para o Estado. 9. Recurso Extraordinário a que se nega provimento.”

Por outro lado, o terceirizado contratado, no caso, sociedade de advogados, não ocupa cargo público, pois a contratação ocorre diante de necessidade temporária e excepcional da administração.

A Caixa Econômica Federal demonstrou que as vagas do seu quadro jurídico somente são supridas por empregados concursados, nos termos do art. 37, inc. II, da Constituição Federal, sendo que a contratação fora do quadro existe somente em caso excepcionais, não sendo de pessoas físicas, mas de sociedades de advogados para pontuadas situações.

O quadro comparativo apresentado pela ora apelante demonstra que, ano após anos, cresceram exponencialmente a contratação de advogados concursados, reduzindo, na mesma proporção, o credenciamento de sociedades de advogados, o que comprova que não há preterição (ID 104905774 – págs. 33).

Ademais, a preterição que garantiria a nomeação do apelado deveria ser demonstrada de forma cabal, situação que não se operou.

Neste sentido, está a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e, igualmente, desta Turma julgadora. Confira-se:

“ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO CLASSIFICADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA DA PRETERIÇÃO ALEGADA. 1. Trata-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado pelo ora recorrente contra alegado ato omissivo do Presidente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios - TJDF, consubstanciado na não nomeação para o cargo de Analista Judiciário - Área: Judiciária - Especialidade: Oficial de Justiça Avaliador Federal. 2. O STJ entende que os candidatos aprovados fora do número de vagas determinado originariamente no edital, os quais integram o cadastro de reserva, não possuem direito líquido e certo à nomeação, mas mera expectativa de direito para o cargo a que concorreram. Precedente: AgRg no REsp 1.233.644/RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe 13.4.2011. 3. A Corte Especial do STJ passou a seguir a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 837.311/PI, segundo a qual "o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizada por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato" (Tema 784/STF) (AgInt no RE nos EDcl no AgInt no RMS 48.056/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Corte Especial, DJe 15.9.2017). No mesmo sentido: AgInt no RMS 52.114/GO, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 25.8.2017. 4. **No que tange à contratação precária, "o Supremo Tribunal Federal (ADI 3.721/CE, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Teori Zavascki, DJe de 12.8.2016) entende válida a contratação temporária, quando tiver por finalidade evitar a interrupção da prestação do serviço, isso sem significar vacância ou a existência de cargos vagos. Assim, a contratação temporária de terceiros não constitui, pura e simplesmente, ato ilegal - nem é indicativo da existência de cargo vago, para o qual há candidatos aprovados em cadastro reserva -, devendo ser comprovada, pelo candidato, a ilegalidade da contratação ou a existência de cargos vagos. A propósito, ainda: STJ, AgInt no RMS 52.353/MS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 3.2.2017; RMS 51.721/ES, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 14.10.2016" (AgInt no RMS 49.856/MT, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 25/8/2017).** 5. Sendo assim, não há, nos autos, elementos suficientes para demonstrar o surgimento de novas vagas, alcançando sua classificação, ou a preterição do direito do insurgente de ser nomeado, por contratação irregular de servidores temporários, para o mesmo cargo em que aprovado. Ausência, portanto, de comprovação de direito líquido e certo. 6. Recurso Ordinário não provido.”

(ROMS - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 60450 2019.00.86551-0, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:17/06/2019 ..DTPB – o destaque não é original.)

“ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. DIREITO À NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO EM CADASTRO RESERVA. ALEGAÇÃO DE PRETERIÇÃO, POR SURGIMENTO DE VAGAS E CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. I. Agravo interno ajuizado contra decisão monocrática que, por sua vez, julgara Recurso Ordinário interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/73. II. Na origem, trata-se de Mandado de Segurança, objetivando a nomeação do impetrante, ora recorrente, para a vaga de Fiscal de Defesa Agropecuário Florestal - Engenheiro Agrônomo (ampla concorrência) - Polo Rondonópolis - Município de Campo Verde/MT, para o qual fora aprovado na 13ª (décima terceira) posição, figurando no cadastro reserva. III. Consoante restou decidido pelo STF - no julgamento, sob o regime de repercussão geral, do RE 873.311/PI (TRIBUNAL PLENO, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJe de 15/04/2016) -, como regra, o candidato aprovado em concurso público, como excedente ao número de vagas ofertadas inicialmente ("cadastro de reserva"), não tem o direito público subjetivo à nomeação, salvo na hipótese de surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso, durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição, de forma arbitrária e imotivada, pela Administração, cumprindo ao interessado, portanto, o dever de comprovar, de forma cabal, esses elementos. No mesmo sentido: STJ, AgInt no RMS 47.879/PI, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 11/04/2017; AgInt nos EDcl no RMS 52.003/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 03/04/2017. IV. O Supremo Tribunal Federal (ADI 3.721/CE, TRIBUNAL PLENO, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, DJe de 12/08/2016) entende válida a contratação temporária, quando tiver por finalidade evitar a interrupção da prestação do serviço, isso sem significar vacância ou a existência de cargos vagos. Assim, a contratação temporária de terceiros não constitui, pura e simplesmente, ato ilegal - nem é indicativo da existência de cargo vago, para o qual há candidatos aprovados em cadastro reserva -, devendo ser comprovada, pelo candidato, a ilegalidade da contratação ou a existência de cargos vagos. A propósito, ainda: STJ, AgInt no RMS 52.353/MS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 03/02/2017; RMS 51.721/ES, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 14/10/2016. V. No caso, o candidato obteve a 13ª colocação no certame, para o cargo para o qual concorreu, enquanto o Edital havia oferecido 2 (duas) vagas, não havendo, nos autos, elementos suficientes para demonstrar, seja o surgimento de novas vagas, alcançando sua classificação, seja a preterição do direito do agravante de ser nomeado, por contratação irregular de servidores temporários, para o mesmo cargo em que aprovado. Ausência de comprovação de direito líquido e certo. VI. Agravo interno improvido.”

(AIRMS - AGRAVO INTERNO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 49856 2015.02.99256-9, ASSUSETE MAGALHÃES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:25/08/2017 ..DTPB:.)

“ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO EM CADASTRO DE RESERVA. PRETERIÇÃO AO DIREITO DE NOMEAÇÃO. EXISTÊNCIA DE VAGAS. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PRETERIÇÃO. RE 873.311/PI. REPERCUSSÃO GERAL. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO CABAL. ARBITRARIEDADE. FALTA DE MOTIVAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PROVAS. ILEGALIDADE DA CONTRATAÇÃO. 1. O Supremo Tribunal Federal definiu, no julgamento com repercussão geral do RE 873.311/PI, rel. Min. Luiz Fux, que como regra o candidato de concurso público aprovado como excedente ao número de vagas ofertadas inicialmente ("cadastro de reserva") não tem o direito público subjetivo à nomeação, salvo na hipótese de surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e de ocorrer a preterição de forma arbitrária e imotivada por parte da Administração, cumprindo ao interessado, portanto, o dever de comprovar esses elementos. 2. A contratação temporária de terceiros não constitui pura e simplesmente ato ilegal nem tampouco é indicativo necessário da existência de cargo vago, pois, para a primeira hipótese, deve ser comprovado o não atendimento às prescrições do RE 658.026/MG, rel. Min. Dias Toffoli. 4. Por outro lado, cediço que a contratação temporária faz-se para o desempenho de função pública, cuja noção distingue-a de cargo público, assim por que o desempenho daquela não necessariamente implica o reconhecimento da existência de vacância deste. 5. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal entende válida a contratação temporária para o desempenho de função típica de cargo de natureza permanente quando tiver por finalidade evitar a interrupção na prestação do serviço, situação na qual, por exemplo, o servidor titular do cargo estiver afastado temporariamente, isso sem significar vacância. Como exemplo: ADI 3721/CE, rel. o Em. Ministro Teori Zavascki. 6. Agravo interno não provido.”

(AIEDROMS - AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 52003 2016.02.40604-0, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:03/04/2017 ..DTPB:.)

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. APELAÇÃO CÍVEL. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UF. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATOS APROVADOS FORA DO NÚMERO DE VAGAS. NOMEAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. LEGALIDADE. SENTENÇA MANTIDA. - Cinge-se a controvérsia à questão da garantia de nomeação em cargo público para candidatos que lograram aprovação no certame promovido pela HU/UFGD, ainda que fora do número de vagas previstas no edital. A sentença julgou improcedente o pedido. - Não merece acolhida a argumentação de que a União deve ser demandada em conjunto com a instituição de ensino, haja vista que, como assinalado pelo Juízo a quo, a alegada arbitrariedade, se ocorrente, constitui ato da HU/UFGD, instituição que detém autonomia e personalidade jurídica próprias. - No caso concreto, os autores, ora apelantes, foram aprovados fora do número de vagas previsto no edital do certame. Posteriormente, ocorreu a contratação pelo Hospital Universitário da UFGD, em caráter precário, de pessoal para atuação em funções cuja atribuição incumbe aos cargos para os quais concorreram. Consta-se, contudo, que, diferentemente do alegado, tal fato - contratação de pessoal em caráter temporário dentro do prazo de validade do concurso - não gera o direito dos candidatos aprovados à nomeação, uma vez que não se comprovou nos autos que as aludidas contratações destinaram-se a cargos de provimento efetivo e não preenchidos. Ademais, a contratação temporária de servidores tem previsão constitucional e legal (art. 37, inciso IX; Lei n.º 8.745/93) e constitui modalidade admitida no interesse da administração que, por si só, não significa a alegada precarização do trabalho dentro da instituição. Merece destaque, a respeito, o seguinte trecho da sentença: Ante a urgente necessidade de se melhorar a prestação no atendimento à saúde na cidade, o que foi inclusive objeto de investigação pelo Ministério Público, mostra-se legítima a contratação temporária de servidores para prestarem serviço essencial, como autoriza a Carta Magna (art. 37, IX). Além do mais, tais agentes exercem atribuição pública sem ocupar cargos públicos, que somente por meio de lei podem ser criados, visto que contratados em razão de necessidade temporária e excepcional. - Outrossim, como afirmado pelo próprio recorrente, no que toca aos candidatos habilitados além do número de vagas previsto no edital, resta apenas a expectativa de direito de serem nomeados, providência dependente do juízo de conveniência e necessidade do ente público. Nesse contexto, não merece reforma a sentença. Precedentes. - No que toca à argumentação de afronta ao princípio da publicidade dos atos administrativos, observo que o próprio apelante afirma que os editais de convocação dos processos seletivos simplificados foram disponibilizados no site da universidade, e posteriormente retirados. Ademais, não logrou demonstrar a ocorrência de prejuízo decorrente de tal fato, como restou explicitado. Quanto à alegação de que a situação chega a ser, até, de improbidade administrativa por parte do município, destaco que deve ser apresentada por meio de ação própria, com a observância dos critérios e ditames legais pertinentes. - Por fim, a argumentação de que, na ACP n.º 0001606-60.2012.4.03.6002, o Ministério da Educação e o Ministério do Planejamento informaram, via ofício, a existência de cargos vagos para a instituição federal de ensino não tem o condão de infirmar o entendimento exarado, uma vez que da aludida documentação (fls. 641 e seguintes) não se pode inferir que as vagas mencionadas refiram-se especificamente à instituição apelada ou a cargos com atribuições concernentes às previstas no certame discutido. - Recurso de apelação a que se nega provimento.”

(ApCiv 0002250-37.2011.4.03.6002, DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRE NABARRETE, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:22/01/2019.)

Assim, há de ser afastada a alegação de eventual preterição e de ilegalidade.

Por fim, em face da inversão do resultado da lide e considerando o valor da causa (R\$ 78.852,00 em 25/06/2012 – ID 104905762 - Pág. 51), bem como a matéria discutida nos autos, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido ao seu serviço, condeno o apelado no pagamento de verba honorária arbitrada em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, devidamente atualizados, conforme a regra prevista nos §§ 3º e 4.º, do artigo 20, do Código de Processo Civil/1973, cujos efeitos ficam suspensos em decorrência do deferimento dos benefícios da justiça gratuita.

Por estes fundamentos, **dou provimento** à apelação, nos termos da fundamentação.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. CONCURSO PÚBLICO PARA O CADASTRO DE RESERVAS. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. CARREIRA DE ADVOGADO JÚNIOR. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. CONTRATAÇÃO ESPORÁDICA DE SOCIEDADE DE ADVOGADOS NÃO CONFIGURA PRETERIÇÃO. PEDIDO IMPROCEDENTE. APELAÇÃO DA CEF PROVIDA.

- Por primeiro, cabe destacar que o autor prestou concurso para o cadastro de reserva tendo, portanto, mera expectativa de direito à nomeação.
- O tema foi apreciado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 837.311, submetido à sistemática de Repercussão Geral, no sentido oposto à pretensão do autor.
- Por outro lado, o terceirizado contratado, no caso, sociedade de advogados, não ocupa cargo público, pois a contratação ocorre diante de necessidade temporária e excepcional da administração.
- A Caixa Econômica Federal demonstrou que as vagas do seu quadro jurídico somente são supridas por empregados concursados, nos termos do art. 37, inc. II, da Constituição Federal, sendo que a contratação fora do quadro existe somente em caso excepcionais, não sendo de pessoas físicas, mas de sociedades de advogados para pontuadas situações.
- A preterição que garantiria a nomeação do apelado deveria ser demonstrada de forma cabal, situação que não se operou. Precedentes jurisprudenciais.
- Apelação da CEF provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu dar provimento à apelação, nos termos do voto da Des. Fed. MÔNICA NOBRE (Relatora), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, sendo que o Des. Fed. MARCELO SARAIVA declarou seu impedimento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0003266-05.2007.4.03.6119
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: SOCIEDADE BENEF ISRAELITABRAS HOSPITAL ALBERTEINSTEIN
Advogado do(a) APELADO: JOSE ANTONIO BALIEIRO LIMA - SP103745-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0003266-05.2007.4.03.6119
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: SOCIEDADE BENEF ISRAELITABRAS HOSPITAL ALBERTEINSTEIN
Advogado do(a) APELADO: JOSE ANTONIO BALIEIRO LIMA - SP103745-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Embargos de declaração opostos pela SOCIEDADE BENEFICENTE ISRAELITA BRASILEIRA - HOSPITAL ALBERT EINSTEIN (Id 110784538 - fls. 111/119) contra acórdão que, à unanimidade, indeferiu os pedidos de fis. 364/704 dos autos originários, bem como não conheceu do agravo interno da União e negou provimento ao da impetrante (id 110784538 - fls. 95/102).

Alega, em síntese, que o *decisum* foi omissis acerca dos fatos supervenientes apresentados na petição de fis. 364/704 dos autos originários (artigo 493 do CPC). Aduz que não se tratou da apresentação de prova extemporânea em mandado de segurança, mas sim de fatos que surgiram após a impetração e que são cruciais para o correto deslinde do feito, pois confirmam, inclusive mediante pronunciamentos da administração pública e do Poder Judiciário, que a embargante é entidade imune, razão pela qual não pode sofrer a incidência de tributos nas operações de importação. Argumenta que a questão relativa à insuficiência do CEBAS para comprovação do direito à imunidade contraria entendimento da própria União nos embargos de declaração opostos no RE nº 566.622. Sustenta, ainda, que o voto da Des. Fed. Marli Ferreira contém erro material, porquanto ficou comprovado nos autos que cumpre o requisito previsto no artigo 14, inciso II, do CTN.

Intimada, a União não se manifestou.

A embargante pleiteia a suspensão da exigibilidade do crédito, em razão de depósito judicial realizado nos presentes autos (id 110784538 - fl. 121).

Intimada a União se manifestou no sentido de que seja deferido o pedido (id 125952440).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0003266-05.2007.4.03.6119
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: SOCIEDADE BENEF ISRAELITABRAS HOSPITAL ALBERT EINSTEIN
Advogado do(a) APELADO: JOSE ANTONIO BALIEIRO LIMA - SP103745-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O julgado não é omissis. No que toca à questão da prova apresentada no decorrer da lide consignou-se:

Quanto aos pedidos veiculados pela impetrante às fis. 364/704, no sentido de que o feito fosse retirado de pauta para análise dos documentos juntados a fim de que fosse provido seu agravo interno ou, alternativamente, fosse o feito sobrestado até o trânsito em julgado do RE nº 566.622, indefiro-os, pois a via do mandamus permite apenas a juntada de prova pré-constituída, bem como ante o entendimento do STF no sentido de que a existência de precedente firmado pelo Plenário autoriza o julgamento imediato de causas que versem sobre o mesmo tema, independentemente da publicação ou do trânsito em julgado do 'leading case', consoante decidido na Reclamação 30.996.

A alegação de erro material no voto da Des. Fed. Marli Ferreira, na verdade consiste em rediscussão do entendimento exarado.

O que se verifica é o inconformismo com o julgamento e seu resultado. Os embargos declaratórios não podem ser admitidos para fins de atribuição de efeito modificativo, com a finalidade de adequação da decisão à tese defendida pela embargante, tampouco para fins de prequestionamento, uma vez que ausentes os requisitos do artigo 1.022, combinado com o 489, § 1º, ambos do Código de Processo Civil (EDcl no REsp 1269048/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 01.12.2011, v.u., DJe 09.12.2011).

À vista do depósito do montante integral do débito (id 110784538 - fl. 121), defiro a suspensão da exigibilidade do crédito objeto do presente feito, nos termos do artigo 151, inciso II, do CTN.

Ante o exposto, REJEITO os embargos de declaração e defiro a suspensão da exigibilidade do crédito objeto do presente feito, nos termos do artigo 151, inciso II, do CTN.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO E ERRO MATERIAL. NÃO VERIFICAÇÃO. PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS REJEITADOS.

- O julgado não é omissivo, eis que todas as questões suscitadas por ocasião do agravo interno foram analisadas expressamente.

- A alegação de erro material, na verdade, consiste em rediscussão do entendimento exarado.

- O que se verifica é o inconformismo com o julgamento e seu resultado. Os embargos declaratórios não podem ser admitidos para fins de atribuição de efeito modificativo, com a finalidade de adequação da decisão à tese defendida pela embargante, tampouco para fins de, uma vez que ausentes os requisitos do artigo 1.022, combinado com o 489, § 1º, ambos do Código de Processo Civil.

- À vista do depósito do montante integral do débito, confirmado pela União, defere-se a suspensão da exigibilidade do crédito objeto do presente feito, nos termos do artigo 151, inciso II, do CTN.

- Embargos de declaração rejeitados. Deferida a suspensão da exigibilidade do crédito objeto do presente feito, nos termos do artigo 151, inciso II, do CTN.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu rejeitar os embargos de declaração e deferir a suspensão da exigibilidade do crédito objeto do presente feito, na forma do artigo 151, inciso II, do CTN, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram os Des. Fed. MARLI FERREIRA e Des. Fed. MÔNICA NOBRE, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5013021-69.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: AUTO VIACAO SAO LUIZ LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: RICARDO AZEVEDO SETTE - SP138486-S

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL- FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5013021-69.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: AUTO VIACAO SAO LUIZ LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: RICARDO AZEVEDO SETTE - SP138486-S

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL- FAZENDA NACIONAL

RELATÓRIO

Embargos de declaração opostos por AUTO VIAÇÃO SÃO LUIZ LTDA. União (Id 122805587) contra acórdão que, à unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento (Id 108982890).

Alega, em síntese, que houve omissão no julgado quanto aos seguintes temas:

a) perigo de dano fundado na (i) impossibilidade de registrar ou arquivar qualquer ato societário perante as juntas comerciais, (ii) impossibilidade de proceder a qualquer tipo de registro junto aos cartórios de registros de títulos e documentos e de imóveis, (iii) impossibilidade de obter financiamentos e empréstimos junto a instituições financeiras, (iv) impossibilidade de efetuar operações de crédito que envolvam a utilização de recursos públicos para a concessão de incentivos fiscais e financeiros e para a celebração de convênios, acordos, ajustes ou contratos que envolvam desembolso, a qualquer título, de recursos públicos, e respectivos aditamentos, sem prejuízo de outras penalidades;

b) demonstração nos autos do Procedimento Ordinário nº 5001602-85.2019.4.03.6100 que houve tentativa de registro, perante a Junta Comercial do Estado de São Paulo, da alteração contratual relativa à alteração do endereço de sua sede, o que foi negado em face do impedimento lançado em seu CNPJ;

c) consequências e respectivos prejuízos, decorrentes da baixa unilateral do CNPJ da embargante;

d) a mencionada “(...) exclusão do parcelamento especial, sem a especificação e comprovação para fins de análise da urgência”, está agora definitivamente demonstrada, conforme autoriza o artigo 435 do CPC;

e) argumentos relativos ao direito de manter seu cadastro no CNPJ ativo.

Pleiteia seja suprida a omissão, coma integração do acórdão.

Manifestação da parte adversa (Id 123777956).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5013021-69.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: AUTO VIACAO SAO LUIZ LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: RICARDO AZEVEDO SETTE - SP138486-S

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

VOTO

O julgado não é omisso. Afastou-se o argumento de perigo de dano, nos seguintes termos:

a lesão precisa ser atual e presente, o que não ocorre no caso em exame, em que foi suscitado genericamente prejuízo à agravante em razão de a baixa de seu CNPJ a impedir de exercer suas atividades empresariais, bem como implicará sua exclusão do parcelamento especial, sem a especificação e comprovação para fins de análise da urgência.

Claro está que, da análise dos autos, se concluiu que estavam ausentes argumentos e provas de dano perigo de dano concreto.

No que toca ao documento apresentado junto aos presentes embargos (id 122805602), não merece ser conhecido nesta sede que se limita à análise das situações descritas no artigo 1.022 do CPC, o que afasta a incidência do artigo 435 do CPC. Ademais, conforme consignado: *ausente o perigo de dano iminente ou o risco ao resultado útil do processo, desnecessária a apreciação da probabilidade do direito, pois, por si só, não legitima a providência almejada.*

O que se verifica é o inconformismo com o julgamento e seu resultado. Os embargos declaratórios não podem ser admitidos para fins de atribuição de efeito modificativo, com a finalidade de adequação da decisão à tese defendida pela embargante, tampouco para fins de prequestionamento, uma vez que ausentes os requisitos do artigo 1.022, combinado com o 489, § 1º, ambos do Código de Processo Civil (EDcl no REsp 1269048/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 01.12.2011, v.u., DJe 09.12.2011).

Ante o exposto, REJEITO os embargos de declaração

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. NÃO VERIFICAÇÃO. PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS REJEITADOS.

- O julgado não é omisso, eis que todas as questões suscitadas por ocasião do agravo DE instrumento foram analisadas expressamente.
- Inexiste omissão acerca de documento juntado apenas nos embargos, à vista de que não configura situação descrita no artigo 1.022 do CPC.
- O que se verifica é o inconformismo com o julgamento e resultado. Os embargos declaratórios não podem ser admitidos para fins de atribuição de efeito modificativo, com a finalidade de adequação da decisão à tese defendida pela embargante, tampouco para fins de, uma vez que ausentes os requisitos do artigo 1.022, combinado com o 489, § 1º, ambos do Código de Processo Civil.
- Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram os Des. Fed. MARLI FERREIRA e Des. Fed. MÔNICA NOBRE, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0003567-32.2009.4.03.6102
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
APELANTE: ZENAIDE DE SOUZA GARCIA, UNIAO FEDERAL
Advogado do(a) APELANTE: GETULIO TEIXEIRA ALVES - SP60088
APELADO: ZENAIDE DE SOUZA GARCIA, UNIAO FEDERAL
Advogado do(a) APELADO: GETULIO TEIXEIRA ALVES - SP60088
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0003567-32.2009.4.03.6102
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
APELANTE: ZENAIDE DE SOUZA GARCIA, UNIAO FEDERAL
Advogado do(a) APELANTE: GETULIO TEIXEIRA ALVES - SP60088
APELADO: ZENAIDE DE SOUZA GARCIA, UNIAO FEDERAL
Advogado do(a) APELADO: GETULIO TEIXEIRA ALVES - SP60088
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Embargos de declaração opostos por ZENAIDE DE SOUZA GARCIA (Id 107653854 - fls. 109 a 114) contra acórdão que, à unanimidade, não conheceu do agravo retido, negou provimento à apelação da autora e deu provimento ao apelo da União, a fim de reformar a sentença e julgar improcedentes os pedidos e condenar a autora à verba honorária de 10% do valor da causa, observado que é beneficiária da assistência judiciária gratuita. Custas na forma da lei (Id 107653854 - fls. 98/104).

Alega, em síntese, que:

a) há prova nos autos de que contratou advogado para defendê-la e para propor a presente ação para reparação dos gastos e despesas suportados em decorrência do deslocamento de Ribeirão Preto para Sumaré;

b) o acórdão não apreciou a demanda à luz do disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal e negou vigência ao comando as disposições legais dos artigos 186, 187 e 927, do Código Civil;

c) os danos morais restaram comprovados.

Pleiteia seja suprida a omissão, coma integração do acórdão.

Sem manifestação da parte adversa.

É o relatório.

VOTO

O julgado concluiu que os danos materiais e morais aduzidos não foram comprovados, aos seguintes fundamentos:

Restou demonstrado que, não obstante a exclusão da autora do polo passivo do feito trabalhista tenha se dado espontaneamente pelo juízo laboral, ficou provado que residia em Ribeirão Preto e se deslocou até a cidade de Sumaré, em 13/06/2008, ocasião em que registrou boletim de ocorrência acerca do ocorrido em delegacia local (fi. 50). No entanto, não há registro do custo dessa viagem, razão pela qual indevido o ressarcimento. Situação idêntica ocorreu com o montante do qual afirmou ter tido que sacar de sua conta bancária, a fim de evitar bloqueio, eis que não há prova desse valor.

Quanto à contratação de advogado, nota-se que foi posterior à sua exclusão do feito (fis. 127/128) e foi totalmente despropositada, pois, conforme se denota da petição de fi. 127, foi apresentada somente para pleitear que fossem enviadas pelos correios as cópias do despacho que determinou a notificação do IINSS acerca da exclusão da autora. Destarte, embora tenha comprovado o pagamento de honorários advocatícios contratuais ao seu patrono, não cabe o ressarcimento, à vista de que a contratação ocorreu quando já inexistia fato lesivo. Portanto, ausente o nexo causal.

A autora não se desincumbiu do ônus de provar os fatos alegados na inicial, na forma do artigo 333, inciso I, do CPC/73, vigente à época em que foi proposta a ação, razão pela qual o pedido de indenização por danos materiais deve ser julgado improcedente.

Os danos morais também não restaram comprovados, na medida em que, embora tenha ocorrido citação indevida da requerente, não há prova de que tenha havido consequências mais graves nas esferas emocional, moral, de imagem ou patrimonial da requerente.

Ficou evidenciado que, a partir da afirmação da autora de que não tinha conhecimento da empresa reclamada, as autoridades e funcionários da Justiça envolvidos no processamento e julgamento da causa tomaram as providências cabíveis, as quais foram hábeis a evitar transtornos de maior extensão, tanto que não houve ato construtivo de bens ou restrição em cadastro de inadimplentes. Assim, não há nenhum elemento nos autos que aponte para existência dano moral na espécie e o fato de ser idosa e honesta, por si só, nas circunstâncias mencionadas, não gera dano indenizável.

Cabe aclarar que o disposto nos artigos 186, 187 e 927 não tem o condão de alterar tal entendimento, à vista dos fundamentos exarados.

O que se verifica é o inconformismo com o julgamento e seu resultado. Os embargos declaratórios não podem ser admitidos para fins de atribuição de efeito modificativo, com a finalidade de adequação da decisão à tese defendida pela embargante, tampouco para fins de prequestionamento, uma vez que ausentes os requisitos do artigo 1.022, combinado com o 489, § 1º, ambos do Código de Processo Civil (EDcl no REsp 1269048/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 01.12.2011, v.u., DJe 09.12.2011).

Ante o exposto, ACOLHO EM PARTE os embargos de declaração, a fim de aclarar o acórdão, conforme fundamentação, sem efeitos modificativos.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. VERIFICAÇÃO EM PARTE. EMBARGOS ACOLHIDOS EM PARTE.

- O julgado não é omisso quanto à questão da prova dos danos morais e materiais, a qual entendeu ausente.
- Cabe aclarar que o disposto nos artigos 186, 187 e 927 não tem o condão de alterar o entendimento da turma julgadora acerca do presente pleito, à vista dos fundamentos exarados.
- O que se verifica é o inconformismo com o julgamento e resultado. Os embargos declaratórios não podem ser admitidos para fins de atribuição de efeito modificativo, com a finalidade de adequação da decisão à tese defendida pela embargante, tampouco para fins de, uma vez que ausentes os requisitos do artigo 1.022, combinado com o 489, § 1º, ambos do Código de Processo Civil.
- Embargos de declaração acolhidos em parte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu acolher em parte os embargos de declaração, a fim de aclarar o acórdão, conforme fundamentação, sem efeitos modificativos, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram os Des. Fed. MARLI FERREIRA e Des. Fed. MÔNICA NOBRE, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0606085-25.1995.4.03.6105

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: CONSTRUTORA LIX DA CUNHA S/A.

Advogado do(a) APELANTE: MARISA BRAGA DA CUNHA MARRI - SP92234-A

APELADO: FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE SÃO CARLOS

Advogado do(a) APELADO: LAURO TEIXEIRA COTRIM - SP107701-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0606085-25.1995.4.03.6105

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: CONSTRUTORA LIX DA CUNHA S/A.

Advogado do(a) APELANTE: MARISA BRAGA DA CUNHA MARRI - SP92234-A

APELADO: FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE SÃO CARLOS

RELATÓRIO

Apelação interposta por **Construtora Lix da Cunha S.A.** (Id 103949783 - págs. 4/26) contra sentença que, em sede de ação ordinária, foi proferida nos seguintes termos (Id 103949025 - págs. 4/14):

*Resolvendo o mérito na forma da fundamentação, **JULGO PROCEDENTE** o pedido deduzido na inicial, com fundamento no artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil. Por conseguinte, **CONDENO** a CONSTRUTORA LIX DA CUNHA S.A. ao pagamento à FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE SÃO CARLOS do valor de R\$ 3.979,00 (três mil, novecentos e setenta e nove reais).*

Tal valor deverá ser corrigido monetariamente, desde o pagamento efetivo pela autora, nos termos do artigo 454 do Provimento nº 64/2005, da Egr. Corregedoria Geral da Justiça Federal da 3 Região, acrescido de juros moratórios incidentes mês a mês, a partir da citação, à razão de 0,5% (meio por cento) até data de 11.01.2003 e à razão de 1% (um por cento) a partir dela, nos termos da aplicação do artigo 1.062 da Lei nº 3.071/1916 e aplicação conjunta do artigo 406 do Código Civil com artigo 161 § 1º, do Código Tributário Nacional.

Fixo os honorários advocatícios, a cargo da sucumbente, em 10% (dez por cento) do valor da condenação, atento ao § 3º do artigo 20 do Código de Processo Civil. Custas ex lege.

Relata a **apelante** que a ação foi proposta pela recorrida para pleitear indenização para reparação de dano por suposta inexecução parcial de obra. Sustenta, em síntese, que:

a) após executar o contrato, nos termos dos projetos e especificações aprovadas, houve a entrega da obra, precedida de duas vistorias (em 14/7/1994 e 3/8/1994) em que foram especificadas as pendências identificadas pela universidade (fls. 152/153 dos autos físicos). Depois de tê-las sanado (em 12/9/1994), foi emitido o “Termo de Recebimento Provisório” (fls. 154). A partir do mês seguinte, a apelada passou a exigir que fossem executadas furações nas vigas de concreto necessárias para passagens de calhas metálicas para instalações elétricas e de ar condicionado, mas não as realizou, porque tal serviço não estava incluído no contrato formalizado, razão pela qual não os deve custear;

b) no que se refere à contratação a preço global:

b.1) não se remuneraram especificamente as quantidades de cada serviço listado, mas, sim, a obra pelo preço total, o que não significa dizer que a administração pode apresentar, durante a fase de licitação, planilhas com volumes e quantidades significativamente inferiores ao que será posteriormente exigido da contratada (artigo 7º, §§ 2º e 4º, da Lei nº 8.666/1993);

b.2) quando os quantitativos são significativamente subestimados, o preço deve ser revisto para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente para a justa remuneração da obra (artigo 65, inciso II, alínea b, da mesma lei);

b.3) não foi responsável pelos projetos, pois o básico, conforme prevê a própria legislação, foi fornecido pela recorrida. Tanto assim que os projetos de hidráulica e elétrica acompanharam o edital de licitação (item 1.13), de modo que o contrato a ser executado estava vinculado ao que se especificou nos projetos que instruíram a licitação, ainda que sejam básicos, já que deve ser suficientemente pormenorizado de forma a propiciar o completo e detalhado orçamento de custos (artigo 6º, inciso IX, alínea f, da Lei de Licitações);

b.4) todos os projetos executivos, que eram de sua responsabilidade, foram submetidos à aprovação da contratante, que os aprovava ou requeria alterações/complementações para adequá-los às suas necessidades, e, conforme documentos (Of.011/f3-As.Reit.-FASM.ecq e Of.nº 14/93-EDF.ecg, ambos da universidade), de fato as furações foram previstas e executadas, conforme especificado pela própria apelada, durante a execução das obras;

b.5) em respeito ao princípio da legalidade (artigo 37, *caput* e inciso XXI, da Constituição Federal), não pode haver qualquer grau de subjetividade na avaliação do escopo contratual e abrangência dos serviços previstos no edital;

c) as novas furações solicitadas não estavam incluídas no escopo contratual. A única testemunha ouvida - à época engenheiro responsável pela obra - foi suficientemente clara em atestar a execução das furações previstas no projeto que acompanhou o edital e é parte integrante do contrato. Não está obrigada a executar furações extras pleiteadas em desacordo com o que tinha sido acordado, notadamente quando a solicitação é extemporânea;

d) novos serviços ou aumento da sua quantidade - como no presente caso, em que a contratante identificou a necessidade de novas furações - são possíveis e legais desde que se atendam à forma e ao tempo para incluí-los, o que não ocorreu:

d.1) em virtude da inexistência de previsão contratual das novas furações, seria necessário aditivo contratual, com a necessária contrapartida de pagamento (artigo 65, inciso I, alíneas *a* e *b*, e § 6º, da Lei nº 8.666/1993);

d.2) alterações devem ser solicitadas pela contratante durante a execução do contrato e não após a sua conclusão. No caso, foram requeridas após o "Termo de Entrega Provisória", ou seja, após a finalização dos serviços e das próprias pendências identificadas nas vistorias que o antecederam;

e) desde a contestação afirmou que executou todo o escopo contratual e que as novas aberturas almejadas após a conclusão das obras não estavam previstas nos projetos entregues na fase de licitação, motivo pelo qual cabia à recorrida comprovar o fato constitutivo de seu direito (artigo 333, inciso I, do CPC/1973), o que não ocorreu durante a fase instrutória, na qual não requereu qualquer prova. A análise de projetos para confrontação dos serviços específicos realizados e os pleiteados deveria ser feita por um "expert" da área de engenharia e cabia à universidade a prova irrefutável do fato constitutivo do seu direito, mas não pediu a realização de perícia.

Pleiteia o provimento do recurso, a fim de que seja reformada a sentença e a ação julgada improcedente, com a inversão do ônus sucumbencial.

Contrarrazões da **Fundação Universidade Federal de São Carlos - UFSCAR** (Id 103949783 - págs. 53/62).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0606085-25.1995.4.03.6105
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
APELANTE: CONSTRUTORA LIX DA CUNHA S/A.
Advogado do(a) APELANTE: MARISA BRAGA DA CUNHA MARRI - SP92234-A
APELADO: FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE SÃO CARLOS
Advogado do(a) APELADO: LAURO TEIXEIRA COTRIM - SP107701-A

VOTO

Ação ordinária proposta pela Fundação Universidade Federal de São Carlos – UFSCAR contra a Construtora Lix da Cunha S.A. com o objetivo de ser indenizada quanto a valor que pagou a terceira empresa para realizar aberturas nas vigas de concreto necessárias à passagem de calhas metálicas para instalações elétricas e de ar condicionado, serviços que deveriam ter sido efetuados pela apelante, segundo alega, por terem constado do objeto da concorrência pública nº 1/93, que deu ensejo à sua contratação (inicial Id 103949024 - págs. 4/9). Do atinente edital (págs. 13/58 do mesmo Id) constou o seguinte objeto (pág. 14):

1.12 Objeto da licitação:

O objeto desta licitação é a construção da estrutura com fornecimento de material e mão de obra para o EDIFÍCIO DA BIBLIOTECA COMUNITÁRIA da Universidade Federal de São Carlos, com aproximadamente 9.000 (nove mil) metros quadrados de área construída. A estrutura do edifício deverá ser executada com componentes de concreto pré-fabricado e sua respectiva montagem no canteiro, dentro do campus da Universidade. Além dos componentes de concreto pré-fabricado (pilares, vigas, lajes de piso e lajes de cobertura), haverá também a execução de partes do edifício cuja concretagem deverá ser in loco (vigas baldramas, blocos de fundação, caixa de escadas e elevador; cobertura em casca de concreto, etc), tudo de acordo com os elementos técnicos que fazem parte desta licitação (projeto executivo contendo plantas de arquitetura, plantas de formas e ferragens e especificação técnicas).

O regime de execução da obra foi definido como *Empreitada por preço global*, conforme item 1.5 do instrumento convocatório, que assim dispôs no que se refere às furações (págs. 15 e 17 do último Id):

[...]

1.13 Elementos Técnicos (anexo)

[...]

Observação: *As plantas de hidráulica e elétrica não deverão ser cotadas. Elas acompanham o presente processo para prever possíveis furações em lajes e vigas da estrutura.*

[...]

1.13.5 – Especificações Técnicas

[...]

1.13.5.16 – A firma vencedora deverá prever nas estruturas de concreto, os elementos necessários tais como furações, consoles e outros componentes para futura execução de acabamentos do prédio – brises, caixilhos, instalações elétricas, hidráulicas, etc.

[...] [grifei]

Relativamente ao recebimento da obra, previu o edital (págs. 31/32 do mesmo Id):

[...]

15.6 – Concluído os serviços, se estiverem em perfeitas condições, atestados pela Fiscalização, serão recebidos, provisoriamente, por uma Comissão de Vistoria, que lavrará o “Termo de Recebimento Provisório”, com prazo de validade de 90 (noventa) dias.

15.7 – A CONTRATADA fica obrigada a manter as obras e serviços por sua conta e riscos até ser lavrado o “Termo de Recebimento Definitivo”, em perfeitas condições de conservação e funcionamento.

15.8 – Decorrido o prazo estipulado no item 15.6, se os serviços de correção de anormalidade porventura verificados, forem executados e aceitos pela Comissão de Vistoria, e comprovado o pagamento da contribuição devida à Previdência Social relativa ao período de execução da obra, será lavrado o “Termo de Recebimento Definitivo”.

[...]

A apelante sagrou-se vencedora e, em 29/3/1993, foi assinado o contrato (Id 103949024 - págs. 75/87). Em 12/9/1994, foi emitido o "Termo de Recebimento Provisório de Obras e Serviços", segundo o qual os responsáveis reuniram-se para proceder à vistoria no local das obras, bem como ao seu recebimento provisório, e deve constar: *Após detido exame de todo o serviço contratado, ficou concluído que os serviços foram executados satisfatoriamente, possibilitando [sic] assim que esta Comissão receba em caráter Provisório a obra em questão* (Id 103949024 - pág. 189). Em 4/10/1994, o Departamento de Obras da Prefeitura Universitária enviou à construtora um documento, com o seguinte teor (Id 103949024 - pág. 88):

Complementando o contato telefônico com o Engº Cláudio, a Universidade reitera neste documento, a execução de serviços que constavam do projeto original, e que por ocasião da vigência do contrato não foram executados. Lembro que a obra está com o Recebimento Provisório em vigência, e que esses serviços estão sob responsabilidade da Lix da Cunha.

Os serviços a serem executados serão:

- Aberturas retangulares em vigas para passagem de calhas metálicas para instalações elétricas.*
- Abertura em lajes para passagem dos condutos de ar condicionado.*

Em 11/10/1994, foi enviado novo documento em que a universidade solicitou esforços no sentido de atender com urgência o constante no nosso FAX enviado em 04/10/94 (pág. 89 do mesmo Id). A empresa respondeu, em 13/10/1994 (págs. 90/92 do Id):

Com relação aos fax de V.Sas., datados de 04/10/94 e 11/10/94 respectivamente, queremos esclarecer o que segue:

- 1) A obra foi concluída em janeiro de 1994 quando emitimos a medição final dos serviços;*
- 2) Em 08 de fevereiro de 1994 emitimos o pedido de "Recebimento Provisório em nossa correspondência DO.2118.18.94;*
- 3) Em 03 de agosto de 1994, V.Sas. emitiram o "Laudo de Vistoria, onde solicitavam alguns reparos;*
- 4) Em 12 de setembro de 1994, após o atendimento das solicitações do "Laudo de Vistoria, V.Sas. emitiram o Termo de Recebimento Provisório;*
- 5) Em 04 de outubro de 1994, V.Sas. nos solicitou abertura de furos em vigas de concreto e em lajes de piso.*

Queremos esclarecer que:

- Os projetos da Reago foram apresentados a V.Sas., que após análise os liberavam para execução;*
- Em novembro de 1993 após concluída a estrutura V.Sas. constataram a falta de algumas passagens para utilidades;*
- Na época, contactamos a Reago que prontamente deslocou seu equipamento para São Carlos e executou os furos faltantes;*
- Estamos entrando em contato com a Reago, verificando a possibilidade de deslocamento de equipamento para São Carlos, possibilitando assim a abertura das passagens solicitadas.*

Em 16/11/1994, a contratante encaminhou nova correspondência à contratada para informar que procederia às furações e os valores seriam cobrados da última e anexou proposta da empresa Reago Indústria e Comércio S.A. (págs. 94/95). Em 21/11/1994, a construtora respondeu que já havia sido emitido o “Termo de Recebimento Provisório das Obras e Serviços” e que: *a existência de uma única cotação de preços dos serviços em questão, mostra-se temerária, a exigir sejam solicitadas cotações junto a outras empresas qualificadas, o que aliás, melhor atende aos princípios insitos à Lei 8.666/93, para que se possibilite o devido cotejo, para que então, possa a Construtora Lix da Cunha S/A optar pela melhor solução que se lhe apresente, no caso* (págs. 96/97) Por fim, a pessoa jurídica “reiterou” a sua disposição em solucionar de maneira adequada e equânime a questão. Em 24/11/1994, o Prefeito Universitário solicitou, em caráter de urgência, a realização de uma reunião na universidade para a solução das pendências relativas às furações, eis que a sua não execução poderia interferir nas comemorações de inauguração da Biblioteca Comunitária, marcada para 16/12/1994 (págs. 98/99). Em 14/12/1994, a universidade protocolou em cartório um documento para notificação da contratada, entregue em 23/12/1994, com o seguinte teor (págs. 106/108):

1 Apesar das insistentes solicitações apresentadas pela Prefeitura Universitária à esta Empresa, através de correspondências enviadas via fax-simile nos dias 04 e 11 de outubro, 16 e 24 de novembro e no último dia 02 de dezembro, não foi providenciada, até este momento, a execução das furações de vigas e lajes para passagem de instalações na obra da Biblioteca Comunitária, objeto do Contrato Administrativo n. 006, firmado com esta Construtora em 29 de março de 1993.

2. As respostas enviadas por esta Empresa nos dias 11 de outubro e 21 de novembro, comprometendo-se a verificar a possibilidade de atendimento da solicitação, ressaltando apenas a necessidade de obtenção de outras cotações com outras prestadoras de serviços, também não se concretizaram até esta data.

3. Assim, considerando que os serviços solicitados constavam do projeto e que a sua não realização caracteriza inadimplência parcial do contrato, com as consequências legais e contratuais daí derivadas, bem como prejudica sensivelmente a conclusão da obra, NOTIFICAMOS formalmente V. Sas., para que, no prazo de dez (10) dias corridos, executem os serviços, sob pena de serem realizados pela própria Universidade, descontando-se as despesas da garantia de execução contratual em nosso poder, sem prejuízo da imposição de outras penalidades previstas no Contrato ou na Lei.

A apelante não realizou os serviços, que, então, foram contratados pela apelada e efetivados em 16/1/1995, com custo de R\$ 3.979,00 (exatamente o montante que a última objetiva reaver nesta ação), pela empresa Reago (págs. 109/118 do Id 103949024) – a mesma que havia sido contactada pela construtora anteriormente para realização de outras furações, conforme documento enviado à universidade em 13/10/1994, supracitado.

Com a propositura desta ação foi ouvida testemunha requerida pela construtora, Antonio Goes Neto, que afirmou (Id 103949024 - págs. 206/209):

[...]

Inquirida, respondeu: é empregado da Ré Lix da Cunha, onde exerce as atividades de Coordenador Gerente de área de construção civil e teve sob seus cuidados o contrato discutido nestes autos, que tratava do fornecimento de material e mão-de-obra em estrutura e para o piso térreo do empreendimento, com a possibilidade de vir a ser aumentado seu âmbito. Durante a execução da obra contratada, o depoente não se recorda de ter havido qualquer tipo de problema, tendo a mesma chegado ao final, conforme o contratado. Durante esse período, a fiscalização da Fundação contratante era constante, não tendo havido qualquer atraso ou impugnação quanto ao material empregado ou à técnica empregada. **Dada a palavra ao Procurador da Ré:** disse que era Engenheiro responsável pela obra, mas sempre houve um engenheiro residente no local. Inquirido sobre a existência no projeto executivo que acompanhou o contrato entregue à Ré, de previsão de aberturas em viga para passagem de instalações elétricas e hidráulicas. A essa pergunta foi proposta impugnação pela Autora, afirmando esta que tal dado técnico está suficientemente provado nos documentos juntados aos autos, tais como projetos e memoriais. Desta forma, ficou indeferida a referida pergunta, pois a matéria já está provada. Com relação à entrega da obra, ao término do previsto contratualmente, esclareceu que foi realizada uma vistoria por uma Comissão composta pela fiscalização da Fundação contratante e pessoal técnico da empreiteira Ré. Nessa ocasião, alguns problemas foram detectados, e pelo que se lembra o depoente diziam respeito a uma placa e piso soltos, nivelamento de uma parede e a falta de travamento de alvenaria com concreto armado, que apesar de previstos, houve a necessidade de que se acrescentasse mais alguns. Esclareceu também que foi feito um laudo, o qual presume deve constar dos autos. Nessa vistoria, não se recorda de ter sido feita qualquer consideração sobre as aberturas nas vigas para passagem das instalações elétricas e hidráulicas. Solicitada uma pergunta sobre a existência de um termo de conformidade definitiva da obra pelo contratante, ou se houve apenas um recebimento provisório. Impugnada pela Fundação Autora, sob pretexto de tratar-se de matéria de direito por já estar provada nos autos. Deferida a pergunta, e a pedido deste Juízo, esclareceu a Ré que pretende provar apenas se a Autora, após o recebimento provisório, teria exigido qualquer reparo no prédio. Esclareceu a testemunha que primeiro, quando a obra foi terminada, foi realizada uma vistoria prévia da qual foi redigido um "laudo de encerramento", e que os pequenos problemas apontados anteriormente teriam sido nessa ocasião os quais foram resolvidos pela Ré, e por ocasião de uma segunda conferência, aproximadamente trinta dias depois, esses problemas já tinham sido resolvidos, porém dois outros pequenos forma constatados e, nessa oportunidade, é que foi lavrado o laudo de recebimento provisório. **Dada a palavra ao Procurador da Autora:** esclareceu o depoente que a estrutura, objeto do contrato e à qual se referiu no início de seu depoimento, consiste em pré-moldados de concreto armado, serviço este realizado fora dos limites do canteiro de obras, para lá transportados e instalados. Também que os projetos objetos do contrato eram de fornecimento da própria Ré, que após a aprovação da Autora, foram executados de forma fiel. Foram observados todos os requisitos previstos no projeto. Ainda que tecnicamente falando, em projetos desse tipo há casos em que as aberturas para passagem dos conduítes e dutos devem ser feitas na forma. Em outros casos, entretanto, é possível a sua abertura já na obra. Que as furações possíveis de serem feitas após a protensão e cura das vigas já na própria obra, são geralmente as perpendiculares e que de regra as furações longitudinais são feitas na forma, por ocasião da publicação do edital e posteriormente com a própria execução do projeto, no caso estrutural, é comum seja acompanhado do projeto de instalações elétricas, hidráulicas e quaisquer outras dependentes de furações e passagens, de modo a adaptação da estrutura a essas necessidades. No caso presente, a testemunha reconhece que tais projetos acompanharam o contrato e o projeto das estruturas e que ao executá-las observou criteriosamente os outros projetos e foram realizadas todas as passagens e furações ali previstas. Recorda-se ainda que após o recebimento provisório, a Autora constatou a necessidade de novas furações, as quais foram solicitadas à Ré, que à época era representada pelo depoente por entender que o contrato já havia terminado e que a contratação desse novo serviço não seria financeiramente compensador, recusou-se a executá-la. Ainda que o contato feito pela Autora com a Ré na ocasião fazia referência à eventual garantia do serviço prestado, pois entende a Autora que as furações deveriam ter sido feitas anteriormente e por não terem sido feitas, que requeria cumprimento pela Ré. A Ré, por entender que o contrato já estava cumprido, não via por que realizar esse novo trabalho. E não se recorda de ter sido feito qualquer documento comprovador da entrega definitiva da obra. Muito embora fosse o responsável pelo contrato, o depoente teve suas atribuições alteradas desde aquela época dos fatos, o que impede que tenha certeza sobre a feitura desse documento. Esse laudo final, o definitivo, normalmente é realizado após um período de aproximadamente um ano e mesmo quando não é solicitado pela construtora é emitido pela contratante do serviço. **Nada mais.** [...] [grifei]

Cinge-se a controvérsia a verificar se está comprovado nos autos que a construtora tinha a obrigação contratual de realizar as furações requeridas pela universidade. Correta a sentença, que concluiu que sim.

Consoante o edital da licitação que deu ensejo à contratação da obra por preço global, as plantas hidráulicas e elétricas acompanhavam o documento *para prever possíveis furações em lajes e vigas da estrutura* (item 1.5) e, ademais, dele constou que a firma vencedora deveria *prever nas estruturas de concreto, os elementos necessários tais como furações [...] para futura execução de acabamentos do prédio – brises, caixilhos, instalações elétricas, hidráulicas, etc.* (item 1.13.5). Não há que se falar, assim, em inexistência de previsão de obrigação em proceder a todas as furações imprescindíveis à obra. Quanto às suas alegações para afastar tal entendimento, registre-se que:

- se a empresa considerava o edital vago, deveria ter procedido à sua impugnação, razão pela qual não há violação ao princípio da legalidade (artigo 37, *caput* e inciso XXI, da Constituição Federal) e não se pode afirmar que os quantitativos foram subestimados, que os projetos não eram detalhados ou que era necessário aditivo contratual;

- o certame foi regido pelo Decreto-Lei nº 2.300/1986 (Id 103949024 - pág. 13), eis que anterior à Lei nº 8.666/1993, de modo que todos os dispositivos da última suscitados – artigos artigo 6º, inciso IX, alínea f, 7º, §§ 2º e 4º, e 65, inciso I, alíneas a e b, inciso II, alínea b, e § 6º – não têm aplicabilidade no caso concreto.

Saliente-se que a solicitação das furações objeto da ação não foi extemporânea, como alega a contratada. O “Termo de Recebimento Provisório de Obras e Serviços” foi emitido em 12/9/1994 e, em 4/10/1994, o Departamento de Obras da Prefeitura Universitária enviou à construtora documento em que reiterou -constou que já havia sido feito contato telefônico nesse sentido - a necessidade das furações. Nos termos do edital, o primeiro termo de recebimento é provisório, justamente porque, inicialmente, os serviços podem ser considerados concluídos em perfeitas condições, mas, se porventura forem verificadas anormalidades nos noventa dias seguintes, devem ser corrigidas, a fim de que, decorrido esse prazo, seja lavrado o termo de recebimento definitivo (itens 15.6, 15.7 e 15.8), ou seja, a empresa tem a obrigação de sanar eventuais irregularidades nesse período, que foi observado (entre 12/9/1994 e 4/10/1994 não se passou sequer um mês). O fato de, nas vistorias anteriores ao recebimento provisório, não ter sido identificada a falta das furações – documentos Id 103949024 - págs. 186/187 e Id 103949783 - págs. 12/13 - não modifica essa conclusão pelos motivos indicados.

A testemunha ouvida nos autos, engenheiro da construtora responsável pela obra, confirma que se recusou a efetuar as novas furações *por entender que o contrato já havia terminado e que a contratação desse novo serviço não seria financeiramente compensador*. Todavia, ratifique-se que ainda não havia sido encerrada a prestação de serviços, porquanto ainda não emitido o termo de recebimento definitivo, e que havia previsão no edital de responsabilidade da contratada das possíveis furações.

Por fim, a documentação acostada pela apelada foi suficiente para demonstrar suas alegações (artigo 333, inciso I, do CPC/1973, vigente à época), razão pela qual, se a apelante entendesse necessário trabalho especializado de engenheiro para subsidiar seus argumentos contrários, deveria ter requerido a prova pericial.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO à apelação.**

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. APELAÇÃO. LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA REALIZAÇÃO DE OBRA. CONCLUSÃO PARCIAL DOS SERVIÇOS. CONTRATAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO DE OUTRA EMPRESA PARA A CONCLUSÃO. RESSARCIMENTO DO VALOR PAGO.

- Ação ordinária proposta pela Fundação Universidade Federal de São Carlos – UFSCAR contra construtora com o objetivo de ser indenizada quanto a valor que pagou a terceira empresa para realizar aberturas nas vigas de concreto necessárias à passagem de calhas metálicas para instalações elétricas e de ar condicionado, serviços que deveriam ter sido efetuados pela apelante, segundo alega, por terem constado do objeto da concorrência pública nº 1/93, que deu ensejo à sua contratação.

- Os documentos dos autos comprovam que havia previsão editalícia da obrigação da contratada proceder a todas as furações imprescindíveis à obra.

- Nos termos do edital, o primeiro termo de recebimento é provisório, justamente porque, inicialmente, os serviços podem ser considerados concluídos em perfeitas condições, mas, se porventura forem verificadas anormalidades nos noventa dias seguintes, devem ser corrigidas, a fim de que, decorrido esse prazo, seja lavrado o termo de recebimento definitivo, ou seja, a empresa tem a obrigação de sanar eventuais irregularidades nesse período, que foi observado.

- A documentação acostada pela autora da ação foi suficiente para demonstrar suas alegações, razão pela qual, se a ré entendesse necessário trabalho especializado de engenheiro para subsidiar seus argumentos contrários, deveria ter requerido a prova pericial.

- Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram os Des. Fed. MARLI FERREIRA e Des. Fed. MÔNICA NOBRE, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0003915-76.2011.4.03.6103

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: LUIZ AUGUSTO DE SALLES VIEIRA

Advogado do(a) APELANTE: LUIZ FELIPE SOUZA DE SALLES VIEIRA - SP283771

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0003915-76.2011.4.03.6103

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: LUIZ AUGUSTO DE SALLES VIEIRA

Advogado do(a) APELANTE: LUIZ FELIPE SOUZA DE SALLES VIEIRA - SP283771

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

RELATÓRIO

Apelação interposta por Luiz Augusto de Salles Vieira contra sentença que julgou improcedente o pedido de anulação do débito fiscal constante do Processo Administrativo nº 13884.000082/2009-82, originado da cobrança de imposto de renda (ano-base 2006) sobre valores pagos a título de pensão alimentícia aos filhos que alcançaram a maioridade e de glosa relativa a despesas médicas. O autor foi condenado ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 5% do valor atualizado da causa (R\$ 39.979,77, em junho de 2011). Custas *ex lege*. (ID 92219492 – págs. 72/77).

Sustenta, em síntese (ID 94818518 - págs. 184/201), de rigor a reforma da decisão, pois:

a) inaplicável o artigo 123 do CTN ao caso concreto, uma vez que a sentença judicial homologatória do acordo firmado durante o processo de separação do casal não configura convenção particular, mas, sim, obrigação alimentar legalmente prevista cuja regra não se confunde com o disposto no artigo 1630 do Código Civil, que trata do exercício do poder familiar na prática dos atos da vida civil, e não de limite ao gozo de benefício fiscal;

b) o direito à dedução decorre do pagamento da pensão, conforme prevê a Lei nº 9.250/95 em seu artigo 8º, §§2º e 3º, alíneas “a” e “P”, de forma que interpretação diversa fere os princípios constitucionais da segurança jurídica e da legalidade, bem como as disposições dos artigos 43, 48, 49 e 50 da Instrução Normativa nº 15/2001, artigos 73, 78, 80 e 83 do Decreto nº 3.000/99, artigos 123 do CTN e 1.630 do Código Civil, bem como a Súmula nº 358 do STJ;

c) o único ponto abordado pela União em sua contestação foi a possibilidade de continuar a deduzir do imposto de renda as importâncias pagas a título de pensão alimentícia após a maioridade dos filhos, com fulcro no acordo judicial firmado perante a Vara de Família, o que resulta na presunção de veracidade do demais fatos alegados na inicial;

d) ao tratar dos valores declarados e da veracidade dos documentos apresentados, a sentença enfrentou questão que não foi objeto do auto de infração e nem da contestação da apelada, sem observar o disposto nos artigos 302, 333, 334, o que ocasionou cerceamento de defesa e a possibilidade de juntar novos documentos em embargos declaratórios como contraposição aos fundamentos da sentença, nos termos do artigo 397 do CPC/1973;

e) deve ser reconhecida a insubsistência do auto de infração, em relação às despesas médicas, ante a ausência de vedação à apresentação das declarações individuais e por cuidar de valores díspares dos declarados;

f) a sentença, ao afirmar que o apelante teria deduzido mais de 70 mil reais sem comprovar o respectivo pagamento, restou extra petita e, nesse aspecto, deve ser declarada nula. No mais, deve ser inteiramente reformada, com a inversão dos ônus da sucumbência.

Contrarrazões da União, nas quais assevera que o artigo 78 do Decreto nº 3.000/99 deve ser interpretado em consonância com o artigo 77 do mesmo ato normativo, segundo o qual os filhos só podem ser dependentes até vinte e um anos de idade ou, caso estudem em estabelecimento de ensino superior ou escola técnica de segundo grau, até vinte e quatro anos de idade, de forma que disposição diversa por meio de ato jurídico (separação consensual) não pode prevalecer e estender o conceito de dependência para fins fiscais indefinidamente. Aduz, ainda, ofensa ao contraditório com a juntada de documentos novos após a prolação da sentença, já que cabe ao autor comprovar a sua tese no momento processual oportuno, nos termos do artigo 333, inciso I, do CPC/1973, motivos pelos quais o recurso deve ser desprovido (ID 94818518 - págs. 206/214).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0003915-76.2011.4.03.6103
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
APELANTE: LUIZ AUGUSTO DE SALLES VIEIRA
Advogado do(a) APELANTE: LUIZ FELIPE SOUZA DE SALLES VIEIRA - SP283771
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

VOTO

I – Dos fatos

O autor ajuizou, em 08.06.2011, ação anulatória de débito fiscal para contestar os débitos tributários verificados em procedimento de revisão da sua declaração de ajuste anual do imposto de renda (IRPF) relativo ao ano-base 2006.

De acordo com a Notificação de Lançamento nº 2007/608450334614052 (ID 92221034 – pág.33), foi apurado débito no valor de R\$ 39.979,77, dos quais R\$ 20.607,07 são referentes ao IRPF, R\$ 15.455,30 à multa de ofício e R\$ 3.917,40, aos juros de mora, calculados até 30/12/2008.

As glosas decorreram de valores que a Receita Federal do Brasil considerou indevidamente deduzidos a título de despesas médicas e pensão alimentícia, uma vez que dois de seus três filhos alcançaram a maioridade e que todos os alimentandos apresentaram declaração de ajuste anual do imposto de renda de forma individual, no modelo simplificado (ID 92221034 - págs. 31 e 34).

O contribuinte colacionou diversos documentos, bem como a cópia da impugnação administrativa (ID 92221035 - págs. 52/73), na qual aduziu que, por ocasião da separação consensual, firmou com a ex-esposa acordo, homologado por sentença prolatada pelo Juízo da Vara da Família, por meio do qual foram estipuladas as obrigações decorrentes do desfazimento do vínculo matrimonial (ID 92221035 - págs. 08/09). Afirmou, ainda, que os valores das despesas médicas indicados na glosa não compuseram a base de cálculo das declarações individuais da ex-esposa e de seus filhos, notadamente porquanto cabia a ele, autor, tais pagamentos, conforme o item XIII, 'd' e 'e', do mencionado ajuste. Da mesma forma, o item XII, "d", estabeleceu que pagaria pensão alimentícia aos filhos até um ano após a emancipação, maioridade, casamento ou formatura em curso superior, razões pelas quais defende que as deduções foram legalmente realizadas.

O juízo a quo concedeu a antecipação dos efeitos da tutela para suspender a exigibilidade do débito tributário até ulterior deliberação (ID 92219490 págs. 58/59. A sentença, contudo, foi de improcedência (ID 92219492 - págs. 72/77). O autor opôs embargos declaratórios (ID 94818518 - págs. 03/175), que restaram rejeitados (ID 94818518 - págs. 178/180) e, após, ofertou a apelação que ora se examina.

II – DA ALEGAÇÃO DE NULIDADE PARCIAL DA SENTENÇA

Sustenta o apelante que parte da sentença restou extra petita, na medida em que o magistrado inovou ao analisar fatos diversos dos apresentados na inicial e na contestação. Afirmo que o fisco, tanto na esfera administrativa quanto na judicial, limitou-se a impugnar o direito de continuar a deduzir as somas pagas a título de pensão alimentícia em razão da maioridade dos filhos, bem como de lançar as despesas médicas em sua declaração de ajuste anual à vista da apresentação de declarações de ajuste anual do imposto de renda individuais, na modalidade simplificada, por seus filhos e ex-esposa. Contudo, não lhe assiste razão.

Há que se distinguir entre os fundamentos utilizados pelo magistrado para acolher ou rejeitar o pedido e o pedido propriamente dito. Ao ajuizar a ação, o autor buscava anular os débitos tributários ao argumento de que cumpria as obrigações alimentares firmadas em acordo de separação judicial homologado por sentença e que tais pagamentos poderiam ser deduzidos conforme autoriza a Lei nº. 9.250/95. Tal pleito foi julgado improcedente pelo juízo a quo com base nos seguintes fundamentos:

a) a maioridade configurou o evento deflagrador da extinção da obrigação alimentar, porquanto, das condições resolutivas enumeradas no acordo judicial de forma alternativa (emancipação ou maioridade ou casamento ou formatura em curso superior), foi a que primeiro se aperfeiçoou;

b) incompatibilidade entre os valores lançados na declaração de ajuste anual (fl. 276) e os pagos a título de pensão alimentícia, conforme declaração do empregador do autor (fl. 296);

c) ausência de comprovação do efetivo pagamento das despesas médicas, bem como dos valores declarados a título de pensão alimentícia, o que enseja a manutenção da presunção de legalidade do ato administrativo combatido.

Vê-se, pois, que o pedido de anulação do débito poderia ter sido julgado improcedente com base em cada um dos fundamentos enumerados, individualmente considerados, sem que fosse alterada a natureza do pedido e o objetivo almejado (anulação dos débitos tributários discutidos). Conclui-se, portanto, que não se julgou pedido diverso e que a sentença não contém o vício apontado.

Por outro lado, é bem verdade que o juiz acabou por considerar fatos que não foram controvertidos pelas partes (correção dos valores pagos a título de pensão alimentícia), o que legitima a juntada de novos documentos em momento processual diverso da instrução, nos termos do que previa o artigo 397 do CPC/1973, como fez o autor em sede de embargos de declaração.

Não se constata, todavia, a alegada ofensa aos artigos 302, 333 e 334 do antigo CPC, porquanto a presunção de veracidade dos fatos alegados na exordial e não impugnados na contestação é relativa, ou seja, pode sucumbir diante da análise de outros elementos constantes dos autos. Outrossim, não tem como consequência necessária a procedência do pleito autoral, apenas permite seja dispensada a produção de outras provas acerca do fato não contestado, cuja qualificação jurídica será dada pelo julgador, à luz de todos os elementos constantes dos autos, como fruto dos brocardos *iura novit curia* e da *mihi factum dabo tibi ius*. Nesse sentido, confira-se precedente do STJ:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SÚMULA 182/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282 E 356/STF. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ. FUNDAMENTO SUFICIENTE À MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO NÃO IMPUGNADO NAS RAZÕES DO ESPECIAL. SÚMULA 283/STF. CONTESTAÇÃO. ÔNUS DA IMPUGNAÇÃO ESPECIFICADA. INOBSERVÂNCIA. PREPONDERÂNCIA DO PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO.

1. *Impugnação pela agravante dos fundamentos da decisão de inadmissão do especial, ensejando o afastamento da súmula 182/STJ. Decisão recorrida reconsiderada, enfrentando-se as demais alegações do recurso.*

2. *Carecem do necessário prequestionamento as matérias não debatidas pelo Tribunal de origem, não tendo sido opostos embargos de declaração para suprir eventual omissão. Incidência das súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal.*

3. *Para que se alterassem as conclusões do julgado no sentido da ausência de prova do pagamento das luvas por parte da ora agravante, seria necessária a incursão na seara fático-probatória da demanda, providência vedada em sede especial, a teor da súmula 07 do Superior Tribunal de Justiça.*

4. *"É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles" (súmula 283 do Supremo Tribunal Federal).*

5. *"A presunção de veracidade quanto aos fatos não impugnados na contestação é relativa e, portanto, poderá ser infirmada pelo julgador, quando da formação do seu livre convencimento em face das provas constantes dos autos" (AgRg no Ag 1047677/SP, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, Terceira Turma, DJ de 13.03.2009).*

6. *AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO E AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO, MAS DESPROVIDO.*

(AGA - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - 830001 2006.02.32823-1, PAULO DE TARSO SANSEVERINO, STJ - 3ª TURMA, DJE DATA:22/09/2010)

Assim, rejeito a preliminar de nulidade parcial da sentença.

III – DO MÉRITO

Da análise da notificação de lançamento do débito tributário constata-se que a autuação foi baseada em dois fundamentos: a impossibilidade de o autor continuar a deduzir da base de cálculo de seu imposto de renda os valores pagos a título de pensão alimentícia aos filhos maiores de idade e de lançar em sua declaração de ajuste anual as despesas médicas dos alimentandos, à vista de que cada qual apresentou declaração anual individual, na modalidade simplificada, conforme os fatos e respectivo enquadramento legal descritos pelo fisco e a seguir reproduzidos:

a) glosa do valor de R\$ 12.922,62, referente a despesas médicas de sua ex-esposa Regina Marcia de Souza Salles Vieira, pagas a José Fernando Scalli (R\$ 80,06), DH Clínica Médica (R\$ 80,06) e SANTE (R\$ 130,06), bem como ao montante pago a título de convênio médico (Sul América – valor glosado= R\$ 12.632,44) tanto para a genitora quanto para os três filhos, uma vez que todos apresentaram declaração anual individual em separado, no modelo simplificado (art. 8.º, inciso II, alínea 'a', e §§ 2.º e 3.º, da Lei n.º 9.250/95; arts. 43 a 48 da Instrução Normativa SRF n. 15/2001, arts. 73, 80 e 83, inciso II do Decreto n.º 3.000/99 - RIR/99) (ID 92221034 - pág. 31);

b) glosa do valor de R\$ 65.102,64, à vista da cessação do direito à pensão alimentícia após a maioridade (art. 8.º, inciso II, alínea 'f', da Lei n.º 9.250/95; arts. 49 e 50 da Instrução Normativa SRF n. 15/2001, arts. 73, 78 e 83, inciso II, do Decreto n.º 3.000/99 - RIR/99) (ID 92221034 - pág. 34)

III.a) Do imposto de renda

A regra matriz de incidência dos tributos está prevista na Constituição Federal e, quanto ao imposto de renda, seu contorno é delimitado pelo artigo 153, inciso III, o qual prevê a competência da União para instituir imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza. O artigo 43 do Código Tributário Nacional, por sua vez, define como fato gerador da exação a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos (inciso I) e de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior (inciso II). É possível afirmar, portanto, que o pagamento de montante que não seja produto do capital ou do trabalho ou que não implique acréscimo patrimonial afasta a incidência do imposto de renda e, por esse fundamento, não deve ser cobrado o tributo sobre as indenizações que visam a recompor a perda patrimonial. De outro lado, tem-se que, do ponto de vista do trabalhador/aposentado, todos os rendimentos (sejam os decorrentes da atividade ou da inatividade) estão sujeitos à incidência dessa exação, salvo previsão de índole constitucional (imunidade) ou legal (isenção).

III.b) Da dedução da base de cálculo do imposto de renda

*Art. 4º. Na determinação da base de cálculo sujeita à incidência mensal do imposto de renda **poderão ser deduzidas**:*

II – as importâncias pagas a título de pensão alimentícia em face das normas do Direito de Família, quando em cumprimento de decisão judicial, inclusive a prestação de alimentos provisionais, de acordo homologado judicialmente, ou de escritura pública a que se refere o art. 1.124-A da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil; (Redação dada pela Lei nº 11.727, de 2008)

III - a quantia de R\$ 90,00 (noventa reais) por dependente:

Art. 8º A base de cálculo do imposto devido no ano-calendário será a diferença entre as somas:

I - de todos os rendimentos percebidos durante o ano-calendário, exceto os isentos, os não-tributáveis, os tributáveis exclusivamente na fonte e os sujeitos à tributação definitiva;

II - das deduções relativas:

f) às importâncias pagas a título de pensão alimentícia em face das normas do Direito de Família, quando em cumprimento de decisão judicial, inclusive a prestação de alimentos provisionais, de acordo homologado judicialmente, ou de escritura pública a que se refere o art. 1.124-A da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil; (Redação dada pela Lei nº 11.727, de 2008)

§ 2º O disposto na alínea a do inciso II:

I - (...);

II - restringe-se aos pagamentos efetuados pelo contribuinte, relativos ao próprio tratamento e ao de seus dependentes;

(...)

§ 3º As despesas médicas e de educação dos alimentandos, quando realizadas pelo alimentante em virtude de cumprimento de decisão judicial, de acordo homologado judicialmente ou de escritura pública a que se refere o art. 1.124-A da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, **poderão ser deduzidas pelo alimentante na determinação da base de cálculo do imposto de renda na declaração, observado, no caso de despesas de educação, o limite previsto na alínea b do inciso II do **caput** deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 11.727, de 2008)**

A leitura dos dispositivos reproduzidos permite inferir que dependentes e alimentandos são figuras distintas, porquanto em ambos os artigos há regramento diverso para um e para outro. De fato, o Decreto nº 3.000/1999, que regulamentou a tributação e a fiscalização do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, tratou das deduções a partir de seu artigo 73 e, sobre os dependentes, dispôs:

Art. 77. Na determinação da base de cálculo sujeita à incidência mensal do imposto, poderá ser deduzida do rendimento tributável a quantia equivalente a noventa reais por dependente (Lei nº 9.250, de 1995, art. 4º, inciso III).

§ 1º Poderão ser considerados como dependentes, observado o disposto nos arts. 4º, § 3º, e 5º, parágrafo único (Lei nº 9.250, de 1995, art. 35):

I - o cônjuge;

II - (...)

III - a filha, o filho, a enteada ou o enteado, até vinte e um anos, ou de qualquer idade quando incapacitado física ou mentalmente para o trabalho;

IV - (...)

V - (...)

VI - (...)

VII – (...)

§ 2º Os dependentes a que referem os incisos III e V do parágrafo anterior poderão ser assim considerados quando maiores até vinte e quatro anos de idade, se ainda estiverem cursando estabelecimento de ensino superior ou escola técnica de segundo grau (Lei nº 9.250, de 1995, art. 35, § 1º).

§ 3º Os dependentes comuns poderão, opcionalmente, ser considerados por qualquer um dos cônjuges (Lei nº 9.250, de 1995, art. 35, § 2º).

§ 4º No caso de filhos de pais separados, poderão ser considerados dependentes os que ficarem sob a guarda do contribuinte, em cumprimento de decisão judicial ou acordo homologado judicialmente (Lei nº 9.250, de 1995, art. 35, § 3º).

Destarte, o genitor ou genitora que deixou de ter a guarda dos filhos assumirá o dever de sustento por meio do pagamento de pensão alimentícia, consoante as regras do Direito de Família. No artigo seguinte, o regulamento explicita as regras de dedução aplicáveis:

Art. 78. Na determinação da base de cálculo sujeita à incidência mensal do imposto, poderá ser deduzida a importância paga a título de pensão alimentícia em face das normas do Direito de Família, quando em cumprimento de decisão judicial ou acordo homologado judicialmente, inclusive a prestação de alimentos provisionais (Lei nº 9.250, de 1995, art. 4º, inciso II).

A mesma previsão constava da Instrução Normativa SRF nº 15/2001, acrescida da possibilidade de dedução do montante pago a título de pensão alimentícia ainda que o empregador não fosse responsável pelo desconto em folha, desde que o alimentante fornecesse à fonte pagadora o comprovante do pagamento. (artigos 49 e 50).

No que se refere às despesas médicas, o Decreto nº 3.000/1999, em seu artigo 80, §5º, autorizava a respectiva dedução, se realizadas pelo alimentante em virtude de cumprimento de decisão judicial ou de acordo homologado judicialmente, previsão que se repetia nos artigos 43, 48 e 50, §2º, da Instrução Normativa SRF N° 15/2001.

Por sua vez, as regras do Direito de Família sobre a pensão alimentícia dispõem que, durante a menoridade civil, os filhos estão sujeitos ao poder familiar (artigo 1630 do Código Civil) e, aos pais, cabe o sustento, a guarda e a educação de sua prole, nos termos do artigo 1.566, inciso IV, do mesmo *codex*. Por outro lado, parentes podem pedir entre si os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social (artigo 1694) e o direito à mencionada prestação é recíproco entre pais e filhos, ausente menção a limite etário (artigo 1696).

No caso da separação consensual, os cônjuges podem estabelecer quais serão as obrigações alimentares de cada um em relação a si e em relação aos filhos, observados os encargos mínimos descritos no Código Civil, sem desfaleque do necessário ao sustento do pagante (artigo 1695). Se tal avença for homologada em juízo, são permitidas as deduções para fins de imposto de renda, em seus exatos termos.

Em suma, o direito à dedução dos valores pagos a título de pensão alimentícia condiciona-se à demonstração de dois requisitos: a existência de decisão judicial, acordo homologado judicialmente ou escritura pública e a ocorrência do pagamento. Nesse aspecto, de rigor observar que a exigência da homologação do acordo em juízo afasta a afirmação de que constituiria mera convenção entre as partes não oponível ao fisco (artigo 123 do CTN).

No caso dos autos, verifica-se que o apelante colacionou acordo firmado no processo de separação consensual, homologado judicialmente, em 21.02.1995 (ID 92221034 - págs. 89/90). No tópico relativo à guarda da prole, restou acordado que os filhos Ana Flávia Souza de Salles Vieira, nascida em 05.05.1981 (ID 92221034 - pág. 57), Luiz Felipe Souza de Salles Vieira, nascido em 06.12.1983 (ID 92221034 - pág. 59) e Arthur Bernardo Souza de Salles Vieira, nascido em 27.11.1990 (ID 92221034 - pág. 61), ficariam sob a guarda da mãe (item 11). Nos itens 12 e 13, constou, verbis:

12. Pagará o separando, a título de pensão alimentícia, mensalmente e sobre o décimo terceiro (13º), a quantia correspondente a 1/3 de seus vencimentos brutos, descontadas anteriormente as verbas relativas ao IRPF e IPESP, mediante desconto em folha de pagamento e depósito em conta bancária de n. 002040209-0, em nome da separanda, junto ao Banco Bandeirantes S/A – n. 230 – agência n. 0195 – São José dos Campos, cabendo à serventia oficiar ao órgão pagador.

d) A pensão cessará, referentemente aos filhos, um ano após a emancipação, maioridade, casamento ou formatura em curso superior;

e) A separanda perderá o direito à pensão na hipótese de vir a ter a condição econômica substancialmente alterada, ou, ainda, na hipótese de vir a ter modificada a sua condição de ordem pessoal.

13. Serão, ainda, de responsabilidade do separando:

b) manutenção do convênio médico Interclínicas, em benefício dos filhos e da separanda, exceto na ocorrência de uma das hipóteses mencionadas nas letras 'd' e 'e' do item 12;

d) despesas havidas com médico, farmácia, dentista e outras atinentes à área de saúde, relativamente aos filhos. Não havendo urgências, as despesas devem ser comunicadas previamente;

e) despesas havidas com ensino, matrículas, inclusive de cursos extracurriculares, uniforme e material escolar; relativamente aos filhos, desde que comunicadas previamente, e tenha havido o assentimento do separando;

f) despesas havidas com o lazer dos filhos, desde que comunicadas previamente, e tenha havido o assentimento do separando;

(grifos nossos)

(ID 92221034 – págs. 43/46)

Os valores devidos passaram, então, a ser descontados da folha de pagamento do autor, conforme o Ofício nº 037/95, encaminhado pelo empregador (ID 92221034 - págs. 101/103).

À vista de que os itens 'e' e 'f' também estipulavam ser de responsabilidade do autor as despesas com educação e lazer, entre outras, requereu ao Juízo da Vara da Família autorização para que o órgão pagador descontasse em folha de pagamento tais gastos sob a rubrica Pensão II, para diferenciá-la da Pensão I (relativa ao item 12, d) (ID 92221034 - págs. 132/133), o que foi homologado pelo juiz (pág. 140) e operacionalizado pelo empregador, mediante o envio dos recibos respectivos até o dia 10 de cada mês (pág. 146).

Quanto à prova da importância efetivamente expendida no ano de 2006, restou descontada diretamente da folha de pagamento do autor a soma de R\$ 92.439,85, sob a rubrica de pensão alimentícia (Pensão I), conforme a cópia do holerite (ID 94818518 - pág. 27). Também foram apresentados recibos “a título de pensão alimentícia para abater da base de cálculo do imposto de renda retido na fonte”, consoante a declaração do empregador (ID 92219490 - págs. 47/48) e demais documentos comprobatórios (ID 94818518 - págs. 29/158), cujo montante anual correspondeu a R\$ 50.587,33 (Pensão II). Destarte, a título de Pensão I e II, o autor gastou R\$ 143.027,18, embora nem todos os recibos apresentados refiram-se a gastos passíveis de dedução, nos termos do acordo, razão pela qual a soma excede o valor consignado em sua declaração (R\$ 120.763,92), ainda que a ele se some a importância paga a título de convênio médico R\$ 18.276,02 (ID 94818518 - pág. 159).

Constatado o pagamento, a questão que remanesce, como bem apontou o fisco em sua contestação, é a interpretação dos exatos limites do acordo judicial.

Segundo o item 12, 'd', a pensão aos filhos cessaria um ano após a verificação dos seguintes eventos: emancipação, maioridade, casamento ou formatura em curso superior. Outrossim, o item 13, 'b' dispôs sobre a manutenção do pagamento do convênio médico até a ocorrência de uma das hipóteses mencionadas nas letras 'd' e 'e' do item 12. Da interpretação conjunta dos dois itens conclui-se que a obrigatoriedade do pagamento de ambas as despesas (médicas e decorrentes da pensão alimentícia) cessaram com a maioridade, eis que foi o primeiro dos eventos a se aperfeiçoar, de forma que nem mesmo a prova de que de que o filho Luiz ainda cursava a faculdade no ano de 2006 (ID 92219492 - págs. 16/20) socorre ao autor. Destarte, à vista de que os pagamentos posteriores ocorreram sem base no acordo judicial, ou seja, por liberalidade do alimentante, que não propôs a competência ação para exoneração das obrigações acordadas, nos termos da Súmula 358 do Superior Tribunal de Justiça, corretas as glosas efetuadas pelo fisco sob esse aspecto. Nesse sentido, confira-se precedente do Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. PENSÃO ALIMENTÍCIA. HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL. FILHO MAIOR DE 24 ANOS DE IDADE. EXERCÍCIO PROFISSIONAL. DESCARACTERIZAÇÃO DA DEPENDÊNCIA. INDEDUTIBILIDADE DO IRPF. BENEFÍCIO FISCAL. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA E RESTRITIVA. INDEPENDÊNCIA DO DIREITO DE FAMÍLIA DA DEFINIÇÃO DOS EFEITOS TRIBUTÁRIOS. CESSAÇÃO LEGAL DO DEVER DE SUSTENTO. REPERCUSSÃO AUTOMÁTICA NA EFICÁCIA TRIBUTÁRIA DESONERATIVA. OPÇÃO PELO NÃO EXERCÍCIO DA AÇÃO JUDICIAL DE EXONERAÇÃO DA PENSÃO. LIBERALIDADE DO DEVEDOR. PERSISTÊNCIA DO PAGAMENTO POR ATO DE VONTADE DO ALIMENTANTE. VOLUNTARIEDADE ÀS CUSTAS DA ARRECADACÃO FISCAL. IMPOSSIBILIDADE. EXTINÇÃO DO BENEFÍCIO COMO ADVENTO DA MAIORIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO MANTIDO.

1. O recorrente se insurge contra Acórdão que recusou direito à dedução da base de cálculo do IRPF de pensão alimentícia paga a filhos maiores de 24 anos, plenamente capazes e no exercício das respectivas profissões. A pensão foi fixada judicialmente em 1990, quando os filhos eram menores. Entendeu o Tribunal de origem que o aporte financeiro concedido a filhos posteriormente à maioridade caracteriza-se como doação, incidindo, portanto, imposto de renda.

2. Alega o recorrente que o Acórdão impugnado viola os arts. 11 e 489, §1º, II, III e IV, do CPC/2015, além dos arts. 514, II, e 515, §§1º e 2º, do CPC/1973. Sustenta, ainda, negativa de vigência ao art. 4º, II, da Lei 9.250/1996, que expressamente prevê o direito à dedução, da base de cálculo do imposto de renda, das importâncias pagas a título de pensão alimentícia em decorrência de decisão judicial ou de acordo homologado judicialmente. Aduz que o caso se enquadra no referido texto normativo e que não há limitação de idade para o adimplemento de pensão alimentícia, sendo o único requisito legal a existência de acordo ou decisão judicial que comande a prestação de alimentos pelo contribuinte.

3. As imputações de contrariedade aos arts. 11 e 489, §1º, II, III e IV, do CPC/2015, e arts. 514, II, e 515, §§1º e 2º, do CPC/1973, não prosperam. O Tribunal a quo julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada. O aresto se encontra devidamente fundamentado, tratando todos os pontos necessários à resolução do feito. Não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. Nesse sentido: REsp 927.216/RS, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 13/8/2007; e REsp 855.073/SC, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 28/6/2007.

4. Também não se verifica agressão ao art. 514, II, do CPC/1973. O apelo hostilizado cumpre a contento esse ônus processual. As razões de fato e de direito que embasam o pedido da Apelação são claras e suficientes para produzir o resultado pretendido. Assevera o apelo que os benefícios tributários, dos quais as deduções são espécies, devem ser interpretados restritivamente. Por isso, embora a Lei 9.250/95 determine que o valor pago a título de pensão alimentícia possa ser deduzido da base de cálculo mensal do imposto de renda, "tal norma deve ser interpretada de modo restritivo, nos termos do art. 111 do Código Tributário Nacional". Afirma, ainda, "que a separação judicial, ato que deu nascimento ao pagamento das pensões, deu-se no ano de 1990, data em que os filhos do Apelado, eram menores de 21 anos, diferentemente de hoje, em que ambos são maiores, plenamente capazes exercendo cada qual livremente suas profissões". Tudo para concluir que a dedução dos valores do IRPF pelo pagamento de pensão não mais se justifica, o que atende à norma processual de regência.

5. Não há falar igualmente em negativa de vigência ao art. 515, §§1º e 2º, do CPC/1973. O decisum impugnado analisou exatamente o ponto objeto do apelo da União, relativo à circunstância de os alimentandos terem alcançado a maioria após a decisão judicial que fixou a pensão alimentícia. Não consubstancia decisão extra petita, ademais, o fato de o Tribunal ter caracterizado como doação para efeito de dedução tributária a pensão alimentícia paga após a maioria. O julgador tem liberdade para fazer as classificações jurídicas dos fatos que lhe são apresentados conforme o direito aplicável ao caso concreto. Incidem na espécie os brocardos latinos *iura novit curia* e *da mihi factum, dado tibi ius*, admitidos pela legislação processual.

6. O dissenso pretoriano invocado no Recurso Especial nem sequer oferece condições para o julgamento de mérito. Carece de preencher os requisitos legais e regimentais para a propositura do recurso pela alínea "c" do art. 105 da CF, na medida em que não indica as circunstâncias fáticas específicas em que lavrados os arestos confrontados, tampouco se assentam os Acórdãos comparados em causas idênticas ou semelhantes que permitam exame objetivo da suposta divergência.

7. Por fim, em relação ao mérito propriamente dito da invocada afronta ao art. 4º, II, da Lei 9.250/1996, melhor sorte não resta ao recurso. O referido dispositivo deve ser interpretado no contexto normativo em que inserido, à luz do inciso III e do art. 8º, II, "b", "c", "f" §3º e 35, III, §1º, todos do mesmo diploma legal, os quais estão a vincular de forma direta ou indireta a dependência econômica à dedução permitida da base de cálculo do IR. **A ratio legis da dedução fiscal é o dever de sustento que onera os rendimentos percebidos pelo contribuinte em razão da lei ou de sentença judicial. Cessado o dever de sustento, cessa o benefício fiscal, independentemente de ação judicial de exoneração que tem os seus efeitos restritos ao Direito de Família.**

8. Uma vez descaracterizada legalmente a dependência presumida, e ilidida a natureza assistencial da verba dedutível, não basta invocar a origem judicial da pensão regularmente adimplida para ter direito ao benefício fiscal do art. 4º, II, da Lei 9.250/1996. A pensão dedutível do art. 4º, II, da Lei 9.250/1996 somente alcança os filhos dependentes que se enquadrem na condição prevista no art. 35, III e §1º da Lei do Imposto de Renda. Fora dessas hipóteses, **nada obsta que o contribuinte continue a pagar pensão para os filhos enquanto não desonerado judicialmente dessa obrigação familiar. Só não pode fazê-lo às custas de subsídio estatal e em detrimento da base de incidência do IRPF que estaria indefinidamente reduzida ao exclusivo talante e liberalidade do pagador da pensão, que já preenche as condições legais para exoneração do encargo.**

9. O regime civil ou familiar da pensão alimentícia estabelecida judicialmente não se confunde com os respectivos efeitos tributários da verba destinada a esse desiderato. O art. 111 do CTN recomenda interpretação restritiva à legislação tributária que disponha sobre benefício fiscal. Precedentes do STJ. O pagamento de pensão nas circunstâncias dos autos equipara-se, para fins fiscais, a doação, e nessa condição se sujeita à incidência do IRPF.

10. Considerando o contexto normativo da previsão de dedução fiscal da pensão alimentícia fixada judicialmente e paga a filho após os 24 anos de idade, e a necessidade de se empreender interpretação sistemática e restritiva das hipóteses de benefício fiscal previstas na legislação tributária, nada há a reparar no Acórdão recorrido, que corretamente aplicou o direito federal ao caso concreto.

11. Recurso Especial conhecido em parte, e nessa parte não provido.

(grifos nossos)

(RESP - RECURSO ESPECIAL - 1665481 2017.00.86227-6, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:09/10/2017)

Correta, também, a glosa das despesas médicas pagas a José Fernando Scalli (R\$ 80,06), DH Clínica Médica (R\$80,06) e Sante (R\$130,06) pela ex-esposa, na medida em que o item 13, “d”, do acordo de separação previu que seriam de responsabilidade do autor pagamentos a tal título apenas em relação aos filhos.

Por outro lado, indevidas as impugnações relativas ao convênio médico de Regina Marcia de Souza Salles Vieira e do filho Arthur Bernardo Souza de Salles Vieira, nascido em 27.11.1990 (ou seja, ainda menor de idade em 2006), porquanto restou consignado na alínea b do item 13 do acordo a manutenção do referido pagamento até a ocorrência de uma das hipóteses mencionadas na letra ‘d’ do item 12, em relação aos filhos (emancipação, maioridade, casamento ou formatura em curso superior) e até a genitora vir a ter a condição econômica substancialmente alterada, ou, ainda, modificada a sua condição de ordem pessoal (alínea “e” do item 12), situações estas não verificadas nestes autos.

Ressalte-se, por fim, que as glosas das despesas médicas não se justificariam única e exclusivamente em razão da apresentação de declarações de ajuste anual individuais, eis que, conforme anteriormente explicitado, não se trata de dependentes, cuja presença na declaração de ajuste anual do autor impediria a forma individual, mas, sim, de alimentandos, cuja renda tem caráter tributável e permite a declaração nos termos em que realizada. Contudo, em razão do limite temporal expressamente previsto no acordo judicial, de rigor a manutenção das glosas em relação aos filhos que alcançaram a maioridade.

Devido à reforma em pequena parte e à regra do tempus regit actum, aplicável ao caso concreto, não restou caracterizada a sucumbência recíproca (CPC/1973, art. 21) nem a inversão dos ônus sucumbenciais, na medida em que a parte autora obteve a procedência de parte mínima de seu pleito (afastamento da glosa de R\$ 6.978,92), considerado o pleito inicial (valor total da glosa = R\$ 78.025,26 – ID 92221034 - Pág. 32). Destarte, quanto à verba honorária, deve ser mantida a sentença (5% do valor atualizado da causa - R\$ 39.979,77, em junho de 2011, em favor do réu).

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação apenas para excluir as glosas efetuadas sobre as parcelas pagas pelo autor a título de convênio médico para Regina Marcia de Souza Salles Vieira (R\$ 5.282,44) e Arthur Bernardo Souza de Salles Vieira (R\$ 1.696,48), nos termos da fundamentação. Verbas de sucumbência mantidas conforme a sentença.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA. SENTENÇA EXTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. FATOS NÃO IMPUGNADOS EM CONTESTAÇÃO. PRESUNÇÃO RELATIVA. DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. PENSÃO ALIMENTÍCIA. DESPESAS MÉDICAS. PREVISÃO DE CESSAÇÃO COM O ADVENTO DA MAIORIDADE. ESTRITOS TERMOS DO ACORDO HOMOLOGADO JUDICIALMENTE. OBSERVÂNCIA. AÇÃO JUDICIAL DE EXONERAÇÃO DA PENSÃO. INEXISTÊNCIA. LIBERALIDADE DO DEVEDOR. INCIDÊNCIA DO TRIBUTO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

- O pedido aduzido na ação ordinária poderia ter sido julgado improcedente com base em cada um dos fundamentos enumerados, individualmente considerados, sem que fosse alterada a natureza do pedido e o objetivo almejado (anulação dos débitos tributários discutidos). Conclui-se, portanto, que não se julgou pedido diverso e que a sentença não contém o vício apontado. Todavia, como o juiz acabou por considerar fatos que não foram controvertidos pelas partes, legítima a juntada de novos documentos em momento processual diverso da instrução, nos termos do que previa o artigo 397 do CPC/1973.

- Não se constata a alegada ofensa aos artigos 302, 333 e 334 do antigo CPC, porquanto a presunção de veracidade dos fatos alegados na exordial e não impugnados na contestação é relativa, ou seja, pode sucumbir diante da análise de outros elementos constantes dos autos. Outrossim, não tem como consequência necessária a procedência do pleito autoral, apenas permite seja dispensada a produção de outras provas acerca do fato não contestado, cuja qualificação jurídica será dada pelo julgador, à luz de todos os elementos constantes dos autos (*iura novit curia* e da *mih factum dabo tibi ius*).

- A análise da notificação de lançamento do débito tributário demonstra que a autuação foi baseada em dois fundamentos: a impossibilidade de o autor continuar a deduzir da base de cálculo de seu imposto de renda os valores pagos à título de pensão alimentícia aos filhos maiores de idade e de lançar em sua declaração de ajuste anual as despesas médicas dos alimentandos, à vista de que cada qual apresentou declaração anual individual, na modalidade simplificada.

- A legislação de regência do imposto de renda das pessoas físicas, Lei nº 9.250/95, permite que o contribuinte deduza da base de cálculo do imposto determinados valores, como aqueles referentes ao pagamento de pensão alimentícia e despesas médicas, à luz das normas do Direito de Família. Porém, a dedução deverá respeitar os estritos termos da decisão judicial, do acordo homologado judicialmente ou, ainda, da escritura pública e desde que o pagamento seja efetivamente demonstrado.

- Constatado o pagamento, conforme documentos carreados aos autos, a questão que remanesce é a interpretação dos exatos limites do acordo homologado em juízo. Segundo o item 12, 'd', a pensão aos filhos cessaria um ano após a verificação dos seguintes eventos: emancipação, maioridade, casamento ou formatura em curso superior. Outrossim, o item 13, 'b' dispôs sobre a manutenção do pagamento do convênio médico até a ocorrência de uma das hipóteses mencionadas nas letras 'd' e 'e' do item 12. Da interpretação conjunta dos dois itens, conclui-se que a obrigatoriedade do pagamento de ambas as despesas (médicas e decorrentes da pensão alimentícia) cessaram com a maioridade, eis que foi o primeiro dos eventos a se aperfeiçoar.

- Pagamentos posteriores efetuados sem base no acordo judicial pelo autor, que não propôs a competência ação para exoneração dos pagamentos acordados, nos termos da Súmula 358 do Superior Tribunal de Justiça, constituem liberalidade passível de tributação, de forma que corretas as glosas efetuadas pelo fisco. Precedente do Superior Tribunal de Justiça (RESP 1665481, HERMAN BENJAMIN, STJ 2A TURMA, DJE DATA:09/10/2017).

- Correta a glosa das despesas médicas pagas pela ex-esposa, na medida em que o item 13, "d", do acordo de separação previu que seriam de responsabilidade do autor pagamentos a tal título apenas em relação aos filhos.

- Indevidas as impugnações relativas ao convênio médico da ex-esposa e do filho ainda menor de idade em 2006, porquanto consignado na alínea b do item 13 do acordo a manutenção do referido pagamento até a ocorrência de emancipação, maioridade, casamento ou formatura em curso superior em relação aos filhos e até a genitora vir a ter a condição econômica substancialmente alterada, ou, ainda, modificada a sua condição de ordem pessoal (alínea "e" do item 12), situações não verificadas nestes autos.

- As glosas das despesas médicas não se justificariam única e exclusivamente em razão da apresentação de declarações de ajuste anual individuais, eis que não se tratam de dependentes, cuja presença na declaração de ajuste anual do autor impediria a forma individual, mas, sim, de alimentandos, cuja renda tem caráter tributável e permite a declaração nos termos em que realizada. Contudo, em razão do limite temporal expressamente previsto no acordo judicial, de rigor a manutenção das glosas em relação aos filhos que alcançaram a maioridade.

- Não restou caracterizada a sucumbência recíproca (CPC/1973, art. 21) nem a inversão dos ônus sucumbenciais, na medida em que a parte autora obteve a procedência de parte mínima de seu pleito inicial. Mantida a sentença (5% do valor atualizado da causa, em favor do réu).

- Apelação parcialmente provida para excluir as glosas efetuadas sobre as parcelas pagas pelo autor a título de convênio médico para Regina Marcia de Souza Salles Vieira e Arthur Bernardo Souza de Salles Vieira.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu dar parcial provimento à apelação apenas para excluir as glosas efetuadas sobre as parcelas pagas pelo autor a título de convênio médico para Regina Marcia de Souza Salles Vieira (R\$ 5.282,44) e Arthur Bernardo Souza de Salles Vieira (R\$ 1.696,48), mantidas as verbas de sucumbência conforme a sentença, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram os Des. Fed. MARLI FERREIRA e Des. Fed. MÔNICA NOBRE, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0547879-73.1998.4.03.6182
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MAURO MITSUO IWAKURA
Advogado do(a) APELADO: CYRO PURIFICACAO FILHO - SP117992-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0547879-73.1998.4.03.6182
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO
APELADO: MAURO MITSUO IWAKURA
Advogado do(a) APELADO: CYRO PURIFICACAO FILHO - SP117992-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Apelação interposta pela **União** contra sentença que acolheu a exceção de pré-executividade para declarar a extinção do débito n.º 80.1.98.003797-18, como reconhecimento da ocorrência da prescrição, nos termos do artigo 40 da Lei n.º 6.830/80, bem como fixar honorários advocatícios em 10% do valor atribuído à causa, na forma do artigo 85, §§2º, 3º, 5º e 6º, do Código de Processo Civil (Id. 10872988, p. 85/96).

Aduz (Id 10872988, p. 99/102) que:

a) não ocorreu a prescrição intercorrente, dado que, em 18.04.2007, o débito executado foi incluído em programa de parcelamento e nele permaneceu até 01.12.2009, com a migração para o benefício instituído pela Lei n.º 11.941/99, rescindido em 29.12.2011;

b) o parcelamento, por ser ato inequívoco que importa reconhecimento do débito pelo devedor, é uma das modalidades de interrupção do prazo prescricional, nos termos do artigo 174, inciso IV, do Código Tributário Nacional;

c) entre a data de exclusão do parcelamento, em 29.12.2011, e o desarquivamento dos autos em 02.02.2016, não decorreu o lustro extintivo.

Em contrarrazões (Id 10872988, p. 121/126), a apelado requer desprovimento do recurso.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0547879-73.1998.4.03.6182
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO
APELADO: MAURO MITSUO IWAKURA
Advogado do(a) APELADO: CYRO PURIFICACAO FILHO - SP117992-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Cinge-se o mérito do recurso à verificação da ocorrência da prescrição intercorrente.

Essa matéria já foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1.340.553/RS, representativo da controvérsia, ao entendimento de que se o processo executivo fiscal ficou paralisado por seis anos, especialmente pela não localização do devedor e/ou pela ausência de bens penhoráveis, deve ser reconhecida a prescrição intercorrente, *verbis*:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ARTS. 1.036 E SEQUINTE DO CPC/2015 (ART. 543-C, DO CPC/1973). PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. SISTEMÁTICA PARA A CONTAGEM DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE (PRESCRIÇÃO APÓS A PROPOSITURA DA AÇÃO) PREVISTA NO ART. 40 E PARÁGRAFOS DA LEI DE EXECUÇÃO FISCAL (LEI N. 6.830/80).

1. O espírito do art. 40, da Lei n. 6.830/80 é o de que nenhuma execução fiscal já ajuizada poderá permanecer eternamente nos escaninhos do Poder Judiciário ou da Procuradoria Fazendária encarregada da execução das respectivas dívidas fiscais.

2. Não havendo a citação de qualquer devedor por qualquer meio válido e/ou não sendo encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora (o que permitiria o fim da inércia processual), inicia-se automaticamente o procedimento previsto no art. 40 da Lei n. 6.830/80, e respectivo prazo, ao fim do qual restará prescrito o crédito fiscal. Esse o teor da Súmula n. 314/STJ: "Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente".

3. Nem o Juiz e nem a Procuradoria da Fazenda Pública são os senhores do termo inicial do prazo de 1 (um) ano de suspensão previsto no caput, do art. 40, da LEF, somente a lei o é (ordena o art. 40: "[...] o juiz suspenderá [...]"). Não cabe ao Juiz ou à Procuradoria a escolha do melhor momento para o seu início. **No primeiro momento em que constatada a não localização do devedor e/ou ausência de bens pelo oficial de justiça e intimada a Fazenda Pública, inicia-se automaticamente o prazo de suspensão, na forma do art. 40, caput, da LEF.** Indiferente aqui, portanto, o fato de existir petição da Fazenda Pública requerendo a suspensão do feito por 30, 60, 90 ou 120 dias a fim de realizar diligências, sem pedir a suspensão do feito pelo art. 40, da LEF. Esses pedidos não encontram amparo fora do art. 40 da LEF que limita a suspensão a 1 (um) ano. Também indiferente o fato de que o Juiz, ao intimar a Fazenda Pública, não tenha expressamente feito menção à suspensão do art. 40, da LEF. **O que importa para a aplicação da lei é que a Fazenda Pública tenha tomado ciência da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido e/ou da não localização do devedor. Isso é o suficiente para inaugurar o prazo, ex lege.**

4. Teses julgadas para efeito dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 543-C, do CPC/1973):

4.1.) O prazo de 1 (um) ano de suspensão do processo e do respectivo prazo prescricional previsto no art. 40, §§ 1º e 2º da Lei n. 6.830/80 - LEF tem início automaticamente na data da ciência da Fazenda Pública a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido, havendo, sem prejuízo dessa contagem automática, o dever de o magistrado declarar ter ocorrido a suspensão da execução.

4.1.1.) Sem prejuízo do disposto no item 4.1., nos casos de execução fiscal para cobrança de dívida ativa de natureza tributária (cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido antes da vigência da Lei Complementar n. 118/2005), depois da citação válida, ainda que editalícia, logo após a primeira tentativa infrutífera de localização de bens penhoráveis, o Juiz declarará suspensa a execução.

4.1.2.) Sem prejuízo do disposto no item 4.1., em se tratando de execução fiscal para cobrança de dívida ativa de natureza tributária (cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido na vigência da Lei Complementar n. 118/2005) e de qualquer dívida ativa de natureza não tributária, logo após a primeira tentativa frustrada de citação do devedor ou de localização de bens penhoráveis, o Juiz declarará suspensa a execução.

4.2.) Havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não pronunciamento judicial nesse sentido, findo o prazo de 1 (um) ano de suspensão inicia-se automaticamente o prazo prescricional aplicável (de acordo com a natureza do crédito exequendo) durante o qual o processo deveria estar arquivado sem baixa na distribuição, na forma do art. 40, §§ 2º, 3º e 4º da Lei n. 6.830/80 - LEF, findo o qual o Juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato;

4.3.) A efetiva constrição patrimonial e a efetiva citação (ainda que por edital) são aptas a interromper o curso da prescrição intercorrente, não bastando para tal o mero peticionamento em juízo, requerendo, v.g., a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens. Os requerimentos feitos pelo exequente, dentro da soma do prazo máximo de 1 (um) ano de suspensão mais o prazo de prescrição aplicável (de acordo com a natureza do crédito exequendo) deverão ser processados, ainda que para além da soma desses dois prazos, pois, citados (ainda que por edital) os devedores e penhorados os bens, a qualquer tempo - mesmo depois de escoados os referidos prazos -, considera-se interrompida a prescrição intercorrente, retroativamente, na data do protocolo da petição que requereu a providência frutífera.

4.4.) A Fazenda Pública, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245 do CPC/73, correspondente ao art. 278 do CPC/2015), ao alegar nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40 da LEF, deverá demonstrar o prejuízo que sofreu (exceto a falta da intimação que constitui o termo inicial - 4.1., onde o prejuízo é presumido), por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição.

4.5.) O magistrado, ao reconhecer a prescrição intercorrente, deverá fundamentar o ato judicial por meio da delimitação dos marcos legais que foram aplicados na contagem do respectivo prazo, inclusive quanto ao período em que a execução ficou suspensa.

5. Recurso especial não provido. Acórdão submetido ao regime dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 543-C, do CPC/1973).

De acordo com o entendimento estabelecido pelo Superior Tribunal de Justiça, o prazo de suspensão, previsto no *caput* do artigo 40 da Lei n.º 6.830/80, se inicia a partir da ciência da exequente sobre a ausência de bens penhoráveis, o que ocorreu em **16.03.1999**, por meio do mandado de intimação n.º 1.150/99 (Id 10872988, p. 08). Observa-se, contudo, que no momento da adesão ao programa ao benefício fiscal, em **18.04.2007**, já havia ocorrido a prescrição intercorrente, nos termos do precedente adotado, uma vez que não há que se falar na retroatividade dos efeitos do parcelamento, pois não há o restabelecimento da obrigação tributária já extinta (AC 0909786-93.1984.4.03.6182, Quarta Turma, Rel. Des. André Nabarrete, j. 03.08.2012, e-DJe de 03.08.2012). Prejudicada, por fim, a análise do artigo 174, inciso IV, do CTN.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. EXECUÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE VERIFICADA. RECURSO DESPROVIDO.

- A questão referente à prescrição intercorrente foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial n.º 1.340.553/RS, representativo da controvérsia, ao entendimento de que se o processo executivo fiscal ficou paralisado por seis anos, especialmente pela não localização do devedor e/ou pela ausência de bens penhoráveis, deve ser reconhecido o decurso do prazo extintivo.

- De acordo com o entendimento estabelecido pelo STJ, o prazo de suspensão, previsto no *caput* do artigo 40 da Lei n.º 6.830/80, se inicia a partir da ciência da exequente sobre a ausência de bens penhoráveis, o que 16.03.1999, de modo que apresentada a exceção de pré-executividade em 09.03.2017, se verifica a ocorrência da prescrição intercorrente, pois no momento da adesão ao programa de parcelamento, em 18.04.2007, já havia decorrido o prazo extintivo.

- Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram os Des. Fed. MARLI FERREIRA e Des. Fed. MÔNICA NOBRE, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0000395-85.2015.4.03.6130
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE EDUCACAO FISICA DA 4 REGIAO
Advogado do(a) APELANTE: JONATAS FRANCISCO CHAVES - SP220653-A
APELADO: RODRIGO PEREIRA PAIXAO DA SILVA

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0000395-85.2015.4.03.6130
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE EDUCACAO FISICA DA 4 REGIAO
Advogado do(a) APELANTE: JONATAS FRANCISCO CHAVES - SP220653-A
APELADO: RODRIGO PEREIRA PAIXAO DA SILVA
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Apelação interposta pelo **Conselho Regional de Educação Física da 4ª Região - CREF4/SP** contra sentença que, em sede de execução fiscal, extinguiu-a por ausência de fundamentação legal para a constituição da exação, nos termos do artigo 803, inciso I, do Código de Processo Civil, e em razão do descumprimento do pressuposto processual exigido pelo artigo 8º da Lei nº 12.514/11, nos termos do artigo 924, inciso I, do Estatuto Processual Civil. (ID. 100103684. Opostos embargos de declaração (ID. 100103684), foram rejeitados (ID. 1000103684).

Sustenta-se, em síntese, que (ID 100103684):

a) a sentença recorrida não se manifestou sobre a Lei Federal nº 12.197/2010, que dispõe sobre as anuidades devidas aos conselhos regionais de educação física;

b) é iterativa a jurisprudência no sentido de que o fato gerador das anuidades dos conselhos de fiscalização independe do efetivo exercício profissional;

c) o magistrado de primeiro grau não explorou o histórico normativo para consolidar a sua decisão sobre a matéria, tão somente analisou o contexto da Lei nº 12.514/2011 e concluiu ser impossível a cobrança da anuidade por ausência de lei antes do exercício de 2012.

Requer o provimento do recurso, à vista da legalidade das anuidades executadas.

Sem intimação para contrarrazões, à falta de advogado constituído.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0000395-85.2015.4.03.6130
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE EDUCACAO FISICA DA 4 REGIAO
Advogado do(a) APELANTE: JONATAS FRANCISCO CHAVES - SP220653-A
APELADO: RODRIGO PEREIRA PAIXAO DA SILVA
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Apelação interposta pelo **Conselho Regional de Educação Física da 4ª Região - CREF4/SP** contra sentença que, em sede de execução fiscal, extinguiu-a por ausência de fundamentação legal para a constituição da exação, nos termos do artigo 803, inciso I, do Código de Processo Civil, e em razão do descumprimento do pressuposto processual exigido pelo artigo 8º da Lei nº 12.514/11, nos termos do artigo 924, inciso I, do Estatuto Processual Civil. (ID. 100103684. Opostos embargos de declaração (ID. 100103684), foram rejeitados (ID. 1000103684).

Pretende o conselho/apelante a execução de dívida referente às anuidades inadimplidas nos anos de 2010, 2011, 2012, 2013 e 2014. A CDA que embasa a presente ação aponta como fundamentação legal: artigos 1º e 2º da Lei Federal nº 6.830/80, 201 a 204 do Código Tributário Nacional, Leis Federais nºs 12.197/2010 e 12.514/2011, Resoluções CONFEF nºs 165/2008, 186/2009, 203/2010, 212/2011, 235/2012 e 259/2013, Resoluções CREF4/SP nºs 47/2008, 53/2009, 57/2010, 61/2011, 68/2012 e 75/2013.

As anuidades cobradas por conselho profissional, por terem natureza tributária, devem ser fixadas e majoradas por lei, a teor do disposto no artigo 150, "caput" e inciso I, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça.

Colaciono jurisprudência:

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - ANUIDADE COBRADA POR CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL - CARÁTER TRIBUTÁRIO DESSA CONTRIBUIÇÃO ESPECIAL (CF, ART. 149, "CAPUT") - NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE LEI FORMAL (CF, ART. 150, I) - IMPOSSIBILIDADE DE CRIAÇÃO OU MAJORAÇÃO DE REFERIDAS EXAÇÕES TRIBUTÁRIAS MEDIANTE SIMPLES RESOLUÇÃO - PRECEDENTES DO STF - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (RE 613799 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 17/05/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-107 DIVULG 03-06-2011 PUBLIC 06-06-2011).

EMENTA: TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA ARQUITETURA E AGRONOMIA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. AUTARQUIA. CONTRIBUIÇÕES. NATUREZA TRIBUTÁRIA PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA. INCIDÊNCIA. ANUIDADES. CORREÇÃO MONETÁRIA. DISCUSSÃO INFRACONSTITUCIONAL. AGRAVO IMPROVIDO. I - As contribuições devidas ao agravante, nos termos do art. 149 da Constituição, possui natureza tributária e, por via de consequência, deve-se observar o princípio da legalidade tributária na instituição e majoração dessas contribuições. Precedentes. II - A discussão acerca da atualização monetária sobre as anuidades devidas aos conselhos profissionais, possui natureza infraconstitucional. Precedentes. III - Agravo regimental improvido.(AI 768577 AgR-segundo, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 19/10/2010, DJe-218 DIVULG 12-11-2010 PUBLIC 16-11-2010 EMENT VOL-02431-02 PP-00450)

Nessa linha, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 704.292/PR, fixou a seguinte tese sobre a matéria versada nos autos, conforme decisão de julgamento extraída do site daquela corte:

"É inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar, sem parâmetro legal, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos", vencido o Ministro Marco Aurélio, que fixava tese em outros termos. Em seguida, o Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, indeferiu o pedido de modulação. Ausentes, justificadamente, o Ministro Celso de Mello, e, nesta assentada, o Ministro Gilmar Mendes. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 19.10.2016". Eis a ementa do julgado: EMENTA Recurso extraordinário. Repercussão geral. Tributário. Princípio da legalidade. Contribuições. Jurisprudência da Corte. Legalidade suficiente. Lei nº 11.000/04. Delegação aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas do poder de fixar e majorar, sem parâmetro legal, o valor das anuidades. Inconstitucionalidade. 1. Na jurisprudência da Corte, a ideia de legalidade, no tocante às contribuições instituídas no interesse de categorias profissionais ou econômicas, é de fim ou de resultado, notadamente em razão de a Constituição não ter traçado as linhas de seus pressupostos de fato ou o fato gerador. Como nessas contribuições existe um quê de atividade estatal prestada em benefício direto ao contribuinte ou a grupo, seria imprescindível uma faixa de indeterminação e de complementação administrativa de seus elementos configuradores, dificilmente apreendidos pela legalidade fechada. Precedentes. 2. Respeita o princípio da legalidade a lei que disciplina os elementos essenciais determinantes para o reconhecimento da contribuição de interesse de categoria econômica como tal e deixa um espaço de complementação para o regulamento. A lei autorizadora, em todo caso, deve ser legitimamente justificada e o diálogo com o regulamento deve-se dar em termos de subordinação, desenvolvimento e complementariedade. 3. A Lei nº 11.000/04 que autoriza os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a fixar as anuidades devidas por pessoas físicas ou jurídicas não estabeleceu expectativas, criando uma situação de instabilidade institucional ao deixar ao puro arbítrio do administrador o estabelecimento do valor da exação - afinal, não há previsão legal de qualquer limite máximo para a fixação do valor da anuidade. 4. O grau de indeterminação com que os dispositivos da Lei nº 11.000/2000 operaram provocou a degradação da reserva legal (art. 150, I, da CF/88). Isso porque a remessa ao ato infralegal não pode resultar em desapoderamento do legislador para tratar de elementos tributários essenciais. Para o respeito do princípio da legalidade, seria essencial que a lei (em sentido estrito) prescrevesse o limite máximo do valor da exação, ou os critérios para encontrá-lo, o que não ocorreu. 5. Não cabe aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas realizar atualização monetária em patamares superiores aos permitidos em lei, sob pena de ofensa ao art. 150, I, da CF/88. 6. Declaração de inconstitucionalidade material sem redução de texto, por ofensa ao art. 150, I, da Constituição Federal, do art. 2º da Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004, de forma a excluir de sua incidência a autorização dada aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas para fixar as contribuições anuais devidas por pessoas físicas ou jurídicas, e, por arrastamento, da integralidade do seu § 1º. 7. Na esteira do que assentado no RE nº 838.284/SC e nas ADI nºs 4.697/DF e 4.762/DF, as inconstitucionalidades presentes na Lei nº 11.000/04 não se estendem às Leis nºs 6.994/82 e 12.514/11. Essas duas leis são constitucionais no tocante às anuidades devidas aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, haja vista que elas, além de prescreverem o teto da exação, realizam o diálogo com o ato normativo infralegal em termos de subordinação, de desenvolvimento e de complementariedade. 8. A modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade é medida extrema, a qual somente se justifica se estiver indicado e comprovado gravíssimo risco irreversível à ordem social. As razões recursais não contêm indicação concreta, nem específica, desse risco, motivo pelo qual é o caso de se indeferir o pleito. 9. Negado provimento ao recurso extraordinário. (RE 704292, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 19/10/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-170 DIVULG 02-08-2017 PUBLIC 03-08-2017).

De acordo com o paradigma, para o respeito do princípio da legalidade era essencial que a lei (em sentido estrito) prescrevesse o limite máximo do valor da exação ou os critérios para encontrá-lo, de modo que a ausência desses parâmetros foi o fundamento do reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei 11.000/04, que delegava aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas o poder de fixar e majorar, sem balizas legais, o valor das anuidades.

A citada Lei nº 6.994/82, tida por constitucional pelo STF, no entanto foi revogada pela Lei nº 9.649/98, cujo artigo 58, § 4º, que dispunha que os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas são autorizados a fixar, cobrar e executar as contribuições anuais devidas por pessoas físicas e jurídicas, bem como preços de serviços e multas, que constituirão receitas próprias, considerando-se título executivo extrajudicial a certidão relativa aos créditos decorrentes, foi declarado inconstitucional pelo STF (ADI Nº 1.717-6). O fenômeno da repristinação, ou seja, nova entrada em vigor de norma que havia sido revogada somente é possível mediante autorização do legislador.

No caso do CREF4/SP, a Lei nº 12.197, de 14 de janeiro de 2010, no artigo 1º estabeleceu limites para a fixação do valor das anuidades devidas ao Conselho Federal e aos Conselhos Regionais de Educação Física em R\$ 380,00, para pessoas físicas, e R\$ 950,00, para as jurídicas, e no artigo 3º consignou que o Conselho Federal elaborará resolução, se julgar necessária, para a correção aos valores de anuidades.

LEI Nº 12.197, DE 14 DE JANEIRO DE 2010.

Art. 1º Na fixação do valor das anuidades devidas ao Conselho Federal e aos Conselhos Regionais de Educação Física, serão observados os seguintes limites: O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

I - R\$ 380,00 (trezentos e oitenta reais), para pessoas físicas;

II - R\$ 950,00 (novecentos e cinquenta reais), para pessoas jurídicas.

Art. 2º Os valores fixados no art. 1º poderão ser corrigidos anualmente pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA, calculado pela Fundação Instituto de Geografia e Estatística - IBGE. Parágrafo único. (VETADO)

Art. 3º O Conselho Federal de Educação Física, anualmente, elaborará resolução aplicando, se julgar necessária, a correção aos valores de anuidades devidos pelas pessoas físicas e jurídicas nele inscritas e registradas por intermédio dos regionais, respeitados os limites desta Lei.

Art. 4º Os Conselhos Federal e Regionais de Educação Física apresentarão, anualmente, a prestação de suas contas aos seus registrados.

Art. 5º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 14 de janeiro de 2010; 189º da Independência e 122º da República".

Evidencia-se, pois, a existência de fundamento legal para a cobrança das anuidades de 2010 e 2011. Consequentemente, mantida sua exigibilidade, não há que se falar em descumprimento do artigo 8º da Lei nº 12.514/11.

Ante o exposto, dou provimento à apelação do Conselho Regional de Educação Física da 4ª região - CREF4/SP, a fim de reformar a sentença extintiva e determinar o regular prosseguimento do feito, com relação às anuidades de 2010, 2011, 2012, 2013 e 2014.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. APELAÇÃO. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO DE CLASSE. ANUIDADES DE 2011, 2011, 2012, 2013 e 2014. FIXAÇÃO POR RESOLUÇÃO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA (ART. 150, CAPUTE INC. I, CF).

- Pretende o conselho/apelante a execução de dívida referente às anuidades inadimplidas nos anos de 2010, 2011, 2012, 2013 e 2014. A CDA que embasa a presente ação aponta como fundamentação legal: artigos 1º e 2º da Lei Federal nº 6.830/80, 201 a 204 do Código Tributário Nacional, Leis Federais nºs 12.197/2010 e 12.514/2011, Resoluções CONFEF nºs 165/2008, 186/2009, 203/2010, 212/2011, 235/2012 e 259/2013, Resoluções CREF4/SP nºs 47/2008, 53/2009, 57/2010, 61/2011, 68/2012 e 75/2013.
- As anuidades cobradas por conselho profissional, por terem natureza tributária, devem ser fixadas e majoradas por lei, a teor do disposto no artigo 150, "caput" e inciso I, da Constituição Federal de 1988.
- O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 704.292/PR, fixou a seguinte tese sobre a matéria versada nos autos.
- De acordo com o paradigma, para o respeito do princípio da legalidade era essencial que a lei (em sentido estrito) prescrevesse o limite máximo do valor da exação ou os critérios para encontrá-lo, de modo que a ausência desses parâmetros foi o fundamento do reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei 11.000/04, que delegava aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas o poder de fixar e majorar, sem balizas legais, o valor das anuidades.
- A citada Lei nº 6.994/82, tida por constitucional pelo STF, no entanto foi revogada pela Lei nº 9.649/98, cujo artigo 58, § 4º, que dispunha que os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas são autorizados a fixar, cobrar e executar as contribuições anuais devidas por pessoas físicas e jurídicas, bem como preços de serviços e multas, que constituirão receitas próprias, considerando-se título executivo extrajudicial a certidão relativa aos créditos decorrentes, foi declarado inconstitucional pelo STF (ADI Nº 1.717-6). O fenômeno da repristinação, ou seja, nova entrada em vigor de norma que havia sido revogada somente é possível mediante autorização do legislador.
- No caso do CREF4/SP, a Lei nº 12.197, de 14 de janeiro de 2010, no artigo 1º estabeleceu limites para a fixação do valor das anuidades devidas ao Conselho Federal e aos Conselhos Regionais de Educação Física em R\$ 380,00, para pessoas físicas, e R\$ 950,00, para as jurídicas, e no artigo 3º consignou que o Conselho Federal elaborará resolução, se julgar necessária, para a correção aos valores de anuidades.
- Evidencia-se, pois, a existência de fundamento legal para a cobrança da anuidade de 2011. Consequentemente, mantida sua exigibilidade, não há que se falar em descumprimento do artigo 8º da Lei nº 12.514/11.
- Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu dar provimento à apelação do Conselho Regional de Educação Física da 4ª região - CREF4/SP, a fim de reformar a sentença extintiva e determinar o regular prosseguimento do feito, com relação às anuidades de 2010, 2011, 2012, 2013 e 2014, , nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram os Des. Fed. MARLI FERREIRA e Des. Fed. MÔNICA NOBRE, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0047336-51.2015.4.03.6144

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

APELADO: J.J. ZULLO REPRESENTACOES S/C LTDA - ME

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0047336-51.2015.4.03.6144
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO
APELADO: J.J. ZULLO REPRESENTACOES S/C LTDA - ME
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Apelação interposta pela União contra sentença que extinguiu a execução fiscal, nos termos do artigo 269, inciso IV, do Código de Processo Civil de 1973, ao entendimento da ocorrência da prescrição intercorrente (Id 65227453, fls. 39/40).

Aduz (Id 65227453, fls. 43/50) que se aplica ao caso a Súmula 106 do STJ: *proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência*, dado que não houve inércia por parte da apelante, pois apresentada manifestação com pedido de penhora de bens do executado via BACENJUD em 24.10.2014, os autos permaneceram em cartório por mais de 04 anos até a prolação da sentença.

Sem contrarrazões, os autos foram remetidos a esta corte (Id 65227453, fl. 59).

Intimada, na forma do artigo 10 do CPC (Id 108314288), para se manifestar sobre a ocorrência da prescrição do crédito, a União informou o cancelamento do débito 80.6.02.095963-06 e requereu o seu afastamento em relação aos demais.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0047336-51.2015.4.03.6144
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
APELANTE: UNIAO FEDERAL- FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO
APELADO: J.J. ZULLO REPRESENTACOES S/C LTDA - ME
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

I – Dos fatos

Execução fiscal ajuizada pela União contra **J.J. Zullo Representações S/C Ltda.**, em 11.04.2006, com vista à cobrança de débitos referentes ao imposto de renda pessoa jurídica – IRPJ e a COFINS:

Débito	Vencimento
(IRPJ) 80.6.02.095963-06	10.04.1997
(COFINS) 80.6.02.095963-06	11.04.1997
(IRPJ) 80.2.04.051922-56	31.01.2000
(IRPJ) 80.2.05.027271-00	31.07.2000
(IRPJ) 80.2.05.027271-00	31.10.2000
(COFINS) 80.6.03.095560-20	15.09.2000
(COFINS) 80.6.03.095560-20	12.04.2001
(COFINS) 80.6.05.037764-72	14.07.2000
(COFINS) 80.6.05.037764-72	15.08.2000

(COFINS) 80.6.05.037764-72	13.10.2000
----------------------------	------------

II – Do reconhecimento da prescrição

Na manifestação Id 122209993, a União reconhece a prescrição dos débitos inscrito sob o n. 80.6.02.095963-06, referentes ao IRPJ e a COFINS, com vencimento em 10 e 11.04.1997, respectivamente.

III – Da prescrição intercorrente

O *decisum* impugnado reconheceu a ocorrência da prescrição intercorrente. Essa matéria já foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial n.º 1.340.553/RS, representativo da controvérsia, ao entendimento de que se o processo executivo fiscal ficou paralisado por seis anos, especialmente pela não localização do devedor e/ou pela ausência de bens penhoráveis, deve ser reconhecida a prescrição intercorrente, *verbis*:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ARTS. 1.036 E SEGUINTE DO CPC/2015 (ART. 543-C, DO CPC/1973). PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. SISTEMÁTICA PARA A CONTAGEM DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE (PRESCRIÇÃO APÓS A PROPOSITURA DA AÇÃO) PREVISTA NO ART. 40 E PARÁGRAFOS DA LEI DE EXECUÇÃO FISCAL (LEI N. 6.830/80).

1. O espírito do art. 40, da Lei n. 6.830/80 é o de que nenhuma execução fiscal já ajuizada poderá permanecer eternamente nos escaninhos do Poder Judiciário ou da Procuradoria Fazendária encarregada da execução das respectivas dívidas fiscais.

2. Não havendo a citação de qualquer devedor por qualquer meio válido e/ou não sendo encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora (o que permitiria o fim da inércia processual), inicia-se automaticamente o procedimento previsto no art. 40 da Lei n. 6.830/80, e respectivo prazo, ao fim do qual restará prescrito o crédito fiscal. Esse o teor da Súmula n. 314/STJ: "Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente".

3. Nem o Juiz e nem a Procuradoria da Fazenda Pública são os senhores do termo inicial do prazo de 1 (um) ano de suspensão previsto no caput, do art. 40, da LEF, somente a lei o é (ordena o art. 40: "[...] o juiz suspenderá [...]"). Não cabe ao Juiz ou à Procuradoria a escolha do melhor momento para o seu início. No primeiro momento em que constatada a não localização do devedor e/ou ausência de bens pelo oficial de justiça e intimada a Fazenda Pública, inicia-se automaticamente o prazo de suspensão, na forma do art. 40, caput, da LEF. Indiferente aqui, portanto, o fato de existir petição da Fazenda Pública requerendo a suspensão do feito por 30, 60, 90 ou 120 dias a fim de realizar diligências, sem pedir a suspensão do feito pelo art. 40, da LEF. Esses pedidos não encontram amparo fora do art. 40 da LEF que limita a suspensão a 1 (um) ano. Também indiferente o fato de que o Juiz, ao intimar a Fazenda Pública, não tenha expressamente feito menção à suspensão do art. 40, da LEF. O que importa para a aplicação da lei é que a Fazenda Pública tenha tomado ciência da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido e/ou da não localização do devedor. Isso é o suficiente para inaugurar o prazo, ex lege.

4. Teses julgadas para efeito dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 543-C, do CPC/1973):

4.1.) O prazo de 1 (um) ano de suspensão do processo e do respectivo prazo prescricional previsto no art. 40, §§ 1º e 2º da Lei n. 6.830/80 - LEF tem início automaticamente na data da ciência da Fazenda Pública a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido, havendo, sem prejuízo dessa contagem automática, o dever de o magistrado declarar ter ocorrido a suspensão da execução.

4.1.1.) Sem prejuízo do disposto no item 4.1., nos casos de execução fiscal para cobrança de dívida ativa de natureza tributária (cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido antes da vigência da Lei Complementar n. 118/2005), depois da citação válida, ainda que editalícia, logo após a primeira tentativa infrutífera de localização de bens penhoráveis, o Juiz declarará suspensa a execução.

4.1.2.) Sem prejuízo do disposto no item 4.1., em se tratando de execução fiscal para cobrança de dívida ativa de natureza tributária (cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido na vigência da Lei Complementar n. 118/2005) e de qualquer dívida ativa de natureza não tributária, logo após a primeira tentativa frustrada de citação do devedor ou de localização de bens penhoráveis, o Juiz declarará suspensa a execução.

4.2.) Havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não pronunciamento judicial nesse sentido, findo o prazo de 1 (um) ano de suspensão inicia-se automaticamente o prazo prescricional aplicável (de acordo com a natureza do crédito exequendo) durante o qual o processo deveria estar arquivado sem baixa na distribuição, na forma do art. 40, §§ 2º, 3º e 4º da Lei n. 6.830/80 - LEF, findo o qual o Juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato;

4.3.) A efetiva constrição patrimonial e a efetiva citação (ainda que por edital) são aptas a interromper o curso da prescrição intercorrente, não bastando para tal o mero peticionamento em juízo, requerendo, v.g., a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens. Os requerimentos feitos pelo exequente, dentro da soma do prazo máximo de 1 (um) ano de suspensão mais o prazo de prescrição aplicável (de acordo com a natureza do crédito exequendo) deverão ser processados, ainda que para além da soma desses dois prazos, pois, citados (ainda que por edital) os devedores e penhorados os bens, a qualquer tempo - mesmo depois de escoados os referidos prazos -, considera-se interrompida a prescrição intercorrente, retroativamente, na data do protocolo da petição que requereu a providência frutífera.

4.4.) A Fazenda Pública, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245 do CPC/73, correspondente ao art. 278 do CPC/2015), ao alegar nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40 da LEF, deverá demonstrar o prejuízo que sofreu (exceto a falta da intimação que constitui o termo inicial - 4.1., onde o prejuízo é presumido), por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição.

4.5.) O magistrado, ao reconhecer a prescrição intercorrente, deverá fundamentar o ato judicial por meio da delimitação dos marcos legais que foram aplicados na contagem do respectivo prazo, inclusive quanto ao período em que a execução ficou suspensa.

5. Recurso especial não provido. Acórdão submetido ao regime dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 543-C, do CPC/1973).

(REsp 1340553/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, j. 12.09.2018, DJe de 16.10.2018, destaquei).

No caso, certificada pelo oficial de justiça a inexistência de bens penhoráveis em 04.04.2008 (Id 65227453, p. 26), a exequente foi intimada em **21.07.2009** (Id 65227453, p. 28). Proferida a sentença em **24.10.2014** (Id 65227453, p. 39/40), verifica-se que não houve a ocorrência da prescrição intercorrente.

Por fim, as questões relativas aos demais dispositivos mencionados no recurso, quais seja, artigo 20 da Lei n.º 11.033/04 e as Súmulas n.º 106/STJ e 78/TFR, não interferem nesse entendimento pelos motivos já indicados.

IV – Do dispositivo

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação para afastar o decreto de prescrição intercorrente dos débitos inscritos sob o n.º . 80.2.04.051922-56, 80.2.05.027271-00, 80.6.03.095560-20 e 80.6.05.037764-72 e, de ofício, declaro a prescrição do débito inscrito sob o n.º 80.6.02.095963-06.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE DE ALGUNS CRÉDITOS NÃO VERIFICADA. RECURSO PROVIDO EM PARTE. PRESCRIÇÃO DECLARADA DE OFÍCIO.

- A questão referente à prescrição intercorrente foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial n.º 1.340.553/RS, representativo da controvérsia, ao entendimento de que se o processo executivo fiscal ficou paralisado por seis anos, especialmente pela não localização do devedor e/ou pela ausência de bens penhoráveis, deve ser reconhecido o decurso do prazo extintivo.

- Certificado pelo oficial de justiça a inexistência de bens penhoráveis em 04.04.2008, a exequente foi intimada em 21.07.2009. Proferida a sentença em 24.10.2014, verifica-se que não houve a ocorrência da prescrição intercorrente.

- Apelação provida em parte. Prescrição do débito inscrito sob o n.º 80.6.02.095963-06 declarada de ofício.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu dar parcial provimento à apelação para afastar o decreto de prescrição intercorrente dos débitos inscritos sob o n.º . 80.2.04.051922-56, 80.2.05.027271-00, 80.6.03.095560-20 e 80.6.05.037764-72 e, de ofício, declaro a prescrição do débito inscrito sob o n.º 80.6.02.095963-06, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram os Des. Fed. MARLI FERREIRA e Des. Fed. MÔNICA NOBRE, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0010175-85.2014.4.03.6000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: UNIAO FEDERAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3ª REGIÃO

APELADO: ERNANI HENGEN ANKLAM - ME

Advogado do(a) APELADO: EDER SUSSUMU MIYASHIRO - MS12108-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0010175-85.2014.4.03.6000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: UNIAO FEDERAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3ª REGIÃO

APELADO: ERNANI HENGEN ANKLAM - ME

Advogado do(a) APELADO: EDER SUSSUMU MIYASHIRO - MS12108-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Recurso de apelação interposto pela **União** contra a sentença que, em sede de ação ordinária, julgou parcialmente procedente o pedido, para determinar à ré que se abstenha de exigir da autora a declaração de um médico veterinário como seu responsável técnico, bem como cópia de sua carteira de trabalho, para o fim de registro/licença no Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento - MAPA. Honorários advocatícios fixados em R\$ 1.000,00, nos termos do artigo 85, § 8º, combinado com o artigo 86 do CPC (id 75861162, p. 49/55, id 75861163, p. 01).

Sustenta a apelante, em síntese, que (id 75861163, p. 07/13):

a) não há plausibilidade jurídica na tese do recorrido, já que o DL nº 467/1969 trata da obrigatoriedade da fiscalização da indústria, comércio e emprego de produtos de uso veterinário (artigo 8º). A Lei nº 8.078/1990 dispõe sobre a proteção ao consumidor e estabeleceu que a União, os Estados e o Distrito Federal deveriam baixar normas para tanto, razão pela qual, nesse sentido, o MAPA publicou o Decreto nº 5.053/2004, que aprovou o Regulamento de Fiscalização de Produtos de Uso Veterinário, com o que restou regulamentado o citado decreto-lei. A partir de então, justificada a necessidade do médico veterinário como responsável técnico pelas pessoas jurídicas que comercializam produtos veterinários (artigos 6º, § 1º, incisos IV e V, 18, § 1º, inciso II, e 20 do Decreto nº 5.053/2004);

b) o responsável técnico é capaz de reconhecer um produto veterinário irregular ou adulterado e avalia se é eficaz e seguro para o animal, aplicador e as pessoas que consomem os produtos provenientes dos animais tratados, além de adotar os procedimentos corretos de armazenamento, segurança e comercialização dos medicamentos, especialmente os sujeitos a controle especial (artigo 26 da Instrução Normativa nº 25/2012);

c) o médico veterinário é responsável por orientar funcionários da empresa, visto que conhece os princípios ativos e a toxicidade dos produtos comercializados. O respeito ao período de carência – intervalo de tempo entre a última aplicação do produto veterinário e o abate - garante a ausência de resíduos do produto veterinário em níveis acima do permitido no alimento proveniente do animal tratado.

Pede a reforma da sentença, eis que inexistente ilegalidade no ato administrativo discutido.

Contrarrazões registradas sob o id 75861167.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0010175-85.2014.4.03.6000
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
APELANTE: UNIAO FEDERAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3ª REGIÃO

APELADO: ERNANI HENGEN ANKLAM - ME
Advogado do(a) APELADO: EDER SUSSUMU MIYASHIRO - MS12108-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O exercício da profissão de médico veterinário é regulado pela Lei nº 5.517/68, com a redação dada pela Lei nº 5.634/70. Dispõe seu artigo 27:

Art. 27 As firmas, associações, companhias, cooperativas, empresas de economia mista e outras que exercem atividades peculiares à medicina veterinária previstas pelos artigos 5º e 6º da Lei nº 5.517, de 23 de outubro de 1968, estão obrigadas a registro nos Conselhos de Medicina Veterinária das regiões onde funcionarem. (Redação dada pela Lei nº 5.634, de 1970)

§ 1º As entidades indicadas neste artigo pagarão aos Conselhos de Medicina Veterinária onde se registrarem, taxa de inscrição e anuidade. (Incluído pela Lei nº 5.634, de 1970)

§ 2º O valor das referidas obrigações será estabelecido através de ato do Poder Executivo. (Incluído pela Lei nº 5.634, de 1970)

Por sua vez, o artigo 1º da Lei nº 6.839, de 30 de outubro de 1980, prevê sobre o registro de empresas nas entidades fiscalizadoras do exercício de profissões:

Art. 1º O registro de empresas e a anotação dos profissionais legalmente habilitados, delas encarregados, serão obrigatórios nas entidades competentes para a fiscalização do exercício das diversas profissões, em razão da atividade básica ou em relação àquela pela qual prestem serviços a terceiros.

Desse modo, somente é obrigatório o registro no órgão em questão, se as empresas exercerem atividades básicas ou prestarem serviços a terceiros na área de medicina veterinária, especificadas nos arts. 5º e 6º, da Lei n. 5.517/68:

Art 5º É da competência privativa do médico veterinário o exercício das seguintes atividades e funções a cargo da União, dos Estados, dos Municípios, dos Territórios Federais, entidades autárquicas, paraestatais e de economia mista e particulares:

a) a prática da clínica em todas as suas modalidades;

- b) a direção dos hospitais para animais;*
- c) a assistência técnica e sanitária aos animais sob qualquer forma;*
- d) o planejamento e a execução da defesa sanitária animal;*
- e) a direção técnica sanitária dos estabelecimentos industriais e, sempre que possível, dos comerciais ou de finalidades recreativas, desportivas ou de proteção onde estejam, permanentemente, em exposição, em serviço ou para qualquer outro fim animais ou produtos de sua origem;*
- f) a inspeção e a fiscalização sob o ponto-de-vista sanitário, higiênico e tecnológico dos matadouros, frigoríficos, fábricas de conservas de carne e de pescado, fábricas de banha e gorduras em que se empregam produtos de origem animal, usinas e fábricas de laticínios, entrepostos de carne, leite peixe, ovos, mel, cêra e demais derivados da indústria pecuária e, de um modo geral, quando possível, de todos os produtos de origem animal nos locais de produção, manipulação, armazenagem e comercialização;*
- g) a peritagem sôbre animais, identificação, defeitos, vícios, doenças, acidentes, e exames técnicos em questões judiciais;*
- h) as perícias, os exames e as pesquisas reveladores de fraudes ou operação dolosa nos animais inscritos nas competições desportivas ou nas exposições pecuárias;*
- i) o ensino, a direção, o contrôle e a orientação dos serviços de inseminação artificial;*
- j) a regência de cadeiras ou disciplinas especificamente médico-veterinárias, bem como a direção das respectivas seções e laboratórios;*
- l) a direção e a fiscalização do ensino da medicina-veterinária, bem, como do ensino agrícola-médio, nos estabelecimentos em que a natureza dos trabalhos tenha por objetivo exclusivo a indústria animal;*
- m) a organização dos congressos, comissões, seminários e outros tipos de reuniões destinados ao estudo da Medicina Veterinária, bem como a assessoria técnica do Ministério das Relações Exteriores, no país e no estrangeiro, no que diz com os problemas relativos à produção e à indústria animal.*

Art 6º Constitui, ainda, competência do médico-veterinário o exercício de atividades ou funções públicas e particulares, relacionadas com:

- a) as pesquisas, o planejamento, a direção técnica, o fomento, a orientação e a execução dos trabalhos de qualquer natureza relativos à produção animal e às indústrias derivadas, inclusive as de caça e pesca;*
- b) o estudo e a aplicação de medidas de saúde pública no tocante às doenças de animais transmissíveis ao homem;*
- c) a avaliação e peritagem relativas aos animais para fins administrativos de crédito e de seguro;*
- d) a padronização e a classificação dos produtos de origem animal;*
- e) a responsabilidade pelas fórmulas e preparação de rações para animais e a sua fiscalização;*
- f) a participação nos exames dos animais para efeito de inscrição nas Sociedades de Registros Genealógicos;*
- g) os exames periciais tecnológicos e sanitários dos subprodutos da indústria animal;*
- h) as pesquisas e trabalhos ligados à biologia geral, à zoologia, à zootecnia bem como à bromatologia animal em especial;*
- i) a defesa da fauna, especialmente o contrôle da exploração das espécies animais silvestres, bem como dos seus produtos;*

j) os estudos e a organização de trabalhos sobre economia e estatística ligados à profissão;

l) a organização da educação rural relativa à pecuária.

No caso concreto, a autora/recorrida não pratica nenhuma atividade que exija o registro ou a presença de profissional médico veterinário inscrito no Conselho Regional de Medicina Veterinária - CRMV, conforme se verifica do seu CNPJ, documento encartado sob o id 75861158, p. 20, uma vez que tem como atividade principal o comércio varejista de plantas, flores naturais, ferragens, ferramentas, materiais hidráulicos, material de construção em geral, material elétrico, medicamentos veterinários, artigos de iluminação, caça, pesca e camping. Logo, não manipula produtos veterinários ou presta serviços relacionados à Medicina Veterinária a terceiros. Dessa forma, nos termos da legislação aplicável, carece de legitimidade a exigência imposta pela recorrente. Nesse sentido, destaque-se a jurisprudência desta corte:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INOMINADO. MANDADO DE SEGURANÇA. CRMV. ARTIGOS 5º E 6º DA LEI 5.517/68. REGISTRO. ATIVIDADE BÁSICA. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Consolidada a jurisprudência firme no sentido de que não cabe a exigência de inscrição e registro no CRMV - Conselho Regional de Medicina Veterinária, senão que, em relação a pessoas, físicas ou jurídicas, cujas atividades básicas estejam diretamente relacionadas à Medicina Veterinária.

2. O registro é obrigatório apenas às entidades cujo objeto social seja relacionado a atividades de competência privativa dos médicos veterinários, nos termos dos artigos 5º e 6º da Lei 5.517/68. *Desse modo, não apenas o médico veterinário é obrigado ao registro, como igualmente a entidade, mas quando o seu objeto social seja, por exemplo, (1) a clínica veterinária, (2) a medicina veterinária, (3) a assistência técnica e sanitária de animais, (4) o planejamento e a execução da defesa sanitária e animal, (5) a direção técnica, a inspeção e a fiscalização sanitária, higiênica e tecnológica, (6) a peritagem animal, (7) a inseminação artificial de animais etc. Todavia, não se pode concluir, extensivamente, que toda a entidade, que desenvolva atividades com animais ou com produtos de origem animal, esteja compelida, igualmente, a registro no Conselho de Medicina Veterinária.*

3. Ainda que necessária a inspeção sanitária ou a prestação de serviço ou acompanhamento da criação por médico veterinário, o registro é exigível apenas deste profissional técnico e não da empresa que comercializa animais vivos e produtos veterinários, como assentado na legislação e jurisprudência consolidada.

4. Caso em que a atividade desenvolvida pelas impetrantes: (a) Braz & Braz Agropecuária Ltda. - ME; (b) Maria Das Dores Marques Riva 15040250835; (c) Luiz Antonio Justino - ME; (d) Elzu Agropecuária Ltda - Me; (e) Casa De Ração Adrielle Ltda - ME; (f) Orivaldo Gonçalves Costa 96203749834; (g) Fabiana de Sales Costa 27529331850; e (h) Cristina & Thiago Comercial Agro E Pesca Ltda. - ME, conforme respectivos cadastros, certificados e contratos sociais, são, respectivamente: (a) comércio varejista de animais vivos e de artigos e alimentos para animais de estimação; (b) comércio varejista de animais vivos e de artigos e alimentos para animais de estimação, alojamento, higiene e embelezamento de animais, comércio varejista de ferragens, ferramentas, artigos de caça, pesca e camping e materiais hidráulicos; (c) comércio varejista de animais vivos e de artigos e alimentos para animais de estimação; (d) comércio varejista de outros produtos não especificados anteriormente, de medicamentos veterinários, de animais vivos e de artigos e alimentos para animais de estimação; (e) comércio varejista de animais vivos e de artigos e alimentos para animais de estimação; (f) comércio varejista de animais vivos e de artigos e alimentos para animais de estimação; (g) comércio varejista de animais vivos e de artigos e alimentos para animais de estimação; e (h) comércio varejista de animais vivos e de artigos e alimentos para animais de estimação, de outros produtos não especificados anteriormente, e produtos alimentícios em geral ou especializado em produtos alimentícios não especificados anteriormente.

5. *Agravo inominado desprovido.*

(TRF 3ª Região, Terceira Turma, AMS 0000967-68.2014.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal Carlos Muta, julgado em 06/11/2014, e-DJF3 Judicial 1 Data:11/11/2014, destaqueei).

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA VETERINÁRIA - DISPENSA DE REGISTRO E CONTRATAÇÃO DE RESPONSÁVEL TÉCNICO (MÉDICO-VETERINÁRIO). ATIVIDADE BÁSICA COMÉRCIO DE PRODUTOS AGROPECUÁRIOS, AGRÍCOLA, INSUMOS VETERINÁRIOS, RAÇÕES, ADUBOS, SEMENTES, DEFENSIVOS AGRÍCOLAS E VETERINÁRIOS, ARTIGOS PARA ANIMAIS, CUTELARIA, FERRAGENS, FERRAMENTAS, ARTIGOS DE CAÇA E PESCA, ARTIGOS PARA JARDINAGEM, AVICULTURA, FLORICULTURA, COMÉRCIO DE AVES E PÁSSAROS, VENDA DE MEDICAMENTOS E PRODUTOS BIOLÓGICOS, ATIVIDADES DE EMBELEZAMENTO DE ANIMAIS, GAIOLAS, VIVEIROS, CRIADOUROS, CHOCADORA, E INCLUSIVE O COMÉRCIO DE ANIMAIS VIVOS.

1.A atividade básica e finalista das impetrantes é o COMÉRCIO DE PRODUTOS AGROPECUÁRIOS, AGRÍCOLA, INSUMOS VETERINÁRIOS, RAÇÕES, ADUBOS, SEMENTES, DEFENSIVOS AGRÍCOLAS E VETERINÁRIOS, ARTIGOS PARA ANIMAIS, CUTELARIA, FERRAGENS, FERRAMENTAS, ARTIGOS DE CAÇA E PESCA, ARTIGOS PARA JARDINAGEM, AVICULTURA, FLORICULTURA, COMÉRCIO DE AVES E PÁSSAROS, VENDA DE MEDICAMENTOS E PRODUTOS BIOLÓGICOS, ATIVIDADES DE EMBELEZAMENTO DE ANIMAIS, GAIOLAS, VIVEIROS, CRIADOUROS, CHOCADORA, E INCLUSIVE O COMÉRCIO DE ANIMAIS VIVOS.

2.O registro perante o CRMV/SP somente seria necessário se as impetrantes manipulassem produtos veterinários ou prestassem serviços de medicina veterinária a terceiros.

3. A venda de animais vivos, de natureza eminentemente comercial, não pode ser caracterizada como atividade ou função específica da medicina veterinária. Nestes casos, as empresas sujeitam-se a inspeção sanitária, supondo-se o necessário controle de zoonoses, não se justificando a obrigatoriedade de inscrição no CRMV ou de manutenção de médico veterinário.

4.Apelação do Conselho provida.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AMS 0000941-85.2005.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL LAZARANO NETO, julgado em 29/11/2006, DJU DATA:08/01/2007)

A jurisprudência do STJ não destoa:

ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA VETERINÁRIA. COMÉRCIO DE PRODUTOS AGROPECUÁRIOS. REGISTRO. NÃO-OBRIGATORIEDADE. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS DO STJ.

1. A obrigatoriedade de inscrição no órgão competente subordina-se à efetiva prestação de serviços, que exijam profissionais cujo registro naquele Conselho seja da essência da atividade desempenhada pela empresa.

2. In casu, a recorrida, consoante evidenciado pela sentença, desempenha o comércio de produtos agropecuários e veterinários em geral, como alimentação animal, medicamentos veterinários e ferramentas agrícolas, portanto, atividades de mera comercialização dos produtos, não constituindo atividade-fim, para fins de registro junto ao Conselho Regional de Medicina veterinária, cujos sujeitos são médicos veterinários ou as empresas que prestam serviço de medicina veterinária (atividade básica desenvolvida), e não todas as indústrias de agricultura, cuja atividade-fim é coisa diversa.

3. Aliás, essa é a exegese que se impõe à luz da jurisprudência desta Corte que condiciona a imposição do registro no órgão profissional à tipicidade da atividade preponderante exercida ou atividade-fim porquanto a mesma é que determina a que Conselho profissional deve a empresa se vincular. Nesse sentido decidiu a 1ª Turma no RESP 803.665/PR, Relator Ministro Teori Zavascki, DJ de 20.03.2006, verbis: "ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA VETERINÁRIA. COMÉRCIO DE PRODUTOS AGROPECUÁRIOS. REGISTRO. NÃO-OBRIGATORIEDADE. 1. A atividade básica da empresa vincula a sua inscrição e a anotação de profissional habilitado, como responsável pelas funções exercidas por esta empresa, perante um dos Conselhos de fiscalização de exercício profissional. 2. A empresa cujo ramo de atividade é o comércio de produtos agropecuários e veterinários, forragens, rações, produtos alimentícios para animais e pneus não exerce atividade básica relacionada à medicina veterinária, e, por conseguinte, não está obrigada, por força de lei, a registrar-se junto ao Conselho Regional de Medicina Veterinária. 3. Precedentes do STJ: REsp 786055/RS, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJ de 21.11.2005; REsp 447.844/RS, Rel.ª Min.ª Eliana Calmon, 2ª Turma, DJ de 03.11.2003. 4. Recurso especial a que se nega provimento."

4. Recurso especial desprovido.

(STJ, 1ª Turma; RESP - 724551; Relator Ministro LUIZ FUX;

v.u., j. em 17/08/2006, DJ DATA:31/08/2006 PG:00217)

Outrossim, se não existe previsão legal para tal exigência, nem sequer na Lei nº 8.078/90, não pode ser aplicado à matéria o disposto nos artigos 8º do Decreto-Lei nº 467/1969, 6º, § 1º, incisos IV e V, 18, § 1º, inciso II, 20 do Decreto nº 5.053/2004 e 26 da Instrução Normativa nº 25/2012, uma vez que não podem criar hipóteses não previstas em lei, mas, tão-somente, regulamentá-las, sob pena de violação aos princípios constitucionais da legalidade e da hierarquia das leis.

Destarte, é de ser mantido o provimento de 1º grau de jurisdição, ao determinar à ré que se abstenha de exigir declaração de médico veterinário como responsável técnico, bem como cópia de sua carteira de trabalho, para o fim de registro/licença da recorrida no Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento – MAPA.

Por fim, em obediência ao que estabelece o § 11 do artigo 85 do CPC, deve ser majorado em 5% o montante determinado pela sentença concernente aos honorários advocatícios a serem pagos pela apelante.

Ante o exposto, **nego provimento ao apelo interposto. Honorários advocatícios majorados**, nos termos explicitados.

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. REGISTRO NO MINISTÉRIO DA AGRICULTURA – MAPA. INEXIGÊNCIA DE INSCRIÇÃO NO CRMV. DISPENSA DE CONTRATAÇÃO/ DECLARAÇÃO DE MÉDICO VETERINÁRIO. SENTENÇA MANTIDA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MAJORADOS.

- O exercício da profissão de médico veterinário é regulado pela Lei nº 5.517/68, com a redação dada pela Lei nº 5.634/70. Somente é obrigatório o registro no órgão em questão, se as empresas exercerem atividades básicas ou prestarem serviços a terceiros na área de medicina veterinária, especificadas nos arts. 5º e 6º, da Lei n. 5.517/68.

- A autora/recorrida não pratica nenhuma atividade que exija o registro ou a presença de profissional médico veterinário inscrito no Conselho Regional de Medicina Veterinária - CRMV, conforme se verifica do seu CNPJ, uma vez que tem como atividade principal o *comércio varejista de plantas, flores naturais, ferragens, ferramentas, materiais hidráulicos, material de construção em geral, material elétrico, medicamentos veterinários, artigos de iluminação, caça, pesca e camping*. Logo, não manipula produtos veterinários ou presta serviços relacionados à Medicina Veterinária a terceiros. Dessa forma, nos termos da legislação aplicável, carece de legitimidade a exigência imposta pela recorrente. Precedentes.

- Se não existe previsão legal para tal exigência, nem sequer na Lei nº 8.078/90, não pode ser aplicado à matéria o disposto nos artigos 8º do Decreto-Lei nº 467/1969, 6º, § 1º, incisos IV e V, 18, § 1º, inciso II, 20 do Decreto nº 5.053/2004 e 26 da Instrução Normativa nº 25/2012, uma vez que não podem criar hipóteses não previstas em lei, mas, tão-somente, regulamentá-las, sob pena de violação aos princípios constitucionais da legalidade e da hierarquia das leis.

- Destarte, é de ser mantido o provimento de 1º grau de jurisdição, ao determinar à ré que se abstenha de exigir declaração de médico veterinário como responsável técnico, bem como cópia de sua carteira de trabalho, para o fim de registro/licença da recorrida no Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento – MAPA.

- Em obediência ao que estabelece o § 11 do artigo 85 do CPC, deve ser majorado em 5% o montante determinado pela sentença concernente aos honorários advocatícios a serem pagos pela apelante.

- **Apelo a que se nega provimento.**

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à apelação,

honorários advocatícios majorados, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram os Des. Fed. MARLI FERREIRA e Des. Fed. MÔNICA NOBRE, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003534-79.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: YISEL PEREZ PIMENTEL

Advogado do(a) APELANTE: DIRCEU CASTILHO FILHO - SP313769-N

APELADO: UNIAO FEDERAL, ORGANIZACAO PAN-AMERICANA DA SAUDE/ORGANIZACAO MUNDIAL DA SAUDE - OPAS/OMS

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003534-79.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: YISEL PEREZ PIMENTEL

Advogado do(a) APELANTE: DIRCEU CASTILHO FILHO - SP313769-N

APELADO: UNIAO FEDERAL, ORGANIZACAO PAN-AMERICANA DA SAUDE/ORGANIZACAO MUNDIAL DA SAUDE - OPAS/OMS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Recurso de apelação interposto por YISEL PERES PIMENTEL (id 3606334) contra a sentença (id 3606331) que, nos autos de ação ordinária na qual buscava o reconhecimento do direito à permanência no Programa Mais Médicos por meio da renovação de seu contrato de modo direto e independente, bem como o seu remanejamento *para as unidades básicas de saúde na cidade de Cotia/SP ou municípios próximos*, julgou improcedente o pedido. Honorários advocatícios arbitrados em 10% incidentes sobre o valor atualizado da causa, cujo pagamento fica sobrestado enquanto persistir a situação de insuficiência (art. 98, § 3º, do CPC).

Alega a apelante, em síntese, que:

a) é médica formada em Cuba, país onde nasceu, e não teve a oportunidade de solicitar a renovação de seu contrato de adesão ao Programa Mais Médicos no Brasil, vencido em março de 2017, o que foi deferido a médicos de outros países, o que denota tratamento desigual e discriminatório;

b) embora seja casada com uma brasileira e tenha visto permanente, somente pode atuar profissionalmente no âmbito do referido programa, na qualidade de intercambista (Lei n.º 12.871/13);

c) há ofensa ao artigo 5º da CF, em razão da forma diferenciada de remuneração em comparação com outros estrangeiros. Da bolsa de R\$ 11.500,00 fica com aproximadamente R\$ 2.926,26 e, do total, 5% são enviados ao OPAS, a título de taxa, e o restante ao governo de Cuba;

d) o arranjo político feito pela União viola o arts. 6º e 7º da CF. As leis trabalhistas brasileiras *aceitam* até mesmo contrato tácito e devem ser aplicados os direitos fundamentais e as garantias constitucionais, ainda que o contrato tenha sido firmado com a OPAS e não com a UF;

e) o termo de cooperação técnica do Ministério da Saúde com a OPAS não afasta o direito da recorrente, a qual está no território nacional e não em Cuba. Não pleiteia a intervenção naquele país, mas que seja respeitada dentro de nosso território;

f) sofre dupla discriminação, uma por ser médica de origem cubana, e outra por ser casada com pessoa de mesmo sexo e viver relação homoafetiva. A determinação do retorno a Cuba ofende os artigos 3º e 4º da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Requer a permanência no programa por mais 3 anos, nos termos da Lei n.º 13.333/2016.

Pede a reforma da sentença

Contrarrazões registradas sob o id 3606339.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5003534-79.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: YISEL PEREZ PIMENTEL

Advogado do(a) APELANTE: DIRCEU CASTILHO FILHO - SP313769-N

APELADO: UNIAO FEDERAL, ORGANIZACAO PAN-AMERICANADA SAUDE/ORGANIZACAO MUNDIAL DA SAUDE - OPAS/OMS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Não assiste razão à apelante.

Inicialmente, cabe destacar o que estabelecem os artigos 13,16, 22 e 23 da Lei n.º 12.871/13, a qual institui o Programa Mais Médicos e dá outras providências:

Art. 13. É instituído, no âmbito do Programa Mais Médicos, o Programa Mais Médicos para o Brasil, que será oferecido:

(...)

III – médicos estrangeiros com habilitação para exercício da Medicina no exterior.

Art. 16. O médico intercambista exercerá a Medicina exclusivamente no âmbito das atividades de ensino, pesquisa e extensão do Projeto Mais Médicos para o Brasil, dispensada, para tal fim, nos 3 (três) primeiros anos de participação, a revalidação de seu diploma nos termos do § 2º do art. 48 da Lei n.º 9.394/1996.

Art. 22. As demais ações de aperfeiçoamento na área de Atenção Básica em saúde em regiões prioritárias para o SUS, voltadas especificamente para os médicos formados em instituições de educação superior brasileiras ou com diploma revalidado, serão desenvolvidas por meio de projetos e programas dos Ministérios da Saúde e da Educação.

Art. 23. Para a execução das ações previstas nesta Lei, os Ministérios da Educação e Saúde poderão firmar acordos e outros instrumentos de cooperação com organismos internacionais, instituições de educação superior nacionais e estrangeiras, órgãos e entidades da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, consórcios públicos e entidades privadas, inclusive com transferência de recursos.

Por sua vez, encontram-se assim redigidos o artigo 1º e seu parágrafo único, da Lei n.º 13.333/2016, que prorroga o prazo de dispensa estabelecido na norma antes citada, ***in verbis***:

Art. 1º. O prazo de dispensa previsto no art. 16 da Lei n.º 12.871/16 fica prorrogado por três anos.

Parágrafo único. Para fins do disposto no caput, fica prorrogado, por três anos, o prazo do visto temporário de que trata o art. 18 da Lei n.º 12.871/13.

No caso concreto, a participação da autora, ora apelante, no Programa Mais Médicos para o Brasil não decorre de contratação direta pelo governo brasileiro, mas da instituição de cooperação técnica pactuada entre o Brasil e a OPAS – Organização Panamericana de Saúde, em articulação com o seu país de origem (Cuba) e rege-se por normas e ajustes específicos, nos termos da legislação destacada, bem como dos princípios do Direito Internacional. Nesse contexto, eventual interferência judicial somente teria cabimento em virtude da ocorrência de ilegalidade, o que não está demonstrado nos autos. Ademais, a Lei n.º 13.333/2016, ao ampliar o prazo de validade do visto temporário, não trouxe qualquer determinação no que toca à prorrogação dos contratos individuais de trabalho. Desse modo, afigura-se correto o provimento de 1º grau de jurisdição, ao afirmar que:

Nos termos dos acordos, aos médicos recrutados pela OPAS é assegurada a participação no projeto durante os três anos em que autorizados a exercer a Medicina no âmbito do Mais Médicos para o Brasil, mas compete à OPAS e a Cuba decidir e autorizar a prorrogação da participação dos médicos cedidos ao projeto.

Ademais, ao aderir ao contrato, tinha a autora plena ciência do caráter temporário do ajuste pactuado. Destarte, haja vista a ausência de norma que autorize a prorrogação pretendida, é de ser mantida a sentença. Corroborando esse entendimento a jurisprudência do STJ, dado que assim se manifestou quanto ao tema:

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO PROFERIDA POR JUIZ FEDERAL DE PRIMEIRO GRAU. RECURSO. ART. 1.027, II, "B", DO CPC/2015. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA PROCESSAR E JULGAR O AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO. MÉDICOS INTERCAMBISTAS. LEIS N. 12.871/2013 E N. 13.333/2016. CONTRATOS INDIVIDUAIS. RENOVAÇÃO AUTOMÁTICA. DESCABIMENTO. DELIBERAÇÃO DA COORDENADORIA DO PROGRAMA "MAIS MÉDICOS" DO BRASIL. CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. AUSÊNCIA DE RAZÕES DO ALEGADO DISCRÍMEN. TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. DESCABIMENTO. AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO PROVIDO.

1. O art. 109, II e III, da Constituição Federal, consigna que compete ao juiz federal processar e julgar, em primeiro grau, as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e município ou pessoa domiciliada ou residente no país, devendo o recurso ordinário interposto nessa causa ser dirigido diretamente ao STJ.

2. Nos termos do disposto pelo art. 1.027, II, "b", do Código de Processo Civil de 2015, compete ao Superior Tribunal de Justiça o julgamento de agravo de instrumento interposto contra decisão interlocutória, proferida por juiz federal de primeira instância, em processo em que forem partes, de um lado, Estado estrangeiro ou organismo internacional e, de outro, município ou pessoa residente ou domiciliada no País.

3. A Lei n. 12.871/2013 dispensou a revalidação do diploma e previu a concessão de visto temporário ao médico intercambista durante os três primeiros anos de participação no programa e a Lei n. 13.333/2016 prorrogou por 3 (três) anos o prazo de dispensa da revalidação do diploma e do visto temporário, **mas nada dispôs sobre a renovação automática dos contratos individuais.**

4. Os critérios estabelecidos na legislação de regência acima citada são claros e objetivos, sendo certo, ainda, competir à Coordenadoria do Programa "Mais Médicos" do Brasil a deliberação sobre a continuidade ou não dos profissionais no desempenho de suas atividades no território nacional, resolvendo-se a questão pela conveniência e oportunidade da Administração Pública.

(...)

6. Agravo de instrumento não provido.

(Ag 1433756; Rel. Min. OG FERNANDES; Data do Julgamento 03/04/2018; DJe 09/04/2018)
-grifei

DIREITO ADMINISTRATIVO. SAÚDE. PROGRAMA MAIS MÉDICOS. INCOMPETÊNCIA. NÃO CABIMENTO. EFEITO SUSPENSIVO. PRESENÇA DOS REQUISITOS.

I - A União interpôs agravo de instrumento, com fundamento no art. 1.027, II, b, § 1º, do CPC/2015, contra decisão proferida pelo juízo federal de Campinas/SP que, nos autos do processo n. 5001653-86.2016.4.03.6105, deferiu parcialmente o pedido de tutela de urgência formulado por Ilario Chales Garcia, garantindo-lhe, "[...] na forma da Lei 13.333/16, a prorrogação do contrato do Autor no Programa Mais Médicos, porém, nas mesmas condições em que foi admitido" (fls. 27-29).

II - A alegação de incompetência deste Tribunal mostra-se de todo descabida, uma vez que o procedimento originário foi interposto, pelo próprio ora agravante, contra a União e a Organização Pan-Americana da Saúde - OPAS, sendo cabível a aplicação, portanto, do art. 1.027, II, b, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015 à hipótese.

(...)

*V - A questão controvertida nos autos mostra-se sensível, porque a legislação de regência da matéria (Leis ns. 12.871/2013 e 13.333/2016) possibilita a prorrogação do prazo, **mas, em momento algum, dispõe no sentido de ser automática, não se antevendo o alegado direito à manutenção no respectivo Programa, na forma em que liminarmente deferida.***

VI - Consta dos autos informação no sentido de que a contratação de médicos cuba nos no âmbito do Programa não se dá de forma direta com a União, mas sim por intermédio de cooperação técnica, regulada pelos princípios de direito internacional, celebrada entre a OPAS e o Brasil, nos termos do 80º Termo de Cooperação Técnica, e balizada nos termos do art. 23 da Lei n. 12.871/2013.

VII - Dessa forma, a interferência da União com a ordem de prorrogação automática da permanência do agravado, sem anuência dos entes internacionais respectivos, mostra-se, em princípio, indevida. Há forte probabilidade, assim, do futuro provimento do presente recurso.

VIII - A princípio, uma intervenção brasileira indevida na relação do governo de cuba com o seu nacional, caso tenha sua eficácia mantida, a decisão agravada pode colocar em risco, inclusive, o Programa entabulado com cuba, situação que caracteriza o risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação.

IX - Agravo interno improvido.

(AgInt no AI 1.433.798/SP, Segunda Turma, relator Ministro Francisco Falcão, j. 03/04/2018; DJ 09/04/2018)-grifei

A jurisprudência desta corte não destoa:

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. MÉDICOS INTERCAMBISTAS. LEI Nº 12.871/2013 E Nº 13.333/2016. CONTRATOS INDIVIDUAIS. RENOVAÇÃO AUTOMÁTICA. DESCABIMENTO. DELIBERAÇÃO DA COORDENADORIA DO PROGRAMA “MAIS MÉDICOS DO BRASIL”. CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

1. Trata-se de apelação interposta por Gresen Guerra Garcia em face de sentença que julgou improcedente o pedido para assegurar a sua permanência no Programa Mais Médicos, com o recebimento do salário diretamente em sua conta, além da renovação de seu contrato de trabalho.

2. Na inicial, a parte autora informa que seu contrato de trabalho vence em marco de 2017, e que após essa data deverá retornar ao seu país de origem, Cuba, porém deseja estabelecer domicílio permanente no Brasil e obter a naturalização brasileira assim que preencha os requisitos. Também comunica gravidez de risco, com necessidade de permanência no Brasil até um momento adequado após o parto, sendo que, no caso de não renovação do contrato, não terá condições de sobrevivência. Alega que, em razão de sua nacionalidade cubana, não teve a oportunidade de solicitar a renovação do contrato de adesão ao programa.

3. Conforme consta nos autos, a participação da apelante, médica de nacionalidade cubana, no "Programa Mais Médicos para o Brasil" não ocorreu por meio de vínculo direto com a União, mas sim mediante cooperação técnica firmada entre a República Federativa do Brasil e a Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS), incluindo todos os Termos de Ajuste específicos, em articulação com o seu país de origem, Cuba, em conformidade com os princípios do direito internacional, da legislação e o consenso dos participantes.

4. A jurisprudência pátria entende que "a despeito de ser vedado ao Poder Judiciário o exame do mérito dos atos discricionários da Administração, não se deve confundir tal proibição com a possibilidade do Poder Judiciário de aferir a legalidade dos atos da Administração" (v.g. MS 22.488/DF, 1ª S., Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 08.08.2016).

5. Na espécie, apesar de o art. 16 da Lei nº 12.871/2013 ter dispensado a revalidação do diploma de médico no período em que vinculado ao "Programa Mais Médicos para o Brasil", e a Lei nº 13.333/2016 ampliado o prazo do visto temporário, não houve qualquer menção à prorrogação dos contratos individuais de trabalho. Assim, não havendo norma autorizando a prorrogação do "Programa Mais Médicos", não é possível, em princípio, sua prorrogação, pois inexistente direito subjetivo dos médicos estrangeiros nesse sentido.

6. Com efeito, a definição do tempo de permanência no referido programa deve ficar a critério da coordenadoria do "Programa Mais Médicos do Brasil", resolvendo-se a questão pela conveniência e oportunidade da Administração Pública, deliberando sobre a continuidade, ou não, das atividades dos profissionais no Brasil. Precedentes do STJ.

7. Apelação desprovida.

(AC 50006489220174036105, Rel. Des. Federal NELTON DOS SANTOS, 3ª Turma, Julg.: 19/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 26/12/2019)

Por fim, nos termos da legislação de regência da matéria e da jurisprudência destacada, não merece guarida a alegação de discriminação *por ser casada com pessoa de mesmo sexo e viver relação homoafetiva*. Não há que se falar também em ofensa aos artigos 5º, 6º e 7º da CF tampouco ao princípio da isonomia. As argumentações referentes aos artigos 3º e 4º da Declaração Universal dos Direitos Humanos não se mostram aptas a infirmar o entendimento exarado.

O artigo 85, § 11, do CPC determina a majoração da verba honorária quando do julgamento do recurso, *in verbis*:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor:

(...)

§ 11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.

Desse modo, no caso em apreço, deve a verba honorária ser majorada para 15% incidentes sobre o valor atualizado da causa, cujo pagamento fica sobrestado, conforme determinado na sentença.

Ante o exposto, **nego provimento** ao apelo interposto. Honorários advocatícios majorados, nos termos explicitados.

É como voto.

EMENTA

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. PROGRAMA MAIS MÉDICOS. LEIS N.º 12.871/13 E N.º 13.333/2016. RENOVAÇÃO AUTOMÁTICA DE CONTRATOS INDIVIDUAIS. DESCABIMENTO. SENTENÇA MANTIDA.

- No caso concreto, a participação da autora, ora apelante, no Programa Mais Médicos para o Brasil não decorre de contratação direta pelo governo brasileiro, mas da instituição de cooperação técnica pactuada entre o governo brasileiro e a OPAS – Organização Panamericana de Saúde, em articulação com o seu país de origem (Cuba) e rege-se por normas e ajustes específicos, nos termos da legislação destacada, bem como dos princípios do Direito Internacional. Nesse contexto, eventual interferência judicial somente teria cabimento em virtude da ocorrência de ilegalidade, o que não está demonstrado nos autos. Ademais, a Lei n.º 13.333/2016, ao ampliar o prazo de validade do visto temporário, não trouxe qualquer determinação no que toca à prorrogação dos contratos individuais de trabalho. Desse modo, afigura-se correto o provimento de 1º grau de jurisdição, ao afirmar que: *Nos termos dos acordos, aos médicos recrutados pela OPAS é assegurada a participação no projeto durante os três anos em que autorizados a exercer a Medicina no âmbito do Mais Médicos para o Brasil, mas compete à OPAS e a Cuba decidir e autorizar a prorrogação da participação dos médicos cedidos ao projeto.*

- Ademais, ao aderir ao contrato, tinha a autora plena ciência do caráter temporário do ajuste pactuado. Destarte, haja vista a ausência de norma que autorize a prorrogação pretendida, é de ser mantida a sentença. Precedentes.

- Por fim, nos termos da legislação de regência da matéria e da jurisprudência destacada, não merece guarida a alegação de discriminação *por ser casada com pessoa de mesmo sexo e viver relação homoafetiva*. Não há que se falar também em ofensa aos artigos 5º, 6º e 7ª da CF tampouco ao princípio da isonomia. As argumentações referentes aos artigos 3º e 4º da Declaração Universal dos Direitos Humanos não se mostram aptas a infirmar o entendimento exarado.

- No caso em apreço, deve a verba honorária ser majorada para 15% incidentes sobre o valor atualizado da causa, cujo pagamento fica sobrestado, conforme determinado na sentença.

- **Apelo a que se nega provimento.**

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram os Des. Fed. MARLI FERREIRA e Des. Fed. MÔNICA NOBRE, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5027290-83.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
APELANTE: ZAHIL IMPORTADORA LTDA
Advogado do(a) APELANTE: MARCELO SOARES VIANNA - SP244332-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5027290-83.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
APELANTE: ZAHIL IMPORTADORA LTDA
Advogado do(a) APELANTE: MARCELO SOARES VIANNA - SP244332-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Apelação interposta por **Zahil Importadora Ltda.** contra sentença que, em sede de mandado de segurança, denegou a ordem e julgou improcedente o pedido de afastamento da incidência do IPI na saída de produtos importados e revendidos no mercado interno, bem como o de compensar os valores indevidamente recolhidos (Id 67445687).

Aduz (Id 67445690) que:

a) a hipótese de incidência do IPI, em seu aspecto temporal, se concretiza no momento do desembaraço aduaneiro das mercadorias, de modo que a previsão de equiparação do importador de produtos industrializados ao industrial nacional não se perpetua no espaço e no tempo, pois está vinculado ao aspecto temporal do tributo;

b) o pagamento do imposto na saída do produto importado do estabelecimento, nos termos dos artigos 46, inciso II, e 51 do Código Tributário Nacional, é indevida, pois o bem não sofreu qualquer processo de industrialização, como previsto nos artigos 46, parágrafo único, do CTN e 4º do Decreto nº 7.212/2010 (RIPI);

c) o procedimento adotado pela autoridade fazendária fere também o princípio de Direito Tributário que veda a prática da bitributação, na medida em que sobre as mercadorias importadas que são postas à venda no mercado interno, além do IPI também é exigido o pagamento do ICMS.

Em contrarrazões (Id 674456949), a União requer o desprovemento do recurso.

O Ministério Público Federal entendeu ausente o interesse institucional apto a justificar a sua intervenção (Id 78545255).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5027290-83.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
APELANTE: ZAHIL IMPORTADORA LTDA
Advogado do(a) APELANTE: MARCELO SOARES VIANNA - SP244332-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

I - Dos fatos

Mandado de segurança impetrado por **Zahil Importadora Ltda** contra ato praticado pelo Delegado da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária em São Paulo/SP, com vista ao afastamento da cobrança do IPI sobre a revenda de mercadorias importadas, bem como a declaração do direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos.

II – Da suspensão do feito

Não obstante o sobrestamento EREsp n.º 1403532 (tema 912), referente à legitimidade da cobrança do IPI na venda de produto importado ao consumidor final no mercado interno, **não** há determinação de suspensão nacional dos feitos, na forma do artigo 1.037, inciso II, do CPC.

Cumpra, ainda, destacar que a aplicação dos precedentes firmados no julgamento de recursos representativos da controvérsia independe do trânsito em julgado do recurso naquela corte:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. REPERCUSSÃO GERAL. ART. 543-B, § 1º, DO CPC. SOBRESTAMENTO DO FEITO ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DO RECURSO. DESNECESSIDADE. APLICAÇÃO IMEDIATA.

1. A jurisprudência do STJ firmou entendimento no sentido de ser desnecessário aguardar o trânsito em julgado para a aplicação do paradigma firmado em sede de Recurso Repetitivo ou de Repercussão Geral. Precedentes: AgRg no REsp 1481098/RN, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 26/06/2015; AgRg nos EDcl no REsp 1477866/RN, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 27/08/2015; AgRg no REsp 1491892/RN, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 03/06/2015; AgRg no REsp 1296196/RS, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, DJe 02/06/2015.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg nos EDcl no AREsp 706.557/RN, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, j. 06.10.2015, DJe 13.10.2015, destaquei).

III - Da incidência do IPI

O imposto sobre produtos industrializados – IPI está previsto no artigo 153, inciso IV, da Constituição que assim dispõe:

Art. 153 – Compete a União instituir impostos sobre:

(...)

IV – produtos industrializados

Por sua vez, coube ao Código Tributário Nacional, na forma do artigo 146, inciso III, da CF, estabelecer a hipótese de incidência do tributo, bem como os elementos que a constituem, com destaque aqui para o contribuinte do imposto:

Art. 46. O imposto, de competência da União, sobre produtos industrializados tem como fato gerador:

I - o seu desembaraço aduaneiro, quando de procedência estrangeira;

II - a sua saída dos estabelecimentos a que se refere o parágrafo único do artigo 51;

III - a sua arrematação, quando apreendido ou abandonado e levado a leilão.

Art. 51. Contribuinte do imposto é:

I - o importador ou quem a lei a ele equiparar;

II - o industrial ou quem a lei a ele equiparar;

III - o comerciante de produtos sujeitos ao imposto, que os forneça aos contribuintes definidos no inciso anterior;

IV - o arrematante de produtos apreendidos ou abandonados, levados a leilão.

Parágrafo único. Para os efeitos deste imposto, considera-se contribuinte autônomo qualquer estabelecimento de importador, industrial, comerciante ou arrematante.

Ainda sobre o tema, os artigos 4º e 35 da Lei n.º 4.502/64:

Art. 4º Equiparam-se a estabelecimento produtor, para todos os efeitos desta Lei:

(...)

I - os importadores e os arrematantes de produtos de procedência estrangeira;

Art. 35. São obrigados ao pagamento do imposto

I - como contribuinte originário:

a) o produtor, inclusive os que lhe são equiparados pelo art. 4º - com relação aos produtos tributados que real ou ficticiamente, saírem de seu estabelecimento observadas as exceções previstas nas alíneas " a " e " b " do inciso II do art. 5º.

b) o importador e o arrematante de produtos de procedência estrangeira - com relação aos produtos tributados que importarem ou arrematarem.

A questão posta nestes autos cinge-se à legalidade da incidência do IPI sobre as operações de revenda de produtos importados.

a) Da análise infraconstitucional

No âmbito da análise da legislação infraconstitucional, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial n.º 1.403.532/SC, representativo da controvérsia, firmou entendimento de que a operação de saída (revenda) dos produtos importados está sujeita à incidência do tributo, ainda que não tenham passado por qualquer processo de industrialização no Brasil, *verbis*:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI. FATO GERADOR. INCIDÊNCIA SOBRE OS IMPORTADORES NA REVENDA DE PRODUTOS DE PROCEDÊNCIA ESTRANGEIRA. FATO GERADOR AUTORIZADO PELO ART. 46, II, C/C 51, PARÁGRAFO ÚNICO DO CTN. SUJEIÇÃO PASSIVA AUTORIZADA PELO ART. 51, II, DO CTN, C/C ART. 4º, I, DA LEI N. 4.502/64. PREVISÃO NOS ARTS. 9º, I E 35, II, DO RIPI/2010 (DECRETO N. 7.212/2010).

1. Seja pela combinação dos artigos 46, II e 51, parágrafo único do CTN - que compõem o fato gerador, seja pela combinação do art. 51, II, do CTN, art. 4º, I, da Lei n. 4.502/64, art. 79, da Medida Provisória n. 2.158-35/2001 e art. 13, da Lei n. 11.281/2006 - que definem a sujeição passiva, nenhum deles até então afastados por inconstitucionalidade, os produtos importados estão sujeitos a uma nova incidência do IPI quando de sua saída do estabelecimento importador na operação de revenda, mesmo que não tenham sofrido industrialização no Brasil.

2. Não há qualquer ilegalidade na incidência do IPI na saída dos produtos de procedência estrangeira do estabelecimento do importador, já que equiparado a industrial pelo art. 4º, I, da Lei n. 4.502/64, com a permissão dada pelo art. 51, II, do CTN.

3. Interpretação que não ocasiona a ocorrência de bis in idem, dupla tributação ou bitributação, porque a lei elenca dois fatos geradores distintos, o desembaraço aduaneiro proveniente da operação de compra de produto industrializado do exterior e a saída do produto industrializado do estabelecimento importador equiparado a estabelecimento produtor; isto é, a primeira tributação recai sobre o preço de compra onde embutida a margem de lucro da empresa estrangeira e a segunda tributação recai sobre o preço da venda, onde já embutida a margem de lucro da empresa brasileira importadora. Além disso, não onera a cadeia além do razoável, pois o importador na primeira operação apenas acumula a condição de contribuinte de fato e de direito em razão da territorialidade, já que o estabelecimento industrial produtor estrangeiro não pode ser eleito pela lei nacional brasileira como contribuinte de direito do IPI (os limites da soberania tributária o impedem), sendo que a empresa importadora nacional brasileira acumula o crédito do imposto pago no desembaraço aduaneiro para ser utilizado como abatimento do imposto a ser pago na saída do produto como contribuinte de direito (não-cumulatividade), mantendo-se a tributação apenas sobre o valor agregado.

4. Precedentes: REsp. n. 1.386.686 - SC, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 17.09.2013; e REsp. n. 1.385.952 - SC, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 03.09.2013. Superado o entendimento contrário veiculado nos EREsp. nº 1.411.749-PR, Primeira Seção, Rel. Min. Sérgio Kukina, Rel. p/acórdão Min. Ari Pargendler, julgado em 11.06.2014; e no REsp. n. 841.269 - BA, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 28.11.2006.

5. Tese julgada para efeito do art. 543-C, do CPC: "os produtos importados estão sujeitos a uma nova incidência do IPI quando de sua saída do estabelecimento importador na operação de revenda, mesmo que não tenham sofrido industrialização no Brasil".

6. Embargos de divergência em Recurso especial não providos. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(EREsp 1403532/SC, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 14.10.2015, DJe 18.12.2015, destaquei).

b) Da análise constitucional

Inicialmente, cumpre esclarecer que a exigência do IPI sobre a saída do estabelecimento importador, na forma dos artigos 153, inciso IV, e 46, inciso II, e 51, inciso I, do CTN, não se confunde com o ICMS incidente sobre a circulação de mercadorias (artigo 155, inciso II, da CF), pois os impostos têm materialidades diferentes estabelecidas pela Constituição, de maneira que é descabida a afirmação de bitributação.

No tocante à constitucionalidade da exigência, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da questão referente à eventual violação ao princípio da isonomia (artigo 150, inciso II, da CF) em razão da incidência de IPI no momento do desembaraço aduaneiro de produto industrializado, assim como na sua saída do estabelecimento importador para comercialização no mercado interno (tema 906). Cumpre esclarecer que não há determinação de suspensão nacional dos feitos, na forma do artigo 1.035, § 5º, do CPC. Aquela corte já firmou entendimento de que a suspensão de processamento não é consequência automática e necessária do reconhecimento da repercussão geral, mas, sim, discricionariedade do relator do recurso extraordinário paradigma determiná-la ou modulá-la. (RE n. °966.177, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 07.06.2017, DJe 019 de 01.02.2019).

O princípio da isonomia invocado pelo contribuinte como fundamento para o afastamento do IPI tem como escopo impedir que haja diferenciação tributária entre contribuintes que estejam em situação equivalente. Afirma, portanto, que a exigência do imposto na operação de revenda de produto importado implica tratamento desigual àquele concedido aos comerciantes que adquirem mercadorias de fornecedores nacionais.

O IPI, diferentemente do alegado pelo contribuinte, incide em operações sucessivas e alcança da mesma forma o produto nacional, na entrada dos insumos industrializados e na saída da mercadoria do estabelecimento. Contudo, em razão da aplicação da regra da não cumulatividade (artigo 153, §3º, inciso II, da CF), que visa impedir a múltipla tributação, ambos – importador e produtor nacional - podem aproveitar o imposto pago em operações anteriores, compensando-o com aquele devido em momento posterior. No caso, como bem destacado no recurso de apelação, em relação ao produto importado o imposto pago na saída (revenda) poderá ser abatido com aquele pago na entrada (desembarço aduaneiro), tal como estabelecido nos artigos 255 e 226 do Decreto nº 7.212/10.

Destaca-se, ainda, que o caráter extrafiscal do IPI. A extrafiscalidade é um dos instrumentos de política econômico-fiscal utilizados pelo Estado na efetivação de objetivos constitucionais, como aqueles previstos nos artigos 1º e 3º da CF, a partir de alterações na carga tributária e, por consequência, no comportamento social dos indivíduos. Especificamente no caso do IPI, a intervenção estatal é justificada com o objetivo de estimular o crescimento e proteger a indústria nacional. Desse modo, a desoneração do importador na operação de revenda do produto importado lhe conferiria vantagem que contrariaria a isonomia tributária e a função extrafiscal do imposto. Nesse sentido é o entendimento desta corte: *ApReeNec 0011213-89.2015.4.03.6100, Terceira Turma, Rel. Des. Fed. Cecília Marcondes, j. 21.02.2020, Intimação via sistema em 02.03.2020; AC 5010668-89.2019.4.03.6100, Sexta Turma, Rel. Des. Fed. Johonson Di Salvo, j. 25.01.2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA de 05.02.2020; AC 5001219-63.2017.4.03.6105, Sexta Turma, Rel. Juíza Fed. Conv. Leila Paiva Morrison, j. 24.01.2020, Intimação via sistema em 31.01.2020 e AC 0006334-58.2015.4.03.6126, Rel. Des. Fed. Marcelo Saraiva, j. 26.09.2019, e-DJF3 Judicial 1 de 24.10.2019.*

Assim, reconhecida a legalidade do recolhimento do IPI na revenda de produtos importados, é de rigor a manutenção da sentença. Prejudicado o pedido de compensação.

Por fim, os demais artigos inovados pelas partes, quais sejam, 156 da CF, 4º e 9º do Decreto nº 7.212, 2º, §§ 1º a 3º, 3º, 4º, 5º, 18 e 25 da Lei nº 4.502/64 e 49 do CTN, não têm condão de alterar esse entendimento pelos motivos já apontados.

VI – Do dispositivo

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI. INCIDÊNCIA NA SAÍDA DO PRODUTO IMPORTADO DO ESTABELECIMENTO IMPORTADOR. CONSTITUCIONALIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

- A exigência do IPI sobre a saída do estabelecimento importador, na forma dos artigos 153, inciso IV, e 46, inciso II e 51, inciso I, do CTN, não se confunde com o ICMS incidente sobre a circulação de mercadorias (artigo 155, inciso II, da CF), pois os impostos têm materialidades diferentes estabelecidas pela Constituição, de modo que é descabida a alegação de bitributação.

- Não obstante o sobrestamento pelo STJ do julgamento do EREsp n.º 1403532 (tema 912) referente à legitimidade da cobrança do IPI na venda de produto importado o consumidor final no mercado interno, **não** há determinação de suspensão nacional dos feitos, na forma do artigo 1.037, inciso II, do CPC.

- Conforme entendimento do STJ, a aplicação dos precedentes firmados no julgamento de recursos representativos da controvérsia independe do trânsito em julgado do recurso naquela corte: *AgRg nos EDcl no AREsp 706.557/RN, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, j. 06.10.2015, DJe 13.10.2015.*

- A questão referente a não incidência de IPI sobre as operações de revenda de produtos importados foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EREsp n.º 1.403.532/SC, representativo da controvérsia, ao entendimento de que a operação de saída (revenda) dos produtos importados está sujeita à incidência do tributo, ainda que não tenham passado por qualquer processo de industrialização no Brasil.

- O IPI, diferentemente do alegado pelo contribuinte, incide em operações sucessivas e alcança da mesma forma o produto nacional, na entrada dos insumos industrializados e na saída da mercadoria do estabelecimento. Contudo, em razão da aplicação da regra da não cumulatividade (artigo 153, §3º, inciso II, da CF), que visa impedir a múltipla tributação, ambos – importador e produtor nacional – podem aproveitar o imposto pago em operações anteriores, compensando-o com aquele devido em momento posterior.

- Em relação ao produto importado o imposto pago na saída (revenda) poderá ser abatido com aquele pago na entrada (desembarço aduaneiro), tal como estabelecido nos artigos 225 e 226 do Decreto nº 7.212/10.

- A extrafiscalidade é um dos instrumentos de política econômico-fiscal utilizados pelo Estado na efetivação de objetivos constitucionais, como aqueles previstos nos artigos 1º e 3º da CF, a partir de alterações na carga tributária e, por consequência, no comportamento social dos indivíduos. Especificamente no caso do IPI, a intervenção estatal é justificada com o objetivo de estimular o crescimento e proteger a indústria nacional.

- A desoneração do importador na operação de revenda do produto importado lhe conferiria vantagem que contrariaria a isonomia tributária e a função extrafiscal do imposto. Precedente desta Corte.

- Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram os Des. Fed. MARLI FERREIRA e Des. Fed. MÔNICA NOBRE, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5004509-75.2019.4.03.6183

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: DORIVAL NATAL FERREIRA

Advogado do(a) APELADO: VIVIANE CABRAL DOS SANTOS - SP365845-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
APELANTE: AGENCIA CENTRAL - INSS, GERENTE EXECUTIVO DO INSS EM SAO PAULO - LESTE,
INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: DORIVAL NATAL FERREIRA
Advogado do(a) APELADO: VIVIANE CABRAL DOS SANTOS - SP365845-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Reexame necessário e recurso de apelação interposto pelo INSS contra a sentença que, nos autos de mandado de segurança, julgou parcialmente procedente o pedido e concedeu a ordem, para assegurar o direito ao processamento e análise conclusiva no âmbito administrativo, em 45 dias (Lei de Benefícios, art. 45-A, § 5º, e art. 174 do Decreto n.º 30.048/99). Honorários advocatícios indevidos (id 109033576).

Sustenta o apelante, em síntese, que (id 109033760):

a) o STF decidiu, sob a sistemática da repercussão geral (RE n.º 631.240/MG), ser imprescindível, como regra, a manifestação administrativa antes de o segurado *instar* o Poder Judiciário sobre pretensão de direito a benefício previdenciário;

b) não se pode impor ao INSS a análise, em prazo exíguo, de requerimento administrativo de determinado segurado por ordem judicial, quando inexistem condições fáticas e momentâneas de aplicação do mesmo entendimento para os demais casos pendentes (princípio da reserva do possível, princípio da eficiência, princípio da separação dos poderes);

c) o entendimento explicitado na sentença viola os artigos 5º e 37 da CF, que garantem o tratamento isonômico e impessoal a todos os brasileiros;

d) o artigo 41-A da Lei n.º 8.213/91 traz um prazo mínimo para o início do pagamento do benefício contado da conclusão da análise administrativa, com a disponibilização da documentação necessária. Da leitura do artigo 49 da Lei n.º 9.784/99, evidencia-se que o referido prazo de 30 dias configura interregno temporal para decisão depois do encerramento de toda a instrução processual. Tais normas não se aplicam ao caso;

e) as situações excepcionais merecem tratamento especial, inclusive pelo Poder Judiciário. Aplicam-se ao caso o disposto nos artigos 21 e 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, além do parâmetro temporal (90 dias) definido pelo STF na modulação dos efeitos no julgamento do RE n.º 631.240/MG.

Pede a reforma do julgado.

Sem contrarrazões.

O MPF manifestou-se no sentido do desprovimento da apelação (id 126555967).

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5004509-75.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
APELANTE: AGENCIA CENTRAL - INSS, GERENTE EXECUTIVO DO INSS EM SAO PAULO - LESTE,
INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: DORIVAL NATAL FERREIRA
Advogado do(a) APELADO: VIVIANE CABRAL DOS SANTOS - SP365845-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Recebo o apelo e passo ao julgamento.

Inicialmente, cabe destacar que na situação dos autos não se pleiteia a concessão de benefício previdenciário, como alegado (RE n.º 631.240/MG), mas sim a conclusão do procedimento administrativo.

Outrossim, a Lei n.º 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal, estabelece, em seus artigos 48 e 49, que a administração tem o dever de proferir decisão nos processos de sua competência no prazo de trinta dias, após concluída a instrução, salvo prorrogação motivada:

Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada.

Desse modo, a deficiência interna do ente público demonstrada diante do elevado número de solicitações em comparação com a precária estrutura de trabalho existente não pode servir de justificativa para o descumprimento do seu dever legal e violação do direito constitucionalmente garantido do impetrante (art. 5º, inciso XXXIV, alínea "b", da CF/88) de ter o seu pedido respondido em tempo razoável (art. 5º, inciso LXXVIII). Nesse sentido, merece destaque a jurisprudência desta corte:

REMESSA OFICIAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. MOROSIDADE NA ANÁLISE DE REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO.

I- O impetrante alega na inicial que em 20/5/16 formulou requerimento administrativo de aposentadoria por idade perante o INSS (NB 42/177.351.545-1), no entanto, "desde o requerimento, mesmo após ter apresentado todos os documentos necessários para o postulado direito, o benefício do Impetrante continua em análise" (fls. 3). Informou, ainda, que em consulta ao sistema do INSS, consta a informação "Benefício Habilitado", motivo pelo qual requer a concessão da segurança para que seja processado o pedido administrativo. Considerando que a análise administrativa está sem solução desde 20/5/16 e o presente mandamus foi impetrado em 20/10/16, ultrapassou-se muito o prazo fixado, por analogia, pelo art. 174 do Decreto nº 3.048/99 e a Lei nº 9.784/99, que fixam prazo de até 45 dias a partir da data da documentação comprobatória para análise do pleito.

II- Em sede de mandado de segurança não se admite condenação em honorários advocatícios, consoante a Súmula nº 105 do C. Superior Tribunal de Justiça. III- Remessa oficial improvida.

(REO n.º 00116772220164036119, rel. Des. Federal NEWTON DE LUCCA, Oitava Turma, Julg.: 25/06/2018, v.u., e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/07/2018..FONTE_REPUBLICACAO:)

Nesse contexto, formulado o requerimento administrativo em 30 de agosto de 2018, evidencia-se que foi ultrapassado o prazo legal (mandado de segurança impetrado em 26/04/2019), bem como que, ainda que se considerem as dificuldades de recursos humanos e estruturais, além do elevado número de solicitações sob sua responsabilidade, transcorreu tempo suficiente para que a administração pública, no caso o INSS, concluísse o procedimento. Assim, merece acolhimento o pedido apresentado pelo impetrante, que, efetivamente, não pode ficar à mercê da administração, à espera, por tempo indeterminado, que seu pleito seja atendido.

Destaque-se, ademais, que o art. 41-A, § 5º, da Lei nº 8.213/91, na redação dada pela Lei nº 11.665/08, estabelece que: *O primeiro pagamento do benefício será efetuado até quarenta e cinco dias após a data da apresentação, pelo segurado, da documentação necessária à sua concessão.*

Nesse contexto, descabe se falar em ofensa aos princípios da reserva do possível, da eficiência, da isonomia (arts. 5º e 37 da CF) ou princípio da separação dos poderes.

As argumentações relativas aos artigos 21 e 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro não têm o condão de infirmar o entendimento explicitado.

Ainda que o prazo para desfecho do procedimento administrativo fosse de 90 (noventa dias), já fora esgotado quando da impetração.

Destarte, nos termos da legislação de regência da matéria e da jurisprudência citada, não merece reparos a sentença.

Ante o exposto, **nego provimento ao apelo e à remessa oficial.**

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. INSS. PRAZO RAZOÁVEL. LEI N.º 9.784/99. SENTENÇA MANTIDA.

- Cabe destacar que na situação dos autos não se pleiteia a concessão de benefício previdenciário, como alegado (RE n.º 631.240/MG), mas sim a conclusão do procedimento administrativo.

- A Lei n.º 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal, estabelece, em seus artigos 48 e 49, que a administração tem o dever de proferir decisão nos processos de sua competência no prazo de trinta dias, após concluída a instrução, salvo prorrogação motivada.

- Desse modo, a deficiência interna do ente público demonstrada diante do elevado número de solicitações em comparação com a precária estrutura de trabalho existente não pode servir de justificativa para o descumprimento do seu dever legal e violação do direito constitucionalmente garantido do impetrante (art. 5º, inciso XXXIV, alínea "b", da CF/88) de ter o seu pedido respondido em tempo razoável (art. 5º, inciso LXXVIII). Precedentes.

- Nesse contexto, formulado o requerimento administrativo em 30 de agosto de 2018, evidencia-se que foi ultrapassado o prazo legal (mandado de segurança impetrado em 26/04/2019), bem como que, ainda que se considerem as dificuldades de recursos humanos e estruturais, além do elevado número de solicitações sob sua responsabilidade, transcorreu tempo suficiente para que a administração pública, no caso o INSS, concluísse o procedimento. Assim, merece acolhimento o pedido apresentado pelo impetrante, que, efetivamente, não pode ficar à mercê da administração, à espera, por tempo indeterminado, que seu pleito seja atendido.

- Destaque-se, ademais, que o art. 41-A, § 5º, da Lei nº 8.213/91, na redação dada pela Lei nº 11.665/08, estabelece que: *O primeiro pagamento do benefício será efetuado até quarenta e cinco dias após a data da apresentação, pelo segurado, da documentação necessária a sua concessão.*

- Nesse contexto, descabe se falar em ofensa aos princípios da reserva do possível, da eficiência, da isonomia (arts. 5º e 37 da CF) ou princípio da separação dos poderes.

- As argumentações relativas aos artigos 21 e 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro não têm o condão de infirmar o entendimento explicitado.

- Ainda que o prazo para desfecho do procedimento administrativo fosse de 90 (noventa dias), já fora esgotado quando da impetração.

- **Remessa oficial e apelo a que se nega provimento.**

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à remessa oficial e à apelação, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram os Des. Fed. MARLI FERREIRA e Des. Fed. MÔNICA NOBRE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0009170-49.1996.4.03.6100

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MATRIZARIA E ESTAMPARIA MORILLO LTDA

Advogado do(a) APELADO: FLAVIANE BATISTA DA SILVA DOS SANTOS - SP270867

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 0009170-49.1996.4.03.6100
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: MATRIZARIA E ESTAMPARIA MORILLO LTDA
Advogado do(a) APELADO: FLAVIANE BATISTA DA SILVA DOS SANTOS - SP270867
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Remessa oficial e apelação interposta pela **União** contra sentença que, em sede de ação cautelar inominada, julgou procedente o pedido da autora para assegurar-lhe o direito de efetuar o pagamento do parcelamento de seu débito de IPI em 60 (sessenta) parcelas, na forma do artigo 15 da Medida Provisória n.º 1.209/95, bem como fixou os honorários advocatícios em 10% sobre o valor atribuído à causa, nos termos do artigo 20, §4º, do Código de Processo Civil de 1973 (Id 100427043, p. 150/152).

Aduz (Id 100427043, p. 156/160), preliminarmente, a inadequação da via eleita e, no mérito, que o parcelamento, na qualidade de favor fiscal, não constitui direito subjetivo do contribuinte, mas apenas expectativa, sujeita ao poder discricionário da administração tributária, de acordo com os limites estabelecidos da lei instituidora do benefício fiscal.

Em contrarrazões (Id 100427043, p. 165/171), a apelada requereu o desprovimento do recurso.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 0009170-49.1996.4.03.6100
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: MATRIZARIA E ESTAMPARIA MORILLO LTDA
Advogado do(a) APELADO: FLAVIANE BATISTA DA SILVA DOS SANTOS - SP270867
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Será julgada nesta mesma sessão a apelação interposta na ação ordinária n.º 0033591-06.1996.4.03.6100, que julgou procedente o pedido da autora para declarar o direito de efetuar o parcelamento de seu débito de IPI em 60 (sessenta) parcelas, na forma do artigo 15 da Medida Provisória n.º 1.209/95, e fixou a verba honorária em 10% sobre o valor atribuído à causa, nos termos do artigo 20, §4º, do Código de Processo Civil de 1973.

O procedimento cautelar tem como função essencial garantir a eficácia do processo principal. Preparatória ou incidental, a medida cautelar é sempre dele dependente e acessória, conforme dispõe o artigo 796 do CPC/73. Assim, por ter caráter eminentemente instrumental e provisório, uma vez julgada a ação principal, não subsistirá o processo cautelar ante a perda de objeto.

Ante o exposto, julgo extinta a ação cautelar, sem resolução do de mérito, por perda do objeto, na forma do artigo 485, inciso VI, do CPC. Prejudicadas a remessa oficial e apelação da União. Sem condenação a honorários advocatícios, eis que já arbitrados na ação principal.

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. AÇÃO CAUTELAR PREJUDICADA À VISTA DO JULGAMENTO DA AÇÃO PRINCIPAL.

- Será julgada nesta mesma sessão a apelação interposta na ação ordinária n.º 0033591-06.1996.4.03.6100, que julgou procedente o pedido da autora para declarar o direito de efetuar o parcelamento de seu débito de IPI em 60 (sessenta) parcelas, na forma do artigo 15 da Medida Provisória n.º 1.209/95, e fixou a verba honorária em 10% sobre o valor atribuído à causa, nos termos do artigo 20, §4º, do Código de Processo Civil de 1973

- O procedimento cautelar tem como função essencial garantir a eficácia do processo principal. Preparatória ou incidental, a medida cautelar é sempre dele dependente e acessória, conforme dispõe o artigo 796 do CPC/73. Assim, por ter caráter eminentemente instrumental e provisório, uma vez julgada a ação principal, não subsistirá o processo cautelar ante a perda de objeto.

- Extinta a ação cautelar, sem resolução do de mérito, por perda do objeto, na forma do artigo 485, inciso VI, do CPC. Prejudicadas a remessa oficial e apelação da União.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu julgar extinta a ação cautelar, sem resolução do de mérito, por perda do objeto, na forma do artigo 485, inciso VI, do CPC, prejudicadas a remessa oficial e apelação da União, sem condenação a honorários advocatícios, eis que já arbitrados na ação principal, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram os Des. Fed. MARLI FERREIRA e Des. Fed. MÔNICA NOBRE, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5002958-20.2018.4.03.6143
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
PARTE AUTORA: TOKA SUPERMERCADO LTDA
Advogado do(a) PARTE AUTORA: AUGUSTO FAUVEL DE MORAES - SP202052-A
PARTE RÉ: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5002958-20.2018.4.03.6143
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
PARTE AUTORA: TOKA SUPERMERCADO LTDA
Advogado do(a) PARTE AUTORA: AUGUSTO FAUVEL DE MORAES - SP202052-A
PARTE RÉ: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Remessa oficial de sentença que, em sede de mandado de segurança, proferida nos seguintes termos:

CONCEDO PARCIALMENTE A SEGURANÇA resolvendo o mérito da causa nos termos do art. 487, I, do CPC/2015, para:

a) afastar a exigibilidade dos créditos tributários a título de PIS e COFINS incidentes apenas sobre a parcela da base de cálculo composta pelo valor do ICMS, devendo a autoridade coatora abster-se de praticar qualquer ato de cobrança ou restrição ao nome da impetrante em relação a tais créditos.

b) declarar o direito da impetrante de proceder à compensação dos valores indevidamente pagos (Súmula 461 do STJ), sob tais títulos, com os tributos eventualmente devidos, nos termos da legislação de regência e observando-se as limitações impostas pelo artigo 26-A da Lei 11.457/2007, quando transitada em julgado a presente sentença, observada a prescrição quinquenal sob o regime da LC 118/05, corrigidos os valores a compensar pela taxa SELIC.

Custas na forma da lei.

Honorários advocatícios indevidos, nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009.

Manifestação do MPF, no sentido de que seja dado prosseguimento ao feito.

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5002958-20.2018.4.03.6143

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

PARTE AUTORA: TOKA SUPERMERCADO LTDA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: AUGUSTO FAUVEL DE MORAES - SP202052-A

PARTE RÉ: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A controvérsia está em determinar se é devida a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, questão que deve ser analisada sob o enfoque da Constituição Federal, independentemente da previsão contida na legislação infraconstitucional.

A matéria já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574706, o qual, por maioria e nos termos do voto da Relatora, ao apreciar o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "*O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da confins*". *Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017.*

Nesse contexto, é de ser afastada a incidência do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, nos termos explicitados na sentença.

Diante do exposto, **nego provimento à remessa oficial.**

EMENTA

TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. REMESSA OFICIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCLUSÃO DO ICMS NAS BASES DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. REEXAME NECESSÁRIO DESPROVIDO.

- A controvérsia está em determinar se é devida a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, questão que deve ser analisada sob o enfoque da Constituição Federal, independentemente da previsão contida na legislação infraconstitucional.
- A matéria já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574706, o qual, por maioria e nos termos do voto da Relatora, ao apreciar o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da confins". *Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017.*
- É de ser afastada a incidência do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.
- Reexame necessário desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à remessa oficial, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram os Des. Fed. MARLI FERREIRA e Des. Fed. MÔNICA NOBRE, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL(199) Nº 5023014-09.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

PARTE AUTORA: FLAVIO ARAUJO GUIMARAES

Advogado do(a) PARTE AUTORA: ANDERSON LUIS PONTES DE GOES - GO32979-A

PARTE RE: ASSOCIACAO BRASILEIRA DE MEDICINA DE TRAFEGO

Advogado do(a) PARTE RE: PRISCILA CALADO CORREA NETTO - SP166600-A

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5023014-09.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
PARTE AUTORA: FLAVIO ARAUJO GUIMARAES
Advogado do(a) PARTE AUTORA: ANDERSON LUIS PONTES DE GOES - GO32979-A
PARTE RÉ: ASSOCIACAO BRASILEIRA DE MEDICINA DE TRAFEGO
Advogado do(a) PARTE RÉ: PRISCILA CALADO CORREA NETTO - SP166600-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Remessa oficial de sentença (id 107761030) que, em sede de mandado de segurança, concedeu a ordem, para determinar à autoridade coatora a inclusão do nome do impetrante na lista de convocados para a realização do concurso para a obtenção do título de especialista em Medicina de Tráfego, realizado na data de 16/09/2018. Sem honorários advocatícios.

O Ministério Público Federal manifestou-se no sentido da confirmação do julgado (id 126665683).

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5023014-09.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
PARTE AUTORA: FLAVIO ARAUJO GUIMARAES
Advogado do(a) PARTE AUTORA: ANDERSON LUIS PONTES DE GOES - GO32979-A
PARTE RÉ: ASSOCIACAO BRASILEIRA DE MEDICINA DE TRAFEGO
Advogado do(a) PARTE RÉ: PRISCILA CALADO CORREA NETTO - SP166600-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Pretende a parte impetrante no presente *mandamus* provimento que assegure a inclusão do seu nome na lista de convocados para a realização da prova relativa ao título de especialista em Medicina de Tráfego, junto à entidade impetrada.

No caso concreto, noticia o autor que seu pedido de inscrição para concorrer ao cargo de especialista em Medicina de Tráfego junto à ABRAMET – Associação Brasileira de Medicina de Tráfego, mediante a realização da respectiva prova, foi indeferido sob o fundamento da ausência de apresentação dos certificados de conclusão de residência médica, de treinamento reconhecido pela citada instituição, além de irregularidade no seu credenciamento no DETRAN/GO, em descumprimento dos requisitos previstos no item 2.2 do concorrente edital.

Destaque-se o que determina o edital em debate (id 107760991):

Pré requisitos para inscrição:

“1 - Estar formado há pelo menos 2 anos, até a data final da inscrição, em Faculdade de Medicina reconhecido pelo MEC e encontrar-se regularmente inscrito no CRM da unidade da federação na qual trabalha.

E

2 - Apresentar certificado de conclusão do programa de Residência Médica em Medicina de Tráfego, devidamente reconhecido pelo CNRM (Comissão Nacional de Residência Médica) com duração mínima de 2 (dois) anos, o

OU

2.1- Apresentar certificado de conclusão de Estágio/treinamento em Medicina de Tráfego, previamente reconhecido pela ABRAMET, com duração equivalente ao do Programa de Residência Médica devidamente reconhecido pela CNRM (Comissão Nacional de Residência Médica)

OU

2.2- Comprovação de Atividades/capacitação em Medicina de Tráfego ou em especialidades médicas que tenham afinidade com os treinamentos exigidos no programa de Residência Médica em Medicina de Tráfego, discriminadas no ANEXO II deste Edital, por meio de atividades profissionais realizadas em um período mínimo 04 (quatro) anos. Neste caso o candidato deverá comprovar ter realizado e sido aprovado em curso de capacitação para médicos peritos examinadores responsáveis pelo exame de aptidão física e mental de condutores e candidatos a condutores de veículos automotores, realizado por Faculdade de Medicina reconhecida pelo MEC ou ter realizado e sido aprovado em curso de capacitação e treinamento em Medicina de Tráfego previamente reconhecido pela ABRAMET.

(...)

ANEXO II

Serão consideradas especialidades médicas que têm afinidades com os treinamentos exigidos no programa de Residência Médica em Medicina de Tráfego:

1-Medicina de Tráfego Preventiva: Identifica os fatores etiológicos dos acidentes e outros agravos à saúde decorrentes da mobilidade humana e dos mecanismos que proporcionam esta mobilidade; define grupos de alto risco; caracteriza e divulga periodicamente índices de morbidade, mortalidade e o número de incapacidades produzidas pelos acidentes de trânsito; difunde o tema na comunidade, incluindo nos programas de prevenção e campanhas educativas as opiniões e experiências dos especialistas. No contexto da Medicina de Tráfego Preventiva, o Exame de Aptidão Física e Mental é de grande importância, já que a adequada avaliação médica permitiria o afastamento temporário ou definitivo do condutor de veículo, ou candidato a condutor; portador de doença de risco para a segurança de trânsito: Clínica Médica, Medicina de Família e Comunidade, Pediatria, Oftalmologia, Otorrinolaringologia, Cardiologia, Pneumologia, Neurologia, Ortopedia, Obstetrícia, Psiquiatria e Geriatria. 1- Medicina de Tráfego Curativa: Cuida do atendimento no local do acidente (APH /Atendimento Pré-Hospitalar) e do transporte da vítima para o hospital: Cirurgia Geral, Anestesiologia, Medicina Física e Reabilitação, Medicina Intensiva, Neurocirurgia e Medicina de Emergência.

2- Medicina de Tráfego Legal: Realiza perícias, avaliações e colabora com a elaboração dos dispositivos legais dos Sistemas de Trânsito: Medicina Legal e Perícia Médica.

3- Medicina de Tráfego Ocupacional: Prevenção das doenças dos motoristas profissionais, atenção aos aspectos ergonômicos do exercício da profissão de motorista. Avaliação de condições inseguras do tráfego e a normatização dos exames a que devem ser submetidos os motoristas que dirigem profissionalmente, em acordo com os riscos a que estejam porventura expostos: Medicina do Trabalho.

Constata-se dos documentos carreados aos autos (id 107760971) que o impetrante é médico com cadastro no CRM/GO, tem certificado de registro/título na especialidade Medicina do Trabalho e diploma do curso em Dependência Química, bem como que juntou documento comprobatório de que é servidor público federal desde 2006 (Perito Médico Previdenciário). Apresentou ainda o autor declarações de efetivo exercício da profissão de médico psiquiatra em ambiente hospitalar desde 2013, de credenciamento para atuação como médico junto ao DETRAN/GO e diploma do curso de capacitação para médico perito examinador relativo ao exame de aptidão física e mental para condutores de veículos automotores. Evidencia-se, nesse contexto, que se encontra comprovado o cumprimento dos requisitos previstos no edital em debate (item 2.2), entendimento corroborado pelo parecer do MPF encartado sob o id 126665683.

De outra parte, afigura-se correto o provimento de 1º grau de jurisdição ao consignar que (id 107761030):

No que se refere a afirmação da autoridade impetrada de que o credenciamento da parte impetrante junto ao DETRAN/GO está dissonância com o disposto na Resolução CONTRAN n.º 425/2012, cabe salientar que a apuração de eventuais irregularidades devem ser apurados através de meio processual adequado, eis tal questão não faz parte do objeto dos autos.

Destarte, é de ser mantida a sentença, ao concluir que o concorrente preencheu os requisitos do edital e determinar à autoridade coatora a inclusão do seu nome na lista de convocados para a realização do concurso para a obtenção do título de especialista em Medicina de Tráfego.

Ante o exposto, **nego provimento à remessa oficial.**

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. INSCRIÇÃO PARA REALIZAÇÃO DE PROVA. CONCURSO. ESPECIALISTA EM MEDICINA DE TRÁFEGO. CABIMENTO. SENTENÇA MANTIDA.

- Pretende a parte impetrante no presente *mandamus* provimento que assegure a inclusão do seu nome na lista de convocados para a realização da prova relativa ao título de especialista em Medicina de Tráfego, junto à entidade impetrada.

- No caso concreto, noticia o autor que seu pedido de inscrição para concorrer ao cargo de especialista em Medicina de Tráfego junto à ABRAMET – Associação Brasileira de Medicina de Tráfego, mediante a realização da respectiva prova, foi indeferido sob o fundamento da ausência de apresentação dos certificados de conclusão de residência médica, de treinamento reconhecido pela citada instituição, além de irregularidade no seu credenciamento no DETRAN/GO, em descumprimento dos requisitos previstos no item 2.2 do concernente edital.

- Constata-se dos documentos carreados aos autos que o impetrante é médico com cadastro no CRM/GO, tem certificado de registro/título na especialidade Medicina do Trabalho e diploma do curso em Dependência Química, bem como que juntou documento comprobatório de que é servidor público federal desde 2006 (Perito Médico Previdenciário). Apresentou ainda o autor declarações de efetivo exercício da profissão de médico psiquiatra em ambiente hospitalar desde 2013, de credenciamento para atuação como médico junto ao DETRAN/GO e diploma do curso de capacitação para médico perito examinador relativo ao exame de aptidão física e mental para condutores de veículos automotores. Evidencia-se, nesse contexto, que se encontra comprovado o cumprimento dos requisitos previstos no edital em debate (item 2.2), entendimento corroborado pelo parecer do MPF encartado.

- De outra parte, afigura-se correto o provimento de 1º grau de jurisdição ao consignar que (id 107761030): *No que se refere a afirmação da autoridade impetrada de que o credenciamento da parte impetrante junto ao DETRAN/GO está dissonância com o disposto na Resolução CONTRAN n.º 425/2012, cabe salientar que a apuração de eventuais irregularidades devem ser apurados através de meio processual adequado, eis tal questão não faz parte do objeto dos autos.*

- Destarte, é de ser mantida a sentença, ao concluir que o concorrente preencheu os requisitos do edital e determinar à autoridade coatora a inclusão do seu nome na lista de convocados para a realização do concurso para a obtenção do título de especialista em Medicina de Tráfego.

- Remessa oficial a que se **nega provimento**.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à remessa oficial, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram os Des. Fed. MARLI FERREIRA e Des. Fed. MÔNICA NOBRE, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0017024-94.1996.4.03.6100

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: UNIPAC EMBALAGENS LTDA

Advogado do(a) APELADO: MOACYR PEREIRA JUNIOR - SP44533

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 0017024-94.1996.4.03.6100

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: UNIPAC EMBALAGENS LTDA

Advogado do(a) APELADO: MOACYR PEREIRA JUNIOR - SP44533

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Remessa oficial e apelação interposta pela **União** contra sentença que julgou procedente o pedido para declarar a inexistência de relação jurídica tributária que obrigue a autora ao recolhimento do IPI em posição diversa da classificação 3923.90.9901 da TIPI, bem como fixar honorários advocatícios em R\$ 5.000,00, nos termos do artigo 20, §4º, do Código de Processo Civil de 1973 (Id 97853570, p. 222/231).

Aduz (Id 97853570, p. 164/247) que:

a) a apelada produz embalagens plásticas para alimentos, especialmente o acondicionamento de linguiças e outros embutidos de carne, e as classifica na posição 3923.90.9901 da TIPI;

b) a classificação de mercadorias na tabela do IPI não guarda relação com a alíquota do imposto ou com a finalidade do produto, o que afasta a sua análise a partir dos princípios da essencialidade e seletividade, pois o que se pretende é atender objetivos extrafiscais relacionados com o fluxo de comércio;

c) a indicação da posição 3917.32.9900 pela autoridade tributária resultou da aplicação da lei, consubstanciada na posição e na nota explicativa do Sistema Harmonizado, e seguiu à risca as regras de interpretação incidentes na espécie.

Transcorreu *in albis* o prazo para contrarrazões da autarquia (Id 97853570, p. 250).

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 0017024-94.1996.4.03.6100
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
APELANTE: UNIAO FEDERAL- FAZENDA NACIONAL
APELADO: UNIPAC EMBALAGENS LTDA
Advogado do(a) APELADO: MOACYR PEREIRA JUNIOR - SP44533
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

I - Dos fatos

Ação proposta por **Unipac Embalagens Ltda.** contra a União com vista à declaração da correta classificação das embalagens plásticas para alimentos, em razão da divergência existente entre a posição 3923.90.9901 por ela adotada e a 3917.32.9900, indicada pela autoridade fazendária.

II - Da aplicação da lei processual

Inicialmente, ressalta-se que sentença recorrida foi proferida em 28.06.2013 (Id 97853570, p. 231), razão pela qual, aplicada a regra do *tempus regit actum*, segundo a qual os atos jurídicos se regem pela lei vigente à época em que ocorreram, o recurso será analisado à luz do Diploma Processual Civil de 1973.

III - Da classificação fiscal

Cinge-se a questão à classificação fiscal das embalagens plásticas para alimentos produzidas pela apelada na posição 3917.32.9900 ou 3923.90.9901.

Posição	Descrição	Alíquota
3917	Tubos e seus acessórios (por exemplo: juntas, cotovelos, flanges, uniões), de plástico.	
3917.32	Outros não reforçados com outras matérias, nem associados de outra forma com outras matérias, sem acessórios.	
3917.32.9900	Outros	8%
3923	Artigos de transporte ou de embalagens, de plástico, rolhas, tampas, cápsulas e outros dispositivos para fechar recipientes de plástico.	
3923.90	Outros	
3923.90.9901	Embalagens para produtos alimentícios	0%

Especificamente em relação ao item 3917, o Capítulo 39 das Notas Explicativas do Sistema Harmonizado - NESH (Decreto n.º 435/92) estabelece que se entendem por tubos *os invólucros tubulares para salsichas e outros enchidos (mesmo atados ou trabalhados de outro modo) e outros tubos planos*. Por sua vez, o item 3923 abrange os artigos de plástico que sirvam corretamente para embalagem ou transporte de qualquer tipo de produto, entre eles alguns alimentícios, como indicado na subposição 90.9901.

De acordo com a TIPI vigente à época da autuação, Decreto n.º 97.410/88, no item referente às Regras Gerais para Interpretação do Sistema de Harmonização (RG3), os produtos que possam ser classificados em duas ou mais posições deverão ser analisados da seguinte forma:

3. Quando pareça que a mercadoria pode classificar-se em duas ou mais posições por aplicação da Regra 2b ou por qualquer outra razão, a classificação deve efetuar-se da forma seguinte:

*a) **A posição mais específica prevalece sobre as mais genéricas.** Todavia, quando duas ou mais posições se referirem, cada uma delas, a apenas uma parte das matérias constitutivas de um produto misturado ou de um artigo composto, ou a apenas um dos componentes de sortidos acondicionados para venda a retalho, tais posições devem considerar-se, em relação a esses produtos ou artigos, como igualmente específicas, ainda que uma delas apresente uma descrição mais precisa ou completa da mercadoria. (destaquei)*

Observa-se que, de acordo com as normas de interpretação do sistema harmonizado, a classificação deve ser feita a partir da especialidade da posição em relação ao produto. Conforme explica Milton Carmo de Assis Jr (in *Classificação Fiscal de Mercadorias – NCM/SH: seus reflexos no direito tributário*, São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 140/141) *em relação ao método que privilegia a posição mais específica em relação à genérica, a NESH orienta considerar como mais específica a posição que identifique mais claramente e com uma descrição mais precisa e completa a mercadoria considerada.*

No caso, afirma a empresa que as embalagens produzidas têm composição e características técnicas de produção próprias para o acondicionamento de alimentos, como, por exemplo, tripas artificiais para linguiças, mortadelas e outros embutidos de carne e embalagens para queijos, como demonstram as fotos Id 97853570, p. 29, 31 e 33. De outro lado, a União, na lavratura do termo de verificação fiscal, fundamenta a classificação na posição 3917.32.9900 com base em orientação do Despacho Homologatório COSIT n.º 270/93. Contudo, normas de caráter infralegal não podem contrariar o disposto nos Decretos n.º 97.410/88 e 435/92, que disciplinam as regras de classificação fiscal das mercadorias, destacadamente, aquela referente à especialidade. Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO. IPI. CLASSIFICAÇÃO. TIPI. EMBALAGENS PLÁSTICAS PARA PRODUTOS ALIMENTÍCIOS E FARMACÊUTICOS. ESPECIALIDADE. PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE. DESTINAÇÃO.

1. As embalagens destinadas a embalar produtos alimentícios e farmacêuticos devem ser enquadradas nos códigos 3923.90.9901 ("Embalagens para produtos alimentícios") e 3923.90.9902 ("Embalagens para produtos farmacêuticos") da TIPI, aprovada pelo Decreto n.º 97.4710/88, sujeitos à alíquota zero, porquanto mais específicos e em harmonia com o princípio da seletividade que orienta o IPI.

2. Ainda que uma espécie de embalagem tenha uso múltiplo ou não tenha identificação gravada em si, assumirá a classificação em destaque (códigos 3923.90.9901 e 3923.90.9902) quando destinada ao envase de alimentos e produtos farmacêuticos, em atenção ao princípio da seletividade e às regras gerais de interpretação do sistema harmonizado. (TRF 4ª Região, APELREEX 2005.72.01.004811-3, Segunda Turma, Rel. Otávio Roberto Pamplona, D.E. 20.01.2010, destaquei).

TRIBUTÁRIO. IPI. TIPI. CLASSIFICAÇÃO. ESPECIFICIDADE. ESSENCIALIDADE DO PRODUTO.

- A classificação na TIPI rege-se pelos critérios da especificidade e da essencialidade. - As embalagens para alimentos, incluindo embalagens plásticas para alimentos, têm classificação própria, com alíquota zero, justificada pela essencialidade do produto.

(TRF 4ª Região, AMS 1999.04.01.107000-2, Primeira Turma, Rel. Leandro Paulsen, DJ de 24.09.2003, p. 397, destaquei).

Desse modo, à vista da ilegalidade da classificação indicada ao produto pela autoridade fiscal, é de rigor a manutenção da sentença.

Por fim, as questões relativas aos artigos 153, § 3º, inciso II, da CF, 46, 47, 51, 98 e 110 do CTN, 16 e 17 do Decreto n.º 435/92, bem como o Decreto n.º 97.409/88 e o Decreto Legislativo n.º 71/88, não interferem nesse entendimento pelos motivos já indicados.

VI – Do dispositivo

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial e à apelação.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. REEXAME OFICIAL E APELAÇÃO. SENTENÇA ULTRA PETITA. REDUÇÃO AOS LIMITES DO PEDIDO. IPI. CLASSIFICAÇÃO FISCAL. TIPI. REGRA DA ESPECIFICIDADE. DECRETO N.º 97.410/88. REMESSA E RECURSO DESPROVIDOS.

- A sentença recorrida foi proferida em antes da vigência da Lei n.º 13.105/2015 (NCPC), razão pela qual, aplicada a regra do *tempus regit actum*, segundo a qual os atos jurídicos se regem pela lei vigente à época em que ocorreram, o recurso será analisado à luz do Diploma Processual Civil de 1973.

- De acordo com as Regras Gerais para Interpretação do Sistema de Harmonização (RG3), descritas no Decreto n.º 97.410/88, a classificação deve ser feita a partir da especialidade da posição em relação ao produto. Conforme explica Milton Carmo de Assis Jr (*in* Classificação Fiscal de Mercadorias – NCM/SH: seus reflexos no direito tributário, São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 140/141) *em relação ao método que privilegia a posição mais específica em relação à genérica, a NESH orienta considerar como mais específica a posição que identifique mais claramente e com uma descrição mais precisa e completa a mercadoria considerada.*

- A lavratura do termo de verificação fiscal com base em orientação do Despacho Homologatório COSIT n.º 270/93, contraria o disposto nos Decretos n.º 97.410/88 e 435/92, que disciplinam as regras de classificação fiscal das mercadorias, destacadamente, aquela referente à especialidade, razão pela qual não pode prevalecer.

- Remessa oficial e apelação desprovidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram os Des. Fed. MARLI FERREIRA e Des. Fed. MARCELO SARAIVA. A Des. Fed. MÔNICA NOBRE declarou seu impedimento., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) N° 0033591-06.1996.4.03.6100
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MATRIZARIA E ESTAMPARIA MORILLO LTDA
Advogado do(a) APELADO: EVERANY SANTIAGO VELOSO - SP356073-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) N° 0033591-06.1996.4.03.6100
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: MATRIZARIA E ESTAMPARIA MORILLO LTDA
Advogado do(a) APELADO: EVERANY SANTIAGO VELOSO - SP356073-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Remessa oficial e apelação interpostas pela **União** contra sentença que julgou procedente o pedido da autora para declarar o direito de efetuar o parcelamento de seu débito de IPI em 60 (sessenta) parcelas, na forma do artigo 15 da Medida Provisória n.º 1.209/95, bem como fixou os honorários advocatícios em 10% sobre o valor atribuído à causa, nos termos do artigo 20, §4º, do Código de Processo Civil de 1973 (Id 100421478, p. 99/103).

Aduz (Id 100421478, p. 107/110) que o parcelamento, na qualidade de favor fiscal, não constitui direito subjetivo do contribuinte, mas apenas expectativa, sujeita ao poder discricionário da administração tributária, de acordo com os limites estabelecidos da lei instituidora do benefício fiscal.

Em contrarrazões (Id 100421478, p. 118/122), a apelada requereu o desprovimento do recurso.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 0033591-06.1996.4.03.6100
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: MATRIZARIA E ESTAMPARIA MORILLO LTDA
Advogado do(a) APELADO: EVERANY SANTIAGO VELOSO - SP356073-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

I – Dos fatos

Ação proposta por **Matrizaria e Estamparia Morillo Ltda.** contra a União, em 18.10.1996, com vista ao deferimento do pagamento do parcelamento tributário instituído pela Medida Provisória n.º 1.209/95 em 60 (sessenta) parcelas. Afirma que, protocolizado o requerimento tempestivamente e preenchidos os requisitos estabelecidos, a autoridade tributária deferiu o pagamento em apenas 17 (dezesete) parcelas.

II – Da aplicação da lei processual

Inicialmente, ressalta-se que sentença recorrida foi proferida em 28.03.2007 (Id 100421478, p. 103), razão pela qual, aplicada a regra do *tempus regit actum*, segundo a qual os atos jurídicos se regem pela lei vigente à época em que ocorreram, o recurso será analisado à luz do Diploma Processual Civil de 1973.

II – Do reexame necessário

É descabida a remessa oficial, nos termos do artigo 475, 2º§, do CPC/73, porquanto o valor atribuído à causa atualizado, de acordo com a Tabela de Correção do Conselho da Justiça Federal (<https://www2.jf.jus.br/phpdoc/sicom/tabelaCorMor.php>), até a data da sentença, em 28.03.2007, não supera sessenta salários mínimos (R\$ 22.800,00).

III – Do parcelamento

O artigo 15 da Medida Provisória n.º 1.209/95 assim dispunha sobre o parcelamento:

Art. 15. Os débitos vencidos até 30 de junho de 1995 poderão ser parcelados em até sessenta prestações, desde que os pedidos sejam protocolizados até 15 de dezembro de 1995, obedecidos os requisitos e demais condições estabelecidos nesta Medida Provisória, exceto, no âmbito da Secretaria da Receita Federal, o disposto no inciso I do art. 11.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se aos débitos de qualquer natureza para com a Fazenda Nacional, inscritos ou não como Dívida Ativa, inclusive em fase de execução fiscal já ajuizada, ou que tenham sido objeto de parcelamento anterior, não integralmente quitado, ainda que cancelado por falta de pagamento.

Por sua vez, determinava o artigo 11, *verbis*:

Art. 11. Ao formular o pedido de parcelamento, o devedor deverá:

I - oferecer garantia real ou fidejussória, inclusive fiança bancária, idônea e suficiente para o pagamento do débito;

II - comprovar o recolhimento de valor correspondente à primeira parcela, conforme o montante do débito e o prazo solicitado.

§ 1º Enquanto não deferido o pedido, o devedor fica obrigado a recolher, a cada mês, como antecipação, valor correspondente a uma parcela.

§ 2º O não-cumprimento do disposto neste artigo implicará o indeferimento do pedido.

§ 3º Considerar-se-á automaticamente deferido o parcelamento, em caso de não manifestação da autoridade fazendária no prazo de noventa dias contados da data da protocolização do pedido.

Não obstante a possibilidade concedida pela norma aos devedores, a apelante, ao argumento de que o parcelamento é um favor fiscal sujeito a análise da discricionariedade da autoridade tributária, deferiu o pedido feito pela apelada em apenas 17 (dezesete) parcelas ao invés das 60 (sessenta) requeridas (Id 100421478, p. 46). Observa-se, entretanto, que a empresa preencheu os requisitos legais e a decisão proferida não está motivada, o que contraria o princípio da motivação dos atos administrativos. Conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Mello (*in* Curso de direito administrativo, 31ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 403/404): *o motivo é a realidade objetiva e externa ao agente. É um antecedente, exterior ao ato, que transcorre na realidade empírica, servindo de suporte à expedição do ato. Por sua vez, a motivação feita pela autoridade administrativa integra a formalização do ato. Ainda sobre o tema, ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro (in Direito Administrativo, 29ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 253): a motivação é a exposição dos motivos, ou seja, é a demonstração, por escrito, de que os pressupostos de fato realmente existiram. Para punir a Administração deve demonstrar a prática da infração, A motivação diz respeito às formalidades do ato, que integram o próprio ato.* Nesse sentido, a jurisprudência desta corte:

APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. INMETRO. COMPETÊNCIA PARA FISCALIZAÇÃO E APLICAÇÃO DE MULTA. MOTIVAÇÃO NECESSÁRIA. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO JURÍDICO. EXCLUSÃO DA PENALIDADE. VERBA HONORÁRIA REDUZIDA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(...)

- A fundamentação dos atos administrativos é corolário dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal (artigo 5º, inciso LV, da CF/88). O motivo deve ser adequado e proporcional a esse objeto. A aplicação da sanção deve ter motivação específica, a fim de conferir ao infrator a imediata possibilidade de insurgência, razão pela qual a justificação posterior é inoportuna e ofensiva ao cumprimento dos preceitos constitucionais, de forma que se verifica cumprido o artigo 333, I, do CPC/73.

- A fazenda foi condenada aos honorários advocatícios na quantia de R\$ 1.000,00, correspondente a 25% (vinte e cinco por cento) do valor da causa. Apresenta-se razoável reduzir a verba honorária para R\$ 500,00, corrigido monetariamente,

- Apelo parcialmente provido para reduzir a verba honorária a R\$ 500,00.

(AC 0030744-90.2007.4.03.6182, Quarta Turma, Rel. Juiz Conv. Ferreira da Rocha, j. 07.03.2018, e-DJF3 Judicial 1 de 19.04.2018, destaquei).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. INDEFERIMENTO DE MATRÍCULA. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO. NULIDADE. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 1º, CAPUT, INCISO II, PARÁGRAFO ÚNICO, 5º, INCISOS XXXV E LIV E 93, INCISO X, TODOS DA CF/1988. RECURSO PROVIDO.

(...)

- Nesse sentido, a motivação dos atos administrativos, a despeito de não estar expressamente prevista na CF/1988, tem como fundamento implícito os artigos 1º, caput, inciso II, parágrafo único, 5º, incisos XXXV e LIV e 93, inciso X, todos da CF/1988. Portanto, a fundamentação é requisito obrigatório das decisões administrativas, sob pena de afronta aos princípios constitucionais e às garantias do contraditório e da ampla defesa, bem como seu reconhecimento gera a nulidade do ato administrativo assim praticado.

(...)

- Agravo de instrumento provido, para deferir a tutela de urgência, a fim de determinar a matrícula do agravante no 1º período de 2017 do curso de Doutorado em Ciência e Tecnologias Espaciais, Área de Química de Materiais do ITA e seus efeitos.

(AI 5012502-65.2017.4.03.0000, Segunda Seção, Rel. Des. Fed. André Nabarrete Neto, j. 14.12.2017, e - DJF3 Judicial 1 de 05.03.2018, destaquei).

Desse modo, verificada a ilegalidade do ato, é de rigor a manutenção da sentença.

Por fim, as questões relativas aos demais dispositivos mencionados no recurso, quais sejam, artigos 156, inciso III, 171 do Código Tributário Nacional e a Portaria n.º 575/95, não têm condão de alterar esse entendimento pelos motivos já apontados.

IV – Do dispositivo

Ante o exposto, não conheço da remessa oficial e nego provimento à apelação.

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. REMESSA OFICIAL. NÃO ATENDIMENTO AO ARTIGO 475, 2º§, do CPC/73 . APELAÇÃO. PARCELAMENTO. MEDIDA PROVISÓRIA N. 1.209/95. BENEFÍCIO LEGAL PREVISTO EM ATÉ 60 PARCELAS. INDEFERIMENTO PELA AUTORIDADE FISCAL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL E MOTIVAÇÃO DO ATO. REEXAME NÃO CONHECIDO E RECURSO DESPROVIDO

- A sentença recorrida foi proferida em antes da vigência da Lei n.º 13.105/2015 (NCPC), razão pela qual, aplicada a regra do *tempus regit actum*, segundo a qual os atos jurídicos se regem pela lei vigente à época em que ocorreram, o recurso será analisado à luz do Diploma Processual Civil de 1973.

- É descabida a remessa oficial, nos termos do artigo 475, 2º§, do CPC/73, porquanto o valor atribuído à causa atualizado, de acordo com a Tabela de Correção do Conselho da Justiça Federal, até a data da sentença não supera sessenta salários mínimos.

- O artigo 15 da Medida Provisória n.º 1.209/95, dispunha que os débitos vencidos até 30.06.1995 poderiam ser parcelados em até 60 prestações, desde que protocolizados até 15.12.1995 e obedecidos os demais requisitos legais. Por sua vez, o artigo 11, inciso II, estabelecia que o devedor ao formular o pedido deveria comprovar o recolhimento da primeira parcela, conforme montante e prazo solicitado.

- Cumpridos os requisitos legais pela empresa, carece o fisco de autorização legal para concedê-lo em prazo menor.

- Ausente a motivação do ato, em contrariedade aos princípios fundamentais que orientam a administração pública, impõe-se o reconhecimento de sua nulidade. Precedentes desta corte.

- Remessa oficial não conhecida. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu não conhecer da remessa oficial e negar provimento à apelação, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram os Des. Fed. MARLI FERREIRA e Des. Fed. MÔNICA NOBRE, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5002371-07.2017.4.03.6119

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: DIANA MARMITH SOUZA

Advogados do(a) APELANTE: GABRIELA VOLPINI BETELLI - SP307094, JOAO CARLOS SILVA ALVES WITKOWSKI - SP313740

APELADO: UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5002371-07.2017.4.03.6119

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: DIANA MARMITH SOUZA

Advogados do(a) APELANTE: GABRIELA VOLPINI BETELLI - SP307094, JOAO CARLOS SILVA ALVES WITKOWSKI - SP313740

APELADO: DEPARTAMENTO DA POLICIA FEDERAL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, UNIAO FEDERAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Remessa oficial de sentença (id 1136224) que, em sede de mandado de segurança, concedeu a ordem, para determinar à autoridade impetrada a emissão do passaporte requerido, no prazo de 6 dias, respeitadas as preferências legais. Honorários advocatícios indevidos.

O Ministério Público Federal manifestou-se no sentido do desprovimento do reexame necessário (id 1270953).

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5002371-07.2017.4.03.6119

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: DIANA MARMITH SOUZA

Advogados do(a) APELANTE: GABRIELA VOLPINI BETELLI - SP307094, JOAO CARLOS SILVA ALVES WITKOWSKI - SP313740

APELADO: DEPARTAMENTO DA POLICIA FEDERAL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, UNIAO FEDERAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Pretende-se no presente *mandamus* a determinação à autoridade coatora para que proceda à emissão do passaporte requerido, a qual foi negada ao fundamento do contingenciamento do orçamento destinado à Polícia Federal.

Destaque-se, inicialmente, o que estabelecem o artigo 145, inciso II, da CF e o artigo 77 do Código Tributário Nacional:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

(...)

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

Por sua vez, encontram-se assim redigidos os artigos 3º e 19 da IN/DG/DPF n.º 003/2008, ao preverem os requisitos e prazo para a emissão do documento de viagem:

Art. 3º São condições gerais para a obtenção do passaporte comum:

(...)

*V - recolher a **taxa** devida;*

(...)

*Art. 19. O passaporte confeccionado será entregue ao titular, pessoalmente, no posto de expedição de passaportes do DPF, **em até seis dias úteis** após o atendimento, mediante conferência biométrica (grifei)*

Na situação em apreço, noticia a parte impetrante que, por meio do *site* oficial, efetuou o pagamento da taxa referente à emissão do documento de viagem e agendou a entrega pessoal das informações e documentação necessários para a data de 05/07/2017 (protocolo nº 1.2017.0001558814), no posto DEAIN/DREX/SR/DPF/SP – Delegacia Especial de Polícia Federal no Aeroporto de Guarulhos (id 1316195, id 1316196). Relata que no dia marcado compareceu ao posto da PF e concretizou a entrega da respectiva documentação, bem como a ratificação das informações prestadas, porém, decorrido o prazo para a confecção e entrega do passaporte, a providência não efetivada. Nesse contexto, comprovado o atendimento dos requisitos exigidos pela normatização pertinente, não se afigura razoável que o cidadão seja prejudicado em razão do alegado contingenciamento orçamentário, até porque houve o pagamento da concernente taxa pelo serviço. Corroborar esse entendimento o seguinte trecho do parecer do MPF (id 1270293):

In casu, não é razoável a impetrante ser cerceada no seu direito fundamental de ir e vir, previsto no artigo 5º, inciso XV da Constituição Federal, em decorrência da paralisação dos serviços de expedição de passaportes por contingenciamento orçamentário, como alegado pela autoridade impetrada, principalmente porque há o pagamento de taxa justamente para este fim.

Assim, não merece reparos a sentença, ao determinar ao impetrado a emissão do passaporte, no prazo de 6 dias. Nesse sentido, cabe destacar o seguinte julgado desta corte, o qual assim se manifestou em caso semelhante:

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PASSAPORTE. EXPEDIÇÃO. IN Nº 0003/2008. PRAZO DE 6 DIAS. NÃO OBSERVÂNCIA. SEGURANÇA CONCEDIDA.

1. Natalia Gibran impetrou o presente mandamus objetivando a emissão de passaporte no prazo de 6 (seis) dias, conforme previsto na IN nº 003/2008-DG/DPF, alegando, em síntese, que estava com viagem internacional agendada para 12/06/2016, motivo pelo qual em 03/05/2016 efetuou o pagamento da taxa de emissão do documento e, em 04/05/2016 agendou sua ida à Polícia Federal em 12/05/2016, ocasião em que solicitou a emissão de passaporte de urgência que, no entanto, não havia sido expedido até a data da presente impetração - 31/05/2016, nada obstante o prazo para emissão se de 6 (seis) dias, conforme informado no sítio da Polícia Federal na internet.

2. Intimada à prestar informações, a autoridade impetrada informou a expedição e entrega à impetrante, em 07/06/2016, do passaporte de emergência PB13432, em cumprimento à liminar concedida nestes autos, tendo aduzido, ainda, que a demora na expedição do documento decorreu de impossibilidade material, na medida em que os passaportes são fabricados pela Casa da Moeda do Brasil que alegou a falta de insumos para a fabricação, tendo o prazo para entrega do documento sido estendido para 30 (trinta) dias, sendo certo, porém, que nem mesmo esse prazo vem sendo cumprido.

3. Na espécie, extrai-se dos autos que a impetrante estava com viagem internacional marcada para o dia 12/06/2016, motivo pelo qual tomou as providências necessárias junto à Polícia Federal para a emissão do passaporte. À tanto seguiu os procedimentos e informações constantes no sítio da Polícia Federal na internet onde, dentre outros esclarecimentos, constava que o documento seria entregue no prazo máximo de 6 (seis) dias úteis.

4. Referido prazo encontra-se previsto no artigo 19 da Instrução Normativa nº 003/2008-DG/DPF, de 18 de fevereiro de 2008, que estabelece normas e procedimentos para o serviço de expedição e controle de documentos de viagem no Departamento de Polícia Federal.

5. Nada obstante, fato é que, conforme comprovado nos autos, solicitado o passaporte em 03/05/2016, até a data de 31/05/2016 o documento ainda não havia sido expedido.

6. Não tendo a autoridade impetrada cumprido o prazo legalmente estipulado para a entrega do documento, evidencia-se o vilipêndio ao direito líquido e certo da impetrante de obtenção do documento pretendido.

7. A Administração Pública deve seguir diversos preceitos, dentre os quais o da legalidade e o da eficiência, constitucionalmente previstos, de modo que o cidadão não pode ser tolhido em seu direito à obtenção de documento dentro de prazo razoável por suposta "falta de insumos" enfrentada pela Casa da Moeda do Brasil, conforme alegado.

8. Remessa oficial improvida.

(REOMS 00122164520164036100, DES. FEDERAL MARLI FERREIRA, QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/03/2017)

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial.

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. EXPEDIÇÃO DE PASSAPORTE. CONTINGENCIAMENTO ORÇAMENTÁRIO. PRAZO DESCUMPRIDO. POSSIBILIDADE. ART. 145, INCISO II, DA CF. ART. 77 DO CTN. SENTENÇA MANTIDA.

- Pretende-se no presente *mandamus* a determinação à autoridade coatora para que proceda à emissão do passaporte requerido, a qual foi negada ao fundamento do contingenciamento do orçamento destinado à Polícia Federal.

- Na situação em apreço, noticia a parte impetrante que, por meio do *site* oficial, efetuou o pagamento da taxa referente à emissão do documento de viagem e agendou a entrega pessoal das informações e documentação necessários para a data de 05/07/2017 (protocolo nº 1.2017.0001558814), no posto DEAIN/DREX/SR/DPF/SP – Delegacia Especial de Polícia Federal no Aeroporto de Guarulhos (id 1316195, id 1316196). Relata que no dia marcado compareceu ao posto da PF e concretizou a entrega da respectiva documentação, bem como a ratificação das informações prestadas, porém, decorrido o prazo para a confecção e entrega do passaporte, a providência não efetivada. Nesse contexto, comprovado o atendimento dos requisitos exigidos pela normatização pertinente, não se afigura razoável que o cidadão seja prejudicado em razão do alegado contingenciamento orçamentário, até porque houve o pagamento da concorrente taxa pelo serviço. Corrobora esse entendimento o seguinte trecho do parecer do MPF: *In casu, não é razoável a impetrante ser cerceada no seu direito fundamental de ir e vir, previsto no artigo 5º, inciso XV da Constituição Federal, em decorrência da paralisação dos serviços de expedição de passaportes por contingenciamento orçamentário, como alegado pela autoridade impetrada, principalmente porque há o pagamento de taxa justamente para este fim.*

- Assim, não merece reparos a sentença, ao determinar ao impetrado a emissão do passaporte, no prazo de 6 dias. Precedentes.

- Remessa oficial a que se **nega provimento**.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à remessa oficial, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram os Des. Fed. MARLI FERREIRA e Des. Fed. MÔNICA NOBRE, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5016365-91.2019.4.03.6100
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: Y.D. CONFECÇOES LTDA

Advogados do(a) APELADO: PATRICIA MADRID BALDASSARE FONSECA - SP227704-A, RODRIGO FREITAS DE NATALE - SP178344-A, PAULO FERNANDO MONTEIRO FILHO - SP376995-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5016365-91.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA EM SÃO PAULO, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: Y.D. CONFECÇOES LTDA

Advogados do(a) APELADO: PATRICIA MADRID BALDASSARE FONSECA - SP227704-A, RODRIGO FREITAS DE NATALE - SP178344-A, PAULO FERNANDO MONTEIRO FILHO - SP376995-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Remessa oficial e recurso de apelação interposto pela **União** (id 107746911) contra a sentença que, em sede de mandado de segurança, concedeu a ordem, para assegurar o direito da impetrante à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como de compensação/restituição do montante pago a maior nos últimos 5 (cinco) anos que antecederam o ajuizamento da demanda, observado o art. 170-A do CTN e com atualização pela taxa SELIC. Sem honorários advocatícios (id 107746904).

Requer a UF, em preliminar, a suspensão do feito até a publicação do acórdão resultante do julgamento dos embargos de declaração opostos no RE n.º 574.706/PR (art. 1.040 do CPC). No mérito, sustenta, em síntese, que:

a) a base de cálculo das contribuições ao PIS/COFINS está definida em lei (Leis n.º 9.718/98, n.º 10.637/02, n.º 10.833/03 e n.º 12.973/14) e não há determinação da exclusão do ICMS;

b) a exação estadual, tributo indireto, compõe o valor da atividade que gera receita ao contribuinte e não se dissocia do faturamento. O STF pacificou o entendimento de que é legítima a técnica de tributação do ICMS “por dentro” (RE n.º 212.209/MG);

c) o STJ fixou a tese quanto à legalidade da inclusão debatida e o tema é objeto das Súmulas n.º 68 n.º 94 daquela corte.

Pede a reforma da sentença.

Contrarrazões registradas sob o id 107746915.

O MPF manifestou-se no sentido do regular prosseguimento do feito (id 127947441).

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5016365-91.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA EM SÃO PAULO, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: Y.D. CONFECÇOES LTDA

Advogados do(a) APELADO: PATRICIA MADRID BALDASSARE FONSECA - SP227704-A, RODRIGO FREITAS DE NATALE - SP178344-A, PAULO FERNANDO MONTEIRO FILHO - SP376995-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Recebo o recurso de apelação e passo ao julgamento.

Inicialmente, observo que se afigura desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão proferido no RE n.º 574.706 para aplicação do entendimento sedimentado, dado que a publicação do respectivo acórdão dá ensejo à sua aplicação (art. 1.035, § 11, do CPC). Além disso, eventual recurso interposto para a modulação dos efeitos do acórdão proferido não comporta efeito suspensivo.

No mérito, a controvérsia está em determinar se é devida a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, matéria que deve ser analisada sob o enfoque da Constituição, independentemente da previsão contida na legislação infraconstitucional

A questão da exação estadual já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574706, o qual, por maioria e nos termos do voto da Relatora, ao apreciar o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". *Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017.*

Nesse contexto, nos termos explicitados, é de ser afastada a incidência do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Prazo prescricional na repetição de indébito de tributos sujeitos à homologação

A questão relativa à contagem de prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, à vista do Recurso Especial nº 1.269.570/MG, julgado recentemente, em 23.05.2012, e seguiu o entendimento que foi definido no Recurso Extraordinário nº 566.621/RS pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a repetição ou compensação de indébitos pode ser realizada em até dez anos contados do fato gerador somente para as ações ajuizadas até 09.06.2005. Por outro lado, foi considerada: "*válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005*".

O artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005 deve ser aplicado às ações ajuizadas a partir de 09/06/2005. No caso dos autos, verifica-se que a ação foi proposta em **04.09.2019**. Aplicável, portanto, o prazo prescricional quinquenal.

Necessidade de comprovação do recolhimento em sede de mandado de segurança para fins de compensação

A questão da comprovação para fins de compensação tributária no âmbito do mandado de segurança já foi objeto de análise pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (no julgamento do Resp 1.365.095/SP e do Resp 1.715.256/SP, apreciados sob a sistemática dos recursos repetitivos), o qual concluiu que basta a demonstração da qualidade de contribuinte em relação ao tributo alegadamente pago de forma indevida. Dessa forma, os valores efetivamente a serem compensados somente serão apurados na seara administrativa, momento em que devem ser apresentados todos os documentos pertinentes ao recolhimento a maior. Em outras palavras, para o deferimento do pleito compensatório requerido judicialmente não se faz imprescindível a juntada das guias de pagamento, necessárias apenas no momento em que se for efetivar a compensação perante o fisco.

Compensação de valores indevidamente recolhidos

A parte autora pretende o reconhecimento de seu direito à compensação do indébito relativo ao recolhimento a maior do PIS e da COFINS.

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça exarado no Recurso Especial n.º 1.137.738/SP, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no tocante à compensação deve ser aplicada a lei vigente à época da propositura da demanda, *verbis*:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. *A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).*
3. *Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.*
4. *A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".*
5. *Consectariamente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.*
6. *A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.*
7. *Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.*
8. *Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."*
9. *Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).*
10. *In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.*
11. *À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.*
12. *Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art.170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.*

13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor; nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior." 14. Consequentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF).

(Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado Do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

In casu, deve ser aplicada a Lei nº 10.637/2002, com as limitações previstas na Lei nº 11.457/2007, ambas vigentes à época da propositura da demanda. Nesse ponto, cumpre registrar que a Lei n. 13.670/18 incluiu o artigo 26-A à Lei n. 11.457/07, a permitir que o sujeito passivo que apure crédito tributário possa utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, à exceção das contribuições previdenciárias pelo contribuinte que não utilizar o e-Social (quanto a essa questão, já foi inclusive editada uma instrução normativa pela Receita Federal, qual seja, a IN 1.810/18). Seguem as disposições normativas mencionadas, *litteris*:

Lei n. 11.457/07

Art. 26-A. O disposto no [art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996](#): [\(Incluído pela Lei nº 13.670, de 2018\)](#)

I - aplica-se à compensação das contribuições a que se referem os arts. 2º e 3º desta Lei efetuada pelo sujeito passivo que utilizar o Sistema de Escrituração Digital das Obrigações Fiscais, Previdenciárias e Trabalhistas (eSocial), para apuração das referidas contribuições, observado o disposto no § 1º deste artigo; [\(Incluído pela Lei nº 13.670, de 2018\)](#)

IN 1.810/18

Art. 2º A Instrução Normativa nº 1.717, de 17 de julho de 2017, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 65. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive o crédito decorrente de decisão judicial transitada em julgado, relativo a tributo administrado pela RFB, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a tributos administrados pela RFB, ressalvada a compensação de que trata a Seção VII deste Capítulo. (trecho alterado)

Quanto ao artigo 170-A do Código Tributário Nacional, a matéria foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos **Recursos Especiais n.º 1.164.452/MG e n.º 1.167.039/DF** representativos da controvérsia, que foram submetidos ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil e regulamentado pela Resolução n.º 8/STJ de 07.08.2008, no qual fixou a orientação no sentido de que essa norma deve ser aplicada tão somente às demandas propostas após sua entrada em vigor, que se deu com a Lei Complementar n.º 104/2001, mesmo na hipótese de o tributo apresentar vício de constitucionalidade reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal.

A ação foi proposta em **2019**, após a entrada em vigor da LC nº 104/2001, razão pela qual incide o disposto no artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

Correção monetária do indébito

Quanto à correção monetária, saliento que se trata de mecanismo de recomposição da desvalorização da moeda que visa a preservar o poder aquisitivo original. Dessa forma, ela é devida nas ações de repetição de indébito tributário e deve ser efetuada com base no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do Conselho da Justiça Federal. Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. RECOLHIMENTO INDEVIDO. REPETIÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NOTÓRIA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. "Em hipóteses de notória divergência interpretativa, como é o caso dos autos, esta Corte tem mitigado as exigências regimentais formais, entre elas, o cotejo analítico" (AgRg no REsp 1.103.227/RJ, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 7/12/09).

2. No cálculo da correção monetária, deve ser aplicado o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado na Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, que determina os indexadores e expurgos inflacionários a serem aplicados na repetição de indébito. São eles: (a) a ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (b) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (c) a OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988; (d) o IPC, de janeiro de 1989 e fevereiro de 1989; (e) a BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (f) o IPC, de março de 1990 a fevereiro de 1991; (g) o INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (h) o IPCA, série especial, em dezembro de 1991; (i) a UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; (j) a Taxa SELIC, a partir de janeiro de 1996.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1171912/MG, Primeira Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 03.05.2012, DJe 10.05.2012)

No que se refere aos juros de mora, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no **Recurso Especial n.º 1.111.175/SP**, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no sentido de que nas hipóteses em que a decisão ainda não transitou em julgado, como é o caso dos autos, incide apenas a taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. JUROS DE MORA PELA TAXA SELIC. ART. 39, § 4º, DA LEI 9.250/95. PRECEDENTES DESTA CORTE.

1. Não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

2. Aplica-se a taxa SELIC, a partir de 1º.1.1996, na atualização monetária do indébito tributário, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de juros ou atualização monetária.

3. Se os pagamentos foram efetuados após 1º.1.1996, o termo inicial para a incidência do acréscimo será o do pagamento indevido; no entanto, havendo pagamentos devidos anteriores à data de vigência da Lei 9.250/95, a incidência da taxa SELIC terá como termo a quo a data de vigência do diploma legal em tela, ou seja, janeiro de 1996. Esse entendimento prevaleceu na Primeira Seção desta Corte por ocasião do julgamento dos EREsps 291.257/SC, 399.497/SC e 425.709/SC.

4. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão sujeito à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ.

(REsp 1.111.175/SP, Primeira Seção, rel. Min. Denise Arruda, j. 10.06.2009, DJe 01.07.2009)

Ante o exposto, **rejeito a matéria preliminar e nego provimento ao apelo interposto** e dou **parcial provimento** ao **reexame necessário**, apenas para determinar que a compensação deferida seja efetivada com as limitações explicitadas. Mantida, no mais, a sentença.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. REMESSA OFICIAL. APELAÇÃO CÍVEL. SOBRESTAMENTO DO FEITO. DESCABIMENTO. PIS E COFINS. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. COMPENSAÇÃO. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

- Observo que se afigura desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão proferido no RE n.º 574.706, para aplicação do entendimento sedimentado, dado que a publicação do respectivo acórdão dá ensejo à sua aplicação (art. 1.035, § 11, do CPC). Além disso, eventual recurso interposto para a modulação dos efeitos do acórdão proferido não comporta efeito suspensivo.

- No mérito, a controvérsia está em determinar se é devida a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. A questão da exação estadual já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574706, o qual, por maioria e nos termos do voto da Relatora, ao apreciar o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017

- No que se refere à compensação, *in casu*, deve ser aplicada a Lei nº 10.637/2002, com as limitações previstas na Lei nº 11.457/2007, ambas vigentes à época da propositura da demanda. Nesse ponto, cumpre registrar que a Lei n. 13.670/18 incluiu o artigo 26-A à Lei n. 11.457/07, a permitir que o sujeito passivo que apure crédito tributário possa utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, à exceção das contribuições previdenciárias pelo contribuinte que não utilizar o e-Social (quanto a essa questão, já foi inclusive editada uma instrução normativa pela Receita Federal, qual seja, a IN 1.810/18).

- **Apelo da UF a que se nega provimento e remessa oficial a que se dá parcial provimento.**

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu rejeitar a matéria preliminar e negar provimento ao apelo interposto e dar parcial provimento ao reexame necessário, apenas para determinar que a compensação deferida seja efetivada com as limitações explicitadas, mantida, no mais, a sentença, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram os Des. Fed. MARLI FERREIRA e Des. Fed. MÔNICA NOBRE, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL(199) Nº 5008107-92.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

PARTE AUTORA: DAN CARAI MAIA VIOLA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: RENATO DE NOVA FRIBURGO CAGGIANO JUNIOR - SP170206-A

PARTE RÉ: UNIVERSIDADE FEDERAL DE SAO PAULO

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL(199) Nº 5008107-92.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

PARTE AUTORA: DAN CARAI MAIA VIOLA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: RENATO DE NOVA FRIBURGO CAGGIANO JUNIOR - SP170206-A

PARTE RÉ: UNIVERSIDADE FEDERAL DE SAO PAULO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Remessa oficial de sentença (id 102276086) que, em sede de mandado de segurança, concedeu a ordem, para determinar à autoridade coatora a efetivação da inscrição do impetrante no concurso para o cargo de professor adjunto do Departamento de Ortopedia e Traumatologia da UNIFESP, *campus* São Paulo. Sem honorários advocatícios.

O Ministério Público Federal manifestou-se no sentido do regular prosseguimento do feito (id 122764225).

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5008107-92.2019.4.03.6100
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
PARTE AUTORA: DAN CARAI MAIA VIOLA
Advogado do(a) PARTE AUTORA: RENATO DE NOVA FRIBURGO CAGGIANO JUNIOR - SP170206-A
PARTE RÉ: UNIVERSIDADE FEDERAL DE SAO PAULO

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Pretende-se no presente *mandamus* provimento que assegure a inscrição no concurso para o cargo de professor adjunto da UNIFESP (edital n.º 398/2018).

Inicialmente, cabe destacar o que determina o item 3.17.1 do edital (id 102275775):

3.17. Será aceita a entrega dos documentos por procuração.

3.17.1. O procurador deverá entregar uma procuração simples e original, sem a necessidade de reconhecimento de firma, devendo estar acompanhada de cópia simples de documento de identificação do candidato e cópia simples de documento de identificação do procurador, o qual deverá apresentar o seu documento original, para validação.

3.17.2. A assinatura constante da procuração deverá ser igual àquela constante na cópia do documento de identificação do(a) candidato(a), apresentada pelo procurador no ato da inscrição.

Notícia o autor que seu pedido de inscrição para o certame foi indeferido sob o fundamento da ausência de apresentação de procuração específica para tal finalidade por parte de sua procuradora, Talitha Rosa Maia Viola Barreiro, que também é sua irmã. Constata-se, entretanto, que, ao comparecer para efetuar a inscrição do impetrante, foi apresentada pela representante, além da procuração que institua poderes para representá-lo perante instituições financeiras, RFB e PGFN, documentação com o requerimento de inscrição assinada pelo candidato e comprovante de pagamento da concernente taxa. Nesse contexto, resta evidenciado o cumprimento do requisito previsto no item 3.17.1 do edital. Ademais, como corretamente assinalado pelo provimento de 1º grau de jurisdição, ao considerar suficientes os documentos apresentados: *Ofenderia, pois, o princípio da razoabilidade impedir que o impetrante participe do concurso pretendido somente porque não apresentou uma procuração simples, sem poderes específicos e sem firma reconhecida.* Saliente-se que a atuação da administração pública deve concretizar-se com respeito e em harmonia com o citado princípio da razoabilidade, o qual, como ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

O princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar. E essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto. (Direito Administrativo, Ed. Atlas. 15ª edição, S. Paulo, p.80) (grifamos)

Destarte, não merece reparos a sentença, ao determinar efetivação da inscrição do impetrante no concurso discutido.

Ante o exposto, **nego provimento à remessa oficial.**

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. CONCURSO. INSCRIÇÃO POR PROCURAÇÃO. DOCUMENTAÇÃO SUFICIENTE. SENTENÇA MANTIDA.

- Pretende-se no presente *mandamus* provimento que assegure a inscrição no concurso para o cargo de professor adjunto da UNIFESP (edital n.º 398/2018).

- Noticia o autor que seu pedido de inscrição para o certame foi indeferido sob o fundamento da ausência de apresentação de procuração específica para tal finalidade por parte de sua procuradora, Talitha Rosa Maia Viola Barreiro, que também é sua irmã. Constata-se, entretanto, que, ao comparecer para efetuar a inscrição do impetrante, foi apresentada pela representante, além da procuração que institua poderes para representá-lo perante instituições financeiras, RFB e PGFN, documentação com o requerimento de inscrição assinada pelo candidato e comprovante de pagamento da concernente taxa. Nesse contexto, resta evidenciado o cumprimento do requisito previsto no item 3.17.1 do edital. Ademais, como corretamente assinalado pelo provimento de 1º grau de jurisdição, ao considerar suficientes os documentos apresentados: *Ofenderia, pois, o princípio da razoabilidade impedir que o impetrante participe do concurso pretendido somente porque não apresentou uma procuração simples, sem poderes específicos e sem firma reconhecida*. Saliente-se que a atuação da administração pública deve concretizar-se com respeito e em harmonia com o citado princípio da razoabilidade, o qual, como ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro: *O princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar. E essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto.* (*Direito Administrativo, Ed. Atlas. 15ª edição, S. Paulo, p.80*) (grifamos).

- Remessa oficial a que se **nega provimento**.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à remessa oficial, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram os Des. Fed. MARLI FERREIRA e Des. Fed. MÔNICA NOBRE, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) N° 5019534-23.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

PARTE AUTORA: SANNADI - UNIDADE PAULISTA DE ONCOLOGIA CLINICALTDA

Advogados do(a) PARTE AUTORA: MARCELO JOSE TELLES PONTON - SP66530-A, RICARDO ELIAS MALUF - SP76122-A, MURILO VIARO BACCARIN - SP244416-A

PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5019534-23.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

PARTE AUTORA: SANNADI - UNIDADE PAULISTA DE ONCOLOGIA CLINICA LTDA

Advogados do(a) PARTE AUTORA: MARCELO JOSE TELLES PONTON - SP66530-A, RICARDO ELIAS MALUF - SP76122-A, MURILO VIARO BACCARIN - SP244416-A

PARTE RÉ: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SAO PAULO, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Reexame necessário de sentença que, nos autos de mandado de segurança, julgou parcialmente procedente o pedido, concedeu em parte a ordem para assegurar o direito líquido e certo da impetrante à análise e conclusão dos pedidos eletrônicos de restituição apresentados no período compreendido entre 11/03/2009 e 12/03/2014, no prazo de 30 (trinta) dias, constantes da liminar, passíveis de interrupção em caso de intimação da parte impetrante para apresentação de documentos que sejam necessários, reiniciado o curso a partir de seu atendimento, e extinguiu o *writ* com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil (ID. 125515799). Opostos embargos de declaração pela demandante (ID. 125515808), foram rejeitados (ID. 125515813). Aclaratórios (ID. 125515818, 125515863 e 125515869), restaram rejeitados (ID. 125515830, 125515865 e 125515871).

O Ministério Público Federal manifestou a desnecessidade de seu pronunciamento, no entanto, no caso de eventual instauração de incidentes de arguição de inconstitucionalidade, de demandas repetitivas ou de assunção de competência, requereu vista dos autos.

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5019534-23.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

PARTE AUTORA: SANNADI - UNIDADE PAULISTA DE ONCOLOGIA CLINICA LTDA

Advogados do(a) PARTE AUTORA: MARCELO JOSE TELLES PONTON - SP66530-A, RICARDO ELIAS MALUF - SP76122-A, MURILO VIARO BACCARIN - SP244416-A

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 23/06/2020 2514/4253

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Reexame necessário de sentença que, nos autos de mandado de segurança, julgou parcialmente procedente o pedido, concedeu em parte a ordem para assegurar o direito líquido e certo da impetrante à análise e conclusão dos pedidos eletrônicos de restituição apresentados no período compreendido entre 11/03/2009 e 12/03/2014, no prazo de 30 (trinta) dias, constantes da liminar, passíveis de interrupção em caso de intimação da parte impetrante para apresentação de documentos que sejam necessários, reiniciado o curso a partir de seu atendimento, e extinguiu o *writ* com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil (ID. 125515799). Opostos embargos de declaração pela demandante (ID. 125515808), foram rejeitados (ID. 125515813). Aclaratórios (ID. 125515818, 125515863 e 125515869), restaram rejeitados (ID. 125515830, 125515865 e 125515871).

Trata-se de mandado de segurança impetrado como objetivo de análise pela União de pedido de restituição de indébito.

Inicialmente, cabe destacar que a Lei n.º 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal, estabelece em seus artigos 48 e 49 que a administração tem o dever de proferir decisão nos processos de sua competência no prazo de trinta dias, após concluída a instrução, salvo prorrogação motivada:

Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada.

Posteriormente, a Lei n.º 11.457/07 dispôs sobre a administração tributária federal e a criação da Secretaria da Receita Federal do Brasil e assentou no seu artigo 24 que:

"É obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte".

A matéria foi submetida ao rito especial do artigo 543-C do Código de Processo Civil, no julgamento do REsp nº 1.138.206/RS foi seguida a orientação da obrigatoriedade de ser proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos, aplicando-se tal termo imediatamente aos requerimentos formulados antes e após a publicação da Lei nº 11.457/07 em face da natureza processual fiscal do disposto no citado artigo 24, *verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO CONFIGURADA. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL FEDERAL. PEDIDO ADMINISTRATIVO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO PARA DECISÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APLICAÇÃO DA LEI 9.784/99. IMPOSSIBILIDADE. NORMA GERAL. LEI DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. DECRETO 70.235/72. ART. 24 DA LEI 11.457/07. NORMA DE NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA. MATÉRIA PACIFICADA NO JULGAMENTO DO RESP 1138206/RS, SUBMETIDO À SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPRESENTATIVOS DE CONTROVÉRSIA.

1. Os embargos de declaração são cabíveis quando houver no acórdão ou sentença, omissão, contrariedade, obscuridade ou erro material, nos termos do art. 535, I e II, do CPC.

2. *A duração razoável dos processos foi erigida como cláusula pétrea e direito fundamental pela Emenda Constitucional 45, de 2004, que acresceu ao art. 5º, o inciso LXXVIII, in verbis: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação."*
3. *A conclusão de processo administrativo em prazo razoável é corolário dos princípios da eficiência, da moralidade e da razoabilidade. (Precedentes: MS 13.584/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 26/06/2009; REsp 1091042/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 21/08/2009; MS 13.545/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 29/10/2008, DJe 07/11/2008; REsp 690.819/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/02/2005, DJ 19/12/2005)*
4. *O processo administrativo tributário encontra-se regulado pelo Decreto 70.235/72 - Lei do Processo Administrativo Fiscal -, o que afasta a aplicação da Lei 9.784/99, ainda que ausente, na lei específica, mandamento legal relativo à fixação de prazo razoável para a análise e decisão das petições, defesas e recursos administrativos do contribuinte.*
5. *Ad argumentandum tantum, dadas as peculiaridades da seara fiscal, quiçá fosse possível a aplicação analógica em matéria tributária, caberia incidir à espécie o próprio Decreto 70.235/72, cujo art. 7º, § 2º, mais se aproxima do thema judicandum, in verbis: "Art. 7º O procedimento fiscal tem início com: (Vide Decreto nº 3.724, de 2001) I - o primeiro ato de ofício, escrito, praticado por servidor competente, cientificado o sujeito passivo da obrigação tributária ou seu preposto; II - a apreensão de mercadorias, documentos ou livros; III - o começo de despacho aduaneiro de mercadoria importada. § 1º O início do procedimento exclui a espontaneidade do sujeito passivo em relação aos atos anteriores e, independentemente de intimação a dos demais envolvidos nas infrações verificadas. § 2º Para os efeitos do disposto no § 1º, os atos referidos nos incisos I e II valerão pelo prazo de sessenta dias, prorrogável, sucessivamente, por igual período, com qualquer outro ato escrito que indique o prosseguimento dos trabalhos."*
6. *A Lei n.º 11.457/07, com o escopo de suprir a lacuna legislativa existente, em seu art. 24, preceituou a obrigatoriedade de ser proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo dos pedidos, litteris: "Art. 24. É obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte."*
7. *Deveras, ostentando o referido dispositivo legal natureza processual fiscal, há de ser aplicado imediatamente aos pedidos, defesas ou recursos administrativos pendentes.*
8. *Destarte, tanto para os requerimentos efetuados anteriormente à vigência da Lei 11.457/07, quanto aos pedidos protocolados após o advento do referido diploma legislativo, o prazo aplicável é de 360 dias a partir do protocolo dos pedidos (art. 24 da Lei 11.457/07).*
9. *Embargos de declaração acolhidos, atribuindo-se-lhes efeitos infringentes, para conhecer e dar parcial provimento ao recurso especial da União, determinando a obediência ao prazo de 360 dias para conclusão do procedimento administrativo fiscal sub judice".(1ª Seção, Rel. Min. LUIZ FUX, j. 09/08/2010, DJE 01/09/2010).*

Dessa forma, apresentado requerimento de restituição no período entre 11/03/2009 e 12/03/2014, na data da impetração do mandado de segurança (06/08/2018) encontrava-se há mais de 04 anos à espera de andamento e conclusão do pedido formulado. Evidencia-se que foi ultrapassado o prazo legal, bem como que, ainda que se considerem as dificuldades de recursos humanos e estruturais, além do elevado número de solicitações sob sua responsabilidade, transcorreu tempo suficiente para que a administração pública, no caso a UNIÃO, o analisasse e deferisse ou não. Nesse contexto, merece acolhimento a pretensão da impetrante.

Destarte, nos termos da legislação de regência da matéria e da jurisprudência citada, não merece reparos a sentença, ao assegurar o direito líquido e certo da impetrante à análise e conclusão dos pedidos eletrônicos de restituição apresentados no período compreendido entre 11/03/2009 e 12/03/2014, no prazo de 30 (trinta) dias, constantes da liminar, passíveis de interrupção em caso de intimação da parte impetrante para apresentação de documentos que sejam necessários, reiniciado o curso a partir de seu atendimento.

Ante o exposto, **nego provimento à remessa oficial.**

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. REQUERIMENTO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO PARA APECIAÇÃO DE PEDIDO ADMINISTRATIVO. SENTENÇA MANTIDA.

- Mandado de segurança impetrado com o objetivo de análise pela União de pedido de restituição de indébito.
- A Lei nº 11.457/07 dispôs sobre a administração tributária federal e a criação da Secretaria da Receita Federal do Brasil.
- A matéria foi submetida ao rito especial do artigo 543-C do Código de Processo Civil, no julgamento do REsp nº 1.138.206/RS foi seguida a orientação da obrigatoriedade de ser proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos, aplicando-se tal termo imediatamente aos requerimentos formulados antes e após a publicação da Lei nº 11.457/07 em face da natureza processual fiscal do disposto no citado artigo 24.
- Apresentado requerimento de restituição no período entre 11/03/2009 e 12/03/2014, na data da impetração do mandado de segurança (06/08/2018) encontrava-se há mais de 04 anos à espera de andamento e conclusão do pedido formulado. Evidencia-se que foi ultrapassado o prazo legal, bem como que, ainda que se considerem as dificuldades de recursos humanos e estruturais, além do elevado número de solicitações sob sua responsabilidade, transcorreu tempo suficiente para que a administração pública, no caso a UNIÃO, o analisasse e deferisse ou não. Nesse contexto, merece acolhimento a pretensão da impetrante.
- Nos termos da legislação de regência da matéria e da jurisprudência citada, não merece reparos a sentença, ao assegurar o direito líquido e certo da impetrante à análise e conclusão dos pedidos eletrônicos de restituição apresentados no período compreendido entre 11/03/2009 e 12/03/2014, no prazo de 30 (trinta) dias, constantes da liminar, passíveis de interrupção em caso de intimação da parte impetrante para apresentação de documentos que sejam necessários, reiniciado o curso a partir de seu atendimento.
- Remessa necessária desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à remessa oficial, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram os Des. Fed. MARLI FERREIRA e Des. Fed. MÔNICA NOBRE, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5010978-40.2019.4.03.6183

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

PARTE AUTORA: SAMUEL VIDA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: VLADIMIR RENATO DE AQUINO LOPES - SP94932-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5010978-40.2019.4.03.6183

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

PARTE AUTORA: SAMUEL VIDA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: VLADIMIR RENATO DE AQUINO LOPES - SP94932-A

PARTE RÉ: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, AGÊNCIA DO INSS TUCURUVI

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Reexame necessário de sentença que, nos autos de mandado de segurança, julgou parcialmente procedente o pedido, concedeu a ordem para reconhecer o direito ao processamento da análise e conclusão no âmbito administrativo em 45 dias (Lei de Benefícios, artigos 41-A, § 5º, e 174 do Decreto nº 3.048/99). Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos das Súmulas 105 do Superior Tribunal de Justiça e 512 do Supremo Tribunal Federal e artigo 25 da Lei nº 12.016/09. (ID 118114285).

O Ministério Público Federal opinou fosse desprovida a remessa necessária (ID 127768979).

ID 128041097, decisão que determinou a redistribuição do feito.

É o relatório.

VOTO

Reexame necessário de sentença que, nos autos de mandado de segurança, julgou parcialmente procedente o pedido, concedeu a ordem para reconhecer o direito ao processamento da análise e conclusão no âmbito administrativo em 45 dias (Lei de Benefícios, artigos 41-A, § 5º, e 174 do Decreto nº 3.048/99). Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos das Súmulas 105 do Superior Tribunal de Justiça e 512 do Supremo Tribunal Federal e artigo 25 da Lei nº 12.016/09. (ID 118114285).

Inicialmente, cabe destacar que a Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal, estabelece em seus artigos 48 e 49 que a administração tem o dever de proferir decisão nos processos de sua competência no prazo de trinta dias, após concluída a instrução, salvo prorrogação motivada:

Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada.

Desse modo, a deficiência interna do ente público, demonstrada em razão do elevado número de solicitações em comparação com a precária estrutura de trabalho existente, não pode servir de justificativa para o descumprimento do seu dever legal e para a violação do direito constitucionalmente garantido do impetrante de ter o seu pedido respondido em tempo razoável (CF, art. 5º, inciso LXXVIII). Nesse sentido, merece destaque a jurisprudência desta corte:

REMESSA OFICIAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. MOROSIDADE NA ANÁLISE DE REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO.

*I - O impetrante alega na inicial que em 20/5/16 formulou requerimento administrativo de aposentadoria por idade perante o INSS (NB 42/177.351.545-1), no entanto, "desde o requerimento, mesmo após ter apresentado todos os documentos necessários para o postulado direito, o benefício do Impetrante continua em análise" (fls. 3). Informou, ainda, que em consulta ao sistema do INSS, consta a informação "Benefício Habilitado", motivo pelo qual requer a concessão da segurança para que seja processado o **pedido administrativo**. Considerando que a análise administrativa está sem solução desde 20/5/16 e o presente mandamus foi impetrado em 20/10/16, ultrapassou-se muito o prazo fixado, por analogia, pelo art. 174 do Decreto nº 3.048/99 e a Lei nº 9.784/99, que fixam prazo de até 45 dias a partir da data da documentação comprobatória para análise do pleito.*

II - Em sede de mandado de segurança não se admite condenação em honorários advocatícios, consoante a Súmula nº 105 do C. Superior Tribunal de Justiça.

III - Remessa oficial improvida. (REO n.º 00116772220164036119, rel. Des. Federal NEWTON DE LUCCA, Oitava Turma, Julg.: 25/06/2018, v.u., e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/07/2018 ..FONTE_REPUBLICACAO:)

Dessa forma, apresentado requerimento em 03/06/2019, constata-se que a parte autora, na data de impetração do mandado de segurança (14/08/2019), encontrava-se há mais de 02 meses à espera de andamento e conclusão ao pedido formulado. Evidencia-se que foi ultrapassado o prazo legal, bem como que, ainda que se considerem as dificuldades de recursos humanos e estruturais, além do elevado número de solicitações sob sua responsabilidade, transcorreu tempo suficiente para que a administração pública, no caso o INSS, concluísse a instrução processual e decidisse se o deferia ou não. Nesse contexto, merece acolhimento o pedido apresentado pelo impetrante.

Destarte, nos termos da legislação de regência da matéria e da jurisprudência citada, não merece reparos a sentença, ao reconhecer o direito ao processamento da análise e conclusão no âmbito administrativo em 45 dias (Lei de Benefícios, artigos 41-A, § 5º e 174 do Decreto nº 3.048/99). Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos das Súmulas 105 do Superior Tribunal de Justiça e 512 do Supremo Tribunal Federal, e artigo 25 da Lei nº 12.016/09. (ID 118114285).

Ante o exposto, **nego provimento à remessa oficial.**

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. INSS. PRAZO RAZOÁVEL. LEI N.º 9.784/99. SENTENÇA MANTIDA.

- Reexame necessário de sentença que, nos autos de mandado de segurança, julgou parcialmente procedente o pedido, concedeu a ordem para reconhecer o direito ao processamento da análise e conclusão no âmbito administrativo em 45 dias (Lei de Benefícios, artigos 41-A, § 5º, e 174 do Decreto nº 3.048/99). Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos das Súmulas 105 do Superior Tribunal de Justiça e 512 do Supremo Tribunal Federal e artigo 25 da Lei nº 12.016/09. (ID 118114285).

- A deficiência interna do ente público, em razão do elevado número de solicitações em comparação com a precária estrutura de trabalho existente, não pode servir de justificativa para o descumprimento do seu dever legal e para a violação do direito constitucionalmente garantido do impetrante de ter o seu pedido respondido em tempo razoável (CF, art. 5º, inciso LXXVIII). (Precedente).

- Apresentado requerimento em 03/06/2019, constata-se que a parte autora, na data de impetração do mandado de segurança (14/08/2019), encontrava-se há mais de 02 meses à espera de andamento e conclusão ao pedido formulado. Evidencia-se que foi ultrapassado o prazo legal, bem como que, ainda que se considerem as dificuldades de recursos humanos e estruturais, além do elevado número de solicitações sob sua responsabilidade, transcorreu tempo suficiente para que a administração pública, no caso o INSS, concluísse a instrução processual e decidisse se o deferia ou não. Nesse contexto, merece acolhimento o pedido apresentado pelo impetrante.

- Nos termos da legislação de regência da matéria e da jurisprudência citada, não merece reparos a sentença, ao reconhecer o direito ao processamento da análise e conclusão no âmbito administrativo em 45 dias (Lei de Benefícios, artigos 41-A, § 5º e 174 do Decreto nº 3.048/99). Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos das Súmulas 105 do Superior Tribunal de Justiça e 512 do Supremo Tribunal Federal, e artigo 25 da Lei nº 12.016/09. (ID 118114285).

- Remessa oficial desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à remessa oficial, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram os Des. Fed. MARLI FERREIRA e Des. Fed. MÔNICA NOBRE, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000902-42.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: TRW AUTOMOTIVE LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: CARLOS EDUARDO DE ARRUDA NAVARRO - SP258440-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000902-42.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: TRW AUTOMOTIVE LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: CARLOS EDUARDO DE ARRUDA NAVARRO - SP258440-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Agravo de instrumento interposto por TRW AUTOMOTIVE LTDA contra decisão que, em mandado de segurança, indeferiu liminar que objetiva recolher o IRPJ e a CSLL sem a inclusão dos juros de mora/correção monetária (taxa Selic) incidentes sobre os indébitos tributários, assim como a suspensão da exigibilidade do imposto e da contribuição, na forma do artigo 151, IV, do CTN, ao fundamento de que ausência o direito alegado (Id. 25878993 - Pág. 1/2).

Alega a agravante, em síntese, que atende a todos os requisitos legais para a concessão da liminar, pois presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, decorrente do prejuízo patrimonial.

Foi indeferida a tutela recursal antecipada (Id. 123207023).

Contraminuta apresentada (Id. 126543447).

Manifestação do Ministério Público Federal (Id. 128720570).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000902-42.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: TRW AUTOMOTIVE LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: CARLOS EDUARDO DE ARRUDA NAVARRO - SP258440-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Lei nº 12.016/2009, em seu artigo 7º, inciso III, dispõe quanto à liminar em mandado de segurança, *verbis*:

Art. 7º. Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

[...]

*III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver **fundamento relevante** e **do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida**, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.*

[ressaltei]

Dessa forma, necessários o fundamento relevante e o perigo da demora. No que se refere ao último, o dano precisa ser atual e presente, o que não ocorre no caso, em que apenas foi suscitado genericamente prejuízo em razão da restrição de crédito e incentivos financeiros, sem a sua especificação para fins de análise da urgência. Assim, não houve comprovação da maneira que ocasional lesão seria grave, de difícil ou impossível reparação, como exige o artigo 995, parágrafo único, anteriormente transcrito. Dessa forma, ausente o perigo atual de dano ou o risco ao resultado útil do processo, desnecessária a apreciação da probabilidade do direito, pois, por si só, não legitima a providência almejada.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO ao agravo de instrumento.**

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR. NECESSÁRIOS A RELEVÂNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO E O PERIGO DA DEMORA. NÃO CONFIGURAÇÃO DO ÚLTIMO REQUISITO. RECURSO DESPROVIDO.

- Necessários o fundamento relevante e o perigo da demora para a concessão da liminar (artigo 7º, inciso III, da Lei nº 12.016/2009). No que se refere ao último, o dano precisa ser atual e presente, o que não ocorre no caso, em que apenas foi suscitado genericamente prejuízo em razão da restrição de crédito e incentivos financeiros, sem a sua especificação para fins de análise da urgência. Assim, não houve comprovação da maneira que ocasional lesão seria grave, de difícil ou impossível reparação, como exige o artigo 995, parágrafo único, anteriormente transcrito. Dessa forma, ausente o perigo atual de dano ou o risco ao resultado útil do processo, desnecessária a apreciação da probabilidade do direito, pois, por si só, não legitima a providência almejada.

- Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram os Des. Fed. MARLI FERREIRA e Des. Fed. MÔNICA NOBRE, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5028405-72.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
AGRAVANTE: OMINIC - SOLUCOES E LOGISTICALTDA.
Advogado do(a) AGRAVANTE: ADRIANO GONZALES SILVERIO - SP194905-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5028405-72.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
AGRAVANTE: OMINIC - SOLUCOES E LOGISTICALTDA.
Advogado do(a) AGRAVANTE: ADRIANO GONZALES SILVERIO - SP194905-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Agravo de instrumento interposto por OMINIC - SOLUCOES E LOGISTICA LTDA. contra decisão que, em mandado de segurança, indeferiu pedido liminar que objetiva que a autoridade impetrada promova os atos administrativos, a fim de que seja dado seguimento à análise e processamento das declarações de importação nº 19/1339112-6 e 19/1399320-7, sob a modalidade limitada, com posterior seguimento ao desembaraço aduaneiro da carga importada (Id. 102980892 - Pág. 75/78). Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (Id. 23819459 dos autos principais).

Alega a agravante, em síntese, que atende a todos os requisitos legais para a concessão da liminar, pois presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, decorrente dos prejuízos causados à atividade industrial.

Foi indeferida a tutela recursal antecipada (Id. 106157789), decisão contra a qual foi interposto agravo interno (Id. 107942286).

Contraminutas apresentadas (Id. 107941225 e 109129751).

Sem manifestação do Ministério Público Federal.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5028405-72.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
AGRAVANTE: OMINIC - SOLUCOES E LOGISTICA LTDA.
Advogado do(a) AGRAVANTE: ADRIANO GONZALES SILVERIO - SP194905-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Lei nº 12.016/2009, em seu artigo 7º, inciso III, dispõe quanto à liminar em mandado de segurança, *verbis*:

Art. 7º. Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

[...]

*III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver **fundamento relevante** e **do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida**, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.*

[ressaltei]

Dessa forma, necessários o fundamento relevante e o perigo da demora. No que se refere ao último, o dano precisa ser atual e presente, o que não ocorre no caso, em que apenas foi suscitado genericamente comprometimento da atividade industrial da agravante. Frise-se que a violação à lei, à Constituição Federal e aos princípios invocados não diz respeito à urgência, mas ao mérito da controvérsia. Dessa forma, ausente o perigo atual de dano ou o risco ao resultado útil do processo, desnecessária a apreciação da probabilidade do direito, pois, por si só, não legitima a providência almejada.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO ao agravo de instrumento**. Em consequência, declaro prejudicado o agravo interno.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR. NECESSÁRIOS A RELEVÂNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO E O PERIGO DA DEMORA. NÃO CONFIGURAÇÃO DO ÚLTIMO REQUISITO. RECURSO DESPROVIDO.

- Necessários o fundamento relevante e o perigo da demora para a concessão da liminar (artigo 7º, inciso III, da Lei nº 12.016/2009). No que se refere ao último, o dano precisa ser atual e presente, o que não ocorre no caso, em que apenas foi suscitado genericamente comprometimento da atividade industrial da agravante. Frise-se que a violação à lei, à Constituição Federal e aos princípios invocados não diz respeito à urgência, mas ao mérito da controvérsia. Dessa forma, ausente o perigo atual de dano ou o risco ao resultado útil do processo, desnecessária a apreciação da probabilidade do direito, pois, por si só, não legitima a providência almejada.

- Agravo de instrumento desprovido. Agravo interno prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao agravo de instrumento, prejudicado o agravo interno, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram os Des. Fed. MARLI FERREIRA e Des. Fed. MÔNICA NOBRE, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5004119-93.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: BELFORT SEGURANÇA DE BENS E VALORES LTDA.

Advogado do(a) AGRAVANTE: RENATO DE VASCONCELOS MUNDURUCA - BA37723-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5004119-93.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: BELFORT SEGURANÇA DE BENS E VALORES LTDA.

Advogado do(a) AGRAVANTE: RENATO DE VASCONCELOS MUNDURUCA - BA37723-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Agravo de instrumento interposto por BELFORT SEGURANÇA DE BENS E VALORES LTDA. contra decisão que, em mandado de segurança, indeferiu a liminar que objetiva não se sujeitar ao recolhimento dos valores referentes às contribuições do Sistema S e do salário-educação na parte em que exceder a base de cálculo de vinte salários mínimos, bem como para declarar o direito da agravante a poder compensar administrativamente, pela Receita Federal, as exações indevidamente pagas a maior a este título nos últimos 5 (cinco) anos anteriores à impetração (Id. 124962466 - Pág. 44/46).

Alega a agravante, em síntese, que atende a todos os requisitos legais para a concessão da liminar, pois presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, decorrente do pagamento indevido das contribuições.

Foi indeferida a tutela recursal antecipada (Id. 126947280).

Contraminuta apresentada (Id. 128404014).

Manifestação do Ministério Público Federal (Id. 130557548).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5004119-93.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: BELFORT SEGURANÇA DE BENS E VALORES LTDA.

Advogado do(a) AGRAVANTE: RENATO DE VASCONCELOS MUNDURUCA - BA37723-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Lei nº 12.016/2009, em seu artigo 7º, inciso III, dispõe quanto à liminar em mandado de segurança, *verbis*:

Art. 7º. Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

[...]

*III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver **fundamento relevante** e **do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida**, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.*

[ressaltei]

Dessa forma, necessários o fundamento relevante e o perigo da demora. No que se refere ao último, o dano precisa ser atual e presente, o que não ocorre no caso, em que apenas foi suscitado genericamente prejuízo às atividades empresariais ante o pagamento indevido. Assim, não houve comprovação da maneira que ocasional lesão seria grave, de difícil ou impossível reparação, como exige o artigo 995, parágrafo único, anteriormente transcrito. Ademais, há precedentes do Superior Tribunal de Justiça (AgRg na MC 20.630/MS, AgRg na MC 17.677/RJ, AgRg na MC 14.052/SP e AgRg na MC 13.052/RJ) e desta 4ª Turma (AI 0026670-65.2014.4.03.0000) segundo os quais a simples exigibilidade de tributo não caracteriza o perigo da demora. Dessa forma, ausente o perigo atual de dano ou o risco ao resultado útil do processo, desnecessária a apreciação da probabilidade do direito, pois, por si só, não legitima a providência almejada.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO ao agravo de instrumento.**

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR. NECESSÁRIOS A RELEVÂNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO E O PERIGO DA DEMORA. NÃO CONFIGURAÇÃO DO ÚLTIMO REQUISITO. RECURSO DESPROVIDO.

- Necessários o fundamento relevante e o perigo da demora para a concessão da liminar (artigo 7º, inciso III, da Lei nº 12.016/2009). No que se refere ao último, o dano precisa ser atual e presente, o que não ocorre no caso, em que apenas foi suscitado genericamente prejuízo às atividades empresariais ante o pagamento indevido. Assim, não houve comprovação da maneira que ocasional lesão seria grave, de difícil ou impossível reparação, como exige o artigo 995, parágrafo único, anteriormente transcrito. Ademais, há precedentes do Superior Tribunal de Justiça (AgRg na MC 20.630/MS, AgRg na MC 17.677/RJ, AgRg na MC 14.052/SP e AgRg na MC 13.052/RJ) e desta 4ª Turma (AI 0026670-65.2014.4.03.0000) segundo os quais a simples exigibilidade de tributo não caracteriza o perigo da demora. Dessa forma, ausente o perigo atual de dano ou o risco ao resultado útil do processo, desnecessária a apreciação da probabilidade do direito, pois, por si só, não legitima a providência almejada.

- Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram os Des. Fed. MARLI FERREIRA e Des. Fed. MÔNICA NOBRE, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007893-68.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
AGRAVANTE: TRANSPORTES N.D EIRELI
Advogado do(a) AGRAVANTE: FABIO BOCCIA FRANCISCO - SP99663-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007893-68.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
AGRAVANTE: TRANSPORTES N.D EIRELI
Advogado do(a) AGRAVANTE: FABIO BOCCIA FRANCISCO - SP99663-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Agravo de instrumento interposto por TRANSPORTES N.D EIRELI contra decisão que, em sede de execução fiscal, rejeitou exceção de pré-executividade e deferiu o pedido de bloqueio de seus ativos financeiros pelo sistema BACENJUD, ao fundamento de que atende a ordem legal (Id. 47947301 - Pág. 36/37).

Sustenta a agravante, em síntese, que os bens ofertados foram recusados de forma imotivada pela fazenda, dado que livres e desembaraçados. Alega, ainda, que a indicação atende ao princípio da menor onerosidade ao devedor, previsto no artigo 805 do CPC (Id. 47947288 - Pág. 1/14).

O pedido de tutela antecipada foi indeferido (Id. 48999953 - Pág. ½).

Contraminuta (Id. 52269333 - Pág. 1/11).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007893-68.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
AGRAVANTE: TRANSPORTES N.D EIRELI
Advogado do(a) AGRAVANTE: FABIO BOCCIA FRANCISCO - SP99663-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A partir da vigência da Lei nº 11.382/2006, que modificou o artigo 655, inciso I, e acrescentou o 655-A, ambos da lei processual civil/73, (artigo 835 do CPC), a penhora *on line* pelo BACEN-JUD é considerada medida preferencial à satisfação da dívida executada, o que torna prescindível o exaurimento de outras diligências (artigo 185-A do CTN). Nesse sentido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, inclusive exarado sob a sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil/73, *in verbis*:

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

1.a 7 (...)

8. Nada obstante, a partir da vigência da Lei 11.382/2006, os depósitos e as aplicações em instituições financeiras passaram a ser considerados bens preferenciais na ordem da penhora, equiparando-se a dinheiro em espécie (artigo 655, I, do CPC), tornando-se prescindível o exaurimento de diligências extrajudiciais a fim de se autorizar a penhora *on line* (artigo 655-A, do CPC).

9. a 18 (...)

19. Recurso especial fazendário provido, declarando-se a legalidade da ordem judicial que importou no bloqueio liminar dos depósitos e aplicações financeiras constantes das contas bancárias dos executados.

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

(STJ, Recurso Especial Nº 1.184.765 - PA (2010/0042226-4); RELATOR : Ministro Luiz Fux; DJe 03/12/2010 - ressaltei)

Aquela corte superior, igualmente, entende perfeitamente possível a recusa de bens que desatendam à ordem do artigo 11 da LEF, sem ofensa ao artigo 805 do CPC, questão também pacificada em representativo da controvérsia, REsp 1.337.790/PR:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. NOMEAÇÃO DE BENS À PENHORA. PRECATÓRIO. DIREITO DE RECUSA DA FAZENDA PÚBLICA. ORDEM LEGAL. SÚMULA 406/STJ. ADOÇÃO DOS MESMOS FUNDAMENTOS DO RESP 1.090.898/SP (REPETITIVO), NO QUAL SE DISCUTIU A QUESTÃO DA SUBSTITUIÇÃO DE BENS PENHORADOS. PRECEDENTES DO STJ.

1. Cinge-se a controvérsia principal a definir se a parte executada, ainda que não apresente elementos concretos que justifiquem a incidência do princípio da menor onerosidade (art. 620 do CPC), possui direito subjetivo à aceitação do bem por ela nomeado à penhora em Execução Fiscal, em desacordo com a ordem estabelecida nos arts. 11 da Lei 6.830/1980 e 655 do CPC.

[...]

4. A Primeira Seção do STJ, em julgamento de recurso repetitivo, concluiu pela possibilidade de a Fazenda Pública recusar a substituição do bem penhorado por precatório (REsp 1.090.898/SP, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 31.8.2009). No mencionado precedente, encontra-se como fundamento decisório a necessidade de preservar a ordem legal conforme instituído nos arts. 11 da Lei 6.830/1980 e 655 do CPC.

5. A mesma ratio decidendi tem lugar in casu, em que se discute a preservação da ordem legal no instante da nomeação à penhora.

6. Na esteira da Súmula 406/STJ ("A Fazenda Pública pode recusar a substituição do bem penhorado por precatório"), a Fazenda Pública pode apresentar recusa ao oferecimento de precatório à penhora, além de afirmar a inexistência de preponderância, em abstrato, do princípio da menor onerosidade para o devedor sobre o da efetividade da tutela executiva. Exige-se, para a superação da ordem legal prevista no art. 655 do CPC, firme argumentação baseada em elementos do caso concreto. Precedentes do STJ.

7. Em suma: em princípio, nos termos do art. 9º, III, da Lei 6.830/1980, cumpre ao executado nomear bens à penhora, observada a ordem legal. É dele o ônus de comprovar a imperiosa necessidade de afastá-la, e, para que essa providência seja adotada, mostra-se insuficiente a mera invocação genérica do art. 620 do CPC.

8. Diante dessa orientação, e partindo da premissa fática delineada pelo Tribunal a quo, que atestou a "ausência de motivos para que (...) se inobservasse a ordem de preferência dos artigos 11 da LEF e 655 do CPC, notadamente por nem mesmo haver sido alegado pela executada impossibilidade de penhorar outros bens (...) " - fl. 149, não se pode acolher a pretensão recursal.

9. Recurso Especial parcialmente provido apenas para afastar a multa do art. 538, parágrafo único, do CPC. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.

(REsp 1337790/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/06/2013, DJe 07/10/2013 - ressaltei)

No caso dos autos, a agravante aduz que ofertou bens a serem penhorados, mas foram rejeitados pelo fisco de forma indevida. Evidencia-se que, nos termos dos precedentes mencionados, tal acervo (pneus) não atende à ordem de preferência legal, de forma que, ainda que o artigo 11 da LEF permita a constrição de patrimônio diverso, a recusa da exequente não pode ser tida por imotivada, porquanto foi alegado se tratar de material de difícil arrematação e comercialização, o que legitima o argumento na legislação pertinente e afasta a alegação de ofensa ao princípio da menor onerosidade, previsto no artigo 805 da Lei Processual Civil, uma vez que tal comando deve ser interpretado em consonância com o artigo 797 do CPC, pois a execução tem por fim alcançar o resultado útil do processo ao credor.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. OFERTA DE BENS RECUSADA PELO FISCO. ATO LEGÍTIMO. PENHORA BACENJUD. ORDEM PREFERENCIAL. RECURSO DESPROVIDO.

- A partir da vigência da Lei nº 11.382/2006, que modificou o artigo 655, inciso I, e acrescentou o 655-A, ambos da lei processual civil/73, (artigo 835 do CPC), a penhora on line pelo BACEN-JUD é considerada medida preferencial à satisfação da dívida executada, o que torna prescindível o exaurimento de outras diligências (artigo 185-A do CTN). Nesse sentido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial Nº 1.184.765, representativo da controvérsia.

- Os bens ofertados não atendem à ordem de preferência legal, de forma que, ainda que o artigo 11 da LEF permita a constrição de patrimônio diverso, a recusa da exequente não pode ser tida por imotivada tampouco ofende ao princípio da menor onerosidade, previsto no artigo 805 da Lei Processual Civil, uma vez que tal comando deve ser interpretado em consonância como artigo 797 do CPC, pois a execução tem por fim alcançar o resultado útil do processo ao credor.

- Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram os Des. Fed. MARLI FERREIRA e Des. Fed. MÔNICA NOBRE, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5008515-50.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: BY PEPITA ROUPAS E ACESSORIOS PARA CAES E GATOS LTDA - ME

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5008515-50.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: BY PEPITA ROUPAS E ACESSORIOS PARA CAES E GATOS LTDA - ME

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Agravo de instrumento interposto pela **União** contra decisão que, em execução fiscal, indeferiu a inclusão de sócios no polo passivo, ao fundamento de prescrição intercorrente (Id. 50088186 - Pág. 53).

Alega-se, em síntese, que a dissolução irregular foi constatada em 20/07/2011 por meio de certidão do oficial de justiça, que informou que a executada não foi localizada em seu domicílio, situação que gera a presunção de dissolução irregular com base na súmula 435 do STJ. Aduziu ainda que: *“nos termos do princípio da actio nata, até a data em que restou consignada nos autos a não localização da pessoa jurídica devedora nos endereços onde deveria encontrar-se estabelecida (dissolução irregular), não podia a Exequerente atuar para requerer a inclusão de seus administradores no polo passivo da presente demanda, ante a ausência de qualquer das condições previstas no artigo 135 do Código Tributário Nacional. Como o pedido de redirecionamento ocorreu em 19/08/2011, menos de 5 anos depois de tais fatos, não há de se falar em prescrição”*. Por fim, sustenta a violação aos artigos 135, III, 151, VI, e 174 do CTN.

Intimada a se manifestar, a parte contrária permaneceu inerte.

Indeferido o pedido de efeito suspensivo (Id. 50631843).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5008515-50.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: BY PEPITA ROUPAS E ACESSORIOS PARA CAES E GATOS LTDA - ME

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A decisão recorrida indeferiu a inclusão de sócios no polo passivo, ao fundamento de prescrição intercorrente. Em sua irresignação, a recorrente afirma que não transcorreu o lustro legal para o redirecionamento do feito ao sócio, visto que houve a dissolução irregular e a prescrição em face dos sócios só começa a fluir a partir da ciência do credor sobre o encerramento das atividades da empresa (incidência da teoria *actio nata*).

Acerca do termo inicial para o redirecionamento da execução fiscal ao administrador, o STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 1.201.993 /SP, representativo da controvérsia e submetido ao regime previsto no artigo 1.036 do CPC (antigo 543-C do Código de Processo Civil/73), pacificou o seguinte entendimento:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (AFETADO NA VIGÊNCIA DO ART. 543-C DO CPC/1973 - ART. 1.036 DO CPC/2015 - E RESOLUÇÃO STJ 8/2008). EXECUÇÃO FISCAL. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO PARA O REDIRECIONAMENTO. DISTINGUISHING RELACIONADO À DISSOLUÇÃO IRREGULAR POSTERIOR À CITAÇÃO DA EMPRESA, OU A OUTRO MARCO INTERRUPTIVO DA PRESCRIÇÃO. ANÁLISE DA CONTROVÉRSIA SUBMETIDA AO RITO DO ART. 543-C DO CPC/1973 (ATUAL 1.036 DO CPC/2015) 1. A Fazenda do Estado de São Paulo pretende redirecionar Execução Fiscal para o sócio-gerente da empresa, diante da constatação de que, ao longo da tramitação do feito (após a citação da pessoa jurídica, a concessão de parcelamento do crédito tributário, a penhora de bens e os leilões negativos), sobreveio a dissolução irregular. Sustenta que, nessa hipótese, o prazo prescricional de cinco anos não pode ser contado da data da citação da pessoa jurídica.

(...)

10. No rigor técnico e lógico que deveria conduzir a análise da questão controvertida, a orientação de que a citação pessoal da empresa constitui o termo a quo da prescrição para o redirecionamento da Execução Fiscal deveria ser aplicada a outros ilícitos que não a dissolução irregular da empresa - com efeito, se a citação pessoal da empresa foi realizada, não há falar, nesse momento, em dissolução irregular e, portanto, em início da prescrição para redirecionamento com base nesse fato (dissolução irregular). 11. De outro lado, se o ato de citação resultar negativo devido ao encerramento das atividades empresariais ou por não se encontrar a empresa estabelecida no local informado como seu domicílio tributário, aí, sim, será possível cogitar da fluência do prazo de prescrição para o redirecionamento, em razão do enunciado da Súmula 435/STJ ("Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente"). 12. Dessa forma, no que se refere ao termo inicial da prescrição para o redirecionamento, em caso de dissolução irregular preexistente à citação da pessoa jurídica, corresponderá aquele: a) à data da diligência que resultou negativa, nas situações regidas pela redação original do art. 174, parágrafo único, I, do CTN; ou b) à data do despacho do juiz que ordenar a citação, para os casos regidos pela redação do art. 174, parágrafo único, I, do CTN conferida pela Lei Complementar 118/2005. 13. No tocante ao momento do início do prazo da prescrição para redirecionar a Execução Fiscal em caso de dissolução irregular depois da citação do estabelecimento empresarial, tal marco não pode ficar ao talante da Fazenda Pública. Com base nessa premissa, mencionam-se os institutos da Fraude à Execução (art. 593 do CPC/1973 e art. 792 do novo CPC) e da Fraude contra a Fazenda Pública (art. 185 do CTN) para assinalar, como corretamente o fez a Ministra Regina Helena, que "a data do ato de alienação ou oneração de bem ou renda do patrimônio da pessoa jurídica contribuinte ou do patrimônio pessoal do(s) sócio(s) administrador(es) infrator(es), ou seu começo", é que corresponde ao termo inicial da prescrição para redirecionamento. Acrescenta-se que provar a prática de tal ato é incumbência da Fazenda Pública.

(...)

18. Recurso Especial provido.

(REsp 1201993/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/05/2019, DJe 12/12/2019)

Não assiste razão à agravante, dado que a decisão atacada está em consonância com o recurso representativo do STJ, ao consignar que, no caso dos autos, proposta a ação executiva em 28/10/2002, a citação da empresa executada ocorreu em 28/04/2004 (Id. [50088186](#)– fl. 12). Em 01/12/2004, certidão do oficial de justiça deixou de penhorar os bens em razão de adesão a parcelamento (Id. [50088186](#)– fl. 16). A União requereu o arquivamento sem baixa em 26/04/2005 (fl. 23). Aberta vista a exequente para se manifestar, ocasião em que pugnou pela penhora de bens (19/03/2007- fl.28). Certidão de oficial de justiça com a informação de que o devedor não foi localizado em 28/07/2011 (Id. [50088186](#)– fl. 33). Dessa forma, o fisco requereu a constrição pelo BACENJUD, bem como o redirecionamento do feito aos sócios em 19/08/2011- fl. 35). Decisão do juíza *quo*, a qual indeferiu o pedido de redirecionamento (Id. [50088186](#)– fl. 54).

Verifica-se, assim, esgotado o prazo quinquenal, uma vez que o fisco teve esse tempo para providenciar a responsabilização dos gestores (artigos 135, III, 151, VI, e 174 do CTN). Denota-se que, regularmente citada a pessoa jurídica executada em 28/04/2004, nasceu a partir daí a pretensão para redirecionar a ação contra os sócios, o que não se deu até 2009, de forma que não há que se falar em demora do Judiciário para a execução dos atos processuais (Súmula 106/STJ).

Assim, inalterada a situação fática e devidamente enfrentados as questões controvertidas e os argumentos deduzidos, a irresignação não merece provimento, o que justifica a manutenção da decisão recorrida por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. REDIRECIONAMENTO DO FEITO CONTRA SÓCIOS. RECURSO DESPROVIDO.

- A decisão recorrida indeferiu a inclusão de sócios no polo passivo, ao fundamento de prescrição intercorrente. Em sua irresignação, a recorrente afirma que não transcorreu o lustro legal para o redirecionamento do feito ao sócio, visto que houve a dissolução irregular e a prescrição em face dos sócios só começa a fluir a partir da ciência do credor sobre o encerramento das atividades da empresa (incidência da teoria *actio nata*). Acerca do termo inicial para o redirecionamento da execução fiscal ao administrador, o STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 1.201.993 /SP, representativo da controvérsia e submetido ao regime previsto no artigo 1.036 do CPC (antigo 543-C do Código de Processo Civil/73).

- Não assiste razão à agravante, dado que a decisão atacada está em consonância com o recurso representativo do STJ, ao consignar que, no caso dos autos, proposta a ação executiva em 28/10/2002, a citação da empresa executada ocorreu em 28/04/2004. Em 01/12/2004, certidão do oficial de justiça deixou de penhorar os bens em razão de adesão a parcelamento. A União requereu o arquivamento sem baixa em 26/04/2005. Aberta vista a exequente para se manifestar, ocasião em que pugnou pela penhora de bens (19/03/2007). Certidão de oficial de justiça com a informação de que o devedor não foi localizado em 28/07/2011. Dessa forma, o fisco requereu a constrição pelo BACENJUD, bem como o redirecionamento do feito aos sócios em 19/08/2011). Decisão do juiz *a quo*, a qual indeferiu o pedido de redirecionamento.

- Verifica-se, assim, esgotado o prazo quinquenal, uma vez que o fisco teve esse tempo para providenciar a responsabilização dos gestores (artigos 135, III, 151, VI, e 174 do CTN). Denota-se que, regularmente citada a pessoa jurídica executada em 28/04/2004, nasceu a partir daí a pretensão para redirecionar a ação contra os sócios, o que não se deu até 2009, de forma que não há que se falar em demora do Judiciário para a execução dos atos processuais (Súmula 106/STJ).

- Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram os Des. Fed. MARLI FERREIRA e Des. Fed. MÔNICA NOBRE, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016757-32.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: JOAO BOSCO BERALDO

Advogados do(a) AGRAVANTE: CARMINO DE LEO NETO - SP209011-A, ANA CAROLINA FERREIRA MENEGON PEDUTI - SP267989-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016757-32.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: JOAO BOSCO BERALDO

Advogados do(a) AGRAVANTE: CARMINO DE LEO NETO - SP209011-A, ANA CAROLINA FERREIRA MENEGON PEDUTI - SP267989-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Agravo de instrumento interposto por JOAO BOSCO BERALDO contra decisão que, em sede de execução fiscal, não conheceu da exceção de pré-executividade, uma vez que a questão atinente à inclusão do agravante no polo passivo já foi enfrentada nos embargos à execução fiscal nº 0037505-98.2008.403.9999 e já coberta pela coisa julgada.

Alega, em síntese, que o tema da inclusão do sócio da empresa executada não foi suscitado nos embargos à execução e seu enfrentamento pelo E. TRF3 se deu de forma *ultra petita*. Sustenta, ainda, que a matéria é de ordem pública e, como tal, pode ser enfrentada a qualquer tempo e forma, além de não incidir preclusão *pro judicato*. Por fim, aduz que restaram preenchidos os requisitos necessários para o redirecionamento da execução fiscal para o agravante.

Comcontraminuta (id 6581783).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016757-32.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: JOAO BOSCO BERALDO

Advogados do(a) AGRAVANTE: CARMINO DE LEO NETO - SP209011-A, ANA CAROLINA FERREIRA MENEGON PEDUTI - SP267989-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Agravo de instrumento contra decisão que não conheceu da exceção de pré-executividade oposta pelo agravante, ao fundamento de que sua inclusão no polo passivo já havia transitado em julgado nos Embargos à Execução Fiscal n.º 0037505-98.2008.4.03.9999.

Cumprir citar os artigos 301 e 474 do CPC/73, vigentes à época do trânsito em julgado dos embargos à execução fiscal, bem como os artigos 507 e 508 do atual *codex* processual:

“Art. 301. Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar:

(...)

VI- coisa julgada;

§ 1 o Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada, quando se reproduz ação anteriormente ajuizada.

§ 2 o Uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.

§ 3 o Há litispendência, quando se repete ação, que está em curso; há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso.

Art. 474. Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido.”

“Art. 507. É vedado à parte discutir no curso do processo as questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão.

Art. 508. Transitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido.”

No caso dos autos, verifico que a questão atinente à inclusão do agravante no polo passivo da execução fiscal suscitada na exceção de pré-executividade foi apreciada na decisão proferida por esta corte no processo nº 0037505-98.2008.403.9999 e transitou em julgado em 16.11.2011 (id 3574576 – fls. 13/20). Por conseguinte, o juízo está impedido de enfrentar o tema por força do efeito preclusivo da coisa julgada. Nesse sentido, segue precedente do C. STJ:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SUBMISSÃO À REGRA PREVISTA NO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA E LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DECIDIDAS EM ANTERIORES EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO DA MESMA MATÉRIA EM EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. EFEITO PRECLUSIVO DA COISA JULGADA. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 12, A, DO DECRETO-LEI Nº 406/68, 3º E 4º DA LC Nº 116/2003. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. ÓBICE DAS SÚMULAS 282 E 356/STF. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO.

1. "Não cabe à rediscussão de tema já decidido anteriormente, face aos institutos da coisa julgada e da preclusão" (AgInt no AREsp 982.981/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 08/08/2017, DJe 21/08/2017).

2. O recurso especial não merece ser conhecido em relação à questão que não foi tratada no acórdão recorrido, sobre a qual nem sequer foram apresentados embargos de declaração, ante a ausência do indispensável prequestionamento (Súmulas 282 e 356/STF, por analogia).

3. "Para a análise da admissibilidade do recurso especial pela alínea 'c' do permissivo constitucional, torna-se imprescindível a indicação das circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, a fim de demonstrar a divergência jurisprudencial existente, o que não ocorreu no caso em apreço" (AgInt no REsp 1.625.563/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/05/2017, DJe 19/05/2017).

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 1188978/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/03/2018, DJe 19/03/2018 - grifei)

Ante o exposto, **nego provimento ao agravo de instrumento.**

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. MATÉRIA JÁ DECIDIDA EM EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL, AINDA QUE DE MANEIRA *ULTRA PETITA*. EFEITO PRECLUSIVO DA COISA JULGADA. RECURSO DESPROVIDO.

-Os artigos 301 e 474 do CPC/73, vigentes à época do trânsito em julgado dos embargos à execução fiscal, bem como os artigos 507 e 508 do atual *codex* processual: “Art. 301. *Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar: (...)VI-coisa julgada;§ 1 o Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada, quando se reproduz ação anteriormente ajuizada. § 2 o Uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. § 3 o Há litispendência, quando se repete ação, que está em curso; há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso.* Art. 474. *Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido.*” “Art. 507. *É vedado à parte discutir no curso do processo as questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão.* Art. 508. *Transitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido.*”

- No caso dos autos, verifico que a questão atinente à inclusão do agravante no polo passivo da execução fiscal suscitada na exceção de pré-executividade foi apreciada na decisão proferida por esta corte no processo nº 0037505-98.2008.403.9999 e transitou em julgado em 16.11.2011 (id 3574576 – fls. 13/20). Por conseguinte, o juízo está impedido de enfrentar o tema por força do efeito preclusivo da coisa julgada. Nesse sentido, segue precedente do C. STJ.

- Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram os Des. Fed. MARLI FERREIRA e Des. Fed. MÔNICA NOBRE, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000138-90.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: VANE COMERCIAL DE AUTOS E PECAS LTDA, MARIA LUIZA TITOTTO PERTICARRARI
Advogado do(a) AGRAVADO: MARCELO STOCCO - SP152348-A
Advogado do(a) AGRAVADO: MARCELO STOCCO - SP152348-A
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000138-90.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: VANE COMERCIAL DE AUTOS E PECAS LTDA, MARIA LUIZA TITOTTO PERTICARRARI
Advogado do(a) AGRAVADO: MARCELO STOCCO - SP152348-A
Advogado do(a) AGRAVADO: MARCELO STOCCO - SP152348-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Agravo interposto pela **União** contra decisão que, em execução fiscal, acolheu exceção de pré-executividade e reconheceu a alegação de prescrição intercorrente para excluir os sócios no polo passivo (Id. 19646267 - Pág. 06/12).

Alega-se, em síntese, que a prescrição intercorrente está prevista no artigo 40 da LEF e que só pode ser decretada quando demonstrada a inércia do fisco, o que não ocorreu. Aduz que houve a dissolução irregular e a prescrição em face dos sócios só começa a fluir a partir da ciência do credor sobre o encerramento das atividades da empresa. Por fim, sustenta que o *“pedido de inclusão dos sócios pela União foi feito em 03/09/2013 (fls. 152/153), assim que se tornou conhecida a dissolução irregular da empresa por parte da Fazenda Nacional, de modo que em nenhum momento ficou inerte a credora”*.

Intimada a se manifestar, a parte contrária apresentou contraminuta (Id. 38288102).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000138-90.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: VANE COMERCIAL DE AUTOS E PECAS LTDA, MARIA LUIZA TITOTTO PERTICARRARI

VOTO

A decisão recorrida acolheu exceção de pré-executividade e reconheceu a alegação de prescrição intercorrente para excluir os sócios no polo passivo. Em sua irrisignação, a recorrente afirma que não decorreu o lustro legal para o redirecionamento do feito ao sócio, visto que houve a dissolução irregular e a prescrição só começa a fluir a partir da ciência do credor sobre o encerramento das atividades da empresa.

Acerca do termo inicial para o redirecionamento da execução fiscal ao administrador, o STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 1.201.993 /SP, representativo da controvérsia e submetido ao regime previsto no artigo 1.036 do CPC (antigo 543-C do Código de Processo Civil/73), pacificou o seguinte entendimento:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (AFETADO NA VIGÊNCIA DO ART. 543-C DO CPC/1973 - ART. 1.036 DO CPC/2015 - E RESOLUÇÃO STJ 8/2008). EXECUÇÃO FISCAL. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO PARA O REDIRECIONAMENTO. DISTINGUISHING RELACIONADO À DISSOLUÇÃO IRREGULAR POSTERIOR À CITAÇÃO DA EMPRESA, OU A OUTRO MARCO INTERRUPTIVO DA PRESCRIÇÃO. ANÁLISE DA CONTROVÉRSIA SUBMETIDA AO RITO DO ART. 543-C DO CPC/1973 (ATUAL 1.036 DO CPC/2015) 1. A Fazenda do Estado de São Paulo pretende redirecionar Execução Fiscal para o sócio-gerente da empresa, diante da constatação de que, ao longo da tramitação do feito (após a citação da pessoa jurídica, a concessão de parcelamento do crédito tributário, a penhora de bens e os leilões negativos), sobreveio a dissolução irregular. Sustenta que, nessa hipótese, o prazo prescricional de cinco anos não pode ser contado da data da citação da pessoa jurídica.

(...)

10. No rigor técnico e lógico que deveria conduzir a análise da questão controvertida, a orientação de que a citação pessoal da empresa constitui o termo a quo da prescrição para o redirecionamento da Execução Fiscal deveria ser aplicada a outros ilícitos que não a dissolução irregular da empresa - com efeito, se a citação pessoal da empresa foi realizada, não há falar, nesse momento, em dissolução irregular e, portanto, em início da prescrição para redirecionamento com base nesse fato (dissolução irregular). 11. De outro lado, se o ato de citação resultar negativo devido ao encerramento das atividades empresariais ou por não se encontrar a empresa estabelecida no local informado como seu domicílio tributário, aí, sim, será possível cogitar da fluência do prazo de prescrição para o redirecionamento, em razão do enunciado da Súmula 435/STJ ("Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente"). 12. Dessa forma, no que se refere ao termo inicial da prescrição para o redirecionamento, em caso de dissolução irregular preexistente à citação da pessoa jurídica, corresponderá aquele: a) à data da diligência que resultou negativa, nas situações regidas pela redação original do art. 174, parágrafo único, I, do CTN; ou b) à data do despacho do juiz que ordenar a citação, para os casos regidos pela redação do art. 174, parágrafo único, I, do CTN conferida pela Lei Complementar 118/2005. 13. No tocante ao momento do início do prazo da prescrição para redirecionar a Execução Fiscal em caso de dissolução irregular depois da citação do estabelecimento empresarial, tal marco não pode ficar ao talante da Fazenda Pública. Com base nessa premissa, mencionam-se os institutos da Fraude à Execução (art. 593 do CPC/1973 e art. 792 do novo CPC) e da Fraude contra a Fazenda Pública (art. 185 do CTN) para assinalar, como corretamente o fez a Ministra Regina Helena, que "a data do ato de alienação ou oneração de bem ou renda do patrimônio da pessoa jurídica contribuinte ou do patrimônio pessoal do(s) sócio(s) administrador(es) infrator(es), ou seu começo", é que corresponde ao termo inicial da prescrição para redirecionamento. Acrescenta-se que provar a prática de tal ato é incumbência da Fazenda Pública.

(...)

18. Recurso Especial provido.

Não assiste razão à agravante, dado que a decisão atacada está em consonância com o recurso representativo do STJ, ao consignar que, no caso dos autos, proposta a ação executiva em 19/09/95, a citação da executada na pessoa de seu representante legal ocorreu em 30/11/95 (Id. 19646266 -fls. 71). Efetivada a penhora de bens e opostos embargos à execução fiscal, foram julgados improcedentes em 05/04/2005 (Id. 19646266 -fls. 169). Após notícia de arrematação de bem penhorado, o leilão foi cancelado e o bem levantado (fl. 187- 02/10/2007). Após diligências infrutíferas, em 16/02/2012, o fisco requereu a constatação do funcionamento regular da empresa, momento em que a executada não foi localizada (fl. 217). Dessa forma, a União pugnou pelo redirecionamento aos sócios em 03/09/2013 (fl. 221), o que foi deferido pelo juiz *a quo* (fl. 258). Citação de Maria Luiza Titotto em 14/06/2016 (Id. 19646266 -fl. 278). O sócio Wagner Antônio Peticarrari não foi citado por se apresentar doente (Alzheimer) em 01/08/2016 (fl. 273). Suspensão do processo por IRDR (fl. 298). Oposição de exceção de pré- executividade com a alegação de prescrição intercorrente em 11/10/2017 (Id. 19646266 -fls. 311/326), a qual foi acolhida (fl. 351/357). Houve notícia de falecimento do sócio Wagner em 07/03/2018 (fl.328).

Verifica-se, assim, decorrido o prazo quinquenal, uma vez que o fisco teve cinco anos para providenciar o redirecionamento do feito aos gestores (artigos 124, 125, 134, VII, 135, III, e 174 do CTN. Denota-se que, ainda que considerado o período de suspensão dos embargos à execução fiscal, a qual retomou seu curso em 2005, entre as datas mencionadas, constata-se expirado o período de cinco anos, de forma que não há que se falar em demora do Judiciário para a execução dos autos processuais (Súmula 106/STJ).

Assim, inalterada a situação fática e devidamente enfrentados as questões controvertidas e os argumentos deduzidos, a irresignação não merece provimento, o que justifica a manutenção da decisão recorrida por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. REDIRECIONAMENTO DO FEITO CONTRA SÓCIOS. RECURSO DESPROVIDO

- A decisão recorrida acolheu exceção de pré-executividade e reconheceu a alegação de prescrição intercorrente para excluir os sócios no polo passivo. Em sua irresignação, a recorrente afirma que não decorreu o lustro legal para o redirecionamento do feito ao sócio, visto que houve a dissolução irregular e a prescrição só começa a fluir a partir da ciência do credor sobre o encerramento das atividades da empresa. Acerca do termo inicial para o redirecionamento da execução fiscal ao administrador, o STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 1.201.993 /SP, representativo da controvérsia e submetido ao regime previsto no artigo 1.036 do CPC (antigo 543-C do Código de Processo Civil/73), pacificou o seguinte entendimento. Precedente.

- Não assiste razão à agravante, dado que a decisão atacada está em consonância com o recurso representativo do STJ, ao consignar que, no caso dos autos, proposta a ação executiva em 19/09/95, a citação da executada na pessoa de seu representante legal ocorreu em 30/11/95. Efetivada a penhora de bens e opostos embargos à execução fiscal, foram julgados improcedentes em 05/04/2005. Após notícia de arrematação de bem penhorado, o leilão foi cancelado e o bem levantado (02/10/2007). Após diligências infrutíferas, em 16/02/2012, o fisco requereu a constatação do funcionamento regular da empresa, momento em que a executada não foi localizada. Dessa forma, a União pugnou pelo redirecionamento aos sócios em 03/09/2013, o que foi deferido pelo juízo *quo*. Citação de Maria Luíza Titotto em 14/06/2016. O sócio Wagner Antônio Peticarrari não foi citado por se apresentar doente (Alzheimer) em 01/08/2016. Suspensão do processo por IRDR. Oposição de exceção de pré-executividade com a alegação de prescrição intercorrente em 11/10/2017, a qual foi acolhida. Houve notícia de falecimento do sócio Wagner em 07/03/2018.

- Verifica-se, assim, decorrido o prazo quinquenal, uma vez que o fisco teve cinco anos para providenciar o redirecionamento do feito aos gestores (artigos 124, 125, 134, VII, 135, III, e 174 do CTN. Denota-se que, ainda que considerado o período de suspensão dos embargos à execução fiscal, a qual retomou seu curso em 2005, entre as datas mencionadas, constata-se expirado o período de cinco anos, de forma que não há que se falar em demora do Judiciário para a execução dos autos processuais (Súmula 106/STJ).

- Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram os Des. Fed. MARLI FERREIRA e Des. Fed. MÔNICA NOBRE, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002911-79.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
AGRAVANTE: SOCIEDADE DE EVENTOS LTDA - ME
Advogado do(a) AGRAVANTE: RICARDO MORAES ALVIM - MG130710
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002911-79.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
AGRAVANTE: SOCIEDADE DE EVENTOS LTDA - ME
Advogado do(a) AGRAVANTE: RICARDO MORAES ALVIM - MG130710

RELATÓRIO

Agravo de instrumento interposto pela **Sociedade de Eventos Ltda.** contra decisão que, em sede de execução fiscal, rejeitou exceção de pré-executividade ao fundamento de que não ocorreu a prescrição do crédito tributário (Id. 633567).

Aduz (Id 491727) que os créditos tributários exigidos foram constituídos definitivamente nas respectivas datas de **25.02.2008** e **14.04.2008**, inclusive com a incidência de juros de mora e correção monetária e, conseqüentemente, a configuração da prescrição quinquenal nos autos em tela, visto que a propositura da ação executiva se deu em 18.07.2013.

O pedido de efeito suspensivo foi indeferido (Id 675863). Contra essa decisão foi interposto agravo (Id 726014).

Em contraminuta (Id 744066 e 744068), a União requereu o desprovemento dos recursos.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002911-79.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
AGRAVANTE: SOCIEDADE DE EVENTOS LTDA - ME
Advogado do(a) AGRAVANTE: RICARDO MORAES ALVIM - MG130710
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Cinge-se a questão ao reconhecimento da prescrição para cobrança dos valores relativos ao SIMPLES do exercício de 2008.

Determina o *caput* do artigo 174 do Código Tributário Nacional:

Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Na hipótese de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, como da situação dos autos, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que a constituição definitiva do crédito tributário ocorre com a entrega da declaração de contribuições e tributos federais - DCTF, conforme disposto na Súmula 436: *a entrega de declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do Fisco*. Uma vez constituído o crédito, coube, ainda, àquela corte, nos termos do artigo 543-C do Código de Processo Civil, fixar o termo *a quo* do prazo prescricional no dia seguinte ao vencimento da obrigação tributária declarada e não paga ou na data da entrega da declaração, o que for posterior (REsp 1.120.295/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, j.12.05.2010, DJe 21.05.2010). Entretanto, no caso, observo que as declarações foram entregues em momento posterior ao vencimento dos débitos e, nessa situação, termo *a quo* do prazo prescricional é a data dos documentos ocorrida em 28.04.2009 (Id 71538791, p. 44). Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO CONFIGURADA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO VIA DCTF. DÉBITO DECLARADO E NÃO PAGO. AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA.

(...)

4. Devem-se distinguir duas situações: a) hipóteses em que a declaração é entregue antes do vencimento do prazo para pagamento (v.g. Declaração do Imposto de Renda Pessoa Física); e, b) casos em que a entrega da declaração se dá após o vencimento da obrigação (v.g. DCTF).

5. Na hipótese "a" - declaração entregue antes do vencimento do prazo para pagamento -, o lapso prescricional começa a fluir a partir do dia seguinte ao do vencimento da obrigação (postulado da *actio nata*). Isso porque, "no interregno que medeia a declaração e o vencimento, o valor declarado a título de tributo não pode ser exigido pela Fazenda Pública, razão pela qual não corre o prazo prescricional da pretensão de cobrança nesse período." (Resp 911.489/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ 10.04.2007, p. 212).

6. Na hipótese "b" - entrega da declaração após o vencimento da obrigação - não se pode cogitar do início da fluência do lapso prescricional antes da entrega da declaração, ainda que já vencido o prazo previsto em lei para pagamento, simplesmente porque não há crédito tributário constituído. É a declaração que constitui o crédito, fluindo, até a sua entrega, apenas o prazo decadencial.

(...)

9. Embargos de Declaração parcialmente acolhidos, com efeitos modificativos, para conhecer do Recurso Especial e negar-lhe provimento.

(EDcl no REsp 363259/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 15.05.2007, DJe 25.08.2008, destaquei).

A interrupção da prescrição ocorre, conforme disposto no artigo 174, parágrafo único, inciso I, do Código Tributário Nacional, pelo despacho que determina a citação, ocorrida, *in casu*, em 15.08.2013 (Id 71538789, p. 13).

Desse modo, proposta a ação executiva em 18.07.2013 para a cobrança de créditos constituídos em 28.04.2009, com o despacho citatório interruptivo da prescrição proferido em 15.08.2013, não se verifica o decurso do lustro extintivo, razão qual é de rigor a manutenção da decisão impugnada.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento e, em consequência, declaro prejudicado o agravo.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. TERMO *A QUO*. ENTREGA DA DECLARAÇÃO. INTERRUÇÃO DO PRAZO EXTINTIVO. ARTIGO 174, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO I, DO CTN. NÃO OCORRÊNCIA DO DECURSO DO PRAZO EXTINTIVO. RECURSO DESPROVIDO.

- Na hipótese de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que a constituição definitiva do crédito tributário ocorre com a entrega da declaração de contribuições e tributos federais - DCTF, conforme disposto na Súmula 436. Uma vez constituído o crédito, coube, ainda, àquela corte fixar o termo *a quo* do prazo prescricional no dia seguinte ao vencimento da obrigação tributária declarada e não paga.

- Conforme disposto no artigo 174, inciso I, do Código Tributário Nacional, a prescrição é interrompida pelo despacho que determina a citação.

- Proposta a ação executiva em 18.07.2013 para a cobrança de créditos constituídos em 28.04.2009 e proferido o despacho citatório interruptivo da prescrição em 15.08.2013, não se verifica o decurso do lustro extintivo.

-Agravo de instrumento desprovido. Agravo prejudicado .

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao agravo de instrumento, prejudicado o agravo, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram os Des. Fed. MARLI FERREIRA e Des. Fed. MÔNICA NOBRE, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5003656-88.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
AGRAVANTE: AGRAPLAST INDUSTRIA E COMERCIO LTDA - EPP
Advogado do(a) AGRAVANTE: MOHAMAD ALI KHATIB - SP255221-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5003656-88.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
AGRAVANTE: AGRAPLAST INDUSTRIA E COMERCIO LTDA - EPP
Advogado do(a) AGRAVANTE: MOHAMAD ALI KHATIB - SP255221
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Agravo de instrumento interposto por **Agraplast Indústria e Comércio Ltda. – EPP** contra decisão que, em sede de execução fiscal, indeferiu sua exceção de pré-executividade, ao fundamento de que não ocorreu a alegada prescrição dos créditos tributários (id 32790987).

Alega-se, em síntese, que o marco inicial para a contagem do prazo prescricional deve ser o vencimento do crédito tributário em 20.08.2007 e, à época da propositura da ação, em 21.05.2017, já estavam extintos.

Contraminuta da União (id 38270002).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5003656-88.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
AGRAVANTE: AGRAPLAST INDUSTRIA E COMERCIO LTDA - EPP
Advogado do(a) AGRAVANTE: MOHAMAD ALI KHATIB - SP255221
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

I - Da Prescrição do Crédito Tributário

No caso de tributos sujeitos a lançamento por homologação declarados e não pagos, o fisco dispõe de cinco anos para a cobrança do crédito, contados do dia seguinte ao vencimento da exação ou da entrega da declaração pelo contribuinte, o que for posterior: (STJ - REsp 1120295 / SP - RECURSO ESPECIAL - 2009/0113964-5 - Ministro LUIZ FUX - Primeira Seção - DJ: 10/05/2010 - DJe 21/05/2010). Relativamente à observação da alteração promovida no artigo 174 do CTN pela LC 118/2005 para fins de interrupção da prescrição, o STJ também já decidiu a controvérsia em sede de recurso representativo, no sentido de que, como norma processual, a referida lei complementar tem aplicação imediata, inclusive às ações em curso, o que deve ser posterior à sua vigência (09/06/2005), sob pena de retroação da nova legislação, é o despacho citatório: (REsp 999901/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 10/06/2009).

Proposta a ação em 27.03.2015 (id. 32787080 – fl. 01), o despacho que ordenou a citação foi proferido no dia 21.05.2015 (id 32790990 - fls. 73/74). Frise-se que, em princípio, essa interrupção não retroage à data da propositura da ação, nos termos do § 1º do artigo 219 do Código de Processo Civil, porquanto a prescrição tributária submete-se à reserva de lei complementar, nos termos do artigo 146, inciso III, b, da CF/88. Nesse sentido: (RE 556664, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 12/06/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-216 DIVULG 13-11-2008 PUBLIC 14-11-2008 EMENT VOL-02341-10 PP-01886). Todavia, *in casu*, à vista de o MM. Juízo *a quo* não ter recebido a petição inicial dentro do prazo previsto no artigo 189, I, do CPC/73, vigente à época, é de se aplicar o disposto na Súmula 106 do STJ e o marco final será a data da propositura do feito.

In casu, a parte agravante requer a extinção dos créditos tributários declinados nas CDA nº 80.6.13.083268-52 e 80.7.13.028678-67 e vencidos em 20.08.2007, cujos atos de lançamento se deram por DCTF em 20.10.2011 (id 32790984 - fls. 04 e 08). Destaco ainda que esses débitos foram objeto de parcelamento requerido em 29.11.2013 e rescindido em 09.11.2014 (id cit. – fls. 05/10). Por conseguinte, considerada a interrupção do prazo prevista no artigo 174, IV, do CTN, não houve transcurso do quinquênio prescricional, de forma que é válida a cobrança de todos os tributos exigidos na petição inicial.

II – Do dispositivo

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. PARCELAMENTO. INTERRUÇÃO DO PRAZO (ARTIGO 174, PAR. ÚNICO, IV, CTN). AUSÊNCIA DE TRANSCURSO DO PRAZO DE CINCO ANOS ENTRE A CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO (ENTREGA DA DCTF) E A PROPOSITURA DA AÇÃO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 106 DO C. STJ NO CASO CONCRETO. RECURSO DESPROVIDO.

- No caso de tributos sujeitos a lançamento por homologação declarados e não pagos, o fisco dispõe de cinco anos para a cobrança do crédito, contados do dia seguinte ao vencimento da exação ou da entrega da declaração pelo contribuinte, o que for posterior: (STJ - REsp 1120295 / SP - RECURSO ESPECIAL - 2009/0113964-5 - Ministro LUIZ FUX - Primeira Seção - DJ: 10/05/2010 - DJe 21/05/2010). Relativamente à observação da alteração promovida no artigo 174 do CTN pela LC 118/2005 para fins de interrupção da prescrição, o STJ também já decidiu a controvérsia em sede de recurso representativo, no sentido de que, como norma processual, a referida lei complementar tem aplicação imediata, inclusive às ações em curso, o que deve ser posterior à sua vigência (09/06/2005), sob pena de retroação da nova legislação, é o despacho citatório: (REsp 999901/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 10/06/2009).

- Proposta a ação em 27.03.2015, o despacho que ordenou a citação foi proferido no dia 21.05.2015. Frise-se que, em princípio, essa interrupção não retroage à data da propositura da ação, nos termos do § 1º do artigo 219 do Código de Processo Civil, porquanto a prescrição tributária submete-se à reserva de lei complementar, nos termos do artigo 146, inciso III, b, da CF/88. Nesse sentido: (RE 556664, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 12/06/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-216 DIVULG 13-11-2008 PUBLIC 14-11-2008 EMENT VOL-02341-10 PP-01886). Todavia, *in casu*, à vista de o MM. Juízo *a quo* não ter recebido a petição inicial dentro do prazo previsto no artigo 189, I, do CPC/73, vigente à época, é de se aplicar o disposto na Súmula 106 do STJ e o marco final será a data da propositura do feito.

- *In casu*, a parte agravante requer a extinção dos créditos tributários declinados nas CDA nº 80.6.13.083268-52 e 80.7.13.028678-67 e vencidos em 20.08.2007, cujos atos de lançamento se deram por DCTF em 20.10.2011. Destaco ainda que esses débitos foram objeto de parcelamento requerido em 29.11.2013 e rescindido em 09.11.2014. Por conseguinte, considerada a interrupção do prazo prevista no art. 174, IV, do CTN, não houve transcurso do quinquênio prescricional, de forma que é válida a cobrança de todos os tributos exigidos na petição inicial.

- Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram os Des. Fed. MARLI FERREIRA e Des. Fed. MÔNICA NOBRE, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5009752-22.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: INDUSTRIA DE PARAFUSOS ELEKO S A

Advogados do(a) AGRAVANTE: ANDREZA SUELEN FREITAS PEREIRA - SP357801-A, JULIANA MARA FARIA - SP270693-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5009752-22.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
AGRAVANTE: INDUSTRIA DE PARAFUSOS ELEKO S A
Advogado do(a) AGRAVANTE: FERNANDO MAURO BARRUECO - SP162604-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Agravo de instrumento interposto por **INDUSTRIA DE PARAFUSOS ELEKO S.A.** contra decisão que, em execução fiscal, deferiu a penhora de seus ativos financeiros, via BACENJUD, ao fundamento de que é legítima a recusa do fisco quanto à oferta de penhora de 1% do faturamento da executada (Id. 54236679 - Pág. 25).

A agravante aduz, em síntese, que a penhora dos ativos financeiros via BACENJUD em detrimento da penhora sobre o faturamento viola o princípio da menor onerosidade (artigo 805, do Código de Processo Civil e artigo 185- A do CTN) e que há um total de 28 processos executivos fiscais movidos contra a agravante (16 na Justiça Federal e 12 na Justiça Estadual), de modo que o percentual oferecido é razoável.

O pedido de efeito suspensivo foi indeferido (Id. 56128901).

Contraminuta apresentada pela União (Id. 71318161).

É o relatório.

AGRAVANTE: INDUSTRIA DE PARAFUSOS ELEKO S A
Advogado do(a) AGRAVANTE: FERNANDO MAURO BARRUECO - SP162604-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Dispõem os artigos 797, 805 e 835, inciso I, do Código de Processo Civil:

"Art. 797. Ressalvado o caso de insolvência do devedor; em que tem lugar o concurso universal, realiza-se a execução no interesse do exequente que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados.

Parágrafo único. Recaindo mais de uma penhora sobre o mesmo bem, cada exequente conservará o seu título de preferência."

"Art. 805. Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado.

Parágrafo único. Ao executado que alegar ser a medida executiva mais gravosa incumbe indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados."

"Art. 835. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem:

I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira;

(...)"

O artigo 11 da Lei n.º 6.830/80 estabelece:

Art. 11 - A penhora ou arresto de bens obedecerá à seguinte ordem:

I - dinheiro;

II - título da dívida pública, bem como título de crédito, que tenham cotação em bolsa;

III - pedras e metais preciosos;

IV - imóveis;

V - navios e aeronaves;

VI - veículos;

VII - móveis ou semoventes; e

VIII - direitos e ações.

§ 1º - Excepcionalmente, a penhora poderá recair sobre estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, bem como em plantações ou edifícios em construção.

§ 2º - A penhora efetuada em dinheiro será convertida no depósito de que trata o inciso I do artigo 9º.

§ 3º - O Juiz ordenará a remoção do bem penhorado para depósito judicial, particular ou da Fazenda Pública exequente, sempre que esta o requerer, em qualquer fase do processo.

Não obstante tenha sido ofertada a penhora sobre 1% do faturamento da executada, é certo que à exequente existe a possibilidade de rejeitá-la por qualquer das causas previstas nos artigos 835 do Código de Processo Civil e 11 da Lei n.º 6.830/80, anteriormente explicitados, como foi feito no caso concreto (Id. 54236679 - Pág. 18/19). A rejeição motivada não afronta o princípio da menor onerosidade para o devedor (artigo 805 do Código de Processo Civil), uma vez que a execução se opera em favor do exequente e tem por finalidade a satisfação de seu crédito (artigo 797 do CPC). Nesse sentido é o entendimento do STJ:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. NOMEAÇÃO À PENHORA. RECUSA DA FAZENDA. POSSIBILIDADE. ART. 11 DA LEF. PRIORIDADE NA ORDEM DA PENHORA DO DINHEIRO AOS BENS MÓVEIS.

- 1. Cuidam os autos da recusa pela Fazenda de bem nomeado à penhora tanto por não atender à ordem de prioridade inserta no art. 11 da LEF quanto por sua difícil alienação.*
- 2. Aduz a agravante que a recusa se faria válida se os bens ofertados para a penhora não fossem aptos a garantir o pagamento dos débitos executados, "prova essa que cabe única e exclusivamente ao fisco".*
- 3. A execução se opera em prol do exequente e visa a recolocar o credor em situação de satisfatoriedade que se encontrava antes do inadimplemento. A penhora de bens móveis figura em penúltimo lugar do rol do referido artigo, não se equiparando a dinheiro ou fiança bancária.*
- 4. O entendimento hodierno deste Tribunal confere à Fazenda a possibilidade de recusar penhora ofertada por quaisquer das causas previstas no art. 656 do CPC ou nos arts. 11 e 15 da LEF.*
- 5. Agravo regimental não provido.*

(STJ - AgRg no Ag 1301180 / GO - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - 2010/0073789-2 - Ministro BENEDITO GONÇALVES - T1 - PRIMEIRA TURMA - DJ: 28/09/2010 - DJe 07/10/2010)(grifei)

O posicionamento desta corte não destoa:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. NOMEAÇÃO DE DEBÊNTURES À PENHORA. RECUSA POR PARTE DA EXEQUENTE. POSSIBILIDADE. PENHORA DE ATIVOS FINANCEIROS VIA BACENJUD. ADMISSIBILIDADE. PROVIDÊNCIA DE ACORDO COM A ORDEM LEGAL DO ART. 11 DA LEI N. 6.830/80. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO.- Recurso interposto contra decisão que acolheu a recusa da exequente das debêntures nomeadas à penhora, em razão da sua falta de liquidez e valor de mercado, e determinou a penhora de ativos financeiros via BacenJud. A providência está de acordo com a ordem legal insculpida pelo artigo 11 da LEF.- Registre-se, por necessário, que não obstante a execução deva ser realizada de forma menos gravosa para o devedor; deve, ao mesmo tempo, ser promovida no interesse do credor (artigos 797 e 805 do CPC/2015), sob pena de inviabilizar a própria execução. Assim, havendo expressa discordância pela exequente dos bens indicados à penhora pela executada, não há que se falar em seu acolhimento pelo magistrado.- Agravo de instrumento a que se nega provimento.

(AI 00026910620164030000, DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:20/05/2016)

Saliente-se, ademais, que, no julgamento do REsp 1.184.765/PA pelo regime do artigo 543-C do CPC o STJ estabeleceu que a utilização do Sistema BACEN-JUD no período posterior à *vacatio legis* da Lei 11.382/2006 prescinde do exaurimento de diligências extrajudiciais por parte do exequente, a fim de se autorizar o bloqueio eletrônico de depósitos ou aplicações financeiras, o que afasta, igualmente, a aplicação do artigo 15, inciso I, da LEF. Nesse sentido, destaco:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSO JUDICIAL TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA ELETRÔNICA. SISTEMA BACEN-JUD. ESGOTAMENTO DAS VIAS ORDINÁRIAS PARA A LOCALIZAÇÃO DE BENS PASSÍVEIS DE PENHORA. ARTIGO 11, DA LEI 6.830/80. ARTIGO 185-A, DO CTN. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INOVAÇÃO INTRODUZIDA PELA LEI 11.382/2006. ARTIGOS 655, I, E 655-A, DO CPC. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DAS LEIS. TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES. APLICAÇÃO IMEDIATA DA LEI DE ÍNDOLE PROCESSUAL. 1. A utilização do Sistema BACEN-JUD, no período posterior à vacatio legis da Lei 11.382/2006 (21.01.2007), prescinde do exaurimento de diligências extrajudiciais, por parte do exequente, a fim de se autorizar o bloqueio eletrônico de depósitos ou aplicações financeiras (Precedente da Primeira Seção: EREsp 1.052.081/RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Seção, julgado em 12.05.2010, DJe 26.05.2010. Precedentes das Turmas de Direito Público: REsp 1.194.067/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 22.06.2010, DJe 01.07.2010; AgRg no REsp 1.143.806/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 08.06.2010, DJe 21.06.2010; REsp 1.101.288/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 02.04.2009, DJe 20.04.2009; e REsp 1.074.228/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 07.10.2008, DJe 05.11.2008. Precedente da Corte Especial que adotou a mesma exegese para a execução civil: REsp 1.112.943/MA, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 15.09.2010). 2. A execução judicial para a cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias é regida pela Lei 6.830/80 e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil. 3. A Lei 6.830/80, em seu artigo 9º, determina que, em garantia da execução, o executado poderá, entre outros, nomear bens à penhora, observada a ordem prevista no artigo 11, na qual o "dinheiro" exsurge com primazia. 4. Por seu turno, o artigo 655, do CPC, em sua redação primitiva, dispunha que incumbia ao devedor, ao fazer a nomeação de bens, observar a ordem de penhora, cujo inciso I fazia referência genérica a "dinheiro". 5. Entrentes, em 06 de dezembro de 2006, sobreveio a Lei 11.382, que alterou o artigo 655 e inseriu o artigo 655-A ao Código de Processo Civil, verbis: "Art. 655. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem: I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira; II - veículos de via terrestre; III - bens móveis em geral; IV - bens imóveis; V - navios e aeronaves; VI - ações e quotas de sociedades empresárias; VII - percentual do faturamento de empresa devedora; VIII - pedras e metais preciosos; IX - títulos da dívida pública da União, Estados e Distrito Federal com cotação em mercado; X - títulos e valores mobiliários com cotação em mercado; XI - outros direitos. (...) Art. 655-A. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução. § 1o As informações limitar-se-ão à existência ou não de depósito ou aplicação até o valor indicado na execução. (...)". 6. Deveras, antes da vigência da Lei 11.382/2006, encontravam-se consolidados, no Superior Tribunal de Justiça, os entendimentos jurisprudenciais no sentido da relativização da ordem legal de penhora prevista nos artigos 11, da Lei de Execução Fiscal, e 655, do CPC

(EDcl nos EREsp 819.052/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 08.08.2007, DJ 20.08.2007; e EREsp 662.349/RJ, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 10.05.2006, DJ 09.10.2006), e de que o bloqueio eletrônico de depósitos ou aplicações financeiras (mediante a expedição de ofício à Receita Federal e ao BACEN) pressupunha o esgotamento, pelo exequente, de todos os meios de obtenção de informações sobre o executado e seus bens e que as diligências restassem infrutíferas (REsp 144.823/PR, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 02.10.1997, DJ 17.11.1997; AgRg no Ag 202.783/PR, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 17.12.1998, DJ 22.03.1999; AgRg no REsp 644.456/SC, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 15.02.2005, DJ 04.04.2005; REsp 771.838/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13.09.2005, DJ 03.10.2005; e REsp 796.485/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 02.02.2006, DJ 13.03.2006). 7. A introdução do artigo 185-A no Código Tributário Nacional, promovida pela Lei Complementar 118, de 9 de fevereiro de 2005, corroborou a tese da necessidade de exaurimento das diligências conducentes à localização de bens passíveis de penhora antes da decretação da indisponibilidade de bens e direitos do devedor executado, verbis: "Art. 185-A. Na hipótese de o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis, o juiz determinará a indisponibilidade de seus bens e direitos, comunicando a decisão, preferencialmente por meio eletrônico, aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, especialmente ao registro público de imóveis e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial. § 1º A indisponibilidade de que trata o caput deste artigo limitar-se-á ao valor total exigível, devendo o juiz determinar o imediato levantamento da indisponibilidade dos bens ou valores que excederem esse limite. § 2º Os órgãos e entidades aos quais se fizer a comunicação de que trata o caput deste artigo enviarão imediatamente ao juízo a relação discriminada dos bens e direitos cuja indisponibilidade houverem promovido." 8. Nada obstante, a partir da vigência da Lei 11.382/2006, os depósitos e as aplicações em instituições financeiras passaram a ser considerados bens preferenciais na ordem da penhora, equiparando-se a dinheiro em espécie (artigo 655, I, do CPC), tornando-se prescindível o exaurimento de diligências extrajudiciais a fim de se autorizar a penhora on line (artigo 655-A, do CPC). 9. A antinomia aparente entre o artigo 185-A, do CTN (que cuida da decretação de indisponibilidade de bens e direitos do devedor executado) e os artigos 655 e 655-A, do CPC (penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira) é superada com a aplicação da Teoria pós-moderna do Diálogo das Fontes, idealizada pelo alemão Erik Jayme e aplicada, no Brasil, pela primeira vez, por Cláudia Lima Marques, a fim de preservar a coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil. 10. Com efeito, consoante a Teoria do Diálogo das Fontes, as normas gerais mais benéficas supervenientes preferem à norma especial (concebida para conferir tratamento privilegiado a determinada categoria), a fim de preservar a coerência do sistema normativo. 11. Deveras, a ratio essendi do artigo 185-A, do CTN, é erigir hipótese de privilégio do crédito tributário, não se revelando coerente "colocar o credor privado em situação melhor que o credor público, principalmente no que diz respeito à cobrança do crédito tributário, que deriva do dever fundamental de pagar tributos (artigos 145 e seguintes da Constituição Federal de 1988)" (REsp 1.074.228/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 07.10.2008, DJe 05.11.2008). 12. Assim, a interpretação sistemática dos artigos 185-A, do CTN, com os artigos 11, da Lei 6.830/80 e 655 e 655-A, do CPC, autoriza a penhora eletrônica de depósitos ou aplicações financeiras independentemente do exaurimento de diligências extrajudiciais por parte do exequente. 13. À luz da regra de direito intertemporal que preconiza a aplicação imediata da lei nova de índole processual, infere-se a existência de dois regimes normativos no que concerne à penhora eletrônica de dinheiro em depósito ou aplicação financeira: (i) período anterior à égide da Lei 11.382, de 6 de dezembro de 2006 (que obedeceu a vacatio legis de 45 dias após a publicação), no qual a utilização do Sistema BACEN-JUD pressupunha a demonstração de que o exequente não lograra êxito em suas tentativas de obter as informações sobre o executado e seus bens; e (ii) período posterior à vacatio legis da Lei 11.382/2006 (21.01.2007), a partir do qual se revela prescindível o exaurimento de diligências extrajudiciais a fim de se autorizar a penhora eletrônica de depósitos ou aplicações financeiras. 14. In casu, a decisão proferida pelo Juízo Singular em 30.01.2008 determinou, com base no poder geral de cautela, o "arresto prévio" (mediante bloqueio eletrônico pelo sistema BACENJUD) dos valores existentes em contas bancárias da empresa executada e dos co-responsáveis (até o limite do valor exequendo), sob o fundamento de que "nos processos de execução fiscal que tramitam nesta vara, tradicionalmente, os executados têm se desfeito de bens e valores depositados em instituições bancárias após o recebimento da carta da citação". 15. Conseqüentemente, a argumentação empresarial de que o bloqueio eletrônico dera-se antes da regular citação esbarra na existência ou não dos requisitos autorizadores da medida provisória (em tese, apta a evitar lesão grave e de difícil reparação, ex vi do disposto nos artigos 798 e 799, do CPC), cuja análise impõe o reexame do contexto fático-probatório valorado pelo Juízo Singular, providência obstada pela Súmula 7/STJ. 16. Destarte, o bloqueio eletrônico dos depósitos e aplicações financeiras dos executados, determinado em 2008 (período posterior à vigência da Lei 11.382/2006), não se condicionava à demonstração da realização de todas as diligências possíveis para encontrar bens do devedor. 17. Contudo, impende ressaltar que a penhora eletrônica dos valores depositados nas contas bancárias não pode descurar-se da norma inserta no artigo 649, IV, do CPC (com a redação dada pela Lei 11.382/2006), segundo a qual são absolutamente impenhoráveis "os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal". 18. As questões atinentes à

prescrição dos créditos tributários executados e à ilegitimidade dos sócios da empresa (suscitadas no agravo de instrumento empresarial) deverão se objeto de discussão na instância ordinária, no âmbito do meio processual adequado, sendo certo que o requisito do prequestionamento torna inviável a discussão, pela vez primeira, em sede de recurso especial, de matéria não debatida na origem. 19. Recurso especial fazendário provido, declarando-se a legalidade da ordem judicial que importou no bloqueio liminar dos depósitos e aplicações financeiras constantes das contas bancárias dos executados. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

Assim, à vista do fundamento e dos precedentes explicitados, justifica-se a manutenção da decisão recorrida.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.**

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. OFERECIMENTO DE PENHORA SOBRE O FATURAMENTO. RECUSA MOTIVADA DA EXEQUENTE. POSSIBILIDADE. ORDEM LEGAL DE PREFERÊNCIA. ARTIGOS 11 DA LEF E 835 DO CPC. NÃO OFENSA AO PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE DO DEVEDOR. PENHORA DE ATIVOS FINANCEIROS VIA BACENJUD. RESP 1.184.765/PA REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. RECURSO DESPROVIDO.

- Não obstante tenha sido ofertada a penhora sobre 1% do faturamento da executada, é certo que à exequente existe a possibilidade de rejeitá-la por qualquer das causas previstas nos artigos 835 do Código de Processo Civil e 11 da Lei nº 6.830/80, anteriormente explicitados, como foi feito no caso concreto (Id. 54236679 - Pág. 18/19). A rejeição motivada não afronta o princípio da menor onerosidade para o devedor (artigo 805 do Código de Processo Civil), uma vez que a execução se opera em favor do exequente e tem por finalidade a satisfação de seu crédito (artigo 797 do CPC). Precedentes do STJ e do TRF da 3ª Região.

- No julgamento do REsp 1.184.765/PA pelo regime do artigo 543-C do CPC o STJ estabeleceu que a utilização do Sistema BACEN-JUD no período posterior à *vacatio legis* da Lei 11.382/2006 prescinde do exaurimento de diligências extrajudiciais, por parte do exequente, a fim de se autorizar o bloqueio eletrônico de depósitos ou aplicações financeiras, o que afasta, igualmente, a aplicação do artigo 15, inciso I, da LEF.

- Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram os Des. Fed. MARLI FERREIRA e Des. Fed. MÔNICA NOBRE, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5028371-97.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: SOCIEDADE BENEF ISRAELITABRAS HOSPITAL ALBERT EINSTEIN

Advogado do(a) AGRAVANTE: JOSE ANTONIO BALIEIRO LIMA - SP103745-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5028371-97.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: SOCIEDADE BENEF ISRAELITABRAS HOSPITAL ALBERT EINSTEIN

Advogado do(a) AGRAVANTE: JOSE ANTONIO BALIEIRO LIMA - SP103745-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Agravo de instrumento interposto pela SOCIEDADE BENEF. ISRAELITABRAS HOSPITAL ALBERT EINSTEIN contra decisão que, em cumprimento de sentença em mandado de segurança, determinou a expedição de ofício à instituição financeira para conversão dos depósitos judiciais em pagamento definitivo ao fisco (Id. 102908724 - Pág. 23).

Sustenta a agravante, em síntese (Id. 102908717 - Pág. 1/14):

a) foi homologado o pedido de desistência do mandado de segurança, o que prescinde de anuência da parte contrária (artigo 941 e 998 do CPC), motivo pelo qual requereu o levantamento dos depósitos efetuados nos autos ou, subsidiariamente, sua transferência para a ação ordinária nº 0000924-35.2017.4.01.3400;

b) à vista desse pleito, a agravante manifestou desinteresse na tutela jurisdicional (artigo 502 do CPC), não obstante a ação tenha sido julgada improcedente, dado que não teve a oportunidade de produzir prova quanto ao pedido de desembaraço aduaneiro de suas mercadorias;

c) deve-se ressaltar a incidência dos artigos 6º, § 6º, e 19 da Lei nº 12.016/2009, visto que no prazo decadencial poderá ser renovado o pedido em mandado de segurança ou em ação própria, uma vez que foi lavrado auto de infração contra a agravante.

Foi deferido o pedido de efeito suspensivo (Id. 107486224 - Pág. 1/2).

Contraminuta (Id. 125514437 - Pág. 1/6).

Parecer do Ministério Público (Id. 127432285 - Pág. 2).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5028371-97.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: SOCIEDADE BENEF ISRAELITABRAS HOSPITAL ALBERT EINSTEIN

Advogado do(a) AGRAVANTE: JOSE ANTONIO BALIEIRO LIMA - SP103745-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Cuida-se na origem de mandado de segurança, no qual foi proferida sentença, porém reformada em grau de recurso, à vista do provimento da remessa oficial e da apelação interposta pelo fisco, que obteve a denegação de ordem para afastar o pedido de imunidade sobre os impostos de importação e produtos industrializados para fins de desembaraço aduaneiro (Id. 102908720 - Pág. 257/282). Manejados recursos especial e extraordinário, não foram admitidos (Id. 102908721 - Pág. 207 e Id. 102908721 - Pág. 210), oportunidade em que a agravante apresentou os respectivos agravos para a análise de tais irresignações. Requerida a desistência dos agravos, foi homologada (Id. 102908721 - Pág. 312 e Id. 102908724 - Pág. 13/14), motivo pelo qual transitou em julgado o acórdão proferido por esta corte e foi determinada a conversão do depósito em pagamento definitivo à União (Id. 102908724 - Pág. 23).

Acertada, pois, a decisão do magistrado de 1ª instância.

Após o trâmite do processo em primeiro grau, em que se procedeu ao exame do mérito por meio de sentença, foi reformada também em seu mérito com a improcedência do pedido inicial, de forma que é descabida a desistência da ação, mas apenas o recebimento do pleito como desistência do recurso, dado que independe da concordância do recorrido (artigo 941 e 998 do CPC), notadamente porque o *writ* já se encontrava nos tribunais superiores. Neste momento processual, já se deu a prestação jurisdicional, em cognição exauriente, de modo que agora não é mais possível desconstituí-la tão-somente pela desistência da demanda. Assim, ocorrido o trânsito em julgado de aresto que solucionou a questão com resolução do mérito (artigo 502 do CPC), não é juridicamente possível a sua substituição por decisão homologatória de desistência da ação, a qual importaria a extinção do feito sem a análise da matéria de fundo, o que não se verificou na espécie. Portanto, ausentes os ditames dos artigos 6º, § 6º, e 19 da Lei nº 12.016/2009.

Se assim não fosse, não haveria razão de ser do processo, pois bastaria à parte sucumbente desistir da ação para livrar-se dos efeitos do julgado que lhe foi desfavorável e permitir-lhe nova propositura. Por certo, tal conduta é descabida, pois, ainda que se trate de mandado de segurança, a regra processual somente a autoriza antes de contestada a demanda, a teor do artigo 485, § 4º, do CPC. Nesse sentido, segue o entendimento da jurisprudência:

AGRAVO INTERNO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. DESISTÊNCIA DA AÇÃO APÓS SENTENÇA DE MÉRITO. TRÂNSITO EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. PROVIMENTO.

1. *Cinge-se a controvérsia em saber se é possível a desistência de mandado de segurança após a prolação de sentença de mérito, em especial, transitada em julgado, questão essa que, recentemente, teve sua repercussão geral reconhecida e foi incluída na pauta de julgamento do STF (RE 669367 RG, Relator (a): Min. LUIZ FUX, julgado em 15/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-156 DIVULG 08-08-2012 PUBLIC 09-08-2012 RDECTRA B v. 19, n. 218, 2012, p. 24-29).*

2. *Torna-se impossível desistir do prosseguimento da ação (seja pela via ordinária, seja pela via mandamental), após a prolação de uma sentença, em especial quando esta resolveu o mérito. A se admitir a desistência, com consequente extinção do feito sem resolução do mérito (art. 267, VIII, do CPC), estar-se-ia transformação de uma sentença de mérito, já transitada em julgado, em uma sentença terminativa.*

3. *A sentença foi de improcedência do pedido da impetrante. Ora, se nem mesmo nos casos de sentença favorável é possível a desistência da ação (mas, tão somente, a renúncia ao direito material), muito menos seria viável a desistência nos casos de sentença de improcedência do pedido.*

4. *Afigura-se impossível a desistência da ação neste momento processual, uma vez que houve prolação de sentença de mérito desfavorável à impetrante, já transitada em julgado.*

5. *Agravo interno a que se dá provimento. [TRF2. AMS 200651010154619. Rel. Des. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. 5ª Turma Especializada. DJe: 21.02.2013]. [g.n.].*

*PROCESSO CIVIL - PEDIDO DE DESISTÊNCIA DA AÇÃO FORMULADO APÓS A PROLAÇÃO DA SENTENÇA - IMPOSSIBILIDADE - DISTINÇÃO DOS INSTITUTOS: DESISTÊNCIA DA AÇÃO, DESISTÊNCIA DO RECURSO E RENÚNCIA. 1. A desistência da ação é instituto de natureza eminentemente processual, que possibilita a extinção do processo, sem julgamento do mérito, até a prolação da sentença. Após a citação, o pedido somente pode ser deferido com a anuência do réu ou, a critério do magistrado, se a parte contrária deixar de amuir sem motivo justificado. A demanda poderá ser proposta novamente e se existirem depósitos judiciais, estes poderão ser levantados pela parte autora. Antes da citação o autor somente responde pelas despesas processuais e, tendo sido a mesma efetuada, deve arcar com os honorários do advogado do réu. 2. A desistência do recurso, nos termos do art. 501 do CPC, independe da concordância do recorrido ou dos litisconsortes e somente pode ser formulado até o julgamento do recurso. Neste caso, há extinção do processo com julgamento do mérito, prevalecendo a decisão imediatamente anterior, inclusive no que diz respeito a custas e honorários advocatícios. 3. A renúncia é ato privativo do autor, que pode ser exercido em qualquer tempo ou grau de jurisdição, independentemente da anuência da parte contrária, ensejando a extinção do feito com julgamento do mérito, o que impede a propositura de qualquer outra ação sobre o mesmo direito. É instituto de natureza material, cujos efeitos equivalem aos da improcedência da ação e, às avessas, ao reconhecimento do pedido pelo réu. **Havendo depósitos judiciais, estes deverão ser convertidos em renda da União.** O autor deve arcar com as despesas processuais e honorários advocatícios, a serem arbitrados de acordo com o art. 20, § 4º do CPC ("causas em que não houver condenação"). 4. **Hipótese em que, apesar de formulado o pleito antes do julgamento da apelação pelo Tribunal, impossível a homologação do pedido de desistência da ação.** 5. Recurso especial provido.*

(Recurso Especial - 555139. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Segunda Turma. DJ data: 13/06/2005. pg:00240)

Ante o exposto, cassada a tutela recursal concedida, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. DESISTÊNCIA DA AÇÃO. DESCABIMENTO. JULGAMENTO EM SEGUNDA INSTANCIA QUE REFORMOU A SENTENÇA DE MÉRITO. CABIVEL DESISTENCIA DO RECURSO. CONVERSÃO DO DEPÓSITO A FAVOR DA UNIAO. RECURSO DESPROVIDO.

- Após o trâmite do processo em primeiro grau, em que se procedeu ao exame do mérito por meio de sentença, foi reformada também em seu mérito com a improcedência do pedido inicial, de forma que é descabida a desistência da ação, mas apenas o recebimento do pleito como desistência do recurso, dado que independe da concordância do recorrido (artigo 941 e 998 do CPC), notadamente porque o *writ* já se encontrava nos tribunais superiores. Neste momento processual, já se deu a prestação jurisdicional, em cognição exauriente, de modo que agora não é mais possível desconstituí-la tão-somente pela desistência da demanda.

- Se assim não fosse, não haveria razão de ser do processo, pois bastaria à parte sucumbente desistir da ação para livrar-se dos efeitos do julgado que lhe foi desfavorável e permitir-lhe nova propositura. Por certo, tal conduta é descabida, pois, ainda que se trate de mandado de segurança, a regra processual somente a autoriza antes de contestada a demanda, a teor do artigo 485, § 4º, do CPC.

- Tutela recursal cassada e agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu cassar a tutela recursal concedida e negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram os Des. Fed. MARLI FERREIRA e Des. Fed. MÔNICA NOBRE, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte

integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5001479-20.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
AGRAVANTE: ISMAEL VITORIO PULGA
Advogado do(a) AGRAVANTE: JULIANO DI PIETRO - SP183410-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5001479-20.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
AGRAVANTE: ISMAEL VITORIO PULGA
Advogado do(a) AGRAVANTE: JULIANO DI PIETRO - SP183410-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Agravo de instrumento interposto por ISMAEL VITORIO PULGA contra decisão que, em sede de execução fiscal, deferiu o pedido de inclusão de seu nome no polo passivo, ao fundamento de que restou configurada a dissolução irregular.

Alega-se, em síntese, que não há comprovação da dissolução irregular da empresa e que a afirmação feita pelo agravante, sócio administrador, de que a pessoa jurídica estava inativa há 7 (sete) anos e sem patrimônio (id 122826674 – fl. 02), se deu no contexto da ausência de faturamento. Sustenta, ainda, que a empresa se encontra ativa, na medida que consta no cadastro da Receita Federal como tal, além de manter parcelamento de débito perante o fisco e realizou escrituração fiscal digital nos anos de 2015 a 2018.

Contraminuta da União Federal (id. 127954692).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5001479-20.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
AGRAVANTE: ISMAEL VITORIO PULGA
Advogado do(a) AGRAVANTE: JULIANO DI PIETRO - SP183410-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL- FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

I - Da inclusão do sócio no polo passivo da execução

A inclusão de sócios no polo passivo da execução fiscal é matéria disciplinada no artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional e somente é cabível nos casos de gestão com excesso de poderes, infração à lei, ao contrato ou estatuto social ou, ainda, na hipótese de dissolução irregular da sociedade, nos termos da Súmula 435 do STJ. Nesse sentido, destaco: (REsp 474.105/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 19.12.03; EREsp 260.017, Rel. Min. José Delgado, DJU de 19.4.2004; ERESP 174.532/PR, DJ 20/08/2001; REsp 513.555/PR, DJ 06/10/2003; AgRg no Ag 613.619/MG, DJ 20.06.2005; REsp 228.030/PR, DJ 13.06.2005).

Relativamente à dissolução irregular da empresa, dispõe a Súmula 435/STJ: "*presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente*". O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que é indispensável que o oficial de justiça constate que a empresa não foi encontrada em seu endereço: (REsp 1104064/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/12/2010, DJe 14/12/2010). Igualmente, para a configuração da responsabilidade delineada na norma tributária como consequência da dissolução, entendo ser imprescindível a comprovação de que o sócio integrava a pessoa jurídica na qualidade de administrador quando do vencimento do tributo e do encerramento ilícito, pois somente nessa condição detinha poderes para optar pelo pagamento e por dar continuidade às atividades, em vez de encerrá-la irregularmente. Nesse sentido, destaco o entendimento da 1ª Turma da corte superior, *verbis*: (AgRg no AREsp 812.073/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/12/2015, DJe 14/12/2015; STJ - EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1009997/SC - 1ª Turma - rel. Min. DENISE ARRUDA, j. 02/04/2009, v.u., DJe 04/05/2009).

Nos autos em exame, constata-se que a comprovação de que a empresa executada foi dissolvida irregularmente decorre da certidão do oficial de justiça, na qual o seu representante legal, ora agravante, afirmou que se encontrava inativa há 7 (sete) anos, a contar da data da diligência (21.01.2016 - id 122826674, fl. 02). Verifica-se, também, da documentação acostada, que Ismael Vitorio Pulga era sócio administrador da devedora desde a sua constituição, ou seja, era seu gestor na data dos fatos geradores dos tributos em cobrança até a constatação da extinção ilegal da executada (fls. 101 e vº - autos principais).

Por outro lado, o conjunto probatório trazido pela agravante não demonstra o funcionamento da empresa à época da diligência realizada pelo auxiliar do juízo. Os documentos trazidos pela recorrente (comprovante de inscrição e situação cadastral, consulta de parcelamento e recibo de entrega de escrituração fiscal digital – id 122826678, 122826679 e 122826681) não têm o condão de elidir a presunção da certidão do oficial de justiça, pois não dizem respeito ao funcionamento da empresa. Ademais, o agravante não trouxe qualquer prova de atividade da executada em data **anterior** a que foi comprovada a dissolução irregular. Dessa forma, resta evidenciada a responsabilidade tributária do agravante Ismael Vitorio Pulga, na forma do artigo 135, inciso III, do CTN e da Súmula 435 do STJ.

II – Do dispositivo.

Ante o exposto, **nego provimento ao agravo de instrumento.**

É o meu voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. ART. 135, III, DO CTN. PESSOA FÍSICA NA GESTÃO DA EMPRESA NA DATA DO FATO GERADOR E DA DISSOLUÇÃO IRREGULAR. DEFERIMENTO. RECURSO DESPROVIDO.

- A inclusão de sócios no polo passivo da execução fiscal é matéria disciplinada no artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional e somente é cabível nos casos de gestão com excesso de poderes, infração à lei, ao contrato ou estatuto social ou, ainda, na hipótese de dissolução irregular da sociedade, nos termos da Súmula 435 do STJ. Nesse sentido, destaco: (REsp 474.105/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 19.12.03; EREsp 260.017, Rel. Min. José Delgado, DJU de 19.4.2004; ERESP 174.532/PR, DJ 20/08/2001; REsp 513.555/PR, DJ 06/10/2003; AgRg no Ag 613.619/MG, DJ 20.06.2005; REsp 228.030/PR, DJ 13.06.2005).

- Relativamente à dissolução irregular da empresa, dispõe a Súmula 435/STJ: "*presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente*". O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que é indispensável que o oficial de justiça constate que a empresa não foi encontrada em seu endereço: (REsp 1104064/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/12/2010, DJe 14/12/2010). Igualmente, para a configuração da responsabilidade delineada na norma tributária como consequência da dissolução, entendo ser imprescindível a comprovação de que o sócio integrava a pessoa jurídica na qualidade de administrador quando do vencimento do tributo e do encerramento ilícito, pois somente nessa condição detinha poderes para optar pelo pagamento e por dar continuidade às atividades, em vez de encerrá-la irregularmente. Nesse sentido, destaco o entendimento da 1ª Turma da corte superior, *verbis*: (AgRg no AREsp 812.073/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/12/2015, DJe 14/12/2015; STJ - EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1009997/SC - 1ª Turma - rel. Min. DENISE ARRUDA, j. 02/04/2009, v.u., DJe 04/05/2009).

- Nos autos em exame, constata-se que a comprovação de que a empresa executada foi dissolvida irregularmente decorre da certidão do oficial de justiça, na qual o seu representante legal, ora agravante, afirmou que se encontrava inativa há 7 (sete) anos, a contar da data da diligência (21.01.2016 - id 122826674, fl. 02). Verifica-se, também, da documentação acostada, que Ismael Vitorio Pulga era sócio administrador da devedora desde a sua constituição, ou seja, era seu gestor na data dos fatos geradores dos tributos em cobrança até a constatação da extinção ilegal da executada (fls. 101 e vº - autos principais).

- Por outro lado, o conjunto probatório trazido pela agravante não demonstra o funcionamento da empresa à época da diligência realizada pelo auxiliar do juízo. Os documentos trazidos pela recorrente (comprovante de inscrição e situação cadastral, consulta de parcelamento e recibo de entrega de escrituração fiscal digital - id 122826678, 122826679 e 122826681) não têm o condão de elidir a presunção da certidão do oficial de justiça, pois não dizem respeito ao funcionamento da empresa. Ademais, o agravante não trouxe qualquer prova de atividade da executada em data **anterior** a que foi comprovada a dissolução irregular. Dessa forma, resta evidenciada a responsabilidade tributária do agravante Ismael Vitorio Pulga, na forma do artigo 135, inciso III, do CTN e da Súmula 435 do STJ.

- Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram os Des. Fed. MARLI FERREIRA e Des. Fed. MÔNICA NOBRE, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5021450-25.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: COFCO BRASIL S.A

Advogado do(a) AGRAVADO: RICARDO FERREIRA BOLAN - SP164881-A

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5021450-25.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO: COFCO BRASIL S.A
Advogado do(a) AGRAVADO: GUSTAVO LIAN HADDAD - SP139470-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Agravo legal interposto por COFCO BRASIL S.A. contra decisão que, nos termos do artigo 932, V, *b*, do CPC, deu provimento ao agravo de instrumento para reformar a decisão agravada e determinar seja mantido o depósito judicial como garantia da dívida (Id. 90648253 - Pág. 1/5).

Sustenta a agravante, em síntese, que o representativo invocado não se aplica à espécie, dado que compareceu aos autos da execução fiscal para ofertar a carta de fiança e, até que formalizada a anuência da garantia, realizou depósito judicial para renovação da CND (artigo 206 do CTN). Aduz que deve ser afastado o entendimento de que o dinheiro tem preferência absoluta, pois a fiança bancária a ele se equipara e atende ao princípio da menor onerosidade ao devedor, previsto no artigo 805 do CPC (Id. 99515033 - Pág. 1/10).

Contraminuta (Id. 107458429 - Pág. 1/16).

É o relatório.

VOTO

Em sua irresignação a agravante reitera os argumentos deduzidos anteriormente, no sentido de afirmar que deve ser mantida a decisão de 1ª instância, dado que a garantia em dinheiro não tem preferência absoluta, de forma que se impõe seja aceita a carta de fiança em atenuação ao princípio da menor onerosidade ao devedor.

Não merecem guarida as razões expendidas, dado que ficou assentado no julgado atacado que o Superior Tribunal de Justiça firmou orientação no sentido de que, após a vigência da Lei n.º 11.382/2006, os recursos financeiros passaram a ser opção preferencial para penhora, consoante o artigo 835, inciso I, do Código de Processo Civil, ainda que existentes outras opções de garantia (artigo 11, §1º, Lei n.º 6830/80). A questão foi analisada no Recurso Especial n.º 1.184.765/PA, representativo da controvérsia e, o contrário do que a agravante aduz, cuida-se de julgado incidente à espécie, pois entendeu que o dinheiro em espécie tem prioridade sobre os demais itens apontados na ordem legal, observadas as restrições contidas no artigo 833 do Código de Processo Civil. Nesse sentido, segue a ementa do julgado, *verbis*:

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

1.a 7 (...)

8. Nada obstante, a partir da vigência da Lei 11.382/2006, os depósitos e as aplicações em instituições financeiras passaram a ser considerados bens preferenciais na ordem da penhora, equiparando-se a dinheiro em espécie (artigo 655, I, do CPC), tornando-se prescindível o exaurimento de diligências extrajudiciais a fim de se autorizar a penhora on line (artigo 655-A, do CPC).

9. a 18 (...)

19. Recurso especial fazendário provido, declarando-se a legalidade da ordem judicial que importou no bloqueio liminar dos depósitos e aplicações financeiras constantes das contas bancárias dos executados.

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

(STJ, Recurso Especial N.º 1.184.765 - PA (2010/0042226-4); RELATOR : Ministro Luiz Fux; DJe 03/12/2010 - ressaltei)

Dispõe o artigo 15 da Lei n.º 6.830/1980:

Art. 15 - Em qualquer fase do processo, será deferida pelo Juiz:

I - ao executado, a substituição da penhora por depósito em dinheiro ou fiança bancária; e

II - à Fazenda Pública, a substituição dos bens penhorados por outros, independentemente da ordem enumerada no artigo 11, bem como o reforço da penhora insuficiente. [ressaltei]

Nesses termos, efetuado o depósito em dinheiro, a executada não pode substituir por qualquer outro bem, nem mesmo por carta fiança, ainda que ofertada em momento anterior, salvo se com a aquiescência da exequente. O Superior Tribunal de Justiça também já pacificou a matéria nesse sentido, *in verbis*:

PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. RECURSO ESPECIAL. PENHORA ON LINE. SUBSTITUIÇÃO POR CARTA DE FIANÇA. EXIGÊNCIA DO ACRÉSCIMO DE 30% DO DÉBITO IMPOSTO PELO § 2º DO ART. 656 DO CPC. LEI 6.830/80. SUBSTITUIÇÃO EM DINHEIRO POR FIANÇA. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 535, DO CPC. INOCORRÊNCIA.

1. A substituição da penhora, em sede de execução fiscal, só é admissível, independentemente da anuência da parte exequente, quando feita por depósito em dinheiro ou fiança bancária, consoante expressa determinação legal (art. 15, I, da Lei n.º 6.830/80) Precedentes (...).

2. A execução fiscal, garantida por penhora sobre o dinheiro, inadmite a substituição do bem por fiança bancária, por aquela conferir maior liquidez ao processo executivo, muito embora a penhora sobre qualquer outro bem pode ser substituída por dinheiro ou fiança bancária, nos termos do art. 15, I, da Lei n.º 6.830/80.

(...)

6. Destarte, na execução fiscal, realizada a penhora em dinheiro, é incabível a sua substituição por outro bem, mesmo por fiança bancária, nos termos do art. 15, I, da LEF, porquanto a Execução Fiscal tem o seu regime jurídico próprio com prerrogativa fazendária pro populo.

1. a 10 (...)

11. Recurso especial desprovido.

(REsp 1049760/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em

01/06/2010, DJe 17/06/2010)

Aquela corte superior, igualmente, entende perfeitamente possível a recusa de bens que desatendam à ordem do artigo 11 da LEF, sem ofensa ao artigo 805 do CPC, questão também pacificada em representativo da controvérsia, REsp 1.337.790/PR:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. NOMEAÇÃO DE BENS À PENHORA. PRECATÓRIO. DIREITO DE RECUSA DA FAZENDA PÚBLICA. ORDEM LEGAL. SÚMULA 406/STJ. ADOÇÃO DOS MESMOS FUNDAMENTOS DO RESP 1.090.898/SP (REPETITIVO), NO QUAL SE DISCUTIU A QUESTÃO DA SUBSTITUIÇÃO DE BENS PENHORADOS. PRECEDENTES DO STJ.

1. Cinge-se a controvérsia principal a definir se a parte executada, ainda que não apresente elementos concretos que justifiquem a incidência do princípio da menor onerosidade (art. 620 do CPC), possui direito subjetivo à aceitação do bem por ela nomeado à penhora em Execução Fiscal, em desacordo com a ordem estabelecida nos arts. 11 da Lei 6.830/1980 e 655 do CPC.

[...]

4. A Primeira Seção do STJ, em julgamento de recurso repetitivo, concluiu pela possibilidade de a Fazenda Pública recusar a substituição do bem penhorado por precatório (REsp 1.090.898/SP, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 31.8.2009). No mencionado precedente, encontra-se como fundamento decisório a necessidade de preservar a ordem legal conforme instituído nos arts. 11 da Lei 6.830/1980 e 655 do CPC.

5. A mesma ratio decidendi tem lugar in casu, em que se discute a preservação da ordem legal no instante da nomeação à penhora.

6. Na esteira da Súmula 406/STJ ("A Fazenda Pública pode recusar a substituição do bem penhorado por precatório"), a Fazenda Pública pode apresentar recusa ao oferecimento de precatório à penhora, além de afirmar a inexistência de preponderância, em abstrato, do princípio da menor onerosidade para o devedor sobre o da efetividade da tutela executiva. Exige-se, para a superação da ordem legal prevista no art. 655 do CPC, firme argumentação baseada em elementos do caso concreto. Precedentes do STJ.

7. Em suma: em princípio, nos termos do art. 9º, III, da Lei 6.830/1980, cumpre ao executado nomear bens à penhora, observada a ordem legal. É dele o ônus de comprovar a imperiosa necessidade de afastá-la, e, para que essa providência seja adotada, mostra-se insuficiente a mera invocação genérica do art. 620 do CPC.

8. Diante dessa orientação, e partindo da premissa fática delineada pelo Tribunal a quo, que atestou a "ausência de motivos para que (...) se inobservasse a ordem de preferência dos artigos 11 da LEF e 655 do CPC, notadamente por nem mesmo haver sido alegado pela executada impossibilidade de penhorar outros bens (...) " - fl. 149, não se pode acolher a pretensão recursal.

9. Recurso Especial parcialmente provido apenas para afastar a multa do art. 538, parágrafo único, do CPC. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.

(REsp 1337790/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/06/2013, DJe 07/10/2013 - ressaltei)

Assim, constata-se que, efetivado o depósito judicial, na forma do artigo 9º da Lei nº 6.830/80, não é possível a substituição por outra garantia sem a anuência do fisco, ainda que a executada tenha apresentado a carta de fiança em momento anterior e seu aditamento em data concomitante à oferta do dinheiro. Portanto, não demonstrada a impenhorabilidade dos valores depositados para a garantia da dívida, nos termos do artigo 833 do CPC, não há que se falar na liberação de mencionado numerário tampouco em ofensa ao princípio da menor onerosidade ao devedor (artigo 805 do CPC).

Por fim, não comprovada afronta ao artigo 932 do CPC, inalterada a situação fática e devidamente enfrentados as questões controvertidas e os argumentos deduzidos, a irresignação não merece provimento, o que justifica a manutenção da decisão recorrida por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo legal.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. EXECUÇÃO FISCAL. GARANTIA DO DÉBITO. ATIVOS FINANCEIROS TEM ORDEM PREFERENCIAL. OFERTA DE CARTA DE FIANÇA REQUER ANUENCIADO FISCO. RECURSO DESPROVIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça firmou orientação no sentido de que, após a vigência da Lei nº 11.382/2006, os recursos financeiros passaram a ser opção preferencial para penhora, consoante o artigo 835, inciso I, do Código de Processo Civil, ainda que existentes outras opções de garantia (artigo 11, §1º, Lei nº 6830/80). A questão foi analisada no Recurso Especial nº 1.184.765/PA, representativo da controvérsia e, o contrário do que a agravante aduz, cuida-se de julgado incidente à espécie, pois entendeu que o dinheiro em espécie tem prioridade sobre os demais itens apontados na ordem legal.

- Efetivado o depósito judicial, na forma do artigo 9º da Lei nº 6.830/80, não é possível a substituição por outra garantia sem a anuência do fisco, ainda que a executada tenha apresentado a carta de fiança em momento anterior e seu aditamento em data concomitante à oferta do dinheiro.

- Agravo legal desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao agravo legal, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram os Des. Fed. MARLI FERREIRA e Des. Fed. MÔNICA NOBRE, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5025021-04.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
AGRAVANTE: M.M. & PRIMO COMERCIO E REPRESENTACOES EIRELI
Advogado do(a) AGRAVANTE: TOSHINOBU TASOKO - SP314181-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5025021-04.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
AGRAVANTE: M.M. & PRIMO COMERCIO E REPRESENTACOES EIRELI
Advogado do(a) AGRAVANTE: TOSHINOBU TASOKO - SP314181-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Agravo legal interposto pela M.M. & PRIMO COMERCIO E REPRESENTACOES EIRELI contra decisão que, nos termos do artigo 932, IV, *b*, do CPC, negou provimento ao agravo de instrumento para manter o julgado que indeferiu a nomeação à penhora da cessão de direitos creditórios e deferiu o bloqueio de seus ativos financeiros pelo BACENJUD (Id. 94702465 - Pág. 1/5).

Sustenta a agravante, em síntese, que não lhe foi dada oportunidade de ofertar outros bens à garantia da dívida, em ofensa aos artigos 9º e 10 do CPC. Por isso, a fim de evitar a penhora de dinheiro, optou por meio menos gravoso (artigo 805 do CPC) e indicou a cessão de crédito com direito já transitado em julgado (Súmula 461/STJ), em consonância com o Recurso Especial nº 1.114.767/RS, representativo da controvérsia, o que foi recusado pelo fisco, em afronta ao artigo 170 da CF e às Súmulas STF 70, 323 e 547 (Id. 103286570 - Pág. 1/11).

Contraminuta (Id. 107357466 - Pág. 1/4).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5025021-04.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
AGRAVANTE: M.M. & PRIMO COMERCIO E REPRESENTACOES EIRELI
Advogado do(a) AGRAVANTE: TOSHINOBU TASOKO - SP314181-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Em sua irresignação a agravante reitera os argumentos deduzidos anteriormente, no sentido de afirmar que deve ser aceita a cessão de crédito ofertada para a garantia da dívida, porquanto entende violado o princípio da menor onerosidade ao devedor (artigo 805 do CPC).

Não merecem guarida as razões expendidas, dado que, conforme ficou assentado que na decisão atacada, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento, em sede de representativo de controvérsia, no sentido de que, em princípio, o executado deve oferecer bens à penhora conforme a ordem legal (artigos 8º, 9º e 11 da LEF) e, se houver motivo para afastá-la, é dele o ônus de comprovar tal fato, eis que é insuficiente a mera invocação genérica do princípio da menor onerosidade (artigo 620 do CPC/1973 e artigo 805 do CPC/2015). Destaque-se a ementa do julgado:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. NOMEAÇÃO DE BENS À PENHORA. PRECATÓRIO. DIREITO DE RECUSA DA FAZENDA PÚBLICA. ORDEM LEGAL. SÚMULA 406/STJ. ADOÇÃO DOS MESMOS FUNDAMENTOS DO RESP 1.090.898/SP (REPETITIVO), NO QUAL SE DISCUTIU A QUESTÃO DA SUBSTITUIÇÃO DE BENS PENHORADOS. PRECEDENTES DO STJ.

1. Cinge-se a controvérsia principal a definir se a parte executada, ainda que não apresente elementos concretos que justifiquem a incidência do princípio da menor onerosidade (art. 620 do CPC), possui direito subjetivo à aceitação do bem por ela nomeado à penhora em Execução Fiscal, em desacordo com a ordem estabelecida nos arts. 11 da Lei 6.830/1980 e 655 do CPC.

[...]

4. A Primeira Seção do STJ, em julgamento de recurso repetitivo, concluiu pela possibilidade de a Fazenda Pública recusar a substituição do bem penhorado por precatório (REsp 1.090.898/SP, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 31.8.2009). No mencionado precedente, encontra-se como fundamento decisório a necessidade de preservar a ordem legal conforme instituído nos arts. 11 da Lei 6.830/1980 e 655 do CPC.

5. A mesma ratio decidendi tem lugar in casu, em que se discute a preservação da ordem legal no instante da nomeação à penhora.

6. Na esteira da Súmula 406/STJ ("A Fazenda Pública pode recusar a substituição do bem penhorado por precatório"), a Fazenda Pública pode apresentar recusa ao oferecimento de precatório à penhora, além de afirmar a inexistência de preponderância, em abstrato, do princípio da menor onerosidade para o devedor sobre o da efetividade da tutela executiva. Exige-se, para a superação da ordem legal prevista no art. 655 do CPC, firme argumentação baseada em elementos do caso concreto. Precedentes do STJ.

7. Em suma: em princípio, nos termos do art. 9º, III, da Lei 6.830/1980, cumpre ao executado nomear bens à penhora, observada a ordem legal. É dele o ônus de comprovar a imperiosa necessidade de afastá-la, e, para que essa providência seja adotada, mostra-se insuficiente a mera invocação genérica do art. 620 do CPC.

8. Diante dessa orientação, e partindo da premissa fática delineada pelo Tribunal a quo, que atestou a "ausência de motivos para que (...) se inobservasse a ordem de preferência dos artigos 11 da LEF e 655 do CPC, notadamente por nem mesmo haver sido alegado pela executada impossibilidade de penhorar outros bens (...)" -fl. 149, não se pode acolher a pretensão recursal.

9. Recurso Especial parcialmente provido apenas para afastar a multa do art. 538, parágrafo único, do CPC. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.

(REsp 1337790/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/06/2013, DJe 07/10/2013 - ressaltei)

Ademais, há de ser ressaltado que a recorrente não comprovou a imperiosa necessidade de afastar a ordem legal de penhora, uma vez que, ratifique-se, a invocação do princípio da menor onerosidade (artigo 805 do CPC) não é suficiente e, no que se refere à alegação de que precisa dos seus ativos financeiros como capital de giro para desenvolvimento regular de suas atividade, não foi demonstrada (Recurso Especial nº 1.114.767/RS). Os documentos juntados pela empresa na ação originária em sua manifestação acerca da recusa da exequente não corroboram a imprescindível necessidade de mitigar a preferência legalmente estabelecida de penhora, especialmente considerado que foi apresentada uma declaração, de agosto de 2017, da pessoa jurídica, segundo a qual não poderia, com o bloqueio do seus ativos, honrar com seus compromissos, tais como folha de pagamento, aluguel e contas de energia, água e telefonia, um cálculo de folha mensal, as citadas contas e extratos bancários, todos do período mencionado (2017), ou seja, não foi confirmada a eventual atual condição da empresa, especialmente considerado que a decisão agravada é de 29/8/2019 (Id 90829780 - pág. 32). Não há que se falar, assim, em violação às Súmulas 70, 323, 547 do STF e 461/STJ ou aos artigos 9º, 10 do CPC, 170 da CF, dado que a agravante teve oportunidade de oferecer bens à penhora, tanto que o fez sem observância à ordem legal. Prevalece, assim, o direito à recusa da exequente. Ademais, o STJ também definiu em sede de recurso representativo da controvérsia que a penhora prescinde do esgotamento das diligências *on line* para a busca de bens desde a Lei nº 11.382/2006: REsp nº 1.184.765/PA. Frise-se que a decisão que deferiu o bloqueio é posterior à vigência dessa lei, com o que é plenamente legal a constrictão preferencial do dinheiro, mesmo que existam outros bens (artigo 11 da LEF), especialmente no caso concreto, em que, reitero-se, a recorrente não demonstrou a real necessidade de afastar a ordem legal.

Assim, não comprovada afronta ao artigo 932 do CPC, inalterada a situação fática e devidamente enfrentados as questões controvertidas e os argumentos deduzidos, a irresignação não merece provimento, o que justifica a manutenção da decisão recorrida por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo legal.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. EXECUÇÃO FISCAL. CESSÃO DE CRÉDITO. RECUSA À GARANTIA OFERTADA. ATO LEGÍTIMO. PENHORA BACENJUD. ORDEM PREFERENCIAL. RECURSO DESPROVIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento, em sede de representativo de controvérsia, no sentido de que, em princípio, o executado deve oferecer bens à penhora conforme a ordem legal (artigos 8º, 9º e 11 da LEF) e, se houver motivo para afastá-la, é dele o ônus de comprovar tal fato, eis que é insuficiente a mera invocação genérica do princípio da menor onerosidade (artigo 620 do CPC/1973 e artigo 805 do CPC/2015).

- A recorrente não comprovou a imperiosa necessidade de afastar a ordem legal de penhora, uma vez que, ratifique-se, a invocação do princípio da menor onerosidade (artigo 805 do CPC) não é suficiente e, no que se refere à alegação de que precisa dos seus ativos financeiros como capital de giro para desenvolvimento regular de suas atividade, não foi demonstrada (Recurso Especial nº 1.114.767/RS).

- Agravo legal desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao agravo legal, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram os Des. Fed. MARLI FERREIRA e Des. Fed. MÔNICA NOBRE, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5001599-97.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANA PAULA STOLF MONTAGNER PAULILLO - SP139458-N

AGRAVADO: DAIRY PARTNERS AMERICAS BRASIL LTDA.

Advogado do(a) AGRAVADO: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5001599-97.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANA PAULA STOLF MONTAGNER PAULILLO - SP139458-N

AGRAVADO: DAIRY PARTNERS AMERICAS BRASIL LTDA.

Advogado do(a) AGRAVADO: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Agravo legal interposto por DAIRY PARTNERS AMERICAS BRASIL LTDA. contra decisão que, nos termos do artigo 932, V, b, do CPC, deu provimento ao agravo de instrumento para reformar a decisão atacada e autorizar a penhora via BACENJUD (Id. 92596948 - Pág. 1/4).

Sustenta a agravante, em síntese, que a oferta do seguro-garantia, que se equipara a dinheiro, encontra respaldo na Lei nº 13.043/2014 e artigos 15, I, 7º, I, e 9º, II, §3º, da Lei nº 6.830/80, o que afasta a incidência do artigo 854 do CPC e a alegação inovadora do agravado acerca da existência de irregularidades na apólice, pois em consonância com a Portaria PGF nº 440/2016. Por fim, alega que a recusa do credor é indevida, uma vez que não há pedido de substituição de bem, dado que o seguro foi apresentado de forma espontânea, tampouco a lei impõe ordem de preferência para garantia em dinheiro, visto que manteve o princípio da menor onerosidade ao devedor, previsto no artigo 805 do CPC (Id. 102589270 - Pág. 1/31).

Contraminuta (Id. 107199984 - Pág. 1/3).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5001599-97.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANA PAULA STOLF MONTAGNER PAULILLO - SP139458-N

AGRAVADO: DAIRY PARTNERS AMERICAS BRASIL LTDA.

Advogado do(a) AGRAVADO: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Objetiva a agravante seja reformada a decisão atacada, dado que entende que deve ser aceita a apólice de seguro que ofertou como garantia à dívida executada, em atenção ao princípio da menor onerosidade ao devedor.

Não merecem guarida as alegações expendidas, dado que o Superior Tribunal de Justiça firmou orientação no sentido de que, após a vigência da Lei n.º 11.382/2006, o bloqueio de numerário de conta-corrente por meio do sistema BACEN-JUD passou a ser opção preferencial para penhora, consoante o artigo 835, inciso I, do Código de Processo Civil, ainda que ofertadas outras garantias (artigo 11, §1º, Lei nº 6830/80). A questão foi analisada no Recurso Especial n.º 1.184.765/PA, representativo da controvérsia, submetido ao regime da Lei n.º 11.672/2008, que entendeu que os valores mantidos em depósitos e aplicações em instituições financeiras se equiparam a dinheiro em espécie e, ao contrário do que a agravante alega, têm preferência sobre os demais itens apontados na ordem legal, observadas as restrições contidas no artigo 833 do Código de Processo Civil. Nesse sentido, segue a ementa do julgado, *in verbis*:

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

1. A utilização do Sistema BACEN-JUD, no período posterior à *vacatio legis* da Lei 11.382/2006 (21.01.2007), prescinde do exaurimento de diligências extrajudiciais, por parte do exequente, a fim de se autorizar o bloqueio eletrônico de depósitos ou aplicações financeiras

(...).

2. A execução judicial para a cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias é regida pela Lei 6.830/80 e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil. 3. A Lei 6.830/80, em seu artigo 9º, determina que, em garantia da execução, o executado poderá, entre outros, nomear bens à penhora, observada a ordem prevista no artigo 11, na qual o "dinheiro" exsurge com primazia.

4. Por seu turno, o artigo 655, do CPC, em sua redação primitiva, dispunha que incumbia ao devedor, ao fazer a nomeação de bens, observar a ordem de penhora, cujo inciso I fazia referência genérica a "dinheiro".

5. Entrementes, em 06 de dezembro de 2006, sobreveio a Lei 11.382, que alterou o artigo 655 e inseriu o artigo 655-A ao Código de Processo Civil, *verbis*: "Art. 655. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem: I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou

aplicação em instituição financeira; II - veículos de via terrestre; III - bens móveis em geral; (...)

"

6. a 7 (...).

8. Nada obstante, a partir da vigência da Lei 11.382/2006, os depósitos e as aplicações em instituições financeiras passaram a ser considerados bens preferenciais na ordem da penhora, equiparando-se a dinheiro em espécie (artigo 655, I, do CPC), tornando-se prescindível o exaurimento de diligências extrajudiciais a fim de se autorizar a penhora on line (artigo 655-A, do CPC).

9. a 16 (...)

17. Contudo, impende ressaltar que a penhora eletrônica dos valores depositados nas contas bancárias não pode descurar-se da norma inserta no artigo 649, IV, do CPC (com a

redação dada pela Lei 11.382/2006), segundo a qual são absolutamente impenhoráveis "os

vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal".

18. (...)

19. Recurso especial fazendário provido, declarando-se a legalidade da ordem judicial que importou no bloqueio liminar dos depósitos e aplicações financeiras constantes das contas bancárias dos executados.

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

(STJ, RECURSO ESPECIAL Nº 1.184.765 - PA (2010/0042226-4); RELATOR: MINISTRO LUIZ FUX; DJe 03/12/2010 - grifei)

Não obstante a possibilidade de se garantir o débito com o seguro-garantia, a penhora de ativos financeiros tem preferência na ordem legal dos artigos 11 da LEF, 835, I, e 854 do CPC, notadamente porque há recusa justificada do exequente, que alega irregularidade da apólice, dado que, ainda que se trate de oferta inicial e espontânea, não contém o acréscimo de 30% previsto em lei em caso de substituição da penhora e não observa a atualização pelos índices aplicáveis aos débitos inscritos em dívida ativa (artigos 2º e 6º, II, da Portaria PFG 440/2016), entre outras anomalias aduzidas em 1ª instância, o que afasta a alegação inovação recursal. À vista desse contexto, a negativa do credor se apresenta razoável a fim de priorizar o bloqueio dos ativos financeiros da executada e em consonância com o disposto nos artigos 805 do CPC, 15, I, 7º, I, e 9º, II, § 3º, da Lei nº 6.830/80, alterados pela Lei nº 13.043/2014. Nesse sentido, já se manifestou o STJ, no REsp 1.337.790/PR, representativo da controvérsia:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. NOMEAÇÃO DE BENS À PENHORA. PRECATÓRIO. DIREITO DE RECUSA DA FAZENDA PÚBLICA. ORDEM LEGAL. SÚMULA 406/STJ. ADOÇÃO DOS MESMOS FUNDAMENTOS DO RESP 1.090.898/SP (REPETITIVO), NO QUAL SE DISCUTIU A QUESTÃO DA SUBSTITUIÇÃO DE BENS PENHORADOS. PRECEDENTES DO STJ.

1. Cinge-se a controvérsia principal a definir se a parte executada, ainda que não apresente elementos concretos que justifiquem a incidência do princípio da menor onerosidade (art. 620 do CPC), possui direito subjetivo à aceitação do bem por ela nomeado à penhora em Execução Fiscal, em desacordo com a ordem estabelecida nos arts. 11 da Lei 6.830/1980 e 655 do CPC.

[...]4. A Primeira Seção do STJ, em julgamento de recurso repetitivo, concluiu pela possibilidade de a Fazenda Pública recusar a substituição do bem penhorado por precatório (REsp 1.090.898/SP, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 31.8.2009). No mencionado precedente, encontra-se como fundamento decisório a necessidade de preservar a ordem legal conforme instituído nos arts. 11 da Lei 6.830/1980 e 655 do CPC.

5. A mesma ratio decidendi tem lugar in casu, em que se discute a preservação da ordem legal no instante da nomeação à penhora.

6. Na esteira da Súmula 406/STJ ("A Fazenda Pública pode recusar a substituição do bem penhorado por precatório"), a Fazenda Pública pode apresentar recusa ao oferecimento de precatório à penhora, além de afirmar a inexistência de preponderância, em abstrato, do

princípio da menor onerosidade para o devedor sobre o da efetividade da tutela executiva.

Exige-se, para a superação da ordem legal prevista no art. 655 do CPC, firme argumentação baseada em elementos do caso concreto. Precedentes do STJ.

7. Em suma: em princípio, nos termos do art. 9º, III, da Lei 6.830/1980, cumpre ao executado nomear bens à penhora, observada a ordem legal. É dele o ônus de comprovar a

imperiosa necessidade de afastá-la, e, para que essa providência seja adotada, mostra-se

insuficiente a mera invocação genérica do art. 620 do CPC.

8. Diante dessa orientação, e partindo da premissa fática delineada pelo Tribunal a quo, que atestou a "ausência de motivos para que (...) se inobservasse a ordem de preferência dos artigos 11 da LEF e 655 do CPC, notadamente por nem mesmo haver sido alegado pela executada impossibilidade de penhorar outros bens (...) - fl. 149, não se pode acolher a pretensão recursal.

9. Recurso Especial parcialmente provido apenas para afastar a multa do art. 538, parágrafo único, do CPC. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.

(REsp 1337790/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/06/2013, DJe 07/10/2013 - ressaltei)

ssim, não foi comprovada afronta ao artigo 932 do CPC, inalterada a situação fática, inclusive acerca do inconformismo com o entendimento dos representativos colacionados, e devidamente enfrentados as questões controvertidas e os argumentos deduzidos, a irresignação não merece provimento, o que justifica a manutenção da decisão recorrida por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo legal.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA BACENJUD. ORDEM PREFERENCIAL. RECUSA JUSTIFICADA DO CREDOR ACERCA DO SEGURO GARANTIA. RECURSO DESPROVIDO.

- Após a vigência da Lei n.º 11.382/2006, o bloqueio de numerário de conta-corrente por meio do sistema BACEN-JUD passou a ser opção preferencial para penhora, consoante o artigo 835, inciso I, do Código de Processo Civil, ainda que ofertadas outras garantias (artigo 11, §1º, Lei nº 6830/80). A questão foi analisada no Recurso Especial n.º 1.184.765/PA, representativo da controvérsia, submetido ao regime da Lei n.º 11.672/2008, que entendeu que os valores mantidos em depósitos e aplicações em instituições financeiras se equiparam a dinheiro em espécie e, ao contrário do que a agravante alega, têm preferência sobre os demais itens apontados na ordem legal, observadas as restrições contidas no artigo 833 do Código de Processo Civil.

- Não obstante a possibilidade de se garantir o débito com o seguro-garantia, a penhora de ativos financeiros tem preferência na ordem legal dos artigos 11 da LEF, 835, I, e 854 do CPC, notadamente porque há recusa justificada do exequente. À vista desse contexto, a negativa do credor se apresenta razoável a fim de priorizar o bloqueio dos ativos financeiros da executada e em consonância com o disposto nos artigos 805 do CPC, 15, I, 7º, I, e 9º, II, § 3º, da Lei nº 6.830/80, alterados pela Lei nº 13.043/2014.

- Agravo legal desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao agravo legal, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram os Des. Fed. MARLI FERREIRA e Des. Fed. MÔNICA NOBRE, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 0059111-02.1995.4.03.6100

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

PARTE AUTORA: BALCAO CREDITEL RECUPERACAO DE CREDITOS LTDA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: CYLMAR PITELLI TEIXEIRA FORTES - SP107950-A

PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 0059111-02.1995.4.03.6100
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
PARTE AUTORA: BALCAO CREDITEL RECUPERACAO DE CREDITOS LTDA
Advogado do(a) PARTE AUTORA: CYLMAR PITELLI TEIXEIRA FORTES - SP107950-A
PARTE RÉ: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

RELATÓRIO

Trata-se de devolução de autos à turma julgadora para juízo de retratação, nos termos § 3º do artigo 543-B do Código de Processo Civil de 1973, em virtude de o acórdão não se amoldar à orientação do RE 344.944 (Id 102927187 - págs. 266/270). A turma chegou a proceder à retração (págs. 276/281 do Id), mas posteriormente o acórdão foi anulado, em virtude de vício de intimação (págs. 331/336 do Id).

Enquanto se aguardava novo julgamento, a empresa impetrante apresentou petição para informar que o Supremo Tribunal Federal havia reaberto a discussão relativa à matéria do *mandamus* - limitação do direito de compensação de prejuízos fiscais do IRPJ e da base de cálculo negativa da CSLL – no **RE 591.340 (tema 117)** e requereu o sobrestamento do processo até decisão definitiva (Id 102862123 - págs. 3/6).

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 0059111-02.1995.4.03.6100
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
PARTE AUTORA: BALCAO CREDITEL RECUPERACAO DE CREDITOS LTDA
Advogado do(a) PARTE AUTORA: CYLMAR PITELLI TEIXEIRA FORTES - SP107950-A
PARTE RÉ: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

VOTO

Mandado de segurança que a empresa objetiva a compensação do prejuízo fiscal acumulado e da base de cálculo negativa relativos, respectivamente, ao imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido, sem as limitações introduzidas pelos artigos 42 e 58 da Medida Provisória nº812/1994, convertida na Lei nº 8.981/1995, relativos à limitação de 30% para a redução do lucro líquido (inicial – Id 102927187 - págs. 4/16). A sentença concedeu a segurança (págs. 165/169) e os autos vieram a este tribunal, em virtude da remessa oficial, que foi desprovida (págs. 186/200). A demanda seguiu ao Supremo Tribunal Federal, em decorrência da interposição de recurso extraordinário, e a Corte Suprema determinou a devolução dos autos para os fins do artigo 543-B do CPC/1973, considerado que havia sido reconhecida a repercussão geral da matéria no **RE 591.340** (págs. 259/260). A Vice-Presidência deste tribunal recebeu o processo, sobrestou o recurso extraordinário e, posteriormente, devolveu-o a esta turma julgadora para juízo de retratação, nos termos § 3º do artigo 543-B do Código de Processo Civil de 1973, em virtude de o acórdão não se amoldar à orientação do RE 344.944 (págs. 266/270). A 4ª Turma chegou a retratar-se com base no RE 334.994 (págs. 276/281), *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 543-B §3º DO CPC. TRIBUTÁRIO. DEDUÇÃO DE PREJUÍZOS FISCAIS. ARTS. 42 E 58 DA LEI 8.981/95. CONSTITUCIONALIDADE ASSENTADA PELO EXCELSOPRETÓRIO (RE 344.994/PR, PLENO, REL. MIN. MARCO AURÉLIO). REMESSA OFICIAL PROVIDA.

No entanto, tal acórdão foi anulado, em virtude de nulidade de intimação (págs. 331/336). Enquanto se aguardava nova análise por esta turma, o STF finalizou novo julgamento da questão no **RE 591.340**, também no sentido da constitucionalidade do limite anual de compensação previsto nos artigos 42 e 58 da Lei nº 8.981/1995, objeto deste *mandamus*. Destaque-se a ementa:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA DE PESSOA JURÍDICA E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. PREJUÍZO. COMPENSAÇÃO. LIMITE ANUAL. LEI 8.981/1995, ARTS. 42 E 58. LEI 9.065/95, ARTS. 15 E 16. CONSTITUCIONALIDADE. 1. *A técnica fiscal de compensação gradual de prejuízos, prevista em nosso ordenamento nos arts. 42 e 58 da Lei 8.981/1995 e 15 e 16 da Lei 9.065/1995, relativamente ao Imposto de Renda de Pessoa Jurídica e à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, não ofende nenhum princípio constitucional regente do Sistema Tributário Nacional.* 2. *Recurso extraordinário a que nega provimento, com afirmação de tese segundo a qual É constitucional a limitação do direito de compensação de prejuízos fiscais do IRPJ e da base de cálculo negativa da CSLL.*

(RE 591340, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 27/06/2019, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31-01-2020 PUBLIC 03-02-2020 - ressaltei)

Dessa forma, deve ser dado provimento à remessa oficial, a fim de que seja denegada a segurança.

Ante o exposto, **voto para que se retrate do acórdão Id 102927187 - págs. 186/200**, a fim de que seja dado provimento à remessa oficial para denegar a segurança.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL, TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. REMESSA OFICIAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 543-B, § 3º, DO CPC/1973. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPOSTO DE RENDA DE PESSOA JURÍDICA E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. PREJUÍZO. COMPENSAÇÃO. LIMITE ANUAL. LEI 8.981/1995, ARTIGOS 42 E 58. CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO STF NO RE 591.340.

- O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 591.340, no qual foi reconhecida a repercussão geral da matéria, pacificou o seguinte entendimento: *É constitucional a limitação do direito de compensação de prejuízos fiscais do IRPJ e da base de cálculo negativa da CSLL.*

- Nos termos do § 3º do artigo 543-B do Código de Processo Civil de 1973, a turma retrata-se do acórdão Id 102927187 - págs. 186/200, a fim de que seja dado provimento à remessa oficial para denegar a segurança.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu retratar-se do acórdão ID 102927187 - págs. 186/200, a fim de que seja dado provimento à remessa oficial para denegar a segurança, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votamos Des. Fed. MARLI FERREIRA e Des. Fed. MÔNICA NOBRE, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001339-03.2017.4.03.6107
RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: MONTE AZUL ENGENHARIA AMBIENTAL LTDA
Advogado do(a) APELADO: GUSTAVO CHECHE PINA - SP266661-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001339-03.2017.4.03.6107
RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: MONTE AZUL ENGENHARIA AMBIENTAL LTDA
Advogado do(a) APELADO: GUSTAVO CHECHE PINA - SP266661-A

RELATÓRIO

A Excelentíssima Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

Trata-se de ação ordinária em que a autora requer a exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como o reconhecimento à respectiva restituição/compensação quinzenal. Valor atribuído à causa: R\$ 100.000,00, composição em dezembro/2017.

O MM. Juízo *a quo* julgou procedente o pedido, condenando, ainda, a União Federal ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados na forma do artigo 85, § 3º, em seus percentuais mínimos. Não submeteu ao reexame necessário.

Irresignada, apelou a União Federal, reproduzindo, em apertada síntese, os argumentos expendidos ao longo do processo, notadamente acerca da legalidade da inclusão do ICMS/ISS, na base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como insurgindo-se quanto à compensação autorizada e assinalando, ainda, a necessidade da observância da Lei nº 12.973/14

Com contrarrazões, onde a autora suscitou a majoração dos honorários advocatícios nos termos do artigo 85, §§ 1º e 11, do CPC, subiram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001339-03.2017.4.03.6107
RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: MONTE AZUL ENGENHARIA AMBIENTAL LTDA
DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 23/06/2020 2577/4253

VOTO

A Excelentíssima Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

Sobre a matéria de fundo, vinha aplicando esta Relatoria o entendimento do C. STJ, conforme julgamento proferido no REsp 1.144.469/PR, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC/73, no sentido de reconhecer a legalidade da inclusão da parcela relativa ao ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS.

Todavia, ao apreciar o tema no âmbito do RE 574.706/PR-RG (Rel. Min. Cármen Lúcia), o E. STF firmou a seguinte tese:

Tema 069: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS."

Quanto à análise da compensação tributária, em sede de ação ordinária, observo que o próprio C. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento que *"em demanda voltada à repetição do indébito tributário é imprescindível apenas a comprovação da qualidade de contribuinte do autor; não sendo necessária a juntada de todos os demonstrativos de pagamento/retenção do tributo no momento da propositura da ação, por ser possível a sua postergação para a fase de liquidação, momento em que deverá ser apurado o quantum debeatur."* - REsp 1.089.241/MG, Relator Ministro MAURO CAMPES MARQUES, Segunda Turma, j. 14/12/2010, DJ e 08/02/2011.

Nesse mesmo sentido, aquela E. Corte, em julgado sob a sistemática do artigo 543-C do CPC/73, decidiu:

"PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO - TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA - MUNICÍPIO DE LONDRINA - DESNECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO DE TODOS OS COMPROVANTES DE PAGAMENTO COM A INICIAL - APURAÇÃO DO "QUANTUM DEBEATUR" NA LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA.

*1. De acordo com a jurisprudência pacífica do STJ, em ação de repetição de indébito, no Município de Londrina, os documentos indispensáveis mencionados pelo art. 283 do CPC são aqueles hábeis a comprovar a legitimidade ativa ad causam do contribuinte que arcou com o pagamento indevido da exação. **Dessa forma, conclui-se desnecessária, para fins de reconhecer o direito alegado pelo autor, a juntada de todos os comprovantes de recolhimento do tributo, providência que deverá ser levada a termo, quando da apuração do montante que se pretende restituir, em sede de liquidação do título executivo judicial.***

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

Recurso especial improvido."

(REsp 1.111.003/PR, Relator Ministro HUMBERTO MARTINS, Primeira Seção, j. 13/05/2009, DJe 25/05/2009; destacou-se)

Cumprido anotar, ainda, que referido entendimento incidente ao recolhimento do ISS, face à novel decisão da Excelsa Corte, vem sendo aplicado neste C. Tribunal, inclusive pela E. Segunda Seção, conforme recentes arestos que ora colho, *verbis*:

"EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO ORDINÁRIA. EXCLUSÃO DO ISS DA BASE DE CÁLCULO DE PIS/COFINS. POSSIBILIDADE. DECISÃO STF. PRECEDENTES DESTA CORTE. EMBARGOS INFRINGENTES PROVIDOS.

I - A questão posta nos autos diz respeito à possibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS da COFINS. É certo que as discussões sobre o tema são complexas e vêm de longa data, suscitando várias divergências jurisprudenciais até que finalmente restasse pacificada no recente julgamento do RE 574.706.

II - As alegações do contribuinte e coadunam com o posicionamento atual da Suprema Corte, conforme o RE 574.706/PR, julgado na forma de recurso repetitivo.

III - E não se olvide que o mesmo raciocínio no tocante a não inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS se aplica ao ISS.

IV - Embargos infringentes providos."

(Emb. Infringentes 2014.61.00.001887-9/SP, Relator Desembargador Federal ANTÔNIO CEDENHO, Segunda Seção, j. 02/05/2017; D.E. 15/05/2017; destacou-se)

A ata do referido julgamento restou assim concluída;erbis:

"JULGADO EMBARGOS INFRINGENTES (DECISÃO: 'A SEGUNDA SEÇÃO, POR UNANIMIDADE, DECIDIU DAR PROVIMENTO AOS EMBARGOS INFRINGENTES PARA QUE PREVALEÇA O VOTO VENCIDO NO SENTIDO DA NÃO INCLUSÃO DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DOS PIS/COFINS, NOS TERMOS DO VOTO DO DESEMBARGADOR FEDERAL ANTÔNIO CEDENHO (RELATOR). VOTARAM OS DESEMBARGADORES FEDERAIS MÔNICA NOBRE, MARCELO SARAIVA, DIVA MALERBI, ANDRÉ NABARRETE, FÁBIO PRIETO, NERY JÚNIOR, CARLOS MUTA, CONSUELO YOSHIDA, JOHONSOMDI SALVO E NELTON DOS SANTOS. AUSENTE, JUSTIFICADAMENTE, A DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA.') (RELATOR P/ACORDÃO: DES. FED. ANTONIO CEDENHO) (EM02/05/2017)"

No mesmo compasso, as EE. Terceira e Sexta Turmas desta C. Corte;erbis:

"PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL. OCORRÊNCIA. ACOLHIMENTO. PREQUESTIONAMENTO. EFEITO INFRINGENTE.

1. Existência de erro material no v. acórdão embargado, uma vez que no item 9 da ementa constou a inexigibilidade apenas do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins, quando o correto seria constar também o ISS.

2. Assim, o item 9 da ementa (fls. 217vº) é corrigido e passa a apresentar a seguinte redação: '9. A r. sentença recorrida deve ser reformada, provendo-se o apelo da impetrante, para reconhecer a inexigibilidade do ICMS e do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como o direito à compensação dos débitos com tributos e contribuições administrados pela RFB, ressalvadas as exceções mencionadas, nos termos do art. 170-A do CTN, após o trânsito em julgado do presente feito, observada a prescrição quinquenal. A compensação, no entanto, fica sujeita à devida homologação pelo Fisco e os valores deverão ser atualizados com a utilização da Taxa Selic, excluindo-se todos os demais índices de juros e correção monetária.'

3. No mais, não restou configurada qualquer contradição, obscuridade, omissão ou erro material no v. acórdão, nos moldes do artigo 1.022, incisos I, II e III, da Lei nº 13.105/2015 - CPC.

4. Restou devidamente consignado no decisum que 'Sob outro aspecto, por identidade de razões, o referido posicionamento do C. STF ao reconhecer a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS deve ser estendido ao ISS'.

5. Ademais, em relação à oposição de embargos de declaração frente à decisão do STF, eventual modulação do julgado não impede o imediato julgamento dos recursos pendentes. Registre-se, ainda, a impossibilidade de sobrestamento do feito, pois, consoante entendimento firmado pelo STJ, o instituto exige expressa determinação em vigor da Suprema Corte, devendo esta ser a interpretação a ser dada ao agora vigente art. 1035, § 5º, do CPC/15 e ao art. 328 do RISTF c/c art. 543-B do CPC/73.

6. De outra parte, a fundamentação desenvolvida mostra-se clara e precisa, sem representar ofensa às disposições contidas no art. 195, I, b da CF, arts. 489, § 1º, IV a VI, 525, § 13, 926, 927, § 3º, 1.036, 1.039 e 1.040 do CPC, art. 27 da Lei nº 9.868/99, Lei Complementar nº 70/91 ou nas Leis nºs 9.718/98, 10.637/02 e 10.833/03.

7. Mesmo para fins de prequestionamento, estando o acórdão ausente dos vícios apontados, os embargos de declaração não merecem acolhida.

8. Embargos de declaração opostos pela TRANSPORTADORA AJOFER LTDA acolhidos, sem efeito modificativo do julgado, e embargos opostos pela União Federal (FAZENDA NACIONAL) rejeitados."

(Edcl na AC 2016.61.26.000935-8/SP, Relatora Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA, Sexta Turma, j. 08/11/2018, D.E. 23/11/2018)

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. LEI 12.973/2014. ISS NA BASE DE CÁLCULO DA PIS/COFINS.

1. Consolidada a jurisprudência desta turma no sentido de que a entrada em vigor do artigo 119, da Lei 12.973/2014 não alterou o conceito de base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS.

2. É inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme assentado no RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.

3. Tal posicionamento foi, a propósito, confirmado pela Suprema Corte na conclusão do julgamento do RE 574.706, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, d.j. 15/03/2017, dotado de repercussão geral.

4. Cumpre acolher, pois, a orientação da Turma, firmada a propósito do ISS e ICMS.

5. Agravo de instrumento provido."

(AI 2017.03.00.000035-6/SP, Relator Desembargador Federal CARLOS MUTA, Terceira Turma, j. 05/04/2017, D.E. 24/04/2017; v.u.)

Em igual andar, o Ag. Interno 2009.61.00.007561-2/SP, Relator Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE, decisão de 04/04/2017, D.E. 19/04/2017.

No que toca à argumentação de que o ISS não se encontra abrangido pelo julgamento proferido pelo STF nos autos do RE n.º 574.706/PR, cumpre assinalar, conforme entendimento já firmado por esta E. Turma julgadora, onde restou assentado em idêntico exame, que "(...) embora o julgamento do RE n.º 574.706 não tenha abrangido o ISS, como argumentado, destaque-se que no caso afigura-se plenamente cabível a aplicação do raciocínio utilizado no julgamento do citado paradigma à situação concreta apresentada. Ademais o reconhecimento da repercussão geral sobre o tema (RE n.º 592.616) não constitui impedimento ao julgamento do apelo interposto." - AC 2008.61.05.012385-3/SP, Relator Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE, Quarta Turma, j. 01/08/2018, D.E. 07/12/2018, sobre o ponto, v.u.)

Acresça-se, por oportuno, que a pendência de análise de modulação dos efeitos, pelo eventual acolhimento dos aclaratórios opostos no referido RE 574.706/PR, não temo condão de atrair efeito suspensivo, não merecendo, também nesse viés, prosperar eventual alegação da União Federal sobre o ponto - nesse exato sentido, aliás, AC 2015.61.10.008586-0/SP, Relator Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE, decisão de 08/03/2018, D.E. 23/03/2018; EDcl na AMS 2007.61.12.007763-9/SP, Relator Desembargador Federal MARCELO SARAIVA, decisão de 26/03/2018, D.E. 05/04/2018, e AMS 2014.61.05.010541-3/SP, Relatora Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE, Quarta Turma, j. 21/02/2018, D.E. 22/03/2018.

Quanto ao argumento tecido pela União, que se refere à Lei n.º 12.973/14, a qual altera o conceito de receita bruta insculpida no Decreto n.º 1.598/77, igual sorte lhes é reservada, uma vez que restou firmado que "o E. Supremo Tribunal Federal, no RE 574.706/PR, em sede de repercussão geral, reconheceu como indevida a inclusão do ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS (RE 574.706/PR, Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, j. 15/03/2017, DJe 02/10/2017)", cujo voto da Relatora, a Exm.ª Ministra CARMEN LÚCIA analisa a matéria abarcando, inclusive, as alterações legislativas que sofreu, aí incluída a referida Lei n.º 12.973/14.

Finalmente, a restituição/compensação foi autorizada nos termos da legislação de regência, *observado o lustrum prescricional*, notadamente com respeito ao disposto no artigo 74 da Lei nº 9.430/96, com a redação que lhe conferiu a Lei nº 10.637/02, artigo 170-A do CTN e correção monetária com a incidência da Taxa SELIC, considerando que a presente demanda foi ajuizada em 19/12/2017.

Relativamente à alegação da autora, em sede de contrarrazões, creio que não deva prosperar, uma vez que os honorários advocatícios foram fixados na forma do artigo 85, § 3º, do CPC, seguindo entendimento já firmado por esta E. Turma julgadora em casos análogos ao presente.

Ante o exposto, nego provimento à apelação da União Federal, mantendo a r. sentença em seus exatos termos.

É como voto.

EMENTA

CONSTITUCIONAL, TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ICMS/ISS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS E DO PIS. ILEGALIDADE. STF RE 574.706/PR. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 069. COMPENSAÇÃO. SUFICIÊNCIA DA PROVA DA CONDIÇÃO DE CREDORA TRIBUTÁRIA. LEI 12.973/14. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MANUTENÇÃO.

1. Ao apreciar o tema no âmbito do RE 574.706/PR-RG (Rel. Min. Cármen Lúcia), o E. STF firmou a seguinte tese: "*O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.*"
2. Quanto à análise da compensação tributária, em sede de ação ordinária, observo que o próprio C. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento que "*em demanda voltada à repetição do indébito tributário é imprescindível apenas a comprovação da qualidade de contribuinte do autor; não sendo necessária a juntada de todos os demonstrativos de pagamento/retenção do tributo no momento da propositura da ação, por ser possível a sua postergação para a fase de liquidação, momento em que deverá ser apurado o quantum debeatur.*" - REsp 1.089.241/MG, Relator Ministro MAURO CAMPESANA MARQUES, Segunda Turma, j. 14/12/2010, DJ e 08/02/2011.
3. Já no que se refere à Lei nº 12.973/14, a qual altera o conceito de receita bruta insculpida no Decreto nº 1.598/77, igual sorte lhes é reservada, uma vez que, conforme já aqui assinalado, o E. Supremo Tribunal Federal, no RE 574.706/PR, em sede de repercussão geral, reconheceu como indevida a inclusão do ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS (RE 574.706/PR, Relatora Ministra CARMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, j. 15/03/2017, DJe 02/10/2017)", cujo voto da Exmª Relatora, analisa a matéria abarcando, inclusive, as alterações legislativas que sofreu, aí incluída a referida Lei nº 12.973/14.
4. Cumpre anotar, ainda, que referido entendimento incidente ao recolhimento do ISS, face à novel decisão da Excelso Corte, vem sendo aplicado neste C. Tribunal. Nesse exato sentido, os seguintes precedentes: Emb. Infringentes 2014.61.00.001887-9/SP, Relator Desembargador Federal ANTÔNIO CEDENHO, Segunda Seção, j. 02/05/2017; D.E. 15/05/2017; Edcl na AC 2016.61.26.000935-8/SP, Relatora Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA, Sexta Turma, j. 08/11/2018, D.E. 23/11/2018; AI 2017.03.00.000035-6/SP, Relator Desembargador Federal CARLOS MUTA, Terceira Turma, j. 05/04/2017, D.E. 24/04/2017; v.u.; e Ag. Interno 2009.61.00.007561-2/SP, Relator Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE, decisão de 04/04/2017, D.E. 19/04/2017.
5. No que toca à argumentação de que ISS não se encontra abrangido pelo julgamento proferido pelo STF nos autos do RE n.º 574.706/PR, conforme entendimento já firmado por esta E. Turma julgadora, onde restou assentado em idêntico exame, que "(...) embora o julgamento do RE n.º 574.706 não tenha abrangido o ISS, como argumentado, destaque-se que no caso afigura-se plenamente cabível a aplicação do raciocínio utilizado no julgamento do citado paradigma à situação concreta apresentada. Ademais o reconhecimento da repercussão geral sobre o tema (RE n.º 592.616) não constitui impedimento ao julgamento do apelo interposto." - AC 2008.61.05.012385-3/SP, Relator Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE, Quarta Turma, j. 01/08/2018, D.E 07/12/2018, sobre o ponto, v.u.).

6. Acresça-se, em movimento derradeiro e por oportuno sobre a questão, que a pendência de análise de modulação dos efeitos, pelo eventual acolhimento dos aclaratórios opostos no referido RE 574.706/PR, não tem o condão de atrair efeito suspensivo, não merecendo, também nesse viés, prosperar eventual alegação da União Federal sobre o ponto - nesse exato sentido, aliás, AC 2015.61.10.008586-0/SP, Relator Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE, decisão de 08/03/2018, D.E. 23/03/2018; EDcl na AMS 2007.61.12.007763-9/SP, Relator Desembargador Federal MARCELO SARAIVA, decisão de 26/03/2018, D.E. 05/04/2018, e AMS 2014.61.05.010541-3/SP, Relatora Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE, Quarta Turma, j. 21/02/2018, D.E. 22/03/2018.

7. Relativamente à alegação da autora, em sede de contrarrazões, não há como prosperar, uma vez que os honorários advocatícios foram fixados na forma do artigo 85, § 3º, do CPC, seguindo entendimento já firmado por esta E. Turma julgadora em casos análogos ao presente.

8. Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à apelação da União Federal, nos termos do voto da Des. Fed. MARLI FERREIRA (Relatora), com quem votaram os Des. Fed. MÔNICA NOBRE e MARCELO SARAIVA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0026798-08.2010.4.03.6182

RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA

APELANTE: DISTRIBUIDORA AUTOMOTIVA S.A., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: LEANDRO MARTINHO LEITE - SP174082-A, LAURINDO LEITE JUNIOR - SP173229-A

APELADO: DISTRIBUIDORA AUTOMOTIVA S.A., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELADO: LEANDRO MARTINHO LEITE - SP174082-A, LAURINDO LEITE JUNIOR - SP173229-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0026798-08.2010.4.03.6182

RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA

APELANTE: DISTRIBUIDORA AUTOMOTIVA S.A., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: LEANDRO MARTINHO LEITE - SP174082-A, LAURINDO LEITE JUNIOR - SP173229-A

APELADO: DISTRIBUIDORA AUTOMOTIVA S.A., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELADO: LEANDRO MARTINHO LEITE - SP174082-A, LAURINDO LEITE JUNIOR - SP173229-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial e apelações em execução fiscal ajuizada em face de DISTRIBUIDORA AUTOMOTIVA, contra sentença que acolheu os embargos de declaração opostos pela executada para extinguir o processo sem resolução do mérito por falta de interesse de agir da exequente, nos termos dos arts. 267, VI, cc 618, I, do CPC/73, cc art. 1º, parte final, da Lei nº 6.830/80, condenando a União ao pagamento de honorários fixados em R\$ 4.000,00, com fundamento no art. 20, § 4º, do CPC/73. A r. sentença foi submetida expressamente ao reexame necessário.

Irresignada, apela a executada (fls. 191/200) pugnando pela majoração dos honorários, estendendo a condenação para o ressarcimento das custas e despesas processuais.

Apela também a União Federal (fls. 229/238v) requerendo a reversão do julgado, reconhecendo-se o interesse da exequente, haja vista que o pedido de parcelamento foi analisado em 31/05/2010. Subsidiariamente requer a redução dos honorários arbitrados, arbitrando-os em importe adequado e equitativo.

Comcontrarrazões da União (fls. 218/228) e da executada (fls. 243/251), subiram os autos.

É o relatório

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0026798-08.2010.4.03.6182

RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA

APELANTE: DISTRIBUIDORA AUTOMOTIVA S.A., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: LEANDRO MARTINHO LEITE - SP174082-A, LAURINDO LEITE JUNIOR - SP173229-A

APELADO: DISTRIBUIDORA AUTOMOTIVA S.A., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELADO: LEANDRO MARTINHO LEITE - SP174082-A, LAURINDO LEITE JUNIOR - SP173229-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

De início não conheço da remessa oficial, haja vista se tratar de sentença terminativa, conforme entendimento pacífico no âmbito do C. STJ. Vejamos:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. REMESSA OFICIAL. NÃO CABIMENTO.

1. Esta Corte firmou o entendimento de que não há falar em obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição, em caso de sentença que julgou extinta execução fiscal, sem exame de mérito.

2. Agravo regimental a que se nega provimento."

(AgRg no REsp 1462167/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/11/2014, DJe 05/12/2014)

Passo ao exame dos recursos voluntários.

De plano verifico que, malgrado a executada tenha aderido em **08/12/2009** ao parcelamento instituído pela MP nº 470/2009, o crédito tributário foi inscrito em 21/06/2010 em Dívida Ativa da União (fls. 02) após decisão administrativa proferida em 31/05/2010 (fls. 78/79), que homologou parcialmente o pedido de parcelamento dos débitos formulado pela executada, à exceção daqueles rejeitados pelo Fisco.

Ressalte-se que somente após **20/07/2010**, data do ajuizamento do presente feito, a executada formulou pedido de reconsideração (fls. 81/94), que, aliás, **NÃO** tem o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário por ausência de previsão legal, nos termos do art. 151, III, do CTN.

Nesse sentido, já decidiu esta Corte, *in verbis*:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO DE REVISÃO DE CONSOLIDAÇÃO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DE DÉBITOS. CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. O "pedido de revisão de consolidação (PRC)" protocolado pela agravante não tem o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário, conforme expressamente previsto na legislação do parcelamento.

2. Não trouxe a recorrente qualquer documento comprobatório de impugnação ao auto de infração n. 10882.723761/2014-12, a fim de possibilitar a suspensão da exigibilidade nos termos do §2º do art. 6-A da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 15/20149. Agravo de instrumento provido.

3. Agravo de instrumento improvido. "

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5007163-57.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 18/10/2019, Intimação via sistema DATA: 24/10/2019 - destaques)

In casu, a adesão ao parcelamento como causa suspensiva da exigibilidade do crédito **restou superada** pela negativa da autoridade fiscal, autorizando a inscrição em Dívida Ativa, e conseqüente propositura da execução fiscal.

Portanto, não há que se falar em ausência de interesse da União Federal para a propositura da ação, embora em seu curso, tenha o Fisco revisado, **em 19/11/2010** (fls. 140/143), a decisão a partir de documentação apresentada pelo contribuinte em seu pedido de reconsideração de 23/08/2010.

Ante o exposto, não conheço da remessa oficial, e dou provimento à apelação da União Federal a fim de reformar a sentença que extinguiu o processo sem resolução do mérito, e com fundamento no art. 1.013, § 3º, I, do CPC, julgo extinto o processo, nos termos do artigo 924, II, do CPC. Por conseqüência, julgo prejudicada a apelação da executada.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. REMESSA OFICIAL. NÃO CONHECIMENTO. SENTENÇA TERMINATIVA. PRECEDENTES. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE CAUSA SUSPENSIVA DA EXIGIBILIDADE. ART. 151, III, CTN. INSCRIÇÃO E AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO APÓS O INDEFERIMENTO DO PARCELAMENTO. PAGAMENTO EFETUADO NO CURSO DA EXECUÇÃO. POSTERIOR REVISÃO ADMINISTRATIVA DA DECISÃO DE INDEFERIMENTO QUE NÃO INTERFERE NO INTERESSE DA UNIÃO QUANTO AO AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS INDEVIDOS.

1. De início não conheço da remessa oficial, haja vista se tratar de sentença terminativa, conforme entendimento pacífico no âmbito do C. STJ (AgRg no REsp 1462167/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/11/2014, DJe 05/12/2014).
2. Malgrado a executada tenha aderido em 08/12/2009 ao parcelamento instituído pela MP nº 470/2009, o crédito tributário foi inscrito em 21/06/2010 em Dívida Ativa da União (fls. 02) após decisão administrativa proferida em 31/05/2010 (fls. 78/79), que homologou parcialmente o pedido de parcelamento dos débitos formulado pela executada, à exceção daqueles rejeitados pelo Fisco.
3. Ressalte-se que somente após 20/07/2010, data do ajuizamento do presente feito, a executada formulou pedido de reconsideração (fls. 81/94), que, aliás, NÃO temo condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário por ausência de previsão legal, nos termos do art. 151, III, do CTN.
4. *In casu*, a adesão ao parcelamento como causa suspensiva da exigibilidade do crédito restou superada pela negativa da autoridade fiscal, autorizando a inscrição em Dívida Ativa, e conseqüente propositura da execução fiscal.
5. Remessa oficial não conhecida. Apelação da União Federal provida a fim de reformar a sentença, extinguindo-se o feito com fundamento no art. 924, II, do CPC. Apelação da executada prejudicada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu não conhecer da remessa oficial, dar provimento à apelação da União Federal e julgar prejudicada a apelação da executada, nos termos do voto da Des. Fed. MARLI FERREIRA (Relatora), com quem votaram os Des. Fed. MÔNICA NOBRE e MARCELO SARAIVA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0024269-05.2009.4.03.6100

RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA

APELANTE: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS, SANSIM SERVICOS MEDICOS LTDA

Advogado do(a) APELANTE: MAURY IZIDORO - SP135372-A

Advogado do(a) APELANTE: ELENA GOMES DA SILVA MERCURI - SP231309

APELADO: TEREZA DE OLIVEIRA DIAS DOBLINSKI

Advogado do(a) APELADO: CLAUDIO ROBERTO FRAGA - SP162253

OUTROS PARTICIPANTES:

TERCEIRO INTERESSADO: SIMEI DOBLINSKI

ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: VINICIUS DE ABREU GASPAR

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 0024269-05.2009.4.03.6100

RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA

APELANTE: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS, SANSIM SERVICOS MEDICOS LTDA

Advogado do(a) APELANTE: MAURY IZIDORO - SP135372-A

Advogado do(a) APELANTE: ELENA GOMES DA SILVA MERCURI - SP231309

APELADO: TEREZA DE OLIVEIRA DIAS DOBLINSKI

Advogado do(a) APELADO: CLAUDIO ROBERTO FRAGA - SP162253

OUTROS PARTICIPANTES:

TERCEIRO INTERESSADO: SIMEI DOBLINSKI

ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: VINICIUS DE ABREU GASPAR

RELATÓRIO

Cuida-se de recursos de apelação interpostos por EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS - ECT e SANSIM SERVIÇOS MÉDICOS, tirados de autos de ação Ordinária de Indenização que lhes promove ESPÓLIO DE TEREZA DE OLIVEIRA DIAS DOBLINSKI, julgado parcialmente procedente, condenado os apelantes solidariamente ao pagamento de danos morais no valor de R\$ 200.000,00, a ser pago em uma única parcela, corrigido monetariamente pelos índices adotados no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, além de juros moratórios de 1% ao mês, ambas a partir do arbitramento, nos termos da Súmula 362,STJ. Condenou ainda as recorrente em honorários de 10% sobre o valor da condenação .

Em razões de apelação, a Sansim Serviços Médicos alega (fls. 449) em preliminar a carência da ação, eis que atende os funcionários da corre, somente para exames periódicos relacionados à função laboral exercida, sem qualquer especialidade de atendimento. E que, verificada qualquer irregularidade nos exames, orienta o funcionário a procurar o acompanhamento de médico especializado.

Afirma que a autora depois dos exames de praxe deveria ter atendido à solicitação para comparecer para o retorno entre os dias 03/09 e 11/09/2007. Mas não compareceu.

A apelada foi atendida pela recorrente em exame oftalmológico entre 08 e 09 de maio de 2008, tendo sido considerada inapta, aconselhada a procurar oftalmologista, não tendo mais retornado, e novamente convocada em 20.08.2008, não tendo comparecido. Alega a inexistência de nexo causal entre a conduta do apelante e os fatos ocorridos no caso em questão. Alega ainda nulidade da sentença, eis que não lhe foi deferida a produção de prova testemunhal, quando pretendia comprovar que a atuação da Sansim era unicamente de medicina ocupacional. Pede que se anule a sentença para que possa exercer a ampla defesa com oitivas testemunhais. Quanto ao mérito, defendeu a licitude de sua conduta e pede o afastamento da teoria da perda de uma chance. Alega ter ocorrido julgamento “extra petita” em relação à fixação de danos morais e pede seja examinado os dispositivos que indica para fins de prequestionamento, pedindo o provimento de seu recurso.

Quanto ao recurso da ECT, aduz preliminarmente sua ilegitimidade de parte para figurar na presente ação, pois nunca esteve de posse do exame realizado pela apelada, não podendo ser responsabilizada por algo a que não deu causa, limitando-se a contratar, após regular licitação, a empresa Sancim Serviços Médicos para a realização dos exames médicos em seus funcionários. Enfatiza a responsabilidade da corre, nos termos do art. 70 da lei nº 8.666/93, impondo-se o reconhecimento de sua ilegitimidade. Em relação ao mérito, volta-se contra o quantum indenizatório por considerar que a sentença foi “ultra petita”, pedindo, caso se entenda pela fixação do quantum indenizatório seja o valor reduzido nos termos da inicial. Pede o provimento de seu recurso.

Sem contrarrazões pela apelada, subiram os autos.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 0024269-05.2009.4.03.6100

RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA

APELANTE: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS, SANSIM SERVICOS MEDICOS LTDA

Advogado do(a) APELANTE: MAURY IZIDORO - SP135372-A

Advogado do(a) APELANTE: ELENA GOMES DA SILVA MERCURI - SP231309

APELADO: TEREZA DE OLIVEIRA DIAS DOBLINSKI

Advogado do(a) APELADO: CLAUDIO ROBERTO FRAGA - SP162253

OUTROS PARTICIPANTES:

TERCEIRO INTERESSADO: SIMEI DOBLINSKI

ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: VINICIUS DE ABREU GASPAR

VOTO

Preliminarmente conheço do recurso da ECT mesmo tendo sido interposto antes do julgamento dos declaratórios pelo Juízo “a quo”, eis que a sentença foi mantida, tal como produzida em relação ao direito vindicado pela empresa recorrente, tudo nos termos do art. 1024, 5º, do CPC.

No que se refere à alegação de ilegitimidade aduzida pela ECT, seus argumentos não afastam sua responsabilidade quanto à conduta praticada pela contratada para a realização do Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional em seus empregados, conforme fundamentos a seguir.

Comprovado nos autos, a ocorrência de negligência por parte da apelante SANSIM, que de posse de mamografia da autora, não entregou à mesma a documentação e sequer a orientou a procurar um médico especialista.

Verdade que o mal insidioso que acometeu a autora, com ou sem o tal resultado de exame, poderia evoluir de forma sorrateira e formar as terríveis metástases.

No entanto, existia um protocolo, que as partes não negam existir.

Deveras, a ECT em documento encaminhado à autora (fls. 38) e em resposta às missivas encaminhadas e escritas de próprio punho pela autora, respondeu:

“Acusamos o recebimento da reclamação relatada por V. Sa. quantos aos exames clínicos e complementares realizados pela empresa SANSIM Serviços Médicos Ltda. prestadora de serviços terceirizados à ECT, que foi alvo de nossa máxima atenção.

Para a apuração dos fatos fizemos vasta investigação nos processos de comunicações entre nossa unidade operacional e a empresa SANSIM.”

Passa depois a empresa a informar que os exames realizados pela autora o foram em 15 de setembro de 2007 (Papanicolau e Mamografia), em ata posterior à ida da SANSIM na unidade CTC – Santo Amaro (12,13 e 14 de setembro), e afirmando que não houve omissão da ECT no cumprimento do Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional.

Por seu turno, a SANSIM afirma que os exames da paciente ***“ficaram então sob guarda de nossa empresa e mantendo assim o sigilo médico/paciente”*** (fls. 49).

O contrato de prestação de serviços de exames médicos, laboratoriais e radiológicos periódicos está encartado às fls. 88. Nele está clausulada a responsabilidade da SANSIM de encaminhar uma das vias do atestado de saúde ocupacional ao gestor da unidade de lotação do empregado e outra via ao empregado. Também ressalta do contrato o item 2.11, que indica que o empregado deve ser informado de forma clara pelo Médico do Trabalho sobre seu estado de saúde e que se houver qualquer alteração ou anormalidade em relação à sua avaliação clínica ou exames, o Médico deverá orientá-lo a procurar acompanhamento especializado.

O exame a que se submeteu a autora não lhe foi entregue, mesmo tendo esta insistido, com seu supervisor, tendo sido informada que a empresa a convocaria quando estivessem de posse do resultado.

Portanto, confessadamente o resultado da mamografia da autora, ficou de posse da empresa, mantendo-se o sigilo!

É de se indagar: sigilo em relação à própria paciente?

Em situação de tal gravidade, tenho que há efetivo nexo causal entre o resultado e a negligência das corrés no trato da saúde da empregada recorrida, que culminou com sua morte, o que enseja em decorrência a responsabilização das partes rés.

Sob um aspecto, porém, tenho que assiste razão às recorrentes.

É que o valor buscado pela autora, a título de indenização por dano moral, eis que o estético foi devida e fundamentadamente afastado pela sentença, foi de R\$ 50.000,00.

E nesse sentido, apenas em relação a esse valor entendo deva ser parcialmente provido os recursos de apelação, reduzindo-se a indenização a R\$ 50.000,00 a serem suportados solidariamente por ambas as corrés, a ser pago em parcela única, sujeita à incidência de juros e correção.

Em relação aos juros moratórios, incidentes a partir do evento danoso (Súmula 54/STJ), o Superior Tribunal de Justiça firmou posicionamento no sentido de que serão calculados à base de 0,5% ao mês, nos termos do artigo 1.062 do Código Civil de 1916 até a entrada em vigor do Novo Código Civil, ocasião em que deverão observar a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional (artigo 406), excluída nesse período a incidência cumulativa da correção monetária, passando, contudo, a partir de 30/06/2009, data da entrada em vigor da Lei nº 11.960/2009, a serem calculados com base no índice oficial de juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97.

Quanto à correção monetária, devida desde a data do arbitramento do dano moral (Súmula nº 362, STJ), com base no manual de cálculos da Justiça Federal, aplicando-se o IPCA a partir de 30/06/2009, consoante julgamento proferido no REsp 1.270.439/PR, submetido à sistemática do artigo 543-C do CPC, em conformidade com o posterior julgamento proferido no RE 870.947-RG, destacando -se não ter havido modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97.

A sucumbência mínima da autora impõe a manutenção da condenação em honorária fixada na r. sentença recorrida.

Ante o exposto, dou parcial provimento à remessa oficial e aos recursos de apelação quanto ao valor fixado para a condenação, bem como em relação aos critérios de atualização monetária e juros de mora.

É como voto.

EMENTA

DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. FATO PRATICADO POR EMPRESA CONTRATADA PELA ECT. LEGITIMIDADE PASSIVA DA EMPRESA PÚBLICA. EMPREGADA SUBMETIDA A EXAME PERIÓDICO DE SAÚDE. INJUSTIFICÁVEL SIGILO IMPOSTO À PACIENTE. AGRAVAMENTO DA SAÚDE POR DOENÇA IDENTIFICADA NO EXAME. NEXO DE CAUSALIDADE. DANO MORAL CONFIGURADO. REDUÇÃO. CABIMENTO. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. RE 870.947-RG. HONORÁRIOS. SUCUMBÊNCIA MÍNIMA DA AUTORA.

1. Comprovado nos autos a ocorrência de negligência por parte da apelante SANSIM, que de posse de mamografia da autora não entregou à mesma a documentação e sequer a orientou a procurar um médico especialista.
2. Verdade que o mal insidioso que acometeu a autora, com ou sem o tal resultado de exame, poderia evoluir de forma sorrateira e formar as terríveis metástases.
3. O exame a que se submeteu a autora não lhe foi entregue, mesmo tendo esta insistido, com seu supervisor, sendo informada que a empresa a convocaria quando estivessem de posse do resultado.
4. Em situação de tal gravidade, há efetivo nexo causal entre o resultado e a negligência das corrés no trato da saúde da empregada recorrida, que culminou com sua morte, o que enseja em decorrência a responsabilização solidária.
5. Em relação ao valor fixado na sentença, de rigor a redução da indenização a R\$ 50.000,00 a serem suportados solidariamente por ambas as corrés, a ser pago em parcela única, sujeita à incidência de correção e juros de mora.
6. A sucumbência mínima da autora impõe a manutenção da condenação em honorária fixada na r. sentença recorrida.
7. Apelações e remessa oficial parcialmente providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu dar parcial provimento à remessa oficial e aos recursos de apelação, nos termos do voto da Des. Fed. MARLI FERREIRA (Relatora), com quem votaramos Des.

Fed. MÔNICA NOBRE e MARCELO SARAIVA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5004387-12.2018.4.03.6114
RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA
APELANTE: MERCEDES-BENZ DO BRASIL LTDA., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE LIRA DE OLIVEIRA - SP218857-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, MERCEDES-BENZ DO BRASIL LTDA.
Advogado do(a) APELADO: ALEXANDRE LIRA DE OLIVEIRA - SP218857-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5004387-12.2018.4.03.6114
RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA
APELANTE: MERCEDES-BENZ DO BRASIL LTDA., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE LIRA DE OLIVEIRA - SP218857-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, MERCEDES-BENZ DO BRASIL LTDA.
Advogado do(a) APELADO: ALEXANDRE LIRA DE OLIVEIRA - SP218857-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A Exma. Senhora Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

Trata-se de apelação interposta por MERCEDES-BENZ DO BRASIL LTDA e pela FAZENDA NACIONAL em face de sentença que concedeu em parte a segurança para garantir à impetrante o direito de aplicar a alíquota de 2% (dois por cento) para apuração do benefício fiscal atrelado ao REINTEGRA até o final do exercício de 2018. Entendeu que os períodos relativos aos exercícios de 2015 e 2016 teriam em muito superado o prazo decadencial previsto no artigo 23 da Lei nº 12.016/2009 (ID 90183415).

A FAZENDA NACIONAL sustenta, em síntese, que os valores apurados no REINTEGRA não implicam em concessão de isenção ou desoneração, mas apenas de um crédito condicionado, de maneira que inaplicável o princípio tributário da anterioridade. Deve, assim, haver uma diferenciação com relação ao decidido no MC-ADI nº 2325/DF, por este tratar de matéria diversa (90183420).

Por sua vez, MERCEDES-BENZ DO BRASIL LTDA alega, em suma, que se trata de mandado de segurança preventivo, com eficácia declaratória, de sorte que não se aplica o prazo decadencial do artigo 23 da Lei 12.016/2009 (90183485)

Com contrarrazões, subiram os autos para julgamento (90183493, 90183495).

O Ministério Público Federal pugna pelo prosseguimento do feito (107698469)

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5004387-12.2018.4.03.6114
RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA
APELANTE: MERCEDES-BENZ DO BRASIL LTDA., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE LIRA DE OLIVEIRA - SP218857-A

VOTO

A Exma. Senhora Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

O E. Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência pacífica no sentido de que devem ser respeitados os princípios da anterioridade e da noventena (art. 150, III, "b" e "c", da CF) quando da redução da alíquota do benefício do Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras - REINTEGRA:

"A alteração no programa fiscal REINTEGRA, por acarretar indiretamente a majoração de tributos, deve respeitar os princípios da anterioridade geral e nonagesimal. Precedentes". (RE 1220805 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 29/11/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-275 DIVULG 11-12-2019 PUBLIC 12-12-2019)

"O acórdão recorrido encontra-se em harmonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de ser imperativa a observância do princípio da anterioridade, geral e nonagesimal (art. 150, III, b e c, da Constituição Federal), em face de aumento indireto de tributo decorrente da redução da alíquota de incentivo do Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras (REINTEGRA)". (RE 1040084 AgR, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 29/05/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-120 DIVULG 15-06-2018 PUBLIC 18-06-2018)

Com relação ao prazo decadencial, a Segunda Turma do E. Superior Tribunal de Justiça entende que o interstício de 120 (cento e vinte) dias para impetrar o mandado de segurança, previsto no art. 23 da Lei nº 12.903/2009, tem como termo inicial a publicação do ato de efeitos concretos que altera alíquota tributária, de maneira que correta a extinção do feito sem resolução de mérito no que tange aos Decretos nº 8.415/2015 e Decreto 8.543/2015:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DECRETO ESTADUAL. ATO DE FEITOS CONCRETOS. DECADÊNCIA DO DIREITO DE IMPETRAÇÃO. ART. 23 DA LEI 12.016/09. OCORRÊNCIA.

1. Na origem, trata-se de Mandado de Segurança Preventivo impetrado pela parte recorrente contra ato do Secretário da Fazenda do Estado do Paraná e do Delegado Regional da Receita Estadual de Ponta Grossa, alegando que tem direito líquido e certo ao pagamento da alíquota geral de 18% (dezoito por cento) sobre os serviços de energia elétrica, devendo ser desconsiderada a alíquota de 29% (vinte e nove por cento) prevista no Decreto Estadual 7.871/2017, que modificou o regulamento do ICMS no Estado do Paraná.

2. A Corte de origem reconheceu a decadência da impetração, por entender que o presente mandamus não possui caráter preventivo.

Afirma que se trata de impetração contra ato normativo de efeitos concretos, uma vez que "(...) o impetrante pretende impugnar a regularidade da majoração das alíquotas de tributação de energia elétrica, medida instituída pelo artigo 17, inciso IV, do Decreto Estadual nº 7.871/2017".

3. O acórdão recorrido concluiu: "(...) o ato sujeito à impugnação se consumou quando da publicação do decreto estadual, logo, a contagem do prazo decadencial, previsto no artigo 23 da Lei 12.016/2009, teve início na data de 02/10/2017".

4. A recorrente sustenta que "(...) o mandado de segurança em questão possui cunho 'preventivo', posto que consta como existente a situação de fato que enseja a prática do ato ilegal (sic), o qual se renova mês a mês, afastando o raciocínio relacionado ao prazo decadencial de 120 dias".

5. A compreensão esposada pela Corte de origem está em perfeito acordo com a orientação do STJ de que "(...) a obrigação tributária surge com a publicação da norma que a institui, constituindo ali ato único de efeitos concretos na esfera patrimonial do contribuinte, e sua cobrança periódica não tem o condão de transformá-la em obrigação de trato sucessivo para fins de impetração de mandado de segurança" (AgInt no REsp 1.627.784/GO, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 6.9.2019). Precedente: AgRg no RMS 50.114/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 17.3.2016.

6. No presente caso, o Decreto Estadual foi publicado em 2.10.2017 e o Mandado de Segurança só foi ajuizado em 29.1.2019, após, portanto, o prazo de 120 (cento e vinte) dias previsto no art. 23 da Lei 12.016/2009. Correta a decretação da decadência da impetração pelo Tribunal a quo.

7. Recurso Ordinário não provido.

(RMS 61.832/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/11/2019, DJe 19/12/2019)

Ressalte-se que a Primeira Turma do STJ entende que deve haver prova da contemporaneidade da exação questionada, isto é permanência de sua exigência:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO E MANDADO DE SEGURANÇA. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. TRIBUTÁRIO. INEXISTÊNCIA DE AMEAÇA CONCRETA CONTEMPORÂNEA A IMPETRAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA. DECADÊNCIA.

1. O mandado de segurança preventivo, em regra, não se subsume ao prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias, na forma da jurisprudência desta Corte, porquanto o "justo receio" renova-se enquanto o ato inquinado de ilegal pode vir a ser perpetrado (Precedentes: REsp n. 539.826/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 11/1/2004; REsp n. 228.736/SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJU de 15/4/2002; e RMS n.º 11.351/RN, Primeira Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ 20/8/2001).

2. Muito embora o mandado de segurança preventivo, em matéria tributária, em regra, não precise observar o prazo decadencial, é indispensável que o contribuinte comprove a contemporaneidade da incidência que quer ver afastada (ameaça concreta contemporânea) - independente de juntar qualquer ato específico do Fisco (lançamento, inscrição em dívida ou ajuizamento de cobrança).

3. No caso concreto, a impetrante juntou faturas de energia elétrica referentes aos meses de setembro/2009, junho/2011, junho de 2014, maio de 2015, agosto de 2015 e setembro de 2015, ajuizando a impetração apenas em dezembro de 2016 - mais de um ano após comprovar a incidência tributária sobre energia elétrica que entende ilegítima. Em se tratando de uma relação continuativa, ao impetrante caberia fazer juntar as provas contemporâneas da incidência tributária.

4. Agravo interno não provido.

(Aglnt no RMS 57.828/PR, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 29/04/2019)

No caso, por certo que os decretos referentes a exercícios anteriores já extinguíram seus efeitos, não havendo relação continuativa até a impetração, em 2018.

Ante o exposto, nego provimento às apelações.

É o voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. REINTEGRA. REDUÇÃO DE ALÍQUOTA. PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE. DECADÊNCIA.

1. Devem ser respeitados os princípios da anterioridade e da noventena (art. 150, III, "b" e "c", da CF) quando da redução da alíquota do benefício do Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras - REINTEGRA. Precedentes do STF.

2. A Segunda Turma do E. Superior Tribunal de Justiça entende que o interstício de 120 (cento e vinte) dias para impetrar o mandado de segurança, previsto no art. 23 da Lei nº 12.016/2009, tem como termo inicial a publicação do ato de efeitos concretos que altera alíquota tributária, de maneira que correta a extinção do feito sem resolução de mérito no que tange aos Decretos nº 8.415/2015 e 8.543/2015.

3. A Primeira Turma dessa Corte de Sobreposição entende que deve haver prova da contemporaneidade da exação questionada, isto é permanência de sua exigência. No caso, por certo que os decretos referentes a exercícios anteriores já extinguíram seus efeitos, não havendo relação continuativa até a impetração, em 2018.

4. Apelações não providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento às apelações, nos termos do voto da Des. Fed. MARLI FERREIRA (Relatora), com quem votaram os Des. Fed. MÔNICA NOBRE e MARCELO SARAIVA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0028912-51.2009.4.03.6182

RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA

APELANTE: SAP BRASIL LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: LUIS CARLOS PASCUAL - SP144479-A

APELADO: SAP BRASIL LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELADO: LUIS CARLOS PASCUAL - SP144479-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0028912-51.2009.4.03.6182
RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA
APELANTE: SAP BRASIL LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELANTE: LUIS CARLOS PASCUAL - SP144479-A
APELADO: SAP BRASIL LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELADO: LUIS CARLOS PASCUAL - SP144479-A

RELATÓRIO

A Excelentíssima Senhora Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

Trata-se de recursos de apelação de sentença que julgou procedente ação de embargos à execução fiscal ajuizada por SAP BRASIL LTDA, para anular a certidão de dívida ativa nº 80 6 08 150398-99, ante o reconhecimento da extinção do débito executado por meio de compensação. Fundamentado no princípio da causalidade não houve condenação em honorários advocatícios.

Dessa sentença, ambas as partes apelaram

Pugna a autora pela condenação da União Federal (Fazenda Nacional) em honorários advocatícios, sob a alegação de que apresentara declaração retificadora, razão pela qual não deu causa à demanda.

Por sua vez a União Federal (Fazenda Nacional) pleiteia a reversão do julgado.

Sustenta, preliminarmente, que a hipótese enquadra-se no óbice previsto no artigo 16, §3º da Lei nº 6.830/80, vez que não houve homologação da compensação promovida pela autora, face à inexistência de crédito suficiente para tanto.

Acresce que de acordo com a jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, não se admite a alegação de compensação em sede de embargos à execução fiscal que não tenha sido reconhecida administrativamente ou judicialmente.

No mérito, volta-se contra a conclusão do laudo pericial adotado pela r. sentença monocrática, sob o argumento de que o perito baseou-se apenas nos livros diários e razão ou em retificações de DCTF ou DIPJ extemporâneas à declaração de compensação.

Complementa que o sr. perito judicial considerou documentos que não retratam a existência de saldo negativo de IRPJ, assim como ignorou o processo administrativo nº 11831.003413/2003-31, no qual foi constituído definitivamente o título executivo que embasa a pretensão da autora.

Com contrarrazões apresentadas pela União Federal (Fazenda Nacional) às fls. 1365/1366 e pela autora às fls. 1376/1385, subiram os autos a esta Corte para julgamento.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0028912-51.2009.4.03.6182

RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA

APELANTE: SAP BRASIL LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: LUIS CARLOS PASCUAL - SP144479-A

APELADO: SAP BRASIL LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELADO: LUIS CARLOS PASCUAL - SP144479-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Excelentíssima Senhora Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

Desde logo, ressalte-se que, por se tratar de hipótese subsumida no inciso II do artigo 496, inciso II do CPC/2015, cabível o reexame necessário.

Discute-se nos presentes autos de embargos à execução fiscal, a possibilidade de inscrição em dívida ativa de débito objeto de pedido de compensação.

Cediço que o artigo 16, §3º, da LEF, veda a arguição de compensação em sede de embargos à execução fiscal. Contudo, o E. Superior Tribunal de Justiça abrandou o teor da norma, entendendo que é possível que o embargante discuta a compensação como causa de extinção, total ou parcial, do crédito tributário caso haja decisão judicial ou administrativa anterior que a tenha deferido.

Com efeito, a compensação pode ser discutida em sede de embargos à execução, mormente após o advento da Lei nº 8.383/91, desde que a contraposição à exigência fiscal tenha por fundamento compensação já realizada. É dizer, permite-se a discussão sobre compensação já efetuada administrativamente pelo sujeito passivo, sendo defeso o pedido de compensação de crédito ainda não homologado na via administrativa, bem como descabida a efetuação da compensação em sede de embargos à execução fiscal.

Isso porque a alegação da extinção da execução fiscal ou da necessidade de dedução de valores pela compensação total ou parcial, respectivamente, impõe que esta já tenha sido efetuada à época do ajuizamento do executivo fiscal, atingindo a liquidez e a certeza do título executivo, o que se infere da interpretação conjunta dos artigos 170, do CTN; 714 do CPC, e 16, § 3º, da Lei nº 6.830/80.

A jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento de que é possível a alegação de compensação tributária em sede de embargos à execução fiscal, firmado inclusive em sede de recurso repetitivo (art. 543-C do CPC/73), quando do julgamento do REsp 1.008.343/SP, relatoria do Min. Luiz Fux.

Confira-se outros precedentes:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IPI. COMPENSAÇÃO DENEGADA NA VIA ADMINISTRATIVA. DOCUMENTOS NÃO APRESENTADOS. PROCEDIMENTO PRÉVIO. RECONHECIMENTO NA FASE DEFENSIVA DA EXECUÇÃO FISCAL. ÓBICE LEGAL. SÚMULA 83/STJ. PRECEDENTE - RESP 1.008.343/SP - INAPLICÁVEL POR DISSONÂNCIA FACTUAL ENTRE OS CASOS. REEXAME PROBATÓRIO VEDADO. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL PREJUDICADO.

1. O presente Agravo tão somente reitera as razões já cuidadosamente apreciadas e rejeitadas nos Aclaratórios.

2. O Tribunal regional embasou seu entendimento no fato de que as compensações pretendidas pelo recorrente não seriam líquidas, certas e anteriores à Execução Fiscal - ainda não tinham sido realizadas -, bem como no ato já verificado de indeferimento da autoridade fazendária dessas mesmas compensações almejadas, o que inviabilizaria o pleito. Observem-se excertos do acórdão (fls. 1776- 1779, e-STJ, grifou-se): '(...) A compensação pode ser discutida em sede de Embargos à Execução, (...) desde que a contraposição à exigência fiscal tenha por fundamento compensação já realizada. (...) Em que pesem os argumentos da embargante, verifico que a autoridade administrativa, além de fundamentar sua decisão (fls. 1161-1171) em normativos legais - que não consideram atividade industrial a fixação de unidades ou complexos industriais ao solo (art. 5º, VIII 'a' e 'c' do Decreto n.º 4.544/2002 - RIPI) -, concluiu pela ilegitimidade dos créditos de IPI pretendidos pela recorrente, tendo em conta o fato de a embargante não ter apresentado as notas fiscais listadas em sua DCOMP, apesar de devidamente intimada para tal fim'.
3. A suposta contradição levantada nos Aclaratórios anteriores – ao se afirmar que, se houve indeferimento da compensação, foi porque ela foi necessariamente efetuada - não encontra nenhuma substância jurídica ou lógica.
4. Como colacionado outrora, o Tribunal de origem expressamente consignou que a autoridade fazendária rejeitou o pedido da embargante, visto que, além de não considerar 'atividade industrial a fixação de unidades ou complexos industriais ao solo', decidiu pela 'ilegitimidade dos créditos do IPI pretendidos pela recorrente, tendo em conta o fato de a embargante não ter apresentado as notas fiscais listadas em sua DCOMP, apesar de devidamente intimada para tal fim' (fl. 1779, e-STJ, grifou-se).
5. Observe-se trecho da decisão da autoridade fiscal que indeferiu a compensação, inserida no voto vencedor do acórdão de origem (fl. 1780, e-STJ, grifou-se): '(...) Destarte, resta exaustivamente comprovado que, nas condições estabelecidas pela legislação de regência, as atividades da empresa estão fora do campo de incidência do IPI, (...) Ab absurdo, mesmo que o crédito encontrasse amparo legal, o ressarcimento pleiteado somente seria deferido se a pessoa jurídica fizesse prova dos valores creditados a título de Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) no Livro de Apuração do referido tributo, como será adiante demonstrado. (...) Dessa maneira, repita-se, mesmo que a empresa realizasse operações de industrialização em conformidade com o que estabelece o RIPI/2002, o que foi considerado unicamente a título de argumentação, a não apresentação das Notas Fiscais listadas na DCOMP já seria fator determinante e suficiente para a glosa total de seus supostos créditos'.
6. A compensação pretendida, por conseguinte, não ocorreu exatamente porque foi indeferida no início. Existe necessário encadeamento lógico no processo, pois é preciso primeiro que a compensação seja pretendida, para depois ser deferida e, por fim, efetuada.
7. O cerne da decisão consubstancia-se no fato de que a compensação almejada não foi efetivada, e não poderia sê-lo, pois a recorrente não apresentou as notas fiscais listadas, mesmo quando foi chamada a fazê-lo, o que impediu seu deferimento. Não há, portanto, prévia existência de compensação. Esse é o contexto fático-jurídico insofismável da causa, o qual a recorrente deliberadamente evita confrontar:
8. 'Somente é permitido em sede de embargos à execução fiscal o exame da compensação prévia e não daquela a ser futuramente realizada e ainda não reconhecida administrativamente ou judicialmente. O óbice está no art. 16, §3º, da LEF que impede a própria feitura da compensação em sede de embargos à execução fiscal'. (AgRg no REsp 1.372.502/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 1/7/2013, grifou-se).
9. Como se não bastasse, o próprio voto vencido do acórdão proferido pela Corte regional, trazido pela parte e apontado como 'adequado' ao caso, salientou com todas as letras (fls. 1766, 1769 e 2127, e-STJ, grifou-se): '(...) Da mesma forma que o Judiciário reconhece que, sim, houve esse pagamento dos débitos, o Judiciário pode reconhecer que houve a quitação pela compensação a partir da revisão dos critérios da autoridade administrativa ao examiná-la. Concluindo que de fato há previsão legal para aquela compensação, e que há créditos suficientes à quitação dos débitos'.
10. Logo, está mais que cristalino que o precedente exarado no REsp 1.008.343/SP simplesmente não se enquadra no caso em apreço, por simples dissonância fática entre as situações cotejadas.
11. Rever as razões da Autoridade Fiscal para indeferir a compensação - sobretudo as premissas fáticas de não apresentação das notas fiscais listadas e do não enquadramento da atividade como industrial - contrariamente ao que foi consignado pela Corte de origem encontra óbvia vedação na Súmula 7/STJ.
12. O acórdão recorrido está de acordo com a jurisprudência do STJ, atraindo a Súmula 83/STJ - que também incide nos recursos interpostos pela alínea 'c' do permissivo constitucional.

13. Reitera-se que ajuizar novo recurso protelatório ensejará o reconhecimento de litigância de má-fé e a aplicação das multas previstas no art. 81 e no art. 1.026, §§ 2º e 3º, do CPC/2015.

14. Agravo Interno não provido.”

(AgInt nos EDcl no REsp 1779442/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe 19/12/2019)

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA PRETÉRITA ENTRE FINSOCIAL E COFINS. MATÉRIA DE DEFESA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE: RECURSO REPETITIVO. RESP 1.008.343/SP, REL. MIN. LUIZ FUX, DJE 10.2.2010. MODIFICAÇÃO DO JULGADO QUE DEMANDARIA REEXAME DE PROVAS. AGRAVO REGIMENTAL DA FAZENDA NACIONAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. No tocante ao art. 535 do CPC, inexistiu a violação apontada. O Tribunal de origem apreciou fundamentadamente a controvérsia, inclusive as questões suscitadas nos Embargos Declaratórios, não padecendo o acórdão recorrido de qualquer omissão, contradição ou obscuridade.

2. Decidiu o acórdão recorrido, em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, que a vedação contida no §3º do art. 16 da Lei 6.830/80 não atinge a pretensão de convalidar, mediante Embargos à Execução Fiscal, a compensação anteriormente realizada, não sendo aplicável à hipótese sob análise a necessidade de trânsito em julgado (REsp. 1.008.343/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 10.2.2010, submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC).

3. Agravo Regimental da FAZENDA NACIONAL a que se nega provimento.”

(AgRg no AREsp 217561/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 26/02/2016)

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA PRETÉRITA ALEGADA COMO MATÉRIA DE DEFESA. POSSIBILIDADE.

1. Segundo orientação desta Corte ‘a compensação efetuada pelo contribuinte, antes do ajuizamento do feito executivo, pode figurar como fundamento de defesa dos embargos à execução fiscal, a fim de ilidir a presunção de liquidez e certeza da CDA, máxime quando, à época da compensação, restaram atendidos os requisitos da existência de crédito tributário compensável, da configuração do indébito tributário, e da existência de lei específica autorizativa da citada modalidade extintiva do crédito tributário” (REsp 1.008.343/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 01/02/2010, submetido ao rito do artigo 543-C do CPC).

2. No caso concreto, o Tribunal de origem, reconhecendo que as compensações, parcialmente homologadas, pré-existiam ao crédito executado, reformou a sentença de piso para, afastando o óbice previsto no artigo 16, § 3º, da Lei 6.830/80, permitir que dita compensação pudesse ser alegada nos embargos à execução.

3. Agravo regimental não provido.”

(AgRg no REsp 1482273/SC, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, DJe 07/12/2015)

No caso concreto, no processo administrativo nº 11831.003413/2003-31, a autoridade administrativa reconheceu parte do direito creditório do contribuinte relativamente a saldo negativo de imposto de renda – pessoa jurídica e contribuição social sobre o lucro, nos valores calculados em R\$ 8.402.772,82 (oito milhões, quatrocentos e dois mil, setecentos e dois reais e oitenta e dois centavos) e R\$ 2.629.902,67 (dois milhões, seiscentos e vinte e nove mil, novecentos e dois reais e sessenta e sete centavos), respectivamente. Apurou o Fisco, então, saldo devedor no montante de R\$2.602.055,41 (dois milhões, seiscentos e dois mil, cinquenta e cinco reais e quarenta e um centavos), inscrito em dívida ativa e objeto da execução fiscal nº 0016657-61.2009.4.03.6182 que instruiu os presentes autos.

Percebe-se, assim, que a embargante discute a idoneidade de compensação por ela realizada antes do ajuizamento da execução fiscal, hipótese que pode ensejar o cancelamento de todo ou de parte do crédito tributário exequendo, mormente pela razão de que a compensação constitui causa de extinção do crédito tributário (art. 156, II, do CTN).

Cuida-se, assim, de tema que pode ser veiculado em sede de embargos à execução fiscal.

Destaco que o fato de haver decisão administrativa sobre o tema não obsta o seu exame pelo Poder Judiciário, sob pena de afronta ao princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal).

Rejeito, portanto, a preliminar arguida pela União Federal (Fazenda Nacional) em suas razões recursais, uma vez que não se trata de pedido juridicamente impossível.

Isso posto, passo ao exame do mérito dos embargos.

A empresa ajuizou ação de embargos à execução fiscal na qual alegou, em síntese, a nulidade das CDAs, sob a alegação de quitação por meio de compensação com crédito decorrente de pagamento indevido ou a maior de tributo, cujo débito decorreu de erro de fato por ela perpetrado no cumprimento de obrigações acessórias.

Foi determinada a realização de perícia judicial contábil, cuja conclusão coincide com as alegações da autora de que o débito executado decorre dos erros cometidos no preenchimento das declarações, corrigidos posteriormente com as competentes retificadoras.

Sobre a compensação em análise, vale transcrever os seguintes trechos do laudo pericial apresentado às fls. 1236/1269, reproduzidos na r. sentença monocrática, *verbis*:

“(…)

Assim, após análise dos Livros Diário, relatórios Razão, DIPJ, DCTF, DIRF, Declaração de Compensação, guias DARF's recolhidas, bem como dos demais documentos e demonstrativos encartados aos autos de Embargos, conclui-se que:

A Embargante realizou compensação dos créditos apurados a título de IRPJ, CSLL e IRRF, informados na DIPJ de 2003, ano calendário 2002, dos quais a Embargada reconheceu apenas parte dos créditos estimados de IRPJ, IRRF e CSLL, dando origem ao débito inscrito em dívida ativa conforme CDA nº 80.6.08.150398-99.

As diferenças alegadas pela Embargada, as quais a Embargante apontou como indevidas, foram apuradas pelos trabalhos periciais e discriminadas individualmente conforme segue:

-Crédito da CSLL no valor de R\$ 161.758,07

Ficou comprovado um recolhimento a maior realizado pela Embargante relativo a CSLL do 1º Trimestre de 2000 no valor de R\$ 496.333,06. Deste crédito (valor recolhido a maior) a Embargante compensou o valor de R\$ 161.758,07 com a CSLL Estimativa devida na competência de janeiro de 2002 e informou a compensação realizada através de DCTF Retificadora.

-Crédito de IRRF no valor de R\$ 239.743,24

Este crédito refere-se às retenções nas operações de swap realizadas pela Embargante, que informou de forma equivocada os rendimentos decorrentes das operações de swap em sua DIPJ 2003, ano -calendário 2002, nas linhas 20 e 32 da Ficha 06, quando o correto seria informar na linha 21 da Ficha 06. É importante ressaltar que esta retenção (R\$ 239.743,24) foi declarada corretamente na DIRF ano -calendário 2002.

-Crédito de IRRF no valor de R\$ 219.084,21

Ficou comprovado o recolhimento a maior, realizado pela Embargante, através de duas guias DARF's (R\$ 213.034,16 e R\$ 6.050,05) em 20 de dezembro de 2002. Estas duas guias DARF's não foram lançadas pela Embargante na DCTF do 4º Trimestre de 2002 e, por ocasião da entrega da DIPJ 2003, a Embargante declarou este crédito (R\$ 219.084,21) como retenção sofrida, quando o correto seria o lançamento de crédito de IRRF pago a maior, ou seja, apesar dos equívocos, ficou comprovado o recolhimento a maior, realizado pela Embargante, no montante de R\$ 219.084,21.

-Crédito de R\$ 242.784,02 de IRRF 2002

Este valor está contido nas retenções ocorridas ao longo do ano de 2002. É importante ressaltar que os lançamentos contábeis a título de retenções do IRRF do ano de 2002, foram declarados corretamente pela Embargante em sua DIP) 2003, ano -calendário 2002.

Crédito de R\$ 1.446.220,52 relativo a saldo negativo do IRPJ

A Embargante apurou saldo negativo do IRPJ no 2º e 3º trimestre de 2001 no montante de R\$ 1.637.920,65, e deste montante a Embargante compensou o valor de R\$ 1.446.220,52 com o IRPJ Estimativa devida na competência janeiro de 2002. Esta compensação foi informada na DCTF do 1º Trimestre de 2002.

Assim, a Embargante comprovou contabilmente que detém o direito aos créditos não aceitos na sua totalidade pela Embargada. Não obstante os erros de preenchimento apontados pela própria Embargante nas declarações apresentadas ao Fisco, estes foram corrigidos pelas Declarações Retificadoras posteriormente apresentadas, contudo, verifica-se que os créditos foram compensados corretamente pela Embargante. Era o que tínhamos a considerar:

(...)”

Aliás, a manifestação da União Federal (Fazenda Nacional) prende-se, em última análise, à alegação de que o sr. Perito baseou-se apenas nos livros e documentos apresentados pela embargante, sem valer-se das conclusões firmadas no processo administrativo nº 11831.003413/2003. Não apontou, no entanto, de forma específica, eventuais erros do laudo judicial.

Observe-se, a propósito, que à fl. 1248 o sr. Perito assim se manifestou acerca da documentação utilizada para a elaboração do laudo “*Os documentos constantes nos autos deste processo, acrescidos de todos aqueles solicitados por este expert, devidamente acostados ao Laudo na forma de anexos, foram considerados suficientes para elaborar esta prova pericial, de maneira que foi possível formar a convicção técnica que permitiu responder aos quesitos formulados pelas partes.*”

Portanto, ao contrário do alegado pela União Federal (Fazenda Nacional), por constar dos autos a cópia do processo administrativo em questão, restaram considerados na perícia os documentos juntados ao processo administrativo nº 11831.003413/2003.

Desse modo, tendo sido comprovado, por meio da perícia judicial e documentos que a ela serviram de base, a existência de crédito passível de compensação, a pretensão veiculada na presente demanda merece acolhida.

Logo, descabe o provimento do apelo da União Federal (Fazenda Nacional).

Honorários de sucumbência

Postula a autora a condenação da União Federal (Fazenda Nacional) nos ônus da sucumbência.

Mesmo que tenha incorrido em erro quando do preenchimento das declarações, levando ao ajuizamento da execução fiscal, a embargante demandou ampla defesa para fazer valer seu direito e afastar a cobrança fiscal.

Com efeito, apresentou declarações retificadoras e interpôs os presentes embargos, tendo a Fazenda impugnado a demanda, pleiteando, sempre, pela improcedência do pedido.

Posteriormente, foi realizada perícia para instruir o julgado. Somente após todo este procedimento, e várias intervenções das partes, foi proferida a sentença de procedência da demanda. Resta clara, portanto, a resistência da União Federal (Fazenda Nacional) à pretensão da embargante.

Dito isso, anote-se que a condenação do vencido nas despesas processuais, na forma do artigo 85, do CPC decorre do fato objetivo da sucumbência. E nem poderia ser diferente, porque os honorários sucumbenciais, os quais ostentam a natureza de verba alimentar, se prestam a remunerar o trabalho do advogado da parte pela prestação do serviço indispensável à administração da Justiça (art. 133, da CF).

Destaque-se, por sua vez, que a distribuição dos honorários não se pauta apenas pelas denominações de vencedor ou vencido, mas também pela causalidade e pela pretensão resistida. Na verdade, o direito à condenação em honorários advocatícios exige comportamento censurável atribuído ao vencido, causando o processo ou o incidente processual, ou resistindo ao seu encerramento, de molde a motivar a contratação de advogado para obtenção da tutela pretendida pela contraparte.

Assim, em regra, a responsabilidade pelo pagamento dos ônus de sucumbência cabe à parte vencida no processo ou incidente processual, nos termos do artigo 85, *caput*, do CPC, que trata do princípio da sucumbência. Este dever, no entanto, é transferido à parte vencedora quando comprovado que ela deu causa à lide, na forma do art. 85, §10º, do CPC, que versa sobre o princípio da causalidade.

Ressalte-se, entretanto, que ainda que a parte vencedora tenha dado causa à instauração da demanda, havendo resistência indevida, inverte-se a relação de causalidade e será a vencida a arcar com os ônus da sucumbência.

Como mencionado anteriormente, na hipótese dos autos, a embargante constituiu advogado para patrocinar a sua defesa, havendo, inclusive, realização de perícia contábil. Ainda que a inscrição em dívida ativa tenha sido decorrência de erro por ela praticado, posteriormente corrigido por retificadora, não há como se negar o direito do advogado da embargante à percepção dos honorários de sucumbência, uma vez que restou vencedor na demanda.

A propósito:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. EXTINÇÃO. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS CONTRA A FAZENDA. CABIMENTO. SÚMULA 83/STJ. RECURSO NÃO CONHECIDO.

1. O entendimento sólido do STJ é de que a fixação dos honorários advocatícios é devida mesmo em casos de extinção do processo sem resolução do mérito, mediante a verificação da sucumbência e aplicação do princípio da causalidade, exatamente como no presente caso.

2. Ademais, os Embargos à Execução fiscal, por serem autênticos processos de cognição, devem conter condenação em honorários sucumbenciais. Precedentes. Incidência da Súmula 83/STJ.

3. Recurso Especial não conhecido.

(REsp 1808850/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe 01/07/2019)

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. SÓCIO-GERENTE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PROVEITO ECONÔMICO.

1. A controvérsia diz respeito à identificação de qual seria o proveito econômico a ser considerado na fixação dos honorários advocatícios pelo acolhimento dos embargos do devedor.

2. Os honorários advocatícios, por expressa disposição legal, devem ser fixados com base no proveito econômico obtido, na forma do § 2º do art. 85 do CPC/2015. Esse regramento torna evidente que a sucumbência é o parâmetro fundamental para a definição da verba advocatícia.

3. Deve-se ter em conta, como proveito econômico, o potencial que a ação ajuizada ou o expediente utilizado possui na esfera patrimonial das partes, pois, no caso dos autos, se fosse permitido o curso do executivo fiscal, os bens da excipiente estariam sujeitos à constrição até o limite da dívida executada, e não unicamente ao montante em que efetivada a penhora.

4. Os honorários advocatícios devem ser fixados na forma do art. 85, §§ 3º e 5º, do CPC/2015, cuja ratio recomenda e exige dos procuradores da União maior responsabilidade no trato das questões atinentes ao erário e sua relação com os contribuintes, de modo a evitar demandas sem justa causa, mas que causam prejuízo às partes.

5. Agravo interno a que se nega provimento.”

(AgInt no REsp 1674687/SC, Rel. Ministro OG FERNANDES, DJe 27/06/2019)

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PEDIDO JULGADO PARCIALMENTE PROCEDENTE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRINCÍPIO DA SUCUMBÊNCIA.

1. O Tribunal de origem julgou parcialmente procedente o pedido deduzido em Embargos à Execução Fiscal para excluir o excesso de execução. O ponto central da irrisignação da recorrente é com o capítulo relativo ao arbitramento da verba honorária.

2. O órgão colegiado concluiu que não são devidos honorários advocatícios: a) pelo ente público, pois a constituição do crédito tributário se deu mediante arbitramento porque o contribuinte não apresentou ‘os documentos solicitados pela autoridade administrativa’ - ou, em outras palavras, porque o contribuinte ‘deu causa à realização do lançamento por arbitramento e, por conseguinte, ao ajuizamento da presente demanda’ (fl. 700, e-STJ); e b) pela parte autora (ora recorrente), ‘pois vencedora no mérito da demanda’, na medida em que a autoridade administrativa também deu causa ao ajuizamento da demanda com erro: ‘ao promover o arbitramento da base de cálculo, incorreu em flagrante equívoco, eis que o valor do tributo efetivamente devido (R\$5.927,09 - evento 2, PET31, p. 15) é em muito inferior àquele apontado pela autoridade fiscal (R\$1.448.554,52 - evento 2, INIC2, p.46)’.

3. Nos termos em que o Tribunal de origem decidiu a lide, jamais haveria condenação ao pagamento de honorários advocatícios, pois a concausalidade por ele entendida é pressuposto para todo e qualquer ajuizamento de ação. Isso porque, como se sabe, a propositura da ação judicial pressupõe a existência de uma pretensão resistida, nos termos em que a postulação é apresentada pelo ocupante do polo ativo da demanda. A concausa, nessas condições, sempre existiria porque a parte que se entende lesada (ou ameaçada) tem a liberdade de acionar ou não o Poder Judiciário (dando causa ao ajuizamento a partir do momento em que opta por submeter sua pretensão em juízo). De outro lado, a parte contrária, justamente por resistir à pretensão, também teria dado causa ao ajuizamento.

4. O arbitramento da verba honorária não toma por base a situação acima, mas sim a sucumbência (quem é o vencido e em que proporção ficou vencido). O princípio da causalidade é utilizado para evitar distorções na identificação abstrata da parte vencida na demanda - típico exemplo é o dos Embargos de Terceiro, ajuizados para anular penhora realizada indevidamente sobre imóvel regularmente alienado mas não registrado no respectivo Cartório competente, sem que tenha havido resistência da parte exequente ao tomar ciência de tal fato.

5. No caso dos autos, a circunstância de a recorrente não ter apresentado a documentação solicitada, dando ensejo ao lançamento por arbitramento, é desvinculada da condenação ao pagamento dos honorários, pois estes, conforme já dito, decorrem da identificação de quem é o vencedor e quem ficou vencido (bem como da respectiva proporção).

6. Note-se que o Tribunal de origem reconheceu a validade do lançamento realizado, embora tenha identificado que houve exagerado excesso na apuração do débito.

7. Dessa forma, o parcial acolhimento dos Embargos à Execução Fiscal gerou sucumbência de ambas as partes: o objetivo perseguido pela parte devedora (extinção da Execução Fiscal) não foi atingido, mas, de outro lado, o crédito pleiteado pela Fazenda Pública foi substancialmente reduzido (a cobrança, originalmente apontada em R\$1.448.554,52, prosseguirá pelo montante de R\$5.927,09).

8. Nos termos acima expostos, é possível verificar que a sucumbência da recorrente foi mínima, razão pela qual deve ser reconhecido o seu direito à percepção de honorários advocatícios, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC/1973.

9. A norma acima, que deixou de ser observada, prevê que o arbitramento da verba deve ser feito mediante apreciação equitativa da autoridade judicial. O entendimento do STJ, a esse respeito, é no sentido de que o julgador não fica adstrito aos limites percentuais do art. 20, § 3º, do CPC/1973, mas que, de todo modo, devem ser sopesados os critérios estabelecidos nas respectivas alíneas 'a', 'b' e 'c'.

10. Por essa razão, identificada a violação do dispositivo legal, os autos deverão retornar ao Tribunal de origem para que este, à luz dos critérios acima delineados, proceda ao arbitramento, mediante decisão fundamentada, dos honorários advocatícios devidos pela recorrida em favor da recorrente.

11. Recurso Especial provido.”

(REsp 1673519/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe 09/10/2017)

Deve a União Federal (Fazenda Nacional), pois, arcar com os honorários advocatícios.

Outrossim, saliente-se, para a fixação de honorários nestes autos não há como afastar a incidência do Código de Processo Civil de 2015.

O e. STJ, ao examinar a questão referente à incidência das novas regras trazidas pelo CPC/2015 para os honorários sucumbenciais, fixou orientação no sentido de que a sentença é o marco para delimitação do regime jurídico aplicável à fixação de honorários advocatícios, revelando-se incorreto seu arbitramento, com fundamento no CPC de 1973, posteriormente à 18.03.2016 (data da entrada em vigor da novel legislação) (REsp 1.647.246/PE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 19/12/2017).

Assim, ainda que os embargos à execução fiscal tenham sido ajuizados sob a égide do CPC de 1973, a sentença recorrida foi proferida em 2017, razão pela qual os honorários advocatícios devem ser fixados de acordo com o novel Código de Processo Civil.

Quanto ao valor dos honorários, deve-se atentar ao disposto no art. 85 e seus parágrafos, do CPC/2015, *verbis*:

“Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

§ 1º São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente.

§ 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:

I - o grau de zelo do profissional;

II - o lugar de prestação do serviço;

III - a natureza e a importância da causa;

IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 3º Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º e os seguintes percentuais:

I - mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos;

II - mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários-mínimos até 2.000 (dois mil) salários-mínimos;

III - mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 (dois mil) salários-mínimos até 20.000 (vinte mil) salários-mínimos;

IV - mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 (vinte mil) salários-mínimos até 100.000 (cem mil) salários-mínimos;

V - mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários-mínimos.

§ 4º Em qualquer das hipóteses do § 3º:

I - os percentuais previstos nos incisos I a V devem ser aplicados desde logo, quando for líquida a sentença;

II - não sendo líquida a sentença, a definição do percentual, nos termos previstos nos incisos I a V, somente ocorrerá quando liquidado o julgado;

III - não havendo condenação principal ou não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, a condenação em honorários dar-se-á sobre o valor atualizado da causa;

IV - será considerado o salário-mínimo vigente quando prolatada sentença líquida ou o que estiver em vigor na data da decisão de liquidação.

§ 5º Quando, conforme o caso, a condenação contra a Fazenda Pública ou o benefício econômico obtido pelo vencedor ou o valor da causa for superior ao valor previsto no inciso I do § 3º, a fixação do percentual de honorários deve observar a faixa inicial e, naquilo que a exceder, a faixa subsequente, e assim sucessivamente.

§ 6º Os limites e critérios previstos nos §§ 2º e 3º aplicam-se independentemente de qual seja o conteúdo da decisão, inclusive aos casos de improcedência ou de sentença sem resolução de mérito.

§ 7º Não serão devidos honorários no cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública que enseje expedição de precatório, desde que não tenha sido impugnada.

§ 8º Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º.

§ 9º Na ação de indenização por ato ilícito contra pessoa, o percentual de honorários incidirá sobre a soma das prestações vencidas acrescida de 12 (doze) prestações vincendas.

§ 10. Nos casos de perda do objeto, os honorários serão devidos por quem deu causa ao processo.

§ 11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.

§ 12. Os honorários referidos no § 11 são cumuláveis com multas e outras sanções processuais, inclusive as previstas no [art. 77](#).

§ 13. As verbas de sucumbência arbitradas em embargos à execução rejeitados ou julgados improcedentes e em fase de cumprimento de sentença serão acrescidas no valor do débito principal, para todos os efeitos legais.

§ 14. Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial.

§ 15. O advogado pode requerer que o pagamento dos honorários que lhe caibam seja efetuado em favor da sociedade de advogados que integra na qualidade de sócio, aplicando-se à hipótese o disposto no § 14.

§ 16. Quando os honorários forem fixados em quantia certa, os juros moratórios incidirão a partir da data do trânsito em julgado da decisão.

§ 17. Os honorários serão devidos quando o advogado atuar em causa própria.

§ 18. Caso a decisão transitada em julgado seja omissa quanto ao direito aos honorários ou ao seu valor, é cabível ação autônoma para sua definição e cobrança.

§ 19. Os advogados públicos perceberão honorários de sucumbência, nos termos da lei.”

Depreende-se que o novo Código de Processo Civil estabeleceu um sistema objetivo para a fixação dos honorários de sucumbência.

Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a base de cálculo da verba honorária será o valor da condenação ou do proveito econômico (artigo 85, §3º).

Por outro lado, a apreciação equitativa só será cabível quando inestimável ou irrisório o proveito econômico, ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo (artigo 85, §8º).

Quanto ao tema, a e. Segunda Seção do STJ, no REsp 1.746.072/PR, confirmou esse entendimento, no sentido que os honorários advocatícios só podem ser fixados com base na equidade de forma subsidiária, isto é, quando impossível o arbitramento pela regra geral ou na hipótese de valor da causa inestimável ou irrisório.

À espécie, não há se falar em baixo valor da causa, tampouco em inestimável ou proveito econômico irrisório, não sendo o caso, portanto, de fixação da verba mediante apreciação equitativa.

Assim considerando, e na forma do entendimento do e. Superior Tribunal de Justiça, o valor da causa em sede de embargos à execução, deve ser equivalente ao valor atribuído ao processo executivo, quando se questiona a totalidade do título, como na hipótese em apreço (AgInt no AgInt no AREsp. 1.024.756/SP, Rel. Min. MARCO BUZZI, DJe 13.3.2018), ou seja, R\$6.535.634,60 (seis milhões, quinhentos e trinta e cinco mil, seiscentos e trinta e quatro reais e sessenta centavos).

Assim, deve a União (Fazenda Nacional) ser condenada ao pagamento de honorários advocatícios, de acordo com o art. 85, §§ 3º e 5º, do CPC de 2015.

Contudo, na aplicação do §5º do referido dispositivo, devem ser utilizados os percentuais mínimos previstos em cada faixa do §3º.

Ante o exposto, nego provimento ao apelo da União Federal (Fazenda Nacional) e à remessa oficial, tida por interposta, e dou provimento à apelação da embargante.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ESTIMATIVA DE IRPJ E CSLL. COMPENSAÇÃO. RECONHECIMENTO DE CRÉDITO COMPENSÁVEL ANTES DO AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. ARTIGO 16, §3º DA LEI Nº 6.830/80. INAPLICABILIDADE. CRÉDITO APURADO POR PERÍCIA JUDICIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRINCÍPIO DA SUCUMBÊNCIA.

A jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento de que é possível a alegação de compensação tributária em sede de embargos à execução fiscal, firmado inclusive em sede de recurso repetitivo (art. 543-C do CPC/73), quando do julgamento do REsp 1.008.343/SP, relatoria do Min. Luiz Fux.

No entanto, em sede de embargos à execução fiscal, a alegação da extinção da execução fiscal ou da necessidade de dedução de valores pela compensação total ou parcial, respectivamente, impõe que esta já tenha sido efetuada à época do ajuizamento do executivo fiscal, atingindo a liquidez e a certeza do título executivo, o que se infere da interpretação conjunta dos artigos 170, do CTN; 714 do CPC, e 16, § 3º, da Lei nº 6.830/80.

Assim, é possível que a embargante discuta a idoneidade de compensações já realizadas, o que possui, em tese, o condão de ensejar o cancelamento de todo ou de parte do crédito tributário exequendo, mormente pela razão de que a compensação constitui causa de extinção do crédito tributário (art. 156, II, do CTN).

Restou comprovado, por meio de prova documental e perícia contábil, que a embargante detém o direito aos créditos não aceitos na sua totalidade pela autoridade fiscal. Não obstante os erros de preenchimento apontados pela própria embargante nas declarações apresentadas ao Fisco, estes foram corrigidos pelas declarações retificadoras posteriormente apresentadas, nas quais apurou-se que os créditos foram compensados corretamente.

O e. STJ, ao examinar a questão referente à incidência das novas regras trazidas pelo CPC/2015 para os honorários sucumbenciais, fixou orientação no sentido de que a sentença é o marco para delimitação do regime jurídico aplicável à fixação de honorários advocatícios, revelando-se incorreto seu arbitramento, com fundamento no CPC de 1973, posteriormente à 18.03.2016 (data da entrada em vigor da novel legislação) (REsp 1.647.246/PE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 19/12/2017).

Na hipótese dos autos, a embargante constituiu advogado para patrocinar a sua defesa, havendo, inclusive, realização de perícia contábil. Ainda que a inscrição em dívida ativa tenha sido decorrência de erro por ela praticado, posteriormente corrigido por retificadora, não há como se negar o direito do advogado da embargante à percepção dos honorários de sucumbência, uma vez que restou vencedor na demanda.

Assim, deve a União (Fazenda Nacional) ser condenada ao pagamento de honorários advocatícios, de acordo com o art. 85, §§ 3º e 5º, do CPC de 2015. Contudo, na aplicação do §5º do referido dispositivo, devem ser utilizados os percentuais mínimos previstos em cada faixa do §3º.

Apelação da União Federal (Fazenda Nacional) e remessa oficial, tida por interposta, improvidas.

Apelação da embargante provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao apelo da União Federal (Fazenda Nacional) e à remessa oficial, tida por interposta, e dar provimento à apelação da embargante, nos termos do voto da Des. Fed. MARLI FERREIRA (Relatora), com quem votaram os Des. Fed. MÔNICA NOBRE e MARCELO SARAIVA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0013564-17.2014.4.03.6182

RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE FARMACIA DO ESTADO DE SAO PAULO

Advogados do(a) APELANTE: ROBERTO TADAO MAGAMI JUNIOR - SP244363-A, MARCUS ELIDIUS MICHELLI DE ALMEIDA - SP100076-A

APELADO: CARLOS AUGUSTO MARTINS

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0013564-17.2014.4.03.6182

RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE FARMACIA DO ESTADO DE SAO PAULO

Advogados do(a) APELANTE: ROBERTO TADAO MAGAMI JUNIOR - SP244363-A, MARCUS ELIDIUS MICHELLI DE ALMEIDA - SP100076-A

APELADO: CARLOS AUGUSTO MARTINS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A Excelentíssima Senhora Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

Cuida-se de execução fiscal ajuizada, em 25/03/2014, pelo Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo, com o objetivo de cobrar anuidades dos exercícios de 2010, 2011, 2012 e 2013 e multas de eleição de 2009 e 2011. Valor da execução: R\$ 2.445,22.

A r. sentença declarou a extinção da presente ação, sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, IV e VI, e § 3º, do CPC. Não condenou em honorários advocatícios.

Em apelação, o Conselho-exequente requer o prosseguimento da execução fiscal.

Sem contrarrazões, os autos foram remetidos a esta Corte.

É o relatório.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Acompanho a Relatora quanto à impossibilidade de cobrança dos valores das anuidades de 2010 e 2011 (fixadas por atos infragegais) e 2012 e 2013 por valor inferior ao necessário para fins de ajuizamento da execução.

No que concerne a cobrança das multas eleitorais de 2009 e 2011, anote-se que as penalidades em questão tem previsão na Resolução CFF n. 458/2006. Sob esse aspecto, o título preenche os requisitos formais dos artigos 202 do CTN e 2º, § 5º, da LEF. Dessa forma, a existência ou não de justificativa para o não comparecimento à eleição e o cabimento da respectiva multa são questões que dizem respeito ao mérito. Logo, não podem ser reconhecidas de ofício pelo magistrado e devem ser oportunamente deduzidas nos meios de defesa à disposição do executado.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação, em maior extensão, a fim de que a execução fiscal prossiga em relação às multas eleitorais de 2009 e 2011.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0013564-17.2014.4.03.6182

RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE FARMACIA DO ESTADO DE SAO PAULO

Advogados do(a) APELANTE: ROBERTO TADAO MAGAMI JUNIOR - SP244363-A, MARCUS ELIDIUS MICHELLI DE ALMEIDA - SP100076-A

APELADO: CARLOS AUGUSTO MARTINS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Excelentíssima Senhora Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

A questão que ora se coloca diz respeito à higidez dos valores cobrados a título de anuidade.

O artigo 5º, alínea "j", da Lei nº 3.268/57, incluído pela Lei nº 11.000/2004, dispõe que:

"Art. 5º São atribuições do Conselho Federal:

j) fixar e alterar o valor da anuidade única, cobrada aos inscritos nos Conselhos Regionais de Medicina; (Incluído pela Lei nº 11.000, de 2004)."

Por sua vez, a Lei nº 11.000/2004, estabelece no seu artigo 2º, o seguinte:

"Art. 2º Os Conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas são autorizados a fixar, cobrar e executar as contribuições anuais, devidas por pessoas físicas ou jurídicas, bem como as multas e os preços de serviços, relacionados com suas atribuições legais, que constituirão receitas próprias de cada Conselho."

Como cediço, restou sedimentado que as contribuições aos Conselhos de Fiscalização Profissional, à exceção da OAB, possuem natureza tributária e, nessa condição, devem observância ao princípio da legalidade tributária, previsto no inciso I do artigo 150 da CF/88, que preceitua que a exigência ou aumento de tributos somente se pode dar mediante lei.

Desta feita, tem-se por incabível a fixação ou o aumento do valor das anuidades mediante resoluções ou por qualquer outro ato infralegal.

Nesse sentido é que o C. STF, ao apreciar a ADI 1717/DF decidiu, em 07/11/2002, pela inconstitucionalidade do § 4º do artigo 58 da Lei nº 9.649/98 que autorizava os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a fixar, cobrar e a executar as respectivas anuidades.

Confirmam-se, ainda, a respeito do tema, os seguintes julgados:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA ARQUITETURA E AGRONOMIA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. AUTARQUIA. CONTRIBUIÇÕES. NATUREZA TRIBUTÁRIA PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA. INCIDÊNCIA. ANUIDADES. CORREÇÃO MONETÁRIA. DISCUSSÃO INFRACONSTITUCIONAL. AGRAVO IMPROVIDO.

I - As contribuições devidas ao agravante, nos termos do art. 149 da Constituição, possui natureza tributária e, por via de consequência, deve-se observar o princípio da legalidade tributária na instituição e majoração dessas contribuições. Precedentes.

II - A discussão acerca da atualização monetária sobre as anuidades devidas aos conselhos profissionais, possui natureza infraconstitucional. Precedentes.

III - Agravo regimental improvido."

(STF, AI 768577 AgR-segundo, Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, j. 19/10/2010, DJe 12/11/2010)

"ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. CONSELHOS PROFISSIONAIS. ANUIDADE. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. DISSÍDIO PRETORIANO. SÚMULA N. 83/STJ. FIXAÇÃO POR RESOLUÇÃO.

1. (...)

2. As anuidades dos conselhos profissionais, à exceção da OAB, têm natureza tributária e, por isso, seus valores somente podem ser fixados nos limites estabelecidos em lei, não podendo ser arbitrados por resolução e em valores além dos estabelecidos pela norma legal.

3. Não cabe recurso especial por divergência jurisprudencial se o acórdão recorrido decidiu no mesmo sentido da orientação firmada nesta Corte. Incidência da Súmula 83/STJ.

4. Recurso especial não provido."

(STJ, REsp 1074932/RS, Relator Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, j. 07/10/2008, DJe 05/11/2008)

"CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ANUIDADE. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. RESOLUÇÃO. LEIS N°S 6.994/82, 8.906/94 E 9.649/98 PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL. PRECEDENTES.

1. As anuidades exigidas pelos Conselhos de Classe têm natureza tributária e como tal têm sua exigência compulsória.

2. Desta forma, submetem-se ao princípio da legalidade e apenas sob este fundamento podem ser exigidas pelo Conselho profissional.

3. Com a edição da Lei n° 6.994/82, os valores das anuidades passaram a ser especificado, submetendo os profissionais inscritos nos respectivos conselhos de fiscalização do exercício profissional a seus efeitos.

4. Por esta razão, reconhece-se a ilegalidade da cobrança de anuidades pelos Conselhos Profissionais com base em resolução, tendo em vista sua natureza tributária, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade.

5. A Lei n° 8.906/94 ao revogar a Lei n° 6.994/82 (EOAB), produziu efeitos tão-somente para a categoria profissional dos advogados, tanto que posteriormente a matéria foi alvo de tratamento pela Lei n° 9.649/98.

6. Conquanto referido diploma legal tenha, em seu art. 58 e §§ dentre outras matérias autorizado aos conselhos profissionais 'fixar, cobrar e executar as contribuições anuais', tais cânones foram declarados inconstitucionais pelo Augusto Pretório (ADI n° 1.717-6).

7. Apelo da impetrante a que se dá parcial provimento, para conceder a segurança em ordem a afastar a majoração da anuidade através de resolução, mantida a cobrança nos limites permitidos pela Lei n° 6.994/82."

(TRF3, AMS n° 2002.61.00.006564-8, 3ª Turma, Relator Juiz Federal Convocado Roberto Jeuken, j. 24.09.2009, DJF3 26/11/2009)

"CONTRIBUIÇÕES DESTINADAS AOS CONSELHOS PROFISIONAIS - INSTITUIÇÃO DE ANUIDADES POR MEIO DE RESOLUÇÃO OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS TRIBUTÁRIOS INCIDENTES.

1. As contribuições destinadas aos Conselhos Profissionais têm natureza jurídica tributária. Subordina-se sua instituição à observância dos preceitos contidos no art. 149 e nos arts. 146, III e 150 I e III da Constituição Federal.

2. A instituição de anuidades por meio de resolução viola os princípios constitucionais tributários incidentes."

(TRF3, AMS n.º 0009092-74.2004.4.03.6100, 6ª Turma, Relator Desembargador Federal Mairan Maia, j. 15/12/2011)

Registre-se, por oportuno, que o entendimento externado pela Corte Suprema há de ser aplicado a todas as demais normas que, tal como o dispositivo tido como inconstitucional, delegaram aos conselhos o poder de fixar as anuidades mediante atos infralegais, como, por exemplo, a Lei n° 11.000/2004.

Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE SERVIÇO SOCIAL - CRESS. NULIDADE DA INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. ILEGALIDADE DA COBRANÇA DA ANUIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 58 DA LEI Nº 9.649/98. RECURSO IMPROVIDO.

1. A presente execução fiscal é movida pelo Conselho Regional de Serviço Social da 9ª Região - CRESS/SP e versa sobre a cobrança de débito relativo a anuidades.

2. Ressalta-se que tais contribuições detêm natureza jurídica tributária, motivo pelo qual devem submeter-se aos princípios constitucionais da legalidade e da anterioridade, inclusive no tocante à fixação e alteração de alíquotas e base de cálculo (precedentes: STF, MS 21.797/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJU 18/05/2001; STJ, REsp 273674/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 27/05/2002).

3. Tal entendimento restou pacificado por ocasião do julgamento da ADI 1717-6, DJ de 28/03/2003, quando o Pleno do C. Supremo Tribunal Federal, à unanimidade, declarou a inconstitucionalidade material do artigo 58 da Lei nº 9.649/98. Referido dispositivo autorizava as próprias entidades de classe a fixar os valores de suas contribuições, serviços e multas, considerando-se título executivo extrajudicial a certidão relativa aos respectivos créditos, pois a fiscalização do exercício profissional passaria a ser exercida em caráter privado, por delegação do poder público, mediante autorização legislativa.

4. O reconhecimento da inconstitucionalidade material exarado na ADI 1717-6, supramencionado, deve ser igualmente aplicado à Lei nº 11.000/04 e outros diplomas legais que contenham semelhante permissivo.

5. Isso porque tais regramentos repetem, em seu bojo, o mesmo teor da Lei nº 9.649/98, qual seja, a possibilidade de fixação dos valores das contribuições, serviços e multas pelas próprias entidades de classe, considerando-se título executivo extrajudicial a certidão relativa aos respectivos créditos, teor este, como dito, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

6. A própria Suprema Corte já exarou entendimento nesse sentido, assentando serem igualmente inexigíveis os valores das anuidades fixadas com base na autorização constante do citado diploma legal, a Lei nº 11.000/04.

7. Restou consignado, ainda, pelo C. Supremo Tribunal Federal, que tal julgamento não implica violação ao disposto no artigo 97 da Constituição Federal, pois não se exige identidade absoluta para aplicação dos precedentes da Corte Suprema, dos quais resultem as declarações de inconstitucionalidade ou constitucionalidade.

8. No caso dos autos, os diplomas elencados pela autarquia exequente não mencionam os elementos essenciais à fixação do valor da anuidade, tampouco elucidam os critérios para tal delimitação, de modo que não constituem embasamento legal apto a dar legitimidade à cobrança.

9. Nem se diga que é dado ao CRESS, ou mesmo ao CFESS (Conselho Federal de Serviço Social), fixar o valor da anuidade por Portarias, Resoluções ou qualquer outro ato infralegal, uma vez, como dito, tratar-se de dívida tributária, a qual deve obediência à estrita legalidade, sendo imperiosa sua instituição ou majoração mediante observância da reserva de lei formal, nos termos do artigo 150, I, da Constituição Federal, cujo teor se vê igualmente insculpido nos artigos 9º, I, e 97 do Código Tributário Nacional.

10. Como supramencionado, tal normatização repete, em seu bojo, o mesmo permissivo da Lei nº 9.649/98, já declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, restando, portanto, vedada a fixação dos valores das contribuições e serviços pelas próprias entidades de classe mediante a edição de atos infralegais.

11. Irrelevante, nesse passo, a citação de outros dispositivos legais e infralegais pelo Conselho em sede das manifestações apresentadas, pois em verdade apenas confirmam estarem os fundamentos apontados na CDA em desacordo com a Lei nº 6.830/80.

12. Por derradeiro, e apenas para fins de registro, consigna-se o advento da Lei nº 12.514 de 28 de outubro de 2011, a qual regulariza a questão atinente à fixação das contribuições devidas aos conselhos profissionais, estabelecendo seu fato gerador e os demais elementos necessários à cobrança da exação, restando aplicável, todavia, apenas para as anuidades posteriores à sua vigência e respeitada, ainda, a anterioridade tributária.

13. Inexistindo fundamento legal apto a embasar o título executivo, verifica-se a ilegitimidade da cobrança objeto da execução fiscal, face à não observância do disposto no artigo 2º, § 5º, inciso III, da Lei nº 6.830/80, declarando-se, conseqüentemente, a nulidade absoluta da CDA.

14. Agravo legal improvido."

E, à vista da mencionada declaração de inconstitucionalidade das disposições que tratavam da fixação das anuidades contidas na Lei nº 9.649/88 que, de seu turno, tinha revogado as disposições da Lei nº 6.994/82, o entendimento predominante é no sentido de que essa última norma deve ser considerada, para fins de fixação do valor das anuidades, sendo certo que, no tocante à pessoa física, a referida norma limitou o valor da anuidade em 2 MVR - Maior Valor de Referência (artigo 1º, § 1º, "a").

De notar-se, entretanto, que a Lei nº 8.177/91 extinguiu o Maior Valor de Referência - MRV que, por força da Lei nº 8.178/91, restou convertido em cruzeiros - 1 MRV = Cr\$ 2.266,17 (dois mil, duzentos e sessenta e seis cruzeiros e dezessete centavos) (cf. artigo 21, inciso II). Assim, o valor máximo da anuidade, a partir da vigência da aludida Lei, em **04/03/91**, passou a ser de **Cr\$ 4.532,34 (quatro mil, quinhentos e trinta e dois cruzeiros e trinta e quatro centavos)**.

Posteriormente, houve a instituição pela Lei nº 8.383/91 da Unidade Fiscal de Referência - UFIR como índice de atualização monetária de tributos e de valores expressos em cruzeiros, sendo adotado como divisor o valor de Cr\$ 126,8621 (cento e vinte e seis cruzeiros, oito mil, seiscentos e vinte e um décimos de milésimos) (cf. artigo 3º, inciso II). Destarte, o valor máximo permitido a título de anuidade, a partir de 1º/01/92 (efeitos da Lei nº 8.383/91) passou a ser de 35,72 UFIRs.

Registre-se que, durante o período compreendido entre a extinção da MRV, em **março/91**, e a instituição da UFIR, em **dezembro/91**, não há que se falar em correção monetária dos valores devidos a título de anuidade, à mingua de previsão legal nesse sentido. (STJ: AgRg no REsp 1047314/SC, Relator Ministro Herman Benjamin, j. 11/11/2008, DJe 09/03/2009; REsp 1074932/RS, Relator Ministro Castro Meira, j. 07/10/2008, DJe 05/11/2008).

Em **outubro/2000** a UFIR restou extinta pela MP nº 1.973-67, de 26/10/2000 (artigo 29, § 3º), tendo como último valor R\$ 1,0641 (um real e seiscentos e quarenta e um décimos de milésimos). Desse modo, utilizando-se o índice de 1,0641 para conversão em real, chega-se ao montante de **R\$ 38,00 (trinta e oito reais)** como valor máximo a ser cobrado a título de anuidade.

Por outro lado, à vista da extinção dos indexadores legais, passou a prevalecer o entendimento de ser possível a atualização dos valores das anuidades mediante atos infralegais, à vista do quanto disposto no artigo 97, § 2º, do CTN, segundo o qual a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo não constitui majoração de tributo, não havendo, portanto, que se falar em ofensa ao princípio da estrita legalidade tributária.

Saliente-se, por oportuno, que a Lei nº 12.514/2011, vigente a partir de **31/10/2011**, estabeleceu novos valores a serem cobrados a título de anuidades, sendo que, em se tratando de pessoa física, ficaram limitados a R\$ 500,00, para profissionais de nível superior e a R\$ 250,00, para profissionais de nível técnico (artigo 6º, I e II), montantes esses a serem atualizados pelo INPC/IBGE (artigo 6º, § 1º).

Na espécie, sendo as anuidades de **2010 e 2011** anteriores ao advento da Lei nº 12.514/2011, verifica-se que seus valores restaram fixados de forma indevida, posto que não se observou o limite máximo previsto na Lei nº 6.994/82, conforme acima explanado.

Já a execução fiscal de que se cuida foi ajuizada com arrimo na Lei nº 12.514/2011, que tratou das contribuições devidas aos conselhos profissionais em geral, cujo artigo 8º da mencionada Lei, estabelece que não serão executáveis judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente, sem prejuízo da adoção de outras medidas de cobrança, aplicação de sanções ou suspensão do exercício profissional.

Inegável, portanto, que o legislador fixou um limite objetivo e específico para os conselhos profissionais ajuizarem as respectivas execuções das anuidades, nada obstante tenha expressamente deixado ao arbítrio de cada Conselho a promoção da cobrança judicial, *ex vi* do art. 7º da Lei nº 12.514/11.

No caso dos autos, a ação de execução fiscal foi ajuizada em **25/03/2014**, visando a cobrança de anuidades de: (2012 - R\$ 531,36) e (2013 - R\$ 508,24), que excluindo-se as anuidades de 2010 e 2011 (fixadas por meio de atos infralegais), e com os devidos acréscimos legais perfaz o montante de: **R\$ 1.039,60**. Conclui-se, assim, que o débito exequendo não supera em termos monetários o valor correspondente às 04 (quatro) anuidades: R\$ 402,85 X 4 = **R\$ 1.611,40** (considerando-se o valor da anuidade no exercício de 2014 em R\$ 402,85 - conforme consulta ao sítio do referido Conselho profissional). Desse modo, não tendo o valor com seus consectários legais superado o equivalente a 04 (quatro) anuidades, não será possível o ajuizamento da Execução Fiscal, quanto a estas anuidades.

No sentido exposto, já decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHOS PROFISSIONAIS. ART. 8º DA LEI 12.514/2011. EXIGÊNCIA DE VALOR MÍNIMO PARA AJUIZAMENTO DE EXECUÇÃO FISCAL. QUANTIA SUPERIOR AO EQUIVALENTE À SOMA DE 4 (QUATRO) ANUIDADES, E NÃO QUE SEJAM COBRADAS, AO MENOS, 4 (QUATRO) ANUIDADES. A QUANTIA AVALIADA PARA DETERMINAR A POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL COMPREENDE O VALOR DAS ANUIDADES DEVIDAS, SOMADO AOS CONECTÁRIOS LEGAIS. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

I. O art. 8º da Lei 12.514/2011, ao determinar que não será ajuizada, pelos Conselhos, execução fiscal para cobrança de dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica, não exige que sejam executadas ao menos 4 (quatro) anuidades, e, sim, que a quantia mínima necessária para o ajuizamento da execução corresponda à soma de 4 (quatro) anuidades.

II. O dispositivo legal em destaque faz referência às 'dívidas (...) inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente', ou seja, a quantia a ser utilizada para configuração do valor mínimo necessário para a propositura da execução fiscal será aquele inscrito em dívida ativa. Em outras palavras, o valor das anuidades devidas, somado aos juros, correção monetária e multas, em sua totalidade, não poderá ser inferior à quantia correspondente ao somatório de quatro anuidades, na época da propositura da ação.

III. Conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, 'o art. 8º da Lei nº 12.514/2011 estabelece que: 'Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente'. Da leitura do dispositivo legal, extrai-se que a limitação imposta para o ajuizamento da execução fiscal refere-se ao valor da dívida na época da propositura da ação, o qual não poderá ser 'inferior a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente'. No caso concreto, apesar de a dívida executada referir-se a apenas 3 (três) anuidades, o valor do montante executado, ou seja, principal mais acréscimos legais, supera em muito o equivalente 'a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente', não havendo, por isso, razão para se extinguir o feito' (STJ, REsp 1.425.329/PR, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 16/04/2015). Em igual sentido: STJ, REsp 1.468.126/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 06/03/2015; STJ, REsp 1.488.203/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 28/11/2014.

IV. Hipótese em que o acórdão do Tribunal de origem manteve sentença que extinguiu a execução fiscal ajuizada por Conselho Profissional, por falta de interesse de agir, por cobradas apenas três anuidades e por ser o valor executado, excluídos os acréscimos legais, inferior àquele previsto no art. 8º da Lei 12.514/2011.

V. Recurso Especial provido."

(REsp 1466562/RS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, DJe 02/06/2015)

"TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ANUIDADES DE CONSELHO PROFISSIONAL. ART. 8º DA LEI Nº 12.514/2011. INTERPRETAÇÃO DA NORMA LEGAL. VALOR EXEQUENDO SUPERIOR AO EQUIVALENTE A 4 (QUATRO) ANUIDADES. CONECTÁRIOS LEGAIS. CONSIDERAÇÃO.

1. O art. 8º da Lei nº 12.514/2011 estabelece que: 'Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente.'

2. Da leitura do dispositivo legal, extrai-se que a limitação imposta para o ajuizamento da execução fiscal refere-se ao valor da dívida na época da propositura da ação, o qual não poderá ser 'inferior a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente'.

3. No caso concreto, apesar de a dívida executada referir-se a apenas 3 (três) anuidades, o valor do montante executado, ou seja, principal mais acréscimos legais, supera em muito o equivalente 'a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente', não havendo, por isso, razão para se extinguir o feito. Precedente: REsp 1.488.203/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2.ª Turma, j. em 20/11/2014, DJe 28/11/2014.

4. Ademais, 'não obstante o legislador tenha feito referência à quantidade de quatro anuidades, a real intenção foi prestigiar o valor em si do montante exequendo, pois, se de baixo aporte, eventual execução judicial seria ineficaz, já que dispendioso o processo judicial' (REsp 1.468.126/PR, Rel. Ministro Og Fernandes, 2.ª Turma, j. em 24/02/2015, DJe 06/03/2015).

5. Recurso especial a que se dá provimento, em ordem a ensejar a retomada da execução."

Por fim, a Resolução 458/2006 do CRF, que aprovou o Regulamento Eleitoral para os Conselhos Federal e Regionais de Farmácia, dispôs que o direito de votar será exercido pelos farmacêuticos que, na data do pleito, estiverem em dia com suas obrigações perante o seu respectivo Conselho Regional de Farmácia (CRF).

"Art. 3º - O direito de votar será exercido pelos farmacêuticos que, na data do pleito, estiverem em situação regular perante o seu respectivo Conselho Regional de farmácia (CRF), excetuando-se os farmacêuticos militares, na forma da lei"

Assim, caracterizado o inadimplemento em relação à anuidade de 2011, a multa eleitoral é inexigível, sendo nulo o título executivo nesta parte.

Veja-se a jurisprudência:

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO CORPORATIVO. VALOR EXECUTADO INFERIOR AO MÍNIMO PREVISTO NO ART. 8º DA LEI 12.514/11. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO.

I. Sobrevindo regulamentação específica atinente à cobrança dos débitos por parte das autarquias fiscalizadoras do exercício profissional, a Lei nº 12.514, de 28 de outubro de 2011, vigente a partir da data de sua publicação, resta superado o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça, exarado por ocasião do julgamento do REsp nº 1.111.982/SP, ainda que submetido à sistemática do artigo 543-C do CPC, no sentido do arquivamento dos autos, sem baixa na distribuição, das execuções fiscais de valor ínfimo (débitos iguais ou inferiores a R\$10.000,00).

II. Os pressupostos para cobrança dos créditos por parte dos conselhos Corporativos passaram a ser regulados pelo artigo 8º da Lei nº 12.514/2011, de imediata aplicabilidade, devendo ser respeitado o mínimo equivalente a quatro vezes o valor cobrado a título de anuidade.

III. A multa eleitoral de 2007 é inexigível, sendo nulo o título executivo nesta parte. A Resolução CFC nº 970/03 estabeleceu normas para a realização de eleições no Conselho Regional, dispondo no §1º, do artigo 2º que o contabilista esteja em dia com as obrigações financeiras para com o conselho, inclusive a anuidade do exercício corrente, para poder exercer seu direito de voto, o que não restava caracterizado com o inadimplemento da anuidade de 2007.

IV. Além da multa acima, que se reconhece inexigível, a execução fiscal ajuizada em 27/10/2009 cobra dívida relativa às anuidades de 2007, 2008 e 2009, cujo importe não respeita o supracitado critério de valor mínimo para a propositura do executivo, torna-se imperiosa sua extinção e, portanto, a manutenção da r. sentença recorrida.

V. Apelação desprovida."

(TRF-3, 4ª Turma, AC 1936519, Des. Federal Alda Basto, data do julgamento: 27/02/2014, e-DJF3 de 23/04/2014).

"DIREITO ADMINISTRATIVO. MULTA ELEITORAL. JUSTA CAUSA. AGRAVO INOMINADO IMPROVIDO.

1 - A executada foi impedida de votar por ato normativo do próprio conselho exequente, a Resolução 458/2006, que, em seu artigo 3º, impede o voto de inadimplentes.

2 - Portanto, a agravada estava em situação delicada já que, enquanto o artigo 5º da resolução 458/2006 a obrigava a votar; o artigo 3º a impedia.

3 - Diante dessa antinomia, não pode haver multa pelo cumprimento ou descumprimento de seu dever/direito eleitoral perante o conselho.

4 - Agravo inominado improvido."

(TRF-3, 3ª Turma, AI 475858, Des. Federal Nery Júnior, data do julgamento: 07/02/2013, e-DJF3 de 22/02/2013).

Já quanto à multa eleitoral de 2009, afasto a nulidade do título executivo quanto à cobrança da referida multa, tendo em vista que não há nos autos elementos suficientes para constatar a inadimplência da executada no ano da eleição.

Ante o exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** à apelação, para determinar o prosseguimento da execução fiscal, tão somente quanto à cobrança da multa eleitoral de 2009.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO PROFISSIONAL. AUTARQUIA. ANUIDADE. NATUREZA TRIBUTÁRIA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA. INCIDÊNCIA. REPERCUSSÃO GERAL RE Nº 704.292, REL. MIN. DIAS TOFFOLI. LEI 12.514/11. MULTA ELEITORAL DEVIDA. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

- As entidades fiscalizadoras do exercício profissional são entes autárquicos e as contribuições destinadas ao referido ente têm caráter tributário. Daí conclui-se que tais contribuições se submetem ao princípio da legalidade, especialmente no que toca à alteração de alíquotas e de base de cálculo, previsto no art. 150, I, da CF.

- O Plenário do E. STF decidiu, no RE 704.292 da Relatoria do Ministro Dias Toffoli, com repercussão geral pelo ARE nº 641.243, negar provimento ao recurso, a fim de definir que os conselhos profissionais não podem cobrar anuidade acima da previsão legal.

- A Lei nº 12.514/2011, vigente a partir de 31/10/2011, estabeleceu novos valores a serem cobrados a título de anuidade. Na espécie, sendo as anuidades de 2010 e 2011 anteriores ao advento da Lei nº 12.514/2011, verifica-se que seus valores restaram fixados de forma indevida, posto que não se observou o limite máximo previsto na Lei nº 6.994/82.

- A ação de execução fiscal foi ajuizada em 25/03/2014, visando a cobrança de anuidades de: (2012 - R\$ 531,36) e (2013 - R\$ 508,24), que excluindo-se as anuidades de 2010 e 2011 (fixadas por meio de atos infralegais), e com os devidos acréscimos legais perfaz o montante de : R\$ 1.039,60. Conclui-se, assim, que o débito exequendo não supera em termos monetários o valor correspondente às 04 (quatro) anuidades: R\$ 402,85 X 4 = R\$ 1.611,40 (considerando-se o valor da anuidade no exercício de 2014 em R\$ 402,85 - conforme consulta ao sítio do referido Conselho profissional). Desse modo, não tendo o valor com seus consectários legais superado o equivalente a 04 (quatro) anuidades, não será possível o ajuizamento da Execução Fiscal, quanto a estas anuidades.

- No que concerne a cobrança das multas eleitorais de 2009 e 2011, anote-se que as penalidades em questão tem previsão na Resolução CFF n. 458/2006. Sob esse aspecto, o título preenche os requisitos formais dos artigos 202 do CTN e 2º, § 5º, da LEF. Dessa forma, a existência ou não de justificativa para o não comparecimento à eleição e o cabimento da respectiva multa são questões que dizem respeito ao mérito. Logo, não podem ser reconhecidas de ofício pelo magistrado e devem ser oportunamente deduzidas nos meios de defesa à disposição do executado.

- Apelação parcialmente provida a fim de que a execução fiscal prossiga em relação às multas eleitorais de 2009 e 2011.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, por maioria, decidiu dar parcial provimento à apelação, em maior extensão, a fim de que a execução fiscal prossiga em relação às multas eleitorais de 2009 e 2011, nos termos do voto da Des. Fed. MÔNICA NOBRE, com quem votaram os Des. Fed. MARCELO SARAIVA, ANDRÉ NABARRETE e JOHONSOM DI SALVO, vencida a Des. Fed. MARLI FERREIRA (Relatora), que dava parcial provimento à apelação para determinar o prosseguimento da execução fiscal tão somente quanto à cobrança da multa eleitoral de 2009. Lavrará acórdão a Des. Fed. MÔNICA NOBRE. O Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE votou nos termos do art. 942, §1º do CPC. O Des. Fed. JOHONSOM DI SALVO votou nos termos dos arts. 53 e 260, §1.º do RITRF3, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5004169-66.2018.4.03.6119
RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA

APELANTE: OTI ORGANIZACAO DE TRANSPORTES INTEGRADOS LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: PAULO SERGIO MAZZARDO - RS24737, ANGELO SANTOS COELHO - RS23059

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, OTI ORGANIZACAO DE TRANSPORTES INTEGRADOS LTDA

Advogados do(a) APELADO: PAULO SERGIO MAZZARDO - RS24737, ANGELO SANTOS COELHO - RS23059

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5004169-66.2018.4.03.6119

RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA

APELANTE: OTI ORGANIZACAO DE TRANSPORTES INTEGRADOS LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: EDISON FREITAS DE SIQUEIRA - RS22136-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, OTI ORGANIZACAO DE TRANSPORTES INTEGRADOS LTDA

Advogado do(a) APELADO: EDISON FREITAS DE SIQUEIRA - RS22136-A

RELATÓRIO

A Excelentíssima Senhora Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

Trata-se de execução fiscal ajuizada pela UNIÃO FEDERAL, com o objetivo de cobrar crédito tributário inscrito em Dívida Ativa.

A r. sentença acolheu a exceção de pré-executividade oposta por OTI ORGANIZAÇÃO DE TRANSPORTES INTEGRADOS LTDA. para reconhecer ocorrência da prescrição e julgar extinto o feito, com resolução de mérito, nos termos do artigo 269, IV, do CPC de 1973. Condenada a exequente ao pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em R\$ 1.000,00 (um mil reais), nos termos do artigo 20, § 4º, do mesmo diploma legal. Sentença submetida ao reexame necessário.

Irresignado, o executado pugna a majoração da honorária advocatícia fixada, para o percentual de 20% sobre o valor da causa atualizado, com fulcro no artigo 20, § 3º, do CPC de 1973.

Por sua vez, apela a União Federal sustentando que a adesão ao parcelamento implica em confissão irrevogável e irretroatável em reconhecimento da legitimidade da dívida que se pretendia discutir na exceção de pré-executividade oposta.

Alega que (...) **não há nos autos prova da data da entrega da declaração, nem a Apelada se desincumbiu desse ônus, de sorte que é absolutamente impossível afirmar com segurança se ocorreu ou não o decurso da prazo prescricional.**

*Contar o prazo da prescrição a partir da data do vencimento, sem saber se esta ocorreu ou não após da data da entrega da declaração, como fez o Douto Juízo a quo, é temerário. Isso porque a decisão pode ser justa ou injusta, ficando as partes totalmente a mercê da sorte, como em um jogo de loteria, situação é absolutamente incompatível com o atual Estado Democrático de Direito, em especial aos postulados da segurança jurídica, do devido processo legal e da razoabilidade, devendo o Estado, por meio da jurisdição, **dar a cada um o que é seu na exata medida de seu direito.** (...).*

Com contrarrazões, subiram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

DECLARAÇÃO DE VOTO

A fim de deixar consignadas nos autos as razões que me levaram a divergir do voto proferido pela i. Relatora, procedo à presente declaração de voto.

A prescrição vem disciplinada no art. 174, do CTN e opera a partir dos cinco anos da constituição definitiva do crédito tributário.

Em se tratando aos tributos sujeitos a lançamento por homologação, nos termos do art. 150, do CTN, considera-se constituído o crédito tributário na data da entrega da Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, ou da Declaração de Rendimentos ou de outra declaração semelhante prevista em lei, consoante restou cristalizado no enunciado sumular n.º 436, do E. STJ: "A entrega de declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui o crédito tributário, dispensada qualquer providência por parte do Fisco".

Dessa forma, apresentada a declaração, sem o devido recolhimento do tributo devido, desnecessária a notificação do contribuinte ou a instauração de procedimento administrativo, podendo o débito ser imediatamente inscrito em Dívida Ativa, não havendo que se falar em decadência quanto à constituição do montante declarado, mas apenas em prescrição da pretensão de cobrança do crédito tributário. Assim, a partir do vencimento da obrigação tributária consignado no título, ou da entrega de declaração, se posterior, inicia-se a fluência do prazo prescricional.

Nesse sentido, o entendimento jurisprudencial:

"TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ENTREGA DAS DCTF'S. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ORIENTAÇÃO ADOTADA EM SEDE DE RECURSO REPETITIVO. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. EXECUÇÃO FISCAL. RECONHECIMENTO DO DÉBITO PELO CONTRIBUINTE. INTERRUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. SISTEMÁTICA DIVERSA DAQUELA APLICADA NA REPETIÇÃO DE INDÉBITO. AFERIÇÃO DA OCORRÊNCIA DE COMPENSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. CARÁTER CONFISCATÓRIO DA MULTA IMPOSTA. MATÉRIA CONSTITUCIONAL.

1. A jurisprudência desta Corte já pacificou, em sede de recurso repetitivo, na sistemática do art. 543-C, do CPC, entendimento no sentido de que, em regra, o prazo prescricional para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial da exação declarada (lançamento por homologação) inicia-se na data do vencimento, no entanto, nos casos em que o vencimento antecede a entrega da declaração, o início do prazo prescricional se desloca para a data da apresentação do aludido documento (REsp. n.º 1.120.295 - SP, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 12.5.2010).

2. O protocolo de pedido administrativo de compensação de débito por parte do contribuinte devedor configura ato inequívoco extrajudicial de reconhecimento do seu débito que pretende compensar, ensejando a interrupção da prescrição da ação para a cobrança do crédito tributário - execução fiscal, na forma do art. 174, parágrafo único, IV, do CTN.

3. (...).

7. Recurso especial não provido.

(STJ; Proc. RESP 200800774148; Rel. 2ª Turma; MAURO CAMPBELL MARQUES; DJE:28/09/2010).

No caso em tela retroage-se à data da propositura da ação o marco interruptivo do prazo prescricional, vez que o art. 240 §1º do CPC deve ser interpretado conjuntamente com o art. 174 do CTN, seja o marco interruptivo a citação efetiva, seja o despacho citatório, consoante o entendimento já firmado pela jurisprudência inclusive em sede de recurso repetitivo de controvérsia:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - IPTU. ALIENAÇÃO DO IMÓVEL - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO ADQUIRENTE - PRESCRIÇÃO - DESPACHO DE CITAÇÃO DO ANTIGO PROPRIETÁRIO - INTERRUÇÃO.

1. Cobrança de IPTU e de Taxas de Coleta de Lixo relativos a imóvel alienado após iniciada execução fiscal e já citado o então proprietário, o alienante.

2. Alienado bem onerado com tributos, o novo titular, não comprovando o recolhimento dos tributos imobiliários, torna-se responsável solidário pelos débitos, nos termos do art. 130 do CTN.

3. O despacho de citação do contribuinte (alienante do imóvel) interrompe a prescrição com relação ao responsável solidário (adquirente), nos termos do art. 125, III, c/c o art. 174, parágrafo único, inc. I, todos do CTN.

4. Esta Corte, no julgamento do REsp 1.120.295/SP, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC, decidiu que os arts. 174 do CTN e 219, § 1º, do CPC, devem ser interpretados conjuntamente, de modo que, se a interrupção retroage à data do ajuizamento da ação, é a propositura, e não a citação, que interrompe a prescrição.

5. Recurso especial provido.

(REsp 1319319/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2013, DJe 24/10/2013)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. INTERRUÇÃO PELA CITAÇÃO VÁLIDA (FEITO ANTERIOR À LC 118/05), QUE RETROAGE À DATA DA PROPOSITURA DA AÇÃO. RESP. 1.120.295/SP, REL. MIN. LUIZ FUX, DJE 21.05.2010, REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. CITAÇÃO VÁLIDA PENDENTE POR MAIS DE CINCO ANOS APÓS A PROPOSITURA DA EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO VERIFICADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento segundo o qual, na cobrança judicial do crédito tributário, a interrupção do lustro prescricional operada pela citação válida (redação original do CTN) ou pelo despacho que a ordena (redação do CTN dada pela LC 118/2005) sempre retroage à data da propositura da ação (art. 219, § 1º, do CPC, c/c art. 174, I do CTN). Precedentes: REsp. 1.120.295/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 21.05.2010, representativo da controvérsia, AgRg no REsp. 1.293.997/SE, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 26.03.2012, AgRg no AREsp 34.035/SP, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 23.02.2012, e REsp. 1.284.219/RS, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 01.12.2011.

2. (...)

3. Agravo Regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 190.118/MT, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/10/2013, DJe 24/10/2013)

No caso em tela o crédito foi constituído pela entrega de declarações (id. 90148604 – pág. 1/14) pelo contribuinte.

Quanto à prescrição, **a partir do vencimento da obrigação tributária consignado no título, ou da entrega de declaração, se posterior, inicia-se a fluência do prazo prescricional.** No presente caso, não há nenhum documento nos presentes autos que comprove que as declarações que constituíram o crédito foram entregues em momento posterior ao vencimento das obrigações tributárias. Assim, deve ser tomado como início do prazo prescricional o momento do vencimento dos débitos, o que ocorreu entre 10.02.1998 e 08.01.1999 (id. 90148604 – pág. 1/14).

Proferido o despacho de citação em 06/04/2004, antes da vigência da LC 118/05, o marco interruptivo do prazo prescricional é a citação, a qual retroage para a data do ajuizamento da ação (26/01/2004 – id. 90148604 e id. 90148602 – pág. 2) nos termos do art. 240 §1º do CPC, de modo que foi extrapolado o lustro admitido por lei para o ajuizamento da presente execução.

No que se refere ao requerimento de majoração da verba honorária arbitrada, verifica-se tal verba foi fixada em harmonia com a complexidade e natureza da causa e com o trabalho desenvolvido pelo patrono, além de observar os parâmetros do art. 20 § 4º do CPC/73.

Portanto, de rigor a manutenção da sentença recorrida nos exatos termos em que proferida.

Diante do exposto, voto por negar provimento às apelações.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5004169-66.2018.4.03.6119

RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA

APELANTE: OTI ORGANIZACAO DE TRANSPORTES INTEGRADOS LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: EDISON FREITAS DE SIQUEIRA - RS22136-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, OTI ORGANIZACAO DE TRANSPORTES INTEGRADOS LTDA

Advogado do(a) APELADO: EDISON FREITAS DE SIQUEIRA - RS22136-A

VOTO

A Excelentíssima Senhora Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

Recurso interposto antes da entrada em vigor do CPC de 2015.

Estabelece o art. 174 do Código Tributário Nacional:

Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em 5 (cinco) anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Na forma da lei, o termo inicial da contagem do prazo prescricional é a data da constituição definitiva do crédito tributário.

Na hipótese de **tributo sujeito a lançamento por homologação**, a constituição do crédito se dá com a entrega da declaração pelo sujeito passivo, independentemente de qualquer atuação por parte do Fisco, nos moldes do art. 150 do Código Tributário Nacional.

Tal entendimento está consolidado na Súmula 436 do E. Superior Tribunal de Justiça, que dispõe:

A entrega de declaração pelo contribuinte reconhecendo débito fiscal constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do fisco.

No mesmo sentido, o posicionamento do C. STF:

É absolutamente desnecessária a notificação prévia, ou a instauração de procedimento administrativo, para que seja inscrita a dívida e cobrado o imposto declarado, mas não pago pelo contribuinte. (RTJ, 103/221).

Entretanto, **a constituição definitiva do crédito ocorrerá** quando aperfeiçoada sua exigibilidade **com o vencimento**, desde que posterior à entrega da declaração, ou **com a entrega da declaração**, na hipótese de vencimento anterior à data legalmente prevista para a entrega.

Neste sentido é o entendimento firmado pela Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça, demonstrado pela ementa colacionada:

ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO DE O FISCO COBRAR JUDICIALMENTE O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO CONSTITUÍDO POR ATO DE FORMALIZAÇÃO PRATICADO PELO CONTRIBUINTE (IN CASU, DECLARAÇÃO DE RENDIMENTOS). PAGAMENTO DO TRIBUTO DECLARADO. INOCORRÊNCIA. TERMO INICIAL. VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA DECLARADA. PECULIARIDADE: DECLARAÇÃO DE RENDIMENTOS QUE NÃO PREVÊ DATA POSTERIOR DE VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL, UMA VEZ JÁ DECORRIDO O PRAZO PARA PAGAMENTO. CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL A PARTIR DA DATA DA ENTREGA DA DECLARAÇÃO.

1. O prazo prescricional quinquenal para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário conta-se da data estipulada como vencimento para o pagamento da obrigação tributária declarada (mediante DCTF, GIA, entre outros), nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, em que, não obstante cumprido o dever instrumental de declaração da exação devida, não restou adimplida a obrigação principal (pagamento antecipado), nem sobreveio quaisquer das causas suspensivas da exigibilidade do crédito ou interruptivas do prazo prescricional (Precedentes da Primeira Seção: EREsp 658.138/PR, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministra Eliana Calmon, julgado em 14.10.2009, Dje 09.11.2009; REsp 850.423/SP, Rel. Ministro Castro Meira, julgado em 28.11.2007, DJ 07.02.2008; e AgRg nos EREsp 638.069/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 25.05.2005, DJ 13.06.2005).

2. A prescrição, causa extintiva do crédito tributário, resta assim regulada pelo artigo 174, do Código Tributário Nacional, verbis:

'Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Parágrafo único. A prescrição se interrompe:

I - pela citação pessoal feita ao devedor;

I - pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal;

(Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005)

II - pelo protesto judicial;

III - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

IV - por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor.'

3. A constituição definitiva do crédito tributário, sujeita à decadência, inaugura o decurso do prazo prescricional quinquenal para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário.

4. A entrega de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS GIA, ou de outra declaração dessa natureza prevista em lei (dever instrumental adstrito aos tributos sujeitos a lançamento por homologação), é modo de constituição do crédito tributário, dispensando a Fazenda Pública de qualquer outra providência conducente à formalização do valor declarado (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: REsp 962.379/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.10.2008, Dje 28.10.2008).

5. O aludido entendimento jurisprudencial culminou na edição da Súmula 436/STJ, verbis:

'A entrega de declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do Fisco.'

6. Conseqüentemente, o dies a quo do prazo prescricional para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário declarado, mas não pago, é a data do vencimento da obrigação tributária expressamente reconhecida.

7. In casu: (i) cuida-se de créditos tributários atinentes a IRPJ (tributo sujeito a lançamento por homologação) do ano-base de 1996, calculado com base no lucro presumido da pessoa jurídica; (ii) o contribuinte apresentou declaração de rendimentos em 30.04.1997, sem proceder aos pagamentos mensais do tributo no ano anterior; e (iii) a ação executiva fiscal foi proposta em 05.03.2002.

8. Deveras, o imposto sobre a renda das pessoas jurídicas, independentemente da forma de tributação (lucro real, presumido ou arbitrado), é devido mensalmente, à medida em que os lucros forem auferidos (Lei 8.541/92 e Regulamento do Imposto de Renda vigente à época - Decreto 1.041/94).

9. De acordo com a Lei 8.981/95, as pessoas jurídicas, para fins de imposto de renda, são obrigadas a apresentar, até o último dia útil do mês de março, declaração de rendimentos demonstrando os resultados auferidos no ano-calendário anterior (artigo 56).

10. Assim sendo, não procede a argumentação da empresa, no sentido de que: (i) 'a declaração de rendimentos ano-base de 1996 é entregue no ano de 1996, em cada mês que se realiza o pagamento, e não em 1997'; e (ii) 'o que é entregue no ano seguinte, no caso, 1997, é a Declaração de Ajuste Anual, que não tem efeitos jurídicos para fins de início da contagem do prazo seja decadencial, seja prescricional', sendo certo que 'o Ajuste Anual somente tem a função de apurar crédito ou débito em relação ao Fisco.' (fls. e-STJ 75/76).

11. Vislumbra-se, portanto, peculiaridade no caso sub examine, uma vez que a declaração de rendimentos entregue no final de abril de 1997 versa sobre tributo que já deveria ter sido pago no ano-calendário anterior; inexistindo obrigação legal de declaração prévia a cada mês de recolhimento, consoante se depreende do seguinte excerto do acórdão regional: 'Assim, conforme se extrai dos autos, a formalização dos créditos tributários em questão se deu com a entrega da Declaração de Rendimentos pelo contribuinte que, apesar de declarar os débitos, não procedeu ao devido recolhimento dos mesmos, com vencimentos ocorridos entre fevereiro/1996 a janeiro/1997 (fls. 37/44).'

12. Conseqüentemente, o prazo prescricional para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial da exação declarada, in casu, iniciou-se na data da apresentação do aludido documento, vale dizer, em 30.04.1997, escoando-se em 30.04.2002, não se revelando prescritos os créditos tributários na época em que ajuizada a ação (05.03.2002).

13. Outrossim, o exercício do direito de ação pelo Fisco, por intermédio de ajuizamento da execução fiscal, conjura a alegação de inação do credor, revelando-se incoerente a interpretação segundo a qual o fluxo do prazo prescricional continua a escoar-se, desde a constituição definitiva do crédito tributário, até a data em que se der o despacho ordenador da citação do devedor (ou até a data em que se der a citação válida do devedor, consoante a anterior redação do inciso I, do parágrafo único, do artigo 174, do CTN).

14. O Codex Processual, no § 1º, do artigo 219, estabelece que a interrupção da prescrição, pela citação, retroage à data da propositura da ação, o que, na seara tributária, após as alterações promovidas pela Lei Complementar 118/2005, conduz ao entendimento de que o marco interruptivo atinente à prolação do despacho que ordena a citação do executado retroage à data do ajuizamento do feito executivo, a qual deve ser empreendida no prazo prescricional.

15. A doutrina abalizada é no sentido de que: 'Para CÂMARA LEAL, como a prescrição decorre do não exercício do direito de ação, o exercício da ação impõe a interrupção do prazo de prescrição e faz que a ação perca a 'possibilidade de reviver', pois não há sentido a priori em fazer reviver algo que já foi vivido (exercício da ação) e encontra-se em seu pleno exercício (processo). Ou seja, o exercício do direito de ação faz cessar a prescrição. Aliás, esse é também o diretivo do Código de Processo Civil:

'Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.

§ 1º A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação.'

Se a interrupção retroage à data da propositura da ação, isso significa que é a propositura, e não a citação, que interrompe a prescrição. Nada mais coerente, posto que a propositura da ação representa a efetivação do direito de ação, cujo prazo prescricional perde sentido em razão do seu exercício, que será expressamente reconhecido pelo juiz no ato da citação.

Nesse caso, o que ocorre é que o fator conduta, que é a omissão do direito de ação, é desqualificado pelo exercício da ação, fixando-se, assim, seu termo consumativo. Quando isso ocorre, o fator tempo torna-se irrelevante, deixando de haver um termo temporal da prescrição.' (Eurico Marcos Diniz de Santi, in 'Decadência e prescrição no Direito Tributário', 3ª ed., Ed. Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 232/233)

16. Destarte, a propositura da ação constitui o dies ad quem do prazo prescricional e, simultaneamente, o termo inicial para sua recontagem sujeita às causas interruptivas previstas no artigo 174, parágrafo único, do CTN.

17. Outrossim, é certo que 'incumbe à parte promover a citação do réu nos 10 (dez) dias subsequentes ao despacho que a ordenar; não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário' (artigo 219, § 2º, do CPC).

18. Conseqüentemente, tendo em vista que o exercício do direito de ação deu-se em 05.03.2002, antes de escoado o lapso quinquenal (30.04.2002), iniciado com a entrega da declaração de rendimentos (30.04.1997), não se revela prescrita a pretensão executiva fiscal, ainda que o despacho inicial e a citação do devedor tenham sobrevivido em junho de 2002.

19. *Recurso especial provido, determinando-se o prosseguimento da execução fiscal. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.*

(STJ, Primeira Seção, REsp 1120295/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, j. 12/05/2010, DJe 21/05/2010, destaquei).

Vale dizer, que a **constituição do crédito tributário** também poderá ocorrer **de ofício**, nos moldes do art. 149 do Código Tributário Nacional, na ausência de declaração do contribuinte ou se elaborada em desacordo com a legislação tributária, com omissões ou inexatidões.

Adite-se que o termo de confissão espontânea de débito fiscal é apto à constituição do crédito tributário, no entanto, se seguido do pedido de parcelamento, haverá a interrupção do prazo prescricional, que voltará a fluir a partir do inadimplemento do acordo firmado.

Assim é o entendimento assente do E. Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ADESÃO AO REFIS. PARCELAMENTO DO DÉBITO TRIBUTÁRIO. INADIMPLÊNCIA. CAUSA INTERRUPTIVA DO LAPSO PRESCRICIONAL. ART. 174 DO CTN.

1. *Hipótese em que se discute o termo inicial do prazo prescricional para a exigência dos tributos sujeitos ao regime do REFIS (se na data do inadimplemento do parcelamento, ou na data da exclusão do contribuinte).*

2. *O entendimento do acórdão recorrido se encontra em consonância com a orientação pacificada nesta Corte de que, uma vez interrompido o prazo prescricional em razão da confissão do débito e pedido de seu parcelamento por força da suspensão da exigibilidade do crédito tributário, o prazo volta a fluir a partir da data do inadimplemento do parcelamento. Precedentes: (AgRg nos EDcl no REsp 964.745/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 20/11/2008, DJe 15/12/2008; REsp 762.935/MG, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 9.12.2008, DJe 17.12.2008; AgRg no Ag 976.652/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 3/9/2009, DJe 14/9/2009).*

3. *Agravo regimental não provido.*

(AgRg no Ag 1222267/SC, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 28/09/2010, DJe 07/10/2010).

Nesse contexto, as circunstâncias do caso concreto determinarão o **marco inicial do prazo prescricional**, que poderá ser **a data do vencimento** ou **da entrega da declaração**, o que for posterior; **da intimação ou notificação** da decisão final do processo administrativo fiscal; **do termo de confissão espontânea** de débito fiscal ou **do inadimplemento do acordo firmado**.

Na hipótese dos autos, não há como decretar a prescrição dos créditos tributários, posto que não existir prova nos autos da data de constituição do crédito exequendo, momento em que o crédito é constituído definitivamente e inaugurado o prazo prescricional para o ajuizamento do executivo fiscal.

Nesse sentido:

"TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - PRESCRIÇÃO - TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO DECLARADO E NÃO-PAGO - CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO VIA DCTF - TERMO INICIAL - SÚMULA 83/STJ - AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS QUE COMPROVEM A DATA DA ENTREGA DA DECLARAÇÃO - SÚMULA 7/STJ - EFEITOS INFRINGENTES.

1. *Os embargos declaratórios somente são cabíveis para a modificação do julgado que se apresenta omissivo, contraditório ou obscuro, bem como para sanar possível erro material existente no acórdão.*

2. *É entendimento assente neste Tribunal que, com a entrega da Declaração, seja DCTF, GIA, ou outra declaração dessa natureza, tem-se constituído e reconhecido o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte da Fazenda. A partir desse momento, inicia-se o cômputo da prescrição quinquenal em conformidade com o artigo 174 do Código Tributário Nacional. Aplicação da Súmula 83/STJ.*

3. In casu, ainda que se saiba que o vencimento mais antigo é de 29.1.1999 e que a ação executiva somente foi ajuizada em 2004, impossível a manifestação acerca da ocorrência ou não da prescrição dos créditos ante a ausência de informação acerca da data da entrega da declaração. Ademais, o reexame do contexto fático-probatório dos autos é defeso a esta Corte em vista do óbice da Súmula 7/STJ.

Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para não conhecer do recurso especial da empresa contribuinte."

(EDcl no AgRg no REsp 1.017.106/SC, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 1º.7.2009).

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO DECLARADO E NÃO PAGO. PRAZO PRESCRICIONAL. VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO. FALTA DE ELEMENTOS NOS AUTOS QUE COMPROVEM A DATA DA DECLARAÇÃO PELO CONTRIBUINTE. IMPOSSIBILIDADE.

1. Em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação declarado e não pago, o Fisco dispõe de cinco anos para a cobrança do crédito, contados do dia seguinte ao vencimento da exação ou da entrega da declaração pelo contribuinte, o que for posterior; quando, só a partir desse momento, o crédito torna-se constituído e exigível pela Fazenda pública.

2. O presente caso trata de COFINS e CSSL declarados e não pagos, cujos vencimentos se deram entre 04/1998 a 05/1999, tendo sido a presente execução fiscal ajuizada em 25.11.2003. Todavia, não há como acolher a alegação de prescrição dos créditos tributários, posto que não há prova nos autos da data de entrega da declaração do tributo pela empresa agravante, momento em que o crédito é constituído definitivamente e inaugurado o prazo prescricional para o ajuizamento do executivo fiscal.

3. Agravo regimental não provido."

(AgRg no REsp 739577/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 23/10/2009)

Assim, ausente a prova da data de constituição do crédito tributários e sendo insuficiente a data do vencimento da obrigação, entendo que deve ser afastada a ocorrência da prescrição. Por conseguinte, prejudicado o recurso de apelação do executado que objetivava à majoração dos honorários.

Ante o exposto, dou provimento à apelação da União Federal e julgo prejudicada a apelação do executado.

É como voto.

VOTO DO DES. FEDERAL JOHNSOM DI SALVO (Divergente):

Acompanho o voto divergente.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO INOCORRÊNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO.

- A prescrição vem disciplinada no art. 174, do CTN e opera a partir dos cinco anos da constituição definitiva do crédito tributário.

- Em se tratando aos tributos sujeitos a lançamento por homologação, nos termos do art. 150, do CTN, considera-se constituído o crédito tributário na data da entrega da Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DC/TF, ou da Declaração de Rendimentos ou de outra declaração semelhante prevista em lei, consoante restou cristalizado no enunciado sumular n.º 436, do E. STJ: "A entrega de declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui o crédito tributário, dispensada qualquer providência por parte do Fisco".

- Dessa forma, apresentada a declaração, sem o devido recolhimento do tributo devido, desnecessária a notificação do contribuinte ou a instauração de procedimento administrativo, podendo o débito ser imediatamente inscrito em Dívida Ativa, não havendo que se falar em decadência quanto à constituição do montante declarado, mas apenas em prescrição da pretensão de cobrança do crédito tributário. Assim, a partir do vencimento da obrigação tributária consignado no título, ou da entrega de declaração, se posterior, inicia-se a fluência do prazo prescricional.

- No caso em tela retroage-se à data da propositura da ação o marco interruptivo do prazo prescricional, vez que o art. 240 §1º do CPC deve ser interpretado conjuntamente com o art. 174 do CTN, seja o marco interruptivo a citação efetiva, seja o despacho citatório, consoante o entendimento já firmado pela jurisprudência inclusive em sede de recurso repetitivo de controvérsia.

- No caso em tela o crédito foi constituído pela entrega de declarações (id. 90148604 – pág. 1/14) pelo contribuinte.

- Quanto à prescrição, a partir do vencimento da obrigação tributária consignado no título, ou da entrega de declaração, se posterior, inicia-se a fluência do prazo prescricional. No presente caso, não há nenhum documento nos presentes autos que comprove que as declarações que constituíram o crédito foram entregues em momento posterior ao vencimento das obrigações tributárias. Assim, deve ser tomado como início do prazo prescricional o momento do vencimento dos débitos, o que ocorreu entre 10.02.1998 e 08.01.1999 (id. 90148604 – pág. 1/14).

- Proferido o despacho de citação em 06/04/2004, antes da vigência da LC 118/05, o marco interruptivo do prazo prescricional é a citação, a qual retroage para a data do ajuizamento da ação (26/01/2004 – id. 90148604 e id. 90148602 – pág. 2) nos termos do art. 240 §1º do CPC, de modo que foi extrapolado o lustro admitido por lei para o ajuizamento da presente execução.

- No que se refere ao requerimento de majoração da verba honorária arbitrada, verifica-se tal verba foi fixada em harmonia com a complexidade e natureza da causa e como trabalho desenvolvido pelo patrono, além de observar os parâmetros do art. 20 § 4º do CPC/73.

- Portanto, de rigor a manutenção da sentença recorrida nos exatos termos em que proferida.

- Apelação não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, por maioria, decidiu negar provimento às apelações, nos termos do voto da Des. Fed. MÔNICA NOBRE, com quem votaram os Des. Fed. MARCELO SARAIVA, ANDRÉ NABARRETE e JOHNSOM DI SALVO, vencida a Des. Fed. MARLI FERREIRA (Relatora), que dava provimento à apelação da União Federal e julgava prejudicada a apelação do executado. Lavrará acórdão a Des. Fed. MÔNICA NOBRE. O Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE votou nos termos do art. 942, §1º do CPC. O Des. Fed. JOHNSOM DI SALVO votou nos termos dos arts. 53 e 260, §1.º do RITRF3, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5021918-86.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: URBANO AGROINDUSTRIAL LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: ANA LUIZA BARRETO DE ANDRADE FERNANDES NERY - SP257238-A, NELSON NERY JUNIOR - SP51737-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5021918-86.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE
AGRAVANTE: URBANO AGROINDUSTRIAL LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: ANA LUIZA BARRETO DE ANDRADE FERNANDES NERY - SP257238-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por URBANO AGROINDUSTRIAL LTDA. contra a r. decisão que, em sede de execução fiscal, indeferiu a liberação do saldo excedente da penhora no valor de R\$ 10.832.085,58.

Alega a agravante, em síntese, a necessária liberação do excesso de penhora e de parte do bloqueio para possibilitar o pagamento da folha salarial.

Requer a concessão de efeito suspensivo ativo, bem como o provimento do recurso para o reconhecimento da ilegalidade da ordem de manter bloqueado o valor do excesso da penhora e do bloqueio dos valores relativos à verba salarial e encargos trabalhistas.

Sustenta, ainda, a substituição da garantia do valor penhorado pelos bens imóveis que já garantem a execução ou, subsidiariamente, do valor penhorado pelo seguro-garantia ora apresentado.

Deferida em parte a antecipação da tutela recursal para liberação do excesso de penhora.

Contraminuta apresentada.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5021918-86.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE
AGRAVANTE: URBANO AGROINDUSTRIAL LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: ANA LUIZA BARRETO DE ANDRADE FERNANDES NERY - SP257238-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

VOTO

Inicialmente, no que tange ao pleito de substituição dos valores bloqueados pelos imóveis penhorados ou por seguro garantia, verifica-se que tal questão não foi debatida na decisão recorrida, razão pela qual a matéria não pode ser apreciada em sede recursal. Tal pleito deve ser submetido à apreciação do MM. Juízo *a quo*, sob pena de indevida supressão de instância. Portanto, não conheço do agravo em relação a esse ponto.

Ressalta-se que, em contraminuta, houve concordância da Fazenda Nacional quanto à decisão desta Relatora que, em sede de liminar, deferiu a liberação do excesso de penhora no valor de R\$ 10.832.085,58, de modo que, neste ponto, não há mais controvérsia recursal.

No que se refere à ocorrência de decisão surpresa no curso da ação de execução, por ocasião da determinação de manutenção do excesso de penhora em função da argumentação de que existiriam outras execuções fiscais ajuizadas, restou superada a questão diante da supracitada concordância da União Federal quanto à liberação da verba excessivamente bloqueada.

Em relação ao pedido de liberação da quantia de R\$5.572.261,35 para o regular pagamento da folha salarial dos funcionários da agravante, é forçoso reconhecer que não incide, na espécie, a aventada impenhorabilidade (art. 833, IV do CPC). Isso porque a qualidade de salário somente se verifica a partir da transferência dos valores ao trabalhador e, estando os ativos sob domínio da pessoa jurídica, inviável a presunção de que o destino das verbas será o pagamento da folha salarial. Ademais, os elementos constantes dos autos não permitem aferir o valor que seria necessário para o pagamento individual de cada funcionário. Assim, necessária a dilação probatória para que se alcance a conclusão defendida pela agravante.

Ainda, a liberação do excesso de penhora deferida pela decisão que apreciou o pedido de antecipação de tutela afastou o perigo de dano iminente decorrente do bloqueio efetinado.

Noutro passo, os indícios constantes dos autos fazem presumir a ocorrência de grupo econômico de fato e a realização de operações tendentes à sonegação de tributos e elisão fiscal. A desconstituição de tais indícios demanda profunda incursão probatória, incompatível com a cognição sumária do agravo de instrumento, razão pela qual resta mantido o bloqueio efetinado via Bacenjud relativo ao valor do crédito em execução.

Nem se argumente, por fim, que há incidência, no presente caso, do precedente relativo ao AI 5022299-94.2019.4.03.0000, apreciado por esta Quarta Turma, porque naquele caso havia realmente fator impeditivo à constrição dos bens, visto que não realizada a citação das agravantes antes do bloqueio e não demonstrada a existência de empecilhos à realização da citação pelas vias normais.

Porém, na espécie, a ora agravante não agravou da decisão que determinou a citação e o bloqueio dos bens concomitantemente (proferida em 05.08.2019), mas sim da decisão que analisou o pedido de desbloqueio dos ativos financeiros para pagamento de funcionários e suspendeu a liberação do excedente bloqueado, proferida em 07.08.2019. Frise-se que naquele momento, devido ao peticionamento da executada, ora agravante, nos autos da execução fiscal para requerer o desbloqueio, a mesma supriu a citação que ainda não lhe havia sido efetuada, nos termos do art. 239 §1º do Código de Processo Civil.

Assim, além de não ter sido feita qualquer menção à ausência de citação no bojo deste feito, não há identidade entre a situação apreciada nos autos do AI 5022299-94.2019.4.03.0000 e a analisada no presente recurso, quer porque o argumento da falta de citação não é válido para esta agravante, a qual compareceu espontaneamente aos autos principais antes de impugnar a decisão que havia determinado o bloqueio sem citação, quer porque a decisão objeto deste agravo possui conteúdo diverso e foi proferida após a decisão combatida pelo AI n. 5022299-94.2019.4.03.0000 e após a agravante comparecer aos autos principais.

Ante o exposto, conheço parcialmente do agravo de instrumento e, na parte conhecida, **dou parcial provimento** ao recurso unicamente para, confirmando a decisão liminar, deferir em definitivo a liberação do excesso de penhora no valor de R\$ 10.832.085,58.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. BACENJUD. EXCESSO DE PENHORA. AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO.

- Inicialmente, destaca-se que, em contraminuta, houve concordância da Fazenda Nacional quanto à decisão desta relatoria que, em sede de liminar, deferiu a liberação do excesso de penhora no valor de R\$ 10.832.085,58, de modo que, neste ponto, não há mais controvérsia recursal.

- No que se refere à ocorrência de decisão surpresa no curso da ação de execução, por ocasião da determinação de manutenção do excesso de penhora em função da argumentação de que existiriam outras execuções fiscais ajuizadas, restou superada a questão diante da supracitada concordância da União Federal quanto à liberação da verba excessivamente bloqueada.

- Relativamente ao pedido de liberação da quantia de R\$5.572.261,35 para o regular o pagamento da folha salarial dos funcionários da agravante, é forçoso reconhecer que não incide, na espécie, a aventada impenhorabilidade (art. 833, IV do CPC). Isso porque a qualidade de salário somente se verifica a partir da transferência dos valores ao trabalhador e estando os ativos sob domínio da pessoa jurídica, inviável a presunção de que o destino das verbas será o pagamento da folha salarial. Assim, necessária a dilação probatória para que se alcance a conclusão defendida pela agravante.

- Ademais, a liberação do excesso de penhora em quantia superior à necessária para a satisfação dos referidos encargos trabalhistas afasta o perigo de dano iminente decorrente do bloqueio efetuado.

- No que tange ao pleito de substituição dos valores bloqueados pelos imóveis penhorados, não é possível a mera substituição, porquanto o dinheiro ocupa posição privilegiada na ordem legal de bens penhoráveis. Embora as determinações de arresto dos imóveis e bloqueio do numerário tenham sido emitidas na mesma decisão (proferida em 05.08.2019), verifica-se que a ordem do Bacenjud foi cumprida no mesmo dia em que proferida a decisão e a penhora dos imóveis ocorreu no dia seguinte (06.08.2019).

- Assim, sendo o bloqueio de valores anterior ao dos imóveis, a substituição apenas pode ocorrer mediante a concordância da exequente ou em razão da comprovação de circunstância excepcional pela executada no sentido de que a onerosidade suportada é excessiva e inexistente prejuízo para a exequente na alteração.

- Os indícios constantes dos autos fazem presumir a ocorrência de grupo econômico de fato e a realização de operações tendentes à sonegação de tributos e elisão fiscal. A desconstituição de tais indícios demanda profunda incursão probatória, incompatível com a cognição sumária do agravo de instrumento.

- A possibilidade de substituição da garantia na execução fiscal não foi debatida na decisão recorrida, razão pela qual a matéria não pode ser apreciada em sede recursal. Tal pleito deve ser submetido à apreciação do MM. Juízo *a quo*, sob pena de indevida supressão de instância.

- Agravo de instrumento parcialmente provido para, confirmando a decisão liminar, deferir em definitivo a liberação do excesso de penhora no valor de R\$ 10.832.085,58.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu conhecer parcialmente do agravo de instrumento e, na parte conhecida, dar-lhe parcial provimento unicamente para, confirmando a decisão liminar, deferir em definitivo a liberação do excesso de penhora no valor de R\$ 10.832.085,58, nos termos do voto da Des. Fed. MÔNICA NOBRE (Relatora), com quem votaram os Des. Fed. MARCELO SARAIVA e ANDRÉ NABARRETE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5003907-09.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) AGRAVANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

AGRAVADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5003907-09.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) AGRAVANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

AGRAVADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Embargos de declaração opostos por Nestlé Brasil Ltda. (Id 107810371) contra acórdão que, por maioria, decidiu negar provimento ao agravo de instrumento (Id 10743904).

Alega, em síntese, que:

a) em situação idêntica o Desembargador Federal André Nabarrete prolatou acórdão, no sentido de dar provimento ao Agravo de Instrumento nº 5000529-79.2018.4.03.0000 interposto pela embargante. Destarte, o julgado embargado é incongruente com seu próprio entendimento, o que provoca insegurança jurídica;

b) além da decisão transcrita no tópico II dos presentes embargos de declaração, a qual foi devidamente publicada no DJE em 04/12/2019, também se verifica no (ID Num. 90245186) dos autos que há outra ementa com entendimento em sentido contrário;

c) a decisão restou omissa quanto ao disposto no artigo 9, I, § 2º, da Portaria PGF 440/2016.

Pleiteia seja suprida a omissão e a obscuridade, coma integração do acórdão.

Manifestação da parte adversa (Id 122304764).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5003907-09.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) AGRAVANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 23/06/2020 2623/4253

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Não está caracterizada a contradição aduzida, que ocorre quando há quebra da ordem lógica do julgado ou quando encerra proposições inconciliáveis dentro da própria da decisão, de modo que deve ser intrínseca e não deduzida a partir de interpretação de outros julgados. Ademais, o artigo 1.022 do CPC não autoriza o conhecimento da questão relativa à insegurança jurídica que surgiu somente em sede de embargos de declaração.

Cabe suprir omissão relativa à Portaria PGF nº 440/2016 mencionada no agravo. No que tange ao perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, está presente, considerado que a execução está garantida por seguro garantia e, conforme dispõe a Portaria PGF nº 440/2016, que disciplina as condições de aceitação da fiança bancária e de seguro garantia pela Procuradoria-Geral Federal, o recebimento dos embargos à execução sem que lhe seja atribuído efeito suspensivo gera obrigação de pagamento de indenização pela seguradora:

Art. 9º. Fica caracterizada a ocorrência de sinistro, gerando a obrigação de pagamento de indenização pela seguradora:

I - o não pagamento pelo devedor, quando determinado pelo juiz, após o recebimento de recurso ao qual não tenha sido atribuído efeito suspensivo;

[...]

§ 2º A caracterização do sinistro a que se refere o inciso I também se dará no caso de recebimento dos embargos à execução ou da apelação nos referidos embargos, sem que seja atribuído efeito suspensivo.

Não obstante esse entendimento, o acórdão deve ser mantido, à vista da não demonstração da probabilidade do direito, conforme fundamentação, *verbis*:

A alegação de insubsistência do Auto de Infração nº 2737889, em virtude da ausência de prática das infrações que ensejaram a aplicação da multa, bem como pela demonstração de nulidades absolutas no Processo Administrativo nº 6777/2015, demanda a produção de prova, de maneira que não se verifica de plano a probabilidade do direito alegado.

Quanto ao id 90245186, no qual consta segunda ementa em sentido contrário ao do acórdão, constata-se existência de erro material, razão pela qual tal documento deve ser tomado sem efeito.

Ante o exposto, acolho em parte os embargos de declaração, a fim de aclarar o julgado (id 107439404), sem efeito modificativo, bem como para tornar sem efeito o id 90245186.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO E OBSCURIDADE. NÃO VERIFICAÇÃO. OMISSÃO. CONFIGURAÇÃO EM PARTE. ERRO MATERIAL. CONFIGURADO. EMBARGOS ACOLHIDOS EM PARTE SEM EFEITOS MODIFICATIVOS.

- Não está caracterizada a contradição aduzida, que ocorre quando há quebra da ordem lógica do julgado ou quando encerra proposições inconciliáveis dentro da própria da decisão, de modo que deve ser intrínseca e não deduzida a partir de interpretação de outros julgados. Ademais, o artigo 1.022 do CPC não autoriza o conhecimento da questão relativa à insegurança jurídica que surgiu somente em sede de embargos de declaração.
- Cabe suprir omissão relativa à Portaria PGF nº 440/2016 mencionada no agravo. No que tange ao perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, está presente, considerado que a execução está garantida por seguro garantia e, conforme dispõe a Portaria PGF nº 440/2016, que disciplina as condições de aceitação da fiança bancária e de seguro garantia pela Procuradoria-Geral Federal, o recebimento dos embargos à execução sem que lhe seja atribuído efeito suspensivo gera obrigação de pagamento de indenização pela seguradora: *Art. 9º. Fica caracterizada a ocorrência de sinistro, gerando a obrigação de pagamento de indenização pela seguradora: I - o não pagamento pelo devedor, quando determinado pelo juiz, após o recebimento de recurso ao qual não tenha sido atribuído efeito suspensivo; [...] § 2º A caracterização do sinistro a que se refere o inciso I também se dará no caso de recebimento dos embargos à execução ou da apelação nos referidos embargos, sem que seja atribuído efeito suspensivo.*
- Não obstante esse entendimento, o acórdão deve ser mantido, à vista da não demonstração da probabilidade do direito, conforme fundamentação.
- Quanto ao id 90245186, no qual consta segunda ementa em sentido contrário ao do acórdão, constata-se existência de erro material, razão pela qual tal documento deve ser tomado sem efeito.
- Embargos de declaração acolhidos em parte sem efeitos modificativos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu acolher em parte os embargos de declaração, a fim de aclarar o julgado (ID 107439404), sem efeito modificativo, bem como para tornar sem efeito o ID 90245186, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram os Des. Fed. MARLI FERREIRA e Des. Fed. MÔNICA NOBRE, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0060488-57.2012.4.03.6182

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: DOPLAST INDUSTRIA E COMERCIO EM FIBERGLASS LIMITADA - EPP

Advogado do(a) APELANTE: ANTONIO CARLOS BARBOZA - SP76261

APELADO: CONSELHO REGIONAL DE QUIMICA IV REGIAO

Advogado do(a) APELADO: MARCELO JOSE OLIVEIRA RODRIGUES - SP106872-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0060488-57.2012.4.03.6182
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
APELANTE: DOPLAST INDUSTRIA E COMERCIO EM FIBERGLASS LIMITADA - EPP
Advogado do(a) APELANTE: ANTONIO CARLOS BARBOZA - SP76261
APELADO: CONSELHO REGIONAL DE QUIMICA IV REGIAO
Advogado do(a) APELADO: MARCELO JOSE OLIVEIRA RODRIGUES - SP106872-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Apelação interposta por **Doplast Indústria e Comércio em Fiberglass Ltda.** contra sentença que, em sede de embargos à execução fiscal, julgou improcedente o pedido de declaração de extinção da ação executiva n.º 2006.61.82.002937-6, bem como fixou os honorários advocatícios em R\$ 500,00, no termos do artigo 20, §4º, do Código de Processo Civil de 1973 (Id 97498748, p. 299/302 e 97498749, p.01/06).

Aduz (Id 97502688, p.03/50) que:

a) a apelante requereu o cancelamento de seu registro junto ao conselho profissional em 30.11.1992, porém descartou o documento que comprova tal ato em razão do decurso de mais de dez anos;

b) a atividade básica da empresa não é a indústria química, mas a comercialização de telhas, calhas e rufos, produzidos a partir de produtos químicos já preparados, sem reações químicas, transformações físicas com base mecânica e automatizada, razão pela qual não está obrigada ao registro perante a autarquia, nos termos do artigo 1º da Lei n.º 6.839/80;

c) deve ser considerada a presunção de cancelamento tácito do registro, pois nos últimos anos não houve o lançamento de qualquer cobrança ou anuidade;

d) o título executivo é nulo em razão da ausência de intimação do lançamento das anuidades de 2001 a 2005, bem como da multa por resistência à fiscalização, além do descumprimento do disposto nos artigos 628 e 629 da CLT e 10 e 11 do Decreto n.º 70.235/72;

e) não se aplica ao caso o disposto no artigo 5º da Lei n.12.514/2011, segundo o qual a hipótese de incidência das anuidades é a existência de inscrição no conselho, uma vez que a lei posterior não retroage;

f) há excesso de execução, dado que o valor exigido a título de anuidade não atende ao disposto na Lei n.º 6.994/82.

Por fim, requer a atribuição de efeito suspensivo ao recurso.

Em contrarrazões (Id 97502688, p. 56/92), a autarquia requer o desprovimento do recurso.

É relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0060488-57.2012.4.03.6182
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
APELANTE: DOPLAST INDUSTRIA E COMERCIO EM FIBERGLASS LIMITADA - EPP
Advogado do(a) APELANTE: ANTONIO CARLOS BARBOZA - SP76261
APELADO: CONSELHO REGIONAL DE QUIMICA IV REGIAO
Advogado do(a) APELADO: MARCELO JOSE OLIVEIRA RODRIGUES - SP106872-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

I – Dos fatos

Embargos à execução fiscal opostos por **Doplast Indústria e Comércio em Fiberglass Ltda.**, em 17.12.2012, contra o Conselho Regional de Química do Estado de São Paulo - CRQ 4ª Região, com a vista à extinção do débito exigido nos autos da execução fiscal n. 0002937-32.2006.4.03.6182, ajuizada em 19.01.2006, inscrito sob o número 273-020/2006, no valor de R\$ 10.743,15, referente às anuidades dos anos de 2001 a 2005 e anotações de responsabilidade técnica (ART), acrescidos de multa e juros. (Id 97498748, p. 58).

II – Da aplicação da lei processual

Inicialmente, ressalta-se que sentença recorrida foi proferida em 16.08.2013 (Id 97498749, p.06), razão pela qual, aplicada a regra do *tempus regit actum*, segundo a qual os atos jurídicos se regem pela lei vigente à época em que ocorreram, o recurso será analisado à luz do Diploma Processual Civil de 1973.

III – Da atribuição de efeito suspensivo

O pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso, nos termos dos artigos 558, parágrafo único, do CPC/73, está prejudicado à vista do julgamento do apelo.

IV – Da nulidade do título executivo

Afirma a apelante que o título executivo é nulo em razão da ausência de intimação do lançamento das anuidades de 2001 a 2005, bem como da multa por resistência à fiscalização, além do descumprimento do disposto nos artigos 628 e 629 da CLT e 10 e 11 do Decreto n.º 70.235/72.

Diferentemente do alegado, observa-se da análise dos autos que, depois de lavrada a declaração de resistência à fiscalização, em 26.01.2005 (Id 97498748, p. 91), foi instaurado o processo administrativo n.º 29015 e determinada a intimação da representante sobre a oposição à fiscalização (Id 97498748, p. 93), a notificação da multa aplicada (Id 97498748, p. 97), bem como o relatório de vistoria, no qual resta consignada a recusa da empresa em receber as comunicações. Dessa forma, nota-se que foram atendidos os princípios do devido processo legal, publicidade, segurança jurídica, contraditório e ampla defesa (artigo 5º, incisos XXXV, LIV e LV) e ao disposto nos artigos 628 e 629 do Decreto n.º 5.452/43 (CLT), 12, 13, 14, 15, 23, inciso II, 2º, inciso II, 31 e 33, do Decreto n.º 70.235/72, 2º, inciso X, e 3º, inciso II, da Lei n.º 9.784/99.

Ademais, não há ilegalidade na aplicação da multa por resistência injustificada à fiscalização, dado que ao Conselho Federal e Regional de Química foi atribuída a competência para a supervisão da profissão de químico, na forma do artigo 1º da Lei n.º 2.800/56, e a declaração firmada pelo agente público goza da presunção de veracidade que não foi elidida pelo apelante. Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONSELHOS PROFISSIONAIS. REGISTRO. ATIVIDADE BÁSICA DA EMPRESA. SÚMULAS 7 E 83/STJ.

1. Trata-se, na origem, de Ação Declaratória de inexigibilidade de registro nos quadros do Conselho Regional de Química e de contratação de responsável técnico químico, bem como de inexigibilidade de créditos tributários decorrentes dessa obrigatoriedade.

2. O ordenamento jurídico confere competência fiscalizatória própria das entidades públicas aos Conselhos Profissionais, considerando a relevância da sua missão institucional para o adequado exercício das atividades econômicas e sociais.

(...)

4. O poder de polícia dos Conselhos de Fiscalização abrange, além da cobrança das anuidades das pessoas naturais ou jurídicas, também a verificação de documentos ou o ingresso no estabelecimento para averiguação da regularidade do exercício profissional, mas somente se torna legítima caso haja relação direta entre a atividade da empresa e as competências institucionais do ente fiscalizador, o que não ocorreu na hipótese dos autos.

(..)

8. Recurso Especial não provido.

(STJ, REsp 1773387/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 11.12.2018, DJe 11.03.2019, destaquei).

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE QUÍMICA. CDA. NULIDADE AFASTADA. MULTA POR RESISTÊNCIA À FISCALIZAÇÃO. LEGITIMIDADE DA COBRANÇA. PENA DECORRENTE DE LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. DESCABIMENTO.

I - Conquanto não conste dos autos o Aviso de Recebimento acerca da decisão que manteve a fixação da multa, verifica-se pelo documento de fl. 552 que a intimação efetivamente ocorreu, uma vez que consta o número de registro da Carta Registrada, a data da intimação e o nome de quem a recebeu, dados obtidos nos registros da ECT.

II - Multa imposta pelo Conselho Regional de Química por resistência da empresa à fiscalização daquele órgão.

III - Visita do agente fiscalizador com fundamento no poder de polícia atribuído ao Conselho Regional de Química pelos arts. 1º e 15, da Lei n. 2.800/56 e no art. 343, "c", da CLT, a fim de identificar a natureza da atividade desenvolvida pela Embargante, objetivando constatar a necessidade ou não do registro da empresa naquele órgão, nos termos do art. 1º, da Lei n. 6.839/80, bem como da contratação de profissional da química como responsável técnico.

IV - Resistência injustificada da Embargante, incorrendo, assim, em infração aos mencionados dispositivos legais, não havendo qualquer ilegalidade ou abuso por parte do apelante.

V - No caso dos autos, não se verifica a litigância de má-fé, porquanto não identificadas as hipóteses previstas em lei, nem intuito protelatório.

VI - Recurso de apelação parcialmente provido.

(TRF 3ª Região, AC 0006731-27.2013.4.03.6114, Rel. Des. Fed. Marcelo Saraiva, j. 07.02.2019, e-DJF3 Judicial 1 de 28.02.2019, destaquei).

II - Da inscrição no conselho profissional

De acordo como artigo 1º da Lei nº 6.839/80, o registro de empresas e dos profissionais químicos será obrigatório em razão da atividade básica por eles desenvolvida ou em relação àquela pela qual prestem serviços a terceiros.

Sobre as atividades privativas do químico, dispõe o artigo 2º do Decreto n.º 85.877/81, que regulamenta a Lei n.º 2.800/56, que disciplina o exercício da profissão:

Art. 2º São privativos do químico:

I - análises químicas ou físico-químicas, quando referentes a Indústrias Químicas;

II - produção, fabricação e comercialização, sob controle e responsabilidade, de produtos químicos, produtos industriais obtidos por meio de reações químicas controladas ou de operações unitárias, produtos obtidos através de agentes físico-químicos ou biológicos, produtos industriais derivados de matéria prima de origem animal, vegetal ou mineral, e tratamento de resíduos resultantes da utilização destas matérias primas sempre que vinculadas à Indústria Química;

III - tratamento, em que se empreguem reações químicas controladas e operações unitárias, de águas para fins potáveis, industriais ou para piscinas públicas e coletivas, esgoto sanitário e de rejeitos urbanos e industriais;

IV - O exercício das atividades abaixo discriminadas, quando exercidas em firmas ou entidades públicas e privadas, respeitado o disposto no artigo 6º:

a) análises químicas e físico-químicas;

b) padronização e controle de qualidade, tratamento prévio de matéria prima, fabricação e tratamento de produtos industriais;

c) tratamento químico, para fins de conservação, melhoria ou acabamento de produtos naturais ou industriais;

d) mistura, ou adição recíproca, acondicionamento, embalagem e reembalagem de produtos químicos e seus derivados, cujo manipulação requeira conhecimentos de Química;

e) comercialização e estocagem de produtos tóxicos, corrosivos, inflamáveis ou explosivos, ressalvados os casos de venda a varejo;

f) assessoramento técnico na industrialização, comercialização e emprego de matérias primas e de produtos de Indústria Química;

g) pesquisa, estudo, planejamento, perícia, consultoria e apresentação de pareceres técnicos na área de Química.

V - exercício, nas indústrias, das atividades mencionadas no Art. 335 da Consolidação das Leis do Trabalho;

VI - desempenho de outros serviços e funções, não especificados no presente Decreto, que se situem no domínio de sua capacitação técnico-científica;

VII - magistério superior das matérias privativas constantes do currículo próprio dos cursos de formação de profissionais de Química, obedecida a legislação do ensino.

Por sua vez, a Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei n.º 5.452/43), nos artigos 334 e 335, também definiu as atividades do químico, bem como estabeleceu a obrigatoriedade de contratação de profissional técnico nas seguintes hipóteses:

Art. 334 - O exercício da profissão de químico compreende:

a) a fabricação de produtos e subprodutos químicos em seus diversos graus de pureza;

b) a análise química, a elaboração de pareceres, atestados e projetos de especialidade e sua execução, perícia civil ou judiciária sobre essa matéria, a direção e a responsabilidade de laboratórios ou departamentos químicos, de indústria e empresas comerciais;

c) o magistério nas cadeiras de química dos cursos superiores especializados em química;

d) a engenharia química.

§ 1º - Aos químicos, químicos industriais e químicos industriais agrícolas que estejam nas condições estabelecidas no art. 325, alíneas "a" e "b", compete o exercício das atividades definidas nos itens "a", "b" e "c" deste artigo, sendo privativa dos engenheiros químicos a do item "d".

§ 2º - Aos que estiverem nas condições do art. 325, alíneas "a" e "b", compete, como aos diplomados em medicina ou farmácia, as atividades definidas no art. 2º, alíneas "d", "e" e "f" do Decreto nº 20.377, de 8 de setembro de 1931, cabendo aos agrônomos e engenheiros agrônomos as que se acham especificadas no art. 6º, alínea "h", do Decreto nº 23.196, de 12 de outubro de 1933.

Art. 335 - É obrigatória a admissão de químicos nos seguintes tipos de indústria:

a) de fabricação de produtos químicos;

b) que mantenham laboratório de controle químico;

c) de fabricação de produtos industriais que são obtidos por meio de reações químicas dirigidas, tais como: cimento, açúcar e álcool, vidro, curtume, massas plásticas artificiais, explosivos, derivados de carvão ou de petróleo, refinação de óleos vegetais ou minerais, sabão, celulose e derivados. [destaque]

No caso, conforme se verifica do contrato social da empresa (Id 97498748, p. 43), o seu objeto é a produção e comercialização de produtos de políester e *fiberglass* em geral, tais como telhas, calhas e rufos. Do enquadramento feito na Junta Comercial do Estado de São Paulo consta como atividade a fabricação de artefatos de fibrocimento (Id 97498748, p. 51). Assim, claro está que não exerce atividade básica de químico, de modo que seu registro no conselho não é obrigatória. Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. DISSÍDIO. COTEJO ANALÍTICO. MOLDURA FÁTICA. SIMILITUDE. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO. CONSELHO REGIONAL DE QUÍMICA. EMPRESA DEDICADA À FABRICAÇÃO E À COMERCIALIZAÇÃO DE TUBOS DE PLÁSTICOS E CONEXÕES. ATIVIDADE BÁSICA NÃO AFETA À QUÍMICA. REGISTRO. NÃO OBRIGATORIEDADE.

1. A simples transcrição de ementas não é suficiente para a demonstração do dissídio pretoriano. A parte é obrigada a comprovar a divergência nos moldes legais e regimentais, sob pena de não o fazendo deixar de evidenciar a similitude fática entre os julgados apontados como dissidentes.

2. Amparada no art. 1º da Lei n.º 6.839/80, esta Turma consolidou o entendimento de que o critério legal de obrigatoriedade de registro no Conselho Regional de Química é determinado pela atividade básica da empresa ou pela natureza dos serviços prestados. Precedentes.

3. Concluir pela ocorrência de transformação química no desenvolvimento da atividade da empresa demandaria revolver o suporte fático-probatório dos autos, o que é vedado em recurso especial ante o óbice da Súmula 7/STJ.

4. **Não sendo a atividade básica da empresa afeta à química, embora possa utilizar-se dos serviços de profissional nessa área para o assessoramento da produção dos tubos de plástico e conexões, não é obrigada a efetuar inscrição no Conselho Regional de Química.**

Precedente da Turma: REsp 414.875/SC, Rel. Min. Laurita Vaz, DJU de 11.11.02.

5. Recurso especial conhecido em parte e improvido.

(REsp 887.966/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/03/2007, DJ 10/04/2007, p. 209) - Grifei

Ademais, conforme jurisprudência consolidada no âmbito do STJ:(...) antes da vigência da Lei 12.514/2011 o fato gerador da obrigação tributária era o exercício profissional, e não o simples registro no Conselho profissional. A contrario sensu, obviamente, posteriormente à inovação legislativa, o que se leva em conta é o registro profissional. Precedente: AgInt no REsp. 1.615.612/SC, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe 15.3.2017 (AgRg no AREsp 638.221/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/11/2019, DJe 27/11/2019). Nesse sentido, confira-se também:

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE ECONOMIA-CORECON. ANUIDADES. PRESCRIÇÃO PARCIAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. INAPLICABILIDADE DO PRAZO DE SUSPENSÃO PREVISTO NO ARTIGO 2º, § 3º, DA LEF. PERÍODO ANTERIOR E POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI Nº 12.514/2011. FATO GERADOR. EXERCÍCIO PROFISSIONAL. CIÊNCIA DO ÓRGÃO DE FISCALIZAÇÃO DA INTENÇÃO DE PARALISAÇÃO DA ATIVIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

(...)

- O C. STJ tem entendimento consolidado no sentido de que, a partir da vigência da Lei nº 12.514/11 o fato gerador para a cobrança da anuidade é a inscrição do profissional nos Conselhos de fiscalização profissional e, no período anterior à vigência da citada lei, era o efetivo exercício da atividade profissional que configurava a legitimidade da cobrança.

- Da análise dos autos constata-se que o embargante apresentou comprovante de inscrição ao PASEP - Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público em 01/01/1971 (fl. 13).

- Os documentos apresentados pelo órgão de classe revelam a clara intenção do Embargante em não mais exercer atividade sujeita ao controle do CORECON, manifestado desde o ano de 1997. Conquanto tal manifestação foi realizada por meio de contanto telefônico, o apelante formalizou a vontade do profissional nos documentos de fls. 39/40, 42/43. Por outro lado, o Conselho não pode impor-lhe condições de desfiliação onde a própria lei não o fez, na medida em que ausente previsão legal permitindo a criação de restrições por atos administrativos, quer quanto à inscrição, quer quanto ao cancelamento da inscrição.

- Além disso, nem era necessária a prova de sua inatividade, porquanto bastava a intenção de paralisar o exercício de sua atividade de economista para obter a baixa do seu registro. De fato, a paralisação é consequência do cancelamento, visto que, uma vez sem registro, não poderia mais praticar tal atividade, sob pena de configuração de exercício ilegal de profissão.

- Assim, como comprovado que a recorrida não exerce a profissão de economista, desde, pelo menos, o ano de 1997 (fls. 29/43), de rigor a manutenção da r. sentença que reconheceu a prescrição da anuidade de 2004 e declarou serem indevidas as anuidades lançadas na certidão de dívida ativa (fl. 04-EF).

- Apelação improvida.

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1836072 - 0006840-26.2013.4.03.9999, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, julgado em 20/06/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:06/07/2018)

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE. ANUIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. LEGITIMIDADE ATIVA DO CRC/MS. FATO NOTÓRIO. NÃO NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO FATO PELA PARTE EMBARGANTE. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. NÃO OCORRÊNCIA. ANUIDADES ANTERIORES À VIGÊNCIA DA LEI Nº 12.514/2011. FATO GERADOR. EFETIVO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO. NÃO COMPROVAÇÃO.

(...)

XVI - Quanto ao mérito, as Turmas de Direito Público do C. STJ firmaram a compreensão de que, antes da edição da Lei n. 12.514/2011, o fato gerador da obrigação tributária era o exercício profissional, e não o registro no conselho de fiscalização profissional.

XVII - Dessa forma, a partir da entrada em vigor da Lei nº 12.514/2011, estando o profissional inscrito junto ao conselho profissional, não há dúvida de que é devido o pagamento da anuidade, independentemente do efetivo exercício da atividade profissional fiscalizada. Entretanto, em se tratando de período anterior à vigência da referida lei, o fato gerador da obrigação tributária era o exercício profissional e não a filiação ao conselho profissional.

XVIII - No caso dos autos, trata-se de cobrança de anuidades dos exercícios de 1999 a 2002, alegando o embargante que desde 17.07.1985 exerce o cargo de Agente Tributário Estadual de Mato Grosso do Sul, encontrando-se, assim, legalmente impedido de exercer a profissão de contabilista desde aquela data. A fim de comprovar sua alegação, trouxe o embargante aos autos o documento de fl. 07, o qual comprova sua nomeação para o referido cargo na data indicada pelo embargante.

XIX - Em consulta ao sítio da Secretaria da Fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul, consta o edital do ano de 2013 para o cargo de Agente Tributário Estadual, apresentando como requisito de escolaridade a graduação em Curso de Ensino Superior devidamente reconhecido pelo MEC, bem como a seguinte descrição sumária das atividades a serem realizadas por esse profissional: "Executar, privativamente, atividades envolvendo o planejamento, organização, coordenação, avaliação, controle e execução das ações relacionadas à fixação, arrecadação e fiscalização de tributos (Lei nº 2.599/2002); Em relação ao ICMS, executar a fiscalização de mercadorias em trânsito (Lei nº 1.810/1997).".

XX - Assim, não estando comprovado, de forma inequívoca, o efetivo exercício da profissão no período de 1999 a 2002, não se verifica o fato gerador da obrigação tributária.

(...)

XXIII - Recurso de apelação parcialmente provido.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0002614-14.2008.4.03.6002, Rel. Desembargador Federal MARCELO MESQUITA SARAIVA, julgado em 19/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 31/01/2020)

No caso dos autos, constata-se que a embargante não exerce atividade típica de químico. Destarte, as anuidades são indevidas.

V - Da verba honorária

À vista da sucumbência recíproca, cada parte deverá com os honorários de seus advogados (artigo 21 do CPC/73)

VI - Do dispositivo

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação, a fim de julgar procedente em parte os embargos à execução fiscal e declarar indevidas as anuidades objeto da execução fiscal originária e fixar a sucumbência recíproca.

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE QUÍMICA. EFETIVO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE. NECESSIDADE. ANUIDADE. ILEGALIDADE. MULTA POR INFRAÇÃO. LEGALIDADE. RECURSO PROVIDO EM PARTE.

- O pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso, nos termos dos artigos 558, parágrafo único, do CPC/73, está prejudicado à vista do julgamento do apelo.

- Da análise dos autos, observa-se que depois de lavrada a Declaração de Resistência à Fiscalização e determinada a intimação da representação sobre a oposição à fiscalização, a notificação da multa aplicada, bem como o relatório de vistoria no qual resta consignado a recusa da empresa em receber as comunicações. Dessa forma, nota-se que foram atendidos os princípios do devido processo legal, publicidade, segurança jurídica, contraditório e ampla defesa.

- Não há ilegalidade na aplicação da multa por resistência injustificada à fiscalização, dado que ao Conselho Federal e Regional de Química foi atribuída a competência para a supervisão da profissão de químico, na forma do artigo 1º da Lei n.º 2.800/56 e a declaração firmada pelo agente público goza da presunção de veracidade que não foi elidida pelo apelante.

- De acordo com o artigo 1º da Lei n.º 6.839/80, o registro de empresas e dos profissionais químicos será obrigatório em razão da atividade básica por eles desenvolvida ou em relação àquela pela qual prestem serviços a terceiros.

- No caso, conforme se verifica do contrato social da empresa, o seu objeto é a produção e comercialização de produtos de políester e *fiberglass* em geral, tais como telhas, calhas e rufos. Do enquadramento feito na Junta Comercial do Estado de São Paulo consta como atividade a fabricação de artefatos de fibrocimento (Id 97498748, p. 51). Assim, claro está que não exerce atividade básica de químico, de modo que seu registro no conselho não é obrigatória. Precedentes do STJ.

- Conforme jurisprudência consolidada no âmbito do STJ: (...) *antes da vigência da Lei 12.514/2011 o fato gerador da obrigação tributária era o exercício profissional, e não o simples registro no Conselho profissional. A contrario sensu, obviamente, posteriormente à inovação legislativa, o que se leva em conta é o registro profissional. Precedente: AgInt no REsp. 1.615.612/SC, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe 15.3.2017 (AgRg no AREsp 638.221/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/11/2019, DJe 27/11/2019).*

- No caso dos autos, constata-se que a embargante não exerce atividade típica de químico. Destarte, as anuidades são indevidas.

- À vista da sucumbência recíproca, cada parte deverá com os honorários de seus advogados (artigo 21 do CPC/73)
- Apelação provida em parte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu dar parcial provimento à apelação, a fim de julgar procedente em parte os embargos à execução fiscal e declarar indevidas as anuidades objeto da execução fiscal originária e fixar a sucumbência recíproca, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram os Des. Fed. MARLI FERREIRA e Des. Fed. MÔNICA NOBRE, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016666-05.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
AGRAVANTE: COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS - CVM

AGRAVADO: TELESKA & ASSOCIADOS AUDITORES INDEPENDENTES - EPP

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016666-05.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
AGRAVANTE: COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS - CVM

AGRAVADO: TELESKA & ASSOCIADOS AUDITORES INDEPENDENTES - EPP

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Agravo de instrumento interposto pela COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS - CVM contra decisão que, em sede de execução fiscal, indeferiu o pedido de inclusão dos sócios no polo passivo, ao fundamento de que não se demonstrou a responsabilidade deles na dissolução irregular da empresa.

Alega-se, em síntese, que houve a comprovação dos requisitos necessários para promover o redirecionamento da execução fiscal para a pessoa dos administradores da pessoa jurídica.

Sem contraminuta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016666-05.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
AGRAVANTE: COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS - CVM

AGRAVADO: TELESCA & ASSOCIADOS AUDITORES INDEPENDENTES - EPP

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

I - Da inclusão do sócio no polo passivo da execução

A inclusão de sócios no polo passivo da execução fiscal é matéria disciplinada no artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional e somente é cabível nos casos de gestão com excesso de poderes, infração à lei, ao contrato ou estatuto social ou, ainda, na hipótese de dissolução irregular da sociedade, nos termos da Súmula 435 do STJ. Nesse sentido, destaco: (REsp 474.105/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 19.12.03; EREsp 260.017, Rel. Min. José Delgado, DJU de 19.4.2004; ERESP 174.532/PR, DJ 20/08/2001; REsp 513.555/PR, DJ 06/10/2003; AgRg no Ag 613.619/MG, DJ 20.06.2005; REsp 228.030/PR, DJ 13.06.2005).

Relativamente à dissolução irregular da empresa, dispõe a Súmula 435/STJ: "*presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente*". O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que é indispensável que o oficial de justiça constate que a empresa não foi encontrada em seu endereço: (REsp 1104064/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/12/2010, DJe 14/12/2010). Igualmente, para a configuração da responsabilidade delineada na norma tributária como consequência da dissolução, entendo ser imprescindível a comprovação de que o sócio integrava a pessoa jurídica na qualidade de administrador quando do vencimento do tributo e do encerramento ilícito, pois somente nessa condição detinha poderes para optar pelo pagamento e por dar continuidade às atividades, em vez de encerrá-la irregularmente. Nesse sentido, destaco o entendimento da 1ª Turma da corte superior, *verbis*: (AgRg no AREsp 812.073/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/12/2015, DJe 14/12/2015; STJ - EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1009997/SC - 1ª Turma - Rel. Min. DENISE ARRUDA, j. 02/04/2009, v.u., DJe 04/05/2009).

Nos autos em exame, constato que a comprovação de que a empresa executada está dissolvida irregularmente decorre das certidões do oficial de justiça, nas quais, por duas vezes, não foi localizada a empresa (id 74950040 – fls. 12 e 51). Verifica-se, também, da documentação acostada, que Marco Antônio Telesca e Jose Hernandez Perez Junior são sócios administradores da pessoa jurídica desde a sua constituição, ou seja, eram seus gestores na data dos fatos geradores dos tributos em cobrança e a constatação da dissolução irregular da executada por oficial de justiça (id cit. – fls. 30/35).

Dessa forma, nos termos da fundamentação anteriormente explicitada, justifica-se a reforma da decisão agravada, a fim de que seja deferida a inclusão dos administradores da pessoa jurídica no polo passivo do feito, para responder pela dívida em cobrança.

II – Do dispositivo

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO**, para deferir a inclusão de Marco Antônio Telesca e Jose Hernandez Perez Junior no polo passivo da execução fiscal.

É o meu voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. ART. 135, III, DO CTN. PESSOA FÍSICA NA GESTÃO DA EMPRESA NA DATA DO FATO GERADOR E DA DISSOLUÇÃO IRREGULAR. DEFERIMENTO. RECURSO PROVIDO.

- A inclusão de sócios no polo passivo da execução fiscal é matéria disciplinada no artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional e somente é cabível nos casos de gestão com excesso de poderes, infração à lei, ao contrato ou estatuto social ou, ainda, na hipótese de dissolução irregular da sociedade, nos termos da Súmula 435 do STJ. Nesse sentido, destaco: (REsp 474.105/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 19.12.03; EREsp 260.017, Rel. Min. José Delgado, DJU de 19.4.2004; ERESP 174.532/PR, DJ 20/08/2001; REsp 513.555/PR, DJ 06/10/2003; AgRg no Ag 613.619/MG, DJ 20.06.2005; REsp 228.030/PR, DJ 13.06.2005).

- Relativamente à dissolução irregular da empresa, dispõe a Súmula 435/STJ: "*presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente*". O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que é indispensável que o oficial de justiça constate que a empresa não foi encontrada em seu endereço: (REsp 1104064/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/12/2010, DJe 14/12/2010). Igualmente, para a configuração da responsabilidade delineada na norma tributária como consequência da dissolução, entendo ser imprescindível a comprovação de que o sócio integrava a pessoa jurídica na qualidade de administrador quando do vencimento do tributo e do encerramento ilícito, pois somente nessa condição detinha poderes para optar pelo pagamento e por dar continuidade às atividades, em vez de encerrá-la irregularmente. Nesse sentido, destaco o entendimento da 1ª Turma da corte superior, *verbis*: (AgRg no AREsp 812.073/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/12/2015, DJe 14/12/2015; STJ - EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1009997/SC - 1ª Turma - rel. Min. DENISE ARRUDA, j. 02/04/2009, v.u., DJe 04/05/2009).

- Nos autos em exame, constato que a comprovação de que a empresa executada está dissolvida irregularmente decorre das certidões do oficial de justiça, nas quais, por duas vezes, não foi localizada a empresa. Verifica-se, também, da documentação acostada, que Marco Antônio Telesca e Jose Hernandez Perez Junior são sócios administradores da pessoa jurídica desde a sua constituição, ou seja, eram seus gestores na data dos fatos geradores dos tributos em cobrança e a constatação da dissolução irregular da executada por oficial de justiça.

- Dessa forma, nos termos da fundamentação anteriormente explicitada, justifica-se a reforma da decisão agravada, a fim de que seja deferida a inclusão dos administradores da pessoa jurídica no polo passivo do feito, para responder pela dívida em cobrança.

- Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu dar provimento para deferir a inclusão de Marco Antônio Telesca e Jose Hernandez Perez Junior no polo passivo da execução fiscal, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram os Des. Fed. MARLI FERREIRA e Des. Fed. MÔNICA NOBRE, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017381-18.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: JULIAN MARCUIR INDUSTRIA E COMERCIO LTDA

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017381-18.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: JULIAN MARCUIR INDUSTRIA E COMERCIO LTDA

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Agravo de instrumento interposto pela UNIÃO contra decisão que, em sede de execução fiscal, determinou a suspensão do processo (artigo 924, I, c.c. artigo 313, IV, todos do CPC), à vista da afetação dada aos Agravos de Instrumento nº 2015.03.00.023609-4, 2015.03.00.026570-7 e 2015.03.00.27759-0, até o julgamento do respectivo recurso especial representativo de controvérsia.

Alega, em síntese, que a suspensão da execução fiscal é descabida, pois o caso em tela não se enquadra no tema suscitado por esta corte como representativo de controvérsia, em virtude de o sócio administrador, cuja inclusão no polo passivo se pretende, estar na gestão da pessoa jurídica desde a sua constituição até a sua dissolução irregular.

Agravo interno interposto contra a decisão que indeferiu a antecipação de tutela recursal (id. 1221534).

Sem contraminuta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017381-18.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: JULIAN MARCUIR INDUSTRIA E COMERCIO LTDA

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Cuida-se na origem de execução fiscal, na qual foi determinada a suspensão do processo até o julgamento dos Recursos Especiais n.º 1377019/SP e 16451333/SP (Temas/STJ n. 962 e 981 - "*À luz do art. 135, III, do CTN, o pedido de redirecionamento da Execução Fiscal, quando fundado na hipótese de dissolução irregular da sociedade empresária executada ou de presunção de sua ocorrência (Súmula 435/STJ), pode ser autorizado contra: (i) o sócio com poderes de administração da sociedade, na data em que configurada a sua dissolução irregular ou a presunção de sua ocorrência (Súmula 435/STJ), e que, concomitantemente, tenha exercido poderes de gerência, na data em que ocorrido o fato gerador da obrigação tributária não adimplida; ou (ii) o sócio com poderes de administração da sociedade, na data em que configurada a sua dissolução irregular ou a presunção de sua ocorrência (Súmula 435/STJ), ainda que não tenha exercido poderes de gerência, na data em que ocorrido o fato gerador do tributo não adimplido*").

A documentação acostada aos autos comprova a dissolução irregular da devedora, na forma da Súmula 435 do STJ, pois foi certificado por oficial de justiça em 09.01.2017 (fl. 132 dos autos principais), que a pessoa jurídica executada não foi encontrada no endereço no qual se havia procedido anteriormente a sua citação. Verifica-se, também, que Marcelo Jose Shajnovetx integra a sociedade na condição de sócio administrador desde 19.04.2001 (id 1114439 - fl. 154, num.doc 069.966/01-01) data anterior à dos fatos geradores que originaram os tributos exigidos, o que evidencia que o caso não se amolda aos REsp n.º 1645333/SP, 1643944/SP e 1645281/SP representativos da controvérsia (Temas/STJ n.º 962 e 981), cuja tese foi anteriormente explicitada.

Assim, nos termos da fundamentação e dos precedentes colacionados, justifica-se a reforma da decisão recorrida, para que o juízo *a quo* dê prosseguimento ao feito executivo, com a análise do pedido de inclusão do sócio administrador no polo passivo da ação. Saliente-se que o exame da questão por esta corte implicaria supressão de um grau de jurisdição, o que é defeso.

Ante o exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO**, para determinar que o juízo *a quo* dê prosseguimento ao feito executivo, com a análise do pedido de inclusão do sócio administrador no polo passivo da ação. **Em consequência, declaro prejudicado o agravo interno.**

É o meu voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DISSOLUÇÃO IRREGULAR COMPROVADA. SÓCIO ADMINISTRADOR QUE INTEGRA A DEVEDORA DESDE A SUA CONSTITUIÇÃO. NÃO ADEQUAÇÃO DO CASO AOS TEMAS REPETITIVOS/STJ N.º 962 E 981. INAPLICABILIDADE. RECURSO PROVIDO. AGRAVO INTERNO PREJUDICADO.

- Cuida-se na origem de execução fiscal, na qual foi determinada a suspensão do processo até o julgamento dos Recursos Especiais n.º 1377019/SP e 16451333/SP (Temas/STJ n. 962 e 981 - "*À luz do art. 135, III, do CTN, o pedido de redirecionamento da Execução Fiscal, quando fundado na hipótese de dissolução irregular da sociedade empresária executada ou de presunção de sua ocorrência (Súmula 435/STJ), pode ser autorizado contra: (i) o sócio com poderes de administração da sociedade, na data em que configurada a sua dissolução irregular ou a presunção de sua ocorrência (Súmula 435/STJ), e que, concomitantemente, tenha exercido poderes de gerência, na data em que ocorrido o fato gerador da obrigação tributária não adimplida; ou (ii) o sócio com poderes de administração da sociedade, na data em que configurada a sua dissolução irregular ou a presunção de sua ocorrência (Súmula 435/STJ), ainda que não tenha exercido poderes de gerência, na data em que ocorrido o fato gerador do tributo não adimplido*").

- A documentação acostada aos autos comprova a dissolução irregular da devedora, na forma da Súmula 435 do STJ, pois foi certificado por oficial de justiça em 09.01.2017, que a pessoa jurídica executada não foi encontrada no endereço no qual se havia procedido anteriormente a sua citação. Verifica-se, também, que Marcelo Jose Shajnovetx integra a sociedade na condição de sócio administrador desde 19.04.2001 data anterior à dos fatos geradores que originaram os tributos exigidos, o que evidencia que o caso não se amolda aos REsp n.º 1645333/SP, 1643944/SP e 1645281/SP representativos da controvérsia (Temas/STJ n.º 962 e 981), cuja tese foi anteriormente explicitada..

- Assim, nos termos da fundamentação e dos precedentes colacionados, justifica-se a reforma da decisão recorrida, para que o juízo *a quo* dê prosseguimento ao feito executivo, com a análise do pedido de inclusão do sócio administrador no polo passivo da ação. Saliente-se que o exame da questão por esta corte implicaria supressão de um grau de jurisdição, o que é defeso.

- Agravo de instrumento parcialmente provido. Agravo interno prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu dar parcial provimento ao agravo de instrumento para determinar que o juízo a quo dê prosseguimento ao feito executivo, com a análise do pedido de inclusão do sócio administrador no polo passivo da ação, prejudicado o agravo interno, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram os Des. Fed. MARLI FERREIRA e Des. Fed. MÔNICA NOBRE, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) N.º 5004071-08.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: GAVIAO COMERCIO DE VEICULOS E TRANSPORTES LTDA - ME, MARCOS ANTONIO BOZZO DOS SANTOS

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5004071-08.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: GAVIAO COMERCIO DE VEICULOS E TRANSPORTES LTDA - ME, MARCOS ANTONIO BOZZO DOS SANTOS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Agravo de instrumento interposto pela UNIÃO FEDERAL contra decisão que, em sede de execução fiscal, de ofício, decretou a prescrição de todos créditos tributários declinados na CDA nº 80.4.09.004323-92 e daqueles com data de vencimento anterior a 11.06.1997 na CDA nº 80.4.02.010039-05, além de determinar a suspensão do feito em relação aos sócios da pessoa jurídica, por força da afetação desse tema ao REsp nº 1.634.944/SP.

Alega, em síntese, que a prescrição parcial do débito cobrado na CDA nº 80.4.02.010039-05 não poderia ter sido aferida com base na data do vencimento dos tributos, mesmo diante da ausência de informação quanto ao seu lançamento. Sustenta, ainda, que não há extinção de nenhum crédito tributário objeto do referido título executivo, pois não decorreu o quinquênio entre a sua constituição e a propositura da execução fiscal. Por fim, pugna pelo afastamento da ordem de suspensão processual, pois os sócios incluídos no polo passivo da demanda estavam na administração da empresa tanto na data do lançamento como na da dissolução irregular.

Sem contraminuta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5004071-08.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

I - Da Prescrição do Crédito Tributário

No caso de tributos sujeitos a lançamento por homologação declarados e não pagos, o fisco dispõe de cinco anos para a cobrança do crédito, contados do dia seguinte ao vencimento da exação ou da entrega da declaração pelo contribuinte, o que for posterior: (STJ - REsp 1120295 / SP - RECURSO ESPECIAL - 2009/0113964-5 - Ministro LUIZ FUX - Primeira Seção - DJ: 10/05/2010 - DJe 21/05/2010). Relativamente à observação da alteração promovida no artigo 174 do CTN pela LC 118/2005 para fins de interrupção da prescrição, o STJ também já decidiu a controvérsia em sede de recurso representativo, no sentido de que, como norma processual, a referida lei complementar tem aplicação imediata, inclusive às ações em curso, o que deve ser posterior à sua vigência (09/06/2005), sob pena de retroação da nova legislação, é o despacho citatório: (REsp 999901/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 10/06/2009).

Proposta a ação em 11.06.2002 (id. 1808342 - fl. 01), a citação foi realizada em 05.08.2002 (id cit. - fl. 17). Frise-se que essa interrupção não retroage à data da propositura da ação, nos termos do § 1º do artigo 219 do Código de Processo Civil, porquanto a prescrição tributária submete-se à reserva de lei complementar, nos termos do artigo 146, inciso III, b, da CF/88. Nesse sentido: (RE 556664, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 12/06/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-216 DIVULG 13-11-2008 PUBLIC 14-11-2008 EMENT VOL-02341-10 PP-01886).

In casu, os créditos tributários declinados na CDA nº 80.4.02.010039-05 e que tiveram seus vencimentos entre 10.02.1997 a 10.06.1997 foram lançados por declaração do contribuinte entregue em 28.05.1998 (id 1808288 - fl. 112), conforme documento de fl. 99, que estava nos autos, porém não foi observado pelo juízo *a quo*.

Por conseguinte, não houve transcurso do quinquênio prescricional, de forma que é válida a cobrança de todos os tributos exigidos no título executivo.

II – Da suspensão do feito

Cuida-se na origem de execução fiscal, na qual foi determinada a suspensão do processo até o julgamento dos Recursos Especiais n.º 1377019/SP e 16451333/SP (Temas/STJ n. 962 e 981 - "À luz do art. 135, III, do CTN, o pedido de redirecionamento da Execução Fiscal, quando fundado na hipótese de dissolução irregular da sociedade empresária executada ou de presunção de sua ocorrência (Súmula 435/STJ), pode ser autorizado contra: (i) o sócio com poderes de administração da sociedade, na data em que configurada a sua dissolução irregular ou a presunção de sua ocorrência (Súmula 435/STJ), e que, concomitantemente, tenha exercido poderes de gerência, na data em que ocorrido o fato gerador da obrigação tributária não adimplida; ou (ii) o sócio com poderes de administração da sociedade, na data em que configurada a sua dissolução irregular ou a presunção de sua ocorrência (Súmula 435/STJ), ainda que não tenha exercido poderes de gerência, na data em que ocorrido o fato gerador do tributo não adimplido").

A documentação acostada aos autos comprova a dissolução irregular da devedora, na forma da Súmula 435 do STJ, pois foi certificado por oficial de justiça em 01.02.2010 (id 1808288 – fl. 05) que a pessoa jurídica executada estava com suas atividades encerradas. Verifica-se, também, que Marco Antonio Bozzo e Wilmar da Costa Junior integram a sociedade na condição de sócio administrador desde a sua constituição (id cit - fls. 54/55), o que evidencia que o caso não se amolda aos recursos especiais n.º 1645333/SP, 1643944/SP e 1645281/SP representativos da controvérsia (Temas/STJ n.º 962 e 981), cuja tese foi anteriormente explicitada.

Assim, nos termos da fundamentação e dos precedentes colacionados, justifica-se a reforma da decisão recorrida, para que o juízo *a quo* dê prosseguimento ao feito executivo em relação aos sócios administradores já incluídos no polo passivo da ação.

III – Do dispositivo

Ante o exposto, **dou provimento ao agravo de instrumento**, para afastar a prescrição quinquenal parcial decretada do crédito declinado na CDA nº 80.4.02.010039-05 e afastar a suspensão da execução determinada em relação aos sócios da empresa executada.

É o meu voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. AUSÊNCIA DE TRANSCURSO DO PRAZO DE CINCO ANOS ENTRE A CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO (ENTREGA DA DCTF) E A CITAÇÃO DO EXECUTADO. DISSOLUÇÃO IRREGULAR COMPROVADA. SÓCIO ADMINISTRADOR QUE INTEGRA A DEVEDORA DESDE A SUA CONSTITUIÇÃO. NÃO ADEQUAÇÃO DO CASO AOS TEMAS REPETITIVOS/STJ N.º 962 E 981. INAPLICABILIDADE. RECURSO PROVIDO.

- No caso de tributos sujeitos a lançamento por homologação declarados e não pagos, o fisco dispõe de cinco anos para a cobrança do crédito, contados do dia seguinte ao vencimento da exação ou da entrega da declaração pelo contribuinte, o que for posterior: (STJ - REsp 1120295 / SP - RECURSO ESPECIAL - 2009/0113964-5 - Ministro LUIZ FUX - Primeira Seção - DJ: 10/05/2010 - DJe 21/05/2010). Relativamente à observação da alteração promovida no artigo 174 do CTN pela LC 118/2005 para fins de interrupção da prescrição, o STJ também já decidiu a controvérsia em sede de recurso representativo, no sentido de que, como norma processual, a referida lei complementar tem aplicação imediata, inclusive às ações em curso, o que deve ser posterior à sua vigência (09/06/2005), sob pena de retroação da nova legislação, é o despacho citatório: (REsp 999901/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 10/06/2009).

- Proposta a ação em 11.06.2002, a citação foi realizada em 05.08.2002. Frise-se que essa interrupção não retroage à data da propositura da ação, nos termos do § 1º do artigo 219 do Código de Processo Civil, porquanto a prescrição tributária submete-se à reserva de lei complementar, nos termos do artigo 146, inciso III, b, da CF/88. Nesse sentido: (RE 556664, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 12/06/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-216 DIVULG 13-11-2008 PUBLIC 14-11-2008 EMENT VOL-02341-10 PP-01886).

- *In casu*, os créditos tributários declinados na CDA nº 80.4.02.010039-05 e que tiveram seus vencimentos entre 10.02.1997 a 10.06.1997 foram lançados por declaração do contribuinte entregue em 28.05.1998, conforme documento de fl. 99, que estava nos autos, porém não foi observado pelo juízo *a quo*.

- Por conseguinte, não houve transcurso do quinquênio prescricional, de forma que é válida a cobrança de todos os tributos exigidos no título executivo.

- Cuida-se na origem de execução fiscal, na qual foi determinada a suspensão do processo até o julgamento dos Recursos Especiais n.º 1377019/SP e 16451333/SP (Temas/STJ n. 962 e 981 - "À luz do art. 135, III, do CTN, o pedido de redirecionamento da Execução Fiscal, quando fundado na hipótese de dissolução irregular da sociedade empresária executada ou de presunção de sua ocorrência (Súmula 435/STJ), pode ser autorizado contra: (i) o sócio com poderes de administração da sociedade, na data em que configurada a sua dissolução irregular ou a presunção de sua ocorrência (Súmula 435/STJ), e que, concomitantemente, tenha exercido poderes de gerência, na data em que ocorrido o fato gerador da obrigação tributária não adimplida; ou (ii) o sócio com poderes de administração da sociedade, na data em que configurada a sua dissolução irregular ou a presunção de sua ocorrência (Súmula 435/STJ), ainda que não tenha exercido poderes de gerência, na data em que ocorrido o fato gerador do tributo não adimplido").

- A documentação acostada aos autos comprova a dissolução irregular da devedora, na forma da Súmula 435 do STJ, pois foi certificado por oficial de justiça em 01.02.2010, que a pessoa jurídica executada estava com suas atividades encerradas. Verifica-se, também, que Marco Antonio Bozzo e Wilmar da Costa Junior integram a sociedade na condição de sócios administradores desde a sua constituição, o que evidencia que o caso não se amolda aos recursos especiais n.º 1645333/SP, 1643944/SP e 1645281/SP representativos da controvérsia (Temas/STJ n.º 962 e 981), cuja tese foi anteriormente explicitada.

- Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu dar provimento ao agravo de instrumento, para afastar a prescrição quinquenal parcial decretada do crédito declinado na CDA n.º 80.4.02.010039-05 e afastar a suspensão da execução determinada em relação aos sócios da empresa executada, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram os Des. Fed. MARLI FERREIRA e Des. Fed. MÔNICA NOBRE, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) N.º 5016053-82.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: UTBR - UNITECHNOLOGIES INDUSTRIA DE EQUIPAMENTOS S.A.

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCO WILD - SP188771-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) N.º 5016053-82.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: UTBR - UNITECHNOLOGIES INDUSTRIA DE EQUIPAMENTOS S.A.

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCO WILD - SP188771-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Agravo de instrumento interposto por UTBR - UNITECHNOLOGIES INDUSTRIA DE EQUIPAMENTOS S.A. contra decisão que, em execução fiscal, rejeitou exceção de pré-executividade, ao fundamento de que ausente a plausibilidade da pretensão deduzida pela executada, à vista de que os fatos alegados constituem matéria de mérito e demandam a produção de prova (Id. 17719361, dos autos de origem).

Sustenta a agravante, em síntese, que, no RE 574.706, o Supremo Tribunal Federal, sob a sistemática da repercussão geral, entendeu que o ICMS deve ser excluído da base de cálculo das contribuições PIS/COFINS. Requer, assim, o provimento do recurso, a fim de que seja declarada a nulidade das CDA que deram origem à execução fiscal.

Foi deferido o pedido de efeito suspensivo (Id. 85426554 - Pág. 1/4).

Contraminuta, na qual se alega a impossibilidade de discutir a questão em exceção de pré-executividade, requer o sobrestamento do feito, à vista de recurso pendente de apreciação e, por fim, pleiteia o desprovimento do recurso (Id. 89832411 - Pág. 1/14).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016053-82.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
AGRAVANTE: UTBR - UNITECHNOLOGIES INDUSTRIA DE EQUIPAMENTOS S.A.
Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCO WILD - SP188771-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

I - Do Cabimento da Exceção de Pré-executividade

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.110.925/SP, representativo da controvérsia e submetido ao regime previsto no artigo 543-C do Código de Processo Civil/73 pacificou o entendimento segundo o qual a exceção de pré-executividade só é cabível nas situações em que observados concomitantemente dois pressupostos, quais sejam, que a matéria suscitada seja suscetível de conhecimento de ofício pelo juiz e que não seja necessária dilação probatória. No mesmo julgado, restou consignado que a discussão sobre a questão que demanda prova deve ser realizada em sede de embargos à execução (artigo 16 da Lei nº 6.830/80), *verbis*:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL SÓCIO-GERENTE CUJO NOME CONSTA DA CDA. PRESUNÇÃO DE RESPONSABILIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA ARGUIDA EM EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. INVIABILIDADE. PRECEDENTES.

1. A exceção de pré-executividade é cabível quando atendidos simultaneamente dois requisitos, um de ordem material e outro de ordem formal, ou seja: (a) é indispensável que a matéria invocada seja suscetível de conhecimento de ofício pelo juiz; e (b) é indispensável que a decisão possa ser tomada sem necessidade de dilação probatória.

2. Conforme assentado em precedentes da Seção, inclusive sob o regime do art. 543-C do CPC (REsp 1104900, Min. Denise Arruda, sessão de 25.03.09), não cabe exceção de pré-executividade em execução fiscal promovida contra sócio que figura como responsável na Certidão de Dívida Ativa - CDA. É que a presunção de legitimidade assegurada à CDA impõe ao executado que figura no título executivo o ônus de demonstrar a inexistência de sua responsabilidade tributária, demonstração essa que, por demandar prova, deve ser promovida no âmbito dos embargos à execução.

3. Recurso Especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC.

(REsp 1.110.925/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/04/2009, DJe 04/05/2009)

(PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/09/2009, DJe 07/10/2009). "A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória" Posteriormente, aquela corte editou a Súmula nº 393:

Assim, é perfeitamente cabível discutir, por meio desse instrumento processual, questão referente à inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, eis que reconhecida pela corte suprema no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706, de modo que não há que se falar em afronta à presunção de legitimidade da CDA (artigos 3º da Lei nº 6.830/80 e 204 do CTN).

II - Do pedido de sobrestamento

A argumentação de que a parte adversa não sofrerá prejuízo com a demora não tem o condão de infirmar o entendimento explicitado. Saliente-se também que eventual recurso interposto para a modulação dos efeitos do julgado do STF não comporta efeito suspensivo. Ressalte-se que para a aplicação do entendimento sedimentado no acórdão proferido no RE nº 574.706, afigura-se suficiente a publicação da respectiva ata de julgamento, o que ocorreu em 20/03/2017 (DJe nº 53), conforme previsão expressa do artigo 1.035, § 11, do CPC. Nesse contexto, evidencia-se desarrazoado o pedido de sobrestamento do processo (artigos 489, 525, 926, 927, 1.040 do CPC e 27 da Lei nº 9.868/99) até a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração opostos contra o *decisum* prolatado no citado paradigma, como requerido, e inexistente a alegada prematuridade da aplicação da tese.

Ademais, saliente-se que, em recente julgamento pelo Supremo Tribunal Federal de tutela provisória na Reclamação n. 30.996/São Paulo (em 09.08.2018), o Excelentíssimo Ministro Celso de Mello decidiu nos seguintes termos:

Cabe registrar; nesse ponto, consoante entendimento jurisprudencial prevalecente no âmbito desta Corte, que a circunstância de o precedente no "leading case" ainda não haver transitado em julgado não impede venha o Relator da causa a julgá-la, fazendo aplicação, desde logo, da diretriz consagrada naquele julgamento (ARE 909.527-AgR/RS, Rel. Min. LUIZ FUX - ARE 940.027-AgR/PI, Rel. Min. ROSA WEBER - RE 611.683 -AgR/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI - RE 631.091-AgR/PR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI - RE 1.006.958-AgR-ED-ED/RS, Rel. Min. DIAS TOFFOLI).

III - Do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS

A matéria já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706, o qual, por maioria e nos termos do voto da Relatora, ao apreciar o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nessa assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017.

Nesse contexto, nos termos explicitados, é de ser afastada a incidência do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, como requerido. Ademais, considerado o entendimento adotado pela corte suprema, não há se falar em violação ao julgado do RE nº 212.209/MG ou às Leis nº 9.718/98, nº 10.637/02, nº 10.833/03, LC nº 7/70 e LC nº 70/91. Por fim, não merece guarida a alegação de que o imposto estadual integra o preço do produto e deve ser tributado pelas exações incidentes sobre o faturamento ou receita bruta das empresas e afastam-se, igualmente, as argumentações relativas aos conceitos de faturamento e receita líquida e ao § 12 e à alínea "b" do inciso I do artigo 195 da Lei Maior, a teor da tese adotada pela corte suprema, a qual esgotou a matéria.

IV - Dos honorários advocatícios

Vencida a União, cabe condená-la ao pagamento de verba honorária que, considerados o grau de zelo profissional, a natureza da causa e o trabalho realizado (§ 2º do artigo 85 do CPC), fixo em 10% sobre o valor do proveito econômico obtido pela executada, qual seja, o montante que deverá ser excluído, nos termos do inciso I do § 3º do artigo 85 do CPC.

V - Do Dispositivo

Ante o exposto, dou parcial provimento ao agravo de instrumento para determinar que a União apure os valores corretos das CDA, excluído o ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS. Verba honorária fixada na forma explicitada.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. POSSIBILIDADE DE APRESENTAÇÃO. ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. EXCLUSÃO. HONORÁRIOS DEVIDOS PELO FISCO. RECURSO PROVIDO EM PARTE.

- O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.110.925/SP, representativo da controvérsia e submetido ao regime previsto no artigo 543-C do Código de Processo Civil/73 pacificou o entendimento segundo o qual a exceção de pré-executividade só é cabível nas situações em que observados concomitantemente dois pressupostos, quais sejam, que a matéria suscitada seja suscetível de conhecimento de ofício pelo juiz e que não seja necessária dilação probatória. Assim, é perfeitamente cabível discutir, por meio desse instrumento processual, questão referente à inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, eis que reconhecida pela corte suprema no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706.

- Para a aplicação do entendimento sedimentado no acórdão proferido no RE nº 574.706, afigura-se suficiente a publicação da respectiva ata de julgamento, o que ocorreu em 20/03/2017 (DJe nº 53). Evidencia-se desarrazoado o pedido de sobrestamento do processo.

- O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706, fixou a seguinte tese: "*O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins*". Nesse contexto, nos termos explicitados, é de ser afastada a incidência do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, como requerido.

- Vencida a União, cabe condená-la ao pagamento de verba honorária que, considerados o grau de zelo profissional, a natureza da causa e o trabalho realizado (§ 2º do artigo 85 do CPC), fixo em 10% sobre o valor do proveito econômico obtido pela executada, qual seja, o montante que deverá ser excluído, nos termos do inciso I do § 3º do artigo 85 do CPC.

- Agravo de instrumento parcialmente provido para determinar que a União apure os valores corretos da CDA, excluído do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS. Verba honorária na forma explicitada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu dar parcial provimento ao agravo de instrumento para determinar que a União apure os valores corretos das CDA, excluído o ICMS da base de cálculo do PIS e da

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 23/06/2020 2646/4253

COFINS, verba honorária fixada na forma explicitada, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram os Des. Fed. MARLI FERREIRA (com ressalva) e Des. Fed. MÔNICA NOBRE, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5001627-65.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: AGENCIA NACIONAL DE VIGILANCIA SANITARIA - ANVISA

AGRAVADO: CARTESIUS DESENVOLVIMENTO DE PESQUISAS CLINICAS LTDA, GILBERTO DE NUCCI, LILIAN MARA BABADOPULOS

Advogado do(a) AGRAVADO: OVIDIO ROLIM DE MOURA - SP163389

Advogado do(a) AGRAVADO: OVIDIO ROLIM DE MOURA - SP163389

Advogado do(a) AGRAVADO: OVIDIO ROLIM DE MOURA - SP163389

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5001627-65.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: AGENCIA NACIONAL DE VIGILANCIA SANITARIA - ANVISA

AGRAVADO: CARTESIUS DESENVOLVIMENTO DE PESQUISAS CLINICAS LTDA, GILBERTO DE NUCCI, LILIAN MARA BABADOPULOS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Agravo de instrumento interposto pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária- ANVISA contra decisão que, em sede de execução fiscal, indeferiu pedido de inclusão dos sócios no polo passivo, ao fundamento de que ausente comprovação da responsabilidade (Id. 27254026 - Pág. 45).

O agravante sustenta, em síntese, que se cuida de cobrança de multa imposta por meio do exercício do poder de polícia, de índole não tributária, de maneira que a possibilidade de redirecionamento, em virtude de encerramento irregular da executada, encontra fundamento nos artigos 50 e 1.103 do CC, bem como na Súmula 435 do STJ. Afirma ainda que, apesar de restar comprovado o encerramento de fato das atividades da pessoa jurídica, constata-se que perante os órgãos oficiais continua como ATIVA. Por fim, aduz que o não funcionamento da empresa foi comprovado por oficial de justiça.

A antecipação da tutela recursal foi indeferida (Id. 29155602)

Contraminuta da parte adversa (Id. 43719613).

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5001627-65.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: AGENCIA NACIONAL DE VIGILANCIA SANITARIA - ANVISA

AGRAVADO: CARTESIUS DESENVOLVIMENTO DE PESQUISAS CLINICAS LTDA, GILBERTO DE NUCCI, LILIAN MARA BABADOPULOS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O débito objeto da execução fiscal não tem natureza tributária, conforme se constata da certidão de inscrição em dívida ativa, que decorre de multa tipificada como infração sanitária. Nesses casos, o Superior Tribunal de Justiça, firmou entendimento de que a dissolução irregular da pessoa jurídica caracteriza infração à lei autorizadora do redirecionamento da execução fiscal de crédito não tributário contra os sócios administradores, nos termos da Súmula nº 435 dessa corte e dos artigos 135, inciso III, do Código Tributário Nacional, 10 do Decreto nº 3.078/19 e 158 da Lei nº 6.404/78, conforme julgamento do REsp nº 1.371.128/RS, representativo da controvérsia, cuja ementa segue, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. REDIRECIONAMENTO DE EXECUÇÃO FISCAL DE DÍVIDA ATIVA NÃO-TRIBUTÁRIA EM VIRTUDE DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR DE PESSOA JURÍDICA. POSSIBILIDADE. ART. 10, DO DECRETO N. 3.078/19 E ART. 158, DA LEI N. 6.404/78 - LSA C/C ART. 4º, V, DA LEI N. 6.830/80 - LEF.

1. A mera afirmação da Defensoria Pública da União - DPU de atuar em vários processos que tratam do mesmo tema versado no recurso representativo da controvérsia a ser julgado não é suficiente para caracterizar-lhe a condição de amicus curiae. Precedente: REsp. 1.333.977/MT, Segunda Seção, Rel. Min. Isabel Gallotti, julgado em 26.02.2014.

2. Consoante a Súmula n. 435/STJ: "Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente".

3. É obrigação dos gestores das empresas manter atualizados os respectivos cadastros, incluindo os atos relativos à mudança de endereço dos estabelecimentos e, especialmente, referentes à dissolução da sociedade. A regularidade desses registros é exigida para que se demonstre que a sociedade dissolveu-se de forma regular, em obediência aos ritos e formalidades previstas nos arts. 1.033 à 1.038 e arts. 1.102 a 1.112, todos do Código Civil de 2002 - onde é prevista a liquidação da sociedade com o pagamento dos credores em sua ordem de preferência - ou na forma da Lei n. 11.101/2005, no caso de falência. A desobediência a tais ritos caracteriza infração à lei.

4. Não há como compreender que o mesmo fato jurídico "dissolução irregular" seja considerado ilícito suficiente ao redirecionamento da execução fiscal de débito tributário e não o seja para a execução fiscal de débito não-tributário. "Ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio". O suporte dado pelo art. 135, III, do CTN, no âmbito tributário é dado pelo art. 10, do Decreto n. 3.078/19 e art. 158, da Lei n. 6.404/78 - LSA no âmbito não-tributário, não havendo, em nenhum dos casos, a exigência de dolo.

5. Precedentes: REsp. n. 697108 / MG, Primeira Turma, Rel. Min.

Teori Albino Zavascki, julgado em 28.04.2009; REsp. n. 657935 / RS, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 12.09.2006; AgRg no AREsp 8.509/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 4.10.2011; REsp 1272021 / RS, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 07.02.2012; REsp 1259066/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrigli, DJe 28/06/2012; REsp.n. ° 1.348.449 - RS, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 11.04.2013; AgRg no AG n° 668.190 - SP, Terceira Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 13.09.2011; REsp. n.° 586.222 - SP, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 23.11.2010; REsp 140564 / SP, Quarta Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, julgado em 21.10.2004.

6. Caso em que, conforme o certificado pelo oficial de justiça, a pessoa jurídica executada está desativada desde 2004, não restando bens a serem penhorados. Ou seja, além do encerramento irregular das atividades da pessoa jurídica, não houve a reserva de bens suficientes para o pagamento dos credores.

7. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 1371128/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/09/2014, DJe 17/09/2014)(grifei)

Para a configuração da responsabilidade pela dívida em cobrança, como consequência da dissolução ilícita é imprescindível a comprovação de que o sócio integrava a pessoa jurídica na qualidade de administrador quando do vencimento do tributo e do encerramento ilícito, pois somente nessa condição detinha poderes para optar pelo pagamento e por dar continuidade às atividades, em vez de encerrá-la irregularmente, a teor do entendimento pacificado na corte superior, verbis:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS NOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PRETENDIDO REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL FUNDADO NA DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE. SÓCIO QUE NÃO DETINHA PODER DE GERÊNCIA À ÉPOCA DA DISSOLUÇÃO IRREGULAR. PRETENSÃO EM DESCONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO STJ. REJEIÇÃO DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS.

1. A controvérsia consiste em saber se cabe, na hipótese de dissolução irregular da sociedade, o redirecionamento da execução fiscal contra os sócios cujos nomes constam da Certidão de Dívida Ativa, ainda que não exerçam poder de gerência à época da dissolução irregular:

2. Consoante decidiu com acerto o Juiz Federal da primeira instância, o pedido de redirecionamento da execução fiscal, quando fundado na dissolução irregular da sociedade executada, pressupõe a permanência de determinado sócio na administração da empresa no momento da ocorrência dessa dissolução, que é, afinal, o fato que desencadeia a responsabilidade pessoal do administrador. Ainda, embora seja necessário demonstrar quem ocupava o posto de gerente no momento da dissolução, é necessário, antes, que aquele responsável pela dissolução tenha sido também, simultaneamente, o detentor da gerência na oportunidade do vencimento do tributo. É que só se dirá responsável o sócio que, tendo poderes para tanto, não pagou o tributo (daí exigir-se seja demonstrada a detenção de gerência no momento do vencimento do débito) e que, ademais, conscientemente optou pela irregular dissolução da sociedade (por isso, também exigível a prova da permanência no momento da dissolução irregular).

3. O Tribunal de origem, ao manter a negativa de seguimento do agravo de instrumento do INSS, deixou consignada a ausência de indícios de que o sócio tenha agido com fraude ou com excesso de poderes, visto que houve, após sua retirada, conforme alteração contratual acostada aos autos, a continuidade da pessoa jurídica. Em assim decidindo, a Turma Regional não contrariou os arts. 135, III, e 202, I, do Código Tributário Nacional, e 2º, § 5º, I, e 3º, da Lei 6.830/80, tampouco divergiu da jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça.

4. Embargos declaratórios rejeitados."

(STJ - EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1009997/SC - 1ª Turma - rel. Min. DENISE ARRUDA, j. 02/04/2009, v.u., DJe 04/05/2009)(grifei)

Nos autos em exame foi comprovada a dissolução irregular por oficial de justiça em 22/04/2013 e 17/09/2015, que não localizou a devedora em seus endereços (Id. 27254 026 - fls. 53 e 69). Verifica-se, também, da ficha cadastral da JUCESP (Id. 27254027- fl. 91) que o agravado Gilberto de Nucci compõe a executada desde o seu início (18/05/2005) como sócio "na situação de procurador e administrador, representante/ procurador da CARTESIUS DESENVOLVIMENTO DE PESQUISAS CLINICAS LTDA, assinando pela empresa". Considerada a data do vencimento do débito, 15/01/2008 (Id. 27254026 - fl. 49/50), bem como os precedentes colacionados, conclui-se que o sócio exerceu sua gerência e tem responsabilidade pela dívida, pois administrava a empresa quando do vencimento da dívida.

Quanto à agravada Lilian Mara Babadopulos, apesar de, em sede de contraminuta, se apresentar aos autos como "sócios proprietários e administradores da empresa: CARTESIUS DESENVOLVIMENTO DE PESQUISAS", bem como, segundo a União, em consulta ao banco de dados da SRFB, por meio do Sistema SAPIENS/AGU, também constar como sócia, verifico que perante a JUCESP não figura seu nome, de modo que não há lastro efetivo para sua responsabilização.

Dessa forma, nos termos da fundamentação anteriormente explicitada, justifica-se a reforma em parte da decisão agravada, a fim de que seja deferida a inclusão de Gilberto de Nucci no polo passivo do feito, para responder pela dívida descrita.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao agravo de instrumento, unicamente, para deferir a inclusão de Gilberto de Nucci no polo passivo da execução fiscal.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. ANVISA. DÍVIDA NÃO TRIBUTÁRIA. DISSOLUÇÃO IRREGULAR COMPROVADA. REDIRECIONAMENTO DO FEITO CONTRA SÓCIOS ADMINISTRADORES. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO EM PARTE.

- O débito objeto da execução fiscal não tem natureza tributária, conforme se constata da certidão de inscrição em dívida ativa. Nesses casos, o Superior Tribunal de Justiça, firmou entendimento de que a dissolução irregular da pessoa jurídica caracteriza infração à lei autorizadora do redirecionamento da execução fiscal de crédito não tributário contra os sócios administradores, nos termos da Súmula nº 435 dessa corte e dos artigos 135, inciso III, do Código Tributário Nacional, 10 do Decreto nº 3.078/19 e 158 da Lei nº 6.404/78, conforme julgamento do REsp nº 1.371.128/RS, representativo da controvérsia.

- Para a configuração da responsabilidade pela dívida em cobrança, como consequência da dissolução ilícita é imprescindível a comprovação de que o sócio integrava a pessoa jurídica na qualidade de administrador quando do vencimento do tributo e do encerramento ilícito, pois somente nessa condição detinha poderes para optar pelo pagamento e por dar continuidade às atividades, em vez de encerrá-la irregularmente, a teor do entendimento pacificado na corte superior.

- Nos autos em exame foi comprovada a dissolução irregular por oficial de justiça em 22/04/2013 e 17/09/2015, que não localizou a devedora em seus endereços. Verifica-se, também, da ficha cadastral da JUCESP que o agravado Gilberto de Nucci compõe a executada desde o seu início (18/05/2005) como sócio “na situação de procurador e administrador, representante/ procurador da CARTESIUS DESENVOLVIMENTO DE PESQUISAS CLINICAS LTDA, assinando pela empresa”. Considerada a data do vencimento do débito, 15/01/2008, bem como os precedentes colacionados, conclui-se que o sócio exerceu sua gerência e tem responsabilidade pela dívida, pois administrava a empresa quando do vencimento da dívida.

- Quanto à agravada Lilian Mara Babadopulos, apesar de, em sede de contraminuta, se apresentar aos autos como “sócios proprietários e administradores da empresa: CARTESIUS DESENVOLVIMENTO DE PESQUISAS”, bem como, segundo a União, em consulta ao banco de dados da SRFB, por meio do Sistema SAPIENS/AGU, também constar como sócia, verifico que perante a JUCESP não figura seu nome, de modo que não há lastro efetivo para sua responsabilização.

- Dessa forma, nos termos da fundamentação anteriormente explicitada, justifica-se a reforma em parte da decisão agravada, a fim de que seja deferida a inclusão de Gilberto de Nucci no polo passivo do feito, para responder pela dívida descrita.

- Agravo de instrumento provido em parte, unicamente, para deferir a inclusão de Gilberto de Nucci no polo passivo da execução fiscal.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu dar parcial provimento ao agravo de instrumento, unicamente, para deferir a inclusão de Gilberto de Nucci no polo passivo da execução fiscal, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram os Des. Fed. MARLI FERREIRA e Des. Fed. MÔNICA NOBRE, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5004221-86.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: ROSANA APARECIDA NUNES MACEDO DE LUNA, LUCIANO SILVA DOS SANTOS
Advogado do(a) AGRAVADO: JOSE ROBERTO SAMOGIM JUNIOR - SP236839-A
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5004221-86.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: ROSANA APARECIDA NUNES MACEDO DE LUNA, LUCIANO SILVA DOS SANTOS
Advogado do(a) AGRAVADO: JOSE ROBERTO SAMOGIM JUNIOR - SP236839-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Agravo de instrumento interposto pela União contra decisão que, em sede de execução fiscal, indeferiu a inclusão dos sócios no polo passivo da ação, ao fundamento de que não foi demonstrada a prática de atos com excesso de poderes ou infração à lei, contrato ou estatuto social nem abuso de personalidade jurídica, dado que não ocorreu a dissolução irregular da devedora (Id. 1817413, páginas 194/199).

Alega a agravante, em síntese, que foi constatada a dissolução irregular da pessoa jurídica, na forma da Súmula 435 do STJ, uma vez que, em diligência para a citação da empresa devedora, o oficial de justiça não a encontrou em seu endereço cadastrado, o que autoriza o redirecionamento do feito contra o sócio gestor por infração à lei, nos termos do artigo 135, inciso III, do CTN.

A antecipação da tutela recursal foi indeferida (Id. 1976485).

Sem contraminuta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5004221-86.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: ROSANA APARECIDA NUNES MACEDO DE LUNA, LUCIANO SILVA DOS SANTOS
Advogado do(a) AGRAVADO: JOSE ROBERTO SAMOGIM JUNIOR - SP236839-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A inclusão de sócios no polo passivo da execução fiscal é matéria disciplinada nos artigos 4º, inciso V, da LEF e 135, inciso III, do Código Tributário Nacional e somente é cabível nos casos de gestão com excesso de poderes, infração à lei, ao contrato ou estatuto social ou, ainda, na hipótese de dissolução irregular da sociedade, nos termos da Súmula 435 do STJ. Nesse sentido, destaco: (REsp 474.105/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 19.12.03; EREsp 260.017, Rel. Min. José Delgado, DJU de 19.4.2004; ERESP 174.532/PR, DJ 20/08/2001; REsp 513.555/PR, DJ 06/10/2003; AgRg no Ag 613.619/MG, DJ 20.06.2005; REsp 228.030/PR, DJ 13.06.2005).

Relativamente à dissolução irregular da empresa, dispõe a Súmula 435/STJ: "*presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente*". O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que é indispensável que o oficial de justiça constate que a empresa não foi encontrada em seu endereço: (REsp 1104064/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/12/2010, DJe 14/12/2010). Igualmente, para a configuração da responsabilidade delineada na norma tributária como consequência da dissolução, entendo ser imprescindível a comprovação de que o sócio integrava a pessoa jurídica na qualidade de administrador quando do vencimento do tributo e do encerramento ilícito, pois somente nessa condição detinha poderes para optar pelo pagamento e por dar continuidade às atividades, em vez de encerrá-la irregularmente. Nesse sentido, destaco o entendimento da 1ª Turma da corte superior, *verbis*: (AgRg no AREsp 812.073/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/12/2015, DJe 14/12/2015; STJ - EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1009997/SC - 1ª Turma - rel. Min. DENISE ARRUDA, j. 02/04/2009, v.u., DJe 04/05/2009).

Nos autos em exame, houve a citação da devedora em seu endereço, na pessoa de sua representante legal (Id. 1817413, página 131). Em seguida, a executada apresentou exceção de pré-executividade que foi rejeitada pelo juízo *a quo* (Id. 1817413, páginas 148/150). Na sequência, houve requerimento de inclusão no polo passivo dos sócios administradores Rosana Aparecida Nunes Macedo Luna e Luciano da Silva dos Santos (Id. 1817413, página 153), o qual, após a instauração de incidente de descon sideração da personalidade jurídica, foi indeferido, ao fundamento de que não restou caracterizada a dissolução irregular da executada (Id. 1817413, páginas 194/199). No entanto, a documentação acostada revela que a devedora foi localizada em seu endereço e citada, contudo, sua representante legal Rosana Aparecida Macedo Luna afirmou ao oficial de justiça que a empresa está inativa (Id. 1817413, página 131), ou seja, encerrou suas atividades sem proceder à baixa e cumprir suas obrigações legais para deixar de atuar, o que caracteriza a dissolução irregular. Constata-se, também, da ficha cadastral da JUCESP (Id. 1817413, páginas 154/155) que os agravados Rosana Aparecida Nunes Macedo Luna e Luciano da Silva dos Santos estão nos quadros sociais, na qualidade de sócios e administradores, desde o início de suas atividades em 18.05.2001 e, portanto, integravam a empresa à época dos vencimentos das exações e da constatação do encerramento ilícito. Assim, nos termos dos precedentes colacionados, observam-se os pressupostos necessários para a responsabilização dos recorridos, nos termos do artigo 135, inciso III, do CTN e da Súmula 435 do STJ.

Assim, à vista da fundamentação e dos precedentes colacionados, justifica-se a reforma da decisão agravada.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO**, para determinar a inclusão no polo passivo do feito executivo de Rosana Aparecida Nunes Macedo Luna e Luciano da Silva dos Santos.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. INCLUSÃO DE SÓCIO NO POLO PASSIVO. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA DEVEDORA VERIFICADA. POSSIBILIDADE. ARTIGO 135, INCISO III, DO CTN. SÚMULA 435 DO STJ. RECURSO PROVIDO.

- A inclusão de sócios no polo passivo da execução fiscal é matéria disciplinada nos artigos 4º, inciso V, da LEF e 135, inciso III, do Código Tributário Nacional e somente é cabível nos casos de gestão com excesso de poderes, infração à lei, ao contrato ou estatuto social ou, ainda, na hipótese de dissolução irregular da sociedade, nos termos da Súmula 435 do STJ. Nesse sentido, destaque: (REsp 474.105/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 19.12.03; EREsp 260.017, Rel. Min. José Delgado, DJU de 19.4.2004; ERESP 174.532/PR, DJ 20/08/2001; REsp 513.555/PR, DJ 06/10/2003; AgRg no Ag 613.619/MG, DJ 20.06.2005; REsp 228.030/PR, DJ 13.06.2005).

- Relativamente à dissolução irregular da empresa, dispõe a Súmula 435/STJ: "*presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente*". O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que é indispensável que o oficial de justiça constate que a empresa não foi encontrada em seu endereço: (REsp 1104064/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/12/2010, DJe 14/12/2010). Igualmente, para a configuração da responsabilidade delineada na norma tributária como consequência da dissolução, entendo ser imprescindível a comprovação de que o sócio integrava a pessoa jurídica na qualidade de administrador quando do vencimento do tributo e do encerramento ilícito, pois somente nessa condição detinha poderes para optar pelo pagamento e por dar continuidade às atividades, em vez de encerrá-la irregularmente. Nesse sentido, destaque o entendimento da 1ª Turma da corte superior, *verbis*: (AgRg no AREsp 812.073/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/12/2015, DJe 14/12/2015; STJ - EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1009997/SC - 1ª Turma - rel. Min. DENISE ARRUDA, j. 02/04/2009, v.u., DJe 04/05/2009).

- Nos autos em exame, houve a citação da devedora em seu endereço, na pessoa de sua representante legal. Em seguida, a executada apresentou exceção de pré-executividade que foi rejeitada pelo juízo *a quo*. Na sequência, houve requerimento de inclusão no polo passivo dos sócios administradores Rosana Aparecida Nunes Macedo Luna e Luciano da Silva dos Santos, o qual, após a instauração de incidente de descon sideração da personalidade jurídica, foi indeferido, ao fundamento de que não restou caracterizada a dissolução irregular da executada. No entanto, a documentação acostada revela que a devedora foi localizada em seu endereço e citada, contudo, sua representante legal Rosna Aparecida Macedo Luna afirmou ao oficial de justiça que a empresa está inativa, ou seja, encerrou suas atividades sem proceder à baixa e cumprir suas obrigações legais para deixar de atuar, o que caracteriza a dissolução irregular. Constata-se, também, da ficha cadastral da JUCESP que os agravados Rosana Aparecida Nunes Macedo Luna e Luciano da Silva dos Santos estão nos quadros sociais, na qualidade de sócios e administradores, desde o início de suas atividades em 18.05.2001 e, portanto, integravam a empresa à época dos vencimentos das exações e da constatação do encerramento ilícito. Assim, nos termos dos precedentes colacionados, observam-se os pressupostos necessários para a responsabilização dos recorridos, nos termos do artigo 135, inciso III, do CTN e da Súmula 435 do STJ.

- Agravo de instrumento provido, para determinar a inclusão no polo passivo do feito executivo de Rosana Aparecida Nunes Macedo Luna e Luciano da Silva dos Santos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu dar provimento ao agravo de instrumento para determinar a inclusão no polo passivo do feito executivo de Rosana Aparecida Nunes Macedo Luna e Luciano da Silva dos Santos, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram os Des. Fed. MARLI FERREIRA e Des. Fed. MÔNICA NOBRE, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0015359-81.2012.4.03.6100
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
APELANTE: ITAU ADMINISTRADORA DE CONSORCIOS LTDA
Advogado do(a) APELANTE: JOAO PAULO MORELLO - SP112569-A

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0015359-81.2012.4.03.6100
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
APELANTE: ITAU ADMINISTRADORA DE CONSORCIOS LTDA
Advogado do(a) APELANTE: JOAO PAULO MORELLO - SP112569-A
APELADO: CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRACAO DE SAO PAULO

RELATÓRIO

Apelação interposta por Itau Administradora de Consórcios LTDA. contra sentença que indeferiu a petição inicial e extinguiu o feito sem resolução do mérito (ID 97821186 págs. 73/75).

Sustenta, em síntese, que a decisão que determinou a emenda à inicial não foi clara quanto aos esclarecimentos pretendidos e que os fatos indicados na sentença como ausentes na exordial não são essenciais para o deslinde da causa, uma vez que se questiona a legalidade da inscrição e da cobrança de anuidades pelo Conselho Regional de Administração à vista da sua atividade (administradora de consórcios), que se equipara à instituição financeira. Afirma, por fim, que inúmeras demandas similares foram propostas perante a Justiça Federal e nelas não se cogitou sobre a eventual voluntariedade da inscrição da empresa no respectivo conselho ou sobre o pedido prévio do cancelamento da inscrição, conforme exemplificam as cópias de sentenças colacionadas aos autos, razões pelas quais requer a reforma da sentença.

Sem contrarrazões, à vista de que não houve citação.

É o relatório.

VOTO

Ação ordinária proposta por Itaú Administradora de Consórcios LTDA. contra o Conselho Regional de Administração em São Paulo – CRA/SP para obter o cancelamento de sua inscrição junto ao órgão profissional e, conseqüentemente, a declaração de inexistência do débito e a inexigibilidade das anuidades referentes aos anos de 2011 e 2012.

Recebidos os autos em juízo, foi prolatado o seguinte despacho, verbis:

“Emende a parte autora a petição inicial para indicar, nos termos do artigo 282, inciso III, do CPC, os fatos e juntar os documentos correspondentes. Prazo: 10 (dez) dias.” (ID 97821186 – pág. 66).

A autora, então, colacionou petição (ID 97821186 – pág. 67/68), por meio da qual prestou os seguintes esclarecimentos:

“o fato que originou a propositura da demanda é a cobrança, reiterada e indevida, em face da Autora, de anuidades por parte do Conselho Regional de Administração de São Paulo (fl. 03). Tal fato foi comprovado por meio dos documentos 02 (fls. 53-54) e 03 (fls. 56-57), anexos à inicial, tais sejam, respectivamente, correspondência e boletos, referentes às referidas anuidades, enviados pelo Conselho Réu à Autora. Por sua vez, os fundamentos jurídicos dos pedidos são:

i) as atividades praticadas pela Autora não têm relação com aquelas fiscalizadas pelo requerido, uma vez que o órgão fiscalizador da atividade bancária é o conselho monetário nacional, e não o ora Requerido (fls. 04-13);

ii) as anuidades possuem natureza tributária (fls. 13-36);

iii) a Lei nº 12.514/2011, que embasa a cobrança das anuidades, é inconstitucional, pois: a) originou-se de conversão irregular da Medida Provisória nº 536/2011, uma vez que não preenchido o requisito da pertinência temática (fls. 16-20); b) disciplina matéria reservada exclusivamente à competência de Lei Complementar, nos termos do art. 62, §10, III e 146 da Constituição Federal (fls. 21-23); c) o artigo 6º, §2º, da Lei nº 12.514/2011, que delega aos conselhos profissionais a instituição do valor exato da anuidade, dentre outras providências, é inconstitucional pois ofende o princípio da indelegabilidade da competência tributária (fls. 23-25); e d) a Lei nº 12.514/2011 não pode retroagir às anuidades referentes ao ano de 2011 (fls. 25-27)”.

O magistrado sentenciante considerou não cumprida a emenda determinada, conforme os fundamentos a seguir reproduzidos:

“A carta do Conselho datada de 12/08/2012, solicitou o envio da cópia do estatuto social da empresa para verificação do objeto social “para a análise dos objetivos sociais quanto à continuidade do registro, ou não, neste Conselho Regional de Administração de São Paulo” (fls. 53-54).

A autora não explicou e não demonstrou:

“1. Se era inscrita, pediu exclusão e, por isso, recebeu a correspondência do Conselho. Se era inscrita, se havia pedido voluntariamente a inscrição ou se esta decorreu de ato compulsório do Conselho.

2. Se não era inscrita e passou a ser compulsoriamente depois do recebimento da carta do Conselho.

3. Se ofereceu resposta à solicitação de envio da cópia do estatuto social da empresa para verificação do objeto social quanto à continuidade do registro.

4. Se houve resposta ou notificação desta análise do estatuto social.

5. Se formulou pedido de cancelamento da inscrição perante o

Conselho. Se houve indeferimento do requerimento administrativo da autora.

Em resumo, não se sabe como se deram os fatos que envolveram o ato de inscrição no Conselho.”

(ID 97821186 – págs. 73/75)

Da leitura dos excertos transcritos constata-se o cabimento da reforma da sentença, eis que os fatos e os fundamentos do direito almejado restaram perfeitamente delineados, consoante se verifica dos esclarecimentos prestados pela autora.

O fato, devidamente comprovado pelos boletos apresentados (ID 97821186 – págs. 59/60) com a exordial, é a cobrança de anuidades por parte do CRA/SP, a qual considera indevida, conforme os fundamentos jurídicos explicitados (atividade básica equiparada a instituição financeira, cuja fiscalização cabe ao Banco Central e ao Conselho Monetário Nacional, bem como inconstitucionalidade da Lei nº 12.514/2011 e desrespeito à anterioridade, por se tratar a anuidade de tributo).

Preenchidos, vê-se, os requisitos dos artigos 282 e 283 do CPC/1973, que determinavam que a petição inicial deveria descrever o fato e os fundamentos jurídicos do pedido, bem como que seria instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação. Se o juízo a quo entendeu ausentes outros elementos capazes de influir na sua convicção, deveria, ao proferir o despacho previsto no artigo 284 do CPC/1973 (correspondente ao atual 321 do NCPC), tê-los indicado de forma clara e precisa, a fim de possibilitar à parte apresentá-los e, assim, viabilizar o julgamento do mérito. Nesse sentido, confira-se precedente de tribunal estadual:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. EMENDA À INICIAL. INDICAÇÃO CLARA E PRECISA DO DEFEITO A SER SANADO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 321 DO CPC.

Constatada a necessidade de emenda à inicial, o juízo deve indicar com precisão o ponto a ser sanado, nos termos do artigo 321 do CPC, fato que não se verifica no caso em apreço. Impõe-se, assim, o retorno dos autos à origem, a fim de que a irregularidade da exordial seja claramente apontada, concedendo-se prazo para a emenda. Recurso de apelação provido.

(TJ-RS, AC 70078400058/RS, Relatora Desemb. Deborah Coletto Assumpção de Moraes, j. em 27.09.2018, 16ª Câmara Cível, DJ 01.10.2018). (grifo nosso)

Ante o exposto, dou provimento à apelação para reformar a sentença e determinar o retorno dos autos à origem para regular processamento do feito.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. CONSELHO PROFISSIONAL. ANUIDADES. EMENDA À INICIAL. INDICAÇÃO DO DEFEITO A SER SANADO. AUSÊNCIA. FATOS E FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO PEDIDO DEVIDAMENTE INDICADOS. RECURSO PROVIDO PARA DETERMINAR O REGULAR PROSSEGUIMENTO DO FEITO.

- A petição inicial restou indeferida porquanto o juízo a quo entendeu ausentes a descrição dos fatos e os respectivos documentos probatórios. Determinada a emenda à inicial, entendeu insuficientes os esclarecimentos prestados pela parte autora.

- Os requisitos dos artigos 282 e 283 do CPC/1973 restaram cumpridos pela exordial: o fato, devidamente comprovado pelos boletos apresentados (ID 97821186 – págs. 59/60), é a cobrança de anuidades por parte do Conselho Regional de Administração em São Paulo), a qual considera indevida, conforme os fundamentos jurídicos explicitados (por ser administradora de consórcios, sua atividade básica é equiparada a instituição financeira, cuja fiscalização cabe ao Banco Central e ao Conselho Monetário Nacional, bem como a inconstitucionalidade da Lei nº 12.514/2011 e desrespeito à anterioridade, por se tratar a anuidade de tributo).

- Se o juízo a quo entendeu ausentes outros elementos capazes de influir na sua convicção, deveria, ao proferir o despacho previsto no artigo 284 do CPC/1973 (correspondente ao atual 321 do NCPC), tê-los indicado de forma clara e precisa, a fim de possibilitar à parte apresentá-los e, assim, viabilizar o julgamento do mérito. Precedente do TJ.

- Apelação provida para reformar a sentença e determinar o retorno dos autos à origem para regular processamento do feito.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu dar provimento à apelação para reformar a sentença e determinar o retorno dos autos à origem para regular processamento do feito, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram os Des. Fed. MARLI FERREIRA e Des. Fed. MÔNICA NOBRE, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5004952-52.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, SEBRAE - SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO AS MICROS E PEQUENAS EMPRESAS - SP

Advogado do(a) APELANTE: CRISTIANO VALENTE FERNANDES BUSTO - SP211043-A

APELADO: I&M PAPEIS E EMBALAGENS LTDA

Advogados do(a) APELADO: GERALDO GOUVEIA JUNIOR - SP182188, FERNANDO FIOREZZI DE LUIZI - SP220548, RENATO DE LUIZI JUNIOR - SP52901-A

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do(a) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a), de acordo com o artigo 1º da Ordem de Serviço nº 1/2016 - PRESI/DIRG/SEJU/UTU4, faço abertura de vista para que a(s) parte(s) (**UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, SEBRAE - SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO AS MICROS E PEQUENAS EMPRESAS - SP**), ora embargada(s), querendo, manifeste(m)-se nos termos do § 2º do art. 1023 da Lei nº 13.105/15 (NCPC).

Considera-se data da publicação o primeiro dia útil subsequente ao dia de disponibilização no Diário Eletrônico da Justiça Federal.

São Paulo, 22 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5013873-59.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: TELEFONICA BRASIL S.A.

Advogados do(a) AGRAVANTE: DANIELLA ZAGARI GONCALVES - SP116343-A, MARIA EUGENIA DOIN VIEIRA - SP208425-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por TELEFÔNICA BRASIL S.A. em face da r. decisão que, em sede de execução fiscal, determinou a certificação nos autos do decurso do prazo para oposição de embargos à execução, vez que a ação anulatória faz as vezes dos embargos, sendo certo que a notícia da garantia lá ofertada, com o deferimento da suspensão da execução fiscal, deve marcar o início do prazo dos embargos à execução.

Alega a agravante, em síntese, que a garantia apresentada na ação anulatória não tem o condão de dar início à fluência do prazo para oposição de embargos à execução fiscal. Sustenta que, na ação anulatória não poderia discutir a insubsistência do título executivo. Requer a antecipação da tutela recursal.

É o relatório.

Decido.

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

O caso é de deferimento parcial da tutela pretendida.

A questão atinente à possibilidade de o contribuinte garantir o juízo de forma antecipada, antes mesmo do ajuizamento do feito executivo, foi objeto de análise pelo C. Superior Tribunal de Justiça, em julgamento que obedeceu à sistemática prevista no art. 543-C, do Código de Processo Civil/1973, ocasião em que se consolidou o entendimento favorável ao cidadão, na medida em que entendimento diverso implicaria impor ao contribuinte que contra ele teve ajuizada ação de execução fiscal condição mais favorável do que aquele contra o qual ainda não houve o ajuizamento.

Cabe, portanto, analisar a possibilidade de se garantir o juízo por meio de seguro-garantia, com a produção de efeitos similares ao da penhora.

Com efeito, a respeito do tema, a Lei de Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/80), com as recentes alterações trazidas pela Lei nº 13.043/14, dispõe que:

Art. 9º - Em garantia da execução, pelo valor da dívida, juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, o executado poderá:

I - efetuar depósito em dinheiro, à ordem do Juízo em estabelecimento oficial de crédito, que assegure atualização monetária;

II - oferecer fiança bancária ou seguro garantia; (Incluído pela Lei nº 13.043, de 2014) Vigência

III - nomear bens à penhora, observada a ordem do artigo 11; ou

IV - indicar à penhora bens oferecidos por terceiros e aceitos pela Fazenda Pública.

Deste modo, observa-se que, por expressa previsão legal, ao contribuinte é dada a possibilidade de garantir o juízo mediante apresentação de seguro-garantia.

O seguro-garantia tem a finalidade de assegurar a satisfação do crédito exequendo, mesmo antes do ingresso da execução por parte do Fisco. Nos termos do § 3º do artigo 9º da Lei nº 6.830/80, produz os mesmos efeitos da penhora.

Conforme consta dos autos principais, considerando a garantia integral indicada, foi determinada a suspensão da execução fiscal até o julgamento definitivo da ação anulatória nº 5019037.09.2018.403.6100. Igualmente, foi apresentado endosso ao seguro a fim de demonstrar que o mesmo indicava as Certidões de Dívida Ativa constantes na execução fiscal.

Assim, eventual apresentação de embargos à execução fiscal para discutir débito que já é alvo de ação anulatória anterior, levantando as mesmas questões em ambas ações, é medida que se mostra inócua.

Nesse sentido, consoante a jurisprudência assente sobre o tema, a oposição de duas ações com as mesmas partes e causa de pedir implicará em litispendência, acarretando a extinção sem julgamento do mérito daquela proposta de forma superveniente.

Estabelece a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, no sentido de ser possível reconhecer litispendência entre a ação de embargos à execução fiscal e a ação anulatória/declaratória que tramitem em juízos diversos, nesse caso cabe ao juízo da execução decidir acerca da suspensão desta, se constatar uma das causas legais, como por exemplo, a garantia do débito em discussão, não se tratando da suspensão da exigibilidade do débito. Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AJUIZAMENTO DE AÇÃO ANULATÓRIA. INVIABILIDADE DA SUSPENSÃO DO EXECUTIVO FISCAL CONSOANTE EXEGESE DO ART. 265, IV, A DO CPC/1973. GARANTIA DO JUÍZO NÃO EFETIVADA. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL DA CONTRIBUINTE A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme quanto à impossibilidade de ser deferida a suspensão do Executivo Fiscal diante do ajuizamento de Ação Anulatória, sem que estejam presentes os pressupostos para o deferimento de tutela antecipada ou esteja garantido o juízo ou, ainda, ausente o depósito do montante integral do débito como preconizado pelo art. 151 do CTN. Precedentes: AgRg no AREsp. 298.798/RS, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 11.2.2014;

AgRg no AREsp. 80.987/SP, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 21.2.2013; AgRg no Ag 1.306.060/SP, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, DJe 3.9.2010; AgRg no Ag. 1.160.085/SP, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 19.9.2011; AgInt no AREsp. 869.916/SP, Rel. Min. DIVA MALERBI, DJe 22.6.2016.

2. Agravo Regimental da Contribuinte a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1472806/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 29/04/2019, DJe 08/05/2019-grifei)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL E AÇÃO ANULATÓRIA. CONEXÃO. NÃO APLICAÇÃO QUANDO IMPLICAR ALTERAÇÃO DE COMPETÊNCIA. AJUIZAMENTO DE AÇÃO DECLARATÓRIA PARA DISCUSSÃO DO DÉBITO. NECESSIDADE DE GARANTIA DO JUÍZO.

(...) 2. A reunião de ações, em razão de reconhecimento de conexão, não se mostra possível quando implicar alteração de competência absoluta.

3. O ajuizamento prévio de ação declaratória visando revisar o título executivo só resulta na suspensão da execução quando devidamente garantido o juízo.

4. Agravo interno a que se nega provimento.

(STJ, 2ª Turma, unânime. AINTARESP 201600440239; AINTARESP 869916. Rel(a). Min. DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO). DJE 22/06/2016; Data da Decisão: 14/06/2016-grifei)

Dessa maneira, a r. decisão agravada deverá ser parcialmente reformada, para que a agravante seja intimada a opor embargos à execução fiscal, no prazo de 30 (trinta) dias contados a partir da intimação deste recurso, com a ressalva de que as questões já discutidas na ação anulatória não poderão ser objeto dos embargos.

Demonstrado o *fumus boni iuris*, verifico, outrossim, a presença do *periculum in mora*, já que, sem a decisão judicial pretendida, a agravante vê inviabilizado seu direito de defesa.

Ante o exposto, **defiro parcialmente a antecipação da tutela recursal**, nos termos da fundamentação.

Comunique-se ao MM. Juíza *quo*.

Intime-se a parte agravada para que se manifeste nos termos e para os efeitos do art. 1.019, II, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 22 de junho de 2020.

SUBSECRETARIA DA 5ª TURMA

PACIENTE: PAULO VITOR DOS SANTOS GONCALVES, MARCOS JOSE BATISTA DIAS
IMPETRANTE: JOHNNY DE MELO SILVA
Advogado do(a) PACIENTE: JOHNNY DE MELO SILVA - SP333588
Advogado do(a) PACIENTE: JOHNNY DE MELO SILVA - SP333588
IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 9ª VARA FEDERAL CRIMINAL

DESPACHO

1. Tendo em vista que foi concedida a liberdade provisória (ID n. 134790211), esclareça o impetrante se subsiste interesse no julgamento deste feito.

2. Int.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

HABEAS CORPUS CRIMINAL (307) Nº 5016204-14.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 16 - DES. FED. PAULO FONTES
PACIENTE: VICTOR ALVES DA SILVA
IMPETRANTE: LUIZ ANTONIO E SILVA
Advogado do(a) PACIENTE: LUIZ ANTONIO E SILVA - SP286639
IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 8ª VARA FEDERAL CRIMINAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Luiz Antonio e Silva, em favor de VICTOR ALVES DA SILVA, contra ato imputado ao Juízo da 8ª Vara Federal Criminal de São Paulo, nos autos de nº 5003174-90.2020.4.03.6181.

Consta da impetração que, em 10.06.2020, o paciente foi preso em flagrante, pela suposta prática do delito do artigo 171, § 3º, do Código Penal.

A prisão em flagrante foi convertida em preventiva. Após a juntada de documentos pela defesa, a prisão restou mantida.

Alega o impetrante que a autoridade coatora, em um primeiro momento, teria afirmado que a ausência de comprovação de trabalho lícito e primariedade seriam impeditivos para a liberdade provisória. Contudo, após a comprovação dos atributos pessoais, teria alterado o entendimento, ao consignar que tais documentos não seriam motivadores da liberdade provisória.

Aduz que o paciente comprovou residência fixa, trabalho lícito e primariedade.

Argumenta que a prisão seria totalmente inadequada e desproporcional.

Sustenta que não houve representação por parte da Caixa Econômica Federal, de forma que o feito padeceria de vício.

Ressalta que o paciente, em caso de condenação, receberia uma pena de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses, o que autorizaria o regime inicial aberto.

Discorre sobre sua tese e requer a concessão de liminar, para que a prisão preventiva do paciente seja revogada, com a expedição do respectivo alvará de soltura. No mérito, pleiteia a concessão da ordem de *habeas corpus*.

É o Relatório.

Decido.

A ação de *habeas corpus* tem pressuposto específico de admissibilidade, consistente na demonstração *primo ictu oculi* da violência atual ou iminente, qualificada pela ilegalidade ou pelo abuso de poder, que repercuta, mediata ou imediatamente, no direito à livre locomoção, conforme previsão do art. 5.º, inc. LXVIII, da Constituição Federal e art. 647 do Código de Processo Penal.

É sob esse prisma que se analisa a presente impetração.

A decisão que decretou a prisão preventiva do paciente foi assim fundamentada:

“(…)

Verifico que, por ora, estão presentes os requisitos exigidos pelos artigos 312 e seguintes do Código de Processo Penal, que autorizam a decretação da prisão preventiva em relação ao investigado VICTOR ALVES DA SILVA. Senão, vejamos.

Com efeito, ao crime de estelionato tipificado no artigo 171 do Código Penal é sancionado com pena privativa de liberdade máxima em abstrato superior a 04 (quatro) anos de reclusão (artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal).

Por seu turno, no que concerne aos fundamentos no caso concreto, há prova de materialidade e indícios de autoria do investigado e, a despeito de não ter crime de estelionato elementar de violência ou grave ameaça, observo que a conduta supostamente realizada por VICTOR transcende à normalidade do tipo penal, uma vez que para além de violar o bem jurídico patrimônio, atinge a dignidade e a subsistência de diversas pessoas, porquanto retira recursos destinados a prover a subsistência de indivíduos que se tornaram vulneráveis em face da conjuntura sócio-econômica resultante da pandemia, de sorte que a situação de excepcionalidade social vivida neste momento revela maior gravidade do fato e reprovabilidade da conduta em tese praticada.

Outrossim, não consta dos autos exercício de atividade lícita por parte do investigado, tampouco informações acerca de seus antecedentes.

Destarte, a prisão cautelar mostra-se indispensável para a garantia da ordem pública, tendo em vista que a concreta possibilidade da continuidade do desenvolvimento das atividades criminosas, haja vista indícios de conluio com terceira pessoa não identificada, possuidora dos dados para saques; ademais, a situação de excepcionalidade social não foi bastante para evitar a prática criminosa.

Posto isso, CONVERTO A PRISÃO EM FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA do acusado VICTOR ALVES DA SILVA, com fundamento nos artigos 311 e 312, ambos do Código de Processo Penal”.

A defesa formulou pedido de revogação da prisão do paciente, o que foi indeferido, sob os seguintes argumentos:

“(…)

O pedido defensivo não merece prosperar:

Com efeito, mantenho a decisão que converteu a prisão em flagrante em prisão preventiva (ID 33599019), haja vista que permanecem os fundamentos que justificaram a custódia cautelar do acusado VICTOR ALVES DA SILVA com o fito de assegurar a ordem pública, tendo em vista a concreta possibilidade da continuidade do desenvolvimento das atividades criminosas.

Outrossim, a mera comprovação de ocupação lícita e da primariedade do acusado não elide os fundamentos para manutenção da prisão preventiva anteriormente decretada.

Ante o exposto, considerando que não houve alteração do quadro fático que ensejou a decretação da custódia cautelar, INDEFIRO o pedido de liberdade provisória formulado pela defesa do investigado VICTOR ALVES DA SILVA e mantenho a prisão preventiva deste”.

Em uma análise preliminar, própria do presente momento processual, não vislumbro a presença dos requisitos para a concessão do pedido liminar.

O entendimento da autoridade impetrada foi devidamente motivado e não carece de qualquer reparo.

Inicialmente, ao contrário do que sustenta a defesa, o delito de estelionato contra a Caixa Econômica Federal não depende de representação, uma vez que é de ação penal pública incondicionada. Assim, inexistente qualquer vício a ser reconhecido. As investigações de fatos ilícitos perpetrados contra a instituição podem ser realizadas sem a necessidade de qualquer pedido.

Nos termos do artigo 312, *caput*, do Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

Decorre dos autos que o paciente foi preso em flagrante pela suposta prática do delito do artigo 171, § 3º, do Código Penal.

Consta que, no dia 10.06.2020, policiais federais, destacados para atuar na denominada “Operação Covideiros”, de repressão a saques fraudulentos do auxílio emergencial, abordaram o paciente quando saía de uma agência da Caixa Econômica Federal, portando a quantia de R\$ 6.600,00 (seis mil e seiscentos reais). Ele teria admitido que o numerário foi obtido por saques fraudulentos de auxílios emergenciais de diversas pessoas, com dados que recebia de um contato existente em seu celular.

Em face de tais elementos, é possível constatar a gravidade da conduta perpetrada. O paciente estava se valendo de fraude para a obtenção de valores destinados a titulares que se encontram em situação emergencial.

Os valores indevidamente sacados seriam destinados à subsistência da população diante da suspensão de algumas atividades econômicas em razão da pandemia causada pelo coronavírus.

Ademais, como acertadamente consignou a autoridade impetrada, há “*a concreta possibilidade da continuidade do desenvolvimento das atividades criminosas, haja vista indícios de conluio com terceira pessoa não identificada, possuidora dos dados para saques*”.

Dessa forma, há indicativos de que o paciente se valia da situação excepcional enfrentada pelo país para realizar fraudes em detrimento dos seus reais destinatários, evidenciando uma culpabilidade exacerbada.

Em acréscimo, os documentos ora apresentados não se mostram suficientes à comprovação das alegadas circunstâncias subjetivas favoráveis do paciente.

O impetrante juntou um comprovante de residência em ID 134693373 (pág. 8). Entretanto, não é possível aferir a data do documento.

Ressalte-se, ainda, o paciente teria informado já ter sido preso anteriormente por dois furtos (artigo 155, do Código Penal), embora não tenha permanecido encarcerado (ID 134693374 – pág. 5).

Dessa forma, em uma análise superficial e à míngua de elementos que demonstrem o contrário, há prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, revelando-se necessária a manutenção da segregação cautelar, nesse primeiro momento, para garantia da ordem pública e aplicação da lei penal.

O Conselho Nacional de Justiça emitiu a Recomendação 62/20, dirigida aos magistrados com atuação no sistema penal e penitenciário.

Num momento tão difícil, em que os prognósticos sobre a evolução da epidemia são incertos, e diante do inusitado da situação, é louvável que o E. Conselho Nacional de Justiça tenha rapidamente expedido a Recomendação em tela, como forma de auxiliar os juízes na sua difícil missão.

Entretanto, na hipótese dos autos, inexistem elementos que possam demonstrar o risco concreto para se cogitar do deferimento da liberdade ao paciente, uma vez que não é idoso ou portador de comorbidades que o enquadre nos grupos de risco para o coronavírus.

Nesse ponto, é importante consignar que o paciente se valeu da excepcionalidade do momento para se favorecer, com a prática criminosa, não podendo, assim, se beneficiar da Recomendação nº 62 do CNJ para se eximir de suas responsabilidades.

A par desses fundamentos, e considerando, outrossim, que não se alegou nem se demonstrou qualquer ilegalidade concernente à prisão preventiva decretada em desfavor dos pacientes, não tendo, ademais, avertedo qualquer alteração fática que permita a revogação da aludida medida constritiva, é o caso, pois, de mantê-la.

Assim, incabível a substituição da prisão preventiva por medidas cautelares previstas no artigo 319, do Código de Processo Penal, por se mostrarem, ao menos por ora, insuficientes e inadequadas.

Por fim, a discussão quanto à eventual pena a ser aplicada ao paciente, bem como sobre o possível regime inicial para o seu cumprimento, não é cabível na estreita via do *habeas corpus*.

Não vislumbro, portanto, patente ilegalidade ou abuso de poder a que esteja submetido o paciente.

Diante do exposto, **INDEFIRO** a liminar.

Requistem-se as informações à autoridade impetrada.

Após, dê-se vista ao Ministério Público Federal.

Int.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

PETIÇÃO CRIMINAL(1727) Nº 5011397-48.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 16 - DES. FED. PAULO FONTES
REQUERENTE: LUIZ SEBASTIAO SANDOVAL
Advogado do(a) REQUERENTE: ALBERTO ZACHARIAS TORON - SP65371
REQUERIDO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de petição de ID 131914213, em que LUIZ SEBASTIÃO SANDOVAL formula pedido para expedição de ofício ao Banco Panamericano, a fim de que sejam reaplicados os valores bloqueados no CDB vinculado à conta corrente nº 00053, ag. 00019, em nome do Requerente, na forma de Letra de Crédito Imobiliário, para que a aplicação continue gerando rendimentos.

O *Parquet*, representado pelo Exmo. Procurador Regional da República João Francisco Bezerra de Carvalho, manifestou-se pelo deferimento do pedido.

É a síntese do necessário.

Decido.

O presente pedido já foi apreciado no âmbito da Petição Criminal nº 5011399-18.2020.4.03.0000.

Logo, nesse contexto, uma vez que indubitoso que o presente pedido já foi analisado, de rigor a extinção desse feito.

Nesse contexto, havendo duplicidade de feitos, um deles deverá ser extinto, em face da litispendência.

Ante o exposto, julgo extinto o presente pedido, sem julgamento do mérito.

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 17 de junho de 2020.

HABEAS CORPUS CRIMINAL(307) Nº 5016248-33.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 16 - DES. FED. PAULO FONTES
PACIENTE: EMERSON COSTA DE ARRUDA
IMPETRANTE: ROSANA DELIA BELLINATI
Advogado do(a) PACIENTE: ROSANA DELIA BELLINATI - MS7978
IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE PONTA PORÃ/MS - 1ª VARA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Rosana D'Elia Bellinati, em favor de EMERSON COSTA DE ARRUDA, contra ato imputado ao Juízo da 1ª Vara Federal de Ponta Porã/MS, nos autos de nº 5000677-49.2020.4.03.6005.

Consta da impetração que, em 03.06.2020, o paciente foi preso em flagrante pelo transporte de 40 (quarenta) caixas de cigarros estrangeiros das marcas Eight, Hills, Fox, Hudson e Aura, assim como pela utilização de rádio comunicador, sem observância das disposições legais e regulamentares sobre tal atividade.

Houve a decretação da prisão preventiva do paciente. Após, foi apresentado pedido de liberdade provisória, o qual restou indeferido.

Alega a impetrante que inexistem motivos que justifiquem a manutenção da segregação cautelar do paciente.

Aduz que o paciente apresentou comprovante de endereço na cidade de Campo Grande/MS, podendo responder ao processo por meio de videoconferência. Também ressaltou que ele poderá ser encontrado com facilidade.

Sustenta que inexistem notícias de que o paciente irá novamente delinquir ou mesmo se furtar à aplicação da lei penal.

Afirma que o paciente é tecnicamente primário, pois apesar de responder a outros processos, não possui nenhuma condenação com trânsito em julgado.

Tece considerações acerca da pandemia gerada pelo coronavírus e ressalta que o paciente manteve contato próximo com sua filha, a qual testou positivo para a referida doença, encontrando-se, inclusive, internada, em razão de complicações.

Pondera que o risco de o paciente estar contaminado é alto, o que causaria uma grande contaminação dentro do sistema penitenciário e que, embora tenha testado negativo, tal exame não pode ser considerando cem por cento exato.

Discorre sobre sua tese e requer a concessão de liminar, para que o paciente responda ao processo em liberdade, ainda que mediante a imposição de medidas cautelares diversas. No mérito, pleiteia a concessão da ordem.

É o Relatório.

Decido.

A ação de *habeas corpus* tem pressuposto específico de admissibilidade, consistente na demonstração *primo ictu oculi* da violência atual ou iminente, qualificada pela ilegalidade ou pelo abuso de poder, que repercute, mediata ou imediatamente, no direito à livre locomoção, conforme previsão do art. 5.º, inc. LXVIII, da Constituição Federal e art. 647 do Código de Processo Penal.

É sob esse prisma que se analisa a presente impetração.

A decisão que decretou a prisão preventiva do paciente foi assim fundamentada:

“Há fortes indícios de autoria e materialidade do crime do art. 334-A, §1º, I, do Código Penal, pois foi abordado no transporte de grande quantidade de maços de cigarro, a serem contabilizados, já sendo possível visualizar que no interior do automóvel só havia espaço para o motorista, conforme fotos constantes da Informação de Polícia Judiciária (ID 33249986). A significativa quantidade de cigarros é um indicativo concreto da periculosidade do acusado e do seu suposto envolvimento com uma organização criminosa dedicada a esse crime.

Ademais, o custodiado aparentemente pratica tal conduta de forma reiterada, conforme se vê da Ação Penal n. 0000233-44.2019.403.6003, que tramita na 1ª Vara Federal de Três Lagoas/MS, em que responde por contrabando de 27 mil maços de cigarros estrangeiros. Ademais, o fato de não possuir comprovante de endereço ou ocupação lícita são circunstâncias que permitem concluir, neste dado momento processual que os custodiados não têm vínculo com o distrito da culpa e que a soltura precoce comprometeria de fato a instrução processual penal com a devida aplicação da lei penal, bem como a ordem pública concretamente considerada

Assim, a concessão de liberdade neste momento possibilitará a continuidade delitiva, vez que o custodiado aparenta fazer da prática de contrabando o seu meio de vida, destacando que o flagranteado estava em gozo de liberdade provisória nos autos 0000233-44.2019.403.6003 quando foi flagrado, o que demonstra claramente que a imposição de medidas cautelares será insuficiente para evitar a reiteração criminosa.

Por fim, conforme certidões juntadas pelo MPF, destaca-se que EMERSON possui em seu desfavor duas ações penais recentes (Autos 0044212-69.2018.8.12.001 e 0023522-19.2018.8.12.00) por crimes graves, sendo uma por ameaça e outra por estupro, havendo, ainda, um auto de prisão em flagrante por receptação na Comarca de Sidrolândia/MS, tudo o que demonstra descaso com o ordenamento jurídico-penal e com o sistema de Justiça.

(...)

No caso em exame, há mais do que uma concreta “possibilidade” de reiteração criminosa, há uma concreta “probabilidade” de reiteração criminosa, conforme demonstrado pelo seu histórico recente, de prática reiterada do delito de descaminho.

Como alhures afirmado, a liberdade provisória dos custodiados traria risco concreto à aplicação da lei penal e à instrução, ante a evidente dificuldade de sua localização para a participação nos demais atos processuais e indícios de que faz do descaminho de produtos importados irregularmente o seu meio de vida. Sabe-se que a retenção do passaporte ou outro documento nos autos ou a proibição de frequentar algum lugar não consubstanciarão em medidas passíveis de evitar sua evasão do país ou do estado do MS, em vista da nossa enorme fronteira terrestre e baixíssima fiscalização estatal.

Portanto, há elementos concretos que justificam, efetivamente, a necessidade da decretação da prisão preventiva neste atual Juízo deliberativo e não definitivo, nos termos do art. 316 do Código de Processo Penal.

(...)

Em conclusão: existe prova da materialidade e indícios veementes da autoria; resta configurada a necessidade de garantia da ordem pública e de aplicação da lei penal, em razão da existência de elementos concretos que indica que o custodiado poderá continuar a atuar de forma criminosa em todo território nacional e não há outra medida cautelar eficaz, além da prisão cautelar, que possa ser utilizada com a finalidade de constranger o flagranteado a deixar de praticar as condutas delituosas neste dado momento processual.

(...)

Ante o exposto, com amparo nos dizeres do § 1º do art. 5º da Constituição da República e art. 310, inciso II, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 12.403/2011, HOMOLOGO A PRISÃO EM FLAGRANTE DE EMERSON COSTA DE ARRUDA e CONVERTO-A EM PRISÃO PREVENTIVA nos termos do art. 312 do CPP.

Após, a defesa formulou pedido de liberdade provisória, o que restou indeferido, conforme decisão de ID 134701162 (pág. 2/5).

No âmbito da cognição sumária, própria do presente momento processual, não verifico presentes os requisitos para concessão do pedido liminar.

Além disso, *in casu*, a decisão que decretou a prisão preventiva do paciente está devidamente fundamentada e alicerçada em elementos que demonstram a necessidade da custódia cautelar.

No mesmo sentido, a decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória ao paciente, também foi motivada acertadamente.

O crime em tese praticado (contrabando) possui pena máxima em abstrato superior a 4 (quatro) anos de reclusão, encontrando-se preenchido, assim, o requisito previsto no artigo 313, I, do Código de Processo Penal.

Decorre dos autos que, em 03.06.2020, o paciente foi preso em flagrante por estar transportando grande quantidade de cigarros estrangeiros, além de estar utilizando radiocomunicador sem a observância das disposições legais e regulamentares.

A quantidade de mercadoria apreendida com o paciente seria significativa, fato que indicaria a gravidade da conduta, bem como um suposto envolvimento do paciente com eventual organização criminosa dedicada a esse crime.

A autoridade impetrada também consignou que o paciente responde a um outro processo pelo mesmo delito (Ação Penal nº 0000233-44.2019.403.6003), feito que envolveria também quantidade significativa de cigarros contrabandeados (27 mil maços de cigarros estrangeiros).

Consta, ainda, que o paciente teria contra si mais duas ações penais recentes (Autos 0044212-69.2018.8.12.001 e 0023522-19.2018.8.12.00), sendo uma por ameaça e outra por estupro. Ademais, existiria um auto de prisão em flagrante por receptação na comarca de Sidrolândia/MS.

Destes elementos emergem fortes indícios de que o acusado está fazendo da atividade criminosa seu estilo de vida e meio de sobrevivência, de forma que uma vez solto poderá voltar a delinquir. Assim, para a garantia da ordem pública, forçoso considerar que não atende aos requisitos legais para fazer jus à revogação da prisão preventiva.

Em acréscimo, ele foi beneficiado com a liberdade provisória nos autos de nº 0000233-44.2019.403.6003 e optou por voltar a delinquir, o que indica que a concessão de medidas cautelares seria insuficiente para evitar a reiteração delitiva.

Ressalte-se, ainda, que o cometimento do delito no momento atual evidencia uma maior reprovabilidade da conduta, vez que evidente que o paciente se aproveitou do menor fluxo de pessoas para facilitar a conduta criminosa.

A impetrante também suscita questões referentes ao Coronavírus (Covid-19) para requerer a concessão de liberdade ao paciente.

Nesse ponto, ressalta-se que o Conselho Nacional de Justiça emitiu a Recomendação 62/20, dirigida aos magistrados com atuação no sistema penal e penitenciário.

Num momento tão difícil, em que os prognósticos sobre a evolução da epidemia são incertos, e diante do inusitado da situação, é louvável que o E. Conselho Nacional de Justiça tenha rapidamente expedido a Recomendação em tela, como forma de auxiliar os juízes na sua difícil missão.

Entretanto, na hipótese dos autos, o requerimento formulado carece de maiores elementos que possam demonstrar o risco concreto para se cogitar do deferimento da liberdade ao paciente, uma vez que ele não é idoso e não comprovou ser portador de nenhuma doença que o enquadre nos grupos de risco para o coronavírus.

Ademais, a determinação atual não é de libertação de todos os agentes que se encontram no sistema prisional, a análise é feita de acordo com as particularidades de cada caso em concreto.

A alegação de que ele teria tido contato com sua filha, a qual estaria contaminada não altera o quanto consignado, uma vez que o paciente testou negativo para o coronavírus.

Ressalte-se, ainda, que o resultado positivo de sua filha se refere a uma coleta realizada em 28.05.2020, lapso temporal suficiente para que eventual contaminação do paciente já pudesse ter sido identificada.

A par desses fundamentos, e considerando, outrossim, que não se demonstrou qualquer ilegalidade concernente à prisão preventiva decretada em desfavor da paciente, não se tendo, ademais, avertedo qualquer alteração fática que permita a revogação da aludida medida constritiva, é o caso, pois, de mantê-la.

Incabível, ainda, a substituição da prisão preventiva por medidas cautelares previstas no artigo 319, do Código de Processo Penal, por se mostrarem, ao menos por ora, insuficientes e inadequadas.

Em que pese a informação de que o paciente possui condições pessoais favoráveis, como residência fixa, trabalho lícito e família constituída, estas não constituem circunstâncias garantidoras da liberdade quando demonstrada a presença de outros elementos que justificam a medida constritiva excepcional (STJ, RHC 9.888, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 19/09/2000, DJ 23/10/2000; STJ, HC 40.561/MG, Rel. Min. Felix Fischer, j. 05/05/2000, DJ 20/06/05).

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

Requisitem-se informações à autoridade impetrada e dê-se vista ao Ministério Público Federal para parecer.

Após, voltemos autos conclusos para julgamento.

Int.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

PETIÇÃO CRIMINAL (1727) Nº 5016346-18.2020.4.03.0000

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

REQUERENTE: SONIA EVIDENCE CHAUKE

Advogado do(a) REQUERENTE: JOSE EDUARDO LAVINAS BARBOSA - SP217870-A

REQUERIDO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de petição criminal interposta pela defesa de **SONIA EVIDENCE CHAUKE**, ré na apelação criminal nº 0001534-66.2019.4.03.6119, em trâmite perante esta Corte Regional, formulada de forma excepcional fora dos autos físicos (via PJE) diante da situação de restrição de circulação de pessoas determinada pelas autoridades públicas e governamentais e pelas Portarias Conjuntas PRES/CORE nºs 1, 2, 3, 5, 6, 7 e 8 de 2020.

Alega, em síntese, que:

a) a requerente foi denunciada e ao final condenada por suposta infração ao disposto no artigo 33, da Lei 11.343/06, a pena de 04 anos, 10 meses e 10 dias, em regime inicial semiaberto;

b) apresentou recurso de apelação que está pendente de julgamento perante essa colenda Turma;

c) a requerente é primária e de bons antecedentes e não apresenta perigo a preservação da ordem, vez que o delito foi cometido sem violência ou grave ameaça;

e) em razão da pandemia do novo coronavírus - COVID-19 e a fim de se evitar a propagação em grande escala no sistema prisional nacional, foi editada a Recomendação nº 62/2020, do CNJ com o objetivo de proteger a vida e a saúde das pessoas privadas de liberdade, devendo ser reavaliada a prisão provisória daqueles que se encontrem encarcerados;

f) a acusada é presa provisória em razão de delito praticado sem violência ou grave ameaça (tráfico de drogas) e se encontra reclusa na Penitenciária Feminina da Capital;

Requer, assim, seja revogada a prisão preventiva, tendo em vista que a manutenção de sua prisão preventiva na sentença representa violação frontal aos artigos 6º da Constituição e 14 da Lei 7.210/84.

Foram juntados documentos.

É o relatório.

DECIDO.

Segundo informações dos autos, SONIA EVIDENCE CHAUKE é ré na apelação criminal nº 0001534-66.2019.4.03.6119, em trâmite nesta Corte Regional, em que se apura a prática de tráfico internacional de drogas (Lei nº 11.343/06, art. 33, caput c.c. art. 40, inciso I).

A Organização Mundial da Saúde – OMS, decretou a pandemia do novo coronavírus – COVID-19, no dia 11/03/2020. Após esse fato, no dia 17/03/2020, por meio da Recomendação nº 62 do Conselho Nacional de Justiça, foi sugerida a reavaliação das prisões preventivas que tenham excedido o prazo de 90 (noventa) dias, ou que estejam relacionadas a crimes sem violência ou grave ameaça à vítima.

Na sequência, o Plenário do STF, ao analisar o pedido cautelar da ADPF 347, no dia 18/03/2020, divergiu em parte da decisão do relator, Min Marco Aurélio Mello, no tocante à conclamação aos juízes de Execução Penal a adotarem, junto à população carcerária procedimentos preventivos do Ministério da Saúde para evitar o avanço da doença dentro dos presídios, dentre eles, a orientação anteriormente citada, constante da recomendação 62, do CNJ.

A partir desse posicionamento do STF, as situações devem ser analisadas caso a caso.

Além disso, a recomendação atual das autoridades de saúde é o isolamento social, para todas as pessoas, estejam elas privadas de liberdade por decisão judicial ou não, a fim de impedir a propagação do novo coronavírus.

Nesse contexto, entendo que a prisão preventiva não deverá prevalecer nos casos de crimes cometidos sem violência ou grave ameaça, aplicando-se, com primazia, as medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319, do Código de Processo Penal a fim de evitar o alastramento da doença nas prisões, cujo pensamento está em conformidade com a recente Recomendação n. 62/2020 do CNJ.

Consta dos autos que a paciente foi condenada pela prática do delito previsto no artigo 33, da Lei 11.343/06, a pena de 04 anos, 10 meses e 10 dias, em regime inicial semiaberto, porque no dia 18/07/2019, no Aeroporto Internacional de Guarulhos/SP, teria tentando embarcar no voo AS223 da companhia aérea South African Airways, com destino a Joanesburgo/África do Sul, trazendo consigo 3.793g de massa líquida de cocaína.

O juízo a quo manteve a prisão preventiva da requerente por ocasião da prolação da sentença (Id. 134783778).

No que pese a gravidade do delito praticado, mormente por se tratar de crime de tráfico internacional de drogas, observo que tal delito não foi cometido mediante violência ou grave ameaça.

A teor do art. 282, § 6º do Código de Processo Penal, a prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar.

Assim, diante das peculiaridades do caso concreto, onde a ré se enquadra no grupo de risco e o delito a ela imputado não foi praticado com violência ou grave ameaça, considerando, ainda, o cenário atual decorrente da pandemia do coronavírus com possibilidade de eventual contágio do Covid-19 no âmbito dos estabelecimentos do sistema prisional em razão da notória superlotação, bem como a incerteza acerca da efetiva realização das Sessões de Julgamento dos processos físicos agendadas para as próximas semanas neste Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, vislumbro a possibilidade de adoção de medidas cautelares alternativas, as quais se mostram suficientes para assegurar a aplicação da lei penal e para evitar a prática de infrações penais.

Ante o exposto, **revogo a prisão preventiva** de SONIA EVIDENCE CHAUKE, ré na apelação criminal 0001534-66.2019.4.03.6119, em trâmite nesta Corte Regional, substituindo-a pelas seguintes medidas cautelares, sem prejuízo de reavaliação após a crise:

a) comparecimento a todos os atos do processo, **devendo indicar o endereço onde pode ser intimada, mesmo que seja em eventual abrigo de acolhimento, no prazo de 30 dias após expedição de alvará;**

b) recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga se a ré tiver residência e trabalho lícitos;

c) proibição de mudar de endereço sem informar a Justiça Federal, assim como de ausentar-se do respectivo domicílio, por mais de uma semana, sem prévia e expressa autorização do juízo e

d) proibição de se ausentar do País sem prévia e expressa autorização judicial, devendo entregar seu passaporte em juízo logo após o término da suspensão dos prazos judiciais.

Alerte-se à requerente que, caso não sejam suficientes as medidas alternativas, ou, no caso de descumprimento da obrigação imposta, o Juízo poderá novamente decretar a sua prisão, de acordo com o artigo 282, § 4º, do Código de Processo Penal.

As medidas cautelares ora impostas poderão ser, a qualquer tempo, modificadas ou adaptadas, justificadamente.

Considerando que a Justiça Federal da 3ª Região funcionará apenas em regime de teletrabalho até 30/06/2020, nos termos da Portaria Conjunta PRES/CORE nº 8/2020, do TRF3 e considerando, ainda, que os autos são físicos, forneça a defesa informações sobre a ré para o preenchimento do alvará de soltura, como nome completo, RG e CPF, nome da mãe e do pai, data de nascimento, sexo, e-mail, estado civil, profissão, naturalidade, outros nomes se houver, outras alcunhas se houver, endereço e telefone, bem como o nome da penitenciária que se encontra detida.

Depois do fornecimento dos dados pela requerente, expeça-se alvará de soltura clausulado em favor da acusada, bem como comunique-se às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional acerca desta decisão, em especial sobre o item “d”.

Oportunamente, traslade-se esta decisão para autos principais, certificando-se as medidas aqui adotadas.

Dê-se ciência ao Ministério Público Federal.

Após, archive-se.

Int.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

CAUTELAR INOMINADA CRIMINAL (11955) Nº 5001935-67.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 16 - DES. FED. PAULO FONTES
REQUERENTE: JOSE FERNANDO PINTO DA COSTA
Advogado do(a) REQUERENTE: DHYEGO SOUSA LIMA - SP303163-A
REQUERIDO: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES - QUINTA TURMA

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Considerando a informação constante na Certidão ID 134616984, observa-se que os presentes autos foram materializados como petição de Recurso Ordinário no *Habeas Corpus* n. 5029066-51.2019.4.03.0000.

Desse modo, não havendo mais nada a deliberar, remetam-se os presentes autos ao arquivo.

São Paulo, 17 de junho de 2020.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO (426) Nº 5032403-48.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 16 - DES. FED. PAULO FONTES
RECORRENTE: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP

RECORRIDO: HELOISA HELENA ALVES CASTRO LIBANORE
Advogado do(a) RECORRIDO: PAULO SERGIO LEITE FERNANDES - SP13439
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

ID 113134498 - Trata-se de Embargos de Declaração com pedido de efeitos infringentes. Intime-se a defesa de Heloisa Helena Alves Castro Libonare para se manifestar no prazo legal.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

SUBSECRETARIA DA 6ª TURMA

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5024602-62.2019.4.03.6182

RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE TECNICOS EM RADIOLOGIA 5 REGIAO

Advogados do(a) APELANTE: RAFAEL FERNANDES TELES ANDRADE - SP378550-A, ANA PAULA CARDOSO

DOMINGUES - SP239411-A, BRUNA CRISTINA DE LIMA PORTUGAL - SP377164-A, GUSTAVO ALMEIDA

TOMITA - SP357229-A, TACIANE DA SILVA - SP368755-A

APELADO: AGNALDO FERREIRA RAPOZO

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Cuida-se de apelação, em sede de execução fiscal, interposta pelo Conselho Regional de Técnicos em Radiologia – 5ª Região, pleiteando a reforma da sentença *a quo*.

A r. sentença, julgou extinto o processo, com resolução do mérito, nos moldes do artigo 487, inciso II, do CPC, em relação às anuidades 2012 e 2013 e parte da anuidade de 2014, e, sem resolução do mérito, nos moldes do artigo 485, incisos IV e VI, e § 3º, do Código de Processo Civil, em relação aos demais débitos.

Apelou a exequente, pugnando pela reforma da sentença, com o afastamento da prescrição, mantendo-se íntegra a cobrança das anuidades (competências 2012 a 2015) vez que não resvalaram em qualquer ilegalidade e/ou inconstitucionalidade.

Sem contrarrazões, subiram os autos a esta C. Corte.

É o relatório.

Decido.

De início, cumpre explicitar que o art. 932, IV e V do CPC de 2015 confere poderes ao Relator para, monocraticamente, negar e dar provimento a recursos.

Ademais, é importante clarificar que, apesar de as alíneas dos referidos dispositivos elencarem hipóteses em que o Relator pode exercer esse poder, o entendimento da melhor doutrina é no sentido de que o mencionado rol é meramente exemplificativo.

Manifestando esse entendimento, asseveram Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

"Assim como em outras passagens, o art. 932 do Código revela um equívoco de orientação em que incidiu o legislador a respeito do tema dos precedentes. O que autoriza o julgamento monocrático do relator não é o fato de a tese do autor encontrar-se fundamentada em "súmulas" e "julgamento de casos repetitivos" (leia -se, incidente de resolução de demandas repetitivas, arts. 976 e ss., e recursos repetitivos, arts. 1.036 e ss.) ou em incidente de "assunção de competência". É o fato de se encontrar fundamentado em precedente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em jurisprudência formada nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência capaz de revelar razões adequadas e suficientes para solução do caso concreto. O que os preceitos mencionados autorizam, portanto, é o julgamento monocrático no caso de haver precedente do STF ou do STJ ou jurisprudência firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência nos Tribunais de Justiça ou nos Tribunais Regionais Federais. Esses precedentes podem ou não ser oriundos de casos repetitivos e podem ou não ter adequadamente suas razões retratadas em súmulas.

("Curso de Processo Civil", 3ª e., v. 2, São Paulo, RT, 2017)"

Os mesmos autores, em outra obra, explicam ainda que "a alusão do legislador a súmulas ou a casos repetitivos constitui apenas um indício - não necessário e não suficiente - a respeito da existência ou não de precedentes sobre a questão que deve ser decidida. O que interessa para incidência do art. 932, IV, a e b, CPC, é que exista precedente sobre a matéria - que pode ou não estar subjacente a súmulas e pode ou não decorrer do julgamento de recursos repetitivos" ("Novo Código de Processo Civil comentado", 3ª e., São Paulo, RT, 2017, p. 1014, grifos nossos).

Também Hermes Zaneti Jr. posiciona-se pela não taxatividade do elenco do art. 932, incisos IV e V (Poderes do Relator e Precedentes no CPC/2015: perfil analítico do art. 932, IV e V, in "A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim", Dierle José Coelho Nunes, São Paulo, RT, 2017, pp. 525-544).

Nessa linha, o STJ, antes mesmo da entrada em vigor do CPC/2015, aprovou a Súmula 568 com o seguinte teor: "O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema". Veja-se que a expressão entendimento dominante aponta para a não taxatividade do rol em comento.

Além disso, uma vez que a decisão singular do relator é recorrível por meio de agravo interno (art. 1.021, caput, CPC/15), não fica prejudicado o princípio da colegialidade, pois a Turma pode ser provocada a se manifestar por meio do referido recurso. Nesse sentido:

"PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO (ART. 1.021, DO CPC). APOSENTADORIA ESPECIAL. APLICAÇÃO DO ART. 932 DO CPC PERMITIDA. TERMO INICIAL FIXADO NA DATA DA CITAÇÃO. ATIVIDADE ESPECIAL COMPROVADA COM LAUDO JUDICIAL. INTERPOSIÇÃO CONTRA DECISÃO SINGULAR DO RELATOR. CABIMENTO. - O denominado agravo interno (artigo Art. 1.021 do CPC/15) tem o propósito de impugnar especificadamente os fundamentos da decisão agravada e, em caso de não retratação, possa ter assegurado o direito de ampla defesa, com submissão das suas impugnações ao órgão colegiado, o qual, cumprindo o princípio da colegialidade, fará o controle da extensão dos poderes do relator e, bem assim, a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando, afora essas circunstâncias, à rediscussão, em si, de matéria já decidida, mediante reiterações de manifestações anteriores ou à mingua de impugnação específica e fundamentada da totalidade ou da parte da decisão agravada, objeto de impugnação. - O termo inicial do benefício foi fixado na data da citação, tendo em vista que a especialidade da atividade foi comprovada através do laudo técnico judicial, não havendo razão para a insurgência da Autarquia Federal. - Na hipótese, a decisão agravada não padece de qualquer ilegalidade ou abuso de poder, estando seus fundamentos em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria devolvida a este E. Tribunal. - Agravo improvido.

(ApReeNec 00248207820164039999, DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN, TRF3 - NONA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/10/2017)"

Assim, passo a proferir decisão monocrática, com fulcro no artigo 932, IV e V do Código de Processo Civil de 2015.

Inicialmente, o Colendo Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que o prazo prescricional para o ajuizamento da demanda executiva deve ter início somente quando o crédito tornar-se exequível.

Por seu turno, a exequibilidade do crédito só é alcançada nas hipóteses em que, nos termos do art. 8º da Lei n. 12.514/2011, o total da dívida inscrita, considerada a devida atualização monetária, atingir o valor mínimo correspondente a 04 (quatro) anuidades.

Para o caso *sub judice*, é evidente que as anuidades competência 2012, 2013 e parte de 2014, consideradas isoladamente, não atingiram, à época, o valor mínimo retro mencionado, sendo inexecúvel, pois.

Destarte, as datas em questão não podem ser consideradas como "o termo *a quo*" para a contagem do prazo prescricional, o que, por conseguinte, afasta a prescrição para as competências em análise, devendo ser reformada a sentença *a quo*.

Por fim, seguem julgados a fim de corroborar a fundamentação retro:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. ANUIDADE DE CONSELHO PROFISSIONAL. LEI 12.514/2011. VALOR MÍNIMO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL.

1. Firmou-se no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que, à luz do art. 8º da Lei 12.514/2011, a propositura de executivo fiscal fica limitada à existência do valor mínimo correspondente a 4 (quatro) anuidades, sendo certo que o prazo prescricional para o seu ajuizamento deve ter início somente quando o crédito tornar-se exequível. Precedentes: REsp 1.664.389/SC, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 16/2/2018; REsp 1.694.153/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 19/12/2017; REsp 1.684.742/RS, Rel. Min. Regina Helena Costa, decisão monocrática, DJe 17/10/2018; REsp 1.467.576/PR, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, decisão monocrática, DJe 20/11/2018.

2. Agravo interno não provido.

(STJ, AgInt no AREsp 1011326/SC, Rel. Min. Sérgio Kukina, 1ª Turma, DJe 17.05.2019)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO PROFISSIONAL. ANUIDADES. VALOR DA EXECUÇÃO. ART. 8º DA LEI 12.514/2011. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. ALCANCE DO VALOR MÍNIMO PARA EXECUÇÃO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que, em virtude da exigência de valor mínimo para fins de ajuizamento da execução, estipulada pela Lei 12.514/2011, o prazo prescricional dever ter início somente quando o crédito se tornar exequível, ou seja, quando o total da dívida inscrita, acrescida dos respectivos consectários legais, atingir o patamar mínimo requerido pela mencionada norma jurídica.

2. Recurso Especial provido para afastar a ocorrência da prescrição.

(STJ, REsp 1694153/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe 19.12.2017)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ART. 535 DO CPC/73. OFENSA GENÉRICA. SÚMULA 284/STF. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO PROFISSIONAL. ANUIDADES. VALOR DA EXECUÇÃO. ART. 8º DA LEI 12.514/2011. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. ALCANCE DO VALOR MÍNIMO PARA EXECUÇÃO.

1. É deficiente a fundamentação do recurso especial em que a alegação de ofensa ao art. 535 do CPC/73 se faz de forma genérica, sem a precisa demonstração de omissão (Súmula 284 do STF).

2. Esta Corte, interpretando o art. 8º da Lei n. 12.514/2011, consolidou o entendimento de que no valor correspondente a quatro anuidades no ano do ajuizamento computam-se, inclusive, as multas, juros e correção monetária, e não apenas a quantidade de parcelas em atraso.

3. O processamento da execução fiscal fica desautorizado somente quando os débitos exequendos correspondam a menos de 4 vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente, tomando-se como parâmetro para definir este piso o valor da anuidade referente ao ano de ajuizamento, bem como os encargos legais (multa, juros e correção monetária). No caso dos autos, a ação fiscal foi ajuizada em 2013, quando já em vigor a Lei n. 12.514/11, assim, aplicável a limitação acima descrita.

4. As anuidades pagas aos conselhos profissionais possuem natureza tributária, o que, em tese, admitiria o dia seguinte ao vencimento da obrigação como sendo o termo inicial da prescrição.

5. No entanto, considerando a limitação de valor mínimo para fins de execução criada pela Lei n. 12.514/11, para o ajuizamento da execução, o prazo prescricional dever ter início somente quando o crédito se tornar exequível, ou seja, quando o total da dívida inscrita, acrescida dos respectivos consectários legais, atingir o patamar mínimo exigido pela norma.

6. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido para afastar a ocorrência da prescrição.

(STJ, REsp 1524930/RS, Rel. Min. Og Fernandes, 2ª Turma, DJe 08.02.2017)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO PROFISSIONAL. ANUIDADES. VALOR DA EXECUÇÃO. ART. 8º DA LEI 12.514/2011. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. ALCANCE DO VALOR MÍNIMO PARA EXECUÇÃO.

1. O C. Superior Tribunal de Justiça tem entendimento firmado no sentido de que, em se tratando de cobrança de anuidades com fundamento na Lei nº 12.514/2011, o termo inicial da prescrição somente começa a ser contado após o preenchimento dos requisitos do art. 8º da referida Lei, o qual exige o acúmulo do valor de quatro anuidades para que se execute uma dívida judicialmente.

2. Desse modo, como se exige o acúmulo do valor de quatro anuidades para que se execute uma dívida judicialmente, o prazo prescricional deve ter início somente quando o crédito tornar-se exequível, ou seja, quando o total da dívida inscrita, acrescida dos respectivos consectários legais, atingir o patamar mínimo requerido pela mencionada norma jurídica.

3. Considerando que no presente caso a dívida passou a ser exequível somente em 2016 e tendo sido ajuizada a execução fiscal em 2018, não há que se falar em prescrição da anuidade de 2013.

4. Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, AI nº 5000550-21.2019.4.03.0000, 4ª Turma, Rel. Desembargador Federal Marcelo Saraiva, j. 09/12/2019)"

Passo ao mérito.

A questão cinge-se, em síntese, na viabilidade legal ao prosseguimento do feito executivo que visa a cobrança de **QUATRO** exercícios anuais (2012 a 2015).

No que pertine à temática, oportuno transcrever o artigo 8º, da Lei 12.514/11, *verbis*:

“Art. 8º. Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente.”

Tendo em vista a interpretação mais escorreita do art. 8º da Lei 12.514/11, deve-se considerar, portanto, que **o limite mínimo estabelecido pela legislação para a possibilidade jurídica da execução de anuidades exige a existência de 04 (quatro) anuidades em cobro, não sendo bastante que o valor, acrescido de consectários, supere a baliza mencionada.**

Nesta senda, de fato, cumpriu o apelante com a condição legal de procedibilidade da execução fiscal em tela, devendo a mesma ter seu regular prosseguimento.

Diante do exposto, nos termos do art. 932, V do CPC de 2015, **dou provimento à apelação**, para afastar a prescrição, declarando a legalidade da cobrança exarada na CDA Nº 18060/2019 (anuidades de 2012 a 2015), nos termos retro mencionados, prosseguindo-se a execução fiscal em seus ulteriores termos.

Publique-se. Intimem-se.

Decorrido o prazo recursal, baixemos autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 16 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5005358-18.2019.4.03.6128

RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO

APELANTE: LUCIMARA POVOA

Advogado do(a) APELANTE: GABRIEL HENRIQUE KUPRIAN - SP408288-A

APELADO: CONSELHO REGIONAL DE QUÍMICA IV REGIÃO

Advogado do(a) APELADO: EDMILSON JOSE DA SILVA - SP120154-A

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 23/06/2020 2674/4253

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Cuida-se de apelação, em sede de embargos à execução fiscal, interposta por Lucimara Pova, pleiteando a reforma da sentença *a quo*.

O juízo *a quo*, diante da ausência de garantia do juízo, rejeitou liminarmente os presentes embargos à execução fiscal, e extinguiu o feito, sem resolução do mérito, nos moldes do art. 1º, *in fine* da Lei nº 6830/80 c/c art. 485, VI do CPC.

Apelou a embargante, pugnano pela reforma da sentença, a fim de que seja concedida a assistência judiciária gratuita.

Com contrarrazões, Subiram os autos a esta C. Corte.

É o relatório.

Decido.

De início, cumpre explicitar que o art. 932, IV e V do CPC de 2015 confere poderes ao Relator para, monocraticamente, negar e dar provimento a recursos.

Ademais, é importante clarificar que, apesar de as alíneas dos referidos dispositivos elencarem hipóteses em que o Relator pode exercer esse poder, o entendimento da melhor doutrina é no sentido de que o mencionado rol é meramente exemplificativo.

Manifestando esse entendimento, asseveram Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

"Assim como em outras passagens, o art. 932 do Código revela um equívoco de orientação em que incidiu o legislador a respeito do tema dos precedentes. O que autoriza o julgamento monocrático do relator não é o fato de a tese do autor encontrar-se fundamentada em "súmulas" e "julgamento de casos repetitivos" (leia -se, incidente de resolução de demandas repetitivas, arts. 976 e ss., e recursos repetitivos, arts. 1.036 e ss.) ou em incidente de "assunção de competência". É o fato de se encontrar fundamentado em precedente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em jurisprudência formada nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência capaz de revelar razões adequadas e suficientes para solução do caso concreto. O que os preceitos mencionados autorizam, portanto, é o julgamento monocrático no caso de haver precedente do STF ou do STJ ou jurisprudência firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência nos Tribunais de Justiça ou nos Tribunais Regionais Federais. Esses precedentes podem ou não ser oriundos de casos repetitivos e podem ou não ter adequadamente suas razões retratadas em súmulas.

("Curso de Processo Civil", 3ª e., v. 2, São Paulo, RT, 2017)"

Os mesmos autores, em outra obra, explicam ainda que "a alusão do legislador a súmulas ou a casos repetitivos constitui apenas um indício - não necessário e não suficiente - a respeito da existência ou não de precedentes sobre a questão que deve ser decidida. O que interessa para incidência do art. 932, IV, a e b, CPC, é que exista precedente sobre a matéria - que pode ou não estar subjacente a súmulas e pode ou não decorrer do julgamento de recursos repetitivos" ("Novo Código de Processo Civil comentado", 3ª e., São Paulo, RT, 2017, p. 1014, grifos nossos).

Também Hermes Zaneti Jr. posiciona-se pela não taxatividade do elenco do art. 932, incisos IV e V (Poderes do Relator e Precedentes no CPC/2015: perfil analítico do art. 932, IV e V, in "A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim", Dierle José Coelho Nunes, São Paulo, RT, 2017, pp. 525-544).

Nessa linha, o STJ, antes mesmo da entrada em vigor do CPC/2015, aprovou a Súmula 568 com o seguinte teor: "O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema". Veja-se que a expressão entendimento dominante aponta para a não taxatividade do rol em comento.

Além disso, uma vez que a decisão singular do relator é recorrível por meio de agravo interno (art. 1.021, caput, CPC/15), não fica prejudicado o princípio da colegialidade, pois a Turma pode ser provocada a se manifestar por meio do referido recurso. Nesse sentido:

"PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO (ART. 1.021, DO CPC). APOSENTADORIA ESPECIAL. APLICAÇÃO DO ART. 932 DO CPC PERMITIDA. TERMO INICIAL FIXADO NA DATA DA CITAÇÃO. ATIVIDADE ESPECIAL COMPROVADA COM LAUDO JUDICIAL. INTERPOSIÇÃO CONTRA DECISÃO SINGULAR DO RELATOR. CABIMENTO. - O denominado agravo interno (artigo Art. 1.021 do CPC/15) tem o propósito de impugnar especificadamente os fundamentos da decisão agravada e, em caso de não retratação, possa ter assegurado o direito de ampla defesa, com submissão das suas impugnações ao órgão colegiado, o qual, cumprindo o princípio da colegialidade, fará o controle da extensão dos poderes do relator e, bem assim, a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando, afora essas circunstâncias, à rediscussão, em si, de matéria já decidida, mediante reiterações de manifestações anteriores ou à mingua de impugnação específica e fundamentada da totalidade ou da parte da decisão agravada, objeto de impugnação. - O termo inicial do benefício foi fixado na data da citação, tendo em vista que a especialidade da atividade foi comprovada através do laudo técnico judicial, não havendo razão para a insurgência da Autarquia Federal. - Na hipótese, a decisão agravada não padece de qualquer ilegalidade ou abuso de poder, estando seus fundamentos em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria devolvida a este E. Tribunal. - Agravo improvido."

(ApReeNec 00248207820164039999, DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN, TRF3 - NONA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/10/2017)

Assim, passo a proferir decisão monocrática, com fulcro no artigo 932, IV e V do Código de Processo Civil de 2015.

A controvérsia cinge-se, ainda que de forma implícita, na possibilidade de concessão da assistência judiciária gratuita (Lei nº 1.060/50), a fim de se justificar a impossibilidade de garantia do juízo, e, ainda assim, manter-se assegurado o direito de se opor à execução por meio de embargos (art. 914 do CPC).

Passo a análise.

Quanto à temática, os artigos 8º e 16º da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980 (lei de execuções Fiscais), preveem a necessidade de se prestar garantia diante de execuções fiscais, sendo que o §1º do art. 16 é taxativo em preceituar que um dos pressupostos de admissibilidade dos embargos à execução é a prévia garantia desta.

Insta salientar que a única prerrogativa crível, a beneficiar o devedor, rege-se pela possibilidade de aludida garantia ser parcial (desde que não seja ínfima), uma vez que tais dispositivos nada dispõem sobre possível inadmissibilidade no caso da garantia não ser plena (mesmo valor da dívida).

A jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça manifestou-se no sentido de que a insuficiência do valor dos bens penhorados não pode obstar o prosseguimento dos embargos à execução, pois no sistema da Lei de Execuções Fiscais o reforço da penhora pode ser determinado nos próprios autos da execução a qualquer tempo (art. 15, II), conforme os seguintes precedentes:

"EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA PARCIAL. OFENSA AO ART. 535, II, DO CPC. ALEGAÇÕES GENÉRICAS (SÚMULA 284/STF). INTERPRETAÇÃO DO ART. 16, § 1º, DA LEF. AUSÊNCIA DE GARANTIA DO JUÍZO PARA EMBARGAR. POSSIBILIDADE.

-Incide a Súmula 284/STF se o recorrente, a pretexto de violação do art. 535 do CPC, limita-se a alegações genéricas, sem indicação precisa da omissão, contradição ou obscuridade do julgado. Inúmeros precedentes desta Corte.

-Ao interpretar o art. 16, § 1º, da LEF, a jurisprudência evoluiu para entender que, se a penhora for parcial e o juiz não determinar o reforço, ou, se determinado, a parte não dispuser de bens livres e desembaraçados, aceita-se a defesa via embargos, para que não se tire do executado a única possibilidade de defesa.

-Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido.

(STJ, RESP 106574, Processo nº 200801237087, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 02.09.08, DJE 03.10.08).g.n.

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS. PENHORA INSUFICIENTE. POSSIBILIDADE.

- A insuficiência do valor dos bens penhorados, por si só, não pode obstar o prosseguimento dos embargos à execução, haja vista que se pode determinar seu reforço a qualquer tempo.

- Precedentes. (...) (STJ - 2ª T., vu. AGA 666430, Processo: 200500435677 / RS. J. 19/05/2005, DJ 27/06/2005, p. 332. Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS). g.n.

PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA INSUFICIENTE. ART. 16, § 1º, DA LEI Nº 6.830/80.

1. *Encontra-se positivado no âmbito da Primeira Seção do STJ o entendimento de que a insuficiência de penhora não é causa suficiente para determinar-se a extinção dos embargos do devedor (REsp 80.723/PR, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJU de 17.06.02).*

2. *Recurso especial improvido.*

(STJ - 2ª T., vu. RESP 685938, Processo: 200400982301 / PR. J. 07/12/2004, DJ 21/03/2005, p. 345. Rel. Min. CASTRO MEIRA). g.n."

Aliás, o tema é alvo de pacificação solene, apreciado sob o rito dos Recursos Representativos da Controvérsia, nos termos do artigo 543-C, Lei Processual Civil:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. APLICABILIDADE DO ART. 739-A, §1º, DO CPC ÀS EXECUÇÕES FISCAIS. NECESSIDADE DE GARANTIA DA EXECUÇÃO E ANÁLISE DO JUIZ A RESPEITO DA RELEVÂNCIA DA ARGUMENTAÇÃO (FUMUS BONI JURIS) E DA OCORRÊNCIA DE GRAVE DANO DE DIFÍCIL OU INCERTA REPARAÇÃO (PERICULUM IN MORA) PARA A CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AOS EMBARGOS DO DEVEDOR OPOSTOS EM EXECUÇÃO FISCAL.

...

6. *Em atenção ao princípio da especialidade da LEF, mantido com a reforma do CPC/73, a nova redação do art. 736, do CPC dada pela Lei n. 11.382/2006 - artigo que dispensa a garantia como condicionante dos embargos - não se aplica às execuções fiscais diante da presença de dispositivo específico, qual seja o art. 16, §1º da Lei n. 6.830/80, que exige expressamente a garantia para a apresentação dos embargos à execução fiscal.*

7. *Muito embora por fundamentos variados - ora fazendo uso da interpretação sistemática da LEF e do CPC/73, ora trilhando o inovador caminho da teoria do "Diálogo das Fontes", ora utilizando-se de interpretação histórica dos dispositivos (o que se faz agora) - essa conclusão tem sido alcançada pela jurisprudência predominante, conforme ressoam os seguintes precedentes de ambas as Turmas deste Superior Tribunal de Justiça. Pela Primeira Turma: AgRg no Ag 1381229 / PR, Primeira Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 15.12.2011; AgRg no REsp 1.225.406 / PR, Primeira Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julgado em 15.02.2011; AgRg no REsp 1.150.534 / MG, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 16.11.2010; AgRg no Ag 1.337.891 / SC, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 16.11.2010; AgRg no REsp 1.103.465 / RS, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 07.05.2009. Pela Segunda Turma: AgRg nos EDcl no Ag n. 1.389.866/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 21.9.2011; REsp, n. 1.195.977/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 17/08/2010; AgRg no Ag n. 1.180.395/AL, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe 26.2.2010; REsp, n. 1.127.353/SC, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 20.11.2009; REsp, 1.024.128/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 19.12.2008.*

8. *Superada a linha jurisprudencial em sentido contrário inaugurada pelo REsp.n. 1.178.883 - MG, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 20.10.2011 e seguida pelo AgRg no REsp 1.283.416 / AL, Primeira Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 02.02.2012; e pelo REsp 1.291.923 / PR, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 01.12.2011.*

9. *Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C, do CPC, e da Resolução STJ n. 8/2008.*

(REsp 1272827/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/05/2013, DJe 31/05/2013)

No caso dos autos, não havendo garantia hábil (ainda que parcial) ao processamento dos presentes embargos, de rigor a extinção do feito, devendo ser mantida a sentença de primeiro grau.

Ademais, reconhecida jurisprudencialmente a impossibilidade de se invocar as prerrogativas materializadas no art. 914 do CPC e na Lei nº 1.060/50 (Assistência Judiciária Gratuita), vez que, nos termos do princípio da especialidade das leis, há o entendimento de que a Lei de Execução Fiscal prevalece sobre ambas.

Nestes termos, segue a orientação firmada pelo C. Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. GARANTIA DO JUÍZO. NECESSIDADE. PREVISÃO ESPECÍFICA. LEI 6.830/80. ENTENDIMENTO FIRMADO EM RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA.

1. Nos termos da jurisprudência do STJ, a garantia do pleito executivo é condição de processamento dos Embargos à Execução Fiscal nos exatos termos do art. 16, § 1º, da Lei n. 6.830/80.

2. A matéria já foi decidida pela Primeira Seção no rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), quando do julgamento do REsp 1.272.827/PE, relatoria do Min. Mauro Campbell Marques, fixou-se o entendimento segundo o qual, "Em atenção ao princípio da especialidade da LEF, mantido com a reforma do CPC/73, a nova redação do art. 736 do CPC, dada pela Lei n. 11.382/2006 - artigo que dispensa a garantia como condicionante dos embargos - não se aplica às execuções fiscais, diante da presença de dispositivo específico, qual seja o art. 16, § 1º da Lei n. 6.830/80, que exige expressamente a garantia para a apresentação dos embargos à execução fiscal."

3. Recurso Especial não provido.

(Resp 1651509/rs, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 24/04/2017)"

Emsentido análogo, já se pronunciou esta Egrégia Corte:

"PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. GARANTIA. CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE PARA A OPOSIÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 16 DA LEI Nº 6.830/80. BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA. NORMA ESPECIAL EM RELAÇÃO AO CPC. AUSENTE VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. RECURSO IMPROVIDO.

1. Trata-se de recurso de apelação interposto por BRUNO HENRIQUE CHIQUETTO - ME em face de r. sentença de fls. 112/113 que, em autos de embargos à execução fiscal, indeferiu a petição inicial e julgou extinto o processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, inciso IV, do revogado Código de Processo Civil, diante da ausência de garantia do juízo. Sem condenação em honorários advocatícios e sem reexame necessário.

2. A LEF é norma especial em relação ao CPC, o qual será aplicado subsidiariamente em relação àquela, consoante o artigo 1º da Lei nº 6.830/80.

3. Nos termos da jurisprudência pacífica do C. STJ, a garantia do pleito executivo é condição de procedibilidade dos embargos à execução, nos exatos termos do artigo 16, § 1º, da Lei nº 6.830/80.

4. A Primeira Seção da referida Corte, ao apreciar o REsp nº 1.272.827/PE (submetido à sistemática prevista no artigo 543-C do revogado CPC/73), firmou entendimento no sentido de que, em atenção ao princípio da especialidade da Lei de Execução Fiscal, a nova redação do artigo 736 do CPC, artigo que dispensa a garantia como condicionante dos embargos, não se aplica às execuções fiscais diante da presença de dispositivo específico, qual seja o artigo 16, §1º da Lei nº 6.830/80, que exige expressamente a garantia para a apresentação dos embargos à execução fiscal,

5. O princípio da especialidade das leis autoriza que a LEF prevaleça também sobre a Lei nº 1.060/50 - Assistência Judiciária Gratuita, conforme orientação firmada pelo C. STJ - Precedente: REsp 1437078/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 25/03/2014, DJe 31/03/2014.

6. No caso dos autos, observa-se que não há constrição garantindo a Execução Fiscal nº 0002001-57.2014.403.6107, originária dos presentes embargos. Assim, considerando a necessidade de garantia do juízo como condição para o oferecimento de embargos à execução fiscal, a r. sentença recorrida é de ser mantida.

7. Não vislumbro violação aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e sequer cerceamento de defesa, na medida em que nenhum princípio ou direito é absoluto, devendo a ampla defesa se coadunar com os princípios da valoração do crédito público, primazia do crédito público sobre o privado e aplicação apenas subsidiária do CPC/73 (revogado, mas vigente à época da decisão) ou CPC/2015.

8. *Apelação a que se nega provimento.*

(AC 00018193720154036107 DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO - TERCEIRA TURMA TRF 3 e-DJF3 Judicial 1 DATA:01/03/2017)"

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. GARANTIA DO JUÍZO-PARCIAL - CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE - ART. 16, § 1º, DA LEF. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO INEQUÍVOCA DA INSUFICIÊNCIA PATRIMONIAL. EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO.

1. Embora tenha o Código de Processo Civil alterado as regras quanto à admissibilidade dos embargos do devedor no processo de execução e dispensado a garantia do juízo como requisito prévio à oposição de embargos (art. 914/CPC15 correspondente do artigo 736/CPC73), a referida norma processual não se aplica às execuções fiscais por se tratar de procedimento especial regulado por legislação própria (Lei 6.830/80 - Lei de Execuções Fiscais).

2. O c. Superior Tribunal de Justiça, em sede de representativo de controvérsia RESP 1.272.827/PE, firmou o entendimento de que "Em atenção ao princípio da especialidade da LEF, mantido com a reforma do CPC/73, a nova redação do art. 736, do CPC dada pela Lei n. 11.382/2006 - artigo que dispensa a garantia como condicionante dos embargos - não se aplica às execuções fiscais diante da presença de dispositivo específico, qual seja o art. 16, §1º da Lei n. 6.830/80, que exige expressamente a garantia para a apresentação dos embargos à execução fiscal."

3. No caso dos autos, houve penhora no executivo fiscal, mas o valor apurado mostrou-se insuficiente frente ao valor executado. Diante da insuficiência da penhora, o Juízo de primeiro grau oportunizou à embargante o reforço da penhora. Sobreveio manifestação da embargante no sentido de não se encontrar em condições financeiras para garantir integralmente o débito, diante da crise no setor de refrigerantes, noticiando, ainda, a existência de processo de arrolamento de bens, "sendo certo que a possível existência de bens bloqueados que poderão vir a garantir o executivo fiscal, o que poderá acarretar no eventual aperfeiçoamento da garantia".

4. O artigo 16, § 1º, da LEF não exige, de forma expressa, que a garantia da execução fiscal seja integral, no entanto, o C. Superior Tribunal de Justiça consagrou entendimento, sob a sistemática de recurso repetitivo, no sentido de ser possível o processamento dos embargos à execução fiscal com juízo parcialmente garantido, desde que intimada previamente a parte executada para complementar a garantia do juízo e restar comprovada nos autos a situação de hipossuficiência da parte executada (REsp nº 1.127.815/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/11/2010, DJe 14/12/2010).

5. Apesar de devidamente oportunizada a integralização da garantia, a parte limitou-se a alegar genericamente a impossibilidade de caucionar integralmente o débito, repisando os mesmos argumentos em sede de apelação. Contudo, não trouxe substrato probante suficiente para comprovar suas alegações. Contrariamente, noticiou a existência de bens que seriam objeto do processo administrativo de arrolamento, "que poderão vir a garantir o executivo fiscal, o que poderá acarretar no eventual aperfeiçoamento da garantia". Ora, se existem tais bens, conforme alega, poderia a embargante apresentá-los em Juízo para garantir o executivo fiscal, sendo descabido o acolhimento da tese acerca da impossibilidade de caucionar integralmente o débito sob a justificativa de que "se assim fizesse, dificilmente encontraria uma forma de manter um fluxo financeiro capaz de superar os atuais empecilhos econômicos que lhes são impostos pela crise no setor".

6. Desta feita, não logrando a devedora comprovar de forma inequívoca sua insuficiência patrimonial e não tendo a constrição alcançado valor relevante, a r. sentença deve ser mantida.

7. Nesse mesmo sentido já decidiu esta e. Terceira Turma: AI - AGRADO DE INSTRUMENTO - 584636 - 0012703-79.2016.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 01/12/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:15/12/2016; AC - APELAÇÃO CÍVEL - 2154010 - 0042195-39.2012.4.03.6182, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 04/08/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:15/08/2016.

8. *Apelação a que se nega provimento.*

(AC 00084427420164036110 - DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES - TERCEIRA TURMA TRF 3 e-DJF3 Judicial 1 DATA:19/10/2018)"

Diante do exposto, nos termos do art. 932, IV do CPC de 2015, **nego provimento à apelação.**

Publique-se. Intimem-se.

Decorrido o prazo recursal, baixemos autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 15 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5009630-72.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: EDSON PAULO LUGLI

Advogado do(a) AGRAVANTE: TEREZINHA CRUZ OLIVEIRA QUINTAL - SP220791

AGRAVADO: CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRACAO DE SAO PAULO

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por EDSON PAULO LUGLI em face de decisão que **indeferiu a tutela antecipada em ação pelo procedimento ordinário** onde o autor requer “*que cessem as cobranças das anuidades referentes à manutenção do registro indevido do AUTOR junto ao Conselho Regional de Administração do Estado de São Paulo*”, isto porque o apesar do autor ter solicitado o cancelamento do seu registro profissional junto ao Conselho, em 28/01/20, o pleito foi denegado.

Da **decisão agravada** consta a seguinte fundamentação:

“Para a concessão da tutela de urgência é necessária a presença dos requisitos do art. 300 do Novo Código de Processo Civil: a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil ao processo. Passo a analisá-los.

O autor insurge-se contra a obrigatoriedade de manter-se registrado perante o Conselho Regional de Administração e pede a suspensão da exigibilidade das anuidades devidas, até julgamento da ação.

Da leitura do art. 15 da Lei nº 4.769/65, que dispõe sobre o exercício da profissão do que era denominado técnico de administração, depreende-se que o registro é obrigatório para empresas ou escritórios que explorem atividades do técnico de administração, que estão descritas no art. 2º da referida lei, nos seguintes termos:

“Art 2º A atividade profissional de Técnico de Administração será exercida, como profissão liberal ou não, VETADO, mediante:

a) pareceres, relatórios, planos, projetos, arbitragens, laudos, assessoria em geral, chefia intermediária, direção superior;

b) pesquisas, estudos, análise, interpretação, planejamento, implantação, coordenação e controle dos trabalhos nos campos da administração VETADO, como administração e seleção de pessoal, organização e métodos, orçamentos, administração de material, administração financeira, relações públicas, administração mercadológica, administração de produção, relações industriais, bem como outros campos em que esses se desdobrem ou aos quais sejam conexos;

c) VETADO.”

Conforme declaração feita pela empregadora do autor, a Câmara de Comercialização de Energia |Elétrica – CCEE, acostada pelo Id 30550697, o autor exerce o cargo de gerente executivo de suporte e infraestrutura, com as atividades lá descritas, tais como “desenvolver pessoas e formar equipes de alta performance garantindo um clima organizacional favorável para o desenvolvimento e retenção de talentos, garantir a melhoria contínua do nível de maturidade dos processos de gestão de infraestrutura, garantir o desenvolvimento de soluções de infraestrutura de alto valor agregado ao negócio e a estratégia de organização, garantir a disponibilidade, continuidade, evolução, desempenho e segurança dos componentes de infraestrutura computacional, controlar e gerir crises em momentos de falha em serviços essenciais a operação do negócio e coordenar os recursos necessários para a rápida recuperação dos acessos, assegurar a capacidade computacional por meio de gestão e planejamento de capacidade da infraestrutura de hardware e software para os serviços da CCEE, assegurar a validação e implementação de processos e políticas das áreas de operação de data center e infraestrutura e tecnologia, definir e garantir as implantações dos processos e procedimentos de segurança e compliance da infraestrutura”.

De acordo com as atividades acima descritas, a função de gerente, ocupada pelo autor, está aparentemente relacionada às atividades próprias de administrador.

E, em consequência, não há ilegalidade em ser exigido seu registro junto ao Conselho de Administração.

Diante do exposto, ausente a probabilidade do direito alegado, INDEFIRO A TUTELA”.

Nas **razões recursais** o agravante sustenta que não exerce no momento profissão submetida ao CRA/SP.

Sustenta a presença dos requisitos para a concessão da tutela.

Requer reforma da decisão, com antecipação dos efeitos da tutela recursal, para o fim de cessarem as cobranças das mensalidades oriundas do indevido registro do agravante no CRA/SP.

Decido.

A suspensividade da decisão "a qua" continua a depender do velho binômio "periculum in mora" e "fumus boni iuris".

Sucedem que no cenário do agravo de instrumento a regra geral é a simples devolutividade do recurso (a evitar a preclusão), mas a lei (art. 1.019, I) possibilita ao relator atribuir efeito suspensivo a esse recurso, ou antecipar - total ou parcialmente - a tutela recursal vindicada pelo agravante; porém, essa decisão não pode ser proferida "no vazio", ou seja, ainda aqui devem concorrer os requisitos do parágrafo único do art. 995 que é a *norma geral* no assunto.

Na singularidade do caso entendo que a concorrência das condições contidas no parágrafo único do art. 995 **não foi** suficientemente demonstrada.

A r. decisão recorrida está excelentemente fundamentada e bem demonstra a ausência de plausibilidade do direito invocado pela parte agravante - pelo menos "*initio litis*". Seus fundamentos ficam aqui explicitamente acolhidos "*per relationem*" (STF: Rcl 4416 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 15/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-118 DIVULG 08-06-2016 PUBLIC 09-06-2016 - AgInt nos EDcl no AREsp 595.004/SC, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 19/06/2018).

Mesmo sob o império do atual CPC – como já ocorria em relação ao anterior – é possível a fundamentação “*per relationem*”, invocando-se o texto da sentença (RMS 30461 AgR-segundo, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 15/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-065 DIVULG 07-04-2016 PUBLIC 08-04-2016 - ADI 416 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 16/10/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-215 DIVULG 31-10-2014 PUBLIC 03-11-2014 ARE 850086 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 05/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-108 DIVULG 05-06-2015 PUBLIC 08-06-2015 -- ARE 742212 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 02/09/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-197 DIVULG 08-10-2014 PUBLIC 09-10-2014; STJ: MS 17.054/DF, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/12/2019, DJe 13/12/2019 -- AgInt no AREsp 1467013/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 9.9.2019, DJe 12.9.2019 -- AgInt no AREsp 1.178.297/ES, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe de 13/08/2018 -- AgRg no AgRg no AREsp 630.003/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 07/05/2015, DJe 19/05/2015 -- REsp 1206805/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 21/10/2014, DJe 07/11/2014 -- REsp 1399997/AM, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/10/2013, DJe 24/10/2013).

Para o STJ, “...A iterativa jurisprudência desta Corte considera válida a utilização da técnica da fundamentação **per relationem**, em que o magistrado adota trechos de decisão anterior ou de parecer ministerial como razão de decidir. Tal prática não acarreta omissão, não implica ausência de fundamentação nem gera nulidade” (AgInt no AREsp 855.179/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 21/05/2019, DJe 05/06/2019)

Em acréscimo, é de se notar que dentre os fundamentos da decisão recorrida podemos destacar a semelhança entre as atividades exercidas pelo agravante e aquelas em que é exigido o registro no referido Conselho:

“Da leitura do art. 15 da Lei nº 4.769/65, que dispõe sobre o exercício da profissão do que era denominado técnico de administração, depreende-se que o registro é obrigatório para empresas ou escritórios que explorem atividades do técnico de administração, que estão descritas no art. 2º da referida lei, nos seguintes termos:

“Art 2º A atividade profissional de Técnico de Administração será exercida, como profissão liberal ou não, VETADO, mediante:

a) pareceres, relatórios, planos, projetos, arbitragens, laudos, assessoria em geral, chefia intermediária, direção superior;

b) pesquisas, estudos, análise, interpretação, planejamento, implantação, coordenação e controle dos trabalhos nos campos da administração VETADO, como administração e seleção de pessoal, organização e métodos, orçamentos, administração de material, administração financeira, relações públicas, administração mercadológica, administração de produção, relações industriais, bem como outros campos em que esses se desdobrem ou aos quais sejam conexos;

c) VETADO.”

Conforme declaração feita pela empregadora do autor; a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, acostada pelo Id 30550697, o autor exerce o cargo de gerente executivo de suporte e infraestrutura, com as atividades lá descritas, tais como “desenvolver pessoas e formar equipes de alta performance garantindo um clima organizacional favorável para o desenvolvimento e retenção de talentos, garantir a melhoria contínua do nível de maturidade dos processos de gestão de infraestrutura, garantir o desenvolvimento de soluções de infraestrutura de alto valor agregado ao negócio e a estratégia de organização, garantir a disponibilidade, continuidade, evolução, desempenho e segurança dos componentes de infraestrutura computacional, controlar e gerir crises em momentos de falha em serviços essenciais a operação do negócio e coordenar os recursos necessários para a rápida recuperação dos acessos, assegurar a capacidade computacional por meio de gestão e planejamento de capacidade da infraestrutura de hardware e software para os serviços da CCEE, assegurar a validação e implementação de processos e políticas das áreas de operação de data center e infraestrutura e tecnologia, definir e garantir as implantações dos processos e procedimentos de segurança e compliance da infraestrutura”.

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

Comunique-se a Vara de origem

À contraminuta.

Intimem-se.

São Paulo, 12 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5006462-96.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

AGRAVANTE: HAJAR BARAKAT ABBAS FARES

Advogados do(a) AGRAVANTE: MARCIO SOCORRO POLLET - SP156299-S, FELIPE RICETTI MARQUES - SP200760-A, ANDRELINO LEMOS FILHO - SP303590-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5006462-96.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

AGRAVANTE: HAJAR BARAKAT ABBAS FARES

Advogados do(a) AGRAVANTE: MARCIO SOCORRO POLLET - SP156299-S, FELIPE RICETTI MARQUES - SP200760-A, ANDRELINO LEMOS FILHO - SP303590-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Trata-se de embargos de declaração interpostos contra v. Acórdão que negou provimento ao agravo de instrumento e julgou prejudicado o agravo regimental.

A ementa (ID 63945509):

“PROCESSO CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - MEDIDA CAUTELAR FISCAL - GRUPO ECONÔMICO - COMPLEXIDADE DOS FATOS - JULGAMENTO ADMINISTRATIVO QUE NÃO ALTERA A CONCLUSÃO.

1- Ao apreciar o pedido liminar, o Juízo de origem reconheceu a existência de grupo econômico e determinou a indisponibilidade de bens.

2- A legitimidade da agravante decorre da configuração de grupo econômico, nos termos das provas produzidas até então.

3- O julgamento administrativo, em um procedimento fiscal, embora possa ter sido considerado na fundamentação, não altera a conclusão: no atual momento processual, há prova suficiente da configuração de grupo econômico, que justifica a manutenção da agravante na cautelar fiscal.

4- Ao longo da instrução, a agravante terá a possibilidade de controverter os fatos e provar em contrário.

5- *A recorrente fundamenta o seu pedido de reconhecimento de ilegitimidade nos termos da Lei nº 13.874/2019, denominada “Declaração de Direitos de Liberdade Econômica”, a qual veicula “garantias de livre mercado, análise de impacto regulatório e dá outras providências”, bem como nos precedentes emanados do C. STF, tema 13, e do C. STJ, temas nºs 334, 97, 444 e 981.*

6- *Todavia, a argumentação da agravante, no sentido de que não pode ser reconhecida como integrante de grupo econômico, sob pena de não observância dos princípios da legalidade e da razoabilidade, requer a dilação probatória apropriada, até para que seja facultada a comprovação dos argumentos que deduziu em sua defesa.*

7- *Não tem fundamento jurídico válido a afirmação de que a agravante tem direito a ser protegido de imediato. Até porque, não pede, porém, ao Tribunal, que, reconhecendo a circunstância, obrigue o digno Juízo de 1º grau de jurisdição a decidir a questão.*

8- *Postula, isto sim, a supressão de uma instância, porque deseja ver o Tribunal decidindo a questão “per saltum”.*

9- *O caso não permite cognição imediata, muito embora se trate de matéria de ordem pública, como já ressaltado. Sem a definição dos fatos, não é possível aplicar qualquer tese jurídica para a solução do caso.*

10- *Agravo de instrumento improvido. Agravo regimental prejudicado.”.*

A agravante, ora embargante, aponta omissão na análise da legitimidade passiva.

Prequestiona a matéria com a finalidade de interposição de recurso às Cortes Superiores.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5006462-96.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

AGRAVANTE: HAJAR BARAKAT ABBAS FARES

Advogados do(a) AGRAVANTE: MARCIO SOCORRO POLLET - SP156299-S, FELIPE RICETTI MARQUES -

SP200760-A, ANDRELINO LEMOS FILHO - SP303590-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

O v. Acórdão destacou expressamente:

“A União sintetizou os fatos (ID 53015833):

“Destaca-se que a auditoria fiscal delimitou seu âmbito de fiscalização. Assim, não menciona as empresas constituídas e/ou dissolvidas anteriormente a 1996. Todavia, cita um exemplo importante de pessoa jurídica constituída antes de 1996. No dia

08/09/1992, a empresa F.F. Comercial Ltda, CNPJ 56.233.919/0001-80, foi encerrada, conforme Distrato Social registrado na JUCESP. Com efeito, esta empresa possuía 12 filiais e foi constituída em 15/07/86 pelos irmãos Fábio Bahjet Fares, Adiel Fares, Jamel Fares e Nasser Fares. Em 08/12/1989 o Sr. Fábio retirou-se da sociedade sendo substituído pela sua genitora – Sra. Hajar Barakat Abbas Fares. Esta data é importante porque diversos imóveis integralizados na LP Administradora apresentavam como sócia a empresa F.F. Comercial Ltda. Ou seja, originalmente, os imóveis pertenciam aos irmãos Fares, e não à sua mãe – Sra. Hajar B. A. Fares. Vejamos as principais infrações cometidas pelo Grupo Econômico Marabraz:

- Os irmãos, Srs. Nasser Fares, Adiel Fares e Jamel Fares, se revezam na titularidade das empresas do Grupo Econômico Marabraz.*
- As empresas COMERCIAL MÓVEIS DAS NAÇÕES LTDA., ZENA MÓVEIS LTDA e LP ADMINISTRADORA DE BENS pertencem aos irmãos Nasser, Jamel e Adiel Fares, sendo clara a efetiva confusão patrimonial, gerencial e operacional entre as empresas.*
- As empresas COMERCIAL MÓVEIS DAS NAÇÕES LTDA. e ZENA MÓVEIS LTDA., pertencentes aos Srs. Nasser Fares, Adiel Fares e Jamel Fares, não possuem escrituração contábil/fiscal nos termos da legislação, e movimentam recursos em montante muito superior aos valores declarados à Receita Federal do Brasil. Intimadas, não conseguiram comprovar a origem dos recursos. Infração comumente cometida pelas empresas é a revenda de mercadorias sem a emissão de notas fiscais (omissão de receitas). Os recursos sonegados são repassados para a “holding” do grupo, a empresa LP.*
- A empresa COMERCIAL MÓVEIS DAS NAÇÕES LTDA., CNPJ 06.094.768/0001- 58, transferiu e a ZENA MÓVEIS LTDA., CNPJ: 10.480.029/0001-71, transfere seus recursos para a empresa LP ADMINISTRADORA DE BENS, de forma direta – mediante o pagamento, a título de “empréstimos”, e de forma indireta – mediante pagamento de obrigações da LP. Os recursos são utilizados na aquisição e construção de diversos imóveis de titularidade da empresa LP.*
- Os recursos obtidos com a sonegação fiscal (omissão de receitas) são transferidos de forma direta e indireta para outra empresa (LP ADMINISTRADORA DE BENS), o que caracteriza, em tese, o CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO.*
- Os “frutos” da sonegação fiscal levada a efeito pelo grupo Marabraz foram aplicados na construção de diversos imóveis na grande São Paulo, entre eles o terreno onde foi construído um grande Centro de Distribuição 3 em Cajamar/SP, com área de construção igual a 560.059,10 m2 (quinhentos e sessenta mil e cinqüenta e nove metros), área equivalente a cerca de 87 campos de futebol, onde foram erguidos imensos galpões logísticos alugados para Hypermarchas S/A, FASTSHOP, PONTO FRIO, dentre outros.*

Não obstante o referido Centro de Distribuição ser de “propriedade” da LP Administradora de Bens Ltda., a fiscalização esteve no local e tirou diversas fotos onde está estampado “MARABRAZ”, o nome fantasia utilizado pelo grupo.

- Restou devidamente comprovado que parte do terreno onde foi construído o Centro de Distribuição em Cajamar/SP foi adquirido pela empresa LP por pouco mais de trinta milhões de reais e o valor registrado (declarado) apontou R\$ 18.000.000,00 (dezoito milhões de reais). A própria vendedora (empresa TECOM Empreendimentos Imobiliários Ltda.) confessou que o valor da operação foi de R\$ 30.020.672,48 e retificou a DIPJ relativa ao ano-calendário de 2009, acrescentando a receita omitida (diferença entre o valor registrado e o valor real da operação). A fiscalização constatou que no referido contrato de compra e venda a empresa LP foi representada pelo Sr. Nasser Fares. A fiscalização também identificou, analisando os extratos bancários apresentados pela alienante do imóvel (TECOM Empreendimentos Imobiliários Ltda.), que parte dos pagamentos foi realizado pela empresa Comercial de Móveis das Ltda. Ou seja, somente na aquisição desta área temos diversas infrações cometidas pelo Grupo: a) Subfaturamento no preço de aquisição do imóvel; b) Utilização de recursos de origem ilícita (sonegação fiscal), na liquidação de obrigações constituídas em nome de terceiro (empresa LP) – operação também conhecida como blindagem patrimonial.

- A empresa LP ADMINISTRADORA DE BENS, CNPJ 06.193.516/0001-86, foi constituída em 12/04/2004, na Rua Dr. Yojiro Takaoka, n.º 4.384, 1º Andar, Apto nº109 - Alphaville-Santana do Parnaíba/SP, tendo como objeto social a exploração de bens móveis e imóveis. Foi constituída em nome da Sra. Hajar Barakat Abbas Fares, CPF nº 127.772.588-80 (mãe) e, da Sra. Sumaya Fares, CPF nº 226.850.628-23 (filha de Adiel Fares, tendo participação ínfima - 1 quota no valor de um real -, apenas para cumprir a do mínimo de 2 sócios), com o objetivo de blindar o patrimônio dos irmãos, Sres. Nasser, Adiel e Jamel Fares.

- Os imóveis integralizados na empresa LP pertenciam aos irmãos Fares, sendo certo que foram transferidos à sua genitora – Sra. Hajar B A Fares, como forma de constituir a LP em nome de terceiro (no caso, a mãe dos titulares de fato).

- Com efeito, os Sres. Nasser, Adiel e Jamel Fares representaram a sua mãe (Hajar B A Fares) por meio de procuração lavrada na constituição da empresa LP. Referida procuração, outorgada pela Sra. Hajar, conferiu amplos, gerais e ilimitados poderes para seus filhos – Adiel, Jamel e Nasser Fares, para gerir e administrar seus bens e direitos.

- Ademais, ressalta-se que consta na referida procuração outorgada pela sra. Hajar a seus filhos a informação de que a sra. Hajar é analfabeta, ou seja, uma condição atípica comparada com a administração de uma empresa do porte da LP: “... Assim o disse, dou fé, me pediu este instrumento feito, lido e aceito, outorgou, assinando-o à rogo da outorgante que declarou ser analfabeta e cuja impressão digital do polegar de

sua mão direita deixa abaixo ...”

- Portanto, da análise do instrumento Particular de Constituição da empresa LP ADMINISTRADORA DE BENS, restou demonstrado que a Sra. Hajar apenas emprestou seu nome para a constituição da empresa. Todavia, de fato, a empresa LP ADMINISTRADORA DE BENS pertence aos Srs. Nasser Fares, Adiel Fares e Jamel Fares (filhos da Sra. Hajar), que administram as atividades desenvolvidas pela empresa desde a sua constituição até a data atual Na alteração contratual da empresa LP, registrada na Jucesp em 02/05/11, a Sra. Hajar Barakat Abbas Fares, representada por seus procuradores – Nasser, Adiel e Jamel Fares, cedeu e transferiu sua participação na LP para seus filhos (srs. Adiel, Nasser e Jamel Fares – ou seja, para os próprios procuradores), mediante doação lavrada no 26.º Tabelião de Títulos e Documentos (no dia 12 de setembro de 2006).

- Ato contínuo, os srs. Adiel, Nasser e Jamel cederam e transferiram suas quotas sociais na empresa LP para seus filhos: (...)

• Observe-se que, para resguardar a empresa de uma possível (mas improvável) transferência das quotas por parte dos filhos, foi alterado o parágrafo primeiro, da cláusula VI, vedando a doação ou cessão gratuita das quotas da LP. Ressalte-se também que foram mantidas todas as cláusulas que permitem a administração da empresa mediante procuração, tendo como procurador o Sr. Nasser Fares. Também foram outorgados aos os outros filhos (Adiel e Jamel) amplos, gerais e ilimitados poderes para administrar e gerir a empresa.

• Cientes do risco de autuação que corriam em razão da omissão de receitas nas empresas de sua titularidade, e tendo em vista que a empresa Comercial Móveis das Nações Ltda, os Sres. Jamel, Nasser e Adiel Fares e Zena Móveis são devedores de

diversas inscrições em dívida ativa da União (a maioria com parcelamentos em atraso), e com o intuito de preservar o patrimônio obtido de forma ilícita (mediante a transferência de recursos omitidos pelas empresas), recursos estes blindados na empresa LP, resolveram transferir, de imediato, as quotas de capital da LP para seus filhos.

• Contudo, não obstante terem transferido a titularidade da LP para seus filhos, continuam exercendo a administração da sociedade, conforme se verifica na cláusula XIX, de alteração contratual registrada em 02/05/2011.

• Cumpre informar que, em 16/05/12, na alteração contratual registrada na JUCESP sob o nº 202.922/12-1, o Sr. Nasser Fares se retirou da administração da empresa LP ADMINISTRADORA DE BENS, passando a administração da empresa para os sócios (os filhos dos sers. Adiel, Jamel e Nasser Fares). Coincidentemente, o início da ação fiscal⁴ levada a efeito no grupo econômico foi imediatamente anterior à “retirada” do Sr. Nasser da administração da LP. Aliás, outra “coincidência”, no registro feito na JUCESP, relativo à retirada do Sr. Nasser da condição de administrador (registro nº 202.922/12-1), consta como nome empresarial a empresa Zena Móveis Sociedade Limitada, ao invés da LP Administradora de Bens Ltda.

• A “retirada” do Sr. Nasser da administração da LP constituiu uma tentativa do grupo em tentar desvincular a LP das empresas comerciais (Zena Móveis e Comercial Móveis das Nações), já que sabiam do risco que corriam em responder pelas dívidas fiscais e infrações praticadas pelas empresas do grupo.

• Por fim, apesar da retirada do Sr. Nasser Fares da administração da LP em 16/05/12, este continua comparecendo como testemunha dos atos praticados pela LP. Na realidade, é ele, juntamente com seus irmãos Adiel Fares e Jamel Fares, que continuam administrando a empresa”.

Ao apreciar o pedido liminar, o Juízo de origem reconheceu a existência de grupo econômico e determinou a indisponibilidade de bens (ID 42688947).

A legitimidade da agravante decorre da configuração de grupo econômico, nos termos das provas produzidas até então.

O julgamento administrativo, em um procedimento fiscal, embora possa ter sido considerado na fundamentação, não altera a conclusão: no atual momento processual, há prova suficiente da configuração de grupo econômico, que justifica a manutenção da agravante na cautelar fiscal.

Ao longo da instrução, a agravante terá a possibilidade de controverter os fatos e provar em contrário.

Ademais, a recorrente fundamenta o seu pedido de reconhecimento de ilegitimidade nos termos da Lei nº 13.874/2019, denominada “Declaração de Direitos de Liberdade Econômica”, a qual veicula “garantias de livre mercado, análise de impacto regulatório e dá outras providências”, bem como nos precedentes emanados do C. STF, tema 13, e do C. STJ, temas nºs 334, 97, 444 e 981.

O precedente emanado do Tema 13 do Colendo STF: DIREITO TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. ART 146, III, DA CF. ART. 135, III, DO CTN. SÓCIOS DE SOCIEDADE LIMITADA. ART. 13 DA LEI 8.620/93. INCONSTITUCIONALIDADES FORMAL E MATERIAL. REPERCUSSÃO GERAL. APLICAÇÃO DA DECISÃO PELOS DEMAIS TRIBUNAIS. 1. Todas as espécies tributárias, entre as quais as contribuições de seguridade social, estão sujeitas às normas gerais de direito tributário. 2. O Código Tributário Nacional estabeleceu algumas regras matrizes de responsabilidade tributária, como a do art. 135, III, bem como diretrizes para que o legislador de cada ente político estabeleça outras regras específicas de responsabilidade tributária relativamente aos tributos da sua competência, conforme seu art. 128. 3. O preceito do art. 124, II, no sentido de que são solidariamente obrigadas “as pessoas expressamente designadas por lei”, não autoriza o legislador a criar novos casos de responsabilidade tributária sem a observância dos requisitos exigidos pelo art. 128 do CTN, tampouco a desconsiderar as regras matrizes de responsabilidade de terceiros estabelecidas em caráter geral pelos arts. 134 e 135 do mesmo diploma. A previsão legal de solidariedade entre devedores – de modo que o pagamento efetuado por um aproveite aos demais, que a interrupção da prescrição, em favor ou contra um dos obrigados, também lhes tenha efeitos comuns e que a isenção ou remissão de crédito exonere a todos os obrigados quando não seja pessoal (art. 125 do CTN) – pressupõe que a própria condição de devedor tenha sido estabelecida validamente.

4. A responsabilidade tributária pressupõe duas normas autônomas: a regra matriz de incidência tributária e a regra matriz de responsabilidade tributária, cada uma com seu pressuposto de fato e seus sujeitos próprios. A referência ao responsável enquanto terceiro (dritter Personne, terzo ou tercero) evidencia que não participa da relação contributiva, mas de uma relação específica de responsabilidade tributária,

inconfundível com aquela. O “terceiro” só pode ser chamado responsabilizado na hipótese de descumprimento de deveres próprios de colaboração para com a Administração Tributária, estabelecidos, ainda que a contrario sensu, na regra matriz de responsabilidade tributária, e desde que tenha contribuído para a situação de inadimplemento pelo contribuinte. 5. O art. 135, III, do CTN responsabiliza apenas aqueles que estejam na direção, gerência ou representação da pessoa jurídica e tão-somente quando pratiquem atos com excesso de poder ou infração à lei, contrato social ou estatutos. Desse modo, apenas o sócio com poderes de gestão ou representação da sociedade é que pode ser responsabilizado, o que resguarda a pessoalidade entre o ilícito (mal gestão ou representação) e a consequência de ter de responder pelo tributo devido pela sociedade. 6. O art. 13 da Lei 8.620/93 não se limitou a repetir ou detalhar a regra de responsabilidade constante do art. 135 do CTN, tampouco cuidou de uma nova hipótese específica e distinta. Ao vincular à simples condição de sócio a obrigação de responder solidariamente pelos débitos da sociedade limitada perante a Seguridade Social, tratou a mesma situação genérica regulada pelo art. 135, III, do CTN, mas de modo diverso, incorrendo em inconstitucionalidade por violação ao art. 146, III, da CF. 7. O art. 13 da Lei 8.620/93 também se reveste de inconstitucionalidade material, porquanto não é dado ao legislador estabelecer confusão entre os patrimônios das pessoas física e jurídica, o que, além de impor desconsideração ex lege e objetiva da personalidade jurídica, descaracterizando as sociedades limitadas, implica irrazoabilidade e inibe a iniciativa privada, afrontando os arts. 5º, XIII, e 170, parágrafo único, da Constituição.

8. Reconhecida a inconstitucionalidade do art. 13 da Lei 8.620/93 na parte em que determinou que os sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada responderiam solidariamente, com seus bens pessoais, pelos débitos junto à Seguridade Social.

9. Recurso extraordinário da União desprovido. 10. Aos recursos sobrestados, que aguardavam a análise da matéria por este STF, aplica-se o art. 543-B, § 3º, do CPC. (RE 562276, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 03/11/2010, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-027 DIVULG 09-02-2011 PUBLIC 10-02-2011 EMENT VOL-02461-02 PP-00419 RTJ VOL-00223-01 PP-00527 RDDT n. 187, 2011, p. 186-193 RT v. 100, n. 907, 2011, p. 428-442).

O tema 334 do C. STJ, precedentes do RESP n. 1.153.119 foi cristalizado com a seguinte tese:

(...) que trata da responsabilidade dos sócios em face do disposto no art. 13 da Lei 8.620/93. Na vigência de tal dispositivo (posteriormente revogado de modo expresso pelo art. 79, VII, da Lei 11.941/09), já havia entendimento desta 1ª Seção segundo o qual, mesmo em se tratando de débitos para com a Seguridade Social, a responsabilidade pessoal dos sócios das sociedades por quotas de responsabilidade limitada, prevista no art. 13 da Lei 8.620/93, só existe, quando presentes as condições estabelecidas no art. 135, III do CTN. Há, todavia uma razão superior, mais importante que todas as outras, a justificar a inexistência da responsabilidade do sócio, em casos da espécie: o STF, no julgamento do RE 562.276, ocorrido em 03.11.10, relatora a Ministra Ellen Gracie, declarou a inconstitucionalidade do art. 13 da Lei 8.620/93, tanto por vício formal (violação ao art. 146, III, da Constituição Federal), como por vício material (violação aos arts. 5º, XIII, e 170, parágrafo único, da Constituição Federal). O julgamento do recurso extraordinário se deu sob o regime do art. 543-B do CPC, o que confere especial eficácia vinculativa ao precedente e impõe sua adoção imediata em casos análogos (...).

O tema 97 do C. STJ, emanado do RESP n. 1.101.728, recebeu a seguinte redação:

A simples falta de pagamento do tributo não configura, por si só, nem em tese, circunstância que acarreta a responsabilidade subsidiária do sócio, prevista no art. 135 do CTN. É indispensável, para tanto, que tenha agido com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto da empresa.

O tema 444 do C. STJ, julgado a partir do RESP n. 1.101.728, recebeu a seguinte redação:

(i) o prazo de redirecionamento da Execução Fiscal, fixado em cinco anos, contado da diligência de citação da pessoa jurídica, é aplicável quando o referido ato ilícito, previsto no art. 135, III, do CTN, for precedente a esse ato processual; (ii) a citação positiva do sujeito passivo devedor original da obrigação tributária, por si só, não provoca o início do prazo prescricional quando o ato de dissolução irregular for a ela subsequente, uma vez que, em tal circunstância, inexistirá, na aludida data (da citação), pretensão contra os sócios-gerentes (conforme decidido no REsp 1.101.728/SP, no rito do art. 543-C do CPC/1973, o mero inadimplemento da exação não configura ilícito atribuível aos sujeitos de direito descritos no art. 135 do CTN). O termo inicial do prazo prescricional para a cobrança do crédito dos sócios-gerentes infratores, nesse contexto, é a data da prática de ato inequívoco indicador do intuito de inviabilizar a satisfação do crédito tributário já em curso de cobrança executiva promovida contra a empresa contribuinte, a ser demonstrado pelo Fisco, nos termos do art. 593 do CPC/1973 (art. 792 do novo CPC - fraude à execução), combinado com o art. 185 do CTN (presunção de fraude contra a Fazenda Pública); e, (iii) em qualquer hipótese, a decretação da prescrição para o redirecionamento impõe seja demonstrada a inércia da Fazenda Pública, no lustrro que se seguiu à citação da empresa originalmente devedora (REsp 1.222.444/RS) ou ao ato inequívoco mencionado no item anterior (respectivamente, nos casos de dissolução irregular precedente ou superveniente à citação da empresa), cabendo

às instâncias ordinárias o exame dos fatos e provas atinentes à demonstração da prática de atos concretos na direção da cobrança do crédito tributário no decurso do prazo prescricional.

O tema 981 do C. STJ, decorrente do RESP n. 1.643.944, tem como questão submetida a julgamento: "À luz do art. 135, III, do CTN, o pedido de redirecionamento da Execução Fiscal, quando fundado na hipótese de dissolução

irregular da sociedade empresária executada ou de presunção de sua ocorrência (Súmula 435/STJ), pode ser autorizado contra: (i) o sócio com poderes de administração

da sociedade, na data em que configurada a sua dissolução irregular ou a presunção de sua ocorrência (Súmula 435/STJ), e que, concomitantemente, tenha exercido poderes de gerência, na data em que ocorrido o fato gerador da obrigação tributária não adimplida; ou (ii) o sócio com poderes de administração da sociedade, na data em que configurada a sua dissolução irregular ou a presunção de sua ocorrência (Súmula 435/STJ), ainda que não tenha exercido poderes de gerência, na data em que ocorrido o fato gerador do tributo não adimplido".

O relato dos fatos permite verificar que a legitimidade dos sócios é questão ainda controversa nas esferas judicial e administrativa.

De fato, a questão está pendente de análise do Juízo de origem, o qual determinou medidas instrutórias antes de se manifestar sobre o tema.

Nesse quadro, verifica-se que especificamente quanto à análise da legitimidade passiva, o recurso é inepto.

Não tem fundamento jurídico válido a afirmação de que a agravante tem direito a ser protegido de imediato. Até porque, não pede, porém, ao Tribunal, que, reconhecendo a circunstância, obrigue o digno Juízo de 1º grau de jurisdição a decidir a questão.

Postula, isto sim, a supressão de uma instância, porque deseja ver o Tribunal decidindo a questão "per saltum".

É importante anotar que a questão controversa requer informações técnicas, inclusive dependentes de solução administrativa. O caso não permite cognição imediata, muito embora se trate de matéria de ordem pública, como já ressaltado.

Sem a definição dos fatos, não é possível aplicar qualquer tese jurídica para a solução do caso."

Não há, portanto, qualquer vício no v. Acórdão. Pedido e fundamento jurídico são institutos processuais distintos. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.

No caso concreto, os embargos não demonstram a invalidade jurídica da fundamentação adotada no v. Acórdão. Pretendem, é certo, outra. Não se trata, então, da ocorrência de vício na decisão da causa, mas de sua realização por fundamento jurídico diverso da intelecção da parte.

De outra parte, a Constituição Federal, na cláusula impositiva da fundamentação das decisões judiciais, não fez opção estilística. Sucinta ou laudatória, a fundamentação deve ser, apenas, exposta no vernáculo (STJ - AI nº 169.073-SP-AgRg - Rel. o Min. José Delgado).

Na realidade, o que se pretende, através do presente recurso, é o reexame do mérito da decisão da Turma, o que não é possível em sede de embargos de declaração. Confira-se:

PROCESSO CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ART. 535, DO CPC - SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL DA EXTINTA SUDAM - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA - NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA - PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL - AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO - NÍTIDO CARÁTER INFRINGENTE - REJEIÇÃO.

1 - Tendo o acórdão embargado reconhecido a insuficiência de comprovação do direito líquido e certo, salientando a necessidade de dilação probatória, revestem-se de caráter infringente os embargos interpostos a pretexto de omissão e prequestionamento, uma vez que pretendem reabrir os debates meritórios acerca do tema.

2 - Por prerrogativa do dispositivo processual aventado, os Embargos de Declaração consubstanciam instrumento processual adequado para excluir do julgado qualquer obscuridade ou contradição ou, ainda, suprir omissão, cujo pronunciamento sobre a matéria se impunha ao Colegiado, integralizando-o, não se adequando, todavia, para promover o efeito modificativo do mesmo. Inteligência do art. 535 e incisos, do Código de Processo Civil.

3 - Precedentes (EDREsp nºs 120.229/PE e 202.292/DF).

4 - Embargos conhecidos, porém, rejeitados.

(STJ, 3ª seção, EDMS 8263/DF, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 09/04/2003, v.u., DJU 09/06/2003).

No tocante ao pré-questionamento, cumpre salientar que, ainda nos embargos de declaração opostos com este propósito, é necessária a observância aos requisitos previstos no artigo 1.022, do Código de Processo Civil:

Mesmo nos embargos de declaração com fim de prequestionamento, devem-se observar os lindes traçados no art. 535 do CPC (obscuridade, dúvida, contradição, omissão e, por construção pretoriana integrativa, a hipótese de erro material). Esse recurso não é meio hábil ao reexame da causa (STJ - 1ª Turma, Resp 11.465-0-SP, Rel. o Min. Demócrito Reinaldo, j. 23.11.92, rejeitaram os embs., v.u., DJU 15.2.93, p. 1.665, 2ª col., em.).

Por estes fundamentos, **rejeito** os embargos de declaração.

É o meu voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ALEGAÇÃO DE VÍCIO: INEXISTÊNCIA - CARÁTER INFRINGENTE: IMPOSSIBILIDADE - PRÉ-QUESTIONAMENTO - REJEIÇÃO.

1. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.
2. Na solução da causa, a adoção de fundamento jurídico diverso do exposto pela parte não é omissão. É divergência de inteligência na solução da lide, circunstância desqualificadora da interposição de embargos de declaração.
3. A Constituição Federal não fez opção estilística, na imposição do requisito da fundamentação das decisões. Esta pode ser laudatória ou sucinta. Deve ser, tão-só, pertinente e suficiente.
4. Os requisitos previstos no artigo 1.022, do Código de Processo Civil, devem ser observados nos embargos de declaração destinados ao pré-questionamento.
5. Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5009565-14.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

AGRAVANTE: LUIZ CARLOS VOLPONI

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCIA APARECIDA MACIEL ROCHA - SP113762

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5009565-14.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

AGRAVANTE: LUIZ CARLOS VOLPONI

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCIA APARECIDA MACIEL ROCHA - SP113762

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Trata-se de embargos de declaração interpostos contra v. Acórdão que negou provimento ao agravo de instrumento.

A ementa (ID 107955904):

“PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL – FRAUDE A EXECUÇÃO - ILEGITIMIDADE DA EXECUTADA PARA DEFENDER DIREITO ALHEIO – IMPENHORABILIDADE – AUSÊNCIA DE PROVA.

1. O executado não possui legitimidade para defender a adjudicação que beneficia terceiro.

2. Há notícia de que o imóvel é utilizado pelos sócios da empresa Alves de Souza Empreendimentos Imobiliários (terceira interessada e adjudicadora) e que seria residência de Ruy Rocha de Souza Júnior e Vânia Regina Alves de Souza (Fls. 15, ID 52645865).

3. *A anulação da adjudicação não devolve o estado de moradia do imóvel a Luiz Carlos Volponi. No atual momento processual, não há prova de que o executado, ora agravante, o utilize como residência.*

4. *A discussão quanto à natureza, tributária ou civil, do crédito exequendo é irrelevante para o reconhecimento ou não da impenhorabilidade do imóvel: o bem não integra o patrimônio do agravante e, por isso mesmo, não é atualmente utilizado pelo agravante para fins de moradia.*

5. *Agravo de instrumento improvido.*”.

O agravante, ora embargante, aponta contradição na análise da impenhorabilidade do imóvel, adjudicado posteriormente por terceiro interessado, na qualidade de credor hipotecário.

Contrarrazões (ID 126067445).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5009565-14.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

AGRAVANTE: LUIZ CARLOS VOLPONI

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCIA APARECIDA MACIEL ROCHA - SP113762

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

O v. Acórdão destacou expressamente:

“O executado afirma que o reconhecimento da fraude à execução na adjudicação judicial devolveria o imóvel ao seu estado anterior, de bem de família.

A argumentação é contraditória: se não é permitido ao Juízo invalidar a adjudicação, também não seria possível ao mesmo Juízo reconhecer a natureza de bem de família.

Ademais, o executado não possui legitimidade para defender a adjudicação que beneficia terceiro. Nesse aspecto, a regra processual é expressa, conforme dispõe o artigo 18 do CPC: "Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico".

(...)

No caso concreto, o imóvel foi penhorado pelo Banco do Estado de São Paulo e posteriormente cedido à empresa adjudicadora pelo Santander (sucessor do BANESPA).

Ademais, há notícia de que o imóvel é utilizado pelos sócios da empresa Alves de Souza Empreendimentos Imobiliários (terceira interessada e adjudicadora) e que seria residência de Ruy Rocha de Souza Júnior e Vânia Regina Alves de Souza (Fls. 15, ID 52645865).

A anulação da adjudicação não devolve o estado de moradia do imóvel a Luiz Carlos Volponi.

No atual momento processual, não há prova de que o executado, ora agravante, o utilize como residência.

****** Da natureza tributária do débito ******

A discussão quanto à natureza, tributária ou civil, do crédito exequendo é

irrelevante para o reconhecimento ou não da impenhorabilidade do imóvel: o bem não integra o patrimônio do agravante e, por isso mesmo, não é atualmente utilizado pelo agravante para fins de moradia.

Ademais, conforme aduz a UNIÃO, a decisão recorrida pautou-se na pendência de dívida tributária relativa ao imposto territorial rural (ITR), nos termos da CDA nº 80.8.05.001014-60. ”.

Não há, portanto, qualquer vício no v. Acórdão. Pedido e fundamento jurídico são institutos processuais distintos. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.

No caso concreto, os embargos não demonstram a invalidade jurídica da fundamentação adotada no v. Acórdão. Pretendem, é certo, outra. Não se trata, então, da ocorrência de vício na decisão da causa, mas de sua realização por fundamento jurídico diverso da intelecção da parte.

De outra parte, a Constituição Federal, na cláusula impositiva da fundamentação das decisões judiciais, não fez opção estilística. Sucinta ou laudatória, a fundamentação deve ser, apenas, exposta no vernáculo (STJ - AI nº 169.073-SP-AgRg - Rel. o Min. José Delgado).

Na realidade, o que se pretende, através do presente recurso, é o reexame do mérito da decisão da Turma, o que não é possível em sede de embargos de declaração. Confira-se:

PROCESSO CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ART. 535, DO CPC - SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL DA EXTINTA SUDAM - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA - NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA - PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL - AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO - NÍTIDO CARÁTER INFRINGENTE - REJEIÇÃO.

1 - Tendo o acórdão embargado reconhecido a insuficiência de comprovação do direito líquido e certo, salientando a necessidade de dilação probatória, revestem-se de caráter infringente os embargos interpostos a pretexto de omissão e prequestionamento, uma vez que pretendem reabrir os debates meritórios acerca do tema.

2 - Por prerrogativa do dispositivo processual aventado, os Embargos de Declaração consubstanciam instrumento processual adequado para excluir do julgado qualquer obscuridade ou contradição ou, ainda, suprir omissão, cujo pronunciamento sobre a matéria se impunha ao Colegiado, integralizando-o, não se adequando, todavia, para promover o efeito modificativo do mesmo. Inteligência do art. 535 e incisos, do Código de Processo Civil.

3 - Precedentes (EDREsp n°s 120.229/PE e 202.292/DF).

4 - Embargos conhecidos, porém, rejeitados.

(STJ, 3ª seção, EDMS 8263/DF, rel. Min. Jorge Scartezini, j. 09/04/2003, v.u., DJU 09/06/2003).

Por estes fundamentos, **rejeito** os embargos de declaração.

É o meu voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ALEGAÇÃO DE VÍCIO: INEXISTÊNCIA - CARÁTER INFRINGENTE: IMPOSSIBILIDADE - REJEIÇÃO.

1. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.

2. Na solução da causa, a adoção de fundamento jurídico diverso do exposto pela parte não é omissão. É divergência de inteligência na solução da lide, circunstância desqualificadora da interposição de embargos de declaração.

3. A Constituição Federal não fez opção estilística, na imposição do requisito da fundamentação das decisões. Esta pode ser laudatória ou sucinta. Deve ser, tão-só, pertinente e suficiente.

4. Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015763-33.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Advogados do(a) AGRAVANTE: OLGA CODORNIZ CAMPELLO CARNEIRO - SP86795-A, LAIDE HELENA CASEMIRO PEREIRA - SP87425-A

AGRAVADO: WASHINGTON CASSIO JUSTINO PEDROSO

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO – CREMESP, contra decisão que **indeferiu o pedido de bloqueio de ativos financeiros** do executado via **BACENJUD** em autos de execução fiscal de dívida ativa não-tributária (anuidades), no valor original de R\$ 3.705,21 (outubro de 2019).

No caso, o executado (pessoa física), regularmente citado, deixou escoar o prazo sem o pagamento do débito executado, pelo que a exequente postulou a penhora *on line*.

Da **decisão agravada** consta a seguinte fundamentação:

“O MM. Juízo “a quo” indeferiu o pedido por considerar que “o contexto em que se inserem as ordens tendentes à penhora dos créditos inferiores a 40 salários mínimos, é passível de uma clara predição: a ineficiência do instrumento e os impactos negativos para a máquina judiciária federal”, concluindo que tais fundamentos, “associados à ausência de indicação específica de bens ou direitos úteis à satisfação do crédito exequendo, demonstram que, no atual estágio processual, não se mostra factível o regular prosseguimento da presente execução, que deverá aguardar em arquivo sobrestado, nos termos do artigo 40 da lei 6.830/80, até que o Exequente comprove a capacidade financeira da parte, ou a existência de bens ou direitos devidamente especificados sobre os quais possam recair medidas constritivas.”

Nas **razões recursais** o agravante sustenta, em síntese, que a penhora em dinheiro é medida preferencial e que a lei processual não estabeleceu valor mínimo para sua realização.

Decido.

Na gradação do artigo 835 do CPC de 2015 (artigo 655 do CPC/73) o "dinheiro" figura em primeiro lugar, de modo que o uso do meio eletrônico para localizá-lo é medida "preferencial", como soa o artigo 837 do CPC/2015 (artigo 655-A do CPC/73) inexistindo na lei qualquer condicionamento no sentido de que "outros bens" devem ser perscrutados para fins de constrição "antes" do dinheiro.

Esta matéria já foi igualmente decidida pelo E. Superior Tribunal de Justiça em sede de **recurso representativo de controvérsia** (REsp 1184765/PA, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/11/2010, DJe 03/12/2010).

Ademais, na singularidade, o valor do débito não é condição legal para a implementação da medida (BACENJUD), não cabendo, ainda, ao magistrado, de antemão, vedar o uso do meio eletrônico com base em previsão da ineficácia da medida e que haveria a possibilidade de bloqueio de valores que seriam impenhoráveis.

Neste sentido, o entendimento jurisprudencial desta Corte Regional (grifê):

AGRAVO DE INSTRUMENTO. BACENJUD. PENHORA DE VALORES. INDEFERIMENTO LIMINAR EM RAZÃO DA POSSÍVEL IMPENHORABILIDADE – IMPOSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. O bloqueio de valores mantidos em instituições financeiras, por meio de sistema eletrônico (BACEN-JUD), propicia eficiência à execução e permite a prestação jurisdicional mais célere e eficaz, em consonância com o princípio constitucional da celeridade (artigo 5º, LXXVIII, CF).

2. A medida de penhora on line de numerários em conta corrente e ativos financeiros do executado foi indeferida pelo d. magistrado, após citada a parte executada e não encontrado bens passíveis de penhora, sob o fundamento de que a medida se mostraria ineficaz, uma vez que o atual entendimento do c. Superior Tribunal de Justiça vigora no sentido de se dar interpretação extensiva à proteção de quantia até o limite de 40 salários mínimos, acobertando, além da conta poupança, valores depositados em conta corrente, aplicações financeiras e até mesmo sobre dinheiro em espécie.

3. Apesar da jurisprudência consolidada do C. Superior Tribunal de Justiça estar em conformidade com o exposto pelo d. magistrado, não se pode tirar do exequente o direito de se ver implementada a medida, uma vez mais por se tratar o dinheiro o bem preferencial na ordem legal de penhora.

4. Não há como antever se existente ou não quantia superior ao impenhorável no patrimônio do executado sem que deferida e efetivada a medida via sistema BacenJud.

5. Agravo de instrumento provido.

(AI 5001202-72.2018.4.03.0000, 3ª Turma, Rel. Des. Fed. Cecília Marcondes, j. 04/07/18, v.u., trânsito em julgado em 24/08/18).

Acrescento que a lei não exige um valor mínimo ou demonstração da utilidade da medida porque o discurso do artigo 835 do CPC não as menciona como condições da providência.

Transcrevo elucidativo acórdão a respeito do tema:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA ON LINE, VIA BACENJUD. ACÓRDÃO QUE DETERMINA O DESBLOQUEIO DOS VALORES, AO PRETEXTO DE QUE IRRISÓRIOS. IMPERTINÊNCIA.

1. O STJ tem externado que não se pode obstar a penhora on line de numerário, ao pretexto de que os valores são irrisórios. Nesse sentido: REsp 1242852/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 10/05/2011; REsp 1241768/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 13/04/2011; REsp 1187161/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 19/08/2010.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1383159/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/09/2013, DJe 13/09/2013)

Pelo exposto, **dou provimento ao agravo de instrumento.**

Comunique-se.

Intimem-se.

Como trânsito, dê-se a baixa.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015643-87.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: CONSELHO REGIONAL DE TÉCNICOS EM RADIOLOGIA 5 REGIAO

Advogados do(a) AGRAVANTE: RAFAEL FERNANDES TELES ANDRADE - SP378550-A, TACIANE DA SILVA - SP368755-A, ANA PAULA CARDOSO DOMINGUES - SP239411-A, GUSTAVO ALMEIDA TOMITA - SP357229-A, BRUNA CRISTINA DE LIMA PORTUGAL - SP377164-A

AGRAVADO: JAMES FRANCISCO DIAS COSTA

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo CONSELHO REGIONAL DE TÉCNICOS EM RADIOLOGIA CRTR - 5ª REGIÃO/SP contra decisão que **indeferiu o pedido de bloqueio de ativos financeiros** do executado via **BACENJUD** em autos de execução fiscal de dívida ativa não-tributária (anuidades), no valor original de R\$ 1.931,24 (dezembro de 2017).

No caso, o executado (pessoa física), regularmente citado, deixou escoar o prazo sem o pagamento do débito executado, pelo que a exequente postulou a penhora *on line*.

Da **decisão agravada** consta a seguinte fundamentação:

“O MM. Juízo “a quo” indeferiu o pedido por considerar que “o contexto em que se inserem as ordens tendentes à penhora dos créditos inferiores a 40 salários mínimos, é passível de uma clara predição: a ineficiência do instrumento e os impactos negativos para a máquina judiciária federal”, concluindo que tais fundamentos, “associados à ausência de indicação específica de bens ou direitos úteis à satisfação do crédito exequendo, demonstram que, no atual estágio processual, não se mostra factível o regular prosseguimento da presente execução, que deverá aguardar em arquivo sobrestado, nos termos do artigo 40 da lei 6.830/80, até que o Exequente comprove a capacidade financeira da parte, ou a existência de bens ou direitos devidamente especificados sobre os quais possam recair medidas constritivas.”

Nas **razões recursais** o agravante sustenta, em síntese, que a penhora em dinheiro é medida preferencial e que a lei processual não estabeleceu valor mínimo para sua realização.

Decido.

Na gradação do artigo 835 do CPC de 2015 (artigo 655 do CPC/73) o "dinheiro" figura em primeiro lugar, de modo que o uso do meio eletrônico para localizá-lo é medida "preferencial", como soa o artigo 837 do CPC/2015 (artigo 655-A do CPC/73) inexistindo na lei qualquer condicionamento no sentido de que "outros bens" devem ser perscrutados para fins de constrição "antes" do dinheiro.

Esta matéria já foi igualmente decidida pelo E. Superior Tribunal de Justiça em sede de **recurso representativo de controvérsia** (REsp 1184765/PA, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/11/2010, DJe 03/12/2010).

Ademais, na singularidade, o valor do débito não é condição legal para a implementação da medida (BACENJUD), não cabendo, ainda, ao magistrado, de antemão, vedar o uso do meio eletrônico com base em predição da ineficácia da medida e que haveria a possibilidade de bloqueio de valores que seriam impenhoráveis.

Neste sentido, o entendimento jurisprudencial desta Corte Regional (grifei):

AGRAVO DE INSTRUMENTO. BACENJUD. PENHORA DE VALORES. INDEFERIMENTO LIMINAR EM RAZÃO DA POSSÍVEL IMPENHORABILIDADE – IMPOSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. O bloqueio de valores mantidos em instituições financeiras, por meio de sistema eletrônico (BACEN-JUD), propicia eficiência à execução e permite a prestação jurisdicional mais célere e eficaz, em consonância com o princípio constitucional da celeridade (artigo 5º, LXXVIII, CF).

2. A medida de penhora on line de numerários em conta corrente e ativos financeiros do executado foi indeferida pelo d. magistrado, após citada a parte executada e não encontrado bens passíveis de penhora, sob o fundamento de que a medida se mostraria ineficaz, uma vez que o atual entendimento do c. Superior Tribunal de Justiça vigora no sentido de se dar interpretação extensiva à proteção de quantia até o limite de 40 salários mínimos, acobertando, além da conta poupança, valores depositados em conta corrente, aplicações financeiras e até mesmo sobre dinheiro em espécie.

3. Apesar da jurisprudência consolidada do C. Superior Tribunal de Justiça estar em conformidade com o exposto pelo d. magistrado, não se pode tirar do exequente o direito de se ver implementada a medida, uma vez mais por se tratar o dinheiro o bem preferencial na ordem legal de penhora.

4. Não há como antever se existente ou não quantia superior ao impenhorável no patrimônio do executado sem que deferida e efetivada a medida via sistema BacenJud.

5. Agravo de instrumento provido.

(AI 5001202-72.2018.4.03.0000, 3ª Turma, Rel. Des. Fed. Cecília Marcondes, j. 04/07/18, v.u., trânsito em julgado em 24/08/18).

Acrescento que a lei não exige um valor mínimo ou demonstração da utilidade da medida porque o discurso do artigo 835 do CPC não as menciona como condições da providência.

Transcrevo elucidativo acórdão a respeito do tema:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA ON LINE, VIA BACENJUD. ACÓRDÃO QUE DETERMINA O DESBLOQUEIO DOS VALORES, AO PRETEXTO DE QUE IRRISÓRIOS. IMPERTINÊNCIA.

1. O STJ tem externado que não se pode obstar a penhora on line de numerário, ao pretexto de que os valores são irrisórios. Nesse sentido: REsp 1242852/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 10/05/2011; REsp 1241768/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 13/04/2011; REsp 1187161/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 19/08/2010.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1383159/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/09/2013, DJe 13/09/2013)

Pelo exposto, **dou provimento ao agravo de instrumento.**

Comunique-se.

Intimem-se.

Como trânsito, dê-se a baixa.

São Paulo, 17 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5005164-94.2018.4.03.6114

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

APELANTE: WURTH SW INDUSTRY PECAS DE FIXACAO LTDA

Advogado do(a) APELANTE: HALLEY HENARES NETO - SP125645-A

APELADO: SUPERINTENDENTE REGIONAL DO SEBRAE - SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO À PEQUENA E MÉDIA EMPRESA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELADO: CRISTIANO VALENTE FERNANDES BUSTO - SP211043-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5005164-94.2018.4.03.6114

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

APELANTE: WURTH SW INDUSTRY PECAS DE FIXACAO LTDA

Advogado do(a) APELANTE: HALLEY HENARES NETO - SP125645-A

APELADO: SUPERINTENDENTE REGIONAL DO SEBRAE - SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO À PEQUENA E MÉDIA EMPRESA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELADO: CRISTIANO VALENTE FERNANDES BUSTO - SP211043-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de embargos de declaração opostos pela autora, em face de acórdão que negou provimento ao agravo interno.

O acórdão da Turma, de que faz parte integrante o voto, encontra-se assim ementado:

AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PARA O SEBRAE. CONSTITUCIONALIDADE DO § 3º DO ARTIGO 8º DA LEI N. 8.029/90. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

1. A Emenda Constitucional nº 33/01 não delimitou, com exclusividade, a base material de incidência das contribuições sociais gerais e de intervenção sobre o domínio econômico, de modo que não se vê inconstitucionalidade na incidência sobre a folha de salário.

2. Assim, acerca da suposta inconstitucionalidade da cobrança da contribuição ao SEBRAE, nenhuma razão assiste à parte impetrante na medida em que suas alegações contrariam frontalmente o entendimento jurisprudencial consolidado nas Cortes Superiores.

3. Agravo interno improvido.

Alega a embargante ter exaustivamente demonstrado que a contribuição em voga não foi plenamente recepcionada pela Emenda Constitucional nº 33/2001, o julgado ao entender ser constitucional a incidência da contribuição sobre a folha de salário, o fez sem enfrentar todos os pontos aduzidos no agravo que podem infirmar o posicionamento adotado, tal como a inexistência de poder de ampliação expresso no texto constitucional, visto que a CF/88 não utilizou expressões como “salvo disposição diversa”, “sem prejuízo de outra disposição” ou “outras disposições previstas por Lei Complementar”.

Aduz que o acórdão se limitou a justificar que a relação constante no artigo 149, §2º, III, “a” da CF/88 é exemplificativa, tendo sido omissa em relação ao RE 603.624, no qual o STF reconheceu a repercussão geral da temática relativa à incompatibilidade entre a Contribuição ao SEBRAE após o advento da Emenda Constitucional nº 33/2001. Requer sejam conhecidos e providos os presentes aclaratórios, para que sejam sanadas as omissões e contradição apontadas, ou, para que haja expresse prequestionamento dos dispositivos legais e princípios constitucionais mencionados e necessários à interposição de recursos aos Tribunais Superiores. Recurso respondido pela União.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5005164-94.2018.4.03.6114
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: WURTH SWINDUSTRY PECAS DE FIXACAO LTDA
Advogado do(a) APELANTE: HALLEY HENARES NETO - SP125645-A
APELADO: SUPERINTENDENTE REGIONAL DO SEBRAE - SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO À PEQUENA E
MÉDIA EMPRESA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELADO: CRISTIANO VALENTE FERNANDES BUSTO - SP211043-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

O julgado embargado tratou com clareza da matéria posta em sede recursal, com fundamentação suficiente para seu deslinde, nada importando - em face do art. 1022 do Código de Processo Civil - que as partes discordem da motivação ou da solução dada em 2ª instância.

A efetiva desatenção da embargante quanto aos rigores do discurso do art. 1.022 do CPC/15 se revela *ictu oculi* quando a mesma afirma que o acórdão é viciado porque o *decisum* incorreu em **omissão e contradição**; ou seja, a embargante usa dos aclaratórios para discutir as "premissas" de onde partiu o voto e que se acham no acórdão, situação que obviamente não pode ser ventilada nos embargos integrativos. Isso já revela o mau emprego dos recursos, que no ponto são de manifesta improcedência. Deveras, a pretensão de reexame do julgado em sede de embargos de declaração sem que se aponte qualquer dos defeitos do art. 1.022, revela a impropriedade dessa via recursal (STJ, EDcl. no REsp. 1428903/PE, Rel. Ministro JOÃO OTAVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, j. 17/03/2016, DJ 29/03/2016). Sim, "a atribuição de efeito infringente em embargos declaratórios é medida excepcional, incompatível com a hipótese dos autos, em que a parte embargante pretende um novo julgamento do seu recurso" (STJ, EDcl na AR 4.393/GO, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/06/2016, DJe 17/06/2016).

Ou seja, "não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando as partes recorrentes - a pretexto de esclarecerem uma **inexistente** situação de obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade (CPP, art. 619) - vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa" (destaquei - STF, ARE 967190 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016).

À situação aqui tratada cabe o recente aresto do STF, que coloca as coisas nos seus devidos lugares:

E M E N T A: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - INOCORRÊNCIA DE CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE, OMISSÃO OU ERRO MATERIAL (CPC/15, ART. 1.022) - PRETENDIDO REEXAME DA CAUSA - CARÁTER INFRINGENTE - INADMISSIBILIDADE NO CASO - CARÁTER PROCRASTINATÓRIO - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA (1% SOBRE O VALOR CORRIGIDO DA CAUSA) - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO SE REVESTEM, ORDINARIAMENTE, DE CARÁTER INFRINGENTE - Não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão, contradição ou erro material (CPC/15, art. 1.022) - vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa. Precedentes. MULTA E EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER - O abuso do direito de recorrer - por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual - constitui ato de litigância maliciosa repelido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitima a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 1.026, § 2º, do CPC/15 possui função inibitória, pois visa a impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e a obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses. Precedentes. (ARE 938171 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 02/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016)

É que "não se prestam os embargos de declaração, não obstante sua vocação democrática e a finalidade precípua de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, para o reexame das questões de fato e de direito já apreciadas no acórdão embargado" (STF, RE 721149 AgR-ED, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 02/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 24-08-2016 PUBLIC 25-08-2016).

Realmente, é certo que "o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão" (STJ, AgRg. nos EDcl. No AREsp. 565449/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. 18/12/2014, DJ 03/02/2015).

Destarte, ausente qualquer omissão, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das nódoas do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016)

"Revelam-se manifestamente incabíveis os embargos de declaração quando ausentes do aresto impugnado os vícios de obscuridade, contradição, omissão ou erro material" (STJ, EDcl no REsp 1370152/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 29/06/2016), além do que "aplica-se a multa prevista no art. 1.026, § 2º, do Código de Processo Civil, na hipótese de embargos de declaração manifestamente protelatórios" (STJ, EDcl na AR 4.393/GO, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/06/2016, DJe 17/06/2016). Sim, pois no âmbito do STJ, desde o tempo (ainda recente) do CPC/73 têm-se que "...a pretensão de rediscussão da lide pela via dos embargos declaratórios, sem a demonstração de quaisquer dos vícios de sua norma de regência, é sabidamente inadequada, o que os torna protelatórios, a merecerem a multa prevista no artigo 538, parágrafo único, do CPC" (EDcl no AgRg no Ag 1.115.325/RS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 4.11.2011)..." (STJ, AgRg no REsp 1399551/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 01/12/2015). No mesmo sentido: AgInt no AREsp 637.965/SC, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/06/2016, DJe 01/07/2016.

Ademais, a Constituição não exige do Judiciário modernidade e, como decide esta Sexta Turma, "a Constituição Federal não fez opção estilística, na imposição do requisito da fundamentação das decisões. Esta pode ser laudatória ou sucinta. Deve ser, tão-só, pertinente e suficiente" (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000120-41.2017.4.03.6143, Rel. Desembargador Federal FABIO PRIETO DE SOUZA, julgado em 30/11/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 09/12/2019). Nesse cenário, o Juiz sequer é obrigado a levar em conta opinião deste ou daquele doutrinador, quando a parte entende que o mesmo vem "a calhar" para cancelar sua causa de pedir. Aliás, opinião de qualquer doutrinador é capaz de inibir o desempenho de um dos poderes do Estado, além do que o órgão judiciário não é obrigado a responder a "questionário" (STJ: EDcl no AgInt no AREsp 1395037/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/08/2019, DJe 19/08/2019).

Enfim, se a decisão embargada não ostenta os vícios que justificariam os aclaratórios previstos no art. 1.022 do CPC, é cabível a multa de 2,00% sobre o valor corrigido da causa – R\$ 180.167,92, conforme já decidido pelo Plenário do STF (destaquei):

*EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU ERRO MATERIAL. ART. 1.022 DO CPC/2015. MANIFESTO INTUITO PROTETATÓRIO. MULTA PREVISTA NO ART. 1.026, § 2º, DO CPC/2015. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DESPROVIDOS. 1. A omissão, contradição, obscuridade ou erro material, quando incoerentes, tornam inviável a revisão da decisão em sede de embargos de declaração, em face dos estreitos limites do art. 1.022 do CPC/2015. 2. A revisão do julgado, com manifesto caráter infringente, revela-se inadmissível em sede de embargos quando **incoerentes seus requisitos autorizadores**. Precedentes: ARE 944537 AgR-ED, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 10/08/2016; ARE 755228 AgR-ED-EDv-AgR-ED, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe 12/08/2016 e RHC 119325 ED, Rel. Min. Edson Fachin, Primeira Turma, DJe 09/08/2016. 3. A oposição de embargos de declaração com caráter eminentemente protelatório autoriza a imposição de multa, com fundamento no art. 1.026, § 2º, do CPC/2015. 4. Embargos de declaração DESPROVIDOS, com aplicação de multa de 2% (**dois por cento**) sobre o valor atualizado da causa. (RE 898060 ED, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 17/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-113 DIVULG 28-05-2019 PUBLIC 29-05-2019)*

No mesmo sentido registro precedente da Colenda Corte Especial do STJ em EDcl nos EDcl no AgInt nos EAREsp 773.829/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 02/10/2019, DJe 07/10/2019.

Pelo exposto, **nego provimento aos embargos de declaração, com imposição de multa.**

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - INOCORRÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS DO ART. 1.022 DO CPC/15, JÁ QUE A DECISÃO EMBARGADA TRATOU EXPRESSAMENTE DA MATÉRIA DITA "OMISSA" PELA PARTE - IMPOSSIBILIDADE DE DESVIRTUAMENTO DOS DECLARATÓRIOS PARA OUTRAS FINALIDADES QUE NÃO A DE APERFEIÇOAMENTO DO JULGADO - RECURSO NÃO PROVIDO, COM IMPOSIÇÃO DE MULTA.

1. São possíveis embargos de declaração somente se a decisão judicial ostentar pelo menos um dos vícios elencados no artigo 1.022 do Código de Processo Civil de 2015, o que não ocorre no caso.

2. A efetiva desatenção da embargante quanto aos rigores do discurso do art. 1.022 do CPC/15 se revela *ictu oculi* quando a mesma afirma que o acórdão é viciado porque o *decisum* incorreu em **omissão e contradição**; ou seja, a embargante usa dos aclaratórios para discutir as "premissas" de onde partiu o voto e que se acham no acórdão, situação que obviamente não pode ser ventilada nos embargos integrativos. Isso já revela o mau emprego do recurso, que no ponto é de manifesta improcedência. Deveras, a pretensão de reexame do julgado em sede de embargos de declaração sem que se aponte qualquer dos defeitos do art. 1.022, revela a impropriedade dessa via recursal (STJ, EDcl. no REsp. 1428903/PE, Rel. Ministro JOÃO OTAVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, j. 17/03/2016, DJ 29/03/2016).

3. Ou seja, "não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma **inexistente** situação de obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade (CPP, art. 619) - vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa" (destaquei - STF, ARE 967190 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016).

4. É que "não se prestam os embargos de declaração, não obstante sua vocação democrática e a finalidade precípua de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, para o reexame das questões de fato e de direito já apreciadas no acórdão embargado" (STF, RE 721149 AgR-ED, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 02/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 24-08-2016 PUBLIC 25-08-2016).

5. Ausente qualquer omissão, estes aclaratórios não se prestam a compelir a Turma a se debruçar sobre as alegações das embargantes, para abrir à parte o prequestionamento. Ou seja, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das nódoas do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016)

6. Ademais, a Constituição não exige do Judiciário moderno prolixidade e, como decide esta Sexta Turma, "a Constituição Federal não fez opção estilística, na imposição do requisito da fundamentação das decisões. Esta pode ser laudatória ou sucinta. Deve ser, tão-só, pertinente e suficiente" (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000120-41.2017.4.03.6143, Rel. Desembargador Federal FABIO PRIETO DE SOUZA, julgado em 30/11/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 09/12/2019). Nesse cenário, o Juiz sequer é obrigado a levar em conta opinião deste ou daquele doutrinador, quando a parte entende que o mesmo vem "à calhar" para cancelar sua causa de pedir. Aliás, opinião de qualquer doutrinador é capaz de inibir o desempenho de um dos poderes do Estado, além do que o órgão judiciário não é obrigado a responder a "questionário" (STJ: EDcl no AgInt no AREsp 1395037/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/08/2019, DJe 19/08/2019).

7. Se o exame dos autos revela que se acham ausentes quaisquer das hipóteses para oposição dos embargos declaratórios, resta evidenciada sua improcedência manifesta, signo seguro de seu caráter apenas protelatório, a justificar, com base no art. 1.026, § 2º, do CPC/2015, a multa, aqui fixada em 2% sobre o valor da causa originária. Nesse sentido: STJ, EDcl nos EDcl no AgRg nos EREsp 1.324.260/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, CORTE ESPECIAL, DJe de 29/04/2016 - EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1337602/DF, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/05/2016, DJe 02/06/2016.

8. Embargos de declaração a que se nega provimento, com imposição de multa.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento aos embargos de declaração, com imposição de multa, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015778-02.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: RACIEL UTRA PINO

Advogados do(a) AGRAVANTE: FABIO KALDELY MANTOVANINI VIDOTTI - SP358898, TARCIO JOSE VIDOTTI - SP91160

AGRAVADO: CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SAO PAULO

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Agravo de instrumento interposto por RACIEL UTRA PINO contra decisão que **indeferiu a tutela de urgência** em ação ordinária na qual o autor postula sua inscrição no quadro de médicos CREMESP - CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO, sem necessidade de revalidação de seu diploma expedido por entidade de ensino superior estrangeira antes da promulgação da Lei 9.394/1996.

A decisão agravada foi proferida nestes termos:

"Trata-se de **PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA** formulado em sede ação de procedimento comum proposta por **RACIEL UTRA PINO**, em face do **CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO** objetivando provimento jurisdicional que determine ao réu que proceda à sua inscrição provisória, afastando-se a exigência de revalidação do diploma expedido por entidade de ensino superior estrangeira.

Em caráter prefacial, esclarece que a situação retratada nos autos se difere da decidida no REsp 1.215.550/PE pois não se busca a revalidação automática do diploma estrangeiro, mediante aplicação do Decreto Presidencial 80.419/1977, nem tampouco se discute o direito de as universidades estipularem regras para a revalidação dos diplomas expedidos por entidades de ensino superior estrangeiras.

Afirma, nesse sentido, que pretende o reconhecimento da **inexistência de obrigatoriedade** de revalidação de diploma no período de 11/08/1971 a 20/12/1996 e de que o seu diploma já se encontra revalidado pela certificação de Curso de Especialização (pós-graduação *lato sensu*), na forma da Resolução CNE/CES 1/2007.

Salienta que na ADI 3104 o E. STF firmou entendimento de que, para o direito adquirido, deve ser aplicado o princípio do *tempus regit actum* e que, assim, "*pode-se afirmar, com tranquilidade, que o fato aquisitivo do direito ao exercício da medicina, sem revalidação de diploma expedido por entidade de ensino superior estrangeira, é a expedição do diploma do médico depois da promulgação da Lei 6.692, de 11.08.1971*" (ID 32183165), na medida em que se graduou no Curso de Medicina, no Instituto Superior de Ciências Médicas de Camaguey de Cuba e teve seu diploma expedido em 15/07/1996.

Afirma que também em conformidade com a jurisprudência do STJ, o registro no Brasil dos diplomas expedidos por entidades de ensino estrangeiras se submete ao regime jurídico vigente à data de sua expedição, razão pela qual "*não há necessidade de revalidação do diploma expedido por entidade estrangeira de ensino superior*" (idem, página 19).

Aduz que nos termos da Resolução CNE/CES, de 01/06/2007, a sua frequência em curso de pós-graduação ofertado pela Universidade Federal de São Paulo tem valor acadêmico de revalidação do diploma de graduação.

Por fim, defende que a sua participação no Projeto Mais Médicos para o Brasil, além de ter determinado o registro de seu diploma nos Ministérios da Educação e da Saúde, reforça a capacitação para o exercício da medicina no Brasil, ainda mais no momento atual de pandemia e de escassez de profissionais da saúde.

A petição inicial foi instruída com procuração e documentos.

Vieramos autos conclusos.

É o relatório.

Fundamento e DECIDO.

Trata-se de médico estrangeiro que pretende obter o registro no Conselho Regional de Medicina sem a obrigação de revalidação do diploma e, assim, em última análise, ingressar no mercado de trabalho.

Pois bem

É de conhecimento geral a situação de calamidade pública em que se encontra o nosso país, assim como o mundo, que luta contra a pandemia de COVID-19, provocada pelo novo coronavírus (SARS-CoV-2).

Contudo, mesmo nesses momentos críticos, não cabe ao Poder Judiciário a substituição dos demais Poderes da República na busca de soluções, as quais demandam a adoção de Políticas Públicas. A intervenção indevida do Poder Judiciário, ao contrário de trazer soluções, geraria uma balbúrdia.

Deveras, toca ao Poder Judiciário, mesmo nos momentos de crise aguda, - como é o momento que vivenciamos - a análise técnica da legalidade das situações que exigem uma resposta jurisdicional, de modo que o pedido aqui formulado deve ser analisado sob o seu aspecto legal.

De início verifico que, embora sejam louváveis a participação do autor no Projeto Mais Médicos para o Brasil e a sua formação acadêmica, nela incluída a especialização em Saúde da Família ofertada pela Universidade Federal de São Paulo, tais circunstâncias não se confundem com a questão trazida aos autos, qual seja, a necessidade (ou não) de prévia revalidação do diploma expedido por instituição de ensino estrangeira para inscrição nos quadros do Conselho Regional de Medicina e regular exercício das atividades médicas.

Explico.

O Projeto Mais Médicos, assim como o Curso de Especialização em Saúde da Família^[1], cada qual com sua disciplina normativa, voltaram-se à específica atuação de **profissionais estrangeiros** (e graduados em instituição de ensino estrangeira) sem que, para tanto, fosse necessária a revalidação do diploma.

Não se coloca em dúvida a capacidade do autor, mas tão somente se ressalta que o **exercício da atividade médica** (que, reitero, não se ataranta à participação de projetos e cursos de formação) no Brasil deve pautar-se pela observância dos preceitos legais, inexistindo espaço, nesse sentido, para condutas implícitas, tal como a pretendida “revalidação” com fundamento na participação em curso de especialização – que, como já salientado, estabeleceu critérios diferenciados aos estrangeiros.

Como é cediço, pelo atual regramento, é impositiva a **revalidação dos diplomas** expedidos por universidades estrangeiras (diplomas de cursos superiores, em geral), consoante dispõe o art. 48, § 2º, da Lei nº 9.394/1996, que estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional:

“Art. 48. Os diplomas de cursos superiores reconhecidos, quando registrados, terão validade nacional como prova da formação recebida por seu titular.

§ 1º Os diplomas expedidos pelas universidades serão por elas próprias registrados, e aqueles conferidos por instituições não-universitárias serão registrados em universidades indicadas pelo Conselho Nacional de Educação.

§ 2º Os diplomas de graduação expedidos por universidades estrangeiras serão revalidados por universidades públicas que tenham curso do mesmo nível e área ou equivalente, respeitando-se os acordos internacionais de reciprocidade ou equiparação”.

Nada obstante, o autor afirma que por seu diploma ter sido expedido em 15/07/1996 mostra-se desnecessária a sua revalidação.

Semrazão, contudo.

De acordo com a jurisprudência do C. STJ, “o registro, no Brasil, de diplomas expedidos por entidades de ensino estrangeiras está submetido ao regime jurídico vigente à data da sua expedição e não ao da data do início do curso a que se referem” (REsp 880.051/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 29/03/2007).

No caso em análise, como relatado, o diploma do autor fora expedido em **1996**. Por conseguinte, a ela devem ser aplicadas as disposições neste ano vigentes, quais sejam, as previstas nas Leis nº 4.024/1961, nº 5.540/1968 e nº 5.692/1971.

As Leis nº 4.024/1961 e nº 5.540/1968 (em continuidade à disciplina sempre adotada no Brasil) previam em seus respectivos artigos 103 e 51 a **revalidação** dos diplomas expedidos por instituições de ensino estrangeiras, *in verbis*:

“Art. 103. Os diplomas e certificados estrangeiros dependerão de revalidação, salvo convênios culturais celebrados com países estrangeiros”.

"Art. 51. O Conselho Federal de Educação fixará as condições para revalidação de diplomas expedidos por estabelecimentos de ensino superior estrangeiros, tendo em vista o registro na repartição competente e o exercício profissional no País".

Pois bem.

Posteriormente, a Lei 5.692/1971, em seu art. 87 revogou, dentre outros, o art. 103 da Lei 4.024/61, "bem como as disposições de leis gerais e especiais que regulem contrário ou de forma diversa a matéria contida na presente Lei".

Contudo, a mencionada revogação, ao contrário do que sustenta o autor, não significou a extirpação da revalidação do ordenamento jurídico brasileiro.

Ao contrário, a própria lei revogadora – que nada dispôs de forma explícita em relação à Lei 5.540/1968 - manteve a obrigatoriedade da revalidação, como se extrai de seu art. 65 (Art. 65. Para efeito de registro e exercício profissional, o Conselho Federal de Educação fixará as normas de revalidação dos diplomas e certificados das habilitações, correspondentes ao ensino de 2º grau, expedidos por instituições estrangeiras).

Nesse diapasão, apesar de o autor não pretender a aplicação da revalidação automática – cuja tese já fora afastada pelo C. STJ no REsp 1.215.550/PE - melhor sorte não lhe assiste quanto à pretensão de inexigibilidade de revalidação de seu diploma estrangeiro, sob o fundamento de que, desde a vigência da Lei 5.692/1971 até a da Lei nº 9.394/1996, não se exigia qualquer tipo formalidade.

Isso posto, ausente a verossimilhança de suas alegações, **INDEFIRO a tutela de urgência.**"

Em sua minuta o agravante reitera o quanto já expandido na ação de origem e, buscando reverter o indeferimento, pede antecipação de tutela para autorizar sua inscrição provisória como médico sem a exigência de revalidação do diploma expedido por entidade de ensino superior estrangeira, aceitando o certificado de conclusão do Curso de Especialização em Saúde da Família expedido pela Universidade Federal de São Paulo como prova de revalidação do diploma da parte agravante, desde que comprovados os demais requisitos legais.

Decido.

A suspensividade da decisão "a qua" continua a depender do velho binômio "periculum in mora" e "fumus boni iuris".

No cenário do agravo de instrumento a regra geral é a simples devolutividade do recurso (a evitar a preclusão), mas a lei (art. 1.019, I) possibilita ao relator atribuir efeito suspensivo a esse recurso, ou antecipar - total ou parcialmente - a tutela recursal vindicada pelo agravante; porém, essa decisão não pode ser proferida "no vazio", ou seja, ainda aqui devem concorrer os requisitos do parágrafo único do art. 995 que é a norma geral no assunto.

Na singularidade do caso entendo que a concorrência das condições contidas no parágrafo único do art. 995 **não** foi suficientemente demonstrada.

A r. decisão está excelentemente fundamentada e merece ser mantida em seu inteiro teor, nas exatas razões e fundamentos nela expostos, os quais tomo como alicerce desta decisão, lançando mão da técnica de motivação *per relationem*, amplamente adotada pelo Pretório Excelso e Superior Tribunal de Justiça (STF: ADI 416 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 16/10/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-215 DIVULG 31-10-2014 PUBLIC 03-11-2014 ARE 850086 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 05/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-108 DIVULG 05-06-2015 PUBLIC 08-06-2015 -- ARE 742212 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 02/09/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-197 DIVULG 08-10-2014 PUBLIC 09-10-2014; STJ: AgRg no AgRg no AREsp 630.003/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 07/05/2015, DJe 19/05/2015 -- HC 214.049/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/02/2015, DJe 10/03/2015 -- REsp 1206805/PR, Rel. Ministro RAULARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 21/10/2014, DJe 07/11/2014 -- REsp 1399997/AM, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/10/2013, DJe 24/10/2013. Recente aresto do STJ assim verbalizou: "...A iterativa jurisprudência desta Corte considera válida a utilização da técnica da fundamentação *per relationem*, em que o magistrado adota trechos de decisão anterior ou de parecer ministerial como razão de decidir. Tal prática não acarreta omissão, não implica ausência de fundamentação nem gera nulidade" (AgInt no AREsp 855.179/SP, Rel. Ministro RAULARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 21/05/2019, DJe 05/06/2019).

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

Comunique-se a Vara de origem.

À contraminuta.

Intimem-se.

São Paulo, 17 de junho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000374-53.2017.4.03.6130

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

APELANTE: ANTILHAS EMBALAGENS EDITORA E GRAFICA S.A., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogados do(a) APELANTE: FELIPE FRAGOSO MARIN - SP399983-A, JOAO LUIS HAMILTON FERRAZ LEAO -
SP152057-A, ROBERTO PEREZ FRAGOSO - SP242496-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, ANTILHAS EMBALAGENS EDITORA E GRAFICA S.A.
Advogados do(a) APELADO: ROBERTO PEREZ FRAGOSO - SP242496-A, JOAO LUIS HAMILTON FERRAZ LEAO -
SP152057-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000374-53.2017.4.03.6130

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

APELANTE: ANTILHAS EMBALAGENS EDITORA E GRAFICA S.A., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogados do(a) APELANTE: FELIPE FRAGOSO MARIN - SP399983-A, JOAO LUIS HAMILTON FERRAZ LEAO -
SP152057-A, ROBERTO PEREZ FRAGOSO - SP242496-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, ANTILHAS EMBALAGENS EDITORA E GRAFICA S.A.
Advogados do(a) APELADO: ROBERTO PEREZ FRAGOSO - SP242496-A, JOAO LUIS HAMILTON FERRAZ LEAO -
SP152057-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de aclaratórios opostos pela UNIÃO FEDERAL contra acórdão que negou provimento a seu agravo, nos seguintes termos:

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS E DO ISS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS FATURADO DEVE SER EXCLUÍDO, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NAQUELE JULGADO. POSSIBILIDADE DE PLEITEAR ADMINISTRATIVAMENTE OS INDÉBITOS TRIBUTÁRIOS. RECURSO DESPROVIDO.

A União, com intuito de prequestionamento, aponta: a inaplicabilidade do julgamento proferido no RE 574.706 para o ISS; a necessidade de sobrestamento do feito; a falta de fundamentação ao se identificar o ICMS destacado, e que tal identificação não encontra guarida no pleito. No mérito, defende a exclusão do ICMS a recolher (124578802).

Resposta (130899242).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000374-53.2017.4.03.6130

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

APELANTE: ANTILHAS EMBALAGENS EDITORA E GRAFICA S.A., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: FELIPE FRAGOSO MARIN - SP399983-A, JOAO LUIS HAMILTON FERRAZ LEAO - SP152057-A, ROBERTO PEREZ FRAGOSO - SP242496-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, ANTILHAS EMBALAGENS EDITORA E GRAFICA S.A.

Advogados do(a) APELADO: ROBERTO PEREZ FRAGOSO - SP242496-A, JOAO LUIS HAMILTON FERRAZ LEAO - SP152057-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Restou devidamente consignado no *decisum* a **impossibilidade de suspensão do presente feito**, à luz da tese fixada pelo STF no julgamento do **RE 574.706**, a qual esta Turma se sujeita ante o caráter vinculativo emprestado pelos arts. 1.039 e 1.040, III, do CPC/15; a questão tornou-se objeto do Tema 69 da repercussão geral: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Não há falta de fundamentação no aresto embargado, apenas insistência da União em matéria que foi tratada e rejeitada.

Ademais, como já dito, não há determinação de sobrestamento por parte da relatoria do paradigma aqui utilizado, na forma do art. 1.035, § 5º, do CPC/15, não detendo este Relator jurisdição para obstar o curso do presente processo.

No que tange ao ISS, registrou-se que:

"(é) certo que o tema do imposto municipal acha-se em sede de repercussão geral no STF (RE 592.616/RG atualmente sob relatoria do Min. Celso de Melo), mas não há decisão de mérito e o processo encontra-se sem data de julgamento. Aliás, existe também a Ação Direta de Constitucionalidade 18 (ADC 18), que objetiva a declaração de constitucionalidade do artigo 3º, § 2º, I, da Lei 9.718/98. Sucede que em sessão plenária do dia 25/03/2010, o Tribunal, por maioria, resolveu questão de ordem no sentido de prorrogar, pela última vez, por mais 180 dias (cento e oitenta) dias, a eficácia da medida cautelar anteriormente deferida para o fim de suspender as demandas em curso que tratavam do tema (3ª QO-MC-ADC 18/DF, rel. Min. Celso de Melo). Ultrapassado há muito tempo esse prazo fixado em 25/03/2010, não há óbice a que o julgamento que trata de incidência de ISS na base de cálculo de PIS/COFINS prossiga. Em caso específico sobre esse tema, assim se posicionou o STJ: "O reconhecimento de repercussão geral, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em regra, não impõe o sobrestamento do trâmite dos recursos nesta Corte. Questão de Ordem nos REsp 1.289.609/DF e 1.495.146/MG (1ª Seção, julg. 10.09.2014 e 13.05.2015, respectivamente)..." (AgInt no REsp 1684928/RJ, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 20/10/2017).

No mais, o julgamento proferido no RE 574.706 é claro ao identificar que **todo o ICMS** faturado deve ser excluído do conceito de receita, na condição de mero ingresso de caixa, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente. É o que se depreende da seguinte passagem da ementa:

"3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS".

É elucidativa a conclusão alcançada pela Mir^a. Relatora Carmen Lúcia ao dispor que o regime não cumulativo do ICMS, com a escrituração e apuração do imposto a pagar e a dedução dos valores já cobrados em operações anteriores, não afeta o fato de que a sua integralidade não compõe a receita/faturamento empresarial, permitindo ao contribuinte que exclua todo o ICMS faturado na operação, e não apenas os valores resultantes da dedução.

Registre-se que a questão está inserida no pleito, cumprindo ao julgador qualificar os institutos discutidos entre as partes, sobretudo para dar exequibilidade à decisão. As partes trouxeram o paradigma RE 574.706 para discussão, devendo-se obedecer aos termos ali estipulados e delimitar a dimensão do direito reconhecido no processo. Consequentemente, fica afastada a tese de inovação recursal.

Pelo exposto, ausente qualquer vício previsto no art. 1.022 do CPC/15, **negou provimento** aos embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACORDÃO EMBARGADO QUE, EM SEDE DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO, TRABALHOU COM A DECISÃO DO STF POSTA NO RE 574.706/RS (*TEMA 69*), OCASIÃO EM QUE A TURMA ENTENDEU PELA PLENA APLICABILIDADE DO V. ARESTO DA SUPREMA CORTE, COM A INDICAÇÃO DO ICMS FATURADO COMO ELEMENTO A SER EXCLUÍDO. APLICABILIDADE IMEDIATA PARA O ISS. RECURSO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000362-25.2019.4.03.6112

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

APELANTE: USINA CONQUISTA DO PONTAL S.A., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: LETICIA COSTA DO ROSARIO - BA27659-A, SAMIR SILVA GOMES - BA26696-A, TRICIA BARRADAS MALHEIROS MELLO - BA20131-A, AMARILIS CORREA FONSECA - BA30918-A, JEANE D ARC MELO - BA41942-A, TAIS MASCARENHAS BITTENCOURT PINHEIRO - BA17466-A, FERNANDA ROCHA TABOADA FONTES - BA16340-A, ISABELA MUNIQUE REZENDE PAIVA BANDEIRA - BA16351-A, KARINA GOMES ANDRADE - BA17441-A, MARIA CLAUDIA FREITAS SAMPAIO - BA17969-A, MARIANA VIANNA FRUGONI DE SOUZA BARROS - BA25943-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, USINA CONQUISTA DO PONTAL S.A.

Advogados do(a) APELADO: KARINA GOMES ANDRADE - BA17441-A, JEANE DARC MELO - BA41942-A, MARIA CLAUDIA FREITAS SAMPAIO - BA17969-A, LETICIA COSTA DO ROSARIO - BA27659-A, AMARILIS CORREA FONSECA - BA30918-A, ISABELA MUNIQUE REZENDE PAIVA BANDEIRA - BA16351-A, FERNANDA ROCHA TABOADA FONTES - BA16340-A, SAMIR SILVA GOMES - BA26696-A, MARIANA VIANNA FRUGONI DE SOUZA BARROS - BA25943-A, TRICIA BARRADAS MALHEIROS MELLO - BA20131-A, TAIS MASCARENHAS BITTENCOURT PINHEIRO - BA17466-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000362-25.2019.4.03.6112

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

APELANTE: USINA CONQUISTA DO PONTAL S.A., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: LETICIA COSTA DO ROSARIO - BA27659-A, SAMIR SILVA GOMES - BA26696-A, TRICIA BARRADAS MALHEIROS MELLO - BA20131-A, AMARILIS CORREA FONSECA - BA30918-A, JEANE DARC MELO - BA41942-A, TAIS MASCARENHAS BITTENCOURT PINHEIRO - BA17466-A, FERNANDA ROCHA TABOADA FONTES - BA16340-A, ISABELA MUNIQUE REZENDE PAIVA BANDEIRA - BA16351-A, KARINA GOMES ANDRADE - BA17441-A, MARIA CLAUDIA FREITAS SAMPAIO - BA17969-A, MARIANA VIANNA FRUGONI DE SOUZA BARROS - BA25943-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, USINA CONQUISTA DO PONTAL S.A.

Advogados do(a) APELADO: KARINA GOMES ANDRADE - BA17441-A, JEANE DARC MELO - BA41942-A, MARIA CLAUDIA FREITAS SAMPAIO - BA17969-A, LETICIA COSTA DO ROSARIO - BA27659-A, AMARILIS CORREA FONSECA - BA30918-A, ISABELA MUNIQUE REZENDE PAIVA BANDEIRA - BA16351-A, FERNANDA ROCHA TABOADA FONTES - BA16340-A, SAMIR SILVA GOMES - BA26696-A, MARIANA VIANNA FRUGONI DE SOUZA BARROS - BA25943-A, TRICIA BARRADAS MALHEIROS MELLO - BA20131-A, TAIS MASCARENHAS BITTENCOURT PINHEIRO - BA17466-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração (ID 123789462) opostos pela UNIÃO FEDERAL em face de acórdão proferido pela Egrégia Sexta Turma desta Corte Federal que, por unanimidade, negou provimento ao seu agravo interno (ID 122752566).

Aduz a embargante que o r. acórdão padece do vício de **omissão** quanto ao disposto no art. 85, § 3º, do CPC/15 e aplicou incorretamente a norma prevista no § 8º do mesmo artigo.

Manifestação da parte contrária (ID 128592913).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000362-25.2019.4.03.6112

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

APELANTE: USINA CONQUISTA DO PONTAL S.A., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: LETICIA COSTA DO ROSARIO - BA27659-A, SAMIR SILVA GOMES - BA26696-A, TRICIA BARRADAS MALHEIROS MELLO - BA20131-A, AMARILIS CORREA FONSECA - BA30918-A, JEANE DARC MELO - BA41942-A, TAIS MASCARENHAS BITTENCOURT PINHEIRO - BA17466-A, FERNANDA ROCHA TABOADA FONTES - BA16340-A, ISABELA MUNIQUE REZENDE PAIVA BANDEIRA - BA16351-A, KARINA GOMES ANDRADE - BA17441-A, MARIA CLAUDIA FREITAS SAMPAIO - BA17969-A, MARIANA VIANNA FRUGONI DE SOUZA BARROS - BA25943-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, USINA CONQUISTA DO PONTAL S.A.
Advogados do(a) APELADO: KARINA GOMES ANDRADE - BA17441-A, JEANE DARC MELO - BA41942-A, MARIA CLAUDIA FREITAS SAMPAIO - BA17969-A, LETICIA COSTA DO ROSARIO - BA27659-A, AMARILIS CORREA FONSECA - BA30918-A, ISABELA MUNIQUE REZENDE PAIVA BANDEIRA - BA16351-A, FERNANDA ROCHA TABOADA FONTES - BA16340-A, SAMIR SILVA GOMES - BA26696-A, MARIANA VIANNA FRUGONI DE SOUZA BARROS - BA25943-A, TRICIA BARRADAS MALHEIROS MELLO - BA20131-A, TAIS MASCARENHAS BITTENCOURT PINHEIRO - BA17466-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

São possíveis embargos de declaração somente se a decisão judicial ostentar pelo menos um dos vícios elencados no art. 1.022 do CPC/15, o que não ocorre no presente caso.

Inexiste a alegada **omissão**, vez que o *decisum* embargado expressamente consignou que o § 3º do art. 85 do NCPC estabelece percentuais que, *a princípio*, devem ser observados na fixação dos honorários advocatícios, a fim de que o trabalho exercido pelo advogado seja remunerado condignamente. Destacou-se, todavia, que não se pode olvidar da necessária *proporcionalidade* que deve existir entre a remuneração e o trabalho visível feito pelo advogado. A fixação exagerada de verba honorária - se comparada com o montante do trabalho prestado pelo advogado - é enriquecimento sem justa causa, proscrito pelo nosso Direito e pela própria Constituição polifacética, a qual prestigia os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Ressaltou-se, por fim, que, inexistindo proporcionalidade, deve-se invocar o § 8º do art. 85 do CPC/15, mesmo que isso seja feito impedir condenação exagerada. É o caso dos autos, em que, diante de suas particularidades, a verba honorária fixada pelo MM. Juiz a quo (1% do valor da causa) se mostrou adequada e suficiente para remunerar de forma justa e digna os patronos da parte vencedora, razão pela qual foi mantida.

O julgado embargado, portanto, tratou com clareza da matéria posta em sede recursal, com fundamentação suficiente para seu deslinde, nada importando - em face do art. 1022 do CPC/15 - que a parte discorde da motivação ou da solução dada em 2ª instância.

As razões veiculadas nestes embargos, a pretexto de sanarem suposto vício (**inexistente**) no julgado, demonstram, na verdade, o inconformismo da recorrente com os fundamentos adotados no *decisum* e a mera pretensão ao reexame da matéria, o que é impróprio na via recursal dos embargos de declaração (**STJ**, EDcl no REsp. 1428903/PE, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, j. 17/03/2016, DJ 29/03/2016).

Ou seja, "não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade (CPP, art. 619) - vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa" (**STF**, ARE 967190 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016).

É que "não se prestam os embargos de declaração, não obstante sua vocação democrática e a finalidade precípua de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, para o reexame das questões de fato e de direito já apreciadas no acórdão embargado" (**STF**, RE 721149 AgR-ED, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 02/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 24-08-2016 PUBLIC 25-08-2016).

E diante da ausência de qualquer vício na decisão vergastada, imperioso concluir pela **manifesta improcedência** deste recurso. Sim, pois "revelam-se manifestamente incabíveis os embargos de declaração quando ausentes do aresto impugnado os vícios de obscuridade, contradição, omissão ou erro material" (**STJ**, EDcl no REsp 1370152/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 29/06/2016).

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

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INOCORRÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS DO ARTIGO 1.022 DO CPC/15. IMPOSSIBILIDADE DE DESVIRTUAMENTO DOS DECLARATÓRIOS PARA OUTRAS FINALIDADES QUE NÃO A DE APERFEIÇOAMENTO DO JULGADO. RECURSO REJEITADO.

1. São possíveis embargos de declaração somente se a decisão judicial ostentar pelo menos um dos vícios elencados no art. 1.022 do CPC/2015, o que não ocorre no caso.

2. As razões veiculadas nestes embargos, a pretexto de sanarem suposto vício (**inexistente**) no julgado, demonstram, na verdade, o inconformismo da recorrente com os fundamentos adotados no *decisum* e a mera pretensão ao reexame da matéria, o que é impróprio na via recursal dos embargos de declaração (EDcl. No REsp. 1428903/PE, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Terceira Turma, j. 17/03/2016, DJ 29/03/2016).

3. Diante da ausência de qualquer vício na decisão vergastada, imperioso concluir pela **manifesta improcedência** deste recurso. Sim, pois "revelam-se manifestamente incabíveis os embargos de declaração quando ausentes do aresto impugnado os vícios de obscuridade, contradição, omissão ou erro material" (EDcl no REsp 1370152/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 29/06/2016).

4. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5008026-44.2018.4.03.6112

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

APELANTE: VITAPELLI LTDA - EM RECUPERACAO JUDICIAL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: PRISCILA DALCOMUNI - SC16054-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, VITAPELLI LTDA - EM RECUPERACAO JUDICIAL

Advogado do(a) APELADO: PRISCILA DALCOMUNI - SC16054-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5008026-44.2018.4.03.6112

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

APELANTE: VITAPELLI LTDA - EM RECUPERACAO JUDICIAL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: PRISCILA DALCOMUNI - SC16054-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, VITAPELLI LTDA - EM RECUPERACAO JUDICIAL

Advogado do(a) APELADO: PRISCILA DALCOMUNI - SC16054-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração (ID 125945974) opostos pela UNIÃO FEDERAL em face de acórdão proferido pela Egrégia Sexta Turma desta Corte Federal que, por unanimidade, negou provimento ao seu apelo e à remessa oficial e deu provimento à apelação da parte autora (ID 123730564).

Aduza embargante que o r. acórdão padece do vício de **omissão** quanto ao art. 150, §1º, ao art. 195, §6º, ao art. 155, §4º, IV, c, e ao art. 177, §4º, I, b, todos da Constituição Federal. Ainda, incorre em contradição ao ignorar jurisprudência do STF quanto à inaplicabilidade da anterioridade geral para o caso de redução de alíquotas do REINTEGRA.

Manifestação da parte contrária (ID 128711071).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5008026-44.2018.4.03.6112

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

APELANTE: VITAPELLI LTDA - EM RECUPERACAO JUDICIAL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: PRISCILA DALCOMUNI - SC16054-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, VITAPELLI LTDA - EM RECUPERACAO JUDICIAL

Advogado do(a) APELADO: PRISCILA DALCOMUNI - SC16054-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

São possíveis embargos de declaração somente se a decisão judicial ostentar pelo menos um dos vícios elencados no art. 1.022 do CPC/15, o que não ocorre no presente caso.

O julgado embargado tratou com clareza da matéria posta em sede recursal, com fundamentação suficiente para seu deslinde, nada importando - em face do art. 1022 do CPC/15 - que a parte discorde da motivação ou da solução dada em 2ª instância.

As razões veiculadas nestes embargos, a pretexto de sanarem suposto vício (**inexistente**) no julgado, demonstram, na verdade, o inconformismo da recorrente com os fundamentos adotados no *decisum* e a mera pretensão ao reexame da matéria, o que é impróprio na via recursal dos embargos de declaração (**STJ**, EDcl no REsp. 1428903/PE, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, j. 17/03/2016, DJ 29/03/2016).

É que "não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade (CPP, art. 619) - vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa" (**STF**, ARE 967190 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016).

Da mesma forma, não se prestam os aclaratórios a compelir a Turma a se debruçar sobre a enxurrada de dispositivos legais indicados no recurso, posto que "o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão" (AgRg, nos EDcl. No AREsp. 565449/SC, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, j. 18/12/2014, DJ 03/02/2015 - EDcl no AgRg no HC 302.526/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 01/02/2017). Em outras palavras, do órgão julgador se exige apenas que apresente fundamentação suficiente para justificar a decisão apresentada, não estando obrigado a apreciar cada um dos múltiplos argumentos deduzidos pela parte. Decisão judicial não é resposta a "questionário" (STJ, Recurso Especial Representativo da Controvérsia, REsp 1104184/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 29/02/2012, DJe 08/03/2012).

Tampouco há que se falar em contradição no julgado, posto que apenas a *contradição interna*, isto é, entre as proposições do próprio julgado impugnado, é que autoriza a oposição de declaratórios (EDcl no AgInt no AREsp 1041292/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/06/2017, DJe 14/06/2017). No caso corrente, o que se tem é mera *divergência de intelecção* da norma.

Enfim, "não se prestam os embargos de declaração, não obstante sua vocação democrática e a finalidade precípua de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, para o reexame das questões de fato e de direito já apreciadas no acórdão embargado" (**STF**, RE 721149 AgR-ED, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 02/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 24-08-2016 PUBLIC 25-08-2016).

E diante da ausência de qualquer vício na decisão vergastada, imperioso concluir pela **manifesta improcedência** deste recurso. Sim, pois "revelam-se manifestamente incabíveis os embargos de declaração quando ausentes do aresto impugnado os vícios de obscuridade, contradição, omissão ou erro material" (**STJ**, EDcl no REsp 1370152/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 29/06/2016).

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

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INOCORRÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS DO ARTIGO 1.022 DO CPC/15. IMPOSSIBILIDADE DE DESVIRTUAMENTO DOS DECLARATÓRIOS PARA OUTRAS FINALIDADES QUE NÃO A DE APERFEIÇOAMENTO DO JULGADO. RECURSO REJEITADO.

1. São possíveis embargos de declaração somente se a decisão judicial ostentar pelo menos um dos vícios elencados no art. 1.022 do CPC/2015, o que não ocorre no caso.

2. As razões veiculadas nestes embargos, a pretexto de sanarem suposto vício (**inexistente**) no julgado, demonstram, na verdade, o inconformismo da recorrente com os fundamentos adotados no *decisum* e a mera pretensão ao reexame da matéria, o que é impróprio na via recursal dos embargos de declaração (EDcl. No REsp. 1428903/PE, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Terceira Turma, j. 17/03/2016, DJ 29/03/2016).

3. Não se prestam os aclaratórios a compelir a Turma a se debruçar sobre a enxurrada de dispositivos legais indicados no recurso, posto que "o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão" (AgRg nos EDcl. No AREsp. 565449/SC, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, j. 18/12/2014, DJ 03/02/2015 - EDcl no AgRg no HC 302.526/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 01/02/2017). Em outras palavras, do órgão julgador se exige apenas que apresente fundamentação suficiente para justificar a decisão apresentada, não estando obrigado a apreciar cada um dos múltiplos argumentos deduzidos pela parte. Decisão judicial não é resposta a "questionário" (STJ, Recurso Especial Representativo da Controvérsia, REsp 1104184/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 29/02/2012, DJe 08/03/2012).

4. Tampouco há que se falar em contradição no julgado, posto que apenas a *contradição interna*, isto é, entre as proposições do próprio julgado impugnado, é que autoriza a oposição de declaratórios (EDcl no AgInt no AREsp 1041292/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/06/2017, DJe 14/06/2017). No caso corrente, o que se tem é mera *divergência de interpretação* da norma.

5. Diante da ausência de qualquer vício na decisão vergastada, imperioso concluir pela **manifesta improcedência** deste recurso. Sim, pois "revelam-se manifestamente incabíveis os embargos de declaração quando ausentes do aresto impugnado os vícios de obscuridade, contradição, omissão ou erro material" (EDcl no REsp 1370152/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 29/06/2016).

6. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0008162-84.2012.4.03.6000
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: MARLY LOPES

Advogados do(a) APELANTE: JOSE BELGAASSIS TRAD - MS10790-A, AMANDA TRAD PERON - MS22808-A,
LEANDRO ALCIDES DE MOURA MOURA - MS10762-A

APELADO: UNIAO FEDERAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0008162-84.2012.4.03.6000
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO

APELANTE: MARLY LOPES

Advogados do(a) APELANTE: JOSE BELGA ASSIS TRAD - MS10790-A, AMANDA TRAD PERON - MS22808-A, LEANDRO ALCIDES DE MOURA MOURA - MS10762-A

APELADO: UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração (ID 126550337) opostos pela UNIÃO FEDERAL em face de acórdão proferido pela Egrégia Sexta Turma desta Corte Federal que, por unanimidade, deu provimento à apelação da parte autora e negou provimento ao seu recurso adesivo (ID 125055857).

Aduz a embargante que o r. acórdão padece do vício de **omissão** quanto ao disposto nos arts. 884 e 944 do Código Civil e no art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal, na medida em que fixou indenização por danos morais em valor exorbitante e incompatível com os danos sofridos pela parte.

Oportunizada manifestação da parte contrária.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0008162-84.2012.4.03.6000

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

APELANTE: MARLY LOPES

Advogados do(a) APELANTE: JOSE BELGA ASSIS TRAD - MS10790-A, AMANDA TRAD PERON - MS22808-A, LEANDRO ALCIDES DE MOURA MOURA - MS10762-A

APELADO: UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

São possíveis embargos de declaração somente se a decisão judicial ostentar pelo menos um dos vícios elencados no art. 1.022 do CPC/15, o que não ocorre no presente caso.

O julgado embargado tratou com clareza da matéria posta em sede recursal, com fundamentação suficiente para seu deslinde, nada importando - em face do art. 1022 do CPC/15 - que a parte discorde da motivação ou da solução dada em 2ª instância.

Destacou-se se trata de ação de reparação de danos morais interposta pela mãe de ex-soldado, morto durante o serviço dentro de quartel militar, em razão de disparo acidental de arma de fogo por colega de farda. Restaram devidamente demonstrados o ato, o dano e o nexo causal, restando inequívoca a responsabilidade objetiva do Estado, em face do exposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, sendo desnecessária a verificação da culpa. Ressaltou-se que qualquer ser humano é capaz de compreender o sofrimento íntimo derivado dessa situação, porquanto a relação materna-filial é faceta da dignidade da pessoa humana, de modo que privar alguém de conviver com seu filho enseja obrigação de indenizar dano moral. Ponderou-se, por fim, merecer provimento o apelo da autora para a majoração do valor da indenização pelos danos morais sofridos para R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), montante que está longe de ser absurdo, mormente porque no âmbito do STJ aceita-se fixação em até 500 salários mínimos para as hipóteses de dano-morte (v.g., AgRg no REsp 1362073, TERCEIRA TURMA, Relator MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO, j. 16/6/2015, Dje 22/6/2015).

As razões veiculadas nestes embargos, a pretexto de sanarem suposto vício (**inexistente**) no julgado, demonstram, na verdade, o inconformismo da recorrente com os fundamentos adotados no *decisum* e a mera pretensão ao reexame da matéria, o que é impróprio na via recursal dos embargos de declaração (STJ, EDcl no REsp. 1428903/PE, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, j. 17/03/2016, DJ 29/03/2016).

Ou seja, "não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade (CPP, art. 619) - vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa" (STF, ARE 967190 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016).

É que "não se prestam os embargos de declaração, não obstante sua vocação democrática e a finalidade precípua de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, para o reexame das questões de fato e de direito já apreciadas no acórdão embargado" (STF, RE 721149 AgR-ED, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 02/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 24-08-2016 PUBLIC 25-08-2016).

E diante da ausência de qualquer vício na decisão vergastada, imperioso concluir pela **manifesta improcedência** deste recurso. Sim, pois "revelam-se manifestamente incabíveis os embargos de declaração quando ausentes do aresto impugnado os vícios de obscuridade, contradição, omissão ou erro material" (STJ, EDcl no REsp 1370152/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 29/06/2016).

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

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INOCORRÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS DO ARTIGO 1.022 DO CPC/15. IMPOSSIBILIDADE DE DESVIRTUAMENTO DOS DECLARATÓRIOS PARA OUTRAS FINALIDADES QUE NÃO A DE APERFEIÇOAMENTO DO JULGADO. RECURSO REJEITADO.

1. São possíveis embargos de declaração somente se a decisão judicial ostentar pelo menos um dos vícios elencados no art. 1.022 do CPC/2015, o que não ocorre no caso.

2. As razões veiculadas nestes embargos, a pretexto de sanarem suposto vício (**inexistente**) no julgado, demonstram, na verdade, o inconformismo da recorrente com os fundamentos adotados no *decisum* e a mera pretensão ao reexame da matéria, o que é impróprio na via recursal dos embargos de declaração (EDcl. No REsp. 1428903/PE, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Terceira Turma, j. 17/03/2016, DJ 29/03/2016).

3. Diante da ausência de qualquer vício na decisão vergastada, imperioso concluir pela **manifesta improcedência** deste recurso. Sim, pois "revelam-se manifestamente incabíveis os embargos de declaração quando ausentes do aresto impugnado os vícios de obscuridade, contradição, omissão ou erro material" (EDcl no REsp 1370152/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 29/06/2016).

4. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016953-65.2019.4.03.0000

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

AGRAVANTE: LOCADORA BRASILEIRA-VEICULOS E EQUIPAMENTOS LTDA - ME

Advogado do(a) AGRAVANTE: DANIELA BARREIRO BARBOSA - SP187101-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016953-65.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOMDI SALVO
AGRAVANTE: LOCADORA BRASILEIRA-VEICULOS E EQUIPAMENTOS LTDA - ME
Advogado do(a) AGRAVANTE: DANIELA BARREIRO BARBOSA - SP187101-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansomdi Salvo, Relator:

Tratam-se de embargos de declaração opostos pela agravante e pela União Federal, em face de acórdão que negou provimento ao agravo interno.

O acórdão da Turma, de que faz parte integrante o voto, encontra-se assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVOS INTERNOS EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARTIGO 1.021 DO CPC/15. INSURGÊNCIA CONTRA DECISÃO UNIPESSOAL DO RELATOR QUE DEU PARCIAL PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CÁLCULOS. CONTADORIA DO JUÍZO. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. AGRAVOS INTERNOS IMPROVIDOS.

Os cálculos da contadoria judicial possuem presunção de veracidade, conforme entendimento pacífico desta Corte Regional.

Em atenção aos princípios da proporcionalidade, equidade e razoabilidade, leva-se em consideração o fato de que não houve qualquer esforço profissional mais acendrado pela agravada, os honorários devem ser fixados em 10% do valor apontado pelo contador judicial - ID 75531113 (R\$ 195.063,53) atualizado para que se evite o enriquecimento sem causa e se observe a proporcionalidade.

Agravos internos improvidos.

Alega a embargante LOCADORA BRASILEIRA DE VEÍCULOS E EQUIPAMENTOS LTDA., que o v. acórdão incorreu em omissão ao deixar de considerar a evidente ofensa direta a coisa julgada existente nos autos, quanto aos juros de mora fixados na decisão proferida na fase de conhecimento, transitada em julgado, que determinou expressamente a incidência de juros moratórios em 1% ao mês. Requer sejam acolhidos os presentes embargos, a fim de determinar o refazimento da conta apresentada pelo contador judicial considerando a incidência dos juros moratórios em 1% ao mês a partir do trânsito em julgado, mesmo que seja necessário a concessão do efeito infringente à decisão, sob pena de nulidade.

A União em seus embargos de declaração aduz que o v. acórdão teria desconsiderado que o STJ, mediante sua segunda seção, definiu o entendimento de que a fixação dos honorários advocatícios deve ser fixado em estrita obediência ao que está disposto no artigo 85, § 2º do Código de Processo Civil de 2015 que estabelece verba sucumbencial entre 10 e 20%, em detrimento da incidência da fixação por equidade (§8º) e mesmo que se admitisse a possibilidade de, no caso, ser aplicado o princípio da equidade, não haveria como reconhecer justiça numa condenação que representa menos de 1% do valor pretendido, quando, inclusive, a parte adversa fez pretensões sem nenhum fundamento jurídico. Requer sejam conhecidos e providos os presentes aclaratórios, para que sejam sanados os vícios apontados, ou, para que haja expresse prequestionamento dos dispositivos legais e princípios constitucionais mencionados e necessários à interposição de recursos aos Tribunais Superiores. Recursos respondidos pelas partes.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016953-65.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
AGRAVANTE: LOCADORA BRASILEIRA-VEICULOS E EQUIPAMENTOS LTDA - ME
Advogado do(a) AGRAVANTE: DANIELA BARREIRO BARBOSA - SP187101-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

O julgado embargado tratou com clareza da matéria posta em sede recursal, com fundamentação suficiente para seu deslinde, nada importando - em face do art. 1022 do Código de Processo Civil - que as partes discordem da motivação ou da solução dada em 2ª instância.

A efetiva desatenção das embargantes quanto aos rigores do discurso do art. 1.022 do CPC/15 se revela *ictu oculi* quando as mesmas afirmam que o acórdão é viciado porque o *decisum* incorreu em **omissão**; ou seja, as embargantes usam dos aclaratórios para discutir as "premissas" de onde partiu o voto e que se acham no acórdão, situação que obviamente não pode ser ventilada nos embargos integrativos. Isso já revela o mau emprego dos recursos, que no ponto são de manifesta improcedência. Deveras, a pretensão de reexame do julgado em sede de embargos de declaração sem que se aponte qualquer dos defeitos do art. 1.022, revela a impropriedade dessa via recursal (STJ, EDcl. no REsp. 1428903/PE, Rel. Ministro JOÃO OTAVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, j. 17/03/2016, DJ 29/03/2016). Sim, "a atribuição de efeito infringente em embargos declaratórios é medida excepcional, incompatível com a hipótese dos autos, em que a parte embargante pretende um novo julgamento do seu recurso" (STJ, EDcl na AR 4.393/GO, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/06/2016, DJe 17/06/2016).

Ou seja, "não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando as partes recorrentes - a pretexto de esclarecerem uma **inexistente** situação de obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade (CPP, art. 619) - vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa" (destaquei - STF, ARE 967190 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016).

À situação aqui tratada cabe o recente aresto do STF, que coloca as coisas nos seus devidos lugares:

E M E N T A: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - INOCORRÊNCIA DE CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE, OMISSÃO OU ERRO MATERIAL (CPC/15, ART. 1.022) - PRETENDIDO REEXAME DA CAUSA - CARÁTER INFRINGENTE - INADMISSIBILIDADE NO CASO - CARÁTER PROCRASTINATÓRIO - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA (1% SOBRE O VALOR CORRIGIDO DA CAUSA) - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO SE REVESTEM, ORDINARIAMENTE, DE CARÁTER INFRINGENTE - Não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão, contradição ou erro material (CPC/15, art. 1.022) - vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa. Precedentes. MULTA E EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER - O abuso do direito de recorrer - por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual - constitui ato de litigância maliciosa repellido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitima a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 1.026, § 2º, do CPC/15 possui função inibitória, pois visa a impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e a obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses. Precedentes. (ARE 938171 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 02/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016)

É que "não se prestam os embargos de declaração, não obstante sua vocação democrática e a finalidade precípua de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, para o reexame das questões de fato e de direito já apreciadas no acórdão embargado" (STF, RE 721149 AgR-ED, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 02/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 24-08-2016 PUBLIC 25-08-2016).

Realmente, é certo que "o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão" (STJ, AgRg. nos EDcl. No AREsp. 565449/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. 18/12/2014, DJ 03/02/2015).

Destarte, ausente qualquer omissão, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das nódoas do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

"Revelam-se manifestamente incabíveis os embargos de declaração quando ausentes do aresto impugnado os vícios de obscuridade, contradição, omissão ou erro material" (STJ, EDcl no REsp 1370152/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 29/06/2016), além do que "aplica-se a multa prevista no art. 1.026, § 2º, do Código de Processo Civil, na hipótese de embargos de declaração manifestamente protelatórios" (STJ, EDcl na AR 4.393/GO, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/06/2016, DJe 17/06/2016). Sim, pois no âmbito do STJ, desde o tempo (ainda recente) do CPC/73 têm-se que "...a pretensão de rediscussão da lide pela via dos embargos declaratórios, sem a demonstração de quaisquer dos vícios de sua norma de regência, é sabidamente inadequada, o que os torna protelatórios, a merecerem a multa prevista no artigo 538, parágrafo único, do CPC" (EDcl no AgRg no Ag 1.115.325/RS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 4.11.2011)..." (STJ, AgRg no REsp 1399551/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 01/12/2015). No mesmo sentido: AgInt no AREsp 637.965/SC, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/06/2016, DJe 01/07/2016.

Ademais, a Constituição não exige do Judiciário moderno prolixidade e, como decide esta Sexta Turma, "a Constituição Federal não fez opção estilística, na imposição do requisito da fundamentação das decisões. Esta pode ser laudatória ou sucinta. Deve ser, tão-só, pertinente e suficiente" (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000120-41.2017.4.03.6143, Rel. Desembargador Federal FABIO PRIETO DE SOUZA, julgado em 30/11/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 09/12/2019). Nesse cenário, o Juiz sequer é obrigado a levar em conta opinião deste ou daquele doutrinador, quando a parte entende que o mesmo vem "a calhar" para chancelar sua causa de pedir. Aliás, opinião de qualquer doutrinador é capaz de inibir o desempenho de um dos poderes do Estado, além do que o órgão judiciário não é obrigado a responder a "questionário" (STJ: EDcl no AgInt no AREsp 1395037/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/08/2019, DJe 19/08/2019).

Enfim, se a decisão embargada não ostenta os vícios que justificariam os aclaratórios previstos no art. 1.022 do CPC, é cabível a multa de 2,00% sobre o valor apontado pelo contador judicial - ID 75531113 (R\$ 195.063,53), conforme já decidido pelo Plenário do STF (destaquei):

*EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU ERRO MATERIAL. ART. 1.022 DO CPC/2015. MANIFESTO INTUITO PROTELATÓRIO. MULTA PREVISTA NO ART. 1.026, § 2º, DO CPC/2015. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DESPROVIDOS. 1. A omissão, contradição, obscuridade ou erro material, quando incoerentes, tornam inviável a revisão da decisão em sede de embargos de declaração, em face dos estreitos limites do art. 1.022 do CPC/2015. 2. A revisão do julgado, com manifesto caráter infringente, revela-se inadmissível em sede de embargos quando **incoerentes seus requisitos autorizadores**. Precedentes: ARE 944537 AgR-ED, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 10/08/2016; ARE 755228 AgR-ED-EDv-AgR-ED, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe 12/08/2016 e RHC 119325 ED, Rel. Min. Edson Fachin, Primeira Turma, DJe 09/08/2016. 3. A oposição de embargos de declaração com caráter eminentemente protelatório autoriza a imposição de multa, com fundamento no art. 1.026, § 2º, do CPC/2015. 4. Embargos de declaração DESPROVIDOS, com aplicação de multa de 2% (**dois por cento**) sobre o valor atualizado da causa. (RE 898060 ED, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 17/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-113 DIVULG 28-05-2019 PUBLIC 29-05-2019)*

No mesmo sentido registro precedente da Colenda Corte Especial do STJ em EDcl nos EDcl no AgInt nos EAREsp 773.829/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 02/10/2019, DJe 07/10/2019.

Pelo exposto, **nego provimento aos embargos de declaração, com imposição de multa a cada uma das embargantes.**

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - INOCORRÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS DO ART. 1.022 DO CPC/15, JÁ QUE A DECISÃO EMBARGADA TRATOU EXPRESSAMENTE DA MATÉRIA DITA "OMISSA" PELAS PARTES - IMPOSSIBILIDADE DE DESVIRTUAMENTO DOS DECLARATÓRIOS PARA OUTRAS FINALIDADES QUE NÃO A DE APERFEIÇOAMENTO DO JULGADO - RECURSOS DESPROVIDOS, COM IMPOSIÇÃO DE MULTA.

1. São possíveis embargos de declaração somente se a decisão judicial ostentar pelo menos um dos vícios elencados no artigo 1.022 do Código de Processo Civil de 2015, o que não ocorre no caso.

2. A efetiva desatenção das embargantes quanto aos rigores do discurso do art. 1.022 do CPC/15 se revela *ictu oculi* quando as mesmas afirmam que o acórdão é viciado porque o *decisum* incorreu em **omissão**; ou seja, as embargantes usam dos aclaratórios para discutir as "premissas" de onde partiu o voto e que se acham no acórdão, situação que obviamente não pode ser ventilada nos embargos integrativos. Isso já revela o mau emprego dos recursos, que no ponto são de manifesta improcedência. Deveras, a pretensão de reexame do julgado em sede de embargos de declaração sem que se aponte qualquer dos defeitos do art. 1.022, revela a impropriedade dessa via recursal (STJ, EDcl. no REsp. 1428903/PE, Rel. Ministro JOÃO OTAVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, j. 17/03/2016, DJ 29/03/2016). Sim, "a atribuição de efeito infringente em embargos declaratórios é medida excepcional, incompatível com a hipótese dos autos, em que a parte embargante pretende um novo julgamento do seu recurso" (STJ, EDcl na AR 4.393/GO, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/06/2016, DJe 17/06/2016).

3. Ou seja, "não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma **inexistente** situação de obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade (CPP, art. 619) - vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa" (destaquei - STF, ARE 967190 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016).

4. É que "não se prestam os embargos de declaração, não obstante sua vocação democrática e a finalidade precípua de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, para o reexame das questões de fato e de direito já apreciadas no acórdão embargado" (STF, RE 721149 AgR-ED, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 02/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 24-08-2016 PUBLIC 25-08-2016).

5. Ausente qualquer omissão, estes aclaratórios não se prestam a compelir a Turma a se debruçar sobre as alegações das embargantes, para abrir à parte o prequestionamento. Ou seja, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das nódoas do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

6. Ademais, a Constituição não exige do Judiciário moderno prolixidade e, como decide esta Sexta Turma, "a Constituição Federal não fez opção estilística, na imposição do requisito da fundamentação das decisões. Esta pode ser laudatória ou sucinta. Deve ser, tão-só, pertinente e suficiente" (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000120-41.2017.4.03.6143, Rel. Desembargador Federal FABIO PRIETO DE SOUZA, julgado em 30/11/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 09/12/2019). Nesse cenário, o Juiz sequer é obrigado a levar em conta opinião deste ou daquele doutrinador, quando a parte entende que o mesmo vem "à calhar" para cancelar sua causa de pedir. Aliás, opinião de qualquer doutrinador é capaz de inibir o desempenho de um dos poderes do Estado, além do que o órgão judiciário não é obrigado a responder a "questionário" (STJ: EDcl no AgInt no AREsp 1395037/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/08/2019, DJe 19/08/2019).

7. Se o exame dos autos revela que se acham ausentes quaisquer das hipóteses para oposição dos embargos declaratórios, resta evidenciada sua improcedência manifesta, signo seguro de seu caráter apenas protelatório, a justificar, com base no art. 1.026, § 2º, do CPC/2015, a multa, aqui fixada em 2% sobre o valor apontado pelo contador judicial - ID 75531113 (R\$ 195.063,53). Nesse sentido: STJ, EDcl nos EDcl no AgRg nos EREsp 1.324.260/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, CORTE ESPECIAL, DJe de 29/04/2016 - EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1337602/DF, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/05/2016, DJe 02/06/2016.

8. Embargos de declaração a que se nega provimento, com imposição de multa para cada uma das embargantes.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento aos embargos de declaração, com imposição de multa a cada uma das embargantes, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000342-48.2017.4.03.6130

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: VALLESUL TRANSPORTES E TURISMO LTDA.

Advogados do(a) APELADO: EDUARDO AUGUSTO ARRUDA - SP343999-A, CARLOS ALBERTO BASTON - SP33152-A, MARCOS CEZAR NAJJARIAN BATISTA - SP127352-N, JORGE JOSE ROQUE PIRES FILHO - SP337120-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000342-48.2017.4.03.6130

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: VALLESUL TRANSPORTES E TURISMO LTDA.

Advogados do(a) APELADO: EDUARDO AUGUSTO ARRUDA - SP343999-A, CARLOS ALBERTO BASTON - SP33152-A, MARCOS CEZAR NAJJARIAN BATISTA - SP127352-N, JORGE JOSE ROQUE PIRES FILHO - SP337120-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de aclaratórios opostos pela UNIÃO FEDERAL contra acórdão que negou provimento a seu agravo, nos seguintes termos:

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS FATURADO DEVE SER EXCLUÍDO, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NAQUELE JULGADO. RECURSO DESPROVIDO.

A União, com intuito de prequestionamento, aponta a falta de fundamentação ao se identificar o ICMS destacado, e que tal identificação não encontra guarida no pleito. No mérito, defende a aplicação da Solução de Consulta COSIT 13/18, com a exclusão do ICMS a recolher (123957184).

Resposta (131648297).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000342-48.2017.4.03.6130
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: VALLESUL TRANSPORTES E TURISMO LTDA.
Advogados do(a) APELADO: EDUARDO AUGUSTO ARRUDA - SP343999-A, CARLOS ALBERTO BASTON - SP33152-A, MARCOS CEZAR NAJJARIAN BATISTA - SP127352-N, JORGE JOSE ROQUE PIRES FILHO - SP337120-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Restou devidamente consignado no *decisum* a impossibilidade de suspensão do presente feito, à luz da tese fixada pelo STF no julgamento do RE 574.706, a qual esta Turma se sujeita ante o caráter vinculativo emprestado pelos arts. 1.039 e 1.040, III, do CPC/15. Ademais, não há determinação de sobrestamento, na forma do art. 1.035, § 5º, do CPC/15.

Conforme o resultado do paradigma, todo o ICMS deve ser expurgado da base de cálculo das duas contribuições (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019), já que, como se infere do voto da Ministra Relatora, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo, deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS. A propósito: RE 209314 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 14-09-2018 PUBLIC 17-09-2018.

A questão está inserida no pleito, cumprindo ao julgador qualificar os institutos discutidos entre as partes, sobretudo para dar exequibilidade à decisão. As partes trouxeram o paradigma RE 574.706 para discussão, devendo-se obedecer aos termos ali estipulados e delimitar a dimensão do direito reconhecido no processo. Consequentemente, fica afastada a tese de julgamento para além do pleito ou de inovação recursal.

Ausente qualquer omissão, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das núcleas do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

Pelo exposto, ausente qualquer vício previsto no art. 1.022 do CPC/15, **nego provimento** aos embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACORDÃO EMBARGADO QUE, EM SEDE DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO, TRABALHOU COM A DECISÃO DO STF POSTA NO RE 574.706/RS (*TEMA 69*), OCASIÃO EM QUE A TURMA ENTENDEU PELA PLENA APLICABILIDADE DO V. ARESTO DA SUPREMA CORTE, COM A INDICAÇÃO DO ICMS FATURADO COMO ELEMENTO A SER EXCLUÍDO. RECURSO DESPROVIDO

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001003-16.2019.4.03.6111

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ANA PAULA CURY FRANCISCO

Advogado do(a) APELADO: MARCOS PEREIRA OSAKI - SP138979-A

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de remessa oficial e de apelação interposta pela UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL) em face da r. sentença proferida em mandado de segurança impetrado por ANA PAULA CURY FRANCISCO, com pedido liminar, contra ato praticado pelo DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM MARILIA/SP, onde se objetiva ordem que lhe garanta o direito de excluir o ICMS destacado nas notas fiscais de saída da base de cálculo do PIS e da COFINS, consentindo, de consequência, que promova a compensação do indébito gerado em função da sistemática objurgada, inconstitucional ao que defende, ao longo dos cinco anos que antecede a propositura desta ação mandamental.

O pedido de liminar foi deferido para autorizar a impetrante a excluir da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS o valor relativo ao ICMS, bem como para determinar à autoridade impetrada que se abstenha de exigir da impetrante tal recolhimento e de adotar qualquer ato tendente à respectiva cobrança.

A r. sentença julgou procedente o pedido e concedeu a segurança, com fundamento no artigo 487, I, do CPC, para: i) reconhecer o direito da impetrante de promover os recolhimentos do PIS e da COFINS sobre a receita bruta, excluindo da base de cálculo das citadas contribuições o valor relativo ao ICMS, destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias, ficando a autoridade impetrada impedida de cobrar valores decorrentes da sistemática de recolhimento ora fixada; ii) promover a compensação, após o trânsito em julgado desta sentença, dos valores indevidamente recolhidos de acordo com a sistemática reconhecida indevida, na forma da fundamentação. A ordem liminar deferida ficou confirmada, com a anotação de que o valor do ICMS que se autoriza excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS é o destacado nas notas fiscais de saída. Sentença sujeita a reexame necessário, na forma do art. 14, § 1º, da Lei nº 12.016/2009. Sem honorários nos termos do artigo 25 da mesma Lei nº 12.016/2009. Custas *ex lege*.

Em razões recursais, a União Federal sustenta, em síntese, a suspensão do feito até a publicação do acórdão resultante do julgamento dos embargos de declaração da Fazenda Nacional no RE 574.706/PR, que deliberará sobre o pedido de modulação de efeitos formulado pela União. No mérito, pugna pela manutenção da parcela do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS. Alega que o montante do ICMS integra o valor do preço da mercadoria vendida ou preço do serviço prestado. Anota que embora o STF não tenha decidido expressamente a respeito, o ICMS a ser excluído da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS é o ICMS a recolher, resultado mensal do encontro de contas entre créditos e débitos do imposto. Requer o provimento do apelo, com a reforma integral da sentença.

Em contrarrazões (ID 133436085), a impetrante sustenta, em síntese, a desnecessidade de suspensão do processo em comento até publicação do resultado do julgamento nos embargos de declaração, pois a tese já está firmada em repercussão geral. Ressalta que a matéria em discussão no presente *mandamus* já foi apreciada pelo E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL no RE 574.706, sujeito à Repercussão Geral (tema 69). Aduz que o precedente do STF é claro em determinar que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS é aquele destacado nas notas fiscais, mencionando, inclusive, trecho do voto da Ministra Cármen Lúcia no julgamento do RE 574.706.

Subiram os autos a esta E. Corte.

Emparecer (ID 13430049), a ilustre representante do Ministério Público Federal, opinou pelo prosseguimento do feito.

É o relatório.

Decido.

Preenchidos os pressupostos genéricos, conheço da apelação e passo ao seu exame.

Cabível na espécie o art. 932, inciso IV, do Código de Processo Civil.

Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo.

Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronúncia emanados em sede de repercussão geral.

Ademais, no tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

Com efeito, o Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "**O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins**". O v. acórdão encontra-se assimmentado, *in verbis*:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir; conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, *in fine*, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Assim, estando em consonância com a jurisprudência firmada pelo E. Supremo Tribunal Federal, mantenho a r. sentença.

Com relação ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o correspondente ao valor destacado na nota fiscal.

Ressalte-se que a decisão foi elaborada nos termos da RE 574.706, restando claro que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída.

Nesse sentido, julgados desta E. Corte:

AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

O resultado do julgamento do RE nº 574.706/PR pelo e. Supremo Tribunal Federal, que em sessão plenária do dia 15.03.2017, sob a sistemática de repercussão geral, resultou no Tema 69.

Conforme o resultado desse julgamento, todo o ICMS deve ser expurgado da base de cálculo das duas contribuições (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019), já que, como se infere do voto da Ministra Relatora, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo, deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS. A propósito: RE 209314 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 14-09-2018 PUBLIC 17-09-2018.

Desnecessário aguardar-se o resultado de embargos de declaração e/ou modulação de efeitos, porquanto essas situações não são impeditivas da aplicação de decisão da Suprema Corte que afirma a inconstitucionalidade de exação. Nesse sentido: ARE 1202776 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 11/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-241 DIVULG 04-11-2019 PUBLIC 05-11-2019. Nesta Corte Regional: 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000328-22.2017.4.03.6144, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 05/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 09/12/2019.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5005827-51.2019.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSOM DI SALVO, julgado em 24/04/2020, Intimação via sistema DATA: 27/04/2020)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL IDENTIFICADO E RETIFICADO. CONTRADIÇÃO INEXISTENTE. RESTOU DEMONSTRADO NO JULGADO QUE O ICMS DESTACADO EM NOTA FISCAL DEVE SER EXCLUÍDO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. OBEDIÊNCIA AO ART. 26-A DA LEI 11.457/07. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(AC 5000356-38.2017.4.03.6128, Rel. Desembargador Federal JOHONSON DI SALVO, Sexta Turma, j. 25.07.2019, DJE 26.07.2019)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. RE 574.706. VINCULAÇÃO. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Descabe o pedido da União de sobrestamento do feito até a finalização do julgamento do RE nº 574.706/PR. Cabe ratificar novamente, que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- No tocante ao ICMS que deve ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, a decisão agravada foi explícita quanto a matéria ora discutida: "Assinalo que, o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal, eis que deve ser excluído, do conceito de receita, todo o ICMS faturado e não o valor devido após as deduções do imposto anteriormente cobrado".

- Assim, não há que se falar em inovação recursal a respeito do valor excluído da base de cálculo do PIS/COFINS ser o destacado na nota fiscal, uma vez que este é o que se amolda ao conceito de faturamento, objeto da discussão apresentada nos presentes autos, que teve por fundamento o RE 574.706. Anote-se que, o pedido formulado na inicial foi expresso ao requerer a exclusão da exação sobre a base de cálculo do PIS e da COFINS. Foi exatamente isso que foi decidido pelo STF e que ora se decide.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decisum a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

- Negado provimento ao agravo interno.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5001990-25.2018.4.03.6002, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 21/04/2020, Intimação via sistema DATA: 27/04/2020)

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. ICMS. VALOR DESTACADO NA NOTA FISCAL. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.

1. Prevê o artigo 1.022 do CPC que a oposição dos aclaratórios somente tem cabimento para esclarecimento de obscuridade ou eliminação de contradição, para suprimir omissão sobre ponto ou questão sobre o qual o julgado deveria se pronunciar, ou, ainda, para corrigir erro material existente no decisório.

2. Na espécie, não se fazem presentes quaisquer dos aludidos vícios.

3. Relativamente ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS, sustenta a União Federal que deve ser o ICMS efetivamente recolhido. Todavia, com efeito, o ICMS a ser excluído é o destacado nos documentos fiscais de saída, vez que é esse montante que integra a indigitada base de cálculo.

5. Na ocasião do julgamento do RE n. 574.706, a Ministra Cármen Lúcia enfrentou diretamente essa questão, consignando que o ICMS a ser excluído não é o ICMS "pago" ou "recolhido", mas o ICMS destacado na nota fiscal.

6. Assim sendo, repise-se, tem a impetrante o direito de excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS o valor integral do ICMS destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias do seu estabelecimento, inclusive após o advento da Lei nº 12.973/2014.

7. Embargos de declaração, opostos pela União Federal, que restam rejeitados.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5000702-41.2017.4.03.6143, Rel. Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, julgado em 22/04/2020, Intimação via sistema DATA: 24/04/2020)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA – TUTELA PROVISÓRIA. STF – RE Nº 574.706. ICMS – BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS – EXCLUSÃO. ICMS DESTACADO NAS NOTAS FISCAIS.

1. A jurisprudência tem se pautado na possibilidade do julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático. A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706 por ocasião da apreciação dos embargos de declaração consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

2. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.

3. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

4. Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5000823-63.2020.4.03.0000, Rel. Juiz Federal Convocado na Titularidade Plena LEILA PAIVA MORRISON, julgado em 16/04/2020, Intimação via sistema DATA: 23/04/2020)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE E CONTRADIÇÃO. DUPLOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1.022 do atual Código de Processo Civil, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado, e, ainda, corrigir erro material.

2. O caráter infringente dos embargos, por sua vez, somente é admitido a título excepcional, quando da eliminação da contradição ou da omissão decorrer, logicamente, a modificação do julgamento embargado.

3. O C. Supremo Tribunal Federal reafirmou seu entendimento anterior e pacificou a questão definindo, com repercussão geral, no julgamento do RE 574.706, que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, conforme acórdão publicado em 02/10/2017.

4. É sabido que, a despeito de não ter concluído o julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais, como, aliás, se denota do seguinte excerto daquele julgado.

5. É entendimento sedimentado do Superior Tribunal de Justiça que o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão (EDcl no MS 21.315-DF, Rel. Min. Divaldo Menezes de Faria, Desembargadora convocada do TRF da 3ª Região, julgado em 8/6/2016, DJe 15/6/2016 - Informativo de Jurisprudência nº 0585).

6. Duplos embargos de declaração rejeitados.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0003717-10.2019.4.03.9999, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 16/04/2020, e - DJF3 Judicial I DATA: 22/04/2020)

Quanto ao direito à compensação, deve ser assegurado à parte, sob pena de enriquecimento sem causa da União. A impetrante poderá compensar o montante indevidamente recolhido nos últimos cinco anos anteriores à propositura do writ, com atualização exclusivamente pela SELIC e observada a Res. 267/CJF, manejando a compensação com créditos de tributos administrados pela RFB, observando-se, todavia, o art. 26-A da Lei 11.457/2007 e o art. 170-A do CTN.

Sem condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.016/2009 e das Súmulas nºs 512 do STF e 105 do STJ.

Ante o exposto, nos termos do art. 932, IV, do Código de Processo Civil, **nego provimento** à remessa oficial e à apelação da União Federal.

Decorrido o prazo legal, baixemos autos ao juízo de origem.

Intime-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000991-88.2017.4.03.6105
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: BYSTRONIC GLASS DO BRASIL MAQUINAS PARA VIDROS LTDA.
Advogado do(a) APELADO: RAPHAEL STORANI MANTOVANI - SP278128-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000991-88.2017.4.03.6105
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 23/06/2020 2730/4253

APELADO: BYSTRONIC GLASS DO BRASIL MAQUINAS PARA VIDROS LTDA.
Advogado do(a) APELADO: RAPHAEL STORANI MANTOVANI - SP278128-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de embargos declaratórios opostos pela UNIÃO FEDERAL perante acórdão que negou provimento a seu agravo, nos seguintes termos:

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS FATURADO DEVE SER EXCLUÍDO, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NAQUELE JULGADO. RECURSO DESPROVIDO.

A União, com intuito de prequestionamento, aponta a falta de fundamentação ao se identificar o ICMS destacado, e que tal identificação não encontra guarida no pleito. No mérito, defende a aplicação da Solução de Consulta COSIT 13/18, com a exclusão do ICMS a recolher (123956920).

Resposta (128149659).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000991-88.2017.4.03.6105
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHONSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: BYSTRONIC GLASS DO BRASIL MAQUINAS PARA VIDROS LTDA.
Advogado do(a) APELADO: RAPHAEL STORANI MANTOVANI - SP278128-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Restou devidamente consignado no *decisum* a impossibilidade de suspensão do presente feito, à luz da tese fixada pelo STF no julgamento do RE 574.706, a qual esta Turma se sujeita ante o caráter vinculativo emprestado pelos arts. 1.039 e 1.040, III, do CPC/15. Ademais, não há determinação de sobrestamento, na forma do art. 1.035, § 5º, do CPC/15.

Conforme o resultado do paradigma, todo o ICMS deve ser expurgado da base de cálculo das duas contribuições (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019), já que, como se infere do voto da Ministra Relatora, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo, deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS. A propósito: RE 209314 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 14-09-2018 PUBLIC 17-09-2018.

A questão está inserida no pleito, cumprindo ao julgador qualificar os institutos discutidos entre as partes, sobretudo para dar exequibilidade à decisão. As partes trouxeram o paradigma RE 574.706 para discussão, devendo-se obedecer aos termos ali estipulados e delimitar a dimensão do direito reconhecido no processo. Consequentemente, fica afastada a tese de julgamento para além do pleito ou de inovação recursal.

Ausente qualquer omissão, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das nódoas do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

Pelo exposto, ausente qualquer vício previsto no art. 1.022 do CPC/15, **nego provimento** aos embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACORDÃO EMBARGADO QUE, EM SEDE DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO, TRABALHOU COM A DECISÃO DO STF POSTA NO RE 574.706/RS (*TEMA 69*), OCASIÃO EM QUE A TURMA ENTENDEU PELA PLENA APLICABILIDADE DO V. ARESTO DA SUPREMA CORTE, COM A INDICAÇÃO DO ICMS FATURADO COMO ELEMENTO A SER EXCLUÍDO. RECURSO DESPROVIDO

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002486-92.2017.4.03.6130
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: TUP - TECNOLOGIA EM USINAGEM DE PRECISAO LTDA.
Advogados do(a) APELADO: FABIO ROBERTO HAGE TONETTI - SP261005-A, MICHELLE HAGE TONETTI FURLAN
- SP287613-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002486-92.2017.4.03.6130
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: TUP - TECNOLOGIA EM USINAGEM DE PRECISAO LTDA.
Advogados do(a) APELADO: FABIO ROBERTO HAGE TONETTI - SP261005-A, MICHELLE HAGE TONETTI FURLAN
- SP287613-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de aclaratórios opostos pela UNIÃO FEDERAL contra acórdão que negou provimento a seu agravo, nos seguintes termos:

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS FATURADO DEVE SER EXCLUÍDO, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NAQUELE JULGADO. RECURSO DESPROVIDO.

A União, com intuito de prequestionamento, aponta a falta de fundamentação ao se identificar o ICMS destacado, e que tal identificação não encontra guarida no pleito. No mérito, defende a aplicação da Solução de Consulta COSIT 13/18, com a exclusão do ICMS a recolher (123957184).

Resposta (131648297).

É o relatório.

APELADO: TUP - TECNOLOGIA EM USINAGEM DE PRECISAO LTDA.
Advogados do(a) APELADO: FABIO ROBERTO HAGE TONETTI - SP261005-A, MICHELLE HAGE TONETTI FURLAN - SP287613-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Restou devidamente consignado no *decisum* a impossibilidade de suspensão do presente feito, à luz da tese fixada pelo STF no julgamento do RE 574.706, a qual esta Turma se sujeita ante o caráter vinculativo emprestado pelos arts. 1.039 e 1.040, III, do CPC/15. Ademais, não há determinação de sobrestamento, na forma do art. 1.035, § 5º, do CPC/15.

Conforme o resultado do paradigma, todo o ICMS deve ser expurgado da base de cálculo das duas contribuições (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019), já que, como se infere do voto da Ministra Relatora, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo, deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS. A propósito: RE 209314 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 14-09-2018 PUBLIC 17-09-2018.

A questão está inserida no pleito, cumprindo ao julgador qualificar os institutos discutidos entre as partes, sobretudo para dar exequibilidade à decisão. As partes trouxeram o paradigma RE 574.706 para discussão, devendo-se obedecer aos termos ali estipulados e delimitar a dimensão do direito reconhecido no processo. Consequentemente, fica afastada a tese de julgamento para além do pleito ou de inovação recursal.

Ausente qualquer omissão, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das nódoas do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

Pelo exposto, ausente qualquer vício previsto no art. 1.022 do CPC/15, **nego provimento** aos embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACÓRDÃO EMBARGADO QUE, EM SEDE DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO, TRABALHOU COM A DECISÃO DO STF POSTA NO RE 574.706/RS (*TEMA 69*), OCASIÃO EM QUE A TURMA ENTENDEU PELA PLENA APLICABILIDADE DO V. ARESTO DA SUPREMA CORTE, COM A INDICAÇÃO DO ICMS FATURADO COMO ELEMENTO A SER EXCLUÍDO. RECURSO DESPROVIDO

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5013094-41.2019.4.03.0000

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

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: OWENS CORNING FIBERGLAS A S LTDA

Advogado do(a) AGRAVADO: FABIO MARTINS DE ANDRADE - SP186211-S

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5013094-41.2019.4.03.0000

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

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: OWENS CORNING FIBERGLAS A S LTDA

Advogado do(a) AGRAVADO: FABIO MARTINS DE ANDRADE - SP186211-S

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração (ID 126190960) opostos pela UNIÃO FEDERAL em face de acórdão proferido pela Egrégia Sexta Turma desta Corte Federal que, por unanimidade, **negou provimento** ao seu agravo interno (ID 122753751).

Aduz a embargante que o r. acórdão padece do vício de **omissão** “quanto à impossibilidade levantamento dos depósitos judiciais efetuados em garantia do crédito tributário discutido nos autos”.

Manifestação da parte contrária (ID 131813072).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5013094-41.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOMDI SALVO

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: OWENS CORNING FIBERGLAS AS LTDA

Advogado do(a) AGRAVADO: FABIO MARTINS DE ANDRADE - SP186211-S

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

São possíveis embargos de declaração somente se a decisão judicial ostentar pelo menos um dos vícios elencados no art. 1.022 do CPC/15, o que não ocorre no presente caso.

Inexiste a alegada **omissão**, vez que o *decisum* embargado expressamente consignou que “transitada em julgado a decisão que julgou procedente o pedido da autora, a totalidade dos depósitos judiciais deve ser por ela levantado” e “eventuais inconsistências ou insuficiência de valores que ainda persistam deverão ser apurados e lançados pelo Fisco na via administrativa”. Destacou-se, ainda, que esta 6ª Turma, em juízo de retratação (art. 543-B, § 3º, do CPC/73), nos termos do voto do Relator, expressamente aplicou ao caso a jurisprudência firmada na Suprema Corte a respeito da matéria (RE nº 574.706/PR e RE nº 240.785/MG) de modo a “reconhecer à autora o direito de não se submeter à tributação da COFINS com a inclusão do ICMS em sua base de cálculo, permitindo-lhe o levantamento dos depósitos judiciais realizados mediante a ação cautelar nº 11177-19.1993.403.6100 após o trânsito em julgado desta causa”. E, por fim, ponderou-se que, naquela decisão, restou expresso que todo o ICMS faturado deve ser excluído do conceito de receita, nos termos em que definido pelo STF no julgamento do RE nº 574.706, não havendo qualquer “controvérsia” a ser dirimida quanto à questão.

O julgado embargado, portanto, tratou com clareza da matéria posta em sede recursal, com fundamentação suficiente para seu deslinde, nada importando - em face do art. 1022 do CPC/15 - que a parte discorde da motivação ou da solução dada em 2ª instância.

As razões veiculadas nestes embargos, a pretexto de sanarem suposto vício (**inexistente**) no julgado, demonstram, na verdade, o inconformismo da recorrente com os fundamentos adotados no *decisum* e a mera pretensão ao reexame da matéria, o que é impróprio na via recursal dos embargos de declaração (STJ, EDcl no REsp. 1428903/PE, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, j. 17/03/2016, DJ 29/03/2016).

Ou seja, "não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade (CPP, art. 619) - vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa" (STF, ARE 967190 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016).

É que "não se prestam os embargos de declaração, não obstante sua vocação democrática e a finalidade precípua de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, para o reexame das questões de fato e de direito já apreciadas no acórdão embargado" (STF, RE 721149 AgR-ED, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 02/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 24-08-2016 PUBLIC 25-08-2016).

E diante da ausência de qualquer vício na decisão vergastada, imperioso concluir pela **manifesta improcedência** deste recurso. Sim, pois "revelam-se manifestamente incabíveis os embargos de declaração quando ausentes do aresto impugnado os vícios de obscuridade, contradição, omissão ou erro material" (STJ, EDcl no REsp 1370152/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 29/06/2016).

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

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INOCORRÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS DO ARTIGO 1.022 DO CPC/15. IMPOSSIBILIDADE DE DESVIRTUAMENTO DOS DECLARATÓRIOS PARA OUTRAS FINALIDADES QUE NÃO ADEPERFEIÇOAMENTO DO JULGADO. RECURSO REJEITADO.

1. São possíveis embargos de declaração somente se a decisão judicial ostentar pelo menos um dos vícios elencados no art. 1.022 do CPC/2015, o que não ocorre no caso.

2. As razões veiculadas nestes embargos, a pretexto de sanarem suposto vício (**inexistente**) no julgado, demonstram, na verdade, o inconformismo da recorrente com os fundamentos adotados no *decisum* e a mera pretensão ao reexame da matéria, o que é impróprio na via recursal dos embargos de declaração (EDcl. No REsp. 1428903/PE, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Terceira Turma, j. 17/03/2016, DJ 29/03/2016).

3. Diante da ausência de qualquer vício na decisão vergastada, imperioso concluir pela **manifesta improcedência** deste recurso. Sim, pois "revelam-se manifestamente incabíveis os embargos de declaração quando ausentes do aresto impugnado os vícios de obscuridade, contradição, omissão ou erro material" (EDcl no REsp 1370152/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 29/06/2016).

4. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001922-66.2019.4.03.6123

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

APELANTE: BORGWARNER BRASIL LTDA

Advogados do(a) APELANTE: PEDRO WANDERLEY RONCATO - SP107020-A, TATIANA RONCATO ROVERI - SP315677-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001922-66.2019.4.03.6123

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

APELANTE: BORGWARNER BRASIL LTDA

Advogados do(a) APELANTE: PEDRO WANDERLEY RONCATO - SP107020-A, TATIANA RONCATO ROVERI - SP315677-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de agravo interposto pela impetrante contra decisão terminativa que negou provimento a seu apelo, confirmando a denegação da segurança para lhe reconhecer o direito de excluir valores de PIS/COFINS na base de cálculo do IPI, e de recuperar ou compensar os débitos tributários (128969240).

A impetrante reitera a impossibilidade da inclusão daqueles valores como valor total da operação, pois a incidência do PIS/COFINS não participa do valor da operação, mas incide simultaneamente com o IPI. Reitera também que a incidência de tributo sobre valores de outro tributo vem sendo rechaçada pelo STF, como destacado no RE 574.706.

Contrarrazões (131380756).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001922-66.2019.4.03.6123

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

APELANTE: BORGWARNER BRASIL LTDA

Advogados do(a) APELANTE: PEDRO WANDERLEY RONCATO - SP107020-A, TATIANA RONCATO ROVERI - SP315677-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O recurso não merece prosperar.

Como asseverado, a base de cálculo imposta pelo IPI é o valor total de saída do produto industrializado, compondo a tributação ali incidente, como o PIS/COFINS destacado em nota fiscal, o valor pago pelo adquirente do referido produto. Trouxe-se jurisprudência do STF no mesmo sentido: (RE 567935, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 04/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-216 DIVULG 03-11-2014 PUBLIC 04-11-2014 - RE 567276 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 22/09/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-222 DIVULG 06-11-2015 PUBLIC 09-11-2015 - RE 883943 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 04/08/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-184 DIVULG 16-09-2015 PUBLIC 17-09-2015 - RE 886790, Relator(a): Min. ROSA WEBER, julgado em 30/11/2015, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-243 DIVULG 01/12/2015 PUBLIC 02/12/2015).

“Assim, considerando que a Constituição não impede (salvo uma exceção) o cômputo de um tributo na quantificação de outro e que toda a legislação de regência estabelece que a base de cálculo do IPI é o valor total da operação, não se vislumbra possibilidade para a exclusão do PIS e da COFINS da base de cálculo do IPI, a qual nada tem a ver com faturamento ou receita”.

Por seu turno, não se aplica aqui a tese fixada no RE 574.706, voltada para a delimitação constitucional do conceito de receita ou de faturamento; e não de valor da operação.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo.

EMENTA

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO PIS/COFINS DA BASE DE CÁLCULO DO IPI. IMPOSSIBILIDADE. VALOR DA OPERAÇÃO, COMPOSTO TAMBÉM PELA TRIBUTAÇÃO INCIDENTE NA ALIENAÇÃO DO PRODUTO INDUSTRIALIZADO. POSSIBILIDADE DA INCIDÊNCIA DE TRIBUTOS SOBRE TRIBUTOS. INAPLICABILIDADE DA TESE FIXADA NO RE 574.706, CENTRADA NO ESCOPO CONSTITUCIONAL DE RECEITA OU DE FATURAMENTO. RECURSO DESPROVIDO.

1. A base de cálculo imposta pelo IPI é o valor total de saída do produto industrializado, compondo a tributação ali incidente, como o PIS/COFINS destacado em nota fiscal, o valor pago pelo adquirente do referido produto. Traz-se jurisprudência do STF no mesmo sentido: RE 567935, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 04/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-216 DIVULG 03-11-2014 PUBLIC 04-11-2014 - RE 567276 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 22/09/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-222 DIVULG 06-11-2015 PUBLIC 09-11-2015 - RE 883943 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 04/08/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-184 DIVULG 16-09-2015 PUBLIC 17-09-2015 - RE 886790, Relator(a): Min. ROSA WEBER, julgado em 30/11/2015, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-243 DIVULG 01/12/2015 PUBLIC 02/12/2015.

2. Inaplicabilidade do Tema nº 69/STF: não se aplica aqui a tese fixada no RE 574.706, voltada para a delimitação constitucional do conceito de receita ou de faturamento e não de valor da operação.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000443-23.2019.4.03.6128

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

APELANTE: GOODWIN INDUSTRIA E COMERCIO DE VALVULAS DE RETENCAO E BOMBAS SUBMERSAS LTDA

Advogado do(a) APELANTE: MARCOS TADEU CONTESINI - SP61106-N

APELADO: ANALISTA TRIBUTÁRIO DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000443-23.2019.4.03.6128

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

APELANTE: GOODWIN INDUSTRIA E COMERCIO DE VALVULAS DE RETENCAO E BOMBAS SUBMERSAS LTDA

Advogado do(a) APELANTE: MARCOS TADEU CONTESINI - SP61106-N

APELADO: ANALISTA TRIBUTÁRIO DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de apelação interposta por GOODWIN INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE BOMBAS SUBMERSAS LTDA contra sentença denegatória de seu pedido de segurança, feito para que seja analisada sua declaração de compensação, considerando-se a variação cambial existente e a possibilidade de compensação de estimativas mensais no ano de 2018, afastando-se a restrição legal trazida pela Lei 13.670/18.

Segundo a impetrante, alterou a apuração do IRPJ/CSLL do regime de competência para o regime de caixa durante o ano, em razão das variações cambiais, com a respectiva retificação de suas DCTF's e na forma do art. 30 da MP 2.158-35/01 e da IN RFB 1.079/10. Ante a existência de pagamentos feito a maior, pleiteou a compensação dos indébitos, indeferidos sem fundamentação.

Aduz que a limitação introduzida pelo art. 6º da Lei 13.670/18, impossibilitando a compensação de débitos apurados mensalmente por estimativa já no curso do exercício fiscal, viola ao princípio da segurança jurídica, frustrando legítima expectativa por parte dos contribuintes.

A autoridade impetrada defendeu a legalidade da restrição imposta, inexistindo ao contribuinte direito adquirido a regime de compensação (131390811).

Após aclaratórios, o juízo denegou a segurança pleiteada, reputando-se válida a aplicabilidade imediata da restrição ora impugnada, pois “(o) tributo continua a ser calculado da mesma forma. Os créditos do contribuinte não foram confiscados, podendo ser utilizados na forma prevista em lei ou serem objeto de restituição. O planejamento financeiro da empresa, que contava com a compensação durante todo o ano calendário, sob este aspecto específico, é risco do contribuinte. Não há violação de isonomia aos que apuram o tributo sobre o lucro real trimestralmente, já que se está proibindo a compensação com as estimativas mensais, e não quando o lucro real for apurado no fim do ano” (131390859).

A impetrante interpôs apelo (131390872).

Contrarrazões (131390876).

A Procuradoria Regional da República negou sua intervenção no feito (131563133).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000443-23.2019.4.03.6128

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

APELANTE: GOODWIN INDUSTRIA E COMERCIO DE VALVULAS DE RETENCAO E BOMBAS SUBMERSAS LTDA

Advogado do(a) APELANTE: MARCOS TADEU CONTESINI - SP61106-N

APELADO: ANALISTA TRIBUTÁRIO DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL, UNIAO FEDERAL-FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão (art. 74 da Lei nº 9.430/96).

Além das hipóteses previstas nas leis específicas de cada tributo ou contribuição, não poderão ser objeto de compensação mediante entrega, pelo sujeito passivo, da declaração referida no § 1º do art. 74 da Lei nº 9.430/96, os débitos relativos ao recolhimento **mensal por estimativa** do Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) apurados na forma do art. 2º dessa mesma lei. Essa é a redação dada pelo art. 6º da Lei nº 13.670, de 2018 ao art. 74, § 3º, IX, da Lei 9.430/96, ora combatida pela empresa que vinha se valendo da compensação de seus créditos como forma de quitação do IRPJ/CSLL - **estimativa**.

Por primeiro, a opção pelo regime tributário é feita no início do ano e diante dela a empresa "se programa" em matéria econômica e tributária, sendo lícito o planejamento tributário com vistas a economicidade empresarial. Feita a escolha, ela se torna irretirável, ou seja, a empresa vincula-se à opção feita ainda que, porventura, ela se torne inconveniente ao longo do período anual.

Parece ilógico que, nesse cenário em que uma atitude do contribuinte é tida como válida numa expectativa "sine die", o Poder Público legislador venha a mudar a regra fiscal abruptamente, de modo a quebrar-lhe o planejamento tributário e empresarial.

O princípio da segurança assumiu apreciável vigor no panorama do direito brasileiro, graças à recente alteração da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, eis que no seu art. 30 há um chamado das autoridades públicas "para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas...", sendo certo que a Lei nº 13.670 é posterior a esse comando normativo.

É certo que em matéria de compensação tributária, o entendimento jurisprudencial, inclusive em sede de recurso repetitivo é no seguinte sentido (destaquei):

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. LEI APLICÁVEL. VEDAÇÃO DO ART. 170-A DO CTN. INAPLICABILIDADE A DEMANDA ANTERIOR À LC 104/2001. 1. A lei que regula a compensação tributária é a vigente à data do encontro de contas entre os recíprocos débito e crédito da Fazenda e do contribuinte. Precedentes. 2. Em se tratando de compensação de crédito objeto de controvérsia judicial, é vedada a sua realização "antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial", conforme prevê o art. 170-A do CTN, vedação que, todavia, não se aplica a ações judiciais propostas em data anterior à vigência desse dispositivo, introduzido pela LC 104/2001. Precedentes. 3. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08. (REsp 1164452/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 02/09/2010)

Sucedem que no caso "sub iudice" existe a questão - séria - da insegurança trazida pela lei nova, sendo notável que o "imperium" do Estado não pode assumir feição absoluta a ponto de inviabilizar a relação de boa-fé objetiva (art. 187 do Cód. Civil, mas que é norma geral derivada até do bom senso) que deve vicejar entre Estado e contribuinte. A eticidade da legislação é um valor a se perseguir no estado democrático de direito. O saudoso ministro José Augusto Delgado escreveu que "interpretar as regras do Código Civil com base em princípios éticos é contribuir para que a idéia de justiça aplicada concretamente tome-se realidade" (destaquei); ora, se isso é correto no direito privado, com muito mais razão há de ocorrer na seara do direito público eis que a preponderância estatal deve guardar limites e as antigas noções de "fato do príncipe" hoje devem ser vistas "cum granulum salis".

Não se trata, neste momento e grau de jurisdição, de decretar a inconstitucionalidade da norma, mas sim de conferir-lhe um tratamento ético, que prestigie a boa-fé e a segurança jurídica, de sorte que o novel regime de compensação, no que tem de restritivo em relação à matéria aqui tratada, respeite o regime eleito pelo contribuinte para o ano de 2018, como lhe era permitido fazer, para, assim, poder operar no âmbito econômico sem surpresas.

Enfim, não custa aduzir que a segurança jurídica em matéria tributária tem sido prestigiada em julgados do STJ: AgInt no REsp 1619595/SC, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/10/2018, DJe 24/10/2018 - REsp 1669310/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/09/2018, DJe 27/09/2018.

Destarte, garante-se à impetrante compensar os débitos apurados mensalmente por estimativa no ano de 2018, não permitindo que a respectiva declaração de compensação cujo objeto sejam aqueles débitos seja indeferida por força da restrição introduzida pela Lei 13.670/18.

Pelo exposto, dou provimento ao apelo para conceder a segurança pleiteada.

É como voto.

EMENTA

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. ART. 74, § 3º, IX, DA LEI 9.430/96, NORMA INTRODUZIDA PELA LEI 13.670/18. VEDADA A COMPENSAÇÃO DE DÉBITOS ESTIMADOS DE IRPJ/CSLL. INAPLICABILIDADE PARA O EXERCÍCIO DE 2018. VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA E À LEGÍTIMA EXPECTATIVA DE MANUTENÇÃO DO REGRAMENTO TRIBUTÁRIO ENTÃO VIGENTE QUANDO DA OPÇÃO PELO REGIME DE ESTIMATIVAS PARA O ANO DE 2018. PRESERVAÇÃO DO PLANEJAMENTO FISCAL ADOTADO. DECLARAÇÃO DO DIREITO DE COMPENSAR OS CRÉDITOS. RECURSO PROVIDO PARA CONCEDER A SEGURANÇA.

1. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele órgão (art. 74 da Lei nº 9.430/96). Além das hipóteses previstas nas leis específicas de cada tributo ou contribuição, não poderão ser objeto de compensação mediante entrega, pelo sujeito passivo, da declaração referida no § 1º do art. 74 da Lei nº 9.430/96, os débitos relativos ao recolhimento mensal por estimativa do Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) apurados na forma do art. 2º dessa mesma lei. Essa é a redação dada pelo art. 6º da Lei nº 13.670, de 2018, ora combatida pela empresa que vinha se valendo da compensação de seus créditos como forma de quitação do IRPJ/CSLL - estimativa.

2. A opção pelo regime tributário é feita no início do ano e diante dela a empresa "se programa" em matéria econômica e tributária, sendo lícito o planejamento tributário com vistas a economicidade empresarial. Feita a escolha, ela se torna *irretratável*, ou seja, a empresa vincula-se à opção feita ainda que, porventura, ela se torne inconveniente ao longo do período anual.

3. É ilógico que, nesse cenário em que uma atitude do contribuinte é tida como válida numa expectativa "sine die", o Poder Público legislador venha a mudar a regra fiscal abruptamente, de modo a quebrar-lhe o planejamento tributário e empresarial. O princípio da segurança assumiu apreciável vigor no panorama do direito brasileiro, graças à recente alteração da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, eis que no seu art. 30 há um chamado das autoridades públicas "para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas...", sendo certo que a Lei nº 13.670 é posterior a esse comando normativo. Precedentes.

4. Existência da questão - séria - da *insegurança* trazida pela lei nova, sendo notável que o "imperium" do Estado não pode assumir feição absoluta a ponto de inviabilizar a relação de boa-fé objetiva (art. 187 do Cód. Civil, mas que é norma geral derivada até do bom senso) que deve vicejar entre Estado e contribuinte. A eticidade da legislação é um valor a se perseguir no estado democrático de direito.

5. Não se trata, neste momento e grau de jurisdição, de decretar a inconstitucionalidade da norma, mas sim de conferir-lhe um tratamento ético, que prestigie a boa-fé e a segurança jurídica, de sorte que o novel regime de compensação, no que tem de restritivo em relação à matéria aqui tratada, respeite o regime eleito pelo contribuinte para o ano de 2018, como lhe era permitido fazer, para, assim, poder operar no âmbito econômico sem surpresas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, deu provimento ao apelo para conceder a segurança, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002025-12.2016.4.03.6141
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
APELADO: CENTRO LOTERICO PERUIBE LTDA - ME
Advogado do(a) APELADO: THEO CAMPOMAR NASCIMENTO BASKERVILLE MACCHI - SP182608-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002025-12.2016.4.03.6141
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
APELADO: CENTRO LOTERICO PERUIBE LTDA - ME
Advogado do(a) APELADO: THEO CAMPOMAR NASCIMENTO BASKERVILLE MACCHI - SP182608-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de ação ordinária ajuizada por CENTRO LOTÉRICO PERUIBE LTDA em face da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL objetivando ver anulada a penalidade que lhe foi aplicada pela instituição financeira, com a reativação de seu sistema operacional e interrupção de quaisquer providências que estejam sendo tomadas para escolha de outra lotérica em seu lugar.

Relata a autora que, em janeiro de 2016, foi comunicada acerca de suposta irregularidade praticada, consistente na "comercialização de bolão não oficial" da Mega Sena. Afirma que a penalidade (revogação compulsória da permissão e a suspensão temporária das atividades) lhe foi aplicada antes da análise de sua defesa administrativa. Aduz desrespeito ao contraditório e à ampla defesa e abusividade da pena aplicada, haja vista a previsão de penalidade mais branda.

Após regular processamento, foi proferida sentença, com fulcro no art. 487, I, do CPC/15, julgando **parcialmente procedente** a ação para “1. Anular a penalidade de revogação da permissão imposta pela CEF à autora, em razão da ‘comercialização de bolão não oficial do concurso 1775 da Mega Sena’; 2. Determinar à CEF que, no prazo de 30 dias, reative o sistema operacional da autora, e interrompa quaisquer providências que porventura ainda estejam sendo tomadas para escolha de outra lotérica em seu lugar (desde que não existam outros impedimentos que não o objeto destes autos); 3. Condenar a CEF ao pagamento de indenização pelos danos materiais sofridos pela autora – lucros cessantes, em valor correspondente a 46 vezes 50% do lucro líquido mensal médio da autora do ano de 2015”. Custas *ex lege*. Honorários advocatícios a serem marcados por cada parte diante da sucumbência recíproca (ID 127940427).

Opostos embargos de declaração (ID 127940643), os quais foram rejeitados (ID 127940645).

A CEF apelou. Aduz, em síntese, que as provas colhidas nos autos comprovam que tanto a impressão quanto a venda do bilhete do bolão não oficial ocorreram dentro da lotérica em questão; que a mesma lotérica já foi punida anteriormente por fatos idênticos; que a autora ou compactua com a prática do ilícito administrativo em questão ou não é diligente na fiscalização de seus prestadores de serviço; que já há outra lotérica funcionando no endereço da autora, de modo que é impossível o cumprimento da r. sentença no tocante à interrupção de providências para escolha de outra lotérica; que a inicial foi aditada extemporaneamente (ID 127940649).

Oportunizada a apresentação de contrarrazões.

É o Relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002025-12.2016.4.03.6141
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

APELADO: CENTRO LOTERICO PERUIBE LTDA - ME
Advogado do(a) APELADO: THEO CAMPOMAR NASCIMENTO BASKERVILLE MACCHI - SP182608-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Exercendo atividade permitida - exploração de casa lotérica, hoje regida pela Lei nº 8.987/95 - a empresa deve, sem titubeios, atender o quanto é ditado no ato de permissão (delegação) do serviço, destacando-se a obrigação de **não comercializar** quaisquer jogos de azar, ainda que legalmente permitidos, salvo com prévia autorização por escrito da CEF.

Na singularidade, a CEF constatou que a autora/apelada estava procedendo - **mais uma vez**, pois já fora punida antes (2011) pela mesma prática - à venda irregular de “bolão”, razão pela qual foram aplicadas ao estabelecimento as penas previstas na legislação de regência.

O evento (venda de “bolão”) é incontestável, pois reconhecido pelo próprio agente do ilícito administrativo, *um prestador de serviços da apelada*, que se utilizou do acesso que possui aos computadores da lotérica para imprimir o comprovante de aposta.

A despeito das incongruências verificadas nos depoimentos colhidos pelo Juízo *a quo* quanto ao local da venda do bilhete do “bolão” (se dentro ou fora da casa lotérica) e ainda que o responsável pelo estabelecimento não tivesse promovido *sponte sua* a infração, é certo que **a empresa não pode se desonerar dos atos de seus prepostos**, diante da regra específica do inc. III do art. 932 do CC.

No tocante à responsabilidade específica do empreendedor lotérico por ato de seus empregados, veja-se: TJ/MG - AC: 10324060416454001 MG, Relator: José Flávio de Almeida, Data de Julgamento: 06/03/2013, Câmaras Cíveis / 12ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 18/03/2013 - TJ/RS - Recurso Cível: 71004327243 RS, Relator: Lucas Maltez Kachny, Data de Julgamento: 18/02/2014, Primeira Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 20/02/2014.

Ao aderir ao contrato de permissão de lotérica, o permissionário se obriga a cumprir os ditames da concessionária (CEF), não lhe sendo lícito reclamar ao ser punido por infração (confessada!) que pratica, ainda mais quando verificada a reiteração da conduta.

No ponto, convém aduzir que a penalidade aplicada é **plenamente possível**, porque é prevista antecipadamente pela CEF e é de efetiva ciência do permissionário, encontrando ambiente favorável na jurisprudência federal. Deveras, se a empresa sabe das consequências que poderão lhe advir caso descumpra as regras do contrato celebrado com a CEF, não há qualquer “surpresa” em desfavor dela. Ademais, no ponto, já se decidiu que “a permissão de serviços públicos se reveste dos atributos da discricionariedade, unilateralidade e precariedade, não sendo cabível, portanto, em sede de tutela antecipada o religamento de sinal dos terminais de aposta, mormente por constar da avença a possibilidade da CEF revogá-la unilateralmente a qualquer momento” (TRF/2ª. Região - AG: 200502010107295/RJ, Relator: Juiz Federal Convocado MARCELO PEREIRA/no afást. Relator, Data de Julgamento: 06/10/2009, OITAVA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: DJU - Data::13/10/2009 - Página145). O mesmo entendimento deve ser aplicado ao presente caso, não sendo cabível qualquer alegação de ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório (até porque foi oportunizada defesa administrativa) ou de abusividade da pena aplicada.

Em casos análogos, já decidiu esta E. Corte Federal:

AÇÃO ORDINÁRIA – PROCESSUAL E ADMINISTRATIVO – CERCEAMENTO DE DEFESA: INOCORRÊNCIA – REGULARIDADE DO PROCEDIMENTO – REVOGAÇÃO DE PERMISSÃO DE UNIDADE LOTÉRICA – PENALIDADE PERTINENTE – ATENÇÃO AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. 1. A preliminar de nulidade da r. sentença, por cerceamento de defesa, não têm pertinência. A produção de provas fica sob a avaliação do Juízo, segundo os critérios de utilidade e de necessidade. No caso, a solução depende da análise de documentos. A prova testemunhal é desnecessária. 2. A mera assinatura de documento essencialmente informativo, por meio do qual não foi aplicada ou comunicada qualquer penalidade – não gera o impedimento para a participação no Comitê de Avaliação. 3. Houve a expedição de avisos de irregularidades, sendo oportunizada a ampla defesa e o contraditório. 4. Não ficou caracterizado o julgamento “extra petita”. Ademais, compete à autoridade administrativa o poder-dever de fiscalizar a atividade decorrente de permissão, independentemente da provocação de terceiros. Deve realizar as medidas necessárias à apuração de irregularidades sobre as quais haja indícios. 5. A investigação administrativa iniciou-se em face de indícios de comercialização de apostas fracionadas irregularmente, divergentes da modalidade “Bolão Caixa”. A partir dos documentos fornecidos na seara administrativa, foi possibilitado o confronto e a verificação de identidade entre os números dos documentos fornecidos pelo requerente da investigação e as apostas emitidas no terminal lotérico vinculado à autora. Apurou-se, portanto, a existência da irregularidade, punível nos termos da Circular Caixa 621/2013. 6. A autora não se exime da responsabilidade por atos praticados em seu estabelecimento ou por seus prepostos. 7. As circunstâncias do caso evidenciam a participação, ainda que indireta, da unidade lotérica na confecção das frações. 8. Os fatos apurados na esfera administrativa – fracionamento de apostas por meio de documento inidôneo, com valor superior aos definidos em tabela e sem a imediata emissão de comprovante ao apostador – caracterizam infração contratual e regulamentar, capazes de ensejar a pena de revogação da permissão. 9. A fixação da pena mais grave não implica a aplicação pretérita de penalidade mais branda, desde que atendidos os critérios de razoabilidade e proporcionalidade. 10. No caso, o ato de revogação da permissão é regular. 11. Verba honorária majorada. 12. Apelação desprovida. (TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000753-44.2018.4.03.6102, Rel. Juiz Federal Convocado LEILA PAIVA MORRISON, julgado em 24/03/2020, e - DJF3 Judicial I DATA: 26/03/2020)

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. PRELIMINAR NULIDADE DA SENTENÇA POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDIONAL. PREJUDICADA. FUNCIONAMENTO. LOTÉRICAS. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. I - Inicialmente, quanto à preliminar de nulidade da r. sentença pelo fato de o MM. Juízo não ter refutado expressamente todos os argumentos deduzidos no processo acerca da possibilidade de vícios existentes no procedimento administrativo relativo à revogação compulsória da permissão da unidade lotérica tal fato confunde-se com o meritum causae e com este será analisado. II - A Autoridade coatora em suas informações alega que: "os atos praticados pela ex lotérica, reiteradamente, são aptos para a revogação da permissão outrora concedida, porque é incontroverso que Miriam Baldim sabia que não poderia fazer bolões não oficiais, expondo a imagem da CAIXA e os apostadores a riscos imensuráveis e desnecessários, em descumprimento as disposições contratuais e normativas das apostas.(...)" Com base nos motivos acima e conforme os documentos acostados às fls. 133/138 e 149/162, a revogação compulsória da Unidade Lotérica pela CEF se deu em razão da prática de venda de bolões não oficiais e não autorizados pela impetrada. A própria Miriam Baldim, representante da Lotérica, foi advertida da prática de comercialização de bolão não oficial, pagando multa no importe de R\$ 1.260,04 (mil, duzentos e sessenta reais e quatro centavos), conforme demonstra o documento juntado à fl. 145. III - A impetrante reiteradamente comercializou bolões não oficiais, deixando de cumprir as regras pertinentes da Caixa Econômica Federal - CEF, conforme inclusive constatado pela auditoria da CEF às fls. 163/165. IV - Portanto, contrariamente do afirmado, a impetrada cumpriu todos os procedimentos respeitando os princípios do contraditório e ampla defesa, uma vez que todos os avisos de irregularidades expedidos foram recebidos pela impetrante. V - Em suma, a autoridade coatora desenvolveu procedimento administrativo dentro da legalidade e respeitando a ampla defesa, permitindo oportunidade de manifestação à impetrante, das quais ao final decorreu a imposição de sanção consistente na suspensão do funcionamento dos terminais e na revogação da permissão, concedida pela referida instituição financeira, para explorar serviços lotéricos. VI - Preliminar prejudicada. Apelação não provida. (TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 367658 - 0006984-37.2016.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 17/05/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/05/2017)

Por fim, com a reforma da r. sentença, resta invertido o ônus sucumbencial. Assim, considerando-se a natureza da demanda e lapso temporal decorrido desde a sua propositura, bem como o trabalho realizado pelos patronos da vencedora, condeno a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios no percentual mínimo dos respectivos incisos do § 3º do art. 85 do NCPC, observando-se ainda o que disposto no § 4º, III, do mesmo dispositivo.

Ante o exposto, **dou provimento** à apelação.

É como voto.

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. LOTÉRICAS. COMERCIALIZAÇÃO DE “BOLÃO” NÃO OFICIAL DA MEGA SENA. APLICAÇÃO DE PENALIDADE DE REVOGAÇÃO DE PERMISSÃO DE FUNCIONAMENTO. LEGALIDADE. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. INOCORRÊNCIA, IN CASU. RECURSO PROVIDO. SUCUMBÊNCIA INVERTIDA.

1. Exercendo atividade permitida - exploração de casa lotérica, hoje regida pela Lei nº 8.987/95 - a empresa deve, sem titubeios, atender o quanto é ditado no ato de permissão (delegação) do serviço, destacando-se a obrigação de não comercializar quaisquer jogos de azar, ainda que legalmente permitidos, salvo com prévia autorização por escrito da CEF.

2. Na singularidade, a CEF constatou que a autora/apelada estava procedendo - mais uma vez, pois já fora punida antes (2011) pela mesma prática - à venda irregular de “bolão”, razão pela qual foram aplicadas ao estabelecimento as penas previstas na legislação de regência.

3. O evento (venda de “bolão”) é incontestável, pois reconhecido pelo próprio agente do ilícito administrativo, um prestador de serviços da apelada, que se utilizou do acesso que possui aos computadores da lotérica para imprimir o comprovante de aposta.

4. Apesar das incongruências verificadas nos depoimentos colhidos pelo Juízo *a quo* quanto ao local da venda do bilhete do “bolão” (se dentro ou fora da casa lotérica) e ainda que o responsável pelo estabelecimento não tivesse promovido *sponte sua* a infração, é certo que a empresa não pode se desonerar dos atos de seus prepostos, diante da regra específica do inc. III do art. 932 do CC.

5. A penalidade aplicada é plenamente possível, porque é prevista antecipadamente pela CEF e é de efetiva ciência do permissionário, encontrando ambiente favorável na jurisprudência federal. Deveras, se a empresa sabe das consequências que poderão lhe advir caso descumpra as regras do contrato celebrado com a CEF, não há qualquer "surpresa" em desfavor dela. Ademais, no ponto, já se decidiu que "a permissão de serviços públicos se reveste dos atributos da discricionariedade, unilateralidade e precariedade, não sendo cabível, portanto, em sede de tutela antecipada o religamento de sinal dos terminais de aposta, mormente por constar da avença a possibilidade da CEF revogá-la unilateralmente a qualquer momento" (TRF/2ª. Região - AG: 200502010107295/RJ, Relator: Juiz Federal Convocado MARCELO PEREIRA/no afast. Relator, Data de Julgamento: 06/10/2009, OITAVA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: DJU - Data::13/10/2009 - Página145). O mesmo entendimento deve ser aplicado ao presente caso, não sendo cabível qualquer alegação de ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório (até porque foi oportunizada defesa administrativa) ou de abusividade da pena aplicada.

6. Com a reforma da r. sentença, resta invertido o ônus sucumbencial. Assim, considerando-se a natureza da demanda e lapso temporal decorrido desde a sua propositura, bem como o trabalho realizado pelos patronos da vencedora, condena-se a parte autora/apelada ao pagamento de honorários advocatícios no percentual mínimo dos respectivos incisos do § 3º do art. 85 do NCPC, observando-se ainda o que disposto no § 4º, III, do mesmo dispositivo.

7. Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0019712-09.2008.4.03.6100

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: INDUSTRIAS J.B. DUARTE S/A.

Advogados do(a) APELADO: MIRIAM SAETA FRANCISCHINI - SP108850-A, ANDERSON KENNEDY ANTONUCCI - SP229916-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0019712-09.2008.4.03.6100

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: INDUSTRIAS J.B. DUARTE S/A.

Advogados do(a) APELADO: MIRIAM SAETA FRANCISCHINI - SP108850-A, ANDERSON KENNEDY ANTONUCCI - SP229916-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de apelação interposta pela UNIÃO FEDERAL contra sentença que: reconheceu a falta de interesse de agir da autora de débito já extinto por pagamento; homologou o pedido de renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação em relação a determinadas CDA's então impugnadas; e julgou improcedente o pleito da autora no que tange ao cancelamento de demais inscrições em Dívida Ativa.

Deu-se à causa o valor de R\$ 45.285.884,09.

O juízo afastou os fundamentos da autora no sentido de reconhecer a prescrição dos débitos, dada a adesão a parcelamento e posterior rescisão, e de nulidade do processo administrativo de constituição de determinados débitos, observada a legislação pertinente. Após provimento de apelo da autora e reconhecimento de nulidade de sentença anteriormente proferida por ser *citra petita*, refutou a inexigibilidade da majoração do FINSOCIAL em decorrência do julgamento proferido no RE 150764-1, pois os débitos em cobrança eram oriundos em período anterior, quando era legítima a cobrança, e restou comprovado o recálculo da alíquota por parte da União Federal.

O juízo condenou a autora ao pagamento de custas e honorários advocatícios, calculando-se o montante a partir da progressão contida no art. 85, §§ 3º e 5º, do CPC/15, e destinando-se o valor ao tesouro nacional, após declarar a inconstitucionalidade do art. 85, § 19, do CPC/15 e dos arts. 27 a 36 da Lei 13.327/16 (127185041 – fls. 979/987).

A União Federal interpôs apelo, asseverando a constitucionalidade das normas em comento e a compatibilidade do pagamento a advogados público com o regime de subsídios, e defendendo a aplicação do regime instituído pelo art. 85, § 3º, do CPC e a determinação de seus aspectos, como fundamentação, adoção de percentual e aferição da base de cálculo (127185041 – fls. 992/1.011).

Sem contrarrazões.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0019712-09.2008.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: INDUSTRIAS J.B. DUARTE S/A.
Advogados do(a) APELADO: MIRIAM SAETA FRANCISCHINI - SP108850-A, ANDERSON KENNEDY ANTONUCCI - SP229916-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O recurso merece prosperar

A previsão legal contida no art. 85, §19, do CPC/15 é compatível com o regime de subsídios ao qual a classe está sujeita, conferindo apenas, nos dizeres do Professor Nélon Nery Júnior, tratamento igualitário para os advogados públicos e privados, garantindo-se a natureza alimentar da verba em ambas as situações (Código de Processo Civil Comentado. Editora Revista dos Tribunais, 16ª Edição, p.481/482).

Nesse sentido milita a jurisprudência do STJ e deste TRF3: REsp 1644846/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 31/08/2017, REsp 1636124/AL, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 27/04/2017, TRF 3ª Região, 6ª Turma - ApCiv 5025075-71.2017.4.03.6100 – Desª Fed Cecília Marcondes - Intimação via sistema DATA: 09/01/2020 e TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000340-89.2018.4.03.6115, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 09/11/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 19/11/2018 e ApCiv 5015994-98.2017.4.03.6100 / TRF3 – SEXTA TURMA / DES. FED. JOHONSOM DI SALVO / 04.04.2020.

Não se entrevê vício de inconstitucionalidade nos dispositivos que o Juízo entendeu maculados.

Quanto à quantificação dessa verba honorária, pode parecer exacerbada diante das questões atinentes ao processo, essencialmente de Direito, e o conseqüente grau de desforço dos causídicos; todavia, como a parte adversa não se insurgiu contra isso, não há espaço para alteração diante da regra *ne reformatio in pejus*, considerando-se que o recurso foi apenas ventilado pela União. É regular a fixação nos percentuais mínimos de cada inciso do §3º, com a fórmula de cálculo prevista no §5º, ambos do artigo 85, do Código de Processo Civil de 2.015, o que será obedecido aqui.

Pelo exposto, dou provimento ao apelo da União Federal.

É como voto.

EMENTA

APELAÇÃO DA UNIÃO EM AÇÃO ORDINÁRIA. ATRIBUIÇÃO DA HONORÁRIA DEVIDA PELO AUTOR-VENCIDO AOS ADVOGADOS PÚBLICOS. COMPATIBILIDADE COM O REGIME DE SUBSÍDIOS (§ 19 DO ART. 85 DO CPC NÃO PADECE DE INCONSTITUCIONALIDADE). FIXAÇÃO DOS HONORÁRIOS DEVIDOS A PARTIR DOS PERCENTUAIS MÍNIMOS PREVISTOS NO ART. 85, § 3º, DO CPC/15, E DE ACORDO COM OS TERMOS DE SEU § 5º, A PARTIR DO PROVEITO ECONÔMICO: REGULARIDADE. RECURSO PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, deu provimento ao apelo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5004785-77.2019.4.03.6128
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHONSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: COLORMATRIX DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO DE PIGMENTOS E ADITIVOS LTDA.
Advogado do(a) APELADO: HAROLDO LAUFFER - RS36876-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5004785-77.2019.4.03.6128
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: COLORMATRIX DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO DE PIGMENTOS E ADITIVOS LTDA.
Advogado do(a) APELADO: HAROLDO LAUFFER - RS36876-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno contra decisão monocrática que negou **provimento ao apelo da União Federal e deu parcial provimento ao reexame necessário**, aplicando o **Tema 69 de repercussão geral**, para a exclusão do **ICMS faturado** da base de cálculo do PIS e da COFINS, **ainda reconhecendo** à impetrante o direito à compensação dos indébitos de PIS/COFINS.

O recurso foi respondido.

Relatei.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5004785-77.2019.4.03.6128
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: COLORMATRIX DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO DE PIGMENTOS E ADITIVOS LTDA.
Advogado do(a) APELADO: HAROLDO LAUFFER - RS36876-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

As razões do presente agravo interno não vão além da repetição dos argumentos já deduzidos em sede da apelação fazendária que foi decidida monocraticamente por este Relator, conforme se orienta a Sexta Turma desta Corte Regional.

Assim, ficam chancelados os argumentos que fundamentaram a decisão agravada.

O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a inclusão do ICMS (faturado) na base de cálculo do PIS e da COFINS, fazendo-o por ocasião do julgamento do RE nº 574.706. A corte, por maioria e nos termos do voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia, apreciando o tema nº 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

Esse entendimento é aplicável de pronto, não havendo que se falar em espera de embargos de declaração (sem efeito suspensivo) ou de modulação de efeitos da decisão plenária da Suprema Corte, já que esses dois eventos não estão consignados em lei como impedientes da aplicação imediata do decisor. Esse é o entendimento que vem sendo seguido nesta Corte Regional (3ª Turma, AI - AGRADO DE INSTRUMENTO - 5021518-72.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 08/11/2019, Intimação via sistema DATA: 13/11/2019), e de modo unânime nesta 6ª Turma (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000706-20.2017.4.03.6130, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 03/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/12/2019).

Deveras, a suspensão pretendida pelo Fisco esbarraria no art. 1.035, § 5º do NCPC.

De outro lado, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal – ao acolher o voto da ministra Relatora – no sentido de que, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada como faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019). Essa é a postura que este Relator sempre defende desde o momento em que surdiu o julgamento do Tema nº 69 (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000596-53.2018.4.03.6108, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 02/12/2019, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019).

Tratando-se de empresa comercial, resta claro que é contribuinte das três exações e que recolheu tributação a maior e poderá recuperá-la (quanto aos últimos cinco anos antes do ajuizamento da presente demanda), procedimento que deverá ser efetuado com tributos administrados pela SRF (no caso de compensação), nos termos do disposto na decisão recorrida, que se pauta pelo quando a lei e a jurisprudência definiram a respeito da repetição tributária.

Esses argumentos representam o bastante para decisão do caso, recordando-se que “o órgão julgador não é obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. Precedentes: AgInt nos EDcl no AREsp 1.290.119/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 30.8.2019; AgInt no REsp 1.675.749/RJ, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 23.8.2019; REsp 1.817.010/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 20.8.2019; AgInt no AREsp 1.227.864/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 20.11.2018” (AREsp 1535259/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/11/2019, DJe 22/11/2019)..

Pelo exposto, NEGO PROVIMENTO ao agravo interno.

É como voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO CONTRA DECISÃO DO RELATOR QUE APRECIOU MONOCRATICAMENTE APELAÇÃO DA UNIÃO FEDERAL PROPOSTA EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA. MATÉRIA DE FUNDO: EXCLUSÃO DO ICMS DESTACADO, NAS BASES DE CÁLCULO DE PIS E COFINS, COM DIREITO DE RECUPERAÇÃO DO INDÉBITO. DECISÃO BASEADA NA JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA NO TEMA 69 DO STF, SENDO INCABÍVEL A SUSTAÇÃO DO PROCESSO NO AGUARDADO DE POSSÍVEL MODULAÇÃO DE EFEITOS, A SER FEITA EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO AJUIZADOS PERANTE A SUPREMA CORTE (AUSÊNCIA DE BASE LEGAL). REPETIÇÃO ADEQUADAMENTE REGRADA, USANDO-SE O QUE A LEI PREVÊ PARA TAIS CASOS. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001577-64.2018.4.03.6114

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: PARANOIA INDUSTRIA DE BORRACHA S/A

Advogados do(a) APELANTE: LUCIANO SIQUEIRA OTTONI - SP176929-A, JOSE OTTONI NETO - SP186178-A, FABIO DI CARLO - SP242577-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de apelação interposta por PARANOIA INDUSTRIA DE BORRACHA S/A em face da r. sentença proferida em ação ordinária, objetivando que sejam declarados indevidos os valores pagos a maior a título de PIS/COFINS Importação, antes da vigência da lei nº 10.865/2004 e a condenação da ré a restituição, por compensação, de mencionados valores recolhidos.

A r. sentença julgou procedente o pedido, reconhecendo como indevido o recolhimento a título de PIS/COFINS Importação com inclusão do ICMS e das próprias referidas contribuições em sua base de cálculo, bem como garantindo à autora o direito de compensação das quantias indevidamente recolhidas a tais títulos nos cinco anos que precedem o ajuizamento da ação, nos termos do art. 74 da Lei nº 9.430/96, incidindo sobre as parcelas correção pela taxa SELIC, conforme art. 39, §4º, da Lei nº 9.250/96, mediante fiscalização da Autoridade competente. Sem honorários, em face do reconhecimento da procedência do pedido pela União Federal, em conformidade com a Lei nº 10.522/02, art. 19, § 1º. Sentença não sujeita ao reexame necessário, nos termos do disposto na Lei 10.522/02, art. 19, § 2º.

Em razões recursais, a parte autora sustenta, em síntese, que “em razão da entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, o qual já estava vigorando quando da prolação da r. sentença, verifica-se que a discussão de arbitramento de honorários Advocatícios na presente demanda está sujeita à consideráveis alterações, motivo pelo qual é de suma importância sua análise para a correta aplicação da legislação em vigor.” Alega que “de acordo com a nova regra, não importa de que forma se deu o julgamento da demanda, se por renúncia, desistência ou reconhecimento do pedido, a fixação de honorários de sucumbência é obrigatória e as custas são devidas pelo sucumbente, não havendo mais espaço para interpretação e tampouco utilização do malsinado art. 19 da Lei 10.522/2002”. Aduz a aplicação do princípio da causalidade. Requer o provimento do apelo, “a fim que seja reformada a sentença proferida em 1º grau, fixando os honorários entre 8 e 10 % do valor da condenação, nos termos do artigo 85, § 3º, inciso II e artigo 90, do Novo Código de Processo Civil, que corresponde ao benefício econômico da lide.”

Comcontrarrazões (ID 134363998), os autos subiram a esta E. Corte.

É o relatório.

Decido.

Preenchidos os pressupostos genéricos, conheço da apelação e passo ao seu exame.

Cabível na espécie o artigo 932, inciso IV, do Código de Processo Civil.

Cinge-se a controvérsia recursal, exclusivamente, à condenação em honorários advocatícios.

Com efeito, o C, Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que tendo a Fazenda Nacional reconhecido a procedência do pedido ao ser citada para apresentar resposta, aplica-se o art. 19, §1º, da Lei 10.522/2002, que a desonera do pagamento de honorários advocatícios. Nesse sentido, os seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. SUBMISSÃO À REGRA PREVISTA NO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 03/STJ. SUPOSTA OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC/2015. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. QUESTÃO ATRELADA AO REEXAME DE MATÉRIA DE FATO. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. CONDENÇÃO DA FAZENDA NACIONAL EM HONORÁRIOS DE ADVOGADO. DESCABIMENTO. ART. 19, § 1º, I, DA LEI 10.522/2002 (COMA REDAÇÃO DADA PELA LEI 12.844/2013). APLICABILIDADE.

1. Não havendo no acórdão recorrido omissão, obscuridade, contradição ou erro material, não fica caracterizada ofensa ao art.1.022 do CPC/2015.

2. O reexame de matéria de prova é inviável em sede de recurso especial (Súmula 7/STJ).

3. "De acordo com a atual redação do inciso I do § 1º do art. 19 da Lei n. 10.522/2002, que foi dada pela Lei n. 12.844/2013, a Fazenda Nacional é isenta da condenação em honorários de sucumbência nos casos em que, citada para apresentar resposta, inclusive em embargos à execução fiscal e em exceções de pré-executividade, reconhecer a procedência do pedido nas hipóteses dos arts. 18 e 19 da Lei n. 10.522/2002" (AgInt no AgInt no AREsp 886.145/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/11/2018, DJe 14/11/2018).

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 1544450/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/12/2019, DJe 12/12/2019)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ACOLHIMENTO. CONDENÇÃO DA FAZENDA EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 19, §1º, DA LEI 10.522/2002. SÚMULA 83/STJ.

1. "De acordo com a atual redação do inciso I do § 1º do art. 19 da Lei n. 10.522/2002, que foi dada pela Lei n. 12.844/2013, a Fazenda Nacional é isenta da condenação em honorários de sucumbência nos casos em que, citada para apresentar resposta, inclusive em embargos à execução fiscal e em exceções de pré-executividade, reconhecer a procedência do pedido nas hipóteses dos arts. 18 e 19 da Lei n.

10.522/2002". (AgInt no AgInt no AREsp 886.145/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 14/11/2018).

2. Recurso Especial não provido.

(REsp 1826361/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/11/2019, DJe 18/11/2019)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONDENÇÃO EM HONORÁRIOS. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. O ART. 19, § 1o. DA LEI 10.522/2002 PREVÊ O AFASTAMENTO DA CONDENÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS QUANDO A FAZENDA PÚBLICA RECONHECE EXPRESSAMENTE A PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. AGRAVO INTERNO DA CONTRIBUINTE A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Preceitua o art. 19 da Lei 10.522/2002 que, para que a Fazenda não sofra condenação em honorários advocatícios, é preciso que reconheça expressamente a procedência do pedido quando citada para apresentar resposta, sem que haja pretensão resistida.

2. No mesmo sentido é a jurisprudência desta Corte, de que o art. 19, § 1o. da Lei 10.522/2002 prevê o afastamento da condenação em honorários advocatícios quando a Fazenda Pública reconhecer expressamente a procedência do pedido (AgRg no REsp. 1.389.810/RS, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 18.9.2013). 3. Ressalta-se, ainda, que o STJ, ao julgar o REsp. 1.202.551/PR (Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe de 8.11.2011), firmou entendimento segundo o qual, havendo resistência à pretensão deduzida por parte da Fazenda Nacional ao apresentar Contestação impugnando o pedido formulado pela parte autora, impõe-se o afastamento da norma do art. 19, § 1o., I da Lei 10.522/2002. 4. Na hipótese dos autos, houve o acolhimento total do pedido do autor sem resistência por parte da Fazenda, que apenas apresentou Contestação a fim de informar que a questão foi solucionada no âmbito administrativo, de forma que não cabe a condenação em honorários, conforme disposto no art. 19 da Lei 10.522/2002. Precedentes: REsp. 1.645.066/RS, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 20.4.2017; REsp. 1.551.780/SC, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 19.8.2016).

5. Agravo Interno da Contribuinte a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp 437.958/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/03/2019, DJe 01/04/2019)

Nesse sentido, julgados desta E. Corte:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA. RECONHECIMENTO DA PROCEDÊNCIA DO PEDIDO PELA UNIÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE CONTESTAÇÃO. CONDENAÇÃO DA FAZENDA AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS: IMPOSSIBILIDADE. ISENÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 19, § 1º, I, DA LEI Nº 10.522/02. RECURSO PROVIDO.

1. De acordo com o inc. I do § 1º do art. 19 da Lei nº 10.522/02, a Procuradoria da Fazenda Nacional estará isenta do pagamento de honorários advocatícios sempre que, citada para apresentar resposta, expressamente reconhecer a procedência do pedido. É o caso dos autos.

2. Apelação provida.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0003052-41.2016.4.03.6105, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 21/02/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 28/02/2020)

PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 19, § 1º, DA LEI 10.522/2002. RECONHECIMENTO DA PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INDEVIDA. APELAÇÃO PROVIDA.

1. O E. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que tendo a Fazenda Nacional reconhecido a procedência do pedido ao ser citada para apresentar resposta, aplica-se o art. 19, §1º, da Lei 10.522/02, que a desonera do pagamento de honorários advocatícios. Precedentes.

2. Desse modo, uma vez que a União Federal foi citada no presente feito e apresentou manifestação reconhecendo a procedência do pedido, é de ser aplicado nesse caso o artigo 19, §1º, da Lei nº 10.522/2002, que prevê expressamente a ausência de condenação em honorários advocatícios.

3. Apelação provida.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5003176-08.2017.4.03.6103, Rel. Desembargador Federal DIVA PRESTES MARCONDES MALERBI, julgado em 06/09/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 12/09/2018)

APELAÇÃO EM AÇÃO ORDINÁRIA. TRIBUTÁRIO. NÃO INCLUSÃO DO ICMS E DAS PRÓPRIAS CONTRIBUIÇÕES NO PIS/COFINS IMPORTAÇÃO. RE 559.937/RS, SUBMETIDO AO REGIME DO ART. 543-B DO CPC/73. RECONHECIMENTO DO PEDIDO PELA UNIÃO FEDERAL JÁ EM CONTESTAÇÃO E NÃO COMPROVADO ÓBICE ADMINISTRATIVO A EVENTUAL PEDIDO DE REPETIÇÃO/COMPENSAÇÃO. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE E INCIDÊNCIA DO ART. 19, § 1º, I, DA LEI 10.522/02. AFASTADA A CONDENAÇÃO DA UNIÃO FEDERAL AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APELO PROVIDO.

1. Inexistente nos autos resistência ao pedido por parte da ré, e não comprovado qualquer óbice administrativo à compensação dos valores já recolhidos, não se torna possível imputar à União Federal a responsabilidade pela existência da presente ação, devendo lhe ser afastada a condenação em honorários advocatícios. É o que se depreende de remansosa jurisprudência do STJ no sentido de que a distribuição dos ônus sucumbenciais deve obedecer ao princípio da causalidade, orientação pela qual deve ser interpretado o disposto no art. 19, § 1º, I, da Lei 10.522/02. Precedentes.

2. Não se faz necessário que a União Federal expressamente reconheça o pleito autoral quando do conteúdo de sua resposta se possa depreender o reconhecimento (REsp 1645066/RS/STJ - SEGUNDA TURMA/MIN. HERMAN BENJAMIN/DJe 20/04/2017).

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2237746 - 0007867-33.2015.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, julgado em 08/03/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/03/2018)

AÇÃO DECLARATÓRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 19, § 1º, DA LEI 10.522/2002. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DA UNIÃO. HIPÓTESE CONFIGURADA. DISPENSA DO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

1. Não se conhece do agravo retido interposto pela parte autora, ante a ausência de reiteração para seu conhecimento nas razões de apelo.

2. A Autora, ora apelante, ajuizou a presente demanda pretendendo o reconhecimento da prescrição dos créditos tributários oriundos do Processo Administrativo nº 13805.004.893/98-07. A União reconheceu a ocorrência da prescrição e expressamente deixou de contestar a demanda.

3. A reiterada jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça é no sentido de isentar a Fazenda Nacional do pagamento de honorários, nos casos de ação declaratória, quando ela, ao ser citada para apresentar resposta, reconhece a procedência do pedido da parte contrária, conforme preconiza o art. 19, §1º da Lei nº 10.522/02.

4. Agravo retido não conhecido. Apelo desprovido.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0006713-54.2014.4.03.6119, Rel. Desembargador Federal MARCELO MESQUITA SARAIVA, julgado em 01/06/2020, Intimação via sistema DATA: 03/06/2020)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. EXECUÇÃO FISCAL. EXTINÇÃO POR PRESCRIÇÃO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. CONCORDÂNCIA COM A EXTINÇÃO. ACOLHIMENTO. VERBA DE SUCUMBÊNCIA. ARTIGO 19, § 1º, I, DA LEI 10.522/2002.

1. Excepcionando as regras de causalidade do Código de Processo Civil, o artigo 19, § 1, I, da Lei 10.522/2002 prevê que fica isenta a Fazenda Nacional do pagamento de verba honorária se houver o reconhecimento da procedência do pedido formulado pela executada, o que se verificou no caso dos autos.

2. O propósito da norma é assegurar que a lide seja composta com vantagens recíprocas às partes, evitando a continuidade do litígio. No caso de execução fiscal, a executada é favorecida com a imediata extinção do processo, enquanto a exequente deixa de arcar com a verba honorária de sucumbência. Não importa discutir, na espécie, a causa de pedir, se o fundamento da extinção é a prescrição do artigo 174, CTN, ou a prescrição intercorrente, pois o relevante é que o pedido, em si, de extinção da execução fiscal não sofreu resistência fazendária, tendo sido proferida sentença com o acolhimento do pedido.

3. Apelação desprovida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0045146-26.2000.4.03.6182, Rel. Desembargador Federal LUIS CARLOS HIROKI MUTA, julgado em 08/05/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 13/05/2020)

PROCESSUAL CIVIL. ART. 19, §1º, DA LEI N. 10.522/2002. RECONHECIMENTO DO PEDIDO. CONDENAÇÃO DA FAZENDA NACIONAL EM HONORÁRIOS. DISPENSA. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

1. Nos termos do art. 19, §1º, da Lei n. 10.522/2002, não haverá condenação em honorários advocatícios quando a Fazenda Pública reconhecer a procedência do pedido formulado pelo contribuinte no prazo da resposta, hipótese dos autos.

2. O art. 19, §1º, da Lei 10.522/02 constitui regra voltada a excepcionar a condenação de honorários em processos submetidos ao rito previsto no Código de Processo Civil.

3. Não há que se falar em inaplicabilidade da Lei nº 10.522/02, após a vigência do CPC/15. Isso porque o disposto no art. 19, §1º, da Lei nº 10.522/02, por ser lei especial, deve prevalecer sobre a regra geral insculpida no art. 90 do CPC.

4. Apelação não provida.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5009747-52.2018.4.03.6105, Rel. Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, julgado em 04/05/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 07/05/2020)

Da análise dos autos, observa-se que ao ser citada, a União Federal (Fazenda Nacional) ofereceu contestação (ID 134363926) informando que “A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional editou a Portaria PGFN nº 294/2010, que em seu art. 1º dispensa a apresentação de defesa nos casos de RE E RESP julgados, em desfavor da fazenda nacional, na forma dos arts. 543-B e 543-C do CPC. Quanto ao tema relativo à exclusão do valor do ICMS incidente no desembaraço aduaneiro e das contribuições do PIS e COFINS da base de cálculo, existe dispensa de defesa veiculada através da Mensagem Eletrônica PGFN/CRJ nº 01 de 04 de fevereiro de 2015.”, bem como “reconhece-se juridicamente o pedido autoral, oportunidade em que esse r. Juízo deverá abster-se de condenar a União em honorários advocatícios, nos termos do art. 19, §1º da Lei 10.522/02.”

Desse modo, uma vez que a União Federal foi citada no presente feito e apresentou contestação reconhecendo a procedência do pedido, é de ser aplicado nesse caso o artigo 19, §1º, da Lei nº 10.522/2002, que prevê expressamente a ausência de condenação em honorários advocatícios.

Assim, é de ser mantida a r. sentença

Ante o exposto, com fulcro no artigo 932, inciso IV, do Código de Processo Civil, **nego provimento** à apelação da parte autora.

Decorrido o prazo legal, baixemos autos ao juízo de origem.

Intime-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5012093-70.2017.4.03.6182
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: NESTLE BRASIL LTDA.
Advogado do(a) APELANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A
APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5012093-70.2017.4.03.6182
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: NESTLE BRASIL LTDA.
Advogado do(a) APELANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A
APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO
O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansomdi Salvo, Relator:

Trata-se de **embargos à execução fiscal** opostos por NESTLÉ BRASIL LTDA. em face da execução ajuizada pelo INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA, QUALIDADE E TECNOLOGIA - INMETRO, visando a cobrança de multa.

Narra a embargante que foi lavrado pelo INMETRO, em face da embargante, autos de infração sob a alegação de divergência entre o peso constante da embalagem de alguns produtos da marca Nestlé e o peso real desses produtos.

Inicialmente, alega a embargante nulidades do auto de infração e do processo administrativo. Nesse passo, alega:

a) ausência de informações essenciais no auto de infração;

b) não há no laudo pericial a completa identificação dos produtos examinados, como a data de fabricação e número dos lotes, e não foram preenchidos formulário de preenchimento obrigatório segundo as normas da DIMEL (Diretoria de Metrologia) e, por esta razão, sustenta a nulidade absoluta do auto de infração, nos termos dos artigos 11, parágrafo único e 12 da Resolução 08/2006 do CONMETRO;

c) preenchimento incorreto das informações do campo demonstrativo para estabelecimento de penalidades e a inexistência de penalidade no auto de infração, que culminou no cerceamento de defesa da embargante e, por esta razão, sustenta a nulidade absoluta do auto de infração, nos termos dos artigos 11, parágrafo único e 12 da Resolução 08/2006 do CONMETRO, bem como dos artigos 8º e 53 da Lei nº 9.784/99, entendimento corroborado pelas Súmulas 346 e 473 do C. STF;

e) a ausência de motivação e fundamentação para aplicação da penalidade de multa após a homologação do auto de infração em processo administrativo, diante da carência de fundamentação no que diz respeito aos critérios utilizados para fixação da penalidade de multa e para a quantificação desta acima do patamar mínimo legal, uma vez que o artigo 8º, I, da Lei nº 9.933/99 prevê a possibilidade de o infrator ser penalizado com advertência antes da aplicação da penalidade de multa, bem como por ter sido fixado valor distante do mínimo legal sem motivação adequada.

No mérito, alega que as ínfimas diferenças apuradas não caracterizam infração às normas legais e a imaterialidade dos desvios apontados, por serem irrisórios.

Afirma que a embargante possui controle interno de medição e pesagem dos produtos e diferenças mínimas podem ter sido provocadas por questões alheias ao processo de fabricação.

Relata o controle interno de medição e pesagem dos produtos, que inclui a pesagem amostral em escala estatística de balança dinâmica, pesagem automática de todas as unidades fabricadas através de balança estatística e a pesagem amostral para acompanhamento de cartas de controle (controle do peso líquido em tempo real). Descreve o “controle dinâmico” realizado especificamente em relação aos produtos objetos das infrações ora discutidas na via administrativa.

Afirma a necessidade de refazimento da perícia, uma vez que as coletas das amostras acabam sendo realizadas apenas no ponto de venda, quando já expostas a fatores externos, sendo que nenhuma avaliação foi realizada diretamente na fábrica da embargante para avaliar se o produto saiu da linha de produção dentro dos parâmetros metrológicos, ou não.

Alega ainda ilegalidade na mensuração da penalidade aplicada à embargante, pela não verificação da gravidade da infração, vantagem auferida, prejuízo causado ao consumidor, e a repercussão social da infração. Alega que deve ser aplicada a pena de advertência, conforme estabelece o § 1º, do artigo 9º, da Lei nº 9.933/99.

Alega disparidade entre os critérios de apuração de multas em cada Estado, a disparidade entre os critérios de apuração de multas entre os produtos. Conclui haver abusividade haja vista a absoluta falta de razoabilidade na aplicação de multa, o que enseja o reconhecimento de ilegalidade.

Requer seja (i) declarada a nulidade dos autos de infração e processos administrativos diante do equívoco preenchimento do quadro demonstrativo para estabelecimento de penalidade; (ii) declarada a nulidade dos processos administrativos pela falta de motivação das decisões sancionatórias; ou (iv) determinado o refazimento da avaliação em produtos coletados na fábrica, diante da contraprova produzida pela embargante, evitando-se com isso a manutenção da punição indevida e, ao final, sejam acolhidos e julgados totalmente procedentes os presentes embargos à execução fiscal, para o fim de extinguir a execução fiscal embargada.

Valor atribuído à causa: R\$ 15.604,12 (ID 128502819).

Em sua impugnação o INMETRO afirma que nada há de ilegal na autuação procedida, com fulcro nos artigos 1º e 5º da Lei nº 9.933/99 e que as infrações são formais, não havendo no que se perquirir acerca dos elementos subjetivos da conduta e, havendo a infração legal, o Inmetro está compelido por lei a processar e julgar as infrações e aplicar ao infrator as penalidades. Acresce que a autuação metrológica tem como objetivo a garantia do interesse do consumidor em sentido amplo e a lealdade concorrencial.

Sustenta a legalidade da multa aplicada, a não exorbitância e desproporcionalidade da multa aplicada e a impossibilidade da conversão em advertência. Menciona a discricionariedade do Executivo e os antecedentes da embargante junto à Autarquia.

Sustenta que não há que se falar em insignificância da infração em razão da quantidade de produtos comercializados, tratando-se que toneladas de produtos comercializados a menor, ocasionando o enriquecimento ilícito da embargante. Afirmo que as multas aplicadas por infração à legislação metrológica, além do caráter punitivo, evidenciam claro sentido pedagógico e preventivo.

Afirmo que o tipo de penalidade e respectiva gradação só são cominados após regular processo, em decisão administrativa, bem como que a embargante é reincidente, o que fundamenta a aplicação da sanção na modalidade de multa.

Aduz a impossibilidade de refazimento da perícia.

Alega que os produtos devem chegar ao consumidor com a exata correspondência entre o peso indicado e o peso efetivo.

Requer sejam julgados improcedentes os embargos.

Manifestação da embargante, oportunidade em que requereu a produção de prova pericial para a avaliação de produtos coletados na fábrica.

Indeferida a prova pericial.

Em 23.10.2019 sobreveio a r. sentença de **improcedência** dos embargos, com fulcro no artigo 487, I, do CPC, mantida em 05.12.2019. Sem condenação em honorários advocatícios em razão do encargo legal previsto no Decreto-lei 1.025/69, incluído na CDA.

Inconformada, **apela a embargante**.

Preliminarmente, requer seja a r. sentença anulada por ter sido 'extra petita', isso porque foram analisadas duas nulidades referentes ao quadro demonstrativo que NÃO foram arguidas pela Apelante, quais sejam: i) o produto fiscalizado ter sido considerado como "produto indispensável"; ii) ter constado de tal documento que a diferença de conteúdo das embalagens examinadas estaria na faixa de 1,6% a 3,0%.

Alega cerceamento de defesa por entender necessária a produção de prova pericial.

No mais, repisa os argumentos expendidos na inicial e requer a reforma da r. sentença para que os embargos sejam julgados procedentes e seja afastada a multa imposta. Subsidiariamente requer a redução do valor aplicado.

Recurso respondido.

É o relatório.

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansomdi Salvo, Relator:

Ab initio, verifica-se que a sentença é ultra petita, na medida em que a d. Juíza de Origem ao apreciar as nulidades referentes ao quadro demonstrativo, quais sejam: i) o produto fiscalizado ter sido considerado como “produto indispensável” e ii) ter constado de tal documento que a diferença de conteúdo das embalagens examinadas estaria na faixa de 1,6% a 3,0%, extrapolou os limites da pretensão.

Desse modo, restrinjo o julgado aos limites do pedido.

No mais, colaciono os dispositivos legais da Lei 9.933/99 concernentes aos presentes embargos.

“Art. 1º Todos os bens comercializados no Brasil, insumos, produtos finais e serviços, sujeitos a regulamentação técnica, devem estar em conformidade com os regulamentos técnicos pertinentes em vigor.

(...)

Art. 5º As pessoas naturais ou jurídicas, públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, que atuem no mercado para prestar serviços ou para fabricar, importar, instalar, utilizar, reparar, processar, fiscalizar, montar, distribuir, armazenar, transportar, acondicionar ou comercializar bens são obrigadas ao cumprimento dos deveres instituídos por esta Lei e pelos atos normativos expedidos pelo Conmetro e pelo Inmetro, inclusive regulamentos técnicos e administrativos.

(...)

Art. 8º Caberá ao Inmetro ou ao órgão ou entidade que detiver delegação de poder de polícia processar e julgar as infrações e aplicar, isolada ou cumulativamente, as seguintes penalidades:

I - advertência;

II - multa;

III - interdição;

IV - apreensão;

V - inutilização;

VI - suspensão do registro de objeto;

VII - cancelamento do registro de objeto.

Parágrafo único. Na aplicação das penalidades e no exercício de todas as suas atribuições, o Inmetro gozará dos privilégios e das vantagens da Fazenda Pública.

Art. 9º A pena de multa, imposta mediante procedimento administrativo, poderá variar de R\$ 100,00 (cem reais) até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais).

§ 1º Para a gradação da pena, a autoridade competente deverá considerar os seguintes fatores:

I - a gravidade da infração;

II - a vantagem auferida pelo infrator;

III - a condição econômica do infrator e seus antecedentes;

IV - o prejuízo causado ao consumidor; e

V - a repercussão social da infração. “

COMUNICADO DE PERÍCIA

Verifico do processo administrativo 20447/14, Auto de Infração nº 2666714, que o comunicado de perícia foi enviado à empresa em 11.09.2014 informando a realização da perícia em 19.09.2014.

Não se verifica qualquer ilegalidade. Ademais, a embargante apresentou defesa no processo administrativo.

CERCEAMENTO DE DEFESA

A embargante alega cerceamento de defesa ante o indeferimento da produção de prova pericial requerida, qual seja, prova pericial realizada na fábrica como fito de demonstrar que os produtos não saíram da fábrica com qualquer irregularidade.

Não há que se falar em cerceamento de defesa pela negativa de produção de prova pericial como requerida pela embargante, tal prova se revelaria inútil ao deslinde do caso pois qualquer conclusão obtida não teria o condão de invalidar o auto de infração lavrado.

Eventuais produtos periciados na fábrica não seriam os mesmos que foram o objeto da atuação e tal perícia não elidiria a presunção de certeza e liquidez da CDA.

Ademais, o artigo 370 do CPC/2015 dispõe em seu parágrafo único que “o juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

INFORMAÇÕES ESSENCIAIS NO AUTO DE INFRAÇÃO

A embargante alega que não consta do Laudo Pericial a data de fabricação dos produtos.

No entanto, o que se extrai do “termo de coleta de produtos pré-medidos” constantes dos processos administrativos é que há a identificação necessária dos produtos fiscalizados, nos termos do artigo 7º da Resolução 8 de 20/12/2006 do CONMETRO, e inclusive a data de validade dos produtos.

Importante salientar que a empresa foi notificada da perícia com indicação de data, hora e local, que poderia ser acompanhada por um representante legal da empresa.

A embargante alega a nulidade do procedimento administrativo em razão da ausência de preenchimento dos formulários da DIMEL – Diretoria de Metrologia, documentos que reputa indispensáveis à instrumentalidade do auto de infração e que antecedem o auto de infração.

No entanto, a embargante não comprovou qualquer prejuízo que tenha sofrido com a ausência de tais relatórios.

Repito, o auto de infração contém todos os requisitos legais necessários e as informações constantes foram suficientes para a defesa da embargante.

INEXISTÊNCIA DE PENALIDADE NO AUTO DE INFRAÇÃO

A Resolução 8 de 20/12/2006 do CONMETRO, que dispõe sobre o regulamento administrativo para processamento e julgamento das infrações nas Atividades de Natureza Metrológica e da Avaliação da Conformidade de produtos, dispõe acerca dos elementos que devem constar do auto de infração, em seu artigo 7º, *in verbis*:

“Art. 7º Deverá constar do auto de infração:

I - local, data e hora da lavratura;

II - identificação do autuado;

III - descrição da infração;

IV - dispositivo normativo infringido;

V - indicação do órgão processante;

VI - identificação e assinatura do agente autuante;”

Dessa forma, o que se vê é que se faz desnecessário constar do auto de infração a penalidade que será, se o caso, aplicada no curso do processo administrativo, com a individualização da sanção.

ÍNFI M A D I F E R E N Ç A A P U R A D A

Verifica-se do processo administrativo que a embargante foi autuada por verificar a fiscalização que os produtos foram reprovados, em exame pericial quantitativo, no critério individual e/ou no critério da média, conforme o Laudo de Exame Quantitativo de Produtos Pré-Medidos. Foi autuada por infração ao disposto nos artigos 1º e 5º da Lei nº 9.933/99 c/c item 3, subitem 3.1, tabela II, do Regulamento Técnico Metroológico aprovado pelo artigo 1º da Portaria INMETRO 248/2008 .

Não há que se falar em Princípio da Insignificância, tendo em vista que várias unidades do mesmo produto foram submetidas à medição e reprovadas pelo da média, no qual é levado em consideração um desvio padrão do conjunto, que se consubstancia numa tolerância permitida pela norma técnica e, ainda, tendo em conta que o resultado obtido no exame pericial não dá margem para interpretações subjetivas.

C O N T R O L E R E A L I Z A D O N A F Á B R I C A

A responsabilidade do fabricante é objetiva, conforme dispõe o artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor. A alegação genérica – ou até mesmo a comprovação – de que a embargante efetua o controle em sua fábrica para que não haja comercialização de produtos com peso abaixo do normal e que eventual variação de peso existente somente poderia se dar em razão de fatores externos, não possui o condão de afastar a presunção de veracidade do auto de infração.

P E N A L I D A D E A P L I C A D A

A escolha da sanção mais adequada ao caso concreto, assim como a **valoração da multa administrativa** dentro dos limites permitidos no ordenamento, inserem-se no âmbito do mérito administrativo, cuja apreciação pelo Judiciário fica restringida a sua legalidade - incluída aqui a proporcionalidade da medida. Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ANULATÓRIA DE AUTO DE INFRAÇÃO. AFERIÇÃO EM BOMBAS DE COMBUSTÍVEIS. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. ART. 8º DA LEI 9.933/99. PENALIDADES. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO ISOLADA OU CUMULATIVA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA. PLENA OBSERVÂNCIA.

1. Não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adota, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

2. Ainda que por fundamentos diversos, o aresto atacado abordou todas as questões necessárias à integral solução da lide, concluindo, no entanto, que: (a) não há dispositivo legal que preceitue a aplicação sucessiva das penas por infração dos dispositivos da Lei 9.933/99, de molde a dar precedência à penalidade de advertência; (b) a exigência das multas tem lastro em prévia autuação, não tendo sido demonstrada a preterição de formalidades legais ou a supressão do direito de defesa na via administrativa.

3. O art. 8º da Lei 9.933/99 não prevê ordem na aplicação das penas que estipula. Ao revés, dispõe expressamente que tais penalidades podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, sem a necessidade de se advertir, previamente, o administrado, para que possa sanar o defeito constatado pela autoridade administrativa.

4. Os atos da Administração Pública devem sempre pautar-se por determinados princípios, entre os quais está o da legalidade. Por esse princípio, todo e qualquer ato dos agentes administrativos deve estar em total conformidade com a lei e dentro dos limites por ela traçados.

5. A aplicação de sanções administrativas, decorrente do exercício do poder de polícia, somente se torna legítima quando o ato praticado pelo administrado estiver previamente definido pela lei como infração administrativa.

6. "Somente a lei pode estabelecer conduta típica ensejadora de sanção. Admite-se que o tipo infracionário esteja em diplomas infralegais (portarias, resoluções, circulares etc), mas se impõe que a lei faça a indicação" (REsp 324.181/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 12.5.2003).

7. Hipótese em que a autoridade administrativa, na fixação do valor da multa, observou os limites definidos no art. 9º da Lei 9.933/99. Não cabe ao Poder Judiciário adentrar o mérito do ato administrativo.

8. "Nos atos discricionários, desde que a lei confira à administração pública a escolha e valoração dos motivos e objeto, não cabe ao Judiciário rever os critérios adotados pelo administrador em procedimentos que lhe são privativos, cabendo-lhe apenas dizer se aquele agiu com observância da lei, dentro da sua competência" (RMS 13.487/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 17.9.2007).

9. Recurso especial desprovido.

(REsp 983.245/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/12/2008, DJe 12/02/2009)

ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. INMETRO. MULTA ADMINISTRATIVA. VALOR FIXADO DENTRO DO LIMITE LEGAL. CAMPO DE DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVIDOS PELA EMBARGANTE. RECURSO DE APELAÇÃO DA EMBARGANTE IMPROVIDO. RECURSO DE APELAÇÃO DO INMETRO PROVIDO. (...)

XIII - Multa dentro do limite do quantum previsto no inciso I, do art. 9º, da Lei nº 9.933/99. Para aplicação da penalidade, a autoridade competente leva em consideração, além da gravidade da infração, a vantagem auferida pelo infrator, sua condição econômica e seus antecedentes e o prejuízo causado ao consumidor.

XIV - A Administração Pública deve se nortear pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade na aplicação de penalidades, sendo cabível sua revisão judicial caso se mostrem exorbitantes. Afastada tal hipótese, é vedada a atuação do Poder Judiciário, haja vista a margem de discricionariedade com que conta a autoridade administrativa quanto aos atos de sua competência.

(...)

XVI - Recurso de apelação da embargante improvido e recurso de apelação do INMETRO provido.

(Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2125865 0000048-13.2014.4.03.6122, DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/10/2018)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. INMETRO. AUTO DE INFRAÇÃO. ARTIGOS 8º E 9º DA LEI 9.933/1999. MULTA. DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO. APELO DESPROVIDO.

1. Em razão de desconformidade em etiqueta, foi lavrado auto de infração, com fundamento nos artigos 8º e 9º da Lei 9.933/1999, e aplicada multa no valor originário de R\$ 753,11, acima do piso de R\$ 100,00, mas longe do teto de R\$ 50.000,00, previsto para infrações leves (artigo 9º, I, da Lei 9.933/1999), inexistindo, pois, violação ao princípio da razoabilidade ou proporcionalidade.

2. Improcedente a alegação da autora de que tem direito, por se tratar de primeira autuação, à penalidade de mera advertência, ou que sua infração não foi grave o suficiente para aplicação de multa.

3. Configura mérito administrativo o juízo formulado, no tocante à sanção mais adequada ao caso concreto e, ademais, o próprio valor da multa imposta revela que foram consideradas as circunstâncias legais aplicáveis no arbitramento administrativo, não remanescendo espaço para reputar ilegal o auto de infração.

4. Apelação desprovida.

(AC - APELAÇÃO CÍVEL - 2201262 0000536-57.2016.4.03.6102, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:24/02/2017)

Passo à análise do caso concreto.

Do que se verifica do processo administrativo foi lavrado auto de infração ante a reprovação da amostra de:

- PREPARADO PARA CALDO DE CARNE, marca MAGGI, embalagem PAPELÃO, conteúdo nominal 126 gramas, sendo a média mínima aceitável de 125,7 gramas, e foi de 124,8 gramas ocorrendo um desvio de padrão de 0,41 gramas, resultando REPROVAÇÃO.

A multa aplicada com fundamento nos artigos 8º e 9º da Lei nº 9.933/1999, foi no valor de R\$ 8.925,00.

Anoto que a Lei nº 9.933/1999 prevê, em seu artigo 9º, multa no valor de R\$ 100,00 (cem reais) até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais).

Assim, verifico que o valor fixado ficou dentro dos parâmetros legais bem como foram considerados os elementos constantes do processo. Dessa forma, não houve nenhuma ilegalidade na fixação da multa em cobro.

Não há que se alegar nulidade do auto de infração sob a alegação de preenchimento incorreto das informações constantes do quadro demonstrativo para estabelecimento de penalidades. Não se vê qualquer irregularidade no preenchimento do mencionado quadro.

Ademais, o que se vê do relatório de homologação do auto de infração é que se considera não apenas o referido quadro demonstrativo para a fixação da penalidade, mas todo conteúdo do processo administrativo, incluindo a defesa administrativa apresentada pela autuada.

Por fim, verifico que a Certidão de Dívida Ativa goza de presunção *juris tantum* de certeza e liquidez que só pode ser elidida mediante prova inequívoca a cargo do embargante, nos termos do artigo 3º da Lei nº 6.830/80. Meras alegações de irregularidades ou de incerteza do título executivo, sem prova capaz de comprovar o alegado, não retiram da Certidão de Dívida Ativa a certeza e a liquidez de que goza por presunção expressa em lei.

A embargante deveria ter demonstrado cabalmente o fato constitutivo de seu direito, sendo seu o *onus probandi*, consoante preceitua o artigo 373, I, do Código de Processo Civil. Não se desincumbindo do ônus da prova do alegado, não há como acolher o pedido formulado.

Pelo exposto, acolho em parte a matéria preliminar arguida para restringir a r. sentença aos limites do pedido inicial e, no mérito, nego provimento à apelação da embargante.

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. LEGITIMIDADE DA EMBARGANTE. CERCEAMENTO DE DEFESA. PERÍCIA. DESNECESSIDADE. AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO POR VIOLAÇÃO ÀS DISPOSIÇÕES METROLÓGICAS. SUBSISTÊNCIA DA MULTA APLICADA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ARTIGO 12, CDC.

1. Verifica-se que a sentença é ultra petita, na medida em que a d. Juíza de Origem ao apreciar as nulidades referentes ao quadro demonstrativo, quais sejam: i) o produto fiscalizado ter sido considerado como “produto indispensável” e ii) ter constado de tal documento que a diferença de conteúdo das embalagens examinadas estaria na faixa de 1,6% a 3,0%, extrapolou os limites da pretensão. Desse modo, o julgado deve ser restringido aos limites do pedido.

2. Não há que se falar em cerceamento de defesa pela negativa de produção de prova pericial tal como requerida pela embargante. Novas averiguações sobre os produtos distintos dos lotes fiscalizados seriam inúteis, pois não infirmariam a conclusão de que os primeiros produtos estavam irregulares.

3. Consta do auto de infração todos os elementos necessários, nos termos do artigo 7º da Resolução 8 de 20/12/2006 do CONMETRO.

4. Não há que se falar em Princípio da Insignificância, tendo em vista que várias unidades do mesmo produto foram submetidas à medição e reprovadas pelo critério da média, no qual é levado em consideração um desvio padrão do conjunto, que se consubstancia numa tolerância permitida pela norma técnica e, ainda, tendo em conta que o resultado obtido no exame pericial não dá margem para interpretações subjetivas.

5. A responsabilidade do fabricante é objetiva, conforme dispõe o artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor. A alegação genérica de que a embargante efetua o controle em sua fábrica para que não haja comercialização de produtos com peso abaixo do normal e que eventual variação de peso existente somente poderia se dar em razão de fatores externos não possui o condão de afastar a presunção de veracidade do auto de infração.

6. A escolha da sanção mais adequada ao caso concreto, assim como a valoração da multa administrativa dentro dos limites permitidos no ordenamento, inserem-se no âmbito do mérito administrativo, cuja apreciação pelo Judiciário fica restringida a sua legalidade - incluída aqui a proporcionalidade da medida. Precedentes do STJ.

7. O valor fixado ficou dentro dos parâmetros legais bem como foram considerados os elementos constantes do processo. Não se verifica nenhuma ilegalidade na fixação da multa em dobro.

8. Matéria preliminar acolhida em parte para restringir o julgado aos limites do pedido inicial. Apelação improvida no mérito.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, acolheu em parte a matéria preliminar arguida para restringir a r. sentença aos limites do pedido inicial e, no mérito, negou provimento à apelação da embargante., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002894-37.2017.4.03.6109

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: DANIEL LUNARDI SCUSSOLINO

Advogado do(a) APELADO: ADRIANA TERESA CATHARINA DE ALENCAR PASSARO - SP155121-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002894-37.2017.4.03.6109

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 23/06/2020 2764/4253

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johanson de Salvo, Relator:

Trata-se de apelação interposta pelas partes contra sentença que acolheu parcialmente os embargos à execução fiscal opostos por DANIEL LUNARDI SCUSSOLINO, frente à cobrança de débitos tributários, acrescidos de multa de ofício de 150% e juros e de multa isolada, contra o embargante e demais sócios de grupo econômico do qual a empresa LUDIVAL MÓVEIS LTDA faz parte.

Em apertada síntese, narra o embargante que, após fiscalização, ficou constatada a inidoneidade na emissão de notas fiscais de aquisição de insumos, o que levou ao aproveitamento indevido de custos de despesas simulados. Com o intuito fraudulento, foi imposta multa de 150% sobre o valor dos tributos lançados no período entre 01.05 a 12.08, e de multa isolada no valor de 100% do valor das mercadorias, por emissão de nota fiscal irregular, na forma do art. 572, II, do RPI/10. Constatou ainda a participação do grupo econômico e dos respectivos sócios (“Grupo Ludival/Luizzi”), arrolando-os como sujeitos passivos da obrigação. Por fim, fez-se a representação fiscal para fins penais, originária da ação penal nº 000372998.2012.4.03.6109.

Aduz o embargante sua **ilegitimidade passiva**, pois sua qualidade de sócio de outras empresas do grupo que não a Ludival Móveis Ltda era meramente formal, sem poderes de ingerência na administração do grupo empresarial familiar, concentrada na figura de seu progenitor. A Administração lhe inculuiu dois fatos como reforço para sua responsabilização tributária: (i) a assinatura como fiador de contrato de arrendamento firmado com Xapex Agropecuária Ltda, cujos valores foram contabilizados como despesas com fornecedores; e (ii) foi o real destinatário de cheques emitidos pela Ludival Móveis Ltda, cuja contabilização se deu também como despesas para fornecedores.

O embargante refuta os indícios como argumento para afirmar sua legitimidade, já que a qualidade de fiador não lhe trouxe vantagem financeira; o valor recebido representa ínfima repercussão financeira perante os valores cobrados na execução, e não guarda relação com as irregularidades apontadas pela fiscalização; e que apenas cumpria ordens, formando-se em Administração apenas em 2001 e não participando na gestão societária, ficando ausente o dolo a torná-lo responsável. Indica prova testemunhal produzida na ação penal, confirmando sua alegação. Por força da necessidade de configuração do dolo, argui que o presente feito deve aguardar o desfecho da ação criminal.

Aduz ainda a **nulidade do título executivo** , ante: a ausência de intimação frente a obrigação tributária que posteriormente lhe foi imposta por meio do auto de infração; a utilização de dados bancários para atestar seu suposto dolo não munido de autorização judicial ou de processo fiscal específico para tanto, nos termos da LC 105/01; e o CARF não ter apreciado questões pertinentes a seu recurso interposto.

Por fim, arguiu: a violação ao princípio do não confisco, com a imposição de **multa** de 150% sobre o valor do tributo e de multa isolada (calculada sobre o valor total das notas fiscais), ultrapassando o valor do tributo devido em 1.398%; a impossibilidade de se incluir valores de ICMS na base de cálculo da multa regulamentar, pois não compõem o valor da mercadoria, mas sim a receita estadual; e a não incidência de juros moratórios sobre a multa regulamentar aplicada, vez que esta possui o mesmo caráter sancionatório da multa de mora (128307834).

Deu-se à causa o valor de R\$ 367.561.762,60.

A União impugnou os embargos, asseverando que a fiscalização constatou a existência de notas fiscais “frias”, cujo conteúdo não correspondeu a efetiva negociação e cujos pagamentos foram realizados por meio de cheques nominais que tiveram como efetivos beneficiários empresas do grupo familiar e seus sócios administradores, dentre estes, o embargante, impondo-lhe a solidariedade passiva e a **legitimidade** para figurar no executivo fiscal.

Ademais, o embargante, apesar de não constar no quadro societário da Ludival Móveis Ltda detinha representação para realizar operações financeiras, demonstrando sua competência gerencial junto à empresa, assim como ocorria nas empresas em que figuravam como sócios. Segundo a União, a atividade daquela empresa estava totalmente integrada aos demais entes do grupo familiar, com o repasse de suas receitas e seu patrimônio para os sócios do grupo e para que as demais realizassem suas atividades.

No que tange aos cheques emitidos como pagamento das notas “frias”, diz que a fiscalização intimou a empresa para apresentar cópias daqueles pagamentos. Com a entrega parcial das cópias dos cheques, a fiscalização emitiu requisição de informação sobre movimentações financeiras (RMF), adotando procedimento autorizado pela legislação vigente. A partir das informações obtidas, verificou-se que os pagamentos eram utilizados para outras atividades, voltados para empresas que prestaram serviços ou venderam mercadorias diversas das constantes em nota fiscal, e para os próprios sócios – para seu uso pessoal - e empresas do grupo familiar, demonstrando o conhecimento acerca do ilícito perpetrado (arts. 72 e 73 da Lei 4.502/64) e a confusão patrimonial entre as empresas daquele grupo.

Refutou a tese de **nulidade do título de executivo**, instaurado mandado de procedimento fiscal para o acesso aos dados bancários necessário para verificar o destino dos pagamentos efetuados, após as empresas envolvidas terem apresentado apenas parcialmente a documentação exigida.

A União defendeu a legalidade da incidência e do *quantum* devido a título de **penalidade pecuniária**, já que as duas multas originam-se de fatos geradores diversos – a falta de recolhimento de tributo por operação fraudulenta (art. 44, I, § 1º, da Lei 9.430/96), e o aproveitamento de nota fiscais ineficazes -, e seus percentuais estão dispostos em lei. Defendeu ainda a legalidade da inclusão do ICMS em sua base de cálculo, enquanto componente do valor comercial da mercadoria (art.490 do RIPI/02, atual art. 572 do RIPI/10). Por fim, defendeu a aplicação de juros moratórios, a partir da Taxa SELIC (128307834 – fls. 52/100).

O juízo, após aclaratórios, confirmou a legitimidade passiva do embargante, comprovada a sua participação na prática fraudulenta e na gestão societária do grupo econômico; e afastou a nulidade do título executivo, obedecidos os termos legais para o acesso a dados bancários e ausente vício na decisão proferida pelo CARF ao remeter à decisão anterior a resposta aos argumentos contidos em recurso. Admitiu a incidência das multas por derivarem de fatos geradores diversos, mas reputou desproporcional o percentual de 150%, conforme jurisprudência firmada pelo STF, reduzindo o percentual para 100% do valor do tributo devido. Admitiu ainda a incidência dos juros de mora, e a inclusão dos valores de ICMS, pois, verificada a simulação, não houve em verdade incidência do imposto.

O juízo condenou a União Federal ao pagamento de honorários advocatícios, calculados sob os percentuais de 15%, 9%, 6%, 4% e 2%, a partir do benefício econômico obtido. Ajuizados quatro embargos à execução fiscal, reputou como devido ¼ do valor fixado (128307834 – fls. 116/139 e 128307842 – fls. 264/266).

O embargante interpôs apelo, pleiteando o acolhimento integral de seus embargos (128307834 – fls. 142/173).

Contrarrazões (128307834 – fls. 187/238).

Após aclaratórios, a União Federal interpôs apelo, defendendo a legalidade e a constitucionalidade da multa imposta, decorrente de conluio fraudulento na seara tributária (128307842 – fls. 270/274).

Contrarrazões (128307842 – fls. 277/285).

Os autos foram distribuídos a esta relatoria por força do AI 0014570-10.2016.4.03.0000 e da ApCiv 0005294-58.2016.4.03.6109 (131305456).

É o relatório.

VOTO

Dá-se por existente o reexame necessário, por força do art. 496, II, do CPC/15.

Preliminarmente, ficou fartamente comprovada a **legitimidade passiva** do embargante, a partir de sua efetiva participação na operação fraudulenta perpetrada no âmbito do Grupo empresarial familiar Ludival/Luizzi.

Resumidamente, foram emitidas inúmeras notas fiscais como despesas pela empresa Ludival Móveis Ltda sem as efetivas transações, reduzindo ilícitamente a carga tributária devida. Os pagamentos tidos por feitos para aquelas transações tiveram destinação diversa, muitas das vezes tendo por beneficiários empresas do próprio grupo econômico e os sócios do grupo familiar. Identificou-se ainda confusão patrimonial entre aquelas empresas, com o esvaziamento das receitas obtidas pela empresa Ludival Móveis Ltda em prol das atividades desenvolvidas pelas demais empresas do grupo; e a gestão concentrada de todas as empresas do grupo entre os membros da família.

Especificamente quanto ao embargante, restou demonstrada sua participação efetiva na fraude perpetrada, realizando parte das movimentações financeiras que a operacionalizaram, seja na qualidade de sócio-administrador, seja de representante daquelas empresas e autorizado a realizar operações financeiras, como verificado na empresa Ludival Móveis Ltda, bem como se beneficiando diretamente de parte dos valores transferidos de forma simulada, com o depósito do numerário contido em alguns dos cheques em sua conta corrente. Os valores depositados e sua comparação com a cobrança tributária é inócua, já que o fato demonstra o conhecimento do embargante do ilícito, o que, por si só, é suficiente para lhe impor a solidariedade tributária.

Todos estes fatos foram esmiuçadamente reportados pela União Federal em sua impugnação e em sentença, ficando seus termos aqui reiterados.

Nesse sentir, colacionam-se julgados deste Tribunal confirmando a solidariedade passiva do grupo econômico e o redirecionamento a seus sócios quando presente a confusão patrimonial e o intuito fraudulento na gestão societária (grifo nosso):

AGRAVO DE INSTRUMENTO - TRIBUTÁRIO - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - REDIRECIONAMENTO DO FEITO EXECUTIVO EM FACE DOS INTEGRANTES DO GRUPO ECONÔMICO - ACÓRDÃO DO TRF3 - HISTÓRICO PROCESSUAL QUE COADUNA COM A INTERPRETAÇÃO DO MAGISTRADO - RECURSO IMPROVIDO.

1. Em decisão antecedente, o d. Juízo de origem destacou expressamente que “há indícios de confusão patrimonial e abuso de personalidade jurídica, devendo-se aplicar a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica”; o que foi ressalvado apenas pela necessidade de observância ao princípio do contraditório e da ampla defesa quando da constituição do crédito tributário.

2. Tal ressalva, especificamente, foi julgada desnecessária por este e. TRF em julgamento de agravo de instrumento, “porque o crédito tributário foi constituído mediante declaração do contribuinte original muito antes da caracterização – ou, ao menos, da ciência pela exequente – da existência de um grupo econômico fraudulento envolvendo a agravada e outras empresas da prática de atos ilegais”.

3. Por este motivo esta 6ª Turma deu provimento ao recurso “para determinar a apreciação do pedido de redirecionamento do feito executivo em face dos integrantes do grupo econômico independentemente de comprovação de contraditório e ampla defesa, especificamente em relação a elas, no momento da constituição administrativa do crédito”.

4. Deste modo, não houve má interpretação do d. Juízo de origem acerca do que restou decidido por este e. TRF da 3ª Região

5. Agravo de instrumento improvido.

(AI 5001410-85.2020.4.03.0000 / TRF3 – SEXTA TURMA / DES. FED. JOHNSOM DI SALVO / 24.04.20)

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO ESPECÍFICO. CAUSA POSTERIOR AO LANÇAMENTO. DESCABIMENTO. FLUXO DOS PRAZOS DECADENCIAL E PRESCRICIONAL ANTES DA CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DE PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. PRETENSÃO EXERCIDA NO PRAZO. SUCESSÃO DE FUNDO DE COMÉRCIO. FRAUDE E DOLO NA GESTÃO. INDÍCIOS SUFICIENTES PARA O REDIRECIONAMENTO. AGRAVO DE

INSTRUMENTO DESPROVIDO.

I. A pretensão recursal não procede.

II. A responsabilidade tributária depende de sucessão patrimonial ou da prática de excesso de poder ou de infração à lei, contrato social ou estatuto (artigo 135 do CTN), de modo que, se, no momento do processo administrativo fiscal contra o contribuinte, não havia motivo para a ampliação do vínculo obrigacional, não se pode cogitar da intimação dos responsáveis tributários (artigo 142, caput).

III. A condição de sujeito passivo, enquanto um dos elementos do lançamento tributário, estava concentrada na figura do contribuinte, sem qualquer perspectiva de outros devedores, o que garante validade ao procedimento administrativo por todo o período.

IV. A posterior configuração dos eventos que conduzem à responsabilização de sucessor ou de terceiro não torna defasado o lançamento anterior; nem exige um outro, voltado especificamente aos responsáveis tributários. A legislação permite, no caso, o redirecionamento da execução (artigo 4º, V, da Lei n. 6.830 de 1980), centralizando a discussão da sujeição passiva tributária em juízo, com as garantias da ampla defesa e do contraditório – exceção de executividade e embargos do devedor.

V. Trata-se de regime aplicável à responsabilização tributária de RTK Laminação de Metais Ltda.: o evento desencadeador – recepção de diversos imóveis de Nambei Indústria de Condutores Elétricos Ltda., com confusão patrimonial – sucedeu ao lançamento tributário e se exteriorizou no curso da execução fiscal, tornando inexigível procedimento administrativo específico contra os responsáveis tributários.

VI. Logicamente, não se pode cogitar; nessas circunstâncias, de fluência do prazo decadencial em relação ao sucessor e terceiros. A atividade de constituição do crédito já se esgotou por ocasião do lançamento contra o contribuinte (artigo 142, caput, do CTN e Súmula n. 156 do extinto TFR), sem que seja cabível novo procedimento para aqueles, sob pena de divisão da cobrança dos mesmos débitos e de irracionalidade com a legislação tributária, que prevê o redirecionamento da execução.

VII. A mesma ponderação se aplica ao prazo prescricional incidente sobre a pretensão de cobrança (artigo 174 do CTN): como a qualidade de sujeito passivo estava circunscrita ao contribuinte, os responsáveis tributários não podem exigir que os eventos interruptivos os alcançassem, como a citação. Antes da própria configuração da responsabilidade tributária, mostra-se irracional reclamar a citação de sucessor ou terceiros.

VIII. Na verdade, incide apenas a prescrição intercorrente, que se inicia com a possibilidade de responsabilização tributária. Para exercer a pretensão de redirecionamento, o Fisco dispõe do prazo de cinco anos, cujo termo inicial pode ser a citação da pessoa jurídica contribuinte – para as ampliações já possíveis no momento - ou a data de ocorrência do próprio evento desencadeador, segundo a tese firmada pelo STJ no Recurso Especial Repetitivo n. 1.201.993, Tema n. 444.

IX. Segundo os documentos juntados no agravo de instrumento, não é possível decretar a prescrição intercorrente. Além de a parte não ter juntado cópia integral dos autos, verifica-se que a União pediu o redirecionamento nos cinco anos seguintes às operações consideradas fraudulentas. E a citação efetiva de RTK Laminação de Metais Ltda. somente veio a ocorrer em 2018, em função do parcelamento dos débitos entre 2013 e 2017 e da própria morosidade do serviço judiciário.

X. A alegação de que a empresa não teria legitimidade passiva decorrente de grupo econômico ou que a União não comprovou os requisitos da responsabilidade tributária, inclusive fraude e dolo na gestão (artigo 135 do CTN), também não procede.

XI. RTK Laminação de Metais Ltda. recebeu diversos imóveis da sociedade contribuinte, sucedendo praticamente o estabelecimento comercial e devendo responder pelo passivo tributário a ele vinculado (artigo 133 do CTN), independentemente de unidade de comando ou de participação no fato gerador dos tributos – aspectos da solidariedade tributária.

XII. Ademais, a Fazenda Nacional descreve operações que indicam desvio de finalidade e confusão patrimonial, representando dissipação intencional, fraudulenta da garantia dos créditos tributários (infração à lei) e beneficiando uma empresa do mesmo núcleo familiar. RTK Laminação de Metais Ltda., como destinatária dos bens desviados e sob controle de idênticas pessoas, participa do abuso de personalidade jurídica, no contexto da responsabilidade tributária de terceiro (artigo 135 do CTN).

XIII. Cabe à empresa sucessora e aos dirigentes, na realidade, desfazer essa impressão de abuso de personalidade jurídica, com a demonstração da regularidade dos negócios, da solvabilidade do contribuinte ou da simples imperícia na administração, o que não foi feito; restringiram-se elas a imputar o ônus da prova à União, que, porém, acabou por se inverter em razão dos indícios apresentados.

XIV. Trata-se de ponto que precisa ser aprofundado, mediante, inclusive, dilação probatória, que não cabe em exceção de executividade (Súmula n. 393 do STJ).

XV. RTK Laminação de Metais Ltda. chega a informar que Nambei Indústria de Condutores Elétricos Ltda. está provida de patrimônio suficiente. Ocorre que a informação não condiz com a persistência do inadimplemento, a ausência de garantia integral da execução e com a própria superficialidade da alegação, diante da possibilidade de outros débitos dependentes dos mesmos bens.

XVI. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

(AI 5006384-05.2019.4.03.0000 / TRF3 – TERCEIRA TURMA / DES. FED. ANTÔNIO CEDENHO / 19.03.20)

TRIBUTÁRIO - PROCESSO CIVIL - EMBARGOS A EXECUÇÃO FISCAL - APELAÇÃO - SUCESSÃO EMPRESARIAL - GRUPO ECONÔMICO - OPERAÇÃO "GRANDES LAGOS" - JURISPRUDÊNCIA - RESPONSABILIDADE - DECRETO-LEI N° 1.025/69.

1. Trata-se de ato judicial publicado antes de 18 de março de 2016, sujeito, portanto, ao regime recursal previsto no Código de Processo Civil de 1.973.

2. A prescrição apenas se configura mediante a caracterização, em concreto, da inércia do titular da pretensão. Trata-se de aplicação prática da Teoria da "Actio Nata".

3. A Delegacia da Receita Federal do Brasil de São José do Rio Preto realizou o relatório de grupo econômico de fato em 02 de dezembro de 2008 (fls. 644/660). Os pedidos de redirecionamento para os embargantes ocorreram em 20 de novembro de 2009 e em 12 de agosto de 2010 (fls. 719/720 e 723/724). Não houve inércia da credora.

4. Trata-se de embargos a execução fiscal ajuizada para cobrança de créditos de IRPJ dos anos 83 e 84 e multa, vencida em 25 de julho de 1985, em face de Frigoeste Frigorífico do Oeste Paulista Ltda (fls. 190/191). Foi reconhecida a sucessão empresarial entre a executada original e as empresas Frigorífico Boi Rio Ltda, Comércio de Carnes Boi Rio Ltda e COPERFRIGO ATC Ltda (fls. 721/722). A decisão não foi impugnada.

5. Está provado nos autos e em farta jurisprudência o do grupo econômico, investigado por meio da "Operação Grandes Lagos", na qual se inserem tanto a COPERFRIGO ATC Ltda quanto a Frigorífico Boi Rio Ltda.

6. A responsabilização das empresas e sócios envolvidos no grupo econômico não depende da contemporaneidade com a ocorrência do fato gerador. A confusão patrimonial tem por objetivo evitar a responsabilização do passivo tributário recebido em decorrência da sucessão empresarial. Os atos ilícitos autorizadores do redirecionamento ocorrem em momento posterior; no intuito de blindar os administradores de fato e as pessoas jurídicas do grupo econômico. A exclusão dos embargantes do polo passivo da execução fiscal é irregular.

7. É exigível, na cobrança de créditos da Fazenda Nacional, o encargo previsto no Decreto-Lei n°. 1.025/69, destinado ao ressarcimento de todas as despesas para a cobrança judicial da dívida pública da União - naquelas incluídos os honorários advocatícios. Na hipótese de improcedência dos embargos, a condenação do embargante no pagamento da verba honorária é substituída pelo referido encargo.

8. Apelação e reexame necessário providos.

(ApReeNec 0001612-46.2012.4.03.6106 / TRF3 – SEXTA TURMA / DES. FED. JOHONSOMDI SALVO / 21.02.20)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR FISCAL. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA. DESNECESSIDADE. ALUGUEL. INDISPONIBILIDADE DE BENS. POSSIBILIDADE. COMPROVADA A AUSÊNCIA DE ATIVIDADE COMERCIAL DA EMPRESA. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA.

A medida cautelar fiscal se destina tão somente a preservar a higidez do crédito tributário. Assim como as demais cautelares, pretende apenas resguardar o direito do credor; não sendo ato expropriatório de bens, não violando o direito de propriedade, o princípio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, XXII, LIV e LV da CF), e quaisquer outros preceitos da Constituição Federal.

A medida cautelar fiscal pode ser proposta após a constituição do crédito e previamente ou no curso da execução judicial da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias (art. 1º da Lei nº 8.397/92). Precedentes.

No que toca à preliminar de ilegitimidade passiva ad causam, a jurisprudência tem entendido ser pertinente a extensão dos efeitos da medida cautelar fiscal ao patrimônio do administrador nas mesmas hipóteses em que é autorizado o redirecionamento da execução fiscal contra a sua pessoa. Nesse contexto, não se exige certeza jurídica quanto à responsabilidade do administrador pelos tributos exigidos da empresa, mas a presença de indícios que apontem nesse sentido, particularmente a prática de atos de gestão com excesso de poderes ou em infringência à lei, contrato social ou estatuto, conforme previsto no artigo 135 do CTN, dentre os quais se situa a dissolução irregular da empresa.

Com efeito, a Lei 8.397/92, no artigo 4º, §§1º e 2º, prevê a possibilidade de se estender a indisponibilidade patrimonial aos sócios-gerentes da pessoa jurídica devedora e àqueles que adquirirem bens do devedor.

Suficientemente comprovada a confusão patrimonial havida entre os contribuintes fiscalizados, os quais compõem o mesmo grupo econômico, configura, ao menos, para fins da decretação de indisponibilidade cautelar, a hipótese prevista no artigo 2º, IX da Lei nº 8.397/93, ante a dificuldade ou empeco à satisfação do crédito executido.

O prazo para ajuizamento da execução fiscal apenas se inicia com a irrecorribilidade da exigência tributária, sendo que durante o processo administrativo o crédito tributário permanece suspenso.

É perfeitamente possível que a medida cautelar persista por mais de sessenta (60) dias, mesmo sem que a ação de execução fiscal seja proposta nesse prazo. Para isso, bastará que a exigência do tributo ainda não tenha se tornado irrecorrível na esfera administrativa.

De acordo com a jurisprudência do e. STJ, considera-se lançado o tributo e, portanto, devidamente constituído o crédito tributário com a notificação do sujeito passivo da lavratura do auto de infração, momento a partir do qual não mais há falar em decadência. Ademais, configurada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, aplica-se a disposição do artigo 173, inciso I, que determina como termo inicial da contagem do prazo de decadência, o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Decadência afastada.

Em regra, a indisponibilidade deve recair sobre os bens do ativo permanente. A restrição quanto ao bloqueio de ativos ou, no caso específico, sobre alugueres (ativo não permanentes de empresas), embora seja possível em situações excepcionais, visa preservar a própria atividade empresarial.

Restou comprovado que a empresa Sul Participações não possui qualquer atividade comercial, não se justificando, por isso, o argumento de que dependeria desses valores para preservar sua atividade.

A jurisprudência já reconheceu a possibilidade de decretação de indisponibilidade dos valores recebidos a título de alugueres, em face do poder geral de cautela.

De toda sorte, as questões levantadas pelos apelantes constituem matéria de defesa do devedor, e poderão ser arguidas em sede de embargos à execução fiscal. Com efeito, a medida cautelar, ainda que deferida por sentença, tem caráter precário, não fazendo coisa julgada material. Assim, toda e qualquer matéria de defesa assegurada aos requeridos poderá ser arguida em cada executivo fiscal, cuja decisão prevalecerá.

Havendo desprovisionamento do recurso, devem ser majorados os honorários fixados em sentença, de acordo com o artigo 85, §11, do CPC.

Apelações improvidas.

(ApCiv 0013570-95.2013.4.03.6105 / TRF3 – QUARTA TURMA / DESª. FED. MARLI FERREIRA / 28.10.19)

No mérito, afasta-se a tese de **nulidade do título executivo**, obedecidos os procedimentos estipulados pelo art. 6º da LC 105/01 para a requisição de informações bancárias, após frustradas as intimações para a apresentação dos pagamentos relacionados às notas fiscais fraudulentas (RE 601314, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-198 DIVULG 15-09-2016 PUBLIC 16-09-2016). A decisão administrativa proferida em sede recursal também não importa em qualquer vício, porquanto, como dito em sentença, é possível à segunda instância se reportar aos fundamentos utilizados em instância inferior para refutar os argumentos trazidos pela recorrente.

Quanto às multas impostas, estas derivam de fundamentação legal e de fatos geradores diversos, afastando o instituto do *bis in idem*. Configurado o intuito fraudulento, prevê o art. 44, § 1º, da Lei 9.430/96 a incidência de multa qualificada, majorando-a para 150% dos créditos tributários cobrados. Nada obstante jurisprudência do STF trazida em comentário, este Tribunal mantém o entendimento de que a conduta fraudulenta voltada para a sonegação tributária, configurando crime tributário, justifica a porcentagem em nível superior, exigindo-se da penalidade pecuniária um maior grau de repressão. *In verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROVA PERICIAL DESNECESSÁRIA. VIA ELEITA ADEQUADA. DÉBITO TRIBUTÁRIO INCLUÍDO EM PARCELAMENTO. CONFISSÃO DE DÍVIDA. IMPOSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO DE QUESTÕES FÁTICAS. MULTA QUALIFICADA. ART. 44, § 1º, DA LEI Nº 9.430/96. CONSTITUCIONALIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. SEGURANÇA DENEGADA. 1. É certo que na via estreita do mandado de segurança se exige a demonstração, de plano, do direito líquido e certo tido como violado, não se comportando fase instrutória. Na singularidade, embora a impetrante traga à baila discussão acerca da ocorrência ou não de sonegação fiscal, a documentação carreada aos autos é suficiente para dirimir a questão, sendo despicienda a realização de prova pericial. Assim, descabe falar em inadequação da via eleita. 2. Pretende a impetrante rever débito por ela incluído em parcelamento ao qual aderiu (Lei nº 11.941/09, reaberto pela Lei nº 12.996/14), ao argumento de que a multa que compõe o crédito tributário parcelado é indevida, pois não teria restado comprovado qualquer ato de sonegação fiscal a ensejar a majoração prevista no art. 44, § 1º, da Lei nº 9.430/96. Aduz, ainda, que a cobrança de multa no percentual de 150% ofende os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e do não confisco. Por fim, argumenta que, diante da inoccorrência de sonegação fiscal, o prazo decadencial para a constituição do débito em questão seria aquele previsto no art. 150, § 4º, do CTN, razão pela qual haveria que ser reconhecida também a decadência de parte do débito parcelado. 3. Ocorre que, diante da confissão da dívida em razão de sua inclusão no parcelamento, não há mais espaço para a discussão judicial quanto à ocorrência ou não de sonegação fiscal, por se tratar de questão de fato. Nesse sentido é a tese firmada para STJ no julgamento do REsp nº 1133027/SP, submetido à sistemática art. 543-C, § 1º, do CPC/73. Até mesmo a suposta decadência de parte do crédito tributário não pode mais ser debatida, porquanto decorre também da verificação, no caso concreto, da prática do ato de sonegação. 4. Apenas a discussão quanto à inconstitucionalidade da multa qualificada prevista no art. 44, § 1º, da Lei nº 9.430/96 permanece possível, pois é questão estritamente de direito. Todavia, a jurisprudência é firme no entendimento de que referida multa não padece de qualquer vício, não havendo que se suscitar ofensa aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade ou do não confisco. Precedentes. 5. Apelação parcialmente provida para afastar a inadequação da via eleita e, avançando sobre o mérito da ação, denegar a segurança pleiteada. (ApCiv 5000585-55.2018.4.03.6130 / TRF3 – SEXTA TURMA / DES. FED. JOHONSOM DI SALVO / 25.01.20)

TRIBUTÁRIO. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. ANULATÓRIA. PIS E COFINS. AIIM. AUSÊNCIA DE NULIDADE. MULTA DE OFÍCIO. ART. 44, I E § 1º DA LEI Nº 9.430/96. EVIDENTE INTUITO DE SONEGAÇÃO APURADO PELA FISCALIZAÇÃO. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. FINALIDADE DE REPRESSÃO DA CONDUTA. JUROS DE MORA. REMUNERAÇÃO DO CAPITAL. AUSÊNCIA DE CULPA DA FAZENDA PÚBLICA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. RAZOABILIDADE.

1. Alegação de nulidade da r. sentença por violação ao art. 1.022, I e II do CPC afastada. A decisão recorrida não incorreu em qualquer obscuridade, contradição ou omissão que a macule, tendo se pronunciado de forma clara e objetiva a respeito de todos os pedidos formulados na inicial.

2. Não existe, outrossim, qualquer inconstitucionalidade no art. 8º da Lei nº 9.718/98, que majorou a alíquota da Cofins para 3% (três) por cento.

3. A própria instituição da contribuição não exigia lei complementar, por ter tal tributo fundamento de validade no art. 195, I, da Constituição Federal, não se tratando de contribuição nova instituída com base na competência residual da União Federal, em relação à qual é exigida aquela espécie legislativa (CF, art. 195, § 4º c/c art. 154, I).

4. A multa qualificada, por sua vez, foi aplicada pela autoridade fazendária, com fulcro no art. 44, I e § 1º da Lei nº 9.430/96, devido à constatação de fatos que importaram na caracterização de sonegação, fraude e crime contra a ordem tributária, nos termos dos arts. 71 e 72 da Lei nº 4.502/64 e 1º da Lei nº 8.137/90.

5. No caso em questão, considerando que a fiscalização apontou evidente intuito de sonegação caracterizado pela intenção do contribuinte omitir deliberadamente as informações e valores devidos de forma contínua e sistemática, além de ter informado nas DIPJ's valores sem qualquer relação com os registros contábeis, conforme apurado no Termo de Verificação Fiscal, do qual não decorre controvérsia nesta demanda, é de ser mantido o percentual qualificado de 150%, sem que se possa falar em violação aos princípios da proporcionalidade e do não confisco.

6. O percentual de multa qualificada nos casos de sonegação, fraude ou conluio é razoável, justamente por se dirigir à repressão de condutas evidentemente contrárias aos interesses do Fisco e da própria sociedade. Precedente desta Corte (3ª Turma, Des. Fed. Rel. Carlos Muta, AC 1764711, j. 16/07/15, DJF3 23/07/15)

7. Outrossim, a cobrança de acréscimo regularmente previsto em lei não caracteriza confisco. confiscatório é o tributo quando torna impossível a manutenção da propriedade, não se tratando de adjetivo aplicável aos consecutórios do débito.

8. Sem razão, outrossim, a apelante quando pretende a exclusão dos juros moratórios relativos aos períodos que excederam o prazo de julgamento estabelecido pelo art. 24 da Lei nº 11.457/07.

9. Apesar de a referida lei ter estabelecido prazo para a conclusão do processo administrativo, a demora da Administração Pública em decidir não tem o condão de excluir a mora do contribuinte com relação à obrigação tributária, além de necessitar de expressa previsão legal. Precedente desta Corte (3ª Turma, Des. Fed. Carlos Muta, AI 566366/SP, j. 22/10/15, e-DJF3 29/10/15)

10. Os juros de mora têm por objetivo remunerar o capital indevidamente retido pelo devedor, que não recolheu o tributo à época do seu vencimento, representando um acréscimo mensal ao valor da dívida a fim de inibir a eternização do litígio, sem que se possa falar em culpa da Fazenda Pública, mesmo porque, no caso vertente, os recursos administrativos foram interpostos pelo contribuinte.

11. Como muito bem entendeu a MM. juíza a quo, a despeito de o novo código de processo civil não ter previsto a hipótese de fixação equitativa dos honorários advocatícios em casos de valor da causa muito elevado, como o fez para demandas de valor irrisório, a teor do § 8º, art. 85, deve-se aplicar tal dispositivo, em extensão, para tais casos, a fim de que prevaleça a razoabilidade.

12. No caso vertente, considerando que o valor da causa remonta a R\$ 54.779.268,06 (cinquenta e quatro milhões, setecentos e setenta e nove mil, duzentos e sessenta e oito reais e seis centavos) em setembro/15, aliado ao fato da baixa complexidade da demanda, que não exigiu maior tempo de serviço do patrono fazendário, inclusive por tratar de matéria exclusivamente de direito, mantida a condenação em verba honorária conforme fixada na r. sentença.

13. Apelação improvida.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 2232309 - 0019395-64.2015.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, julgado em 31/08/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/09/2017)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IRPF. DECADÊNCIA. AFASTADA. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. ARTIGO 44, I, DA LEI 9.430/1996. RECURSO DESPROVIDO.

1. A alegação preliminar de omissão da sentença não prospera, vez que a sentença discorreu sobre todas as questões discutidas na inicial dos embargos, de forma fundamentada, e a questão referente à retenção do imposto de renda na fonte (Lei 11.053/2004) não constou da inicial, que fixa os limites de análise do juiz (artigo 128, CPC/1973, vigente à época da sentença).

2. Quanto à decadência, consolidada a jurisprudência no sentido de que, em se tratando de tributo, cuja constituição foi efetuada por lançamento de ofício (auto de infração), incide o artigo 173, I, do Código Tributário Nacional.

3. Caso em que a execução cobra IRPF, com vencimento em 28/04/2006, 30/04/2007 e 22/07/2009, sendo que o prazo para a constituição do crédito, nos termos do artigo 173, I, do CTN, iniciou-se em 01/01/2007, 01/01/2008 e 01/01/2010, respectivamente, e a notificação do auto de infração ocorreu em 06/06/2009 e 07/06/2009, não tendo sido, pois, vencido o quinquênio decadencial.

4. Consolidada a jurisprudência, inclusive do Superior Tribunal de Justiça e desta Turma, firme no sentido de que a prescrição para cobrança do crédito tributário ocorre em cinco anos contados da constituição definitiva, nos termos do caput do artigo 174 do CTN.

5. Não existe constituição definitiva senão depois do decurso do prazo para impugnação ou depois da intimação da decisão final na última instância ou esfera administrativa, quando o lançamento fiscal torna-se definitivo para efeito de início de contagem da prescrição.

6. Assentado pelo Superior Tribunal de Justiça que o respectivo cômputo deve observar o artigo 174, CTN, não se aplicando a LEF. A causa interruptiva, considerada a redação originária e a que resultou da LC 118/2005, é apurada pelo critério da lei vigente à época da prática do ato respectivo, seja a citação, seja o despacho de citação, mas em qualquer dos casos com retroação do efeito interruptivo à data da propositura da ação, tal qual previsto no § 1º do artigo 219, CPC/1973, e §1º do art. 240, CPC/2015, e, se verificada demora, desde que possa ser imputável exclusivamente ao próprio mecanismo judiciário, sem causalidade por parte da exequente, nos termos da Súmula 106/STJ.

7. No caso concreto, conforme consta da CDA, os fatos geradores que deram origem aos créditos impugnados referem-se ao período de apuração ano base/exercício de 2005/2006 e 2006/2007; os créditos foram constituídos por auto de infração; e a embargante foi notificada do lançamento por correio/AR em 07/06/2009. A execução fiscal foi proposta após a LC 118/2005, em 04/11/2011, com despacho citatório em 08/02/2012, dentro, portanto, do prazo quinquenal.

8. A jurisprudência desta Corte firmou-se pela constitucionalidade da alíquota da multa de ofício qualificada prevista no artigo 44, I, da Lei 9.430/1996.

9. Apelação desprovida.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 2213334 - 0003981-73.2014.4.03.6128, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 24/05/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/06/2017)

Já a inclusão dos valores de ICMS destacados na base de cálculo da multa isolada, na forma do art. 572 do RIPI é devida não só pelo fato de as transações ali contidas nas notas fiscais não terem se efetivado, em sendo as notas fiscais emitidas com intuito fraudulento, como também pelo fato de todo o valor da “despesa” ali contida ter sido utilizada para a redução artificial da carga tributária devida com a atividade empresarial, inclusive aqueles valores de ICMS.

Considerada a legalidade e a constitucionalidade do auto de infração que originou o executivo fiscal, é de se rejeitar os embargos à execução fiscal e, conseqüentemente, a imposição de honorária à União Federal.

Pelo exposto, nego provimento ao apelo do embargante e dou provimento ao apelo da União Federal e ao reexame necessário, reformando a r.sentença para rejeitar os embargos à execução fiscal.

É como voto.

EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO.

Peço vênia para divergir, parcialmente, do e. Relator para manter a sentença também na parte que impôs a redução da multa a 100%.

Isto porque, a sentença está em harmonia com o julgamento do Supremo Tribunal Federal no RE 833106, que impôs a redução da multa punitiva para o patamar de 100%, observado o princípio do não confisco.

Ante o exposto, voto por negar provimento à apelação da União e ao reexame necessário, acompanhando, no mais, o e. Relator.

EMENTA

APELAÇÕES E REEXAME NECESSÁRIO EM EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTÁRIO. GRUPO ECONÔMICO FAMILIAR. SÓCIOS. FRAUDE OPERACIONAL CONFIGURADA. LEGITIMIDADE PASSIVA. MULTA QUALIFICADA. CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE. INCLUSÃO DE VALORES DE ICMS NA BASE DE CÁLCULO DA MULTA ISOLADA. LEGALIDADE. RECURSO DA UNIÃO FEDERAL E REEXAME PROVIDOS PARA REJEITAR OS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL.

1. Dá-se por existente o reexame necessário, por força do art. 496, II, do CPC/15.

2. Preliminarmente, ficou fartamente comprovada a **legitimidade passiva** do embargante, a partir de sua efetiva participação na operação fraudulenta perpetrada no âmbito do Grupo empresarial familiar Ludival/Luizzi.

3. Resumidamente, foram emitidas inúmeras notas fiscais como despesas pela empresa Ludival Móveis Ltda sem as efetivas transações, reduzindo ilícitamente a carga tributária devida. Os pagamentos tidos por feitos para aquelas transações tiveram destinação diversa, muita das vezes tendo por beneficiários empresas do próprio grupo econômico e os sócios do grupo familiar.

4. Identificou-se ainda confusão patrimonial entre aquelas empresas, com o esvaziamento das receitas obtidas pela empresa Ludival Móveis Ltda em prol das atividades desenvolvidas pelas demais empresas do grupo; e a gestão concentrada de todas as empresas do grupo entre os membros da família.

5. Especificamente quanto ao embargante, restou demonstrada sua participação efetiva na fraude perpetrada, realizando parte das movimentações financeiras que a operacionalizaram, seja na qualidade de sócio-administrador, seja de representante daquelas empresas e autorizado a realizar operações financeiras, como verificado na empresa Ludival Móveis Ltda, bem como se beneficiando diretamente de parte dos valores transferidos de forma simulada, com o depósito do numerário contido em alguns dos cheques em sua conta corrente. Os valores depositados e sua comparação com a cobrança tributária é inócua, já que o fato demonstra o conhecimento do embargante do ilícito, o que, por si só, é suficiente para lhe impor a solidariedade tributária. Precedentes.

6. No mérito, afasta-se a tese de **nulidade do título executivo** , obedecidos os procedimentos estipulados pelo art. 6º da LC 105/01 para a requisição de informações bancárias, após frustradas as intimações para a apresentação dos pagamentos relacionados às notas fiscais fraudulentas (RE 601314, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-198 DIVULG 15-09-2016 PUBLIC 16-09-2016). A decisão administrativa proferida em sede recursal também não importa em qualquer vício, porquanto, como dito em sentença, é possível à segunda instância se reportar aos fundamentos utilizados em instância inferior para refutar os argumentos trazidos pela recorrente.

7. Quanto às multas impostas, estas derivam de fundamentação legal e de fatos geradores diversos, afastando o instituto do *bis in idem*. Configurado o intuito fraudulento, prevê o art. 44, § 1º, da Lei 9.430/96 a incidência de multa qualificada, majorando-a para 150% dos créditos tributários cobrados. Nada obstante jurisprudência do STF trazida em comento, esta Tribunal mantém o entendimento de que a conduta fraudulenta voltada para a sonegação tributária, configurando crime tributário, justifica a porcentagem em nível superior, exigindo-se da penalidade pecuniária um maior grau de repressão. Precedentes.

8. Já a inclusão dos valores de ICMS destacados na base de cálculo da multa isolada, na forma do art. 572 do RIPI é devida não só pelo fato de as transações ali contidas nas notas fiscais não terem se efetivado, em sendo as notas fiscais emitidas com intuito fraudulento, como também pelo fato de todo o valor da “despesa” ali contida ter sido utilizada para a redução artificial da carga tributária devida com a atividade empresarial, inclusive aqueles valores de ICMS.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, em julgamento realizado nos termos do art. 942 do DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 23/06/2020 2774/4253

Código de Processo Civil, por unanimidade, negou provimento ao apelo do embargante nos termos do voto do Relator, e por maioria, deu provimento ao apelo da União Federal e ao reexame necessário, nos termos do voto do Relator, acompanhado pelo voto da Desembargadora Federal Diva Malerbi e da Juíza Federal Convocada Denise Avelar, vencidos os Desembargadores Federais Fábio Prieto e Souza Ribeiro, que negavam provimento ao apelo da União Federal e ao reexame necessário, mantendo a sentença também na parte que impôs a redução da multa a 100%. Lavrará o acórdão o Relator, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5005982-24.2019.4.03.6110

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: MARCOS MIRANDA

Advogados do(a) APELADO: THAIS DIAS FLAUSINO - SP266876-A, ANDRE JOSE DE PAULA JUNIOR - SP377953-N

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de remessa necessária e de apelação interposta pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS em face da r. sentença proferida nos autos de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por MARCOS MIRANDA contra o CHEFE DO SETOR DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS DA AGÊNCIA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL DE SOROCABA, objetivando obter provimento jurisdicional que determine à autoridade impetrada que observe o prazo de trinta dias para análise do pedido de aposentadoria do impetrante, nos termos do artigo 49 da Lei nº 9.784/99.

A apreciação do pedido de liminar foi postergada para após o oferecimento de informações pela autoridade impetrada (ID 131049402).

Prestadas as informações (ID 131049409), foi deferida liminar para determinar que a autoridade impetrada dê o devido cumprimento ao decidido no v. acórdão n.º 7174/2019, proferido pela 17ª Junta de Recursos administrativos, que deferiu a implantação de aposentadoria especial em favor do impetrante, no prazo de trinta dias (ID 131049412).

A r. sentença julgou parcialmente procedente o pedido e concedeu a segurança postulada, nos termos do art. 487, I, do Código de Processo Civil, tornando definitiva a liminar anteriormente deferida. Custas *ex lege*. Sem condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.016/2009. Sentença sujeita a reexame necessário (ID 131049418).

Apela o INSS sustentando, em síntese, que é “público e notório que a Autarquia Previdenciária vem passando por dificuldades administrativas, sobretudo pela quantidade acentuada de servidores que se aposentaram, diminuindo massivamente o seu quadro de pessoal” e que a imposição de prazos pelo Poder Judiciário para análise de requerimento administrativo de benefícios previdenciários atenta contra o princípio da separação dos poderes. Invoca os princípios da reserva do possível, da isonomia e da impessoalidade e aduz o prazo previsto no art. 49 da Lei nº 9.784/99 não se aplica à hipótese dos autos. Requer seja dado provimento ao recurso para que seja denegada a segurança ou, alternativamente, que seja adotado o parâmetro temporal de 90 dias para a prática do ato administrativo perseguido, em conformidade com o entendimento firmado pelo E. STF no RE nº 631.240/MG (ID 131049423).

A autoridade impetrada noticiou o cumprimento da sentença, com a implantação do benefício de aposentadoria especial em favor do impetrante (ID 131049430).

Sem contrarrazões, subiram a esta Egrégia Corte.

O ilustre representante do Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso (ID 133224294).

É o relatório.

DECIDO.

Cabível na espécie o artigo 932 do Código de Processo Civil.

Com efeito, nesta fase processual, deve ser analisada a presença do interesse processual, como condição da ação. Sabe-se que o conceito de interesse processual é constituído pelo binômio *necessidade/utilidade* do provimento jurisdicional.

No caso que se apresenta, o *writ* perdeu o objeto em face da ausência superveniente de interesse processual, nos termos do art. 485, inciso VI, do CPC.

A concessão da ordem de segurança para assegurar a conclusão do pedido de aposentadoria no âmbito administrativo, com a efetiva análise do pleito pela autoridade impetrada, com a implantação do benefício previdenciário em favor do impetrante, exauriu o objeto da demanda, impedindo a reversão do quadro fático e jurídico consolidado nos autos. Resta, portanto, inevitavelmente prejudicado o reexame necessário.

Nesse sentido, trago à colação julgados do C. Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CUMPRIMENTO DA LIMINAR. ÍNDOLE SATISFATIVA. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO. OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO.

1. *“A chamada liminar satisfativa é aquela que exaure por completo o objeto da ação, de modo a esgotar o mérito a ser futuramente apreciado pelo Colegiado, verdadeiro competente para análise da pretensão [...]”* (AgRg no AgRg no MS 14.336/DF, Napoleão Nunes Maia Filho. Terceira Seção, julgado em 26.8.2009, DJe 10.9.2009).

2. *O cumprimento da liminar anteriormente concedida, cuja natureza satisfativa lhe era inerente, impõe o reconhecimento da perda superveniente do objeto do mandado de segurança. Precedentes: MS 11.041/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, Terceira Seção, DJ 24.4.2006, p.*

350; MS 4611/DF, Rel. Min. Vicente Leal, Terceira Seção, DJ 24.5.1999, p. 90.

3. *Impõe-se o não conhecimento do recurso especial por ausência de prequestionamento, vez que o dispositivo de lei apontado como violado não foi examinado pela decisão atacada, apto a viabilizar a pretensão recursal. Súmula 211/STJ.*

Agravo regimental improvido.”

(AgRg no REsp 1209252/PI, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/11/2010, DJe 17/11/2010)

“PROCESSUAL CIVIL - PERDA DE OBJETO DE MANDADO DE SEGURANÇA - CAUSA SUPERVENIENTE DE PERDA DE INTERESSE PROCESSUAL - INEXISTÊNCIA DE POTENCIAL UTILIDADE DO RECURSO ORDINÁRIO - IMPOSSIBILIDADE DE RESOLUÇÃO DE MÉRITO.

1. *A perda do objeto do mandado de segurança é causa superveniente de falta de interesse processual, impedindo a resolução do mérito do recurso ordinário.*

2. *Recurso ordinário não provido.”*

(RMS 24.305/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/02/2009, DJe 24/03/2009)

“PROCESSUAL - MANDADO DE SEGURANÇA - FORNECIMENTO DE REMÉDIO - LIMINAR SATISFATIVA - FALTA DE INTERESSE - EXTINÇÃO DO PROCESSO.

- *O processo de Mandado de Segurança, tanto quanto aqueles disciplinados pelo Código de Processo Civil, subordina-se ao adimplemento das condições de ação. Desaparecida uma dessas condições, o processo extingue-se.*

- *Liminar satisfativa faz desaparecer o interesse do impetrante.*

- *Restabelecido, por efeito de liminar, o fornecimento de remédio, cuja interrupção ensejara o pedido de Segurança, o processo extingue-se, por falta de interesse.”*

(RMS 16.373/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/09/2003, DJ 13/10/2003, p. 230)

No mesmo sentido tem decidido esta E. Sexta Turma:

“MANDADO DE SEGURANÇA - SITUAÇÃO CONSOLIDADA - CARÊNCIA DA AÇÃO - PERDA DE OBJETO.

1. *Estando a situação consolidada pelo transcurso do tempo, em prol da segurança jurídica, deve ser mantida a sentença.*

2. A satisfação plena da pretensão, consubstancia situação consolidada e irreversível, ensejando a carência da ação, posto não subsistir o indispensável vínculo de utilidade-necessidade.”

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, ReeNec – REEXAME NECESSÁRIO - 2004.61.00.006939-0, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA, julgado em 03/03/2011, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 11/03/2011)

"ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LIBERAÇÃO DE PRODUTO FARMACÊUTICO VETERINÁRIO. SENTENÇA PARCIALMENTE CONCESSIVA. PRAZO DE VALIDADE DO PRODUTO EXPIRADO. IRREVERSIBILIDADE DA SITUAÇÃO. PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE PROCESSUAL.

1. A impetrante requereu a liberação de produto farmacêutico veterinário importado que, após o desembaraço automático, foi submetido à conferência física que constatou erro na classificação da mercadoria, aplicando a pena de perdimento do bem, sob o fundamento de que os tributos aduaneiros foram pagos apenas em parte, mediante artifício doloso.

2. Proferida sentença parcialmente concessiva, foi a mercadoria liberada em julho de 1999.

3. Diante deste fato e considerando-se sobretudo que a validade do produto expirou em 27 de outubro de 2000, nos termos do laudo do laboratório de análises do Ministério da Fazenda, com o decurso do tempo, o presente mandamus perdeu o objeto.

4. A liberação judicial da mercadoria associada à irreversibilidade da situação tornam inócua a prestação jurisdicional, caracterizando a perda superveniente do interesse processual.

5. Processo extinto sem a resolução do mérito. Remessa oficial prejudicada."

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AMS n. 1999.61.04.003466-2, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, julgado em 01/08/2007, DJF 06/12/2010)

Dessa forma, portanto, é de ser mantida a sentença.

Em face do exposto, com supedâneo no artigo 932, inciso III, do Código de Processo Civil, **não conheço** da remessa oficial e da apelação do INSS por perda superveniente de interesse processual.

Observadas as formalidades legais, oportunamente, baixemos os autos ao Juízo de origem.

Intime-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0003194-49.2015.4.03.6115

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MAR GIRIUS CONTINENTAL INDUSTRIA DE CONTELETRICOS LTDA

Advogado do(a) APELADO: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de remessa oficial e apelação interposta pela UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL) em face da r. sentença proferida nos autos do presente ação ordinária ajuizada por MAR GIRIUS CONTINENTAL INDUSTRIA DE CONTROLES ELÉTRICOS LTDA. objetivando, em síntese, que a requerida se abstenha de vedar à autora o direito ao creditamento e aproveitamento do Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras - REINTEGRA, tanto na vigência da Lei n. 12.546/2011 como na vigência da legislação posterior (MP 651/2014), no tocante as vendas para a Zona Franca de Manaus e Áreas de Livre Comércio, equiparadas às operações de exportação para todos os fins fiscais, bem como que seja reconhecido o seu direito à repetição/compensação dos montantes pagos indevidamente, nos últimos 05 anos, valores que deixou de incluir no REINTEGRA, acrescidos da devida atualização.

A r. sentença julgou o feito com resolução de mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do Novo Código de Processo Civil, acolhendo o pedido da autora em face da UNIAO FEDERAL para: a) reconhecer à parte autora o direito de aplicação do regime REINTEGRA, sob a égide das Leis nºs 12.546/2011 e 13.043/2014, às operações de venda para a Zona Franca de Manaus - ZFM e Áreas de Livre Comércio - ALC's; b) autorizar a autora a efetuar a compensação administrativa dos valores indevidamente recolhidos, sob a égide das leis referidas, sob o título de operações de venda para a Zona Franca de Manaus - ZFM e Áreas de Livre Comércio - ALC's, com créditos da autora e créditos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, exceto contribuições previdenciárias ou destinadas a terceiros e precatórios, observado o trânsito em julgado da decisão judicial (art. 170-A, CTN), ou, querendo, e assim optando expressamente, cobrar a restituição do indébito referido por meio de precatório/RPV, mediante os procedimentos judiciais legais, assegurada a incidência da SELIC desde cada recolhimento, devendo os valores observar os regramentos legais sobre a matéria, notadamente quanto aos percentuais estabelecidos pelo Poder Executivo. Condenou a ré (União) a restituir à autora as custas judiciais por esta despendidas. Condenou a ré (União) ao pagamento dos honorários advocatícios que fixou em 10% sobre o valor a ser restituído/compensado. Sentença sujeita à remessa necessária haja vista a iliquidez do crédito tributário atingido pela decisão.

Em suas razões recursais, a União Federal (Fazenda Nacional) aduz, em síntese, o verdadeiro alcance do art. 40 do ADCT e do Decreto-lei nº 288/1967. Sustenta que o artigo 40 do ADCT mantém a Zona Franca de Manaus como uma área de benefícios fiscais, mas que não houve a pretensão de “congelar” as normas legais relacionadas com os benefícios fiscais dispensados à referida zona franca. Afirmo que os efeitos fiscais trazidos com o Decreto-Lei nº 288/1967 são aqueles, e somente aqueles, decorrentes de normas legais existentes quando da edição de mencionado Decreto. Acrescenta que se para a própria Zona Franca de Manaus os efeitos fiscais restringiram-se àqueles à época em vigor, nos termos do art. 4º do Decreto-Lei nº 288/1967, não é possível atribuir às ALC's regime aduaneiro mais benéfico do que aquele aplicável às Zonas Francas. Aduz, ainda, ser impossível o creditamento pelo REINTEGRA no tocante às vendas para a Zona Franca de Manaus ou dentro da referida área de livre comércio. Conclui que se a parte autora passasse a receber seu quinhão do REINTEGRA quando efetuar vendas à ZFM ou ALC's - o que se admite somente para fins de argumentação, e o adquirente na ZFM ou ALC's também passasse a industrializar e exportar o produto para o exterior, o adquirente na ZFM ou ALC's também poderia pedir o REINTEGRA e receberia a devolução do resíduo tributário federal existente na sua cadeia de produção, que já fora devolvido anteriormente, o que configuraria duplo benefício não previsto em lei e nocivo ao erário. Requer o provimento do recurso.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o art. 932, inciso IV, do Código de Processo Civil.

A questão vertida nos autos consiste na possibilidade de aproveitamento dos créditos decorrentes do REINTEGRA em relação à receita das vendas para a Zona Franca de Manaus e Áreas de Livre Comércio.

Com efeito, observa-se que nos termos da Súmula nº 640 do E. Superior Tribunal de Justiça: “O benefício fiscal que trata do Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras (REINTEGRA) alcança as operações de venda de mercadorias de origem nacional para a Zona Franca de Manaus, para consumo, industrialização ou reexportação para o estrangeiro.” (Súmula 640, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 18/02/2020, DJe 19/02/2020)

Nesse sentido, decidiu esta Corte:

APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. EXTENSÃO DO REGIME DO REINTEGRA À ZONA FRANCA DE MANAUS. EQUIPARAÇÃO DAS OPERAÇÕES DESTINADAS À ZONA FRANCA ÀS EXPORTAÇÕES PARA FINS TRIBUTÁRIOS. SISTEMA RECEPCIONADO PELA CF/88 E AINDA EM VIGOR. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO PARCIALMENTE PROVIDOS.

1. Dadas as características legais conferidas à região, há de se reconhecer que as operações destinadas à Zona Franca de Manaus garantam aos alienantes o direito de crédito previsto no Regime de REINTEGRA, obedecendo-se à regra de equiparação. Ao contrário do alegado pela União Federal, esta regra não se restringiu à legislação então vigente quando da instituição da Zona Franca, já que o aperfeiçoamento econômico da área exige tratamento tributário diferenciado de longo prazo, absorvendo os benefícios fiscais supervenientemente concedidos às exportações.

2. Assentado o ponto, é mister reconhecer à impetrante o direito à repetição e compensação dos créditos oriundos do regime do REINTEGRA, referentes às receitas decorrentes de operações destinadas à Zona Franca de Manaus. A correção do indébito deverá ser feita pela Taxa SELIC, bem como deverá ser observado o prazo prescricional quinquenal e a incidência do art. 170-A do CTN. A utilização do crédito deverá observar, ainda, o que disposto na IN RFB nº 1717/17.

3. Apelação e remessa necessária parcialmente providas.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5004649-59.2018.4.03.6114, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSOM DI SALVO, julgado em 04/04/2020, Intimação via sistema DATA: 13/04/2020)

Ressalte-se que o benefício tratado nesta ação ordinária inclui também áreas de livre comércio, limitando-se àquelas expressamente citadas no artigo 527 do Decreto n.º 6.759/2009 (Regulamento Aduaneiro): Art. 527. A venda de mercadorias nacionais ou nacionalizadas, efetuada por empresas estabelecidas fora das áreas de livre comércio de Boa Vista e de Bonfim para empresas ali sediadas, será, para os efeitos fiscais, equiparada a uma exportação. Nesse sentido, segue julgado desta Corte:

CONSTITUCIONAL - TRIBUTÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS DO REINTEGRA EM OPERAÇÕES DESTINADAS À ZONA FRANCA DE MANAUS E ÁREAS DE LIVRE COMÉRCIO – COMPENSAÇÃO.

1. O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: Art. 40. É mantida a Zona Franca de Manaus, com suas características de área livre de comércio, de exportação e importação, e de incentivos fiscais, pelo prazo de vinte e cinco anos, a partir da promulgação da Constituição. (Vide Decreto n.º 7.212, de 2010)

2. Em 14 de dezembro de 2011, foi editada a Lei Federal n.º 12.546/2011 – conversão da Medida Provisória n.º 540/2011 – que instituiu o REINTEGRA – Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras: Art. 2º No âmbito do Reintegra, a pessoa jurídica produtora que efetue exportação de bens manufaturados no País poderá apurar valor para fins de ressarcir parcial ou integralmente o resíduo tributário federal existente na sua cadeia de produção.

3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está consolidada no sentido de que o benefício em questão abrange as operações destinadas à Zona Franca de Manaus, porquanto equiparadas à exportação.

4. O benefício tratado nesta ação mandamental inclui também áreas de livre comércio, limitando-se àquelas expressamente citadas no artigo 527, do Decreto n.º 6.759/2009 (Regulamento Aduaneiro): Art. 527. A venda de mercadorias nacionais ou nacionalizadas, efetuada por empresas estabelecidas fora das áreas de livre comércio de Boa Vista e de Bonfim para empresas ali sediadas, será, para os efeitos fiscais, equiparada a uma exportação.

5. É viável a compensação dos créditos apurados, observada a prescrição quinquenal.

6. É cabível a compensação tributária, após o trânsito em julgado (artigo 170-A, do Código Tributário Nacional), segundo os critérios legais vigentes à época da propositura da ação (REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010, no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973).

7. Deve ser acrescida correção monetária, de acordo com os critérios estabelecidos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, sendo que, a partir da vigência da Lei Federal n.º 9.065/95, incide unicamente a Taxa Selic (REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010, no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973).

8. Apelação da União e remessa oficial desprovidas.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5027643-26.2018.4.03.6100, Rel. Juiz Federal Convocado LEILA PAIVA MORRISON, julgado em 24/01/2020, Intimação via sistema DATA: 29/01/2020)

Comisso, é de ser mantida a sentença.

Ante o exposto, nos termos do art. 932, IV do Código de Processo Civil de 2015, **nego provimento** à remessa oficial e à apelação da União Federal (Fazenda Nacional).

Observadas as formalidades legais, baixemos os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001450-96.2013.4.03.6112

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP, UNIAO FEDERAL, JOAO DONIZETI CHIEROTI, MARCIA APARECIDA ZANQUETA CHIEROTTI

Advogado do(a) APELANTE: VALTER MARELLI - SP241316-A

Advogado do(a) APELANTE: VALTER MARELLI - SP241316-A

APELADO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP, UNIAO FEDERAL, JOAO DONIZETI CHIEROTI, MARCIA APARECIDA ZANQUETA CHIEROTTI

Advogado do(a) APELADO: VALTER MARELLI - SP241316-A

Advogado do(a) APELADO: VALTER MARELLI - SP241316-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de apelação em Ação civil Pública promovida pelo Ministério Público Federal contra proprietários de imóvel em que se alega indevida edificação em área de preservação permanente, no Município de Rosana/SP.

Com os autos já nesta instância, sobreveio pedido, pelos proprietários, de suspensão da ação, em razão da afetação pelo E. Superior Tribunal de Justiça dos Recursos Especiais 1.770.760/SC, 1.770.808/SC e 1.770.967/SC, sendo cadastrada a questão como Tema Repetitivo 1010, determinando-se o sobrestamento da tramitação de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos que cuidam da matéria ora sob exame, em todo o território nacional.

Intimados, a União nada opôs à suspensão, enquanto o Ministério Público Federal requereu o indeferimento, alegando que a questão discutida não se enquadra, integralmente, na controvérsia afetada pelo C. STJ.

É o relatório.

Decido.

O C. STJ afetou, na sessão finalizada em 30/04/2019, os Recursos Especiais 1.770.760/SC, 1.770.808/SC e 1.770.967/SC como representativos da seguinte controvérsia:

"Extensão da faixa não edificável a partir das margens de cursos d'água naturais em trechos caracterizados com área urbana consolidada: se corresponde à área de preservação permanente prevista no art. 4º, I, da Lei nº 12.651/2012 (equivalente ao art. 2º, alínea "a", da revogada Lei nº 4.771/1965), cuja largura varia de 30 (trinta) a 500 (quinhentos) metros, ou ao recuo de 15 metros determinado no art. 4º, caput, III, da Lei nº 6.766/1979".

Outrossim, a E. Corte Superior cadastrou a referida questão como "Tema Repetitivo 1010", determinando a suspensão da tramitação de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, em todo o território nacional.

In casu, existe controvérsia sobre se área pode ou não ser caracterizada como urbana consolidada, com a consequente definição da dimensão da faixa de preservação permanente a ser respeitada. Inequivoco, portanto, que a resolução da aludida questão é prejudicial ao caso, de modo que se impõe a suspensão do feito, conforme ordenado pelo E. STJ.

Ante o exposto, em observância à determinação superior, determino o **sobrestamento** do processo.

Intimem-se.

Anote-se o necessário.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELADO: JUNDSOL TRANSPORTES LTDA., JUNDSOL TRANSPORTES LTDA., JUNDSOL TRANSPORTES LTDA.

Advogado do(a) APELADO: ANDRE ALMEIDA BLANCO - SP147925-A

Advogado do(a) APELADO: ANDRE ALMEIDA BLANCO - SP147925-A

Advogado do(a) APELADO: ANDRE ALMEIDA BLANCO - SP147925-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de remessa oficial e de apelação interposta pela UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL) em face da r. sentença proferida em mandado de segurança impetrado por JUNDSOL TRANSPORTES LTDA e filiais, com pedido liminar, contra ato praticado pelo DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE SOROCABA/SP, onde se objetiva medida que lhe assegure o direito de não incluir o ICMS destacado na base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como o afastamento do entendimento contido na Solução de Consulta COSIT n.º 13/2018 e na IN n.º 1911/2019.

O pedido de liminar foi deferido a fim de determinar que a autoridade impetrada se abstenha de exigir valores referentes ao PIS/COFINS sobre o valor do ICMS destacado, incidente sobre as vendas da impetrante, afastando-se os parâmetros postos pela Solução de Consulta Interna COSIT n.º 13/2018, bem como a IN/RFB n.º 1.911/2019, em relação à parte impetrante, suspendendo a exigibilidade de tal parcela nos termos do artigo 151, inciso IV, do CTN. **(ID 133462950)**

A r. sentença extinguiu o processo com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, I, do Código de Processo Civil, e concedeu a segurança, para i) declarar a inexigibilidade da inclusão do valor do ICMS destacado em suas notas fiscais na base de cálculo do PIS e da COFINS, afastando-se os parâmetros contidos na Solução de Consulta COSIT n.º 13/2018 e na IN n.º 1911/2019; ii) bem como para declarar o direito de a impetrante compensar eventuais valores recolhidos a esse título, observada a prescrição quinquenal que antecede a data do ajuizamento do presente writ, devidamente corrigidos pela incidência da SELIC. Descabe condenação em honorários advocatícios, nos termos do artigo 25 da Lei n. 12.016/2009. Custas na forma da lei. Sentença sujeita ao reexame necessário.

Em razões recursais, a União Federal sustenta, em síntese, a suspensão do feito até a publicação do acórdão resultante do julgamento dos embargos de declaração da Fazenda Nacional no RE 574.706/PR, que deliberará sobre o pedido de modulação de efeitos formulado pela União. No mérito, pugna pela manutenção da parcela do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS. Alega que o montante do ICMS integra o valor do preço da mercadoria vendida ou preço do serviço prestado. Anota que o ICMS a ser excluído da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS é o ICMS a recolher, resultado mensal do encontro de contas entre créditos e débitos do imposto. Requer o provimento do apelo, com a reforma integral da sentença.

Em contrarrazões (ID 133462974), a impetrante sustenta, em síntese, a desnecessidade de suspensão do processo em comento até publicação do resultado do julgamento nos embargos de declaração, pois a tese já está firmada em repercussão geral. Ressalta que a matéria em discussão no presente *mandamus* já foi apreciada pelo E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL no RE 574.706, sujeito à Repercussão Geral (tema 69).

Subiram os autos a esta E. Corte.

Em parecer (ID 134801250), a ilustre representante do Ministério Público Federal, opinou pela reforma da sentença, apenas para manter a exclusão do ICMS, efetivamente pago, da base de cálculo do PIS e da COFINS, tanto do crédito quanto do débito (em se tratando do regime não cumulativo) e em relação às contribuições vincendas, após o trânsito em julgado.

É o relatório.

Decido.

Preenchidos os pressupostos genéricos, conheço da apelação e passo ao seu exame.

Cabível na espécie o art. 932, inciso IV, do Código de Processo Civil.

Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE n.º 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe n.º 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE n.º 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo.

Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronúncia emanados em sede de repercussão geral.

Ademais, no tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

Com efeito, o Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "**O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins**". O v. acórdão encontra-se assimmentado, *in verbis*:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir; conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Assim, estando em consonância com a jurisprudência firmada pelo E. Supremo Tribunal Federal, mantenho a r. sentença.

Com relação ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o correspondente ao valor destacado na nota fiscal.

Ressalte-se que a decisão foi elaborada nos termos da RE 574.706, restando claro que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída.

Nesse sentido, julgados desta E. Corte:

AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

O resultado do julgamento do RE nº 574.706/PR pelo e. Supremo Tribunal Federal, que em sessão plenária do dia 15.03.2017, sob a sistemática de repercussão geral, resultou no Tema 69.

Conforme o resultado desse julgamento, todo o ICMS deve ser expurgado da base de cálculo das duas contribuições (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019), já que, como se infere do voto da Ministra Relatora, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo, deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS. A propósito: RE 209314 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 14-09-2018 PUBLIC 17-09-2018.

Desnecessário aguardar-se o resultado de embargos de declaração e/ou modulação de efeitos, porquanto essas situações não são impeditivas da aplicação de decisão da Suprema Corte que afirma a inconstitucionalidade de exação. Nesse sentido: ARE 1202776 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 11/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-241 DIVULG 04-11-2019 PUBLIC 05-11-2019. Nesta Corte Regional: 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000328-22.2017.4.03.6144, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 05/12/2019, e - DJF3 Judicial I DATA: 09/12/2019.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5005827-51.2019.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSOM DI SALVO, julgado em 24/04/2020, Intimação via sistema DATA: 27/04/2020)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL IDENTIFICADO E RETIFICADO. CONTRADIÇÃO INEXISTENTE. RESTOU DEMONSTRADO NO JULGADO QUE O ICMS DESTACADO EM NOTA FISCAL DEVE SER EXCLUÍDO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. OBEDIÊNCIA AO ART. 26-A DA LEI 11.457/07. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(AC 5000356-38.2017.4.03.6128, Rel. Desembargador Federal JOHONSON DI SALVO, Sexta Turma, j. 25.07.2019, DJE 26.07.2019)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. RE 574.706. VINCULAÇÃO. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Descabe o pedido da União de sobrestamento do feito até a finalização do julgamento do RE nº 574.706/PR. Cabe ratificar novamente, que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- No tocante ao ICMS que deve ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, a decisão agravada foi explícita quanto a matéria ora discutida: "Assinalo que, o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal, eis que deve ser excluído, do conceito de receita, todo o ICMS faturado e não o valor devido após as deduções do imposto anteriormente cobrado".

- Assim, não há que se falar em inovação recursal a respeito do valor excluído da base de cálculo do PIS/COFINS ser o destacado na nota fiscal, uma vez que este é o que se amolda ao conceito de faturamento, objeto da discussão apresentada nos presentes autos, que teve por fundamento o RE 574.706. Anote-se que, o pedido formulado na inicial foi expresso ao requerer a exclusão da exação sobre a base de cálculo do PIS e da COFINS. Foi exatamente isso que foi decidido pelo STF e que ora se decide.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decisum a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

- Negado provimento ao agravo interno.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5001990-25.2018.4.03.6002, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 21/04/2020, Intimação via sistema DATA: 27/04/2020)

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. ICMS. VALOR DESTACADO NA NOTA FISCAL. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.

1. Prevê o artigo 1.022 do CPC que a oposição dos aclaratórios somente tem cabimento para esclarecimento de obscuridade ou eliminação de contradição, para suprimir omissão sobre ponto ou questão sobre o qual o julgado deveria se pronunciar, ou, ainda, para corrigir erro material existente no decisório.

2. Na espécie, não se fazem presentes quaisquer dos aludidos vícios.

3. *Relativamente ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS, sustenta a União Federal que deve ser o ICMS efetivamente recolhido. Todavia, com efeito, o ICMS a ser excluído é o destacado nos documentos fiscais de saída, vez que é esse montante que integra a indigitada base de cálculo.*

5. *Na ocasião do julgamento do RE n. 574.706, a Ministra Cármen Lúcia enfrentou diretamente essa questão, consignando que o ICMS a ser excluído não é o ICMS "pago" ou "recolhido", mas o ICMS destacado na nota fiscal.*

6. *Assim sendo, repise-se, tem a impetrante o direito de excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS o valor integral do ICMS destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias do seu estabelecimento, inclusive após o advento da Lei nº 12.973/2014.*

7. *Embargos de declaração, opostos pela União Federal, que restam rejeitados.*

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5000702-41.2017.4.03.6143, Rel. Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, julgado em 22/04/2020, Intimação via sistema DATA: 24/04/2020)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA – TUTELA PROVISÓRIA. STF – RE Nº 574.706. ICMS – BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS – EXCLUSÃO. ICMS DESTACADO NAS NOTAS FISCAIS.

1. *A jurisprudência tem se pautado na possibilidade do julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático. A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706 por ocasião da apreciação dos embargos de declaração consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.*

2. *No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.*

3. *Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.*

4. *Agravo de instrumento provido.*

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5000823-63.2020.4.03.0000, Rel. Juiz Federal Convocado na Titularidade Plena LEILA PAIVA MORRISON, julgado em 16/04/2020, Intimação via sistema DATA: 23/04/2020)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE E CONTRADIÇÃO. DUPLOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. *Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1.022 do atual Código de Processo Civil, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado, e, ainda, corrigir erro material.*

2. *O caráter infringente dos embargos, por sua vez, somente é admitido a título excepcional, quando da eliminação da contradição ou da omissão decorrer, logicamente, a modificação do julgamento embargado.*

3. *O C. Supremo Tribunal Federal reafirmou seu entendimento anterior e pacificou a questão definindo, com repercussão geral, no julgamento do RE 574.706, que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, conforme acórdão publicado em 02/10/2017.*

4. *É sabido que, a despeito de não ter concluído o julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais, como, aliás, se denota do seguinte excerto daquele julgado.*

5. *É entendimento sedimentado do Superior Tribunal de Justiça que o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão (EDcl no MS 21.315-DF, Rel. Min. Diva Malerbi, Desembargadora convocada do TRF da 3ª Região, julgado em 8/6/2016, DJe 15/6/2016 - Informativo de Jurisprudência nº 0585).*

6. *Duplos embargos de declaração rejeitados.*

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0003717-10.2019.4.03.9999, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 16/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 22/04/2020)

Como bem assinalado na r. sentença:

“Com efeito, tendo-se em mente a ratio decidendi do STF, tomando-se o ICMS como “mero ingresso” a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS, o lapso temporal correspondente é o das vendas realizadas, considerando-se o ICMS destacado nesse momento (o do ingresso). É dizer: tal como decidido pelo STF, não se condicionou a exclusão ao momento subsequente ao da aplicação da sistemática crédito/débito do ICMS.

Anoto que, embora o voto da Ministra Relatora, Carmen Lúcia, entre nos aspectos relativos à compensação do ICMS em cada operação sua conclusão – aparentemente – vai em outro sentido, quando sintetiza seu voto, e a ementa do acórdão RE 576.704, afirmando que:

“O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS.”

Em assim sendo, em que pese a razoabilidade da pretensão veiculada por meio da Solução de Consulta Interna COSIT nº 13/2018 e da IN n.º 1911/2019, ao pretenderem a exclusão apenas do saldo resultante, acabaram por desbordar dos limites que lhe são ínsitos, desrespeitando a decisão proferida pelo STF.”

Quanto ao direito à compensação, deve ser assegurado à parte, sob pena de enriquecimento sem causa da União. A impetrante poderá compensar o montante indevidamente recolhido nos últimos cinco anos anteriores à propositura do writ, com atualização exclusivamente pela SELIC e observada a Res. 267/CJF, manejando a compensação com créditos de tributos administrados pela RFB, observando-se, todavia, o art. 26-A da Lei 11.457/2007 e o art. 170-A do CTN.

Sem condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.016/2009 e das Súmulas nºs 512 do STF e 105 do STJ.

Ante o exposto, nos termos do art. 932, IV, do Código de Processo Civil, **nego provimento** à remessa oficial e à apelação da União Federal.

Decorrido o prazo legal, baixemos autos ao juízo de origem.

Intime-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5010974-88.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

AGRAVANTE: ARKEMA QUIMICA LTDA., COATEX LATIN AMERICA INDUSTRIA E COMERCIO LTDA.

Advogados do(a) AGRAVANTE: FABIO FRAGA GONCALVES - RJ117404-A, ERNESTO JOHANNES TROUW - RJ121095-A

Advogados do(a) AGRAVANTE: FABIO FRAGA GONCALVES - RJ117404-A, ERNESTO JOHANNES TROUW - RJ121095-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos.

Consoante se constata em consulta ao sistema de informações processuais do Processo Judicial Eletrônico - PJe da Justiça Federal da 3ª Região, o mandado de segurança a que se refere o presente agravo já foi decidido em primeiro grau.

Assim, já tendo havido o julgamento do mencionado mandado de segurança, onde foi proferida a decisão atacada, o agravo perdeu inteiramente o seu objeto.

Ante o exposto, **julgo prejudicado** o presente agravo por perda de objeto, não conhecendo do recurso, com fulcro no art. 1.019, caput, c.c. o art. 932, III, ambos do Código de Processo Civil de 2015.

Observadas as formalidades legais, baixemos autos.

Intimem-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001813-90.2011.4.03.6100
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: CONVENCAO GERAL DAS IGREJAS ADVENTISTA DA PROMESSA
Advogado do(a) APELANTE: ISRAEL FLORENCIO - SP36432
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos.

Trata-se de apelação interposta pela CONVENÇÃO GERAL DAS IGREJAS ADVENTISTAS DA PROMESSA em face da r. sentença proferida nos autos da presente ação ordinária ajuizada objetivando a anulação do auto de infração MPF nº 0819000/00583/02 lavrado em 12/03/2002 e desconstituir o crédito tributário dele decorrente, com pedido de antecipação de tutela para suspender a exigibilidade tributária e, conseqüentemente, possibilitar a emissão de certidão de regularidade fiscal.

A r. sentença julgou improcedente o pedido, extinguindo o processo com resolução do mérito, nos termos do artigo 269, I, do CPC/73. Condenou a autora nas custas e honorários que fixou em 10% do valor dado à causa.

A apelante vem, respeitosamente, expor e requerer o quanto segue: “1.- Tendo em vista a promulgação da Lei nº. 12.865, de 09 de outubro de 2013, e PORTARIA CONJUNTA PGFN/RFB nº 07, que permitem a liquidação do débito objeto do processo, com benefícios que alcançam inclusive os encargos legais, a Impetrante vem informar que valeu-se deles para quitação do débito objeto desta demanda. 2.- Por esta razão, nos termos do artigo 14 da referida portaria, a Recorrente DESISTE DO RECURSO DE APELAÇÃO apresentado, renunciando às alegações de direito sobre as quais se fundaram o processo, requerendo a resolução de mérito na forma do artigo 269 – V, do Código de Processo Civil. 3.- Para tanto, junta comprovação do pedido de parcelamento (doc. 01), da liquidação do valor devido ao Fisco (doc. 02) e da identificação do pagamento pela PGFN (doc. 03). 4.- Findos os trâmites legais, requer o arquivamento do feito na forma da legislação vigente.” (ID 90140266 – fls. 116/121).

Homologo o pedido de desistência do recurso, nos termos dos artigos 998 do Código de Processo Civil de 2015 e 33, inciso VI do Regimento Interno desta Corte.

Observadas as formalidades legais, baixemos autos ao Juízo a quo.

Intime-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5009107-52.2018.4.03.6104

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: KION SOUTH AMERICA FABRICACAO DE EQUIPAMENTOS PARA ARMAZENAGEM LTDA, DELEGADO DA ALFÂNDEGA DA RECEITA FEDERAL DO PORTO DE SANTOS, DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SANTOS

Advogado do(a) APELANTE: OCTAVIO TEIXEIRA BRILHANTE USTRA - SP196524-A

APELADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SANTOS, DELEGADO DA ALFÂNDEGA DA RECEITA FEDERAL DO PORTO DE SANTOS, KION SOUTH AMERICA FABRICACAO DE EQUIPAMENTOS PARA ARMAZENAGEM LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELADO: OCTAVIO TEIXEIRA BRILHANTE USTRA - SP196524-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de mandado de segurança destinado a viabilizar a declaração de inconstitucionalidade do reajuste tributário da Taxa de Utilização do Siscomex, nos termos da Portaria MF nº. 257/11, com pedido de compensação do excedente.

A r. sentença (ID 119688123), integrada pela decisão que analisou os embargos de declaração (ID 119688190), julgou o pedido inicial procedente, em parte, para afastar a cobrança majorada e assegurar a compensação do excedente recolhido nos cento e vinte dias anteriores à impetração.

Apelação da impetrante (ID 119688185), na qual requer o reconhecimento do direito à compensação do excedente recolhido nos cinco anos anteriores à impetração.

Apelação da União (ID 119688194), na qual requer seja assegurada a correção monetária da taxa segundo os índices oficiais.

Contrarrazões (ID 119688200).

Manifestação da Procuradoria Regional da República (ID 130791377).

Sentença sujeita a necessário reexame.

É uma síntese do necessário.

A Lei Federal nº. 9.716/98:

Art. 3º. Fica instituída a Taxa de Utilização do Sistema Integrado de Comércio Exterior - SISCOMEX, administrada pela Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda.

§ 1º. A taxa a que se refere este artigo será devida no Registro da Declaração de Importação, à razão de: (Vide Medida Provisória nº 320, 2006)

I - R\$ 30,00 (trinta reais) por Declaração de Importação;

II - R\$ 10,00 (dez reais) para cada adição de mercadorias à Declaração de Importação, observado limite fixado pela Secretaria da Receita Federal.

§ 2º. Os valores de que trata o parágrafo anterior poderão ser reajustados, anualmente, mediante ato do Ministro de Estado da Fazenda, conforme a variação dos custos de operação e dos investimentos no SISCOMEX.

§ 3º. Aplicam-se à cobrança da taxa de que trata este artigo as normas referentes ao Imposto de Importação.

§ 4º. O produto da arrecadação da taxa a que se refere este artigo fica vinculado ao Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização - FUNDAF, instituído pelo art. 6º do Decreto-Lei nº 1.437, de 17 de dezembro de 1975.

§ 5º. O disposto neste artigo aplica-se em relação às importações registradas a partir de 1º de janeiro de 1999.

A Taxa de Utilização do Sistema Integrado de Comércio Exterior - SISCOMEX é devida em decorrência do exercício de poder de polícia, no desembaraço aduaneiro.

Em 23 de maio de 2011, foi publicada a Portaria MF nº. 257, que determinou o reajuste da Taxa, o primeiro desde a instituição:

Art. 1º. Reajustar a Taxa de Utilização do Sistema Integrado de Comércio Exterior (SISCOMEX), devida no Registro da Declaração de Importação (DI), de que trata o parágrafo 1º do artigo 3º da Lei nº 9.716, de 1998, nos seguintes valores:

I- R\$ 185,00 (cento e oitenta e cinco reais) por DI;

II- R\$ 29,50 (vinte e nove reais e cinquenta centavos) para cada adição de mercadorias à DI, observados os limites fixados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB).

Art. 2º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da delegação de competência tributária para a definição dos critérios de correção da Taxa de Utilização do Siscomex (artigo 3º, § 2º, da Lei Federal nº 9.716/98).

De outro lado, ressaltou a possibilidade de atualização da taxa segundo os índices oficiais de correção monetária (RE 1095001 AgR, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 06/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-103 DIVULG 25-05-2018 PUBLIC 28-05-2018).

A posição foi reafirmada em regime de repercussão geral:

EMENTA Recurso extraordinário. Tributário. Taxa de utilização do Sistema Integrado de Comércio Exterior (SISCOMEX). Majoração da base de cálculo por portaria ministerial. Delegação legislativa. Artigo 3º, § 2º, da Lei nº 9.716/1998. Princípio da legalidade. Ausência de balizas mínimas definidas em lei. Atualização. Índices oficiais. Possibilidade. Existência de repercussão geral. Reafirmação da jurisprudência da Corte sobre o tema.

(RE 1258934 RG, Relator(a): Min. MINISTRO PRESIDENTE, julgado em 09/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-102 DIVULG 27-04-2020 PUBLIC 28-04-2020)

Para este fim, considera-se adequada a variação da inflação medida pelo INPC no período de 1º de janeiro de 1999 a 30 de abril de 2011 (131,60%).

A jurisprudência desta Corte:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TAXA SISCOMEX. COMPENSAÇÃO DA DIFERENÇA ENTRE O VALOR DA TAXA INSTITUÍDO PELA PORTARIA MF 257/2011 E AQUELE FIXADO PELA LEI 9.716/98. INPC DE JANEIRO DE 1999 A ABRIL DE 2011. CORREÇÃO DO INDÉBITO PELA SELIC. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS EM PARTE SEM EFEITOS INFRINGENTES.

1. A embargante, busca, nitidamente, com a oposição dos embargos de declaração, a alteração do mérito da decisão.

2. No caso concreto, constam no acórdão embargado, explicitamente, as razões que levaram à conclusão de que a compensação deverá observar a diferença entre o valor recolhido com base na Portaria MF nº 257/2011 e aquele previsto na Lei 9.716/98, devidamente atualizado com índices oficiais, de modo a propiciar equilíbrio na relação entre as partes e evitar indevido prejuízo ao Fisco.

3. A decisão proferida vem com esteio no RE/SC 1095001, cuja decisão foi corroborada no Ag. Reg. no RE 1.130.979, o qual fixa o INPC como índice oficial a ser observado na atualização da Taxa Siscomex, com restituição dos valores (diferença) pela SELIC.

4. Assim, é de se salientar que em relação à respectiva decisão não houve omissão apta a ensejar a infringência do julgado, restando, tão somente, nesta oportunidade, esclarecida a forma de atualização da taxa SISCOMEX (INPC entre janeiro de 1999 e abril de 2011), conforme, aliás, decidiu o STF.

5. Não há qualquer obscuridade em relação aos critérios de compensação, restando demonstrada a impossibilidade de determinar a realização com contribuições previdenciárias, sobremaneira em razão da aplicação, quanto às regras atinentes à compensação, da lei vigente à época da propositura da ação já que inviável o julgamento da causa com base em direito superveniente. A determinação, contudo, não impede a compensação dos créditos na via administrativa com aplicação da legislação posterior, observado o cumprimento dos requisitos próprios.

6. Embargos de Declaração acolhidos em parte sem efeitos infringentes.

(APELAÇÃO CÍVEL / SP, Relator Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, 3ª Turma, julgado em 29/01/2020)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. TAXA SISCOMEX. REAJUSTE DE VALORES POR ATO INFRALEGAL. PORTARIA MF Nº 257, DE 2011. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA. ÍNDICE ATUALIZAÇÃO. REMESSA OFICIAL IMPROVIDA. APELAÇÃO IMPETRANTE IMPROVIDA.

- A Portaria MF nº 257/2011 viola ao princípio da legalidade, pois estabeleceu por meio de ato normativo infralegal a majoração da Taxa de Utilização do SISCOMEX quando a Lei nº 9.716/98 não fixou balizas mínimas para eventuais reajustes da referida taxa. A Portaria elevou a taxa de utilização no SISCOMEX de R\$ 30,00 para R\$ 185,00 por declaração de importação e de R\$ 10,00 para R\$ 29,50 para cada adição de mercadorias à DI, de forma que tal majoração extrapola claramente a mera atualização dos valores pelos índices oficiais de correção monetária.

- Precedentes do C. STF e desta E. Corte.

-Quanto à atualização da taxa SISCOMEX, a jurisprudência do STF é no sentido de permitir que o Poder Executivo atualize os valores fixados em lei para a referida taxa em percentual não superior aos índices oficiais de correção monetária, e a manutenção da majoração até o limite da variação do INPC no período:(RE 1095001 e RE 1111866).-Nos termos em que explicitado no RE 1.111.866,a variação da inflação medida pelo INPC no período de 01 de janeiro de 1999 a 30 de abril de 2001 foi de 131,60%, e este deve ser o índice de reajuste a ser aplicado.

-Dessa forma, enquanto não sobrevier novo ato Executivo fixando os novos valores da taxa Siscomex, é possível apenas sua correção pelo índice oficial da inflação (ficando restrita a legalidade à exigência do reajuste de 131,60%, correspondente à variação de preços, medida pelo INPC, entre janeiro de 1999 e abril de 2011).

- A impetrante comprovou a condição de contribuinte, ficando autorizada, administrativamente, a apresentar outros documentos que sejam considerados necessários e/ou imprescindíveis, ficando a cargo da autoridade administrativa a fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem restituídos e a exatidão dos números.

- A compensação dos valores pagos indevidamente, corrigidos pela taxa SELIC, pode ser realizada com quaisquer tributos administrados pela Receita Federal do Brasil, conforme o art. 74 da Lei nº 9.430, de 1996, com a redação da Lei nº 10.637, de 2002, observando-se ainda o disposto no art. 170-A do CTN.

- Remessa oficial improvida.

-Apelação impetrante improvida.

(APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO / SP, 5009284-16.2018.4.03.6104, Relator Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, 4ª Turma, julgado em 09/12/2019, Intimação via sistema DATA: 16/12/2019)

É viável a compensação do excedente.

O mandado de segurança foi impetrado em 30 de novembro de 2018.

Aplica-se o prazo prescricional **quinquenal** (STF, RE 566621, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 04/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011 EMENT VOL-02605-02 PP-00273 RTJ VOL-00223-01 PP-00540).

É cabível a compensação tributária, após o trânsito em julgado (artigo 170-A, do Código Tributário Nacional), **segundo os critérios legais vigentes à época da propositura da ação** (REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010, no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973).

Deve ser acrescida correção monetária, de acordo com os critérios estabelecidos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, sendo que, a partir da vigência da Lei Federal nº. 9.065/95, incide unicamente a Taxa Selic (REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010, no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973).

No mandado de segurança não são devidos honorários advocatícios (artigo 25, da Lei Federal nº. 12.016/09).

Por tais fundamentos, **dou provimento** às apelações.

Publique-se. Intime-se.

Decorrido o prazo recursal, remetam-se à origem.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002004-54.2019.4.03.6105

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: INDUSTRIAS MARRUCCI LTDA

Advogados do(a) APELANTE: GENTIL BORGES NETO - SP52050-A, SOLANGE TEREZA RUBINATO LIMA - SP361912-A, VICENTE SACHS MILANO - SP354719-A, GUILHERME MANESCO GRIGOLON - SP365452-A

APELADO: INSPETOR CHEFE DA ALFANDEGA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE VIRACOPOS, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de mandado de segurança destinado a viabilizar a declaração de inconstitucionalidade do reajuste tributário da Taxa de Utilização do Siscomex, nos termos da Portaria MF nº. 257/11, com pedido de compensação ou restituição do excedente.

A r. sentença (ID 124849967) julgou o pedido inicial improcedente.

Nas razões de apelação (ID 124849976), a impetrante requer a reforma da r. sentença, para afastar a exigência da taxa na forma majorada, limitando-se a correção pela variação do INPC.

Contrarrazões (ID 124849986).

Manifestação da Procuradoria Regional da República (ID 127947493).

É uma síntese do necessário.

O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da delegação de competência tributária para a definição dos critérios de correção da Taxa de Utilização do Siscomex (artigo 3º, § 2º, da Lei Federal nº 9.716/98).

De outro lado, ressaltou a possibilidade de atualização da taxa segundo os índices oficiais de correção monetária (RE 1095001 AgR, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 06/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-103 DIVULG 25-05-2018 PUBLIC 28-05-2018).

A posição foi reafirmada em regime de repercussão geral:

EMENTA Recurso extraordinário. Tributário. Taxa de utilização do Sistema Integrado de Comércio Exterior (SISCOMEX). Majoração da base de cálculo por portaria ministerial. Delegação legislativa. Artigo 3º, § 2º, da Lei nº 9.716/1998. Princípio da legalidade. Ausência de balizas mínimas definidas em lei. Atualização. Índices oficiais. Possibilidade. Existência de repercussão geral. Reafirmação da jurisprudência da Corte sobre o tema.

(RE 1258934 RG, Relator(a): Min. MINISTRO PRESIDENTE, julgado em 09/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-102 DIVULG 27-04-2020 PUBLIC 28-04-2020)

Para este fim, considera-se adequada a variação da inflação medida pelo INPC no período de 1º de janeiro de 1999 a 30 de abril de 2011 (131,60%).

A jurisprudência desta Corte:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TAXA SISCOMEX. COMPENSAÇÃO DA DIFERENÇA ENTRE O VALOR DA TAXA INSTITUÍDO PELA PORTARIA MF 257/2011 E AQUELE FIXADO PELA LEI 9.716/98. INPC DE JANEIRO DE 1999 A ABRIL DE 2011. CORREÇÃO DO INDÉBITO PELA SELIC. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS EM PARTE SEM EFEITOS INFRINGENTES.

1. A embargante, busca, nitidamente, com a oposição dos embargos de declaração, a alteração do mérito da decisão.

2. No caso concreto, constam no acórdão embargado, explicitamente, as razões que levaram à conclusão de que a compensação deverá observar a diferença entre o valor recolhido com base na Portaria MF nº 257/2011 e aquele previsto na Lei 9.716/98, devidamente atualizado com índices oficiais, de modo a propiciar equilíbrio na relação entre as partes e evitar indevido prejuízo ao Fisco.

3. A decisão proferida vem com esteio no RE/SC 1095001, cuja decisão foi corroborada no Ag. Reg. no RE 1.130.979, o qual fixa o INPC como índice oficial a ser observado na atualização da Taxa Siscomex, com restituição dos valores (diferença) pela SELIC.

4. Assim, é de se salientar que em relação à respectiva decisão não houve omissão apta a ensejar a infringência do julgado, restando, tão somente, nesta oportunidade, esclarecida a forma de atualização da taxa SISCOMEX (INPC entre janeiro de 1999 e abril de 2011), conforme, aliás, decidiu o STF.

5. Não há qualquer obscuridade em relação aos critérios de compensação, restando demonstrada a impossibilidade de determinar a realização com contribuições previdenciárias, sobremaneira em razão da aplicação, quanto às regras atinentes à compensação, da lei vigente à época da propositura da ação já que inviável o julgamento da causa com base em direito superveniente. A determinação, contudo, não impede a compensação dos créditos na via administrativa com aplicação da legislação posterior, observado o cumprimento dos requisitos próprios.

6. Embargos de Declaração acolhidos em parte sem efeitos infringentes.

(APELAÇÃO CÍVEL / SP, Relator Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, 3ª Turma, julgado em 29/01/2020)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. TAXA SISCOMEX. REAJUSTE DE VALORES POR ATO INFRALEGAL. PORTARIA MF Nº 257, DE 2011. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA. ÍNDICE ATUALIZAÇÃO. REMESSA OFICIAL IMPROVIDA. APELAÇÃO IMPETRANTE IMPROVIDA.

- A Portaria MF nº 257/2011 viola ao princípio da legalidade, pois estabeleceu por meio de ato normativo infralegal a majoração da Taxa de Utilização do SISCOMEX quando a Lei nº 9.716/98 não fixou balizas mínimas para eventuais reajustes da referida taxa. A Portaria elevou a taxa de utilização no SISCOMEX de R\$ 30,00 para R\$ 185,00 por declaração de importação e de R\$ 10,00 para R\$ 29,50 para cada adição de mercadorias à DI, de forma que tal majoração extrapola claramente a mera atualização dos valores pelos índices oficiais de correção monetária.

- Precedentes do C. STF e desta E. Corte.

-Quanto à atualização da taxa SISCOMEX, a jurisprudência do STF é no sentido de permitir que o Poder Executivo atualize os valores fixados em lei para a referida taxa em percentual não superior aos índices oficiais de correção monetária, e a manutenção da majoração até o limite da variação do INPC no período:(RE 1095001 e RE 111866).-Nos termos em que explicitado no RE 1.111.866,a variação da inflação medida pelo INPC no período de 01 de janeiro de 1999 a 30 de abril de 2001 foi de 131,60%, e este deve ser o índice de reajuste a ser aplicado.

-Dessa forma, enquanto não sobrevier novo ato Executivo fixando os novos valores da taxa Siscomex, é possível apenas sua correção pelo índice oficial da inflação (ficando restrita a legalidade à exigência do reajuste de 131,60%, correspondente à variação de preços, medida pelo INPC, entre janeiro de 1999 e abril de 2011).

- A impetrante comprovou a condição de contribuinte, ficando autorizada, administrativamente, a apresentar outros documentos que sejam considerados necessários e/ou imprescindíveis, ficando a cargo da autoridade administrativa a fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem restituídos e a exatidão dos números.

- A compensação dos valores pagos indevidamente, corrigidos pela taxa SELIC, pode ser realizada com quaisquer tributos administrados pela Receita Federal do Brasil, conforme o art. 74 da Lei nº 9.430, de 1996, com a redação da Lei nº 10.637, de 2002, observando-se ainda o disposto no art. 170-A do CTN.

- Remessa oficial improvida.

-Apelação impetrante improvida.

(APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO / SP, 5009284-16.2018.4.03.6104, Relator Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, 4ª Turma, julgado em 09/12/2019, Intimação via sistema DATA: 16/12/2019)

É viável a compensação ou restituição do excesso.

O mandado de segurança foi impetrado em 27 de fevereiro de 2019.

Aplica-se o prazo prescricional quinquenal (STF, RE 566621, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 04/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011 EMENT VOL-02605-02 PP-00273 RTJ VOL-00223-01 PP-00540).

A Súmula nº. 461, do Superior Tribunal de Justiça: "**O contribuinte pode optar por receber, por meio de precatório ou por compensação, o indébito tributário certificado por sentença declaratória transitada em julgado**".

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. SENTENÇA DECLARATÓRIA DO DIREITO À COMPENSAÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO. POSSIBILIDADE DE REPETIÇÃO POR VIA DE PRECATÓRIO OU REQUISIÇÃO DE PEQUENO VALOR. FACULDADE DO CREDOR. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC.

1. "A sentença declaratória que, para fins de compensação tributária, certifica o direito de crédito do contribuinte que recolheu indevidamente o tributo, contém juízo de certeza e de definição exaustiva a respeito de todos os elementos da relação jurídica questionada e, como tal, é título executivo para a ação visando à satisfação, em dinheiro, do valor devido" (REsp n. 614.577/SC, Ministro Teori Albino Zavascki).

2. A opção entre a compensação e o recebimento do crédito por precatório ou requisição de pequeno valor cabe ao contribuinte credor pelo indébito tributário, haja vista que constituem, todas as modalidades, formas de execução do julgado colocadas à disposição da parte quando procedente a ação que teve a eficácia de declarar o indébito. Precedentes da Primeira Seção: REsp.796.064 - RJ, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 22.10.2008; EREsp. N° 502.618 - RS, Primeira Seção, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 8.6.2005; EREsp. N. 609.266 - RS, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 23.8.2006.

3. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1114404/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/02/2010, DJe 01/03/2010).

É cabível a compensação tributária, após o trânsito em julgado (artigo 170-A, do Código Tributário Nacional), **segundo os critérios legais vigentes à época da propositura da ação** (REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010, no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973).

Deve ser acrescida correção monetária, de acordo com os critérios estabelecidos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, sendo que, a partir da vigência da Lei Federal nº. 9.065/95, incide unicamente a Taxa Selic (REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010, no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973).

No mandado de segurança não são devidos honorários advocatícios (artigo 25, da Lei Federal nº. 12.016/09).

Por tais fundamentos, **dou provimento** à apelação.

Publique-se. Intime-se.

Decorrido o prazo recursal, remetam-se à origem

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5008547-95.2018.4.03.6109

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: SOLENIS DO BRASIL QUIMICAS LTDA.

Advogados do(a) APELANTE: LUIZ HENRIQUE DELLIVENNERI MANSSUR - SP176943-A, THIAGO CERAVOLO LAGUNA - SP182696-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de apelação interposta por SOLENIS DO BRASIL QUIMICAS LTDA. em face da r. sentença proferida em mandado de segurança impetrado, sem pedido de liminar, contra ato praticado pelo DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM PIRACICABA, objetivando a suspensão da exigibilidade do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI incidente na saída do produto, quando da revenda, no mercado interno, em relação às mercadorias importadas, sobre as quais já houve o recolhimento do referido tributo, bem como compensar as quantias que foram recolhidas indevidamente nos últimos cinco anos.

A r. sentença julgou improcedente o pedido, com fulcro no artigo 487, inciso I do Código de Processo Civil e denegou a segurança. Custas *ex lege*. Indevidos honorários advocatícios (Súmula 105, STJ e Súmula 512, STF).

Em razões recursais, a impetrante sustenta, em síntese, que na operação por ela praticada, ao importar os produtos com a posterior revenda, sem qualquer etapa de industrialização, não há que incidir o IPI. Aduz a violação ao princípio da isonomia previsto no artigo 150, inciso, II, da Carta Magna, na mediada em que o importador é onerado por demasia. Alega que até a decisão final do RE 946.648/SC, deve o presente feito ser sobrestado até que seja concluído o julgamento da repercussão geral, a fim de evitar decisões conflitantes em estrita observância ao artigo 926 do CPC. Conclui pelo não recolhimento do IPI sobre as operações de saídas para revenda de mercadorias importadas, quando não houver qualquer industrialização sobre esta. Requer o provimento do apelo, “*com a reforma integral da r. sentença apelada para o fim de declarar a inexistência de obrigação de pagamento do IPI quando da revenda dos produtos importados no mercado interno, reconhecendo, consequentemente, o direito da Apelante compensar, na forma da Súmula nº 213 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, os valores indevidamente recolhidos a tal título nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da presente ação*”.

Com contrarrazões (ID 133837108), subiram os autos a esta E. Corte.

Emparecer (ID 134803414), a ilustre representante do Ministério Público Federal pelo prosseguimento do feito.

É o relatório.

Decido.

Preenchidos os pressupostos genéricos, conheço da apelação e passo ao seu exame.

Cabível na espécie o art. 932, inciso IV, do Código de Processo Civil.

O cerne da questão recai sobre a constitucionalidade e legalidade da exigência do recolhimento do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI quando da saída do produto importado do estabelecimento importador para revenda, com base no artigo 46, inciso II, combinado com o parágrafo único do artigo 51, ambos do Código Tributário Nacional.

A matéria em questão é objeto no E. Supremo Tribunal Federal, mediante reconhecimento de sua repercussão geral no RE 946.648 – TEMA 906, *in verbis*:

IMPOSTO SOBRE PRODUTO INDUSTRIALIZADO - IPI - DESEMBARAÇO ADUANEIRO - SAÍDA DO ESTABELECIMENTO IMPORTADOR - INCIDÊNCIA - ARTIGO 150, INCISO II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - ISONOMIA - ALCANCE - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia relativa à incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI na saída do estabelecimento importador de mercadoria para a revenda, no mercado interno, considerada a ausência de novo beneficiamento no campo industrial.

(RE 946648 RG / SC / STF - Pleno / MIN. MARCO AURÉLIO / DJE 05/10/2016)

Nada obstante o reconhecimento da repercussão geral da matéria, o E. Relator não determinou a suspensão de todos os feitos a ela relacionados, assim, não se aplica o inciso II do art. 1037 do CPC/15.

Com efeito, em recente julgamento nos autos dos **REsp 1.403.532/SC**, submetido ao **rito dos recursos repetitivos, a Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça** firmou entendimento no sentido de que "os produtos importados estão sujeitos a uma nova incidência do IPI quando de sua saída do estabelecimento importador na operação de revenda, mesmo que não tenham sofrido industrialização no Brasil", *in verbis*:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI. FATO GERADOR. INCIDÊNCIA SOBRE OS IMPORTADORES NA REVENDA DE PRODUTOS DE PROCEDÊNCIA ESTRANGEIRA. FATO GERADOR AUTORIZADO PELO ART. 46, II, C/C 51, PARÁGRAFO ÚNICO DO CTN. SUJEIÇÃO PASSIVA AUTORIZADA PELO ART. 51, II, DO CTN, C/C ART. 4º, I, DA LEI N. 4.502/64. PREVISÃO NOS ARTS. 9, I E 35, II, DO RIPI/2010 (DECRETO N. 7.212/2010).

1. Seja pela combinação dos artigos 46, II e 51, parágrafo único do CTN - que compõem o fato gerador, seja pela combinação do art. 51, II, do CTN, art. 4º, I, da Lei n. 4.502/64, art. 79, da Medida Provisória n. 2.158-35/2001 e art. 13, da Lei n. 11.281/2006 - que definem a sujeição passiva, nenhum deles até então afastados por inconstitucionalidade, os produtos importados estão sujeitos a uma nova incidência do IPI quando de sua saída do estabelecimento importador na operação de revenda, mesmo que não tenham sofrido industrialização no Brasil.

2. Não há qualquer ilegalidade na incidência do IPI na saída dos produtos de procedência estrangeira do estabelecimento do importador; já que equiparado a industrial pelo art. 4º, I, da Lei n. 4.502/64, com a permissão dada pelo art. 51, II, do CTN.

3. Interpretação que não ocasiona a ocorrência de bis in idem, dupla tributação ou bitributação, porque a lei elenca dois fatos geradores distintos, o desembaraço aduaneiro proveniente da operação de compra de produto industrializado do exterior e a saída do produto industrializado do estabelecimento importador equiparado a estabelecimento produtor; isto é, a primeira tributação recai sobre o preço de compra onde embutida a margem de lucro da empresa estrangeira e a segunda tributação recai sobre o preço da venda, onde já embutida a margem de lucro da empresa brasileira importadora. Além disso, não onera a cadeia além do razoável, pois o importador na primeira operação apenas acumula a condição de contribuinte de fato e de direito em razão da territorialidade, já que o estabelecimento industrial produtor estrangeiro não pode ser eleito pela lei nacional brasileira como contribuinte de direito do IPI (os limites da soberania tributária o impedem), sendo que a empresa importadora nacional brasileira acumula o crédito do imposto pago no desembaraço aduaneiro para ser utilizado como abatimento do imposto a ser pago na saída do produto como contribuinte de direito (não-cumulatividade), mantendo-se a tributação apenas sobre o valor agregado.

4. Precedentes: REsp. n. 1.386.686 - SC, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 17.09.2013; e REsp. n. 1.385.952 - SC, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 03.09.2013. Superado o entendimento contrário veiculado nos EREsp. nº 1.411749-PR, Primeira Seção, Rel. Min. Sérgio Kukina, Rel. p/acórdão Min. Ari Pargendler, julgado em 11.06.2014; e no REsp. n. 841.269 - BA, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 28.11.2006.

5. Tese julgada para efeito do art. 543-C, do CPC: "os produtos importados estão sujeitos a uma nova incidência do IPI quando de sua saída do estabelecimento importador na operação de revenda, mesmo que não tenham sofrido industrialização no Brasil".

6. Embargos de divergência em Recurso especial não providos. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(EREsp 1403532/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/10/2015, DJe 18/12/2015)

Seguindo essa orientação, trago à colação precedentes desta E. Corte:

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. INCIDÊNCIA DO IPI NA IMPORTAÇÃO DE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS E POSTERIORMENTE EM SUA REVENDA NO MERCADO INTERNO. POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO. AFASTADA A INCIDÊNCIA DO ART. 1.037, II DO CPC/15 POR DECISÃO MONOCRÁTICA EXARADA NO RE 946.648/SC. LEGALIDADE DA EXAÇÃO, CONFORME PRECEDENTE FIRMADO PELO STJ SOB O REGIME DO ART. 543-C DO CPC/73 (EREsp 1403532 / SC). COMPATIBILIDADE DA TRIBUTAÇÃO PERANTE OS FATOS GERADORES PREVISTOS NO ART. 46 DO CTN, CUJA DISTINÇÃO PERMITE A INCIDÊNCIA DO IPI NAS DUAS OPERAÇÕES. RESPEITO À ISONOMIA ENTRE OS PRODUTOS NACIONAIS E DE PROCEDÊNCIA ESTRANGEIRA, AO PERMITIR O ABATIMENTO DO IPI RECOLHIDO NA IMPORTAÇÃO QUANDO DO RECOLHIMENTO NA OPERAÇÃO DE REVENDA. RECURSO DESPROVIDO. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA

1. Inexiste óbice ao presente julgamento, porquanto, nada obstante o reconhecimento da repercussão geral da matéria ora discutida em sede do RE 946.648/SC, o E. Relator expressamente afastou a aplicação do art. 1.037, II, do CPC/15.

2.O STJ já firmou entendimento pela legalidade da exação (EREsp 1403532 / SC / STJ - PRIMEIRA SEÇÃO / MIN. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO / DJe 18.12.2015), tendo por pressuposto a compatibilidade dos fatos geradores ocorridos na importação de produtos industrializados e sua posterior revenda no mercado interno com aqueles previstos no art. 46 do CTN, mais precisamente o desembaraço aduaneiro (inciso I) e a saída daquele produto do estabelecimento importador (inciso II). Sendo diversos os fatos geradores do IPI naquelas operações, afastou-se com acerto a tese do bis in idem tributário.

3.Consignou-se no voto condutor do julgado paradigma que "(o) fato de o tributo incidir sobre o produto industrializado significa somente que é necessário e relevante que essa operação de industrialização em algum momento tenha ocorrido, pois a circulação que se tributa é de um produto industrializado, mas não que ela tenha que ocorrer simultaneamente a cada vez que se realize uma hipótese de incidência do tributo (fato gerador)".

4.A possibilidade de abatimento do IPI recolhido na operação de importação no cálculo do mesmo imposto devido pela saída do produto importado em razão da revenda afasta o argumento de privilégio descabido à produção nacional. Ao contrário. Procura-se submeter a mercadoria estrangeira à mesma tributação do IPI caso sua industrialização se desse em território nacional, fazendo incidir sobre a revenda também a alíquota interna do imposto, descontado o montante já recolhido.

5. Precedentes deste Tribunal.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5007632-16.2018.4.03.6119, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 02/12/2019, Intimação via sistema DATA: 06/12/2019)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. MANDADO DE SEGURANÇA. INCIDÊNCIA DO IPI NA OPERAÇÃO DE REVENDA DE PRODUTO IMPORTADO. LEGALIDADE DA EXAÇÃO. ART. 543-C DO CPC/73. EREsp nº 1.403.532/ SC. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do C. Superior Tribunal de Justiça, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. Em julgamento nos autos dos EREsp 1.403.532/SC, submetido ao rito dos recursos repetitivos, a Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que "os produtos importados estão sujeitos a uma nova incidência do IPI quando de sua saída do estabelecimento importador na operação de revenda, mesmo que não tenham sofrido industrialização no Brasil". Precedentes.

3. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decism, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

4. Agravo interno desprovido.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5003954-63.2018.4.03.6128, Rel. Desembargador Federal DIVA PRESTES MARCONDES MALERBI, julgado em 10/08/2019, Intimação via sistema DATA: 22/08/2019)

TRIBUTÁRIO - IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI - DESEMBARAÇO - INCIDÊNCIA - SAÍDA DO ESTABELECIMENTO IMPORTADOR SEM PROCESSO DE INDUSTRIALIZAÇÃO - FATO GERADOR DO IMPOSTO

1.Nos termos do artigo 46, I, do CTN, o imposto, de competência da União, sobre produtos industrializados, tem como fato gerador o seu desembaraço aduaneiro, quando de procedência estrangeira.

2.O princípio da isonomia não se aplica ao IPI, o qual por força de sua própria definição constitucional estabelecida no artigo 153, § 3º, da Constituição Federal, é seletivo, podendo o legislador optar por conferir tratamento diferenciado aos produtos.

3.O IPI é um tributo previsto no artigo 153, inciso IV, da Constituição Federal e, de acordo com o artigo 46, inciso I, do Código Tributário Nacional, possui como fato gerador o desembaraço aduaneiro de produto ainda que tenha não tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoe para o consumo, quando de procedência estrangeira

4.Observa-se a incidência do IPI na revenda dos produtos de origem estrangeiros. Não há bis in idem, pois a lei elenca dois fatos geradores distintos, o desembaraço aduaneiro proveniente da operação de compra de produto industrializado do exterior e a saída do produto industrializado do estabelecimento importador.

5. A questão do tributo incidir sobre o produto industrializado significa somente que é necessário e relevante que essa operação de industrialização, em algum momento, tenha ocorrido.

6. Apelação não provida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000332-54.2018.4.03.6102, Rel. Desembargador Federal NERY DA COSTA JUNIOR, julgado em 04/06/2020, Intimação via sistema DATA: 10/06/2020)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. ARTIGO 1.021 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INCIDÊNCIA DO IPI NA IMPORTAÇÃO DE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS E POSTERIORMENTE EM SUA REVENDA NO MERCADO INTERNO. LEGALIDADE DA EXAÇÃO, CONFORME TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI. INCIDÊNCIA NA SAÍDA DO PRODUTO IMPORTADO DO ESTABELECIMENTO IMPORTADOR. CONSTITUCIONALIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

- Não obstante o sobrestamento pelo STJ do julgamento do EREsp n.º 1403532 (tema 912) referente à legitimidade da cobrança do IPI na venda de produto importado o consumidor final no mercado interno, não há determinação de suspensão nacional dos feitos, na forma do artigo 1.037, inciso II, do CPC.

- Conforme entendimento do STJ, a aplicação dos precedentes firmados no julgamento de recursos representativos da controvérsia independe do trânsito em julgado do recurso naquela corte: AgRg nos EDcl no AREsp 706.557/RN, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, j. 06.10.2015, DJe 13.10.2015.

- A questão referente a não incidência de IPI sobre as operações de revenda de produtos importados foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EREsp n.º 1.403.532/SC, representativo da controvérsia, ao entendimento de que a operação de saída (revenda) dos produtos importados está sujeita à incidência do tributo, ainda que não tenham passado por qualquer processo de industrialização no Brasil.

- O IPI, diferentemente incide em operações sucessivas e alcança da mesma forma o produto nacional, na entrada dos insumos industrializados e na saída da mercadoria do estabelecimento. Contudo, em razão da aplicação da regra da não cumulatividade (artigo 153, §3º, inciso II, da CF), que visa impedir a múltipla tributação, ambos – importador e produtor nacional – podem aproveitar o imposto pago em operações anteriores, compensando-o com aquele devido em momento posterior.

- Em relação ao produto importado o imposto pago na saída (revenda) poderá ser abatido com aquele pago na entrada (desembaraço aduaneiro), tal como estabelecido no artigo 226 do Decreto nº 7.212/10.

- A extrafiscalidade é um dos instrumentos de política econômico-fiscal utilizados pelo Estado na efetivação de objetivos constitucionais, como aqueles previstos nos artigos 1º e 3º da CF, a partir de alterações na carga tributária e, por consequência, no comportamento social dos indivíduos. Especificamente no caso do IPI, a intervenção estatal é justificada com o objetivo de estimular o crescimento e proteger a indústria nacional.

- A desoneração do importador na operação de revenda do produto importado lhe conferiria vantagem que contrariaria a isonomia tributária e a função extrafiscal do imposto. Precedente desta Corte.

- Apelação desprovida.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5006426-58.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal ANDRE NABARRETE NETO, julgado em 05/06/2020, Intimação via sistema DATA: 10/06/2020)

DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. IPI. FATO GERADOR. SAÍDA DE PRODUTO ESTRANGEIRO DE ESTABELECIMENTO DO IMPORTADOR. INCIDÊNCIA.

1. Assente na Corte Superior; o entendimento pela viabilidade e autonomia das operações de desembaraço aduaneiro e circulação a partir do estabelecimento do importador, sem quebra de isonomia, à luz da natureza e origem da atividade e do bem envolvido nas situações discutidas, a justificar a exigibilidade do IPI de produto importado, quando de sua saída para revenda, ainda que sem sofrer nova transformação, beneficiamento ou industrialização.

2. Firmada, a propósito, a jurisprudência no sentido de que assim é porque a legislação equipara o importador ao industrial, sem que se cogite de bis in idem, dupla tributação ou bitributação, visto que a incidência no desembaraço aduaneiro alcança o preço de compra, com inclusão da margem de lucro do produtor, enquanto que a incidência na saída do estabelecimento considera o preço da venda, no qual incluída a margem de lucro da importadora, sem que seja, tampouco, vislumbrada oneração excessiva da cadeia produtiva em razão da possibilidade de crédito do IPI pago no desembaraço para uso na operação posterior.

3. *Sujeita, portanto, a resolução da espécie ao precedente, firmado sob o rito do artigo 543-C, CPC/1973, dispondo que "os produtos importados estão sujeitos a uma nova incidência do IPI quando de sua saída do estabelecimento importador na operação de revenda, mesmo que não tenham sofrido industrialização no Brasil" (Embargos de Divergência no RESP 1.403.532, Rel. p/acórdão Min. MAURO CAMPBELL, publicado no DJe 18/12/2015).*

4. *Aplicada tal orientação a partir da norma concreta de incidência, cuja materialidade foi reconhecida como presente na operação de saída para revenda de bem estrangeiro do estabelecimento do importador (artigo 46, CTN), não se pode cogitar de eventual vício de inconstitucionalidade à luz de norma de alcance mais abstrato, carente de densidade normativa concreta e específica, para desconstituir a presunção de constitucionalidade da norma e da incidência fiscal discutida.*

5. *Apelação desprovida.*

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5027320-21.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal LUIS CARLOS HIROKI MUTA, julgado em 04/06/2020, Intimação via sistema DATA: 08/06/2020)

Assim, estando em consonância com o entendimento firmado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, mantenho a r. sentença.

Sem condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.016/2009 e das Súmulas nºs 512 do STF e 105 do STJ.

Ante o exposto, nos termos do art. 932, IV, do Código de Processo Civil de 2015, **nego provimento** à apelação da impetrante.

Decorrido o prazo legal, baixemos autos ao Juízo de origem.

Intime-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5010733-93.2019.4.03.6000
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: MILTON OLIVEIRA DA SILVEIRA
Advogado do(a) APELADO: HENRIQUE DA SILVA LIMA - MS9979-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

MILTON OLIVEIRA DA SILVEIRA ajuizou a presente ação em face do **UNIÃO (FAZENDA NACIONAL)**, pleiteando provimento jurisdicional que declare o seu direito à isenção quanto ao IRPF, Imposto de Renda de Pessoa Física, por ser portador de neoplasia maligna, bem como em relação ao IR sobre a previdência complementar, com fixação da data de início da isenção em 23/08/2011, quando da concessão de sua aposentadoria pelo INSS, e que condene a ré a lhe restituir os valores descontados ou pagos a esses títulos, observado o prazo prescricional.

Alega que, com 63 anos de idade – nascido em 14/07/1956 –, está aposentado pelo INSS - Instituto Nacional do Seguro Social, desde 23/08/2011, e recebe, também desde 2011, proventos de aposentadoria complementar pagos pela Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil e ter sido submetido a tireoidectomia parcial, com retirada do lobo direito da glândula, que evidenciou adenoma folicular e carcinoma papilífero. Depois, em março de 1996, apresentou elevação da tireoglobulina, tendo sido submetido a ressecção do lado esquerdo da tireoide.

Desde então faz controle anual com exames e tratamento com reposição hormonal diária. Mesmo assim, muito embora sofra coma neoplasia, ainda é obrigado a recolher/pagar o IRPF.

Defende que, por ser portador de doença relacionada no art. 6º, XIV, da Lei nº 7.713/1988, faz jus à isenção do IRPF sobre seus proventos de aposentadoria.

Deu-se à causa o valor de R\$ 102.628,87.

O MM. Juízo *a quo* julgou procedente o pedido para declarar o direito do autor à isenção do IRPF nos seus proventos de aposentadoria pagos pelo INSS e, bem assim, pela previdência complementar do Banco do Brasil, bem como para condenar a ré à restituição dos valores indevidamente descontados a esse título, dos pagamentos feitos ao autor, de 13/12/2014, até a data do efetivo cumprimento desta sentença, observada a prescrição quinquenal, com valores atualizados pela taxa SELIC e a serem averiguados em liquidação de sentença. Deu por resolvido o mérito da lide, nos termos do artigo 487, I, do CPC.

Condenou a ré a pagar honorários advocatícios que fixou em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85, §§ 2º, 3º e 4º, II, do CPC. Custas *ex lege*.

Apelou a União requerendo a reforma da r. sentença. Alega que os documentos anexados à inicial têm caráter unilateral, não atendendo aos termos exigidos pela legislação para reconhecimento da isenção, tornando-se imprescindível, como visto, laudo pericial emitido por serviço médico oficial, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e que não há menção no laudo colacionado à neoplasia maligna. Recurso respondido.

É o relatório.

Decido.

A respeito do tema estabelece o artigo 6º, XIV, da Lei nº 7.713/88 (destaquei):

"Art. 6º. Ficam isentos do imposto de renda os seguintes rendimentos percebidos por pessoas físicas:

(...)

*XIV - os proventos de aposentadoria ou reforma motivada por acidente em serviço e os percebidos pelos portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, **neoplasia maligna**, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome da imunodeficiência adquirida, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma; (Redação dada pela Lei nº 11.052, de 2004)"*

Por semelhante modo, o regulamento do Imposto sobre a Renda (Decreto nº 3.000/99) estabelece que:

"Art. 39. Não entrarão no cômputo do rendimento bruto:

(...)

Proventos de Aposentadoria por Doença Grave.

XXXIII - os proventos de aposentadoria ou reforma, desde que motivadas por acidente em serviço e os percebidos pelos portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, estados avançados de doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome de imunodeficiência adquirida, e fibrose cística (mucoviscidose), com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma (Lei nº 7.713, de 1988, art. 6º, inciso XIV, Lei nº 8.541, de 1992, art. 47, e Lei nº 9.250, de 1995, art. 30, § 2º);

(...)

§ 4º Para o reconhecimento de novas isenções de que tratam os incisos XXXI e XXXIII, a partir de 1º de janeiro de 1996, a moléstia deverá ser comprovada mediante laudo pericial emitido por serviço médico oficial da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, devendo ser fixado o prazo de validade do laudo pericial, no caso de moléstias passíveis de controle (Lei nº 9.250, de 1995, art. 30 e § 1º).

§ 5º As isenções a que se referem os incisos XXXI e XXXIII aplicam-se aos rendimentos recebidos a partir:

I - do mês da concessão da aposentadoria, reforma ou pensão;

II - do mês da emissão do laudo ou parecer que reconhecer a moléstia, se esta for contraída após a aposentadoria, reforma ou pensão;

III - da data em que a doença foi contraída, quando identificada no laudo pericial.

§ 6º As isenções de que tratam os incisos XXXI e XXXIII também se aplicam à complementação de aposentadoria, reforma ou pensão."

O § 6º do art. 39 do Decreto nº 3.000/99 (Regulamento do Imposto de Renda), que estabelece: "As isenções de que tratam os incisos XXXI e XXXIII também se aplicam à complementação de aposentadoria, reforma ou pensão". Aliás, o STJ determina a isenção sobre a previdência privada complementar (AgRg no REsp 1144661/SC, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/05/2011, DJe 07/06/2011; REsp 1204516/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/11/2010, DJe 23/11/2010).

Deveras, não teria a menor razoabilidade que o mesmo contribuinte portador de doença grave ficasse isento de pagar imposto de renda pessoa física incidente sobre aposentadoria oficial por tempo de contribuição, e devesse recolher o tributo em relação à aposentadoria complementar privada. Ainda mais que o regime de previdência privada complementar ganhou *status* constitucional na redação da ao art. 202 da Constituição, pela EC nº 20/98.

Ora, a regulamentação da previdência complementar pela LC nº 109/2001 deixa claro que as empresas que se formam sob os auspícios dessa lei "têm por objetivo principal instituir e executar planos de benefícios de caráter previdenciário" (art. 2º). E o próprio Poder Público estimula essa forma de previdência na medida em que até torna as contribuições "dedutíveis para fins de incidência de imposto sobre a renda" (art. 69), sem falar que sobre elas não incidem "tributação e contribuições de qualquer natureza" (§ 1º).

Portanto, nada mais justo do que a norma do § 6º do art. 39 do Decreto nº 3.000/99.

Resta clara, portanto, a isenção do imposto de renda para os contribuintes aposentados portadores das moléstias graves mencionadas, dentre elas a **neoplasia maligna**, favor este que alcança os rendimentos decorrentes de **plano de previdência privada**.

No caso, a documentação colacionada à inicial atesta o rol de problemas de saúde do autor, em que não apenas se reconhece ser este portador de **neoplasia maligna**, como também menciona as cirurgias a que se submeteu, além dos problemas que lhe são decorrentes da moléstia grave, como também da sua condição de idoso, bem como os cuidados constantes que são empreendidos para se evitar recidiva e para administrar as sequelas provocadas pela doença – ID 134707654 - Pág. 1/3.

A perícia médica oficial não é o único meio de prova habilitado à comprovação da existência de moléstia grave para fins de isenção de imposto, porque no Direito Brasileiro o Juiz não está vinculado ao que dispõe um laudo oficial, podendo proceder a livre apreciação da prova (art. 130 do CPC - STJ: AgRg no AREsp 357.025/RS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/08/2014, DJe 01/09/2014; EDcl no AgRg no AgRg nos EAREsp 258.835/PE, Rel. Ministro OG FERNANDES, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/08/2014, DJe 01/09/2014; AgRg no AREsp 126.555/MS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/08/2014, DJe 01/09/2014), dogma que vige mesmo em sede de mandado de segurança (STJ: AgRg no AREsp 415.700/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/11/2013, DJe 09/12/2013).

Assim, o autor tem direito à isenção do imposto de renda sobre seus proventos de aposentadoria de qualquer natureza (oficial e complementar privada), bem como a devolução dos valores descontados a esse título, desde 13/12/2014, até a data do efetivo cumprimento da sentença, atualizados somente pela taxa SELIC, e que sejam excluídos os valores eventualmente já restituídos pela ré, a serem averiguados em liquidação de sentença.

À honorária já fixada acresço 1%.

Isto posto, **nego provimento ao recurso**.

Intimem-se.

Decorrido o prazo legal, remetam-se os autos à Vara de origem

São Paulo, 19 de junho de 2020.

PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO (12357) Nº 5001633-38.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHONSOM DI SALVO
RECORRENTE: UNIAO FEDERAL

RECORRIDO: SAMUEL SOARES
Advogado do(a) RECORRIDO: PAULA ROBERTA DE MORAES SILVA - SP315989
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de pedido de efeito suspensivo à apelação interposta nos autos nº 5004634.69.2017.4.03.6100 apresentado pela UNIÃO comespeque no art. 1.012, §§ 3º e 4, do Código de Processo Civil.

A requerente conta que a r. sentença julgou procedente o pedido inicial, confirmando a tutela antecipada, para o fim de condena-la a providenciar e custear tudo o que for necessário para que o autor seja submetido a transplante multivisceral e respectivos tratamentos no Hospital Jackson Memorial Medical, em Miami, cabendo à ré custear ainda o acompanhamento/tratamento médico oftalmológico que se fizer necessário em razão do problema de visão que acomete o autor.

Aduz, em síntese, que há risco notável de dano ao patrimônio público, especialmente aos valores destinados à saúde pública, já que há fortes indícios da irreversibilidade da medida, bem como que há grande probabilidade de êxito no recurso de apelação, seja por inexistir ato ilegal praticado pela autoridade administrativa ou por inexistir o direito do autor.

Primeiramente, defende a sua ilegitimidade passiva, argumentando que sua função é de gestora e financiadora do SUS, e não de executora de suas atividades.

Sustenta que o Judiciário não pode exercer juízo de conveniência e oportunidade para a adoção de políticas públicas, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes.

Quanto ao caso específico dos autos, argumenta que o autor não comprovou que, tecnicamente, o tratamento buscado é a “única terapia adequada” ao caso e que não há prova inequívoca da imprestabilidade do serviço disponível no SUS.

Argumenta, ainda, com a violação ao princípio da isonomia, decorrente do pagamento de tratamento de alto custo em favor de um beneficiário, e como comprometimento da universalidade do serviço.

Aduz que não foram observados os Enunciados nºs 12, 14, 16 e 33 e a Recomendação nº 31 do CNJ, já que o SUS possui ampla cobertura para tratamento da enfermidade em questão, com disponibilização de tratamento/medicamentos seguros, eficazes, de qualidade e com relação custo-efetividade adequadas.

Defende que descabe obrigar o SUS a fornecer todos os medicamentos, tratamentos e insumos, sobretudo quando não se comprova a ausência de política pública do SUS, sob pena de afronta à própria política de saúde pública e o correlato princípio da supremacia do interesse público. E continua, dizendo que, em relação à saúde pública, o Estado Brasileiro houve por bem concretizar os direitos sociais tendo em conta a “reserva do financeiramente possível”, utilizando-se de escolhas que alcançassem a maior parte da população, ainda que, para tanto, algumas situações específicas tivessem de ser excluídas.

Por fim, argumenta que ainda que se entenda pela obrigação da UNIÃO de fornecer o tratamento, teria de ser averiguado se o SUS tem condições materiais de fornecê-lo, ressaltando que o atendimento da pretensão importaria em violação ao art. 167, I, II e VI, da Constituição Federal.

Determinei a intimação do autor para que se manifestasse sobre o pedido (ID nº 123075638). O prazo decorreu *in albis*.

Após, abri vista ao Ministério Público Federal, que ofertou parecer pelo indeferimento do pedido, aduzindo, em síntese, que “considerando que, no caso concreto, após toda a instrução probatória, houve demonstração suficiente da imprescindibilidade e urgência do transplante em questão, o qual não pôde ser substituído com a mesma eficácia pelo SUS, revela-se possível ao Judiciário atuar na hipótese, para a garantia do direito à saúde e à continuidade da vida do autor menor de idade”. Argumenta, ainda, que, transcorrido mais de um ano da chegada do menos aos EUA, “não há nada nos autos, até o momento, que indique a interrupção do tratamento do autor ou a inviabilidade da cirurgia no mencionado Hospital americano, de forma que as circunstâncias em que deferida e confirmada a tutela não foram alteradas” (ID nº 134621735).

É o relatório.

DECIDO.

Nos termos do disposto no art. 932, II, do CPC/2015, incumbe ao relator “apreciar o pedido de tutela provisória nos recursos e nos processos de competência originária do Tribunal”.

Na sistemática processual trazida pelo CPC/15 - que se aplica *in casu*- houve inversão do que ocorria no regime anterior, isso é, atualmente os recursos tem efeito apenas devolutivo, restando assim garantida a eficácia imediata das decisões proferidas (art. 995, 1ª parte). Somente se existir norma legal em contrário, ou se sobrevier uma decisão judicial que empreste efeito suspensivo ao recurso, a decisão recorrida restará temporariamente suspensa (2ª parte do mesmo artigo).

No âmbito da decisão judicial suspensiva, o parágrafo único do art. 995 estabelece que a decisão do relator nesse sentido dependerá da situação em que a imediata produção de efeitos da decisão traga risco de dano que seja grave, de difícil ou impossível reparação e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso, sendo esses requisitos cumulativos. Na verdade isso significa a transposição para a Instância Superior da regra geral prevista no caput do art. 300 do CPC/15 que trata da tutela de urgência, a saber: "a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo."

Ainda que em outras palavras, usadas em suposto sentido novidadeiro, é inescandível que a suspensividade da decisão "a qua" continua a depender do velho binômio "periculum in mora" e "fumus boni iuris".

Na singularidade, **esses requisitos não estão presentes.**

Com efeito, a r. sentença está lastreada no entendimento que adotei para a concessão da **tutela de evidência** quando do julgamento do primeiro recurso de apelação interposto nos autos nº 5004634.69.2017.4.03.6100, que não foi abalado pelas razões apresentadas no presente pedido de efeito suspensivo.

A credibilidade da prova documental apresentada pelo autor, que desvela a existência do direito, aliada ao perigo de morte do menor e à tese firmada pelo STF no julgamento de recurso repetitivo, impõem que se rejeite o pedido de efeito suspensivo à apelação.

In casu, o menor, nascido em 30.11.2015 e internado na UTI do Neonatal do Hospital São Paulo da UNIFESP desde o nascimento, foi diagnosticado com Síndrome Megabexiga-Microcólon e Hipoperistálse Intestinal (Síndrome de Berdon) por referido nosocômio.

Consta nos autos que ele apresentou diversos quadros de infecção de cateter venoso central e está submetido à nutrição parenteral.

Por força de acordo entabulado no bojo da ação ordinária nº 0010402-95.2016.403.6100, no dia 25.07.2016, o menor foi transferido para o Hospital de Clínicas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul para avaliação clínica de fálencia intestinal, onde apresentou novo episódio de infecção da corrente sanguínea relacionada ao cateter central e foi submetido a procedimento cirúrgico de vesicostomia e gastrostomia por via endoscópica.

Em reunião realizada no dia 22.09.2016 a equipe médica responsável pelo tratamento do menor concluiu, “após avaliação detalhada dos exames e do quadro clínico atual”, que “o paciente possui indicação para transplante multivisceral”.

Portanto, estão provados nos autos a doença (Síndrome de Berdon) e o tratamento de que necessita o menor (transplante multivisceral), bem como que o tratamento a que vinha sendo submetido no Brasil por força do acordo firmado nos autos nº 0010402-95.2016.403.6100 não trazia evolução em seu quadro clínico.

Consta que o menor, em uso de nutrição parenteral, foi submetido a intenações frequentes devido a infecções de corrente sanguínea associadas a cateter venoso central em veia jugular interna esquerda, único sítio de acesso central utilizado desde o início do tratamento no HCPA.

Embora o Brasil conte com programa de transplante multivisceral, sendo o Hospital Sírio Libanês credenciado para o transplante pediátrico, desde a implantação do programa em 2011 foram realizados sete transplantes multiviscerais em pacientes adultos, sendo que o único hospital credenciado para realizar transplante multivisceral pediátrico **ainda não realizou nenhum transplante desta natureza**, conforme informação do Ministério da Saúde (Ofício CGSNT/DAET/SAS/MS nº 164, de 17.04.2017).

Além disso, o Ofício nº 90/2018/CGSNT/DAET/SAS/MS, da Coordenação-Geral do Sistema Nacional de Transplantes, em resposta à Exma. Ministra Regina Helena Costa (RESP nº 1.720.326/SP), confirma as dificuldades de doadores pediátricos, pois “embora esteja inscrito há mais de um ano, as ofertas de órgãos até o momento para o paciente em voga não eram ideais”, e o Ofício nº 105/2018/CGSNT/DAET/SAS/MS corrobora a maior dificuldade de doadores pediátricos e dá conta de que a pouca experiência, aliada às dificuldades logísticas e ao baixo aproveitamento, não permitem estimar o tempo médio de espera do menor pelo transplante multivisceral.

Também em resposta ao STJ, o Hospital Sírio Libanês afirmou que “o menor Samuel é o único paciente em lista aguardando transplante multivisceral na faixa etária abaixo de 12 anos, não sendo possível estimar o tempo de espera em lista”.

Ou seja: se submetido a tratamento no Hospital Sírio Libanês, o menor lá permanecerá sine die, com evidente risco de morte, o que é **intolerável**.

Essas informações não foram desconstituídas pela UNIÃO.

Por outro lado, há nos autos informação prestada pelo Dr. Rodrigo Vianna, Diretor dos Serviços de Transplante do Jackson Memorial Medical, hospital de excelência e referência mundial na realização da cirurgia de transplante de intestino ou multivisceral, mormente em crianças de tenra idade e baixo peso corporal, segundo a qual “atualmente, a sobrevivência de transplantes multiviscerais em crianças é de 75% para um ano e 55% para cinco anos”.

Procurado pela família do menor, o Dr. Rodrigo Vianna assim se pronunciou sobre o caso de Samuel:

“(…)

*Apesar do Samuel não aparentar ter eminente perda de acesso ou insuficiência hepática, ele absolutamente não tem chance de ser totalmente desconectado da Nutrição Parenteral Total. **Devido à alta taxa de mortalidade associada a essa doença primária, recomendamos que ele seja incluído na lista de transplantes imediatamente.** O número de doadores por ano nos Estados Unidos pesando menos de 10 kg é limitado e ele poderá ficar na lista de transplantes por um período de vários meses a um ano. A taxa de mortalidade durante o período de espera por transplante é de quase 30%.*

***Após ter avaliado o caso, nosso programa de transplante intestinal e multivisceral terá muito prazer em receber Samuel aqui para cuidados pré-operatório, peri-operatório, e pós-operatório.** Antecipamos que Samuel tenha que permanecer nos Estados Unidos por mais de um ano e talvez até dois anos, se considerados o período de espera pelo transplante e o período do tratamento pós-operatório. Um Acordo entre o Jackson Memorial Hospital e o Ministério da Saúde do Brasil também deverá ter lugar para que possamos levar adiante esse processo. O acordo deverá incluir responsabilidades de ambas as partes incluindo cuidados pré-operatório, peri-operatório, e pós-operatório. Outro acordo com uma empresa de home care e farmácia também deverá ser assinado para que Samuel possa receber sua nutrição parenteral e seus medicamentos em casa, como paciente não residente.*

Uma Ressonância Magnética atualizada com mapeamento venoso também será necessária para podermos avaliar o acesso à cirurgia. No mínimo dois acessos venosos principais são necessários para que um paciente seja candidato a um transplante intestinal/multivisceral.

(…)” (destaquei)

A responsabilidade pelo fornecimento do tratamento cirúrgico de que necessita o menor decorre do direito fundamental dele à vida e a uma existência digna, do que um dos apanágios é a saúde, cuja preservação também é atribuída aos poderes públicos executivos da União, dos Estados e dos Municípios, todos eles solidários nessa obrigação.

Não se pode permitir que os entes públicos se neguem a custear tratamentos excepcionais e urgentes quando a vítima da moléstia não tem condições econômicas de os suportar, porquanto isso implicaria simplesmente na negativa do direito fundamental à saúde e à vida, consagrados na atual Constituição Federal.

O acesso à saúde compreende além da disponibilização por parte dos entes públicos de hospitais, médicos, enfermeiros etc., também procedimentos clínicos, ambulatoriais e medicação conveniente. E pouco importa se eles estão ou não disponibilizados em algum programa específico dos órgãos governamentais, já que a burocracia criada por governantes não pode privar o cidadão do mínimo necessário para a sua sobrevivência quando ele mais necessita: quando está efetivamente doente.

O artigo 2º, § 1º, da Lei Federal 8.080/90, que estrutura o serviço único de saúde (SUS), dispõe: "O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação".

Seu art. 7º impõe como diretriz: "II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema".

Ainda a propósito, convém lançar os olhos sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), cujo art. 11 estabelece:

Art. 11. É assegurado atendimento integral à saúde da criança e do adolescente, por intermédio do Sistema Único de Saúde, garantido o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde. (Redação dada pela Lei nº 11.185, de 2005)

§ 1º A criança e o adolescente portadores de deficiência receberão atendimento especializado.

§ 2º Incumbe ao poder público fornecer gratuitamente àqueles que necessitarem os medicamentos, próteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação.

Assim, a própria Lei nº 8.069/90 ordena ao Poder Público que forneça gratuitamente a crianças e adolescentes necessitados quaisquer recursos "relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação".

O direito à saúde é um direito básico do cidadão, e o Poder Público não pode, a nenhum pretexto, deixar de cumprir com sua obrigação que é justamente fornecer ações adequadas nessa área.

O tema já foi objeto de amplas discussões nos Tribunais, tendo o C. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº RE 855.178-RG/SE, Rel. Min. Luiz Fux, repercussão geral, reafirmado sua jurisprudência no sentido de que "o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados". Vejamos:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. REPERCUSSÃO GERAL. SISTEMÁTICA. APLICAÇÃO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. ALTO CUSTO. AUSÊNCIA DE DISCUSSÃO. PENDÊNCIA DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO PARADIGMA. IRRELEVÂNCIA. JULGAMENTO IMEDIATO DA CAUSA. AUSÊNCIA DE MEDICAMENTO NA LISTA DO SUS. DESCONSIDERAÇÃO ANTE A AVALIAÇÃO MÉDICA. SÚMULA 279/STF. AGRAVO IMPROVIDO.

I - O custo dos medicamentos não foi objeto de discussão do acórdão recorrido, o que desautoriza a aplicação do Tema 6 da repercussão geral - RE 566.471-RG/RN, Rel. Min. Marco Aurélio, ante a ausência de identidade das premissas fáticas.

II - O acórdão recorrido está em consonância com o que foi decidido no Tema 793 da repercussão geral, RE 855.178-RG/SE, Rel. Min. Luiz Fux, decisão de mérito, no sentido de que "o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados".

III - A existência de decisão de mérito julgada sob a sistemática da repercussão geral autoriza o julgamento imediato de causas que versarem sobre o mesmo tema, independente do trânsito em julgado do paradigma. Precedentes.

IV - A lista do SUS não é o parâmetro único a ser considerado na avaliação da necessidade do fornecimento de um medicamento de um caso concreto, que depende da avaliação médica. No ponto, para se chegar a conclusão contrária à adotada pelo Juízo de origem, necessário seria o reexame do conjunto fático-probatório, o que inviabiliza o extraordinário. Súmula 279. Precedente.

V - Verba honorária mantida ante o atingimento do limite legal do art. 85, § 11º combinado com o § 2º e o § 3º, do mesmo artigo do CPC.

VI - Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação da multa art. 1.021, § 4º, do CPC.

(ARE 977190 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 09/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-249 DIVULG 22-11-2016 PUBLIC 23-11-2016)

EMENTA DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. CONSONÂNCIA DA DECISÃO RECORRIDA COM A JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA EM REPERCUSSÃO GERAL - RE 855.178-RG/PE, REL. MIN. LUIZ FUX. RECURSO EXTRAORDINÁRIO QUE NÃO MERECE TRÂNSITO. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 28.3.2015.

1. Esta Suprema Corte, ao julgamento do RE 855.178-RG/PE, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 16.3.2015, submetido à sistemática da repercussão geral, reafirmou a jurisprudência no sentido da responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde, destacando que o polo passivo da ação pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente.

2. O entendimento adotado pela Corte de origem, nos moldes do assinalado na decisão agravada, não diverge da jurisprudência firmada no âmbito deste Supremo Tribunal Federal.

3. A existência de precedente firmado pelo Plenário desta Corte autoriza o julgamento imediato de causas que versem sobre o mesmo tema, independentemente da publicação ou do trânsito em julgado do paradigma. Precedentes.

4. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada.

5. Agravo regimental conhecido e não provido.

(RE 933857 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 16/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-048 DIVULG 14-03-2016 PUBLIC 15-03-2016)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO E TRATAMENTO MÉDICO. DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA EM REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

(ARE 904217 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 27/10/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-222 DIVULG 06-11-2015 PUBLIC 09-11-2015)

A robustez da prova em favor do menor e a tese firmada pelo STF no julgamento de recurso repetitivo impõem que se rejeite o pedido de efeito suspensivo à apelação.

Calha ainda registrar, conforme bem colocado pelo sempre zeloso Ministério Público Federal em seu parecer (ID nº 134621735), que transcorrido mais de um ano da chegada do menos aos EUA, “não há nada nos autos, até o momento, que indique a interrupção do tratamento do autor ou a inviabilidade da cirurgia no mencionado Hospital americano, de forma que as circunstâncias em que deferida e confirmada a tutela não foram alteradas”.

Negar ao infante o tratamento cirúrgico de que necessita implica desrespeito às normas constitucionais que garantem o direito à saúde e à vida; mais: ofende a *moral administrativa* (art. 37 da Constituição), pois o dinheiro e a conveniência dos detentores temporários do Poder não sobreleva os direitos fundamentais.

Repito: o quadro de saúde do menor é sério e a excepcionalidade mais que recomenda a providência imposta ao ente público, não havendo que se cogitar de filigranas jurídico-processuais numa situação de fato que pode conduzir o menor ao túmulo.

Calha recordar que ao decidir sobre tratamentos de saúde e fornecimento de remédios o Poder Judiciário não está se investindo da função de cogestor do Poder Executivo; está tão somente determinando que se cumpra o comando constitucional que assegura o direito maior que é a vida, está assegurando o respeito que cada cidadão merece dos detentores temporários do Poder Público, está fazendo recordar a verdade sublime que o Estado existe para o cidadão, e não o contrário.

Na verdade o Judiciário está dando efetividade ao art. 6º, inc. I, "d", da Lei nº. 8.080/90 que insere no âmbito da competência do SUS a assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica.

Ressalto que a saúde - como direito fundamental - está acima do dinheiro; o direito a saúde é indisponível (AgRg no REsp 1356286/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/02/2013, DJe 19/02/2013) e deve ser assegurado pelo Poder Público.

O Poder Público não vai "quebrar" cumprindo o dever a ele imposto pela Constituição e pela sentença.

Ante o exposto, **inde firo o pedido de efeito suspensivo.**

Int.

Dê-se ciência ao MPF.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5005000-46.2020.4.03.9999

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: FRIBRASIL ALIMENTOS LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: MARCIO RODRIGO FRIZZO - PR33150-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, FRIBRASIL ALIMENTOS LTDA

Advogado do(a) APELADO: MARCIO RODRIGO FRIZZO - PR33150-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos.

Trata-se de apelações interpostas por FRIBRASIL ALIMENTOS LTDA e pela UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL) em embargos à execução fiscal proposta para cobrança de multas administrativas por infração a normas do Regulamento de Inspeção Industrial e Sanitária de Produtos de Origem Animal (aprovado pelo Decreto n. 30.691/1952), no valor de R\$ 21.924,32 (atualizado até 16/04/2014).

A r. sentença julgou procedentes os embargos à execução fiscal, reconhecendo a nulidade formal das Certidões de Dívida Ativa, deixando, contudo, de extinguir a execução fiscal, por admitir a possibilidade de substituição dos títulos pela União Federal. Condenou a embargada ao pagamento das custas e honorários advocatícios, fixados em R\$ 1.500,00, na forma do art. 85, do CPC (ID 134707245, pág. 37/38).

Os embargos de declaração opostos pela embargante foram rejeitados (ID 134707245, pág. 41/47).

Em razões recursais, a embargante sustenta, em síntese, que a existência de erros no lançamento fiscal elide a presunção de liquidez do título executivos, ensejando na nulidade do título e, conseqüentemente, na extinção da Execução Fiscal. Afirma que a jurisprudência pátria consolidou o entendimento no sentido de que a Fazenda Pública pode, diante da verificação de erro formal ou material, substituir ou emendar a CDA até a prolação da sentença em sede de embargos do devedor, sendo esta a inteligência da súmula 392, editada pelo Superior Tribunal de Justiça. Requer a reforma parcial da r. sentença para declarar a extinção da execução fiscal (ID 134707245, pág. 50/57).

A União Federal alega, em seu recurso de apelação, que as Certidões Dívida estão em perfeita consonância com os dispositivos da Lei n. 6.830/1980 e do CTN, atinentes à matéria, eis que estão demonstradas a pertinência do débito, sua origem, exigibilidade e liquidez, constando também a data da inscrição em dívida ativa, os números dos procedimentos que lhe deram origem, além da forma de constituição do crédito e a forma de notificação/ intimação da autuada. Quanto à forma de calcular os juros de mora e a correção monetária, afirma que as CDAs apontam toda a legislação de referência, sendo plenamente válidas. Requer a reforma da r. sentença, para julgar procedentes os embargos à execução (ID 134707245, pág. 68/70).

Com contrarrazões da embargante (ID 134707245, pág. 76/83), subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Decido.

Cabível a aplicação do art. 932 do Código de Processo Civil, em atenção aos princípios constitucionais da celeridade e razoável duração do processo, haja vista o entendimento dominante sobre o tema em questão (Súmula 568/STJ, aplicada por analogia).

Cinge-se a controvérsia recursal quanto à nulidade das Certidões de Dívida Ativa que embasam a execução fiscal embargada.

Tratando-se de dívida de natureza não tributária, a Certidão de Dívida Ativa deve, obrigatoriamente, preencher todos os requisitos constantes do artigo 2º, § 5º, da Lei nº 6.830/80, sob pena de a omissão de qualquer destes implicar nulidade da inscrição e do processo executivo de cobrança da dívida, *in verbis*:

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

§ 6º - A Certidão de Dívida Ativa conterá os mesmos elementos do Termo de Inscrição e será autenticada pela autoridade competente”.

Na Certidão de Dívida Ativa, basta a indicação do nome do devedor e de seu domicílio, do valor originário da dívida, de sua origem e natureza, do fundamento legal e dos encargos que sobre ela recaem, bem como do termo inicial dos juros e da correção para que estejam supridos os requisitos de individualização do débito, necessários ao seu perfeito conhecimento pelo devedor.

As Certidões de Dívida Ativa n. 13 6 1300 0563-85 e n. 13 6 1300 0594-81 que instruíram a execução fiscal apresentam todos os requisitos legais, estando em consonância com o disposto no art. 2º, §§ 5º e 6º, da Lei nº 6.830/80 (ID 134727242, pág. 28/29).

Não se sustenta a suposta nulidade acolhida pelo MM. Juízo *a quo*, de que os títulos “*não informam qual foi a maneira utilizada para calcular os juros de mora e a correção monetária, igualmente não informando quais os índices utilizados*”.

Isto porque, consta das Certidões de Dívida ativa que o débito está sujeito “*até a sua efetiva liquidação, à correção monetária (DL. 2052/83, art. 1 Inciso I, DL. 2284/86, art 41, DL. 2287/86, arts. 12 e 15, modificado pelo DL. 2323/87, arts. 1 e 14, Lei n. 7799/89, alterada pela Lei n. 8383/91, art. 54), aos juros de mora (DL. 2052/83, art.1, Inciso II, DL. 2323/87, art 16, modificado pelo DL. 2331/87, art. 6, Lei n. 8177/91, art. 9, Lei n. 8218/91, art. 3 e 30, Lei n. 8383/91, art. 54 parágrafos 1 e 2, Lei n. 8981/95, art. 84, I e parágrafo 8 (redação da MP 1110/95, art. 16 e reedições); Lei n. 9065/95, art. 13 e MP 1542/96, art. 26 e reedições, excetuada, quanto aos juros, a parcela relativa à multa de mora, além do encargo de 20% (vinte por cento), previsto no DL nº 1025/69, art. 1; no DL nº 1645/78, art. 3, na Lei nº 7799/89, art. 64, par. 2 e Lei nº 8383/91, art. 57, par. 2 e multa de mora, com base no artigo 84, inciso II, parágrafo 8º, da Lei nº 8.981/95 (incluído pela MP 1.110/95, art. 17, e reedições)*”, conteúdo que por si só é apto ao preenchimento dos requisitos apontados nos incisos II e IV, do §5º, do artigo 2º, da Lei 6.830/1980.

Importante ressaltar que a necessidade de indicação no título executivo “*da forma de calcular os juros de mora e demais encargos previstos em lei*” não significa que a Certidão de Dívida Ativa deve vir acompanhada de demonstrativo de cálculo pormenorizado do débito.

Com efeito, a Primeira Seção do Colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.138.202, pela sistemática do art. 543-C, do Código de Processo Civil de 1973, firmou entendimento no sentido de que “*é desnecessária a apresentação do demonstrativo de cálculo, em execução fiscal, uma vez que a Lei n.º 6.830/80 dispõe, expressamente, sobre os requisitos essenciais para a instrução da petição inicial e não elenca o demonstrativo de débito entre eles. Inaplicável à espécie o art. 614, II, do CPC*”

Assim, gozando a Certidão de Dívida Ativa da presunção legal de liquidez e certeza, somente prova inequívoca em sentido contrário, a cargo do sujeito passivo, poderia ilidi-la e resultar em seu desfazimento (art. 3º, parágrafo único da Lei nº 6.830/80).

Nesse sentido, cito acórdão desta E. Sexta Turma:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. ARTIGO 1.021 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO DA EMBARGANTE. POSSIBILIDADE DA DECISÃO UNIPESSOAL, AINDA QUE NÃO SE AMOLDE ESPECIFICAMENTE AO QUANTO ABRIGADO NO NCPC. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DAS EFICIÊNCIA (ART. 37, CF), ANÁLISE ECONÔMICA DO PROCESSO E RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO (ART. 5º, LXXVIII, CF - ART. 4º NCPC). ACESSO DA PARTE À VIA RECURSAL (AGRAVO). APRECIÇÃO DO TEMA DE FUNDO: AGRAVO INTERNO IMPROVIDO NA PARTE CONHECIDA.

(...)

3. O crédito foi constituído pela própria declaração do contribuinte e o crédito tributário declarado e não honrado no seu vencimento dispensa a necessidade de constituição formal pela Administração sendo imediatamente inscrito em Dívida Ativa, tornando-se assim exigível independentemente de notificação. Precedentes do STJ.

4. A Certidão de Dívida Ativa goza de presunção *juris tantum* de certeza e liquidez que só pode ser elidida mediante prova inequívoca a cargo do embargante, nos termos do artigo 3º da Lei nº 6.830/80. Meras alegações de irregularidades ou de incerteza do título executivo, sem prova capaz de comprovar o alegado, não retiram da CDA a certeza e a liquidez de que goza por presunção expressa em lei.

5. No caso dos autos, como consta da r. sentença, na Certidão de Dívida Ativa constam todos os elementos essenciais para a inscrição da dívida ativa, nos moldes do artigo 202 do CTN e § 5º, do artigo 2º da Lei nº 6.830/80; a embargante deveria ter demonstrando cabalmente o futo constitutivo de seu direito, sendo seu o *onus probandi*, consoante preceitua o artigo 373, I, do CPC/2015). Não se desincumbindo do ônus da prova do alegado, não há como acolher o pedido formulado na inicial dos embargos.

6. Ademais, “é desnecessária a apresentação do demonstrativo de cálculo, em execução fiscal, uma vez que a Lei n.º 6.830/80 dispõe, expressamente, sobre os requisitos essenciais para a instrução da petição inicial e não elenca o demonstrativo de débito entre eles. Inaplicável à espécie o art. 614, II, do CPC” (REsp 1138202/ES, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010).

7. Não há como considerar indevida a multa de mora, que decorre do não cumprimento da obrigação no prazo estipulado, sempre devida quando o pagamento é efetuado a destempo, nos termos do artigo 161 do Código Tributário Nacional. “No caso dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, a declaração do débito feita sem o respectivo pagamento tem o condão de constituir o crédito tributário e todos os seus consectários, sem a necessidade de procedimento administrativo para a cobrança da multa moratória” (AgRg no REsp 1251419/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/09/2011, DJe 09/09/2011).

8. No tocante à alegação de prescrição do crédito tributário, não conheço dessa parte do agravo, uma vez que no tocante a essa matéria a r. sentença reconheceu a coisa julgada e a embargante não impugnou a r. sentença nessa parte em seu recurso de apelação.

9. Agravo interno a que se nega provimento na parte conhecida.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0002233-45.2018.4.03.6102, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 25/01/2020, Intimação via sistema DATA: 03/02/2020)

Ocorre que, na espécie, a embargante não comprovou qualquer irregularidade formal consistente a ilidir a presunção de liquidez e certeza de que goza o título executivo.

Ante o exposto, **dou provimento** à apelação da União Federal, para julgar improcedentes os embargos à execução fiscal, deixando de condenar a embargante ao pagamento de honorários, tendo em vista a previsão do encargo legal de 20%. Por conseguinte, **julgo prejudicada** a apreciação do recurso de apelação da embargante.

Decorrido o prazo legal, baixemos autos ao juízo de origem

Intime-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5012953-26.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
PARTE AUTORA: RGC SERVICOS MEDICOS S/S LTDA.
Advogado do(a) PARTE AUTORA: ELAINE RENO DE SOUZA OLIVEIRA - SP243893-A
PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de remessa oficial em face da r. sentença proferida no presente mandado de segurança impetrado por RGC SERVIÇOS MÉDICOS S/S LTDA., em face de ato coator praticado pelo Delegado da Receita Federal em São Paulo/SP, objetivando provimento jurisdicional que lhe garanta o direito líquido e certo de efetuar o recolhimento de IRPJ sob a alíquota de 8% e a CSLL sob a alíquota de 12%, desde a alteração da sociedade simples para sociedade empresarial ocorrida em 05/12/2016, tendo em vista a equiparação de sua atividade econômica à atividade de serviços hospitalares.

A r. sentença julgou procedente o pedido, com resolução do mérito, nos termos do art. 487, I, do Código de Processo Civil, combinado com a legislação do mandado de segurança, concedendo a segurança postulada, para assegurar à Impetrante o recolhimento do Imposto de Renda Pessoa Jurídica no percentual de 8% (oito por cento) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido no percentual de 12% (doze por cento), especificamente em relação aos serviços equiparados a hospitalares por ela prestados, excluídas as consultas médicas. Reconheço, ainda, o direito da Impetrante à compensação dos valores indevidamente pagos, respeitada a prescrição quinquenal. A correção monetária e os juros devem obedecer ao disposto no Manual de Orientações e Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal. Sem condenação em honorários advocatícios, conforme artigo 25 da Lei nº. 12.016/2009, bem como Súmulas 512 do Egrégio Supremo Tribunal Federal e 105 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça. Decisão sujeita ao reexame necessário, nos termos do art. 14, §1º, da Lei nº 12.016/2009.

Sem recurso voluntário das partes, os autos subiram a esta E. Corte por força da remessa oficial.

Em seu parecer, o ilustre representante do Ministério Público Federal aguarda o prosseguimento do feito (ID 107563083)

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o art. 932, inciso IV, do Código de Processo Civil.

A questão vertida nos presentes autos cinge-se à verificação do preenchimento dos requisitos previstos no artigo 15, §1º, III, "a", da Lei nº 9.249/95, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.727/2008, para que a impetrante faça jus ao recolhimento do IRPJ e CSLL com alíquotas de 8% e 12%, respectivamente, sobre a receita bruta auferida com a prestação de serviços hospitalares, bem como à legalidade da regulamentação dada pela Instrução Normativa nº 1.234/2012, alterada pela IN nº 1.540/2015 e em outros atos internos (Ato Declaratório Interpretativo nº 19/2007).

Com efeito, a Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do recurso especial representativo de controvérsia REsp 1.116.399/BA (Tema 217), firmou entendimento no sentido de que devem ser considerados serviços hospitalares "aqueles que se vinculam às atividades desenvolvidas pelos hospitais, voltados diretamente à promoção da saúde", de sorte que, "em regra, mas não necessariamente, são prestados no interior do estabelecimento hospitalar, excluindo-se as simples consultas médicas, atividade que não se identifica com as prestadas no âmbito hospitalar, mas nos consultórios médicos", *in verbis*:

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 535 e 468 DO CPC. VÍCIOS NÃO CONFIGURADOS. LEI 9.249/95. IRPJ E CSLL COM BASE DE CÁLCULO REDUZIDA. DEFINIÇÃO DA EXPRESSÃO "SERVIÇOS HOSPITALARES". INTERPRETAÇÃO OBJETIVA. DESNECESSIDADE DE ESTRUTURA DISPONIBILIZADA PARA INTERNAÇÃO. ENTENDIMENTO RECENTE DA PRIMEIRA SEÇÃO. RECURSO SUBMETIDO AO REGIME PREVISTO NO ARTIGO 543-C DO CPC.

1. Controvérsia envolvendo a forma de interpretação da expressão "serviços hospitalares" prevista na Lei 9.429/95, para fins de obtenção da redução de alíquota do IRPJ e da CSLL. Discute-se a possibilidade de, a despeito da generalidade da expressão contida na lei, poder-se restringir o benefício fiscal, incluindo no conceito de "serviços hospitalares" apenas aqueles estabelecimentos destinados ao atendimento global ao paciente, mediante internação e assistência médica integral.

2. Por ocasião do julgamento do RESP 951.251-PR, da relatoria do eminente Ministro Castro Meira, a 1ª Seção, modificando a orientação anterior, decidiu que, para fins do pagamento dos tributos com as alíquotas reduzidas, a expressão "serviços hospitalares", constante do artigo 15, § 1º, inciso III, da Lei 9.249/95, deve ser interpretada de forma objetiva (ou seja, sob a perspectiva da atividade realizada pelo contribuinte), porquanto a lei, ao conceder o benefício fiscal, não considerou a característica ou a estrutura do contribuinte em si (critério subjetivo), mas a natureza do próprio serviço prestado (assistência à saúde). Na mesma oportunidade, ficou consignado que os regulamentos emanados da Receita Federal referentes aos dispositivos legais acima mencionados não poderiam exigir que os contribuintes cumprissem requisitos não previstos em lei (a exemplo da necessidade de manter estrutura que permita a internação de pacientes) para a obtenção do benefício. Daí a conclusão de que "a dispensa da capacidade de internação hospitalar tem supedâneo diretamente na Lei 9.249/95, pelo que se mostra irrelevante para tal intento as disposições constantes em atos regulamentares".

3. Assim, devem ser considerados serviços hospitalares "aqueles que se vinculam às atividades desenvolvidas pelos hospitais, voltados diretamente à promoção da saúde", de sorte que, "em regra, mas não necessariamente, são prestados no interior do estabelecimento hospitalar; excluindo-se as simples consultas médicas, atividade que não se identifica com as prestadas no âmbito hospitalar; mas nos consultórios médicos".

4. Ressalva de que as modificações introduzidas pela Lei 11.727/08 não se aplicam às demandas decididas anteriormente à sua vigência, bem como de que a redução de alíquota prevista na Lei 9.249/95 não se refere a toda a receita bruta da empresa contribuinte genericamente considerada, mas sim àquela parcela da receita proveniente unicamente da atividade específica sujeita ao benefício fiscal, desenvolvida pelo contribuinte, nos exatos termos do § 2º do artigo 15 da Lei 9.249/95.

5. Hipótese em que o Tribunal de origem consignou que a empresa recorrida presta serviços médicos laboratoriais (fl. 389), atividade diretamente ligada à promoção da saúde, que demanda maquinário específico, podendo ser realizada em ambientes hospitalares ou similares, não se assemelhando a simples consultas médicas, motivo pelo qual, segundo o novel entendimento desta Corte, faz jus ao benefício em discussão (incidência dos percentuais de 8% (oito por cento), no caso do IRPJ, e de 12% (doze por cento), no caso de CSLL, sobre a receita bruta auferida pela atividade específica de prestação de serviços médicos laboratoriais).

6. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.

7. Recurso especial não provido."

(REsp 1116399/BA, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, j. 28.10.2009, DJe 24.02.2010)

Ressalte-se que a redução da base de cálculo deve atingir também os serviços de anestesiologia, conforme já decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO. BASE DE CÁLCULO. PESSOA JURÍDICA. SERVIÇOS HOSPITALARES. CONCEITO. ART. 15, § 1º, III, "A", DA LEI 9.249/1995. NOVEL ENTENDIMENTO DA PRIMEIRA SEÇÃO.

1. A Primeira Seção pacificou o entendimento de que a) "deve-se entender como 'serviços hospitalares' aqueles que se vinculam às atividades desenvolvidas pelos hospitais, voltados diretamente à promoção da saúde. Em regra, mas não necessariamente, são prestados no interior do estabelecimento hospitalar; excluindo-se as simples consultas médicas, atividade que não se identifica com as prestadas no âmbito hospitalar; mas nos consultórios médicos"; e b) "duas situações convergem para a concessão do benefício: a prestação de serviços hospitalares e que esta seja realizada por instituição que, no desenvolvimento de sua atividade, possua custos diferenciados do simples atendimento médico, sem, contudo, decorrerem estes necessariamente da internação de pacientes" (REsp 951.251.PR, Relator Ministro Castro Meira, DJ de 3.6.2009).

2. No caso, a redução da base de cálculo deve atingir os serviços de anestesiologia, excluídas as simples consultas e atividades de cunho administrativo.

3. Há de se reconhecer a incidência dos percentuais de 8%, no caso do IRPJ, e de 12%, no caso de CSLL, sobre a receita bruta auferida pela prestação dos serviços hospitalares indicados.

4. Embargos de Declaração acolhidos com efeitos infringentes

(EDcl no AgRg no REsp 891.953/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/03/2010, DJe 06/04/2010)

No caso dos autos, conforme deixou consignado o juízo a quo: “Conforme se depreende do contrato social anexado à inicial, a Impetrante tem por objeto social “a prestação de serviços clínicos de cirurgia geral, anestesia e anestesiologia no tratamento da dor; procedimento anestésico e pré-anestésico em cirurgias de pequeno e médio porte, médio e grande porte, realização de exames e procedimentos complementares”, podendo, portanto, ser equiparada às prestadoras de serviços hospitalares.

Ademais, como advento da Lei nº 11.727/2008, que deu nova redação ao artigo 15, §1º, inciso III, "a", da Lei nº 9.249/95, outros dois requisitos passaram a ser exigidos para a concessão do benefício de redução de alíquotas do IRPJ e CSLL, além do enquadramento da atividade como de natureza hospitalar: estar o contribuinte constituído como sociedade empresária e atender às normas da ANVISA.

Destarte, nos termos do artigo 983 do Código Civil, as sociedades empresárias deverão ser constituídas sob a forma de sociedade em nome coletivo, comandita simples, limitada, sociedade anônima ou comandita por ações e ter seus atos constitutivos registrados perante o Registro Público de Empresas, a cargo das Juntas Comerciais (artigo 1.150).

De fato, observa-se que a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a partir da vigência da Lei nº 11.727/2008 somente as sociedades organizadas sob a forma de sociedade empresária é que poderão apurar o IRPJ e a CSLL com alíquotas de 8% e 12% sobre a receita bruta auferida com a prestação de serviços hospitalares. Veja-se:

"TRIBUTÁRIO. IRPJ E CSLL. SERVIÇOS HOSPITALARES. LUCRO PRESUMIDO. BASE DE CÁLCULO REDUZIDA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VEDAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. LEI 11.727/2008. REQUISITO SUBJETIVO. ORGANIZAÇÃO SOB A FORMA DE SOCIEDADE EMPRESÁRIA. LEGALIDADE DA EXIGÊNCIA. FATOS GERADORES POSTERIORES.

1. O Tribunal a quo deu provimento à Apelação para conceder a Segurança pleiteada, de modo a permitir que a parte autora, prestadora de serviços, apure imposto de renda e CSLL sobre o lucro presumido, respectivamente, na base de cálculo reduzida de 8% e de 12% sobre a receita bruta.

2. O Tribunal a quo concluiu que a recorrida presta serviços hospitalares e, por conseguinte, faz jus à redução da base de cálculo, tendo como referência a análise do material probatório produzido, de modo que a reforma desse entendimento encontra óbice na Súmula 7/STJ.

3. Por outro lado, o acórdão recorrido deixou consignado que, "Compulsando os autos, verifica-se que a apelante é sociedade simples, tendo como objeto social a prestação de serviços de Cardiologia, Cirurgia Geral (...), serviços diretamente ligados à promoção da saúde humana, não restringindo suas atividades a simples consultas médicas (...)" (fl. 292, destacou-se).

4. De acordo com a inovação instituída pela Lei 11.727/2008, os prestadores de serviços hospitalares devem ser organizados sob a forma de sociedade empresária para que possam apurar o IRPJ e a CSLL, na sistemática do lucro presumido, com base no percentual de 8% (oito por cento) sobre a receita bruta auferida mensalmente.

5. A jurisprudência do STJ reconhece a plena aplicabilidade desse requisito subjetivo aos fatos geradores ocorridos após o início da produção dos efeitos da norma em questão

(REsp 1.449.067/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, REPDJe 22.8.2014, DJe 26.5.2014; AgRg no REsp 1.475.062/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 17.11.2014).

6. Logo, para os fatos geradores posteriores ao início da produção dos efeitos da Lei 11.727/2008, não há falar na tributação com base de cálculo reduzida, uma vez mantida a recorrida sob a forma de sociedade simples, como atestado no acórdão recorrido.

7. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido em parte."

(REsp 1648156/SP, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 09.03.2017, DJe 19.04.2017)

"PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 282/STF. LEI 9.249/95. IRPJ E CSLL COM BASE DE CÁLCULO REDUZIDA. CONDIÇÃO DA PRESTADORA DE "SERVIÇOS HOSPITALARES" APÓS O ADVENTO DA ART. 29 DA LEI N. 11.727/2008. NECESSIDADE LEGAL DA CONSTITUIÇÃO SOB A FORMA DE SOCIEDADE EMPRESÁRIA.

1. Não viola o art. 535, do CPC, o acórdão que decide de forma suficientemente fundamentada, não estando obrigada a Corte de Origem a emitir juízo de valor expresso a respeito de todas as teses e dispositivos legais invocados pelas partes.

2. A discussão a respeito da violação aos arts. 97, II, § 1º, 99, 108, IV e 111 do CTN, assume no presente caso cunho constitucional na medida em que calcada na tese de que o art. 29, da Lei n. 11.727/2008 invadiu campo reservado a lei complementar e que foi ferido o princípio da isonomia. Sendo assim, não é cognoscível em sede de recurso especial. Além disso, os referidos dispositivos legais não foram prequestionados na origem, o que também atrai a incidência da Súmula n. 282/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada".

3. Este Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso representativo da controvérsia (REsp. n. 1.116.399-BA, Primeira Seção, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 28.10.2009) entendeu por elastecer o conceito de "serviços hospitalares" previsto no art. 15, §1º, III, "a", da Lei n. 9.249/95, para abranger também serviços não prestados no interior do estabelecimento hospitalar e que não impliquem em manutenção de estrutura para internação de pacientes.

4. No entanto, para os fatos geradores ocorridos após a produção de efeitos do art. 29, da Lei n. 11.727/2008 (a partir de 01.01.2009 - art. 41, VI, da Lei n. 11.727/2008), devem ser prestigiadas as alterações efetuadas no art. 15, §1º, III, "a", da Lei 9.249/95, a saber: a exigência da constituição da prestadora de serviços sob a forma de sociedade empresária.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

(REsp 1369763/RS, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. 18.06.2013, DJe 24.06.2013)

No mesmo sentido, cito julgados desta Corte:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA. IRPJ E CSLL. REDUÇÃO NA BASE DE CÁLCULO. SERVIÇOS HOSPITALARES. PERÍODO ENTRE 08/06/2005 A 31/12/2008. RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. OCORRÊNCIA. A PARTIR DE 01/01/2009 SOMENTE SOCIEDADE EMPRESÁRIA. REQUISITO OBJETIVO. SOCIEDADE SIMPLES LIMITADA. IMPOSSIBILIDADE. O BENEFÍCIO VISAA FORMA E NÃO SEU CONTEÚDO. RECURSO DE APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL DESPROVIDOS. SENTENÇAMANTIDA.

1 - A norma jurídica que institui benefício fiscal não admite interpretação extensiva, pois a regra é a tributação, devendo ser observado o princípio da legalidade tributária, do qual sucede a regra compreendida no art. 111, do CTN, que impõe ao intérprete submissão à literalidade da norma que outorga isenção.

2 - A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp nº 1.116.399/BA, submetido ao regime de recursos repetitivos (art. 543-C do CPC/1973), discutiu a aplicação das alíquotas diferenciadas de 8% e 12% para o IRPJ e a CSLL e consolidou o entendimento de que para fins do pagamento dos referidos tributos com as alíquotas reduzidas, a expressão 'serviços hospitalares', constante do artigo 15, § 1º, inciso III, da Lei nº 9.249/1995, deve ser interpretada de forma objetiva, isto é, sob a perspectiva da atividade realizada pela contribuinte, porquanto a lei, ao conceder o benefício fiscal, não considerou o contribuinte em si, mas a natureza do serviço prestado.

3 - Considerando tal contexto e a hipótese dos autos, deve ser mantido o entendimento quanto ao reconhecimento do direito do apelante à redução das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL e correspondente compensação apenas quanto às receitas decorrentes da prestação de serviços hospitalares auferidas entre o período de 08/06/2005 a 31/12/2008 (já que a demanda foi proposta em 08/06/2010) restando prescritos os tributos recolhidos antes de 08/06/2005, nos termos da Lei Complementar nº 118/2005.

4 - Quanto aos fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/2009 (art. 29 e 41, VI, da Lei 11.727/2008), devem ser prestigiadas as alterações efetuadas no art. 15, §1º, III, "a", da Lei 9.249/1995, para que o benefício fiscal concedido restrinja-se à prestadora de serviço organizada sob a forma de sociedade empresária e atenda às normas da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA. Portanto, a partir da data da vigência da Lei nº 11.727/2008, apenas as sociedades empresárias fazem jus ao benefício previsto na Lei nº 9.249/1995.

5 - Conforme já observado, para a legislação em vigor, somente as sociedades organizadas sob a forma de sociedade empresária é que estão abrangidas pela base de cálculo reduzida (8% e 12%). Nesses termos, o autor, que exerce atividade econômica sob a forma de sociedade simples, não preenche o requisito legal objetivo instituído pela Lei nº 11.727/2008.

6 - Recurso de apelação e remessa oficial desprovidos."

(AC/REO 0008053-17.2010.4.03.6105, Relator Desembargador Federal Antonio Cedenho, Terceira Turma, j. 18.04.2018, e-DJF3 25.04.2018)

"MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. LEI N. 9249/95. IRPJ E CSLL. REDUÇÃO DE ALÍQUOTA. PRESTADORA DE SERVIÇOS HOSPITALARES APÓS O ADVENTO DO ART. 29 DA LEI N. 11.727/2008. CONSTITUIÇÃO. SOCIEDADE SIMPLES. IMPOSSIBILIDADE DE FRUIÇÃO DO BENEFÍCIO FISCAL.

1. Redução de alíquota do IRPJ e da CSLL, prevista na Lei 9.249/95. Interpretação da expressão "serviço hospitalar". Possibilidade com exclusão das receitas atinentes às consultas médicas. REsp 1.116.399/BA.

2. Todavia, para os fatos geradores ocorridos após a entrada em vigor da Lei 11.727/2008, com as alterações promovidas no art. 15, §1º, III, "a", da Lei 9.249/95, devem as empresas se apresentar sob a forma de sociedade empresária.

3. Consta, no entanto, que a impetrante é constituída como sociedade simples, de acordo com o seu contrato social carreado às fls. 13/17. Nesse contexto, em linha com orientação existente nas Cortes Superiores, segundo a dicção da Lei nº 11.727/2008, a pessoa jurídica constituída como sociedade simples, ao momento da ocorrência dos fatos geradores/recolhimentos vertidos, está impedida de gozar do benefício fiscal pleiteado,

4. Considerando que a Lei nº 9.249/95, com as alterações introduzidas pela Lei nº 11.727/2008, exige expressamente que a sociedade seja constituída sob a forma de sociedade empresarial, não sendo a forma de constituição da impetrante, a denegação da segurança é medida que se impõe.

5. Remessa oficial provida."

(REO 0005260-95.2016.4.03.6105, Relator Desembargador Federal Marcelo Saraiva, Quarta Turma, j. 22.11.2017, e-DJF3 29.01.2018)

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TRIBUTÁRIO. IRPJ E CSLL. SERVIÇOS HOSPITALARES. BASE DE CÁLCULO. APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA DE 8% (OITO POR CENTO) SOBRE A RECEITA BRUTA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS DO ARTIGO 15, §1º, III, "a", da LEI Nº 9.249/95, ALTERADA PELA LEI Nº 11.727/08. IMPOSSIBILIDADE. ACÓRDÃO LIVRE DE OMISSÃO, OBSCURIDADE E CONTRADIÇÃO.

1. Embora a embargante preste serviços hospitalares e preencha o requisito de ser sociedade organizada sob a forma empresária, o acórdão deixou claro que nos autos não há provas de que a embargante atende às normas da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, nos termos do artigo 15, § 1º, inciso III, alínea "a", da Lei nº 9.249/95, alterada pela Lei nº 11.727/08.

2. Ausente um dos requisitos constante no dispositivo supra mencionado, inviável o reconhecimento do direito à aplicação da alíquota de 8% (oito por cento) sobre a receita bruta para a apuração da base de cálculo do IRPJ e CSLL. Precedentes do STJ.

3. Devem ser rejeitados os embargos de declaração opostos contra acórdão proferido a salvo de omissão, contradição ou obscuridade."

(AC/REO 0008965-02.2010.4.03.6109, Relator Desembargador Federal Nelson dos Santos, Sexta Turma, j. 30.04.2015, e-DJF3 08.05.2015)

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO LEGAL. IRPJ. CSLL. LEI 9.249/95. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS HOSPITALARES. ALÍQUOTA.

1. As atividades de fisioterapia e reabilitação, conforme novel entendimento do E. STJ, devem ser consideradas serviços hospitalares, independentemente do local de sua prestação. A contrario sensu, as simples consultas médicas estão excluídas do benefício fiscal.

2. Contudo, na hipótese sub judice, embora conste como atividade da apelante, no cadastro nacional de pessoa jurídica, a atividade de fisioterapia, o art. 15, § 1º, III, "a", da Lei n.º 9.249, de 26/12/1995 exige, expressamente, que a sociedade empresária atenda às normas da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

3. A apelante ainda não possui a necessária licença de funcionamento perante os órgãos de vigilância sanitária, requisito este imprescindível para o gozo do benefício tributário em questão, não havendo que se falar, portanto, em repetição dos valores pagos a maior; nos últimos 5 (cinco) anos do ajuizamento da presente ação.

4. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.

5. Agravo legal improvido."

(AC 0007134-07.2011.4.03.6133, Relatora Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, Sexta Turma, j. 14.08.2014, e-DJF3 22.08.2014)

In casu, o contrato social exibido pela impetrante (ID 90091882) dá conta de que a mesma está organizada sob a modalidade de "sociedade empresária", com atos constitutivos registrados perante Cartório de Registro de Pessoas Jurídicas.

Verifica-se, ainda, pela prova documental produzida no presente mandamus (ID 90091886), que a impetrante atende às normas da ANVISA, em vista da licença de funcionamento expedida pelo Centro de Vigilância Sanitária.

Assim, é de ser mantida a sentença.

Ante o exposto, nos termos do art. 932, IV, do Código de Processo Civil de 2015, **nego provimento** à remessa oficial.

Observadas as formalidades legais, baixemos os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0000662-83.2016.4.03.6110

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

APELADO: MAGGI VEICULOS LTDA

Advogados do(a) APELADO: MARIANE TARGA DE MORAES TENORIO - SP344296-A, EVANDRO FERNANDES

MUNHOZ - SP206425-A, IRIS VANIA SANTOS ROSA - SP115089-A, WILLIAM BEHLING PEREIRA DA LUZ -

SP207648-A, JOAO MARCELO GUERRA SAAD - SP234665-A, GILBERTO SAAD - SP24956-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de apelação interposta pela UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL) em face da r. sentença proferida em ação ordinária, onde se objetiva a declaração de inexistência de relação jurídica entre a autora e a ré que obrigue a demandante ao recolhimento, no período de janeiro de 2011 a junho de 2015, da contribuição ao PIS e à COFINS com inclusão do ICMS nas bases de cálculo, bem como o reconhecimento do direito à repetição do montante indevidamente recolhido, no período mencionado, acrescido da Taxa Selic.

A r. sentença julgou extinto o processo com resolução de mérito, com fundamento no art. 487, I, do CPC para declarar: a inexistência de relação jurídica que obrigue a demandante a recolher o PIS e a COFINS dos períodos de competência janeiro de 2011 a junho de 2015, calculados com a inclusão, em suas bases de cálculo, do ICMS; o direito da parte demandante, observado o artigo 170-A do CTN, à repetição do indébito de PIS e COFINS incidentes sobre o ICMS indevidamente incluído em suas bases de cálculo, nas competências de janeiro de 2011 a junho de 2015, devidamente corrigidos, desde o pagamento indevido até a efetiva restituição, com os mesmos índices usados pela Fazenda Nacional para corrigir seus créditos, nos termos do art. 39, 4º, da Lei n. 9.250/95, incidindo, até o mês anterior ao da restituição, a taxa SELIC e no mês em que estiver sendo realizada, a taxa de 1% (um por cento). Em consequência, condenou a União ao pagamento de honorários advocatícios em favor da autora, (artigo 85, 3º, II, do Código de Processo Civil), que são arbitrados em 8% (oito por cento) sobre o valor total da causa, conforme fixada em fl. 18, in fine, e tendo em vista que não houve a necessidade de dilação probatória neste caso e se trata de matéria pacificada no Supremo Tribunal Federal. Custas nos termos da Lei nº 9.289/96, devendo ser reembolsadas à autora pela União. Esta sentença não está sujeita ao reexame necessário, incidindo no caso o 4º, inciso II, do artigo 496 do Código de Processo Civil, já que o valor da repetição não excede a mil salários mínimos.

Em razões recursais, a União Federal sustenta, em síntese, a suspensão do feito até a publicação do acórdão resultante do julgamento dos embargos de declaração da Fazenda Nacional no RE 574.706/PR, que deliberará sobre o pedido de modulação de efeitos formulado pela União. Pugna pela manutenção da parcela do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS. Conclui ser plenamente válida, legal e legítima a inclusão do ICMS acoplado ao preço do produto ou serviço na base de cálculo da COFINS, do PIS e de qualquer tributo que incida ou venha a incidir sobre o faturamento ou, com muito mais razão, a receita total das pessoas jurídicas. Requer o provimento do apelo, com a reforma integral da sentença.

Comcontrarrações (ID 109374534 - Pág. 1545/554), subiram os autos a esta E. Corte.

É o relatório.

Decido.

Preenchidos os pressupostos genéricos, conheço da apelação e passo ao seu exame.

Cabível na espécie o art. 932 do Código de Processo Civil.

Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo.

Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamientos emanados em sede de repercussão geral.

Ademais, no tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

Com efeito, o Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "**O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins**". O v. acórdão encontra-se assimmentado, *in verbis*:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Assim, estando em consonância com a jurisprudência firmada pelo E. Supremo Tribunal Federal, mantenho a r. sentença.

Com relação ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o correspondente ao valor destacado na nota fiscal.

Ressalte-se que a decisão foi elaborada nos termos da RE 574.706, restando claro que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída.

Nesse sentido, julgados desta E. Corte:

AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

O resultado do julgamento do RE nº 574.706/PR pelo e. Supremo Tribunal Federal, que em sessão plenária do dia 15.03.2017, sob a sistemática de repercussão geral, resultou no Tema 69.

Conforme o resultado desse julgamento, todo o ICMS deve ser expurgado da base de cálculo das duas contribuições (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019), já que, como se infere do voto da Ministra Relatora, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo, deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS. A propósito: RE 209314 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 14-09-2018 PUBLIC 17-09-2018.

Desnecessário aguardar-se o resultado de embargos de declaração e/ou modulação de efeitos, porquanto essas situações não são impeditivas da aplicação de decisão da Suprema Corte que afirma a inconstitucionalidade de exação. Nesse sentido: ARE 1202776 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 11/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-241 DIVULG 04-11-2019 PUBLIC 05-11-2019. Nesta Corte Regional: 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000328-22.2017.4.03.6144, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 05/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 09/12/2019.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5005827-51.2019.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSOM DI SALVO, julgado em 24/04/2020, Intimação via sistema DATA: 27/04/2020)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL IDENTIFICADO E RETIFICADO. CONTRADIÇÃO INEXISTENTE. RESTOU DEMONSTRADO NO JULGADO QUE O ICMS DESTACADO EM NOTA FISCAL DEVE SER EXCLUÍDO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. OBEDIÊNCIA AO ART. 26-A DA LEI 11.457/07. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(AC 5000356-38.2017.4.03.6128, Rel. Desembargador Federal JOHONSON DI SALVO, Sexta Turma, j. 25.07.2019, DJE 26.07.2019)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. RE 574.706. VINCULAÇÃO. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Descabe o pedido da União de sobrestamento do feito até a finalização do julgamento do RE nº 574.706/PR. Cabe ratificar novamente, que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- No tocante ao ICMS que deve ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, a decisão agravada foi explícita quanto a matéria ora discutida: "Assinlo que, o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal, eis que deve ser excluído, do conceito de receita, todo o ICMS faturado e não o valor devido após as deduções do imposto anteriormente cobrado".

- Assim, não há que se falar em inovação recursal a respeito do valor excluído da base de cálculo do PIS/COFINS ser o destacado na nota fiscal, uma vez que este é o que se amolda ao conceito de faturamento, objeto da discussão apresentada nos presentes autos, que teve por fundamento o RE 574.706. Anote-se que, o pedido formulado na inicial foi expresso ao requerer a exclusão da exação sobre a base de cálculo do PIS e da COFINS. Foi exatamente isso que foi decidido pelo STF e que ora se decide.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decisum a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

- Negado provimento ao agravo interno.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5001990-25.2018.4.03.6002, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 21/04/2020, Intimação via sistema DATA: 27/04/2020)

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. ICMS. VALOR DESTACADO NA NOTA FISCAL. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.

1. Prevê o artigo 1.022 do CPC que a oposição dos aclaratórios somente tem cabimento para esclarecimento de obscuridade ou eliminação de contradição, para suprimir omissão sobre ponto ou questão sobre o qual o julgado deveria se pronunciar, ou, ainda, para corrigir erro material existente no decisório.

2. Na espécie, não se fazem presentes quaisquer dos aludidos vícios.

3. Relativamente ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS, sustenta a União Federal que deve ser o ICMS efetivamente recolhido. Todavia, com efeito, o ICMS a ser excluído é o destacado nos documentos fiscais de saída, vez que é esse montante que integra a indigitada base de cálculo.

5. Na ocasião do julgamento do RE n. 574.706, a Ministra Cármen Lúcia enfrentou diretamente essa questão, consignando que o ICMS a ser excluído não é o ICMS "pago" ou "recolhido", mas o ICMS destacado na nota fiscal.

6. Assim sendo, repise-se, tem a impetrante o direito de excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS o valor integral do ICMS destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias do seu estabelecimento, inclusive após o advento da Lei nº 12.973/2014.

7. Embargos de declaração, opostos pela União Federal, que restam rejeitados.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5000702-41.2017.4.03.6143, Rel. Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, julgado em 22/04/2020, Intimação via sistema DATA: 24/04/2020)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA – TUTELA PROVISÓRIA. STF – RE Nº 574.706. ICMS – BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS – EXCLUSÃO. ICMS DESTACADO NAS NOTAS FISCAIS.

1. A jurisprudência tem se pautado na possibilidade do julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático. A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706 por ocasião da apreciação dos embargos de declaração consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

2. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.

3. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

4. Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5000823-63.2020.4.03.0000, Rel. Juiz Federal Convocado na Titularidade Plena LEILA PAIVA MORRISON, julgado em 16/04/2020, Intimação via sistema DATA: 23/04/2020)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE E CONTRADIÇÃO. DUPLOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1.022 do atual Código de Processo Civil, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado, e, ainda, corrigir erro material.

2. O caráter infringente dos embargos, por sua vez, somente é admitido a título excepcional, quando da eliminação da contradição ou da omissão decorrer, logicamente, a modificação do julgamento embargado.

3. O C. Supremo Tribunal Federal reafirmou seu entendimento anterior e pacificou a questão definindo, com repercussão geral, no julgamento do RE 574.706, que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, conforme acórdão publicado em 02/10/2017.

4. É sabido que, a despeito de não ter concluído o julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais, como, aliás, se denota do seguinte excerto daquele julgado.

5. É entendimento sedimentado do Superior Tribunal de Justiça que o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão (EDcl no MS 21.315-DF, Rel. Min. Divaldo Menezes Bastos, Desembargadora convocada do TRF da 3ª Região, julgado em 8/6/2016, DJe 15/6/2016 - Informativo de Jurisprudência nº 0585).

6. Duplos embargos de declaração rejeitados.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0003717-10.2019.4.03.9999, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 16/04/2020, e - DJF3 Judicial I DATA: 22/04/2020)

Quanto ao direito à repetição, deve ser assegurado à parte, sob pena de enriquecimento sem causa da União. A parte autora tem o direito à repetição do montante indevidamente recolhido, no período de janeiro de 2011 a junho de 2015, com atualização exclusivamente pela SELIC e observada a Res. 267/CJF, manejando a compensação com créditos de tributos administrados pela RFB, observando-se, todavia, o art. 26-A da Lei 11.457/2007 e o art. 170-A do CTN.

Ante o exposto, nos termos do art. 932, IV, do Código de Processo Civil, **nego provimento** à apelação da União Federal.

Decorrido o prazo legal, baixemos autos ao juízo de origem.

Intime-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016357-47.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

AGRAVANTE: MUBEADO BRASIL LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: FERNANDO AURELIO ZILVETI ARCE MURILLO - SP100068-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão que indeferiu a liminar, em mandado de segurança destinado a afastar a incidência do IRPJ, da CSLL, do PIS e da COFINS sobre a taxa Selic aplicada na repetição de indébito.

A impetrante, ora agravante, aduz que a correção monetária não implica acréscimo patrimonial. Possuiria natureza indenizatória, não constituindo receita tributável pelo IRPJ e pela CSLL.

De outro lado, a atualização não se qualificaria como “receita” passível de tributação pelo PIS e pela COFINS, na sistemática não-cumulativa.

Requer, a final, a antecipação da tutela.

É uma síntese do necessário.

Hipótese de cabimento de agravo de instrumento: artigos 1.015, inciso I, do Código de Processo Civil, e 7º, § 1º, da Lei Federal nº. 12.016/09.

A taxa Selic incidente na repetição ou compensação administrativa de valores implica acréscimo patrimonial tributável pelo IRPJ e pela CSLL.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no regime de julgamentos repetitivos:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA JURÍDICA - IRPJ E DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL. DISCUSSÃO SOBRE A EXCLUSÃO DOS JUROS SELIC INCIDENTES QUANDO DA DEVOLUÇÃO DE VALORES EM DEPÓSITO JUDICIAL FEITO NA FORMA DA LEI N. 9.703/98 E QUANDO DA REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO NA FORMA DO ART. 167, PARÁGRAFO ÚNICO DO CTN.

1. Não viola o art. 535, do CPC, o acórdão que decide de forma suficientemente fundamentada, não estando obrigada a Corte de Origem a emitir juízo de valor expresso a respeito de todas as teses e dispositivos legais invocados pelas partes.

2. Os juros incidentes na devolução dos depósitos judiciais possuem natureza remuneratória e não escapam à tributação pelo IRPJ e pela CSLL, na forma prevista no art. 17, do Decreto-lei n. 1.598/77, em cuja redação se espelhou o art. 373, do Decreto n. 3.000/99 - RIR/99, e na forma do art. 8º, da Lei n. 8.541/92, como receitas financeiras por excelência. Precedentes da Primeira Turma: AgRg no Ag 1359761/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 6/9/2011; AgRg no REsp 346.703/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 02.12.02; REsp 194.989/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 29.11.99. Precedentes da Segunda Turma: REsp. n. 1.086.875 - PR, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, Rel. p/acórdão Min. Castro Meira, julgado em 18.05.2012; REsp 464.570/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 29.06.2006; AgRg no REsp 769.483/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 02.06.2008; REsp 514.341/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 31.05.2007; REsp 142.031/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 12.11.01; REsp. n. 395.569/RS, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 29.03.06.

3. Quanto aos juros incidentes na repetição do indébito tributário, inobstante a constatação de se tratarem de lucros cessantes, se encontram dentro da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, dada a sua natureza de lucros cessantes, compondo o lucro operacional da empresa a teor art. 17, do Decreto-Lei n. 1.598/77, em cuja redação se espelhou o art. 373, do Decreto n. 3.000/99 - RIR/99, assim como o art. 9º, §2º, do Decreto-Lei nº 1.381/74 e art. 161, IV do RIR/99, estes últimos explícitos quanto à tributação dos juros de mora em relação às empresas individuais.

4. Por ocasião do julgamento do REsp. n. 1.089.720 - RS (Primeira Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 10.10.2012) este Superior Tribunal de Justiça definiu, especificamente quanto aos juros de mora pagos em decorrência de sentenças judiciais, que, muito embora se tratem de verbas indenizatórias, possuem a natureza jurídica de lucros cessantes, consubstanciando-se em evidente acréscimo patrimonial previsto no art. 43, II, do CTN (acréscimo patrimonial a título de proventos de qualquer natureza), razão pela qual é legítima sua tributação pelo Imposto de Renda, salvo a existência de norma isentiva específica ou a constatação de que a verba principal a que se referem os juros é verba isenta ou fora do campo de incidência do IR (tese em que o acessório segue o principal). Precedente: EDcl no REsp. nº 1.089.720 - RS, Primeira Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 27.02.2013.

5. Conhecida a lição doutrinária de que juros de mora são lucros cessantes: "Quando o pagamento consiste em dinheiro, a estimação do dano emergente da inexecução já se acha previamente estabelecida. Não há que fazer a substituição em dinheiro da prestação devida. Falta avaliar os lucros cessantes. O código os determina pelos juros de mora e pelas custas" (BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado, V. 4, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1917, p. 221).

6. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C, do CPC, e da Resolução STJ n. 8/2008.

(REsp 1138695/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/05/2013, DJe 31/05/2013).

Precedente recente desta Turma: TRF3, ApCiv 5002576-78.2018.4.03.6126, 6ª Turma, Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, - Intimação via sistema DATA: 25/07/2019.

De mesma forma, a atualização compõe a receita bruta e está sujeita à incidência das contribuições sociais.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO. ALEGAÇÃO GENÉRICA. SÚMULA 284/STF. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. NATUREZA DE RENDIMENTO TRIBUTÁVEL COMO REGRA GERAL. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO IRPJ E DA CSLL. POSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO FIRMADO EM RECURSO REPETITIVO. RESP PARADIGMA 1.138.695/SC. JUROS DE MORA CONTRATUAIS. LUCROS CESSANTES. INCIDÊNCIA DO IRPJ E DA CSLL. PIS/COFINS. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. NÃO INDICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS VIOLADOS. SÚMULA 284/STF.

1. A alegação genérica de violação do artigo 535 do Código de Processo Civil, sem explicitar os pontos em que teria sido omissa o acórdão recorrido, atrai a aplicação do disposto na Súmula 284/STF.

2. A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1138695/SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, pacificou entendimento no sentido de que os juros de mora ostentam a natureza jurídica de lucros cessantes e, por conseguinte, submetem-se, em regra, à tributação pelo IRPJ e pela CSLL.

3. Consoante precedentes do Superior Tribunal de Justiça, com a publicação do acórdão referente ao recurso julgado sob o rito dos recursos repetitivos, impõe-se sua aplicação aos casos análogos, independentemente do trânsito em julgado da decisão nele proferida.

4. Incidem o IRPJ e a CSLL sobre os juros de mora decorrente do inadimplemento de contratos, pois ostentam a mesma natureza de lucros cessantes.

5. A tese de não incidência do PIS e da COFINS sobre as receitas de correção monetária e juros moratórios na repetição de indébitos tributários não comportam conhecimento. A uma, porque não houve o prequestionamento sobre a questão levantada (Súmula 211/STJ). A duas, porque a recorrente deixou de estabelecer, com a precisão necessária, quais os dispositivos de lei federal que considera violados para sustentar sua irresignação pela alínea "a" do permissivo constitucional e que ampara, conseqüentemente, tal tese recursal (Súmula 284/STF). **A três, porque as alegações da recorrente para afastar a incidência do PIS e da COFINS sobre as rubricas de correção monetária e de juros de mora vinculam-se à tese de que são verbas indenizatórias, o que já foi afastado, sendo, com efeito, pertinente citar que, "tratando-se os juros de mora de lucros cessantes, adentram também a base de cálculo das contribuições ao PIS e COFINS na forma do art. 1º, §1º das Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003, que compreendem 'a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica' (...)" (AgRg no REsp 1.271.056/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 5/9/2013, DJe 11/9/2013). Agravo regimental improvido.**

(AgRg no REsp 146995/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/10/2014, DJe 15/10/2014).

Por tais fundamentos, **indefiro o pedido de antecipação de tutela.**

Comunique-se ao digno Juízo de 1º grau de jurisdição.

Publique-se. Intime-se, inclusive para resposta.

Após, ao Ministério Público Federal.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015944-34.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: CEVA FREIGHT MANAGEMENT DO BRASIL LTDA.

Advogados do(a) AGRAVANTE: JOAO PAULO ALVES JUSTO BRAUN - SP184716-A, BAUDILIO GONZALEZ

REGUEIRA - SP139684-A, CAMILA AGUIAR GONZALEZ SOLER - SP338114-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

A parte agravante anexou aos autos cópia da guia de custas corretamente preenchida (ID 134544617), mas **não apresentou o respectivo comprovante bancário de recolhimento do preparo no valor de R\$ 64,26.**

Assim, conforme artigo 1.007, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015, promova a parte agravante o recolhimento do preparo **em dobro** mediante a juntada da guia original que comprove o recolhimento das custas (GRU, código receita 18720-8, no valor de R\$ 128,52) junto à Caixa Econômica Federal - CEF, indicando a Unidade Favorecida (UG/Gestão): Tribunal Regional Federal da 3ª Região - Código 090029/00001.

Prazo: 05 (cinco) dias úteis *improrrogáveis*, **sob pena de não conhecimento do recurso.**

Intime-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007468-07.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: JOSE CONCA OTERO

Advogado do(a) AGRAVANTE: RENATO OLIVEIRA IRUSSA - SP250535-A

AGRAVADO: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVAVEIS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Indefiro a antecipação de tutela (pretensão de suspensão da exigibilidade de débito fiscal – multa) em sede de ação anulatória do Auto de Infração número 9112708-E.

Primeiro, a suspensão em sede de ação anulatória pressupõe – conforme vetusta jurisprudência seguida por esta Sexta Turma – o depósito integral da quantia discutida, a teor do art. 38 da Lei 6.830/80. Isso não foi atendido.

Segundo, não há verossimilhança do alegado pelo autor-agravante, já que o mesmo se vale de questões subjetivas (culpabilidade por parte do pretense infrator) que não podem ser elucidadas fora do cenário probatório a ser feito em 1º grau, além de supostos vícios formais do procedimento fiscal que não são visíveis de plano; além disso, não se vai cancelar a reincidência do infrator, constatada pela fiscalização pois a mesma dispõe dos atributos de licitude própria dos agentes públicos, não infirmada ‘primu ictu oculi’ pelo agravante.

A decisão recorrida é robusta e não merece crítica.

Por fim, o agravante ao instruir o presente recurso juntou documentos referentes à demanda distinta (ProceComCiv 5009112-40.2019.4.03.6104) que é objeto de outro recurso (AI 5007463-82.2020.4.03.0000).

Pelo exposto, **indefiro a antecipação de tutela.**

À contraminuta.

Após, cls.

INT.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5008455-43.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
AGRAVANTE: TEC TOR INDUSTRIA E COMERCIO DE EQUIPAMENTOS LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCELO CARLOS PARLUTO - SP153732-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Agravo de instrumento da impetrante contra indeferimento de liminar em sede de mandado de segurança proposto para garantir à empresa o direito à prorrogação do vencimento dos tributos federais e das parcelas vincendas de parcelamentos federais para o último dia útil do 3º mês subsequente, nos termos da Portaria MF nº 12/2012, durante o período que envolver os meses alcançados pela Calamidade Pública decretada pelo Governo Federal por meio do Decreto Legislativo nº 6/2020, em razão da grave situação de crise econômico-financeira gerada pela pandemia declarada pela Organização Mundial da Saúde relacionada ao coronavírus (COVID-19).

Indeferido o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal (ID 129876480).

A r. decisão foi impugnada mediante a interposição de embargos de declaração por parte da agravante (ID 130227752).

Sucedo que foi proferida **sentença** que *denegou* a segurança e extinguiu o processo com resolução de mérito, na forma do artigo 487, inciso I do Código de Processo Civil.

Diante da perda do seu objeto **julgo prejudicado** o presente agravo de instrumento e, por consequência, os embargos de declaração, nos termos do artigo 932, inciso III, do Código de Processo Civil de 2015.

Intimem-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016399-96.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
AGRAVANTE: DISAC COMERCIAL LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: MAURICIO REHDER CESAR - SP220833-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Agravo de instrumento da impetrante contra deferimento parcial de liminar em sede de mandado de segurança proposto para garantir à empresa o direito à prorrogação do vencimento dos tributos federais para o último dia útil do 3º mês subsequente, nos termos da Portaria MF nº 12/2012, durante o período que envolver os meses alcançados pela Calamidade Pública decretada pelo Governo Federal por meio do Decreto Legislativo nº 6/2020, em razão da grave situação de crise econômico-financeira gerada pela pandemia declarada pela Organização Mundial da Saúde relacionada ao coronavírus (COVID-19).

DECIDO.

O caso envolve, efetivamente, uma moratória.

A moratória depende de lei (art. 97, c.c. o art. 151, I, ambos do CTN) e não é tarefa do Poder Judiciário imiscuir-se nas funções constitucionais do Legislador para concedê-la, antecipando ou ultrapassando a competência estrita do Poder Legislativo.

A moratória individual – já devidamente autorizada pela lei – também depende de ato do poder público; assim, também não cabe ao Judiciário tomar o lugar do Executivo e dispensar temporariamente o pagamento de tributos. Essa continência do Judiciário se justifica de fato e de direito, pois além de infiltrar-se em assunto que legal e constitucionalmente não lhe diz respeito, o Judiciário *impertinente* acabaria por desequilibrar as finanças públicas e o custeio das incumbências estatais.

A capacidade (ou competência, como dizem alguns) para a concessão de moratória é tratada em *numerus clausus* no CTN, como segue:

Art. 152. A moratória somente pode ser concedida:

I - em caráter geral:

a) pela pessoa jurídica de direito público competente para instituir o tributo a que se refira;

b) pela União, quanto a tributos de competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, quando simultaneamente concedida quanto aos tributos de competência federal e às obrigações de direito privado;

II - em caráter individual, por despacho da autoridade administrativa, desde que autorizada por lei nas condições do inciso anterior.

Parágrafo único. A lei concessiva de moratória pode circunscrever expressamente a sua aplicabilidade à determinada região do território da pessoa jurídica de direito público que a expedir, ou a determinada classe ou categoria de sujeitos passivos.

O Juiz não é eleito. Não é representante popular e por isso não pode *atravessar* as políticas públicas, a não ser em situações que envolvam direitos da pessoa humana. O magistrado que concede a moratória individual rompe a regra de capacidade acima indicada, ofendendo o art. 2º da CF, e culmina por quebrar a isonomia entre os contribuintes, insultando mais uma vez a Constituição Federal.

É jurisprudência assentada no STF que concessão ou extensão de benefício fiscal não é da alçada do Judiciário: ARE 1181341 AgR-terceiro, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 21/02/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-053 DIVULG 11-03-2020 PUBLIC 12-03-2020 - ARE 928139 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 17/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-185 DIVULG 04-09-2018 PUBLIC 05-09-2018 - RE 1052420 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 17/11/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-279 DIVULG 04-12-2017 PUBLIC 05-12-2017.

Ou seja, “na esteira da jurisprudência firmada no Supremo Tribunal Federal, não cabe ao Poder Judiciário, sob pretexto de atenção ao princípio da isonomia, atuar como legislador positivo concedendo benefícios tributários não previstos em lei” (AI 801087 AgR-segundo, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 22/02/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-047 DIVULG 08-03-2019 PUBLIC 11-03-2019). Ainda: “a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de não competir ao Poder Judiciário atuar como legislador positivo para estabelecer isenções tributárias ou redução de impostos” (ARE 905685 AgR-segundo, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 26/10/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-237 DIVULG 07-11-2018 PUBLIC 08-11-2018).

Trata-se principalmente de obediência ao art. 150, § 6º da Magna Carta.

O Juiz deve ter em mente o art. 20 da LINDB (“nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”) – que parece estar sendo lido por *poucos* – de modo que conceder moratória individual, até sem maior atenção ao caso específico de empresas que continuam sendo muito bem sucedidas em tempos de crise, pode ter consequências trágicas para a execução dos infinitos serviços que a lei comete ao Poder Executivo, dentre eles o próprio combate contra a pandemia do modo como a doença exija seja feito, o que caracterizaria um efeito perverso e um círculo viciado: por conta da pandemia não se recolhem tributos e não sendo pagos os tributos não há recursos adequados para se lutar contra a pandemia.

O plenário do STF, em substancial julgado, destacou que “A capacidade institucional, ausente em um cenário de incerteza, impõe auto-contenção do Judiciário, que não pode substituir as escolhas dos demais órgãos do Estado por suas próprias escolhas (VERMEULE, Adrian. *Laws Abnegation*. Cambridge: Harvard University Press, 2016. p. 130, 134-135)...” (ADC 42, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 28/02/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-175 DIVULG 12-08-2019 PUBLIC 13-08-2019).

Há que se considerar outro fator nesta questão. Existem mecânicas de tributação federais que envolvem o recolhimento de impostos devidos aos Estados (v.g. o ICMS) e municípios (ISS-QN); se o Judiciário federal conceder a desejada moratória, estará interferindo em cenário onde não tem competência constitucional, gerando prejuízos para pessoas jurídicas de direito público que sequer foram chamadas ao processo.

São perfeitamente possíveis moratórias, remissões e anistias, nesta hora que talvez seja a mais difícil por que passa o país nos últimos tempos. Mas essas medidas não dependem – e não podem depender – do Poder Judiciário, que está longe de ser onipotente.

No ponto, não se deve deslembrar que conforme o art. 154 do CTN, de regra a moratória só se refere aos créditos fiscais já constituídos, já que se ainda não houve o lançamento do débito não há como tratar de prazo de pagamento.

Até por causa disso, é de todo conveniente que o Judiciário mantenha seus braços longe da competência legislativa, visando não contribuir com mais balbúrdia em tema delicado.

Ajudar financeiramente as empresas e até os cidadãos desfavorecidos não é condenável, muito pelo contrário. Mas isso deve ser feito – e já está sendo feito pelo Executivo e pelo Congresso Nacional, os únicos atores constitucionalmente possíveis nesse cenário - com a adoção de medidas cabíveis para o enfrentamento econômico das agruras que essa peste - tardiamente declarada como pandemia pela própria OMS, que até o início de março e quando 37 países já se achavam em contaminação (inclusive a Itália), recusava-se a proceder dessa forma - trará para os empresários e os trabalhadores.

Notoriamente, vivemos uma época – e não apenas um período – de exceção; isso implicará no surgimento de peculiaridades nas relações entre o Poder Público e os jurisdicionados, como, por exemplo, os contribuintes e os contratados em licitação pública. Alguns paradigmas clássicos do Direito Administrativo (tais como a ‘teoria da imprevisão’, o ‘fato do príncipe’, o ‘pacta sunt servanda’, a supremacia do interesse público, etc.) talvez tenham que ser revisitados para que não sobrevenha a ruína do administrado e tampouco o desbaratamento da Administração.

Mas o regulamento que possa surgir dessa necessidade NÃO deverá ser objeto de ativismo judicial – muitas vezes, senão todas, desconhecedor das especialidades de cada caso – que ultrapassa, e muito, as capacidades constitucionais do Poder Judiciário.

Não é dado ao Judiciário (que não é um poder *eleito* e por isso não representa a vontade popular) atropelar, com arrogante ativismo, o comportamento que o Poder Público poderá tomar em relação aos administrados (e que já tem nuances na Lei nº 13.979/2020), para ditar soluções ao seu alvedrio, inclusive sob a égide da adoção de procedimentos mediativos, já existentes ou que possam ser legislativamente criados.

Assim fica mantida a decisão agravada por seus próprios fundamentos segundo a técnica "per relationem" (STF: Rcl 4416 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 15/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-118 DIVULG 08-06-2016 PUBLIC 09-06-2016 - AgInt nos EDcl no AREsp 595.004/SC, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 19/06/2018), com os acréscimos acima referidos.

Esses argumentos representam o bastante para decisão do caso, recordando-se que “o órgão julgador não é obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. Precedentes: AgInt nos EDcl no AREsp 1.290.119/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 30.8.2019; AgInt no REsp 1.675.749/RJ, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 23.8.2019; REsp 1.817.010/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 20.8.2019; AgInt no AREsp 1.227.864/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 20.11.2018” (AREsp 1535259/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/11/2019, DJe 22/11/2019).

Pelo exposto, **indefiro** o pedido de antecipação de tutela recursal.

Comunique-se ao MM. Juízo "a quo".

Intime-se a parte agravada para contraminuta.

Após, ao Ministério Público Federal para parecer.

Publique-se e cumpra-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007627-47.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO: MEMORIAL HOSPITAL S/A
Advogado do(a) AGRAVADO: PAULO DE TARSO CARETA - SP195595-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Agravo de instrumento da União/PFN contra concessão de liminar em mandado de segurança impetrado por MEMORIAL HOSPITAL S/A, onde o impetrante, com base no estado de calamidade pública decretado pelo Governo do Estado de São Paulo em face da pandemia de COVID-19, busca postergar o recolhimento de tributação federal sem qualquer acréscimo legal ou penalidade, no prazo de (6) seis meses, conforme previsto no art. 1º da Resolução CGSN n. 152/2020, ou, em caráter subsidiário, no prazo de 3 (três) meses previsto no art. 1º da Portaria MF 12/2012, além de outras medidas favoráveis, sem que lhe sejam imputados os ônus decorrentes da inadimplência.

Deferido o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal (ID 129064210), para cassar a decisão agravada.

Sucedeu que foi proferida **sentença** que homologou a desistência manifestada pela impetante/agravada e julgou extinto o feito, sem resolução de mérito, com fundamento no art. 485, VIII, do Código de Processo Civil.

Diante da perda do seu objeto **julgo prejudicado** o presente agravo de instrumento, nos termos do artigo 932, inciso III, do Código de Processo Civil de 2015.

Intimem-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5008835-66.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

AGRAVANTE: CRM INDUSTRIA E COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA, CRM COMERCIO VAREJISTA DE DOCES LTDA.

Advogados do(a) AGRAVANTE: FLAVIA ROBERTA MARQUES LOPES SILVEIRA - SP224555-A, LUIZ PAULO DA COSTA TEIXEIRA - SP350818-A

Advogados do(a) AGRAVANTE: FLAVIA ROBERTA MARQUES LOPES SILVEIRA - SP224555-A, LUIZ PAULO DA COSTA TEIXEIRA - SP350818-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos.

Consoante se constata em consulta ao sistema de informações processuais do Processo Judicial Eletrônico - PJe da Justiça Federal da 3ª Região, o mandado de segurança a que se refere o presente agravo já foi decidido em primeiro grau.

Assim, já tendo havido o julgamento do mencionado mandado de segurança, onde foi proferida a decisão atacada, o agravo perdeu inteiramente o seu objeto.

Ante o exposto, **julgo prejudicado** o presente agravo por perda de objeto, não conhecendo do recurso, com fulcro no art. 1.019, caput, c.c. o art. 932, III, ambos do Código de Processo Civil de 2015.

Observadas as formalidades legais, baixemos os autos.

Intimem-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016379-08.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
AGRAVANTE: JAVAN IND. E COM. DE MATERIAIS RECICLAVEIS LTDA - ME
Advogado do(a) AGRAVANTE: YASMIN CONDE ARRIGHI - RJ211726-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão que rejeitou exceção de pré-executividade.

A executada, ora agravante, aponta a nulidade do título executivo: embora indique a fundamentação legal da dívida, a CDA não veio acompanhada de demonstrativo de cálculos a indicar a fórmula aplicada para a incidência de juros e correção monetária.

É uma síntese do necessário.

Hipótese de cabimento do agravo de instrumento: artigo 1.015, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

A exceção de pré-executividade demanda prova certa e irrefutável.

Súmula 393, do Superior Tribunal de Justiça: "**A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória**".

De outro lado, a certidão de dívida ativa goza de presunção de liquidez e certeza (artigo 3º, da Lei nº. 6.830/80).

No caso concreto, a agravante não afastou, com argumentos consistentes, a presunção de liquidez dos títulos.

Por tais fundamentos, **nego provimento** ao agravo de instrumento, nos termos do artigo 932, inciso IV, "a", do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intime-se.

Decorrido o prazo recursal, remetam-se os autos ao digno Juízo de 1º grau de jurisdição.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0000821-67.2009.4.03.6111
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
Advogado do(a) APELANTE: SILVIO TRAVAGLI - SP58780-A
APELADO: SAMANTHA KARINE CAPPI GRACE
Advogado do(a) APELADO: DEBORA BRITO MORAES SANTOS - BA37173
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Torno sem efeito o despacho ID nº 132085794 e determino a **imediata comunicação** à 11ª Subseção Judiciária Federal em Marília, a fim de que o Exmo. Juiz *a quo* cancele o mandado de intimação pessoal da autora expedido no bojo da Carta de Ordem Cível nº 5000879-96.2020.4.03.6111.

Na migração dos dados autuação para o Sistema PJe não foi possível a inserção da única advogada da autora, por estar ela inativa-baixada na OAB/SP e não constar dos autos o número do CPF da causídica.

Porém, em consulta ao Cadastro Nacional da OAB pelo nome da advogada, verifico que ela está inscrita na OAB/BA sob nº 37173, o que tornou possível a inserção dos dados no sistema eletrônico.

Int.

Cumpra-se com urgência.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0001566-12.2011.4.03.6100
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: TAM LINHAS AEREAS S/A.
Advogado do(a) APELANTE: HENRIQUE COUTINHO DE SOUZA - SP257391-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de apelação do contribuinte, em mandado de segurança destinado a viabilizar o processamento de recurso administrativo, com a suspensão da exigibilidade de crédito tributário.

Por petição, o apelante requer a substituição do depósito por seguro garantia (ID 130899153).

Argumenta com a decretação de estado de calamidade pública, em decorrência da pandemia de coronavírus, situação agravante de seu quadro econômico-financeiro.

Ademais, a decisão administrativa lhe é favorável.

Intimada, a União se opôs ao pedido (ID 132626770).

É uma síntese do necessário.

Depósito judicial é **garantia do processo**.

Liquidação do numerário objeto do depósito judicial, **após o trânsito em julgado**, é algo distinto.

O Código Tributário Nacional faz a distinção:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

(...)

II - o depósito do seu montante integral.

Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

(...)

VI - a conversão de depósito em renda.

Até o trânsito em julgado, os valores objeto do depósito do depósito judicial produzem eficácia **processual** suspensiva em relação à exigência controversa.

Depois, o numerário fica disponível para quem seja credor, em parte ou sobre o montante total, de acordo com o **título judicial**.

Os depósitos só podem ser movimentados **após** o trânsito em julgado.

Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. COFINS. MANDADO DE SEGURANÇA. LEI 9.718/98. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO PELO STF. TRÂNSITO EM JULGADO. DEPÓSITO EFETUADO NOS TERMOS DO ART. 151, II, DO CTN. LEVANTAMENTO. ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, CPC. SÚMULA 98/STJ. EXCLUSÃO DE MULTA.

1. Os depósitos efetuados pelo contribuinte por ocasião do questionamento judicial do tributo suspendem a exigibilidade do mesmo, enquanto perdurar a contenda, ex vi do art. 151, II, do CTN e, por força do seu designio, implica lançamento tácito do montante exato do quantum depositado, conjurando eventual alegação de decadência do direito de constituir o crédito tributário. Precedentes: AgRg no Ag 1163962/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 06/10/2009, DJe 15/10/2009; AgRg nos EREsp 1037202/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 27/05/2009, DJe 21/08/2009; REsp 1037202/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 09/09/2008, DJe 24/09/2008; REsp 757.311/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13/05/2008, DJe 18/06/2008.

2. "O depósito do montante integral do crédito tributário, na forma do art. 151, II, do CTN, é faculdade de que dispõe o contribuinte para suspender sua exigibilidade. Uma vez realizado, porém, o depósito passa a cumprir também a função de garantia do pagamento do tributo questionado, permanecendo indisponível até o trânsito em julgado da sentença e tendo seu destino estritamente vinculado ao resultado daquela demanda em cujos autos se efetivou" (REsp nº 252.432/SP, Rel. para o acórdão Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, j. 02.06.2005, DJ 28.11.2005). Outros precedentes: AgRg no REsp 921.123/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 23/4/2009, DJe de 3/6/2009; EDcl no REsp 225.357/RJ, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 16/3/2006, DJ de 28/4/2006.

3. O destino do depósito efetuado nos moldes do art. 151, II, do CTN, para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, sempre dependerá do resultado da demanda a que estiver vinculado, dada a sua natureza de garantia da dívida em discussão, conforme estabelece o art. 1º, § 3º, II, da Lei nº 9.703/98. Permitir o levantamento do depósito judicial sem a anuência do Fisco significa esvaziar o conteúdo da garantia prestada pelo contribuinte em detrimento da Fazenda Pública. Precedentes: REsp 476.567/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 06/12/2004; AgRg no REsp 921.123/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 03/06/2009; REsp 252.432/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, Rel. p/ Acórdão Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 28/11/2005). (...)

8. Recurso especial provido para afastar a multa (art. 538, parágrafo único, do CPC) e anular o acórdão recorrido".

(REsp 1157786/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/10/2010, DJe 28/10/2010).

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça esclareceu, no regime de repetitividade, que a garantia mediante seguro ou fiança bancária, **com relação a créditos tributários, como no caso, não** equivale a depósito judicial para o fim específico de suspensão da exigibilidade tributária: REsp 1156668/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/11/2010, DJe 10/12/2010.

É, portanto, inviável a substituição da garantia incidente sobre dinheiro por qualquer outro bem - **jurisprudência que não conta com o convencimento deste Relator, mas que é respeitada diante do regime legal dos julgamentos repetitivos.**

Por tais fundamentos, **indefiro o pedido.**

Publique-se. Intime-se.

Após, conclusos.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007845-75.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
AGRAVANTE: FOCACCIA, AMARAL, SALVIA, PELLON E LAMONICAADVOGADOS
Advogado do(a) AGRAVANTE: LEO LOPES DE OLIVEIRA NETO - SP271413-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL- FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão que indeferiu liminar em mandado de segurança.

A r. sentença - cuja prolação está documentada, conforme cópia anexada (ID 134890468) - substitui a decisão liminar.

Julgo prejudicado o agravo de instrumento.

Intimem-se.

Após, arquivem-se.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000818-83.2016.4.03.6110
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: UNIAO FEDERAL- FAZENDA NACIONAL

APELADO: HAITIAN HUAYUAN SOUTH AMERICA COMERCIO DE MAQUINAS LTDA.
Advogado do(a) APELADO: GLADISON DIEGO GARCIA - SP290785-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de apelação interposta pela UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL) em face da r. sentença proferida em mandado de segurança impetrado por HAITIAN HUAYUAN SOUTH AMERICA COMERCIO DE MAQUINAS LTDA, com pedido liminar, contra ato praticado pelo DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE SOROCABA/SP, onde se objetiva que lhe seja assegurado o direito de não incluir o valor referente ao ICMS incidente sobre as vendas de mercadorias na base de cálculo do PIS/PASEP e COFINS, bem como de restituir os valores assim recolhidos, nos cinco anos que antecederam a presente impetração.

O pedido de liminar foi parcialmente deferido **para o fim de suspender a exigibilidade do crédito tributário decorrente da contribuição ao PIS e da COFINS incidentes sobre valores relativos ao ICMS. (ID 123217999)**

A r. sentença julgou extinto o processo com resolução de mérito, com fundamento no art. 487, I do CPC e concedeu a segurança, para declarar: a inexistência de relação jurídica que obrigue a demandante a recolher o PIS e a COFINS calculados com a inclusão, em suas bases de cálculo, do ICMS; o direito da parte demandante, observado o artigo 170-A do CTN, à repetição do indébito de PIS e COFINS incidentes sobre o ICMS indevidamente incluído em suas bases de cálculo, no quinquênio anterior ao ajuizamento desta demanda, devidamente corrigido, desde o pagamento indevido até a efetiva restituição, com os mesmos índices usados pela Fazenda Nacional para corrigir seus créditos, nos termos do art. 39, § 4º, da Lei n. 9.250/95, incidindo, até o mês anterior ao da restituição, a taxa SELIC e no mês em que estiver sendo realizada, a taxa de 1% (um por cento). Custas, nos termos da Lei nº 9.289/96. Sem condenação em honorários advocatícios a teor do artigo 25 da Lei nº 12.016/09. Decisão não sujeita ao reexame necessário (art. 496, § 3º, I, do Código de Processo Civil).

Em razões recursais, a União Federal sustenta, em síntese, a suspensão do feito até a publicação do acórdão resultante do julgamento dos embargos de declaração da Fazenda Nacional no RE 574.706/PR, que deliberará sobre o pedido de modulação de efeitos formulado pela União. No mérito, pugna pela manutenção da parcela do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS. Alega que o montante do ICMS integra o valor do preço da mercadoria vendida ou preço do serviço prestado. Anota que embora o STF não tenha decidido expressamente a respeito, o ICMS a ser excluído da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS é o ICMS a recolher, resultado mensal do encontro de contas entre créditos e débitos do imposto. Requer o provimento do apelo, com a reforma integral da sentença.

Em contrarrazões (ID 123218011), a impetrante sustenta, em síntese, a desnecessidade de suspensão do processo em comento até publicação do resultado do julgamento nos embargos de declaração, pois a tese já está firmada em repercussão geral. Ressalta que a matéria em discussão no presente *mandamus* já foi apreciada pelo E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL no RE 574.706, sujeito à Repercussão Geral (tema 69). Requer a condenação da apelante ao pagamento de multa de 20% sobre o valor da causa, por tratar se meramente de ato protelatório.

Subiram os autos a esta E. Corte.

Emparecer (ID 127446672), a ilustre representante do Ministério Público Federal, opinou pelo prosseguimento do feito.

É o relatório.

Decido.

Preenchidos os pressupostos genéricos, conheço da apelação e passo ao seu exame.

Cabível na espécie o art. 932, inciso IV, do Código de Processo Civil.

Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo.

Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronúncia emanados em sede de repercussão geral.

Ademais, no tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

Com efeito, o Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "**O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins**". O v. acórdão encontra-se assimementado, *in verbis*:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Assim, estando em consonância com a jurisprudência firmada pelo E. Supremo Tribunal Federal, mantenho a r. sentença.

Com relação ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o correspondente ao valor destacado na nota fiscal.

Ressalte-se que a decisão foi elaborada nos termos da RE 574.706, restando claro que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída.

Nesse sentido, julgados desta E. Corte:

AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

O resultado do julgamento do RE nº 574.706/PR pelo e. Supremo Tribunal Federal, que em sessão plenária do dia 15.03.2017, sob a sistemática de repercussão geral, resultou no Tema 69.

Conforme o resultado desse julgamento, todo o ICMS deve ser expurgado da base de cálculo das duas contribuições (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019), já que, como se infere do voto da Ministra Relatora, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo, deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS. A propósito: RE 209314 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 14-09-2018 PUBLIC 17-09-2018.

Desnecessário aguardar-se o resultado de embargos de declaração e/ou modulação de efeitos, porquanto essas situações não são impedientes da aplicação de decisão da Suprema Corte que afirma a inconstitucionalidade de exação. Nesse sentido: ARE 1202776 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 11/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-241 DIVULG 04-11-2019 PUBLIC 05-11-2019. Nesta Corte Regional: 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000328-22.2017.4.03.6144, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 05/12/2019, e - DJF3 Judicial I DATA: 09/12/2019.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5005827-51.2019.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHNSOM DI SALVO, julgado em 24/04/2020, Intimação via sistema DATA: 27/04/2020)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL IDENTIFICADO E RETIFICADO. CONTRADIÇÃO INEXISTENTE. RESTOU DEMONSTRADO NO JULGADO QUE O ICMS DESTACADO EM NOTA FISCAL DEVE SER EXCLUÍDO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. OBEDIÊNCIA AO ART. 26-A DA LEI 11.457/07. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. RE 574.706. VINCULAÇÃO. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Descabe o pedido da União de sobrestamento do feito até a finalização do julgamento do RE nº 574.706/PR. Cabe ratificar novamente, que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- No tocante ao ICMS que deve ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, a decisão agravada foi explícita quanto a matéria ora discutida: "Assinalo que, o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal, eis que deve ser excluído, do conceito de receita, todo o ICMS faturado e não o valor devido após as deduções do imposto anteriormente cobrado".

- Assim, não há que se falar em inovação recursal a respeito do valor excluído da base de cálculo do PIS/COFINS ser o destacado na nota fiscal, uma vez que este é o que se amolda ao conceito de faturamento, objeto da discussão apresentada nos presentes autos, que teve por fundamento o RE 574.706. Anote-se que, o pedido formulado na inicial foi expresso ao requerer a exclusão da exação sobre a base de cálculo do PIS e da COFINS. Foi exatamente isso que foi decidido pelo STF e que ora se decide.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decisum a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

- Negado provimento ao agravo interno.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5001990-25.2018.4.03.6002, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 21/04/2020, Intimação via sistema DATA: 27/04/2020)

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. ICMS. VALOR DESTACADO NA NOTA FISCAL. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.

1. Prevê o artigo 1.022 do CPC que a oposição dos aclaratórios somente tem cabimento para esclarecimento de obscuridade ou eliminação de contradição, para suprimir omissão sobre ponto ou questão sobre o qual o julgado deveria se pronunciar, ou, ainda, para corrigir erro material existente no decisório.

2. Na espécie, não se fazem presentes quaisquer dos aludidos vícios.

3. Relativamente ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS, sustenta a União Federal que deve ser o ICMS efetivamente recolhido. Todavia, com efeito, o ICMS a ser excluído é o destacado nos documentos fiscais de saída, vez que é esse montante que integra a indigitada base de cálculo.

5. Na ocasião do julgamento do RE n. 574.706, a Ministra Cármen Lúcia enfrentou diretamente essa questão, consignando que o ICMS a ser excluído não é o ICMS "pago" ou "recolhido", mas o ICMS destacado na nota fiscal.

6. Assim sendo, repise-se, tem a impetrante o direito de excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS o valor integral do ICMS destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias do seu estabelecimento, inclusive após o advento da Lei nº 12.973/2014.

7. Embargos de declaração, opostos pela União Federal, que restam rejeitados.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5000702-41.2017.4.03.6143, Rel. Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, julgado em 22/04/2020, Intimação via sistema DATA: 24/04/2020)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA – TUTELA PROVISÓRIA. STF – RE Nº 574.706. ICMS – BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS – EXCLUSÃO. ICMS DESTACADO NAS NOTAS FISCAIS.

1. A jurisprudência tem se pautado na possibilidade do julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático. A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706 por ocasião da apreciação dos embargos de declaração consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

2. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.

3. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

4. Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5000823-63.2020.4.03.0000, Rel. Juiz Federal Convocado na Titularidade Plena LEILA PAIVA MORRISON, julgado em 16/04/2020, Intimação via sistema DATA: 23/04/2020)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE E CONTRADIÇÃO. DUPLOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1.022 do atual Código de Processo Civil, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado, e, ainda, corrigir erro material.

2. O caráter infringente dos embargos, por sua vez, somente é admitido a título excepcional, quando da eliminação da contradição ou da omissão decorrer, logicamente, a modificação do julgamento embargado.

3. O C. Supremo Tribunal Federal reafirmou seu entendimento anterior e pacificou a questão definindo, com repercussão geral, no julgamento do RE 574.706, que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, conforme acórdão publicado em 02/10/2017.

4. É sabido que, a despeito de não ter concluído o julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais, como, aliás, se denota do seguinte excerto daquele julgado.

5. É entendimento sedimentado do Superior Tribunal de Justiça que o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão (EDcl no MS 21.315-DF, Rel. Min. Diva Malerbi, Desembargadora convocada do TRF da 3ª Região, julgado em 8/6/2016, DJe 15/6/2016 - Informativo de Jurisprudência nº 0585).

6. Duplos embargos de declaração rejeitados.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0003717-10.2019.4.03.9999, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 16/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 22/04/2020)

Quanto ao direito à compensação, deve ser assegurado à parte, sob pena de enriquecimento sem causa da União. A impetrante poderá compensar o montante indevidamente recolhido nos últimos cinco anos anteriores à propositura do writ, com atualização exclusivamente pela SELIC e observada a Res. 267/CJF, manejando a compensação com créditos de tributos administrados pela RFB, observando-se, todavia, o art. 26-A da Lei 11.457/2007 e o art. 170-A do CTN.

Por fim, não há razão para se impor sanção por litigância de má-fé, pois não evidenciadas as hipóteses do artigo 80 do Código de Processo Civil.

Sem condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.016/2009 e das Súmulas nºs 512 do STF e 105 do STJ.

Ante o exposto, nos termos do art. 932, IV, do Código de Processo Civil, **nego provimento** à apelação da União Federal.

Decorrido o prazo legal, baixemos autos ao juízo de origem.

Intime-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007288-88.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

AGRAVANTE: JSL LOCAÇÃO DE MAQUINAS E VEICULOS PESADOS LTDA.

Advogado do(a) AGRAVANTE: LUIS FERNANDO GIACON LESSA ALVERS - SP234573-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

1. **ID 130454261**: homologo o pedido de desistência do recurso, para que produza seus efeitos legais e jurídicos (artigos 998 e 932, inciso VIII, do Código de Processo Civil de 2015, e 33, inciso VI, do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região).

2. Oportunamente, remetam-se os autos ao digno Juízo de 1º grau de jurisdição, para as providências cabíveis.

3. Publique-se. Intimem-se.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5009274-77.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: MIMO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA

Advogado do(a) AGRAVADO: LUIS GUSTAVO NEUBERN - SP250215-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão que deferiu liminar em mandado de segurança.

A.r. sentença - cuja prolação está documentada, conforme cópia anexada (ID 134890890) - substitui a decisão liminar.

Julgo prejudicado o agravo de instrumento.

Intimem-se.

Após, arquivem-se.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5021137-97.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: BOXNET SERVICOS DE INFORMACOES LTDA.

Advogados do(a) APELADO: WESLEY DUARTE GONCALVES SALVADOR - SP213821-A, MARIA MADALENA

ANTUNES - SP119757-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de remessa oficial e de apelação interposta pela UNIAO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL) em face da r. sentença proferida em mandado de segurança impetrado por BOXNET SERVICOS DE INFORMACOES LTDA., com pedido liminar, contra ato praticado pelo DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SAO PAULO, objetivando para que seja reconhecido seu direito à exclusão do valor do PIS e da COFINS de suas próprias bases de cálculo, inclusive com a alteração introduzida pela Lei nº 12.973/14, bem como para que seja reconhecido o direito ao crédito dos recolhimentos indevidos, nos últimos cinco anos.

O pedido de liminar foi deferido para assegurar que a impetrante recolha o PIS e a COFINS sem a inclusão das próprias contribuições, em suas bases de cálculo, suspendendo-se a exigibilidade da referida parcela. (ID 130069346)

A.r. sentença julgou procedente o pedido, o presente pedido, com fundamento no art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil, e concedeu a segurança para assegurar que a impetrante recolha o PIS e a COFINS sem a inclusão das próprias contribuições em suas bases de cálculo. Assegurou, ainda, o direito de compensar que foi pago a maior a esse título, nos cinco anos anteriores à propositura da demanda, ou seja, a partir de 06/11/2014, com parcelas vincendas e vencidas de outros tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, corrigidos nos termos já expostos. A compensação só poderá ser feita após o trânsito em julgado, em razão do disposto no art. 170-A do CTN. Sem honorários, conforme estabelecido no artigo 25 da Lei nº 12.016/09. Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição. Custas “ex lege”.

Em razões recursais, a União Federal sustenta, em síntese, que as razões de decidir do RE 574.706/PR não podem ser transpostas para afastar a incidência do PIS e da COFINS calculados sobre suas próprias contribuições, pois, enquanto o ICMS é destacado na nota fiscal, a hipótese de incidência do PIS e COFINS determina que eles sejam calculados “por dentro”, compondo o valor do faturamento da atividade empresarial até o momento em que são transferidos ao Fisco. Afirma que a possibilidade de o próprio tributo estar incluso em sua base de cálculo, não foi apreciada neste julgado pelo STF. Alega que no que pertine ao julgamento dos Recursos Extraordinários nºs 574.706/PR e 240.785/MG, cabe frisar que os mesmos se referem tão somente à exclusão do ICMS das bases de cálculo do PIS e da COFINS. Requer o provimento do apelo.

Com contrarrazões (ID 130069357), subiram os autos a esta E. Corte.

Emparecer (ID 134803999), a ilustre representante do Ministério Público Federal, opinou pelo prosseguimento do feito.

É o relatório.

Decido.

Preenchidos os pressupostos genéricos, conheço da apelação e passo ao seu exame.

Cabível na espécie o art. 932 do Código de Processo Civil.

Registre-se, inicialmente, que o precedente firmado pelo C. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706-PR (Tema 69), embora de observância obrigatória no tocante à matéria nele tratada (ICMS não integra a base de cálculo do PIS e da COFINS), não pode ser estendido às demais exações incidentes sobre a receita bruta, por se tratar de tributos distintos.

Desde a instituição das contribuições ao PIS e à COFINS, pelas Leis nºs 9.718/98, 10.639/2002 e 10.833/2003, é admitida a incidência do PIS e da COFINS em sua própria base de cálculo, por força de regra expressa disposta no art. 12, § 5º, do Decreto-Lei nº 1.598/77.

Em conformidade com a Lei nº 12.973/2014, a base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS compreende a receita bruta de que trata o art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598/77, na qual se incluem "os tributos sobre ela incidentes", nos termos do § 5º do mesmo dispositivo

Com efeito, em regra, é permitida a incidência de tributo sobre tributo. A única vedação expressamente trazida pela Constituição Federal encontra-se no art. 155, §2º, XI, ao tratar do ICMS.

A esse propósito, o C. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 582.461-SP, Relator Ministro Gilmar Mendes (Tema 214), com repercussão geral reconhecida, pronunciou-se pela constitucionalidade da sistemática de apuração do ICMS denominada "cálculo por dentro", consoante acórdão assim ementado:

1. Recurso extraordinário. Repercussão geral. 2. Taxa Selic. Incidência para atualização de débitos tributários. Legitimidade. Inexistência de violação aos princípios da legalidade e da anterioridade. Necessidade de adoção de critério isonômico. No julgamento da ADI 2.214, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 19.4.2002, ao apreciar o tema, esta Corte assentou que a medida traduz rigorosa igualdade de tratamento entre contribuinte e fisco e que não se trata de imposição tributária. 3. ICMS. Inclusão do montante do tributo em sua própria base de cálculo. Constitucionalidade. Precedentes. A base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação da circulação de mercadorias (art. 155, II, da CF/1988, c/c arts. 2º, I, e 8º, I, da LC 87/1996), inclui o próprio montante do ICMS incidente, pois ele faz parte da importância paga pelo comprador e recebida pelo vendedor na operação. A Emenda Constitucional nº 33, de 2001, inseriu a alínea "i" no inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, para fazer constar que cabe à lei complementar "fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço". Ora, se o texto dispõe que o ICMS deve ser calculado com o montante do imposto inserido em sua própria base de cálculo também na importação de bens, naturalmente a interpretação que há de ser feita é que o imposto já era calculado dessa forma em relação às operações internas. Com a alteração constitucional a Lei Complementar ficou autorizada a dar tratamento isonômico na determinação da base de cálculo entre as operações ou prestações internas com as importações do exterior, de modo que o ICMS será calculado "por dentro" em ambos os casos. 4. Multa moratória. Patamar de 20%. Razoabilidade. Inexistência de efeito confiscatório. Precedentes. A aplicação da multa moratória tem o objetivo de sancionar o contribuinte que não cumpre suas obrigações tributárias, prestigiando a conduta daqueles que pagam em dia seus tributos aos cofres públicos. Assim, para que a multa moratória cumpra sua função de desencorajar a elisão fiscal, de um lado não pode ser pífia, mas, de outro, não pode ter um importe que lhe confira característica confiscatória, inviabilizando inclusive o recolhimento de futuros tributos. O acórdão recorrido encontra amparo na jurisprudência desta Suprema Corte, segundo a qual não é confiscatória a multa moratória no importe de 20% (vinte por cento). 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

(RE 582461, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/05/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-158 DIVULG 17-08-2011 PUBLIC 18-08-2011 EMENT VOL-02568-02 PP-00177)

Por sua vez, o E. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1.144.469-PR, Relator para acórdão Ministro Mauro Campbell Marques (Tema 313), sob o rito dos recursos repetitivos, assentou a legitimidade da incidência de tributo sobre o montante pago a título de outros tributos ou do mesmo, destacando na oportunidade sua jurisprudência no sentido da legalidade da incidência do PIS/PASEP e da COFINS sobre suas próprias contribuições, *in verbis*:

RECURSO ESPECIAL DO PARTICULAR: TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. PIS/PASEP E COFINS. BASE DE CÁLCULO. RECEITA OU FATURAMENTO. INCLUSÃO DO ICMS.

1. A Constituição Federal de 1988 somente veda expressamente a inclusão de um imposto na base de cálculo de um outro no art. 155, §2º, XI, ao tratar do ICMS, quanto estabelece que este tributo: "XI - não compreenderá, em sua base de cálculo, o montante do imposto sobre produtos industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configure fato gerador dos dois impostos".

2. A contrario sensu é permitida a incidência de tributo sobre tributo nos casos diversos daquele estabelecido na exceção, já tendo sido reconhecida jurisprudencialmente, entre outros casos, a incidência:

2.1. Do ICMS sobre o próprio ICMS: repercussão geral no RE n.582.461/ SP, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 18.05.2011.

2.2. Das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS sobre as próprias contribuições ao PIS/PASEP e COFINS: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 976.836 - RS, STJ, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.8.2010.

2.3. Do IRPJ e da CSLL sobre a própria CSLL: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.113.159 - AM, STJ, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 11.11.2009.

2.4. Do IPI sobre o ICMS: REsp. n. 675.663 - PR, STJ, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 24.08.2010; REsp. N° 610.908 - PR, STJ, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 20.9.2005, AgRg no REsp.N° 462.262 - SC, STJ, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 20.11.2007.

2.5. Das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS sobre o ISSQN: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.330.737 - SP, Primeira Seção, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 10.06.2015.

3. Desse modo, o ordenamento jurídico pátrio comporta, em regra, a incidência de tributos sobre o valor a ser pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo. Ou seja, é legítima a incidência de tributo sobre tributo ou imposto sobre imposto, salvo determinação constitucional ou legal expressa em sentido contrário, não havendo aí qualquer violação, a priori, ao princípio da capacidade contributiva.

(...)

(REsp 1144469-PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/08/2016, DJe 02/12/2016)

Nesse sentido, os precedentes desta Corte Regional:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. PREVALÊNCIA DO ENTENDIMENTO DO STF E DO STJ SOBRE A SISTEMÁTICA DO CÁLCULO POR DENTRO.

Em que pese o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral, sobre a inclusão do ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS (RE n° 574.706/PR), é certo que a mesma Suprema Corte, também em repercussão geral, possui julgado no qual reconhece a constitucionalidade do "cálculo por dentro", ou seja, de que é permitida a incidência do tributo sobre tributo. O E. STJ também possui entendimento de que "o ordenamento jurídico pátrio comporta, em regra, a incidência de tributos sobre o valor a ser pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo" (RE n° 1144469/PR). Desse modo, não existindo julgamento posterior tanto do STF como do STJ, afastando a sistemática do "cálculo por dentro" do PIS e da COFINS sobre as suas mesmas bases de cálculo, é de rigor a reforma da decisão agravada. Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5019900-63.2017.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, julgado em 06/07/2018, Intimação via sistema DATA: 03/12/2018)

APELAÇÕES E REEXAME NECESSÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. OBEDIÊNCIA A TESE FIRMADA PELO STF NO RE 574.706. IMPOSSIBILIDADE DE SOBRESTAMENTO DO FEITO A CONTA DE EVENTO FUTURO E INCERTO. EXCLUSÃO DO PIS/COFINS DA PRÓPRIA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. SITUAÇÕES DIVERSAS. AUSÊNCIA DE TRANSLAÇÃO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA, POIS O FATO GERADOR É O FATURAMENTO/RECEITA EMPRESARIAL. REPASSE APENAS DO ÔNUS FINANCEIRO. APROVEITAMENTO DOS CRÉDITOS DE PIS/COFINS APENAS NA FORMA DA LEI. RECURSOS E REEXAME DESPROVIDOS.

1. A ata de julgamento do RE 574.706/PR e sua ementa foram publicadas (20.03.17 e 02.10.17) e nestas constou

claramente a própria tese assentada pela Suprema Corte ("o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS"), de modo que se tornou de conhecimento público o pensamento do STF na parte, a permitir a aplicação do tema aos demais casos em tramitação que versem sobre a mesma causa de pedir. Noutras palavras, o Poder Judiciário tem segurança para aplicar o quanto decidido pela Suprema Corte em sede vinculativa. Precedentes do STJ e do STF.

2. No que tange à oposição de embargos de declaração frente à decisão do STF, sua posterior apreciação não impede o imediato julgamento dos recursos pendentes, salvo se presente ordem nesse sentido pela Suprema Corte - art. 1035, § 5º, do CPC/15 e art. 328 do RISTF c/c art. 543-B do CPC/73. Na matéria, é de se ressaltar que a Suprema Corte já exprimiu o posicionamento de que o ICMS não integra o conceito de faturamento/receita para fins de tributação do STF quando do julgamento do RE 240.785-2/MG, não traduzindo inovação jurisprudencial a invocar eventual modulação temporal.

3. Deve ser reconhecido à impetrante o direito à repetição e compensação dos indébitos de PIS/COFINS na parte em que as contribuições tiveram a base de cálculo composta de valores recolhidos a título de ICMS. A correção do indébito deverá ser feita na forma fixada em sentença, tal como ocorre nos débitos tributários, pela Taxa SELIC e com a incidência de 1% no mês da compensação ou da restituição (STF: RE 582.461-RG, rel. Min. GILMAR MENDES - tema 214 da sistemática da repercussão geral - RE 870.947, rel. Min. LUIZ FUX, j. 20/09/2017), bem como deverá ser observado o prazo prescricional quinquenal (STF: RE 566.621, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 04/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011 EMENT VOL-02605-02 PP-00273 RTJ VOL-00223-01 PP-00540; STJ: REsp 1269570/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/05/2012, DJe 04/06/2012); e a incidência do art. 170-A do CTN (REsp 1167039/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 02/09/2010, recurso repetitivo - REsp 1649768/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 20/04/2017 - AgInt no REsp 1586372/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 19/12/2016). Optando a impetrante pela posterior compensação administrativa, deve observar os termos do art. 26-A da Lei 11.457/07, introduzido pela Lei 13.670/18.

4. O julgamento proferido no RE 574.706 é claro ao identificar que todo o ICMS faturado deve ser excluído do conceito de receita, na condição de mero ingresso de caixa, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

5. Quanto ao PIS/COFINS incidente na cadeia operacional, a situação jurídica é diversa. O ICM e o ISS têm por fato gerador a circulação de mercadorias (art. 155, II, da CF) e a prestação de serviços (art. 156, III, da CF), atos econômicos que comportam a translação (fática) do crédito tributário devido na operação para o adquirente da mercadoria ou do serviço, no momento da constituição da obrigação tributária. São tributos indiretos por excelência, exigindo-se inclusive o cumprimento dos requisitos previstos no art. 166 do CTN para que o contribuinte de direito possa titularizar o direito a eventual indébito. Precedentes.

6. Por seu turno, como regra geral, o PIS/COFINS incide sobre a receita/faturamento, elementos contábeis que não se exaurem na operação em si, mas se formam no decorrer de determinado tempo, a partir basicamente do conjunto daquelas operações. Quando o adquirente da mercadoria ou serviço efetua o pagamento do valor faturado, não há propriamente transferência do encargo tributário – a exatidão da base de cálculo ainda será apurada, inclusive com outros elementos que não somente o resultado das vendas –, mas somente a composição de despesas na formação do preço para que o vendedor alcance o lucro empresarial.

7. Não há, em suma, translação propriamente dita do encargo tributário, mas o contumaz repasse do ônus financeiro da atividade empresarial para o consumidor de fato. Tanto é assim que as ações de repetição de indébitos daqueles tributos não se submetem ao art. 166 do CTN, salvo se existente modelo de incidência tributária por substituição, como na tributação do PIS/COFINS sobre combustíveis antes da entrada em vigor da Lei 9.990/00 e da alteração do art. 4º da Lei 9.718/98.

8. Não se permite segregar o PIS/COFINS de sua própria base de cálculo. Ainda que assim não fosse, é de se lembrar que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706 não afastou a possibilidade do cálculo por dentro na apuração de tributos, mantendo-se incólume a jurisprudência em contrário. Garante-se à impetrante somente o aproveitamento dos créditos escriturados de PIS/COFINS na forma da lei, enquanto benefício instituído justamente para reduzir a carga tributária na cadeia de operações, já que o art. 195, § 12, da CF deixa ao alvedrio da Lei o escopo do regime não cumulativo daquelas contribuições. Não há que se falar, portanto, em direito à diferença resultante da não aplicação da Taxa SELIC sobre os créditos escriturados, inexistente o direito à exclusão do PIS/COFINS da base de cálculo das próprias contribuições.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 5002171-57.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 30/11/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 07/12/2018)

TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ISS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO DOS VALORES RECOLHIDOS INDEVIDAMENTE.

1. A jurisprudência do e. Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela Primeira Turma do e. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgRg no AREsp 593.627/RN.

2. Impende destacar que o reconhecimento da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pode ser aplicado ao ISS, em razão da própria inexistência de natureza de receita ou faturamento destas parcelas.

Precedentes da 3ª Turma do TRF da 3ª Região.

3. O sistema tributário brasileiro não repele a incidência de tributo sobre tributo. Neste particular, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 582.461/SP (Tema 214), com repercussão geral reconhecida, assentou a constitucionalidade da sistemática de apuração do ICMS mediante o denominado "cálculo por dentro", ao passo que Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp nº 1.144.469/PR (Tema 313), sob o rito dos recursos repetitivos, pronunciou-se pela legitimidade da incidência de tributos sobre o valor pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo, destacando jurisprudência que reconheceu a incidência do PIS e da COFINS sobre as próprias contribuições.

4. A superveniência da Lei n.º 12.973/2014, que alargou o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

5. Reconhecido o direito à exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS e, respeitando-se a prescrição quinquenal, à autora é assegurada a repetição dos valores recolhidos indevidamente, através da compensação.

6. A compensação dos valores recolhidos indevidamente, deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, visto a data que a presente demanda foi ajuizada.

7. É necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

8. A compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior.

9. É aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil.

10. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior;

11. Recurso de apelação desprovido.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5010038-67.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 16/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 23/04/2020)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DOS PRÓPRIOS TRIBUTOS. IMPOSSIBILIDADE. RE Nº 574.706. EXTENSÃO DOS EFEITOS. INVIABILIDADE.

1. O Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, já firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS", conforme RE nº 574.706.

2. O precedente estabelecido pelo colendo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706 não pode ser estendido às demais exações incidentes sobre a receita bruta, uma vez que se trata de tributos distintos.

3. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela constitucionalidade da sistemática de apuração do ICMS denominada cálculo por dentro, de modo que, em razão da similitude das controvérsias, não se mostra plausível a viabilidade da exclusão das aludidas contribuições de suas próprias bases de cálculo.

4. Agravo de instrumento desprovido.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5023885-69.2019.4.03.0000, Rel. Juiz Federal Convocado na Titularidade Plena LEILA PAIVA MORRISON, julgado em 03/04/2020, Intimação via sistema DATA: 07/04/2020)

Assim, é de ser reformada a r. sentença para denegar a segurança.

Ante o exposto, nos termos do art. 932, V, do Código de Processo Civil, **dou provimento** à remessa oficial e à apelação da União Federal.

Decorrido o prazo legal, baixemos autos ao juízo de origem.

Intime-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003571-29.2019.4.03.6103

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: ELGIN SA

Advogado do(a) APELANTE: RAPHAEL STORANI MANTOVANI - SP278128-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 23/06/2020 2842/4253

D E C I S Ã O

Trata-se de apelação interposta por ELGIN S/A em face da r. sentença proferida em mandado de segurança impetrado, com pedido de liminar, contra ato praticado pelo DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SÃO JOSÉ DOS CAMPOS/SP, objetivando concessão de liminar para que não seja compelida ao pagamento de PIS e COFINS sobre suas receitas financeiras, com base no Decreto nº 8.426/2015, assim como, para que a autoridade impetrada se abstenha de inscrever o nome da impetrante no CADIN, e continue a fornecer as certidões de regularidade fiscal respectivas. Requer, ainda, seja reconhecido o direito à compensação dos direitos pagos indevidamente a título da rubrica questionada..

O pedido de liminar foi indeferido.

A r. sentença com fundamento no art. 487, inciso I do CPC (instituído pela Lei nº 13.105/2015), extinguiu o processo com resolução de mérito e julgou improcedente o pedido, denegando a segurança pleiteada. Sem condenação em honorários advocatícios, de acordo com a Súmula 512 do STF, Súmula 105 do STJ e art. 25 da Lei 12.016/2009. Custas na forma da lei.

Em razões recursais, a impetrante sustenta, em síntese, a inexigibilidade do PIS e da Cofins calculados sobre as receitas financeiras da Apelante, em virtude do que dispõe o Decreto nº 8.426/15, o qual, em flagrante violação ao princípio da estrita legalidade em matéria tributária (art. 150, I, da CF/88 e art. 97, II, do CTN), majorou as alíquotas das referidas contribuições ao patamar de 4% e 0,65%, respectivamente. Aduz que o Governo Federal, em 02 de abril de 2015 reinstituíu as alíquotas até então zeradas do PIS e COFINS sobre receitas financeiras, por meio dos artigos 1º e 2º do Decreto nº 8.426/2015. Informa que, a partir de 1º de julho de 2015, as pessoas jurídicas que realizassem apuração do Imposto de Renda pelo lucro real, ou que ao menos tivessem parte de sua receita submetida ao regime não-cumulativo do PIS e COFINS, teriam que passar a recolher os tributos nas alíquotas de, respectivamente, 0,65% e 4% sobre esses valores. Assinala que o Decreto nº 8.426/2015 limitou-se a restabelecer as alíquotas incidentes sobre as receitas financeiras, deixando de conceder qualquer autorização para o desconto de créditos das contribuições sobre as despesas financeiras, tomando cumulativa a incidência do PIS e da COFINS sobre referidas receitas. Conclui que é de se fixar orientação sobre a possibilidade de o art. 27, § 2º, da Lei nº 10.865/2004 transferir a regulamento - portanto, a ato infralegal - a competência para reduzir e restabelecer as alíquotas da contribuição ao PIS e da COFINS. Requer o provimento do apelo, *“reconhecendo-se o direito líquido e certo da Apelante de não recolher as parcelas de PIS e COFINS incidentes sobre suas receitas financeiras, com base no Decreto nº 8.426/2015, tudo nos termos da fundamentação declinada no presente recurso de apelação”*.

Com contrarrazões (ID 132615260), os autos subiram a esta E. Corte.

Emparecer (ID 133552932), o ilustre representante do Ministério Público Federal opinou pelo prosseguimento do feito.

É o relatório.

Decido.

Preenchidos os pressupostos genéricos, conheço da apelação e passo ao seu exame.

Cabível na espécie o art. 932 do Código de Processo Civil.

Trata-se de apelação à sentença denegatória em mandado de segurança, impetrado com o objetivo de afastar a tributação do PIS/COFINS incidentes sobre as receitas financeiras, com as alíquotas de 0,65% (PIS) e 4% (COFINS) fixadas pelo Decreto nº 8.426/2015, ao fundamento de sua ilegalidade/inconstitucionalidade, devendo permanecer a alíquota reduzida a zero pelo Decreto nº 5.442/2005; com pedido subsidiário no sentido de garantir direito de apropriar-se dos créditos em relação às despesas financeiras incorridas, com base no princípio da não-cumulatividade do PIS/COFINS.

Registre-se, inicialmente, que o E. Supremo Tribunal Federal quanto à controvérsia debatida nestes autos reputou constitucional a questão e reconheceu a existência de repercussão geral no RE 986.296/PR que foi substituído pelo RE 1.043.313/RS, também de relatoria do Ministro Dias Toffoli, com manutenção da vinculação da questão ao **Tema 939**. Entretanto, não houve determinação quanto ao sobrestamento do julgamento dos casos, conforme decisão proferida no RE 1.043.313, exarada em 13.09.2017 e confirmada por ocasião do exame de embargos de declaração opostos.

A controvérsia dos autos reside, portanto, na revogação da alíquota zero prevista pelo Decreto nº 5.442/2005 (art. 1º) para o PIS/COFINS incidente sobre receitas financeiras, por força do Decreto nº 8.426/2015, que passou a fixá-las, respectivamente, em 0,65% e 4%.

No tocante à exigibilidade das contribuições ao PIS e à COFINS, incidentes sobre as receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas no regime não-cumulativo, esta tem fundamento no art. 195, II, "b", da Constituição Federal na redação dada pela EC 20/98 e na edição das Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003, respectivamente, com previsão da hipótese de incidência do tributo, base de cálculo e alíquotas.

Nesse sentido, não cabe a alegação de ofensa à estrita legalidade (art. 150, I, CF), nem de delegação de competência tributária (art. 7º, CTN). As Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003 instituíram o PIS/COFINS sobre as receitas financeiras definindo como base de cálculo o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pelas pessoas jurídicas no regime não-cumulativo, independentemente de sua denominação ou classificação contábil, à alíquota de 1,65% para o PIS e de 7,6% para a COFINS. Portanto, existe autorização constitucional e legal para a incidência do PIS/COFINS sobre as receitas financeiras.

Quanto ao Decreto nº 8.426/2015 ora impugnado, este encontra fundamento de validade no art. 27, § 2º, da Lei nº 10.865/2004 que autoriza o Poder Executivo a reduzir e restabelecer as alíquotas do PIS e da COFINS sobre as receitas financeiras no regime não-cumulativo.

Assim, descabida a alegação de majoração da alíquota do PIS/COFINS sobre as receitas financeiras no regime não-cumulativo. Não houve alteração superior à alíquota definida na Lei nº 10.637/2002 (PIS: 1,65%) e na Lei nº 10.833/2003 (COFINS: 7,6%).

Ao contrário, o Decreto nº 8.426/2015, mesmo dispondo sobre a aplicação das alíquotas de 0,65% para o PIS e de 4% para a COFINS, mantém a tributação reduzida em relação às Leis nºs 10.637/2002 (PIS: 1,65%) e 10.833/2003 (COFINS: 7,6%), bem como observa as condições e limites estabelecidos pela Lei nº 10.865/2004, onde a autorização legislativa é no sentido de que o Poder Executivo poderá alterar a alíquota dessas contribuições, dentro dos parâmetros que vai até 2,1% para o PIS e até 9,65% para a COFINS, dependendo do fato gerador.

Portanto, a instituição em lei de uma alíquota teto e a edição de decretos alterando tais alíquotas dentro das condições e limites legais, não constituem ilegalidade.

Ademais, cabe acrescentar, desde a Lei nº 10.637/2002 o legislador imprimiu natureza extrafiscal às contribuições ao PIS e à COFINS ao autorizar o Poder Executivo a reduzir para zero e a restabelecer parcialmente a alíquota, incidentes sobre as receitas financeiras no regime não-cumulativo.

A finalidade da garantia inscrita no art. 150, I, da CF/88, exige lei em sentido material e formal para instituir ou alterar a norma tributária para aumentar a carga tributária. O que não ocorre na espécie em que a partir de lei formal e nos respectivos limites de contenção, o decreto veio alterar a alíquota anterior, que havia sido reduzida a zero também por decreto presidencial.

Deste modo, a estrita legalidade inscrita no art. 150, I, da CF/88 exige lei formal para as hipóteses de instituição e de majoração de tributo, e não para a alteração de alíquota do tributo a patamares inferiores aos da lei.

Outrossim, a revogação do benefício na espécie, não institui ou modifica o tributo - não amplia a base de cálculo, não majora a alíquota do tributo nem amplia a gama de contribuintes - não se sujeitando, assim, à restrição prevista no § 6º do art. 150 da Constituição Federal.

Em relação à alegada majoração indevida de tributo, a finalidade da limitação ao poder de tributar encontra-se satisfeita, vez que o *quantum debeatur* da obrigação tributária encontra-se limitado a um montante previamente estabelecido, por força de lei.

Acrescento, ainda, caso fosse aceita a tese da recorrente, o Decreto nº 5.442/2005 que havia zerado a alíquota ao PIS/COFINS sobre as receitas financeiras - que se pretende ver restabelecido neste *writ* - também conteria o mesmo vício de ilegalidade/inconstitucionalidade arguido e, com efeito, o fisco poderia vir a cobrar os tributos não recolhidos nos últimos cinco anos. Tanto a redução da alíquota a zero, como o restabelecimento parcial de alíquota a 0,65% (PIS) e de 4% (COFINS), efetivadas mediante decreto, decorreram, exatamente, da autorização legislativa prevista no § 2º do art. 27 da Lei nº 10.865/2004.

Também descabido, por improcedente, o pedido sucessivo da recorrente, no sentido de que seja reconhecido o direito subjetivo à dedução indiscriminada e integral de valores na apuração do PIS/COFINS, em respeito ao princípio da não-cumulatividade.

A não-cumulatividade do PIS/COFINS foi introduzida pelas Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003, na forma da autorização do art. 195, § 12, da Constituição Federal.

O art. 195, § 12, da Constituição Federal autoriza a coexistência dos regimes cumulativo e não-cumulativo, na medida em que ao cuidar da matéria quanto ao PIS/COFINS referiu, apenas, que a lei definirá os setores de atividade econômica para os quais as contribuições serão não-cumulativas.

Sobreveio a Lei nº 10.865/2004, revogando o art. 3º das Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003; no entanto, tal alteração, embora deixe de prever a obrigatoriedade de descontos de créditos em relação às despesas financeiras, não excluiu tal possibilidade, prevendo que o Poder Executivo, mediante critérios administrativos, permitirá o desconto de tais despesas financeiras, na forma prevista no *caput* do art. 27 da mesma lei; o que reforça a natureza extrafiscal das mencionadas contribuições.

Deste modo, prevendo o § 12 do art. 195 da Constituição Federal que cabe à lei especificar quais despesas financeiras são passíveis de desconto no regime não-cumulativo, impõe-se afastar a pretensão de deduzir indiscriminada e integralmente os valores na do PIS/COFINS, como quer a recorrente.

Nesse sentido os precedentes desta Corte:

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. RESTABELECIMENTO DE ALÍQUOTAS DE PIS/COFINS PELO DECRETO 8.426/15: LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE PLENAS. INCIDÊNCIA SOBRE A RECEITA TOTAL. PARÂMETROS INSTITUÍDOS PELAS LEIS 10.865/04, 10.637/02 E 10.833/03. NOVAS ALÍQUOTAS INCIDENTES SOBRE RECEITAS AUFERIDAS APÓS A PRODUÇÃO DE EFEITOS DO DECRETO. CREDITAMENTO DE DESPESAS FINANCEIRAS. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EM SUA PETIÇÃO INICIAL. NÃO CONHECIDO. IMPOSSIBILIDADE DE CREDITAMENTO FRENTE ÀS DESPESAS FINANCEIRAS, POR AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. As alíquotas da contribuição ao PIS e a COFINS estão devidamente fixadas nas Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, em 1,65% e 7,6%, respectivamente. Por força da autorização concedida pelo art. 27, § 2º, da Lei nº 10.865/2004, houve redução dessas alíquotas pelo Decreto nº 5.164/2004, que estipulou a alíquota zero para o PIS/COFINS incidentes sobre as receitas financeiras. O benefício da alíquota zero foi ratificado pelo Decreto nº 5.442/2005. Após sua revogação pelo Decreto nº 8.426/2015, com efeitos vigentes a partir de 1º de julho de 2015, restabeleceu-se a tributação, com alíquotas positivas de 0,65% (PIS) e 4% (COFINS); ou seja, assim o fazendo em percentual menor do que aquele cogitado na lei de regência. Por isso, não há que se falar em aumento de tributação sem lei, atendendo o novo decreto ao disposto na Lei nº 10.865/2004, dando cumprimento ao artigo 27, § 2º ("o Poder Executivo poderá, também, reduzir e restabelecer (...) as alíquotas da contribuição para o PIS/PASEP e da cofins incidentes sobre as receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime de não-cumulatividade das referidas contribuições, nas hipóteses que fixar"), mantendo a tributação cogitada nas Leis nºs. 10.637/2002 e 10.833/2003, e dentro dos padrões por elas delimitados. Faz parte do cenário da tributação no Brasil que lei ordinária possa estabelecer os patamares mínimos e máximos das exações, delegando ao Poder Executivo a fixação das alíquotas. No ponto, vale recordar que o artigo 150, inc. I, da Constituição Federal exige lei para instituir ou aumentar; mas não para diminuir tributos, e no fundo o que o Decreto nº 8.426/2015 fez foi reduzir carga fiscal.

2. O art. 195, b, da CF, após alteração promovida pela EC 20/98, institui como fato gerador das contribuições sociais a receita ou faturamento obtidos pelo contribuinte, precisando as Leis 10.637/02 e 10.833/2003 que a incidência do PIS/COFINS levará em consideração o total de receitas auferidas, assim permitindo sua incidência sobre receitas financeiras.

4. A impetrante assevera em seu apelo a possibilidade de se creditar quanto às despesas financeiras diante da novel incidência sobre as receitas financeiras. Porém, olvida-se do fato de inexistir tal pedido em sua inicial (87773247 e 87771963), representando a tese inovação recursal que não pode ser conhecida. Nada obstante, ainda que assim não fosse, a tese não mereceria prosperar:

5. Nos termos do art. 195, § 12, a Constituição, ao prever a não cumulatividade para as contribuições incidentes sobre a receita e o faturamento, deixou ao legislador ordinário a competência para definir os critérios de abrangência e os procedimentos a serem adotados, não cumprindo ao Judiciário se substituir na função e determinar o creditamento pleiteado, cujo tratamento não foi previsto em lei. O Judiciário não é legislador positivo: não lhe cabe alterar os critérios preconizados pela lei para os favores fiscais (STF: ARE 893893 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 05/04/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-083 DIVULG 28-04-2016 PUBLIC 29-04-2016 - RE 933337 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 02/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-034 DIVULG 23-02-2016 PUBLIC 24-02-2016).

6. O contribuinte somente tem direito ao creditamento nos limites impostos pela lei, sendo plenamente válida a revogação de determinada hipótese de creditamento de acordo com a política tributária adotada à época, desde que chancelada por lei. Seria vedada somente a revogação por completo do creditamento, aí sim inviabilizando o regime não cumulativo. O fato de a Lei 10.865/04 ter revogado a possibilidade de creditamento e ao mesmo tempo possibilitado ao Executivo reduzir e restabelecer as alíquotas de PIS/COFINS sobre receitas financeiras insere-se na primeira hipótese acima elencada, traduzindo opção política não passível de exame pelo Judiciário, até porque inexistente qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000792-86.2019.4.03.6108, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 25/01/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 04/02/2020)

AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS INCIDENTES SOBRE A RECEITA FINANCEIRA. RESTABELECIMENTO DE ALÍQUOTAS. DECRETO 8.426/2015. LEI 10.865/04. INOCORRÊNCIA DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE.

1. A Lei n.º 10.865/04 dispôs, em seu art. 27, que o Poder Executivo poderá reduzir ou restabelecer, até os limites percentuais estabelecidos em seu art. 8º, as alíquotas das contribuições ao PIS e a COFINS incidentes sobre a receita financeira auferida pela pessoa jurídica sujeita ao regime de não-cumulatividade.

2. Diante deste permissivo legal expresso, foi editado o Decreto nº 5.164, de 30 de julho de 2004, reduzindo a zero as alíquotas das contribuições ao PIS e à COFINS incidentes sobre as receitas financeiras, mantida a redução também pelo Decreto nº 5.442, de 09 de maio de 2005. Posteriormente, foi editado o Decreto nº 8.426, de 1º de abril de 2015, revogando o Decreto nº 5.442, de 2005, restabelecendo as alíquotas das contribuições, aos termos já previstos em lei. O Decreto nº 8.426/15 fundamentou-se no mesmo permissivo legal para os mencionados Decretos, constituído no § 2º do artigo 27 da Lei nº 10.865, de 2014, só que, desta vez, para restabelecer as alíquotas aos patamares anteriormente previstos.

3. Inocorrência da majoração das alíquotas, tendo havido somente o retorno aos percentuais anteriormente fixados em lei, dentro dos limites previamente determinados, encontrando-se o indigitado Decreto em perfeita consonância com o princípio da legalidade, inexistentes, destarte, quaisquer ofensas aos arts. 5º, II, 150, I, e 153, §1º, da CF e arts. 97, II e IV do CTN. O Decreto n.º 8.426/2015, ao restabelecer a alíquota do PIS para 0,65% e da COFINS para 4%, apenas manteve os percentuais já previstos na lei de regência, não prosperando, portanto, a alegação de ocorrência de ilegalidades ou inconstitucionalidade na sua edição e aplicação. Precedentes jurisprudenciais.

4. O tema em debate foi devidamente analisado e encontra-se adrede fundamentado. A irrisignação não deve ser acolhida. O julgamento monocrático está em conformidade com o entendimento consagrado neste Egrégio Tribunal (AC 5000793-17.2018.4.03.6105, j. 20/09/2019 e AI 5020226-86.2018.4.03.0000, j. 03/09/2019).

5. Verifica-se que a decisão agravava não destoava do entendimento supramencionado. O restabelecimento das alíquotas para o PIS e COFINS incidentes sobre a receita financeira, no regime da não cumulatividade, não afronta os arts. 8º e 27 da Lei nº 10.865/04. Tanto quanto ocorreu por ocasião dos Decretos que reduziram à zero as alíquotas supramencionadas, não há qualquer vício de legalidade ou inconstitucionalidade no Decreto nº 8.426/2015 ao restabelecer as alíquotas, reconduzindo-as à previsão anterior. Não houve qualquer afronta aos arts. 5º, II, 150, I, e 153, §1º, da CF e arts. 97, II e IV do CTN.

6. Em consulta ao sistema de andamento processual do STF, para o Tema 939 que aguarda apreciação do RE 1.043.313 em regime de repercussão geral, não consta determinação para a suspensão dos processos judiciais ou administrativos que tratam da mesma matéria. Não prospera o pedido da agravante para a suspensão do julgamento deste feito.

7. Ademais, analisando os fundamentos apresentados pela agravante não identifiquei motivo suficiente à reforma da decisão agravada. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.

8. Agravo interno improvido.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000347-13.2016.4.03.6128, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 21/02/2020, Intimação via sistema DATA: 28/02/2020)

MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. RECEITAS FINANCEIRAS. ALÍQUOTA. RESTABELECIMENTO. DECRETO Nº 8426/2015. LEGALIDADE. OFENSA AOS PRINCÍPIOS: ISONOMIA. NÃO-CUMULATIVIDADE E CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. INOCORRÊNCIA.

1. No que tange à incidência de PIS e COFINS sobre receitas financeiras, no julgamento do RE 400.479, o C. STF, em voto proferido pelo Ministro CEZAR PELUSO, quanto ao faturamento, afirmou que este abrangeria "não só aquela decorrente da venda de mercadorias e da prestação de serviços, mas a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais".

2. A Lei nº 10.865/04 dispôs, em seu artigo 27, que o Poder Executivo poderá reduzir ou restabelecer, até os limites percentuais estabelecidos em seu artigo 8º, as alíquotas das contribuições ao PIS e a COFINS incidentes sobre a receita financeira auferida pela pessoa jurídica sujeita ao regime de não cumulatividade.

3. O Decreto n. 8.426/2015, ao restabelecer a alíquota do PIS para 0,65% e da COFINS para 4%, fixou percentuais com anuência legal prevista no art. 27, § 2º, Lei nº 10.865/04, não havendo, portanto, ilegalidade no referido restabelecimento. Precedentes desta E. Corte.

4. A extrafiscalidade do PIS e da COFINS, definida a partir da edição da Lei 10.865/2004, não se revela inconstitucional, mesmo porque não há alteração da alíquota em patamar superior (ao contrário) ao legalmente definido, vale dizer, não há ingerência sobre o núcleo essencial de liberdade do cidadão, intangível sem lei que o estabeleça de forma proporcional, razão pela qual, não há que se cogitar em violação ao princípio da isonomia e capacidade contributiva. Precedentes desta E. Corte.

5. As Leis nº10.637/2002 e Lei 10.833/03, na redação original de seus artigos 3º, inciso V, previam que da contribuição apurada seria possível o desconto de créditos calculados em relação a "despesas financeiras decorrentes de empréstimos, financiamentos e contraprestações de operações de arrendamento mercantil de pessoas jurídicas, exceto de optante pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES".

6. A revogação da previsão de creditamento de despesas financeiras pelo artigo 37 da Lei 10.865/2004 afasta o argumento de violação do princípio da não cumulatividade com edição do Decreto nº 8.426/15, ante a ausência de fundamento legal. Precedente.

7. Apelação da impetrante improvida.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5002450-98.2017.4.03.6114, Rel. Desembargador Federal MARCELO MESQUITA SARAIVA, julgado em 04/03/2020, Intimação via sistema DATA: 06/03/2020)

MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. PIS/COFINS. DECRETO 8.426/2015. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA. CREDITAMENTO. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

1. Tanto a instituição da alíquota zero quanto o restabelecimento das alíquotas do PIS/COFINS, por meio de decreto, decorreram de autorização prevista no artigo 27, §2º, da Lei 10.865/2004.

2. O PIS/COFINS não-cumulativos foram instituídos pelas Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, prevendo hipótese de incidência, base de cálculo e alíquotas, não cabendo alegar ofensa à legalidade ou delegação de competência tributária na alteração da alíquota dentro dos limites legalmente fixados, pois, definidas em decreto por força de autorização legislativa (artigo 27, §2º, da Lei 10.865/2004), acatando os limites previstos nas leis instituidoras dos tributos.

3. Tampouco cabe cogitar de majoração da alíquota do tributo através de ato infralegal, pois não houve alteração para além do que havia sido fixado na Lei 10.637/2002 para o PIS (1,65%) e a prevista na Lei 10.833/2003 para a COFINS (7,6%). Ao contrário, o Decreto 8.426/2015, ao dispor sobre a aplicação de alíquotas de 0,65% e 4% para o PIS e para a COFINS, respectivamente, ainda assim promove a tributação reduzida através da modificação da alíquota, porém, dentro dos limites definidos por lei. Note-se que o artigo 150, I, da CF/88 exige lei para majoração do tributo, nada exigindo para alteração do tributo a patamares inferiores (já que houve autorização legislativa para a redução da alíquota pelo Poder Executivo).

4. Evidencia-se a extrafiscalidade do PIS/COFINS definida a partir da edição da Lei 10.865/2004, que não se revela inconstitucional, mesmo porque não há alteração da alíquota em patamar superior (ao contrário) ao legalmente definido, vale dizer, não há ingerência sobre o núcleo essencial de liberdade do cidadão, intangível sem lei que o estabeleça de forma proporcional.

5. Se houvesse inconstitucionalidade na alteração da alíquota por decreto com obediência aos limites fixados na lei instituidora do tributo e na lei que outorgou tal delegação, a alíquota zero que as apelantes pretendem ver restabelecida, também fixada em decreto, sequer seria aplicável. Tanto o decreto que previu a alíquota zero como aquele que restabeleceu alíquotas, tiveram a mesma base legal, cuja eventual declaração de inconstitucionalidade teria por efeito torná-las inexistentes, determinando a aplicação da alíquota prevista na norma instituidora das contribuições, em percentuais muito superiores aos fixados nos decretos ora combatidos.

6. Nem se alegue direito subjetivo ao creditamento de despesas financeiras, com fundamento na não-cumulatividade, para desconto sobre o valor do tributo devido, cuja previsão estaria ausente no Decreto 8.426/2015. Tal decreto não instituiu o PIS e a COFINS, tendo o sido pela Lei 10.637/2002 e Lei 10.833/03, que na redação original de seus artigos 3º, V, previam que da contribuição apurada seria possível o desconto de créditos calculados em relação a "despesas financeiras decorrentes de empréstimos, financiamentos e contraprestações de operações de arrendamento mercantil de pessoas jurídicas, exceto de optante pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES".

7. A previsão de creditamento de despesas financeiras foi, contudo, revogada pelo artigo 37 da Lei 10.865/2004, e não pelo decreto, não se mostrando ofensiva ao princípio da não-cumulatividade. Os termos do artigo 195, §12, da CF/88, revelam que a própria Carta Federal outorgou à lei autorização para excluir de determinadas despesas/custos na apuração do PIS e da COFINS, definindo, desta forma, quais despesas serão ou não cumulativas para fins de tributação, não sendo possível, pois, alegar inconstitucionalidade.

8. A alteração pela Lei 10.865/04 do inciso V do artigo 3º da Lei 10.637/2002 e da Lei 10.833/2003, que deixou de prever a obrigatoriedade de desconto de créditos em relação a despesas financeiras, não excluiu a possibilidade de o Executivo permitir o desconto de tal despesa, como previu o artigo 27. Exatamente pela possibilidade de ser definido o desconto de tais créditos pelo Poder Executivo, através de tais critérios, é que não cabe antever qualquer ilegalidade no Decreto 8.426/2015 que, afastando a alíquota zero, deixou de prever tal desconto.

9. *Apelação não provida.*

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5001955-28.2019.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 21/02/2020, Intimação via sistema DATA: 26/02/2020)

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS E COFINS - DECRETO Nº 8.426/2015. RESTABELECIMENTO DE ALÍQUOTAS COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 27, § 2º, DA LEI Nº 10.865/2004. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DISPOSITIVOS LEGAIS - VIOLAÇÃO - INOCORRÊNCIA. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

1. As Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003 estabeleceram a exigibilidade do PIS à alíquota de 1,65% (artigo 2º da Lei nº 10.637/2002) e da Cofins no percentual de 7,6% (artigo 2º da Lei nº 10.833/2003), ambos a incidirem sobre o total das receitas auferidas no mês.

2. Com a edição da Lei nº 10.865/2004, sobreveio, em seu artigo 27, § 2º, autorização para o Poder Executivo reduzir (e restabelecer nos limites anteriores) as alíquotas do PIS e da Cofins incidentes sobre as receitas financeiras obtidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime não cumulativo destas contribuições. Assim, durante a vigência dos Decretos nºs 5.164/2004 e 5.442/2005, as alíquotas das contribuições em apreço foram reduzidas a zero.

3. O Decreto nº 8.426/2015 não criou nova contribuição, tampouco aumentou a alíquota a ser paga, apenas restabeleceu (com fulcro na expressa dicção do artigo 27, § 2º, da Lei nº 10.865/2004) a incidência de alíquotas de PIS/Cofins sobre receitas financeiras, o que ocorreu nos percentuais de 0,65% (PIS) e 4% (Cofins), patamares inferiores aos originariamente previstos nas Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003. Inocorrência de violação ao princípio da estrita legalidade tributária.

4. A possibilidade de aproveitamento, a título de contrapartida, dos créditos decorrentes de despesas financeiras, foi revogada por lei (artigo 37 da Lei nº 10.865/2004), situação que afasta a tese de que o Decreto nº 8.426/2015 teria infringido o princípio da não-cumulatividade. Precedentes.

5. Ao identificar eventuais distorções na tributação, o legislador e o Poder Executivo possuem a prerrogativa de aplicar políticas fiscais no intuito de reduzir estes desequilíbrios. Em tais situações, o STF tem se pautado no entendimento de que não cabe ao Poder Judiciário adentrar ao mérito dos critérios utilizados pelo legislador e pelo Poder Executivo na execução destas medidas, em razão do primado constitucional da separação de poderes. Precedente.

6. Não identificada violação aos dispositivos e princípios constitucionais mencionados no apelo.

7. *Apelação a que se nega provimento.*

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5001429-39.2017.4.03.6130, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 19/12/2019, Intimação via sistema DATA: 09/01/2020)

TRIBUTÁRIO E PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. AUMENTO DE ALÍQUOTAS DE PIS/COFINS POR MEIO DO DECRETO 8426/2015. LEGITIMIDADE. SENTENÇA QUE DENEGOU A ORDEM REQUERIDA. APELO DO CONTRIBUINTE DESPROVIDO.

- Incompatibilidade da delegação prevista no artigo 27, § 2º, da Lei n. 10.865/04 com os termos da Constituição Federal de 1988. Esta Quarta Turma decidiu, por maioria e no julgamento da Apelação Cível n. 0004989-23.2016.4.03.6126/SP, rejeitar a arguição de inconstitucionalidade.

- Incidência de PIS/COFINS sobre receitas financeiras. Afastadas as alegações de inconstitucionalidade e ilegalidade do Decreto n. 8.426/15, considerado que não se trata de hipótese de majoração das referidas contribuições, mas de restabelecimento de suas alíquotas, inclusive com percentual abaixo daquele determinado pelas Leis n. 10.637/02 e n. 10.833/03 e realizado em consonância com a previsão legal (artigo 27, § 2º, da Lei n. 10.865/04).

- Não-cumulatividade. À exceção do IPI e do ICMS cuja regra de tributação não-cumulativa é expressamente exigida (artigos 153, §3º, inciso II, e 155, § 2º, inciso I), silente a Constituição, a aplicação da não-cumulatividade aos demais tributos está na inteira discricção do legislador infraconstitucional, a quem foi conferido a regulamentação da matéria.

- A possibilidade de tomada de créditos de PIS e de COFINS em relação às despesas financeiras decorrentes de empréstimos e financiamentos de pessoa jurídica estava prevista, inicialmente, no artigo 3º, inciso V, das Leis n.º 10.637/2002 e 10.833/2003, contudo tal situação foi modificada com a edição da Lei n.º 10.865/04, que alterou a redação dos referidos incisos e, especificamente no caput do artigo 27, conferiu ao Executivo a faculdade de autorizar o creditamento. Assim, para a apuração da base de cálculo dessas contribuições, cabe à lei autorizar, limitar ou vedar as deduções de determinados valores, como fez a Lei n.º 10.865/2004, o que permite afirmar que o silêncio do Decreto n. 8.426/15, ao deixar de prever a possibilidade de aproveitamento de créditos de PIS e de COFINS em relação às despesas financeiras, não ofende o princípio da não-cumulatividade.

- Pedido de compensação. Prejudicado.

- A matéria relativa aos artigos 2o, 37, 60, § 4o, inciso III, 150, incisos I e III, alínea "c", e 195, § 12, da CF/88, artigos 7o, 165, 168, inciso I, e 170-A do CTN, artigo 8o, incisos I e II, da Lei n. 10.865/04, Leis n. 10.637/02 e n. 10.833/03, artigo 74 da Lei n. 9.430/96, artigo 65 da IN 1717/2017, e artigo 39, § 4o, da Lei n. 9.250/95, mencionados pelo contribuinte em seu recurso, não altera o entendimento pelas razões já explicitadas.

- Negado provimento ao apelo do contribuinte.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5030571-47.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal ANDRE NABARRETE NETO, julgado em 19/12/2019, Intimação via sistema DATA: 20/01/2020)

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. LEI 10.637/2002 E LEI 10833/2003. ALÍQUOTA DECRETO N.º 8.426/15. PRINCÍPIO D LEGALIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. REGIME NÃO-CUMULATIVO. REGRAMENTO LEGAL. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. Trata-se de apelação à sentença denegatória em mandado de segurança, impetrado com o objetivo de afastar a tributação do PIS/COFINS incidentes sobre as receitas financeiras, com as alíquotas de 0,65% (PIS) e 4% (COFINS) fixadas pelo Decreto n.º 8.426/2015, ao fundamento de sua ilegalidade/inconstitucionalidade, devendo permanecer a alíquota reduzida a zero pelo Decreto n.º 5.442/2005; com pedido subsidiário no sentido de garantir direito de apropriar-se dos créditos em relação às despesas financeiras incorridas, com base no princípio da não-cumulatividade do PIS/COFINS.

2. A exigibilidade das contribuições ao PIS e à COFINS, incidentes sobre as receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas no regime não-cumulativo, tem fundamento no art. 195, II, "b", da CF na redação dada pela EC 20/98 e nas Leis n.ºs 10.637/2002 e 10.833/2003, respectivamente, com previsão da hipótese de incidência do tributo, base de cálculo e alíquotas. Portanto, incabível a alegação de ofensa à estrita legalidade (art. 150, I, CF), nem de delegação de competência tributária (art. 7º, CTN).

3. As Leis n.ºs 10.637/2002 e 10.833/2003 instituíram o PIS/COFINS sobre as receitas financeiras definindo como base de cálculo o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pelas pessoas jurídicas no regime não-cumulativo, independentemente de sua denominação ou classificação contábil, à alíquota de 1,65% para o PIS e de 7,6% para a COFINS. Portanto, existe autorização constitucional e legal para a incidência do PIS/COFINS sobre as receitas financeiras.

4. O Decreto n.º 8.426/2015 encontra fundamento de validade no art. 27, § 2º, da Lei n.º 10.865/2004 que autoriza o Poder Executivo a reduzir e restabelecer as alíquotas do PIS e da COFINS sobre as receitas financeiras no regime não-cumulativo.

5. Descabida a alegação de majoração da alíquota do PIS/COFINS sobre as receitas financeiras no regime não-cumulativo. Não houve alteração superior à alíquota definida na Lei n.º 10.637/2002 (PIS: 1,65%) e na Lei n.º 10.833/2003 (COFINS: 7,6%). A instituição em lei de uma alíquota teto e a edição de decretos alterando tais alíquotas dentro das condições e limites legais, não constituem ilegalidade.

6. Desde a Lei n.º 10.637/2002 o legislador imprimiu natureza extrafiscal às contribuições ao PIS e à COFINS ao autorizar o Poder Executivo a reduzir para zero e a restabelecer parcialmente a alíquota, incidentes sobre as receitas financeiras no regime não-cumulativo.

7. A finalidade da garantia inscrita no art. 150, I, da CF/88, exige lei em sentido material e formal para instituir ou alterar a norma tributária para aumentar a carga tributária. O que não ocorre na espécie em que, a partir de lei formal e nos respectivos limites de contenção, o decreto veio alterar a alíquota anterior, que havia sido reduzida a zero também por decreto presidencial, mantendo ainda a tributação reduzida.

8. A estrita legalidade inscrita no art. 150, I, da CF/88 exige lei formal para as hipóteses de instituição e de majoração de tributo, e não para a alteração de alíquota do tributo a patamares inferiores aos da lei.

9. *Outrossim, a revogação do benefício na espécie, não institui ou modifica o tributo - não amplia a base de cálculo, não majora a alíquota do tributo nem amplia a gama de contribuintes - não se sujeitando, assim, à restrição prevista no § 6º do art. 150 da Constituição Federal.*

10. *Em relação à alegada majoração indevida de tributo, a finalidade da limitação ao poder de tributar encontra-se satisfeita, vez que o quantum debeat da obrigação tributária encontra-se limitado a um montante previamente estabelecido, por força de lei.*

11. *Descabido o pedido sucessivo da recorrente, no sentido de que seja reconhecido o direito subjetivo à dedução indiscriminada e integral de valores na apuração do PIS/COFINS, em respeito ao princípio da não-cumulatividade.*

12. *A não-cumulatividade do PIS/COFINS foi introduzida pelas Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003, na forma do art. 195, § 12, da CF que autoriza a coexistência dos regimes cumulativo e não-cumulativo, na medida em que ao cuidar da matéria referiu, apenas, que a lei definirá os setores de atividade econômica para os quais as contribuições serão não-cumulativas.*

13. *A Lei nº 10.865/2004, ao revogar o art. 3º das Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003, deixou de prever a obrigatoriedade de descontos de créditos em relação às despesas financeiras, no entanto não excluiu tal possibilidade, prevendo que o Poder Executivo, mediante critérios administrativos, permitirá o desconto de tais despesas financeiras, na forma prevista no caput do art. 27 da mesma lei; o que reforça a natureza extrafiscal das mencionadas contribuições.*

14. *Prevendo o § 12 do art. 195 da Constituição Federal que cabe à lei especificar quais despesas financeiras são passíveis de desconto no regime não-cumulativo, impõe-se afastar a pretensão de deduzir indiscriminada e integralmente os valores na apuração do PIS/COFINS, como quer a recorrente.*

15. *Apelação desprovida.*

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5016317-69.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal DIVA PRESTES MARCONDES MALERBI, julgado em 13/05/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 17/05/2019)

No mesmo sentido, julgado do C. Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. RECEITAS FINANCEIRAS. INCIDÊNCIA. ALÍQUOTAS. REDUÇÃO E MAJORAÇÃO PORATO DO EXECUTIVO. LEI N. 10.865/2004. POSSIBILIDADE.

1. *A controvérsia a respeito da incidência das contribuições sociais PIS e COFINS sobre as receitas financeiras está superada desde o advento da EC n. 20/1998, que deu nova redação ao art. 195, II, "b", da CF/88.*

2. *Em face da referida modificação, foram editadas as Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003, as quais definiram como base de cálculo o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.*

3. *As contribuições ao PIS e à COFINS, de acordo com as Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003, incidem sobre todas as receitas auferidas por pessoa jurídica, com alíquotas de 1,65% e 7,6%, respectivamente.*

4. *No ano de 2004, entrou em vigor a Lei n. 10.865/2004, que autorizou o Poder Executivo a reduzir ou restabelecer as alíquotas sobre as receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime não cumulativo, de modo que a redução ou o restabelecimento poderiam ocorrer até os percentuais especificados no art. 8º da referida Lei.*

5. *O Decreto n. 5.164/2004 reduziu a zero as alíquotas da Contribuição para o PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS incidentes sobre as receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime de incidência não cumulativa das referidas contribuições.*

6. *O Decreto n. 5.442/2005 manteve a redução das alíquotas a zero, inclusive as operações realizadas para fins de hedge, tendo sido revogado pelo Decreto n. 8.426/2015, com vigência a partir de 01/07/2015, que passou a fixá-las em 0,65% e 4%, respectivamente.*

7. *Hipótese em que se discute a legalidade da revogação da alíquota zero, prevista no art. 1º do Decreto n. 5.442/2005, do PIS e da COFINS sobre receitas financeiras pelo art. 1º do Decreto n. 8.426/2015.*

8. Considerada a constitucionalidade da Lei n. 10.865/2004, permite-se ao Poder Executivo tanto reduzir quanto restabelecer alíquotas do PIS/COFINS sobre as receitas financeiras das pessoas jurídicas, sendo certo que tanto os decretos que reduziram a alíquota para zero quanto o Decreto n. 8.426/2015, que as restabeleceu em patamar inferior ao permitido pelas Leis n. 10.637/2002 e 10.833/03, agiram dentro do limite previsto na legislação, não havendo que se falar em ilegalidade.

9. O art. 27, § 2º, da Lei n. 10.865/2004 autoriza o Poder Executivo a reduzir ou restabelecer as alíquotas nos percentuais delimitados na própria Lei, da forma que, considerada legal a permissão dada ao administrador para reduzir tributos, também deve ser admitido o seu restabelecimento, pois não se pode compartimentar o próprio dispositivo legal para fins de manter a tributação com base em redução indevida.

10. Recurso especial desprovido.

(REsp 1586950/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/09/2017, DJe 09/10/2017)

Assim, é de ser mantida a r. sentença.

Ante o exposto, nos termos do art. 932, IV, do Código de Processo Civil, **nego provimento** à apelação da impetrante.

Decorrido o prazo legal, baixemos autos ao juízo de origem.

Intime-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007166-75.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
AGRAVANTE: COMPANHIA BRASILEIRA DE CARTUCHOS
Advogado do(a) AGRAVANTE: REGIS PALLOTTA TRIGO - SP129606-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão que indeferiu liminar em mandado de segurança.

A r. sentença - cuja prolação está documentada, conforme cópia anexada (ID 134890811) - substitui a decisão liminar.

Julgo prejudicado o agravo de instrumento.

Intimem-se.

Após, arquivem-se.

RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHONSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: U.S.A SEGURANCA E VIGILANCIA - EIRELI
Advogados do(a) APELADO: PAULO SERGIO PIASECKI - PR20930-A, CRISTINA TIELAS MADUREIRA - SP408185-S, LARISSA OLIVEIRA DO PRADO SOUZA - PR58121-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de reexame necessário e de apelação interposta pela UNIÃO FEDERAL contra sentença concessiva da segurança pleiteada por IF3 SEGURANÇA LTDA, determinando a exclusão do PIS/COFINS da base de cálculo das próprias contribuições, e reconhecendo o direito de compensar os débitos tributários. O juízo sujeitou sua decisão ao reexame (133725885).

A Procuradoria Regional da República opinou pelo regular prosseguimento do feito (134762680).

É o relatório.

Decido.

A incidência do PIS/COFINS na sua própria base de cálculo foi admitida desde a instituição dos tributos pelas Leis nºs 9.718/1998, 10.637/2002 e 10.833/2003; é regra expressa no ordenamento positivo nacional por força do art. 12, § 5º, do Decreto-Lei nº 1.598/1977. A constitucionalidade do “cálculo por dentro”, isto é, em que um tributo tem a si mesmo na sua base de cálculo, já foi resolvida definitivamente pela Suprema Corte, no julgamento do RE 212.209/RS (Redator para o acórdão o Ministro NELSON JOBIM, julgado 23.6.1999; DJ de 14.02.2003). Na oportunidade, o plenário do STF decidiu que não há nenhuma inconstitucionalidade na inclusão do valor do tributo na base de cálculo de tributo. Cuidava-se, na espécie, do tema da inclusão do ICMS na base de cálculo do próprio ICMS – “o ICMS por dentro”.

O assunto nada tem a ver com o Tema 69 do STF, que apreciou tributação diversa; o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 582.461/SP (Tema 214), com repercussão geral reconhecida, assentou a constitucionalidade da sistemática de apuração do ICMS mediante o denominado “cálculo por dentro”, ao passo que Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp nº 1.144.469/PR (Tema 313), sob o rito dos recursos repetitivos, pronunciou-se pela legitimidade da incidência de tributos sobre o valor pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo, destacando jurisprudência que reconhecera a incidência do PIS e da COFINS sobre as próprias contribuições. Trata-se de tributação direta, em que o contribuinte não é mero depositário de valores alheios que apenas “circulam”.

Nesse sentido é a jurisprudência desta Corte: 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5027381-76.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 13/12/2019, Intimação via sistema DATA: 02/01/2020 - 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5018353-84.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 19/12/2019, Intimação via sistema DATA: 27/12/2019 - 6ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5010042-07.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 13/12/2019, Intimação via sistema DATA: 19/12/2019 - 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5022502-56.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 05/12/2019, Intimação via sistema DATA: 06/12/2019 - 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5001796-07.2018.4.03.6105, Rel. Desembargador Federal MAIRAN GONCALVES MAIA JUNIOR, julgado em 07/11/2019, Intimação via sistema DATA: 11/11/2019 - 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5014800-59.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 19/09/2019, Intimação via sistema DATA: 25/09/2019.

Pelo exposto, dou provimento ao apelo e ao reexame necessário para denegar a segurança.

Intimem-se. Publique-se.

Como trânsito, dê-se baixa.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5027905-10.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: BURATTINI ADVOGADOS ASSOCIADOS
Advogado do(a) APELANTE: DECIO DE PROENÇA - SP52629-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO, PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de ação promovida por BURATTINI ADVOGADOS ASSOCIADOS em face da UNIÃO FEDERAL, objetivando provimento jurisdicional no sentido de determinar a sustação de protestos notariais de Certidões de Dívida Ativa.

Afirma que o protesto de Certidão de Dívida Ativa trata-se de meio coercitivo agressivo e desarrazoado para satisfação de créditos tributários, compelindo contribuintes ao pagamento de valores devidos ao Fisco.

Assevera, ainda, que as CDA's gozam de presunção de liquidez e certeza, o que torna desnecessário e ilegal o ato de protesto deste documento.

Argumenta, ainda, que os débitos foram incluídos em parcelamento da Lei nº 12.865/2013.

Deu à causa o valor de R\$ 77.676,33.

A sentença **revogou a tutela e julgou improcedente** o pedido formulado na exordial, com fundamento no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil. Condenou a parte autora ao pagamento de custas e honorários advocatícios em favor da ré, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa (CPC, art. 85, §2º). Transitada em julgado a presente decisão, o pagamento dos honorários pela autora observará o procedimento de cumprimento de sentença, estabelecido nos arts. 523 a 527 do CPC/2015, a ser promovido pela ré com demonstrativo atualizado do valor da causa, corrigido monetariamente até a data do trânsito em julgado e acrescido de juros de mora a partir de então (CPC/2015, art. 85, § 16), observando, no mais, o Manual de Procedimentos para Cálculos da Justiça Federal, conforme determina art. 454 do Provimento COGE nº 64, de 28 de abril de 2005.

Apelou a parte autora pleiteando a reforma da sentença para o fim determinar o cancelamento das CDAs “80 6 14 040016-83” e “80 2 14 021688- 75”, desde que adimplidas as parcelas vincendas do PERT, obstando a apelada de promover quaisquer atos coercitivos, bem como para que não seja promovida execução fiscal com relação à CDA “80 6 14 040016-83”, tampouco seja dado prosseguimento à execução fiscal já existente (00419185220144036182), com relação à CDA “80 2 14 021688-75”; declarar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário referente às CDAs: “80 6 14 040016-83” e “80 2 14 021688-75”, considerando-as inclusas no PERT, devendo a União ajustar os valores já recolhidos pela requerente, reputando-se como adimplidas as parcelas que englobam estas duas CDAs, referentes aos meses de setembro/2017 até janeiro/2018, sendo: setembro, outubro e novembro/2017 constante dos autos sob Ids 4022724, 4022725, e 4022733; e as de dezembro/2017 e janeiro/2018 (anexados no recurso - acima mencionados); declarar o direito da apelante de continuar a quitar os valores das parcelas vincendas na forma como já vem fazendo, com o Código da Receita “5190”, no valor base de R\$ 1.000,00 (um mil reais) e respectivos acréscimos, conforme Art. 5º, II, §2º c/c Art. 7º, da IN 1711/2017, abrangendo as CDAs: “80 6 14 040016-83” e “80 2 14 021688-75”, até que a apelante consolide o parcelamento na forma do “caput” do referido artigo 5º; determinar à apelada que se abstenha de apontar os débitos referentes às CDA n. “80 6 14 040016-83” e CDA n. “80 2 14 021688-75” como óbice à emissão da certidão de regularidade fiscal da apelante, bem como de incluir seu nome no Cadin ou de adotar qualquer outra medida coercitiva oriunda do débito discutido; condenar a apelada à devolução do valor de R\$2.283,79 (dois mil, duzentos e oitenta e três reais e setenta e nove centavos), devidamente corrigido até a data do efetivo pagamento, concernente aos emolumentos despendidos pela apelante para fim de cancelamento do protesto referente à intimação Protocolo 2017.12.14.3014-4 do 8º Tabelião de Protesto de Letras e Títulos de São Paulo; e condenar a apelada ao pagamento das custas, demais despesas processuais e honorários advocatícios. Recurso respondido.

É o relatório.

DECIDO.

O Supremo Tribunal Federal/STF, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou improcedente o pedido formulado na ADI 5135, fixando tese nos seguintes termos: "O protesto das Certidões de Dívida Ativa constitui mecanismo constitucional e legítimo, por não restringir de forma desproporcional quaisquer direitos fundamentais garantidos aos contribuintes e, assim, não constituir sanção política". Tal ocorreu em Plenário, aos 09.11.2016. Agravo regimental foi julgado prejudicado em 12/12/2016 pelo relator, Min. Luís Barroso.

Ou seja, por maioria o Plenário entendeu que a utilização do protesto pela Fazenda Pública (parágrafo único do artigo 1º da Lei 9.492/1997, acrescentado pelo artigo 25 da Lei 12.767/2012) para promover a cobrança extrajudicial de CDAs e acelerar a recuperação de créditos tributários é constitucional e legítima.

Destarte, caiu por terra e não tem mais interesse jurídico o entendimento firmemente esposado por este Relator - e que intimamente mantenho - em demérito da providência.

Calha ainda destacar que na sessão de 28/11/2018, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça julgou o REsp repetitivo nº 1.686.659 (Tema nº 777), firmando a seguinte tese: "A Fazenda Pública possui interesse e pode efetivar o protesto da CDA, documento de dívida, na forma do art. 1º, parágrafo único, da lei 9.492/97, com a redação dada pela Lei 12.767/12."

No caso, é incontroverso que não foi observado o cumprimento de todos os requisitos para adesão ao parcelamento em comento.

A apelante ao aderir ao PERT, **olvidou-se de incluir o débito em análise**, que já estava inscrito em dívida ativa, **no âmbito da PGFN**, fazendo-o apenas em relação à RFB, ensejando o desrespeito ao inciso II, do art. 11, da Portaria PGFN nº 690/2017, que dispõe (destaquei):

“Art. 11. O sujeito passivo que desejar incluir no Pert débitos objeto de parcelamentos em curso, deverá, previamente à adesão:

I - formalizar a desistência desses parcelamentos exclusivamente no sítio da PGFN na Internet, no endereço <http://www.pgfn.gov.br>; no Portal e-CAC PGFN, opção “Desistência de Parcelamentos”;

II - acompanhar a situação do requerimento de desistência no e-CAC PGFN; e

III - após o processamento da desistência, indicar os débitos para inclusão no Pert, nos termos do art. 4º, até o prazo final para adesão”.

Por esta razão, recolheu os valores com código de receita equivocado, fato que gerou a inadimplência e, conseqüentemente, a rescisão do parcelamento.

Convém recordar, todavia, que se o contribuinte adere a um parcelamento - que é benefício vinculado à lei de regência - deve submeter-se a suas regras. E ao Judiciário não cabe incursionar nos meandros do acordo de parcelamento para alterar as regras que vigem, desequilibrando a relação em favor do constituinte, a uma porque o Juiz não é legislador positivo (*STF: RE 614407 AgR-segundo, Relatora Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 25/11/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-245 DIVULG 12-12-2014 PUBLIC 15-12-2014 -- RE 595921 AgR, Relator Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 21/10/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-228 DIVULG 19-11-2014 PUBLIC 20-11-2014 -- RE 742352 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 05/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-157 DIVULG 14-08-2014 PUBLIC 15-08-2014*), a duas porque não pode de qualquer modo invadir o espaço de competência dos órgãos do Poder Executivo.

Dito de outro modo, os parcelamentos, como favores fiscais que são, sujeitam-se em primeiro lugar ao princípio da estrita legalidade (artigo 155-A do CTN) e por isso mesmo são avenças de *adesão*; ao contribuinte só resta anuir com os termos do acordo, descabendo qualquer ingerência dele - ou do Judiciário, sob pena de afronta a separação de poderes - nas cláusulas do favor concedido.

Trata-se, portanto, de uma opção do contribuinte, que, ao aderir, aos parcelamentos, fica sujeito as suas determinações.

Por fim, diante da existência de normas legais que expressamente disciplinam em pormenores os critérios de adesão e manutenção ao programa de parcelamento, descabe a invocação de princípios para se safar do cumprimento de tais determinações.

À honorária já fixada acresço 1%.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

Intimem-se.

Após o trânsito, dê-se baixa.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0022392-94.2017.4.03.6182
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: DROGARIA SAO PAULO S.A.
Advogado do(a) APELANTE: RAFAELAGOSTINELLI MENDES - SP209974-A
APELADO: CONSELHO REGIONAL DE FARMACIA DO ESTADO DE SAO PAULO

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de **apelação** interposta por **Drogarias São Paulo S. A.** contra sentença proferida nos **embargos à execução fiscal** nº 0061918-39.2015.4.03.6182, ajuizada pelo **Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo – CRF/SP** para cobrança de créditos referentes a multas resultantes das notificações nºs 1358367, 1366128, 1367187 e 1368396.

Alegou a embargante, inicialmente, que não descumpriu qualquer norma, pois sempre teve responsável técnico habilitado presente na filial. Salienta, ademais, que o art. 17 da Lei nº 5.991/73, permite o funcionamento sem assistência do técnico responsável ou seu substituto pelo prazo de 30 dias.

Sustentou, com base no art. 44 do referido diploma legal, a nulidade do auto de infração em razão da incompetência do Conselho Regional de Farmácia, pois o dispositivo estabelece que essa fiscalização compete aos órgãos de fiscalização sanitária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, sendo privativa e intransferível.

Aduziu que, nos termos dos artigos 1º e 10 da Lei nº 3.820/60, aos Conselhos compete fiscalizar o exercício da profissão, isto é, atos e atividade dos profissionais de farmácia inscritos em seus quadros.

Defende, por outro lado, que não foi constatado que a filial funcionava sem responsável técnico legalmente habilitado durante o período de seu funcionamento, conforme demanda o art. 15, *caput*, da Lei nº 5.991/73, bem como não foi infringido o § 1º desse dispositivo legal.

Argumenta que houve cerceamento do exercício de seu direito de defesa, uma vez que o CRF exige pagamento de taxa para interposição de recurso, prevista no art. 15, § 1º, da Resolução nº 566/2012, ferindo as garantias constitucionais da ampla defesa, do devido processo legal e do contraditório, tratando-se de taxa abusiva, pois não instituída em lei.

Argui a nulidade do julgamento do recurso, ante a ausência de fundamentação, bem como a falta de motivação para a aplicação da multa, que afirma dever ser proporcional à infração cometida.

Atribui à causa o valor de R\$ 10.66,05.

Impugnação apresentada pelo CRF às fls. 185/203.

Réplica às fls. 216/222.

Sobreveio **sentença** que julgou **parcialmente procedentes** os embargos.

Considerou descabida a alegação de que o embargado não teria competência para a fiscalização que redundou nas autuações combatidas e que o evento que resultou em sua imposição, a ausência de profissional habilitado durante as averiguações empreendidas pelo Conselho foram suficientemente descritas.

Avaliou que o art. 17 da Lei nº 5.991/73 diz respeito a situação em que há desligamento do profissional atuante, provocando vácuo a ser preenchido, situação diversa da vivenciada pela embargante que sustenta que seu quadro na unidade fiscalizada está completo. Por outro lado, não comprovou a presença de profissional habilitado quando da fiscalização.

Afastou as alegações referentes à subtração de seu direito de defesa em nível administrativo em razão da imposição de pagamento de taxa e de carência de motivação de decisão administrativa que manteve os autos de infração.

Por fim, relativamente ao valor das multas impostas, verificou que foram ultrapassados os limites estabelecidos pelo art. 1º da Lei nº 5.724/71 e, por isso reduziu o valor originário do crédito a que se referem as Certidões de Dívida Ativa, devendo os consectários serem calculados conforme os montantes estabelecidos.

Em razão da sucumbência mínima do embargado, condenou a embargante ao reembolso das custas, bem como ao pagamento dos honorários advocatícios, fixados em conformidade com a verba mínima prevista no art. 85, § 3º, I, do CPC.

Inconformada, **apelou** a embargante.

Aduz, preliminarmente, a nulidade das CDAs por ausência de exequibilidade, pois o art. 1º da Lei nº 5.724/71 estabelece que a multa poderá ser fixada entre 1 e 3 salários mínimos e as CDAs aplicaram a multa em valor superior ao cabível, o que retira sua validade, vez que ausente sua liquidez e exigibilidade, requisitos essenciais do título executivo, devendo, portanto, ser extinta a execução fiscal.

Sustenta a nulidade das CDAs por violação a preceito constitucional, pois a multa aplicada tomou como base o salário mínimo vigente à época da inflação, conforme disposição dos arts. 1º e 2º da Lei nº 5.724/71, o que contraria a disposição do art. 7º, IV, da Constituição Federal, que proíbe a vinculação ao salário mínimo para qualquer fim.

De outra parte, alega a nulidade da CDA por inexatidão da fundamentação legal, artigo 24, parágrafo único, da Lei nº 3.820/60, uma vez que do conteúdo do dispositivo legal não é possível aferir com exatidão o motivo da autuação e consequente imposição de multa.

Defende, ainda, a inconstitucionalidade quanto à cobrança de taxa para interposição de recurso e, nesse sentido, o cerceamento de sua defesa, prevista no art. 15, § 1º, da Resolução nº 566/2012, o que afirma contrariar a Súmula Vinculante nº 21 do STF, bem como o art. 5º, incisos II, XXXIV, alínea *a*, LIV e LV, da Constituição Federal.

Quanto ao mérito, repisa os argumentos deduzidos na inicial.

Frisa, entretanto, que não questiona a competência do CRF para a fiscalização de farmácias e drogarias, mas a aplicação de multa, pois sempre manteve quadro completo com responsável técnico e substitutos inscritos no CRF e afirma que é possível a prestação de orientação farmacêutica por meio de presença remota. Nesse sentido, mantém atendimento *online* disponível 24 horas, 7 dias por semana, em que é possível o atendimento por profissional farmacêutico, o que atende a exigência do art. 15, § 1º, da Lei nº 5.991/73.

Quanto à fixação da multa, argumenta a ausência de motivação para sua fixação no limite máximo.

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 296/314).

É o relatório.

Decido.

A reiteração de decisões num mesmo sentido, proferidas pelas Cortes Superiores, pode ensejar o julgamento monocrático do recurso, já que, a nosso sentir o legislador, no NCPC, disse menos do que desejava, porquanto - no cenário de apregoado criação de meios de agilizar a Jurisdição - não tinha sentido *reduzir* a capacidade dos Tribunais de Apelação de resolver as demandas de conteúdo repetitivo e os recursos claramente improcedentes ou não, por meio de decisões unipessoais; ainda mais que, tanto agora como antes, essa decisão sujeita-se a recurso que deve necessariamente ser levado perante o órgão fracionário.

No âmbito do STJ rejeita-se a tese acerca da impossibilidade de julgamento monocrático do relator fundado em hipótese jurídica não amparada em súmula, recurso repetitivo, incidente de resolução de demanda repetitiva ou assunção de competência, louvando-se na existência de entendimento dominante sobre o tema. Até hoje, aplica-se, lá, a Súmula 586 de sua Corte Especial (DJe 17/03/2016). Confira-se: AgInt no AgRg no AREsp 607.489/BA, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 20/03/2018, DJe 26/03/2018 - AgInt nos EDcl no AREsp 876.175/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe 29/06/2018 - AgInt no AgInt no REsp 1420787/RS, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 26/06/2018 - AgRg no AREsp 451.815/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 29/06/2018.

Ademais, cumpre lembrar o pleno cabimento de agravo interno contra o *decisum*, o que afasta qualquer alegação de violação ao princípio da colegialidade e de cerceamento de defesa, a despeito da impossibilidade de realização de sustentação oral, já que a matéria pode, desde que suscitada, ser remetida à apreciação da Turma, onde a parte poderá acompanhar o julgamento colegiado, inclusive valendo-se de prévia distribuição de memoriais (AgRg no AREsp 381.524/CE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 25/04/2018 - AgInt no AREsp 936.062/SP, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/03/2018, DJe 27/03/2018 - AgRg no AREsp 109.790/PI, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/09/2016, DJe 16/09/2016). Deveras, "Eventual mácula na deliberação unipessoal fica superada, em razão da apreciação da matéria pelo órgão colegiado na seara do agravo interno " (AgInt no AREsp 999.384/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/08/2017, DJe 30/08/2017 - REsp 1677737/RJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 29/06/2018).

No âmbito do STF tem-se que "A atuação monocrática, com observância das balizas estabelecidas nos arts. 21, § 1º, e 192, *caput*, do RISTF, não traduz violação ao Princípio da Colegialidade, especialmente na hipótese em que a decisão reproduz compreensão consolidada da Corte" (HC 144187 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 04/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-116 DIVULG 12-06-2018 PUBLIC 13-06-2018). Nesse sentido: ARE 1089444 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 25/05/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-111 DIVULG 05-06-2018 PUBLIC 06-06-2018.

Na verdade, o ponto crucial da questão é sempre o de *assegurar à parte acesso ao colegiado*. Por tal razão o STF já validou decisão unipessoal do CNJ, desde que aberta a via recursal administrativa. *Verbis*: "Ainda que se aceite como legítima a decisão monocrática do relator que indefere recurso manifestamente incabível, não se pode aceitar que haja uma perpetuidade de decisões monocráticas que impeça o acesso ao órgão colegiado" (MS 30113 AgR-segundo, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 25/05/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-121 DIVULG 18-06-2018 PUBLIC 19-06-2018).

A possibilidade de maior amplitude do julgamento monocrático - controlado por meio do agravo - está consoante os princípios que se espraiam sobre todo o cenário processual, tais como o da *eficiência* (art. 37, CF; art. 8º do NCPC) e da *duração razoável do processo* (art. 5º, LXXVIII, CF; art. 4º do NCPC).

Quanto ao recurso *manifestamente improcedente* (referido outrora no art. 557 do CPC/73), é verdade que o CPC/15 não repete essa locução. Porém, justifica-se que um recurso que, *ictu oculi*, não reúne a menor condição de alterar o julgado recorrido, possa ser apreciado pelo relator *in limine* e fulminado. A justificativa encontra-se nos mesmos princípios já enunciados e também na possibilidade de reversão em sede de agravo interno.

Aliás, há muito tempo o e. STJ já decidiu que, mesmo que fosse vedado o julgamento monocrático, à míngua de expressa autorização legal, "tal regra deve ser mitigada em casos nos quais falta à ação qualquer dos pressupostos básicos de existência e desenvolvimento válido do processo", porquanto, nesses casos, "despiciendo exigir do relator que leve a questão ao exame do órgão colegiado do Tribunal, sendo-lhe facultado, em atendimento aos princípios da economia e da celeridade processuais, extinguir monocraticamente as demandas inteiramente inviáveis" (REsp 753.194/SC, Rel. Ministro José Delgado, 1ª Turma, j. 04/08/2005, DJ 05/12/2005).

Além disso, é o art. 6º do NCPC que aumenta consideravelmente o espaço hermenêutico do magistrado no novo cenário processual.

Essa exegese não é absurda, na medida em que a imperfeição natural e esperável de toda a ordem jurídico-positiva pode ser superada pela "...atuação inteligente e ativa do juiz...", a quem é lícito "ousar sem o açoitamento de quem quer afrontar, inovar sem desprezar os grandes pilares do sistema" (DINAMARCO, *Nova era do processo civil*, págs. 29-31, Malheiros, 4ª edição).

Destarte, o caso presente permite solução monocrática.

Das preliminares

A alegação de nulidade das CDAs ao argumento de ausência de exequibilidade, em razão das multas constantes das CDAs serem superiores ao 3 salários mínimos não se sustenta, uma vez que o valor foi modificado pelo Juízo *a quo*, exatamente para atender o comando legal.

Quanto à invocada violação a dispositivo constitucional, por servir o salário mínimo como base para a multa aplicada, não encontra amparo a embargante, pois o posicionamento jurisprudencial é no sentido de que é legal a utilização do salário mínimo para o cálculo da multa aplicada pelo Conselho Regional de Farmácia, por se tratar de penalidade pecuniária e não de atualização monetária. Nesse sentido é o seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que tem como base jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

DECISÃO Fls.50-60: Dou provimento à apelação do exequente para reformar a sentença extintiva desta execução fiscal fundamentada na inconstitucionalidade de vinculação de multa de conselho profissional ao salário mínimo (fls. 25-7 e 43-4). É devida a multa prevista na Lei 3.820/60 atualizada pelo art. 1º da Lei 5.727/71 que dispõe sobre os Conselhos Regionais de Farmácia: "as multas previstas no e no inciso II do artigo 30 da Lei nº 3.820/1960, passam a ser de valor igual a 1 (um) salário-mínimo a 3(três) salários-mínimos regionais, que serão elevados ao dobro no caso de reincidência". A sentença, portanto, está confronto com a jurisprudência do STJ no REsp 1.145.024-SC, r. Ministro Castro Meira, 22.06.2010 (CPC, art. 557, § 1º-A): É legal a utilização do salário mínimo para o cálculo da multa aplicada pelo Conselho Regional de Farmácia, quando o estabelecimento farmacêutico não mantém responsável técnico, em suas dependências, durante todo o período de seu funcionamento, por tratar-se, no caso, de penalidade pecuniária, e não de atualização monetária. Publicar e intimar o exequente: se não houver recurso, devolver para o juízo de origem.

(Agravo de petição 0008204-26.2013.4.01.3100; Desembargador Federal Novély Vilanova da Silva Reis, TRF1, publicação: 15/09/2015) (destaquei)

Por outro lado, entendo que as CDAs encontram no art. 24, parágrafo único, da Lei nº 3.820/60 fundamentação legal suficiente e correspondente à conduta que ocasionou as multas impostas.

Relativamente à inconstitucionalidade da cobrança de taxa – porte de remessa e retorno para interposição de recurso administrativo prevista pelo art. 15, § 1º, da Resolução nº 566/2012, por se encontrar em contrariedade com a Súmula Vinculante do STF, que dispõe: “É inconstitucional a exigência de depósito prévio ou arrolamento prévios de bens e dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo”, em tese, assiste razão à embargante.

Cito aqui excerto do voto do Desembargador Federal Marcelo Pereira da Silva, do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, na apelação nº 0509881-13.2016.4.02.5101, publicada em 19.06.2019:

“Embora a exigência feita pelo CRF/RJ não se dirija propriamente à depósito prévio, mas sim ao pagamento de porte de remessa e retorno, verifica-se que a Lei nº 3.820/60, que pauta a atuação dos Conselhos Regionais de Farmácia, não prevê a necessidade de recolhimento de tal verba como requisito para o conhecimento do recurso administrativo, não cabendo à Resolução nº 566/2012 inovar, modificar ou extinguir obrigações e direitos não previstos em lei, sob pena de exorbitar os poderes conferidos.

Com efeito, inexistindo disposição legal específica sobre as custas processuais, prevalece o princípio da gratuidade no processo administrativo, disposto no artigo 2º, parágrafo único, inciso XI, da Lei nº 9.784, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.”

Apesar de ser ilegítima a cobrança do porte de remessa e retorno, a consequência que se impõe é o mero afastamento da cobrança da respectiva quantia, para a regularização forma do processo administrativo, o que não foi postulado.”

Como se vê, nesse caso, como no ora analisado, a parte não formulou pedido para o afastamento da cobrança do porte de remessa e retorno, para o consequente processamento do recurso administrativo. Dessa forma, não há como atender o pedido de cerceamento de defesa e extinguir a execução unicamente em razão da cobrança da taxa em discussão.

Mérito

A recorrente questiona a aplicação de multa, pois alega que sempre manteve quadro completo com responsável técnico e substitutos inscritos no CRF e afirma que é possível a prestação de orientação farmacêutica por meio de presença remota. Nesse sentido, mantém atendimento *online* disponível 24 horas, 7 dias por semana, em que é possível o atendimento por profissional farmacêutico, o que atende a exigência do art. 15, § 1º, da Lei nº 5.991/73.

Tal argumento, contudo, constitui inovação recursal. A seu respeito não houve produção de provas ou apreciação pelo juízo de primeiro grau, nem a submissão ao necessário contraditório. Inviável, portanto, o amparo da pretensão da embargante.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO DE APELAÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. INOVAÇÃO RECURSAL. VEDADA. ALIENAÇÃO DE BEM INDIVISÍVEL. ART. 843 DO NCPC. PRESERVAÇÃO DA PARTE DO PRODUTO DA ARREMATACÃO PERTENCENTE AO NÃO DEVEDOR. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. I - Não se tratando de questão de ordem pública ou de questão de fato não suscitada em primeiro grau por motivo de força maior, é vedado ao autor inovar em suas razões de apelação suscitando ponto não abordado pela sentença do Juízo singular, inclusive porque não arguido na inicial. II - Na hipótese de eventual alienação do bem indivisível, deve ser preservada a parte do produto da arrematação que pertence aos proprietários não devedores, segundo inteligência do art. 655-B do CPC (atual art. 843, caput do CPC/2015). Ou seja, subsiste a penhora para que o bem seja levado à hasta pública e alienado em sua totalidade, preservando-se a parte do produto da arrematação pertencente ao(s) não devedor(es). III - Apelação não provida.

(AC 00049357520164036120; Rel: Desembargador Federal Cotrim Guimarães; Segunda Turma; DJe: 02.03.2017) (grifei)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO À EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA DE IMÓVEL. FORMAL DE PARTILHA DE SEPARAÇÃO HOMOLOGADO ANTES DA AÇÃO EXECUTIVA. CONSTITUIÇÃO DO DÉBITO NA CONSTÂNCIA DE CASAMENTO REGIDO POR COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS. FUNDAMENTO SUSCITADO APENAS NO APELO. INOVAÇÃO RECURSAL. APELAÇÃO NÃO CONHECIDA. 1. Limitou-se a União, na contestação, a alegar a não comprovação da efetiva posse sobre o imóvel, a admitir que a hipótese não configura fraude à execução e a requerer que não fosse condenada em honorários, tendo em vista que o formal de partilha não fora registrado. Na apelação, a embargada aduziu, pela primeira vez nos autos, que a dívida fora contraída durante o matrimônio entre a embargante e o executado, regido pela comunhão universal de bens, razão pela qual o imóvel, adquirido na constância do casamento, responderia pelo débito cobrado, o que caracteriza evidente inovação recursal. 2. O recurso de apelação é instrumento de revisão, e não de inovação, não cabendo ao Tribunal analisar pedido suscitado apenas em grau recursal, sob pena de violar os limites da demanda, fixados pela inicial e pela contestação, e de afrontar o princípio do tantum devolutum quantum apelatum. Precedentes desta Corte Regional. 3. Apelação da União não conhecida.

(Ap 00018611020114036113; Rel: Desembargador Federal Nelton dos Santos; Terceira Turma; DJe: 08.07.2016) (grifei)

Quanto discussão acerca da competência dos Conselhos Regionais de Farmácia para fiscalizar e autuar farmácias e drogarias quanto ao cumprimento da exigência de manterem profissional legalmente habilitado durante todo o período de funcionamento dos respectivos estabelecimentos, evidencia-se que a tese do embargante é contrária ao entendimento da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ N. 8/2008. DROGARIAS E FARMÁCIAS. EXIGÊNCIA DA PRESENÇA DE PROFISSIONAL LEGALMENTE HABILITADO DURANTE O PERÍODO INTEGRAL DE FUNCIONAMENTO DO RESPECTIVO ESTABELECIMENTO. FISCALIZAÇÃO E AUTUAÇÃO. CONSELHOS REGIONAIS DE FARMÁCIA. COMPETÊNCIA.

1. Para efeitos de aplicação do disposto no art. 543-C do CPC, e levando em consideração o entendimento há muito consolidado por esta Corte Superior de Justiça, firma-se compreensão no sentido de que os Conselhos Regionais de Farmácia possuem competência para fiscalização e autuação das farmácias e drogarias, quanto ao cumprimento da exigência de manterem profissional legalmente habilitado (farmacêutico) durante todo o período de funcionamento dos respectivos estabelecimentos, sob pena de incorrerem em infração passível de multa. Inteligência do art. 24 da Lei n. 3.820/60, c/c o art. 15 da Lei n. 5.991/73.

2. No caso dos autos, o Tribunal de origem deixou de apreciar as razões levadas à sua consideração pelo apelante, atinentes à validade das CDAs acostadas aos autos, cabendo àquele Tribunal enfrentar tais questões.

3. Recurso especial a que se dá provimento, para reformar o acórdão e, nessa extensão, reconhecer e declarar a competência dos Conselhos Regionais de Farmácia para fiscalizar e autuar farmácias e drogarias, no que tange à presença de farmacêutico responsável, durante todo o período de funcionamento do estabelecimento comercial, determinando, na hipótese, o retorno dos autos à Corte de origem para que prossiga no julgamento da causa, sobretudo no que diz respeito à regularidade das CDAs acostadas aos autos.

(REsp 1382751/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/11/2014, DJe 02/02/2015) (destaquei)

Colaciono precedentes desta Corte Regional:

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - PRESUNÇÃO DE LIQUIDEZ E CERTEZA DA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - INOCORRÊNCIA - CERCEAMENTO DE DEFESA: INOCORRÊNCIA - CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA - PRESENÇA DE RESPONSÁVEL TÉCNICO FARMACÊUTICO - NECESSIDADE - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS EM 10% SOBRE O VALOR ATUALIZADO DO DÉBITO, NOS TERMOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973.

(...)

5. *"A farmácia e a drogaria terão, obrigatoriamente, a assistência de técnico responsável, inscrito no Conselho Regional de Farmácia, na forma da lei" e "a presença do técnico responsável será obrigatória durante todo o horário de funcionamento do estabelecimento" (Artigo 15, "caput" e § 1º, da Lei Federal nº 5.991/73).*

6. *Apelação provida.*

(AC 00330992420144039999, DESEMBARGADOR FEDERAL FÁBIO PRIETO, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/06/2017)

ADMINISTRATIVO. AGRAVO LEGAL. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. FISCALIZAÇÃO E APLICAÇÃO DE MULTA AOS ESTABELECIMENTOS FARMACÊUTICOS. FALTA DE RESPONSÁVEL TÉCNICO DURANTE O HORÁRIO DE FUNCIONAMENTO. DESCUMPRIMENTO DO ART. 15, DA LEI N.º 5.991/73.

1. *A apelante foi autuada por meio de auto de infração no qual se aplicou multa por ofensa ao art. 15, caput e § 1º, da Lei n.º 5.991/73 que impõe à farmácia e à drogaria a obrigação de manterem profissional farmacêutico durante todo o horário de funcionamento do estabelecimento*

2. *Nos casos de impedimento ou ausência do titular a lei determina a presença de farmacêutico substituto.*

3. *O art. 24, § único da Lei n.º 3.820/60 com redação dada pela Lei n.º 5.724/71 determina que a falta de assistência do profissional sujeita o estabelecimento à multa a ser aplicada pelo Conselho Regional de Farmácia, competente para fiscalizar o exercício profissional dos farmacêuticos e punir eventuais infrações (art. 10, "c", Lei n.º 3.820/60).*

4. *As ausências são toleradas, porém, desde que comunicadas previamente ao Conselho Regional de Farmácia, fato que não foi comprovado. Neste caso, a multa seria indevida ou até mesmo cancelada.*

5. *A apelante foi autuada por 4 (quatro) vezes em razão da ausência do profissional exigido, sendo que basta uma ausência para sujeita-la à multa.*

6. *A alegação da apelante de que a regra deve ser vista com razoabilidade dado que exige a presença do responsável farmacêutico em tempo integral, mas permite ausências (arts. 17 da Lei n.º 5.991/73; 20 e 42 da Lei n.º 5.991/73), não merece prosperar. As ausências são permitidas, mas em situações excepcionais e sob condições expressamente delimitadas, não se podendo flexibilizar a regra para aplicar-lhe exceções, ou, ainda, emprestar a estas interpretação extensiva.*

7. *O disposto nos arts. 17 e 42, da Lei n.º 5.991/73 não se aplica, ao caso, uma vez que a apelante não comprovou a não comercialização, no período de ausência do responsável, de medicamentos sujeitos a regime especial de controle. Prova que lhe cabe dada a presunção de veracidade dos atos administrativos.*

6. *A interpretação truncada das normas de maneira a favorecer o recorrente não se pode admitir, de modo que se deve afastar a aplicação por analogia do art. 16 da lei n.º 5.991/73.*

7. *As justificativas apresentadas pela ausência, quais sejam, comparecimento ao dentista, à agência bancária e estada em sua residência localizada no andar de cima do estabelecimento, são insuficientes porquanto não foram comunicadas previamente ao Conselho Profissional competente, além de desprovidas de valor probatório a ensejar a anulação dos autos de infração.*

8. *Não há falar em cerceamento da liberdade de ir e vir porquanto a legislação aplicável prevê expressamente, a apresentação de tempestiva e prévia justificativa de ausência ou a designação de substituto.*

9. *Agravo desprovido.*

(AC 00034137820134036100, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:09/05/2014)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CRF/SP. MULTAS. ARTIGO 24 DA LEI 3.820/1960. RESPONSABILIDADE TÉCNICA. PERÍODO INTEGRAL DE FUNCIONAMENTO. PRESCRIÇÃO, NULIDADE E ILEGALIDADE AUSENTES. RECURSO DESPROVIDO.

1. Na execução fiscal de créditos não-tributáveis, aplica-se o prazo quinquenal do Decreto 20.910/1932, com as causas interruptivas e suspensivas da Lei 6.830/1980.

2. Consolidada a jurisprudência firme no sentido de que é da competência do Conselho Regional de Farmácia a fiscalização e a atuação de farmácia ou drogaria, na hipótese descrita nos autos, à luz da legislação específica.

3. As multas impostas decorreram de inércia da embargante no cumprimento da legislação, pois, apesar de intimada por diversas vezes pela fiscalização, permaneceu em situação irregular; à luz do artigo 24, parágrafo único, da Lei 3.820/1960, com a redação dada pela Lei 5.724/1971 c/c artigo 15 da Lei 5.991/1973, que prevê a obrigatoriedade da presença do profissional farmacêutico durante todo período de funcionamento das farmácias e drogarias, sob pena de aplicação de multa no valor de um a três salários mínimos, passível de dobra na reincidência.

4. Não há fundamento legal para excluir a aplicação de novas multas em caso de reiteração da conduta delituosa, se configurada a resistência injustificada da empresa em não cumprir a legislação de regência.

5. As multas aplicadas observaram padrões estabelecidos no artigo 24, parágrafo único, da Lei 3.820/1960, não padecendo de qualquer excesso ou ilegalidade.

6. Apelação desprovida.

(AC 00077315220114036140, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:24/02/2017) (destaquei)

A empresa recorrente deve se aparelhar com quadro de pessoal suficiente para atender os ditames da lei; não o fazendo, é claro que se sujeita a penalidade.

Como decidido pelo Juízo *a quo*, não há nos autos comprovação apta a desqualificar os eventos descritos nos autos de infração.

Consigno sobre o tema o seguinte parágrafo da sentença:

“Nenhum significado tem, por outro lado, a afirmação (também lançada pela embargante) de que o art. 17 da Lei nº 5.991/73 recobriria de licitude a ausência de profissional no estabelecimento fiscalizado: referido dispositivo diz respeito a situação completamente diversa da concreta, em que há o desligamento do profissional já atuante, causando um vácuo a ser preenchido – fato não demonstrado pela embargante e que, em rigor, é por ela própria recusado, uma vez que sustenta que seu quadro, na unidade fiscalizada, é (era) completo (terceiro parágrafo de fls. 8)”.

Também não vislumbro a falta de fundamentação das decisões nrgaram provimento a seus recursos quanto às infrações.

Por fim, relativamente às multas, verifico que o auto de infração apresenta a devida fundamentação legal: art. 24, 10, C, da Lei nº 3.820/60, c/cART. 15, § 1º, da Lei nº 5.991/73 e se encontra dentro dos parâmetros valorativos fixados pela Lei nº 5.724/71. Ressalto, ainda que os eventos descritos nos autos de infração ocorreram em quatro situações: 09/2013, 09/2014, 12/2014 e 02/2015.

A esse respeito colaciono o seguinte julgado, anteriormente citado:

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. APELAÇÃO CÍVEL. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA (CRF). MULTA POR INFRAÇÃO. RECURSO ADMINISTRATIVO. EXIGÊNCIA DE PAGAMENTO DE PORTE DE REMESSA E RETORNO. INCABÍVEL. MERA IRREGULARIDADE. VALOR DA MULTA. LITITAÇÃO LEGAL OBSERVADA. SEM VINCULAÇÃO AO SALÁRIO MÍNIMO. AUSÊNCIA DE FARMACÊUTICO RESPONSÁVEL EM HORÁRIO DE FUNCIONAMENTO DE FARMÁCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS RECURSAIS. ART. 85, § 11, CPC/2015. 1. Embargos à execução fiscal ajuizada pelo CRF/RJ visando à cobrança de crédito relativo a imposição de multa por infração ao parágrafo único do art. 24 da Lei 3.820/60 c/c art. 15 § 1º da Lei 5.991/73. Sentença julgou improcedentes os embargos. 2. O Conselho Federal de Farmácia (CFF) editou a Resolução nº 566/2012, que aprovou o regulamento do processo administrativo fiscal dos Conselhos Federal e Regionais de Farmácia, dispondo, em seu artigo 15, § 1º, que o recurso administrativo será considerado deserto e não encaminhado ao CFF se não houver o pagamento, por boleto bancário oriundo de convênio específico. 3. A Lei nº 3.820/60, que pauta a atuação dos Conselhos Regionais de Farmácia, não exige a necessidade de recolhimento de porte de remessa e retorno como requisito para o conhecimento do recurso administrativo, não cabendo à Resolução nº 566/2012 inovar, modificar ou extinguir obrigações e direitos não previstos em lei, sob pena de exorbitar os poderes conferidos, tornando indevida, razão pela qual é indevida a exigência feita pelo CRF/RJ. 4. O Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a inconstitucionalidade da exigência do depósito prévio para fins recursais no âmbito administrativo, matéria esta que resultou na edição da Súmula Vinculante nº 21, verbis: "É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo". 5. Embora seja ilegítima a cobrança do porte de remessa e retorno, a consequência que se impõe é o mero afastamento da cobrança da respectiva quantia, para a regularização formal do processo administrativo, o que não foi postulado. Ademais, a embargante/apelante sequer apresentou recurso administrativo ao CFF, embora devidamente notificada. 6. O auto de infração está fundamentado no parágrafo único do art. 24 da Lei 3.820/60 c/c art. 15 § 1º da Lei 5.991/73, sendo que a Lei n. 5.724/71 atualizou o valor das multas previstas na Lei n. 3.820/60, passando a dispor, em seu art. 1º, que as multas "passam a ser de valor igual a 1 (um) salário-mínimo a 3(três) salários-mínimos regionais, que serão elevados ao dobro no caso de reincidência", razão pela qual, à época da imposição da multa, o valor máximo possível, considerando o salário mínimo vigente em 2015 alcançaria o montante de R\$ 4.728,00, quantia superior à multa imposta à apelante. 7. **Quanto à alegada nulidade, por ausência de motivação para a fixação do valor no limite máximo, tampouco há qualquer irregularidade na fixação da multa, considerando que o auto de infração está devidamente fundamentado, identificada a infração cometida e as normas legais incidentes na hipótese, verificada a reincidência da empresa autuada e estando o valor aplicado dentro dos limites estabelecidos em lei.** 8. Não há vinculação ao salário mínimo na penalidade imposta, considerando que o art. 24 da lei nº 3.820/60 apenas estabelece os limites mínimos e máximos para aplicação da penalidade, que deverá ser fixada de acordo com os elementos reunidos em processo administrativo, não havendo qualquer utilização para fins de atualização monetária, como reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ): 2ª Turma, AgRg no Ag 1217153, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 24.8.2010; 2ª Turma, AgRg no REsp 670540, rel. Min. Humberto Martins, DJe 15.5.2008). 9. Consta das cópias do Processo Administrativo Fiscal à distância que o estabelecimento autuado funciona de domingo a sábado, das 7h às 23h, não havendo, de acordo com as informações do banco de dados do CRF/RJ, responsável técnico farmacêutico devidamente habilitado de de segunda a sábado das 15h20min às 23h, e aos domingos durante todo o horário de funcionamento. 10. O auto de infração foi lavrado na sede do CRF/RJ por Farmacêutico Fiscal, em 10.3.2015, identificando o estabelecimento autuado, com o correspondente endereço, e a infração constatada, de acordo com o processo administrativo do estabelecimento farmacêutico, considerando-se o banco de dados do conselho profissional e a reincidência da autuada, que já responde em outro processo administrativo fiscal pela mesma infração, sem regularização dentro do prazo de 30 dias, sendo expedida notificação para a embargante apresentar defesa administrativa, não se demonstrando ilegalidade na atuação do conselho profissional. 11. Condenação da apelante, sucumbente, ao pagamento de honorários advocatícios recursais, majorando-se a verba sucumbencial fixada na origem em 1% sobre o valor da causa, de modo a remunerar o trabalho adicional exercido pelo causídico da parte recorrida. 12. Apelação não provida.

(Apelação nº 0509881-13.2016.4.02.5101; Desembargador Federal Marcelo Pereira da Silva, 8ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, publicada em 19.06.2019) (destaquei).

Cumpra observar, por fim, que no regime do CPC/15 há incidência de condenação em verba honorária na fase recursal, de ofício ou a requerimento do adverso (artigo 85, § 1º, *fine*, combinado com o § 11), o que pode se dar cumulativamente com o que ocorreu na fase de cognição (cf. Nelson Nery e Rosa Nery, Comentários ao CPC/15, ed. RT, 2ª tiragem, pág. 433). No sentido da aplicabilidade de honorária em sede recursal já decidiu o Plenário do STF no RE 559782 AgR-EDv-AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 07/04/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-079 DIVULG 19-04-2017 PUBLIC 20-04-2017. Isso já vinha ocorrendo no âmbito das Turmas, como se vê de RE 955845 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 21/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016) e ARE 963464 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 07/04/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-078 DIVULG 18-04-2017 PUBLIC 19-04-2017. O mesmo ocorre no STJ: AgInt no AREsp 997.639/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 11/04/2017 - AgInt no AREsp 1006889/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 11/04/2017 - EDcl no REsp 1608193/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 18/04/2017.

Nesse cenário - recurso proposto sob a égide do CPC/15 e onde foram apresentadas contrarrazões - devem ser fixados honorários sequenciais e consequenciais, neste voto; assim, para a sucumbência neste apelo - onde a atividade de resposta da autarquia profissional não exigiu esforços além do comum à espécie - fixo honorários de 5% incidentes sobre a honorária anteriormente arbitrada,

Pelo exposto, nego **provimento à apelação**.

Decorrido o prazo legal remetam-se os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5020554-94.2018.4.03.6182
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

APELADO: AMIL ASSISTENCIA MEDICA INTERNACIONAL S.A.
Advogado do(a) APELADO: DANIEL MATIAS SCHMITT SILVA - RJ103479-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de execução fiscal ajuizada pela AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR – ANS em face de AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL S.A., visando a cobrança de multa por infração administrativa no valor total de R\$ 161.466,62.

A executada foi citada em 21.12.2018 (ID 133860120), bem como ofertou defesa arguindo o pagamento do débito em 18.12.2018 (ID 133860126).

Impugnação da exequente (ID 133860435).

O d. Juiz de Origem acolheu a exceção de pré-executividade e julgou extinta a execução fiscal, nos termos do artigo 924, II do Código de Processo Civil, oportunidade em que condenou a exequente ao pagamento dos honorários advocatícios no percentual de 10% do valor atualizado da causa, na forma do artigo 85, §§ 2º a 5º do CPC (ID nº 133860441).

Apela a exequente para que seja determinado o prosseguimento da execução quanto ao saldo remanescente de R\$ 13.988,83 uma vez que o pagamento foi efetuado após a inscrição do débito em dívida ativa. Subsidiariamente, requer seja afastada sua condenação em honorários advocatícios, na medida em que o pagamento se deu após o ajuizamento da execução fiscal (ID 133860447).

Recurso respondido (ID 133860454).

DECIDO.

A reiteração de decisões num mesmo sentido, proferidas pelas Cortes Superiores, pode ensejar o julgamento monocrático do recurso, já que, a nosso sentir o legislador, no NCPC, disse menos do que desejava, porquanto - no cenário de apregoadado criação de meios de agilizar a Jurisdição - não tinha sentido *reduzir* a capacidade dos Tribunais de Apelação de resolver as demandas de conteúdo repetitivo e os recursos claramente improcedentes ou não, por meio de decisões unipessoais; ainda mais que, tanto agora como antes, essa decisão sujeita-se a recurso que deve necessariamente ser levado perante o órgão fracionário.

No âmbito do STJ rejeita-se a tese acerca da impossibilidade de julgamento monocrático do relator fundado em hipótese jurídica não amparada em súmula, recurso repetitivo, incidente de resolução de demanda repetitiva ou assunção de competência, louvando-se na existência de entendimento dominante sobre o tema. Até hoje, aplica-se, lá, a Súmula 568 de sua Corte Especial (DJe 17/03/2016). Confira-se: AgInt no AgRg no AREsp 607.489/BA, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 20/03/2018, DJe 26/03/2018 - AgInt nos EDcl no AREsp 876.175/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe 29/06/2018 - AgInt no AgInt no REsp 1420787/RS, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 26/06/2018 - AgRg no AREsp 451.815/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 29/06/2018.

Ademais, cumpre lembrar o pleno cabimento de agravo interno contra o *decisum*, o que afasta qualquer alegação de violação ao princípio da colegialidade e de cerceamento de defesa, a despeito da impossibilidade de realização de sustentação oral, já que a matéria pode, desde que suscitada, ser remetida à apreciação da Turma, onde a parte poderá acompanhar o julgamento colegiado, inclusive valendo-se de prévia distribuição de memoriais (AgRg no AREsp 381.524/CE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 25/04/2018 - AgInt no AREsp 936.062/SP, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/03/2018, DJe 27/03/2018 - AgRg no AREsp 109.790/PI, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/09/2016, DJe 16/09/2016). Deveras, "Eventual mácula na deliberação unipessoal fica superada, em razão da apreciação da matéria pelo órgão colegiado na seara do agravo interno" (AgInt no AREsp 999.384/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/08/2017, DJe 30/08/2017 - REsp 1677737/RJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 29/06/2018).

No âmbito do STF tem-se que "A atuação monocrática, com observância das balizas estabelecidas nos arts. 21, § 1º, e 192, *caput*, do RISTF, não traduz violação ao Princípio da Colegialidade, especialmente na hipótese em que a decisão reproduz compreensão consolidada da Corte" (HC 144187 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 04/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-116 DIVULG 12-06-2018 PUBLIC 13-06-2018). Nesse sentido: ARE 1089444 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 25/05/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-111 DIVULG 05-06-2018 PUBLIC 06-06-2018.

Na verdade, o ponto crucial da questão é sempre o de *assegurar à parte acesso ao colegiado*. Por tal razão o STF já validou decisão unipessoal do CNJ, desde que aberta a via recursal administrativa. *Verbis*: "Ainda que se aceite como legítima a decisão monocrática do relator que indefere recurso manifestamente incabível, não se pode aceitar que haja uma perpetuidade de decisões monocráticas que impeça o acesso ao órgão colegiado" (MS 30113 AgR-segundo, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 25/05/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-121 DIVULG 18-06-2018 PUBLIC 19-06-2018).

A possibilidade de maior amplitude do julgamento monocrático - controlado por meio do agravo - está consoante os princípios que se espriam sobre todo o cenário processual, tais como o da *eficiência* (art. 37, CF; art. 8º do NCPC) e da *duração razoável do processo* (art. 5º, LXXVIII, CF; art. 4º do NCPC).

Quanto ao recurso *manifestamente improcedente* (referido outrora no art. 557 do CPC/73), é verdade que o CPC/15 não repete essa locução. Porém, justifica-se que um recurso que, *ictu oculi*, não reúne a menor condição de alterar o julgado recorrido, possa ser apreciado pelo relator *in limine* e fulminado. A justificativa encontra-se nos mesmos princípios já enunciados e também na possibilidade de reversão em sede de agravo interno.

De se destacar, ainda que o próprio art. 8º do CPC atual minudencia que ao aplicar o ordenamento jurídico o Juiz deve observar - dentre outros elementos valorativos - a **razoabilidade**. A razoabilidade imbrica-se com a normalidade, uma tendência a respeitar critérios aceitáveis do ponto de vista da vida racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitadas das peculiaridades próprias tanto do cenário jurídico quanto da vida prática.

Escapa da razoabilidade dar seqüência até o julgamento colegiado a um recurso sem qualquer chance de sucesso, o que se verifica não só diante do contexto dos autos - que não sofrerá mutação em 2º grau - quanto da *desconformidade*, seja da pretensão deduzida, seja dos fundamentos utilizados pelo recorrente, com a normatização jurídica nacional.

Noutro dizer: a razoabilidade impõe que se dê fim, sem maiores formalidades além de assegurar o acesso do recorrente a um meio de contrariar a decisão unipessoal, a um recurso que é - *ictu oculi* - inviável.

Há muito tempo o e. STJ já decidiu que, mesmo que fosse vedado o julgamento monocrático, à míngua de expressa autorização legal, "tal regra deve ser mitigada em casos nos quais falta à ação qualquer dos pressupostos básicos de existência e desenvolvimento válido do processo", porquanto, nesses casos, "despiciendo exigir do relator que leve a questão ao exame do órgão colegiado do Tribunal, sendo-lhe facultado, em atendimento aos princípios da economia e da celeridade processuais, extinguir monocraticamente as demandas inteiramente inviáveis" (REsp 753.194/SC, Rel. Ministro José Delgado, 1ª Turma, j. 04/08/2005, DJ 05/12/2005).

Além disso, é o art. 6º do NCPC que aumenta consideravelmente o espaço hermenêutico do magistrado no novo cenário processual.

A exegese que aqui fazemos sobre a extensão do campo onde pode (e deve) ser o recurso julgado monocraticamente, não é absurda, na medida em que a imperfeição natural e esperável de toda a ordem jurídico-positiva pode ser superada pela "...atuação inteligente e ativa do juiz...", a quem é lícito "ousar sem o açoitamento de quem quer afrontar, inovar sem desprezar os grandes pilares do sistema" (DINAMARCO, Nova era do processo civil, págs. 29-31, Malheiros, 4ª edição).

Indo além, deve-se atentar para a **análise econômica do Direito**, cujo mentor principal tem sido Richard Posner (entre nós, leia-se *Fronteiras da Teoria do Direito*, ed. Martins Fontes), para quem - *se o Direito deve se adequar às realidades da vida social* - a eficiência (de que já tratamos) torna esse Direito mais objetivo, com o prestígio de uma racionalidade econômica da aplicação do Direito, inclusive **processual**.

Para muitos, a *eficiência* deve servir como um critério geral para aferir se uma norma jurídica é ou não desejável (confira-se interessantes considerações em https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/analise_economica_do_direito_20132.pdf), se é útil ou não para os fins de pacificação social pretendida pela Constituição, eis que o Direito aparece na civilização (ocidental, pelo menos) justamente como uma dessas maneiras de pacificação.

Passando ao largo de discussões que aqui não interessam, concebemos que a análise econômica do Direito tem grande alcance no âmbito processual, especialmente o civil, prestigiando-se uma "racionalidade econômica" a ser aplicada a institutos processuais, com vistas ao **utilitarismo** das fórmulas (em substituição ao estrito formalismo), sem que com isso se vá substituir a valoração ética do Direito (processual, aqui).

Esse **utilitarismo** pode conduzir a interpretações e alcances da norma que - sem sacrifício do contraditório e da isonomia dos litigantes - permitam uma simplificação desejável tendo em vista que a atividade judicante deve ser útil para a sociedade, e essa utilidade envolve rapidez e eficiência, a direcionar a solução da lide na direção da paz social.

A análise econômica do Direito não pode ter como fio condutor a valorização do dinheiro (custos menores) em detrimento de critérios morais ou do princípio de justiça; pode-se usar dessa teorização para *baratear o processo* não apenas no sentido estrito de menor dispêndio de pecúnia, mas também - e principalmente - no sentido da economicidade de atos, procedimentos e fórmulas, tudo em favor da razoabilidade e da utilidade.

No ponto, merece consideração entre nós - posto que não sendo criação genuinamente brasileira, a análise econômica do Direito naturalmente deve ser, aqui, estudada, compreendida e aplicada *cum granulum salis* - a chamada **vertente normativa preconizada** por Richard Posner, a qual se ocupa de indicar modificações a serem incorporadas pelo ordenamento jurídico e pelos operadores do Direito a fim de conferir maior eficiência às suas condutas. É que essa vertente - de modo correto - elege como *valor* a ser buscado a eficiência, imprescindível para que se atinja a pacificação social que é o objetivo último do Direito dos povos ocidentais.

Eficiência e utilitarismo, na forma explicitada pelo tanto que a análise econômica do Direito pode ser aplicada no Brasil, podem nortear interpretações de normas legais de modo a que se atinja, com rapidez sem excessos, o fim almejado pelas normas e desejado pela sociedade.

Para nós, todas as considerações até agora tecidas se permeiam, sem conflitos, de modo a justificar a ampliação interpretativa das regras do NCPC que permitem as decisões unipessoais em sede recursal, para além do que a letra fria do estatuto processual previu.

Destarte, o caso presente permite solução monocrática.

A devedora efetuou o pagamento do débito dentro do prazo de vencimento estabelecido na guia de recolhimento (GRU) emitida pela própria exequente.

A executada comprovou que pleiteou administrativamente a emissão de guia para pagamento do débito em 26.11.2018, sendo emitida guia no valor de R\$ 148.011,07, com vencimento em 31.12.2018 (ID 133860130).

Ocorre que o crédito foi inscrito em dívida ativa em 03.12.2018, antes do término do prazo de vencimento da guia emitida.

Ainda que seja discutível a possibilidade do ajuizamento da execução fiscal em conjunto com a emissão da guia de recolhimento na via administrativa, não há dúvida que ao optar por esse caminho a exequente assumiu o risco de ver reconhecida a falta de interesse superveniente.

Além do mais, o pagamento se deu em 18.12.2018 antes mesmo da citação ocorrida em 21.12.2018, não havendo qualquer pedido de desistência da execução fiscal.

Assim, não assiste razão à apelante no que diz respeito à existência de saldo remanescente a ser pago pela executada.

No mais, proposta execução fiscal e necessitando a executada constituir advogado para apresentar defesa, deve ser condenada a exequente no pagamento da verba honorária.

A 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recurso especial submetido ao regime do artigo 543-C do Código de Processo Civil já assentou entendimento neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. FAZENDA PÚBLICA SUCUMBENTE. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. POSSIBILIDADE.

1. É possível a condenação da Fazenda Pública ao pagamento de honorários advocatícios em decorrência da extinção da execução Fiscal pelo acolhimento de Exceção de Pré-Executividade.

2. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e ao art. 8º da Resolução STJ 8/2008.

(RESP 1.185.036/PE, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 01/10/2010)

Pelo exposto, **nego provimento à apelação.**

Como trânsito, dê-se a baixa.

Int.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0004024-65.2017.4.03.6108
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, ACUCAREIRA ZILLO LORENZETTI S A
Advogado do(a) APELANTE: HAMILTON DIAS DE SOUZA - SP20309-A
APELADO: ACUCAREIRA ZILLO LORENZETTI S A, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELADO: HAMILTON DIAS DE SOUZA - SP20309-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de execução fiscal ajuizada pela UNIÃO em face de AÇUCAREIRA ZILLO LORENZETTI S, objetivando a cobrança de débito tributário no valor total de R\$ 10.030.504,17.

Citada, a executada opôs embargos à execução fiscal nº 0000345-23.2018.4.03.6108.

A executada atravessou petição em 21.08.2018, noticiando o cancelamento da CDA na via administrativa em virtude do acolhimento do pedido de revisão do débito.

A União pleiteou a extinção da execução fiscal em 10.09.2018.

A sentença de fls. 94/96 julgou extinta a execução fiscal, nos termos do artigo 485, VI, do Código de Processo Civil c/c artigo 26, primeira parte, da Lei nº 6.830/80, oportunidade em que condenou a exequente ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 01% sobre o valor da causa.

A executada interpôs recurso de apelação para que seja majorada a condenação em honorários advocatícios devendo ser fixados no patamar previsto no artigo 85, §3º, do CPC (fls. 124/131).

Por sua vez, apela a exequente para que seja reduzido o valor da verba honorária (fls. 146/151).

Recursos respondidos (fls. 152/156 e ID 131480534).

É o relatório.

Decido.

A reiteração de decisões num mesmo sentido, proferidas pelas Cortes Superiores, pode ensejar o julgamento monocrático do recurso, já que, a nosso sentir o legislador, no NCPC, disse menos do que desejava, porquanto - no cenário de apregoados meios de agilizar a Jurisdição - não tinha sentido reduzir a capacidade dos Tribunais de Apelação de resolver as demandas de conteúdo repetitivo e os recursos claramente improcedentes ou não, por meio de decisões unipessoais; ainda mais que, tanto agora como antes, essa decisão sujeita-se a recurso que deve necessariamente ser levado perante o órgão fracionário.

No âmbito do STJ rejeita-se a tese acerca da impossibilidade de julgamento monocrático do relator fundado em hipótese jurídica não amparada em súmula, recurso repetitivo, incidente de resolução de demanda repetitiva ou assunção de competência, louvando-se na existência de entendimento dominante sobre o tema. Até hoje, aplica-se, lá, a Súmula 568 de sua Corte Especial (DJe 17/03/2016). Confira-se: AgInt no AgRg no AREsp 607.489/BA, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 20/03/2018, DJe 26/03/2018 - AgInt nos EDcl no AREsp 876.175/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe 29/06/2018 - AgInt no AgInt no REsp 1420787/RS, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 26/06/2018 - AgRg no AREsp 451.815/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 29/06/2018.

Ademais, cumpre lembrar o pleno cabimento de agravo interno contra o decisum, o que afasta qualquer alegação de violação ao princípio da colegialidade e de cerceamento de defesa, a despeito da impossibilidade de realização de sustentação oral, já que a matéria pode, desde que suscitada, ser remetida à apreciação da Turma, onde a parte poderá acompanhar o julgamento colegiado, inclusive valendo-se de prévia distribuição de memoriais (AgRg no AREsp 381.524/CE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 25/04/2018 - AgInt no AREsp 936.062/SP, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/03/2018, DJe 27/03/2018 - AgRg no AREsp 109.790/PI, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/09/2016, DJe 16/09/2016). Deveras, "Eventual mácula na deliberação unipessoal fica superada, em razão da apreciação da matéria pelo órgão colegiado na seara do agravo interno " (AgInt no AREsp 999.384/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/08/2017, DJe 30/08/2017 - REsp 1677737/RJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 29/06/2018).

No âmbito do STF tem-se que "A atuação monocrática, com observância das balizas estabelecidas nos arts. 21, § 1º, e 192, caput, do RISTF, não traduz violação ao Princípio da Colegialidade, especialmente na hipótese em que a decisão reproduz compreensão consolidada da Corte" (HC 144187 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 04/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-116 DIVULG 12-06-2018 PUBLIC 13-06-2018). Nesse sentido: ARE 1089444 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 25/05/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-111 DIVULG 05-06-2018 PUBLIC 06-06-2018.

Na verdade, o ponto crucial da questão é sempre o de assegurar à parte acesso ao colegiado. Por tal razão o STF já validou decisão unipessoal do CNJ, desde que aberta a via recursal administrativa. Verbis: "Ainda que se aceite como legítima a decisão monocrática do relator que indefere recurso manifestamente incabível, não se pode aceitar que haja uma perpetuidade de decisões monocráticas que impeça o acesso ao órgão colegiado" (MS 30113 AgR-segundo, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 25/05/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-121 DIVULG 18-06-2018 PUBLIC 19-06-2018).

A possibilidade de maior amplitude do julgamento monocrático - controlado por meio do agravo - está consoante os princípios que se espriam sobre todo o cenário processual, tais como o da eficiência (art. 37, CF; art. 8º do NCPC) e da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CF; art. 4º do NCPC).

Quanto ao recurso manifestamente improcedente (referido outrora no art. 557 do CPC/73), é verdade que o CPC/15 não repete essa locução. Porém, justifica-se que um recurso que, *ictu oculi*, não reúne a menor condição de alterar o julgado recorrido, possa ser apreciado pelo relator *in limine* e fulminado. A justificativa encontra-se nos mesmos princípios já enunciados e também na possibilidade de reversão em sede de agravo interno.

De se destacar, ainda que o próprio art. 8º do CPC atual minudencia que ao aplicar o ordenamento jurídico o Juiz deve observar - dentre outros elementos valorativos - a razoabilidade. A razoabilidade imbrica-se com a normalidade, uma tendência a respeitar critérios aceitáveis do ponto de vista da vida racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosas das peculiaridades próprias tanto do cenário jurídico quanto da vida prática.

Escapa da razoabilidade dar sequência até o julgamento colegiado a um recurso sem qualquer chance de sucesso, o que se verifica não só diante do contexto dos autos - que não sofrerá mutação em 2º grau - quanto da desconformidade, seja da pretensão deduzida, seja dos fundamentos utilizados pelo recorrente, coma normatização jurídica nacional.

Noutro dizer: a razoabilidade impõe que se dê fim, sem maiores formalidades além de assegurar o acesso do recorrente a um meio de contrariar a decisão unipessoal, a um recurso que é - *ictu oculi* - inviável.

Há muito tempo o e. STJ já decidiu que, mesmo que fosse vedado o julgamento monocrático, à míngua de expressa autorização legal, "tal regra deve ser mitigada em casos nos quais falta à ação qualquer dos pressupostos básicos de existência e desenvolvimento válido do processo", porquanto, nesses casos, "despiciendo exigir do relator que leve a questão ao exame do órgão colegiado do Tribunal, sendo-lhe facultado, em atendimento aos princípios da economia e da celeridade processuais, extinguir monocraticamente as demandas inteiramente inviáveis" (REsp 753.194/SC, Rel. Ministro José Delgado, 1ª Turma, j. 04/08/2005, DJ 05/12/2005).

Além disso, é o art. 6º do NCPC que aumenta consideravelmente o espaço hermenêutico do magistrado no novo cenário processual.

A exegese que aqui fazemos sobre a extensão do campo onde pode (e deve) ser o recurso julgado monocraticamente, não é absurda, na medida em que a imperfeição natural e esperável de toda a ordem jurídico-positiva pode ser superada pela "...atuação inteligente e ativa do juiz...", a quem é lícito "ousar sem o açoitamento de quem quer afrontar, inovar sem desprezar os grandes pilares do sistema" (DINAMARCO, Nova era do processo civil, págs. 29-31, Malheiros, 4ª edição).

Indo além, deve-se atentar para a análise econômica do Direito, cujo mentor principal tem sido Richard Posner (entre nós, leia-se *Fronteiras da Teoria do Direito*, ed. Martins Fontes), para quem - se o Direito deve se adequar às realidades da vida social - a eficiência (de que já tratamos) torna esse Direito mais objetivo, com o prestígio de uma racionalidade econômica da aplicação do Direito, inclusive processual.

Para muitos, a eficiência deve servir como um critério geral para aferir se uma norma jurídica é ou não desejável (confira-se interessantes considerações em https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/analise_economica_do_direito_20132.pdf), se é útil ou não para os fins de pacificação social pretendida pela Constituição, eis que o Direito aparece na civilização (ocidental, pelo menos) justamente como uma dessas maneiras de pacificação.

Passando ao largo de discussões que aqui não interessam, concebemos que a análise econômica do Direito tem grande alcance no âmbito processual, especialmente o civil, prestigiando-se uma "racionalidade econômica" a ser aplicada a institutos processuais, com vistas ao utilitarismo das fórmulas (em substituição ao estrito formalismo), sem que com isso se vá substituir a valoração ética do Direito (processual, aqui).

Esse utilitarismo pode conduzir a interpretações e alcances da norma que - sem sacrifício do contraditório e da isonomia dos litigantes - permitam uma simplificação desejável tendo em vista que a atividade judicante deve ser útil para a sociedade, e essa utilidade envolve rapidez e eficiência, a direcionar a solução da lide na direção da paz social.

A análise econômica do Direito não pode ter como fio condutor a valorização do dinheiro (custos menores) em detrimento de critérios morais ou do princípio de justiça; pode-se usar dessa teorização para baratear o processo não apenas no sentido estrito de menor dispêndio de pecúnia, mas também - e principalmente - no sentido da economicidade de atos, procedimentos e fórmulas, tudo em favor da razoabilidade e da utilidade.

No ponto, merece consideração entre nós - posto que não sendo criação genuinamente brasileira, a análise econômica do Direito naturalmente deve ser, aqui, estudada, compreendida e aplicada *cum granulum salis* - a chamada vertente normativa preconizada por Richard Posner, a qual se ocupa de indicar modificações a serem incorporadas pelo ordenamento jurídico e pelos operadores do Direito a fim de conferir maior eficiência às suas condutas. É que essa vertente - de modo correto - elege como valor a ser buscado a eficiência, imprescindível para que se atinja a pacificação social que é o objetivo último do Direito dos povos ocidentais.

Eficiência e utilitarismo, na forma explicitada pelo tanto que a análise econômica do Direito pode ser aplicada no Brasil, podem nortear interpretações de normas legais de modo a que se atinja, com rapidez sem excessos, o fim almejado pelas normas e desejado pela sociedade.

Para nós, todas as considerações até agora tecidas se permeiam, sem conflitos, de modo a justificar a ampliação interpretativa das regras do NCPC que permitem as decisões unipessoais em sede recursal, para além do que a letra fria do estatuto processual previu.

Destarte, o caso presente permite solução monocrática.

Os honorários advocatícios devem remunerar condignamente o trabalho do advogado, considerando que um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito consiste no valor social do trabalho (artigo 1º, IV, da Constituição Federal). Mas não se pode olvidar da necessária proporcionalidade que deve existir entre a remuneração e o trabalho visível feito pelo advogado. Inexistindo proporcionalidade, deve-se invocar o § 8º do artigo 85 do CPC de 2015: "Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do parágrafo 2º", mesmo que isso seja feito para o fim de reduzir os honorários, levando-se em conta que o empobrecimento sem justa causa do adverso que é vencido na demanda significa uma penalidade, e é certo que ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal, vale dizer, sem justa causa. Nesse âmbito, a fixação exagerada de verba honorária - se comparada com o montante do trabalho prestado pelo advogado - é enriquecimento sem justa causa, proscrito pelo nosso Direito e pela própria Constituição polifacética, a qual prestigia os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

O saudoso Limongi França ensinava: "Enriquecimento sem causa, enriquecimento ilícito ou locupletamento ilícito é o acréscimo de bens que se verifica no patrimônio de um sujeito, em detrimento de outrem, sem que para isso tenha um fundamento jurídico" (Enriquecimento sem Causa. Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, 1987).

No atual Código Civil, legislação infraconstitucional permeada de razoabilidade e proporcionalidade constitucionais, há fundamento para obstar o enriquecimento sem causa no art. 844: "Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários..."

Na posição de Celso Antônio Bandeira de Melo, "Enriquecimento sem causa é o incremento do patrimônio de alguém em detrimento do patrimônio de outrem, sem que, para supeditar tal evento, exista uma causa juridicamente idônea. É perfeitamente assente que sua proscrição constitui-se em um princípio geral do direito...os princípios gerais de direito estão subjacentes ao sistema jurídico-positivo, não porém, como um dado externo, mas como uma inerência da construção em que se corporifica o ordenamento, porquanto seus diversos institutos jurídicos, quando menos considerados em sua complexidade íntegra, traem, nas respectivas composturas, ora mais ora menos visivelmente, a absorção dos valores que se expressam nos sobreditos princípios..." (RDA, 210:25/35).

Indo mais acima, o próprio STF elegeu o enriquecimento sem causa como uma situação contrária à Magna Carta, no AI-AgR182458, rel. Min. Marco Aurélio, Data da Decisão: 04/03/1997.

Concluo por entender que o §8º do art. 85 é uma cláusula que pode ser aplicada, em conjunto com o Código Civil e com princípios da Constituição, de modo a permitir a redução de verba honorária desproporcional e que represente enriquecimento sem causa, isto é, desvinculado do trabalho advocatício efetivamente prestado.

Registro decisões do TJSP nesse sentido:

"APELAÇÃO - Pretensão de majoração dos honorários advocatícios conforme o disposto no art. 85, §3º e 11, do Código de Processo Civil e artigos 22 e 24 da Lei nº 8.906/94 - Aplicação da equidade prevista no §8 do art. 85 do CPC, a fim de se evitar o arbitramento de valor exorbitante em detrimento do erário - Sentença parcialmente reformada - Recurso parcialmente provido" (g.n.)

(TJ/SP; Apelação 1002672-53.2017.8.26.0297; Relator (a): Moreira de Carvalho; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Foro de Jales - 1ª Vara; Data do Julgamento: 26/3/2018; Data de Registro: 26/3/2018).

"Apelação Cível - Tributário - Processual Civil - Ação Anulatória de Débito Fiscal - Sentença de procedência parcial que afasta a aplicação de juros na forma da Lei Estadual nº 13.918/09 com condenação da FESP no pagamento de honorários advocatícios - Recurso voluntário da FESP - Provimento parcial ao recurso de rigor. 1. Embora imperiosa a condenação da Fazenda Pública nos ônus da sucumbência, porque dera causa à execução de valores descabidos, impõe-se a redução dos honorários advocatícios de sucumbência. 2. Honorários advocatícios que devem observar, no seu arbitramento a equidade e moderação na forma prevista no § 8 do art. 85 do novo CPC a fim de se evitar o arbitramento de valor exorbitante em detrimento do erário, mormente em se considerando a baixa complexidade da demanda e suas peculiaridades - Precedentes da Corte e do C. STJ - Honorários advocatícios arbitrados em R\$ 5.000,00. Sentença reformada em parte - Recurso da FESP provido em parte para reduzir os honorários advocatícios, mantida no mais a r. Sentença recorrida." (g.n.)

(TJ/SP; Apelação 1040762-23.2016.8.26.0053; Relator (a): Sidney Romano dos Reis; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 9ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 18/12/2017; Data de Registro: 19/12/2017).

Justifica-se a adequação da verba honorária para evitar enriquecimento sem causa, mormente porque o STJ indica que, além do mero valor dado à causa, deve o julgador atentar para a complexidade da demanda (*AgInt no AREsp 987.886/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 28/08/2017 - AgRg no AgRg no REsp 1451336/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Rel. p/ Acórdão Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/03/2015, DJe 01/07/2015*), sendo essa uma fórmula para se atender ao princípio da proporcionalidade e que sobrevive perante o CPC/15.

Assim, embora no caso dos autos o art. 85 deva reger a espécie, a equidade se ser observada para que não ocorra, na espécie, comprometimento de recursos públicos em situação de enriquecimento sem causa.

Destarte, considerando a pouca complexidade da causa, que não exigiu esforços profissionais extraordinários, os honorários advocatícios devem ser fixados em R\$ 10.000,00.

Pelo exposto, **dou provimento à apelação da União, restando prejudicado o apelo da executada.**

Decorrido o prazo legal remetam-se os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0014209-94.2005.4.03.6105

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

APELANTE: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL

APELADO: NASCAR PETROLEO LTDA

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de execução fiscal ajuizada pelo INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA, QUALIDADE E TECNOLOGIA - INMETRO, em 10.02.2005, visando à cobrança de multa por infração administrativa no valor total de R\$ 10.806,19.

Despacho citatório proferido em 03.03.2006.

A empresa executada, NASCAR PETRÓLEO LTDA, não foi encontrada pelo oficial de justiça em 21.11.2006.

O INMETRO requereu a citação da empresa na pessoa do representante legal em 26.02.2007.

O oficial de justiça certificou que deixou de proceder à citação da empresa por não localizar seu representante legal em 24.07.2009. Ciência à exequente em 16.10.2009.

Após duas novas tentativas de citação da empresa executada em endereços diversos, o exequente pleiteou a inclusão do sócio no polo passivo da demanda em 13.09.2017.

A sentença de fls. 75/77 julgou extinta a execução fiscal, nos termos do artigo 487, II do Código de Processo Civil, tendo em vista a ocorrência da prescrição intercorrente. Sem condenação em honorários advocatícios.

Apela o exequente sustentando que não ocorreu a prescrição intercorrente, na medida em que não houve inércia de sua parte e que o feito não ficou paralisado por mais de 05 anos (fls. 79/83).

É o relatório.

Decido.

A controvérsia noticiada reside em verificar a ocorrência ou não da prescrição intercorrente.

A questão foi decidida pelo E. STJ por meio de julgamento do REsp nº 1.340.553/RS, submetido ao regime do recurso repetitivo, nos seguintes termos:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ARTS. 1.036 E SEGUINTE DO CPC/2015 (ART. 543-C, DO CPC/1973). PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. SISTEMÁTICA PARA A CONTAGEM DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE (PRESCRIÇÃO APÓS A PROPOSITURA DA AÇÃO) PREVISTA NO ART. 40 E PARÁGRAFOS DA LEI DE EXECUÇÃO FISCAL (LEI N. 6.830/80).

1. O espírito do art. 40, da Lei n. 6.830/80 é de que nenhuma execução fiscal já ajuizada poderá permanecer eternamente nos escaninhos do Poder Judiciário ou da Procuradoria Fazendária encarregada da execução das respectivas dívidas fiscais.

2. Não havendo a citação de qualquer devedor por qualquer meio válido e/ou não sendo encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora (o que permitiria o fim da inércia processual), inicia-se automaticamente o procedimento previsto no art. 40 da Lei n. 6.830/80, e respectivo prazo, ao fim do qual restará prescrito o crédito fiscal. Esse o teor da Súmula n. 314/STJ: "Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente".

3. Nem o Juiz e nem a Procuradoria da Fazenda Pública são os senhores do termo inicial do prazo de 1 (um) ano de suspensão previsto no caput, do art. 40, da LEF, somente a lei o é (ordena o art. 40: "[...] o juiz suspenderá [...]"). Não cabe ao Juiz ou à Procuradoria a escolha do melhor momento para o seu início. No primeiro momento em que constatada a não localização do devedor e/ou ausência de bens pelo oficial de justiça e intimada a Fazenda Pública, inicia-se automaticamente o prazo de suspensão, na forma do art. 40, caput, da LEF. Indiferente aqui, portanto, o fato de existir petição da Fazenda Pública requerendo a suspensão do feito por 30, 60, 90 ou 120 dias a fim de realizar diligências, sem pedir a suspensão do feito pelo art. 40, da LEF. Esses pedidos não encontram amparo fora do art. 40 da LEF que limita a suspensão a 1 (um) ano. Também indiferente o fato de que o Juiz, ao intimar a Fazenda Pública, não tenha expressamente feito menção à suspensão do art. 40, da LEF. O que importa para a aplicação da lei é que a Fazenda Pública tenha tomado ciência da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido e/ou da não localização do devedor. Isso é o suficiente para inaugurar o prazo, ex lege.

4. Teses julgadas para efeito dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 543-C, do CPC/1973): 4.1.) O prazo de 1 (um) ano de suspensão do processo e do respectivo prazo prescricional previsto no art. 40, §§ 1º e 2º da Lei n. 6.830/80 - LEF tem início automaticamente na data da ciência da Fazenda Pública a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido, havendo, sem prejuízo dessa contagem automática, o dever de o magistrado declarar ter ocorrido a suspensão da execução; 4.1.1.) Sem prejuízo do disposto no item 4.1., nos casos de execução fiscal para cobrança de dívida ativa de natureza tributária (cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido antes da vigência da Lei Complementar n. 118/2005), depois da citação válida, ainda que editalícia, logo após a primeira tentativa infrutífera de localização de bens penhoráveis, o Juiz declarará suspensa a execução.

4.1.2.) Sem prejuízo do disposto no item 4.1., em se tratando de execução fiscal para cobrança de dívida ativa de natureza tributária (cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido na vigência da Lei Complementar n. 118/2005) e de qualquer dívida ativa de natureza não tributária, logo após a primeira tentativa frustrada de citação do devedor ou de localização de bens penhoráveis, o Juiz declarará suspensa a execução.

4.2.) Havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não promociamento judicial nesse sentido, findo o prazo de 1 (um) ano de suspensão inicia-se automaticamente o prazo prescricional aplicável (de acordo com a natureza do crédito exequendo) durante o qual o processo deveria estar arquivado sem baixa na distribuição, na forma do art. 40, §§ 2º, 3º e 4º da Lei n. 6.830/80 - LEF, findo o qual o Juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato;

4.3.) A efetiva constrição patrimonial e a efetiva citação (ainda que por edital) são aptas a interromper o curso da prescrição intercorrente, não bastando para tal o mero peticionamento em juízo, requerendo, v.g., a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens. Os requerimentos feitos pelo exequente, dentro da soma do prazo máximo de 1 (um) ano de suspensão mais o prazo de prescrição aplicável (de acordo com a natureza do crédito exequendo) deverão ser processados, ainda que para além da soma desses dois prazos, pois, citados (ainda que por edital) os devedores e penhorados os bens, a qualquer tempo - mesmo depois de escoados os referidos prazos -, considera-se interrompida a prescrição intercorrente, retroativamente, na data do protocolo da petição que requereu a providência frutífera.

4.4.) *A Fazenda Pública, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245 do CPC/73, correspondente ao art. 278 do CPC/2015), ao alegar nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40 da LEF, deverá demonstrar o prejuízo que sofreu (exceto a falta da intimação que constitui o termo inicial - 4.1., onde o prejuízo é presumido), por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição.*

4.5.) *O magistrado, ao reconhecer a prescrição intercorrente, deverá fundamentar o ato judicial por meio da delimitação dos marcos legais que foram aplicados na contagem do respectivo prazo, inclusive quanto ao período em que a execução ficou suspensa.*

5. *Recurso especial não provido. Acórdão submetido ao regime dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 543-C, do CPC/1973).*

(REsp 1340553/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/09/2018, DJe 16/10/2018)

A empresa não foi localizada para citação em 21.11.2006, sendo que em 26.02.2007 o exequente pleiteou a citação da empresa executada na pessoa do representante legal.

Considerando 26.02.2007 como a data da ciência da primeira tentativa frustrada da citação, bem como a ausência da efetiva citação ou constrição de bens até a data do pedido de inclusão do sócio no polo passivo (13.09.2017), deve ser reconhecida a prescrição intercorrente.

Tratando-se de matéria já decidida pelo E. STJ em sede de recurso repetitivo, **nego provimento à apelação**, nos termos do artigo 932, IV, b, do CPC.

Intimem-se.

Como trânsito, dê-se a baixa.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001555-84.2019.4.03.6109
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: GASPAR COMERCIO DE EQUIPAMENTOS E UTENSILIOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: IVANJO CRISTIANO SPADOTE - SP192595-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de mandado de segurança impetrado por GASPAR COMERCIO DE EQUIPAMENTOS E UTENSILIOS LTDA objetivando a exclusão do ICMS das bases de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, bem como o reconhecimento do seu direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos a este título.

Após regular processamento, foi proferida sentença, com fulcro no art. 487, I, do NCPC, **concedendo** a segurança pleiteada. Custas *ex lege*. Sem condenação em honorários advocatícios. Decisão sujeita à remessa necessária (ID 134215097).

A União Federal apelou (ID 133053033). Defende, preliminarmente, a necessidade de suspensão do feito até o julgamento dos aclaratórios opostos nos autos do RE nº 574.706. No mérito, sustenta a constitucionalidade da inclusão do imposto estadual na base de cálculo do PIS/COFINS e, alternativamente, que seja excluído apenas o valor efetivamente recolhido pela empresa. Pugna, por fim, pela limitação do direito à repetição de eventual indébito tributário.

A impetrante também interpôs apelação (ID 132459478). Sustenta que deve ser reconhecido o direito à exclusão do ICMS total (destacado) das bases de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, nos termos do que decidido pelo STF nos autos do RE nº 574.706.

Contrarrazões apresentadas (ID 133053036).

Parecer ministerial prosseguimento do feito (ID 134614904).

É o relatório.

Decido.

Quanto ao assunto *sub judice*, esta Sexta Turma vem admitindo decisão unipessoal do relator.

O Supremo Tribunal Federal declarou **inconstitucional** a inclusão do ICMS (*faturado*) na base de cálculo do PIS e da COFINS, fazendo-o por ocasião do julgamento do **RE nº 574.706**. A corte, por maioria e nos termos do voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia, apreciando o Tema nº 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

Esse entendimento é **aplicável de pronto**, não havendo que se falar em espera de embargos de declaração (sem efeito suspensivo) ou de modulação de efeitos da decisão plenária da Suprema Corte, já que esses dois eventos não estão consignados em lei como impeditivos da aplicação imediata do *decisum*. Esse é o entendimento que vem sendo seguido nesta Corte Regional (3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5021518-72.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 08/11/2019, Intimação via sistema DATA: 13/11/2019), e de modo unânime nesta 6ª. Turma (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000706-20.2017.4.03.6130, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 03/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/12/2019).

Deveras, a suspensão pretendida pelo Fisco esbarraria no art. 1.035, § 5º do NCPC.

A partir de uma interpretação do referido julgamento paradigmático foi que a COSIT, órgão da Secretaria da Receita Federal do Brasil, decidiu publicar a Solução de Consulta Interna nº 13, de 18/10/2018, em que se definiu, em síntese, que o ICMS a ser excluído é o chamado "ICMS a recolher", também chamado "ICMS escritural", e não o ICMS destacado nas notas fiscais.

Sucedo que quanto à indagação sobre qual ICMS será excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, o julgamento proferido no RE 574.706 é claro ao identificar que **todo o ICMS faturado deve ser excluído do conceito de receita**, na condição de mero ingresso de caixa, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente. É o que se depreende da seguinte passagem da ementa:

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS.

É elucidativa a conclusão alcançada pela Mirª. Relatora Carmen Lúcia ao dispor que o regime não cumulativo do ICMS, com a escrituração e apuração do imposto a pagar e a dedução dos valores já cobrados em operações anteriores, não afeta o fato de que a sua integralidade não compõe a receita/faturamento empresarial, permitindo ao contribuinte que exclua todo o ICMS faturado na operação, e não apenas os valores resultantes da dedução.

Ressalva a Relatora, com fulcro na digressão de Roque Antônio Carraza, que a técnica de apuração do ICMS não se compara com os impostos incidentes sobre o valor agregado, pois incidente sobre o valor total da operação e não apenas sobre a mais valia da operação seguinte, razão pela qual a ordem dos fatores de incidência não altera o montante final da exação tributária.

Essa é a postura que este Relator sempre defende desde o momento em que surtiu o julgamento do Tema nº 69 (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000596-53.2018.4.03.6108, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 02/12/2019, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019).

Assentado o ponto, é mister reconhecer à impetrante o direito à repetição dos indébitos de PIS/COFINS na parte em que as contribuições tiveram a base de cálculo composta de valores de ICMS.

A correção do indébito deverá ser feita na forma fixada em sentença, tal como ocorre nos débitos tributários, pela **Taxa SELIC e com a incidência de 1% no mês da compensação ou da restituição** (STF: RE 582.461-RG, rel. Min. GILMAR MENDES - tema 214 da sistemática da repercussão geral - RE 870.947, rel. Min. LUIZ FUX, j. 20/09/2017), bem como deverá ser observado o **prazo prescricional quinquenal – inexistente qualquer limitação temporal no RE nº 574.706** (STF: RE 566.621, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 04/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011 EMENT VOL-02605-02 PP-00273 RTJ VOL-00223-01 PP-00540; STJ: REsp 1269570/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/05/2012, DJe 04/06/2012); e a **incidência do art. 170-A do CTN** (REsp 1167039/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 02/09/2010, recurso repetitivo - REsp 1649768/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 20/04/2017 - AgInt no REsp 1586372/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 19/12/2016).

Registre-se que a compensação dos créditos tributários administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal - hoje RFB - com débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.212/91) deverá observar o quanto estabelecido pelo **art. 26-A da Lei nº 11.457/07** (norma vigente nesta data e que deve ser levada em conta por se tratar de direito superveniente).

Ressalto, por fim, que a repetição direta a ser feita pela RFB contraria o sistema de precatórios. Não há óbice, todavia, a que a empresa – seja por opção, seja porque poderá não haver débitos próprios a serem compensados com os créditos que apurar – possa se valer da regra do art. 100 da CF, desde que seja observada a via ordinária e o art. 165 do CTN.

Quanto à suposta contrariedade às súmulas 269 e 271 do STF, o E. Des. Fed. **Nelton dos Santos** elucida o tema ao invocar que os obstáculos traduzidos pelos verbetes se justificavam pela impossibilidade de o agente público se defender em sede mandamental, exigindo-se a via ordinária para apurar sua responsabilidade. Não se presta, portanto, quando a própria pessoa jurídica de Direito Público é responsável pelo ato coator, como se faz comumente presente em causas tributárias.

Segue o julgado onde foi proferido o referido entendimento, bem como jurisprudência deste Tribunal no mesmo sentido:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO MEDIANTE EXPEDIÇÃO DE PRECATÓRIO. POSSIBILIDADE. 1. Ainda que se considere que, no mandado de segurança, a sentença não é, propriamente, condenatória, dívida não há de que, invariavelmente, ela possui eficácia declaratória e, mesmo implicitamente, contém uma ordem de fazer ou de não fazer. Além disso, não raras vezes ela reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia ou de entregar coisa. 2. No âmbito dos mandados de segurança que versam sobre direito administrativo ou direito tributário, são frequentes as sentenças que delimitam todos os contornos do direito, constituindo um verdadeiro despropósito que se exija a propositura e a tramitação de uma nova demanda apenas para, reiterando o que já foi juridicamente afirmado e determinado em caráter definitivo, acrescer-se uma fórmula sacramental condenatória, a conta de viabilizar a execução. 3. Apelação da União, desprovida; remessa oficial, parcialmente provida; apelo do contribuinte, provido. (ApReeNec 5000486-21.2018.4.03.6119 / TRF3 – TERCEIRA TURMA / DES. FED. NELTON DOS SANTOS / e - DJF3 Judicial 1 DATA: 08/01/2019)

PROCESSUAL CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO. RECURSO DE APELAÇÃO. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. RECONHECIMENTO DO DIREITO À COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. S. Nº 213/STJ. RECURSO DE APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO DESPROVIDOS. 1. A jurisprudência do A. Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontrar inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. 2. Reforce-se que mesmo com as alterações posteriores na legislação que instituiu o PIS e a COFINS – Lei nº 12.973/14 – não tem o condão de afastar o quanto decidido, pois, conforme amplamente demonstrado, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela. 3. Não é o caso de utilização do mandado de segurança como substitutivo de ação de cobrança, com efeitos patrimoniais pretéritos, visto que se trata de mandamus, que visa o reconhecimento do direito à compensação tributária na via administrativa, conforme entendimento desta Terceira Turma. No mesmo sentido é a Súmula 213, do E. Superior Tribunal de Justiça, quanto à possibilidade da utilização da via mandamental para que seja declarado o direito à compensação. 4. Recurso de apelação e reexame necessário desprovidos. (ApReeNec 5002464-27.2017.4.03.6100 / TRF3 – TERCEIRA TURMA / DES. FED. NELTON DOS SANTOS / e - DJF3 Judicial 1 DATA: 27/06/2018)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. ARTIGO 730 DO CPC. A Súmula 461 do STJ prevê que “o contribuinte pode optar por receber, por meio de precatório ou por compensação, o indébito tributário certificado por sentença declaratória transitada em julgado.” O E. STJ determinou o retorno dos autos para prosseguimento da execução nos termos do artigo 534 do CPC (antigo artigo 730 do CPC), conforme se infere do teor da decisão proferida monocrática proferida pela Desembargadora Federal Convocada do TRF da 3ª Região, DIVA MALERBI, no REsp 1130283/GO, DJe 15.02.2016. Agravo de instrumento a que se dá provimento. (AI 5001266-53.2016.4.03.0000 / TRF3 – SEXTA TURMA / DESª FED. MARLI FERREIRA / e - DJF3 Judicial 1 DATA: 14/06/2018)

Pelo exposto, **dou parcial provimento à apelação e à remessa necessária**, concedendo a segurança a partir das condições aqui estabelecidas.

Intimem-se.

Como trânsito dê-se baixa.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0037448-80.2011.4.03.6182
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO
APELADO: BOREAL HOLDING S.A.
Advogado do(a) APELADO: EUGENIO VAGO - SP67010-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de ação cautelar ajuizada com o objetivo de antecipar a garantia de crédito fiscal constante de processo administrativo, ainda não inscrito em dívida ativa, a fim de obter a certidão positiva com efeitos de negativa.

Valor da causa - R\$ 35.000,00.

A requerente informou a adesão ao programa de parcelamento instituído pela Lei n. 11.941/2009 renunciando ao direito sobre o qual se funda a ação.

Foi juntado ofício da CEF informando que os valores depositados nos autos, foram transferidos para a execução fiscal n. 0074040-26.2011.403.6182.

A sentença, homologou a renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação e, extinguiu o processo, com resolução de mérito, nos termos do art. 354 c/c art. 487, inciso III, letra "c", do Código de Processo Civil/2015. Deixou de condenar a autora em honorários advocatícios, com fundamento no 1º, do artigo 6º da Lei 11.941/2009. Trasladou-se cópia da sentença e dos documentos para os autos da execução fiscal n. 0074040-26.2011.403.6182.

Apelou a União pleiteando a condenação da autora ao pagamento dos honorários advocatícios.

Foram ofertadas contrarrazões.

Em face da decisão monocrática deste Relator que deu provimento ao apelo da União a autora interpôs agravo interno.

ID 134789852. Requer a autora a desistência do agravo interno.

DECIDO.

Conforme disposto no art. 998 do CPC/15, pode o recorrente a qualquer tempo desistir do recurso interposto, independentemente da anuência da parte contrária, salvo se atestada a má-fé processual ou identificado interesse público no julgamento. Nesse sentido, julgado do STJ:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE DESISTÊNCIA. HOMOLOGAÇÃO. 1. O recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso. 2. Regra geral, é possível a desistência do recurso especial a qualquer tempo, inclusive com o julgamento já iniciado e com pedido de vista, salvo os casos em que são identificadas razões de interesse público na uniformização da jurisprudência ou em que se evidencia a má-fé processual em não ver fixada jurisprudência contrária aos interesses do recorrente quando o julgamento já está em estado avançado. Precedentes: DESIS no AgRg na MC 22.582/RJ, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/05/2014, DJe 22/05/2014; REsp 689.439/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2010, DJe 22/03/2010. 3. Hipótese em que não há interesse público no prosseguimento da apreciação deste feito, não se evidenciando, também, má-fé por parte da requerente. Recurso especial prejudicado. Desistência homologada.

(REsp 1555363/SP/STJ - SEGUNDA TURMA/MIN. HUMBERTO MARTINS/DJe 07/10/2016)

Ante o exposto, com fulcro no art. 998 do CPC/15, **homologo** a desistência do recurso.

Intime-se.

Como trânsito, dê-se a baixa.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001238-10.2019.4.03.6005
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: RODRIGO DE ANDRADE OLIVEIRA
Advogado do(a) APELANTE: MILTON COSTA FARIAS - MS2931-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de mandado de segurança impetrado por RODRIGO DE ANDRADE OLIVEIRA objetivando a liberação de veículo de sua propriedade (VW/GOL SERIE OURO, ano 2001/2001, cor azul, placa HRZ-0601, chassi nº 9BWCA05X41P096522), apreendido por transportar mercadoria introduzida irregularmente em território nacional (pneus importados).

Sustenta o impetrante, em síntese, a necessidade de preservação de seu direito de propriedade, a ausência de habitualidade na prática delitiva e a desproporcionalidade da medida.

Após regular processamento, foi sentença, nos termos do art. 487, I, do CPC/15, **denegando** a segurança pleiteada. Custas *ex lege*. Sem honorários advocatícios (ID 130789221).

O impetrante interpôs recurso de apelação, reiterando as razões de sua inicial (ID 13078923).

Contrarrazões apresentadas (ID 130789228).

Parecer ministerial pelo não provimento do recurso (ID 133121818).

É o relatório.

Decido.

Quanto ao assunto *sub judice*, esta Sexta Turma vem admitindo decisão unipessoal do relator.

Em se tratando de importação irregular de mercadorias, a pena de perdimento deve ser aplicada ao veículo transportador sempre que houver **(a)** prova de que o proprietário do veículo apreendido concorreu de alguma forma para o ilícito fiscal e **(b)** proporcionalidade entre o valor do veículo e o das mercadorias apreendidas.

Nesse sentido: STJ, AgRg no AREsp 723.739/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/10/2015, DJe 16/11/2015; STJ, REsp 1287696/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/08/2013, DJe 22/08/2013; TRF3, SEXTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1192989 - 0003360-14.2006.4.03.6110, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHNSOM DI SALVO, julgado em 02/03/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/03/2017; dentre outros.

Na singularidade, o impetrante era o condutor do veículo no momento da apreensão, razão pela qual resta inequívoca sua participação no ilícito, não havendo espaço para discussão de sua boa-fé.

Quanto à proporcionalidade da pena de perdimento, ressalto que esta não decorre da simples verificação matemática dos valores envolvidos, mas também das demais circunstâncias do caso concreto (AgRg no AREsp 375.578/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/10/2013, DJe 07/10/2013).

Nesse sentido, a jurisprudência tem admitido, por exemplo, a aplicação de pena de perdimento, ainda que desproporcional, quando houver reiteração da conduta ilícita (*v.g.*, REsp 1728758/MS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/05/2018, DJe 02/08/2018).

O mesmo entendimento deve ser aplicado ao presente caso, pois há *fortes indícios* de que o impetrante está envolvido na prática reiterada de importação irregular de mercadorias.

Como bem apontado na r. sentença, o impetrante possui contra si 10 (dez) outros processos administrativos lavrados em razão da prática de infrações aduaneiras, inclusive com a apreensão de mercadorias. Ademais, o Sistema SINIVEM revela que o veículo do impetrante transita regularmente pela região da fronteira entre o Brasil e o Paraguai.

A situação dos autos se adequa ao chamado "delito de formiguinha", em que os infratores perpetram o descaminho em "doses homeopáticas", evitando a cada viagem trazer mercadorias acima do valor do veículo transportador, justamente para se beneficiar do entendimento jurisprudencial - o qual já demanda revisão, porque envelheceu diante da criatividade dos infratores - que livra o perdimento do veículo transportador se ele vale mais do que a carga irregular. Fazendo seguidas viagens ao exterior, facilitadas pela existência de fronteira seca, o criminoso infinitas vezes descaminha pequenas quantidades de mercadoria em cada viagem; assim, chama pouca atenção para sua atividade ilícita, diminui o risco de perda do capital em caso de apreensão, e perante a Justiça Criminal ainda se apresenta como um criminoso casual e quase inofensivo.

Em casos análogos, já se decidiu:

ADMINISTRATIVO. IMPORTAÇÃO IRREGULAR DE MERCADORIAS. PERDIMENTO DO VEÍCULO TRANSPORTADOR: POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE BOA FÉ. AFASTAMENTO DA ALEGAÇÃO DE DESPROPORCIONALIDADE DA APREENSÃO E PERDA DO AUTOMÓVEL. APELAÇÃO DESPROVIDA. 1. Verifica-se que o recurso foi recebido em seu duplo e que há deferimento parcial do pedido de antecipação de tutela para impedir o leilão do veículo até ulterior decisão nos autos. 2. Na singularidade, a boa-fé do autor é de difícil comprovação diante do registro de 114 passagens feitas do veículo à zona de fronteira com o Paraguai no período de cinco meses (fls. 40). Esse cenário fático - derivado das provas produzidas nos autos - permite concluir que a mãe do autor ia frequentemente para adquirir mercadorias provenientes do Paraguai, sendo ela, inclusive, reincidente em processos relativos à apreensão de mercadorias estrangeiras por introdução irregular no país. 3. Na espécie, o apelante não pode se safar do perdimento do seu veículo diante do argumento simplista sobre a desproporcionalidade entre o valor do automóvel e o acervo de mercadorias descaminhadas; é evidente a prática do chamado delito de formiguinha, em que os infratores perpetraram o descaminho em "doses homeopáticas", evitando a cada viagem trazer mercadorias acima do valor do veículo transportador; justamente para se beneficiar do entendimento jurisprudencial - o qual já demanda revisão, porque envelheceu diante da criatividade dos infratores - que livra o perdimento do veículo transportador se ele vale mais do que a carga irregular. Deveras, pela reiteração infracional, que está suficientemente demonstrada no caso concreto, o agente alcança provocar lesão relevante ao erário realizando aquilo que se apelidou de "contrabando de formiguinha": fazendo seguidas viagens ao exterior, facilitadas pela existência de fronteira seca, ele infinitas vezes descaminha pequenas quantidades de mercadoria em cada viagem; assim, chama pouca atenção para sua atividade ilícita, diminui o risco de perda do capital em caso de apreensão, e perante a Justiça Criminal ainda se apresenta como um criminoso casual e quase inofensivo. Nesta Corte, o descaminho de formiguinha vem merecendo repulsa (PRIMEIRA TURMA, ACR - APELAÇÃO CRIMINAL - 52204 - 0007141-25.2006.4.03.6181, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA, julgado em 24/05/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:01/06/2016 -- DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, ACR - APELAÇÃO CRIMINAL - 60605 - 0006455-93.2008.4.03.6106, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, julgado em 28/04/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/05/2015 -- QUINTA TURMA, RSE - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - 7177 - 0000019-03.2013.4.03.6120, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES, julgado em 23/02/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/03/2015, etc.) ainda que sob a ótica do afastamento do princípio da insignificância. No âmbito do STF, já se considerou que "...não se pode considerar atípica, por irrelevante, a conduta formalmente típica de delito contra a administração em geral (=descaminho), cometido por agente que é costumeiro na prática de crimes da espécie..." (HC 120662, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 24/06/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-161 DIVULG 20-08-2014 PUBLIC 21-08-2014). 3. Revogo a tutela parcial anteriormente concedida e nego provimento à apelação. (TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2143383 - 0004954-81.2011.4.03.6112, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHNSOM DI SALVO, julgado em 06/09/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/09/2018)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021 DO CPC/15. INSURGÊNCIA CONTRA DECISÃO UNIPESSOAL DO RELATOR QUE NEGOU SEGUIMENTO A RECURSO DE APELAÇÃO, NOS TERMOS DO ART. 557, CAPUT, DO CPC/73. HIPÓTESE QUE AUTORIZAVA DECISÃO MONOCRÁTICA. IMPORTAÇÃO IRREGULAR DE MERCADORIAS. PERDIMENTO DO VEÍCULO TRANSPORTADOR. POSSIBILIDADE, NA ESPÉCIE. PENA ADMINISTRATIVA INCABÍVEL DE SER RELEVADA PELO JUDICIÁRIO EM SEDE DE MANDAMUS. PROPORCIONALIDADE E RESPONSABILIDADE DO PROPRIETÁRIO NÃO AFASTADAS. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. 1. O art. 557, caput, do CPC/73, vigente à época em que publicada a decisão então recorrida, e, portanto, aplicável ao presente caso (vide EREsp 615.226/DF, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/08/2006, DJ 23/04/2007; RE 910.502/SP, Relator Min. TEORI ZAVASCKI, decisão proferida em 18.03.2016, DJE 54/2016 divulgado em 22.03.2016; RESP 1.248.117/RS, Relator Min. HUMBERTO MARTINS, decisão proferida em 18.03.2016, DJE 1935/2016 publicado em 22.03.2016; dentre outros), autoriza o relator a negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior; foi o caso dos autos. 2. Em se tratando de importação irregular de mercadorias, a pena de perdimento deve ser aplicada ao veículo transportador sempre que houver prova de que: (a) o proprietário do veículo apreendido concorreu de alguma forma para o ilícito fiscal (Inteligência da Súmula nº 138 do TFR) e (b) há proporcionalidade entre o valor do veículo e o das mercadorias apreendidas. 3. Na singularidade, a proporcionalidade restou evidenciada, vez que o valor das mercadorias apreendidas perfaz R\$ 128.367,00 e o veículo transportador tem valor estipulado em R\$ 21.787,00. A responsabilidade da agravante, proprietária do veículo em questão, pelo ilícito também é notória, especialmente se considerado que outro veículo de sua propriedade já fora apreendido em situação idêntica à presente: transportando mercadorias introduzidas irregularmente no território nacional. Ou seja: a família da agravante - ela inclusive - tem contra si sérios indícios de militância no contrabando/descaminho, de modo que não se pode reconhecer em seu favor - nem mesmo com grande esforço, ainda mais em sede de mandado de segurança - a pretendida insciência de que seu veículo seria usado em ilícito tributário e penal. Precedentes do STJ e desta E. Corte Federal. 4. Agravo interno improvido. (TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 354418 - 0000968-53.2014.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOMDI SALVO, julgado em 15/12/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/01/2017)

Destarte, a r. sentença merece ser mantida em seu inteiro teor, por suas próprias razões e fundamentos, porquanto em consonância com jurisprudência dominante.

Ante o exposto, com fulcro no que dispõe o art. 932 do CPC/15, **nego provimento** ao recurso de apelação.

Observadas as formalidades legais, remetam-se os autos à vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0018225-65.2008.4.03.6112
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHONSOMDI SALVO
APELANTE: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
Advogado do(a) APELANTE: JOAO HENRIQUE GUEDES SARDINHA - SP241739-A
APELADO: MARCOS ALEGRE, MARIANA EBE DEL GRANDE ALEGRE
Advogado do(a) APELADO: ALEX SILVA - SP238571-A
Advogado do(a) APELADO: ALEX SILVA - SP238571-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

A parte autora atravessou petição noticiando o falecimento dos autores, Sr. MARCOS ALEGRE e Sra. MARIANA EBE DEL GRANDE ALEGRE, pugnando pela habilitação dos espólios.

Informa que MARCO ANTONIO DEL GRANDE ALEGRE foi habilitado como inventariante e que foi realizado acordo judicial em 22/11/2019.

Trata-se de processo com tramitação sobrestada por força de decisões proferidas pelo STF nos Recursos Extraordinários nºs 626307 (Plano Verão) e 591797 (Plano Collor I).

Nada obstante, determino também a suspensão do processo com fundamento no art. 313, I e § 1º, do Código de Processo Civil.

Primeiramente, considerando que a certidão de óbito indica que a Sra. MARIANA EBE DEL GRANDE ALEGRE deixou bens, caberá ao requerente esclarecer sobre a eventual existência de inventário dos bens por ela deixados, apresentando certidão de objeto e pé. Deverá, ainda, apresentar certidão de objeto e pé do inventário dos bens do Sr. MARCOS ALEGRE.

Prazo: dez dias úteis.

Int.

Após, conclusos.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000295-87.2019.4.03.6006
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOMDI SALVO
APELANTE: MARCELO LAZARINO CRUVINELI
Advogados do(a) APELANTE: ISABELLA DIAS ALVES - PR96794-A, FLAVIANE RITA DE CACIA TESSARO - PR86491-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de mandado de segurança impetrado por MARCELO LAZARINO CRUVINELI objetivando a liberação de veículo de sua propriedade (WV/Gol, placas AAW-0783), apreendido por transportar mercadoria introduzida irregularmente em território nacional.

Sustenta o impetrante, em síntese, a desproporcionalidade da medida de apreensão/perdimento e a ausência de destinação comercial das mercadorias importadas.

Após regular processamento, foi sentença, nos termos do art. 487, I, do CPC/15, **denegando** a segurança pleiteada. Custas *ex lege*. Sem honorários advocatícios (ID 128042528).

O impetrante interpôs recurso de apelação, reiterando as razões de sua inicial (ID 128043336).

Contrarrazões apresentadas (ID 128043343).

Parecer ministerial pelo prosseguimento do feito (ID 134360750).

É o relatório.

Decido.

Quanto ao assunto *sub judice*, esta Sexta Turma vem admitindo decisão unipessoal do relator.

Em se tratando de importação irregular de mercadorias, a pena de perdimento deve ser aplicada ao veículo transportador sempre que houver **(a)** prova de que o proprietário do veículo apreendido concorreu de alguma forma para o ilícito fiscal e **(b)** proporcionalidade entre o valor do veículo e o das mercadorias apreendidas.

Nesse sentido: STJ, AgRg no AREsp 723.739/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/10/2015, DJe 16/11/2015; STJ, REsp 1287696/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/08/2013, DJe 22/08/2013; TRF3, SEXTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1192989 - 0003360-14.2006.4.03.6110, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, julgado em 02/03/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/03/2017; dentre outros.

Na singularidade, o impetrante era o condutor do veículo no momento da apreensão, razão pela qual resta inequívoca sua participação no ilícito, não havendo espaço para discussão de sua boa-fé.

Quanto à proporcionalidade da pena de perdimento, ressalto que esta não decorre da simples verificação matemática dos valores envolvidos, mas também das demais circunstâncias do caso concreto (AgRg no AREsp 375.578/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/10/2013, DJe 07/10/2013).

Nesse sentido, a jurisprudência tem admitido, por exemplo, a aplicação de pena de perdimento, ainda que desproporcional, quando houver reiteração da conduta ilícita (v.g., REsp 1728758/MS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/05/2018, DJe 02/08/2018).

O mesmo entendimento deve ser aplicado ao presente caso, pois há *fortes indícios* de que o impetrante está envolvido na prática reiterada de descaminho, já tendo sido, inclusive, surpreendido em outra oportunidade (poucos meses antes) importando irregularmente mercadoria idêntica. Deve-se destacar, ainda, o fato de o impetrante ter ingressado em território nacional por via clandestina, sua frequência na região de fronteira e o nítido caráter comercial da importação.

A situação dos autos se adequa ao chamado "delito de formiguinha", em que os infratores perpetram o descaminho em "doses homeopáticas", evitando a cada viagem trazer mercadorias acima do valor do veículo transportador, justamente para se beneficiar do entendimento jurisprudencial - o qual já demanda revisão, porque envelheceu diante da criatividade dos infratores - que livra o perdimento do veículo transportador se ele vale mais do que a carga irregular. Fazendo seguidas viagens ao exterior, facilitadas pela existência de fronteira seca, o criminoso infinitas vezes descaminha pequenas quantidades de mercadoria em cada viagem; assim, chama pouca atenção para sua atividade ilícita, diminui o risco de perda do capital em caso de apreensão, e perante a Justiça Criminal ainda se apresenta como um criminoso casual e quase inofensivo.

Em casos análogos, já se decidiu:

ADMINISTRATIVO. IMPORTAÇÃO IRREGULAR DE MERCADORIAS. PERDIMENTO DO VEÍCULO TRANSPORTADOR: POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE BOA FÉ. AFASTAMENTO DA ALEGAÇÃO DE DESPROPORCIONALIDADE DA APREENSÃO E PERDA DO AUTOMÓVEL. APELAÇÃO DESPROVIDA. 1. Verifica-se que o recurso foi recebido em seu duplo e que há deferimento parcial do pedido de antecipação de tutela para impedir o leilão do veículo até ulterior decisão nos autos. 2. Na singularidade, a boa-fé do autor é de difícil comprovação diante do registro de 114 passagens feitas do veículo à zona de fronteira com o Paraguai no período de cinco meses (fls. 40). Esse cenário fático - derivado das provas produzidas nos autos - permite concluir que a mãe do autor ia frequentemente para adquirir mercadorias provenientes do Paraguai, sendo ela, inclusive, reincidente em processos relativos à apreensão de mercadorias estrangeiras por introdução irregular no país. 3. Na espécie, o apelante não pode se safar do perdimento do seu veículo diante do argumento simplista sobre a desproporcionalidade entre o valor do automóvel e o acervo de mercadorias descaminhadas; é evidente a prática do chamado delito de formiguinha, em que os infratores perpetram o descaminho em "doses homeopáticas", evitando a cada viagem trazer mercadorias acima do valor do veículo transportador; justamente para se beneficiar do entendimento jurisprudencial - o qual já demanda revisão, porque envelheceu diante da criatividade dos infratores - que livra o perdimento do veículo transportador se ele vale mais do que a carga irregular. Deveras, pela reiteração infracional, que está suficientemente demonstrada no caso concreto, o agente alcança provocar lesão relevante ao erário realizando aquilo que se apelidou de "contrabando de formiguinha": fazendo seguidas viagens ao exterior, facilitadas pela existência de fronteira seca, ele infinitas vezes descaminha pequenas quantidades de mercadoria em cada viagem; assim, chama pouca atenção para sua atividade ilícita, diminui o risco de perda do capital em caso de apreensão, e perante a Justiça Criminal ainda se apresenta como um criminoso casual e quase inofensivo. Nesta Corte, o descaminho de formiguinha vem merecendo repulsa (PRIMEIRA TURMA, ACR - APELAÇÃO CRIMINAL - 52204 - 0007141-25.2006.4.03.6181, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA, julgado em 24/05/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:01/06/2016 -- DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, ACR - APELAÇÃO CRIMINAL - 60605 - 0006455-93.2008.4.03.6106, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, julgado em 28/04/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/05/2015 -- QUINTA TURMA, RSE - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - 7177 - 0000019-03.2013.4.03.6120, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES, julgado em 23/02/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/03/2015, etc.) ainda que sob a ótica do afastamento do princípio da insignificância. No âmbito do STF, já se considerou que "...não se pode considerar atípica, por irrelevante, a conduta formalmente típica de delito contra a administração em geral (=descaminho), cometido por agente que é costumeiro na prática de crimes da espécie..." (HC 120662, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 24/06/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-161 DIVULG 20-08-2014 PUBLIC 21-08-2014). 3. Revogo a tutela parcial anteriormente concedida e nego provimento à apelação. (TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2143383 - 0004954-81.2011.4.03.6112, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHNSOM DI SALVO, julgado em 06/09/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/09/2018)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021 DO CPC/15. INSURGÊNCIA CONTRA DECISÃO UNIPESSOAL DO RELATOR QUE NEGOU SEGUIMENTO A RECURSO DE APELAÇÃO, NOS TERMOS DO ART. 557, CAPUT, DO CPC/73. HIPÓTESE QUE AUTORIZAVA DECISÃO MONOCRÁTICA. IMPORTAÇÃO IRREGULAR DE MERCADORIAS. PERDIMENTO DO VEÍCULO TRANSPORTADOR. POSSIBILIDADE, NA ESPÉCIE. PENA ADMINISTRATIVA INCABÍVEL DE SER RELEVADA PELO JUDICIÁRIO EM SEDE DE MANDAMUS. PROPORCIONALIDADE E RESPONSABILIDADE DO PROPRIETÁRIO NÃO AFASTADAS. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. 1. O art. 557, caput, do CPC/73, vigente à época em que publicada a decisão então recorrida, e, portanto, aplicável ao presente caso (vide EREsp 615.226/DF, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/08/2006, DJ 23/04/2007; RE 910.502/SP, Relator Min. TEORI ZAVASCKI, decisão proferida em 18.03.2016, DJE 54/2016 divulgado em 22.03.2016; RESP 1.248.117/RS, Relator Min. HUMBERTO MARTINS, decisão proferida em 18.03.2016, DJE 1935/2016 publicado em 22.03.2016; dentre outros), autoriza o relator a negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior; foi o caso dos autos. 2. Em se tratando de importação irregular de mercadorias, a pena de perdimento deve ser aplicada ao veículo transportador sempre que houver prova de que: (a) o proprietário do veículo apreendido concorreu de alguma forma para o ilícito fiscal (Inteligência da Súmula nº 138 do TFR) e (b) há proporcionalidade entre o valor do veículo e o das mercadorias apreendidas. 3. Na singularidade, a proporcionalidade restou evidenciada, vez que o valor das mercadorias apreendidas perfaz R\$ 128.367,00 e o veículo transportador tem valor estipulado em R\$ 21.787,00. A responsabilidade da agravante, proprietária do veículo em questão, pelo ilícito também é notória, especialmente se considerado que outro veículo de sua propriedade já fora apreendido em situação idêntica à presente: transportando mercadorias introduzidas irregularmente no território nacional. Ou seja: a família da agravante - ela inclusive - tem contra si sérios indícios de militância no contrabando/descaminho, de modo que não se pode reconhecer em seu favor - nem mesmo com grande esforço, ainda mais em sede de mandado de segurança - a pretendida insciência de que seu veículo seria usado em ilícito tributário e penal. Precedentes do STJ e desta E. Corte Federal. 4. Agravo interno improvido. (TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 354418 - 0000968-53.2014.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOMDI SALVO, julgado em 15/12/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/01/2017)

Destarte, a r. sentença merece ser mantida em seu inteiro teor, por suas próprias razões e fundamentos, porquanto em consonância com jurisprudência dominante.

Ante o exposto, com fulcro no que dispõe o art. 932 do CPC/15, **nego provimento** ao recurso de apelação.

Observadas as formalidades legais, remetam-se os autos à vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5006431-31.2019.4.03.6126

RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHONSOMDI SALVO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: SCORPIOS INDUSTRIA METALURGICALTDA

Advogados do(a) APELADO: CHARLES ANTONIO TROGE MAZUTTI - PR70331-A, ANTONIO JOSE NASCIMENTO DE SOUZA POLAK - PR33218-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Mandado de Segurança pretendendo o recolhimento dos valores do IRPJ e CSLL (regime do Lucro Presumido), com a exclusão do ISS da base de cálculo, bem como o reconhecimento do direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos a tal título nos últimos 05 (cinco) anos. Sentença de improcedência contrastada pela apelação, devidamente respondida. O MPF não viu interesse em intervir.

DECIDO.

O tema *sub judice* vem sendo enfrentado pelo STJ de modo inteiramente favorável aos contribuintes, como segue:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA JURÍDICA E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO CRÉDITO PRESUMIDO DE ICMS. IMPOSSIBILIDADE.

I -....

II - Esta Corte tem entendimento consolidado segundo o qual os créditos presumidos de ICMS não integram a base de cálculo da CSLL ou do IRPJ.

III - A Agravante não apresenta, no agravo, argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

IV - Agravo Interno improvido.

(AgInt no REsp 1562354/CE, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 04/10/2016)

RECURSO FUNDADO NO NOVO CPC/15. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. CRÉDITO PRESUMIDO DE ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO IRPJ E CSLL. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DA 1ª TURMA.

1. A Primeira Turma desta Corte, firmou entendimento no sentido da não inclusão do crédito presumido de ICMS na base de cálculo do IRPJ e da CSLL, porquanto referidos créditos foram renunciados pelo Estado em favor do contribuinte como instrumento de política de desenvolvimento econômico daquela Unidade da Federação, devendo sobre eles ser reconhecida a imunidade do art. 150, VI, a, da CF. Precedentes: AgRg no REsp 1227519/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/03/2015, DJe 07/04/2015 e AgRg no REsp 1461415/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/10/2015, DJe 26/10/2015.

2. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp 1.517.492/PR, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 20/10/2016).

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. ICMS. CRÉDITOS PRESUMIDOS CONCEDIDOS A TÍTULO DE INCENTIVO FISCAL. INCLUSÃO NAS BASES DE CÁLCULO DO IMPOSTO SOBRE A RENDA DA PESSOA JURÍDICA - IRPJ E DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL.

INVIABILIDADE. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - Ao julgar os EREsp n. 1.517.492/PR, da minha relatoria (acórdão pendente de publicação), a 1ª Seção deste Superior Tribunal assentou a inviabilidade de inclusão do crédito presumido de ICMS nas bases de cálculo do IRPJ e do CSLL, porquanto entendimento contrário sufragaria a possibilidade de a União retirar, por via oblíqua, o incentivo fiscal que o Estado-membro, no exercício de sua competência tributária, outorgou.

III - Não apresentação de argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

IV - Em regra, descabe a imposição da multa, prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015, em razão do mero improvimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso.

V - Agravo Interno improvido.

(AgInt no REsp 1671906/RS, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 15/12/2017)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ART. 1.022 DO CPC/2015. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. ICMS PRESUMIDO. BASE DE CÁLCULO. IRPJ E CSLL. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO. NÃO INCIDÊNCIA.

1. Inexiste contrariedade ao art. 1.022 do CPC/2015 quando o Tribunal de origem decide fundamentadamente todas as questões postas ao seu exame. Ademais, não se deve confundir decisão contrária aos interesses da parte com ausência de prestação jurisdicional.

2. A Segunda Turma desta Corte possuía o entendimento de que "o crédito presumido do ICMS, ao configurar diminuição de custos e despesas, aumenta indiretamente o lucro tributável e, portanto, deve compor a base de cálculo do IRPJ e da CSLL" (AgRg no REsp 1.537.026/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 2/2/2016).

3. Entretanto, a Primeira Seção desta Corte, por ocasião da apreciação do EREsp 1.517.492/PR, firmou o entendimento pela "inviabilidade de inclusão do crédito presumido de ICMS nas bases de cálculo do IRPJ e do CSLL, porquanto entendimento contrário sufragaria a possibilidade de a União retirar, por via oblíqua, o incentivo fiscal que o Estado-membro, no exercício de sua competência tributária, outorgou" (AgInt no REsp 1.671.906/RS, Rel.

Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 15/12/2017).

4. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1691837/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/04/2018, DJe 09/04/2018)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CRÉDITO PRESUMIDO DE ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO IRPJ E DA CSLL. IMPOSSIBILIDADE. ERESP 1.517.492/PR. PRECEDENTES.

1. A Primeira Seção do STJ ao julgar os EREsp n. 1.517.492/PR (Rel.

Min. Regina Helena Costa), assentou a inviabilidade de inclusão do crédito presumido de ICMS nas bases de cálculo do IRPJ e do CSLL, porquanto entendimento contrário sufragaria a possibilidade de a União retirar, por via oblíqua, o incentivo fiscal que o Estado-membro, no exercício de sua competência tributária, outorgou.

Precedentes: AgInt no REsp 1.671.906/RS, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 15/12/2017; AgInt no REsp 1400947/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 14/12/2017.

2. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1708901/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/04/2018, DJe 02/05/2018)

Ainda, há que se ter em conta que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar, em regime de repercussão geral, o RE n. 574.706/PR, proclamou a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS (Tema 69), firmou o entendimento segundo o qual o valor de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, constituindo mero ingresso de caixa, cujo destino final são os cofres públicos; esse tributo estadual apenas circula pelo caixa do contribuinte, eis que seu destino certo é o tesouro do ente tributante. Desse modo, a axiologia dessa decisão afasta, com ainda mais razão, a pretensão de caracterização, como renda ou lucro, de **créditos presumidos** outorgados no contexto de **incentivo fiscal**. Sucede que incentivo fiscal concedido por meio de crédito presumido de ICMS não pode ser considerado como receita ou sequer como resultado da empresa para fins de acréscimo patrimonial ou lucro da pessoa jurídica, mas, sim, receita do ente tributante estadual que renuncia a carga fiscal a que teria direito para fins de estimular determinado segmento econômico; essa operação revela-se como subvenção estatal à atividade empresarial mediante transferência indireta de recursos públicos de que o Fisco local "abre mão". Não há dúvidas de que, sob o prisma econômico essa recusa de receita fiscal estadual é um aumento dos ganhos do contribuinte, mas não pode ser tomada por outro ente tributante como base de cálculo de tributos federais já que isso esvaziaria o benefício, representando uma indevida invasão da União na política fiscal do Estado-membro de modo a nulificar a política local de redução da carga fiscal em favor dos cofres federais, como autêntica usurpação indébita do quanto renunciado pela Administração do Estado-membro.

É extremamente elucidativo o seguinte aresto:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRÉDITO PRESUMIDO DE ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO IRPJ E DA CSLL. IMPOSSIBILIDADE.

1. Recurso especial que discute a possibilidade, ou não, de inclusão do crédito presumido de ICMS na base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

2. A Primeira Turma, recentemente, por ocasião do julgamento do REsp 1.210.941/RS, Rel. p/ Acórdão Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 14/11/2014, ao decidir pela impossibilidade de inclusão do crédito presumido do IPI na base de cálculo do IRPJ e da CSLL, posicionou-se no sentido de que esse benefício fiscal não deve ser caracterizado como lucro da pessoa jurídica, mas, sim, como incentivo estatal para que a atividade do contribuinte seja melhor desempenhada e, por isso, não pode justificar a imposição de outros tributos, sob pena de mitigar ou até mesmo esvaziar a benesse concedida. Esse entendimento, *mutatis mutandis*, também deve ser aplicado ao crédito presumido de ICMS, já que constitui benefício fiscal de mesma natureza.

3. Comefeito, a Lei Complementar 101/2000, em seu art. 14 e § 1º, preconiza que a concessão de crédito presumido configura renúncia de receita e, por isso, deve estar acompanhada de estudo estimativo acerca de seu impacto orçamentário-financeiro.

4. No caso dos autos, como o objetivo de fomentar a atividade da recorrente em seu território, o ente tributante, devidamente autorizado pelo Confaz (Convênio ICMS ICMS 94/93), renunciou de parte de sua receita de ICMS, mediante concessão de crédito presumido desse imposto, no valor correspondente às despesas que a contribuinte possui como frete decorrente das aquisições de aço. É exatamente sobre essa renúncia fiscal que a Fazenda Nacional quer fazer incidir o Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ e a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL.

5. Tem-se, portanto, que, em verdade, a União busca tomar para si parte da receita, não do contribuinte, mas, sim, do Estado do Rio Grande do Sul e que fora renunciada em favor do contribuinte como instrumento de política de desenvolvimento econômico daquela Unidade da Federação. Reconhecida a origem estatal dos valores relativos ao crédito presumido, sobre eles deve ser reconhecida a imunidade de que trata o art. 150, VI, a, da Constituição Federal.

6. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1227519/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/03/2015, DJe 07/04/2015)

Essa mesma fundamentação vem servindo para desonerar o IRPJ e a CSL dos incentivos fiscais decorrentes do **crédito-ficto de IPI**, como segue:

TRIBUTÁRIO. IRPJ E CSLL. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DE VALORES RELATIVOS A CRÉDITO FICTO (PRESUMIDO) DE IPI. ILEGITIMIDADE. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PEDIDO DE REPETIÇÃO DO INDÉBITO. PRESCRIÇÃO. LC 118/05. RESP 1.269.570/MG, SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC. RECURSOS ESPECIAIS NÃO PROVIDOS.

1. O incentivo fiscal do crédito ficto de IPI, por sua própria natureza, promove ganhos às empresas que operam no setor beneficiado na exata medida em que, e precisamente porque, reduz o volume da obrigação tributária. A menor arrecadação de tributos, portanto, não é um efeito colateral indesejável da medida, e sim o seu legítimo propósito.

2. A inclusão de valores relativos a créditos fictos de IPI na base de cálculo do IRPJ e da CSLL teria o condão de esvaziar, ou quase, a utilidade do instituto, assim anulando, ou quase, o objetivo da política fiscal desoneradora, que é aliviar a carga tributária, isso porque o crédito ficto de IPI se destina a ressarcir custos suportados indiretamente pela empresa exportadora, na compra de matérias-primas e insumos no mercado interno, submetidos que foram à tributação que não incide no caso de vendas destinadas ao Exterior, inviabilizando o procedimento compensatório.

3. A se considerar como renda a parcela que apenas neutraliza a tributação relativa à operação interna, a fim de que ela não comprometa operações internacionais, as empresas brasileiras tentariam exportar tributos, em vez de produtos, em prejuízo da sua rentabilidade, da sua participação no mercado global ou, mais provavelmente, de ambos, cuidando-se de interpretação que, por subverter a própria norma-objeto, deve ser afastada em prol da sistematicidade do ordenamento jurídico.

4. Tratando-se de inicial ajuizada já sob a vigência da LC 118/05, tem essa lei inteira aplicação, conforme se depreende do julgado no REsp 1.269.570/MG, proferido sob o rito do art. 543-C do CPC.

5. Recursos Especiais não providos.

(REsp 1210941/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Rel. p/ Acórdão Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/09/2014, DJe 14/11/2014)

Por fim, vale recordar que a superveniência da Lei Complementar 160/2017 (cujo art. 9º acrescentou os §§ 4º e 5º ao art. 30 da Lei 12.973/2014, qualificando o incentivo fiscal estadual como subvenção para investimento) não altera a conclusão, consagrada pelo STJ no julgamento dos **REsp 1.517.492/PR** (Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 01/02/2018), no sentido de que a tributação federal do crédito presumido de ICMS representa violação ao princípio federativo. Nesse sentido: STJ, AgInt nos REsp 1.462.237/SC, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 21/03/2019; AgInt nos REsp 1.607.005/PR, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 08/05/2019.

No âmbito desta Corte Regional, confira-se: TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5011390-26.2019.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSOM DI SALVO, julgado em 05/06/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/06/2020 - 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5002766-65.2017.4.03.6000, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 06/03/2020, Intimação via sistema DATA: 09/03/2020 - 4ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5027353-45.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 21/08/2019, Intimação via sistema DATA: 23/08/2019.

Tendo ocorrido pagamento indevido é direito do contribuinte recuperá-lo, seja por **compensação** a ser formalizada nos moldes indicados na sentença (SELIC + prescrição quinquenal + observância da Lei 9.430/96 conforme o teto vigente à época da impetração + incidência do art. 170/A do CTN), seja por **repetição** na forma do art. 100 da CF (considerando que a liquidação de valores à vista da sentença concessiva, que estabelece parâmetros observáveis para isso, não torna o mandado de segurança ação de cobrança).

Pelo exposto, NEGO PROVIMENTO à apelação e à remessa oficial.

INT.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002924-45.2018.4.03.6143

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: MASTERFOODS BRASIL ALIMENTOS LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: CAIO MARCELO VAZ DE ALMEIDA JUNIOR - SP150684-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de mandado de segurança destinado a afastar a incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), na saída de mercadorias nacionalizadas, tributadas no momento do desembarço aduaneiro, com pedido de compensação de indébito.

Ar. sentença (ID 133125860) julgou o pedido inicial improcedente.

Nas razões de apelação (ID 133125862), a impetrante requer a reforma da r. sentença. Argumenta com o reconhecimento de repercussão geral sobre o tema, no Supremo Tribunal Federal, a inconstitucionalidade da cobrança, a ocorrência de bitributação e a violação ao princípio da isonomia, bem como à regra de não-discriminação.

Contrarrazões (ID 133125869).

Manifestação da Procuradoria Regional da República (ID 134304398).

É uma síntese do necessário.

*** Repercussão Geral ***

Embora reconhecida a repercussão geral sobre o tema no Supremo Tribunal Federal, o Ministro Marco Aurélio, relator do RE 946.648, não determinou o sobrestamento dos fatos correlatos.

Até este momento, a questão não foi decidida de modo definitivo.

Não há pronunciamento apto a vincular este Juízo à posição defendida pela impetrante.

*** Incidência do IPI na saída da mercadoria nacionalizada ***

O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento realizado no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973, afirmou a legalidade da incidência tributária, na saída da mercadoria importada.

O julgado ressaltou tratar-se de dois fatos geradores distintos, afastando a tese de bitributação ou 'bis in idem'. Confira-se:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI. FATO GERADOR. INCIDÊNCIA SOBRE OS IMPORTADORES NA REVENDA DE PRODUTOS DE PROCEDÊNCIA ESTRANGEIRA. FATO GERADOR AUTORIZADO PELO ART. 46, II, C/C 51, PARÁGRAFO ÚNICO DO CTN. SUJEIÇÃO PASSIVA AUTORIZADA PELO ART. 51, II, DO CTN, C/C ART. 4º, I, DA LEI N. 4.502/64. PREVISÃO NOS ARTS. 9, I E 35, II, DO RIPI/2010 (DECRETO N. 7.212/2010).

1. Seja pela combinação dos artigos 46, II e 51, parágrafo único do CTN - que compõem o fato gerador, seja pela combinação do art. 51, II, do CTN, art. 4º, I, da Lei n. 4.502/64, art. 79, da Medida Provisória n. 2.158-35/2001 e art. 13, da Lei n. 11.281/2006 - que definem a sujeição passiva, nenhum deles até então afastados por inconstitucionalidade, os produtos importados estão sujeitos a uma nova incidência do IPI quando de sua saída do estabelecimento importador na operação de revenda, mesmo que não tenham sofrido industrialização no Brasil.

2. Não há qualquer ilegalidade na incidência do IPI na saída dos produtos de procedência estrangeira do estabelecimento do importador, já que equiparado a industrial pelo art. 4º, I, da Lei n. 4.502/64, com a permissão dada pelo art. 51, II, do CTN.

3. Interpretação que não ocasiona a ocorrência de bis in idem, dupla tributação ou bitributação, porque a lei elenca dois fatos geradores distintos, o desembaraço aduaneiro proveniente da operação de compra de produto industrializado do exterior e a saída do produto industrializado do estabelecimento importador equiparado a estabelecimento produtor, isto é, a primeira tributação recai sobre o preço de compra onde embutida a margem de lucro da empresa estrangeira e a segunda tributação recai sobre o preço da venda, onde já embutida a margem de lucro da empresa brasileira importadora. Além disso, não onera a cadeia além do razoável, pois o importador na primeira operação apenas acumula a condição de contribuinte de fato e de direito em razão da territorialidade, já que o estabelecimento industrial produtor estrangeiro não pode ser eleito pela lei nacional brasileira como contribuinte de direito do IPI (os limites da soberania tributária o impedem), sendo que a empresa importadora nacional brasileira acumula o crédito do imposto pago no desembaraço aduaneiro para ser utilizado como abatimento do imposto a ser pago na saída do produto como contribuinte de direito (não-cumulatividade), mantendo-se a tributação apenas sobre o valor agregado.

4. *Precedentes: REsp. n. 1.386.686 - SC, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 17.09.2013; e REsp. n. 1.385.952 - SC, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 03.09.2013. Superado o entendimento contrário veiculado nos EREsp. n.º 1.411749-PR, Primeira Seção, Rel. Min. Sérgio Kukina, Rel. p/acórdão Min. Ari Pargendler, julgado em 11.06.2014; e no REsp. n. 841.269 - BA, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 28.11.2006.*

5. Tese julgada para efeito do art. 543-C, do CPC: "os produtos importados estão sujeitos a uma nova incidência do IPI quando de sua saída do estabelecimento importador na operação de revenda, mesmo que não tenham sofrido industrialização no Brasil".

6. *Embargos de divergência em Recurso especial não providos. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.*

(EResp 1403532/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/10/2015, DJe 18/12/2015).

A incidência tributária tem fundamento nos artigos 46, inciso I, e 51, parágrafo único, ambos do Código Tributário Nacional, recepcionados pela Constituição Federal.

A equiparação a estabelecimento industrial também está prevista no Código Tributário Nacional (artigo 51).

O entendimento sedimentado no repetitivo citado rebate a tese de necessária industrialização no Brasil. Trata-se, enfim, de produto industrializado.

Impertinente, portanto, a alegada violação ao artigo 153, inciso IV, da Constituição Federal.

Não há ofensa ao princípio da isonomia. A tributação no desembaraço dos produtos importados garante o equilíbrio na concorrência com os similares nacionais.

No mais, o voto do Ministro Mauro Campbell, proferido no EREsp 1403532/SC, afastou, expressamente, a tese de suposta violação à regra de não-discriminação. Confira-se:

“Quanto ao argumento de violação ao GATT, registro que a cláusula de obrigação de tratamento nacional tem aplicação somente na primeira operação (a de importação). A segunda operação já é interna. Há dois fatos geradores. Desse modo, a igualdade ao tratamento nacional resta preservado para a primeira operação. Dizer que houve qualquer violação da cláusula significa tratar dois fatos geradores como se fossem um só. O raciocínio é, data vênia, falacioso.”

A jurisprudência desta Corte:

TRIBUTÁRIO. IPI. HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA DISTINTAS. DESEMBARAÇO ADUANEIRO E SAÍDA DE PRODUTO ESTRANGEIRO DE ESTABELECIMENTO DO IMPORTADOR. INCIDÊNCIA. FATO GERADOR. VIOLAÇÃO À ISONOMIA E AO PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. INOCORRÊNCIA. BIS IN IDEM, DUPLA TRIBUTAÇÃO OU BITRIBUTAÇÃO. NÃO CONFIGURADO. ERESP 1.403.532/SC. ART. 543-C DO CPC/73. OFENSA AO GATT. INOCORRÊNCIA. APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO PROVIDOS.

1. *Cinge-se a controvérsia à possibilidade de nova incidência do IPI na operação de revenda de produto importado, independentemente de industrialização no território nacional, quando já recolhido o imposto pela empresa importadora por ocasião do desembaraço aduaneiro.*

2. *O reconhecimento de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (RE 946.648), por si só, não enseja o sobrestamento, em grau de apelação, dos processos que versam sobre a mesma matéria, à míngua de determinação expressa do relator do respectivo recurso extraordinário, consoante dispõe o art. 1.035, §5º, do CPC/2015.*

3. *O tema já se encontra pacificado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o qual, no julgamento do EREsp 1.403.532/SC processado sob a sistemática dos recursos representativos de controvérsia do artigo 543-C do CPC/73 (Tema/Repetitivo 912), firmou a tese no sentido de que: "Os produtos importados estão sujeitos a uma nova incidência do IPI quando de sua saída do estabelecimento importador na operação de revenda, mesmo que não tenham sofrido industrialização no Brasil".*

4. *A aplicabilidade dos precedentes obrigatórios firmados no âmbito de julgamentos de recursos repetitivos dispensa o trânsito em julgado. Nesse sentido: "a jurisprudência do STJ firmou entendimento no sentido de ser desnecessário aguardar o trânsito em julgado para a aplicação do paradigma firmado em sede de Recurso Repetitivo ou de Repercussão Geral" (AgRg nos EDcl no AREsp 706.557/RN, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 13.10.2015).*

5. *Na hipótese, é possível visualizar a existência de duas hipóteses de incidência do IPI, as quais ocorrem em momentos distintos: a primeira delas se concretiza por ocasião do desembaraço aduaneiro proveniente da operação de compra de produto industrializado do exterior; a qual tem o importador como contribuinte, com fundamento no arts. 46, I, e 51, I, do CTN combinado com o art. 2º, I, da Lei n.º 4.502/64; a segunda ocorre com a saída do produto industrializado do estabelecimento importador equiparado a estabelecimento produtor; com fundamento no artigo 46, II, e 51, II, do CTN combinado com o art. 4º, I, e 35, I, a, da Lei n.º 4502/64.*

6. *Não merece acolhida a tese da configuração de bis in idem, dupla tributação ou bitributação, pois a incidência da exação se dá em momentos distintos.*

7. *Inexistência de violação ao princípio da isonomia e da não cumulatividade. Caso o IPI incidisse em apenas um dos momentos (desembaraço aduaneiro ou saída da mercadoria), o bem importado se encontraria em situação fiscal mais vantajosa do que a dos nacionais, razão pela qual a incidência da tributação em cada uma dessas operações tem como escopo reequilibrar a posição tributária desses produtos. Outrossim, o sistema de creditamento do IPI pago por ocasião do desembaraço aduaneiro afasta a alegada afronta ao princípio da não cumulatividade.*

8. *Inocorrência de afronta ao GATT. O Ministro Mauro Campbell Marques em seu voto proferido no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial n.º 1.403.532/SC bem esclareceu a questão: "quanto ao argumento de violação ao GATT, registro que a cláusula de obrigação de tratamento nacional tem aplicação somente na primeira operação (a de importação). A segunda operação já é interna. Há dois fatos geradores. Desse modo, a igualdade ao tratamento nacional resta preservado para a primeira operação. Dizer que houve qualquer violação da cláusula significa tratar dois fatos geradores como se fossem um só". (EREsp 1.403.532/SC, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. para Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 14.10.2015, D.J.e. 18.12.2015)*

9. *Remessa oficial e apelação providas.*

(ApReeNec 5026969-48.2018.4.03.6100, Relatora Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, 3ª Turma, julgado em 23/05/2019).

Prejudicado o pleito compensatório.

No mandado de segurança não são devidos honorários advocatícios (artigo 25, da Lei Federal nº. 12.016/09).

Por tais fundamentos, **nego provimento** à apelação.

Publique-se. Intime-se.

Decorrido o prazo recursal, remetam-se à origem.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0005883-30.2011.4.03.6140

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: VIACAO BARAO DE MAUA LTDA

Advogado do(a) APELANTE: FRANCILENE DE SENABEZERRA SILVERIO - SP254903

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Determino a intimação da embargada, para o eventual oferecimento de manifestação quanto aos embargos de declaração da União, no prazo legal.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5006469-54.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

AGRAVANTE: RYSIA LEA GOLDMAN

Advogado do(a) AGRAVANTE: VANESSA GOMES BAPTISTA - SP306363-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

1. Determino a intimação da agravante, para que providencie a juntada de cópia integral do processo administrativo nº. 11610.007554/2009-12, referente ao processo de constituição do crédito, nos termos do artigo 932, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 2015.

2. Prazo: 15 (quinze) dias.

3. Coma juntada, determino a intimação da União, para manifestação quanto aos documentos, no mesmo prazo.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000062-69.2016.4.03.6144

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: BANCO DO BRASIL SA

Advogados do(a) APELANTE: FLAVIO OLIMPIO DE AZEVEDO - SP34248-A, RENATO OLIMPIO SETTE DE AZEVEDO - SP180737-A, MILENA PIRAGINE - SP178962-A

APELADO: NELSON PIRIA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) APELADO: JULIANA ROVERCO SANTOS - SP193404-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000062-69.2016.4.03.6144

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: BANCO DO BRASIL SA

Advogados do(a) APELANTE: FLAVIO OLIMPIO DE AZEVEDO - SP34248-A, RENATO OLIMPIO SETTE DE AZEVEDO - SP180737-A, MILENA PIRAGINE - SP178962-A

APELADO: NELSON PIRIA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) APELADO: JULIANA ROVERCO SANTOS - SP193404-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de apelação interposta pelo Banco do Brasil, em face da r. sentença de improcedência, em relação ao INSS e de parcialmente procedência, no que se refere ao Banco do Brasil, proferida nesses autos de ação de indenização por danos materiais e morais, promovida por NELSON PIRIA, contra os réus, pessoas jurídicas, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS e BANCO DO BRASIL S/A.

A petição inicial (ID 52058738), distribuída à 1ª Vara Federal de Barueri/SP veiculou, em suma, o seguinte, como bem relatou a r. sentença (ID 52058871):

[...]

Trata-se de processo de conhecimento sob procedimento comum, instaurado por ação de Nelson Piria em face do Banco do Brasil S/A e do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Pretende a condenação dos réus a repararem os danos materiais e a compensarem os morais que lhe foram pespegados por fraude de terceiro desconhecido no saque de valores referentes a pecúlio de prestação única, aos quais atribui os valores de R\$ 67.454,87 e R\$ 38.160,00 (40 salários mínimos vigentes), respectivamente.

Narra que é beneficiário da quantia de R\$ 67.454,87, relativa a pecúlio especial de aposentados e filiados à Previdência Social com mais de 60 anos. Diz que requereu o benefício na Agência da Previdência Social Barueri em 13/12/2007. Relata que não recebeu nenhuma correspondência do INSS, apesar de ter sido informado pelo atendente da Autarquia, à época do requerimento, que receberia carta informando da concessão ou não do benefício. Expõe que, decorridos quase oito anos da data do requerimento sem resposta, compareceu à APS e foi informado do deferimento de seu pedido, bem como do depósito da quantia de R\$ 67.454,87 em uma conta da agência 1529-6, do Banco do Brasil. Informa que foi orientado a comparecer no banco, com seus documentos pessoais, para sacar os valores. Afirma que indicou, para o recebimento da quantia, conta no Banco Itaú e não no Banco do Brasil. Narra que, em 25/05/2015, compareceu ao Banco do Brasil e recebeu a informação, por intermédio do gerente Paulo César Cipolla, de que os valores de seu benefício já haviam sido sacados. Diz que o documento de identificação ("RG") apresentado pelo sacador indicava seus dados pessoais, porém fotografia de pessoa diversa. Expõe que a quantia foi sacada por meio de fraude e com uso de documento falso. Relata que apresentou contestação ao Banco do Brasil quanto ao saque realizado, formulou reclamação na Ouvidoria Geral da Previdência Social e registrou o boletim de ocorrência nº 2209/2015. Afirma que as requeridas não tomaram nenhuma providência eficaz e que não agiram com a cautela esperada, uma vez que permitiram o saque de valores por terceiro sem verificarem a autenticidade dos documentos apresentados. Requer o imediato depósito, pelas rés, da quantia de R\$ 67.454,87, a prioridade na tramitação, os benefícios da assistência judiciária gratuita e a inversão do ônus da prova.

[...]

Pela decisão id. 78275, este Juízo Federal concedeu os benefícios da assistência judiciária gratuita, deferiu a prioridade requerida e indeferiu a concessão de tutela antecipada.

[...]

Contestação do Banco do Brasil (ID 52058782) e do INSS (ID 52058791). Réplica (ID 52058794).

Aberta a oportunidade para a especificação de provas a produzir (ID 52058795). Deferida a prova documental e indeferida a prova testemunhal e pericial (ID 52058809).

Sobreveio a r. sentença (ID 52058871) que julgou improcedentes os pedidos iniciais, em relação ao INSS e parcialmente procedentes, no que se refere ao Banco do Brasil, na forma do dispositivo abaixo transcrito, em seus trechos essenciais:

[...]

Porque as questões preliminares e prejudiciais já foram afastadas pela decisão sob o id. 407129, passo a examinar e julgar o mérito da lide.

[...]

2.2.1 Responsabilidade do Banco do Brasil S/A

Para o caso particular dos autos, estão cumpridos todos os requisitos necessários à caracterização da responsabilidade do requerido Banco do Brasil S/A pelos danos materiais e morais experimentados pelo requerente:

I. ação/omissão: *a omissão do Banco do Brasil S/A na fiscalização da documentação submetida à sua análise (id. 2506225) permitiu a transferência, a pedido de terceiro, de valores devidos ao autor a título de pecúlio, para conta em favor de terceiro(s) fraudador(es). De acordo com o Ofício nº 701/2018-SECUI-pro, expedido pelo Instituto de Identificação Ricardo Gumbleton Daut – IIRGD, o RG apresentado pelo indivíduo que solicitou a transferência bancária dos valores depositados em conta à disposição do autor não possui os mesmos dados que o RG original do autor. Além disso, a assinatura no RG utilizado é notoriamente divergente da assinatura do autor. Por fim, o RG apresentado tem como data de expedição o dia 24/11/2013 (domingo), data em que o IIRGD confirmou não ter sido expedida nenhuma carteira de identidade. Assim, cabe concluir que a transferência dos valores devidos ao autor a título de pecúlio decorreu de fraude perpetrada por terceiro desconhecido junto ao Banco do Brasil S/A;*

II. culpa: *elemento inexigível na definição da responsabilidade civil objetiva;*

III. dano: decorre da privação do autor de valor considerável devido a título de pecúlio, correspondente a mais de 70 salários mínimos vigentes. A renda mensal inicial do benefício de aposentadoria especial que o autor recebe é de menos de dois salários mínimos, do que se constata que o autor sobrevive em condições modestas. O dano decorre também da angústia e da incerteza em ver a questão resolvida adequada e prestamente;

IV. nexa de causalidade: a omissão descrita no item I se insere na cadeia causal adequada que resultou no dano extrapatrimonial ora vindicado. Ou seja, a incúria do réu Banco do Brasil S/A entrou na linha lógica adequada de causação do dano experimentado pelo autor.

V. causa de exclusão ou de redução da responsabilidade dos corréus: na esteira das considerações feitas nos itens precedentes, não se vislumbra nenhuma das causas que exclui a responsabilidade do réu Banco do Brasil S/A por defeito do serviço (artigo 14, § 3º, I e II, do CDC).

Com efeito, a procedência do pedido de restituição atualizada e com incidência de juros de mora do valor efetivamente transferido da conta à disposição do autor (indenização pelos danos materiais) é manifesta.

Em linha de consequência, preenchidos os pressupostos legais do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor e do artigo 927 do Código Civil, o Banco do Brasil S/A deve reparar o dano material e compensar o dano moral experimentado pelo demandante.

2.2.2 Responsabilidade do INSS

Já com relação à responsabilidade do requerido INSS, a conclusão é diversa.

De acordo com o entendimento firmado pela Turma Nacional de Uniformização no Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei nº 0500796-67.2017.4.05.8307/PE, a responsabilidade do INSS nos casos de empréstimo consignado concedido mediante fraude é subsidiária à da instituição financeira:

[...]

No caso dos empréstimos consignados, o INSS possui a obrigação de conferir a veracidade dos dados informados no documento que autoriza os descontos no benefício previdenciário.

Já no presente caso, necessário esclarecer o pagamento de valores por meio de PAB. Nos termos do Manual de Manutenção de Direitos – Volume II – Emissão de Pagamentos, elaborado pela Divisão de Manutenção de Direitos do INSS:

CAPÍTULO III - PAGAMENTO ALTERNATIVO DE BENEFÍCIOS – PAB

1. O QUE É PAB

O PAB é utilizado nas situações excepcionais de pagamentos de benefícios, quando por algum motivo não foi possível a emissão do crédito por meio de cartão magnético ou conta corrente. Tem o objetivo de regularizar créditos em situações como:

- a) não gerados pelo sistema central;
- b) emitidos com erro;
- c) emitidos com inconsistência;
- d) não recebidos em tempo hábil;
- e) pagamento de resíduos;
- f) pagamento por determinação judicial; e
- g) PAB cancelados.

(...).

2. OPERACIONALIZAÇÃO DO PAB

(...).

Os créditos emitidos por meio de PAB são disponibilizados ao beneficiário nas agências do Banco do Brasil vinculadas ao OL [Órgão Local] solicitante do PAB, podendo em situações especiais ser informado um OP [Órgão Pagador] mais próximo do município de residência do beneficiário.

(...).

6. MOTIVOS DE SOLICITAÇÃO DE EMISSÃO DE PAB

(...).

6.8 MOTIVO 34 - BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO ÚNICA

O Motivo 34 é usado para pagamento de pecúlio (espécie 68). Quando a concessão do pecúlio ocorrer por OL diferente do OLM [Órgão Local Mantenedor] da aposentadoria e esta estiver ativa, o PAB ficará pendente para liberação pelo OLM da Aposentadoria. Tratando-se de pagamento aos dependentes habilitados à pensão por morte, o PAB é processado automaticamente para o órgão pagador em que a mesma está sendo paga. Não havendo dependente habilitado à pensão, o PAB é emitido ao Banco do Brasil. Para emissão do PAB não poderá existir crédito dentro do período solicitado.

Observa-se, portanto, que a obrigação do INSS cessa-se com o envio dos valores, através de PAB, à agência do Banco do Brasil vinculada ao órgão local.

Conforme documento id. 68721, a autorização do PAB se deu em 18/05/2015, mesma data em que o autor foi orientado, pelo INSS, a comparecer ao Banco do Brasil.

Assim, o envio da carta de concessão ao seu endereço em nada afetou, em termos materiais, o seu direito a receber a informação adequada para que aviasse prontamente o recebimento do valor – providência que o autor só veio a adotar após longos 8 anos.

2.2.3 Valor da compensação pelos danos morais

O valor da pretendida compensação pelos danos morais experimentados se mostra extravagante (R\$ 38.160,00 – 40 salários mínimos vigentes).

[...]

Bem sopesadas as circunstâncias e observadas todas as nuances acima, fixo a compensação por danos morais em **R\$ 10.000,00** (dez mil reais).

3 DISPOSITIVO

Diante do exposto, **julgo improcedentes** os pedidos deduzidos em face do INSS e **parcialmente procedentes** os pedidos deduzidos em face do Banco do Brasil, resolvendo-lhes o mérito nos termos dos artigos 487, inciso I, do Código de Processo Civil. Assim, **condeno** o Banco do Brasil S/A a: **(3.1)** restituir o valor efetivamente transferido da conta à disposição do autor relativo ao pagamento de pecúlio por meio de PAB e; **(3.2)** compensar o dano moral sofrido pelo autor no valor total de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Sobre o quantum debeatur incidirão correção monetária e juros moratórios segundo os índices estabelecidos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, segundo a versão que estiver em vigor na data da apresentação da conta de liquidação, nos termos seguintes: a) restituição do valor efetivamente transferido da conta à disposição do autor relativo ao pagamento de pecúlio por meio de PAB (indenização por danos materiais): juros de mora e atualização monetária a partir do evento danoso, qual seja, a data da transferência (Súmulas n.º 43 e 54, do STJ); b) compensação por danos morais: juros de mora a partir do evento danoso, qual seja, a data da transferência, e atualização monetária a partir desta data de arbitramento (Súmulas n.º 54 e 362, do STJ).

Fixo os honorários advocatícios totais em 10% (dez por cento) do valor atualizado da condenação, nos termos do parágrafo 2.º do artigo 85 do Código de Processo Civil. Esse valor deverá ser decomposto em dupla condenação honorária: (1) atento à Súmula 326/STJ, condeno o Banco do Brasil a pagar a metade desse valor à representação processual da parte autora; (2) condeno a parte autora a pagar a outra metade ao INSS, garantida, porém, a aplicação do parágrafo 3.º do artigo 98 do CPC, que não se afasta pelo exclusivo recebimento dos valores indenizatórios acima.

As custas serão meadas entre a parte autora e a Banco do Brasil. A parte autora está isenta, diante da concessão da gratuidade processual, nos termos acima.

[...]

Interposta apelação pelo Banco do Brasil que, em suas razões recursais (ID 52058874), sustenta, em síntese, o seguinte: a hipótese de ilegitimidade passiva, sob o argumento de que se trata de ato exclusivo de terceiro, que sacou o valor depositado na conta do autor, sendo o Banco vítima também; aduz que a culpa é do apelado que não promoveu a devida guarda de suas informações pessoais e cita jurisprudência a respeito do assunto, sustentando a ocorrência de culpa exclusiva da vítima; afirma que o autor não comprovou o dano suportado, seja de natureza moral ou patrimonial; e insurge-se contra o valor fixado a título de danos morais e o percentual de 10% da verba honorária.

Contrarrazões do autor (ID 52058880), na qual requer a majoração da verba honorária em face do que determina o §11 do art. 85 do CPC. Contrarrazões do INSS (ID 52058878), na qual volta a sustentar a sua ilegitimidade passiva e a hipótese de prescrição.

Vieramos autos a esta E. Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000062-69.2016.4.03.6144

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: BANCO DO BRASIL SA

Advogados do(a) APELANTE: FLAVIO OLIMPIO DE AZEVEDO - SP34248-A, RENATO OLIMPIO SETTE DE AZEVEDO - SP180737-A, MILENA PIRAGINE - SP178962-A

APELADO: NELSON PIRIA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) APELADO: JULIANA ROVERCO SANTOS - SP193404-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

“EMENTA”

APELAÇÃO CÍVEL. DANO MATERIAL E MORAL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DEPOSITADO PELO INSS EM CONTA ABERTA NO BANCO DO BRASIL. SAQUE INDEVIDO FEITO POR TERCEIRO, MEDIANTE A APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTO FALSO. DANO, EVENTO DANOSO, CONDUTA DO AGENTE E NEXO DE CAUSALIDADE. COMPROVADOS. DEVER DE INDENIZAR POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. CONFIGURADO. HONORÁRIOS RECURSAIS. CABIMENTO. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. SENTENÇA MANTIDA.

1. Cinge-se a controvérsia em apurar se a responsabilidade pelo saque indevido, feito por terceiro, do valor depositado pelo INSS em favor do autor, no Banco do Brasil, a título de benefício previdenciário, deve ser atribuída aos réus, ensejando a condenação no dever de indenizar, por danos materiais e morais.

2. *A hipótese relatada na jurisprudência trazida à colação, pelo apelante, não é a mesma dos autos, uma vez que trata de hipóteses em que o titular da conta tem o cartão do banco extraviado com a senha e neste processo a situação é absolutamente diversa, até porque, o autor sequer tinha conta na Instituição financeira, uma vez que foi aberta por requisição do INSS, para depósito dos benefícios previdenciários e o apelado somente descobriu a fraude, que ocorreu por meio de utilização de documento falso, quando foi informado pelo Instituto de que o valor estava disponível no Banco do Brasil e foi até a agência bancária para efetuar o saque.*

3. *No que diz respeito à ocorrência de dano indenizável, como bem analisou a r. sentença, restou comprovado, de forma inequívoca, o dano, o evento danoso e o nexo de causalidade entre eles e a conduta do agente, na hipótese, o Banco do Brasil. O saque fraudulento de fato ocorreu, deixando o autor de receber os valores devidos em razão da concessão do benefício previdenciário, sendo que a irregularidade no saque se deu em razão da falta de cuidado da Instituição financeira, em verificar a verdadeira identidade do titular da conta em relação à da pessoa que realizou a operação de saque. Portanto, configurada a hipótese de responsabilidade do Banco do Brasil a ensejar a obrigação de indenizar por danos materiais e morais.*

4. *Tratando-se de sentença proferida na vigência do novo Código de Processo Civil, cabível o arbitramento de honorários recursais, nos termos do § 11 do art. 85 do referido diploma legal, conforme posto no Enunciado Administrativo nº 7 do C. STJ.*

5. *Nega-se provimento à apelação do Banco do Brasil, para manter a r. sentença, por seus próprios fundamentos, determinada a majoração da verba honorária, para 11% sobre o valor da condenação, com fundamento no §11 do art. 85 do CPC.*

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Cinge-se a controvérsia em apurar se a responsabilidade pelo saque indevido, feito por terceiro, do valor depositado pelo INSS em favor do autor, no Banco do Brasil, a título de benefício previdenciário, deve ser atribuída aos réus, ensejando a condenação no dever de indenizar, por danos materiais e morais.

Volta a sustentar o INSS, em sede de contrarrazões, a hipótese de prescrição e de ilegitimidade passiva.

Nesse passo peço vênia para transcrever parte da fundamentação da decisão do Juízo *a quo*, que tratou dessas matérias, para adotá-la como razão de decidir, para rejeitar a alegada prescrição, bem como a preliminar de ilegitimidade passiva do Instituto (ID 52058809):

[...]

3 – *Quanto ao corréu INSS, afasto a preliminar de ilegitimidade passiva uma vez que a causa de pedir indicada pela autora se refere a ato lesivo que teria sido praticado em relação a valor pago pelo INSS, sendo que a legitimidade se afere em abstrato, independentemente do resultado, que já é o mérito da lide.*

4 – *Do mesmo modo, a alegação de prescrição não merece prosperar. Isso porque o depósito efetuado pelo INSS em conta aberta, em tese, mediante fraude, bem como o saque supostamente realizado por terceiro, debatidos nesses autos, ocorreu em 2015, não tendo decorrido o prazo prescricional legal.*

[...]

Defende o Banco do Brasil a hipótese de ilegitimidade passiva, sob o argumento de que se trata de ato exclusivo de terceiro, que sacou o valor depositado na conta do autor, sendo o Banco vítima também.

Não assiste razão à Instituição Financeira.

A alegada lesão se deu em face da relação consumerista existente entre o autor e o Banco, que não adotou a cautela necessária para bem cumprir a sua atividade bancário/financeira.

No que se refere à alegada responsabilidade exclusiva de terceiro e da vítima, o Banco do Brasil sustenta que o autor não adotou os cuidados necessários com seus documentos e informações, razão pela qual terceira pessoa, de posse dessas informações e documentos, promoveu a fraude apontada e junta jurisprudência.

Inicialmente cabe destacar que a hipótese relatada na jurisprudência trazida à colação, pelo apelante, não é a mesma dos autos, uma vez que trata de hipóteses em que o titular da conta tem o cartão do banco extraviado com a senha e neste processo a situação é absolutamente diversa, até porque, o autor sequer tinha conta na Instituição financeira, uma vez que foi aberta por requisição do INSS, para depósito dos benefícios previdenciários e o apelado somente descobriu a fraude, que ocorreu por meio de utilização de documento falso, quando foi informado pelo Instituto de que o valor estava disponível no Banco do Brasil e foi até a agência bancária para efetuar o saque.

No que diz respeito à ocorrência de dano indenizável, como bem analisou a r. sentença, restou comprovado, de forma inequívoca, o dano, o evento danoso e o nexo de causalidade entre eles e a conduta do agente, na hipótese, o Banco do Brasil.

O saque fraudulento de fato ocorreu, deixando o autor de receber os valores devidos em razão da concessão do benefício previdenciário, sendo que a irregularidade no saque se deu em razão da falta de cuidado da Instituição financeira, em verificar a verdadeira identidade do titular da conta em relação à da pessoa que realizou a operação de saque.

Portanto, configurada hipótese de responsabilidade do Banco do Brasil a ensejar a obrigação de indenizar por danos materiais e morais, como bem explicitou a r. sentença:

[...]

2.2.1 Responsabilidade do Banco do Brasil S/A

Para o caso particular dos autos, estão cumpridos todos os requisitos necessários à caracterização da responsabilidade do requerido Banco do Brasil S/A pelos danos materiais e morais experimentados pelo requerente:

I. ação/omissão: *a omissão do Banco do Brasil S/A na fiscalização da documentação submetida à sua análise (id. 2506225) permitiu a transferência, a pedido de terceiro, de valores devidos ao autor a título de pecúlio, para conta em favor de terceiro(s) fraudador(es). De acordo com o Ofício nº 701/2018-SECUI-pro, expedido pelo Instituto de Identificação Ricardo Gumbleton Daunt – IIRGD, o RG apresentado pelo indivíduo que solicitou a transferência bancária dos valores depositados em conta à disposição do autor não possui os mesmos dados que o RG original do autor. Além disso, a assinatura no RG utilizado é notoriamente divergente da assinatura do autor. Por fim, o RG apresentado tem como data de expedição o dia 24/11/2013 (domingo), data em que o IIRGD confirmou não ter sido expedida nenhuma carteira de identidade. Assim, cabe concluir que a transferência dos valores devidos ao autor a título de pecúlio decorreu de fraude perpetrada por terceiro desconhecido junto ao Banco do Brasil S/A;*

II. culpa: *elemento inexigível na definição da responsabilidade civil objetiva;*

III. dano: *decorre da privação do autor de valor considerável devido a título de pecúlio, correspondente a mais de 70 salários mínimos vigentes. A renda mensal inicial do benefício de aposentadoria especial que o autor recebe é de menos de dois salários mínimos, do que se constata que o autor sobrevive em condições modestas. O dano decorre também da angústia e da incerteza em ver a questão resolvida adequada e prestamente;*

IV. nexo de causalidade: *a omissão descrita no item I se insere na cadeia causal adequada que resultou no dano extrapatrimonial ora vindicado. Ou seja, a incúria do réu Banco do Brasil S/A entrou na linha lógica adequada de causação do dano experimentado pelo autor.*

V. causa de exclusão ou de redução da responsabilidade dos corréus: *na esteira das considerações feitas nos itens precedentes, não se vislumbra nenhuma das causas que exclui a responsabilidade do réu Banco do Brasil S/A por defeito do serviço (artigo 14, § 3º, I e II, do CDC).*

Com efeito, a procedência do pedido de restituição atualizada e com incidência de juros de mora do valor efetivamente transferido da conta à disposição do autor (indenização pelos danos materiais) é manifesta.

Em linha de consequência, preenchidos os pressupostos legais do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor e do artigo 927 do Código Civil, o Banco do Brasil S/A deve reparar o dano material e compensar o dano moral experimentado pelo demandante.

[...]

No que se refere ao *quantum* indenizatório, observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a quantia de R\$10.000,00, fixada pela r. sentença, se mostra suficiente e perfeitamente adequada a atender a natureza compensatória e não de ressarcimento dos valores devidos a título de danos morais, sem configurar a hipótese de enriquecimento ilícito.

Nesse sentido o julgado:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DIREITO DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. CONDUTA ILÍCITA COMPROVADA. OPERAÇÕES NÃO RECONHECIDAS VIA CARTÃO DE CRÉDITO. EMISSÃO NÃO SOLICITADA. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. SÚMULA 297 DO STJ. DANOS MORAIS ARBITRADOS DENTRO DOS PARÂMETROS LEGAIS. RECURSO PARCIALEMNTE PROVIDO.

[...]

5. Observados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade e considerando que, por um lado, a condenação não pode implicar em enriquecimento sem causa e que, por outro, tem também como fulcro sancionar a instituição financeira do ato ilícito ou de sua negligência, de forma a desestimular a repetição, entendo que o montante indenizatório deva ser reduzido para R\$ 10.000,00, o qual se mostra adequado à reparação dos danos morais causados e em consonância com precedentes desta Primeira Turma.

[...]

(ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL/SP 0002834-41.2016.4.03.6128 - Desembargador Federal HELIO EGYDIO DE MATOS NOGUEIRA – 1ª Turma – Julgado em 19/04/2020 – Publicado no e - DJF3 Judicial 1 DATA: 23/04/2020)

Requer o autor, em sua peça de contrarrazões, a majoração dos honorários advocatícios, com fundamento no disposto no § 11 do art. 85 do CPC, estes fixados pela r. sentença em 10% sobre o valor atualizado da condenação.

Tratando-se de sentença proferida na vigência do novo Código de Processo Civil, cabível o arbitramento de honorários recursais, nos termos do § 11 do art. 85 do referido diploma legal, conforme posto no Enunciado Administrativo nº 7 do C. STJ. Deste modo, majoro os honorários devidos pelo apelante para 11% (doze por cento) sobre o valor da condenação.

Ante o exposto, nego provimento à apelação do Banco do Brasil, para manter a r. sentença, por seus próprios fundamentos, determinada a majoração da verba honorária, para 11% sobre o valor da condenação, com fundamento no §11 do art. 85 do CPC.

É como voto.

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. DANO MATERIAL E MORAL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DEPOSITADO PELO INSS EM CONTA ABERTA NO BANCO DO BRASIL. SAQUE INDEVIDO FEITO POR TERCEIRO, MEDIANTE A APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTO FALSO. DANO, EVENTO DANOSO, CONDUTA DO AGENTE E NEXO DE CAUSALIDADE. COMPROVADOS. DEVER DE INDENIZAR POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. CONFIGURADO. HONORÁRIOS RECURSAIS. CABIMENTO. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. SENTENÇA MANTIDA.

1. *Cinge-se a controvérsia em apurar se a responsabilidade pelo saque indevido, feito por terceiro, do valor depositado pelo INSS em favor do autor, no Banco do Brasil, a título de benefício previdenciário, deve ser atribuída aos réus, ensejando a condenação no dever de indenizar, por danos materiais e morais.*

2. *A hipótese relatada na jurisprudência trazida à colação, pelo apelante, não é a mesma dos autos, uma vez que trata de hipóteses em que o titular da conta tem o cartão do banco extraviado com a senha e neste processo a situação é absolutamente diversa, até porque, o autor sequer tinha conta na Instituição financeira, uma vez que foi aberta por requisição do INSS, para depósito dos benefícios previdenciários e o apelado somente descobriu a fraude, que ocorreu por meio de utilização de documento falso, quando foi informado pelo Instituto de que o valor estava disponível no Banco do Brasil e foi até a agência bancária para efetuar o saque.*

3. *No que diz respeito à ocorrência de dano indenizável, como bem analisou a r. sentença, restou comprovado, de forma inequívoca, o dano, o evento danoso e o nexo de causalidade entre eles e a conduta do agente, na hipótese, o Banco do Brasil. O saque fraudulento de fato ocorreu, deixando o autor de receber os valores devidos em razão da concessão do benefício previdenciário, sendo que a irregularidade no saque se deu em razão da falta de cuidado da Instituição financeira, em verificar a verdadeira identidade do titular da conta em relação à pessoa que realizou a operação de saque. Portanto, configurada a hipótese de responsabilidade do Banco do Brasil a ensejar a obrigação de indenizar por danos materiais e morais.*

4. *Tratando-se de sentença proferida na vigência do novo Código de Processo Civil, cabível o arbitramento de honorários recursais, nos termos do § 11 do art. 85 do referido diploma legal, conforme posto no Enunciado Administrativo nº 7 do C. STJ.*

5. *Nega-se provimento à apelação do Banco do Brasil, para manter a r. sentença, por seus próprios fundamentos, determinada a majoração da verba honorária, para 11% sobre o valor da condenação, com fundamento no §11 do art. 85 do CPC.*

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação do Banco do Brasil, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5015712-26.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: OMMA ADMINISTRADORA DE IMOVEIS LTDA - EPP

Advogados do(a) APELANTE: FERNANDO ANTONIO BORGES GALVAO DE MELO - PE18606, MARIA MARTHA AMORIM DE AZEVEDO GALVAO DE MELO - PE34164, JOSE MANUEL ZEFERINO GALVAO DE MELO - PE25286

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5015712-26.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. CONSUELO YOSHIDA

APELANTE: OMMA ADMINISTRADORA DE IMOVEIS LTDA - EPP

Advogados do(a) APELANTE: FERNANDO ANTONIO BORGES GALVAO DE MELO - PE18606, MARIA MARTHA AMORIM DE AZEVEDO GALVAO DE MELO - PE34164, JOSE MANUEL ZEFERINO GALVAO DE MELO - PE25286

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

QUESTÃO DE ORDEM

RELATÓRIO

**A EXCELENTÍSSIMA SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA
(RELATORA):**

Trata-se de embargos de declaração opostos pela autora ao v. acórdão, que, por unanimidade, negou provimento à apelação, em ação de rito ordinário ajuizada com o objetivo de ver desconstituído o parcelamento realizado de forma espontânea por erro manifesto, visto que os valores parcelados não comportam incidência do IRPJ, CSLL, PIS e Cofins, pois oriundos de ressarcimento do patrimônio que foi destruído em sinistro de incêndio, condenando a ré na restituição dos valores pagos, mediante compensação tributária.

O v. acórdão foi assimementado:

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACOLHIMENTO PARCIAL. OMISSÃO SANADA. PREQUESTIONAMENTO. EFEITO INFRINGENTE.

1. O v. acórdão, apesar de haver concluído pela incidência do PIS e da Cofins, não se pronunciou de forma expressa, em sua fundamentação, acerca de tais contribuições, o que se passa a fazer nessa sede, sem, contudo, acarretar efeito infringente:

No que se refere às contribuições ao PIS e à Cofins, as Leis n.ºs 9.718/98, 10.637/02 e 10.833/03, preveem a incidência, que cumulativa, quer não-cumulativa, com base no faturamento ou na receita auferida mensalmente pela pessoa jurídica.

A receita tributável para incidência de PIS e COFINS deve incorporar positivamente o patrimônio da empresa, sendo certo que o valor recebido a título de indenização por sinistro, não se enquadraria, a princípio, no conceito jurídico de faturamento ou receita bruta.

Todavia, é importante observar que nem toda verba que é designada como indenização, necessariamente, deve ser afastada do campo de incidência do IR, da CSLL e das contribuições ao PIS e à Cofins. Torna-se imprescindível para se aferir a incidência ou não dos referidos tributos que seja analisada a ocorrência ou não do acréscimo patrimonial.

2. Suprida referida omissão, o acórdão embargado pronunciou-se sobre toda a matéria colocada sub judice, com base nos fatos ocorridos e constantes dos autos, concluindo, de modo fundamentado e coeso, pela incidência do IRPJ, da CSLL e do PIS e da Cofins sobre a quantia de R\$ 451.409,17, recebida por empresa seguradora, não se verificando as demais alegações de omissões e contradições.

3. Salta evidente que não almeja a embargante suprir vícios no julgado, buscando, em verdade, externar seu inconformismo com a solução adotada, que lhe foi desfavorável, pretendendo vê-la alterada. Não é esse, contudo, o escopo dos embargos declaratórios.

4. Mesmo para fins de prequestionamento, estando o acórdão ausente dos vícios apontados, os embargos de declaração não merecem acolhida.

5. Inadmissível a modificação do julgado, por meio de embargos de declaração. Propósito nitidamente infringente.

6. Embargos de declaração parcialmente acolhidos.

Em Sessão de Julgamento desta E. Sexta Turma, realizada em 27/06/2019, o E. Des. Federal Fabio Prieto solicitou vista dos presentes autos (ID73735995).

O feito foi julgado na sessão da E. Sexta Turma de 03/10/2019, sem observância do pedido de vista.

Retornamos os autos em conclusão.

É o relatório.

QUESTÃO DE ORDEM

VOTO

A EXCELENTÍSSIMA DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA (RELATORA):

Na Sessão de Julgamento desta E. Sexta Turma, realizada em 27/06/2019, o E. Des. Federal Fabio Prieto solicitou vista dos presentes autos (ID73735995).

O julgamento do feito, realizado na sessão da E. Sexta Turma de 03/10/2019, deve ser anulado em face da inobservância do pedido de vista (ID 93341769).

Em face do exposto, **suscito a presente questão de ordem, de ofício, para que seja anulado o julgamento deste feito, realizado na sessão de 03/10/2019**, com a correção do equívoco e continuidade do julgamento iniciado em 27/06/2019, em sessão oportuna.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5015712-26.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. CONSUELO YOSHIDA

APELANTE: OMMA ADMINISTRADORA DE IMOVEIS LTDA - EPP

Advogados do(a) APELANTE: FERNANDO ANTONIO BORGES GALVAO DE MELO - PE18606, MARIA MARTHA AMORIM DE AZEVEDO GALVAO DE MELO - PE34164, JOSE MANUEL ZEFERINO GALVAO DE MELO - PE25286

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO VISTA

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Trata-se de embargos de declaração interpostos contra o v. Acórdão que negou provimento à apelação.

A Senhora Relatora apresentou voto no sentido de acolher, em parte, os declaratórios.

Pedi vista dos autos.

Acompanho a Senhora Relatora, pelos seus próprios fundamentos, para **acolher, em parte, os embargos de declaração**.

É o voto.

QUESTÃO DE ORDEM

EMENTA

QUESTÃO DE ORDEM. PROCESSUAL CIVIL. ANULAÇÃO DE JULGAMENTO. INOBSERVÂNCIA DE PEDIDO DE VISTA.

1. Na Sessão de Julgamento desta E. Sexta Turma, realizada em 27/06/2019, o E. Des. Federal Fabio Prieto solicitou vista dos presentes autos.

2. O julgamento do feito, realizado na sessão de 03/10/2019, deve ser anulado em face da inobservância do pedido de vista (ID 93341769).

3. Questão de ordem suscitada, de ofício, para que seja anulado o julgamento deste feito, realizado na sessão de 03/10/2019, com a correção do equívoco e continuidade do julgamento iniciado em 27/06/2019, em sessão oportuna.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, PROSEGUINDO NO JULGAMENTO, PROFERIU VOTO-VISTA O DESEMBARGADOR FEDERAL FÁBIO PRIETO, ACOMPANHANDO O VOTO DA RELATORA PARA ACOLHER, EM PARTE, OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ASSIM, A SEXTA TURMA, POR UNANIMIDADE, ACOLHEU PARCIALMENTE OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, NOS TERMOS DO VOTO DA RELATORA, DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5001341-02.2019.4.03.6107

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

PARTE AUTORA: DULCE DUARTE LEITE BOTTIZINI

Advogado do(a) PARTE AUTORA: LUPERCIO CANNATA JUNIOR - SP395499-A

PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de mandado de segurança destinado a viabilizar a reinclusão em programa de parcelamento instituído pela Lei Federal nº. 13.496/2017, bem como o reconhecimento da extinção dos débitos.

Notificada, a autoridade impetrada informou o deferimento da adesão ao programa de parcelamento, nos seguintes termos (fls. 6, ID 124344929): “*Seguindo a orientação da Nota Pert nº 009/2019, em 31/07/2019, foi efetuada a revisão de ofício do indeferimento do pedido de revisão da consolidação do Pert. Para tanto, foi tornado sem efeito o Despacho o Despacho Decisório 10820/96/2019 e respectivo Parecer que o embasou, proferidos no processo 10820.720178/2019-99. Em seguida, foi deferido o pedido de revisão da consolidação do Pert para inclusão no Programa dos débitos controlados no processo nº 15868.720213/2013-51*”.

A r. sentença (ID 124344930) julgou o pedido inicial procedente.

Sem recursos voluntários.

A Procuradoria Regional da República apresentou parecer (ID 126758731).

Sentença sujeita ao necessário reexame.

É uma síntese do necessário.

No caso concreto, houve o acolhimento da pretensão, na esfera administrativa.

A autoridade fiscal, no processo administrativo nº. 10820.720178/2019-99 (fls. 2/3, ID 66447939):

“O Chefe da Seção de Controle e Acompanhamento Tributário – SACAT da Delegacia Da Receita Federal do Brasil em Araçatuba, no exercício das atribuições que lhe foram conferidas pela Portaria nº 10820/22/2011, de 04/04/2011, publicada no DOU de 06/0/2011, nos termos do Parecer SACAT retro, que aprova e torna parte integrante desde, decide:

1 – TORNAR SEM EFEITO o Despacho Decisório 10820/96/2019 de fls. 15 e o Parecer de fls. 12/14 que o embasou, considerando a mudança de entendimento no caso de pedidos de revisão da consolidação do Pert de optantes que efetuaram o pagamento integral da dívida antes da etapa de consolidação e foram excluídos do Pert por não terem prestado as informações necessárias à consolidação do parcelamento.

2 – DEFERIR o pedido de consolidação manual da modalidade PERT – RFB – Demais Débitos – Art. 2º, III, “a”, da Lei nº 13.496/2017 com a inclusão no programa dos débitos controlados no processo nº 15868.720213/2013-51, tendo em vista que, de acordo com o entendimento da Coordenação-Geral de Arrecadação e Cobrança (Codac) explicitado na Nota Pert nº 009/2019, de 02/07/2019, o parcelamento já estava quitado antes da etapa de consolidação”.

Não há interesse jurídico na reanálise da matéria.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em hipótese análoga:

ADMINISTRATIVO. FATO NOVO. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO. CARÊNCIA DO INTERESSE DE AGIR. EXTINÇÃO DO PROCESSO.

1. O reconhecimento do direito na esfera administrativa configura fato superveniente, conforme teor do art. 462 do Código de Processo Civil, que implica a superveniente perda do interesse de agir do autor, pois torna-se desnecessário o provimento jurisdicional, impondo a extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC. Precedentes do STJ.

2. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp 1404431/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/11/2013, DJe 09/12/2013).

ADMINISTRATIVO. FATO NOVO. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO. CARÊNCIA DO INTERESSE DE AGIR. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ART. 267, VI, DO CPC.

1. Consoante a jurisprudência do STJ, o reconhecimento administrativo da pretensão deduzida na ação ordinária denota a ausência de interesse de agir superveniente e conduz à extinção do processo, nos termos do art. 267, VI, do CPC, e não nos termos do art. 269, II, do CPC.

2. Precedentes: REsp 938.715/CE, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 4.11.2008, DJe 1º.12.2008; REsp 1.091.148/RJ, Rel.

Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 16.12.2010, DJe 8.2.2011; EDcl no AgRg no Ag 1.200.208/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 13.4.2010, DJe 19.5.2010; AgRg no Ag 1.191.616/MG, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, julgado em 23.2.2010, DJe 23.3.2010.

Agravo regimental improvido.

(AgRg nos EDcl nos EDcl no AREsp 58.209/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 13/12/2012).

Civil

Por tais fundamentos, **não conheço da remessa necessária**, nos termos do artigo 932, inciso III, do Código de Processo

Publique-se. Intimem-se.

Decorrido o prazo recursal, remetam-se à origem

APELADO: BRASIL SUL LINHAS RODOVIARIAS LTDA., BRASIL SUL ENCOMENDAS RAPIDAS LTDA
Advogado do(a) APELADO: MARCIO ARI VENDRUSCOLO - PR24736-A
Advogado do(a) APELADO: MARCIO ARI VENDRUSCOLO - PR24736-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0025325-29.2016.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHONSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: BRASIL SUL LINHAS RODOVIARIAS LTDA., BRASIL SUL ENCOMENDAS RAPIDAS LTDA
Advogado do(a) APELADO: MARCIO ARI VENDRUSCOLO - PR24736-A
Advogado do(a) APELADO: MARCIO ARI VENDRUSCOLO - PR24736-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno interposto pela UNIÃO FEDERAL em face da decisão monocrática deste Relator que **negou provimento** à sua apelação e **deu parcial provimento** à remessa necessária para reconhecer o direito da agravada à exclusão do ICMS, destacado na nota fiscal, da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como a compensação dos valores indevidamente recolhidos, observando-se a prescrição quinquenal, a correção do indébito pela SELIC, a sujeição ao art. 170-A do CTN, ao art. 74 da Lei nº 9.430/96 c/c art. 26-A da Lei nº 11.457/07 e a eventual modulação dos efeitos do julgado paradigma.

O recurso foi respondido.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0025325-29.2016.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHONSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: BRASIL SUL LINHAS RODOVIARIAS LTDA., BRASIL SUL ENCOMENDAS RAPIDAS LTDA
Advogado do(a) APELADO: MARCIO ARI VENDRUSCOLO - PR24736-A
Advogado do(a) APELADO: MARCIO ARI VENDRUSCOLO - PR24736-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

As razões do presente agravo interno não vão além da repetição dos argumentos já deduzidos em sede da apelação fazendária que foi decidida monocraticamente por este Relator, conforme se orienta a Sexta Turma desta Corte Regional.

Assim, ficam cancelados os argumentos que fundamentaram a decisão agravada.

O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a inclusão do ICMS (faturado) na base de cálculo do PIS e da COFINS, fazendo-o por ocasião do julgamento do **RE nº 574.706**. A corte, por maioria e nos termos do voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia, apreciando o Tema nº 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "**O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins**".

Esse entendimento é aplicável **de pronto**, não havendo que se falar em espera de embargos de declaração (*sem efeito suspensivo*) ou de modulação de efeitos da decisão plenária da Suprema Corte, já que esses dois eventos não estão consignados em lei como impeditivos da aplicação imediata do *decisum*. Esse é o entendimento que vem sendo seguido nesta Corte Regional (3ª Turma, AI - AGRADO DE INSTRUMENTO - 5021518-72.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 08/11/2019, Intimação via sistema DATA: 13/11/2019), e de modo unânime nesta 6ª. Turma (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000706-20.2017.4.03.6130, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 03/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/12/2019).

Deveras, a suspensão pretendida pelo Fisco esbarraria no art. 1.035, § 5º do NCPC.

De outro lado, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal – ao acolher o voto da Ministra Relatora – no sentido de que, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada como faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019). Essa é a postura que este Relator sempre defende desde o momento em que surtiu o julgamento do Tema nº 69 (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000596-53.2018.4.03.6108, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 02/12/2019, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019).

Quanto ao ponto, portanto, descabe falar em inovação recursal ou ofensa ao princípio da congruência, vez que o *decisum* agravado apenas manteve o que já decidido em primeira instância quanto à aplicabilidade ao caso do precedente firmado pelo STF com o julgamento do RE nº 574.706.

Tratando-se de empresa comercial, resta claro que é contribuinte das três exações e que recolheu tributação a maior e poderá recuperá-la (quanto aos últimos cinco anos antes do ajuizamento da presente demanda), procedimento que deverá ser efetuado com tributos administrados pela SRF (no caso de compensação), nos termos do disposto na decisão recorrida, que se pauta pelo quando a lei e a jurisprudência definiram a respeito da repetição tributária.

Esses argumentos representam o bastante para decisão do caso, recordando-se que “o órgão julgador não é obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. Precedentes: AgInt nos EDcl no AREsp 1.290.119/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 30.8.2019; AgInt no REsp 1.675.749/RJ, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 23.8.2019; REsp 1.817.010/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 20.8.2019; AgInt no AREsp 1.227.864/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 20.11.2018” (AREsp 1535259/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/11/2019, DJe 22/11/2019).

Pelo exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo interno

É como voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO CONTRA DECISÃO DO RELATOR QUE APRECIOU MONOCRATICAMENTE APELAÇÃO DA UNIÃO FEDERAL PROPOSTA EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA. MATÉRIA DE FUNDO: EXCLUSÃO DO ICMS DESTACADO, NAS BASES DE CÁLCULO DE PIS E COFINS, COM DIREITO DE RECUPERAÇÃO DO INDÉBITO. DECISÃO BASEADA NA JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA NO TEMA 69 DO STF, SENDO INCABÍVEL A SUSTAÇÃO DO PROCESSO NO AGUARDADO DE POSSÍVEL MODULAÇÃO DE EFEITOS, A SER FEITA EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO AJUIZADOS PERANTE A SUPREMA CORTE (AUSÊNCIA DE BASE LEGAL). REPETIÇÃO ADEQUADAMENTE REGRADA, USANDO-SE O QUE A LEI PREVÊ PARA TAIS CASOS. AGRADO INTERNO IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0035633-48.2011.4.03.6182
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: TRANSPORTES DELLA VOLPE S A COMERCIO E INDUSTRIA
Advogado do(a) APELANTE: ADALBERTO CALIL - SP36250-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0035633-48.2011.4.03.6182
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: TRANSPORTES DELLA VOLPE S A COMERCIO E INDUSTRIA
Advogado do(a) APELANTE: ADALBERTO CALIL - SP36250-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de embargos de declaração pela UNIÃO em face de acórdão prolatado por esta C. Turma, que restou assim ementado:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÕES EM DCTF SEM O NECESSÁRIO AMPARO JUDICIAL. INEXISTÊNCIA DE EMPECILHO À IMEDIATA COBRANÇA DOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS DECLARADOS E CONSTITUÍDOS. PRESCRIÇÃO DOS CRÉDITOS DECLARADOS EM DCTF'S DE 31/03/2003 A 19/07/2005. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA, COM CONDENAÇÃO DA EMBARGADA AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

*1. A apelante apresentou DCTF's relativas à COFINS dos períodos de apuração de 12/2002 em 31/01/2003, 01/2003 a 03/2003 em 03/07/2003, 04/2003 a 06/2003 em 09/09/2003, 10/2003 a 12/2003 em 11/03/2004 e retificação em 09/11/2004, 07/2004 a 09/2004 em 28/10/2004, 10/2004 a 12/2004 em 31/01/2005 e retificação em 17/02/2005, 01/2005 em 12/05/2005, 02/2005 em 20/05/2005, 03/2005 em 21/06/2005, 04/2005 em 07/07/2005, 05/2005 em 26/07/2005 e 06/2005 em 12/08/2005. Além de constituir os créditos de COFINS, a embargante/apelante, concomitantemente, declarou nas DCTF's a **compensação** dos débitos de COFINS com créditos oriundos dos autos nº 2002.61.00.0030031-5 e 2002.61.00.030032-7.*

*2. Sucede que em nenhum dos mandados de segurança foi concedida liminar que **autorizasse a compensação dos indébitos tributários.***

3. A liminar deferida no Mandado de Segurança nº 2002.61.00.030031-5 teve **efeitos prospectivos** e apenas até o advento da decisão que deferiu efeito suspensivo ao agravo de instrumento, que foi provido na sessão de 04/02/2004. A sentença autorizou a compensação, mas **impôs a observância do art. 170-A do CTN**, ou seja, **impediu a compensação antes do trânsito em julgado**. Em seguida, a Sexta Turma reconheceu a prescrição quinquenal e deu provimento à apelação da União e à remessa oficial. Somente em 30/09/2010, em juízo de retratação, a Sexta Turma afastou a prescrição e autorizou a compensação dos valores recolhidos a maior no período de 15/04/96 a 27/12/97, bem como deu parcial provimento à apelação da impetrante para afastar a aplicação do art. 170-A do CTN. Ou seja, apenas em **30/09/2010** a apelante foi autorizada a compensar os valores indevidamente recolhidos a título de COFINS, sem o empecilho do art. 170-A do CTN.

4. A liminar deferida no Mandado de Segurança nº 2002.61.00.030032-7 também teve **efeitos prospectivos**, nada mencionando a respeito da compensação. Do mesmo modo, a sentença concedeu a segurança para autorizar a impetrante a efetuar o recolhimento da COFINS nos moldes da Lei Complementar nº 70/91, afastando o disposto na Lei nº 9.718, sem nada mencionar a respeito da compensação. A apelação da União e a remessa oficial foram providas e o Recurso Extraordinário interposto foi parcialmente provido apenas para afastar a aplicação do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, sem que houvesse qualquer autorização de compensação.

5. A Receita Federal considerou que as DCTF's foram apresentadas na vigência de decisão judicial no MS nº 2002.61.00.030031-5, que autorizava a compensação de créditos de PIS com quaisquer tributos, porém a partir da publicação do acórdão de julgamento da apelação, em 14/01/2008, não haveria mais provimento judicial a amparar as compensações declaradas. Sucede que tal entendimento é equivocado, pois, frise-se, a liminar proferida no Mandado de Segurança nº 2002.61.00.030031-5 **não autorizou a compensação** e a sentença concessiva da segurança **proibiu a compensação antes do trânsito em julgado** (art. 170-A do CTN). Portanto, não havia nenhum empecilho à imediata cobrança dos créditos tributários constituídos pelo contribuinte com a entrega das DCTF's, não havendo que se cogitar de suspensão da exigibilidade do crédito tributário e, conseqüentemente, de suspensão do prazo prescricional.

6. É certo que o contribuinte **agiu de má-fé** ao declarar as compensações em DCTF sem o necessário amparo em decisão judicial. Mas também é certo o dever do Fisco de acompanhar diligentemente as ações judiciais de modo verificar a regularidade do procedimento adotado pelo contribuinte e otimizar a cobrança dos créditos tributários objetos de litígios, pois é cediço que "revogada, suspensa ou cassada a medida liminar ou denegada a ordem, pelo juiz ou pelo Tribunal, nada impede a Fazenda Nacional de obter a satisfação do crédito tributário, retomando-se o curso do lapso prescricional, ainda que penda de exame recurso desprovido de eficácia suspensiva ou de provimento acautelatório, se não concorre outra causa de suspensão prevista no artigo 151 do Código Tributário Nacional" (EREsp 449.679/RS, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/12/2010, DJe 1º/2/2011).

7. Na singularidade, as DCTF's foram apresentadas de **31/01/2003 a 12/08/2005**, constituindo o crédito tributário. Não houve nenhuma decisão judicial que autorizasse as compensações declaradas pelo contribuinte. A sentença proferida no Mandado de Segurança nº 2002.61.00.030031-5 aplicou o art. 170-A do CTN, vedando a compensação antes do trânsito em julgado. Portanto, é equivocado o entendimento exarado pela Receita Federal no sentido de que haveria suspensão da exigibilidade do crédito tributário e, conseqüentemente, da prescrição, até a publicação do acórdão desta Corte, em 14/01/2008.

8. Não houve suspensão da exigibilidade do crédito tributário porque inexistiu decisão judicial em mandado de segurança autorizando a compensação imediata. Mas isso escapou ao controle da Receita Federal, que apenas no ano de 2010 instaurou o PAF nº 12157.000045/2010-60 para o controle dos créditos tributários declarados em DCTF's de 31/01/2003 a 12/08/2005. Os créditos foram inscritos em dívida ativa em 26/04/2010, a execução fiscal ajuizada em **20/07/2010** e o despacho ordinatório da citação proferido em **10/05/2011**.

9. Portanto, estão **prescritos** os créditos tributários declarados em DCTF's de **31/03/2003 a 19/07/2005**. Não foram atingidos pela prescrição os créditos tributários declarados em **26/07/2005 e 12/08/2005**, em relação aos quais também não se pode cogitar de homologação da compensação, pois antes de escoado o quinquênio de que dispunha o Fisco para homologá-las, houve análise administrativa do pedido e inscrição em dívida ativa.

10. Considerando que houve desistência em relação aos créditos inscritos em dívida ativa sob nº 80.7.10.002223-32 (PIS), bem como sucumbência em relação aos créditos declarados pelas DCTF's apresentadas em 26/07/2005 e 12/08/2005, e levando em conta que em relação a esses débitos a inscrição em dívida ativa persiste, bem como o encargo de 20% previsto no art. 1º do Decreto-Lei nº 1.025/69, condena-se a embargada a arcar com honorários advocatícios de R\$ 50.000,00, fixados com espeque no § 8º do art. 85 do CPC para que não ocorra, na espécie, situação de enriquecimento sem causa.

A embargante sustenta que não prospera a conclusão de nunca ter havido autorização judicial para que se procedesse à compensação, pois foram proferidas decisões judiciais autorizando o direito à compensação com quaisquer tributos, ocasionando, deste modo, a suspensão da exigibilidade do crédito, na forma do art. 151 do CTN.

Aduz que a sentença proferida nos autos do MS nº 2002.61.00.030031-5 autorizou a compensação, de modo que o prazo prescricional só voltou a correr após a prolação do acórdão que deu provimento ao recurso da União em 2008.

Defende que houve má-fé da recorrida ao compensar créditos que estavam *sub judice*, de modo que deve ser condenada às penas da litigância de má-fé, nos termos dos arts. 79/81 do CPC.

Insiste que se o Desembargador reconhece que o contribuinte declarou créditos *sub judice*, consequência lógica seria reconhecer a existência de causa suspensiva da exigibilidade e a ausência da prescrição dos créditos inscritos.

Por fim, argumenta que por força da má-fé do contribuinte, os honorários devem ser fixados por equidade, apontado que o valor de R\$ 10.000,00 para a remuneração condigna do causídico da parte adversa (fls. 1078/1082).

A embargada apresentou resposta (fls. 1090/1094).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0035633-48.2011.4.03.6182
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: TRANSPORTES DELLA VOLPE S A COMERCIO E INDUSTRIA
Advogado do(a) APELANTE: ADALBERTO CALIL - SP36250-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

As razões veiculadas nos embargos de declaração, a pretexto de sanarem suposto vício no julgado, demonstram, *ictu oculi*, o inconformismo do recorrente e a pretensão de reforma do julgado, o que é incabível nesta via aclaratória.

Com efeito, restou claro o entendimento desta C. Turma no sentido de que a liminar proferida no Mandado de Segurança nº 2002.61.00.030031-5 não autorizou a compensação e a sentença concessiva da segurança proibiu a compensação antes do trânsito em julgado (art. 170-A do CTN), de modo que não havia nenhum empecilho à cobrança dos créditos tributários constituídos pelo contribuinte com a entrega das DCTF's, não havendo que se cogitar de suspensão da exigibilidade do crédito tributário e, conseqüentemente, de suspensão do prazo prescricional.

Com base nisso, o acórdão ainda esclareceu que “é equivocado o entendimento exarado pela Receita Federal no sentido de que haveria suspensão da exigibilidade do crédito tributário e, conseqüentemente, da prescrição, até a publicação do acórdão desta Corte, em 14/01/2008”.

Quanto à má-fé do contribuinte, o acórdão assentou que ela ocorreu ao declarar as compensações em DCTF sem o necessário amparo em decisão judicial. Ou seja, não ocorreu nestes autos, mas sim na via administrativa, de modo que incabível aqui a condenação do contribuinte nas penas por litigância de má-fé.

Por fim, no que tange aos honorários advocatícios, o acórdão condenou a embargada ao pagamento do valor de R\$ 50.000,00, com espeque no § 8º do art. 85 do CPC, de modo que se a UNIÃO discorda do montante fixado, deve ajuizar o recurso adequado para obter a reforma do julgado.

É preciso esclarecer que "não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma **inexistente** situação de obscuridade, omissão, contradição ou ambigüidade (CPP, art. 619) - vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa" (destaquei - STF, ARE 967190 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016).

Enfim, se a decisão embargada não ostenta os vícios que justificariam os aclaratórios previstos no art. 1.022 do CPC, é cabível a multa de 0,1% sobre o valor corrigido da causa originária (R\$18.682.464,86 – fl. 19), conforme já decidido pelo Plenário do STF (destaquei):

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU ERRO MATERIAL. ART. 1.022 DO CPC/2015. MANIFESTO INTUITO PROTETÓRIO. MULTA PREVISTA NO ART. 1.026, § 2º, DO CPC/2015. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DESPROVIDOS.

1. A omissão, contradição, obscuridade ou erro material, quando incorrentes, tornam inviável a revisão da decisão em sede de embargos de declaração, em face dos estreitos limites do art. 1.022 do CPC/2015.

2. A revisão do julgado, com manifesto caráter infringente, revela-se inadmissível em sede de embargos quando incorrentes seus requisitos autorizadores. Precedentes: ARE 944537 AgR-ED, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 10/08/2016; ARE 755228 AgR-ED-EDv-AgR-ED, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe 12/08/2016 e RHC 119325 ED, Rel. Min. Edson Fachin, Primeira Turma, DJe 09/08/2016.

3. A oposição de embargos de declaração com caráter eminentemente protetório autoriza a imposição de multa, com fundamento no art. 1.026, § 2º, do CPC/2015. 4. Embargos de declaração DESPROVIDOS, com aplicação de multa de 2% (dois por cento) sobre o valor atualizado da causa. (RE 898060 ED, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 17/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-113 DIVULG 28-05-2019 PUBLIC 29-05-2019)

No mesmo sentido registro precedente da Colenda Corte Especial do STJ em EDcl nos EDcl no AgInt nos EAREsp 773.829/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 02/10/2019, DJe 07/10/2019.

Ante o exposto, **conheço dos embargos de declaração e nego-lhes provimento, com imposição de multa.**

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INOCORRÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS DO ART. 1.022 DO CPC/15. IMPOSSIBILIDADE DE DESVIRTUAMENTO DOS DECLARATÓRIOS PARA OUTRAS FINALIDADES QUE NÃO A DE APERFEIÇOAMENTO DO JULGADO. RECURSO DESPROVIDO, COM IMPOSIÇÃO DE MULTA.

1. As razões veiculadas nos embargos de declaração, a pretexto de sanarem suposto vício no julgado, demonstram, *ictu oculi*, o inconformismo do recorrente e a pretensão de reforma do julgado, o que é incabível nesta via aclaratória.

2. Restou claro o entendimento desta C. Turma no sentido de que a liminar proferida no Mandado de Segurança nº2002.61.00.030031-5 não autorizou a compensação e a sentença concessiva da segurança proibiu a compensação antes do trânsito em julgado (art. 170-A do CTN), de modo que não havia nenhum empecilho à cobrança dos créditos tributários constituídos pelo contribuinte com a entrega das DCTF's, não havendo que se cogitar de suspensão da exigibilidade do crédito tributário e, conseqüentemente, de suspensão do prazo prescricional.

3. Com base nisso, o acórdão ainda esclareceu que “é equivocado o entendimento exarado pela Receita Federal no sentido de que haveria suspensão da exigibilidade do crédito tributário e, conseqüentemente, da prescrição, até a publicação do acórdão desta Corte, em 14/01/2008”.

4. Quanto à má-fé do contribuinte, o acórdão assentou que ela ocorreu ao declarar as compensações em DCTF sem o necessário amparo em decisão judicial. Ou seja, não ocorreu nestes autos, mas sim na via administrativa, de modo que incabível aqui a condenação do contribuinte nas penas por litigância de má-fé.

5. Por fim, no que tange aos honorários advocatícios, o acórdão condenou a embargada ao pagamento do valor de R\$ 50.000,00, com espeque no § 8º do art. 85 do CPC, de modo que se a UNIÃO discorda do montante fixado, deve ajuizar o recurso adequado para obter a reforma do julgado.

6. Se a decisão embargada não ostenta os vícios que justificariam os aclaratórios previstos no art. 1.022 do CPC, é cabível a multa de 0,1% sobre o valor corrigido da causa originária (R\$18.682.464,86 – fl. 19).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, conheceu dos embargos de declaração e negou-lhes provimento, com imposição de multa, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5019625-50.2017.4.03.6100

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: RUMO NORTE CONGONHAS DISTRIBUIDORA DE VEICULOS LTDA

Advogados do(a) APELADO: DANIELLI MAYRA DUPONT KLEIN - PR76763-A, KLEBER MORAIS SERAFIM - PR32781-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5019625-50.2017.4.03.6100

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: RUMO NORTE CONGONHAS DISTRIBUIDORA DE VEICULOS LTDA

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno interposto pela agravante UNIÃO FEDERAL em face da decisão monocrática deste Relator que julgou a apelação interposta pela UNIÃO, mantendo a r. sentença do MM. Juízo que reconheceu o direito da agravada à exclusão do ICMS e do ISS-QN, destacados na nota fiscal, da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como a compensação/restituição dos valores indevidamente recolhidos nos últimos 5 anos anteriores ao ajuizamento da ação. Ademais, o Relator deu parcial provimento a remessa oficial para interferir na mecânica da compensação (para obediência aos termos do art. 26-A da Lei 11.457/07).

O recurso foi respondido.

O MPF deu-se por ciente.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5019625-50.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: RUMO NORTE CONGONHAS DISTRIBUIDORA DE VEICULOS LTDA
Advogados do(a) APELADO: DANIELLI MAYRA DUPONT KLEIN - PR76763-A, KLEBER MORAIS SERAFIM - PR32781-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

As razões do presente agravo interno não vão além da repetição dos argumentos já deduzidos em sede da apelação fazendária que foi decidida monocraticamente por este Relator, conforme se orienta a Sexta Turma desta Corte Regional.

Assim, ficam cancelados os argumentos que fundamentaram a decisão agravada.

O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a inclusão do ICMS (faturado) na base de cálculo do PIS e da COFINS, fazendo-o por ocasião do julgamento do RE nº 574.706. A corte, por maioria e nos termos do voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia, apreciando o tema nº 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

Esse entendimento é aplicável de pronto, não havendo que se falar em espera de embargos de declaração (sem efeito suspensivo) ou de modulação de efeitos da decisão plenária da Suprema Corte, já que esses dois eventos não estão consignados em lei como impedientes da aplicação imediata do decisum. Esse é o entendimento que vem sendo seguido nesta Corte Regional (3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5021518-72.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 08/11/2019, Intimação via sistema DATA: 13/11/2019), e de modo unânime nesta 6ª. Turma (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000706-20.2017.4.03.6130, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 03/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/12/2019).

Deveras, a suspensão pretendida pelo Fisco esbarraria no art. 1.035, § 5º do NCPC.

De outro lado, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal – ao acolher o voto da ministra Relatora – no sentido de que, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada como faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019). Essa é a postura que este Relator sempre defende desde o momento em que surdiu o julgamento do Tema nº 69 (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000596-53.2018.4.03.6108, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 02/12/2019, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019).

O mesmo entendimento deve ser aplicado quando ao ISS-QN. Embora a declaração de inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS não se aplique automaticamente a todos os tributos da cadeia produtiva (TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5020321-52.2018.4.03.6100, Rel. Juiz Federal Convocado LEILA PAIVA MORRISON, julgado em 24/01/2020, Intimação via sistema DATA: 31/01/2020), na singularidade o Tema 69 pode tranquilamente ser estendido ao ISSQN, conforme é a jurisprudência pacífica desta Corte Regional, porquanto a situação jurídica é a mesma; a diferença é que o ISS é repassado ao Fisco municipal, e não ao estadual.

A conferir: **TRF 3ª Região**, 4ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5024709-28.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal MARCELO MESQUITA SARAIVA, julgado em 03/02/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 07/02/2020 -- 6ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5021644-92.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 25/01/2020, Intimação via sistema DATA: 05/02/2020 -- 6ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000374-53.2017.4.03.6130, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 25/01/2020, Intimação via sistema DATA: 05/02/2020 -- 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000392-40.2017.4.03.6109, Rel. Desembargador Federal MAIRAN GONCALVES MAIA JUNIOR, julgado em 28/01/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 04/02/2020 -- 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000667-10.2019.4.03.6144, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 30/01/2020, Intimação via sistema DATA: 04/02/2020 -- 4ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000641-20.2019.4.03.6109, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 31/01/2020, Intimação via sistema DATA: 04/02/2020 -- 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000980-39.2017.4.03.6144, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 28/01/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 04/02/2020, etc.

O valor do ISS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte, é o **destacado** na nota fiscal de saída, eis que é o que se amolda ao conceito de faturamento (4ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5022078-18.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 31/01/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 04/02/2020).

Tratando-se de empresa comercial, resta claro que é contribuinte das três exações e que recolheu tributação a maior e poderá recuperá-la (quanto aos últimos cinco anos antes do ajuizamento da presente demanda), procedimento que deverá ser efetuado com tributos administrados pela SRF (no caso de compensação), nos termos do disposto na decisão recorrida, que se pauta pelo quanto a lei e a jurisprudência definiram a respeito da repetição tributária.

Esses argumentos representam o bastante para decisão do caso, recordando-se que “o órgão julgador não é obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. Precedentes: AgInt nos EDcl no AREsp 1.290.119/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 30.8.2019; AgInt no REsp 1.675.749/RJ, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 23.8.2019; REsp 1.817.010/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 20.8.2019; AgInt no AREsp 1.227.864/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 20.11.2018” (AREsp 1535259/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/11/2019, DJe 22/11/2019)..

Pelo exposto, NEGÓ PROVIMENTO ao agravo interno.

É como voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO CONTRA DECISÃO DO RELATOR QUE APRECIOU MONOCRATICAMENTE APELAÇÃO DA UNIÃO FEDERAL PROPOSTA EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA. MATÉRIA DE FUNDO: EXCLUSÃO DO ICMS E DO ISSQN DESTACADOS, NAS BASES DE CÁLCULO DE PIS E COFINS, COM DIREITO DE RECUPERAÇÃO DO INDÉBITO. DECISÃO BASEADA NA JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA NO TEMA 69 DO STF, SENDO INCABÍVEL A SUSTAÇÃO DO PROCESSO NO AGUARDADO DE POSSÍVEL MODULAÇÃO DE EFEITOS, A SER FEITA EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO AJUIZADOS PERANTE A SUPREMA CORTE (AUSÊNCIA DE BASE LEGAL). REPETIÇÃO POR MEIO DE COMPENSAÇÃO ADEQUADAMENTE REGRADA, USANDO-SE O QUE A LEI PREVÊ PARA TAIS CASOS. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0004274-69.2010.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: NEXTEL TELECOMUNICACOES LTDA.
Advogados do(a) APELANTE: MARCOS PAES MOLINA - SP107735, FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO DE CA-
SP66899-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0004274-69.2010.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSON DI SALVO
APELANTE: NEXTEL TELECOMUNICACOES LTDA.
Advogados do(a) APELANTE: MARCOS PAES MOLINA - SP107735, FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO DE CA-
SP66899-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Desembargador Federal Johanson de Salvo, Relator:

Cuida-se de ação ajuizada por NEXTEL TELECOMUNICAÇÕES LTDA., em face da UNIÃO FEDERAL, objetivando, a anulação do lançamento de IRPJ, IR-Fonte, CSLL, COFINS e respectivas multas e acréscimos, consubstanciados nos Autos de Infração que originaram o procedimento administrativo n.º 13808-001445/00-82.

Relata que a d. Fiscalização imputou-lhe as seguintes condutas, no tocante aos dados contidos na Declaração de Imposto de Renda referente ao exercício de 1996 - ano base 1995:

a) "OMISSÃO DE RECEITA - SUPRIMENTO DE NUMERÁRIO" supostamente caracterizada pelo "NÃO COMPROVAÇÃO DE EMPRÉSTIMOS TOMADOS A SOCIOS QUOTISTAS OU PESSOAS A ELES LIGADAS E NÃO COMPROVADOS" no montante de R\$ 1.317.135,40, "conforme devidamente detalhado no Termo de Verificação Fiscal" (ENQUADRAMENTO LEGAL: art. 230 do RIR/94; arts. 195, inciso II, 197 parágrafo único, 226, e 229, do RIR/94; art. 43, 2 e 4º da Lei n.º 8.541/92, com a redação dada pelo art. 3º da Lei n.º 9.064/95 - cf. item 001 do AI);

b) "OMISSÃO DE RECEITAS - PASSIVO FICTÍCIO" por "MANUTENÇÃO NO PASSIVO, DE OBRIGAÇÃO SUPOSTAMENTE JÁ PAGA" no valor de R\$ 177.009,61 "conforme Termo de Verificação Fiscal" anexo (ENQUADRAMENTO LEGAL: art. 230 do RIR/94; arts. 195, inciso II, 197 e parágrafo único, 226, 228, do RIR/94; art. 43, 2º e 4º, da Lei n.º 8.541/92, com a redação dada pelo art. 3 da Lei n.º 9.064/95 - cf. item 002 do AI);

c) "GLOSA DO CUSTO" DE "BENS OU SERVIÇOS VENDIDOS" no valor de R\$ 435.150,10, conforme Termo de Verificação Fiscal anexo (ENQUADRAMENTO LEGAL: arts. 195, inciso I, 197 e parágrafo único, 231, 232, inciso I, 234 e 247, do RIR/94 - cf. item 3 do AI);

d) GLOSA DE "DESPESA DE CORREÇÃO MONETÁRIA" supostamente "indevida" no valor de R\$ 135.840,30 e incidente sobre os SUPRIMENTOS E EMPRÉSTIMOS A SOCIOS QUOTISTAS OU PESSOAS A ELES LIGADAS ALUDIDOS no item retro, em razão de "SALDO DEVEDOR DE CORREÇÃO MONETÁRIA MAIOR QUE O DEVIDO, gerando uma DIMINUIÇÃO NO LUCRO LÍQUIDO DO EXERCÍCIO, e que deveria ser adicionada para efeito de tributação conforme Termo de Verificação Fiscal (ENQUADRAMENTO LEGAL: arts. 4º, 8, 10, 11, 12, 15, 16, 19, da Lei n.º 7.799/89-, art. P, da Lei n.º 8.200/91; art. 4, do Decreto n.º 332/91 art. 48, da Lei n.º 8.383/91; Arts. 396, 405, 407, 409, 411 e 414, 1, do RIR/94 - cf. item 004 do AI);

Aponta, contudo, que após regular impugnação, a Seção de Julgamento da DRF/São Paulo julgou parcialmente procedente as acusações, afastando as exigências fiscais relativas aos itens 003, 004 e ao PIS, mantidas todas as demais (itens 001 e 002, e decorrências). Por seu turno, a C. 7ª Câmara do 1 Conselho de Contribuintes, ao analisar o Recurso Voluntário, deu parcial provimento para excluir do lançamento a acusação relativa ao item 002, mantendo no mais a decisão proferida no Auto de Infração.

Informa que interpôs Recurso Especial, o qual foi indeferido pelo Conselheiro-Presidente da E. Câmara Superior de Recurso Fiscais do Ministério da Fazenda, ao argumento de que se trata de matéria de prova, já analisada nas duas instâncias, tendo encerrado definitivamente a instância administrativa para discussão do débito, cujo valor atualizado é de R\$ 3.969.740,70, válida até 18/01/2010.

Sustenta que, desde a impugnação inicial, teria demonstrado a falsidade e ilegalidade das acusações e pretensões fiscais, comprovando pelas evoluções societárias da autora e sua coligada anexada, que as empresas AIR LINK, TELECOM VENTURES e WIRELLES VENTURES, arroladas pela d. fiscalização, jamais foram coligadas da requerente, fato este que foi certificado pelo próprio julgador e pelo v. acórdão, de que "A AIRLINK S/A (antiga denominação de Nextel S/A) detêm, mais de 99,9% do capital social da AIR-FONE Participações e Empreendimentos S/C Ltda. e que o Diretor da AIRLINK S/A, Dr. José Norberto Pasquatti, seria também Diretor da interessada, ou seja, que, na realidade, a firma arrolada pela fiscalização (AIR LINK S/A), cujo empréstimo se impugnou, efetivamente, não é, nemnunca foi sócia-quotista ou coligada da autora".

Aduz, emsuma, que os itens remanescentes do Auto de Infração são manifestamente ilegais e insubsistentes.

A União interpôs o Agravo de Instrumento nº 0009983-76.2015.4.03.0000, que foi convertido em retido (ID 107718033 - Pág. 136).

Laudo pericial – ID 107717825 - Pág. 160/202.

Valor atribuído à causa: R\$ 4.000.000,00.

A r. sentença julgou improcedente o pedido, extinguindo o processo com resolução do mérito, com fundamento artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil. Condenou a parte autora ao recolhimento integral das custas processuais, bem como ao pagamento de honorários advocatícios, que fixou nos percentuais mínimos do parágrafo 3º do art. 85 do Código de Processo Civil, com escalonamento nos termos do parágrafo 5º, incidente sobre o valor atualizado da causa (CPC/2015, art. 85, parágrafo 4º, inciso III). Sentença que não se submete à remessa necessária (ID 107717827 - Pág. 117/125).

Apelou a autora arguindo a atipicidade da conduta do apelante pela inoocorrência dos pressupostos legais (empréstimo entre coligadas a data do empréstimo) para aplicação da presunção de omissão de receita prevista nos arts. 228 e 229 do RIR/94 e a violação do princípio da tipicidade e arts. 3º, 113, 4 §1º, 114, 139, 142 e 144 do CTN (ID 107717827 - Pág. 131/145).

A decisão monocrática proferida por este Relator não conheceu do agravo retido e negou provimento à apelação.

No ID 124219345 este Relator deu provimento aos embargos de declaração opostos pela União para condenar a apelante ao pagamento de honorários recursais em favor da parte adversa, majorando-se a verba já fixada em primeiro grau de jurisdição em 1% (um por cento), sobre o valor da causa, a ser atualizada conforme a Res. 267/CJF.

Neste agravo interno a apelante reitera os argumentos expostos em seu apelo e requer provimento ao recurso para reconhecer a procedência da ação nos termos requeridos na inicial.

Recurso respondido.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0004274-69.2010.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: NEXTEL TELECOMUNICACOES LTDA.
Advogados do(a) APELANTE: MARCOS PAES MOLINA - SP107735, FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO DE CA-
SP66899-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Cuida-se de recurso de agravo interno interposto pela apelante contra decisão monocrática deste Relator, que não conheceu do agravo retido e negou provimento à apelação.

Os argumentos apresentados no agravo não abalaram a fundamentação e a conclusão exaradas por este Relator.

Como decidido anteriormente, observa-se que pende de análise apenas a omissão de receita caracterizada pela não comprovação de empréstimos tomados a sócios quotistas ou pessoas a eles ligadas e não comprovados, conforme consta no item 01 do auto de infração e seus reflexos, tendo em vista que já houve a exclusão dos itens 02, 03 e 04 do Auto de Infração, nos termos da decisão nº DRJ/SPO nº 000978 de 26/03/2001 e do acórdão nº 107-6.513 de 22/01/2002, proferidos na esfera administrativa, *in verbis*:

"OMISSÃO DE RECEITA - SUPRIMENTO DE NUMERÁRIO" supostamente caracterizada pela "NÃO COMPROVAÇÃO DE EMPRÉSTIMOS TOMADOS A SOCIOS QUOTISTAS OU PESSOAS A ELES LIGADAS E NÃO COMPROVADOS" no montante de R\$ 1.317.135,40, "conforme devidamente detalhado no Termo de Verificação Fiscal" (ENQUADRAMENTO LEGAL: art. 230 do RIR/94; arts. 195, inciso II, 197, parágrafo único, 226, e 229, do RIR/94; art. 43, 2 e 4% da Lei nº 8.541/92, com a redação dada pelo art. 3º da Lei nº 9.064/95 - cf. item 001 do Auto de Infração);

No tocante ao item 1 do auto de infração consta do Termo de Verificação Fiscal que "... Foram detectados diversos empréstimos na contabilidade efetuados por pessoas ligadas e/ou sócios quotistas, no montante de R\$ 1.317.135,40, tendo sido a fiscalizada devidamente intimada a comprovar a entrega destes recursos bem como as documentações que lastrearam as operações contábeis, não o fez...".

E, como não foram apresentados documentos para impugnar o valor indicado pela fiscalização, em virtude da ausência de comprovação das operações por meio de documentos hábeis e idôneos, foram lavrados os Autos de Infração de IRPJ e seus reflexos, com fundamento nos arts. 195, II, 197 e parágrafo único, 226 e 229, do Regulamento de Imposto de Renda/94.

De fato, a ausência de comprovação de origem de recursos depositados em contas correntes bancárias, bem como da origem e da entrega dos suprimentos de caixa efetuados pelos sócios ou pessoas ligadas, autoriza a presunção da omissão de receitas operacionais, nos termos dos artigos 228 e 229 do RIR/94, base da autuação.

A parte autora sustenta a inexistência de relação de interdependência entre ela e a empresa Air Link Comércio de Serviços Ltda, já que esta apenas teria integrado o quadro de sócios da demandante em outubro de 1997.

Entretanto, como bem foi observado na r. sentença (ID 107718034 - Pág. 7): “pelos documentos de fls. 154/160 (alteração do contrato social), a pessoa jurídica Air Fone Participações e Empreendimentos S/C Ltda. deteve até 04/06/1998, mais de 99,99% do capital social da Nextel Telecomunicações Ltda. e a Air Link S/A (antiga denominação da Nextel) deteve até 10/02/1998 mais de 99,99% do capital social da Air Fone Participações e Empreendimentos S/C Ltda. (fls. 176/178), demonstrando que as empresas são coligadas.”

Na espécie, o laudo pericial realizado nos autos concluiu - (ID 107717825 - Pág. 195/197):

"(...)

Diante da exposição dos fatos acima e, após criteriosa análise nos documentos juntados nos Autos em diligência, conclui-se que a empresa Autora NEXTEL TELECOMUNICAÇÕES LTDA não conseguiu demonstrar ou comprovar qualquer equívoco nos lançamentos efetuados pela fiscalização.

Cumpra esclarecer que, os documentos apresentados pela Assistente Técnico da Autora eram os mesmos juntados no Processo Judicial que, também eram os mesmos que fundamentaram o Processo Administrativo.

Não existe qualquer planilha ou relatório por parte da empresa Autora ou mesmo de sua assistente Técnico para demonstrar ou comprovar o alegado. Apenas a juntada de documentos que entendeu pertinente, sem qualquer ordem cronológica ou sequencial.

Da análise efetuada dos referidos documentos, temos que a única, suposta impugnação, seria quanto ao montante R\$ 3.287.893,58.

Segundo o entendimento e tese da Autora, o valor correto a ser utilizado pela fiscalização seria de R\$ 3.506.540,68.

Porém, conforme demonstrado matematicamente, em planilha eletrônica juntada ao final do presente trabalho pericial, o referido valor seria a somatória de:

"Base de Cálculo" : R\$ 3.287.893,58

"Despesas Adicionais" : R\$ 215.459,04

"Frete" (subtotal Março) : R\$ 1.377,50

"Diversas Despesas" (subtotal junho) : R\$ 1.810,56

"Valor Mercadoria" (TOTAL) : R\$ 3.506.540,68

Considerando o fato de que não estão devidamente demonstrados os valores a título de "despesas adicionais", "frete", "diversas despesas", fica mantido o montante de R\$ 3.287.893,58 utilizado pela fiscalização.

Quanto aos demais valores apurados pela fiscalização, não foram apresentados elementos ou documentos que alterassem o resultado final.

Quanto ao mérito da questão envolvendo o "quadro societário" e mesmo aos quesitos apresentados, estes já foram amplamente abordados nos presentes Autos e, sendo matéria de direito, a discussão será apreciada pelo MM. Juízo em momento oportuno.

Procedendo a devida retificação do lançamento original, para considerar do Prejuízo Fiscal do ano calendário de 1995 em R\$ 784.508,56 (R\$ 1.355.498,96 - R\$ 570.990,40 = 784.508,56), o Prejuízo Líquido antes da Contribuição Social em R\$ 812.313,45 (R\$ 1.383.303,83 - R\$ 570.990,40 = R\$ 812.313,45) e, consequentemente amortizar o montante de R\$ 570.990,40, temos os novos cálculos coma apuração total em:

(...)"

Com efeito, a presunção em favor do Fisco transfere ao contribuinte o ônus de elidir a imputação, mediante a comprovação no caso da origem dos recursos.

Trata-se de presunção relativa (*jures tantum*), reputando-se verdadeiro o fato presumido até que a parte interessada prove o contrário, chamada "inversão do ônus da prova".

É firme a jurisprudência do STJ no sentido de que, diante da presunção de legalidade e legitimidade do crédito tributário, cabe ao contribuinte, autor da ação anulatória, fazer prova capaz de refutá-la. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ESCRITURAÇÃO IRREGULAR. SALDO CREDOR EM CAIXA. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITA. FACULDADE DO CONTRIBUINTE PRODUZIR PROVA CONTRÁRIA. PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL. SUCUMBÊNCIA. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE.

1. *A presunção juris tantum de omissão de receita pode ser infirmada em Juízo por força de norma específica, mercê do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5.º, XXXV, da CF/1988) coadjuvado pela máxima utile per inutile non vitiatur.*

2. *O princípio da verdade real se sobrepõe à presuntio legis, nos termos do § 2º, do art. 12 do DL 1.598/77 (art. 281 RIR/99 - Decreto 3.000/99), ao estabelecer ao contribuinte a faculdade de demonstrar; inclusive em processo judicial, a improcedência da presunção de omissão de receita, considerada no auto de infração lavrado em face da irregularidade dos registros contábeis, indicando a existência de saldo credor em caixa. Aplicação do princípio da verdade material.*

3. *Outrossim, ainda neste segmento, concluiu a perícia judicial pela inexistência de prejuízo ao Fisco.*

4. *Deveras, procedido o lançamento com base nos autos de infração, infirmados por perícia judicial conclusiva, constituiu-se o crédito tributário principal, mercê de o mesmo ter sido oferecido à tributação, por isso que inequívoco que o resultado judicial gerará bis in idem quanto à exação in foco.*

5. *Lavrados os autos de infração por erro formal de escrita reconhecido pelos recorrentes, não obstante materialmente exatos os valores oferecidos à tributação, impõe-se reconhecer que a parte que ora se irresigna foi a responsável pela demanda.*

6. *Regulada a sucumbência pelo princípio da causalidade, ressoa inacolhível imputá-la ao Fisco, independente de prover-se o recurso para que não haja retorno dos autos à instância a quo, porquanto o aresto recorrido reconheceu a higidez conclusiva da prova mas despezou-a.*

7. *A responsabilidade pela demanda implica imputar-se a sucumbência ao recorrente, não obstante acolhida a sua postulação quanto ao crédito tributário em si. (Precedente: REsp 284926/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05.04.2001, DJ 25.06.2001 p. 173)*

8. *Recurso Especial provido, imputando-se a sucumbência ao recorrente. (RESP - RECURSO ESPECIAL - 901311 2006.02.15688-9, TEORI ALBINO ZAVASCKI, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:06/03/2008)*

AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. NÃO INTERPOSIÇÃO DE EMBARGOS. ÔNUS PROBATÓRIO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7º/STJ. PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE E LEGITIMIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ÔNUS DA PROVA. CONTRIBUINTE. SÚMULA 568/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL, PREJUDICIALIDADE.

1. Verifica-se que a Corte de origem não analisou, nem sequer implicitamente, os arts. 112 do CTN, 389, I, do CPC e 324, § único, do CC. O Tribunal de origem apenas entendeu que o autor não se desincumbiu de seu ônus probatório nos termos do art. 333, I, do CPC. Logo, não foi cumprido o necessário e indispensável exame da questão pela decisão atacada, apto a viabilizar a pretensão recursal da recorrente. Assim, incide, no caso, o enunciado das Súmulas 282 e 356 do Excelso Supremo Tribunal Federal.

2. Alterar as premissas fáticas assentadas pela Corte de origem a fim de modificar a decisão recorrida para considerar que o agravado não teria comprovado fato extintivo/modificativo do direito do autor (art. 333, II, do CPC) e que este se teria desincumbido de seu ônus probatório (art. 333, I, CPC) demandaria análise do material fático-probatório dos autos, o que esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

3. A jurisprudência do STJ firma-se no sentido de que, diante da presunção de legalidade e de legitimidade do crédito tributário, cabe ao contribuinte, autor da ação anulatória fazer prova capaz de afastar tal presunção. Precedentes.

4. É entendimento assente nesta Corte de que a ausência de prequestionamento obsta o conhecimento do recurso também pela alínea "c" do permissivo constitucional, haja vista a impossibilidade de confronto dos acórdãos trazidos como paradigmas com tese não enfrentada pelo julgado recorrido.

5. Não cabe ao STJ examinar na via especial, ainda que a título de prequestionamento, eventual violação de dispositivo constitucional, por ser de competência reservada pela Constituição da República ao Supremo Tribunal Federal.

Agravo interno improvido.

(AgInt no AREsp 894.280/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/08/2016, DJe 10/08/2016)

TRIBUTÁRIO - AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL - INSS - COMPETÊNCIA - FISCALIZAÇÃO - AFERIÇÃO - VÍNCULO EMPREGATÍCIO - ÔNUS DA PROVA.

1. Em se tratando de ação anulatória, incumbe ao autor o ônus da prova, no tocante à desconstituição do crédito já notificado ao contribuinte, em face da presunção de legitimidade e veracidade do ato administrativo, sendo, pois, necessário prova irrefutável do autor para desconstituir o crédito.

2. **O artigo 333, incisos I e II, do CPC dispõe que compete ao autor fazer prova constitutiva de seu direito; e ao réu, prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.**

Embargos acolhidos para sanar omissão relativa ao ônus da prova, sem efeitos modificativos.

(EDcl no REsp 894.571/PE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 01/07/2009)

Desta forma, como a parte autora **não logrou comprovar a origem da diferença entre o valor declarado e o apurado no procedimento fiscal**, não há como anular nesta parte o auto de infração com seus reflexos.

O tema *sub judice* é fático e a empresa não conseguiu desconstituir a presunção que vige em favor do Fisco.

Ante o exposto, **nego provimento ao agravo interno.**

É como voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA. ÔNUS PROBATÓRIO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

No caso, pende de análise apenas a omissão de receita caracterizada pela não comprovação de empréstimos tomados a sócios quotistas ou pessoas a eles ligadas e não comprovados, conforme consta no item 01 do auto de infração e seus reflexos, tendo em vista que já houve a exclusão dos itens 02, 03 e 04 do Auto de Infração, nos termos da decisão nº DRJ/SPO nº 000978 de 26/03/2001 e do acórdão nº 107-6.513 de 22/01/2002, proferidos na esfera administrativa.

No tocante ao item 1 do auto de infração consta do Termo de Verificação Fiscal que "... Foram detectados diversos empréstimos na contabilidade efetuados por pessoas ligadas e/ou sócios quotistas, no montante de R\$ 1.317.135,40, tendo sido a fiscalizada devidamente intimada a comprovar a entrega destes recursos bem como as documentações que lastrearam as operações contábeis, não o fez..".

E, como não foram apresentados documentos para impugnar o valor indicado pela fiscalização, em virtude da ausência de comprovação das operações por meio de documentos hábeis e idôneos, foram lavrados os Autos de Infração de IRPJ e seus reflexos, com fundamento nos arts. 195, II, 197 e parágrafo único, 226 e 229, do Regulamento de Imposto de Renda/94.

De fato, a ausência de comprovação de origem de recursos depositados em contas correntes bancárias, bem como da origem e da entrega dos suprimentos de caixa efetuados pelos sócios ou pessoas ligadas, autoriza a presunção da omissão de receitas operacionais, nos termos dos artigos 228 e 229 do RIR/94, base da autuação.

A parte autora sustenta a inexistência de relação de interdependência entre ela e a empresa Air Link Comércio de Serviços Ltda, já que esta apenas teria integrado o quadro de sócios da demandante em outubro de 1997.

Entretanto, pelos documentos de fls. 154/160 (alteração do contrato social), a pessoa jurídica Air Fone Participações e Empreendimentos S/C Ltda. deteve até 04/06/1998, mais de 99,99% do capital social da Nextel Telecomunicações Ltda. e a Air Link S/A (antiga denominação da Nextel) deteve até 10/02/1998 mais de 99,99% do capital social da Air Fone Participações e Empreendimentos S/C Ltda. (fls. 176/178), demonstrando que as empresas são coligadas.

A perícia judicial concluiu que após criteriosa análise nos documentos juntados nos Autos em diligência, conclui-se que a empresa Autora NEXTEL TELECOMUNICAÇÕES LTDA não conseguiu demonstrar ou comprovar qualquer equívoco nos lançamentos efetuados pela fiscalização, os documentos apresentados pela Assistente Técnico da Autora eram os mesmos juntados no Processo Judicial que, também eram os mesmos que fundamentaram o Processo Administrativo.

Não existe qualquer planilha ou relatório por parte da empresa Autora ou mesmo de sua assistente Técnico para demonstrar ou comprovar o alegado. Apenas a juntada de documentos que entendeu pertinente, sem qualquer ordem cronológica ou sequencial.

Com efeito, a presunção em favor do Fisco transfere ao contribuinte o ônus de elidir a imputação, mediante a comprovação no caso da origem dos recursos. É firme a jurisprudência do STJ no sentido de que, diante da presunção de legalidade e legitimidade do crédito tributário, cabe ao contribuinte, autor da ação anulatória, fazer prova capaz de refutá-la.

Na singularidade, como a parte autora não logrou comprovar a origem da diferença entre o valor declarado e o apurado no procedimento fiscal, não há como anular nesta parte o auto de infração com seus reflexos.

O tema *sub judice* é fático e a empresa não conseguiu desconstituir a presunção que vige em favor do Fisco.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5016334-71.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

PARTE AUTORA: VLADOS INDUSTRIA DE VALVULAS - EIRELI

Advogado do(a) PARTE AUTORA: MARCOS TANAKA DE AMORIM - SP252946-A

PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de mandado de segurança destinado a viabilizar a conclusão da análise de pedido de habilitação de crédito judicial, nos termos da Instrução Normativa RFB nº 1.717/17.

A r. sentença (ID 108040261) julgou o pedido inicial procedente.

Sem recursos voluntários.

O Ministério Público Federal apresentou parecer (ID 126749762).

Sentença sujeita ao necessário reexame.

É uma síntese do necessário.

No caso concreto, houve o acolhimento da pretensão, na esfera administrativa: o pedido de habilitação de crédito judicial foi analisado (fls. 2/11, ID 108040255).

Não há interesse jurídico na reanálise da matéria.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em hipótese análoga:

ADMINISTRATIVO. FATO NOVO. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO. CARÊNCIA DO INTERESSE DE AGIR. EXTINÇÃO DO PROCESSO.

1. O reconhecimento do direito na esfera administrativa configura fato superveniente, conforme teor do art. 462 do Código de Processo Civil, que implica a superveniente perda do interesse de agir do autor, pois torna-se desnecessário o provimento jurisdicional, impondo a extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC. Precedentes do STJ.

2. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp 1404431/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/11/2013, DJe 09/12/2013).

ADMINISTRATIVO. FATO NOVO. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO. CARÊNCIA DO INTERESSE DE AGIR. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ART. 267, VI, DO CPC.

1. Consoante a jurisprudência do STJ, o reconhecimento administrativo da pretensão deduzida na ação ordinária denota a ausência de interesse de agir superveniente e conduz à extinção do processo, nos termos do art. 267, VI, do CPC, e não nos termos do art. 269, II, do CPC.

2. Precedentes: REsp 938.715/CE, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 4.11.2008, DJe 1º.12.2008; REsp 1.091.148/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 16.12.2010, DJe 8.2.2011; EDcl no AgRg no Ag 1.200.208/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 13.4.2010, DJe 19.5.2010; AgRg no Ag 1.191.616/MG, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, julgado em 23.2.2010, DJe 23.3.2010. Agravo regimental improvido.

(AgRg nos EDcl nos EDcl no AREsp 58.209/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 13/12/2012).

Não são devidos honorários advocatícios em mandado de segurança (artigo 25, da Lei Federal nº. 12.016/09).

Por tais fundamentos, **não conheço** da remessa oficial, nos termos do artigo 932, III, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intimem-se.

Decorrido o prazo recursal, remetam-se à origem.

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

PARTE AUTORA: ELITE PINTURAS E GRAVACOES EIRELI

Advogado do(a) PARTE AUTORA: JOSE EDUARDO ALVES - SP211610-A

PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, PROCURADOR REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de mandado de segurança destinado a viabilizar a inclusão no Programa Especial de Regularização Tributária (PERT), nos termos da Lei Federal nº. 13.496/17.

Notificada, a autoridade impetrada informou o deferimento da adesão ao programa de parcelamento, nos seguintes termos (fls. 1/4, ID 127537747): “*Sucedede que, consultando, neste momento, os autos do processo administrativo nº 16191.003904/2017-83, verifica-se que esta PRFN-3ª Região determinou, de ofício, o cumprimento da decisão administrativa que havia reconhecido a possibilidade de inclusão de todas as inscrições no PERT e, em razão disso, reativou a conta nº 2024395, incluindo também, desta vez, as inscrições nºs 80 6 15 113025-63, 80 2 15 032031-88, 80 2 13 041830-47, 80 6 13 086060-30, 80 6 13 086061-11, 80 7 13 029594-78, 80 6 15 113024- 82 e 80 7 15 030550-61, e determinando, na sequência, a intimação da Interessada para que realize o pagamento de todas parcelas devidas, sob pena de cancelamento da conta*”.

A r. sentença (ID 127537750) julgou o pedido inicial procedente.

Sem recursos voluntários.

A Procuradoria Regional da República apresentou parecer (ID 129672584).

Sentença sujeita ao necessário reexame.

É uma síntese do necessário.

No caso concreto, houve o acolhimento da pretensão, na esfera administrativa.

Não há interesse jurídico na reanálise da matéria.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em hipótese análoga:

ADMINISTRATIVO. FATO NOVO. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO. CARÊNCIA DO INTERESSE DE AGIR. EXTINÇÃO DO PROCESSO.

1. O reconhecimento do direito na esfera administrativa configura fato superveniente, conforme teor do art. 462 do Código de Processo Civil, que implica a superveniente perda do interesse de agir do autor, pois torna-se desnecessário o provimento jurisdicional, impondo a extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC. Precedentes do STJ.

2. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp 1404431/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/11/2013, DJe 09/12/2013).

ADMINISTRATIVO. FATO NOVO. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO. CARÊNCIA DO INTERESSE DE AGIR. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ART. 267, VI, DO CPC.

1. Consoante a jurisprudência do STJ, o reconhecimento administrativo da pretensão deduzida na ação ordinária denota a ausência de interesse de agir superveniente e conduz à extinção do processo, nos termos do art. 267, VI, do CPC, e não nos termos do art. 269, II, do CPC.

2. Precedentes: REsp 938.715/CE, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 4.11.2008, DJe 1º.12.2008; REsp 1.091.148/RJ, Rel.

Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 16.12.2010, DJe 8.2.2011; EDcl no AgRg no Ag 1.200.208/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 13.4.2010, DJe 19.5.2010; AgRg no Ag 1.191.616/MG, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, julgado em 23.2.2010, DJe 23.3.2010.

Agravo regimental improvido.

(AgRg nos EDcl nos EDcl no AREsp 58.209/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 13/12/2012).

Civil

Por tais fundamentos, **não conheço da remessa necessária**, nos termos do artigo 932, inciso III, do Código de Processo

Publique-se. Intimem-se.

Decorrido o prazo recursal, remetam-se à origem.

PARTE RE: JUMBO DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS LTDA., PAULO HENRIQUE DA CRUZ ALVES, WESTER JOSE DE FONSECA, YAN WESTER ZANATA

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de execução fiscal.

A r. sentença (fls. 1/3, ID 125960130) julgou o processo extinto em decorrência de prescrição intercorrente.

Sem recursos voluntários.

Sentença sujeita ao reexame necessário.

É uma síntese do necessário.

***** Prescrição intercorrente *****

"Em execução fiscal, não localizados os bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente" (Súmula nº 314, do Superior Tribunal de Justiça).

A Lei nº 11.051/04 incluiu o parágrafo 4º, no artigo 40, da Lei nº 6.830/80: "Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato".

O artigo 40, § 1º, da Lei Federal nº 6.830/80: "Suspendido o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública.".

No caso concreto, trata-se de execução fiscal para a cobrança de créditos de COFINS, vencidos entre março de 1999 e 24 de agosto de 2000 (fls. 8/16, ID 125960126).

A execução fiscal foi ajuizada em 9 de junho de 2004 (fls. 3, ID 125960126).

A tentativa de citação pessoal restou infrutífera em março de 2005 (fls. 23, ID 125960126).

Os autos foram remetidos à Justiça Federal em março de 2006 (fls. 36, ID 125960126).

Em março de 2007, a União requereu a citação da empresa executada, por Oficial de Justiça, em novo endereço (fls. 39, ID 125960126).

Em maio de 2013, o Oficial de Justiça certificou que *“no cumprimento o r. mandado, dirigi-me a Av. José Paulino 807, sala 05, em Paulínia e lá deixei de proceder a CITAÇÃO e os demais atos determinados, em virtude de não localizar a empresa, JUMBO DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS LTDA., e nem seus representantes legais. No local, obtive a informação do Sr. Fernando, atual ocupante do imóvel, que declarou estabelecer ali há pelo menos um ano, bem como desconhecer os devedores”* (fls. 47, ID 125960126).

Em junho de 2008, a União requereu a inclusão dos sócios administradores no polo passivo da execução fiscal (fls. 50/51, ID 125960126).

A tentativa de citação pessoal do representante legal Yan Wester Zanata restou infrutífera em julho de 2009 (fls. 89, ID 125960126).

A União reiterou o pedido de inclusão dos sócios gerentes no polo passivo da execução fiscal em agosto de 2010 (fls. 92, ID 125960126).

Em novembro de 2011, o Juízo de 1º grau de jurisdição indeferiu o pedido da União, nos seguintes termos: *“a exequente tem esgotado todas as tentativas de obtenção de dados da empresa executada e de seus sócios, já tendo inclusive sido verificado a existência de fortes indícios de que o quadro societário foi constituído por “laranjas”, considerando os princípios da celeridade e economia processual, por ora indefiro o pedido de fls. 85 e determino o apensamento do presente executivo fiscal ao de n. 2006.61.05005120-1, devendo a presente execução fiscal prosseguir naquele feito”* (fls. 97/98, ID 125960126).

A União fez novo pedido de inclusão dos sócios administradores no polo passivo da execução fiscal (fls. 97/98, ID 125960126).

Em junho de 2015, o Juízo de 1º grau de jurisdição reconsiderou o apensamento e deferiu o pedido da União (fls. 22, ID 125960127).

Diante das tentativas infrutíferas de citação da empresa executada e de seus sócios administradores, foi deferida a obtenção do endereço dos executados pelo Sistema Bacenjud, em maio de 2017 (fls. 75, ID 125960127).

A União requereu a citação dos executados por edital (fls. 99, ID 125960127).

Intimada, a União manifestou-se quanto a eventual ocorrência de prescrição intercorrente em novembro de 2019 (fls. 1, ID 125960129).

A r. sentença na qual reconhecida a prescrição intercorrente foi proferida em dezembro de 2019 (fls. 1/4, ID 125960130).

Esses são os fatos.

No caso concreto, ocorreu a prescrição intercorrente: o lapso temporal, com termo inicial na data da ciência da Fazenda sobre a tentativa de citação pessoal infrutífera, realizada em março de 2005, é superior a 5 (cinco) anos.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ARTS. 1.036 E SEQUINTE DO CPC/2015 (ART. 543-C, DO CPC/1973). PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. SISTEMÁTICA PARA A CONTAGEM DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE (PRESCRIÇÃO APÓS A PROPOSITURA DA AÇÃO) PREVISTA NO ART. 40 E PARÁGRAFOS DA LEI DE EXECUÇÃO FISCAL (LEI N. 6.830/80).

1. O espírito do art. 40, da Lei n. 6.830/80 é o de que nenhuma execução fiscal já ajuizada poderá permanecer eternamente nos escaninhos do Poder Judiciário ou da Procuradoria Fazendária encarregada da execução das respectivas dívidas fiscais.

2. Não havendo a citação de qualquer devedor por qualquer meio válido e/ou não sendo encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora (o que permitiria o fim da inércia processual), inicia-se automaticamente o procedimento previsto no art. 40 da Lei n.6.830/80, e respectivo prazo, ao fim do qual restará prescrito o crédito fiscal. Esse o teor da Súmula n. 314/STJ: "Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente".

*3. Nem o Juiz e nem a Procuradoria da Fazenda Pública são os senhores do termo inicial do prazo de 1 (um) ano de suspensão previsto no caput, do art. 40, da LEF, somente a lei o é (ordena o art. 40: "[...] o juiz suspenderá [...]"). Não cabe ao Juiz ou à Procuradoria a escolha do melhor momento para o seu início. No primeiro momento em que constatada a não localização do devedor e/ou ausência de bens pelo oficial de justiça e intimada a Fazenda Pública, inicia-se automaticamente o prazo de suspensão, na forma do art. 40, caput, da LEF. Indiferente aqui, portanto, o fato de existir petição da Fazenda Pública requerendo a suspensão do feito por 30, 60, 90 ou 120 dias a fim de realizar diligências, sem pedir a suspensão do feito pelo art. 40, da LEF. Esses pedidos não encontram amparo fora do art. 40 da LEF que limita a suspensão a 1 (um) ano. Também indiferente o fato de que o Juiz, ao intimar a Fazenda Pública, não tenha expressamente feito menção à suspensão do art. 40, da LEF. **O que importa para a aplicação da lei é que a Fazenda Pública tenha tomado ciência da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido e/ou da não localização do devedor. Isso é o suficiente para inaugurar o prazo, ex lege.***

4. Teses julgadas para efeito dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 543-C, do CPC/1973):

4.1.) O prazo de 1 (um) ano de suspensão do processo e do respectivo prazo prescricional previsto no art. 40, §§ 1º e 2º da Lei n. 6.830/80 - LEF tem início automaticamente na data da ciência da Fazenda Pública a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido, havendo, sem prejuízo dessa contagem automática, o dever de o magistrado declarar ter ocorrido a suspensão da execução;

4.1.1.) Sem prejuízo do disposto no item 4.1., nos casos de execução fiscal para cobrança de dívida ativa de natureza tributária (cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido antes da vigência da Lei Complementar n. 118/2005), depois da citação válida, ainda que editalícia, logo após a primeira tentativa infrutífera de localização de bens penhoráveis, o Juiz declarará suspensa a execução.

4.1.2.) Sem prejuízo do disposto no item 4.1., em se tratando de execução fiscal para cobrança de dívida ativa de natureza tributária (cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido na vigência da Lei Complementar n. 118/2005) e de qualquer dívida ativa de natureza não tributária, logo após a primeira tentativa frustrada de citação do devedor ou de localização de bens penhoráveis, o Juiz declarará suspensa a execução.

4.2.) *Havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não pronunciamento judicial nesse sentido, findo o prazo de 1 (um) ano de suspensão inicia-se automaticamente o prazo prescricional aplicável (de acordo com a natureza do crédito exequendo) durante o qual o processo deveria estar arquivado sem baixa na distribuição, na forma do art. 40, §§ 2º, 3º e 4º da Lei n. 6.830/80 - LEF, findo o qual o Juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato;*

4.3.) *A efetiva constrição patrimonial e a efetiva citação (ainda que por edital) são aptas a interromper o curso da prescrição intercorrente, não bastando para tal o mero peticionamento em juízo, requerendo, v.g., a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens. Os requerimentos feitos pelo exequente, dentro da soma do prazo máximo de 1 (um) ano de suspensão mais o prazo de prescrição aplicável (de acordo com a natureza do crédito exequendo) deverão ser processados, ainda que para além da soma desses dois prazos, pois, citados (ainda que por edital) os devedores e penhorados os bens, a qualquer tempo - mesmo depois de escoados os referidos prazos -, considera-se interrompida a prescrição intercorrente, retroativamente, na data do protocolo da petição que requereu a providência frutífera.*

4.4.) *A Fazenda Pública, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245 do CPC/73, correspondente ao art. 278 do CPC/2015), ao alegar nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40 da LEF, deverá demonstrar o prejuízo que sofreu (exceto a falta da intimação que constitui o termo inicial - 4.1., onde o prejuízo é presumido), por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição.*

4.5.) *O magistrado, ao reconhecer a prescrição intercorrente, deverá fundamentar o ato judicial por meio da delimitação dos marcos legais que foram aplicados na contagem do respectivo prazo, inclusive quanto ao período em que a execução ficou suspensa.*

5. *Recurso especial não provido. Acórdão submetido ao regime dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 543-C, do CPC/1973).*

(REsp 1340553/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/09/2018, DJe 16/10/2018)

Por tais fundamentos, **nego provimento à remessa oficial.**

Publique-se. Intime-se.

Decorrido o prazo recursal, remetam-se à origem

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5002253-60.2019.4.03.6119
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOMDI SALVO
APELANTE: ALVARO EMIRO SANTAMARIA SANTAMARIA
Advogado do(a) APELANTE: DULCINEA DE JESUS NASCIMENTO - SP199272-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5002253-60.2019.4.03.6119
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOMDI SALVO
APELANTE: ALVARO EMIRO SANTAMARIA SANTAMARIA
Advogado do(a) APELANTE: DULCINEA DE JESUS NASCIMENTO - SP199272-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Cuida-se de recurso de agravo interposto por ALVARO EMIRO SANTAMARIA SANTAMARIA, nos termos do art. 1.021 do Código de Processo Civil, contra decisão monocrática deste Relator, que **não conheceu de seu recurso de apelação** por força da deserção.

Nas razões recursais, o agravante sustenta, em síntese, que a decisão monocrática não observou o disposto no § 6º do art. 1.007 do CPC e que intempestivo seria o recolhimento e não a manifestação, que “veio aos autos após o período compreendido para tentativa do recolhimento, não podendo ser previsível o resultado futuro”. Aduz que parte da decisão que determina o recolhimento é incompreensível e deve ser esclarecida.

Referindo-se ao julgamento do Agravo de Instrumento nº 5012756-67.2019.4.03.0000, aduz que a decisão que reconheceu a intempestividade da manifestação é incoerente e desproporcional “em comparação ao longo lapso temporal que V. Exa. necessitou para proferir decisão de ‘prejudicada’, causando prejuízo à parte”.

Sendo assim, pugna pela procedência do agravo interno para que seja acolhida a justificativa apresentada (§ 6º do art. 1.007 do CPC), esclarecendo-se, ainda, a forma de recolhimento das custas.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002253-60.2019.4.03.6119
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOMDI SALVO
APELANTE: ALVARO EMIRO SANTAMARIA SANTAMARIA
Advogado do(a) APELANTE: DULCINEA DE JESUS NASCIMENTO - SP199272-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansomdi Salvo, Relator:

Recebo o recurso, denominado “agravo de instrumento, como agravo interno interposto em face da decisão ID nº 124083337.

Ao impetrar o mandado de segurança o apelante/agravante recolheu custas de 0,5% do valor da causa (ID’s nºs 94320229 e 94320439) e, por ocasião da interposição da apelação, deixou de instruir o recurso com o comprovante do recolhimento das custas recursais.

Intimado, na forma do art. 1007, § 4º, do CPC/2015, a recolher a diferença do preparo devida, **em dobro**, deixou escoar *in albis* o prazo concedido para regularização.

No dia 03/02/2020, **intempestivamente**, já que o termo final do prazo para manifestação ocorreu em 30/01/2020, houve protocolização de petição na qual a causídica alega dificuldades de contato com o apelante, que é estrangeiro colombiano e vive em Bogotá, cidade que vem sofrendo “grandes marcos de guerra contra o governo (conforme documento anexo), resultando em morte, prisões e paralisações”. Sustenta que essa situação vem dificultando o contato com o recorrente e a remessa de valores para o cumprimento da decisão. Pugna pela prorrogação do prazo para recolhimento das custas recursais e pela especificação do valor a ser recolhido, tendo em vista que a decisão restou “incompreensiva” no tocante ao montante a ser recolhido.

O agravante não recolheu as custas e sequer apresentou qualquer manifestação no prazo deferido. A manifestação é **intempestiva** e isso é o que basta para o reconhecimento da deserção.

É preciso deixar claro que qualquer obstáculo ao recolhimento das custas processuais deveria ter sido trazido ao conhecimento do Relator no prazo de cinco dias deferido para tanto (ID nº 121929935), não se podendo admitir a pretensão de análise de manifestações intempestivas, já acobertadas pela preclusão, instituto fundamental ao processo e que tem como objetivo evitar que os processos se perpetuem, encontrando respaldo no princípio da razoável duração do processo, assegurada a todos no âmbito judicial e administrativo (art. 5º, LXXVIII).

Nada obstante, a título de *obiter dictum*, registro aqui a mesma observação que já fiz na decisão monocrática agravada: “uma simples notícia de jornal acerca da situação de protestos em Bogotá não tem o condão de, por si só, caracterizar situação impeditiva do recolhimento de custas”.

Sendo assim, o recurso deve ser **julgado deserto**.

Nesse sentido, já se pronunciou o STJ:

..EMEN: PROCESSO CIVIL. DIREITO PRIVADO. AÇÃO MONITÓRIA. RECURSO ESPECIAL SEM AS GUIAS OU COMPROVANTE DE PAGAMENTO DO PREPARO. DESPACHO DETERMINANDO O PAGAMENTO EM DOBRO. ART. 1.007, §4º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DETERMINAÇÃO NÃO CUMPRIDA. RECURSO ESPECIAL DESERTO.

I - Aplica-se ao caso o enunciado administrativo n. 3 da Súmula do STJ, segundo o qual: "Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC"

II - Recurso especial não instruído com guia de custas e respectivo comprovante de pagamento do preparo.

III - Determinado o recolhimento em dobro das custas processuais, nos termos do art. 1.007, §4º do Código de Processo Civil de 2015, e não cumprida a determinação, deve ser considerado deserto o recurso especial.

IV - Não prosperam as alegações da parte agravante relativamente à falta de clareza do despacho que determinou o recolhimento em dobro das custas processuais, pois o despacho é claro quanto a esta determinação.

V - Assim, o mero "aviso de lançamento" do pagamento do preparo não serve para a comprovação da quitação da obrigação do recorrente, resultando na deserção do recurso especial. Nesse sentido, mutatis, mutandis, os seguintes precedentes: AgRg no AREsp 466.639/DF, 4.ª Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJe de 1.º/8/2014; EDcl no AREsp 519.784/MG, 1.ª Turma, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe de 20/6/2014; AgRg no AREsp 490.738/DF, 2.ª Turma, Rel. Min. Og Fernandes, DJe de 30/5/2014.

VI - Agravo interno improvido. ..EMEN:

(AINTARESP 201602335439, FRANCISCO FALCÃO, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:10/11/2017 ..DTPB:.)

Na mesma toada:

AGRAVO INTERNO. ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. AÇÃO ANULATÓRIA. AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE. PRESCRIÇÃO DA AÇÃO PUNITIVA. INSCRIÇÃO NO CADIN. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE CUSTAS DE PREPARO E PORTE DE RETORNO. RECOLHIMENTO EM DOBRO. PAGAMENTO INSUFICIENTE. RECURSO DESERTO. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Nestes autos foi oportunizada à parte agravante a regularização das custas de preparo e porte de retorno, em dobro, nos termos do art. 1017, §1º e 1007, § 4º c/c art. 932, parágrafo único do CPC/2015, sob pena de negativa de seguimento.

2. Houve comprovação do pagamento das custas e porte de retorno, porém não em dobro, como determinado. Assim, restaram descumpridas as exigências estabelecidas. Precedente.

3. Assim, intimada a agravante para o recolhimento do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, e descumprida a determinação, o recurso é considerado deserto, nos termos do que dispõe o art. 1007, caput e § 4º, do CPC/2015.

4. Ademais, analisando os fundamentos apresentados pela agravante não identifiquei motivo suficiente à reforma da decisão agravada. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.

5. Agravo interno improvido.

(AI 00162157020164030000, DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:20/04/2017 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

As demais tergiversações aventadas no recurso não têm aptidão para alterar o entendimento adotado.

Ante o exposto, **nego provimento ao agravo interno.**

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO INTERPOSTA SEM O RECOLHIMENTO DAS CUSTAS RECURSAIS. INTIMAÇÃO PARA RECOLHIMENTO EM DOBRO, NOS TERMOS DO ART. 1.007, § 4º, DO CPC/15. NÃO RECOLHIMENTO NO PRAZO DEFERIDO. MANIFESTAÇÃO INTEMPESTIVA ALEGANDO IMPOSSIBILIDADE DE RECOLHIMENTO. DESERÇÃO RECONHECIDA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Ao impetrar o mandado de segurança o apelante/agravante recolheu custas de 0,5% do valor da causa e, por ocasião da interposição da apelação, deixou de instruir o recurso com o comprovante do recolhimento das custas recursais. Intimado, na forma do art. 1007, § 4º, do CPC/2015, a recolher a diferença do preparo devida, **em dobro**, deixou escoar *in albis* o prazo concedido para regularização. No dia 03/02/2020, **intempestivamente**, já que o termo final do prazo para manifestação ocorreu em 30/01/2020, houve protocolização de petição na qual a causídica alega dificuldades de contato com o apelante, que é estrangeiro colombiano e vive em Bogotá, cidade que vem sofrendo “grandes marcos de guerra contra o governo (conforme documento anexo), resultando em morte, prisões e paralisações”; sustenta dificuldade de remessa de valores para o cumprimento da decisão e pugna pela prorrogação do prazo para recolhimento das custas recursais e pela especificação do valor a ser recolhido, tendo em vista que a decisão restou “incompreensiva” no tocante ao montante a ser recolhido.

2. O agravante não recolheu as custas e sequer apresentou qualquer manifestação no prazo deferido. A manifestação é **intempestiva** e isso é o que basta para o reconhecimento da deserção.

3. É preciso deixar claro que qualquer obstáculo ao recolhimento das custas processuais deveria ter sido trazido ao conhecimento do Relator no prazo de cinco dias deferido para tanto, não se podendo admitir a pretensão de análise de manifestações intempestivas, já acobertadas pela preclusão, instituto fundamental ao processo e que tem como objetivo evitar que os processos se perpetuem, encontrando respaldo no princípio da razoável duração do processo, assegurada a todos no âmbito judicial e administrativo (art. 5º, LXXVIII).

4. Nada obstante, a título de *obiter dictum*, registra-se aqui a mesma observação já feita na decisão monocrática agravada: “uma simples notícia de jornal acerca da situação de protestos em Bogotá não tem o condão de, por si só, caracterizar situação impeditiva do recolhimento de custas”.

5. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0000240-42.2020.4.03.9999

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: PAV COMERCIAL LTDA, PAULO ROBERTO MESQUITA DE ALMEIDA, MANOEL CARLOS SOUSA NERY

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de execução fiscal.

A r. sentença (fls. 48/49, ID 123722465) julgou o processo extinto em decorrência de prescrição intercorrente.

A União, ora apelante (fls. 59/63, ID 123722465), aponta a inoccorrência de prescrição intercorrente.

Sem contrarrazões.

É uma síntese do necessário.

***** Prescrição intercorrente *****

"Em execução fiscal, não localizados os bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente" (Súmula nº 314, do Superior Tribunal de Justiça).

A Lei nº 11.051/04 incluiu o parágrafo 4º, no artigo 40, da Lei nº 6.830/80: "Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato".

O artigo 40, § 1º, da Lei Federal nº 6.830/80: "Suspense o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública."

No caso concreto, trata-se de execução fiscal para a cobrança de créditos de COFINS, vencidos entre março e dezembro de 1995 (fls. 5/12, ID 123722464).

A execução fiscal foi ajuizada em 27 de novembro de 2000 (fls. 2, ID 123722464).

A tentativa de citação pessoal restou infrutífera em maio de 2001 (fls. 18, ID 123722464).

Em novembro de 2001, a União requereu a inclusão dos sócios gerentes no polo passivo da execução fiscal (fls. 21/22, ID 123722464).

Diante das tentativas infrutíferas de citação dos sócios, a União requereu a citação por edital em novembro de 2012 (fls. 35, ID 123722465).

Novo pedido de citação por edital da União em maio de 2015 (fls. 45, ID 123722465).

A r. sentença na qual reconhecida a prescrição intercorrente foi proferida em abril de 2017 (fls. 48/49, ID 123722465).

Esses são os fatos.

No caso concreto, ocorreu a prescrição intercorrente: o lapso temporal, com termo inicial na data da ciência da Fazenda sobre a tentativa de citação pessoal infrutífera, realizada em maio de 2001, é superior a 5 (cinco) anos.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ARTS. 1.036 E SEQUINTE DO CPC/2015 (ART. 543-C, DO CPC/1973). PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. SISTEMÁTICA PARA A CONTAGEM DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE (PRESCRIÇÃO APÓS A PROPOSITURA DA AÇÃO) PREVISTA NO ART. 40 E PARÁGRAFOS DA LEI DE EXECUÇÃO FISCAL (LEI N. 6.830/80).

1. O espírito do art. 40, da Lei n. 6.830/80 é o de que nenhuma execução fiscal já ajuizada poderá permanecer eternamente nos escaninhos do Poder Judiciário ou da Procuradoria Fazendária encarregada da execução das respectivas dívidas fiscais.

2. Não havendo a citação de qualquer devedor por qualquer meio válido e/ou não sendo encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora (o que permitiria o fim da inércia processual), inicia-se automaticamente o procedimento previsto no art. 40 da Lei n.6.830/80, e respectivo prazo, ao fim do qual restará prescrito o crédito fiscal. Esse o teor da Súmula n. 314/STJ: "Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente".

*3. Nem o Juiz e nem a Procuradoria da Fazenda Pública são os senhores do termo inicial do prazo de 1 (um) ano de suspensão previsto no caput, do art. 40, da LEF, somente a lei o é (ordena o art. 40: "[...] o juiz suspenderá [...]"). Não cabe ao Juiz ou à Procuradoria a escolha do melhor momento para o seu início. No primeiro momento em que constatada a não localização do devedor e/ou ausência de bens pelo oficial de justiça e intimada a Fazenda Pública, inicia-se automaticamente o prazo de suspensão, na forma do art. 40, caput, da LEF. Indiferente aqui, portanto, o fato de existir petição da Fazenda Pública requerendo a suspensão do feito por 30, 60, 90 ou 120 dias a fim de realizar diligências, sem pedir a suspensão do feito pelo art. 40, da LEF. Esses pedidos não encontram amparo fora do art. 40 da LEF que limita a suspensão a 1 (um) ano. Também indiferente o fato de que o Juiz, ao intimar a Fazenda Pública, não tenha expressamente feito menção à suspensão do art. 40, da LEF. **O que importa para a aplicação da lei é que a Fazenda Pública tenha tomado ciência da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido e/ou da não localização do devedor. Isso é o suficiente para inaugurar o prazo, ex lege.***

4. Teses julgadas para efeito dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 543-C, do CPC/1973):

4.1.) O prazo de 1 (um) ano de suspensão do processo e do respectivo prazo prescricional previsto no art. 40, §§ 1º e 2º da Lei n. 6.830/80 - LEF tem início automaticamente na data da ciência da Fazenda Pública a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido, havendo, sem prejuízo dessa contagem automática, o dever de o magistrado declarar ter ocorrido a suspensão da execução;

4.1.1.) Sem prejuízo do disposto no item 4.1., nos casos de execução fiscal para cobrança de dívida ativa de natureza tributária (cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido antes da vigência da Lei Complementar n. 118/2005), depois da citação válida, ainda que editalícia, logo após a primeira tentativa infrutífera de localização de bens penhoráveis, o Juiz declarará suspensa a execução.

4.1.2.) *Sem prejuízo do disposto no item 4.1., em se tratando de execução fiscal para cobrança de dívida ativa de natureza tributária (cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido na vigência da Lei Complementar n. 118/2005) e de qualquer dívida ativa de natureza não tributária, logo após a primeira tentativa frustrada de citação do devedor ou de localização de bens penhoráveis, o Juiz declarará suspensa a execução.*

4.2.) *Havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não pronunciamento judicial nesse sentido, findo o prazo de 1 (um) ano de suspensão inicia-se automaticamente o prazo prescricional aplicável (de acordo com a natureza do crédito exequendo) durante o qual o processo deveria estar arquivado sem baixa na distribuição, na forma do art. 40, §§ 2º, 3º e 4º da Lei n. 6.830/80 - LEF, findo o qual o Juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato;*

4.3.) *A efetiva constrição patrimonial e a efetiva citação (ainda que por edital) são aptas a interromper o curso da prescrição intercorrente, não bastando para tal o mero peticionamento em juízo, requerendo, v.g., a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens. Os requerimentos feitos pelo exequente, dentro da soma do prazo máximo de 1 (um) ano de suspensão mais o prazo de prescrição aplicável (de acordo com a natureza do crédito exequendo) deverão ser processados, ainda que para além da soma desses dois prazos, pois, citados (ainda que por edital) os devedores e penhorados os bens, a qualquer tempo - mesmo depois de escoados os referidos prazos -, considera-se interrompida a prescrição intercorrente, retroativamente, na data do protocolo da petição que requereu a providência frutífera.*

4.4.) *A Fazenda Pública, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245 do CPC/73, correspondente ao art. 278 do CPC/2015), ao alegar nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40 da LEF, deverá demonstrar o prejuízo que sofreu (exceto a falta da intimação que constitui o termo inicial - 4.1., onde o prejuízo é presumido), por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição.*

4.5.) *O magistrado, ao reconhecer a prescrição intercorrente, deverá fundamentar o ato judicial por meio da delimitação dos marcos legais que foram aplicados na contagem do respectivo prazo, inclusive quanto ao período em que a execução ficou suspensa.*

5. *Recurso especial não provido. Acórdão submetido ao regime dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 543-C, do CPC/1973).*

(REsp 1340553/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/09/2018, DJe 16/10/2018)

Por tais fundamentos, **nego provimento à apelação.**

Publique-se. Intime-se.

Decorrido o prazo recursal, remetam-se à origem

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5011643-30.2017.4.03.6182
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: NESTLE BRASIL LTDA.
Advogado do(a) APELANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A
APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de embargos à execução fiscal.

A r. sentença (ID 126940393) julgou o pedido inicial improcedente. Não houve condenação em honorários advocatícios, nos termos do Decreto-Lei nº. 1.025/60.

A embargante, ora apelante (ID 126940400), suscita preliminar de nulidade, porque a r. sentença não teria analisado a alegação de ausência de regulamentação sobre os critérios para a estipulação das multas.

Alega a ocorrência de cerceamento de defesa em decorrência do indeferimento da prova pericial.

No mérito, aponta a nulidade dos autos de infração em decorrência da:

(i) ausência de fundamentação legal para a aplicação das multas. A Lei Federal nº. 9.933/99 não estaria regulamentada;

(ii) inobservância da Resolução nº. 08/06, do CONMETRO, bem como das normas para preenchimento do quadro demonstrativo de penalidades e formulários, editadas pela Diretoria de Metrologia (DIMEL). A espécie de pena e o valor da multa não estariam tabulados.

Subsidiariamente, requer a conversão da pena de multa em advertência ou a sua redução.

Contrarrazões (ID 126940403).

É uma síntese do necessário.

***** Preliminares *****

As preliminares não têm pertinência.

Não há qualquer vício na r. sentença. Pedido e fundamento jurídico são institutos processuais distintos. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.

No caso concreto, o recurso não demonstra a invalidade jurídica da fundamentação adotada na r. decisão. Pretende, é certo, outra. Não se trata, então, da ocorrência de vício na decisão da causa, mas de sua realização por fundamento jurídico diverso da intelecção da parte.

De outro lado, o magistrado possui liberdade para a avaliação da prova (artigo 131, do Código de Processo Civil).

A perícia é o meio de prova reservado para hipóteses nas quais a avaliação depende de conhecimento técnico ou científico (artigo 145, do Código de Processo Civil).

No caso concreto, a apelante não demonstrou, objetivamente, a aplicação de critérios em desacordo com a legislação vigente, quando da aferição da quantidade dos produtos comercializados.

A discussão está restrita aos **critérios legais**.

A solução é jurídica e depende da análise de documentos.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. LIVRE CONVENCIMENTO DO JULGADOR. REEXAME DE FATOS E DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. JUNTADA DE CÓPIA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL AOS AUTOS DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ÔNUS DO EMBARGANTE, EM VISTA DA PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ DA CDA. COMPENSAÇÃO DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO. INEXISTÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DA MATÉRIA. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282 E 356 DO STF. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. O art. 131 do CPC consagra o princípio do livre convencimento motivado, segundo o qual o juiz é livre para apreciar as provas produzidas, bem como a necessidade de produção das que forem requeridas pelas partes. Nesse sentido: STJ, AgRg no AREsp 648.403/MS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 29/05/2015; STJ, AgRg no AREsp 279.291/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe de 16/05/2014. (...)

VI. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp 1460507/SC, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 16/03/2016).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. INDEFERIMENTO PELA PRESCINDIBILIDADE DA MESMA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO-OCORRÊNCIA. NULIDADE CERTIDÃO DÍVIDA ATIVA. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 07/STJ. JUROS DE MORA. TAXA SELIC. LEGALIDADE.

1. A dispensa pelos juízos de cognição plena da produção de prova pericial reconhecidamente prescindível ao deslinde da controvérsia não configura cerceamento de defesa. (...)

7. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 971.090/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/10/2008, DJe 13/11/2008).

Por fim, não há qualquer irregularidade formal nos atos administrativos.

As exigências previstas na Resolução nº. 08/2006, do CONMETRO foram observadas.

A atuação administrativa é regular.

Não há prova apta a afastar a presunção de veracidade e legitimidade dos autos de infração.

A jurisprudência desta Turma:

ADMINISTRATIVO. AUTO DE INFRAÇÃO. AMOSTRAS. FALTA DE ARMAZENAMENTO. RESOLUÇÃO ANP N.º 07/2011. MULTA POR INFRINGÊNCIA AO ART. 3º, IX, DA LEI N.º 9.847/1999. PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE E VERACIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. VALOR DA MULTA. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.

1. No caso vertente, foi lavrado em 01/08/2012 pelo agente fiscal da Agência Nacional do Petróleo (ANP) o Auto de Infração n.º 358013, com aplicação de multa em razão do descumprimento da regra prevista no art. 5º, §3º, I, da Resolução ANP n.º 7/2011.

[...]

5. Ademais, como se sabe, o auto de infração constitui ato administrativo dotado de presunção juris tantum de legalidade e veracidade, sendo condição sine qua non para sua desconstituição a comprovação (i) de inexistência dos fatos descritos no auto de infração; (ii) da atipicidade da conduta ou (iii) de vício em um de seus elementos componentes (sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade).

6. A apelante, por seu turno, não logrou produzir provas suficientes para elidir a presunção de legalidade e legitimidade de que goza o auto de infração.

7. Nesse sentido, não se confundem alegação e prova. A relação entre uma e outra, no processo, é de precedência, não de equivalência.

8. Portanto, para que seja declarada a ilegitimidade de um ato administrativo, cumpre ao administrado provar os fatos constitutivos de seu direito, i.e., a inexistência dos fatos narrados como verdadeiros no auto de infração.

[...]

14. *Apelações improvidas.*

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 2095086 - 0013830-30.2013.4.03.6120, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, julgado em 20/10/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/11/2016)

***** Regularidade da multa *****

O Superior Tribunal de Justiça declarou a legalidade dos atos normativos regulatórios e procedimentais expedidos pelo INMETRO, no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil:

ADMINISTRATIVO - AUTO DE INFRAÇÃO - CONMETRO E INMETRO - LEIS 5.966/1973 E 9.933/1999 - ATOS NORMATIVOS REFERENTES À METROLOGIA - CRITÉRIOS E PROCEDIMENTOS PARA APLICAÇÃO DE PENALIDADES - PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES - TEORIA DA QUALIDADE.

1. Inaplicável a Súmula 126/STJ, porque o acórdão decidiu a querela aplicando as normas infraconstitucionais, reportando-se em passant a princípios constitucionais. Somente o fundamento diretamente firmado na Constituição pode ensejar recurso extraordinário.

2. Estão revestidas de legalidade as normas expedidas pelo CONMETRO e INMETRO, e suas respectivas infrações, com o objetivo de regulamentar a qualidade industrial e a conformidade de produtos colocados no mercado de consumo, seja porque estão esses órgãos dotados da competência legal atribuída pelas Leis 5.966/1973 e 9.933/1999, seja porque seus atos tratam de interesse público e agregam proteção aos consumidores finais. Precedentes do STJ.

3. Essa sistemática normativa tem como objetivo maior o respeito à dignidade humana e a harmonia dos interesses envolvidos nas relações de consumo, dando aplicabilidade a ratio do Código de Defesa do Consumidor e efetividade à chamada Teoria da Qualidade.

4. Recurso especial conhecido e provido. Acórdão sujeito às disposições previstas no art. 543-C do CPC e na Resolução 8/2008-STJ.

(REsp 1102578/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/10/2009, DJe 29/10/2009).

No caso concreto, houve aplicação de multa em decorrência da violação aos artigos 1º e 5º, da Lei Federal nº. 9.933/99, e item 3, subitem 3.1, tabela II, do Regulamento Técnico Metrológico, aprovado pelo artigo 1º, da Portaria INMETRO nº. 248/2008.

A fiscalização encontrou o produto “caldo bacon, marca MAGGI, embalagem papelão, conteúdo nominal 63g”, comercializado pela apelante, exposto à venda, reprovado no exame pericial quantitativo, no critério da média, conforme laudo de exame quantitativo de produtos pré-medidos (fls. 3, ID 126940019).

A multa foi fixada no valor de R\$ 7.440,00, nos termos dos artigos 8º, inciso II, e 9º, inciso I, da Lei Federal nº. 9.933/1999 (fls. 23/25 e 52/55, ID 126940019).

No caso concreto, há prova da infração.

O equívoco é capaz de induzir o consumidor a erro.

A multa é regular.

Não é cabível a conversão da pena de multa em advertência.

De outro lado, quanto à fixação da penalidade, a Lei Federal nº. 9.933/99:

Art. 9º. A pena de multa, imposta mediante procedimento administrativo, poderá variar de R\$ 100,00 (cem reais) até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais). (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

§ 1º. Para a gradação da pena, a autoridade competente deverá considerar os seguintes fatores: (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

I - a gravidade da infração; (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

II - a vantagem auferida pelo infrator; (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

III - a condição econômica do infrator e seus antecedentes; (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

IV - o prejuízo causado ao consumidor; e (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

V - a repercussão social da infração. (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

§ 2º. São circunstâncias que agravam a infração: (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

I - a reincidência do infrator; (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

II - a constatação de fraude; e (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

III - o fornecimento de informações inverídicas ou enganosas. (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

§ 3º. São circunstâncias que atenuam a infração: (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

I - a primariedade do infrator; e (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

II - a adoção de medidas pelo infrator para minorar os efeitos do ilícito ou para repará-lo. (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

A 6ª Turma admite a redução, com fundamento no princípio da razoabilidade:

TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROTESTO DE CDA. CONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO DE IMPROCEDÊNCIA DA ADI 5135. AUTO DE INFRAÇÃO. INMETRO. AUSÊNCIA DE SELO DE IDENTIFICAÇÃO DO PRODUTO. MANUTENÇÃO DA MULTA.

1. Quanto à possibilidade de protesto de CDA, meu entendimento era no sentido de sua desnecessidade devido aos atributos da certeza, liquidez e exigibilidade que a revestem, nos termos do posicionamento desta E. Sexta Turma.

2. No entanto, revejo meu posicionamento, para seguir a decisão do Supremo Tribunal Federal que, recentemente, julgou improcedente a ADIN nº 5135, para, por maioria, fixar a tese de que O protesto das Certidões de Dívida Ativa constitui mecanismo constitucional e legítimo, por não restringir de forma desproporcional quaisquer direitos fundamentais garantidos aos contribuintes e, assim, não constituir sanção política.

3. Conforme consta dos autos (fls. 25/26), a autora foi autuada por agente autárquico, em 29/07/2013, pela exposição à venda do produto *Cabine Elétrica Multifuncional de Banho - modelo San*, sem ostentar o selo de identificação da conformidade na embalagem e no produto, conforme Auto de Infração nº 1001130001437, cuja multa foi aplicada com fundamento nos arts. 1º e 5º, da Lei nº 9.933/99, c/c arts. 4º a 6º da Portaria Inmetro 371/09.

4. A Portaria Inmetro nº 371/09 dispôs sobre a exigência de utilização de selo nos eletrodomésticos, estabelecendo prazos para adequação aos fabricantes e importadores. Especificamente no que diz à fabricação e à importação, estabeleceu-se como data inicial 1º de julho de 2011 e, no tocante aos comerciantes, 1º de julho de 2012.

5. No caso em questão, a autora alega que não estaria enquadrada nos prazos supracitados, já que inserida na hipótese de prorrogação de prazo para regularização de selo de conformidade, nos termos da Portaria nº 328/11.

6. Nada obstante, não lhe assiste razão, já que referida Portaria discrimina taxativamente quais produtos tiveram prorrogação de prazo para a adequação, sem que se possa pretender enquadrar a *Cabine Elétrica Multifuncional de Banho* como *Banheira Hidromassagem*, sob pena de se alargar o alcance da norma infralegal.

7. Ademais, resta consolidada a jurisprudência no sentido da legitimidade das normas expedidas pelo Inmetro e pelo Conmetro, pois dotadas de competência legal atribuída pelas Leis nº 5.966/73 e 9.933/99, além de regularem matéria de interesse público na busca da proteção ao direito do consumidor.

8. Mantida a fixação da multa aplicada, em observância ao princípio da razoabilidade, sobretudo considerando que a autora é reincidente, conforme fl. 129 do processo administrativo.

9. *Apelação improvida.*

(TRF-3, 2015.61.28.001584-0/SP, SEXTA TURMA, Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA, DJe 06/03/2017)

No caso concreto, os produtos comercializados foram reprovados nos exames periciais quantitativos, por inobservância do critério da média: foram identificadas unidades com quantidade inferior àquela indicada na embalagem.

A apelante é reincidente.

É justificável a fixação em patamar superior ao mínimo.

Por tais fundamentos, **nego provimento** à apelação.

Publique-se. Intime-se.

Decorrido o prazo recursal, remetam-se à origem.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0002686-36.2015.4.03.6105
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE EDUCACAO FISICA DA 4 REGIAO

APELADO: REGINALDO CESAR MESSIAS SIQUEIRA

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de execução fiscal ajuizada pelo Conselho Regional de Educação Física destinada à satisfação das anuidades dos exercícios de 2010, 2011, 2012, 2013 e 2014.

A r. sentença julgou o processo extinto, sem a resolução do mérito, nos termos do artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil.

O apelante, Conselho Regional de Educação Física, afirma a legalidade da exigência das anuidades de 2011 a 2014, nos termos da Lei Federal nº 12.197/10.

Aduz a regularidade da cobrança da anuidade de 2010, em decorrência de decisão proferida na Ação Civil Pública nº 0017393-10.2004.403.6100.

Sem contrarrazões.

É uma síntese do necessário.

O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da exigência de contribuição a Conselho Profissional, nos termos do artigo 58, da Lei Federal nº. 9.649/98:

“DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS.

1. Estando prejudicada a Ação, quanto ao § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649, de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, declarando-se a inconstitucionalidade do "caput" e dos § 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do mesmo art. 58.

2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados.

3. Decisão unânime”.

(ADI 1717, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2002, DJ 28-03-2003 PP-00061 EMENT VOL-02104-01 PP-00149).

Houve a rediscussão do tema, em decorrência da edição da Lei Federal nº. 11.000/04.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no RE 704.292, reconheceu a repercussão geral da questão e fixou a tese vencedora: "É inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar, sem parâmetro legal, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos".

No caso concreto, objetiva-se a satisfação de anuidades dos exercícios de 2010, 2011, 2012, 2013 e 2014.

A Lei Federal nº. 12.514/11 entrou em vigor em 31 de outubro de 2011.

Apenas as anuidades exigidas a partir do exercício de 2012 possuem fundamento legal, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Nestes termos, o v. Acórdão da Terceira Turma desta Corte Regional, na Ação Civil Pública nº 0017393-10.2004.403.6100, de relatoria do então Juiz Convocado Valdeci dos Santos, sem trânsito em julgado, não altera a conclusão com relação à anuidade de 2010.

Por fim, com relação às demais anuidades (exercícios de 2012 a 2014), a Lei Federal nº. 12.514/11:

Artigo 8º. Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. ART. 8º DA LEI 12.514/2011. INAPLICABILIDADE ÀS AÇÕES EM TRÂMITE. NORMA PROCESSUAL. ART. 1.211 DO CPC. "TEORIA DOS ATOS PROCESSUAIS ISOLADOS". PRINCÍPIO TEMPUS REGITACTUM.

1. Os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inc. IX, da Constituição da República vigente. Isto não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

2. É inaplicável o art. 8º da Lei nº 12.514/11 ("Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente") às execuções propostas antes de sua entrada em vigor.

3. O Art. 1.211 do CPC dispõe: "Este Código regerá o processo civil em todo o território brasileiro. Ao entrar em vigor, suas disposições aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes". Pela leitura do referido dispositivo conclui-se que, em regra, a norma de natureza processual tem aplicação imediata aos processos em curso.

4. Ocorre que, por mais que a lei processual seja aplicada imediatamente aos processos pendentes, deve-se ter conhecimento que o processo é constituído por inúmeros atos. Tal entendimento nos leva à chamada "Teoria dos Atos Processuais Isolados", em que cada ato deve ser considerado separadamente dos demais para o fim de se determinar qual a lei que o rege, recaindo sobre ele a preclusão consumativa, ou seja, a lei que rege o ato processual é aquela em vigor no momento em que ele é praticado. Seria a aplicação do Princípio *tempus regit actum*. Com base neste princípio, temos que a lei processual atinge o processo no estágio em que ele se encontra, onde a incidência da lei nova não gera prejuízo algum às partes, respeitando-se a eficácia do ato processual já praticado. Dessa forma, a publicação e entrada em vigor de nova lei só atingem os atos ainda por praticar, no caso, os processos futuros, não sendo possível falar em retroatividade da nova norma, visto que os atos anteriores de processos em curso não serão atingidos.

5. Para que a nova lei produza efeitos retroativos é necessária a previsão expressa nesse sentido. O art. 8º da Lei nº 12.514/11, que trata das contribuições devidas aos conselhos profissionais em geral, determina que "Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente". O referido dispositivo legal somente faz referência às execuções que serão propostas no futuro pelos conselhos profissionais, não estabelecendo critérios acerca das execuções já em curso no momento de entrada em vigor da nova lei. Dessa forma, como a Lei nº. 12.514/11 entrou em vigor na data de sua publicação (31.10.2011), e a execução fiscal em análise foi ajuizada em 15.9.2010, este ato processual (de propositura da demanda) não pode ser atingido por nova lei que impõe limitação de anuidades para o ajuizamento da execução fiscal.

6. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.

(REsp 1404796/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/03/2014, DJe 09/04/2014).

A execução fiscal foi ajuizada em 2015.

Aplica-se o artigo 8º, da Lei Federal nº. 12.514/11.

O objeto da execução fiscal, no atual momento processual: anuidades dos exercícios de 2012, 2013 e 2014.

A execução não é possível, no caso concreto.

Por tais fundamentos, nego provimento à apelação.

Publique-se. Intime-se.

Decorrido o prazo recursal, remetam-se à origem

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0068076-47.2014.4.03.6182

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE FARMACIA DO ESTADO DE SAO PAULO

APELADO: PATRICIA APARECIDA FONSENCA

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de execução fiscal ajuizada pelo Conselho Regional de Farmácia destinada à satisfação das anuidades dos exercícios de 2010, 2011, 2012, 2013 e 2014.

A r. sentença julgou o feito extinto, sem a resolução do mérito, nos termos dos artigos 485, IV, e 803, I, do Código de Processo Civil.

O apelante requer a reforma da r. sentença e o prosseguimento da execução fiscal.

Sem contrarrazões.

É uma síntese do necessário.

O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da exigência de contribuição a Conselho Profissional, nos termos do artigo 58, da Lei Federal nº. 9.649/98:

“DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS.

1. Estando prejudicada a Ação, quanto ao § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649, de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, declarando-se a inconstitucionalidade do "caput" e dos § 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do mesmo art. 58.

2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados.

3. Decisão unânime”.

(ADI 1717, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2002, DJ 28-03-2003 PP-00061 EMENT VOL-02104-01 PP-00149).

Houve a rediscussão do tema, em decorrência da edição da Lei Federal nº. 11.000/04.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no RE 704.292, reconheceu a repercussão geral da questão e fixou a tese vencedora: "É inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar, sem parâmetro legal, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos".

No caso concreto, objetiva-se a satisfação de anuidades dos exercícios de 2010, 2011, 2012, 2013 e 2014.

As anuidades de 2010 e 2011 não são devidas.

Com a vigência da Lei Federal nº. 12.514/11, em 31 de outubro de 2011, as anuidades passaram a ter fundamento legal.

A Lei Federal nº. 12.514/11:

Artigo 8º. Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. ART. 8º DA LEI 12.514/2011. INAPLICABILIDADE ÀS AÇÕES EM TRÂMITE. NORMA PROCESSUAL. ART. 1.211 DO CPC. "TEORIA DOS ATOS PROCESSUAIS ISOLADOS". PRINCÍPIO TEMPUS REGIT ACTUM.

1. Os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inc. IX, da Constituição da República vigente. Isto não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

2. É inaplicável o art. 8º da Lei nº 12.514/11 ("Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente") às execuções propostas antes de sua entrada em vigor:

3. O Art. 1.211 do CPC dispõe: "Este Código regerá o processo civil em todo o território brasileiro. Ao entrar em vigor, suas disposições aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes". Pela leitura do referido dispositivo conclui-se que, em regra, a norma de natureza processual tem aplicação imediata aos processos em curso.

4. Ocorre que, por mais que a lei processual seja aplicada imediatamente aos processos pendentes, deve-se ter conhecimento que o processo é constituído por inúmeros atos. Tal entendimento nos leva à chamada "Teoria dos Atos Processuais Isolados", em que cada ato deve ser considerado separadamente dos demais para o fim de se determinar qual a lei que o rege, recaindo sobre ele a preclusão consumativa, ou seja, a lei que rege o ato processual é aquela em vigor no momento em que ele é praticado. Seria a aplicação do Princípio tempus regit actum. Com base neste princípio, temos que a lei processual atinge o processo no estágio em que ele se encontra, onde a incidência da lei nova não gera prejuízo algum às partes, respeitando-se a eficácia do ato processual já praticado. Dessa forma, a publicação e entrada em vigor de nova lei só atingem os atos ainda por praticar; no caso, os processos futuros, não sendo possível falar em retroatividade da nova norma, visto que os atos anteriores de processos em curso não serão atingidos.

5. Para que a nova lei produza efeitos retroativos é necessária a previsão expressa nesse sentido. O art. 8º da Lei nº 12.514/11, que trata das contribuições devidas aos conselhos profissionais em geral, determina que "Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente". O referido dispositivo legal somente faz referência às execuções que serão propostas no futuro pelos conselhos profissionais, não estabelecendo critérios acerca das execuções já em curso no momento de entrada em vigor da nova lei. Dessa forma, como a Lei nº 12.514/11 entrou em vigor na data de sua publicação (31.10.2011), e a execução fiscal em análise foi ajuizada em 15.9.2010, este ato processual (de propositura da demanda) não pode ser atingido por nova lei que impõe limitação de anuidades para o ajuizamento da execução fiscal.

6. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.

(REsp 1404796/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/03/2014, DJe 09/04/2014).

A execução fiscal foi ajuizada em 2014.

Aplica-se o artigo 8º, da Lei Federal nº 12.514/11.

O objeto da execução fiscal, no atual momento processual: anuidades dos exercícios de 2012, 2013 e 2014.

A execução não é possível, no caso concreto.

A jurisprudência desta Corte:

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. NATUREZA TRIBUTÁRIA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. ADI 1717/DF.

1. A presente Execução Fiscal foi ajuizada pelo Conselho Regional de Técnicos em Radiologia da 5ª Região, em 02.07.2010 (fls. 2), pelo qual intenta o recebimento das anuidades de 2004 a 2008 (fls. 04).

2. Os conselhos de classe profissional têm natureza de autarquia sendo, portanto, pessoas jurídicas de direito público interno, assim, as anuidades exigidas por eles detêm natureza jurídica tributária, razão pela qual se submetem aos princípios constitucionais da legalidade e da anterioridade, inclusive no tocante à fixação e alteração de alíquotas e base de cálculo, nos termos dos artigos 149 e 150, inciso I da Constituição Federal. 2. Por ocasião do julgamento da ADI nº 1.717, o E. Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de dispositivo legal que autorizava os conselhos de fiscalização profissional a fixar suas contribuições anuais.

3. Em recente julgamento, com repercussão geral, Recurso Extraordinário nº 704.292/PR a Suprema Corte decidiu que é inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar, sem parâmetro legal, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos.

4. A alegação da exequente no sentido de que a Lei nº 6.994/1982 legitimaria a cobrança das anuidades, também não merece acolhida, porquanto revogado pelo artigo 66 da Lei nº 6.949/1998, cujo artigo 58, § 4º, conferia aos Conselhos de fiscalização, a atribuição de fixar os valores das anuidades, declarado inconstitucional pelo STF (ADI Nº 1.717-6). Esta interpretação se estende à Lei nº 11.000/2004, que delegou aos conselhos competência para fixação das anuidades (contribuição à entidade profissional), visto que em clara ofensa ao princípio da legalidade tributária.

5. Apelo desprovido.

(TRF3, Ap 00049326620114036130, QUARTA TURMA, DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA, e-DJF3 Judicial I DATA: 06/06/2018).

EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTÁRIO. CONSELHO REGIONAL DE TÉCNICOS EM RADIOLOGIA DA 5ª REGIÃO - CRTR/SP. FIXAÇÃO DE ANUIDADE. NATUREZA JURÍDICA DA CONTRIBUIÇÃO. OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. A presente execução fiscal é ajuizada pelo Conselho Regional de Técnicos em Radiologia da 5ª Região - CRTR/SP, visando à cobrança de débito relativo às anuidades de 2003, 2004, 2005, 2007 e 2008. As anuidades exigidas detêm natureza jurídica tributária, motivo pelo qual devem submeter-se aos princípios constitucionais da legalidade e da anterioridade, inclusive no tocante à fixação e alteração de alíquotas e base de cálculo (precedentes: STF, MS 21.797/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJU 18/05/2001; STJ, REsp 273674/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 27/05/2002).

2. O Supremo Tribunal Federal enfrentou e rejeitou o argumento de que o artigo 2º da Lei nº 11.000/2004 autorizaria os conselhos profissionais a fixar os valores de suas anuidades e, indo além, refutou também a alegação de que a decisão da Turma violaria o artigo 97 da Constituição Federal. (Precedente: STF, ARE 640937 AgR-segundo, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-171 DIVULG 05-09-2011 PUBLIC 06-09-2011 EMENT VOL-02581-02 PP-00362).

3. Acrescente-se que em decisão proferida no julgamento do RE 704292, ocorrido em 19/10/2016, de Relatoria do Ministro Dias Toffoli, com repercussão geral, a Suprema Corte decidiu que "É inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar, sem parâmetro legal, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos".

4. Por outro lado, não há como aplicar as disposições contidas na Lei nº 6.994/82 uma vez que a referida norma não consta como fundamento legal da CDA de f. 4 (precedente deste Tribunal: AC nº 00047159220124036128, DJe de 14/04/2016). Ademais, a legislação que serviu de fundamento para a cobrança das anuidades (Lei nº 7.394/1985) não prevê a cobrança nem fixa valores.

5. Apelação desprovida.

(TRF3, Ap 00037420620134036128, TERCEIRA TURMA, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, e-DJF3 Judicial I DATA: 11/04/2018).

Por tais fundamentos, nego provimento à apelação.

Publique-se. Intime-se.

Decorrido o prazo recursal, remetam-se à origem.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5006482-90.2019.4.03.6110

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

APELANTE: MAGUACAMP-SOROCABA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA., DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SOROCABA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: LUKAS LEONARDO GREGGIO GONCALVES - SP411679-A, FELIPE ALBERTO VERZA FERREIRA - SP232618-A

APELADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SOROCABA, MAGUACAMP-SOROCABA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.

Advogados do(a) APELADO: LUKAS LEONARDO GREGGIO GONCALVES - SP411679-A, FELIPE ALBERTO VERZA FERREIRA - SP232618-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5006482-90.2019.4.03.6110

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

APELANTE: MAGUACAMP-SOROCABA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA., DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SOROCABA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: LUKAS LEONARDO GREGGIO GONCALVES - SP411679-A, FELIPE ALBERTO VERZA FERREIRA - SP232618-A

APELADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SOROCABA, MAGUACAMP-SOROCABA
DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTICIOS LTDA.

Advogados do(a) APELADO: LUKAS LEONARDO GREGGIO GONCALVES - SP411679-A, FELIPE ALBERTO VERZA
FERREIRA - SP232618-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno interposto pela UNIÃO FEDERAL em face da decisão monocrática deste Relator que **negou provimento** à sua apelação e **deu parcial provimento** à remessa necessária para reconhecer o direito da agravada à exclusão do ICMS, destacado na nota fiscal, da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como a compensação dos valores indevidamente recolhidos, observando-se a prescrição quinquenal, a correção do indébito pela SELIC, a sujeição ao art. 170-A do CTN, ao art. 74 da Lei nº 9.430/96 c/c art. 26-A da Leir nº 11.457/07 e a eventual modulação dos efeitos do julgado paradigma.

O recurso foi respondido.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5006482-90.2019.4.03.6110

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

APELANTE: MAGUACAMP-SOROCABA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTICIOS LTDA., DELEGADO
DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SOROCABA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: LUKAS LEONARDO GREGGIO GONCALVES - SP411679-A, FELIPE ALBERTO
VERZA FERREIRA - SP232618-A

APELADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SOROCABA, MAGUACAMP-SOROCABA
DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTICIOS LTDA.

Advogados do(a) APELADO: LUKAS LEONARDO GREGGIO GONCALVES - SP411679-A, FELIPE ALBERTO VERZA
FERREIRA - SP232618-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

As razões do presente agravo interno não vão além da repetição dos argumentos já deduzidos em sede da apelação fazendária que foi decidida monocraticamente por este Relator, conforme se orienta a Sexta Turma desta Corte Regional.

Assim, ficam cancelados os argumentos que fundamentaram a decisão agravada.

O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a inclusão do ICMS (faturado) na base de cálculo do PIS e da COFINS, fazendo-o por ocasião do julgamento do RE nº 574.706. A corte, por maioria e nos termos do voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia, apreciando o Tema nº 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "**O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins**".

Esse entendimento é aplicável **de pronto**, não havendo que se falar em espera de embargos de declaração (*sem efeito suspensivo*) ou de modulação de efeitos da decisão plenária da Suprema Corte, já que esses dois eventos não estão consignados em lei como impedientes da aplicação imediata do *decisum*. Esse é o entendimento que vem sendo seguido nesta Corte Regional (3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5021518-72.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 08/11/2019, Intimação via sistema DATA: 13/11/2019), e de modo unânime nesta 6ª. Turma (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000706-20.2017.4.03.6130, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 03/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/12/2019).

Deveras, a suspensão pretendida pelo Fisco esbarraria no art. 1.035, § 5º do NCPC.

De outro lado, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal – ao acolher o voto da Ministra Relatora – no sentido de que, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada como faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019). Essa é a postura que este Relator sempre defende desde o momento em que surtiu o julgamento do Tema nº 69 (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000596-53.2018.4.03.6108, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 02/12/2019, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019).

Tratando-se de empresa comercial, resta claro que é contribuinte das três exações e que recolheu tributação a maior e poderá recuperá-la (quanto aos últimos cinco anos antes do ajuizamento da presente demanda), procedimento que deverá ser efetuado com tributos administrados pela SRF (no caso de compensação), nos termos do disposto na decisão recorrida, que se pauta pelo quando a lei e a jurisprudência definiram a respeito da repetição tributária.

Esses argumentos representam o bastante para decisão do caso, recordando-se que “o órgão julgador não é obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. Precedentes: AgInt nos EDcl no AREsp 1.290.119/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 30.8.2019; AgInt no REsp 1.675.749/RJ, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 23.8.2019; REsp 1.817.010/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 20.8.2019; AgInt no AREsp 1.227.864/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 20.11.2018” (AREsp 1535259/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/11/2019, DJe 22/11/2019).

Pelo exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo interno

É como voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO CONTRA DECISÃO DO RELATOR QUE APRECIOU MONOCRATICAMENTE APELAÇÃO DA UNIÃO FEDERAL PROPOSTA EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA. MATÉRIA DE FUNDO: EXCLUSÃO DO ICMS DESTACADO, NAS BASES DE CÁLCULO DE PIS E COFINS, COM DIREITO DE RECUPERAÇÃO DO INDÉBITO. DECISÃO BASEADA NA JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA NO TEMA 69 DO STF, SENDO INCABÍVEL A SUSTAÇÃO DO PROCESSO NO AGUARDADO DE POSSÍVEL MODULAÇÃO DE EFEITOS, A SER FEITA EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO AJUIZADOS PERANTE A SUPREMA CORTE (AUSÊNCIA DE BASE LEGAL). REPETIÇÃO ADEQUADAMENTE REGRADA, USANDO-SE O QUE A LEI PREVÊ PARA TAIS CASOS. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0005731-65.2017.4.03.6109
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHONSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: MYRTIS LOANA ZANOTTI
Advogado do(a) APELADO: ANA CRISTINA MAZZINI - SP135390-A

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0005731-65.2017.4.03.6109
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MYRTIS LOANA ZANOTTI
Advogado do(a) APELADO: ANA CRISTINA MAZZINI - SP135390-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de **apelação** interposta pela **União Federal** contra sentença proferida em **embargos de terceiro** opostos por **Myrtis Loana Zanotti**, em razão de bloqueio judicial incidente sobre veículo Camioneta I Bens ML 350, ano 2005/2006, Placa DQJ 3933, Chassi WDCBB86E031072, do qual tomou ciência em 31.06.2017.

Afirma que adquiriu o bem em 12.12.2014 por meio de arrematação em leilão judicial, desembaraçado e sem qualquer gravame, conforme documentos anexados. O procedimento legal foi seguido e a transferência efetuada junto ao DETRAN.

Narra que em 25.07.2014 o veículo fora roubado e realizado o auto de entrega, em nome da Seguradora Allianz Brasil Seguros S/A e, a seguir, levado a leilão.

Alega que pretendia vender o bem para recompor suas finanças, mas se vê tolhida em seu direito de propriedade em virtude do bloqueio indevido.

Alega que não teve qualquer contato ou conhecimento em relação às partes envolvidas no processo de execução fiscal.

Requeru os benefícios da assistência judiciária gratuita.

Atribuiu à causa o valor de R\$ 37.000,00.

À fl. 34 o magistrado *a quo* indeferiu, inicialmente, o pedido de gratuidade, porquanto ausente declaração de pobreza.

A embargante juntou cópias da CTPS e declaração de hipossuficiência (fls. 40 e 43).

A União Federal apresentou contestação às fls. 44/46.

Requeru o indeferimento do pedido de assistência judiciária gratuita, ao argumento de que a autora tem condições de morar em localização nobre da grande São Paulo, aparentemente em condomínio fechado, e ter efetuado duas aquisições de imóveis em Ithabela/SP, conforme extratos que anexa.

Sobreveio **sentença** que **acolheu o pedido** da embargante para desconstituir a restrição incidente sobre o veículo em questão.

Deferiu o Juízo de primeiro grau a assistência judiciária gratuita e decretou segredo de Justiça.

Consignou que a embargante adquiriu o veículo em debate em leilão realizado pela COPART em 15.12.2014. O bem havia sido objeto de roubo, conforme o Boletim de Ocorrência (fls. 19 e 22), sendo na ocasião da propriedade do Sr. Ricardo Valentin Correa, que foi indenizado pelo sinistro, conforme documentação (fl. 26).

Ademais, o automóvel foi localizado por autoridade policial que efetuou sua devolução ao Sr. Richard Alan Ferreira, em 25.07.2014, representante da Delta Car, com procuração da Allianz Brasil Seguros S/A.

Paga a indenização ao segurado pelo roubo e localizado o veículo, a Seguradora AGF Brasil Seguros S/A se sub-rogou na propriedade do bem, conforme certificado de registro do veículo à fl. 29, com o comunicado ao DETRAN acerca da restrição, para que constasse o sinistro do bem, isentando a seguradora. Com sua propriedade definitiva, levou-o a leilão, quando foi arrematado pela embargante.

Considerou, conforme os fatos narrados, a boa-fé da embargante, pois no ato da compra do bem não havia qualquer restrição administrativa ou judicial, inclusive porque com o sinistro e registro, tais restrições caíram por terra.

Condenou a embargada ao pagamento de honorários fixados em 15% sobre o valor do bem, ante o princípio da causalidade, uma vez que quando da indisponibilidade do bem nos autos da medida cautelar, já constava o registro do sinistro e a informação acerca de sua indenização no órgão competente.

Inconformada, **apelou** a União.

Aduz que que não houve leilão judicial do bem, mas venda a particular pelo sistema de leilão, inexistindo aquisição originária do veículo.

Alega que o furto não apaga o histórico de gravames existentes sobre o bem, que não tinha conhecimento da cadeia de acontecimentos narrada e aduz que enquanto todos se locupletaram com o furto, a União foi a única que ficou sem garantia.

Defende que foram transferidos aos novos adquirentes todos os ônus e gravames incidentes previamente sobre o bem, inclusive no que tange à ineficácia do negócio perante a Fazenda Nacional, à luz do art. 185 do CTN.

Argumenta que a titularidade do veículo por terceiro já havia sido mencionada pela União na inicial da cautelar fiscal, quando se demonstrou que a requerida COPEL havia transferido o veículo em questão após o arrolamento de bens levado a cabo pela Receita Federal, em esforço sistemático de dilapidação patrimonial.

Afirma que demonstrou também que a COPEL fora notificada do arrolamento de seus bens em 03.05.2012, cientificada de que deveria comunicar sua alienação ou transferência em até 5 dias à Receita. Dentre eles, o veículo em questão.

Argui que na inicial da cautelar fiscal, os primeiros créditos tributários devidos foram inscritos em dívida ativa em 18.10.2011, de tal foram que se pleiteou a indisponibilidade para os bens alienados a partir dessa data, ante a possibilidade de fraude à execução, passível de ser reconhecida na execução fiscal.

Alega que, embora a recorrida não tenha trazido prova documental apta a comprovar a ordem dos eventos, pode-se inferir, que o veículo teria sido alienado pela COPEL, quando já havia inscrição em dívida ativa contra si, a terceiro, Ricardo Vallentin Correa, que teria contratado seguro sobre o bem. O veículo teria sido furtado e o prêmio pago ao primeiro adquirente. Recuperado o bem pela empresa seguradora, foi levado a leilão particular, quando adquirido pela embargante.

Se isso ocorreu da forma narrada, ainda assim, o bem deve ficar indisponível na cautelar fiscal, uma vez existente fraude à execução, o que enseja a ineficácia da primeira alienação.

Alega que o bem permaneceu com sua identificação de placas e chassis, podendo a embargante checar a idoneidade dos proprietários anteriores do veículo.

Sustenta a presunção absoluta de fraude à execução, irrelevante a boa-fé do terceiro adquirente e insiste no argumento de que a aquisição de automóvel furtado em leilão privado não implica aquisição originária do veículo.

Aduz que a sentença não se pronunciou sobre o fato do “contrato de arrematação” do veículo, fl. 13, não dizer respeito à embargante, mas a “Marcelo Tenani” (CPF nº 266.644.768-5), não tendo sido demonstrado o vínculo entre ambos.

Defende, outrossim, que houve equívoco na concessão de justiça gratuita à recorrida, pois além da inexistência de declaração de pobreza da embargante, chama a atenção o fato de residir localização nobre da Grande São Paulo, bem como ter sido demonstrado na contestação que a aquisição pela recorrida de dois imóveis em Ilhabela/SP, conforme extratos juntados, o que torna pouco crível sua alegação de dificuldades financeiras.

Por fim, reputa que não há motivos a ensejar a fixação dos honorários em valores acima dos patamares mínimos fixados no art. 85, § 3º, do CPC.

Não foram apresentadas contrarrazões.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0005731-65.2017.4.03.6109
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MYRTIS LOANA ZANOTTI
Advogado do(a) APELADO: ANA CRISTINA MAZZINI - SP135390-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Da assistência judiciária gratuita

Relativamente à concessão de assistência judiciária gratuita, entendo que assiste razão à União.

Não obstante a declaração de hipossuficiência (fl. 13) e cópias das CTPS (fls. 40/41), em que consta contrato de trabalho referente ao ano de 2011, a alegação da União de que a autora mora em condomínio particular da grande São Paulo, que parece plausível, conforme se depreende de documento de fl. 12, juntamente com os extratos de fls. 47/48, que informam a aquisição pela autora de duas propriedades em Ilhabela/SP, nos anos de 2016 e 2017 infirmam a alegação de que a embargante não tem como arcar com as custas e ônus processuais.

Por esse motivo, **revogo a concessão da assistência judiciária gratuita** determinada pelo Juízo *a quo*.

Mérito

Quanto ao mérito, a sentença merece ser mantida.

Segundo narra a União Federal, a Copel, empresa que tem contra si ajuizada cautelar fiscal e em momento em que já tinha inscrição em dívida ativa, vendeu o veículo em litígio para Ricardo Valentin Correa, que contratou seguro sobre o bem.

Conforme o boletim de ocorrência relativo à localização/ apreensão e entrega do veículo, de 25.07.2014 (fls. 21/22) e auto de entrega (fls. 19/20), o bem, que fora objeto de roubo, foi encontrado e entregue a Richard Alan Ferreira, representante da Delta Car, que compareceu à delegacia com cópia do boletim de ocorrência referentes ao roubo e localização do veículo e procuração da Allianz Brasil Seguros S/A, dando poderes à Delta Car Recuperação e Remoções de Veículos, Ltda – ME para a liberação da camioneta.

Como observado na sentença, “com o pagamento da indenização ao segurado pelo roubo do veículo, e, após localizado o veículo, a Seguradora AGF Brasil Seguros S/A se sub-rogou na propriedade do bem (certificado de Registro do veículo fl. 29), de modo a providenciar a transferência perante o órgão de trânsito e o comunicado ao DETRAN acerca da restrição do veículo (fl. 26), a fim de que conste, em seus registros o sinistro do veículo, isentando, pois, a seguradora, de eventuais impostos e demais encargos tributários sobre os salvados, a partir do registro de referido gravame” (fl. 56)

Observo que do documento de fl. 26, “cadastro de veículos – pesquisa de uso exclusivo do DETRAN, de 04.04.2015, consta o sinistro como restrição do veículo, mas não consta qualquer restrição financeira em relação ao mesmo. Também consta o nome do proprietário Ricardo Valentin Correa.

À fl. 28 consta o certificado de registro e licenciamento do veículo, em nome da AGF Brasil Seguros S/A, com data de 06/10/2014, que autorizou sua transferência para a embargante em 12.01.2015, fl. 29.

O bem foi arrematado em leilão realizado pela COPART em 12.12.2014, pela autora (fl. 15, 17/18)

Documento de fl. 30 traz a inclusão de restrição judicial do veículo na data de 07.03.2016.

Como nas alienações sucessivas, é de se supor que o último adquirente tomou as devidas cautelas em relação ao vendedor, sobre o qual não se noticiou de pendências fiscais. Mas, não se poderia exigir a mesma cautela **em relação às transações anteriores**, de modo que não se afigura viável, na singularidade, a declaração de ineficácia de uma alienação que foi sucedida por outra. Em outras palavras, há que se preservar minimamente o direito de terceiros que adquiriram o bem de pessoa diversa do devedor.

Deveras, não se pode exigir de qualquer comprador de um imóvel que faça retroagir - dentro da cadeia dominial - *ad infinitum* as buscas para saber se algum proprietário anterior, em alguma época, tinha contra ele uma pendência fiscal.

As circunstâncias levam, portanto, à conclusão de que o embargante no momento da aquisição do bem imóvel estava de boa-fé, que deve ser protegida.

Nesse sentido são os julgados desta Corte, que consideraram não caracterizada a fraude à execução na aquisição sucessiva de bem, quando a alienação não se deu pelo executado, *in verbis*:

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS DE TERCEIRO. ALIENAÇÕES SUCESSIVAS DO BEM IMÓVEL. FRAUDE À EXECUÇÃO FISCAL NÃO COMPROVADA. NÃO SE PODE EXIGIR DE QUALQUER COMPRADOR DE UM IMÓVEL QUE FAÇA RETROAGIR - DENTRO DA CADEIA DOMINIAL - AD INFINITUM AS SUAS BUSCAS PARA SABER SE, EM ALGUM MOMENTO DO PASSADO, ALGUM DOS PROPRIETÁRIOS TINHA CONTRA SI PENDÊNCIA FISCAL. RECURSO PROVIDO.

1. Segundo consta dos autos, o executado (Igor Bom Angelo), em 15/04/14, vendeu o imóvel em questão a Quinto Muffo, que, por sua vez, transferiu a propriedade à embargante, em 05/08/16, como parte do pagamento de outro imóvel que dela adquiriu. A execução fiscal foi ajuizada em 29/11/12.

2. É de se supor que o último adquirente tomou as devidas cautelas em relação ao vendedor, sobre o qual não recaía notícia de pendências fiscais. Mas, não se poderia exigir a mesma cautela em relação às transações anteriores, de modo que não se afigura viável, na singularidade, a declaração de ineficácia de uma alienação que foi sucedida por outra.

3. Deveras, não se pode exigir de qualquer comprador de um imóvel que faça retroagir - dentro da cadeia dominial - ad infinitum as buscas para saber se algum proprietário anterior, em alguma época, tinha contra ele pendência fiscal.

4. Não obstante o julgado proferido pelo E. STJ no REsp nº 1.141.990/PR, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC/73, diante das peculiaridades do presente caso não há como ser reconhecida a fraude à execução fiscal.

5. Com a reforma da r. sentença, resta invertido o ônus sucumbencial. Assim, considerando-se a natureza da demanda e lapso temporal decorrido desde a sua propositura, bem como o trabalho realizado pelos patronos da parte vencedora, fica a União Federal condenada ao pagamento de honorários advocatícios no percentual mínimo estabelecido pelo respectivo inciso do § 3º do art. 85 do NCPC, tudo a ser dirimido em sede de liquidação de sentença.

6. Apelação provida.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0002239-90.2017.4.03.6133, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 20/03/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 24/03/2020)

EMBARGOS DE TERCEIRO - FRAUDE À EXECUÇÃO: NÃO-CONFIGURAÇÃO - OCORRÊNCIA DE SUCESSIVAS ALIENAÇÕES - AUSENTE QUALQUER REGISTRO DE PENHORA NO ASSENTO DO VEÍCULO A INQUINAR DE MÁCULA A ÚLTIMA AQUISIÇÃO PELO COMPRADOR - BOA-FÉ A PROTEGER AO TERCEIRO - PROCEDÊNCIA AOS EMBARGOS - PROVIMENTO À APELAÇÃO 1. Cenário extremamente peculiar se descortina aos autos, pois o polo embargante adquiriu o veículo Icomda/Brasileirinho, placa BOJ-4726, de Walter Pinto - pessoa esta que nenhuma relação guarda com o executivo fiscal, sendo o que referida pessoa era proprietária do carro pelo menos desde 2003, fls. 07/08 - não da pessoa física executada, Nildécio Madazio (o bloqueio somente foi realizado em 2004, fls. 78). 2. A um contexto como o da espécie, no qual deflagrada cadeia de sucessões, onde assim inócua ciência ao último adquirente, porque obviamente ausente qualquer notícia registral capital sobre mácula ou indisponibilidade em relação à coisa (tanto que livremente registrada pelo antecessor), não logra de sua face o Erário infirmar objetiva boa-fé que dos autos se extrai, assim sem sentido nem substância, data venia, seja punido aquele comprador com a desejada fraude à execução, por fato a refugir do razoável, pois desconhecia a condição do primeiro alienante executado. 3. Punida se põe a Fazenda por seu próprio descuido, enquanto credora, já que não levou a registro qualquer penhora sobre o automóvel em questão, logo inadmissível seja sancionado o terceiro embargante que, assim, desconhecia eiva que recaísse sobre a coisa (ou viesse a recair), então conduzindo-se com licitude na aquisição debatida, isso em palco no qual não logra provar o Poder Público má-fé de dito terceiro. 4. Voltando-se os embargos em questão a proteger a não parte, que surpreendida com indisponibilidade jurisdicional decretada em feito alheio, artigo 1.046, CPC, em tutela da posse ou domínio do embargante sobre a coisa, faz reunir exatamente o caso em tela os suficientes contornos de proteção ao titular desta ação, assim prejudicada a incursão por ambicionada "fraude", artigo 185, CTN, pois, como destacado, sequer cumpriu com seu elementar papel a Fazenda Pública, aqui lamentavelmente um credor relapso, que sequer zela pela publicidade mínima da constrição judicial que lhe benévola. 5. Registre-se não se desconhecer o Recurso Repetitivo nº 1141990, do C. STJ, que a tratar da presunção de fraude à execução; entretanto, como anteriormente descrito e fundamentado, repousa o litígio em palco sui generis, diverso do âmbito lá solucionado, porque envolto o polo embargante/recorrente em cadeia de alienações, obviamente que privado de conhecer a situação do primeiro vendedor, aliás sequer interesse a tanto a possuir, afinal ausente qualquer restrição no registro do bem, sendo o negócio travado com o último proprietário, não com os anteriores, tudo a rumar para o lícito reconhecimento de sua boa-fé, por incomprovada situação diversa, estando enfocado desfecho delineado entre o justo e o razoável. 6. Provimento à apelação, reformada a r. sentença, para julgamento de procedência aos embargos, sujeitando-se a União ao pagamento de honorários advocatícios, no importe de 10% sobre o valor dado à causa (R\$ 1.000,00, fls. 05), monetariamente atualizada até o seu efetivo desembolso, na forma aqui estatuída.

(AP 00613385820054036128, Relator: Juiz Convocado SILVA NETO, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/08/2017, DJ 01/09/2017)

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE TERCEIRO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. VEÍCULO. ALIENAÇÃO SUCESSIVA. ARTIGO 185 DO CTN. INAPLICABILIDADE. PENHORA. AUSÊNCIA DE REGISTRO. BOA-FÉ. CONFIGURAÇÃO. - De início, manifestamente improcedente a arguição de nulidade da sentença em razão da não inclusão dos executados do feito subjacente no pólo passivo desta ação, considerando que a exequente/credora foi a responsável pela constrição do bem da embargante, mostrando-se descabida a inclusão do executado no pólo passivo desta ação. - A inclusão do executado/devedor no pólo passivo da ação somente se mostraria necessária acaso ele próprio tivesse indicado o bem à penhora, o que não é o caso dos autos. Precedentes do C. STJ. - Pelos elementos constantes nos autos, a embargante adquiriu o veículo objeto da presente ação de Valdemar Pereira da Silva Aves ME que, de seu turno, comprou o referido bem da empresa executada no feito subjacente. E, embora a embargante não tenha comprovado a data em que adquiriu o veículo, verifica-se pelo documento de fls. 11 (CRLV) que, em 15/06/2007, o mesmo se encontrava em nome de Valdemar Pereira da Silva Aves ME. - Constata-se, ainda, que em 03/11/2005 o veículo ainda estava em nome da empresa executada Avícola Nossa Senhora Aparecida Ltda (v. fls. 36), motivo pelo qual a exequente/embargada requereu a penhora do bem em 08/11/2006 (fls. 39), com a expedição do mandado em 08/03/2007 que, cumprido em 10/12/2007, restou infrutífero no tocante ao bem objeto destes autos, tendo o coexecutado Joaquim Gobbo informado que o veículo havia sido vendido. - Em que pese não ter havido a penhora do veículo, a exequente requereu, em 30/05/2008, a averbação da restrição judicial sobre o bem, pleito esse deferido pelo Juízo a quo, tendo o bloqueio sido efetivado em 03/10/2008, ocasião em que o bem já se encontrava em nome da embargante. - O artigo 185 do Código Tributário Nacional dispõe que "presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa". Destarte, ocorrendo a transferência do bem após a inscrição do débito exequendo em dívida ativa, tem-se por presumida a ocorrência de fraude à execução. - Anteriormente ao advento da LC nº 118/2005, em 09/05/2005, o aludido dispositivo possuía a seguinte redação: "presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa em fase de execução." Desse modo, anteriormente ao advento da indigitada lei complementar, a alienação somente era presumida em fraude à execução se o negócio jurídico se desse após a citação válida do devedor. É nesse sentido o seguinte julgado proferido pelo C. STJ, nos autos do REsp nº 1141990/PR, apreciado sob o regime dos recursos repetitivos (Relator Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, j. 10/11/2010, DJe 19/11/2010). - Considerando que, na espécie, a alienação do bem ocorreu quando a empresa executada/alienante já havia sido citada (citação ocorrida em 09/10/2000), mostrar-se-ia de rigor o reconhecimento da fraude na alienação do bem, conforme previsão do artigo 185 do CTN, acima transcrito. - De notar-se, porém, que a embargante adquiriu o veículo de terceira pessoa sem nenhuma relação com o executivo fiscal subjacente. É dizer, não adquiriu o bem diretamente do executado, sendo certo que, em caso tais, tem-se entendido que deve prevalecer a boa-fé do terceiro que adquiriu o bem de outra pessoa que não a do executado, mormente se, como no caso dos autos, inexistia quaisquer restrições cadastrais à época da aquisição do bem. Precedentes. - Portanto, quando a aquisição do bem não ocorrer diretamente do executado, com no presente caso, a desconstituição do negócio efetivado requer a comprovação de má-fé do adquirente, o que inoocorreu na espécie, motivo pelo qual deve ser mantida a sentença recorrida. - No tocante aos honorários advocatícios, de notar-se que na espécie não se pode excluir a responsabilidade da embargada pela constrição indevida do bem, na medida em que à época em que solicitado o registro da penhora (que, diga-se, nem mesmo ocorreu) o bem já não mais pertencia à executada, fato que poderia ser facilmente constatado pela exequente/embargada, mostrando-se legítima a sua condenação em honorários advocatícios. - Entretanto, considerando tratar de causa de pouca complexidade, e à vista das disposições do § 4º do artigo 20 do CPC/1973, vigente à época da prolação da sentença, a verba honorária arbitrada - 10% sobre o valor atribuído à causa - mostra-se excessiva, motivo pelo qual deve ser reduzida para R\$ 1.000,00 (um mil reais). - Apelação a que se dá parcial provimento, tão-somente para minorar a verba honorária arbitrada. (Ac 00196333220114036130, Relator: Juiz Convocado MARCELO GUERRA, QUARTA TURMA, julgado em 06/07/2016, DJ 15/07/2016)

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE TERCEIRO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. AUTOMÓVEL. AUSÊNCIA DE REGISTRO NO DETRAN. SUCESSIVAS ALIENAÇÕES. TERCEIRO DE BOA-FÉ. ARTIGO 185 DO CTN. INAPLICABILIDADE. - Conforme elementos constantes nos autos, o embargante adquiriu o veículo objeto da presente ação em 08/05/2003 de Wander Luiz de Sousa, sendo certo que, em 28/11/2005, houve a penhora do bem nos autos da execução fiscal subjacente movida pela União Federal (Fazenda Nacional) em face de Maria das Graças Moreira de Oliveira e outro. - Depreende-se, ainda, que conforme aduzido pelo Juízo a quo, a primeira alienação do veículo objeto desta ação foi declarada como realizada em fraude à execução, por provimento datado de 02/04/2003, antes, portanto, da aquisição do bem pelo embargante e, embora inexistente nestes autos a data em que realizada a citação do executado/alienante, deduz-se que a mesma tenha ocorrido antes do reconhecimento da fraude à execução e antes da aquisição do bem pelo embargante, conforme, aliás, aduzido pela embargada e não contestado pelo embargante. - Acerca do tema, prevê o artigo 185 do Código Tributário Nacional, que "presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa". - Ocorrendo a transferência do bem após a inscrição do débito exequendo em dívida ativa, tem-se por presumida a ocorrência de fraude à execução. - Certo, porém, que anteriormente ao advento da LC nº 118/2005, em 09/05/2005, o aludido dispositivo possuía a seguinte redação: "Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa em fase de execução". Desse modo, anteriormente à vigência da indigitada lei complementar, a alienação somente era presumida em fraude à execução se o negócio jurídico se desse após a citação válida do devedor. - Em se tratando de execução fiscal, inaplicáveis as disposições da Súmula 375 do C. STJ, segundo a qual "o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente". Precedentes. - Nesse contexto, mostrar-se-ia, de rigor, o provimento do apelo interposto, para o fim de julgar improcedentes os embargos de terceiro opostos. Certo, entretanto, que o caso dos autos guarda especificidade que recomenda a adoção de solução diversa. - Na espécie o embargante adquiriu o veículo de terceira pessoa sem nenhuma relação com o executivo fiscal subjacente, sendo que, em casos tais, tem-se entendido que deve prevalecer a boa-fé do terceiro, mormente se, como no caso dos autos, inexistia quaisquer restrições no cadastro do veículo, à época da alienação. - Inaplicabilidade das disposições do artigo 185 do CTN. Precedentes do C. STJ, não devendo a ineficácia da primeira alienação atingir terceiro de boa-fé que adquiriu o bem de pessoa diversa à do executado. - Apelação a que se nega provimento.

(Ap 00003935120064036124, Relatora: Desembargadora Federal MARLI FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 01.06/2016, DJ13/06/2016)

Não obstante o julgado proferido pelo E. STJ no REsp nº 1.141.990/PR, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC/73, observo que, diante das peculiaridades do presente caso, não há como ser reconhecida a fraude à execução fiscal.

Quanto à afirmação da União de que a sentença não se pronunciou sobre o fato do "contrato de arrematação" do veículo, fl. 13 (ilegível), não dizer respeito à embargante, mas a "Marcelo Tenani" (CPF nº 266.644.768-5), não tendo sido demonstrado o vínculo entre ambos, verifico que não formulou nenhum pedido a respeito. Ademais, os documentos de fls. 17/18, "termo de responsabilidade" do arrematante/comprador, "ativo de comunicação de vendas" do DETRAN (fl. 27) e da transferência de propriedade (fl. 29) constam expressamente o nome da embargante como arrematante/compradora.

Dos honorários

Quanto aos honorários advocatícios fixados pelo Juízo a quo em 15% sobre o valor do bem, em razão do princípio da causalidade, embora tenha registrado na sentença, que "na ocasião da indisponibilidade do bem em debate nos autos da Medida Cautelar, já constava o registro do sinistro e a informação acerca da sua respectiva indenização no órgão competente", entendo que não há motivo para sua fixação acima do mínimo previsto pelo art. 85, § 3º, I, do CPC.

Reduzo, portanto, a verba honorária para o percentual de 10% sobre o valor atribuído à causa, devidamente atualizado.

Pelo exposto, **dou parcial provimento** ao apelo da União.

É como voto.

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS DE TERCEIRO. REVOGAÇÃO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. ARREMATACÃO EM LEILÃO PRIVADO. ALIENAÇÕES SUCESSIVAS DO BEM IMÓVEL. FRAUDE À EXECUÇÃO FISCAL NÃO COMPROVADA. NÃO SE PODE EXIGIR DE QUALQUER COMPRADOR DE UM IMÓVEL QUE FAÇA RETROAGIR - DENTRO DA CADEIA DOMINIAL - *AD INFINITUM* SUAS BUSCAS PARA SABER SE, EM ALGUM REMOTO MOMENTO DO PASSADO, ALGUM DOS PROPRIETÁRIOS DA CADEIA DOMINIAL TINHA CONTRA SI PENDÊNCIA FISCAL. REDUÇÃO DA VERBA HONORÁRIA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Relativamente à concessão de assistência judiciária gratuita, assiste razão à União. Não obstante a declaração de hipossuficiência e cópias das CTPS, a alegação da União de que a autora mora em condomínio particular da grande São Paulo, juntamente com os extratos juntados, que informam a aquisição pela autora de duas propriedades em Ilhabela/SP, nos anos de 2016 e 2017, infirmam a alegação de que a embargante não tem como arcar com as custas e ônus processuais. Razão porque revogada a concessão da assistência judiciária gratuita.

2. Segundo narrado, empresa que tem contra si ajuizada cautelar fiscal e em momento em que já tinha inscrição em dívida ativa, vendeu o veículo em litígio para Ricardo Valentin Correa, que contratou seguro sobre o bem.

3. Conforme o boletim de ocorrência relativo à localização/apreensão e entrega do veículo, de 25.07.2014 e auto de entrega, o bem, que fora objeto de roubo, foi encontrado e entregue ao representante da Delta Car, que compareceu à delegacia com cópia dos boletins de ocorrência referentes ao roubo e localização do veículo e procuração da Allianz Brasil Seguros S/A, dando poderes à Delta Car Recuperação e Remoções de Veículos, Ltda – ME para a liberação da camioneta.

3. Como observado na sentença, “como pagamento da indenização ao segurado pelo roubo do veículo, e, após localizado o veículo, a Seguradora AGF Brasil Seguros S/A se sub-rogou na propriedade do bem (certificado de Registro do veículo fl. 29), de modo a providenciar a transferência perante o órgão de trânsito e o comunicado ao DETRAN acerca da restrição do veículo (fl. 26), a fim de que conste, em seus registros o sinistro do veículo, isentando, pois, a seguradora, de eventuais impostos e demais encargos tributários sobre os salvados, a partir do registro de referido gravame” (fl. 56)

4. Do documento de fl. 26, “cadastro de veículos – pesquisa de uso exclusivo do DETRAN, de 04.04.2015, consta o sinistro como restrição do veículo, mas não consta qualquer restrição financeira em relação ao mesmo. À fl. 28 consta o certificado de registro e licenciamento do veículo, em nome da AGF Brasil Seguros S/A, com data de 06/10/2014, que autorizou sua transferência para a embargante em 12.01.2015, fl. 29. O bem foi arrematado em leilão realizado pela COPART em 12.12.2014, pela autora (fl. 15, 17/18). Documento de fl. 30 traz a inclusão de restrição judicial do veículo na data de 07.03.2016.

5. Como nas alienações sucessivas, é de se supor que o último adquirente tomou as devidas cautelas em relação ao vendedor, sobre o qual não recaía notícia de pendências fiscais. Mas, não se poderia exigir a mesma cautela em relação às transações anteriores, de modo que não se afigura viável, na singularidade, a declaração de ineficácia de uma alienação que foi sucedida por outra.

6. Deveras, não se pode exigir de qualquer comprador de um imóvel que faça retroagir - dentro da cadeia dominial - *ad infinitum* as buscas para saber se algum proprietário anterior, em alguma época, tinha contra ele pendência fiscal.

7. Não obstante o julgado proferido pelo E. STJ no REsp nº 1.141.990/PR, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC/73, diante das peculiaridades do presente caso não há como ser reconhecida a fraude à execução fiscal.

8. Os honorários advocatícios foram fixados em 15% sobre o valor do bem, em razão do princípio da causalidade. Todavia, não há motivo para sua fixação acima do mínimo previsto pelo art. 85, § 3º, I, do CPC. Reduzida, portanto, a verba honorária para o percentual de 10% sobre o valor atribuído à causa, devidamente atualizado.

9. Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao apelo da União, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHONSOM DI SALVO
APELANTE: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM PIRACICABA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: MALHARIA BRASILEIRELI
Advogado do(a) APELADO: ARNALDO DOS REIS FILHO - SP220612-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5005295-84.2018.4.03.6109
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHONSOM DI SALVO
APELANTE: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM PIRACICABA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: MALHARIA BRASILEIRELI
Advogado do(a) APELADO: ARNALDO DOS REIS FILHO - SP220612-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno da União contra decisão monocrática deste Relator que entendeu que seria aplicável ao caso o entendimento do STF proferido no RE 574.706/PR, e negou provimento à apelação da União e à remessa necessária. Recurso respondido.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5005295-84.2018.4.03.6109
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHONSOM DI SALVO
APELANTE: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM PIRACICABA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: MALHARIA BRASILEIRELI
Advogado do(a) APELADO: ARNALDO DOS REIS FILHO - SP220612-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

1. Quanto a insistência da União no sobrestamento do feito, não tem qualquer propósito.

É desnecessária – e ilegal – a suspensão do andamento do processo até que o STF aprecie embargos de declaração onde busca modulação dos efeitos do Tema nº 69. Além dos extensos argumentos por nós apresentados, é de se invocar a posição do próprio STF, posto em reclamação deduzida pela União Federal contra acórdão desta Corte, exarada pelo Ministro Relator, no seguinte sentido: “...o exame do ato reclamado evidencia, em face da situação concreta ora apreciada, que não ocorreu usurpação da competência desta Suprema Corte nem sequer transgressão da autoridade do julgamento do RE 574.706/PR, pois a decisão de que se reclama limitou-se a confirmar a aplicação do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, em regime de repercussão geral, ao caso, tendo em vista a desnecessidade de aguardar-se o trânsito em julgado (ou eventual modulação temporal dos efeitos) do acórdão desta Suprema Corte invocado, pela parte reclamante, como paradigma de confronto (...) Cabe registrar, nesse ponto, consoante entendimento jurisprudencial prevalecente no âmbito desta Corte, que a circunstância de o precedente no “leading case” ainda não haver transitado em julgado não impede venha o Relator da causa a julgá-la, fazendo aplicação, desde logo, da diretriz consagrada naquele julgamento (ARE 909.527-AgR/RS, Rel. Min. LUIZ FUX – ARE 940.027-AgR/PI, Rel. Min. ROSA WEBER – RE 611.683- -AgR/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – RE 631.091-AgR/PR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – RE 1.006.958-AgR-ED-ED/RS, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, v.g.) (...) Não constitui demasia assinalar que a modulação, no tempo, da eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal, por tratar-se de matéria revestida de caráter excepcional, não se presume nem inibe, ante a sua potencial adoção (que exige, mesmo em sede de controle incidental, pronunciamento por maioria qualificada de 2/3 dos juízes desta Corte, consoante acentuado em Questão de Ordem no RE 586.453/SE), a incidência imediata da regra consubstanciada no art. 1.040, I, do CPC/2015, o que afasta, por isso mesmo, eventual alegação de ofensa à autoridade dos julgados do Supremo Tribunal Federal ou da usurpação de sua competência, inviabilizando, em consequência, o acesso à via da reclamação...” (Reclamação nº30.996/SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 09 de agosto de 2018, DJe-164 DIVULG 13/08/2018 PUBLIC 14/08/2018).

No sentido do exposto (aplicação do tema desde logo): AI 523706 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 10/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-109 DIVULG 01-06-2018 PUBLIC 04-06-2018. Isso porque “a sistemática prevista no artigo 1.040 do Código de Processo Civil sinaliza, a partir da publicação do acórdão paradigma, a observância do entendimento do Plenário, formalizado sob o ângulo da repercussão geral” (RE 440787 AgR-segundo, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 03/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-098 DIVULG 18-05-2018 PUBLIC 21-05-2018).

2 – No quanto ao mérito, desprocede o recurso.

Em primeiro lugar, a intenção fazendária de que solução de consulta proferida por órgão administrativo se sobreponha ao entendimento do STF e desta Corte Regional, é despropositada uma vez que o Judiciário não se submete às repartições públicas, já que, pela Constituição, o contrário é a verdade.

No mais, a Suprema Corte vem aplicando o Tema nº 69 (“O STF, no exame do RE 574.706 (Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tema 69), firmou entendimento no sentido de que o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins” - RE 883399 AgR, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 17/09/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-205 DIVULG 26-09-2018 PUBLIC 27-09-2018). Nesse sentido: RE 209314 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 14-09-2018 PUBLIC 17-09-2018 - AI 523706 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 10/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-109 DIVULG 01-06-2018 PUBLIC 04-06-2018.

A questão de “qual” ICMS deve ser expurgado do cálculo de PIS/COFINS faz parte do mérito, porquanto a própria Ministra Relatora Carmem Lúcia tratou da matéria, como acentuamos.

Destarte, não há espaço para reforma da interlocutória agravada. As razões do presente agravo interno não vão além da repetição dos argumentos já deduzidos em sede da apelação fazendária que foi decidida monocraticamente por este Relator, conforme se orienta a Sexta Turma desta Corte Regional

Esses argumentos representam o bastante para decisão do caso, recordando-se que “o órgão julgador não é obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. Precedentes: AgInt nos EDcl no AREsp 1.290.119/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 30.8.2019; AgInt no REsp 1.675.749/RJ, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 23.8.2019; REsp 1.817.010/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 20.8.2019; AgInt no AREsp 1.227.864/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 20.11.2018” (AREsp 1535259/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/11/2019, DJe 22/11/2019).

Aliás, “No julgamento do AI 791.292-QO-RG/PE (Rel. Min. GILMAR MENDES, Tema 339), o Supremo Tribunal Federal assentou que o inciso IX do art. 93 da CF/1988 exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas” (RE 883.399 AgR, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 17/09/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-205 DIVULG 26-09-2018 PUBLIC 27-09-2018).

Pelo exposto, NEGÓ PROVIMENTO ao agravo interno.

É como voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO CONTRA DECISÃO DO RELATOR QUE APRECIOU MONOCRATICAMENTE APELAÇÃO DA UNIÃO FEDERAL PROPOSTA EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA. MATÉRIA DE FUNDO: EXCLUSÃO DO ICMS DESTACADO, NAS BASES DE CÁLCULO DE PIS E COFINS, COM DIREITO DE RECUPERAÇÃO DO INDÉBITO. DECISÃO BASEADA NA JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA NO TEMA 69 DO STF, SENDO INCABÍVEL A SUSTAÇÃO DO PROCESSO NO AGUARDADO DE POSSÍVEL MODULAÇÃO DE EFEITOS, A SER FEITA EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO AJUIZADOS PERANTE A SUPREMA CORTE (AUSÊNCIA DE BASE LEGAL). RECUPERAÇÃO DO INDÉBITO ADEQUADAMENTE REGRADA, USANDO-SE O QUE A LEI PREVÊ PARA TAIS CASOS. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5005176-04.2019.4.03.6105

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: CFS DO BRASIL INDUSTRIA, COMERCIO, IMPORTACAO E EXPORTACAO DE ADITIVOS

ALIMENTICIOS LTDA

Advogado do(a) APELADO: RODRIGO REFUNDINI MAGRINI - SP210968-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5005176-04.2019.4.03.6105

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: CFS DO BRASIL INDUSTRIA, COMERCIO, IMPORTACAO E EXPORTACAO DE ADITIVOS

ALIMENTICIOS LTDA

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno interposto pela UNIÃO FEDERAL em face da decisão monocrática deste Relator que **deu parcial provimento** à sua apelação e à remessa necessária para reconhecer o direito da agravada à exclusão do ICMS, destacado na nota fiscal, da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como a compensação dos valores indevidamente recolhidos, observando-se a prescrição quinquenal, a correção do indébito pela SELIC, a sujeição ao art. 170-A do CTN, ao art. 74 da Lei nº 9.430/96 c/c art. 26-A da Lei nº 11.457/07.

O recurso foi respondido.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5005176-04.2019.4.03.6105
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHONSOMDI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: CFS DO BRASIL INDUSTRIA, COMERCIO, IMPORTACAO E EXPORTACAO DE ADITIVOS ALIMENTICIOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: RODRIGO REFUNDINI MAGRINI - SP210968-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

As razões do presente agravo interno não vão além da repetição dos argumentos já deduzidos em sede da apelação fazendária que foi decidida monocraticamente por este Relator, conforme se orienta a Sexta Turma desta Corte Regional.

Assim, ficam cancelados os argumentos que fundamentaram a decisão agravada.

O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a inclusão do ICMS (faturado) na base de cálculo do PIS e da COFINS, fazendo-o por ocasião do julgamento do **RE nº 574.706**. A corte, por maioria e nos termos do voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia, apreciando o Tema nº 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "**O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins**".

Esse entendimento é aplicável **de pronto**, não havendo que se falar em espera de embargos de declaração (*sem efeito suspensivo*) ou de modulação de efeitos da decisão plenária da Suprema Corte, já que esses dois eventos não estão consignados em lei como impedientes da aplicação imediata do *decisum*. Esse é o entendimento que vem sendo seguido nesta Corte Regional (3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5021518-72.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 08/11/2019, Intimação via sistema DATA: 13/11/2019), e de modo unânime nesta 6ª. Turma (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000706-20.2017.4.03.6130, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 03/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/12/2019).

Deveras, a suspensão pretendida pelo Fisco esbarraria no art. 1.035, § 5º do NCPC.

De outro lado, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal – ao acolher o voto da Ministra Relatora – no sentido de que, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada como faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019). Essa é a postura que este Relator sempre defende desde o momento em que surtiu o julgamento do Tema nº 69 (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000596-53.2018.4.03.6108, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHNSON DI SALVO, julgado em 02/12/2019, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019).

Tratando-se de empresa comercial, resta claro que é contribuinte das três exações e que recolheu tributação a maior e poderá recuperá-la (quanto aos últimos cinco anos antes do ajuizamento da presente demanda), procedimento que deverá ser efetuado com tributos administrados pela SRF (no caso de compensação), nos termos do disposto na decisão recorrida, que se pauta pelo quando a lei e a jurisprudência definiram a respeito da repetição tributária.

Esses argumentos representam o bastante para decisão do caso, recordando-se que “o órgão julgador não é obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. Precedentes: AgInt nos EDcl no AREsp 1.290.119/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 30.8.2019; AgInt no REsp 1.675.749/RJ, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 23.8.2019; REsp 1.817.010/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 20.8.2019; AgInt no AREsp 1.227.864/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 20.11.2018” (AREsp 1535259/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/11/2019, DJe 22/11/2019).

Pelo exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo interno

É como voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO CONTRA DECISÃO DO RELATOR QUE APRECIOU MONOCRATICAMENTE APELAÇÃO DA UNIÃO FEDERAL PROPOSTA EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA. MATÉRIA DE FUNDO: EXCLUSÃO DO ICMS DESTACADO, NAS BASES DE CÁLCULO DE PIS E COFINS, COM DIREITO DE RECUPERAÇÃO DO INDÉBITO. DECISÃO BASEADA NA JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA NO TEMA 69 DO STF, SENDO INCABÍVEL A SUSTAÇÃO DO PROCESSO NO AGUARDAMENTO DE POSSÍVEL MODULAÇÃO DE EFEITOS, A SER FEITA EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO AJUIZADOS PERANTE A SUPREMA CORTE (AUSÊNCIA DE BASE LEGAL). REPETIÇÃO ADEQUADAMENTE REGRADA, USANDO-SE O QUE A LEI PREVÊ PARA TAIS CASOS. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0001212-39.2015.4.03.6102

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

APELANTE: UNIMED DE RIBEIRAO PRETO COOPERATIVA DE TRABALHO MEDICO

Advogado do(a) APELANTE: JOSE LUIZ MATTHES - SP76544-A

APELADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

Advogado do(a) APELADO: PATRICIA ALVES DE FARIA - SP246478-N

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0001212-39.2015.4.03.6102
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIMED DE RIBEIRAO PRETO COOPERATIVA DE TRABALHO MEDICO
Advogado do(a) APELANTE: JOSE LUIZ MATTHES - SP76544-A
APELADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR
Advogado do(a) APELADO: PATRICIA ALVES DE FARIA - SP246478-N
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Exceletíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Cuida-se de recurso de agravo interposto por UNIMED RIBEIRÃO PRETO COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO, nos termos do art. 1.021 do Código de Processo Civil, contra decisão monocrática deste Relator, que **negou seguimento à apelação da autora**.

A agravante opôs embargos à execução fiscal ajuizada pela AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR - ANS para a cobrança de multa imposta com espeque no art. 11, parágrafo único, e art. 12, I, "b", da Lei nº 9.656/98, c/c o art. 2º, II, da CONSU nº 2/98, no valor de R\$ 95.351,04, por "deixar de garantir cobertura obrigatória, ao negar as sessões de acupuntura".

Na inicial dos embargos, sustenta que (i) houve prescrição intercorrente, pois transcorreram mais de três anos entre a apresentação do recurso administrativo e o julgamento pela ANS; (ii) a multa é desproporcional ao eventual dano causado pela recorrente, que não põe em risco a saúde do beneficiário, nem mesmo se trata de valor economicamente expressivo à operadora, proporcionando o enriquecimento sem causa da ANS; (iii) deveria ter sido aplicado ao caso o disposto no art. 5º da RN nº 124/2006, pois diante de toda a massa de beneficiários atendida pela Unimed de Ribeirão Preto, foi realizado um único ato sem maiores danos aos beneficiários; (iv) a conduta ensejaria aplicação da atenuante do art. 8º da RN nº 124/2006 porque não trouxe nenhum benefício à Unimed e facilmente seria reparada com a devolução em dobro dos valores ou com a autorização do procedimento, permitindo perfeitamente a aplicação de advertência; (v) a multa viola o princípio da legalidade porque os valores e critérios para aplicação não estão previstos em lei, mas em Resolução da ANS; e (vi) os encargos de mora (juros e multa) devem incidir apenas a partir da intimação da devedora acerca da decisão que determinou a aplicação da multa, inexistindo qualquer discriminação dos cálculos realizados para a obtenção do valor final.

Atribuiu à causa o valor da execução fiscal atualizado.

Impugnação às fls. 88/94.

Réplica às fls. 172/182.

Em 08/10/2015 o Juiz a quo proferiu sentença **julgando improcedentes** os embargos à execução fiscal. Deixou de condenar a agravante ao pagamento de honorários advocatícios em razão da incidência do encargo do Decreto-Lei nº 1.025/69 (fls. 187/191).

Irresignada, a embargante interpôs apelação sustentando, em síntese, que: (i) a sentença é **nula** por cerceamento de defesa, pois foi proferida sem a imprescindível juntada aos autos da cópia integral do processo administrativo que gerou o débito, embora expressamente requerida quando da distribuição dos embargos à execução fiscal, prova que demonstraria que a conduta ensejadora da autuação foi decorrência de mero equívoco administrativo e que a reparação voluntária de eventual prejuízo causado foi impossibilitada em razão de pedido da própria empresa contratante para que houvesse a exclusão da beneficiária; (ii) houve **prescrição intercorrente**, pois atos internos, que apenas determinam o encaminhamento dos autos entre diversos órgãos da agência reguladora, não têm o condão de afastá-la; (iii) a acupuntura foi negada por **equívoco administrativo** e, uma vez constatado, a apelante buscou negociar com a beneficiária a reparação de eventual dano causado, mas ela já havia sido excluída do plano; por isso, a multa colide com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade; (iv) a multa é **desproporcional** ao eventual dano causado pela recorrente, que não põe em risco a saúde do beneficiário, nem mesmo se trata de valor economicamente expressivo à operadora, proporcionando o enriquecimento sem causa da ANS; (v) deveria ter sido aplicado ao caso o disposto no art. 5º da RN nº 124/2006, eis que diante de toda a massa de beneficiários atendida pela Unimed de Ribeirão Preto, foi realizado um único ato sem maiores danos aos beneficiários; (vi) a conduta ensejaria aplicação da atenuante do art. 8º da RN nº 124/2006 porque não trouxe nenhum benefício à Unimed e facilmente seria reparada com a devolução em dobro dos valores ou com a autorização do procedimento, permitindo perfeitamente a aplicação de advertência; (v) a multa viola o princípio da legalidade porque não tem seus valores e critérios para aplicação previstos em lei, mas em Resolução da ANS; e (vi) os encargos de mora (juros e multa) devem incidir apenas a partir da constituição definitiva do débito, ou seja, da intimação da devedora acerca da decisão que determinou a aplicação da multa.

Contrarrazões às fls. 231/233.

Recurso recebido no efeito devolutivo (fl. 234).

Comespeque no art. 557, *caput*, do CPC/73, **neguei seguimento à apelação** (fls. 239/246).

Nas razões do agravo interno, UNIMED RIBEIRÃO PRETO COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO aduz que (i) houve cerceamento de defesa porque a juntada aos autos do processo administrativo é imprescindível ao correto provimento jurisdicional e encontra amparo no art. 41 da Lei nº 6830/80 e arts. 396 e 438, II, do CPC; (ii) houve prescrição intercorrente, pois a ANS proferiu decisão mais de quatro anos depois da interposição do recurso, sendo que os demais atos praticados não são atos aptos a conferir andamento à marcha processual e não têm o condão de afastar a prescrição; (iii) a multa colide com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade porque a acupuntura foi negada por **equívoco administrativo** e, uma vez constatado, a apelante buscou negociar com a beneficiária a reparação de eventual dano causado, mas ela já havia sido excluída do plano; (iv) a observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade impõe a aplicação da pena de advertência, pois a negativa de procedimento não põe em risco a saúde da beneficiária, nem mesmo se trata de valor economicamente expressivo à operadora; (v) a conduta ensejaria aplicação da atenuante do art. 8º da RN nº 124/2006; e (vi) a multa viola o princípio da legalidade porque aplicada com base em Resolução da ANS (fls. 248/267).

Contrarrazões (fl. 269).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0001212-39.2015.4.03.6102
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIMED DE RIBEIRAO PRETO COOPERATIVA DE TRABALHO MEDICO
Advogado do(a) APELANTE: JOSE LUIZ MATTHES - SP76544-A
APELADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR
Advogado do(a) APELADO: PATRICIA ALVES DE FARIA - SP246478-N
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johnson de Salvo, Relator:

Análise, inicialmente, a preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa.

O art. 130 do CPC/73 (*tempus regit actum*) dá ao juiz poder para indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias, ao passo que o art. 330, I, permite ao magistrado julgar antecipadamente a lide quando a questão for exclusivamente de direito ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produção de provas em audiência.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESOLUÇÃO DE CONTRATO. INEXECUÇÃO NÃO DEMONSTRADA. PROVA NÃO PRODUZIDA. DESNECESSIDADE. LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ. CERCEAMENTO DE DEFESA. SÚMULA 07/STJ.

1. Não configura o cerceamento de defesa o julgamento da causa sem a produção de prova testemunhal ou pericial requerida. Não de ser levados em consideração o princípio da livre admissibilidade da prova e do livre convencimento do juiz, que, nos termos do art. 130 do Código de Processo Civil, permitem ao julgador determinar as provas que entende necessárias à instrução do processo, bem como o indeferimento daquelas que considerar inúteis ou protelatórias. Revisão vedada pela Súmula 7 do STJ.

2. Tendo a Corte de origem firmado a compreensão no sentido de que existiriam nos autos provas suficientes para o deslinde da controvérsia, rever tal posicionamento demandaria o reexame do conjunto probatório dos autos. Incidência da Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag 1350955/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/10/2011, DJe 04/11/2011)

Na singularidade, o Juiz *a quo* entendeu pela desnecessidade de produção de outras provas além da documental já encartada aos autos, motivo pelo qual realizou o julgamento antecipado da lide, nos termos do art. 330, I, do CPC/73, não havendo nisso qualquer nulidade.

É imperioso ainda destacar que, consoante entendimento remansoso do STJ, "a juntada do processo administrativo fiscal na execução fiscal é determinada segundo juízo de conveniência do magistrado, quando reputado imprescindível à alegação da parte executada. A disponibilidade do processo administrativo na repartição fiscal impede a alegação de cerceamento de defesa" (REsp 1180299/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/03/2010, DJe 08/04/2010). E ainda: "a despeito da possibilidade de o magistrado determinar a exibição de documentos em poder das partes, bem como a requisição de processos administrativos às repartições públicas, nos termos dos arts. 355 e 399, II, do CPC, não é possível instar a Fazenda Pública a fazer prova contra si mesma, eis que a hipótese dos autos trata de execução fiscal na qual há a presunção de certeza e liquidez da CDA a ser ilidida por prova a cargo do devedor." (REsp 1.239.257/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/03/2011, DJe 31/03/2011.).

No mesmo sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ALEGAÇÃO DE VÍCIOS NA CDA. CERCEAMENTO DE DEFESA. JUNTADA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. TESES REFUTADAS PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. MULTA. CARÁTER CONFISCATÓRIO. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. TAXA SELIC. LEGITIMIDADE. PRONUNCIAMENTO DA PRIMEIRA SEÇÃO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC/1973.

1. "A juntada do processo administrativo fiscal na execução fiscal é determinada segundo juízo de conveniência do magistrado, quando reputado imprescindível à alegação da parte executada. A disponibilidade do processo administrativo na repartição fiscal impede a alegação de cerceamento de defesa." (REsp 1.180.299/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 8/4/2010)

2....

3....

4....

5. *Agravo interno não provido.*

(AgInt no REsp 1505813/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 30/05/2018)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. ANÁLISE DE NULIDADE DA CDA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PRODUÇÃO DE CÓPIAS. ÔNUS DA EMBARGANTE.

1. *A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.*

2. *A Certidão de Dívida Ativa goza de presunção de certeza e liquidez, cujo ônus de ilidi-la é do contribuinte, cabendo a ele, ainda, a juntada do processo administrativo, caso imprescindível à solução da controvérsia.*

3. ***"A despeito da possibilidade de o magistrado determinar a exibição de documentos em poder das partes, bem como a requisição de processos administrativos às repartições públicas, nos termos dos arts. 355 e 399, II, do CPC, não é possível instar a Fazenda Pública a fazer prova contra si mesma, eis que a hipótese dos autos trata de execução fiscal na qual há a presunção de certeza e liquidez da CDA a ser ilidida por prova a cargo do devedor."*** (REsp 1.239.257/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 22/03/2011, DJe 31/03/2011).

4. *Agravo Interno não provido.*

(AgInt no REsp 1580219/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/08/2016, DJe 12/09/2016)

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. INDEFERIMENTO DA PERÍCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PRODUÇÃO DE CÓPIAS. ÔNUS DO EMBARGANTE. PRESUNÇÃO DE CERTEZA E DE LIQUIDEZ DA CDA.

1. *A análise quanto à necessidade da realização de prova pericial, em contrariedade ao entendimento do Tribunal de origem requer o reexame de fatos e provas, o que esbarra no óbice da Súmula n. 7/STJ. Precedentes do STJ.*

2. *A Certidão de Dívida Ativa goza de presunção de certeza e liquidez, cujo ônus de ilidi-la é do contribuinte, cabendo a ele, ainda, a juntada do processo administrativo, caso imprescindível à solução da controvérsia.*

3. ***"A despeito da possibilidade de o magistrado determinar a exibição de documentos em poder das partes, bem como a requisição de processos administrativos às repartições públicas, nos termos dos arts. 355 e 399, II, do CPC, não é possível instar a Fazenda Pública a fazer prova contra si mesma, eis que a hipótese dos autos trata de execução fiscal na qual há a presunção de certeza e liquidez da CDA a ser ilidida por prova a cargo do devedor."*** (REsp 1.239.257/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/03/2011, DJe 31/03/2011.) *Agravo regimental improvido.*

(AgRg no REsp 1523774/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/06/2015, DJe 26/06/2015)

TRIBUTÁRIO - PROCESSO CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL - EXECUÇÃO FISCAL - PROCESSO ADMINISTRATIVO - REQUISIÇÃO - NEGATIVA - CERCEAMENTO DE DEFESA - INEXISTÊNCIA.

1. *Nos termos do art. 41 da Lei de Execuções Fiscais, o processo administrativo fiscal encontra-se disponível às partes do processo, devendo o executado, ao solicitar sua requisição em juízo, demonstrar a pertinência de sua juntada para a prova dos vícios apontados na execução, bem como a negativa de disponibilização pela repartição fiscal.*

2. ***Inexiste cerceamento de defesa se a prova encontrava-se disponível ao executado.***

3. *Agravo regimental não provido.*

(AgRg no REsp 1117410/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/10/2009, DJe 28/10/2009)

Portanto, a invocação das regras dos arts. 41 da Lei nº 6830/80 e arts. 396 e 438, II, do CPC não socorre a agravante, impondo-se a rejeição da matéria preliminar.

Resta então verificar se a pretensão de aplicação da penalidade foi atingida pela prescrição intercorrente.

A agravante teve contra si imposta multa por força de infração ao disposto nos arts. 11, parágrafo único, e 12, I, "b", da Lei nº 9.656/98 c/c o art. 2º, II, CONSU nº 2/98. O auto de infração nº 25037 foi lavrado no dia 16/07/2007 (fl. 125, vº).

A agravante apresentou defesa em 01/08/2007, a Diretoria de Fiscalização emitiu parecer em 24/07/2007 (fls. 138/143) e proferiu decisão no dia 28/11/2007 (fl. 144).

A autuada, intimada, interpôs recurso administrativo em 26/12/2007 (fls. 147/154).

No dia 17/07/2008 o Diretor responsável pela Diretoria de Fiscalização da ANS manteve a decisão já exarada, externando os seus motivos e determinando o encaminhamento do processo à CODAC - Coordenação de Apoio à Diretoria Colegiada para prosseguimento do feito (fls. 156/158).

No dia 08/11/2010 a CODAC encaminhou o processo para decisão da Diretoria Colegiada.

Em 17/07/2012, o Diretor de Normas e Habilitação dos Produtos proferiu o Despacho nº 820/DIPRO/ANS/2012, votando pelo conhecimento e não provimento do recurso, mantendo a decisão proferida pela Diretoria de Fiscalização, porém modificando o fator multiplicador para o disposto no inciso III do art. 10 da Resolução Normativa - RN nº 124/2006, fixando multa no importe de R\$ 48.000,00 (fls. 179, vº e 180).

Por fim, no dia 01/08/2012, a Diretoria Colegiada aprovou o voto do condutor da DIPRO (fl. 161, vº).

Com base nesse lapso de mais de três anos entre a data da interposição do recurso e a data do julgamento, a agravante sustenta que houve prescrição intercorrente, nos termos do art. 1º, § 1º, da lei nº 9.873/99, que reza:

Art. 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor; contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

§ 1º Incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso.

A análise do processo administrativo permite concluir que, ao contrário do que sustenta a agravante, não houve inércia da ANS, ou seja, o processo administrativo não permaneceu paralisado por mais de três anos, pois o DESPACHO Nº 1284/DIFIS, proferido pela Diretoria da ANS em 17/07/2008, o Despacho nº 2157/2010 - COADC e o DESPACHO Nº 820/DIPRO/ANS/2012 são atos de **impulsioneamento** do processo administrativo. Ou seja, são atos necessários ao julgamento, que demonstram a continuidade da marcha processual na direção de seu objetivo final e, sendo assim, têm o condão de romper o estado de inércia exigido para a configuração da prescrição intercorrente.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. PENALIDADE. MULTA E INABILITAÇÃO TEMPORÁRIA. BACEN. ADMINISTRADORES DE CORRETORA DE CÂMBIO E VALORES. OPERAÇÕES DAY TRADE SEM LASTRO. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. REGULARIDADE NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO.

1. Prescrição intercorrente: procedimento administrativo que não ficou paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho, nos termos do art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.873/99, editada no curso das apurações. Atos processuais que se sucederam, inclusive com despachos para prorrogação, além de parecer opinando pela aplicação de penalidade.

2. Verificação da legalidade de procedimento disciplinar: assente que ao magistrado não é dado analisar o mérito da sanção administrativa, a qual compete exclusivamente ao administrador; ficando limitado à análise da legalidade do ato praticado, observada no caso concreto.

3. Cerceamento de defesa: ausentes nulidades na intimação ou decisão do feito, sendo observados o contraditório e a ampla defesa.

4. Atipicidade de conduta: poder disciplinar da administração, cuja característica é a discricionariedade, donde não se exigir que a prévia definição legal verse exaustivamente sobre a infração funcional capitulada, cumprindo ao administrador, diante do arcabouço delineado pelo legislador, motivar o ato disciplinar e aplicar, dentre as punições estabelecidas aquela cabível no caso concreto, indicando as razões que conduzem a escolha perfílada.

5. Irregularidades no procedimento administrativo: ausência de comprovação a resultar na sua manutenção.

6. Apelo da autoria improvido.

(AC 00269009720014036100, JUIZ CONVOCADO ROBERTO JEUKEN, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/07/2011 PÁGINA: 936..FONTE_REPUBLICACAO:.)

ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. REPARAÇÃO VOLUNTÁRIA E EFICAZ DA OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE NÃO CARACTERIZADA. COBERTURA PROCEDIMENTO ULTRASSONOGRÁFIA. ROL TAXATIVO DA RESOLUÇÃO ANS 82. SENTENÇA MANTIDA. INFRAÇÃO NÃO CONFIGURADA.

1. Trata-se de Apelação contra sentença que julgou procedente o pedido, formulado em embargos, para declarar insubsistente a multa, que emparelha a execução fiscal.

2. O despacho de mero expediente destinado a impulsionar o processo administrativo é apto a afastar o curso do prazo da prescrição intercorrente, prevista na Lei nº 9.873/99.

3. ...

4. ...

5. ...

6. ...

7. Recurso de Apelação desprovido.

(AC - Apelação - Recursos - Processo Cível e do Trabalho 0143443-15.2015.4.02.5101, VIGDOR TEITEL, TRF2 - 5ª TURMA ESPECIALIZADA.)

APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ENCARGO LEGAL DE 20%. DECRETO-LEI Nº 1025/69. INOVAÇÃO RECURSAL. ANS. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 12, INCISO II, DA LEI Nº 9.656/98. DECADÊNCIA. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. NÃO CARACTERIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE PARALISAÇÃO POR MAIS DE TRÊS ANOS.

1. (...)

2. (...)

3. (...)

4. Deve ser afastada a tese da prescrição intercorrente alegada pelo apelante, uma vez que, analisando todo o percurso processual, verifica-se que, muito embora o auto de infração tenha sido lavrado em 27/05/2005 e a decisão final do processo administrativo, proferida pelo órgão colegiado da ANS, tenha sido publicado no D.O em 09/11/2012, não ocorreu a paralisação do processo administrativo por mais de 3 (três) anos.

5. **Quando a Administração pratica atos que impulsionam o processo não estará caracterizada a sua inércia, não havendo, portanto, que se falar em prescrição intercorrente a que se refere o artigo 1º, §1º, da Lei nº 9.873/99.** (Precedentes: TRF2 - AC 2015.51.01.083193-0. Relator: Desembargador Federal Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. Órgão Julgador: 5ª Turma Especializada. E-DJF2R: 16/03/2016; TRF2 - AG 2014.00.00.102767-2. Relator: Desembargador Federal Marcelo Pereira da Silva. Órgão Julgador: 8ª Turma Especializada. E- DJF2R: 03/11/2015; TRF4 - AG 5022932-20.2015.404.0000. Relator: Desembargador Federal Fernando Quadros da Silva. Órgão Julgador: 3ª Turma. DJ: 26/11/2015).

6. Apelação não conhecida quanto à matéria referente ao encargo legal de 20% (vinte por cento) previsto pelo Decreto-Lei nº 1.025/1969, e, na parte conhecida, negado provimento ao recurso.

(AC 05103482620154025101, ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES, TRF2 - 5ª TURMA ESPECIALIZADA.)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENALIDADE ADMINISTRATIVA. RAZOABILIDADE. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. ART. 1º, §1º DA LEI 9.873/99. AUSÊNCIA DE PARALISAÇÃO POR MAIS DE TRÊS ANOS. DECISÃO NÃO TERATOLÓGICA.

1. *O processo administrativo não permaneceu paralisado por mais de três anos, sendo certo que houve episódios de evidente instrução dos autos nesse interregno (despacho encaminhando recurso administrativo da CODESA; emissão de parecer técnico da COREP/GGPAF), fatores que importaram efetivo andamento do processo, a afastar a caracterização de inércia ou desídia do julgador administrativo. Não há que se falar, portanto, em paralisação do processo por mais de três anos, devendo ser afastada a alegação de prescrição intercorrente prevista no §1º do artigo 1º da Lei nº 9.873/99.*

2. *Em exame perfunctório próprio deste momento processual, não verifica-se nenhuma desproporcionalidade na multa aplicada, uma vez que a penalidade foi balizada pelo risco sanitário advindo da conduta infracional identificada, assim como pelo porte econômico da infratora e pelo fato de se primária, sendo certo que, nos termos do art. 2º, §1º, I da Lei 6.437/1977, a multa poderia ter sido estipulada entre R\$ 2.000,00 e R\$ 75.000,00. Assim, o valor arbitrado de R\$ 11.572,80 não se mostra desproporcional no caso em tela.*

3. *Esta Corte tem deliberado que apenas em casos de decisão teratológica, com abuso de poder ou em flagrante descompasso com a Constituição, a lei ou com a orientação consolidada de Tribunal Superior ou deste tribunal justificaria sua reforma pelo órgão ad quem, em agravo de instrumento, sendo certo que o pronunciamento judicial impugnado não se encontra inserido nessas exceções. Precedentes.*

4. *Agravo de instrumento conhecido e desprovido.*

(AG 00128134220154020000, FIRLYNASCIMENTO FILHO, TRF2 - 7ª TURMA ESPECIALIZADA.)

ADMINISTRATIVO. AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO. EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA. MULTA ADMINISTRATIVA. PARALISAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO POR PRAZO SUPERIOR A TRÊS ANOS. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INOCORRÊNCIA.

1. *De acordo com o parágrafo 1º do art. 1 da Lei nº 9.873/99, incide a prescrição no processo administrativo para apuração de infração à legislação em vigor, quando paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho.*

2. *No caso concreto, não houve paralisação do processo administrativo que culminou na aplicação da multa administrativa em prazo superior a três anos, afastando qualquer ilação no sentido de ter ocorrido a prescrição intercorrente. Com efeito, entre a interposição do recurso administrativo em face da decisão que aplicou a multa (22/12/04) e o seu julgamento (11/12/07), transcorreram quase três anos. **Há de se ressaltar, ademais, que em tal interregno houve a prática de atos processuais pela Administração (despacho determinando a remessa dos autos à consultoria jurídica, bem como parecer jurídico) que demonstram a continuidade da marcha processual e a inexistência de inércia por parte do Poder Público.***

3. *Apelação provida.*

(AC 00005692420134058001, Desembargadora Federal Joana Carolina Lins Pereira, TRF5 - Terceira Turma, DJE - Data::11/12/2014 - Página::269.)

*ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ANP. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO. ART. 1º, § 1º, DA LEI 9.873/99. Nos termos do parágrafo 1º do artigo 1º da Lei 9.873/99 (que estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta ou indireta), restando paralisado o processo administrativo durante período superior a 3 (três) anos, pendendo de julgamento ou despacho, resta configurada a prescrição intercorrente. **A prolação de despacho com o objetivo de impulsionar o processo amolda-se ao conceito de "despacho" descrito no parágrafo 1º do artigo 1º da Lei 9.873/99, configurando-se, deste modo, em marco interruptivo da prescrição intercorrente.** Apelo e remessa oficial parcialmente providos.*

(APELREEX - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO 2006.71.19.002174-9, JOÃO PEDRO GEBRAN NETO, TRF4 - TERCEIRA TURMA, D.E. 10/03/2010.)

Portanto, não houve prescrição intercorrente.

A análise do processo administrativo sancionador revela que a multa aplicada está devidamente fundamentada no art. 11, parágrafo único, e art. 12, I, "b", da Lei nº 9.656/98, c/c o art. 2º, II, da CONSU nº 2/98, tendo em vista que a agravante negou sessões de acupuntura solicitadas em 06/11/2006 pelo médico assistente, Dr. Alexandre Mader Seixas à beneficiária Viviane Aparecida do Nascimento Duarte, sob o argumento de doença ou lesão preexistente, quando o procedimento não é excluído pela Cobertura Parcial Temporária.

Não há que se cogitar de violação ao princípio da legalidade, pois a multa está prevista como penalidade no art. 25, II, e tem seus quantitativos mínimo e máximo estabelecidos pelo art. 27 da Lei nº 9.656/98, de modo que a Resolução Normativa nº 124/2006 da ANS não exorbitou da competência normatizadora que lhe é atribuída por lei.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. MULTA ADMINISTRATIVA. RECUSA DE COBERTURA DE MATERIAL PARA PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. RESOLUÇÃO 124/2006. LEGALIDADE. PODER REGULAMENTO NORMATIVO DA ANS. AUTARQUIA DE REGIME ESPECIAL. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. *A questão posta nos autos diz respeito à multa administrativa imposta pela ANS em face de operadora de plano de saúde, em razão de negativa de fornecimento de material necessário à realização de procedimento médico.*

2. *Preliminarmente, cumpre ressaltar que a ANS foi criada pela Lei 9.961/2000, na condição de autarquia sob regime especial, com base, dentre outros, nos artigos 6º, caput e 196 a 198 da Constituição Federal e tendo por finalidade institucional, "promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no país", além do dever de fiscalizar e aplicar as penalidade pelo descumprimento da Lei 9.656/1998, e de sua regulamentação, nos termos dos artigos 3º e 4º do aludido diploma legal.*

3. *É entendimento pacífico da jurisprudência a autoaplicabilidade da Lei 9.656/1998 que, inclusive, não necessita de regulamentação para a produção dos efeitos nela previstos, na medida em que já contém todos os elementos necessários ao exercício dos direitos que assegura (v.g. REsp 1.539.815, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJE 14/02/2017).*

4. *É cediço que a edição da Resolução Normativa 124/2006, em caráter suplementar e no exercício do poder regulamentar normativo, não violou o princípio da legalidade, uma vez que a ANS não exorbitou da finalidade própria da competência legalmente que lhe é atribuída como agência reguladora, de normatizar e fiscalizar de modo eficiente o setor de prestação de serviço de saúde suplementar, em atendimento a evidente e relevante interesse público e social, não havendo, assim, que se falar em inconstitucionalidade ou ilegalidade na atuação administrativa e, por consequência, nem na falta de amparo legal para a aplicação da multa pecuniária, estipulada, na espécie, dentro dos limites fixados na própria lei.*

5. *A multa em tela foi aplicada com fulcro no art. 78 da Resolução Normativa ANS n.º 124/2006, com a seguinte redação vigente à época: Art. 78. Deixar de garantir aos consumidores de planos privados de assistência à saúde o cumprimento de obrigação de natureza contratual: Sanção - multa de R\$ 60.000,00.*

6. *É sabido que o auto de infração constitui ato administrativo dotado de presunção juris tantum de legitimidade e veracidade. Assim, somente mediante prova inequívoca da inexistência dos fatos descritos no auto de infração, os quais se amoldam à conduta descrita in abstracto na norma, autorizam a desconstituição da autuação.*

7. *No caso concreto, os autos de infração que embasaram a cobrança das multas foram regularmente lavrados pela autoridade competente para tanto, em seu regular exercício de poder de polícia, com a descrição precisa dos fatos, elementos de convicção e enquadramento legal.*

8. *A apelante, por seu turno, não logrou produzir provas suficientes para elidir a presunção de legalidade e legitimidade de que goza o auto de infração.*

9. *Por fim, conforme asseverou o Juiz sentenciante, não há dúvida acerca da proporcionalidade e da razoabilidade da sanção imposta, visto que a operadora de plano de saúde não pode excluir da cobertura de procedimentos cirúrgicos de ortopedia, previstos no contrato do beneficiário, os materiais necessários a sua realização. 10. Apelação desprovida. (ApCiv 0006680-18.2014.4.03.6102, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/01/2019.)*

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ARTIGO 1.021 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA IMPUGNADA. COM O AFASTAMENTO DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL, BEM COMO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE E MANTIDO O ENTEDIMENTO ACERCA DO MÉRITO DOS PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS. LEGALIDADE DAS MULTAS. DESPROPORCIONALIDADE NÃO DEMONSTRADA. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

1. *Quanto à alegação de ocorrência da prescrição quinquenal, prevista no art. 1º da Lei 9.873/99, decisão impugnada manteve a sentença, que tomou como alicerce em seu inteiro teor, conforme as razões e fundamentos nela expostos, utilizando-se da técnica da motivação per relationem, adotada amplamente pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Pretório Excelso. Precedente: REsp nº 1.112.577/SP, julgado sob a sistemática do art. 543-C, CPC/73.*

2. *Afastada a alegação de prescrição intercorrente.*

3. Quanto ao mérito dos processos administrativos, a decisão, bem como a sentença devem ser mantidas em seu inteiro teor.

4. As multas aplicadas têm fundamento na legislação vigente, dentro dos parâmetros da Resolução 124/2006, ANS. Esta Corte já se manifestou no sentido de que o legislador permitiu a regulamentação da Lei 9.656/201 por meio de resoluções normativas da ANS.

5. Agravo interno improvido.

(ApCiv 0006821-37.2014.4.03.6102, DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:22/02/2019.)

Ainda que a agravante tenha buscado reparar o dano, o certo é que a infração ocorreu, configurou-se no mundo fenomênico; destarte, a tentativa frustrada de conceder posteriormente o que tinha negado é indiferente sob o ponto de vista da polícia administrativa desempenhada pela ANS. O tratamento foi negado indevidamente em novembro/2006; a beneficiária do plano de saúde precisou realizar as sessões a suas expensas; apenas em 24/07/2007, após a lavratura do auto de infração, a operadora voltou atrás e resolveu autorizar o que tinha negado (fl. 136). A alegada "reparação" **não foi eficaz** e não passa de mera tergiversação, já que a pessoa doente precisou custear o tratamento fora da proteção do plano de saúde que pagava porque a operadora negou-lhe cobertura que deveria ter assegurado, e não foi reembolsada.

Verifica-se, ainda, que as especificidades do caso concreto foram aquilatadas pela autoridade administrativa ao impor a multa, fixada em R\$ 48.000,00, tendo em vista o fator multiplicador previsto no inciso III do art. 10 da Resolução Normativa nº 124/2006, que leva em consideração o número de beneficiários da operadora.

O valor alcançado quando da aplicação da pena de multa no caso concreto atende à proporcionalidade frente à infração cometida (negativa de cobertura obrigatória), razão pela qual não há que se falar em violação aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade ou enriquecimento sem causa, valendo lembrar que a multa deve ser fixada em montante suficiente para reprimir e desestimular abusos por parte das operadoras de planos privados de assistência à saúde.

Calha registrar que a escolha da sanção mais adequada ao caso concreto, assim como a valoração da multa administrativa dentro dos limites permitidos no ordenamento, inserem-se no âmbito do mérito administrativo, cuja apreciação pelo Judiciário fica restringida a sua legalidade - incluída aqui a proporcionalidade da medida. Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. MULTA - ILÍCITO - CAPITULAÇÃO LEGAL - ART. 59, LEI Nº 6.360/76 E 10, I, DA RESOLUÇÃO-RDC Nº 102/2000 - PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE E VERACIDADE DA AUTUAÇÃO.

1. O auto de infração constitui ato administrativo dotado de presunção "juris tantum" de legalidade e veracidade. Assim, só mediante prova inequívoca de: (i) inexistência dos fatos descritos no auto de infração; (ii) atipicidade da conduta ou (iii) vício em um de seus elementos componentes (sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade), está autorizada a desconstituição da autuação.

2. Não elide a tipificação da conduta o fato de a autora haver desenvolvido apenas o projeto editorial, bem assim a diagramação e a impressão da mencionada revista, sem participação na elaboração do conteúdo do anúncio publicitário.

3. A infração sanitária é imputável a qualquer pessoa que lhe tenha dado causa ou para ela haja concorrido (art. 3º, caput e § 1º, da Lei nº 6.437/77). Ainda, é considerada infratora toda pessoa direta ou indiretamente responsável pela divulgação da peça publicitária ou do veículo de comunicação de medicamentos em desconformidade com as restrições legais (art. 9º, § 3º, da Lei nº 9.294/96).

4. Encontra-se na esfera de discricionariedade da Administração a opção entre aplicar a pena de multa ou de advertência, a teor do disposto no art. 10, V, da Lei nº 6.437/1977.

(AC 00018468520084036100, DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/12/2014..FONTE_REPUBLICACAO:.)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. INMETRO. AUTO DE INFRAÇÃO. ARTIGOS 8º E 9º DA LEI 9.933/1999. MULTA. DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO. APELO DESPROVIDO.

1. Em razão de desconformidade em etiqueta, foi lavrado auto de infração, com fundamento nos artigos 8º e 9º da Lei 9.933/1999, e aplicada multa no valor originário de R\$ 753,11, acima do piso de R\$ 100,00, mas longe do teto de R\$ 50.000,00, previsto para infrações leves (artigo 9º, I, da Lei 9.933/1999), inexistindo, pois, violação ao princípio da razoabilidade ou proporcionalidade.

2. Improcedente a alegação da autora de que tem direito, por se tratar de primeira autuação, à penalidade de mera advertência, ou que sua infração não foi grave o suficiente para aplicação de multa.

3. *Configura mérito administrativo o juízo formulado, no tocante à sanção mais adequada ao caso concreto e, ademais, o próprio valor da multa imposta revela que foram consideradas as circunstâncias legais aplicáveis no arbitramento administrativo, não remanescendo espaço para reputar ilegal o auto de infração.*

4. *Apelação desprovida.*

(AC 00005365720164036102, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:24/02/2017..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Consoante já destacado alhures, houve **lesão irreversível** ao bem jurídico tutelado pela norma, já que o tratamento médico de cobertura obrigatória foi negado à beneficiária, que arcou com o custo e não obteve sequer o reembolso. Por isso, **inaplicável** ao caso o disposto no art. 5º, I e II e a atenuante prevista no art. 8º da RN ANS nº 124/2006. É evidente que a conduta da agravante causou prejuízo ao consumidor, que não foi reparado pela operadora de plano de saúde.

Por todo o exposto, **nego provimento ao agravo interno.**

EMENTA

TRATAMENTO INDEVIDAMENTE NEGADO. REPARAÇÃO INEFICAZ QUE NÃO PASSA DE MERA TERGIVERSAÇÃO. CORRETA IMPOSIÇÃO DE MULTA. ESPECIFICIDADES DO CASO DEVIDAMENTE AQUILATADAS PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. ESCOLHA DA SANÇÃO A SER APLICADA: MÉRITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MULTA IMPOSTA À OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE POR NEGATIVA DE COBERTURA. INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA: PROCESSO ADMINISTRATIVO DISPONÍVEL NA REPARTIÇÃO FISCAL. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE: PRÁTICA DE ATOS DE IMPULSIONAMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. MULTA APLICADA COM ESPEQUE NA RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 124/2006 DA ANS: INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

1. O art. 130 do CPC/73 (*tempus regit actum*) dá ao juiz poder para indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias, ao passo que o art. 330, I, permite ao magistrado julgar antecipadamente a lide quando a questão for exclusivamente de direito ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produção de provas em audiência. Na singularidade, o Juiz *a quo* entendeu pela desnecessidade de produção de outras provas além da documental já encartada aos autos, motivo pelo qual realizou o julgamento antecipado da lide, nos termos do art. 330, I, do CPC/73, não havendo nisso qualquer nulidade.

2. Consoante entendimento remansoso do STJ, "a juntada do processo administrativo fiscal na execução fiscal é determinada segundo juízo de conveniência do magistrado, quando reputado imprescindível à alegação da parte executada. A disponibilidade do processo administrativo na repartição fiscal impede a alegação de cerceamento de defesa" (REsp 1180299/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/03/2010, DJe 08/04/2010). E ainda: "a despeito da possibilidade de o magistrado determinar a exibição de documentos em poder das partes, bem como a requisição de processos administrativos às repartições públicas, nos termos dos arts. 355 e 399, II, do CPC, não é possível instar a Fazenda Pública a fazer prova contra si mesma, eis que a hipótese dos autos trata de execução fiscal na qual há a presunção de certeza e liquidez da CDA a ser ilidida por prova a cargo do devedor." (REsp 1.239.257/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/03/2011, DJe 31/03/2011).

3. A análise do processo administrativo permite concluir que não houve inércia da ANS, ou seja, o processo administrativo não permaneceu paralisado por mais de três anos, pois o DESPACHO N° 1284/DIFIS, proferido pela Diretoria da ANS em 17/07/2008, o Despacho n° 2157/2010 - COADC e o DESPACHO N° 820/DIPRO/ANS/2012 são **atos de impulsionamento** do processo administrativo. Ou seja, são atos necessários ao julgamento, que demonstram a continuidade da marcha processual na direção de seu objetivo final e, sendo assim, têm o condão de romper o estado de inércia exigido para a configuração da prescrição intercorrente.

4. Não há que se cogitar de violação ao princípio da legalidade, pois a multa está prevista como penalidade no art. 25, II, e tem seus quantitativos mínimo e máximo estabelecidos pelo art. 27 da Lei n° 9.656/98, de modo que a Resolução Normativa n° 124/2006 da ANS não exorbitou da competência normatizadora que lhe foi atribuída por lei.

5. Ainda que a agravante tenha buscado reparar o dano, **o certo é que a infração ocorreu**, configurou-se no mundo fenomênico; destarte, a tentativa frustrada de conceder posteriormente o que tinha negado é indiferente sob o ponto de vista da polícia administrativa desempenhada pela ANS. O tratamento foi negado indevidamente em novembro/2006; a beneficiária do plano de saúde precisou realizar as sessões a suas expensas; apenas em 24/07/2007, após a lavratura do auto de infração, a operadora voltou atrás e resolveu autorizar o que tinha negado (fl. 136). A alegada "reparação" **não foi eficaz** e não passa de mera tergiversação, já que a pessoa doente precisou custear o tratamento fora da proteção do plano de saúde que pagava porque a operadora negou-lhe cobertura que deveria ter assegurado, e não foi reembolsada.

6. As especificidades do caso concreto foram aquilatadas pela autoridade administrativa ao impor a multa, fixada em R\$ 48.000,00, tendo em vista o fator multiplicador previsto no inciso III do art. 10 da Resolução Normativa n° 124/2006, que leva em consideração o número de beneficiários da operadora. O valor alcançado quando da aplicação da pena de multa no caso concreto atende à proporcionalidade frente à infração cometida (negativa de cobertura obrigatória), razão pela qual não há que se falar em violação aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade ou enriquecimento sem causa, valendo lembrar que **a multa deve ser fixada em montante suficiente para reprimir e desestimular abusos por parte das operadoras de planos privados de assistência à saúde**.

7. A escolha da sanção mais adequada ao caso concreto, assim como a valoração da multa administrativa dentro dos limites permitidos no ordenamento, inserem-se no âmbito do mérito administrativo, cuja apreciação pelo Judiciário fica restringida a sua legalidade - incluída aqui a proporcionalidade da medida.

8. Houve **lesão irreversível** ao bem jurídico tutelado pela norma, já que o tratamento médico de cobertura obrigatória foi negado à beneficiária, que arcou com o custo e não obteve sequer o reembolso. Por isso, **inaplicável** ao caso o disposto no art. 5°, I e II e a atenuante prevista no art. 8° da RN ANS n° 124/2006. É evidente que a conduta da agravante causou prejuízo ao consumidor, que não foi reparado pela operadora de plano de saúde.

9. Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) N° 5003195-47.2018.4.03.6113

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

APELANTE: MANUFATURACAO DE PRODUTOS PARA ALIMENTAR PREMIX LTDA, DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM FRANCA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: RAFAEL FERREIRA DIEHL - RS40911-A

APELADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM FRANCA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, MANUFATURACAO DE PRODUTOS PARA ALIMENTAR PREMIX LTDA

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5003195-47.2018.4.03.6113
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: MANUFATURACAO DE PRODUTOS PARA ALIM ANIMAL PREMIX LTDA, DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM FRANCA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELANTE: RAFAEL FERREIRA DIEHL - RS40911-A
APELADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM FRANCA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, MANUFATURACAO DE PRODUTOS PARA ALIM ANIMAL PREMIX LTDA
Advogado do(a) APELADO: RAFAEL FERREIRA DIEHL - RS40911-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de reexame necessário e de apelação interposta pelas partes perante sentença que concedeu parcialmente a segurança pleiteada por MANUFATURAÇÃO DE PRODUTOS PARA ALIMENTAÇÃO ANIMAL PREMIX LTDA, conferindo-lhe, após integração por aclaratórios, o direito de afastar a incidência do IRPJ/CSLL sobre a correção monetária de aplicações financeiras, e o direito de compensar ou pleitear administrativamente o ressarcimento dos indêbitos recolhidos, a partir do ajuizamento da ação mandamental. O juízo sujeitou sua decisão ao reexame necessário (125085034 e 125085047).

A impetrante alega manter diversas aplicações financeiras para evitar os efeitos inflacionários, ficando garantida a sua correção monetária. Consequentemente, os valores obtidos a título de correção não configuram acréscimo patrimonial ou renda para se sujeitar à tributação do IRPJ/CSLL. Trouxe a jurisprudência firmada nas ADI's 4.357 e 4.225, no RE 208.526 e nos REsp's 1.143.677 e 1.574.231 como fundamento para seu pedido, pleiteando ainda a compensação dos indêbitos a partir dos últimos cinco anos do ajuizamento.

O juízo rejeitou o pedido de compensação para períodos anteriores ao ajuizamento, por força da impossibilidade de o mandado de segurança refletir efeitos patrimoniais pretéritos e uma ação de cobrança. Na questão de fundo, reconheceu que os valores obtidos a título de correção monetária não representam acréscimo patrimonial, mas sim recomposição de patrimônio, não se sujeitando à tributação sobre a renda.

A União Federal insurgiu-se, defendendo a tributação, pois a dedução da correção monetária das aplicações financeiras sem a dedução da correção também das despesas financeiras desequilibraria o balanço patrimonial e a percepção de ganho patrimonial. Nesse sentido, afirma que o art. 4º da Lei 9.249/95 extinguiu a sistemática de adequação do balanço perante a correção monetária do período, desindexando o cálculo, mas reduzindo a alíquota do imposto de renda de 25% para 15% e criando a figura da dedução a partir de juros sobre capital próprio, em contrapartida. Trouxe o Resp 1.385.164 como paradigma, refutando a jurisprudência colacionada pela impetrante ao diferenciar o pedido do conceito de "juros inflacionários". Sucessivamente, defende a impossibilidade da repetição do indêbito pela via administrativa (125085050).

A impetrante interpôs apelo, pleiteando o reconhecimento do direito de compensar e ressarcir administrativamente os indêbitos recolhidos a partir dos cinco anos anteriores ao ajuizamento, dado o caráter declaratório da demanda e na forma do Resp 1.596.218 (125085052).

Contrarrazões (125085057 e 125085059).

A Procuradoria Regional da República opinou pelo prosseguimento do feito (130455095).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5003195-47.2018.4.03.6113

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

APELANTE: MANUFATURACAO DE PRODUTOS PARA ALIMENTO ANIMAL PREMIX LTDA, DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM FRANCA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: RAFAEL FERREIRA DIEHL - RS40911-A

APELADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM FRANCA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, MANUFATURACAO DE PRODUTOS PARA ALIMENTO ANIMAL PREMIX LTDA

Advogado do(a) APELADO: RAFAEL FERREIRA DIEHL - RS40911-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Conforme jurisprudência histórica do STF, o conceito constitucional de renda vincula-se a um acréscimo patrimonial obtido “mediante o ingresso ou o auferimento de algo, a título oneroso (RE 117.887-6). Por seu turno, é assente também que a correção monetária de valores não configura acréscimo, mas tão somente preservação do valor real frente ao efeito inflacionário de determinado período (ADI's 4.357 e 4.225, e RESP 1.143.677).

Nesse sentir, sob a vigência da sistemática de indexação então prevista na Lei 7.799/89, determinava-se, basicamente, a correção monetária das demonstrações financeiras apuradas no ano fiscal e civil, considerando-se como lucro inflacionário o “saldo credor da conta de correção monetária ajustado pela diminuição das variações monetárias e das receitas e despesas financeiras computadas no lucro líquido do período-base” (art. 21 da Lei 7.799/89). Enquanto produto de recomposição monetária, o STJ sedimentou posição pela inexigibilidade da incidência do IRPJ/CSSL sobre os valores ali identificados, sob pena de se tributar lucro fictício. Destaque-se:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO - CSSL. CORREÇÃO MONETÁRIA. BASE DE CÁLCULO. LEI 7.689/88. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. DISSENSO JURISPRUDENCIAL SUPERADO. SÚMULA 168/STJ. INCIDÊNCIA.

1. É cediço na Corte que: "Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado" (Súmula n.º 168/STJ). 2. O Superior Tribunal de Justiça, em reiterados precedentes, firmou entendimento segundo o qual a base de cálculo do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro é o lucro real, excluído o lucro inflacionário (Precedentes das Turmas integrantes da Primeira Seção: REsp 415761/PR, Primeira Turma, publicado no DJ de 21.10.2002; AgRg no REsp 636344/PB, Primeira Turma, publicado no DJ de 04.12.2006; REsp 409300/PR, Segunda Turma, publicado no DJ de 01.08.2006; REsp 610963/CE, Segunda Turma, publicado no DJ de 05.09.2005; e AgRg no REsp 409384/PR, Primeira Turma, publicado no DJ de 27.09.2004). 3. A correção monetária posto não ser um plus que se acrescenta, mas um minus que se evita, não traduz acréscimo patrimonial, por isso que sua aplicação não gera qualquer incremento no capital, mas tão-somente restaura dos efeitos corrosivos da inflação. 4. Os precedentes assentam que: (a) esta contribuição não pode incidir sobre o lucro inflacionário. A contribuição só pode incidir sobre o lucro real, o resultado positivo, o lucro líquido e não sobre a parte correspondente à mera atualização monetária das demonstrações financeiras; (b) o chamado lucro inflacionário não realizado não é lucro real. A correção monetária não representa qualquer acréscimo ao valor corrigido e visa preservar o valor aquisitivo da moeda através do tempo; (c) o artigo 43, do CTN, estabelece que o imposto de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza, tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda e de proventos de qualquer natureza, sendo certo que lucro inflacionário não é renda, não é aumento de capital; (d) não se confunde lucro inflacionário com lucro real. O primeiro engloba no seu quantitativo os ganhos reais da empresa devidamente atualizados. O ganho real, diferentemente, é unicamente o resultado da atividade econômica; (e) as demonstrações financeiras devem refletir a situação patrimonial da empresa, com o lucro efetivamente apurado, que servirá de base de cálculo para a cobrança do imposto de renda, da contribuição social sobre o lucro e do imposto sobre o lucro líquido; e (f) a correção monetária não traduz acréscimo patrimonial. Sua aplicação não gera qualquer incremento no capital, mas tão-somente o restaura dos efeitos corrosivos da inflação. Por este prisma, não há como fazer incidir, sobre a mera atualização monetária, Imposto de Renda, sob pena de tributar-se o próprio capital. 5. Agravo regimental desprovido. (AgRg nos EREsp 436302 / PR / STJ – PRIMEIRA SEÇÃO / MIN. LUIZ FUX / 22.08.07)

O entendimento tem sido acompanhado: AgRg no REsp 1344036 / PR / STJ – SEGUNDA TURMA / MIN. HERMAN BENJAMIN / 06.11.12, ApCiv 0015336-10.1990.4.03.6100 / TRF3 – QUARTA TURMA / DESª FED MÔNICA NOBRE / 15.08.2019 e ApCiv 0002255-98.2003.4.03.6112 / TRF3 – QUARTA TURMA / DESª MARLI FERREIRA / 01.08.2019 e CauInom0031107-57.2011.4.03.0000 / TRF3 – SEXTA TURMA / DES. FED. JOHNSOM DI SALVO / 09.10.14.

A partir da vigência da Lei 9.249/95 e de seu art. 4º, imbuído da estabilidade trazida pelo Plano Real, ficou “revogada a correção monetária das demonstrações financeiras de que tratam a Lei 7.799, de julho de 1989, e o art. 1º da Lei 8.200, de 28 de julho de 1991”. Ou seja, passou-se a instituir o nominalismo na apuração financeira das empresas, ressalvadas situações específicas previstas em lei, expurgando a questão inflacionária e a indexação das notas contábeis apuradas.

Consequentemente, tornou-se inócua a discussão sobre a eventual incidência tributária sobre valores tidos por recomposição monetária. Sim, pois os índices de correção monetária só podem ser considerados para fins tributários quando sua lei de regência assim autoriza. Instituído-se que somente os valores nominais serão considerados para a apuração no ano fiscal, afastando-se índices de recomposição monetária tanto para as receitas quanto para as despesas, trazer a correção monetária como fator de dedução seria deturpar a sistemática eleita pelo legislador.

Mais precisamente. Não se discute que a recomposição de valores derivada da incidência de fator inflacionário ocorrido em determinado período não representa acréscimo patrimonial. Porém, defende-se que a observância deste fator depende do sistema de apuração adotado. Se indexado, afasta-se necessariamente a tributação sobre a renda de valores oriundos daquela recomposição. Se nominal, e esta é uma opção legislativa, afastada a observância do índice inflacionário eventualmente obtido no ano de apuração – novamente, tanto para despesas quanto para receitas -, afasta-se também a própria ideia de correção monetária quando do cálculo dos tributos devidos.

Por este prisma, utilizar a mesma régua adotada no lucro inflacionário, elemento contábil precisado quando existente também a indexação no regime de apuração, para acréscimos de aplicações financeiras resultantes de correção monetária, cuja receita será apurada a partir do valor nominal, é mesclar sistemas de apuração diversos em prol do contribuinte, reindexando receitas obtidas sem a correspondente reindexação de outras notas contábeis. É o que se destaca nos seguintes julgados, *mutatis mutandis*:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3 DO STJ. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. CORREÇÃO MONETÁRIA. DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS. NECESSIDADE DE LEI. ART. 4º DA LEI Nº 9.249/1995. PRECEDENTES. 1. Afastada a alegada ofensa ao art. 535 do CPC, eis que o acórdão recorrido se manifestou de forma clara e fundamentada sobre a matéria posta em debate na medida necessária para o deslinde da controvérsia. 2. O Supremo Tribunal Federal entendeu destituída de repercussão geral a questão suscitada no RE 1.159.714-RG/SP (supressão da correção monetária das demonstrações financeiras para efeito do IRPJ e da CSLL com base no art. 4º da Lei nº 9.249/1995) por tratar-se de litígio referente a matéria infraconstitucional. 3. Esta Corte entende que a correção monetária das demonstrações financeiras depende de lei que a autorize. Com efeito, o art. 4º, parágrafo único, da Lei 9.249/95 veda a correção monetária sobre as demonstrações financeiras. Não é permitido ao Poder Judiciário, atuando como legislador positivo, modificar o entendimento legal e determinar o indexador que lhe pareça mais adequado. Nesse sentido: AgRg no AREsp 724863/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 26/08/2015. 4. Agravo interno não provido. (AgInt no AREsp 1306378 / SP / STJ – SEGUNDA TURMA / MIN. MAURO CAMPBELL MARQUES / 04.02.2020)

RECURSO INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DO CPC/1973. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535, CPC. IMPOSTO DE RENDA. RENDA FIXA. INCIDÊNCIA SOBRE OS RENDIMENTOS DE LETRAS FINANCEIRAS TESOURO - LFT'S. BASE DE CÁLCULO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 65, §§1º E 2º, DA LEI N. 8.981/95.

1. O presente recurso foi interposto na vigência do CPC/1973, o que atrai a incidência do Enunciado Administrativo Nº 2: "Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça". 2. Não viola o art. 535, do CPC, o acórdão que decide de forma suficientemente fundamentada, não estando obrigada a Corte de Origem a emitir juízo de valor expresso a respeito de todas as teses e dispositivos legais invocados pelas partes. 3. As Letras Financeiras do Tesouro - LFT possuem fluxo de pagamento simples, ou seja, o investidor faz a compra e recebe o rendimento apenas uma vez, quando o devedor faz o resgate na data de vencimento do título, junto com o valor do principal, incidindo aí o Imposto de Renda. Sendo assim, no vencimento do título há, inexoravelmente, o seu resgate ou a sua repactuação (manutenção do investimento) e ambas as situações estão previstas no art. 65, §§1º e 2º, da Lei n. 8.981/95 como hipóteses de incidência do Imposto de Renda, pois nelas há a disponibilidade jurídica e econômica dos valores correspondentes aos títulos. 4. Como já mencionado em outra ocasião por esta Corte, "não se deve confundir disponibilidade econômica com disponibilidade financeira. Enquanto esta última se refere à imediata "utilidade" da renda, a segunda está atrelada ao simples acréscimo patrimonial, independentemente da existência de recursos financeiros" (REsp. Nº 983.134 - RS, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 3.4.2008). 5. Impossível deduzir a inflação do período do investimento da base de cálculo do imposto. Isto porque a inflação corresponde apenas à atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo, que é permitida pelo art. 97, §2º, do CTN, independente de lei, já que não constitui majoração de tributo. 6. Quanto à responsabilidade tributária, registra o art. 65, §8º, da Lei n. 8.981/95 que é responsável pela retenção do imposto a pessoa jurídica que efetuar o pagamento do rendimento (situação que, no caso, ocorre em sua liquidação quando do vencimento do título), não sendo o caso de incidência do art. 54, da Lei n. 7.799/89, porque não se trata de cessão do título, mas de vencimento do título com nova aplicação posterior. 7. Recurso especial não provido. (REsp 1385164 / PE / STJ – SEGUNDA TURMA / MIN. MAURO CAMPBELL MARQUES / 04.08.16)

TRIBUTÁRIO. ADMINISTRATIVO-FISCAL. CORREÇÃO MONETÁRIA DE VALORES RETIDOS A TÍTULO DE IMPOSTO DE RENDA SOBRE APLICAÇÕES FINANCEIRAS. REVOGAÇÃO PELO ART. 88, XXIV, Lei 9.430/96. IRRETROATIVIDADE E ANALOGIA. 1 - Para corrigir monetariamente os valores retidos na fonte a título de imposto de renda sobre aplicações financeiras, com reflexos no IRPJ, tal operação deve estar especificada em Lei, o que não se verifica no caso dos autos, uma vez que o art. 88, XXIV, Lei 9.430/96 revogou expressamente o art. 33, o § 4º do art. 37 e os arts. 38, 50, 52 e 53, o § 1º do art. 82 e art. 98, todos da Lei nº 8.981/95, obstando com isso a utilização da correção monetária das demonstrações financeiras. 2 - No Direito Tributário deve prevalecer o texto de Lei em sua forma literal, não sendo permitido em Juízo, diante da ausência de previsão legal, incrementar o sistema normativo com elementos dedutíveis ou modificadores da base de cálculo do IRPJ. 3 - Em casos similares, esta corte já teve a oportunidade de se manifestar acerca da possibilidade de alteração de tais critérios fiscais por normas infralegais, afastando as teses de inconstitucionalidade, aplicação isonômica de tratamento e violação ao princípio da irretroatividade que assegurasse à parte autora o direito à correção monetária das suas demonstrações financeiras, com reflexos no IRPJ. 4 - Recurso de apelação improvido. (Ap 0012814-63.1997.4.03.6100 / TRF3 – QUARTA TURMA / DESª. FED. ALDA BASTO / 16.07.15)

Não se nega a existência de decisões em contrário, como aquela firmada monocraticamente no RESP 1.574.231-RS ou mesmo no âmbito deste tribunal (ApCiv 5005004-33.2018.4.03.6126 / TRF3 – TERCEIRA TURMA / DES. FED. ANTÔNIO CEDENHO / 06.03.20 e Ap 0002580-60.2013.4.03.6100 / TRF3 – TERCEIRA TURMA / DES. FED. NELTON DOS SANTOS / 18.10.17). Porém, tem-se que a dedução pretendida pela impetrante exige previsão legal, sobretudo diante do regime de apuração vigente em nosso ordenamento tributário.

Pelo exposto, dou provimento ao apelo e ao reexame necessário para denegar a segurança.

É como voto.

EMENTA

APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. CORREÇÃO MONETÁRIA DE APLICAÇÕES FINANCEIRAS. IRPJ/CSLL. LEI 9.249/95. SISTEMA DE APURAÇÃO NOMINAL. INEXISTÊNCIA DE NORMA PERMITINDO A DEDUÇÃO. RECURSO E REEXAME PROVIDOS PARA DENEGAR A SEGURANÇA.

1. Conforme jurisprudência histórica do STF, o conceito constitucional de renda vincula-se a um acréscimo patrimonial obtido “mediante o ingresso ou o auferimento de algo, a título oneroso (RE 117.887-6). Por seu turno, é assente também que a correção monetária de valores não configura acréscimo, mas tão somente preservação do valor real frente ao efeito inflacionário de determinado período (ADI's 4.357 e 4.225, e RESP 1.143.677).
2. Nesse sentir, sob a vigência da sistemática de indexação então prevista na Lei 7.799/89, determinava-se, basicamente, a correção monetária das demonstrações financeiras apuradas no ano fiscal e civil, considerando-se como lucro inflacionário o “saldo credor da conta de correção monetária ajustado pela diminuição das variações monetárias e das receitas e despesas financeiras computadas no lucro líquido do período-base” (art. 21 da Lei 7.799/89). Enquanto produto de recomposição monetária, o STJ sedimentou posição pela inexigibilidade da incidência do IRPJ/CSLL sobre os valores ali identificados, sob pena de se tributar lucro fictício. Precedentes.
3. A partir da vigência da Lei 9.249/95 e de seu art. 4º, inbuído da estabilidade trazida pelo Plano Real, ficou “revogada a correção monetária das demonstrações financeiras de que tratam a Lei 7.799, de julho de 1989, e o art. 1º da Lei 8.200, de 28 de julho de 1991”. Ou seja, passou-se a instituir o nominalismo na apuração financeira das empresas, ressalvadas situações específicas previstas em lei, expurgando a questão inflacionária e a indexação das notas contábeis apuradas.
4. Inócua a discussão sobre a eventual incidência tributária sobre valores tidos por recomposição monetária. Sim, pois os índices de correção monetária só podem ser considerados para fins tributários quando sua lei de regência assim autoriza. Instituído-se que somente os valores nominais serão considerados para a apuração no ano fiscal, afastando-se índices de recomposição monetária tanto para as receitas quanto para as despesas, trazer a correção monetária como fator de dedução seria deturpar a sistemática eleita pelo legislador.
5. Não se discute que a recomposição de valores derivada da incidência de fator inflacionário ocorrido em determinado período não representa acréscimo patrimonial. Porém, defende-se que a observância deste fator depende do sistema de apuração adotado. Se indexado, afasta-se necessariamente a tributação sobre a renda de valores oriundos daquela recomposição. Se nominal, e esta é uma opção legislativa, afastada a observância do índice inflacionário eventualmente obtido no ano de apuração – novamente, tanto para despesas quanto para receitas -, afasta-se também a própria ideia de correção monetária quando do cálculo dos tributos devidos.

6. Por este prisma, utilizar a mesma régua adotada no lucro inflacionário, elemento contábil precisado quando existente também a indexação no regime de apuração, para acréscimos de aplicações financeiras resultantes de correção monetária cuja receita será apurada a partir do valor nominal, é **mesclar sistemas de apuração diversos em prol do contribuinte**, reindexando receitas obtidas sem a correspondente reindexação de outras notas contábeis. Precedentes.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, deu provimento ao apelo e ao reexame necessário para denegar a segurança, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5014597-63.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
AGRAVANTE: UNIMED ODONTO S/A
Advogado do(a) AGRAVANTE: LUIZ FELIPE CONDE - SP310799-A
AGRAVADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Agravo de instrumento interposto por UNIMED ODONTO S/A em face da decisão que **indeferiu pedido de extinção da execução fiscal** sob estes fundamentos:

“...

Também não é caso de extinção em razão da distribuição da ação anulatória, uma vez que em que pese a executada ter efetuado, em julho/2018, depósito judicial no valor de R\$ 104.876,64, a fim de conceder a tutela requerida e suspender a exigibilidade do crédito, o depósito foi feito vinculado a outro processo e a tutela não foi concedida.

De qualquer forma, a Exequente já está tomando as medidas necessárias para que o depósito seja vinculado ao feito correto e, na sequência, transformado em pagamento definitivo, conforme se verifica na fl. 11 – ID 30038988.

Assim, suspendo o curso do presente feito e determino remessa ao arquivo – sobrestado, até que seja apreciado o pedido da Exequente na ação anulatória, autos n. 0501399-08.2018.4.02.5101, em curso na 30ª Vara Federal do Rio de Janeiro, cabendo as partes peticionar quando solucionada a questão, para fins de prosseguimento deste feito ou extinção por pagamento.

...”

Nas razões recursais a agravante reitera a argumentação expendida nos autos originais no sentido de que efetuou o depósito integral da dívida nos autos da referida ação anulatória antes do ajuizamento da execução fiscal e que a exequente tinha ciência deste fato.

Requer o provimento do recurso, com extinção da ação executiva fiscal e fixação de honorários de sucumbência.

Não houve pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal.

À parte agravada para resposta (art. 1.019, II, CPC).

Intimem-se.

São Paulo, 21 de junho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5003374-83.2019.4.03.6100

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 23/06/2020 2983/4253

RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE ADMINISTRACAO TRIBUTÁRIA EM SÃO PAULO - DERAT, DELEGADO CHEFE DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTARIA EM SÃO PAULO - DERAT
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO
APELADO: GRANOL INDUSTRIA COMERCIO E EXPORTAÇÃO S/A
Advogado do(a) APELADO: RUTE DE OLIVEIRA PEIXOTO - SP169715-S
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5003374-83.2019.4.03.6100

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE ADMINISTRACAO TRIBUTÁRIA EM SÃO PAULO - DERAT, DELEGADO CHEFE DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTARIA EM SÃO PAULO - DERAT
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

APELADO: GRANOL INDUSTRIA COMERCIO E EXPORTAÇÃO S/A

Advogado do(a) APELADO: RUTE DE OLIVEIRA PEIXOTO - SP169715-S

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por GRANOL INDUSTRIA COMERCIO E EXPORTACAO SA contra ato do DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA EM SÃO PAULO – DERAT consistente na compensação de ofício de débitos fiscais parcelados e na retenção dos valores reconhecidos em seu favor nos processos administrativos nº 19679-720165/2018-94 e nº 19679-720164/2018-40.

Após regular processamento, foi proferida sentença, nos termos do art. 487, I, do CPC/15, **concedendo** a segurança pleiteada para “determinar que os valores reconhecidos em favor da impetrante nos processos administrativos de números 19679-720165/2018-94 e 19679-720164/2018-40 não sejam compensados de ofício ou retidos devido a débitos tributários que estejam com sua exigibilidade suspensa em razão de parcelamento”. Custas *ex lege*. Sem honorários advocatícios. Sentença sujeita à remessa necessária (ID 123067575).

A União Federal apelou (ID 123067582).

Com fulcro no art. 932 do CPC/15, este Relator **negou provimento** ao recurso e à remessa necessária (ID 127328569).

A União Federal interpõe, agora, recurso de agravo interno, nos termos do art. 1.021 do CPC/15. Reafirma, em suma, que a compensação de ofício de valores relativos à restituição ou ao ressarcimento com débitos não parcelados ou parcelados sem garantia encontra expressa previsão no parágrafo único do art. 73 da Lei nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 12.844/13. Aduz que a norma está de acordo com a Constituição Federal e o CTN. Argumenta, por fim, que o entendimento firmado no REsp nº 1.213.082 não constitui óbice à aplicação de legislação mais recente (ID 128411680).

Contrarrazões apresentadas (ID 129773026).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5003374-83.2019.4.03.6100

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE ADMINISTRACAO TRIBUTÁRIA EM SÃO PAULO - DERAT, DELEGADO CHEFE DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTARIA EM SÃO PAULO - DERAT

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

APELADO: GRANOL INDUSTRIA COMERCIO E EXPORTAÇÃO S/A

Advogado do(a) APELADO: RUTE DE OLIVEIRA PEIXOTO - SP169715-S

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Cuida-se de agravo interno interposto pela UNIÃO FEDERAL, nos termos do art. 1.021 do CPC/15, contra decisão monocrática que negou provimento ao seu recurso de apelação e à remessa necessária.

Na situação vertente, os argumentos apresentados no presente recurso não abalaram a fundamentação e a conclusão exaradas anteriormente por este Relator, razão pela qual as reitero, adotando-as como razão de decidir deste agravo.

Ao julgar o **REsp nº 1.213.082**, em sede de recurso repetitivo, o STJ sedimentou posicionamento pela legalidade da compensação de ofício e de sua regulamentação, afastando apenas a possibilidade de a restituição ser retida pela existência de crédito tributário *cuja exigibilidade encontrava-se suspensa por força do art. 151 do CTN*.

O entendimento foi proferido à luz da redação original do art. 73 da Lei nº 9.430/96 c/c o art. 7º do Decreto-Lei nº 2.287/86, cujos termos exigiam a verificação de débitos em nome do contribuinte e a consequente compensação antes de restituído eventual crédito tributário. Com a alteração promovida pela Lei nº 12.844/13 e a inclusão do parágrafo único ao art. 73, passou-se a prever expressamente a necessidade da compensação de ofício no caso de débitos parcelados, desde que não assegurados por garantia.

A novel legislação, porém, **não tem o condão de afastar o entendimento firmado pelo STJ**. Com fulcro no voto do E. Relator, o art. 170 do CTN determina que a compensação tenha por objeto débitos tributários certos (quanto a sua existência), líquidos (quanto ao valor devido) e vencidos - considerados aqueles plenamente exigíveis pelo ente Fiscal. Nesta toada, suspensa a exigibilidade por qualquer das hipóteses do art. 151 do CTN, tal qual o parcelamento, veda-se a imposição da compensação de ofício, cumprindo-se interpretar o parágrafo único do art. 73 da Lei nº 9.430/96 **em consonância** com o CTN, à luz do art. 146, III, b, da CF.

Nesse sentido, destaco da jurisprudência desta E. Corte:

ADMINISTRATIVO. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. PROCESSO ADMINISTRATIVO FEDERAL. PEDIDO ADMINISTRATIVO. PRAZO PARA DECISÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 24 DA LEI 11.457/07. INCIDÊNCIA DA TAXA SELIC DESDE A DATA DO PROTOCOLO. COMPENSAÇÃO DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. 1. O Superior Tribunal de Justiça já dirimiu a controvérsia, em julgamento realizado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil DE 1973, acerca da razoável duração do processo administrativo tributário. 2. O artigo 24, da Lei nº 11.457/07, norma de natureza processual e de aplicação imediata, supriu a lacuna existente, devendo a administração pública manifestar-se sobre o pedido no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias. 3. Cabe à Administração Pública respeitar o princípio da razoável duração do processo, constante no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04. 4. O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento realizado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil DE 1973, decidiu que, havendo resistência injustificada por parte da Administração, é razoável a incidência da taxa SELIC. 5. Quanto ao termo a quo a Corte Superior possui entendimento de que este se inicia a partir da data do protocolo dos pedidos administrativos. 6. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973, reconhece a impossibilidade da compensação unilateral de créditos e débitos tributários, realizada pelo Fisco, quando aqueles se encontram com a exigibilidade suspensa. 7. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que mesmo com a edição da Lei n.º 12.844/2013, que, dando nova redação ao art. 73, parágrafo único, da Lei n.º 9.430/96, passou a prever expressamente a possibilidade de compensação de ofício com débitos "não parcelados ou parceladossem garantia", a vedação de compensação de ofício persiste. 8. Remessa oficial e apelação desprovidas. (ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 369046 / SP / TRF3 - TERCEIRA TURMA / DES. FED. NELTON DOS SANTOS / e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/09/2018)

AGRAVO LEGAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. COMPENSAÇÃO DE OFÍCIO. IRPF. DÉBITO COM A EXIGIBILIDADE SUSPensa. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do C. STJ e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 557, do antigo CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder. 2. Cinge-se a controvérsia acerca da possibilidade da União Federal promover a compensação de ofício dos créditos decorrentes da restituição do imposto de renda do impetrante com débitos que estejam a exigibilidade suspensa, bem como que não haja a retenção do valor relativos ao crédito do imposto de renda. 3. No caso dos autos, verifica-se que os processos administrativos fiscais n.ºs 10880.607.246/2011-63 e 10120.006370/99-05 encontram-se com a exigibilidade suspensa. Ora, o egrégio Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento quanto à ilegalidade da compensação de ofício, prevista no art. 73 da Lei n.º 9.430/1996 e no artigo 7º, do Decreto-lei n.º 2.287/86, em relação a débitos que estejam com a exigibilidade suspensa, conforme o art. 151, do CTN, nos termos do julgamento do REsp n.º 1.213.082/PR, DJe 18/08/2011, submetido ao regime do artigo 543-C do CPC/73. 4. Por outro lado, mesmo com a entrada em vigor da Lei n.º 12.844/2013, a compensação de ofício com débitos cuja exigibilidade se encontra suspensa também não é possível, por não se tratar de débitos exigíveis. Vale dizer, mesmo com as alterações promovidas pela Lei n.º 12.844/2013, não há como deixar de considerar a inexigibilidade dos débitos parcelados independentemente da existência ou não de garantia. 5. Isto porque a compensação só é viável se as dívidas são certas, líquidas e exigíveis. No caso concreto, não existe simetria entre os títulos jurídicos do contribuinte e da Fazenda. Isso porque o crédito do contribuinte está reconhecido, é líquido, certo e exigível na sua totalidade, neste momento processual. Já o crédito da Receita Federal não é exigível eis que os processos administrativos fiscais n.ºs 10880.607.246/2011-63 e 10120.006370/99-05 encontram-se com a exigibilidade suspensa por medida judicial e parcelamento. 6. A nova redação da Lei n.º 9.430/96, com a modificação promovida pela Lei n.º 12.844/13 deve ser interpretada de modo harmônico com o Código Tributário Nacional que, em seu artigo 170, permite a compensação com créditos líquidos e certos, o que não é o caso quando encontram-se com a exigibilidade suspensa. Além disso, se a Fazenda concede o parcelamento, com ou sem garantia, a compensação será inviável, em razão da suspensão da exigibilidade do crédito tributário prevista no artigo 151, inciso VI, do CTN. 7. Ainda que assim não fosse, verifica-se que os débitos em questão já se encontravam com a exigibilidade suspensa, seja por medida judicial, seja por parcelamento, antes da alteração promovida pela Lei n.º 12.844/2013, razão pela qual não há a sua incidência, por força do princípio da irretroatividade gravosa. Assim, reconhecida a impossibilidade da compensação de ofício de débitos cuja a exigibilidade se encontra suspensa, não há que se falar em retenção dos valores a serem restituídos ao impetrante relativos ao IRPF. 8. Agravo improvido. (ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 357384 / SP / TRF3 - QUARTA TURMA / DES. FED. MARCELO SARAIVA / e-DJF3 Judicial I DATA:29/01/2018)

REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. IMPOSSIBILIDADE DE OBSTAR A RESTITUIÇÃO SE EXISTENTES DÉBITOS TRIBUTÁRIOS PARCELADOS COM SUA EXIGIBILIDADE SUSPensa. RESP 1.213.082/PR. A ENTRADA EM VIGOR DA LEI 12.844/13 E A REDAÇÃO CONFERIDA AO PAR. ÚNICO DO ART. 73 DA LEI 9.430/96 NÃO AFASTAM O ENTENDIMENTO CONSOLIDADO PELO STJ, VISTO QUE O PARCELAMENTO IMPÕE A SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO INDEPENDENTEMENTE DA EXISTÊNCIA OU NÃO DE GARANTIA. REEXAME E RECURSO DESPROVIDOS. (TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5029370-20.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 09/03/2020, e - DJF3 Judicial I DATA: 17/03/2020)

MANDADO DE SEGURANÇA - TRIBUTÁRIO - PEDIDOS DE RESSARCIMENTO - COMPENSAÇÃO DE OFÍCIO DE CRÉDITOS COM EXIGIBILIDADE SUSPensa: VEDAÇÃO, INCLUSIVE APÓS AS ALTERAÇÕES DA LEI FEDERAL N.º 12.844/13. 1. A compensação é viável, se as dívidas são certas, líquidas e exigíveis. 2. No caso concreto, não existe simetria entre os títulos jurídicos do contribuinte e da Fazenda, no atual momento processual. 3. A nova redação da Lei Federal n.º 9.430/96, com a modificação promovida pela Lei Federal n.º 12.844/13, deve ser interpretada de modo harmônico com o Código Tributário Nacional. 4. Apelação da impetrante provida. Reexame necessário improvido. (TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 355535 - 0005367-75.2013.4.03.6128, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FÁBIO PRIETO, julgado em 01/02/2018, e-DJF3 Judicial I DATA:15/02/2018)

Por certo que à Administração cabe o exame da existência de efetiva causa de suspensão de exigibilidade (se os noticiados parcelamentos estão válidos).

Ante o exposto, **nego provimento ao agravo interno.**

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. AGRAVO INTERNO CONTRA DECISÃO UNIPESSOAL QUE NEGOU PROVIMENTO À APELAÇÃO DA UNIÃO FEDERAL E À REMESSA NECESSÁRIA. DÉBITOS TRIBUTÁRIOS COM EXIGIBILIDADE SUSPensa. COMPENSAÇÃO DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. TESE FIRMADA PELO STJ NO JULGAMENTO DO RESP Nº 1.213.082, QUE NÃO É AFASTADA PELA NOVEL LEGISLAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 73 DA LEI Nº 9.430/96 EM CONSONÂNCIA COM O CTN. RECURSO IMPROVIDO.

1. Ao julgar o RESP 1.213.082, em sede de recurso repetitivo, o STJ sedimentou posicionamento pela legalidade da compensação de ofício e de sua regulamentação, insurgindo-se somente quanto à possibilidade de ser retida a restituição do tributo diante da existência de crédito tributário cuja exigibilidade encontra-se suspensa, por força do art. 151 do CTN, já que o direito da Administração de compensar de ofício eventuais créditos do contribuinte depende da possibilidade de cobrar débitos em seu nome.

2. Com a alteração promovida pela Lei nº 12.844/13 e a inclusão do parágrafo único ao referido art. 73, passou-se a prever expressamente a necessidade da compensação de ofício no caso de débitos parcelados, desde que não assegurados por garantia (norma reproduzida pelo art. 61 da IN RFB nº 1.300/12, com a redação dada pela IN RFB nº 1.425/13).

3. A novel legislação, porém, não tem o condão de afastar o entendimento firmado pelo STJ. O art. 170 do CTN determina que a compensação tenha por objeto débitos tributários certos (quanto a sua existência), líquidos (quanto ao valor devido) e vencidos - considerados aqueles plenamente exigíveis pelo ente Fiscal. Nesta toada, suspensa a exigibilidade por qualquer das hipóteses do art. 151 do CTN, tal qual o parcelamento, veda-se a imposição da compensação de ofício, cumprindo-se interpretar o parágrafo único do art. 73 da Lei nº 9.430/96 em consonância com o CTN, à luz do art. 146, III, b, da CF.

4. Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5018175-68.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

AGRAVANTE: RIVENDEL TECNOLOGIA LTDA - ME

Advogados do(a) AGRAVANTE: CAMILA DE CAMARGO VIEIRA ALTERO - SP242542-A, BENEDICTO CELSO BENICIO - SP20047-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5018175-68.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

AGRAVANTE: RIVENDEL TECNOLOGIA LTDA - ME

Advogados do(a) AGRAVANTE: CAMILA DE CAMARGO VIEIRA ALTERO - SP242542-A, BENEDICTO CELSO BENICIO - SP20047-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Trata-se de embargos de declaração interpostos contra v. Acórdão que negou provimento ao agravo interno.

A ementa (ID 122774568):

“TRIBUTÁRIO – AGRAVO DE INSTRUMENTO – SALÁRIO EDUCAÇÃO – CONTRIBUIÇÃO AO INCRA E SEBRAE – LEGITIMIDADE PASSIVA – CONSTITUCIONALIDADE – EC 33/01.

1. A Receita Federal é responsável pela arrecadação das contribuições, a partir da vigência da Lei Federal nº 11.457/07.

2. O interesse das entidades é econômico, não jurídico. Não há litisconsórcio.

As entidades não possuem legitimidade passiva. Declaração, de ofício, da ilegitimidade passiva das entidades destinatárias.

3. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento, no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973, de que a contribuição ao INCRA é devida pelas empresas urbanas, em percentual incidente sobre a folha de salários (REsp 977.058/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/10/2008, DJe 10/11/2008)

4. A Súmula nº. 732, do Supremo Tribunal Federal: “É constitucional a cobrança da contribuição do salário-educação, seja sob a Carta de 1969, seja sob a Constituição Federal de 1988, e no regime da Lei 9.424/1996”.

5. O Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da exigência da contribuição ao SEBRAE.

6. No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal declarou que as contribuições ao “Sistema S” foram recepcionadas pelo artigo 240, da Constituição e são devidas pelas empresas prestadoras de serviços que exploram atividade econômica com intuito lucrativo.

7. A EC 33/01 não alterou as hipóteses de incidência.

8. Ilegitimidade passiva das entidades destinatárias declarada de ofício. Agravo interno improvido.”

A agravante, ora embargante (ID 124069476), alega omissão na análise da legitimidade passiva.

Requer o pré-questionamento da matéria com a finalidade de interpor recursos para as instâncias superiores.

Sem resposta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5018175-68.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

AGRAVANTE: RIVENDEL TECNOLOGIA LTDA - ME

Advogados do(a) AGRAVANTE: CAMILA DE CAMARGO VIEIRA ALTERO - SP242542-A, BENEDICTO CELSO BENICIO - SP20047-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

O v. Acórdão destacou expressamente:

“A legitimidade passiva é questão de ordem pública, passível de verificação de ofício pelo Magistrado.

A Receita Federal é responsável pela arrecadação das contribuições, a partir da vigência da Lei Federal nº 11.457/07.

O interesse das entidades é econômico, não jurídico. Não há litisconsórcio.

As entidades não possuem legitimidade passiva.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. SEBRAE. ILEGITIMIDADE. NÃO CABIMENTO DE EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA SE A DECISÃO SE FIRMOU NO MESMO SENTIDO DO ACÓRDÃO EMBARGADO. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 168 DA SÚMULA DO STJ.

I - Na origem, trata-se de ação de repetição de indébito. Na sentença, julgou-se

procedente o pedido condenando-se o Sebrae a restituir à parte agravante as quantias indevidamente cobradas. No Tribunal a quo, a sentença foi mantida. Nesta Corte, deu-se provimento ao recurso especial do Sebrae para declarar a sua ilegitimidade para figurar no polo passivo. A decisão foi mantida no julgamento do agravo interno.

Opostos embargos de divergência, foram indeferidos liminarmente diante da incidência do enunciado n. 168 da Súmula do STJ.

II - A jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça se encontra no mesmo sentido do acórdão recorrido, pelo afastamento da legitimidade passiva ad causam do Sebrae, Senac, Sesc, Incra nas ações que objetivam a restituição do recolhimento de cobranças de contribuição tributária. Nesse sentido: REsp n. 1.698.012/PR, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 7/12/2017, DJe 18/12/2017; AgInt no REsp n. 1.605.531/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 6/12/2016, DJe 19/12/2016.

III - Neste panorama, verifica-se que o acórdão ora embargado decidiu em conformidade com a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, sendo, pois, incabíveis estes embargos de divergência ante a incidência da Súmula n. 168 do STJ: "Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado." Nesse sentido: AgInt nos EDcl nos EREsp n. 1.307.687/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, julgado em 14/6/2017, DJe 21/6/2017; AgInt nos EREsp n. 1.296.380/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 14/6/2017, DJe 20/6/2017.

IV - Agravo interno improvido.

(AgInt nos EREsp 1320522/DF, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA

SEÇÃO, julgado em 28/08/2019, DJe 02/09/2019).

PROCESSUAL CIVIL, FINANCEIRO E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. CONTRIBUIÇÕES DESTINADAS A TERCEIROS. SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS. DESTINAÇÃO DO PRODUTO. SUBVENÇÃO ECONÔMICA. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. LITISCONSÓRCIO. INEXISTÊNCIA.

1. O ente federado detentor da competência tributária e aquele a quem é atribuído o produto da arrecadação de tributo, bem como as autarquias e entidades às quais foram delegadas a capacidade tributária ativa, têm, em princípio, legitimidade passiva ad causam para as ações declaratórias e/ou condenatórias referentes à relação jurídico-tributária.

2. Na capacidade tributária ativa, há arrecadação do próprio tributo, o qual ingressa, nessa qualidade, no caixa da pessoa jurídica.

3. Arrecadado o tributo e, posteriormente, destinado seu produto a um terceiro, há espécie de subvenção.

4. A constatação efetiva da legitimidade passiva deve ser aferida caso a caso, conforme a causa de pedir e o contexto normativo em que se apoia a relação de direito material invocada na ação pela parte autora.

5. Hipótese em que não se verifica a legitimidade dos serviços sociais autônomos para constarem no polo passivo de ações judiciais em que são partes o contribuinte e o/a INSS/União Federal e nas quais se discutem a relação jurídico-tributária e a repetição de indébito, porquanto aqueles (os serviços sociais) são meros destinatários de subvenção econômica.

6. Embargos de divergência providos para declarar a ilegitimidade passiva ad causam do SEBRAE e da APEX e, por decorrência do efeito expansivo, da ABDI.

(EREsp 1619954/SC, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/04/2019, DJe 16/04/2019)

Não há, portanto, qualquer vício no v. Acórdão. Pedido e fundamento jurídico são institutos processuais distintos. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.

No caso concreto, os embargos não demonstram a invalidade jurídica da fundamentação adotada no v. Acórdão. Pretendem, é certo, outra. Não se trata, então, da ocorrência de vício na decisão da causa, mas de sua realização por fundamento jurídico diverso da intelecção da parte.

De outra parte, a Constituição Federal, na cláusula impositiva da fundamentação das decisões judiciais, não fez opção estilística. Sucinta ou laudatória, a fundamentação deve ser, apenas, exposta no vernáculo (STJ - AI nº 169.073-SP-AgRg - Rel. o Min. José Delgado).

Na realidade, o que se pretende, através dos presentes recursos, é o reexame do mérito da decisão da Turma, o que não é possível em sede de embargos de declaração. Confira-se:

PROCESSO CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ART. 535, DO CPC - SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL DA EXTINTA SUDAM - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA - NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA - PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL - AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO - NÍTIDO CARÁTER INFRINGENTE - REJEIÇÃO.

1 - Tendo o acórdão embargado reconhecido a insuficiência de comprovação do direito líquido e certo, salientando a necessidade de dilação probatória, revestem-se de caráter infringente os embargos interpostos a pretexto de omissão e prequestionamento, uma vez que pretendem reabrir os debates meritórios acerca do tema.

2 - Por prerrogativa do dispositivo processual aventado, os Embargos de Declaração consubstanciam instrumento processual adequado para excluir do julgado qualquer obscuridade ou contradição ou, ainda, suprir omissão, cujo pronunciamento sobre a matéria se impunha ao Colegiado, integralizando-o, não se adequando, todavia, para promover o efeito modificativo do mesmo. Inteligência do art. 535 e incisos, do Código de Processo Civil.

3 - Precedentes (EDREsp n°s 120.229/PE e 202.292/DF).

4 - Embargos conhecidos, porém, rejeitados.

(STJ, 3ª seção, EDMS 8263/DF, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 09/04/2003, v.u., DJU 09/06/2003).

No tocante ao prequestionamento, cumpre salientar que, ainda nos embargos de declaração opostos com este propósito, é necessária a observância aos requisitos previstos no artigo 535, do Código de Processo Civil de 1973, ou do artigo 1.022, do Código de Processo Civil de 2015:

Mesmo nos embargos de declaração com fim de prequestionamento, devem-se observar os lindes traçados no art. 535 do CPC (obscuridade, dúvida, contradição, omissão e, por construção pretoriana integrativa, a hipótese de erro material). Esse recurso não é meio hábil ao reexame da causa (STJ - 1ª Turma, Resp 11.465-0-SP, Rel. o Min. Demócrito Reinaldo, j. 23.11.92, rejeitaram os embs., v.u., DJU 15.2.93, p. 1.665, 2ª col., em.).

Por estes fundamentos, rejeito os embargos de declaração.

É o voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – ALEGAÇÃO DE VÍCIO: INEXISTÊNCIA – CARÁTER INFRINGENTE: IMPOSSIBILIDADE – PREQUESTIONAMENTO - REJEIÇÃO.

1. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.
2. Na solução da causa, a adoção de fundamento jurídico diverso do exposto pela parte não é omissão. É divergência de intelecção na solução da lide, circunstância desqualificadora da interposição de embargos de declaração.
3. A Constituição Federal não fez opção estilística, na imposição do requisito da fundamentação das decisões. Esta pode ser laudatória ou sucinta. Deve ser, tão-só, pertinente e suficiente.
4. Os requisitos previstos no artigo 535, do Código de Processo Civil de 1973, ou no artigo 1.022, do Código de Processo Civil de 2015, devem ser observados nos embargos de declaração destinados ao pré-questionamento.
5. Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5011434-75.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: ANTONIO CESAR LINS DE LIMA

Advogado do(a) AGRAVADO: GUSTAVO FRONER MINATEL - SP210198-A

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Agravo de instrumento interposto pela UNIÃO contra a decisão que **deferiu a antecipação de tutela** requerida, para autorizar o autor a resgatar seus planos de previdência - **VGBL** - (0034799-7, 0008466-7, 0008467-1 e 0020967-9), todos vinculados ao Banco Itaú, Agência 3814 e Conta Corrente 29273-0, **sem a retenção do Imposto sobre a Renda**”.

A decisão recorrida está assim fundamentada:

“Sendo o autor portador de neoplasia maligna, por certo, faz jus à isenção de imposto de renda sobre os proventos de aposentadoria ou reforma.

Igualmente, como destacou a União, na contestação, o STJ pacificou o entendimento no sentido de que, por força do art. 6º, XIV, da Lei 7.713/88, e do art. 39, § 6º, do Decreto 3.000/99, o resgate da complementação de aposentadoria por portador de moléstia grave especificada na lei está isento do imposto de renda (Precedentes: AgInt no REsp 1554683/PR; AgInt no REsp 1662097/RS; EDcl nos EDcl no AgInt no AREsp 948.403/SP; REsp 1507320/RS; REsp 1204516/PR). Ressaltou a União que o tema é objeto de dispensa de contestar e recorrer no âmbito da PGFN, nos termos da Nota SEI nº 50/2018/CRJ/PGACET/PGFN-MF, c.c art. 2º, III, da Portaria PGFN nº 502/16.

Contudo, como já assinalado, a União defende que os resgates dos planos de VGBL não estão abarcados pela isenção, sob o argumento de que, conforme definido pela SUSEP (Superintendência de Seguros Privados), tais planos têm natureza jurídica de seguro de vida.

No momento, tenho entendimento diverso do esposado pela União.

Primeiro, importante registrar que o STJ, ao decidir sobre a isenção do resgate da complementação e aposentadoria, não fez distinção entre planos tipo PGBL ou tipo VGBL. A decisão foi genérica. Não há pronunciamento vinculante daquela Corte acerca da natureza jurídica do mencionado plano de previdência.

Inobstante tratar-se de instituição especializada nos seguros privados (SUSEP), entendo que não é possível, para fins de aplicar ou não a isenção do imposto de renda, equiparar o plano de previdência provada tipo VGBL ao contrato de seguro padrão.

Cito, a seguir, trecho de matéria jornalística constante no portal InfoMoney acerca das diferenças entre os produtos financeiros previdência privada e seguro de vida:

Tanto o seguro de vida quanto a previdência privada olham para o longo prazo, contudo, as semelhanças param por aí. Cada um tem funções e benefícios específicos. Os produtos de previdência, PGBLs e VGBLs, têm como objetivo a aposentadoria, possibilitam a escolha entre os regimes tributários progressivo ou regressivo e a redução da base tributável em até 12% –quando o Imposto de Renda (IR) é declarado na modalidade completa e as contribuições são feitas no PGBL.

Além disso, utilizam fundos de investimento especialmente constituídos (FIEs), nos quais não incide o comecotas, uma cobrança semestral de IR prevista na maioria dos fundos de investimento convencionais e que diminui a rentabilidade no longo prazo.

Já os seguros de vida individuais, mesmo os chamados resgatáveis, têm como objetivo proteger a condição financeira dos beneficiários no caso da falta precoce e inesperada do segurado, ou a condição financeira do próprio cliente, em situações que possam transformar sua vida, como uma invalidez acidental, doença grave e até internações hospitalares. Por isso, não são nem devem ser confundidos com investimento ou previdência. (grifei)

Por óbvio, tanto os planos de previdência, quando os seguros de vida possuem garantia de pagamento de benefício em razão da sobrevivência, mas têm objetivos distintos e são vendidos com essa distinção. Não pode esta magistrada decidir sem levar em consideração as consequências práticas da decisão (art. 20 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro), uma vez que decidir diferentemente seria ir de encontro ao que os institutos previdência privada e seguro de vida aparentam ao consumidor final, como o autor.

Portanto, ao menos no que pertine à isenção do IRRF, não há justificativa ou amparo legal para fazer distinção entre os planos de previdência PGBL e VGBL, ambos têm natureza de previdência privada complementar.

Registre-se que não se trata de dar tratamento extensivo ou por analogia ao caso, em contraposição ao disposto no artigo 111, II do CTN, mas sim de reconhecer o alcance da disposição legal supra explicitada, que isenta do recolhimento de imposto de renda os portadores de moléstia grave, como a do autor.

Assim, mesmo sem adentrar a discussão central destes autos, seguem julgados que amparam o entendimento ora defendido:

E M E N T A TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DO INDEBITO. PROVENTOS DE APOSENTADORIA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA PRIVADA. ALIENAÇÃO MENTAL SEGUIDA DE NEOPLASIA INTERCEREBRAL COMPROVADA. LEI. 7.713/88 E DECRETO Nº 3.000/99. IMPOSTO DE RENDA. NÃO INCIDÊNCIA. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL DESPROVIDAS.

1. *O inciso XIV do artigo 6º da Lei nº 7.713/88 impõe a presença de dois requisitos cumulativos para a isenção do imposto de renda, a saber: que os rendimentos sejam relativos a aposentadoria, pensão ou reforma, e que a pessoa física seja portadora de uma das doenças referidas. Enquadrando-se nas condições legais, o rendimento é isento do tributo.*
2. *A isenção do imposto de renda também abrange os valores recebidos a título de complemento de aposentadoria privada, conforme o disposto no art. 39, § 6º, do Decreto nº 3.000/99. Precedentes STJ.*
3. *In casu, restou demonstrado que o autor é aposentado desde janeiro de 2007. Conforme demonstra o laudo médico de ID 83340038 - Fl. 42, datado de 13/02/2009, e declaração de fl. 43, o autor é portador de lesão neoplásica cerebral. Ademais, é interditado judicialmente em razão da moléstia mental sofrida, o que corrobora para a comprovação de sua incapacidade.*
4. *O fato de não haver pagamento mensal não altera a natureza da verba: trata-se de verba previdenciária. Precedentes.*
5. *A isenção do imposto de renda em razão de moléstia grave abrange os proventos de inatividade, sejam aqueles pagos pelo INSS, sejam os complementares, não fazendo a lei qualquer distinção. Assim, demonstrada a hipótese de isenção tributária prevista em lei ao caso concreto, não há o que se falar em violação ao artigo 111 do Código Tributário Nacional.*
6. *Apelação e remessa oficial desprovidas. (ApReeNec 0005911-66.2012.4.03.6106, Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, TRF3 - 4ª Turma, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 06/03/2020.)*

E ainda:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA. ISENÇÃO PREVISTA. APOSENTADO. MOLÉSTIA GRAVE. ART. 6º, XIV, DA LEI Nº. 7.713/88. resgate de VALORES DECORRENTES DE PLANO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. PGBL. ISENÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS NOS TERMOS DO ART. 20, § 3º, DO CPC/73. APELAÇÃO DA AUTORA PROVIDA. - A Lei nº 7.713/88 em seu art. 6º estabelece as hipóteses de isenção com relação a proventos de aposentadoria ou reforma, e os valores relativos a pensões, quando os respectivos titulares forem portadores de moléstias graves, nos casos e nas condições previstas no artigo 6º, incisos XIV e XXI, da Lei 7.713/88, in verbis: Art. 6º Ficam isentos do imposto de renda os seguintes rendimentos percebidos por pessoas físicas: (...) XIV - os proventos de aposentadoria ou reforma motivada por acidente em serviço e os percebidos pelos portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome da imunodeficiência adquirida, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma;" (...) XXI - os valores recebidos a título de pensão quando o beneficiário desse rendimento for portador das doenças relacionadas no inciso XIV deste artigo, exceto as decorrentes de moléstia profissional, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída após a concessão da pensão.(...) - A isenção do IRPF sobre os proventos de aposentadoria exige e decorre, unicamente, da identificação da existência do quadro médico, cujo requisito do laudo oficial (artigo 30 da Lei 9.250/1995), segundo decidiu o Superior Tribunal de Justiça, é impositivo à Administração, mas, em Juízo, podem ser considerados outros dados, não havendo de se falar da necessidade de que a aposentadoria deva ter sido motivada pela moléstia para haver a isenção tributária de rendimentos da aposentação. - No caso dos autos, não existe dúvida de que o autor, aposentado a contar de 16/04/2003, é portador de moléstia grave. - Presente a indispensável prova técnica, consubstanciada no laudo médico pericial. - Do referido laudo médico restou por reconhecida a neoplasia maligna (CID C 18.2) - diagnosticada desde 04/2017, com o comprometimento físico, resultando na necessidade de acompanhamento periódico ambulatorial por período indeterminado, razão pela qual comprovado de forma inequívoca o direito à isenção tributária. - Não se mostra possível que a condição de controle da moléstia seja um impeditivo à concessão da isenção ora postulada, pois, antes de qualquer coisa, deve se almejar a qualidade de vida do indivíduo, não sendo possível que para fazer jus ao benefício a autora esteja adoentada ou recolhido a hospital, ainda mais se levando em consideração que algumas das doenças elencadas na lei de isenção podem ser debilitantes, mas não requerem a total incapacidade do doente, como a cegueira e a síndrome de imunodeficiência adquirida. - Ainda que se alegue o fato da lesão ter sido extirpada e que a paciente não apresenta sinais de persistência ou recidiva da doença, a isenção do imposto de renda em favor dos inativos portadores de moléstia grave tem como objetivo diminuir o sacrifício do aposentado, aliviando os encargos financeiros relativos ao acompanhamento médico e medicações ministradas. - Nesse sentido, o verbete 627 da Súmula do C. Superior Tribunal de Justiça: Súmula 627: "O contribuinte faz jus à concessão ou à manutenção da isenção do imposto de renda, não se lhe exigindo a demonstração da contemporaneidade dos sintomas da doença nem da recidiva da enfermidade". - Em relação à isenção dos rendimentos decorrentes do resgate de valores do plano de previdência privada do autor, constata-se que o artigo 39, inciso XXXIII e § 6º, do Decreto nº 3000/99 (Regulamento do Imposto de Renda),

e o artigo 30, da Lei Federal nº 9.250/95, dispõem que: "Decreto nº 3.000/99: Art.39. Não entrarão no cômputo do rendimento bruto: (...) XXXIII - os proventos de aposentadoria ou reforma, desde que motivadas por acidente em serviço e os percebidos pelos portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, estados avançados de doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome de imunodeficiência adquirida, e fibrose cística (mucoviscidose), com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma (Lei nº 7.713, de 1988, art. 6º, inciso XIV, Lei nº 8.541, de 1992, art. 47, e Lei nº 9.250, de 1995, art. 30, § 2º); (...) § 6º As isenções de que tratam os incisos XXXI e XXXIII também se aplicam à complementação de aposentadoria, reforma ou pensão." (o destaque não é original). "Lei Federal nº 9.250/95: Art. 30. A partir de 1º de janeiro de 1996, para efeito do reconhecimento de novas isenções de que tratam os incisos XIV e XXI do art. 6º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, com a redação dada pelo art. 47 da Lei nº 8.541, de 23 de dezembro de 1992, a moléstia deverá ser comprovada mediante laudo pericial emitido por serviço médico oficial, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios." - **Não é razoável a hipótese pela qual o mesmo contribuinte portador de doença grave tenha o direito à isenção do imposto de renda pessoa física incidente sobre a aposentadoria oficial, e ao mesmo tempo recolha o tributo em relação ao resgate total da aposentadoria complementar privada, ainda mais quando tal resgate decorre da necessidade de fazer frente aos expressivos gastos decorrentes do tratamento de moléstia grave. - O regime de previdência privada complementar foi alçado ao âmbito constitucional na redação do art. 202 da Constituição pela EC nº 20/98. - A regulamentação da previdência complementar pela LC nº 109/2001 traz, no tocante às empresas formadas pelas disposições dessa Lei, a seguinte proposição: "têm por objetivo principal instituir e executar planos de benefícios de caráter previdenciário" (art. 2º). Nesse sentido, a jurisprudência. - Patente o direito à isenção do imposto de renda do autor aposentado, portador de carcinoma maligno, cujo benefício fiscal engloba os seus rendimentos decorrentes do plano de previdência privada. - De se reiterar a inexistência de relação jurídica que obrigue o autor ao recolhimento do Imposto de Renda Pessoa Física incidente sobre o saque de valores de PGBL, à finalidade de custear o seu tratamento de neoplasia maligna. - Não há de ser conhecido o inconformismo da União relacionado à decisão pela qual se deferiu em 18/05/2018 a justiça gratuita à autoria. - Tal benefício concedido na seara judicial a quo deveria ter sido desafiado por recurso de agravo de instrumento, restando tal questão, por conseguinte, alcançada pela preclusão. - É o caso de se negar provimento à apelação, com a total manutenção da sentença a quo. - Por conta do não provimento da apelação, a União resta por condenada ao pagamento da majoração dos honorários advocatícios fixada em 5% (cinco por cento) do valor da condenação, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil. - A correção do numerário deve ser aquela estabelecida no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do C.JF, em perfeita consonância com iterativa jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, que inclui os índices expurgados reconhecidos pela jurisprudência dos tribunais, bem como a aplicabilidade da taxa SELIC, a partir de 01/01/1996, nos termos do previsto no art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95, determinante da incidência da referenciada taxa desde a data de cada retenção, a título de juros e correção monetária. - Não conhecida de parte da apelação da União Federal e, na parte conhecida, não provido o recurso da parte ré, com a manutenção, in totum, da r. sentença de primeiro grau, condenando a Fazenda ao pagamento da majoração dos ônus da sucumbência, consoante fundamentação.**

(ApCiv 5001525-32.2018.4.03.6126, Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, TRF3 - 4ª Turma, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 04/02/2020.)

Por fim, não há que se falar em irreversibilidade da medida. Ressalto ao autor; desde já, que a presente decisão é provisória e, portanto, reversível e no caso de haver alteração ou modificação do entendimento ora adotado, o autor deverá recolher o imposto de renda devido, sob pena de inscrição dos valores em dívida ativa.

Ante o exposto, **DEFIRO** o pedido de tutela antecipada (...)"

Narra a agravante, em síntese, que a isenção é inaplicável aos Planos VGBL por ostentarem, no seu entender, a natureza jurídica de seguro de vida e não de previdência complementar.

Sustenta que a legislação tributária que outorga isenção deve ser interpretada literalmente (art. 111 do CTN).

Pede a reforma da decisão, com a concessão de efeito suspensivo.

Oportunizada a resposta (ID 134626259).

Decido.

Cuida-se de discussão acerca da incidência ou não de isenção de imposto de renda sobre resgate de valores de *Plano VGBL (Vida Gerador de Benefício Livre)* nos casos do contribuinte ser portador de moléstia grave.

Na singularidade, é incontroverso o fato do agravado sofrer de moléstia (neoplasia maligna) prevista na norma isentiva (art. 6º, cinso XIV, da Lei nº 7.713/88).

No entanto, a recorrente entende que, no caso específico do VGBL, a isenção seria inadequada em decorrência da natureza jurídica do plano contratado pelo recorrido.

Não parece ser esse o melhor caminho a ser adotado.

A r. decisão recorrida está excelentemente fundamentada e bem demonstra a plausibilidade do direito invocado pela parte autora - pelo menos "início litis". Seus fundamentos ficam aqui explicitamente acolhidos "per relationem" (STF: Rcl 4416 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 15/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-118 DIVULG 08-06-2016 PUBLIC 09-06-2016).

Mesmo sob o império do atual CPC – como já ocorria em relação ao anterior – é possível a fundamentação “per relationem”, invocando-se o texto da sentença/decisão (RMS 30461 AgR-segundo, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 15/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-065 DIVULG 07-04-2016 PUBLIC 08-04-2016 - ADI 416 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 16/10/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-215 DIVULG 31-10-2014 PUBLIC 03-11-2014 ARE 850086 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 05/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-108 DIVULG 05-06-2015 PUBLIC 08-06-2015 -- ARE 742212 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 02/09/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-197 DIVULG 08-10-2014 PUBLIC 09-10-2014; STJ: MS 17.054/DF, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/12/2019, DJe 13/12/2019 -- AgInt no AREsp 1467013/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 9.9.2019, DJe 12.9.2019 -- AgInt no AREsp 1.178.297/ES, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe de 13/08/2018 -- AgRg no AgRg no AREsp 630.003/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 07/05/2015, DJe 19/05/2015 -- REsp 1206805/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 21/10/2014, DJe 07/11/2014 -- REsp 1399997/AM, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/10/2013, DJe 24/10/2013).

Em acréscimo, e na mesma esteira do entendimento esposado pela r. decisão impugnada, a página da SUSEP na internet (<http://www.susep.gov.br/setores-susep/seger/coate/perguntas-mais-frequentes-sobre-planos-por-sobrevivencia-pgbl-e-vgbl> – consulta em 19/06/2020) ao tratar da *principal diferença entre PGBL e VGBL* esclarece que (destaquei):

*“A principal diferença entre os dois reside no tratamento tributário dispensado a um e outro. Em ambos os casos, o imposto de renda incide apenas no momento do resgate ou recebimento da renda. Entretanto, enquanto no **VGBL** o imposto de renda incide apenas sobre os rendimentos, no **PGBL** o imposto incide sobre o valor total a ser resgatado ou recebido sob a forma de renda”.*

Ainda nessa linha, cumpre transcrever a decisão monocrática proferida no STJ pelo Ministro SÉRGIO KUKINA, que equipara ambos os planos (PGBL e VGBL) enquadrando-os como “aposentadoria complementar” (grifêi):

“RECURSO ESPECIAL Nº 1.632.326 - RS (2016/0272555-1)

(...)

DECISÃO

Trata-se de recurso especial, manejado por Gentil Didone, com base no art. 105, III, a e c, da CF, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado (fl. 235):

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. APOSENTADORIA. PORTADOR DE NEOPLASIA MALIGNA. COMPROVAÇÃO. QUALIDADE DE VIDA. ISENÇÃO QUANTO AOS VALORES DE RESGATE DE PLANOS DE PREVIDÊNCIA PRIVADA, CONTRATADOS JUNTO A BANCOS PRIVADOS, NAS MODALIDADES PGBL E VGBL. INCIDÊNCIA DO TRIBUTO.

1. Não existem dívidas de que o autor foi acometido pela neoplasia maligna, conforme expressamente consignado pelos documentos acostados aos autos.

2. Não há perquirir que tal isenção somente teria cabimento a partir do requerimento expresso ou de comprovação perante junta médica oficial da existência da doença. A partir do momento em que esta ficar medicamente comprovada, tem direito o enfermo de invocar a seu favor o disposto no art. 6º, inc. XIV da Lei 7.713/88. Agir de maneira contrária, seria onerar demasiadamente uma pessoa que já tem sob si o peso de uma doença grave.

3. Ainda que se alegue que a lesão foi retirada e que o paciente não apresenta sinais de persistência ou recidiva a doença, a isenção do imposto de renda, em favor dos inativos portadores de moléstia grave, tem como objetivo diminuir o sacrifício do aposentado, aliviando os encargos financeiros relativos ao acompanhamento médico e medicações ministradas.

4. Uma vez que esses planos (PGBL R VBL) podem ser resgatados em uma única parcela, entende-se descaracterizada a realização desse investimento como sendo uma aposentadoria complementar; e, como tal, passível de tributação mesmo no caso de concessão de isenção de IR por força de acometimento de moléstia isentiva.

5. Improcede o pedido relativamente à isenção do imposto de renda em relação aos planos VGBL E PGBL, posto que não são, necessariamente, planos de aposentadoria complementar; tanto que podem ser resgatados de uma única só vez, exatamente como feito pelo autor.

6. Muito embora a aplicação nos referidos planos tenha, também, o objetivo de constituição de capital para resgate de renda mensal no futuro, o que lhe dá aparência de ser um plano de previdência privada de aposentadoria complementar; tal investimento não é especificamente um plano com objetivo de aposentadoria complementar.

Opostos embargos declaratórios pelo ente público, foram rejeitados (fls. 260/263).

A parte recorrente aponta violação aos arts. 6º, XIV, da Lei 7.713/88; e 39, XXXIII, § 6º, do Decreto 3.000/99. Sustenta, em resumo, que possui direito à isenção de imposto de renda também sobre os valores recolhidos aos Planos de Previdência Privada de Aposentadoria Complementar.

Contrarrazões apresentadas às fls. 328/334, postulando o desprovimento do apelo.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Antonio Carlos Martins Soares, opinou pelo provimento do recurso da parte contribuinte.

É O RELATÓRIO.

Sobre o tema dos autos, este Superior Tribunal de Justiça firmou a orientação de que a isenção de imposto de renda conferida a servidor aposentado acometido de moléstia grave se estende ao montante auferido em planos de aposentadoria complementar.

Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. AGRAVO INTERNO QUE NÃO IMPUGNA TODOS OS FUNDAMENTOS DO DECISUM. CONCORDÂNCIA EXPRESSA DA PARTE RECORRENTE COM O CAPÍTULO AUTÔNOMO NÃO IMPUGNADO. POSSIBILIDADE DE EXAME DO MÉRITO DA IRRESIGNAÇÃO. NÃO APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 182/STJ. IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA. ISENÇÃO. ART. 6º, XIV, DA LEI N. 7.713/88. PORTADOR DE MOLÉSTIA GRAVE. PREVIDÊNCIA PRIVADA. RESGATE DE CONTRIBUIÇÕES. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015 para o presente Agravo Interno, embora o Recurso Especial estivesse sujeito ao Código de Processo Civil de 1973.

II - Afasta-se a incidência da Súmula n. 182/STJ quando, embora o Agravo Interno não impugne todos os fundamentos da decisão recorrida, a parte recorrente manifesta, expressamente, a concordância com a solução alcançada pelo julgador; desde que o capítulo em relação ao qual a desistência foi manifestada seja independente e não interfira na análise do mérito da irresignação.

III - O acórdão recorrido está em sintonia com o entendimento desta Corte segundo o qual a isenção do imposto de renda para portador da moléstia grave, prevista no art. 6º, XIV, da Lei n. 7.713/88, se estende ao resgate de contribuições para complementação de aposentadoria feitas a fundo de previdência privada.

[...] VI - Agravo Interno improvido.

(AgInt no REsp 1.481.695/SC, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 31/08/2018)

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA. PORTADOR DE MOLÉSTIA GRAVE. APOSENTADORIA COMPLEMENTAR. RESGATE. ISENÇÃO.

1. Por força do art. 6º, XIV, da Lei n. 7.713/1988 e do art. 39, § 6º, do Decreto n. 3.000/1999, o resgate da complementação de aposentadoria por portador de moléstia grave especificada na lei está isento do imposto de renda. Precedentes da Segunda Turma.

2. Hipótese em que o acórdão recorrido está em sintonia com o entendimento deste Tribunal, ao reconhecer a isenção do imposto de renda ao autor, aposentado e portador de moléstia grave (neoplasia maligna).

3. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1.554.683/PR, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 29/06/2018)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO INEXISTENTE. DEVIDO ENFRENTAMENTO DAS QUESTÕES RECURSAIS. IMPOSTO DE RENDA. MOLÉSTIA GRAVE. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. CARÁTER PREVIDENCIÁRIO. ISENÇÃO. CABIMENTO.

1. Inexiste violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. O art. 6º, XIV, da Lei n. 7.713/88 estipula isenção de imposto de renda à pessoa física portadora de doença grave que receba proventos de aposentadoria ou reforma.

3. O regime da previdência privada é facultativo e se baseia na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, nos termos do art. 202 da Constituição Federal e da exegese da Lei Complementar 109 de 2001. Assim, o capital acumulado em plano de previdência privada representa patrimônio destinado à geração de aposentadoria, possuindo natureza previdenciária, mormente ante o fato de estar inserida na seção sobre Previdência Social da Carta Magna (REsp 1.121.719/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/2/2014, DJe 4/4/2014), legitimando a isenção sobre a parcela complementar.

4. O caráter previdenciário da aposentadoria privada encontra respaldo no próprio Regulamento do Imposto de Renda (Decreto n. 3.000/99), que estabelece em seu art. 39, § 6º, a isenção sobre os valores decorrentes da complementação de aposentadoria.

Recurso especial improvido.

(REsp 1.507.320/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 20/02/2015)

No caso, o Tribunal Regional entendeu que os planos de VGBL e PGBL não seriam, necessariamente, planos de previdência complementar e, por essa razão, não seriam abarcados pela isenção de imposto de renda.

Por estar em desconformidade com o entendimento jurisprudencial acima demonstrado, merece reparos o acórdão recorrido.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial de Gentil Didone para afastar a incidência de imposto de renda sobre os Planos de Aposentadoria Complementar contratados pelo recorrente (PGBL e VGBL).

Publique-se”.

Brasília (DF), 1º de fevereiro de 2019.

MINISTRO SÉRGIO KUKINA Relator

(Ministro SÉRGIO KUKINA, 08/02/2019).

Sendo assim, **indefiro o pedido de efeito suspensivo.**

Comunique-se.

Intimem-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000035-49.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: CUBAS & BOTELHO LTDA - ME, AUREA BOTELHO CUBAS MARTINS

Advogado do(a) AGRAVANTE: LUIZ ANTONIO VASQUES JUNIOR - SP176159

Advogado do(a) AGRAVANTE: LUIZ ANTONIO VASQUES JUNIOR - SP176159

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Agravo de instrumento interposto por CUBAS & BOTELHO LTDA-ME contra a decisão que **rejeitou exceção de pré-executividade** oposta em sede de execução fiscal.

Nas razões recursais, alega a agravante a falta de citação válida, tendo em vista que a carta de citação foi recebida por pessoa que não possui relação com a executada, anos após o oficial de justiça certificar que a empresa não exercia atividades no local.

Defende a ocorrência de prescrição do débito e de prescrição intercorrente.

Sustenta a nulidade da constrição por ter sido realizada antes da citação.

Aduz, por fim, que transcorreu o prazo prescricional para o redirecionamento da execução fiscal.

Contramina pela União (ID 134304009).

Decido.

A reiteração de decisões num mesmo sentido, proferidas pelas Cortes Superiores, pode ensejar o julgamento monocrático do recurso, já que, a nosso sentir o legislador, no NCPC, disse menos do que desejava, porquanto - no cenário de apregoado criação de meios de agilizar a Jurisdição - não tinha sentido *reduzir* a capacidade dos Tribunais de Apelação de resolver as demandas de conteúdo repetitivo e os recursos claramente improcedentes ou não, por meio de decisões unipessoais; ainda mais que, tanto agora como antes, essa decisão sujeita-se a recurso que deve necessariamente ser levado perante o órgão fracionário.

No âmbito do STJ rejeita-se a tese acerca da impossibilidade de julgamento monocrático do relator fundado em hipótese jurídica não amparada em súmula, recurso repetitivo, incidente de resolução de demanda repetitiva ou assunção de competência, louvando-se na existência de entendimento dominante sobre o tema. Até hoje, aplica-se, lá, a Súmula 568 de sua Corte Especial (DJe 17/03/2016). Confira-se: AgInt no AgRg no AREsp 607.489/BA, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 20/03/2018, DJe 26/03/2018 - AgInt nos EDcl no AREsp 876.175/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe 29/06/2018 - AgInt no AgInt no REsp 1420787/RS, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 26/06/2018 - AgRg no AREsp 451.815/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 29/06/2018.

Ademais, cumpre lembrar o pleno cabimento de agravo interno contra o *decisum*, o que afasta qualquer alegação de violação ao princípio da colegialidade e de cerceamento de defesa, a despeito da impossibilidade de realização de sustentação oral, já que a matéria pode, desde que suscitada, ser remetida à apreciação da Turma, onde a parte poderá acompanhar o julgamento colegiado, inclusive valendo-se de prévia distribuição de memoriais (AgRg no AREsp 381.524/CE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 25/04/2018 - AgInt no AREsp 936.062/SP, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/03/2018, DJe 27/03/2018 - AgRg no AREsp 109.790/PI, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/09/2016, DJe 16/09/2016). Deveras, "Eventual mácula na deliberação unipessoal fica superada, em razão da apreciação da matéria pelo órgão colegiado na seara do agravo interno " (AgInt no AREsp 999.384/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/08/2017, DJe 30/08/2017 - REsp 1677737/RJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 29/06/2018).

No âmbito do STF tem-se que "A atuação monocrática, com observância das balizas estabelecidas nos arts. 21, § 1º, e 192, *caput*, do RISTF, não traduz violação ao Princípio da Colegialidade, especialmente na hipótese em que a decisão reproduz compreensão consolidada da Corte" (HC 144187 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 04/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-116 DIVULG 12-06-2018 PUBLIC 13-06-2018). Nesse sentido: ARE 1089444 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 25/05/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-111 DIVULG 05-06-2018 PUBLIC 06-06-2018.

Na verdade, o ponto crucial da questão é sempre o de *assegurar à parte acesso ao colegiado*. Por tal razão o STF já validou decisão unipessoal do CNJ, desde que aberta a via recursal administrativa. *Verbis*: "Ainda que se aceite como legítima a decisão monocrática do relator que indefere recurso manifestamente incabível, não se pode aceitar que haja uma perpetuidade de decisões monocráticas que impeça o acesso ao órgão colegiado" (MS 30113 AgR-segundo, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 25/05/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-121 DIVULG 18-06-2018 PUBLIC 19-06-2018).

A possibilidade de maior amplitude do julgamento monocrático - controlado por meio do agravo - está consoante os princípios que se espraiam sobre todo o cenário processual, tais como o da *eficiência* (art. 37, CF; art. 8º do NCPC) e da *duração razoável do processo* (art. 5º, LXXVIII, CF; art. 4º do NCPC).

Quanto ao recurso *manifestamente improcedente* (referido outrora no art. 557 do CPC/73), é verdade que o CPC/15 não repete essa locução. Porém, justifica-se que um recurso que, *ictu oculi*, não reúne a menor condição de alterar o julgado recorrido, possa ser apreciado pelo relator *in limine* e fulminado. A justificativa encontra-se nos mesmos princípios já enunciados e também na possibilidade de reversão em sede de agravo interno.

De se destacar, ainda que o próprio art. 8º do CPC atual minudencia que ao aplicar o ordenamento jurídico o Juiz deve observar - dentre outros elementos valorativos - a **razoabilidade**. A razoabilidade imbrica-se com a normalidade, uma tendência a respeitar critérios aceitáveis do ponto de vista da vida racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitadas das peculiaridades próprias tanto do cenário jurídico quanto da vida prática.

Escapa da razoabilidade dar sequência até o julgamento colegiado a um recurso sem qualquer chance de sucesso, o que se verifica não só diante do contexto dos autos - que não sofrerá mutação em 2º grau - quanto da *desconformidade*, seja da pretensão deduzida, seja dos fundamentos utilizados pelo recorrente, com a normatização jurídica nacional.

Noutro dizer: a razoabilidade impõe que se dê fim, sem maiores formalidades além de assegurar o acesso do recorrente a um meio de contrariar a decisão unipessoal, a um recurso que é - *ictu oculi* - inviável.

Há muito tempo o e. STJ já decidiu que, mesmo que fosse vedado o julgamento monocrático, à míngua de expressa autorização legal, "tal regra deve ser mitigada em casos nos quais falta à ação qualquer dos pressupostos básicos de existência e desenvolvimento válido do processo", porquanto, nesses casos, "despiciendo exigir do relator que leve a questão ao exame do órgão colegiado do Tribunal, sendo-lhe facultado, em atendimento aos princípios da economia e da celeridade processuais, extinguir monocraticamente as demandas inteiramente inviáveis" (REsp 753.194/SC, Rel. Ministro José Delgado, 1ª Turma, j. 04/08/2005, DJ 05/12/2005).

Além disso, é o art. 6º do NCPC que aumenta consideravelmente o espaço hermenêutico do magistrado no novo cenário processual.

A exegese que aqui fazemos sobre a extensão do campo onde pode (e deve) ser o recurso julgado monocraticamente, não é absurda, na medida em que a imperfeição natural e esperável de toda a ordem jurídico-positiva pode ser superada pela "...atuação inteligente e ativa do juiz...", a quem é lícito "ousar sem o açoitamento de quem quer afrontar, inovar sem desprezar os grandes pilares do sistema" (DINAMARCO, *Nova era do processo civil*, págs. 29-31, Malheiros, 4ª edição).

Indo além, deve-se atentar para a **análise econômica do Direito**, cujo mentor principal tem sido Richard Posner (entre nós, leia-se *Fronteiras da Teoria do Direito*, ed. Martins Fontes), para quem - se o Direito deve se adequar às realidades da vida social - a eficiência (de que já tratamos) torna esse Direito mais objetivo, com o prestígio de uma racionalidade econômica da aplicação do Direito, inclusive **processual**.

Para muitos, a *eficiência* deve servir como um critério geral para aferir se uma norma jurídica é ou não desejável (confira-se interessantes considerações em https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/analise_economica_do_direito_20132.pdf), se é útil ou não para os fins de pacificação social pretendida pela Constituição, eis que o Direito aparece na civilização (ocidental, pelo menos) justamente como uma dessas maneiras de pacificação.

Passando ao largo de discussões que aqui não interessam, concebemos que a análise econômica do Direito tem grande alcance no âmbito processual, especialmente o civil, prestigiando-se uma "racionalidade econômica" a ser aplicada a institutos processuais, com vistas ao **utilitarismo** das fórmulas (em substituição ao estrito formalismo), sem que com isso se vá substituir a valoração ética do Direito (processual, aqui).

Esse **utilitarismo** pode conduzir a interpretações e alcances da norma que - sem sacrifício do contraditório e da isonomia dos litigantes - permitam uma simplificação desejável tendo em vista que a atividade judicante deve ser útil para a sociedade, e essa utilidade envolve rapidez e eficiência, a direcionar a solução da lide na direção da paz social.

A análise econômica do Direito não pode ter como fio condutor a valorização do dinheiro (custos menores) em detrimento de critérios morais ou do princípio de justiça; pode-se usar dessa teorização para *baratear o processo* não apenas no sentido estrito de menor dispêndio de pecúnia, mas também - e principalmente - no sentido da economicidade de atos, procedimentos e fórmulas, tudo em favor da razoabilidade e da utilidade.

No ponto, merece consideração entre nós - posto que não sendo criação genuinamente brasileira, a análise econômica do Direito naturalmente deve ser, aqui, estudada, compreendida e aplicada *cum granulum salis* - a chamada **vertente normativa preconizada** por Richard Posner, a qual se ocupa de indicar modificações a serem incorporadas pelo ordenamento jurídico e pelos operadores do Direito a fim de conferir maior eficiência às suas condutas. É que essa vertente - de modo correto - elege como *valor* a ser buscado a eficiência, imprescindível para que se atinja a pacificação social que é o objetivo último do Direito dos povos ocidentais.

Eficiência e utilitarismo, na forma explicitada pelo tanto que a análise econômica do Direito pode ser aplicada no Brasil, podem nortear interpretações de normas legais de modo a que se atinja, com rapidez sem excessos, o fim almejado pelas normas e desejado pela sociedade.

Para nós, todas as considerações até agora tecidas se permeiam, sem conflitos, de modo a justificar a ampliação interpretativa das regras do NCPC que permitem as decisões unipessoais em sede recursal, para além do que a letra fria do estatuto processual previu.

Destarte, o caso presente permite solução monocrática.

A exceção de pré-executividade, criação jurisprudencial, é providência processual de natureza restritíssima, viável apenas diante de situação jurídica clara e demonstrável de plano.

Essa é a posição sumulada do Superior Tribunal de Justiça:

A exceção de pré- executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória.

(Súmula 393, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/09/2009, DJe 07/10/2009)

Na singularidade, alega a agravante a ocorrência de nulidade da citação via postal, porque recebida por pessoa estranha à executada em local onde já não exercia mais suas atividades.

Há muito tempo consagrou-se o entendimento de que o artigo 8º da Lei das Execuções Fiscais não impõe que a citação se dê na pessoa do executado, bastando que o mandado seja entregue no endereço correto do devedor. Confira-se (destaquei):

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. ENTENDIMENTO DOMINANTE. SÚMULA 568/STJ. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DE CITAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. NÃO OCORRÊNCIA. TEORIA DA APARÊNCIA. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Não há que se falar em ofensa do art. 932 do novo Código de Processo Civil, porquanto esta Corte Superior possui firme jurisprudência no sentido de que a legislação processual (art. 557 do CPC/1973, equivalente ao art. 932 do CPC/2015, combinados com a Súmula 568 do STJ) permite ao relator julgar monocraticamente recurso inadmissível ou, ainda, aplicar a jurisprudência consolidada deste Tribunal, sendo certo, ademais, que a possibilidade de interposição de recurso ao órgão colegiado afasta qualquer alegação de ofensa ao princípio da colegialidade.

2. Aplica-se a teoria da aparência para reconhecer a validade da citação via postal com aviso de recebimento (AR), efetivada no endereço da pessoa jurídica e recebida por pessoa que, ainda que sem poder expreso para tanto, a assina sem fazer nenhuma objeção imediata.

3. Quando a Corte de origem, com base no conjunto probatório dos autos, aplica a teoria da aparência para conferir legitimidade a ato praticado por quem não tinha poderes específicos para tanto, mas comprovadamente agia como tal, é inviável a revisão desse entendimento ante o óbice da Súmula n. 7/STJ.

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 1348261/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 28/05/2019, DJe 03/06/2019)

No caso concreto, não existe qualquer controvérsia de que a citação via postal foi remetida ao endereço da sede social da empresa constante da inicial da ação executiva e dos registros oficiais.

A certidão do oficial de justiça refere-se à diligência efetivada após a citação por correios, não invalidando, por isso, aquela.

Outrossim, observo que ainda houve citação válida da representante legal da empresa executada em 14 de fevereiro de 2017 (ID 115210101, pág. 15).

Deste modo, sendo válida a citação enviada pelos correios em março de 2015, não há que se falar em nulidade do ato que deu ciência à executada, nem da constrição realizada nos autos, tendo em vista que foi efetivada após tal citação.

Quanto a prescrição, como informado pela própria agravada, o prazo para a União ajuizar a ação era janeiro de 2015, no entanto a execução fiscal foi protocolada em novembro de 2014, não caracterizada, assim, a aludida prescrição.

Sobre a ocorrência ou não da prescrição intercorrente, o STJ sumulou o entendimento de que "Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente" (Súmula n. 314/STJ).

No caso em tela, a execução fiscal de origem foi ajuizada em 04.11.2014 para cobrança de dívida tributária.

O despacho citatório foi proferido em 11.11.2014, sendo a empresa executada citada em 02.03.2015.

Em 19.05.2015 foi realizada a primeira penhora de imóvel, embora não intimada a executada, por não ter sido encontrada no momento da diligência. Em 14.02.2017 a representante legal da empresa agravante foi intimada da penhora efetivada.

Assim, evidente a inoccorrência da prescrição intercorrente no presente caso.

A executada só se manifestou nos autos ao opor a exceção de pré-executividade, em 05.04.2019, após o redirecionamento da execução aos sócios, o qual, por sinal, não está prescrito.

É certo que a jurisprudência do STJ sustenta que a pretensão ao redirecionamento da execução contra os sócios deve ser exercida imprerivelmente nos cinco anos posteriores à citação da pessoa jurídica, e para esse fim entende serem desinfluentes os eventos ocorridos durante o curso da execução fiscal.

Todavia, não pode ser invariavelmente assim. A prescrição visa punir a inércia do titular da pretensão que deixou de exercê-la no tempo oportuno. Contudo, convém admitir que seu prazo flui a partir do momento em que o titular adquire o direito de reivindicar. É a consagração do princípio da *actio nata*, segundo o qual é inexigível cobrar da exequente que postulasse o redirecionamento da execução fiscal aos corresponsáveis antes de ser constatada a dissolução irregular da devedora principal, a ensejar a responsabilidade tributária dos sócios.

Nesse âmbito, colaciono os seguintes precedentes do STJ e desta Corte:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. SÓCIO-GERENTE. PRESCRIÇÃO. TEORIA DA "ACTIO NATA". RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS. MATÉRIA QUE EXIGE DILAÇÃO PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 393/STJ.

1. O termo inicial da prescrição é o momento da ocorrência da lesão ao direito, consagrado no princípio universal da actio nata.

2. In casu, não ocorreu a prescrição, porquanto o redirecionamento só se tornou possível a partir da dissolução irregular da empresa executada.

3. A responsabilidade subsidiária dos sócios, em regra, não pode ser discutida em exceção de pré-executividade, por demandar dilação probatória, conforme decidido no Recurso Especial "repetitivo" 1.104.900/ES, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Seção, julgado em 25.3.2009, DJe 1º.4.2009, nos termos do art. 543-C, do CPC.

4. Incidência da Súmula 393/STJ: "A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória".

Agravo regimental provido.

(AgRg. no REsp. 1196377/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. 19/10/2010, DJ 27/10/2010)

Na singularidade, não há se falar em prescrição intercorrente do redirecionamento da execução, posto que a exequente pleiteou a inclusão de sócios em 19.01.2018 (ID 115210102, pág. 9), ou seja, dentro do prazo de cinco anos da ciência da dissolução irregular da executada.

Ante o exposto, **nego provimento ao agravo de instrumento.**

Comunique-se.

Intimem-se.

Como trânsito, dê-se baixa.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5008042-30.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL

AGRAVADO: KELEN CRISTINA CAMARGO ALBERTINI

Advogado do(a) AGRAVADO: ULISSES PINHEIRO MENDES DA SILVA - SP263278-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela UNIÃO FEDERAL contra r. decisão que **deferiu o pedido de tutela de urgência** para o fim de determinar que a ré, ora agravante, avie os meios materiais necessários ao fornecimento do medicamento OCREVUS (OCRELIZUMAB), conforme a prescrição médica, para o tratamento de "esclerose múltipla".

Nas **razões recursais** a agravante União sustenta, inicialmente, que nas ações ajuizadas contra a União Federal não se admite o provimento liminar no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.

Afirma que não estão presentes os requisitos para a concessão da tutela antecipada, fazendo-se necessária a produção de prova pericial.

Alega que o meio coercitivo de imposição de multa não pode ser usado contra a Fazenda Pública.

Intimada da decisão liminar, a agravada não apresentou contrarrazões.

Decido.

A gravidade da doença e a urgência da demanda da autora envolve o **direito à saúde**, que é cuidado como **matéria constitucional** pelo STF (ACO 1472 AgR-segundo, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-210 DIVULG 15-09-2017 PUBLIC 18-09-2017 - AI 639436 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 17/09/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-221 DIVULG 16-10-2018 PUBLIC 17-10-2018 - ARE 1049831 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 27/10/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-253 DIVULG 07-11-2017 PUBLIC 08-11-2017 - RE 1021259 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 15/08/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-238 DIVULG 18-10-2017 PUBLIC 19-10-2017 - SL 558 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 08/08/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-188 DIVULG 24-08-2017 PUBLIC 25-08-2017 - ARE 952614 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 07/03/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-088 DIVULG 27-04-2017 PUBLIC 28-04-2017).

Fornecer atendimento médico e remédios é dever constitucional do Estado (ARE 904217 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 27/10/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-222 DIVULG 06-11-2015 PUBLIC 09-11-2015), eis que o *“preceito do artigo 196 da Constituição Federal assegura aos menos afortunados o fornecimento, pelo Estado, dos medicamentos necessários ao restabelecimento da saúde”* (RE 887734 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 25/08/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 09-09-2015 PUBLIC 10-09-2015).

Aliás, o mesmo STF *“tem se orientado no sentido de ser possível ao Judiciário a determinação de fornecimento de medicamento não incluído na lista padronizada fornecida pelo SUS, desde que reste comprovação de que não haja nela opção de tratamento eficaz para a enfermidade”* (ARE 926469 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 07/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-128 DIVULG 20-06-2016 PUBLIC 21-06-2016). Ainda: ARE 831915 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 05/04/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-089 DIVULG 03-05-2016 PUBLIC 04-05-2016.

No âmbito do STJ (**Tema 106**) a questão sobre a obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS foi decidida nestes termos:

“A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos:

i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;

ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;

iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.

Tese definida no acórdão dos embargos de declaração publicado no DJe de 21/9/2018”

A agravante sustenta de *modo genérico* o não atendimento pela agravada dos requisitos cumulativos para o fornecimento do medicamento.

Sucedo que a realidade que emana dos autos retrata outro cenário.

De partida, o medicamento OCREVUS (Ocrelizumab) possui registro na ANVISA, embora não esteja incorporado em atos normativos do SUS.

Ademais, há nos autos prova suficiente de que o medicamento é necessário, eficaz e conveniente para o tratamento da autora.

Com efeito, o relatório médico subscrito pela profissional neurologista que acompanha a paciente esclarece que esta se encontra em tratamento da esclerose múltipla desde o ano de 2000, apresentando piora progressiva no quadro neurológico e piora de lesões desde o início do tratamento, fazendo uso de várias outras medicações, as quais não foram satisfatórias.

Refere a especialista médica que o único medicamento aprovado pela ANVISA para o caso da autora não consta da lista de medicamentos de alto custo do SUS, no entanto a indicação se faz necessária, tendo em vista a possibilidade de se controlar a doença.

Assim, muito ao contrário do que alega a agravante, a prescrição do medicamento solicitado está fortemente indicada para o caso concreto.

Finalmente, a incapacidade financeira da agravada para suportar o tratamento está evidenciada (a paciente comprova ser aposentada por invalidez e litiga sob o pálio da justiça gratuita), não possuindo assim condições de arcar com o custo do tratamento, estimado em R\$ 154.027,04 (4 frasco por tratamento).

No tocante à possibilidade de condenação da União no pagamento de astreintes, com o intuito de forçar o cumprimento da obrigação de fornecer medicamentos, há decisão do STJ, contrária ao pleito da recorrente, tomada em sede de recurso repetitivo (destaquei):

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC/1973. AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PARA O TRATAMENTO DE MOLÉSTIA. IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA (ASTREINTES) COMO MEIO DE COMPELIR O DEVEDOR A ADIMPLIR A OBRIGAÇÃO. FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DO CONTEÚDO NORMATIVO INSERTO NO § 5º DO ART. 461 DO CPC/1973. DIREITO À SAÚDE E À VIDA.

1. Para os fins de aplicação do art. 543-C do CPC/1973, é mister delimitar o âmbito da tese a ser sufragada neste recurso especial representativo de controvérsia: possibilidade de imposição de multa diária (astreintes) a ente público, para compeli-lo a fornecer medicamento à pessoa desprovida de recursos financeiros.

2. A função das astreintes é justamente no sentido de superar a recalcitrância do devedor em cumprir a obrigação de fazer ou de não fazer que lhe foi imposta, incidindo esse ônus a partir da ciência do obrigado e da sua negativa de adimplir a obrigação voluntariamente.

3. A particularidade de impor obrigação de fazer ou de não fazer à Fazenda Pública não ostenta a propriedade de mitigar; em caso de descumprimento, a sanção de pagar multa diária, conforme prescreve o § 5º do art. 461 do CPC/1973. E, em se tratando do direito à saúde, com maior razão deve ser aplicado, em desfavor do ente público devedor; o preceito cominatório, sob pena de ser subvertida garantia fundamental. Em outras palavras, é o direito-meio que assegura o bem maior: a vida. Precedentes: AgRg no AREsp 283.130/MS, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 8/4/2014; REsp 1.062.564/RS, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ de 23/10/2008; REsp 1.062.564/RS, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ de 23/10/2008; REsp 1.063.902/SC, Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ de 1/9/2008; e AgRg no REsp 963.416/RS, Relatora Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ de 11/6/2008.

4. À luz do § 5º do art. 461 do CPC/1973, a recalcitrância do devedor permite ao juiz que, diante do caso concreto, adote qualquer medida que se revele necessária à satisfação do bem da vida almejado pelo jurisdicionado. Trata-se do "poder geral de efetivação", concedido ao juiz para dotar de efetividade as suas decisões. 5. A eventual exorbitância na fixação do valor das astreintes aciona mecanismo de proteção ao devedor: como a cominação de multa para o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer tão somente constitui método de coerção, obviamente não faz coisa julgada material, e pode, a requerimento da parte ou ex officio pelo magistrado, ser reduzida ou até mesmo suprimida, nesta última hipótese, caso a sua imposição não se mostrar mais necessária. Precedentes: AgRg no AgRg no AREsp 596.562/RJ, Relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, DJe 24/8/2015; e AgRg no REsp 1.491.088/SP, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 12/5/2015.

6. No caso em foco, autora, ora recorrente, requer a condenação do Estado do Rio Grande do Sul na obrigação de fornecer (fazer) o medicamento Lumigan, 0,03%, de uso contínuo, para o tratamento de glaucoma primário de ângulo aberto (C.I.D. H 40.1). Logo, é mister acolher a pretensão recursal, a fim de restabelecer a multa imposta pelo Juízo de primeiro grau (fls. 51-53).

7. Recurso especial conhecido e provido, para declarar a possibilidade de imposição de multa diária à Fazenda Pública. Acórdão submetido à sistemática do § 7º do artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973 e dos arts. 5º, II, e 6º, da Resolução STJ n. 08/2008.

(REsp 1474665/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/04/2017, DJe 22/06/2017)

Comrelação à imposição dirigida à União, a multa diária merece ser mantida.

Portanto, a decisão recorrida acha-se conforme a jurisprudência do STJ, uma vez que os requisitos postos no Tema 106 do STJ acham-se atendidos a contento.

Ante exposto, **nego provimento ao agravo de instrumento.**

Comunique-se.

Intimem-se.

Como trânsito, dê-se baixa.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5009235-80.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
AGRAVANTE: PG PRO DISTRIBUIDORA LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: WALTER CARLOS CARDOSO HENRIQUE - SP128600-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por PG PRO DISTRIBUIDORA LTDA. contra a r. decisão que **indeferiu a medida liminar** em mandado de segurança no qual a parte impetrante objetiva postergar o vencimento do pagamento dos tributos no âmbito federal, tendo em vista o estado de calamidade pública decretado no País e Estado de São Paulo, nos termos da Portaria MF 12, de 20 de janeiro de 2012.

Este relator indeferiu o pedido de antecipação de tutela recursal (ID 130461592).

Sucedeu que foi proferida **sentença** que *denegou* a segurança e extinguiu o processo com resolução de mérito, na forma do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil.

Diante da perda do seu objeto, **julgo prejudicado** o presente agravo de instrumento, nos termos do artigo 932, inciso III, do Código de Processo Civil de 2015.

Intimem-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0024876-18.2009.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS, CONSTRUTORA BETER S A
Advogados do(a) APELANTE: MARIA CANDIDA MARTINS ALPONTI - SP190058-A, FERNANDO PINHEIRO
GAMITO - SP194200-A, JORGE ALVES DIAS - SP127814-A, MAURY IZIDORO - SP135372-A
Advogado do(a) APELANTE: AUGUSTO DE SOUZA BARROS JUNIOR - SP242272-A
APELADO: CONSTRUTORA BETER S A, EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS
Advogado do(a) APELADO: AUGUSTO DE SOUZA BARROS JUNIOR - SP242272-A
Advogados do(a) APELADO: FERNANDO PINHEIRO GAMITO - SP194200-A, JORGE ALVES DIAS - SP127814-A,
MARIA CANDIDA MARTINS ALPONTI - SP190058-A, MAURY IZIDORO - SP135372-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0024876-18.2009.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS, CONSTRUTORA BETER S A
Advogados do(a) APELANTE: MARIA CANDIDA MARTINS ALPONTI - SP190058-A, FERNANDO PINHEIRO
GAMITO - SP194200-A, JORGE ALVES DIAS - SP127814-A, MAURY IZIDORO - SP135372-A
Advogado do(a) APELANTE: AUGUSTO DE SOUZA BARROS JUNIOR - SP242272-A
APELADO: CONSTRUTORA BETER S A, EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS
Advogado do(a) APELADO: AUGUSTO DE SOUZA BARROS JUNIOR - SP242272-A
Advogados do(a) APELADO: FERNANDO PINHEIRO GAMITO - SP194200-A, JORGE ALVES DIAS - SP127814-A,
MARIA CANDIDA MARTINS ALPONTI - SP190058-A, MAURY IZIDORO - SP135372-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de ação ajuizada pela EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS requerendo a condenação da CONSTRUTORA BETER S/A ao pagamento do valor de R\$ 3.612.173,99 (três milhões, seiscentos e doze mil, cento e setenta e três reais e noventa e nove centavos), correspondente a multa no valor de 10% (dez por cento) sobre o total do contrato n.º 606/02, firmado entre as partes.

Segundo a parte autora, quando da elaboração do Termo de Entrega Provisório da Obra, foi constada uma série de pendências.

Após diversas tentativas de regularização, em 20/02/2008, foi marcada uma reunião na sede da Diretoria Regional de São Paulo Metropolitana da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos com a participação de representantes das contratantes, em que ficaram ajustados os seguintes procedimentos:

1 - Apresentação, pela Ré, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, de solução para a efetiva operação do conjunto Gerador/chave de transferência, de forma que este conjunto assuma as cargas elétricas do edifício (no caso de falta de energia externa vinda da concessionária);

2 - Vistoria pela Ré, no prazo de 7 (sete) dias, do vazamento proveniente de infiltração do telhado, a fim de apresentação de uma solução, em conjunto com a Autora;

3 - Com relação as catracas/cancelas/passarelas, em razão da impossibilidade de acordo, ficou definido que seria objeto de correspondência específica, de forma a ser avaliada técnica e juridicamente pela Autora;

4 - Apresentação para a Autora do laudo técnico assinado pelo engenheiro responsável, acerca das fissuras do piso de concreto;

5 - No tocante aos documentos da obra perante os órgãos públicos (AVCB, Habite-se, etc) foi solicitado à Ré um efetivo acompanhamento do andamento nos respectivos órgãos, com esta assumindo o compromisso de apresentar, no prazo de 15 dias a posição atual de cada documento.

6 - Os demais itens mencionados na carta da Ré, CL-0014000-07-000025, foram considerados aceitos pela Autora.

A parte autora alega que após diversas tentativas de solução dos problemas, as pendências não foram solucionadas pela ré. Em 03/10/2008 foi autorizada a abertura do processo administrativo com vista a proceder à rescisão unilateral do contrato nº 606/2002, com base na cláusula 17, itens 17.1 e 17.2, bem como a aplicação da penalidade de multa. Após os trâmites no âmbito administrativo, houve a rescisão unilateral pela autora do contrato nº 606/2002, para construção do CTC Santo Amaro, em decorrência do não cumprimento de obrigações contratuais, com a aplicação da penalidade de multa no valor de R\$ 3.612.173,99, de acordo com o estabelecido na cláusula 17, itens 17.1 e 17.2, alínea "a" e na cláusula 15, item 15.2, alínea "e", do Contrato nº 606/02.

A ré apresentou reconvenção (ID 119581273 – pág. 130/137) requerendo a condenação da autora/reconvinda a restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato firmado pelas partes para a construção do Centro de Tratamento de Cartas Santo Amaro em São Paulo, mediante o pagamento da quantia de R\$ 3.839.016,42.

Alega que em razão das incertezas em relação aos resultados das eleições presidenciais de 2002 e da política econômica que seria adotada pelo futuro governo, a economia brasileira experimentou um período de desvalorização imprevisível do Real com reflexos diretos e indiretos na inflação e nos custos das obras e serviços objeto do contrato firmado entre as partes. Aduz que: 1) diversos itens sofreram um acréscimo de custo, ao mesmo tempo, imprevisível por ocasião da elaboração da proposta e insuportável ao tempo da sua execução, 2) os insumos como óleo diesel, cimento, aço estrutural e fios e cabos elétricos, por força da já referida variação cambial, sofreram altas de preços muito superiores aos índices de inflação, portanto, igualmente imprevisível à época da apresentação da proposta da reconvincente e 3) ocorreu o aumento da alíquota do IPI incidente sobre alguns insumos da obra, tais como telhas trapezoidais e chapas *stell-deck*, fabricados em aço galvanizado, através do Decreto 4.441 de 15 de outubro de 2002, portanto, posteriormente à apresentação da proposta em agosto daquele ano.

A ré/reconvincente alega que, embora tenha formulado pedido administrativo de recomposição dos preços contratuais, de modo a manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, como preconizado pelo art. 65, inc. II, alínea "d", da Lei 8.666/93, a autora/reconvinda não acatou referido pleito. Aduz, ainda, que ingressou com medida cautelar que foi distribuída à 24ª Vara Federal Cível, autos nº 2003.61.00.026844-8 (nova numeração 0026844-93.2003.4.03.6100) e, em decorrência de perícia realizada naquele feito, apurou-se que ocorreu quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, apontando uma discrepância entre 11,14% e 13,75% de defasagem entre o total recebido e o valor decorrente da correção do preço contratual pelos índices aplicáveis à espécie (ID 119581273 – pág. 130/137).

A ré/reconvincente também apresentou contestação (ID 119583939, pág. 154/165), alegando que cumpriu com suas obrigações e os atrasos e pendências ocorreram por culpa da própria autora, que fez exigências não previstas e não colaborou com as obras e por culpa de terceiros, além do grave desequilíbrio econômico-financeiro no contrato, razão pela qual requereu a improcedência do pedido. No que se refere às pendências, alega, em suma, que:

1) *Chave de transferência Asco*

Alega que, sendo a responsável pelo projeto executivo, a autora foi quem especificou a chave em questão. A ré instalou-a de acordo com o projetado e especificado pela autora, sob o acompanhamento e plena concordância da fiscalização desta última, que se fazia permanentemente presente à obra. Eventuais problemas de compatibilidade entre sistemas, portanto, não podem ser imputados à ré que se desincumbiu de sua obrigação contratual ao executar o projetado e especificado pela autora. A chave de transferência foi testada durante a execução da obra e de sua instalação e individualmente funcionou. Sustenta que chegou a alertar a autora acerca da incompatibilidade de sistemas, sugerindo a substituição do equipamento.

A ré aduz que referida chave não se encontrava na planilha de preços e só foi instalada porque sua inclusão no contrato estava sendo feita por meio de aditamento e, na boa fé da ré, no intuito de não ocorrerem atrasos na obra, mas a autora se recusou a aditar o contrato.

2) Infiltração no telhado

Alega que "o problema ocorreu quando de há muito a autora se encontrava em pleno uso das instalações. É cediço que, nessas circunstâncias, estando as instalações em operação por parte da autora, a ré não tem a menor responsabilidade sobre eventual falha de manutenção, mau uso ou danos causados à cobertura, a qual foi também executada em pleno acordo com o projeto e as especificações contratuais, sob a fiscalização e com a aceitação da autora".

3) Catracas, cancelas e passarelas metálicas

Alega que esses itens não estavam previstos no contrato e que a autora, uma vez que se recusou a acrescentá-los, mediante aditamento, não tinha direito de recebê-los.

4) Fissuras do piso de concreto

A ré alega que o problema de fissuras do piso monolítico de concreto na região dos apoios sobre as vigas metálicas foram decorrentes da carga móvel e da esbeltez da estrutura em steel deck do projeto executivo de estrutura metálica fornecido pela Autora.

5) Documentação da Sehab

A ré sustenta que apesar da morosidade dos órgãos municipais principalmente em projetos de grande porte, em momento algum a ré descuidou desse processo, custeando até mesmo uma empresa especialmente contratada para o acompanhamento até a aprovação. Ademais, diversas providências necessárias à regularização dependiam única e exclusivamente da autora. Houve, inclusive, uma vistoria da Sehab que não logrou conceder a regularização da obra por falta da existência de uma brigada de incêndio, brigada essa que deveria ter sido organizada pela própria autora, com seus funcionários que trabalhavam no local.

A autora/reconvinda também apresentou contestação alegando, preliminarmente, inépcia da inicial. No mérito, requer a improcedência do pedido formulado em sede de reconvenção.

Intimadas para especificarem as provas que pretendiam produzir, a autora/reconvinda requereu a produção de prova documental, pericial técnica e testemunhal e a ré/reconvinte requereu o depoimento pessoal, oitivas de testemunhas e prova pericial.

O pedido de produção de prova pericial formulado pela autora/reconvinda foi indeferido sob o argumento de que referida prova já havia sido realizada nos autos nº 0026844-93.2003.403.6100. Na mesma ocasião, foi deferido o pedido de oitiva de testemunhas.

A autora/reconvinda juntou documentos e comprovou a interposição de agravo de instrumento, no qual foi deferida a antecipação da tutela recursal a permitir a produção de prova pericial pela autora/reconvinda, razão pela qual foi nomeado Perito Judicial.

O perito apresentou o laudo pericial (ID 119583941, pág. 135/143) com manifestação das partes.

Esclarecimentos do Perito Judicial (ID 119583941, pág. 185/186).

Em audiência de instrução foi realizada a oitiva do representante legal da autora, de uma testemunha da autora/reconvinda e duas da ré/reconvinte (ID 119583942, pág. 24/30, vol. 13).

Foi juntada a carta precatória cumprida de oitiva de testemunha (ID 119583946, pág. 27/28, vol. 15 parte B).

Foi dado provimento ao agravo de instrumento nº 0005446-76.2011.4.03.0000 (ID 119583946, pág. 35/42, vol. 15 parte B).

Foi juntada a carta precatória cumprida de oitiva de testemunha (ID 119583946, pág. 71/72, vol. 15 parte B).

A sentença de ID 119583947 – pág. 23/34, vol. 16, julgou parcialmente procedente o pedido, condenando a ré ao pagamento de R\$ 361.217,39 (trezentos e sessenta e um mil, duzentos e dezessete reais e trinta e nove centavos). Condenou a parte autora ao pagamento de honorários na razão de 100.000 (cem mil reais) e condenou a ré ao pagamento de honorários de R\$ 10.000 (dez mil reais) e 10% das custas tendo em vista a menor sucumbência. Sem custas pela autora que é isenta. Sem compensação de honorários. No que tange à reconvenção, julgou-a improcedente, condenando a reconvinte ao pagamento de custas e honorários na razão de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) em favor dos patronos da reconvinda. Sentença sujeita ao reexame necessário.

Apelou a EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS, ID 119583947 – pág. 50/71 a fim de reformar a r. sentença para que seja mantido o percentual contratual de 10% na aplicação da multa rescisória e para que os honorários advocatícios sejam fixados na Reconvenção de acordo com as determinações legais, considerando que a Apelante sucumbiu em parte mínima do pedido com a concessão à apelante das prerrogativas processuais conferidas à Fazenda Pública, conforme disposto no artigo 12 do Decreto-Lei nº 509/69.

A CONSTRUTORA BETER S/A — EM FALÊNCIA, apelou ID 119583947 – pág. 100/114 pleiteando a improcedência do pedido e a procedência da reconvenção. Alega, em síntese que antes mesmo da propositura da ação principal, promoveu Medida Cautelar de Produção Antecipada de Provas (Proc. sob nº 2003.61.00.026844-8 da 24 Vara da Seção Judiciária desta Capital) cuja cópia integral acompanhou sua reconvenção. A perícia ali realizada, contemporaneamente aos fatos e com fundamento nos dados econômicos oficiais e públicos, apurou que de fato ocorreu a quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, apontando uma discrepância entre 11,14% (onze vírgula quatorze por cento) e 13,75% (treze vírgula setenta e cinco por cento) de defasagem entre o total recebido e o valor decorrente da correção do preço contratual pelos índices aplicáveis à espécie (como apurado na Medida Cautelar que acompanhou a reconvenção). A r. sentença apelada simplesmente desconsiderou a produção antecipada de provas, fiando-se em nova prova produzida nestes autos e que, com todo o respeito, não procedeu à análise particularizada do quanto verificado na execução do contrato firmado pelas partes, restringindo-se a alegações conceituais e genéricas que, nem sempre, abarcam a realidade, como se deu no caso em exame.

Com contrarrazões da EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS a CONSTRUTORA BETER S/A não ofertou resposta.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0024876-18.2009.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS, CONSTRUTORA BETER S A
Advogados do(a) APELANTE: MARIA CANDIDA MARTINS ALPONTI - SP190058-A, FERNANDO PINHEIRO
GAMITO - SP194200-A, JORGE ALVES DIAS - SP127814-A, MAURY IZIDORO - SP135372-A
Advogado do(a) APELANTE: AUGUSTO DE SOUZA BARROS JUNIOR - SP242272-A
APELADO: CONSTRUTORA BETER S A, EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS
Advogado do(a) APELADO: AUGUSTO DE SOUZA BARROS JUNIOR - SP242272-A
Advogados do(a) APELADO: FERNANDO PINHEIRO GAMITO - SP194200-A, JORGE ALVES DIAS - SP127814-A,
MARIA CANDIDA MARTINS ALPONTI - SP190058-A, MAURY IZIDORO - SP135372-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Mesmo sob o império do atual CPC – como já ocorria em relação ao anterior – é possível a fundamentação “per relationem”, invocando-se o texto da sentença (RMS 30461 AgR-segundo, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 15/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-065 DIVULG 07-04-2016 PUBLIC 08-04-2016 - ADI 416 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 16/10/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-215 DIVULG 31-10-2014 PUBLIC 03-11-2014ARE 850086 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 05/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-108 DIVULG 05-06-2015 PUBLIC 08-06-2015 -- ARE 742212 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 02/09/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-197 DIVULG 08-10-2014 PUBLIC 09-10-2014; STJ: MS 17.054/DF, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/12/2019, DJe 13/12/2019 -- AgInt no AREsp 1467013/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 9.9.2019, DJe 12.9.2019 -- AgInt no AREsp 1.178.297/ES, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe de 13/08/2018 -- AgRg no AgRg no AREsp 630.003/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 07/05/2015, DJe 19/05/2015 -- REsp 1206805/PR, Rel. Ministro RAULARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 21/10/2014, DJe 07/11/2014 -- REsp 1399997/AM, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/10/2013, DJe 24/10/2013).

Para o STJ, “...A iterativa jurisprudência desta Corte considera válida a utilização da técnica da fundamentação **per relationem**, em que o magistrado adota trechos de decisão anterior ou de parecer ministerial como razão de decidir. Tal prática não acarreta omissão, não implica ausência de fundamentação nem gera nulidade” (AgInt no AREsp 855.179/SP, Rel. Ministro RAULARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 21/05/2019, DJe 05/06/2019)

A sentença foi lavrada da seguinte forma: ID 119583947 – pág. 23/34, vol. 16.

“(…)”

Tanto a exordial quanto a peça reconvenicional estão regulares, sendo fundamentos os pleitos e compreensível a razão que move cada demanda.

Depois de tantos documentos juntados, duas perícias feitas e da oitiva de diversas pessoas, não se faz necessária a produção de outras provas.

Desse modo, impõe-se a imediata cognição do mérito.

O contrato foi ajustado, em conformidade com o edital, mediante o pagamento de preço global pela obra, amoldando-se à figura jurídica prevista no art. 6º, VIII, a, da Lei Federal 8.666/93, não se subsumindo, portanto, ao quanto previsto na alínea e do mesmo artigo legal que prevê a empreitada integral. E por que é importante assentar isso e por qual razão teria a ré insistido em tal ponto? Pelo fato do regime de responsabilidade ser diverso, pois enquanto no do preço global há mera execução de um plano elaborado pela contratante, no outro modo de contratação existe a assunção de todas etapas da obra, inclusive o planejamento, devendo o contratado entregar a mesma hábil ao fim ao qual se destina. E aqui converge ainda em favor da demandada o art. 70 da Lei Federal 8.666/93 a estabelecer a responsabilidade subjetiva do particular perante a Administração em sede de execução contratual, o que inoquerria no caso de empreitada integral e consequente obrigação de resultado plenamente satisfatório.

Quando se oferece a contratação por regime de preço global é certo que se assume um risco maior do que quando contrata-se por empreitada integral, inclusive sendo razoável a contrapartida pecuniária menor no primeiro caso do que no segundo, pagando-se proporcionalmente ao gravame contraído pela outra parte do negócio. Em ambos os casos há obrigação de resultado, mas não do mesmo resultado, pois enquanto em uma modalidade a prestação da contratada é de realizar a obra nos termos planejados pela contratante, entregando-se a mesma tal como concebida, já na segunda forma de pactuação a responsabilidade é pela entrega de uma obra funcional, dada a fase de planejamento estar sob a alçada da construtora - e não do ente público. Em ambos casos há obrigação de resultado - e não de meio - e de dar - e não de um fazer -, mas o que deve ser prestado e a responsabilidade advinda é diversa, evidenciando-se maior onerosidade e risco para o contratado na empreitada integral do que no ajuste por preço global.

De outra banda, a planilha apresentada pela contratada não vincula a contratante, pois a obrigatoriedade atua no sentido inverso, a saber, de adesão e compromisso com o previsto no edital e no contrato, sendo a demonstração de custos apenas um parâmetro para eleição da vencedora do certame, não prevalecendo o detalhamento analítico sobre o quanto necessário ao fiel cumprimento do programa contratual. Assim, a questão do item estar ou não na planilha feita pela contratada não a socorre, até mesmo porque falha sua não lhe pode beneficiar.

E a partir do estabelecido acima é que se impõe a análise de cada uma das faltas imputadas à demandada, a começar pela instalação do sistema de gestão de energia elétrica.

Ficou razoavelmente assentado que houve a estipulação de itens específicos, dentre eles a "chave ASCO" (fl. 268), de modo a permitir a ligação automática na falta de energia, bem como seu igualmente automático desligamento quando do retorno da energia elétrica. A contratação de tal elemento da obra consta do anexo contratual (fl. 268) e a própria conduta da contratada quando da reunião ocorrida em 20.02.2008, especificamente o item 1 (fl. 99), que, como bem leciona Paula Forgioni, é um excelente vetor interpretativo dos contratos, mostra como não havia negativa de que tal obrigação existia, pendendo, entretanto, de funcionamento o referido sistema (a instalação e o não-funcionamento desejado foram observados também pelo perito à fl. 2.753 e corroborados pela prova oral colhida). Isso posto, vê-se que houve o cumprimento no que tange à instalação do bem em conformidade com o ajustado, embora o mesmo não venha funcionando a contento.

É certo que, em princípio, espera-se legitimamente que o bem instalado esteja apto a desempenhar a função para a qual foi concebido. Entretanto, um fato muito importante chamou a atenção da eminente magistrada que me antecedeu no feito e que agora, ao longo da meditação sobre o presente caso, causou-me estranheza, a saber, aquele consistente na absoluta ausência de explicação pela autora de se e como os geradores teriam passado a funcionar. Parece que um dos mesmos está quase funcionando perfeitamente, ao passo que o outro ainda não. E nem mesmo a autora soube explicar como teria havido o parcial conserto. Tal acontecimento, longe de ser irrelevante, mostra que o réu fez o que foi possível dentro de suas possibilidades e em atenção ao que foi contratado, pois nem mesmo a parte credora (maior interessada) conseguiu promover o perfeito funcionamento do sistema elétrico e sequer conseguiu explicar minimamente o quanto era necessário ter feito para que se cumprisse a rigor e a contento o programa contratual. Assim, tendo em vista que a obrigação avençada foi de execução de uma obra nos termos planejados pelo contratante, combinando, portanto, o fazer conforme o planejado e entregar a coisa esperada, o defeito de concepção da obra advogado pela demandada mostra-se verossímil, não podendo a construtora assumir a responsabilidade pela frustração decorrente do planejamento que outrem (a autora) realizou.

Sobre o assunto vem muito bema calhar a lição de Marçal Justen Filho:

Se, porém, o dano for provocado por conduta determinada pela Administração, o particular poderá escusar-se à responsabilidade. Suponha-se que surjam danos em virtude da execução de uma obra. Verifica-se que o particular executou fielmente o projeto elaborado pela Administração. Comprova-se que os danos decorreram de falha na concepção do projeto. Imagine-se que o particular tenha cogitado do risco de dano e alertado a fiscalização que rejeitou a advertência e exigiu o estrito cumprimento dos termos contratuais. Nesse caso, a responsabilidade se defere exclusivamente ao Estado.

No mínimo, se não houve um defeito de planejamento do sistema elétrico, então ocorreu a impossibilidade da prestação perfeita da obrigação, hipótese inconfundível com o inadimplemento ou com o adimplemento ruim, pois se nem a autora disse o que deveria ter sido feito - e não foi -, bem como ante a ausência de resolução integral do problema pela própria autora, então causa desconhecida a configurar caso fortuito ou força maior impediram o cumprimento plenamente satisfatório da prestação avençada. E a impossibilidade do cumprimento de obrigação específica certamente não autoriza a deflagração da cláusula penal protetiva de determinada obrigação contratual, vez que de inadimplemento não se trata.

Desse modo, não subsiste a aplicação da cláusula penal tendo em vista a inoccorrência de lídimo inadimplemento em relação ao sistema elétrico.

Já a passarela, as catracas e cancelas não foram sequer executadas, apesar de contratadas. Nesse sentido, adoto o laudo pericial, especialmente a fl. 2.752, tendo em vista que às fls. 182, 307-verso e 309/verso, realmente constam tais obrigações simplesmente negadas pela ré. Aqui é incontroversa a ausência de instalação, não se perquirindo a respeito de problema de funcionamento a contento. Desse modo, sequer se discute a aplicação do regime contratual do preço global ao invés daquele outro consistente na empreitada integral. Desse modo, correta a incidência da cláusula penal no ponto ante a inadimplência relativa.

A existência de problemas na cobertura a permitir que em caso de chuva a água adentre o recinto, bem como a ocorrência de fissuras no piso, são imputáveis à ré. A infiltração vinda do telhado decorre da ausência de passarela e o piso defeituoso é algo inesperado diante da qualidade legitimamente aguardada pela contratante. Diferentemente do que ocorreu com o sistema elétrico, aqui não se vislumbra verdadeiro problema de concepção, mas de alguma falha de execução. Não é sequer crível a tese de que haveria mero desgaste natural do uso com o tempo, vez que as fissuras apareceram já com pouco tempo de uso (menos de um ano ao que tudo indica). Justa a aplicação da penalidade contratual no ponto, portanto.

Já a questão documental não depende somente da ré, sendo crível a existência de entraves burocráticos e atrasos decorrentes da Administração Pública ou, até mesmo, de ausência de cooperação da própria autora (p. ex. disponibilização de pessoas para curso de brigadista). Entretanto, tais fatos deveriam ter sido cabalmente demonstrados e nem mesmo foram especifica e adequadamente aventados na contestação. Desse modo, tem-se como incumprida a obrigação no ponto, caracterizando o inadimplemento do dever secundário.

Por todo o exposto, vê-se que a cobrança de quantia vultosa a título de cláusula penal consistente no valor de 10% do valor total do contrato, ou seja, de multa no valor de R\$ 3.612.173,99, revela-se claramente injusta, seja porque houve parcial cumprimento das obrigações tidas como inadimplidas, seja porque o montante mostra-se manifestamente excessivo quando comparado com a falta contratual imputada, impondo-se a sua redução na forma do art. 413 do Código Civil. Como um todo, vê-se que as prestações desatendidas não impactaram gravemente o desenvolvimento do processo obrigacional a ponto de justificar uma impactante multa de um décimo do preço total da avença. Assim, fixa-se a razoável quantia de R\$ 361.217,39 (trezentos e sessenta e um mil, duzentos e dezessete reais e trinta e nove centavos) a título de cláusula penal por descumprimento de prestações acessórias e por mau cumprimento da obrigação principal.

Logo, o pleito condenatório da autora é parcialmente procedente.

Já a reconvenção é improcedente.

O desequilíbrio no sinalagma funcional somente autoriza a modificação do contrato administrativo, tal como o pacto civil, diante de ocorrência extraordinária, aplicando-se a teoria da imprevisão - e não a da excessiva onerosidade ou da quebra da base, seja esta em sua feição objetiva ou subjetiva. Aproxima-se o art. 65, I, d, da Lei Federal 8.666/93 muito mais do art. 478 do Código Civil do que do art. 6º, V, do CDC que não exige a imprevisibilidade ou as consequências imprevisíveis de um fato previsível. A exceção que revela parentesco entre a Lei Federal 8.666/93 e o CDC é o art. 65, § 5º, do primeiro diploma, mas cuja aplicação não se revela pertinente no caso.

Posta a premissa maior, cumpre ter em vista os fatos alegados para ver se há perfeita subsunção.

A variação dos custos em geral, tais como aumento de salários e relativos à variação cambial, não se constituem, em regra, em eventos imprevisíveis. E no caso em tela não se vislumbrou uma alteração das circunstâncias com a intensidade extraordinária a caracterizar um panorama anômalo a revelar um cenário econômico totalmente diverso daquele que existia ao tempo da contratação. Nesse sentido, apenas exemplificativamente:

A variação cambial é acontecimento previsível no ambiente negocial com moedas estrangeiras. (STJ, REsp 699860, julgamento em 03.05.2005)

A obrigação de a empresa conceder aumento de salário a seus funcionários por força de dissídio coletivo não constitui fato imprevisível capaz de autorizar a revisão do contrato administrativo, nos termos do art. 65 da Lei n. 8.666/1993. Precedente citado: REsp 134.797-DF, DJ 1º/8/2000. REsp 382.260-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 3/12/2002. (STJ, Informativo 0157)

Note-se que tanto as alegações de aumentos de custos da reconvinte quanto as considerações periciais são extremamente genéricas, não se vislumbrando sequer remotamente a imprevisibilidade necessária para a reconfiguração do plano econômico-contratual.

Por fim, veja-se que o prazo de entrega da obra originalmente contratado era de 240 (duzentos e quarenta) dias (fl. 44), ou seja, bem menos do que um ano, não se justificando a necessidade de imposição heterônoma de reajuste não pactuado. Aliás, a ocorrência de aditivos e dilatação do prazo inicialmente avençado certamente concorreu para o aumento dos custos aqui reclamados, pois a ampliação do tempo de execução da obra traz consigo o avanço inflacionário, mas não pode este ser imputado ao contratante, mas sim ao contratado na ausência de comprovação de mora do credor. A concessão de prazo maior somente pode ser interpretado como um favor do credor ao devedor, imputando-se a este o ônus da corrosão inflacionário de seu pagamento.

Desse modo, impõe-se a rejeição da reconvenção.

(...)"

No ID 119583947, pág. 96/97 a decisão que julgou os embargos de declaração acrescentou:

"(...)

A ré e reconvinte, ora embargante, irresigna-se por meio de embargos declaratórios contra o teor de sentença que julgou parcialmente procedente o pedido principal e que rejeitou a reconvenção, aduzindo, em suma ter havido erro do julgador na interpretação de planilha (prova documental) que seria da lavra da autora e não da ré, bem como desconsideração da alteração das circunstâncias que ensejaram a conclusão do contrato, bem como foi ignorada prova oral documentada em DVD cujo acesso estava corrompido por problema de informática. Sustenta, assim, a ocorrência de erros materiais, omissões e contradições no julgamento esgrimado.

Foi oportunizada manifestação da parte adversa.

Primeiramente, quanto à prova oral, chama a atenção que a embargante sequer notícia de que forma a consideração da mesma poderia ter alterado a conclusão alcançada pelo juízo que se baseou em outras tantas provas para prolatar a sentença. Isso, por si só, faz ruir a irresignação contra o édito.

Cumprir notar, ainda, que este juízo, tão logo foi alertado sobre a questão, providenciou a redocumentação da prova, ou seja, foi imediatamente garantida à parte o acesso ao conteúdo gravado em DVD. Mesmo diante do quanto gravado, a parte absolutamente nada comprovou que alterasse o rumo tomado em sentença. Não revelou como a prova oral infirmaria a conclusão de que os problemas de ausência de passarela e defeitos do piso decorreram de adimplemento imperfeito da prestação contratada. Assim, sem prejuízo, nulidade não há a ser declarada e reparada.

Quanto aos outros tópicos, a sentença apreciou as provas dos autos, não se podendo em sede de declaratórios irresignar-se quanto a questão enfrentada, a saber, a da variação dos custos do contrato ao longo do tempo. Veja-se trecho da sentença:

"A variação dos custos em geral, tais como aumento de salários e relativos à variação cambial, não se constituem, em regra, em eventos imprevisíveis. E no caso em tela não se vislumbrou uma alteração das circunstâncias com a intensidade extraordinária a caracterizar um panorama anômalo a revelar um cenário econômico totalmente diverso daquele que existia ao tempo da contratação. Nesse sentido, apenas exemplificativamente:

A variação cambial é acontecimento previsível no ambiente negocial com moedas estrangeiras. (STJ, REsp 699860, julgamento em 03.05.2005)

A obrigação de a empresa conceder aumento de salário a seus funcionários por força de dissídio coletivo não constitui fato imprevisível capaz de autorizar a revisão do contrato administrativo, nos termos do art. 65 da Lei n. 8.666/1993. Precedente citado: REsp 134.797-DF, DJ 1º/8/2000. REsp 382.260-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 3/12/2002. (STJ, Informativo 0157)

Note-se que tanto as alegações de aumentos de custos da reconvinte quanto as considerações periciais são extremamente genéricas, não se vislumbrando sequer remotamente a imprevisibilidade necessária para a reconfiguração do plano econômico-contratual."

Note-se que em embargos de declaração, a recorrente aduz que, um dos elementos do custo da obra, o IPI de alguns dos insumos, aumentou em 15 de outubro de 2002, advogando, assim, a incidência do art. 65, 5º da Lei Federal 8.666/93. Todavia, inviável reconhecer, agora, os efeitos de um suposto aumento de custo cujo impacto financeiro é desconhecido e que data de anos antes do inadimplemento da própria ré. Aliás, como o contrato foi assinado em 1º de outubro de 2002, sequer incide o artigo de lei ao caso. Aponto, ainda, que na perícia sobre o incremento do custo da obra (fls. 2.129-2.144) a majoração do IPI sequer figura como fato contabilmente relevante.

Por fim anoto que a embargante irresigna-se contra sentença que lhe reconheceu razão em grande parte, inclusive diminuindo a penalidade aplicável para um décimo do que era exigido pela autora.

Assim, CONHEÇO E REJEITO OS EMBARGOS DECLARATÓRIOS.

(...)"

Quanto aos honorários advocatícios estes devem remunerar condignamente o trabalho do advogado, considerando que um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito consiste no valor social do trabalho (artigo 1º, IV, da Constituição Federal). Mas não se pode olvidar da necessária proporcionalidade que deve existir entre a remuneração e o trabalho visível feito pelo advogado. Inexistindo proporcionalidade, deve-se invocar o § 8º do artigo 85 do CPC de 2015: "Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do parágrafo 2º", mesmo que isso seja feito para o fim de reduzir os honorários, levando-se em conta que o empobrecimento sem justa causa do adverso que é vencido na demanda significa uma penalidade, e é certo que ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal, vale dizer, sem justa causa. Nesse âmbito, a fixação exagerada de verba honorária - se comparada com o montante do trabalho prestado pelo advogado - é enriquecimento sem justa causa, proscrito pelo nosso Direito e pela própria Constituição polifacética, a qual prestigia os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

O saudoso Limongi França ensinava: "Enriquecimento sem causa, enriquecimento ilícito ou locupletamento ilícito é o acréscimo de bens que se verifica no patrimônio de um sujeito, em detrimento de outrem, sem que para isso tenha um fundamento jurídico" (Enriquecimento sem Causa. Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, 1987).

No atual Código Civil, legislação infraconstitucional permeada de razoabilidade e proporcionalidade constitucionais, há fundamento para obstar o enriquecimento sem causa no art. 844: "Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários...".

Na posição de Celso Antônio Bandeira de Melo, "Enriquecimento sem causa é o incremento do patrimônio de alguém em detrimento do patrimônio de outrem, sem que, para supeditar tal evento, exista uma causa juridicamente idônea. É perfeitamente assente que sua proscrição constitui-se em um princípio geral do direito...os princípios gerais de direito estão subjacentes ao sistema jurídico-positivo, não porém, como um dado externo, mas como uma inerência da construção em que se corporifica o ordenamento, porquanto seus diversos institutos jurídicos, quando menos considerados em sua complexidade íntegra, traem, nas respectivas composturas, ora mais ora menos visivelmente, a absorção dos valores que se expressam nos sobre ditos princípios..." (RDA, 210:25/35).

Indo mais acima, o próprio STF elegeu o enriquecimento sem causa como uma situação contrária à Magna Carta, no AI-AgR182458, rel. Min. Marco Aurélio, Data da Decisão: 04/03/1997.

Concluo por entender que o §8º do art. 85 é uma cláusula que pode ser aplicada, em conjunto com o Código Civil e com princípios da Constituição, de modo a permitir a redução de verba honorária desproporcional e que represente enriquecimento sem causa, isto é, desvinculado do trabalho advocatício efetivamente prestado.

Registro decisões do TJSP nesse sentido:

"APELAÇÃO - Pretensão de majoração dos honorários advocatícios conforme o disposto no art. 85, §3º e II, do Código de Processo Civil e artigos 22 e 24 da Lei nº 8.906/94 - Aplicação da equidade prevista no §8 do art. 85 do CPC, a fim de se evitar o arbitramento de valor exorbitante em detrimento do erário - Sentença parcialmente reformada - Recurso parcialmente provido" (g.n.)

(TJ/SP; Apelação 1002672-53.2017.8.26.0297; Relator (a): Moreira de Carvalho; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Foro de Jales - 1ª Vara; Data do Julgamento: 26/3/2018; Data de Registro: 26/3/2018).

"Apelação Cível - Tributário - Processual Civil - Ação Anulatória de Débito Fiscal - Sentença de procedência parcial que afasta a aplicação de juros na forma da Lei Estadual nº 13.918/09 com condenação da FESP no pagamento de honorários advocatícios - Recurso voluntário da FESP - Provimento parcial ao recurso de rigor. 1. Embora imperiosa a condenação da Fazenda Pública nos ônus da sucumbência, porque dera causa à execução de valores descabidos, impõe-se a redução dos honorários advocatícios de sucumbência. 2. Honorários advocatícios que devem observar, no seu arbitramento a equidade e moderação na forma prevista no § 8 do art. 85 do novo CPC a fim de se evitar o arbitramento de valor exorbitante em detrimento do erário, mormente em se considerando a baixa complexidade da demanda e suas peculiaridades - Precedentes da Corte e do C. STJ - Honorários advocatícios arbitrados em R\$ 5.000,00. Sentença reformada em parte - Recurso da FESP provido em parte para reduzir os honorários advocatícios, mantida no mais a r. Sentença recorrida." (g.n.)

(TJ/SP; Apelação 1040762-23.2016.8.26.0053; Relator (a): Sidney Romano dos Reis; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 9ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 18/12/2017; Data de Registro: 19/12/2017).

Justifica-se a adequação da verba honorária para evitar enriquecimento sem causa, mormente porque o STJ indica que, além do mero valor dado à causa, deve o julgador atentar para a complexidade da demanda (*AgInt no AREsp 987.886/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 28/08/2017 - AgRg no AgRg no REsp 1451336/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Rel. p/ Acórdão Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/03/2015, DJe 01/07/2015*), sendo essa uma fórmula para se atender ao princípio da proporcionalidade e que sobrevive perante o CPC/15.

Assim, a equidade há de ser observada para que não ocorra, na espécie, situação de enriquecimento sem causa. Confira-se:

TRIBUTÁRIO. ADMINISTRATIVO. ANULAÇÃO DE DECISÃO ADMINISTRATIVA. PERÍCIA CONTÁBIL. APURAÇÃO DE SALDO NEGATIVO DE CSLL. HOMOLOGAÇÃO PARCIAL. DESNECESSIDADE DE PRÉVIA LAVRATURA DE AUTO DE INFRAÇÃO. HOMOLOGAÇÃO TÁCITA NÃO VERIFICADA. RECURSO IMPROVIDO. REEXAME NECESSÁRIO PROVIDO EM PARTE PARA REDUZIR OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM DESFAVOR DA UNIÃO. 1. A autora teve suas compensações não homologadas pela autoridade administrativa; porém a perícia técnica realizada nos autos demonstra claramente a existência do crédito proveniente do saldo negativo de CSLL, bem como a suficiência deles para extinguir os débitos mediante compensação dos débitos indicados nas PER/DCOMP n.ºs 42310.16813.271106.1.7.03.1200 e 35958.58537.271106.1.7.03.7400, declarando-os extintos, bem como para reconhecer a compensação parcial dos débitos indicados na PER/DCOMP n.º 24343.03214.011209.1.7.03.1500, declarando-os parcialmente extintos até o limite do crédito de R\$ 10.223,17 (com saldo devedor remanescente de R\$ 165.263,85). 2. No tocante ao argumento da necessidade da prévia lavratura de auto de infração, com a vigência do art. 18, da Medida Provisória n.º 135/03, convertida na Lei n.º 10.833/03, deixou de ser necessário o lançamento de ofício na hipótese de não homologação expressa. 3. Não obstante o art. 169 do CTN expressamente dispor sobre o prazo prescricional para o ajuizamento de "ação anulatória da decisão administrativa que denegar a restituição", por óbvio o prazo de 2 anos também deve ser aplicado quando a Administração não homologa ou homologa parcialmente a compensação pleiteada. Isso porque em ambos os casos o contribuinte exerce administrativamente o direito creditório entendido como devido, e é esta pretensão que lhe é negada pela Administração. Com efeito, a compensação tem por pressuposto o reconhecimento da existência e liquidez dos créditos ali declarados, manifestação idêntica àquela prolatada quando do reconhecimento da restituição dos mesmos. No caso, o despacho decisório, que não homologou as PER/DCOMP foi proferido em 05/07/2011 e a ação ajuizada pela autora, em 09/11/2011. 4. Inocorrência de homologação tácita do saldo negativo de CSLL apurado no ano-calendário de 2004, tendo em vista que - como a própria perícia afirma - a declaração de compensação (DECOMP) mais antiga é de 27/11/2006, sendo que o despacho decisório que rejeitou a compensação apresentada nessa declaração é de 5/07/2011. 5. Embora no caso dos autos o art. 85 do NCPD deva reger a espécie, a equidade há de ser observada para que não ocorra comprometimento de recursos públicos em situação de enriquecimento sem causa, considerando o elevado valor atribuído à causa (R\$ 3.271.219,19 - em 9/11/2011), a fim de se evitar o arbitramento de valor exorbitante em detrimento do erário, condenar a União em honorários de R\$ 20.000,00, reajustáveis conforme a Res. 267/CJF.

(ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 2260006 0020628-38.2011.4.03.6100, DESEMBARGADOR FEDERAL JOHNSOM DI SALVO, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:22/03/2019 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. ARTIGO 1.021 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. APLICÁVEL "IN CASU" O DISPOSTO NO § 4º DO ARTIGO 20 DO CPC/73. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE MAJOROU OS HONORÁRIOS PARA R\$ 10.000,00. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. 1. Decisão monocrática que majorou os honorários advocatícios fixados na sentença de R\$ 1.000,00 para R\$ 10.000,00 à vista da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como o desforço profissional e o sucesso da demanda, pois a singeleza da matéria tratada não recomenda que a base de cálculo dos honorários seja o valor da causa que era da ordem de R\$ 801.403,40. 2. A quantia fixada se adequa ao quanto recomendava o § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil de 1973 (vigente na época), que permitia um juízo de equidade sobre a verba honorária, juízo esse que comportava a eleição de um valor fixo, mesmo que inferior ao percentual de 10% sobre o valor da causa, atendendo dessa forma as normas constantes das alíneas a, b e c do § 3º do referido dispositivo legal, considerando as especificidades do processo (o tempo entre o ajuizamento da ação e a prolação da sentença e o reconhecimento da parte embargada acerca da ilegitimidade da embargante em permanecer no polo passivo já na impugnação aos embargos). 3. Agravo interno improvido.

(Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2055245 0020357-40.2012.4.03.6182, DESEMBARGADOR FEDERAL JOHNSOM DI SALVO, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/02/2019 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Destarte, feitas tais considerações e em atenção aos princípios da proporcionalidade, equidade e razoabilidade, levando em consideração o valor elevado da causa (R\$ 3.612.173,99) mantém-se a condenação da parte autora ao pagamento de honorários na razão de R\$100.000 (cem mil reais) e a condenação da ré ao pagamento de honorários de R\$ 10.000 (dez mil reais) e 10% das custas tendo em vista a sua menor sucumbência. Sem custas pela autora que é isenta. E, no tocante a reconvenção a condenação da reconvincente ao pagamento de custas e honorários na razão de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) em favor dos patronos da autora-reconvincente, para que se evite o comprometimento de recursos públicos, o enriquecimento sem causa e se observe a proporcionalidade.

Ante o exposto, **nego provimento** as apelações e ao reexame necessário.

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. CONTRATOS. PENALIDADE. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE MULTA NO VALOR DE 10% (DEZ POR CENTO) SOBRE O TOTAL DO CONTRATO FIRMADO ENTRE A EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS E A EMPRESA CONTRATANTE. PROCESSO ADMINISTRATIVO. RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO. RECONVENÇÃO. RESTABELECIMENTO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO. RECURSOS IMPROVIDOS.

O contrato foi ajustado, em conformidade com o edital, mediante o pagamento de preço global pela obra, amoldando-se à figura jurídica prevista no art. 6º, VIII, “a”, da Lei Federal 8.666/93, não se subsumindo, portanto, ao quanto previsto na alínea “e” do mesmo artigo legal que prevê a empreitada integral.

Na contratação por regime de preço global é certo que se assume um risco maior do que quando se contrata por empreitada integral, inclusive sendo razoável a contrapartida pecuniária menor no primeiro caso do que no segundo, pagando-se proporcionalmente ao gravame contraído pela outra parte do negócio. Em ambos os casos há obrigação de resultado, mas não do mesmo resultado, pois enquanto em uma modalidade a prestação da contratada é de realizar a obra nos termos planejados pela contratante, entregando-se a mesma tal como concebida, já na segunda forma de pactuação a responsabilidade é pela entrega de uma obra funcional, dada a fase de planejamento estar sob a alçada da construtora - e não do ente público. Em ambos os casos há obrigação de resultado - e não de meio - e de dar - e não de um fazer -, mas o que deve ser prestado e a responsabilidade advinda é diversa, evidenciando-se maior onerosidade e risco para o contratado na empreitada integral do que no ajuste por preço global.

De outro lado, a planilha apresentada pela contratada não vincula a contratante, pois a obrigatoriedade atua no sentido inverso, a saber, de adesão e compromisso com o previsto no edital e no contrato, sendo a demonstração de custos apenas um parâmetro para eleição da vencedora do certame, não prevalecendo o detalhamento analítico sobre o quanto necessário ao fiel cumprimento do programa contratual. Assim, a questão do item estar ou não na planilha feita pela contratada não a socorre, até mesmo porque falha sua não lhe pode beneficiar.

Já a questão documental não depende somente da ré, sendo crível a existência de entraves burocráticos e atrasos decorrentes da Administração Pública ou, até mesmo, de ausência de cooperação da própria autora (p. ex. disponibilização de pessoas para curso de brigadista). Entretanto, tais fatos deveriam ter sido cabalmente demonstrados e nem mesmo foram específica e adequadamente aventados na contestação. Desse modo, tem-se como descumprida a obrigação no ponto, caracterizando o inadimplemento do dever secundário.

A cobrança de quantia vultosa a título de cláusula penal consistente no valor de 10% do valor total do contrato, ou seja, de multa no valor de R\$ 3.612.173,99, revela-se claramente injusta, seja porque houve parcial cumprimento das obrigações tidas como inadimplidas, seja porque o montante mostra-se manifestamente excessivo quando comparado com a falta contratual imputada, impondo-se a sua redução na forma do art. 413 do Código Civil. Como um todo, vê-se que as prestações desatendidas não impactaram gravemente o desenvolvimento do processo obrigacional a ponto de justificar uma impactante multa de um décimo do preço total da avença. Assim, fixa-se a razoável quantia de R\$ 361.217,39 (trezentos e sessenta e um mil, duzentos e dezessete reais e trinta e nove centavos) a título de cláusula penal por descumprimento de prestações acessórias e por mau cumprimento da obrigação principal. Logo, o pleito condenatório da autora é parcialmente procedente.

Reconvenção improcedente, pois o desequilíbrio no sinalagma funcional somente autoriza a modificação do contrato administrativo, tal como o pacto civil, diante de ocorrência **extraordinária**, aplicando-se a teoria da imprevisão - e não a da excessiva onerosidade ou da quebra da base, seja esta em sua feição objetiva ou subjetiva. Aproxima-se o art. 65, I, "d", da Lei Federal 8.666/93 muito mais do que do art. 6º, V, do CDC que não exige a imprevisibilidade ou as consequências imprevisíveis de um fato previsível. A exceção que revela parentesco entre a Lei Federal 8.666/93 e o CDC é o art. 65, parágrafo 5º, do primeiro diploma, mas cuja aplicação não se revela pertinente no caso.

A variação dos custos em geral, tais como aumento de salários e relativos à variação cambial, não se constituem, em regra, em eventos imprevisíveis. E no caso não se vislumbrou uma alteração das circunstâncias com a intensidade extraordinária a caracterizar um panorama anômalo a revelar um cenário econômico totalmente diverso daquele que existia ao tempo da contratação.

Note-se que tanto as alegações de aumentos de custos da reconvincente quanto as considerações periciais são extremamente genéricas, não se vislumbrando sequer remotamente a imprevisibilidade necessária para a reconfiguração do plano econômico-contratual.

Por fim, veja-se que o prazo de entrega da obra originalmente contratado era de 240 (duzentos e quarenta) dias, ou seja, bem menos do que um ano, não se justificando a necessidade de imposição heterônoma de reajuste não pactuado. Aliás, a ocorrência de aditivos e dilatação do prazo inicialmente avençado certamente concorreu para o aumento dos custos na ação reclamados, pois a ampliação do tempo de execução da obra traz consigo o avanço inflacionário, mas não pode este ser imputado ao contratante, mas sim ao contratado na ausência de comprovação de mora do credor. A concessão de prazo maior somente pode ser interpretado como um favor do credor ao devedor, imputando-se a este o ônus da corrosão inflacionário de seu pagamento.

Em atenção aos princípios da proporcionalidade, equidade e razoabilidade, levando em consideração o valor elevado da causa (R\$ 3.612.173,99) mantem-se a condenação da parte autora ao pagamento de honorários na razão de R\$ 100.000 (cem mil reais) e a condenação da ré ao pagamento de honorários de R\$ 10.000 (dez mil reais) e 10% das custas tendo em vista a sua menor sucumbência. Sem custas pela autora, que é isenta. E, no tocante a reconvenção a condenação da reconvincente ao pagamento de custas e honorários na razão de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) em favor dos patronos da autora-reconvinda, para que se evite o comprometimento de recursos públicos, o enriquecimento sem causa e se observe a proporcionalidade.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento as apelações e ao reexame necessário, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5004945-89.2019.4.03.6100

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

PARTE AUTORA: CAROLINA TEIXEIRA SANTOS

Advogado do(a) PARTE AUTORA: JEFERSON PEREZ MARTINEZ GENESIO - SP419555-A

PARTE RE: ASSOCIACAO UNIFICADA PAULISTA DE ENSINO RENOVADO OBJETIVO-ASSUPERO

Advogados do(a) PARTE RE: ANDREIA APARECIDA BATISTA DE ARAUJO - SP278173-A, CRISTIANE BELLOMO DE OLIVEIRA - SP140951-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de reexame necessário da r. sentença proferida em 1/4/2020 que, confirmando a liminar anteriormente deferida, **concedeu a ordem** para que a autoridade impetrada – REITOR DA UNIVERSIDADE PAULISTA – CAMPUS PARAÍSO – forneça à impetrante o certificado de colação de grau e diploma do curso de Direito, desde que a ausência de comparecimento ao ENADE seja o único óbice para tanto.

Sem apelo voluntário, nesta instância a Procuradoria Regional da República se manifestou pela manutenção da r. sentença.

É o relatório.

DECIDO:

Sentença correta porque considerou que a ausência do estudante no ENADE não constitui motivo para a vedação da colação de grau e expedição do diploma, até porque a Lei nº 10.861/04 não estabeleceu qualquer sanção ao aluno que, indicado, deixar de comparecer.

Nesse sentido é o entendimento desta Corte: “*Nesse aspecto, cumpre mencionar que o ENADE - Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes, foi introduzido pela Lei nº 10.861/2004, com expressa previsão de obrigatoriedade. Contudo, observa-se, a teor do referido diploma legal, a ausência de previsão de qualquer penalidade ao estudante que não participe do ENADE, razão pela qual se denota a ilegalidade no ato da autoridade impetrada que indeferiu o pedido do impetrante no tocante à colação de grau e à expedição do respectivo certificado de conclusão de curso – diploma –, necessário não apenas a seu ingresso no mercado de trabalho, mas, no caso em tela, como condição para “promoção” de carreira no Órgão em que trabalha o impetrante, conforme constou da inicial*” (TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 5001938-89.2019.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal NERY DA COSTA JUNIOR, julgado em 04/06/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/06/2020).

Pelo exposto, **nego provimento à remessa oficial.**

Observadas as formalidades legais, remetam-se os autos à vara de origem.

Intime-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007393-02.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

AGRAVANTE: ALEF JONATHAN MONTEIRO DE OLIVEIRA, FRANCISCA DA SILVA MONTEIRO OLIVEIRA, SIMAO DE OLIVEIRA, MELLO GUIMARAES EMPREENDIMIENTOS E PARTICIPACOES LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: IGOR QUEIROZ FAVARETO - PR35974-A

AGRAVADO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007393-02.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

AGRAVANTE: ALEF JONATHAN MONTEIRO DE OLIVEIRA, FRANCISCA DA SILVA MONTEIRO OLIVEIRA, SIMAO DE OLIVEIRA, MELLO GUIMARAES EMPREENDIMIENTOS E PARTICIPACOES LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: IGOR QUEIROZ FAVARETO - PR35974

AGRAVADO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Trata-se de embargos de declaração interpostos contra v. Acórdão que deu parcial provimento ao agravo de instrumento da União.

A ementa (ID 67714159):

PROCESSO CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - APURAÇÃO DE DANO AMBIENTAL - LIMINAR IMPOSITIVA DE OBRIGAÇÕES DE FAZER - IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO PELOS ANTIGOS PROPRIETÁRIOS.

1- Com relação à definição da legitimidade passiva, a manutenção do interesse processual e à improcedência do pedido, o recurso é inepto.

2- Os agravantes dizem que o seu direito pode ser protegido de imediato. Não pedem, porém, ao Tribunal, que, reconhecendo a circunstância, obrigue o digno Juízo de 1º grau de jurisdição a decidir a questão. Postulam, isto sim, a supressão de uma instância, porque desejam ver o Tribunal decidindo a questão "per saltum".

3- De outro lado, a matrícula atualizada prova que os agravantes alienaram o imóvel. Fica evidente que não é possível o cumprimento, pelos agravantes, das obrigações de fazer impostas na liminar.

4- Agravo de instrumento provido em parte.

As agravantes, ora embargantes (ID 98127983), apontam obscuridade: não teria sido analisado o pedido de revogação da liminar, com relação a MELLO GUIMARÃES EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA. ("Mello").

Reiteram que, com relação à empresa MELLO, a petição inicial da ação civil pública seria inepta, porque sua propriedade não está na margem do rio, nos termos da documentação apresentada.

Anotam omissão na análise da possibilidade de aproveitamento da tutela, com relação à coagravante MELLO.

Sem resposta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007393-02.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

AGRAVANTE: ALEF JONATHAN MONTEIRO DE OLIVEIRA, FRANCISCA DA SILVA MONTEIRO OLIVEIRA, SIMAO DE OLIVEIRA, MELLO GUIMARAES EMPREENDIMENTOS E PARTICIPACOES LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: IGOR QUEIROZ FAVARETO - PR35974

AGRAVADO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

O v. Acórdão destacou expressamente (ID 67714156):

“Os agravantes arguíram as questões aqui impugnadas na contestação (ID 10975663 e anexos, na origem).”

A r. decisão (ID 14311492, na origem):

“ID 9809631:- Defiro a admissão da União, na condição de assistente litisconsorcial simples do Ministério Público Federal, consoante disposição do artigo 119 do Código de Processo Civil, resguardado ao IBAMA e ao ICMBio sua admissão no processo a qualquer tempo, conforme requerido (ID 9713771).”

Providencie a secretaria as anotações necessárias.

ID 10129553:- Ciência às partes quanto aos documentos comprobatórios dos registros de averbação do ajuizamento da presente ação civil pública nas matrículas dos imóveis descritos na inicial.

IDs 10975663, 10975663 e 13906156, 13906158:- Mantenho a decisão que concedeu a liminar (ID 9252314), por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Concedo ao Ministério Público Federal e à União o prazo de 15 (quinze) dias, para ofertarem manifestação acerca das contestações e documentos apresentados pela parte requerida (10975663 e 11400722).

Sem prejuízo, e, em igual prazo, manifestem-se as partes acerca das provas que pretendem produzir, justificando sua pertinência e necessidade, sob pena de preclusão.

Intimem-se”.

Assim sendo, com relação à definição da legitimidade passiva, a manutenção do interesse processual e à improcedência do pedido, o recurso é inepto.

Os agravantes dizem que o seu direito pode ser protegido de imediato.

Não pedem, porém, ao Tribunal, que, reconhecendo a circunstância, obrigue o digno Juízo de 1º grau de jurisdição a decidir a questão.

Postulam, isto sim, supressão de uma instância, porque desejam ver o Tribunal decidindo a questão "per saltum"."

Não há, portanto, qualquer vício no v. Acórdão. Pedido e fundamento jurídico são institutos processuais distintos. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.

No caso concreto, os embargos não demonstram a invalidade jurídica da fundamentação adotada no v. Acórdão. Pretendem, é certo, outra. Não se trata, então, da ocorrência de vício na decisão da causa, mas de sua realização por fundamento jurídico diverso da intelecção da parte.

De outra parte, a Constituição Federal, na cláusula impositiva da fundamentação das decisões judiciais, não fez opção estilística. Sucinta ou laudatória, a fundamentação deve ser, apenas, exposta no vernáculo (STJ - AI nº 169.073-SP-AgRg - Rel. o Min. José Delgado).

Na realidade, o que se pretende, através do presente recurso, é o reexame do mérito da decisão da Turma, o que não é possível em sede de embargos de declaração. Confira-se:

PROCESSO CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ART. 535, DO CPC - SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL DA EXTINTA SUDAM - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA - NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA - PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL - AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO - NÍTIDO CARÁTER INFRINGENTE - REJEIÇÃO.

1 - Tendo o acórdão embargado reconhecido a insuficiência de comprovação do direito líquido e certo, salientando a necessidade de dilação probatória, revestem-se de caráter infringente os embargos interpostos a pretexto de omissão e prequestionamento, uma vez que pretendem reabrir os debates meritórios acerca do tema.

2 - Por prerrogativa do dispositivo processual aventado, os Embargos de Declaração consubstanciam instrumento processual adequado para excluir do julgado qualquer obscuridade ou contradição ou, ainda, suprir omissão, cujo pronunciamento sobre a matéria se impunha ao Colegiado, integralizando-o, não se adequando, todavia, para promover o efeito modificativo do mesmo. Inteligência do art. 535 e incisos, do Código de Processo Civil.

3 - Precedentes (EDREsp nºs 120.229/PE e 202.292/DF).

4 - Embargos conhecidos, porém, rejeitados.

Por estes fundamentos, rejeito os embargos de declaração.

É o voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ALEGAÇÃO DE VÍCIO: INEXISTÊNCIA - CARÁTER INFRINGENTE: IMPOSSIBILIDADE - REJEIÇÃO.

1. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.
2. Na solução da causa, a adoção de fundamento jurídico diverso do exposto pela parte não é omissão. É divergência de intelecção na solução da lide, circunstância desqualificadora da interposição de embargos de declaração.
3. A Constituição Federal não fez opção estilística, na imposição do requisito da fundamentação das decisões. Esta pode ser laudatória ou sucinta. Deve ser, tão-só, pertinente e suficiente.
4. Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5017473-58.2019.4.03.6100

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

PARTE AUTORA: COMPLEX TECNOLOGIA LTDA

Advogados do(a) PARTE AUTORA: CARLA SOARES VICENTE - SP165826-A, RENATO OSWALDO DE GOIS PEREIRA - SP204853-A

PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Remessa oficial determinada pelo Juízo *a quo* em razão da sentença que **concedeu a segurança** “*para determinar à autoridade coatora que, no prazo de 10 (dez) dias, proceda à análise conclusiva nos pedidos de habilitação de créditos realizado pela parte impetrante nos processos administrativos nº 13811.721553/2019-15 e 13811.721554/2019-60, salvo absoluta impossibilidade de assim proceder, o que deverá ser justificado nos presentes autos no mesmo prazo acima assinalado*”.

DECIDO:

Sentença correta porque aplicou a Lei n.º 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estipulando em seu artigo 49 o prazo de até 30 dias para decidir, após a conclusão da instrução do processo administrativo; a IN RFB nº 1.717/2017, que estabelece normas sobre restituição, compensação, ressarcimento e reembolso, no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil, dispondo em seu artigo 100, § 3º que no prazo de 30 dias, contado da data da protocolização do pedido ou da regularização das pendências a que se refere o parágrafo anterior, deverá ser proferido despacho decisório sobre o pedido de habilitação do crédito; correto o *decisum*, ainda, porque prestigiou o direito fundamental da duração razoável do processo (artigo 5º, LXXVIII, CF) e princípio da eficiência (artigo 37, CF).

Colaciona-se jurisprudência desta Corte:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. HABILITAÇÃO DE CRÉDITO. REQUERIMENTO. PRAZO PARA ANÁLISE. ART. 5º, LXXVIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INSTRUÇÃO NORMATIVA RFB Nº 1.717/2017 (ART. 100, § 3º).

1. Mandado de segurança em que se pretende a análise e conclusão do pedido de habilitação de crédito decorrente de decisão judicial transitada em julgado, protocolizado em 9/11/2018, objeto do procedimento administrativo nº 10880.738532/2018-46, no prazo máximo de quarenta e cinco dias, visto que esgotado o prazo previsto no § 3º do art. 100 da IN RFB nº 1.717/2017; sem despacho decisório até a data da propositura da ação (12/12/2018, ID 107094720).

2. O art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

3. A Instrução Normativa RFB nº 1.717, de 17 de julho de 2017 (DOU 18/7/2017), estabelece normas sobre restituição, compensação, ressarcimento e reembolso, no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil; o seu art. 100, § 3º, fixa o prazo de trinta dias para decisão sobre o pedido de habilitação de crédito. Precedentes do STJ e TRF3.

4. Deferimento parcial da liminar para determinar que a autoridade impetrada promovesse a análise do requerimento consubstanciado no processo administrativo nº 10880.738532/2018-46, no prazo máximo de trinta dias (ID 107094947); confirmação pela sentença (ID 107094961).

5. Remessa oficial desprovida.

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 5030830-42.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, julgado em 04/05/2020, Intimação via sistema DATA: 05/05/2020)

Nego provimento ao reexame necessário.

INT.

À baixa no tempo oportuno.

São Paulo, 20 de junho de 2020.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL(199) Nº 5003765-45.2019.4.03.6130

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

PARTE AUTORA: VILANISA BARBOSA DE MIRANDA

Advogados do(a) PARTE AUTORA: EDISON EVANGELISTA DE JESUS - SP382721-A, MARIA GENIDETE DE CARVALHO BRISOLA - SP416848-A

PARTE RE: CHEFE DA AGENCIA DO INSS DE CARAPICUIBA/SP, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Remessa oficial determinada pelo Juízo *a quo* em razão da sentença que concedeu a segurança para determinar que a autoridade impetrada conclua a análise do requerimento administrativo protocolado sob nº 1219314911, no prazo máximo de 15 (quinze) dias.

DECIDO:

Sentença correta porque aplicou a Lei n.º 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito federal, estipulando em seu artigo 49 o prazo de 30 dias para a prolação de decisão pelo órgão administrativo, salvo força maior que não era o caso, na espécie; a Lei nº 8.213/91, artigo 41-A, que dispõe em seu § 5º que o primeiro pagamento da renda mensal do benefício deve ser efetuado até 45 dias após a data da apresentação, pelo segurado, da documentação necessária à sua concessão; correto o *decisum*, ainda, porque prestigiou o princípio da eficiência (artigo 37, CF) e da duração razoável do processo (artigo 5º, LXXVIII, CF).

Nego provimento ao reexame necessário.

INT.

À baixa no tempo oportuno.

São Paulo, 20 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5005362-34.2018.4.03.6114

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: INDUSTRIA E COMERCIO JOLITEX LTDA

Advogado do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5005362-34.2018.4.03.6114

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: INDUSTRIA E COMERCIO JOLITEX LTDA

Advogado do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Trata-se de embargos de declaração interpostos contra v. Acórdão que negou provimento ao agravo interno.

A ementa (ID 89955103):

“AGRAVO INTERNO – TRIBUTÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL - REGULARIDADE NO PROCESSAMENTO - INCIDÊNCIA DO IPI – SAÍDA DE MERCADORIA DO ESTABELECIMENTO IMPORTADOR PARA REVENDA: POSSIBILIDADE.

- 1. O Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral do tema (RE 946648). Não houve determinação de sobrestamento dos processos pendentes. O processamento é regular.*
- 2. A incidência tributária tem fundamento nos artigos 46, inciso I, e 51, parágrafo único, ambos do Código Tributário Nacional, recepcionados pela Constituição Federal.*
- 3. O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento realizado no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973, afirmou a legalidade da incidência tributária, na saída da mercadoria importada (EREsp 1403532/SC).*
- 4. Agravo interno improvido.”*

A agravante, ora embargante (ID 120420402), aponta omissão na análise dos artigos 150, inciso II, e 153, inciso IV, §3º, da Constituição Federal, 46, 51, 98 e 170, do Código Tributário Nacional, 2º, da Lei Federal nº 4.502/64, 35, do Decreto nº 7.212/2010, 66, da Lei Federal nº 8.383/91, e 74, da Lei Federal nº 9.430/96.

Prequestiona a matéria, com a finalidade de interposição de recursos dirigidos às Cortes Superiores.

Resposta (ID 128405694).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5005362-34.2018.4.03.6114
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: INDUSTRIA E COMERCIO JOLITEX LTDA
Advogado do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

O v. Acórdão destacou expressamente:

“A incidência tributária tem fundamento nos artigos 46, inciso I, e 51, parágrafo único, ambos do Código Tributário Nacional, recepcionados pela Constituição Federal.

O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento realizado no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973, afirmou a legalidade da incidência tributária na saída da mercadoria importada:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI. FATO GERADOR. INCIDÊNCIA SOBRE OS IMPORTADORES NA REVENDA DE PRODUTOS DE PROCEDÊNCIA ESTRANGEIRA. FATO GERADOR AUTORIZADO PELO ART. 46, II, C/C 51, PARÁGRAFO ÚNICO DO CTN. SUJEIÇÃO PASSIVA AUTORIZADA PELO ART. 51, II, DO CTN, C/C ART. 4º, I, DA LEI N. 4.502/64. PREVISÃO NOS ARTS. 9, I E 35, II, DO RIPI/2010 (DECRETO N. 7.212/2010).

1. Seja pela combinação dos artigos 46, II e 51, parágrafo único do CTN - que compõem o fato gerador; seja pela combinação do art. 51, II, do CTN, art. 4º, I, da Lei n. 4.502/64, art. 79, da Medida Provisória n. 2.158-35/2001 e art. 13, da Lei n. 11.281/2006 - que definem a sujeição passiva, nenhum deles até então afastados por inconstitucionalidade, os produtos importados estão sujeitos a uma nova incidência do IPI quando de sua saída do estabelecimento importador na operação de revenda, mesmo que não tenham sofrido industrialização no Brasil.

2. Não há qualquer ilegalidade na incidência do IPI na saída dos produtos de procedência estrangeira do estabelecimento do importador; já que equiparado a industrial pelo art. 4º, I, da Lei n. 4.502/64, com a permissão dada pelo art. 51, II, do CTN.

3. Interpretação que não ocasiona a ocorrência de bis in idem, dupla tributação ou bitributação, porque a lei elenca dois fatos geradores distintos, o desembaraço aduaneiro proveniente da operação de compra de produto industrializado do exterior e a saída do produto industrializado do estabelecimento importador equiparado a estabelecimento produtor; isto é, a primeira tributação recai sobre o preço de compra onde embutida a margem de lucro da empresa estrangeira e a segunda tributação recai sobre o preço da venda, onde já embutida a margem de lucro da empresa brasileira importadora. Além disso, não onera a cadeia além do razoável, pois o importador na primeira operação apenas acumula a condição de contribuinte de fato e de direito em razão da territorialidade, já que o estabelecimento industrial produtor estrangeiro não pode ser eleito pela lei nacional brasileira como contribuinte de direito do IPI (os limites da soberania tributária o impedem), sendo que a empresa importadora nacional brasileira acumula o crédito do imposto pago no desembaraço aduaneiro para ser utilizado como abatimento do imposto a ser pago na saída do produto como contribuinte de direito (não-cumulatividade), mantendo-se a tributação apenas sobre o valor agregado.

4. Precedentes: REsp. n. 1.386.686 - SC, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 17.09.2013; e REsp. n. 1.385.952 - SC, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 03.09.2013. Superado o entendimento contrário veiculado nos EREsp. nº 1.411.749-PR, Primeira Seção, Rel. Min. Sérgio Kukina, Rel. p/acórdão Min. Ari Pargendler, julgado em 11.06.2014; e no REsp. n. 841.269 - BA, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 28.11.2006.

5. Tese julgada para efeito do art. 543-C, do CPC: "os produtos importados estão sujeitos a uma nova incidência do IPI quando de sua saída do estabelecimento importador na operação de revenda, mesmo que não tenham sofrido industrialização no Brasil".

6. Embargos de divergência em Recurso especial não providos. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(EREsp 1403532/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/10/2015, DJe 18/12/2015)."

Não há, portanto, qualquer vício na decisão. Pedido e fundamento jurídico são institutos processuais distintos. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.

No caso concreto, os embargos não demonstram a invalidade jurídica da fundamentação adotada no v. Acórdão. Pretendem, é certo, outra. Não se trata, então, da ocorrência de vício na decisão da causa, mas de sua realização por fundamento jurídico diverso da intelecção da parte.

De outra parte, a Constituição Federal, na cláusula impositiva da fundamentação das decisões judiciais, não fez opção estilística. Sucinta ou laudatória, a fundamentação deve ser, apenas, exposta no vernáculo (STJ - AI nº 169.073-SP-AgRg - Rel. o Min. José Delgado).

Na realidade, o que se pretende, através do presente recurso, é o reexame do mérito da decisão da Turma, o que não é possível em sede de embargos de declaração. Confira-se:

PROCESSO CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ART. 535, DO CPC - SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL DA EXTINTA SUDAM - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA - NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA - PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL - AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO - NÍTIDO CARÁTER INFRINGENTE - REJEIÇÃO.

1 - Tendo o acórdão embargado reconhecido a insuficiência de comprovação do direito líquido e certo, salientando a necessidade de dilação probatória, revestem-se de caráter infringente os embargos interpostos a pretexto de omissão e prequestionamento, uma vez que pretendem reabrir os debates meritórios acerca do tema.

2 - Por prerrogativa do dispositivo processual aventado, os Embargos de Declaração consubstanciam instrumento processual adequado para excluir do julgado qualquer obscuridade ou contradição ou, ainda, suprir omissão, cujo pronunciamento sobre a matéria se impunha ao Colegiado, integralizando-o, não se adequando, todavia, para promover o efeito modificativo do mesmo. Inteligência do art. 535 e incisos, do Código de Processo Civil.

3 - Precedentes (EDREsp nºs 120.229/PE e 202.292/DF).

4 - Embargos conhecidos, porém, rejeitados.

(STJ, 3ª seção, EDMS 8263/DF, rel. Min. Jorge Scartezini, j. 09/04/2003, v.u., DJU 09/06/2003).

No tocante ao pré-questionamento, cumpre salientar que, ainda nos embargos de declaração opostos com este propósito, é necessária a observância aos requisitos previstos no artigo 535, do Código de Processo Civil de 1973, ou do artigo 1.022, do Código de Processo Civil de 2015:

Mesmo nos embargos de declaração com fim de prequestionamento, devem-se observar os lindes traçados no art. 535 do CPC (obscuridade, dúvida, contradição, omissão e, por construção pretoriana integrativa, a hipótese de erro material). Esse recurso não é meio hábil ao reexame da causa (STJ - 1ª Turma, Resp 11.465-0-SP, Rel. o Min. Demócrito Reinaldo, j. 23.11.92, rejeitaram os embs., v.u., DJU 15.2.93, p. 1.665, 2ª col., em.).

Por estes fundamentos, **rejeito** os embargos de declaração.

É o voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – ALEGAÇÃO DE VÍCIO: INEXISTÊNCIA – CARÁTER INFRINGENTE: IMPOSSIBILIDADE – PREQUESTIONAMENTO - REJEIÇÃO.

1. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.
2. Na solução da causa, a adoção de fundamento jurídico diverso do exposto pela parte não é omissão. É divergência de intelecção na solução da lide, circunstância desqualificadora da interposição de embargos de declaração.
3. A Constituição Federal não fez opção estilística, na imposição do requisito da fundamentação das decisões. Esta pode ser laudatória ou sucinta. Deve ser, tão-só, pertinente e suficiente.
4. Os requisitos previstos no artigo 535, do Código de Processo Civil de 1973, ou no artigo 1.022, do Código de Processo Civil de 2015, devem ser observados nos embargos de declaração destinados ao pré-questionamento.
5. Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002242-21.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: CAMBUHY AGRICOLA LTDA
Advogados do(a) AGRAVADO: HENRIQUE COUTINHO DE SOUZA - SP257391-A, RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA - SP15759-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Cuida-se de **agravo interno** interposto contra decisão unipessoal do relator que *negou provimento ao agravo de instrumento* na forma do art. 932 do Código de Processo Civil.

No caso, o agravo de instrumento foi interposto contra decisão de primeiro grau que *deferiu a medida liminar em mandado de segurança* “para determinar que a autoridade se abstenha de praticar qualquer ato que impeça a Impetrante CAMBUHY AGRÍCOLA LTDA de deduzir da base de cálculo para apuração de IRPJ e CSLL as despesas realizadas com os Juros sobre Capital Próprio (JCP) calculados com base em períodos anteriores ao do efetivo pagamento/creditamento, que se deu no ano-calendário de 2019 até o final julgamento da demanda, se preenchidas as demais condições previstas em lei”.

Sucedendo que neste ínterim foi proferida **sentença** que julgou procedente e concedeu a segurança (artigo 487, inciso I, Código de Processo Civil) – ID 130230331.

Sendo assim resta evidente que não mais existe espaço nestes autos para a discussão acerca da liminar.

Ante o exposto **julgo prejudicado o presente agravo interno**, nos termos do artigo 33, inciso XII, do Regimento Interno desta Egrégia Corte, combinado com o artigo 932, inciso III, do Código de Processo Civil.

Comunique-se.

Intimem-se.

Como trânsito, dê-se a baixa.

São Paulo, 22 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5009926-07.2019.4.03.6119
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: REGIANE CRISTINA MATHIAS, THABATA KAROLINE DE SALES BARBOSA LOPES, ALINE APARECIDA DE OLIVEIRA, JACKSON CRUZ CONCEICAO, JOICE MADALENADA SILVA
Advogado do(a) APELANTE: RAPHAEL ULIAN AVELAR - SP293749-A
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3ª REGIÃO, PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3ª REGIÃO, PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3ª REGIÃO, PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO, PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO, PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de ação ordinária ajuizada por REGIANE CRISTINA MATHIAS e OUTROS em face da UNIÃO FEDERAL objetivando a declaração de nulidade do ato administrativo de apreensão de suas bagagens, bem como a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais.

Relatam os autores que, em retorno de viagem de trabalho, tiveram suas bagagens indevidamente retidas pela Aduana brasileira. Afirmam que atuam no exterior como dançarinos e que os figurinos retidos são instrumentos de trabalho.

Após regular processamento, foi proferida sentença, com fulcro no art. 487, I, do CPC/15, julgando **parcialmente procedente** a ação “apenas para declarar a nulidade dos atos administrativos de apreensão das bagagens, consubstanciados nos Termos de Retenção 081760019098513TRB02, 081760019098505TRB02, 081760019098516TRB02, 081760019098510TRB02 e 081760019098517TRB02”. Custas *ex lege*. Honorários advocatícios fixados em razão da sucumbência de cada uma das partes (ID 133235811).

Opostos embargos de declaração (ID 133235813), os quais foram rejeitados (ID 133235819).

Os autores apelaram. Reafirmam a necessidade de condenação da União Federal à indenização dos danos morais sofridos em razão da indevida retenção de suas bagagens (ID 133235825).

Contrarrazões apresentadas (ID 133235829).

Após redistribuição, vieram os autos conclusos (ID 134802093).

É o Relatório.

Decido.

Quanto ao assunto *sub judice*, esta Sexta Turma vem admitindo decisão unipessoal do relator.

Nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, a responsabilidade da União pelos danos causados ao administrado é **objetiva**, bastando, para tanto, a **comprovação** da conduta, do dano e do nexa causal (v.g., TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1576233 - 0000877-89.2008.4.03.6126, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI, julgado em 23/05/2019, e-DJF3 Judicial 1 DATA:31/05/2019; TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2090241 - 0018972-75.2013.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHNSOM DI SALVO, julgado em 14/03/2019, e-DJF3 Judicial 1 DATA:22/03/2019; dentre outros).

Na singularidade, todavia, **não há comprovação** nem do dano, nem do eventual nexa causal deste com a atuação administrativa. Os autores/apelantes se limitam a **alegar** que a retenção indevida de suas bagagens *gerou sofrimento*, sem, contudo, trazer aos autos qualquer prova nesse sentido. Sequer há comprovação de que realizaram apresentações no Brasil e que, de alguma forma, foram prejudicados pela impossibilidade de utilização do figurino retido pela Aduana.

Como bem apontado pelo MM. Magistrado *a quo*, “a autoridade agiu no estrito cumprimento do dever de fiscalizar a internalização de bens, procedimento a que todos estão sujeitos e, entendendo configurada situação de produtos destinados ao comércio, procedeu à retenção”. Os autores, de fato, sofreram *dissabores* em razão do ato administrativo, mas nada que ultrapasse a esfera do **mero aborrecimento cotidiano**. As atitudes do réu não tiveram o condão de causar dor, vexame, sofrimento ou constrangimento perante terceiros (TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 2092797 - 0002290-96.2014.4.03.6104, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI, julgado em 19/09/2019, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/09/2019).

Assim, no presente caso, não há como se impor ao ente público o pagamento de indenização por danos morais.

Cumpra observar, por fim, que no regime do CPC/15 há incidência de condenação em verba honorária na fase recursal, de ofício ou a requerimento do adverso (art. 85, § 1º, *fine*, combinado com o § 11), o que pode se dar cumulativamente com o que ocorreu na fase de cognição (cfr. Nelson Néry e Rosa Néry, Comentários ao CPC/15, ed. RT, 2ª tiragem, pág. 433). No sentido da aplicabilidade de honorária em sede recursal já decidiu o Plenário do STF no RE 559782 AgR-EDv-AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 07/04/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-079 DIVULG 19-04-2017 PUBLIC 20-04-2017. Isso já vinha ocorrendo no âmbito das Turmas, como se vê de RE 955845 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 21/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-178 DIVULG 22-08-2016) e ARE 963464 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 07/04/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-078 DIVULG 18-04-2017 PUBLIC 19-04-2017.

Bem por isso, na espécie, condeno a apelante ao pagamento de honorários recursais em favor da parte adversa, acrescendo-se **cinco pontos percentuais** à verba fixada em primeiro grau, valor que se mostra adequado e suficiente para remunerar de forma digna o trabalho despendido pelos patronos da parte adversa em sede recursal.

Ante o exposto, com fulcro no que dispõe o art. 932 do CPC/15, **nego provimento à apelação**, com condenação da apelante em honorários recursais.

Observadas as formalidades legais, remetam-se os autos à vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 22 de junho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5007949-22.2019.4.03.6105

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ILENDER DO BRASIL LABORATORIOS LTDA

Advogados do(a) APELADO: AMANDA GOULART TERRA DE JESUS - SP405718-A, OCTAVIO TEIXEIRA

BRILHANTE USTRA - SP196524-A

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por ILENDER DO BRASIL LABORATORIOS LTDA objetivando a exclusão do ICMS das bases de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, bem como o reconhecimento do seu direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos a este título.

Após regular processamento, foi proferida sentença, com fulcro no art. 487, I, do NCPC, **concedendo** a segurança pleiteada. Custas *ex lege*. Sem condenação em honorários advocatícios (ID 134281676).

A União Federal apelou (ID 134281678). Defende, preliminarmente, a necessidade de suspensão do feito até o julgamento dos aclaratórios opostos nos autos do RE nº 574.706. No mérito, sustenta a constitucionalidade da inclusão do imposto estadual na base de cálculo do PIS/COFINS e, alternativamente, que seja excluído apenas o valor efetivamente recolhido pela empresa. Pugna, por fim, pela limitação do direito à repetição de eventual indébito tributário.

Contrarrazões apresentadas (ID 134281680).

Parecer ministerial prosseguimento do feito (ID 134894153).

É o relatório.

Decido.

Dou por interposta a remessa oficial, nos termos preconizados pelo art. 14, § 1º, da Lei nº 12.016/09.

Quanto ao assunto *sub judice*, esta Sexta Turma vem admitindo decisão unipessoal do relator.

O Supremo Tribunal Federal declarou **inconstitucional** a inclusão do ICMS (*faturado*) na base de cálculo do PIS e da COFINS, fazendo-o por ocasião do julgamento do **RE nº 574.706**. A corte, por maioria e nos termos do voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia, apreciando o Tema nº 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

Esse entendimento é **aplicável de pronto**, não havendo que se falar em espera de embargos de declaração (sem efeito suspensivo) ou de modulação de efeitos da decisão plenária da Suprema Corte, já que esses dois eventos não estão consignados em lei como impedientes da aplicação imediata do *decisum*. Esse é o entendimento que vem sendo seguido nesta Corte Regional (3ª Turma, AI - AGRADO DE INSTRUMENTO - 5021518-72.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 08/11/2019, Intimação via sistema DATA: 13/11/2019), e de modo unânime nesta 6ª. Turma (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000706-20.2017.4.03.6130, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 03/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/12/2019).

Deveras, a suspensão pretendida pelo Fisco esbarraria no art. 1.035, § 5º do NCPC.

A partir de uma interpretação do referido julgamento paradigmático foi que a COSIT, órgão da Secretaria da Receita Federal do Brasil, decidiu publicar a Solução de Consulta Interna nº 13, de 18/10/2018, em que se definiu, em síntese, que o ICMS a ser excluído é o chamado "ICMS a recolher", também chamado "ICMS escritural", e não o ICMS destacado nas notas fiscais.

Sucedendo que quanto à indagação sobre qual ICMS será excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, o julgamento proferido no RE 574.706 é claro ao identificar que **todo o ICMS faturado deve ser excluído do conceito de receita**, na condição de mero ingresso de caixa, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente. É o que se depreende da seguinte passagem da ementa:

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS.

É elucidativa a conclusão alcançada pela Mir^a. Relatora Carmen Lúcia ao dispor que o regime não cumulativo do ICMS, com a escrituração e apuração do imposto a pagar e a dedução dos valores já cobrados em operações anteriores, não afeta o fato de que a sua integralidade não compõe a receita/faturamento empresarial, permitindo ao contribuinte que exclua todo o ICMS faturado na operação, e não apenas os valores resultantes da dedução.

Ressalva a Relatora, com fulcro na digressão de Roque Antônio Carraza, que a técnica de apuração do ICMS não se compara com os impostos incidentes sobre o valor agregado, pois incidente sobre o valor total da operação e não apenas sobre a mais valia da operação seguinte, razão pela qual a ordem dos fatores de incidência não altera o montante final da exação tributária.

Essa é a postura que este Relator sempre defende desde o momento em que surtiu o julgamento do Tema nº 69 (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000596-53.2018.4.03.6108, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 02/12/2019, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019).

Assentado o ponto, é mister reconhecer à impetrante o direito à repetição dos indébitos de PIS/COFINS na parte em que as contribuições tiveram a base de cálculo composta de valores de ICMS.

A correção do indébito deverá ser feita na forma fixada em sentença, tal como ocorre nos débitos tributários, pela **Taxa SELIC e com a incidência de 1% no mês da compensação ou da restituição** (STF: RE 582.461-RG, rel. Min. GILMAR MENDES - tema 214 da sistemática da repercussão geral - RE 870.947, rel. Min. LUIZ FUX, j. 20/09/2017), bem como deverá ser observado o **prazo prescricional quinquenal – inexistente qualquer limitação temporal no RE nº 574.706** (STF: RE 566.621, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 04/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011 EMENT VOL-02605-02 PP-00273 RTJ VOL-00223-01 PP-00540; STJ: REsp 1269570/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/05/2012, DJe 04/06/2012); e a **incidência do art. 170-A do CTN** (REsp 1167039/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 02/09/2010, recurso repetitivo - REsp 1649768/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 20/04/2017 - AgInt no REsp 1586372/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 19/12/2016).

Registre-se que a compensação dos créditos tributários administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal - hoje RFB - com débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.212/91) deverá observar o quanto estabelecido pelo **art. 26-A da Lei nº 11.457/07** (norma vigente nesta data e que deve ser levada em conta por se tratar de direito superveniente).

Ressalto, por fim, que a repetição direta a ser feita pela RFB contraria o sistema de precatórios. Não há óbice, todavia, a que a empresa – seja por opção, seja porque poderá não haver débitos próprios a serem compensados com os créditos que apurar – possa se valer da regra do art. 100 da CF, desde que seja observada a via ordinária e o art. 165 do CTN.

Quanto à suposta contrariedade às súmulas 269 e 271 do STF, o E. Des. Fed. **Nelton dos Santos** elucida o tema ao invocar que os obstáculos traduzidos pelos verbetes se justificavam pela impossibilidade de o agente público se defender em sede mandamental, exigindo-se a via ordinária para apurar sua responsabilidade. Não se presta, portanto, quando a própria pessoa jurídica de Direito Público é responsável pelo ato coator, como se faz comumente presente em causas tributárias.

Segue o julgado onde foi proferido o referido entendimento, bem como jurisprudência deste Tribunal no mesmo sentido:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO MEDIANTE EXPEDIÇÃO DE PRECATÓRIO. POSSIBILIDADE. 1. Ainda que se considere que, no mandado de segurança, a sentença não é, propriamente, condenatória, dívida não há de que, invariavelmente, ela possui eficácia declaratória e, mesmo implicitamente, contém uma ordem de fazer ou de não fazer. Além disso, não raras vezes ela reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia ou de entregar coisa. 2. No âmbito dos mandados de segurança que versam sobre direito administrativo ou direito tributário, são frequentes as sentenças que delimitam todos os contornos do direito, constituindo um verdadeiro despropósito que se exija a propositura e a tramitação de uma nova demanda apenas para, reiterando o que já foi juridicamente afirmado e determinado em caráter definitivo, acrescer-se uma fórmula sacramental condenatória, a conta de viabilizar a execução. 3. Apelação da União, desprovida; remessa oficial, parcialmente provida; apelo do contribuinte, provido. (ApReeNec 5000486-21.2018.4.03.6119 / TRF3 – TERCEIRA TURMA / DES. FED. NELTON DOS SANTOS / e - DJF3 Judicial 1 DATA: 08/01/2019)

PROCESSUAL CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO. RECURSO DE APELAÇÃO. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. RECONHECIMENTO DO DIREITO À COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. S. Nº 213/STJ. RECURSO DE APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO DESPROVIDOS. 1. A jurisprudência do A. Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontrar inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. 2. Reforce-se que mesmo com as alterações posteriores na legislação que instituiu o PIS e a COFINS – Lei nº 12.973/14 – não tem o condão de afastar o quanto decidido, pois, conforme amplamente demonstrado, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela. 3. Não é o caso de utilização do mandado de segurança como substitutivo de ação de cobrança, com efeitos patrimoniais pretéritos, visto que se trata de mandamus, que visa o reconhecimento do direito à compensação tributária na via administrativa, conforme entendimento desta Terceira Turma. No mesmo sentido é a Súmula 213, do E. Superior Tribunal de Justiça, quanto à possibilidade da utilização da via mandamental para que seja declarado o direito à compensação. 4. Recurso de apelação e reexame necessário desprovidos. (ApReeNec 5002464-27.2017.4.03.6100 / TRF3 – TERCEIRA TURMA / DES. FED. NELTON DOS SANTOS / e - DJF3 Judicial 1 DATA: 27/06/2018)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. ARTIGO 730 DO CPC. A Súmula 461 do STJ prevê que “o contribuinte pode optar por receber, por meio de precatório ou por compensação, o indébito tributário certificado por sentença declaratória transitada em julgado.” O E. STJ determinou o retorno dos autos para prosseguimento da execução nos termos do artigo 534 do CPC (antigo artigo 730 do CPC), conforme se infere do teor da decisão proferida monocrática proferida pela Desembargadora Federal Convocada do TRF da 3ª Região, DIVA MALERBI, no REsp 1130283/GO, DJe 15.02.2016. Agravo de instrumento a que se dá provimento. (AI 5001266-53.2016.4.03.0000/TRF3 – SEXTA TURMA/DESª FED. MARLI FERREIRA/e - DJF3 Judicial 1 DATA: 14/06/2018)

Pelo exposto, **nego provimento** à apelação e **dou parcial provimento** à remessa necessária, tida por interposta, concedendo a segurança a partir das condições aqui estabelecidas.

Intimem-se.

Como trânsito dê-se baixa.

São Paulo, 22 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5269471-87.2020.4.03.9999

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

APELANTE: FONSECA PEDRINI LTDA - ME, JOSE APARECIDO PEDRINI, MARIA HELENA FONSECA PEDRINI

Advogado do(a) APELANTE: RUBENS FALCO ALATI FILHO - SP112793-N

Advogado do(a) APELANTE: RUBENS FALCO ALATI FILHO - SP112793-N

Advogado do(a) APELANTE: RUBENS FALCO ALATI FILHO - SP112793-N

APELADO: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVAVEIS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de **embargos à execução** opostos em 22/03/2017 por FONSECA PEDRINI LTDA - ME e outros em face de execução fiscal ajuizada pelo INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS para cobrança de multa. Valor atribuído à causa: R\$ 6.541,94.

Foi concedido prazo para de umano para o embargante promover a regularização da garantia. O prazo decorreu *in albis*.

Em 30/10/2019 sobreveio a r. sentença que **julgou extintos** os embargos, com fundamento no artigo 485, IV, do CPC.

Inconformado, **apela o embargante** requerendo a reforma da r. sentença. Alega violação ao contraditório e à ampla defesa e alega que o §1º, do artigo 16 da Lei nº 6.830/80, caracteriza ofensa direta à inafastabilidade da jurisdição.

É o relatório.

Decido.

A reiteração de decisões num mesmo sentido, proferidas pelas Cortes Superiores, pode ensejar o julgamento monocrático do recurso, já que, a nosso sentir o legislador, no NCPC, disse menos do que desejava, porquanto - no cenário de apregoado criação de meios de agilizar a Jurisdição - não tinha sentido *reduzir* a capacidade dos Tribunais de Apelação de resolver as demandas de conteúdo repetitivo e os recursos claramente improcedentes ou não, por meio de decisões unipessoais; ainda mais que, tanto agora como antes, essa decisão sujeita-se a recurso que deve necessariamente ser levado perante o órgão fracionário.

No âmbito do STJ rejeita-se a tese acerca da impossibilidade de julgamento monocrático do relator fundado em hipótese jurídica não amparada em súmula, recurso repetitivo, incidente de resolução de demanda repetitiva ou assunção de competência, louvando-se na existência de entendimento dominante sobre o tema. Até hoje, aplica-se, lá, a Súmula 568 de sua Corte Especial (DJe 17/03/2016). Confira-se: AgInt no AgRg no AREsp 607.489/BA, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 20/03/2018, DJe 26/03/2018 - AgInt nos EDcl no AREsp 876.175/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe 29/06/2018 - AgInt no AgInt no REsp 1420787/RS, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 26/06/2018 - AgRg no AREsp 451.815/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 29/06/2018.

Ademais, cumpre lembrar o pleno cabimento de agravo interno contra o *decisum*, o que afasta qualquer alegação de violação ao princípio da colegialidade e de cerceamento de defesa, a despeito da impossibilidade de realização de sustentação oral, já que a matéria pode, desde que suscitada, ser remetida à apreciação da Turma, onde a parte poderá acompanhar o julgamento colegiado, inclusive valendo-se de prévia distribuição de memoriais (AgRg no AREsp 381.524/CE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 25/04/2018 - AgInt no AREsp 936.062/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/03/2018, DJe 27/03/2018 - AgRg no AREsp 109.790/PI, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/09/2016, DJe 16/09/2016). Deveras, "Eventual mácula na deliberação unipessoal fica superada, em razão da apreciação da matéria pelo órgão colegiado na seara do agravo interno" (AgInt no AREsp 999.384/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/08/2017, DJe 30/08/2017 - REsp 1677737/RJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 29/06/2018).

No âmbito do STF tem-se que "A atuação monocrática, com observância das balizas estabelecidas nos arts. 21, § 1º, e 192, *caput*, do RISTF, não traduz violação ao Princípio da Colegialidade, especialmente na hipótese em que a decisão reproduz compreensão consolidada da Corte" (HC 144187 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 04/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-116 DIVULG 12-06-2018 PUBLIC 13-06-2018). Nesse sentido: ARE 1089444 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 25/05/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-111 DIVULG 05-06-2018 PUBLIC 06-06-2018.

Na verdade, o ponto crucial da questão é sempre o de *assegurar à parte acesso ao colegiado*. Por tal razão o STF já validou decisão unipessoal do CNJ, desde que aberta a via recursal administrativa. *Verbis*: "Ainda que se aceite como legítima a decisão monocrática do relator que indefere recurso manifestamente incabível, não se pode aceitar que haja uma perpetuidade de decisões monocráticas que impeça o acesso ao órgão colegiado" (MS 30113 AgR-segundo, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 25/05/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-121 DIVULG 18-06-2018 PUBLIC 19-06-2018).

A possibilidade de maior amplitude do julgamento monocrático - controlado por meio do agravo - está consoante os princípios que se espraiam sobre todo o cenário processual, tais como o da *eficiência* (art. 37, CF; art. 8º do NCPC) e da *duração razoável do processo* (art. 5º, LXXVIII, CF; art. 4º do NCPC).

Quanto ao recurso *manifestamente improcedente* (referido outrora no art. 557 do CPC/73), é verdade que o CPC/15 não repete essa locução. Porém, justifica-se que um recurso que, *ictu oculi*, não reúne a menor condição de alterar o julgado recorrido, possa ser apreciado pelo relator *in limine* e fulminado. A justificativa encontra-se nos mesmos princípios já enunciados e também na possibilidade de reversão em sede de agravo interno.

De se destacar, ainda que o próprio art. 8º do CPC atual minudencia que ao aplicar o ordenamento jurídico o Juiz deve observar - dentre outros elementos valorativos - a **razoabilidade**. A razoabilidade imbrica-se com a normalidade, uma tendência a respeitar critérios aceitáveis do ponto de vista da vida racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosas das peculiaridades próprias tanto do cenário jurídico quanto da vida prática.

Escapa da razoabilidade dar sequência até o julgamento colegiado a um recurso sem qualquer chance de sucesso, o que se verifica não só diante do contexto dos autos - que não sofrerá mutação em 2º grau - quanto da *desconformidade*, seja da pretensão deduzida, seja dos fundamentos utilizados pelo recorrente, com a normatização jurídica nacional.

Noutro dizer: a razoabilidade impõe que se dê fim, sem maiores formalidades além de assegurar o acesso do recorrente a um meio de contrariar a decisão unipessoal, a um recurso que é - *ictu oculi* - inviável.

Há muito tempo o e. STJ já decidiu que, mesmo que fosse vedado o julgamento monocrático, à míngua de expressa autorização legal, "tal regra deve ser mitigada em casos nos quais falta à ação qualquer dos pressupostos básicos de existência e desenvolvimento válido do processo", porquanto, nesses casos, "despiciendo exigir do relator que leve a questão ao exame do órgão colegiado do Tribunal, sendo-lhe facultado, em atendimento aos princípios da economia e da celeridade processuais, extinguir monocraticamente as demandas inteiramente inviáveis" (REsp 753.194/SC, Rel. Ministro José Delgado, 1ª Turma, j. 04/08/2005, DJ 05/12/2005).

Além disso, é o art. 6º do NCPC que aumenta consideravelmente o espaço hermenêutico do magistrado no novo cenário processual.

A exegese que aqui fazemos sobre a extensão do campo onde pode (e deve) ser o recurso julgado monocraticamente, não é absurda, na medida em que a imperfeição natural e esperável de toda a ordem jurídico-positiva pode ser superada pela "...atuação inteligente e ativa do juiz...", a quem é lícito "ousar sem o açoitamento de quem quer afrontar, inovar sem desprezar os grandes pilares do sistema" (DINAMARCO, *Nova era do processo civil*, págs. 29-31, Malheiros, 4ª edição).

Indo além, deve-se atentar para a **análise econômica do Direito**, cujo mentor principal tem sido Richard Posner (entre nós, leia-se *Fronteiras da Teoria do Direito*, ed. Martins Fontes), para quem - *se o Direito deve se adequar às realidades da vida social* - a eficiência (de que já tratamos) torna esse Direito mais objetivo, com o prestígio de uma racionalidade econômica da aplicação do Direito, inclusive **processual**.

Para muitos, a *eficiência* deve servir como um critério geral para aferir se uma norma jurídica é ou não desejável (confira-se interessantes considerações em https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/analise_economica_do_direito_20132.pdf), se é útil ou não para os fins de pacificação social pretendida pela Constituição, eis que o Direito aparece na civilização (ocidental, pelo menos) justamente como uma dessas maneiras de pacificação.

Passando ao largo de discussões que aqui não interessam, concebemos que a análise econômica do Direito tem grande alcance no âmbito processual, especialmente o civil, prestigiando-se uma "racionalidade econômica" a ser aplicada a institutos processuais, com vistas ao **utilitarismo** das fórmulas (em substituição ao estrito formalismo), sem que com isso se vá substituir a valoração ética do Direito (processual, aqui).

Esse **utilitarismo** pode conduzir a interpretações e alcances da norma que - sem sacrifício do contraditório e da isonomia dos litigantes - permitam uma simplificação desejável tendo em vista que a atividade judicante deve ser útil para a sociedade, e essa utilidade envolve rapidez e eficiência, a direcionar a solução da lide na direção da paz social.

A análise econômica do Direito não pode ter como fio condutor a valorização do dinheiro (custos menores) em detrimento de critérios morais ou do princípio de justiça; pode-se usar dessa teorização para *baratear o processo* não apenas no sentido estrito de menor dispêndio de pecúnia, mas também - e principalmente - no sentido da economicidade de atos, procedimentos e fórmulas, tudo em favor da razoabilidade e da utilidade.

No ponto, merece consideração entre nós - posto que não sendo criação genuinamente brasileira, a análise econômica do Direito naturalmente deve ser, aqui, estudada, compreendida e aplicada *cum granulum salis* - a chamada **vertente normativa preconizada** por Richard Posner, a qual se ocupa de indicar modificações a serem incorporadas pelo ordenamento jurídico e pelos operadores do Direito a fim de conferir maior eficiência às suas condutas. É que essa vertente - de modo correto - elege como *valor* a ser buscado a eficiência, imprescindível para que se atinja a pacificação social que é o objetivo último do Direito dos povos ocidentais.

Eficiência e utilitarismo, na forma explicitada pelo tanto que a análise econômica do Direito pode ser aplicada no Brasil, podem nortear interpretações de normas legais de modo a que se atinja, com rapidez sem excessos, o fim almejado pelas normas e desejado pela sociedade.

Para nós, todas as considerações até agora tecidas se permeiam, sem conflitos, de modo a justificar a ampliação interpretativa das regras do NCPC que permitem as decisões unipessoais em sede recursal, para além do que a letra fria do estatuto processual previu.

Destarte, o caso presente permite solução monocrática.

Para ocorrer os embargos válidos é preciso que o juízo executivo esteja caucionado no valor correspondente à dívida exequenda. Porém, no caso dos autos os embargos foram interpostos *sem nenhuma garantia do juízo*.

Entendo que o devedor só tem acesso aos embargos se tiver preenchido um requisito processual específico que é a garantia do juízo, nos termos preconizados pelo § 1º do artigo 16 da Lei de Execução Fiscal, que permanece vigendo por se cuidar de regra especial.

No caso, não incide qualquer regra da execução comum, posto que o Código de Processo Civil é subsidiário da Lei nº 6.830/80 somente quando a mesma não trata da matéria de modo peculiar.

Assim, não tem propósito permitir-se que os embargos prossigam quando o juízo executivo não está garantido.

A 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recurso especial submetido ao regime do *artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973* já assentou entendimento neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. APLICABILIDADE DO ART. 739-A, §1º, DO CPC ÀS EXECUÇÕES FISCAIS. NECESSIDADE DE GARANTIA DA EXECUÇÃO E ANÁLISE DO JUIZ A RESPEITO DA RELEVÂNCIA DA ARGUMENTAÇÃO (FUMUS BONI JURIS) E DA OCORRÊNCIA DE GRAVE DANO DE DIFÍCIL OU INCERTA REPARAÇÃO (PERICULUM IN MORA) PARA A CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AOS EMBARGOS DO DEVEDOR OPOSTOS EM EXECUÇÃO FISCAL.

1. A previsão no ordenamento jurídico pátrio da regra geral de atribuição de efeito suspensivo aos embargos do devedor somente ocorreu com o advento da Lei n. 8.953, de 13, de dezembro de 1994, que promoveu a reforma do Processo de Execução do Código de Processo Civil de 1973 (Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - CPC/73), nele incluindo o §1º do art. 739, e o inciso I do art. 791.

2. Antes dessa reforma, e inclusive na vigência do Decreto-lei n. 960, de 17 de dezembro de 1938, que disciplinava a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública em todo o território nacional, e do Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-lei n. 1.608/39), nenhuma lei previa expressamente a atribuição, em regra, de efeitos suspensivos aos embargos do devedor, somente admitindo-os excepcionalmente. Em razão disso, o efeito suspensivo derivava de construção doutrinária que, posteriormente, quando suficientemente amadurecida, culminou no projeto que foi convertido na citada Lei n. 8.953/94, conforme o evidencia sua Exposição de Motivos - Mensagem n. 237, de 7 de maio de 1993, DOU de 12.04.1994, Seção II, p. 1696.

3. Sendo assim, resta evidente o equívoco da premissa de que a LEF e a Lei n. 8.212/91 adotaram a postura suspensiva dos embargos do devedor antes mesmo de essa postura ter sido adotada expressamente pelo próprio CPC/73, com o advento da Lei n. 8.953/94, fazendo tábula rasa da história legislativa.

4. Desta feita, à luz de uma interpretação histórica e dos princípios que nortearam as várias reformas nos feitos executivos da Fazenda Pública e no próprio Código de Processo Civil de 1973, mormente a eficácia material do feito executivo a primazia do crédito público sobre o privado e a especialidade das execuções fiscais, é ilógico concluir que a Lei n. 6.830 de 22 de setembro de 1980 - Lei de Execuções Fiscais - LEF e o art. 53, §4º da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, foram em algum momento ou são incompatíveis com a ausência de efeito suspensivo aos embargos do devedor. Isto porque quanto ao regime dos embargos do devedor invocavam - com derrogações específicas sempre no sentido de dar maiores garantias ao crédito público - a aplicação subsidiária do disposto no CPC/73 que tinha redação dúbia a respeito, admitindo diversas interpretações doutrinárias.

5. Desse modo, tanto a Lei n. 6.830/80 - LEF quanto o art. 53, §4º da Lei n. 8.212/91 não fizeram opção por um ou outro regime, isto é, são compatíveis com a atribuição de efeito suspensivo ou não aos embargos do devedor. Por essa razão, não se incompatibilizam com o art. 739-A do CPC/73 (introduzido pela Lei 11.382/2006) que condiciona a atribuição de efeitos suspensivos aos embargos do devedor ao cumprimento de três requisitos: apresentação de garantia; verificação pelo juiz da relevância da fundamentação (*fumus boni juris*) e perigo de dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*).

6. Em atenção ao princípio da especialidade da LEF, mantido com a reforma do CPC/73, a nova redação do art. 736, do CPC dada pela Lei n. 11.382/2006 - artigo que dispensa a garantia como condicionante dos embargos - não se aplica às execuções fiscais diante da presença de dispositivo específico, qual seja o art. 16, §1º da Lei n. 6.830/80, que exige expressamente a garantia para a apresentação dos embargos à execução fiscal.

7. Muito embora por fundamentos variados - ora fazendo uso da interpretação sistemática da LEF e do CPC/73, ora trilhando o inovador caminho da teoria do "Diálogo das Fontes", ora utilizando-se de interpretação histórica dos dispositivos (o que se faz agora) - essa conclusão tem sido alcançada pela jurisprudência predominante, conforme ressoam os seguintes precedentes de ambas as Turmas deste Superior Tribunal de Justiça. Pela Primeira Turma: AgRg no Ag 1381229 / PR, Primeira Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 15.12.2011; AgRg no REsp 1.225.406 / PR, Primeira Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julgado em 15.02.2011; AgRg no REsp 1.150.534 / MG, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 16.11.2010; AgRg no Ag 1.337.891 / SC, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 16.11.2010; AgRg no REsp 1.103.465 / RS, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 07.05.2009. Pela Segunda Turma: AgRg nos EDcl no Ag n. 1.389.866/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 21.9.2011; REsp, n. 1.195.977/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 17/08/2010; AgRg no Ag n. 1.180.395/AL, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe 26.2.2010; REsp, n. 1.127.353/SC, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 20.11.2009; REsp, 1.024.128/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 19.12.2008.

8. Superada a linha jurisprudencial em sentido contrário inaugurada pelo REsp. n. 1.178.883 - MG, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 20.10.2011 e seguida pelo AgRg no REsp 1.283.416 / AL, Primeira Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 02.02.2012; e pelo REsp 1.291.923 / PR, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 01.12.2011.

9. Recurso especial provido. **Acórdão submetido ao regime do art. 543-C, do CPC**, e da Resolução STJ n. 8/2008.

(REsp 1272827/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/05/2013, DJe 31/05/2013 - grifei)

Esse entendimento não se alterou:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. SUBMISSÃO À REGRA PREVISTA NO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. SUPOSTA OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC/2015. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ALEGADA OCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. EXIGÊNCIA DE GARANTIA DO JUÍZO. PREVISÃO ESPECÍFICA. LEI Nº 6.830/80. ESPECIAL EFICÁCIA VINCULATIVA DO ACÓRDÃO PROFERIDO NO RESP 1.272.827/PE. DISCUSSÃO ACERCA DA EXISTÊNCIA DE GARANTIA INTEGRAL DO JUÍZO. QUESTÃO ATRELADA AO REEXAME DE MATÉRIA DE FATO.

1. Não havendo no acórdão recorrido omissão, obscuridade, contradição ou erro material, não fica caracterizada ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015.

2. O recurso especial não merece ser conhecido em relação à questão que não foi tratada no acórdão recorrido, sobre a qual nem sequer foram apresentados embargos de declaração, ante a ausência do indispensável prequestionamento (Súmulas 282 e 356/STF, por analogia).

3. **"Em atenção ao princípio da especialidade da LEF, mantido com a reforma do CPC/73, a nova redação do art. 736, do CPC dada pela Lei n. 11.382/2006 - artigo que dispensa a garantia como condicionante dos embargos - não se aplica às execuções fiscais diante da presença de dispositivo específico, qual seja o art. 16, § 1º da Lei n. 6.830/80, que exige expressamente a garantia para a apresentação dos embargos à execução fiscal"** (REsp 1.272.827/PE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 31.5.2013).

4. O reexame de matéria de prova é inviável em sede de recurso especial (Súmula 7/STJ).

5. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1732610/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/09/2018, DJe 03/10/2018 - grifei)

Esse é o entendimento prevalece ainda que a parte embargante seja beneficiária da assistência judiciária gratuita:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. GARANTIA DO JUÍZO. BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE DAS LEIS.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Discute-se nos autos a possibilidade de oposição de embargos à execução fiscal sem garantia do juízo pelo beneficiário da justiça gratuita.

3. Nos termos da jurisprudência do STJ, a garantia do pleito executivo fiscal é condição de procedibilidade dos embargos de devedor nos exatos termos do art. 16, § 1º, da Lei n. 6.830/80.

4. O 3º, inciso VII, da Lei n. 1.060/50 não afasta a aplicação do art. 16, § 1º, da LEF, pois o referido dispositivo é cláusula genérica, abstrata e visa à isenção de despesas de natureza processual, não havendo previsão legal de isenção de garantia do juízo para embargar. Ademais, em conformidade com o princípio da especialidade das leis, a Lei de Execuções Fiscais deve prevalecer sobre a Lei n. 1.060/50.

Recurso especial improvido.

(REsp 1437078/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/03/2014, DJe 31/03/2014)

Pelo exposto, **nego provimento ao recurso**, com fulcro no artigo 932, IV, b, do CPC.

Decorrido o prazo legal remetam-se os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 22 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5010903-23.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
AGRAVANTE: QUALIENG ENGENHARIA DE MONTAGENS LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCIO DE LIMA RAMOS - SP253064
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5010903-23.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
AGRAVANTE: QUALIENG ENGENHARIA DE MONTAGENS LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCIO DE LIMA RAMOS - SP253064
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Trata-se de embargos de declaração interpostos contra v. Acórdão que deu provimento ao agravo de instrumento.

A ementa (ID 87773859):

“PROCESSO CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – TRIBUTÁRIO – PARCELAMENTO SIMPLIFICADO – LEI FEDERAL Nº. 10.522/02 – PORTARIA PGFN/RFB 12/2013 – LIMITE DE VALOR: ILEGALIDADE.

- 1. O sobrestamento do tema, nos termos do artigo 1.037, inciso II, do Código de Processo Civil, não impede o deferimento de tutela de urgência.*
- 2. “O parcelamento será concedido na forma e condição estabelecidas em lei específica” (artigo 155-A, do Código Tributário Nacional).*
- 3. O artigo 29, da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 15/2009, inova, ao restringir o parcelamento simplificado para débitos cujo valor seja inferior a R\$ 1.000.000,00:*
- 4. Agravo de instrumento provido.”.*

A União, ora embargante, aponta omissão na análise do perigo da demora.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5010903-23.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
AGRAVANTE: QUALIENG ENGENHARIA DE MONTAGENS LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCIO DE LIMA RAMOS - SP253064
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

O v. Acórdão destacou expressamente:

“O sobrestamento não impede o deferimento de tutela de urgência.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

1.) SUSPENSÃO DO PROCESSAMENTO DO FEITO, NOS TERMOS DO ART. 1.037, II, DO CPC/2015, E SUA EXTENSÃO.

Não obstante o inciso II do art. 1.037 do CPC/2015 preceituar que o relator

"determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional", sem explicitar o alcance dessa suspensão, deve-se fazer uma leitura sistemática do diploma processual vigente. Assim, as normas que tratam da suspensão dos processos, constantes do art. 313 combinado com o art. 314 do CPC/2015, bem como do art. 982, § 2º, do CPC/2015, que cuida da suspensão dos feitos no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR, devem também ser aplicadas aos recursos repetitivos, tendo em vista que ambos compõem um mesmo microsistema (de julgamento de casos repetitivos), conforme se depreende do art. 928 do CPC/2015.

(...)

Dos dispositivos transcritos, torna-se patente que a suspensão do processamento dos processos pendentes, determinada no art. 1.037, II, do CPC/2015, não impede que os Juízos concedam, em qualquer fase do processo, tutela provisória de urgência, desde que satisfeitos os requisitos contidos no art. 300 do CPC/2015, e deem cumprimento àquelas que já foram deferidas. (...)

(QO na ProAfR no REsp 1657156/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/05/2017, DJe 31/05/2017)”.

Não há, portanto, qualquer vício no v. Acórdão. Pedido e fundamento jurídico são institutos processuais distintos. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.

No caso concreto, os embargos não demonstram a invalidade jurídica da fundamentação adotada no v. Acórdão. Pretendem, é certo, outra. Não se trata, então, da ocorrência de vício na decisão da causa, mas de sua realização por fundamento jurídico diverso da intelecção da parte.

De outra parte, a Constituição Federal, na cláusula impositiva da fundamentação das decisões judiciais, não fez opção estilística. Sucinta ou laudatória, a fundamentação deve ser, apenas, exposta no vernáculo (STJ - AI nº 169.073-SP-AgRg - Rel. o Min. José Delgado).

Na realidade, o que se pretende, através do presente recurso, é o reexame do mérito da decisão da Turma, o que não é possível em sede de embargos de declaração. Confira-se:

PROCESSO CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ART. 535, DO CPC - SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL DA EXTINTA SUDAM - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA - NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA - PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL - AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO - NÍTIDO CARÁTER INFRINGENTE - REJEIÇÃO.

1 - Tendo o acórdão embargado reconhecido a insuficiência de comprovação do direito líquido e certo, salientando a necessidade de dilação probatória, revestem-se de caráter infringente os embargos interpostos a pretexto de omissão e prequestionamento, uma vez que pretendem reabrir os debates meritórios acerca do tema.

2 - Por prerrogativa do dispositivo processual aventado, os Embargos de Declaração consubstanciam instrumento processual adequado para excluir do julgado qualquer obscuridade ou contradição ou, ainda, suprir omissão, cujo pronunciamento sobre a matéria se impunha ao Colegiado, integralizando-o, não se adequando, todavia, para promover o efeito modificativo do mesmo. Inteligência do art. 535 e incisos, do Código de Processo Civil.

3 - Precedentes (EDREsp nºs 120.229/PE e 202.292/DF).

4 - Embargos conhecidos, porém, rejeitados.

(STJ, 3ª seção, EDMS 8263/DF, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 09/04/2003, v.u., DJU 09/06/2003).

Por estes fundamentos, **rejeito** os embargos de declaração.

É o meu voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ALEGAÇÃO DE VÍCIO: INEXISTÊNCIA - CARÁTER INFRINGENTE: IMPOSSIBILIDADE - REJEIÇÃO.

1. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.
2. Na solução da causa, a adoção de fundamento jurídico diverso do exposto pela parte não é omissão. É divergência de inteligência na solução da lide, circunstância desqualificadora da interposição de embargos de declaração.
3. A Constituição Federal não fez opção estilística, na imposição do requisito da fundamentação das decisões. Esta pode ser laudatória ou sucinta. Deve ser, tão-só, pertinente e suficiente.
4. Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5006535-65.2019.4.03.6112
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: COM IND MATSUDA IMP EXPORTADORA LTDA
Advogados do(a) APELADO: FELIPE JIM OMORI - SP305304-A, HENRIQUE DE OLIVEIRA LOPES DA SILVA - SP110826-A, AMANDA XOCAIRA HANNICKEL - SP401095-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por COM IND MATSUDA IMP EXPORTADORA LTDA objetivando a exclusão do ICMS das bases de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, bem como o reconhecimento do seu direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos a este título.

Após regular processamento, foi proferida sentença, com fulcro no art. 487, I, do NCPC, **concedendo** a segurança pleiteada. Custas *ex lege*. Sem condenação em honorários advocatícios. Decisão sujeita ao reexame necessário (ID 134128801).

Opostos embargos de declaração (ID 134128811), os quais foram providos para integrar a r. sentença e “denegar a segurança no que toca ao pedido para que seja o adicional ao FECOP e o DIFAL sejam abrangidos na ordem” (ID 134128822).

A União Federal apelou (ID 134128803). Defende, preliminarmente, a necessidade de suspensão do feito até o julgamento dos aclaratórios opostos nos autos do RE nº 574.706. No mérito, sustenta a constitucionalidade da inclusão do imposto estadual na base de cálculo do PIS/COFINS e, alternativamente, que seja excluído apenas o valor efetivamente recolhido pela empresa. Pugna, por fim, pela limitação do direito à compensação de eventual indébito tributário.

Contrarrazões apresentadas (ID 134128815).

A impetrante também apelou, pugnando pela exclusão das bases de cálculo do PIS e da COFINS dos adicionais ao DIFAL e ao FECOP, porquanto possuem a mesma natureza do ICMS (ID 134128829).

Oferecida resposta (ID 134128836).

Parecer ministerial prosseguimento do feito (ID 134892330).

É o relatório.

Decido.

Quanto ao assunto *sub judice*, esta Sexta Turma vem admitindo decisão unipessoal do relator.

O Supremo Tribunal Federal declarou **inconstitucional** a inclusão do ICMS (*faturado*) na base de cálculo do PIS e da COFINS, fazendo-o por ocasião do julgamento do **RE nº 574.706**. A corte, por maioria e nos termos do voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia, apreciando o Tema nº 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

Esse entendimento é **aplicável de pronto**, não havendo que se falar em espera de embargos de declaração (sem efeito suspensivo) ou de modulação de efeitos da decisão plenária da Suprema Corte, já que esses dois eventos não estão consignados em lei como impedientes da aplicação imediata do *decisum*. Esse é o entendimento que vem sendo seguido nesta Corte Regional (3ª Turma, AI - AGRADO DE INSTRUMENTO - 5021518-72.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 08/11/2019, Intimação via sistema DATA: 13/11/2019), e de modo unânime nesta 6ª. Turma (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000706-20.2017.4.03.6130, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 03/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/12/2019).

Deveras, a suspensão pretendida pelo Fisco esbarraria no art. 1.035, § 5º do NCPC.

A partir de uma interpretação do referido julgamento paradigmático foi que a COSIT, órgão da Secretaria da Receita Federal do Brasil, decidiu publicar a Solução de Consulta Interna nº 13, de 18/10/2018, em que se definiu, em síntese, que o ICMS a ser excluído é o chamado “ICMS a recolher”, também chamado “ICMS escritural”, e não o ICMS destacado nas notas fiscais.

Sucedo que quanto à indagação sobre qual ICMS será excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, o julgamento proferido no RE 574.706 é claro ao identificar que **todo o ICMS faturado deve ser excluído do conceito de receita**, na condição de mero ingresso de caixa, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente. É o que se depreende da seguinte passagem da ementa:

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS.

É elucidativa a conclusão alcançada pela Mirí. Relatora Carmen Lúcia ao dispor que o regime não cumulativo do ICMS, com a escrituração e apuração do imposto a pagar e a dedução dos valores já cobrados em operações anteriores, não afeta o fato de que a sua integralidade não compõe a receita/faturamento empresarial, permitindo ao contribuinte que exclua todo o ICMS faturado na operação, e não apenas os valores resultantes da dedução.

Ressalva a Relatora, com fulcro na digressão de Roque Antônio Carraza, que a técnica de apuração do ICMS não se compara com os impostos incidentes sobre o valor agregado, pois incidente sobre o valor total da operação e não apenas sobre a mais valia da operação seguinte, razão pela qual a ordem dos fatores de incidência não altera o montante final da exação tributária.

Essa é a postura que este Relator sempre defende desde o momento em que surtiu o julgamento do Tema nº 69 (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000596-53.2018.4.03.6108, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHNSON DI SALVO, julgado em 02/12/2019, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019).

Ressalto, no ponto, que os adicionais FECOP e o DIFAL, por possuírem a mesma natureza do imposto principal e integrarem o seu valor faturado, devem também ser excluídos da base de cálculo do PIS e da COFINS. Nesse sentido: TRF4 5011483-54.2019.4.04.7201, PRIMEIRA TURMA, Relator FRANCISCO DONIZETE GOMES, juntado aos autos em 19/05/2020; TRF4, AC 5024217-37.2019.4.04.7201, SEGUNDA TURMA, Relatora MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE, juntado aos autos em 14/05/2020.

Havendo tributação inconstitucional, mister reconhecer à impetrante o direito à repetição dos indébitos de PIS/COFINS na parte em que as contribuições tiveram a base de cálculo composta de valores de ICMS.

A correção do indébito deverá ser feita na forma fixada em sentença, tal como ocorre nos débitos tributários, pela **Taxa SELIC e com a incidência de 1% no mês da compensação ou da restituição** (STF: RE 582.461-RG, rel. Min. GILMAR MENDES - tema 214 da sistematização da repercussão geral - RE 870.947, rel. Min. LUIZ FUX, j. 20/09/2017), bem como deverá ser observado o **prazo prescricional quinquenal – inexistente qualquer limitação temporal no RE nº 574.706** (STF: RE 566.621, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 04/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011 EMENT VOL-02605-02 PP-00273 RTJ VOL-00223-01 PP-00540; STJ: REsp 1269570/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/05/2012, DJe 04/06/2012); e a **incidência do art. 170-A do CTN** (REsp 1167039/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 02/09/2010, recurso repetitivo - REsp 1649768/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 20/04/2017 - AgInt no REsp 1586372/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 19/12/2016).

Registre-se que a compensação dos créditos tributários administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal - hoje RFB - com débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.212/91) deverá observar o quanto estabelecido pelo **art. 26-A da Lei nº 11.457/07** (norma vigente nesta data e que deve ser levada em conta por se tratar de direito superveniente).

Ressalto, por fim, que a repetição direta a ser feita pela RFB contraria o sistema de precatórios. Não há óbice, todavia, a que a empresa – seja por opção, seja porque poderá não haver débitos próprios a serem compensados com os créditos que apurar – possa se valer da regra do art. 100 da CF, desde que seja observada a via ordinária e o art. 165 do CTN.

Quanto à suposta contrariedade às súmulas 269 e 271 do STF, o E. Des. Fed. **Nelson dos Santos** elucida o tema ao invocar que os obstáculos traduzidos pelos verbetes se justificavam pela impossibilidade de o agente público se defender em sede mandamental, exigindo-se a via ordinária para apurar sua responsabilidade. Não se presta, portanto, quando a própria pessoa jurídica de Direito Público é responsável pelo ato coator, como se faz comumente presente em causas tributárias.

Segue o julgado onde foi proferido o referido entendimento, bem como jurisprudência deste Tribunal no mesmo sentido:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO MEDIANTE EXPEDIÇÃO DE PRECATÓRIO. POSSIBILIDADE. 1. Ainda que se considere que, no mandado de segurança, a sentença não é, propriamente, condenatória, dívida não há de que, invariavelmente, ela possui eficácia declaratória e, mesmo implicitamente, contém uma ordem de fazer ou de não fazer. Além disso, não raras vezes ela reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia ou de entregar coisa. 2. No âmbito dos mandados de segurança que versam sobre direito administrativo ou direito tributário, são frequentes as sentenças que delimitam todos os contornos do direito, constituindo um verdadeiro despropósito que se exija a propositura e a tramitação de uma nova demanda apenas para, reiterando o que já foi juridicamente afirmado e determinado em caráter definitivo, acrescer-se uma fórmula sacramental condenatória, a conta de viabilizar a execução. 3. Apelação da União, desprovida; remessa oficial, parcialmente provida; apelo do contribuinte, provido. (ApReeNec 5000486-21.2018.4.03.6119 / TRF3 – TERCEIRA TURMA / DES. FED. NELTON DOS SANTOS / e - DJF3 Judicial 1 DATA: 08/01/2019)

PROCESSUAL CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO. RECURSO DE APELAÇÃO. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. RECONHECIMENTO DO DIREITO À COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. S. Nº 213/STJ. RECURSO DE APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO DESPROVIDOS. 1. A jurisprudência do A. Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontrar inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. 2. Reforce-se que mesmo com as alterações posteriores na legislação que instituiu o PIS e a COFINS – Lei nº 12.973/14 – não tem o condão de afastar o quanto decidido, pois, conforme amplamente demonstrado, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela. 3. Não é o caso de utilização do mandado de segurança como substitutivo de ação de cobrança, com efeitos patrimoniais pretéritos, visto que se trata de mandamus, que visa o reconhecimento do direito à compensação tributária na via administrativa, conforme entendimento desta Terceira Turma. No mesmo sentido é a Súmula 213, do E. Superior Tribunal de Justiça, quanto à possibilidade da utilização da via mandamental para que seja declarado o direito à compensação. 4. Recurso de apelação e reexame necessário desprovidos. (ApReeNec 5002464-27.2017.4.03.6100 / TRF3 – TERCEIRA TURMA / DES. FED. NELTON DOS SANTOS / e - DJF3 Judicial 1 DATA: 27/06/2018)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. ARTIGO 730 DO CPC. A Súmula 461 do STJ prevê que “o contribuinte pode optar por receber, por meio de precatório ou por compensação, o indébito tributário certificado por sentença declaratória transitada em julgado.” O E. STJ determinou o retorno dos autos para prosseguimento da execução nos termos do artigo 534 do CPC (antigo artigo 730 do CPC), conforme se infere do teor da decisão proferida monocrática proferida pela Desembargadora Federal Convocada do TRF da 3ª Região, DIVA MALERBI, no REsp 1130283/GO, DJe 15.02.2016. Agravo de instrumento a que se dá provimento. (AI 5001266-53.2016.4.03.0000 / TRF3 – SEXTA TURMA / DESª FED. MARLI FERREIRA / e - DJF3 Judicial 1 DATA: 14/06/2018)

Pelo exposto, **dou parcial provimento à apelação da União Federal e à remessa necessária e provimento à apelação da impetrante**, concedendo a segurança a partir das condições aqui estabelecidas.

Intimem-se.

Como trânsito dê-se baixa.

São Paulo, 22 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5021314-61.2019.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHONSOM DI SALVO
APELANTE: PULVITEC DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO DE COLAS E ADESIVOS LTDA
Advogados do(a) APELANTE: AMANDA GOULART TERRA DE JESUS - SP405718-A, OCTAVIO TEIXEIRA
BRILHANTE USTRA - SP196524-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de mandado de segurança impetrado por PULVITEC DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO DE COLAS E ADESIVOS LTDA objetivando a exclusão do valor do PIS e da COFINS das próprias bases de cálculo na apuração destes tributos, bem como a repetição do indébito tributário.

Após regular processamento, foi proferida sentença, nos termos do art. 487, I, do CPC/15, **denegando** a segurança pleiteada. Custas *ex lege*. Sem honorários advocatícios (ID 134222300).

A impetrante apelou (ID 134222306). Aduz, em síntese, que o entendimento firmado pelo STF no julgamento do RE nº 574.706 deve ser aplicado ao presente caso, uma vez que as contribuições ao PIS e a COFINS, tal qual o ICMS, não integram o faturamento ou a receita da empresa, razão pela qual não podem compor sua base de cálculo.

Oportunizada a apresentação de contrarrazões.

Parecer ministerial pelo prosseguimento do feito (ID 135004789).

É o relatório.

Decido.

Quanto ao assunto *sub judice*, esta Sexta Turma vem admitindo decisão unipessoal do relator.

Ao julgar o **RE nº 574.706** e fixar a tese de que o ICMS não é componente do faturamento/receita empresarial para fins de incidência do PIS/COFINS, o STF deixou claro que todo o imposto estadual faturado deve ser excluído do conceito de faturamento/receita, na condição de mero ingresso de caixa, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente. É o que se depreende da seguinte passagem da ementa:

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS.

É elucidativa a conclusão alcançada pela *Min*ª. Relatora Carmen Lúcia ao dispor que o regime não cumulativo do ICMS, com a escrituração e apuração do imposto a pagar e a dedução dos valores já cobrados em operações anteriores, não afeta o fato de que a sua integralidade não compõe a receita/faturamento empresarial, permitindo ao contribuinte que exclua todo o ICMS faturado na operação, e não apenas os valores resultantes da dedução.

Quanto ao PIS/COFINS incidente na cadeia operacional, a situação jurídica é diversa. O ICMS e o ISS têm por fato gerador a circulação de mercadorias (art. 155, II, da CF) e a prestação de serviços (art. 156, III, da CF), atos econômicos que comportam a translação (fática) do crédito tributário devido na operação para o adquirente da mercadoria ou do serviço, no momento da constituição da obrigação tributária. São tributos indiretos por excelência, exigindo-se inclusive o cumprimento dos requisitos previstos no art. 166 do CTN para que o contribuinte de direito possa titularizar o direito a eventual indébito (REsp 1008256 / GO / STJ SEGUNDA TURMA / MIN. OG FERNANDES / DJe 15/08/2017, AgInt no REsp 1434905 / PI / STJ SEGUNDA TURMA / MIN. OG FERNANDES / DJe 14/10/2016, AgRg no REsp 1.421.880/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe 27/11/2015 e REsp 1131476 / STJ - PRIMEIRA SEÇÃO / MIN. LUIZ FUX / DJe 01.02.2010).

Nesse sentido e consoante entendimento firmado pelo STF, age o empresário como mero depositário dos impostos devidos, motivo pelo qual esses valores não integram seu faturamento/receita.

Por seu turno, como regra geral, o PIS/COFINS incide sobre a receita/faturamento, elementos contábeis que não se exaurem na operação em si, mas se formam no decorrer de determinado tempo, a partir basicamente do conjunto daquelas operações. Quando o adquirente da mercadoria ou serviço efetua o pagamento do valor faturado, não há propriamente transferência do encargo tributário a exatidão da base de cálculo ainda será apurada, inclusive com outros elementos que não somente o resultado das vendas -, mas somente a composição de despesas na formação do preço para que o vendedor alcance o lucro empresarial.

Não há, em suma, translação propriamente dita do encargo tributário, mas o contumaz repasse do ônus financeiro da atividade empresarial para o consumidor de fato. Tanto é assim que as ações de repetição de indébitos daquelas contribuições não se submetem ao art. 166 do CTN (REsp 1689919 / SP / STJ SEGUNDA TURMA / MIN. HERMAN BENJAMIN / DJe 16/10/2017, AgInt no REsp 1275888 / RS / STJ PRIMEIRA TURMA / MIN. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO / DJe 26/06/2017), salvo se existente modelo de incidência tributária por substituição, como na tributação do PIS/COFINS sobre combustíveis antes da entrada em vigor da Lei 9.990/00 e da alteração do art. 4º da Lei 9.718/98 (EResp 1071856 / STJ PRIMEIRA SEÇÃO / MIN. HUMBERTO MARTINS / DJe 04/09/2009).

Feita a diferenciação, não se permite segregar o PIS/COFINS de sua própria base de cálculo, até porque o tema envolve créditos públicos, que não cabe ao Judiciário dispensar inopinadamente. Ainda que assim não fosse, é de se lembrar que a decisão proferida pelo STF no RE nº 574.706 não afastou a possibilidade do cálculo por dentro na apuração de tributos, mantendo-se incólume a jurisprudência em contrário (RE 582.461/SP / STF - PLENO / MIN. GILMAR MENDES / 18.05.2011, e REsp. 976.836/RS / STJ PRIMEIRA SEÇÃO / MIN. LUIZ FUX / 25.8.2010).

É o entendimento pacífico da C. Sexta Turma desta Corte:

TRIBUTÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – LIMINAR – CONTRIBUIÇÕES AO PIS E COFINS – INCIDÊNCIA NA PRÓPRIA BASE – RE 574.706 – HIPÓTESE DISTINTA. 1. A declaração da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS não se aplica automaticamente a todos tributos da cadeia produtiva. 2. O STF declarou a inconstitucionalidade da inclusão de imposto na base de cálculo das contribuições. A hipótese dos autos é diversa, porque se questiona a incidência das contribuições sobre contribuição social. 3. Agravo de instrumento provido. (TRF 3ª Região, 6ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5025182-48.2018.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal FABIO PRIETO DE SOUZA, julgado em 01/03/2019, Intimação via sistema DATA: 11/03/2019)

TRIBUTÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – LIMINAR – CONTRIBUIÇÕES AO PIS E COFINS – INCIDÊNCIA NA PRÓPRIA BASE – RE 574.706 – HIPÓTESE DISTINTA. 1. Não há que se falar em perigo na demora: a agravante se sujeita ao recolhimento impugnado há anos. 2. A declaração da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS não se aplica automaticamente a todos tributos da cadeia produtiva. 3. O STF declarou a inconstitucionalidade da inclusão de imposto na base de cálculo das contribuições. A hipótese dos autos é diversa, porque se questiona a incidência das contribuições sobre contribuição social. 4. Agravo de instrumento improvido. (TRF 3ª Região, 6ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5022935-94.2018.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal FABIO PRIETO DE SOUZA, julgado em 15/02/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 21/02/2019)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO IRPJ E DA CSLL. LEGITIMIDADE. RECURSO IMPROVIDO. 1. Consoante disposto nos art. 2º da Lei nº 9.430/96 e art. 20 da Lei nº 9.249/95, é permitido ao contribuinte que não está obrigado a apurar sua base de cálculo sobre o lucro real, adotar o regime de lucro presumido para fins de incidência do IRPJ e da CSLL, onde o lucro será calculado a partir de um percentual da receita bruta auferida. 2. Nos termos da jurisprudência remansosa do STJ, o ICMS deve compor a base de cálculo do IRPJ e da CSLL apurados pelo lucro presumido, pois o produto da venda dos bens ou dos serviços, incluindo o ICMS, transita pela contabilidade do contribuinte como "receita bruta", assim conceituada pela legislação que apura o IRPJ e a CSLL pelo lucro presumido. 3. Incabível invocar o quanto decidido pelo STF no RE nº 574.706 porque o caso aqui tratado se refere a tributação distinta. (TRF 3ª Região, 6ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5019389-65.2017.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 10/07/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 18/07/2018)

Destarte, a r. sentença merece ser mantida em seu inteiro teor, por suas próprias razões e fundamentos, porquanto se trata de recurso de manifesta improcedência.

Ante o exposto, com fulcro no que dispõe o art. 932 do CPC/15, **nego provimento à apelação.**

Observadas as formalidades legais, remetam-se os autos à vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 22 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016388-67.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
AGRAVANTE: LUANA CANDIDO DE ASSUNCAO
Advogado do(a) AGRAVANTE: GIOVANNA VIRI - SP166989
AGRAVADO: UNIÃO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão que indeferiu o pedido de tutela de urgência, em ação destinada a viabilizar o fornecimento gratuito de medicamento com registro na ANVISA (Nusinersena - SPINRAZA).

A autora, ora agravante, afirma que o interesse de agir estaria provado: a agravante teria realizado todos os procedimentos apontados pelo Ministério da Saúde para o recebimento do medicamento. As mensagens recebidas em resposta à solicitação provariam a negativa da União.

Aponta urgência: a agravante é criança de um ano e nove meses, com a mobilidade comprometida em razão da doença degenerativa. O medicamento seria o único capaz de preservar os neurônios motores, evitando quadro de tetraplegia.

Requer a antecipação da tutela recursal.

É uma síntese do necessário.

De acordo com o relatório médico, a agravante é portadora de amiotrofia espinhal (AME) 5q tipo 2 (CID G12.1), *“doença neurodegenerativa que leva o paciente a uma piora progressiva do quadro motor, com perda de movimentos, insuficiência respiratória e disfagia com necessidade de alimentação por sonda ou estomia”* (fls. 110, ID 134780508).

O tratamento com o medicamento pretendido foi recomendado *“com urgência”*, em 2 de abril de 2020 (fls. 110, ID 134780508).

A presente ação foi ajuizada contra a União, em 6 de abril de 2020, e instruída com cópias dos documentos pessoais da agravante e responsável e documentos médicos (relatório, receituário e exame laboratorial – fls. 83/128, ID 134780508).

O Juízo de 1º grau de jurisdição determinou a juntada de prova sobre a recusa da União ao fornecimento do medicamento (fls. 79, ID 134780508).

A agravante requereu a emenda à petição inicial, para incluir o Estado de São Paulo no polo passivo e apresentou os seguintes documentos:

- Cartilha disponibilizada no sítio eletrônico do Ministério da Saúde com o passo-a-passo para a obtenção do medicamento. De acordo com o documento, o medicamento deve ser requerido através da ouvidoria do SUS (fls. 76, ID 134780508);

- Requerimento do medicamento junto à ouvidoria do SUS - protocolo nº. 3580605 -, em 2 de abril de 2020 (fls. 69, ID 134780508);

- E-mail enviado pela ouvidoria do SUS em 15 de abril de 2020, referente ao protocolo nº. 3580605, na qual informada a transferência do requerimento *“para área de análise e tratamento de demandas - AATD/COACI/OUVSUS/DINTEG/MS”*, (fls. 71, ID 134780508);

- Protocolo de Solicitação Administrativa nº. 1804318/2020, junto à Secretaria Estadual de Saúde de São Paulo, datado de 13 de abril de 2020;

- E-mail enviado pela advogada da agravante à Secretaria Estadual de Saúde de São Paulo, na mesma data, solicitando estimativa de prazo para a entrega do medicamento.

A.r. decisão agravada:

“Anoto que apenas a manifestação junto a Ouvidoria do SUS foi produzida antes do ajuizamento da presente demanda (4 dias antes), sendo as demais solicitações perante os órgãos federal e estadual para análise, realização de perícia e fornecimento do medicamento somente foram realizadas após o ingresso da presente demanda, em especial, entre os dias 13 e 15 de abril corrente. Data posterior a do despacho inicial da ação.

Dessa forma, como os documentos foram produzidos após o ajuizamento da presente demanda, considero que os documentos apresentados pela parte autora não constituem prova plena do direito alegado e, por isso, serão submetidas ao crivo do contraditório no curso da instrução.

Ademais, numa análise perfunctória dos documentos que instruem a petição inicial não restou comprovada a efetiva recusa do fornecimento do medicamento, nem tampouco a procrastinação da União Federal em analisar o pedido requerido no dia 2 de abril corrente, que em tese foi iniciado por telefone em 17.03.2020.

*Portanto, em que pese a alegação de urgência da medida postulada, **INDEFIRO O PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA** requerida neste momento processual, ante a ausência dos pressupostos legais, mas o reapreciarei após a apresentação da contestação”.*

São os fatos.

O Código de Processo Civil:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

No caso concreto, o medicamento está registrado na ANVISA e foi incorporado ao SUS por meio da Portaria MS/SCTIE nº 24/2019 (fls. 41, ID 134780508).

A agravante não provou, de plano, a negativa de fornecimento, razão pela qual a apreciação do pedido de tutela de urgência foi indeferido, ressalvada a possibilidade de nova apreciação após a contestação.

O procedimento é regular.

Por tais fundamentos, **indefiro** o pedido de antecipação da tutela.

Comunique-se ao digno Juízo de 1º grau de jurisdição.

Publique-se. Intime-se, inclusive para resposta.

Após, ao Ministério Público Federal.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5020889-13.2018.4.03.6183
RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: JOSE LEANDRO DE MELO
Advogado do(a) APELADO: ALANE NASCIMENTO COSTA - SP346857-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de mandado de segurança impetrado por JOSE LEANDRO DE MELO, objetivando, em síntese, seja concedida ordem para determinar que a autoridade impetrada promova o andamento e conclusão do requerimento administrativo de concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, protocolado sob nº 1067796804.

A r. sentença concedeu a segurança, confirmando a liminar deferida, para determinar que autoridade impetrada dê andamento e conclusão ao requerimento administrativo do impetrante, no prazo de 30 (trinta) dias. Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório.

Apela o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, pela reforma do *decisum*, com base no princípio da razoabilidade. Em suas razões recursais alega, em síntese que:

- a) a imposição, pelo Poder Judiciário, para que o INSS realize a análise de requerimento administrativo, em 30 ou 45 dias, afronta a separação dos poderes, uma vez que esta avaliação se encontra na seara da reserva de administração, utilizando-se das ferramentas disponíveis ao Poder Público;
- b) sofreu as consequências de aposentadorias em massa de servidores públicos e que, portanto, seus recursos são escassos para resolução imediata dos problemas, de forma que há a existência de um elevado número de processos a serem analisados, um reconhecido número escasso de servidores e a complexidade da análise técnica necessária;
- c) há necessidade de se observar a ordem cronológica dos pedidos de concessão de aposentadoria, sob pena de violação ao disposto nos artigos 5º, caput, e 37, *caput*, ambos da Constituição Federal de 1988, os quais garantem o tratamento isonômico e impessoal a todos os brasileiros;
- d) tem adotado providências para a regularização da análise dos requerimentos administrativos de benefícios, com implementação das Centrais de Análises, implantação do INSS Digital, implementação de concessão automática de determinados benefícios, instituição do trabalho remoto aos servidores com exigência de maior produtividade, entre outros; e
- e) são inaplicáveis, ao caso, os prazos definidos no artigo 49, da Lei nº 9.784/99 e do art. 41, da Lei nº 8.213/91, para os fins pretendidos pelos segurados.

Subsidiariamente, requer a aplicação do parâmetro temporal adotado pelo E. STF no RE n. 631.240/MG, qual seja, 90 dias.

Houve manifestação do Ministério Público Federal.

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

É o relatório. Decido.

De início, cumpre explicitar que o art. 932, IV e V do CPC de 2015 confere poderes ao Relator para, monocraticamente, negar e dar provimento a recursos.

Ademais, é importante clarificar que, apesar de as alíneas dos referidos dispositivos elencarem hipóteses em que o Relator pode exercer esse poder, o entendimento da melhor doutrina é no sentido de que o mencionado rol é meramente exemplificativo.

Manifestando esse entendimento, asseveram Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

Assim como em outras passagens, o art. 932 do Código revela um equívoco de orientação em que incidiu o legislador a respeito do tema dos precedentes. O que autoriza o julgamento monocrático do relator não é o fato de a tese do autor encontrar-se fundamentada em "súmulas" e "julgamento de casos repetitivos" (leia-se, incidente de resolução de demandas repetitivas, arts. 976 e ss., e recursos repetitivos, arts. 1.036 e ss.) ou em incidente de "assunção de competência". É o fato de se encontrar fundamentado em precedente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em jurisprudência formada nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência capaz de revelar razões adequadas e suficientes para solução do caso concreto. O que os preceitos mencionados autorizam, portanto, é o julgamento monocrático no caso de haver precedente do STF ou do STJ ou jurisprudência firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência nos Tribunais de Justiça ou nos Tribunais Regionais Federais. Esses precedentes podem ou não ser oriundos de casos repetitivos e podem ou não ter adequadamente suas razões retratadas em súmulas. ("Curso de Processo Civil", 3ª e, v. 2, São Paulo, RT, 2017)

Os mesmos autores, em outra obra, explicam ainda que "a alusão do legislador a súmulas ou a casos repetitivos constitui apenas um indício - não necessário e não suficiente - a respeito da existência ou não de precedentes sobre a questão que deve ser decidida. **O que interessa para incidência do art. 932, IV, a e b, CPC, é que exista precedente sobre a matéria - que pode ou não estar subjacente a súmulas e pode ou não decorrer do julgamento de recursos repetitivos**" ("Novo Código de Processo Civil comentado", 3ª e., São Paulo, RT, 2017, p. 1014, grifos nossos).

Também Hermes Zaneti Jr. posiciona-se pela não taxatividade do elenco do art. 932, incisos IV e V (Poderes do Relator e Precedentes no CPC/2015: perfil analítico do art. 932, IV e V, in "A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim", Dierle José Coelho Nunes, São Paulo, RT, 2017, pp. 525-544).

Nessa linha, o STJ, antes mesmo da entrada em vigor do CPC/2015, aprovou a Súmula 568 com o seguinte teor: "O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema". Veja-se que a expressão entendimento dominante aponta para a não taxatividade do rol em comento.

Além disso, uma vez que a decisão singular do relator é recorrível por meio de agravo interno (art. 1.021, caput, CPC/15), não fica prejudicado o princípio da colegialidade, pois a Turma pode ser provocada a se manifestar por meio do referido recurso. Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. AGRADO INTERNO (ART. 1.021, DO CPC). APOSENTADORIA ESPECIAL. APLICAÇÃO DO ART. 932 DO CPC PERMITIDA. TERMO INICIAL FIXADO NA DATA DA CITAÇÃO. ATIVIDADE ESPECIAL COMPROVADA COM LAUDO JUDICIAL. INTERPOSIÇÃO CONTRA DECISÃO SINGULAR DO RELATOR. CABIMENTO. - O denominado agravo interno (artigo Art. 1.021 do CPC/15) tem o propósito de impugnar especificadamente os fundamentos da decisão agravada e, em caso de não retratação, possa ter assegurado o direito de ampla defesa, com submissão das suas impugnações ao órgão colegiado, o qual, cumprindo o princípio da colegialidade, fará o controle da extensão dos poderes do relator e, bem assim, a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando, afora essas circunstâncias, à rediscussão, em si, de matéria já decidida, mediante reiterações de manifestações anteriores ou à mingua de impugnação específica e fundamentada da totalidade ou da parte da decisão agravada, objeto de impugnação. - O termo inicial do benefício foi fixado na data da citação, tendo em vista que a especialidade da atividade foi comprovada através do laudo técnico judicial, não havendo razão para a insurgência da Autarquia Federal. - Na hipótese, a decisão agravada não padece de qualquer ilegalidade ou abuso de poder; estando seus fundamentos em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria devolvida a este E. Tribunal. - Agravo improvido. (ApReeNec 00248207820164039999, DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN, TRF3 - NONA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/10/2017)

Assim, passo a proferir decisão monocrática, com fulcro no artigo 932, IV e V do Código de Processo Civil de 2015.

Com efeito, a prática de atos processuais administrativos encontra limites nas disposições dos arts. 1º, 2º, 24, 48 e 49 da Lei 9.784/99, e do art. 41-A, § 5º, da Lei 8.213/91, no sentido de que a autarquia está obrigada a analisar e conceder um benefício no prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias (art. 41-A, § 5º, da Lei 8.213/91) e Decreto 3.048/99, art. 174.

Cumprido salientar, ademais, o disposto no artigo 49 da Lei 9.784/99, cuja redação fixa um prazo de até trinta dias para a Administração decidir seus processos administrativos, após concluída a instrução, salvo prorrogação, por igual período, expressamente motivada.

No que concerne, ainda, a prazos relativos a recursos administrativos, destaco ainda o que dispõe a Lei nº 9.784/99, bem como o Decreto nº 3.048/99:

Lei nº 9.784/99

“(…).

Art. 59. Salvo disposição legal específica, é de dez dias o prazo para interposição de recurso administrativo, contado a partir da ciência ou divulgação oficial da decisão recorrida.

§1º Quando a lei não fixar prazo diferente, o recurso administrativo deverá ser decidido no prazo máximo de trinta dias, a partir do recebimento dos autos pelo órgão competente.

§2º O prazo mencionado no parágrafo anterior poderá ser prorrogado por igual período, ante justificativa explícita.

(…)”

Decreto nº 3.048/99

“(…).

Art. 305: É de trinta dias o prazo para interposição de recursos e para o oferecimento de contra-razões, contados da ciência da decisão e da interposição do recurso, respectivamente.

(…) ”

O art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04, prevê o direito à célere tramitação e à razoável duração dos processos (inclusive administrativos):

"A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

Dispõe o artigo 37, *caput*, da Constituição da República que a Administração Pública deve pautar-se segundo os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência, bem como daqueles previstos no *caput* do artigo 2º da Lei nº 9.784/99, dentre os quais os da razoabilidade e da motivação.

A respeito do tema, colhe-se o seguinte precedente:

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO. ART. 5º, LXXVIII, DA CF. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSOS. TRASLADO DE PEÇAS. POSSIBILIDADE. CELERIDADE. ÔNUS DAS PARTES. ATUAÇÃO. RECURSO NÃO-CONHECIDO. 1. "A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" (art. 5º, LXXVIII, da CF). 2. Devem as partes colaborar no andamento do processo com o escopo de se chegar a um provimento jurisdicional final em tempo moderado. 3. Recurso não-conhecido". ..EMEN:(RESP 200701513930, ARNALDO ESTEVES LIMA, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:01/02/2010 ..DTPB:.)

Destaque-se, outrossim, que esta Corte já firmou entendimento de que é plenamente aplicável o prazo estipulado na Lei nº 9.784/99 para os pedidos de concessão de aposentadoria, conforme se afere dos julgados ora transcritos:

"ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. INSS. PRAZO RAZOÁVEL. LEI N.º 9.784/99. SENTENÇA MANTIDA.
- Pretende-se no presente mandamus seja determinado à autoridade impetrada que decida quanto ao requerimento de alteração da espécie de benefício previdenciário da parte impetrante, com o agendamento imediato de sua perícia médica.
- A deficiência interna do ente público, em razão do elevado número de solicitações, em comparação com a precária estrutura de trabalho existente, não pode servir de justificativa para o descumprimento do seu dever legal (Lei n.º 9.784/99, artigos 48 e 49) e para a violação do direito constitucionalmente garantido do impetrante (art. 5º, inciso XXXIV, alínea "b", da CF/88) de obter resposta em tempo razoável (art. 5º, inciso LXXVIII). Precedentes.
- Dessa forma, apresentado o requerimento administrativo em 18/05/2015, constata-se que a parte autora, na data de impetração do presente mandado de segurança (23/07/2015), encontrava-se há mais de 2 meses à espera da análise de sua pretensão e evidencia-se que foi ultrapassado o prazo legal, bem como que, ainda que se considerem as dificuldades de recursos humanos e estruturais, além do elevado número de solicitações sob sua responsabilidade, transcorreu tempo suficiente para que a administração pública, no caso o INSS, concluísse o procedimento. Nesse contexto, merece acolhimento o pedido apresentado pela impetrante, que efetivamente não pode ficar à mercê da administração, à espera, por tempo indeterminado, que seu pleito seja atendido.
- Remessa oficial a que se nega provimento."
(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 360607 - 0002053-98.2015.4.03.6113, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRE NABARRETE, julgado em 15/08/2019, e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/08/2019)

"ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. PRAZO. LEI N.º 9.784/99. 30 DIAS. REMESSA OFICIAL DESPROVIDA.
1. Cabe à administração pública respeitar o princípio da razoável duração do processo, constante no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.
2. A Lei n. 9.784/1999 determina à Administração Pública o prazo de até 30 (trinta) dias, contados do momento em que concluída a instrução, para emitir decisão em processos administrativos de sua competência.
3. Remessa oficial desprovida."
(TRF 3ª Região, 3ª Turma, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 5001059-02.2018.4.03.6138, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 23/08/2019, Intimação via sistema DATA: 26/08/2019)

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO NÃO TRIBUTÁRIO. ART. 48 E 49 DA LEI 9.784/1999.

1. Verificada a demora injustificada, correta a estipulação de prazo para que a administração conclua procedimento administrativo.

2. Aplicável jurisprudência que assegura a razoável duração do processo, segundo os princípios da eficiência e da moralidade, não se podendo permitir que a Administração postergue, indefinidamente, a conclusão de procedimento administrativo.

3. Remessa oficial a que se nega provimento.”

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 0011037-76.2016.4.03.6100, Rel. Juiz Federal Convocado MARCIO FERRO CATAPANI, julgado em 08/08/2019, Intimação via sistema DATA: 13/08/2019)

“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO. REQUERIMENTO DE APOSENTADORIA INDEFERIDO. RECURSO ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. DECURSO DO PRAZO LEGAL PARA ANÁLISE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. REEXAME NECESSÁRIO DESPROVIDO.

1. *Cuida-se de reexame necessário da sentença que ratificou a liminar e concedeu a segurança, para determinar que a autoridade impetrada julgue o recurso nº 37330.021213/2016-19, concernente à negativa de concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição nº 177.890.046-9, requerido pelo impetrante, no prazo de 30 (trinta) dias.*
 2. *Prefacialmente, importa consignar que, no presente feito, não há que se falar em perda superveniente do objeto por ausência de interesse de agir; visto que a satisfação do direito do impetrante, com impulso do processo e apreciação de seu recurso pelo órgão administrativo competente, ocorreu após o deferimento de medida liminar.*
 3. *Cumpre ressaltar que a duração razoável dos processos é garantia constitucionalmente assegurada aos administrados, consoante expressa disposição do art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/88, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.*
 4. *Com efeito, a Administração Pública tem o dever de analisar em prazo razoável os pedidos que lhe são submetidos, sob pena de causar prejuízo ao administrado e de descumprir o princípio da celeridade processual, também assegurado constitucionalmente aos processos administrativos (art. 5º, LXXVIII, da CF/88).*
 5. *Consoante preconiza o princípio constitucional da eficiência, previsto no art. 37, caput, da Constituição da República, o administrado não pode ser prejudicado pela morosidade excessiva na apreciação de requerimentos submetidos à Administração Pública. Assim, a via mandamental é adequada para a garantia do direito do administrado.*
 6. *O art. 49 da Lei nº 9.784/1999 fixa o prazo de até 30 dias para que a Administração Pública decida a questão posta em processo administrativo, salvo se houver motivo que justifique de maneira expressa a prorrogação do referido lapso temporal.*
 7. *Por seu turno, o art. 59, § 1º, da Lei nº 9.784/1999 estabelece o prazo máximo de 30 dias para decisão do recurso administrativo, a partir do recebimento dos autos pelo órgão competente, exceto se houver disposição legal específica.*
 8. *Além dos aludidos prazos legais previstos na Lei nº 9.784/1999, o art. 41-A, § 5º, da Lei nº 8.213/1991 e o art. 174 do Decreto nº 3.048/1999, que dispõem especificamente sobre a implementação de benefícios previdenciários, preveem o prazo de 45 dias para o primeiro pagamento, contados a partir da data da apresentação dos documentos necessários pelo segurado.*
 9. *No caso vertente, resta evidenciado que a autoridade impetrada desrespeitou os prazos estabelecidos em legislações ordinárias, que regulam tanto o processo administrativo em geral, como os processos administrativos de requerimentos de benefícios no âmbito da Previdência Social.*
 10. *Compulsando os autos, verifica-se que o impetrante interpôs em 15/12/2016, perante o INSS, recurso administrativo em face do indeferimento de seu requerimento de benefício previdenciário, o qual não foi analisado no prazo legal, tendo sido o recurso apreciado pelo órgão competente apenas após a decisão que deferiu a medida liminar no presente mandado de segurança. Inclusive, frise-se que referido recurso administrativo permaneceu pendente de decisão por mais de um ano e meio após a interposição.*
 11. *Inexiste amparo legal para a omissão administrativa da autarquia previdenciária e do respectivo órgão com incumbência de apreciar recursos administrativos previdenciários, que, pelo contrário, enseja descumprimento de normas legais e violação aos princípios da legalidade, razoável duração do processo, proporcionalidade, eficiência na prestação de serviço público, segurança jurídica e moralidade, sujeitando-se ao controle jurisdicional visando a reparar a lesão a direito líquido e certo infringido.*
 12. *Não há condenação em honorários advocatícios em sede de mandado de segurança, nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009 e das Súmulas 105 do STJ e 512 do STF.*
 13. *Reexame necessário não provido.”*
- (TRF 3ª Região, 3ª Turma, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 5000436-34.2018.4.03.6106, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 25/07/2019, Intimação via sistema DATA: 26/07/2019)*

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ANÁLISE DE PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO. LEI Nº 9.784/99. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. 1 - Os artigos 48 e 49 da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estipulam o prazo de até 30 (trinta) dias, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada, para Administração explicitamente emitir decisão nos processos administrativos. 2 - A Administração Pública deve examinar e decidir os requerimentos que lhe sejam submetidos à apreciação, no prazo legal, sob pena de violação aos princípios da eficiência e da razoável duração do processo, conforme preceituam as Leis ns. 9.784/99 e 11.457/07, bem como os artigos 5º, inciso LXXVIII e 37, caput, da Constituição da República, que a todos assegura o direito à celeridade na tramitação dos procedimentos administrativos. 3 - Remessa oficial não provida". (REO 00097112820094036100, DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/12/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.) (g.n.)

REMESSA OFICIAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. MOROSIDADE NA ANÁLISE DE REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO.

I- O impetrante alega na inicial que em 20/5/16 formulou requerimento administrativo de aposentadoria por idade perante o INSS (NB 42/177.351.545-1), no entanto, "desde o requerimento, mesmo após ter apresentado todos os documentos necessários para o postulado direito, o benefício do Impetrante continua em análise" (fls. 3). Informou, ainda, que em consulta ao sistema do INSS, consta a informação "Benefício Habilitado", motivo pelo qual requer a concessão da segurança para que seja processado o pedido administrativo. Considerando que a análise administrativa está sem solução desde 20/5/16 e o presente mandamus foi impetrado em 20/10/16, ultrapassou-se muito o prazo fixado, por analogia, pelo art. 174 do Decreto nº 3.048/99 e a Lei nº 9.784/99, que fixam prazo de até 45 dias a partir da data da documentação comprobatória para análise do pleito.

II- Em sede de mandado de segurança não se admite condenação em honorários advocatícios, consoante a Súmula nº 105 do C. Superior Tribunal de Justiça. III- Remessa oficial improvida.

(REO n.º 00116772220164036119, rel. Des. Federal NEWTON DE LUCCA, Oitava Turma, Julg.: 25/06/2018, v.u., e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/07/2018 ..FONTE_REPUBLICACAO:)

MANDADO DE SEGURANÇA. ANÁLISE DE PEDIDO ADMINISTRATIVO. INCRA. CERTIDÃO DE GEORREFERENCIAMENTO. PRAZO RAZOÁVEL. LIMINAR. PERDA DE OBJETO DO MANDAMUS. NÃO OCORRÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA PARCIALMENTE. 1. A autoridade impetrada infringiu o princípio constitucional da eficiência, que rege a Administração Pública, nos termos do art. 37, caput, da Constituição Federal, na redação da Emenda Constitucional nº 19/98, pois, apesar de transcorrido mais de 3 (três) anos, não forneceu aos impetrantes nenhuma resposta sobre o seu requerimento ou formulou novas exigências a serem cumpridas, tendo se manifestado apenas após a propositura do presente mandado de segurança. 2. A análise do requerimento administrativo pelo impetrado, conforme de determinado por ocasião da liminar, não torna sem objeto o mandado de segurança. 3. A morosidade em efetuar a análise do pleito dos impetrantes torna patente a violação de seu direito. É certo que o elevado volume de solicitações e difíceis condições de trabalho suportadas pelo impetrado revelam a situação de deficiência deste setor administrativo. No entanto, a parte não pode ver seus direitos, constitucionalmente garantidos, violados por problemas internos do ente público. Vale dizer; não podem os impetrantes aguardar por tempo indeterminado que a autoridade resolva concluir seu processo administrativo. 4. A Lei n.º 9.784/99 estabelece as diretrizes do processo administrativo e dispõe, nos artigos 48 e 49, que a Administração tem o dever de emitir decisão nos processos de sua competência no prazo de trinta dias, salvo prorrogação motivada, após o término da instrução. 5. A administração dispôs de tempo suficiente para concluir o processo, ainda mais em razão do princípio da razoabilidade, hoje positivado na Constituição Federal (art 5º, LXXVIII - acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45/2004). Precedentes da Corte. V- Apelação provida para reformar a sentença, concedendo-se parcialmente a segurança, para determinar a imediata análise dos processos administrativos.

(AMS 00063597120094036000, DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:06/10/2011)

"PREVIDENCIÁRIO. REEXAME NECESSÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DEMORA NA APECIAÇÃO DO RECURSO NA ESFERA ADMINISTRATIVA. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. NÃO OBSERVÂNCIA DO PRAZO LEGAL DE 45 DIAS.

- Trata-se de mandado de segurança impetrado com o objetivo de obter conclusão do procedimento administrativo de aposentadoria por tempo de serviço.

- O prazo para processamento e concessão do benefício no âmbito administrativo é de 45 dias (Lei n. 8.213/91, art. 41, § 6º e Decreto n.3.048/99, art. 174).

- Reexame necessário em mandado de segurança desprovido."

(REOMS 318.041/SP, Relatora Desembargadora Federal LÚCIA URSAIA, Décima Turma, j. 21/05/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 29/05/2013)

Por conseguinte, não assiste razão na alegação da parte impetrada, quanto à inaplicabilidade do disposto na Lei nº 9.784/99.

No caso dos autos, o impetrante realizou o protocolo do requerimento administrativo de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição em 03/09/2018 e constata-se que, até a data do ajuizamento do presente *mandamus*, não havia obtido a competente análise de seu pedido, evidenciando que foi ultrapassado o prazo legal.

Desse modo, ainda que considerada a deficiência interna do ente público, demonstrada diante da dificuldade de recursos humanos e estruturais, bem como do elevado número de solicitações sob sua responsabilidade, transcorreu tempo suficiente para que a administração pública, no caso INSS, procedesse à análise do procedimento, não servindo as condições acima expostas como justificativa para o descumprimento do seu dever legal e violação do direito constitucionalmente garantido da impetrante (art. 5º, inciso XXXIV, alínea "b", da CF/88), no sentido de ter o seu pedido respondido em tempo razoável (art. 5º, inciso LXXVIII).

Inexiste, portanto, amparo legal para a omissão administrativa da autarquia previdenciária. Ao contrário, tal ato enseja descumprimento de normas legais e violação aos princípios da legalidade, razoável duração do processo, proporcionalidade, eficiência na prestação de serviço público, segurança jurídica e moralidade, sujeitando-se ao controle jurisdicional que visa reparar a lesão a direito líquido e certo infringido.

Destarte, os prazos para conclusão dos procedimentos administrativos devem obedecer ao princípio da razoabilidade.

Adira-se, por oportuno, que a autoridade impetrada, cumprindo a liminar concedida pelo Juízo de primeiro grau, já efetuou a respectiva conclusão do requerimento administrativo relativo ao benefício previdenciário em tela (ID 122946069).

Por fim, anoto que eventuais outros argumentos trazidos nos autos ficam superados e não são suficientes para modificar a conclusão baseada nos fundamentos ora expostos.

Por conseguinte, nos termos da legislação de regência da matéria e da jurisprudência citada, não merece reparos a sentença.

Posto isso, nos termos do art. 932, do CPC, **NEGO PROVIMENTO à remessa oficial e à apelação.**

Intimem-se. Publique-se.

Decorrido o prazo legal, baixemos autos à vara de Origem.

Souza Ribeiro

Desembargador Federal

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5007044-75.2018.4.03.6000
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: ASSOCIACAO NACIONAL DOS CONTRIBUINTES DE TRIBUTOS
Advogado do(a) APELANTE: GERMANO CESAR DE OLIVEIRA CARDOSO - DF28493-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5007044-75.2018.4.03.6000
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: ASSOCIACAO NACIONAL DOS CONTRIBUINTES DE TRIBUTOS
Advogado do(a) APELANTE: GERMANO CESAR DE OLIVEIRA CARDOSO - DF28493-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Trata-se de embargos de declaração interpostos contra v. Acórdão que negou provimento à apelação.

A ementa (ID 107929181):

PROCESSO CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO - LISTA DE ASSOCIADOS - AUTORIZAÇÃO PARA A IMPETRAÇÃO - OBRIGATORIEDADE DE PROVAR A ATUAÇÃO EM FAVOR DOS ASSOCIADOS.

1- A Constituição não exige prévia autorização dos associados, para a impetração do mandado de segurança coletivo. Não é necessária, também, a juntada de lista dos associados, no momento da impetração em favor dos associados.

2- Contudo, a dispensa de apresentação dos documentos não afasta a obrigatoriedade de provar a atuação em favor dos associados.

3- A apelante não provou o interesse direto dos associados, embora intimada a tanto.

4- Ademais, a Associação Nacional dos Contribuintes de Tributos tem ajuizado inúmeras ações repetitivas, sem a devida comprovação do interesse processual. A questão foi analisada nesta Turma por ocasião do julgamento da AC nº. 5006498-96.2018.4.03.6104, Relator Desembargador Federal Johansom Di Salvo, em 3 de outubro de 2019.

5- Apelação improvida.

A apelante, ora embargante, aponta omissão: não teria sido considerado o caráter nacional da associação. Afirmar que estaria provado o interesse direto dos associados.

Argumenta com precedentes das Cortes Superiores, no sentido da desnecessidade de juntada de lista de associados para a impetração de mandado de segurança coletivo.

Aponta, ainda, omissão na análise dos artigos 1º, 21 e 22, da Lei Federal nº. 12.016/09,

Prequestiona a matéria, com a finalidade de interposição de recursos dirigidos às Cortes Superiores.

Resposta (ID 128611552).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5007044-75.2018.4.03.6000

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: ASSOCIACAO NACIONAL DOS CONTRIBUINTES DE TRIBUTOS

Advogado do(a) APELANTE: GERMANO CESAR DE OLIVEIRA CARDOSO - DF28493-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

O v. Acórdão destacou expressamente (ID 107929179):

“A Constituição não exige prévia autorização dos associados, para a impetração do mandado de segurança coletivo.

A Súmula nº. 629, do Supremo Tribunal Federal: “A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes”.

Não é necessária, também, a juntada de lista dos associados, no momento da impetração em favor dos associados. (...)

Contudo, a dispensa de apresentação dos documentos não afasta a obrigatoriedade de provar a atuação em favor dos associados.

No caso concreto, o Juízo de origem determinou a emenda da petição inicial (ID 10656250).

A apelante procedeu à emenda citou precedente do Supremo Tribunal Federal, no sentido da sua legitimidade ativa, independentemente da juntada de documentação relativa a associados (ID 76505304).

A apelante não provou o interesse direto dos associados, embora intimada a tanto”.

Não há qualquer vício no v. Acórdão. Pedido e fundamento jurídico são institutos processuais distintos. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.

No caso concreto, os embargos não demonstram a invalidade jurídica da fundamentação adotada no v. Acórdão. Pretendem, é certo, outra. Não se trata, então, da ocorrência de vício na decisão da causa, mas de sua realização por fundamento jurídico diverso da intelecção da parte.

De outra parte, a Constituição Federal, na cláusula impositiva da fundamentação das decisões judiciais, não fez opção estilística. Sucinta ou laudatória, a fundamentação deve ser, apenas, exposta no vernáculo (STJ - AI nº 169.073-SP-AgRg - Rel. o Min. José Delgado).

Na realidade, o que se pretende, através do presente recurso, é o reexame do mérito da decisão da Turma, o que não é possível em sede de embargos de declaração. Confira-se:

PROCESSO CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ART. 535, DO CPC - SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL DA EXTINTA SUDAM - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA - NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA - PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL - AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO - NÍTIDO CARÁTER INFRINGENTE - REJEIÇÃO.

1 - Tendo o acórdão embargado reconhecido a insuficiência de comprovação do direito líquido e certo, salientando a necessidade de dilação probatória, revestem-se de caráter infringente os embargos interpostos a pretexto de omissão e prequestionamento, uma vez que pretendem reabrir os debates meritórios acerca do tema.

2 - Por prerrogativa do dispositivo processual aventado, os Embargos de Declaração consubstanciam instrumento processual adequado para excluir do julgado qualquer obscuridade ou contradição ou, ainda, suprir omissão, cujo pronunciamento sobre a matéria se impunha ao Colegiado, integralizando-o, não se adequando, todavia, para promover o efeito modificativo do mesmo. Inteligência do art. 535 e incisos, do Código de Processo Civil.

3 - Precedentes (EDREsp nºs 120.229/PE e 202.292/DF).

4 - Embargos conhecidos, porém, rejeitados.

(STJ, 3ª seção, EDMS 8263/DF, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 09/04/2003, v.u., DJU 09/06/2003).

No tocante ao pré-questionamento, cumpre salientar que, ainda nos embargos de declaração opostos com este propósito, é necessária a observância aos requisitos previstos no artigo 1.022, do Código de Processo Civil:

Mesmo nos embargos de declaração com fim de prequestionamento, devem-se observar os lindes traçados no art. 535 do CPC (obscuridade, dúvida, contradição, omissão e, por construção pretoriana integrativa, a hipótese de erro material). Esse recurso não é meio hábil ao reexame da causa (STJ - 1ª Turma, Resp 11.465-0-SP, Rel. o Min. Demócrito Reinaldo, j. 23.11.92, rejeitaram os embs., v.u., DJU 15.2.93, p. 1.665, 2ª col., em.).

Por estes fundamentos, **rejeito** os embargos de declaração.

É o voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ALEGAÇÃO DE VÍCIO: INEXISTÊNCIA - CARÁTER INFRINGENTE: IMPOSSIBILIDADE - PRÉ-QUESTIONAMENTO - REJEIÇÃO.

1. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.

2. Na solução da causa, a adoção de fundamento jurídico diverso do exposto pela parte não é omissão. É divergência de inteligência na solução da lide, circunstância desqualificadora da interposição de embargos de declaração.

3. A Constituição Federal não fez opção estilística, na imposição do requisito da fundamentação das decisões. Esta pode ser laudatória ou sucinta. Deve ser, tão-só, pertinente e suficiente.

4. Os requisitos previstos no artigo 1.022, do Código de Processo Civil, devem ser observados nos embargos de declaração destinados ao pré-questionamento.

5. Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016475-23.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO

AGRAVANTE: ITAMAR LEONIDAS PINTO PASCHOAL

Advogado do(a) AGRAVANTE: ITAMAR LEONIDAS PINTO PASCHOAL - SP27291-N

AGRAVADO: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SECÇÃO DE SÃO PAULO

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por ITAMAR LEÔNIDAS PINTO PASCHOAL contra a decisão proferida pelo MM. Juízo de origem, que indeferiu produção de prova testemunhal.

Verifica-se, por meio de consulta ao sistema informatizado deste E. Tribunal, que já houve, *in casu*, prolação de sentença de primeiro grau, em 15/06/20, da qual já se apelou.

É o relatório.

Decido.

O feito comporta julgamento monocrático, nos termos do art. 932, III c/c art. 1019, *caput*, ambos do NCPC.

Consoante acima relatado, verifica-se que foi proferida sentença nos autos da ação subjacente.

Destarte, o presente recurso está prejudicado, em razão da perda do seu objeto.

A sentença proferida, em cognição exauriente, esvazia o conteúdo do agravo. Neste sentido, confirmam-se os seguintes precedentes jurisprudenciais:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SENTENÇA PROFERIDA NOS AUTOS DA AÇÃO ORIGINÁRIA. PERDA DE OBJETO. AGRAVO PREJUDICADO. I - A prolação de sentença nos autos da ação de onde se originou o agravo de instrumento acarreta a perda de objeto deste recurso. II - Agravo de instrumento prejudicado." (TRF - 3ª Região, 2ª Turma, AG 2000.03.00.049815-2, Rel. Juíza Fed. Conv. Raquel Perrini, j. 16/09/2002, DJU 06/12/2002, p. 511).

Ante o exposto, **JULGO PREJUDICADO este Agravo de Instrumento**, negando-lhe seguimento, nos termos do artigo 932, III, do Código de Processo Civil, arquivando-se os autos oportunamente, com as cautelas de praxe.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 22 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0002036-42.2013.4.03.6110

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: LEONI AUTOMOTIVE DO BRASIL LTDA
Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE LIRA DE OLIVEIRA - SP218857-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de embargos de declaração interpostos contra decisão (fls. 13/18, ID 107354951) que negou provimento à apelação.

A apelante, ora embargante (fls. 20/23, ID 107354951), aponta omissão: os débitos estariam com a exigibilidade suspensa, no momento das inscrições em dívida ativa, nos termos dos artigos 151, inciso III, do Código Tributário Nacional, e 74, § 11, da Lei Federal nº. 9.430/96.

Manifestação da embargada (fls. 28/30, ID 107354951).

É uma síntese do necessário.

A decisão destacou expressamente:

“No caso concreto, o apelante apurou créditos de IPI e promoveu a compensação com tributos federais entre agosto de 2006 e fevereiro de 2007, nos PAs nº. 10855.906133/2011-55, 10855.910759/2011-66, 10855.910760/2011-91, 10855.910762/2011-80 e 10855.910761/2011-35 (fls. 50/52).

À época, estava em vigor a Lei Federal nº. 9.430/96, na redação dada pelas Leis Federais nº. 10.637/02, 10.833/03 e 10.051/04(...)

A autoridade administrativa reconheceu, em parte, os créditos de IPI e lavrou auto de infração em 7 de outubro de 2011, originando o PA nº. 10855.723698/2011-07, nos seguintes termos (fls. 54/73):

"Encerramos, nesta data, o procedimento fiscal levado a efeito no sujeito passivo acima identificado, tendo sido verificado, o cumprimento das obrigações tributárias relativas ao IPI, conforme determinado no MPF 0811000-2011-00165, sendo constatada(s) a(s) irregularidade(s) mencionada(s) no(s) demonstrativo(s) de descrição dos fatos e enquadramento legal. Ficou constatado também que os Perdcomp apresentados pelo sujeito passivo, indicavam saldo credor de IPI acima do valor a que fazia jus, conforme demonstrativo abaixo. (...)

O presente procedimento resultou na constituição do crédito tributário descrito abaixo. (...)"

Em 8 de novembro de 2011, o apelante apresentou impugnação ao auto de infração, nos termos do artigo 15 e seguintes, do Decreto n.º 70.235/72 (fls. 76/90).

Os débitos não compensados foram inscritos nas CDAs n.º 80.6.12.040248-33, 80.7.12.016441-61, 80.6.12.040249-14, 80.6.12.016442-42, 80.6.12.040245-90 e 80.6.12.040250-58 (fls. 50/52 e 215/216).

O apelante alega que os débitos estariam com a exigibilidade suspensa, no momento das inscrições em dívida ativa, em decorrência de recurso administrativo interposto contra auto de infração.

Sem razão.

No caso concreto, a impugnação ao auto de infração, apresentada no PA n.º 10855.723698/2011-07, tem como objeto a existência de créditos de IPI.

Não há prova de pendência de recurso administrativo nos processos administrativos de compensação.

A União esclareceu os fatos (fls. 211/214):

"O Processo Administrativo n. 10855.723698/2011-07, em trâmite perante a Delegacia Regional de Julgamento, tem por objeto o exame da existência, ou não, de crédito a favor da Impetrante, decorrente de alegado recolhimento a maior do IPI. Efetivamente, nesse processo administrativo, não se discute a legitimidade ou não do débito tributário, objeto das Inscrições em DAU n. 80.6.12.040248-33, 80.7.12.016441-61, 80.6.12.040249-14, 80.6.12.016442-42, 80.6.12.040245-90 e 80.6.12.040250-58.

No presente caso existem débitos reconhecidos pela impetrante, sem a exigibilidade suspensa, eis que o objeto do processo administrativo em tramitação perante a DRJ, repita-se, versa sobre existência, ou não, de crédito a favor da impetrante. (...)

Com efeito, os processos administrativos nos quais discutem a existência, ou não, de créditos decorrentes de eventuais pagamentos a maior do IPI não se presta para suspender a exigibilidade dos débitos tributários de responsabilidade da impetrante".

Ademais, quando o tributo é objeto de declaração pelo contribuinte, a ausência de pagamento dispensa outra formalidade, para a constituição do crédito declarado, permitindo-se a imediata inscrição na dívida ativa.

Súmula n.º 436, do Superior Tribunal de Justiça: "A entrega de declaração pelo contribuinte reconhecendo débito fiscal constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do fisco".

A declaração de compensação constitui o crédito tributário nela declarado.

As inscrições em dívida ativa são regulares".

Não há, portanto, qualquer vício na r. decisão. Pedido e fundamento jurídico são institutos processuais distintos. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.

No caso concreto, os embargos não demonstram a invalidade jurídica da fundamentação adotada na r. decisão. Pretendem, é certo, outra. Não se trata, então, da ocorrência de vício na decisão da causa, mas de sua realização por fundamento jurídico diverso da intelecção da parte.

De outra parte, a Constituição Federal, na cláusula impositiva da fundamentação das decisões judiciais, não fez opção estilística. Sucinta ou laudatória, a fundamentação deve ser, apenas, exposta no vernáculo (STJ - AI nº 169.073-SP-AgRg - Rel. o Min. José Delgado).

Na realidade, o que se pretende, através do presente recurso, é o reexame do mérito da decisão, o que não é possível em sede de embargos de declaração. Confira-se:

PROCESSO CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ART. 535, DO CPC - SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL DA EXTINTA SUDAM - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA - NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA - PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL - AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO - NÍTIDO CARÁTER INFRINGENTE - REJEIÇÃO.

1 - Tendo o acórdão embargado reconhecido a insuficiência de comprovação do direito líquido e certo, salientando a necessidade de dilação probatória, revestem-se de caráter infringente os embargos interpostos a pretexto de omissão e prequestionamento, uma vez que pretendem reabrir os debates meritórios acerca do tema.

2 - Por prerrogativa do dispositivo processual aventado, os Embargos de Declaração consubstanciam instrumento processual adequado para excluir do julgado qualquer obscuridade ou contradição ou, ainda, suprir omissão, cujo pronunciamento sobre a matéria se impunha ao Colegiado, integralizando-o, não se adequando, todavia, para promover o efeito modificativo do mesmo. Inteligência do art. 535 e incisos, do Código de Processo Civil.

3 - Precedentes (EDREsp nºs 120.229/PE e 202.292/DF).

4 - Embargos conhecidos, porém, rejeitados.

(STJ, 3ª seção, EDMS 8263/DF, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 09/04/2003, v.u., DJU 09/06/2003).

Por estes fundamentos, rejeito os embargos de declaração.

Publique-se. Intimem-se.

Decorrido o prazo recursal, remetam-se à origem.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002302-56.2018.4.03.6113
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: ASSOCIACAO NACIONAL DOS CONTRIBUINTES DE TRIBUTOS
Advogado do(a) APELANTE: GERMANO CESAR DE OLIVEIRA CARDOSO - DF28493-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002302-56.2018.4.03.6113
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: ASSOCIACAO NACIONAL DOS CONTRIBUINTES DE TRIBUTOS
Advogado do(a) APELANTE: GERMANO CESAR DE OLIVEIRA CARDOSO - DF28493-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Trata-se de embargos de declaração interpostos contra v. Acórdão que negou provimento à apelação.

A ementa (ID 102613240):

PROCESSO CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO - LISTA DE ASSOCIADOS - AUTORIZAÇÃO PARA A IMPETRAÇÃO - OBRIGATORIEDADE DE PROVAR A ATUAÇÃO EM FAVOR DOS ASSOCIADOS.

1- A Constituição não exige prévia autorização dos associados, para a impetração do mandado de segurança coletivo. Não é necessária, também, a juntada de lista dos associados, no momento da impetração em favor dos associados.

2- Contudo, a dispensa de apresentação dos documentos não afasta a obrigatoriedade de provar a atuação em favor dos associados.

3- A apelante não provou o interesse direto dos associados, embora intimada a tanto.

4- Ademais, a Associação Nacional dos Contribuintes de Tributos tem ajuizado inúmeras ações repetitivas, sem a devida comprovação do interesse processual. A questão foi analisada nesta Turma por ocasião do julgamento da AC nº. 5006498-96.2018.4.03.6104, Relator Desembargador Federal Johanson Di Salvo, em 3 de outubro de 2019.

5- Apelação improvida.

A apelante, ora embargante, aponta omissão: não teria sido considerado o caráter nacional da associação. Afirmo que estaria provado o interesse direto dos associados.

Argumenta com precedentes das Cortes Superiores, no sentido da desnecessidade de juntada de lista de associados para a impetração de mandado de segurança coletivo.

Aponta, ainda, omissão na análise dos artigos 1º, 21 e 22, da Lei Federal nº. 12.016/09,

Prequestiona a matéria, com a finalidade de interposição de recursos dirigidos às Cortes Superiores.

Resposta (ID 128137239).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5002302-56.2018.4.03.6113
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: ASSOCIACAO NACIONAL DOS CONTRIBUINTES DE TRIBUTOS
Advogado do(a) APELANTE: GERMANO CESAR DE OLIVEIRA CARDOSO - DF28493-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

O v. Acórdão destacou expressamente (ID 56725306):

“A Constituição não exige prévia autorização dos associados, para a impetração do mandado de segurança coletivo.

A Súmula nº. 629, do Supremo Tribunal Federal: “A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes”.

Não é necessária, também, a juntada de lista dos associados, no momento da impetração em favor dos associados. (...)

Contudo, a dispensa de apresentação dos documentos não afasta a obrigatoriedade de provar a atuação em favor dos associados.

No caso concreto, o Juízo de origem determinou a juntada da lista de associados localizados na circunscrição e fiscalizados pela autoridade impetrada (ID 70622877).

A apelante referiu lista de associados, por amostragem, com sede fiscal na circunscrição e reiterou jurisprudência do C. Supremo Tribunal Federal, no sentido da prescindibilidade da documentação (ID 70622880).

A apelante não provou o interesse direto dos associados, embora intimada a tanto”.

Não há qualquer vício no v. Acórdão. Pedido e fundamento jurídico são institutos processuais distintos. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.

No caso concreto, os embargos não demonstram a invalidade jurídica da fundamentação adotada no v. Acórdão. Pretendem, é certo, outra. Não se trata, então, da ocorrência de vício na decisão da causa, mas de sua realização por fundamento jurídico diverso da intelecção da parte.

De outra parte, a Constituição Federal, na cláusula impositiva da fundamentação das decisões judiciais, não fez opção estilística. Sucinta ou laudatória, a fundamentação deve ser, apenas, exposta no vernáculo (STJ - AI nº 169.073-SP-AgRg - Rel. o Min. José Delgado).

Na realidade, o que se pretende, através do presente recurso, é o reexame do mérito da decisão da Turma, o que não é possível em sede de embargos de declaração. Confira-se:

PROCESSO CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ART. 535, DO CPC - SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL DA EXTINTA SUDAM - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA - NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA - PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL - AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO - NÍTIDO CARÁTER INFRINGENTE - REJEIÇÃO.

1 - Tendo o acórdão embargado reconhecido a insuficiência de comprovação do direito líquido e certo, salientando a necessidade de dilação probatória, revestem-se de caráter infringente os embargos interpostos a pretexto de omissão e prequestionamento, uma vez que pretendem reabrir os debates meritórios acerca do tema.

2 - Por prerrogativa do dispositivo processual aventado, os Embargos de Declaração consubstanciam instrumento processual adequado para excluir do julgado qualquer obscuridade ou contradição ou, ainda, suprir omissão, cujo pronunciamento sobre a matéria se impunha ao Colegiado, integralizando-o, não se adequando, todavia, para promover o efeito modificativo do mesmo. Inteligência do art. 535 e incisos, do Código de Processo Civil.

3 - Precedentes (EDREsp n°s 120.229/PE e 202.292/DF).

4 - Embargos conhecidos, porém, rejeitados.

(STJ, 3ª seção, EDMS 8263/DF, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 09/04/2003, v.u., DJU 09/06/2003).

No tocante ao pré-questionamento, cumpre salientar que, ainda nos embargos de declaração opostos com este propósito, é necessária a observância aos requisitos previstos no artigo 1.022, do Código de Processo Civil:

Mesmo nos embargos de declaração com fim de prequestionamento, devem-se observar os lindes traçados no art. 535 do CPC (obscuridade, dúvida, contradição, omissão e, por construção pretoriana integrativa, a hipótese de erro material). Esse recurso não é meio hábil ao reexame da causa (STJ - 1ª Turma, Resp 11.465-0-SP, Rel. o Min. Demócrito Reinaldo, j. 23.11.92, rejeitaram os embs., v.u., DJU 15.2.93, p. 1.665, 2ª col., em.).

Por estes fundamentos, **rejeito** os embargos de declaração.

É o voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ALEGAÇÃO DE VÍCIO: INEXISTÊNCIA - CARÁTER INFRINGENTE: IMPOSSIBILIDADE - PRÉ-QUESTIONAMENTO - REJEIÇÃO.

1. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.
2. Na solução da causa, a adoção de fundamento jurídico diverso do exposto pela parte não é omissão. É divergência de intelecção na solução da lide, circunstância desqualificadora da interposição de embargos de declaração.
3. A Constituição Federal não fez opção estilística, na imposição do requisito da fundamentação das decisões. Esta pode ser laudatória ou sucinta. Deve ser, tão-só, pertinente e suficiente.
4. Os requisitos previstos no artigo 1.022, do Código de Processo Civil, devem ser observados nos embargos de declaração destinados ao pré-questionamento.
5. Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5012913-89.2017.4.03.6182

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de embargos à execução fiscal.

A r. sentença (ID 107852312) julgou o pedido inicial improcedente. Não houve condenação em honorários advocatícios, nos termos do Decreto-Lei nº. 1.025/60.

A embargante, ora apelante (ID 107852321), suscita preliminar de nulidade, porque a r. sentença não teria analisado o pedido de nulidade do processo administrativo em razão das seguintes alegações: (a) ausência de regulamentação sobre os critérios para a estipulação das multas; e (b) erros no preenchimento do quadro demonstrativo de penalidades.

Afirma que a ausência de fundamentação para a aplicação das multas, por ser matéria de ordem pública, deveria ser reconhecida de ofício e a qualquer tempo.

Alega a ocorrência de cerceamento de defesa em decorrência do indeferimento da prova pericial.

No mérito, aponta a nulidade dos autos de infração em decorrência da:

(i) ausência de fundamentação legal para a aplicação das multas. A Lei Federal nº. 9.933/99 não estaria regulamentada;

(ii) inobservância da Resolução nº. 08/06, do CONMETRO, bem como das normas para preenchimento do quadro demonstrativo de penalidades e formulários, editadas pela Diretoria de Metrologia (DIMEL).

Subsidiariamente, requer a conversão da pena de multa em advertência ou a sua redução.

Contrarrazões (ID 107852326).

É uma síntese do necessário.

***** Preliminares *****

As preliminares não têm pertinência.

Na petição inicial (ID 107852179), a apelante não aduziu pedido de nulidade do processo administrativo em razão da ausência de regulamentação sobre os critérios para a estipulação das multas.

Ar. sentença (ID 107852312):

“Ressalvadas questões processuais cognoscíveis de ofício pelo Juízo, não pode ser conhecida matéria de mérito deduzida após a oferta dos embargos à execução. (...)”

Nesse sentido, a matéria inovada na “réplica” está preclusa, pois deveria ter sido apresentada na exordial, como o exige a lei de execução fiscal (art. 16, §2º). No prazo dos embargos, deve ser exaurida TODA a matéria útil à defesa do devedor; não sendo possível usar de “réplica” (ou qualquer manifestação posterior) para reelaborar a exordial”.

Não é viável a análise da matéria, no atual momento processual, por não se tratar de questão de ordem pública.

Assim, o pedido configura inovação recursal.

Não pode ser conhecido, sob pena de supressão de instância.

No mais, não há qualquer vício na r. sentença. Pedido e fundamento jurídico são institutos processuais distintos. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.

No caso concreto, o recurso não demonstra a invalidade jurídica da fundamentação adotada na r. decisão. Pretende, é certo, outra. Não se trata, então, da ocorrência de vício na decisão da causa, mas de sua realização por fundamento jurídico diverso da intelecção da parte.

De outro lado, o magistrado possui liberdade para a avaliação da prova (artigo 131, do Código de Processo Civil).

A perícia é o meio de prova reservado para hipóteses nas quais a avaliação depende de conhecimento técnico ou científico (artigo 145, do Código de Processo Civil).

No caso concreto, a apelante não demonstrou, objetivamente, a aplicação de critérios em desacordo com a legislação vigente, quando da aferição da quantidade dos produtos comercializados.

A discussão está restrita aos **critérios legais**.

A solução é jurídica e depende da análise de documentos.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. LIVRE CONVENCIMENTO DO JULGADOR. REEXAME DE FATOS E DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. JUNTADA DE CÓPIA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL AOS AUTOS DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ÔNUS DO EMBARGANTE, EM VISTA DA PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ DA CDA. COMPENSAÇÃO DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO. INEXISTÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DA MATÉRIA. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282 E 356 DO STF. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. O art. 131 do CPC consagra o princípio do livre convencimento motivado, segundo o qual o juiz é livre para apreciar as provas produzidas, bem como a necessidade de produção das que forem requeridas pelas partes. Nesse sentido: STJ, AgRg no AREsp 648.403/MS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 29/05/2015; STJ, AgRg no AREsp 279.291/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe de 16/05/2014. (...)

VI. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp 1460507/SC, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 16/03/2016).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. INDEFERIMENTO PELA PRESCINDIBILIDADE DA MESMA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO-OCORRÊNCIA. NULIDADE CERTIDÃO DÍVIDA ATIVA. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 07/STJ. JUROS DE MORA. TAXA SELIC. LEGALIDADE.

1. A dispensa pelos juízos de cognição plena da produção de prova pericial reconhecidamente prescindível ao deslinde da controvérsia não configura cerceamento de defesa. (...)

7. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 971.090/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/10/2008, DJe 13/11/2008).

Por fim, não há qualquer irregularidade formal nos atos administrativos.

As exigências previstas na Resolução nº. 08/2006, do CONMETRO foram observadas.

A atuação administrativa é regular.

Não há prova apta a afastar a presunção de veracidade e legitimidade dos autos de infração.

A jurisprudência desta Turma:

ADMINISTRATIVO. AUTO DE INFRAÇÃO. AMOSTRAS. FALTA DE ARMAZENAMENTO. RESOLUÇÃO ANP N.º 07/2011. MULTA POR INFRINGÊNCIA AO ART. 3º, IX, DA LEI N.º 9.847/1999. PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE E VERACIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. VALOR DA MULTA. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.

1. No caso vertente, foi lavrado em 01/08/2012 pelo agente fiscal da Agência Nacional do Petróleo (ANP) o Auto de Infração n.º 358013, com aplicação de multa em razão do descumprimento da regra prevista no art. 5º, §3º, I, da Resolução ANP n.º 7/2011.

[...]

5. Ademais, como se sabe, o auto de infração constitui ato administrativo dotado de presunção juris tantum de legalidade e veracidade, sendo condição sine qua non para sua desconstituição a comprovação (i) de inexistência dos fatos descritos no auto de infração; (ii) da atipicidade da conduta ou (iii) de vício em um de seus elementos componentes (sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade).

6. A apelante, por seu turno, não logrou produzir provas suficientes para elidir a presunção de legalidade e legitimidade de que goza o auto de infração.

7. Nesse sentido, não se confundem alegação e prova. A relação entre uma e outra, no processo, é de precedência, não de equivalência.

8. Portanto, para que seja declarada a ilegitimidade de um ato administrativo, cumpre ao administrado provar os fatos constitutivos de seu direito, i.e., a inexistência dos fatos narrados como verdadeiros no auto de infração.

[...]

14. Apelações improvidas.

***** Regularidade da multa *****

O Superior Tribunal de Justiça declarou a legalidade dos atos normativos regulatórios e procedimentais expedidos pelo INMETRO, no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil:

ADMINISTRATIVO - AUTO DE INFRAÇÃO - CONMETRO E INMETRO - LEIS 5.966/1973 E 9.933/1999 - ATOS NORMATIVOS REFERENTES À METROLOGIA - CRITÉRIOS E PROCEDIMENTOS PARA APLICAÇÃO DE PENALIDADES - PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES - TEORIA DA QUALIDADE.

1. Inaplicável a Súmula 126/STJ, porque o acórdão decidiu a querela aplicando as normas infraconstitucionais, reportando-se em passant a princípios constitucionais. Somente o fundamento diretamente firmado na Constituição pode ensejar recurso extraordinário.

2. Estão revestidas de legalidade as normas expedidas pelo CONMETRO e INMETRO, e suas respectivas infrações, com o objetivo de regulamentar a qualidade industrial e a conformidade de produtos colocados no mercado de consumo, seja porque estão esses órgãos dotados da competência legal atribuída pelas Leis 5.966/1973 e 9.933/1999, seja porque seus atos tratam de interesse público e agregam proteção aos consumidores finais. Precedentes do STJ.

3. Essa sistemática normativa tem como objetivo maior o respeito à dignidade humana e a harmonia dos interesses envolvidos nas relações de consumo, dando aplicabilidade a ratio do Código de Defesa do Consumidor e efetividade à chamada Teoria da Qualidade.

4. Recurso especial conhecido e provido. Acórdão sujeito às disposições previstas no art. 543-C do CPC e na Resolução 8/2008-STJ.

(REsp 1102578/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/10/2009, DJe 29/10/2009).

No caso concreto, houve aplicação de multa em decorrência da violação aos artigos 1º e 5º, da Lei Federal nº. 9.933/99, e item 3, subitem 3.1, tabela II, do Regulamento Técnico Metrológico, aprovado pelo artigo 1º, da Portaria INMETRO nº. 248/2008.

A fiscalização encontrou o produto “caldo de carne, marca MAGGI, embalagem papelão, conteúdo nominal 126g”, comercializado pela apelante, exposto à venda, reprovado no exame pericial quantitativo, no critério da média, conforme laudo de exame quantitativo de produtos pré-medidos (fls. 5, ID 107852287).

A multa foi fixada no valor de R\$ 8.775,00, nos termos do artigo 8º, inciso II, da Lei Federal nº. 9.933/1999 (fls. 24/25, ID 107852287).

No caso concreto, há prova da infração.

O equívoco é capaz de induzir o consumidor a erro.

A multa é regular.

Não é cabível a conversão da pena de multa em advertência.

De outro lado, quanto à fixação da penalidade, a Lei Federal nº. 9.933/99:

Art. 9º. A pena de multa, imposta mediante procedimento administrativo, poderá variar de R\$ 100,00 (cem reais) até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais). (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

§ 1º. Para a gradação da pena, a autoridade competente deverá considerar os seguintes fatores: (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

I - a gravidade da infração; (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

II - a vantagem auferida pelo infrator; (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

III - a condição econômica do infrator e seus antecedentes; (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

IV - o prejuízo causado ao consumidor; e (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

V - a repercussão social da infração. (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

§ 2º. São circunstâncias que agravam a infração: (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

I - a reincidência do infrator; (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

II - a constatação de fraude; e (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

III - o fornecimento de informações inverídicas ou enganosas. (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

§ 3º. São circunstâncias que atenuam a infração: (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

I - a primariedade do infrator; e (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

II - a adoção de medidas pelo infrator para minorar os efeitos do ilícito ou para repará-lo. (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

A 6ª Turma admite a redução, com fundamento no princípio da razoabilidade:

TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROTESTO DE CDA. CONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO DE IMPROCEDÊNCIA DA ADI 5135. AUTO DE INFRAÇÃO. INMETRO. AUSÊNCIA DE SELO DE IDENTIFICAÇÃO DO PRODUTO. MANUTENÇÃO DA MULTA.

1. Quanto à possibilidade de protesto de CDA, meu entendimento era no sentido de sua desnecessidade devido aos atributos da certeza, liquidez e exigibilidade que a revestem, nos termos do posicionamento desta E. Sexta Turma.

2. No entanto, revejo meu posicionamento, para seguir a decisão do Supremo Tribunal Federal que, recentemente, julgou improcedente a ADIN nº 5135, para, por maioria, fixar a tese de que O protesto das Certidões de Dívida Ativa constitui mecanismo constitucional e legítimo, por não restringir de forma desproporcional quaisquer direitos fundamentais garantidos aos contribuintes e, assim, não constituir sanção política.

3. Conforme consta dos autos (fls. 25/26), a autora foi autuada por agente autárquico, em 29/07/2013, pela exposição à venda do produto *Cabine Elétrica Multifuncional de Banho - modelo San*, sem ostentar o selo de identificação da conformidade na embalagem e no produto, conforme Auto de Infração nº 1001130001437, cuja multa foi aplicada com fundamento nos arts. 1º e 5º, da Lei nº 9.933/99, c/c arts. 4º a 6º da Portaria Inmetro 371/09.

4. A Portaria Inmetro nº 371/09 dispôs sobre a exigência de utilização de selo nos eletrodomésticos, estabelecendo prazos para adequação aos fabricantes e importadores. Especificamente no que diz à fabricação e à importação, estabeleceu-se como data inicial 1º de julho de 2011 e, no tocante aos comerciantes, 1º de julho de 2012.

5. No caso em questão, a autora alega que não estaria enquadrada nos prazos supracitados, já que inserida na hipótese de prorrogação de prazo para regularização de selo de conformidade, nos termos da Portaria nº 328/11.

6. Nada obstante, não lhe assiste razão, já que referida Portaria discrimina taxativamente quais produtos tiveram prorrogação de prazo para a adequação, sem que se possa pretender enquadrar a *Cabine Elétrica Multifuncional de Banho* como *Banheira Hidromassagem*, sob pena de se alargar o alcance da norma infralegal.

7. Ademais, resta consolidada a jurisprudência no sentido da legitimidade das normas expedidas pelo Inmetro e pelo Conmetro, pois dotadas de competência legal atribuída pelas Leis nº 5.966/73 e 9.933/99, além de regularem matéria de interesse público na busca da proteção ao direito do consumidor.

8. Mantida a fixação da multa aplicada, em observância ao princípio da razoabilidade, sobretudo considerando que a autora é reincidente, conforme fl. 129 do processo administrativo.

9. *Apelação improvida.*

(TRF-3, 2015.61.28.001584-0/SP, SEXTA TURMA, Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA, DJe 06/03/2017)

No caso concreto, os produtos comercializados foram reprovados nos exames periciais quantitativos, por inobservância do critério da média: foram identificadas unidades com quantidade inferior àquela indicada na embalagem.

A apelante é reincidente (fls. 25, ID 107852287).

É justificável a fixação em patamar superior ao mínimo.

Por tais fundamentos, **conheço, em parte, da apelação e, na parte conhecida, nego-lhe provimento.**

Publique-se. Intime-se.

Decorrido o prazo recursal, remetam-se à origem.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5008721-79.2018.4.03.6182

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de embargos à execução fiscal.

A r. sentença (ID 108557405) julgou o pedido inicial improcedente. Não houve condenação em honorários advocatícios, nos termos do Decreto-Lei nº. 1.025/60.

A embargante, ora apelante (ID 108557421), suscita preliminar de nulidade, porque a r. sentença não teria analisado o pedido de nulidade do processo administrativo em razão das seguintes alegações: (a) ausência de regulamentação sobre os critérios para a estipulação das multas; e (b) erros no preenchimento do quadro demonstrativo de penalidades.

Afirma que a ausência de fundamentação para a aplicação das multas, por ser matéria de ordem pública, deveria ser reconhecida de ofício e a qualquer tempo.

Alega a ocorrência de cerceamento de defesa em decorrência do indeferimento da prova pericial.

Argumenta com a ilegitimidade passiva, quanto ao processo administrativo nº. 10.653/15: os produtos teriam sido envasados por empresa diversa da autuada.

No mérito, aponta a nulidade dos autos de infração em decorrência da:

(i) ausência de fundamentação legal para a aplicação das multas. A Lei Federal nº. 9.933/99 não estaria regulamentada;

(ii) inobservância da Resolução nº. 08/06, do CONMETRO, bem como das normas para preenchimento do quadro demonstrativo de penalidades e formulários, editadas pela Diretoria de Metrologia (DIMEL).

Subsidiariamente, requer a conversão da pena de multa em advertência ou a sua redução.

Contrarrazões (ID 108557426).

É uma síntese do necessário.

***** Preliminares *****

As preliminares não têm pertinência.

Na petição inicial (ID 108557027), a apelante não aduziu pedido de nulidade do processo administrativo em razão da ausência de regulamentação sobre os critérios para a estipulação das multas.

A r. sentença (ID 108557415):

“Ora, eventuais nulidades do processo administrativo que redundou na aplicação da multa não se confundem com aquelas do processo judicial em que seu crédito é executado ou do processamento dos embargos à execução. Estas sim é que poderiam ensejar nulidades absolutas, conhecíveis a qualquer tempo, em qualquer grau de jurisdição, inclusive de ofício, inatingíveis pela preclusão, por representarem vícios insanáveis que maculam irremediavelmente o processo. Já as questões atinentes à nulidade do processo administrativo de constituição do crédito executado, no caso processo administrativo sancionador que culminou com aplicação de multa, dizem respeito à exigibilidade do título executivo, constituindo matéria de abordagem exclusiva na inicial dos embargos à execução, como dispõe o art. 16, §2º da LEF”.

Não é viável a análise da matéria, no atual momento processual, por não se tratar de questão de ordem pública.

Assim, o pedido configura inovação recursal.

Não pode ser conhecido, sob pena de supressão de instância.

No mais, não há qualquer vício na r. sentença. Pedido e fundamento jurídico são institutos processuais distintos. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.

No caso concreto, o recurso não demonstra a invalidade jurídica da fundamentação adotada na r. decisão. Pretende, é certo, outra. Não se trata, então, da ocorrência de vício na decisão da causa, mas de sua realização por fundamento jurídico diverso da intelecção da parte.

De outro lado, o magistrado possui liberdade para a avaliação da prova (artigo 131, do Código de Processo Civil).

A perícia é o meio de prova reservado para hipóteses nas quais a avaliação depende de conhecimento técnico ou científico (artigo 145, do Código de Processo Civil).

No caso concreto, a apelante não demonstrou, objetivamente, a aplicação de critérios em desacordo com a legislação vigente, quando da aferição da quantidade dos produtos comercializados.

A discussão está restrita aos **critérios legais**.

A solução é jurídica e depende da análise de documentos.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. LIVRE CONVENCIMENTO DO JULGADOR. REEXAME DE FATOS E DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. JUNTADA DE CÓPIA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL AOS AUTOS DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ÔNUS DO EMBARGANTE, EM VISTA DA PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ DA CDA. COMPENSAÇÃO DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO. INEXISTÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DA MATÉRIA. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282 E 356 DO STF. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. O art. 131 do CPC consagra o princípio do livre convencimento motivado, segundo o qual o juiz é livre para apreciar as provas produzidas, bem como a necessidade de produção das que forem requeridas pelas partes. Nesse sentido: STJ, AgRg no AREsp 648.403/MS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 29/05/2015; STJ, AgRg no AREsp 279.291/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe de 16/05/2014. (...)

VI. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp 1460507/SC, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 16/03/2016).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. INDEFERIMENTO PELA PRESCINDIBILIDADE DA MESMA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO-OCORRÊNCIA. NULIDADE CERTIDÃO DÍVIDA ATIVA. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 07/STJ. JUROS DE MORA. TAXA SELIC. LEGALIDADE.

1. A dispensa pelos juízos de cognição plena da produção de prova pericial reconhecidamente prescindível ao deslinde da controvérsia não configura cerceamento de defesa. (...)

7. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 971.090/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/10/2008, DJe 13/11/2008).

Por fim, não há qualquer irregularidade formal nos atos administrativos.

As exigências previstas na Resolução nº. 08/2006, do CONMETRO foram observadas.

A atuação administrativa é regular.

Não há prova apta a afastar a presunção de veracidade e legitimidade dos autos de infração.

A jurisprudência desta Turma:

ADMINISTRATIVO. AUTO DE INFRAÇÃO. AMOSTRAS. FALTA DE ARMAZENAMENTO. RESOLUÇÃO ANP N.º 07/2011. MULTA POR INFRINGÊNCIA AO ART. 3º, IX, DA LEI N.º 9.847/1999. PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE E VERACIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. VALOR DA MULTA. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.

1. No caso vertente, foi lavrado em 01/08/2012 pelo agente fiscal da Agência Nacional do Petróleo (ANP) o Auto de Infração n.º 358013, com aplicação de multa em razão do descumprimento da regra prevista no art. 5º, §3º, I, da Resolução ANP nº 7/2011.

[...]

5. Ademais, como se sabe, o auto de infração constitui ato administrativo dotado de presunção juris tantum de legalidade e veracidade, sendo condição sine qua non para sua desconstituição a comprovação (i) de inexistência dos fatos descritos no auto de infração; (ii) da atipicidade da conduta ou (iii) de vício em um de seus elementos componentes (sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade).

6. A apelante, por seu turno, não logrou produzir provas suficientes para elidir a presunção de legalidade e legitimidade de que goza o auto de infração.

7. Nesse sentido, não se confundem alegação e prova. A relação entre uma e outra, no processo, é de precedência, não de equivalência.

8. Portanto, para que seja declarada a ilegitimidade de um ato administrativo, cumpre ao administrado provar os fatos constitutivos de seu direito, i.e., a inexistência dos fatos narrados como verdadeiros no auto de infração.

[...]

14. Apelações improvidas.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 2095086 - 0013830-30.2013.4.03.6120, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, julgado em 20/10/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/11/2016)

***** Legitimidade passiva *****

A apelante aponta a ilegitimidade passiva, quanto ao processo administrativo nº. 10.653/15: os produtos teriam sido envasados por empresa diversa da autuada.

Semrazão.

A responsabilidade administrativa por infrações é solidária entre fabricante e comerciante, em decorrência do sistema de proteção do consumidor (artigos 7º, parágrafo único, 18 e 25, §1º, ambos do Código de Defesa do Consumidor).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO REGULAÇÃO PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA FISCALIZAÇÃO DE RELAÇÃO DE CONSUMO INMETRO COMPETÊNCIA RELACIONADA A ASPECTOS DE CONFORMIDADE E METROLOGIA DEVERES DE INFORMAÇÃO E DE TRANSPARÊNCIA QUANTITATIVA VIOLAÇÃO AUTUAÇÃO ILÍCITO ADMINISTRATIVO DE CONSUMO RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS FORNECEDORES POSSIBILIDADE.

1. A Constituição Federal/88 elegeu a defesa do consumidor como fundamento da ordem econômica pátria, inciso V do art. 170, possibilitando, assim, a criação de autarquias regulatórias como o INMETRO, com competência fiscalizatória das relações de consumo sob aspectos de conformidade e metrologia.

2. As violações a deveres de informação e de transparência quantitativa representam também ilícitos administrativos de consumo que podem ser sancionados pela autarquia em tela.

3. A responsabilidade civil nos ilícitos administrativos de consumo tem a mesma natureza ontológica da responsabilidade civil na relação jurídica base de consumo. Logo, é, por disposição legal, solidária.

4. O argumento do comerciante de que não fabricou o produto e de que o fabricante foi identificado não afasta a sua responsabilidade administrativa, pois não incide, in casu, o § 5º do art. 18 do CDC.

Recurso especial provido.

(REsp 1118302/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/10/2009, DJe 14/10/2009)

A multa é regular.

***** Regularidade das multas *****

O Superior Tribunal de Justiça declarou a legalidade dos atos normativos regulatórios e procedimentais expedidos pelo INMETRO, no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil:

ADMINISTRATIVO - AUTO DE INFRAÇÃO - CONMETRO E INMETRO - LEIS 5.966/1973 E 9.933/1999 - ATOS NORMATIVOS REFERENTES À METROLOGIA - CRITÉRIOS E PROCEDIMENTOS PARA APLICAÇÃO DE PENALIDADES - PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES - TEORIA DA QUALIDADE.

1. Inaplicável a Súmula 126/STJ, porque o acórdão decidiu a querela aplicando as normas infraconstitucionais, reportando-se em passagens a princípios constitucionais. Somente o fundamento diretamente firmado na Constituição pode ensejar recurso extraordinário.

2. Estão revestidas de legalidade as normas expedidas pelo CONMETRO e INMETRO, e suas respectivas infrações, com o objetivo de regulamentar a qualidade industrial e a conformidade de produtos colocados no mercado de consumo, seja porque estão esses órgãos dotados da competência legal atribuída pelas Leis 5.966/1973 e 9.933/1999, seja porque seus atos tratam de interesse público e agregam proteção aos consumidores finais. Precedentes do STJ.

3. Essa sistemática normativa tem como objetivo maior o respeito à dignidade humana e a harmonia dos interesses envolvidos nas relações de consumo, dando aplicabilidade a ratio do Código de Defesa do Consumidor e efetividade à chamada Teoria da Qualidade.

4. Recurso especial conhecido e provido. Acórdão sujeito às disposições previstas no art. 543-C do CPC e na Resolução 8/2008-STJ.

(REsp 1102578/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/10/2009, DJe 29/10/2009).

No caso concreto, houve aplicação de multa em decorrência da violação aos artigos 1º e 5º, da Lei Federal nº. 9.933/99, e item 3, subitem 3.1, tabela II, do Regulamento Técnico Metroológico, aprovado pelo artigo 1º, da Portaria INMETRO nº. 248/2008.

(a) P.A nº. 10.653/15: “Café solúvel granulado-original, marca NESCAFÉ, embalagem aluminizada, conteúdo nominal 50g”, comercializado pela apelante, exposto à venda, reprovado no exame pericial quantitativo, no critério da média, conforme laudo de exame quantitativo de produtos pré-medidos (fls. 3, ID 108557349).

A multa foi fixada no valor de R\$ 12.900,00, nos termos do artigo 8º, inciso II, da Lei Federal nº. 9.933/1999 (fls. 46/47 e 73/76, ID 108557349);

(b) P.A nº. 19.354/15: “Café solúvel matinal, marca NESCAFÉ, embalagem aluminizada, conteúdo nominal 50g”, comercializado pela apelante, exposto à venda, reprovado no exame pericial quantitativo, no critério da média, conforme laudo de exame quantitativo de produtos pré-medidos (fls. 3, ID 108557350).

A multa foi fixada no valor de R\$ 11.287,50, nos termos do artigo 8º, inciso II, da Lei Federal nº. 9.933/1999 (fls. 43/44, ID 108557350);

(c) P.A nº. 22.652/15: “Preparado para caldo de galinha, marca MAGGI, embalagem papelão, conteúdo nominal 63g”, comercializado pela apelante, exposto à venda, reprovado no exame pericial quantitativo, no critério da média, conforme laudo de exame quantitativo de produtos pré-medidos (fls. 3, ID 108557351).

A multa foi fixada no valor de R\$ 12.416,25, nos termos do artigo 8º, inciso II, da Lei Federal nº. 9.933/1999 (fls. 32, ID 108557351);

(d) P.A nº. 18.761/15: “Bombom recheado com coco, marca PRESTÍGIO, embalagem plástica, conteúdo nominal 33g”, comercializado pela apelante, exposto à venda, reprovado no exame pericial quantitativo, no critério da média, conforme laudo de exame quantitativo de produtos pré-medidos (fls. 3, ID 108557352).

A multa foi fixada no valor de R\$ 9.675,00, nos termos do artigo 8º, inciso II, da Lei Federal nº. 9.933/1999 (fls. 38, ID 108557353).

No caso concreto, há prova da infração.

O equívoco é capaz de induzir o consumidor a erro.

As multas são regulares.

Não é cabível a conversão da pena de multa em advertência.

De outro lado, quanto à fixação das penalidades, a Lei Federal nº. 9.933/99:

Art. 9º. A pena de multa, imposta mediante procedimento administrativo, poderá variar de R\$ 100,00 (cem reais) até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais). (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

§ 1º. Para a gradação da pena, a autoridade competente deverá considerar os seguintes fatores: (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

I - a gravidade da infração; (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

II - a vantagem auferida pelo infrator; (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

III - a condição econômica do infrator e seus antecedentes; (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

IV - o prejuízo causado ao consumidor; e (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

V - a repercussão social da infração. (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

§ 2º. São circunstâncias que agravam a infração: (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

I - a reincidência do infrator; (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

II - a constatação de fraude; e (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

III - o fornecimento de informações inverídicas ou enganosas. (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

§ 3º. São circunstâncias que atenuam a infração: (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

I - a primariedade do infrator; e (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

II - a adoção de medidas pelo infrator para minorar os efeitos do ilícito ou para repará-lo. (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

A 6ª Turma admite a redução, com fundamento no princípio da razoabilidade:

TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROTESTO DE CDA. CONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO DE IMPROCEDÊNCIA DA ADI 5135. AUTO DE INFRAÇÃO. INMETRO. AUSÊNCIA DE SELO DE IDENTIFICAÇÃO DO PRODUTO. MANUTENÇÃO DA MULTA.

1. Quanto à possibilidade de protesto de CDA, meu entendimento era no sentido de sua desnecessidade devido aos atributos da certeza, liquidez e exigibilidade que a revestem, nos termos do posicionamento desta E. Sexta Turma.

2. No entanto, revejo meu posicionamento, para seguir a decisão do Supremo Tribunal Federal que, recentemente, julgou improcedente a ADIN nº 5135, para, por maioria, fixar a tese de que O protesto das Certidões de Dívida Ativa constitui mecanismo constitucional e legítimo, por não restringir de forma desproporcional quaisquer direitos fundamentais garantidos aos contribuintes e, assim, não constituir sanção política.

3. Conforme consta dos autos (fls. 25/26), a autora foi autuada por agente autárquico, em 29/07/2013, pela exposição à venda do produto Cabine Elétrica Multifuncional de Banho - modelo San, sem ostentar o selo de identificação da conformidade na embalagem e no produto, conforme Auto de Infração nº 1001130001437, cuja multa foi aplicada com fundamento nos arts. 1º e 5º, da Lei nº 9.933/99, c/c arts. 4º a 6º da Portaria Inmetro 371/09.

4. A Portaria Inmetro nº 371/09 dispôs sobre a exigência de utilização de selo nos eletrodomésticos, estabelecendo prazos para adequação aos fabricantes e importadores. Especificamente no que diz à fabricação e à importação, estabeleceu-se como data inicial 1º de julho de 2011 e, no tocante aos comerciantes, 1º de julho de 2012.

5. No caso em questão, a autora alega que não estaria enquadrada nos prazos supracitados, já que inserida na hipótese de prorrogação de prazo para regularização de selo de conformidade, nos termos da Portaria nº 328/11.

6. Nada obstante, não lhe assiste razão, já que referida Portaria discrimina taxativamente quais produtos tiveram prorrogação de prazo para a adequação, sem que se possa pretender enquadrar a Cabine Elétrica Multifuncional de Banho como Banheira Hidromassagem, sob pena de se alargar o alcance da norma infralegal.

7. Ademais, resta consolidada a jurisprudência no sentido da legitimidade das normas expedidas pelo Inmetro e pelo Conmetro, pois dotadas de competência legal atribuída pelas Leis nº 5.966/73 e 9.933/99, além de regularem matéria de interesse público na busca da proteção ao direito do consumidor.

8. Mantida a fixação da multa aplicada, em observância ao princípio da razoabilidade, sobretudo considerando que a autora é reincidente, conforme fl. 129 do processo administrativo.

9. Apelação improvida.

(TRF-3, 2015.61.28.001584-0/SP, SEXTA TURMA, Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA, DJe 06/03/2017)

No caso concreto, os produtos comercializados foram reprovados nos exames periciais quantitativos, por inobservância do critério da média: foram identificadas unidades com quantidade inferior àquela indicada na embalagem.

A apelante é reincidente.

É justificável a fixação em patamar superior ao mínimo.

Por tais fundamentos, **conheço, em parte, da apelação e, na parte conhecida, nego-lhe provimento.**

Publique-se. Intime-se.

Decorrido o prazo recursal, remetam-se à origem.

Advogados do(a) AGRAVANTE: LUIS HENRIQUE DA COSTA PIRES - SP154280-A, HAMILTON DIAS DE SOUZA - SP20309-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007383-55.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

AGRAVANTE: ITVA AUTOMOVEIS COMERCIO DE VEICULOS LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: LUIS HENRIQUE DA COSTA PIRES - SP154280-A, HAMILTON DIAS DE SOUZA - SP20309-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal FÁBIO PRIETO:

Trata-se de embargos de declaração interpostos contra v. Acórdão que negou provimento ao agravo interno.

A ementa (ID 75492642):

PROCESSO CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - GRUPO ECONÔMICO - SOLIDARIEDADE TRIBUTÁRIA - PRESCRIÇÃO - LITISPENDÊNCIA.

1. O litígio trata, em especial, do marco inicial do prazo prescricional.

2- No recurso anterior, apontou-se a inocorrência de prescrição em razão da solidariedade, nos termos do artigo 133, do Código Tributário Nacional.

3. A agravante aduz que no presente agravo seria outra a discussão, ressaltando que a decisão do Juízo de primeiro grau teria reconhecido, em um dos autos de execução fiscal em apenso, a ocorrência do decurso de prazo para redirecionamento, operando-se, assim, a prescrição.

4. Entretanto, foi essa exatamente a discussão já superada no agravo de instrumento anterior, onde apontou-se a inocorrência de prescrição em razão da solidariedade, nos termos do artigo 133, do Código Tributário Nacional.

5- Não há que se perquirir acerca do termo inicial de prescrição que não ocorreu. Há litispendência.

6- Agravo interno improvido.

A agravante, ora embargante (ID 125070189), aponta omissão na análise do artigo 337, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil. Não existiria litispendência com o recurso interposto antes porque as causas de pedir seriam distintas: no agravo de instrumento anterior “discute-se a prescrição tendo em vista o decurso de prazo de 5 anos entre a constatação de que a ora Embargante seria sucessora da devedora original (art. 133, I do CTN) e o pleito de redirecionamento formulado pela União Federal. Já no presente Agravo a matéria é distinta. Sustenta-se que, nos autos originais, em um dos processos em apenso o próprio Juízo de primeiro grau reconheceu a prescrição, porque decorreu prazo superior a 5 anos entre a certidão do Oficial de Justiça que atestou a dissolução irregular da empresa inicialmente executada e o pedido de redirecionamento da cobrança, em face da ora Embargante, formulado pela União Federal”.

Requer, a final, o prequestionamento da matéria com a finalidade de interposição de recursos às Cortes Superiores.

Resposta (ID 128717383).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007383-55.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

AGRAVANTE: ITVA AUTOMOVEIS COMERCIO DE VEICULOS LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: LUIS HENRIQUE DA COSTA PIRES - SP154280-A, HAMILTON DIAS DE SOUZA - SP20309-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal FÁBIO PRIETO:

O v. Acórdão destacou expressamente (ID 75492640):

“A agravante aduz que no presente agravo seria outra a discussão, ressaltando que a decisão do Juízo de primeiro grau teria reconhecido, em um dos autos de execução fiscal em apenso, a ocorrência do decurso de prazo para redirecionamento, operando-se, assim, a prescrição.

Entretanto, foi essa exatamente a discussão já superada no agravo de instrumento anterior, onde apontou-se a inoccorrência de prescrição em razão da solidariedade, nos termos do artigo 133, do Código Tributário Nacional.

O litígio trata, em especial, do marco inicial do prazo prescricional.

Não há que se perquirir acerca do termo inicial de prescrição que não ocorreu.

Assim, restou caracterizada a litispendência”.

Não há, portanto, qualquer vício no v. Acórdão. Pedido e fundamento jurídico são institutos processuais distintos. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.

No caso concreto, os embargos não demonstram a invalidade jurídica da fundamentação adotada no v. Acórdão. Pretendem, é certo, outra. Não se trata, então, da ocorrência de vício na decisão da causa, mas de sua realização por fundamento jurídico diverso da intelecção da parte.

De outra parte, a Constituição Federal, na cláusula impositiva da fundamentação das decisões judiciais, não fez opção estilística. Sucinta ou laudatória, a fundamentação deve ser, apenas, exposta no vernáculo (STJ - AI nº 169.073-SP-AgRg - Rel. o Min. José Delgado).

Na realidade, o que se pretende, através do presente recurso, é o reexame do mérito da decisão da Turma, o que não é possível em sede de embargos de declaração. Confira-se:

PROCESSO CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ART. 535, DO CPC - SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL DA EXTINTA SUDAM - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA - NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA - PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL - AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO - NÍTIDO CARÁTER INFRINGENTE - REJEIÇÃO.

1 - Tendo o acórdão embargado reconhecido a insuficiência de comprovação do direito líquido e certo, salientando a necessidade de dilação probatória, revestem-se de caráter infringente os embargos interpostos a pretexto de omissão e prequestionamento, uma vez que pretendem reabrir os debates meritórios acerca do tema.

2 - Por prerrogativa do dispositivo processual aventado, os Embargos de Declaração consubstanciam instrumento processual adequado para excluir do julgado qualquer obscuridade ou contradição ou, ainda, suprir omissão, cujo pronunciamento sobre a matéria se impunha ao Colegiado, integralizando-o, não se adequando, todavia, para promover o efeito modificativo do mesmo. Inteligência do art. 535 e incisos, do Código de Processo Civil.

3 - Precedentes (EDREsp nºs 120.229/PE e 202.292/DF).

4 - Embargos conhecidos, porém, rejeitados.

(STJ, 3ª seção, EDMS 8263/DF, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 09/04/2003, v.u., DJU 09/06/2003).

No tocante ao pré-questionamento, cumpre salientar que, ainda nos embargos de declaração opostos com este propósito, é necessária a observância aos requisitos previstos no artigo 535, do Código de Processo Civil de 1973, ou do artigo 1.022, do Código de Processo Civil de 2015:

Mesmo nos embargos de declaração com fim de prequestionamento, devem-se observar os lindes traçados no art. 535 do CPC (obscuridade, dúvida, contradição, omissão e, por construção pretoriana integrativa, a hipótese de erro material). Esse recurso não é meio hábil ao reexame da causa (STJ - 1ª Turma, Resp 11.465-0-SP, Rel. o Min. Demócrito Reinaldo, j. 23.11.92, rejeitaram os embs., v.u., DJU 15.2.93, p. 1.665, 2ª col., em.).

Por estes fundamentos, rejeito os embargos de declaração.

É o voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ALEGAÇÃO DE VÍCIO: INEXISTÊNCIA - CARÁTER INFRINGENTE: IMPOSSIBILIDADE - REJEIÇÃO. PRÉ-QUESTIONAMENTO.

1. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.

2. Na solução da causa, a adoção de fundamento jurídico diverso do exposto pela parte não é omissão. É divergência de intelecção na solução da lide, circunstância desqualificadora da interposição de embargos de declaração.
3. A Constituição Federal não fez opção estilística, na imposição do requisito da fundamentação das decisões. Esta pode ser laudatória ou sucinta. Deve ser, tão-só, pertinente e suficiente.
4. Os requisitos previstos no artigo 535, do Código de Processo Civil de 1973, ou no artigo 1.022, do Código de Processo Civil de 2015, devem ser observados nos embargos de declaração destinados ao pré-questionamento
5. Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001097-61.2019.4.03.6111

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de embargos à execução fiscal.

A r. sentença (ID 123207583) julgou o pedido inicial improcedente. Não houve condenação em honorários advocatícios, nos termos do Decreto-Lei nº. 1.025/60.

A embargante, ora apelante (ID 123207594), suscita preliminar de nulidade, porque a r. sentença não teria analisado a alegação de ausência de regulamentação sobre os critérios para a estipulação das multas.

Alega a ocorrência de cerceamento de defesa em decorrência do indeferimento da prova pericial.

Aponta a nulidade dos autos de infração em decorrência da ausência de fundamentação legal para a aplicação das multas. A Lei Federal nº. 9.933/99 não estaria regulamentada.

Argumenta com a ausência de motivação para a aplicação das multas.

Subsidiariamente, requer a conversão da pena de multa em advertência ou a sua redução.

Sem contrarrazões.

É uma síntese do necessário.

***** Preliminares *****

As preliminares não têm pertinência.

Não há qualquer vício na r. sentença. Pedido e fundamento jurídico são institutos processuais distintos. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.

No caso concreto, o recurso não demonstra a invalidade jurídica da fundamentação adotada na r. decisão. Pretende, é certo, outra. Não se trata, então, da ocorrência de vício na decisão da causa, mas de sua realização por fundamento jurídico diverso da intelecção da parte.

De outro lado, o magistrado possui liberdade para a avaliação da prova (artigo 131, do Código de Processo Civil).

A perícia é o meio de prova reservado para hipóteses nas quais a avaliação depende de conhecimento técnico ou científico (artigo 145, do Código de Processo Civil).

No caso concreto, a apelante não demonstrou, objetivamente, a aplicação de critérios em desacordo com a legislação vigente, quando da aferição da quantidade dos produtos comercializados.

A discussão está restrita aos **critérios legais**.

A solução é jurídica e depende da análise de documentos.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. LIVRE CONVENCIMENTO DO JULGADOR. REEXAME DE FATOS E DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. JUNTADA DE CÓPIA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL AOS AUTOS DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ÔNUS DO EMBARGANTE, EM VISTA DA PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ DA CDA. COMPENSAÇÃO DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO. INEXISTÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DA MATÉRIA. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282 E 356 DO STF. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O art. 131 do CPC consagra o princípio do livre convencimento motivado, segundo o qual o juiz é livre para apreciar as provas produzidas, bem como a necessidade de produção das que forem requeridas pelas partes. Nesse sentido: STJ, AgRg no AREsp 648.403/MS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 29/05/2015; STJ, AgRg no AREsp 279.291/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe de 16/05/2014. (...)

VI. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp 1460507/SC, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 16/03/2016).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. INDEFERIMENTO PELA PRESCINDIBILIDADE DA MESMA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO-OCORRÊNCIA. NULIDADE CERTIDÃO DÍVIDA ATIVA. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 07/STJ. JUROS DE MORA. TAXA SELIC. LEGALIDADE.

1. A dispensa pelos juízos de cognição plena da produção de prova pericial reconhecidamente prescindível ao deslinde da controvérsia não configura cerceamento de defesa. (...)

7. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 971.090/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/10/2008, DJe 13/11/2008).

***** Regularidade das multas *****

O Superior Tribunal de Justiça declarou a legalidade dos atos normativos regulatórios e procedimentais expedidos pelo INMETRO, no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil:

ADMINISTRATIVO - AUTO DE INFRAÇÃO - CONMETRO E INMETRO - LEIS 5.966/1973 E 9.933/1999 - ATOS NORMATIVOS REFERENTES À METROLOGIA - CRITÉRIOS E PROCEDIMENTOS PARA APLICAÇÃO DE PENALIDADES - PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES - TEORIA DA QUALIDADE.

1. Inaplicável a Súmula 126/STJ, porque o acórdão decidiu a querela aplicando as normas infraconstitucionais, reportando-se em passagens a princípios constitucionais. Somente o fundamento diretamente firmado na Constituição pode ensejar recurso extraordinário.

2. Estão revestidas de legalidade as normas expedidas pelo CONMETRO e INMETRO, e suas respectivas infrações, com o objetivo de regulamentar a qualidade industrial e a conformidade de produtos colocados no mercado de consumo, seja porque estão esses órgãos dotados da competência legal atribuída pelas Leis 5.966/1973 e 9.933/1999, seja porque seus atos tratam de interesse público e agregam proteção aos consumidores finais. Precedentes do STJ.

3. Essa sistemática normativa tem como objetivo maior o respeito à dignidade humana e a harmonia dos interesses envolvidos nas relações de consumo, dando aplicabilidade a ratio do Código de Defesa do Consumidor e efetividade à chamada Teoria da Qualidade.

4. Recurso especial conhecido e provido. Acórdão sujeito às disposições previstas no art. 543-C do CPC e na Resolução 8/2008-STJ.

(REsp 1102578/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/10/2009, DJe 29/10/2009).

No caso concreto, houve aplicação de multas em decorrência da violação aos artigos 1º e 5º, da Lei Federal nº. 9.933/99, e item 3, subitem 3.1, tabela II, do Regulamento Técnico Metrológico, aprovado pelo artigo 1º, da Portaria INMETRO nº. 248/2008.

A fiscalização encontrou os produtos:

(a) Auto de infração nº. 1965570 (PA nº. 52630.000241/2016-10): “Biscoito sabor chocolate com recheio sabor baunilha, marca NEGRESCO, embalagem aluminizada, conteúdo nominal 60g”, comercializado pela apelante, exposto à venda, reprovado no exame pericial quantitativo, no critério da média, conforme laudo de exame quantitativo de produtos pré-medidos (fls. 2, ID 123207317).

A multa foi fixada no valor de R\$ 9.300,00, nos termos dos artigos 8º, inciso II, e 9º, inciso I, da Lei Federal nº. 9.933/1999 (fls. 43/45 e 69/72, ID 123207317);

(b) Auto de infração nº. 2852020 (PA nº. 52615.002666/2016-43): “Biscoito integral sabor chocolate com cereais, marca NESFIT, embalagem aluminizada, conteúdo nominal 200g”, comercializado pela apelante, exposto à venda, reprovado no exame pericial quantitativo, no critério da média, conforme laudo de exame quantitativo de produtos pré-medidos;

(c) Auto de infração nº. 2852021 (PA nº. 52615.002666/2016-43): “Biscoito com leite coberto com chocolate ao leite, marca PASSATEMPO, embalagem aluminizada, conteúdo nominal 120g”, comercializado pela apelante, exposto à venda, reprovado no exame pericial quantitativo, no critério da média, conforme laudo de exame quantitativo de produtos pré-medidos (fls. 2 e 8, ID 123207318).

A multa foi fixada no valor de R\$ 5.400,00, nos termos dos artigos 8º, inciso II, e 9º, da Lei Federal nº. 9.933/1999 (fls. 79/80 e 106/109, ID 123207318);

No caso concreto, há prova da infração.

O equívoco é capaz de induzir o consumidor a erro.

As multas são regulares.

Não é cabível a conversão da pena de multa em advertência.

De outro lado, quanto à fixação das penalidades, a Lei Federal nº. 9.933/99:

Art. 9º. A pena de multa, imposta mediante procedimento administrativo, poderá variar de R\$ 100,00 (cem reais) até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais). (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

§ 1º. Para a gradação da pena, a autoridade competente deverá considerar os seguintes fatores: (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

I - a gravidade da infração; (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

II - a vantagem auferida pelo infrator; (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

III - a condição econômica do infrator e seus antecedentes; (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

IV - o prejuízo causado ao consumidor; e (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

V - a repercussão social da infração. (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

§ 2º. São circunstâncias que agravam a infração: (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

I - a reincidência do infrator; (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

II - a constatação de fraude; e (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

III - o fornecimento de informações inverídicas ou enganosas. (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

§ 3º. São circunstâncias que atenuam a infração: (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

I - a primariedade do infrator; e (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

II - a adoção de medidas pelo infrator para minorar os efeitos do ilícito ou para repará-lo. (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

A 6ª Turma admite a redução, com fundamento no princípio da razoabilidade:

TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROTESTO DE CDA. CONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO DE IMPROCEDÊNCIA DA ADI 5135. AUTO DE INFRAÇÃO. INMETRO. AUSÊNCIA DE SELO DE IDENTIFICAÇÃO DO PRODUTO. MANUTENÇÃO DA MULTA.

1. Quanto à possibilidade de protesto de CDA, meu entendimento era no sentido de sua desnecessidade devido aos atributos da certeza, liquidez e exigibilidade que a revestem, nos termos do posicionamento desta E. Sexta Turma.

2. No entanto, revejo meu posicionamento, para seguir a decisão do Supremo Tribunal Federal que, recentemente, julgou improcedente a ADIN nº 5135, para, por maioria, fixar a tese de que O protesto das Certidões de Dívida Ativa constitui mecanismo constitucional e legítimo, por não restringir de forma desproporcional quaisquer direitos fundamentais garantidos aos contribuintes e, assim, não constituir sanção política.

3. Conforme consta dos autos (fls. 25/26), a autora foi autuada por agente autárquico, em 29/07/2013, pela exposição à venda do produto Cabine Elétrica Multifuncional de Banho - modelo San, sem ostentar o selo de identificação da conformidade na embalagem e no produto, conforme Auto de Infração nº 1001130001437, cuja multa foi aplicada com fundamento nos arts. 1º e 5º, da Lei nº 9.933/99, c/c arts. 4º a 6º da Portaria Inmetro 371/09.

4. A Portaria Inmetro nº 371/09 dispôs sobre a exigência de utilização de selo nos eletrodomésticos, estabelecendo prazos para adequação aos fabricantes e importadores. Especificamente no que diz à fabricação e à importação, estabeleceu-se como data inicial 1º de julho de 2011 e, no tocante aos comerciantes, 1º de julho de 2012.

5. No caso em questão, a autora alega que não estaria enquadrada nos prazos supracitados, já que inserida na hipótese de prorrogação de prazo para regularização de selo de conformidade, nos termos da Portaria nº 328/11.

6. Nada obstante, não lhe assiste razão, já que referida Portaria discrimina taxativamente quais produtos tiveram prorrogação de prazo para a adequação, sem que se possa pretender enquadrar a Cabine Elétrica Multifuncional de Banho como Banheira Hidromassagem, sob pena de se alargar o alcance da norma infralegal.

7. Ademais, resta consolidada a jurisprudência no sentido da legitimidade das normas expedidas pelo Inmetro e pelo Conmetro, pois dotadas de competência legal atribuída pelas Leis nº 5.966/73 e 9.933/99, além de regularem matéria de interesse público na busca da proteção ao direito do consumidor.

8. Mantida a fixação da multa aplicada, em observância ao princípio da razoabilidade, sobretudo considerando que a autora é reincidente, conforme fl. 129 do processo administrativo.

9. Apelação improvida.

(TRF-3, 2015.61.28.001584-0/SP, SEXTA TURMA, Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA, DJe 06/03/2017)

No caso concreto, os produtos comercializados foram reprovados nos exames periciais quantitativos, por inobservância do critério da média: foram identificadas unidades com quantidade inferior àquela indicada na embalagem.

A apelante é reincidente (fls. 43/45, ID 123207317 e fls. 79/80, ID 123207318).

É justificável a fixação em patamar superior ao mínimo.

Por tais fundamentos, **nego provimento** à apelação.

Publique-se. Intime-se.

Decorrido o prazo recursal, remetam-se à origem.

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA, QUALIDADE E TECNOLOGIA - INMETRO.

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de embargos à execução fiscal.

A r. sentença (fls. 8/14, ID 88837802) julgou o pedido inicial improcedente e condenou a embargante ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa.

A embargante, ora apelante (fls. 17/40, ID 88837802 e 1/7, ID 88837803), suscita preliminar de cerceamento de defesa em decorrência do indeferimento da prova pericial.

Aponta nulidade do auto de infração: não teriam sido observadas a Resolução nº. 08/06, do CONMETRO, e as normas para preenchimento de formulários, editadas pela Diretoria de Metrologia (DIMEL). A espécie de pena e valor da multa não estariam indicadas.

Subsidiariamente, requer a conversão da pena de multa em advertência ou a sua redução.

Requer, ainda, o afastamento da condenação em honorários advocatícios.

Contrarrazões (fls. 12/26, ID 88837803).

É uma síntese do necessário.

***** Prova pericial *****

As preliminares não têm pertinência.

O magistrado possui liberdade para a avaliação da prova (artigo 131, do Código de Processo Civil).

A perícia é o meio de prova reservado para hipóteses nas quais a avaliação depende de conhecimento técnico ou científico (artigo 145, do Código de Processo Civil).

No caso concreto, a apelante não demonstrou, objetivamente, a aplicação de critérios em desacordo com a legislação vigente, quando da aferição da quantidade dos produtos comercializados.

A discussão está restrita aos **critérios legais**.

A solução é jurídica e depende da análise de documentos.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. LIVRE CONVENCIMENTO DO JULGADOR. REEXAME DE FATOS E DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. JUNTADA DE CÓPIA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL AOS AUTOS DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ÔNUS DO EMBARGANTE, EM VISTA DA PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ DA CDA. COMPENSAÇÃO DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO. INEXISTÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DA MATÉRIA. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282 E 356 DO STF. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. O art. 131 do CPC consagra o princípio do livre convencimento motivado, segundo o qual o juiz é livre para apreciar as provas produzidas, bem como a necessidade de produção das que forem requeridas pelas partes. Nesse sentido: STJ, AgRg no AREsp 648.403/MS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 29/05/2015; STJ, AgRg no AREsp 279.291/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe de 16/05/2014. (...)

VI. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp 1460507/SC, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 16/03/2016).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. INDEFERIMENTO PELA PRESCINDIBILIDADE DA MESMA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO-OCORRÊNCIA. NULIDADE CERTIDÃO DÍVIDA ATIVA. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 07/STJ. JUROS DE MORA. TAXA SELIC. LEGALIDADE.

1. A dispensa pelos juízos de cognição plena da produção de prova pericial reconhecidamente prescindível ao deslinde da controvérsia não configura cerceamento de defesa. (...)

7. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 971.090/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/10/2008, DJe 13/11/2008).

De outro lado, não há qualquer irregularidade formal nos atos administrativos.

As exigências previstas na Resolução nº. 08/2006, do CONMETRO foram observadas.

A atuação administrativa é regular.

Não há prova apta a afastar a presunção de veracidade e legitimidade dos autos de infração.

A jurisprudência desta Turma:

ADMINISTRATIVO. AUTO DE INFRAÇÃO. AMOSTRAS. FALTA DE ARMAZENAMENTO. RESOLUÇÃO ANP N.º 07/2011. MULTA POR INFRINGÊNCIA AO ART. 3º, IX, DA LEI N.º 9.847/1999. PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE E VERACIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. VALOR DA MULTA. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.

1. No caso vertente, foi lavrado em 01/08/2012 pelo agente fiscal da Agência Nacional do Petróleo (ANP) o Auto de Infração n.º 358013, com aplicação de multa em razão do descumprimento da regra prevista no art. 5º, §3º, I, da Resolução ANP nº 7/2011.

[...]

5. Ademais, como se sabe, o auto de infração constitui ato administrativo dotado de presunção juris tantum de legalidade e veracidade, sendo condição sine qua non para sua desconstituição a comprovação (i) de inexistência dos fatos descritos no auto de infração; (ii) da atipicidade da conduta ou (iii) de vício em um de seus elementos componentes (sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade).

6. A apelante, por seu turno, não logrou produzir provas suficientes para elidir a presunção de legalidade e legitimidade de que goza o auto de infração.

7. Nesse sentido, não se confundem alegação e prova. A relação entre uma e outra, no processo, é de precedência, não de equivalência.

8. Portanto, para que seja declarada a ilegitimidade de um ato administrativo, cumpre ao administrado provar os fatos constitutivos de seu direito, i.e., a inexistência dos fatos narrados como verdadeiros no auto de infração.

[...]

14. Apelações improvidas.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 2095086 - 0013830-30.2013.4.03.6120, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, julgado em 20/10/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/11/2016)

***** Regularidade da multa *****

O Superior Tribunal de Justiça declarou a legalidade dos atos normativos regulatórios e procedimentais expedidos pelo INMETRO, no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil:

ADMINISTRATIVO - AUTO DE INFRAÇÃO - CONMETRO E INMETRO - LEIS 5.966/1973 E 9.933/1999 - ATOS NORMATIVOS REFERENTES À METROLOGIA - CRITÉRIOS E PROCEDIMENTOS PARA APLICAÇÃO DE PENALIDADES - PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES - TEORIA DA QUALIDADE.

1. Inaplicável a Súmula 126/STJ, porque o acórdão decidiu a querela aplicando as normas infraconstitucionais, reportando-se em passant a princípios constitucionais. Somente o fundamento diretamente firmado na Constituição pode ensejar recurso extraordinário.

2. Estão revestidas de legalidade as normas expedidas pelo CONMETRO e INMETRO, e suas respectivas infrações, com o objetivo de regulamentar a qualidade industrial e a conformidade de produtos colocados no mercado de consumo, seja porque estão esses órgãos dotados da competência legal atribuída pelas Leis 5.966/1973 e 9.933/1999, seja porque seus atos tratam de interesse público e agregam proteção aos consumidores finais. Precedentes do STJ.

3. Essa sistemática normativa tem como objetivo maior o respeito à dignidade humana e a harmonia dos interesses envolvidos nas relações de consumo, dando aplicabilidade a ratio do Código de Defesa do Consumidor e efetividade à chamada Teoria da Qualidade.

4. Recurso especial conhecido e provido. Acórdão sujeito às disposições previstas no art. 543-C do CPC e na Resolução 8/2008-STJ.

(REsp 1102578/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/10/2009, DJe 29/10/2009).

No caso concreto, houve aplicação de multa em decorrência da violação aos artigos 1º e 5º, da Lei Federal nº. 9.933/99, e item 3, subitem 3.1, tabela II, do Regulamento Técnico Metrológico, aprovado pelo artigo 1º, da Portaria INMETRO nº. 248/2008.

A fiscalização encontrou o produto “caldo de carne, marca MAGGI, embalagem papelão, conteúdo nominal 168g”, comercializado pela apelante, exposto à venda, reprovado no exame pericial quantitativo, no critério da média, conforme laudo de exame quantitativo de produtos pré-medidos (fls. 14, ID 88837800).

A multa foi fixada no valor de R\$ 12.237,50, nos termos do artigo 8º, inciso II, da Lei Federal nº. 9.933/1999 (fls. 12/13, ID 88837801).

No caso concreto, há prova da infração.

O equívoco é capaz de induzir o consumidor a erro.

A multa é regular.

Não é cabível a conversão da pena de multa em advertência.

De outro lado, quanto à fixação da penalidade, a Lei Federal nº. 9.933/99:

Art. 9º. A pena de multa, imposta mediante procedimento administrativo, poderá variar de R\$ 100,00 (cem reais) até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais). (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

§ 1º. Para a gradação da pena, a autoridade competente deverá considerar os seguintes fatores: (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

I - a gravidade da infração; (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

II - a vantagem auferida pelo infrator; (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

III - a condição econômica do infrator e seus antecedentes; (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

IV - o prejuízo causado ao consumidor; e (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

V - a repercussão social da infração. (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

§ 2º. São circunstâncias que agravam a infração: (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

I - a reincidência do infrator; (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

II - a constatação de fraude; e (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

III - o fornecimento de informações inverídicas ou enganosas. (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

§ 3º. São circunstâncias que atenuam a infração: (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

I - a primariedade do infrator; e (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

II - a adoção de medidas pelo infrator para minorar os efeitos do ilícito ou para repará-lo. (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

A 6ª Turma admite a redução, com fundamento no princípio da razoabilidade:

TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROTESTO DE CDA. CONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO DE IMPROCEDÊNCIA DA ADI 5135. AUTO DE INFRAÇÃO. INMETRO. AUSÊNCIA DE SELO DE IDENTIFICAÇÃO DO PRODUTO. MANUTENÇÃO DA MULTA.

1. Quanto à possibilidade de protesto de CDA, meu entendimento era no sentido de sua desnecessidade devido aos atributos da certeza, liquidez e exigibilidade que a revestem, nos termos do posicionamento desta E. Sexta Turma.

2. No entanto, revejo meu posicionamento, para seguir a decisão do Supremo Tribunal Federal que, recentemente, julgou improcedente a ADIN nº 5135, para, por maioria, fixar a tese de que O protesto das Certidões de Dívida Ativa constitui mecanismo constitucional e legítimo, por não restringir de forma desproporcional quaisquer direitos fundamentais garantidos aos contribuintes e, assim, não constituir sanção política.

3. Conforme consta dos autos (fls. 25/26), a autora foi autuada por agente autárquico, em 29/07/2013, pela exposição à venda do produto Cabine Elétrica Multifuncional de Banho - modelo San, sem ostentar o selo de identificação da conformidade na embalagem e no produto, conforme Auto de Infração nº 1001130001437, cuja multa foi aplicada com fundamento nos arts. 1º e 5º, da Lei nº 9.933/99, c/c arts. 4º a 6º da Portaria Inmetro 371/09.

4. A Portaria Inmetro nº 371/09 dispôs sobre a exigência de utilização de selo nos eletrodomésticos, estabelecendo prazos para adequação aos fabricantes e importadores. Especificamente no que diz à fabricação e à importação, estabeleceu-se como data inicial 1º de julho de 2011 e, no tocante aos comerciantes, 1º de julho de 2012.

5. No caso em questão, a autora alega que não estaria enquadrada nos prazos supracitados, já que inserida na hipótese de prorrogação de prazo para regularização de selo de conformidade, nos termos da Portaria nº 328/11.

6. Nada obstante, não lhe assiste razão, já que referida Portaria discrimina taxativamente quais produtos tiveram prorrogação de prazo para a adequação, sem que se possa pretender enquadrar a Cabine Elétrica Multifuncional de Banho como Banheira Hidromassagem, sob pena de se alargar o alcance da norma infralegal.

7. Ademais, resta consolidada a jurisprudência no sentido da legitimidade das normas expedidas pelo Inmetro e pelo Conmetro, pois dotadas de competência legal atribuída pelas Leis nº 5.966/73 e 9.933/99, além de regularem matéria de interesse público na busca da proteção ao direito do consumidor.

8. Mantida a fixação da multa aplicada, em observância ao princípio da razoabilidade, sobretudo considerando que a autora é reincidente, conforme fl. 129 do processo administrativo.

9. Apelação improvida.

(TRF-3, 2015.61.28.001584-0/SP, SEXTA TURMA, Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA, DJe 06/03/2017)

No caso concreto, os produtos comercializados foram reprovados nos exames periciais quantitativos, por inobservância do critério da média: foram identificadas unidades com quantidade inferior àquela indicada na embalagem.

A apelante é reincidente (fls. 12/13, ID 88837801).

É justificável a fixação em patamar superior ao mínimo.

***** Encargo do Decreto-Lei nº. 1.025/69 *****

É exigível, na cobrança de créditos da Fazenda Nacional, o encargo previsto no Decreto-Lei nº 1.025/69, destinado ao ressarcimento de todas as despesas para a cobrança judicial da dívida pública da União - naquelas incluídos os honorários advocatícios.

Na hipótese de improcedência dos embargos, a condenação do embargante no pagamento da verba honorária é substituída pelo referido encargo.

Súmula 168, do extinto Tribunal Federal de Recursos: "O encargo de 20% (vinte por cento), do Decreto-lei nº 1.025, de 1969, é sempre devido nas execuções fiscais da União e substitui, nos embargos, a condenação do devedor em honorários advocatícios".

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1.973:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL PROMOVIDA PELA FAZENDA NACIONAL. DESISTÊNCIA, PELO CONTRIBUINTE, DA AÇÃO JUDICIAL PARA FINS DE ADESÃO A PROGRAMA DE PARCELAMENTO FISCAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS (ARTIGO 26, DO CPC). DESCABIMENTO. VERBA HONORÁRIA COMPREENDIDA NO ENCARGO DE 20% PREVISTO NO DECRETO-LEI 1.025/69. (...)

2. A Súmula 168, do Tribunal Federal de Recursos, cristalizou o entendimento de que: "o encargo de 20%, do Decreto-Lei 1.025, de 1969, é sempre devido nas execuções fiscais da União e substitui, nos embargos, a condenação do devedor em honorários advocatícios". (...)

6. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 1143320/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/05/2010, DJe 21/05/2010).

Por tais fundamentos, dou parcial provimento à apelação, para afastar a condenação em honorários advocatícios.

Publique-se. Intime-se.

Decorrido o prazo recursal, remetam-se à origem.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5005843-84.2018.4.03.6182

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de embargos à execução fiscal.

A r. sentença (ID 107853432) julgou o pedido inicial improcedente. Não houve condenação em honorários advocatícios, nos termos do Decreto-Lei nº. 1.025/60.

A embargante, ora apelante (ID 107853441), suscita preliminar de nulidade, porque a r. sentença não teria analisado as seguintes alegações: (a) ausência de regulamentação sobre os critérios para a estipulação das multas; e (b) erros no preenchimento do quadro demonstrativo de penalidades.

Afirma que a ausência de fundamentação para a aplicação das multas, por ser matéria de ordem pública, deveria ser reconhecida de ofício e a qualquer tempo.

Alega a ocorrência de cerceamento de defesa em decorrência do indeferimento da prova pericial.

No mérito, aponta a nulidade dos autos de infração em decorrência da:

(i) ausência de fundamentação legal para a aplicação das multas. A Lei Federal nº. 9.933/99 não estaria regulamentada;

(ii) inobservância da Resolução nº. 08/06, do CONMETRO, bem como das normas para preenchimento do quadro demonstrativo de penalidades e formulários, editadas pela Diretoria de Metrologia (DIMEL).

Subsidiariamente, requer a conversão da pena de multa em advertência ou a sua redução.

Contrarrazões (ID 107853444).

É uma síntese do necessário.

***** Preliminares *****

As preliminares não têm pertinência.

Na petição inicial (ID 107853384), a apelante não aduziu pedido quanto à nulidade dos processos administrativos em razão da ausência de regulamentação sobre os critérios para a estipulação das multas.

A r. sentença (ID 107853438):

“Ora, eventuais nulidades do processo administrativo que redundou na aplicação da multa não se confundem com aquelas do processo judicial em que seu crédito é executado ou do processamento dos embargos à execução. Estas sim é que poderiam ensejar nulidades absolutas, conhecíveis a qualquer tempo, em qualquer grau de jurisdição, inclusive de ofício, inatingíveis pela preclusão, por representarem vícios insanáveis que maculam irremediavelmente o processo. Já as questões atinentes à nulidade do processo administrativo de constituição do crédito executado, no caso processo administrativo sancionador que culminou com aplicação de multa, dizem respeito à exigibilidade do título executivo, constituindo matéria de abordagem exclusiva na inicial dos embargos à execução, como dispõe o art. 16, §2º da LEF”.

Não é viável a análise da matéria, no atual momento processual, por não se tratar de questão de ordem pública.

Assim, o pedido configura inovação recursal.

Não pode ser conhecido, sob pena de supressão de instância.

No mais, não há qualquer vício na r. sentença. Pedido e fundamento jurídico são institutos processuais distintos. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.

No caso concreto, o recurso não demonstra a invalidade jurídica da fundamentação adotada na r. decisão. Pretende, é certo, outra. Não se trata, então, da ocorrência de vício na decisão da causa, mas de sua realização por fundamento jurídico diverso da intelecção da parte.

De outro lado, o magistrado possui liberdade para a avaliação da prova (artigo 131, do Código de Processo Civil).

A perícia é o meio de prova reservado para hipóteses nas quais a avaliação depende de conhecimento técnico ou científico (artigo 145, do Código de Processo Civil).

No caso concreto, a apelante não demonstrou, objetivamente, a aplicação de critérios em desacordo com a legislação vigente, quando da aferição da quantidade dos produtos comercializados.

A discussão está restrita aos **critérios legais**.

A solução é jurídica e depende da análise de documentos.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. LIVRE CONVENCIMENTO DO JULGADOR. REEXAME DE FATOS E DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. JUNTADA DE CÓPIA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL AOS AUTOS DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ÔNUS DO EMBARGANTE, EM VISTA DA PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ DA CDA. COMPENSAÇÃO DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO. INEXISTÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DA MATÉRIA. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282 E 356 DO STF. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. O art. 131 do CPC consagra o princípio do livre convencimento motivado, segundo o qual o juiz é livre para apreciar as provas produzidas, bem como a necessidade de produção das que forem requeridas pelas partes. Nesse sentido: STJ, AgRg no AREsp 648.403/MS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 29/05/2015; STJ, AgRg no AREsp 279.291/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe de 16/05/2014. (...)

VI. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp 1460507/SC, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 16/03/2016).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. INDEFERIMENTO PELA PRESCINDIBILIDADE DA MESMA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO-OCORRÊNCIA. NULIDADE CERTIDÃO DÍVIDA ATIVA. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 07/STJ. JUROS DE MORA. TAXA SELIC. LEGALIDADE.

1. A dispensa pelos juízos de cognição plena da produção de prova pericial reconhecidamente prescindível ao deslinde da controvérsia não configura cerceamento de defesa. (...)

7. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 971.090/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/10/2008, DJe 13/11/2008).

Por fim, não há qualquer irregularidade formal nos atos administrativos.

As exigências previstas na Resolução nº. 08/2006, do CONMETRO foram observadas.

A atuação administrativa é regular.

Não há prova apta a afastar a presunção de veracidade e legitimidade dos autos de infração.

A jurisprudência desta Turma:

ADMINISTRATIVO. AUTO DE INFRAÇÃO. AMOSTRAS. FALTA DE ARMAZENAMENTO. RESOLUÇÃO ANP N.º 07/2011. MULTA POR INFRINGÊNCIA AO ART. 3º, IX, DA LEI N.º 9.847/1999. PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE E VERACIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. VALOR DA MULTA. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.

1. No caso vertente, foi lavrado em 01/08/2012 pelo agente fiscal da Agência Nacional do Petróleo (ANP) o Auto de Infração n.º 358013, com aplicação de multa em razão do descumprimento da regra prevista no art. 5º, §3º, I, da Resolução ANP nº 7/2011.

[...]

5. Ademais, como se sabe, o auto de infração constitui ato administrativo dotado de presunção juris tantum de legalidade e veracidade, sendo condição sine qua non para sua desconstituição a comprovação (i) de inexistência dos fatos descritos no auto de infração; (ii) da atipicidade da conduta ou (iii) de vício em um de seus elementos componentes (sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade).

6. A apelante, por seu turno, não logrou produzir provas suficientes para elidir a presunção de legalidade e legitimidade de que goza o auto de infração.

7. Nesse sentido, não se confundem alegação e prova. A relação entre uma e outra, no processo, é de precedência, não de equivalência.

8. Portanto, para que seja declarada a ilegitimidade de um ato administrativo, cumpre ao administrado provar os fatos constitutivos de seu direito, i.e., a inexistência dos fatos narrados como verdadeiros no auto de infração.

[...]

14. Apelações improvidas.

***** Regularidade das multas *****

O Superior Tribunal de Justiça declarou a legalidade dos atos normativos regulatórios e procedimentais expedidos pelo INMETRO, no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil:

ADMINISTRATIVO - AUTO DE INFRAÇÃO - CONMETRO E INMETRO - LEIS 5.966/1973 E 9.933/1999 - ATOS NORMATIVOS REFERENTES À METROLOGIA - CRITÉRIOS E PROCEDIMENTOS PARA APLICAÇÃO DE PENALIDADES - PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES - TEORIA DA QUALIDADE.

1. Inaplicável a Súmula 126/STJ, porque o acórdão decidiu a querela aplicando as normas infraconstitucionais, reportando-se em passagens a princípios constitucionais. Somente o fundamento diretamente firmado na Constituição pode ensejar recurso extraordinário.

2. Estão revestidas de legalidade as normas expedidas pelo CONMETRO e INMETRO, e suas respectivas infrações, com o objetivo de regulamentar a qualidade industrial e a conformidade de produtos colocados no mercado de consumo, seja porque estão esses órgãos dotados da competência legal atribuída pelas Leis 5.966/1973 e 9.933/1999, seja porque seus atos tratam de interesse público e agregam proteção aos consumidores finais. Precedentes do STJ.

3. Essa sistemática normativa tem como objetivo maior o respeito à dignidade humana e a harmonia dos interesses envolvidos nas relações de consumo, dando aplicabilidade a ratio do Código de Defesa do Consumidor e efetividade à chamada Teoria da Qualidade.

4. Recurso especial conhecido e provido. Acórdão sujeito às disposições previstas no art. 543-C do CPC e na Resolução 8/2008-STJ.

(REsp 1102578/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/10/2009, DJe 29/10/2009).

No caso concreto, houve aplicação de multas em decorrência da violação aos artigos 1º e 5º, da Lei Federal nº. 9.933/99, e item 3, subitem 3.1, tabela II, do Regulamento Técnico Metrológico, aprovado pelo artigo 1º, da Portaria INMETRO nº. 248/2008.

A fiscalização encontrou os produtos:

(a) P.A nº. 28851/14: “Biscoito recheado sabor chocolate, marca BONO, embalagem aluminizada, conteúdo nominal 140g”, comercializado pela apelante, exposto à venda, reprovado no exame pericial quantitativo, no critério da média, conforme laudo de exame quantitativo de produtos pré-medidos (fls. 2, ID 107853390).

A multa foi fixada no valor de R\$ 9.975,00, nos termos do artigo 8º, inciso II, da Lei Federal nº. 9.933/1999 (fls. 33/35 e 57/61, ID 107853390);

(b) P.A nº. 4381/15: “Preparado para caldo de carne, marca MAGGI, embalagem papelão, conteúdo nominal 126g”, comercializado pela apelante, exposto à venda, reprovado no exame pericial quantitativo, no critério da média, conforme laudo de exame quantitativo de produtos pré-medidos (fls. 2, ID 107853391).

A multa foi fixada no valor de R\$ 8.925,00, nos termos do artigo 8º, inciso II, da Lei Federal nº. 9.933/1999 (fls. 26/27 e 53/57, ID 107853391);

(c) P.A nº. 3405/15: “Preparado para caldo de galinha, marca MAGGI, embalagem papelão, conteúdo nominal 63g”, comercializado pela apelante, exposto à venda, reprovado no exame pericial quantitativo, no critério da média, conforme laudo de exame quantitativo de produtos pré-medidos (fls. 2, ID 107853392).

A multa foi fixada no valor de R\$ 9.300,00, nos termos do artigo 8º, inciso II, da Lei Federal nº. 9.933/1999 (fls. 24/26 e 56/60, ID 107853392);

(d) P.A nº. 4938/15: “Bombom de chocolate recheado com amendoim, maca CHARGE, embalagem plástica, conteúdo nominal 40g”, comercializado pela apelante, exposto à venda, reprovado no exame pericial quantitativo, no critério da média, conforme laudo de exame quantitativo de produtos pré-medidos (fls. 2, ID 107853393).

A multa foi fixada no valor de R\$ 12.900,00, nos termos do artigo 8º, inciso II, da Lei Federal nº. 9.933/1999 (fls. 10/11, ID 107853392 e 7/10, ID 107853397).

No caso concreto, há prova da infração.

O equívoco é capaz de induzir o consumidor a erro.

As multas são regulares.

Não é cabível a conversão da pena de multa em advertência.

De outro lado, quanto à fixação das penalidades, a Lei Federal nº. 9.933/99:

Art. 9º. A pena de multa, imposta mediante procedimento administrativo, poderá variar de R\$ 100,00 (cem reais) até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais). (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

§ 1º. Para a gradação da pena, a autoridade competente deverá considerar os seguintes fatores: (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

I - a gravidade da infração; (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

II - a vantagem auferida pelo infrator; (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

III - a condição econômica do infrator e seus antecedentes; (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

IV - o prejuízo causado ao consumidor; e (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

V - a repercussão social da infração. (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

§ 2º. São circunstâncias que agravam a infração: (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

I - a reincidência do infrator; (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

II - a constatação de fraude; e (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

III - o fornecimento de informações inverídicas ou enganosas. (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

§ 3º. São circunstâncias que atenuam a infração: (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

I - a primariedade do infrator; e (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

II - a adoção de medidas pelo infrator para minorar os efeitos do ilícito ou para repará-lo. (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

A 6ª Turma admite a redução, com fundamento no princípio da razoabilidade:

TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROTESTO DE CDA. CONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO DE IMPROCEDÊNCIA DA ADI 5135. AUTO DE INFRAÇÃO. INMETRO. AUSÊNCIA DE SELO DE IDENTIFICAÇÃO DO PRODUTO. MANUTENÇÃO DA MULTA.

1. Quanto à possibilidade de protesto de CDA, meu entendimento era no sentido de sua desnecessidade devido aos atributos da certeza, liquidez e exigibilidade que a revestem, nos termos do posicionamento desta E. Sexta Turma.

2. No entanto, revejo meu posicionamento, para seguir a decisão do Supremo Tribunal Federal que, recentemente, julgou improcedente a ADIN nº 5135, para, por maioria, fixar a tese de que O protesto das Certidões de Dívida Ativa constitui mecanismo constitucional e legítimo, por não restringir de forma desproporcional quaisquer direitos fundamentais garantidos aos contribuintes e, assim, não constituir sanção política.

3. Conforme consta dos autos (fls. 25/26), a autora foi autuada por agente autárquico, em 29/07/2013, pela exposição à venda do produto Cabine Elétrica Multifuncional de Banho - modelo San, sem ostentar o selo de identificação da conformidade na embalagem e no produto, conforme Auto de Infração nº 1001130001437, cuja multa foi aplicada com fundamento nos arts. 1º e 5º, da Lei nº 9.933/99, c/c arts. 4º a 6º da Portaria Inmetro 371/09.

4. A Portaria Inmetro nº 371/09 dispôs sobre a exigência de utilização de selo nos eletrodomésticos, estabelecendo prazos para adequação aos fabricantes e importadores. Especificamente no que diz à fabricação e à importação, estabeleceu-se como data inicial 1º de julho de 2011 e, no tocante aos comerciantes, 1º de julho de 2012.

5. No caso em questão, a autora alega que não estaria enquadrada nos prazos supracitados, já que inserida na hipótese de prorrogação de prazo para regularização de selo de conformidade, nos termos da Portaria nº 328/11.

6. Nada obstante, não lhe assiste razão, já que referida Portaria discrimina taxativamente quais produtos tiveram prorrogação de prazo para a adequação, sem que se possa pretender enquadrar a Cabine Elétrica Multifuncional de Banho como Banheira Hidromassagem, sob pena de se alargar o alcance da norma infralegal.

7. Ademais, resta consolidada a jurisprudência no sentido da legitimidade das normas expedidas pelo Inmetro e pelo Conmetro, pois dotadas de competência legal atribuída pelas Leis nº 5.966/73 e 9.933/99, além de regularem matéria de interesse público na busca da proteção ao direito do consumidor.

8. Mantida a fixação da multa aplicada, em observância ao princípio da razoabilidade, sobretudo considerando que a autora é reincidente, conforme fl. 129 do processo administrativo.

9. Apelação improvida.

(TRF-3, 2015.61.28.001584-0/SP, SEXTA TURMA, Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA, DJe 06/03/2017)

No caso concreto, os produtos comercializados foram reprovados nos exames periciais quantitativos, por inobservância do critério da média: foram identificadas unidades com quantidade inferior àquela indicada na embalagem.

A apelante é reincidente (fls. 34, ID 107853390, 27, ID 107853391 e 25, ID 107853392).

É justificável a fixação em patamar superior ao mínimo.

Por tais fundamentos, **conheço, em parte, da apelação e, na parte conhecida, nego-lhe provimento.**

Publique-se. Intime-se.

Decorrido o prazo recursal, remetam-se à origem.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002503-20.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

AGRAVANTE: USINA SANTA RITA S AACUCAR E ALCOOL, FARM INDUSTRIA E AGRO PECUARIA LTDA,
AGRO PECUARIA CORREGO RICO LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: CARLOS ALBERTO MARINI - SP106474-A, ANA GRAZIELA CLATE - SP269596-A,
JOSE FRANCISCO BARBALHO - SP79940-A

Advogados do(a) AGRAVANTE: CARLOS ALBERTO MARINI - SP106474-A, JOSE FRANCISCO BARBALHO -
SP79940-A, ANA GRAZIELA CLATE - SP269596-A

Advogados do(a) AGRAVANTE: ANA GRAZIELA CLATE - SP269596-A, CARLOS ALBERTO MARINI - SP106474-A,
JOSE FRANCISCO BARBALHO - SP79940-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002503-20.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

AGRAVANTE: USINA SANTA RITA S AACUCAR E ALCOOL, FARM INDUSTRIA E AGRO PECUARIA LTDA,
AGRO PECUARIA CORREGO RICO LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: CARLOS ALBERTO MARINI - SP106474-A, ANA GRAZIELA CLATE - SP269596-A, JOSE FRANCISCO BARBALHO - SP79940-A

Advogados do(a) AGRAVANTE: CARLOS ALBERTO MARINI - SP106474-A, JOSE FRANCISCO BARBALHO - SP79940-A, ANA GRAZIELA CLATE - SP269596-A

Advogados do(a) AGRAVANTE: ANA GRAZIELA CLATE - SP269596-A, CARLOS ALBERTO MARINI - SP106474-A, JOSE FRANCISCO BARBALHO - SP79940-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Trata-se de embargos de declaração interpostos contra v. Acórdão que negou provimento ao agravo de instrumento.

A ementa (ID 58465547):

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA CONCOMITANTE À CITAÇÃO - REFORÇO DA PENHORA DIANTE DE NOTÍCIA DE DILAPIDAÇÃO PATRIMONIAL.

- 1. É viável a penhora concomitante ao ato de citação. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.*
- 2. De outro lado, “Em qualquer fase do processo, será deferida pelo Juiz: (...) à Fazenda Pública, a substituição dos bens penhorados por outros, independentemente da ordem enumerada no artigo 11, bem como o reforço da penhora insuficiente” (artigo 15, inciso II, da Lei Federal n.º 6.830/80).*
- 3. A garantia do contraditório não impede o deferimento de tutela de urgência sem a prévia oitiva da contraparte, nos termos do artigo 300, § 1º, do Código de Processo Civil.*
- 4. Agravo de instrumento improvido.*

A agravante, ora embargante (ID 125057542), aponta omissão e contradição na análise dos artigos 93, inciso IX, da Constituição, 10 e 489, § 1º, inciso III, do Código de Processo Civil. Não seria viável a citação concomitante com a penhora de imóvel. O precedente do Superior Tribunal de Justiça que autoriza a penhora cautelar de dinheiro, bem fungível, não seria aplicável à hipótese de penhora de imóvel. Existiria nulidade por ofensa ao contraditório e à ampla defesa, na medida que a agravante deveria ter sido intimada antes da constrição, para manifestação.

Requer, a final, o prequestionamento da matéria com a finalidade de interposição de recursos às Cortes Superiores.

Resposta (ID 130456018).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002503-20.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

AGRAVANTE: USINA SANTA RITA S AACUCAR E ALCOOL, FARM INDUSTRIA E AGRO PECUARIA LTDA,
AGRO PECUARIA CORREGO RICO LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: CARLOS ALBERTO MARINI - SP106474-A, ANA GRAZIELA CLATE - SP269596-A,
JOSE FRANCISCO BARBALHO - SP79940-A

Advogados do(a) AGRAVANTE: CARLOS ALBERTO MARINI - SP106474-A, JOSE FRANCISCO BARBALHO -
SP79940-A, ANA GRAZIELA CLATE - SP269596-A

Advogados do(a) AGRAVANTE: ANA GRAZIELA CLATE - SP269596-A, CARLOS ALBERTO MARINI - SP106474-A,
JOSE FRANCISCO BARBALHO - SP79940-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

O v. Acórdão destacou expressamente (ID 58465544):

“É viável a penhora concomitante ao ato de citação.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. BLOQUEIO DE ATIVOS FINANCEIROS. BACENJUD. POSSIBILIDADE. APÓS OU CONCOMITANTE À CITAÇÃO.

1. A jurisprudência deste Tribunal firmou-se no sentido de que o arresto executivo deve ser precedido de prévia tentativa de citação do executado ou, no mínimo, que a citação seja com ele concomitante.
2. Mesmo após a entrada em vigor do art. 854 do CPC/2015, a medida de bloqueio de dinheiro, via BacenJud, não perdeu a natureza acautelatória e, assim, para ser efetivada, antes da citação do executado, exige a demonstração dos requisitos que autorizam a sua concessão.
3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp 1693593/SC, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/12/2018, DJe 18/12/2018).

De outro lado, “Em qualquer fase do processo, será deferida pelo Juiz: (...) à Fazenda Pública, a substituição dos bens penhorados por outros, independentemente da ordem enumerada no artigo 11, bem como o reforço da penhora insuficiente” (artigo 15, inciso II, da Lei Federal nº. 6.830/80).

No caso concreto, diante da notícia de arrematação do bem objeto da garantia em execução trabalhista, a União requereu o reforço da penhora.

A garantia do contraditório não impede o deferimento de tutela de urgência sem a prévia oitiva da contraparte, nos termos do artigo 300, § 1º, do Código de Processo Civil.

No caso concreto, há urgência: há notícia de dilapidação patrimonial e fraude.

Por tais fundamentos, nego provimento ao agravo de instrumento”.

Não há, portanto, qualquer vício no v. Acórdão. Pedido e fundamento jurídico são institutos processuais distintos. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.

No caso concreto, os embargos não demonstram a invalidade jurídica da fundamentação adotada no v. Acórdão. Pretendem, é certo, outra. Não se trata, então, da ocorrência de vício na decisão da causa, mas de sua realização por fundamento jurídico diverso da intelecção da parte.

De outra parte, a Constituição Federal, na cláusula impositiva da fundamentação das decisões judiciais, não fez opção estilística. Sucinta ou laudatória, a fundamentação deve ser, apenas, exposta no vernáculo (STJ - AI nº 169.073-SP-AgRg - Rel. o Min. José Delgado).

Na realidade, o que se pretende, através do presente recurso, é o reexame do mérito da decisão da Turma, o que não é possível em sede de embargos de declaração. Confira-se:

PROCESSO CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ART. 535, DO CPC - SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL DA EXTINTA SUDAM - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA - NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA - PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL - AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO - NÍTIDO CARÁTER INFRINGENTE - REJEIÇÃO.

1 - Tendo o acórdão embargado reconhecido a insuficiência de comprovação do direito líquido e certo, salientando a necessidade de dilação probatória, revestem-se de caráter infringente os embargos interpostos a pretexto de omissão e prequestionamento, uma vez que pretendem reabrir os debates meritórios acerca do tema.

2 - Por prerrogativa do dispositivo processual aventado, os Embargos de Declaração consubstanciam instrumento processual adequado para excluir do julgado qualquer obscuridade ou contradição ou, ainda, suprir omissão, cujo pronunciamento sobre a matéria se impunha ao Colegiado, integralizando-o, não se adequando, todavia, para promover o efeito modificativo do mesmo. Inteligência do art. 535 e incisos, do Código de Processo Civil.

3 - Precedentes (EDREsp n^os 120.229/PE e 202.292/DF).

4 - Embargos conhecidos, porém, rejeitados.

(STJ, 3^a seção, EDMS 8263/DF, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 09/04/2003, v.u., DJU 09/06/2003).

No tocante ao pré-questionamento, cumpre salientar que, ainda nos embargos de declaração opostos com este propósito, é necessária a observância aos requisitos previstos no artigo 535, do Código de Processo Civil de 1973, ou do artigo 1.022, do Código de Processo Civil de 2015:

Mesmo nos embargos de declaração com fim de prequestionamento, devem-se observar os lindes traçados no art. 535 do CPC (obscuridade, dúvida, contradição, omissão e, por construção pretoriana integrativa, a hipótese de erro material). Esse recurso não é meio hábil ao reexame da causa (STJ - 1^a Turma, Resp 11.465-0-SP, Rel. o Min. Demócrito Reinaldo, j. 23.11.92, rejeitaram os embs., v.u., DJU 15.2.93, p. 1.665, 2^a col., em.).

Por estes fundamentos, rejeito os embargos de declaração.

É o voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ALEGAÇÃO DE VÍCIO: INEXISTÊNCIA - CARÁTER INFRINGENTE: IMPOSSIBILIDADE - REJEIÇÃO. PRÉ-QUESTIONAMENTO.

1. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.
2. Na solução da causa, a adoção de fundamento jurídico diverso do exposto pela parte não é omissão. É divergência de intelecção na solução da lide, circunstância desqualificadora da interposição de embargos de declaração.
3. A Constituição Federal não fez opção estilística, na imposição do requisito da fundamentação das decisões. Esta pode ser laudatória ou sucinta. Deve ser, tão-só, pertinente e suficiente.
4. Os requisitos previstos no artigo 535, do Código de Processo Civil de 1973, ou no artigo 1.022, do Código de Processo Civil de 2015, devem ser observados nos embargos de declaração destinados ao pré-questionamento
5. Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5006341-20.2017.4.03.6182

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de embargos à execução fiscal.

A r. sentença (ID 108043500) julgou o pedido inicial improcedente. Não houve condenação em honorários advocatícios, nos termos do Decreto-Lei nº. 1.025/60.

A embargante, ora apelante (ID 108043507), suscita preliminares de:

(i) nulidade, porque a r. sentença não teria analisado a alegação de ausência de fundamentação para a aplicação da multa;

(ii) cerceamento de defesa em decorrência do indeferimento da prova pericial.

No mérito, aponta a nulidade dos autos de infração em decorrência da ausência de fundamentação legal para a aplicação das multas. A Lei Federal nº. 9.933/99 não estaria regulamentada.

Subsidiariamente, requer a conversão da pena de multa em advertência ou a sua redução.

Contrarrazões (ID 108043510).

É uma síntese do necessário.

***** Preliminares *****

As preliminares não têm pertinência.

Não há qualquer vício na r. sentença. Pedido e fundamento jurídico são institutos processuais distintos. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.

No caso concreto, o recurso não demonstra a invalidade jurídica da fundamentação adotada na r. decisão. Pretende, é certo, outra. Não se trata, então, da ocorrência de vício na decisão da causa, mas de sua realização por fundamento jurídico diverso da intelecção da parte.

De outro lado, o magistrado possui liberdade para a avaliação da prova (artigo 131, do Código de Processo Civil).

A perícia é o meio de prova reservado para hipóteses nas quais a avaliação depende de conhecimento técnico ou científico (artigo 145, do Código de Processo Civil).

No caso concreto, a apelante não demonstrou, objetivamente, a aplicação de critérios em desacordo com a legislação vigente, quando da aferição da quantidade dos produtos comercializados.

A discussão está restrita aos **critérios legais**.

A solução é jurídica e depende da análise de documentos.

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. LIVRE CONVENCIMENTO DO JULGADOR. REEXAME DE FATOS E DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. JUNTADA DE CÓPIA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL AOS AUTOS DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ÔNUS DO EMBARGANTE, EM VISTA DA PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ DA CDA. COMPENSAÇÃO DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO. INEXISTÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DA MATÉRIA. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282 E 356 DO STF. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. O art. 131 do CPC consagra o princípio do livre convencimento motivado, segundo o qual o juiz é livre para apreciar as provas produzidas, bem como a necessidade de produção das que forem requeridas pelas partes. Nesse sentido: STJ, AgRg no AREsp 648.403/MS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 29/05/2015; STJ, AgRg no AREsp 279.291/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe de 16/05/2014. (...)

VI. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp 1460507/SC, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 16/03/2016).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. INDEFERIMENTO PELA PRESCINDIBILIDADE DA MESMA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO-OCORRÊNCIA. NULIDADE CERTIDÃO DÍVIDA ATIVA. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 07/STJ. JUROS DE MORA. TAXA SELIC. LEGALIDADE.

1. A dispensa pelos juízos de cognição plena da produção de prova pericial reconhecidamente prescindível ao deslinde da controvérsia não configura cerceamento de defesa. (...)

7. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 971.090/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/10/2008, DJe 13/11/2008).

***** Regularidade da multa *****

O Superior Tribunal de Justiça declarou a legalidade dos atos normativos regulatórios e procedimentais expedidos pelo INMETRO, no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil:

ADMINISTRATIVO - AUTO DE INFRAÇÃO - CONMETRO E INMETRO - LEIS 5.966/1973 E 9.933/1999 - ATOS NORMATIVOS REFERENTES À METROLOGIA - CRITÉRIOS E PROCEDIMENTOS PARA APLICAÇÃO DE PENALIDADES - PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES - TEORIA DA QUALIDADE.

1. Inaplicável a Súmula 126/STJ, porque o acórdão decidiu a querela aplicando as normas infraconstitucionais, reportando-se em passant a princípios constitucionais. Somente o fundamento diretamente firmado na Constituição pode ensejar recurso extraordinário.

2. *Estão revestidas de legalidade as normas expedidas pelo CONMETRO e INMETRO, e suas respectivas infrações, com o objetivo de regulamentar a qualidade industrial e a conformidade de produtos colocados no mercado de consumo, seja porque estão esses órgãos dotados da competência legal atribuída pelas Leis 5.966/1973 e 9.933/1999, seja porque seus atos tratam de interesse público e agregam proteção aos consumidores finais. Precedentes do STJ.*

3. *Essa sistemática normativa tem como objetivo maior o respeito à dignidade humana e a harmonia dos interesses envolvidos nas relações de consumo, dando aplicabilidade a ratio do Código de Defesa do Consumidor e efetividade à chamada Teoria da Qualidade.*

4. *Recurso especial conhecido e provido. Acórdão sujeito às disposições previstas no art. 543-C do CPC e na Resolução 8/2008-STJ.*

(REsp 1102578/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/10/2009, DJe 29/10/2009).

No caso concreto, houve aplicação de multa em decorrência da violação aos artigos 1º e 5º, da Lei Federal nº. 9.933/99, e item 3, subitem 3.1, tabela II, do Regulamento Técnico Metrológico, aprovado pelo artigo 1º, da Portaria INMETRO nº. 248/2008.

A fiscalização encontrou o produto “biscoito recheado sabor chocolate, marca BONO, embalagem aluminizada, conteúdo nominal 140g”, comercializado pela apelante, exposto à venda, reprovado no exame pericial quantitativo, no critério da média, conforme laudo de exame quantitativo de produtos pré-medidos (fls. 4/5, ID 108043483).

A multa foi fixada no valor de R\$ 8.775,00, nos termos do artigo 8º, inciso II, da Lei Federal nº. 9.933/1999 (fls. 28/30, ID 108043483).

No caso concreto, há prova da infração.

O equívoco é capaz de induzir o consumidor a erro.

A multa é regular.

Não é cabível a conversão da pena de multa em advertência.

De outro lado, quanto à fixação da penalidade, a Lei Federal nº. 9.933/99:

Art. 9º. A pena de multa, imposta mediante procedimento administrativo, poderá variar de R\$ 100,00 (cem reais) até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais). (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

§ 1º. Para a gradação da pena, a autoridade competente deverá considerar os seguintes fatores: (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

I - a gravidade da infração; (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

II - a vantagem auferida pelo infrator; (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

III - a condição econômica do infrator e seus antecedentes; (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

IV - o prejuízo causado ao consumidor; e (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

V - a repercussão social da infração. (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

§ 2º. São circunstâncias que agravam a infração: (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

I - a reincidência do infrator; (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

II - a constatação de fraude; e (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

III - o fornecimento de informações inverídicas ou enganosas. (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

§ 3º. São circunstâncias que atenuam a infração: (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

I - a primariedade do infrator; e (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

II - a adoção de medidas pelo infrator para minorar os efeitos do ilícito ou para repará-lo. (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

A 6ª Turma admite a redução, com fundamento no princípio da razoabilidade:

TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROTESTO DE CDA. CONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO DE IMPROCEDÊNCIA DA ADI 5135. AUTO DE INFRAÇÃO. INMETRO. AUSÊNCIA DE SELO DE IDENTIFICAÇÃO DO PRODUTO. MANUTENÇÃO DA MULTA.

1. Quanto à possibilidade de protesto de CDA, meu entendimento era no sentido de sua desnecessidade devido aos atributos da certeza, liquidez e exigibilidade que a revestem, nos termos do posicionamento desta E. Sexta Turma.

2. No entanto, revejo meu posicionamento, para seguir a decisão do Supremo Tribunal Federal que, recentemente, julgou improcedente a ADIN nº 5135, para, por maioria, fixar a tese de que O protesto das Certidões de Dívida Ativa constitui mecanismo constitucional e legítimo, por não restringir de forma desproporcional quaisquer direitos fundamentais garantidos aos contribuintes e, assim, não constituir sanção política.

3. Conforme consta dos autos (fls. 25/26), a autora foi autuada por agente autárquico, em 29/07/2013, pela exposição à venda do produto Cabine Elétrica Multifuncional de Banho - modelo San, sem ostentar o selo de identificação da conformidade na embalagem e no produto, conforme Auto de Infração nº 1001130001437, cuja multa foi aplicada com fundamento nos arts. 1º e 5º, da Lei nº 9.933/99, c/c arts. 4º a 6º da Portaria Inmetro 371/09.

4. A Portaria Inmetro nº 371/09 dispôs sobre a exigência de utilização de selo nos eletrodomésticos, estabelecendo prazos para adequação aos fabricantes e importadores. Especificamente no que diz à fabricação e à importação, estabeleceu-se como data inicial 1º de julho de 2011 e, no tocante aos comerciantes, 1º de julho de 2012.

5. No caso em questão, a autora alega que não estaria enquadrada nos prazos supracitados, já que inserida na hipótese de prorrogação de prazo para regularização de selo de conformidade, nos termos da Portaria nº 328/11.

6. Nada obstante, não lhe assiste razão, já que referida Portaria discrimina taxativamente quais produtos tiveram prorrogação de prazo para a adequação, sem que se possa pretender enquadrar a Cabine Elétrica Multifuncional de Banho como Banheira Hidromassagem, sob pena de se alargar o alcance da norma infralegal.

7. Ademais, resta consolidada a jurisprudência no sentido da legitimidade das normas expedidas pelo Inmetro e pelo Conmetro, pois dotadas de competência legal atribuída pelas Leis nº 5.966/73 e 9.933/99, além de regularem matéria de interesse público na busca da proteção ao direito do consumidor.

8. Mantida a fixação da multa aplicada, em observância ao princípio da razoabilidade, sobretudo considerando que a autora é reincidente, conforme fl. 129 do processo administrativo.

9. Apelação improvida.

No caso concreto, os produtos comercializados foram reprovados nos exames periciais quantitativos, por inobservância do critério da média: foram identificadas unidades com quantidade inferior àquela indicada na embalagem.

A apelante é reincidente (fls. 29, ID 108043483).

É justificável a fixação em patamar superior ao mínimo.

Por tais fundamentos, **nego provimento** à apelação.

Publique-se. Intime-se.

Decorrido o prazo recursal, remetam-se à origem.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5010059-77.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO DE SÃO PAULO
Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRA BERTON SCHIAVINATO - SP231355-A
APELADO: WALDIR BARBOSA DOS SANTOS

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de apelação contra r. sentença extintiva de execução de título extrajudicial, nos termos do artigo 487, inciso III, “b”, do Código de Processo Civil, em decorrência de renegociação do débito.

A Ordem dos Advogados do Brasil, ora apelante (ID 127430312), sustenta que a adesão a parcelamento não significa o pagamento da dívida, razão pela qual o feito deveria ser suspenso.

Sem contrarrazões.

É uma síntese do necessário

O artigo 924, do Código de Processo Civil: *“Extingue-se a execução quando: I – a petição inicial for indeferida; II – a obrigação for satisfeita; III – o executado obtiver, por qualquer outro meio, a extinção total da dívida; IV – o exequente renunciar ao crédito; V – ocorrer a prescrição intercorrente”*.

Se nenhuma das situações do artigo acima referido é verificada, não há que se falar em extinção da execução fiscal.

No caso concreto, o feito foi extinto em razão do parcelamento da dívida.

A execução fiscal só pode ser julgada extinta, no caso de parcelamento da dívida, após o adimplemento da última parcela. Enquanto isso, o processo deve permanecer suspenso.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no regime do artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSO JUDICIAL TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PEDIDO DE PARCELAMENTO FISCAL (PAES) PROTOCOLIZADO ANTES DA PROPOSITURA DO EXECUTIVO FISCAL. AUSÊNCIA DE HOMOLOGAÇÃO EXPRESSA OU TÁCITA À ÉPOCA. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO PERFECTIBILIZADA APÓS O AJUIZAMENTO DA DEMANDA. EXTINÇÃO DO FEITO. DESCABIMENTO. SUSPENSÃO DO PROCESSO. CABIMENTO.

1. O parcelamento fiscal, concedido na forma e condição estabelecidas em lei específica, é causa suspensiva da exigibilidade do crédito tributário, à luz do disposto no artigo 151, VI, do CTN.

2. Consequentemente, a produção de efeitos suspensivos da exigibilidade do crédito tributário, advindos do parcelamento, condiciona-se à homologação expressa ou tácita do pedido formulado pelo contribuinte junto ao Fisco (Precedentes das Turmas de Direito Público: REsp 911.360/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18.03.2008, DJe 04.03.2009; REsp 608.149/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 09.11.2004, DJ 29.11.2004; (REsp 430.585/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 03.08.2004, DJ 20.09.2004; e REsp 427.358/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 27.08.2002, DJ 16.09.2002).

3. A Lei 10.684, de 30 de maio de 2003 (em que convertida a Medida Provisória 107, de 10 de fevereiro de 2003), autorizou o parcelamento (conhecido por PAES), em até 180 (cento e oitenta) prestações mensais e sucessivas, dos débitos (constituídos ou não, inscritos ou não em Dívida Ativa, ainda que em fase de execução fiscal) que os contribuintes tivessem junto à Secretaria da Receita Federal ou à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional com vencimento até 28.02.2003 (artigo 1º).

4. A Lei 10.522/2002 (lei reguladora do parcelamento instituído pela Lei 10.684/2003), em sua redação primitiva (vigente até o advento da Medida Provisória 449/2008, convertida na Lei 11.941/2009), estabelecia que: "Art. 11. Ao formular o pedido de parcelamento, o devedor deverá comprovar o recolhimento de valor correspondente à primeira parcela, conforme o montante do débito e o prazo solicitado. (...) § 4º Considerar-se-á automaticamente deferido o parcelamento, em caso de não manifestação da autoridade fazendária no prazo de 90 (noventa) dias, contado da data da protocolização do pedido. (...)".

5. Destarte, o § 4º, da aludida norma (aplicável à espécie por força do princípio *tempus regit actum*), erigiu hipótese de deferimento tácito do pedido de adesão ao parcelamento formulado pelo contribuinte, uma vez decorrido o prazo de 90 (noventa) dias (contados da protocolização do pedido) sem manifestação da autoridade fazendária, desde que efetuado o recolhimento das parcelas estabelecidas.

6. In casu, restou assente na origem que: "... a devedora formalizou sua opção pelo PAES em 31 de julho de 2003 (fl. 59). A partir deste momento, o crédito ora em execução não mais lhe era exigível, salvo se indeferido o benefício. Quanto ao ponto, verifico que o crédito em foco foi realmente inserido no PAES, nada havendo de concreto nos autos a demonstrar que a demora na concessão do benefício deu-se por culpa da parte executada. Presente, portanto, causa para a suspensão da exigibilidade do crédito. Agora, ajuizada a presente execução fiscal em setembro de 2003, quando já inexequível a dívida em foco, caracterizou-se a falta de interesse de agir da parte exequente. Destarte, a extinção deste feito é medida que se impõe."

7. À época do ajuizamento da demanda executiva (23.09.2003), inexistia homologação expressa ou tácita do pedido de parcelamento protocolizado em 31.07.2003, razão pela qual merece reparo a decisão que extinguiu o feito com base nos artigos 267, VI (ausência de condição da ação), e 618, I (nulidade da execução ante a inexigibilidade da obrigação consubstanciada na CDA), do CPC.

8. É que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, perfectibilizada após a propositura da ação, ostenta o condão somente de obstar o curso do feito executivo e não de extingui-lo.

9. Outrossim, não há que se confundir a hipótese prevista no artigo 174, IV, do CTN (causa interruptiva do prazo prescricional) com as modalidades suspensivas da exigibilidade do crédito tributário (artigo 151, do CTN).

10. Recurso especial provido, determinando-se a suspensão (e não a extinção) da demanda executiva fiscal. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 957.509/RS, Rel. Min. Luiz Fux - Primeira Seção, j. 09/08/2010, Dje: 25/08/2010).

Por estes fundamentos, **dou provimento** à apelação.

Publique-se. Intimem-se.

Decorrido o prazo recursal, remetam-se à origem.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002970-62.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
AGRAVANTE: WALTER AFELTRO JUNIOR
Advogado do(a) AGRAVANTE: LUIZ CLAUDIO LUCAS - SP323855
AGRAVADO: AGENCIA NACIONAL DO PETROLEO, GAS NATURAL E BIOCOMBUSTIVEIS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão que rejeitou a exceção de pré-executividade.

O executado, ora agravante (ID 123773936), afirma a nulidade da citação por edital. Não teriam sido esgotadas as providências de localização do executado.

Requer a liberação dos valores bloqueados pelo sistema Bancenjud.

Resposta (ID 128596493).

É uma síntese do necessário.

Hipótese de cabimento do agravo de instrumento: artigo 1.015, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

***** Citação por edital *****

A Súmula nº. 414, do Superior Tribunal de Justiça: **“A citação por edital na execução fiscal é cabível quando frustradas as demais modalidades”**.

No mesmo sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no regime de julgamentos repetitivos:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. CITAÇÃO POR EDITAL. CONDIÇÃO DE CABIMENTO: FRUSTRAÇÃO DAS DEMAIS MODALIDADES DE CITAÇÃO (POR CORREIO E POR OFICIAL DE JUSTIÇA). LEI 6830/80, ART. 8º.

1. Segundo o art. 8º da Lei 6.830/30, a citação por edital, na execução fiscal, somente é cabível quando não exitosas as outras modalidades de citação ali previstas: a citação por correio e a citação por Oficial de Justiça. Precedentes de ambas as Turmas do STJ.

2. Recurso especial improvido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.

(REsp 1103050/BA, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/03/2009, DJe 06/04/2009).

No caso concreto, o Oficial de Justiça certificou que o agravante não foi encontrado no domicílio fiscal, nos seguintes termos: “no dia 19 de outubro de 2017, na rua Marselha, nº 175, Residencial Euroville, Bragança Paulista/SP, deixei de citar o Sr. WALTER ALFREDO JUNIOR, porque não o encontrei no suso endereço. Na ocasião, segundo informação prestada pelo porteiro, o coexecutado não era morador nem proprietário de imóvel no condomínio” (fls. 9, ID 126309204).

A citação editalícia é **regular**.

Prejudicada a análise quanto ao pedido de liberação dos valores bloqueados pelo sistema Bancenjud.

Por tais fundamentos, **nego provimento** ao agravo de instrumento, nos termos do artigo 932, inciso IV, “a”, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intime-se.

Decorrido o prazo recursal, remetam-se à origem.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5020081-93.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
AGRAVANTE: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR
Advogado do(a) AGRAVANTE: FABIO AUGUSTO ROSTON GATTI - SP173943-A
AGRAVADO: JLM ASSISTENCIA ODONTOLOGICALTDA - ME
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5020081-93.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
AGRAVANTE: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR
Advogado do(a) AGRAVANTE: FABIO AUGUSTO ROSTON GATTI - SP173943-A
AGRAVADO: JLM ASSISTENCIA ODONTOLOGICAL LTDA - ME

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Trata-se de embargos de declaração (ID 123742380) interpostos contra v. Acórdão que deu parcial provimento ao agravo de instrumento.

A ementa (ID 104301223):

PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL – INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - SUSPENSÃO DETERMINADA EM IRDR.

- 1. Em decisão publicada em 17 de fevereiro de 2017, o Relator determinou "a suspensão dos Incidentes de Desconsideração da Personalidade Jurídica em tramitação na Justiça Federal da 3ª Região, todavia, sem prejuízo do exercício do direito de defesa nos próprios autos da execução, seja pela via dos embargos à execução, seja pela via da exceção de pré-executividade, conforme o caso, bem como mantidos os atos de pesquisa e constrição de bens necessários à garantia da efetividade da execução".*
- 2. No caso concreto, a exequente requereu a inclusão dos sócios administradores no polo passivo, por suposta dissolução irregular.*
- 3. É regular a suspensão do processo, no que concerne, exclusivamente, aos sócios administradores.*
- 4. Agravo de instrumento provido, em parte.*

A ANS, ora embargante, aponta erro: a decisão proferida em IRDR seria inaplicável no caso concreto, porque não instaurado Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica.

Prequestiona a matéria, com a finalidade de interposição de recursos dirigidos às Cortes Superiores.

Sem resposta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5020081-93.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
AGRAVANTE: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR
Advogado do(a) AGRAVANTE: FABIO AUGUSTO ROSTON GATTI - SP173943-A
AGRAVADO: JLM ASSISTENCIA ODONTOLOGICA LTDA - ME

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

O v. Acórdão destacou expressamente (ID 104301222):

“Em decisão publicada em 17 de fevereiro de 2017, o Relator determinou "a suspensão dos Incidentes de Desconsideração da Personalidade Jurídica em tramitação na Justiça Federal da 3ª Região, todavia, sem prejuízo do exercício do direito de defesa nos próprios autos da execução, seja pela via dos embargos à execução, seja pela via da exceção de pré-executividade, conforme o caso, bem como mantidos os atos de pesquisa e constrição de bens necessários à garantia da efetividade da execução”.

No caso concreto, a exequente requereu a inclusão dos sócios administradores no polo passivo, por suposta dissolução irregular:

O Juízo de 1º grau de jurisdição determinou a suspensão do processo até a conclusão do julgamento do IRDR.

É regular a suspensão do processo, no que concerne, exclusivamente, aos sócios administradores.

No mais, é cabível o prosseguimento da execução fiscal”.

Não há qualquer vício no v. Acórdão. Pedido e fundamento jurídico são institutos processuais distintos. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.

No caso concreto, os embargos não demonstram a invalidade jurídica da fundamentação adotada no v. Acórdão. Pretendem, é certo, outra. Não se trata, então, da ocorrência de vício na decisão da causa, mas de sua realização por fundamento jurídico diverso da intelecção da parte.

De outra parte, a Constituição Federal, na cláusula impositiva da fundamentação das decisões judiciais, não fez opção estilística. Sucinta ou laudatória, a fundamentação deve ser, apenas, exposta no vernáculo (STJ - AI nº 169.073-SP-AgRg - Rel. o Min. José Delgado).

Na realidade, o que se pretende, através do presente recurso, é o reexame do mérito da decisão da Turma, o que não é possível em sede de embargos de declaração. Confira-se:

PROCESSO CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ART. 535, DO CPC - SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL DA EXTINTA SUDAM - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA - NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA - PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL - AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO - NÍTIDO CARÁTER INFRINGENTE - REJEIÇÃO.

1 - Tendo o acórdão embargado reconhecido a insuficiência de comprovação do direito líquido e certo, salientando a necessidade de dilação probatória, revestem-se de caráter infringente os embargos interpostos a pretexto de omissão e prequestionamento, uma vez que pretendem reabrir os debates meritórios acerca do tema.

2 - Por prerrogativa do dispositivo processual aventado, os Embargos de Declaração consubstanciam instrumento processual adequado para excluir do julgado qualquer obscuridade ou contradição ou, ainda, suprir omissão, cujo pronunciamento sobre a matéria se impunha ao Colegiado, integralizando-o, não se adequando, todavia, para promover o efeito modificativo do mesmo. Inteligência do art. 535 e incisos, do Código de Processo Civil.

3 - Precedentes (EDREsp nºs 120.229/PE e 202.292/DF).

4 - Embargos conhecidos, porém, rejeitados.

(STJ, 3ª seção, EDMS 8263/DF, rel. Min. Jorge Scartezini, j. 09/04/2003, v.u., DJU 09/06/2003).

No tocante ao pré-questionamento, cumpre salientar que, ainda nos embargos de declaração opostos com este propósito, é necessária a observância aos requisitos previstos no artigo 1.022, do Código de Processo Civil:

Mesmo nos embargos de declaração com fim de prequestionamento, devem-se observar os lindes traçados no art. 535 do CPC (obscuridade, dúvida, contradição, omissão e, por construção pretoriana integrativa, a hipótese de erro material). Esse recurso não é meio hábil ao reexame da causa (STJ - 1ª Turma, Resp 11.465-0-SP, Rel. o Min. Demócrito Reinaldo, j. 23.11.92, rejeitaram os embs., v.u., DJU 15.2.93, p. 1.665, 2ª col., em.).

Por estes fundamentos, **rejeito** os embargos de declaração.

É o voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ALEGAÇÃO DE VÍCIO: INEXISTÊNCIA - CARÁTER INFRINGENTE: IMPOSSIBILIDADE - PRÉ-QUESTIONAMENTO - REJEIÇÃO.

1. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.
2. Na solução da causa, a adoção de fundamento jurídico diverso do exposto pela parte não é omissão. É divergência de intelecção na solução da lide, circunstância desqualificadora da interposição de embargos de declaração.
3. A Constituição Federal não fez opção estilística, na imposição do requisito da fundamentação das decisões. Esta pode ser laudatória ou sucinta. Deve ser, tão-só, pertinente e suficiente.
4. Os requisitos previstos no artigo 1.022, do Código de Processo Civil, devem ser observados nos embargos de declaração destinados ao pré-questionamento.
5. Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0008407-63.2011.4.03.6119

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: FILBRONSI FILTROS DE BRONZE SINTERIZADOS LTDA - ME

Advogados do(a) APELANTE: JOAO PAULO FOGACA DE ALMEIDA FAGUNDES - SP154384-A, RONALDO RAYES - SP114521-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de embargos à execução fiscal.

A r. sentença (fls. 60/63, ID 130555118) julgou o pedido inicial improcedente.

A embargante, ora apelante (fls. 66/75, ID 130555118), requer a suspensão da execução fiscal até o julgamento definitivo dos embargos à execução: os valores bloqueados corresponderiam ao valor atualizado dos débitos. A execução estaria integralmente garantida.

Sustenta, ainda, a cobrança de multa confiscatória.

Aponta violação aos artigos 145, §1º, e 150, inciso IV, da Constituição Federal.

Contrarrazões (fls. 5/19, ID 130555119).

É uma síntese do necessário.

***** Atribuição de efeito suspensivo aos embargos à execução *****

1973: A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil de

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. APLICABILIDADE DO ART. 739 -A, §1º, DO CPC ÀS EXECUÇÕES FISCAIS. NECESSIDADE DE GARANTIA DA EXECUÇÃO E ANÁLISE DO JUIZ A RESPEITO DA RELEVÂNCIA DA ARGUMENTAÇÃO (FUMUS BONI JURIS) E DA OCORRÊNCIA DE GRAVE DANO DE DIFÍCIL OU INCERTA REPARAÇÃO (PERICULUM IN MORA) PARA A CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AOS EMBARGOS DO DEVEDOR OPOSTOS EM EXECUÇÃO FISCAL. (...)

5. Desse modo, tanto a Lei n. 6.830/80 - LEF quanto o art. 53, §4º da Lei n. 8.212/91 não fizeram a opção por um ou outro regime, isto é, são compatíveis com a atribuição de efeito suspensivo ou não aos embargos do devedor. Por essa razão, não se incompatibilizam com o art. 739 -A do CPC/73 (introduzido pela Lei 11.382/2006) que condiciona a atribuição de efeitos suspensivos aos embargos do devedor ao cumprimento de três requisitos: apresentação de garantia; verificação pelo juiz da relevância da fundamentação (fumus boni juris) e perigo de dano irreparável ou de difícil reparação (periculum in mora).

6. Em atenção ao princípio da especialidade da LEF, mantido com a reforma do CPC/73, a nova redação do art. 736, do CPC dada pela Lei n. 11.382/2006 - artigo que dispensa a garantia como condicionante dos embargos - não se aplica às execuções fiscais diante da presença de dispositivo específico, qual seja o art. 16, §1º da Lei n. 6.830/80, que exige expressamente a garantia para a apresentação dos embargos à execução fiscal. (...)

9. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C, do CPC, e da Resolução STJ n. 8/2008.

(REsp 1272827/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/05/2013, DJe 31/05/2013).

A garantia parcial não é óbice para a admissibilidade dos embargos à execução.

Todavia, impede a atribuição do efeito suspensivo aos embargos.

No caso concreto, a execução fiscal tem valor histórico de R\$ 167.606,02 (fls. 18/19, ID 130555117).

Ocorreu o bloqueio eletrônico no valor de R\$ 1.170,77 (fls. 20/22, ID 130555118).

O juízo não está integralmente garantido.

De outro lado, **não** há relevância na fundamentação: a apelante impugna os acréscimos moratórios.

“As circunstâncias oriundas da exigibilidade e da inadimplência do crédito tributário são previsíveis e ordinárias no curso da expectativa do cotidiano empresarial e, portanto, não firmam, tão-somente por si, o necessário periculum in mora” (STF, AC 2277 MC-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, DJe-121 DIVULG 30-06-2009 PUBLIC 01-07-2009 EMENTVOL-02367-01 PP-00110 LEXSTF v. 31, n. 367, 2009, p. 40-49).

A atribuição de efeito suspensivo é **irregular**.

***** A regularidade da multa moratória fiscal *****

O Código Tributário Nacional dispõe que "a lei aplica-se a fato ou fato pretérito, tratando-se de ato não definitivamente julgado, quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática" (art. 106, inciso II, letra c).

No caso concreto, é aplicável a limitação do percentual da multa moratória a vinte por cento, nos termos do artigo 61, § 2º, da Lei Federal nº 9.430/96.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ART. 106 DO CTN. RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENIGNA. ATO NÃO DEFINITIVAMENTE JULGADO.

O Código Tributário Nacional, em seu artigo 106, estabelece que a lei nova mais benéfica ao contribuinte aplica-se ao fato pretérito, razão por que correta a redução da multa nos casos como os da espécie, em que a execução fiscal não foi definitivamente julgada. O referido artigo não especifica a esfera de incidência da retroatividade da lei mais benigna, o que enseja a aplicação do mesmo, tanto no âmbito administrativo como no judicial.

Recurso especial provido.

(RESP 295762/RS - Relator Min. Franciulli Netto - Segunda Turma, j. 05/08/2004, v.u., DJ 25/10/2004).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO, DÚVIDA OU FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO NO ACÓRDÃO A QUO. EXECUÇÃO FISCAL. EMPRESA INCORPORADORA. SUCESSÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO SUCESSOR. MULTA FISCAL (MORATÓRIA). APLICAÇÃO. ARTS. 132 E 133, DO CTN. REDUÇÃO DA MULTA. LEI NOVA MAIS BENIGNA (10.932/97). ALCANCE DE FATOS PRETÉRITOS POR SER MAIS FAVORÁVEL AO CONTRIBUINTE (ART. 106, II, "C", DO CTN). PRECEDENTES. (...)

5. Acórdão recorrido que, com base na Lei nº 10.932/97, do Estado do Rio Grande do Sul, diminuiu percentual de multa moratória.

6. Apesar do seu caráter de pena, nos termos do art. 161, do CTN, a referida multa não está sujeita à lavratura de especificado auto de infração, o qual ensejaria um procedimento administrativo, sendo, conseqüentemente, inaplicáveis ao caso concreto as disposições constitucionais que amparam a garantia da prévia e ampla defesa, diante da inexigibilidade desse processo administrativo.

7. Com o advento da Lei nº 10.932/97, alcançando fatos pretéritos por ser mais favorável ao contribuinte (art. 106, II, "c", do CTN), há de se reduzir a multa moratória, não perdendo, contudo, o título executivo, os caracteres de liquidez e certeza. Precedentes desta Corte.

8. Precedentes das 1ª e 2ª Turmas desta Corte Superior e do colendo STF.

9. Recurso parcialmente provido.

(RESP 592007/RS - Relator Min. José Delgado - Primeira Turma, j. 16/12/2003, v.u., DJ 222/03/2004).

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. REDUÇÃO DA MULTA MORATÓRIA DE 30% PARA 20%. POSSIBILIDADE. RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENIGNA. LEI PAULISTA 9.399/96. ART. 106, II, C, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. A Lei Paulista 9.399/96, que introduziu nova redação ao art. 87 da Lei Estadual 6.374/89, estabelece que a multa moratória deve ser fixada no valor de 20% sobre o débito fiscal, ao revés do quantum de 30% anteriormente cominado.

2. O art. 106, II, c, do CTN, dispõe que a lei mais benéfica ao contribuinte aplica-se a ato ou fato pretérito, desde que não tenha sido definitivamente julgado. Além do mais, o art. 112 da legislação tributária federal estabelece: "A lei tributária que define infrações, ou lhes comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado."

3. Recurso especial desprovido.

(RESP 200400411010, DENISE ARRUDA, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJ DATA:15/05/2006 PG:00164 ..DTPB:.)

A multa moratória fiscal é a sanção punitiva aplicada em razão do não cumprimento da obrigação tributária. É distinta do tributo (artigo 3º, do Código Tributário Nacional).

Desta forma, é incabível a alegação de confisco ou de ofensa à capacidade contributiva, em decorrência do montante fixado para a punição econômica.

A jurisprudência desta Corte Regional:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. NULIDADES DO TÍTULO EXECUTIVO. RECURSO DESPROVIDO.

(...)

3. A jurisprudência firmou entendimento sobre a matéria, afastando a inconstitucionalidade do percentual da multa moratória fixada pela legislação, forte na exegese de que, à luz do princípio da vedação ao confisco e capacidade contributiva, o tributo, propriamente dito, não se confunde com a multa moratória, pois o primeiro é conceituado como obrigação legal, que tem como característica fundamental justamente não corresponder a sanção de ato ilícito (artigo 3º, CTN), enquanto o segundo é, por definição, a penalidade pecuniária aplicada por infração à legislação fiscal.

4. É essencial notar que o artigo 113, § 1º, do CTN, não confunde tais conceitos, mas apenas equipara o seu tratamento com alcance e para efeito específico, conforme ensina a doutrina especializada (Código Tributário Nacional, Coordenador WLADIMIR PASSOS DE FREITAS, Ed. RT, 1999, p. 478), o que permite assentar a ideia-matriz de que o princípio do não confisco tem incidência delimitada à esfera do tributo, propriamente dito.

5. Tampouco cabe sujeitar, segundo a jurisprudência consolidada, a multa moratória fiscal ao limite previsto no Código de Defesa do Consumidor; que se refere apenas aos casos de cobrança de crédito no âmbito das relações de consumo, em situação rigorosamente diversa e, pois, impertinente com a espécie dos autos.

(...)

II. Agravo inominado desprovido.

(AC 00021223520124036114, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/08/2015 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA NOS PARÂMETROS LEGAIS. DISCREPÂNCIA DE VALORES ENTRE TÍTULO E PETIÇÃO INICIAL. ACRÉSCIMOS LEGAIS. MULTA POR FALTA DE ENTREGA DE DCTF. LEGALIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA NÃO CARACTERIZADA.

(...)

8. Não configura efeito confiscatório e não caracteriza violação aos princípios da capacidade contributiva, moralidade, dentre outros, a cobrança de acréscimos regularmente previstos em lei, visto que o confisco se conceitua pela impossibilidade do contribuinte manter sua propriedade diante da carga tributária excessiva a ele imposta. Precedente deste Tribunal: 3ª Turma, AC n.º 1999.03.99.021906-3, Rel. Des. Fed. Baptista Pereira, j. 29.05.2002, DJU 02.10.2002, p. 484.

9. Apelação improvida.

(AC 00021414620004039999, DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:23/02/2012 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Por tais fundamentos, nego provimento à apelação.

Publique-se. Intimem-se.

Decorrido o prazo recursal, remetam-se à origem.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5012503-31.2017.4.03.6182

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de embargos à execução fiscal.

A r. sentença (ID 107852938) julgou o pedido inicial improcedente. Não houve condenação em honorários advocatícios, nos termos do Decreto-Lei nº. 1.025/60.

A embargante, ora apelante (ID 107852946), suscita preliminar de nulidade, porque a r. sentença não teria analisado o pedido de nulidade do processo administrativo em razão das seguintes alegações: (a) ausência de regulamentação sobre os critérios para a estipulação das multas; (b) erros no preenchimento do quadro demonstrativo de penalidades; e (c) necessidade de autuação dos produtos fiscalizados durante o processo de fabricação, nos termos da Portaria nº. 248/2008.

Afirma que a ausência de fundamentação para a aplicação das multas e eventuais erros no preenchimento do quadro demonstrativo de penalidades, por serem matérias de ordem pública, deveriam ser reconhecidas de ofício e a qualquer tempo.

Alega a ocorrência de cerceamento de defesa em decorrência do indeferimento da prova pericial.

No mérito, aponta a nulidade dos autos de infração em decorrência da:

(i) ausência de fundamentação legal para a aplicação das multas. A Lei Federal nº. 9.933/99 não estaria regulamentada;

(ii) inobservância da Resolução nº. 08/06, do CONMETRO, bem como das normas para preenchimento do quadro demonstrativo de penalidades.

Subsidiariamente, requer a conversão da pena de multa em advertência ou a sua redução.

Contrarrazões (ID 107852955).

É uma síntese do necessário.

***** Preliminares *****

As preliminares não têm pertinência.

Na petição inicial (ID 107852842), a apelante não deduziu pedido de nulidade do processo administrativo em razão das seguintes alegações: (a) ausência de regulamentação sobre os critérios para a estipulação das multas; (b) erros no preenchimento do quadro demonstrativo de penalidades; e (c) necessidade de autuação dos produtos fiscalizados durante o processo de fabricação, nos termos da Portaria nº. 248/2008.

A.r. sentença (ID 107852942):

“Ora, eventuais nulidades do processo administrativo que redundou na aplicação da multa não se confundem com aquelas do processo judicial em que seu crédito é executado ou do processamento dos embargos à execução. Estas sim é que poderiam ensejar nulidades absolutas, conhecíveis a qualquer tempo, em qualquer grau de jurisdição, inclusive de ofício, inatingíveis pela preclusão, por representarem vícios insanáveis que maculam irremediavelmente o processo. Já as questões atinentes à nulidade do processo administrativo de constituição do crédito executado, no caso processo administrativo sancionador que culminou com aplicação de multa, dizem respeito à exigibilidade do título executivo, constituindo matéria de abordagem exclusiva na inicial dos embargos à execução, como dispõe o art. 16, §2º da LEF”.

Não é viável a análise da matéria, no atual momento processual, por não se tratar de questão de ordem pública.

Assim, o pedido configura inovação recursal.

Não pode ser conhecido, sob pena de supressão de instância.

De outro lado, o magistrado possui liberdade para a avaliação da prova (artigo 131, do Código de Processo Civil).

A perícia é o meio de prova reservado para hipóteses nas quais a avaliação depende de conhecimento técnico ou científico (artigo 145, do Código de Processo Civil).

No caso concreto, a apelante não demonstrou, objetivamente, a aplicação de critérios em desacordo com a legislação vigente, quando da aferição da quantidade dos produtos comercializados.

A discussão está restrita aos **critérios legais**.

A solução é jurídica e depende da análise de documentos.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. LIVRE CONVENCIMENTO DO JULGADOR. REEXAME DE FATOS E DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. JUNTADA DE CÓPIA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL AOS AUTOS DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ÔNUS DO EMBARGANTE, EM VISTA DA PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ DA CDA. COMPENSAÇÃO DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO. INEXISTÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DA MATÉRIA. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282 E 356 DO STF. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. O art. 131 do CPC consagra o princípio do livre convencimento motivado, segundo o qual o juiz é livre para apreciar as provas produzidas, bem como a necessidade de produção das que forem requeridas pelas partes. Nesse sentido: STJ, AgRg no AREsp 648.403/MS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 29/05/2015; STJ, AgRg no AREsp 279.291/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe de 16/05/2014. (...)

VI. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp 1460507/SC, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 16/03/2016).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. INDEFERIMENTO PELA PRESCINDIBILIDADE DA MESMA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO-OCORRÊNCIA. NULIDADE CERTIDÃO DÍVIDA ATIVA. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 07/STJ. JUROS DE MORA. TAXA SELIC. LEGALIDADE.

1. A dispensa pelos juízos de cognição plena da produção de prova pericial reconhecidamente prescindível ao deslinde da controvérsia não configura cerceamento de defesa. (...)

7. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 971.090/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/10/2008, DJe 13/11/2008).

***** Regularidade da multa *****

O Superior Tribunal de Justiça declarou a legalidade dos atos normativos regulatórios e procedimentais expedidos pelo INMETRO, no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil:

ADMINISTRATIVO - AUTO DE INFRAÇÃO - CONMETRO E INMETRO - LEIS 5.966/1973 E 9.933/1999 - ATOS NORMATIVOS REFERENTES À METROLOGIA - CRITÉRIOS E PROCEDIMENTOS PARA APLICAÇÃO DE PENALIDADES - PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES - TEORIA DA QUALIDADE.

1. Inaplicável a Súmula 126/STJ, porque o acórdão decidiu a querela aplicando as normas infraconstitucionais, reportando-se em passant a princípios constitucionais. Somente o fundamento diretamente firmado na Constituição pode ensejar recurso extraordinário.

2. Estão revestidas de legalidade as normas expedidas pelo CONMETRO e INMETRO, e suas respectivas infrações, com o objetivo de regulamentar a qualidade industrial e a conformidade de produtos colocados no mercado de consumo, seja porque estão esses órgãos dotados da competência legal atribuída pelas Leis 5.966/1973 e 9.933/1999, seja porque seus atos tratam de interesse público e agregam proteção aos consumidores finais. Precedentes do STJ.

3. Essa sistemática normativa tem como objetivo maior o respeito à dignidade humana e a harmonia dos interesses envolvidos nas relações de consumo, dando aplicabilidade a ratio do Código de Defesa do Consumidor e efetividade à chamada Teoria da Qualidade.

4. Recurso especial conhecido e provido. Acórdão sujeito às disposições previstas no art. 543-C do CPC e na Resolução 8/2008-STJ.

(REsp 1102578/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/10/2009, DJe 29/10/2009).

No caso concreto, houve aplicação de multa em decorrência da violação aos artigos 1º e 5º, da Lei Federal nº. 9.933/99, e item 3, subitem 3.1, tabela II, do Regulamento Técnico Metroológico, aprovado pelo artigo 1º, da Portaria INMETRO nº. 248/2008.

A fiscalização encontrou o produto “Pó para preparo de bebida capuccino sabor chocolate – alpino, marca NESCAFÉ, embalagem metálica, conteúdo nominal 200g”, comercializado pela apelante, exposto à venda, reprovado no exame pericial quantitativo, no critério da média, conforme laudo de exame quantitativo de produtos pré-medidos (fls. 3, ID 107852851).

A multa foi fixada no valor de R\$ 11.935,00, nos termos do artigo 8º, inciso II, da Lei Federal nº. 9.933/1999 (fls. 16/17 e 46/49, ID 107852851).

No caso concreto, há prova da infração.

O equívoco é capaz de induzir o consumidor a erro.

A multa é regular.

Não é cabível a conversão da pena de multa em advertência.

De outro lado, quanto à fixação da penalidade, a Lei Federal nº. 9.933/99:

Art. 9º. A pena de multa, imposta mediante procedimento administrativo, poderá variar de R\$ 100,00 (cem reais) até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais). (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

§ 1º. Para a gradação da pena, a autoridade competente deverá considerar os seguintes fatores: (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

I - a gravidade da infração; (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

II - a vantagem auferida pelo infrator; (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

III - a condição econômica do infrator e seus antecedentes; (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

IV - o prejuízo causado ao consumidor; e (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

V - a repercussão social da infração. (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

§ 2º. São circunstâncias que agravam a infração: (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

I - a reincidência do infrator; (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

II - a constatação de fraude; e (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

III - o fornecimento de informações inverídicas ou enganosas. (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

§ 3º. São circunstâncias que atenuam a infração: (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

I - a primariedade do infrator; e (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

II - a adoção de medidas pelo infrator para minorar os efeitos do ilícito ou para repará-lo. (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

A 6ª Turma admite a redução, com fundamento no princípio da razoabilidade:

TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROTESTO DE CDA. CONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO DE IMPROCEDÊNCIA DA ADI 5135. AUTO DE INFRAÇÃO. INMETRO. AUSÊNCIA DE SELO DE IDENTIFICAÇÃO DO PRODUTO. MANUTENÇÃO DA MULTA.

1. Quanto à possibilidade de protesto de CDA, meu entendimento era no sentido de sua desnecessidade devido aos atributos da certeza, liquidez e exigibilidade que a revestem, nos termos do posicionamento desta E. Sexta Turma.

2. No entanto, revejo meu posicionamento, para seguir a decisão do Supremo Tribunal Federal que, recentemente, julgou improcedente a ADIN nº 5135, para, por maioria, fixar a tese de que O protesto das Certidões de Dívida Ativa constitui mecanismo constitucional e legítimo, por não restringir de forma desproporcional quaisquer direitos fundamentais garantidos aos contribuintes e, assim, não constituir sanção política.

3. Conforme consta dos autos (fls. 25/26), a autora foi autuada por agente autárquico, em 29/07/2013, pela exposição à venda do produto Cabine Elétrica Multifuncional de Banho - modelo San, sem ostentar o selo de identificação da conformidade na embalagem e no produto, conforme Auto de Infração nº 1001130001437, cuja multa foi aplicada com fundamento nos arts. 1º e 5º, da Lei nº 9.933/99, c/c arts. 4º a 6º da Portaria Inmetro 371/09.

4. A Portaria Inmetro nº 371/09 dispôs sobre a exigência de utilização de selo nos eletrodomésticos, estabelecendo prazos para adequação aos fabricantes e importadores. Especificamente no que diz à fabricação e à importação, estabeleceu-se como data inicial 1º de julho de 2011 e, no tocante aos comerciantes, 1º de julho de 2012.

5. No caso em questão, a autora alega que não estaria enquadrada nos prazos supracitados, já que inserida na hipótese de prorrogação de prazo para regularização de selo de conformidade, nos termos da Portaria nº 328/11.

6. Nada obstante, não lhe assiste razão, já que referida Portaria discrimina taxativamente quais produtos tiveram prorrogação de prazo para a adequação, sem que se possa pretender enquadrar a Cabine Elétrica Multifuncional de Banho como Banheira Hidromassagem, sob pena de se alargar o alcance da norma infralegal.

7. Ademais, resta consolidada a jurisprudência no sentido da legitimidade das normas expedidas pelo Inmetro e pelo Conmetro, pois dotadas de competência legal atribuída pelas Leis nº 5.966/73 e 9.933/99, além de regularem matéria de interesse público na busca da proteção ao direito do consumidor.

8. Mantida a fixação da multa aplicada, em observância ao princípio da razoabilidade, sobretudo considerando que a autora é reincidente, conforme fl. 129 do processo administrativo.

9. *Apelação improvida.*

(TRF-3, 2015.61.28.001584-0/SP, SEXTA TURMA, Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA, DJe 06/03/2017)

No caso concreto, os produtos comercializados foram reprovados nos exames periciais quantitativos, por inobservância do critério da média: foram identificadas unidades com quantidade inferior àquela indicada na embalagem.

A apelante é reincidente (fls. 16, ID 107852851).

É justificável a fixação em patamar superior ao mínimo.

Por tais fundamentos, **conheço, em parte, da apelação e, na parte conhecida, nego-lhe provimento.**

Publique-se. Intime-se.

Decorrido o prazo recursal, remetam-se à origem.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5002383-66.2017.4.03.6104
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: ETNA COMERCIO DE MOVEIS E ARTIGOS PARA DECORACAO S.A.
Advogado do(a) APELANTE: VANESSA NEVES BARROS - SP275579-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5002383-66.2017.4.03.6104
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: ETNA COMERCIO DE MOVEIS E ARTIGOS PARA DECORACAO S.A.
Advogado do(a) APELANTE: VANESSA NEVES BARROS - SP275579-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Trata-se de mandado de segurança destinado a afastar a incidência do adicional de 1% sobre a alíquota da COFINS incidente nas operações de importação, com a compensação do indébito, ou assegurar o creditamento do adicional, em observância ao princípio da não cumulatividade.

A r. sentença (ID 90052324) julgou o pedido inicial improcedente.

Apelação da impetrante (ID 90052395), na qual requer a reforma da r. sentença. Sustenta a inconstitucionalidade da majoração por lei ordinária.

Aponta ofensa aos princípios da livre concorrência e da não discriminação, bem como violação ao princípio da não cumulatividade, por restrição ao creditamento.

Contrarrazões (ID 90052400).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5002383-66.2017.4.03.6104
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: ETNA COMERCIO DE MOVEIS E ARTIGOS PARA DECORACAO S.A.
Advogado do(a) APELANTE: VANESSA NEVES BARROS - SP275579-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

O Supremo Tribunal Federal declarou o caráter extrafiscal da COFINS-Importação, no regime de que tratava o artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973 (destaques não originais):

*EMENTA Tributário. Recurso extraordinário. Repercussão geral. PIS/COFINS - importação. Lei nº 10.865/04. Vedação de bis in idem. Não ocorrência. Suporte direto da contribuição do importador (arts. 149, II, e 195, IV, da CF e art. 149, § 2º, III, da CF, acrescido pela EC 33/01). Alíquota específica ou ad valorem. Valor aduaneiro acrescido do valor do ICMS e das próprias contribuições. Inconstitucionalidade. Isonomia. Ausência de afronta. 1. Afastada a alegação de violação da vedação ao bis in idem, com invocação do art. 195, § 4º, da CF. Não há que se falar sobre invalidade da instituição originária e simultânea de contribuições idênticas com fundamento no inciso IV do art. 195, com alíquotas apartadas para fins exclusivos de destinação. 2. **Contribuições cuja instituição foi previamente prevista e autorizada, de modo expresso, em um dos incisos do art. 195 da Constituição validamente instituídas por lei ordinária. Precedentes(...)** 7. Não há como equiparar, de modo absoluto, a tributação da importação com a tributação das operações internas. O PIS/PASEP -Importação e a COFINS -Importação incidem sobre operação na qual o contribuinte efetuou despesas com a aquisição do produto importado, enquanto a PIS e a COFINS internas incidem sobre o faturamento ou a receita, conforme o regime. São tributos distintos. 8. **O gravame das operações de importação se dá não como concretização do princípio da isonomia, mas como medida de política tributária tendente a evitar que a entrada de produtos desonerados tenha efeitos predatórios relativamente às empresas sediadas no País, visando, assim, ao equilíbrio da balança comercial.** 9. Inconstitucionalidade da seguinte parte do art. 7º, inciso I, da Lei 10.865/04: “acrescido do valor do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS incidente no desembaraço aduaneiro e do valor das próprias contribuições, por violação do art. 149, § 2º, III, a, da CF, acrescido pela EC 33/01. 10. Recurso extraordinário a que se nega provimento.*

(RE 559937, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2013, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-206 DIVULG 16-10-2013 PUBLIC 17-10-2013 EMENTVOL-02706-01 PP-00011).

Nessa linha, não há que se falar em afronta ao princípio da livre concorrência (artigo 170, inciso IV, da Constituição Federal).

De outro lado, não se exige lei complementar, para a alteração da alíquota de tributo existente.

É **constitucional** a majoração, por lei ordinária. O adicional à contribuição da COFINS-Importação está previsto no artigo 8º, § 21, da Lei Federal n.º 10.865/2004.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário. Tributário. COFINS-Importação. Majoração da alíquota em 1%. Lei nº 12.715/2012. Lei Complementar. Desnecessidade. Princípio da Isonomia. Ausência de afronta. Orientação jurisprudencial consolidada no RE nº 559.937/RS, com repercussão geral reconhecida. 1. A instituição do adicional de 1% da COFINS-Importação, perpetrada pelo art. 8º, § 21, da Lei nº 10.865/2004, com a redação dada pelo art. 53 da Lei nº 12.715/2012, e direcionada a determinados setores da economia, prescindia de lei complementar; na esteira do que decidido no RE nº 559.937/RS, com repercussão geral reconhecida. É, portanto, plenamente constitucional a majoração da alíquota da contribuição por meio de lei ordinária. 2. A majoração da alíquota da COFINS-Importação para alguns produtos importados não caracteriza, por si só, violação do princípio da isonomia, tampouco afronta à norma do art. 195, § 9º, da Constituição. Possibilidade de tratamento diferenciado quando presente política tributária de extrafiscalidade devidamente justificada. 3. Agravo regimental não provido. Deixo de majorar os honorários advocatícios na forma do art. 85, § 11, do novo Código de Processo Civil, uma vez que não houve o arbitramento de honorários sucumbenciais pela Corte de origem.

(RE 969735 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 24/02/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-050 DIVULG 15-03-2017 PUBLIC 16-03-2017).

Inexiste ofensa à regra de não discriminação, extraída dos termos do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio – GATT.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ARTS. 98, 109 E 110 DO CTN. PREQUESTIONAMENTO NÃO CONFIGURADO. SÚMULA 211/STJ. COFINS-IMPORTAÇÃO. ADICIONAL DE 1%. DIREITO AO CREDITAMENTO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INFRINGÊNCIA À NORMA DO GATT. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO CONCRETA AOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO. PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE.

(...)

5. Por último, em relação ao inciso III, item IV, do GATT, observa-se que, para afastar a tese de infringência à referida norma, o Tribunal de origem se reportou à Exposição de Motivos da Medida Provisória 540/2011. Mediante transcrição e exegese de seu conteúdo, o órgão fracionário da Corte local registrou que a instituição do adicional visava justamente a preservar as normas do Acordo Geral de Tarifas e Comércio, uma vez que a criação de contribuição previdenciária sobre a receita bruta (CPRB) de alguns setores empresariais acarretaria perda de competitividade dos seus produtos nacionais em relação aos importados (os quais teriam preço mais competitivo).

6. Não obstante, a recorrente se limitou a apontar, abstratamente, que tal entendimento implica violação das regras do GATT e dos arts. 98, 109 e 110 do CTN, o que configura inobservância do princípio da dialeticidade, por ausência de impugnação concreta, mediante argumentação específica, que demonstrasse eventual error in iudicando da Corte local.

7. A menção, nas razões do apelo nobre, à revogação do adicional pela MP 774/2017, por seu turno, não lhe assegura êxito na pretensão recursal, uma vez que se encontra viciada pela mesma deficiência acima apontada. Com efeito, a respectiva Exposição de Motivos claramente identifica que o adicional de 1% foi revogado exatamente porque foi igualmente revogada a contribuição previdenciária sobre a receita bruta (CPRB) - ou seja, com o barateamento do produto nacional, deveria ser restabelecida a igualdade de competição com o produto importado (nesse contexto, a manutenção do adicional, a despeito da revogação da CPRB para os produtos nacionais, é que implica violação às normas do GATT, pois o produto importado não tem condições isonômicas de competitividade com a mercadoria nacional).

8. Recurso Especial não conhecido.

(REsp 1745075 / PR, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 21/06/2018, DJe 30/05/2019)

O creditamento é medida de política fiscal.

Política de Estado, a cargo do Poder Executivo.

O Poder Executivo, no exercício de sua competência, editou a Medida Provisória n.º 688/2015 (convertida na Lei Federal n.º 13.137/2015), excluindo, expressamente, dos créditos o valor pago em decorrência do adicional da COFINS-importação.

A vedação não viola o princípio constitucional da não cumulatividade (artigo 195, §2º, da Constituição Federal).

A jurisprudência desta Corte:

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. COFINS-IMPORTAÇÃO. MAJORAÇÃO DA ALÍQUOTA. ARTIGO 8º, § 21, DA LEI 10.865/2004. CONSTITUCIONALIDADE. CREDITAMENTO SOBRE O PERCENTUAL ADICIONAL. IMPOSSIBILIDADE. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

- A aplicação da alíquota adicional da COFINS importação, disciplinada pelo art. 8º, § 21 da Lei 10.865/2004.

- Anote-se que a majoração da alíquota do COFINS-importação prescinde da edição de lei complementar, porquanto não se está diante da criação de uma nova fonte de custeio para a Seguridade Social além daquelas já previstas no texto constitucional, não havendo qualquer violação ao disposto no art. 195, § 4º, c/c o art. 154, inc. I, da Constituição Federal.

- In casu, não se vislumbra a alegada inconstitucionalidade, em razão de afronta ao princípio da não-cumulatividade previsto no § 12 do art. 195 da Constituição da República, incluído pela EC nº 42/03.

- No caso concreto, depreende-se que cabe à legislação ordinária a definição dos setores da economia para os quais o PIS/COFINS incidentes sobre a receita bruta serão exigidas de forma não cumulativa.

- A Lei nº 12.715/2012, ao não explicitar a possibilidade de redução da base de cálculo de despesas passíveis de gerar crédito deve ser entendida como uma opção do legislador, sem que isso resulte em ilegalidade ou inconstitucionalidade da norma quanto ao ponto.

- Por sua vez, não há que se falar em violação às disposições do GATT, na medida em que os similares nacionais dos produtos alcançados pela alíquota complementar do COFINS-Importação estão onerados pela contribuição sobre a receita. Logo, as mercadorias importadas não estão sujeitas a tratamento tributário menos favorável do que aquele deferido aos produtos correlatos de origem nacional. É esse o entendimento da jurisprudência.

- Por derradeiro, as hipóteses de incidência da não-cumulatividade da contribuição para o PIS e da COFINS encontram-se taxativamente elencadas no art. 2º da Lei nº 10.637/02, bem assim da Lei nº 10.833/03, não havendo previsão semelhante para a hipótese do artigo 8º, §21 da Lei 10.865/2004.

- Nesse sentido, prevê expressamente o artigo 15, §3º, da Lei 10.865/2004.

- Apelação não provida.

(APELAÇÃO CÍVEL / SP 0012561-45.2015.4.03.6100, Relatora Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, 4ª Turma, julgado em 31/01/2020)

No mandado de segurança não são devidos honorários advocatícios (artigo 25, da Lei Federal nº. 12.016/09).

Por tais fundamentos, **nego provimento à apelação.**

É o voto.

EMENTA

CONSTITUCIONAL – TRIBUTÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA COFINS-IMPORTAÇÃO – DISCIPLINA EM LEI ORDINÁRIA: POSSIBILIDADE – VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: INOCORRÊNCIA – CREDITAMENTO: VEDAÇÃO – APELAÇÃO DESPROVIDA.

1- O Supremo Tribunal Federal declarou o caráter extrafiscal da COFINS-Importação, no regime de que tratava o artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973 (RE 559937, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2013, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-206 DIVULG 16-10-2013 PUBLIC 17-10-2013 EMENT VOL-02706-01 PP-00011).

2- Nessa linha, não há que se falar em afronta ao princípio da livre concorrência (artigo 170, inciso IV, da Constituição Federal).

3- De outro lado, não se exige lei complementar, para a alteração da alíquota de tributo existente. É constitucional a majoração, por lei ordinária. O adicional à contribuição da COFINS-Importação está previsto no artigo 8º, § 21, da Lei Federal n.º 10.865/2004.

4- Inexiste ofensa à regra de não discriminação, extraída dos termos do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio – GATT. Precedente do Superior Tribunal de Justiça.

5- O creditamento é medida de política fiscal. Política de Estado, a cargo do Poder Executivo.

6- O Poder Executivo, no exercício de sua competência, editou a Medida Provisória n.º 688/2015 (convertida na Lei Federal n.º 13.137/2015), excluindo, expressamente, dos créditos o valor pago em decorrência do adicional da COFINS-importação.

7- A vedação não viola o princípio constitucional da não cumulatividade (artigo 195, §2º, da Constituição Federal).

8- Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000789-70.2015.4.03.6105

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE EDUCACAO FISICADA 4 REGIAO

APELADO: PATRICIA CURY

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de execução fiscal ajuizada pelo Conselho Regional de Educação Física destinada à satisfação das anuidades dos exercícios de 2010, 2011, 2012, 2013 e 2014.

A r. sentença julgou o processo extinto, sem a resolução do mérito, nos termos do artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil.

O apelante, Conselho Regional de Educação Física, afirma a legalidade da exigência das anuidades de 2011 a 2014, nos termos da Lei Federal nº 12.197/10.

Aduz a regularidade da cobrança da anuidade de 2010, em decorrência de decisão proferida na Ação Civil Pública nº 0017393-10.2004.403.6100.

Sem contrarrazões.

É uma síntese do necessário.

O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da exigência de contribuição a Conselho Profissional, nos termos do artigo 58, da Lei Federal nº. 9.649/98:

“DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS.

1. Estando prejudicada a Ação, quanto ao § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649, de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, declarando-se a inconstitucionalidade do "caput" e dos § 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do mesmo art. 58.

2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados.

3. Decisão unânime”.

(ADI 1717, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2002, DJ 28-03-2003 PP-00061 EMENT VOL-02104-01 PP-00149).

Houve a rediscussão do tema, em decorrência da edição da Lei Federal nº. 11.000/04.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no RE 704.292, reconheceu a repercussão geral da questão e fixou a tese vencedora: "É inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar, sem parâmetro legal, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos".

No caso concreto, objetiva-se a satisfação de anuidades dos exercícios de 2010, 2011, 2012, 2013 e 2014.

A Lei Federal nº. 12.514/11 entrou em vigor em 31 de outubro de 2011.

Apenas as anuidades exigidas a partir do exercício de 2012 possuem fundamento legal, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Nestes termos, o v. Acórdão da Terceira Turma desta Corte Regional, na Ação Civil Pública nº 0017393-10.2004.403.6100, de relatoria do então Juiz Convocado Valdeci dos Santos, sem trânsito em julgado, não altera a conclusão com relação à anuidade de 2010.

Por fim, com relação às demais anuidades (exercícios de 2012 a 2014), a Lei Federal nº. 12.514/11:

Artigo 8º. Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. ART. 8º DA LEI 12.514/2011. INAPLICABILIDADE ÀS AÇÕES EM TRÂMITE. NORMA PROCESSUAL. ART. 1.211 DO CPC. "TEORIA DOS ATOS PROCESSUAIS ISOLADOS". PRINCÍPIO TEMPUS REGIT ACTUM.

1. Os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inc. IX, da Constituição da República vigente. Isto não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

2. É inaplicável o art. 8º da Lei nº 12.514/11 ("Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente") às execuções propostas antes de sua entrada em vigor.

3. O Art. 1.211 do CPC dispõe: "Este Código regerá o processo civil em todo o território brasileiro. Ao entrar em vigor, suas disposições aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes". Pela leitura do referido dispositivo conclui-se que, em regra, a norma de natureza processual tem aplicação imediata aos processos em curso.

4. Ocorre que, por mais que a lei processual seja aplicada imediatamente aos processos pendentes, deve-se ter conhecimento que o processo é constituído por inúmeros atos. Tal entendimento nos leva à chamada "Teoria dos Atos Processuais Isolados", em que cada ato deve ser considerado separadamente dos demais para o fim de se determinar qual a lei que o rege, recaindo sobre ele a preclusão consumativa, ou seja, a lei que rege o ato processual é aquela em vigor no momento em que ele é praticado. Seria a aplicação do Princípio tempus regit actum. Com base neste princípio, temos que a lei processual atinge o processo no estágio em que ele se encontra, onde a incidência da lei nova não gera prejuízo algum às partes, respeitando-se a eficácia do ato processual já praticado. Dessa forma, a publicação e entrada em vigor de nova lei só atingem os atos ainda por praticar, no caso, os processos futuros, não sendo possível falar em retroatividade da nova norma, visto que os atos anteriores de processos em curso não serão atingidos.

5. Para que a nova lei produza efeitos retroativos é necessária a previsão expressa nesse sentido. O art. 8º da Lei nº 12.514/11, que trata das contribuições devidas aos conselhos profissionais em geral, determina que "Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente". O referido dispositivo legal somente faz referência às execuções que serão propostas no futuro pelos conselhos profissionais, não estabelecendo critérios acerca das execuções já em curso no momento de entrada em vigor da nova lei. Dessa forma, como a Lei nº. 12.514/11 entrou em vigor na data de sua publicação (31.10.2011), e a execução fiscal em análise foi ajuizada em 15.9.2010, este ato processual (de propositura da demanda) não pode ser atingido por nova lei que impõe limitação de anuidades para o ajuizamento da execução fiscal.

6. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.

(REsp 1404796/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/03/2014, DJe 09/04/2014).

A execução fiscal foi ajuizada em 2015.

Aplica-se o artigo 8º, da Lei Federal nº. 12.514/11.

O objeto da execução fiscal, no atual momento processual: anuidades dos exercícios de 2012, 2013 e 2014.

A execução não é possível, no caso concreto.

Por tais fundamentos, nego provimento à apelação.

Publique-se. Intime-se.

Decorrido o prazo recursal, remetam-se à origem.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0002638-77.2015.4.03.6105

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE EDUCACAO FISICA DA 4 REGIAO

APELADO: REGINA CELIA FLORES

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de execução fiscal ajuizada pelo Conselho Regional de Educação Física destinada à satisfação das anuidades dos exercícios de 2010, 2011, 2012, 2013 e 2014.

A r. sentença julgou o processo extinto, sem a resolução do mérito, nos termos do artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil.

O apelante, Conselho Regional de Educação Física, afirma a legalidade da exigência das anuidades de 2011 a 2014, nos termos da Lei Federal nº 12.197/10.

Aduz a regularidade da cobrança da anuidade de 2010, em decorrência de decisão proferida na Ação Civil Pública nº 0017393-10.2004.403.6100.

Sem contrarrazões.

É uma síntese do necessário.

O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da exigência de contribuição a Conselho Profissional, nos termos do artigo 58, da Lei Federal nº. 9.649/98:

“DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS.

1. Estando prejudicada a Ação, quanto ao § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649, de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, declarando-se a inconstitucionalidade do "caput" e dos § 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do mesmo art. 58.

2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados.

3. Decisão unânime”.

(ADI 1717, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2002, DJ 28-03-2003 PP-00061 EMENT VOL-02104-01 PP-00149).

Houve a rediscussão do tema, em decorrência da edição da Lei Federal nº. 11.000/04.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no RE 704.292, reconheceu a repercussão geral da questão e fixou a tese vencedora: "É inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar, sem parâmetro legal, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos".

No caso concreto, objetiva-se a satisfação de anuidades dos exercícios de 2010, 2011, 2012, 2013 e 2014.

A Lei Federal nº. 12.514/11 entrou em vigor em 31 de outubro de 2011.

Apenas as anuidades exigidas a partir do exercício de 2012 possuem fundamento legal, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Nestes termos, o v. Acórdão da Terceira Turma desta Corte Regional, na Ação Civil Pública nº 0017393-10.2004.403.6100, de relatoria do então Juiz Convocado Valdeci dos Santos, sem trânsito em julgado, não altera a conclusão com relação à anuidade de 2010.

Por fim, com relação às demais anuidades (exercícios de 2012 a 2014), a Lei Federal nº. 12.514/11:

Artigo 8º. Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. ART. 8º DA LEI 12.514/2011. INAPLICABILIDADE ÀS AÇÕES EM TRÂMITE. NORMA PROCESSUAL. ART. 1.211 DO CPC. "TEORIA DOS ATOS PROCESSUAIS ISOLADOS". PRINCÍPIO TEMPUS REGIT ACTUM.

1. Os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inc. IX, da Constituição da República vigente. Isto não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

2. É inaplicável o art. 8º da Lei nº 12.514/11 ("Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente") às execuções propostas antes de sua entrada em vigor.

3. O Art. 1.211 do CPC dispõe: "Este Código regerá o processo civil em todo o território brasileiro. Ao entrar em vigor, suas disposições aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes". Pela leitura do referido dispositivo conclui-se que, em regra, a norma de natureza processual tem aplicação imediata aos processos em curso.

4. Ocorre que, por mais que a lei processual seja aplicada imediatamente aos processos pendentes, deve-se ter conhecimento que o processo é constituído por inúmeros atos. Tal entendimento nos leva à chamada "Teoria dos Atos Processuais Isolados", em que cada ato deve ser considerado separadamente dos demais para o fim de se determinar qual a lei que o rege, recaindo sobre ele a preclusão consumativa, ou seja, a lei que rege o ato processual é aquela em vigor no momento em que ele é praticado. Seria a aplicação do Princípio tempus regit actum. Com base neste princípio, temos que a lei processual atinge o processo no estágio em que ele se encontra, onde a incidência da lei nova não gera prejuízo algum às partes, respeitando-se a eficácia do ato processual já praticado. Dessa forma, a publicação e entrada em vigor de nova lei só atingem os atos ainda por praticar, no caso, os processos futuros, não sendo possível falar em retroatividade da nova norma, visto que os atos anteriores de processos em curso não serão atingidos.

5. Para que a nova lei produza efeitos retroativos é necessária a previsão expressa nesse sentido. O art. 8º da Lei nº 12.514/11, que trata das contribuições devidas aos conselhos profissionais em geral, determina que "Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente". O referido dispositivo legal somente faz referência às execuções que serão propostas no futuro pelos conselhos profissionais, não estabelecendo critérios acerca das execuções já em curso no momento de entrada em vigor da nova lei. Dessa forma, como a Lei nº. 12.514/11 entrou em vigor na data de sua publicação (31.10.2011), e a execução fiscal em análise foi ajuizada em 15.9.2010, este ato processual (de propositura da demanda) não pode ser atingido por nova lei que impõe limitação de anuidades para o ajuizamento da execução fiscal.

6. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.

(REsp 1404796/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/03/2014, DJe 09/04/2014).

A execução fiscal foi ajuizada em 2015.

Aplica-se o artigo 8º, da Lei Federal nº. 12.514/11.

O objeto da execução fiscal, no atual momento processual: anuidades dos exercícios de 2012, 2013 e 2014.

A execução não é possível, no caso concreto.

Por tais fundamentos, nego provimento à apelação.

Publique-se. Intime-se.

Decorrido o prazo recursal, remetam-se à origem

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5009431-39.2018.4.03.6105

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: TEXIGLASS INDUSTRIA E COMERCIO TEXTIL LTDA

Advogados do(a) APELANTE: FELIPE GARCIA LINO - SP287008-A, FABIANA DA SILVA MIRANDA COVOLO - SP154399-A, VICTOR GUSTAVO DA SILVA COVOLO - SP171227-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, DELEGADO CHEFE DA ALFÂNDEGA DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE CAMPINAS (VIRACOPOS)

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5009431-39.2018.4.03.6105

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: TEXIGLASS INDUSTRIA E COMERCIO TEXTIL LTDA

Advogados do(a) APELANTE: FELIPE GARCIA LINO - SP287008-A, FABIANA DA SILVA MIRANDA COVOLO - SP154399-A, VICTOR GUSTAVO DA SILVA COVOLO - SP171227-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, DELEGADO CHEFE DA ALFÂNDEGA DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE CAMPINAS (VIRACOPOS)

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Trata-se de mandado de segurança destinado a afastar a exigência do adicional de 1% sobre a alíquota da COFINS incidente nas operações de importação, com a compensação do indébito, ou assegurar o creditamento do adicional.

A r. sentença (ID 107747230) julgou o pedido inicial improcedente.

Apelação da impetrante (ID 107747290), na qual requer a reforma da r. sentença, para afastar a exigência do adicional ou, alternativamente, permitir o creditamento. Argumenta com a inconstitucionalidade da majoração por lei ordinária.

Aponta ofensa aos princípios da livre concorrência, da igualdade e da não discriminação, bem como violação ao princípio da não cumulatividade, por restrição ao creditamento.

Contrarrazões (ID 107747206).

Parecer da Procuradoria Regional da República (ID 126191145).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5009431-39.2018.4.03.6105

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: TEXIGLASS INDUSTRIA E COMERCIO TEXTIL LTDA

Advogados do(a) APELANTE: FELIPE GARCIA LINO - SP287008-A, FABIANA DA SILVA MIRANDA COVOLO - SP154399-A, VICTOR GUSTAVO DA SILVA COVOLO - SP171227-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, DELEGADO CHEFE DA ALFÂNDEGA DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE CAMPINAS (VIRACOPOS)

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

O Supremo Tribunal Federal declarou o caráter extrafiscal da COFINS-Importação, no regime de que tratava o artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973 (destaques não originais):

*EMENTA Tributário. Recurso extraordinário. Repercussão geral. PIS/COFINS - importação. Lei nº 10.865/04. Vedação de bis in idem. Não ocorrência. Suporte direto da contribuição do importador (arts. 149, II, e 195, IV, da CF e art. 149, § 2º, III, da CF, acrescido pela EC 33/01). Alíquota específica ou ad valorem. Valor aduaneiro acrescido do valor do ICMS e das próprias contribuições. Inconstitucionalidade. Isonomia. Ausência de afronta. 1. Afastada a alegação de violação da vedação ao bis in idem, com invocação do art. 195, § 4º, da CF. Não há que se falar sobre invalidade da instituição originária e simultânea de contribuições idênticas com fundamento no inciso IV do art. 195, com alíquotas apartadas para fins exclusivos de destinação. 2. **Contribuições cuja instituição foi previamente prevista e autorizada, de modo expresso, em um dos incisos do art. 195 da Constituição validamente instituídas por lei ordinária. Precedentes.(...)** 7. Não há como equiparar, de modo absoluto, a tributação da importação com a tributação das operações internas. O PIS/PASEP -Importação e a COFINS -Importação incidem sobre operação na qual o contribuinte efetuou despesas com a aquisição do produto importado, enquanto a PIS e a COFINS internas incidem sobre o faturamento ou a receita, conforme o regime. São tributos distintos. 8. **O gravame das operações de importação se dá não como concretização do princípio da isonomia, mas como medida de política tributária tendente a evitar que a entrada de produtos desonerados tenha efeitos predatórios relativamente às empresas sediadas no País, visando, assim, ao equilíbrio da balança comercial.** 9. Inconstitucionalidade da seguinte parte do art. 7º, inciso I, da Lei 10.865/04: “acrescido do valor do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS incidente no desembaraço aduaneiro e do valor das próprias contribuições, por violação do art. 149, § 2º, III, a, da CF, acrescido pela EC 33/01. 10. Recurso extraordinário a que se nega provimento.*

(RE 559937, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2013, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-206 DIVULG 16-10-2013 PUBLIC 17-10-2013 EMENTVOL-02706-01 PP-00011).

Nessa linha, não há que se falar em afronta ao princípio da livre concorrência ou da igualdade tributária (artigos 150, inciso II, e 170, inciso IV, da Constituição Federal).

De outro lado, não se exige lei complementar, para a alteração da alíquota de tributo existente.

É **constitucional** a majoração, por lei ordinária.

O adicional à contribuição da COFINS-Importação está previsto no artigo 8º, § 21, da Lei Federal nº 10.865/2004.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

*EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário. Tributário. COFINS-Importação. Majoração da alíquota em 1%. Lei nº 12.715/2012. Lei Complementar. Desnecessidade. Princípio da Isonomia. Ausência de afronta. Orientação jurisprudencial consolidada no RE nº 559.937/RS, com repercussão geral reconhecida. 1. **A instituição do adicional de 1% da COFINS-Importação, perpetrada pelo art. 8º, § 21, da Lei nº 10.865/2004, com a redação dada pelo art. 53 da Lei nº 12.715/2012, e direcionada a determinados setores da economia, prescindia de lei complementar, na esteira do que decidido no RE nº 559.937/RS, com repercussão geral reconhecida. É, portanto, plenamente constitucional a majoração da alíquota da contribuição por meio de lei ordinária.** 2. A majoração da alíquota da COFINS-Importação para alguns produtos importados não caracteriza, por si só, violação do princípio da isonomia, tampouco afronta à norma do art. 195, § 9º, da Constituição. Possibilidade de tratamento diferenciado quando presente política tributária de extrafiscalidade devidamente justificada. 3. Agravo regimental não provido. Deixo de majorar os honorários advocatícios na forma do art. 85, § 11, do novo Código de Processo Civil, uma vez que não houve o arbitramento de honorários sucumbenciais pela Corte de origem.*

(RE 969735 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 24/02/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-050 DIVULG 15-03-2017 PUBLIC 16-03-2017).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ARTS. 98, 109 E 110 DO CTN. PREQUESTIONAMENTO NÃO CONFIGURADO. SÚMULA 211/STJ. COFINS-IMPORTAÇÃO. ADICIONAL DE 1%. DIREITO AO CREDITAMENTO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INFRINGÊNCIA À NORMA DO GATT. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO CONCRETA AOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO. PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE.

(...)

5. Por último, em relação ao inciso III, item IV, do GATT, observa-se que, para afastar a tese de infringência à referida norma, o Tribunal de origem se reportou à Exposição de Motivos da Medida Provisória 540/2011. Mediante transcrição e exegese de seu conteúdo, o órgão fracionário da Corte local registrou que a instituição do adicional visava justamente a preservar as normas do Acordo Geral de Tarifas e Comércio, uma vez que a criação de contribuição previdenciária sobre a receita bruta (CPRB) de alguns setores empresariais acarretaria perda de competitividade dos seus produtos nacionais em relação aos importados (os quais teriam preço mais competitivo).

6. Não obstante, a recorrente se limitou a apontar, abstratamente, que tal entendimento implica violação das regras do GATT e dos arts. 98, 109 e 110 do CTN, o que configura inobservância do princípio da dialeticidade, por ausência de impugnação concreta, mediante argumentação específica, que demonstrasse eventual error in iudicando da Corte local.

7. A menção, nas razões do apelo nobre, à revogação do adicional pela MP 774/2017, por seu turno, não lhe assegura êxito na pretensão recursal, uma vez que se encontra viciada pela mesma deficiência acima apontada. Com efeito, a respectiva Exposição de Motivos claramente identifica que o adicional de 1% foi revogado exatamente porque foi igualmente revogada a contribuição previdenciária sobre a receita bruta (CPRB) - ou seja, com o barateamento do produto nacional, deveria ser restabelecida a igualdade de competição com o produto importado (nesse contexto, a manutenção do adicional, a despeito da revogação da CPRB para os produtos nacionais, é que implica violação às normas do GATT, pois o produto importado não tem condições isonômicas de competitividade com a mercadoria nacional).

8. Recurso Especial não conhecido.

(REsp 1745075 / PR, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 21/06/2018, DJe 30/05/2019)

No mais, a competência para definição dos critérios práticos de aplicação do princípio da não-cumulatividade é do legislador, por expressa determinação constitucional:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (...)

§ 12. A lei definirá os setores de atividade econômica para os quais as contribuições incidentes na forma dos incisos I, b; e IV do caput, serão não-cumulativas.

12.715/12. Não há autorização legal para creditar a alíquota majorada da COFINS-Importação, nos termos da Lei Federal nº.

O posterior acréscimo de dispositivo legal que explicita a vedação do creditamento não altera a conclusão: sem autorização legal é impossível o creditamento tributário.

O Judiciário não pode substituir o legislador na tarefa de definição do creditamento tributário.

A jurisprudência desta Corte: TRF-3, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 0001077-38.2013.4.03.6121, TERCEIRA TURMA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, julgado em 18/04/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 25/04/2018; TRF 3, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO 0006306-09.2013.4.03.0000, QUARTA TURMA, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, julgado em 07/02/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 23/03/2018; TRF 3, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA 0004833-16.2016.4.03.6100, SEXTA TURMA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, julgado em 16/11/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 29/11/2017.

A vedação não viola os princípios constitucionais da isonomia e da não cumulatividade.

A jurisprudência desta Corte:

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. COFINS-IMPORTAÇÃO. MAJORAÇÃO DA ALÍQUOTA. ARTIGO 8º, § 21, DA LEI 10.865/2004. CONSTITUCIONALIDADE. CREDITAMENTO SOBRE O PERCENTUAL ADICIONAL. IMPOSSIBILIDADE. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

- A aplicação da alíquota adicional da COFINS importação, disciplinada pelo art. 8º, § 21 da Lei 10.865/2004.

- Anote-se que a majoração da alíquota do COFINS-importação prescinde da edição de lei complementar; porquanto não se está diante da criação de uma nova fonte de custeio para a Seguridade Social além daquelas já previstas no texto constitucional, não havendo qualquer violação ao disposto no art. 195, § 4º, c/c o art. 154, inc. I, da Constituição Federal.

- In casu, não se vislumbra a alegada inconstitucionalidade, em razão de afronta ao princípio da não-cumulatividade previsto no § 12 do art. 195 da Constituição da República, incluído pela EC nº 42/03.

- No caso concreto, depreende-se que cabe à legislação ordinária a definição dos setores da economia para os quais o PIS/COFINS incidentes sobre a receita bruta serão exigidas de forma não cumulativa.

- A Lei nº 12.715/2012, ao não explicitar a possibilidade de redução da base de cálculo de despesas passíveis de gerar crédito deve ser entendida como uma opção do legislador; sem que isso resulte em ilegalidade ou inconstitucionalidade da norma quanto ao ponto.

- Por sua vez, não há que se falar em violação às disposições do GATT, na medida em que os similares nacionais dos produtos alcançados pela alíquota complementar do COFINS-Importação estão onerados pela contribuição sobre a receita. Logo, as mercadorias importadas não estão sujeitas a tratamento tributário menos favorável do que aquele deferido aos produtos correlatos de origem nacional. É esse o entendimento da jurisprudência.

- Por derradeiro, as hipóteses de incidência da não-cumulatividade da contribuição para o PIS e da COFINS encontram-se taxativamente elencadas no art. 2º da Lei nº 10.637/02, bem assim da Lei nº 10.833/03, não havendo previsão semelhante para a hipótese do artigo 8º, §21 da Lei 10.865/2004.

- Nesse sentido, prevê expressamente o artigo 15, §3º, da Lei 10.865/2004.

- Apelação não provida.

(APELAÇÃO CÍVEL / SP 0012561-45.2015.4.03.6100, Relatora Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, 4ª Turma, julgado em 31/01/2020)

No mandado de segurança não são devidos honorários advocatícios (artigo 25, da Lei Federal nº. 12.016/09).

Por tais fundamentos, **nego provimento à apelação.**

É o voto.

EMENTA

CONSTITUCIONAL – TRIBUTÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA COFINS-IMPORTAÇÃO – DISCIPLINA EM LEI ORDINÁRIA: POSSIBILIDADE – VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: INOCORRÊNCIA – CREDITAMENTO: VEDAÇÃO – APELAÇÃO DESPROVIDA.

1- O Supremo Tribunal Federal declarou o caráter extrafiscal da COFINS-Importação, no regime de que tratava o artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973 (RE 559937, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2013, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-206 DIVULG 16-10-2013 PUBLIC 17-10-2013 EMENT VOL-02706-01 PP-00011).

2- Nessa linha, não há que se falar em afronta ao princípio da livre concorrência ou da igualdade tributária (artigos 150, inciso II, e 170, inciso IV, da Constituição Federal).

3- Não se exige lei complementar, para a alteração da alíquota de tributo existente. É constitucional a majoração, por lei ordinária. O adicional à contribuição da COFINS-Importação está previsto no artigo 8º, § 21, da Lei Federal nº 10.865/2004.

4- Não há ofensa à regra de não discriminação, extraída dos termos do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio – GATT. Precedente do Superior Tribunal de Justiça.

5- A competência para definição dos critérios práticos de aplicação do princípio da não-cumulatividade é do legislador, por expressa determinação constitucional (artigo 195, § 12).

6- Não há autorização legal para creditar a alíquota majorada da COFINS-Importação, nos termos da Lei Federal nº. 12.715/12. O posterior acréscimo de dispositivo legal que explicita a vedação do creditamento não altera a conclusão: sem autorização legal é impossível o creditamento tributário.

7- O Judiciário não pode substituir o legislador na tarefa de definição do creditamento tributário.

8- A vedação não viola o princípio constitucional da não cumulatividade (artigo 195, §2º, da Constituição Federal).

9- Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001198-29.2019.4.03.6134

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE EDUCACAO FISICA DA 4 REGIAO

APELADO: APARECIDA HELENA PASSONI OLIVEIRA DE SOUZA

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de execução fiscal ajuizada pelo Conselho Regional de Educação Física, destinada à satisfação das anuidades dos exercícios de 2014, 2015 e 2017.

A r. sentença julgou o feito extinto, sem a resolução do mérito, nos termos dos artigos 485, VI, e 924, III, do Código de Processo Civil.

O apelante requer a reforma da r. sentença e o prosseguimento da execução fiscal.

Sem contrarrazões.

É uma síntese do necessário.

O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da exigência de contribuição a Conselho Profissional, nos termos do artigo 58, da Lei Federal nº. 9.649/98:

“DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS.

1. Estando prejudicada a Ação, quanto ao § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649, de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, declarando-se a inconstitucionalidade do "caput" e dos § 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do mesmo art. 58.

2. *Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir; no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados.*

3. *Decisão unânime*".

(ADI 1717, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2002, DJ 28-03-2003 PP-00061 EMENT VOL-02104-01 PP-00149).

Houve a rediscussão do tema, em decorrência da edição da Lei Federal nº. 11.000/04.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no RE 704.292, reconheceu a repercussão geral da questão e fixou a tese vencedora: "É inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar, sem parâmetro legal, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos".

No caso concreto, objetiva-se a satisfação de anuidades dos exercícios de 2014, 2015 e 2017.

Com a vigência da Lei Federal nº. 12.514/11, em 31 de outubro de 2011, as anuidades passaram a ter fundamento legal.

A Lei Federal nº. 12.514/11:

Artigo 8º. Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. ART. 8º DA LEI 12.514/2011. INAPLICABILIDADE ÀS AÇÕES EM TRÂMITE. NORMA PROCESSUAL. ART. 1.211 DO CPC. "TEORIA DOS ATOS PROCESSUAIS ISOLADOS". PRINCÍPIO TEMPUS REGIT ACTUM.

1. Os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inc. IX, da Constituição da República vigente. Isto não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

2. É inaplicável o art. 8º da Lei nº 12.514/11 ("Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente") às execuções propostas antes de sua entrada em vigor.

3. O Art. 1.211 do CPC dispõe: "Este Código rege o processo civil em todo o território brasileiro. Ao entrar em vigor, suas disposições aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes". Pela leitura do referido dispositivo conclui-se que, em regra, a norma de natureza processual tem aplicação imediata aos processos em curso.

4. Ocorre que, por mais que a lei processual seja aplicada imediatamente aos processos pendentes, deve-se ter conhecimento que o processo é constituído por inúmeros atos. Tal entendimento nos leva à chamada "Teoria dos Atos Processuais Isolados", em que cada ato deve ser considerado separadamente dos demais para o fim de se determinar qual a lei que o rege, recaindo sobre ele a preclusão consumativa, ou seja, a lei que rege o ato processual é aquela em vigor no momento em que ele é praticado. Seria a aplicação do Princípio *tempus regit actum*. Com base neste princípio, temos que a lei processual atinge o processo no estágio em que ele se encontra, onde a incidência da lei nova não gera prejuízo algum às partes, respeitando-se a eficácia do ato processual já praticado. Dessa forma, a publicação e entrada em vigor de nova lei só atingem os atos ainda por praticar, no caso, os processos futuros, não sendo possível falar em retroatividade da nova norma, visto que os atos anteriores de processos em curso não serão atingidos.

5. Para que a nova lei produza efeitos retroativos é necessária a previsão expressa nesse sentido. O art. 8º da Lei nº 12.514/11, que trata das contribuições devidas aos conselhos profissionais em geral, determina que "Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente". O referido dispositivo legal somente faz referência às execuções que serão propostas no futuro pelos conselhos profissionais, não estabelecendo critérios acerca das execuções já em curso no momento de entrada em vigor da nova lei. Dessa forma, como a Lei nº 12.514/11 entrou em vigor na data de sua publicação (31.10.2011), e a execução fiscal em análise foi ajuizada em 15.9.2010, este ato processual (de propositura da demanda) não pode ser atingido por nova lei que impõe limitação de anuidades para o ajuizamento da execução fiscal.

6. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.

(REsp 1404796/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/03/2014, DJe 09/04/2014).

A execução fiscal foi ajuizada em 2019.

Aplica-se o artigo 8º, da Lei Federal nº 12.514/11.

O objeto da execução fiscal, no atual momento processual: anuidades dos exercícios de 2014, 2015 e 2017.

A execução não é possível, no caso concreto.

Por tais fundamentos, nego provimento à apelação.

Publique-se. Intime-se.

Decorrido o prazo recursal, remetam-se à origem.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000747-21.2015.4.03.6105

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE EDUCACAO FISICA DA 4 REGIAO

APELADO: JOEL MOREIRA PRATES

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de execução fiscal ajuizada pelo Conselho Regional de Educação Física destinada à satisfação das anuidades dos exercícios de 2010, 2011, 2012, 2013 e 2014.

A r. sentença julgou o processo extinto, sem a resolução do mérito, nos termos do artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil.

O apelante, Conselho Regional de Educação Física, afirma a legalidade da exigência das anuidades de 2011 a 2014, nos termos da Lei Federal nº 12.197/10.

Aduz a regularidade da cobrança da anuidade de 2010, em decorrência de decisão proferida na Ação Civil Pública nº 0017393-10.2004.403.6100.

Sem contrarrazões.

É uma síntese do necessário.

O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da exigência de contribuição a Conselho Profissional, nos termos do artigo 58, da Lei Federal nº. 9.649/98:

“DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS.

1. Estando prejudicada a Ação, quanto ao § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649, de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, declarando-se a inconstitucionalidade do "caput" e dos § 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do mesmo art. 58.

2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados.

3. Decisão unânime”.

(ADI 1717, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2002, DJ 28-03-2003 PP-00061 EMENT VOL-02104-01 PP-00149).

Houve a rediscussão do tema, em decorrência da edição da Lei Federal nº. 11.000/04.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no RE 704.292, reconheceu a repercussão geral da questão e fixou a tese vencedora: "É inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar, sem parâmetro legal, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos".

No caso concreto, objetiva-se a satisfação de anuidades dos exercícios de 2010, 2011, 2012, 2013 e 2014.

A Lei Federal nº. 12.514/11 entrou em vigor em 31 de outubro de 2011.

Apenas as anuidades exigidas a partir do exercício de 2012 possuem fundamento legal, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Nestes termos, o v. Acórdão da Terceira Turma desta Corte Regional, na Ação Civil Pública nº 0017393-10.2004.403.6100, de relatoria do então Juiz Convocado Valdeci dos Santos, sem trânsito em julgado, não altera a conclusão com relação à anuidade de 2010.

Por fim, com relação às demais anuidades (exercícios de 2012 a 2014), a Lei Federal nº. 12.514/11:

Artigo 8º. Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. ART. 8º DA LEI 12.514/2011. INAPLICABILIDADE ÀS AÇÕES EM TRÂMITE. NORMA PROCESSUAL. ART. 1.211 DO CPC. "TEORIA DOS ATOS PROCESSUAIS ISOLADOS". PRINCÍPIO TEMPUS REGIT ACTUM.

1. Os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inc. IX, da Constituição da República vigente. Isto não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

2. É inaplicável o art. 8º da Lei nº 12.514/11 ("Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente") às execuções propostas antes de sua entrada em vigor.

3. O Art. 1.211 do CPC dispõe: "Este Código regerá o processo civil em todo o território brasileiro. Ao entrar em vigor, suas disposições aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes". Pela leitura do referido dispositivo conclui-se que, em regra, a norma de natureza processual tem aplicação imediata aos processos em curso.

4. Ocorre que, por mais que a lei processual seja aplicada imediatamente aos processos pendentes, deve-se ter conhecimento que o processo é constituído por inúmeros atos. Tal entendimento nos leva à chamada "Teoria dos Atos Processuais Isolados", em que cada ato deve ser considerado separadamente dos demais para o fim de se determinar qual a lei que o rege, recaindo sobre ele a preclusão consumativa, ou seja, a lei que rege o ato processual é aquela em vigor no momento em que ele é praticado. Seria a aplicação do Princípio *tempus regit actum*. Com base neste princípio, temos que a lei processual atinge o processo no estágio em que ele se encontra, onde a incidência da lei nova não gera prejuízo algum às partes, respeitando-se a eficácia do ato processual já praticado. Dessa forma, a publicação e entrada em vigor de nova lei só atingem os atos ainda por praticar, no caso, os processos futuros, não sendo possível falar em retroatividade da nova norma, visto que os atos anteriores de processos em curso não serão atingidos.

5. Para que a nova lei produza efeitos retroativos é necessária a previsão expressa nesse sentido. O art. 8º da Lei nº 12.514/11, que trata das contribuições devidas aos conselhos profissionais em geral, determina que "Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente". O referido dispositivo legal somente faz referência às execuções que serão propostas no futuro pelos conselhos profissionais, não estabelecendo critérios acerca das execuções já em curso no momento de entrada em vigor da nova lei. Dessa forma, como a Lei nº. 12.514/11 entrou em vigor na data de sua publicação (31.10.2011), e a execução fiscal em análise foi ajuizada em 15.9.2010, este ato processual (de propositura da demanda) não pode ser atingido por nova lei que impõe limitação de anuidades para o ajuizamento da execução fiscal.

6. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.

(REsp 1404796/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/03/2014, DJe 09/04/2014).

A execução fiscal foi ajuizada em 2015.

Aplica-se o artigo 8º, da Lei Federal nº. 12.514/11.

O objeto da execução fiscal, no atual momento processual: anuidades dos exercícios de 2012, 2013 e 2014.

A execução não é possível, no caso concreto.

Por tais fundamentos, nego provimento à apelação.

Publique-se. Intime-se.

Decorrido o prazo recursal, remetam-se à origem

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5005660-69.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

AGRAVANTE: EMPRESA DE MINERACAO VALE DAS BROTAS DE LINDOYALTA

Advogado do(a) AGRAVANTE: FLAVIO ALEXANDRE SISCONETO - SP149408-N

AGRAVADO: DEPARTAMENTO NACIONAL DE PRODUCAO MINERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão que rejeitou exceção de pré-executividade.

A executada, ora agravante (fls. 1/8, ID 588953), aponta a ocorrência de decadência dos créditos: teriam transcorrido mais de cinco anos entre os fatos geradores e a notificação de lançamento.

O pedido de antecipação de tutela foi deferido (fls. 1/3, ID 743016).

Resposta (ID 766155).

É uma síntese do necessário.

Hipótese de cabimento do agravo de instrumento: artigo 1.015, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

***** Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais (CFEM) *****

Trata-se de receita patrimonial da União, nos termos do artigo 11, § 1º, da Lei Federal nº. 4.320/64.

A cobrança de crédito da União está sujeita ao prazo prescricional de cinco anos, nos termos do artigo 1º, do Decreto 20.910/32, até o advento das Leis Federais nº. 9.636/98, 9.821/99 e 10.854/04.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. TERRENOS DE MARINHA. COBRANÇA DA TAXA DE OCUPAÇÃO. PRESCRIÇÃO. DECRETO-LEI 20.910/32 E LEI Nº 9.636/98. DECADÊNCIA. LEI 9.821/99. PRAZO QUINQUENAL. LEI 10.852/2004. PRAZO DECENAL MARCO INTERRUPTIVO DA PRESCRIÇÃO. ART. 8º, § 2º, DA LEI 6.830/80. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO CONFIGURADA. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, CPC. INOCORRÊNCIA. (...)

2. A relação de direito material que enseja o pagamento da taxa de ocupação de terrenos de marinha é regida pelo Direito Administrativo, por isso que inaplicável a prescrição delineada no Código Civil. (...)

4. Em síntese, a cobrança da taxa in foco, no que tange à decadência e à prescrição, encontra-se assim regulada: (a) o prazo prescricional, anteriormente à edição da Lei 9.363/98, era quinquenal, nos termos do art. 1º, do Decreto 20.910/32; (b) a Lei 9.636/98, em seu art. 47, instituiu a prescrição quinquenal para a cobrança do aludido crédito; (c) o referido preceito legal foi modificado pela Lei 9.821/99, que passou a vigorar a partir do dia 24 de agosto de 1999, instituindo prazo decadencial de cinco anos para constituição do crédito, mediante lançamento, mantendo-se, todavia, o prazo prescricional quinquenal para a sua exigência; (d) conseqüentemente, os créditos anteriores à edição da Lei nº 9.821/99 não estavam sujeitos à decadência, mas somente a prazo prescricional de cinco anos (art. 1º do Decreto nº 20.910/32 ou 47 da Lei nº 9.636/98); (e) com o advento da Lei 10.852/2004, publicada no DOU de 30 de março de 2004, houve nova alteração do art. 47 da Lei 9.636/98, ocasião em que foi estendido o prazo decadencial para dez anos, mantido o lapso prescricional de cinco anos, a ser contado do lançamento. (...)

13. Recurso Especial provido, para afastar a decadência, determinando o retorno dos autos à instância ordinária para prosseguimento da execução. Acórdão submetido ao regime do art.

543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 1133696/PE, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/12/2010, DJe 17/12/2010)

As Turmas de Direito Público do Superior Tribunal de Justiça aplicam o entendimento à Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais (CFEM):

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO. COMPENSAÇÃO FINANCEIRA PELA EXPLORAÇÃO DE MINERAIS - CFEM. RECEITA PATRIMONIAL. PRESCRIÇÃO. DECADÊNCIA. OCORRÊNCIA. CÓDIGO CIVIL. NÃO APLICAÇÃO.

1. "O Supremo Tribunal Federal firmou sua jurisprudência no sentido de que a *Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais* possui natureza jurídica de receita patrimonial, conforme evidenciam os seguintes precedentes: MS 24.312/DF, Plenário, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 19.12.2003, p. 50; RE 228.800/DF, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 16.11.2001, p. 21; AI 453.025/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 9.6.2006, p. 28" (REsp 1.179.282/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, Dje 18.11.2010).

2. Conforme o entendimento firmado no Recurso Especial 1.133.696/PE, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 17.12.2010, julgado sob o rito do art. 543-C do CPC, aplicável ao caso dos autos, "(a) o prazo prescricional, anteriormente à edição da Lei 9.363/98, era quinquenal, nos termos do art. 1º, do Decreto 20.910/32; (b) a Lei 9.636/98, em seu art. 47, institui a prescrição quinquenal para a cobrança do aludido crédito; (c) o referido preceito legal foi modificado pela Lei 9.821/99, que passou a vigorar a partir do dia 24 de agosto de 1999, instituindo prazo decadencial de cinco anos para constituição do crédito, mediante lançamento, mantendo-se, todavia, o prazo prescricional quinquenal para a sua exigência; (d) consecutivamente, os créditos anteriores à edição da Lei nº 9.821/99 não estavam sujeitos à decadência, mas somente a prazo prescricional de cinco anos (art. 1º do Decreto nº 20.910/32 ou 47 da Lei nº 9.636/98); (e) com o advento da Lei 10.852/2004, publicada no DOU de 30 de março de 2004, houve nova alteração do art. 47 da Lei 9.636/98, ocasião em que foi estendido o prazo decadencial para dez anos, mantido o lapso prescricional de cinco anos, a ser contado do lançamento." 3. In casu, os débitos se referem ao período de 1/1991 a 4/1999 e o lançamento somente ocorreu em 27.7.2009. Nesse aspecto, aplicando-se os dispositivos legais constantes do precedente acima mencionado, verifica-se que, de fato, parte da pretensão foi fulminada pela prescrição e, quanto ao restante, o direito ao lançamento caducou.

4. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no AREsp 519.875/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/10/2014, DJe 30/10/2014)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. COMPENSAÇÃO FINANCEIRA PELA EXPLORAÇÃO DE RECURSOS MINERAIS - CFEM. RECEITA ORIGINÁRIA DECORRENTE DE EXPLORAÇÃO DE BEM DA UNIÃO. PRAZOS DE DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO.

1. A *Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais - CFEM* não é preço público, não sendo aplicável ao caso o Código Civil, quanto ao prazo de prescrição, mas o Decreto n. 20.910/1932 e, supervenientemente, a Lei n. 9.636/1998, com as alterações da Lei n. 9.821/1999 e da Lei 10.852/2004. A respeito: EDcl no AgRg no AREsp 613.171/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 30/03/2015; REsp 1527667/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 04/08/2015; AgRg no AREsp 606.140/SC, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 04/08/2015.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1520357/PR, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 07/10/2015)

No caso concreto, a execução fiscal objetiva a satisfação de créditos de *Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais* vencidos entre **31 de março de 2001 e 28 de fevereiro de 2002** (fls. 4/5, ID 589031).

À época, os créditos estavam sujeitos à decadência, nos termos do artigo 47, da Lei Federal nº. 9.636/98, com a redação dada pela Lei Federal nº. 9.821/1999.

Os créditos foram constituídos mediante notificação de lançamento, em **28 de fevereiro de 2011** (fls. 2, ID 589041).

Ocorreu a decadência.

Por tais fundamentos, **dou provimento ao agravo de instrumento**, nos termos do artigo 932, inciso V, “b”, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intime-se.

Decorrido o prazo recursal, remetam-se à origem.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5028105-80.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: DR. OETKER BRASIL LTDA.
Advogados do(a) APELANTE: RAFAEL SIMAO DE OLIVEIRA CARDOSO - SP285793-A, THAIS DE BRANCO VALERIO - SP387847-A, HALLEY HENARES NETO - SP125645-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5028105-80.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: DR. OETKER BRASIL LTDA.
Advogados do(a) APELANTE: RAFAEL SIMAO DE OLIVEIRA CARDOSO - SP285793-A, THAIS DE BRANCO VALERIO - SP387847-A, HALLEY HENARES NETO - SP125645-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Trata-se de ação destinada a assegurar o creditamento de valores relativos ao adicional de 1% sobre a alíquota da COFINS incidente nas operações de importação, com o aproveitamento dos créditos apurados.

A r. sentença (ID 97505864) julgou o pedido inicial improcedente. Condenou a autora ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa.

Apelação da autora (ID 97505868), na qual requer a reforma da r. sentença. Alega que a vedação ao creditamento configura afronta ao princípio da isonomia e da não discriminação, prevista no GATT. Requer, por fim, a redução dos honorários advocatícios.

Contrarrazões (ID 97505873).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5028105-80.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: DR. OETKER BRASIL LTDA.

Advogados do(a) APELANTE: RAFAEL SIMAO DE OLIVEIRA CARDOSO - SP285793-A, THAIS DE BRANCO VALERIO - SP387847-A, HALLEY HENARES NETO - SP125645-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

A competência para definição dos critérios práticos de aplicação do princípio da não-cumulatividade é do legislador, por expressa determinação constitucional:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (...)

§ 12. A lei definirá os setores de atividade econômica para os quais as contribuições incidentes na forma dos incisos I, b; e IV do caput, serão não-cumulativas.

Não há autorização legal para creditar a alíquota majorada da COFINS-Importação, nos termos da Lei Federal nº. 12.715/12.

O posterior acréscimo de dispositivo legal que explicita a vedação do creditamento não altera a conclusão: sem autorização legal é impossível o creditamento tributário.

O Judiciário não pode substituir o legislador na tarefa de definição do creditamento tributário.

A jurisprudência desta Corte: TRF-3, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 0001077-38.2013.4.03.6121, TERCEIRA TURMA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, julgado em 18/04/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 25/04/2018; TRF 3, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO 0006306-09.2013.4.03.0000, QUARTA TURMA, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, julgado em 07/02/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 23/03/2018; TRF 3, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA 0004833-16.2016.4.03.6100, SEXTA TURMA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHNSOM DI SALVO, julgado em 16/11/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 29/11/2017.

A vedação não viola os princípios constitucionais da isonomia e da não cumulatividade (APELAÇÃO CÍVEL / SP 0012561-45.2015.4.03.6100, Relatora Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, 4ª Turma, julgado em 31/01/2020).

Inexiste, ainda, ofensa à regra de não discriminação, extraída dos termos do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio – GATT.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ARTS. 98, 109 E 110 DO CTN. PREQUESTIONAMENTO NÃO CONFIGURADO. SÚMULA 211/STJ. COFINS-IMPORTAÇÃO. ADICIONAL DE 1%. DIREITO AO CREDITAMENTO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INFRINGÊNCIA À NORMA DO GATT. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO CONCRETA AOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO. PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE.

(...)

5. Por último, em relação ao inciso III, item IV, do GATT, observa-se que, para afastar a tese de infringência à referida norma, o Tribunal de origem se reportou à Exposição de Motivos da Medida Provisória 540/2011. Mediante transcrição e exegese de seu conteúdo, o órgão fracionário da Corte local registrou que a instituição do adicional visava justamente a preservar as normas do Acordo Geral de Tarifas e Comércio, uma vez que a criação de contribuição previdenciária sobre a receita bruta (CPRB) de alguns setores empresariais acarretaria perda de competitividade dos seus produtos nacionais em relação aos importados (os quais teriam preço mais competitivo).

6. Não obstante, a recorrente se limitou a apontar, abstratamente, que tal entendimento implica violação das regras do GATT e dos arts. 98, 109 e 110 do CTN, o que configura inobservância do princípio da dialeticidade, por ausência de impugnação concreta, mediante argumentação específica, que demonstrasse eventual error in iudicando da Corte local.

7. A menção, nas razões do apelo nobre, à revogação do adicional pela MP 774/2017, por seu turno, não lhe assegura êxito na pretensão recursal, uma vez que se encontra viciada pela mesma deficiência acima apontada. Com efeito, a respectiva Exposição de Motivos claramente identifica que o adicional de 1% foi revogado exatamente porque foi igualmente revogada a contribuição previdenciária sobre a receita bruta (CPRB) - ou seja, com o barateamento do produto nacional, deveria ser restabelecida a igualdade de competição com o produto importado (nesse contexto, a manutenção do adicional, a despeito da revogação da CPRB para os produtos nacionais, é que implica violação às normas do GATT, pois o produto importado não tem condições isonômicas de competitividade com a mercadoria nacional).

8. Recurso Especial não conhecido.

(REsp 1745075 / PR, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 21/06/2018, DJe 30/05/2019)

O pedido é improcedente.

Quanto aos honorários advocatícios, o Código de Processo Civil:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

(...)

§ 3º. Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º e os seguintes percentuais:

I - mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos;

II - mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários-mínimos até 2.000 (dois mil) salários-mínimos;

III - mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 (dois mil) salários-mínimos até 20.000 (vinte mil) salários-mínimos;

IV - mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 (vinte mil) salários-mínimos até 100.000 (cem mil) salários-mínimos;

V - mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários-mínimos.

(...)

§ 5º. Quando, conforme o caso, a condenação contra a Fazenda Pública ou o benefício econômico obtido pelo vencedor ou o valor da causa for superior ao valor previsto no inciso I do § 3º, a fixação do percentual de honorários deve observar a faixa inicial e, naquilo que a exceder, a faixa subsequente, e assim sucessivamente.

O Código vigente traz faixas percentuais, para a condenação em honorários, de acordo com a condenação, o proveito econômico ou o valor da causa.

No caso concreto, foi atribuído à causa o valor de R\$ 671.547,46 (seiscentos e setenta e um mil, quinhentos e quarenta e sete reais e quarenta e seis centavos) em 11 de novembro de 2018 (ID 97505497).

A r. sentença, em 5 de julho de 2019, fixou a verba honorária em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa (ID 97505864).

É regular a redução, para a fixação nos percentuais mínimos de cada inciso do §3º, com a fórmula de cálculo prevista no §5º, ambos do artigo 85, do Código de Processo Civil de 2.015.

Por tais fundamentos, **dou parcial provimento** à apelação, para reduzir os honorários advocatícios.

É o voto.

EMENTA

CONSTITUCIONAL – TRIBUTÁRIO – ADICIONAL – COFINS-IMPORTAÇÃO – CREDITAMENTO: VEDAÇÃO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS: REDUÇÃO.

1- A competência para definição dos critérios práticos de aplicação do princípio da não-cumulatividade é do legislador, por expressa determinação constitucional (artigo 195, § 12).

2- Não há autorização legal para creditar a alíquota majorada da COFINS-Importação, nos termos da Lei Federal nº. 12.715/12.

3- O posterior acréscimo de dispositivo legal que explicita a vedação do creditamento não altera a conclusão: sem autorização legal é impossível o creditamento tributário.

4- O Judiciário não pode substituir o legislador na tarefa de definição do creditamento tributário. Precedentes desta Corte.

5- A vedação não viola os princípios constitucionais da isonomia e da não cumulatividade.

6- Inexiste ofensa à regra de não discriminação, extraída dos termos do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio – GATT. Precedente do Superior Tribunal de Justiça.

7- O Código vigente traz faixas percentuais, para a condenação em honorários, de acordo com a condenação, o proveito econômico ou o valor da causa.

8- No caso concreto, foi atribuído à causa o valor de R\$ 671.547,46 (seiscentos e setenta e um mil, quinhentos e quarenta e sete reais e quarenta e seis centavos) em 11 de novembro de 2018. A r. sentença, em 5 de julho de 2019, fixou a verba honorária em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa.

9- É regular a redução, para a fixação nos percentuais mínimos de cada inciso do §3º, com a fórmula de cálculo prevista no §5º, ambos do artigo 85, do Código de Processo Civil de 2.015

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação, para reduzir os honorários advocatícios, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002155-97.2019.4.03.6144

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: SUPERMERCADO MIRALHA CAMARGO LTDA, SUPERMERCADO MIRALHA CAMARGO LTDA, SUPERMERCADO MIRALHA CAMARGO LTDA

Advogado do(a) APELANTE: MIRIAM COSTA FACCIN - SP285235-A

Advogado do(a) APELANTE: MIRIAM COSTA FACCIN - SP285235-A

Advogado do(a) APELANTE: MIRIAM COSTA FACCIN - SP285235-A

APELADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM BARUERI, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002155-97.2019.4.03.6144

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: SUPERMERCADO MIRALHA CAMARGO LTDA, SUPERMERCADO MIRALHA CAMARGO LTDA, SUPERMERCADO MIRALHA CAMARGO LTDA

Advogado do(a) APELANTE: MIRIAM COSTA FACCIN - SP285235-A

Advogado do(a) APELANTE: MIRIAM COSTA FACCIN - SP285235-A

Advogado do(a) APELANTE: MIRIAM COSTA FACCIN - SP285235-A

APELADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM BARUERI, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Trata-se de mandado de segurança destinado a afastar a incidência das contribuições ao INCRA, SEBRAE e FNDE (salário educação) sobre a folha de salários.

A r. sentença (ID 107922455) julgou o pedido inicial improcedente.

Apelação da impetrante (ID 107922458), na qual sustenta a inconstitucionalidade do salário educação e das contribuições.

Resposta (ID 107922462).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5002155-97.2019.4.03.6144

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: SUPERMERCADO MIRALHA CAMARGO LTDA, SUPERMERCADO MIRALHA CAMARGO LTDA, SUPERMERCADO MIRALHA CAMARGO LTDA

Advogado do(a) APELANTE: MIRIAM COSTA FACCIN - SP285235-A

Advogado do(a) APELANTE: MIRIAM COSTA FACCIN - SP285235-A

Advogado do(a) APELANTE: MIRIAM COSTA FACCIN - SP285235-A

APELADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM BARUERI, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

As contribuições são devidas.

O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento, no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973, no sentido de que a contribuição ao INCRA é devida pelas empresas urbanas, em percentual incidente sobre a folha de salários:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DESTINADA AO INCRA. ADICIONAL DE 0,2%. NÃO EXTINÇÃO PELAS LEIS 7.787/89, 8.212/91 E 8.213/91. LEGITIMIDADE.

1. A exegese Pós-Positivista, imposta pelo atual estágio da ciência jurídica, impõe na análise da legislação infraconstitucional o crivo da principiologia da Carta Maior, que lhe revela a denominada vontade constitucional, cunhada por Konrad Hesse na justificativa da força normativa da Constituição.

2. Sob esse ângulo, assume relevo a colocação topográfica da matéria constitucional no afã de aferir a que vetor principiológico pertence, para que, observando o princípio maior, a partir dele, transitar pelos princípios específicos, até o alcance da norma infraconstitucional.

3. A Política Agrária encarta-se na Ordem Econômica (art. 184 da CF/1988) por isso que a exação que lhe custeia tem inequívoca natureza de Contribuição de Intervenção Estatal no Domínio Econômico, coexistente com a Ordem Social, onde se insere a Seguridade Social custeada pela contribuição que lhe ostenta o mesmo nomen juris.

4. A hermenêutica, que fornece os critérios ora eleitos, revela que a contribuição para o Incra e a Contribuição para a Seguridade Social são amazonicamente distintas, e a fortiori, infungíveis para fins de compensação tributária.

5. A natureza tributária das contribuições sobre as quais gravita o thema iudicandum, impõe ao aplicador da lei a obediência aos cânones constitucionais e complementares atinentes ao sistema tributário.

6. O princípio da legalidade, aplicável in casu, indica que não há tributo sem lei que o institua, bem como não há exclusão tributária sem obediência à legalidade (art. 150, I da CF/1988 c.c art. 97 do CTN).

7. A evolução histórica legislativa das contribuições rurais denota que o Funrural (Prorural) fez as vezes da seguridade do homem do campo até o advento da Carta neo-liberal de 1988, por isso que, inaugurada a solidariedade genérica entre os mais diversos segmentos da atividade econômica e social, aquela exação restou extinta pela Lei 7.787/89.

8. Diversamente, sob o pálio da interpretação histórica, restou hígida a contribuição para o Incra cujo desígnio em nada se equipara à contribuição securitária social.

9. Consequentemente, resta inequívoca dessa evolução, constante do teor do voto, que: (a) a Lei 7.787/89 só suprimiu a parcela de custeio do Prorural; (b) a Previdência Rural só foi extinta pela Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, com a unificação dos regimes de previdência; (c) entretanto, a parcela de 0,2% (zero vírgula dois por cento) ? destinada ao Incra ? não foi extinta pela Lei 7.787/89 e tampouco pela Lei 8.213/91, como vinha sendo proclamado pela jurisprudência desta Corte.

10. Sob essa ótica, à mingua de revogação expressa e inconciliável a adoção da revogação tácita por incompatibilidade, porquanto distintas as razões que ditaram as exações sub judice, ressoa inequívoca a conclusão de que resta hígida a contribuição para o Incra.

11. Interpretação que se coaduna não só com a literalidade e a história da exação, como também converge para a aplicação axiológica do Direito no caso concreto, viabilizando as promessas constitucionais pétreas e que distinguem o ideário da nossa nação, qual o de constituir uma sociedade justa e solidária, com erradicação das desigualdades regionais.

12. Recursos especiais do Incra e do INSS providos.

(REsp 977.058/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/10/2008, DJe 10/11/2008)

O Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da exigência do salário-educação, no regime das Constituições de 1969 e 1988 (STF, RE 660933 RG, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, julgado em 02/02/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-037 DIVULG 22-02-2012 PUBLIC 23-02-2012, trânsito em julgado: 19/03/2012).

A Súmula nº. 732, do Supremo Tribunal Federal: **“É constitucional a cobrança da contribuição do salário-educação, seja sob a Carta de 1969, seja sob a Constituição Federal de 1988, e no regime da Lei 9.424/1996”.**

De outro lado, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da exigência da contribuição ao SEBRAE:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PARA O SEBRAE. CARÁTER AUTÔNOMO E DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. SUJEIÇÃO PASSIVA QUE DEVE ALCANÇAR COOPERATIVAS QUE ATUEM NO SETOR.

No julgamento do Recurso Extraordinário 635.682, Rel. Min. Gilmar Mendes, o Plenário desta Corte reconheceu a constitucionalidade da contribuição para o Sebrae. Ao apreciar o RE 396.226/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, o Tribunal assentou que a contribuição para o Sebrae é autônoma e possui caráter de intervenção no domínio econômico. Assim, a sujeição passiva deve ser atribuída aos agentes que atuem no segmento econômico alcançado pela intervenção estatal. Não há na hipótese referibilidade estrita que restrinja o alcance da exação ao âmbito de atuação do Sebrae. A natureza da contribuição impõe que se reconheça a efetiva atuação no segmento econômico objeto da intervenção estatal em detrimento do intuito lucrativo, sobretudo pela existência de capacidade contributiva. Agravo regimental a que se nega provimento.

(RE 595670 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 27/05/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-118 DIVULG 18-06-2014 PUBLIC 20-06-2014).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRIBUIÇÃO AO SEBRAE. DESNECESSIDADE DE EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR PARA INSTITUIÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. PERÍODO POSTERIOR AO ADVENTO DA LEI Nº 8.706/93. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. OFENSA REFLEXA. SÚMULA Nº 636.

1. O Plenário da Corte, ao apreciar o RE nº 635.682/RJ-RG (Relator o Ministro Gilmar Mendes, julgado em 25/4/13), cuja repercussão geral havia sido reconhecida, reafirmou o posicionamento da Corte pela desnecessidade de edição de lei complementar para a instituição da contribuição destinada ao SEBRAE, bem como pela sua caracterização como contribuição de intervenção no domínio econômico.

2. No tocante à alegada violação do princípio da legalidade tributária e à consequente inexistência de exigibilidade da contribuição para o SEBRAE após o advento da Lei nº 8.706/93, a qual instituiu as exações destinadas ao SEST e SENAT, da forma como decidido no v. acórdão, seria necessário o específico reexame da legislação infraconstitucional pertinente ao caso (Lei nº 8.706/93 e Decretos nºs 1.007/93 e 1.092/94), o que não é cabível nessa instância recursal. Incidência da Súmula nº 636 da Corte. Precedentes.

3. Agravo regimental não provido.

(AI 608035 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 25/06/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-187 DIVULG 23-09-2013 PUBLIC 24-09-2013).

A EC 33/01 não alterou as hipóteses de incidência.

A jurisprudência desta Corte:

REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÕES EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES AO SISTEMA S, INCRA E SALÁRIO-EDUCAÇÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA DAS ENTIDADES DESTINATÁRIAS DOS RECURSOS ARRECADADOS. CONTRIBUIÇÕES AO SISTEMA S E SALÁRIO-EDUCAÇÃO. EC 33/01. A ALTERAÇÃO CONSTITUCIONAL NÃO IMPÕS RESTRIÇÃO ÀS CONTRIBUIÇÕES, MAS APENAS EXEMPLIFICOU BASES DE CÁLCULO A SEREM ELENCADAS CASO SEJAM INSTITUÍDAS NOVAS CONTRIBUIÇÕES. SEGURANÇA DENEGADA.

1. A jurisprudência do STJ cristalizou-se em favor da legitimidade passiva das entidades do Sistema S para as causas em que o contribuinte discute as contribuições cujo resultado econômico deve servir às atividades daqueles entes, afastando a alegação de ilegitimidade passiva do SEBRAE-SP.

2. No que tange às contribuições destinadas ao Sistema S, sua instituição deriva dos Decretos-Lei 9.853/46 e 8.621/46 e tem recepção constitucional garantida pelo art. 240 da CF, ressalvando das disposições referentes às contribuições sociais strictu sensu (previstas no art. 195) as contribuições compulsórias dos empregados sobre a folha de salários voltadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical. Têm, porquanto, fundamento constitucional autônomo, rechaçando a disciplina do art. 149 da CF. O mesmo se diz quanto às contribuições do salário-educação, pois, conforme reconhecido pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade, têm por fulcro o art. 212, § 5º, da CF.

3. Quanto à tese restritiva atinente à EC 33/01, este Tribunal sedimentou jurisprudência no sentido de que as alternativas de base de cálculo agora previstas no art. 149, § 2º, da CF não são taxativas, mantendo-se hígdas as contribuições então incidentes sobre a folha de salários - até porque se esta fosse a intenção do constituinte derivado, certamente disciplinaria a nova fonte de custeio das entidades favorecidas pelas contribuições.

(TRF3, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 371761 0006608-66.2016.4.03.6100, SEXTA TURMA, DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 31/08/2018).

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. RECURSO DE APELAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO AO SESC, SENAC, SEBRAE, INCRA, SALÁRIO-EDUCAÇÃO E AO FGTS. ILEGITIMIDADE PASSIVA DAS ENTIDADES PARAESTATAIS. CONSTITUCIONALIDADE. EC 33/2001. ARTIGO 149, § 2º, III, A, CF. BASE DE CÁLCULO. FOLHA DE SALÁRIOS. RECURSO IMPROVIDO.

1. A legitimidade para figurar no polo passivo da demanda é somente da União Federal. A matéria abordada nos autos diz respeito à incidência de contribuição sobre parcelas da remuneração. Assim, cabe à Secretaria da Receita Federal do Brasil a fiscalização e cobrança dos tributos em questão, tendo as entidades terceiras, às quais se destinam os recursos arrecadados, mero interesse econômico, mas não jurídico.

2. Segundo entendimento jurisprudencial consolidado nos Tribunais Federais e nesta Corte é exigível a contribuição destinada ao SESC, SENAC, SEBRAE, INCRA, FNDE e FGTS; inclusive após o advento da EC 33/2001. A nova redação do artigo 149, §2º, da CF/88 prevê, tão somente, alternativas de bases de cálculo para as contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, sem o propósito de estabelecer proibição de que sejam adotadas outras bases de cálculo.

3. A nova redação constitucional leva à compreensão de que as bases de cálculo para as contribuições especificadas no inciso III no § 2º do artigo 149 da CF, incluído pela EC nº 33/01, são previstas apenas de forma exemplificativa e não tem o condão de retirar a validade da contribuição social ou de intervenção do domínio econômico incidente sobre a folha de pagamento.

4. Caso contrário, acolhido o raciocínio da apelante, a redação do art. 149, §2º, que faz clara referência às contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, obstaría inclusive a incidência de contribuições sociais à seguridade social sobre a folha do pagamento das empresas, inferência ofensiva à disposição constitucional expressa do art. 195, I, a da CF/88.

5. Recurso de Apelação não provido. Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao recurso de apelação e, de ofício, julgar extinta a ação sem resolução do mérito quanto ao SESC, SENAC, SEBRAE, INCRA e FNDE em face da ilegitimidade passiva das entidades, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

(TRF3, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2198347 0008473-95.2014.4.03.6100, PRIMEIRA TURMA, DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 20/03/2018).

No mandado de segurança não são devidos honorários advocatícios, nos termos do artigo 25, da Lei Federal nº. 12.016/09.

Por tais fundamentos, **nego provimento** à apelação.

É o voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - APELAÇÃO - SALÁRIO-EDUCAÇÃO - CONTRIBUIÇÕES - INCRA - SEBRAE - EMENDA CONSTITUCIONAL 33/01 - FOLHA DE SALÁRIOS.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento, no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973, no sentido de que a contribuição ao INCRA é devida pelas empresas urbanas, em percentual incidente sobre a folha de salários.

2. A Súmula nº. 732, do Supremo Tribunal Federal: “É constitucional a cobrança da contribuição do salário-educação, seja sob a Carta de 1969, seja sob a Constituição Federal de 1988, e no regime da Lei 9.424/1996”.

3. O Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da exigência da contribuição ao SEBRAE.

4. A EC 33/01 não alterou as hipóteses de incidência. Precedentes.

5. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0000766-27.2015.4.03.6105
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE EDUCACAO FISICA DA 4 REGIAO

APELADO: PRISCILA MUNHOZ

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de execução fiscal ajuizada pelo Conselho Regional de Educação Física destinada à satisfação das anuidades dos exercícios de 2010, 2011, 2012, 2013 e 2014.

A r. sentença julgou o processo extinto, sem a resolução do mérito, nos termos do artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil.

O apelante, Conselho Regional de Educação Física, afirma a legalidade da exigência das anuidades de 2011 a 2014, nos termos da Lei Federal nº 12.197/10.

Aduz a regularidade da cobrança da anuidade de 2010, em decorrência de decisão proferida na Ação Civil Pública nº 0017393-10.2004.403.6100.

Sem contrarrazões.

É uma síntese do necessário.

O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da exigência de contribuição a Conselho Profissional, nos termos do artigo 58, da Lei Federal nº. 9.649/98:

“DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS.

1. Estando prejudicada a Ação, quanto ao § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649, de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, declarando-se a inconstitucionalidade do "caput" e dos § 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do mesmo art. 58.

2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados.

3. Decisão unânime”.

(ADI 1717, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2002, DJ 28-03-2003 PP-00061 EMENT VOL-02104-01 PP-00149).

Houve a rediscussão do tema, em decorrência da edição da Lei Federal nº. 11.000/04.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no RE 704.292, reconheceu a repercussão geral da questão e fixou a tese vencedora: "É inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar, sem parâmetro legal, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos".

No caso concreto, objetiva-se a satisfação de anuidades dos exercícios de 2010, 2011, 2012, 2013 e 2014.

A Lei Federal nº. 12.514/11 entrou em vigor em 31 de outubro de 2011.

Apenas as anuidades exigidas a partir do exercício de 2012 possuem fundamento legal, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Nestes termos, o v. Acórdão da Terceira Turma desta Corte Regional, na Ação Civil Pública nº 0017393-10.2004.403.6100, de relatoria do então Juiz Convocado Valdeci dos Santos, sem trânsito em julgado, não altera a conclusão com relação à anuidade de 2010.

Por fim, com relação às demais anuidades (exercícios de 2012 a 2014), a Lei Federal nº. 12.514/11:

Artigo 8º. Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. ART. 8º DA LEI 12.514/2011. INAPLICABILIDADE ÀS AÇÕES EM TRÂMITE. NORMA PROCESSUAL. ART. 1.211 DO CPC. "TEORIA DOS ATOS PROCESSUAIS ISOLADOS". PRINCÍPIO TEMPUS REGITACTUM.

1. Os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inc. IX, da Constituição da República vigente. Isto não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

2. É inaplicável o art. 8º da Lei nº 12.514/11 ("Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente") às execuções propostas antes de sua entrada em vigor.

3. O Art. 1.211 do CPC dispõe: "Este Código regerá o processo civil em todo o território brasileiro. Ao entrar em vigor, suas disposições aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes". Pela leitura do referido dispositivo conclui-se que, em regra, a norma de natureza processual tem aplicação imediata aos processos em curso.

4. Ocorre que, por mais que a lei processual seja aplicada imediatamente aos processos pendentes, deve-se ter conhecimento que o processo é constituído por inúmeros atos. Tal entendimento nos leva à chamada "Teoria dos Atos Processuais Isolados", em que cada ato deve ser considerado separadamente dos demais para o fim de se determinar qual a lei que o rege, recaindo sobre ele a preclusão consumativa, ou seja, a lei que rege o ato processual é aquela em vigor no momento em que ele é praticado. Seria a aplicação do Princípio *tempus regit actum*. Com base neste princípio, temos que a lei processual atinge o processo no estágio em que ele se encontra, onde a incidência da lei nova não gera prejuízo algum à parte, respeitando-se a eficácia do ato processual já praticado. Dessa forma, a publicação e entrada em vigor de nova lei só atingem os atos ainda por praticar, no caso, os processos futuros, não sendo possível falar em retroatividade da nova norma, visto que os atos anteriores de processos em curso não serão atingidos.

5. Para que a nova lei produza efeitos retroativos é necessária a previsão expressa nesse sentido. O art. 8º da Lei nº 12.514/11, que trata das contribuições devidas aos conselhos profissionais em geral, determina que "Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente". O referido dispositivo legal somente faz referência às execuções que serão propostas no futuro pelos conselhos profissionais, não estabelecendo critérios acerca das execuções já em curso no momento de entrada em vigor da nova lei. Dessa forma, como a Lei nº. 12.514/11 entrou em vigor na data de sua publicação (31.10.2011), e a execução fiscal em análise foi ajuizada em 15.9.2010, este ato processual (de propositura da demanda) não pode ser atingido por nova lei que impõe limitação de anuidades para o ajuizamento da execução fiscal.

6. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.

(REsp 1404796/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/03/2014, DJe 09/04/2014).

A execução fiscal foi ajuizada em 2015.

Aplica-se o artigo 8º, da Lei Federal nº. 12.514/11.

O objeto da execução fiscal, no atual momento processual: anuidades dos exercícios de 2012, 2013 e 2014.

A execução não é possível, no caso concreto.

Por tais fundamentos, nego provimento à apelação.

Publique-se. Intime-se.

Decorrido o prazo recursal, remetam-se à origem.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0062628-93.2014.4.03.6182
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE NUTRICIONISTAS 3 REGIAO
Advogado do(a) APELANTE: CELIA APARECIDA LUCHESE - SP55203-A
APELADO: JULIANA DABBUR

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de execução fiscal ajuizada pelo Conselho Regional de Nutricionistas, destinada à satisfação das anuidades dos exercícios de 2011, 2012, 2013 e 2014.

A r. sentença julgou o feito parcialmente extinto, sem a resolução do mérito, nos termos do artigo 803, inciso I, do Código de Processo Civil, e, quanto às demais anuidades, determinou que o exequente comprovasse que as quantias executadas correspondiam ao valor de 4 anuidades.

O apelante requer a reforma da r. sentença e o prosseguimento da execução fiscal.

Sem contrarrazões.

É uma síntese do necessário.

O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da exigência de contribuição a Conselho Profissional, nos termos do artigo 58, da Lei Federal nº. 9.649/98:

“DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS.

1. Estando prejudicada a Ação, quanto ao § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649, de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, declarando-se a inconstitucionalidade do "caput" e dos § 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do mesmo art. 58.

2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados.

3. Decisão unânime”.

(ADI 1717, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2002, DJ 28-03-2003 PP-00061 EMENT VOL-02104-01 PP-00149).

Houve a rediscussão do tema, em decorrência da edição da Lei Federal nº. 11.000/04.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no RE 704.292, reconheceu a repercussão geral da questão e fixou a tese vencedora: "É inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar, sem parâmetro legal, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos".

No caso concreto, objetiva-se a satisfação de anuidades dos exercícios de 2011, 2012, 2013 e 2014.

A anuidade de 2011 não é devida.

Com a vigência da Lei Federal nº. 12.514/11, em 31 de outubro de 2011, as anuidades passaram a ter fundamento legal.

A Lei Federal nº. 12.514/11:

Artigo 8º. Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. ART. 8º DA LEI 12.514/2011. INAPLICABILIDADE ÀS AÇÕES EM TRÂMITE. NORMA PROCESSUAL. ART. 1.211 DO CPC. "TEORIA DOS ATOS PROCESSUAIS ISOLADOS". PRINCÍPIO TEMPUS REGIT ACTUM.

1. Os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inc. IX, da Constituição da República vigente. Isto não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

2. É inaplicável o art. 8º da Lei nº 12.514/11 ("Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente") às execuções propostas antes de sua entrada em vigor:

3. O Art. 1.211 do CPC dispõe: "Este Código regerá o processo civil em todo o território brasileiro. Ao entrar em vigor, suas disposições aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes". Pela leitura do referido dispositivo conclui-se que, em regra, a norma de natureza processual tem aplicação imediata aos processos em curso.

4. Ocorre que, por mais que a lei processual seja aplicada imediatamente aos processos pendentes, deve-se ter conhecimento que o processo é constituído por inúmeros atos. Tal entendimento nos leva à chamada "Teoria dos Atos Processuais Isolados", em que cada ato deve ser considerado separadamente dos demais para o fim de se determinar qual a lei que o rege, recaindo sobre ele a preclusão consumativa, ou seja, a lei que rege o ato processual é aquela em vigor no momento em que ele é praticado. Seria a aplicação do Princípio tempus regit actum. Com base neste princípio, temos que a lei processual atinge o processo no estágio em que ele se encontra, onde a incidência da lei nova não gera prejuízo algum às partes, respeitando-se a eficácia do ato processual já praticado. Dessa forma, a publicação e entrada em vigor de nova lei só atingem os atos ainda por praticar; no caso, os processos futuros, não sendo possível falar em retroatividade da nova norma, visto que os atos anteriores de processos em curso não serão atingidos.

5. Para que a nova lei produza efeitos retroativos é necessária a previsão expressa nesse sentido. O art. 8º da Lei nº 12.514/11, que trata das contribuições devidas aos conselhos profissionais em geral, determina que "Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente". O referido dispositivo legal somente faz referência às execuções que serão propostas no futuro pelos conselhos profissionais, não estabelecendo critérios acerca das execuções já em curso no momento de entrada em vigor da nova lei. Dessa forma, como a Lei nº 12.514/11 entrou em vigor na data de sua publicação (31.10.2011), e a execução fiscal em análise foi ajuizada em 15.9.2010, este ato processual (de propositura da demanda) não pode ser atingido por nova lei que impõe limitação de anuidades para o ajuizamento da execução fiscal.

6. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.

(REsp 1404796/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/03/2014, DJe 09/04/2014).

A execução fiscal foi ajuizada em 2014.

Aplica-se o artigo 8º, da Lei Federal nº 12.514/11.

O objeto da execução fiscal, no atual momento processual: anuidades dos exercícios de 2012, 2013 e 2014.

A execução não é possível, no caso concreto.

A jurisprudência desta Corte:

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. NATUREZA TRIBUTÁRIA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. ADI 1717/DF.

1. A presente Execução Fiscal foi ajuizada pelo Conselho Regional de Técnicos em Radiologia da 5ª Região, em 02.07.2010 (fls. 2), pelo qual intenta o recebimento das anuidades de 2004 a 2008 (fls. 04).

2. Os conselhos de classe profissional têm natureza de autarquia sendo, portanto, pessoas jurídicas de direito público interno, assim, as anuidades exigidas por eles detêm natureza jurídica tributária, razão pela qual se submetem aos princípios constitucionais da legalidade e da anterioridade, inclusive no tocante à fixação e alteração de alíquotas e base de cálculo, nos termos dos artigos 149 e 150, inciso I da Constituição Federal. 2. Por ocasião do julgamento da ADI nº 1.717, o E. Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de dispositivo legal que autorizava os conselhos de fiscalização profissional a fixar suas contribuições anuais.

3. Em recente julgamento, com repercussão geral, Recurso Extraordinário nº 704.292/PR a Suprema Corte decidiu que é inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar, sem parâmetro legal, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos.

4. A alegação da exequente no sentido de que a Lei nº 6.994/1982 legitimaria a cobrança das anuidades, também não merece acolhida, porquanto revogado pelo artigo 66 da Lei nº 6.949/1998, cujo artigo 58, § 4º, conferia aos Conselhos de fiscalização, a atribuição de fixar os valores das anuidades, declarado inconstitucional pelo STF (ADI Nº 1.717-6). Esta interpretação se estende à Lei nº 11.000/2004, que delegou aos conselhos competência para fixação das anuidades (contribuição à entidade profissional), visto que em clara ofensa ao princípio da legalidade tributária.

5. Apelo desprovido.

(TRF3, Ap 00049326620114036130, QUARTA TURMA, DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA, e-DJF3 Judicial I DATA: 06/06/2018).

EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTÁRIO. CONSELHO REGIONAL DE TÉCNICOS EM RADIOLOGIA DA 5ª REGIÃO - CRTR/SP. FIXAÇÃO DE ANUIDADE. NATUREZA JURÍDICA DA CONTRIBUIÇÃO. OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. A presente execução fiscal é ajuizada pelo Conselho Regional de Técnicos em Radiologia da 5ª Região - CRTR/SP, visando à cobrança de débito relativo às anuidades de 2003, 2004, 2005, 2007 e 2008. As anuidades exigidas detêm natureza jurídica tributária, motivo pelo qual devem submeter-se aos princípios constitucionais da legalidade e da anterioridade, inclusive no tocante à fixação e alteração de alíquotas e base de cálculo (precedentes: STF, MS 21.797/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJU 18/05/2001; STJ, REsp 273674/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 27/05/2002).

2. O Supremo Tribunal Federal enfrentou e rejeitou o argumento de que o artigo 2º da Lei nº 11.000/2004 autorizaria os conselhos profissionais a fixar os valores de suas anuidades e, indo além, refutou também a alegação de que a decisão da Turma violaria o artigo 97 da Constituição Federal. (Precedente: STF, ARE 640937 AgR-segundo, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-171 DIVULG 05-09-2011 PUBLIC 06-09-2011 EMENT VOL-02581-02 PP-00362).

3. Acrescente-se que em decisão proferida no julgamento do RE 704292, ocorrido em 19/10/2016, de Relatoria do Ministro Dias Toffoli, com repercussão geral, a Suprema Corte decidiu que "É inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar, sem parâmetro legal, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos".

4. Por outro lado, não há como aplicar as disposições contidas na Lei nº 6.994/82 uma vez que a referida norma não consta como fundamento legal da CDA de f. 4 (precedente deste Tribunal: AC nº 00047159220124036128, DJe de 14/04/2016). Ademais, a legislação que serviu de fundamento para a cobrança das anuidades (Lei nº 7.394/1985) não prevê a cobrança nem fixa valores.

5. Apelação desprovida.

(TRF3, Ap 00037420620134036128, TERCEIRA TURMA, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, e-DJF3 Judicial I DATA: 11/04/2018).

Por tais fundamentos, nego provimento à apelação.

Publique-se. Intime-se.

Decorrido o prazo recursal, remetam-se à origem.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5004036-77.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
AGRAVANTE: DURACAP RENOVADORA DE PNEUS LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: MONICA SERGIO - SP151597-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5004036-77.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
AGRAVANTE: DURACAP RENOVADORA DE PNEUS LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: MONICA SERGIO - SP151597-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão que indeferiu a liminar em mandado de segurança destinado a afastar a incidência do PIS e da COFINS sobre as próprias contribuições.

A impetrante, ora agravante, argumenta com a declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, da inclusão do ICMS na base do PIS e da COFINS.

O pedido de antecipação da tutela foi indeferido (ID 125070747).

Agravo interno da impetrante (ID 129334702), no qual reitera as razões do agravo de instrumento. Afirma que o valor destinado ao pagamento das contribuições sociais não compõe o faturamento.

Resposta (ID 130966589).

A Procuradoria Regional da República apresentou parecer (ID 125520240).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5004036-77.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

AGRAVANTE: DURACAP RENOVADORA DE PNEUS LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: MONICA SERGIO - SP151597-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

A declaração da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS não se aplica automaticamente a todos os tributos da cadeia produtiva.

O STF declarou a inconstitucionalidade da inclusão de **imposto** na base de cálculo das contribuições.

A hipótese dos autos é **diversa**, porque se questiona a incidência das contribuições sobre **contribuição social**.

A jurisprudência nesta Sexta Turma:

PROCESSUAL CIVIL - TRIBUTÁRIO - AGRAVO INTERNO - REPERCUSSÃO GERAL - MODULAÇÃO EFEITOS STF - OPOSIÇÃO EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - PIS/COFINS EM SUA PRÓPRIA BASE DE CÁLCULO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO PARA RETIFICAR DECISÃO ANTERIOR QUE DEU PROVIMENTO AOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

1. Não há falar em ocorrência de preclusão consumativa pela interposição anterior de agravo interno, uma vez que esta se deu antes da decisão monocrática que deu provimento aos embargos de declaração, corrigindo suposto erro material e ampliando os termos da decisão monocrática proferida para excluir as contribuições do PIS/COFINS de sua própria base de cálculo.

2. No que se refere à oposição de embargos de declaração frente à decisão do STF, eventual modulação do julgado não impede o imediato julgamento dos recursos pendentes.

3. Impossibilidade de sobrestamento do feito, pois, consoante entendimento firmado pelo STJ, o instituto exige expressa determinação em vigor da Suprema Corte, devendo esta ser a interpretação a ser dada ao agora vigente art. 1035, § 5º, do CPC/15 e ao art. 328 do RISTF c/c art. 543-B do CPC/73.

4. Retifico entendimento esposado na decisão que deu provimento aos embargos de declaração, pois a pretensão da impetrante em excluir o valor das próprias contribuições das bases de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS nos recolhimentos vencidos destas exações é tema que envolve créditos públicos que não cabe ao Judiciário dispensar inopinadamente. Até porque o STF já entendeu constitucional a incidência do ICMS sobre si mesmo (cálculo "por dentro" - AI 651873 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 04/10/2011, DJe-210 DIVULG 03-11-2011 PUBLIC 04-11-2011 EMENT VOL-02619-03 PP-00372, etc.), sendo incabível invocar o quanto decidido pelo STF no RE nº 574.706 porque o caso aqui tratado se refere à tributação distinta.

3. Agravo interno parcialmente provido para retificar a decisão monocrática que deu provimento aos embargos de declaração, no ponto em que houve a exclusão das contribuições do PIS/COFINS de sua própria base de cálculo.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 371404 - 0002198-28.2017.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, julgado em 08/11/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:22/11/2018)

Por tais fundamentos, nego provimento ao agravo de instrumento. Julgo prejudicado o agravo interno.

É o voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – LIMINAR – CONTRIBUIÇÕES AO PIS E COFINS – INCIDÊNCIA NA PRÓPRIA BASE – RE 574.706 – HIPÓTESE DISTINTA.

1. A declaração da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS não se aplica automaticamente a todos tributos da cadeia produtiva.
2. O STF declarou a inconstitucionalidade da inclusão de imposto na base de cálculo das contribuições. A hipótese dos autos é diversa, porque se questiona a incidência das contribuições sobre contribuição social.
3. Agravo de instrumento improvido. Agravo interno prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento e julgou prejudicado o agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0061305-53.2014.4.03.6182

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE NUTRICIONISTAS 3 REGIAO

Advogados do(a) APELANTE: CELIA APARECIDA LUCCHESI - SP55203-A, VINICIUS PIRES CHAVES - SP335242-A

APELADO: KELLY DE OLIVEIRA COUTINHO

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de execução fiscal ajuizada pelo Conselho Regional de Nutricionistas, destinada à satisfação das anuidades dos exercícios de 2009, 2010, 2011, 2012 e 2013.

A r. sentença julgou o feito extinto, sem a resolução do mérito, nos termos dos artigos 485, IV, e VI, e 803, I, do Código de Processo Civil.

O apelante requer a reforma da r. sentença e o prosseguimento da execução fiscal.

Sem contrarrazões.

É uma síntese do necessário.

O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da exigência de contribuição a Conselho Profissional, nos termos do artigo 58, da Lei Federal nº. 9.649/98:

“DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS.

1. Estando prejudicada a Ação, quanto ao § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649, de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar; a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, declarando-se a inconstitucionalidade do "caput" e dos § 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do mesmo art. 58.

2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir; no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados.

3. Decisão unânime”.

(ADI 1717, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2002, DJ 28-03-2003 PP-00061 EMENT VOL-02104-01 PP-00149).

Houve a rediscussão do tema, em decorrência da edição da Lei Federal nº. 11.000/04.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no RE 704.292, reconheceu a repercussão geral da questão e fixou a tese vencedora: "É inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar, sem parâmetro legal, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos".

No caso concreto, objetiva-se a satisfação de anuidades dos exercícios de 2009, 2010, 2011, 2012 e 2013.

As anuidades de 2009, 2010 e 2011 não são devidas.

Com a vigência da Lei Federal nº. 12.514/11, em 31 de outubro de 2011, as anuidades passaram a ter fundamento legal.

A Lei Federal nº. 12.514/11:

Artigo 8º. Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. ART. 8º DA LEI 12.514/2011. INAPLICABILIDADE ÀS AÇÕES EM TRÂMITE. NORMA PROCESSUAL. ART. 1.211 DO CPC. "TEORIA DOS ATOS PROCESSUAIS ISOLADOS". PRINCÍPIO TEMPUS REGIT ACTUM.

1. Os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inc. IX, da Constituição da República vigente. Isto não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

2. É inaplicável o art. 8º da Lei nº 12.514/11 ("Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente") às execuções propostas antes de sua entrada em vigor:

3. O Art. 1.211 do CPC dispõe: "Este Código rege o processo civil em todo o território brasileiro. Ao entrar em vigor, suas disposições aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes". Pela leitura do referido dispositivo conclui-se que, em regra, a norma de natureza processual tem aplicação imediata aos processos em curso.

4. Ocorre que, por mais que a lei processual seja aplicada imediatamente aos processos pendentes, deve-se ter conhecimento que o processo é constituído por inúmeros atos. Tal entendimento nos leva à chamada "Teoria dos Atos Processuais Isolados", em que cada ato deve ser considerado separadamente dos demais para o fim de se determinar qual a lei que o rege, recaindo sobre ele a preclusão consumativa, ou seja, a lei que rege o ato processual é aquela em vigor no momento em que ele é praticado. Seria a aplicação do Princípio *tempus regit actum*. Com base neste princípio, temos que a lei processual atinge o processo no estágio em que ele se encontra, onde a incidência da lei nova não gera prejuízo algum às partes, respeitando-se a eficácia do ato processual já praticado. Dessa forma, a publicação e entrada em vigor de nova lei só atingem os atos ainda por praticar, no caso, os processos futuros, não sendo possível falar em retroatividade da nova norma, visto que os atos anteriores de processos em curso não serão atingidos.

5. Para que a nova lei produza efeitos retroativos é necessária a previsão expressa nesse sentido. O art. 8º da Lei nº 12.514/11, que trata das contribuições devidas aos conselhos profissionais em geral, determina que "Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente". O referido dispositivo legal somente faz referência às execuções que serão propostas no futuro pelos conselhos profissionais, não estabelecendo critérios acerca das execuções já em curso no momento de entrada em vigor da nova lei. Dessa forma, como a Lei nº. 12.514/11 entrou em vigor na data de sua publicação (31.10.2011), e a execução fiscal em análise foi ajuizada em 15.9.2010, este ato processual (de propositura da demanda) não pode ser atingido por nova lei que impõe limitação de anuidades para o ajuizamento da execução fiscal.

6. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.

(REsp 1404796/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/03/2014, DJe 09/04/2014).

A execução fiscal foi ajuizada em 2014.

Aplica-se o artigo 8º, da Lei Federal nº. 12.514/11.

O objeto da execução fiscal, no atual momento processual: anuidades dos exercícios de 2012 e 2013.

A execução não é possível, no caso concreto.

A jurisprudência desta Corte:

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. NATUREZA TRIBUTÁRIA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. ADI 1717/DF.

1. A presente Execução Fiscal foi ajuizada pelo Conselho Regional de Técnicos em Radiologia da 5ª Região, em 02.07.2010 (fls. 2), pelo qual intenta o recebimento das anuidades de 2004 a 2008 (fls. 04).

2. Os conselhos de classe profissional têm natureza de autarquia sendo, portanto, pessoas jurídicas de direito público interno, assim, as anuidades exigidas por eles detêm natureza jurídica tributária, razão pela qual se submetem aos princípios constitucionais da legalidade e da anterioridade, inclusive no tocante à fixação e alteração de alíquotas e base de cálculo, nos termos dos artigos 149 e 150, inciso I da Constituição Federal. 2. Por ocasião do julgamento da ADI nº 1.717, o E. Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de dispositivo legal que autorizava os conselhos de fiscalização profissional a fixar suas contribuições anuais.

3. Em recente julgamento, com repercussão geral, Recurso Extraordinário nº 704.292/PR a Suprema Corte decidiu que é inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar, sem parâmetro legal, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos.

4. A alegação da exequente no sentido de que a Lei nº 6.994/1982 legitimaria a cobrança das anuidades, também não merece acolhida, porquanto revogado pelo artigo 66 da Lei nº 6.949/1998, cujo artigo 58, § 4º, conferia aos Conselhos de fiscalização, a atribuição de fixar os valores das anuidades, declarado inconstitucional pelo STF (ADI Nº 1.717-6). Esta interpretação se estende à Lei n.º 11.000/2004, que delegou aos conselhos competência para fixação das anuidades (contribuição à entidade profissional), visto que em clara ofensa ao princípio da legalidade tributária.

5. Apelo desprovido.

(TRF3, Ap 00049326620114036130, QUARTA TURMA, DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 06/06/2018).

EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTÁRIO. CONSELHO REGIONAL DE TÉCNICOS EM RADIOLOGIA DA 5ª REGIÃO - CRTR/SP. FIXAÇÃO DE ANUIDADE. NATUREZA JURÍDICA DA CONTRIBUIÇÃO. OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. A presente execução fiscal é ajuizada pelo Conselho Regional de Técnicos em Radiologia da 5ª Região - CRTR/SP, visando à cobrança de débito relativo às anuidades de 2003, 2004, 2005, 2007 e 2008. As anuidades exigidas detêm natureza jurídica tributária, motivo pelo qual devem submeter-se aos princípios constitucionais da legalidade e da anterioridade, inclusive no tocante à fixação e alteração de alíquotas e base de cálculo (precedentes: STF, MS 21.797/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJU 18/05/2001; STJ, REsp 273674/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 27/05/2002).

2. O Supremo Tribunal Federal enfrentou e rejeitou o argumento de que o artigo 2º da Lei nº 11.000/2004 autorizaria os conselhos profissionais a fixar os valores de suas anuidades e, indo além, refutou também a alegação de que a decisão da Turma violaria o artigo 97 da Constituição Federal. (Precedente: STF, ARE 640937 AgR-segundo, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-171 DIVULG 05-09-2011 PUBLIC 06-09-2011 EMENT VOL-02581-02 PP-00362).

3. Acrescente-se que em decisão proferida no julgamento do RE 704292, ocorrido em 19/10/2016, de Relatoria do Ministro Dias Toffoli, com repercussão geral, a Suprema Corte decidiu que "É inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar, sem parâmetro legal, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos".

4. Por outro lado, não há como aplicar as disposições contidas na Lei nº 6.994/82 uma vez que a referida norma não consta como fundamento legal da CDA de f. 4 (precedente deste Tribunal: AC n.º 00047159220124036128, DJe de 14/04/2016). Ademais, a legislação que serviu de fundamento para a cobrança das anuidades (Lei n.º 7.394/1985) não prevê a cobrança nem fixa valores.

5. Apelação desprovida.

(TRF3, Ap 00037420620134036128, TERCEIRA TURMA, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 11/04/2018).

Por tais fundamentos, nego provimento à apelação.

Publique-se. Intime-se.

Decorrido o prazo recursal, remetam-se à origem.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0002736-62.2015.4.03.6105

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE EDUCACAO FISICA DA 4 REGIAO

APELADO: GIOVANA DA SILVEIRA GIRALDI

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de execução fiscal ajuizada pelo Conselho Regional de Educação Física destinada à satisfação das anuidades dos exercícios de 2010, 2011, 2012, 2013 e 2014.

A r. sentença julgou o processo extinto, sem a resolução do mérito, nos termos do artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil.

O apelante, Conselho Regional de Educação Física, afirma a legalidade da exigência das anuidades de 2011 a 2014, nos termos da Lei Federal nº 12.197/10.

Aduz a regularidade da cobrança da anuidade de 2010, em decorrência de decisão proferida na Ação Civil Pública nº 0017393-10.2004.403.6100.

Sem contrarrazões.

É uma síntese do necessário.

O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da exigência de contribuição a Conselho Profissional, nos termos do artigo 58, da Lei Federal nº. 9.649/98:

“DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS.

1. Estando prejudicada a Ação, quanto ao § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649, de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, declarando-se a inconstitucionalidade do "caput" e dos § 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do mesmo art. 58.

2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados.

3. Decisão unânime”.

(ADI 1717, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2002, DJ 28-03-2003 PP-00061 EMENT VOL-02104-01 PP-00149).

Houve a rediscussão do tema, em decorrência da edição da Lei Federal nº. 11.000/04.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no RE 704.292, reconheceu a repercussão geral da questão e fixou a tese vencedora: "É inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar, sem parâmetro legal, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos".

No caso concreto, objetiva-se a satisfação de anuidades dos exercícios de 2010, 2011, 2012, 2013 e 2014.

A Lei Federal nº. 12.514/11 entrou em vigor em 31 de outubro de 2011.

Apenas as anuidades exigidas a partir do exercício de 2012 possuem fundamento legal, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Nestes termos, o v. Acórdão da Terceira Turma desta Corte Regional, na Ação Civil Pública nº 0017393-10.2004.403.6100, de relatoria do então Juiz Convocado Valdeci dos Santos, sem trânsito em julgado, não altera a conclusão com relação à anuidade de 2010.

Por fim, com relação às demais anuidades (exercícios de 2012 a 2014), a Lei Federal nº. 12.514/11:

Artigo 8º. Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. ART. 8º DA LEI 12.514/2011. INAPLICABILIDADE ÀS AÇÕES EM TRÂMITE. NORMA PROCESSUAL. ART. 1.211 DO CPC. "TEORIA DOS ATOS PROCESSUAIS ISOLADOS". PRINCÍPIO TEMPUS REGIT ACTUM.

1. Os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inc. IX, da Constituição da República vigente. Isto não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

2. É inaplicável o art. 8º da Lei nº 12.514/11 ("Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente") às execuções propostas antes de sua entrada em vigor.

3. O Art. 1.211 do CPC dispõe: "Este Código regerá o processo civil em todo o território brasileiro. Ao entrar em vigor, suas disposições aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes". Pela leitura do referido dispositivo conclui-se que, em regra, a norma de natureza processual tem aplicação imediata aos processos em curso.

4. Ocorre que, por mais que a lei processual seja aplicada imediatamente aos processos pendentes, deve-se ter conhecimento que o processo é constituído por inúmeros atos. Tal entendimento nos leva à chamada "Teoria dos Atos Processuais Isolados", em que cada ato deve ser considerado separadamente dos demais para o fim de se determinar qual a lei que o rege, recaindo sobre ele a preclusão consumativa, ou seja, a lei que rege o ato processual é aquela em vigor no momento em que ele é praticado. Seria a aplicação do Princípio tempus regit actum. Com base neste princípio, temos que a lei processual atinge o processo no estágio em que ele se encontra, onde a incidência da lei nova não gera prejuízo algum às partes, respeitando-se a eficácia do ato processual já praticado. Dessa forma, a publicação e entrada em vigor de nova lei só atingem os atos ainda por praticar, no caso, os processos futuros, não sendo possível falar em retroatividade da nova norma, visto que os atos anteriores de processos em curso não serão atingidos.

5. Para que a nova lei produza efeitos retroativos é necessária a previsão expressa nesse sentido. O art. 8º da Lei nº 12.514/11, que trata das contribuições devidas aos conselhos profissionais em geral, determina que "Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente". O referido dispositivo legal somente faz referência às execuções que serão propostas no futuro pelos conselhos profissionais, não estabelecendo critérios acerca das execuções já em curso no momento de entrada em vigor da nova lei. Dessa forma, como a Lei nº. 12.514/11 entrou em vigor na data de sua publicação (31.10.2011), e a execução fiscal em análise foi ajuizada em 15.9.2010, este ato processual (de propositura da demanda) não pode ser atingido por nova lei que impõe limitação de anuidades para o ajuizamento da execução fiscal.

6. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.

(REsp 1404796/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/03/2014, DJe 09/04/2014).

A execução fiscal foi ajuizada em 2015.

Aplica-se o artigo 8º, da Lei Federal nº. 12.514/11.

O objeto da execução fiscal, no atual momento processual: anuidades dos exercícios de 2012, 2013 e 2014.

A execução não é possível, no caso concreto.

Por tais fundamentos, nego provimento à apelação.

Publique-se. Intime-se.

Decorrido o prazo recursal, remetam-se à origem.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0007489-16.2007.4.03.6114

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: TOYOTA DO BRASIL LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: DIRCEU FREITAS FILHO - SP73548

APELADO: TOYOTA DO BRASIL LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELADO: DIRCEU FREITAS FILHO - SP73548

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S ã O

Trata-se de embargos de declaração interpostos contra decisão (fls. 213/227, ID 107341229) que deu provimento à apelação da União e à remessa necessária, bem como deu parcial provimento à apelação da autora e julgou prejudicado o pedido de repetição de parcelas do parcelamento da CDA nº. 80.6.07.019087-90.

A autora, ora embargante (fls. 2/5, ID 107341230), aponta omissão: a análise, pela Administração, dos pedidos de compensação com débitos de IRPJ e COFINS, bem como a apreciação do pedido de repetição, deveriam ser feitas na fase de cumprimento de sentença.

Nos embargos (fls. 8/10, ID 107341230), a União aponta omissão na análise do artigo 20, §3º, do Código de Processo Civil de 1.973. Requer a majoração da verba honorária.

Prequestiona a matéria, com a finalidade de interposição de recursos dirigidos às Cortes Superiores.

Manifestação da embargada (fls. 12/20, ID 107341230).

É uma síntese do necessário.

A decisão destacou expressamente:

“A autora aponta a existência de créditos compensáveis relativos a saldo negativo de IRPJ, no valor de R\$ 3.366.446,97.

Afirma que parte dos débitos estaria extinta pela compensação, ainda que tenha promovido a retificação a destempo.

Sem razão.

A compensação é viável, se as dívidas são certas, líquidas e exigíveis.

O Judiciário não pode substituir a Administração.

No caso concreto, a autoridade administrativa homologou parcialmente os pedidos de compensação, em 10 de novembro de 2006 (fls. 224/227).

Cientificada da decisão de homologação parcial da compensação, a autora não apresentou recurso administrativo (fls. 289/292).

Os débitos não extintos pela compensação foram inscritos em dívida ativa em 2 de abril de 2007, nas CDAs n.º 80.2.07.009156-89 e 80.6.07.019087-90 (fls. 301/314).

Em 11 de maio de 2007, a apelante efetuou o pagamento da CDA n.º 80.2.07.009156-89 (fls. 470).

Em 14 de junho de 2007, a apelante aderiu a parcelamento tributário, quanto aos débitos inscritos na CDA n.º 80.6.07.019087-90 (fls. 472/473).

Ocorreu a retificação da DIPJ em 3 de outubro de 2007, a destempo, porque efetuada após o despacho decisório de homologação parcial dos pedidos de compensação (fls. 384/451).

Em 1º de setembro de 2011, após a análise de informes de rendimentos com retenção de IRRF, a autoridade administrativa reconheceu créditos de IRPJ, em favor da autora, nos termos de declaração retificadora entregue antes da análise administrativa dos pedidos de compensação (fls. 793/794).

Sem a retificação das declarações a tempo e modo, a autoridade fiscal não poderia identificar o saldo compensável da contribuinte.

Não realizada a compensação, os créditos de IRRF e COFINS declarados em PER/DCOMP são imediatamente exigíveis, nos termos da Súmula n.º 436, do Superior Tribunal de Justiça: "A entrega de declaração pelo contribuinte reconhecendo débito fiscal constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do fisco".

De outro lado, cabe à Administração analisar os pedidos de compensação com débitos de IRPJ e COFINS, até o limite dos créditos reconhecidos em sede administrativa, e concluir acerca da extinção dos débitos que se pretendem compensar.

Por fim, no atual momento processual, os pedidos de compensação estão pendentes de análise, pela Administração.

Não é possível revisar o parcelamento, verificando a eventual duplicidade de cobrança, porque, no presente momento, não existe análise administrativa sobre a compensação.

Eventual duplicidade - se identificada - deverá ser objeto de oportuno pedido revisional, se o caso.

Prejudicado o pedido de repetição das parcelas adimplidas no parcelamento da CDA n.º 80.6.07.019087-90.

O pedido inicial deve ser julgado procedente, em parte, para determinar a análise, pela Administração, dos pedidos de compensação com débitos de IRPJ e COFINS. (...)

Os honorários advocatícios devem remunerar o trabalho realizado pelo profissional advogado, com a observância do princípio da proporcionalidade.

Trata-se de demandas tributárias.

Foi atribuído à ação declaratória nº. 0007489-16.2007.4.03.6114 o valor de R\$ 3.366.467,17, em 10 de dezembro de 2007 (fls. 489).

Foi atribuído à ação anulatória nº. 0007719-58.2007.4.03.6114o valor de R\$ 50.000,00, em 29 de outubro de 2007 (fls. 26).

Foi atribuída à ação de repetição nº. 0000781-13.2008.4.03.6114o valor de R\$ 471.681,31, em 14 de fevereiro de 2008 (fls. 15).

*Considerada a natureza e a importância da causa, bem como o zelo dos profissionais, os honorários devem ser fixados em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais)”.
”*

Não há, portanto, qualquer vício na r. decisão. Pedido e fundamento jurídico são institutos processuais distintos. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.

No caso concreto, os embargos não demonstram a invalidade jurídica da fundamentação adotada na r. decisão. Pretendem, é certo, outra. Não se trata, então, da ocorrência de vício na decisão da causa, mas de sua realização por fundamento jurídico diverso da intelecção da parte.

De outra parte, a Constituição Federal, na cláusula impositiva da fundamentação das decisões judiciais, não fez opção estilística. Sucinta ou laudatória, a fundamentação deve ser, apenas, exposta no vernáculo (STJ - AI nº 169.073-SP-AgRg - Rel. o Min. José Delgado).

Na realidade, o que se pretende, através do presente recurso, é o reexame do mérito da decisão, o que não é possível em sede de embargos de declaração. Confira-se:

PROCESSO CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ART. 535, DO CPC - SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL DA EXTINTA SUDAM - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA - NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA - PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL - AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO - NÍTIDO CARÁTER INFRINGENTE - REJEIÇÃO.

1 - Tendo o acórdão embargado reconhecido a insuficiência de comprovação do direito líquido e certo, salientando a necessidade de dilação probatória, revestem-se de caráter infringente os embargos interpostos a pretexto de omissão e prequestionamento, uma vez que pretendem reabrir os debates meritórios acerca do tema.

2 - Por prerrogativa do dispositivo processual aventado, os Embargos de Declaração consubstanciam instrumento processual adequado para excluir do julgado qualquer obscuridade ou contradição ou, ainda, suprir omissão, cujo pronunciamento sobre a matéria se impunha ao Colegiado, integralizando-o, não se adequando, todavia, para promover o efeito modificativo do mesmo. Inteligência do art. 535 e incisos, do Código de Processo Civil.

3 - Precedentes (EDREsp nºs 120.229/PE e 202.292/DF).

4 - Embargos conhecidos, porém, rejeitados.

(STJ, 3ª seção, EDMS 8263/DF, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 09/04/2003, v.u., DJU 09/06/2003).

No tocante ao pré-questionamento, cumpre salientar que, ainda nos embargos de declaração opostos com este propósito, é necessária a observância aos requisitos previstos no artigo 1.022, do Código de Processo Civil:

Mesmo nos embargos de declaração com fim de prequestionamento, devem-se observar os lindes traçados no art. 535 do CPC (obscuridade, dúvida, contradição, omissão e, por construção pretoriana integrativa, a hipótese de erro material). Esse recurso não é meio hábil ao reexame da causa (STJ - 1ª Turma, Resp 11.465-0-SP, Rel. o Min. Demócrito Reinaldo, j. 23.11.92, rejeitaram os embs., v.u., DJU 15.2.93, p. 1.665, 2ª col., em.).

Por estes fundamentos, rejeito os embargos de declaração.

Publique-se. Intimem-se.

Decorrido o prazo recursal, remetam-se à origem.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002720-11.2015.4.03.6105

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE EDUCACAO FISICA DA 4 REGIAO

APELADO: FREDERICO BRECIANI NETO

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de execução fiscal ajuizada pelo Conselho Regional de Educação Física destinada à satisfação das anuidades dos exercícios de 2010, 2011, 2012, 2013 e 2014.

A r. sentença julgou o processo extinto, sem a resolução do mérito, nos termos do artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil.

O apelante, Conselho Regional de Educação Física, afirma a legalidade da exigência das anuidades de 2011 a 2014, nos termos da Lei Federal nº 12.197/10.

Aduz a regularidade da cobrança da anuidade de 2010, em decorrência de decisão proferida na Ação Civil Pública nº 0017393-10.2004.403.6100.

Sem contrarrazões.

É uma síntese do necessário.

O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da exigência de contribuição a Conselho Profissional, nos termos do artigo 58, da Lei Federal nº. 9.649/98:

“DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS.

1. Estando prejudicada a Ação, quanto ao § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649, de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, declarando-se a inconstitucionalidade do "caput" e dos § 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do mesmo art. 58.

2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados.

3. Decisão unânime”.

(ADI 1717, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2002, DJ 28-03-2003 PP-00061 EMENT VOL-02104-01 PP-00149).

Houve a rediscussão do tema, em decorrência da edição da Lei Federal nº. 11.000/04.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no RE 704.292, reconheceu a repercussão geral da questão e fixou a tese vencedora: "É inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar, sem parâmetro legal, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos".

No caso concreto, objetiva-se a satisfação de anuidades dos exercícios de 2010, 2011, 2012, 2013 e 2014.

A Lei Federal nº. 12.514/11 entrou em vigor em 31 de outubro de 2011.

Apenas as anuidades exigidas a partir do exercício de 2012 possuem fundamento legal, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Nestes termos, o v. Acórdão da Terceira Turma desta Corte Regional, na Ação Civil Pública nº 0017393-10.2004.403.6100, de relatoria do então Juiz Convocado Valdeci dos Santos, sem trânsito em julgado, não altera a conclusão com relação à anuidade de 2010.

Por fim, com relação às demais anuidades (exercícios de 2012 a 2014), a Lei Federal nº. 12.514/11:

Artigo 8º. Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. ART. 8º DA LEI 12.514/2011. INAPLICABILIDADE ÀS AÇÕES EM TRÂMITE. NORMA PROCESSUAL. ART. 1.211 DO CPC. "TEORIA DOS ATOS PROCESSUAIS ISOLADOS". PRINCÍPIO TEMPUS REGITACTUM.

1. Os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inc. IX, da Constituição da República vigente. Isto não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

2. É inaplicável o art. 8º da Lei nº 12.514/11 ("Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente") às execuções propostas antes de sua entrada em vigor.

3. O Art. 1.211 do CPC dispõe: "Este Código regerá o processo civil em todo o território brasileiro. Ao entrar em vigor, suas disposições aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes". Pela leitura do referido dispositivo conclui-se que, em regra, a norma de natureza processual tem aplicação imediata aos processos em curso.

4. Ocorre que, por mais que a lei processual seja aplicada imediatamente aos processos pendentes, deve-se ter conhecimento que o processo é constituído por inúmeros atos. Tal entendimento nos leva à chamada "Teoria dos Atos Processuais Isolados", em que cada ato deve ser considerado separadamente dos demais para o fim de se determinar qual a lei que o rege, recaindo sobre ele a preclusão consumativa, ou seja, a lei que rege o ato processual é aquela em vigor no momento em que ele é praticado. Seria a aplicação do Princípio *tempus regit actum*. Com base neste princípio, temos que a lei processual atinge o processo no estágio em que ele se encontra, onde a incidência da lei nova não gera prejuízo algum à parte, respeitando-se a eficácia do ato processual já praticado. Dessa forma, a publicação e entrada em vigor de nova lei só atingem os atos ainda por praticar, no caso, os processos futuros, não sendo possível falar em retroatividade da nova norma, visto que os atos anteriores de processos em curso não serão atingidos.

5. Para que a nova lei produza efeitos retroativos é necessária a previsão expressa nesse sentido. O art. 8º da Lei nº 12.514/11, que trata das contribuições devidas aos conselhos profissionais em geral, determina que "Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente". O referido dispositivo legal somente faz referência às execuções que serão propostas no futuro pelos conselhos profissionais, não estabelecendo critérios acerca das execuções já em curso no momento de entrada em vigor da nova lei. Dessa forma, como a Lei nº. 12.514/11 entrou em vigor na data de sua publicação (31.10.2011), e a execução fiscal em análise foi ajuizada em 15.9.2010, este ato processual (de propositura da demanda) não pode ser atingido por nova lei que impõe limitação de anuidades para o ajuizamento da execução fiscal.

6. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.

(REsp 1404796/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/03/2014, DJe 09/04/2014).

A execução fiscal foi ajuizada em 2015.

Aplica-se o artigo 8º, da Lei Federal nº. 12.514/11.

O objeto da execução fiscal, no atual momento processual: anuidades dos exercícios de 2012, 2013 e 2014.

A execução não é possível, no caso concreto.

Por tais fundamentos, nego provimento à apelação.

Publique-se. Intime-se.

Decorrido o prazo recursal, remetam-se à origem.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0061712-59.2014.4.03.6182

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE NUTRICIONISTAS 3 REGIAO

Advogados do(a) APELANTE: CELIA APARECIDA LUCCHESI - SP55203-A, GABRIELA SOUZA MIRANDA - SP346684-A, VINICIUS PIRES CHAVES - SP335242-A

APELADO: CRISTINA KINA

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de execução fiscal ajuizada pelo Conselho Regional de Nutricionistas destinada à satisfação das anuidades dos exercícios de 2011, 2012, 2013 e 2014.

A r. sentença julgou o feito extinto, sem a resolução do mérito, nos termos do artigo 485, incisos IV, VI, e § 3º, do Código de Processo Civil.

O apelante requer a reforma da r. sentença e o prosseguimento da execução fiscal.

Sem contrarrazões.

É uma síntese do necessário.

O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da exigência de contribuição a Conselho Profissional, nos termos do artigo 58, da Lei Federal nº. 9.649/98:

“DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS.

1. Estando prejudicada a Ação, quanto ao § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649, de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar; a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, declarando-se a inconstitucionalidade do "caput" e dos § 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do mesmo art. 58.

2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir; no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados.

3. Decisão unânime”.

(ADI 1717, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2002, DJ 28-03-2003 PP-00061 EMENT VOL-02104-01 PP-00149).

Houve a rediscussão do tema, em decorrência da edição da Lei Federal nº. 11.000/04.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no RE 704.292, reconheceu a repercussão geral da questão e fixou a tese vencedora: "É inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar, sem parâmetro legal, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos".

No caso concreto, objetiva-se a satisfação de anuidades dos exercícios de 2011, 2012, 2013 e 2014.

A anuidade de 2011 não é devida.

Com a vigência da Lei Federal nº. 12.514/11, em 31 de outubro de 2011, as anuidades passaram a ter fundamento legal.

A Lei Federal nº. 12.514/11:

Artigo 8º. Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. ART. 8º DA LEI 12.514/2011. INAPLICABILIDADE ÀS AÇÕES EM TRÂMITE. NORMA PROCESSUAL. ART. 1.211 DO CPC. "TEORIA DOS ATOS PROCESSUAIS ISOLADOS". PRINCÍPIO TEMPUS REGIT ACTUM.

1. Os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inc. IX, da Constituição da República vigente. Isto não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

2. É inaplicável o art. 8º da Lei nº 12.514/11 ("Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente") às execuções propostas antes de sua entrada em vigor:

3. O Art. 1.211 do CPC dispõe: "Este Código rege o processo civil em todo o território brasileiro. Ao entrar em vigor, suas disposições aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes". Pela leitura do referido dispositivo conclui-se que, em regra, a norma de natureza processual tem aplicação imediata aos processos em curso.

4. Ocorre que, por mais que a lei processual seja aplicada imediatamente aos processos pendentes, deve-se ter conhecimento que o processo é constituído por inúmeros atos. Tal entendimento nos leva à chamada "Teoria dos Atos Processuais Isolados", em que cada ato deve ser considerado separadamente dos demais para o fim de se determinar qual a lei que o rege, recaindo sobre ele a preclusão consumativa, ou seja, a lei que rege o ato processual é aquela em vigor no momento em que ele é praticado. Seria a aplicação do Princípio *tempus regit actum*. Com base neste princípio, temos que a lei processual atinge o processo no estágio em que ele se encontra, onde a incidência da lei nova não gera prejuízo algum às partes, respeitando-se a eficácia do ato processual já praticado. Dessa forma, a publicação e entrada em vigor de nova lei só atingem os atos ainda por praticar, no caso, os processos futuros, não sendo possível falar em retroatividade da nova norma, visto que os atos anteriores de processos em curso não serão atingidos.

5. Para que a nova lei produza efeitos retroativos é necessária a previsão expressa nesse sentido. O art. 8º da Lei nº 12.514/11, que trata das contribuições devidas aos conselhos profissionais em geral, determina que "Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente". O referido dispositivo legal somente faz referência às execuções que serão propostas no futuro pelos conselhos profissionais, não estabelecendo critérios acerca das execuções já em curso no momento de entrada em vigor da nova lei. Dessa forma, como a Lei nº. 12.514/11 entrou em vigor na data de sua publicação (31.10.2011), e a execução fiscal em análise foi ajuizada em 15.9.2010, este ato processual (de propositura da demanda) não pode ser atingido por nova lei que impõe limitação de anuidades para o ajuizamento da execução fiscal.

6. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.

(REsp 1404796/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/03/2014, DJe 09/04/2014).

A execução fiscal foi ajuizada em 2014.

Aplica-se o artigo 8º, da Lei Federal nº. 12.514/11.

O objeto da execução fiscal, no atual momento processual: anuidades dos exercícios de 2012, 2013 e 2014.

A execução não é possível, no caso concreto.

A jurisprudência desta Corte:

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. NATUREZA TRIBUTÁRIA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. ADI 1717/DF.

1. A presente Execução Fiscal foi ajuizada pelo Conselho Regional de Técnicos em Radiologia da 5ª Região, em 02.07.2010 (fls. 2), pelo qual intenta o recebimento das anuidades de 2004 a 2008 (fls. 04).

2. Os conselhos de classe profissional têm natureza de autarquia sendo, portanto, pessoas jurídicas de direito público interno, assim, as anuidades exigidas por eles detêm natureza jurídica tributária, razão pela qual se submetem aos princípios constitucionais da legalidade e da anterioridade, inclusive no tocante à fixação e alteração de alíquotas e base de cálculo, nos termos dos artigos 149 e 150, inciso I da Constituição Federal. 2. Por ocasião do julgamento da ADI nº 1.717, o E. Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de dispositivo legal que autorizava os conselhos de fiscalização profissional a fixar suas contribuições anuais.

3. Em recente julgamento, com repercussão geral, Recurso Extraordinário nº 704.292/PR a Suprema Corte decidiu que é inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar, sem parâmetro legal, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos.

4. A alegação da exequente no sentido de que a Lei nº 6.994/1982 legitimaria a cobrança das anuidades, também não merece acolhida, porquanto revogado pelo artigo 66 da Lei nº 6.949/1998, cujo artigo 58, § 4º, conferia aos Conselhos de fiscalização, a atribuição de fixar os valores das anuidades, declarado inconstitucional pelo STF (ADI Nº 1.717-6). Esta interpretação se estende à Lei nº 11.000/2004, que delegou aos conselhos competência para fixação das anuidades (contribuição à entidade profissional), visto que em clara ofensa ao princípio da legalidade tributária.

5. Apelo desprovido.

(TRF3, Ap 00049326620114036130, QUARTA TURMA, DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 06/06/2018).

EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTÁRIO. CONSELHO REGIONAL DE TÉCNICOS EM RADIOLOGIA DA 5ª REGIÃO - CRTR/SP. FIXAÇÃO DE ANUIDADE. NATUREZA JURÍDICA DA CONTRIBUIÇÃO. OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. A presente execução fiscal é ajuizada pelo Conselho Regional de Técnicos em Radiologia da 5ª Região - CRTR/SP, visando à cobrança de débito relativo às anuidades de 2003, 2004, 2005, 2007 e 2008. As anuidades exigidas detêm natureza jurídica tributária, motivo pelo qual devem submeter-se aos princípios constitucionais da legalidade e da anterioridade, inclusive no tocante à fixação e alteração de alíquotas e base de cálculo (precedentes: STF, MS 21.797/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJU 18/05/2001; STJ, REsp 273674/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 27/05/2002).

2. O Supremo Tribunal Federal enfrentou e rejeitou o argumento de que o artigo 2º da Lei nº 11.000/2004 autorizaria os conselhos profissionais a fixar os valores de suas anuidades e, indo além, refutou também a alegação de que a decisão da Turma violaria o artigo 97 da Constituição Federal. (Precedente: STF, ARE 640937 AgR-segundo, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-171 DIVULG 05-09-2011 PUBLIC 06-09-2011 EMENT VOL-02581-02 PP-00362).

3. Acrescente-se que em decisão proferida no julgamento do RE 704292, ocorrido em 19/10/2016, de Relatoria do Ministro Dias Toffoli, com repercussão geral, a Suprema Corte decidiu que "É inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar, sem parâmetro legal, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos".

4. Por outro lado, não há como aplicar as disposições contidas na Lei nº 6.994/82 uma vez que a referida norma não consta como fundamento legal da CDA de f. 4 (precedente deste Tribunal: AC nº 00047159220124036128, DJe de 14/04/2016). Ademais, a legislação que serviu de fundamento para a cobrança das anuidades (Lei nº 7.394/1985) não prevê a cobrança nem fixa valores.

5. Apelação desprovida.

(TRF3, Ap 00037420620134036128, TERCEIRA TURMA, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 11/04/2018).

Por tais fundamentos, nego provimento à apelação.

Publique-se. Intime-se.

Decorrido o prazo recursal, remetam-se à origem.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0000694-40.2015.4.03.6105

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE EDUCACAO FISICA DA 4 REGIAO

APELADO: JOAQUIM VIANA DA SILVA

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de execução fiscal ajuizada pelo Conselho Regional de Educação Física destinada à satisfação das anuidades dos exercícios de 2010, 2011, 2012, 2013 e 2014.

A r. sentença (ID 106370325 – pgs. 32/34) julgou o processo extinto, sem a resolução do mérito, nos termos do artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil.

O apelante (ID 106370325 – pgs. 50/65), Conselho Regional de Educação Física, afirma a legalidade da exigência das anuidades de 2011 a 2014, nos termos da Lei Federal nº 12.197/10.

Aduz a regularidade da cobrança da anuidade de 2010, em decorrência de decisão proferida na Ação Civil Pública nº 0017393-10.2004.403.6100.

Sem contrarrazões.

É uma síntese do necessário.

O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da exigência de contribuição a Conselho Profissional, nos termos do artigo 58, da Lei Federal nº. 9.649/98:

“DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS.

1. Estando prejudicada a Ação, quanto ao § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649, de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, declarando-se a inconstitucionalidade do "caput" e dos § 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do mesmo art. 58.

2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados.

3. Decisão unânime”.

(ADI 1717, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2002, DJ 28-03-2003 PP-00061 EMENT VOL-02104-01 PP-00149).

Houve a rediscussão do tema, em decorrência da edição da Lei Federal nº. 11.000/04.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no RE 704.292, reconheceu a repercussão geral da questão e fixou a tese vencedora: "É inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar, sem parâmetro legal, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos".

No caso concreto, objetiva-se a satisfação de anuidades dos exercícios de 2010, 2011, 2012, 2013 e 2014.

A Lei Federal nº. 12.514/11 entrou em vigor em 31 de outubro de 2011.

Apenas as anuidades exigidas a partir do exercício de 2012 possuem fundamento legal, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Nestes termos, o v. Acórdão da Terceira Turma desta Corte Regional, na Ação Civil Pública nº 0017393-10.2004.403.6100, de relatoria do então Juiz Convocado Valdeci dos Santos, sem trânsito em julgado, não altera a conclusão com relação à anuidade de 2010.

Por fim, com relação às demais anuidades (exercícios de 2012 a 2014), a Lei Federal nº. 12.514/11:

Artigo 8º. Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. ART. 8º DA LEI 12.514/2011. INAPLICABILIDADE ÀS AÇÕES EM TRÂMITE. NORMA PROCESSUAL. ART. 1.211 DO CPC. "TEORIA DOS ATOS PROCESSUAIS ISOLADOS". PRINCÍPIO TEMPUS REGIT ACTUM.

1. Os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inc. IX, da Constituição da República vigente. Isto não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

2. É inaplicável o art. 8º da Lei nº 12.514/11 ("Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente") às execuções propostas antes de sua entrada em vigor.

3. O Art. 1.211 do CPC dispõe: "Este Código regerá o processo civil em todo o território brasileiro. Ao entrar em vigor, suas disposições aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes". Pela leitura do referido dispositivo conclui-se que, em regra, a norma de natureza processual tem aplicação imediata aos processos em curso.

4. Ocorre que, por mais que a lei processual seja aplicada imediatamente aos processos pendentes, deve-se ter conhecimento que o processo é constituído por inúmeros atos. Tal entendimento nos leva à chamada "Teoria dos Atos Processuais Isolados", em que cada ato deve ser considerado separadamente dos demais para o fim de se determinar qual a lei que o rege, recaindo sobre ele a preclusão consumativa, ou seja, a lei que rege o ato processual é aquela em vigor no momento em que ele é praticado. Seria a aplicação do Princípio tempus regit actum. Com base neste princípio, temos que a lei processual atinge o processo no estágio em que ele se encontra, onde a incidência da lei nova não gera prejuízo algum às partes, respeitando-se a eficácia do ato processual já praticado. Dessa forma, a publicação e entrada em vigor de nova lei só atingem os atos ainda por praticar, no caso, os processos futuros, não sendo possível falar em retroatividade da nova norma, visto que os atos anteriores de processos em curso não serão atingidos.

5. Para que a nova lei produza efeitos retroativos é necessária a previsão expressa nesse sentido. O art. 8º da Lei nº 12.514/11, que trata das contribuições devidas aos conselhos profissionais em geral, determina que "Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente". O referido dispositivo legal somente faz referência às execuções que serão propostas no futuro pelos conselhos profissionais, não estabelecendo critérios acerca das execuções já em curso no momento de entrada em vigor da nova lei. Dessa forma, como a Lei nº. 12.514/11 entrou em vigor na data de sua publicação (31.10.2011), e a execução fiscal em análise foi ajuizada em 15.9.2010, este ato processual (de propositura da demanda) não pode ser atingido por nova lei que impõe limitação de anuidades para o ajuizamento da execução fiscal.

6. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.

(REsp 1404796/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/03/2014, DJe 09/04/2014).

A execução fiscal foi ajuizada em 2015.

Aplica-se o artigo 8º, da Lei Federal nº. 12.514/11.

O objeto da execução fiscal, no atual momento processual: anuidades dos exercícios de 2012, 2013 e 2014.

A execução não é possível, no caso concreto.

Por tais fundamentos, nego provimento à apelação.

Publique-se. Intime-se.

Decorrido o prazo recursal, remetam-se à origem.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001177-70.2015.4.03.6105

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO ESTADO SAO PAULO

PROCURADOR: CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO ESTADO SAO PAULO

APELADO: RAQUEL VALENCA FERREIRA DA SILVA

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de execução fiscal ajuizada pelo Conselho Regional de Contabilidade destinada à satisfação das anuidades dos exercícios de 2010, 2011, 2012 e 2013, assim como multa eleitoral.

A r. sentença julgou o feito extinto, sem a resolução do mérito, nos termos dos artigos 485, inciso VI, do Código de Processo Civil.

Nas razões de apelação, o exequente requer a reforma da r. sentença e o prosseguimento da execução fiscal.

Sem contrarrazões.

É uma síntese do necessário.

O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da exigência de contribuição a Conselho Profissional, nos termos do artigo 58, da Lei Federal nº. 9.649/98:

“DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS.

1. Estando prejudicada a Ação, quanto ao § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649, de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, declarando-se a inconstitucionalidade do "caput" e dos § 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do mesmo art. 58.

2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados.

3. Decisão unânime”.

(ADI 1717, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2002, DJ 28-03-2003 PP-00061 EMENT VOL-02104-01 PP-00149).

Houve a rediscussão do tema, em decorrência da edição da Lei Federal nº. 11.000/04.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no RE 704.292, reconheceu a repercussão geral da questão e fixou a tese vencedora: "É inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar, sem parâmetro legal, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos".

No caso concreto, objetiva-se a satisfação de anuidades dos exercícios de 2010, 2011, 2012 e 2013.

As anuidades de 2010 e 2011 não são devidas.

Com a vigência da Lei Federal nº. 12.514/11, em 31 de outubro de 2011, as anuidades passaram a ter fundamento legal.

A Lei Federal nº. 12.514/11:

Artigo 8º. Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil:

"PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. ART. 8º DA LEI 12.514/2011. INAPLICABILIDADE ÀS AÇÕES EM TRÂMITE. NORMA PROCESSUAL. ART. 1.211 DO CPC. "TEORIA DOS ATOS PROCESSUAIS ISOLADOS". PRINCÍPIO TEMPUS REGIT ACTUM.

1. Os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inc. IX, da Constituição da República vigente. Isto não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

2. É inaplicável o art. 8º da Lei nº 12.514/11 ("Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente") às execuções propostas antes de sua entrada em vigor:

3. O Art. 1.211 do CPC dispõe: "Este Código regerá o processo civil em todo o território brasileiro. Ao entrar em vigor, suas disposições aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes". Pela leitura do referido dispositivo conclui-se que, em regra, a norma de natureza processual tem aplicação imediata aos processos em curso.

4. Ocorre que, por mais que a lei processual seja aplicada imediatamente aos processos pendentes, deve-se ter conhecimento que o processo é constituído por inúmeros atos. Tal entendimento nos leva à chamada "Teoria dos Atos Processuais Isolados", em que cada ato deve ser considerado separadamente dos demais para o fim de se determinar qual a lei que o rege, recaindo sobre ele a preclusão consumativa, ou seja, a lei que rege o ato processual é aquela em vigor no momento em que ele é praticado. Seria a aplicação do Princípio tempus regit actum. Com base neste princípio, temos que a lei processual atinge o processo no estágio em que ele se encontra, onde a incidência da lei nova não gera prejuízo algum à parte, respeitando-se a eficácia do ato processual já praticado. Dessa forma, a publicação e entrada em vigor de nova lei só atingem os atos ainda por praticar; no caso, os processos futuros, não sendo possível falar em retroatividade da nova norma, visto que os atos anteriores de processos em curso não serão atingidos.

5. Para que a nova lei produza efeitos retroativos é necessária a previsão expressa nesse sentido. O art. 8º da Lei nº 12.514/11, que trata das contribuições devidas aos conselhos profissionais em geral, determina que "Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente". O referido dispositivo legal somente faz referência às execuções que serão propostas no futuro pelos conselhos profissionais, não estabelecendo critérios acerca das execuções já em curso no momento de entrada em vigor da nova lei. Dessa forma, como a Lei nº. 12.514/11 entrou em vigor na data de sua publicação (31.10.2011), e a execução fiscal em análise foi ajuizada em 15.9.2010, este ato processual (de propositura da demanda) não pode ser atingido por nova lei que impõe limitação de anuidades para o ajuizamento da execução fiscal.

6. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ".

(REsp 1404796/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/03/2014, DJe 09/04/2014).

A execução fiscal foi ajuizada em 2015.

Aplica-se o artigo 8º, da Lei Federal nº. 12.514/11.

O objeto da execução fiscal, no atual momento processual: anuidades dos exercícios de 2012 e 2013.

A execução não é possível, no caso concreto.

A jurisprudência desta Corte:

"CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. NATUREZA TRIBUTÁRIA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. ADI 1717/DF.

1. *A presente Execução Fiscal foi ajuizada pelo Conselho Regional de Técnicos em Radiologia da 5ª Região, em 02.07.2010 (fls. 2), pelo qual intenta o recebimento das anuidades de 2004 a 2008 (fls. 04).*

2. *Os conselhos de classe profissional têm natureza de autarquia sendo, portanto, pessoas jurídicas de direito público interno, assim, as anuidades exigidas por eles detêm natureza jurídica tributária, razão pela qual se submetem aos princípios constitucionais da legalidade e da anterioridade, inclusive no tocante à fixação e alteração de alíquotas e base de cálculo, nos termos dos artigos 149 e 150, inciso I da Constituição Federal. 2. Por ocasião do julgamento da ADI nº 1.717, o E. Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de dispositivo legal que autorizava os conselhos de fiscalização profissional a fixar suas contribuições anuais.*

3. *Em recente julgamento, com repercussão geral, Recurso Extraordinário nº 704.292/PR a Suprema Corte decidiu que é inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar, sem parâmetro legal, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos.*

4. *A alegação da exequente no sentido de que a Lei nº 6.994/1982 legitimaria a cobrança das anuidades, também não merece acolhida, porquanto revogado pelo artigo 66 da Lei nº 6.949/1998, cujo artigo 58, § 4º, conferia aos Conselhos de fiscalização, a atribuição de fixar os valores das anuidades, declarado inconstitucional pelo STF (ADI Nº 1.717-6). Esta interpretação se estende à Lei nº 11.000/2004, que delegou aos conselhos competência para fixação das anuidades (contribuição à entidade profissional), visto que em clara ofensa ao princípio da legalidade tributária.*

5. *Apelo desprovido".*

(TRF3, Ap 00049326620114036130, QUARTA TURMA, DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 06/06/2018).

"EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTÁRIO. CONSELHO REGIONAL DE TÉCNICOS EM RADIOLOGIA DA 5ª REGIÃO - CRTR/SP. FIXAÇÃO DE ANUIDADE. NATUREZA JURÍDICA DA CONTRIBUIÇÃO. OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. *A presente execução fiscal é ajuizada pelo Conselho Regional de Técnicos em Radiologia da 5ª Região - CRTR/SP, visando à cobrança de débito relativo às anuidades de 2003, 2004, 2005, 2007 e 2008. As anuidades exigidas detêm natureza jurídica tributária, motivo pelo qual devem submeter-se aos princípios constitucionais da legalidade e da anterioridade, inclusive no tocante à fixação e alteração de alíquotas e base de cálculo (precedentes: STF, MS 21.797/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJU 18/05/2001; STJ, REsp 273674/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 27/05/2002).*

2. *O Supremo Tribunal Federal enfrentou e rejeitou o argumento de que o artigo 2º da Lei nº 11.000/2004 autorizaria os conselhos profissionais a fixar os valores de suas anuidades e, indo além, refutou também a alegação de que a decisão da Turma violaria o artigo 97 da Constituição Federal. (Precedente: STF, ARE 640937 AgR-segundo, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-171 DIVULG 05-09-2011 PUBLIC 06-09-2011 EMENT VOL-02581-02 PP-00362).*

3. *Acrescente-se que em decisão proferida no julgamento do RE 704292, ocorrido em 19/10/2016, de Relatoria do Ministro Dias Toffoli, com repercussão geral, a Suprema Corte decidiu que "É inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar, sem parâmetro legal, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos".*

4. Por outro lado, não há como aplicar as disposições contidas na Lei nº 6.994/82 uma vez que a referida norma não consta como fundamento legal da CDA de f. 4 (precedente deste Tribunal: AC n.º 00047159220124036128, DJe de 14/04/2016). Ademais, a legislação que serviu de fundamento para a cobrança das anuidades (Lei n.º 7.394/1985) não prevê a cobrança nem fixa valores.

5. *Apelação desprovida*".

(TRF3, Ap 00037420620134036128, TERCEIRA TURMA, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 11/04/2018).

órgão. O profissional em débito com o Conselho não está habilitado a votar, nos termos das normas estabelecidas pelo referido

Não há o que executar.

A jurisprudência:

“TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO ESTADO DE SÃO PAULO - CRC/SP. COBRANÇA DE ANUIDADES. OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. DECRETO-LEI Nº 9.295/46. APELAÇÃO PROVIDA.

1. *A questão devolvida a esta E. Corte diz respeito à cobrança de anuidades (2014 a 2018) pelo CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO ESTADO DE SÃO PAULO - CRC/SP.*

2. *As anuidades exigidas detém natureza jurídica tributária, motivo pelo qual devem submeter-se aos princípios constitucionais da legalidade e da anterioridade, inclusive no tocante à fixação e alteração de alíquotas e base de cálculo (precedentes: STF, MS 21.797/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJU 18/05/2001; STJ, REsp 273674/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 27/05/2002).*

3. *O Supremo Tribunal Federal enfrentou e rejeitou o argumento de que o artigo 2º da Lei nº 11.000/2004 autorizaria os conselhos profissionais a fixar os valores de suas anuidades e, indo além, refutou também a alegação de que a decisão da Turma violaria o artigo 97 da Constituição Federal. (Precedente: STF, ARE 640937 AgR-segundo, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-171 DIVULG 05-09-2011 PUBLIC 06-09-2011 EMENT VOL-02581-02 PP-00362).*

4. *No caso específico dos contabilistas o Decreto-Lei nº 9.295/1946, recepcionado pela CF/88 com status de lei ordinária em razão da matéria, com a redação conferida pela Lei nº 12.249/2010, fixou a partir de 2010 o valor máximo das anuidades cobradas dos profissionais e previu sua correção anual pelo IPCA.*

5. *A partir do exercício de 2011, portanto, resta atendido o princípio da legalidade tributária, desde que a CDA mencione o Decreto-Lei nº 9.295/1946 como fundamento legal da cobrança das anuidades. Precedente (TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 2209926 - 0050866-17.2013.4.03.6182, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 24/07/2019, e-DJF3 Judicial 1 DATA:31/07/2019).*

6. *No caso dos autos, a execução se refere a anuidades dos exercícios de 2014 a 2018 e o art. 21 do Decreto-Lei nº 9.295/1946 consta como fundamento legal das CDAs que a instruem, de forma que não há óbice ao seu regular prosseguimento.*

7. *Apelação provida.*

8. *Reformada a r. sentença para determinar o regular prosseguimento da execução fiscal”.*

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5011132-35.2018.4.03.6105, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 16/04/2020, Intimação via sistema DATA: 01/05/2020)

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO ESTADO DE SÃO PAULO. CDA. ANUIDADES ANTERIORES À LEI Nº 12.249/2010. RE nº 704.292. NÃO OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. NULIDADE. COBRANÇA DE MULTA POR DÉBITO ELEITORAL. DESCABIMENTO.

1. Trata-se de apelação interposta pelo Conselho Regional de Contabilidade do Estado de São Paulo em face de sentença que extinguiu a execução fiscal, sem julgamento do mérito, com fundamento no artigo 485, IV, VI, e § 3º, do CPC.

2. Diante do quanto decidido pelo STF no RE nº 704.292, a cobrança de anuidades anteriores à Lei nº 12.514/2011 constitui violação ao princípio da legalidade. Precedentes desta Turma.

3. No caso dos Conselhos de Contabilidade, essa lacuna foi suprida com a edição da Lei nº 12.249, de 11 de junho de 2010, que deu nova redação ao Decreto-Lei nº 9.295/46, inserindo os limites mínimos e máximos para fixação das anuidades (art. 21, §3º).

4. Ocorre que, no caso em apreço, as CDA executadas veiculam a cobrança de valores referentes às anuidades dos anos de 2008 e 2009, anteriores, portanto, aos normativos supramencionados.

5. Tampouco prospera a argumentação trazida no apelo de que os títulos teriam sua validade decorrente da Lei nº 6.994/1982, uma vez que este normativo foi expressamente revogado pelo artigo 66 da Lei nº 9.649/1998, e sequer é mencionado na fundamentação legal das CDAs, não sendo possível a substituição do título executivo nesse momento processual (art. 2º, §8º, da LEF).

6. No que concerne à cobrança de multa eleitoral, o associado inadimplente (e, portanto, em situação irregular) está impossibilitado de votar nas eleições do Conselho, diante da disposição do parágrafo 3º, art. 2º, da Resolução nº 833/1999 do Conselho Federal de Contabilidade. Assim, a multas em cobrança não pode ser exigida da parte executada. Precedentes da 3ª e 6ª Turmas desta Corte.

7. Mantida a sentença que, reconhecendo a inexigibilidade dos títulos executivos, extinguiu o processo, sem julgamento do mérito.

8. Apelação não provida”.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0047036-82.2009.4.03.6182, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 05/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 09/12/2019)

Por tais fundamentos, nego provimento à apelação.

Publique-se. Intime-se.

Decorrido o prazo recursal, remetam-se à origem

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5028455-68.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: ADMINISTRADORA DE SHOPPING CENTERS JARAGUA LTDA., CONDOMINIO PRO-INDIVISO SHOPPING JARAGUA ARARAQUARA, CONDOMINIO PRO-INDIVISO SHOPPING JARAGUA CONCEICAO, CONDOMINIO PRO-INDIVISO SHOPPING JARAGUA INDAIATUBA, TELEVISAO PRINCESA DOESTE DE CAMPINAS LTDA

Advogado do(a) APELANTE: ENEIDA VASCONCELOS DE QUEIROZ MIOTTO - SP349138-A

Advogado do(a) APELANTE: ENEIDA VASCONCELOS DE QUEIROZ MIOTTO - SP349138-A

Advogado do(a) APELANTE: ENEIDA VASCONCELOS DE QUEIROZ MIOTTO - SP349138-A

Advogado do(a) APELANTE: ENEIDA VASCONCELOS DE QUEIROZ MIOTTO - SP349138-A

Advogado do(a) APELANTE: ENEIDA VASCONCELOS DE QUEIROZ MIOTTO - SP349138-A

Advogado do(a) APELANTE: ENEIDA VASCONCELOS DE QUEIROZ MIOTTO - SP349138-A

Advogado do(a) APELANTE: ENEIDA VASCONCELOS DE QUEIROZ MIOTTO - SP349138-A

Advogado do(a) APELANTE: ENEIDA VASCONCELOS DE QUEIROZ MIOTTO - SP349138-A

Advogado do(a) APELANTE: ENEIDA VASCONCELOS DE QUEIROZ MIOTTO - SP349138-A

Advogado do(a) APELANTE: ENEIDA VASCONCELOS DE QUEIROZ MIOTTO - SP349138-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS, AGÊNCIA DE PROMOÇÃO DE EXPORTAÇÕES DO BRASIL - APEX-BRASIL, AGÊNCIA BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL - ABDI

Advogados do(a) APELADO: THIAGO LUIZ ISACKSSON DALBUQUERQUE - DF20792-A, LARISSA MOREIRA COSTA - DF16745-A, ALEXANDRE CESAR FARIA - SP144895-A

Advogado do(a) APELADO: DANIELLA VITELBO APARICIO PAZINI RIPER - SP174987-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5028455-68.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: ADMINISTRADORA DE SHOPPING CENTERS JARAGUA LTDA., CONDOMINIO PRO-INDIVISO SHOPPING JARAGUA ARARAQUARA, CONDOMINIO PRO-INDIVISO SHOPPING JARAGUA CONCEICAO, CONDOMINIO PRO-INDIVISO SHOPPING JARAGUA INDAIATUBA, TELEVISAO PRINCESA DOESTE DE CAMPINAS LTDA

Advogado do(a) APELANTE: ENEIDA VASCONCELOS DE QUEIROZ MIOTTO - SP349138-A

Advogado do(a) APELANTE: ENEIDA VASCONCELOS DE QUEIROZ MIOTTO - SP349138-A

Advogado do(a) APELANTE: ENEIDA VASCONCELOS DE QUEIROZ MIOTTO - SP349138-A

Advogado do(a) APELANTE: ENEIDA VASCONCELOS DE QUEIROZ MIOTTO - SP349138-A

Advogado do(a) APELANTE: ENEIDA VASCONCELOS DE QUEIROZ MIOTTO - SP349138-A

Advogado do(a) APELANTE: ENEIDA VASCONCELOS DE QUEIROZ MIOTTO - SP349138-A

Advogado do(a) APELANTE: ENEIDA VASCONCELOS DE QUEIROZ MIOTTO - SP349138-A

Advogado do(a) APELANTE: ENEIDA VASCONCELOS DE QUEIROZ MIOTTO - SP349138-A

Advogado do(a) APELANTE: ENEIDA VASCONCELOS DE QUEIROZ MIOTTO - SP349138-A

Advogado do(a) APELANTE: ENEIDA VASCONCELOS DE QUEIROZ MIOTTO - SP349138-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS, AGÊNCIA DE PROMOÇÃO DE EXPORTAÇÕES DO BRASIL - APEX-BRASIL, AGÊNCIA BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL - ABDI
Advogados do(a) APELADO: THIAGO LUIZ ISACKSSON DALBUQUERQUE - DF20792-A, LARISSA MOREIRA COSTA - DF16745-A, ALEXANDRE CESAR FARIA - SP144895-A
Advogado do(a) APELADO: DANIELLA VITELBO APARICIO PAZINI RIPER - SP174987-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Trata-se de ação destinada a afastar a incidência da contribuição ao SEBRAE sobre a folha de salários.

A r. sentença (ID 97188699) julgou o pedido inicial improcedente e condenou a autora ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) do valor da causa.

A autora, ora apelante (ID 97188705), requer a reforma da r. sentença, sob o argumento de inconstitucionalidade da contribuição.

Respostas (ID 97188709 e 97188711).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5028455-68.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: ADMINISTRADORA DE SHOPPING CENTERS JARAGUA LTDA., CONDOMINIO PRO-INDIVISO SHOPPING JARAGUA ARARAQUARA, CONDOMINIO PRO-INDIVISO SHOPPING JARAGUA CONCEICAO, CONDOMINIO PRO-INDIVISO SHOPPING JARAGUA INDAIATUBA, TELEVISAO PRINCESA DO OESTE DE CAMPINAS LTDA

Advogado do(a) APELANTE: ENEIDA VASCONCELOS DE QUEIROZ MIOTTO - SP349138-A

Advogado do(a) APELANTE: ENEIDA VASCONCELOS DE QUEIROZ MIOTTO - SP349138-A

Advogado do(a) APELANTE: ENEIDA VASCONCELOS DE QUEIROZ MIOTTO - SP349138-A

Advogado do(a) APELANTE: ENEIDA VASCONCELOS DE QUEIROZ MIOTTO - SP349138-A

Advogado do(a) APELANTE: ENEIDA VASCONCELOS DE QUEIROZ MIOTTO - SP349138-A

Advogado do(a) APELANTE: ENEIDA VASCONCELOS DE QUEIROZ MIOTTO - SP349138-A

Advogado do(a) APELANTE: ENEIDA VASCONCELOS DE QUEIROZ MIOTTO - SP349138-A

Advogado do(a) APELANTE: ENEIDA VASCONCELOS DE QUEIROZ MIOTTO - SP349138-A

Advogado do(a) APELANTE: ENEIDA VASCONCELOS DE QUEIROZ MIOTTO - SP349138-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS, AGÊNCIA DE PROMOÇÃO DE EXPORTAÇÕES DO BRASIL - APEX-BRASIL, AGÊNCIA BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL - ABDI

Advogados do(a) APELADO: THIAGO LUIZ ISACKSSON DALBUQUERQUE - DF20792-A, LARISSA MOREIRA COSTA - DF16745-A, ALEXANDRE CESAR FARIA - SP144895-A

Advogado do(a) APELADO: DANIELLA VITELBO APARICIO PAZINI RIPER - SP174987-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

A contribuição é devida.

O Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da exigência da contribuição ao SEBRAE:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PARA O SEBRAE. CARÁTER AUTÔNOMO E DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. SUJEIÇÃO PASSIVA QUE DEVE ALCANÇAR COOPERATIVAS QUE ATUEM NO SETOR.

No julgamento do Recurso Extraordinário 635.682, Rel. Min. Gilmar Mendes, o Plenário desta Corte reconheceu a constitucionalidade da contribuição para o Sebrae. Ao apreciar o RE 396.226/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, o Tribunal assentou que a contribuição para o Sebrae é autônoma e possui caráter de intervenção no domínio econômico. Assim, a sujeição passiva deve ser atribuída aos agentes que atuem no segmento econômico alcançado pela intervenção estatal. Não há na hipótese referibilidade estrita que restrinja o alcance da exação ao âmbito de atuação do Sebrae. A natureza da contribuição impõe que se reconheça a efetiva atuação no segmento econômico objeto da intervenção estatal em detrimento do intuito lucrativo, sobretudo pela existência de capacidade contributiva. Agravo regimental a que se nega provimento.

(RE 595670 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 27/05/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-118 DIVULG 18-06-2014 PUBLIC 20-06-2014).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRIBUIÇÃO AO SEBRAE. DESNECESSIDADE DE EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR PARA INSTITUIÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. PERÍODO POSTERIOR AO ADVENTO DA LEI Nº 8.706/93. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. OFENSA REFLEXA. SÚMULA Nº 636.

1. O Plenário da Corte, ao apreciar o RE nº 635.682/RJ-RG (Relator o Ministro Gilmar Mendes, julgado em 25/4/13), cuja repercussão geral havia sido reconhecida, reafirmou o posicionamento da Corte pela desnecessidade de edição de lei complementar para a instituição da contribuição destinada ao SEBRAE, bem como pela sua caracterização como contribuição de intervenção no domínio econômico.

2. No tocante à alegada violação do princípio da legalidade tributária e à consequente inexistência de exigibilidade da contribuição para o SEBRAE após o advento da Lei nº 8.706/93, a qual instituiu as exações destinadas ao SEST e SENAT, da forma como decidido no v. acórdão, seria necessário o específico reexame da legislação infraconstitucional pertinente ao caso (Lei nº 8.706/93 e Decretos nºs 1.007/93 e 1.092/94), o que não é cabível nessa instância recursal. Incidência da Súmula nº 636 da Corte. Precedentes.

3. Agravo regimental não provido.

(AI 608035 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 25/06/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-187 DIVULG 23-09-2013 PUBLIC 24-09-2013).

A EC 33/01 não alterou as hipóteses de incidência.

A jurisprudência desta Corte:

REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÕES EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES AO SISTEMA S, INCRA E SALÁRIO-EDUCAÇÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA DAS ENTIDADES DESTINATÁRIAS DOS RECURSOS ARRECADADOS. CONTRIBUIÇÕES AO SISTEMA S E SALÁRIO-EDUCAÇÃO. EC 33/01. A ALTERAÇÃO CONSTITUCIONAL NÃO IMPÕS RESTRIÇÃO ÀS CONTRIBUIÇÕES, MAS APENAS EXEMPLIFICOU BASES DE CÁLCULO A SEREM ELENCADAS CASO SEJAM INSTITUÍDAS NOVAS CONTRIBUIÇÕES. SEGURANÇA DENEGADA.

1. A jurisprudência do STJ cristalizou-se em favor da legitimidade passiva das entidades do Sistema S para as causas em que o contribuinte discute as contribuições cujo resultado econômico deve servir às atividades daqueles entes, afastando a alegação de ilegitimidade passiva do SEBRAE-SP.

2. No que tange às contribuições destinadas ao Sistema S, sua instituição deriva dos Decretos-Lei 9.853/46 e 8.621/46 e tem recepção constitucional garantida pelo art. 240 da CF, ressaltando das disposições referentes às contribuições sociais strictu sensu (previstas no art. 195) as contribuições compulsórias dos empregados sobre a folha de salários voltadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical. Têm, porquanto, fundamento constitucional autônomo, rechaçando a disciplina do art. 149 da CF. O mesmo se diz quanto às contribuições do salário-educação, pois, conforme reconhecido pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade, têm por fulcro o art. 212, § 5º, da CF.

3. Quanto à tese restritiva atinente à EC 33/01, este Tribunal sedimentou jurisprudência no sentido de que as alternativas de base de cálculo agora previstas no art. 149, § 2º, da CF não são taxativas, mantendo-se hígdas as contribuições então incidentes sobre a folha de salários - até porque se esta fosse a intenção do constituinte derivado, certamente disciplinaria a nova fonte de custeio das entidades favorecidas pelas contribuições.

(TRF3, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 371761 0006608-66.2016.4.03.6100, SEXTA TURMA, DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 31/08/2018).

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. RECURSO DE APELAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO AO SESC, SENAC, SEBRAE, INCRA, SALÁRIO-EDUCAÇÃO E AO FGTS. ILEGITIMIDADE PASSIVA DAS ENTIDADES PARAESTATAIS. CONSTITUCIONALIDADE. EC 33/2001. ARTIGO 149, § 2º, III, A, CF. BASE DE CÁLCULO. FOLHA DE SALÁRIOS. RECURSO IMPROVIDO.

1. A legitimidade para figurar no polo passivo da demanda é somente da União Federal. A matéria abordada nos autos diz respeito à incidência de contribuição sobre parcelas da remuneração. Assim, cabe à Secretaria da Receita Federal do Brasil a fiscalização e cobrança dos tributos em questão, tendo as entidades terceiras, às quais se destinam os recursos arrecadados, mero interesse econômico, mas não jurídico.

2. Segundo entendimento jurisprudencial consolidado nos Tribunais Federais e nesta Corte é exigível a contribuição destinada ao SESC, SENAC, SEBRAE, INCRA, FNDE e FGTS; inclusive após o advento da EC 33/2001. A nova redação do artigo 149, §2º, da CF/88 prevê, tão somente, alternativas de bases de cálculo para as contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, sem o propósito de estabelecer proibição de que sejam adotadas outras bases de cálculo.

3. A nova redação constitucional leva à compreensão de que as bases de cálculo para as contribuições especificadas no inciso III no § 2º do artigo 149 da CF, incluído pela EC nº 33/01, são previstas apenas de forma exemplificativa e não tem o condão de retirar a validade da contribuição social ou de intervenção do domínio econômico incidente sobre a folha de pagamento.

4. Caso contrário, acolhido o raciocínio da apelante, a redação do art. 149, §2º, que faz clara referência às contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, obstaria inclusive a incidência de contribuições sociais à seguridade social sobre a folha do pagamento das empresas, inferência ofensiva à disposição constitucional expressa do art. 195, I, da CF/88.

5. Recurso de Apelação não provido. Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao recurso de apelação e, de ofício, julgar extinta a ação sem resolução do mérito quanto ao SESC, SENAC, SEBRAE, INCRA e FNDE em face da ilegitimidade passiva das entidades, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

(TRF3, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2198347 0008473-95.2014.4.03.6100, PRIMEIRA TURMA, DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 20/03/2018).

Considerado o trabalho adicional realizado pelos advogados, em decorrência da interposição de recurso, fixo os honorários advocatícios em 11% (onze por cento) do valor da causa, nos termos do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil.

Por tais fundamentos, **nego provimento** à apelação.

É o voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO - APELAÇÃO – CONTRIBUIÇÃO - SEBRAE - EMENDA CONSTITUCIONAL 33/01 - FOLHA DE SALÁRIOS.

1. O Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da exigência da contribuição ao SEBRAE.
2. A EC 33/01 não alterou as hipóteses de incidência. Precedentes.
3. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0019879-90.2016.4.03.6182
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: TRIANON POSTO DE SERVICOS LTDA
Advogado do(a) APELANTE: AFONSO HENRIQUE ALVES BRAGA - SP122093-A
APELADO: AGENCIA NACIONAL DO PETROLEO, GAS NATURAL E BIOCOMBUSTIVEIS

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

A apelante reitera pedido de justiça gratuita indeferido pelo MM. Juízo *a quo*.

A concessão do benefício da gratuidade da justiça em favor de pessoa jurídica se restringe a casos em que há evidente prova de necessidade. Neste sentido:

Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais.

(Súmula 481, CORTE ESPECIAL, julgado em 28/06/2012, DJe 01/08/2012)

Vale registrar que o atual Código de Processo Civil estipula em seu art. 99, § 3º, que se presume verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural, de modo que para as pessoas jurídicas há que se comprovar, por meio idôneo, a momentânea impossibilidade financeira do recolhimento das custas do processo, o que não ocorre *in casu*.

Em que pese a Justiça Gratuita poder ser pleiteada em qualquer grau de jurisdição, a parte embargante teve indeferido o seu pleito pelo Juízo de origem por considerar que o simples fato de se tratar de pessoa jurídica não faz presumir a hipossuficiência.

A decisão deve ser mantida.

Não há nestes autos qualquer **prova documental** idônea que comprove a momentânea impossibilidade financeira do recolhimento do recolhimento das custas do processo, destacando-se que a decretação de falência não presume a impossibilidade de recolhimento de custas.

De todo modo, anoto que é pacífico o entendimento jurisprudencial no sentido de que, em sede de execução fiscal em trâmite na Justiça Federal, a oposição de embargos não se sujeita ao recolhimento de custas, isenção que se estende à apelação.

Indefiro o pedido de justiça gratuita.

Intime-se.

Após, voltem-me os autos cls.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003794-13.2018.4.03.6104

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: EXPRESSO PRINCESA DOS CAMPOS SA

Advogados do(a) APELANTE: JOAO JOAQUIM MARTINELLI - SP175215-S, PRISCILA DALCOMUNI - SC16054-A

APELADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM SANTOS, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003794-13.2018.4.03.6104

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: EXPRESSO PRINCESA DOS CAMPOS SA

Advogados do(a) APELANTE: JOAO JOAQUIM MARTINELLI - SC3210-S, PRISCILA DALCOMUNI - SC16054-A

APELADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM SANTOS, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Trata-se de mandado de segurança destinado a afastar a incidência da contribuição ao SEBRAE sobre a folha de salários.

A r. sentença (ID 107585083) julgou o pedido inicial improcedente.

A impetrante, ora apelante (ID 107585095), requer a reforma da r. sentença.

Aduz a obrigatoriedade do sobrestamento do processo, em decorrência do reconhecimento da repercussão geral do tema, pelo Supremo Tribunal Federal.

Sustenta a inconstitucionalidade da contribuição.

Respostas (ID 107585102 e 107585104).

A Procuradoria Regional da República apresentou parecer (ID 123955730).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003794-13.2018.4.03.6104
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: EXPRESSO PRINCESA DOS CAMPOS SA
Advogados do(a) APELANTE: JOAO JOAQUIM MARTINELLI - SC3210-S, PRISCILA DALCOMUNI - SC16054-A
APELADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM SANTOS, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da matéria.

Não foi determinado o sobrestamento, pelos Relatores do RE 630.898 e do RE 603.624, no Supremo Tribunal Federal, nos termos do artigo 1.037, inciso II, do Código de Processo Civil.

Não é cabível a suspensão do andamento do processo.

No mais, a contribuição é devida.

O Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da exigência da contribuição ao SEBRAE:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PARA O SEBRAE. CARÁTER AUTÔNOMO E DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. SUJEIÇÃO PASSIVA QUE DEVE ALCANÇAR COOPERATIVAS QUE ATUEM NO SETOR.

No julgamento do Recurso Extraordinário 635.682, Rel. Min. Gilmar Mendes, o Plenário desta Corte reconheceu a constitucionalidade da contribuição para o Sebrae. Ao apreciar o RE 396.226/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, o Tribunal assentou que a contribuição para o Sebrae é autônoma e possui caráter de intervenção no domínio econômico. Assim, a sujeição passiva deve ser atribuída aos agentes que atuam no segmento econômico alcançado pela intervenção estatal. Não há na hipótese referibilidade estrita que restrinja o alcance da exação ao âmbito de atuação do Sebrae. A natureza da contribuição impõe que se reconheça a efetiva atuação no segmento econômico objeto da intervenção estatal em detrimento do intuito lucrativo, sobretudo pela existência de capacidade contributiva. Agravo regimental a que se nega provimento.

(RE 595670 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 27/05/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-118 DIVULG 18-06-2014 PUBLIC 20-06-2014).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRIBUIÇÃO AO SEBRAE. DESNECESSIDADE DE EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR PARA INSTITUIÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. PERÍODO POSTERIOR AO ADVENTO DA LEI Nº 8.706/93. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. OFENSA REFLEXA. SÚMULA Nº 636.

1. O Plenário da Corte, ao apreciar o RE nº 635.682/RJ-RG (Relator o Ministro Gilmar Mendes, julgado em 25/4/13), cuja repercussão geral havia sido reconhecida, reafirmou o posicionamento da Corte pela desnecessidade de edição de lei complementar para a instituição da contribuição destinada ao SEBRAE, bem como pela sua caracterização como contribuição de intervenção no domínio econômico.

2. No tocante à alegada violação do princípio da legalidade tributária e à consequente inexistência de exigibilidade da contribuição para o SEBRAE após o advento da Lei nº 8.706/93, a qual instituiu as exações destinadas ao SEST e SENAT, da forma como decidido no v. acórdão, seria necessário o específico reexame da legislação infraconstitucional pertinente ao caso (Lei nº 8.706/93 e Decretos nºs 1.007/93 e 1.092/94), o que não é cabível nessa instância recursal. Incidência da Súmula nº 636 da Corte. Precedentes.

3. Agravo regimental não provido.

(AI 608035 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 25/06/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-187 DIVULG 23-09-2013 PUBLIC 24-09-2013).

A EC 33/01 não alterou as hipóteses de incidência.

A jurisprudência desta Corte:

REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÕES EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES AO SISTEMA S, INCRA E SALÁRIO-EDUCAÇÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA DAS ENTIDADES DESTINATÁRIAS DOS RECURSOS ARRECADADOS. CONTRIBUIÇÕES AO SISTEMA S E SALÁRIO-EDUCAÇÃO. EC 33/01. A ALTERAÇÃO CONSTITUCIONAL NÃO IMPÕS RESTRIÇÃO ÀS CONTRIBUIÇÕES, MAS APENAS EXEMPLIFICOU BASES DE CÁLCULO A SEREM ELENCADAS CASO SEJAM INSTITUÍDAS NOVAS CONTRIBUIÇÕES. SEGURANÇA DENEGADA.

1. A jurisprudência do STJ cristalizou-se em favor da legitimidade passiva das entidades do Sistema S para as causas em que o contribuinte discute as contribuições cujo resultado econômico deve servir às atividades daqueles entes, afastando a alegação de ilegitimidade passiva do SEBRAE-SP.

2. No que tange às contribuições destinadas ao Sistema S, sua instituição deriva dos Decretos-Lei 9.853/46 e 8.621/46 e tem recepção constitucional garantida pelo art. 240 da CF, ressalvando das disposições referentes às contribuições sociais strictu sensu (previstas no art. 195) as contribuições compulsórias dos empregados sobre a folha de salários voltadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical. Têm, porquanto, fundamento constitucional autônomo, rechaçando a disciplina do art. 149 da CF. O mesmo se diz quanto às contribuições do salário-educação, pois, conforme reconhecido pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade, têm por fulcro o art. 212, § 5º, da CF.

3. Quanto à tese restritiva atinente à EC 33/01, este Tribunal sedimentou jurisprudência no sentido de que as alternativas de base de cálculo agora previstas no art. 149, § 2º, da CF não são taxativas, mantendo-se hígdas as contribuições então incidentes sobre a folha de salários - até porque se esta fosse a intenção do constituinte derivado, certamente disciplinaria a nova fonte de custeio das entidades favorecidas pelas contribuições.

(TRF3, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 371761 0006608-66.2016.4.03.6100, SEXTA TURMA, DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 31/08/2018).

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. RECURSO DE APELAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO AO SESC, SENAC, SEBRAE, INCRA, SALÁRIO-EDUCAÇÃO E AO FGTS. ILEGITIMIDADE PASSIVA DAS ENTIDADES PARAESTATAIS. CONSTITUCIONALIDADE. EC 33/2001. ARTIGO 149, § 2º, III, A, CF. BASE DE CÁLCULO. FOLHA DE SALÁRIOS. RECURSO IMPROVIDO.

1. A legitimidade para figurar no polo passivo da demanda é somente da União Federal. A matéria abordada nos autos diz respeito à incidência de contribuição sobre parcelas da remuneração. Assim, cabe à Secretaria da Receita Federal do Brasil a fiscalização e cobrança dos tributos em questão, tendo as entidades terceiras, às quais se destinam os recursos arrecadados, mero interesse econômico, mas não jurídico.

2. Segundo entendimento jurisprudencial consolidado nos Tribunais Federais e nesta Corte é exigível a contribuição destinada ao SESC, SENAC, SEBRAE, INCRA, FNDE e FGTS; inclusive após o advento da EC 33/2001. A nova redação do artigo 149, §2º, da CF/88 prevê, tão somente, alternativas de bases de cálculo para as contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, sem o propósito de estabelecer proibição de que sejam adotadas outras bases de cálculo.

3. A nova redação constitucional leva à compreensão de que as bases de cálculo para as contribuições especificadas no inciso III no § 2º do artigo 149 da CF, incluído pela EC nº 33/01, são previstas apenas de forma exemplificativa e não tem o condão de retirar a validade da contribuição social ou de intervenção do domínio econômico incidente sobre a folha de pagamento.

4. Caso contrário, acolhido o raciocínio da apelante, a redação do art. 149, §2º, que faz clara referência às contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, obstaria inclusive a incidência de contribuições sociais à seguridade social sobre a folha do pagamento das empresas, inferência ofensiva à disposição constitucional expressa do art. 195, I, a da CF/88.

5. Recurso de Apelação não provido. Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao recurso de apelação e, de ofício, julgar extinta a ação sem resolução do mérito quanto ao SESC, SENAC, SEBRAE, INCRA e FNDE em face da ilegitimidade passiva das entidades, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

(TRF3, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2198347 0008473-95.2014.4.03.6100, PRIMEIRA TURMA, DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 20/03/2018).

No mandado de segurança não são devidos honorários advocatícios, nos termos do artigo 25, da Lei Federal nº. 12.016/09.

Por tais fundamentos, **nego provimento** à apelação.

É o voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - APELAÇÃO – CONTRIBUIÇÃO - SEBRAE - EMENDA CONSTITUCIONAL 33/01 - FOLHA DE SALÁRIOS.

1. O Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da exigência da contribuição ao SEBRAE.
2. A EC 33/01 não alterou as hipóteses de incidência. Precedentes.
3. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0077362-73.1992.4.03.6100

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: HENKEL LTDA

Advogado do(a) APELANTE: ANTONIO LUIZ GONCALVES AZEVEDO LAGE - SP157108

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0077362-73.1992.4.03.6100

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: HENKEL LTDA

Advogado do(a) APELANTE: ANTONIO LUIZ GONCALVES AZEVEDO LAGE - SP157108

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Trata-se de ação anulatória de auto de infração.

A autora afirma a inexigibilidade do crédito porque realizou o creditamento com IPI decorrente da aquisição de insumos isentos, provenientes de indústrias da Zona Franca de Manaus.

A r. sentença julgou o pedido inicial improcedente e condenou a autora ao pagamento de honorários advocatícios de 10% do valor da causa (fls. 60/62, ID 12351764).

Na sessão de julgamentos de 11 de julho de 2007, a Sexta Turma negou provimento à apelação (fls. 111/121, ID 12351764).

A ementa (fls. 121, ID 12351764):

TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL – IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS – IPI – MATÉRIA-PRIMA E INSUMOS TRIBUTADOS – PRODUTO FINAL SEM TRIBUTAÇÃO – CREDITAMENTO – PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE – IMPOSSIBILIDADE.

1. A não-cumulatividade é característica do IPI que visa assegurar o recolhimento aos cofres públicos do valor apurado pela alíquota incidente sobre o produto final, evitando a incidência de tributo sobre tributo, que ocorreria “em cascata” se o valor pago em cada etapa se agregasse ao produto e passasse a integrar a base de cálculo nas etapas subseqüentes.

2. Visando atender a não-cumulatividade, adota-se o sistema do crédito físico fazendo-se a compensação do montante devido em cada operação com o montante que foi pago na operação anterior; razão pela qual o aproveitamento do crédito somente pode ocorrer quando há pagamento do tributo na saída da mercadoria.

3. Caso não exista pagamento a ser feito nesta etapa do processo produtivo, não há crédito a compensar. O montante que já foi recolhido na operação anterior passa a integrar o preço do produto e será suportado pelo consumidor final.

4. Para a compensação, essencial a verificação do ônus tributário, razão pela qual inviável nos casos de não-incidência, alíquota zero ou isenção dos produtos, quando não há representação econômica do IPI.

5. O creditamento do IPI incidente sobre os insumos utilizados na produção de mercadorias destinadas à Zona Franca de Manaus dependia de expressa menção da lei, não surgindo como direito automático a partir da mera interpretação da Constituição da República.

6. A restrição ao creditamento do IPI relativo aos produtores localizados fora daquela área, justamente em consonância com o princípio da não-cumulatividade, tal como exposto no artigo 153 da Constituição é aplicável em conjunto com o artigo 40 do ADCT, a partir de uma interpretação harmônica das disposições constitucionais, não tendo a Lei 8.034/90 ofendido o princípio da não-cumulatividade.

7. Possibilidade de veiculação de matéria tributária por Medida Provisória, posteriormente convertida em lei. Entendimento do C. STF.

A autora interpôs recurso extraordinário (fls. 127/152, ID 12351764), cujo andamento foi sobrestado pela Vice-Presidência em 4 de junho de 2008 (fls. 9/12, ID 123521765).

Em 28 de outubro de 2019, a Vice-Presidência remeteu os autos para eventual juízo de retratação (fls. 33, ID 123521765).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0077362-73.1992.4.03.6100

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: HENKEL LTDA

Advogado do(a) APELANTE: ANTONIO LUIZ GONCALVES AZEVEDO LAGE - SP157108

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

O Supremo Tribunal Federal definiu a questão do credimento, na hipótese de não-incidência na operação anterior, em regime de repercussão geral:

Recurso extraordinário. Repercussão geral. 2. Tributário. Aquisição de insumos isentos, não tributados ou sujeitos à alíquota zero. 3. Creditamento de IPI. Impossibilidade. 4. Os princípios da não cumulatividade e da seletividade, previstos no art. 153, § 3º, I e II, da Constituição Federal, não asseguram direito de crédito presumido de IPI para o contribuinte adquirente de insumos não tributados ou sujeitos à alíquota zero. Precedentes. 5. Recurso não provido. Reafirmação de jurisprudência.

(RE 398365 RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 27/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-188 DIVULG 21-09-2015 PUBLIC 22-09-2015)

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal declarou a inaplicabilidade do entendimento às operações provenientes da Zona Franca de Manaus, dada a peculiaridade da incidência tributária na região, por mandamento constitucional.

O precedente, também prolatado em regime de repercussão geral:

TRIBUTÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS – IPI. CREDITAMENTO NA AQUISIÇÃO DIRETA DE INSUMOS PROVENIENTES DA ZONA FRANCA DE MANAUS. ARTIGOS 40, 92 E 92-A DO ADCT. CONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 3º, 43, § 2º, III, 151, I E 170, I E VII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INAPLICABILIDADE DA REGRA CONTIDA NO ARTIGO 153, § 3º, II DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL À ESPÉCIE.

O fato de os produtos serem oriundos da Zona Franca de Manaus reveste-se de particularidade suficiente a distinguir o presente feito dos anteriores julgados do Supremo Tribunal Federal sobre o creditamento do IPI quando em jogo medidas desonerativas.

O tratamento constitucional conferido aos incentivos fiscais direcionados para sub-região de Manaus é especialíssimo. A isenção do IPI em prol do desenvolvimento da região é de interesse da federação como um todo, pois este desenvolvimento é, na verdade, da nação brasileira. A peculiaridade desta sistemática reclama exegese teleológica, de modo a assegurar a concretização da finalidade pretendida.

À luz do postulado da razoabilidade, a regra da não cumulatividade esculpida no artigo 153, § 3º, II da Constituição, se compreendida como uma exigência de crédito presumido para creditamento diante de toda e qualquer isenção, cede espaço para a realização da igualdade, do pacto federativo, dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e da soberania nacional.

Recurso Extraordinário desprovido.

(STF, RE 592.891/SP, Rel. Min. ROSA WEBER, Plenário, j. 25/04/2019).

A tese do tema nº 322, fixada no julgamento realizado em repercussão geral:

"Há direito ao creditamento de IPI na entrada de insumos, matéria-prima e material de embalagem adquiridos junto à Zona Franca de Manaus sob o regime da isenção, considerada a previsão de incentivos regionais constante do art. 43, § 2º, III, da Constituição Federal, combinada com o comando do art. 40 do ADCT".

Nos termos do atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, **é devido o creditamento** na aquisição da Zona Franca de Manaus.

No caso concreto, o auto de infração (fls. 34, ID 123521764):

"cobrança de crédito tributário devido a Fazenda Nacional, pela ocorrência de insuficiência de recolhimento do IPI nos períodos de MAR/90 a MAI/91, uma vez que o contribuinte deixou de efetuar o devido estorno do citado imposto relativo aos insumos empregados nos produtos remetidos a Zona Franca de Manaus e Amazônia Ocidental".

A operação contábil identificada é **regular**.

A autuação é indevida.

Condeno a União ao pagamento de honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

Por tais fundamentos, em juízo de retratação, **dou provimento à apelação**, com inversão dos ônus sucumbenciais.

É o voto.

EMENTA

PROCESSO CIVIL - JUÍZO DE RETRATAÇÃO - TRIBUTÁRIO - CREDITAMENTO DE IPI - ZONA FRANCA DE MANAUS - ATUAL ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. O Supremo Tribunal Federal definiu a questão do credimento, na hipótese de não-incidência na operação anterior, em regime de repercussão geral: RE 398365 RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 27/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-188 DIVULG 21-09-2015 PUBLIC 22-09-2015.
2. Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal declarou a inaplicabilidade do entendimento às operações provenientes da Zona Franca de Manaus, dada a peculiaridade da incidência tributária na região, por mandamento constitucional: TEMA 322 - STF, RE 592.891/SP, Rel. Min. ROSA WEBER, Plenário, j. 25/04/2019.
3. Exercício do juízo de retratação. Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, com inversão dos ônus sucumbenciais, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5002352-30.2019.4.03.6119
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: TRUCKVAN INDUSTRIA E COMERCIO LTDA
Advogado do(a) APELANTE: GUILHERME DE MEIRA COELHO - SP313533-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5002352-30.2019.4.03.6119
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: TRUCKVAN INDUSTRIA E COMERCIO LTDA
Advogado do(a) APELANTE: GUILHERME DE MEIRA COELHO - SP313533-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Trata-se de mandado de segurança destinado a afastar a incidência do salário educação sobre a folha de salários, com a compensação ou restituição de valores.

A r. sentença (ID 100069296) julgou o pedido inicial improcedente.

Apelação do impetrante (ID 100069308), na qual requer a reforma da r. sentença.

Suscita nulidade: a r. sentença seria omissa na análise do v. Acórdão, prolatado pelo Supremo Tribunal Federal, no RE nº. 290.079.

Sustenta que o salário educação não foi recepcionado pela Constituição ou foi revogado com a edição da EC nº. 33/01.

Aponta violação ao artigo 149, §2º, III da Constituição Federal, pela aplicação da alíquota “ad valorem” à folha de salários. Apenas seria possível a incidência de determinada alíquota sobre (a) o faturamento, (b) a receita bruta, (c) o valor da operação ou (d) o valor aduaneiro.

Contrarrazões (ID 100069316).

O Ministério Público Federal apresentou parecer (ID 120887949).

É o relatório.

APELANTE: TRUCKVAN INDUSTRIA E COMERCIO LTDA
Advogado do(a) APELANTE: GUILHERME DE MEIRA COELHO - SP313533-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

A preliminar não tem pertinência.

Não há qualquer vício na r. sentença. Pedido e fundamento jurídico são institutos processuais distintos. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.

No caso concreto, a apelante não demonstra a invalidade jurídica da fundamentação adotada na r. sentença. Pretende, é certo, outra. Não se trata, então, da ocorrência de vício na decisão da causa, mas de sua realização por fundamento jurídico diverso da intelecção da parte.

No mais, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da exigência do salário-educação, no regime das Constituições de 1969 e 1988: STF, RE 660933 RG, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, julgado em 02/02/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-037 DIVULG 22-02-2012 PUBLIC 23-02-2012, trânsito em julgado: 19/03/2012.

A Súmula nº. 732, do Supremo Tribunal Federal: **“É constitucional a cobrança da contribuição do salário-educação, seja sob a Carta de 1969, seja sob a Constituição Federal de 1988, e no regime da Lei 9.424/1996”**.

A EC 33/01 não alterou as hipóteses de incidência existentes. A jurisprudência desta Corte:

REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÕES EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES AO SISTEMA S, INCRA E SALÁRIO-EDUCAÇÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA DAS ENTIDADES DESTINATÁRIAS DOS RECURSOS ARRECADADOS. CONTRIBUIÇÕES AO SISTEMA S E SALÁRIO-EDUCAÇÃO. EC 33/01. A ALTERAÇÃO CONSTITUCIONAL NÃO IMPÕS RESTRIÇÃO ÀS CONTRIBUIÇÕES, MAS APENAS EXEMPLIFICOU BASES DE CÁLCULO A SEREM ELENCADAS CASO SEJAM INSTITUÍDAS NOVAS CONTRIBUIÇÕES. SEGURANÇA DENEGADA. 1. A jurisprudência do STJ cristalizou-se em favor da legitimidade passiva das entidades do Sistema S para as causas em que o contribuinte discute as contribuições cujo resultado econômico deve servir às atividades daqueles entes, afastando a alegação de ilegitimidade passiva do SEBRAE-SP. 2. No que tange às contribuições destinadas ao Sistema S, sua instituição deriva dos Decretos-Lei 9.853/46 e 8.621/46 e tem recepção constitucional garantida pelo art. 240 da CF, ressalvando das disposições referentes às contribuições sociais strictu sensu (previstas no art. 195) as contribuições compulsórias dos empregados sobre a folha de salários voltadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical. Têm, porquanto, fundamento constitucional autônomo, rechaçando a disciplina do art. 149 da CF. O mesmo se diz quanto às contribuições do salário-educação, pois, conforme reconhecido pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade, têm por fulcro o art. 212, § 5º, da CF.

3. Quanto à tese restritiva atinente à EC 33/01, este Tribunal sedimentou jurisprudência no sentido de que as alternativas de base de cálculo agora previstas no art. 149, § 2º, da CF não são taxativas, mantendo-se hígdas as contribuições então incidentes sobre a folha de salários - até porque se esta fosse a intenção do constituinte derivado, certamente disciplinaria a nova fonte de custeio das entidades favorecidas pelas contribuições.

(TRF3, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 371761 0006608-66.2016.4.03.6100, SEXTA TURMA, DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 31/08/2018).

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. RECURSO DE APELAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO AO SESC, SENAC, SEBRAE, INCRA, SALÁRIO-EDUCAÇÃO E AO FGTS. ILEGITIMIDADE PASSIVA DAS ENTIDADES PARAESTATAIS. CONSTITUCIONALIDADE. EC 33/2001. ARTIGO 149, § 2º, III, A, CF. BASE DE CÁLCULO. FOLHA DE SALÁRIOS. RECURSO IMPROVIDO. 1. A legitimidade para figurar no polo passivo da demanda é somente da União Federal. A matéria abordada nos autos diz respeito à incidência de contribuição sobre parcelas da remuneração. Assim, cabe à Secretaria da Receita Federal do Brasil a fiscalização e cobrança dos tributos em questão, tendo as entidades terceiras, às quais se destinam os recursos arrecadados, mero interesse econômico, mas não jurídico. 2. Segundo entendimento jurisprudencial consolidado nos Tribunais Federais e nesta Corte é exigível a contribuição destinada ao SESC, SENAC, SEBRAE, INCRA, FNDE e FGTS; inclusive após o advento da EC 33/2001. A nova redação do artigo 149, §2º, da CF/88 prevê, tão somente, alternativas de bases de cálculo para as contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, sem o propósito de estabelecer proibição de que sejam adotadas outras bases de cálculo. 3. A nova redação constitucional leva à compreensão de que as bases de cálculo para as contribuições especificadas no inciso III no § 2º do artigo 149 da CF, incluído pela EC nº 33/01, são previstas apenas de forma exemplificativa e não tem o condão de retirar a validade da contribuição social ou de intervenção do domínio econômico incidente sobre a folha de pagamento. 4. Caso contrário, acolhido o raciocínio da apelante, a redação do art. 149, §2º, que faz clara referência às contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, obstaria inclusive a incidência de contribuições sociais à seguridade social sobre a folha do pagamento das empresas, inferência ofensiva à disposição constitucional expressa do art. 195, I, a da CF/88. 5. Recurso de Apelação não provido. Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao recurso de apelação e, de ofício, julgar extinta a ação sem resolução do mérito quanto ao SESC, SENAC, SEBRAE, INCRA e FNDE em face da ilegitimidade passiva das entidades, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

(TRF3, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2198347 0008473-95.2014.4.03.6100, PRIMEIRA TURMA, DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 20/03/2018).

No mandado de segurança não são devidos honorários advocatícios (artigo 25, da Lei Federal nº. 12.016/09).

Por tais fundamentos, nego provimento à apelação.

É o voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA - APELAÇÃO – SALÁRIO EDUCAÇÃO - EMENDA CONSTITUCIONAL 33/2001 - FOLHA DE SALÁRIOS.

1. A Súmula nº. 732, do Supremo Tribunal Federal: “É constitucional a cobrança da contribuição do salário-educação, seja sob a Carta de 1969, seja sob a Constituição Federal de 1988, e no regime da Lei 9.424/1996”.

2. A EC 33/01 não alterou as hipóteses de incidência existentes.

3. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001994-35.2018.4.03.6108

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: ACUCAREIRA QUATA S/A, DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM BAURU/SP, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A

APELADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM BAURU/SP, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, ACUCAREIRA QUATA S/A

Advogado do(a) APELADO: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001994-35.2018.4.03.6108

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: ACUCAREIRA QUATA S/A, DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM BAURU/SP, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A

APELADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM BAURU/SP, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, ACUCAREIRA QUATA S/A

Advogado do(a) APELADO: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Trata-se de mandado de segurança destinado a assegurar a observância da anterioridade quanto à redução de creditamento, no âmbito do Reintegra, estabelecida pelo Decreto nº. 9.393/18, bem como a compensação do crédito.

A r. sentença (ID 127408899) julgou o pedido inicial procedente, em parte, para determinar a observância da anterioridade nonagesimal.

Apelação da União (ID 127408905), na qual requer a reforma da r. sentença.

Apelação da impetrante (ID 127408907), na qual requer a observância da anterioridade geral.

Contrarrazões da União (ID 127408914) e da impetrante (ID 127408961).

Manifestação da Procuradoria Regional da República (ID 129062530).

Sentença sujeita a reexame necessário.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001994-35.2018.4.03.6108

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: ACUCAREIRA QUATA S/A, DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM BAURU/SP, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A

APELADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM BAURU/SP, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, ACUCAREIRA QUATA S/A

Advogado do(a) APELADO: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

A modificação do regime de creditamento é regular, desde que observados os critérios constitucionais.

O Supremo Tribunal Federal tem determinado a observância da anterioridade anual e nonagesimal, no âmbito do Reintegra:

Ementa: AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. O acórdão recorrido encontra-se em harmonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de ser imperativa a observância do princípio da anterioridade, geral e nonagesimal (art. 150, III, b e c, da Constituição Federal), em face de aumento indireto de tributo decorrente da redução da alíquota de incentivo do Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras (REINTEGRA).

2. Nesse sentido, o RE 964.850 AgR, desta 1ª Turma, Relator o ilustre Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 8/5/2018; e o RE 1.081.041 AgR, 2ª Turma, Relator o ilustre Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 27/4/2018.

3. Agravo Interno a que se nega provimento. Não se aplica o art. 85, § 11, do CPC/2015, tendo em vista que não houve fixação de honorários advocatícios nas instâncias de origem.

(RE 1040084 AgR, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 29/05/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-120 DIVULG 15-06-2018 PUBLIC 18-06-2018).

REINTEGRA – DECRETOS Nº 8.415 E Nº 8.543, DE 2015 – BENEFÍCIO – REDUÇÃO DO PERCENTUAL – ANTERIORIDADE – PRECEDENTES. Promovido aumento indireto de tributo mediante redução da alíquota de incentivo do Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras REINTEGRA, cumpre observar o princípio da anterioridade, geral e nonagesimal, constante das alíneas b e c do inciso III do artigo 150 da Constituição Federal. Precedente: medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 2.325/DF, Pleno, relator ministro Marco Aurélio, acórdão publicado no Diário da Justiça de 6 de outubro de 2006.

(RE 964850 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 08/05/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-128 DIVULG 27-06-2018 PUBLIC 28-06-2018).

O Decreto nº. 9.393/18, ao reduzir o percentual de creditamento, promoveu aumento tributário indireto. Deve observar os regimes de anterioridade.

É viável a compensação do crédito apurado em 2018.

O mandado de segurança foi impetrado em 31 de julho de 2018. Não há prescrição.

É cabível a compensação tributária, após o trânsito em julgado (artigo 170-A, do Código Tributário Nacional), **segundo os critérios legais vigentes à época da propositura da ação** (REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010, no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973).

Deve ser acrescida correção monetária, de acordo com os critérios estabelecidos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, sendo que, a partir da vigência da Lei Federal nº. 9.065/95, incide unicamente a Taxa Selic (REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010, no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973).

No mandado de segurança não são devidos honorários advocatícios (artigo 25, da Lei Federal nº. 12.016/09).

Por tais fundamentos, **dou provimento** à apelação da impetrante. **Nego provimento** à apelação da União e à remessa necessária.

É o voto.

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA – TRIBUTÁRIO – REINTEGRA – REDUÇÃO DO PERCENTUAL DE CREDITAMENTO – ANTERIORIDADE.

1. O Supremo Tribunal Federal tem determinado a observância da anterioridade, no âmbito do Reintegra.
2. O Decreto nº. 9.393/18, ao reduzir o percentual de creditamento, promoveu aumento tributário indireto. Deve observar os regimes de anterioridade.
3. Apelação da impetrante provida. Apelação da União e remessa necessária desprovidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação da impetrante, negou provimento à apelação da União e à remessa necessária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5021303-96.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO

AGRAVANTE: BANCO DO BRASIL SA

Advogado do(a) AGRAVANTE: NELSON WILIANS FRATONI RODRIGUES - SP128341-A

AGRAVADO: MARIA ANTONIA DE ARAUJO

Advogado do(a) AGRAVADO: JACQUES CARDOSO DA CRUZ - MS7738-A

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Diga o agravante se tem interesse no prosseguimento deste recurso, no prazo de 05 (cinco) dias.

Intime-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5050014-90.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO
AGRAVANTE: HAVITA IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: KELLY GERBIANY MARTARELLO - SP367108-A
AGRAVADO: UNIÃO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Diante da informação de id n. 134297856, manifeste-se a parte agravante se remanesce interesse no julgamento do presente agravo de instrumento (e de seus embargos de declaração).

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002704-86.2018.4.03.6130
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: KRAFT HEINZ BRASIL COMERCIO, DISTRIBUICAO E IMPORTACAO LTDA.
Advogados do(a) APELANTE: EDUARDO MARTINELLI CARVALHO - SP183660-A, FLAVIO BASILE - SP344217-A,
ANDREY BIAGINI BRAZAO BARTKEVICIUS - SP258428-A, MARCELO BEZ DEBATIN DA SILVEIRA - SP237120-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5002704-86.2018.4.03.6130

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: KRAFT HEINZ BRASIL COMERCIO, DISTRIBUICAO E IMPORTACAO LTDA.

Advogados do(a) APELANTE: EDUARDO MARTINELLI CARVALHO - SP183660-A, FLAVIO BASILE - SP344217-A, ANDREY BIAGINI BRAZAO BARTKEVICIUS - SP258428-A, MARCELO BEZ DEBATIN DA SILVEIRA - SP237120-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Trata-se de mandado de segurança destinado a afastar o restabelecimento das alíquotas do PIS e da COFINS sobre receitas financeiras, nos termos do Decreto nº. 8.426/15, com a compensação de valores.

A r. sentença (Id nº 90353162) julgou o pedido inicial improcedente.

Apelação da impetrante (Id nº 90353168), na qual requer a reforma da r. sentença.

Argumenta com os princípios da legalidade, da indelegabilidade, da competência tributária e da não-cumulatividade.

Subsidiariamente, pretende o creditamento tributário, nos termos do artigo 27, da Lei Federal nº. 10.865/04.

Contrarrazões (Id nº 90353173).

O Ministério Público Federal apresentou parecer (Id nº 107658308).

É o relatório.

caleal

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5002704-86.2018.4.03.6130

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: KRAFT HEINZ BRASIL COMERCIO, DISTRIBUICAO E IMPORTACAO LTDA.

Advogados do(a) APELANTE: EDUARDO MARTINELLI CARVALHO - SP183660-A, FLAVIO BASILE - SP344217-A, ANDREY BIAGINI BRAZAO BARTKEVICIUS - SP258428-A, MARCELO BEZ DEBATIN DA SILVEIRA - SP237120-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

A alteração de alíquota das contribuições do PIS e da COFINS, por ato do Poder Executivo, está prevista no artigo 27, § 2º, da Lei Federal nº. 10.825/2004, no regime de não-cumulatividade:

Art. 27. O Poder Executivo poderá autorizar o desconto de crédito nos percentuais que estabelecer e para os fins referidos no art. 3º das Leis nos 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e 10.833, de 29 de dezembro de 2003, relativamente às despesas financeiras decorrentes de empréstimos e financiamentos, inclusive pagos ou creditados a residentes ou domiciliados no exterior.

§ 1º. Poderão ser estabelecidos percentuais diferenciados no caso de pagamentos ou créditos a residentes ou domiciliados em país com tributação favorecida ou com sigilo societário.

§ 2º. O Poder Executivo poderá, também, reduzir e restabelecer, até os percentuais de que tratam os incisos I e II do caput do art. 8º desta Lei, as alíquotas da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS incidentes sobre as receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime de não-cumulatividade das referidas contribuições, nas hipóteses que fixar.

O Decreto nº. 5.442, de 09 de maio de 2005, reduziu a zero as alíquotas das contribuições para o PIS e a COFINS incidentes sobre receitas financeiras, inclusive decorrentes de operações com finalidade de "hedge".

Em 1º de abril de 2015, foi editado o Decreto nº. 8.426, que modificou referidas contribuições, nos seguintes termos:

Art. 1º Ficam restabelecidas para 0,65% (sessenta e cinco centésimos por cento) e 4% (quatro por cento), respectivamente, as alíquotas da Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS incidentes sobre receitas financeiras, inclusive decorrentes de operações realizadas para fins de hedge, auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime de apuração não-cumulativa das referidas contribuições.

§ 1º. Aplica-se o disposto no caput inclusive às pessoas jurídicas que tenham apenas parte de suas receitas submetidas ao regime de apuração não-cumulativa da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS.

A Constituição Federal:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

A hipótese é de restabelecimento de alíquota anteriormente reduzida, nos termos da previsão legal.

Não há violação aos princípios da legalidade e da não-cumulatividade.

O restabelecimento de alíquota não está vinculado à autorização de creditamento tributário.

A interpretação dos benefícios tributários é literal (artigo 111, do Código Tributário Nacional).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Turma:

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. RECEITAS FINANCEIRAS. INCIDÊNCIA. ALÍQUOTAS. REDUÇÃO E MAJORAÇÃO POR ATTO DO EXECUTIVO. LEI N. 10.865/2004. POSSIBILIDADE.

1. A controvérsia a respeito da incidência das contribuições sociais PIS e COFINS sobre as receitas financeiras está superada desde o advento da EC n. 20/1998, que deu nova redação ao art. 195, II, "b", da CF/88.

2. Em face da referida modificação, foram editadas as Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003, as quais definiram como base de cálculo o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

3. As contribuições ao PIS e à COFINS, de acordo com as Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003, incidem sobre todas as receitas auferidas por pessoa jurídica, com alíquotas de 1,65% e 7,6%, respectivamente.

4. No ano de 2004, entrou em vigor a Lei n. 10.865/2004, que autorizou o Poder Executivo a reduzir ou restabelecer as alíquotas sobre as receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime não cumulativo, de modo que a redução ou o restabelecimento poderiam ocorrer até os percentuais especificados no art. 8º da referida Lei.

5. O Decreto n. 5.164/2004 reduziu a zero as alíquotas da Contribuição para o PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS incidentes sobre as receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime de incidência não cumulativa das referidas contribuições.

6. O Decreto n. 5.442/2005 manteve a redução das alíquotas a zero, inclusive as operações realizadas para fins de hedge, tendo sido revogado pelo Decreto n. 8.426/2015, com vigência a partir de 01/07/2015, que passou a fixá-las em 0,65% e 4%, respectivamente.

7. Hipótese em que se discute a legalidade da revogação da alíquota zero, prevista no art. 1º do Decreto n. 5.442/2005, do PIS e da COFINS sobre receitas financeiras pelo art. 1º do Decreto n. 8.426/2015.

8. Considerada a constitucionalidade da Lei n. 10.865/2004, permite-se ao Poder Executivo tanto reduzir quanto restabelecer alíquotas do PIS/COFINS sobre as receitas financeiras das pessoas jurídicas, sendo certo que tanto os decretos que reduziram a alíquota para zero quanto o Decreto n. 8.426/2015, que as restabeleceu em patamar inferior ao permitido pelas Leis n. 10.637/2002 e 10.833/03, agiram dentro do limite previsto na legislação, não havendo que se falar em ilegalidade.

9. O art. 27, § 2º, da Lei n. 10.865/2004 autoriza o Poder Executivo a reduzir ou restabelecer as alíquotas nos percentuais delimitados na própria Lei, da forma que, considerada legal a permissão dada ao administrador para reduzir tributos, também deve ser admitido o seu restabelecimento, pois não se pode compartimentar o próprio dispositivo legal para fins de manter a tributação com base em redução indevida.

10. Recurso especial desprovido.

(REsp 1586950/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/09/2017, DJe 09/10/2017).

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS INCIDENTES SOBRE A RECEITA FINANCEIRA. RESTABELECIMENTO DE ALÍQUOTAS. DECRETO 8.426/2015. LEI 10.865/04. INOCORRÊNCIA DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE. NÃO CUMULATIVIDADE. CRÉDITOS RELATIVOS ÀS DESPESAS FINANCEIRAS. ART. 3º, V, LEIS 10.637/02 E 10.833/03. REVOGAÇÃO PELA LEI Nº 10.865/04.

1. A Lei n.º 10.865/04 dispôs, em seu art. 27, que o Poder Executivo poderá reduzir ou restabelecer, até os limites percentuais estabelecidos em seu art. 8º, as alíquotas das contribuições ao PIS e a COFINS incidentes sobre a receita financeira auferida pela pessoa jurídica sujeita ao regime de não-cumulatividade.

2. Diante deste permissivo legal expresso, foi editado o Decreto n.º 5.164, de 30 de julho de 2004, reduzindo a zero as alíquotas das contribuições ao PIS e à COFINS incidentes sobre as receitas financeiras, mantida a redução também pelo Decreto n.º 5.442, de 09 de maio de 2005.

3. Posteriormente, foi editado o Decreto n.º 8.426, de 1º de abril de 2015, revogando o Decreto n.º 5.442, de 2005, restabelecendo as alíquotas das contribuições, aos termos já previstos em lei.

4. O Decreto n.º 8.426/15 fundamentou-se no mesmo permissivo legal para os mencionados Decretos, constituído no § 2º do artigo 27 da Lei n.º 10.865, de 2014, só que, desta vez, para restabelecer as alíquotas aos patamares anteriormente previstos.

5. Inocorrência da majoração das alíquotas, tendo havido somente o retorno aos percentuais anteriormente fixados em lei, dentro dos limites previamente determinados, encontrando-se o indigitado Decreto em perfeita consonância com o princípio da legalidade, inexistentes, destarte, quaisquer ofensas aos arts. 5º, II, 150, I, e 153, §1º, da CF e arts. 97, II e IV do CTN.

6. O Decreto n.º 8.426/2015, ao restabelecer a alíquota do PIS para 0,65% e da COFINS para 4%, apenas manteve os percentuais já previstos na lei de regência, não prosperando, portanto, a alegação de ocorrência de ilegalidades ou inconstitucionalidade na sua edição e aplicação. Precedentes jurisprudenciais.

7. Apelação improvida.

(TRF3, AMS 00165782720154036100, SEXTA TURMA, DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 29/05/2017).

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS E COFINS. DECRETO N.º 8.426/15. RESTABELECIMENTO DE ALÍQUOTAS. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. O Decreto n.º 8.426/2015, ao restabelecer a alíquota do PIS para 0,65% e da COFINS para 4%, apenas manteve os percentuais já previstos na lei de regência, não havendo, portanto, que se falar na ocorrência de ilegalidade ou inconstitucionalidade na sua edição e aplicação. Precedentes desta E. Corte.

2. Apelação desprovida.

(TRF3, AMS 00065077020154036130, SEXTA TURMA, DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 23/05/2017).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESTABELECIMENTO DAS ALÍQUOTAS ORIGINÁRIAS DAS CONTRIBUIÇÕES PARA O PIS (1,65%) E A COFINS (7,6%) ESTABELECIDAS PELAS LEIS Nº 10.637/2002 E 10.833/2003. LEGALIDADE DO DECRETO Nº 8.426/2015. AGRAVO DA UNIÃO PROVIDO.

1. As alíquotas da contribuição ao PIS e a COFINS estão devidamente fixadas nas Leis n.ºs. 10.637/2002 e 10.833/2003, em 1,65% e 7,6%, respectivamente; já por força da autorização concedida pela Lei n.º10.865/2004, houve redução dessas alíquotas pelo Decreto n.º 5.164/2004, que estipulou a alíquota zero para o PIS e COFINS incidentes sobre as receitas financeiras; essa alíquota zero foi ratificada pelo Decreto n.º 5.442/2005.

2. Já o Decreto n.º 8.426/2015 revogou no seu artigo 3º o Decreto n.º 5.442/2005 (a partir de 1º de julho de 2015), de modo a nulificar a norma que estabelecia - como benefício fiscal que era - a alíquota zero para o PIS e a COFINS incidentes sobre a receita financeira.

3. A óbvia consequência é o restabelecimento da carga fiscal - porque essa era a regra legal - diante da revogação de um decreto por outro. Isso é de clareza solar: no vácuo de decreto nulificando a alíquota ou reduzindo-a para alguém do quanto disposto originariamente nas Leis n.ºs. 10.637/2002 e 10.833/2003, em 1,65% e 7,6%, respectivamente, por pura obediência ao princípio da legalidade e na medida em que as verbas públicas são irrenunciáveis voltaram a incidir as alíquotas de 1,65% para o PIS e 7,6% para a COFINS, em princípio.

4. Nesse cenário deu-se que o Decreto n.º 8.426/2015 restabeleceu a tributação com alíquota positiva, ainda assim fazendo-o em percentual menor do que aquele cogitado na lei de regência, ou seja, marcou-o em 0,65% (PIS) e 4% (COFINS).

5. Não há que se falar em aumento de tributação sem lei, pois o novo decreto atendeu ao disposto na Lei n.º 10.865/2004, dando cumprimento ao artigo 27, § 2º ("o Poder Executivo poderá, também, reduzir e restabelecer (...) as alíquotas da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS incidentes sobre as receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime de não-cumulatividade das referidas contribuições, nas hipóteses que fixar."), mantendo a tributação cogitada nas Leis n.ºs. 10.637/2002 e 10.833/2003, e dentro dos padrões por elas cogitados.

6. Faz parte do cenário da tributação no Brasil que lei ordinária possa estabelecer os patamares mínimos e máximos das exações, delegando ao Poder Executivo a fixação das alíquotas. No ponto, vale recordar que o artigo 150, inc. I, da Constituição Federal exige lei para aumentar; mas não para diminuir tributos, e no fundo o que o Decreto n.º 8.426/2015 fez foi reduzir carga fiscal.

(TRF-3, AI 0021834-15.2015.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHNSOM DI SALVO, SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 02/03/2016).

Não são devidos honorários advocatícios em mandado de segurança (artigo 25, da Lei Federal nº 12.016/2009).

Por tais fundamentos, nego provimento à apelação.

É o voto.

caleal

EMENTA

TRIBUTÁRIO – APELAÇÃO - MANDADO DE SEGURANÇA - PIS E COFINS NÃO-CUMULATIVOS - DECRETO 8.426/15 - RESTABELECIMENTO DE ALÍQUOTAS.

1. A alteração de alíquota das contribuições do PIS e da COFINS, por ato do Poder Executivo, está prevista no artigo 27, § 2º, da Lei Federal nº. 10.825/2004, pertinente ao regime de não-cumulatividade.
2. A hipótese é de restabelecimento de alíquota anteriormente reduzida, nos termos da previsão legal.
3. Não há violação aos princípios da legalidade e da não-cumulatividade.
4. A interpretação dos benefícios tributários é literal (artigo 111, do Código Tributário Nacional).
5. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002673-63.2017.4.03.6110

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: LNG IMPORTACAO E EXPORTACAO DE AUTO PECAS LTDA

Advogado do(a) APELANTE: RODRIGO SILVA PORTO - SP126828-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002673-63.2017.4.03.6110

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: LNG IMPORTACAO E EXPORTACAO DE AUTO PECAS LTDA

Advogado do(a) APELANTE: RODRIGO SILVA PORTO - SP126828-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Trata-se de agravo interno interposto contra decisão que negou provimento à apelação, em mandado de segurança destinado a afastar a incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) na saída de mercadorias nacionalizadas, tributadas no momento do desembaraço aduaneiro.

A impetrante, ora agravante (ID 102390260), requer o sobrestamento em decorrência do reconhecimento da repercussão geral do tema, no Supremo Tribunal Federal. No mais, argumenta com a ilegalidade da cobrança, a impossibilidade de equiparação, a ocorrência de “bis in idem”, a violação a princípios constitucionais, bem como à regra de não discriminação imposta pelo GATT.

Resposta (ID 107500765).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002673-63.2017.4.03.6110
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: LNG IMPORTACAO E EXPORTACAO DE AUTO PECAS LTDA
Advogado do(a) APELANTE: RODRIGO SILVA PORTO - SP126828-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

As razões de agravo interno não infirmam a decisão.

*** Repercussão Geral ***

Embora reconhecida a repercussão geral sobre o tema no Supremo Tribunal Federal, o Ministro Marco Aurélio, relator do RE 946.648, **não** determinou o sobrestamento dos fatos correlatos.

O processamento é regular.

***** Incidência do IPI na saída da mercadoria nacionalizada *****

O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento realizado no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973, afirmou a legalidade da incidência tributária, na saída da mercadoria importada.

O julgado ressaltou tratar-se de dois fatos geradores distintos, afastando a tese de bitributação ou "bis in idem". Confira-se:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI. FATO GERADOR. INCIDÊNCIA SOBRE OS IMPORTADORES NA REVENDA DE PRODUTOS DE PROCEDÊNCIA ESTRANGEIRA. FATO GERADOR AUTORIZADO PELO ART. 46, II, C/C 51, PARÁGRAFO ÚNICO DO CTN. SUJEIÇÃO PASSIVA AUTORIZADA PELO ART. 51, II, DO CTN, C/C ART. 4º, I, DA LEI N. 4.502/64. PREVISÃO NOS ARTS. 9, I E 35, II, DO RIPI/2010 (DECRETO N. 7.212/2010).

1. Seja pela combinação dos artigos 46, II e 51, parágrafo único do CTN - que compõem o fato gerador, seja pela combinação do art. 51, II, do CTN, art. 4º, I, da Lei n. 4.502/64, art. 79, da Medida Provisória n. 2.158-35/2001 e art. 13, da Lei n. 11.281/2006 - que definem a sujeição passiva, nenhum deles até então afastados por inconstitucionalidade, os produtos importados estão sujeitos a uma nova incidência do IPI quando de sua saída do estabelecimento importador na operação de revenda, mesmo que não tenham sofrido industrialização no Brasil.

2. Não há qualquer ilegalidade na incidência do IPI na saída dos produtos de procedência estrangeira do estabelecimento do importador, já que equiparado a industrial pelo art. 4º, I, da Lei n. 4.502/64, com a permissão dada pelo art. 51, II, do CTN.

3. Interpretação que não ocasiona a ocorrência de bis in idem, dupla tributação ou bitributação, porque a lei elenca dois fatos geradores distintos, o desembaraço aduaneiro proveniente da operação de compra de produto industrializado do exterior e a saída do produto industrializado do estabelecimento importador equiparado a estabelecimento produtor, isto é, a primeira tributação recai sobre o preço de compra onde embutida a margem de lucro da empresa estrangeira e a segunda tributação recai sobre o preço da venda, onde já embutida a margem de lucro da empresa brasileira importadora. Além disso, não onera a cadeia além do razoável, pois o importador na primeira operação apenas acumula a condição de contribuinte de fato e de direito em razão da territorialidade, já que o estabelecimento industrial produtor estrangeiro não pode ser eleito pela lei nacional brasileira como contribuinte de direito do IPI (os limites da soberania tributária o impedem), sendo que a empresa importadora nacional brasileira acumula o crédito do imposto pago no desembaraço aduaneiro para ser utilizado como abatimento do imposto a ser pago na saída do produto como contribuinte de direito (não-cumulatividade), mantendo-se a tributação apenas sobre o valor agregado.

4. Precedentes: REsp. n. 1.386.686 - SC, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 17.09.2013; e REsp. n. 1.385.952 - SC, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 03.09.2013. Superado o entendimento contrário veiculado nos EREsp. n.º 1.411749-PR, Primeira Seção, Rel. Min. Sérgio Kukina, Rel. p/acórdão Min. Ari Pargendler, julgado em 11.06.2014; e no REsp. n. 841.269 - BA, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 28.11.2006.

5. Tese julgada para efeito do art. 543-C, do CPC: "os produtos importados estão sujeitos a uma nova incidência do IPI quando de sua saída do estabelecimento importador na operação de revenda, mesmo que não tenham sofrido industrialização no Brasil".

6. Embargos de divergência em Recurso especial não providos. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(EREsp 1403532/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/10/2015, DJe 18/12/2015).

A incidência tributária tem fundamento nos artigos 46, inciso I, e 51, parágrafo único, ambos do Código Tributário Nacional, recepcionados pela Constituição Federal.

A equiparação a estabelecimento industrial também está prevista no Código Tributário Nacional (artigo 51).

Não há ofensa ao princípio da isonomia e, tampouco, da livre concorrência. A tributação no desembaraço dos produtos importados garante o equilíbrio na concorrência com os similares nacionais.

No mais, o voto do Ministro Mauro Campbell, proferido no EREsp 1403532/SC, afastou, expressamente, a tese de suposta violação à regra de não discriminação imposta no Acordo Geral de Tarifas e Comércio – GATT. Confira-se:

“Quanto ao argumento de violação ao GATT, registro que a cláusula de obrigação de tratamento nacional tem aplicação somente na primeira operação (a de importação). A segunda operação já é interna. Há dois fatos geradores. Desse modo, a igualdade ao tratamento nacional resta preservado para a primeira operação. Dizer que houve qualquer violação da cláusula significa tratar dois fatos geradores como se fossem um só. O raciocínio é, data vênia, falacioso.”

A alegada ofensa aos princípios de vedação ao confisco e capacidade contributiva não têm pertinência, diante da possibilidade de creditamento dos valores pagos no momento do desembaraço.

A jurisprudência desta Corte:

TRIBUTÁRIO. IPI. HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA DISTINTAS. DESEMBARAÇO ADUANEIRO E SAÍDA DE PRODUTO ESTRANGEIRO DE ESTABELECIMENTO DO IMPORTADOR. INCIDÊNCIA. FATO GERADOR. VIOLAÇÃO À ISONOMIA E AO PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. INOCORRÊNCIA. BIS IN IDEM, DUPLA TRIBUTAÇÃO OU BITRIBUTAÇÃO. NÃO CONFIGURADO. ERESP 1.403.532/SC. ART. 543-C DO CPC/73. OFENSA AO GATT. INOCORRÊNCIA. APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO PROVIDOS.

1. Cinge-se a controvérsia à possibilidade de nova incidência do IPI na operação de revenda de produto importado, independentemente de industrialização no território nacional, quando já recolhido o imposto pela empresa importadora por ocasião do desembaraço aduaneiro.

2. O reconhecimento de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (RE 946.648), por si só, não enseja o sobrestamento, em grau de apelação, dos processos que versam sobre a mesma matéria, à míngua de determinação expressa do relator do respectivo recurso extraordinário, consoante dispõe o art. 1.035, §5º, do CPC/2015.

3. O tema já se encontra pacificado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o qual, no julgamento do EREsp 1.403.532/SC processado sob a sistemática dos recursos representativos de controvérsia do artigo 543-C do CPC/73 (Tema/Repetitivo 912), firmou a tese no sentido de que: "Os produtos importados estão sujeitos a uma nova incidência do IPI quando de sua saída do estabelecimento importador na operação de revenda, mesmo que não tenham sofrido industrialização no Brasil".

4. A aplicabilidade dos precedentes obrigatórios firmados no âmbito de julgamentos de recursos repetitivos dispensa o trânsito em julgado. Nesse sentido: "a jurisprudência do STJ firmou entendimento no sentido de ser desnecessário aguardar o trânsito em julgado para a aplicação do paradigma firmado em sede de Recurso Repetitivo ou de Repercussão Geral" (AgRg nos EDcl no AREsp 706.557/RN, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 13.10.2015).

5. Na hipótese, é possível visualizar a existência de duas hipóteses de incidência do IPI, as quais ocorrem em momentos distintos: a primeira delas se concretiza por ocasião do desembaraço aduaneiro proveniente da operação de compra de produto industrializado do exterior, a qual tem o importador como contribuinte, com fundamento no arts. 46, I, e 51, I, do CTN combinado com o art. 2º, I, da Lei n.º 4.502/64; a segunda ocorre com a saída do produto industrializado do estabelecimento importador equiparado a estabelecimento produtor, com fundamento no artigo 46, II, e 51, II, do CTN combinado com o art. 4º, I, e 35, I, a, da Lei n.º 4502/64.

6. Não merece acolhida a tese da configuração de *bis in idem*, dupla tributação ou bitributação, pois a incidência da exação se dá em momentos distintos.

7. Inexistência de violação ao princípio da isonomia e da não cumulatividade. Caso o IPI incidisse em apenas um dos momentos (desembaraço aduaneiro ou saída da mercadoria), o bem importado se encontraria em situação fiscal mais vantajosa do que a dos nacionais, razão pela qual a incidência da tributação em cada uma dessas operações tem como escopo reequilibrar a posição tributária desses produtos. Outrossim, o sistema de creditamento do IPI pago por ocasião do desembaraço aduaneiro afasta a alegada afronta ao princípio da não cumulatividade.

8. Inocorrência de afronta ao GATT. O Ministro Mauro Campbell Marques em seu voto proferido no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial n.º 1.403.532/SC bem esclareceu a questão: "quanto ao argumento de violação ao GATT, registro que a cláusula de obrigação de tratamento nacional tem aplicação somente na primeira operação (a de importação). A segunda operação já é interna. Há dois fatos geradores. Desse modo, a igualdade ao tratamento nacional resta preservado para a primeira operação. Dizer que houve qualquer violação da cláusula significa tratar dois fatos geradores como se fossem um só". (EREsp 1.403.532/SC, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. para Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 14.10.2015, D.J.e. 18.12.2015)

9. Remessa oficial e apelação providas.

(ApReeNec 5026969-48.2018.4.03.6100, Relatora Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, 3ª Turma, julgado em 23/05/2019).

No mandado de segurança não são devidos honorários advocatícios (artigo 25, da Lei Federal nº. 12.016/09).

Por tais fundamentos, **nego provimento** ao agravo interno.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO – MERCADORIAS IMPORTADAS – REVENDA – IPI – INCIDÊNCIA: LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE.

1. Embora reconhecida a repercussão geral sobre o tema no Supremo Tribunal Federal, o Ministro Marco Aurélio, relator do RE 946.648, não determinou o sobrestamento dos feitos correlatos.
2. O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento realizado no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973, afirmou a legalidade da incidência tributária, na saída da mercadoria importada. O julgado ressaltou tratar-se de dois fatos geradores distintos, afastando a tese de bitributação ou “bis in idem” (*EREsp 1403532/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO*).
3. A incidência tributária tem fundamento nos artigos 46, inciso I, e 51, parágrafo único, ambos do Código Tributário Nacional, recepcionados pela Constituição Federal. A equiparação a estabelecimento industrial também está prevista no Código Tributário Nacional (artigo 51).
4. Não há ofensa ao princípio da isonomia e, tampouco, da livre concorrência. A tributação no desembaraço dos produtos importados garante o equilíbrio na concorrência com os similares nacionais.
5. O voto do Ministro Mauro Campbell, proferido no EREsp 1403532/SC, afastou, expressamente, a tese de suposta violação à regra de não discriminação imposta no Acordo Geral de Tarifas e Comércio – GATT.
6. A alegada ofensa aos princípios de vedação ao confisco e capacidade contributiva não têm pertinência, diante da possibilidade de creditamento dos valores pagos no momento do desembaraço.
7. Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO (12357) Nº 5005918-11.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO

RECORRENTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) RECORRENTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

RECORRIDO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

À vista da prejudicialidade reconhecida já no id de n. 128152476 desse incidente de suspensão do efeito suspensivo da apelação, arquivem-se os autos com as anotações e cautelas de praxe.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5014401-93.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO

AGRAVANTE: FELSBERG E PEDRETTI ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

Advogados do(a) AGRAVANTE: THOMAS BENES FELSBERG - SP19383-A, RODRIGO PRADO GONCALVES - SP208026-A, ANNA FLAVIA DE AZEVEDO IZELLI GRECO - SP203014-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto, com pedido de concessão tutela de urgência, por FELSBERG E PEDRETTI ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS em face de decisão proferida pelo MM. Juízo da 22ª Vara Federal Cível de São Paulo/SP, nos autos do mandado de segurança nº 5006630-97.2020.403.6100, impetrado contra ato praticado pelo Delegado da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária em São Paulo/SP, relativo à cobrança de valores relativos às contribuições do “Sistema S”, na forma da IN nº 1.238/12, que determinou a inclusão, no polo passivo, como litisconsortes necessários, das entidades sociais para as quais as contribuições de terceiros são destinadas, sob pena de indeferimento do pedido liminar (Id nºs. 31227080 e 31528455, dos autos principais).

Alega que na ação subjacente pretende o reconhecimento de seu direito ao não recolhimento das contribuições ao INCRA, SESC, SENAC, SEBRAE e Salário-Educação, após a edição da EC nº 33/2001, ou, subsidiariamente, de somente se submeter ao recolhimento das citadas contribuições, sobre a base de cálculo limitada a 20 salários-mínimos, afastando a prática de quaisquer atos de cobrança tendentes a exigir o recolhimento das contribuições sobre os valores reconhecidos como indevidos judicialmente.

Sustenta ser indevida a formação do litisconsórcio necessário, uma vez que, com a edição da Lei nº 11.457/2007, as atividades referentes à tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança e ao recolhimento das contribuições sociais, ainda que devidas a terceiros, foram transferidas à Secretaria da Receita Federal do Brasil, não mais remanescendo interesse relevante às entidades terceiras a justificar sua integração no polo passivo das ações em que se questiona a incidência dessas contribuições, bem como de eventual restituição e/ou compensação de valores indevidamente recolhidos.

Ademais, a inclusão das aludidas entidades sociais no polo passivo do *mandamus* serviria apenas para tumultuar o feito, uma vez que não possuem poderes de fiscalização e arrecadação, e portanto, as suas informações estariam destituídas de relevância para a discussão posta nos autos.

Aduz a presença dos requisitos autorizadores à concessão da tutela de urgência, decorrentes da desnecessidade das entidades sociais integrarem o polo passivo do *writ* e do fato de, se não concedida a tutela, a petição inicial será indeferida, não ocorrendo a apreciação e julgamento de seu direito ao recolhimento das citadas contribuições nos moldes pleiteados, apesar de sua importância para a consecução do objeto social da impetrante, neste momento e cenário econômico do País (Id nº Id nº 133535235).

É o relatório.

Decido.

Nos termos do inc. I, do art. 1.019, do CPC/2015, distribuído o agravo de instrumento, não sendo caso de aplicação do art. 932, incs. III e IV, o relator “*poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão;*”.

Pois bem. Nas demandas em que se discute a inexigibilidade das contribuições destinadas a terceiros, ou seu recolhimento com limitação da base de cálculo, como no caso dos autos, não há litisconsórcio passivo necessário entre a União Federal – Fazenda Nacional, e a entidades beneficiárias, às quais se destinamos recursos arrecadado.

Conforme disposto no art. 3º da Lei nº 11.457/2007, compete à Secretaria da Receita Federal do Brasil as atribuições de planejar, executar, acompanhar e avaliar as atividades relacionadas à tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança e recolhimento das contribuições devidas à terceiras entidades, as quais não atual na exigibilidade da exação, eis que essa relação jurídico-tributária se estabelece somente entre a Fazenda Pública, como sujeito ativo, e o contribuinte, como sujeito passivo das aludidas contribuições.

As entidades beneficiárias apenas recebem posteriormente o resultado da arrecadação, em nítida operação de repasse de ordem orçamentária

Assim, no caso, a legitimidade passiva é tão só da União Federal, uma vez que lhe compete, com exclusividade, a discussão acerca do vínculo de obrigações conducentes à obrigatoriedade do recolhimento das exações, inclusive das contribuições discutidas na ação subjacente.

Nesse sentido, julgado do E. Superior Tribunal de Justiça, assim ementado:

“TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA PROPOSTA CONTRA A FAZENDA NACIONAL, VISANDO A DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA E DE DIREITO À COMPENSAÇÃO, QUANTO ÀS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS E ÀS CONTRIBUIÇÕES DE TERCEIROS, INCIDENTES SOBRE DETERMINADAS VERBAS DA FOLHA DE SALÁRIOS. INEXIGÊNCIA DE FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO ENTRE A UNIÃO E AS ENTIDADES BENEFICIÁRIAS DAS CONTRIBUIÇÕES DE TERCEIROS. ORIENTAÇÃO FIRMADAS PELA PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ, NOS ERESP 1.619.954/SC. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno aviado contra decisão que julgara Recurso Especial interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/73.

II. Na origem, trata-se de ação declaratória, ajuizada contra a União, com o objetivo de ver declarada a inexistência de relação jurídico-tributária que obrigue a parte autora ao recolhimento das contribuições previdenciárias e das contribuições destinadas a terceiros (INCRA, FNDE, SEBRAE, SESC e SENAC), em relação a determinadas verbas da folha de salários (i – pagamento referente aos primeiros quinze dias de afastamento, por motivo de doença; ii – salário-maternidade; iii – adicional de m terço de férias; iv – aviso prévio indenizado, pago aos empregados demitidos sem justa causa; e v – auxílio-creche), bem como a declaração do direito à compensação dos valores recolhidos, a título de tais contribuições, alegadamente de modo indevido ou a maior, nos últimos 5 (cinco) anos anteriores à data do ajuizamento da ação, assim como sobre as parcelas vencidas. Após o regular processamento do feito, sobreveio a sentença, na qual a demanda foi julgada parcialmente procedente. Interpostas Apelações, por ambas as partes, o Tribunal de origem, de ofício, anulou o processo, a partir da citação, determinando o retorno dos autos à Vara de origem, para que o Juiz de 1º Grau intimasse a autora a promover a citação das entidades destinatárias das contribuições de terceiros, como litisconsortes, julgando prejudicados os recursos. Interposto Recurso Especial, pela autora, sobreveio a decisão agravada, na qual foi dado provimento ao Especial, para declarar a inexistência de litisconsórcio passivo necessário entre a União e as entidades destinatárias das contribuições de terceiros, ensejando a interposição do presente Agravo Interno, pela Fazenda Nacional.

III. Na forma da jurisprudência firmada pela Primeira Seção do STJ, nos REsp 1.619.954/SC (Relator Ministro GURGEL DE FARIA, DJe de 16/04/2019), a partir da interpretação dos arts. 3º da Lei 11.457/2007 e 89 da Lei 8.212/91, esse último alterado pela Lei 11.941/2009, a restituição de contribuições destinadas a terceiros, nas hipóteses de pagamento ou recolhimento indevido ou a maior que o devido, ocorre nos termos e condições estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil. O último dispositivo legal acima foi regulamentado – após a criação da “Super Receita” – pelo § 3º do art. 2º da Instrução Normativa RFB 900/2008, reproduzido pelo § 3º do art. 2º da Instrução Normativa RFB 1.300/2012, e, atualmente, pelo art. 5º da vigente Instrução Normativa RFB 1.717/2017, segundo o qual compete à Receita Federal do Brasil efetuar a restituição dos valores recolhidos para outras entidades ou fundos, exceto nos casos de arrecadação direta, realizada mediante convênio. Assim, em ação judicial que contenha pedido de restituição ou compensação de contribuições de terceiros, não arrecadadas diretamente por outras entidades ou fundos, a União possui legitimidade exclusiva para figurar no polo passivo da demanda, não havendo que se falar em litisconsórcio passivo entre a União e os beneficiários dessas contribuições. Nesse sentido: STJ, REsp 1.833.187/GO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 11/10/2019; AgInt nos EDcl nos Edcl no REsp 1.604842/SC, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 30/06/2017; AgInt nos EDcl no REsp 1.527.987/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 18/04/2018; REsp 1.762.952/PR, Rel. Ministro HERMAN BERJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 11/03/2019.

IV. No caso, a Lei 11.457/2007 – que criou a “Super Receita” e transferiu, para a Secretaria da Receita Federal do Brasil, as atividades de tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança e recolhimento das contribuições de terceiros – mostra-se relevante para a definição do sujeito passivo desta “ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária e de direito à compensação”, pois as cinco entidades beneficiárias das referidas contribuições, indicadas na petição inicial (INCRA, FNDE, SEBRAE, SESC e SENAC), não possuem capacidade tributária ativa, o que afasta a sua legitimidade passiva ad causam, mormente porque, no transcurso do processo, nenhuma das partes cogitou, oportunamente, acerca da eventual ocorrência de arrecadação direta das contribuições de terceiro, pelas respectivas beneficiárias.

V. Agravo interno improvido.”

(STJ, AgInt no REsp 1.713.240/SP, Segunda Turma, Relatora Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, j. 29/04/2020, DJe de 05/05/2020)

Ante o exposto, **CONCEDO** a tutela recursal para afastar a inclusão das entidades sociais beneficiárias das contribuições cujo recolhimento se pretende discutir (INCRA, SESC, SENAC, SEBRAE), no polo passivo do mandado de segurança subjacente, na condição de litisconsorte necessárias.

Comunique-se, com urgência, o teor desta decisão ao Juízo de 1º Grau.

Intime-se a parte agravada para resposta, no prazo legal (art. 1.019, II, do NCPC).

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 16 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5023923-81.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
AGRAVANTE: TECNOFLUOR INDUSTRIA E COMERCIO LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: MOACIL GARCIA - SP100335-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5023923-81.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Trata-se de embargos de declaração (ID 125420424) interpostos contra v. Acórdão que negou provimento ao agravo interno.

A ementa (ID 107179648):

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – AGRAVO INTERNO - AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - PARCELAMENTO - PRESCRIÇÃO: INOCORRÊNCIA.

1. A adesão ao parcelamento interrompe o prazo prescricional, com a conseqüente suspensão do crédito tributário (artigo 151, inciso VI, do Código Tributário Nacional). Com o fato da inadimplência, reinicia-se a contagem da prescrição.

2. Quando o tributo é objeto de declaração pelo contribuinte, a ausência de pagamento dispensa outra formalidade, para a constituição do crédito declarado, permitindo a imediata inscrição na dívida ativa.

3. A Súmula n.º 436, do Superior Tribunal de Justiça: "A entrega de declaração pelo contribuinte reconhecendo débito fiscal constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do fisco".

4. No caso concreto, a agravante aderiu a parcelamentos tributários. O último deles foi rescindido em 22 de setembro de 2009. A execução fiscal foi ajuizada em 6 de novembro de 2012. O despacho de citação, marco interruptivo da prescrição, foi proferido em 4 de março de 2013.

5. Tal interrupção retroage à data propositura da ação. Não ocorreu a prescrição.

6. Agravo interno improvido.

A agravante, ora embargante, aponta contradição: não haveria prova sobre a inclusão dos débitos em parcelamento.

Aponta, ainda, omissão na análise dos termos inicial e final da prescrição: a data de exclusão do parcelamento não poderia ser considerada para o reinício do prazo.

Resposta (ID 128891015).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5023923-81.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
AGRAVANTE: TECNOFLUOR INDUSTRIA E COMERCIO LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: MOACIL GARCIA - SP100335-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

O v. Acórdão destacou expressamente (ID 107179647):

“De outro lado, a adesão ao parcelamento interrompe o prazo prescricional, com a consequente suspensão do crédito tributário (artigo 151, inciso VI, do Código Tributário Nacional).

Com o fato da inadimplência, reinicia-se a contagem da prescrição.

No caso concreto, os créditos foram constituídos mediante entrega de declarações tributárias, com inscrições em dívida ativa em 18 de maio de 2012.

A agravante aderiu a parcelamentos tributários:

(i) REFIS, quanto às CDAs nº. 80.3.12.000613-33, 80.6.12.011401-15, 80.7.12.005210-31: adesão em 28 de abril de 2001 e exclusão em 17 de setembro de 2006 (fls. 13, ID 90436115);

(ii) PAEX, quanto às CDAs nº. 80.3.12.000613-33, 80.6.12.011401-15, 80.7.12.005210-31: adesão em 1º de junho de 2007 e exclusão em 22 de setembro de 2009 (fls. 39, ID 90436115);

(iii) PAEX, quanto às CDAs nº. 80.3.12.000614-14 e 80.6.12.011421-69: adesão em 15 de junho de 2007 e exclusão em 22 de setembro de 2009 (fls. 8 e 26, ID 90436117).

A execução fiscal foi ajuizada em 6 de novembro de 2012 (fls.1, do ID 90436110).

O despacho de citação, marco interruptivo da prescrição, foi proferido em 4 de março de 2013 (fls. 35, ID 90436111).

Nos termos do entendimento citado, tal interrupção retroage à data propositura da ação.

Não ocorreu prescrição”.

Não há qualquer vício no v. Acórdão. Pedido e fundamento jurídico são institutos processuais distintos. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.

No caso concreto, os embargos não demonstram a invalidade jurídica da fundamentação adotada no v. Acórdão. Pretendem, é certo, outra. Não se trata, então, da ocorrência de vício na decisão da causa, mas de sua realização por fundamento jurídico diverso da intelecção da parte.

De outra parte, a Constituição Federal, na cláusula impositiva da fundamentação das decisões judiciais, não fez opção estilística. Sucinta ou laudatória, a fundamentação deve ser, apenas, exposta no vernáculo (STJ - AI nº 169.073-SP-AgRg - Rel. o Min. José Delgado).

Na realidade, o que se pretende, através do presente recurso, é o reexame do mérito da decisão da Turma, o que não é possível em sede de embargos de declaração. Confira-se:

PROCESSO CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ART. 535, DO CPC - SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL DA EXTINTA SUDAM - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA - NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA - PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL - AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO - NÍTIDO CARÁTER INFRINGENTE - REJEIÇÃO.

1 - Tendo o acórdão embargado reconhecido a insuficiência de comprovação do direito líquido e certo, salientando a necessidade de dilação probatória, revestem-se de caráter infringente os embargos interpostos a pretexto de omissão e prequestionamento, uma vez que pretendem reabrir os debates meritórios acerca do tema.

2 - Por prerrogativa do dispositivo processual aventado, os Embargos de Declaração consubstanciam instrumento processual adequado para excluir do julgado qualquer obscuridade ou contradição ou, ainda, suprir omissão, cujo pronunciamento sobre a matéria se impunha ao Colegiado, integralizando-o, não se adequando, todavia, para promover o efeito modificativo do mesmo. Inteligência do art. 535 e incisos, do Código de Processo Civil.

3 - Precedentes (EDREsp nºs 120.229/PE e 202.292/DF).

4 - Embargos conhecidos, porém, rejeitados.

(STJ, 3ª seção, EDMS 8263/DF, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 09/04/2003, v.u., DJU 09/06/2003).

Por estes fundamentos, **rejeito** os embargos de declaração.

É o voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ALEGAÇÃO DE VÍCIO: INEXISTÊNCIA - CARÁTER INFRINGENTE: IMPOSSIBILIDADE - REJEIÇÃO.

1. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.
2. Na solução da causa, a adoção de fundamento jurídico diverso do exposto pela parte não é omissão. É divergência de inteligência na solução da lide, circunstância desqualificadora da interposição de embargos de declaração.
3. A Constituição Federal não fez opção estilística, na imposição do requisito da fundamentação das decisões. Esta pode ser laudatória ou sucinta. Deve ser, tão-só, pertinente e suficiente.
4. Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO (12357) Nº 5018364-80.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZARIBEIRO

RECORRENTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) RECORRENTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

RECORRIDO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

À vista da prejudicialidade reconhecida já no id de n. 128152812 desse incidente de suspensão do efeito suspensivo da apelação, arquivem-se os autos com as anotações e cautelas de praxe.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5018033-97.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: BRASANITAS EMPRESA BRASILEIRA DE SANEAMENTO E COM LTDA, PRAXXIS - CONTROLE INTEGRADO DE PRAGAS LTDA., INFRALINK SERVICOS DE INFRA-ESTRUTURA EMPRESARIAL LTDA

Advogado do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A

Advogado do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A

Advogado do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5018033-97.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: BRASANITAS EMPRESA BRASILEIRA DE SANEAMENTO E COM LTDA, PRAXXIS - CONTROLE INTEGRADO DE PRAGAS LTDA., INFRALINK SERVICOS DE INFRA-ESTRUTURA EMPRESARIAL LTDA

Advogado do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A

Advogado do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A

Advogado do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Trata-se de mandado de segurança destinado a afastar a incidência do salário educação sobre a folha de salários, com a compensação de valores.

A r. sentença (ID 129060195) julgou o pedido inicial improcedente.

Apelação do impetrante (ID 129060199), na qual requer a reforma da r. sentença.

Suscita preliminar de suspensão do processo, até o julgamento, no Supremo Tribunal Federal, do RE nº. 603.624, no qual se discute a constitucionalidade da incidência das contribuições ao SEBRAE, APEX e ABDI sobre a folha de salários.

Sustenta que o salário educação não foi recepcionado pela Constituição ou foi revogado com a edição da EC nº. 33/01.

Aponta violação ao artigo 149, §2º, III da Constituição Federal, pela aplicação da alíquota “ad valorem” à folha de salários. Apenas seria possível a incidência de determinada alíquota sobre (a) o faturamento, (b) a receita bruta, (c) o valor da operação ou (d) o valor aduaneiro.

Argumenta com o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da base de cálculo do PIS-Importação e da COFINS-Importação.

Contrarrazões (ID 129060204).

O Ministério Público Federal apresentou parecer (ID 129875108).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5018033-97.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: BRASANITAS EMPRESA BRASILEIRA DE SANEAMENTO E COM LTDA, PRAXXIS - CONTROLE INTEGRADO DE PRAGAS LTDA., INFRALINK SERVICOS DE INFRA-ESTRUTURA EMPRESARIAL LTDA

Advogado do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A

Advogado do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A

Advogado do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

A preliminar não tem pertinência.

O RE nº. 603.624 trata de contribuições distintas.

Ademais, não houve determinação de sobrestamento, pelo Relator, no Supremo Tribunal Federal, nos termos do artigo 1.037, inciso II, do Código de Processo Civil.

No mais, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da exigência do salário-educação, no regime das Constituições de 1969 e 1988: STF, RE 660933 RG, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, julgado em 02/02/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-037 DIVULG 22-02-2012 PUBLIC 23-02-2012, trânsito em julgado: 19/03/2012.

A Súmula nº. 732, do Supremo Tribunal Federal: **“É constitucional a cobrança da contribuição do salário-educação, seja sob a Carta de 1969, seja sob a Constituição Federal de 1988, e no regime da Lei 9.424/1996”**.

A EC 33/01 não alterou as hipóteses de incidência existentes. A jurisprudência desta Corte:

REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÕES EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES AO SISTEMA S, INCRA E SALÁRIO-EDUCAÇÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA DAS ENTIDADES DESTINATÁRIAS DOS RECURSOS ARRECADADOS. CONTRIBUIÇÕES AO SISTEMA S E SALÁRIO-EDUCAÇÃO. EC 33/01. A ALTERAÇÃO CONSTITUCIONAL NÃO IMPÕS RESTRIÇÃO ÀS CONTRIBUIÇÕES, MAS APENAS EXEMPLIFICOU BASES DE CÁLCULO A SEREM ELENCADAS CASO SEJAM INSTITUÍDAS NOVAS CONTRIBUIÇÕES. SEGURANÇA DENEGADA. 1. A jurisprudência do STJ cristalizou-se em favor da legitimidade passiva das entidades do Sistema S para as causas em que o contribuinte discute as contribuições cujo resultado econômico deve servir às atividades daqueles entes, afastando a alegação de ilegitimidade passiva do SEBRAE-SP. 2. No que tange às contribuições destinadas ao Sistema S, sua instituição deriva dos Decretos-Lei 9.853/46 e 8.621/46 e tem recepção constitucional garantida pelo art. 240 da CF, ressalvando das disposições referentes às contribuições sociais strictu sensu (previstas no art. 195) as contribuições compulsórias dos empregados sobre a folha de salários voltadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical. Têm, porquanto, fundamento constitucional autônomo, rechaçando a disciplina do art. 149 da CF. O mesmo se diz quanto às contribuições do salário-educação, pois, conforme reconhecido pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade, têm por fulcro o art. 212, § 5º, da CF.

3. Quanto à tese restritiva atinente à EC 33/01, este Tribunal sedimentou jurisprudência no sentido de que as alternativas de base de cálculo agora previstas no art. 149, § 2º, da CF não são taxativas, mantendo-se hígdas as contribuições então incidentes sobre a folha de salários - até porque se esta fosse a intenção do constituinte derivado, certamente disciplinaria a nova fonte de custeio das entidades favorecidas pelas contribuições.

(TRF3, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 371761 0006608-66.2016.4.03.6100, SEXTA TURMA, DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 31/08/2018).

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. RECURSO DE APELAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO AO SESC, SENAC, SEBRAE, INCRA, SALÁRIO-EDUCAÇÃO E AO FGTS. ILEGITIMIDADE PASSIVA DAS ENTIDADES PARAESTATAIS. CONSTITUCIONALIDADE. EC 33/2001. ARTIGO 149, § 2º, III, A, CF. BASE DE CÁLCULO. FOLHA DE SALÁRIOS. RECURSO IMPROVIDO. 1. A legitimidade para figurar no polo passivo da demanda é somente da União Federal. A matéria abordada nos autos diz respeito à incidência de contribuição sobre parcelas da remuneração. Assim, cabe à Secretaria da Receita Federal do Brasil a fiscalização e cobrança dos tributos em questão, tendo as entidades terceiras, às quais se destinam os recursos arrecadados, mero interesse econômico, mas não jurídico. 2. Segundo entendimento jurisprudencial consolidado nos Tribunais Federais e nesta Corte é exigível a contribuição destinada ao SESC, SENAC, SEBRAE, INCRA, FNDE e FGTS; inclusive após o advento da EC 33/2001. A nova redação do artigo 149, §2º, da CF/88 prevê, tão somente, alternativas de bases de cálculo para as contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, sem o propósito de estabelecer proibição de que sejam adotadas outras bases de cálculo. 3. A nova redação constitucional leva à compreensão de que as bases de cálculo para as contribuições especificadas no inciso III no § 2º do artigo 149 da CF, incluído pela EC nº 33/01, são previstas apenas de forma exemplificativa e não tem o condão de retirar a validade da contribuição social ou de intervenção do domínio econômico incidente sobre a folha de pagamento. 4. Caso contrário, acolhido o raciocínio da apelante, a redação do art. 149, §2º, que faz clara referência às contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, obstaria inclusive a incidência de contribuições sociais à seguridade social sobre a folha do pagamento das empresas, inferência ofensiva à disposição constitucional expressa do art. 195, I, a da CF/88. 5. Recurso de Apelação não provido. Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao recurso de apelação e, de ofício, julgar extinta a ação sem resolução do mérito quanto ao SESC, SENAC, SEBRAE, INCRA e FNDE em face da ilegitimidade passiva das entidades, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

(TRF3, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2198347 0008473-95.2014.4.03.6100, PRIMEIRA TURMA, DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 20/03/2018).

No mandado de segurança não são devidos honorários advocatícios (artigo 25, da Lei Federal nº. 12.016/09).

Por tais fundamentos, nego provimento à apelação.

EMENTA

TRIBUTÁRIO – APELAÇÃO – SALÁRIO EDUCAÇÃO - EMENDA CONSTITUCIONAL 33/2001 - FOLHA DE SALÁRIOS.

1. A Súmula nº. 732, do Supremo Tribunal Federal: “É constitucional a cobrança da contribuição do salário-educação, seja sob a Carta de 1969, seja sob a Constituição Federal de 1988, e no regime da Lei 9.424/1996”.
2. A EC 33/01 não alterou as hipóteses de incidência existentes.
3. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5005363-62.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
AGRAVANTE: ENFER TECNICA EM ABRASIVOS LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: DANIEL OLIVEIRA MATOS - SP315236-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5005363-62.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
EMBARGANTE: ENFER TECNICA EM ABRASIVOS LTDA
Advogado do(a) EMBARGANTE: DANIEL OLIVEIRA MATOS - SP315236-A
EMBARGADO: Acórdão de fls.
INTERESSADA: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): - Trata-se de embargos de declaração opostos por ENFER TÉCNICA EM ABRASIVOS LTDA em face de v. acórdão (ID 125068975) que se encontra assim ementado:

"AGRAVO INTERNO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE (ART. 40 DA LEI N.º 6.830/80). INÍCIO DA FLUÊNCIA DO LAPSO PRESCRICIONAL. INTIMAÇÃO FAZENDÁRIA DA NÃO LOCALIZAÇÃO DO DEVEDOR OU DA INEXISTÊNCIA DE BENS PENHORÁVEIS. NECESSIDADE. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. No caso vertente, foi negado provimento ao agravo de instrumento da parte executada para manter a decisão de primeiro grau que, em execução fiscal, indeferiu pedido de reconhecimento da prescrição intercorrente (art. 40 da Lei n.º 6.830/80) ao fundamento de que a contagem do prazo prescricional não teve início pois a Fazenda Nacional, em nenhum momento, foi intimada acerca do arquivamento dos autos.
2. Em agravo interno, a parte executada sustenta que: a) a intimação da Fazenda é prescindível, bastando apenas que tenha transcorrido o prazo prescricional quinquenal, bem como o decurso de 01 ano de suspensão no arquivo; b) o feito permaneceu inerte por 17 anos, ou seja, é incontroverso que o feito deve ser tido como prescrito por pura inércia da Agravada.
3. Restou bem assentado na decisão recorrida, com base na prova dos autos, que não se pode pretender tenha início a fluência do prazo prescricional, sem que seja dada ciência à Fazenda acerca da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis. A partir desta intimação, o prazo prescricional tem início automaticamente. Aplicação do entendimento preconizado no REsp n.º 1340553/RS, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos.
4. Analisando os fundamentos apresentados pela agravante não identifiquei motivo suficiente à reforma da decisão agravada. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática, integrada pela decisão proferida em embargos declaratórios.
5. Agravo interno improvido.”

Sustenta a embargante, em síntese, a ocorrência de omissão no v. acórdão, afirmando que não houve decretação da prescrição intercorrente, em que pese consistir em matéria de ordem pública, que deve ser conhecida de ofício. Afirma que todos os requisitos para decretação da prescrição estão preenchidos, sendo desnecessária a intimação da Fazenda quanto ao arquivamento dos autos.

Requer o conhecimento e acolhimento dos embargos, para o fim de sanar o vício apontado, inclusive para fins de prequestionamento dos arts. 3º, 4º, 6º, 240, 489, II, § 1º, VI, 1.022, II, parágrafo único, II, 1.025, CPC; 193, CC; 174, parágrafo único, CTN (ID 126460379).

Comcontrarrrazões (ID 128605138).

É o relatório.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5005363-62.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
EMBARGANTE: ENFER TECNICA EM ABRASIVOS LTDA
Advogado do(a) EMBARGANTE: DANIEL OLIVEIRA MATOS - SP315236-A
EMBARGADO: Acórdão de fls.
INTERESSADA: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

"EMENTA"

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 1.022, CPC. VÍCIOS INEXISTENTES. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. CARÁTER INFRINGENTE. PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REJEIÇÃO.

1. Nos termos do artigo 1.022, incisos I ao III do novo Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração para sanar obscuridade ou contradição, omissão de ponto ou questão sobre o qual deveria se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, ou, ainda, quando existir erro material, o que, no caso concreto, não restou demonstrado.

2. A questão resume-se, efetivamente, em divergência entre a argumentação constante do julgado e aquela desenvolvida pela embargante, tendo os embargos caráter nitidamente infringente, pelo que não há como prosperar o inconformismo da recorrente cujo real objetivo é o rejuízo da causa e a consequente reforma do *decisum*.

3. A mera alegação de visarem ao prequestionamento da matéria não justifica a oposição dos embargos declaratórios, quando não se verifica nenhuma das situações previstas no artigo 1.022, do Código de Processo Civil.

4. Embargos de declaração rejeitados.

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): - Nos termos do artigo 1.022, incisos I ao III, do Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração para sanar obscuridade ou contradição, omissão de ponto ou questão sobre o qual deveria se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, bem como quando existir erro material.

Vício algum se verifica na espécie.

Da simples leitura do v. acórdão embargado se depreendem os fundamentos em que se baseia, tendo sido inequivocamente decidida a matéria ventilada nos embargos de declaração.

In casu, o v. acórdão embargado negou provimento ao agravo interno tirado de r. decisão monocrática que, no julgamento do agravo de instrumento, manteve decisão interlocutória proferida pelo MM. Juízo *a quo* que indeferiu pedido de reconhecimento da prescrição intercorrente.

Na espécie, o voto condutor deixou consignado que, nos termos do artigo 40, da Lei n. 6.830/80, é possível a decretação *ex officio* da prescrição intercorrente decorridos 5 (cinco) anos da decisão que tiver ordenado o arquivamento da execução fiscal, desde que previamente intimada a Fazenda Pública para se manifestar a respeito, exceto se configurada a hipótese do § 5º do mesmo artigo.

Asseverou, contudo, que, no presente caso concreto, os autos foram remetidos ao arquivo sobrestado sem qualquer intimação do Procurador fazendário, que sequer teve ciência de que o devedor não foi localizado.

O voto condutor ponderou que “*com base na prova dos autos, que não se pode pretender tenha início a fluência do prazo prescricional, sem que seja dada ciência à Fazenda acerca da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis. A partir desta intimação, o prazo prescricional tem início automaticamente.*”

Assim, a questão resume-se, efetivamente, em divergência entre a argumentação constante do julgado e aquela desenvolvida pela embargante, tendo os presentes embargos caráter nitidamente infringente, pelo que não há como prosperar o inconformismo da recorrente cujo real objetivo é o rejuízo da causa e a consequente reforma do *decisum*.

Nos estreitos limites dos embargos de declaração, todavia, somente deverá ser examinada eventual obscuridade, omissão, contradição ou erro material, o que, no caso concreto, não restou demonstrado.

Neste sentido, trago à colação os seguintes julgados:

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC NÃO CONFIGURADA. REDISSCUSSÃO DA MATÉRIA DE MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO PARA FINS DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INVIABILIDADE.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 1.022 do CPC.

2. Os Embargos Declaratórios não constituem instrumento adequado para a rediscussão da matéria de mérito.

3. Sob pena de invasão da competência do STF, descabe analisar questão constitucional em Recurso Especial, ainda que para viabilizar a interposição de Recurso Extraordinário.

4. Embargos de Declaração rejeitados."

(EDcl no AgRg no AREsp 784.106/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 29/09/2016)

"PROCESSUAL CIVIL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 03/STJ. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO JULGADO. REDISSCUSSÃO DE MATÉRIA JÁ DECIDIDA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Os embargos de declaração têm a finalidade simples e única de completar, aclarar ou corrigir uma decisão omissa, obscura ou contraditória. Não são destinados à adequação do decisum ao entendimento da parte embargante, nem ao acolhimento de pretensões que refletem mero inconformismo, e, menos ainda, à rediscussão de questão já resolvida. Precedentes.

2. A análise das razões recursais revela a pretensão da parte em alterar o resultado do decisum, o que é inviável nesta seara recursal.

3. Embargos de declaração rejeitados."

(EDcl no AgRg nos EAREsp 620.940/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/09/2016, DJe 21/09/2016)

"PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS PREVISTOS NO ART. 1.022 DO CPC/15. REDISCUSSÃO DO JULGADO.

1. Os embargos de declaração são cabíveis para sanar omissão, contradição ou obscuridade do julgado recorrido e corrigir erros materiais. O CPC/15 ainda equipara à omissão o julgado que desconsidera acórdãos proferidos sob a sistemática dos recursos repetitivos, incidente de assunção de competência, ou ainda que contenha um dos vícios elencados no art. 489, § 1º, do referido normativo.

2. No caso, não estão presentes quaisquer dos vícios autorizadores do manejo dos embargos declaratórios, estando evidenciado, mais uma vez, o exclusivo propósito dos embargantes em rediscutir o mérito das questões já devidamente examinadas por esta Corte.

3. Não há omissão no acórdão embargado, pois esta Turma foi categórica ao afirmar que os interessados não dirigiram seu inconformismo quanto à aplicação da Súmula 182/STJ na decisão da Presidência desta Corte que não conheceu do agravo em recurso especial.

4. Embargos de declaração rejeitados."

(EDcl no AgInt no AREsp 858.482/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 19/09/2016)

A mera alegação de visarem ao prequestionamento da matéria não justifica a oposição dos embargos declaratórios, quando não se verifica nenhuma das situações previstas no artigo 1.022, do Código de Processo Civil.

Salienta-se, entretanto, que a rejeição do recurso não constitui obstáculo à interposição de recursos excepcionais, em razão de disposição expressa do artigo 1.025 do Código de Processo Civil, nos seguintes termos, "*consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade*".

Ante o exposto, **rejeito** os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 1.022, CPC. VÍCIOS INEXISTENTES. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. CARÁTER INFRINGENTE. PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REJEIÇÃO.

1. Nos termos do artigo 1.022, incisos I ao III do novo Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração para sanar obscuridade ou contradição, omissão de ponto ou questão sobre o qual deveria se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, ou, ainda, quando existir erro material, o que, no caso concreto, não restou demonstrado.

2. A questão resume-se, efetivamente, em divergência entre a argumentação constante do julgado e aquela desenvolvida pela embargante, tendo os embargos caráter nitidamente infringente, pelo que não há como prosperar o inconformismo da recorrente cujo real objetivo é o rejugamento da causa e a conseqüente reforma do *decisum*.

3. A mera alegação de visarem ao prequestionamento da matéria não justifica a oposição dos embargos declaratórios, quando não se verifica nenhuma das situações previstas no artigo 1.022, do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por maioria, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do voto da relatora, acompanhada pelo voto do Desembargador Federal Fábio Prieto, vencido o Desembargador Federal Johanson Di Salvo, que os acolhia, dando-lhes parcial provimento. Lavrará o acórdão a Relatora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002464-40.2017.4.03.6128

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: GRAPHOCOLOR DO BRASIL EMBALAGENS LTDA

Advogado do(a) APELADO: ANTONIO CARLOS DE ALMEIDA AMENDOLA - SP154182-A

OUTROS PARTICIPANTES:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002464-40.2017.4.03.6128

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

EMBARGANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

EMBARGADO: Acórdão de fls.

APELADO: GRAPHOCOLOR DO BRASIL EMBALAGENS LTDA

Advogado do(a) APELADO: ANTONIO CARLOS DE ALMEIDA AMENDOLA - SP154182-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de embargos de declaração, opostos pela União Federal (FAZENDA NACIONAL), com fulcro no artigo 1.022, incisos I e II do Código de Processo Civil, em face do v. acórdão (ID 123731109), proferido nos autos de agravo interno contra decisão monocrática que negou provimento à apelação e à remessa oficial, em mandado de segurança.

O v. acórdão embargado encontra-se assim ementado:

AGRAVO INTERNO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. CONCEITO DE FATURAMENTO. EXCLUSÃO DO ICMS. RE 574.706-PR JULGADO NO EXCELSO PRETÓRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PENDÊNCIA DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SOBRESTAMENTO DO FEITO NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA SOMENTE ATÉ A PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO PARADIGMA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. No caso vertente, aplica-se o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706 – Tema 69, ao firmar a tese no sentido de que: *O icms não compõe a base de cálculo para a incidência do pis e da cofins*.

2. Nos termos do julgado do RE 574.706, o ICMS destacado nas notas fiscais deve ser excluído do conceito de receita, na condição de mero ingresso de caixa. Precedente desta Sexta Turma: EDAC 0001070-22.2007.4.03.6100/SP, rel. Des. Federal Johanson di Salvo, j. 06/09/2018; DJ 18/09/2018.

3. Não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos no RE 574.706/PR, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC/15 determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie.

4. Não houve orientação específica de sobrestamento dos feitos que versem sobre a mesma matéria, nas instâncias ordinárias e, como asseverado no monocrático, o art. 1.040, inc. II, do CPC/*decisum* 2015 determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, sem necessidade de aguardar-se o trânsito em julgado. Nesse sentido são os inúmeros precedentes emanados do Excelso Pretório, dentre eles a decisão proferida na Reclamação nº 30.996-SP (DJ-e 13.08.2018) e o Agravo no RE nº 930.647-PR (DJ-e 08.04.2016).

5. Ademais, analisando os fundamentos apresentados pela agravante não identifiquei motivo suficiente à reforma da decisão agravada. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.

6. Agravo interno improvido.

Alega a embargante a ocorrência de obscuridade, omissão e contradição no v. acórdão, no tocante à ausência de fundamentação no acórdão paradigma proferido no RE 574706-Tema 69, que determinou a exclusão, da base de cálculo do PIS/COFINS, do ICMS destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias. Afirmo a violação aos artigos 489, § 1º, IV a VI, 525, § 13º, 926 e 927, § 3º do CPC e art. 27 da Lei 9.868/99, em razão da mencionada falta de fundamentação. Aduz que foram interpostos embargos de declaração, ao acórdão RE 574706, em que se requer a manifestação da Corte sobre o critério a ser utilizado para apuração do ICMS a ser excluído, questão esta que não foi definida no acórdão proferido em repercussão geral. Assevera que o critério mais acertado a ser utilizado para apuração do ICMS a ser excluído, caso mantida a tese firmada, seria a adoção do “ICMS a recolher”. Friso que o reconhecimento em favor do contribuinte do direito de excluir da base de cálculo do PIS/COFINS o ICMS destacado nas notas fiscais viola os arts. 13, §1º, I, 19 e 20, caput, da Lei Complementar nº 87, de 1996, o art. 1º da Lei 10.637, 2002, o art. 1º da 10.833, de 2002, art. 2º da Lei 9.715, de 1998, e art. 2º da Lei Complementar nº 70, de 1991, e artigos 2º e 3º da Lei 9.718/98. Pugna pelo sobrestamento dos processos que tratam do Tema 69, a fim de aguardar o julgamento definitivo do acórdão paradigma. Requer sejam os presentes embargos de declaração conhecidos e providos, para o fim de sanar os vícios apontados, bem como questionar a matéria para fins recursais.

Contrarrazões da embargada GRAPHOCOLOR DO BRASIL EMBALAGENS LTDA. (ID 129979928).

É o relatório.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002464-40.2017.4.03.6128
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
EMBARGANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
EMBARGADO: Acórdão de fls.
APELADO: GRAPHOCOLOR DO BRASIL EMBALAGENS LTDA
Advogado do(a) APELADO: ANTONIO CARLOS DE ALMEIDA AMENDOLA - SP154182-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Nos termos do artigo 1.022, incisos I ao III do Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração quando houver, em qualquer decisão judicial, obscuridade ou contradição, omissão de ponto ou questão sobre o qual deveria se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, bem como quando existir erro material.

Vício algum se verifica na espécie.

Da simples leitura do v. acórdão embargado se depreendem os fundamentos em que se baseia, tendo sido inequivocamente decidida a matéria ventilada nos embargos de declaração.

Conforme consta expressamente no v. acórdão embargado: “No caso vertente, aplica-se o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706 – Tema 69, ao firmar a tese no sentido de que: O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS. Nos termos do julgado do RE 574.706, o ICMS destacado nas notas fiscais deve ser excluído do conceito de receita, na condição de mero ingresso de caixa. Precedente desta Sexta Turma: EDAC 0001070-22.2007.4.03.6100/SP, rel. Des. Federal Johnson de Salvo, j. 06/09/2018; DJ 18/09/2018. Não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos no RE 574.706/PR, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC/15 determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie. Não houve orientação específica de sobrestamento dos feitos que versem sobre a mesma matéria, nas instâncias ordinárias e, como asseverado no monocrático, o art. 1.040, inc. II, do CPC/decisum 2015 determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, sem necessidade de aguardar-se o trânsito em julgado. Nesse sentido são os inúmeros precedentes emanados do Excelso Pretório, dentre eles a decisão proferida na Reclamação nº 30.996-SP (DJ-e 13.08.2018) e o Agravo no RE nº 930.647-PR (DJ-e 08.04.2016).”

Assim, as questões trazidas pelos embargantes se resumem, efetivamente, em divergência entre a argumentação constante do julgado e aquela por eles desenvolvidas, tendo os presentes embargos caráter nitidamente infringente, pelo que não há como prosperar o inconformismo dos recorrentes, cujo real objetivo é o rejuízo da causa e a consequente reforma do decisum.

Nos estreitos limites dos embargos de declaração, todavia, somente deverá ser examinada eventual obscuridade, omissão, contradição ou erro material, o que, no caso concreto, não restou demonstrado.

Neste sentido, trago à colação os seguintes julgados:

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC NÃO CONFIGURADA. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA DE MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO PARA FINS DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INVIABILIDADE.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 1.022 do CPC.
2. Os Embargos Declaratórios não constituem instrumento adequado para a rediscussão da matéria de mérito.
3. Sob pena de invasão da competência do STF, descabe analisar questão constitucional em Recurso Especial, ainda que para viabilizar a interposição de Recurso Extraordinário.
4. Embargos de Declaração rejeitados.”

(EDcl no AgRg no AREsp 784.106/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 29/09/2016)

PROCESSUAL CIVIL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 03/STJ. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO JULGADO. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA JÁ DECIDIDA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Os embargos de declaração têm a finalidade simples e única de completar, aclarar ou corrigir uma decisão omissa, obscura ou contraditória. Não são destinados à adequação do decisum ao entendimento da parte embargante, nem ao acolhimento de pretensões que refletem mero inconformismo, e, menos ainda, à rediscussão de questão já resolvida. Precedentes.
2. A análise das razões recursais revela a pretensão da parte em alterar o resultado do decisum, o que é inviável nesta seara recursal.
3. Embargos de declaração rejeitados.”

(EDcl no AgRg nos EAREsp 620.940/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/09/2016, DJe 21/09/2016)

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRADO INTERNO NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS PREVISTOS NO ART. 1.022 DO CPC/15. REDISCUSSÃO DO JULGADO.

1. Os embargos de declaração são cabíveis para sanar omissão, contradição ou obscuridade do julgado recorrido e corrigir erros materiais. O CPC/15 ainda equipara à omissão o julgado que desconsidera acórdãos proferidos sob a sistemática dos recursos repetitivos, incidente de assunção de competência, ou ainda que contenha um dos vícios elencados no art. 489, § 1º, do referido normativo.

2. No caso, não estão presentes quaisquer dos vícios autorizadores do manejo dos embargos declaratórios, estando evidenciado, mais uma vez, o exclusivo propósito dos embargantes em rediscutir o mérito das questões já devidamente examinadas por esta Corte.

3. Não há omissão no acórdão embargado, pois esta Turma foi categórica ao afirmar que os interessados não dirigiram seu inconformismo quanto à aplicação da Súmula 182/STJ na decisão da Presidência desta Corte que não conheceu do agravo em recurso especial.

4. Embargos de declaração rejeitados.”

(EDcl no AgInt no AREsp 858.482/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 19/09/2016).

A mera alegação de visarem ao prequestionamento da matéria não justifica a oposição dos embargos declaratórios, quando não se verifica nenhuma das situações previstas no artigo 1.022, do Código de Processo Civil.

Salienta-se, entretanto, que a rejeição do recurso não constitui obstáculo à interposição de recursos excepcionais, em razão de disposição expressa do artigo 1.025 do Código de Processo Civil, nos seguintes termos: “consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade”.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É como voto.

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Acolho a preliminar de sobrestamento. Se vencido, acompanho pela conclusão.

E M E N T A

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 1.022, CPC. VÍCIOS INEXISTENTES. CARÁTER INFRINGENTE. PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REJEIÇÃO.

1. Nos termos do art. 1.022, incisos I ao III do novo Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração para sanar obscuridade ou contradição, omissão de ponto ou questão sobre o qual deveria se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, ou, ainda, quando existir erro material, o que, no caso concreto, não restou demonstrado.

2. A questão resume-se, efetivamente, em divergência entre a argumentação constante do julgado e aquela desenvolvida pela embargante, tendo os presentes embargos caráter nitidamente infringente, pelo que não há como prosperar o inconformismo da recorrente, cujo real objetivo é o rejuízo da causa e a consequente reforma do decisor.

3. A mera alegação de visarem ao prequestionamento da matéria não justifica a oposição dos embargos declaratórios, quando não se verifica nenhuma das situações previstas no artigo 1.022, do Código de Processo Civil.

4. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por maioria, não acolheu a preliminar de sobrestamento do feito, no julgamento ocorrido nos moldes do artigo 942, do Código de Processo Civil, nos termos do voto da Relatora, acompanhado pelos votos dos Desembargadores Federais Johnson Di Salvo e Souza Ribeiro, e da Juíza Federal Convocada Denise Avelar, vencido o Desembargador Federal Fábio Prieto, que a acolhia. Prosseguindo, no mérito, a Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do voto da Relatora, acompanhada pelo voto do Desembargador Federais Johnson Di Salvo e do voto do Desembargador Federal Fábio Prieto, pela conclusão. Lavrará o acórdão a Relatora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002746-65.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: NEM INDUSTRIA E COMERCIO DE CONFECÇÕES LTDA

Advogado do(a) APELADO: NICOLAU ABRAHAO HADDAD NETO - SP180747-A

OUTROS PARTICIPANTES:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002746-65.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

EMBARGANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

EMBARGADO: Acórdão de fls.

INTERESSADO: NEM INDUSTRIA E COMERCIO DE CONFECÇÕES LTDA

Advogado do(a) INTERESSADO: NICOLAU ABRAHAO HADDAD NETO - SP180747-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de embargos de declaração, opostos pela União Federal (FAZENDA NACIONAL), com fulcro nos artigos 1.022, incisos I e II do Código de Processo Civil, em face do v. acórdão (ID 122767919), proferido em agravo interno contra decisão monocrática que deu parcial provimento à apelação e à remessa oficial, em mandado de segurança.

O v. acórdão embargado encontra-se assimmentado:

AGRAVO INTERNO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. CONCEITO DE FATURAMENTO. EXCLUSÃO DO ICMS E ISS. RE nº 592616-RS (ISS). RE 574.706-PR (ICMS) JULGADO NO EXCELSO PRETÓRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PENDÊNCIA DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SOBRESTAMENTO DO FEITO NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA SOMENTE ATÉ A PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO PARADIGMA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. No caso vertente, aplica-se o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706 - Tema 69, ao firmar a tese no sentido de que: O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.

2. Não houve orientação específica de sobrestamento dos feitos que versem sobre a mesma matéria, nas instâncias ordinárias e, como asseverado no decisum monocrático, o art. 1.040, inc. II, do CPC/2015 determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, sem necessidade de aguardar-se o trânsito em julgado. Nesse sentido são os inúmeros precedentes emanados do Excelso Pretório, dentre eles a decisão proferida na Reclamação nº 30.996-SP (DJ-e 13.08.2018) e o agravo no RE nº 930.647-PR (DJ-e 08.04.2016).

3. Pelo que se observa dos fundamentos supramencionados, não prospera a irresignação da agravante. É que, como afirmado, no caso vertente, aplica-se o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706.

4. Por outro lado, não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos naquele feito, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC/15, determina o sobrestamento dos processos que versam sobre a mesma matéria somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie.

5. Nesse sentido são os inúmeros precedentes emanados do Excelso Pretório, dentre eles a decisão proferida na Reclamação nº 30.996-SP (DJ-e 13.08.2018) e o Agravo no RE nº 930.647-PR (DJ-e 08.04.2016).

6. Sem razão a agravante, ainda, em relação ao ISS, posto que a decisão recorrida está adrede fundamentada e plenamente justificada a manutenção da decisão proferida pelo juízo a quo. De toda sorte, toda a matéria vertida nos autos foi amplamente debatida e, ao contrário do alegado neste agravo, houve pronunciamento expresso acerca da matéria em debate que, ademais, está em consonância com a jurisprudência desta E. Corte Regional.

7. Ainda, consta que o debate em torno do ISS é objeto do RE nº 592616-RS, em regime de repercussão geral. Impende salientar que, no regime do art. 543-B do CPC/1973, rigorosamente a suspensão pretendida pela agravante somente dar-se-ia caso houvesse expressa determinação exarada naquele recurso extraordinário, consoante já teve a oportunidade de decidir o C. STJ em diversas oportunidades (ADRESP nº 201301326370, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 22/10/2015; AgRg no AREsp nº 462.937/PR, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, DJe 29/11/2016; RMS nº 49.213/RS, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 02/02/2017).

8. Ademais, analisando os fundamentos apresentados pela agravante não identifiquei motivo suficiente à reforma da decisão agravada. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.

9. Agravo interno improvido.

Alega a embargante a ocorrência de omissão, obscuridade e contradição no v. acórdão, no tocante ao necessário sobrestamento do feito até o julgamento final do RE 592.616 (Tema 118) e RE 574.706 (Tema 69), em sede de repercussão geral. Aponta que estão pendentes de apreciação os embargos de declaração opostos ao RE 574.706, requerendo a modulação dos efeitos do julgado. Afirmo que a aplicação imediata da tese firmada no julgamento do RE 574.706 afronta a segurança jurídica e a racionalidade do sistema de precedentes, bem como viola os arts. 489, § 1º, IV a VI, 525, § 13º, 926, 927, § 3º, 1.022, 1.030, III do CPC e art. 27 da Lei 9.868/99. Alega omissão quanto aos princípios da universalidade da cobertura e atendimento da seguridade social, previstos nos artigos 3º, I e IV, 170, 194 e 195 da Constituição Federal. Aponta a omissão quanto aos dispositivos legais e constitucionais que fundamentam a inclusão do ISS e do ICMS na base de cálculo da PIS/COFINS: art. 195, I, "b" da Constituição Federal; arts. 3º da Lei 9.715/98; 2º e 3º da Lei 9.718/98; 1º das Leis 10.637/02 e 10.833/03; 2º, 52, 54 e 55 da Lei 12.973/14. Requer sejam os presentes embargos de declaração conhecidos e providos, para o fim de sanar os vícios apontados, bem como questionar a matéria para fins recursais.

Contrarrazões da embargada, NEW IND. E COM. DE CONFECÇÕES LTDA. (ID 128149010).

É o relatório.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002746-65.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
EMBARGANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
EMBARGADO: Acórdão de fls.
INTERESSADO: NEM INDUSTRIA E COMERCIO DE CONFECÇÕES LTDA
Advogado do(a) APELADO: NICOLAU ABRAHAO HADDAD NETO - SP180747-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

"EMENTA"

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 1.022, CPC. VÍCIOS INEXISTENTES. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. CARÁTER INFRINGENTE. PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REJEIÇÃO.

1. Nos termos do artigo 1.022, incisos I ao III do novo Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração para sanar obscuridade ou contradição, omissão de ponto ou questão sobre o qual deveria se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, ou, ainda, quando existir erro material, o que, no caso concreto, não restou demonstrado.
2. A questão resume-se, efetivamente, em divergência entre a argumentação constante do julgado e aquela desenvolvida pela embargante, tendo os embargos caráter nitidamente infringente, pelo que não há como prosperar o inconformismo da recorrente cujo real objetivo é o rejugamento da causa e a consequente reforma do decisum.
3. A mera alegação de visarem ao prequestionamento da matéria não justifica a oposição dos embargos declaratórios, quando não se verifica nenhuma das situações previstas no artigo 1.022, do Código de Processo Civil.
4. Embargos de declaração rejeitados.

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Nos termos do artigo 1.022, incisos I ao III do Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração quando houver, em qualquer decisão judicial, obscuridade ou contradição, omissão de ponto ou questão sobre o qual deveria se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, bem como quando existir erro material.

Vício algum se verifica na espécie.

Da simples leitura do v. acórdão embargado se depreendem os fundamentos em que se baseia, tendo sido inequivocamente decidida a matéria ventilada nos embargos de declaração.

Conforme constou expressamente no v. acórdão embargado, aplica-se ao presente caso, o posicionamento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706 - Tema 69, no qual firmou a tese no sentido de que: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS". Tal entendimento deve ser estendido ao ISS, por identidade de razões.

O pleito de sobrestamento do presente processo até o trânsito em julgado do RE 574.706 foi devidamente apreciado, restando assentado no v. acórdão embargado que "não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos naquele feito, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC/15, determina o sobrestamento dos processos que versam sobre a mesma matéria somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie".

No tocante ao sobrestamento do processo em razão da pendência de julgamento do RE nº 592.616-RS, tema 118 em regime de repercussão geral, cujo objeto é a inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS, restou consignado no voto condutor que "no regime do art. 543-B do CPC/1973, rigorosamente a suspensão pretendida pela agravante somente dar-se-ia caso houvesse expressa determinação exarada naquele recurso extraordinário, consoante já teve a oportunidade de decidir o C. STJ em diversas oportunidades (ADRESP nº 201301326370, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 22/10/2015; AgRg no AREsp nº 462.937/PR, Rel. Min. NEFT CORDEIRO, DJe 29/11/2016; RMS nº 49.213/RS, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 02/02/2017)."

Assim, as questões trazidas pelos embargantes se resumem, efetivamente, em divergência entre a argumentação constante do julgado e aquela por eles desenvolvidas, tendo os presentes embargos caráter nitidamente infringente, pelo que não há como prosperar o inconformismo dos recorrentes, cujo real objetivo é o rejugamento da causa e a consequente reforma do decisum.

Nos estreitos limites dos embargos de declaração, todavia, somente deverá ser examinada eventual obscuridade, omissão, contradição ou erro material, o que, no caso concreto, não restou demonstrado.

Neste sentido, trago à colação os seguintes julgados:

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC NÃO CONFIGURADA. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA DE MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO PARA FINS DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INVIABILIDADE.

1.A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 1.022 do CPC.

2.Os Embargos Declaratórios não constituem instrumento adequado para a rediscussão da matéria de mérito.

3.Sob pena de invasão da competência do STF, descabe analisar questão constitucional em Recurso Especial, ainda que para viabilizar a interposição de Recurso Extraordinário.

4.Embargos de Declaração rejeitados.”

(EDcl no AgRg no AREsp 784.106/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 29/09/2016)

PROCESSUAL CIVIL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 03/STJ. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO JULGADO. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA JÁ DECIDIDA. IMPOSSIBILIDADE.

1.Os embargos de declaração têm a finalidade simples e única de completar, aclarar ou corrigir uma decisão omissa, obscura ou contraditória. Não são destinados à adequação do decisum ao entendimento da parte embargante, nem ao acolhimento de pretensões que refletem mero inconformismo, e, menos ainda, à rediscussão de questão já resolvida. Precedentes.

2.A análise das razões recursais revela a pretensão da parte em alterar o resultado do decisum, o que é inviável nesta seara recursal.

3.Embargos de declaração rejeitados.”

(EDcl no AgRg nos EAREsp 620.940/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/09/2016, DJe 21/09/2016)

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS PREVISTOS NO ART. 1.022 DO CPC/15. REDISCUSSÃO DO JULGADO.

1.Os embargos de declaração são cabíveis para sanar omissão, contradição ou obscuridade do julgado recorrido e corrigir erros materiais. O CPC/15 ainda equipara à omissão o julgado que desconsidera acórdãos proferidos sob a sistemática dos recursos repetitivos, incidente de assunção de competência, ou ainda que contenha um dos vícios elencados no art. 489, § 1º, do referido normativo.

2.No caso, não estão presentes quaisquer dos vícios autorizadores do manejo dos embargos declaratórios, estando evidenciado, mais uma vez, o exclusivo propósito dos embargantes em rediscutir o mérito das questões já devidamente examinadas por esta Corte.

3.Não há omissão no acórdão embargado, pois esta Turma foi categórica ao afirmar que os interessados não dirigiram seu inconformismo quanto à aplicação da Súmula 182/STJ na decisão da Presidência desta Corte que não conheceu do agravo em recurso especial.

4.Embargos de declaração rejeitados.”

(EDcl no AgInt no AREsp 858.482/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 19/09/2016).

A mera alegação de visarem ao prequestionamento da matéria não justifica a oposição dos embargos declaratórios, quando não se verifica nenhuma das situações previstas no artigo 1.022, do Código de Processo Civil.

Salienta-se, entretanto, que a rejeição do recurso não constitui obstáculo à interposição de recursos excepcionais, em razão de disposição expressa do artigo 1.025 do Código de Processo Civil, nos seguintes termos: “*consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade*”.

Ante o exposto, **rejeito** os embargos de declaração.

É como voto.

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Acolho a preliminar de sobrestamento. Se vencido, acompanho pela conclusão.

EMENTA

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 1.022, CPC. VÍCIOS INEXISTENTES. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. CARÁTER INFRINGENTE. PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REJEIÇÃO.

1. Nos termos do artigo 1.022, incisos I ao III do novo Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração para sanar obscuridade ou contradição, omissão de ponto ou questão sobre o qual deveria se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, ou, ainda, quando existir erro material, o que, no caso concreto, não restou demonstrado.
2. A questão resume-se, efetivamente, em divergência entre a argumentação constante do julgado e aquela desenvolvida pela embargante, tendo os embargos caráter nitidamente infringente, pelo que não há como prosperar o inconformismo da recorrente cujo real objetivo é o rejugamento da causa e a consequente reforma do *decisum*.
3. A mera alegação de visarem ao prequestionamento da matéria não justifica a oposição dos embargos declaratórios, quando não se verifica nenhuma das situações previstas no artigo 1.022, do Código de Processo Civil.
4. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por maioria, não acolheu a preliminar de sobrestamento do feito, no julgamento ocorrido nos moldes do artigo 942, do Código de Processo Civil, nos termos do voto da Relatora, acompanhado pelos votos dos Desembargadores Federais Johansom Di Salvo e Souza Ribeiro, e da Juíza Federal Convocada Denise Avelar, vencido o Desembargador Federal Fábio Prieto, que a acolhia. Prosseguindo, no mérito, a Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do voto da Relatora, acompanhada pelo voto do Desembargador Federais Johansom Di Salvo e do voto do Desembargador Federal Fábio Prieto, pela conclusão. Lavrará o acórdão a Relatora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000433-41.2017.4.03.6130

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: USUAL PLASTIC - INDUSTRIA E COMERCIO DE ARTEFATOS PLASTICOS LTDA, USUAL PLASTIC - UTILIDADE DOMESTICA E COMERCIO LTDA

Advogados do(a) APELADO: MARCELO MORENO DA SILVEIRA - SP160884-A, JOAO ANDRE BUTTINI DE MORAES - SP287864-A, ILDA DAS GRACAS NOGUEIRA MARQUES - SP121409-A, VAGNER RUMACHELLA - SP125900-A

Advogados do(a) APELADO: JOAO ANDRE BUTTINI DE MORAES - SP287864-A, MARCELO MORENO DA SILVEIRA - SP160884-A, ILDA DAS GRACAS NOGUEIRA MARQUES - SP121409-A, VAGNER RUMACHELLA - SP125900-A

OUTROS PARTICIPANTES:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000433-41.2017.4.03.6130

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

EMBARGANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

EMBARGADO: Acórdão de fls.

INTERESSADO: USUAL PLASTIC - INDUSTRIA E COMERCIO DE ARTEFATOS PLASTICOS LTDA, USUAL PLASTIC - UTILIDADE DOMESTICA E COMERCIO LTDA

Advogados do(a) APELADO: MARCELO MORENO DA SILVEIRA - SP160884-A, JOAO ANDRE BUTTINI DE MORAES - SP287864-A, ILDA DAS GRACAS NOGUEIRA MARQUES - SP121409-A, VAGNER RUMACHELLA - SP125900-A

Advogados do(a) APELADO: JOAO ANDRE BUTTINI DE MORAES - SP287864-A, MARCELO MORENO DA SILVEIRA - SP160884-A, ILDA DAS GRACAS NOGUEIRA MARQUES - SP121409-A, VAGNER RUMACHELLA - SP125900-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de embargos de declaração, opostos pela União Federal (FAZENDA NACIONAL), com fulcro no art. 1.022, incisos I e II do Código de Processo Civil, em face do v. acórdão (ID 123731658), proferido nos autos de agravo interno contra a decisão monocrática que negou provimento à apelação e deu parcial provimento à remessa oficial, emmandado de segurança.

O v. acórdão embargado encontra-se assimementado:

AGRAVO INTERNO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. CONCEITO DE FATURAMENTO. EXCLUSÃO DO ICMS. RE 574.706-PR JULGADO NO EXCELSO PRETÓRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PENDÊNCIA DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SOBRESTAMENTO DO FEITO NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA SOMENTE ATÉ A PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO PARADIGMA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. No caso vertente, aplica-se o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706 – Tema 69, ao firmar a tese no sentido de que: O icms não compõe a base de cálculo para a incidência do pis e da cofins.

2. Nos termos do julgado do RE 574.706, o ICMS destacado nas notas fiscais deve ser excluído do conceito de receita, na condição de mero ingresso de caixa. Precedente desta Sexta Turma: EDAC 0001070-22.2007.4.03.6100/SP, rel. Des. Federal Johonsom di Salvo, j. 06/09/2018; DJ 18/09/2018.

3. Não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos no RE 574.706/PR, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC/15 determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie.

4. Não houve orientação específica de sobrestamento dos feitos que versem sobre a mesma matéria, nas instâncias ordinárias e, como asseverado no monocrático, o art. 1.040, inc. II, do CPC/decisum 2015 determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, sem necessidade de aguardar-se o trânsito em julgado. Nesse sentido são os inúmeros precedentes emanados do Excelso Pretório, dentre eles a decisão proferida na Reclamação nº 30.996-SP (DJ-e 13.08.2018) e o Agravo no RE nº 930.647-PR (DJ-e 08.04.2016).

5. Ademais, analisando os fundamentos apresentados pela agravante não identifiquei motivo suficiente à reforma da decisão agravada. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.

6. Agravo interno improvido.

Alega a embargante a ocorrência de obscuridade, omissão e contradição no v. acórdão, no tocante à ausência de fundamentação no acórdão paradigma proferido no RE 574706-Tema 69, que determinou a exclusão, da base de cálculo do PIS/COFINS, do ICMS destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias. Afirmo a violação aos artigos 489, § 1º, IV a VI, 525, § 13º, 926 e 927, § 3º do CPC e art. 27 da Lei 9.868/99, em razão da mencionada falta de fundamentação. Aduz que foram interpostos embargos de declaração, ao acórdão RE 574706, em que se requer a manifestação da Corte sobre o critério a ser utilizado para apuração do ICMS a ser excluído, questão esta que não foi definida no acórdão proferido em repercussão geral. Assevera que o critério mais acertado a ser utilizado para apuração do ICMS a ser excluído, caso mantida a tese firmada, seria a adoção do “ICMS a recolher”. Friso que o reconhecimento em favor do contribuinte do direito de excluir da base de cálculo do PIS/COFINS o ICMS destacado nas notas fiscais viola os arts. 13, §1º, I, 19 e 20, caput, da Lei Complementar nº 87, de 1996, o art. 1º da Lei 10.637/2002, o art. 1º da Lei 10.833/2002, art. 2º da Lei 9.715, de 1998, art. 2º da Lei Complementar nº 70, de 1991, e artigos 2º e 3º da Lei 9.718/98. Pugna pelo sobrestamento dos processos que tratam do Tema 69, a fim de aguardar o julgamento definitivo do acórdão paradigma. Requer sejam presentes embargos de declaração conhecidos e providos, para o fim de sanar os vícios apontados, bem como prequestionar a matéria para fins recursais.

Contrarrazões da embargada USUAL PLASTIC INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ARTEFATOS PLÁSTICOS LTDA., (ID 131309811).

É o relatório.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000433-41.2017.4.03.6130

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

EMBARGANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

EMBARGADO: Acórdão de fls.

INTERESSADO: USUAL PLASTIC - INDUSTRIA E COMERCIO DE ARTEFATOS PLASTICOS LTDA, USUAL PLASTIC - UTILIDADE DOMESTICA E COMERCIO LTDA

Advogados do(a) APELADO: MARCELO MORENO DA SILVEIRA - SP160884-A, JOAO ANDRE BUTTINI DE MORAES - SP287864-A, ILDA DAS GRACAS NOGUEIRA MARQUES - SP121409-A, VAGNER RUMACHELLA - SP125900-A

Advogados do(a) APELADO: JOAO ANDRE BUTTINI DE MORAES - SP287864-A, MARCELO MORENO DA SILVEIRA - SP160884-A, ILDA DAS GRACAS NOGUEIRA MARQUES - SP121409-A, VAGNER RUMACHELLA - SP125900-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Nos termos do artigo 1.022, incisos I ao III do Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração quando houver, em qualquer decisão judicial, obscuridade ou contradição, omissão de ponto ou questão sobre o qual deveria se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, bem como quando existir erro material.

Vício algum se verifica na espécie.

Da simples leitura do v. acórdão embargado se depreendem os fundamentos em que se baseia, tendo sido inequivocamente decidida a matéria ventilada nos embargos de declaração.

Conforme consta expressamente no v. acórdão embargado: “No caso vertente, aplica-se o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706 – Tema 69, ao firmar a tese no sentido de que: O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do pis e da cofins. Nos termos do julgado do RE 574.706, o ICMS destacado nas notas fiscais deve ser excluído do conceito de receita, na condição de mero ingresso de caixa. Precedente desta Sexta Turma: EDA C 0001070-22.2007.4.03.6100/SP, rel. Des. Federal Johnson de Salvo, j. 06/09/2018; DJ 18/09/2018. Não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos no RE 574.706/PR, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC/15 determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie. Não houve orientação específica de sobrestamento dos feitos que versem sobre a mesma matéria, nas instâncias ordinárias e, como asseverado no monocrático, o art. 1.040, inc. II, do CPC/decisum 2015 determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, sem necessidade de aguardar-se o trânsito em julgado. Nesse sentido são os inúmeros precedentes emanados do Excelso Pretório, dentre eles a decisão proferida na Reclamação nº 30.996-SP (DJ-e 13.08.2018) e o Agravo no RE nº 930.647-PR (DJ-e 08.04.2016)”.

Assim, as questões trazidas pelos embargantes se resumem, efetivamente, em divergência entre a argumentação constante do julgado e aquela por eles desenvolvidas, tendo os presentes embargos caráter nitidamente infringente, pelo que não há como prosperar o inconformismo dos recorrentes, cujo real objetivo é o rejuvimento da causa e a consequente reforma do decisum.

Nos estreitos limites dos embargos de declaração, todavia, somente deverá ser examinada eventual obscuridade, omissão, contradição ou erro material, o que, no caso concreto, não restou demonstrado.

Neste sentido, trago à colação os seguintes julgados:

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC NÃO CONFIGURADA. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA DE MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO PARA FINS DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INVIABILIDADE.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 1.022 do CPC.

2. Os Embargos Declaratórios não constituem instrumento adequado para a rediscussão da matéria de mérito.

3. Sob pena de invasão da competência do STF, descabe analisar questão constitucional em Recurso Especial, ainda que para viabilizar a interposição de Recurso Extraordinário.

4. Embargos de Declaração rejeitados.”

(EDcl no AgRg no AREsp 784.106/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 29/09/2016)

PROCESSUAL CIVIL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 03/STJ. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO JULGADO. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA JÁ DECIDIDA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Os embargos de declaração têm a finalidade simples e única de completar, aclarar ou corrigir uma decisão omissa, obscura ou contraditória. Não são destinados à adequação do decisum ao entendimento da parte embargante, nem ao acolhimento de pretensões que refletem mero inconformismo, e, menos ainda, à rediscussão de questão já resolvida. Precedentes.

2. A análise das razões recursais revela a pretensão da parte em alterar o resultado do decisum, o que é inviável nesta seara recursal.

3. Embargos de declaração rejeitados.”

(EDcl no AgRg nos EAREsp 620.940/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/09/2016, DJe 21/09/2016)

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS PREVISTOS NO ART. 1.022 DO CPC/15. REDISCUSSÃO DO JULGADO.

1. Os embargos de declaração são cabíveis para sanar omissão, contradição ou obscuridade do julgado recorrido e corrigir erros materiais. O CPC/15 ainda equipara à omissão o julgado que desconsidera acórdãos proferidos sob a sistemática dos recursos repetitivos, incidente de assunção de competência, ou ainda que contenha um dos vícios elencados no art. 489, § 1º, do referido normativo.

2. No caso, não estão presentes quaisquer dos vícios autorizadores do manejo dos embargos declaratórios, estando evidenciado, mais uma vez, o exclusivo propósito dos embargantes em rediscutir o mérito das questões já devidamente examinadas por esta Corte.

3. Não há omissão no acórdão embargado, pois esta Turma foi categórica ao afirmar que os interessados não dirigiram seu inconformismo quanto à aplicação da Súmula 182/STJ na decisão da Presidência desta Corte que não conheceu do agravo em recurso especial.

4. Embargos de declaração rejeitados.”

(EDcl no AgInt no AREsp 858.482/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 19/09/2016).

A mera alegação de visarem ao prequestionamento da matéria não justifica a oposição dos embargos declaratórios, quando não se verifica nenhuma das situações previstas no artigo 1.022, do Código de Processo Civil.

Salienta-se, entretanto, que a rejeição do recurso não constitui obstáculo à interposição de recursos excepcionais, em razão de disposição expressa do artigo 1.025 do Código de Processo Civil, nos seguintes termos: “consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade”.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É como voto.

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Acolho a preliminar de sobrestamento. Se vencido, acompanho pela conclusão.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 1.022, CPC. VÍCIOS INEXISTENTES. CARÁTER INFRINGENTE. PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REJEIÇÃO.

1. Nos termos do art. 1.022, incisos I ao III do novo Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração para sanar obscuridade ou contradição, omissão de ponto ou questão sobre o qual deveria se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, ou, ainda, quando existir erro material, o que, no caso concreto, não restou demonstrado.
2. A questão resume-se, efetivamente, em divergência entre a argumentação constante do julgado e aquela desenvolvida pela embargante, tendo os presentes embargos caráter nitidamente infringente, pelo que não há como prosperar o inconformismo da recorrente, cujo real objetivo é o rejuízo da causa e a consequente reforma do decisor.
3. A mera alegação de visarem ao prequestionamento da matéria não justifica a oposição dos embargos declaratórios, quando não se verifica nenhuma das situações previstas no artigo 1.022, do Código de Processo Civil.
4. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por maioria, não acolheu a preliminar de sobrestamento do feito, no julgamento ocorrido nos moldes do artigo 942, do Código de Processo Civil, nos termos do voto da Relatora, acompanhado pelos votos dos Desembargadores Federais Johnson Di Salvo e Souza Ribeiro, e da Juíza Federal Convocada Denise Avelar, vencido o Desembargador Federal Fábio Prieto, que a acolhia. Prosseguindo, no mérito, a Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do voto da Relatora, acompanhada pelo voto do Desembargador Federais Johnson Di Salvo e do voto do Desembargador Federal Fábio Prieto, pela conclusão. Lavrará o acórdão a Relatora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5008602-06.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO

AGRAVANTE: BERNADETE MALUF & CIA LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: LUIZ OTAVIO PINHEIRO BITTENCOURT - SP147224-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por BERNADETE MALUF & CIA LTDA contra decisão interlocutória proferida no bojo dos autos do processo .

Compulsando-se os autos do referido processo originário, constata-se que já foi prolatada sentença.

O feito comporta julgamento monocrático, nos termos do art. 932, III c/c art. 1019, caput, ambos do novo CPC.

Verificando-se a superveniência de sentença, resta prejudicado o presente agravo de instrumento, ante a manifesta perda de objeto.

Nesse sentido, entendimento jurisprudencial, consoante ementas que seguem:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO CONTRA ACÓRDÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SENTENÇA SUPERVENIENTE. RECURSO PREJUDICADO.

1. A superveniência da sentença proferida no feito principal enseja a perda de objeto de recursos anteriores que versem sobre questões resolvidas por decisão interlocutória combatida via agravo de instrumento. Precedentes.

2. Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg no REsp 1.485.765/SP, Terceira Turma, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 20/10/2015, DJe 29/10/2015)

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA DE MÉRITO. PERDA DO OBJETO.

1. Tendo em conta o caráter manifestamente infringente, e em face do princípio da fungibilidade recursal, recebem-se os presentes embargos de declaração como agravo regimental.

2. A jurisprudência desta Corte Superior firmou entendimento no sentido de que resta prejudicado, pela perda de objeto, o recurso especial interposto contra acórdão que examinou agravo de instrumento, quando se verifica a prolação da sentença de mérito, haja vista que nela a cognição é exauriente.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ, EDcl no REsp 1.338.242/PE, Primeira Turma, Relator Ministro Sérgio Kukina, j. 17/10/2015, DJe 09/11/2015)

AGRAVO LEGAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO LIMINAR. POSTERIOR PROLAÇÃO DE SENTENÇA PELO JUÍZO A QUO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PREJUDICADO EM RAZÃO DE PERDA DE OBJETO RECURSAL. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO.

- A decisão interlocutória impugnada no presente agravo de instrumento (liminar indeferida pelo juízo a quo) não mais produz suas regulares consequências jurídicas, pois a sentença foi proferida no processo originário. Assim, era viável ter por prejudicado o agravo de instrumento e, por via de consequência, negar seguimento ao recurso, conforme estatui o artigo 932, III, do CPC/2015.

- A agravante não pode se valer de um recurso interposto contra uma dada decisão interlocutória (responsável por indeferir o pleito liminar na origem) para que haja reapreciação de uma sentença (na qual se reconheceu a ocorrência de litispendência), sob pena de promover verdadeiro tumulto processual, o que não se admite. Caso mantenha a intenção de combater a sentença que reconheceu a ocorrência de litispendência entre a ação de origem de outro processo, deverá a agravante valer-se da via recursal adequada, que não se refere ao presente agravo de instrumento.

- Agravo legal a que se nega provimento.

(TRF3, AG 0013386-19.2016.403.0000, Primeira Turma, Relator Desembargador Federal Wilson Zauhy, j. 22/08/2017, e-DJF3 Judicial 1 de 01/09/2017)

Diante do exposto, com fulcro no art. 932, inc. III, do CPC/2015, não conheço do presente agravo de instrumento, ante a manifesta prejudicialidade, nos termos da fundamentação supra.

Decorrido o prazo legal para recursos, observadas as formalidades legais, baixem os autos à Vara de origem.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO (12357) Nº 5013201-51.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO

RECORRENTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) RECORRENTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

RECORRIDO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Cuida-se de pedido de efeito suspensivo ao recurso de apelação interposto nos autos dos embargos à execução fiscal formulados por NESTLÉ BRASIL LTDA, a fim de que se assegure a suspensão de eventual execução, com o levantamento de valores alegadamente indevidos ou mesmo bloqueio de contas em seu desfavor.

A r. sentença *a quo* julgou os embargos improcedentes. Sem custas processuais, bem como honorários advocatícios sucumbenciais. É o breve relato.

Decido.

Com efeito, tendo em vista a escorreita fundamentação da r. sentença de primeiro grau, e o quanto requerido em sede de apelação naqueles autos, entendo que o pedido liminar ora formulado demanda a apreciação no âmbito do próprio apelo, considerando-se, para tanto, que a eventual manutenção daquela sentença implicará na prejudicialidade do presente.

Destarte, considerando que o feito principal já está em vias de subir a esta E. Corte Regional, bem como que não logrou êxito a petionária em demonstrar a efetiva urgência para a imediata concessão do efeito suspensivo, **INDEFIRO O PEDIDO**, que voltará a ser analisado, em momento processual oportuno, após a chegada do apelo a este órgão jurisdicional, nos termos do então requerido.

Publique-se. Intimem-se.

Oportunamente, arquivem-se os autos com as cautelas de praxe.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5003729-60.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO

AGRAVANTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) AGRAVANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

AGRAVADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por NESTLE BRASIL LTDA. contra decisão interlocutória proferida no bojo dos autos do processo .

Compulsando-se os autos do referido processo originário, constata-se que já foi prolatada sentença.

O feito comporta julgamento monocrático, nos termos do art. 932, III c/c art. 1019, caput, ambos do novo CPC.

Verificando-se a superveniência de sentença, resta prejudicado o presente agravo de instrumento, ante a manifesta perda de objeto.

Nesse sentido, entendimento jurisprudencial, consoante ementas que seguem:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO CONTRA ACÓRDÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SENTENÇA SUPERVENIENTE. RECURSO PREJUDICADO.

1. A superveniência da sentença proferida no feito principal enseja a perda de objeto de recursos anteriores que versem sobre questões resolvidas por decisão interlocutória combatida via agravo de instrumento. Precedentes.

2. Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg no REsp 1.485.765/SP, Terceira Turma, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 20/10/2015, DJe 29/10/2015)

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA DE MÉRITO. PERDA DO OBJETO.

1. Tendo em conta o caráter manifestamente infringente, e em face do princípio da fungibilidade recursal, recebem-se os presentes embargos de declaração como agravo regimental.

2. A jurisprudência desta Corte Superior firmou entendimento no sentido de que resta prejudicado, pela perda de objeto, o recurso especial interposto contra acórdão que examinou agravo de instrumento, quando se verifica a prolação da sentença de mérito, haja vista que nela a cognição é exauriente.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

AGRAVO LEGAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO LIMINAR. POSTERIOR PROLAÇÃO DE SENTENÇA PELO JUÍZO A QUO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PREJUDICADO EM RAZÃO DE PERDA DE OBJETO RECURSAL. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO.

- A decisão interlocutória impugnada no presente agravo de instrumento (liminar indeferida pelo juízo a quo) não mais produz suas regulares consequências jurídicas, pois a sentença foi proferida no processo originário. Assim, era viável ter por prejudicado o agravo de instrumento e, por via de consequência, negar seguimento ao recurso, conforme estatui o artigo 932, III, do CPC/2015.

- A agravante não pode se valer de um recurso interposto contra uma dada decisão interlocutória (responsável por indeferir o pleito liminar na origem) para que haja reapreciação de uma sentença (na qual se reconheceu a ocorrência de litispendência), sob pena de promover verdadeiro tumulto processual, o que não se admite. Caso mantenha a intenção de combater a sentença que reconheceu a ocorrência de litispendência entre a ação de origem de outro processo, deverá a agravante valer-se da via recursal adequada, que não se refere ao presente agravo de instrumento.

- Agravo legal a que se nega provimento.

(TRF3, AG 0013386-19.2016.403.0000, Primeira Turma, Relator Desembargador Federal Wilson Zauhy, j. 22/08/2017, e-DJF3 Judicial 1 de 01/09/2017)

Diante do exposto, com fulcro no art. 932, inc. III, do CPC/2015, não conheço do presente agravo de instrumento, ante a manifesta prejudicialidade, nos termos da fundamentação supra.

Decorrido o prazo legal para recursos, observadas as formalidades legais, baixemos autos à Vara de origem.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5013054-59.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO

AGRAVANTE: AUTO POSTO J D COCENZO LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: LUIZ OTAVIO PINHEIRO BITTENCOURT - SP147224-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por AUTO POSTO J D COCENZO LTDA contra decisão interlocutória proferida no bojo dos autos do processo .

Compulsando-se os autos do referido processo originário, constata-se que já foi prolatada sentença.

O feito comporta julgamento monocrático, nos termos do art. 932, III c/c art. 1019, caput, ambos do novo CPC.

Verificando-se a superveniência de sentença, resta prejudicado o presente agravo de instrumento, ante a manifesta perda de objeto.

Nesse sentido, entendimento jurisprudencial, consoante ementas que seguem:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO CONTRA ACÓRDÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SENTENÇA SUPERVENIENTE. RECURSO PREJUDICADO.

1. A superveniência da sentença proferida no feito principal enseja a perda de objeto de recursos anteriores que versem sobre questões resolvidas por decisão interlocutória combatida via agravo de instrumento. Precedentes.

2. Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg no REsp 1.485.765/SP, Terceira Turma, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 20/10/2015, DJe 29/10/2015)

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA DE MÉRITO. PERDA DO OBJETO.

1. Tendo em conta o caráter manifestamente infringente, e em face do princípio da fungibilidade recursal, recebem-se os presentes embargos de declaração como agravo regimental.

2. A jurisprudência desta Corte Superior firmou entendimento no sentido de que resta prejudicado, pela perda de objeto, o recurso especial interposto contra acórdão que examinou agravo de instrumento, quando se verifica a prolação da sentença de mérito, haja vista que nela a cognição é exauriente.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ, EDcl no REsp 1.338.242/PE, Primeira Turma, Relator Ministro Sérgio Kukina, j. 17/10/2015, DJe 09/11/2015)

AGRAVO LEGAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO LIMINAR. POSTERIOR PROLAÇÃO DE SENTENÇA PELO JUÍZO A QUO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PREJUDICADO EM RAZÃO DE PERDA DE OBJETO RECURSAL. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO.

- A decisão interlocutória impugnada no presente agravo de instrumento (liminar indeferida pelo juízo a quo) não mais produz suas regulares consequências jurídicas, pois a sentença foi proferida no processo originário. Assim, era viável ter por prejudicado o agravo de instrumento e, por via de consequência, negar seguimento ao recurso, conforme estatui o artigo 932, III, do CPC/2015.

- A agravante não pode se valer de um recurso interposto contra uma dada decisão interlocutória (responsável por indeferir o pleito liminar na origem) para que haja reapreciação de uma sentença (na qual se reconheceu a ocorrência de litispendência), sob pena de promover verdadeiro tumulto processual, o que não se admite. Caso mantenha a intenção de combater a sentença que reconheceu a ocorrência de litispendência entre a ação de origem de outro processo, deverá a agravante valer-se da via recursal adequada, que não se refere ao presente agravo de instrumento.

- Agravo legal a que se nega provimento.

(TRF3, AG 0013386-19.2016.403.0000, Primeira Turma, Relator Desembargador Federal Wilson Zauhy, j. 22/08/2017, e-DJF3 Judicial 1 de 01/09/2017)

Diante do exposto, com fulcro no art. 932, inc. III, do CPC/2015, não conheço do presente agravo de instrumento, ante a manifesta prejudicialidade, nos termos da fundamentação supra.

Decorrido o prazo legal para recursos, observadas as formalidades legais, baixem os autos à Vara de origem.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5012803-41.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO

AGRAVANTE: VATTEN SOLUCOES AMBIENTAIS LTDA - ME

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARYANNA CRISTINA ROCHA LIMA DE CARVALHO - SP262116

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por VATTEN SOLUCOES AMBIENTAIS LTDA - ME contra decisão interlocutória proferida no bojo dos autos do processo .

Compulsando-se os autos do referido processo originário, constata-se que já foi prolatada sentença.

O feito comporta julgamento monocrático, nos termos do art. 932, III c/c art. 1019, caput, ambos do novo CPC.

Verificando-se a superveniência de sentença, resta prejudicado o presente agravo de instrumento, ante a manifesta perda de objeto.

Nesse sentido, entendimento jurisprudencial, consoante ementas que seguem:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO CONTRA ACÓRDÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SENTENÇA SUPERVENIENTE. RECURSO PREJUDICADO.

1. A superveniência da sentença proferida no feito principal enseja a perda de objeto de recursos anteriores que versem sobre questões resolvidas por decisão interlocutória combatida via agravo de instrumento. Precedentes.

2. Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg no REsp 1.485.765/SP, Terceira Turma, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 20/10/2015, DJe 29/10/2015)

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA DE MÉRITO. PERDA DO OBJETO.

1. Tendo em conta o caráter manifestamente infringente, e em face do princípio da fungibilidade recursal, recebem-se os presentes embargos de declaração como agravo regimental.

2. A jurisprudência desta Corte Superior firmou entendimento no sentido de que resta prejudicado, pela perda de objeto, o recurso especial interposto contra acórdão que examinou agravo de instrumento, quando se verifica a prolação da sentença de mérito, haja vista que nela a cognição é exauriente.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ, EDcl no REsp 1.338.242/PE, Primeira Turma, Relator Ministro Sérgio Kukina, j. 17/10/2015, DJe 09/11/2015)

AGRAVO LEGAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO LIMINAR. POSTERIOR PROLAÇÃO DE SENTENÇA PELO JUÍZO A QUO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PREJUDICADO EM RAZÃO DE PERDA DE OBJETO RECURSAL. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO.

- A decisão interlocutória impugnada no presente agravo de instrumento (liminar indeferida pelo juízo a quo) não mais produz suas regulares consequências jurídicas, pois a sentença foi proferida no processo originário. Assim, era viável ter por prejudicado o agravo de instrumento e, por via de consequência, negar seguimento ao recurso, conforme estatui o artigo 932, III, do CPC/2015.

- A agravante não pode se valer de um recurso interposto contra uma dada decisão interlocutória (responsável por indeferir o pleito liminar na origem) para que haja reapreciação de uma sentença (na qual se reconheceu a ocorrência de litispendência), sob pena de promover verdadeiro tumulto processual, o que não se admite. Caso mantenha a intenção de combater a sentença que reconheceu a ocorrência de litispendência entre a ação de origem de outro processo, deverá a agravante valer-se da via recursal adequada, que não se refere ao presente agravo de instrumento.

- Agravo legal a que se nega provimento.

(TRF3, AG 0013386-19.2016.403.0000, Primeira Turma, Relator Desembargador Federal Wilson Zauhy, j. 22/08/2017, e-DJF3 Judicial 1 de 01/09/2017)

Diante do exposto, com fulcro no art. 932, inc. III, do CPC/2015, não conheço do presente agravo de instrumento, ante a manifesta prejudicialidade, nos termos da fundamentação supra.

Decorrido o prazo legal para recursos, observadas as formalidades legais, baixem os autos à Vara de origem.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5003758-13.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO

AGRAVANTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) AGRAVANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

AGRAVADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por NESTLE BRASIL LTDA. contra decisão interlocutória proferida no bojo dos autos do processo .

Compulsando-se os autos do referido processo originário, constata-se que já foi prolatada sentença.

O feito comporta julgamento monocrático, nos termos do art. 932, III c/c art. 1019, caput, ambos do novo CPC.

Verificando-se a superveniência de sentença, resta prejudicado o presente agravo de instrumento, ante a manifesta perda de objeto.

Nesse sentido, entendimento jurisprudencial, consoante ementas que seguem:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO CONTRA ACÓRDÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SENTENÇA SUPERVENIENTE. RECURSO PREJUDICADO.

1. A superveniência da sentença proferida no feito principal enseja a perda de objeto de recursos anteriores que versem sobre questões resolvidas por decisão interlocutória combatida via agravo de instrumento. Precedentes.

2. Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg no REsp 1.485.765/SP, Terceira Turma, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 20/10/2015, DJe 29/10/2015)

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA DE MÉRITO. PERDA DO OBJETO.

1. Tendo em conta o caráter manifestamente infringente, e em face do princípio da fungibilidade recursal, recebem-se os presentes embargos de declaração como agravo regimental.

2. A jurisprudência desta Corte Superior firmou entendimento no sentido de que resta prejudicado, pela perda de objeto, o recurso especial interposto contra acórdão que examinou agravo de instrumento, quando se verifica a prolação da sentença de mérito, haja vista que nela a cognição é exauriente.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

AGRAVO LEGAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO LIMINAR. POSTERIOR PROLAÇÃO DE SENTENÇA PELO JUÍZO A QUO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PREJUDICADO EM RAZÃO DE PERDA DE OBJETO RECURSAL. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO.

- A decisão interlocutória impugnada no presente agravo de instrumento (liminar indeferida pelo juízo a quo) não mais produz suas regulares consequências jurídicas, pois a sentença foi proferida no processo originário. Assim, era viável ter por prejudicado o agravo de instrumento e, por via de consequência, negar seguimento ao recurso, conforme estatui o artigo 932, III, do CPC/2015.

- A agravante não pode se valer de um recurso interposto contra uma dada decisão interlocutória (responsável por indeferir o pleito liminar na origem) para que haja reapreciação de uma sentença (na qual se reconheceu a ocorrência de litispendência), sob pena de promover verdadeiro tumulto processual, o que não se admite. Caso mantenha a intenção de combater a sentença que reconheceu a ocorrência de litispendência entre a ação de origem de outro processo, deverá a agravante valer-se da via recursal adequada, que não se refere ao presente agravo de instrumento.

- Agravo legal a que se nega provimento.

(TRF3, AG 0013386-19.2016.403.0000, Primeira Turma, Relator Desembargador Federal Wilson Zauhy, j. 22/08/2017, e-DJF3 Judicial 1 de 01/09/2017)

Diante do exposto, com fulcro no art. 932, inc. III, do CPC/2015, não conheço do presente agravo de instrumento, ante a manifesta prejudicialidade, nos termos da fundamentação supra.

Decorrido o prazo legal para recursos, observadas as formalidades legais, baixem os autos à Vara de origem.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5020213-53.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO
AGRAVANTE: VENICIUS TOBIAS, CAYOWAA NEGOCIOS IMOBILIARIOS EIRELI
Advogado do(a) AGRAVANTE: TALITA FERNANDA RITZ SANTANA - SP319665-A
Advogado do(a) AGRAVANTE: TALITA FERNANDA RITZ SANTANA - SP319665-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por VENICIUS TOBIAS contra decisão interlocutória proferida no bojo dos autos do processo .

Compulsando-se os autos do referido processo originário, constata-se que já foi prolatada sentença.

O feito comporta julgamento monocrático, nos termos do art. 932, III c/c art. 1019, caput, ambos do novo CPC.

Verificando-se a superveniência de sentença, resta prejudicado o presente agravo de instrumento, ante a manifesta perda de objeto.

Nesse sentido, entendimento jurisprudencial, consoante ementas que seguem:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO CONTRA ACÓRDÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SENTENÇA SUPERVENIENTE. RECURSO PREJUDICADO.

1. A superveniência da sentença proferida no feito principal enseja a perda de objeto de recursos anteriores que versem sobre questões resolvidas por decisão interlocutória combatida via agravo de instrumento. Precedentes.

2. Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg no REsp 1.485.765/SP, Terceira Turma, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 20/10/2015, DJe 29/10/2015)

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA DE MÉRITO. PERDA DO OBJETO.

1. Tendo em conta o caráter manifestamente infringente, e em face do princípio da fungibilidade recursal, recebem-se os presentes embargos de declaração como agravo regimental.

2. A jurisprudência desta Corte Superior firmou entendimento no sentido de que resta prejudicado, pela perda de objeto, o recurso especial interposto contra acórdão que examinou agravo de instrumento, quando se verifica a prolação da sentença de mérito, haja vista que nela a cognição é exauriente.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ, EDcl no REsp 1.338.242/PE, Primeira Turma, Relator Ministro Sérgio Kukina, j. 17/10/2015, DJe 09/11/2015)

AGRAVO LEGAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO LIMINAR. POSTERIOR PROLAÇÃO DE SENTENÇA PELO JUÍZO A QUO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PREJUDICADO EM RAZÃO DE PERDA DE OBJETO RECURSAL. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO.

- A decisão interlocutória impugnada no presente agravo de instrumento (liminar indeferida pelo juízo a quo) não mais produz suas regulares consequências jurídicas, pois a sentença foi proferida no processo originário. Assim, era viável ter por prejudicado o agravo de instrumento e, por via de consequência, negar seguimento ao recurso, conforme estatui o artigo 932, III, do CPC/2015.

- A agravante não pode se valer de um recurso interposto contra uma dada decisão interlocutória (responsável por indeferir o pleito liminar na origem) para que haja reapreciação de uma sentença (na qual se reconheceu a ocorrência de litispendência), sob pena de promover verdadeiro tumulto processual, o que não se admite. Caso mantenha a intenção de combater a sentença que reconheceu a ocorrência de litispendência entre a ação de origem de outro processo, deverá a agravante valer-se da via recursal adequada, que não se refere ao presente agravo de instrumento.

- Agravo legal a que se nega provimento.

(TRF3, AG 0013386-19.2016.403.0000, Primeira Turma, Relator Desembargador Federal Wilson Zauhy, j. 22/08/2017, e-DJF3 Judicial 1 de 01/09/2017)

Diante do exposto, com fulcro no art. 932, inc. III, do CPC/2015, não conheço do presente agravo de instrumento, ante a manifesta prejudicialidade, nos termos da fundamentação supra.

Decorrido o prazo legal para recursos, observadas as formalidades legais, baixem os autos à Vara de origem.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5033286-92.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO
AGRAVANTE: UNIVERSIDADE FEDERAL DE SAO PAULO

AGRAVADO: VINICIUS DOS SANTOS MACHADO DA CUNHA
Advogado do(a) AGRAVADO: SARAH RAQUEL VIEIRA - SP407430
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por UNIVERSIDADE FEDERAL DE SAO PAULO contra decisão interlocutória proferida no bojo dos autos do processo .

Compulsando-se os autos do referido processo originário, constata-se que já foi prolatada sentença.

O feito comporta julgamento monocrático, nos termos do art. 932, III c/c art. 1019, caput, ambos do novo CPC.

Verificando-se a superveniência de sentença, resta prejudicado o presente agravo de instrumento, ante a manifesta perda de objeto.

Nesse sentido, entendimento jurisprudencial, consoante ementas que seguem:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO CONTRA ACÓRDÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SENTENÇA SUPERVENIENTE. RECURSO PREJUDICADO.

1. A superveniência da sentença proferida no feito principal enseja a perda de objeto de recursos anteriores que versem sobre questões resolvidas por decisão interlocutória combatida via agravo de instrumento. Precedentes.

2. Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg no REsp 1.485.765/SP, Terceira Turma, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 20/10/2015, DJe 29/10/2015)

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA DE MÉRITO. PERDA DO OBJETO.

1. Tendo em conta o caráter manifestamente infringente, e em face do princípio da fungibilidade recursal, recebem-se os presentes embargos de declaração como agravo regimental.
2. A jurisprudência desta Corte Superior firmou entendimento no sentido de que resta prejudicado, pela perda de objeto, o recurso especial interposto contra acórdão que examinou agravo de instrumento, quando se verifica a prolação da sentença de mérito, haja vista que nela a cognição é exauriente.
3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ, EDcl no REsp 1.338.242/PE, Primeira Turma, Relator Ministro Sérgio Kukina, j. 17/10/2015, DJe 09/11/2015)

AGRAVO LEGAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO LIMINAR. POSTERIOR PROLAÇÃO DE SENTENÇA PELO JUÍZO A QUO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PREJUDICADO EM RAZÃO DE PERDA DE OBJETO RECURSAL. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO.

- A decisão interlocutória impugnada no presente agravo de instrumento (liminar indeferida pelo juízo a quo) não mais produz suas regulares consequências jurídicas, pois a sentença foi proferida no processo originário. Assim, era viável ter por prejudicado o agravo de instrumento e, por via de consequência, negar seguimento ao recurso, conforme estatui o artigo 932, III, do CPC/2015.

- A agravante não pode se valer de um recurso interposto contra uma dada decisão interlocutória (responsável por indeferir o pleito liminar na origem) para que haja reapreciação de uma sentença (na qual se reconheceu a ocorrência de litispendência), sob pena de promover verdadeiro tumulto processual, o que não se admite. Caso mantenha a intenção de combater a sentença que reconheceu a ocorrência de litispendência entre a ação de origem de outro processo, deverá a agravante valer-se da via recursal adequada, que não se refere ao presente agravo de instrumento.

- Agravo legal a que se nega provimento.

(TRF3, AG 0013386-19.2016.403.0000, Primeira Turma, Relator Desembargador Federal Wilson Zauhy, j. 22/08/2017, e-DJF3 Judicial 1 de 01/09/2017)

Diante do exposto, com fulcro no art. 932, inc. III, do CPC/2015, não conheço do presente agravo de instrumento, ante a manifesta prejudicialidade, nos termos da fundamentação supra.

Decorrido o prazo legal para recursos, observadas as formalidades legais, baixem os autos à Vara de origem.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0004005-20.2016.4.03.6100

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: DNIT-DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES

APELADO: ITAU SEGUROS DE AUTO E RESIDENCIAS.A.

Advogados do(a) APELADO: VICTOR JOSE PETRAROLI NETO - SP31464-A, ANA RITA DOS REIS PETRAROLI - SP130291-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0004005-20.2016.4.03.6100
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: DNIT-DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES
APELADO: ITAU SEGUROS DE AUTO E RESIDENCIAS S.A.
Advogados do(a) APELADO: VICTOR JOSE PETRAROLI NETO - SP31464-A, ANA RITA DOS REIS PETRAROLI - SP130291-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de apelação interposta pelo DNIT, em face da r. sentença de procedência, proferida nesses autos de ação de indenização por danos materiais, promovida pela ITAU SEGUROS DE AUTO E RESIDÊNCIA S/A, contra o réu, pessoa jurídica, DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES - DNIT.

A petição inicial (ID 125069319), distribuída à 6ª Vara Federal Cível de São Paulo/SP veiculou, em suma, o seguinte, como bem relatou a r. sentença (ID 125069319):

[...]

Trata-se de ação de procedimento comum proposta por ITAU SEGUROS DE AUTO E RESIDÊNCIA S.A. contra o DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES — DNIT, visando a condenação da Ré ao pagamento do montante de 43.476,01 (quarenta e três mil, quatrocentos e setenta e seis reais e um centavo), para ressarcimento de danos causados ao veículo de marca Toyota, modelo Hylux cabine dupla, ano 2015, modelo 2016, placa 0HL1222, que estaria coberto pela apólice nº 33.31.16512788.0.

Narra que o veículo segurado sofreu danos decorrentes de acidente ocorrido na Rodovia BR 364, na altura do km 475, no dia 15.11.2015. Afirma que o danos foram extensos, causando a perda parcial do veículo, de forma que foi obpi à indenização ao segurado pelo valor despendido com os reparos.

Sustenta a responsabilização da parte ré pela reparação dos danos ante o descumprimento de seu dever de vigilância e proteção aos usuários da rodovia. Afirma ter descontado do conserto o valor da franquia, para fins de obtenção do valor a ser ressarcido pelo réu.

[...]

Contestação do DNIT (ID 125069319). Réplica (ID 125069319).

Sobreveio a r. sentença (ID 125069319) que julgou procedentes os pedidos iniciais, na forma do dispositivo abaixo transcrito, em seus trechos essenciais:

[...]

Inicialmente, afasto a preliminar de inépcia da petição inicial, na medida em que os fatos que ocasionaram o acidente encontram-se suficientemente descritos no boletim de ocorrência de fls. 21-28. Assim, apesar do alegado erro material da narrativa, não se verifica ofensa ao princípio do contraditório, haja vista que a teve oportunidade para contestar o fato conforme ocorrido. No que concerne à alegação de ilegitimidade ativa, merece acolhimento o argumento da Autora no sentido de que a apólice de fls. 17-20 consiste em aditamento de uma apólice anterior. Por seu turno, as telas de sistema que acompanham a réplica da Autora às fls. 115-116 comprovam que referida apólice vigorou no período de 29.07.2015 a 29.07.2016. Forçoso reconhecer, portanto, que o condutor do veículo danificado era segurado da Autora por ocasião do sinistro, ocorrido em 15.11.2015, razão pela qual afasto, igualmente, a preliminar de ilegitimidade ativa. No que concerne ao pedido de denunciação da lide em relação à empresa LCM CONSTRUÇÃO E COMÉRCIO S/A, por força do contrato de fls. 90- 104, há que se destacar a possibilidade de posterior ajuizamento de ação regressiva, nos termos do artigo 37, 6º da Constituição Federal,

[...]

Conforme boletim de acidente de trânsito nº83411563, lavrado pelo Departamento de Polícia Rodoviária Federal (fls. 21/29), no dia 15.11.2015, às 9:00h, ocorreu acidente automobilístico na rodovia BR 364, KM 475, no Município de Ariquemes/RO, sendo certo que o veículo segurado pela Autora teve seus pneus estourados pela passagem sobre buracos, vindo a capotar:

Como já mencionado, resta comprovado que o veículo Toyota, modelo Hylux cabine dupla, ano 2015, modelo 2016, placa OHL1222, era objeto de ' contrato de seguro celebrado entre a Autora e o condutor David Tonetto Panetto (fls 17-20).

A Autora alega ter ressarcido o segurado em 17.12.2015, pagandolhe, a título de indenização pelos danos causados ao veículo, o valor de R\$ 61.393,25 (sessenta e um mil, trezentos e noventa e três reais e vinte e cinco centavos) (fl. 29). Referido valor é respaldado pelos documentos de fl. 30 (DANFE no valor de R\$ 59.595, 55) e fl. 32 (R\$ 1.797,70).

Convém destacar, entretanto, que a própria Autora alega, em sua inicial, que, "com o desconto da franquia, restou líquido a ser quitado pelo réu de R\$ 43.376,01 (quarenta e três mil, trezentos e setenta e seis reais e um centavo), como indenização por Perda Parcial decorrente das avarias sofridas pelo automóvel segurado em razão do sinistro ocorrido" (fl. 05), pugnando, portanto, pela condenação da Ré ao ressarcimento deste exato valor:

Pois bem. Anote-se que os orçamentos para os consertos realizados no automóvel (fls. 30-33 e 117-119) são compatíveis com os danos descritos no boletim de acidente de trânsito, restando configurado, assim, o dano.

Não consta dos autos prova de que o condutor vitimado pelo acidente tenha se afastado dos padrões regulares de trânsito em rodovias, nem de qualquer forma de alteração psíquica pela ingestão de álcool ou medicamentos.

Observa-se, ademais, na descrição do boletim de acidente de trânsito, que o trecho sobre o qual trafegava o veículo foi raspado para recapeamento, ocasionando a formação de buracos sobre a via (fl. 21).

[...]

Segundo o boletim de ocorrência, o local do evento era área rural, apresentando buracos e restrições de visibilidade em razão da configuração do terreno. Anoto ainda que não constam dos autos elementos que indiquem a existência, no local do acidente, de sinalização indicando aos motoristas a possibilidade de ocorrência de buracos em razão das obras de recapeamento.

A conduta omissiva do DNIT configurou-se na medida em que descumpriu dever de manter as condições de tráfego de veículos e sinalizar a realização de obras na pista, o qual está inserido em um dever mais abrangente que é o de fiscalizar e manter a segurança nas estradas. A Constituição Federal, no artigo 37, estabelece que os serviços públicos devem ser prestados de forma adequada e em observância ao princípio da eficiência.

Cabia ao Estado, no caso, representado pelo DNIT, sinalizar e dar maior segurança possível às pessoas que trafegam por lá, a fim de evitar acidentes, que são muito comuns nessas situações. O descumprimento de seu mister configurou omissão, apta a justificar sua responsabilização, nos termos do que preceitua a teoria da responsabilidade subjetiva.

[...]

A conduta omissiva do DNIT configurou-se na medida em que descumpriu o dever de manter as condições de tráfego de veículos e sinalizar a realização de obras na pista.

Resta demonstrado, também, o nexo causal entre a conduta omissiva do DNIT e o dano suportado pela autora, sendo devido o pagamento de indenização por danos materiais, pelos valores despendidos pela autora em favor de seu segurado.

Sobre os valores a serem ressarcidos incidirá atualização monetária, calculada a partir da data do efetivo desembolso, e juros de mora, a partir da citação do// réu, observando, no mais, o Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos na Justiça Federal.

[...]

Diante do exposto, nos termos do artigo 487, I, do Código de Processo Civil, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO, para condenar o réu ao pagamento de indenização por danos materiais, no valor de R\$ 43.376,01 (quarenta e três mil, trezentos e setenta e seis reais e um centavos), posicionado para fevereiro/2016.

Sobre os valores referidos incidirá atualização monetária, calculada a partir da data de desembolso de cada quantia, nos termos do art. 397 do Código Civil, bem como juros de mora de 1% ao mês, a partir da data de citação do réu, observando-se, no mais, o Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos na Justiça Federal.

Condeno o DNIT ao ressarcimento das custas processuais recolhidas pela autora, bem como ao pagamento de honorários advocatícios, que arbitro em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 85, parágrafos 30, I e 40, III do CPC/2015.

Sentença não sujeita ao duplo grau de jurisdição, nos termos do artigo 496, parágrafo 3º, I, do CPC/2015.

[...]

Interposta apelação pelo DNIT que, em suas razões recursais (ID 125069319), sustenta, em síntese, o seguinte: a ilegitimidade ativa, sob o argumento de que a apólice de seguro foi contratada com vigência das 24hs do dia 09/12/2015 até as 24hs do dia 29/11/2016 e que o aditamento para incluir o veículo segurado somente ocorreu em 09/12/2015, sendo que o acidente se deu em 15/11/2015, data anterior ao início da vigência da apólice; em relação à empresa LCM Construção e Comércio S/A, contratada pela Administração Pública, em 10/11/2015, para execução dos serviços de conservação e manutenção da rodovia, defende a denúncia à lide com fundamento nas disposições constantes do referido contrato e do que determina o *caput* do art. 70 da Lei nº 8.666, de 1993; aduz que a responsabilidade da Administração, na hipótese, é subjetiva e não objetiva, e que não restou comprovada a culpa; afirma não haver demonstração da omissão da Administração e do nexo de causalidade, sob o argumento de que a manutenção e conservação da rodovia vinha sendo feita nos termos do contrato firmado com a LCM Construção e Comércio; afirma que não há prova nos autos de que o buraco na pista foi a causa do acidente, sob o argumento de que não há testemunhas qualificadas no Boletim de Ocorrência e questiona a sistemática do acidente, ressaltando que não houve perícia; questiona o valor fixado a título de danos materiais, sob o argumento de que não ficou comprovado o efetivo dano ao veículo, em razão do acidente, sem a apresentação de perícia; e insurge-se contra a sistemática adotada pela r. sentença, no que se refere à incidência de juros de mora e de correção monetária, fazendo referência ao RE nº 870.947/SE, em curso no E. STF.

Contrarrazões do autor (ID 125069319).

Vieramos autos a esta E. Corte.

É o relatório.

VOTO

“EMENTA”

APELAÇÃO CÍVEL. DANO MATERIAL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DENÚNCIAÇÃO DA LIDE. DESNECESSÁRIA. DIREITO DE REGRESSO. INTACTO. DANO, EVENTO DANOSO, CONDUTA DO AGENTE E NEXO DE CAUSALIDADE. COMPROVADOS. DEVER DE INDENIZAR POR DANOS MATERIAIS. CONFIGURADO. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. SENTENÇA MANTIDA.

1. *Cinge-se a controvérsia em apurar se a responsabilidade pelo acidente de trânsito, narrado na inicial, ocorrido em 15/11/2015, envolvendo um segurado da autora, deve ser atribuída ao réu, ensejando a condenação no dever de indenizar por dano.*

2. *A existência de contrato administrativo e a responsabilidade do terceiro prestador do serviço, pelos danos causados à própria Administração ou a terceiros, em razão da execução de contrato administrativo, não impõe o deferimento da denúncia da lide em relação ao contratado pelo DNIT, até porque se trata de hipótese de responsabilidade objetiva do Estado e, além disso, o acolhimento do requerimento de denúncia da lide, na espécie, atua em desfavor da parte prejudicada, sob o ponto de vista da celeridade processual. Ademais, isso não exclui ou inviabiliza o exercício do direito de regresso, que permanece intacto, uma vez que a relação entre a Administração Pública e o terceiro, de forma distinta da sua relação como o cidadão, é contratual.*

3. *Diferentemente do que defende o DNIT, O Boletim de Ocorrência de Acidente de Trânsito é descrição do acidente feita em face do que a autoridade policial verificou no local, apto a fazer prova do ocorrido, diferentemente do Boletim de Ocorrência Policial, que se trata de simples relato unilateral da vítima, documento este que acaba por caracterizar somente uma declaração, insuficiente para servir como prova dos fatos.*

4. *É dever do Estado fiscalizar e, na impossibilidade de eliminar o risco, providenciar a devida sinalização de alerta, garantindo a segurança para a trafegabilidade, não bastando apenas a manutenção e conservação do leito carroçável.*

5. *O conjunto probatório acostado aos autos demonstra que a omissão do réu, em cumprir com o seu dever de manutenção da rodovia, com a finalidade de garantir a segurança e trafegabilidade, foi o motivo do acidente envolvendo o veículo segurado pela autora, o que configura a omissão estatal a demonstrar o nexo de causalidade entre o evento danoso e a conduta do agente. Diante disso, é de se reconhecer o dano, o evento danoso e a relação de causalidade entre eles e a omissão estatal, ensejando o dever de indenizar por dano.*

6. *No que diz respeito à correção monetária e a incidência de juros de mora, observe-se o disposto no Tema 905 e na Súmula 54, ambos do C. STJ.*

7. *Nega-se provimento à apelação do DNIT, para manter a r. sentença, por seus próprios fundamentos.*

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Cinge-se a controvérsia em apurar se a responsabilidade pelo acidente de trânsito, narrado na inicial, ocorrido em 15/11/2015, envolvendo um segurado da autora, deve ser atribuída ao réu, ensejando a condenação no dever de indenizar por dano.

Sustenta o DNIT a ilegitimidade ativa da ITAU Seguros, sob o argumento de que a apólice de seguro foi contratada para o período de 09/12/2015 a 29/11/2016 e que o aditamento para incluir o veículo segurado somente ocorreu em 09/12/2015, sendo que o acidente se deu em 15/11/2015, data anterior ao início da vigência da apólice.

A r. sentença assim decidiu a respeito desse assunto:

[...]

No que concerne à alegação de ilegitimidade ativa, merece acolhimento o argumento da Autora no sentido de que a apólice de fls. 17-20 consiste em aditamento de uma apólice anterior. Por seu turno, as telas de sistema que acompanham a réplica da Autora às fls. 115-116 comprovam que referida apólice vigorou no período de 29.07.2015 a 29.07.2016. Forçoso reconhecer, portanto, que o condutor do veículo danificado era segurado da Autora por ocasião do sinistro, ocorrido em 15.11.2015, razão pela qual afastou, igualmente, a preliminar de ilegitimidade ativa.

[...]

Como bem destacou a r. sentença, o conjunto probatório acostado aos autos revela que a apólice de seguro teve início de vigência em 29/07/2015, ou seja, quase quatro meses antes da data do acidente ocorrido em 15/11/2015, razão pela qual rejeito a preliminar de ilegitimidade ativa da autora.

Em relação à empresa LCM Construção e Comércio S/A, contratada pela Administração Pública, em 10/11/2015, para execução dos serviços de conservação e manutenção da rodovia, o DNIT defende a denúncia à lide, com fundamento nas disposições constantes do contrato firmando entre eles e no que determina o *caput* do art. 70 da Lei nº 8.666, de 1993.

No que se refere à responsabilidade do DNIT, filio-me à teoria da Responsabilidade Objetiva da Administração Pública mesmo nas hipóteses de conduta omissiva, como posto no entendimento do C. STJ, no seguinte julgado:

DIREITO CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. AUSÊNCIA DE GRADES DE PROTEÇÃO NO LOCAL. DEMONSTRAÇÃO DE RELAÇÃO DE CAUSA E EFEITO ENTRE A OMISSÃO E AS MORTES.

[...]

2. Para que se configure a responsabilidade objetiva do ente público basta a prova da omissão e do fato danoso e que deste resulte o dano material ou moral.

[...]

6. Jurisdição sobre a referida marginal de competência da ré, incumbindo a ela a sua manutenção e sinalização, advertindo os motoristas dos perigos e dos obstáculos que se apresentam. A falta no cumprimento desse dever caracteriza a conduta negligente da Administração Pública e a torna responsável (art. 66, parágrafo único, do Decreto nº 62.127/68) pelos danos que dessa omissão decorrerem.

[...]

(REsp 439408/SP RECURSO ESPECIAL 2002/0071492-6 - Ministro JOSÉ DELGADO - PRIMEIRA TURMA – Julgado em 05/09/2002 – Publicado no DJ 21/10/2002 p. 308 LEXSTJ vol. 159 p. 210)

Destaco, todavia, que ainda nas hipóteses de responsabilidade objetiva, o que se dispensa é a demonstração da culpa, mas, o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o evento danoso, é indispensável para configurar a hipótese de condenação no dever de indenizar por dano.

Assim, no que se refere à conduta do DNIT, este tem o dever legal de zelar pela perfeita manutenção, conservação, sinalização e segurança da circulação de veículos nas rodovias federais, conforme se depreende do disposto na Lei nº 9.503, de 1997, na Lei nº 10.233, de 2001 e no Decreto-Lei nº 512, de 1969, sendo que o § 3º do art. 1º da Lei nº 9.503 é textual ao afirmar que "os órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito respondem, no âmbito das respectivas competências, objetivamente, por danos causados aos cidadãos em virtude de ação, omissão ou erro na execução e manutenção de programas, projetos e serviços que garantam o exercício do direito do trânsito seguro".

Essa responsabilidade abrange as condutas de terceiros que atuam em nome e por determinação da Administração Pública, como é a hipótese de contrato firmado com particular para a conservação e manutenção de rodovias, contrato esse mencionado pelo próprio DNIT e que conta com a previsão legal, também invocada pelo apelante, no sentido de que “O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado” (art. 70 da Lei nº 8.666, de 1993).

No entanto, a existência de contrato administrativo e a responsabilidade do terceiro prestador do serviço, pelos danos causados à própria Administração ou a terceiros, em razão da execução do contrato, não impõe o deferimento da denunciação da lide em relação ao contratado pelo DNIT, até porque se trata de hipótese de responsabilidade objetiva do Estado e, além disso, o acolhimento do requerimento de denunciação da lide, na espécie, atua em desfavor da parte prejudicada, sob o ponto de vista da celeridade processual.

Nesse sentido os julgados:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DENUNCIÇÃO DA LIDE. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO EM RODOVIA. INVIABILIDADE. RESPONSABILIDADE DISTINTA. AÇÃO REGRESSIVA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Superior Tribunal de Justiça e desta Corte, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. A questão vertida nos autos cinge-se à possibilidade de denunciação da lide pelo Departamento Nacional de Infra Estrutura de Transportes - DNIT à empresa responsável pela restauração e manutenção de trecho da rodovia em que ocorreu acidente automobilístico por conta de desnível no acostamento e ausência de sinalização.

3. Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido da inviabilidade da denunciação da lide na hipótese em que se objetiva discutir responsabilidade de natureza distinta daquela que é discutida na ação originária calcada no art. 37, § 6º, da CF/88, envolvendo o autor e o réu-denunciante, cuja abordagem prejudicaria o regular andamento da ação indenizatória proposta pelo autor em face do réu e ante a possibilidade de ajuizamento posterior de eventual ação regressiva. Precedentes.

4. Ressalte-se que o E. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que não cabe a denunciação quando se pretende, pura e simplesmente, transferir responsabilidades pelo evento danoso, mesmo tendo em vista o previsto no art. 70, III, do CPC/1973. Precedentes.

5. Na hipótese dos autos, observa-se que o autor ajuizou a ação originária em face do DNIT e da UNIÃO FEDERAL visando reparação por acidente automobilístico com fundamento no artigo 37, §6º, da Constituição Federal.

6. Da leitura do contrato de empreitada para a restauração e manutenção de trecho da Rodovia BR-163/MS (fls. 114/118), constata-se não haver cláusula que obrigue a empresa contratada, ora agravante, a ressarcir o Departamento Nacional de Infra Estrutura de Transportes-DNIT no caso de eventuais acidentes de trânsito que possam ocorrer na Rodovia sob sua restauração e manutenção.

7. De fato, tal contrato não transfere a ora agravante a responsabilidade pela fiscalização da rodovia, trata-se apenas de um contrato de execução de obras de restauração e manutenção sobre a efetiva fiscalização e orientação do próprio DNIT, cabendo a este, na hipótese de condenação no dever de indenizar, exercer o seu direito de regresso, por meio de ação própria, se assim entender.

8. Inadmissível, in casu, a denunciação da lide com fundamento no art. 70, III, do Código de Processo Civil, pelo que merece ser reformada a r. decisão agravada.

9. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisor, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

10. Agravo interno desprovido”.

(AI 0005592-78.2015.4.03.0000, DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/08/2019.)

PROCESSUAL CIVIL, CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ACIDENTE. RODOVIA EM OBRAS. TETRAPLEGIA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO ESTADO E DA CONCESSIONÁRIA. ACÓRDÃO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. JULGADO CITRA E ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. NEXO CAUSAL E CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS E PROBATÓRIAS. VALOR DO DANO MORAL. EXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. JUROS MORATÓRIOS E CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL. SÚMULAS 54/STJ E 362/STJ. DENUNCIÇÃO DA LIDE. PODER PÚBLICO. DESNECESSIDADE. CELERIDADE PROCESSUAL. RECURSO DESPROVIDO.

[...]

6. A obrigatoriedade da denúncia da lide deve ser mitigada em ações indenizatórias propostas em face do poder público pela matriz da responsabilidade objetiva (art. 37, § 6º - CF). O incidente quase sempre milita na contramão da celeridade processual, em detrimento do agente vitimado. Isso, todavia, não inibe eventuais ações posteriores fundadas em direito de regresso, a tempo e modo.

[...]

(REsp 1501216 /SC RECURSO ESPECIAL 2014/0314183-2 - Ministro OLINDO MENEZES – PRIMEIRA TURMA – Julgado em 16/02/2016 – Publicado no DJe 22.02.2016)

Contudo, isso não exclui ou inviabiliza o exercício do direito de regresso que permanece intacto, uma vez que a relação entre a Administração Pública e o terceiro, de forma distinta da sua relação como o cidadão, é contratual.

Afirma o DNIT que não há demonstração da omissão da Administração e do nexo de causalidade, sob o argumento de que a manutenção e conservação da rodovia era feita nos termos do contrato firmado com a LCM Construção e Comércio; questiona a sistemática do acidente e a capacidade probatória do Boletim de Ocorrência de Acidente de Trânsito.

Nesse passo, cabe ressaltar que, diferentemente do que defende o DNIT, o Boletim de Ocorrência de Acidente de Trânsito é descrição do acidente feita em face do que a autoridade policial verificou no local, apto a fazer prova do ocorrido, diferentemente do Boletim de Ocorrência Policial, que se trata de simples relato unilateral da vítima, documento este que acaba por caracterizar somente uma declaração, insuficiente para servir como prova dos fatos.

Nesse sentido os julgados:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. BOLETIM DE OCORRÊNCIA POLICIAL. AUSÊNCIA DE PRESUNÇÃO IURIS TANTUM. APLICAÇÃO DA SÚMULA 7/STJ. EXTRAVIO DE CHEQUE. PREJUÍZO NÃO COMPROVADO. AUSÊNCIA DE DANO MORAL. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O registro de boletim de ocorrência policial não constitui prova dos fatos nele relatados, mas somente declaração unilateral.

2. Considerar válidas as declarações do boletim de ocorrência policial, demandaria reanálise da matéria fática carreada nos autos.

Incidência da Súmula 7/STJ.

(AgRg no REsp 623711/RS AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2004/0001971-6 - Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO - QUARTA TURMA - Julgamento em 17/12/2009 - Publicado no DJe de 08/02/2010)

Agravo regimental. Recurso especial não admitido. Acidente de trânsito. Ressarcimento de danos. Súmula nº 07/STJ.

1. O convencimento dos julgadores, ao contrário do alegado pelos agravantes, não decorreu exclusivamente da análise do BRAT (Boletim de Ocorrência de Acidente de Trânsito), mas, sim, do conjunto fático-probatório existente nos autos. As alegações recursais, portanto, não encontram apoio no contexto probatório firmado na instância ordinária, o qual não pode ser reexaminado em sede de recurso especial. A afirmação de irregularidades das provas fotográficas também não restou caracterizada. Incidência da Súmula nº 07/STJ.

2. Agravo regimental desprovido.

Assim, as declarações constantes do Boletim de Ocorrência de Acidente de Trânsito, somadas a outras evidências e provas constantes dos autos, são perfeitamente capazes de propiciar o convencimento do juiz.

No que diz respeito à alegada culpa concorrente ou exclusiva da vítima, o réu não se desincumbiu do ônus de comprovar a excludente de responsabilidade alegada, haja vista que não consta do conjunto probatório acostado aos autos, qualquer prova de que o veículo trafegava em velocidade não compatível com a permitida no local.

Aliás, o art. 94 do Código de Trânsito Brasileiro, traz esse entendimento de que "*qualquer obstáculo à livre circulação e à segurança de veículos e pedestres, tanto na via quanto na calçada, caso não possa ser retirado, deve ser devida e imediatamente sinalizado*", ou seja, a alegação do DNIT de que em situação de obras na pista a sinalização fica prejudicada, não procede e nem justifica a sua omissão.

É dever do Estado fiscalizar e, na impossibilidade de eliminar o risco, providenciar a devida sinalização de alerta, garantindo a segurança para a trafegabilidade, não bastando apenas a manutenção e conservação do leito carroçável.

Ademais, aberta a oportunidade para a especificação de provas a produzir (ID 125069319) o DNIT deu-se por ciente e nada requereu, apenas reafirmando os termos da contestação (ID 125069319), na qual não requereu a produção da prova pericial que agora aponta como indispensável para desconfigurar a responsabilidade da administração e firmar a culpa exclusiva da vítima, bem como para desqualificar a prova apresentada pela autora, no que se refere ao montante do dano suportado.

Portanto, o conjunto probatório acostado aos autos demonstra que a omissão do réu, em cumprir com o seu dever de manutenção da rodovia, com a finalidade de garantir a segurança e trafegabilidade, foi o motivo do acidente envolvendo o veículo segurado pela autora, o que configura a omissão estatal a demonstrar o nexo de causalidade entre o evento danoso e a conduta do agente.

Diante disso, não há como não reconhecer o dano, o evento danoso e a relação de causalidade entre eles e a omissão estatal, ensejando o dever de indenizar por dano.

No que diz respeito à correção monetária e a incidência de juros de mora, observe-se o disposto no Tema 905 e na Súmula 54, ambos do C. STJ.

Quanto aos efeitos do julgamento do RE 870947, acrescente-se que o Plenário do STF, em sessão realizada no dia 03/10/2019, decidiu, por maioria de votos, rejeitar todos os embargos de declaração opostos no mencionado recurso extraordinário e não modular os efeitos da decisão anteriormente proferida.

Ante o exposto, nego provimento à apelação do DNIT, para manter a r. sentença, por seus próprios fundamentos.

É como voto.

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. DANO MATERIAL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DENÚNCIAÇÃO DA LIDE. DESNECESSÁRIA. DIREITO DE REGRESSO. INTACTO. DANO, EVENTO DANOSO, CONDUTA DO AGENTE E NEXO DE CAUSALIDADE. COMPROVADOS. DEVER DE INDENIZAR POR DANOS MATERIAIS. CONFIGURADO. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. SENTENÇA MANTIDA.

1. *Cinge-se a controvérsia em apurar se a responsabilidade pelo acidente de trânsito, narrado na inicial, ocorrido em 15/11/2015, envolvendo um segurado da autora, deve ser atribuída ao réu, ensejando a condenação no dever de indenizar por dano.*

2. *A existência de contrato administrativo e a responsabilidade do terceiro prestador do serviço, pelos danos causados à própria Administração ou a terceiros, em razão da execução de contrato administrativo, não impõe o deferimento da denúncia da lide em relação ao contratado pelo DNIT, até porque se trata de hipótese de responsabilidade objetiva do Estado e, além disso, o acolhimento do requerimento de denúncia da lide, na espécie, atua em desfavor da parte prejudicada, sob o ponto de vista da celeridade processual. Ademais, isso não exclui ou inviabiliza o exercício do direito de regresso, que permanece intacto, uma vez que a relação entre a Administração Pública e o terceiro, de forma distinta da sua relação como o cidadão, é contratual.*

3. *Diferentemente do que defende o DNIT, O Boletim de Ocorrência de Acidente de Trânsito é descrição do acidente feita em face do que a autoridade policial verificou no local, apto a fazer prova do ocorrido, diferentemente do Boletim de Ocorrência Policial, que se trata de simples relato unilateral da vítima, documento este que acaba por caracterizar somente uma declaração, insuficiente para servir como prova dos fatos.*

4. *É dever do Estado fiscalizar e, na impossibilidade de eliminar o risco, providenciar a devida sinalização de alerta, garantindo a segurança para a trafegabilidade, não bastando apenas a manutenção e conservação do leito carroçável.*

5. *O conjunto probatório acostado aos autos demonstra que a omissão do réu, em cumprir com o seu dever de manutenção da rodovia, com a finalidade de garantir a segurança e trafegabilidade, foi o motivo do acidente envolvendo o veículo segurado pela autora, o que configura a omissão estatal a demonstrar o nexo de causalidade entre o evento danoso e a conduta do agente. Diante disso, é de se reconhecer o dano, o evento danoso e a relação de causalidade entre eles e a omissão estatal, ensejando o dever de indenizar por dano.*

6. *No que diz respeito à correção monetária e a incidência de juros de mora, observe-se o disposto no Tema 905 e na Súmula 54, ambos do C. STJ.*

7. *Nega-se provimento à apelação do DNIT, para manter a r. sentença, por seus próprios fundamentos.*

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação do DNIT, para manter a r. sentença, por seus próprios fundamentos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO (12357) Nº 5013803-13.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZARIBEIRO

RECORRENTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) RECORRENTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

RECORRIDO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

À vista da prejudicialidade reconhecida já no id de n. 128152817 desse incidente de suspensão do efeito suspensivo da apelação, arquivem-se os autos com as anotações e cautelas de praxe.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000603-65.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO

AGRAVANTE: STRATEGIA EMPRESARIAL DO BRASIL LTDA, MANDALITI DURA O E BATISTUCI SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Advogado do(a) AGRAVANTE: PAULO EDUARDO PRADO - SP182951-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: PAULO EDUARDO PRADO - SP182951-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por STRATEGIA EMPRESARIAL DO BRASIL LTDA contra decisão interlocutória proferida no bojo dos autos do processo .

Compulsando-se os autos do referido processo originário, constata-se que já foi prolatada sentença.

O feito comporta julgamento monocrático, nos termos do art. 932, III c/c art. 1019, caput, ambos do novo CPC.

Verificando-se a superveniência de sentença, resta prejudicado o presente agravo de instrumento, ante a manifesta perda de objeto.

Nesse sentido, entendimento jurisprudencial, consoante ementas que seguem:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO CONTRA ACÓRDÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SENTENÇA SUPERVENIENTE. RECURSO PREJUDICADO.

1. A superveniência da sentença proferida no feito principal enseja a perda de objeto de recursos anteriores que versem sobre questões resolvidas por decisão interlocutória combatida via agravo de instrumento. Precedentes.

2. Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg no REsp 1.485.765/SP, Terceira Turma, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 20/10/2015, DJe 29/10/2015)

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA DE MÉRITO. PERDA DO OBJETO.

1. Tendo em conta o caráter manifestamente infringente, e em face do princípio da fungibilidade recursal, recebem-se os presentes embargos de declaração como agravo regimental.

2. A jurisprudência desta Corte Superior firmou entendimento no sentido de que resta prejudicado, pela perda de objeto, o recurso especial interposto contra acórdão que examinou agravo de instrumento, quando se verifica a prolação da sentença de mérito, haja vista que nela a cognição é exauriente.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ, EDcl no REsp 1.338.242/PE, Primeira Turma, Relator Ministro Sérgio Kukina, j. 17/10/2015, DJe 09/11/2015)

AGRAVO LEGAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO LIMINAR. POSTERIOR PROLAÇÃO DE SENTENÇA PELO JUÍZO A QUO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PREJUDICADO EM RAZÃO DE PERDA DE OBJETO RECURSAL. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO.

- A decisão interlocutória impugnada no presente agravo de instrumento (liminar indeferida pelo juízo a quo) não mais produz suas regulares consequências jurídicas, pois a sentença foi proferida no processo originário. Assim, era viável ter por prejudicado o agravo de instrumento e, por via de consequência, negar seguimento ao recurso, conforme estatui o artigo 932, III, do CPC/2015.

- A agravante não pode se valer de um recurso interposto contra uma dada decisão interlocutória (responsável por indeferir o pleito liminar na origem) para que haja reapreciação de uma sentença (na qual se reconheceu a ocorrência de litispendência), sob pena de promover verdadeiro tumulto processual, o que não se admite. Caso mantenha a intenção de combater a sentença que reconheceu a ocorrência de litispendência entre a ação de origem de outro processo, deverá a agravante valer-se da via recursal adequada, que não se refere ao presente agravo de instrumento.

- Agravo legal a que se nega provimento.

(TRF3, AG 0013386-19.2016.403.0000, Primeira Turma, Relator Desembargador Federal Wilson Zauhy, j. 22/08/2017, e-DJF3 Judicial 1 de 01/09/2017)

Diante do exposto, com fulcro no art. 932, inc. III, do CPC/2015, não conheço do presente agravo de instrumento, ante a manifesta prejudicialidade, nos termos da fundamentação supra.

Decorrido o prazo legal para recursos, observadas as formalidades legais, baixemos autos à Vara de origem.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016360-36.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: IC ADMINISTRADORA HOTELEIRA LTDA.
Advogado do(a) AGRAVADO: JACQUES ANTUNES SOARES - RS75751-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL contra decisão interlocutória proferida no bojo dos autos do processo .

Compulsando-se os autos do referido processo originário, constata-se que já foi prolatada sentença.

O feito comporta julgamento monocrático, nos termos do art. 932, III c/c art. 1019, caput, ambos do novo CPC.

Verificando-se a superveniência de sentença, resta prejudicado o presente agravo de instrumento, ante a manifesta perda de objeto.

Nesse sentido, entendimento jurisprudencial, consoante ementas que seguem:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO CONTRA ACÓRDÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SENTENÇA SUPERVENIENTE. RECURSO PREJUDICADO.

1. A superveniência da sentença proferida no feito principal enseja a perda de objeto de recursos anteriores que versem sobre questões resolvidas por decisão interlocutória combatida via agravo de instrumento. Precedentes.

2. Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg no REsp 1.485.765/SP, Terceira Turma, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 20/10/2015, DJe 29/10/2015)

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA DE MÉRITO. PERDA DO OBJETO.

1. Tendo em conta o caráter manifestamente infringente, e em face do princípio da fungibilidade recursal, recebem-se os presentes embargos de declaração como agravo regimental.

2. A jurisprudência desta Corte Superior firmou entendimento no sentido de que resta prejudicado, pela perda de objeto, o recurso especial interposto contra acórdão que examinou agravo de instrumento, quando se verifica a prolação da sentença de mérito, haja vista que nela a cognição é exauriente.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ, EDcl no REsp 1.338.242/PE, Primeira Turma, Relator Ministro Sérgio Kukina, j. 17/10/2015, DJe 09/11/2015)

AGRAVO LEGAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO LIMINAR. POSTERIOR PROLAÇÃO DE SENTENÇA PELO JUÍZO A QUO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PREJUDICADO EM RAZÃO DE PERDA DE OBJETO RECURSAL. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO.

- A decisão interlocutória impugnada no presente agravo de instrumento (liminar indeferida pelo juízo a quo) não mais produz suas regulares consequências jurídicas, pois a sentença foi proferida no processo originário. Assim, era viável ter por prejudicado o agravo de instrumento e, por via de consequência, negar seguimento ao recurso, conforme estatui o artigo 932, III, do CPC/2015.

- A agravante não pode se valer de um recurso interposto contra uma dada decisão interlocutória (responsável por indeferir o pleito liminar na origem) para que haja reapreciação de uma sentença (na qual se reconheceu a ocorrência de litispendência), sob pena de promover verdadeiro tumulto processual, o que não se admite. Caso mantenha a intenção de combater a sentença que reconheceu a ocorrência de litispendência entre a ação de origem de outro processo, deverá a agravante valer-se da via recursal adequada, que não se refere ao presente agravo de instrumento.

- Agravo legal a que se nega provimento.

(TRF3, AG 0013386-19.2016.403.0000, Primeira Turma, Relator Desembargador Federal Wilson Zauhy, j. 22/08/2017, e-DJF3 Judicial 1 de 01/09/2017)

Diante do exposto, com fulcro no art. 932, inc. III, do CPC/2015, não conheço do presente agravo de instrumento, ante a manifesta prejudicialidade, nos termos da fundamentação supra.

Decorrido o prazo legal para recursos, observadas as formalidades legais, baixem os autos à Vara de origem.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0000555-17.2013.4.03.6119

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: ESTADO DE SAO PAULO

Advogado do(a) APELANTE: GABRIELA JAPIASSU VIANA - SP311565-B

APELADO: EMPRESA BRASILEIRA DE INFRA-ESTRUTURA AEROPORTUARIA, VIATRADE ASSESSORIA, COMERCIO IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA

Advogado do(a) APELADO: PATRICIA LANZONI DA SILVA - SP147843-A

Advogado do(a) APELADO: ISRAEL FERNANDES HUFF - SC20590-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0000555-17.2013.4.03.6119

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: ESTADO DE SAO PAULO

Advogado do(a) APELANTE: GABRIELA JAPIASSU VIANA - SP311565-B

APELADO: EMPRESA BRASILEIRA DE INFRA-ESTRUTURA AEROPORTUARIA, VIATRADE ASSESSORIA, COMERCIO IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA

Advogado do(a) APELADO: PATRICIA LANZONI DA SILVA - SP147843-A

Advogado do(a) APELADO: ISRAEL FERNANDES HUFF - SC20590-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de apelação interposta pelo ESTADO DE SÃO PAULO, em face da r. sentença que acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva em relação à VIATRADE e a prejudicial de prescrição, proferida nesses autos de ação de indenização por danos materiais, promovida pela FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, contra as rés, pessoas jurídica, EMPRESA BRASILEIRA DE INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA – INFRAERO e VIATRADE ASSESSORIA, COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.

A petição inicial (ID 90052181), distribuída à 1ª Vara Federal Cível de Guarulhos/SP veiculou, em suma, o seguinte, como bem relatou a r. sentença (ID 90051859):

[...]

A parte autora ajuizou ação em face da EMPRESA BRASILEIRA DE INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA - INFRAERO e VIATRADE ASSESSORIA, COMERCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA, objetivando que os réus sejam condenados a, solidariamente, pagarem indenização por danos materiais no valor de R\$ 43.740,00 (apurados em 02/20 10).

Alega que recebeu determinação judicial nos autos do processo nº 053.02.023209-0 para que fornecesse o medicamento "Ilomedin 0,2 mg/ml" (Iloprost), cuja fabricação era realizada na Dinamarca e em razão disso contratou a importadora ViaTrade para realizar a operação. Ocorre que, quando recebeu a mercadoria e realizou a conferência constatou o extravio de 540 unidades, correspondentes ao lote 82049B, fato que, segundo alega, teria ocorrido enquanto a mercadoria estava armazenada na Infraero.

[...]

Contestação da INFRAERO (ID 90052181) e da VIATRADE (ID 90052832). Réplica (ID 90052832).

Sobreveio a r. sentença (ID 90052859) que acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva em relação à VIATRADE e a prejudicial de prescrição, na forma do dispositivo abaixo transcrito, em seus trechos essenciais:

[...]

Afasto a preliminar de inépcia da inicial

Embora efetivamente o HAWB e o Invoice (fis. 36/37) estejam sem tradução, os documentos constantes dos autos são suficientes para que os réus tenham ciência da ação e compreendam a controvérsia, o que afasta a alegação de cerceamento de defesa, não se justificando, portanto, a extinção da ação em decorrência desses documentos.

Acolho a preliminar de ilegitimidade passiva da empresa Viatrade para figurar no polo passivo da ação.

As partes não juntaram aos autos o contrato celebrado entre Viatrade e a Fazenda Estadual para que se possa avaliar eventual responsabilidade específica definida em contrato. Os documentos constantes dos autos evidenciam que a Viatrade não é a fornecedora da mercadoria, tendo realizado meramente operação de intermediação na importação (importação por conta e ordem de terceiro), hipótese que não caracteriza a operação por sua conta própria, mas, sim, entre o exportador estrangeiro e a empresa adquirente. Com efeito, do HAWD (fl. 36), do Invoice (II. 37), da Licença de Importação (LI - fl. 108), do mantra (fl. 147) e de e-mails constantes dos autos (fl. 42/44) depreende-se que a empresa Swan Medicare foi a exportadora dos medicamentos (fl. 36 e 108), a empresa Aérea KLM foi a transportadora aérea (fl. 147), a Secretaria do Estado de Saúde foi a adquirente da mercadoria (importadora - fl. 36) e a Infraero foi a depositária durante a estadia da mercadoria no Aeroporto. Os documentos de fl. 30 e 42 ainda mencionam que a empresa Kuehne Nagel Serviços Logísticos Ltda. teria sido a responsável pelo envio da mercadoria ao Brasil.

Portanto, diante da ausência de provas de que a Viatrade seja importadora (por conta própria), ou fornecedora direta da mercadoria/ou responsável pelo transporte, não é parte legítima a figurar no polo passivo da ação em que se discute extravio de mercadoria.

Acolho a prejudicial de prescrição em relação à pretensão indenizatória em face da INFRAERO.

O artigo 317, VIII do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n' 7.565/86) prevê o prazo prescricional de 2 anos para pleitear a indenização por danos causados por culpa da administração do aeroporto ou da Administração Pública, contados a partir do dia da ocorrência do fato:

[...]

Consta dos autos que a mercadoria chegou ao Brasil no dia 31/01/2010 (II. 34), foi desembarçada no dia 08/02/2010 e retirada dia 09/02/2010 (fl. 38). Foi enviado ofício à Infraero no dia 09/03/2010 (ti. 32) questionando o desaparecimento de parte das mercadorias (fis. 38 e 53).

Portando, quando ajuizada a presente ação, em 31/01/2013, já havia decorrido o prazo prescricional para a cobrança questionada na presente ação. Observo que, a meu ver, nasceu a pretensão em face da INFRAERO a partir da resposta (negativa), que leio na fl. 33, com data de 25 de março de 2010. E constato que a presente ação foi distribuída em 31/01/2013, além do prazo prescricional de 2 (dois) anos.

Ressalto que a jurisprudência do STJ relativa ao "transporte aéreo" mencionada na réplica (fis. 227/228) não é aplicável em relação à Infraero, já que são responsabilidades de naturezas distintas. A INFRAERO presta um serviço de depósito (interno e exclusivo de administração do Aeroporto), enquanto a transportadora realiza um contrato particular de transporte (que não é próprio da administração do Aeroporto).

Diante do exposto:

a) Ante a ilegitimidade passiva, com fundamento no artigo 485, VI, CPC, extingo o processo sem análise do mérito em relação à corré VIATRADE ASSESSORIA, COMERCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.

a) Em decorrência da prescrição, com fundamento no artigo 487, II, CPC, extingo o processo com análise do mérito em relação à corré EMPRESA BRASILEIRA DE INFRAESTRUTURA AEROPORTUARIA - INFRAERO.

Sem custas, por isenção legal. Condeno a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios, que fixo no percentual mínimo do § 3º do art. 85 do CPC, de acordo com o inciso correspondente ao valor atualizado da causa, de modo a possibilitar sua eventual majoração, nos termos do § 11 do mesmo dispositivo, e observado, ainda, seu § 5º, por ocasião da apuração do montante a ser pago.

[...]

Interposta apelação pelo Estado de São Paulo que, em suas razões recursais (ID 90051859), sustenta, em síntese, o seguinte: a legitimidade passiva da VIATRADE, sob o argumento de que na qualidade de importadora, atente aos requisitos contidos no art. 18 do Código de Defesa do Consumidor; e defende a não ocorrência da prescrição, afirmando que o prazo prescricional aplicável ao caso é o quinquenal, previsto no Decreto nº 20.910, de 1932.

Sem contrarrazões.

Vieramos autos a esta E. Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000555-17.2013.4.03.6119

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: ESTADO DE SAO PAULO

Advogado do(a) APELANTE: GABRIELA JAPIASSU VIANA - SP311565-B

APELADO: EMPRESA BRASILEIRA DE INFRA-ESTRUTURA AEROPORTUARIA, VIATRADE ASSESSORIA, COMERCIO IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA

Advogado do(a) APELADO: PATRICIA LANZONI DA SILVA - SP147843-A

Advogado do(a) APELADO: ISRAEL FERNANDES HUFF - SC20590-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

“EMENTA”

APELAÇÃO CÍVEL. DANO MATERIAL. EXTRAVIO DE MERCADORIA. INFRAERO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. DECRETO Nº 20910, DE 1932. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O EVENTO DANOSO E A CONDUTA DO AGENTE. NÃO COMPROVADO. DEVER DE INDENIZAR POR DANOS MATERIAIS. NÃO CONFIGURADO. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

1. *Cinge-se a controvérsia em apurar se a responsabilidade pelo extravio de mercadoria nas dependências do Aeroporto Internacional de Guarulhos/SP, na forma como narrado na inicial, deve ser atribuída às rés, ensejando a condenação no dever de indenizar por dano.*

2. *Cuida a presente ação de responsabilidade civil da administração pública a ensejar o dever de indenizar, por dano, matéria regida pelo Decreto nº 20.910, de 1932, que estabelece o prazo prescricional quinquenal.*

3. *Nas hipóteses de responsabilidade objetiva, o que se dispensa é a demonstração da culpa, mas o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o evento danoso, é indispensável para configurar a situação de condenação no dever de indenizar por dano.*

4. *Diante de todo o exposto e do conjunto probatório acostado aos autos, é de se concluir que não ficou demonstrado o nexo de causalidade entre o evento danoso e a conduta do agente, na hipótese, a INFRAERO, razão pela qual não restou configurado o dever de indenizar, por dano.*

5. *Dá-se parcial provimento à apelação do Estado de São Paulo, para rejeitar a preliminar de prescrição e julgar improcedentes os pedidos iniciais.*

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Cinge-se a controvérsia em apurar se a responsabilidade pelo extravio de mercadoria nas dependências do Aeroporto Internacional de Guarulhos/SP, na forma como narrado na inicial, deve ser atribuída às rés, ensejando a condenação no dever de indenizar por dano.

Sustenta o Estado de São Paulo a legitimidade passiva da empresa VIATRADE, sob o argumento de que na qualidade de importadora, atente aos requisitos contidos no art. 18 do Código de Defesa do Consumidor.

A r. sentença assim analisou o assunto e decidiu:

[...]

Acolho a preliminar de ilegitimidade passiva da empresa Viatrade para figurar no polo passivo da ação.

As partes não juntaram aos autos o contrato celebrado entre Viatrade e a Fazenda Estadual para que se possa avaliar eventual responsabilidade específica definida em contrato. Os documentos constantes dos autos evidenciam que a Viatrade não é a fornecedora da mercadoria, tendo realizado meramente operação de intermediação na importação (importação por conta e ordem de terceiro), hipótese que não caracteriza a operação por sua conta própria, mas, sim, entre o exportador estrangeiro e a empresa adquirente. Com efeito, do HAWD (f. 36), do Invoice (f. 37), da Licença de Importação (LI - f. 108), do mantra (f. 147) e de e-mails constantes dos autos (f. 42/44) depreende-se que a empresa Swan Medicare foi a exportadora dos medicamentos (f. 36 e 108), a empresa Aérea KLM foi a transportadora aérea (f. 147), a Secretaria do Estado de Saúde foi a adquirente da mercadoria (importadora - f. 36) e a Infraero foi a depositária durante a estadia da mercadoria no Aeroporto. Os documentos de f. 30 e 42 ainda mencionam que a empresa Kuehne Nagel Serviços Logísticos Ltda. teria sido a responsável pelo envio da mercadoria ao Brasil.

Portanto, diante da ausência de provas de que a Viatrade seja importadora (por conta própria), ou fornecedora direta da mercadoria/ou responsável pelo transporte, não é parte legítima a figurar no polo passivo da ação em que se discute extravio de mercadoria.

[...]

A inexistência de contrato firmado com a VIATRADE é reconhecida pelo Estado de São Paulo, ao afirmar que:

[...]

A empresa ré Viatrade Assessoria, Comércio, Importação e Exportação Ltda. consiste numa pessoa jurídica de direito privado que pratica a atividade mundialmente conhecida como trading, sendo que, no caso presente, desempenhou a função de importadora, em parceira (por conta própria) com a empresa Dinamarquesa denominada de "Swan Medicare aps", viabilizando que os medicamentos chegassem até o Estado.

[...]

Diante disso, e da profunda análise feita pelo Juízo *a quo*, de fato, a VIATRADE não participou do negócio diretamente como Estado de São Paulo, não podendo responder por qualquer irregularidade na operação, pelo menos não perante o autor.

Assim, acolho a preliminar de ilegitimidade ativa da VIATRADE.

O Estado de São Paulo defende a não ocorrência da prescrição, afirmando que o prazo prescricional aplicável ao caso é o quinquenal, previsto no Decreto nº 20.910, de 1932.

A r. sentença assim decidiu a respeito dessa matéria:

[...]

Acolho a prejudicial de prescrição em relação à pretensão indenizatória em face da INFRAERO.

O artigo 317, VIII do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n' 7.565/86) prevê o prazo prescricional de 2 anos para pleitear a indenização por danos causados por culpa da administração do aeroporto ou da Administração Pública, contados a partir do dia da ocorrência do fato:

[...]

Consta dos autos que a mercadoria chegou ao Brasil no dia 31/01/2010 (II. 34), foi desembarçada no dia 08/02/2010 e retirada dia 09/02/2010 (fl. 38). Foi enviado ofício à Infraero no dia 09/03/2010 (ti. 32) questionando o desaparecimento de parte das mercadorias (fis. 38 e 53).

Portando, quando ajuizada a presente ação, em 31/01/2013, já havia decorrido o prazo prescricional para a cobrança questionada na presente ação. Observo que, a meu ver, nasceu a pretensão em face da INFRAERO a partir da resposta (negativa), que leio na fi. 33, com data de 25 de março de 2010. E constato que a presente ação foi distribuída em 31/01/2013, além do prazo prescricional de 2 (dois) anos.

Ressalto que a jurisprudência do STJ relativa ao "transporte aéreo" mencionada na réplica (fis. 227/228) não é aplicável em relação à Infraero, já que são responsabilidades de naturezas distintas. A INFRAERO presta um serviço de depósito (interno e exclusivo de administração do Aeroporto), enquanto a transportadora realiza um contrato particular de transporte (que não é próprio da administração do Aeroporto).

[...]

No entanto, cuida a presente ação de responsabilidade civil da administração pública a ensejar o dever de indenizar, por dano, matéria regida pelo Decreto nº 20.910, de 1932, que estabelece o prazo prescricional quinquenal:

Decreto nº 20.910, de 1932:

Regula a prescrição quinquenal.

[...]

Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

[...]

Nesse sentido os julgados:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE POR AVARIA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DE DUAS CORRÉS. LEGITIMIDADE PASSIVA DA INFRAERO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. PROVA DO DANO E CAUSALIDADE. INDENIZAÇÃO. REGRESSO. EMPRESA SEGURADORA. SUCUMBÊNCIA.

1. Em se tratando de responsabilidade civil por prestação de serviço público, a prescrição é regulada, não pelo Decreto 1.102/1903, mas pelo Decreto 20.910/1932, sendo quinquenal o prazo, o qual não se consumou, pois ajuizada a ação em 16/06/2014, relativamente à mercadoria que foi registrada para exportação e sofreu avarias em 17/06/2010.

[...]

(Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2167163/SP 0004906-96.2014.4.03.6119 - DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA - TERCEIRA TURMA - Julgado em 22/09/2016 - Publicado no e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/09/2016)

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.488.689 - AP (2019/0049831-9)

RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES

AGRAVANTE : UNIÃO

AGRAVADO : EMPRESA BRASILEIRA DE INFRAESTRUTURA AEROPORTUARIA - INFRAERO

ADVOGADOS : FRANCISCO FERREIRA ALENCAR JUNIOR - PA008948

FABRICIO MACHADO DE MORAES - PA014997

AGRAVADO : RAIMUNDO NONATO BARROS DOS SANTOS

ADVOGADO : SULAMIR PALMEIRA MONASSA DE ALMEIDA - AP000001

AGRAVADO : RIBERTO ANGELO DOS SANTOS PONTES

ADVOGADO : SERGIO PAULO GROTTI - MS004412

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO

ADMINISTRATIVO 2/STJ. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/1973. NÃO

OCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO. TERMO A QUO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE.

NECESSIDADE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS.

SÚMULA

7/STJ. AGRAVO CONHECIDO PARA CONHECER PARCIALMENTE DO RECURSO ESPECIAL, NESSA EXTENSÃO, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

DECISÃO

[...]

É o relatório passo a decidir

[...]

Conforme se verifica do julgado a quo o Tribunal de origem manteve os termos da sentença, ponderando pelo afastamento da prescrição, bem como que não haver justificativa para a mitigação da responsabilidade da União, nos seguintes termos:

Do apelo da União, na condição de litisconsorte passivo A prejudicial de prescrição quinquenal suscitada pela União em seu apelo não prospera na espécie.

A ação foi ajuizada em 30 de junho de 1998 perante o Juízo Cível da Comarca de Macapá -AP, porque em desfavor da Tasa Telecomunicações Aeronáutica S/A, posteriormente sucedida pela INFRAERO, para apurar responsabilidades emergentes de acidente de trânsito ocorrido em 29 de maio de 1994. Inocorrente, assim, do lustro prescricional de que trata o Decreto-lei nº 20.910/32 Quanto ao pleito de mitigação de sua responsabilidade no episódio, e, por conseguinte, do quantum indenizatório, melhor sorte não ampara a ora apelante. A almejada mitigação já foi julgada procedente pelo juízo a quo a lide secundária, que condenou o litisdenuciado, contra quem a INFRAERO, sua litisconsorte poderá ressarcir-se, dos valores decorrentes da condenação imposta na sentença recorrida.

[...]

(AREsp 1488689 - Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES - Publicada em 06/05/2019)

Assim, considerando que a autora tomou conhecimento do extravio em 09/02/2010, data da retirada da mercadoria, relatando o ocorrido por meio de ofício enviado à INFRAERO em 09/03/2010 e observado o fato de que a presente ação foi ajuizada em 31/01/2013, por tanto, pouco menos de três anos após o fato, não há que se falar na ocorrência da prescrição quinquenal de que cuida o Decreto nº 20.910, de 1932.

Diante disso, rejeito a preliminar de prescrição da pretensão autoral.

Estando a presente ação em condições de julgamento, passo a decidir sobre o mérito.

Ressalto, inicialmente, que me filio à teoria da Responsabilidade Objetiva da Administração Pública mesmo nas hipóteses de conduta omissiva, como posto no entendimento do C. STJ, no seguinte julgado:

DIREITO CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. AUSÊNCIA DE GRADES DE PROTEÇÃO NO LOCAL. DEMONSTRAÇÃO DE RELAÇÃO DE CAUSA E EFEITO ENTRE A OMISSÃO E AS MORTES.

[...]

2. Para que se configure a responsabilidade objetiva do ente público basta a prova da omissão e do fato danoso e que deste resulte o dano material ou moral.

[...]

6. *Jurisdição sobre a referida marginal de competência da ré, incumbindo a ela a sua manutenção e sinalização, advertindo os motoristas dos perigos e dos obstáculos que se apresentam. A falta no cumprimento desse dever caracteriza a conduta negligente da Administração Pública e a torna responsável (art. 66, parágrafo único, do Decreto nº 62.127/68) pelos danos que dessa omissão decorrerem.*

[...]

(REsp 439408/SP RECURSO ESPECIAL 2002/0071492-6 - Ministro JOSÉ DELGADO - PRIMEIRA TURMA – Julgado em 05/09/2002 – Publicado no DJ 21/10/2002 p. 308 LEXSTJ vol. 159 p. 210)

No entanto, nas hipóteses de responsabilidade objetiva, o que se dispensa é a demonstração da culpa, mas o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o evento danoso, é indispensável para configurar a situação de condenação no dever de indenizar por dano.

A INFRAERO, na condição de administradora do aeroporto recebeu a mercadoria da empresa transportadora e tinha a responsabilidade pela sua guarda até o momento da retirada por parte do Estado de São Paulo, ou por quem ele indicasse para fazê-lo.

Confirmando os documentos que junta com a inicial, o autor afirma que a mercadoria embarcada na Dinamarca chegou ao Brasil com o mesmo peso embarcado, o que se conclui que não houve qualquer alteração nesse percurso.

O autor, que ciente das avarias constatadas na embalagem, lançadas no sistema SISCONMEXMANTRA, pela INFRAERO, informa que somente deu falta de parte da mercadoria quando a encomenda foi inspecionada pela ANVISA, já fora das dependências da INFRAERO, mas não relata qualquer providência ou questionamento relativo às tais avarias.

Verifica-se do depoimento do servidor Alex Cunha Diniz, em processo administrativo promovido pela Corregedoria Geral da Administração Setorial Saúde do Estado de São Paulo (ID 90052181), que ele participou da retirada da encomenda das dependências da INFRAERO e a levou para a inspeção da ANVISA, afirmando que lá a encomenda foi lacrada e armazenada; o depoente não sabe explicar o que aconteceu, apenas que foi constatada a falta de parte dos medicamentos, informações essas confirmadas por Tiago de Campos Laprano, outro servidor que também participou dessa operação.

A Consultoria Jurídica da Secretaria de Estado da Saúde do Estado de São Paulo, ao analisar o referido processo administrativo concluiu que (ID 90052181):

[...]

15. *Ao que tudo indica, principalmente pela informação de fl. 9 (da Infraero), os medicamentos já teriam desaparecido antes mesmo do desembarço aduaneiro. A responsabilidade tanto poderia ser da ANVISA, quanto da transportadora aérea como da própria exportadora, pois o produto não chegou no destino na forma avencada.*

[...]

Destaca a INFRAERO, em sede de contestação, que na hipótese de encomenda que chega com avarias aparentes, são adotados procedimentos previstos no Regulamento Aduaneiro que determinam a comunicação desses fatos ao transportador e ao importador, que, no caso dos autos, aceitaram e não impugnam (ID 90052181).

A encomenda foi pesada na chegada ao Brasil, pela INFRAERO em conjunto com a Receita Federal e constatou-se que apresentava o mesmo peso do registro de embarque na Dinamarca; verificadas avarias na embalagem, essas informações foram lançadas no SISCONMEXMANTRA, e disponibilizadas ao transportador e ao importador, não havendo qualquer tipo de impugnação ou questionamento por parte dos interessados.

Além disso, é preciso considerar também que, como bem afirma o próprio autor, a inspeção pela ANVISA é feita justamente por se tratar de medicamento que deve ser acondicionado segundo os protocolos de segurança e saúde.

É de se lembrar que também no momento da retirada da mercadoria das dependências da INFRAERO, não houve qualquer tipo de questionamento por parte dos representantes do autor, mesmo constando do SISCOMEXMANTRA, como dito e comprovado, que a encomenda teria chegado com avarias em sua embalagem.

Em réplica, o autor sustenta a responsabilidade da INFRAERO sob o argumento de que esta descumpriu o Regulamento Aduaneiro por não ter verificado a mercadoria no momento da entrega.

Na verdade, o que se verifica da análise dos autos, é que não há elemento de prova que relacione a conduta da INFRAERO ao evento danoso.

Como dito, a mercadoria possui características muito específicas e especiais, que deveriam merecer a mesma especialidade de procedimento por parte do autor, no momento de sua retirada, haja vista que se tratava de medicamento que depende de armazenamento próprio e que segundo consta do conjunto probatório acostado aos autos, o lote que efetivamente foi entregue não apresentou qualquer irregularidade nesse sentido, mesmo tendo sido detectadas as mencionadas avarias na embalagem externa.

Diante de todo o exposto e do conjunto probatório acostado aos autos, é de se concluir que não ficou demonstrado o nexo de causalidade entre o evento danoso e a conduta do agente, na hipótese, a INFRAERO, razão pela qual não restou configurado o dever de indenizar, por dano.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação do Estado de São Paulo, para rejeitar a preliminar de prescrição e julgar improcedentes os pedidos iniciais.

Condeneo o autor ao pagamento da verba honorária, em favor das rés, que fixo em 10% sobre o valor da causa, observado o disposto na Súmula nº 111 do C. STJ.

Sem custas, em face da isenção legal do autor.

É como voto.

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. DANO MATERIAL. EXTRAVIO DE MERCADORIA. INFRAERO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. DECRETO Nº 20910, DE 1932. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O EVENTO DANOSO E A CONDUTA DO AGENTE. NÃO COMPROVADO. DEVER DE INDENIZAR POR DANOS MATERIAIS. NÃO CONFIGURADO. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

- 1. Cinge-se a controvérsia em apurar se a responsabilidade pelo extravio de mercadoria nas dependências do Aeroporto Internacional de Guarulhos/SP, na forma como narrado na inicial, deve ser atribuída às rés, ensejando a condenação no dever de indenizar por dano.*
- 2. Cuida a presente ação de responsabilidade civil da administração pública a ensejar o dever de indenizar; por dano, matéria regida pelo Decreto nº 20.910, de 1932, que estabelece o prazo prescricional quinquenal.*
- 3. Nas hipóteses de responsabilidade objetiva, o que se dispensa é a demonstração da culpa, mas o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o evento danoso, é indispensável para configurar a situação de condenação no dever de indenizar por dano.*

4. Diante de todo o exposto e do conjunto probatório acostado aos autos, é de se concluir que não ficou demonstrado o nexo de causalidade entre o evento danoso e a conduta do agente, na hipótese, a INFRAERO, razão pela qual não restou configurado o dever de indenizar, por dano.

5. Dá-se parcial provimento à apelação do Estado de São Paulo, para rejeitar a preliminar de prescrição e julgar improcedentes os pedidos iniciais.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação do Estado de São Paulo, para rejeitar a preliminar de prescrição e julgar improcedentes os pedidos iniciais, condenando o autor ao pagamento da verba honorária, em favor das rés, fixada em 10% sobre o valor da causa, observado o disposto na Súmula nº 111 do C. STJ, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO (12357) Nº 5018364-80.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO

RECORRENTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) RECORRENTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

RECORRIDO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

À vista da prejudicialidade reconhecida já no id de n. 128152812 desse incidente de suspensão do efeito suspensivo da apelação, arquivem-se os autos com as anotações e cautelas de praxe.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0020461-56.2017.4.03.6182
RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO
PROCURADOR: DEPARTAMENTO JURÍDICO - CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
APELANTE: MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

APELADO: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
PROCURADOR: MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de apelação interposta pelo MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, em Embargos ajuizados pela CAIXA ECONÔMICA FEDERAL- CEF, nos autos de Execução Fiscal nº 0020061-76.2016.403.6182, promovidos pela Fazenda Pública Municipal de São Paulo, objetivando a cobrança de IPTU, referente aos exercícios de 2012 e 2013.

A r. sentença julgou procedentes os embargos à execução fiscal, reconhecendo a ilegitimidade da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL para figurar no polo passivo do feito executivo, extinguindo-o, com julgamento de mérito, nos termos do artigo 487, I do CPC e julgou extinta a execução fiscal. Condenou a embargada em honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, nos termos do artigo 85, § 3º, I, do CPC/2015. Deixou consignado que após o trânsito em julgado é autorizado a apropriação do depósito judicial pela embargante, (ID. 133117780).

Em suas razões de apelação o MUNICÍPIO DE SÃO PAULO pretende a reforma da sentença, ao argumento de que a propriedade do bem, dado em alienação fiduciária, sob condição resolutiva, é da CEF, portanto não há que se falar em ilegitimidade passiva. Aduz que a legislação ordinária não pode alterar as disposições do CTN, que determina serem contribuinte do IPTU o possuidor e/ou o titular do domínio, tudo nos termos dos artigos 34, 123 e 117, II, do CTN, bem como artigos 1º e 30 da Constituição Federal, (ID. 133117780).

Com contrarrazões, subiram os autos a esta E. Corte.

É o relatório. Decido.

De início, cumpre explicitar que o art. 932, IV e V do CPC de 2015 confere poderes ao Relator para, monocraticamente, negar e dar provimento a recursos.

Ademais, é importante clarificar que, apesar de as alíneas dos referidos dispositivos elencarem hipóteses em que o Relator pode exercer esse poder, o entendimento da melhor doutrina é no sentido de que o mencionado rol é **meramente exemplificativo**.

Manifestando esse entendimento, asseveram Marinoni, Arenhart e Mitidiero: "*Assim como em outras passagens, o art. 932 do Código revela um equívoco de orientação em que incidu o legislador a respeito do tema dos precedentes. O que autoriza o julgamento monocrático do relator não é o fato de a tese do autor encontrar-se fundamentada em "súmulas" e "julgamento de casos repetitivos" (leia -se, incidente de resolução de demandas repetitivas, arts. 976 e ss., e recursos repetitivos, arts. 1.036 e ss.) ou em incidente de "assunção de competência". É o fato de se encontrar fundamentado em precedente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em jurisprudência formada nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência capaz de revelar razões adequadas e suficientes para solução do caso concreto. O que os preceitos mencionados autorizam, portanto, é o julgamento monocrático no caso de haver precedente do STF ou do STJ ou jurisprudência firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência nos Tribunais de Justiça ou nos Tribunais Regionais Federais. Esses precedentes podem ou não ser oriundos de casos repetitivos e podem ou não ter adequadamente suas razões retratadas em súmulas.*" ("Curso de Processo Civil", 3ª e., v. 2, São Paulo, RT, 2017).

Os mesmos autores, em outra obra, explicam ainda que "*a alusão do legislador a súmulas ou a casos repetitivos constitui apenas um indicio - não necessário e não suficiente - a respeito da existência ou não de precedentes sobre a questão que deve ser decidida. O que interessa para incidência do art. 932, IV, a e b, CPC, é que exista precedente sobre a matéria - que pode ou não estar subjacente a súmulas e pode ou não decorrer do julgamento de recursos repetitivos*" ("Novo Código de Processo Civil comentado", 3ª e., São Paulo, RT, 2017, p. 1014, grifos nossos).

Também Hermes Zaneti Jr. posiciona-se pela não taxatividade do elenco do art. 932, incisos IV e V (*Poderes do Relator e Precedentes no CPC/2015: perfil analítico do art. 932, IV e V*, in "A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim", Dierle José Coelho Nunes, São Paulo, RT, 2017, pp. 525-544).

Nessa linha, o STJ, antes mesmo da entrada em vigor do CPC/2015, aprovou a Súmula 568 com o seguinte teor: "O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema". Veja-se que a expressão *entendimento dominante* aponta para a não taxatividade do rol em comento.

Além disso, uma vez que a decisão singular do relator é recorrível por meio de agravo interno (art. 1.021, caput, CPC/15), não fica prejudicado o princípio da colegialidade, pois a Turma pode ser provocada a se manifestar por meio do referido recurso. Nesse sentido:

"PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO (ART. 1.021, DO CPC). APOSENTADORIA ESPECIAL. APLICAÇÃO DO ART. 932 DO CPC PERMITIDA. TERMO INICIAL FIXADO NA DATA DA CITAÇÃO. ATIVIDADE ESPECIAL COMPROVADA COM LAUDO JUDICIAL. INTERPOSIÇÃO CONTRA DECISÃO SINGULAR DO RELATOR. CABIMENTO. - O denominado agravo interno (artigo Art. 1.021 do CPC/15) tem o propósito de impugnar especificadamente os fundamentos da decisão agravada e, em caso de não retratação, possa ter assegurado o direito de ampla defesa, com submissão das suas impugnações ao órgão colegiado, o qual, cumprindo o princípio da colegialidade, fará o controle da extensão dos poderes do relator e, bem assim, a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando, afora essas circunstâncias, à rediscussão, em si, de matéria já decidida, mediante reiterações de manifestações anteriores ou à mingua de impugnação específica e fundamentada da totalidade ou da parte da decisão agravada, objeto de impugnação. - O termo inicial do benefício foi fixado na data da citação, tendo em vista que a especialidade da atividade foi comprovada através do laudo técnico judicial, não havendo razão para a insurgência da Autarquia Federal. - Na hipótese, a decisão agravada não padece de qualquer ilegalidade ou abuso de poder, estando seus fundamentos em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria devolvida a este E. Tribunal. - Agravo improvido."

(ApReeNec 00248207820164039999, DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN, TRF3 - NONA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/10/2017).

Assim, passo a proferir decisão monocrática, com fulcro no artigo 932, IV e V do Código de Processo Civil de 2015.

Cinge-se a controvérsia na verificação da legitimidade da Caixa Econômica Federal para figurar no polo passivo da Execução Fiscal, em razão de ser credora fiduciária do imóvel o qual recai a cobrança de IPTU.

Fato gerador do IPTU

Nos termos do artigo 32 do Código Tributário Nacional o fato gerador do IPTU é a propriedade, o domínio útil ou posse.

Além disso, o IPTU é um imposto real, isto porque ele tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse do imóvel, sem levar em consideração a pessoa do proprietário, o titular do domínio útil ou do possuidor.

Alienação Fiduciária do imóvel

No caso dos autos está-se diante de imóvel objeto de alienação fiduciária, nos termos do Lei nº 9.514/97, em que, em síntese, consiste em um negócio jurídico por meio do qual o devedor contrata a transferência da propriedade resolúvel do bem imóvel ao credor, em garantia do pagamento da dívida assumida, – Artigo 22 da referida lei.

A alienação fiduciária deve ser registrada no Cartório de Registro de Imóvel competente e a partir do registro, considera-se regularmente constituída, desdobrando-se então a posse entre o possuidor direto - devedor fiduciante e o possuidor indireto – credor fiduciário.

O devedor fiduciante, nos termos do disposto no artigo 27, § 8º da Lei nº 9.514/97, responde pelo pagamento dos impostos, taxas e contribuições condominiais e quaisquer outros encargos que recaiam ou venham a cair sobre o imóvel cuja posse tenha sido transferida para o fiduciário, até a data em que o fiduciário vier a ser imitado na posse.

Pois bem, enquanto o imóvel não é, de fato, entregue a terceiros, a posse direta sobre ele, pertence à Caixa Econômica Federal, sendo de sua responsabilidade o pagamento dos impostos, taxas e contribuições, até a oportunidade da entrega do imóvel, momento em que sua responsabilidade se transferirá para o devedor fiduciante. Confira-se:

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

(...)

§ 8º Responde o fiduciante pelo pagamento dos impostos, taxas, contribuições condominiais e quaisquer outros encargos que recaiam ou venham a recair sobre o imóvel, cuja posse tenha sido transferida para o fiduciário, nos termos deste artigo, até a data em que o fiduciário vier a ser imitado na posse. [\(Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004\)](#)"

Por sua vez o artigo 123 do Código Tributário Nacional possui a seguinte disposição:

*“Art. 123. **Salvo disposições de lei em contrário**, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes” (*grifei)*

A previsão contida no artigo 27, § 8º da Lei nº 9.514/97, ao atribuir ao devedor fiduciante a responsabilidade pelo pagamento dos tributos que recaiam sobre o imóvel, quando do exercício da posse direta, não vai de encontro à regra trazida no artigo 123 do CTN, isto porque as disposições neste contidas, apenas impede a modificação do sujeito passivo da relação tributária, por meio de convenção particular, não em razão da própria natureza jurídica da relação negociada.

Dito isto se conclui que o credor fiduciário não pode ser considerado como proprietário do imóvel para fins de sujeição passiva do IPTU, na medida em que o proprietário, como definido no Código Civil, especificamente no artigo 1.228, é aquele que tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, o que, obviamente, não ocorre no caso de propriedade fiduciária, eis que não se observa nenhum desses direitos.

No mesmo contexto, entende-se que a posse apta a ensejar a incidência do IPTU, é aquela qualificada pelo *animus domini*, não incidindo sobre a posse exercida de forma precária e que não tem por objeto a efetiva aquisição da propriedade, tal como acontece nos casos do credor fiduciário.

Ainda, a jurisprudência desta E. Corte Regional firmou entendimento de que havendo disposição de lei atribuindo responsabilidade pelo pagamento de tributos que recaiam sobre o imóvel ao devedor fiduciante, ocorre exatamente a exceção prevista no artigo 123 do CTN.

Desta forma a Caixa Econômica Federal é parte ilegítima para figurar no polo passivo da Execução Fiscal uma vez que é apenas a credora fiduciária do bem. Confira-se:

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE OBSCURIDADE E CONTRADIÇÃO NO JULGADO. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. CREDORA FIDUCIÁRIA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1. O acórdão embargado analisou a questão deixando claro que: a análise da cópia matricula de n.º 168.915, registrada no 8º Oficial de Registro de Imóveis de São Paulo, revela que a Caixa Econômica Federal é credora fiduciária do imóvel objeto da cobrança do crédito tributário (f. 22-23). Nestes termos, aplicável à espécie o disposto no art. 27, §8º da Lei n.º 9.514/97, segundo o qual: "Responde o fiduciante pelo pagamento dos impostos, taxas, contribuições condominiais e quaisquer outros encargos que recaiam ou venham a recair sobre o imóvel, cuja posse tenha sido transferida para o fiduciário, nos termos deste artigo, até a data em que o fiduciário vier a ser imitado na posse" (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004); não há que falar em violação aos artigos 146, III, da Constituição Federal, pela exceção criada pelo art. 27, § 8º, Lei nº 9.514/97 ao artigo 123 do CTN, eis que a referida lei surgiu para regular as relações jurídicas no âmbito da alienação fiduciária de imóveis e, à evidência, excepciona as regras gerais tributárias do Código Tributário Nacional. 2. Embargos de declaração rejeitados. (ApCiv 0050197-95.2012.4.03.6182, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:25/04/2018.)”

“TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. MULTA. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. IMÓVEL. ILEGITIMIDADE DA CEF. 1. A alienação fiduciária de bem imóvel é a operação de financiamento através da qual o devedor/fiduciante, visando a garantia de determinada obrigação frente ao credor/fiduciário, concede a este a propriedade resolúvel de um imóvel, cuja posse fica desdobrada entre o devedor; que passa a ser possuidor direto, e o credor que se torna possuidor indireto do bem. 2. O credor fiduciário não pode ser considerado como proprietário do imóvel para fins de sujeição passiva de multa, na medida em que proprietário, como definido na lei civil - artigo 1.228 do Código Civil -, é aquele possuidor dos direitos de uso, gozo e disposição do bem, o que não ocorre no caso de propriedade fiduciária, onde não se fazem presentes nenhum desses direitos. 3. Há disposição de Lei atribuindo a responsabilidade pelo pagamento de tributos que recaiam sobre o imóvel ao devedor fiduciante (Lei 9.514/1997, §8º do artigo 27). 4. A CEF é parte ilegítima para figurar no polo passivo da execução fiscal. 5. Apelação a que se nega provimento. (ApCiv 0007976-63.2013.4.03.6182, Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, TRF3 - 4ª Turma, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 06/03/2020)”

*“EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. CREDORA FIDUCIÁRIA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. APELAÇÃO DESPROVIDA. 1. No caso dos autos, é aplicável o disposto no art. 27, §8º da Lei n.º 9.514/97, segundo o qual: "Responde o fiduciante pelo pagamento dos impostos, taxas, contribuições condominiais e quaisquer outros encargos que recaiam ou venham a recair sobre o imóvel, cuja posse tenha sido transferida para o fiduciário, nos termos deste artigo, até a data em que o fiduciário vier a ser imitado na posse" (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004). **Tal previsão, ao atribuir ao devedor fiduciante, a responsabilidade pelo pagamento de tributos que recaiam sobre o imóvel, quando no exercício da posse direta, constitui-se em exceção à regra exposta no art. 123 do Código Tributário Nacional (precedente deste Tribunal).** 2. Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal - STF reconheceu a incidência da imunidade tributária prevista no art. 150, VI, 'a', da Constituição Federal, nos imóveis vinculados ao Programa de Arrendamento Residencial - PAR (Recurso Extraordinário de n.º 928902). Assim, é improcedente a alegação da embargada. 3. Recurso de apelação desprovido. (ApCiv 5000837-64.2018.4.03.6128, Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, TRF3 - 3ª Turma, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 26/12/2019.)*

No caso em tela restou comprovado na certidão de matrícula nº 145.083, do 8º Cartório de Registro de Imóveis da Capital/SP, que o referido imóvel sobre o qual recaem as dívidas fiscais, foi objeto de alienação fiduciária entre a CEF e VANESSA FERRAZ e ALBERTO BENEDITO DA SILVA CASCÃO, conforme consta no registro (R-6), PROTOCOLO Nº 571.103 da referida matrícula, em 06/02/2012, de modo que não subsiste a legitimidade da Caixa Econômica Federal – CEF, para pagamento do IPTU que recai sobre o imóvel, (ID. 133117780 – fl. 23).

Desta forma é o caso de ser mantida a ilegitimidade passiva da Caixa Econômica Federal – CEF, para figurar no polo passivo da Execução Fiscal, nos termos do artigo 485, VI, do CPC, tal como reconhecido pela r. sentença.

Por fim, anoto que eventuais outros argumentos trazidos nos autos ficam superados e não são suficientes para modificar a conclusão baseada nos fundamentos ora expostos.

Nos termos do artigo 85, § 11, do CPC, majoro os honorários advocatícios devidos pela apelante em 1% (um por cento), sobre o valor atualizado da causa.

Ante o exposto, **nego provimento ao recurso de apelação do Município de São Paulo**, nos termos da fundamentação supra, mantendo íntegra a r. sentença de 1º grau de jurisdição, com majoração dos honorários advocatícios devidos pelo Município, em 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85, § 11 do CPC.

Publique-se e intimem-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5012012-38.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO

AGRAVANTE: AGENCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT

AGRAVADO: MARIA REGINA ALVES COLEONE - ME

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por AGENCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT contra decisão interlocutória proferida no bojo dos autos do processo .

Compulsando-se os autos do referido processo originário, constata-se que já foi prolatada sentença.

O feito comporta julgamento monocrático, nos termos do art. 932, III c/c art. 1019, caput, ambos do novo CPC.

Verificando-se a superveniência de sentença, resta prejudicado o presente agravo de instrumento, ante a manifesta perda de objeto.

Nesse sentido, entendimento jurisprudencial, consoante ementas que seguem:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO CONTRA ACÓRDÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SENTENÇA SUPERVENIENTE. RECURSO PREJUDICADO.

1. A superveniência da sentença proferida no feito principal enseja a perda de objeto de recursos anteriores que versem sobre questões resolvidas por decisão interlocutória combatida via agravo de instrumento. Precedentes.

2. Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg no REsp 1.485.765/SP, Terceira Turma, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 20/10/2015, DJe 29/10/2015)

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA DE MÉRITO. PERDA DO OBJETO.

1. Tendo em conta o caráter manifestamente infringente, e em face do princípio da fungibilidade recursal, recebem-se os presentes embargos de declaração como agravo regimental.

2. A jurisprudência desta Corte Superior firmou entendimento no sentido de que resta prejudicado, pela perda de objeto, o recurso especial interposto contra acórdão que examinou agravo de instrumento, quando se verifica a prolação da sentença de mérito, haja vista que nela a cognição é exauriente.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ, EDcl no REsp 1.338.242/PE, Primeira Turma, Relator Ministro Sérgio Kukina, j. 17/10/2015, DJe 09/11/2015)

AGRAVO LEGAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO LIMINAR. POSTERIOR PROLAÇÃO DE SENTENÇA PELO JUÍZO A QUO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PREJUDICADO EM RAZÃO DE PERDA DE OBJETO RECURSAL. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO.

- A decisão interlocutória impugnada no presente agravo de instrumento (liminar indeferida pelo juízo a quo) não mais produz suas regulares consequências jurídicas, pois a sentença foi proferida no processo originário. Assim, era viável ter por prejudicado o agravo de instrumento e, por via de consequência, negar seguimento ao recurso, conforme estatui o artigo 932, III, do CPC/2015.

- A agravante não pode se valer de um recurso interposto contra uma dada decisão interlocutória (responsável por indeferir o pleito liminar na origem) para que haja reapreciação de uma sentença (na qual se reconheceu a ocorrência de litispendência), sob pena de promover verdadeiro tumulto processual, o que não se admite. Caso mantenha a intenção de combater a sentença que reconheceu a ocorrência de litispendência entre a ação de origem de outro processo, deverá a agravante valer-se da via recursal adequada, que não se refere ao presente agravo de instrumento.

- Agravo legal a que se nega provimento.

(TRF3, AG 0013386-19.2016.403.0000, Primeira Turma, Relator Desembargador Federal Wilson Zauhy, j. 22/08/2017, e-DJF3 Judicial 1 de 01/09/2017)

Diante do exposto, com fulcro no art. 932, inc. III, do CPC/2015, não conheço do presente agravo de instrumento, ante a manifesta prejudicialidade, nos termos da fundamentação supra.

Decorrido o prazo legal para recursos, observadas as formalidades legais, baixem os autos à Vara de origem.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5026556-65.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO

AGRAVANTE: JOAO CARLOS FACHOLI, JOSE LUIZ FACHOLI, ADEMILSON MARCOS FACHOLI, CELSO ADRIANO FACHOLI

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCIO RODRIGO FRIZZO - PR33150-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCACAO

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por JOAO CARLOS FACHOLI contra decisão interlocutória proferida no bojo dos autos do processo .

Compulsando-se os autos do referido processo originário, constata-se que já foi prolatada sentença.

O feito comporta julgamento monocrático, nos termos do art. 932, III c/c art. 1019, caput, ambos do novo CPC.

Verificando-se a superveniência de sentença, resta prejudicado o presente agravo de instrumento, ante a manifesta perda de objeto.

Nesse sentido, entendimento jurisprudencial, consoante ementas que seguem:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO CONTRA ACÓRDÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SENTENÇA SUPERVENIENTE. RECURSO PREJUDICADO.

1. A superveniência da sentença proferida no feito principal enseja a perda de objeto de recursos anteriores que versem sobre questões resolvidas por decisão interlocutória combatida via agravo de instrumento. Precedentes.

2. Agravo regimental não provido.

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA DE MÉRITO. PERDA DO OBJETO.

1. Tendo em conta o caráter manifestamente infringente, e em face do princípio da fungibilidade recursal, recebem-se os presentes embargos de declaração como agravo regimental.

2. A jurisprudência desta Corte Superior firmou entendimento no sentido de que resta prejudicado, pela perda de objeto, o recurso especial interposto contra acórdão que examinou agravo de instrumento, quando se verifica a prolação da sentença de mérito, haja vista que nela a cognição é exauriente.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ, EDcl no REsp 1.338.242/PE, Primeira Turma, Relator Ministro Sérgio Kukina, j. 17/10/2015, DJe 09/11/2015)

AGRAVO LEGAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO LIMINAR. POSTERIOR PROLAÇÃO DE SENTENÇA PELO JUÍZO A QUO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PREJUDICADO EM RAZÃO DE PERDA DE OBJETO RECURSAL. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO.

- A decisão interlocutória impugnada no presente agravo de instrumento (liminar indeferida pelo juízo a quo) não mais produz suas regulares consequências jurídicas, pois a sentença foi proferida no processo originário. Assim, era viável ter por prejudicado o agravo de instrumento e, por via de consequência, negar seguimento ao recurso, conforme estatui o artigo 932, III, do CPC/2015.

- A agravante não pode se valer de um recurso interposto contra uma dada decisão interlocutória (responsável por indeferir o pleito liminar na origem) para que haja reapreciação de uma sentença (na qual se reconheceu a ocorrência de litispendência), sob pena de promover verdadeiro tumulto processual, o que não se admite. Caso mantenha a intenção de combater a sentença que reconheceu a ocorrência de litispendência entre a ação de origem de outro processo, deverá a agravante valer-se da via recursal adequada, que não se refere ao presente agravo de instrumento.

- Agravo legal a que se nega provimento.

(TRF3, AG 0013386-19.2016.403.0000, Primeira Turma, Relator Desembargador Federal Wilson Zauhy, j. 22/08/2017, e-DJF3 Judicial 1 de 01/09/2017)

Diante do exposto, com fulcro no art. 932, inc. III, do CPC/2015, não conheço do presente agravo de instrumento, ante a manifesta prejudicialidade, nos termos da fundamentação supra.

Decorrido o prazo legal para recursos, observadas as formalidades legais, baixemos autos à Vara de origem.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0006655-79.2012.4.03.6100
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS
Advogado do(a) APELANTE: JORGE ALVES DIAS - SP127814-A
APELADO: SOMPO SEGUROS S.A.
Advogados do(a) APELADO: ENRICO PIZAO SAID - SP414988, RAFAEL PIMENTEL RIBEIRO - SP259743-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0006655-79.2012.4.03.6100
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS
Advogado do(a) APELANTE: JORGE ALVES DIAS - SP127814-A
APELADO: SOMPO SEGUROS S.A.
Advogados do(a) APELADO: ENRICO PIZAO SAID - SP414988, RAFAEL PIMENTEL RIBEIRO - SP259743-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de apelação interposta pela ECT, em face da r. sentença de parcial procedência, proferida nesses autos de ação de indenização por danos materiais, promovida por YASUDA MARITIMA SEGUROS S/A, contra a ré, pessoa jurídica, EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT.

A petição inicial (ID 63017959), distribuída à 11ª Vara Federal Cível de São Paulo/SP veiculou, em suma, o seguinte, como bem relatou a r. sentença (ID 63017961):

[...]

Trata-se de Ação Ordinária ajuizada por YASUDA MARITIMA SEGUROS S/A em face da EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - EBCT, com pedido de tutela antecipada, objetivando provimento que condene a ré ao pagamento de danos materiais, em virtude da contratação de serviços de entrega pela autora, por motivo de greve dos funcionários da ré.

A autora alegou ter sido obrigada à contratação de terceiros para entrega de suas correspondências, de forma emergencial, para evitar prejuízos ao exercício de sua atividade econômica, por ter a ré deixado de cumprir integralmente com suas obrigações contratuais de recolhimento e envio de correspondências da autora, o que gerou o gasto no valor de R\$433.505,51.

[...]

Contestação da ECT (ID 63017959). Réplica (ID 63017960).

Sobreveio a r. sentença (ID 63017961) que julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, na forma do dispositivo abaixo transcrito, em seus trechos essenciais:

[...]

Basicamente, resume a solução da lide na constatação da existência ou não dos requisitos autorizadores da responsabilização civil da ré perante a situação descrita na inicial, qual seja, o atraso na entrega das correspondências da autora, por motivo de greve dos funcionários da ré, o que justificaria a contratação do serviço de entrega por terceiros - artigo 186, do Código Civil.

[...]

Resta incontroverso, uma vez afirmado pela parte autora e confirmado pela ré, em sua contestação, que houve greve dos funcionários da ré e que os serviços não foram integralmente executados pela ré.

[...]

Quanto a essas alegações, o cumprimento parcial do contrato pela ré, na forma por ela reconhecida, não a exime de sua responsabilidade objetiva.

A autora é empresa seguradora, que necessita do diário envio de correspondências e o cumprimento parcial do contrato pela ré acarreta prejuízos ao exercício da atividade econômica da autora, sendo a autora obrigada à contratação de terceiros para entrega de suas correspondências, de forma emergencial, para evitar os prejuízos.

A cópia do dissídio coletivo dos funcionários da EBCT juntada às fls. 181/184, demonstra que o período da greve foi de 13/09/2011 a 11/10/2011.

É de rigor, portanto, a condenação da ré à recomposição dos valores despendidos pela autora com a contratação de serviços de terceiros para entrega de suas correspondências, de forma emergencial, somente durante o período de 13/09/2011 a 11/10/2011, devidamente comprovada nos autos pelas notas fiscais ou recibos do mencionado período.

Portanto, o valor dos danos materiais deve ser corrigido exclusivamente pela taxa SELIC a partir das datas de cada nota fiscal ou recibo até o seu efetivo pagamento.

Posto isso, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos formulados na petição inicial, para condenar a ré a restituir à autora os valores despendidos com a contratação de serviços de terceiros para entrega de suas correspondências, somente durante o período de 13/09/2011 a 11/10/2011, devidamente comprovados nos autos pelas notas fiscais ou recibos do mencionado período, corrigidos exclusivamente pela taxa SELIC, desde as datas das operações indevidas até o efetivo pagamento, na forma da fundamentação supra.

Condeno a parte ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 10% do valor da condenação (a ser arbitrado em fase de liquidação), nos termos do art. 85, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil.

[...]

Interpostos embargos de declaração pela ECT (ID 63017961). Contrarrazões da autora (ID 63017961). Acolhidos os embargos (ID 63017961).

Interposta apelação pela ECT que, em suas razões recursais (ID 83017961), sustenta, em síntese, o seguinte: que a greve dos empregados não impediu a prestação dos serviços contratados pela autora, ocorrendo apenas alguns atrasos em situações pontuais; defende que a greve é fato de terceiro, excludente de responsabilidade, invoca a aplicação dos institutos do caso fortuito e da força maior; ressalta o disposto na cláusula décima – 10.1.3 e 10.2.3 - do contrato firmado com a autora e sustenta que o desrespeito a essa disposição contratual configura violação aos princípios do *pacta sunt servanda* e do ato jurídico perfeito; alega que a autora não provou ter procedido na forma do disposto no item 8.1. do contrato, no que se refere à obrigação de notificar a ECT para regularizar a situação ou se defender; alega a boa-fé contratual e invoca o art. 422 do Código Civil; e destaca que a r. sentença não considerou as disposições contratuais ao decidir a matéria, em face do que restou firmado em sede de embargos de declaração.

Contrarrazões do autor (ID 83017961).

Vieramos autos a esta E. Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0006655-79.2012.4.03.6100

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS

Advogado do(a) APELANTE: JORGE ALVES DIAS - SP127814-A

APELADO: SOMPO SEGUROS S.A.

Advogados do(a) APELADO: ENRICO PIZAO SAID - SP414988, RAFAEL PIMENTEL RIBEIRO - SP259743-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

“EMENTA”

APELAÇÃO CÍVEL. DANO MATERIAL. ECT. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. MONOPÓLIO. CONTRATO DE ADESÃO. GREVE DE EMPREGADOS. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. NÃO CONFIGURADA. DANO, EVENTO DANOSO, CONDUTA DO AGENTE E NEXO DE CAUSALIDADE. COMPROVADOS. DEVER DE INDENIZAR POR DANOS MATERIAIS. CONFIGURADO. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. SENTENÇA MANTIDA.

1. *Cinge-se a controvérsia em apurar se a responsabilidade pelos danos materiais sustentados pela autora, em face da paralização dos serviços da ECT, na forma como narrado na inicial, deve ser atribuída à ré, ensejando a condenação no dever de indenizar por dano.*
2. *Nas hipóteses de responsabilidade objetiva, o que se dispensa é a demonstração da culpa, mas o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o evento danoso, é indispensável para configurar a situação de condenação no dever de indenizar por dano.*
3. *Trata-se de empresa estatal que detém o monopólio em relação ao serviço prestado, o que não exclui a sua sujeição aos riscos inerentes a todas as atividades comerciais.*
4. *Nos contratos de adesão as disposições firmadas não são fruto do acordo ou convenção entre as partes, tratando-se de efetiva imposição, razão pela qual suas cláusulas devem ser interpretadas de forma mais benéfica ao consumidor; sem que com isso se configure qualquer tido de violação ou desrespeito ao ato jurídico perfeito e acabado*
5. *A excludente de responsabilidade, seja esta objetiva ou subjetiva, deve ser um fato estranho à atividade exercida e absolutamente imprevisível, do ponto de vista do desempenho da atividade econômica desenvolvida.*
6. *A falta de mão de obra, em razão de greve dos empregados da ECT, não configura excludente de responsabilidade, mas constitui a hipótese de culpa, em razão da previsibilidade de sua ocorrência e da falta de preparo da empresa para enfrentamento de situações como essas, integrantes do risco do negócio e perfeitamente previsíveis. Diante disso, não há que se falar em excludente de ilicitude.*
7. *O dano foi efetivamente demonstrado e comprovado, lembrando que a própria ECT reconhece que não teve como cumprir integralmente o contratado. De igual modo, o evento danoso está perfeitamente configurado e seu nexo de causalidade, com a conduta do agente, também foi devidamente demonstrado, razão pela qual é de se reconhecer o dever de indenizar por dano.*
8. *Nega-se provimento à apelação da ECT, para manter a r. sentença, por seus próprios fundamentos.*

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Cinge-se a controvérsia em apurar se a responsabilidade pelos danos materiais sustentados pela autora, em face da paralização dos serviços da ECT, na forma como narrado na inicial, deve ser atribuída à ré, ensejando a condenação no dever de indenizar por dano.

Ressalto, inicialmente, que me filio à teoria da Responsabilidade Objetiva da Administração Pública mesmo nas hipóteses de conduta omissiva, como posto no entendimento do C. STJ, no seguinte julgado:

DIREITO CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. AUSÊNCIA DE GRADES DE PROTEÇÃO NO LOCAL. DEMONSTRAÇÃO DE RELAÇÃO DE CAUSA E EFEITO ENTRE A OMISSÃO E AS MORTES.

[...]

2. *Para que se configure a responsabilidade objetiva do ente público basta a prova da omissão e do fato danoso e que deste resulte o dano material ou moral.*

[...]

6. *Jurisdição sobre a referida marginal de competência da ré, incumbindo a ela a sua manutenção e sinalização, advertindo os motoristas dos perigos e dos obstáculos que se apresentam. A falta no cumprimento desse dever caracteriza a conduta negligente da Administração Pública e a torna responsável (art. 66, parágrafo único, do Decreto nº 62.127/68) pelos danos que dessa omissão decorrerem.*

[...]

Além disso, em se tratando de relação consumerista, a responsabilidade do agente é objetiva, o que torna irrelevante a comprovação da culpa, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, § 2º do art. 3º e art. 14 da Lei nº 8.078, de 1990.

No entanto, nas hipóteses de responsabilidade objetiva, o que se dispensa é a demonstração da culpa, como dito, mas o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o evento danoso, é indispensável para configurar a situação de condenação no dever de indenizar por dano.

Observe-se ainda, que é importante verificar se não existe qualquer das excludentes de responsabilidade, como as hipóteses de culpa exclusiva do prejudicado, ou de terceiro, bem como as situações de caso fortuito ou de força maior.

A ECT invoca as seguintes cláusulas contratuais para fundamentar a tese de excludente de responsabilidade, por caso fortuito ou de força maior, considerando que no momento da falha na prestação do serviço contratado, acontecia uma greve de empregados dos correios, considerada legal, como bem afirmou a própria ré:

[...]

8.1. O inadimplemento das obrigações previstas no presente contrato será comunicada pela parte prejudicada à outra, mediante notificação escrita, com prova de recebimento, para que a parte inadimplente, no prazo de 05 (cinco) dias úteis, regularize a situação ou apresente sua defesa.

[...]

CLÁUSULA DÉCIMA — DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

10.1. A ECT não se responsabiliza:

[...]

10.1.3. por prejuízos indiretos e benefícios não-realizados;

[...]

10.2.3. em caso fortuito ou de força maior (catástrofes naturais, greve, guerra, revolução, motim, tumulto e • qualquer outro movimento de natureza popular), regularmente comprovados, impeditivos da execução do Contrato;

[...]

Na hipótese dos autos, trata-se de empresa estatal que detém o monopólio em relação ao serviço prestado, o que não exclui a sua sujeição aos riscos inerentes a todas as atividades comerciais.

Além disso, de fato existe um contrato de prestação de serviços assinado entre as partes e que é o típico contrato de adesão, até por se tratar de estabelecimento de relação comercial com a única empresa no país com autorização legal para o exercício dessa atividade.

Ademais, nos contratos de adesão as disposições firmadas não são fruto do acordo ou convenção entre as partes, tratando-se de efetiva imposição, razão pela qual suas cláusulas devem ser interpretadas de forma mais benéfica ao consumidor, sem que com isso se configure qualquer tipo de violação ou desrespeito ao ato jurídico perfeito e acabado, como defende a ECT.

Nesse sentido o julgado:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.663.567 - PR (2020/0034374-4)
RELATOR : MINISTRO PRESIDENTE DO STJ
AGRAVANTE : ITAÚ SEGUROS S/A
ADVOGADOS : WANDERLEI DE PAULA BARRETO - PR009660
GRAZZIELA PICAÑO DE SEIXAS BORBA - PR027699
LUCIANY MICHELLI PEREIRA DOS SANTOS - PR027709
JOÃO JOSÉ DA FONSECA JUNIOR - PR047821
SUÉLEN JOSANE BROTO GOMES - PR063955
MAÍRA DE PAULA BARRETO - PR047653
AGRAVADO : FRANCISCO FERREIRA DA SILVA
ADVOGADOS : AIRTON APARECIDO DE SOUZA JUNIOR - PR080317
FLÁVIO DO AMARAL GUIMARÃES - PR084653
DECISÃO

[...]

*No entanto, em sentido diverso, as seguradoras, com os seus **contratos de adesão** tem colocado o consumidor em desvantagem, pois muitas vezes sequer disponibilizam o acesso aos termos redigidos, não permitindo também discussão quanto ao disposto nas cláusulas, impondo as condições unilateralmente, de modo que cabe ao mais fraco, simplesmente aceitar ou rejeitar o negócio.*

E, por conta disso, torna-se imperiosa uma interpretação mais favorável ao consumidor dos contratos firmados sob a ótica consumerista, o que, de nenhuma forma, fere o ato jurídico perfeito e acabado.

[...]

(AREsp 1663567 - Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA – 24/04/2020)

Além disso, a greve de empregados, exercício de um direito constitucionalmente previsto e que não pode ser obstáculo para o exercício dos demais direitos estabelecidos na carta política, até porque como informa a própria ECT a greve foi considerada legal, é, também, uma das intempéries próprias do exercício da atividade econômica e que integra o risco do negócio, não podendo ser suportada pelo consumidor, sob pena de violação do princípio da boa-fé objetiva, sem contar que a greve é um evento que pode, inclusive, ser desencadeado e ter por origem a própria conduta do empregador, razão pela qual a demandada não pode se beneficiar de uma excludente cuja causa poderia, em tese, ser-lhe imputada.

Por isso, a excludente de responsabilidade, seja esta objetiva ou subjetiva, deve ser um fato estranho à atividade exercida e absolutamente imprevisível, do ponto de vista do desempenho da atividade econômica desenvolvida pela ECT.

Assim, na espécie, a falta de mão de obra, em razão de greve dos empregados da ECT, não configura excludente de responsabilidade, mas constitui a hipótese de culpa, em razão da previsibilidade de sua ocorrência e da falta de preparo da empresa para enfrentamento de situações como essas, integrantes do risco do negócio e perfeitamente previsíveis.

Diante disso, não há que se falar em excludente de ilicitude.

O dano foi efetivamente demonstrado e comprovado, lembrando que a própria ECT reconhece que não teve como cumprir integralmente o contratado.

De igual modo, o evento danoso está perfeitamente configurado e seu nexo de causalidade, com a conduta do agente, também foi devidamente demonstrado, razão pela qual é de se reconhecer o dever de indenizar por dano.

Ante o exposto, nego provimento à apelação da ECT, para manter a r. sentença, por seus próprios fundamentos.

É como voto.

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Trata-se de ação de indenização.

Em decorrência de greve, a autora foi obrigada a contratar serviço alternativo ao prestado pela ré, a EBCT, onde se deu o movimento paredista.

Invoca-se o direito do consumidor.

Não é o caso de sua aplicação ao caso concreto.

A existência de relação consumerista não confere proteção contra certos eventos, como é o caso de greve.

A jurisprudência do STJ:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL EM CONSTRUÇÃO. ATRASO DA OBRA. ENTREGA APÓS O PRAZO ESTIMADO. CLÁUSULA DE TOLERÂNCIA. VALIDADE. PREVISÃO LEGAL. PECULIARIDADES DA CONSTRUÇÃO CIVIL. ATENUAÇÃO DE RISCOS. BENEFÍCIO AOS CONTRATANTES. CDC. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA. OBSERVÂNCIA DO DEVER DE INFORMAR. PRAZO DE PRORROGAÇÃO. RAZOABILIDADE.

1. Cinge-se a controvérsia a saber se é abusiva a cláusula de tolerância nos contratos de promessa de compra e venda de imóvel em construção, a qual permite a prorrogação do prazo inicial para a entrega da obra.

2. A compra de um imóvel "na planta" com prazo e preço certos possibilita ao adquirente planejar sua vida econômica e social, pois é sabido de antemão quando haverá a entrega das chaves, devendo ser observado, portanto, pelo incorporador e pelo construtor, com a maior fidelidade possível, o cronograma de execução da obra, sob pena de indenizarem os prejuízos causados ao adquirente ou ao compromissário pela não conclusão da edificação ou pelo retardo injustificado na conclusão da obra (arts. 43, II, da Lei nº 4.591/1964 e 927 do Código Civil).

3. No contrato de promessa de compra e venda de imóvel em construção, além do período previsto para o término do empreendimento, há, comumente, cláusula de prorrogação excepcional do prazo de entrega da unidade ou de conclusão da obra, que varia entre 90 (noventa) e 180 (cento e oitenta) dias: a cláusula de tolerância.

4. Aos contratos de incorporação imobiliária, embora regidos pelos princípios e normas que lhes são próprios (Lei nº 4.591/1964), também se aplica subsidiariamente a legislação consumerista sempre que a unidade imobiliária for destinada a uso próprio do adquirente ou de sua família.

5. Não pode ser reputada abusiva a cláusula de tolerância no compromisso de compra e venda de imóvel em construção desde que contratada com prazo determinado e razoável, já que possui amparo não só nos usos e costumes do setor, mas também em lei especial (art. 48, § 2º, da Lei nº 4.591/1964), constituindo previsão que atenua os fatores de imprevisibilidade que afetam negativamente a construção civil, a onerar excessivamente seus atores, tais como intempéris, chuvas, escassez de insumos, greves, falta de mão de obra, crise no setor, entre outros contratemplos.

6. A cláusula de tolerância, para fins de mora contratual, não constitui desvantagem exagerada em desfavor do consumidor, o que comprometeria o princípio da equivalência das prestações estabelecidas. Tal disposição contratual concorre para a diminuição do preço final da unidade habitacional a ser suportada pelo adquirente, pois ameniza o risco da atividade advindo da dificuldade de se fixar data certa para o término de obra de grande magnitude sujeita a diversos obstáculos e situações imprevisíveis.

7. Deve ser reputada razoável a cláusula que prevê no máximo o lapso de 180 (cento e oitenta) dias de prorrogação, visto que, por analogia, é o prazo de validade do registro da incorporação e da carência para desistir do empreendimento (arts. 33 e 34, § 2º, da Lei nº 4.591/1964 e 12 da Lei nº 4.864/1965) e é o prazo máximo para que o fornecedor sane vício do produto (art. 18, § 2º, do CDC).

8. Mesmo sendo válida a cláusula de tolerância para o atraso na entrega da unidade habitacional em construção com prazo determinado de até 180 (cento e oitenta) dias, o incorporador deve observar o dever de informar e os demais princípios da legislação consumerista, cientificando claramente o adquirente, inclusive em ofertas, informes e peças publicitárias, do prazo de prorrogação, cujo descumprimento implicará responsabilidade civil. Igualmente, durante a execução do contrato, deverá notificar o consumidor acerca do uso de tal cláusula juntamente com a sua justificação, primando pelo direito à informação.

9. Recurso especial não provido.

(REsp 1582318/RJ, julgado em 12/09/2017 – o sublinhado não é original).

Coma devida vênia, dou provimento à apelação.

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. DANO MATERIAL. ECT. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. MONOPÓLIO. CONTRATO DE ADESÃO. GREVE DE EMPREGADOS. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. NÃO CONFIGURADA. DANO, EVENTO DANOSO, CONDOTA DO AGENTE E NEXO DE CAUSALIDADE. COMPROVADOS. DEVER DE INDENIZAR POR DANOS MATERIAIS. CONFIGURADO. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. SENTENÇA MANTIDA.

1. Cinge-se a controvérsia em apurar se a responsabilidade pelos danos materiais sustentados pela autora, em face da paralização dos serviços da ECT, na forma como narrado na inicial, deve ser atribuída à ré, ensejando a condenação no dever de indenizar por dano.

2. Nas hipóteses de responsabilidade objetiva, o que se dispensa é a demonstração da culpa, mas o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o evento danoso, é indispensável para configurar a situação de condenação no dever de indenizar por dano.

3. Trata-se de empresa estatal que detém o monopólio em relação ao serviço prestado, o que não exclui a sua sujeição aos riscos inerentes a todas as atividades comerciais.

4. Nos contratos de adesão as disposições firmadas não são fruto do acordo ou convenção entre as partes, tratando-se de efetiva imposição, razão pela qual suas cláusulas devem ser interpretadas de forma mais benéfica ao consumidor, sem que com isso se configure qualquer tido de violação ou desrespeito ao ato jurídico perfeito e acabado

5. *A excludente de responsabilidade, seja esta objetiva ou subjetiva, deve ser um fato estranho à atividade exercida e absolutamente imprevisível, do ponto de vista do desempenho da atividade econômica desenvolvida.*

6. *A falta de mão de obra, em razão de greve dos empregados da ECT, não configura excludente de responsabilidade, mas constitui a hipótese de culpa, em razão da previsibilidade de sua ocorrência e da falta de preparo da empresa para enfrentamento de situações como essas, integrantes do risco do negócio e perfeitamente previsíveis. Diante disso, não há que se falar em excludente de ilicitude.*

7. *O dano foi efetivamente demonstrado e comprovado, lembrando que a própria ECT reconhece que não teve como cumprir integralmente o contratado. De igual modo, o evento danoso está perfeitamente configurado e seu nexó de causalidade, com a conduta do agente, também foi devidamente demonstrado, razão pela qual é de se reconhecer o dever de indenizar por dano.*

8. *Nega-se provimento à apelação da ECT, para manter a r. sentença, por seus próprios fundamentos.*

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Sexta Turma, por maioria, no julgamento realizado nos moldes do disposto no artigo 942 do Código de Processo Civil, negou provimento à apelação da ECT, para manter a r. sentença, nos termos do voto da Relatora, acompanhada pelo voto dos Desembargadores Federais Johanson Di Salvo e Souza Ribeiro, e da Juíza Federal Convocada Denise Avelar, vencido o Desembargador Federal Fábio Prieto, que lhe dava provimento. Lavrará o acórdão a Relatora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002312-38.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO

AGRAVANTE: MOSAIC FERTILIZANTES DO BRASIL LTDA.

Advogado do(a) AGRAVANTE: EDUARDO PUGLIESE PINCELLI - SP172548-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por MOSAIC FERTILIZANTES DO BRASIL LTDA., contra decisão que, em sede de ação mandamental, indeferiu o pedido de liminar, para ara assegurar o direito líquido e certo da Impetrante, ora Agravante, de não se submeter ao recolhimento do IRPJ e da CSLL sobre a parcela correspondente à inflação dos resultados das aplicações financeiras, representada pelo índice oficial de correção monetária (IPCA), ou por outro índice que o substitua, bem como o seu direito aos créditos consubstanciados nos valores indevidamente recolhidos, nos últimos 5 (cinco) anos anteriores à impetração do *mandamus*.

O feito comporta julgamento monocrático, nos termos do art. 932, III c/c art. 1019, *caput*, ambos do novo CPC.

Verificando-se a superveniência de sentença com exame do mérito no processo originário (Id29797956), promovendo cognição exauriente do pedido da parte agravante, resta prejudicado o presente agravo de instrumento, ante a manifesta perda de objeto.

Nesse sentido, entendimento jurisprudencial, consoante ementas que seguem:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO CONTRA ACÓRDÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SENTENÇA SUPERVENIENTE. RECURSO PREJUDICADO.

1. A superveniência da sentença proferida no feito principal enseja a perda de objeto de recursos anteriores que versem sobre questões resolvidas por decisão interlocutória combatida via agravo de instrumento. Precedentes.

2. Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg no REsp 1.485.765/SP, Terceira Turma, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 20/10/2015, DJe 29/10/2015)

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA DE MÉRITO. PERDA DO OBJETO.

1. Tendo em conta o caráter manifestamente infringente, e em face do princípio da fungibilidade recursal, recebem-se os presentes embargos de declaração como agravo regimental.

2. A jurisprudência desta Corte Superior firmou entendimento no sentido de que resta prejudicado, pela perda de objeto, o recurso especial interposto contra acórdão que examinou agravo de instrumento, quando se verifica a prolação da sentença de mérito, haja vista que nela a cognição é exauriente.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ, EDcl no REsp 1.338.242/PE, Primeira Turma, Relator Ministro Sérgio Kukina, j. 17/10/2015, DJe 09/11/2015)

AGRAVO LEGAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO LIMINAR. POSTERIOR PROLAÇÃO DE SENTENÇA PELO JUÍZO A QUO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PREJUDICADO EM RAZÃO DE PERDA DE OBJETO RECURSAL. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO.

- A decisão interlocutória impugnada no presente agravo de instrumento (liminar indeferida pelo juízo a quo) não mais produz suas regulares consequências jurídicas, pois a sentença foi proferida no processo originário. Assim, era viável ter por prejudicado o agravo de instrumento e, por via de consequência, negar seguimento ao recurso, conforme estatui o artigo 932, III, do CPC/2015.

- A agravante não pode se valer de um recurso interposto contra uma dada decisão interlocutória (responsável por indeferir o pleito liminar na origem) para que haja reapreciação de uma sentença (na qual se reconheceu a ocorrência de litispendência), sob pena de promover verdadeiro tumulto processual, o que não se admite. Caso mantenha a intenção de combater a sentença que reconheceu a ocorrência de litispendência entre a ação de origem de outro processo, deverá a agravante valer-se da via recursal adequada, que não se refere ao presente agravo de instrumento.

- Agravo legal a que se nega provimento.

(TRF3, AG 0013386-19.2016.403.0000, Primeira Turma, Relator Desembargador Federal Wilson Zauhy, j. 22/08/2017, e-DJF3 Judicial 1 de 01/09/2017)

Diante do exposto, com fulcro no art. 932, inc. III, do CPC/2015, não conheço do presente agravo de instrumento, ante a manifesta prejudicialidade, nos termos da fundamentação supra.

Decorrido o prazo legal para recursos, observadas as formalidades legais, baixemos autos à Vara de origem.

Publique-se.

Intimem-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5026000-63.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO: FUNDAÇÃO ANTÔNIO PRUDENTE
Advogado do(a) AGRAVADO: DAGOBERTO JOSE STEINMEYER LIMA - SP17513-A

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL contra a decisão proferida pelo MM. Juízo de origem, no sentido de concessão de liminar em favor da agravada, para liberação de medicamento.

Verifica-se, por meio de consulta ao sistema informatizado deste E. Tribunal, que já houve, *in casu*, sentença de primeiro grau, resolutive de mérito, em***.

É o relatório.

Decido.

O feito comporta julgamento monocrático, nos termos do art. 932, III c/c art. 1019, *caput*, ambos do NCPC.

Consoante acima relatado, verifica-se que foi proferida sentença nos autos da ação subjacente.

Destarte, o presente recurso está prejudicado, em razão da perda do seu objeto.

A sentença proferida, em cognição exauriente, esvazia o conteúdo do agravo. Neste sentido, confirmam-se os seguintes precedentes jurisprudenciais:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO NA ORIGEM CONTRA O DEFERIMENTO DE TUTELA ANTECIPADA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA DE MÉRITO. PREJUDICIALIDADE. PRECEDENTES DO STJ. 1. Fica prejudicado, ante a perda de objeto, o Recurso Especial interposto contra acórdão que examinou Agravo de Instrumento contra decisão que deferiu ou indefere liminar ou antecipação de tutela, quando se verifica a prolação de sentença de mérito nos casos em que o objeto do apelo extremo limita-se à discussão acerca do preenchimento dos requisitos previstos no art. 273 do CPC. Precedentes do STJ. 2. Agravo Regimental não provido. (STJ, AGARESP 201201443942, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, 2ª Turma, DJE de 07/03/2013)."

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SENTENÇA PROFERIDA NOS AUTOS DA AÇÃO ORIGINÁRIA. PERDA DE OBJETO. AGRAVO PREJUDICADO. I - A prolação de sentença nos autos da ação de onde se originou o agravo de instrumento acarreta a perda de objeto deste recurso. II - Agravo de instrumento prejudicado." (TRF - 3ª Região, 2ª Turma, AG 2000.03.00.049815-2, Rel. Juíza Fed. Conv. Raquel Perrini, j. 16/09/2002, DJU 06/12/2002, p. 511).

Ante o exposto, **JULGO PREJUDICADO este Agravo de Instrumento**, negando-lhe seguimento, nos termos do artigo 932, III, do Código de Processo Civil, arquivando-se os autos oportunamente, com as cautelas de praxe.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007782-50.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO

AGRAVANTE: LOPESCO INDUSTRIA DE SUBPRODUTOS ANIMAIS LTDA.

Advogados do(a) AGRAVANTE: PATRICIA CATACHE MANCINI - SP415188-A, ALEX PESSANHA PANCHAUD - RJ177518-S, FERNANDO AUGUSTO NOGUEIRA - SP369704-A, ABDON MEIRA NETO - SP302579-A, GABRIEL CARVALHO ZAMPIERI - SP350756-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por LOPESCO INDÚSTRIA DE SUBPRODUTOS ANIMAIS LTDA, contra decisão que, em mandado de segurança, deferiu parcialmente a liminar, *tão somente para determinar que a autoridade impetrada se abstenha de realizar a compensação de ofício dos créditos reconhecidos em favor do impetrante, com débitos que se encontram com a exigibilidade suspensa.*

O feito comporta julgamento monocrático, nos termos do art. 932, III c/c art. 1019, *caput*, ambos do novo CPC.

Verificando-se a superveniência de sentença com exame do mérito no processo originário (Id33001407), promovendo cognição exauriente do pedido da parte agravante, resta prejudicado o presente agravo de instrumento, ante a manifesta perda de objeto.

Nesse sentido, entendimento jurisprudencial, consoante ementas que seguem:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO CONTRA ACÓRDÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SENTENÇA SUPERVENIENTE. RECURSO PREJUDICADO.

1. A superveniência da sentença proferida no feito principal enseja a perda de objeto de recursos anteriores que versem sobre questões resolvidas por decisão interlocutória combatida via agravo de instrumento. Precedentes.

2. Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg no REsp 1.485.765/SP, Terceira Turma, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 20/10/2015, DJe 29/10/2015)

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA DE MÉRITO. PERDA DO OBJETO.

1. Tendo em conta o caráter manifestamente infringente, e em face do princípio da fungibilidade recursal, recebem-se os presentes embargos de declaração como agravo regimental.

2. A jurisprudência desta Corte Superior firmou entendimento no sentido de que resta prejudicado, pela perda de objeto, o recurso especial interposto contra acórdão que examinou agravo de instrumento, quando se verifica a prolação da sentença de mérito, haja vista que nela a cognição é exauriente.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ, EDcl no REsp 1.338.242/PE, Primeira Turma, Relator Ministro Sérgio Kukina, j. 17/10/2015, DJe 09/11/2015)

AGRAVO LEGAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO LIMINAR. POSTERIOR PROLAÇÃO DE SENTENÇA PELO JUÍZO A QUO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PREJUDICADO EM RAZÃO DE PERDA DE OBJETO RECURSAL. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO.

- A decisão interlocutória impugnada no presente agravo de instrumento (liminar indeferida pelo juízo a quo) não mais produz suas regulares consequências jurídicas, pois a sentença foi proferida no processo originário. Assim, era viável ter por prejudicado o agravo de instrumento e, por via de consequência, negar seguimento ao recurso, conforme estatui o artigo 932, III, do CPC/2015.

- A agravante não pode se valer de um recurso interposto contra uma dada decisão interlocutória (responsável por indeferir o pleito liminar na origem) para que haja reapreciação de uma sentença (na qual se reconheceu a ocorrência de litispendência), sob pena de promover verdadeiro tumulto processual, o que não se admite. Caso mantenha a intenção de combater a sentença que reconheceu a ocorrência de litispendência entre a ação de origem de outro processo, deverá a agravante valer-se da via recursal adequada, que não se refere ao presente agravo de instrumento.

- Agravo legal a que se nega provimento.

(TRF3, AG 0013386-19.2016.403.0000, Primeira Turma, Relator Desembargador Federal Wilson Zauhy, j. 22/08/2017, e-DJF3 Judicial 1 de 01/09/2017)

Diante do exposto, com fulcro no art. 932, inc. III, do CPC/2015, não conheço do presente agravo de instrumento, ante a manifesta prejudicialidade, nos termos da fundamentação supra.

Decorrido o prazo legal para recursos, observadas as formalidades legais, baixemos autos à Vara de origem.

Publique-se.

Intimem-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0005123-14.2010.4.03.6109

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: MARCOS APARECIDO LEGURI, DNIT-DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES

Advogado do(a) APELANTE: PATRICIA REGINA MARQUES DE MARTINO - SP286294-A

APELADO: CONSTRUTORA MEIRELLES MASCARENHAS LTDA, DNIT-DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES, MARCOS APARECIDO LEGURI

Advogados do(a) APELADO: ROSEVAL RODRIGUES DA CUNHA FILHO - GO17394-A, DIADIMAR GOMES - GO21829-A, JOSUE RUFINO ALVES - GO29010-A

Advogado do(a) APELADO: PATRICIA REGINA MARQUES DE MARTINO - SP286294-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0005123-14.2010.4.03.6109

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: MARCOS APARECIDO LEGURI, DNIT-DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES

Advogado do(a) APELANTE: PATRICIA REGINA MARQUES DE MARTINO - SP286294-A

APELADO: CONSTRUTORA MEIRELLES MASCARENHAS LTDA, DNIT-DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES, MARCOS APARECIDO LEGURI

Advogados do(a) APELADO: ROSEVAL RODRIGUES DA CUNHA FILHO - GO17394-A, DIADIMAR GOMES - GO21829-A, JOSUE RUFINO ALVES - GO29010-A

Advogado do(a) APELADO: PATRICIA REGINA MARQUES DE MARTINO - SP286294-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de apelação interposta pelo DNIT e pela CMM, em face da r. sentença de procedência, proferida nos autos das ações de indenização por danos materiais, morais e lucros cessantes, promovidas por MARCOS APARECIDO LEGURI, nº **0005123-14.2010.4.03.6109** e por EURIDES MUNIZ, nº **0005124-96.2010.4.03.6109**, ambas contra os réus, pessoas jurídicas, DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES – DNIT e CONSTRUTORA MEIRELLES MASCARENHAS LTDA. – CMM.

A petição inicial (ID 83145021), distribuída à 2ª Vara Federal de Piracicaba/SP veiculou, em suma, o seguinte, como bem relatou a r. sentença (ID 83145023):

[...]

MARCOS APARECIDO LEGURI, qualificação nos autos, ajuizou a presente ação de rito comum (autos n.º com 0005123-14.2010.403.6109) em face do DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES DNIT e da CONSTRUTORA MEIRELLES MASCARENHAS LTDA. CMM objetivando, em síntese, a condenação dos réus ao pagamento de indenização por danos materiais, no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), bem como de lucros cessantes estimados em R\$ 54.000,00 (cinquenta e quatro mil reais).

Relata que em 03.03.2009, caminhão de sua propriedade (Mercedes-Benz LS, ano 1992, placa BWP 8421, cor branca) trafegava pela rodovia Transamazônica (BR 230), no sentido Humaitá-Apiaí e ao atravessar uma balsa caiu dentro do rio. Sustenta que a travessia era extremamente precária e que o DNIT não elegeu empresa capacitada para operar a balsa, o que lhe causou enormes prejuízos, pois durante o conserto do caminhão e ficou sem a sua única fonte de renda por cerca de 18 (dezoito) meses. E

EURIDES MUNIZ, com qualificação nos autos, ajuizou ação de rito comum (autos n.º 0005124-96.2010.403.6109) do DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES – DNIT e da CONSTRUTORA MEIRELLES MASCARANHAS LTDA. — CMM objetivando, em síntese, a condenação dos réus ao pagamento de indenização por danos materiais, no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais), lucros cessantes de R\$ 24.000,00 (vinte e quatro mil reais), bem como danos morais, no montante de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais). TRANSPORTES

Informa ser o motorista do caminhão que transportava madeira pela Transamazônica no dia 03 de março de 2009, quando a balsa afundou no rio Marmelos, e ter arcado com despesas médicas no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais), deixado de trabalhar e, conseqüentemente, auferir renda mensal de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) por cerca de 12 (doze) meses, além de ter quase perdido a vida em razão do acidente, o que lhe causou danos morais que requer sejam indenizados.

Com a inicial vieram documentos (fls. 10/44 e 12/42, 0005124- 96.2010.403.6109, respectivamente). autos n.º 0005123-14.2010.403.6109.

Foram deferidos os benefícios da gratuidade (fl. 47 e 45).

[...]

Contestação do DNIT (ID 83145021) e da CMM (ID 83145021). Réplica (ID 83145022).

Denúnciação da lide em relação à empresa J.B Da C. SANTIAGO SOBRINHO (ID 83145021), pela CMM. Determinada a citação da denunciada (ID 83145022), declarada revel (ID 83145022).

Requerida a produção da prova testemunhal e o depoimento pessoal do autor, deferida (ID 83145022) e produzida (ID 83145027).

Alegações finais do autor (ID 83145022) e da CMM (ID 8314023).

Sobreveio a r. sentença (ID 8314023) que julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, na forma do dispositivo abaixo transcrito, em seus trechos essenciais:

[...]

Inicialmente afastado a preliminar que argui ilegitimidade passiva da corre Construtora Mendes Mascarenhas Ltda., uma vez que conquanto tenha terceirizado para a empresa J.B. da C. Santiago Sobrinho a operação da balsa, responsabilizou-se contratualmente perante o DNIT pela obra de emergência consistente na reconstrução da ponte de madeira que caiu e pelo “acesso fluvial por balsa”, conforme se infere do contrato administrativo e do correspondente “piano de trabalho” (fls. 60/67, 72verso, 76 e 111/114).

Acerca da responsabilidade solidaria na prestação defeituosa do serviço publico ha que se considerar o teor do artigo 25 da Lei n.º 8.897/95 que estabelece que o contratado pelo Poder Público para a execução de serviço responde pelos prejuízos causados aos usuários ainda que terceirize o serviço concedido.

Nesse diapasão, revendo decisão anterior que conferiu a empresa J.B da C. Santiago Sobrinho a qualidade de litisdenuciada, reconheço sua legitimidade para figurar no polo passive na conditio de corre.

[...]

Por fim, da mesma forma rejeito a preliminar suscitada pelo DNIT que sustenta que não restou comprovada qualquer omissão da Administração Publica, eis que consoante dispõe o artigo 82 da Lei n.º 10.233/01, são atribuições da agência gerenciar diretamente ou por delegação e estabelecer padrões, normas e especificações técnicas para os programas de segurança operacional, sinalização, manutenção, restauração ou reposição de vias, terminais e instalações.

[...]

Imagens fotografadas no dia do acidente revelam que o transporte era realizado por balsa desprovida de motor de propulsão, tracionada por cabos de aço, cordas, com ajuda da força Humana, atestando a precariedade do sistema adotado pelo DNIT (fls. 16/27).

Ressalte-se, a proposito, que se os próprios usuários, pessoas que não receberam qualquer tipo de treinamento, eram indispensáveis para o funcionamento do serviço, não se pode acolher a alegação de que houve culpa exclusiva da vítima, sobretudo considerando a dificuldade de acesso a balsa em decorrência da altura de barranco e demais condições físicas do local, consoante se infere de fotografia anexada aos autos (fl. 20) e corrobora impossibilidade de que o acesso/travessia fosse realizada sem a autorização ou auxílio do balseiro responsável.

A par do exposto, nenhuma prova apta fora produzida para elidir a responsabilidade dos réus e confirmar a alegação de que o operador da balsa, aparentemente a única pessoa habilitada no local, estava no horário de almoço quando o acidente ocorreu, ressaltando-se, a proposito, que no contrato firmado entre a corre Construtora Mendes Mascarenhas Ltda. e a J. B. da C. Santiago Sobrinho, a clausula segunda, em seu paragrafo único, prevê que os serviços de travessia seriam prestados no período diurno, não havendo qualquer menção quanto a existência de um intervalo (fls. 111/114).

Registre-se igualmente, por oportuno, a existência de comunicado do DNIT, documento nao impugnado pelos réus, noticiando que “a travessia da Balsa do Rio Marmelos Km 485,90, esta sob responsabilidade da Construtora Meirelles Mascarenhas Ltda. (CMM), no referido local”, bem como que “o HORARIO DA TRAVESSIA pela Balsa e das 6:00 as 18:00h, ficando PROIBIDA a travessia fora desses horários (noturno).”

Destarte, evidente a plausibilidade do direito alegado, decorrente da falha na prestação do serviço pela operadora da balsa no aspecto referente a segurança da travessia realizada com o auxílio de pessoas despreparadas (os próprios caminhoneiros) que sequer trajavam equipamentos mínimos de proteção individual, como colete de salva vidas, assim como negligencia da agencia governamental que não fiscalizou a operação para aferir se estavam sendo cumpridas todas as normas técnicas.

Demonstrada, pois, a responsabilidade dos réus pela ocorrência do evento em questão, o dano, assim como o nexo de causalidade, patente o dever de indenizar:

No que tange a propriedade do caminhão, ao revés do alegado na contestação, cabalmente comprovada através de documento consistente em “Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo” em nome do autor Marcos Aparecido Leguri (fl. 28).

Tendo em vista, contudo, que o acidente ocorreu no dia 03.03.2009 e que anotação em Carteira de Trabalho e Previdência Social — CTPS trazida aos autos, revela a existência de vinculo empregaticio a partir de 01.03.2010 com a empresa T. Guerreiro Transportes Ltda. ME., conclui-se que o lapso temporal sem exercicio de atividades laborativas que pudessem lhe garantir a subsistência foi de 12 (doze) meses.

Quanto aos valores auferidos mensalmente com as viagens do caminhão para o Estado de Rondônia, ha nos autos apenas Ibis recibos de frete, um no valor de R\$ 5.400,00 (cinco mil e quatrocentos reais), datado de 25.02.2009 e outro de R\$ 7.500,00 (sete mil e quinhentos reais), firmado em 21.01.2009 (fls. 34/38) não tendo sido apresentados outros documentos que comprovassem a renda media no período de 12 (doze) meses que antecedem o sinistro para que fosse possível aferir uma renda mais próxima da realidade (fls. 34/38).

[...]

Por sua vez, Eurides Muniz, motorista do caminhão, requer o ressarcimento das despesas medicas de R\$ 3.000,00 (três mil reais), lucre cessantes no valor de R\$ 24.000,00 (vinte e quatro mil reais), bem como indenização por danos morais no montante de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais).

[...]

Assim, tendo em vista a ausência de prova de fato constitutivo do seu direito, o ressarcimento de tais despesas, ha de ser de R\$ 148,00 (cento e quarente e oito reais).

[...]

Durante a instrução processual restou cabalmente comprovada a gravidade do terrível acontecimento, eis que o autor sofreu afogamento, ficou submerso dentro do caminho por determinado tempo ate que fosse resgatado pelos índios locais e, em decorrência sofreu politraumas, com múltiplas escoriações na face e no membro superior direito, além do grave abalo psíquico em razão da experiência de quase morte pela qual passou afundado no rio em plena floresta amazônica, consoante atesta atestado e laudo medico, emitidos 7 (sete) dias apos o sinistro, que diagnostica doença psíquica, qual seja, transtorno ansioso (F41), noticiando que no exame clinico o paciente apresentava choro fácil e havia, ainda, fraturado costela do lado direito (fls. 36 e 37).

Registre-se, por oportuno, que o transtorno psiquiátrico era tão evidente que a autarquia previdenciária concedeu-lhe auxílio-doença por mais de 2 (dois) meses, bem como que em depoimento pessoal colhido em 18.04.2018 (autos n.º 0005123-14.2010.403.6109 — fl. 244), passados mais de 9 (nove) anos do acidente, o autor ainda se mostrou bastante emocionado e vividamente abalado, sofrido, com a situação experimentada.

[...]

Por fim, não ha que se falar em litigância de má-fé dos autores, eis que ausente nos autos a prática de atos que denotassem deslealdade processual, consoante preceitua o artigo 18 do Código de Processo Civil.

Posto isso, julgo parcialmente procedente o pedido do autor Marcos Aparecido Leguri, com julgamento de mérito, com fulcro no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil para condenar as res solidariamente ao pagamento do valor de R\$ 90.000,00 (noventa mil reais) a titulo indenização por dano material e R\$ 11.574,36 (onze mil, quinhentos e setenta e quatro reais e trinta e seis centavos), correspondente aos lucros cessantes, corrigidos monetariamente de acordo com o preceituado na Resolução nº 267/13, de 02 de dezembro de 2013, do Conselho da Justiça Federal, desde a data desta decisão, e acrescido de juros de mora a razão de 1% (um por cento) ao mês, contados a partir da citação, e julgo parcialmente procedente o pedido do autor Eurides Muniz, com julgamento de mérito, com fulcro no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil para condenar as res solidariamente ao pagamento do valor de R\$ 148,00 (cento e quarente e oito reais) referente aos danos emergentes, despesas medicas, de R\$ 4.822,65 (quatro mil, oitocentos e vinte e dois reais e setenta e quatro reais e trinta e seis centavos), relativos aos lucros cessantes e, ainda, o valor de R\$ e cinco mil reais), a titulo de indenização por danos morais, corrigidos monetariamente de acordo com o preceituado na Resolução nº 267/13, de 02 de dezembro de 2013, do Conselho da Justiça Federal, desde a data desta decisão, e acrescido de juros de mora a razão de 1% (um por cento) ao mês, contados a partir da citação.

Custas ex lege.

Considerando sucumbência reciproca, condeno os réus solidariamente ao pagamento de honorários advocatícios que arbitro em 10% sobre a soma das duas condenações, corrigidos monetariamente ate a data do efetivo pagamento e condeno o autor Marcos Aparecido Leguri ao pagamento de honorários advocatícios que arbitro 10% sobre a diferença entre o valor requerido e o deferido (R\$ 154.000,00 - R\$ 101,574,36 = R\$ 52.425,64) 5.242,56 (nove mil e quatrocentos e quarenta reais) e condeno o autor Eurides Muniz ao pagamento de honorários advocatícios que arbitro 10% sobre a diferença entre o valor requerido e o deferido (R\$ 67.000,00 — R\$ 29.970,65 = R\$ 37.029,35) ou seja, R\$ ou seja, R\$ 3.702,93 (três mil, setecentos e dois reais e noventa e três centavos), corrigidos monetariamente ate a data do efetivo pagamento. Ressalte-se, contudo, que fica condicionada a execução à perda da qualidade dos autores de beneficiários da Justiça Gratuita, nos termos do § 3º ao artigo 98 do mesmo diploma.

[...]

Interposta apelação pela CMM que, em suas razões recursais (ID 83145023), sustenta, em síntese, o seguinte: a culpa exclusiva da vítima; defende a hipótese de caso fortuito, sob o argumento de que o condutor do veículo ingressou na balsa sem a supervisão dos balseiros habilitados; afirma que não restou comprovada a culpa, ainda que concorrente; alega que não ficou demonstrada a ocorrência do dano suscitado; e defende a redução do valor fixado a título de ressarcimento dos danos, sustentando a configuração da hipótese de enriquecimento ilícito.

Contrarrazões do autor (ID 83145024).

Interposta apelação pelo DNIT que, em suas razões recursais (ID 83145023), sustenta, em síntese, o seguinte: que é a hipótese de culpa exclusiva da vítima; defende que a responsabilidade da Administração Pública, na espécie, é subjetiva e que não restou demonstrada a culpa e tampouco o nexo de causalidade; questiona o valor fixado a título de danos materiais, sob o argumento de que não houve perda total e que o veículo foi consertado ao custo de R\$40.000,00 e posteriormente vendido; e alega que não há que se falar em responsabilidade solidária, sob o fundamento de que a responsabilidade pela travessia do rio era da CMM que terceirizou esse serviço para a J.B.

Contrarrazões do autor (ID 83145024) e da CMM (ID 83145029).

Vieramos autos a esta E. Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0005123-14.2010.4.03.6109

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: MARCOS APARECIDO LEGURI, DNIT-DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES

Advogado do(a) APELANTE: PATRICIA REGINA MARQUES DE MARTINO - SP286294-A

APELADO: CONSTRUTORA MEIRELLES MASCARENHAS LTDA, DNIT-DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES, MARCOS APARECIDO LEGURI

Advogados do(a) APELADO: ROSEVAL RODRIGUES DA CUNHA FILHO - GO17394-A, DIADIMAR GOMES - GO21829-A, JOSUE RUFINO ALVES - GO29010-A

Advogado do(a) APELADO: PATRICIA REGINA MARQUES DE MARTINO - SP286294-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

“EMENTA”

APELAÇÃO CÍVEL. DANO MATERIAL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DIREITO DE REGRESSO. INTACTO. CASO FORTUITO. NÃO COMPROVADO. DANO, EVENTO DANOSO, CONDUTA DO AGENTE E NEXO DE CAUSALIDADE. COMPROVADOS. DEVER DE INDENIZAR POR DANOS MATERIAIS. CONFIGURADO. DEDUÇÃO DOS VALORES OBTIDOS COM A VENDA DO VEÍCULO E COM O DPVAT. POSSIBILIDADE. APELAÇÕES PARCIALMENTE PROVIDAS.

1. Cinge-se a controvérsia em apurar se a responsabilidade pelo acidente ocorrido, em 03/03/2009, na balsa de travessia do Rio Marmelo, na BR-230, sentido Humaitá/Apuí/Humaitá/AM, narrado na inicial, envolvendo o veículo de propriedade do autor, deve ser atribuída aos réus, ensejando a condenação no dever de indenizar por dano e lucros cessantes.

2. A existência de contrato administrativo e a responsabilidade do terceiro prestador do serviço, pelos danos causados à própria Administração ou a terceiros, em razão da execução do contrato, por si só, não autoriza o reconhecimento da ilegitimidade passiva do DNIT, até porque se trata da hipótese de responsabilidade objetiva da Administração Pública e, além disso, o exercício do direito de regresso permanece intacto.

3. A hipótese de caso fortuito, aventada pela CMM, não restou configurada, haja vista que não basta argumentar que o condutor do veículo ingressou na balsa sem a supervisão dos balseiros habilitados, porque estavam em horário de almoço, pois, se o embarque e a travessia somente podem ser feitos sob a supervisão desses profissionais, a responsabilidade de fiscalizar o local para que o serviço seja prestado exclusivamente dessa forma é dos réus, repito, seja por determinação legal ou por disposição contratual.

4. O conjunto probatório demonstra que a conduta dos réus, ao deixar de cumprir com o seu dever de garantir a segurança e trafegabilidade, foi o motivo do acidente envolvendo o veículo do autor, o que configura o nexo de causalidade entre o evento danoso e a conduta do agente, razão pela qual é de se reconhecer o dano, o evento danoso e a relação de causalidade entre eles e a conduta dos réus, ensejando o dever de indenizar por dano.

5. A finalidade da indenização por danos materiais é o restabelecimento do *status quo ante*, ou seja, a recomposição do patrimônio do prejudicado, na exata medida em que se encontrava no momento da ação lesiva e, nas hipóteses de acidente de trânsito, com dano ao veículo, a reparação deve ser feita com base no valor do bem, deduzidos os valores obtidos pelo proprietário, seja com a venda da sucata, seja com a venda do veículo recuperado, neste caso, excluídas as verbas gastas com a recuperação do bem para a venda.

6. O valor do DPVAT deve ser abatido do montante da indenização, haja vista tratar-se de seguro obrigatório criado justamente com essa finalidade e o seu valor deve ser excluído do *quantum* indenizatório, mesmo que não haja prova de que o segurado, ou quem de direito, tenha recebido o valor correspondente ao seguro.

7. Dá-se parcial provimento à apelação do DNIT e da CMM, para fixar o valor da indenização em R\$80.000,00, do qual deve ainda ser excluído o valor do DPVAT, a ser apurado em liquidação de sentença, no mais, mantida a r. sentença, por seus próprios fundamentos.

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Cinge-se a controvérsia em apurar se a responsabilidade pelo acidente ocorrido, em 03/03/2009, na balsa de travessia do Rio Marmelo, na BR-230, sentido Humaitá/Apuí/Humaitá/AM, narrado na inicial, envolvendo o veículo de propriedade do autor, deve ser atribuída aos réus, ensejando a condenação no dever de indenizar por dano e lucros cessantes.

Sustenta o DNIT a hipótese de ilegitimidade passiva, sob o argumento de que a responsabilidade pela travessia do rio era da CMM que terceirizou esse serviço para a J.B.

No que se refere à responsabilidade do DNIT, filio-me à teoria da Responsabilidade Objetiva da Administração Pública mesmo nas hipóteses de conduta omissiva, como posto no entendimento do C. STJ, no seguinte julgado:

DIREITO CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. AUSÊNCIA DE GRADES DE PROTEÇÃO NO LOCAL. DEMONSTRAÇÃO DE RELAÇÃO DE CAUSA E EFEITO ENTRE A OMISSÃO E AS MORTES.

[...]

2. Para que se configure a responsabilidade objetiva do ente público basta a prova da omissão e do fato danoso e que deste resulte o dano material ou moral.

[...]

6. Jurisdição sobre a referida marginal de competência da ré, incumbindo a ela a sua manutenção e sinalização, advertindo os motoristas dos perigos e dos obstáculos que se apresentam. A falta no cumprimento desse dever caracteriza a conduta negligente da Administração Pública e a torna responsável (art. 66, parágrafo único, do Decreto nº 62.127/68) pelos danos que dessa omissão decorrerem.

[...]

(REsp 439408/SP RECURSO ESPECIAL 2002/0071492-6 - Ministro JOSÉ DELGADO - PRIMEIRA TURMA – Julgado em 05/09/2002 – Publicado no DJ 21/10/2002 p. 308 LEXSTJ vol. 159 p. 210)

Destaco, todavia, que ainda nas hipóteses de responsabilidade objetiva, o que se dispensa é a demonstração da culpa, mas, o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o evento danos, é indispensável para configurar a hipótese de condenação no dever de indenizar por dano.

Assim, no que se refere à conduta do DNIT, este tem o dever legal de zelar pela perfeita manutenção, conservação, sinalização e segurança da circulação de veículos nas rodovias federais, conforme se depreende do disposto na Lei nº 9.503, de 1997, na Lei nº 10.233, de 2001 e no Decreto-Lei nº 512, de 1969, sendo que o § 3º do art. 1º da Lei nº 9.503 é textual ao afirmar que "os órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito respondem, no âmbito das respectivas competências, objetivamente, por danos causados aos cidadãos em virtude de ação, omissão ou erro na execução e manutenção de programas, projetos e serviços que garantam o exercício do direito do trânsito seguro".

Essa responsabilidade abrange as condutas de terceiros que atuam em nome e por determinação da Administração Pública, como é a hipótese do contrato firmado entre o DNIT e a CMM, contrato ao qual se aplica a previsão legal no sentido de que "O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado" (art. 70 da Lei nº 8.666, de 1993).

Portanto, a existência de contrato administrativo e a responsabilidade do terceiro prestador do serviço, pelos danos causados à própria Administração ou a terceiros, em razão da execução do contrato, por si só, não autoriza o reconhecimento da ilegitimidade passiva do DNIT, até porque se trata da hipótese de responsabilidade objetiva da Administração Pública e, além disso, o exercício do direito de regresso permanece intacto.

Tanto o DNIT quanto a CMM sustentam a hipótese de culpa exclusiva da vítima. No entanto, não se desincumbiram do ônus de comprovar a excludente de responsabilidade alegada.

O Conjunto probatório acostado aos autos deixa evidente que o acidente ocorreu porque o motorista não teve a devida assistência para embarcar o veículo na balsa de travessia, até porque, a segurança dessa operação é de responsabilidade dos réus, seja por determinação legal ou contratual. Inclusive, a alegação do DNIT de que “*Não ha a alegada 'altura do barranco' que impusesse necessariamente a operação exclusiva do embarque com auxilio do balseiro. A análise de tais documentos aponta mais para a imperícia do motorista do que para uma situação geográfica tal que somente os mais habilitados condutores tivessem condições de promover o embarque de seus veículos na balsa. Na realidade, mais de centenas de veículos fizeram a mesmíssima travessia sem que tenha ocorrido nenhum acidente*”, não comprova a culpa exclusiva da vítima e tampouco elide a responsabilidade dos réus.

De igual modo, a hipótese de caso fortuito, aventada pela CMM, não restou configurada, haja vista que não basta argumentar que o condutor do veículo ingressou na balsa sem a supervisão dos balseiros habilitados, porque estavam em horário de almoço, pois, se o embarque e a travessia somente podem ser feitos sob a supervisão desses profissionais, a responsabilidade de fiscalizar o local para que o serviço seja prestado exclusivamente dessa forma é dos réus, repito, seja por determinação legal ou por disposição contratual.

Portanto, o conjunto probatório demonstra que a conduta dos réus, ao deixar de cumprir com o seu dever de garantir a segurança e trafegabilidade, foi o motivo do acidente envolvendo o veículo do autor, o que configura o nexo de causalidade entre o evento danoso e a conduta do agente.

Diante disso, é de se reconhecer o dano, o evento danoso e a relação de causalidade entre eles e a conduta dos réus, ensejando o dever de indenizar por dano.

No que diz respeito à comprovação do dano material, tanto o DNIT quanto a CMM questionam os valores fixados pela r. sentença, que assim decidiu:

[...]

No que tange a propriedade do caminhão, ao revés do alegado na contestação, cabalmente comprovada através de documento consistente em “Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo” em nome do autor Marcos Aparecido Leguri (fl. 28).

Quanto ao dano material decorrente da perda do veículo, portanto, considerando as avaliações trazidas por ambas as partes aos autos, ha de ser ressarcido o valor de R\$ 90.000,00 (noventa mil reais).

[...]

Em contestação a CMM entende que o valor do veículo é de cerca de R\$90.000,00 e requer, para efeito de indenização, que seja deduzido desse montante, o valor recebido pelo autor relativo à venda da sucata e o correspondente ao DPVAT (ID 83145021):

[...]

Afirma o Requerente que o acidente gerou PT (Perda Total) do caminhão e que o mesmo tem seu valor de mercado estimado em R\$100.000,00 (cem mil reais), mas, no entanto não carrega para os autos qual o valor auferido, mesmo que no ferro velho, pela venda ou desfazimento do veículo.

Tampouco faz qualquer referência o Requerente em relação a Seguro existente sobre o caminhão e muito menos qual o valor recebido do DPVAT para que, em caso de restar consagrada a culpabilidade da 22Requerida no naufrágio, sejam compensados/deduzidos os valores recebidos pela venda do veículo ou ainda de Seguros.

Apresenta ainda a 22 Requerida sua impugnação ao valor aleatoriamente lançado pelo Requerente para estabelecer o "quantum" pretendido pela suposta perda do veículo, visto que um caminhão em ótimo estado de conservação, com carroceria/reboque em ótimas condições vale no mercado nacional cerca de R\$90.000,00 (noventa mil reais) conforme comprova o documento em anexo.

Requer, portanto, desde já seja deferida Perícia para a finalidade de apurar o valor do caminhão de propriedade do Requerente (sic), ou qual o destino dado ao mesmo, inclusive e principalmente se dito veículo estava segurado e se o proprietário recebeu o Seguro DEP VAT.

[...]

Ressalto, por oportuno, que essas alegações da CMM não foram contestadas pelo autor em réplica (ID 83145022).

De igual modo o DNIT questionou o valor requerido a título de indenização por danos materiais, afirmando que a fonte para obtenção do montante requerido não é fidedigna (ID 83145021):

[...]

Outrossim, nesse momento fica expressamente contestado o pedido de indenização por dano material referente à perda total do bem (caminhão). Além do fato de sua culpa exclusiva (como exposto acima) ser excluyente da responsabilidade do réu DNIT, diga-se expressamente que o valor informado, de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), também é unilateral. Foi informado a esmo, extraído de um anúncio particular (fl. 43). No entanto, é de se perguntar por que cem mil reais, se há outro anúncio, às fl. 44, vendendo caminhão do mesmo ano e modelo por 88.000,00 (oitenta e oito mil reais). Percebe-se, Exa., que não há um valor certo, comprovado. Há apenas uma menção unilateral e exagerada do autor.

[...]

Também não foram contestadas essas alegações pelo autor, em réplica (ID 83145022).

Aberta oportunidade para especificação de provas a produzir, nenhuma das partes requereu a produção da prova pericial especificamente para fins de fixação do valor do veículo (autor e DNIT ID 83145022 e CMM ID 83145022), deferida, assim, apenas a produção da prova testemunhal e o depoimento pessoal do autor (ID 83145022).

Em seu depoimento pessoal (ID 83145019), o autor, Marcos, afirma que não tinha seguro; aduz que o veículo foi recuperado em 2014/2015 e que gastou, aproximadamente, entre peças e mão de obra, de R\$40.000,00 a R\$42.000,00 e que vendeu o caminhão em 2015, por R\$50.000,00.

Diante de todo o exposto, considerando que não houve perícia para auferir o efetivo valor do veículo e que o autor não se opôs aos R\$90.000,00 apontados pelos réus, passo a acolher este como sendo o valor do caminhão, para fins de indenização.

Ressalto, inicialmente, que a finalidade da indenização por danos materiais é o restabelecimento do *status quo ante*, ou seja, a recomposição do patrimônio do prejudicado, na exata medida em que se encontrava no momento da ação lesiva e, nas hipóteses de acidente de trânsito, com dano ao veículo, a reparação deve ser feita com base no valor do bem, deduzidos os valores obtidos pelo proprietário, seja com a venda da sucata, seja com a venda do veículo recuperado, neste caso, excluídas as verbas gastas com a recuperação do bem para a venda.

Nesse sentido o julgado:

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. PERDA TOTAL DO VEÍCULO. REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. DEDUÇÃO DO VALOR CORRESPONDENTE À SUCATA. PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA ENTRE O PEDIDO E A DECISÃO. VIOLAÇÃO NÃO OBSERVADA NA HIPÓTESE. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO CONFIGURADO.

1. É o autor quem fixa os limites da lide. Assim, é o pedido do autor que deve ser considerado para se avaliar a eventual nulidade da decisão, por violação do princípio da congruência, disposto no art. 128 do CPC.

2. A questão da propriedade da sucata foi apenas tratada como fundamento do acórdão, que manteve a indenização do autor pelo valor integral do veículo, conforme pedido do autor. E a fundamentação não faz coisa julgada, somente o dispositivo. Não se vislumbra, portanto, na hipótese, decisão extra petita.

3. A finalidade da reparação por danos materiais é a recomposição do patrimônio do lesado, de modo que se retornem as coisas ao seu status quo ante.

4. A reparação foi calculada com base no valor de mercado do bem, do qual deveria ter sido descontado aquele correspondente ao que restou do veículo sinistrado, ou seja, o valor da sucata, que, na hipótese, permanece de propriedade do recorrido. Impedir esse desconto é permitir o enriquecimento sem causa do recorrido.

5. O valor da dedução deverá ser apurado em liquidação de sentença.

6. Entre os acórdãos trazidos à colação pelo recorrente, não há o necessário cotejo analítico nem a comprovação da similitude fática, elementos indispensáveis à demonstração da divergência jurisprudencial.

7. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido.

(REsp 1058967/MG RECURSO ESPECIAL 2008/0108003-0 – Ministra NANCY ANDRIGHI - TERCEIRA TURMA – Julgado em 20/09/2011 – Publicado no DJe 29/09/2011 RJP vol. 42 p. 120)

De igual modo, o valor do DPVAT deve ser abatido do montante da indenização, haja vista tratar-se de seguro obrigatório criado justamente com essa finalidade e o seu valor deve ser excluído do *quantum* indenizatório, mesmo que não haja prova de que o segurado, ou quem de direito, tenha recebido o valor correspondente ao seguro.

Nesse sentido o julgado:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. APLICAÇÃO DO CPC/73. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. ACIDENTE DE TRÂNSITO. PENSÃO MENSAL EM FAVOR DOS GENITORES DA VÍTIMA MAIOR DE IDADE. PROVA DO PREJUÍZO ECONÔMICO. MODIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. SEGURO DPVAT. DEDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO.

COMPROVAÇÃO DO RECEBIMENTO DA QUANTIA PELOS SUCESSORES DA VÍTIMA. DESNECESSIDADE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA.

[...]

6. Nas ações relacionadas a acidentes de trânsito, o valor do seguro obrigatório DPVAT deve ser deduzido da indenização fixada judicialmente, nos termos da Súmula 246/STJ, independentemente de comprovação do recebimento da quantia pela vítima ou seus sucessores. Entendimento da 2ª Seção do STJ.

[...]

(REsp 1616128 /RS RECURSO ESPECIAL 2016/0193366-2 – Ministra NANCY ANDRIGHI – TERCEIRA TURMA – Julgado em 14/03/2017 – Publicado no DJe 21/03/2017)

Assim, considerando que houve gastos para a recuperação do veículo para posterior venda e a diferença entre essas duas operações o autor teve um lucro de R\$8.000,00, esse valor deve ser deduzido do montante da indenização.

Assim, para a fixação da indenização, deve ser excluído do valor do veículo, R\$90.000,00, o equivalente ao lucro obtido pelo autor com a venda do caminhão recuperado, R\$8.000,00, o que fixa o *quantum* indenizatório em R\$82.000,00, devendo, ainda, ser abatido deste valor o montante correspondente ao DPVAT, a ser apurado em liquidação de sentença.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação do DNIT e da CMM, para fixar o valor da indenização em R\$82.000,00, do qual deve ainda ser excluído o valor do DPVAT, a ser apurado em liquidação de sentença, no mais, mantida a r. sentença, por seus próprios fundamentos.

É como voto.

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Trata-se de ação de indenização.

Proprietário e motorista de caminhão acionam o DNIT, porque, na Amazônia, na tentativa de travessia fluvial, por balsa tracionada por força manual - a ponte de madeira existente no local havia sido danificada e estava em obras -, o veículo sofreu danos.

É uma síntese do necessário.

A culpa foi exclusiva da vítima.

O local onde ocorreu o acidente é inóspito.

Os serviços – privados e públicos – são precários.

A própria segurança pública é quase inexistente, na selva amazônica.

O fato é que, durante o horário de almoço do balseiro, quando o serviço de travessia era interrompido, o motorista do caminhão invadiu a balsa e resolveu realizar a travessia por conta própria, assumindo os riscos da imprudência.

Imperito, ainda, fez manobra brusca como caminhão, provocando o colapso da estrutura e o acidente.

O Relatório do DNIT já descrevia os fatos:

“E de acordo com o relatório elaborado pelo setor de engenharia do DNIT (Humaitá/AM - local onde ocorreu o acidente), o acidente teria sido provocado por imprudência do motorista, que teria entrado na balsa em velocidade incompatível e brecado bruscamente sobre ela, tracionando além de sua resistência os cabos de atracação e deslocamento da balsa e causando assim os seus rompimentos”.

O balseiro foi ouvido em juízo:

Aberta a audiência, passou-se ao o depoimento da testemunha WENDEL DELGADO GOMES, portador do RG 1731940-4 SSP/AM, compromissado na forma da lei. Às perguntas feito pelo advogado da empresa -CMM CONSTRUTORA MEIRELELES MASCARANHAS LTDA, passou a responder: "QUE é balseiro; QUE na época do acidente, trabalhava para a empresa JB da C. Santiago Sobrinho; QUE a empresa JB era dona da balsa; QUE o trabalho do balseiro é colocar a rampa, guiar o caminhão para dentro da balsa e puxar a corda da rampa; QUE no horário do almoço, tira a rampa para ninguém passar; QUE os autores foram informados de que a balsa estava em horário de almoço e não podia passar ninguém; QUE os autores ao ficarem sabendo do horário de almoço, ficaram alterados, "queriam porque queriam passar", QUE os autores, por conta própria, colocaram a rampa e puseram a carreta de modo errado sobre a balsa; QUE os autores colocaram a carreta muito rápido sobre a rampa; QUE o autor foi guiado na balsa pelo co-autor; QUE o autor freiou bruscamente e o caminhão chegou a derrapar; QUE o autor que caiu na água não tinha se machucado, saiu da carreta rapidamente e foi descendo o rio; QUE foi auxiliado por pessoas que o ajudaram a sair da água; QUE saiu andando normalmente; QUE no período que a balsa ficou operando, não houve nenhum outro acidente; QUE o acidente ocorreu em razão de os autores terem entrado na balsa sem permissão, de forma errada".

Empreiteiro que trabalhava na reconstrução da ponte - substituída temporariamente pela balsa -, ouviu o barulho do acidente, quando estava em horário de almoço. Confirmou que o serviço de travessia contava com a organização de balseiro:

Aberta a audiência, passou-se ao depoimento da testemunha CLAUDINO LUIS ACHERMANN, portador do RG 0993788-9 SSP/AM, compromissado na forma da lei. Às perguntas feito pelo advogado da empresa CMM CONSTRUTORA MEIRELELES MASCARANHAS LTDA, passou a responder: "QUE a balsa pertencia ao pessoal do Bem Te Vi, da qual a empresa C Santiago Sobrinho faz parte; QUE o operador da balsa ajuda ao motorista a entrar na balsa, guiando o caminhão, apurando sobre a balsa; QUE no horário do almoço, a balsa fechava e balseiro tirava a rampa; QUE o acidente ocorreu no horário de almoço; QUE no momento do acidente, ninguém ficou ferido, QUE viu os motoristas já em terra, após o acidente. Nada mais perguntou. Em seguida, às perguntas feitas pelo MM Juiz, passou a responder.: QUE trabalhava construção da ponte, prestando serviço para a empresa CMM Contrutora Meireles Mascarenhas, na qualidade de empreiteiro: QUE se encontrava em horário de almoço quando ouviu o 'barulho' provocado pela acidente. Nada mais perguntou.

Também há prova de que este foi o único acidente na execução da obra de emergência.

Com a devida vênia, dou provimento à apelação do DNIT e da CMM, com a inversão do ônus da sucumbência.

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. DANO MATERIAL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DIREITO DE REGRESSO. INTACTO. CASO FORTUITO. NÃO COMPROVADO. DANO, EVENTO DANOSO, CONDUTA DO AGENTE E NEXO DE CAUSALIDADE. COMPROVADOS. DEVER DE INDENIZAR POR DANOS MATERIAIS. CONFIGURADO. DEDUÇÃO DOS VALORES OBTIDOS COM A VENDA DO VEÍCULO E COM O DPVAT. POSSIBILIDADE. APELAÇÕES PARCIALMENTE PROVIDAS.

1. Cinge-se a controvérsia em apurar se a responsabilidade pelo acidente ocorrido, em 03/03/2009, na balsa de travessia do Rio Marmelo, na BR-230, sentido Humaitá/Apui/Humaitá/AM, narrado na inicial, envolvendo o veículo de propriedade do autor, deve ser atribuída aos réus, ensejando a condenação no dever de indenizar por dano e lucros cessantes.

2. A existência de contrato administrativo e a responsabilidade do terceiro prestador do serviço, pelos danos causados à própria Administração ou a terceiros, em razão da execução do contrato, por si só, não autoriza o reconhecimento da ilegitimidade passiva do DNIT, até porque se trata da hipótese de responsabilidade objetiva da Administração Pública e, além disso, o exercício do direito de regresso permanece intacto.

3. A hipótese de caso fortuito, aventada pela CMM, não restou configurada, haja vista que não basta argumentar que o condutor do veículo ingressou na balsa sem a supervisão dos balseiros habilitados, porque estavam em horário de almoço, pois, se o embarque e a travessia somente podem ser feitos sob a supervisão desses profissionais, a responsabilidade de fiscalizar o local para que o serviço seja prestado exclusivamente dessa forma é dos réus, repito, seja por determinação legal ou por disposição contratual.

4. O conjunto probatório demonstra que a conduta dos réus, ao deixar de cumprir com o seu dever de garantir a segurança e trafegabilidade, foi o motivo do acidente envolvendo o veículo do autor; o que configura o nexo de causalidade entre o evento danoso e a conduta do agente, razão pela qual é de se reconhecer o dano, o evento danoso e a relação de causalidade entre eles e a conduta dos réus, ensejando o dever de indenizar por dano.

5. A finalidade da indenização por danos materiais é o restabelecimento do status quo ante, ou seja, a recomposição do patrimônio do prejudicado, na exata medida em que se encontrava no momento da ação lesiva e, nas hipóteses de acidente de trânsito, com dano ao veículo, a reparação deve ser feita com base no valor do bem, deduzidos os valores obtidos pelo proprietário, seja com a venda da sucata, seja com a venda do veículo recuperado, neste caso, excluídas as verbas gastas com a recuperação do bem para a venda.

6. O valor do DPVAT deve ser abatido do montante da indenização, haja vista tratar-se de seguro obrigatório criado justamente com essa finalidade e o seu valor deve ser excluído do quantum indenizatório, mesmo que não haja prova de que o segurado, ou quem de direito, tenha recebido o valor correspondente ao seguro.

7. Dá-se parcial provimento à apelação do DNIT e da CMM, para fixar o valor da indenização em R\$80.000,00, do qual deve ainda ser excluído o valor do DPVAT, a ser apurado em liquidação de sentença, no mais, mantida a r. sentença, por seus próprios fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, no julgamento realizado nos moldes do previsto no artigo 942, do Código de Processo Civil, por maioria, deu parcial provimento à apelação do DNIT e da CMM, para fixar o valor da indenização em R\$82.000,00, do qual deve ainda ser excluído o valor do DPVAT, a ser apurado em liquidação de sentença, mantendo, no mais a r. sentença, por seus próprios fundamentos, nos termos do voto da Relatora, acompanhada pelo voto do Des. Federal Johnson Di Salvo e da Juíza Federal Convocada Denise Avelar, vencidos os Desembargadores Federais Fábio Prieto e Souza Ribeiro, que lhe dava integral provimento, com a inversão do ônus da sucumbência. Lavrará o acórdão a Relatora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO (12357) Nº 5005918-11.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO

RECORRENTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) RECORRENTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

RECORRIDO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

À vista da prejudicialidade reconhecida já no id de n. 128152476 desse incidente de suspensão do efeito suspensivo da apelação, arquivem-se os autos com as anotações e cautelas de praxe.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0005124-96.2010.4.03.6109

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: CONSTRUTORA MEIRELLES MASCARENHAS LTDA, DNIT-DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES

Erro de interpretação na linha: '

#processoTrfHome.processoPartePoloAtivoDetalhadoStr}

': java.lang.ClassCastException

APELADO: EURIDES MUNIZ

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Advogado do(a) APELADO: PATRICIA REGINA MARQUES DE MARTINO - SP286294-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0005124-96.2010.4.03.6109

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: CONSTRUTORA MEIRELLES MASCARENHAS LTDA, DNIT-DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES

APELADO: EURIDES MUNIZ

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Advogado do(a) APELADO: PATRICIA REGINA MARQUES DE MARTINO - SP286294-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de apelação interposta pelo DNIT e pela CMM, em face da r. sentença de procedência, proferida nos autos das ações de indenização por danos materiais, morais e lucros cessantes, promovidas por MARCOS APARECIDO LEGURI, nº 0005123-14.2010.4.03.6109 e por EURIDES MUNIZ, nº 0005124-96.2010.4.03.6109, ambas contra os réus, pessoas jurídicas, DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES – DNIT e CONSTRUTORA MEIRELLES MASCARENHAS LTDA. – CMM.

A petição inicial (ID 83145021), distribuída à 2ª Vara Federal de Piracicaba/SP veiculou, em suma, o seguinte, como bem relatou a r. sentença (ID 83145023):

[...]

MARCOS APARECIDO LEGURI, qualificação nos autos, ajuizou a presente ação de rito comum (autos n.º com 0005123-14.2010.403.6109) em face do DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES DNIT e da CONSTRUTORA MEIRELLES MASCARENHAS LTDA. CMM objetivando, em síntese, a condenação dos réus ao pagamento de indenização por danos materiais, no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), bem como de lucros cessantes estimados em R\$ 54.000,00 (cinquenta e quatro mil reais).

Relata que em 03.03.2009, caminhão de sua propriedade (Mercedes-Benz LS, ano 1992, placa BWP 8421, cor branca) trafegava pela rodovia Transamazônica (BR 230), no sentido Humaitá-Apiaí e ao atravessar uma balsa caiu dentro do rio. Sustenta que a travessia era extremamente precária e que o DNIT não elegeu empresa capacitada para operar a balsa, o que lhe causou enormes prejuízos, pois durante o conserto do caminhão e ficou sem a sua única fonte de renda por cerca de 18 (dezoito) meses. E

EURIDES MUNIZ, com qualificação nos autos, ajuizou ação de rito comum (autos n.º 0005124-96.2010.403.6109) do DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES – DNIT e da CONSTRUTORA MEIRELLES MASCARENHAS LTDA. — CMM objetivando, em síntese, a condenação dos réus ao pagamento de indenização por danos materiais, no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais), lucros cessantes de R\$ 24.000,00 (vinte e quatro mil reais), bem como danos morais, no montante de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais). TRANSPORTES

Informa ser o motorista do caminhão que transportava madeira pela Transamazônica no dia 03 de março de 2009, quando a balsa afundou no rio Marmelos, e ter arcado com despesas médicas no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais), deixado de trabalhar e, conseqüentemente, auferir renda mensal de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) por cerca de 12 (doze) meses, além de ter quase perdido a vida em razão do acidente, o que lhe causou danos morais que requer sejam indenizados.

Com a inicial vieram documentos (fls. 10/44 e 12/42, 0005124-96.2010.403.6109, respectivamente). autos n.º 0005123-14.2010.403.6109.

Foram deferidos os benefícios da gratuidade (fl. 47 e 45).

[...]

Contestação do DNIT (ID 83145021) e da CMM (ID 83145021). Réplica (ID 83145022).

Denúnciação da lide em relação à empresa J.B Da C. SANTIAGO SOBRINHO (ID 83145021), pela CMM. Determinada a citação da denunciada (ID 83145022), declarada revel (ID 83145022).

Requerida a produção da prova testemunhal e o depoimento pessoal do autor, deferida (ID 83145022) e produzida (ID 83145027).

Alegações finais do autor (ID 83145022) e da CMM (ID 8314023).

Sobreveio a r. sentença (ID 8314023) que julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, na forma do dispositivo abaixo transcrito, em seus trechos essenciais:

[...]

Inicialmente afastado a preliminar que argui ilegitimidade passiva da corre Construtora Mendes Mascarenhas Ltda., uma vez que conquanto tenha terceirizado para a empresa J.B. da C. Santiago Sobrinho a operação da balsa, responsabilizou-se contratualmente perante o DNIT pela obra de emergência consistente na reconstrução da ponte de madeira que caiu e pelo “acesso fluvial por balsa”, conforme se infere do contrato administrativo e do correspondente “piano de trabalho” (fls. 60/67, 72verso, 76 e 111/114).

Acerca da responsabilidade solidária na prestação defeituosa do serviço público ha que se considerar o teor do artigo 25 da Lei n.º 8.897/95 que estabelece que o contratado pelo Poder Público para a execução de serviço responde pelos prejuízos causados aos usuários ainda que terceirize o serviço concedido.

Nesse diapasão, revendo decisão anterior que conferiu a empresa J.B da C. Santiago Sobrinho a qualidade de litisdenunciada, reconheço sua legitimidade para figurar no polo passivo na conditio de corre.

[...]

Por fim, da mesma forma rejeito a preliminar suscitada pelo DNIT que sustenta que não restou comprovada qualquer omissão da Administração Pública, eis que consoante dispõe o artigo 82 da Lei n.º 10.233/01, são atribuições da agência gerenciar diretamente ou por delegação e estabelecer padrões, normas e especificações técnicas para os programas de segurança operacional, sinalização, manutenção, restauração ou reposição de vias, terminais e instalações.

[...]

Imagens fotografadas no dia do acidente revelam que o transporte era realizado por balsa desprovida de motor de propulsão, tracionada por cabos de aço, cordas, com ajuda da força Humana, atestando a precariedade do sistema adotado pelo DNIT (fls. 16/27).

Ressalte-se, a proposito, que se os próprios usuários, pessoas que não receberam qualquer tipo de treinamento, eram indispensáveis para o funcionamento do serviço, não se pode acolher a alegação de que houve culpa exclusiva da vítima, sobretudo considerando a dificuldade de acesso a balsa em decorrência da altura de barranco e demais condições físicas do local, consoante se infere de fotografia anexada aos autos (fl. 20) e corrobora impossibilidade de que o acesso/travessia fosse realizada sem a autorização ou auxílio do balseiro responsável.

A par do exposto, nenhuma prova apta fora produzida para elidir a responsabilidade dos réus e confirmar a alegação de que o operador da balsa, aparentemente a única pessoa habilitada no local, estava no horário de almoço quando o acidente ocorreu, ressaltando-se, a proposito, que no contrato firmado entre a corre Construtora Mendes Mascarenhas Ltda. e a J. B. da C. Santiago Sobrinho, a clausula segunda, em seu paragrafo único, prevê que os serviços de travessia seriam prestados no período diurno, não havendo qualquer menção quanto a existência de um intervalo (fls. 111/114).

Registre-se igualmente, por oportuno, a existência de comunicado do DNIT, documento nao impugnado pelos réus, noticiando que “a travessia da Balsa do Rio Marmelos Km 485,90, esta sob responsabilidade da Construtora Meirelles Mascarenhas Ltda. (CMM), no referido local”, bem como que “o HORARIO DA TRAVESSIA pela Balsa e das 6:00 as 18:00h, ficando PROIBIDA a travessia fora desses horários (noturno).”

Destarte, evidente a plausibilidade do direito alegado, decorrente da falha na prestação do serviço pela operadora da balsa no aspecto referente a segurança da travessia realizada com o auxílio de pessoas despreparadas (os próprios caminhoneiros) que sequer trajavam equipamentos mínimos de proteção individual, como colete de salva vidas, assim como negligencia da agencia governamental que não fiscalizou a operação para aferir se estavam sendo cumpridas todas as normas técnicas.

Demonstrada, pois, a responsabilidade dos réus pela ocorrência do evento em questão, o dano, assim como o nexo de causalidade, patente o dever de indenizar:

No que tange a propriedade do caminhão, ao revés do alegado na contestação, cabalmente comprovada através de documento consistente em “Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo” em nome do autor Marcos Aparecido Leguri (fl. 28).

Tendo em vista, contudo, que o acidente ocorreu no dia 03.03.2009 e que anotação em Carteira de Trabalho e Previdência Social — CTPS trazida aos autos, revela a existência de vinculo empregaticio a partir de 01.03.2010 com a empresa T. Guerreiro Transportes Ltda. ME., conclui-se que o lapso temporal sem exercicio de atividades laborativas que pudessem lhe garantir a subsistência foi de 12 (doze) meses.

Quanto aos valores auferidos mensalmente com as viagens do caminhão para o Estado de Rondônia, ha nos autos apenas Ibis recibos de frete, um no valor de R\$ 5.400,00 (cinco mil e quatrocentos reais), datado de 25.02.2009 e outro de R\$ 7.500,00 (sete mil e quinhentos reais), firmado em 21.01.2009 (fls. 34/38) não tendo sido apresentados outros documentos que comprovassem a renda media no periodo de 12 (doze) meses que antecedem o sinistro para que fosse possível aferir uma renda mais próxima da realidade (fls. 34/38).

[...]

Por sua vez, Eurides Muniz, motorista do caminhão, requer o ressarcimento das despesas médicas de R\$ 3.000,00 (três mil reais), lucros cessantes no valor de R\$ 24.000,00 (vinte e quatro mil reais), bem como indenização por danos morais no montante de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais).

[...]

Assim, tendo em vista a ausência de prova de fato constitutivo do seu direito, o ressarcimento de tais despesas, ha de ser de R\$ 148,00 (cento e quarente e oito reais).

[...]

Durante a instrução processual restou cabalmente comprovada a gravidade do terrível acontecimento, eis que o autor sofreu afogamento, ficou submerso dentro do caminhão por determinado tempo ate que fosse resgatado pelos índios locais e, em decorrência sofreu politraumas, com múltiplas escoriações na face e no membro superior direito, além do grave abalo psíquico em razão da experiência de quase morte pela qual passou afundado no rio em plena floresta amazônica, consoante atesta atestado e laudo medico, emitidos 7 (sete) dias apos o sinistro, que diagnostica doença psíquica, qual seja, transtorno ansioso (F41), noticiando que no exame clinico o paciente apresentava choro fácil e havia, ainda, fraturado costela do lado direito (fls. 36 e 37).

Registre-se, por oportuno, que o transtorno psiquiátrico era tão evidente que a autarquia previdenciária concedeu-lhe auxílio-doença por mais de 2 (dois) meses, bem como que em depoimento pessoal colhido em 18.04.2018 (autos n.º 0005123-14.2010.403.6109 — fl. 244), passados mais de 9 (nove) anos do acidente, o autor ainda se mostrou bastante emocionado e vividamente abalado, sofrido, com a situação experimentada.

[...]

Por fim, não ha que se falar em litigância de má-fé dos autores, eis que ausente nos autos a prática de atos que denotassem deslealdade processual, consoante preceitua o artigo 18 do Código de Processo Civil.

Posto isso, julgo parcialmente procedente o pedido do autor Marcos Aparecido Leguri, com julgamento de mérito, com fulcro no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil para condenar as res solidariamente ao pagamento do valor de R\$ 90.000,00 (noventa mil reais) a titulo indenização por dano material e R\$ 11.574,36 (onze mil, quinhentos e setenta e quatro reais e trinta e seis centavos), correspondente aos lucros cessantes, corrigidos monetariamente de acordo com o preceituado na Resolução nº 267/13, de 02 de dezembro de 2013, do Conselho da Justiça Federal, desde a data desta decisão, e acrescido de juros de mora a razão de 1% (um por cento) ao mês, contados a partir da citação, e julgo parcialmente procedente o pedido do autor Eurides Muniz, com julgamento de mérito, com fulcro no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil para condenar as res solidariamente ao pagamento do valor de R\$ 148,00 (cento e quarente e oito reais) referente aos danos emergentes, despesas médicas, de R\$ 4.822,65 (quatro mil, oitocentos e vinte e dois reais e setenta e quatro reais e trinta e seis centavos), relativos aos lucros cessantes e, ainda, o valor de R\$ e cinco mil reais), a titulo de indenização por danos morais, corrigidos monetariamente de acordo com o preceituado na Resolução nº 267/13, de 02 de dezembro de 2013, do Conselho da Justiça Federal, desde a data desta decisão, e acrescido de juros de mora a razão de 1% (um por cento) ao mês, contados a partir da citação.

Custas ex lege.

Considerando sucumbência reciproca, condeno os réus solidariamente ao pagamento de honorários advocatícios que arbitro em 10% sobre a soma das duas condenações, corrigidos monetariamente ate a data do efetivo pagamento e condeno o autor Marcos Aparecido Leguri ao pagamento de honorários advocatícios que arbitro 10% sobre a diferença entre o valor requerido e o deferido (R\$ 154.000,00 - R\$ 101.574,36 = R\$ 52.425,64) 5.242,56 (nove mil e quatrocentos e quarenta reais) e condeno o autor Eurides Muniz ao pagamento de honorários advocatícios que arbitro 10% sobre a diferença entre o valor requerido e o deferido (R\$ 67.000,00 — R\$ 29.970,65 = R\$ 37.029,35) ou seja, R\$ ou seja, R\$ 3.702,93 (três mil, setecentos e dois reais e noventa e três centavos), corrigidos monetariamente ate a data do efetivo pagamento. Ressalte-se, contudo, que fica condicionada a execução à perda da qualidade dos autores de beneficiários da Justiça Gratuita, nos termos do § 3º ao artigo 98 do mesmo diploma.

[...]

Interposta apelação pela CMM que, em suas razões recursais (ID 83145023), sustenta, em síntese, o seguinte: a culpa exclusiva da vítima; defende a hipótese de caso fortuito, sob o argumento de que o condutor do veículo ingressou na balsa sem a supervisão dos balseiros habilitados; afirma que não restou comprovada a culpa, ainda que concorrente; alega que não ficou demonstrada a ocorrência do dano suscitado; e defende a redução do valor fixado a título de ressarcimento dos danos, sustentando a configuração da hipótese de enriquecimento ilícito.

Contrarrazões do autor (ID 83145024).

Interposta apelação pelo DNIT que, em suas razões recursais (ID 83145023), sustenta, em síntese, o seguinte: que é a hipótese de culpa exclusiva da vítima; defende que a responsabilidade da Administração Pública, na espécie, é subjetiva e que não restou demonstrada a culpa e tampouco o nexo de causalidade; questiona o valor fixado a título de danos materiais, sob o argumento de que não houve perda total e que o veículo foi consertado ao custo de R\$40.000,00 e posteriormente vendido; e alega que não há que se falar em responsabilidade solidária, sob o fundamento de que a responsabilidade pela travessia do rio era da CMM que terceirizou esse serviço para a J.B.

Contrarrazões do autor (ID 83145024) e da CMM (ID 83145029).

Vieramos autos a esta E. Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0005124-96.2010.4.03.6109

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: CONSTRUTORA MEIRELLES MASCARENHAS LTDA, DNIT-DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES

APELADO: EURIDES MUNIZ

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Advogado do(a) APELADO: PATRICIA REGINA MARQUES DE MARTINO - SP286294-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

“EMENTA”

APELAÇÃO CÍVEL. DANO MATERIAL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DIREITO DE REGRESSO. INTACTO. CASO FORTUITO. NÃO COMPROVADO. DANO, EVENTO DANOSO, CONDUTA DO AGENTE E NEXO DE CAUSALIDADE. COMPROVADOS. DEVER DE INDENIZAR POR DANOS MATERIAIS. CONFIGURADO. DEDUÇÃO DOS VALORES OBTIDOS COM A VENDA DO VEÍCULO E COM O DPVAT. POSSIBILIDADE. APELAÇÕES PARCIALMENTE PROVIDAS.

1. Cinge-se a controvérsia em apurar se a responsabilidade pelo acidente ocorrido, em 03/03/2009, na balsa de travessia do Rio Marmelo, na BR-230, sentido Humaitá/Apui/Humaitá/AM, narrado na inicial, envolvendo o veículo de propriedade do autor, deve ser atribuída aos réus, ensejando a condenação no dever de indenizar por dano e lucros cessantes.

2. A existência de contrato administrativo e a responsabilidade do terceiro prestador do serviço, pelos danos causados à própria Administração ou a terceiros, em razão da execução do contrato, por si só, não autoriza o reconhecimento da ilegitimidade passiva do DNIT, até porque se trata da hipótese de responsabilidade objetiva da Administração Pública e, além disso, o exercício do direito de regresso permanece intacto.

3. A hipótese de caso fortuito, aventada pela CMM, não restou configurada, haja vista que não basta argumentar que o condutor do veículo ingressou na balsa sem a supervisão dos balseiros habilitados, porque estavam em horário de almoço, pois, se o embarque e a travessia somente podem ser feitos sob a supervisão desses profissionais, a responsabilidade de fiscalizar o local para que o serviço seja prestado exclusivamente dessa forma é dos réus, repito, seja por determinação legal ou por disposição contratual.

4. O conjunto probatório demonstra que a conduta dos réus, ao deixar de cumprir com o seu dever de garantir a segurança e trafegabilidade, foi o motivo do acidente envolvendo o veículo do autor; o que configura o nexo de causalidade entre o evento danoso e a conduta do agente, razão pela qual é de se reconhecer o dano, o evento danoso e a relação de causalidade entre eles e a conduta dos réus, ensejando o dever de indenizar por dano.

5. A finalidade da indenização por danos materiais é o restabelecimento do status quo ante, ou seja, a recomposição do patrimônio do prejudicado, na exata medida em que se encontrava no momento da ação lesiva e, nas hipóteses de acidente de trânsito, com dano ao veículo, a reparação deve ser feita com base no valor do bem, deduzidos os valores obtidos pelo proprietário, seja com a venda da sucata, seja com a venda do veículo recuperado, neste caso, excluídas as verbas gastas com a recuperação do bem para a venda.

6. O valor do DPVAT deve ser abatido do montante da indenização, haja vista tratar-se de seguro obrigatório criado justamente com essa finalidade e o seu valor deve ser excluído do quantum indenizatório, mesmo que não haja prova de que o segurado, ou quem de direito, tenha recebido o valor correspondente ao seguro.

7. Dá-se parcial provimento à apelação do DNIT e da CMM, para fixar o valor da indenização em R\$80.000,00, do qual deve ainda ser excluído o valor do DPVAT, a ser apurado em liquidação de sentença, no mais, mantida a r. sentença, por seus próprios fundamentos.

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Cinge-se a controvérsia em apurar se a responsabilidade pelo acidente ocorrido, em 03/03/2009, na balsa de travessia do Rio Marmelo, na BR-230, sentido Humaitá/Apuí/Humaitá/AM, narrado na inicial, envolvendo o veículo de propriedade do autor, deve ser atribuída aos réus, ensejando a condenação no dever de indenizar por dano e lucros cessantes.

Sustenta o DNIT a hipótese de ilegitimidade passiva, sob o argumento de que a responsabilidade pela travessia do rio era da CMM que terceirizou esse serviço para a J.B.

No que se refere à responsabilidade do DNIT, filio-me à teoria da Responsabilidade Objetiva da Administração Pública mesmo nas hipóteses de conduta omissiva, como posto no entendimento do C. STJ, no seguinte julgado:

DIREITO CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. AUSÊNCIA DE GRADES DE PROTEÇÃO NO LOCAL. DEMONSTRAÇÃO DE RELAÇÃO DE CAUSA E EFEITO ENTRE A OMISSÃO E AS MORTES.

[...]

2. Para que se configure a responsabilidade objetiva do ente público basta a prova da omissão e do fato danoso e que deste resulte o dano material ou moral.

[...]

6. Jurisdição sobre a referida marginal de competência da ré, incumbindo a ela a sua manutenção e sinalização, advertindo os motoristas dos perigos e dos obstáculos que se apresentam. A falta no cumprimento desse dever caracteriza a conduta negligente da Administração Pública e a torna responsável (art. 66, parágrafo único, do Decreto nº 62.127/68) pelos danos que dessa omissão decorrerem.

[...]

(REsp 439408/SP RECURSO ESPECIAL 2002/0071492-6 - Ministro JOSÉ DELGADO - PRIMEIRA TURMA – Julgado em 05/09/2002 – Publicado no DJ 21/10/2002 p. 308 LEXSTJ vol. 159 p. 210)

Destaco, todavia, que ainda nas hipóteses de responsabilidade objetiva, o que se dispensa é a demonstração da culpa, mas, o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o evento danoso, é indispensável para configurar a hipótese de condenação no dever de indenizar por dano.

Assim, no que se refere à conduta do DNIT, este tem o dever legal de zelar pela perfeita manutenção, conservação, sinalização e segurança da circulação de veículos nas rodovias federais, conforme se depreende do disposto na Lei nº 9.503, de 1997, na Lei nº 10.233, de 2001 e no Decreto-Lei nº 512, de 1969, sendo que o § 3º do art. 1º da Lei nº 9.503 é textual ao afirmar que "os órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito respondem, no âmbito das respectivas competências, objetivamente, por danos causados aos cidadãos em virtude de ação, omissão ou erro na execução e manutenção de programas, projetos e serviços que garantam o exercício do direito do trânsito seguro".

Essa responsabilidade abrange as condutas de terceiros que atuam em nome e por determinação da Administração Pública, como é a hipótese do contrato firmado entre o DNIT e a CMM, contrato ao qual se aplica a previsão legal no sentido de que "O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado" (art. 70 da Lei nº 8.666, de 1993).

Portanto, a existência de contrato administrativo e a responsabilidade do terceiro prestador do serviço, pelos danos causados à própria Administração ou a terceiros, em razão da execução do contrato, por si só, não autoriza o reconhecimento da ilegitimidade passiva do DNIT, até porque se trata da hipótese de responsabilidade objetiva da Administração Pública e, além disso, o exercício do direito de regresso permanece intacto.

Tanto o DNIT quanto a CMM sustentam a hipótese de culpa exclusiva da vítima. No entanto, não se desincumbiram do ônus de comprovar a excludente de responsabilidade alegada.

O Conjunto probatório acostado aos autos deixa evidente que o acidente ocorreu porque o motorista não teve a devida assistência para embarcar o veículo na balsa de travessia, até porque, a segurança dessa operação é de responsabilidade dos réus, seja por determinação legal ou contratual. Inclusive, a alegação do DNIT de que "Não ha a alegada 'altura do barranco' que impusesse necessariamente a operação exclusiva do embarque com auxílio do balseiro. A análise de tais documentos aponta mais para a imperícia do motorista do que para uma situação geográfica tal que somente os mais habilitados condutores tivessem condições de promover o embarque de seus veículos na balsa. Na realidade, mais de centenas de veículos fizeram a mesmíssima travessia sem que tenha ocorrido nenhum acidente", não comprova a culpa exclusiva da vítima e tampouco elide a responsabilidade dos réus.

De igual modo, a hipótese de caso fortuito, aventada pela CMM, não restou configurada, haja vista que não basta argumentar que o condutor do veículo ingressou na balsa sem a supervisão dos balseiros habilitados, porque estavam em horário de almoço, pois, se o embarque e a travessia somente podem ser feitos sob a supervisão desses profissionais, a responsabilidade de fiscalizar o local para que o serviço seja prestado exclusivamente dessa forma é dos réus, repito, seja por determinação legal ou por disposição contratual.

Portanto, o conjunto probatório demonstra que a conduta dos réus, ao deixar de cumprir com o seu dever de garantir a segurança e trafegabilidade, foi o motivo do acidente envolvendo o veículo do autor, o que configura o nexo de causalidade entre o evento danoso e a conduta do agente.

Diante disso, é de se reconhecer o dano, o evento danoso e a relação de causalidade entre eles e a conduta dos réus, ensejando o dever de indenizar por dano.

No que diz respeito à comprovação do dano material, tanto o DNIT quanto a CMM questionam os valores fixados pela r. sentença, que assim decidiu:

[...]

No que tange a propriedade do caminhão, ao revés do alegado na contestação, cabalmente comprovada através de documento consistente em "Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo" em nome do autor Marcos Aparecido Leguri (fl. 28).

Quanto ao dano material decorrente da perda do veículo, portanto, considerando as avaliações trazidas por ambas as partes aos autos, ha de ser ressarcido o valor de R\$ 90.000,00 (noventa mil reais).

[...]

Em contestação a CMM entende que o valor do veículo é de cerca de R\$90.000,00 e requer, para efeito de indenização, que seja deduzido desse montante, o valor recebido pelo autor relativo à venda da sucata e o correspondente ao DPVAT (ID 83145021):

[...]

Afirma o Requerente que o acidente gerou PT (Perda Total) do caminhão e que o mesmo tem seu valor de mercado estimado em R\$100.000,00 (cem mil reais), mas, no entanto não carrega para os autos qual o valor auferido, mesmo que no ferro velho, pela venda ou desfazimento do veículo.

Tampouco faz qualquer referência o Requerente em relação a Seguro existente sobre o caminhão e muito menos qual o valor recebido do DPVAT para que, em caso de restar consagrada a culpabilidade da 22Requerida no naufrágio, sejam compensados/deduzidos os valores recebidos pela venda do veículo ou ainda de Seguros.

Apresenta ainda a 22 Requerida sua impugnação ao valor aleatoriamente lançado pelo Requerente para estabelecer o "quantum" pretendido pela suposta perda do veículo, visto que um caminhão em ótimo estado de conservação, com carroceria/reboque em ótimas condições vale no mercado nacional cerca de R\$90.000,00 (noventa mil reais) conforme comprova o documento em anexo.

Requer, portanto, desde já seja deferida Perícia para a finalidade de apurar o valor do caminhão de propriedade do Requerente (sic), ou qual o destino dado ao mesmo, inclusive e principalmente se dito veículo estava segurado e se o proprietário recebeu o Seguro DEP VAT.

[...]

Ressalto, por oportuno, que essas alegações da CMM não foram contestadas pelo autor em réplica (ID 83145022).

De igual modo o DNIT questionou o valor requerido a título de indenização por danos materiais, afirmando que a fonte para obtenção do montante requerido não é fidedigna (ID 83145021):

[...]

Outrossim, nesse momento fica expressamente contestado o pedido de indenização por dano material referente à perda total do bem (caminhão). Além do fato de sua culpa exclusiva (como exposto acima) ser excludente da responsabilidade do réu DNIT, diga-se expressamente que o valor informado, de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), também é unilateral. Foi informado a esmo, extraído de um anúncio particular (fl. 43). No entanto, é de se perguntar por que cem mil reais, se há outro anúncio, às fl. 44, vendendo caminhão do mesmo ano e modelo por 88.000,00 (oitenta e oito mil reais). Percebe-se, Exa., que não há um valor certo, comprovado. Há apenas uma menção unilateral e exagerada do autor.

[...]

Também não foram contestadas essas alegações pelo autor, em réplica (ID 83145022).

Aberta oportunidade para especificação de provas a produzir, nenhuma das partes requereu a produção da prova pericial especificamente para fins de fixação do valor do veículo (autor e DNIT ID 83145022 e CMM ID 83145022), deferida, assim, apenas a produção da prova testemunhal e o depoimento pessoal do autor (ID 83145022).

Em seu depoimento pessoal (ID 83145019), o autor, Marcos, afirma que não tinha seguro; aduz que o veículo foi recuperado em 2014/2015 e que gastou, aproximadamente, entre peças e mão de obra, de R\$40.000,00 a R\$42.000,00 e que vendeu o caminhão em 2015, por R\$50.000,00.

Diante de todo o exposto, considerando que não houve perícia para auferir o efetivo valor do veículo e que o autor não se opôs aos R\$90.000,00 apontados pelos réus, passo a acolher este como sendo o valor do caminhão, para fins de indenização.

Ressalto, inicialmente, que a finalidade da indenização por danos materiais é o restabelecimento do *status quo ante*, ou seja, a recomposição do patrimônio do prejudicado, na exata medida em que se encontrava no momento da ação lesiva e, nas hipóteses de acidente de trânsito, com dano ao veículo, a reparação deve ser feita com base no valor do bem, deduzidos os valores obtidos pelo proprietário, seja com a venda da sucata, seja com a venda do veículo recuperado, neste caso, excluídas as verbas gastas com a recuperação do bem para a venda.

Nesse sentido o julgado:

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. PERDA TOTAL DO VEÍCULO. REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. DEDUÇÃO DO VALOR CORRESPONDENTE À SUCATA. PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA ENTRE O PEDIDO E A DECISÃO. VIOLAÇÃO NÃO OBSERVADA NA HIPÓTESE. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO CONFIGURADO.

1. É o autor quem fixa os limites da lide. Assim, é o pedido do autor que deve ser considerado para se avaliar a eventual nulidade da decisão, por violação do princípio da congruência, disposto no art. 128 do CPC.

2. A questão da propriedade da sucata foi apenas tratada como fundamento do acórdão, que manteve a indenização do autor pelo valor integral do veículo, conforme pedido do autor. E a fundamentação não faz coisa julgada, somente o dispositivo. Não se vislumbra, portanto, na hipótese, decisão extra petita.

3. A finalidade da reparação por danos materiais é a recomposição do patrimônio do lesado, de modo que se retornem as coisas ao seu status quo ante.

4. A reparação foi calculada com base no valor de mercado do bem, do qual deveria ter sido descontado aquele correspondente ao que restou do veículo sinistrado, ou seja, o valor da sucata, que, na hipótese, permanece de propriedade do recorrido. Impedir esse desconto é permitir o enriquecimento sem causa do recorrido.

5. O valor da dedução deverá ser apurado em liquidação de sentença.

6. Entre os acórdãos trazidos à colação pelo recorrente, não há o necessário cotejo analítico nem a comprovação da similitude fática, elementos indispensáveis à demonstração da divergência jurisprudencial.

7. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido.

(REsp 1058967/MG RECURSO ESPECIAL 2008/0108003-0 – Ministra NANCY ANDRIGHI - TERCEIRA TURMA – Julgado em 20/09/2011 – Publicado no DJe 29/09/2011 RJP vol. 42 p. 120)

De igual modo, o valor do DPVAT deve ser abatido do montante da indenização, haja vista tratar-se de seguro obrigatório criado justamente com essa finalidade e o seu valor deve ser excluído do *quantum* indenizatório, mesmo que não haja prova de que o segurado, ou quem de direito, tenha recebido o valor correspondente ao seguro.

Nesse sentido o julgado:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. APLICAÇÃO DO CPC/73. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. ACIDENTE DE TRÂNSITO. PENSÃO MENSAL EM FAVOR DOS GENITORES DA VÍTIMA MAIOR DE IDADE. PROVA DO PREJUÍZO ECONÔMICO. MODIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. SEGURO DPVAT. DEDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. COMPROVAÇÃO DO RECEBIMENTO DA QUANTIA PELOS SUCESSORES DA VÍTIMA. DESNECESSIDADE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA.

[...]

6. Nas ações relacionadas a acidentes de trânsito, o valor do seguro obrigatório DPVAT deve ser deduzido da indenização fixada judicialmente, nos termos da Súmula 246/STJ, independentemente de comprovação do recebimento da quantia pela vítima ou seus sucessores. Entendimento da 2ª Seção do STJ.

[...]

(REsp 1616128 /RS RECURSO ESPECIAL 2016/0193366-2 – Ministra NANCY ANDRIGHI – TERCEIRA TURMA – Julgado em 14/03/2017 – Publicado no DJe 21/03/2017)

Assim, considerando que houve gastos para a recuperação do veículo para posterior venda e a diferença entre essas duas operações o autor teve um lucro de R\$8.000,00, esse valor deve ser deduzido do montante da indenização.

Assim, para a fixação da indenização, deve ser excluído do valor do veículo, R\$90.000,00, o equivalente ao lucro obtido pelo autor com a venda do caminhão recuperado, R\$8.000,00, o que fixa o *quantum* indenizatório em R\$82.000,00, devendo, ainda, ser abatido deste valor o montante correspondente ao DPVAT, a ser apurado em liquidação de sentença.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação do DNIT e da CMM, para fixar o valor da indenização em R\$82.000,00, do qual deve ainda ser excluído o valor do DPVAT, a ser apurado em liquidação de sentença, no mais, mantida a r. sentença, por seus próprios fundamentos.

É o relatório.

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Trata-se de ação de indenização.

Proprietário e motorista de caminhão acionam o DNIT, porque, na Amazônia, na tentativa de travessia fluvial, por balsa tracionada por força manual - a ponte de madeira existente no local havia sido danificada e estava em obras -, o veículo sofreu danos.

É uma síntese do necessário.

A culpa foi **exclusiva** da vítima.

O local onde ocorreu o acidente é inóspito.

Os serviços – privados e públicos – são precários.

A própria segurança pública é quase inexistente, na selva amazônica.

O fato é que, durante o horário de almoço do balseiro, quando o serviço de travessia era interrompido, o motorista do caminhão invadiu a balsa e resolveu realizar a travessia por conta própria, assumindo os riscos da imprudência.

Imperito, ainda, fez manobra brusca com o caminhão, provocando o colapso da estrutura e o acidente.

O Relatório do DNIT já descrevia os fatos:

“E de acordo com o relatório elaborado pelo setor de engenharia do DNIT (Humaitá/AM - local onde ocorreu o acidente), o acidente teria sido provocado por imprudência do motorista, que teria entrado na balsa em velocidade incompatível e brecado bruscamente sobre ela, tracionando além de sua resistência os cabos de atracação e deslocamento da balsa e causando assim os seus rompimentos”.

O balseiro foi ouvido em juízo:

Aberta a audiência, passou-se ao o depoimento da testemunha WENDEL DELGADO GOMES, portador do RG 1731940-4 SSP/AM, compromissado na forma da lei. Às perguntas feito pelo advogado da empresa -CMM CONSTRUTORA MEIRELELES MASCARANHAS LTDA, passou a responder: "QUE é balseiro; QUE na época do acidente, trabalhava para a empresa JB da C. Santiago Sobrinho; QUE a empresa JB era dona da balsa; QUE o trabalho do balseiro é colocar a rampa, guiar o caminhão para dentro da balsa e puxar a corda da rampa; QUE no horário do almoço, tira a rampa para ninguém passar; QUE os autores foram informados de que a balsa estava em horário de almoço e não podia passar ninguém; QUE os autores ao ficarem sabendo do horário de almoço, ficaram alterados, "queriam porque queriam passar", QUE os autores, por conta própria, colocaram a rampa e puseram a carreta de modo errado sobre a balsa; QUE os autores colocaram a carreta muito rápido sobre a rampa; QUE o autor foi guiado na balsa pelo co-autor; QUE o autor freiou bruscamente e o caminhão chegou a derrapar; QUE o autor que caiu na água não tinha se machucado, saiu da carreta rapidamente e foi descendo o rio; QUE foi auxiliado por pessoas que o ajudaram a sair da água; QUE saiu andando normalmente; QUE no período que a balsa ficou operando, não houve nenhum outro acidente; QUE o acidente ocorreu em razão de os autores terem entrado na balsa sem permissão, de forma errada".

Empreiteiro que trabalhava na reconstrução da ponte - substituída temporariamente pela balsa -, ouviu o barulho do acidente, quando estava em horário de almoço. Confirmou que o serviço de travessia contava com a organização de balseiro:

Aberta a audiência, passou-se ao depoimento da testemunha CLAUDINO LUIS ACHERMANN, portador do RG 0993788-9 SSP/AM, compromissado na forma da lei. Às perguntas feito pelo advogado da empresa CMM CONSTRUTORA MEIRELELES MASCARANHAS LTDA, passou a responder: "QUE a balsa pertencia ao pessoal do Bem Te Vi, da qual a empresa C Santiago Sobrinho faz parte; QUE o operador da balsa ajuda ao motorista a entrar na balsa, guiando o caminhão, aprumando sobre a balsa; QUE no horário do almoço, a balsa fechava e balseiro tirava a rampa; QUE o acidente ocorreu no horário de almoço; QUE no momento do acidente, ninguém ficou ferido, QUE viu os motoristas já em terra, após o acidente. Nada mais perguntou. Em seguida, às perguntas feitas pelo MM Juiz, passou a responder.: QUE trabalhava construção da ponte, prestando serviço para a empresa CMM Contrutora Meireles Mascarenhas, na qualidade de empreiteiro: QUE se encontrava em horário de almoço quando ouviu o "barulho" provocado pela acidente. Nada mais perguntou.

Também há prova de que este foi o único acidente na execução da obra de emergência.

Coma devida vênia, dou provimento à apelação do DNIT e da CMM, com a inversão do ônus da sucumbência.

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. DANO MATERIAL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DIREITO DE REGRESSO. INTACTO. CASO FORTUITO. NÃO COMPROVADO. DANO, EVENTO DANOSO, CONDOTA DO AGENTE E NEXO DE CAUSALIDADE. COMPROVADOS. DEVER DE INDENIZAR POR DANOS MATERIAIS. CONFIGURADO. DEDUÇÃO DOS VALORES OBTIDOS COM A VENDA DO VEÍCULO E COM O DPVAT. POSSIBILIDADE. APELAÇÕES PARCIALMENTE PROVIDAS.

1. Cinge-se a controvérsia em apurar se a responsabilidade pelo acidente ocorrido, em 03/03/2009, na balsa de travessia do Rio Marmelo, na BR-230, sentido Humaitá/Apui/Humaitá/AM, narrado na inicial, envolvendo o veículo de propriedade do autor, deve ser atribuída aos réus, ensejando a condenação no dever de indenizar por dano e lucros cessantes.

2. A existência de contrato administrativo e a responsabilidade do terceiro prestador do serviço, pelos danos causados à própria Administração ou a terceiros, em razão da execução do contrato, por si só, não autoriza o reconhecimento da ilegitimidade passiva do DNIT, até porque se trata da hipótese de responsabilidade objetiva da Administração Pública e, além disso, o exercício do direito de regresso permanece intacto.

3. A hipótese de caso fortuito, aventada pela CMM, não restou configurada, haja vista que não basta argumentar que o condutor do veículo ingressou na balsa sem a supervisão dos balseiros habilitados, porque estavam em horário de almoço, pois, se o embarque e a travessia somente podem ser feitos sob a supervisão desses profissionais, a responsabilidade de fiscalizar o local para que o serviço seja prestado exclusivamente dessa forma é dos réus, repito, seja por determinação legal ou por disposição contratual.

4. O conjunto probatório demonstra que a conduta dos réus, ao deixar de cumprir com o seu dever de garantir a segurança e trafegabilidade, foi o motivo do acidente envolvendo o veículo do autor; o que configura o nexo de causalidade entre o evento danoso e a conduta do agente, razão pela qual é de se reconhecer o dano, o evento danoso e a relação de causalidade entre eles e a conduta dos réus, ensejando o dever de indenizar por dano.

5. A finalidade da indenização por danos materiais é o restabelecimento do status quo ante, ou seja, a recomposição do patrimônio do prejudicado, na exata medida em que se encontrava no momento da ação lesiva e, nas hipóteses de acidente de trânsito, com dano ao veículo, a reparação deve ser feita com base no valor do bem, deduzidos os valores obtidos pelo proprietário, seja com a venda da sucata, seja com a venda do veículo recuperado, neste caso, excluídas as verbas gastas com a recuperação do bem para a venda.

6. O valor do DPVAT deve ser abatido do montante da indenização, haja vista tratar-se de seguro obrigatório criado justamente com essa finalidade e o seu valor deve ser excluído do quantum indenizatório, mesmo que não haja prova de que o segurado, ou quem de direito, tenha recebido o valor correspondente ao seguro.

7. Dá-se parcial provimento à apelação do DNIT e da CMM, para fixar o valor da indenização em R\$80.000,00, do qual deve ainda ser excluído o valor do DPVAT, a ser apurado em liquidação de sentença, no mais, mantida a r. sentença, por seus próprios fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, no julgamento realizado nos moldes do previsto no artigo 942, do Código de Processo Civil, por maioria, deu parcial provimento à apelação do DNIT e da CMM, para fixar o valor da indenização em R\$82.000,00, do qual deve ainda ser excluído o valor do DPVAT, a ser apurado em liquidação de sentença, mantendo, no mais a r. sentença, por seus próprios fundamentos, nos termos do voto da Relatora, acompanhada pelo voto do Des. Federal Johansom Di Salvo e da Juíza Federal Convocada Denise Avelar, vencidos os Desembargadores Federais Fábio Prieto e Souza Ribeiro, que lhe dava integral provimento, com a inversão do ônus da sucumbência. Lavrará o acórdão a Relatora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5009274-18.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO

REPRESENTANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

SUCCESSOR: PRICEWATERHOUSECOOPERS CONTADORES PUBLICOS LTDA.

Advogados do(a) SUCCESSOR: LUCIANA NINI MANENTE - SP130049-A, JOSE EDUARDO BURTI JARDIM - SP126805-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de ação visando à obtenção de provimento jurisdicional que reconheça a inexigibilidade da inclusão do valor do ISS na base de cálculo da COFINS e do PIS. Requer, ainda, seja determinada a compensação/ressarcimento dos valores pagos indevidamente.

O pedido de tutela de urgência foi deferido.

A Ré apresentou contestação e a parte autora réplica.

A r. sentença julgou procedente o pedido, com resolução do mérito, nos termos do art. 487, I, do Código de Processo Civil, para reconhecer o direito da parte autora de não incluir o valor do ISS destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, reconhecendo, ainda, o direito da parte autora à restituição ou compensação dos valores indevidamente pagos, respeitada a prescrição quinquenal. A correção monetária e os juros devem obedecer ao disposto no Manual de Orientações e Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal. Condenação da Ré ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios a serem calculados sobre o valor da condenação, nos patamares mínimos fixados pelo artigo 85, parágrafo 3º, do CPC.

Decisão sujeita ao reexame necessário, nos termos do art. 496, I, do CPC.

Apelou a União pugnando, preliminarmente, pela suspensão do feito até a publicação do Acórdão resultante do julgamento dos embargos de declaração já opostos pela Fazenda Nacional no bojo do RE 574.706. No mérito pleiteia, em síntese, a manutenção do ISS na base de cálculo das contribuições.

Com as contrarrazões, subiram os autos a esta C. Corte.

É o relatório.

Decido.

De início, cumpre explicitar que o art. 932, IV e V do CPC de 2015 confere poderes ao Relator para, monocraticamente, negar e dar provimento a recursos.

Ademais, é importante clarificar que, apesar de as alíneas dos referidos dispositivos elencarem hipóteses em que o Relator pode exercer esse poder, o entendimento da melhor doutrina é no sentido de que o mencionado rol é meramente exemplificativo.

Manifestando esse entendimento, asseveram Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

"Assim como em outras passagens, o art. 932 do Código revela um equívoco de orientação em que incidiu o legislador a respeito do tema dos precedentes. O que autoriza o julgamento monocrático do relator não é o fato de a tese do autor encontrar-se fundamentada em "súmulas" e "julgamento de casos repetitivos" (leia -se, incidente de resolução de demandas repetitivas, arts. 976 e ss., e recursos repetitivos, arts. 1.036 e ss.) ou em incidente de "assunção de competência". É o fato de se encontrar fundamentado em precedente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em jurisprudência formada nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência capaz de revelar razões adequadas e suficientes para solução do caso concreto. O que os preceitos mencionados autorizam, portanto, é o julgamento monocrático no caso de haver precedente do STF ou do STJ ou jurisprudência firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência nos Tribunais de Justiça ou nos Tribunais Regionais Federais. Esses precedentes podem ou não ser oriundos de casos repetitivos e podem ou não ter adequadamente suas razões retratadas em súmulas.

("Curso de Processo Civil", 3ª e., v. 2, São Paulo, RT, 2017)"

Os mesmos autores, em outra obra, explicam ainda que "a alusão do legislador a súmulas ou a casos repetitivos constitui apenas um indício - não necessário e não suficiente - a respeito da existência ou não de precedentes sobre a questão que deve ser decidida. O que interessa para incidência do art. 932, IV, a e b, CPC, é que exista precedente sobre a matéria - que pode ou não estar subjacente a súmulas e pode ou não decorrer do julgamento de recursos repetitivos" ("Novo Código de Processo Civil comentado", 3ª e., São Paulo, RT, 2017, p. 1014, grifos nossos).

Também Hermes Zaneti Jr. posiciona-se pela não taxatividade do elenco do art. 932, incisos IV e V (Poderes do Relator e Precedentes no CPC/2015: perfil analítico do art. 932, IV e V, in "A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim", Dierle José Coelho Nunes, São Paulo, RT, 2017, pp. 525-544).

Nessa linha, o STJ, antes mesmo da entrada em vigor do CPC/2015, aprovou a Súmula 568 com o seguinte teor: "O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema". Veja-se que a expressão entendimento dominante aponta para a não taxatividade do rol em comento.

Além disso, uma vez que a decisão singular do relator é recorrível por meio de agravo interno (art. 1.021, caput, CPC/15), não fica prejudicado o princípio da colegialidade, pois a Turma pode ser provocada a se manifestar por meio do referido recurso. Nesse sentido:

"PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO (ART. 1.021, DO CPC). APOSENTADORIA ESPECIAL. APLICAÇÃO DO ART. 932 DO CPC PERMITIDA. TERMO INICIAL FIXADO NA DATA DA CITAÇÃO. ATIVIDADE ESPECIAL COMPROVADA COM LAUDO JUDICIAL. INTERPOSIÇÃO CONTRA DECISÃO SINGULAR DO RELATOR. CABIMENTO. - O denominado agravo interno (artigo Art. 1.021 do CPC/15) tem o propósito de impugnar especificadamente os fundamentos da decisão agravada e, em caso de não retratação, possa ter assegurado o direito de ampla defesa, com submissão das suas impugnações ao órgão colegiado, o qual, cumprindo o princípio da colegialidade, fará o controle da extensão dos poderes do relator e, bem assim, a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando, afora essas circunstâncias, à rediscussão, em si, de matéria já decidida, mediante reiterações de manifestações anteriores ou à mingua de impugnação específica e fundamentada da totalidade ou da parte da decisão agravada, objeto de impugnação. - O termo inicial do benefício foi fixado na data da citação, tendo em vista que a especialidade da atividade foi comprovada através do laudo técnico judicial, não havendo razão para a insurgência da Autarquia Federal. - Na hipótese, a decisão agravada não padece de qualquer ilegalidade ou abuso de poder, estando seus fundamentos em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria devolvida a este E. Tribunal. - Agravo improvido.

(ApReeNec 00248207820164039999, DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN, TRF3 - NONA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/10/2017)"

Assim, passo a proferir decisão monocrática, com fulcro no artigo 932, IV e V do Código de Processo Civil de 2015.

Preliminarmente, afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo.

Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronúncias emanados em sede de repercussão geral.

Ademais, no tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

Quanto à ausência de documentos essenciais à propositura da ação, destaco que há entendimento exarado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça que preceitua o seguinte: “(...) postulando o Contribuinte apenas a concessão de ordem para se declarar o direito à compensação tributária, em virtude do reconhecimento judicial transitado em julgado da ilegalidade ou inconstitucionalidade da exigência da exação, independentemente da apuração dos respectivos valores, é suficiente, para esse efeito, a comprovação de que o impetrante ocupa a posição de credor tributário, visto que os comprovantes de recolhimento indevido serão exigidos posteriormente, na esfera administrativa (...)”. (REsp 1.365.095 / SP – Rel: MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO – julgado em: 13/02/2019) g.n.

Passo ao Mérito

A questão dos presentes autos não carece de maiores debates, visto que o Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que **"O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins"**. O v. acórdão encontra-se assim ementado, *in verbis*:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

Seguindo esta orientação, entendo que o I.C.M.S. deve ser excluído da base de cálculo de contribuições sociais que tenham a "receita bruta" como base de cálculo, como o PIS, a COFINS e a contribuição previdenciária prevista no artigo 7º da Lei nº 12.546/2011, reconhecendo como ilegítimas as exigências fiscais que tragam tal inclusão.

Vale destacar que esse mesmo entendimento deve ser aplicado quanto à exclusão do ISS da base de cálculo da contribuição previdenciária prevista no artigo 7º da Lei nº 12.546/2011, em razão da similitude de incidência em relação ao ICMS.

Nesta Corte Regional, a posição já tem sido seguida pela C. 3ª Turma, conforme precedentes:

"TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ISS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO DOS VALORES RECOLHIDOS INDEVIDAMENTE.

1. A jurisprudência do e. Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela Primeira Turma do e. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgRg no AREsp 593.627/RN.

2. Impende destacar que o reconhecimento da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pode ser aplicado ao ISS, em razão da própria inexistência de natureza de receita ou faturamento destas parcelas. Precedentes da 3ª Turma do TRF da 3ª Região.

3. Reconhecido o direito à exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS e, respeitando-se a prescrição quinquenal, à impetrante é assegurada a repetição dos valores recolhidos indevidamente, através da compensação.

4. A compensação dos valores recolhidos indevidamente, deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, visto a data que o presente mandamus foi ajuizado.

5. É necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

6. A compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior.

7. É aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil. 8. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior;

9. Remessa oficial e apelação desprovidas.

(TRF3, 3ª Turma, unânime. AMS 00187573120154036100, AMS 365045. Rel. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS. e-DJF3 Judicial 1 12/05/2017; Julgado: 03/05/2017)

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ISS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO DOS VALORES RECOLHIDOS INDEVIDAMENTE.

1. A jurisprudência do e. Supremo Tribunal Federal reconheceu, através do julgamento do RE nº 240.785/MG, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela Primeira Turma do e. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgRg no AREsp 593.627/RN.

2. *Impende destacar que o reconhecimento da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pode ser aplicado ao ISS, em razão da própria inexistência de natureza de receita ou faturamento destas parcelas. Precedentes da 3ª Turma do TRF da 3ª Região.*

3. *Reconhecido o direito à exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS e, respeitando-se a prescrição quinquenal, à impetrante é assegurada a repetição dos valores recolhidos indevidamente, através da compensação.*

4. *A compensação dos valores recolhidos indevidamente, deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, visto que o presente mandamus foi ajuizado em 7.1.2014.*

5. *É necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.*

6. *A compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior.*

7. *É aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil.*

8. *O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior;*

9. *Apelação provida.*

(TRF3, 3ª Turma, unânime. AMS 00148548520154036100, AMS 361193. Rel. Juíza Convocada ELIANA MARCELO. e-DJF3 Judicial 1 de 03/02/2017; Julgado: 26/01/2017)"

Diante do exposto, nos termos do art. 932, IV do CPC de 2015, **nego provimento ao reexame necessário e à apelação, nos termos da fundamentação supra.**

Publique-se.

Intimem-se.

Decorrido o prazo recursal, baixemos autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5003391-89.2019.4.03.6110

RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: JOSE CARLOS LEME

Advogado do(a) APELADO: MARIA CECILIA MARQUES TAVARES - SP85958-N

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo INSS e reexame necessário em mandado de segurança, em face da r. sentença sob o Id nº 130897850, que concedeu a segurança pleiteada, extinguindo o processo com resolução do mérito para determinar que o INSS conclua o processamento administrativo de concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição protocolizado pela impetrante sob nº 269070961 (Id 130895851).

Parecer do Ministério Público Federal (Id 134538877).

É o relatório. Decido.

De início, cumpre explicitar que o art. 932, IV e V do CPC de 2015 confere poderes ao Relator para, monocraticamente, negar e dar provimento a recursos.

Ademais, é importante clarificar que, apesar de as alíneas dos referidos dispositivos elencarem hipóteses em que o Relator pode exercer esse poder, o entendimento da melhor doutrina é no sentido de que o mencionado rol é **meramente exemplificativo**.

Manifestando esse entendimento, asseveram Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

“Assim como em outras passagens, o art. 932 do Código revela um equívoco de orientação em que incidiu o legislador a respeito do tema dos precedentes. O que autoriza o julgamento monocrático do relator não é o fato de a tese do autor encontrar-se fundamentada em “súmulas” e “julgamento de casos repetitivos” (leia-se, incidente de resolução de demandas repetitivas, arts. 976 e ss., e recursos repetitivos, arts. 1.036 e ss.) ou em incidente de “assunção de competência”. É o fato de se encontrar fundamentado em precedente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em jurisprudência formada nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência capaz de revelar razões adequadas e suficientes para solução do caso concreto. O que os preceitos mencionados autorizam, portanto, é o julgamento monocrático no caso de haver precedente do STF ou do STJ ou jurisprudência firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência nos Tribunais de Justiça ou nos Tribunais Regionais Federais. Esses precedentes podem ou não ser oriundos de casos repetitivos e podem ou não ter adequadamente suas razões retratadas em súmulas.” (“Curso de Processo Civil”, 3ª e., v. 2, São Paulo, RT, 2017).

Os mesmos autores, em outra obra, explicam ainda que “a alusão do legislador a súmulas ou a casos repetitivos constitui apenas um indício - não necessário e não suficiente - a respeito da existência ou não de precedentes sobre a questão que deve ser decidida. **O que interessa para incidência do art. 932, IV, a e b, CPC, é que exista precedente sobre a matéria - que pode ou não estar subjacente a súmulas e pode ou não decorrer do julgamento de recursos repetitivos**” (“Novo Código de Processo Civil comentado”, 3ª e., São Paulo, RT, 2017, p. 1014, grifos nossos).

Também Hermes Zaneti Jr. posiciona-se pela não taxatividade do elenco do art. **932**, incisos IV e V (*Poderes do Relator e Precedentes no CPC/2015: perfil analítico do art. 932, IV e V*, in “A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim”, Dierle José Coelho Nunes, São Paulo, RT, 2017, pp. 525-544).

Nessa linha, o STJ, antes mesmo da entrada em vigor do CPC/2015, aprovou a Súmula 568 com o seguinte teor: “*O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema*”. Veja-se que a expressão **entendimento dominante** aponta para a não taxatividade do rol em comento.

Além disso, uma vez que a decisão singular do relator é recorrível por meio de agravo interno (art. 1.021, caput, CPC/15), não fica prejudicado o princípio da colegialidade, pois a Turma pode ser provocada a se manifestar por meio do referido recurso. Nesse sentido:

“PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO (ART. 1.021, DO CPC). APOSENTADORIA ESPECIAL. APLICAÇÃO DO ART. 932 DO CPC PERMITIDA. TERMO INICIAL FIXADO NA DATA DA CITAÇÃO. ATIVIDADE ESPECIAL COMPROVADA COM LAUDO JUDICIAL. INTERPOSIÇÃO CONTRA DECISÃO SINGULAR DO RELATOR. CABIMENTO. - O denominado agravo interno (artigo Art. 1.021 do CPC/15) tem o propósito de impugnar especificadamente os fundamentos da decisão agravada e, em caso de não retratação, possa ter assegurado o direito de ampla defesa, com submissão das suas impugnações ao órgão colegiado, o qual, cumprindo o princípio da colegialidade, fará o controle da extensão dos poderes do relator e, bem assim, a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando, afora essas circunstâncias, à rediscussão, em si, de matéria já decidida, mediante reiterações de manifestações anteriores ou à mingua de impugnação específica e fundamentada da totalidade ou da parte da decisão agravada, objeto de impugnação. - O termo inicial do benefício foi fixado na data da citação, tendo em vista que a especialidade da atividade foi comprovada através do laudo técnico judicial, não havendo razão para a insurgência da Autarquia Federal. - Na hipótese, a decisão agravada não padece de qualquer ilegalidade ou abuso de poder, estando seus fundamentos em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria devolvida a este E. Tribunal. - Agravo improvido.” (ApReeNec 00248207820164039999, DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN, TRF3 - NONA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/10/2017)

Assim, passo a proferir decisão monocrática, com fulcro no artigo 932, IV e V do Código de Processo Civil de 2015.

Comefeito, a prática de atos processuais administrativos encontra limites nas disposições dos arts. 1º, 2º, 24, 48 e 49 da Lei 9.784/99, e do art. 41-A, § 5º, da Lei 8.213/91, no sentido de que a autarquia está obrigada a analisar e conceder um benefício no prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias (art. 41-A, § 5º, da Lei 8.213/91) e Decreto 3.048/99, art. 174.

O art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04, prevê o direito à célere tramitação e à razoável duração dos processos (inclusive administrativos):

"A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

Dispõe, ainda, o artigo 37, caput, da Constituição da República que a Administração Pública deve pautar-se segundo os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência, bem como daqueles previstos no "caput" do artigo 2º da Lei nº 9.784/99, dentre os quais os da razoabilidade e da motivação.

A respeito do tema, colhe-se o seguinte precedente:

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO. ART. 5º, LXXVIII, DA CF. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSOS. TRASLADO DE PEÇAS. POSSIBILIDADE. CELERIDADE. ÔNUS DAS PARTES. ATUAÇÃO. RECURSO NÃO-CONHECIDO. 1. "A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" (art. 5º, LXXVIII, da CF). 2. Devem as partes colaborar no andamento do processo com o escopo de se chegar a um provimento jurisdicional final em tempo moderado. 3. Recurso não-conhecido". ..EMEN:(RESP 200701513930, ARNALDO ESTEVES LIMA, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:01/02/2010 ..DTPB:.)

Destaque-se, outrossim, que esta Corte já firmou entendimento de que é plenamente aplicável o prazo estipulado na Lei nº 9.784/99 para os pedidos de concessão de aposentadoria, conforme se afere dos julgados ora transcritos:

“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. INSS. PRAZO RAZOÁVEL. LEI N.º 9.784/99. SENTENÇA MANTIDA.

- Pretende-se no presente mandamus seja determinado à autoridade impetrada que decida quanto ao requerimento de alteração da espécie de benefício previdenciário da parte impetrante, com o agendamento imediato de sua perícia médica.

- A deficiência interna do ente público, em razão do elevado número de solicitações, em comparação com a precária estrutura de trabalho existente, não pode servir de justificativa para o descumprimento do seu dever legal (Lei n.º 9.784/99, artigos 48 e 49) e para a violação do direito constitucionalmente garantido do impetrante (art. 5º, inciso XXXIV, alínea "b", da CF/88) de obter resposta em tempo razoável (art. 5º, inciso LXXVIII). Precedentes.

- Dessa forma, apresentado o requerimento administrativo em 18/05/2015, constata-se que a parte autora, na data de impetração do presente mandado de segurança (23/07/2015), encontrava-se há mais de 2 meses à espera da análise de sua pretensão e evidencia-se que foi ultrapassado o prazo legal, bem como que, ainda que se considerem as dificuldades de recursos humanos e estruturais, além do elevado número de solicitações sob sua responsabilidade, transcorreu tempo suficiente para que a administração pública, no caso o INSS, concluísse o procedimento. Nesse contexto, merece acolhimento o pedido apresentado pela impetrante, que efetivamente não pode ficar à mercê da administração, à espera, por tempo indeterminado, que seu pleito seja atendido.

- Remessa oficial a que se nega provimento.”

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 360607 - 0002053-98.2015.4.03.6113, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRE NABARRETE, julgado em 15/08/2019, e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/08/2019)

“ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. PRAZO. LEI N.º 9.784/99. 30 DIAS. REMESSA OFICIAL DESPROVIDA.

1. Cabe à administração pública respeitar o princípio da razoável duração do processo, constante no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.

2. A Lei n. 9.784/1999 determina à Administração Pública o prazo de até 30 (trinta) dias, contados do momento em que concluída a instrução, para emitir decisão em processos administrativos de sua competência.

3. Remessa oficial desprovida.”

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 5001059-02.2018.4.03.6138, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 23/08/2019, Intimação via sistema DATA: 26/08/2019)

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO NÃO TRIBUTÁRIO. ART. 48 E 49 DA LEI 9.784/1999.

1. Verificada a demora injustificada, correta a estipulação de prazo para que a administração conclua procedimento administrativo.

2. Aplicável jurisprudência que assegura a razoável duração do processo, segundo os princípios da eficiência e da moralidade, não se podendo permitir que a Administração postergue, indefinidamente, a conclusão de procedimento administrativo.

3. Remessa oficial a que se nega provimento.”

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 0011037-76.2016.4.03.6100, Rel. Juiz Federal Convocado MARCIO FERRO CATAPANI, julgado em 08/08/2019, Intimação via sistema DATA: 13/08/2019)

“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO. REQUERIMENTO DE APOSENTADORIA INDEFERIDO. RECURSO ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. DECURSO DO PRAZO LEGAL PARA ANÁLISE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. REEXAME NECESSÁRIO DESPROVIDO.

1. Cuida-se de reexame necessário da sentença que ratificou a liminar e concedeu a segurança, para determinar que a autoridade impetrada julgue o recurso nº 37330.021213/2016-19, concernente à negativa de concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição nº 177.890.046-9, requerido pelo impetrante, no prazo de 30 (trinta) dias.

2. Prefacialmente, importa consignar que, no presente feito, não há que se falar em perda superveniente do objeto por ausência de interesse de agir; visto que a satisfação do direito do impetrante, com impulso do processo e apreciação de seu recurso pelo órgão administrativo competente, ocorreu após o deferimento de medida liminar.

3. Cumpre ressaltar que a duração razoável dos processos é garantia constitucionalmente assegurada aos administrados, consoante expressa disposição do art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/88, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.

4. Com efeito, a Administração Pública tem o dever de analisar em prazo razoável os pedidos que lhe são submetidos, sob pena de causar prejuízo ao administrado e de descumprir o princípio da celeridade processual, também assegurado constitucionalmente aos processos administrativos (art. 5º, LXXVIII, da CF/88).

5. Consoante preconiza o princípio constitucional da eficiência, previsto no art. 37, caput, da Constituição da República, o administrado não pode ser prejudicado pela morosidade excessiva na apreciação de requerimentos submetidos à Administração Pública. Assim, a via mandamental é adequada para a garantia do direito do administrado.

6. O art. 49 da Lei nº 9.784/1999 fixa o prazo de até 30 dias para que a Administração Pública decida a questão posta em processo administrativo, salvo se houver motivo que justifique de maneira expressa a prorrogação do referido lapso temporal.

7. Por seu turno, o art. 59, § 1º, da Lei nº 9.784/1999 estabelece o prazo máximo de 30 dias para decisão do recurso administrativo, a partir do recebimento dos autos pelo órgão competente, exceto se houver disposição legal específica.

8. Além dos aludidos prazos legais previstos na Lei nº 9.784/1999, o art. 41-A, § 5º, da Lei nº 8.213/1991 e o art. 174 do Decreto nº 3.048/1999, que dispõem especificamente sobre a implementação de benefícios previdenciários, preveem o prazo de 45 dias para o primeiro pagamento, contados a partir da data da apresentação dos documentos necessários pelo segurado.

9. No caso vertente, resta evidenciado que a autoridade impetrada desrespeitou os prazos estabelecidos em legislações ordinárias, que regulam tanto o processo administrativo em geral, como os processos administrativos de requerimentos de benefícios no âmbito da Previdência Social.

10. Compulsando os autos, verifica-se que o impetrante interpôs em 15/12/2016, perante o INSS, recurso administrativo em face do indeferimento de seu requerimento de benefício previdenciário, o qual não foi analisado no prazo legal, tendo sido o recurso apreciado pelo órgão competente apenas após a decisão que deferiu a medida liminar no presente mandado de segurança. Inclusive, frise-se que referido recurso administrativo permaneceu pendente de decisão por mais de um ano e meio após a interposição.

11. Inexiste amparo legal para a omissão administrativa da autarquia previdenciária e do respectivo órgão com incumbência de apreciar recursos administrativos previdenciários, que, pelo contrário, enseja descumprimento de normas legais e violação aos princípios da legalidade, razoável duração do processo, proporcionalidade, eficiência na prestação de serviço público, segurança jurídica e moralidade, sujeitando-se ao controle jurisdicional visando a reparar a lesão a direito líquido e certo infringido.

12. Não há condenação em honorários advocatícios em sede de mandado de segurança, nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009 e das Súmulas 105 do STJ e 512 do STF.

13. Reexame necessário não provido.” (TRF 3ª Região, 3ª Turma, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 5000436-34.2018.4.03.6106, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 25/07/2019, Intimação via sistema DATA: 26/07/2019)

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ANÁLISE DE PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO. LEI Nº 9.784/99. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. 1 - Os artigos 48 e 49 da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estipulam o prazo de até 30 (trinta) dias, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada, para Administração explicitamente emitir decisão nos processos administrativos. 2 - A Administração Pública deve examinar e decidir os requerimentos que lhe sejam submetidos à apreciação, no prazo legal, sob pena de violação aos princípios da eficiência e da razoável duração do processo, conforme preceituam as Leis ns. 9.784/99 e 11.457/07, bem como os artigos 5º, inciso LXXVIII e 37, caput, da Constituição da República, que a todos assegura o direito à celeridade na tramitação dos procedimentos administrativos. 3 - Remessa oficial não provida". (REO 00097112820094036100, DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/12/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.) (g.n.)

REMESSA OFICIAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. MOROSIDADE NA ANÁLISE DE REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO.

I- O impetrante alega na inicial que em 20/5/16 formulou requerimento administrativo de aposentadoria por idade perante o INSS (NB 42/177.351.545-1), no entanto, "desde o requerimento, mesmo após ter apresentado todos os documentos necessários para o postulado direito, o benefício do Impetrante continua em análise" (fls. 3). Informou, ainda, que em consulta ao sistema do INSS, consta a informação "Benefício Habilitado", motivo pelo qual requer a concessão da segurança para que seja processado o pedido administrativo. **Considerando que a análise administrativa está sem solução desde 20/5/16 e o presente mandamus foi impetrado em 20/10/16, ultrapassou-se muito o prazo fixado, por analogia, pelo art. 174 do Decreto nº 3.048/99 e a Lei nº 9.784/99, que fixam prazo de até 45 dias a partir da data da documentação comprobatória para análise do pleito.**

II- Em sede de mandado de segurança não se admite condenação em honorários advocatícios, consoante a Súmula nº 105 do C. Superior Tribunal de Justiça. III- Remessa oficial improvida. (REO n.º 00116772220164036119, rel. Des. Federal NEWTON DE LUCCA, Oitava Turma, Julg.: 25/06/2018, v.u., e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/07/2018 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

MANDADO DE SEGURANÇA. ANÁLISE DE PEDIDO ADMINISTRATIVO. INCRA. CERTIDÃO DE GEORREFERENCIAMENTO. PRAZO RAZOÁVEL. LIMINAR. PERDA DE OBJETO DO MANDAMUS. NÃO OCORRÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA PARCIALMENTE. 1. A autoridade impetrada infringiu o princípio constitucional da eficiência, que rege a Administração Pública, nos termos do art. 37, caput, da Constituição Federal, na redação da Emenda Constitucional nº 19/98, pois, apesar de transcorrido mais de 3 (três) anos, não forneceu aos impetrantes nenhuma resposta sobre o seu requerimento ou formulou novas exigências a serem cumpridas, tendo se manifestado apenas após a propositura do presente mandado de segurança. 2. A análise do requerimento administrativo pelo impetrado, conforme de determinado por ocasião da liminar, não torna sem objeto o mandado de segurança. 3. A morosidade em efetuar a análise do pleito dos impetrantes torna patente a violação de seu direito. É certo que o elevado volume de solicitações e difíceis condições de trabalho suportadas pelo impetrado revelam a situação de deficiência deste setor administrativo. No entanto, a parte não pode ver seus direitos, constitucionalmente garantidos, violados por problemas internos do ente público. Vale dizer, não podem os impetrantes aguardar por tempo indeterminado que a autoridade resolva concluir seu processo administrativo. 4. A Lei n.º 9.784/99 estabelece as diretrizes do processo administrativo e dispõe, nos artigos 48 e 49, que a Administração tem o dever de emitir decisão nos processos de sua competência no prazo de trinta dias, salvo prorrogação motivada, após o término da instrução. 5. A administração dispôs de tempo suficiente para concluir o processo, ainda mais em razão do princípio da razoabilidade, hoje positivado na Constituição Federal (art 5º, LXXVIII - acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45/2004). Precedentes da Corte. V - Apelação provida para reformar a sentença, concedendo-se parcialmente a segurança, para determinar a imediata análise dos processos administrativos. (AMS 00063597120094036000, DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:06/10/2011)

"PREVIDENCIÁRIO. REEXAME NECESSÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DEMORA NA APRECIAÇÃO DO RECURSO NA ESFERA ADMINISTRATIVA. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. NÃO OBSERVÂNCIA DO PRAZO LEGAL DE 45 DIAS.

- Trata-se de mandado de segurança impetrado com o objetivo de obter conclusão do procedimento administrativo de aposentadoria por tempo de serviço.

- O prazo para processamento e concessão do benefício no âmbito administrativo é de 45 dias (Lei n. 8.213/91, art. 41, § 6º e Decreto n.3.048/99, art. 174).

- Reexame necessário em mandado de segurança desprovido."

(REOMS 318.041/SP, Relatora Desembargadora Federal LÚCIA URSAIA, Décima Turma, j. 21/05/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 29/05/2013)

No caso dos autos, a impetrante realizou o protocolo administrativo do requerimento de concessão de benefício previdenciário, em 07 de março de 2019 e, até a data do ajuizamento do presente *mandamus*, não havia obtido a competente análise e/ou conclusão, evidenciando que foi ultrapassado o prazo legal.

Desse modo, ainda que considerada a deficiência interna do ente público, demonstrada diante da dificuldade de recursos humanos e estruturais, bem como do elevado número de solicitações sob sua responsabilidade, transcorreu tempo suficiente para que a administração pública, no caso INSS, procedesse à análise do procedimento, não servindo as condições acima expostas como justificativa para o descumprimento do seu dever legal e violação do direito constitucionalmente garantido da impetrante (art. 5º, inciso XXXIV, alínea "b", da CF/88), no sentido de ter o seu pedido respondido em tempo razoável (art. 5º, inciso LXXVIII).

Inexiste, portanto, amparo legal para a omissão administrativa da autarquia previdenciária. Ao contrário, tal ato enseja descumprimento de normas legais e violação aos princípios da legalidade, razoável duração do processo, proporcionalidade, eficiência na prestação de serviço público, segurança jurídica e moralidade, sujeitando-se ao controle jurisdicional que visa reparar a lesão a direito líquido e certo infringido.

Por derradeiro, anoto que é cabível a cominação de multa diária como meio executivo para cumprimento de obrigação de fazer. A aplicação de multa diária, para o caso de eventual descumprimento de medida deferida, é instrumento legal de coação para que seja cumprida a obrigação determinada na decisão, sem a qual o preceito judicial se tornaria inteiramente inócuo.

Nesse sentido, confira-se a jurisprudência:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. MULTA. IMPOSIÇÃO CONTRA O PODER PÚBLICO. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. NÃO OCORRÊNCIA. PRECEDENTES.

1. Esta Corte já firmou a orientação de que é possível a imposição de multa diária contra o Poder Público quando esse descumprir obrigação a ele imposta por força de decisão judicial.

2. Não há falar em ofensa ao princípio da separação dos poderes quando o Poder Judiciário desempenha regularmente a função jurisdicional.

3. Agravo regimental não provido". (AI 732188 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 12/06/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-150 DIVULG 31-07-2012 PUBLIC 01-08-2012). (g.n.)

PROCESSUAL CIVIL. FIXAÇÃO DE ASTREINTES CONTRA O PODER PÚBLICO. POSSIBILIDADE.

1. O STJ entende ser cabível a cominação de multa diária (astreinte) contra a Fazenda Pública como meio executivo para cumprimento de obrigação de fazer ou entregar coisa (arts. 536 e 537 do CPC/2015).

2. Recurso Especial provido. (REsp 1.827.009/PE, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 13/9/2019)

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. PREENCHIMENTO DAS CONDIÇÕES. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO OCORRÊNCIA. ASTREINTES. POSSIBILIDADE.

I - Esta Corte Superior, em causas de natureza previdenciária, calcada no princípio da proteção social, não constitui julgamento extra ou ultra petita a decisão que, verificando a inobservância dos pressupostos para concessão do benefício pleiteado na inicial, concede benefício diverso, desde que preenchidos seus requisitos.

Precedentes: REsp 1320820/MS, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 10/5/2016, DJe 17/5/2016; REsp 1296267/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 1/12/2015, DJe 11/12/2015; AgRg no REsp 1.397.888/RS, Segunda Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 5/12/2013; e AgRg no REsp 1.320.249/RJ, Primeira Turma, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 2/12/2013.

II - É possível a cominação de multa diária ao INSS por descumprimento de obrigação de fazer. Precedentes: AgRg no REsp 1457413/SE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 19/8/2014, DJe 25/8/2014; AREsp 99.865/MT, Segunda Turma, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, DJe 15/3/2012; AREsp 134.571/MT, Segunda Turma, Relator Ministro Humberto Martins, DJe 12/3/2012.

III - Agravo interno improvido. (AgInt no REsp 1.614.984/PI, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 15/8/2018)

Ainda, destaco os seguintes precedentes: REsp 679.048/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 28/11/2005; REsp 666.008/RJ, Rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, DJ de 28/3/2005; REsp 869.106/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 30/11/2006.

Destarte, nos termos da legislação de regência da matéria e da jurisprudência citada, não merece reparos a sentença.

Ante o exposto, **nego provimento à apelação do INSS e à remessa oficial**, nos termos da fundamentação supra.

Publique-se. Intimem-se.

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

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000403-66.2017.4.03.6110

RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO

APELANTE: MOXBA METALURGICA DO BRASIL LTDA., DELEGADO DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SOROCABA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: MURILO BUNHOTTO LOPES - SP310884-A, FLAVIA BARUZZI KOIFFMAN - SP206728-A, LUIS FILIPE LOBATO SANTOS - SP329890-A, RAPHAEL LONGO OLIVEIRA LEITE - SP235129-A

APELADO: DELEGADO DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SOROCABA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, MOXBA METALURGICA DO BRASIL LTDA.

Advogados do(a) APELADO: RAPHAEL LONGO OLIVEIRA LEITE - SP235129-A, LUIS FILIPE LOBATO SANTOS - SP329890-A, FLAVIA BARUZZI KOIFFMAN - SP206728-A, MURILO BUNHOTTO LOPES - SP310884-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Cuida-se de apelação, em sede de Mandado de Segurança, interposta tanto pela Fazenda Pública, como por Moxba Metalurgica do Brasil Ltda., pleiteando a reforma da sentença *a quo*.

A r. sentença julgou extinta a ação, com julgamento do mérito, na forma prevista no art. 487, I do CPC, e concedendo parcialmente a segurança pleiteada, para tão somente autorizar a impetrante a recolher a contribuição ao PIS e COFINS sem a inclusão do ICMS em sua base de cálculo, a partir da data da concessão da liminar, suspendendo a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, IV do CTN, obstando a prática de quaisquer atos tendentes à exigência desses valores, inclusive a inclusão da impetrante em Cadastros de Inadimplentes, retificando a liminar outrora concedida. A pretensão de compensação é julgada improcedente, uma vez que não existem valores a serem compensados. Não determinado o reexame necessário.

Apelou o impetrado pugnando, quanto ao mérito, pela manutenção do ICMS na base de cálculo das contribuições.

Ademais, apelou o impetrante, pugnando pela parcial reforma da sentença, a fim que se assegure o direito a compensar, nos termos da legislação vigente, os valores indevidamente recolhidos a título de PIS/COFINS sobre base de cálculo composta pelo ICMS, nos últimos 05 (cinco) anos, contados do ajuizamento da ação mandamental.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta C. Corte.

É o relatório.

Decido.

De início, cumpre explicitar que o art. 932, IV e V do CPC de 2015 confere poderes ao Relator para, monocraticamente, negar e dar provimento a recursos.

Ademais, é importante clarificar que, apesar de as alíneas dos referidos dispositivos elencarem hipóteses em que o Relator pode exercer esse poder, o entendimento da melhor doutrina é no sentido de que o mencionado rol é meramente exemplificativo.

Manifestando esse entendimento, asseveram Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

"Assim como em outras passagens, o art. 932 do Código revela um equívoco de orientação em que incidu o legislador a respeito do tema dos precedentes. O que autoriza o julgamento monocrático do relator não é o fato de a tese do autor encontrar-se fundamentada em "súmulas" e "julgamento de casos repetitivos" (leia -se, incidente de resolução de demandas repetitivas, arts. 976 e ss., e recursos repetitivos, arts. 1.036 e ss.) ou em incidente de "assunção de competência". É o fato de se encontrar fundamentado em precedente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em jurisprudência formada nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência capaz de revelar razões adequadas e suficientes para solução do caso concreto. O que os preceitos mencionados autorizam, portanto, é o julgamento monocrático no caso de haver precedente do STF ou do STJ ou jurisprudência firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência nos Tribunais de Justiça ou nos Tribunais Regionais Federais. Esses precedentes podem ou não ser oriundos de casos repetitivos e podem ou não ter adequadamente suas razões retratadas em súmulas.

("Curso de Processo Civil", 3ª e., v. 2, São Paulo, RT, 2017)"

Os mesmos autores, em outra obra, explicam ainda que "a alusão do legislador a súmulas ou a casos repetitivos constitui apenas um indício - não necessário e não suficiente - a respeito da existência ou não de precedentes sobre a questão que deve ser decidida. O que interessa para incidência do art. 932, IV, a e b, CPC, é que exista precedente sobre a matéria - que pode ou não estar subjacente a súmulas e pode ou não decorrer do julgamento de recursos repetitivos" ("Novo Código de Processo Civil comentado", 3ª e., São Paulo, RT, 2017, p. 1014, grifos nossos).

Também Hermes Zaneti Jr. posiciona-se pela não taxatividade do elenco do art. 932, incisos IV e V (Poderes do Relator e Precedentes no CPC/2015: perfil analítico do art. 932, IV e V, in "A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim", Dierle José Coelho Nunes, São Paulo, RT, 2017, pp. 525-544).

Nessa linha, o STJ, antes mesmo da entrada em vigor do CPC/2015, aprovou a Súmula 568 com o seguinte teor: "O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema". Veja-se que a expressão entendimento dominante aponta para a não taxatividade do rol em comento.

Além disso, uma vez que a decisão singular do relator é recorrível por meio de agravo interno (art. 1.021, caput, CPC/15), não fica prejudicado o princípio da colegialidade, pois a Turma pode ser provocada a se manifestar por meio do referido recurso. Nesse sentido:

"PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO (ART. 1.021, DO CPC). APOSENTADORIA ESPECIAL. APLICAÇÃO DO ART. 932 DO CPC PERMITIDA. TERMO INICIAL FIXADO NA DATA DA CITAÇÃO. ATIVIDADE ESPECIAL COMPROVADA COM LAUDO JUDICIAL. INTERPOSIÇÃO CONTRA DECISÃO SINGULAR DO RELATOR. CABIMENTO. - O denominado agravo interno (artigo Art. 1.021 do CPC/15) tem o propósito de impugnar especificadamente os fundamentos da decisão agravada e, em caso de não retratação, possa ter assegurado o direito de ampla defesa, com submissão das suas impugnações ao órgão colegiado, o qual, cumprindo o princípio da colegialidade, fará o controle da extensão dos poderes do relator e, bem assim, a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando, afora essas circunstâncias, à rediscussão, em si, de matéria já decidida, mediante reiterações de manifestações anteriores ou à mingua de impugnação específica e fundamentada da totalidade ou da parte da decisão agravada, objeto de impugnação. - O termo inicial do benefício foi fixado na data da citação, tendo em vista que a especialidade da atividade foi comprovada através do laudo técnico judicial, não havendo razão para a insurgência da Autarquia Federal. - Na hipótese, a decisão agravada não padece de qualquer ilegalidade ou abuso de poder, estando seus fundamentos em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria devolvida a este E. Tribunal. - Agravo improvido.

(ApReeNec 00248207820164039999, DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN, TRF3 - NONA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/10/2017)"

Assim, passo a proferir decisão monocrática, com fulcro no artigo 932, IV e V do Código de Processo Civil de 2015.

Inicialmente, se faz necessária a análise da remessa oficial, nos termos do art. 14, §1º da Lei nº 12.016/09

Ademais, afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo.

Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronúncia emanados em sede de repercussão geral.

Ademais, no tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

A questão dos presentes autos não carece de maiores debates, visto que o Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "**O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins**". O v. acórdão encontra-se assimmentado, *in verbis*:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)"

Seguindo esta orientação, entendo que o I.C.M.S. deve ser excluído da base de cálculo de contribuições sociais que tenham a "receita bruta" como base de cálculo, como o PIS, a COFINS e a contribuição previdenciária prevista no artigo 7º da Lei nº 12.546/2011, reconhecendo como ilegítimas as exigências fiscais que tragam tal inclusão.

Quanto à fundamentação a justificar a não compensação dos valores pagos indevidamente, a saber: "*não existem valores a serem compensados, já que a existência de efeitos ex nunc em relação ao novo entendimento externado pelo Supremo Tribunal Federal inviabiliza que a impetrante possa compensar valores de forma retroativa – cinco anos antes do ajuizamento deste mandado de segurança*", não merece prosperar, pelas razões abaixo explicitadas.

Primordialmente, destaco que, em regra, a declaração de inconstitucionalidade produz efeitos *ex tunc*, pois se refere ao próprio nascimento da norma.

Excepcionalmente, há a previsão de possível modulação dos efeitos da declaração (declarar a inconstitucionalidade apenas a partir do trânsito em julgado da decisão (efeitos *ex nunc*) por exemplo).

Destarte, inviável condicionar a ausência de direito à compensação a possível modulação de efeito de decisão sobrestada.

Ademais, quanto à possibilidade ou não de compensação dos valores considerados "pretéritos", ressalto que, não obstante o mandado de segurança não produza efeitos patrimoniais pretéritos e não seja substitutivo da ação de cobrança (Súmulas 269 e 271 do C. STF), a eficácia de sua decisão autoriza a restituição dos valores recolhidos, **sendo despiciendo o ajuizamento de ação autônoma de repetição de indébito, haja vista que a sentença concessiva da segurança pode ser executada para repetir valores indevidamente retidos, sob pena de ofensa aos princípios da celeridade e da economia processual.**

Referida matéria encontra respaldo na jurisprudência consolidada do C. STJ, no sentido de que a decisão concessiva da segurança, transitada em julgado, constitui título executivo judicial em relação aos valores indevidamente recolhidos. Confira-se o julgado assimmentado:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. SENTENÇA DECLARATÓRIA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO. NOVO PROCESSO DE CONHECIMENTO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR.

1. A sentença do Mandado de Segurança que declara o direito à compensação tributária (Súmula 213/STJ) é título executivo judicial conforme orientação jurisprudencial ratificada em julgamento sob o rito do art. 543-C do CPC (REsp 1.114.404/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 1º.3.2010).

2. No caso em tela, apesar de a agravante possuir sentença declaratória transitada em julgado quanto ao direito à compensação do indébito tributário, ajuizou nova demanda para pleitear a restituição, razão pela qual falta interesse de agir para a propositura da segunda ação. Precedentes do STJ.

3. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp 1504337/CE, DJe 06.04.2015, Relator Min. HERMAN BENJAMIN)''

Neste sentido, seguem os julgados de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho - REsp 1.365.095 / SP e REsp 1.715.256 / SP - julgados em: 13/02/2019"

Da mesma forma, em que pese tratar-se de tese não pacificada, colaciono julgados proferidos por esta Egrégia Corte assentes com a Jurisprudência retro:

"TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO.

1. Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores resem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontrar inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

3. A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, uma vez que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

4. *A superveniência da Lei n.º 12.973/2014, que alargou o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.*
5. *Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e respeitando-se a prescrição quinquenal, é assegurada à impetrante a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio de compensação ou repetição.*
6. *Ainda que se considere que, no mandado de segurança, a sentença não é, propriamente, condenatória, dívida não há de que, invariavelmente, ela possui eficácia declaratória e, mesmo implicitamente, contém uma ordem de fazer ou de não fazer. Além disso, não raras vezes ela reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia ou de entregar coisa.*
7. *No âmbito dos mandados de segurança que versam sobre direito administrativo ou direito tributário, são frequentes as sentenças que delimitam todos os contornos do direito, constituindo um verdadeiro despropósito que se exija a propositura e a tramitação de uma nova demanda apenas para, reiterando o que já foi juridicamente afirmado e determinado em caráter definitivo, acrescer-se uma fórmula sacramental condenatória, a conta de viabilizar a execução.*
8. *A repetição, na via administrativa, deve observar a necessidade de expedição de precatórios, segundo o contido no art. 100 da Constituição Federal.*
9. *A compensação dos valores recolhidos indevidamente, deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei n.º 9.430/96, com as modificações perpetradas pela Lei n.º 10.637/02, visto a data que o presente mandamus foi ajuizado.*
10. *É necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.*
11. *A compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior.*
12. *É aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil.*
13. *O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior;*
14. *Remessa oficial e recurso de apelação parcialmente providos.*

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, ApReeNec- 5003170-17.2017.4.03.6130, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, julgado em 28/01/2020, e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/01/2020)

TRIBUTÁRIO. BASE DE CÁLCULO PIS E COFINS. EXCLUSÃO ISS. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO IMPROVIDAS.

- *O Plenário STF, no julgamento do RE n.º 574.706-PR, reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, não podendo integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS.*
- *A recente posição do STF sobre o descabimento da inclusão do ICMS na formação da base de cálculo do PIS/COFINS aplica-se também ao caso da inclusão do ISS, já que a situação é idêntica.*
- *O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, e não o ICMS efetivamente pago ou arrecadado.*
- *Suficiente a comprovação da condição de contribuinte para reconhecimento do direito de compensação através de mandado de segurança.*
- *Desnecessário o prévio requerimento administrativo.*
- *A compensação somente poderá ser efetuada com observância do disposto no art. 170-A do CTN.*
- *A correção do indébito deve ser aquela estabelecida no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aplicando-se a taxa SELIC, inclusive no que toca os juros moratórios.*
- *Remessa necessária a apelação improvidas.*

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, ApReeNec- 5028838-46.2018.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MONICA NOBRE, julgado em 11/10/2019, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 15/10/2019)

AGRAVOS INTERNOS EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. PIS/COFINS. ICMS. COMPENSAÇÃO. AGRAVO DA UNIÃO FEDERAL IMPROVIDO. AGRAVO DA IMPETRANTE PROVIDO.

1. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

2. No caso, a impetrante comprovou sua condição de credora tributária, a qual exsurge do objeto do contrato social, satisfazendo a exigência para fins de compensação.

3. Agravo da União Federal improvido.

4. Agravo da impetrante provido.

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, ApReeNec- 5001461-35.2017.4.03.6133, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA, julgado em 18/09/2019, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 25/09/2019)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO PRESENTE. POSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS.

I - Os embargos de declaração visam ao saneamento da decisão, mediante a correção de obscuridade, contradição, omissão ou erro material (art. 1.022 do CPC).

II – Assiste razão à embargante quanto à omissão do acórdão acerca da possibilidade de restituição dos valores indevidamente recolhidos.

III – Tanto esta E. Terceira Turma quanto o C. STJ já se manifestaram no sentido de ser possível, em sede de mandado de segurança, o deferimento da repetição pelo contribuinte por meio de compensação ou restituição. Precedentes.

IV - Embargos de declaração acolhidos para sanar a omissão apontada e reconhecer também a possibilidade de restituição do indébito tributário objeto dos presentes autos, ressalvado o direito da autoridade administrativa em proceder à plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados/restituídos, exatidão dos números e documentos comprobatórios, "quantum" a compensar/restituir e conformidade do procedimento adotado com a legislação de regência.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, ApReeNec- 5002324-90.2017.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA, julgado em 04/04/2019, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 25/09/2019)"

No que tange à compensação, dispõe o art. 170 do Código Tributário Nacional que tal instituto deve observar as disposições legais, as quais, em matéria de contribuição previdenciária somente se mostra possível entre tributos da mesma espécie.

Isso porque a Lei n. 8.383/91, em seu art. 66, § 1º, pela primeira vez autorizou a compensação entre tributos e contribuições, inclusive previdenciárias, desde que da mesma espécie.

Na sequência, o art. 74, da Lei n. 9.430/96, passou a permitir a compensação entre tributos de espécies diferentes, desde que submetidos à administração da Secretaria da Receita Federal e por esta devidamente autorizada.

Ademais, tal dispositivo teve a sua redação alterada pela Lei n. 10.637/02 para dispensar a mencionada autorização.

Assim, percebe-se que, em relação às contribuições previdenciárias, não há previsão legal para a compensação entre tributos de espécies diversas, nem mesmo com o advento da Lei n. 11.457/07, a qual unificou as atribuições da Secretaria da Receita Federal, bem como de tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança e recolhimento das contribuições sociais na Secretaria da Receita Federal do Brasil, uma vez que a própria lei, em seu art. 26, parágrafo único, vedou a aplicação do mencionado art. 74 da Lei n. 9.430/96.

Ressalta-se que os créditos relativos a contribuições previdenciárias só podem ser compensados com outros de contribuição previdenciária vencidos.

A Lei nº 11.457/07:

Art. 26. O valor correspondente à compensação de débitos relativos às contribuições de que trata o art. 2º desta Lei será repassado ao Fundo do Regime Geral de Previdência Social no máximo 2 (dois) dias úteis após a data em que ela for promovida de ofício ou em que for deferido o respectivo requerimento.

Parágrafo único. O disposto no art. 74 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996, não se aplica às contribuições sociais a que se refere o art. 2º desta Lei. (Grifei)

A Lei nº 9.430/96:

Art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão.

§ 3º Além das hipóteses previstas nas leis específicas de cada tributo ou contribuição, não poderão ser objeto de compensação mediante entrega, pelo sujeito passivo, da declaração referida no § 1º

I - o saldo a restituir apurado na Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda da Pessoa Física;

II - os débitos relativos a tributos e contribuições devidos no registro da Declaração de Importação.

III - os débitos relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal que já tenham sido encaminhados à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional para inscrição em Dívida Ativa da União;

IV - o débito consolidado em qualquer modalidade de parcelamento concedido pela Secretaria da Receita Federal - SRF;

V - o débito que já tenha sido objeto de compensação não homologada, ainda que a compensação se encontre pendente de decisão definitiva na esfera administrativa; e

VI - o valor objeto de pedido de restituição ou de ressarcimento já indeferido pela autoridade competente da Secretaria da Receita Federal - SRF, ainda que o pedido se encontre pendente de decisão definitiva na esfera administrativa

§ 4º Os pedidos de compensação pendentes de apreciação pela autoridade administrativa serão considerados declaração de compensação, desde o seu protocolo, para os efeitos previstos neste artigo.

§ 5º O prazo para homologação da compensação declarada pelo sujeito passivo será de 5 (cinco) anos, contado da data da entrega da declaração de compensação.

§ 6º A declaração de compensação constitui confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a exigência dos débitos indevidamente compensados.

§ 7º Não homologada a compensação, a autoridade administrativa deverá cientificar o sujeito passivo e intimá-lo a efetuar, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da ciência do ato que não a homologou, o pagamento dos débitos indevidamente compensados.

§ 8º Não efetuado o pagamento no prazo previsto no § 7º, o débito será encaminhado à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional para inscrição em Dívida Ativa da União, ressalvado o disposto no § 9º.

§ 9o É facultado ao sujeito passivo, no prazo referido no § 7o, apresentar manifestação de inconformidade contra a não-homologação da compensação.

§ 10. Da decisão que julgar improcedente a manifestação de inconformidade caberá recurso ao Conselho de Contribuintes.

§ 11. A manifestação de inconformidade e o recurso de que tratam os §§ 9o e 10 obedecerão ao rito processual do Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972, e enquadram-se no disposto no inciso III do art. 151 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional, relativamente ao débito objeto da compensação.

§ 12. Será considerada não declarada a compensação nas hipóteses.

I - previstas no § 3o deste artigo,

II - em que o crédito:

a) seja de terceiros,

b) refira-se a "crédito-prêmio" instituído,

c) refira-se a título público,

d) seja decorrente de decisão judicial não transitada em julgado; ou

e) não se refira a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal - SRF,

f) tiver como fundamento a alegação de inconstitucionalidade de lei, exceto nos casos em que a lei:

1 - tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade ou em ação declaratória de constitucionalidade,

2 - tenha tido sua execução suspensa pelo Senado Federal,

3 - tenha sido julgada inconstitucional em sentença judicial transitada em julgado a favor do contribuinte; ou ,

4 - seja objeto de súmula vinculante aprovada pelo Supremo Tribunal Federal nos termos do art. 103-A da Constituição Federal. ,

§ 13. O disposto nos §§ 2o e 5o a 11 deste artigo não se aplica às hipóteses previstas no § 12 deste artigo,

§ 14. A Secretaria da Receita Federal - SRF disciplinará o disposto neste artigo, inclusive quanto à fixação de critérios de prioridade para apreciação de processos de restituição, de ressarcimento e de compensação. ,

§ 15. Será aplicada multa isolada de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do crédito objeto de pedido de ressarcimento indeferido ou indevido.

§ 16. O percentual da multa de que trata o § 15 será de 100% (cem por cento) na hipótese de ressarcimento obtido com falsidade no pedido apresentado pelo sujeito passivo.

§ 17. Aplica-se a multa prevista no § 15, também, sobre o valor do crédito objeto de declaração de compensação não homologada, salvo no caso de falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo.

Observa-se que as exceções à compensação permitida pelo artigo 74, da Lei nº 9430/96, além das previstas pelo seu §3º, inclui, também, a expressamente mencionada pelo artigo 26 da Lei nº 11.457/07.

Nesse contexto, foi editada a Instrução Normativa RFB n. 900, de 31 de dezembro de 2008, regulamentando a aludida vedação trazida pela Lei n. 11.457/07, não se podendo cogitar da alegada ilegalidade, porquanto observa as limitações contidas na própria lei.

Confira-se:

Art. 1º A restituição e a compensação de quantias recolhidas a título de tributo administrado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), a restituição e a compensação de outras receitas da União arrecadadas mediante Documento de Arrecadação de Receitas Federais (DARF) ou Guia da Previdência Social (GPS) e o ressarcimento e a compensação de créditos do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), da Contribuição para o PIS/Pasep e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) e do Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras (Reintegra), serão efetuados conforme o disposto nesta Instrução Normativa. (Redação dada pela Instrução Normativa RFB nº 1.224, de 23 de dezembro de 2011)

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se ao reembolso de quotas de salário-família e salário-maternidade, bem como à restituição e à compensação relativas a:

I - contribuições previdenciárias:

a) das empresas e equiparadas, incidentes sobre a remuneração paga ou creditada aos segurados a seu serviço, bem como sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, relativamente a serviços que lhe são prestados por cooperados por intermédio de cooperativas de trabalho;

b) dos empregadores domésticos;

c) dos trabalhadores, incidentes sobre seu salário de contribuição;

d) instituídas a título de substituição; e) valores referentes à retenção de contribuições previdenciárias na cessão de mão-de-obra e na empreitada; e

II - contribuições recolhidas para outras entidades ou fundos.

E ainda na mesma instrução:

Art. 34. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive o reconhecido por decisão judicial transitada em julgado, relativo a tributo administrado pela RFB, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a tributos administrados pela RFB, ressalvadas as contribuições previdenciárias, cujo procedimento está previsto nos arts. 44 a 48, e as contribuições recolhidas para outras entidades ou fundos.

Art. 44. O sujeito passivo que apurar crédito relativo às contribuições previdenciárias previstas nas alíneas "a" a "d" do inciso I do parágrafo único do art. 1º, passível de restituição ou de reembolso, poderá utilizá-lo na compensação de contribuições previdenciárias correspondentes a períodos subsequentes.

Na Seção VII, Da Compensação de ofício,

Art. 51. Na hipótese de restituição ou ressarcimento dos demais créditos ou do saldo remanescente de que trata o parágrafo único do art. 50, existindo no âmbito da RFB e da PGFN débitos tributários vencidos e exigíveis do sujeito passivo, exceto débitos de contribuições de que tratam os incisos I e II do parágrafo único do art. 1º, observar-se-á, na compensação de ofício, sucessivamente:

I - em 1º (primeiro) lugar, os débitos por obrigação própria e, em 2º (segundo) lugar, os decorrentes de responsabilidade tributária;

II - primeiramente, as contribuições de melhoria, depois as taxas, em seguida, os impostos ou as contribuições sociais;

III - na ordem crescente dos prazos de prescrição;

IV - na ordem decrescente dos montantes.

Parágrafo único. A prioridade de compensação entre os débitos tributários relativos a juros e multas exigidos de ofício isoladamente, inclusive as multas decorrentes do descumprimento de obrigações tributárias acessórias, bem como entre referidos débitos e os valores devidos a título de tributo, será determinada pela ordem crescente dos prazos de prescrição.

Denota-se da leitura dos dispositivos transcritos, que a vedação à compensação de tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal com contribuições previdenciárias é expressamente prevista.

Neste sentido, registro o seguinte julgado do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE DE ANALISAR OFENSA A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. COMPENSAÇÃO . EXIGÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA. NORMA VIGENTE AO TEMPO DO AJUIZAMENTO DA DEMANDA. COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS DE TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA RECEITA FEDERAL COM DÉBITOS PREVIDENCIÁRIOS CUJA COMPETÊNCIA ERA DO INSS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 26 DA LEI 11.457/2007. VEDAÇÃO EXPRESSA À APLICAÇÃO DO ART. 74 DA LEI 9.430/96. 1. Inviável discutir, em Recurso Especial, ofensa a dispositivos constitucionais, porquanto seu exame é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o art. 102, III, da CF. 2. A compensação tributária depende de previsão legal e deve ser processada dentro dos limites da norma autorizativa, aplicando-se a regra vigente ao tempo do ajuizamento da demanda. 3. O art. 74 da Lei 9.430/96, com as alterações promovidas pela Lei 10.637/02, autoriza a compensação de créditos apurados pelo contribuinte com quaisquer tributos e contribuições "administrados pela Secretaria da Receita Federal". A regra já não permitia a compensação de créditos tributários sob o pálio daquele órgão, com débitos previdenciários, de competência do INSS. 4. A Lei 11.457/2007 criou a Secretaria da Receita Federal do Brasil, a partir da unificação dos órgãos de arrecadação federais. Transferiu-se para a nova SRFB a administração das contribuições previdenciárias previstas no art. 11 da Lei 8.212/91, assim como as instituídas a título de substituição. 5. A referida norma, em seu art. 26, consignou expressamente que o art. 74 da Lei 9.430/96 é inaplicável às exações cuja competência para arrecadar tenha sido transferida, ou seja, vedou a compensação entre créditos de tributos que eram administrados pela antiga Receita Federal com débitos de natureza previdenciária, até então de responsabilidade do INSS. 6. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido".

(STJ - 2ª Turma, REsp 1235348, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 02/05/2011)

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA RECEITA FEDERAL (CRÉDITOS DE PIS E COFINS DECORRENTES DE EXPORTAÇÃO) COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 26 DA LEI Nº 11.457/07. PRECEDENTES.

1. É ilegítima a compensação de créditos tributários administrados pela antiga Receita Federal (PIS e COFINS decorrentes de exportação) com débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (art. 11 da Lei n. 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida no art. 26 da Lei n. 11.457/07. Precedentes.

2. O art. 170 do CTN é claro ao submeter o regime de compensação à expressa previsão legal. Em outras palavras, é ilegítima a compensação não prevista em lei. No caso, há regra expressa no ordenamento jurídico, especificamente o art. 26 da Lei 11.457/07, a impedir a compensação pretendida pela recorrente.

3. Recurso especial não provido.

(REsp 1243162/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/03/2012, DJe 28/03/2012)

PROCESSUAL CIVIL - TRIBUTÁRIO - LC 118/2005 - ENTENDIMENTO DO STF - COFINS - PIS - 1º DO ARTIGO 3º DA LEI 9.718/98 - RECEITA BRUTA - FATURAMENTO - LEI Nº 9.718/98 - VIOLAÇÃO AO ART. 195, I DA CF/88 - OCORRÊNCIA - SUPERVENIÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF - LEIS NºS 10.833/2003 E 10.637/2002 - APLICABILIDADE - COMPENSAÇÃO - TRÂNSITO EM JULGADO - Trata-se de apelações interpostas contra sentença que julgou procedente o pedido inicial para condenar a União à compensação de valores recolhidos a título de PIS e COFINS com base nas Leis nº 9.718/98, 10.637/2002 e 10.833/2003, com débitos oriundos de quaisquer tributos, exceto contribuições previdenciárias, observada a prescrição decenal. - Ao analisar o RE 566.621/RS, no qual apreciou a constitucionalidade do artigo 4º da LC 118/05, considerando inconstitucional sua parte final, no ponto em que afirma que o art. 3º da mencionada Lei Complementar tem caráter de lei interpretativa retroagindo e alcançando fatos pretéritos, a Corte entendeu, por fim, que as ações ajuizadas a partir de 09/06/2005, ou seja, 120 dias após a vigência da lei, aplica-se o prazo prescricional de 05 (cinco) anos. - Portanto, considerando que a presente demanda foi proposta em momento posterior à vigência da lei 118/05, encontram-se prescritos todos os valores que antecedem o quinquênio anterior ao ajuizamento da ação, de modo que somente podem ser objeto de compensação aqueles concernentes ao quinquênio que antecede a propositura da demanda. - É necessário destacar o prejuízo ao exame quanto à inconstitucionalidade do parágrafo 1º do art. 3º da Lei 9718/98. Com efeito, esta discussão já se encontra definitivamente superada por conta do entendimento do STF na matéria, pacificada desde novembro de 2005, por ocasião do julgamento, pelo Tribunal Pleno, dos RE 357.950/RS, 358.273/RS, 390.840/MG e RE 346.084-6, de que foi relator o Ministro MARCO AURÉLIO. - Restam indevidos os valores recolhidos a título de PIS e COFINS nos termos do art. 3º, parágrafo 1º da Lei 9.718/98. A edição da EC 20/98 e posteriormente a vigência das Leis 10.637/02 e 10.833/03, resultado da conversão das Medidas Provisórias nºs 135 e 66, afastou o motivo pelo qual a Lei 9.718/98 era inconstitucional, de modo que estas leis devem ser observadas na incidência do PIS e da COFINS. - Destaque-se que os valores, objeto de compensação, devem corresponder àqueles recolhidos sob a vigência do art. 3º, parágrafo 1º da Lei 9.718/98 até a vigência das Medidas Provisórias 66 e 135, limitado ao decênio legal anterior à propositura da ação corrigidos monetariamente pela taxa SELIC, que não pode ser cumulada com qualquer outro índice de juros. - A compensação de tributo objeto de discussão judicial apenas pode ser promovida após o trânsito em julgado (art. 170-A, do CTN), podendo o pagamento indevido do PIS e da COFINS ser compensado com quaisquer tributos administrados pela Receita Federal do Brasil (art. 74 da Lei 9.430/96), com exceção das contribuições previdenciárias previstas no art. 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c", da Lei 8.212/91 (art. 26 da Lei 11.457/2007). - Aplicabilidade do art. 170-A do CTN, uma vez que a presente ação foi ajuizada na vigência do referido dispositivo legal. - Precedentes citados: (AC 00075489820104058100, Desembargadora Federal Nilcéa Maria Barbosa Maggi, TRF5 - Quarta Turma, 24/03/2011; AC 00081723220104058300, Desembargador Federal Francisco Wildo, TRF5 - Segunda Turma, 24/03/2011). - Nego provimento à apelação do autor, e dou provimento ao apelo da Fazenda Nacional para declarar a legalidade da cobrança da PIS e da COFINS com base nas Leis 10.637/02 e 10.833/03, e estabelecer que a compensação de todos os valores indevidamente recolhidos a título de contribuição PIS e COFINS, devem ocorrer de acordo com a legislação em vigor à época do ajuizamento da ação, observada a prescrição quinquenal. (APELREEX 200784000096206, Desembargador Federal Sérgio Murilo Wanderley Queiroga, TRF5 - Segunda Turma, DJE - Data::19/12/2012 - Página::314.)"

Desse modo, os créditos de PIS e COFINS podem ser compensados com quaisquer tributos administrados pela Receita Federal do Brasil, exceto com contribuições previdenciárias.

Ressalta-se que, houve a revogação do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 11.457/2007, pelo art. 8º da Lei nº 13.670, de 30/05/2018, que também incluiu o art. 26 -A à Lei nº 11.457/2007, alterando o sistema de compensação, para os contribuintes que se utilizarem do eSocial.

Portanto, a compensação tributária dos valores indevidamente recolhidos pode ser efetuada com quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, elucidando a aplicabilidade do disposto no art. 74 da Lei nº 9.430/96, vedando a compensação com as contribuições previdenciárias nele mencionadas.

Por fim, aplica-se ao caso o disposto no art. 170-A, do Código Tributário Nacional, introduzido pela Lei Complementar n. 104, de 10 de janeiro de 2001, que estabelece ser vedada a compensação "mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial", porquanto a ação foi ajuizada na vigência da referida lei.

Nesse sentido é a orientação firmada pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Recursos Especiais ns. 1.164.452/MG e 1.167.039/DF, submetidos ao rito dos recursos repetitivos, nos termos do art. 543-C, do Código de Processo Civil:

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. LEI APLICÁVEL. VEDAÇÃO DO ART. 170-a DO CTN. INAPLICABILIDADE A DEMANDA ANTERIOR À LC 104/2001.

1. A lei que regula a compensação tributária é a vigente à data do encontro de contas entre os recíprocos débito e crédito da Fazenda e do contribuinte. Precedentes.

2. Em se tratando de compensação de crédito objeto de controvérsia judicial, é vedada a sua realização "antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial", conforme prevê o art. 170-a do CTN, vedação que, todavia, não se aplica a ações judiciais propostas em data anterior à vigência desse dispositivo, introduzido pela LC 104/2001. Precedentes.

3. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08."

(1ª Seção, REsp 1.164.452/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 25.08.2010, DJe 02.09.10)

"TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. ART. 170-a DO CTN. REQUISITO DO TRÂNSITO EM JULGADO. APLICABILIDADE A HIPÓTESES DE INCONSTITUCIONALIDADE DO TRIBUTO RECOLHIDO.

1. Nos termos do art. 170-a do CTN, "é vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial", vedação que se aplica inclusive às hipóteses de reconhecida inconstitucionalidade do tributo indevidamente recolhido.

2. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08".

(1ª Seção, REsp n. 1.167.039/DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 25.08.10, DJe 02.09.10).

A comprovação dos valores a serem compensados poderá ser feita perante a própria Receita, nos termos da legislação tributária, sem que haja a necessária vinculação aos valores devidamente comprovados nos autos.

Com efeito, o entendimento jurisprudencial dessa Corte Regional e do C. Superior Tribunal de Justiça é no sentido da desnecessidade de prova pré-constituída do crédito tributário, quando o pedido do provimento judicial limita-se a simples declaração da inexigibilidade do crédito tributário e o consequente direito à compensação dos créditos aferidos, bastando a prova de credor tributário. Nesses termos, considerando que a compensação se dará administrativamente, nos termos impostos pela legislação tributária e sob a fiscalização da autoridade impetrada, desnecessária a vinculação dos valores a serem compensados à sua comprovação nos presentes autos.

Nesse sentido o REsp 111164/BA, julgado em regime de recurso repetitivo, *in verbis*:

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPETRAÇÃO VISANDO EFEITOS JURÍDICOS PRÓPRIOS DA EFETIVA REALIZAÇÃO DA COMPENSAÇÃO. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. NECESSIDADE.

1. No que se refere a mandado de segurança sobre compensação tributária, a extensão do âmbito probatório está intimamente relacionada com os limites da pretensão nele deduzida. Tratando-se de impetração que se limita, com base na súmula 213/STJ, a ver reconhecido o direito de compensar (que tem como pressuposto um ato da autoridade de negar a compensabilidade), mas sem fazer juízo específico sobre os elementos concretos da própria compensação, a prova exigida é a da "condição de credora tributária" (ERESP 116.183/SP, 1ª Seção, Min. Adhemar Maciel, DJ de 27.04.1998).

2. *Todavia, será indispensável prova pré-constituída específica quando, à declaração de compensabilidade, a impetração agrega (a) pedido de juízo sobre os elementos da própria compensação (v.g.: reconhecimento do indébito tributário que serve de base para a operação de compensação, acréscimos de juros e correção monetária sobre ele incidente, inexistência de prescrição do direito de compensar), ou (b) pedido de outra medida executiva que tem como pressuposto a efetiva realização da compensação (v.g.: expedição de certidão negativa, suspensão da exigibilidade dos créditos tributários contra os quais se opera a compensação). Nesse caso, o reconhecimento da liquidez e certeza do direito afirmado depende necessariamente da comprovação dos elementos concretos da operação realizada ou que o impetrante pretende realizar. Precedentes da 1ª Seção (REsp 903.367/SP, Min. Denise Arruda, DJe de 22.09.2008) e das Turmas que a compõem.*

3. *No caso em exame, foram deduzidas pretensões que supõem a efetiva realização da compensação (suspensão da exigibilidade dos créditos tributários abrangidos pela compensação, até o limite do crédito da impetrante e expedição de certidões negativas), o que torna imprescindível, para o reconhecimento da liquidez e certeza do direito afirmado, a pré-constituição da prova dos recolhimentos indevidos.*

4. *Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08." (REsp 111164/BA, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 25/05/2009)*

Relativamente à correção monetária, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.112.524, assentou entendimento sobre a aplicabilidade do Manual de Cálculos da Justiça Federal nas ações de repetição de indébito/compensação para fins de correção monetária, questão que, caso integre o pedido de forma implícita, constitui-se matéria de ordem pública, que pode ser incluída ex officio pelo juiz ou tribunal, *verbis*:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. *A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).*

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4ª 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pag. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.

4. A Tabela Única aprovada pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação /repetição de indébito, quais sejam: (I) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (II) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (III) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (IV) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (V) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (VII) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (VIII) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (IX) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (X) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (XI) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDcl no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. (...)

8. Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

(STJ - REsp 1.112.524 - Corte Especial - Relator Ministro Luiz Fux, j. 01.09.2010, DJe 30.09.2010, v.u.)

Dessa forma, está assentada pela jurisprudência dominante, a aplicabilidade do Manual de Cálculos da Justiça Federal, que dever ser utilizado no caso em apreço, o qual contempla os seguintes índices para os respectivos períodos, admitindo a incidência de expurgos inflacionários nas hipóteses determinadas adiante:

(1) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986;

(2) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986;

(3) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987;

(4) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês);

(5) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês);

(6) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990;

(7) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991);

(8) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991;

(9) IPCA série especial, em dezembro de 1991;

(10) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995;

(11) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996;

De outra parte, é de cautela observar que, no julgamento do Recurso Especial nº 111.175, sob o regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008, o C. Superior Tribunal de Justiça consolidou posicionamento sobre a aplicação da Taxa SELIC, a partir de 1º.01.1996, na atualização monetária do indébito tributário, que não pode ser acumulada com qualquer outro índice, seja de juros, seja de atualização monetária:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC - VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC - NÃO-OCORRÊNCIA - REPETIÇÃO DE INDÉBITO - JUROS DE MORA PELA TAXA SELIC - ART. 39, § 4º, DA LEI 9250/95 - PRECEDENTES DESTA CORTE.

1. Não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

2. Aplica-se a taxa SELIC, a partir de 1º/01/1996, na atualização monetária do indébito tributário, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de juros ou atualização monetária.

3. Se os pagamentos foram efetuados após 1º/01/1996, o termo inicial para a incidência do acréscimo será o do pagamento indevido; no entanto, havendo pagamentos indevidos anteriores à data de vigência da Lei 9250/95, a incidência da taxa SELIC terá como termo "a quo" a data de vigência do diploma legal em tela, ou seja, janeiro de 1996. Esse entendimento prevaleceu na Primeira Seção desta Corte por ocasião do julgamento dos EREsps 291257/SC, 399497/SC e 425709/SC. 4. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão sujeito à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c.c. a Resolução 8/2008, Presidência/STJ.

(REsp nº 111175/SP, 1ª Seção, Relatora Ministra Denise Arruda, DJe 01/07/2009).

Nesse diapasão, conclui-se, assim, pela aplicabilidade do Manual de Cálculos da Justiça Federal - mesmo que não tenha havido requerimento expresso da parte, pois se trata de matéria de ordem pública, que integra implicitamente o pedido - o qual contempla a incidência dos expurgos inflacionários somente nas situações acima descritas, e, quanto aos juros moratórios, tanto na hipótese de repetição de indébito, quanto na compensação, a 1ª Seção do C. Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que, anteriormente a 1º.01.1996, os juros de mora são devidos na razão de 1% (um por cento) ao mês, a partir do trânsito da sentença (art. 167, parágrafo único do CTN e Súmula STJ/188). Após 1º.01.1996, são calculados com base a taxa SELIC, desde o recolhimento indevido, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de atualização monetária, seja de juros, *in verbis*:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVOS REGIMENTAIS NO RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ADICIONAL DE 1/3 DE FÉRIAS E QUINZE PRIMEIROS DIAS DO AUXÍLIO-DOENÇA. NÃO INCIDÊNCIA. FÉRIAS USUFRUÍDAS E SALÁRIO-MATERNIDADE. INCIDÊNCIA. RESP 1.230.957/RS SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC. COMPENSAÇÃO DO INDÉBITO. JUROS DE MORA. CUMULAÇÃO COM A TAXA SELIC. IMPOSSIBILIDADE. ART. 170-A. AGRAVOS REGIMENTAIS NÃO PROVIDOS.

1. A Primeira Seção desta Corte ao apreciar o REsp 1.230.957/RS, processado e julgado sob o rito do art. 543-C do CPC, confirmou a não incidência da contribuição previdenciária sobre os primeiros 15 dias do pagamento de auxílio-doença e sobre o adicional de férias, por configurarem verbas indenizatórias. Restou assentado, entretanto, que incide a referida contribuição sobre o salário-maternidade, por configurar verba de natureza salarial.

2. "O pagamento de férias gozadas possui natureza remuneratória e salarial, nos termos do art. 148 da CLT, e integra o salário-de-contribuição. Saliente-se que não se discute, no apelo, a incidência da contribuição sobre o terço constitucional" (AgRg no Ag 1.426.580/DF, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 12/4/12).

3. Na compensação tributária deve-se observar a lei de vigência no momento da propositura da ação, ressaltando-se o direito do contribuinte de compensar o crédito tributário pelas normas posteriores na via administrativa (REsp 1.137.738/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 1º/2/10, submetido ao procedimento dos recursos repetitivos previsto no art. 543-C do CPC)

4. Os valores recolhidos indevidamente devem sofrer a incidência de juros de mora de 1% ao mês, devidos desde o trânsito em julgado da decisão até 1º/1/96. A partir desta data incide somente a Taxa SELIC, vedada sua cumulação com quaisquer outros índices, seja de correção monetária, seja de juros. Não tendo havido o trânsito em julgado, deve incidir apenas a Taxa SELIC. (grifei)

5. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a restrição contida no art. 170-A do CTN é plenamente aplicável às demandas ajuizadas após 10/1/01, caso dos autos.

6. Agravos regimentais não providos.

(STJ - AgRg no Recurso Especial 1.251.355-PR, DJe 08.05.2014, rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA)

Conforme mencionado no Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.112.524, transcrito linhas acima, os juros de mora traduzem igualmente matéria de ordem pública, passível de ter o seu regramento estabelecido *ex officio* pelo juiz ou tribunal.

Feitas essas considerações, é de se firmar tal orientação interpretativa, consubstanciada na natureza eminentemente processual das normas que regem os acessórios da condenação, para permitir que a Lei 11.960/09 incida de imediato aos processos em andamento, sem, contudo, retroagir a período anterior à sua vigência. Isso porque, a referida legislação veio alterar a forma de cálculo da correção monetária e dos juros de mora, que nada mais são do que consectários legais da condenação principal e, como tais, possuem natureza de questão de ordem pública, consoante acima explicitado.

Ademais, em razão do seu caráter cogente, as normas de ordem pública hão de ser observadas imediatamente, não se sujeitando a exceção do artigo 6º, *caput*, da LICC, concernente à garantia do direito adquirido, porquanto este é voltado à proteção do direito material.

Assim, ficam a correção monetária e os juros moratórios fixados na forma acima disciplinada, observando-se, para tanto, o caso concreto.

Por fim, saliente-se que, na contabilização dos valores a serem compensados, deve ser respeitada a prescrição quinquenal, nos moldes exarados pelo Magistrado *a quo*.

Diante do exposto, nos termos do art. 932, IV e V do CPC de 2015, **nego provimento ao reexame necessário e à apelação da impetrada, e dou parcial provimento à apelação da impetrante**, para estabelecer a compensação dos valores pagos indevidamente, nos termos retro mencionados. **No mais, mantida a sentença a quo.**

Publique-se. Intimem-se.

Decorrido o prazo recursal, baixemos autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: COMPANHIA AGRICOLA ZILLO LORENZETTI, UNIÃO FEDERAL

Advogado do(a) APELANTE: JAYME CESTARI - SP6718

APELADO: LUIZ CARLOS SILVA, COMPANHIA AGRICOLA ZILLO LORENZETTI, UNIÃO FEDERAL

Advogado do(a) APELADO: ADJAIR FERREIRA BOLANE - SP58275

Advogado do(a) APELADO: JAYME CESTARI - SP6718

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0015322-70.2007.4.03.9999

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: COMPANHIA AGRICOLA ZILLO LORENZETTI, UNIÃO FEDERAL

Advogado do(a) APELANTE: JAYME CESTARI - SP6718

APELADO: LUIZ CARLOS SILVA, COMPANHIA AGRICOLA ZILLO LORENZETTI, UNIÃO FEDERAL

Advogado do(a) APELADO: ADJAIR FERREIRA BOLANE - SP58275

Advogado do(a) APELADO: JAYME CESTARI - SP6718

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de apelação interposta pela União e pela Zillo, em face da r. sentença de parcial procedência, proferida nesses autos de ação de indenização por danos materiais e morais, promovida por LUIZ CARLOS SILVA, contra as rés, pessoas jurídicas, COMPANHIA AGRICOLA ZILLO LORENZETTI e UNIÃO FEDERAL, sucessora da RFFSA.

A petição inicial (ID 125431733), distribuída à 1ª Vara da Comarca de Pederneras/SP veiculou, em suma, o seguinte, como bem relatou a r. sentença (ID 125431737):

[...]

LUIZ CARLOS SILVA, RG 24.489.723-1-SSP/SP, propõe ação de reparação de danos materiais e morais contra COMPANHIA AGRICOLA ZILLO LORENZETTI alegando que no dia 2 de setembro de 1985 era transportado para o trabalho em veículo de propriedade de sua empregadora, ora ré, um caminhão Dodge, quando por culpa do motorista, ao atravessar os trilhos da FEPASA, numa passagem de nível existente no distrito de Guainás, neste município, foi colhido por uma composição férrea, trem prefixo 3586; desse acidente ficou incapacitado para o trabalho.

[...]

Contestação da Zillo (ID 125431733), da RFFSA (ID 125431733). Réplica (ID 125431733).

Requerida, deferida e produzida a prova testemunhal e pericial. Quesitos do autor e da RFFSA (ID 125431737). Laudo Pericial juntado (ID 125431737).

Sobreveio a r. sentença (ID 125431737) que julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, na forma do dispositivo abaixo transcrito, em seus trechos essenciais:

[...]

No mérito, é de se buscar, primeiramente, a culpa pelo evento. Considere-se que do acidente em questão, ocorrido em 02 de setembro de 1985, inúmeros outros processos indenizatórios já foram decididos em definitivo. Inclusive a prova emprestada é usada pelas partes neste feito.

[...]

O motorista do caminhão, em indisfarçável imprudência, atravessou a via férrea deixando de obedecer a farta sinalização existente, que devia conhecer, pois acostumado a fazer o mesmo percurso. A culpa do maquinista consistiu em imprimir velocidade excessiva naquele trecho da ferrovia, apesar do conhecimento indiscutível da existência da perigosa passagem de nível, de veículos e pedestres; tivesse em velocidade adequada, certamente teria tido condições de parar o trem e não colher o veículo imprudentemente dirigido pelo motorista da denunciante. Desse teor a Apelação Cível nº 246.863.1/6 – TJSP, relator Des. Cunha Cintra.

A ré e a denunciada são responsáveis pela reparação civil em face da conduta culposa grave de seus empregados (Código Civil, art. 1.521, III).

[...]

O autor, após consolidação das lesões, permanece com sequelas traumáticas na mão esquerda e no membro inferior direito, de caráter permanente, com redução da capacidade funcional em percentual de 20% (v. fl. 349).

[...]

Ante o exposto JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a lide principal para condenar a ré no pagamento ao autor na indenização correspondente a uma pensão mensal equivalente a 20% (...) do salário recebido na época do evento, devida desde essa data, até quando o autor completar 65 (...) anos de idade, com acréscimo, nas prestações atrasadas, de juros de mora de 6% (...) ao ano e da correção monetária, com apuração em liquidação de sentença e pelo dano moral que arbitro em 40 (...) salários mínimos do tempo da sentença, com juros de mora de 6% (...) ao ano contados da citação.

Diante da sucumbência preponderante, condeno a ré no pagamento das custas, honorários do perito médico que fixo em 3 (...) salários mínimos e honorários advocatícios de 10% (...) sobre o valor do débito corrigido até sentença.

JULGO PROCEDENTE a denunciação da lide para condenar a denunciada ao reembolso à denunciante de 50% (...) do que esta for obrigada a pagar no pleito principal, inclusive sucumbência.

[...]

Interposta apelação pela ZILLO que, em suas razões recursais (ID 125431737), sustenta, em síntese, o seguinte: que o autor não faz jus à indenização por danos morais, primeiro porque não fez prova do dano e segundo porque o acidente ocorreu antes da Constituição Federal de 1988; afirma que a responsabilidade pelo acidente é exclusivamente da RFFSA e invoca os arts. 12, § 3º e 46, do Decreto nº 2.089, de 1963; e insurge-se contra a fixação da verba honorária, sob o argumento de que é a hipótese de sucumbência recíproca.

Contrarrazões do autor (ID 125431737).

Interposta apelação pela UNIÃO que, em suas razões recursais (ID 125431738), sustenta, em síntese, o seguinte: que a Justiça Federal é incompetente para o julgamento do feito, por se tratar de acidente de trabalho; defende a nulidade da r. sentença, sob o argumento de que foi proferida antes do final da instrução; alega a ocorrência da prescrição quinquenal; aduz que a situação dos autos não justifica a denunciação da lide; e sustenta que não restou comprovada a culpa.

Sem contrarrazões.

Vieramos autos a esta E. Corte.

Conflito de Competência, suscitante o Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO, suscitada a Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA, uma vez que se trata de pedido de indenização por danos em acidente ocorrido em via férrea, a caminho do trabalho (ID 125431738). Julgado procedente.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0015322-70.2007.4.03.9999
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: COMPANHIA AGRICOLA ZILLO LORENZETTI, UNIÃO FEDERAL
Advogado do(a) APELANTE: JAYME CESTARI - SP6718
APELADO: LUIZ CARLOS SILVA, COMPANHIA AGRICOLA ZILLO LORENZETTI, UNIÃO FEDERAL
Advogado do(a) APELADO: ADJAIR FERREIRA BOLANE - SP58275
Advogado do(a) APELADO: JAYME CESTARI - SP6718
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

“EMENTA”

APELAÇÃO CÍVEL. ACIDENTE FERROVIÁRIO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL, DECRETO Nº 20.919, DE 1932. INAPLICÁVEL. DANO, EVENTO DANOSO E NEXO DE CAUSALIDADE. COMPROVADOS. EVENTO DANOSO OCORRIDO ANTES D CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO CÓDIGO CIVIL DE 1916. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. NÃO CONFIGURADA. APELAÇÕES NÃO PROVIDAS. SENTENÇA MANTIDA.

- 1. Cinge-se a controvérsia em apurar se a responsabilidade pelo acidente ferroviário, narrado na inicial, deve ser atribuída às rés, ensejando a condenação no dever de indenizar, por danos materiais e morais.*
- 2. O autor busca indenização por danos materiais e morais, em razão de acidente ocorrido no momento da travessia de passagem de nível em via férrea, à época, administrada pela FEPASA, sucedida pela RFFSA, que por sua vez foi extinta e posteriormente sucedida pela União Federal. Portanto, a matéria discutida nos autos trata de responsabilidade civil e não de acidente do trabalho.*
- 3. No momento do acidente a responsável pela ferrovia era a FEPASA e por ocasião da propositura da ação, a responsabilidade era da então denunciada, RFFSA, empresas de economia mista, que não estavam incluídas no rol de beneficiárias do prazo prescricional quinquenal de que trata o art. 1º do referido decreto, portanto, do ponto de vista do Decreto nº 20.919, de 1932, não há que se falar em prescrição do direito de agir do autor.*
- 4. A responsabilidade civil da Administração Pública ou de quem, em seu nome, presta esse serviço público, é, por determinação legal, objetiva, haja vista que o dever imposto pela lei, de que o prestador do serviço de transporte ferroviário garanta a segurança, não apenas daqueles que se utilizam do serviço prestado, mas também dos transeuntes, impõe a colocação de barreiras físicas, de sinalização e a efetiva fiscalização de forma a impedir a circulação, desprovida de segurança, de pessoas e de veículos, em especial em local tão movimentado e dentro do perímetro urbano.*
- 5. A responsabilidade civil objetiva da Administração, nos moldes acima referidos, não elide a configuração da culpa da ZILLO, para a ocorrência do fato danoso, uma vez que não agiu com o dever de cuidado e, por meio de seu preposto, expôs as pessoas que se encontravam no caminhão, a situação de risco, ao ultrapassar a passagem de nível da via férrea, sem a devida cautela.*
- 6. Comprovada a culpa, o dano, o evento danoso e o nexo de causalidade entre a conduta dos agentes e o evento danoso, configurando o dever de indenizar, por danos.*

7. *No que se refere ao fato do acidente ter ocorrido antes do evento da Constituição Federal de 1988, em nada modifica o direito do autor de ser indenizado por danos morais, haja vista que à época do evento vigia o Código Civil de 1916, que já previa a reparação dos danos extrapatrimoniais, do qual, o dano moral, é uma modalidade.*

8. *O pedido inicial é de indenização por danos materiais, pensão alimentícia, e danos morais e a r. sentença reconheceu o direito a ambos. O fato de não terem sido determinados no mesmo patamar em que foram requeridos, não configura a hipótese de sucumbência recíproca.*

9. *Nega-se provimento à apelação da UNIÃO e da ZILLO, para manter a r. sentença, por seus próprios fundamentos.*

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Cinge-se a controvérsia em apurar se a responsabilidade pelo acidente ferroviário, narrado na inicial, deve ser atribuída às rés, ensejando a condenação no dever de indenizar, por danos materiais e morais.

Da preliminar de incompetência da Justiça Federal

A União sustenta a incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o presente feito, sob o argumento de que se trata de acidente do trabalho.

Não assiste razão à apelante.

O autor busca indenização por danos materiais e morais, em razão de acidente ocorrido no momento da travessia de passagem de nível em via férrea, à época, administrada pela FEPASA, sucedida pela RFFSA, que por sua vez foi extinta e sucedida pela União Federal.

Portanto, a matéria discutida nos autos trata de responsabilidade civil e não de acidente do trabalho.

Rejeito a preliminar.

Da preliminar de nulidade da r. sentença

Defende a União a nulidade da r. sentença, sob o argumento de que foi proferida antes do final da instrução, ou seja, antes da juntada da Carta Precatória expedida para oitiva do condutor do trem.

Ressalto que na Audiência de Instrução, ocorrida em 12/12/200, presentes os representantes de todas as partes, assim ficou firmado:

[...]

Pelas partes reciprocamente foi requerida a desistência de depoimentos pessoais e pelo Dr. Adjar e Dr. Ézeo, foi dito que desistiam das oitivas de todas as testemunhas arroladas, aceitando, inclusive, as provas emprestadas solicitadas pela requerida, sob homologação judicial. A seguir pelo MM. Juiz foi dito que não mais havendo provas a serem produzidas, declarava encerrada a instrução, determinando às partes que passassem aos debates.

[...]

Pois bem, se a parte pretendia efetivamente produzir outras provas, aquele era o momento de se manifestar, restando, portanto, preclusa a pretensão.

Rejeito a preliminar.

Da prescrição

Aduz a União que ocorreu a prescrição quinquenal com fundamento no art. 1º do Decreto nº 20.919, de 1932, o qual prescreve que "as dívidas passivas da União, dos Estados e Municípios e bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do fato do qual se originaram".

As disposições contidas no Decreto nº 20.919, de 1932, somente passaram a vigor nas hipóteses de ação movida contra a União, na condição de sucessora da Rede Ferroviária Federal S/A., após a efetiva sucessão desta por aquela, fato que se deu com a edição da Medida Provisória nº 353, de 22/01/2007, posteriormente convertida na Lei nº 11.483, de 31/05/2007, portanto, depois da propositura da presente ação que se deu em 08/04/1998.

Analisando pelo prisma do Decreto nº 20.919, de 1932, há que se constatar que o acidente ocorreu em 02/09/1985 e que a ação foi ajuizada em 08/04/1998, ou seja, quase 12 (doze) anos depois da ocorrência do fato gerador do direito de ação.

Assim, no momento do acidente a responsável pela ferrovia era a FEPASA e por ocasião da propositura da ação, a responsabilidade era da então denunciada, RFFSA, empresas de economia mista, que não estavam incluídas no rol de beneficiárias do prazo prescricional quinquenal de que trata o art. 1º do referido decreto, portanto, do ponto de vista do Decreto nº 20.919, de 1932, não há que se falar em prescrição do direito de agir do autor.

Nesse sentido os julgados:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO/CONTRADIÇÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. ART. 37, § 6º, DA CF. DEMAIS ALEGAÇÕES. REJEIÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97. RESP 1.270.439/PR JULGAMENTO NA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC/73. TERMO INICIAL DOS JUROS. SÚMULA 54, STJ. RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL. NÃO INCIDÊNCIA DO ART. 407 DO CC. PRESCRIÇÃO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA SUSCEDIDA PELA UNIÃO. ART. 177 DO CC/1916. NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE CONDOTA E DANO CONFIGURADO. AUSÊNCIA DE CULPA EXCLUSIVA. REVISÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO. EFEITOS INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO.

[...]

5. Admitida em sede de aclaratórios por se tratar de matéria de ordem pública, a alegação prescrição não merece acolhimento, na medida em que a sucessão pela União Federal nos direitos, obrigações e ações judiciais da extinta Rede Ferroviária, ocorrida após a propositura da ação, tão somente em 22 de janeiro de 2007, com a edição da Medida Provisória nº 353, não tem o condão de alterar o diploma legal que regula o prazo prescricional. Portanto, inaplicável o Decreto 20.910/32.

[...]

(Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1316986/SP0026695-64.2008.4.03.9999 - DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA - QUARTA TURMA - Julgamento em 20/09/2017 - Publicado no e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/10/2017)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. PRELIMINAR DE OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO REJEITADA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ACIDENTE FATAL EM VIA FÉRREA. SUICÍDIO. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. DANOS MATERIAIS E MORAIS NÃO CONFIGURADOS. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

- A prescrição, para o caso dos autos, é vintenária, conforme a orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 685.119. DJe de 1.12.2008). Frise-se, por oportuno, que a alegada responsável pelo acidente (FEPASA) e sua primeira sucessora (RFFSA) não eram beneficiadas pelo prazo prescricional especial destinado à Fazenda Pública (Decreto nº 20.910-1932). Ademais, eventual aplicação desse prazo especial por força da sucessão pela União somente seria admissível a partir da Lei nº 11.483-2007, que estabeleceu essa sucessão, mas esse diploma é posterior ao ajuizamento da presente demanda (20.12.2002). Em suma, não ocorreu o mencionado evento extintivo da pretensão indenizatória.

(Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1830532/SP 0012213- 31.2009.4.03.6102 - DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE - QUARTA TURMA - Julgamento em 18/10/2017 - Publicado no e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/11/2017)

Da denunciação da lide

Sustenta a União que a situação dos autos não justifica a denunciação da lide.

Emsaneador, o Juízo *a quo* tratou dessa matéria de forma clara e objetiva, razão pela qual peço vênias para transcrever parte de sua fundamentação, para adotá-la como razão de decidir, para rejeitar a preliminar (ID 125431737):

[...]

A denúnciação à lide no presente processo é de ser mantida, evitando-se assim o uso autônomo das ações regressivas, mesmo porque denunciante e denunciada trocam acusações recíprocas, cada qual atribuindo a culpa do evento à outra. Certo que no Proc. n.º 709/89, anteriormente proposto, decidiu-se pelo descabimento da denúnciação (v. fl. 154), mas naquela situação jurídica, onde o autor somente fundamentou o pedido na culpa da ré na escolha de seu empregado e de exercer a devida vigilância sobre ele. Agora o autor propõe a ação, como facultado, de reparação de dano por acidente de veículo, imputando culpa à ré na condição de empregadora do motorista causador do evento, de modo a discutir quem foi o causador do acidente. A coisa julgada material incide unicamente no fundamento jurídico da ação anterior; não nesta de fundamento diverso.

[...]

Do mérito

Alegam as apelantes que não restou comprovada a culpa a ensejar o dever de indenizar por danos.

No que se refere à responsabilidade da UNIÃO, filio-me à teoria da Responsabilidade Objetiva da Administração Pública mesmo nas hipóteses de conduta omissiva, como posto no entendimento do C. STJ, no seguinte julgado:

DIREITO CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. AUSÊNCIA DE GRADES DE PROTEÇÃO NO LOCAL. DEMONSTRAÇÃO DE RELAÇÃO DE CAUSA E EFEITO ENTRE A OMISSÃO E AS MORTES.

[...]

2. Para que se configure a responsabilidade objetiva do ente público basta a prova da omissão e do fato danoso e que deste resulte o dano material ou moral.

[...]

6. Jurisdição sobre a referida marginal de competência da ré, incumbindo a ela a sua manutenção e sinalização, advertindo os motoristas dos perigos e dos obstáculos que se apresentam. A falta no cumprimento desse dever caracteriza a conduta negligente da Administração Pública e a torna responsável (art. 66, parágrafo único, do Decreto n.º 62.127/68) pelos danos que dessa omissão decorrerem.

[...]

(REsp 439408/SP RECURSO ESPECIAL 2002/0071492-6 - Ministro JOSÉ DELGADO - PRIMEIRA TURMA – Julgado em 05/09/2002 – Publicado no DJ 21/10/2002 p. 308 LEXSTJ vol. 159 p. 210)

O dever de indenizar por danos morais e materiais, ainda que nas hipóteses de responsabilidade objetiva, depende da inequívoca demonstração do evento danoso e do nexo de causalidade entre a conduta do agente, seja ela comissiva ou omissiva, e o dano demonstrado.

Assim, a possibilidade da indenização por danos morais e materiais não autoriza o reconhecimento da procedência automática do requerido pela parte, pois, não exclui a responsabilidade dos autores em comprovar os fatos constitutivos do direito pleiteado e das alegações feitas na exordial, devendo demonstrar, de forma inequívoca, o dano efetivamente sofrido e o nexo de causalidade existente entre a conduta do agente e o fato danoso.

Nesse sentido o julgado:

RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS EXTRAPATRIMONIAIS. ACIDENTE AMBIENTAL. EXPLOSÃO DO NAVIO VICUÑA. PORTO DE PARANAGUÁ. PESCADORES PROFISSIONAIS. PROIBIÇÃO TEMPORÁRIA DE PESCA. EMPRESAS ADQUIRENTES DA CARGA TRANSPORTADA. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE. NEXO DE CAUSALIDADE NÃO CONFIGURADO.

[...]

4. Em que pese a responsabilidade por dano ambiental seja objetiva (e lastreada pela teoria do risco integral), faz-se imprescindível, para a configuração do dever de indenizar; a demonstração da existência de nexo de causalidade apto a vincular o resultado lesivo efetivamente verificado ao comportamento (comissivo ou omissivo) daquele a quem se repute a condição de agente causador:

[...]

(Recurso Repetitivo – REsp 1602106/PR – Recurso Especial 2016/0137679-4 – Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA – SEGUNDA SEÇÃO – Julgamento em 25/10/2017 – Publicado no DJe de 22/11/2017)

A responsabilidade civil da Administração Pública ou de quem, em seu nome, presta esse serviço público, é, por determinação legal, objetiva, haja vista que o dever imposto pela lei, de que o prestador do serviço de transporte ferroviário garanta a segurança, não apenas daqueles que se utilizam do serviço prestado, mas também dos transeuntes, impõe a colocação de barreiras físicas, de sinalização e a efetiva fiscalização de forma a impedir a circulação, desprovida de segurança, de pessoas e de veículos, em especial em local tão movimentado e dentro do perímetro urbano.

Diante da narrativa do acidente e do que consta do Laudo Pericial produzido em Juízo, é de se concluir que a existência de cancela ou qualquer outro tipo de barreira física para impedir a travessia da ferrovia, em especial em trecho tão movimentado como aquele, faria sim toda a diferença e evitaria a ocorrência do acidente. Não basta a “farta sinalização”, como afirma a ré, é preciso a adoção de medidas efetivas para evitar acidentes como esse.

Nesse sentido o julgado do C. STJ, em sede de recursos repetitivos:

RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC. ACIDENTE FERROVIÁRIO. VÍTIMA FATAL. COMPROVADA A CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. SÚMULA 7 DO STJ. NÃO COMPROVAÇÃO DO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NOS MOLDES EXIGIDOS PELO RISTJ.

1. A culpa da prestadora do serviço de transporte ferroviário configura-se no caso de **atropelamento** de transeunte na via férrea quando existente omissão ou negligência do dever de vedação física das faixas de domínio da ferrovia com muros e cercas bem como da sinalização e da fiscalização dessas medidas garantidoras da segurança na circulação da população. Precedentes.

2. A **responsabilidade** civil do Estado ou de delegatário de serviço público, no caso de conduta omissiva, só se desenhará quando presentes estiverem os elementos que caracterizam a culpa, a qual se origina, na espécie, do descumprimento do dever legal atribuído ao Poder Público de impedir a consumação do dano.

3. A exemplo de outros diplomas legais anteriores, o Regulamento dos Transportes Ferroviários (Decreto 1.832/1996) disciplinou a segurança nos serviços ferroviários (art. 1º, inciso IV), impondo às administrações ferroviárias o cumprimento de medidas de segurança e regularidade do tráfego (art. 4º, I) bem como, nos termos do "inciso IV do art. 54, a adoção de "medidas de natureza técnica, administrativa, de segurança e educativas destinadas a prevenir acidentes". Outrossim, atribuiu-lhes a função de vigilância, inclusive, quando necessário, em ação harmônica com as autoridades policiais (art. 55).

4. Assim, o descumprimento das medidas de segurança impostas por lei, desde que aferido pelo Juízo de piso, ao qual compete a análise das questões fático-probatórias, caracteriza inequivocamente a culpa da concessionária de transporte ferroviário e o consequente dever de indenizar.

5. A despeito de situações fáticas variadas no tocante ao descumprimento do dever de segurança e vigilância contínua das vias férreas, a responsabilização da concessionária é uma constante, passível de ser elidida tão somente quando cabalmente comprovada a culpa exclusiva da vítima. Para os fins da sistemática prevista no art. 543-C do CPC, citam-se algumas situações: (i) existência de cercas ao longo da via, mas caracterizadas pela sua vulnerabilidade, insuscetíveis de impedir a abertura de passagens clandestinas, ainda quando existente passarela nas imediações do local do sinistro; (ii) a própria inexistência de cercadura ao longo de toda a ferrovia; (iii) a falta de vigilância constante e de manutenção da incolumidade dos muros destinados à vedação do acesso à linha férrea pelos pedestres; (iv) a ausência parcial ou total de sinalização adequada a indicar o perigo representado pelo tráfego das composições.

6. No caso sob exame, a instância ordinária, com ampla cognição fático-probatória, consignou a culpa exclusiva da vítima, a qual encontrava-se deitada nos trilhos do **trem**, logo após uma curva, momento em que foi avistada pelo maquinista que, em vão, tentou

*frear para evitar o sinistro. Insta ressaltar que a recorrente fundou seu pedido na imperícia do maquinista, que foi afastada pelo Juízo singular, e na **responsabilidade** objetiva da concessionária pela culpa de seu preposto. Incidência da Súmula 7 do STJ.*

7. Ademais, o dissídio jurisprudencial não foi comprovado nos moldes exigidos pelo RISTJ, o que impede o conhecimento do recurso especial interposto com fundamento tão somente na alínea "c" do permissivo constitucional.

8. Recurso especial não conhecido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 1210064/SP RECURSO ESPECIAL 2010/0148767-0 - Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO – SEGUNDA SEÇÃO – Julgamento em 08/08/2012 – Publicado no DJe de 31/08/2012)

Portanto, diferentemente do que argumenta a UNIÃO, a responsabilidade objetiva da Administração Pública, nesta hipótese, se configura pela ausência das condições estruturais da via férrea que não dispunha, em suas cercanias, de mecanismos capazes de garantir a segurança dos veículos que cruzavam os trilhos, na passagem de nível.

Por outro lado, a responsabilidade civil objetiva da Administração, nos moldes acima referidos, não elide a configuração da culpa da ZILLO, para a ocorrência do fato danoso, uma vez que não agiu com o dever de cuidado e, por meio de seu preposto, expôs as pessoas que se encontravam no caminhão, a situação de risco, ao ultrapassar a passagem de nível da via férrea, sem a devida cautela.

Se o simples caminhar ao lado de uma via férrea já se mostra um comportamento perigoso e repleto de riscos, imagine a travessia de passagem de nível, com um caminhão repleto de trabalhadores, sem os devidos cuidados de segurança, ainda mais como restou comprovado por meio dos depoimentos constantes dos autos, de que o trem foi visto e o condutor do veículo alertado pelos trabalhadores.

O condutor do veículo, preposto da ZILLO, era motorista profissional, ciente dos perigos que envolvem esse tipo de comportamento, até porque fazia essa travessia diariamente, mas, ainda assim, assumiu o risco de se ver envolvido nesse tipo de acidente, ao tempo em que fez a travessia como o trem em deslocamento naquele trecho, como ficou comprovado nos autos.

Assim, comprovada a culpa, o dano, o evento danoso e o nexo de causalidade entre a conduta dos agentes e o evento danoso, configurando o dever de indenizar, por danos.

Defende a ZILLO que o autor não faz jus à indenização por danos morais, primeiro porque não comprovou o dano e segundo porque o acidente ocorreu antes da Constituição Federal de 1988.

Quanto ao dano, este restou efetivamente comprovado por meio do Laudo Pericial produzido em Juízo, que concluiu pela parcial incapacidade laborativa do autor, em face dos ferimentos provenientes do acidente.

No que se refere ao fato do acidente ter ocorrido antes do evento da Constituição Federal de 1988, em nada modifica o direito do autor de ser indenizado por danos morais, haja vista que à época do evento vigia o Código Civil de 1916, que já previa a reparação dos danos extrapatrimoniais, dos quais, o dano moral, é uma modalidade.

Nesse sentido o julgado:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. EVENTO DANOSO. OCORRÊNCIA ANTES DA CONSTITUIÇÃO DE 1988. CABIMENTO. FIXAÇÃO DO QUANTUM. INSTÂNCIA SUPERIOR. POSSIBILIDADE.

- É indenizável o dano moral, resultante de ilícito ocorrido antes da vigência da Constituição de 1988.

- O valor do dano moral pode ser fixado na instância especial.

(REsp 646154/RJ RECURSO ESPECIAL 2004/0033220-6 - Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS – TERCEIRA TURMA – Julgado em 21/11/2006 – Publicado no DJ 18/12/2006 p. 366)

Sustenta a ZILLO que a hipótese é de sucumbência recíproca, devendo cada uma das partes arcar com os honorários de seus respectivos representantes.

O pedido inicial é de indenização por danos materiais, pensão alimentícia, e danos morais e a r. sentença reconheceu o direito a ambos. O fato de não terem sido determinados no mesmo patamar em que foram requeridos, não configura a hipótese de sucumbência recíproca.

Nesse sentido o julgado:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. SAQUES FRAUDULENTOS PRATICADOS POR TERCEIROS. CLIENTE FALECIDO. PROCURAÇÃO FORTUITO PÚBLICA. ASSINATURA FALSA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INTERNO. MATÉRIA OBJETO DE RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. DANOS MORAIS DEVIDOS. SUCUMBÊNCIA. SÚMULA 326/TJ. RECURSO DESPROVIDO.

[...]

5. Devidos danos morais ao recorrente, deve ser reconhecido que o banco sucumbiu em maior parte, devendo ser-lhe imposto integralmente o ônus da sucumbência. Cumpre ressaltar, no ponto, que a condenação em danos morais em valor menor que o requerido não implica sucumbência recíproca, conforme a Súmula 326/STJ.

[...]

(AgRg no REsp 1378791/RJ AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2012/0109139-0 - Ministro RAUL ARAÚJO – QUARTA TURMA – Julgado em 24/11/2015 – Publicado no DJe 15/12/2015)

Ante o exposto, nego provimento à apelação da UNIÃO e da ZILLO, para manter a r. sentença, por seus próprios fundamentos.

É como voto.

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Coma devida vênia, divirjo do voto da senhora Relatora em uma questão: a responsabilidade da União.

Não foi o fato da inexistência de chancela ou de qualquer outro aparato de contenção a causa do acidente.

O motorista do caminhão, com plena condição de avaliar a situação, assumiu o risco temerário de atravessar a linha férrea e produziu o resultado.

Seria diferente se a falta de aparato de contenção em local de visibilidade prejudicada tivesse contribuído para o acidente.

A culpa foi **exclusiva** do motorista do caminhão, que tinha pleno domínio da situação.

Por isto, dou provimento ao recurso da União, com a inversão do ônus da sucumbência, acompanhando, no mais, o voto da senhora Relatora.

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. ACIDENTE FERROVIÁRIO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL, DECRETO Nº 20.919, DE 1932. INAPLICÁVEL. DANO, EVENTO DANOSO E NEXO DE CAUSALIDADE. COMPROVADOS. EVENTO DANOSO OCORRIDO ANTES D CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO CÓDIGO CIVIL DE 1916. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. NÃO CONFIGURADA. APELAÇÕES NÃO PROVIDAS. SENTENÇA MANTIDA.

1. Cinge-se a controvérsia em apurar se a responsabilidade pelo acidente ferroviário, narrado na inicial, deve ser atribuída às rés, ensejando a condenação no dever de indenizar, por danos materiais e morais.

2. O autor busca indenização por danos materiais e morais, em razão de acidente ocorrido no momento da travessia de passagem de nível em via férrea, à época, administrada pela FEPASA, sucedida pela RFFSA, que por sua vez foi extinta e posteriormente sucedida pela União Federal. Portanto, a matéria discutida nos autos trata de responsabilidade civil e não de acidente do trabalho.

3. No momento do acidente a responsável pela ferrovia era a FEPASA e por ocasião da propositura da ação, a responsabilidade era da então denunciada, RFFSA, empresas de economia mista, que não estavam incluídas no rol de beneficiárias do prazo prescricional quinquenal de que trata o art. 1º do referido decreto, portanto, do ponto de vista do Decreto nº 20.919, de 1932, não há que se falar em prescrição do direito de agir do autor.

4. A responsabilidade civil da Administração Pública ou de quem, em seu nome, presta esse serviço público, é, por determinação legal, objetiva, haja vista que o dever imposto pela lei, de que o prestador do serviço de transporte ferroviário garanta a segurança, não apenas daqueles que se utilizam do serviço prestado, mas também dos transeuntes, impõe a colocação de barreiras físicas, de sinalização e a efetiva fiscalização de forma a impedir a circulação, desprovida de segurança, de pessoas e de veículos, em especial em local tão movimentado e dentro do perímetro urbano.

5. A responsabilidade civil objetiva da Administração, nos moldes acima referidos, não elide a configuração da culpa da ZILLO, para a ocorrência do fato danoso, uma vez que não agiu com o dever de cuidado e, por meio de seu preposto, expôs as pessoas que se encontravam no caminhão, a situação de risco, ao ultrapassar a passagem de nível da via férrea, sem a devida cautela.

6. Comprovada a culpa, o dano, o evento danoso e o nexo de causalidade entre a conduta dos agentes e o evento danoso, configurando o dever de indenizar, por danos.

7. No que se refere ao fato do acidente ter ocorrido antes do evento da Constituição Federal de 1988, em nada modifica o direito do autor de ser indenizado por danos morais, haja vista que à época do evento vigia o Código Civil de 1916, que já previa a reparação dos danos extrapatrimoniais, do qual, o dano moral, é uma modalidade.

8. O pedido inicial é de indenização por danos materiais, pensão alimentícia, e danos morais e a r. sentença reconheceu o direito a ambos. O fato de não terem sido determinados no mesmo patamar em que foram requeridos, não configura a hipótese de sucumbência recíproca.

9. Nega-se provimento à apelação da UNIÃO e da ZILLO, para manter a r. sentença, por seus próprios fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Sexta Turma, em julgamento realizado nos moldes do previsto no artigo 942 do Código de Processo Civil, por maioria, negou provimento à apelação da UNIÃO e da ZILLO, para manter a r. sentença, nos termos do voto da Relatora, acompanhada pelo voto dos Desembargadores Federais Johanson Di Salvo e Souza Ribeiro, e da Juíza Federal Convocada Denise Avelar, vencido o Desembargador Federal Fábio Prieto, que dava provimento ao recurso da União, com a inversão do ônus da sucumbência. Lavrará o acórdão a Relatora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5012616-33.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: MARCOS LISANDRO PUCHEVITCH

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCOS LISANDRO PUCHEVITCH - SP256219

AGRAVADO: MAN LATIN AMERICA INDUSTRIA E COMERCIO DE VEICULOS LTDA

Advogado do(a) AGRAVADO: SACHA CALMON NAVARRO COELHO - SP249347-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela UNIÃO, contra decisão que, em mandado de segurança, deferiu parcialmente a liminar, para que fosse garantida a remessa, ao Brasil, de recursos provenientes de operações de exportação, originalmente mantidos no exterior, com incidência de Imposto sobre Operações Financeiras – IOF, à alíquota 0 (zero), conforme previsão expressa no artigo 15-B, I, do Decreto n. 6.306/2007.

O feito comporta julgamento monocrático, nos termos do art. 932, III c/c art. 1019, *caput*, ambos do novo CPC.

Verificando-se a superveniência de sentença com exame do mérito no processo originário (13.01.2020), promovendo cognição exauriente do pedido da parte agravante, resta prejudicado o presente agravo de instrumento, ante a manifesta perda de objeto.

Nesse sentido, entendimento jurisprudencial, consoante ementas que seguem:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO CONTRA ACÓRDÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SENTENÇA SUPERVENIENTE. RECURSO PREJUDICADO.

1. A superveniência da sentença proferida no feito principal enseja a perda de objeto de recursos anteriores que versem sobre questões resolvidas por decisão interlocutória combatida via agravo de instrumento. Precedentes.

2. Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg no REsp 1.485.765/SP, Terceira Turma, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 20/10/2015, DJe 29/10/2015)

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA DE MÉRITO. PERDA DO OBJETO.

1. Tendo em conta o caráter manifestamente infringente, e em face do princípio da fungibilidade recursal, recebem-se os presentes embargos de declaração como agravo regimental.

2. A jurisprudência desta Corte Superior firmou entendimento no sentido de que resta prejudicado, pela perda de objeto, o recurso especial interposto contra acórdão que examinou agravo de instrumento, quando se verifica a prolação da sentença de mérito, haja vista que nela a cognição é exauriente.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ, EDcl no REsp 1.338.242/PE, Primeira Turma, Relator Ministro Sérgio Kukina, j. 17/10/2015, DJe 09/11/2015)

AGRAVO LEGAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO LIMINAR. POSTERIOR PROLAÇÃO DE SENTENÇA PELO JUÍZO A QUO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PREJUDICADO EM RAZÃO DE PERDA DE OBJETO RECURSAL. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO.

- A decisão interlocutória impugnada no presente agravo de instrumento (liminar indeferida pelo juízo a quo) não mais produz suas regulares consequências jurídicas, pois a sentença foi proferida no processo originário. Assim, era viável ter por prejudicado o agravo de instrumento e, por via de consequência, negar seguimento ao recurso, conforme estatui o artigo 932, III, do CPC/2015.

- A agravante não pode se valer de um recurso interposto contra uma dada decisão interlocutória (responsável por indeferir o pleito liminar na origem) para que haja reapreciação de uma sentença (na qual se reconheceu a ocorrência de litispendência), sob pena de promover verdadeiro tumulto processual, o que não se admite. Caso mantenha a intenção de combater a sentença que reconheceu a ocorrência de litispendência entre a ação de origem de outro processo, deverá a agravante valer-se da via recursal adequada, que não se refere ao presente agravo de instrumento.

- Agravo legal a que se nega provimento.

(TRF3, AG 0013386-19.2016.403.0000, Primeira Turma, Relator Desembargador Federal Wilson Zauhy, j. 22/08/2017, e-DJF3 Judicial 1 de 01/09/2017)

Diante do exposto, com fulcro no art. 932, inc. III, do CPC/2015, não conheço do presente agravo de instrumento, ante a manifesta prejudicialidade, nos termos da fundamentação supra.

Decorrido o prazo legal para recursos, observadas as formalidades legais, baixemos autos à Vara de origem.

Publique-se.

Intimem-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0005491-15.2017.4.03.6000

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: DENIS DE CARVALHO OLIVEIRA, AIRTON JORGE DE OLIVEIRA

Advogados do(a) APELANTE: FLAVIO GABRIEL SILVA OLIVEIRA - MS22920-A, LEANDRO AMARAL
PROVENZANO - MS13035-A

Advogados do(a) APELANTE: FLAVIO GABRIEL SILVA OLIVEIRA - MS22920-A, LEANDRO AMARAL
PROVENZANO - MS13035-A

APELADO: UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0005491-15.2017.4.03.6000

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: DENIS DE CARVALHO OLIVEIRA, AIRTON JORGE DE OLIVEIRA

Advogados do(a) APELANTE: FLAVIO GABRIEL SILVA OLIVEIRA - MS22920-A, LEANDRO AMARAL
PROVENZANO - MS13035-A

Advogados do(a) APELANTE: FLAVIO GABRIEL SILVA OLIVEIRA - MS22920-A, LEANDRO AMARAL
PROVENZANO - MS13035-A

APELADO: UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de apelação interposta pelos autores, em face da r. sentença de improcedência, proferida nestes autos de ação de indenização por danos materiais, lucros cessantes e danos morais, promovida por DENIS DE CARVALHO OLIVEIRA e AIRTON JORGE DE OLIVEIRA, contra a ré, pessoa jurídica, UNIÃO FEDERAL.

A petição inicial (ID 65454447), distribuída à 1ª Vara Federal de Campo Grande/MS veiculou, em suma, o seguinte, como bem relatou a r. sentença (ID 65454448):

[...]

Trata-se de ação ajuizado por DENIS DE CARVALHO OLIVEIRA e AIRTON JORGE DE OLIVEIRA, em face da UNIÃO, objetivando a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$20.000,00, para cada um dos autores, e por danos materiais no valor de R\$27.000,00 ao autor Denis, além de lucros cessantes do autor Airton, no importe aproximado de R\$122.000,00, com prazo final a ser definido na sentença. Pedem-se os benefícios da Justiça gratuita.

Como fundamento dos seus pleitos, os autores alegam que em meados de 2014 o veículo caminhão/furgão ano 1979, placas ADU4478 cor prata e RENAVAN nº 00517946769, de propriedade do autor Denis e conduzido pelo autor Airton (pai e filho), foi apreendido por transportar irregularmente mercadorias de origem estrangeira (medicamentos e brinquedos), sendo que no âmbito criminal houve deferimento do pedido de restituição do bem ao seu dono.

Afirmam que na ocasião da apreensão, tanto as mercadorias como o veículo foram encaminhados para a Receita Federal, para os respectivos fins, tendo sido decretado o perdimento do caminhão, que foi leiloado e arrematado por terceiro. Contudo, sustentam que referido ato fiscal se deu sem observância do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, motivo pelo qual seria ilegal.

Acrescentam que tais atos lhes trouxeram prejuízo econômico que deva ser ressarcido pela ré, a qual também deve ser condenada ao pagamento de danos morais e materiais que indevidamente ocasionou.

[...]

Contestação da UNIÃO (ID 65454447). Réplica (ID 65454448).

Sobreveio a r. sentença (ID 65454448) que julgou improcedentes os pedidos iniciais, na forma do dispositivo abaixo transcrito, em seus trechos essenciais:

[...]

Pois bem. Nesse momento processual, cumprido todo o rito aplicável à espécie, não verifico qualquer alteração fático-jurídica em relação ao quadro que existia no momento da apreciação do pedido antecipatório de tutela, o que me autoriza concluir que as mesmas razões de fato e de direito que levaram este Juízo a indeferir aquele pedido se mostram agora como motivação adequada e suficiente para o julgamento pela improcedência definitiva do pleito dos autores.

In casu, verifica-se que os autores foram intimados por edital, para apresentarem impugnação ao Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal constantes do Processo Administrativo nº 19715.720666/2015-44, uma vez que não foram localizados no endereço por eles fornecido à autoridade fiscal (cadastro da receita federal) - fls. 120-124 e 127-128.

[...]

Assim, a não localização dos autores no endereço por eles fornecido à autoridade fiscal é motivo suficiente para que se considere caracterizado o esgotamento dos meios para a suas citações pessoais, e, bem assim, válida a citação/notificação para defesa (REsp 1103050/BA, procedimento de recurso repetitivo, DJ DE 6/4/2009)

[...]

Dada a inexistência de ilegalidade do ato aqui combatido, resta afastada a possibilidade de responsabilização do Poder Público sobre o caso, não havendo que se falar em dever de indenização por dano material ou moral.

Diante do exposto, julgo improcedente o pedido material da presente ação, dando por resolvido o mérito da lide, nos termos do artigo 487, I, do CPC.

Custas ex lege. Condeno os autores ao pagamento pro rata de honorários de advogado que fixo em 10% (...) sobre o valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85, §3º, I c/c §4º, III, do CPC. Todavia, dada à concessão de gratuidade de Justiça, o pagamento desse valor ficará dependendo do preenchimento dos requisitos e prazo previsto no §3º do art. 98 do CPC.

[...]

Interposta apelação pelos autores que, em suas razões recursais (ID 65454448) sustentam, em síntese, o seguinte: que a jurisprudência que fundamenta a r. sentença não se aplica ao presente caso, uma vez que não se trata de procedimento de execução fiscal, tampouco de pessoa jurídica; afirma que seus endereços e telefones estavam em mãos das autoridades, no próprio caminhão; alega violação aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório; e afirma que a pena de perdimento do veículo foi injusta tendo em vista que foram absolvidos na ação criminal.

Sem contrarrazões da UNIÃO.

Vieramos autos a esta E. Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0005491-15.2017.4.03.6000

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: DENIS DE CARVALHO OLIVEIRA, AIRTON JORGE DE OLIVEIRA

Advogados do(a) APELANTE: FLAVIO GABRIEL SILVA OLIVEIRA - MS22920-A, LEANDRO AMARAL
PROVENZANO - MS13035-A

Advogados do(a) APELANTE: FLAVIO GABRIEL SILVA OLIVEIRA - MS22920-A, LEANDRO AMARAL
PROVENZANO - MS13035-A

APELADO: UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

“EMENTA”

APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. INTIMAÇÃO ENCAMINHADA POR VIA POSTAL NO ENDEREÇO CONSTANTE DO CADASTRO DO FISCO. LEGALIDADE. INTIMAÇÃO POR EDITAL. VALIDADE. INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. NÃO CONFIGURADA. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. SENTENÇA MANTIDA.

1. Cinge-se a controvérsia em apurar se a responsabilidade pelos danos materiais, lucros cessantes e danos morais alegados na inicial, ocorridos em razão da forma de condução do processo administrativo, que tratou da apreensão do veículo do autor; por transporte irregular de mercadorias de origem estrangeira (medicamentos e brinquedos), deve ser atribuída à ré, ensejando a condenação no dever de indenizar; por danos.

2. Os endereços para os quais foram enviados os AR's, restituídos ao remetente em 26/02/2016 e 03/03/2016, com a informação de que os destinatários não foram encontrados, são os mesmos verificados pelo Juízo a quo em pesquisa feita em 20/06/2017, mais de um ano depois, lembrando que é dever do contribuinte manter atualizado o seu endereço junto ao fisco.

3. *É de se constatar que, no caso presente, a Administração promoveu a notificação dos interessados, por via postal (inciso II do art. 23 do Decreto nº 70.235, de 1972), utilizando-se do endereço fornecido ao fisco pelos requerentes (inciso I do § 3º do art. 23 do Decreto nº 70.235, de 1972) e, além disso, simultaneamente, publicou Edital de Intimação (§ 1º do art. 23 do Decreto nº 70.235, de 1972), razão pela qual não há que se falar em nulidade do processo administrativo fiscal, por inobservância dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.*

4. *Nega-se provimento à apelação dos autores, para manter a r. sentença, por seus próprios fundamentos.*

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Cinge-se a controvérsia em apurar se a responsabilidade pelos danos materiais, lucros cessantes e danos morais alegados na inicial, ocorridos em razão da forma de condução do processo administrativo, que tratou da apreensão do veículo do autor, por transporte irregular de mercadorias de origem estrangeira (medicamentos e brinquedos), deve ser atribuída à ré, ensejando a condenação no dever de indenizar, por danos.

Ressalto, inicialmente, que a controvérsia está na forma como foi feita a intimação dos autores para responderem ao processo administrativo fiscal instaurado para apurar os fatos relativos à apreensão do veículo de propriedade do autor Denis, conduzido pelo autor Airton, por transporte irregular de mercadorias de origem estrangeira, o qual culminou com a aplicação da penalidade de perdimento do caminhão.

Nesse passo, peço vênia para transcrever a fundamentação posta pelo Juízo *a quo*, ao decidir sobre o pedido de antecipação de tutela, na qual faz uma análise minuciosa da legislação de regência e da situação fática e cronológica dos acontecimentos (ID 64454447):

[...]

A pena de perdimento de bens, para os casos de importação irregular de mercadorias, está prevista no art. 105, X, do DL 37/1966, combinado com o art. 23, IV, do DL 1.455/1976, segundo o qual a pena extrema de perdimento de bens somente deverá ser aplicada nos casos em que a infração constitua dano ao erário. Tal previsão é perfeitamente constitucional, nos termos do art. 5º, XLVI, b, da Constituição Federal.

Por sua vez, o Decreto nº 6.759, de 05 de fevereiro de 2009, que regulamente a administração das atividades aduaneiras, e a fiscalização, o controle e a tributação das operações de comércio exterior, dispõe sobre a aplicação da pena de perdimento, nos seguintes termos:

Art. 674. Respondem pela infração:

I - conjunta ou isoladamente, quem quer que, de qualquer forma, concorra para sua prática ou dela se beneficie;

II - conjunta ou isoladamente, o proprietário e o consignatário do veículo, quanto à que decorra do exercício de atividade própria do veículo, ou de ação ou omissão de seus tripulantes;

[...]

Art. 688. Aplica-se a pena de perdimento do veículo nas seguintes hipóteses, por configurarem dano ao Erário

[...]

V - quando o veículo conduzir mercadoria sujeita a perdimento, se pertencente ao responsável por infração punível com essa penalidade;

[...]

§ 2º Para efeitos de aplicação do perdimento do veículo, na hipótese do inciso V, deverá ser demonstrada, em procedimento regular, a responsabilidade do proprietário do veículo na prática do ilícito.

(...)

Art. 689. Aplica-se a pena de perdimento da mercadoria nas seguintes hipóteses, por configurarem dano ao Erário:

(...)

X - estrangeira, exposta à venda, depositada ou em circulação comercial no País, se não for feita prova de sua importação regular;

(...)

§ 1º As infrações previstas no **caput** serão punidas com multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria, na importação, ou ao preço constante da respectiva nota fiscal ou documento equivalente, na exportação, quando a mercadoria não for localizada, ou tiver sido consumida ou revendida, observados o rito e as competências estabelecidos no, com a redação dada pela Lei nº 12.350, de 2010, art. 41).

Assim, segundo a lei que regulamenta a administração das atividades aduaneiras e a fiscalização, o controle e a tributação das operações de comércio exterior; a pena de perdimento de veículo utilizado em contrabando ou descaminho somente se justifica se demonstrada, em procedimento regular; a responsabilidade do seu proprietário na prática do ilícito.

Pelos documentos carreados ao Feito, observo que as autoridades aduaneiras procederam à devida autuação dos autores, em 17/02/2016, pela prática de ilícito fiscal (Auto de Infração nº 0140100/SAANA000384/2015), bem assim houve a apreensão e a guarda fiscal do veículo e produtos estrangeiros, o que deu origem ao processo administrativo nº 19715.720666/2015-44 (fls. 54-60).

Porém, os autores alegam que no decorrer da instrução do procedimento fiscal não lhes foram assegurados direito à ampla defesa e ao contraditório, uma vez que não teriam sido regularmente citados para apresentar defesa, tendo o chamamento ao processo se dado pela via postal, com encaminhamento de correspondência para endereço diverso ao de suas respectivas residências (fls. 62-63). Dizem que, nessas circunstâncias, sequer tiveram oportunidade de defesa e suportaram indevidamente os efeitos da revelia (fl. 82).

Ocorre que em consulta ao sistema de dados da Receita Federal disponível para este Juízo (fls. 93-94), nota-se que os AR's de fls. 62-63 foram encaminhados aos endereços dos autores constantes do cadastro do Fisco. Sabe-se que o domicílio fiscal é aquele indicado pelo próprio contribuinte e não é aleatoriamente eleito pelo sujeito ativo da relação tributária, ou seja, a toda evidência a Receita Federal expediu a notificação dos demandantes para o endereço que os mesmos, em alguma oportunidade, informaram às autoridades fazendárias como seus domicílios fiscais. Assim, a princípio, se houve problemas com a citação dos requerentes, isso se deu inicialmente pela inércia dos mesmos em deixarem de atualizar seus correspondentes domicílios fiscais.

Nessa mesma linha, fortificando a inércia dos autores, considerando que a apreensão do veículo ocorreu em 17/11/2014 e que o Auto de Infração nº 0140100/SAANA000384/2015 foi lavrado em 17/02/2016 (há mais de um ano da apreensão), verifica-se que os autores durante todo esse lapso de tempo, ao menos pelo que consta dos autos, em nenhum momento se preocuparam em saber onde estaria acautelado o bem, tampouco buscaram informações acerca dos procedimentos que seriam adotados pelo Fisco com relação ao veículo e o que precisariam fazer para reavê-lo.

Só agora, passados mais de dois anos dos fatos, é que comparecem em Juízo para reclamar compensação pecuniária, fundamentando sua pretensão em suposta violação ao princípio do devido processo legal nos autos do procedimento fiscal em destaque, sendo que se fossem diligentes teriam possivelmente evitado a aplicação da pena de perdimento. Ausentes, dessa forma, o requisito do *periculum in mora*.

Para arrematar, também observo que a decisão proferida nos autos do Pedido de Restituição de Veículo Apreendido nº 0014895-95.2014.403.6000, lavrada em 08/10/2015 (fls. 40-41), e disponibilizada às Autoridades Fiscais em 01/02/2016 (fl. 39), mostrou-se clara e objetiva ao dispor que o veículo em tela teria sido liberado apenas "na esfera criminal". Assim, caberia aos autores – ante a independência das instâncias penais, cíveis e administrativas – obterem informações sobre quais medidas deveriam adotar para reaver o bem perante o Fisco, o que de fato não o fizeram. Ao invés, silenciosamente e livre de precauções, deixaram sobrevir a pena de perdimento do bem, a qual, diga-se de passagem, foi proferida em 31/03/2016 (5 meses após a decisão em sede criminal), e o leilão extrajudicial do automóvel em 21/06/2016 (fls. 67-68). Ausente, por conseguinte, o *fumus boni iuris*.

[...]

Como se vê, de fato, os autores não adotaram as medidas necessárias e disponíveis, para garantir a restituição do bem apreendido diante do conhecimento que tinham da situação, em especial na esfera penal e do tempo que levou o processo administrativo fiscal, para determinar a aplicação da penalidade de perdimento do veículo.

A cronologia dos fatos e a ausência de prova de que buscaram junto a administração fiscal reaver o bem, justifica a conclusão posta na r. decisão acima transcrita, no sentido de concluir pelo indeferimento do pleito.

É de se considerar também, que os endereços para os quais foram enviados os AR's, restituídos ao remetente em 26/02/2016 e 03/03/2016, com a informação de que os destinatários não foram encontrados, são os mesmos verificados pelo Juízo *a quo* em pesquisa feita em 20/06/2017, mais de um ano depois, lembrando que é dever do contribuinte manter atualizado o seu endereço junto ao fisco.

Nesse sentido o julgado:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 469.137 - RS (2014/0026588-9)
RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : LUIS FELIPE DA PIEVE
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
DECISÃO

[...]

Ademais, é da responsabilidade do próprio contribuinte a comunicação de alteração de endereço e a manutenção de informações corretas e atualizadas junto aos cadastros da Receita Federal. Nesse sentido: PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SONEGAÇÃO FISCAL. ARTIGO 1º, INCISO I, DA LEI 8.137/90. NOTIFICAÇÃO POR EDITAL NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. VALIDADE. AUTORIA. MATERIALIDADE. DOLO. No procedimento administrativo fiscal, é válida a notificação por edital, quando infrutíferas as intimações feitas no domicílio fiscal indicado pelo contribuinte na declaração de rendimentos. É da responsabilidade do contribuinte a comunicação de alteração de endereço. (...) (TRF4, APELAÇÃO CRIMINAL nº 0002602-16.2009.404.7205, 7ª Turma, Des. Federal MÁRCIO ANTÔNIO ROCHA, POR UNANIMIDADE, D.E. 23/03/2012)

(AREsp 469137 - Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA – Publicada em 18/10/2017)

Sustenta o autor Airton, que ao ser ouvido em depoimento na Polícia Federal informou o endereço correto, o que deveria ter sido observado no processo administrativo fiscal. No entanto, é de se ressaltar que o depoimento perante o órgão policial integrou o processo criminal e o perdimento do bem se deu em processo administrativo fiscal, procedimentos distintos e independentes entre si.

Verifica-se, ainda, que o Edital de Intimação nº 0140100/SAANA000384/2015, juntado pela ré em sede de contestação (ID 65454448), foi publicado em 19/02/2016, com data de vencimento em 07/03/2016 e prazo limite para recurso em 28/03/2016 e os AR's, contendo o referido edital, foram postados, segundo afirma a ré, "no intuito de maximizar as possibilidades de ciência" dos autores, "contudo retornaram sem recebimento, com as informações de "Desconhecido" e "Mudou-se", conforme aviso de recebimento em anexo" (ID 65454448).

Outro fato que chama a atenção, é que a r. decisão judicial que determinou a restituição do caminhão ao autor Denis, em ação por ele proposta, foi exarada em 08/10/2015 (cópia juntada pelos autores ID 65454447) e a penalidade de perdimento do veículo somente foi imposta em decisão proferida e assinada digitalmente, no processo administrativo fiscal, em 04/04/2016 (cópia juntada pelos autores ID 65454447), ou seja, 6 meses depois e o autor, de posse dessa decisão judicial, inclusive com Ofício enviado à Receita Federal, comunicando a sua edição, não procurou o órgão fiscal para buscar a restituição do seu bem apreendido, que até então, ainda encontrava-se sob a guarda do fisco, haja vista que a arrematação, por leilão, somente ocorreu em 21/06/2016 (ID 65454447).

Dito isso, vejamos o que determina a legislação de regência a respeito desse assunto:

Decreto nº 1.455, de 1976:

[...]

Art. 25. As mercadorias nas condições dos artigos 23 e 24 serão guardadas em nome e ordem do Ministro da Fazenda, como medida acautelatória dos interesses da Fazenda Nacional.

[...]

Art. 27. As infrações mencionadas nos artigos 23, 24 e 26 serão apuradas através de processo fiscal, cuja peça inicial será o auto de infração acompanhado de termo de apreensão, e, se for o caso, de termo de guarda.

§ 1º Feita a intimação, pessoal ou por edital, a não apresentação de impugnação no prazo de 20 (vinte) dias implica em revelia.

[...]

Decreto nº 70.235, de 1972:

[...]

Art. 23. Far-se-á a intimação:

[...]

II - por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo;

[...]

§ 1º Quando resultar improficuo um dos meios previstos no caput deste artigo ou quando o sujeito passivo tiver sua inscrição declarada inapta perante o cadastro fiscal, a intimação poderá ser feita por edital publicado:

[...]

§ 2º Considera-se feita a intimação:

[...]

IV - 15 (quinze) dias após a publicação do edital, se este for o meio utilizado.

[...]

§ 3º Os meios de intimação previstos nos incisos do caput deste artigo não estão sujeitos a ordem de preferência.

§ 4º Para fins de intimação, considera-se domicílio tributário do sujeito passivo:

I - o endereço postal por ele fornecido, para fins cadastrais, à administração tributária;

[...]

A jurisprudência do C. STJ assim está firmada em relação a essa matéria:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. SUPOSTA OFENSA AO ART. 535 DO CPC. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PENA DE PERDIMENTO DE BEM. INTIMAÇÃO PESSOAL (REGRA GERAL). SOMENTE QUANDO NÃO POSSÍVEL A SUA EFETIVAÇÃO É QUE SERÁ ADMITIDA A INTIMAÇÃO POR EDITAL.

1. Cinge-se a controvérsia dos autos acerca da forma de intimação para aplicação da pena de perdimento de veículo. Se é possível a utilização de forma imediata da intimação por edital. Ou conforme entendeu o Tribunal de origem a intimação por edital só deve ser realizada após restar frustrada a intimação pessoal.

2. É deficiente a fundamentação do recurso especial em que a alegação de ofensa aos art. 535 do CPC se faz de forma genérica, sem a demonstração exata dos pontos pelos quais o acórdão se fez omissivo, contraditório ou obscuro. Aplica-se, na hipótese, o óbice da Súmula 284/STF.

3. Ao disciplinar a forma de intimação para aplicação da pena de perdimento do veículo apreendido o artigo 27, § 1º do Decreto Lei 1.455/1976 dispõe que a mesma poderá ser feita pessoalmente ou por edital. A interpretação que se extrai do comando legal é que pela natureza desse meio, e pela forma como nosso ordenamento jurídico trata a utilização do edital, somente será aplicada quando não se obtiver êxito na intimação pessoal, dado o caráter excepcional da intimação por edital.

4. Vale destacar que o artigo 27, § 1º do Decreto Lei 1.455/1976 deve ser interpretado em consonância com o artigo 23 do Decreto-Lei 70.235/1972 (que regulamenta o processo administrativo fiscal), segundo o qual somente quando restar infrutífera a intimação pessoal, postal ou por meio eletrônico é que será efetivada a intimação por edital.

5. No caso dos autos, a Fazenda Pública utilizou-se de forma imediata da intimação por edital, razão pela qual o entendimento fixado pelo Tribunal de origem, ao anular o processo administrativo fiscal por vício na intimação, e determinar a intimação pessoal do contribuinte deve ser mantido.

6. Recurso especial parcialmente conhecido, e nessa parte não provido.

(REsp 1561153/RS, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, Julgado em 17/11/2015, DJe 24/11/2015).

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. INFRAÇÃO TRIBUTÁRIA A QUE SE COMINA, ABSTRATAMENTE, PENA DE PERDIMENTO. INTIMAÇÃO POSTAL. IMPOSSIBILIDADE. ART. 544 DO REGULAMENTO ADUANEIRO. NULIDADE QUE ACARRETA PREJUÍZO À DEFESA DOS INTERESSES DA PARTE.

1. Disciplinando o processo administrativo fiscal em casos em que se preveja a aplicação de pena de perdimento, dispõe o Regulamento Aduaneiro: "Art. 544 - As infrações a que se aplique a pena de perdimento serão apuradas mediante **processo fiscal**, cuja peça inicial será o auto de infração acompanhado do termo de apreensão e guarda fiscal (Decreto-Lei 1.455/76, art. 27) § 1º - Feita a intimação, pessoal ou por edital, a não apresentação de impugnação no prazo de 20 (vinte) dias implica revelia (Decreto-Lei 1.455/76, art. 27, § 1º)"

2. Em conseqüência, o Regulamento Aduaneiro não prevê a intimação postal em instauração de processo administrativo fiscal em que possa ser cominada pena de perdimento.

3. Pelo princípio da Instrumentalidade das Formas, o defeito de forma só deve acarretar a anulação do ato processual impossível de ser aproveitado (art. 250 do CPC) e que cause prejuízo a defesa dos interesses da parte ou sacrifique os fins de justiça do processo, o que, in casu, ocorreu, porquanto não restou provado nos presentes autos que o ora Recorrido, embora tivesse conhecimento da apreensão das mercadorias, teve ciência da instauração do processo administrativo em comento. E, se o ato eivado de ilegalidade não cumpriu sua finalidade, ocasionando prejuízo à parte, deve ser anulado, como anulados devem ser os atos subseqüentes a ele.

4. O Procedimento Administrativo é informado pelo princípio do due process of law. Se o ato eivado de ilegalidade não cumpriu sua finalidade, ocasionando prejuízo à parte, deve ser anulado, como anulados devem ser os atos subseqüentes a ele. A garantia da plena defesa implica a observância do rito, as cientificações necessárias, a oportunidade de objetar a acusação desde o seu nascedouro, a produção de provas, o acompanhamento do iter procedimental, bem como a utilização dos recursos cabíveis. A Administração Pública, mesmo no exercício do seu poder de polícia e nas atividades self executing não pode impor aos administrados sanções que repercutam no seu patrimônio sem a preservação da ampla defesa, que in casu se opera pelas notificações apontadas no CTB.

5. A sistemática ora entrevista coaduna-se com a jurisprudência do E. STJ e do E. STF as quais, malgrado admitam à administração anular os seus atos, impõe-lhe a obediência ao princípio do devido processo legal quando a atividade repercute no patrimônio do administrado.

6. Recurso Especial desprovido.

(REsp 536.463/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJ 19/12/2003, p. 360)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. INTIMAÇÃO POR EDITAL. VIAS ORDINÁRIAS NÃO ESGOTADAS. DESCABIMENTO.

1. Incide a Súmula 211/STJ quando a matéria federal tida por ofendida não foi, sequer implicitamente, enfrentada no aresto a quo recorrido, malgrado a oposição dos embargos declaratórios.

2. Mesmo com o escopo de prequestionamento, os embargos declaratórios devem obedecer aos ditames traçados no art. 535 do CPC, ou seja, só serão cabíveis caso haja no decisório embargado omissão, contradição e/ou obscuridade, o que não se verifica no caso dos autos.

3. No procedimento administrativo, a intimação por edital é medida de exceção e só deve ser realizada quando forem infrutíferas as tentativas ordinárias de dar ciência das decisões administrativas aos interessados - mormente quando foi fornecido endereço certo pela parte - sob pena de cerceamento de defesa e ofensa ao contraditório, corolários constitucionais do princípio do devido processo legal.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 641.474/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 23/10/2009 - Na mesma linha, as seguintes decisões monocráticas: REsp 1506674/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 9.4.2015; AREsp 512326/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 1º.10.2014; AREsp 178378/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 14.6.2012).

Na hipótese dos autos, é de se constatar que a Administração promoveu a notificação dos interessados, por via postal (inciso II do art. 23 do Decreto nº 70.235, de 1972), utilizando-se do endereço fornecido ao fisco pelos requerentes (inciso I do § 3º do art. 23 do Decreto nº 70.235, de 1972) e, além disso, simultaneamente, publicou Edital de Intimação (§ 1º do art. 23 do Decreto nº 70.235, de 1972), razão pela qual não há que se falar em nulidade do processo administrativo fiscal, por inobservância dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Nesse sentido o julgado:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 469.137 - RS (2014/0026588-9)
RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : LUIS FELIPE DA PIEVE
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
DECISÃO

[...]

Portanto, tendo o Fisco tomado as cautelas devidas, tentando inúmeras vezes proceder à notificação da contribuinte e de seu representante legal, por via postal, nos endereços constantes do cadastro da Receita Federal, restando todas infrutíferas, não há irregularidade na notificação por edital. Frustradas as tentativas de intimação por via postal, deve ser realizada a notificação por edital, consoante previsão legal do artigo 23, III, do Decreto nº 70.235/72, alterado pelo art. 67 da Lei nº 9.532/97.

Ademais, é da responsabilidade do próprio contribuinte a comunicação de alteração de endereço e a manutenção de informações corretas e atualizadas junto aos cadastros da Receita Federal. Nesse sentido:

PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SONEGAÇÃO FISCAL. ARTIGO 1º, INCISO I, DA LEI 8.137/90. NOTIFICAÇÃO POR EDITAL NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. VALIDADE. AUTORIA. MATERIALIDADE. DOLO. No procedimento administrativo fiscal, é válida a notificação por edital, quando infrutíferas as intimações feitas no domicílio fiscal indicado pelo contribuinte na declaração de rendimentos. É da responsabilidade do contribuinte a comunicação de alteração de endereço. (...) (TRF4, APELAÇÃO CRIMINAL nº 0002602-16.2009.404.7205, 7ª Turma, Des. Federal MÁRCIO ANTÔNIO ROCHA, POR UNANIMIDADE, D.E. 23/03/2012)

(AREsp 469137 - Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA – Publicada em 18/10/2017)

Ante o exposto, nego provimento à apelação dos autores, para manter a r. sentença, por seus próprios fundamentos.

É como voto.

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. INTIMAÇÃO ENCAMINHADA POR VIA POSTAL NO ENDEREÇO CONSTANTE DO CADASTRO DO FISCO. LEGALIDADE. INTIMAÇÃO POR EDITAL. VALIDADE. INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. NÃO CONFIGURADA. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. SENTENÇA MANTIDA.

1. *Cinge-se a controvérsia em apurar se a responsabilidade pelos danos materiais, lucros cessantes e danos morais alegados na inicial, ocorridos em razão da forma de condução do processo administrativo, que tratou da apreensão do veículo do autor; por transporte irregular de mercadorias de origem estrangeira (medicamentos e brinquedos), deve ser atribuída à ré, ensejando a condenação no dever de indenizar, por danos.*

2. *Os endereços para os quais foram enviados os AR's, restituídos ao remetente em 26/02/2016 e 03/03/2016, com a informação de que os destinatários não foram encontrados, são os mesmos verificados pelo Juízo a quo em pesquisa feita em 20/06/2017, mais de um ano depois, lembrando que é dever do contribuinte manter atualizado o seu endereço junto ao fisco.*

3. *É de se constatar que, no caso presente, a Administração promoveu a notificação dos interessados, por via postal (inciso II do art. 23 do Decreto nº 70.235, de 1972), utilizando-se do endereço fornecido ao fisco pelos requerentes (inciso I do § 3º do art. 23 do Decreto nº 70.235, de 1972) e, além disso, simultaneamente, publicou Edital de Intimação (§ 1º do art. 23 do Decreto nº 70.235, de 1972), razão pela qual não há que se falar em nulidade do processo administrativo fiscal, por inobservância dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.*

4. *Nega-se provimento à apelação dos autores, para manter a r. sentença, por seus próprios fundamentos.*

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação dos autores, para manter a r. sentença, por seus próprios fundamentos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0004394-73.2014.4.03.6100

RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO

APELANTE: ELIANA RODRIGUES FRANCISCO

Advogado do(a) APELANTE: SANDRA PEREIRA PAULINO - SP274877-A

APELADO: BANCO SANTANDER (BRASIL) S.A., BANCO BRADESCO SA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) APELADO: LUIS GUSTAVO NOGUEIRA DE OLIVEIRA - SP310465

Advogado do(a) APELADO: MARIA CELINA VELLOSO CARVALHO DE ARAUJO - SP269483-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de apelações interpostas pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS e por ELIANA RODRIGUES FRANCISCO, em ação por esta ajuizada de indenização por danos morais, decorrentes da transferência de pagamento de seu benefício previdenciário para outra agência bancária, situada em município diverso, em virtude de fraude.

A r. sentença julgou parcialmente procedente o pedido da autora para condenar de forma solidária o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS e o Banco Santander Brasil S.A. ao pagamento, a título de danos morais, no valor de R\$ 6.000,00 (seis mil reais), que deverá ser corrigido a partir deste arbitramento, acrescidos de juros de 1% ao mês contados data do evento danoso, tudo nos termos das Súmulas 54 e 362 do C. STJ. Custas ex lege. Diante da sucumbência recíproca, cada uma das partes arcará com os honorários advocatícios de seus respectivos patronos. Condenou a autora ao pagamento de honorários advocatícios ao Banco Bradesco, fixados em 1.000,00 (um mil reais), observada a gratuidade deferida (Id 107694621).

Apelação da parte autora postulando pela majoração do valor arbitrado pela indenização, bem como pelo reconhecimento da ocorrência de danos materiais, estes relativos aos honorários contratuais os quais se viu obrigada a pactuar. Por fim, requer que os honorários advocatícios sejam arbitrados em percentual maior, além de ser incidentes sobre o valor da condenação, a qual deve compreender as parcelas vencidas até a prolação da sentença, nos termos da Súmula 111 do STJ, (Id 107694621).

Apelação do INSS postulando pela inexistência dos danos morais. Subsidiariamente, que na aferição dos honorários advocatícios.

Comcontrarrazões, subiram os autos a esta E. Corte.

É o relatório. Decido.

De início, cumpre consignar que o Plenário do C. STJ, em sessão realizada em 09 de março de 2016, definiu que o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado (AgRg no AREsp n. 849.405, 4ª Turma, j. 05/4/16), o que abrange a forma de julgamento nos termos do artigo 557 do antigo Código de Processo Civil de 1973. Nesse sentido restou editado o Enunciado Administrativo n. 02/STJ:

Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Assim, e tendo em vista que o ato recorrido foi publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973, aplicam-se as normas nele dispostas (Precedentes STJ: 1ª Turma, AgInt no REsp 1.590.781, Rel. Min. Sérgio Kukina, j. 19/5/2016; AgREsp 1.519.791, Rel. Min. Regina Helena Costa, j. 16/6/16; 6ª Turma, AgRg no AIREsp 1.557.667, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 03/5/16; 4ª Turma, AgREsp 696.333, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 19/4/16).

Passo, pois, a proferir decisão monocrática terminativa, com fulcro no art. 557 do antigo Código de Processo Civil.

Cinge-se a controvérsia no direito da autora à indenização por danos morais e materiais, ocasionados pela transferência de pagamento de seu benefício previdenciário para outra agência bancária, situada em município diverso, em virtude de fraude.

Responsabilidade Civil do Estado

Está consagrado no direito brasileiro de que a responsabilidade Civil do Estado é objetiva, nos termos do artigo 37, §6º, da Constituição Federal e se baseia na teoria do risco administrativo, com exigência da ocorrência de dano, de uma ação administrativa, e o nexo causal entre ambos. Há, ainda, a possibilidade de se verificar a culpa da vítima, quando poderá haver abrandamento ou mesmo exclusão da responsabilidade da pessoa jurídica de direito público ou da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público.

Todavia, tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil do Estado, como regra geral, é subjetiva, e se baseia na teoria da culpa administrativa, na qual deve ser comprovada, (por quem sofreu a lesão), a falta ou a deficiência de um serviço público, o qual o Estado estava obrigado, o dano e o nexo de causalidade entre a omissão havida e o dano sofrido.

Na teoria da culpa administrativa deve ser comprovada a ocorrência de uma falha na prestação de um serviço público, consoante a expressão consagrada pelo direito administrativo francês “*faute de service*”, em que deve ser verificada se a falta ou a prestação defeituosa ou retardamento de um serviço público acarretou prejuízo a terceiros.

Nesta teoria da culpa administrativa a responsabilidade civil do Estado é subjetiva, ou seja, exige-se a ocorrência do dolo ou culpa, (esta, numa das três vertentes: negligência, imprudência ou imperícia), que, no entanto, não precisam estar individualizadas, porquanto a culpa pode ser atribuída ao serviço público de forma genérica, ou seja, pela “falta do serviço”, oriunda da “*faute de service*” do direito francês.

Entretanto, o poder público, em face de sua omissão, poderá também responder objetivamente, isto ocorre quando o Estado está na posição de garante, ou seja, quando tem o dever legal de assegurar a integridade de pessoas ou coisas que estejam sob sua guarda, proteção direta ou custódia, sendo o caso de aplicação da “teoria do risco administrativo”, conforme explicitado anteriormente, nos termos do artigo 37, §6º, da Constituição Federal, mesmo sem haver atuação dos agentes estatais, porque a omissão, neste caso, se iguala a uma conduta comissiva.

Danos morais

O direito à indenização por dano material, moral ou à imagem encontra-se no rol dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, assegurado no artigo 5º, incisos V e X, da Constituição Federal, *verbis*:

"Art. 5º. (...)

...

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

...

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (...)".

Outrossim, o dano moral, segundo Orlando Gomes, é o agravo que não produz qualquer efeito patrimonial, não refletindo no campo econômico, mas causa sofrimento profundo, tais como mágoa, desgosto, desonra, vergonha. Nesse sentido, a visão que prevalece na doutrina é o conceito de danos morais com base na afronta aos direitos da personalidade.

Feitas tais considerações passo ao exame do mérito propriamente dito.

No caso dos autos, ao que se depreende do narrado na inicial e do conjunto probatório, a autora comprovou documentalmente que teve seu benefício de aposentadoria concedido administrativamente em fevereiro de 2012 (NB 154.892.602-4). No entanto, no mês de setembro de 2013 teve seu benefício enviado para outra agência, sendo que o valor só fora devolvido 30 dias após o ocorrido.

Importante frisar que não se trata aqui apenas da morosidade na devolução do valor do seu benefício previdenciário, mas é o caso de falha na prestação de serviço por parte do instituto réu.

No presente caso está configurada a falha na prestação do serviço prestado Administração Pública, relativo à transferência de pagamento de seu benefício previdenciário para outra agência bancária, situada em município diverso, em virtude de fraude, estando, portanto, presentes os requisitos ensejadores da reparação civil quais sejam: culpa, dano e nexo causal entre ambos.

Com efeito é incontroverso que a autora teve sua dignidade violada, eis que estando em situação de vulnerabilidade, (doença), agravada por estado de pobreza extrema, se viu sem sua verba alimentar, sofrendo inegáveis danos morais, consubstanciados na dor de ficar sem a renda necessária para o pagamento dos custos mínimos de sua sobrevivência.

Sem dúvidas, está comprovada a negligência da autarquia federal, diante da falha na prestação do serviço, porquanto sendo o órgão responsável pela concessão de benefícios demorou excessiva e injustificadamente para sua implantação.

Valor arbitrado

Com relação ao valor arbitrado pelos danos ora discutidos, esta Egrégia Corte Regional tem adotado parâmetros que variam entre R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) e R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Observadas as especificidades do caso concreto, doença e pobreza extrema da autora, desprovida de quaisquer outras rendas e benefícios e necessitando de caridade da comunidade, entendo que o montante da indenização deva ser mantido em R\$ 6.000,00 (seis mil reais).

Confira-se decisões desta E. Corte em casos similares:

“ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO INSS. DEMORA NA IMPLANTAÇÃO DE BENEFÍCIO, EMBORA COM DUAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS FAVORÁVEIS AO AUTOR. PRAZO DESARRAZOADO. DANO MORAL CONFIGURADO. JUROS DE MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA. - O art. 37, §6º, da Constituição Federal consagra a responsabilidade do Estado de indenizar os danos causados por atos, omissivos ou comissivos, praticados pelos seus agentes a terceiros, independentemente de dolo ou culpa. - No caso concreto a demora administrativa estendeu-se por período injustificável, mais de sete anos, mesmo após duas decisões administrativas favoráveis ao autor. - A justificativa do INSS, de existência de efeito suspensivo automático atribuído ao recurso interposto por ele em face da decisão administrativa de não admissão de seu pedido de uniformização de entendimento administrativo previdenciário, não se sustenta, uma vez que não há previsão legal para a suspensão sustentada. - Está claro que a demora, mesmo com duas decisões favoráveis administrativas, extrapola os limites da tolerância, principalmente em se tratando de verba alimentar. - No caso concreto a demora administrativa estendeu-se por período injustificável, mesmo após duas decisões administrativas favoráveis ao autor. - A justificativa do INSS, de existência de efeito suspensivo automático atribuído ao recurso interposto por ele em face da decisão administrativa de não admissão de seu pedido de uniformização de entendimento administrativo previdenciário, não se sustenta, uma vez que não há previsão legal para a referida suspensão. - Em razão do descaso a sua condição de contribuinte/segurado do sistema previdenciário e da desconsideração de seu direito à implantação do benefício (uma vez que a demora se demonstrou totalmente desarrazoada e desnecessária e demandou muito desgaste do beneficiário na busca de seu direito), restaram demonstrados os danos morais. - Com relação ao valor da indenização, embora certo que a condenação por dano moral não deve ser fixada em valor excessivo, gerando enriquecimento sem causa, não pode, entretanto, ser arbitrada em valor irrisório, incapaz de propiciar reparação do dano sofrido e de inibir o causador do dano a futuras práticas da mesma espécie. - Na hipótese, em razão do conjunto probatório, do prazo que o apelante esperou para pela revisão do benefício, do fato que ele já recebia o benefício e das demais circunstâncias constantes nos autos, o valor da indenização foi corretamente fixado em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). - O pedido do autor foi bem claro (fl. 12): "pagamento da justa indenização por Danos Materiais correspondente ao montante devido a título desse benefício desde o requerimento (03/03/2010), e Danos Morais em igual valor, atualizadas monetariamente, mais juros de mora, despesas processuais e honorários advocatícios." - O juízo extrapolou o pedido, seja em razão de que sequer foi requerida a antecipação da tutela, seja em relação à implantação do benefício, que não constou da pretensão explicitada. Assim, entendo que esse comando viola os artigos 141 (o juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte) e 492 (É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.), ambos do CPC. - Acolhida em parte a preliminar suscitada na apelação, inclusive por força do reexame necessário, aos quais dou parcial provimento, a fim de reduzir a sentença aos limites do pedido e, conseqüentemente, excluir a ordem de implantação do benefício, mantido, no mais, o julgado a quo. (TRF 3ª Região, AC RN 2276959, Rel. Des. Fed. Mônica Nobre, Rel. p/ Acórdão Des. Fed. André Nabarrete, DJe 11/06/2019).”

“PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO INDENIZATÓRIA - BENEFÍCIO DE AUXÍLIO-DOENÇA - DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL QUE DETERMINOU A IMPLANTAÇÃO DO BENEFÍCIO - RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS CABÍVEIS - APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. I - Sendo distintas as pretensões apresentadas na Justiça Estadual e na Justiça Federal, não há que se falar em ausência de interesse processual. II - Segundo consta, a apelada ajuizou ação distribuída na 1ª Vara Cível do Foro Distrital de Cajamar objetivando o recebimento de auxílio-doença previdenciário. Após a realização de perícia médica, foi determinada a implantação do benefício e, posteriormente, a demanda foi julgada procedente. Todavia, apesar da decisão judicial passaram-se mais de um ano sem que o INSS implantasse o benefício. III - Para fixação de qualquer responsabilidade é necessário verificar se estão presentes os pressupostos da obrigação de indenizar; a saber: ação ou omissão do agente, culpa, nexos causal e dano. IV - Verificado o descumprimento de decisão judicial que determinou a implantação de benefício previdenciário, caracterizado o ato ilícito e, por conseguinte, a responsabilidade civil da autarquia. V - Indenização por dano moral reduzida para R\$ 10.000,00 (dez mil reais). VI - Apelação parcialmente provida. (ApCiv 0002591-34.2015.4.03.6128, DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/05/2019).”

Não há que se falar em indenização por danos materiais, eis que restou comprovado nos autos a devolução dos valores indevidamente transferidos para outra agência bancária.

Relativamente à verba honorária, tendo em vista a parcial procedência do pedido, deve ser mantida conforme fixada na r. sentença.

Ante o exposto, nos termos do art. 557 do CPC, **nego seguimento aos recursos**, nos termos da fundamentação supra.

Intimem-se. Publique-se.

Decorrido o prazo legal, baixemos autos à Vara de origem.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5027492-90.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO

AGRAVANTE: REVALATACADO DE PAPELARIA LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: TALITA FERNANDA RITZ SANTANA - SP319665-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Reval Atacado de Papelaria Ltda., contra decisão que indeferiu a liminar que visava à exclusão do PIS e da COFINS sobre a base de cálculo das próprias contribuições.

Alega a agravante que faz jus ao pleito de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, V, do Código Tributário Nacional, vez que a tese apresentada segue a mesma sistemática do precedente atual (RE nº 574.706), julgado favoravelmente aos contribuintes.

É o Relatório.

Decido.

De início, cumpre explicitar que o art. 932, IV e V do CPC de 2015 confere poderes ao Relator para, monocraticamente, negar e dar provimento a recursos.

Ademais, é importante clarificar que, apesar de as alíneas dos referidos dispositivos elencarem hipóteses em que o Relator pode exercer esse poder, o entendimento da melhor doutrina é no sentido de que o mencionado rol é **meramente exemplificativo**.

Manifestando esse entendimento, asseveram Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

"Assim como em outras passagens, o art. 932 do Código revela um equívoco de orientação em que incidiu o legislador a respeito do tema dos precedentes. O que autoriza o julgamento monocrático do relator não é o fato de a tese do autor encontrar-se fundamentada em "súmulas" e "julgamento de casos repetitivos" (leia -se, incidente de resolução de demandas repetitivas, arts. 976 e ss., e recursos repetitivos, arts. 1.036 e ss.) ou em incidente de "assunção de competência". É o fato de se encontrar fundamentado em precedente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em jurisprudência formada nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência capaz de revelar razões adequadas e suficientes para solução do caso concreto. O que os preceitos mencionados autorizam, portanto, é o julgamento monocrático no caso de haver precedente do STF ou do STJ ou jurisprudência firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência nos Tribunais de Justiça ou nos Tribunais Regionais Federais. Esses precedentes podem ou não ser oriundos de casos repetitivos e podem ou não ter adequadamente suas razões retratadas em súmulas. ("Curso de Processo Civil", 3ª e., v. 2, São Paulo, RT, 2017)"

Os mesmos autores, em outra obra, explicam ainda que "a alusão do legislador a súmulas ou a casos repetitivos constitui apenas um indício - não necessário e não suficiente - a respeito da existência ou não de precedentes sobre a questão que deve ser decidida. **O que interessa para incidência do art. 932, IV, a e b, CPC, é que exista precedente sobre a matéria - que pode ou não estar subjacente a súmulas e pode ou não decorrer do julgamento de recursos repetitivos**" ("Novo Código de Processo Civil comentado", 3ª e., São Paulo, RT, 2017, p. 1014, grifos nossos).

Também Hermes Zaneti Jr. posiciona-se pela não taxatividade do elenco do art. 932, incisos IV e V (*Poderes do Relator e Precedentes no CPC/2015: perfil analítico do art. 932, IV e V*, in "A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim", Dierle José Coelho Nunes, São Paulo, RT, 2017, pp. 525-544).

Nessa linha, o STJ, antes mesmo da entrada em vigor do CPC/2015, aprovou a Súmula 568 com o seguinte teor: "O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema". Veja-se que a expressão *entendimento dominante* aponta para a não taxatividade do rol em comento.

Além disso, uma vez que a decisão singular do relator é recorrível por meio de agravo interno (art. 1.021, caput, CPC/15), não fica prejudicado o princípio da colegialidade, pois a Turma pode ser provocada a se manifestar por meio do referido recurso. Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO (ART. 1.021, DO CPC). APOSENTADORIA ESPECIAL. APLICAÇÃO DO ART. 932 DO CPC PERMITIDA. TERMO INICIAL FIXADO NA DATA DA CITAÇÃO. ATIVIDADE ESPECIAL COMPROVADA COM LAUDO JUDICIAL. INTERPOSIÇÃO CONTRA DECISÃO SINGULAR DO RELATOR. CABIMENTO. - O denominado agravo interno (artigo Art. 1.021 do CPC/15) tem o propósito de impugnar especificadamente os fundamentos da decisão agravada e, em caso de não retratação, possa ter assegurado o direito de ampla defesa, com submissão das suas impugnações ao órgão colegiado, o qual, cumprindo o princípio da colegialidade, fará o controle da extensão dos poderes do relator e, bem assim, a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando, afora essas circunstâncias, à rediscussão, em si, de matéria já decidida, mediante reiterações de manifestações anteriores ou à mingua de impugnação específica e fundamentada da totalidade ou da parte da decisão agravada, objeto de impugnação. - O termo inicial do benefício foi fixado na data da citação, tendo em vista que a especialidade da atividade foi comprovada através do laudo técnico judicial, não havendo razão para a insurgência da Autarquia Federal. - Na hipótese, a decisão agravada não padece de qualquer ilegalidade ou abuso de poder, estando seus fundamentos em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria devolvida a este E. Tribunal. - Agravo improvido. (ApReeNec 00248207820164039999, DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN, TRF3 - NONA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/10/2017)

Assim, passo a proferir decisão monocrática, com fulcro no artigo 932, IV e V, do Código de Processo Civil de 2015.

A controvérsia cinge-se na possibilidade de exclusão do valor das próprias contribuições das bases de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

Trata-se de modalidade distinta daquela abordada no julgamento do RE nº 574.706-PR, não havendo notícias de que a Suprema Corte Brasileira tenha estendido seus efeitos para abranger a hipótese aventada, não resvalando, pois, a cobrança, em qualquer ilegalidade/inconstitucionalidade.

Este, a propósito, fora o entendimento adotado pela Suprema Corte Pátria, vez que, ao se pronunciar sobre caso análogo, a saber: constitucionalidade da incidência do ICMS sobre si mesmo, decidiu pela procedência, já que se refere à tributação distinta. (AI 651873 AgR, Relator: Min. DIAS TOFFOLI).

Por fim, visando ratificar a argumentação retro, colaciono julgado proferido por esta Turma:

“PROCESSUAL CIVIL - TRIBUTÁRIO - AGRAVO INTERNO - REPERCUSSÃO GERAL - MODULAÇÃO EFEITOS STF - OPOSIÇÃO EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - PIS/COFINS EM SUA PRÓPRIA BASE DE CÁLCULO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO PARA RETIFICAR DECISÃO ANTERIOR QUE DEU PROVIMENTO AOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

1. Não há falar em ocorrência de preclusão consumativa pela interposição anterior de agravo interno, uma vez que esta se deu antes da decisão monocrática que deu provimento aos embargos de declaração, corrigindo suposto erro material e ampliando os termos da decisão monocrática proferida para excluir as contribuições do PIS/COFINS de sua própria base de cálculo.

2. No que se refere à oposição de embargos de declaração frente à decisão do STF, eventual modulação do julgado não impede o imediato julgamento dos recursos pendentes.

3. Impossibilidade de sobrestamento do feito, pois, consoante entendimento firmado pelo STJ, o instituto exige expressa determinação em vigor da Suprema Corte, devendo esta ser a interpretação a ser dada ao agora vigente art. 1035, § 5º, do CPC/15 e ao art. 328 do RISTF c/c art. 543-B do CPC/73.

4. Retifico entendimento esposado na decisão que deu provimento aos embargos de declaração, pois a pretensão da impetrante em excluir o valor das próprias contribuições das bases de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS nos recolhimentos vencidos destas exações é tema que envolve créditos públicos que não cabe ao Judiciário dispensar inopinadamente. Até porque o STF já entendeu constitucional a incidência do ICMS sobre si mesmo (cálculo "por dentro" - AI 651873 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 04/10/2011, DJe-210 DIVULG 03-11-2011 PUBLIC 04-11-2011 EMENT VOL-02619-03 PP-00372, etc.), sendo incabível invocar o quanto decidido pelo STF no RE nº 574.706 porque o caso aqui tratado se refere à tributação distinta.

3. Agravo interno parcialmente provido para retificar a decisão monocrática que deu provimento aos embargos de declaração, no ponto em que houve a exclusão das contribuições do PIS/COFINS de sua própria base de cálculo.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA Nº 0002198-28.2017.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, julgado em 08/11/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 23/11/2018)” g.n.

Diante do exposto, nos termos do art. 932, IV do CPC de 2015, **nego provimento ao agravo de instrumento.**

Publique-se. Intimem-se.

Decorrido o prazo recursal, arquivem-se os autos com as cautelas de praxe.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0020735-43.2015.4.03.6100

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: RAFAEL DIAS GIL DE SOUZA

Advogado do(a) APELANTE: FRANCISCO TIAGO DUARTE STOCKINGER - SP308438-A

APELADO: PETROLEO BRASILEIRO S A PETROBRAS, UNIAO FEDERAL

Advogados do(a) APELADO: LUIS GUSTAVO VINCENZI SILVEIRA - SP211252-A, MARCO AURELIO FERREIRA

MARTINS - SP194793-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0020735-43.2015.4.03.6100

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: RAFAEL DIAS GIL DE SOUZA

Advogado do(a) APELANTE: FRANCISCO TIAGO DUARTE STOCKINGER - SP308438-A

APELADO: PETROLEO BRASILEIRO S A PETROBRAS, UNIAO FEDERAL

Advogados do(a) APELADO: LUIS GUSTAVO VINCENZI SILVEIRA - SP211252-A, MARCO AURELIO FERREIRA

MARTINS - SP194793-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de apelação interposta pelo autor e de recurso Adesivo da PETROBRAS, em face da r. sentença de improcedência, proferida nesses autos de ação de indenização por danos materiais, promovida por RAFAEL DIAS GIL DE SOUZA, contra as rés, pessoas jurídicas, UNIÃO FEDERAL e PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRAS.

A petição inicial (ID 50943022), distribuída à 25ª Vara Federal de São Paulo/SP veiculou, em suma, o seguinte, como bem relatou a r. sentença (ID 50943024):

[...]

Trata-se de Ação Ordinária ajuizada por RAFAEL DIAS GIL DE SOUZA em face da UNIÃO FEDERAL e da PETRÓLEO BRASILEIRO S/A — PETROBRAS, visando a condenação das requeridas, de forma solidária, "(.) a • indenizaram o Autor pelos danos narrados, a serem apurados em liquidação de sentença, tomando-se por base o valor pelos quais o Autor adquiriu as ações da PETROBRAS, confrontando com o valor na BOVESPA das mesmas quando da liquidação de sentença, e acrescido ainda da variação, positiva ou negativa, do mercado acionário, mensurada pelo índice BOVESPA no período (..)." Requer outrossim, "(.) que caso o Autor venha a se obrigar a vender suas ações, ou parte delas, antes do deslinde da presente ação, sejam então os danos apurados nos mesmos critérios indicados nos itens 2-3, supra, considerando contudo a data e valor pelos quais foram vendidos seus ativos, e apurado os danos no momento da venda (...)"

Afirma o demandante, em suma, haver adquirido ações da PETROBRAS nos anos de 1999 e 2010, as quais representavam o montante de R\$ 92.923,54 (noventa e dois mil, novecentos e vinte e três reais e cinquenta e quatro centavos).

Assevera, contudo, que "(.) em razão da empresa passar a ser gerida por uma 'quadrilha de criminosos', envolvendo partidos políticos que apoiavam o Governo Federal e indicavam os dirigentes, recebendo os próprios partidos políticos propina nas contratações efetuadas; envolvendo dirigentes indicados pelo Governo Federal e que também recebiam vantagens indevidas por contratações, envolvendo empreiteiros e fornecedores que pagavam as propinas, além de envolver negócios que geraram prejuízos, tais como a compra da Refinaria de Passadena, nos USA, culminando com a recusa dos Auditores Independentes em firmarem o Balanço Patrimonial do exercício 2014, face as flagrantes irregularidades, o preço das ações despencou para R\$ 10,45 em 31.08.2015, causando prejuízos ao Autor; devidos à gestão com dolo, pelos dirigentes indicados pelo acionista controlador; União Federal, ora demandada."

Sustenta o autor; outrossim, que em decorrência de uma gestão pautada no dolo, as ações da PETROBRAS, no período de 2008 a 2014, sofreram uma desvalorização de quase 80% (oitenta por cento), ao passo que o índice BOVESPA teve uma redução de 24% (vinte e quatro por cento).

Sob o fundamento de que a administração da PETROBRAS foi marcada pela corrupção, do que resultou o prejuízo suportado pelos acionistas, ajuíza o autor a presente demanda.

[...]

Contestação da PETROBRAS (ID 50943023) e da UNIÃO (ID 50943023). Réplica (ID 50943024).

Sobreveio a r. sentença (ID 50943024) que julgou improcedentes os pedidos iniciais, na forma do dispositivo abaixo transcrito, em seus trechos essenciais:

[...]

Rejeito, inicialmente, a preliminar suscitada pela PETROBRAS de necessidade de extinção do processo em razão da existência de cláusula arbitral em seu estatuto social, que, como é cediço, determina que as disputas surgidas em razão do contrato (ou que envolvem determinada companhia) serão resolvidas por meio de arbitragem.

[...]

Entretanto, como já dito, ao tempo da aquisição das ações o regulamento da CAM vinculava apenas os acionistas que assinassem um termo de anuência, o que não se efetivou na prática.

Afasto, pois, a prefacial.

[...]

In casu, a exordial descreveu a obrigação da PETROBRAS, como companhia, e da UNIÃO FEDERAL, na condição de controladora, de indenizarem o requerente pela redução do valor das ações por ele adquiridas, que seria uma consequência dos diversos atos de gestão praticados por dirigentes da sociedade de econômica mista e, em relação à União, da culpa/desídia na escolha desses dirigentes.

[...]

Em decorrência dessa relação de direito material descrita na peça de início, não há como reconhecer a ilegitimidade de qualquer dos sujeitos processuais que integram os polos do processo, pelo que as alegações no sentido da inexistência de obrigação de indenizar ou relacionadas à efetiva prática dos atos inquinados estão relacionadas ao mérito do processo.

No tocante à prefacial de ausência de caução, estabelece a Lei n26.404/76 que a ação para haver reparação (do dano causado pela sociedade controladora à companhia) cabe a qualquer acionista, desde que preste caução pelas custas e honorários de advogado devidos caso a ação seja julgada improcedente (art. 246, § 1, b).

[...]

Tratam-se, pois, de ações com objetos distintos, razão pela qual não se revela mandatária a prestação de caução para apreciação desta lide.

Por fim, a prefacial de indeterminação dos pedidos sucessivo e alternativo será examinada em conjunto com o mérito da ação.

Como prejudicial de mérito, assevera a UNIÃO FEDERAL a ocorrência da prescrição trienal estampada no art. 287, II, "h" e "g" da Lei n 2 6.404/76.

[...]

Não procede a prejudicial.

Como afirmado pelo demandante em sede de réplica, "(...) em razão dos ilícitos praticados pela administração da PETROBRAS, que exigia propina dos fornecedores, vieram a pública (sic) apenas no segundo semestre de 2014, com o que a partir da ciência destes fatos é que começa a fluir o prazo prescricional."

[...]

Contudo, o pedido indenizatório não tem condições de prosperar:

[...]

In casu, ausente o DANO alegado.

Conquanto o autor tenha comprovado a desvalorização no preço das ações por ele adquiridas, não há que se cogitar da ocorrência de prejuízo, uma vez que, consoante documentação acostada ao processo, o mesmo ainda permanece na posse dos títulos.

Com efeito, existe apenas uma expectativa de prejuízo, cuja concretização poderá (ou não) ocorrer no momento da alienação das ações. A situação ora sub examine revela, tão somente, a presença de um dano hipotético o qual, todavia, não autoriza a via reparatória.

E a ausência do dano mostra-se evidente pelo fato do requerente pleitear a sua apuração somente na fase de liquidação de sentença, "tomando-se por base o valor pelos quais o Autor adquiriu as ações da PETROBRAS confrontando com o valor na BOVESPA das mesmas quando da liquidação de sentença".

Ora, e se, à guisa de exemplo, o pedido ora formulado é julgado procedente e no momento da liquidação da sentença as ações da Petrobras, após uma processo de valorização, alcançarem um valor superior ao que foi pago pelo demandante?? O dano, reconhecido por sentença transitado em julgado, terá deixado de existir..

Tal constatação, por si só, é suficiente para demonstrar a impropriedade da pretensão autoral na forma como foi posta em juízo.

Ainda que este Magistrado não seja alheio às aflições vivenciadas pelos investidores da Petrobras, não pode o autor, na posse de suas ações, alegar a ocorrência de um prejuízo e visar a sua reparação tendo por parâmetro o valor pago no momento que as adquiriu. Tratar-se-ia de um investimento (em ações!!!) com risco zero. Ademais, é contraditória a assertiva autoral no sentido de que buscou formar uma poupança investindo em ações, "aplicação" cuja característica mais expressiva é a presença do risco (de significativos ganhos ou prejuízos), dada a volatilidade do mercado, e isso independentemente da sociedade empresária da qual o investidor se torna sócio.

No mais, a circunstância de o postulante informar o valor de suas ações na declaração de imposto de renda não tem aptidão para conduzir à procedência do pedido, uma vez que a referida declaração não tem por finalidade atestar o valor patrimonial do bem do declarado.

Em suma, a situação retratada nos autos revela, tão somente, a perspectiva de um prejuízo, mas não o dano propriamente dito. Não se está na esfera do dano emergente e nem do lucro cessante. E inexistindo dano não se pode falar em indenização.

Despiciendo ressaltar que eventual alienação das ações pelo autor também não é garantia de acolhimento do pedido reparatório, mas autoriza o exame dos demais elementos que viabilizam a via indenizatória (nexo de causalidade e atuação Estatal). Com tais considerações, não merece amparo a pretensão autoral.

Posto isso, JULGO IMPROCEDENTE o pedido formulado com resolução do mérito, nos termos do art. 487, I, do Código de Processo Civil.

Custas ex lege.

Condeno o autor, de forma pro rata, ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 3º, I e § 42, III do Código de Processo Civil. A incidência de correção monetária e juros de mora deverá observar o disposto no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução n. 2134, de 21/12/2010, do Conselho da Justiça Federal.

[...]

Interposta apelação pelo autor que, em suas razões recursais (ID 50943024), sustenta, em síntese, o seguinte: que os “danos não próprios do mercado acionário, mas sim produto do dolo na gestão fraudulenta da PETROBRAS, havendo então de serem indenizados”; aduz que o fato de manter-se na posse das referidas ações, não faz por desaparecer seu prejuízo; e sustenta que por se tratar de ações cujos valores oscilam em função do mercado, é possível fazer pedido genérico, com fundamento no disposto no inciso II do art. 286 do CPC, com valor a ser apurado em liquidação de sentença.

Contrarrazões da PETROBRAS (ID 50943024) e da UNIÃO (ID 50943024), na qual volta a sustentar a sua ilegitimidade passiva e a incompetência da Justiça Federal, a indeterminação do pedido inicial e a ilegitimidade passiva do acionista minoritário para a reparação de prejuízo indireto e a prescrição.

Interposto recurso adesivo pela PETROBRAS que, em suas razões recursais (ID 50943024), sustenta, em síntese, o seguinte: que os acionistas estão vinculados ao estatuto da empresa e, portanto, à cláusula arbitral.

Contrarrazões do autor (ID 50943024)

Vieramos autos a esta E. Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0020735-43.2015.4.03.6100

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: RAFAEL DIAS GIL DE SOUZA

Advogado do(a) APELANTE: FRANCISCO TIAGO DUARTE STOCKINGER - SP308438-A

APELADO: PETROLEO BRASILEIRO S A PETROBRAS, UNIAO FEDERAL

Advogados do(a) APELADO: LUIS GUSTAVO VINCENZI SILVEIRA - SP211252-A, MARCO AURELIO FERREIRA

MARTINS - SP194793-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

“EMENTA”

APELAÇÃO CÍVEL. QUEDA DO VALOR DE MERCADO DE AÇÕES DA PETROBRAS. DANO MATERIAL. DANO NÃO COMPROVADO. DEVER DE INDENIZAR. NÃO CONFIGURADO. APELAÇÃO E RECURSO ADESIVO NÃO PROVIDOS. SENTENÇA MANTIDA.

1. *Cinge-se a controvérsia em apurar se a responsabilidade pelo dano alegado pelo autor, em relação à queda do valor de mercado das ações da PETROBRAS, de sua titularidade, deve ser atribuída às rés, ensejando a condenação no dever de indenizar, por danos.*

2. *Nas hipóteses de ação de indenização por dano, é indispensável se que comprove, dentre outras coisas, o efetivo dano sofrido, no caso de danos materiais, o dano patrimonial a ser reparado.*

3. *Quando se trata de ações, o patrimônio é o próprio título que, independentemente de seu valor de cotação em bolsa, atribui ao acionista uma participação percentual da empresa correspondente. Assim, a queda ou a alta desses papéis, que é justamente o risco do negócio, não modifica a situação patrimonial de seu titular perante a sociedade a que se referem.*

4. *O fato de que as ações continuam em poder do autor, configura a hipótese de dano hipotético, não passível de indenização. Portanto, como o patrimônio continua intacto e em poder de seu titular, não havendo comprovação de perda ou dano a ele relacionado, não é possível reconhecer o dever de indenizar por dano, haja vista que este não restou comprovado.*

5. *Nega-se provimento à apelação do autor e ao recurso adesivo da PETROBRAS, para manter a r. sentença, por seus próprios fundamentos.*

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Cinge-se a controvérsia em apurar se a responsabilidade pelo dano alegado pelo autor, em relação à queda do valor de mercado das ações da PETROBRAS, de sua titularidade, deve ser atribuída às rés, ensejando a condenação no dever de indenizar, por danos.

Sustenta a UNIÃO a sua ilegitimidade passiva e a incompetência da Justiça Federal, a indeterminação do pedido inicial e a ilegitimidade passiva do acionista minoritário para a reparação de prejuízo indireto e a prescrição.

Essas matérias foram amplamente analisadas pelo Juízo *a quo* e de forma absolutamente clara e objetiva, razão pela qual peço vênia para transcrever parte da sua fundamentação, para adotá-la como razão de decidir, para rejeitar as preliminares suscitadas:

[...]

In casu, a exordial descreveu a obrigação da PETROBRAS, como companhia, e da UNIÃO FEDERAL, na condição de controladora, de indenizarem o requerente pela redução do valor das ações por ele adquiridas, que seria uma consequência dos diversos atos de gestão praticados por dirigentes da sociedade de econômica mista e, em relação à União, da culpa/desídia na escolha desses dirigentes.

[...]

Em decorrência dessa relação de direito material descrita na peça de início, não há como reconhecer a ilegitimidade de qualquer dos sujeitos processuais que integram os polos do processo, pelo que as alegações no sentido da inexistência de obrigação de indenizar ou relacionadas à efetiva prática dos atos inquinados estão relacionadas ao mérito do processo.

No tocante à prefacial de ausência de caução, estabelece a Lei n26.404/76 que a ação para haver reparação (do dano causado pela sociedade controladora à companhia) cabe a qualquer acionista, desde que preste caução pelas custas e honorários de advogado devidos caso a ação seja julgada improcedente (art. 246, § 1, b).

[...]

Tratam-se, pois, de ações com objetos distintos, razão pela qual não se revela mandatária a prestação de caução para apreciação desta lide.

Por fim, a prefacial de indeterminação dos pedidos sucessivo e alternativo será examinada em conjunto com o mérito da ação.

Como prejudicial de mérito, assevera a UNIÃO FEDERAL a ocorrência da prescrição trienal estampada no art. 287, II, "h" e "g" da Lei n 2 6.404/76.

[...]

Não procede a prejudicial.

Como afirmado pelo demandante em sede de réplica, "(...) em razão dos ilícitos praticados pela administração da PETROBRAS, que exigia propina dos fornecedores, vieram a pública (sic) apenas no segundo semestre de 2014, com o que a partir da ciência destes fatos é que começa a fluir o prazo prescricional."

[...]

De igual modo a PETROBRAS, em recurso adesivo, volta a sustentar que os acionistas estão vinculados ao estatuto da empresa e, portanto, à cláusula arbitral.

E mais uma vez peço vênha para adotar os fundamentos postos na r. sentença a respeito do assunto, para adotá-los como razão de decidir:

[...]

Rejeito, inicialmente, a preliminar suscitada pela PETROBRAS de necessidade de extinção do processo em razão da existência de cláusula arbitral em seu estatuto social, que, como é cediço, determina que as disputas surgidas em razão do contrato (ou que envolvem determinada companhia) serão resolvidas por meio de arbitragem.

[...]

Entretanto, como já dito, ao tempo da aquisição das ações o regulamento da CAM vinculava apenas os acionistas que assinassem um termo de anuência, o que não se efetivou na prática.

Afasto, pois, a prefacial.

[...]

Afirma o autor que os danos alegados não se deram em razão da simples oscilação do valor das ações no mercado, mas da má gestão da empresa pelo acionista majoritário.

Aduz que o fato de manter-se na posse das referidas ações, não faz por desaparecer seu prejuízo; e sustenta que por se tratar de ações cujos valores oscilam em função do mercado, é possível fazer pedido genérico, com fundamento no disposto no inciso II do art. 286 do CPC, com valor a ser apurado em liquidação de sentença.

Cabe destacar inicialmente, que nas hipóteses de ação de indenização por dano, é indispensável se que comprove, dentre outras coisas, o efetivo dano sofrido, no caso de danos materiais, o dano patrimonial a ser reparado.

Quando se trata de ações, o patrimônio é o próprio título que, independentemente de seu valor de cotação em bolsa, atribui ao acionista uma participação percentual na empresa correspondente.

Assim, a queda ou a alta desses papéis, que é justamente o risco do negócio, não modifica a situação patrimonial de seu titular perante a sociedade a que se referem.

O fato de que as ações continuam em poder do autor, como bem ressaltou a r. sentença, configura a hipótese de dano hipotético, não passível de indenização.

O argumento trazido pelo autor de que com fundamento no inciso II do art. 286 do CPC é possível fazer pedido genérico, sendo o seu valor apurado em liquidação de sentença está correto. No entanto, esta não é a hipótese dos autos, pois, aqui há que se comprovar o dano patrimonial efetivo.

A oscilação do valor das ações no mercado não justifica a aplicação desse dispositivo legal e se assim fosse, é preciso admitir-se que se por ocasião da liquidação de sentença as ações estivessem sendo cotadas em valor superior ao da aquisição, situação perfeitamente possível, caberia ao acionista e não à empresa ou seu controlador indenizar a sociedade pela diferença.

Portanto, como o patrimônio continua intacto e em poder de seu titular, não havendo comprovação de perda ou dano a ele relacionado, não é possível reconhecer o dever de indenizar por dano, haja vista que este não restou comprovado.

Ante o exposto, nego provimento à apelação do autor e ao recurso adesivo da PETROBRAS, para manter a r. sentença, por seus próprios fundamentos.

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. QUEDA DO VALOR DE MERCADO DE AÇÕES DA PETROBRAS. DANO MATERIAL. DANO NÃO COMPROVADO. DEVER DE INDENIZAR. NÃO CONFIGURADO. APELAÇÃO E RECURSO ADESIVO NÃO PROVIDOS. SENTENÇA MANTIDA.

- 1. Cinge-se a controvérsia em apurar se a responsabilidade pelo dano alegado pelo autor, em relação à queda do valor de mercado das ações da PETROBRAS, de sua titularidade, deve ser atribuída às rés, ensejando a condenação no dever de indenizar, por danos.*
- 2. Nas hipóteses de ação de indenização por dano, é indispensável se que comprove, dentre outras coisas, o efetivo dano sofrido, no caso de danos materiais, o dano patrimonial a ser reparado.*
- 3. Quando se trata de ações, o patrimônio é o próprio título que, independentemente de seu valor de cotação em bolsa, atribui ao acionista uma participação percentual da empresa correspondente. Assim, a queda ou a alta desses papéis, que é justamente o risco do negócio, não modifica a situação patrimonial de seu titular perante a sociedade a que se referem.*
- 4. O fato de que as ações continuam em poder do autor, configura a hipótese de dano hipotético, não passível de indenização. Portanto, como o patrimônio continua intacto e em poder de seu titular, não havendo comprovação de perda ou dano a ele relacionado, não é possível reconhecer o dever de indenizar por dano, haja vista que este não restou comprovado.*
- 5. Nega-se provimento à apelação do autor e ao recurso adesivo da PETROBRAS, para manter a r. sentença, por seus próprios fundamentos.*

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação do autor e ao recurso adesivo da PETROBRAS, para manter a r. sentença, por seus próprios fundamentos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO

AGRAVANTE: HENARES ADVOGADOS ASSOCIADOS

Advogados do(a) AGRAVANTE: THAYRINE EVELLYN SANTOS LEITE - SP368025-A, RAFAEL SIMAO DE OLIVEIRA CARDOSO - SP285793-A, HALLEY HENARES NETO - SP125645-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por HENARES ADVOGADOS ASSOCIADOS, em face de decisão que indeferiu o pedido liminar, em autos de mandado de segurança, objetivando seja declarado o direito líquido e certo da Impetrante à prorrogação das datas de vencimento de todos os tributos federais administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil e Procuradoria Geral da Fazenda Nacional vencidos e vincendos entre os meses de março, abril e maio de 2020 (não relacionados na Portaria nº 139 de 3 de abril de 2020, do Ministério da Economia), bem como as parcelas de débitos objeto de parcelamentos em andamento concedidos pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) e pela RFB também referentes aos meses de março, abril e maio, ficando prorrogadas para o último dia útil do 3º (terceiro) mês subsequente, com a consequente expedição de certidão positiva com efeitos de negativa, considerando que os únicos débitos em aberto são referentes a período posterior ao de reconhecimento do estado de calamidade pública.

Pugna a parte agravante, em síntese, pela reforma da decisão agravada.

Indeferido o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal.

Inintimada, a parte agravada apresentou contraminuta.

É o relatório.

DECIDO.

O feito comporta julgamento monocrático, nos termos do art. 932, III c/c art. 1019, *caput*, ambos do novo CPC.

Conforme certidão juntada pelo ID 134472398, verifico que o Juízo de origem proferiu decisão de mérito nos autos originários, concedendo parcialmente a segurança, em 05/06/2020.

Por isso, o presente recurso está prejudicado, em razão da perda do seu objeto. A decisão assim proferida esvazia o conteúdo do agravo.

Neste sentido, confirmam-se os seguintes precedentes jurisprudenciais:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO CONTRA ACÓRDÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SENTENÇA SUPERVENIENTE. RECURSO PREJUDICADO.

1. A superveniência da sentença proferida no feito principal enseja a perda de objeto de recursos anteriores que versem sobre questões resolvidas por decisão interlocutória combatida via agravo de instrumento. Precedentes.

2. Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg no REsp 1.485.765/SP, Terceira Turma, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 20/10/2015, DJe 29/10/2015)

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA DE MÉRITO. PERDA DO OBJETO.

1. Tendo em conta o caráter manifestamente infringente, e em face do princípio da fungibilidade recursal, recebem-se os presentes embargos de declaração como agravo regimental.

2. A jurisprudência desta Corte Superior firmou entendimento no sentido de que resta prejudicado, pela perda de objeto, o recurso especial interposto contra acórdão que examinou agravo de instrumento, quando se verifica a prolação da sentença de mérito, haja vista que nela a cognição é exauriente.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ, EDcl no REsp 1.338.242/PE, Primeira Turma, Relator Ministro Sérgio Kukina, j. 17/10/2015, DJe 09/11/2015)

AGRAVO LEGAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO LIMINAR. POSTERIOR PROLAÇÃO DE SENTENÇA PELO JUÍZO A QUO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PREJUDICADO EM RAZÃO DE PERDA DE OBJETO RECURSAL. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO.

- A decisão interlocutória impugnada no presente agravo de instrumento (liminar indeferida pelo juízo a quo) não mais produz suas regulares consequências jurídicas, pois a sentença foi proferida no processo originário. Assim, era viável ter por prejudicado o agravo de instrumento e, por via de consequência, negar seguimento ao recurso, conforme estatui o artigo 932, III, do CPC/2015.

- A agravante não pode se valer de um recurso interposto contra uma dada decisão interlocutória (responsável por indeferir o pleito liminar na origem) para que haja reapreciação de uma sentença (na qual se reconheceu a ocorrência de litispendência), sob pena de promover verdadeiro tumulto processual, o que não se admite. Caso mantenha a intenção de combater a sentença que reconheceu a ocorrência de litispendência entre a ação de origem de outro processo, deverá a agravante valer-se da via recursal adequada, que não se refere ao presente agravo de instrumento.

- Agravo legal a que se nega provimento.

(TRF3, AG 0013386-19.2016.403.0000, Primeira Turma, Relator Desembargador Federal Wilson Zauhy, j. 22/08/2017, e-DJF3 Judicial 1 de 01/09/2017)

Ante o exposto, **JULGO PREJUDICADO** o agravo de instrumento interposto, **negando-lhe seguimento**, nos termos do artigo 932, III, do Código de Processo Civil.

Decorrido o prazo recursal, remetam-se estes autos à Vara de origem.

Intime-se.

SOUZARIBEIRO

Desembargador Federal

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5022447-08.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO

AGRAVANTE: GALVAO ENGENHARIA S/A

Advogado do(a) AGRAVANTE: RENATA BORGES LA GUARDIA - SP182620-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SÃO PAULO

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por GALVÃO ENGENHARIA S.A., em face de decisão que indeferiu o pedido liminar, em autos de mandado de segurança, objetivando a autorização para o recolhimento do PIS e da COFINS sem a inclusão das referidas contribuições em suas bases de cálculo, suspendendo a exigibilidade do crédito tributário que deixar de ser recolhido e determinando à impetrada que se abstenha de realizar quaisquer atos tendentes à sua exigência.

Pugna a parte agravante, em síntese, pela reforma da decisão agravada.

Intimada, a parte agravada ofertou contraminuta.

É o relatório.

DECIDO.

O feito comporta julgamento monocrático, nos termos do art. 932, III c/c art. 1019, *caput*, ambos do novo CPC.

Conforme consulta ao Sistema de Informações Processuais - PJE, verifico que o Juízo de origem proferiu decisão de mérito nos autos originários, denegando a segurança, em 06/05/2020.

Por isso, o presente recurso está prejudicado, em razão da perda do seu objeto. A sentença proferida, em cognição exauriente, esvazia o conteúdo do agravo.

Neste sentido, confirmam-se os seguintes precedentes jurisprudenciais:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO CONTRA ACÓRDÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SENTENÇA SUPERVENIENTE. RECURSO PREJUDICADO.

1. A superveniência da sentença proferida no feito principal enseja a perda de objetos de recursos anteriores que versem sobre questões resolvidas por decisão interlocutória combatida via agravo de instrumento. Precedentes.

2. Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg no REsp 1.485.765/SP, Terceira Turma, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 20/10/2015, DJe 29/10/2015)

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA DE MÉRITO. PERDA DO OBJETO.

1. Tendo em conta o caráter manifestamente infringente, e em face do princípio da fungibilidade recursal, recebem-se os presentes embargos de declaração como agravo regimental.

2. A jurisprudência desta Corte Superior firmou entendimento no sentido de que resta prejudicado, pela perda de objeto, o recurso especial interposto contra acórdão que examinou agravo de instrumento, quando se verifica a prolação da sentença de mérito, haja vista que nela a cognição é exauriente.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ, EDcl no REsp 1.338.242/PE, Primeira Turma, Relator Ministro Sérgio Kukina, j. 17/10/2015, DJe 09/11/2015)

AGRAVO LEGAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO LIMINAR. POSTERIOR PROLAÇÃO DE SENTENÇA PELO JUÍZO A QUO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PREJUDICADO EM RAZÃO DE PERDA DE OBJETO RECURSAL. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO.

- A decisão interlocutória impugnada no presente agravo de instrumento (liminar indeferida pelo juízo a quo) não mais produz suas regulares consequências jurídicas, pois a sentença foi proferida no processo originário. Assim, era viável ter por prejudicado o agravo de instrumento e, por via de consequência, negar seguimento ao recurso, conforme estatui o artigo 932, III, do CPC/2015.

- A agravante não pode se valer de um recurso interposto contra uma dada decisão interlocutória (responsável por indeferir o pleito liminar na origem) para que haja reapreciação de uma sentença (na qual se reconheceu a ocorrência de litispendência), sob pena de promover verdadeiro tumulto processual, o que não se admite. Caso mantenha a intenção de combater a sentença que reconheceu a ocorrência de litispendência entre a ação de origem de outro processo, deverá a agravante valer-se da via recursal adequada, que não se refere ao presente agravo de instrumento.

- Agravo legal a que se nega provimento.

(TRF3, AG 0013386-19.2016.403.0000, Primeira Turma, Relator Desembargador Federal Wilson Zauhy, j. 22/08/2017, e-DJF3 Judicial 1 de 01/09/2017)

Ante o exposto, **JULGO PREJUDICADO** o agravo de instrumento interposto, **negando-lhe seguimento**, nos termos do artigo 932, III, do Código de Processo Civil.

Decorrido o prazo recursal, remetam-se estes autos à Vara de origem.

Intime-se.

SOUZA RIBEIRO
Desembargador Federal

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0000943-19.2013.4.03.6183
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: LUAN SENA SILVA OLIVEIRA
REPRESENTANTE: VALDIRENE SENA SILVA
Advogado do(a) APELADO: EDSON MIRANDA DE OLIVEIRA - SP82848-B,
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0000943-19.2013.4.03.6183
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: LUAN SENA SILVA OLIVEIRA
REPRESENTANTE: VALDIRENE SENA SILVA
Advogado do(a) APELADO: EDSON MIRANDA DE OLIVEIRA - SP82848-B,
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de apelação interposta pelo INSS, em face da r. sentença de procedência, proferida nestes autos de ação de indenização por danos materiais, promovida por LUAN SENA SILVA DE OLIVEIRA, contra o réu, pessoa jurídica, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS.

A petição inicial (ID 89974157), distribuída à 12ª Vara Federal Cível de São Paulo/SP veiculou, em suma, o seguinte, como bem relatou a r. sentença (ID 89974158):

[...]

Trata-se de ação sob o procedimento ordinário ajuizada por LUAN SENA SILVA DE OLIVEIRA, representado por sua mãe, VALDIRENE SENA SILVA, em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, distribuída inicialmente à 10ª Vara Federal Previdenciária.

Relata que, em março de 1999, ajuizou Ação de Investigação de Paternidade - Processo nº 274/99, 5ª Vara Cível de Mauá, contra FRANCISCO DE PÁDUA FERREIRA DE OLIVEIRA, seu genitor; falecido em 19/02/1999.

Conta que, em 09/03/1999, ajuizou a Medida Cautelar Inominada - Processo nº 323/99, em face de JULIANA DE SOUZA OLIVEIRA, visando o depósito judicial dos valores devidos a título de pensão por morte (sua quota-parte), pois eram recebidos integralmente pela requerida, sua irmã por parte de pai. Foi deferida a liminar, em 19 de março de 1999, porém o INSS não a cumpriu, sob a alegação de que desconhecia a existência de qualquer benefício concedido aos dependentes de

FRANCISCO DE PÁDUA FERREIRA DE OLIVEIRA. Tentou obter o cumprimento da liminar por meio de ação junto à 7ª Vara Federal Previdenciária, contudo, a inicial foi indeferida por incompetência do juízo.

Afirma que a pensão foi paga integralmente à sua irmã - JULIANA DE SOUZA OLIVEIRA - de 19/02/1999 a 20/10/2007, quando ela atingiu a maioridade.

Argumenta que a metade da pensão deveria ter sido depositada judicialmente pelo INSS, devendo, por isso, responder pelo prejuízo causado, com base nos artigos 389 e 932 do Código Civil, cabendo-lhe a devolução da metade da pensão previdenciária relativamente ao período de 19/02/1999 a 19/10/2007.

[...]

Contestação do INSS (ID 89974157). Réplica (ID 89974157).

Sobreveio a r. sentença (ID 89974158) que julgou procedentes os pedidos iniciais, na forma do dispositivo abaixo transcrito, em seus trechos essenciais:

[...]

A preliminar de interesse de agir merece ser rechaçada, pois o autor precisa da ação judicial para lograr o reconhecimento de seu direito à pensão por morte desde o falecimento de seu genitor (19/02/1999), já que o réu somente iniciou o seu pagamento (D.I.P.) em 30/10/2007 (fl. 149).

[...]

Pois bem, os documentos acostados aos autos demonstram que desde o falecimento de seu genitor, ocorrido em 19.02.1999 (f. 17) até 30.10.2007 (início do recebimento da pensão por morte-f. 149), o autor teve reduzido seu patrimônio, na medida em que os gastos com seu sustento, moradia, lazer e demais necessidades, até então custeadas pelo ascendente, foram suprimidos naqueles anos.

A paternidade do autor foi reconhecida judicialmente em 24.10.2008 (fis. 36/38), porém seus efeitos retroagiram à data do nascimento (efeitos ex tunc), vale dizer, em 20.08.1998.

[...]

Portanto, tem o autor direito ao recebimento de metade dos valores de pensão por morte, relativo ao período de 05.04.1999 a 30.10.2007, como forma de recompor seu patrimônio e, por conseguinte, indenizá-lo dos prejuízos sofridos durante esse interregno. Ressalto que o marco inicial para fruição do benefício - 05.04.1999 - corresponde à data que chegou ao conhecimento do INSS o teor da decisão liminar (f. 33), proferida em 19.03.1999 (f. 32) nos autos do Processo nº 323/99, que deixou, contudo, de ser, injustificadamente, atendida pelo órgão previdenciário.

[...]

Afasto, por fim, a prescrição quinquenal, uma vez que contra incapazes não corre prescrição (artigo 79 da Lei nº 8.213/91).

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE A AÇÃO, resolvendo o mérito, nos termos do artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil, para determinar que o INSS efetue o pagamento ao autor de metade dos valores da pensão por morte de seu genitor FRANCISCO DE PÁDUA FERREIRA DE OLIVEIRA relativo ao período de 05.04.1999 a 30.10.2007.

O valor das parcelas atrasadas deverá ser corrigido monetariamente nos termos da Resolução nº 267/2013, do Conselho da Justiça Federal, que aprovou o Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos na Justiça Federal.

Condeno o réu a pagar honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa atualizado.

Custas nos termos da lei.

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição.

[...]

Interposta apelação pelo INSS que, em suas razões recursais (ID 89974158), sustenta, em síntese, o seguinte: que não possui legitimidade para figura no polo passivo da demanda, sob o fundamento de que foi a irmã do autor que recebeu integralmente os valores da pensão, mesmo sabendo da existência do autor, pois, integrava a ação de investigação de paternidade; aduz que não restou comprovada a culpa da autarquia e invoca o art. 76 da Lei nº 8.213, de 1991 e junta jurisprudência; e insurge-se contra a sistemática adotada pela r. sentença, no que diz respeito à incidência de juros de mora e correção monetária.

Contrarrazões do autor (ID 89974158).

Manifestação do Ministério Público Federal (ID 89974158), pela parcial procedência da remessa oficial e da apelação, apenas no que se refere à incidência de juros de mora e correção monetária.

Vieramos autos a esta E. Corte.

É o relatório.

VOTO

“EMENTA”

APELAÇÃO CÍVEL. DANO MATERIAL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO PAGO INDEVIDAMENTE A TERCEIRO. DANO, EVENTO DANOSO, CONDUTA DO AGENTE E NEXO DE CAUSALIDADE. COMPROVADOS. DEVER DE INDENIZAR POR DANOS MATERIAIS. CONFIGURADO. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO, PARCIALMENTE PROVIDAS.

1. *Cinge-se a controvérsia em apurar se a responsabilidade pelo pagamento, a terceira pessoa, de benefício previdenciário de pensão por morte, devido ao autor, em razão de reconhecimento de direito em ação de investigação de paternidade, deve ser atribuída ao réu, ensejando a condenação no dever de indenizar, por danos.*

2. *O argumento de que o ofício do Juízo foi entregue em uma agência do INSS e o benefício à irmã do autor concedido em outra agência da autarquia, não se presta para excluir a responsabilidade do apelante. O conhecimento, a informação e os pedidos de concessão de benefícios são feitos perante o INSS e não junto a essa ou aquela agência da previdência, cabendo ao Instituto o correto e eficiente processamento dessas informações para bem prestar o serviço para o qual foi criado. Portanto, perfeitamente demonstrada a falha na prestação do serviço por parte do INSS, bem como o dano, o evento danoso e o nexo de causalidade a justificar a condenação no dever de indenizar, por dano.*

3. *A condenação do Instituto, no dever de indenizar por dano, não inviabiliza o exercício do seu direito de regresso, em face daquele que, sabedor da determinação judicial, requereu e recebeu, indevidamente, o benefício previdenciário devido a outrem.*

4. *No que diz respeito à correção monetária e a incidência de juros de mora, observe-se o disposto no Tema 905 e na Súmula 54, ambos do C. STJ.*

5. *Dá-se parcial provimento à remessa necessária e à apelação do INSS, apenas e tão somente para determinar que, em relação a incidência de juros de mora e correção monetária, seja observado o disposto no Tema 905 e na Súmula 54, ambos do Colendo STJ, no mais, mantida a r. sentença, por seus próprios fundamentos.*

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Cinge-se a controvérsia em apurar se a responsabilidade pelo pagamento, a terceira pessoa, de benefício previdenciário de pensão por morte, devido ao autor, em razão de reconhecimento de direito em ação de investigação de paternidade, deve ser atribuída ao réu, ensejando a condenação no dever de indenizar, por danos.

Sustenta o INSS que não possui legitimidade para figura no polo passivo da demanda, sob o fundamento de que foi a irmã do autor que recebeu integralmente os valores da pensão, mesmo sabendo da existência do autor, pois, integrava a ação de investigação de paternidade; aduz que não restou comprovada a culpa da autarquia e invoca o art. 76 da Lei nº 8.213, de 1991 e junta jurisprudência.

Vejamos o que afirma a autarquia em sua peça de apelação a respeito desse assunto (ID 89974158):

[...]

COM EFEITO, NO PRESENTE CASO, NO MOMENTO EM QUE O INSS -. AGÊNCIA SÃO BERNARDO DO CAMPO - RECEBEU O OFÍCIO ADVINDO DO PODER JUDICIÁRIO ESTADUAL, CONFORME FL. 33, NAQUELE MOMENTO NÃO HAVIA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE A JULIANA OLIVEIRA.

EXPLICA-SE. CONFORME SE DENOTA DO EXTRATO PLENUS EM ANEXO, O INSS SOMENTE DEFERIU O BENEFÍCIO A JULIANA EM 20/04/1999, QUANDO TAL BENEFÍCIO MIGROU PARA O SISTEMA (DDB: 20/04/1999 - DATA DEFERIMENTO BENEFÍCIO, NB 21/113.275.227-0), NA AGÊNCIA DO TATUAPÉ, AO PASSO QUE O OFÍCIO DE FL. 33, O QUAL COMUNICA O INSS, DATADO DE 19/03/1999, SOMENTE FOI RECEBIDO Q EM 05/04/1999, NA AGÊNCIA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO.

TAL SITUAÇÃO ESTÁ BEM RETRATADA NA RESPOSTA DO INSS DE FLS. 41/42, POIS O FATO DE O PODER JUDICIÁRIO INTIMAR A AGÊNCIA DE SÃO BERNARDO, E JULIANA REQUERER O BENEFÍCIO PERANTE A AGÊNCIA DO TATUAPÉ, FEZ COM QUE NÃO HOUVESSE MEIOS DE VIABILIZAR O CUMPRIMENTO DO OFÍCIO DE FL. 33.

Logo, resta demonstrada a ausência de culpa ou dolo por parte do INSS, na medida em que NÃO restou demonstrada a obrigação de indenizar; tem-se que nada é devido ao autor LUAN SENA DE OLIVEIRA.

[...]

O ofício a que se refere o apelante, datado de 19/03/1999, do Juízo de Direito da Quinta Vara Cível da Comarca de Mauá/SP, dirigido ao INSS, assim determina:

[...]

Com o presente, expedido nos autos de MEDIDA CAUTELAR requerido por LUAN SENA DA SILVA (REP P/ VALDIRENE SENA SILVA) contra INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, feito nº323/99, em curso por este Juízo e respectivo Cartório Cível, solicito de Vossa Senhoria as providências que se fizerem necessárias no sentido de que seja DEPOSITADO EM JUÍZO, metade das verbas trabalhistas e metade da pensão concedida ou que vier a ser concedida em razão do falecimento de FRANCISCO DE PADUA FERREIRA DE OLIVEIRA nascido em 03/03/57, filho de José Gonçalo de Oliveira e Carolina Maria dos reis, conforme cópia do despacho em anexo.

[...]

Ou seja, em 05/04/1999, data que o INSS afirma ter recebido o ofício, passou a ter conhecimento de que deveria depositar em juízo metade da pensão concedida ou **que viesse a ser concedida**, como o foi em 20/04/1999 à irmã do autor, fato este relatado pela própria autarquia.

O argumento de que o ofício do Juízo foi entregue em uma agência do INSS e o benefício à irmã do autor concedido em outra agência da autarquia, não se presta para excluir a responsabilidade do apelante. O conhecimento, a informação e os pedidos de concessão de benefícios são feitos perante o INSS e não junto a essa ou aquela agência da previdência, cabendo ao Instituto o correto e eficiente processamento dessas informações para bem prestar o serviço para o qual foi criado.

Portanto, perfeitamente demonstrada a falha na prestação do serviço por parte do INSS, bem como o dano, o evento danoso e o nexo de causalidade a justificar a condenação no dever de indenizar, por dano.

Ressalto, por oportuno, que a jurisprudência colacionada pelo apelante trata de situação diversa da que se apresenta na espécie, uma vez que dispõe a respeito de pagamento de benefício feito antes da habilitação do beneficiário, sendo que nos presentes autos o ofício do Juízo foi recebido pelo INSS a tempo de efetuar o bloqueio e o depósito em juízo, como determinado.

Destaco ainda, que a condenação do Instituto, no dever de indenizar por dano, não inviabiliza o exercício do seu direito de regresso, em face daquele que, sabedor da determinação judicial, requereu e recebeu, indevidamente, o benefício previdenciário devido a outrem.

No que diz respeito à correção monetária e a incidência de juros de mora, observe-se o disposto no Tema 905 e na Súmula 54, ambos do C. STJ.

Quanto aos efeitos do julgamento do RE 870947, acrescente-se que o Plenário do STF, em sessão realizada no dia 03/10/2019, decidiu, por maioria de votos, rejeitar todos os embargos de declaração opostos no mencionado recurso extraordinário e não modular os efeitos da decisão anteriormente proferida.

Ante o exposto, dou parcial provimento à remessa necessária e à apelação do INSS, apenas e tão somente para determinar que, em relação a incidência de juros de mora e correção monetária, seja observado o disposto no Tema 905 e na Súmula 54, ambos do Colendo STJ, no mais, mantida a r. sentença, por seus próprios fundamentos.

É como voto.

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. DANO MATERIAL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO PAGO INDEVIDAMENTE A TERCEIRO. DANO, EVENTO DANOSO, CONDUTA DO AGENTE E NEXO DE CAUSALIDADE. COMPROVADOS. DEVER DE INDENIZAR POR DANOS MATERIAIS. CONFIGURADO. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO, PARCIALMENTE PROVIDAS.

1. Cinge-se a controvérsia em apurar se a responsabilidade pelo pagamento, a terceira pessoa, de benefício previdenciário de pensão por morte, devido ao autor, em razão de reconhecimento de direito em ação de investigação de paternidade, deve ser atribuída ao réu, ensejando a condenação no dever de indenizar, por danos.

2. O argumento de que o ofício do Juízo foi entregue em uma agência do INSS e o benefício à irmã do autor concedido em outra agência da autarquia, não se presta para excluir a responsabilidade do apelante. O conhecimento, a informação e os pedidos de concessão de benefícios são feitos perante o INSS e não junto a essa ou aquela agência da previdência, cabendo ao Instituto o correto e eficiente processamento dessas informações para bem prestar o serviço para o qual foi criado. Portanto, perfeitamente demonstrada a falha na prestação do serviço por parte do INSS, bem como o dano, o evento danoso e o nexo de causalidade a justificar a condenação no dever de indenizar, por dano.

3. A condenação do Instituto, no dever de indenizar por dano, não inviabiliza o exercício do seu direito de regresso, em face daquele que, sabedor da determinação judicial, requereu e recebeu, indevidamente, o benefício previdenciário devido a outrem.

4. No que diz respeito à correção monetária e a incidência de juros de mora, observe-se o disposto no Tema 905 e na Súmula 54, ambos do C. STJ.

5. Dá-se parcial provimento à remessa necessária e à apelação do INSS, apenas e tão somente para determinar que, em relação a incidência de juros de mora e correção monetária, seja observado o disposto no Tema 905 e na Súmula 54, ambos do Colendo STJ, no mais, mantida a r. sentença, por seus próprios fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à remessa necessária e à apelação do INSS, apenas e tão somente para determinar que, em relação a incidência de juros de mora e correção monetária, seja observado o disposto no Tema 905 e na Súmula 54, ambos do Colendo STJ, no mais, mantida a r. sentença, por seus

próprios fundamentos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000224-78.2017.4.03.6128

RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO

APELANTE: CIFA FIOS E LINHAS LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: GUSTAVO FRONER MINATEL - SP210198-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, CIFA FIOS E LINHAS LTDA

Advogado do(a) APELADO: GUSTAVO FRONER MINATEL - SP210198-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Cuida-se de embargos de declaração opostos por CIFA FIOS E LINHAS LTDA em face da decisão que, nos termos do art. 932 do CPC, negou provimento ao apelo do impetrante, deu parcial provimento à remessa oficial e à apelação da União Federal, apenas para explicitar o critério de fixação da compensação, juros e correção monetária, nos termos da fundamentação.

Sustenta a parte embargante, em síntese, a existência de contradição na r. decisão, pois apesar de ter se manifestado explicitamente acerca da restituição do indébito por meio de compensação nos cinco anos anteriores ao ajuizamento do *mandamus*, em razão de não ser via eleita adequada para ação de cobrança, negou provimento à sua apelação.

A parte embargada apresentou contrarrazões ao recurso.

É o relatório. **Decido.**

Consoante jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "os embargos de declaração constituem recurso de rígidos contornos processuais, consoante disciplinamento imerso no art. 535 do CPC/1973 (então vigente), exigindo-se, para seu acolhimento, estejam presentes os pressupostos legais de cabimento" (EARESP nº 299.187-MS, Primeira Turma, v.u., Rel. Min. Francisco Falcão, j. 20.6.2002, D.J.U. de 16.9.2002, Seção 1, p. 145).

O art. 535 do Código de Processo Civil de 1973 admite embargos de declaração quando, na sentença ou no acórdão, (i) houver obscuridade ou contradição; ou (ii) for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal. Segundo Cândido Rangel Dinamarco (Instituições de direito processual civil. V. III. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 685/6), obscuridade é "*a falta de clareza em um raciocínio, em um fundamento ou em uma conclusão constante da sentença*"; contradição é "*a colisão de dois pensamentos que se repelem*"; e omissão é "*a falta de exame de algum fundamento da demanda ou da defesa, ou de alguma prova, ou de algum pedido etc.*"

No caso em exame, considero que assiste razão ao direito de compensação (dos últimos cinco anos a contar da propositura da ação).

A decisão embargada afastou indevidamente o direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos anteriormente à propositura da ação, quando apenas se pretendia afastar eventual pretensão de restituição.

Diante do exposto, ACOLHO PARCIALMENTE OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, para retificar o dispositivo da decisão embargada (id n.109033640):

Ante o exposto, dou provimento ao apelo do impetrante para conceder o direito à compensação dos cinco anos que antecedem a propositura da ação, e, ainda, explicitar o critério de fixação da compensação, juros e correção monetária; dou parcial provimento à remessa oficial e à apelação da União Federal, apenas para explicitar o critério de fixação da compensação (afastada a restituição administrativa), juros e correção monetária, nos termos da fundamentação supra.

Publique-se. Intimem-se.

Oportunamente, retornemos os autos para julgamento do agravo interno da União Federal.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5010646-95.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
AGRAVANTE: CENTRAIS ELETRICAS BRASILEIRAS SA
Advogado do(a) AGRAVANTE: GUSTAVO VALTES PIRES - RJ1457260S
AGRAVADO: PANIFICADORA JARDIM ELIANA LTDA - ME
Advogado do(a) AGRAVADO: ALDO GIOVANI KURLE - SP201534
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5010646-95.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
AGRAVANTE: CENTRAIS ELETRICAS BRASILEIRAS SA
Advogado do(a) AGRAVANTE: GUSTAVO VALTES PIRES - RJ1457260S
AGRAVADO: PANIFICADORA JARDIM ELIANA LTDA - ME
Advogado do(a) AGRAVADO: ALDO GIOVANI KURLE - SP201534
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de agravo de instrumento interposto pela CENTRAIS ELETRICAS BRASILEIRAS S.A. em face da r. decisão proferida nos autos da ação ordinária em fase de execução do julgado, que considerou desnecessária a liquidação por arbitramento para iniciar o cumprimento de sentença relativa à diferença de créditos oriundos do empréstimo compulsório de energia elétrica.

Pleiteou a reforma da decisão agravada, para que o feito seja convertido de cumprimento de sentença para liquidação por arbitramento, dirimindo-se a controvérsia mediante a elaboração de laudo pericial a ser executado por profissional indicado pelo juízo *a quo*.

Esta E. Sexta Turma entendeu por bem negar provimento ao agravo de instrumento, afirmando, inicialmente, que o REsp 1.147.191-RS não se amolda à hipótese dos autos (ID 88047694).

A agravante interpôs recurso especial (ID 90374843) e a e. vice-presidência desta Corte, por sua vez, em vista do julgamento do REsp 1.147.191/RS, bem como do julgamento do AgInt no Agravo em Recurso Especial nº 825.219, determinou o retorno dos autos à Turma julgadora para avaliação da pertinência de eventual retratação (ID 123207389).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5010646-95.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
AGRAVANTE: CENTRAIS ELETRICAS BRASILEIRAS SA
Advogado do(a) AGRAVANTE: GUSTAVO VALTES PIRES - RJ1457260S
AGRAVADO: PANIFICADORA JARDIM ELIANA LTDA - ME
Advogado do(a) AGRAVADO: ALDO GIOVANI KURLE - SP201534
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

"EMENTA"

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO. ENERGIA ELÉTRICA. LIQUIDAÇÃO DO JULGADO. RESP REPETITIVO 1.147.190/RS. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

1. Embora a tese firmada no REsp 1.147.190/RS não apontar uma forma específica de liquidação do julgado, os julgamentos do C. STJ que se seguiram ao referido repetitivo, emprestaram-lhe interpretação de que a complexidade dos cálculos referentes ao empréstimo compulsório sobre o consumo de energia elétrica, exigem uma perícia contábil mais elaborada, devendo a liquidação se dar por arbitramento. Precedentes do C. STJ e desta E. Turma.

2. Efetuado o juízo de retratação nos termos do artigo 1040, II, do CPC. Agravo de instrumento provido.

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Razão assiste à agravante.

In casu, verifica-se que, embora a tese firmada no REsp 1.147.190/RS não apontar uma forma específica de liquidação do julgado, os julgamentos do C. STJ que se seguiram ao referido repetitivo, emprestaram-lhe interpretação de que a complexidade dos cálculos referentes ao empréstimo compulsório sobre o consumo de energia elétrica, exigem uma perícia contábil mais elaborada, devendo a liquidação se dar por arbitramento.

Nesse sentido:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE O CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. SENTENÇA ILÍQUIDA. CÁLCULOS COMPLEXOS. IMPRESCINDIBILIDADE DE LIQUIDAÇÃO DO JULGADO.

1. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.147.191/RS, sob a sistemática dos recursos repetitivos, firmou a compreensão no sentido de que, no que diz respeito ao cumprimento de sentença relativo a título judicial decorrente de empréstimo compulsório sobre o consumo de energia elétrica, as sentenças devem ser submetidas à liquidação, haja vista a iliquidez do título e a complexidade dos cálculos envolvidos. Nesse contexto, apenas quando for líquida a sentença é que se pode cogitar, de imediato, do arbitramento da multa para pronto pagamento, bem como "pouco importa que tenha havido depósito da quantia que o devedor entendeu incontroversa e a apresentação de garantias, porque, independentemente delas, a aplicação da multa sujeita-se à condicionante da liquidez da obrigação definida no título judicial". Nesse sentido: AgInt no AREsp 948.302/SC, Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 17/2/2017; REsp 1.659.231/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 5/5/2017; AgRg no AREsp 833.803/RS, Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14/03/2016.

2. Agravo interno não provido.”

(AgInt no AREsp 825219/RS, Relator Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, j. 06/03/2018, DJe 16/03/2018)

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DIFERENÇA DE CORREÇÃO MONETÁRIA DE EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO. SENTENÇA ILÍQUIDA. CÁLCULOS COMPLEXOS. IMPRESCINDIBILIDADE DE LIQUIDAÇÃO DO JULGADO. INADMISSIBILIDADE DA COBRANÇA DA MULTA DO ART. 475-J DO CPC. ENTENDIMENTO FIRMADO EM REPETITIVO. RESP PARADIGMA 1.147.191/RS. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. *Cuida-se, em sua origem, de recurso em que a executada (Eletrobrás) afirma ser o caso de conversão do presente cumprimento de sentença em liquidação por arbitramento devido à contradição entre os cálculos do exequente e da executada, ambos com memórias de cálculo específicas juntadas aos autos e, especialmente, porque deverá ser dirimida a controvérsia mediante a elaboração de laudo pericial a ser executado por profissional indicado.*

2. *A Corte Especial do STJ, no julgamento do REsp 1.147.191/RS, em hipótese que trata de cumprimento de sentença de título judicial decorrente de empréstimo compulsório de energia elétrica, firmou entendimento de que tais sentenças se submetem inafastavelmente à necessidade de liquidação do julgado, porque complexos os cálculos envolvidos. (REsp 1.147.191/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, CORTE ESPECIAL, julgado em 4/3/2015, DJe 24/4/2015 - submetido ao regime dos recursos repetitivos - e AgInt no AREsp 948302/SC, Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe 17/2/2017).*

3. *Após o trânsito em julgado do incidente de liquidação – momento em que efetivamente quantificado o valor devido (quantum debeatur) -, a inércia do devedor, devidamente intimado na pessoa do seu advogado, em efetuar o pagamento voluntário no prazo legal - 15 dias - enseja a aplicação da multa punitiva prevista no art. 475-J do CPC. (AgRg no AREsp 833.803/RS, Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14/3/2016 e AgRg no REsp 1.471.938/SC, Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 26/6/2015)*

4. *Recurso Especial provido.”*

(REsp 1659231/PR, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, j. 25/04/2017, DJe 05/05/2017)

No mesmo sentido esta E. Turma já se pronunciou:

“JUÍZO DE RETRATAÇÃO. TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO DE ENERGIA ELÉTRICA. LIQUIDAÇÃO DO JULGADO: IMPRESCINDIBILIDADE. CÁLCULOS COMPLEXOS. LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO: INEVITABILIDADE. EXEGESE DO PRECEDENTE REPETITIVO DO STJ, COM BASE EM JULGADOS POSTERIORES À TESE FIRMADA. ACÓRDÃO RECONSIDERADO PARA SE AMOLDAR AO RESP1.147.190/RS.

1. *Pretende a agravante, nos termos do entendimento adotado pelo REsp 1.147.191/RS, a liquidação do julgado por arbitramento, conforme item 6 do v. acórdão prolatado no referido precedente, haja vista a necessidade de se lançar mão de cálculos complexos, com necessidade de realização de perícia contábil.*

2. *Apesar de a tese firmada no REsp 1.147.190/RS não apontar uma forma específica de liquidação do julgado, a exegese do aresto, mormente por conta da afirmação inserta em sua ementa, quanto à complexidade dos cálculos e a necessidade de “perícia contábil mais elaborada em inúmeros, senão em todos os casos”, corroborada pelo posicionamento adotado em julgados posteriores sobre a matéria, faz concluir pela inevitabilidade do cumprimento do julgado via liquidação por arbitramento.*

3. *Constatação de que as decisões posteriores proferidas no âmbito do próprio STJ, emprestaram interpretação ao julgado repetitivo, afirmando que a complexidade dos cálculos dá azo à liquidação do julgado por arbitramento.*

4. *Exercido juízo de retratação para reconsiderar o v. acórdão e dar provimento ao agravo de instrumento.”*

(AI 5012964-22.2017.4.03.0000/SP, Relator Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, Sexta Turma, j. 07/02/2020, e - DJF3 13/02/2020)

Por tais fundamentos, divergindo o v. acórdão recorrido da orientação do C. Superior Tribunal de Justiça, impõe-se o juízo de retratação, nos termos do artigo 1040, II do CPC, a fim de dar provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO. ENERGIA ELÉTRICA. LIQUIDAÇÃO DO JULGADO. RESP REPETITIVO 1.147.190/RS. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

1. Embora a tese firmada no REsp 1.147.190/RS não apontar uma forma específica de liquidação do julgado, os julgamentos do C. STJ que se seguiram ao referido repetitivo, emprestaram-lhe interpretação de que a complexidade dos cálculos referentes ao empréstimo compulsório sobre o consumo de energia elétrica, exigem uma perícia contábil mais elaborada, devendo a liquidação se dar por arbitramento. Precedentes do C. STJ e desta E. Turma.

2. Efetuado o juízo de retratação nos termos do artigo 1040, II, do CPC. Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, exercendo o juízo de retratação, nos termos do artigo 1040, II do CPC, deu provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5016657-76.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

PARTE AUTORA: CARLOS PIRES OLIVEIRA DIAS

Advogados do(a) PARTE AUTORA: FERNANDO AUGUSTO MARTINS CANHADAS - SP183675-A, MARCIO

SEVERO MARQUES - SP101662-A

PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de mandado de segurança destinado a viabilizar a conclusão de processo administrativo de cancelamento da Declaração de Ajuste Anual de Imposto de Renda Pessoa Física (DIRPF), do ano-calendário 2017, exercício 2016.

A r. sentença (ID 133136708) julgou o pedido inicial procedente.

Sem recursos voluntários.

A Procuradoria Regional da República apresentou parecer (ID 134541689).

Sentença sujeita ao necessário reexame.

É uma síntese do necessário.

No caso concreto, a autoridade administrativa informou que a análise foi concluída, com o deferimento do pedido (ID 133136708).

Não há interesse jurídico na reanálise da matéria.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em hipótese análoga:

ADMINISTRATIVO. FATO NOVO. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO. CARÊNCIA DO INTERESSE DE AGIR. EXTINÇÃO DO PROCESSO.

1. O reconhecimento do direito na esfera administrativa configura fato superveniente, conforme teor do art. 462 do Código de Processo Civil, que implica a superveniente perda do interesse de agir do autor; pois torna-se desnecessário o provimento jurisdicional, impondo a extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC. Precedentes do STJ.

2. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp 1404431/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/11/2013, DJe 09/12/2013).

ADMINISTRATIVO. FATO NOVO. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO. CARÊNCIA DO INTERESSE DE AGIR. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ART. 267, VI, DO CPC.

1. Consoante a jurisprudência do STJ, o reconhecimento administrativo da pretensão deduzida na ação ordinária denota a ausência de interesse de agir superveniente e conduz à extinção do processo, nos termos do art. 267, VI, do CPC, e não nos termos do art. 269, II, do CPC.

2. Precedentes: REsp 938.715/CE, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 4.11.2008, DJe 1º.12.2008; REsp 1.091.148/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 16.12.2010, DJe 8.2.2011; EDcl no AgRg no Ag 1.200.208/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 13.4.2010, DJe 19.5.2010; AgRg no Ag 1.191.616/MG, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, julgado em 23.2.2010, DJe 23.3.2010.

Agravo regimental improvido.

(AgRg nos EDcl nos EDcl no AREsp 58.209/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 13/12/2012).

Não são devidos honorários advocatícios em mandado de segurança (artigo 25, da Lei Federal nº. 12.016/09).

Civil

Por tais fundamentos, **não conheço da remessa necessária**, nos termos do artigo 932, inciso III, do Código de Processo

Publique-se. Intimem-se.

Decorrido o prazo recursal, remetam-se à origem

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5022056-24.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

AGRAVANTE: CENTRAIS ELETRICAS BRASILEIRAS SA

Advogado do(a) AGRAVANTE: MAIRA SELVA DE OLIVEIRA BORGES - DF29008-A

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 23/06/2020 3433/4253

AGRAVADO: VINHAIS - ADMINISTRACAO E PARTICIPACOES LTDA
Advogado do(a) AGRAVADO: LEONARDO DE MORAES CASEIRO - SP273951-A
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5022056-24.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
AGRAVANTE: CENTRAIS ELETRICAS BRASILEIRAS SA
Advogado do(a) AGRAVANTE: MAIRA SELVA DE OLIVEIRA BORGES - DF29008-A
AGRAVADO: VINHAIS - ADMINISTRACAO E PARTICIPACOES LTDA
Advogado do(a) AGRAVADO: LEONARDO DE MORAES CASEIRO - SP273951-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de agravo de instrumento interposto pela CENTRAIS ELETRICAS BRASILEIRAS S.A. em face da r. decisão proferida nos autos da ação ordinária em fase de execução do julgado, que determinou sua intimação para pagamento dos valores relativos ao empréstimo compulsório de energia elétrica, nos termos do artigo 523 do NCPC, por meio de depósito judicial, conforme cálculo apresentado pelo exequente.

Pleiteou a reforma da decisão agravada, para “que o feito seja convertido de cumprimento de sentença para liquidação por arbitramento, dirimindo-se a controvérsia mediante a elaboração de laudo pericial a ser executado por profissional indicado pelo juízo a quo, tendo em vista o decidido no RESP nº 1.147.191/RS”.

Esta E. Sexta Turma entendeu por bem negar provimento ao agravo de instrumento, afirmando, inicialmente, que o REsp 1.147.191-RS não se amolda à hipótese dos autos (ID 3665004).

A agravante interpôs recurso especial (ID 4432730) e a e. vice-presidência desta Corte, por sua vez, em vista do julgamento do REsp 1.147.191/RS, determinou o retorno dos autos à Turma julgadora para avaliação da pertinência de eventual retratação (ID 90100281).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5022056-24.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
AGRAVANTE: CENTRAIS ELETRICAS BRASILEIRAS SA
Advogado do(a) AGRAVANTE: MAIRA SELVA DE OLIVEIRA BORGES - DF29008-A
DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 23/06/2020 3434/4253

VOTO

"EMENTA"

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO. ENERGIA ELÉTRICA. LIQUIDAÇÃO DO JULGADO. RESP REPETITIVO 1.147.190/RS. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

1. Embora a tese firmada no REsp 1.147.190/RS não apontar uma forma específica de liquidação do julgado, os julgamentos do C. STJ que se seguiram ao referido repetitivo, emprestaram-lhe interpretação de que a complexidade dos cálculos referentes ao empréstimo compulsório sobre o consumo de energia elétrica, exigem uma perícia contábil mais elaborada, devendo a liquidação se dar por arbitramento. Precedentes do C. STJ e desta E. Turma.

2. Efetuado o juízo de retratação nos termos do artigo 1036, do CPC. Agravo de instrumento provido.

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Razão assiste à agravante.

In casu, verifica-se que, embora a tese firmada no REsp 1.147.190/RS não apontar uma forma específica de liquidação do julgado, os julgamentos do C. STJ que se seguiram ao referido repetitivo, emprestaram-lhe interpretação de que a complexidade dos cálculos referentes ao empréstimo compulsório sobre o consumo de energia elétrica, exigem uma perícia contábil mais elaborada, devendo a liquidação se dar por arbitramento.

Nesse sentido:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE O CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. SENTENÇA ILÍQUIDA. CÁLCULOS COMPLEXOS. IMPRESCINDIBILIDADE DE LIQUIDAÇÃO DO JULGADO.

1. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.147.191/RS, sob a sistemática dos recursos repetitivos, firmou a compreensão no sentido de que, no que diz respeito ao cumprimento de sentença relativo a título judicial decorrente de empréstimo compulsório sobre o consumo de energia elétrica, as sentenças devem ser submetidas à liquidação, haja vista a iliquidez do título e a complexidade dos cálculos envolvidos. Nesse contexto, apenas quando for líquida a sentença é que se pode cogitar, de imediato, do arbitramento da multa para pronto pagamento, bem como "pouco importa que tenha havido depósito da quantia que o devedor entendeu incontroversa e a apresentação de garantias, porque, independentemente delas, a aplicação da multa sujeita-se à condicionante da liquidez da obrigação definida no título judicial". Nesse sentido: AgInt no AREsp 948.302/SC, Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 17/2/2017; REsp 1.659.231/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 5/5/2017; AgRg no AREsp 833.803/RS, Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14/03/2016.

2. Agravo interno não provido.”

(AgInt no AREsp 825219/RS, Relator Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, j. 06/03/2018, DJe 16/03/2018)

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DIFERENÇA DE CORREÇÃO MONETÁRIA DE EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO. SENTENÇA ILÍQUIDA. CÁLCULOS COMPLEXOS. IMPRESCINDIBILIDADE DE LIQUIDAÇÃO DO JULGADO. INADMISSIBILIDADE DA COBRANÇA DA MULTA DO ART. 475-J DO CPC. ENTENDIMENTO FIRMADO EM REPETITIVO. RESP PARADIGMA 1.147.191/RS. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Cuida-se, em sua origem, de recurso em que a executada (Eletrobrás) afirma ser o caso de conversão do presente cumprimento de sentença em liquidação por arbitramento devido à contradição entre os cálculos do exequente e da executada, ambos com memórias de cálculo específicas juntadas aos autos e, especialmente, porque deverá ser dirimida a controvérsia mediante a elaboração de laudo pericial a ser executado por profissional indicado.

2. A Corte Especial do STJ, no julgamento do REsp 1.147.191/RS, em hipótese que trata de cumprimento de sentença de título judicial decorrente de empréstimo compulsório de energia elétrica, firmou entendimento de que tais sentenças se submetem inafastavelmente à necessidade de liquidação do julgado, porque complexos os cálculos envolvidos. (REsp 1.147.191/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, CORTE ESPECIAL, julgado em 4/3/2015, DJe 24/4/2015 - submetido ao regime dos recursos repetitivos - e AgInt no AREsp 948302/SC, Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe 17/2/2017).

3. Após o trânsito em julgado do incidente de liquidação – momento em que efetivamente quantificado o valor devido (quantum debeatur) -, a inércia do devedor; devidamente intimado na pessoa do seu advogado, em efetuar o pagamento voluntário no prazo legal - 15 dias - enseja a aplicação da multa punitiva prevista no art. 475-J do CPC. (AgRg no AREsp 833.803/RS, Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14/3/2016 e AgRg no REsp 1.471.938 /SC, Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 26/6/2015)

4. Recurso Especial provido.”

(REsp 1659231/PR, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, j. 25/04/2017, DJe 05/05/2017)

No mesmo sentido esta E. Turma já se pronunciou:

“JUÍZO DE RETRATAÇÃO. TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO DE ENERGIA ELÉTRICA. LIQUIDAÇÃO DO JULGADO: IMPRESCINDIBILIDADE. CÁLCULOS COMPLEXOS. LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO: INEVITABILIDADE. EXEGESE DO PRECEDENTE REPETITIVO DO STJ, COM BASE EM JULGADOS POSTERIORES À TESE FIRMADA. ACÓRDÃO RECONSIDERADO PARA SE AMOLDAR AO RESP1.147.190/RS.

1. Pretende a agravante, nos termos do entendimento adotado pelo REsp 1.147.191/RS, a liquidação do julgado por arbitramento, conforme item 6 do v. acórdão prolatado no referido precedente, haja vista a necessidade de se lançar mão de cálculos complexos, com necessidade de realização de perícia contábil.

2. Apesar de a tese firmada no REsp 1.147.190/RS não apontar uma forma específica de liquidação do julgado, a exegese do aresto, mormente por conta da afirmação inserta em sua ementa, quanto à complexidade dos cálculos e a necessidade de “perícia contábil mais elaborada em inúmeros, senão em todos os casos”, corroborada pelo posicionamento adotado em julgados posteriores sobre a matéria, faz concluir pela inevitabilidade do cumprimento do julgado via liquidação por arbitramento.

3. Constatação de que as decisões posteriores proferidas no âmbito do próprio STJ, emprestaram interpretação ao julgado repetitivo, afirmando que a complexidade dos cálculos dá azo à liquidação do julgado por arbitramento.

4. Exercido juízo de retratação para reconsiderar o v. acórdão e dar provimento ao agravo de instrumento.”

(AI 5012964-22.2017.4.03.0000/SP, Relator Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, Sexta Turma, j. 07/02/2020, e - DJF3 13/02/2020)

Por tais fundamentos, divergindo o v. acórdão recorrido da orientação do C. Superior Tribunal de Justiça, impõe-se o juízo de retratação, nos termos do artigo 1036 do CPC, a fim de dar provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO. ENERGIA ELÉTRICA. LIQUIDAÇÃO DO JULGADO. RESP REPETITIVO 1.147.190/RS. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

1. Embora a tese firmada no REsp 1.147.190/RS não apontar uma forma específica de liquidação do julgado, os julgamentos do C. STJ que se seguiram ao referido repetitivo, emprestaram-lhe interpretação de que a complexidade dos cálculos referentes ao empréstimo compulsório sobre o consumo de energia elétrica, exigem uma perícia contábil mais elaborada, devendo a liquidação se dar por arbitramento. Precedentes do C. STJ e desta E. Turma.

2. Efetuado o juízo de retratação nos termos do artigo 1036, do CPC. Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por maioria, exercendo juízo de retratação, nos termos do artigo 1036 do CPC, deu provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto da Relatora, acompanhada pelo voto do Desembargador Federal Fábio Prieto, vencido o Desembargador Federal Johonsom Di Salvo, que dava parcial provimento ao agravo de instrumento. Lavrará o acórdão a Relatora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5010653-87.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

AGRAVANTE: CENTRAIS ELETRICAS BRASILEIRAS SA

Advogado do(a) AGRAVANTE: GUSTAVO VALTES PIRES - RJ1457260S

AGRAVADO: ROSIMA COMERCIO DE DOCES E SALGADOS FINOS LTDA - EPP

Advogado do(a) AGRAVADO: ALDO GIOVANI KURLE - SP201534

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5010653-87.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

AGRAVANTE: CENTRAIS ELETRICAS BRASILEIRAS SA

Advogado do(a) AGRAVANTE: GUSTAVO VALTES PIRES - RJ1457260S

AGRAVADO: ROSIMA COMERCIO DE DOCES E SALGADOS FINOS LTDA - EPP

Advogado do(a) AGRAVADO: ALDO GIOVANI KURLE - SP201534

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de agravo de instrumento interposto pela CENTRAIS ELETRICAS BRASILEIRAS S.A. em face da r. decisão proferida nos autos da ação ordinária em fase de execução do julgado, que considerou desnecessária a liquidação por arbitramento para iniciar o cumprimento de sentença relativa à diferença de créditos oriundos do empréstimo compulsório de energia elétrica.

Pleiteou a reforma da decisão agravada, para que o feito seja convertido de cumprimento de sentença para liquidação por arbitramento, dirimindo-se a controvérsia mediante a elaboração de laudo pericial a ser executado por profissional indicado pelo juízo *a quo*.

Esta E. Sexta Turma entendeu por bem negar provimento ao agravo de instrumento, afirmando, inicialmente, que o REsp 1.147.191-RS não se amolda à hipótese dos autos (ID 88047687).

A agravante interpôs recurso especial (ID 90342936) e a e. vice-presidência desta Corte, por sua vez, em vista do julgamento do REsp 1.147.191/RS, bem como do julgamento do AgInt no Agravo em Recurso Especial nº 825.219, determinou o retorno dos autos à Turma julgadora para avaliação da pertinência de eventual retratação (ID 123206364).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5010653-87.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
AGRAVANTE: CENTRAIS ELETRICAS BRASILEIRAS SA
Advogado do(a) AGRAVANTE: GUSTAVO VALTES PIRES - RJ1457260S
AGRAVADO: ROSIMA COMERCIO DE DOCES E SALGADOS FINOS LTDA - EPP
Advogado do(a) AGRAVADO: ALDO GIOVANI KURLE - SP201534
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

"EMENTA"

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO. ENERGIA ELÉTRICA. LIQUIDAÇÃO DO JULGADO. RESP REPETITIVO 1.147.190/RS. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

1. Embora a tese firmada no REsp 1.147.190/RS não apontar uma forma específica de liquidação do julgado, os julgamentos do C. STJ que se seguiram ao referido repetitivo, emprestaram-lhe interpretação de que a complexidade dos cálculos referentes ao empréstimo compulsório sobre o consumo de energia elétrica, exigem uma perícia contábil mais elaborada, devendo a liquidação se dar por arbitramento. Precedentes do C. STJ e desta E. Turma.

2. Efetuado o juízo de retratação nos termos do artigo 1040, II, do CPC. Agravo de instrumento provido.

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Razão assiste à agravante.

In casu, verifica-se que, embora a tese firmada no REsp 1.147.190/RS não apontar uma forma específica de liquidação do julgado, os julgamentos do C. STJ que se seguiram ao referido repetitivo, emprestaram-lhe interpretação de que a complexidade dos cálculos referentes ao empréstimo compulsório sobre o consumo de energia elétrica, exigem uma perícia contábil mais elaborada, devendo a liquidação se dar por arbitramento.

Nesse sentido:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE O CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. SENTENÇA ILÍQUIDA. CÁLCULOS COMPLEXOS. IMPRESCINDIBILIDADE DE LIQUIDAÇÃO DO JULGADO.

1. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.147.191/RS, sob a sistemática dos recursos repetitivos, firmou a compreensão no sentido de que, no que diz respeito ao cumprimento de sentença relativo a título judicial decorrente de empréstimo compulsório sobre o consumo de energia elétrica, as sentenças devem ser submetidas à liquidação, haja vista a iliquidez do título e a complexidade dos cálculos envolvidos. Nesse contexto, apenas quando for líquida a sentença é que se pode cogitar, de imediato, do arbitramento da multa para pronto pagamento, bem como "pouco importa que tenha havido depósito da quantia que o devedor entendeu incontroversa e a apresentação de garantias, porque, independentemente delas, a aplicação da multa sujeita-se à condicionante da liquidez da obrigação definida no título judicial". Nesse sentido: AgInt no AREsp 948.302/SC, Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 17/2/2017; REsp 1.659.231/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 5/5/2017; AgRg no AREsp 833.803/RS, Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14/03/2016.

2. Agravo interno não provido.”

(AgInt no AREsp 825219/RS, Relator Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, j. 06/03/2018, DJe 16/03/2018)

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DIFERENÇA DE CORREÇÃO MONETÁRIA DE EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO. SENTENÇA ILÍQUIDA. CÁLCULOS COMPLEXOS. IMPRESCINDIBILIDADE DE LIQUIDAÇÃO DO JULGADO. INADMISSIBILIDADE DA COBRANÇA DA MULTA DO ART. 475-J DO CPC. ENTENDIMENTO FIRMADO EM REPETITIVO. RESP PARADIGMA 1.147.191/RS. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Cuida-se, em sua origem, de recurso em que a executada (Eletrobrás) afirma ser o caso de conversão do presente cumprimento de sentença em liquidação por arbitramento devido à contradição entre os cálculos do exequente e da executada, ambos com memórias de cálculo específicas juntadas aos autos e, especialmente, porque deverá ser dirimida a controvérsia mediante a elaboração de laudo pericial a ser executado por profissional indicado.

2. A Corte Especial do STJ, no julgamento do REsp 1.147.191/RS, em hipótese que trata de cumprimento de sentença de título judicial decorrente de empréstimo compulsório de energia elétrica, firmou entendimento de que tais sentenças se submetem inafastavelmente à necessidade de liquidação do julgado, porque complexos os cálculos envolvidos. (REsp 1.147.191/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, CORTE ESPECIAL, julgado em 4/3/2015, DJe 24/4/2015 - submetido ao regime dos recursos repetitivos - e AgInt no AREsp 948302/SC, Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe 17/2/2017).

3. Após o trânsito em julgado do incidente de liquidação – momento em que efetivamente quantificado o valor devido (quantum debeatur) -, a inércia do devedor; devidamente intimado na pessoa do seu advogado, em efetuar o pagamento voluntário no prazo legal - 15 dias - enseja a aplicação da multa punitiva prevista no art. 475-J do CPC. (AgRg no AREsp 833.803/RS, Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14/3/2016 e AgRg no REsp 1.471.938/SC, Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 26/6/2015)

4. Recurso Especial provido.”

(REsp 1659231/PR, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, j. 25/04/2017, DJe 05/05/2017)

No mesmo sentido esta E. Turma já se pronunciou:

“JUÍZO DE RETRATAÇÃO. TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO DE ENERGIA ELÉTRICA. LIQUIDAÇÃO DO JULGADO: IMPRESCINDIBILIDADE. CÁLCULOS COMPLEXOS. LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO: INEVITABILIDADE. EXEGESE DO PRECEDENTE REPETITIVO DO STJ, COM BASE EM JULGADOS POSTERIORES À TESE FIRMADA. ACÓRDÃO RECONSIDERADO PARA SE AMOLDAR AO RESP 1.147.190/RS.

1. Pretende a agravante, nos termos do entendimento adotado pelo REsp 1.147.191/RS, a liquidação do julgado por arbitramento, conforme item 6 do v. acórdão prolatado no referido precedente, haja vista a necessidade de se lançar mão de cálculos complexos, com necessidade de realização de perícia contábil.

2. Apesar de a tese firmada no REsp 1.147.190/RS não apontar uma forma específica de liquidação do julgado, a exegese do aresto, mormente por conta da afirmação inserta em sua ementa, quanto à complexidade dos cálculos e a necessidade de “perícia contábil mais elaborada em inúmeros, senão em todos os casos”, corroborada pelo posicionamento adotado em julgados posteriores sobre a matéria, faz concluir pela inevitabilidade do cumprimento do julgado via liquidação por arbitramento.

3. *Constatação de que as decisões posteriores proferidas no âmbito do próprio STJ, emprestaram interpretação ao julgado repetitivo, afirmando que a complexidade dos cálculos dá azo à liquidação do julgado por arbitramento.*

4. *Exercido juízo de retratação para reconsiderar o v. acórdão e dar provimento ao agravo de instrumento.”*

(AI 5012964-22.2017.4.03.0000/SP, Relator Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, Sexta Turma, j. 07/02/2020, e - DJF3 13/02/2020)

Por tais fundamentos, divergindo o v. acórdão recorrido da orientação do C. Superior Tribunal de Justiça, impõe-se o juízo de retratação, nos termos do artigo 1040, II do CPC, a fim de dar provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO. ENERGIA ELÉTRICA. LIQUIDAÇÃO DO JULGADO. RESP REPETITIVO 1.147.190/RS. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

1. *Embora a tese firmada no REsp 1.147.190/RS não apontar uma forma específica de liquidação do julgado, os julgamentos do C. STJ que se seguiram ao referido repetitivo, emprestaram-lhe interpretação de que a complexidade dos cálculos referentes ao empréstimo compulsório sobre o consumo de energia elétrica, exigem uma perícia contábil mais elaborada, devendo a liquidação se dar por arbitramento. Precedentes do C. STJ e desta E. Turma.*

2. *Efetuada o juízo de retratação nos termos do artigo 1040, II, do CPC. Agravo de instrumento provido.*

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, exercendo o juízo de retratação, nos termos do artigo 1040, II do CPC, deu provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5010691-02.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

AGRAVANTE: DOCTOR'S INFO COMERCIO E SOLUCOES EM INFORMATIZACAO - EIRELI - ME

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDREA GIUGLIANI NEGRISOLO - SP185856-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5010691-02.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

AGRAVANTE: DOCTOR'S INFO COMERCIO E SOLUCOES EM INFORMATIZACAO - EIRELI - ME

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDREA GIUGLIANI NEGRISOLO - SP185856-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): - Trata-se de agravo interno interposto por DOCTOR'S INFO COMÉRCIO E SOLUÇÕES EM INFORMATIZAÇÃO LTDA ME, com fulcro no artigo 1.021 do Código de Processo Civil, em face da r. decisão monocrática, que negou provimento ao agravo de instrumento, mantendo r. decisão que afastou a arguição de prescrição do crédito tributário (ID 107329187 e 122740523).

Em razões recursais, a agravante sustenta, em síntese, a ocorrência de cerceamento de defesa, visto que as certidões da dívida ativa, desacompanhadas dos respectivos processos judiciais, não são o bastante para a recorrente verificar a procedência da pretensão tributária, dificultando, assim, a sua defesa (para não dizer cerceando por completo), razão pela qual conclui-se pela inaptidão dos títulos executivos e a nulidade da execução fiscal. Alega a ocorrência de prescrição, tendo em vista o decurso de prazo superior a cinco anos entre a data de constituição do crédito tributário e o despacho que ordenou a citação. Alega, por fim, ser indevida a cobrança de multa moratória no patamar de 20%.

Requer a retratação da decisão agravada ou, caso não seja este o entendimento, pleiteia a submissão do presente ao julgamento da E. Turma (ID 122935785).

Contrarrazões (ID 128607990).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5010691-02.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

AGRAVANTE: DOCTOR'S INFO COMERCIO E SOLUCOES EM INFORMATIZACAO - EIRELI - ME

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDREA GIUGLIANI NEGRISOLO - SP185856-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

"EMENTA"

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Superior Tribunal de Justiça, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. A questão pertinente ao cabimento da exceção de pré-executividade encontra-se sumulada pelo E. Superior Tribunal de Justiça, nos seguintes termos: A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória. (súmula 393/STJ).

3. No caso em tela apenas a prescrição deve ser analisada, sendo certo que as outras matérias trazidas na exceção deverão ser abordadas em sede de embargos à execução fiscal ou ação ordinária.

4. De acordo com o caput do art. 174 do Código Tributário Nacional, a ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em 5 (cinco) anos, contados da data da sua constituição definitiva. O dies a quo da fluência do prazo prescricional, na hipótese de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, é o dia seguinte à entrega da declaração ou o dia seguinte ao vencimento do tributo, ou seja, aquele que ocorrer por último. O termo final do prazo prescricional deve ser analisado considerando-se a existência, ou não, de inércia por parte do exequente; se não houver inércia, o dies ad quem a ser considerado é a data do ajuizamento da execução fiscal à luz da Súmula nº 106 do STJ e art. 219, § 1º do CPC.

5. *A adesão do contribuinte a Programa de Parcelamento do Débito representa ato inequívoco de reconhecimento dos débitos, que possui eficácia interruptiva do prazo prescricional, nos termos do inciso IV, parágrafo único do art. 174 do CTN, e enseja a suspensão do feito executivo durante todo o período de pagamento das parcelas acordadas. Em havendo descumprimento do acordo realizado, com a consequente rescisão administrativa do parcelamento, a referida execução terá seu curso retomado, devendo ser retomada a fruição do prazo prescricional quinquenal.*

6. *In casu, os créditos foram constituídos mediante declarações entregues em 22/03/2012 e 26/03/2013 com retificadora em 27/05/2013, sendo que a declaração para competência de novembro/2011 foi entregue em 20/12/2011, conforme anotado na decisão da exceção. Todos os débitos foram incluídos em programa de parcelamento na data de 03/10/2016, o que interrompeu o prazo prescricional até a exclusão do parcelamento sem total quitação em 05/03/2017. Dessa forma, verifica-se que não ocorreu a prescrição, pois transcorreu prazo inferior a cinco anos entre a data da exclusão da empresa do programa de parcelamento e a data do ajuizamento da execução fiscal.*

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

8. *Agravo interno desprovido.*

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): - Não é de ser provido o agravo.

A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Superior Tribunal de Justiça, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

A decisão monocrática encontra-se assim fundamentada:

“Trata-se de agravo de instrumento interposto pela empresa executada em face de decisão que rejeitou a exceção de pré-executividade.

Alega a agravante que parte dos débitos são inexigíveis em face da prescrição quinquenal, bem como que não consta dos autos histórico dos fatos geradores e discriminativo dos débitos, não tendo sido juntado aos autos cópia do processo administrativo, o que implica em cerceamento de defesa e nulidade da CDA. Sustenta, ainda, que são indevidos os juros, bem como a ilegalidade da aplicação da multa de mora, que possui caráter confiscatório.

Pleiteou o provimento do agravo de instrumento para o fim de julgar a exceção de pré-executividade procedente, anulando a execução fiscal, em face da prescrição e da nulidade do título executivo.

Em contraminuta, sustentou a exequente/agravada (União Federal) que não ocorreu a prescrição, pois os débitos foram declarados pelo contribuinte em 22/03/2012, com retificadora em 27/05/2013, bem como que houve parcelamento dos débitos em 03/10/2006, o que interrompeu o lapso prescricional (art. 174, parágrafo único, inciso IV, do CTN).

Os autos vieram conclusos para julgamento.

Passo a decidir com fulcro no art. 932 do Código de Processo Civil de 2015.

Ressalto a importância da utilização do dispositivo em apreço para simplificação e agilização do julgamento dos recursos.

A decisão monocrática do Relator do recurso, com fulcro no art. 932, III a V do CPC/2015, implica significativa economia processual no interesse do jurisdicionado em geral, ao desafogar as pautas de julgamento com recursos desse jaez.

Trata-se de decidir acerca da exceção de pré-executividade.

Admitida em nosso direito por construção doutrinária e jurisprudencial, a exceção de pré-executividade é uma forma de defesa do devedor no âmbito do processo de execução, independentemente de qualquer garantia do Juízo.

Para a utilização dessa via processual é necessário que o direito do devedor seja aferível de plano, mediante exame das provas produzidas desde logo.

Tratando-se de matéria que necessita de dilação probatória, não é cabível a exceção de pré-executividade, devendo o executado valer-se dos embargos à execução, os quais, para serem conhecidos, exigem a prévia segurança do Juízo, através da penhora ou do depósito do valor discutido.

Sérgio Shimura, com propriedade, leciona:

Parece-nos que, embora a lei só preveja a via dos embargos como forma de o devedor deduzir as suas defesas (arts. 741 e 745, CPC), em nossa sistemática processual é perfeitamente viável o reconhecimento ou o oferecimento de defesas antes da realização da penhora. Na esteira desse raciocínio, para fins didáticos, podemos classificar as matérias nos seguintes tópicos: a) matérias que podem e devem ser conhecidas de ofício pelo juiz, isto é, matérias de ordem pública (pressupostos processuais e condições da ação); tais defesas são argüíveis por meio de objeção de pré-executividade; b) matérias que devem ser objeto de alegação da parte, sendo, porém, desnecessária qualquer dilação probatória para sua demonstração; podem ser veiculadas pela chamada exceção de pré-executividade; c) matérias que devem ser alegadas pela parte, cuja comprovação exige dilação probatória; nesse caso, mister se faz a oposição dos respectivos embargos do devedor.

(Título Executivo. 1.ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1997, p. 70/71)

A doutrina e a jurisprudência emanada de nossos Pretórios têm admitido, em sede de exceção de pré-executividade, o exame de questões envolvendo os pressupostos processuais e as condições da ação, assim como as causas modificativas, extintivas ou impeditivas do direito do exequente, desde que comprovadas de plano, mediante prova pré-constituída.

A desnecessidade de dilação probatória não se confunde com desnecessidade ou ofensa à garantia do contraditório. A manifestação da exequente torna-se imprescindível em determinados casos, como na hipótese de alegação de prescrição. Tal necessidade não impossibilita, no entanto, o cabimento da exceção de pré-executividade.

Neste sentido, manifesta-se o citado processualista Sérgio Shimura:

Se salta aos olhos, de forma imediata e óbvia, a ocorrência da prescrição, ao simples exame do título executivo, parece-nos que o sistema não proíbe o uso da exceção antes mesmo do ato propriamente executivo.

Não quadra supor que o reconhecimento da prescrição se mostraria temerário, diante de simples petição juntada aos autos pelo devedor; ao argumento de que poderia ter ocorrido a sua interrupção, em virtude, por exemplo, de propositura de ação cautelar seguida de citação regular.

Para superar o óbice, basta o juiz abrir vista ao exequente para se manifestar sobre a petição do devedor, para decidir a exceção oposta. (op. cit., p. 80)

A questão pertinente ao cabimento da exceção de pré-executividade encontra-se sumulada pelo E. Superior Tribunal de Justiça, nos seguintes termos: A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória. (súmula 393/STJ).

A agravante opôs exceção de pré-executividade para alegar a ocorrência da prescrição parcial dos débitos, ausência dos requisitos legais para propositura de execução fiscal, cerceamento de defesa ante a ausência do discriminativo de débito e a ilegalidade da multa de mora e dos juros.

Não assiste razão à agravante.

Conforme explanação anterior, a exceção só é cabível em matérias reconhecíveis de ofício e que não demandem dilação probatória. No caso em tela apenas a prescrição deve ser analisada, sendo certo que as outras matérias trazidas na exceção deverão ser abordadas em sede de embargos à execução fiscal ou ação ordinária.

Passo, então, ao exame da prescrição.

Trata-se, no caso em tela, de execução fiscal, de nº 0002870-91.2017.403.6114, ajuizada em 31/05/2017, para cobrança de débitos relativos a IRPJ (simples nacional), vencidos no período compreendido entre dezembro/2011 a janeiro/2014, no valor total de R\$ 197.733,90 (ver inicial da execução e CDA em ID nº 56714954, p. 1/52).

De acordo com o caput do art. 174 do Código Tributário Nacional, A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em 5 (cinco) anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, a constituição definitiva do crédito dá-se com a entrega ao fisco da Declaração de Contribuições de Tributos Federais (DCTF), Declaração de Rendimentos, ou outra que a elas se assemelhe. Em tais casos, não há obrigatoriedade de homologação formal, encontrando-se o débito exigível independentemente de qualquer atividade administrativa, sendo desnecessários tanto o procedimento administrativo como a notificação do devedor.

Este entendimento culminou na edição da Súmula 436 do STJ, com o seguinte teor: A entrega da declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do Fisco.

Assim, a apresentação de declaração pelo contribuinte dispensa a constituição formal do crédito pelo Fisco, possibilitando, em caso de não pagamento do tributo, a sua imediata exigibilidade com a inscrição do quantum em dívida ativa, e subsequente ajuizamento da execução fiscal.

Não há que se confundir a constituição do crédito tributário com a inscrição do débito em dívida ativa. São atos distintos e autônomos, na medida em que a constituição do crédito preexiste ao ato de inscrição, concedendo-lhe o lastro suficiente para o aparelhamento da execução fiscal.

Na esteira dos ensinamentos de Hugo de Brito Machado, a inscrição não é procedimento tributário. Presta-se apenas para dar ao crédito tributário o requisito da executibilidade, ensejando a criação do título executivo, que é a certidão da inscrição respectiva (Curso de Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 202).

Quanto ao termo inicial da prescrição, nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, duas situações distintas devem ser consideradas.

A primeira ocorre quando a entrega da declaração dá-se anteriormente à data de vencimento do respectivo tributo. Neste caso, o termo inicial do prazo prescricional é o dia seguinte à data do vencimento da exação, uma vez que somente a partir de então o débito passa a gozar de exigibilidade, nascendo para o estado a pretensão executória.

Há que se ressaltar que, no período que medeia a declaração e o vencimento, não há fluência de prazo prescricional, uma vez que o valor declarado ainda não pode ser objeto de cobrança judicial.

A segunda situação dá-se quando a entrega da declaração ocorre após o vencimento do tributo e, nesse caso, o termo inicial do lapso prescricional é o dia seguinte à data da referida entrega, pois neste momento o débito está constituído e goza de exigibilidade.

Portanto, conclui-se que o dies a quo da fluência do prazo prescricional, na hipótese de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, é o dia seguinte à entrega da declaração ou o dia seguinte ao vencimento do tributo, ou seja, aquele que ocorrer por último.

O termo final do prazo prescricional deve ser analisado considerando-se a existência, ou não, de inércia por parte do exequente; se não houver inércia, o dies ad quem a ser considerado é a data do ajuizamento da execução fiscal à luz da Súmula nº 106 do STJ e art. 219, § 1º do CPC.

De outro lado, constatada a inércia da exequente, o termo final será a data da efetiva citação (execuções ajuizadas anteriormente a 09/06/2005, data da vigência da Lei Complementar nº 118/2005) ou a data do despacho que ordenar a citação (execuções ajuizadas posteriormente à vigência da referida Lei Complementar).

Esta sistemática foi adotada em recente entendimento da 1ª Seção do C. Superior Tribunal de Justiça, esposado em recurso especial representativo de controvérsia (art. 543-C do CPC), conforme excertos que seguem:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL . PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO DE O FISCO COBRAR JUDICIALMENTE O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO CONSTITUÍDO POR ATO DE FORMALIZAÇÃO PRATICADO PELO CONTRIBUINTE (IN CASU, DECLARAÇÃO DE RENDIMENTOS). PAGAMENTO DO TRIBUTO DECLARADO. INOCORRÊNCIA. TERMO INICIAL. VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA DECLARADA. PECULIARIDADE: DECLARAÇÃO DE RENDIMENTOS QUE NÃO PREVÊ DATA POSTERIOR DE VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL, UMA VEZ JÁ DECORRIDO O PRAZO PARA PAGAMENTO. CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL A PARTIR DA DATA DA ENTREGA DA DECLARAÇÃO.

1. O prazo prescricional quinquenal para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário conta-se da data estipulada como vencimento para o pagamento da obrigação tributária declarada (mediante DCTF, GIA, entre outros), nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, em que, não obstante cumprido o dever instrumental de declaração da exação devida, não restou adimplida a obrigação principal (pagamento antecipado), nem sobreveio quaisquer das causas suspensivas da exigibilidade do crédito ou interruptivas do prazo prescricional (Precedentes da Primeira Seção: REsp 658.138/PR, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministra Eliana Calmon, julgado em 14.10.2009, DJe 09.11.2009; REsp 850.423/SP, Rel. Ministro Castro Meira, julgado em 28.11.2007, DJ 07.02.2008; e AgRg nos REsp 638.069/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 25.05.2005, DJ 13.06.2005).

(...)

3. A constituição definitiva do crédito tributário, sujeita à decadência, inaugura o decurso do prazo prescricional quinquenal para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário.

4. A entrega de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS - GIA, ou de outra declaração dessa natureza prevista em lei (dever instrumental adstrito aos tributos sujeitos a lançamento por homologação), é modo de constituição do crédito tributário, dispensando a Fazenda Pública de qualquer outra providência conducente à formalização do valor declarado (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: REsp 962.379/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.10.2008, DJe 28.10.2008).

5. O aludido entendimento jurisprudencial culminou na edição da Súmula 436/STJ, verbis: "A entrega de declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do Fisco."

6. Conseqüentemente, o dies a quo do prazo prescricional para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário declarado, mas não pago, é a data do vencimento da obrigação tributária expressamente reconhecida.

(...)

12. Conseqüentemente, o prazo prescricional para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial da exação declarada, in casu, iniciou-se na data da apresentação do aludido documento, vale dizer, em 30.04.1997, escoando-se em 30.04.2002, não se revelando prescritos os créditos tributários na época em que ajuizada a ação (05.03.2002).

13. Outrossim, o exercício do direito de ação pelo Fisco, por intermédio de ajuizamento da execução fiscal, conjura a alegação de inação do credor, revelando-se incoerente a interpretação segundo a qual o fluxo do prazo prescricional continua a escoar-se, desde a constituição definitiva do crédito tributário, até a data em que se der o despacho ordenador da citação do devedor (ou até a data em que se der a citação válida do devedor, consoante a anterior redação do inciso I, do parágrafo único, do artigo 174, do CTN).

14. O Codex Processual, no § 1º, do artigo 219, estabelece que a interrupção da prescrição, pela citação, retroage à data da propositura da ação, o que, na seara tributária, após as alterações promovidas pela Lei Complementar 118/2005, conduz ao entendimento de que o marco interruptivo atinente à prolação do despacho que ordena a citação do executado retroage à data do ajuizamento do feito executivo, a qual deve ser empreendida no prazo prescricional.

(...)

16. Destarte, a propositura da ação constitui o dies ad quem do prazo prescricional e, simultaneamente, o termo inicial para sua recontagem sujeita às causas interruptivas previstas no artigo 174, parágrafo único, do CTN.

(...)

19. *Recurso especial provido, determinando-se o prosseguimento da execução fiscal . Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.*

(REsp 1.120.295/SP, Rel. Min. Luiz Fux, j. 12/05/2010, v.u., Dje 21/05/2010)

No **caso concreto**, não restou caracterizada a inércia da exequente no tocante ao ato citatório, devendo ser considerado, portanto, como termo final do lapso prescricional a data do ajuizamento da ação, ocorrido em 31/05/2017 (ID nº 56714954 - p. 4).

Os créditos foram constituídos mediante declarações entregues em 22/03/2012 e 26/03/2013 com retificadora em 27/05/2013, sendo que a declaração para competência de novembro/2011 foi entregue em 20/12/2011, conforme anotado na decisão da exceção (ID 56714956, p. 11) e conforme recibos de entrega da declaração trazidos pela União Federal (ID 56714956, p. 4/7 – fls. 86/88 dos autos originários).

Todos os débitos foram incluídos em programa de parcelamento na data de 03/10/2016, o que interrompeu o prazo prescricional até a exclusão do parcelamento sem total quitação em 05/03/2017 (ID 56714956, p. 8/10 – fls. 89/90 dos autos originários).

A adesão do contribuinte a Programa de Parcelamento do Débito representa ato inequívoco de reconhecimento dos débitos, que possui eficácia interruptiva do prazo prescricional, nos termos do inciso IV, parágrafo único do art. 174 do CTN, e enseja a suspensão do feito executivo durante todo o período de pagamento das parcelas acordadas. Em havendo descumprimento do acordo realizado, com a consequente rescisão administrativa do parcelamento, a referida execução terá seu curso retomado, devendo ser retomada a fruição do prazo prescricional quinquenal.

Nesse sentido, o enunciado da Súmula 248 do extinto TFR: O prazo da prescrição interrompido pela confissão e parcelamento da dívida fiscal recomeça a fluir no dia em que o devedor deixa de cumprir o acordo celebrado.

Dessa forma, verifica-se que não ocorreu a prescrição, pois não transcorreu o prazo de cinco anos entre a data da exclusão da empresa do programa de parcelamento e a data do ajuizamento da execução fiscal.

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, inciso IV, “c”, do CPC/2015, **nego provimento** ao agravo de instrumento.

Oportunamente, observadas as cautelas de estilo, baixem os autos à Vara de origem.

Intimem-se.”

Consoante se verifica, a r. decisão monocrática reconheceu que, na espécie, apenas a matéria relativa à prescrição poderia ser arguida na via estreita da exceção de pré-executividade, de modo que as demais matérias deveriam ser abordadas em sede de embargos à execução fiscal ou em ação ordinária.

No tocante à prescrição do crédito tributário, a agravante repisa os mesmos argumentos aduzidos no agravo de instrumento, os quais foram devidamente apreciados pela r. decisão agravada, que concluiu pela inoccorrência de prescrição, tendo em vista que no interregno entre a data da constituição dos créditos tributários e o ajuizamento da execução fiscal, a executada aderiu a programa de parcelamento tributário, o que teve o condão de interromper o prazo prescricional, o qual voltou a correr na data da exclusão do parcelamento. Na espécie, considerando que entre a data da exclusão da empresa do programa de parcelamento e o ajuizamento da execução fiscal não transcorreu prazo superior a cinco anos, restou afastada a prescrição.

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

Assim, não vislumbro qualquer vício a justificar a reforma da decisão ora agravada.

Pelo exposto, **nego provimento** ao agravo interno.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Superior Tribunal de Justiça, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.
2. A questão pertinente ao cabimento da exceção de pré-executividade encontra-se sumulada pelo E. Superior Tribunal de Justiça, nos seguintes termos: A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória. (súmula 393/STJ).
3. No caso em tela apenas a prescrição deve ser analisada, sendo certo que as outras matérias trazidas na exceção deverão ser abordadas em sede de embargos à execução fiscal ou ação ordinária.
4. De acordo com o *caput* do art. 174 do Código Tributário Nacional, a ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em 5 (cinco) anos, contados da data da sua constituição definitiva. O *dies a quo* da fluência do prazo prescricional, na hipótese de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, é o dia seguinte à entrega da declaração ou o dia seguinte ao vencimento do tributo, ou seja, aquele que ocorrer por último. O termo final do prazo prescricional deve ser analisado considerando-se a existência, ou não, de inércia por parte do exequente; se não houver inércia, o *dies ad quem* a ser considerado é a data do ajuizamento da execução fiscal à luz da Súmula nº 106 do STJ e art. 219, § 1º do CPC.
5. A adesão do contribuinte a Programa de Parcelamento do Débito representa ato inequívoco de reconhecimento dos débitos, que possui eficácia interruptiva do prazo prescricional, nos termos do inciso IV, parágrafo único do art. 174 do CTN, e enseja a suspensão do feito executivo durante todo o período de pagamento das parcelas acordadas. Em havendo descumprimento do acordo realizado, com a consequente rescisão administrativa do parcelamento, a referida execução terá seu curso retomado, devendo ser retomada a fruição do prazo prescricional quinquenal.
6. In casu, os créditos foram constituídos mediante declarações entregues em 22/03/2012 e 26/03/2013 com retificadora em 27/05/2013, sendo que a declaração para competência de novembro/2011 foi entregue em 20/12/2011, conforme anotado na decisão da exceção. Todos os débitos foram incluídos em programa de parcelamento na data de 03/10/2016, o que interrompeu o prazo prescricional até a exclusão do parcelamento sem total quitação em 05/03/2017. Dessa forma, verifica-se que não ocorreu a prescrição, pois transcorreu prazo inferior a cinco anos entre a data da exclusão da empresa do programa de parcelamento e a data do ajuizamento da execução fiscal.
7. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.
8. Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5009893-41.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

AGRAVANTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) AGRAVANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

AGRAVADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5009893-41.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

EMBARGANTE: NESTLE BRASIL LTDA.

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 23/06/2020 3447/4253

Advogado do(a) EMBARGANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

EMBARGADO: Acórdão de fls.

INTERESSADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): - Trata-se de embargos de declaração opostos por NESTLE BRASIL LTDA em face de v. acórdão (ID 108206857) que se encontra assimementado:

"DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. APÓLICE DE SEGURO GARANTIA. LEI. Nº 6.830/80. ART. 835, DO CPC. BLOQUEIO VIA BACENJUD. LEI. Nº 11.382/06. ORDEM LEGAL NÃO RESPEITADA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. É certo que, conjugado ao princípio da menor onerosidade, vigora também o princípio de que a execução se realiza no interesse do credor.

2. No caso em exame, a agravante, devidamente citada, ofereceu à penhora apólice de seguro garantia o que foi recusado pela exequente, que, por seu turno, requereu o prosseguimento da execução com o rastreamento e bloqueio de valores eventualmente existentes, em nome da executada, em instituições financeiras mediante o sistema Bacenjud.

3. Como é sabido, tanto a exequente como o próprio Juiz não estão obrigados a aceitar a nomeação à penhora levada a efeito pela agravante.

4. Cumpre observar que, de acordo com o disposto no § 1º do art. 835 do CPC/2015 (CPC/73, art.655), a penhora em dinheiro é preferencial, não havendo necessidade do esgotamento das diligências visando à localização de bens passíveis de penhora.

5. A orientação jurisprudencial do E. Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de considerar dispensável a comprovação de esgotamento das diligências em pedido de penhora on line efetuado desde a entrada em vigor da Lei n. 11.382/06, que alterou a redação do art. 655 do CPC/73 (REsp n.º 1.101.288/RS, entre outros).

6. A Primeira Seção do E. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que, nas execuções fiscais, a substituição de depósito em dinheiro por fiança bancária somente é admitida em situações excepcionais, quando estiver comprovada a onerosidade excessiva da constrição.

7. No caso concreto, a sociedade executada não indica situação que demonstraria a onerosidade excessiva da penhora do dinheiro, limitando-se a requerer a substituição da penhora sobre ativos financeiros por seguro garantia.

8. Agravo interno desprovido."

Sustenta a embargante, em síntese, a ocorrência de obscuridade no v. acórdão. Afirma que, para fins de garantia da execução, o seguro garantia e o depósito em dinheiro produzem os mesmos efeitos da penhora, não havendo que se invocar a ordem de preferência descrita tanto no art. 835 do Código de Processo Civil, quanto no art. 11 da Lei de Execuções Fiscais, pois o seguro garantia foi ofertado espontaneamente, nos termos do art. 9º, II da LEF com a redação dada pela Lei 13.043/2014. Afirma que os julgados que foram aplicados ao presente caso não poderiam ter sido utilizados, uma vez que foram apreciados antes da alteração dada pela Lei 13.043/2014.

Requer o conhecimento e acolhimento dos embargos, para o fim de sanar os vícios apontados, inclusive para fins de prequestionamento dos artigos 9º, inciso II e §3º, da Lei nº 6.830/80 com a redação dada pela Lei 13.043/2014, art. 15, I da LEF, art. 6º da Portaria PGF 440/2016 e art. 805 do CPC (ID 120497657).

Com contrarrazões (ID 128493825).

É o relatório.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5009893-41.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
EMBARGANTE: NESTLE BRASIL LTDA.
Advogado do(a) EMBARGANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A
EMBARGADO: Acórdão de fls.
INTERESSADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

"EMENTA"

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 1.022, CPC. VÍCIOS INEXISTENTES. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. CARÁTER INFRINGENTE. PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REJEIÇÃO.

1. Nos termos do artigo 1.022, incisos I ao III do novo Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração para sanar obscuridade ou contradição, omissão de ponto ou questão sobre o qual deveria se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, ou, ainda, quando existir erro material, o que, no caso concreto, não restou demonstrado.
2. A questão resume-se, efetivamente, em divergência entre a argumentação constante do julgado e aquela desenvolvida pela embargante, tendo os embargos caráter nitidamente infringente, pelo que não há como prosperar o inconformismo da recorrente cujo real objetivo é o rejugamento da causa e a consequente reforma do decisum.
3. A mera alegação de visarem ao prequestionamento da matéria não justifica a oposição dos embargos declaratórios, quando não se verifica nenhuma das situações previstas no artigo 1.022, do Código de Processo Civil.
4. Embargos de declaração rejeitados.

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): - Nos termos do artigo 1.022, incisos I ao III, do Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração para sanar obscuridade ou contradição, omissão de ponto ou questão sobre o qual deveria se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, bem como quando existir erro material.

Vício algum se verifica na espécie.

Da simples leitura do v. acórdão embargado se depreendem os fundamentos em que se baseia, tendo sido inequivocamente decidida a matéria ventilada nos embargos de declaração.

In casu, o r. decisum embargado, proferido no julgamento do recurso de agravo interno, manteve r. decisão monocrática que negou provimento ao agravo de instrumento interposto contra decisão que rejeitou apólice de seguro garantia e determinou o bloqueio eletrônico dos ativos financeiros da executada.

Na espécie, o voto condutor deixou consignado que a exequente e o Juiz não estão obrigados a aceitar a nomeação à penhora levada a efeito pela agravante, que não observa a ordem de preferência legal, prevista no artigo 11, da Lei n. 6.830/80.

Asseverou que, de acordo com o disposto no § 1º do art. 835 do CPC/2015 (CPC/73, art.655), a penhora em dinheiro é preferencial, não havendo necessidade do esgotamento das diligências visando à localização de bens passíveis de penhora, para que seja decretado o bloqueio de ativos financeiros.

Acrescentou que a regra é a manutenção ou priorização do depósito ou bloqueio de dinheiro, cabendo ao devedor demonstrar que a priorização do bloqueio de pecúnia causar-lhe-á onerosidade excessiva, o que não restou comprovado no caso.

Frise-se que o referido entendimento é assente na jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, inclusive após a vigência da Lei 13.043/2014. Neste sentido, colaciono os seguintes precedentes recentes daquela E. Corte:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. SISTEMA BACENJUD. SUBVERSÃO DA ORDEM LEGAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC" (Enunciado Administrativo n. 3).

2. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que, em se tratando de execução fiscal, não há direito subjetivo do devedor a subverter a ordem legal de penhora, sob o pálio da menor onerosidade constante no art. 620 do CPC/1973, sem a justificativa comprovada para que seja aceito o bem oferecido à constrição.

3. Hipótese em que o agravante afirma que deveria ter sido intimado da substituição da penhora por ativos financeiros, à luz do princípio do contraditório, sem, contudo, sequer indicar outros bens à penhora, conforme consignado no acórdão recorrido.

4. Agravo interno desprovido.”

(AgInt no REsp 1671535/SC, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/03/2020, DJe 31/03/2020)

“TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DOS ARTS. 9º, 10, 805, 833, 860 E 867 DO CPC/2015. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DA SÚMULA N. 282/STF. IMPENHORABILIDADE DOS VALORES. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 07/STJ. AUSÊNCIA DE COMBATE A FUNDAMENTOS AUTÔNOMOS DO ACÓRDÃO. APLICAÇÃO DO ÓBICE DA SÚMULA N. 283/STF. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. ORDEM LEGAL. AUSÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO DO DEVEDOR. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - É entendimento pacífico desta Corte que a ausência de enfrentamento da questão objeto da controvérsia pelo tribunal a quo impede o acesso à instância especial, porquanto não preenchido o requisito constitucional do prequestionamento, nos termos da Súmula n. 282 do Supremo Tribunal Federal.

III - In casu, rever o entendimento do Tribunal de origem, com o objetivo de acolher a pretensão recursal acerca da impenhorabilidade dos valores em comento, demandaria necessário revolvimento de matéria fática, o que é inviável em sede de recurso especial, à luz do óbice contido na Súmula n. 07/STJ. IV - A falta de combate a fundamento suficiente para manter o acórdão recorrido justifica a aplicação, por analogia, da Súmula n. 283 do Supremo Tribunal Federal.

V - É pacífico no Superior Tribunal de Justiça o entendimento no sentido da ausência de direito subjetivo do devedor à aceitação do bem por ele nomeado em desacordo com a ordem estabelecida no art. 11 da Lei n. 6.830/1980 e art. 655 do estatuto processual civil, devendo ser apresentados elementos concretos que justifiquem a incidência do princípio da menor onerosidade (art. 620 do CPC) e afastem a ordem legal, o que não ocorreu. VI - Em regra, descabe a imposição da multa, prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015, em razão do mero improvimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso.

VII - Agravo Interno improvido.”

(AgInt no REsp 1812730/RJ, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/10/2019, DJe 09/10/2019)

Assim, a questão resume-se, efetivamente, em divergência entre a argumentação constante do julgado e aquela desenvolvida pelo embargante, tendo os presentes embargos caráter nitidamente infringente, pelo que não há como prosperar o inconformismo do recorrente cujo real objetivo é o rejugamento da causa e a consequente reforma do *decisum*.

Nos estreitos limites dos embargos de declaração, todavia, somente deverá ser examinada eventual obscuridade, omissão, contradição ou erro material, o que, no caso concreto, não restou demonstrado.

Neste sentido, trago à colação os seguintes julgados:

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC NÃO CONFIGURADA. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA DE MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO PARA FINS DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INVIABILIDADE.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 1.022 do CPC.
2. Os Embargos Declaratórios não constituem instrumento adequado para a rediscussão da matéria de mérito.
3. Sob pena de invasão da competência do STF, descabe analisar questão constitucional em Recurso Especial, ainda que para viabilizar a interposição de Recurso Extraordinário.
4. Embargos de Declaração rejeitados."

(EDcl no AgRg no AREsp 784.106/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 29/09/2016)

"PROCESSUAL CIVIL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 03/STJ. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO JULGADO. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA JÁ DECIDIDA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Os embargos de declaração têm a finalidade simples e única de completar, aclarar ou corrigir uma decisão omissa, obscura ou contraditória. Não são destinados à adequação do decisum ao entendimento da parte embargante, nem ao acolhimento de pretensões que refletem mero inconformismo, e, menos ainda, à rediscussão de questão já resolvida. Precedentes.
2. A análise das razões recursais revela a pretensão da parte em alterar o resultado do decisum, o que é inviável nesta seara recursal.
3. Embargos de declaração rejeitados."

(EDcl no AgRg nos EAREsp 620.940/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/09/2016, DJe 21/09/2016)

"PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS PREVISTOS NO ART. 1.022 DO CPC/15. REDISCUSSÃO DO JULGADO.

1. Os embargos de declaração são cabíveis para sanar omissão, contradição ou obscuridade do julgado recorrido e corrigir erros materiais. O CPC/15 ainda equipara à omissão o julgado que desconsidera acórdãos proferidos sob a sistemática dos recursos repetitivos, incidente de assunção de competência, ou ainda que contenha um dos vícios elencados no art. 489, § 1º, do referido normativo.
2. No caso, não estão presentes quaisquer dos vícios autorizadores do manejo dos embargos declaratórios, estando evidenciado, mais uma vez, o exclusivo propósito dos embargantes em rediscutir o mérito das questões já devidamente examinadas por esta Corte.
3. Não há omissão no acórdão embargado, pois esta Turma foi categórica ao afirmar que os interessados não dirigiram seu inconformismo quanto à aplicação da Súmula 182/STJ na decisão da Presidência desta Corte que não conheceu do agravo em recurso especial.
4. Embargos de declaração rejeitados."

(EDcl no AgInt no AREsp 858.482/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 19/09/2016)

A mera alegação de visarem ao prequestionamento da matéria não justifica a oposição dos embargos declaratórios, quando não se verifica nenhuma das situações previstas no artigo 1.022, do Código de Processo Civil.

Salienta-se, entretanto, que a rejeição do recurso não constitui obstáculo à interposição de recursos excepcionais, em razão de disposição expressa do artigo 1.025 do Código de Processo Civil, nos seguintes termos, "*consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade*".

Ante o exposto, **rejeito** os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 1.022, CPC. VÍCIOS INEXISTENTES. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. CARÁTER INFRINGENTE. PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REJEIÇÃO.

1. Nos termos do artigo 1.022, incisos I ao III do novo Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração para sanar obscuridade ou contradição, omissão de ponto ou questão sobre o qual deveria se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, ou, ainda, quando existir erro material, o que, no caso concreto, não restou demonstrado.
2. A questão resume-se, efetivamente, em divergência entre a argumentação constante do julgado e aquela desenvolvida pela embargante, tendo os embargos caráter nitidamente infringente, pelo que não há como prosperar o inconformismo da recorrente cujo real objetivo é o rejugamento da causa e a conseqüente reforma do *decisum*.
3. A mera alegação de visarem ao prequestionamento da matéria não justifica a oposição dos embargos declaratórios, quando não se verifica nenhuma das situações previstas no artigo 1.022, do Código de Processo Civil.
4. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por maioria, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do voto da relatora, acompanhada pelo voto do Desembargador Federal Fábio Prieto, vencido o Desembargador Federal Johansom Di Salvo, que os acolhia, dando-lhes parcial provimento. Lavrará o acórdão a Relatora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5027755-25.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO

AGRAVANTE: CONSELHO DE ARQUITETURA E URBANISMO DE SAO PAULO (CAU-SP)

AGRAVADO: BRUMMEL GABRIEL MEHLMANN NAMUR

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo CONSELHO DE ARQUITETURA E URBANISMO DE SÃO PAULO (CAU/SP), contra decisão que, em execução fiscal, indeferiu o pedido de pesquisa pelos sistemas indicados (RENAJUD, ARISP e INFOJUD), com a finalidade de localizar o executado e possíveis bens em seu nome para futura constrição judicial.

Alega o agravante, em breve síntese, que a realização de pesquisas em sistemas informatizados mantidos por entidades públicas autorizadas, mediante convênios firmados pelo Poder Judiciário, é respaldada legalmente e tem por objetivo a entrega eficaz da tutela jurisdicional.

Sustenta que os mecanismos de pesquisas pelo RENAJUD, ARISP e INFOJUD conferem celeridade aos procedimentos, que são encerrados mais rapidamente quando a localização do patrimônio é facilitada e desburocratizada.

Pleiteia, assim, a reforma da decisão agravada para que seja determinada a utilização dos sistemas RENAJUD, INFOJUD e ARISP, com a finalidade de localizar o endereço do agravado e bens de sua titularidade, que serão posteriormente penhorados para o adimplemento do débito.

Processado o recurso sem a intimação do agravado para contraminuta, diante da ausência de advogado constituído nos autos.

É o relatório.

Decido.

De início, cumpre explicitar que o art. 932, IV e V do CPC de 2015 confere poderes ao Relator para, monocraticamente, negar e dar provimento a recursos.

Ademais, é importante clarificar que, apesar de as alíneas dos referidos dispositivos elencarem hipóteses em que o Relator pode exercer esse poder, o entendimento da melhor doutrina é no sentido de que o mencionado rol é **meramente exemplificativo**.

Manifestando esse entendimento, asseveram Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

Assim como em outras passagens, o art. 932 do Código revela um equívoco de orientação em que incidiu o legislador a respeito do tema dos precedentes. O que autoriza o julgamento monocrático do relator não é o fato de a tese do autor encontrar-se fundamentada em “súmulas” e “julgamento de casos repetitivos” (leia -se, incidente de resolução de demandas repetitivas, arts. 976 e ss., e recursos repetitivos, arts. 1.036 e ss.) ou em incidente de “assunção de competência”. É o fato de se encontrar fundamentado em precedente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em jurisprudência formada nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência capaz de revelar razões adequadas e suficientes para solução do caso concreto. O que os preceitos mencionados autorizam, portanto, é o julgamento monocrático no caso de haver precedente do STF ou do STJ ou jurisprudência firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência nos Tribunais de Justiça ou nos Tribunais Regionais Federais. Esses precedentes podem ou não ser oriundos de casos repetitivos e podem ou não ter adequadamente suas razões retratadas em súmulas.
(“Curso de Processo Civil”, 3ª e., v. 2, São Paulo, RT, 2017)

Os mesmos autores, em outra obra, explicam ainda que "a alusão do legislador a súmulas ou a casos repetitivos constitui apenas um indício - não necessário e não suficiente - a respeito da existência ou não de precedentes sobre a questão que deve ser decidida. **O que interessa para incidência do art. 932, IV, a e b, CPC, é que exista precedente sobre a matéria - que pode ou não estar subjacente a súmulas e pode ou não decorrer do julgamento de recursos repetitivos**" (“Novo Código de Processo Civil comentado”, 3ª e., São Paulo, RT, 2017, p. 1014, grifos nossos).

Também Hermes Zaneti Jr. posiciona-se pela não taxatividade do elenco do art. 932, incisos IV e V (*Poderes do Relator e Precedentes no CPC/2015: perfil analítico do art. 932, IV e V*, in “A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim”, Dierle José Coelho Nunes, São Paulo, RT, 2017, pp. 525-544).

Nessa linha, o STJ, antes mesmo da entrada em vigor do CPC/2015, aprovou a Súmula 568 com o seguinte teor: “O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema”. Veja-se que a expressão *entendimento dominante* aponta para a não taxatividade do rol em comento.

Além disso, uma vez que a decisão singular do relator é recorrível por meio de agravo interno (art. 1.021, caput, CPC/15), não fica prejudicado o princípio da colegialidade, pois a Turma pode ser provocada a se manifestar por meio do referido recurso. Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO (ART. 1.021, DO CPC). APOSENTADORIA ESPECIAL. APLICAÇÃO DO ART 932 DO CPC PERMITIDA. TERMO INICIAL FIXADO NA DATA DA CITAÇÃO. ATIVIDADE ESPECIAL COMPROVADA COM LAUDO JUDICIAL. INTERPOSIÇÃO CONTRA DECISÃO SINGULAR DO RELATOR. CABIMENTO. - O denominado agravo interno (artigo Art. 1.021 do CPC/15) tem o propósito de impugnar especificadamente os fundamentos da decisão agravada e, em caso de não retratação, possa ter assegurado o direito de ampla defesa, com submissão das suas impugnações ao órgão colegiado, o qual, cumprindo o princípio da colegialidade, fará o controle da extensão dos poderes do relator e, bem assim, a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando, afora essas circunstâncias, à rediscussão, em si, de matéria já decidida, mediante reiterações de manifestações anteriores ou à mingua de impugnação específica e fundamentada da totalidade ou da parte da decisão agravada, objeto de impugnação. - O termo inicial do benefício foi fixado na data da citação, tendo em vista que a especialidade da atividade foi comprovada através do laudo técnico judicial, não havendo razão para a insurgência da Autarquia Federal. - Na hipótese, a decisão agravada não padece de qualquer ilegalidade ou abuso de poder, estando seus fundamentos em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria devolvida a este E. Tribunal. - Agravo improvido. (ApRecNec 00248207820164039999, DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN, TRF3 - NONA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/10/2017)

Assim, passo a proferir decisão monocrática, com fulcro no artigo 932, IV e V do Código de Processo Civil de 2015.

A Secretaria da Receita Federal e o Conselho Nacional de Justiça firmaram convênio para fornecimento de informações cadastrais e econômico-fiscais dos contribuintes ao Poder Judiciário através da utilização do sistema INFOJUD.

Conforme se verifica em consulta ao sítio eletrônico do CNJ (www.cnj.jus.br), resultado de uma parceria entre o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e a Receita Federal, o Programa INFOJUD (Sistema de Informações ao Judiciário) é um serviço oferecido unicamente aos magistrados (e servidores por eles autorizados), que tem como objetivo atender às solicitações feitas pelo Poder Judiciário à Receita Federal.

No que concerne ao sistema RENAJUD, vale lembrar que se traduz em ferramenta idônea colocada à disposição dos credores para simplificar e agilizar a busca de bens aptos a satisfazer os créditos executados, não se vislumbrando a necessidade de diligências prévias da parte exequente.

O atual entendimento jurisprudencial do E. Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, para a quebra do sigilo fiscal, mediante a utilização do sistema INFOJUD, é desnecessário o esgotamento das diligências para o fim de localizar o devedor e seus bens.

É o mesmo posicionamento aplicado para o BACENJUD e RENAJUD, considerando-se que são meios colocados à disposição dos credores para simplificar e agilizar a busca de bens aptos a satisfazer os créditos executados.

No que se refere ao convênio com a Associação dos Registradores de Imóveis de São Paulo – ARISP, também consta “Acordo de Cooperação Técnica”, cujo termo foi firmado entre tal entidade e este Tribunal, em agosto/2010 ([site arisp.com.br](http://site.arisp.com.br)).

Tal convênio permite o acesso ao sistema de penhora *on line* e o intercâmbio de informações por meio eletrônico, possibilitando aos juízes e servidores previamente cadastrados a realização de pesquisa para a localização de imóveis que constam da base de dados da ARISP.

Portanto, tratam-se de ferramentas idôneas à pesquisa de bens existentes em nome do executado para futura constrição, cuja utilização prescinde do esgotamento das diligências para o fim de localizar bens penhoráveis.

Nesse sentido os precedentes do E. Superior Tribunal de Justiça:

*PROCESSUAL CIVIL. SISTEMA INFOJUD. ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS. DESNECESSIDADE. 1. O posicionamento da Corte de origem destoa da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema. **É desnecessário o esgotamento das diligências na busca de bens a serem penhorados a fim de autorizar-se a penhora on-line (sistemas Bacen-jud, Renajud ou Infojud), em execução civil ou fiscal, após o advento da Lei n. 11.382/2006, com vigência a partir de 21.1.2007. Precedentes: REsp 1.582.421/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 27.5.2016; REsp 1.667.529/RJ, Min Rel. Herman Benjamin, Segunda Turma, Dje 29.6.2017.***

2. Agravo conhecido para dar provimento ao Recurso Especial e permitir a utilização do sistema Infojud independentemente do esgotamento de diligências. (grifos nossos)

(STJ, SEGUNDA TURMA, AREsp 1528536/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/11/2019, DJe 19/12/2019)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA PELO SISTEMA BACEN-JUD. DESNECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DAS DILIGÊNCIAS PARA LOCALIZAÇÃO DE BENS. MATÉRIA DECIDIDA EM RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC/73. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, in casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015 no julgamento do Agravo Interno.

II - Esta Corte, em precedentes submetidos ao rito do art. 543-C, firmou entendimento segundo o qual é desnecessário o esgotamento das diligências na busca de bens a serem penhorados a fim de autorizar-se a penhora on line (sistemas BACEN-JUD, RENAJUD ou INFOJUD), em execução civil ou execução fiscal, após o advento da Lei n. 11.382/2006, com vigência a partir de 21/01/2007.

III - A Agravante não apresenta, no agravo, argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

IV - Agravo Interno improvido. (grifos nossos)

(STJ, PRIMEIRA TURMA, AgInt no REsp 1184039/MG, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, j. 28/03/2017, DJe 04/04/2017)

Dessa forma, deve ser deferido o pedido do agravante para que se efetive consulta aos sistemas RENAJUD, INFOJUD e ARISP, de modo a possibilitar a localização do executado e de bens de sua titularidade existentes.

Diante do exposto, nos termos do art. 932, V do CPC de 2015, **dou provimento ao agravo de instrumento.**

Publique-se. Intimem-se.

Decorrido o prazo recursal, baixemos autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) N° 5004733-11.2019.4.03.6119
RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: QUIMITRANS TRANSPORTES LTDA
Advogado do(a) APELADO: ADAUTO BENTIVEGNA FILHO - SP152470-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo legal interposto pela UNIÃO FEDERAL- Fazenda Nacional, em face de decisão monocrática ID 126064837, que rejeitou a matéria preliminar e deu parcial provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial, para explicitar o critério da prescrição, compensação, juros e correção monetária.

Alega, preliminarmente, o agravante que o pedido de exclusão do ICMS da base de cálculo da contribuição previdenciária prevista no artigo 7º da Lei no. 12.546/2011, não foi aventado na petição inicial. Requer que seja provido o Agravo, reformando a monocrática, como objetivo de manter sobrestado o processo, até a publicação do acórdão resultante do julgamento dos embargos de declaração, caso providos, ou, se totalmente rejeitados, até a finalização do julgamento de tal recurso.

A parte agravada apresentou contrarrazões ao recurso.

É o relatório.

É o relatório.

Decido.

A decisão agravada merece parcial reconsideração no tocante à questão aventada pelo recurso.

Ressalto que o cerne da questão cinge-se à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Para sanar o erro material, reescrevo o parágrafo de página 4, da decisão ID 126064837 prolatada: **onde se lê** :

" Seguindo esta orientação, entendo que o I.C.M.S. deve ser excluído da base de cálculo de contribuições sociais que tenham a "receita bruta" como base de cálculo, como o PIS, a COFINS e a contribuição previdenciária prevista no artigo 7º da Lei nº 12.546/2011, reconhecendo como ilegítimas as exigências fiscais que tragam tal inclusão. "

Leia-se:

" Seguindo esta orientação, entendo que o I.C.M.S. deve ser excluído da base de cálculo de contribuições sociais que tenham a "receita bruta" como base de cálculo, como o PIS, a COFINS, reconhecendo como ilegítimas as exigências fiscais que tragam tal inclusão.

Posto isso, dou parcial provimento ao agravo legal para **reconsiderar parcialmente a r. decisão**, consoante fundamentação acima, sem alteração de sua parte dispositiva.

Intimem-se. Publique-se.

Decorrido o prazo recursal, retornemos autos à conclusão.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002325-54.2018.4.03.6128

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: LOS GROBO AGROINDUSTRIAL DO BRASIL S.A.

Advogados do(a) APELADO: LUIZ OTAVIO NEGOSEKI DOMBROSCKI - PR60142-A, ALAN RODRIGUES DE ANDRADE - PR73512-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002325-54.2018.4.03.6128
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: LOS GROBO AGROINDUSTRIAL DO BRASIL S.A.
Advogados do(a) APELADO: LUIZ OTAVIO NEGOSEKI DOMBROSCKI - PR60142-A, ALAN RODRIGUES DE ANDRADE - PR73512-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de agravo interno interposto pela UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL), com fulcro no artigo 1.021 do Código de Processo Civil, em face da decisão monocrática objeto do ID 122783763 que, nos termos do artigo 932, IV, do Código de Processo Civil, negou provimento à apelação e à remessa oficial para manter a r. sentença que concedeu a segurança postulada pela impetrante para assegurar a análise conclusiva dos pedidos de restituição de créditos tributários formulados no âmbito administrativo, afastando-se a compensação de ofício com débitos que estejam com sua exigibilidade suspensa.

Sustenta a agravante, em síntese, que a Receita Federal do Brasil, antes de proceder à restituição ou ao ressarcimento de tributos, deverá verificar se o contribuinte é devedor da Fazenda Nacional, de modo que o valor da restituição ou ressarcimento seja compensado com o valor do débito, nos termos do art. 7º Decreto-lei nº 2.287/86, com a redação dada pela Lei nº 11.196/2005. Aduz que após a decisão proferida pelo C. STJ no RESP nº 1.213.082/PR foi editada a Lei nº 12.844/2013, que alterou o art. 73 da Lei nº 9.430/96 para autorizar a compensação de ofício de créditos passíveis de restituição com débitos não parcelados ou parcelados sem garantia. Alega que a compensação de ofício versada nos autos é posterior à alteração legislativa, devendo ser levada a efeito. Requer a submissão do presente ao julgamento da E. Turma, para que seja reformada a decisão hostilizada (ID 123775712).

A agravada apresentou contrarrazões alegando que a compensação pretendida pela agravante viola os princípios da legalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como o art. 151 do CTN, que trata das hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Requer seja negado provimento ao agravo (ID 128405983).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002325-54.2018.4.03.6128
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: LOS GROBO AGROINDUSTRIAL DO BRASIL S.A.
Advogados do(a) APELADO: LUIZ OTAVIO NEGOSEKI DOMBROSCKI - PR60142-A, ALAN RODRIGUES DE ANDRADE - PR73512-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

"EMENTA"

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. COMPENSAÇÃO DE OFÍCIO. ART. 73, DA LEI Nº. 9.430/96, ALTERADO PELA LEI Nº 12.844/13. CRÉDITO TRIBUTÁRIO COM EXIGIBILIDADE SUSPensa. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. A decisão recorrida foi proferida em consonância com o art. 932, IV, do Código de Processo Civil de 2015, estando supedaneada em entendimento firmado pelo C. Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recurso especial submetido ao regime dos recursos repetitivos.

2. A questão vertida nos presentes autos cinge-se à possibilidade de compensação de ofício de indébito tributário passível de restituição ao sujeito passivo com débitos tributários com exigibilidade suspensa por parcelamento, nos termos do artigo 73 da Lei nº 9.430/96, alterado pela Lei nº 12.844/2013.

3. O C. Superior Tribunal de Justiça, em julgamento submetido à sistemática do artigo 543-C do antigo Código de Processo Civil (Tema 484), fixou entendimento quanto à ilegalidade da compensação de ofício envolvendo débitos com exigibilidade suspensa.

4. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisor, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

5. Agravo interno desprovido.

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): - Não é de ser provido o agravo.

A decisão recorrida foi proferida em consonância com o art. 932, IV, do Código de Processo Civil de 2015, estando supedaneada em entendimento firmado pelo C. Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recurso especial submetido ao regime dos recursos repetitivos.

Consoante restou apontado na r. decisão agravada, a questão vertida nos presentes autos cinge-se à possibilidade de compensação de ofício de indébito tributário passível de restituição ao sujeito passivo com débitos tributários com exigibilidade suspensa por parcelamento, nos termos do artigo 73 da Lei nº 9.430/96, alterado pela Lei nº 12.844/2013.

Comefeito, o C. Superior Tribunal de Justiça, em julgamento submetido à sistemática do artigo 543-C do antigo Código de Processo Civil (Tema 484), fixou entendimento quanto à ilegalidade da compensação de ofício envolvendo débitos com exigibilidade suspensa, conforme se depreende da ementa *in verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C, DO CPC). ART. 535, DO CPC, AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. COMPENSAÇÃO DE OFÍCIO PREVISTA NO ART. 73, DA LEI N. 9.430/96 E NO ART. 7º, DO DECRETO-LEI N. 2.287/86. CONCORDÂNCIA TÁCITA E RETENÇÃO DE VALOR A SER RESTITUÍDO OU RESSARCIDO PELA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL. LEGALIDADE DO ART. 6º E PARÁGRAFOS DO DECRETO N. 2.138/97. ILEGALIDADE DO PROCEDIMENTO APENAS QUANDO O CRÉDITO TRIBUTÁRIO A SER LIQUIDADADO SE ENCONTRAR COM EXIGIBILIDADE SUSPensa (ART. 151, DO CTN).

1. Não macula o art. 535, do CPC, o acórdão da Corte de Origem suficientemente fundamentado.

2. O art. 6º e parágrafos, do Decreto n. 2.138/97, bem como as instruções normativas da Secretaria da Receita Federal que regulamentam a compensação de ofício no âmbito da Administração Tributária Federal (arts. 6º, 8º e 12, da IN SRF 21/1997; art. 24, da IN SRF 210/2002; art. 34, da IN SRF 460/2004; art. 34, da IN SRF 600/2005; e art. 49, da IN SRF 900/2008), extrapolaram o art. 7º, do Decreto-Lei n. 2.287/86, tanto em sua redação original quanto na redação atual dada pelo art. 114, da Lei n. 11.196, de 2005, somente no que diz respeito à imposição da compensação de ofício aos débitos do sujeito passivo que se encontram com exigibilidade suspensa, na forma do art. 151, do CTN (v.g. débitos inclusos no REFIS, PAES, PAEX, etc.). Fora dos casos previstos no art. 151, do CTN, a compensação de ofício é ato vinculado da Fazenda Pública Federal a que deve se submeter o sujeito passivo, inclusive sendo lícitos os procedimentos de concordância tácita e retenção previstos nos §§ 1º e 3º, do art. 6º, do Decreto n. 2.138/97. Precedentes: REsp. Nº 542.938 - RS, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 18.08.2005; REsp. Nº 665.953 - RS, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 5.12.2006; REsp. Nº 1.167.820 - SC, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 05.08.2010; REsp. Nº 997.397 - RS, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, julgado em 04.03.2008; REsp. Nº 873.799 - RS, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 12.8.2008; REsp. n. 491342 / PR, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 18.05.2006; REsp. Nº 1.130.680 - RS Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 19.10.2010.

3. No caso concreto, trata-se de restituição de valores indevidamente pagos a título de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ com a imputação de ofício em débitos do mesmo sujeito passivo para os quais não há informação de suspensão na forma do art. 151, do CTN. Impõe-se a obediência ao art. 6º e parágrafos do Decreto n. 2.138/97 e normativos próprios.

4. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C, do CPC, e da Resolução STJ n. 8/2008.”

(REsp 1213082/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/08/2011, DJe 18/08/2011)

De outra parte, é verdade que o artigo 20 da Lei nº 12.844/2013 deu nova redação ao artigo 73, parágrafo único da Lei nº 9.430/96, para autorizar expressamente a compensação de ofício em relação aos débitos parcelados sem o oferecimento de garantia por parte do devedor.

Entretanto, tal disposição não foi capaz de alterar o entendimento esposado pelo E. STJ, que, frise-se, admite a legalidade dos procedimentos de compensação de ofício desde que os créditos tributários em que foi imputada a compensação não estejam com sua exigibilidade suspensa em razão do ingresso em algum programa de parcelamento, ou outra forma de suspensão da exigibilidade prevista no art. 151, do Código Tributário Nacional. Nesse sentido, os julgados desta Corte Regional:

“REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÕES EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO: COMPENSAÇÃO EX OFFICIO FEITA PELA RECEITA FEDERAL DE VALOR RESTITUÍVEL AO CONTRIBUINTE, COM DÉBITOS TRIBUTÁRIOS EXISTENTES. DÉBITOS, PORÉM, QUE SE ENCONTRAVAM COM A EXIGIBILIDADE SUSPENSAS E QUE, PORTANTO, NÃO ERAM EXIGÍVEIS. CASO EM QUE NÃO HÁ PROVA DE OUTROS CRÉDITOS FISCAIS "EM ABERTO". IMPOSSIBILIDADE DA COMPENSAÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PELO IMPETRANTE EM 1º GRAU SEM INTUITO PROTETATÓRIO. REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO DA UNIÃO DESPROVIDOS. APELAÇÃO DA IMPETRANTE ACOLHIDA

1. A compensação de ofício tem como fundamento primordial o art. 170 do CTN, que delega à lei comum a regulamentação do instituto. O Decreto-Lei 2.287/86 passou a dispor em seu art. 6º que - antes de proceder a qualquer restituição - cumpre à Receita Federal compensar o valor restituível com créditos tributários em nome do contribuinte que sejam constatados como devidos à Fazenda Nacional, independentemente de serem da mesma natureza da restituição. Tema também tratado no art. 73 da Lei 9.430/96, com alteração promovida pela Lei 12.844/13.

2. Impossibilidade dessa compensação se a dívida fiscal está com a exigibilidade suspensa, porque não é exigível e assim não teria juridicidade da compensação ex officio. Posição do STJ em sede do recurso repetitivo RESP 1.213.082.

3. Ausência de prova da existência de outras dívidas "em aberto".

4. Cumpre afastar a incidência da multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC/73 imposta à impetrante, pois os embargos de declaração opostos em 1ª instância não tinham intuito protetatório.”

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 348612 - 0017390-74.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, julgado em 28/04/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:06/05/2016)

“TRIBUTÁRIO. PROCESSO TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO DE OFÍCIO DE DÉBITOS COM EXIGIBILIDADE SUSPENSAS. COMPENSAÇÃO COM DÉBITOS PARCELADOS. IMPOSSIBILIDADE. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. LIMINAR MANDADO DE SEGURANÇA. INVIÁVEL. CARÁTER SATISFATIVO. AÇÃO DE COBRANÇA. AÇÃO DE COBRANÇA. RESTITUIÇÃO NOS PRÓPRIOS AUTOS ADMINISTRATIVOS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PREJUDICADOS. AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO.

- A compensação, sendo forma de extinção do crédito tributário, apenas poderá ser determinada ao contribuinte quando se lhe possa ser exigido o pagamento de seu débito tributário. Somente quando o débito do contribuinte com o Fisco for vencido e exigível poderá ser efetuada a compensação de ofício. Precedentes.

- O disposto no artigo 20 da Lei 12.844/2013 não foi capaz de alterar o entendimento esposado pelo E. STJ, que, frise-se, admite a legalidade dos procedimentos de compensação de ofício, desde que os créditos tributários em que foi imputada a compensação não estejam com sua exigibilidade suspensa em razão do ingresso em algum programa de parcelamento, ou outra forma de suspensão da exigibilidade prevista no art. 151, do CTN.

- Os documentos carreados aos autos comprovam, de fato, que estão com a exigibilidade suspensa, os créditos tributários com os quais o FISCO pretende proceder à compensação dentro do escopo dos pedidos de restituição formulados pela agravante.

- O pedido de imediata restituição, porém, não pode ser deferido.

- Tratando-se de decisão liminar em mandado de segurança, incabível a determinação de restituição/ressarcimento dos créditos tributários, pelo fato de, além do caráter satisfativo da pretensão, equivaler em seus efeitos à execução definitiva da decisão.

- O mandado de segurança não é a via adequada especificamente para o pedido de restituição, uma vez que visa produzir efeito meramente patrimonial, que poderia ser alcançado em ação de cobrança. O writ não deve se configurar como substitutivo daquela. Jurisprudência.

- Se a autoridade constatar o direito ao ressarcimento, este deverá se dar nos próprios autos administrativos, ou eventualmente em ação própria, não sendo o mandado de segurança a via adequada para a cobrança.

- A consequência lógica da não compensação de ofício, caso não haja qualquer outro empecilho jurídico, será a efetiva compensação nos próprios autos administrativos.

- O valor exato da restituição não deve ser fixado judicialmente até porque ele sequer pode ser auferido, com segurança, no agravo de instrumento.

- Embargos de declaração prejudicados.

- Agravo de instrumento parcialmente provido.”

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 563210 - 0017861-52.2015.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, julgado em 20/04/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:29/04/2016)

“AGRAVO LEGAL. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. HIPÓTESE DE APLICAÇÃO DO ART. 557, DO CPC. TRIBUTÁRIO. CRÉDITOS COM EXIGIBILIDADE SUSPensa. COMPENSAÇÃO DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Com o advento da Lei nº 12.844/2013, a qual deu nova redação ao art. 73, parágrafo único da Lei nº 9.430/96, há previsão expressa no sentido de que é devida a compensação de ofício com débitos não parcelados ou parcelados sem garantia, ou seja, é devida a compensação de ofício com todos os débitos do contribuinte, inclusive aqueles que estejam com a exigibilidade suspensa, desde que sem garantia.

2. O E. Superior Tribunal de Justiça tem posicionamento pacífico quanto à impossibilidade da compensação de ofício quando os créditos tributários estão com a exigibilidade suspensa, nos termos do art. 151 do CTN, matéria julgada sob o rito do art. 543-C, pela E. 1ª Seção, no REsp 1.213.082, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 10/08/2011, DJe 18/08/2011.

3. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.

4. Agravo legal improvido.”

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AMS 0016349-04.2014.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, julgado em 11/06/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:19/06/2015)

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMPENSAÇÃO DE OFÍCIO PREVISTA NO ART. 73, DA LEI Nº. 9.430/96 E NO ART. 7º, DO DECRETO-LEI Nº. 2.287/86. CONCORDÂNCIA TÁCITA E RETENÇÃO DE VALOR A SER RESTITUÍDO OU RESSARCIDO PELA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL. DECRETO Nº. 2.138/97. ILEGALIDADE DO PROCEDIMENTO APENAS QUANDO O CRÉDITO TRIBUTÁRIO A SER LIQUIDADO SE ENCONTRAR COM EXIGIBILIDADE SUSPensa. ARTIGO 151 DO CTN.

- A documentação acostada aos autos comprova que houve reconhecimento da existência de saldo credor em favor da agravante no processo nº 10880-726.405/2011-28, bem como a intenção da agravada em proceder à compensação de ofício entre ele e débitos da recorrente objeto de parcelamento (fls.78/79), na forma dos artigos 73 e 74 da Lei n.º 9.430/96, 7º do Decreto-Lei n.º 2.287/86 e 3º do Decreto nº 2.138/97. Sobre a questão o STJ concluiu no julgamento do REsp 1213082/PR, na sistemática do artigo 543-C do CPC, que não se pode impor a compensação de ofício aos débitos do contribuinte que se encontram com exigibilidade suspensa, na forma do art. 151 do CTN.

- A compensação somente é possível entre dívidas certas, líquidas e exigíveis (artigo 369 do CC). No caso dos autos a agravada busca compensar de ofício crédito da agravante com débitos inseridos em programa de parcelamento fiscal, cuja exigibilidade está suspensa, na forma do artigo 151, inciso VI, do CTN. Assim, inviável a pretendida compensação pretendida pela recorrida, à luz dos artigos 73 e 74 da Lei n.º 9.430/96, 7º do Decreto-Lei n.º 2.287/86, 61, §1º-A, da IN n.º 1300/2012 e 3º do Decreto n.º 2.138/97, ainda que considerada as alterações promovidas pela Lei n.º 12.844/2013, que autorizam a compensação de ofício de créditos tributários com débitos objeto de parcelamento sem garantia, uma vez que a essência da vedação, qual seja, a inexigibilidade dos débitos parcelados, permanece na hipótese da existência ou não de garantia.

- Por fim, no que tange ao ressarcimento dos créditos objeto do Processo Administrativo n.º 10880-726.405/2011-28, apesar de prejudicado o agravo interposto contra decisão singular com o julgamento do agravo de instrumento, razão assiste à recorrente, considerada a impossibilidade de compensação, conforme anteriormente fundamentado, e a existência de saldo credor em favor da agravante, inclusive reconhecido pela agravada em contraminuta: "No caso em tela, a pretensão é que a União efetue o ressarcimento de uma só vez, para receber de volta, em parcelas, os débitos tributários já vencidos, o que não pode ser admitido".

- Agravo de instrumento provido, para que a agravada se abstenha de promover a compensação de ofício entre créditos tributários reconhecidos em favor do contribuinte e débitos com a exigibilidade suspensa, bem como proceda ao ressarcimento à recorrente do crédito existente a seu favor no Processo Administrativo n.º 10880-726.405/2011-28. Agravo interposto contra decisão singular prejudicado."

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AI 0006975-28.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRE NABARRETE, julgado em 18/09/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:01/10/2014)

Por fim, o fato do E. Supremo Tribunal Federal ter reconhecido a existência de repercussão geral em relação à matéria tratada nos autos, sem determinação de suspensão dos processos similares em âmbito nacional, não autoriza a reforma da decisão agravada, na medida em que não se pode afirmar que a controvérsia terá o desfecho pretendido pela agravante (Tema 874, RE nº 917.285).

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

Assim, não vislumbro qualquer vício a justificar a reforma da decisão ora agravada.

Pelo exposto, **nego provimento** ao agravo interno.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. COMPENSAÇÃO DE OFÍCIO. ART. 73, DA LEI Nº. 9.430/96, ALTERADO PELA LEI Nº 12.844/13. CRÉDITO TRIBUTÁRIO COM EXIGIBILIDADE SUSPensa. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. A decisão recorrida foi proferida em consonância com o art. 932, IV, do Código de Processo Civil de 2015, estando supedaneada em entendimento firmado pelo C. Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recurso especial submetido ao regime dos recursos repetitivos.

2. A questão vertida nos presentes autos cinge-se à possibilidade de compensação de ofício de indébito tributário passível de restituição ao sujeito passivo com débitos tributários com exigibilidade suspensa por parcelamento, nos termos do artigo 73 da Lei n.º 9.430/96, alterado pela Lei n.º 12.844/2013.

3. O C. Superior Tribunal de Justiça, em julgamento submetido à sistemática do artigo 543-C do antigo Código de Processo Civil (Tema 484), fixou entendimento quanto à ilegalidade da compensação de ofício envolvendo débitos com exigibilidade suspensa.

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

5. Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5026372-12.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO

AGRAVANTE: CTF TECHNOLOGIES DO BRASIL LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: ADRIANA MONTAGNA BARELLI - SP166732-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por **CTF TECHNOLOGIES DO BRASIL LTDA**, contra decisão que, em sede de ação mandamental, indeferiu o pedido de liminar, a fim de que seja autorizada a inclusão das despesas financeiras no cômputo da base de cálculo do crédito na apuração das Contribuições ao Pis e a Cofins, reservando-se o direito de recompor o crédito anteriormente calculado a contar de 01.07.2015, acrescidos de juros calculados pela Taxa SELIC.

O feito comporta julgamento monocrático, nos termos do art. 932, III c/c art. 1019, *caput*, ambos do novo CPC.

Verificando-se a superveniência de sentença sem exame do mérito no processo originário (Id 34059743), promovendo cognição exauriente do pedido da parte agravante, resta prejudicado o presente agravo de instrumento, ante a manifesta perda de objeto.

Nesse sentido, entendimento jurisprudencial, consoante ementas que seguem:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO CONTRA ACÓRDÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SENTENÇA SUPERVENIENTE. RECURSO PREJUDICADO.

1. A superveniência da sentença proferida no feito principal enseja a perda de objeto de recursos anteriores que versem sobre questões resolvidas por decisão interlocutória combatida via agravo de instrumento. Precedentes.

2. Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg no REsp 1.485.765/SP, Terceira Turma, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 20/10/2015, DJe 29/10/2015)

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA DE MÉRITO. PERDA DO OBJETO.

1. Tendo em conta o caráter manifestamente infringente, e em face do princípio da fungibilidade recursal, recebem-se os presentes embargos de declaração como agravo regimental.

2. A jurisprudência desta Corte Superior firmou entendimento no sentido de que resta prejudicado, pela perda de objeto, o recurso especial interposto contra acórdão que examinou agravo de instrumento, quando se verifica a prolação da sentença de mérito, haja vista que nela a cognição é exauriente.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ, EDcl no REsp 1.338.242/PE, Primeira Turma, Relator Ministro Sérgio Kukina, j. 17/10/2015, DJe 09/11/2015)

AGRAVO LEGAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO LIMINAR. POSTERIOR PROLAÇÃO DE SENTENÇA PELO JUÍZO A QUO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PREJUDICADO EM RAZÃO DE PERDA DE OBJETO RECURSAL. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO.

- A decisão interlocutória impugnada no presente agravo de instrumento (liminar indeferida pelo juízo a quo) não mais produz suas regulares consequências jurídicas, pois a sentença foi proferida no processo originário. Assim, era viável ter por prejudicado o agravo de instrumento e, por via de consequência, negar seguimento ao recurso, conforme estatui o artigo 932, III, do CPC/2015.

- A agravante não pode se valer de um recurso interposto contra uma dada decisão interlocutória (responsável por indeferir o pleito liminar na origem) para que haja reapreciação de uma sentença (na qual se reconheceu a ocorrência de litispendência), sob pena de promover verdadeiro tumulto processual, o que não se admite. Caso mantenha a intenção de combater a sentença que reconheceu a ocorrência de litispendência entre a ação de origem de outro processo, deverá a agravante valer-se da via recursal adequada, que não se refere ao presente agravo de instrumento.

- Agravo legal a que se nega provimento.

(TRF3, AG 0013386-19.2016.403.0000, Primeira Turma, Relator Desembargador Federal Wilson Zauhy, j. 22/08/2017, e-DJF3 Judicial 1 de 01/09/2017)

Diante do exposto, com fulcro no art. 932, inc. III, do CPC/2015, não conheço do presente agravo de instrumento, ante a manifesta prejudicialidade, nos termos da fundamentação supra.

Decorrido o prazo legal para recursos, observadas as formalidades legais, baixemos autos à Vara de origem.

Publique-se.

Intimem-se.

São Paulo, 22 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003934-87.2019.4.03.6144
RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MAIZE DISTRIBUIDORA DE COSMETICOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: ADRIANA MARIA BARREIRO TELLES - SP111348-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo legal interposto pela UNIÃO FEDERAL em face da decisão que, nos termos do art. 932 do CPC, negou provimento à remessa oficial, tida por interposta, e à sua apelação.

Alega a parte agravante, em síntese, que a decisão manteve a autorização de repetição/restituição do indébito administrativamente (violando o art. 100 da CF); no mais, requer o sobrestamento do feito e, subsidiariamente, a improcedência do feito.

A parte agravada apresentou resposta.

É o relatório. **Decido.**

Em juízo de retratação, verifico que a decisão agravada não se manifestou sobre a autorização de repetição do indébito administrativamente - embora fosse objeto de recurso; por isso, recebo o presente recurso como embargos de declaração.

Passo ao exame dessa matéria:

Mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança (Súmulas 269 e 271 do C. STF), mas apenas instrumento constitucional de reconhecimento de direito líquido e certo, de cuja concessão não decorre o efeito de permitir, nos autos da ação mandamental, a cobrança de valores atrasados eventualmente devidos ao impetrante, competindo-lhe postular o alegado direito pelas vias adequadas, administrativas ou judiciais.

Nesse sentido os precedentes do C. STJ e desta Corte Regional:

RECURSO FUNDADO NO CPC/73. TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CPC. NÃO CARACTERIZAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. BENEFÍCIOS FISCAIS. ARTIGO 5º DA LEI Nº 10.182/01. MATÉRIA ANALISADA SOB O ENFOQUE DE PRECEITOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME PELO STJ. EFEITOS DO PROVIMENTO MANDAMENTAL. INADMISSIBILIDADE DE PRODUÇÃO DE EFEITOS PATRIMONIAIS EM RELAÇÃO A PERÍODO PRETÉRITO E DE EFEITOS FUTUROS E INCERTOS. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 269 E 271/STF.

1. Conforme a jurisprudência firmada por esta Corte superior, é deficiente a fundamentação do recurso em que a alegação de ofensa ao art. 535 do CPC se faz de forma genérica, sem a demonstração exata dos pontos pelos quais o acórdão de origem se fez omissivo, contraditório ou obscuro. Aplica-se, na hipótese, o óbice da Súmula 284/STF.

2. O Tribunal de origem entendeu que a redução de 40% do imposto de importação, nos termos da Lei nº 10.182/01, não poderia ser estendida à impetrante, com base nos artigos 150, inciso III, alíneas "b" e "c", e 153, § 1º, da Constituição Federal. Assim, evidenciado que a matéria em debate tem contornos eminentemente constitucionais, não é possível o exame da questão por esta Corte Superior, sob pena de usurpação da competência do STF.

3. Ademais, a pretensão da ora embargante, nesse mandado de segurança, de acordo com a Corte a quo, consiste no reconhecimento do direito ao mesmo tratamento tributário dado às empresas fabricantes e montadoras de veículos no que concerne ao imposto de importação por meio da Lei nº 10.182/01, além de ter pleiteado efeitos anteriores aos cinco anos da impetração e posteriores a essa. No entanto, conforme a jurisprudência pacificada do STJ, não se admite que a concessão do mandado de segurança produza efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, tampouco que se utilize esse writ como substitutivo de ação de cobrança, tendo em vista o entendimento consubstanciado nas Súmulas 269 e 271/STF. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ, 1ª Turma, unânime. AGRESP 200802628770, AGRESP 1107800. Rel. Min. SÉRGIO KUKINA. DJE 12/04/2016, julgado: 05/04/2016)

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL. SERVIDOR. EXTENSÃO DE BENEFÍCIOS OU VANTAGENS A SERVIDORES INATIVOS. CARÁTER LINEAR E GERAL. EXIGIBILIDADE. ART. 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (REDAÇÃO ORIGINAL). ART. 40, § 8º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (CF. EC N. 20/98). GRATIFICAÇÃO DE INCREMENTO DA FISCALIZAÇÃO E ARRECADAÇÃO - GIFA. LEI N. 10.910, DE 15.07.04. PROCEDÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA; SUBSTITUTIVO DE AÇÃO DECOBRANÇA. EFEITOS PATRIMONIAIS PRETÉRITOS. INADMISSIBILIDADE.

1. Afastada a ilegitimidade passiva deduzida pelo INSS. Para além da determinação da competência no momento da propositura da ação (CPC, art. 87), é de se ponderar que lei superveniente que mude a vinculação dos servidores para quadro funcional diverso, não tem o condão de eximir a responsabilidade da própria Administração em relação aos substituídos, Ficaís de Contribuições Previdenciárias.

2. Consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal, "a regra de extensão aos inativos das melhorias da remuneração dos correspondentes servidores em inatividade (CF, art. 40, § 8º, cf. EC 20/98) não implica a permanente e absoluta paridade entre proventos e vencimentos, dado que nos últimos se podem incluir vantagens pecuniárias que, por sua natureza, só podem ser atribuídas ao serviço ativo" (STF, ADI 575, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 25.03.99). A jurisprudência da Corte, por outro lado, manifesta-se no sentido da extensão de benefícios e vantagens aos inativos quando atribuídos aos servidores da ativa em caráter linear e geral, independente do efetivo exercício do cargo (STF, RE-AgR n. 279033, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 04.12.08; RE-AgR n. 581112, Rel. Min. Eros Grau, j. 21.10.08; RE n. 313121, Rel. Min. Sepúlveda da Pertence, j. 11.04.06).

3. A Lei n. 10.910, de 15.07.04, ao reestruturar a remuneração dos cargos das carreiras de Auditoria da Receita Federal, Auditoria-Fiscal da Previdência Social, Auditoria-Fiscal do Trabalho, criou a Gratificação de Incremento da Fiscalização e Arrecadação - GIFA, a teor do art. 4º. Para a concessão da GIFA foram especificados parâmetros como avaliação de desempenho e da contribuição individual para o cumprimento das metas de arrecadação (§ 1º, I, art. 4º) ou o cumprimento de metas de arrecadação, computadas em âmbito nacional e de forma individualizada para cada órgão (§ 1º, II, art. 4º). A sua extensão aos aposentados e pensionistas foi limitada à média aritmética dos valores percebidos nos 60 meses anteriores à aposentadoria (art. 10) e em caso de recebimento por período menor, no percentual 30% sobre o valor máximo que o servidor faria jus se estivesse em atividade (§ 1º, art. 10). Por outro lado, foi assegurado o pagamento da GIFA aos servidores que se encontravam cedidos a outros órgãos (§ 8º, art. 4º), bem como afastados em razão de licenças, de investidura em mandato eletivo, de estudo ou missão oficial, de exercício em cargos de comissão, nos termos do art. 10 do Decreto n. 5.190/04, que regulamentou a Lei n. 10.960/04. Concluiu-se, portanto, ter a Gratificação de Incremento da Fiscalização e Arrecadação - GIFA caráter linear e geral, a ensejar sua extensão aos inativos (STJ, AGAREsp n. 303886, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 25.06.13; TRF da 3ª Região, AC n. 2011.61.00.021110-1, Rel. Des. Fed. José Lunardelli, j. 27.11.12; AC n. 2006.61.00.017709-2, Rel. Des. Johanson de Salvo, j. 09.08.11; AC n. 2008.61.00.004140-3, Rel. Juiz Fed. Silva Neto, j. 09.11.10).

4. O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança (STF, Súmula n. 269). Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria (STF, Súmula n. 271). Esse entendimento remanesce válido, consoante precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ, ROMS n. 15.853, Rel. Min. Felix Fischer, j. 08.04.03; EREsp n. 347.018, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 07.04.03). 5. Preliminar de ilegitimidade do INSS rejeitada. Reexame necessário, reputado interposto, e recurso da impetrante parcialmente providos. Recurso de apelação do INSS não provido.

(TRF3, 5ª Turma, unânime. AMS 00035444320054036000, AMS 300143. Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW. e-DJF3 Judicial 1 DATA:01/10/2013; julgado: 23/09/2013)

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO - BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DE FERROVIÁRIO- RENDA MENSAL INICIAL (RMI) - APLICAÇÃO DAS NORMAS DO R.G.P.S. COM COMPLEMENTAÇÃO PELA UNIÃO (SUCESSORA DA R.F.F.S.A.) - PARIDADE COM OS FERROVIÁRIOS EM ATIVIDADE - DESCOMPASSO NO CÁLCULO DA RMI - DIFERENÇAS EXIGÍVEIS DO ENTE REPASSADOR, NÃO DO SEGURADO - RESTITUIÇÃO DOS DESCONTOS INDEVIDA - EFEITOS PATRIMONIAIS EM SEDE DE M.S. - IMPOSSIBILIDADE - SEGURANÇAPARCIALMENTE CONCEDIDA. 1) O tema acerca da responsabilidade do advogado por eventual falha de entidade particular na entrega das publicações é tema antigo e ainda recorrente nesta Corte, que tem decidido que tais falhas não eximem o advogado de acompanhar as publicações no Diário Oficial ou, como se deu no caso, no Diário Eletrônico. 2) A jurisprudência tem decidido que, em sede de revisão de benefício previdenciário, quando a discussão acerca do valor do benefício envolve o valor da complementação, é necessária a citação da União para integrar a lide, pois que a relação de direito material extrapola à pura e simples aplicação das normas gerais do RGPS. Quando, ao revés, somente estas são discutidas, a participação do ente federal é desnecessária, posto que, ainda que o segurado se sagra vencedor na demanda, o efeito patrimonial reduzirá tão-somente o valor a ser repassado ao ente autárquico. 3) Tratando-se de feito extinto sem a análise do mérito, na sistemática antiga, os autos teriam de ser devolvidos ao magistrado de 1º grau para análise do mérito, sob fundamento de aplicação do princípio do juiz natural do processo. Contudo, a legislação processual, acolhendo os reclamos da doutrina e da jurisprudência no sentido de uma rápida solução dos litígios, evoluiu no sentido do feito ser imediatamente submetido a julgamento de mérito, se presentes os requisitos para tal. Inteligência do art. 515, § 3º, do CPC. 4) Tratando-se de erro administrativo - no caso, por parte da RFFSA (sucédida pela União) - no cálculo da renda mensal inicial (RMI) do benefício originário (aposentadoria por tempo de serviço) da pensão por morte, eventual prejuízo da autarquia deve ser buscado junto à União, pois que, a rigor, o segurado (pensionista) não recebeu benefício além do devido, mas aquela repassou valor inferior ao devido. Inteligência do art. 115, II, da Lei 8213/91. 5) Quanto à restituição das diferenças já descontadas do benefício, não é possível atender ao pleito da impetrante, posto que, de há muito, a jurisprudência do STF já consolidou seu posicionamento no sentido de que "o mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança" (Súmula 269) e a "concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria" (Súmula 271). 6) Incabível o arbitramento de verba honorária, nos termos da Súmula 512 do STF ("Não cabe condenação em honorários de advogado na ação demandado de segurança"). 7) Preliminares afastadas. Segurança parcialmente concedida.

(TRF3, 9ª Turma, unânime. AMS 00072927820084036000, AMS 318376. Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS. e-DJF3 Judicial 1 DATA:01/10/2010, pg. 1879; julgado: 27/09/2010)

PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. APOSENTADORIA. ATRASADOS. VIA MANDAMENTAL INADEQUADA. MANDADO DE SEGURANÇA NÃO SUBSTITUTIVO DE AÇÃO DE COBRANÇA. I. O remédio constitucional do Mandado de Segurança tem por finalidade assegurar a proteção a direito líquido e certo de ilegalidade ou abuso de poder praticado por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público, nos termos do inciso LXIX, do artigo 5º, da Constituição da República. II. A análise do interesse processual se traduz no binômio necessidade-adequação. A jurisprudência pacificou o entendimento de que o mandado de segurança não é o meio processual adequado para se efetuar a cobrança de valores atrasados, tampouco produz efeitos patrimoniais em relação ao período anterior à data da sua impetração, nos termos das Súmulas nº 269 e 271 do E. Supremo Tribunal Federal. Inadequada a via processual eleita, para tal fim. Não é o mandado de segurança meio processual adequado para se efetuar a cobrança de valores atrasados, por não ser substituto à ação de cobrança. Ante a inadequação da via eleita, há de ser reconhecida a falta de interesse processual do impetrante, extinguindo-se o feito sem resolução do mérito, nos termos do artigo 267, VI do Código de Processo Civil. III. Embora a apelante alegue não se tratar de ação de cobrança, sustentando consistir sua pretensão no pedido de concessão de ordem de total e "correta" implementação da aposentadoria, haja vista que quando esta se deu não houve o pagamento atrasado dos benefícios, como alega na petição inicial, a conclusão que se extrai é que pretende sim efetuar a cobrança de valores atrasados. A extinção do mandado de segurança não impede que a requerente utilize as vias judiciais ordinárias. IV. Apelação a que se nega provimento.

(TRF3, 8ª Turma, unânime. AMS 00029396720044036183, AMS 272474. Rel. JUIZ CONVOCADO NILSON LOPES. e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/06/2013; julgado: 27/05/2013)

No mais, mantenho a decisão que confirmou a segurança concedida para que a autoridade impetrada se abstenha de exigir da impetrante as contribuições sociais do PIS e da COFINS com a inclusão, na base de cálculo, do valor referente ao ICMS, bem como mantido o direito da impetrante à compensação.

Diante do exposto, **recebo o recurso interposto como embargos de declaração**, para suprimir a omissão existente no julgado, para afastar o direito de repetição administrativa; mantida, no restante, a decisão recorrida (inclusive o direito à compensação administrativa dos tributos recolhidos indevidamente).

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5012295-31.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO

APELANTE: MARIA MICHELE RIBEIRO DUARTE, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: JOSE ROBERTO FLORENCE FERREIRA - SP43050-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, MARIA MICHELE RIBEIRO DUARTE

Advogado do(a) APELADO: JOSE ROBERTO FLORENCE FERREIRA - SP43050-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Cuida-se de apelação, em sede de Mandado de Segurança, interposta tanto pela Fazenda Pública, como por Maria Michele Ribeiro Duarte, pleiteando a reforma da sentença *a quo*.

A r. sentença, concedeu em parte a segurança, para determinar que se abstenha a autoridade impetrada de exigir da impetrante as contribuições sociais do PIS e da COFINS com a inclusão, na base de cálculo, do valor referente ao ICMS efetivamente recolhido, bem como declarar o direito da impetrante à compensação dos valores recolhidos a este título, observado o disposto no artigo 74 da Lei nº 9430/96, com modificações da Lei nº 10637/02, bem como o disposto no artigo 170-A do CTN, aproveitando os pagamentos feitos até os 05 (cinco) anos anteriores ao ajuizamento da demanda. Determinado o reexame necessário.

Apelou a impetrada, pleiteando a manutenção do ICMS na base de cálculo das contribuições (PIS e da COFINS). Caso mantido, irresignou-se quanto aos critérios para a compensação dos valores recolhidos.

Ademais, apelou a impetrante, pleiteando a parcial reforma da sentença, a fim de que se obste a inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS do ICMS **destacado nas notas fiscais**.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta C. Corte.

É o relatório.

Decido.

De início, cumpre explicitar que o art. 932, IV e V do CPC de 2015 confere poderes ao Relator para, monocraticamente, negar e dar provimento a recursos.

Ademais, é importante clarificar que, apesar de as alíneas dos referidos dispositivos elencarem hipóteses em que o Relator pode exercer esse poder, o entendimento da melhor doutrina é no sentido de que o mencionado rol é meramente exemplificativo.

Manifestando esse entendimento, asseveram Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

"Assim como em outras passagens, o art. 932 do Código revela um equívoco de orientação em que incidiu o legislador a respeito do tema dos precedentes. O que autoriza o julgamento monocrático do relator não é o fato de a tese do autor encontrar-se fundamentada em "súmulas" e "julgamento de casos repetitivos" (leia -se, incidente de resolução de demandas repetitivas, arts. 976 e ss., e recursos repetitivos, arts. 1.036 e ss.) ou em incidente de "assunção de competência". É o fato de se encontrar fundamentado em precedente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em jurisprudência formada nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência capaz de revelar razões adequadas e suficientes para solução do caso concreto. O que os preceitos mencionados autorizam, portanto, é o julgamento monocrático no caso de haver precedente do STF ou do STJ ou jurisprudência firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência nos Tribunais de Justiça ou nos Tribunais Regionais Federais. Esses precedentes podem ou não ser oriundos de casos repetitivos e podem ou não ter adequadamente suas razões retratadas em súmulas.

("Curso de Processo Civil", 3ª e., v. 2, São Paulo, RT, 2017)"

Os mesmos autores, em outra obra, explicam ainda que "a alusão do legislador a súmulas ou a casos repetitivos constitui apenas um indício - não necessário e não suficiente - a respeito da existência ou não de precedentes sobre a questão que deve ser decidida. O que interessa para incidência do art. 932, IV, a e b, CPC, é que exista precedente sobre a matéria - que pode ou não estar subjacente a súmulas e pode ou não decorrer do julgamento de recursos repetitivos" ("Novo Código de Processo Civil comentado", 3ª e., São Paulo, RT, 2017, p. 1014, grifos nossos).

Também Hermes Zaneti Jr. posiciona-se pela não taxatividade do elenco do art. 932, incisos IV e V (Poderes do Relator e Precedentes no CPC/2015: perfil analítico do art. 932, IV e V, in "A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim", Dierle José Coelho Nunes, São Paulo, RT, 2017, pp. 525-544).

Nessa linha, o STJ, antes mesmo da entrada em vigor do CPC/2015, aprovou a Súmula 568 com o seguinte teor: "O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema". Veja-se que a expressão entendimento dominante aponta para a não taxatividade do rol em comento.

Além disso, uma vez que a decisão singular do relator é recorrível por meio de agravo interno (art. 1.021, caput, CPC/15), não fica prejudicado o princípio da colegialidade, pois a Turma pode ser provocada a se manifestar por meio do referido recurso. Nesse sentido:

"PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO (ART. 1.021, DO CPC). APOSENTADORIA ESPECIAL. APLICAÇÃO DO ART. 932 DO CPC PERMITIDA. TERMO INICIAL FIXADO NA DATA DA CITAÇÃO. ATIVIDADE ESPECIAL COMPROVADA COM LAUDO JUDICIAL. INTERPOSIÇÃO CONTRA DECISÃO SINGULAR DO RELATOR. CABIMENTO. - O denominado agravo interno (artigo Art. 1.021 do CPC/15) tem o propósito de impugnar especificadamente os fundamentos da decisão agravada e, em caso de não retratação, possa ter assegurado o direito de ampla defesa, com submissão das suas impugnações ao órgão colegiado, o qual, cumprindo o princípio da colegialidade, fará o controle da extensão dos poderes do relator e, bem assim, a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando, afora essas circunstâncias, à rediscussão, em si, de matéria já decidida, mediante reiterações de manifestações anteriores ou à mingua de impugnação específica e fundamentada da totalidade ou da parte da decisão agravada, objeto de impugnação. - O termo inicial do benefício foi fixado na data da citação, tendo em vista que a especialidade da atividade foi comprovada através do laudo técnico judicial, não havendo razão para a insurgência da Autarquia Federal. - Na hipótese, a decisão agravada não padece de qualquer ilegalidade ou abuso de poder, estando seus fundamentos em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria devolvida a este E. Tribunal. - Agravo improvido.

(ApReeNec 00248207820164039999, DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN, TRF3 - NONA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/10/2017)"

Assim, passo a proferir decisão monocrática, com fulcro no artigo 932, IV e V do Código de Processo Civil de 2015.

Inicialmente, afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo.

Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamientos emanados em sede de repercussão geral.

Ademais, no tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

A questão dos presentes autos não carece de maiores debates, visto que o Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que **"O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins"**. O v. acórdão encontra-se assimmentado, *in verbis*:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime de não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)"

Seguindo esta orientação, entendo que o I.C.M.S. deve ser excluído da base de cálculo de contribuições sociais que tenham a "receita bruta" como base de cálculo, como o PIS, a COFINS e a contribuição previdenciária prevista no artigo 7º da Lei nº 12.546/2011, reconhecendo como ilegítimas as exigências fiscais que tragam tal inclusão.

Insta esclarecer que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, sendo este, inclusive, o entendimento adotado por esta Egrégia Corte.

Nestes termos, seguem julgados:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO EXISTENTE. ICMS. PIS/COFINS. COMPENSAÇÃO. VALOR DESTACADO NA NOTA FISCAL. EMBARGOS ACOLHIDOS.

– A teor do disposto no artigo 1.022 do CPC, somente tem cabimento os embargos de declaração nos casos de obscuridade ou contradição (inc. I) ou de omissão (inc. II).

– Alega a embargante omissão, uma vez que o valor a ser compensado é o valor destacado nas notas fiscais emitidas pela impetrante.

– Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos infringentes, para sanar a omissão apontada, e esclarecer que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal”. (TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApCiv – APELAÇÃO CÍVEL – 5002630-17.2017.4.03.6114, Rel. Desembargador Federal MARCELO MESQUITA SARAIVA, julgado em 08/11/2019, Intimação via sistema DATA: 13/11/2019)

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VÍCIOS INEXISTENTES. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS DO ARTIGO ART. 1.022 CPC/2015. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS REJEITADOS.

– Os embargos de declaração, a teor do disposto no art. 1.022 do NCPC/2015, somente têm cabimento nos casos de obscuridade ou contradição (inc. I), de omissão (inc. II) ou erro material (inc. III). No caso dos autos, o v. Acórdão embargado não se ressente de quaisquer desses vícios.

– Por primeiro, destaco a inexistência de ofensa aos arts. 11, 489, 10, 141, 490 e 492 do CPC, tendo em vista que o acórdão foi suficientemente fundamentado, no tocante ao ICMS que deve ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS.

-O acórdão embargado foi explícito quanto a matéria ora discutida: – “O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal, eis que é o que se amolda ao conceito de faturamento. Ressalte-se que a decisão foi elaborada nos termos do RE 574.706, restando claro que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída”.

– Não há que se falar em ausência de debate ou fundamentação jurídica a respeito do valor a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS ser o destacado na nota fiscal, uma vez que este é o que mais se amolda ao conceito de faturamento, o que foi objeto da discussão apresentada nos presentes autos, que teve por fundamento o RE 574.706.

– Embargos de declaração rejeitados”. (TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApReeNec – APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO – 5000433-25.2017.4.03.6103, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 08/11/2019, e – DJF3 Judicial 1 DATA: 13/11/2019)”

No que tange à compensação, dispõe o art. 170 do Código Tributário Nacional que tal instituto deve observar as disposições legais, as quais, em matéria de contribuição previdenciária somente se mostra possível entre tributos da mesma espécie.

Isso porque a Lei n. 8.383/91, em seu art. 66, § 1º, pela primeira vez autorizou a compensação entre tributos e contribuições, inclusive previdenciárias, desde que da mesma espécie.

Na sequência, o art. 74, da Lei n. 9.430/96, passou a permitir a compensação entre tributos de espécies diferentes, desde que submetidos à administração da Secretaria da Receita Federal e por esta devidamente autorizada.

Ademais, tal dispositivo teve a sua redação alterada pela Lei n. 10.637/02 para dispensar a mencionada autorização.

Assim, percebe-se que, em relação às contribuições previdenciárias, não há previsão legal para a compensação entre tributos de espécies diversas, nem mesmo com o advento da Lei n. 11.457/07, a qual unificou as atribuições da Secretaria da Receita Federal, bem como de tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança e recolhimento das contribuições sociais na Secretaria da Receita Federal do Brasil, uma vez que a própria lei, em seu art. 26, parágrafo único, vedou a aplicação do mencionado art. 74 da Lei n. 9.430/96.

Ressalta-se que os créditos relativos a contribuições previdenciárias só podem ser compensados com outros de contribuição previdenciária vencidos.

A Lei nº 11.457/07:

Art. 26. O valor correspondente à compensação de débitos relativos às contribuições de que trata o art. 2o desta Lei será repassado ao Fundo do Regime Geral de Previdência Social no máximo 2 (dois) dias úteis após a data em que ela for promovida de ofício ou em que for deferido o respectivo requerimento.

Parágrafo único. O disposto no art. 74 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996, não se aplica às contribuições sociais a que se refere o art. 2o desta Lei. (Grifei)

A Lei nº 9.430/96:

Art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão.

§ 3o Além das hipóteses previstas nas leis específicas de cada tributo ou contribuição, não poderão ser objeto de compensação mediante entrega, pelo sujeito passivo, da declaração referida no § 1o

I - o saldo a restituir apurado na Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda da Pessoa Física;

II - os débitos relativos a tributos e contribuições devidos no registro da Declaração de Importação.

III - os débitos relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal que já tenham sido encaminhados à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional para inscrição em Dívida Ativa da União;

IV - o débito consolidado em qualquer modalidade de parcelamento concedido pela Secretaria da Receita Federal - SRF;

V - o débito que já tenha sido objeto de compensação não homologada, ainda que a compensação se encontre pendente de decisão definitiva na esfera administrativa; e

VI - o valor objeto de pedido de restituição ou de ressarcimento já indeferido pela autoridade competente da Secretaria da Receita Federal - SRF, ainda que o pedido se encontre pendente de decisão definitiva na esfera administrativa

§ 4o Os pedidos de compensação pendentes de apreciação pela autoridade administrativa serão considerados declaração de compensação, desde o seu protocolo, para os efeitos previstos neste artigo.

§ 5o O prazo para homologação da compensação declarada pelo sujeito passivo será de 5 (cinco) anos, contado da data da entrega da declaração de compensação.

§ 6o A declaração de compensação constitui confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a exigência dos débitos indevidamente compensados.

§ 7o Não homologada a compensação, a autoridade administrativa deverá cientificar o sujeito passivo e intimá-lo a efetuar, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da ciência do ato que não a homologou, o pagamento dos débitos indevidamente compensados.

§ 8o Não efetuado o pagamento no prazo previsto no § 7o, o débito será encaminhado à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional para inscrição em Dívida Ativa da União, ressalvado o disposto no § 9o.

§ 9o É facultado ao sujeito passivo, no prazo referido no § 7o, apresentar manifestação de inconformidade contra a não-homologação da compensação.

§ 10. Da decisão que julgar improcedente a manifestação de inconformidade caberá recurso ao Conselho de Contribuintes.

§ 11. A manifestação de inconformidade e o recurso de que tratam os §§ 9o e 10 obedecerão ao rito processual do Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972, e enquadram-se no disposto no inciso III do art. 151 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional, relativamente ao débito objeto da compensação.

§ 12. Será considerada não declarada a compensação nas hipóteses.

I - previstas no § 3o deste artigo,

II - em que o crédito:

a) seja de terceiros,

b) refira-se a "crédito-prêmio" instituído,

c) refira-se a título público,

d) seja decorrente de decisão judicial não transitada em julgado; ou

e) não se refira a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal - SRF,

f) tiver como fundamento a alegação de inconstitucionalidade de lei, exceto nos casos em que a lei:

1 - tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade ou em ação declaratória de constitucionalidade,

2 - tenha tido sua execução suspensa pelo Senado Federal,

3 - tenha sido julgada inconstitucional em sentença judicial transitada em julgado a favor do contribuinte; ou ,

4 - seja objeto de súmula vinculante aprovada pelo Supremo Tribunal Federal nos termos do art. 103-A da Constituição Federal. ,

§ 13. O disposto nos §§ 2o e 5o a 11 deste artigo não se aplica às hipóteses previstas no § 12 deste artigo,

§ 14. A Secretaria da Receita Federal - SRF disciplinará o disposto neste artigo, inclusive quanto à fixação de critérios de prioridade para apreciação de processos de restituição, de ressarcimento e de compensação. ,

§ 15. Será aplicada multa isolada de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do crédito objeto de pedido de ressarcimento indeferido ou indevido.

§ 16. O percentual da multa de que trata o § 15 será de 100% (cem por cento) na hipótese de ressarcimento obtido com falsidade no pedido apresentado pelo sujeito passivo.

§ 17. Aplica-se a multa prevista no § 15, também, sobre o valor do crédito objeto de declaração de compensação não homologada, salvo no caso de falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo.

Observa-se que as exceções à compensação permitida pelo artigo 74, da Lei nº 9430/96, além das previstas pelo seu §3º, inclui, também, a expressamente mencionada pelo artigo 26 da Lei nº 11.457/07.

Nesse contexto, foi editada a Instrução Normativa RFB n. 900, de 31 de dezembro de 2008, regulamentando a aludida vedação trazida pela Lei n. 11.457/07, não se podendo cogitar da alegada ilegalidade, porquanto observa as limitações contidas na própria lei.

Confira-se:

Art. 1º A restituição e a compensação de quantias recolhidas a título de tributo administrado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), a restituição e a compensação de outras receitas da União arrecadadas mediante Documento de Arrecadação de Receitas Federais (DARF) ou Guia da Previdência Social (GPS) e o ressarcimento e a compensação de créditos do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), da Contribuição para o PIS/Pasep e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) e do Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras (Reintegra), serão efetuados conforme o disposto nesta Instrução Normativa. (Redação dada pela Instrução Normativa RFB nº 1.224, de 23 de dezembro de 2011)

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se ao reembolso de quotas de salário-família e salário-maternidade, bem como à restituição e à compensação relativas a:

I - contribuições previdenciárias:

a) das empresas e equiparadas, incidentes sobre a remuneração paga ou creditada aos segurados a seu serviço, bem como sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, relativamente a serviços que lhe são prestados por cooperados por intermédio de cooperativas de trabalho;

b) dos empregadores domésticos;

c) dos trabalhadores, incidentes sobre seu salário de contribuição;

d) instituídas a título de substituição; e) valores referentes à retenção de contribuições previdenciárias na cessão de mão-de-obra e na empreitada; e

II - contribuições recolhidas para outras entidades ou fundos.

E ainda na mesma instrução:

Art. 34. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive o reconhecido por decisão judicial transitada em julgado, relativo a tributo administrado pela RFB, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a tributos administrados pela RFB, ressalvadas as contribuições previdenciárias, cujo procedimento está previsto nos arts. 44 a 48, e as contribuições recolhidas para outras entidades ou fundos.

Art. 44. O sujeito passivo que apurar crédito relativo às contribuições previdenciárias previstas nas alíneas "a" a "d" do inciso I do parágrafo único do art. 1º, passível de restituição ou de reembolso, poderá utilizá-lo na compensação de contribuições previdenciárias correspondentes a períodos subsequentes.

Na Seção VII, Da Compensação de ofício,

Art. 51. Na hipótese de restituição ou ressarcimento dos demais créditos ou do saldo remanescente de que trata o parágrafo único do art. 50, existindo no âmbito da RFB e da PGFN débitos tributários vencidos e exigíveis do sujeito passivo, exceto débitos de contribuições de que tratam os incisos I e II do parágrafo único do art. 1º, observar-se-á, na compensação de ofício, sucessivamente:

I - em 1º (primeiro) lugar, os débitos por obrigação própria e, em 2º (segundo) lugar, os decorrentes de responsabilidade tributária;

II - primeiramente, as contribuições de melhoria, depois as taxas, em seguida, os impostos ou as contribuições sociais;

III - na ordem crescente dos prazos de prescrição;

IV - na ordem decrescente dos montantes.

Parágrafo único. A prioridade de compensação entre os débitos tributários relativos a juros e multas exigidos de ofício isoladamente, inclusive as multas decorrentes do descumprimento de obrigações tributárias acessórias, bem como entre referidos débitos e os valores devidos a título de tributo, será determinada pela ordem crescente dos prazos de prescrição.

Denota-se da leitura dos dispositivos transcritos, que a vedação à compensação de tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal com contribuições previdenciárias é expressamente prevista.

Neste sentido, registro o seguinte julgado do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE DE ANALISAR OFENSA A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. COMPENSAÇÃO . EXIGÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA. NORMA VIGENTE AO TEMPO DO AJUIZAMENTO DA DEMANDA. COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS DE TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA RECEITA FEDERAL COM DÉBITOS PREVIDENCIÁRIOS CUJA COMPETÊNCIA ERA DO INSS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 26 DA LEI 11.457/2007. VEDAÇÃO EXPRESSA À APLICAÇÃO DO ART. 74 DA LEI 9.430/96. 1. Inviável discutir, em Recurso Especial, ofensa a dispositivos constitucionais, porquanto seu exame é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o art. 102, III, da CF. 2. A compensação tributária depende de previsão legal e deve ser processada dentro dos limites da norma autorizativa, aplicando-se a regra vigente ao tempo do ajuizamento da demanda. 3. O art. 74 da Lei 9.430/96, com as alterações promovidas pela Lei 10.637/02, autoriza a compensação de créditos apurados pelo contribuinte com quaisquer tributos e contribuições "administrados pela Secretaria da Receita Federal". A regra já não permitia a compensação de créditos tributários sob o pálio daquele órgão, com débitos previdenciários, de competência do INSS. 4. A Lei 11.457/2007 criou a Secretaria da Receita Federal do Brasil, a partir da unificação dos órgãos de arrecadação federais. Transferiu-se para a nova SRFB a administração das contribuições previdenciárias previstas no art. 11 da Lei 8.212/91, assim como as instituídas a título de substituição. 5. A referida norma, em seu art. 26, consignou expressamente que o art. 74 da Lei 9.430/96 é inaplicável às exações cuja competência para arrecadar tenha sido transferida, ou seja, vedou a compensação entre créditos de tributos que eram administrados pela antiga Receita Federal com débitos de natureza previdenciária, até então de responsabilidade do INSS. 6. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido".

(STJ - 2ª Turma, REsp 1235348, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 02/05/2011)

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA RECEITA FEDERAL (CRÉDITOS DE PIS E COFINS DECORRENTES DE EXPORTAÇÃO) COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 26 DA LEI Nº 11.457/07. PRECEDENTES.

1. É ilegítima a compensação de créditos tributários administrados pela antiga Receita Federal (PIS e COFINS decorrentes de exportação) com débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (art. 11 da Lei n. 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida no art. 26 da Lei n. 11.457/07. Precedentes.

2. O art. 170 do CTN é claro ao submeter o regime de compensação à expressa previsão legal. Em outras palavras, é ilegítima a compensação não prevista em lei. No caso, há regra expressa no ordenamento jurídico, especificamente o art. 26 da Lei 11.457/07, a impedir a compensação pretendida pela recorrente.

3. Recurso especial não provido.

(REsp 1243162/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/03/2012, DJe 28/03/2012)

PROCESSUAL CIVIL - TRIBUTÁRIO - LC 118/2005 - ENTENDIMENTO DO STF - COFINS - PIS - 1º, DO ARTIGO 3º DA LEI 9.718/98 - RECEITA BRUTA - FATURAMENTO - LEI Nº 9.718/98 - VIOLAÇÃO AO ART. 195, I DA CF/88 - OCORRÊNCIA - SUPERVENIÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF - LEIS NºS 10.833/2003 E 10.637/2002 - APLICABILIDADE - COMPENSAÇÃO - TRÂNSITO EM JULGADO - Trata-se de apelações interpostas contra sentença que julgou procedente o pedido inicial para condenar a União à compensação de valores recolhidos a título de PIS e COFINS com base nas Leis nº 9.718/98, 10.637/2002 e 10.833/2003, com débitos oriundos de quaisquer tributos, exceto contribuições previdenciárias, observada a prescrição decenal. - Ao analisar o RE 566.621/RS, no qual apreciou a constitucionalidade do artigo 4º da LC 118/05, considerando inconstitucional sua parte final, no ponto em que afirma que o art. 3º da mencionada Lei Complementar tem caráter de lei interpretativa retroagindo e alcançando fatos pretéritos, a Corte entendeu, por fim, que as ações ajuizadas a partir de 09/06/2005, ou seja, 120 dias após a vigência da lei, aplica-se o prazo prescricional de 05 (cinco) anos. - Portanto, considerando que a presente demanda foi proposta em momento posterior à vigência da lei 118/05, encontram-se prescritos todos os valores que antecedem o quinquênio anterior ao ajuizamento da ação, de modo que somente podem ser objeto de compensação aqueles concernentes ao quinquênio que antecede a propositura da demanda. - É necessário destacar o prejuízo ao exame quanto à inconstitucionalidade do parágrafo 1º do art. 3º da Lei 9718/98. Com efeito, esta discussão já se encontra definitivamente superada por conta do entendimento do STF na matéria, pacificada desde novembro de 2005, por ocasião do julgamento, pelo Tribunal Pleno, dos RE 357.950/RS, 358.273/RS, 390.840/MG e RE 346.084-6, de que foi relator o Ministro MARCO AURÉLIO. - Restam indevidos os valores recolhidos a título de PIS e COFINS nos termos do art. 3º, parágrafo 1º da Lei 9.718/98. A edição da EC 20/98 e posteriormente a vigência das Leis 10.637/02 e 10.833/03, resultado da conversão das Medidas Provisórias nºs 135 e 66, afastou o motivo pelo qual a Lei 9.718/98 era inconstitucional, de modo que estas leis devem ser observadas na incidência do PIS e da COFINS. - Destaque-se que os valores, objeto de compensação, devem corresponder àqueles recolhidos sob a vigência do art. 3º, parágrafo 1º da Lei 9.718/98 até a vigência das Medidas Provisórias 66 e 135, limitado ao decênio legal anterior à propositura da ação corrigidos monetariamente pela taxa SELIC, que não pode ser cumulada com qualquer outro índice de juros. - A compensação de tributo objeto de discussão judicial apenas pode ser promovida após o trânsito em julgado (art. 170-A, do CTN), podendo o pagamento indevido do PIS e da COFINS ser compensado com quaisquer tributos administrados pela Receita Federal do Brasil (art. 74 da Lei 9.430/96), com exceção das contribuições previdenciárias previstas no art. 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c", da Lei 8.212/91 (art. 26 da Lei 11.457/2007). - Aplicabilidade do art. 170-A do CTN, uma vez que a presente ação foi ajuizada na vigência do referido dispositivo legal. - Precedentes citados: (AC 00075489820104058100, Desembargadora Federal Nilcéa Maria Barbosa Maggi, TRF5 - Quarta Turma, 24/03/2011; AC 00081723220104058300, Desembargador Federal Francisco Wildo, TRF5 - Segunda Turma, 24/03/2011). - Nego provimento à apelação do autor, e dou provimento ao apelo da Fazenda Nacional para declarar a legalidade da cobrança da PIS e da COFINS com base nas Leis 10.637/02 e 10.833/03, e estabelecer que a compensação de todos os valores indevidamente recolhidos a título de contribuição PIS e COFINS, devem ocorrer de acordo com a legislação em vigor à época do ajuizamento da ação, observada a prescrição quinquenal. (APELREEX 200784000096206, Desembargador Federal Sérgio Murilo Wanderley Queiroga, TRF5 - Segunda Turma, DJE - Data::19/12/2012 - Página::314.)"

Desse modo, os créditos de PIS e COFINS podem ser compensados com quaisquer tributos administrados pela Receita Federal do Brasil, exceto com contribuições previdenciárias.

Ressalta-se que, houve a revogação do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 11.457/2007, pelo art. 8º da Lei nº 13.670, de 30/05/2018, que também incluiu o art. 26 -A à Lei nº 11.457/2007, alterando o sistema de compensação, para os contribuintes que se utilizarem do eSocial.

Portanto, a compensação tributária dos valores indevidamente recolhidos pode ser efetuada com quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, elucidando a aplicabilidade do disposto no art. 74 da Lei nº 9.430/96, vedando a compensação com as contribuições previdenciárias nele mencionadas.

Por fim, aplica-se ao caso o disposto no art. 170-A, do Código Tributário Nacional, introduzido pela Lei Complementar n. 104, de 10 de janeiro de 2001, que estabelece ser vedada a compensação "mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial", porquanto a ação foi ajuizada na vigência da referida lei.

Nesse sentido é a orientação firmada pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Recursos Especiais ns. 1.164.452/MG e 1.167.039/DF, submetidos ao rito dos recursos repetitivos, nos termos do art. 543-C, do Código de Processo Civil:

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. LEI APLICÁVEL. VEDAÇÃO DO ART. 170-a DO CTN. INAPLICABILIDADE A DEMANDA ANTERIOR À LC 104/2001.

1. A lei que regula a compensação tributária é a vigente à data do encontro de contas entre os recíprocos débito e crédito da Fazenda e do contribuinte. Precedentes.

2. Em se tratando de compensação de crédito objeto de controvérsia judicial, é vedada a sua realização "antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial", conforme prevê o art. 170-a do CTN, vedação que, todavia, não se aplica a ações judiciais propostas em data anterior à vigência desse dispositivo, introduzido pela LC 104/2001. Precedentes.

3. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08."

(1ª Seção, REsp 1.164.452/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 25.08.2010, DJe 02.09.10)

"TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. ART. 170-a DO CTN. REQUISITO DO TRÂNSITO EM JULGADO. APLICABILIDADE A HIPÓTESES DE INCONSTITUCIONALIDADE DO TRIBUTO RECOLHIDO.

1. Nos termos do art. 170-a do CTN, "é vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial", vedação que se aplica inclusive às hipóteses de reconhecida inconstitucionalidade do tributo indevidamente recolhido.

2. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08".

(1ª Seção, REsp n. 1.167.039/DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 25.08.10, DJe 02.09.10).

A comprovação dos valores a serem compensados, como outrora mencionado, poderá ser feita perante a própria Receita, nos termos da legislação tributária, sem que haja a necessária vinculação aos valores devidamente comprovados nos autos.

Com efeito, o entendimento jurisprudencial dessa Corte Regional e do C. Superior Tribunal de Justiça é no sentido da desnecessidade de prova pré-constituída do crédito tributário, quando o pedido do provimento judicial limita-se a simples declaração da inexigibilidade do crédito tributário e o conseqüente direito à compensação dos créditos aferidos, bastando a prova de credor tributário. Nesses termos, considerando que a compensação se dará administrativamente, nos termos impostos pela legislação tributária e sob a fiscalização da autoridade impetrada, desnecessária a vinculação dos valores a serem compensados à sua comprovação nos presentes autos.

Nesse sentido o REsp 111164/BA, julgado em regime de recurso repetitivo, *in verbis*:

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPETRAÇÃO VISANDO EFEITOS JURÍDICOS PRÓPRIOS DA EFETIVA REALIZAÇÃO DA COMPENSAÇÃO. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. NECESSIDADE .

1. No que se refere a mandado de segurança sobre compensação tributária, a extensão do âmbito probatório está intimamente relacionada com os limites da pretensão nele deduzida. Tratando-se de impetração que se limita, com base na súmula 213/STJ, a ver reconhecido o direito de compensar (que tem como pressuposto um ato da autoridade de negar a compensabilidade), mas sem fazer juízo específico sobre os elementos concretos da própria compensação, a prova exigida é a da "condição de credora tributária" (ERESP 116.183/SP, 1ª Seção, Min. Adhemar Maciel, DJ de 27.04.1998).

2. *Todavia, será indispensável prova pré-constituída específica quando, à declaração de compensabilidade, a impetração agrega (a) pedido de juízo sobre os elementos da própria compensação (v.g.: reconhecimento do indébito tributário que serve de base para a operação de compensação, acréscimos de juros e correção monetária sobre ele incidente, inexistência de prescrição do direito de compensar), ou (b) pedido de outra medida executiva que tem como pressuposto a efetiva realização da compensação (v.g.: expedição de certidão negativa, suspensão da exigibilidade dos créditos tributários contra os quais se opera a compensação). Nesse caso, o reconhecimento da liquidez e certeza do direito afirmado depende necessariamente da comprovação dos elementos concretos da operação realizada ou que o impetrante pretende realizar. Precedentes da 1ª Seção (REsp 903.367/SP, Min. Denise Arruda, DJe de 22.09.2008) e das Turmas que a compõem.*

3. *No caso em exame, foram deduzidas pretensões que supõem a efetiva realização da compensação (suspensão da exigibilidade dos créditos tributários abrangidos pela compensação, até o limite do crédito da impetrante e expedição de certidões negativas), o que torna imprescindível, para o reconhecimento da liquidez e certeza do direito afirmado, a pré-constituição da prova dos recolhimentos indevidos.*

4. *Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08." (REsp 111164/BA, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 25/05/2009)*

Relativamente à correção monetária, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.112.524, assentou entendimento sobre a aplicabilidade do Manual de Cálculos da Justiça Federal nas ações de repetição de indébito/compensação para fins de correção monetária, questão que, caso integre o pedido de forma implícita, constitui-se matéria de ordem pública, que pode ser incluída ex officio pelo juiz ou tribunal, *verbis*:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4ª 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pag. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.

4. A Tabela Única aprovada pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação /repetição de indébito, quais sejam: (I) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (II) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (III) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (IV) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (V) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (VII) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (VIII) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (IX) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (X) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (XI) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDcl no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. (...)

8. Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

(STJ - REsp 1.112.524 - Corte Especial - Relator Ministro Luiz Fux, j. 01.09.2010, DJe 30.09.2010, v.u.)

Dessa forma, está assentada pela jurisprudência dominante, a aplicabilidade do Manual de Cálculos da Justiça Federal, que dever ser utilizado no caso em apreço, o qual contempla os seguintes índices para os respectivos períodos, admitindo a incidência de expurgos inflacionários nas hipóteses determinadas adiante:

(1) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986;

(2) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986;

(3) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987;

(4) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês);

(5) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês);

(6) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990;

(7) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991);

(8) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991;

(9) IPCA série especial, em dezembro de 1991;

(10) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995;

(11) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996;

De outra parte, é de cautela observar que, no julgamento do Recurso Especial nº 111.175, sob o regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008, o C. Superior Tribunal de Justiça consolidou posicionamento sobre a aplicação da Taxa SELIC, a partir de 1º.01.1996, na atualização monetária do indébito tributário, que não pode ser acumulada com qualquer outro índice, seja de juros, seja de atualização monetária:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC - VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC - NÃO-OCORRÊNCIA - REPETIÇÃO DE INDÉBITO - JUROS DE MORA PELA TAXA SELIC - ART. 39, § 4º, DA LEI 9250/95 - PRECEDENTES DESTA CORTE.

1. Não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

2. Aplica-se a taxa SELIC, a partir de 1º/01/1996, na atualização monetária do indébito tributário, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de juros ou atualização monetária.

3. Se os pagamentos foram efetuados após 1º/01/1996, o termo inicial para a incidência do acréscimo será o do pagamento indevido; no entanto, havendo pagamentos indevidos anteriores à data de vigência da Lei 9250/95, a incidência da taxa SELIC terá como termo "a quo" a data de vigência do diploma legal em tela, ou seja, janeiro de 1996. Esse entendimento prevaleceu na Primeira Seção desta Corte por ocasião do julgamento dos EREsps 291257/SC, 399497/SC e 425709/SC.4. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão sujeito à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c.c. a Resolução 8/2008, Presidência/STJ.

(REsp nº 111175/SP, 1ª Seção, Relatora Ministra Denise Arruda, DJe 01/07/2009).

Nesse diapasão, conclui-se, assim, pela aplicabilidade do Manual de Cálculos da Justiça Federal - mesmo que não tenha havido requerimento expresso da parte, pois se trata de matéria de ordem pública, que integra implicitamente o pedido - o qual contempla a incidência dos expurgos inflacionários somente nas situações acima descritas, e, quanto aos juros moratórios, tanto na hipótese de repetição de indébito, quanto na compensação, a 1ª Seção do C. Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que, anteriormente a 1º.01.1996, os juros de mora são devidos na razão de 1% (um por cento) ao mês, a partir do trânsito da sentença (art. 167, parágrafo único do CTN e Súmula STJ/188). Após 1º.01.1996, são calculados com base a taxa SELIC, desde o recolhimento indevido, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de atualização monetária, seja de juros, *in verbis*:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVOS REGIMENTAIS NO RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ADICIONAL DE 1/3 DE FÉRIAS E QUINZE PRIMEIROS DIAS DO AUXÍLIO-DOENÇA. NÃO INCIDÊNCIA. FÉRIAS USUFRUÍDAS E SALÁRIO-MATERNIDADE. INCIDÊNCIA. RESP 1.230.957/RS SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC. COMPENSAÇÃO DO INDÉBITO. JUROS DE MORA. CUMULAÇÃO COM A TAXA SELIC. IMPOSSIBILIDADE. ART. 170-A. AGRAVOS REGIMENTAIS NÃO PROVIDOS.

1. A Primeira Seção desta Corte ao apreciar o REsp 1.230.957/RS, processado e julgado sob o rito do art. 543-C do CPC, confirmou a não incidência da contribuição previdenciária sobre os primeiros 15 dias do pagamento de auxílio-doença e sobre o adicional de férias, por configurarem verbas indenizatórias. Restou assentado, entretanto, que incide a referida contribuição sobre o salário-maternidade, por configurar verba de natureza salarial.

2. "O pagamento de férias gozadas possui natureza remuneratória e salarial, nos termos do art. 148 da CLT, e integra o salário-de-contribuição. Saliente-se que não se discute, no apelo, a incidência da contribuição sobre o terço constitucional" (AgRg no Ag 1.426.580/DF, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 12/4/12).

3. Na compensação tributária deve-se observar a lei de vigência no momento da propositura da ação, ressaltando-se o direito do contribuinte de compensar o crédito tributário pelas normas posteriores na via administrativa (REsp 1.137.738/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 1º/2/10, submetido ao procedimento dos recursos repetitivos previsto no art. 543-C do CPC)

4. Os valores recolhidos indevidamente devem sofrer a incidência de juros de mora de 1% ao mês, devidos desde o trânsito em julgado da decisão até 1º/1/96. A partir desta data incide somente a Taxa SELIC, vedada sua cumulação com quaisquer outros índices, seja de correção monetária, seja de juros. Não tendo havido o trânsito em julgado, deve incidir apenas a Taxa SELIC. (grifei)

5. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a restrição contida no art. 170-A do CTN é plenamente aplicável às demandas ajuizadas após 10/1/01, caso dos autos.

6. Agravos regimentais não providos.

(STJ - AgRg no Recurso Especial 1.251.355-PR, DJe 08.05.2014, rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA)

Conforme mencionado no Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.112.524, transcrito linhas acima, os juros de mora traduzem igualmente matéria de ordem pública, passível de ter o seu regramento estabelecido *ex officio* pelo juiz ou tribunal.

Feitas essas considerações, é de se firmar tal orientação interpretativa, consubstanciada na natureza eminentemente processual das normas que regem os acessórios da condenação, para permitir que a Lei 11.960/09 incida de imediato aos processos em andamento, sem, contudo, retroagir a período anterior à sua vigência. Isso porque, a referida legislação veio alterar a forma de cálculo da correção monetária e dos juros de mora, que nada mais são do que consectários legais da condenação principal e, como tais, possuem natureza de questão de ordem pública, consoante acima explicitado.

Ademais, em razão do seu caráter cogente, as normas de ordem pública hão de ser observadas imediatamente, não se sujeitando a exceção do artigo 6º, *caput*, da LICC, concernente à garantia do direito adquirido, porquanto este é voltado à proteção do direito material.

Assim, ficam a correção monetária e os juros moratórios fixados na forma acima disciplinada, observando-se, para tanto, o caso concreto.

Por fim, saliente-se que, na contabilização dos valores a serem compensados, deve ser respeitada a prescrição quinquenal, nos moldes exarados pelo Magistrado *a quo*.

Diante do exposto, nos termos do art. 932, V do CPC de 2015, **dou provimento à apelação da impetrante**, para determinar a inexigibilidade de inclusão, na base de cálculo do PIS e da COFINS, do ICMS **destacado nas notas fiscais**, e **dou parcial provimento ao reexame necessário e à apelação da impetrada**, para estabelecer os critérios para a compensação dos valores pagos indevidamente, contudo, nos termos retro mencionados. **No mais, mantida a sentença a quo.**

Publique-se. Intimem-se.

Decorrido o prazo recursal, baixemos os autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 22 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007816-25.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PAULO EDUARDO FITTIPALDI DOMINGUES
AGRAVADO: HYUNDAI MOTOR BRASIL MONTADORA DE AUTOMOVEIS LTDA
Advogado do(a) AGRAVADO: ANDRE MENDES MOREIRA - MG87017-A
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007816-25.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PAULO EDUARDO FITTIPALDI DOMINGUES

AGRAVADO: HYUNDAI MOTOR BRASIL MONTADORA DE AUTOMOVEIS LTDA
Advogado do(a) AGRAVADO: ANDRE MENDES MOREIRA - SP250627-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de agravo de instrumento interposto pela UNIAO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL) em face de decisão que, mandado de segurança impetrado por HYUNDAI MOTOR BRASIL MONTADORA DE AUTOMOVEIS LTDA., deferiu a liminar para determinar que em virtude do estado de Calamidade Pública decretado pelo Governo Federal em decorrência da Pandemia do Coronavírus-COVID 19, seja prorrogado para até o último dia útil de junho e julho, o prazo para recolhimento de tributos federais administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) e devidos pela impetrante, nos meses de março e abril de 2020, sem os efeitos da mora, bem como que a autoridade impetrada se abstenha de cobrar, impor sanção ou inscrição em cadastros de inadimplentes em razão dos efeitos da decisão.

Sustenta a agravante, em síntese, que *“há absoluta impossibilidade de suspensão da exigibilidade ou postergação do pagamento de tributos e cumprimento de obrigações acessórias sem previsão legal, em razão da pandemia do Covid-19.”* Ressalta que o Judiciário não pode decidir a política pública a ser adotada pelo Estado. Anota que a moratória somente abrange os créditos definitivamente constituídos à data da lei ou do despacho que a conceder, ou cujo lançamento já tenha sido iniciado àquela data por ato regularmente notificado ao sujeito passivo. Aduz que a concessão de moratória, autêntico benefício fiscal, sem previsão em lei específica, afronta diretamente o comando constitucional visto acima, motivo pelo qual o pleito do contribuinte não pode ser aceito. Afirmo que há políticas públicas em andamento com o objetivo de enfrentamento desse gravíssimo problema, o que recomenda, em nome do bom senso, que não se tenha intervenção judicial episódica nesse gravíssimo assunto, justificando-se o indeferimento da pretensão do contribuinte.

Requer *“o recebimento do presente agravo e a concessão do efeito suspensivo, de modo a se determinar a imediata reforma da r. decisão agravada, indeferindo o pedido de tutela de urgência da impetrante; a intimação das agravadas para, se assim quiserem, responder, no prazo de 15 (quinze) dias; ao final, o provimento integral do presente recurso, reformando-se definitivamente a decisão agravada, indeferindo o pedido de tutela de urgência da impetrante.”*

Em contrarrazões (ID 129337725), a impetrante sustenta, em síntese, que “considerando que o pedido não tem por objetivo a dispensa de tributo devido, não há vedação à aplicação da referida teoria para rever a data de vencimento do crédito tributário, ainda que por analogia ou equidade (art. 108, I e IV e §2º do CTN), ainda mais quando a nova data conta com previsão expressa na Portaria MF nº 12/2012.” Alega que “uma vez que a única e exclusiva condição definida pelo art. 1º da Portaria MF nº 12/2012 para a aplicação imediata da suspensão do prazo de pagamento dos tributos federais, qual seja, o reconhecimento da situação fática de calamidade pública pelo poder estadual, torna-se imperiosa a manutenção da decisão agravada que suspendeu os prazos para pagamento dos tributos federais ora exigidos.”

O pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal foi deferido pelo e. Desembargador Federal Carlos Muta para suspender a decisão agravada. (ID 129764329).

A impetrante interpôs agravo interno (ID 129983631).

Com contrarrazões (ID 130467986).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007816-25.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: PAULO EDUARDO FITTIPALDI DOMINGUES

AGRAVADO: HYUNDAI MOTOR BRASIL MONTADORA DE AUTOMOVEIS LTDA

Advogado do(a) AGRAVADO: ANDRE MENDES MOREIRA - SP250627-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

"EMENTA"

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR. COVID-19. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE OU POSTERGAÇÃO DO PAGAMENTO DE TRIBUTOS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO PROVIDO. AGRAVO INTERNO PREJUDICADO.

1. O conjunto de medidas adotadas ou discutidas nas instâncias próprias dos poderes constituídos, sem precedentes na história recente do país, impede que, desde logo, se defina, na forma proposta, calendário alternativo e diferenciado de pagamento e vencimento de tributos, não sendo esta, perceptivelmente, uma atribuição constitucional do Poder Judiciário a ser exercida, sobretudo, em juízo liminar.

2. As instâncias competentes para decidir questão de tal natureza são as políticas, tanto Executivo como Legislativo, conforme definido pela Constituição, dependendo, pois, de fonte normativa própria e específica a alteração do calendário de vencimento e pagamento de tributos.

3. Não cabe, portanto, ao Judiciário valer-se de portaria ministerial, de alcance restrito e pontual como se denota de seu teor; norma de hierarquia inferior no contexto de toda a dinâmica de ações, programas, projetos e políticas adotadas no Executivo e Legislativo para enfrentamento da crise em referência e atendimento de interesses pontuais.

4. Agravo de instrumento provido. Agravo interno prejudicado.

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Merece acolhimento a insurgência da agravante.

Ao analisar o pedido de efeito suspensivo nos presentes autos, foi proferida a seguinte decisão, cujas razões são adotadas como fundamento para decidir, *in verbis*:

“Sem prejuízo de exame ulterior e mais aprofundado das questões suscitadas, é possível formular, em juízo sumário e provisório pertinente a esta etapa processual, a conclusão de que a tutela, requerida pelo contribuinte, na inicial da ação originária é inviável.

Primeiramente, no plano do periculum in mora, o que se verifica é a existência de dano irreparável inverso ao narrado na petição inicial da ação originária, a demonstrar que incabível a liminar pleiteada na instância a quo, cuja decisão foi devolvida ao exame da Corte. Além disto, é perceptível, na providência requerida perante o Juízo agravado, a temeridade da ingerência do Judiciário, de maneira casuística, pulverizada e em sede liminar; no fluxo de caixa do Tesouro Nacional durante este momento de crise, potencialmente afetando o planejamento das ações em curso na complexa ambiência da atualidade.

O conjunto de medidas adotadas ou discutidas nas instâncias próprias dos poderes constituídos, sem precedentes na história recente do país, impede que, desde logo, se defina, na forma proposta, calendário alternativo e diferenciado de pagamento e vencimento de tributos, não sendo esta, perceptivelmente, uma atribuição constitucional do Poder Judiciário a ser exercida, sobretudo, em juízo liminar.

Mesmo na percepção de que haveria omissão do Poder Público - embora, de fato, inexistente conforme adiante exposto -, ainda assim, não caberia ao Judiciário, se fosse este o caso, agir ou decidir em nome da Administração, mas, quando muito, apenas impor o cumprimento do dever legal se efetivamente existente. Ainda nesta seara de cogitação a suposta omissão do administrador - no caso, a Receita Federal e a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional - não transferiria ao Judiciário a competência para definir cronograma de quitação de obrigações tributárias de forma individual, em tratamento casuístico dado o risco sistêmico do impacto que decisões judiciais individuais podem produzir no caixa orçamentário da União, quando desta é, inclusive, exigido grande esforço de destinação de recursos para programas e projetos de caráter excepcional de combate à pandemia da COVID-19.

*Disto resulta o que mais importa ao caso concreto: a hipótese vertente não se situa na execução rotineira de política administrativa, a envolver portarias, resoluções e atos normativos de escalão inferior em procedimentos administrativos mera e estritamente individuais, pois coloca-se em causa, frente à dimensão e complexidade das causas, fatores, medidas e providências a serem considerados, verdadeira **política de Estado**, a ser definida, para além da legislação ordinária de que se cogitou na espécie.*

Se projetos, leis e emendas constitucionais são discutidos, votados ou aprovados neste contexto de excepcionalidade para que se possa dispender vultosos recursos do orçamento público, não se pode permitir que, descontextualizadamente, prevaleçam soluções casuísticas com efeito de compressão sobre fontes de custeio que possam inibir a eficácia do esforço atualmente em curso.

A postergação ou adiamento de prazos de vencimentos de tributos é, por certo, uma das medidas que podem ser consideradas, além da série de intervenções de liquidez, inclusive para capital de giro e fluxo de caixa de empresas, porém trata-se de solução a ser atingida não por decisão judicial isolada, com base em norma sem eficácia com o contexto de crise vivenciado, mas com respeito e observância ao devido processo constitucional, pois além do aspecto jurídico da questão, o mais problemático resulta do risco que tal postura geraria de comprometimento dos próprios esforços de destinar recursos excepcionais para financiar despesas emergenciais como os vislumbrados presentemente.

As instâncias competentes para decidir questão de tal natureza são as políticas, tanto Executivo como Legislativo, conforme definido pela Constituição, dependendo, pois, de fonte normativa própria e específica a alteração do calendário de vencimento e pagamento de tributos.

Não se trata, porém, de afirmar que prazo de vencimento do tributo constitua elemento integrante do tipo tributário (artigo 97, CTN), em linha com o entendimento firmado pela Suprema Corte que veio, inclusive, a validar, no julgamento do RE 140.669, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, o disposto no próprio artigo 66 da Lei 7.450/1985.

Tampouco é caso, em contrapartida, de reputar aplicável, no contexto, o artigo 1º da Portaria MF 12, de 20/01/2012, com supedâneo no artigo 66 da Lei 7.450/1985 diante da própria excepcionalidade do contexto atual.

De fato, se, de um lado, contribuintes alegam dificuldades extraordinárias a ponto de pleitear a postergação do vencimento e pagamento de tributos, não escapa ao senso comum que o Poder Público, a seu turno, empreende enorme esforço orçamentário para fazer frente às despesas extraordinárias realizadas ou por realizar:

O equilíbrio de tal relação ténue, que extrapola aspecto puramente orçamentário e envolve verdadeira ação de Estado na esfera político-legislativa, deve ser definido e exercido por meio dos instrumentos constitucional e legalmente previstos, não servindo, no presente contexto extraordinário de que se cuida, a disposição da Portaria 12, de 20/01/2012, instituído em outra ambiência jurídica, econômica e social, que não se ajusta à realidade atual.

Basta ver, a propósito, que a portaria ministerial foi instituída para situações pontuais de calamidade pública em municípios conforme abrangidos por decreto estadual, cabendo, assim, à RFB e à PGFN expedir atos necessários à implementação do benefício de prorrogação das datas de vencimento de tributos federais.

O contexto atual é substancialmente distinto, não envolvendo calamidade pública de localização pontual em um, outro ou alguns poucos municípios, que possa ser tratado no âmbito da competência subalterna dos órgãos executivos da administração fazendária.

*Ao contrário, a dimensão nacional e internacional da pandemia é de inquestionável evidência e, portanto, soluções casuísticas, que pretendam apenas beneficiar uns em detrimento de toda a coletividade não podem ser admitidas, seja no plano estritamente jurídico, seja no plano, que ora se revela mais importante, da **ética social da solidariedade**.*

Não é no âmbito da Receita Federal do Brasil, da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, nem do Ministério da Economia, que o tema deve ser tratado. Não é através de mera portaria ministerial de alcance limitado e expedida em 2012, que se deve equacionar o problema de que se cogita, cuja gravidade sistêmica não pode ser analisada apenas pelo ângulo de uma das partes, o do contribuinte, sem atentar para as responsabilidades exigidas do Estado, neste contexto, diante da excepcionalidade do quadro atual.

Configuraria provável usurpação de competência constitucional e legal transferir para o âmbito estrito de órgãos administrativos a deliberação sobre tal matéria no contexto específico da pandemia e da extraordinária situação que tem levado à edição de medidas provisórias, exame e discussão de projetos de leis e até mesmo de emendas constitucionais. Também não compete ao Judiciário prover decisões casuísticas que não se alinhem ao momento extraordinário atualmente vivenciado.

A edição da Medida Provisória 927, de 22/03/2020 apenas comprova o quanto acima exposto, colocando a discussão do problema na esfera da competência político-institucional cuja preservação é necessária neste quadro concreto evidenciado. Neste sentido, por exemplo, autorizar o diferimento do recolhimento do FGTS, providência à consideração do Congresso Nacional, foi atrelado à política de preservação do emprego e da renda, cabendo, assim, ao próprio Executivo e Legislativo a definição das providências serem adotadas em outras searas.

Quanto às decisões proferidas pela Suprema Corte, comprovam exatamente que todos os esforços orçamentários são dedicados ao combate à pandemia, não se tratando de conferir, pois, benefício ou vantagem no interesse privado de atividades econômicas específicas, como é o caso dos autos. De sua vez, o alegado reconhecimento pela Lei de Responsabilidade Fiscal da possibilidade de suspensão de prazos para ajuste de despesas de pessoal, limite de endividamento e metas fiscais, em caso de calamidade pública reconhecida pelo Congresso Nacional, não torna dispensável a atuação normativa própria dos entes políticos para justificar e amparar a adoção de política ou programa de prorrogação de prazos para pagamento de tributos como regulamentação geral a ser dada no contexto do enfrentamento da crise.

Não cabe, portanto, ao Judiciário valer-se de portaria ministerial, de alcance restrito e pontual como se denota de seu teor; norma de hierarquia inferior no contexto de toda a dinâmica de ações, programas, projetos e políticas adotadas no Executivo e Legislativo para enfrentamento da crise em referência e atendimento de interesses pontuais. O campo de incidência da norma invocada é bem distinto do que se apura atualmente existente, fato que não pode ser desconhecido pelo julgador e, portanto, não se pode vislumbrar, em liminar, violação a direito líquido e certo por parte das autoridades impetradas.

Nem se alegue que a Resolução CGSN 152, de 18/03/2020, revogada pela Resolução 154 de 03/04/2020, serve de exemplo ao postulado no presente caso. Primeiramente porque tais atos normativos foram expedidos no contexto excepcional da pandemia da Covid-19, como consta de seu enunciado e, de outra parte, para disciplinar a situação jurídico-tributária de microempresas e empresas de pequeno porte, com fundamento no artigo 146, III, d, da Constituição Federal, e do artigo 6º da Lei Complementar 123, de 14/12/2006. Além da evidência de que, dentro da cadeia econômica, tais empresas são as hipossuficientes, outro fato jurídico releva para impedir que seja deferida a providência requerida a título de isonomia. Trata-se, como sabido, da interpretação dada pela Suprema Corte segundo a qual a quebra da isonomia entre iguais - pressuposto este sequer existente no presente caso - não se resolve através de tratamento normativo extensivo que pudesse, pois, acarretar proveito e utilidade aos postulantes. Ao contrário, como assentado, eventual quebra da isonomia levaria à adoção de provimento judicial supressivo direcionado, portanto, a eliminar a diferenciação em vez de criar, sem lei ou ato normativo próprio, equiparação inexistente na respectiva redação.

Quanto à prorrogação dos prazos de recolhimento de contribuições especificadas na Portaria MF 139, de 03 de abril de 2020, resta verificada a perda superveniente do interesse processual na ação proposta, única razão pela qual não cabe enfrentar o próprio “mérito” de sua validade considerada a fundamentação tratada nesta decisão.

Percebe-se, pois, em suma, que as razões acima expedidas são suficientes, a despeito de outras alegações que possam ou caibam ser tratadas no julgamento do recurso pelo colegiado, para, em juízo sumário e provisório da controvérsia, demonstrar a inexistência dos requisitos exigidos para o deferimento da providência formulada na inicial da ação originária.

*Ante ao exposto, sem embargo da oportuna análise com maior profundidade da causa controvertida ora suscitada, nos limites do que remanesce ao exame recursal, **DEFIRO** a antecipação de tutela recursal **para suspender a decisão agravada.**”*

Assim, é de ser reformada a r. decisão agravada.

Ante o exposto, mantendo as razões da decisão supra transcritas, **dou provimento** ao agravo de instrumento. **Prejudicado** o agravo interno.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR. COVID-19. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE OU POSTERGAÇÃO DO PAGAMENTO DE TRIBUTOS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO PROVIDO. AGRAVO INTERNO PREJUDICADO.

1. O conjunto de medidas adotadas ou discutidas nas instâncias próprias dos poderes constituídos, sem precedentes na história recente do país, impede que, desde logo, se defina, na forma proposta, calendário alternativo e diferenciado de pagamento e vencimento de tributos, não sendo esta, perceptivelmente, uma atribuição constitucional do Poder Judiciário a ser exercida, sobretudo, em juízo liminar.

2. As instâncias competentes para decidir questão de tal natureza são as políticas, tanto Executivo como Legislativo, conforme definido pela Constituição, dependendo, pois, de fonte normativa própria e específica a alteração do calendário de vencimento e pagamento de tributos.

3. Não cabe, portanto, ao Judiciário valer-se de portaria ministerial, de alcance restrito e pontual como se denota de seu teor; norma de hierarquia inferior no contexto de toda a dinâmica de ações, programas, projetos e políticas adotadas no Executivo e Legislativo para enfrentamento da crise em referência e atendimento de interesses pontuais.

4. Agravo de instrumento provido. Agravo interno prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo de instrumento, prejudicado o agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0008505-69.2011.4.03.6112
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: FRIGOMAR FRIGORIFICO LIMITADA
Advogado do(a) APELADO: IRIO SOBRAL DE OLIVEIRA - SP112215-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0008505-69.2011.4.03.6112
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: FRIGOMAR FRIGORIFICO LIMITADA
Advogado do(a) APELADO: IRIO SOBRAL DE OLIVEIRA - SP112215-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): - Trata-se de agravo interno interposto por **FRIGOMAR FRIGORÍFICO LTDA.**, com fulcro no artigo 1.021 do Código de Processo Civil, em face da r. decisão monocrática (ID 107740845 – fls. 13/21) que, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil de 1973, deu provimento à apelação interposta pela União Federal (Fazenda Nacional) em face de sentença que, nos presentes embargos à execução fiscal opostos por FRIGOMAR FRIGORIFICO LTDA. objetivando a desconstituição de créditos tributários veiculados nas execuções fiscais nºs 1205268- 51.1996.403.6112 e 1999.61.12.001772-3, julgou procedente o pedido formulado pelo embargante para reconhecer a prescrição intercorrente para redirecionamento da execução fiscal à embargante, e condenou a Fazenda ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), na forma do art. 20, § 40, do CPC/1973.

Sustenta o agravante, em síntese, a ocorrência da prescrição. Aduz que no presente caso há flagrante violação ao art. 189 do Código Civil e ao art. 174 do CTN. Afirma que o prazo prescricional teve início em março de 2005, já que foi nessa data que houve o fato ensejador da responsabilidade solidária em razão da sucessão empresarial, tendo o pedido de redirecionamento sido protocolado em 27/07/2010, razão pela qual se conclui que transcorreu prazo superior a cinco anos entre os marcos, decorrendo daí a conclusão de que ocorreu a prescrição intercorrente para o redirecionamento da execução para a empresa embargante. Aduz que foi acolhida a teoria da *actio nata* para firmar, de forma unânime, as seguintes teses: "1- "o prazo de redirecionamento da execução fiscal, fixado em 5 anos, contados da citação da pessoa jurídica, é aplicável quando o referido ato ilícito, previsto no art. 135, III, do CTN, for precedente a esse ato processual". Ou seja, para que o prazo prescricional para o redirecionamento da execução fiscal tenha como termo inicial a data de citação da pessoa jurídica, é necessário que o ilícito tenha ocorrido antes da referida citação. 2- "a citação positiva do sujeito passivo devedor original da obrigação tributária, por si só, não provoca o início do prazo prescricional quando o ato de dissolução irregular for a ela posterior; uma vez que, em tal hipótese, inexistirá, na aludida data, pretensão contra os sócios-gerentes, o mero inadimplemento da exação não configura ilícito atribuível aos sujeitos de direito descritos no artigo 135 do CTN". Assevera que assim como a responsabilidade tributária do sócio prevista no art. 135 do CTN, a responsabilidade por sucessão também configura hipótese de responsabilidade solidária, de modo que merecem tratamento isonômico quanto aos pressupostos para configuração de prescrição. Ressalta a inexistência de responsabilidade por sucessão, tendo em vista a inexistência da continuidade da atividade, a não utilização de fundo de comércio. Acrescenta haver reconhecimento da inexistência de sucessão entre empresas que exercem mesma atividade empresarial no local da concorrente. Conclui que para responsabilidade tributária, o ônus da prova é da Fazenda Nacional e inexistem provas da ocorrência da sucessão. Prequestiona a matéria para fins recursais. Requer "seja RECONSIDERADA a r. decisão monocrática ora agravada, prosseguindo-se ao julgamento da apelação interposta na forma legal. Outrossim, acaso não suceda a reconsideração, REQUER seja colocado em mesa o presente Agravo Interno, dando pela sua ADMISSÃO E CONHECIMENTO, ao fim de ser DADO PROVIMENTO e reforma a r. decisão agravada, ordenando a improcedência da apelação da União, na forma legal."

Sem contrarrazões.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0008505-69.2011.4.03.6112
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: FRIGOMAR FRIGORIFICO LIMITADA
Advogado do(a) APELADO: IRIO SOBRAL DE OLIVEIRA - SP112215-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

"EMENTA"

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. EMBARGOS À EXECUÇÃO. RESPONSABILIDADE POR SUCESSÃO EMPRESARIAL. COMPROVAÇÃO EM OUTROS AUTOS. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do C. Superior Tribunal de Justiça e desta Corte, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. A questão fulcral suscitada no recurso da União diz respeito à alegação de responsabilidade por sucessão empresarial da empresa PRUDENFRIGO por FRIGOMAR, prevista no art. 133 do Código Tributário Nacional, bem como a alegada inoccorrência da prescrição da pretensão de redirecionamento da execução fiscal em face desta última.

3. Em demanda envolvendo as mesmas partes, esta E. Sexta Turma, em julgado deste ano, apreciou a questão referente à sucessão empresarial da executada PRUDENFRIGO FRIGORIFICO LTDA. para a embargante, ora apelada, FRIGOMAR FRIGORIFICO LTDA., nos autos da apelação cível nº 0003162-29.2010.4.03.6112, de relatoria do eminente Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO, com trânsito em julgado no dia 21/05/2019.

4. O entendimento firmado no supracitado julgado deve ser mantido, ante o brocardo ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio, ou seja, onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito.

5. No que concerne à prescrição da pretensão para o redirecionamento da execução em face da empresa sucessora embargante, o magistrado de primeiro grau reconheceu-a considerando que a contagem teve início em março de 2005 e o pedido de redirecionamento somente veio a ser protocolado em 27/07/2010.

6. Tal entendimento, contudo, não se coaduna com o posicionamento firmado no E. Superior Tribunal de Justiça: (REsp 1014720/RS, ReI. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 10/02/2009, DJe 05/03/2009). Em idêntica linha de raciocínio, qual seja, de que não há que se falar em prescrição para o redirecionamento no caso de sucessão empresarial, trago os seguintes precedentes desta E. Corte Federal: (Quarta Turma, AI 0029878-23.2015.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal Marcelo Saraiva, julgado em 02/08/2017, e-DJF3 Judicial 1 de 25/08/2017; (Primeira Turma, AI 0020835-33.2013.4.03.0000, Rei. Juiz Federal Convocado Márcio Mesquita, julgado em 05/09/2017, e-DJF3 Judicial 1 de 20/09/2017).

7. Não se trata, na hipótese vertente, de redirecionamento da execução em face de pessoa física, na forma do art. 135, III do CTN, mas sim de extensão da execução para empresa integrante de grupo econômico de fato, que resulta em responsabilidade solidária das pessoas físicas e jurídicas, nos termos do art. 124, I do CTN.

8. O art. 125, III do CTN dispõe que um dos efeitos da solidariedade é que a interrupção da prescrição em favor ou contra um dos obrigados, favorece ou prejudica os demais, pelo que deve ser acolhida a apelação fazendária para que seja afastada a prescrição intercorrente, vez que a citação da devedora originária PRUDENFRIGO interrompeu o fluxo prescricional para a devedora solidária FIRGOMAR. Confira-se, neste sentido, julgado da C. Sexta Turma desta Corte Regional: (AI 00309106820124030000, Juiz Federal Convocado Herbert de Bruyn, e-DJF3 Judicial 1 de 24/05/2013).

9. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decism, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

10. Agravo interno desprovido.

ASENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Não é de ser provido o agravo.

A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Superior Tribunal de Justiça e desta Corte, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

A decisão agravada, proferida pela E. Relatora Des. Federal Consuelo Yoshida, deu provimento à apelação da União Federal (Fazenda Nacional) por entender que, uma vez reconhecida a responsabilidade por sucessão e a inoccorrência da prescrição intercorrente, restam prejudicados os demais pedidos formulados pela apelante.

A questão fulcral suscitada no recurso da União diz respeito à alegação de responsabilidade por sucessão empresarial da empresa PRUDENFRIGO por FRIGOMAR, prevista no art. 133 do Código Tributário Nacional, bem como a alegada inoccorrência da prescrição da pretensão de redirecionamento da execução fiscal em face desta última.

Em demanda envolvendo as mesmas partes, esta E. Sexta Turma, em julgado deste ano, apreciou a questão referente à sucessão empresarial da executada PRUDENFRIGO FRIGORIFICO LTDA. para a embargante, ora apelada, FRIGOMAR FRIGORIFICO LTDA., nos autos da apelação cível nº 0003162-29.2010.4.03.6112, de relatoria do eminente Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO, com trânsito em julgado no dia 21/05/2019. Para os fins do presente feito, transcrevo os seguintes trechos do Voto de Sua Excelência:

2.4 Do mérito Pois bem, no que toca à possibilidade de redirecionamento da demanda em fase executiva, têm-se como plenamente cabível, pois se trata de hipótese prevista no artigo 568, II, do Código de Processo Civil, in verbis: (...) Ato contínuo, passo a análise da questão atinente à sucessão de empresas. Verificado o fato que se coaduna com o instituto jurídico da sucessão, faz-se necessário estabelecer os efeitos jurídicos dele decorrentes. Deve ser esclarecido que a sucessão tem natureza fática, cuja hipótese legal está prevista no art. 133, do Código Tributário Nacional. Embora tente demonstrar o contrário, a embargante é legítima para satisfazer o crédito ora em execução. No caso dos autos, ela se reveste da qualidade de terceiro responsável, uma vez que, a toda evidência, é sucessora da pessoa jurídica executada Prudenfrigo Prudente Frigorífico Ltda. Isso porque, conforme já decidido em outros feitos, os elementos configuradores da sucessão empresarial foram preenchidos. Têm-se notícia de que a sucessão das empresas nos feitos 96.1205326-0 e 98.1201421-7, onde se demonstrou que foi realizada a transferência do parque industrial, na forma em que disposto pelo art. 133, do Código Tributário Nacional e, ainda, com continuidade da exploração da mesma atividade. Por fim, não se deve olvidar que se tratam de empresas pertencentes a membros de uma mesma família. Ademais, o e. Tribunal Regional Federal da 3ª Região decidiu neste sentido nos autos do Agravo de Instrumento n. 0024739-66.2010.403.0000 (embargos à execução nº 97.1200172-5) manejado pela embargante em face da decisão que determinou sua inclusão na fase de cumprimento de sentença, nos seguintes termos: (...) Logo, impossível fechar os olhos para a realidade. In casu, é indubitável que a pessoa jurídica Prudenfrigo Prudente Frigorífico Ltda. passou a exercer suas atividades industriais por meio da sociedade empresarial Frigomar Frigorífico Ltda. Isto não significa que a embargante tem obrigação de arcar com toda e qualquer dívida da sucedida. Há casos que a legislação, mesmo caracterizada a sucessão, impede que atos executivos tendentes à satisfação de dívida contraída pelo sucedido incidam sobre o patrimônio do sucessor. O parágrafo único do art. 134, do Código Tributário Nacional dispõe: "Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com esta nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis: [...] Parágrafo único. O disposto neste artigo só se aplica, em matéria de penalidades, às de caráter moratório." Da mesma forma, como a própria impugnante alega, o artigo 1.146 do Código Civil dispõe que o "adquirente do estabelecimento responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, desde que regularmente contabilizados". Desta feita, uma vez reconhecida a sucessão, eventuais multas punitivas impostas à sucedida não podem ser exigidas da sucessora, assim como fica livre de saldar as dívidas comerciais anteriores à transferência, não contabilizadas. Como acima ressaltado, é um trabalho de exegese composto de dois momentos: primeiro reconhece-se o fato sucessório, após o efeito daí decorrente de que a sucessora não pode ter seu patrimônio vergastado para o pagamento destas dívidas, conforme estipulação das leis tributária e civil. Por conseguinte, cuidando-se de dívida cuja satisfação pode ser exigida de sucessor, seja pessoa física ou jurídica, incide o disposto no art. 568, II, do Código de Processo Civil, permitindo-se que o patrimônio da pessoa jurídica Frigomar Frigorífico Ltda. seja atingido para quitação do débito executado. Anoto que a sucessão empresarial aqui discutida já foi verificada em outros julgados desta Corte Regional: Ap 2039479 0004019- 75.2010.4.03.6112, DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, TRF3 - SEXIA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:06/08/2018; Ap 00056127120124036112, DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:20/02/2018; Ap 00071116120104036112, DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:01/07/2016; Ap 00047775420104036112, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MTJTA, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/01/2016; AI 00115330920154030000, DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/10/2015. (grifos do autor)"

O entendimento firmado no supracitado julgado deve ser mantido, ante o brocardo *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*, ou seja, onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito.

No que concerne à prescrição da pretensão para o redirecionamento da execução em face da empresa sucessora embargante, o magistrado de primeiro grau reconheceu-a considerando que a contagem "teve início em março de 2005 e o pedido de redirecionamento somente veio a ser protocolado em 27/07/2010.

Tal entendimento, contudo, não se coaduna com o posicionamento firmado no E. Superior Tribunal de Justiça: (REsp 1014720/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 10/02/2009, DJe 05/03/2009).

Como bemasseverado pela eminente Ministra Relatora ELIANA:

Não fosse assim, qualquer sucessão empresarial após cinco anos da citação da empresa sucedida acarretaria a prescrição das dívidas tributárias, o que revela exegese absurda e contrária ao interesse público e ao escopo da persecução do crédito fiscal em juízo.

Em idêntica linha de raciocínio, qual seja, de que não há que se falar em prescrição para o redirecionamento no caso de sucessão empresarial, trago os seguintes precedentes desta E. Corte Federal: (Quarta Turma, AI 0029878-23.2015.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal Marcelo Saraiva, julgado em 02/08/2017, e-DJF3 Judicial 1 de 25/08/2017; (Primeira Turma, AI 0020835-33.2013.4.03.0000, Rel. Juiz Federal Convocado Márcio Mesquita, julgado em 05/09/2017, e-DJF3 Judicial 1 de 20/09/2017)

Não se trata, na hipótese vertente, de redirecionamento da execução em face de pessoa física, na forma do art. 135, III do CTN, mas sim de extensão da execução para empresa integrante de grupo econômico de fato, que resulta em responsabilidade solidária das pessoas físicas e jurídicas, nos termos do art. 124, I do CTN.

O art. 125, III do CTN dispõe que um dos efeitos da solidariedade é que a interrupção da prescrição em favor ou contra um dos obrigados, favorece ou prejudica os demais, pelo que deve ser acolhida a apelação fazendária para que seja afastada a prescrição intercorrente, vez que a citação da devedora originária PRUDENFRIGO interrompeu o fluxo prescricional para a devedora solidária FIRGOMAR. Confira-se, neste sentido, julgado da C. Sexta Turma desta Corte Regional: (AI 00309106820124030000, Juiz Federal Convocado Herbert de Bruyn, e-DJF3 Judicial 1 de 24/05/2013).

De outra parte, as razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

Assim, não vislumbro qualquer vício a justificar a reforma da decisão ora agravada.

Pelo exposto, **nego provimento** ao agravo interno.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. EMBARGOS À EXECUÇÃO. RESPONSABILIDADE POR SUCESSÃO EMPRESARIAL. COMPROVAÇÃO EM OUTROS AUTOS. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do C. Superior Tribunal de Justiça e desta Corte, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. A questão fulcral suscitada no recurso da União diz respeito à alegação de responsabilidade por sucessão empresarial da empresa PRUDENFRIGO por FRIGOMAR, prevista no art. 133 do Código Tributário Nacional, bem como a alegada inoccorrência da prescrição da pretensão de redirecionamento da execução fiscal em face desta última.

3. Em demanda envolvendo as mesmas partes, esta E. Sexta Turma, em julgado deste ano, apreciou a questão referente à sucessão empresarial da executada PRUDENFRIGO FRIGORIFICO LTDA. para a embargante, ora apelada, FRIGOMAR FRIGORIFICO LTDA., nos autos da apelação cível nº 0003162-29.2010.4.03.6112, de relatoria do eminente Desembargador Federal JOHONSOMDI SALVO, com trânsito em julgado no dia 21/05/2019.

4. O entendimento firmado no supracitado julgado deve ser mantido, ante o brocardo ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio, ou seja, onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito.

5. No que concerne à prescrição da pretensão para o redirecionamento da execução em face da empresa sucessora embargante, o magistrado de primeiro grau reconheceu-a considerando que a contagem teve início em março de 2005 e o pedido de redirecionamento somente veio a ser protocolado em 27/07/2010.

6. *Tal entendimento, contudo, não se coaduna com o posicionamento firmado no E. Superior Tribunal de Justiça: (REsp 1014720/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 10/02/2009, DJe 05/03/2009). Em idêntica linha de raciocínio, qual seja, de que não há que se falar em prescrição para o redirecionamento no caso de sucessão empresarial, trago os seguintes precedentes desta E. Corte Federal: (Quarta Turma, AI 0029878-23.2015.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal Marcelo Saraiva, julgado em 02/08/2017, e-DJF3 Judicial 1 de 25/08/2017; (Primeira Turma, AI 0020835-33.2013.4.03.0000, Rel. Juiz Federal Convocado Márcio Mesquita, julgado em 05/09/2017, e-DJF3 Judicial 1 de 20/09/2017).*

7. *Não se trata, na hipótese vertente, de redirecionamento da execução em face de pessoa física, na forma do art. 135, III do CTN, mas sim de extensão da execução para empresa integrante de grupo econômico de fato, que resulta em responsabilidade solidária das pessoas físicas e jurídicas, nos termos do art. 124, I do CTN.*

8. *O art. 125, III do CTN dispõe que um dos efeitos da solidariedade é que a interrupção da prescrição em favor ou contra um dos obrigados, favorece ou prejudica os demais, pelo que deve ser acolhida a apelação fazendária para que seja afastada a prescrição intercorrente, vez que a citação da devedora originária PRUDENFRIGO interrompeu o fluxo prescricional para a devedora solidária FIRGOMAR. Confira-se, neste sentido, julgado da C. Sexta Turma desta Corte Regional: (AI 00309106820124030000, Juiz Federal Convocado Herbert de Bruyn, e-DJF3 Judicial 1 de 24/05/2013).*

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

10. *Agravo interno desprovido.*

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5030795-82.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO DE SÃO PAULO

Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRA BERTON SCHIAVINATO - SP231355-A

APELADO: EDSON PEREIRA DE OLIVEIRA

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5030795-82.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO DE SÃO PAULO

Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRA BERTON SCHIAVINATO - SP231355-A

APELADO: EDSON PEREIRA DE OLIVEIRA

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): - Trata-se de agravo interno interposto pela ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SEÇÃO DE SÃO PAULO, com fulcro no artigo 1.021 do Código de Processo Civil, em face da r. decisão monocrática, que negou provimento à apelação, mantendo r. sentença de extinção da execução fiscal, com fundamento no artigo 8º da Lein. 12.514/2011.

Em razões recursais, a agravante sustenta, em síntese, a ocorrência de julgamento *extra petita*, tendo em vista que a aplicação, ou não, da Lei n. 12.514/2011 não foi discutida na sentença e no recurso de apelação, o qual versou sobre o cabimento de execução fiscal para cobrança das anuidades. De outra parte, afirma que, por possuir regime legal próprio e posição jurídica diversa das demais entidades de fiscalização profissional, não está submetida à incidência de regras genéricas destinadas a outros conselhos profissionais., afirmando que a Lei n. 12.514/2011 não se aplica às anuidades cobradas pelas Seccionais da OAB.

Requer a retratação da decisão agravada ou, caso não seja este o entendimento, pleiteia a submissão do presente ao julgamento da E. Turma (ID 123738385).

Sem contrarrazões, tendo em vista a não angularização da relação jurídico-processual.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5030795-82.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SECÇÃO DE SÃO PAULO
Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRA BERTON SCHIAVINATO - SP231355-A
APELADO: EDSON PEREIRA DE OLIVEIRA
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

"EMENTA"

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. ANUIDADES DA OAB. VALOR MÍNIMO PREVISTO NO ART. 8º DA LEI N. 12.514/11. APLICABILIDADE. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Superior Tribunal de Justiça, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. A r. decisão monocrática reconheceu o cabimento da execução por título extrajudicial, com base nas normas do CPC, para cobrança das anuidades pela OAB, contudo, manteve a r. sentença de extinção do processo, tendo em vista que o valor do débito exequendo não ultrapassava o limite estabelecido no artigo 8º da Lei n. 12.514/2011.

3. Na espécie, não há que se falar em julgamento *extra petita*, pois, conforme já consignado no julgamento dos embargos de declaração "diferentemente do que alega a parte embargante, a decisão limitou-se ao pedido realizado pela parte, analisando o cabimento ou não da pretensão executória. Assim, o pedido não foi extrapolado, pois apenas foi utilizada fundamentação diversa para reconhecer a extinção do feito, baseada em artigo legal e tese consolidada pelo STJ". Ademais, a norma prevista no art. 8º, da Lei n. 12.514/2011 diz respeito a pressuposto processual, sendo, portanto, matéria de ordem pública, que pode ser conhecida, de ofício ou mediante requerimento, a qualquer tempo e grau de jurisdição.

4. Por fim, conforme entendimento firmado pela jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, apesar de a Ordem dos Advogados do Brasil possuir natureza jurídica *sui generis* está sujeita ao disposto no art. 8º, da Lei n. 12.514/2011, que determina o não ajuizamento de execução de dívida de anuidade em quantia inferior a quatro vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente, como no caso em apreço.

5. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decism, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

6. Agravo interno desprovido.

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): - Não é de ser provido o agravo.

A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Superior Tribunal de Justiça, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

A r. sentença julgou extinta a ação de execução de título extrajudicial promovida pela Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de São Paulo, com fundamento na inadequação da via eleita, reputando que a cobrança de anuidades deve estar submetida à ação de execução fiscal.

A r. decisão monocrática reconheceu o cabimento da execução civil para cobrança das anuidades pela OAB, contudo, manteve a r. sentença de extinção do processo, tendo em vista que o valor do débito exequendo não ultrapassava o limite estabelecido no artigo 8º da Lei n. 12.514/2011. A r. decisão restou assim fundamentada:

“Trata-se de apelação em sede de execução de título extrajudicial promovida pela Ordem dos Advogados do Brasil – Seção São Paulo, requerendo a satisfação de créditos decorrentes da falta de pagamento de anuidades.

O ajuizamento deu-se perante a 21ª Vara Cível Federal de São Paulo.

Or. Juízo a quo julgou extinta a execução, reconhecendo a ausência de interesse e a inadequação da via eleita, devendo ser realizada a cobrança por meio de execução fiscal.

Apelou a exequente, requerendo a reforma da r. sentença, visto que adequada a via eleita. Afirma que não deve ser ajuizada execução fiscal para exigências que tenham por objeto a cobrança de título extrajudicial decorrente de anuidades da OAB, assim correta a propositura da ação em Vara Cível; que diante da natureza intrínseca da OAB, a qual não se equipara à autarquia propriamente dita, denota-se que as contribuições recebidas pela entidade, efetivamente, não possuem natureza tributária.

Passo a decidir com fulcro no art. 932 do Código de Processo Civil.

A competência da Justiça Federal encontra-se prevista pelo art. 109 da Constituição Federal que, em seu inc. I, dispõe:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.

No que concerne à natureza jurídica da Ordem dos Advogados do Brasil, vale lembrar que essa foi criada em 18/11/1930, através do Decreto 19.408, atualmente definida por seu estatuto, consolidado pela Lei 8.906/94, como serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa (art. 44, caput).

Trata-se, portanto, de entidade jurídica sui generis, considerada autarquia profissional especial por remansosa jurisprudência do C. STJ, desempenhando serviço público, cujas atribuições não se restringem à representação, à disciplina e à defesa dos interesses da classe dos advogados, mas abarcam também a defesa da Constituição e da ordem jurídica do Estado Democrático de Direito, comprometendo-se na promoção da justiça social, boa aplicação das leis e célere administração da justiça.

Consolidou-se, ainda, na jurisprudência o entendimento segundo o qual a OAB não tem natureza de mero conselho profissional. As suas contribuições não são consideradas tributos e, portanto, são passíveis de execução civil, não se subsumindo ao procedimento da Lei n.º 6.830/80, de aplicação restrita às execuções fiscais.

A propósito do tema, manifestou-se o C. Supremo Tribunal Federal nos autos da ADI 3.026/DF, em julgado assim ementado:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. § 1º DO ARTIGO 79 DA LEI N. 8.906, 2ª PARTE. "SERVIDORES" DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. PRECEITO QUE POSSIBILITA A OPÇÃO PELO REGIME CELESTISTA. COMPENSAÇÃO PELA ESCOLHA DO REGIME JURÍDICO NO MOMENTO DA APOSENTADORIA. INDENIZAÇÃO. IMPOSIÇÃO DOS DITAMES INERENTES À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA. CONCURSO PÚBLICO (ART. 37, II DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL). INEXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO PARA A ADMISSÃO DOS CONTRATADOS PELA OAB. AUTARQUIAS ESPECIAIS E AGÊNCIAS. CARÁTER JURÍDICO DA OAB. ENTIDADE PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO INDEPENDENTE. CATEGORIA ÍMPAR NO ELENCO DAS PERSONALIDADES JURÍDICAS EXISTENTES NO DIREITO BRASILEIRO. AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA DA ENTIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 37, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. NÃO OCORRÊNCIA. 1. A Lei n. 8.906, artigo 79, § 1º, possibilitou aos "servidores" da OAB, cujo regime outrora era estatutário, a opção pelo regime celetista. Compensação pela escolha: indenização a ser paga à época da aposentadoria. 2. Não procede a alegação de que a OAB sujeita-se aos ditames impostos à Administração Pública Direta e Indireta. 3. A OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União. A Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro. 4. A OAB não está incluída na categoria na qual se inserem essas que se tem referido como "autarquias especiais" para pretender-se afirmar equivocada independência das hoje chamadas "agências". 5. Por não consubstanciar uma entidade da Administração Indireta, a OAB não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada. Essa não-vinculação é formal e materialmente necessária. 6. A OAB ocupa-se de atividades atinentes aos advogados, que exercem função constitucionalmente privilegiada, na medida em que são indispensáveis à administração da Justiça [artigo 133 da CB/88]. É entidade cuja finalidade é afeita a atribuições, interesses e seleção de advogados. Não há ordem de relação ou dependência entre a OAB e qualquer órgão público. 7. A Ordem dos Advogados do Brasil, cujas características são autonomia e independência, não pode ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional. A OAB não está voltada exclusivamente a finalidades corporativas. Possui finalidade institucional. 8. Embora decorra de determinação legal, o regime estatutário imposto aos empregados da OAB não é compatível com a entidade, que é autônoma e independente. 9. Improcede o pedido do requerente no sentido de que se dê interpretação conforme o artigo 37, inciso II, da Constituição do Brasil ao caput do artigo 79 da Lei n. 8.906, que determina a aplicação do regime trabalhista aos servidores da OAB. 10. Incabível a exigência de concurso público para admissão dos contratados sob o regime trabalhista pela OAB. 11. Princípio da moralidade. Ética da legalidade e moralidade. Confinamento do princípio da moralidade ao âmbito da ética da legalidade, que não pode ser ultrapassada, sob pena de dissolução do próprio sistema. Desvio de poder ou de finalidade. 12. Julgo improcedente o pedido.

Sobre o assunto, vejam-se também os seguintes precedentes do STJ:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CONSELHOS PROFISSIONAIS. ANUIDADE. EXECUÇÃO. ART. 149 DA CF/88. INCOMPETÊNCIA DESTA CORTE. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 46 E PARÁGRAFO ÚNICO E 58, IV E IX DA LEI Nº 8.906/94 E 3º DO CTN. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS Nº 282 E 356 DO STF. DISSÍDIO NOTÓRIO.

- 1. Não é da competência deste Tribunal Superior a análise de violação a dispositivos constitucionais (art. 149), nos moldes do art. 102 da Constituição da República.*
- 2. O Tribunal a quo não emitiu juízo de valor sobre a matéria à luz dos dispositivos apontados como violados (arts. 46 e parágrafo único e art. 58, IV e IX da Lei nº 8.906/94 e art. 3º do CTN). A ausência do prequestionamento atrai a incidência, por analogia, das Súmulas nº 282 e 356 do Pretório Excelso.*
- 3. Em caso de dissídio notório, as exigências de natureza formal concernentes à demonstração da divergência são mitigadas.*
- 4. Embora definida como autarquia profissional de regime especial ou sui generis, a OAB não se confunde com as demais corporações incumbidas do exercício profissional.*
- 5. As contribuições pagas pelos filiados à OAB não têm natureza tributária.*
- 6. O título executivo extrajudicial, referido no art. 46, parágrafo único, da Lei n.º 8.906/94, deve ser exigido em execução disciplinada pelo Código de Processo Civil, não sendo possível a execução fiscal regida pela Lei n.º 6.830/80.*
- 7. Recurso especial provido.*

RECURSO ESPECIAL - PROCESSUAL CIVIL - OAB - ANUIDADE - NATUREZA JURÍDICA NÃO-TRIBUTÁRIA - EXECUÇÃO - RITO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

1. A OAB possui natureza de autarquia especial ou sui generis, pois, mesmo incumbida de realizar serviço público, nos termos da lei que a instituiu, não se inclui entre as demais autarquias federais típicas, já que não busca realizar os fins da Administração.

2. As contribuições pagas pelos filiados à OAB não têm natureza tributária.

3. As cobranças das anuidades da OAB, por não possuírem natureza tributária, seguem o rito do Código de Processo Civil, e não da Lei n. 6.830/80. Recurso especial provido".

(RESP 915753, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJ 04/06/2007)

Dessa forma, considerando a natureza jurídica especial da OAB, bem como que a cobrança das anuidades se dá na forma disciplinada pelo Código de Processo Civil, deve ser reconhecida a adequação da via eleita para execução em voga, bem como a competência da Justiça Federal comum para o processamento e julgamento da lide.

Não obstante, deve ser aplicado o art. 8º da Lei nº 12.514 de 2011, que estabeleceu um quantum mínimo para a cobrança judicial para impedir o ajuizamento de execuções quando se tratar de cobrança de créditos de valor inferior a quatro anuidades, como é o caso dos autos.

A teleologia da regra é evitar o inchaço do Judiciário diante do elevado número de execuções propostas rotineiramente. Porém, é oportuno deixar consignado que a Lei nº 12.514 /2011, ao disciplinar os limites de execução dos créditos devidos aos conselhos profissionais, não viola a garantia constitucional do livre acesso ao Judiciário, que não se faz sem fixação e cumprimento de condições ou pressupostos, tanto para fins de admissibilidade como de processamento.

Mesmo em vista de sua natureza jurídica sui generis, a OAB atua no âmbito da representatividade de classe profissional e, portanto, não deixa de ser um conselho de classe.

Assim, em consonância com o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, não se afasta a regra exposta no art. 8º da Lei nº. 12.514/2011, dispositivo que tem por destinatários todos os conselhos profissionais, independente do caráter diferenciado atribuído à Ordem dos Advogados do Brasil.

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO DE UMA ANUIDADE. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL-OAB/PE. CARACTERIZAÇÃO. CONSELHO DE CLASSE. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DE NORMA JURÍDICA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA.

1. É pacífico no STJ que a divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente.

2. Trata-se de ação de Execução que possui como título executivo extrajudicial certidão de inadimplência no valor de uma anuidade, movida pela OAB/PE contra o recorrido.

3. O STF teve oportunidade de se manifestar sobre a natureza jurídica da OAB, no julgamento da ADI 3026/DF, Relator Ministro EROS GRAU, julgado em 08/06/2006. Naquela oportunidade consignou que a "Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro", portanto não se sujeitaria aos ditames impostos à Administração Pública direta e indireta.

4. A Ordem dos Advogados do Brasil - OAB "não pode ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional". Entretanto, conforme decidido pela Corte Especial do STJ, ela não deixa de ser um Conselho de Classe. Precedente: AgRg no AgRg na PET nos EREsp 1.226.946/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Corte Especial, DJe 10/10/2013.

5. O Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, em seu art. 44, II, da Lei 8.906/1994, não deixa dúvida de que a OAB não pode ser equiparada a nenhum outro conselho profissional, pois sua finalidade transpassa todos os objetivos fixados para as demais entidades de classe. Contudo, existe um ponto em comum que as une, qual seja, a representatividade da classe profissional.

6. Tendo em vista que a OAB é um conselho de classe, apesar de possuir natureza jurídica especialíssima, deve se submeter ao disposto no art. 8º da Lei 12.514/2011, que rege a execução de dívida oriunda de anuidade inferior a quatro vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente.

7. A finalidade da norma em comento é evitar o ajuizamento de demandas para a cobrança de valores tidos como irrisórios pelo legislador; evitando-se, dessa forma, o colapso da "máquina judiciária". É indiferente que a OAB tenha essa ou aquela personalidade jurídica, pois o texto da lei visa que os conselhos de classe, independentemente da sua natureza jurídica, não sobrecarreguem o Poder Judiciário.

8. Recurso Especial não provido.

(STJ, Segunda Turma, [0800453-81.2015.4.05.8302](#), Rel. Min. Herman Benjamin, DJ 11/10/2016).

Logo, mantenho a extinção da execução, ainda que por fundamentação diversa.

Em face de todo o exposto, com fulcro no art. 932, IV, do CPC, nego provimento à apelação.

Publique-se e, após o decurso do prazo legal, baixem os autos à vara de origem.

Intimem-se."

Na espécie, não há que se falar em julgamento *extra petita*, pois, conforme já consignado no julgamento dos embargos de declaração "diferentemente do que alega a parte embargante, a decisão limitou-se ao pedido realizado pela parte, analisando o cabimento ou não da pretensão executória. Assim, o pedido não foi extrapolado, pois apenas foi utilizada fundamentação diversa para reconhecer a extinção do feito, baseada em artigo legal e tese consolidada pelo STJ na edição nº 135 de Jurisprudência em teses, qual seja: A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), embora possua natureza jurídica especialíssima, submete-se ao disposto no artigo 8º da Lei 12.514/2011, que determina que os conselhos de classe somente executarão dívida de anuidade quando o total do valor inscrito atingir o montante mínimo correspondente a 4 anuidades" (ID 107836529).

Ressalta-se que a norma prevista no art. 8º, da Lei n. 12.514/2011 diz respeito a pressuposto processual, sendo, portanto, matéria de ordem pública, que pode ser conhecida, de ofício ou mediante requerimento, a qualquer tempo e grau de jurisdição.

Ademais, não prospera a alegação da agravante de que a cobrança de suas anuidades não estaria submetida à referida norma legal.

Conforme entendimento firmado pela jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, apesar de a Ordem dos Advogados do Brasil possuir natureza jurídica *sui generis*, está sujeita ao disposto no art. 8º, da Lei n. 12.514/2011, que determina o não ajuizamento de execução de dívida de anuidade em quantia inferior a quatro vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente.

Neste sentido, cito os seguintes precedentes:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. OAB. ANUIDADE. VALOR MÍNIMO PREVISTO NO ART. 8º DA LEI N. 12.514/2011. APLICABILIDADE.

1. "Na forma da jurisprudência desta Corte, apesar de a OAB possuir natureza jurídica especialíssima, por ser um conselho de classe está sujeita ao disposto no art. 8º da Lei 12.514/2011, que determina o não ajuizamento de execução para a cobrança de dívida oriunda de anuidade inferior a quatro vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente" (AgInt no REsp 1.783.533/AL, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 4/4/2019).

2. Recurso especial a que se dá provimento.

(REsp 1.814.337/SE, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/08/2019, DJe 06/09/2019).

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. EXECUÇÃO. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO DE UMA ANUIDADE. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - OAB/MS. CARACTERIZAÇÃO. CONSELHO DE CLASSE. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DE NORMA JURÍDICA. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Inicialmente é necessário consignar que o presente recurso atrai a incidência do Enunciado Administrativo n. 3/STJ: "Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC".

2. A jurisprudência de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção do STJ é firme no sentido de que a OAB, embora seja um conselho de classe e possuir natureza jurídica especialíssima, deve se submeter ao disposto no art. 8º da Lei nº 12.514/2011, de modo que não poderá executar judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente.

3. Agravo interno não provido"

(STJ, AgInt no AREsp 1.382.501/MS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/03/2019).

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO JUDICIAL. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. ANUIDADES. VALOR MÍNIMO PREVISTO NO ART. 8º DA LEI N. 12.514/11. APLICABILIDADE AO CONSELHO DE CLASSE.

1. Nos termos da jurisprudência do STJ, a Ordem dos Advogados do Brasil, em se tratando de um conselho de classe, não obstante a sua natureza jurídica especialíssima, deve se submeter ao disposto no art. 8º da Lei n. 12.514/11.

2. Assim, de acordo com o referido diploma normativo, a OAB não poderá executar judicialmente dívida relativa a anuidades cujo montante seja inferior ao quádruplo do valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente.

3. Na espécie, a Corte de origem manteve sentença extintiva de execução fiscal que objetivava a cobrança de valor correspondente a 1 (uma) anuidade devida por advogado, assentando ser aplicável o limite estabelecido no art. 8º da Lei n. 12.514/11, alinhando-se, portanto, ao entendimento firmado neste Sodalício.

4. Agravo interno a que se nega provimento"

(STJ, AgInt no AREsp 1.382.719/MS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 19/12/2018).

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

Assim, não vislumbro qualquer vício a justificar a reforma da decisão ora agravada.

Pelo exposto, **nego provimento** ao agravo interno.

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. ANUIDADES DA OAB. VALOR MÍNIMO PREVISTO NO ART. 8º DA LEI N. 12.514/11. APLICABILIDADE. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Superior Tribunal de Justiça, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. A r. decisão monocrática reconheceu o cabimento da execução por título extrajudicial, com base nas normas do CPC, para cobrança das anuidades pela OAB, contudo, manteve a r. sentença de extinção do processo, tendo em vista que o valor do débito exequendo não ultrapassava o limite estabelecido no artigo 8º da Lei n. 12.514/2011.

3. Na espécie, não há que se falar em julgamento *extra petita*, pois, conforme já consignado no julgamento dos embargos de declaração “*diferentemente do que alega a parte embargante, a decisão limitou-se ao pedido realizado pela parte, analisando o cabimento ou não da pretensão executória. Assim, o pedido não foi extrapolado, pois apenas foi utilizada fundamentação diversa para reconhecer a extinção do feito, baseada em artigo legal e tese consolidada pelo STJ*”. Ademais, a norma prevista no art. 8º, da Lei n. 12.514/2011 diz respeito a pressuposto processual, sendo, portanto, matéria de ordem pública, que pode ser conhecida, de ofício ou mediante requerimento, a qualquer tempo e grau de jurisdição.

4. Por fim, conforme entendimento firmado pela jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, apesar de a Ordem dos Advogados do Brasil possuir natureza jurídica *sui generis* está sujeita ao disposto no art. 8º, da Lei n. 12.514/2011, que determina o não ajuizamento de execução de dívida de anuidade em quantia inferior a quatro vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente, como no caso em apreço.

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

6. Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001153-98.2018.4.03.6121
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: TENARIS COATING DO BRASIL SA
Advogados do(a) APELADO: CIBELE MIRIAM MALVONE TOLDO - SP234610-A, PAULO GUILHERME DE MENDONCA LOPES - SP98709-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001153-98.2018.4.03.6121
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: TENARIS COATING DO BRASIL SA
Advogados do(a) APELADO: CIBELE MIRIAM MALVONE TOLDO - SP234610-A, PAULO GUILHERME DE MENDONCA LOPES - SP98709-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de agravo interno interposto pela UNIAO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL), com fulcro no artigo 1.021 do Código de Processo Civil, em face da r. decisão monocrática (ID 107818998) que, nos termos do art. 932, IV, do Código de Processo Civil de 2015, **negou provimento à apelação**, mantendo a r. sentença que concedeu a segurança, reconhecendo indevida a inclusão de parcela relativa ao ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, autorizou a compensação dos valores indevidamente recolhidos a este título, nos últimos 5 (cinco) anos que antecederam o ajuizamento da ação, observada a prescrição dos valores efetuados antes de 15/07/2013, atualizados pela taxa Selic, com outros tributos administrados pela Receita Federal do Brasil, exceto com as contribuições previdenciárias.

Sustenta a agravante, em síntese, a suspensão do presente feito até a finalização do julgamento do RE nº 574.706/PR, considerando, inclusive, a oposição de embargos de declaração pela Fazenda Nacional e o acórdão deles resultante. Pugna pela manutenção da parcela do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS. Aduz que o montante do ICMS integra o valor do preço da mercadoria vendida ou preço do serviço prestado.

Requer a retratação da decisão agravada ou, caso não seja este o entendimento, pleiteia a submissão do presente ao julgamento da E. Turma.

Em contrarrazões (ID 122964287), a agravada sustenta, em síntese, a desnecessidade de suspensão do processo em comento até publicação do resultado do julgamento nos embargos de declaração, pois a tese já está firmada em repercussão geral. Alega a aplicação do entendimento do Supremo Tribunal Federal (RE n.º 574.706/PR), que já reconheceu o direito de se excluir o ICMS da Base de Cálculo do PIS e da COFINS. Pretende a aplicação da multa nos termos do § 4º, do artigo 1.021 do CPC.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001153-98.2018.4.03.6121
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: TENARIS COATING DO BRASIL SA
Advogados do(a) APELADO: CIBELE MIRIAM MALVONE TOLDO - SP234610-A, PAULO GUILHERME DE MENDONCA LOPES - SP98709-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

"EMENTA"

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. JULGAMENTO DO RE 574.706-PR. TEMA 69 DA REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. *Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo. Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.*

3. *No tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.*

4. *O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".*

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

6. *Agravo interno desprovido.*

ASENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Não é de ser provido o agravo.

A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo.

Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.

Ademais, no tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

Com efeito, a questão dos presentes autos não carece de maiores debates, visto que o Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "**O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins**". O v. acórdão encontra-se assimmentado, *in verbis*:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. *Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.*

2. *A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.*

3. *O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.*

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Seguindo essa orientação, trago à colação precedentes desta E. Corte:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – AGRAVO INTERNO – INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS – INCONSTITUCIONALIDADE – APLICAÇÃO IMEDIATA DA TESE.

1. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições sociais, no regime de repercussão geral: a pendência de embargos de declaração, no Supremo Tribunal Federal, não impede a imediata aplicação da tese.

2. A eventual limitação dos efeitos da decisão, pelo Supremo Tribunal Federal, deverá ser objeto de recurso próprio, se for o caso.

3. Agravo interno improvido.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 0000927-30.2017.4.03.6117, Rel. Desembargador Federal FABIO PRIETO DE SOUZA, julgado em 25/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 30/04/2020)

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS FATURADO DEVE SER EXCLUÍDO, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NAQUELE JULGADO. RECURSO DESPROVIDO.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000234-74.2017.4.03.6144, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSOM DI SALVO, julgado em 24/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 29/04/2020)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE 574.706. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão, resultante do julgamento dos embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Ademais, quanto à insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- Quanto aos artigos 489, § 1º, IV a VI, 525 § 13, 926, 927 § 3º, 1.036, 1.039, 1.040 do CPC e 27 da Lei n.º 9.868/99, inexistente na decisão qualquer ofensa aos referidos dispositivos legais.

- No tocante ao ICMS que deve ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, a decisão foi explícita quanto a matéria ora discutida: "Assinalo que, o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal, eis que deve ser excluído, do conceito de receita, todo o ICMS faturado e não o valor devido após as deduções do imposto anteriormente cobrado".

- Destaco a inexistência de ofensa aos arts. 141, 490 e 492 do CPC. Não há que se falar em ausência de pedido a respeito do valor excluído da base de cálculo do PIS/COFINS ser o destacado na nota fiscal, uma vez que este é o que se amolda ao conceito de faturamento, objeto da discussão apresentada nos presentes autos, que teve por fundamento o RE 574.706. Anote-se que, o pedido formulado na inicial foi expresso ao requerer a exclusão da exação sobre a base de cálculo do PIS e da COFINS. Foi exatamente isso que foi decidido pelo STF e que ora se decide.

- O entendimento delineado é no sentido de que todo o ICMS faturado deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

- Não se mostra cabível a aplicação da multa por litigância de má-fé, pois a decisão tem gerado inúmeras controvérsias, já que provocou a alteração de jurisprudência até então sedimentada.

- Descabida a condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.016/2009.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decism a ponto de demonstrar qualquer desacerto.

- Negado provimento ao agravo interno.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000590-40.2018.4.03.6110, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 01/05/2020, Intimação via sistema DATA: 05/05/2020)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS E DO PIS. ILEGALIDADE. STF. RE 574.706/PR. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 069. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.

1. Ao apreciar o tema no âmbito do RE 574.706/PR-RG (Rel. Min. Cármen Lúcia), o E. STF firmou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS."

2. Acresça-se, por oportuno, que a pendência de análise de modulação dos efeitos, pelo eventual acolhimento dos aclaratórios opostos no referido RE 574.706/PR, não tem o condão de atrair o efeito suspensivo aqui perseguido, não merecendo, também nesse viés, prosperar o presente recurso oposto pela União Federal - nesse exato sentido, aliás, AC 2015.61.10.008586-0/SP, Relator Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE, decisão de 08/03/2018, D.E. 23/03/2018; EDcl na AMS 2007.61.12.007763-9/SP, Relator Desembargador Federal MARCELO SARAIVA, decisão de 26/03/2018, D.E. 05/04/2018, e AMS 2014.61.05.010541-3/SP, Relatora Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE, Quarta Turma, j. 21/02/2018, D.E. 22/03/2018.

3. Embargos de declaração, opostos pela União Federal, rejeitados.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5000284-62.2018.4.03.6113, Rel. Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, julgado em 04/05/2020, Intimação via sistema DATA: 05/05/2020)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.

1. O cerne da presente controvérsia gravita em torno do reconhecimento do direito da empresa autora à exclusão dos valores correspondentes ao ICMS da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e a COFINS, bem como a compensação dos valores tidos como indevidamente recolhidos, nos últimos 05 (cinco) anos, com os acréscimos cabíveis.

2. Pedido de suspensão do feito rejeitado, uma vez que a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto, que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

3. Uma vez que não há determinação expressa pelo STF, a suspensão da demanda é mera faculdade, a qual afasto, em nome da duração razoável do processo.

4. A jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

5. Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

6. Cumpre asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

7. O ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.

8. Resta evidente, portanto, que o ICMS não tem a natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

9. Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, observada a prescrição quinquenal e segundo a lei vigente ao tempo do ajuizamento da demanda que ocorreu em 26/07/2018.

9. Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil.

10. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior.

11. Recurso de apelação da União.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5018463-83.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 16/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 24/04/2020)

Por oportuno, não é o caso de aplicação da multa do § 4º do artigo 1.021 do Código de Processo Civil pretendida pela agravada, eis que, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso representativo da controvérsia (REsp 1198108/RJ), o agravo interposto contra decisão singular de tribunal não pode ser considerado manifestamente inadmissível ou infundado por ser necessário o exaurimento das instâncias ordinárias para a interposição de recursos extraordinários.

De outra parte, as razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

Assim, não vislumbro qualquer vício a justificar a reforma da decisão ora agravada.

Pelo exposto, **nego provimento** ao agravo interno.

É como voto.

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Acolho a preliminar de sobrestamento. Se vencido, acompanho pela conclusão.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. JULGAMENTO DO RE 574.706-PR. TEMA 69 DA REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. *Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo. Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.*

3. *No tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.*

4. *O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".*

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

6. *Agravo interno desprovido.*

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por maioria, não acolheu a preliminar de sobrestamento do feito, no julgamento ocorrido nos moldes do artigo 942, do Código de Processo Civil, nos termos do voto da Relatora, acompanhado pelos votos dos Desembargadores Federais Johansom Di Salvo e Souza Ribeiro, e da Juíza Federal Convocada Denise Avelar, vencido o Desembargador Federal Fábio Prieto, que a acolhia. Prosseguindo, no mérito, a Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno interposto, nos termos do voto da Relatora, acompanhada pelo voto do Desembargador Federais Johansom Di Salvo e do voto do Desembargador Federal Fábio Prieto, pela conclusão. Lavrará o acórdão a Relatora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002496-80.2019.4.03.6126

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: CGE SOCIEDADE FABRICADORA DE PECAS PLASTICAS LTDA

Advogado do(a) APELADO: PATRICIA HELENA FERNANDES NADALUCCI - SP132203-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002496-80.2019.4.03.6126

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: CGE SOCIEDADE FABRICADORA DE PECAS PLASTICAS LTDA

Advogado do(a) APELADO: PATRICIA HELENA FERNANDES NADALUCCI - SP132203-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de agravo interno interposto pela UNIAO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL), com fulcro no artigo 1.021 do Código de Processo Civil, em face da r. decisão monocrática (ID 108231361) que, nos termos do art. 932, IV, do Código de Processo Civil de 2015, negou provimento à apelação e à remessa oficial, mantendo a r. sentença que concedeu a segurança reconhecendo indevida a inclusão de parcela relativa ao ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, autorizou a compensação dos valores indevidamente recolhidos, nos últimos 5 (cinco) anos que antecederam o ajuizamento da ação, observando-se, contudo, a vedação constante do artigo 26, parágrafo único da Lei n. 11.457/2007, comatualização pela Taxa Selic, após o trânsito em julgado.

Sustenta a agravante, em síntese, a suspensão do presente feito até a finalização do julgamento do RE nº 574.706/PR, considerando, inclusive, a oposição de embargos de declaração pela Fazenda Nacional e o acórdão deles resultante. Pugna pela manutenção da parcela do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS. Aduz que o montante do ICMS integra o valor do preço da mercadoria vendida ou preço do serviço prestado. Alega que na estrutura legal para a apuração do valor do ICMS a recolher mensalmente, não é o valor destacado de ICMS nas notas fiscais de venda o quantum definitivo a ser recolhido, mas sim, o valor calculado, destacado (nas notas fiscais) e escriturado referentes a todas as operações com débito e com crédito do período, considerando também outros ajustes a débito e a crédito e outras deduções específicas, decorrentes de benefícios e incentivos fiscais eventualmente concedidos pelos Estados ou pelo Distrito Federal, para só então se verificar se o sujeito passivo apurou valor de ICMS a recolher no período.

Requer a retratação da decisão agravada ou, caso não seja este o entendimento, pleiteia a submissão do presente ao julgamento da E. Turma.

Em contrarrazões (ID 123956093), a agravada sustenta, em síntese, a desnecessidade de suspensão do processo em comento até publicação do resultado do julgamento nos embargos de declaração, pois a tese já está firmada em repercussão geral. Alega a aplicação do entendimento do Supremo Tribunal Federal (RE n.º 574.706/PR), que já reconheceu o direito de se excluir o ICMS da Base de Cálculo do PIS e da COFINS. Pretende a condenação da Agravante nas penas da litigância de má-fé.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002496-80.2019.4.03.6126
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: CGE SOCIEDADE FABRICADORA DE PECAS PLASTICAS LTDA
Advogado do(a) APELADO: PATRICIA HELENA FERNANDES NADALUCCI - SP132203-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

"EMENTA"

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. JULGAMENTO DO RE 574.706-PR. TEMA 69 DA REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo. Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.

3. No tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

4. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

5. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decism, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

6. Agravo interno desprovido.

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Não é de ser provido o agravo.

A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo.

Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.

Ademais, no tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

Com efeito, a questão dos presentes autos não carece de maiores debates, visto que o Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "**O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins**". O v. acórdão encontra-se assim ementado, *in verbis*:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Seguindo essa orientação, trago à colação precedentes desta E. Corte:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – AGRAVO INTERNO – INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS – INCONSTITUCIONALIDADE – APLICAÇÃO IMEDIATA DA TESE.

1. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições sociais, no regime de repercussão geral: a pendência de embargos de declaração, no Supremo Tribunal Federal, não impede a imediata aplicação da tese.

2. A eventual limitação dos efeitos da decisão, pelo Supremo Tribunal Federal, deverá ser objeto de recurso próprio, se for o caso.

3. Agravo interno improvido.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 0000927-30.2017.4.03.6117, Rel. Desembargador Federal FABIO PRIETO DE SOUZA, julgado em 25/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 30/04/2020)

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS FATURADO DEVE SER EXCLUÍDO, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NAQUELE JULGADO. RECURSO DESPROVIDO.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000234-74.2017.4.03.6144, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHNSOM DI SALVO, julgado em 24/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 29/04/2020)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE 574.706. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão, resultante do julgamento dos embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Ademais, quanto à insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- Quanto aos artigos 489, § 1º, IV a VI, 525 § 13, 926, 927 § 3º, 1.036, 1.039, 1.040 do CPC e 27 da Lei n.º 9.868/99, inexistente na decisão qualquer ofensa aos referidos dispositivos legais.

- No tocante ao ICMS que deve ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, a decisão foi explícita quanto a matéria ora discutida: "Assinalo que, o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal, eis que deve ser excluído, do conceito de receita, todo o ICMS faturado e não o valor devido após as deduções do imposto anteriormente cobrado".

- Destaco a inexistência de ofensa aos arts. 141, 490 e 492 do CPC. Não há que se falar em ausência de pedido a respeito do valor excluído da base de cálculo do PIS/COFINS ser o destacado na nota fiscal, uma vez que este é o que se amolda ao conceito de faturamento, objeto da discussão apresentada nos presentes autos, que teve por fundamento o RE 574.706. Anote-se que, o pedido formulado na inicial foi expresso ao requerer a exclusão da exação sobre a base de cálculo do PIS e da COFINS. Foi exatamente isso que foi decidido pelo STF e que ora se decide.

- O entendimento delineado é no sentido de que todo o ICMS faturado deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

- Não se mostra cabível a aplicação da multa por litigância de má-fé, pois a decisão tem gerado inúmeras controvérsias, já que provocou a alteração de jurisprudência até então sedimentada.

- Descabida a condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.016/2009.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decisum a ponto de demonstrar qualquer desacerto.

- Negado provimento ao agravo interno.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000590-40.2018.4.03.6110, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 01/05/2020, Intimação via sistema DATA: 05/05/2020)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS E DO PIS. ILEGALIDADE. STF. RE 574.706/PR. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 069. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.

1. Ao apreciar o tema no âmbito do RE 574.706/PR-RG (Rel. Min. Cármen Lúcia), o E. STF firmou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS."

2. Acresça-se, por oportuno, que a pendência de análise de modulação dos efeitos, pelo eventual acolhimento dos aclaratórios opostos no referido RE 574.706/PR, não tem o condão de atrair o efeito suspensivo aqui perseguido, não merecendo, também nesse viés, prosperar o presente recurso oposto pela União Federal - nesse exato sentido, aliás, AC 2015.61.10.008586-0/SP, Relator Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE, decisão de 08/03/2018, D.E. 23/03/2018; EDcl na AMS 2007.61.12.007763-9/SP, Relator Desembargador Federal MARCELO SARAIVA, decisão de 26/03/2018, D.E. 05/04/2018, e AMS 2014.61.05.010541-3/SP, Relatora Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE, Quarta Turma, j. 21/02/2018, D.E. 22/03/2018.

3. Embargos de declaração, opostos pela União Federal, rejeitados.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5000284-62.2018.4.03.6113, Rel. Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, julgado em 04/05/2020, Intimação via sistema DATA: 05/05/2020)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.

1. O cerne da presente controvérsia gravita em torno do reconhecimento do direito da empresa autora à exclusão dos valores correspondentes ao ICMS da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e a COFINS, bem como a compensação dos valores tidos como indevidamente recolhidos, nos últimos 05 (cinco) anos, com os acréscimos cabíveis.

2. Pedido de suspensão do feito rejeitado, uma vez que a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto, que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

3. Uma vez que não há determinação expressa pelo STF, a suspensão da demanda é mera faculdade, a qual afasto, em nome da duração razoável do processo.

4. A jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

5. Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

6. *Cumpra asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.*

7. *O ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.*

8. *Resta evidente, portanto, que o ICMS não tem a natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.*

9. *Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, observada a prescrição quinquenal e segundo a lei vigente ao tempo do ajuizamento da demanda que ocorreu em 26/07/2018.*

9. *Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil.*

10. *O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior.*

11. *Recurso de apelação da União.*

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5018463-83.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 16/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 24/04/2020)

Com relação ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o correspondente ao valor destacado na nota fiscal.

Ressalte-se que a decisão foi elaborada nos termos da RE 574.706, restando claro que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída.

Nesse sentido, julgados desta E. Corte:

AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

O resultado do julgamento do RE nº 574.706/PR pelo e. Supremo Tribunal Federal, que em sessão plenária do dia 15.03.2017, sob a sistemática de repercussão geral, resultou no Tema 69.

Conforme o resultado desse julgamento, todo o ICMS deve ser expurgado da base de cálculo das duas contribuições (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019), já que, como se infere do voto da Ministra Relatora, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo, deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS. A propósito: RE 209314 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 14-09-2018 PUBLIC 17-09-2018.

Desnecessário aguardar-se o resultado de embargos de declaração e/ou modulação de efeitos, porquanto essas situações não são impeditivas da aplicação de decisão da Suprema Corte que afirma a inconstitucionalidade de exação. Nesse sentido: ARE 1202776 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 11/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-241 DIVULG 04-11-2019 PUBLIC 05-11-2019. Nesta Corte Regional: 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000328-22.2017.4.03.6144, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 05/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 09/12/2019.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5005827-51.2019.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSOM DI SALVO, julgado em 24/04/2020, Intimação via sistema DATA: 27/04/2020)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL IDENTIFICADO E RETIFICADO. CONTRADIÇÃO INEXISTENTE. RESTOU DEMONSTRADO NO JULGADO QUE O ICMS DESTACADO EM NOTA FISCAL DEVE SER EXCLUÍDO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. OBEDIÊNCIA AO ART. 26-A DA LEI 11.457/07. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(AC 5000356-38.2017.4.03.6128, Rel. Desembargador Federal JOHONSON DI SALVO, Sexta Turma, j. 25.07.2019, DJE 26.07.2019)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. RE 574.706. VINCULAÇÃO. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Descabe o pedido da União de sobrestamento do feito até a finalização do julgamento do RE nº 574.706/PR. Cabe ratificar novamente, que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- No tocante ao ICMS que deve ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, a decisão agravada foi explícita quanto a matéria ora discutida: "Assinalo que, o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal, eis que deve ser excluído, do conceito de receita, todo o ICMS faturado e não o valor devido após as deduções do imposto anteriormente cobrado".

- Assim, não há que se falar em inovação recursal a respeito do valor excluído da base de cálculo do PIS/COFINS ser o destacado na nota fiscal, uma vez que este é o que se amolda ao conceito de faturamento, objeto da discussão apresentada nos presentes autos, que teve por fundamento o RE 574.706. Anote-se que, o pedido formulado na inicial foi expresso ao requerer a exclusão da exação sobre a base de cálculo do PIS e da COFINS. Foi exatamente isso que foi decidido pelo STF e que ora se decide.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decisum a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

- Negado provimento ao agravo interno.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5001990-25.2018.4.03.6002, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 21/04/2020, Intimação via sistema DATA: 27/04/2020)

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. ICMS. VALOR DESTACADO NA NOTA FISCAL. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.

1. Prevê o artigo 1.022 do CPC que a oposição dos aclaratórios somente tem cabimento para esclarecimento de obscuridade ou eliminação de contradição, para suprimir omissão sobre ponto ou questão sobre o qual o julgado deveria se pronunciar, ou, ainda, para corrigir erro material existente no decisório.

2. Na espécie, não se fazem presentes quaisquer dos aludidos vícios.

3. Relativamente ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS, sustenta a União Federal que deve ser o ICMS efetivamente recolhido. Todavia, com efeito, o ICMS a ser excluído é o destacado nos documentos fiscais de saída, vez que é esse montante que integra a indigitada base de cálculo.

5. Na ocasião do julgamento do RE n. 574.706, a Ministra Cármen Lúcia enfrentou diretamente essa questão, consignando que o ICMS a ser excluído não é o ICMS "pago" ou "recolhido", mas o ICMS destacado na nota fiscal.

6. Assim sendo, repise-se, tem a impetrante o direito de excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS o valor integral do ICMS destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias do seu estabelecimento, inclusive após o advento da Lei nº 12.973/2014.

7. Embargos de declaração, opostos pela União Federal, que restam rejeitados.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5000702-41.2017.4.03.6143, Rel. Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, julgado em 22/04/2020, Intimação via sistema DATA: 24/04/2020)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA – TUTELA PROVISÓRIA. STF – RE Nº 574.706. ICMS – BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS – EXCLUSÃO. ICMS DESTACADO NAS NOTAS FISCAIS.

1. A jurisprudência tem se pautado na possibilidade do julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático. A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706 por ocasião da apreciação dos embargos de declaração consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

2. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.

3. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

4. Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5000823-63.2020.4.03.0000, Rel. Juiz Federal Convocado na Titularidade Plena LEILA PAIVA MORRISON, julgado em 16/04/2020, Intimação via sistema DATA: 23/04/2020)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE E CONTRADIÇÃO. DUPLOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1.022 do atual Código de Processo Civil, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado, e, ainda, corrigir erro material.

2. O caráter infringente dos embargos, por sua vez, somente é admitido a título excepcional, quando da eliminação da contradição ou da omissão decorrer, logicamente, a modificação do julgamento embargado.

3. O C. Supremo Tribunal Federal reafirmou seu entendimento anterior e pacificou a questão definindo, com repercussão geral, no julgamento do RE 574.706, que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, conforme acórdão publicado em 02/10/2017.

4. É sabido que, a despeito de não ter concluído o julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais, como, aliás, se denota do seguinte excerto daquele julgado.

5. É entendimento sedimentado do Superior Tribunal de Justiça que o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão (EDcl no MS 21.315-DF, Rel. Min. Diva Malerbi, Desembargadora convocada do TRF da 3ª Região, julgado em 8/6/2016, DJe 15/6/2016 - Informativo de Jurisprudência nº 0585).

6. Duplos embargos de declaração rejeitados.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0003717-10.2019.4.03.9999, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 16/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 22/04/2020)

Por fim, não há razão para se impor sanção por litigância de má-fé, pois não evidenciadas as hipóteses do artigo 80 do Código de Processo Civil.

De outra parte, as razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

Assim, não vislumbro qualquer vício a justificar a reforma da decisão ora agravada.

Pelo exposto, **nego provimento** ao agravo interno.

É como voto.

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Acolho a preliminar de sobrestamento. Se vencido, acompanho pela conclusão.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. JULGAMENTO DO RE 574.706-PR. TEMA 69 DA REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo. Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.

3. No tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

4. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

5. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisor, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

6. Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por maioria, não acolheu a preliminar de sobrestamento do feito, no julgamento ocorrido nos moldes do artigo 942, do Código de Processo Civil, nos termos do voto da Relatora, acompanhado pelos votos dos Desembargadores Federais Johnson Di Salvo e Souza Ribeiro, e da Juíza Federal Convocada Denise Avelar, vencido o Desembargador Federal Fábio Prieto, que a acolhia. Prosseguindo, no mérito, a Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno interposto, nos termos do voto da Relatora, acompanhada pelo voto do Desembargador Federais Johnson Di Salvo e do voto do Desembargador Federal Fábio Prieto, pela conclusão. Lavrará o acórdão a Relatora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000076-40.2017.4.03.6137

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: COMERCIAL IKEDA LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: HAMILTON DONIZETI RAMOS FERNANDEZ - SP209895-N

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, COMERCIAL IKEDA LTDA

Advogado do(a) APELADO: HAMILTON DONIZETI RAMOS FERNANDEZ - SP209895-N

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000076-40.2017.4.03.6137

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: COMERCIAL IKEDA LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: HAMILTON DONIZETI RAMOS FERNANDEZ - SP209895-N

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, COMERCIAL IKEDA LTDA

Advogado do(a) APELADO: HAMILTON DONIZETI RAMOS FERNANDEZ - SP209895-N

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de agravo interno interpostos pela UNIAO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL) e por COMERCIAL IKEDA LTDA., com fulcro no artigo 1.021 do Código de Processo Civil, em face da r. decisão monocrática (ID 108228798) que, nos termos do art. 932, V, do Código de Processo Civil de 2015, negou provimento às apelações, mantendo a r. sentença que julgou procedente a ação, *“para declarar o direito da parte autora a excluir o montante do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS devidos, bem como reconhecer o direito à repetição do indébito consistente nos valores recolhidos a título de PIS e COFINS cuja base de cálculo incluiu o ICMS, observada a prescrição quinquenal em relação ao ajuizamento da presente ação, sendo os valores apurados em cumprimento de sentença. CONDENO a UNIÃO ao pagamento de honorários sucumbenciais no importe de 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa.”*

Sustenta a União Federal (ID 120059212), em síntese, a suspensão do presente feito até a finalização do julgamento do RE nº 574.706/PR, considerando, inclusive, a oposição de embargos de declaração pela Fazenda Nacional e o acórdão deles resultante. Pugna pela manutenção da parcela do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS. Aduz que o montante do ICMS integra o valor do preço da mercadoria vendida ou preço do serviço prestado. Requer a retratação da decisão agravada ou, caso não seja este o entendimento, pleiteia a submissão do presente ao julgamento da E. Turma.

Sustenta a parte autora (ID 123751486), em síntese, que no caso, a fixação de sucumbência contra a Fazenda Nacional não obedeceu à norma cogente constante do artigo 85, parágrafo 3º, incisos I a IV, do CPC, em especial, do inciso II do parágrafo 4º do mesmo artigo, vez que se trata de sentença ilíquida. Pretende *“a condenação da União – Fazenda Nacional em verba sucumbencial conforme disposto no artigo 85, parágrafo 3º, incisos I a IV, c.c. o inciso II do parágrafo 4º do mesmo artigo, vez que trata-se de sentença ilíquida onde o proveito financeiro depende de apuração.”* Requer a retratação da decisão agravada ou, caso não seja este o entendimento, pleiteia a submissão do presente ao julgamento da E. Turma.

Com contrarrazões da parte autora (ID 123751493) e da União Federal (ID 127350155).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000076-40.2017.4.03.6137

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: COMERCIAL IKEDA LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: HAMILTON DONIZETI RAMOS FERNANDEZ - SP209895-N

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, COMERCIAL IKEDA LTDA

Advogado do(a) APELADO: HAMILTON DONIZETI RAMOS FERNANDEZ - SP209895-N

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

"EMENTA"

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. AÇÃO ORDINÁRIA. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. JULGAMENTO DO RE 574.706-PR. TEMA 69 DA REPERCUSSÃO GERAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AGRAVOS DESPROVIDOS.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo. Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.

3. No tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

4. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

6. Não há óbice à fixação, desde logo, dos honorários advocatícios sobre o valor do proveito econômico obtido, ainda que seja efetivamente apurado somente na fase de liquidação e execução do julgado. O § 2º do art. 85 do CPC/2015 autoriza que os honorários sejam fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor do proveito econômico obtido, regra que se ajusta à hipótese destes autos, devido à peculiaridade da causa de pedir que versa sobre a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e, ainda, a compensação de créditos tributários ou restituição do indébito tributário. Essa regra encontra-se consagrada no art. 85 do Código de Processo Civil de 2015.

7. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisor, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Não é de serem providos os agravos.

A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo.

Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamientos emanados em sede de repercussão geral.

Ademais, no tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

Com efeito, a questão dos presentes autos não carece de maiores debates, visto que o Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "**O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins**". O v. acórdão encontra-se assim ementado, *in verbis*:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, *in fine*, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Seguindo essa orientação, trago à colação precedentes desta E. Corte:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – AGRAVO INTERNO – INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS – INCONSTITUCIONALIDADE – APLICAÇÃO IMEDIATA DA TESE.

1. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições sociais, no regime de repercussão geral: a pendência de embargos de declaração, no Supremo Tribunal Federal, não impede a imediata aplicação da tese.

2. A eventual limitação dos efeitos da decisão, pelo Supremo Tribunal Federal, deverá ser objeto de recurso próprio, se for o caso.

3. Agravo interno improvido.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 0000927-30.2017.4.03.6117, Rel. Desembargador Federal FABIO PRIETO DE SOUZA, julgado em 25/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 30/04/2020)

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS FATURADO DEVE SER EXCLUÍDO, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NAQUELE JULGADO. RECURSO DESPROVIDO.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000234-74.2017.4.03.6144, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSOM DI SALVO, julgado em 24/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 29/04/2020)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE 574.706. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão, resultante do julgamento dos embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Ademais, quanto à insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- Quanto aos artigos 489, § 1º, IV a VI, 525 § 13, 926, 927 § 3º, 1.036, 1.039, 1.040 do CPC e 27 da Lei n.º 9.868/99, inexistente na decisão qualquer ofensa aos referidos dispositivos legais.

- No tocante ao ICMS que deve ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, a decisão foi explícita quanto a matéria ora discutida: "Assinalo que, o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal, eis que deve ser excluído, do conceito de receita, todo o ICMS faturado e não o valor devido após as deduções do imposto anteriormente cobrado".

- Destaco a inexistência de ofensa aos arts. 141, 490 e 492 do CPC. Não há que se falar em ausência de pedido a respeito do valor excluído da base de cálculo do PIS/COFINS ser o destacado na nota fiscal, uma vez que este é o que se amolda ao conceito de faturamento, objeto da discussão apresentada nos presentes autos, que teve por fundamento o RE 574.706. Anote-se que, o pedido formulado na inicial foi expresso ao requerer a exclusão da exação sobre a base de cálculo do PIS e da COFINS. Foi exatamente isso que foi decidido pelo STF e que ora se decide.

- O entendimento delineado é no sentido de que todo o ICMS faturado deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

- Não se mostra cabível a aplicação da multa por litigância de má-fé, pois a decisão tem gerado inúmeras controvérsias, já que provocou a alteração de jurisprudência até então sedimentada.

.- Descabida a condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei n.º 12.016/2009.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decisum a ponto de demonstrar qualquer desacerto.

- Negado provimento ao agravo interno.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000590-40.2018.4.03.6110, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 01/05/2020, Intimação via sistema DATA: 05/05/2020)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS E DO PIS. ILEGALIDADE. STF. RE 574.706/PR. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 069. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.

1. Ao apreciar o tema no âmbito do RE 574.706/PR-RG (Rel. Min. Cármen Lúcia), o E. STF firmou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS."

2. Acresça-se, por oportuno, que a pendência de análise de modulação dos efeitos, pelo eventual acolhimento dos aclaratórios opostos no referido RE 574.706/PR, não tem o condão de atrair o efeito suspensivo aqui perseguido, não merecendo, também nesse viés, prosperar o presente recurso oposto pela União Federal - nesse exato sentido, aliás, AC 2015.61.10.008586-0/SP, Relator Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE, decisão de 08/03/2018, D.E. 23/03/2018; EDcl na AMS 2007.61.12.007763-9/SP, Relator Desembargador Federal MARCELO SARAIVA, decisão de 26/03/2018, D.E. 05/04/2018, e AMS 2014.61.05.010541-3/SP, Relatora Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE, Quarta Turma, j. 21/02/2018, D.E. 22/03/2018.

3. Embargos de declaração, opostos pela União Federal, rejeitados.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5000284-62.2018.4.03.6113, Rel. Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, julgado em 04/05/2020, Intimação via sistema DATA: 05/05/2020)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.

1. O cerne da presente controvérsia gravita em torno do reconhecimento do direito da empresa autora à exclusão dos valores correspondentes ao ICMS na base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e a COFINS, bem como a compensação dos valores tidos como indevidamente recolhidos, nos últimos 05 (cinco) anos, com os acréscimos cabíveis.

2. Pedido de suspensão do feito rejeitado, uma vez que a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto, que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

3. Uma vez que não há determinação expressa pelo STF, a suspensão da demanda é mera faculdade, a qual afasto, em nome da duração razoável do processo.

4. A jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

5. Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

6. Cumpre asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

7. O ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.

8. Resta evidente, portanto, que o ICMS não tem a natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

9. Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, observada a prescrição quinquenal e segundo a lei vigente ao tempo do ajuizamento da demanda que ocorreu em 26/07/2018.

9. Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil.

10. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior.

11. Recurso de apelação da União.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5018463-83.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 16/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 24/04/2020)

Por fim, não prospera o pedido da parte autora para que incida o disposto no art. 85, § 4º, II do CPC/2015, segundo o qual (...) não sendo líquida a sentença, a definição do percentual, nos termos previstos nos incisos I a V, somente ocorrerá quando liquidado o julgado.

Não há óbice à fixação, desde logo, dos honorários advocatícios sobre o valor do proveito econômico obtido, ainda que seja efetivamente apurado somente na fase de liquidação e execução do julgado. O § 2º do art. 85 do CPC/2015 autoriza que os honorários sejam fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor do proveito econômico obtido, regra que se ajusta à hipótese destes autos, devido à peculiaridade da causa de pedir que versa sobre a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e, ainda, a compensação de créditos tributários ou restituição do indébito tributário. Essa regra encontra-se consagrada no art. 85 do Código de Processo Civil de 2015.

Ademais, a condenação da União ao pagamento de honorários advocatícios atende ao critério da equidade e razoabilidade, sendo considerado, ainda, a menor complexidade da causa, circunstâncias que não destoam do quanto preceituado nos dispositivos do art. 85 do Código de Processo Civil de 2015.

De outra parte, as razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

Assim, não vislumbro qualquer vício a justificar a reforma da decisão ora agravada.

Pelo exposto, **nego provimento** aos agravos internos da União Federal e da parte autora.

É como voto.

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Acolho a preliminar de sobrestamento. Se vencido, acompanhamento pela conclusão.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. AÇÃO ORDINÁRIA. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. JULGAMENTO DO RE 574.706-PR. TEMA 69 DA REPERCUSSÃO GERAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AGRAVOS DESPROVIDOS.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo. Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronúncias emanados em sede de repercussão geral.

3. No tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

4. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

6. Não há óbice à fixação, desde logo, dos honorários advocatícios sobre o valor do proveito econômico obtido, ainda que seja efetivamente apurado somente na fase de liquidação e execução do julgado. O § 2º do art. 85 do CPC/2015 autoriza que os honorários sejam fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor do proveito econômico obtido, regra que se ajusta à hipótese destes autos, devido à peculiaridade da causa de pedir que versa sobre a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e, ainda, a compensação de créditos tributários ou restituição do indébito tributário. Essa regra encontra-se consagrada no art. 85 do Código de Processo Civil de 2015.

7. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisor, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

8. Agravos internos da União Federal e da parte autora desprovidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por maioria, não acolheu a preliminar de sobrestamento do feito, no julgamento ocorrido nos moldes do artigo 942, do Código de Processo Civil, nos termos do voto da Relatora, acompanhado pelos votos dos Desembargadores Federais Johansom Di Salvo e Souza Ribeiro, e da Juíza Federal Convocada Denise Avelar, vencido o Desembargador Federal Fábio Prieto, que a acolhia. Prosseguindo, no mérito, a Turma, por unanimidade, negou provimento aos agravos internos da União Federal e da parte autora, nos termos do voto da Relatora, acompanhada pelo voto do Desembargador Federais Johansom Di Salvo e do voto do Desembargador Federal Fábio Prieto, pela conclusão. Lavrará o acórdão a Relatora., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002686-56.2017.4.03.6108

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: CARSTEN SERVICOS E TRANSPORTES LTDA - EPP

Advogado do(a) APELADO: JOSE NORIVAL PEREIRA JUNIOR - SP202627-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002686-56.2017.4.03.6108

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: CARSTEN SERVICOS E TRANSPORTES LTDA - EPP

Advogado do(a) APELADO: JOSE NORIVAL PEREIRA JUNIOR - SP202627-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de agravo interno interposto pela UNIAO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL), com fulcro no artigo 1.021 do Código de Processo Civil, em face da r. decisão monocrática (ID 101890942) que, nos termos do art. 932, V, do Código de Processo Civil de 2015, deu parcial provimento à apelação tão somente para excluir a possibilidade de compensação com as contribuições previdenciárias, mantendo a r. sentença que julgou procedente a ação, reconhecendo indevida a inclusão de parcela relativa ao ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, autorizou a devolução dos valores indevidamente recolhidos, observada a prescrição quinquenal.

Sustenta a agravante, em síntese, a suspensão do presente feito até a finalização do julgamento do RE nº 574.706/PR, considerando, inclusive, a oposição de embargos de declaração pela Fazenda Nacional e o acórdão deles resultante. Pugna pela manutenção da parcela do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS. Aduz que o montante do ICMS integra o valor do preço da mercadoria vendida ou preço do serviço prestado.

Requer a retratação da decisão agravada ou, caso não seja este o entendimento, pleiteia a submissão do presente ao julgamento da E. Turma.

Em contrarrazões (ID 124606007), a agravada sustenta, em síntese, a desnecessidade de suspensão do processo em comento até publicação do resultado do julgamento nos embargos de declaração, pois a tese já está firmada em repercussão geral. Alega a aplicação do entendimento do Supremo Tribunal Federal (RE n.º 574.706/PR), que já reconheceu o direito de se excluir o ICMS da Base de Cálculo do PIS e da COFINS.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002686-56.2017.4.03.6108
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: CARSTEN SERVICOS E TRANSPORTES LTDA - EPP
Advogado do(a) APELADO: JOSE NORIVAL PEREIRA JUNIOR - SP202627-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

"EMENTA"

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. AÇÃO ORDINÁRIA. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. JULGAMENTO DO RE 574.706-PR. TEMA 69 DA REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. *Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo. Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.*

3. *No tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.*

4. *O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".*

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

6. *Agravo interno desprovido.*

ASENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Não é de ser provido o agravo.

A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo.

Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.

Ademais, no tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

Com efeito, a questão dos presentes autos não carece de maiores debates, visto que o Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "**O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins**". O v. acórdão encontra-se assimmentado, *in verbis*:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. *Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.*

2. *A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.*

3. *O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.*

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Seguindo essa orientação, trago à colação precedentes desta E. Corte:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – AGRAVO INTERNO – INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS – INCONSTITUCIONALIDADE – APLICAÇÃO IMEDIATA DA TESE.

1. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições sociais, no regime de repercussão geral: a pendência de embargos de declaração, no Supremo Tribunal Federal, não impede a imediata aplicação da tese.

2. A eventual limitação dos efeitos da decisão, pelo Supremo Tribunal Federal, deverá ser objeto de recurso próprio, se for o caso.

3. Agravo interno improvido.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 0000927-30.2017.4.03.6117, Rel. Desembargador Federal FABIO PRIETO DE SOUZA, julgado em 25/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 30/04/2020)

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS FATURADO DEVE SER EXCLUÍDO, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NAQUELE JULGADO. RECURSO DESPROVIDO.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000234-74.2017.4.03.6144, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSOM DI SALVO, julgado em 24/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 29/04/2020)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE 574.706. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão, resultante do julgamento dos embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Ademais, quanto à insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- Quanto aos artigos 489, § 1º, IV a VI, 525 § 13, 926, 927 § 3º, 1.036, 1.039, 1.040 do CPC e 27 da Lei n.º 9.868/99, inexistente na decisão qualquer ofensa aos referidos dispositivos legais.

- No tocante ao ICMS que deve ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, a decisão foi explícita quanto a matéria ora discutida: "Assinalo que, o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal, eis que deve ser excluído, do conceito de receita, todo o ICMS faturado e não o valor devido após as deduções do imposto anteriormente cobrado".

- Destaco a inexistência de ofensa aos arts. 141, 490 e 492 do CPC. Não há que se falar em ausência de pedido a respeito do valor excluído da base de cálculo do PIS/COFINS ser o destacado na nota fiscal, uma vez que este é o que se amolda ao conceito de faturamento, objeto da discussão apresentada nos presentes autos, que teve por fundamento o RE 574.706. Anote-se que, o pedido formulado na inicial foi expresso ao requerer a exclusão da exação sobre a base de cálculo do PIS e da COFINS. Foi exatamente isso que foi decidido pelo STF e que ora se decide.

- O entendimento delineado é no sentido de que todo o ICMS faturado deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

- Não se mostra cabível a aplicação da multa por litigância de má-fé, pois a decisão tem gerado inúmeras controvérsias, já que provocou a alteração de jurisprudência até então sedimentada.

- Descabida a condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.016/2009.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decism a ponto de demonstrar qualquer desacerto.

- Negado provimento ao agravo interno.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000590-40.2018.4.03.6110, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 01/05/2020, Intimação via sistema DATA: 05/05/2020)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS E DO PIS. ILEGALIDADE. STF. RE 574.706/PR. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 069. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.

1. Ao apreciar o tema no âmbito do RE 574.706/PR-RG (Rel. Min. Cármen Lúcia), o E. STF firmou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS."

2. Acresça-se, por oportuno, que a pendência de análise de modulação dos efeitos, pelo eventual acolhimento dos aclaratórios opostos no referido RE 574.706/PR, não tem o condão de atrair o efeito suspensivo aqui perseguido, não merecendo, também nesse viés, prosperar o presente recurso oposto pela União Federal - nesse exato sentido, aliás, AC 2015.61.10.008586-0/SP, Relator Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE, decisão de 08/03/2018, D.E. 23/03/2018; EDcl na AMS 2007.61.12.007763-9/SP, Relator Desembargador Federal MARCELO SARAIVA, decisão de 26/03/2018, D.E. 05/04/2018, e AMS 2014.61.05.010541-3/SP, Relatora Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE, Quarta Turma, j. 21/02/2018, D.E. 22/03/2018.

3. Embargos de declaração, opostos pela União Federal, rejeitados.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5000284-62.2018.4.03.6113, Rel. Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, julgado em 04/05/2020, Intimação via sistema DATA: 05/05/2020)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.

1. O cerne da presente controvérsia gravita em torno do reconhecimento do direito da empresa autora à exclusão dos valores correspondentes ao ICMS da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e a COFINS, bem como a compensação dos valores tidos como indevidamente recolhidos, nos últimos 05 (cinco) anos, com os acréscimos cabíveis.

2. Pedido de suspensão do feito rejeitado, uma vez que a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto, que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

3. Uma vez que não há determinação expressa pelo STF, a suspensão da demanda é mera faculdade, a qual afasto, em nome da duração razoável do processo.

4. A jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

5. Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

6. Cumpre asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

7. O ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.

8. Resta evidente, portanto, que o ICMS não tem a natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

9. Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, observada a prescrição quinquenal e segundo a lei vigente ao tempo do ajuizamento da demanda que ocorreu em 26/07/2018.

9. Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil.

10. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior.

11. Recurso de apelação da União.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5018463-83.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 16/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 24/04/2020)

De outra parte, as razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

Assim, não vislumbro qualquer vício a justificar a reforma da decisão ora agravada.

Pelo exposto, **nego provimento** ao agravo interno.

É como voto.

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Acolho a preliminar de sobrestamento. Se vencido, acompanho pela conclusão.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. AÇÃO ORDINÁRIA. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. JULGAMENTO DO RE 574.706-PR. TEMA 69 DA REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. *Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo. Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.*

3. *No tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.*

4. *O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".*

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

6. *Agravo interno desprovido.*

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por maioria, não acolheu a preliminar de sobrestamento do feito, no julgamento ocorrido nos moldes do artigo 942, do Código de Processo Civil, nos termos do voto da Relatora, acompanhado pelos votos dos Desembargadores Federais Johansom Di Salvo e Souza Ribeiro, e da Juíza Federal Convocada Denise Avelar, vencido o Desembargador Federal Fábio Prieto, que a acolhia. Prosseguindo, no mérito, a Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto da Relatora, acompanhada pelo voto do Desembargador Federais Johansom Di Salvo e do voto do Desembargador Federal Fábio Prieto, pela conclusão. Lavrará o acórdão a Relatora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000354-62.2017.4.03.6130

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: VIA COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: JOSE ANTONIO SALVADOR MARTHO - SP146743-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, VIA COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA.

Advogado do(a) APELADO: JOSE ANTONIO SALVADOR MARTHO - SP146743-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000354-62.2017.4.03.6130

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: VIA COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: JOSE ANTONIO SALVADOR MARTHO - SP146743-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, VIA COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA.

Advogado do(a) APELADO: JOSE ANTONIO SALVADOR MARTHO - SP146743-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de agravo interno interposto pela UNIAO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL), com fulcro no artigo 1.021 do Código de Processo Civil, em face da r. decisão monocrática (ID 95304162) que, nos termos do art. 932, V, do Código de Processo Civil de 2015, negou provimento à apelação e deu parcial provimento à remessa oficial, para restringir a compensação em relação às contribuições previdenciárias (art. 26-A, Lei nº 11.457/07), mantendo a r. sentença que concedeu a segurança reconhecendo indevida a inclusão de parcela relativa ao ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, autorizou a compensação dos valores indevidamente recolhidos, com atualização pela Taxa Selic, após o trânsito em julgado desta sentença, observada a prescrição quinquenal.

Sustenta a agravante, em síntese, a suspensão do presente feito até a finalização do julgamento do RE nº 574.706/PR, considerando, inclusive, a oposição de embargos de declaração pela Fazenda Nacional e o acórdão deles resultante. Pugna pela manutenção da parcela do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS. Aduz que o montante do ICMS integra o valor do preço da mercadoria vendida ou preço do serviço prestado. Anota que embora o STF não tenha decidido expressamente a respeito, o ICMS a ser excluído da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS é o ICMS a recolher, resultado mensal do encontro de contas entre créditos e débitos do imposto.

Requer a retratação da decisão agravada ou, caso não seja este o entendimento, pleiteia a submissão do presente ao julgamento da E. Turma.

Em contrarrazões (ID 107508209), a agravada sustenta, em síntese, que deve ser mantida integralmente a r. decisão monocrática, que não fez qualquer limitação em relação ao ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS, ou seja, que corretamente aplicou o entendimento do STF fixado no RE 574.706/PR e decidiu que o ICMS incidente na saída deve ser excluído na base de cálculo do PIS e da COFINS. Aduz que se faz necessário deixar claro que o direito ao creditamento incide sobre os valores faturados pela Agravada, destacados nas notas fiscais, e não sobre o valor do ICMS por ela recolhido.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000354-62.2017.4.03.6130

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: VIA COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: JOSE ANTONIO SALVADOR MARTHO - SP146743-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, VIA COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA.

Advogado do(a) APELADO: JOSE ANTONIO SALVADOR MARTHO - SP146743-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

"EMENTA"

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. JULGAMENTO DO RE 574.706-PR. TEMA 69 DA REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo. Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.

3. No tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

4. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

5. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decism, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

6. Agravo interno desprovido.

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Não é de ser provido o agravo.

A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo.

Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.

Ademais, no tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

Com efeito, a questão dos presentes autos não carece de maiores debates, visto que o Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "**O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins**". O v. acórdão encontra-se assim ementado, *in verbis*:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir; conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Seguindo essa orientação, trago à colação precedentes desta E. Corte:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – AGRAVO INTERNO – INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS – INCONSTITUCIONALIDADE – APLICAÇÃO IMEDIATA DA TESE.

1. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições sociais, no regime de repercussão geral: a pendência de embargos de declaração, no Supremo Tribunal Federal, não impede a imediata aplicação da tese.

2. A eventual limitação dos efeitos da decisão, pelo Supremo Tribunal Federal, deverá ser objeto de recurso próprio, se for o caso.

3. Agravo interno improvido.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 0000927-30.2017.4.03.6117, Rel. Desembargador Federal FABIO PRIETO DE SOUZA, julgado em 25/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 30/04/2020)

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS FATURADO DEVE SER EXCLUÍDO, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NAQUELE JULGADO. RECURSO DESPROVIDO.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000234-74.2017.4.03.6144, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHNSOM DI SALVO, julgado em 24/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 29/04/2020)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE 574.706. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão, resultante do julgamento dos embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Ademais, quanto à insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- Quanto aos artigos 489, § 1º, IV a VI, 525 § 13, 926, 927 § 3º, 1.036, 1.039, 1.040 do CPC e 27 da Lei n.º 9.868/99, inexistente na decisão qualquer ofensa aos referidos dispositivos legais.

- No tocante ao ICMS que deve ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, a decisão foi explícita quanto a matéria ora discutida: "Assinalo que, o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal, eis que deve ser excluído, do conceito de receita, todo o ICMS faturado e não o valor devido após as deduções do imposto anteriormente cobrado".

- Destaco a inexistência de ofensa aos arts. 141, 490 e 492 do CPC. Não há que se falar em ausência de pedido a respeito do valor excluído da base de cálculo do PIS/COFINS ser o destacado na nota fiscal, uma vez que este é o que se amolda ao conceito de faturamento, objeto da discussão apresentada nos presentes autos, que teve por fundamento o RE 574.706. Anote-se que, o pedido formulado na inicial foi expresso ao requerer a exclusão da exação sobre a base de cálculo do PIS e da COFINS. Foi exatamente isso que foi decidido pelo STF e que ora se decide.

- O entendimento delineado é no sentido de que todo o ICMS faturado deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

- Não se mostra cabível a aplicação da multa por litigância de má-fé, pois a decisão tem gerado inúmeras controvérsias, já que provocou a alteração de jurisprudência até então sedimentada.

- Descabida a condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.016/2009.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decisum a ponto de demonstrar qualquer desacerto.

- Negado provimento ao agravo interno.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000590-40.2018.4.03.6110, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 01/05/2020, Intimação via sistema DATA: 05/05/2020)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS E DO PIS. ILEGALIDADE. STF. RE 574.706/PR. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 069. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.

1. Ao apreciar o tema no âmbito do RE 574.706/PR-RG (Rel. Min. Cármen Lúcia), o E. STF firmou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS."

2. Acresça-se, por oportuno, que a pendência de análise de modulação dos efeitos, pelo eventual acolhimento dos aclaratórios opostos no referido RE 574.706/PR, não tem o condão de atrair o efeito suspensivo aqui perseguido, não merecendo, também nesse viés, prosperar o presente recurso oposto pela União Federal - nesse exato sentido, aliás, AC 2015.61.10.008586-0/SP, Relator Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE, decisão de 08/03/2018, D.E. 23/03/2018; EDcl na AMS 2007.61.12.007763-9/SP, Relator Desembargador Federal MARCELO SARAIVA, decisão de 26/03/2018, D.E. 05/04/2018, e AMS 2014.61.05.010541-3/SP, Relatora Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE, Quarta Turma, j. 21/02/2018, D.E. 22/03/2018.

3. Embargos de declaração, opostos pela União Federal, rejeitados.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5000284-62.2018.4.03.6113, Rel. Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, julgado em 04/05/2020, Intimação via sistema DATA: 05/05/2020)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.

1. O cerne da presente controvérsia gravita em torno do reconhecimento do direito da empresa autora à exclusão dos valores correspondentes ao ICMS da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e a COFINS, bem como a compensação dos valores tidos como indevidamente recolhidos, nos últimos 05 (cinco) anos, com os acréscimos cabíveis.

2. Pedido de suspensão do feito rejeitado, uma vez que a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto, que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

3. Uma vez que não há determinação expressa pelo STF, a suspensão da demanda é mera faculdade, a qual afasto, em nome da duração razoável do processo.

4. A jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

5. Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

6. Cumpre asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

7. O ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.

8. Resta evidente, portanto, que o ICMS não tem a natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

9. Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, observada a prescrição quinquenal e segundo a lei vigente ao tempo do ajuizamento da demanda que ocorreu em 26/07/2018.

9. Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil.

10. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior:

11. Recurso de apelação da União.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5018463-83.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 16/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 24/04/2020)

Com relação ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o correspondente ao valor destacado na nota fiscal.

Ressalte-se que a decisão foi elaborada nos termos da RE 574.706, restando claro que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída.

Nesse sentido, julgados desta E. Corte:

AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

O resultado do julgamento do RE nº 574.706/PR pelo e. Supremo Tribunal Federal, que em sessão plenária do dia 15.03.2017, sob a sistemática de repercussão geral, resultou no Tema 69.

Conforme o resultado desse julgamento, todo o ICMS deve ser expurgado da base de cálculo das duas contribuições (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019), já que, como se infere do voto da Ministra Relatora, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo, deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS. A propósito: RE 209314 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 14-09-2018 PUBLIC 17-09-2018.

Desnecessário aguardar-se o resultado de embargos de declaração e/ou modulação de efeitos, porquanto essas situações não são impeditivas da aplicação de decisão da Suprema Corte que afirma a inconstitucionalidade de exação. Nesse sentido: ARE 1202776 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 11/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-241 DIVULG 04-11-2019 PUBLIC 05-11-2019. Nesta Corte Regional: 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000328-22.2017.4.03.6144, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 05/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 09/12/2019.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5005827-51.2019.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHNSOM DI SALVO, julgado em 24/04/2020, Intimação via sistema DATA: 27/04/2020)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL IDENTIFICADO E RETIFICADO. CONTRADIÇÃO INEXISTENTE. RESTOU DEMONSTRADO NO JULGADO QUE O ICMS DESTACADO EM NOTA FISCAL DEVE SER EXCLUÍDO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. OBEDIÊNCIA AO ART. 26-A DA LEI 11.457/07. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(AC 5000356-38.2017.4.03.6128, Rel. Desembargador Federal JOHONSON DI SALVO, Sexta Turma, j. 25.07.2019, DJE 26.07.2019)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. RE 574.706. VINCULAÇÃO. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Descabe o pedido da União de sobrestamento do feito até a finalização do julgamento do RE nº 574.706/PR. Cabe ratificar novamente, que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- No tocante ao ICMS que deve ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, a decisão agravada foi explícita quanto a matéria ora discutida: "Assinalo que, o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal, eis que deve ser excluído, do conceito de receita, todo o ICMS faturado e não o valor devido após as deduções do imposto anteriormente cobrado".

- Assim, não há que se falar em inovação recursal a respeito do valor excluído da base de cálculo do PIS/COFINS ser o destacado na nota fiscal, uma vez que este é o que se amolda ao conceito de faturamento, objeto da discussão apresentada nos presentes autos, que teve por fundamento o RE 574.706. Anote-se que, o pedido formulado na inicial foi expresso ao requerer a exclusão da exação sobre a base de cálculo do PIS e da COFINS. Foi exatamente isso que foi decidido pelo STF e que ora se decide.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decisum a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

- Negado provimento ao agravo interno.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5001990-25.2018.4.03.6002, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 21/04/2020, Intimação via sistema DATA: 27/04/2020)

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. ICMS. VALOR DESTACADO NA NOTA FISCAL. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.

1. Prevê o artigo 1.022 do CPC que a oposição dos aclaratórios somente tem cabimento para esclarecimento de obscuridade ou eliminação de contradição, para suprimir omissão sobre ponto ou questão sobre o qual o julgado deveria se pronunciar, ou, ainda, para corrigir erro material existente no decisório.

2. Na espécie, não se fazem presentes quaisquer dos aludidos vícios.

3. Relativamente ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS, sustenta a União Federal que deve ser o ICMS efetivamente recolhido. Todavia, com efeito, o ICMS a ser excluído é o destacado nos documentos fiscais de saída, vez que é esse montante que integra a indigitada base de cálculo.

5. Na ocasião do julgamento do RE n. 574.706, a Ministra Cármen Lúcia enfrentou diretamente essa questão, consignando que o ICMS a ser excluído não é o ICMS "pago" ou "recolhido", mas o ICMS destacado na nota fiscal.

6. Assim sendo, repise-se, tem a impetrante o direito de excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS o valor integral do ICMS destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias do seu estabelecimento, inclusive após o advento da Lei nº 12.973/2014.

7. Embargos de declaração, opostos pela União Federal, que restam rejeitados.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5000702-41.2017.4.03.6143, Rel. Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, julgado em 22/04/2020, Intimação via sistema DATA: 24/04/2020)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA – TUTELA PROVISÓRIA. STF – RE Nº 574.706. ICMS – BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS – EXCLUSÃO. ICMS DESTACADO NAS NOTAS FISCAIS.

1. A jurisprudência tem se pautado na possibilidade do julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático. A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706 por ocasião da apreciação dos embargos de declaração consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

2. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.

3. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

4. Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5000823-63.2020.4.03.0000, Rel. Juiz Federal Convocado na Titularidade Plena LEILA PAIVA MORRISON, julgado em 16/04/2020, Intimação via sistema DATA: 23/04/2020)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE E CONTRADIÇÃO. DUPLOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1.022 do atual Código de Processo Civil, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado, e, ainda, corrigir erro material.

2. O caráter infringente dos embargos, por sua vez, somente é admitido a título excepcional, quando da eliminação da contradição ou da omissão decorrer, logicamente, a modificação do julgamento embargado.

3. O C. Supremo Tribunal Federal reafirmou seu entendimento anterior e pacificou a questão definindo, com repercussão geral, no julgamento do RE 574.706, que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, conforme acórdão publicado em 02/10/2017.

4. É sabido que, a despeito de não ter concluído o julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais, como, aliás, se denota do seguinte excerto daquele julgado.

5. É entendimento sedimentado do Superior Tribunal de Justiça que o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão (EDcl no MS 21.315-DF, Rel. Min. Diva Malerbi, Desembargadora convocada do TRF da 3ª Região, julgado em 8/6/2016, DJe 15/6/2016 - Informativo de Jurisprudência nº 0585).

6. Duplos embargos de declaração rejeitados.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0003717-10.2019.4.03.9999, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 16/04/2020, e - DJF3 Judicial I DATA: 22/04/2020)

De outra parte, as razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

Assim, não vislumbro qualquer vício a justificar a reforma da decisão ora agravada.

Pelo exposto, **nego provimento** ao agravo interno.

É como voto.

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Acolho a preliminar de sobrestamento. Se vencido, acompanho pela conclusão.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. JULGAMENTO DO RE 574.706-PR. TEMA 69 DA REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo. Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.

3. No tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

4. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

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

6. Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por maioria, não acolheu a preliminar de sobrestamento do feito, no julgamento ocorrido nos moldes do artigo 942, do Código de Processo Civil, nos termos do voto da Relatora, acompanhado pelos votos dos Desembargadores Federais Johnson Di Salvo e Souza Ribeiro, e da Juíza Federal Convocada Denise Avelar, vencido o Desembargador Federal Fábio Prieto, que a acolhia. Prosseguindo, no mérito, a Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno interposto, nos termos do voto da Relatora, acompanhada pelo voto do Desembargador Federais Johnson Di Salvo e do voto do Desembargador Federal Fábio Prieto, pela conclusão. Lavrará o acórdão a Relatora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5004603-66.2019.4.03.6104
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: CONSTRUSHOW LITORAL MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA
Advogado do(a) APELADO: ANA PAULA PASSOS DE ALENCAR PINHEIRO - SP131490-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5004603-66.2019.4.03.6104
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: CONSTRUSHOW LITORAL MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA
Advogado do(a) APELADO: ANA PAULA PASSOS DE ALENCAR PINHEIRO - SP131490-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de agravo interno interposto pela UNIAO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL), com fulcro no artigo 1.021 do Código de Processo Civil, em face da r. decisão monocrática (ID 123952441) que, nos termos do art. 932, V, do Código de Processo Civil, negou provimento à apelação e deu parcial provimento à remessa oficial, para restringir a compensação em relação às contribuições previdenciárias (art. 26-A, Lei nº 11.457/07), mantendo a r. sentença que concedeu a segurança, reconhecendo indevida a inclusão de parcela relativa ao ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, reconheceu o direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos, corrigidos pela taxa Selic, após o trânsito em julgado, observadas a prescrição quinquenal e as limitações impostas pela lei em vigor no momento do ajuizamento da ação.

Sustenta a agravante, em síntese, a suspensão do presente feito até a finalização do julgamento do RE nº 574.706/PR, considerando, inclusive, a oposição de embargos de declaração pela Fazenda Nacional e o acórdão deles resultante. Pugna pela manutenção da parcela do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS. Aduz que o montante do ICMS integra o valor do preço da mercadoria vendida ou preço do serviço prestado.

Requer a retratação da decisão agravada ou, caso não seja este o entendimento, pleiteia a submissão do presente ao julgamento da E. Turma.

Em contrarrazões (ID 126081875), a agravada sustenta, em síntese, a desnecessidade de suspensão do processo em comento até publicação do resultado do julgamento nos embargos de declaração, pois a tese já está firmada em repercussão geral. Alega a aplicação do entendimento do Supremo Tribunal Federal (RE nº 574.706/PR), que já reconheceu o direito de se excluir o ICMS da Base de Cálculo do PIS e da COFINS.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5004603-66.2019.4.03.6104
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: CONSTRUSHOW LITORAL MATERIAIS DE CONSTRUCAO LTDA
Advogado do(a) APELADO: ANA PAULA PASSOS DE ALENCAR PINHEIRO - SP131490-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

"EMENTA"

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. JULGAMENTO DO RE 574.706-PR. TEMA 69 DA REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo. Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.

3. No tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

4. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

5. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisor, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

6. Agravo interno desprovido.

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Não é de ser provido o agravo.

A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo.

Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronúncia emanados em sede de repercussão geral.

Ademais, no tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

Com efeito, a questão dos presentes autos não carece de maiores debates, visto que o Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "**O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins**". O v. acórdão encontra-se assim ementado, *in verbis*:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Seguindo essa orientação, trago à colação precedentes desta E. Corte:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – AGRAVO INTERNO – INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS – INCONSTITUCIONALIDADE – APLICAÇÃO IMEDIATA DA TESE.

1. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições sociais, no regime de repercussão geral: a pendência de embargos de declaração, no Supremo Tribunal Federal, não impede a imediata aplicação da tese.

2. A eventual limitação dos efeitos da decisão, pelo Supremo Tribunal Federal, deverá ser objeto de recurso próprio, se for o caso.

3. Agravo interno improvido.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 0000927-30.2017.4.03.6117, Rel. Desembargador Federal FABIO PRIETO DE SOUZA, julgado em 25/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 30/04/2020)

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS FATURADO DEVE SER EXCLUÍDO, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NAQUELE JULGADO. RECURSO DESPROVIDO.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000234-74.2017.4.03.6144, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSOM DI SALVO, julgado em 24/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 29/04/2020)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE 574.706. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão, resultante do julgamento dos embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Ademais, quanto à insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- Quanto aos artigos 489, § 1º, IV a VI, 525 § 13, 926, 927 § 3º, 1.036, 1.039, 1.040 do CPC e 27 da Lei n.º 9.868/99, inexistente na decisão qualquer ofensa aos referidos dispositivos legais.

- No tocante ao ICMS que deve ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, a decisão foi explícita quanto a matéria ora discutida: "Assinalo que, o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal, eis que deve ser excluído, do conceito de receita, todo o ICMS faturado e não o valor devido após as deduções do imposto anteriormente cobrado".

- Destaco a inexistência de ofensa aos arts. 141, 490 e 492 do CPC. Não há que se falar em ausência de pedido a respeito do valor excluído da base de cálculo do PIS/COFINS ser o destacado na nota fiscal, uma vez que este é o que se amolda ao conceito de faturamento, objeto da discussão apresentada nos presentes autos, que teve por fundamento o RE 574.706. Anote-se que, o pedido formulado na inicial foi expresso ao requerer a exclusão da exação sobre a base de cálculo do PIS e da COFINS. Foi exatamente isso que foi decidido pelo STF e que ora se decide.

- O entendimento delineado é no sentido de que todo o ICMS faturado deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

- Não se mostra cabível a aplicação da multa por litigância de má-fé, pois a decisão tem gerado inúmeras controvérsias, já que provocou a alteração de jurisprudência até então sedimentada.

- Descabida a condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei n.º 12.016/2009.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decisum a ponto de demonstrar qualquer desacerto.

- Negado provimento ao agravo interno.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000590-40.2018.4.03.6110, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 01/05/2020, Intimação via sistema DATA: 05/05/2020)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS E DO PIS. ILEGALIDADE. STF. RE 574.706/PR. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 069. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.

1. Ao apreciar o tema no âmbito do RE 574.706/PR-RG (Rel. Min. Cármen Lúcia), o E. STF firmou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS."

2. Acresça-se, por oportuno, que a pendência de análise de modulação dos efeitos, pelo eventual acolhimento dos aclaratórios opostos no referido RE 574.706/PR, não tem o condão de atrair o efeito suspensivo aqui perseguido, não merecendo, também nesse viés, prosperar o presente recurso oposto pela União Federal - nesse exato sentido, aliás, AC 2015.61.10.008586-0/SP, Relator Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE, decisão de 08/03/2018, D.E. 23/03/2018; EDcl na AMS 2007.61.12.007763-9/SP, Relator Desembargador Federal MARCELO SARAIVA, decisão de 26/03/2018, D.E. 05/04/2018, e AMS 2014.61.05.010541-3/SP, Relatora Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE, Quarta Turma, j. 21/02/2018, D.E. 22/03/2018.

3. Embargos de declaração, opostos pela União Federal, rejeitados.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5000284-62.2018.4.03.6113, Rel. Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, julgado em 04/05/2020, Intimação via sistema DATA: 05/05/2020)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.

1. O cerne da presente controvérsia gravita em torno do reconhecimento do direito da empresa autora à exclusão dos valores correspondentes ao ICMS da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e a COFINS, bem como a compensação dos valores tidos como indevidamente recolhidos, nos últimos 05 (cinco) anos, com os acréscimos cabíveis.

2. Pedido de suspensão do feito rejeitado, uma vez que a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto, que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

3. Uma vez que não há determinação expressa pelo STF, a suspensão da demanda é mera faculdade, a qual afasto, em nome da duração razoável do processo.

4. A jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

5. Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

6. Cumpre asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

7. O ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.

8. Resta evidente, portanto, que o ICMS não tem a natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

9. Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, observada a prescrição quinquenal e segundo a lei vigente ao tempo do ajuizamento da demanda que ocorreu em 26/07/2018.

9. Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil.

10. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior.

11. Recurso de apelação da União.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5018463-83.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 16/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 24/04/2020)

De outra parte, as razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

Assim, não vislumbro qualquer vício a justificar a reforma da decisão ora agravada.

Pelo exposto, **nego provimento** ao agravo interno.

É como voto.

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Acolho a preliminar de sobrestamento. Se vencido, acompanho pela conclusão.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. JULGAMENTO DO RE 574.706-PR. TEMA 69 DA REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO DESPROVIDO.

- 1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.*
- 2. Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo. Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.*
- 3. No tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.*
- 4. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".*
- 5. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisum, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.*
- 6. Agravo interno desprovido.*

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por maioria, não acolheu a preliminar de sobrestamento do feito, no julgamento ocorrido nos moldes do artigo 942, do Código de Processo Civil, nos termos do voto da Relatora, acompanhado pelos votos dos Desembargadores Federais Johnsons Di Salvo e Souza Ribeiro, e da Juíza Federal Convocada Denise Avelar, vencido o Desembargador Federal Fábio Prieto, que a acolhia. Prosseguindo, no mérito, a Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno interposto, nos termos do voto da Relatora, acompanhada pelo voto do Desembargador Federais Johnsons Di Salvo e do voto do Desembargador Federal Fábio Prieto, pela conclusão. Lavrará o acórdão a Relatora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: UNITEC INDUSTRIA E COMERCIO DE ABRASIVOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: SILVIO CARPI - SP162079-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000853-11.2019.4.03.6119
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: UNITEC INDUSTRIA E COMERCIO DE ABRASIVOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: SILVIO CARPI - SP162079-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de agravo interno interposto pela UNIAO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL), com fulcro no artigo 1.021 do Código de Processo Civil, em face da r. decisão monocrática (ID 100484224) que, nos termos do art. 932, V, do Código de Processo Civil de 2015, negou provimento à apelação e deu parcial provimento à remessa oficial, para restringir a compensação em relação às contribuições previdenciárias (art. 26-A, Lei nº 11.457/07), mantendo a r. sentença que concedeu a segurança reconhecendo indevida a inclusão de parcela relativa ao ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, autorizou a restituição ou compensação dos valores indevidamente recolhidos, observada a prescrição quinquenal, com atualização pela Taxa Selic, após o trânsito em julgado.

Sustenta a agravante, em síntese, a suspensão do presente feito até a finalização do julgamento do RE nº 574.706/PR, considerando, inclusive, a oposição de embargos de declaração pela Fazenda Nacional e o acórdão deles resultante. Pugna pela manutenção da parcela do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS. Aduz que o montante do ICMS integra o valor do preço da mercadoria vendida ou preço do serviço prestado.

Requer a retratação da decisão agravada ou, caso não seja este o entendimento, pleiteia a submissão do presente ao julgamento da E. Turma.

Em contrarrazões (ID 107805446), a agravada sustenta, em síntese, a desnecessidade de suspensão do processo em comento até publicação do resultado do julgamento nos embargos de declaração, pois a tese já está firmada em repercussão geral. Alega a aplicação do entendimento do Supremo Tribunal Federal (RE n.º 574.706/PR), que já reconheceu o direito de se excluir o ICMS da Base de Cálculo do PIS e da COFINS.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000853-11.2019.4.03.6119

APELADO: UNITEC INDUSTRIA E COMERCIO DE ABRASIVOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: SILVIO CARPI - SP162079-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

"EMENTA"

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. JULGAMENTO DO RE 574.706-PR. TEMA 69 DA REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo. Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamientos emanados em sede de repercussão geral.

3. No tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

4. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

5. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisor, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

6. Agravo interno desprovido.

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Não é de ser provido o agravo.

A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo.

Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamientos emanados em sede de repercussão geral.

Ademais, no tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

Com efeito, a questão dos presentes autos não carece de maiores debates, visto que o Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "**O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins**". O v. acórdão encontra-se assimementado, *in verbis*:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, *in fine*, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Seguindo essa orientação, trago à colação precedentes desta E. Corte:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – AGRAVO INTERNO – INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS – INCONSTITUCIONALIDADE – APLICAÇÃO IMEDIATA DA TESE.

1. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições sociais, no regime de repercussão geral: a pendência de embargos de declaração, no Supremo Tribunal Federal, não impede a imediata aplicação da tese.

2. A eventual limitação dos efeitos da decisão, pelo Supremo Tribunal Federal, deverá ser objeto de recurso próprio, se for o caso.

3. Agravo interno improvido.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 0000927-30.2017.4.03.6117, Rel. Desembargador Federal FABIO PRIETO DE SOUZA, julgado em 25/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 30/04/2020)

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS FATURADO DEVE SER EXCLUÍDO, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NAQUELE JULGADO. RECURSO DESPROVIDO.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000234-74.2017.4.03.6144, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSOM DI SALVO, julgado em 24/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 29/04/2020)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE 574.706. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão, resultante do julgamento dos embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Ademais, quanto à insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- Quanto aos artigos 489, § 1º, IV a VI, 525 § 13, 926, 927 § 3º, 1.036, 1.039, 1.040 do CPC e 27 da Lei n.º 9.868/99, inexistente na decisão qualquer ofensa aos referidos dispositivos legais.

- No tocante ao ICMS que deve ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, a decisão foi explícita quanto a matéria ora discutida: "Assinalo que, o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal, eis que deve ser excluído, do conceito de receita, todo o ICMS faturado e não o valor devido após as deduções do imposto anteriormente cobrado".

- Destaco a inexistência de ofensa aos arts. 141, 490 e 492 do CPC. Não há que se falar em ausência de pedido a respeito do valor excluído da base de cálculo do PIS/COFINS ser o destacado na nota fiscal, uma vez que este é o que se amolda ao conceito de faturamento, objeto da discussão apresentada nos presentes autos, que teve por fundamento o RE 574.706. Anote-se que, o pedido formulado na inicial foi expresso ao requerer a exclusão da exação sobre a base de cálculo do PIS e da COFINS. Foi exatamente isso que foi decidido pelo STF e que ora se decide.

- O entendimento delineado é no sentido de que todo o ICMS faturado deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

- Não se mostra cabível a aplicação da multa por litigância de má-fé, pois a decisão tem gerado inúmeras controvérsias, já que provocou a alteração de jurisprudência até então sedimentada.

.- Descabida a condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei n.º 12.016/2009.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decisum a ponto de demonstrar qualquer desacerto.

- Negado provimento ao agravo interno.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000590-40.2018.4.03.6110, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 01/05/2020, Intimação via sistema DATA: 05/05/2020)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS E DO PIS. ILEGALIDADE. STF. RE 574.706/PR. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 069. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.

1. Ao apreciar o tema no âmbito do RE 574.706/PR-RG (Rel. Min. Cármen Lúcia), o E. STF firmou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS."

2. Acresça-se, por oportuno, que a pendência de análise de modulação dos efeitos, pelo eventual acolhimento dos aclaratórios opostos no referido RE 574.706/PR, não tem o condão de atrair o efeito suspensivo aqui perseguido, não merecendo, também nesse viés, prosperar o presente recurso oposto pela União Federal - nesse exato sentido, aliás, AC 2015.61.10.008586-0/SP, Relator Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE, decisão de 08/03/2018, D.E. 23/03/2018; EDcl na AMS 2007.61.12.007763-9/SP, Relator Desembargador Federal MARCELO SARAIVA, decisão de 26/03/2018, D.E. 05/04/2018, e AMS 2014.61.05.010541-3/SP, Relatora Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE, Quarta Turma, j. 21/02/2018, D.E. 22/03/2018.

3. Embargos de declaração, opostos pela União Federal, rejeitados.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5000284-62.2018.4.03.6113, Rel. Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, julgado em 04/05/2020, Intimação via sistema DATA: 05/05/2020)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.

1. O cerne da presente controvérsia gravita em torno do reconhecimento do direito da empresa autora à exclusão dos valores correspondentes ao ICMS da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e a COFINS, bem como a compensação dos valores tidos como indevidamente recolhidos, nos últimos 05 (cinco) anos, com os acréscimos cabíveis.

2. Pedido de suspensão do feito rejeitado, uma vez que a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto, que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

3. Uma vez que não há determinação expressa pelo STF, a suspensão da demanda é mera faculdade, a qual afasto, em nome da duração razoável do processo.

4. A jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

5. Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

6. Cumpre asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

7. O ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.

8. Resta evidente, portanto, que o ICMS não tem a natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

9. Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, observada a prescrição quinquenal e segundo a lei vigente ao tempo do ajuizamento da demanda que ocorreu em 26/07/2018.

9. Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil.

10. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior.

11. Recurso de apelação da União.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5018463-83.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 16/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 24/04/2020)

De outra parte, as razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

Assim, não vislumbro qualquer vício a justificar a reforma da decisão ora agravada.

Pelo exposto, **nego provimento** ao agravo interno.

É como voto.

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Acolho a preliminar de sobrestamento. Se vencido, acompanho pela conclusão.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. JULGAMENTO DO RE 574.706-PR. TEMA 69 DA REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo. Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.

3. No tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

4. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

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

6. Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por maioria, não acolheu a preliminar de sobrestamento do feito, no julgamento ocorrido nos moldes do artigo 942, do Código de Processo Civil, nos termos do voto da Relatora, acompanhado pelos votos dos Desembargadores Federais Johansom Di Salvo e Souza Ribeiro, e da Juíza Federal Convocada Denise Avelar, vencido o Desembargador Federal Fábio Prieto, que a acolhia. Prosseguindo, no mérito, a Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno interposto, nos termos do voto da Relatora, acompanhada pelo voto do Desembargador Federais Johansom Di Salvo e do voto do Desembargador Federal Fábio Prieto, pela conclusão. Lavrará o acórdão a Relatora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0025736-72.2016.4.03.6100

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: OLEOS MENU INDUSTRIA E COMERCIO LIMITADA

Advogados do(a) APELADO: BENEDICTO CELSO BENICIO - SP20047-A, CAMILA DE CAMARGO VIEIRA ALTERO - SP242542-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0025736-72.2016.4.03.6100

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: OLEOS MENU INDUSTRIA E COMERCIO LIMITADA

Advogados do(a) APELADO: BENEDICTO CELSO BENICIO - SP20047-A, CAMILA DE CAMARGO VIEIRA ALTERO - SP242542-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de agravo interno interposto pela UNIAO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL), com fulcro no artigo 1.021 do Código de Processo Civil, em face da r. decisão monocrática (ID 104921868) que, nos termos do art. 932, V, do Código de Processo Civil de 2015, negou provimento à apelação e deu parcial provimento à remessa oficial, para restringir a compensação em relação às contribuições previdenciárias (art. 26-A, Lei nº 11.457/07), mantendo a r. sentença que concedeu a segurança reconhecendo indevida a inclusão de parcela relativa ao ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, autorizou a compensação dos valores indevidamente recolhidos, nos últimos 5 (cinco) anos que antecederam o ajuizamento da ação, com outros tributos administrados pela Receita Federal do Brasil, atualizados pela taxa Selic.

Sustenta a agravante, em síntese, a suspensão do presente feito até a finalização do julgamento do RE nº 574.706/PR, considerando, inclusive, a oposição de embargos de declaração pela Fazenda Nacional e o acórdão deles resultante. Pugna pela manutenção da parcela do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS. Aduz que o montante do ICMS integra o valor do preço da mercadoria vendida ou preço do serviço prestado.

Requer a retratação da decisão agravada ou, caso não seja este o entendimento, pleiteia a submissão do presente ao julgamento da E. Turma.

Em contrarrazões (ID 108319864), a agravada sustenta, em síntese, a desnecessidade de suspensão do processo em comento até publicação do resultado do julgamento nos embargos de declaração, pois a tese já está firmada em repercussão geral. Alega a aplicação do entendimento do Supremo Tribunal Federal (RE n.º 574.706/PR), que já reconheceu o direito de se excluir o ICMS da Base de Cálculo do PIS e da COFINS.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0025736-72.2016.4.03.6100

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: OLEOS MENU INDUSTRIA E COMERCIO LIMITADA

VOTO

"EMENTA"

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. JULGAMENTO DO RE 574.706-PR. TEMA 69 DA REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo. Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.

3. No tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

4. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

5. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisor, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

6. Agravo interno desprovido.

ASENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Não é de ser provido o agravo.

A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo.

Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.

Ademais, no tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

Com efeito, a questão dos presentes autos não carece de maiores debates, visto que o Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "**O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins**". O v. acórdão encontra-se assimmentado, *in verbis*:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir; conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Seguindo essa orientação, trago à colação precedentes desta E. Corte:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – AGRAVO INTERNO – INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS – INCONSTITUCIONALIDADE – APLICAÇÃO IMEDIATA DA TESE.

1. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições sociais, no regime de repercussão geral: a pendência de embargos de declaração, no Supremo Tribunal Federal, não impede a imediata aplicação da tese.

2. A eventual limitação dos efeitos da decisão, pelo Supremo Tribunal Federal, deverá ser objeto de recurso próprio, se for o caso.

3. Agravo interno improvido.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 0000927-30.2017.4.03.6117, Rel. Desembargador Federal FABIO PRIETO DE SOUZA, julgado em 25/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 30/04/2020)

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS FATURADO DEVE SER EXCLUÍDO, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NAQUELE JULGADO. RECURSO DESPROVIDO.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000234-74.2017.4.03.6144, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSOM DI SALVO, julgado em 24/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 29/04/2020)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE 574.706. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão, resultante do julgamento dos embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Ademais, quanto à insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- Quanto aos artigos 489, § 1º, IV a VI, 525 § 13, 926, 927 § 3º, 1.036, 1.039, 1.040 do CPC e 27 da Lei n.º 9.868/99, inexistente na decisão qualquer ofensa aos referidos dispositivos legais.

- No tocante ao ICMS que deve ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, a decisão foi explícita quanto a matéria ora discutida: "Assinalo que, o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal, eis que deve ser excluído, do conceito de receita, todo o ICMS faturado e não o valor devido após as deduções do imposto anteriormente cobrado".

- Destaco a inexistência de ofensa aos arts. 141, 490 e 492 do CPC. Não há que se falar em ausência de pedido a respeito do valor excluído da base de cálculo do PIS/COFINS ser o destacado na nota fiscal, uma vez que este é o que se amolda ao conceito de faturamento, objeto da discussão apresentada nos presentes autos, que teve por fundamento o RE 574.706. Anote-se que, o pedido formulado na inicial foi expresso ao requerer a exclusão da exação sobre a base de cálculo do PIS e da COFINS. Foi exatamente isso que foi decidido pelo STF e que ora se decide.

- O entendimento delineado é no sentido de que todo o ICMS faturado deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

- Não se mostra cabível a aplicação da multa por litigância de má-fé, pois a decisão tem gerado inúmeras controvérsias, já que provocou a alteração de jurisprudência até então sedimentada.

- Descabida a condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei n.º 12.016/2009.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decisum a ponto de demonstrar qualquer desacerto.

- Negado provimento ao agravo interno.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000590-40.2018.4.03.6110, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 01/05/2020, Intimação via sistema DATA: 05/05/2020)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS E DO PIS. ILEGALIDADE. STF. RE 574.706/PR. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 069. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.

1. Ao apreciar o tema no âmbito do RE 574.706/PR-RG (Rel. Min. Cármen Lúcia), o E. STF firmou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS."

2. Acresça-se, por oportuno, que a pendência de análise de modulação dos efeitos, pelo eventual acolhimento dos aclaratórios opostos no referido RE 574.706/PR, não tem o condão de atrair o efeito suspensivo aqui perseguido, não merecendo, também nesse viés, prosperar o presente recurso oposto pela União Federal - nesse exato sentido, aliás, AC 2015.61.10.008586-0/SP, Relator Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE, decisão de 08/03/2018, D.E. 23/03/2018; EDcl na AMS 2007.61.12.007763-9/SP, Relator Desembargador Federal MARCELO SARAIVA, decisão de 26/03/2018, D.E. 05/04/2018, e AMS 2014.61.05.010541-3/SP, Relatora Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE, Quarta Turma, j. 21/02/2018, D.E. 22/03/2018.

3. Embargos de declaração, opostos pela União Federal, rejeitados.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5000284-62.2018.4.03.6113, Rel. Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, julgado em 04/05/2020, Intimação via sistema DATA: 05/05/2020)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.

1. O cerne da presente controvérsia gravita em torno do reconhecimento do direito da empresa autora à exclusão dos valores correspondentes ao ICMS da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e a COFINS, bem como a compensação dos valores tidos como indevidamente recolhidos, nos últimos 05 (cinco) anos, com os acréscimos cabíveis.

2. *Pedido de suspensão do feito rejeitado, uma vez que a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto, que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.*
3. *Uma vez que não há determinação expressa pelo STF, a suspensão da demanda é mera faculdade, a qual afastou, em nome da duração razoável do processo.*
4. *A jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.*
5. *Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.*
6. *Cumpra asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.*
7. *O ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.*
8. *Resta evidente, portanto, que o ICMS não tem a natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.*
9. *Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, observada a prescrição quinquenal e segundo a lei vigente ao tempo do ajuizamento da demanda que ocorreu em 26/07/2018.*
9. *Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil.*
10. *O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior.*
11. *Recurso de apelação da União.*

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5018463-83.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 16/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 24/04/2020)

De outra parte, as razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

Assim, não vislumbro qualquer vício a justificar a reforma da decisão ora agravada.

Pelo exposto, **nego provimento** ao agravo interno.

É como voto.

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Acolho a preliminar de sobrestamento. Se vencido, acompanho pela conclusão.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. JULGAMENTO DO RE 574.706-PR. TEMA 69 DA REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo. Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronúncias emanados em sede de repercussão geral.

3. No tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

4. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

5. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisor, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

6. Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por maioria, não acolheu a preliminar de sobrestamento do feito, no julgamento ocorrido nos moldes do artigo 942, do Código de Processo Civil, nos termos do voto da Relatora, acompanhado pelos votos dos Desembargadores Federais Johanson Di Salvo e Souza Ribeiro, e da Juíza Federal Convocada Denise Avelar, vencido o Desembargador Federal Fábio Prieto, que a acolhia. Prosseguindo, no mérito, a Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno interposto, nos termos do voto da Relatora, acompanhada pelo voto do Desembargador Federais Johanson Di Salvo e do voto do Desembargador Federal Fábio Prieto, pela conclusão. Lavrará o acórdão a Relatora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0000994-49.2017.4.03.6002

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: GRAND VEICULOS LTDA

Advogado do(a) APELADO: ANDREA DE LIZ SANTANA - MS13159-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0000994-49.2017.4.03.6002
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: GRAND VEICULOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: ANDREA DE LIZ SANTANA - MS13159-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de agravo interno interposto pela UNIAO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL), com fulcro no artigo 1.021 do Código de Processo Civil, em face da r. decisão monocrática (ID 90574364) que, nos termos do art. 932, V, do Código de Processo Civil de 2015, negou provimento à apelação e deu parcial provimento à remessa oficial, para restringir a compensação em relação às contribuições previdenciárias (art. 26-A, Lei nº 11.457/07), mantendo a r. sentença que concedeu a segurança reconhecendo indevida a inclusão de parcela relativa ao ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, autorizou a compensação dos valores indevidamente recolhidos, com atualização pela Taxa Selic, após o trânsito em julgado desta sentença, observada a prescrição.

Sustenta a agravante, em síntese, a suspensão do presente feito até a finalização do julgamento do RE nº 574.706/PR, considerando, inclusive, a oposição de embargos de declaração pela Fazenda Nacional e o acórdão deles resultante. Pugna pela manutenção da parcela do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS. Aduz que o montante do ICMS integra o valor do preço da mercadoria vendida ou preço do serviço prestado.

Requer a retratação da decisão agravada ou, caso não seja este o entendimento, pleiteia a submissão do presente ao julgamento da E. Turma.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0000994-49.2017.4.03.6002
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: GRAND VEICULOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: ANDREA DE LIZ SANTANA - MS13159-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

"EMENTA"

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. JULGAMENTO DO RE 574.706-PR. TEMA 69 DA REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo. Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.

3. No tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

4. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

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

6. Agravo interno desprovido.

ASENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Não é de ser provido o agravo.

A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo.

Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.

Ademais, no tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

Com efeito, a questão dos presentes autos não carece de maiores debates, visto que o Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "**O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins**". O v. acórdão encontra-se assim ementado, *in verbis*:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Seguindo essa orientação, trago à colação precedentes desta E. Corte:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – AGRAVO INTERNO – INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS – INCONSTITUCIONALIDADE – APLICAÇÃO IMEDIATA DA TESE.

1. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições sociais, no regime de repercussão geral: a pendência de embargos de declaração, no Supremo Tribunal Federal, não impede a imediata aplicação da tese.

2. A eventual limitação dos efeitos da decisão, pelo Supremo Tribunal Federal, deverá ser objeto de recurso próprio, se for o caso.

3. Agravo interno improvido.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 0000927-30.2017.4.03.6117, Rel. Desembargador Federal FABIO PRIETO DE SOUZA, julgado em 25/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 30/04/2020)

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS FATURADO DEVE SER EXCLUÍDO, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NAQUELE JULGADO. RECURSO DESPROVIDO.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000234-74.2017.4.03.6144, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHNSOM DI SALVO, julgado em 24/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 29/04/2020)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE 574.706. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão, resultante do julgamento dos embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Ademais, quanto à insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- Quanto aos artigos 489, § 1º, IV a VI, 525 § 13, 926, 927 § 3º, 1.036, 1.039, 1.040 do CPC e 27 da Lei n.º 9.868/99, inexistente na decisão qualquer ofensa aos referidos dispositivos legais.

- No tocante ao ICMS que deve ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, a decisão foi explícita quanto a matéria ora discutida: "Assinalo que, o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal, eis que deve ser excluído, do conceito de receita, todo o ICMS faturado e não o valor devido após as deduções do imposto anteriormente cobrado".

- Destaco a inexistência de ofensa aos arts. 141, 490 e 492 do CPC. Não há que se falar em ausência de pedido a respeito do valor excluído da base de cálculo do PIS/COFINS ser o destacado na nota fiscal, uma vez que este é o que se amolda ao conceito de faturamento, objeto da discussão apresentada nos presentes autos, que teve por fundamento o RE 574.706. Anote-se que, o pedido formulado na inicial foi expresso ao requerer a exclusão da exação sobre a base de cálculo do PIS e da COFINS. Foi exatamente isso que foi decidido pelo STF e que ora se decide.

- O entendimento delineado é no sentido de que todo o ICMS faturado deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

- Não se mostra cabível a aplicação da multa por litigância de má-fé, pois a decisão tem gerado inúmeras controvérsias, já que provocou a alteração de jurisprudência até então sedimentada.

- Descabida a condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei n.º 12.016/2009.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decisum a ponto de demonstrar qualquer desacerto.

- Negado provimento ao agravo interno.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000590-40.2018.4.03.6110, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 01/05/2020, Intimação via sistema DATA: 05/05/2020)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS E DO PIS. ILEGALIDADE. STF. RE 574.706/PR. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 069. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.

1. Ao apreciar o tema no âmbito do RE 574.706/PR-RG (Rel. Min. Cármen Lúcia), o E. STF firmou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS."

2. Acresça-se, por oportuno, que a pendência de análise de modulação dos efeitos, pelo eventual acolhimento dos aclaratórios opostos no referido RE 574.706/PR, não tem o condão de atrair o efeito suspensivo aqui perseguido, não merecendo, também nesse viés, prosperar o presente recurso oposto pela União Federal - nesse exato sentido, aliás, AC 2015.61.10.008586-0/SP, Relator Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE, decisão de 08/03/2018, D.E. 23/03/2018; EDcl na AMS 2007.61.12.007763-9/SP, Relator Desembargador Federal MARCELO SARAIVA, decisão de 26/03/2018, D.E. 05/04/2018, e AMS 2014.61.05.010541-3/SP, Relatora Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE, Quarta Turma, j. 21/02/2018, D.E. 22/03/2018.

3. Embargos de declaração, opostos pela União Federal, rejeitados.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5000284-62.2018.4.03.6113, Rel. Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, julgado em 04/05/2020, Intimação via sistema DATA: 05/05/2020)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.

1. O cerne da presente controvérsia gravita em torno do reconhecimento do direito da empresa autora à exclusão dos valores correspondentes ao ICMS da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e a COFINS, bem como a compensação dos valores tidos como indevidamente recolhidos, nos últimos 05 (cinco) anos, com os acréscimos cabíveis.

2. Pedido de suspensão do feito rejeitado, uma vez que a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE n.º 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto, que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

3. Uma vez que não há determinação expressa pelo STF, a suspensão da demanda é mera faculdade, a qual afasto, em nome da duração razoável do processo.

4. A jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

5. Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

6. Cumpre asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

7. O ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.

8. Resta evidente, portanto, que o ICMS não tem a natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

9. Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, observada a prescrição quinquenal e segundo a lei vigente ao tempo do ajuizamento da demanda que ocorreu em 26/07/2018.

9. Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil.

10. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior:

11. Recurso de apelação da União.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5018463-83.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 16/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 24/04/2020)

De outra parte, as razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

Assim, não vislumbro qualquer vício a justificar a reforma da decisão ora agravada.

Pelo exposto, **nego provimento** ao agravo interno.

É como voto.

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Acolho a preliminar de sobrestamento. Se vencido, acompanho pela conclusão.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. JULGAMENTO DO RE 574.706-PR. TEMA 69 DA REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo. Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.

3. No tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

4. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

5. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decism, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

6. Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por maioria, não acolheu a preliminar de sobrestamento do feito, no julgamento ocorrido nos moldes do artigo 942, do Código de Processo Civil, nos termos do voto da Relatora, acompanhado pelos votos dos Desembargadores Federais Johansom Di Salvo e Souza Ribeiro, e da Juíza Federal Convocada Denise Avelar, vencido o Desembargador Federal Fábio Prieto, que a acolhia. Prosseguindo, no mérito, a Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno interposto, nos termos do voto da Relatora, acompanhada pelo voto do Desembargador Federais Johansom Di Salvo e do voto do Desembargador Federal Fábio Prieto, pela conclusão. Lavrará o acórdão a Relatora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002035-11.2019.4.03.6126

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: SUPERMERCADO SAO JUDAS TADEU LIMITADA

Advogado do(a) APELADO: DENIS BARROSO ALBERTO - SP238615-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA(1728) Nº 5002035-11.2019.4.03.6126
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: SUPERMERCADO SAO JUDAS TADEU LIMITADA
Advogado do(a) APELADO: DENIS BARROSO ALBERTO - SP238615-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de agravo interno interposto pela UNIAO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL), com fulcro no artigo 1.021 do Código de Processo Civil, em face da r. decisão monocrática (ID 107298366) que, nos termos do art. 932, V, do Código de Processo Civil de 2015, negou provimento à apelação e deu parcial provimento à remessa oficial, para restringir a compensação em relação às contribuições previdenciárias (art. 26-A, Lei nº 11.457/07), mantendo a r. sentença que concedeu a segurança reconhecendo indevida a inclusão de parcela relativa ao ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, autorizou a compensação dos valores indevidamente recolhidos, nos últimos 5 (cinco) anos, contados do ajuizamento da ação, corrigidos pela taxa Selic, após o trânsito em julgado.

Sustenta a agravante, em síntese, a suspensão do presente feito até a finalização do julgamento do RE nº 574.706/PR, considerando, inclusive, a oposição de embargos de declaração pela Fazenda Nacional e o acórdão deles resultante. Pugna pela manutenção da parcela do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS. Aduz que o montante do ICMS integra o valor do preço da mercadoria vendida ou preço do serviço prestado.

Requer a retratação da decisão agravada ou, caso não seja este o entendimento, pleiteia a submissão do presente ao julgamento da E. Turma.

Em contrarrazões (ID 108032955), a agravada sustenta, em síntese, a desnecessidade de suspensão do processo em comento até publicação do resultado do julgamento nos embargos de declaração, pois a tese já está firmada em repercussão geral. Alega a aplicação do entendimento do Supremo Tribunal Federal (RE n.º 574.706/PR), que já reconheceu o direito de se excluir o ICMS da Base de Cálculo do PIS e da COFINS.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA(1728) Nº 5002035-11.2019.4.03.6126
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: SUPERMERCADO SAO JUDAS TADEU LIMITADA
Advogado do(a) APELADO: DENIS BARROSO ALBERTO - SP238615-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

"EMENTA"

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. JULGAMENTO DO RE 574.706-PR. TEMA 69 DA REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo. Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.

3. No tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

4. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

5. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisor, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

6. Agravo interno desprovido.

ASENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Não é de ser provido o agravo.

A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo.

Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.

Ademais, no tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

Com efeito, a questão dos presentes autos não carece de maiores debates, visto que o Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "**O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins**". O v. acórdão encontra-se assimmentado, *in verbis*:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir; conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Seguindo essa orientação, trago à colação precedentes desta E. Corte:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – AGRAVO INTERNO – INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS – INCONSTITUCIONALIDADE – APLICAÇÃO IMEDIATA DA TESE.

1. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições sociais, no regime de repercussão geral: a pendência de embargos de declaração, no Supremo Tribunal Federal, não impede a imediata aplicação da tese.

2. A eventual limitação dos efeitos da decisão, pelo Supremo Tribunal Federal, deverá ser objeto de recurso próprio, se for o caso.

3. Agravo interno improvido.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 0000927-30.2017.4.03.6117, Rel. Desembargador Federal FABIO PRIETO DE SOUZA, julgado em 25/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 30/04/2020)

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS FATURADO DEVE SER EXCLUÍDO, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NAQUELE JULGADO. RECURSO DESPROVIDO.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000234-74.2017.4.03.6144, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSOM DI SALVO, julgado em 24/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 29/04/2020)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE 574.706. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão, resultante do julgamento dos embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Ademais, quanto à insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- Quanto aos artigos 489, § 1º, IV a VI, 525 § 13, 926, 927 § 3º, 1.036, 1.039, 1.040 do CPC e 27 da Lei n.º 9.868/99, inexistente na decisão qualquer ofensa aos referidos dispositivos legais.

- No tocante ao ICMS que deve ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, a decisão foi explícita quanto a matéria ora discutida: "Assinalo que, o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal, eis que deve ser excluído, do conceito de receita, todo o ICMS faturado e não o valor devido após as deduções do imposto anteriormente cobrado".

- Destaco a inexistência de ofensa aos arts. 141, 490 e 492 do CPC. Não há que se falar em ausência de pedido a respeito do valor excluído da base de cálculo do PIS/COFINS ser o destacado na nota fiscal, uma vez que este é o que se amolda ao conceito de faturamento, objeto da discussão apresentada nos presentes autos, que teve por fundamento o RE 574.706. Anote-se que, o pedido formulado na inicial foi expresso ao requerer a exclusão da exação sobre a base de cálculo do PIS e da COFINS. Foi exatamente isso que foi decidido pelo STF e que ora se decide.

- O entendimento delineado é no sentido de que todo o ICMS faturado deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

- Não se mostra cabível a aplicação da multa por litigância de má-fé, pois a decisão tem gerado inúmeras controvérsias, já que provocou a alteração de jurisprudência até então sedimentada.

- Descabida a condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei n.º 12.016/2009.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decisum a ponto de demonstrar qualquer desacerto.

- Negado provimento ao agravo interno.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000590-40.2018.4.03.6110, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 01/05/2020, Intimação via sistema DATA: 05/05/2020)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS E DO PIS. ILEGALIDADE. STF. RE 574.706/PR. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 069. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.

1. Ao apreciar o tema no âmbito do RE 574.706/PR-RG (Rel. Min. Cármen Lúcia), o E. STF firmou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS."

2. Acresça-se, por oportuno, que a pendência de análise de modulação dos efeitos, pelo eventual acolhimento dos aclaratórios opostos no referido RE 574.706/PR, não tem o condão de atrair o efeito suspensivo aqui perseguido, não merecendo, também nesse viés, prosperar o presente recurso oposto pela União Federal - nesse exato sentido, aliás, AC 2015.61.10.008586-0/SP, Relator Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE, decisão de 08/03/2018, D.E. 23/03/2018; EDcl na AMS 2007.61.12.007763-9/SP, Relator Desembargador Federal MARCELO SARAIVA, decisão de 26/03/2018, D.E. 05/04/2018, e AMS 2014.61.05.010541-3/SP, Relatora Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE, Quarta Turma, j. 21/02/2018, D.E. 22/03/2018.

3. Embargos de declaração, opostos pela União Federal, rejeitados.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5000284-62.2018.4.03.6113, Rel. Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, julgado em 04/05/2020, Intimação via sistema DATA: 05/05/2020)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.

1. O cerne da presente controvérsia gravita em torno do reconhecimento do direito da empresa autora à exclusão dos valores correspondentes ao ICMS da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e a COFINS, bem como a compensação dos valores tidos como indevidamente recolhidos, nos últimos 05 (cinco) anos, com os acréscimos cabíveis.

2. *Pedido de suspensão do feito rejeitado, uma vez que a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto, que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.*

3. *Uma vez que não há determinação expressa pelo STF, a suspensão da demanda é mera faculdade, a qual afasto, em nome da duração razoável do processo.*

4. *A jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.*

5. *Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.*

6. *Cumpra asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.*

7. *O ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.*

8. *Resta evidente, portanto, que o ICMS não tem a natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.*

9. *Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, observada a prescrição quinquenal e segundo a lei vigente ao tempo do ajuizamento da demanda que ocorreu em 26/07/2018.*

9. *Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil.*

10. *O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior.*

11. *Recurso de apelação da União.*

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5018463-83.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 16/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 24/04/2020)

De outra parte, as razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

Assim, não vislumbro qualquer vício a justificar a reforma da decisão ora agravada.

Pelo exposto, **nego provimento** ao agravo interno.

É como voto.

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Acolho a preliminar de sobrestamento. Se vencido, acompanho pela conclusão.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. JULGAMENTO DO RE 574.706-PR. TEMA 69 DA REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo. Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.

3. No tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

4. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

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

6. Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por maioria, não acolheu a preliminar de sobrestamento do feito, no julgamento ocorrido nos moldes do artigo 942, do Código de Processo Civil, nos termos do voto da Relatora, acompanhado pelos votos dos Desembargadores Federais Johansom Di Salvo e Souza Ribeiro, e da Juíza Federal Convocada Denise Avelar, vencido o Desembargador Federal Fábio Prieto, que a acolhia. Prosseguindo, no mérito, a Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno interposto, nos termos do voto da Relatora, acompanhada pelo voto do Desembargador Federais Johansom Di Salvo e do voto do Desembargador Federal Fábio Prieto, pela conclusão. Lavrará o acórdão a Relatora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5006376-61.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: FABIO DIOGO MARTINS - ME

Advogado do(a) APELADO: ADAUTO BENTIVEGNA FILHO - SP152470-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5006376-61.2019.4.03.6100
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: FABIO DIOGO MARTINS - ME
Advogado do(a) APELADO: ADAUTO BENTIVEGNA FILHO - SP152470-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de agravo interno interposto pela UNIAO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL), com fulcro no artigo 1.021 do Código de Processo Civil, em face da r. decisão monocrática (ID 123084358) que, nos termos do art. 932, VIV e V, do CPC/15, negou provimento à apelação e deu parcial provimento à remessa oficial, para assegurar à Impetrante o direito de não ser compelida ao recolhimento da parcela correspondente à inclusão do ICMS e do ISS na base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, bem como o direito de proceder, após o trânsito em julgado, à compensação dos valores indevidamente recolhidos no quinquênio que antecede à impetração deste *mandamus*.

Sustenta a agravante, em síntese, que a inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS já é objeto do RE 592.616, com repercussão geral reconhecida, razão pelo qual impõe-se a suspensão do presente feito até o final de seu julgamento. Alega a suspensão do presente feito até a finalização do julgamento do RE nº 574.706/PR, considerando, inclusive, a oposição de embargos de declaração pela Fazenda Nacional e o acórdão deles resultante. Pugna pela manutenção da parcela do ISS na base de cálculo da COFINS e do PIS. Ressalta que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é firme quanto à inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS, tendo em vista que seus valores integram conceito de faturamento.

Requer a retratação da decisão agravada ou, caso não seja este o entendimento, pleiteia a submissão do presente ao julgamento da E. Turma.

Em contrarrazões (ID 129072603), a agravada sustenta, em síntese, que nos autos do Recurso Extraordinário nº 574.706/PR, embora tenha sido suscitada a questão da modulação dos efeitos da decisão em sede de Embargos Declaratórios, não comporta efeito suspensivo e não tem caráter modificativo sobre o mérito, de forma que não há justificativa para a suspensão da presente ação. Aduz que a decisão do STF quanto o ICMS se estende ao ISS, comprovando-se a necessidade de exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5006376-61.2019.4.03.6100
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: FABIO DIOGO MARTINS - ME
Advogado do(a) APELADO: ADAUTO BENTIVEGNA FILHO - SP152470-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

"EMENTA"

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. MANDADO DE SEGURANÇA. ISS. ICMS. EXCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. POSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. Não há que se falar em suspensão do presente feito em razão do reconhecimento da repercussão geral nos autos do **RE nº 592.616** (Tema 118), visto que não houve determinação expressa nesse sentido, conforme exige o art. 1.035, § 5º, do CPC/2015.

3. Com efeito, o Pleno do C. Supremo Tribunal Federal resolvendo questão de ordem no RE 966.177 –RS, assentou no sentido de que “a suspensão de processamento prevista no § 5º do art. 1.035 do CPC não consiste em consequência automática e necessária do reconhecimento da repercussão geral realizada com fulcro no caput do mesmo dispositivo, sendo da discricionariedade do Relator do Recurso Extraordinário paradigma determiná-la ou modulá-la”.

4. Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo.

5. Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.

6. No tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

7. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins”.

8. Seguindo essa orientação, a E. Segunda Seção desta Corte em recente julgado aplicou o paradigma ao ISS.

9. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisor, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

10. Agravo interno desprovido.

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Não é de ser provido o agravo.

A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

Não há que se falar em suspensão do presente feito em razão do reconhecimento da repercussão geral nos autos do **RE nº 592.616** (Tema 118), visto que não houve determinação expressa nesse sentido, conforme exige o art. 1.035, § 5º, do CPC/2015.

Com efeito, o Pleno do C. Supremo Tribunal Federal resolvendo questão de ordem no RE 966.177 –RS, assentou no sentido de que “a suspensão de processamento prevista no § 5º do art. 1.035 do CPC não consiste em consequência automática e necessária do reconhecimento da repercussão geral realizada com fulcro no *caput* do mesmo dispositivo, sendo da discricionariedade do Relator do Recurso Extraordinário paradigma determiná-la ou modulá-la”.

Nesse sentido:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MATÉRIA CRIMINAL. SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. PEDIDO DE SUSPENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DETERMINAÇÃO DE SUSPENSÃO DOS FEITOS PELO RELATOR DO PROCESSO-PARADIGMA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Na sessão de julgamento de 07.06.2017, o Pleno desta Corte resolveu questão de ordem, no RE 966.177/RS, no sentido de que “a suspensão de processamento prevista no § 5º do art. 1.035 do CPC não consiste em consequência automática e necessária do reconhecimento da repercussão geral realizada com fulcro no caput do mesmo dispositivo, sendo da discricionariedade do relator do recurso extraordinário paradigma determiná-la ou modulá-la”. 2. Considerando que o Ministro Roberto Barroso, Relator do RE 979.962 RG, por ora, não determinou o sobrestamento dos processos que versam sobre a mesma matéria, não há que se falar em suspensão automática do prazo prescricional. 3. Agravo regimental desprovido.

(RE 1013001 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 12/04/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-086 DIVULG 25-04-2019 PUBLIC 26-04-2019)

Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo.

Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronúncia em sede de repercussão geral.

Ademais, no tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

Com efeito, a questão dos presentes autos não carece de maiores debates, visto que o Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que **"O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins"**. O v. acórdão encontra-se assimementado, *in verbis*:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Seguindo essa orientação, a E. Segunda Seção desta Corte em julgado aplicou o paradigma ao ISS, nos seguintes termos:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. EMBARGOS INFRINGENTES. ISS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO DO RE 574.706-PR. TEMA 69 DA REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

3. A E. Segunda Seção desta Corte em recentes julgados aplicou o paradigma ao ISS. Precedentes.

4. Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo. Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.

5. A pendência de julgamento do RE nº 592.616 também não provoca a necessidade de sobrestamento do presente feito, dado que, consoante entendimento firmado pelo STJ, exige-se para tanto expressa determinação em vigor da Suprema Corte, devendo esta ser a interpretação a ser dada ao agora vigente art. 1.035, § 5º, do CPC/15.

6. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decism, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

7. Agravo interno desprovido.

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI - EMBARGOS INFRINGENTES - 1757049 - 0022119-80.2011.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI, julgado em 07/08/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/08/2018)

No mesmo sentido, precedentes desta E. Sexta Turma, *in verbis*:

MANDADO DE SEGURANÇA - TRIBUTÁRIO - EXCLUSÃO DO ISSQN DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS - APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo de cálculo do PIS e da COFINS, no regime de repercussão geral: RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017.

2. A pendência de embargos de declaração, no Supremo Tribunal Federal, não impede a imediata aplicação da tese. A eventual limitação dos efeitos da decisão, pelo Supremo Tribunal Federal, deverá ser objeto de recurso próprio, se for o caso.

3. As razões de decidir da Corte Superior são aplicáveis ao questionamento do ISSQN, dada a semelhança entre as matérias.

4. É cabível a compensação tributária, após o trânsito em julgado (artigo 170-A, do Código Tributário Nacional), segundo os critérios legais vigentes à época da propositura da ação (REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010, no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973).

5. Apelação e reexame necessário improvidos.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5010803-23.2018.4.03.6105, Rel. Desembargador Federal FABIO PRIETO DE SOUZA, julgado em 25/04/2020, Intimação via sistema DATA: 28/04/2020)

AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. A NÃO INCIDÊNCIA DO ISS E DO ICMS NA COMPOSIÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS DECORRE DO QUANTO DECIDIDO PELO STF NO TEMA 69 (RE Nº 574.706/PR), AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

A ata de julgamento do RE 574.706/PR e sua ementa foram publicadas (20.03.17 e 02.10.17) e nestas constou claramente a própria tese assentada pela Suprema Corte ("o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS"), de modo que se tornou de conhecimento público o pensamento do STF na parte, a permitir a aplicação do tema aos demais casos em tramitação que versem sobre a mesma causa de pedir. Noutras palavras, o Poder Judiciário tem segurança para aplicar o quanto decidido pela Suprema Corte em sede vinculativa, que hoje está abrigada no TEMA 69.

O STJ vem aplicando sem titubeios o quanto decidido pelo STF no RE 574.706/PR (EDcl no AgRg no REsp 1276424/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/05/2018, DJe 21/05/2018 - EDcl no AgRg no AREsp 400.024/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/05/2018, DJe 16/05/2018 - REsp 1496603/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 25/04/2018 - REsp 1089297/RS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/04/2018, DJe 17/04/2018), a demonstrar que não se deve ter receio de errar em continuar julgando, sem qualquer suspensão, os casos como o presente.

Destaco que no âmbito do STF sempre se entendeu pela possibilidade de aplicação de precedente firmado pelo Plenário para o julgamento imediato de causas que versassem sobre o mesmo tema, independente da publicação ou do trânsito em julgado do paradigma (ARE 673256 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 08/10/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-209 DIVULG 21-10-2013 PUBLIC 22-10-2013 - ARE 930647 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 15/03/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-066 DIVULG 08-04-2016 PUBLIC 11-04-2016).

No que tange à oposição de embargos de declaração frente à decisão do STF, sua posterior apreciação não impede o imediato julgamento dos recursos pendentes, salvo se presente ordem nesse sentido pela Suprema Corte - art. 1035, § 5º, do CPC/15 e art. 328 do RISTF c/c art. 543-B do CPC/73. Na matéria, é de se ressaltar que a Suprema Corte já exprimiu o posicionamento de que o ICMS não integra o conceito de faturamento/receita para fins de tributação do STF quando do julgamento do RE 240.785-2/MG, não traduzindo inovação jurisprudencial a invocar eventual modulação.

O entendimento firmado pelo STF de exclusão do ICMS escriturado aplica-se tanto ao regime cumulativo quanto ao não cumulativo do PIS/COFINS. A alteração promovida pela Lei 12.973/14, identificando o conceito de faturamento com aquele previsto no art. 12 do Decreto-Lei 1598/77 para a receita bruta, em nada altera a conclusão alcançada Suprema Corte, calcada no próprio conceito constitucional de receita/faturamento. Nesse sentido: AC 2015.61.00.017054-2/SP/TRF3 - SEXTA TURMA/DES. FED. JOHONSOMDI SALVO/D.E. 14.03.17.

Quanto à indagação sobre qual ICMS será excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, o julgamento proferido no RE 574.706 é claro ao identificar que todo o ICMS faturado deve ser excluído do conceito de receita, na condição de mero ingresso de caixa, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente, como disciplinado pela Receita Federal na Solução de Consulta COSIT 13/18.

É elucidativa a conclusão alcançada pela Min^a. Relatora Cármen Lúcia ao dispor que o regime não cumulativo do ICMS, com a escrituração e apuração do imposto a pagar e a dedução dos valores já cobrados em operações anteriores, não afeta o fato de que a sua integralidade não compõe a receita/faturamento empresarial, permitindo ao contribuinte que exclua todo o ICMS faturado na operação, e não apenas os valores resultantes da dedução.

De igual modo é pacífica a jurisprudência desta Corte Regional no sentido de que o quanto decidido como Tema 69 se aplica ao ISS, porque a lide é rigorosamente a mesma: gira em torno da possibilidade ou não de a base de cálculo de tributo representada sobre a receita e o faturamento, ser composta também por numerário que não integrará o patrimônio do contribuinte; "in caso", o ISSQN será repassado ao município.

É certo que "o STF reconheceu a existência de repercussão geral na questão atinente à inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins em 10/10/2008 (tema nº 118; leading case: RE nº 592.616), porém ainda não analisou o mérito da controvérsia. Por outro lado, não houve qualquer vedação oriunda daquela Corte Superior no que concerne à sua apreciação pelos demais órgãos judiciários do País" (3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5017089-32.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 19/12/2019, e- DJF3 Judicial 1 DATA: 10/01/2020).

A partir dos argumentos jurídicos expostos no paradigma, deve-se excluir da base de cálculo do PIS/COFINS todo o ICMS apurado pela impetrante na qualidade de contribuinte, bem como o ISSQN devido pelos contribuintes ao município.

De outra parte, as razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

Assim, não vislumbro qualquer vício a justificar a reforma da decisão ora agravada.

Pelo exposto, **nego provimento** ao agravo interno.

É como voto.

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Acolho a preliminar de sobrestamento. Se vencido, acompanho pela conclusão.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. MANDADO DE SEGURANÇA. ISS. ICMS. EXCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. POSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. Não há que se falar em suspensão do presente feito em razão do reconhecimento da repercussão geral nos autos do **RE nº 592.616** (Tema 118), visto que não houve determinação expressa nesse sentido, conforme exige o art. 1.035, § 5º, do CPC/2015.

3. Com efeito, o Pleno do C. Supremo Tribunal Federal resolvendo questão de ordem no RE 966.177-RS, assentou no sentido de que “a suspensão de processamento prevista no § 5º do art. 1.035 do CPC não consiste em consequência automática e necessária do reconhecimento da repercussão geral realizada com fulcro no caput do mesmo dispositivo, sendo da discricionariedade do Relator do Recurso Extraordinário paradigmata determiná-la ou modulá-la”.

4. Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo.

5. Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronúncias emanados em sede de repercussão geral.

6. No tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

7. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

8. Seguindo essa orientação, a E. Segunda Seção desta Corte em recente julgado aplicou o paradigma ao ISS.

9 As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisor, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

10. Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por maioria, não acolheu a preliminar de sobrestamento do feito, no julgamento ocorrido nos moldes do artigo 942, do Código de Processo Civil, nos termos do voto da Relatora, acompanhado pelos votos dos Desembargadores Federais Johanson Di Salvo e Souza Ribeiro, e da Juíza Federal Convocada Denise Avelar, vencido o Desembargador Federal Fábio Prieto, que a acolhia. Prosseguindo, no mérito, a Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno interposto, nos termos do voto da Relatora, acompanhada pelo voto do Desembargador Federais Johanson Di Salvo e do voto do Desembargador Federal Fábio Prieto, pela conclusão. Lavrará o acórdão a Relatora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001433-38.2018.4.03.6002
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: ATAG DISTRIBUIDORA DE AUTO PECAS LTDA
Advogado do(a) APELADO: JONATHAN PINHEIRO ALENCAR - MS21153-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001433-38.2018.4.03.6002
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ATAG DISTRIBUIDORA DE AUTO PECAS LTDA
Advogado do(a) APELADO: JONATHAN PINHEIRO ALENCAR - MS21153-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de agravo interno interposto pela UNIAO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL), com fulcro no artigo 1.021 do Código de Processo Civil, em face da r. decisão monocrática (ID 107408542) que, nos termos do art. 932, V, do Código de Processo Civil de 2015, negou provimento à apelação e deu parcial provimento à remessa oficial, para restringir a compensação em relação às contribuições previdenciárias (art. 26-A, Lei nº 11.457/07), mantendo a r. sentença que concedeu a segurança reconhecendo indevida a inclusão de parcela relativa ao ICMS e do ISS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, autorizou a compensação dos valores indevidamente recolhidos no quinquênio que antecede o ajuizamento da ação, após o trânsito em julgado.

Sustenta a agravante, em síntese, que a inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS já é objeto do RE 592.616, com repercussão geral reconhecida, razão pelo qual impõe-se a suspensão do presente feito até o final de seu julgamento. Alega a suspensão do presente feito até a finalização do julgamento do RE nº 574.706/PR, considerando, inclusive, a oposição de embargos de declaração pela Fazenda Nacional e o acórdão deles resultante. Pugna pela manutenção da parcela do ISS na base de cálculo do COFINS e do PIS. Ressalta que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é firme quanto à inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS, tendo em vista que seus valores integram o conceito de faturamento.

Requer a retratação da decisão agravada ou, caso não seja este o entendimento, pleiteia a submissão do presente ao julgamento da E. Turma.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001433-38.2018.4.03.6002

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ATAG DISTRIBUIDORA DE AUTO PECAS LTDA

Advogado do(a) APELADO: JONATHAN PINHEIRO ALENCAR - MS21153-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

"EMENTA"

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. MANDADO DE SEGURANÇA. ISS. ICMS. EXCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. POSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. Não há que se falar em suspensão do presente feito em razão do reconhecimento da repercussão geral nos autos do **RE nº 592.616** (Tema 118), visto que não houve determinação expressa nesse sentido, conforme exige o art. 1.035, § 5º, do CPC/2015.

3. Com efeito, o Pleno do C. Supremo Tribunal Federal resolvendo questão de ordem no RE 966.177 –RS, assentou no sentido de que “a suspensão de processamento prevista no § 5º do art. 1.035 do CPC não consiste em consequência automática e necessária do reconhecimento da repercussão geral realizada com fulcro no caput do mesmo dispositivo, sendo da discricionariedade do Relator do Recurso Extraordinário paradigma determiná-la ou modulá-la”.

4. Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo.

5. Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.

6. No tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

7. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins”.

8. Seguindo essa orientação, a E. Segunda Seção desta Corte em recente julgado aplicou o paradigma ao ISS.

9. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decurso, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

10. Agravo interno desprovido.

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Não é de ser provido o agravo.

A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

Não há que se falar em suspensão do presente feito em razão do reconhecimento da repercussão geral nos autos do **RE nº 592.616** (Tema 118), visto que não houve determinação expressa nesse sentido, conforme exige o art. 1.035, § 5º, do CPC/2015.

Com efeito, o Pleno do C. Supremo Tribunal Federal resolvendo questão de ordem no RE 966.177 –RS, assentou no sentido de que “a suspensão de processamento prevista no § 5º do art. 1.035 do CPC não consiste em consequência automática e necessária do reconhecimento da repercussão geral realizada com fulcro no caput do mesmo dispositivo, sendo da discricionariedade do Relator do Recurso Extraordinário paradigma determiná-la ou modulá-la”.

Nesse sentido:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MATÉRIA CRIMINAL. SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. PEDIDO DE SUSPENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DETERMINAÇÃO DE SUSPENSÃO DOS FEITOS PELO RELATOR DO PROCESSO-PARADIGMA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Na sessão de julgamento de 07.06.2017, o Pleno desta Corte resolveu questão de ordem, no RE 966.177/RS, no sentido de que “a suspensão de processamento prevista no § 5º do art. 1.035 do CPC não consiste em consequência automática e necessária do reconhecimento da repercussão geral realizada com fulcro no caput do mesmo dispositivo, sendo da discricionariedade do relator do recurso extraordinário paradigma determiná-la ou modulá-la”. 2. Considerando que o Ministro Roberto Barroso, Relator do RE 979.962 RG, por ora, não determinou o sobrestamento dos processos que versam sobre a mesma matéria, não há que se falar em suspensão automática do prazo prescricional. 3. Agravo regimental desprovido.

(RE 1013001 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 12/04/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-086 DIVULG 25-04-2019 PUBLIC 26-04-2019)

Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo.

Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamientos emanados em sede de repercussão geral.

Ademais, no tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

Com efeito, a questão dos presentes autos não carece de maiores debates, visto que o Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que “**O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins**”. O v. acórdão encontra-se assimementado, *in verbis*:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, *in fine*, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Seguindo essa orientação, a E. Segunda Seção desta Corte em julgado aplicou o paradigma ao ISS, nos seguintes termos:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. EMBARGOS INFRINGENTES. ISS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO DO RE 574.706-PR. TEMA 69 DA REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

3. A E. Segunda Seção desta Corte em recentes julgados aplicou o paradigma ao ISS. Precedentes.

4. Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo. Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.

5. A pendência de julgamento do RE nº 592.616 também não provoca a necessidade de sobrestamento do presente feito, dado que, consoante entendimento firmado pelo STJ, exige-se para tanto expressa determinação em vigor da Suprema Corte, devendo esta ser a interpretação a ser dada ao agora vigente art. 1.035, § 5º, do CPC/15.

6. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decism, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

7. Agravo interno desprovido.

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI - EMBARGOS INFRINGENTES - 1757049 - 0022119-80.2011.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI, julgado em 07/08/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/08/2018)

No mesmo sentido, precedentes desta E. Sexta Turma, *in verbis*:

MANDADO DE SEGURANÇA - TRIBUTÁRIO - EXCLUSÃO DO ISSQN DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS - APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo de cálculo do PIS e da COFINS, no regime de repercussão geral: RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017.

2. A pendência de embargos de declaração, no Supremo Tribunal Federal, não impede a imediata aplicação da tese. A eventual limitação dos efeitos da decisão, pelo Supremo Tribunal Federal, deverá ser objeto de recurso próprio, se for o caso.

3. As razões de decidir da Corte Superior são aplicáveis ao questionamento do ISSQN, dada a semelhança entre as matérias.

4. É cabível a compensação tributária, após o trânsito em julgado (artigo 170-A, do Código Tributário Nacional), segundo os critérios legais vigentes à época da propositura da ação (REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010, no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973).

5. Apelação e reexame necessário improvidos.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5010803-23.2018.4.03.6105, Rel. Desembargador Federal FABIO PRIETO DE SOUZA, julgado em 25/04/2020, Intimação via sistema DATA: 28/04/2020)

AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. A NÃO INCIDÊNCIA DO ISS E DO ICMS NA COMPOSIÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS DECORRE DO QUANTO DECIDIDO PELO STF NO TEMA 69 (RE Nº 574.706/PR). AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

A ata de julgamento do RE 574.706/PR e sua ementa foram publicadas (20.03.17 e 02.10.17) e nestas constou claramente a própria tese assentada pela Suprema Corte ("o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS"), de modo que se tornou de conhecimento público o pensamento do STF na parte, a permitir a aplicação do tema aos demais casos em tramitação que versem sobre a mesma causa de pedir. Noutras palavras, o Poder Judiciário tem segurança para aplicar o quanto decidido pela Suprema Corte em sede vinculativa, que hoje está abrigada no TEMA 69.

O STJ vem aplicando sem titubeios o quanto decidido pelo STF no RE 574.706/PR (EDcl no AgRg no REsp 1276424/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/05/2018, DJe 21/05/2018 - EDcl no AgRg no AREsp 400.024/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/05/2018, DJe 16/05/2018 - REsp 1496603/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 25/04/2018 - REsp 1089297/RS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/04/2018, DJe 17/04/2018), a demonstrar que não se deve ter receio de errar em continuar julgando, sem qualquer suspensão, os casos como o presente.

Destaco que no âmbito do STF sempre se entendeu pela possibilidade de aplicação de precedente firmado pelo Plenário para o julgamento imediato de causas que versassem sobre o mesmo tema, independente da publicação ou do trânsito em julgado do paradigma (ARE 673256 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 08/10/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-209 DIVULG 21-10-2013 PUBLIC 22-10-2013 - ARE 930647 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 15/03/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-066 DIVULG 08-04-2016 PUBLIC 11-04-2016).

No que tange à oposição de embargos de declaração frente à decisão do STF, sua posterior apreciação não impede o imediato julgamento dos recursos pendentes, salvo se presente ordem nesse sentido pela Suprema Corte - art. 1035, § 5º, do CPC/15 e art. 328 do RISTF c/c art. 543-B do CPC/73. Na matéria, é de se ressaltar que a Suprema Corte já exprimiu o posicionamento de que o ICMS não integra o conceito de faturamento/receita para fins de tributação do STF quando do julgamento do RE 240.785-2/MG, não traduzindo inovação jurisprudencial a invocar eventual modulação.

O entendimento firmado pelo STF de exclusão do ICMS escriturado aplica-se tanto ao regime cumulativo quanto ao não cumulativo do PIS/COFINS. A alteração promovida pela Lei 12.973/14, identificando o conceito de faturamento com aquele previsto no art. 12 do Decreto-Lei 1598/77 para a receita bruta, em nada altera a conclusão alcançada Suprema Corte, calcada no próprio conceito constitucional de receita/faturamento. Nesse sentido: AC 2015.61.00.017054-2/SP/TRF3 - SEXTA TURMA/DES. FED. JOHONSOM DI SALVO/D.E. 14.03.17.

Quanto à indagação sobre qual ICMS será excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, o julgamento proferido no RE 574.706 é claro ao identificar que todo o ICMS faturado deve ser excluído do conceito de receita, na condição de mero ingresso de caixa, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente, como disciplinado pela Receita Federal na Solução de Consulta COSIT 13/18.

É elucidativa a conclusão alcançada pela Min^a. Relatora Cármen Lúcia ao dispor que o regime não cumulativo do ICMS, com a escrituração e apuração do imposto a pagar e a dedução dos valores já cobrados em operações anteriores, não afeta o fato de que a sua integralidade não compõe a receita/faturamento empresarial, permitindo ao contribuinte que exclua todo o ICMS faturado na operação, e não apenas os valores resultantes da dedução.

De igual modo é pacífica a jurisprudência desta Corte Regional no sentido de que o quanto decidido como Tema 69 se aplica ao ISS, porque a lide é rigorosamente a mesma: gira em torno da possibilidade ou não de a base de cálculo de tributo representada sobre a receita e o faturamento, ser composta também por numerário que não integrará o patrimônio do contribuinte; "in caso", o ISSQN será repassado ao município.

É certo que "o STF reconheceu a existência de repercussão geral na questão atinente à inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins em 10/10/2008 (tema n° 118; leading case: RE n° 592.616), porém ainda não analisou o mérito da controvérsia. Por outro lado, não houve qualquer vedação oriunda daquela Corte Superior no que concerne à sua apreciação pelos demais órgãos judiciários do País" (3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5017089-32.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 19/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/01/2020).

A partir dos argumentos jurídicos expostos no paradigma, deve-se excluir da base de cálculo do PIS/COFINS todo o ICMS apurado pela impetrante na qualidade de contribuinte, bem como o ISSQN devido pelos contribuintes ao município.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5002983-68.2019.4.03.6120, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSOM DI SALVO, julgado em 24/04/2020, Intimação via sistema DATA: 27/04/2020)

De outra parte, as razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

Assim, não vislumbro qualquer vício a justificar a reforma da decisão ora agravada.

Pelo exposto, **nego provimento** ao agravo interno.

É como voto.

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Acolho a preliminar de sobrestamento. Se vencido, acompanho pela conclusão.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. MANDADO DE SEGURANÇA. ISS. ICMS. EXCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. POSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. Não há que se falar em suspensão do presente feito em razão do reconhecimento da repercussão geral nos autos do **RE nº 592.616** (Tema 118), visto que não houve determinação expressa nesse sentido, conforme exige o art. 1.035, § 5º, do CPC/2015.

3. Com efeito, o Pleno do C. Supremo Tribunal Federal resolvendo questão de ordem no RE 966.177-RS, assentou no sentido de que “a suspensão de processamento prevista no § 5º do art. 1.035 do CPC não consiste em consequência automática e necessária do reconhecimento da repercussão geral realizada com fulcro no caput do mesmo dispositivo, sendo da discricionariedade do Relator do Recurso Extraordinário paradigma determiná-la ou modulá-la”.

4. Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo.

5. Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.

6. No tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

7. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins”.

8. Seguindo essa orientação, a E. Segunda Seção desta Corte em recente julgado aplicou o paradigma ao ISS.

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

10. Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por maioria, não acolheu a preliminar de sobrestamento do feito, no julgamento ocorrido nos moldes do artigo 942, do Código de Processo Civil, nos termos do voto da Relatora, acompanhado pelos votos dos Desembargadores Federais Johansom Di Salvo e Souza Ribeiro, e da Juíza Federal Convocada Denise Avelar, vencido o Desembargador Federal Fábio Prieto, que a acolhia. Prosseguindo, no mérito, a Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno interposto, nos termos do voto da Relatora, acompanhada pelo voto do Desembargador Federais Johansom Di Salvo e do voto do Desembargador Federal Fábio Prieto, pela conclusão. Lavrará o acórdão a Relatora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000365-72.2017.4.03.6104

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Erro de interpretação na linha: '

```
#{processoTrfHome.processoPartePoloAtivoDetalhadoStr}
```

```
': java.lang.ClassCastException
```

APELADO: PORA SISTEMA DE REMOCOES LTDA

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

Advogados do(a) APELADO: JOSE CARLOS BRAGA MONTEIRO - RS45707-A, OTTONI RODRIGUES BRAGA - RS61941-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000365-72.2017.4.03.6104

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Erro de interpretação na linha: '

```
#{processoTrfHome.processoPartePoloAtivoDetalhadoStr}
```

```
': java.lang.ClassCastException: br.jus.pje.nucleo.entidades.PessoaJuridica cannot be cast to br.jus.pje.nucleo.entidades.PessoaFisica
```

APELADO: PORA SISTEMA DE REMOCOES LTDA

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

Advogados do(a) APELADO: JOSE CARLOS BRAGA MONTEIRO - RS45707-A, OTTONI RODRIGUES BRAGA - RS61941-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de agravo interno interposto pela UNIAO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL), com fulcro no artigo 1.021 do Código de Processo Civil, em face da r. decisão monocrática (ID 92091857) que, nos termos do art. 932, IV, do Código de Processo Civil de 2015, negou provimento à remessa oficial e à apelação da União Federal, para manter a r. sentença que concedeu a segurança para reconhecer a inexistência de incidência do ISS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS e o direito à compensação dos créditos comprovadamente recolhidos a esse título, não atingidos pela prescrição quinquenal.

Sustenta a agravante, em preliminar, que a inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS já é objeto do RE 592616, com repercussão geral reconhecida, razão pelo qual impõe-se a suspensão do presente feito até o final de seu julgamento. Alega a suspensão do presente feito até a finalização do julgamento do RE nº 574.706/PR, considerando, inclusive, a oposição de embargos de declaração pela Fazenda Nacional e o acórdão deles resultante. Pugna pela manutenção da parcela do ISS na base de cálculo da COFINS e do PIS.

Requer a retratação da decisão agravada ou, caso não seja este o entendimento, pleiteia a submissão do presente ao julgamento da E. Turma.

Em contrarrazões (ID 107862782), a agravada sustenta, em síntese, que nos autos do Recurso Extraordinário nº 574.706/PR, embora tenha sido suscitada a questão da modulação dos efeitos da decisão em sede de Embargos Declaratórios, não comporta efeito suspensivo e não tem caráter modificativo sobre o mérito, de forma que não há justificativa para a suspensão da presente ação. Aduz que a decisão do STF quanto o ICMS se estende ao ISS, comprovando-se a necessidade de exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS. Pretende seja cominada multa de cinco por cento sobre o valor da causa, nos termos do art. 1.021, § 4º do CPC.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000365-72.2017.4.03.6104

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: PORA SISTEMA DE REMOCOES LTDA

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

Advogados do(a) APELADO: JOSE CARLOS BRAGA MONTEIRO - RS45707-A, OTTONI RODRIGUES BRAGA - RS61941-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Ementa

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. MANDADO DE SEGURANÇA. ISS. EXCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. POSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. Não há que se falar em suspensão do presente feito em razão do reconhecimento da repercussão geral nos autos do **RE nº 592.616** (Tema 118), visto que não houve determinação expressa nesse sentido, conforme exige o art. 1.035, § 5º, do CPC/2015.

3. Com efeito, o Pleno do C. Supremo Tribunal Federal resolvendo questão de ordem no RE 966.177 –RS, assentou no sentido de que “a suspensão de processamento prevista no § 5º do art. 1.035 do CPC não consiste em consequência automática e necessária do reconhecimento da repercussão geral realizada com fulcro no caput do mesmo dispositivo, sendo da discricionariedade do Relator do Recurso Extraordinário paradigma determiná-la ou modulá-la”.

4. *Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo.*

5. *Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamientos emanados em sede de repercussão geral.*

6. *No tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.*

7. *O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".*

8. *Seguindo essa orientação, a E. Segunda Seção desta Corte em recente julgado aplicou o paradigma ao ISS.*

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

10. *Agravo interno desprovido.*

ASENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Não é de ser provido o agravo.

A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

Não há que se falar em suspensão do presente feito em razão do reconhecimento da repercussão geral nos autos do **RE nº 592.616** (Tema 118), visto que não houve determinação expressa nesse sentido, conforme exige o art. 1.035, § 5º, do CPC/2015.

Com efeito, o Pleno do C. Supremo Tribunal Federal resolvendo questão de ordem no RE 966.177 –RS, assentou no sentido de que “a suspensão de processamento prevista no § 5º do art. 1.035 do CPC não consiste em consequência automática e necessária do reconhecimento da repercussão geral realizada com fulcro no *caput* do mesmo dispositivo, sendo da discricionariedade do Relator do Recurso Extraordinário paradigma determiná-la ou modulá-la”.

Nesse sentido:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MATÉRIA CRIMINAL. SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. PEDIDO DE SUSPENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DETERMINAÇÃO DE SUSPENSÃO DOS FEITOS PELO RELATOR DO PROCESSO-PARADIGMA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. *Na sessão de julgamento de 07.06.2017, o Pleno desta Corte resolveu questão de ordem, no RE 966.177/RS, no sentido de que “a suspensão de processamento prevista no § 5º do art. 1.035 do CPC não consiste em consequência automática e necessária do reconhecimento da repercussão geral realizada com fulcro no caput do mesmo dispositivo, sendo da discricionariedade do relator do recurso extraordinário paradigma determiná-la ou modulá-la”. 2. Considerando que o Ministro Roberto Barroso, Relator do RE 979.962 RG, por ora, não determinou o sobrestamento dos processos que versam sobre a mesma matéria, não há que se falar em suspensão automática do prazo prescricional. 3. Agravo regimental desprovido.*

(RE 1013001 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 12/04/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-086 DIVULG 25-04-2019 PUBLIC 26-04-2019)

Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo.

Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamientos emanados em sede de repercussão geral.

Ademais, no tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

Com efeito, a questão dos presentes autos não carece de maiores debates, visto que o Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "**O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins**". O v. acórdão encontra-se assimmentado, *in verbis*:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Seguindo essa orientação, a E. Segunda Seção desta Corte em julgado aplicou o paradigma ao ISS, nos seguintes termos:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. EMBARGOS INFRINGENTES. ISS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO DO RE 574.706-PR. TEMA 69 DA REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "**O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins**".

3. A E. Segunda Seção desta Corte em recentes julgados aplicou o paradigma ao ISS. Precedentes.

4. Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo. Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.

5. A pendência de julgamento do RE nº 592.616 também não provoca a necessidade de sobrestamento do presente feito, dado que, consoante entendimento firmado pelo STJ, exige-se para tanto expressa determinação em vigor da Suprema Corte, devendo esta ser a interpretação a ser dada ao agora vigente art. 1.035, § 5º, do CPC/15.

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

7. Agravo interno desprovido.

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI - EMBARGOS INFRINGENTES - 1757049 - 0022119-80.2011.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI, julgado em 07/08/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/08/2018)

No mesmo sentido, precedentes desta E. Sexta Turma, *in verbis*:

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ISS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. SITUAÇÕES JURÍDICAS IDÊNTICAS. EXERCÍCIO DO DIREITO DE REPETIR OS INDÉBITOS. RECURSO DESPROVIDO.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5001209-82.2018.4.03.6105, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSOM DI SALVO, julgado em 24/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 30/04/2020)

TRIBUTÁRIO - EXCLUSÃO DO ISSQN DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS - APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo de cálculo do PIS e da COFINS, no regime de repercussão geral: RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017.

2. A pendência de embargos de declaração, no Supremo Tribunal Federal, não impede a imediata aplicação da tese. A eventual limitação dos efeitos da decisão, pelo Supremo Tribunal Federal, deverá ser objeto de recurso próprio, se for o caso.

3. As razões de decidir da Corte Superior são aplicáveis ao questionamento do ISSQN, dada a semelhança entre as matérias.

4. É possível a apresentação dos comprovantes de recolhimento por ocasião da liquidação do julgado ou do requerimento da compensação.

5. Aplica-se o prazo prescricional quinquenal (STF, RE 566621, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 04/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011 EMENT VOL-02605-02 PP-00273 RTJ VOL-00223-01 PP-00540).

6. É cabível a compensação tributária, após o trânsito em julgado (artigo 170-A, do Código Tributário Nacional), segundo os critérios legais vigentes à época da propositura da ação (REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010, no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973).

7. Reexame necessário não conhecido. Apelação improvida.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5021768-75.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal FABIO PRIETO DE SOUZA, julgado em 25/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 30/04/2020)

Por oportuno, não é o caso de aplicação da multa do § 4º do artigo 1.021 do Código de Processo Civil pretendida pela agravada, eis que, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso representativo da controvérsia (REsp 1198108/RJ), o agravo interposto contra decisão singular de tribunal não pode ser considerado manifestamente inadmissível ou infundado por ser necessário o exaurimento das instâncias ordinárias para a interposição de recursos extraordinários.

De outra parte, as razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

Assim, não vislumbro qualquer vício a justificar a reforma da decisão ora agravada.

Pelo exposto, **nego provimento** ao agravo interno.

É como voto.

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Acolho a preliminar de sobrestamento. Se vencido, acompanho pela conclusão.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. MANDADO DE SEGURANÇA. ISS. EXCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. POSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.
2. Não há que se falar em suspensão do presente feito em razão do reconhecimento da repercussão geral nos autos do **RE nº 592.616** (Tema 118), visto que não houve determinação expressa nesse sentido, conforme exige o art. 1.035, § 5º, do CPC/2015.
3. Com efeito, o Pleno do C. Supremo Tribunal Federal resolvendo questão de ordem no RE 966.177 –RS, assentou no sentido de que “a suspensão de processamento prevista no § 5º do art. 1.035 do CPC não consiste em consequência automática e necessária do reconhecimento da repercussão geral realizada com fulcro no caput do mesmo dispositivo, sendo da discricionariedade do Relator do Recurso Extraordinário paradigma determiná-la ou modulá-la”.
4. Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo.
5. Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.
6. No tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.
7. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins”.
8. Seguindo essa orientação, a E. Segunda Seção desta Corte em recente julgado aplicou o paradigma ao ISS.

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

10. Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por maioria, não acolheu a preliminar de sobrestamento do feito, no julgamento ocorrido nos moldes do artigo 942, do Código de Processo Civil, nos termos do voto da Relatora, acompanhado pelos votos dos Desembargadores Federais Johansom Di Salvo e Souza Ribeiro, e da Juíza Federal Convocada Denise Avelar, vencido o Desembargador Federal Fábio Prieto, que a acolhia. Prosseguindo, no mérito, a Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno interposto, nos termos do voto da Relatora, acompanhada pelo voto do Desembargador Federais Johansom Di Salvo e do voto do Desembargador Federal Fábio Prieto, pela conclusão. Lavrará o acórdão a Relatora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0003754-38.2008.4.03.6114

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: INDUSTRIA METALPLASTICA IRBAS LTDA

Advogados do(a) APELADO: RONALDO PAVANELLI GALVAO - SP207623-A, ALEXANDRE GAIOFATO DE SOUZA - SP163549-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0003754-38.2008.4.03.6114

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: INDUSTRIA METALPLASTICA IRBAS LTDA

Advogados do(a) APELADO: RONALDO PAVANELLI GALVAO - SP207623-A, ALEXANDRE GAIOFATO DE SOUZA - SP163549-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de agravo interno interposto pela UNIAO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL), com fulcro no artigo 1.021 do Código de Processo Civil, em face da r. decisão monocrática (ID 107518558) que, nos termos do art. 932, IV, do Código de Processo Civil de 2015, **negou provimento à apelação**, mantendo a r. sentença que concedeu a segurança reconhecendo indevida a inclusão de parcela relativa ao ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, autorizou a compensação dos valores indevidamente recolhidos, nos últimos 5 (cinco) anos que antecederam o ajuizamento da ação.

Sustenta a agravante, em síntese, a suspensão do presente feito até a finalização do julgamento do RE nº 574.706/PR, considerando, inclusive, a oposição de embargos de declaração pela Fazenda Nacional e o acórdão deles resultante. Pugna pela manutenção da parcela do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS. Aduz que o montante do ICMS integra o valor do preço da mercadoria vendida ou preço do serviço prestado.

Requer a retratação da decisão agravada ou, caso não seja este o entendimento, pleiteia a submissão do presente ao julgamento da E. Turma.

Em contrarrazões (ID 111900974), a agravada sustenta, em síntese, a desnecessidade de suspensão do processo em comento até publicação do resultado do julgamento nos embargos de declaração, pois a tese já está firmada em repercussão geral. Alega a aplicação do entendimento do Supremo Tribunal Federal (RE n.º 574.706/PR), que já reconheceu o direito de se excluir o ICMS da Base de Cálculo do PIS e da COFINS. Pretende a aplicação da multa prevista no artigo 1021, §4º, do CPC, haja vista que se trata de um recurso manifestamente inadmissível, interposto pela União Federal com o exclusivo intuito de protelar o andamento do feito.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0003754-38.2008.4.03.6114
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: INDUSTRIA METALPLASTICA IRBAS LTDA
Advogados do(a) APELADO: RONALDO PAVANELLI GALVAO - SP207623-A, ALEXANDRE GAIOFATO DE SOUZA - SP163549-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

"EMENTA"

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. JULGAMENTO DO RE 574.706-PR. TEMA 69 DA REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo. Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.

3. No tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

4. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

5. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisor, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

6. Agravo interno desprovido.

ASENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Não é de ser provido o agravo.

A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo.

Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronúncia emanados em sede de repercussão geral.

Ademais, no tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

Com efeito, a questão dos presentes autos não carece de maiores debates, visto que o Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "**O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins**". O v. acórdão encontra-se assim ementado, *in verbis*:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Seguindo essa orientação, trago à colação precedentes desta E. Corte:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – AGRAVO INTERNO – INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS – INCONSTITUCIONALIDADE – APLICAÇÃO IMEDIATA DA TESE.

1. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições sociais, no regime de repercussão geral: a pendência de embargos de declaração, no Supremo Tribunal Federal, não impede a imediata aplicação da tese.

2. A eventual limitação dos efeitos da decisão, pelo Supremo Tribunal Federal, deverá ser objeto de recurso próprio, se for o caso.

3. Agravo interno improvido.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, *ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 0000927-30.2017.4.03.6117*, Rel. Desembargador Federal FABIO PRIETO DE SOUZA, julgado em 25/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 30/04/2020)

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS FATURADO DEVE SER EXCLUÍDO, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NAQUELE JULGADO. RECURSO DESPROVIDO.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, *ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000234-74.2017.4.03.6144*, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSOM DI SALVO, julgado em 24/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 29/04/2020)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE 574.706. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão, resultante do julgamento dos embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Ademais, quanto à insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- Quanto aos artigos 489, § 1º, IV a VI, 525 § 13, 926, 927 § 3º, 1.036, 1.039, 1.040 do CPC e 27 da Lei n.º 9.868/99, inexistente na decisão qualquer ofensa aos referidos dispositivos legais.

- No tocante ao ICMS que deve ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, a decisão foi explícita quanto a matéria ora discutida: "Assinalo que, o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal, eis que deve ser excluído, do conceito de receita, todo o ICMS faturado e não o valor devido após as deduções do imposto anteriormente cobrado".

- Destaco a inexistência de ofensa aos arts. 141, 490 e 492 do CPC. Não há que se falar em ausência de pedido a respeito do valor excluído da base de cálculo do PIS/COFINS ser o destacado na nota fiscal, uma vez que este é o que se amolda ao conceito de faturamento, objeto da discussão apresentada nos presentes autos, que teve por fundamento o RE 574.706. Anote-se que, o pedido formulado na inicial foi expresso ao requerer a exclusão da exação sobre a base de cálculo do PIS e da COFINS. Foi exatamente isso que foi decidido pelo STF e que ora se decide.

- O entendimento delineado é no sentido de que todo o ICMS faturado deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

- Não se mostra cabível a aplicação da multa por litigância de má-fé, pois a decisão tem gerado inúmeras controvérsias, já que provocou a alteração de jurisprudência até então sedimentada.

.- Descabida a condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei n.º 12.016/2009.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decisum a ponto de demonstrar qualquer desacerto.

- Negado provimento ao agravo interno.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000590-40.2018.4.03.6110, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 01/05/2020, Intimação via sistema DATA: 05/05/2020)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS E DO PIS. ILEGALIDADE. STF. RE 574.706/PR. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 069. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.

1. Ao apreciar o tema no âmbito do RE 574.706/PR-RG (Rel. Min. Cármen Lúcia), o E. STF firmou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS."

2. Acresça-se, por oportuno, que a pendência de análise de modulação dos efeitos, pelo eventual acolhimento dos aclaratórios opostos no referido RE 574.706/PR, não tem o condão de atrair o efeito suspensivo aqui perseguido, não merecendo, também nesse viés, prosperar o presente recurso oposto pela União Federal - nesse exato sentido, aliás, AC 2015.61.10.008586-0/SP, Relator Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE, decisão de 08/03/2018, D.E. 23/03/2018; EDcl na AMS 2007.61.12.007763-9/SP, Relator Desembargador Federal MARCELO SARAIVA, decisão de 26/03/2018, D.E. 05/04/2018, e AMS 2014.61.05.010541-3/SP, Relatora Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE, Quarta Turma, j. 21/02/2018, D.E. 22/03/2018.

3. Embargos de declaração, opostos pela União Federal, rejeitados.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5000284-62.2018.4.03.6113, Rel. Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, julgado em 04/05/2020, Intimação via sistema DATA: 05/05/2020)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.

1. O cerne da presente controvérsia gravita em torno do reconhecimento do direito da empresa autora à exclusão dos valores correspondentes ao ICMS da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e a COFINS, bem como a compensação dos valores tidos como indevidamente recolhidos, nos últimos 05 (cinco) anos, com os acréscimos cabíveis.

2. Pedido de suspensão do feito rejeitado, uma vez que a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto, que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

3. Uma vez que não há determinação expressa pelo STF, a suspensão da demanda é mera faculdade, a qual afasto, em nome da duração razoável do processo.

4. A jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

5. Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

6. Cumpre asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

7. O ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.

8. Resta evidente, portanto, que o ICMS não tem a natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

9. Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, observada a prescrição quinquenal e segundo a lei vigente ao tempo do ajuizamento da demanda que ocorreu em 26/07/2018.

9. Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil.

10. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior.

11. Recurso de apelação da União.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5018463-83.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 16/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 24/04/2020)

Por oportuno, não é o caso de aplicação da multa do § 4º do artigo 1.021 do Código de Processo Civil pretendida pela agravada, eis que, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso representativo da controvérsia (REsp 1198108/RJ), o agravo interposto contra decisão singular de tribunal não pode ser considerado manifestamente inadmissível ou infundado por ser necessário o exaurimento das instâncias ordinárias para a interposição de recursos extraordinários.

De outra parte, as razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

Assim, não vislumbro qualquer vício a justificar a reforma da decisão ora agravada.

Pelo exposto, **nego provimento** ao agravo interno.

É como voto.

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Acolho a preliminar de sobrestamento. Se vencido, acompanho pela conclusão.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. JULGAMENTO DO RE 574.706-PR. TEMA 69 DA REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. *Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo. Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.*

3. *No tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.*

4. *O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".*

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

6. *Agravo interno desprovido.*

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por maioria, não acolheu a preliminar de sobrestamento do feito, no julgamento ocorrido nos moldes do artigo 942, do Código de Processo Civil, nos termos do voto da Relatora, acompanhado pelos votos dos Desembargadores Federais Johansom Di Salvo e Souza Ribeiro, e da Juíza Federal Convocada Denise Avelar, vencido o Desembargador Federal Fábio Prieto, que a acolhia. Prosseguindo, no mérito, a Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno interposto, nos termos do voto da Relatora, acompanhada pelo voto do Desembargador Federais Johansom Di Salvo e do voto do Desembargador Federal Fábio Prieto, pela conclusão. Lavrará o acórdão a Relatora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5011682-79.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ALFA INDUSTRIA E COMERCIO DE MATERIAIS PLASTICOS PARA LABORATORIOS LTDA - EPP

Advogado do(a) APELADO: APARECIDO ALVES FERREIRA - SP370363-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5011682-79.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ALFA INDUSTRIA E COMERCIO DE MATERIAIS PLASTICOS PARA LABORATORIOS LTDA - EPP

Advogado do(a) APELADO: APARECIDO ALVES FERREIRA - SP370363-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de agravo interno interposto pela UNIAO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL), com fulcro no artigo 1.021 do Código de Processo Civil, em face da r. decisão monocrática (ID 108318717) que, nos termos do art. 932, V, do Código de Processo Civil de 2015, **negou provimento à apelação**, mantendo a r. sentença que julgou procedente o pedido, reconhecendo indevida a inclusão de parcela relativa ao ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, autorizou a restituição/compensação dos valores indevidamente recolhidos, nos últimos 5 (cinco) anos que antecederam o ajuizamento da ação, com atualização pela Taxa Selic.

Sustenta a agravante, em síntese, a suspensão do presente feito até a finalização do julgamento do RE nº 574.706/PR, considerando, inclusive, a oposição de embargos de declaração pela Fazenda Nacional e o acórdão deles resultante. Pugna pela manutenção da parcela do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS. Aduz que o montante do ICMS integra o valor do preço da mercadoria vendida ou preço do serviço prestado.

Requer a retratação da decisão agravada ou, caso não seja este o entendimento, pleiteia a submissão do presente ao julgamento da E. Turma.

Em contrarrazões (ID 123377627), a agravada sustenta, em síntese, a desnecessidade de suspensão do processo em comento até publicação do resultado do julgamento nos embargos de declaração, pois a tese já está firmada em repercussão geral. Alega a aplicação do entendimento do Supremo Tribunal Federal (RE n.º 574.706/PR), que já reconheceu o direito de se excluir o ICMS da Base de Cálculo do PIS e da COFINS. Pretende a aplicação de multa aos Recursos da Fazenda Nacional, pois tratam-se de atos protelatórios, bem como condenar a Agravante em honorários de sucumbência em 20% (vinte por cento).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5011682-79.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ALFA INDUSTRIA E COMERCIO DE MATERIAIS PLASTICOS PARA LABORATORIOS LTDA - EPP
Advogado do(a) APELADO: APARECIDO ALVES FERREIRA - SP370363-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

"EMENTA"

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. AÇÃO ORDINÁRIA. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. JULGAMENTO DO RE 574.706-PR. TEMA 69 DA REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. *Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo. Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.*

3. *No tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.*

4. *O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".*

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

6. *Agravo interno desprovido.*

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Não é de ser provido o agravo.

A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo.

Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.

Ademais, no tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

Com efeito, a questão dos presentes autos não carece de maiores debates, visto que o Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "**O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins**". O v. acórdão encontra-se assimmentado, *in verbis*:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. *Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.*

2. *A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.*

3. *O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.*

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Seguindo essa orientação, trago à colação precedentes desta E. Corte:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – AGRAVO INTERNO – INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS – INCONSTITUCIONALIDADE – APLICAÇÃO IMEDIATA DA TESE.

1. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições sociais, no regime de repercussão geral: a pendência de embargos de declaração, no Supremo Tribunal Federal, não impede a imediata aplicação da tese.

2. A eventual limitação dos efeitos da decisão, pelo Supremo Tribunal Federal, deverá ser objeto de recurso próprio, se for o caso.

3. Agravo interno improvido.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 0000927-30.2017.4.03.6117, Rel. Desembargador Federal FABIO PRIETO DE SOUZA, julgado em 25/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 30/04/2020)

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS FATURADO DEVE SER EXCLUÍDO, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NAQUELE JULGADO. RECURSO DESPROVIDO.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000234-74.2017.4.03.6144, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSOM DI SALVO, julgado em 24/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 29/04/2020)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE 574.706. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão, resultante do julgamento dos embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Ademais, quanto à insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- Quanto aos artigos 489, § 1º, IV a VI, 525 § 13, 926, 927 § 3º, 1.036, 1.039, 1.040 do CPC e 27 da Lei n.º 9.868/99, inexistente na decisão qualquer ofensa aos referidos dispositivos legais.

- No tocante ao ICMS que deve ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, a decisão foi explícita quanto a matéria ora discutida: "Assinalo que, o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal, eis que deve ser excluído, do conceito de receita, todo o ICMS faturado e não o valor devido após as deduções do imposto anteriormente cobrado".

- Destaco a inexistência de ofensa aos arts. 141, 490 e 492 do CPC. Não há que se falar em ausência de pedido a respeito do valor excluído da base de cálculo do PIS/COFINS ser o destacado na nota fiscal, uma vez que este é o que se amolda ao conceito de faturamento, objeto da discussão apresentada nos presentes autos, que teve por fundamento o RE 574.706. Anote-se que, o pedido formulado na inicial foi expresso ao requerer a exclusão da exação sobre a base de cálculo do PIS e da COFINS. Foi exatamente isso que foi decidido pelo STF e que ora se decide.

- O entendimento delineado é no sentido de que todo o ICMS faturado deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

- Não se mostra cabível a aplicação da multa por litigância de má-fé, pois a decisão tem gerado inúmeras controvérsias, já que provocou a alteração de jurisprudência até então sedimentada.

- Descabida a condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.016/2009.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decism a ponto de demonstrar qualquer desacerto.

- Negado provimento ao agravo interno.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000590-40.2018.4.03.6110, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 01/05/2020, Intimação via sistema DATA: 05/05/2020)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS E DO PIS. ILEGALIDADE. STF. RE 574.706/PR. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 069. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.

1. Ao apreciar o tema no âmbito do RE 574.706/PR-RG (Rel. Min. Cármen Lúcia), o E. STF firmou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS."

2. Acresça-se, por oportuno, que a pendência de análise de modulação dos efeitos, pelo eventual acolhimento dos aclaratórios opostos no referido RE 574.706/PR, não tem o condão de atrair o efeito suspensivo aqui perseguido, não merecendo, também nesse viés, prosperar o presente recurso oposto pela União Federal - nesse exato sentido, aliás, AC 2015.61.10.008586-0/SP, Relator Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE, decisão de 08/03/2018, D.E. 23/03/2018; EDcl na AMS 2007.61.12.007763-9/SP, Relator Desembargador Federal MARCELO SARAIVA, decisão de 26/03/2018, D.E. 05/04/2018, e AMS 2014.61.05.010541-3/SP, Relatora Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE, Quarta Turma, j. 21/02/2018, D.E. 22/03/2018.

3. Embargos de declaração, opostos pela União Federal, rejeitados.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5000284-62.2018.4.03.6113, Rel. Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, julgado em 04/05/2020, Intimação via sistema DATA: 05/05/2020)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.

1. O cerne da presente controvérsia gravita em torno do reconhecimento do direito da empresa autora à exclusão dos valores correspondentes ao ICMS da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e a COFINS, bem como a compensação dos valores tidos como indevidamente recolhidos, nos últimos 05 (cinco) anos, com os acréscimos cabíveis.

2. Pedido de suspensão do feito rejeitado, uma vez que a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto, que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

3. Uma vez que não há determinação expressa pelo STF, a suspensão da demanda é mera faculdade, a qual afasto, em nome da duração razoável do processo.

4. A jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

5. Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

6. Cumpre asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

7. O ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.

8. Resta evidente, portanto, que o ICMS não tem a natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

9. Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, observada a prescrição quinquenal e segundo a lei vigente ao tempo do ajuizamento da demanda que ocorreu em 26/07/2018.

9. Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil.

10. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior.

11. Recurso de apelação da União.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5018463-83.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 16/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 24/04/2020)

Outrossim, *in casu*, tratando-se de recurso de apelação interposto contra sentença publicada na vigência do Código de Processo Civil de 2015, é possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, nos termos do Enunciado Administrativo n. 7, aprovado pelo Plenário do Colendo Superior Tribunal de Justiça, em sessão de 09/03/2016: "*Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC*".

A União Federal interpôs apelação e agravo interno, ensejando trabalho adicional ao causídico que atuou na representação da parte autora, para o oferecimento de contrarrazões aos recursos.

Assim, cabível a majoração dos honorários fixados em favor da parte autora a teor do artigo 85, §11, do Código de Processo Civil, que assim dispõe:

In casu, considerando a matéria discutida nos autos, o trabalho realizado em grau recursal e o tempo exigido, bem como a fixação dos honorários advocatícios no percentual mínimo e o não provimento do recurso, de rigor a aplicação da regra do § 11 do artigo 85 do CPC, pelo que determino, a título de sucumbência recursal, a majoração dos honorários de advogado arbitrados na sentença em 1% (um por cento).

Por fim, não há razão para se impor sanção por litigância de má-fé, pois não evidenciadas as hipóteses do artigo 80 do Código de Processo Civil.

De outra parte, as razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

Assim, não vislumbro qualquer vício a justificar a reforma da decisão ora agravada.

Pelo exposto, **nego provimento** ao agravo interno.

É como voto.

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Acolho a preliminar de sobrestamento. Se vencido, acompanho pela conclusão.

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. AÇÃO ORDINÁRIA. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. JULGAMENTO DO RE 574.706-PR. TEMA 69 DA REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo. Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciações emanados em sede de repercussão geral.

3. No tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

4. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

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

6. Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por maioria, não acolheu a preliminar de sobrestamento do feito, no julgamento ocorrido nos moldes do artigo 942, do Código de Processo Civil, nos termos do voto da Relatora, acompanhado pelos votos dos Desembargadores Federais Johnson Di Salvo e Souza Ribeiro, e da Juíza Federal Convocada Denise Avelar, vencido o Desembargador Federal Fábio Prieto, que a acolhia. Prosseguindo, no mérito, a Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno interposto, nos termos do voto da Relatora, acompanhada pelo voto do Desembargador Federais Johnson Di Salvo e do voto do Desembargador Federal Fábio Prieto, pela conclusão. Lavrará o acórdão a Relatora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000482-62.2019.4.03.6114
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: GTRAN TRANSPORTES E LOGISTICA LIMITADA.
Advogado do(a) APELADO: ANTONIO SARRAINO - SP104666-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000482-62.2019.4.03.6114
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: GTRAN TRANSPORTES E LOGISTICA LIMITADA.
Advogado do(a) APELADO: ANTONIO SARRAINO - SP104666-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de agravo interno interposto pela UNIAO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL), com fulcro no artigo 1.021 do Código de Processo Civil, em face da r. decisão monocrática (ID 100125886) que, nos termos do art. 932, V, do Código de Processo Civil de 2015, negou provimento à apelação e deu parcial provimento à remessa oficial, para restringir a compensação em relação às contribuições previdenciárias (art. 26-A, Lei nº 11.457/07), mantendo a r. sentença que concedeu a segurança reconhecendo indevida a inclusão de parcela relativa ao ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, autorizou a compensação dos valores indevidamente recolhidos, nos últimos 5 (cinco) anos que antecederam o ajuizamento da ação, com atualização pela Taxa Selic, após o trânsito em julgado.

Sustenta a agravante, em síntese, a suspensão do presente feito até a finalização do julgamento do RE nº 574.706/PR, considerando, inclusive, a oposição de embargos de declaração pela Fazenda Nacional e o acórdão deles resultante. Pugna pela manutenção da parcela do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS. Aduz que o montante do ICMS integra o valor do preço da mercadoria vendida ou preço do serviço prestado.

Requer a retratação da decisão agravada ou, caso não seja este o entendimento, pleiteia a submissão do presente ao julgamento da E. Turma.

Em contrarrazões (ID 123966395), a agravada sustenta, em síntese, a desnecessidade de suspensão do processo em comento até publicação do resultado do julgamento nos embargos de declaração, pois a tese já está firmada em repercussão geral. Alega a aplicação do entendimento do Supremo Tribunal Federal (RE n.º 574.706/PR), que já reconheceu o direito de se excluir o ICMS da Base de Cálculo do PIS e da COFINS.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000482-62.2019.4.03.6114
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: GTRAN TRANSPORTES E LOGISTICA LIMITADA.
Advogado do(a) APELADO: ANTONIO SARRAINO - SP104666-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

"EMENTA"

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. JULGAMENTO DO RE 574.706-PR. TEMA 69 DA REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo. Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.

3. No tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

4. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

5. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisor, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

6. Agravo interno desprovido.

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Não é de ser provido

o agravo.

A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo.

Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.

Ademais, no tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

Com efeito, a questão dos presentes autos não carece de maiores debates, visto que o Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "**O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins**". O v. acórdão encontra-se assim ementado, *in verbis*:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir; conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Seguindo essa orientação, trago à colação precedentes desta E. Corte:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – AGRAVO INTERNO – INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS – INCONSTITUCIONALIDADE – APLICAÇÃO IMEDIATA DE TESE.

1. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições sociais, no regime de repercussão geral: a pendência de embargos de declaração, no Supremo Tribunal Federal, não impede a imediata aplicação da tese.

2. A eventual limitação dos efeitos da decisão, pelo Supremo Tribunal Federal, deverá ser objeto de recurso próprio, se for o caso.

3. Agravo interno improvido.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 0000927-30.2017.4.03.6117, Rel. Desembargador Federal FABIO PRIETO DE SOUZA, julgado em 25/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 30/04/2020)

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS FATURADO DEVE SER EXCLUÍDO, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NAQUELE JULGADO. RECURSO DESPROVIDO.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000234-74.2017.4.03.6144, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHNSOM DI SALVO, julgado em 24/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 29/04/2020)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE 574.706. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão, resultante do julgamento dos embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Ademais, quanto à insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- Quanto aos artigos 489, § 1º, IV a VI, 525 § 13, 926, 927 § 3º, 1.036, 1.039, 1.040 do CPC e 27 da Lei n.º 9.868/99, inexistente na decisão qualquer ofensa aos referidos dispositivos legais.

- No tocante ao ICMS que deve ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, a decisão foi explícita quanto a matéria ora discutida: "Assinalo que, o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal, eis que deve ser excluído, do conceito de receita, todo o ICMS faturado e não o valor devido após as deduções do imposto anteriormente cobrado".

- Destaco a inexistência de ofensa aos arts. 141, 490 e 492 do CPC. Não há que se falar em ausência de pedido a respeito do valor excluído da base de cálculo do PIS/COFINS ser o destacado na nota fiscal, uma vez que este é o que se amolda ao conceito de faturamento, objeto da discussão apresentada nos presentes autos, que teve por fundamento o RE 574.706. Anote-se que, o pedido formulado na inicial foi expresso ao requerer a exclusão da exação sobre a base de cálculo do PIS e da COFINS. Foi exatamente isso que foi decidido pelo STF e que ora se decide.

- O entendimento delineado é no sentido de que todo o ICMS faturado deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

- Não se mostra cabível a aplicação da multa por litigância de má-fé, pois a decisão tem gerado inúmeras controvérsias, já que provocou a alteração de jurisprudência até então sedimentada.

- Descabida a condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.016/2009.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decisum a ponto de demonstrar qualquer desacerto.

- Negado provimento ao agravo interno.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000590-40.2018.4.03.6110, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 01/05/2020, Intimação via sistema DATA: 05/05/2020)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS E DO PIS. ILEGALIDADE. STF. RE 574.706/PR. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 069. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.

1. Ao apreciar o tema no âmbito do RE 574.706/PR-RG (Rel. Min. Cármen Lúcia), o E. STF firmou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS."

2. Acresça-se, por oportuno, que a pendência de análise de modulação dos efeitos, pelo eventual acolhimento dos aclaratórios opostos no referido RE 574.706/PR, não tem o condão de atrair o efeito suspensivo aqui perseguido, não merecendo, também nesse viés, prosperar o presente recurso oposto pela União Federal - nesse exato sentido, aliás, AC 2015.61.10.008586-0/SP, Relator Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE, decisão de 08/03/2018, D.E. 23/03/2018; EDcl na AMS 2007.61.12.007763-9/SP, Relator Desembargador Federal MARCELO SARAIVA, decisão de 26/03/2018, D.E. 05/04/2018, e AMS 2014.61.05.010541-3/SP, Relatora Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE, Quarta Turma, j. 21/02/2018, D.E. 22/03/2018.

3. Embargos de declaração, opostos pela União Federal, rejeitados.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5000284-62.2018.4.03.6113, Rel. Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, julgado em 04/05/2020, Intimação via sistema DATA: 05/05/2020)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.

1. O cerne da presente controvérsia gravita em torno do reconhecimento do direito da empresa autora à exclusão dos valores correspondentes ao ICMS da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e a COFINS, bem como a compensação dos valores tidos como indevidamente recolhidos, nos últimos 05 (cinco) anos, com os acréscimos cabíveis.

2. Pedido de suspensão do feito rejeitado, uma vez que a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto, que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

3. Uma vez que não há determinação expressa pelo STF, a suspensão da demanda é mera faculdade, a qual afasto, em nome da duração razoável do processo.

4. A jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

5. Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

6. Cumpre asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

7. O ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.

8. Resta evidente, portanto, que o ICMS não tem a natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

9. Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, observada a prescrição quinquenal e segundo a lei vigente ao tempo do ajuizamento da demanda que ocorreu em 26/07/2018.

9. Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil.

10. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior.

11. Recurso de apelação da União.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5018463-83.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 16/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 24/04/2020)

De outra parte, as razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

Assim, não vislumbro qualquer vício a justificar a reforma da decisão ora agravada.

Pelo exposto, **nego provimento** ao agravo interno.

É como voto.

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Acolho a preliminar de sobrestamento. Se vencido, acompanho pela conclusão.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. JULGAMENTO DO RE 574.706-PR. TEMA 69 DA REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo. Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.

3. No tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

4. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

5. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisor, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

6. Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por maioria, não acolheu a preliminar de sobrestamento do feito, no julgamento ocorrido nos moldes do artigo 942, do Código de Processo Civil, nos termos do voto da Relatora, acompanhado pelos votos dos Desembargadores Federais Johnson Di Salvo e Souza Ribeiro, e da Juíza Federal Convocada Denise Avelar, vencido o Desembargador Federal Fábio Prieto, que a acolhia. Prosseguindo, no mérito, a Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno interposto, nos termos do voto da Relatora, acompanhada pelo voto do Desembargador Federais Johnson Di Salvo e do voto do Desembargador Federal Fábio Prieto, pela conclusão. Lavrará o acórdão a Relatora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5004594-41.2018.4.03.6104

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: EMPORIO ANIMAL EIRELI

Advogado do(a) APELADO: CHRISTIANO CARVALHO DIAS BELLO - SP188698-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5004594-41.2018.4.03.6104

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: EMPORIO ANIMAL EIRELI

Advogado do(a) APELADO: CHRISTIANO CARVALHO DIAS BELLO - SP188698-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de agravo interno interposto pela UNIAO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL), com fulcro no artigo 1.021 do Código de Processo Civil, em face da r. decisão monocrática (ID 97139577) que, nos termos do art. 932, V, do Código de Processo Civil de 2015, negou provimento à apelação e deu parcial provimento à remessa oficial, para restringir a compensação em relação às contribuições previdenciárias (art. 26-A, Lei nº 11.457/07), mantendo a r. sentença que julgou procedente a ação, reconhecendo indevida a inclusão de parcela relativa ao ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, autorizou a compensação dos valores indevidamente recolhidos, atualizados pela taxa Selic, desde os recolhimentos indevidos, após o trânsito em julgado, observada a prescrição quinquenal.

Sustenta a agravante, em síntese, a suspensão do presente feito até a finalização do julgamento do RE nº 574.706/PR, considerando, inclusive, a oposição de embargos de declaração pela Fazenda Nacional e o acórdão deles resultante. Pugna pela manutenção da parcela do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS. Aduz que o montante do ICMS integra o valor do preço da mercadoria vendida ou preço do serviço prestado.

Requer a retratação da decisão agravada ou, caso não seja este o entendimento, pleiteia a submissão do presente ao julgamento da E. Turma.

Em contrarrazões (ID 120849686), a agravada sustenta, em síntese, que deve ser mantida integralmente a r. decisão monocrática, que não fez qualquer limitação em relação ao ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS, ou seja, que corretamente aplicou o entendimento do STF fixado no RE 574.706/PR e decidiu que o ICMS incidente na saída deve ser excluído na base de cálculo do PIS e da COFINS.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5004594-41.2018.4.03.6104

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: EMPORIO ANIMAL EIRELI

Advogado do(a) APELADO: CHRISTIANO CARVALHO DIAS BELLO - SP188698-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

"EMENTA"

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. AÇÃO ORDINÁRIA. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. JULGAMENTO DO RE 574.706-PR. TEMA 69 DA REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo. Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.

3. No tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

4. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

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

6. Agravo interno desprovido.

ASENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Não é de ser provido

o agravo.

A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo.

Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.

Ademais, no tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

Com efeito, a questão dos presentes autos não carece de maiores debates, visto que o Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "**O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins**". O v. acórdão encontra-se assim ementado, *in verbis*:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir; conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Seguindo essa orientação, trago à colação precedentes desta E. Corte:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – AGRAVO INTERNO – INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS – INCONSTITUCIONALIDADE – APLICAÇÃO IMEDIATA DA TESE.

1. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições sociais, no regime de repercussão geral: a pendência de embargos de declaração, no Supremo Tribunal Federal, não impede a imediata aplicação da tese.

2. A eventual limitação dos efeitos da decisão, pelo Supremo Tribunal Federal, deverá ser objeto de recurso próprio, se for o caso.

3. Agravo interno improvido.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 0000927-30.2017.4.03.6117, Rel. Desembargador Federal FABIO PRIETO DE SOUZA, julgado em 25/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 30/04/2020)

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS FATURADO DEVE SER EXCLUÍDO, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NAQUELE JULGADO. RECURSO DESPROVIDO.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000234-74.2017.4.03.6144, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSOM DI SALVO, julgado em 24/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 29/04/2020)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE 574.706. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão, resultante do julgamento dos embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Ademais, quanto à insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- Quanto aos artigos 489, § 1º, IV a VI, 525 § 13, 926, 927 § 3º, 1.036, 1.039, 1.040 do CPC e 27 da Lei n.º 9.868/99, inexistente na decisão qualquer ofensa aos referidos dispositivos legais.

- No tocante ao ICMS que deve ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, a decisão foi explícita quanto a matéria ora discutida: "Assinalo que, o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal, eis que deve ser excluído, do conceito de receita, todo o ICMS faturado e não o valor devido após as deduções do imposto anteriormente cobrado".

- Destaco a inexistência de ofensa aos arts. 141, 490 e 492 do CPC. Não há que se falar em ausência de pedido a respeito do valor excluído da base de cálculo do PIS/COFINS ser o destacado na nota fiscal, uma vez que este é o que se amolda ao conceito de faturamento, objeto da discussão apresentada nos presentes autos, que teve por fundamento o RE 574.706. Anote-se que, o pedido formulado na inicial foi expresso ao requerer a exclusão da exação sobre a base de cálculo do PIS e da COFINS. Foi exatamente isso que foi decidido pelo STF e que ora se decide.

- O entendimento delineado é no sentido de que todo o ICMS faturado deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

- Não se mostra cabível a aplicação da multa por litigância de má-fé, pois a decisão tem gerado inúmeras controvérsias, já que provocou a alteração de jurisprudência até então sedimentada.

- Descabida a condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.016/2009.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decisum a ponto de demonstrar qualquer desacerto.

- Negado provimento ao agravo interno.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000590-40.2018.4.03.6110, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 01/05/2020, Intimação via sistema DATA: 05/05/2020)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS E DO PIS. ILEGALIDADE. STF. RE 574.706/PR. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 069. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.

1. Ao apreciar o tema no âmbito do RE 574.706/PR-RG (Rel. Min. Cármen Lúcia), o E. STF firmou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS."

2. Acresça-se, por oportuno, que a pendência de análise de modulação dos efeitos, pelo eventual acolhimento dos aclaratórios opostos no referido RE 574.706/PR, não tem o condão de atrair o efeito suspensivo aqui perseguido, não merecendo, também nesse viés, prosperar o presente recurso oposto pela União Federal - nesse exato sentido, aliás, AC 2015.61.10.008586-0/SP, Relator Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE, decisão de 08/03/2018, D.E. 23/03/2018; EDcl na AMS 2007.61.12.007763-9/SP, Relator Desembargador Federal MARCELO SARAIVA, decisão de 26/03/2018, D.E. 05/04/2018, e AMS 2014.61.05.010541-3/SP, Relatora Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE, Quarta Turma, j. 21/02/2018, D.E. 22/03/2018.

3. Embargos de declaração, opostos pela União Federal, rejeitados.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5000284-62.2018.4.03.6113, Rel. Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, julgado em 04/05/2020, Intimação via sistema DATA: 05/05/2020)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.

1. O cerne da presente controvérsia gravita em torno do reconhecimento do direito da empresa autora à exclusão dos valores correspondentes ao ICMS da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e a COFINS, bem como a compensação dos valores tidos como indevidamente recolhidos, nos últimos 05 (cinco) anos, com os acréscimos cabíveis.

2. Pedido de suspensão do feito rejeitado, uma vez que a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto, que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

3. Uma vez que não há determinação expressa pelo STF, a suspensão da demanda é mera faculdade, a qual afasto, em nome da duração razoável do processo.

4. A jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

5. Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

6. Cumpre asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

7. O ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.

8. Resta evidente, portanto, que o ICMS não tem a natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

9. Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, observada a prescrição quinquenal e segundo a lei vigente ao tempo do ajuizamento da demanda que ocorreu em 26/07/2018.

9. Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil.

10. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior.

11. Recurso de apelação da União.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5018463-83.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 16/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 24/04/2020)

De outra parte, as razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

Assim, não vislumbro qualquer vício a justificar a reforma da decisão ora agravada.

Pelo exposto, **nego provimento** ao agravo interno.

É como voto.

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Acolho a preliminar de sobrestamento. Se vencido, acompanho pela conclusão.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. AÇÃO ORDINÁRIA. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. JULGAMENTO DO RE 574.706-PR. TEMA 69 DA REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo. Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.

3. No tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

4. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

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

6. Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por maioria, não acolheu a preliminar de sobrestamento do feito, no julgamento ocorrido nos moldes do artigo 942, do Código de Processo Civil, nos termos do voto da Relatora, acompanhado pelos votos dos Desembargadores Federais Johansom Di Salvo e Souza Ribeiro, e da Juíza Federal Convocada Denise Avelar, vencido o Desembargador Federal Fábio Prieto, que a acolhia. Prosseguindo, no mérito, a Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno interposto, nos termos do voto da Relatora, acompanhada pelo voto do Desembargador Federais Johansom Di Salvo e do voto do Desembargador Federal Fábio Prieto, pela conclusão. Lavrará o acórdão a Relatora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

SUBSECRETARIA DA 7ª TURMA

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5522774-66.2019.4.03.9999

RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO

APELANTE: MARIA BEATRIZ DE MORAES

Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRA ANTUNES GARCIA - SP245978-N

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DECISÃO

Recebo o(s) apelo(s) interposto(s) em ambos os efeitos, nos termos do art. 1.012, *caput*, do Código de Processo Civil - CPC/2015.

Intimem-se.

Após, tomem conclusos para julgamento em momento oportuno.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5365774-03.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: ANTONIO JOSE PANCIERI
Advogados do(a) APELADO: CASSIA MARTUCCI MELILLO BERTOZO - SP211735-N, CARMEM ALINE AGAPITO DE OLIVEIRA - SP389530-N

DECISÃO

Recebo o(s) apelo(s) interposto(s), no que se refere à tutela antecipadamente deferida, tão somente no efeito devolutivo, conforme disposto no art. 1.012, § 1º, V, do Código de Processo Civil - CPC.

No mais, em seus regulares efeitos, nos termos do *caput* do mesmo dispositivo.

Trata a presente demanda de pleito para concessão do adicional de 25% sobre o valor do benefício de natureza previdenciária diverso da aposentação por invalidez, quando comprovada a necessidade de assistência permanente de terceiro.

Em que pese o julgamento pelo c. STJ do tema n.º 982, fixando-se a tese de que “*comprovadas a invalidez e a necessidade de assistência permanente de terceiro, é devido o acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento), previsto no art. 45 da Lei n. 8.213/91, a todos os aposentados pelo RGPS, independentemente da modalidade de aposentadoria*”, verifica-se que a 1ª Turma do e. Supremo Tribunal Federal determinou a suspensão do trâmite das ações que tratam do referido tema:

“PETIÇÃO PARA CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO. “AUXÍLIO-ACOMPANHANTE”. ART. 45 DA LEI N.º 8.213/1991. APLICAÇÃO DIRETA DE NORMAS CONSTITUCIONAIS. FUMUS BONI IURIS QUANTO À ADMISSÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PERICULUM IN MORA CONFIGURADO. RISCO DE IMPACTO BILIONÁRIO SOBRE AS CONTAS PÚBLICAS. SUSPENSÃO DE TODOS OS PROCESSOS QUE VERSEM SOBRE O TEMA EM TERRITÓRIO NACIONAL. POSSIBILIDADE. ARTS. 1.029, § 5º, I, 1.035, § 5º, 301 e 932, II, DO CPC/2015. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.1. O Art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (incluído pela Lei n.º 13.655/2018) dispõe, verbis: “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”. 2. O Magistrado tem o dever de examinar as consequências imediatas e sistêmicas que o seu pronunciamento irá produzir na realidade social, porquanto, ao exercer seu poder de decisão nos casos concretos com os quais se depara, os Juízes alocam recursos escassos. Doutrina: POSNER, Richard. Law, Pragmatism and Democracy. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 60-64.3. A segurança jurídica prevista no Código de Processo Civil de 2015, representa o cânone que consagra diversos mecanismos para o sobrestamento de causas similares com vistas à aplicação de orientação uniforme em todos eles (art. 1.035, § 5º; art. 1.036, § 1º; art. 1.037, II; art. 982, § 3º), juntamente com a estabilização da jurisprudência, a isonomia e a economia processual.4. A doutrina sobre o tema assevera que, verbis: “trata-se de uma preocupação central do Código, cujo art. 926 impõe aos Tribunais a uniformização de sua jurisprudência para mantê-la estável, íntegra e coerente. Repise-se que a segurança jurídica quanto ao entendimento dos Tribunais pauta não apenas a atuação dos órgãos hierarquicamente inferiores, mas também o comportamento extraprocessual de pessoas envolvidas em controvérsias cuja solução já foi pacificada pela jurisprudência.” (FUX, Luiz; BODART, Bruno. Notas sobre o princípio da motivação e a uniformização da jurisprudência no novo Código de Processo Civil à luz da análise econômica do Direito. In: Revista de Processo, v. 269, jun. 2017, pp. 421-432).5. O julgamento dos embargos de declaração opostos em face de acórdão do Superior Tribunal de Justiça no bojo de Recurso Especial autoriza a remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal para apreciação do Recurso Extraordinário, na forma do art. 1.031, § 1º, do CPC/2015.6. O efeito suspensivo conferível ao Recurso Extraordinário pode envolver a antecipação da eficácia de todos os consectários processuais de seu processamento, inclusive a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional (art. 1.035, § 5º, do CPC/2015), no exercício judicial do poder geral de cautela (arts. 301, in fine, e 932, II, do CPC/2015).7. In casu: (i) os acórdãos do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Regional Federal da 4ª Região invocaram os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB) e da isonomia (art. 5º, caput, CRFB), bem como os direitos sociais (art. 6º CRFB), para estender o adicional de assistência permanente previsto no art. 45 da Lei n.º 8.213/91 a beneficiários diversos dos aposentados por invalidez, indicando o fumus boni iuris quanto à admissão do Recurso Extraordinário; (ii) o risco de lesão grave a ser afastado com a suspensão dos processos que versem sobre a controvérsia debatida nos autos consiste no impacto bilionário causado aos já combalidos cofres públicos.8. Agravo Regimental a que se dá provimento, na forma do art. 1.021, § 2º, do CPC/2015, para suspender todos os processos, individuais ou coletivos, em qualquer fase e em todo o território nacional, que versem sobre a extensão do “auxílio-acompanhante”, previsto no art. 45 da Lei n.º 8.213/1991 para os segurados aposentados por invalidez, às demais espécies de aposentadoria do Regime Geral da Previdência Social.” (STF, 1ª Turma, AgR/Pet 8002, relator Ministro Luiz Fux, j. 12.03.2019)

Assim, suspendo a tramitação do feito até o julgamento da controvérsia pela Corte Suprema.

Intimem-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5177190-15.2020.4.03.9999

RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, FUNDO DO REGIME GERAL DE PREVIDENCIA SOCIAL

APELADO: C. H. P.

REPRESENTANTE: RITA DE CASSIA DIAS DE LIMA

Advogados do(a) APELADO: ALEXANDRE INTRIERI - SP259014-N, ROBERTO AUGUSTO DA SILVA - SP172959-N,

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

O processo supra foi incluído na sessão abaixo indicada, **a qual será realizada em ambiente exclusivamente eletrônico**, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Ficam as partes intimadas para que, no prazo de 5 (cinco dias), por meio do endereço UTU7@trf3.jus.br, demonstrem interesse em que o julgamento seja realizado de forma presencial, para fins de sustentação oral ou por outro motivo relevante, ficando o feito automaticamente adiado para a sessão presencial subsequente, independentemente de nova intimação.

Sessão de Julgamento

Data: 20.07.2020

Horário: 14:00 hs

Local: - SÉTIMA TURMA - Av. Paulista, 1842, Torre Sul, Cerqueira Cesar, São Paulo - SP

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5413364-73.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO
APELANTE: ELIZANGELA REGINA RIBAS CHAGAS
Advogado do(a) APELANTE: TAMAE LYN KINA MARTELI BOLQUE - SP158969-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DECISÃO

Recebo o(s) apelo(s) interposto(s) em ambos os efeitos, nos termos do art. 1.012, *caput*, do Código de Processo Civil - CPC/2015.

ID. n.º 90290789, 90290792 e 90290796: Dê-se vista ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS dos documentos justados pela parte autora, pelo prazo de 15 (quinze) dias.

Intimem-se.

Após, tomem conclusos para julgamento em momento oportuno.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5019081-70.2018.4.03.6183
RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO
APELANTE: JOSE FRANCISCO PAULINO
Advogado do(a) APELANTE: SILAS MARIANO RODRIGUES - SP358829-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DECISÃO

Recebo o(s) apelo(s) interposto(s) em ambos os efeitos, nos termos do art. 1.012, *caput*, do Código de Processo Civil - CPC/2015.

Registro que o presente feito se encontra na listagem fornecida pelo Setor de Estatística desta Corte para subsidiar o questionário da Inspeção 2020 do CJP, como processo conclusos há mais de 10 dias, com requerimento de tutela provisória não apreciado.

No entanto, compulsando os autos verifico não haver pedido desse teor aguardando decisão deste Relator.

Por essa razão, **retifique-se a autuação**, a fim de constar a opção “Não” no campo “Tutela/Liminar”.

Cumpra-se. Intimem-se.

Após, tornem conclusos para julgamento em momento oportuno.

São Paulo, 16 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5414344-20.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: ANTENOR BELMIRO DE PAIVA
Advogado do(a) APELADO: RICARDO AURELIO DE MORAES SALGADO JUNIOR - SP138058-A

DECISÃO

Recebo o(s) apelo(s) interposto(s) e Recurso Adesivo, no que se refere à tutela antecipadamente deferida, tão somente no efeito devolutivo, conforme disposto no art. 1.012, § 1º, V, do Código de Processo Civil - CPC.

No mais, em seus regulares efeitos, nos termos do *caput* do mesmo dispositivo.

Intimem-se.

Após, tomem conclusos.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 6084589-07.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA
APELANTE: TEREZA ROSA DE PAULA
Advogado do(a) APELANTE: CRISTIANE MARIA MARQUES GAVIAO - SP151358-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

O processo supra foi incluído na sessão abaixo indicada, **a qual será realizada em ambiente exclusivamente eletrônico**, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Ficam as partes intimadas para que, no prazo de 5 (cinco dias), por meio do endereço UTU7@trf3.jus.br, demonstrem interesse em que o julgamento seja realizado de forma presencial, para fins de sustentação oral ou por outro motivo relevante, ficando o feito automaticamente adiado para a sessão presencial subsequente, independentemente de nova intimação.

Sessão de Julgamento

Data: 20.07.2020

Horário: 14:00 hs

Local: - SÉTIMA TURMA - Av. Paulista, 1842, Torre Sul, Cerqueira Cesar, São Paulo - SP

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0038869-61.2015.4.03.9999
RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELANTE: ALAN OLIVEIRA PONTES - SP182096-N
APELADO: JULIO CESAR BARATELI
Advogado do(a) APELADO: ROGER HENRY JABUR - SP126742-N

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

O processo supra foi incluído na sessão abaixo indicada, **a qual será realizada em ambiente exclusivamente eletrônico**, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Ficam as partes intimadas para que, no prazo de 5 (cinco dias), por meio do endereço UTU7@trf3.jus.br, demonstrem interesse em que o julgamento seja realizado de forma presencial, para fins de sustentação oral ou por outro motivo relevante, ficando o feito automaticamente adiado para a sessão presencial subsequente, independentemente de nova intimação.

Sessão de Julgamento

Data: 20.07.2020

Horário: 14:00 hs

Local: - SÉTIMA TURMA - Av. Paulista, 1842, Torre Sul, Cerqueira Cesar, São Paulo - SP

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5002322-65.2017.4.03.6183
RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORU YAMAMOTO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: JULITA LAUER
Advogados do(a) APELADO: ARISMAR AMORIM JUNIOR - SP161990-A, GABRIEL DE VASCONCELOS ATAIDE - SP326493-A, KATIA CRISTINA GUIMARAES AMORIM - SP271130-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de ação previdenciária ajuizada em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, objetivando a revisão de aposentadoria por tempo de contribuição (NB 085.023.865-0 - DIB 01/04/1989), mediante a readequação do valor do benefício aos novos tetos estabelecidos pelas Emendas Constitucionais n. 20/98 e 41/03. Requer o reconhecimento da interrupção da prescrição quinquenal mediante a propositura da ACP 0004911-28.2011.403.6183.

A r. sentença julgou procedente o pedido, para condenar o réu à revisão do benefício, mediante readequação da renda aos limites fixados pelos tetos do benefício estabelecido pelas EC's n. 20/98 e 41/03, observada a prescrição quinquenal, contada do ajuizamento desta ação individual, acrescido de correção monetária e juros de mora. Condenou o INSS, ainda, ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da condenação, considerando as parcelas vencidas até a sentença, nos termos da Súmula 111 do Superior Tribunal de Justiça.

Sentença não submetida ao reexame necessário.

Apelou o INSS, alegando, preliminarmente, a ocorrência de decadência. Aduz, ainda, que infundado o argumento de que prescrição e decadência foram interrompidas face à transação havida na ACP 4911-28.2011.4.03.6183, pois o acordo não abrangeu os benefícios concedidos entre a CF/88 e a Lei 8.213/91. No mérito, sustenta a improcedência do pedido.

Com contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Decido.

Inicialmente, entendo ser possível a prolação de decisão monocrática no presente caso, a teor do artigo 932, incisos IV e V, do CPC de 2015.

Verifico, em juízo de admissibilidade, que o recurso ora analisado mostra-se formalmente regular, motivado (artigo 1.010 CPC) e com partes legítimas, preenchendo os requisitos de adequação (art. 1009 CPC) e tempestividade (art. 1.003 CPC). Assim, presente o interesse recursal e inexistindo fato impeditivo ou extintivo, recebo-o e passo a apreciá-lo nos termos do artigo 1.011 do Código de Processo Civil.

De início, ainda, não conheço da apelação do INSS quanto à prescrição quinquenal, pois restou expressamente consignado na sentença a incidência de prescrição quinquenal a partir do ajuizamento da presente demanda, não havendo, portanto, sucumbência neste tópico.

In casu, verifico que o objeto da revisão é o benefício em manutenção e não o ato de seu deferimento, descabe falar na ocorrência da decadência prevista no art. 103 da Lei 8.213/91, que se refere ao perecimento do direito de como se calcula a renda mensal inicial.

Ainda que a decadência tenha sido inserida no art. 103 da Lei 8.213/91 somente com a redação dada pela Medida Provisória nº 1523-9, DOU de 28/06/1997 (e, posteriormente, pelas Leis 9.528/1997, 9.711/1998 e 10.839/2004), a presente ação busca a revisão de benefício previdenciário, mediante a aplicação dos limites máximos (teto) revistos na EC 20/98 e EC 41/03 aos cálculos originais, de modo que não há que se falar em decadência, por não haver qualquer pretensão à revisão da renda inicial do benefício.

No mérito, cuida-se de ação em que pleiteia a parte autora a revisão da renda mensal de seu benefício, mediante a observância dos novos tetos constitucionais.

As Emendas Constitucionais ns. 20, de 16/12/1998, e 41, de 31/12/2003, reajustaram o teto máximo de pagamento da Previdência Social, ao disporem, *in verbis*:

Art. 14 - O limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal é fixado em R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), devendo, a partir da data da publicação desta Emenda, ser reajustado de forma a preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social. (EC n. 20/1998)

Art. 5º O limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal é fixado em R\$ 2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais), devendo, a partir da data de publicação desta Emenda, ser reajustado de forma a preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social. (EC n. 41 /2003).

Contudo, o tema, antes controvertido, restou pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de Repercussão Geral, no julgamento dos autos RE 564354/SE, cuja relatora foi a Ministra Cármen Lúcia, sendo a decisão publicada no DJe-030 de 14-02-2011:

DIREITOS CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. ALTERAÇÃO NO TETO DOS BENEFÍCIOS DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA. REFLEXOS NOS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS ANTES DA ALTERAÇÃO. EMENDAS CONSTITUCIONAIS N. 20/1998 E 41/2003. DIREITO INTERTEMPORAL: ATO JURÍDICO PERFEITO. NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO DA LEI INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DAS LEIS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Há pelo menos duas situações jurídicas em que a atuação do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição da República demanda interpretação da legislação infraconstitucional: a primeira respeita ao exercício do controle de constitucionalidade das normas, pois não se declara a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei sem antes entendê-la; a segunda, que se dá na espécie, decorre da garantia constitucional da proteção ao ato jurídico perfeito contra lei superveniente, pois a solução de controvérsia sob essa perspectiva pressupõe sejam interpretadas as leis postas em conflito e determinados os seus alcances para se dizer da existência ou ausência da retroatividade constitucionalmente vedada. 2. Não ofende o ato jurídico perfeito a aplicação imediata do art. 14 da Emenda Constitucional n. 20/1998 e do art. 5º da Emenda Constitucional n. 41/2003 aos benefícios previdenciários limitados a teto do regime geral de previdência estabelecido antes da vigência dessas normas, de modo a que passem a observar o novo teto constitucional. 3. Negado provimento ao recurso extraordinário.

Assim, tais dispositivos possuem aplicação imediata, sem qualquer ofensa ao direito adquirido, à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito, de modo que seus comandos devam alcançar os benefícios previdenciários limitados ao teto do regime geral de previdência, *ainda que concedidos antes da vigência dessas normas*, bem como os que forem concedidos a partir delas, passando todos os que se enquadrarem nessa situação a observar o novo teto constitucional.

Ressalte-se que, a contrário do alegado pela autarquia, não é necessário que o segurado esteja recebendo o valor limitado ao teto vigente ao tempo da promulgação das respectivas Emendas Constitucionais, pois, conforme se extrai de trechos do voto da Ministra Cármen Lúcia, a aplicação imediata do novo teto é possível *àqueles que percebem seus benefícios com base em limitador anterior*, ou seja, basta que tenham sido limitados ao teto vigente quando de sua concessão.

Por outro lado, o estudo elaborado pelo Núcleo de Contadoria da Justiça Federal do Rio Grande do Sul não pode ser aplicado de forma genérica, devendo a evolução dos valores ser apurada em fase de execução, restando intocável o direito da parte autora.

In casu, conforme extrato de revisão de benefício, o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição (NB 085.023.865-0 - DIB 01/04/1989), foi revisado por força do artigo 144 da Lei n. 8.213/91, tendo sido o “salário base acima do teto, colocado no teto”.

Desta forma, verifico que o benefício da parte autora sofreu referida limitação, sendo devida a revisão de sua renda mensal para que sejam observados os novos tetos previdenciários estabelecidos pelas Emendas Constitucionais n.ºs. 20/1998 e 41/2003.

Assim, curvo-me ao entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal e julgo procedente o pedido posto na inicial.

Apliquem-se, para o cálculo dos juros de mora e correção monetária, os critérios estabelecidos pelo Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal vigente à época da elaboração da conta de liquidação, observando-se o decidido nos autos do RE 870947.

Anote-se, na espécie, a necessidade de ser observada a prescrição quinquenal das parcelas que antecedem o quinquênio contado do ajuizamento da ação e a obrigatoriedade da dedução, na fase de liquidação, dos valores eventualmente pagos à parte autora na esfera administrativa.

Diante do exposto, **não conheço de parte da apelação do INSS e, na parte conhecida, rejeito a preliminar de decadência e, no mérito, nego-lhe provimento**, nos termos da fundamentação.

Oportunamente, remetam-se os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO
APELANTE: REGINALDO JOSE PEREIRA
Advogados do(a) APELANTE: LUCIO RAFAEL TOBIAS VIEIRA - SP218105-A, ALEX AUGUSTO ALVES - SP237428-A, DANIEL TOBIAS VIEIRA - SP337566-A, MARTA HELENA GERALDI - SP89934-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DECISÃO

Tendo em vista que a r. sentença recorrida condenou a autarquia na implantação de benefício previdenciário, cuja natureza é eminentemente alimentar (Arts. 114 e 33 da Lei nº 8.213/91 c/c. 1.012, § 1º, II, do Código de Processo Civil), recebo o(s) apelo(s), neste aspecto, tão somente no efeito devolutivo, facultando ao interessado a execução provisória, em primeiro grau de jurisdição, da obrigação de fazer.

No tocante ao pagamento das quantias atrasadas, recebo o(s) recurso(s) em ambos os efeitos legais, na medida em que, além de dependerem da expedição de precatório e, com isto, do trânsito em julgado da r. decisão, não possuem natureza alimentar, eis que se tratam de valores em atraso.

Registro que o presente feito se encontra na listagem fornecida pelo Setor de Estatística desta Corte para subsidiar o questionário da Inspeção 2020 do CJF, como processo conclusos há mais de 10 dias, com requerimento de tutela provisória não apreciado.

No entanto, compulsando os autos verifico não haver pedido desse teor aguardando decisão deste Relator.

Por essa razão, **retifique-se a autuação**, a fim de constar a opção “Não” no campo “Tutela/Liminar”.

Cumpra-se. Intimem-se.

Após, tornem conclusos.

São Paulo, 16 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5003131-21.2018.4.03.6183
RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO
APELANTE: FRANCISCO JOSE ESTEVES
Advogado do(a) APELANTE: JOSE EDUARDO DO CARMO - SP108928-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DECISÃO

Recebo o(s) apelo(s) interposto(s) em ambos os efeitos, nos termos do art. 1.012, *caput*, do Código de Processo Civil - CPC/2015.

Registro que o presente feito se encontra na listagem fornecida pelo Setor de Estatística desta Corte para subsidiar o questionário da Inspeção 2020 do CJF, como processo conclusos há mais de 10 dias, com requerimento de tutela provisória não apreciado.

No entanto, compulsando os autos verifico não haver pedido desse teor aguardando decisão deste Relator.

Por essa razão, **retifique-se a autuação**, a fim de constar a opção “Não” no campo “Tutela/Liminar”.

Cumpra-se. Intimem-se.

Após, tomem conclusos para julgamento em momento oportuno.

São Paulo, 17 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5006181-68.2018.4.03.6114
RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: GABRIEL CASTRO RODRIGUEZ
Advogado do(a) APELADO: MARISTELA BORELLI MAGALHAES - SP211949-A

DECISÃO

Recebo o(s) apelo(s) interposto(s), no que se refere à tutela antecipadamente deferida, tão somente no efeito devolutivo, conforme disposto no art. 1.012, § 1º, V, do Código de Processo Civil - CPC.

No mais, em seus regulares efeitos, nos termos do *caput* do mesmo dispositivo.

Registro que o presente feito se encontra na listagem fornecida pelo Setor de Estatística desta Corte para subsidiar o questionário da Inspeção 2020 do CJF, como processo conclusos há mais de 10 dias, com requerimento de tutela provisória não apreciado.

No entanto, compulsando os autos verifico não haver pedido desse teor aguardando decisão deste Relator.

Por essa razão, **retifique-se a autuação**, a fim de constar a opção “Não” no campo “Tutela/Liminar”.

Cumpra-se. Intimem-se.

Após, tomem conclusos.

São Paulo, 17 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001342-89.2017.4.03.6128
RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO
APELANTE: DANIEL AZEVEDO AGUIAR
Advogado do(a) APELANTE: TIAGO DE GOIS BORGES - SP198325-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DECISÃO

Recebo o(s) apelo(s) interposto(s) em ambos os efeitos, nos termos do art. 1.012, *caput*, do Código de Processo Civil - CPC/2015.

Determino o apensamento do feito ao processo autuado sob n.º 0005918-84.2015.4.03.6128. Anote-se.

Intimem-se.

Após, tomem conclusos para julgamento em momento oportuno.

São Paulo, 17 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5012381-78.2018.4.03.6183
RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: PEDRO PEREIRA DA SILVA
Advogado do(a) APELADO: ANA PAULA ROCA VOLPERT - SP373829-A

DECISÃO

Recebo o(s) apelo(s) interposto(s) em ambos os efeitos, nos termos do art. 1.012, *caput*, do Código de Processo Civil - CPC/2015.

Registro que o presente feito se encontra na listagem fornecida pelo Setor de Estatística desta Corte para subsidiar o questionário da Inspeção 2020 do CJF, como processo conclusos há mais de 10 dias, com requerimento de tutela provisória não apreciado.

No entanto, compulsando os autos verifico não haver pedido desse teor aguardando decisão deste Relator.

Por essa razão, **retifique-se a autuação**, a fim de constar a opção “Não” no campo “Tutela/Liminar”.

Cumpra-se. Intimem-se.

Após, tomem conclusos para julgamento em momento oportuno.

São Paulo, 17 de junho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0011762-44.2015.4.03.6183
RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA
APELANTE: EMENEGILDA DOMENE DA SILVA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELANTE: ROSE MARY GRAHL - SP212583-S
APELADO: EMENEGILDA DOMENE DA SILVA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELADO: ROSE MARY GRAHL - SP212583-S

D E C I S Ã O

Cuida-se de recurso em que a questão discutida se encontra sob exame do Superior Tribunal de Justiça, em decorrência de Recursos Repetitivos (Tema nº 1005):

Tema nº 1005 - Fixação do termo inicial da prescrição quinquenal, para recebimento de parcelas de benefício previdenciários reconhecidas judicialmente, em ação individual ajuizada para adequação da renda mensal aos tetos fixados pelas Emendas Constitucionais 20/98 e 41/2003, cujo pedido coincide com aquele anteriormente formulado em ação civil pública. Precedentes: REsp 1.761.874/SC, REsp 1.766.553/SC, REsp 1.751.667/RS.

Ante o exposto e com fundamento no artigo 1.037, inciso II, do Código de Processo Civil, que regula os procedimentos relativos à tramitação dos recursos cuja matéria foi submetida ao regime dos Recursos Repetitivos e de Repercussão Geral, determino o sobrestamento do feito até o julgamento final da controvérsia pelo Superior Tribunal de Justiça.

Após intimação das partes, PROCEDA a Subsecretaria com as anotações pertinentes.

P. I.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000780-20.2020.4.03.6114
RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: LUIS CARLOS MAFFEI
Advogados do(a) APELADO: KATIA SHIMIZU DE CASTRO - SP227818-A, ROBSON LUIS BINHARDI - SP358489-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de demanda em que se discute a possibilidade de aplicação da regra definitiva prevista no art. 29, I e II da Lei 8.213/1991, na apuração do salário de benefício, quando se revelar mais favorável do que a regra de transição contida no art. 3o. da Lei 9.876/1999.

A questão *sub judice* foi afetada e apreciada pelo C. STJ (Tema 999), no julgamento dos Recursos Especiais n. 1.554.596 e 1.596.203, submetidos a sistemática de recursos repetitivos.

Inconformado como o entendimento assentado pelo C. STJ, o INSS interpôs Recurso Extraordinário, o qual foi admitido como representativo de controvérsia, oportunidade em que se determinou “a suspensão de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a mesma controvérsia em trâmite em todo o território nacional”.

Por tais razões, com base no artigo 932, I, c.c.o artigo 1.36, §1º, ambos do CPC/2015, DETERMINO O SOBRESTAMENTO do presente feito.

Após intimação das partes, PROCEDA a Subsecretaria com as anotações pertinentes.

P.I.C.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000030-83.2019.4.03.6136
RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA
APELANTE: OLIDES GOMES GONCALVES
Advogados do(a) APELANTE: MATHEUS RICARDO BALDAN - SP155747-N, EMERSOM GONCALVES BUENO - SP190192-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de demanda em que se discute a possibilidade de aplicação da regra definitiva prevista no art. 29, I e II da Lei 8.213/1991, na apuração do salário de benefício, quando se revelar mais favorável do que a regra de transição contida no art. 3o. da Lei 9.876/1999.

A questão *sub judice* foi afetada e apreciada pelo C. STJ (Tema 999), no julgamento dos Recursos Especiais n. 1.554.596 e 1.596.203, submetidos a sistemática de recursos repetitivos.

Inconformado com o entendimento assentado pelo C. STJ, o INSS interpôs Recurso Extraordinário, o qual foi admitido como representativo de controvérsia, oportunidade em que se determinou “a suspensão de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a mesma controvérsia em trâmite em todo o território nacional”.

Por tais razões, com base no artigo 932, I, c.c o artigo 1.36, §1º, ambos do CPC/2015, DETERMINO O SOBRESTAMENTO do presente feito.

Após intimação das partes, PROCEDA a Subsecretaria com as anotações pertinentes.

P.I.C.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016261-32.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO

AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) AGRAVANTE: SHEILA ALVES DE ALMEIDA - PE31934-N

AGRAVADO: PEDRO CORDEIRO DA SILVA

Advogado do(a) AGRAVADO: JOSE CARLOS THEO MAIA CORDEIRO - SP74491-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de concessão de efeito suspensivo, interposto pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS contra decisão proferida pelo Juízo Federal da 2ª Vara de Franca/SP que, em mandado de segurança impetrado por PEDRO CORDEIRO DA SILVA, objetivando a concessão do benefício de aposentadoria por idade, deferiu o pedido liminar e determinou a implantação do benefício, no prazo de trinta dias.

Em razões recursais, sustenta a Autarquia agravante o descabimento do provimento liminar, considerando a inexistência de prova pré-constituída, sendo que a resolução da questão demanda dilação probatória, inadmissível em sede de mandado de segurança.

É o suficiente relatório.

Decido.

O mandado de segurança é ação civil de rito sumário especial, destinado a proteger direito líquido e certo da violação efetiva ou iminente, praticada com ilegalidade ou abuso de poder por parte de autoridade pública (ou agente de pessoa jurídica no exercício das atribuições do Poder Público), diretamente relacionada à coação, a teor do disposto no art. 5º, LXIX, da Constituição Federal e art. 1º da Lei nº 12.016/09.

Exige, como característica intrínseca, que o direito a ser tutelado apresente liquidez e certeza, e sua comprovação possa ser aferida de forma incontestada, vedada a dilação probatória.

No caso dos autos, o agravante impetrou mandado de segurança, objetivando a concessão do benefício de aposentadoria por idade, indeferida em sede administrativa.

No entanto, como já fundamentado, o *writ* possui a natureza intrínseca de procedimento célere, inadmitindo dilação probatória.

A seu turno, a concessão de qualquer aposentadoria prevista no RGPS, no mais das vezes, é um ato complexo, a demandar apreciação de documentação apta ao preenchimento dos requisitos disciplinados na Lei nº 8.213/91, não sendo passível de sua comprovação de plano.

Note-se que, em sede administrativa, a insuficiência de documentos por parte do segurado enseja a realização de diligências e concessão de prazo complementar para a sua completa instrução. De igual forma, em âmbito judicial, há a possibilidade de designação de prova técnica pelo julgador, se não formada sua convicção acerca do direito postulado. Trata-se, em outras palavras, de prestigiar os princípios da efetividade, devido processo legal e contraditório, possibilitando aos litigantes valerem-se dos meios processuais disponíveis para comprovação de suas teses, hipóteses não contempladas, entretanto, na estreita via do mandado de segurança.

Bem por isso, tenho por inadequado o manejo do mandado de segurança para a concessão de benefício previdenciário de qualquer espécie, devendo o segurado recorrer à via ordinária.

Nesse sentido, os julgados desta Corte:

“PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. ARTIGO 267, VI DO CPC. INADEQUAÇÃO DA VIA. APELAÇÃO DO IMPETRANTE PREJUDICADA.

I. O remédio constitucional do Mandado de Segurança tem por finalidade assegurar a proteção a direito líquido e certo de ilegalidade ou abuso de poder praticado por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público, nos termos do inciso LXXIX, do artigo 5º, da Constituição da República.

II. A comprovação do tempo de serviço, de natureza especial ou comum e, ainda, da concessão da aposentadoria, com o pagamento de parcelas em atraso, não são cabíveis na estreita via do mandado de segurança, cujo exame dependeria de dilação probatória para o que é inadequada esta ação especial.

III. O C. STJ já se manifestou reiteradamente no sentido de que a via mandamental não é adequada para se pleitear o reconhecimento de benefício previdenciário, tampouco para o reconhecimento de tempo de serviço, casos em que o segurado deverá recorrer à via ordinária. Também, a jurisprudência pacificou o entendimento de que o mandado de segurança não é o meio processual adequado para se efetuar a cobrança de valores atrasados, tampouco produz efeitos patrimoniais em relação ao período anterior à data da sua impetração, nos termos das Súmulas nº 269 e 271 do E. Supremo Tribunal Federal. Inadequada a via processual eleita, para tal fim.

IV. A análise do pedido de conversão de tempo de serviço especial, bem como de concessão da aposentadoria, fica sujeita à verificação da autoridade administrativa, nada obstando, no entanto, que a parte impetrante busque a comprovação de seu direito, utilizando as vias judiciais ordinárias. Ante a inadequação da via eleita, há de ser reconhecida a falta de interesse processual do impetrante, extinguindo-se o feito sem resolução do mérito, nos termos do artigo 267, VI do Código de Processo Civil. Sem condenação em honorários advocatícios, nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009 e das Súmulas n.º 105 do STJ e 512 do STF.

V. Inadequação da via mandamental. Extinção do feito sem resolução do mérito. Artigo 267, VI, do CPC. Apelo prejudicado.”

(AC nº 2004.61.08.001941-4/SP, Rel. Juiz Federal convocado Nilson Lopes, 8ª Turma, DE 21/05/2013).

“DIREITO PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. AGRAVO LEGAL. REVISÃO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. CONVERSÃO DO TEMPO COMUM EM ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Quanto ao pedido de conversão do tempo comum em especial, não obstante sua possibilidade para o período de atividade anterior a 1995, o mandado de segurança não é via adequada para tal pleito.

2. A ação mandamental tem por objeto a proteção de direito líquido e certo quando violado por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. E, no caso, não houve violação a qualquer direito quanto ao pedido de conversão inversa, até porque trata-se de uma ficção jurídica criada pelo legislador:

3. Agravo desprovido.”

(Ag Legal em AC nº 2012.61.26.006169-7/SP, Rel. Des. Federal Baptista Pereira, 10ª Turma, DE 04/09/2014).

E, desta 7ª Turma:

“PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. APOSENTADORIA ESPECIAL. TEMPO DE LABOR EXERCIDO SOB CONDIÇÕES ESPECIAIS. EXTINÇÃO DA AÇÃO SEM Apreciação DO MÉRITO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. AUSÊNCIA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DA PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA.

- O mandado de segurança é a ação constitucional, prevista no artigo 5º, inciso LXIX, da Carta Magna, cabível somente em casos de afronta a direito líquido e certo. A ação mandamental pode ser utilizada em matéria previdenciária, desde que vinculada ao deslinde de questões unicamente de direito ou que possam ser comprovadas exclusivamente por prova documental apresentada de plano pela parte impetrante para a demonstração de seu direito líquido e certo.

- O impetrante pretende que seja reconhecido período de labor exercido em condições especiais para que seja concedido o benefício de aposentadoria especial. Para tanto, apresentou documentação para comprovar a especialidade do labor vindicada.

- Contudo, se faz necessária a dilação probatória, tendo em vista que o Perfil Profissiográfico Previdenciário se mostra inconsistente quanto à técnica utilizada para medição do agente ruído: "decibelímetro". O decibelímetro é admitido como instrumento de medição somente até 18.11.2003, mas não como técnica para aferição das intensidades de ruído, para quais sempre foram adotados critérios de apuração do agente em função do tempo.

- Diante da incongruência do PPP, é imprescindível a apresentação dos laudos técnicos que embasaram a sua confecção e, em caso de impossibilidade, se faz necessária a realização de perícia técnica, garantias asseguradas através de dilação probatória, inadmissível em sede de mandado de segurança.

- Sendo indubitavelmente necessária a dilação probatória e inábil a prova pré-constituída a atestar de plano as atividades especiais do impetrante, é evidente a inadequação da via eleita ante à ausência de certeza e liquidez do direito almejado, pelo que é de rigor a extinção do feito, sem apreciação do mérito.

- Dado provimento ao recurso de apelação autárquico.”

(AC nº 2016.61.26.000692-8/SP, Rel. Des. Federal Fausto de Sanctis, DE 01/06/2017).

Dessa forma, inexistentes, na espécie, os requisitos de liquidez e certeza e na esteira dos precedentes invocados, **indefiro** a inicial do mandado de segurança subjacente, a contento do disposto no art. 10 da Lei nº 12.016/09 e **julgo extinto o writ**, sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, I, do Código de Processo Civil. Prejudicada a análise do agravo de instrumento.

Sem condenação em verba honorária (Súmula nº 105/STJ).

Comunique-se o Juízo de origem.

Intime-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015742-57.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORUYAMAMOTO

AGRAVANTE: JOEL TRINDADE SOBRINHO

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDREA CARNEIRO ALENCAR - SP256821-A

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL- INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela parte autora contra a r. decisão proferida pelo MM. Juízo *a quo* que, em sede de ação previdenciária, objetivando a concessão de aposentadoria especial, indeferiu os benefícios da justiça gratuita.

Inconformado com a decisão, o agravante interpõe o presente recurso, aduzindo, em síntese, que faz jus à concessão da justiça gratuita.

Recebo o presente recurso nos termos dos artigos 101 c.c. 1.015, V, ambos do Novo Código de Processo Civil, independentemente de preparo porquanto a questão controvertida é a própria hipossuficiência..

Considerando-se que o presente agravo de instrumento foi interposto sem pedido liminar, intime-se o agravado para resposta, nos termos do artigo 1.019, II, do Código de Processo Civil.

Comunique-se ao Juízo de origem.

Int.

São Paulo, de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5014112-63.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: ANTONIO DONIZETI MARTINS

Advogado do(a) AGRAVANTE: ROBERTA LUCIANA MELO DE SOUZA - SP150187-N

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela parte autora contra a r. decisão proferida pelo MM Juízo da Vara Cível da Comarca de Nuporanga/SP que, em sede de ação previdenciária, declinou da competência para processar e julgar o feito de origem, determinando a remessa dos autos a uma das Varas Federais de Ribeirão Preto.

Inconformado com a decisão, o agravante interpõe o presente recurso, aduzindo, em síntese, que a ação foi ajuizada em 27/12/2019, de tal modo que é competente, nos termos do artigo 4º da Resolução 603/2019 do CJF, o Juízo da Comarca de Nuporanga.

Decido.

Tendo em vista a declaração apresentada, defiro ao agravante os benefícios da assistência judiciária gratuita. Desnecessário, portanto, o recolhimento das custas processuais.

De início, cabe salientar que o STJ, acerca da taxatividade do rol do artigo 1.015 do CPC, no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.696.396/MT, de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi, publicado no DJ Eletrônico em 19.12.2018, fixou a seguinte tese jurídica:

"O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.

Transcrevo, por oportuno:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. NATUREZA JURÍDICA DO ROL DO ART. 1.015 DO CPC/2015. IMPUGNAÇÃO IMEDIATA DE DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NÃO PREVISTAS NOS INCISOS DO REFERIDO DISPOSITIVO LEGAL. POSSIBILIDADE. TAXATIVIDADE MITIGADA. EXCEPCIONALIDADE DA IMPUGNAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. REQUISITOS. 1 - O propósito do presente recurso especial, processado e julgado sob o rito dos recursos repetitivos, é definir a natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC/15 e verificar a possibilidade de sua interpretação extensiva, analógica ou exemplificativa, a fim de admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente previstas nos incisos do referido dispositivo legal. 2 - Ao restringir a recorribilidade das decisões interlocutórias proferidas na fase de conhecimento do procedimento comum e dos procedimentos especiais, exceção feita ao inventário, pretendeu o legislador salvaguardar apenas as "situações que, realmente, não podem aguardar rediscussão futura em eventual recurso de apelação". 3- A enunciação, em rol pretensamente exaustivo, das hipóteses em que o agravo de instrumento seria cabível revela-se, na esteira da majoritária doutrina e jurisprudência, insuficiente e em desconformidade com as normas fundamentais do processo civil, na medida em que sobrevivem questões urgentes fora da lista do art. 1.015 do CPC e que tornam inviável a interpretação de que o referido rol seria absolutamente taxativo e que deveria ser lido de modo restritivo. 4 - A tese de que o rol do art. 1.015 do CPC seria taxativo, mas admitiria interpretações extensivas ou analógicas, mostra-se igualmente ineficaz para a conferir ao referido dispositivo uma interpretação em sintonia com as normas fundamentais do processo civil, seja porque ainda remanescerão hipóteses em que não será possível extrair o cabimento do agravo das situações enunciadas no rol, seja porque o uso da interpretação extensiva ou da analogia pode desnaturar a essência de institutos jurídicos ontologicamente distintos. 5 - A tese de que o rol do art. 1.015 do CPC seria meramente exemplificativo, por sua vez, resultaria na repriminção do regime recursal das interlocutórias que vigorava no CPC/73 e que fora conscientemente modificado pelo legislador do novo CPC, de modo que estaria o Poder Judiciário, nessa hipótese, substituindo a atividade e a vontade expressamente externada pelo Poder Legislativo. 6- Assim, nos termos do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, fixa-se a seguinte tese jurídica: O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação. 7 - Embora não haja risco de as partes que confiaram na absoluta taxatividade serem surpreendidas pela tese jurídica firmada neste recurso especial repetitivo, pois somente haverá preclusão quando o recurso eventualmente interposto pela parte venha a ser admitido pelo Tribunal, modulam-se os efeitos da presente decisão, a fim de que a tese jurídica apenas seja aplicável às decisões interlocutórias proferidas após a publicação do presente acórdão. 8 - Na hipótese, dá-se provimento em parte ao recurso especial para determinar ao TJ/MT que, observados os demais pressupostos de admissibilidade, conheça e dê regular prosseguimento ao agravo de instrumento no que se refere à competência, reconhecendo-se, todavia, o acerto do acórdão recorrido em não examinar a questão do valor atribuído à causa que não se reveste, no particular, de urgência que justifique o seu reexame imediato. 9- Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

Nesse contexto, entendo que é de rigor interpretar o artigo 1.015 do CPC no sentido de abranger as decisões interlocutórias que versem sobre competência, dada a necessidade de possibilitar meio para que, em face delas, a parte que se sentir prejudicada possa se insurgir de imediato, não tendo que aguardar toda a instrução processual e manifestar sua irrisignação apenas no momento da interposição da apelação (art. 1.009, § 1º), inclusive em face do disposto no artigo 64, § 3º, do referido diploma legal, segundo o qual "o juiz decidirá imediatamente a alegação de incompetência".

Passo à análise do mérito.

O artigo 109, §3º, da Constituição Federal faculta aos segurados ou beneficiários o ajuizamento de ações propostas em face da Autarquia Previdenciária perante a Justiça Estadual, no foro de seu domicílio, desde que este não seja sede de vara de Juízo Federal.

No caso dos autos, a parte autora ajuizou a demanda subjacente perante o Juízo do local de seu domicílio, onde não há sede de vara da Justiça Federal

Nesse sentido, a Súmula nº 24 deste Tribunal:

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

Por outro lado, o artigo 15, III, da Lei nº 5.010/66, na nova redação conferida pela Lei nº 13.876, de 20 de setembro de 2019, limitou o exercício da competência delegada às comarcas situadas a mais de 70 km de municípios em que localizadas varas federais.

No entanto, referido diploma legal só entrou em vigência a partir de 1º de janeiro de 2020, conforme expressamente previsto em seu artigo 5º, inciso I.

Dessa forma, o Conselho da Justiça Federal editou a Resolução nº 603, de 12 de novembro de 2019, cujo artigo 4º estabeleceu que:

"As ações, em fase de conhecimento ou de execução, ajuizadas anteriormente a 1º de janeiro de 2020, continuarão a ser processadas e julgadas no juízo estadual, nos termos em que previsto pelo § 3º do art. 109 da Constituição Federal, pelo inciso III do art. 15 da Lei n. 5.010, de 30 de maio de 1965, em sua redação original, e pelo art. 43 do Código de Processo Civil".

Assim, verifica-se que a restrição ao exercício da competência federal delegada prevista na Lei 13.876/2019 somente pode atingir as ações propostas a partir de 01/01/2020, permanecendo hígida a delegação para os processos em trâmite na Justiça comum estadual ajuizados até o ano de 2019.

No caso, tendo em vista que a ação foi ajuizada em 27/12/2019, remanesce a competência do Juízo da Comarca de Nuporanga/SP.

Ante o exposto, **defiro a antecipação da tutela recursal**, nos termos da fundamentação.

Comunique-se a presente decisão ao MM. Juízo *a quo*.

Intime-se o agravado nos termos do art. 1.019, II, do CPC.

Int.

Após, dê vista dos autos ao Ministério Público Federal.

São Paulo, de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015012-46.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: ANA TEREZA GREGORIO DA SILVA

Advogado do(a) AGRAVANTE: LEANDRO GREGORIO DOS SANTOS - MS14213-A

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela parte autora contra a r. decisão proferida pelo MM. Juízo *a quo* que, em sede de ação previdenciária, objetivando a concessão/restabelecimento do benefício de auxílio-doença, indeferiu a tutela antecipada.

Sustenta, em síntese, a presença dos requisitos para o deferimento da tutela de urgência.

Decido.

Tendo em vista a declaração apresentada, defiro à agravante os benefícios da assistência judiciária gratuita. Desnecessário, portanto, o recolhimento das custas processuais e do porte de remessa e retorno dos autos.

Nos termos do que preceitua o artigo 300 do NCPC, a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Para a obtenção do auxílio-doença, o segurado deve observar um período de carência de 12 (doze) contribuições mensais a teor do art. 25, I, da Lei nº 8.213/91, bem como comprovar a sua incapacidade para o trabalho por mais de 15 (quinze) dias consecutivos, conforme o art. 59 da referida Lei.

Constam dos autos documentos médicos juntados pela parte autora.

Por outro lado, o requerimento administrativo apresentado em 26.03.2019 foi indeferido com base em exame realizado pela perícia médica do INSS.

Com efeito, a questão demanda dilação probatória, já que os documentos apresentados pela agravante não constituem prova inequívoca da alegada incapacidade para o trabalho, necessária à antecipação da tutela jurisdicional.

Assim sendo, não obstante a natureza alimentar do benefício pleiteado, que constitui no caso dos autos o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, ante a necessidade de dilação probatória, resta impossibilitada a antecipação da tutela pretendida.

Nesse sentido, os seguintes julgados:

"PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. TUTELA INDEFERIDA. ARTIGO 300 DO NCPC. REQUISITOS AUSENTES. DECISÃO MANTIDA. PERÍCIA MÉDICA. NECESSIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Recurso conhecido, nos termos do artigo 1.015, I, do NCPC.

2. Nos termos do que preceitua o artigo 300 do NCPC, a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

3. O auxílio - doença é benefício conferido àquele segurado que, cumprida a carência quando for o caso, ficar temporariamente incapacitado para exercer atividade laborativa, sendo que, no caso de ser insusceptível de recuperação para a sua atividade habitual, deverá submeter-se a processo de reabilitação profissional para o exercício de outra atividade, de cujo benefício deverá continuar gozando até ser considerado como habilitado para o desempenho de nova atividade que lhe garanta a subsistência (art. 59 e ss da Lei nº 8.213/91).

4. A r. decisão agravada se encontra bem alicerçada, não tendo sido abalada pelas razões deduzidas no agravo, agindo o R. Juízo a quo com acerto ao indeferir a antecipação da tutela pleiteada. Isso porque se trata de questão controvertida, no tocante aos requisitos para o restabelecimento do benefício de auxílio-doença, os quais devem ser analisados de forma mais cautelosa, respeitando-se o devido processo legal e a ampla defesa.

5. Acresce relevar que os relatórios e exames médicos acostados aos autos não são suficientes para comprovar, neste exame de cognição sumária e não exauriente, a alegada incapacidade laborativa, haja vista que o atestado médico mais recente de fl. 55, datado de 15/04/2016, apenas declara o quadro clínico da autora, sem, contudo, atestar a existência de incapacidade laborativa.

6. Agravo de instrumento improvido.

(TRF 3ª Região, DÉCIMA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 583431 - 0011242-72.2016.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA, julgado em 13/12/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:23/01/2017)

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUXÍLIO-DOENÇA. TUTELA DE URGÊNCIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS.

I - Não restou evidenciada, por ora, a alegada incapacidade laborativa da autora na presente data, sendo imprescindível a realização de perícia médica judicial.

II - Diante da ausência de comprovação dos requisitos legalmente previstos para a concessão do provimento antecipado, de rigor a manutenção da decisão agravada.

III - Agravo de Instrumento interposto pela parte autora improvido."

(TRF 3ª Região, DÉCIMA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 583038 - 0010828-74.2016.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO NASCIMENTO, julgado em 25/10/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:09/11/2016)

"PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO DE CONVERSÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RETIDO. AGRAVO. ART. 527, II E PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. NÃO CABIMENTO. RESTABELECIMENTO DE AUXÍLIO-DOENÇA. TUTELA ANTECIPADA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. AGRAVO DESPROVIDO. - O art. 527 do CPC, com as alterações introduzidas pela Lei nº 11.187/2005, suprimiu, em seu parágrafo único, a possibilidade de impugnação da decisão de conversão liminar do agravo de instrumento em retido, tornando incabível a interposição de agravo para essa finalidade. Precedentes desta Corte. - De outra parte, consoante bem assinalou o MM. Juiz ao indeferir a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional pleiteada pela autora, não restou demonstrada in casu a presença dos requisitos legais, em especial, a verossimilhança de suas alegações, ante a necessidade de dilação probatória para verificar a real capacidade laborativa da parte autora. - Agravo desprovido."

(10ª Turma, AI nº 447564, Rel. Des. Fed. D.ª Malerbi, j. 30/08/2011, DJF3 CJI Data:08/09/2011)

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557, § 1º, CPC. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. REQUISITOS. AUXÍLIO-DOENÇA. 1. Conforme a exegese do artigo 273 e incisos do Código de Processo Civil o Magistrado poderá, a requerimento da parte, conceder a antecipação da tutela jurisdicional pretendida no pedido inaugural. Porém, para valer-se desta prerrogativa, o pedido deve ter guarida em requisitos não tão pouco exigentes, quais sejam: a) verossimilhança da alegação, consubstanciada em prova inequívoca; b) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou c) abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. 2. Em se tratando de verba de natureza alimentícia, o receio de dano irreparável é manifesto, pois estão em risco direitos da personalidade - vida e integridade - protegidos pelo próprio texto constitucional em cláusulas pétreas. 3. A concessão do benefício previdenciário de auxílio-doença tem como requisitos a incapacidade do segurado para o trabalho por mais de 15 (quinze) dias e um período de carência de 12 (doze) contribuições mensais. Sua suspensão, por sua vez, se dá, em tese, pela cessação da incapacidade ou pelo fato de o benefício ter sido concedido de maneira irregular. 4. Não sendo a documentação constante dos autos suficiente à comprovação da incapacidade para o trabalho, esta não possui o condão de caracterizar a prova inequívoca, não se mostrando recomendável a antecipação da tutela e o deslinde do caso reclamar dilação probatória. 5. Agravo legal não provido."

(7ª Turma, AI nº 361425, Des. Fed. Antônio Cedenho, j. 11/05/2009, DJF3 CJ2 Data:17/06/2009, p. 393).

Ante o exposto, **indefiro** a antecipação da tutela recursal.

Comunique-se ao MM. Juízo de origem.

Intime-se a parte agravada para resposta, nos termos do artigo 1.019, II, do Código de Processo Civil.

Intime-se.

São Paulo, de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5014251-15.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: MARCOS OLIVAL ZIURKELIS

Advogado do(a) AGRAVANTE: CINTIA FILGUEIRAS DE OLIVEIRA DA SILVA - SP210565-A

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela parte autora contra a r. decisão proferida pelo MM. Juízo *a quo* que, em sede de ação previdenciária, objetivando a concessão de aposentadoria por tempo de contribuição, deferiu em parte os benefícios da justiça gratuita.

Inconformado com a decisão, o agravante interpõe o presente recurso, aduzindo, em síntese, que, para concessão do benefício, não se exige miserabilidade ou pobreza da parte e sim impossibilidade de pagamento de custas e despesas exigidas sem prejuízo do sustento próprio ou familiar.

Decido.

Recebo o presente recurso nos termos dos artigos 101 c.c. 1.015, V, ambos do Novo Código de Processo Civil, independentemente de preparo porquanto a questão controvertida é a própria hipossuficiência.

Comefeito, estabelece o artigo 98, *caput*, do Código de Processo Civil de 2015, que:

"Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei."

Por sua vez, o artigo 99, § 3º, reza que o pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado em diversas fases do processo, presumindo-se sua veracidade em caso de pessoa física, *verbis*:

"Art. 99. O pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso."

(...)

§ 3º Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural."

Por seu turno, o artigo 5º da Lei n. 1.060/1950, que não foi revogado pelo novo CPC, é explícito ao afirmar que se o juiz tiver fundadas razões para indeferir o pedido de assistência judiciária gratuita, a partir de elementos constantes dos autos, deverá julgá-lo de plano:

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

(...)"

A propósito, a jurisprudência tem entendido que a presunção de pobreza, para fins de concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, é relativa, sendo possível o seu indeferimento caso o magistrado verifique a existência de elementos que invalidem a hipossuficiência declarada.

Neste sentido:

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

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

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. JUSTIÇA GRATUITA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA. INDEFERIMENTO DO BENEFÍCIO."

I - Dispõe o art. 4º, da Lei nº 1.060/1950, que a parte pode gozar dos benefícios da assistência judiciária mediante simples afirmação, na petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo, sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família."

II - Ressalva-se ao juiz a possibilidade de indeferir a pretensão se apresentados motivos que infirmem a presunção estabelecida no § 1º do artigo 4º da Lei nº 1.060/50.

III - O agravante não demonstrou que apresenta dificuldade financeira capaz de prejudicar o seu sustento ou de sua família, razão pela qual não é cabível a concessão da justiça gratuita. Precedentes deste Tribunal.

IV - Agravo de instrumento provido."

(TRF 3ª Região, AG nº 2008.03.00.045765-3, Terceira Turma, Rel. Des. Fed. Márcio Moraes, j. 19/03/2009, DJU 31/03/2009, p. 24)

É facultado ao juiz, portanto, independentemente de impugnação da parte contrária, indeferir o benefício da assistência judiciária gratuita quando houver, nos autos, elementos de prova que indiquem ter o requerente condições de suportar os ônus da sucumbência

No caso dos autos, verifica-se que o autor recebe remuneração, atualmente no valor de R\$ 2.472,29.

Vale destacar, que esta C. Sétima Turma tem decidido que a presunção de hipossuficiência, apta a ensejar a concessão do benefício, resta configurada na hipótese em que o interessado auferir renda mensal de até R\$ 3.000,00 (três mil reais), o que corresponde a cerca de 3 (três) salários mínimos, de modo que, identificando-se renda mensal superior a tal limite, a concessão somente se justifica se houver a comprovação de despesas ou circunstâncias excepcionais que impeçam o interessado de suportar as despesas processuais sem prejuízo de sua subsistência.

Nesse sentido, trago à colação:

"PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FASE DE CUMPRIMENTO. GRATUIDADE DA JUSTIÇA. REVOGAÇÃO. RECURSO PROVIDO. Para a concessão do benefício de gratuidade da justiça, basta a simples afirmação da sua necessidade. Trata-se, porém, de presunção que admite prova em contrário (art. 4º, caput da Lei nº 1.060/50; art. 99, §§2º a 4º do CPC/15). Vale destacar que esta C. Sétima Turma tem decidido que a presunção de hipossuficiência, apta a ensejar a concessão do benefício, resta configurada na hipótese em que o interessado auferir renda mensal de até R\$ 3.000,00 (três mil reais), o que corresponde a cerca de 3 (três) salários-mínimos, de modo que, identificando-se renda mensal superior a tal limite, a concessão somente se justifica se houver a comprovação de despesas ou circunstâncias excepcionais que impeçam o interessado de suportar as despesas processuais sem prejuízo de sua subsistência. Tal entendimento segue o critério utilizado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo (DPE/SP). Comprovada a renda mensal incompatível com a condição de hipossuficiência, o benefício da gratuidade da justiça é indevido. Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, 7ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5001671-84.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal PAULO SERGIO DOMINGUES, julgado em 05/08/2019, Intimação via sistema DATA: 09/08/2019)

Ante o exposto, **defiro** o efeito suspensivo.

Comunique-se a presente decisão ao MM. Juízo *a quo*.

Intime-se o agravado nos termos do art. 1.019, II, do CPC.

Int.

São Paulo, de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5013922-03.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORU YAMAMOTO
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

AGRAVADO: PAULO HENRIQUE ANDRADE CORREIA
Advogado do(a) AGRAVADO: HILARIO BOCCHI JUNIOR - SP90916-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS contra a r. decisão proferida pelo MM. Juízo *a quo* que, em sede de ação previdenciária em fase de cumprimento de sentença, acolheu os cálculos elaborados pela Contadoria Judicial.

Sustenta, em síntese, excesso de execução, uma vez que houve equívoco na escolha do indexador monetário, em razão do uso do INPC em todo o período da conta, quando até 25.03.2015 o indexador correto é a TR.

Decido.

A respeito da matéria objeto do recurso, cumpre salientar que o E. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.205.946 adotou o entendimento de que os juros de mora e a correção monetária são consectários legais da condenação principal e possuem natureza processual, sendo que as alterações do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, introduzida pela Lei nº 11.960/09 tem aplicação imediata aos processos em curso, consoante ementa ora transcrita:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. VERBAS REMUNERATÓRIAS. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA DEVIDOS PELA FAZENDA PÚBLICA. LEI 11.960/09, QUE ALTEROU O ARTIGO 1º-F DA LEI 9.494/97. NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA AOS PROCESSOS EM CURSO QUANDO DA SUA VIGÊNCIA. EFEITO RETROATIVO. IMPOSSIBILIDADE.

- 1. Cinge-se a controvérsia acerca da possibilidade de aplicação imediata às ações em curso da Lei 11.960/09, que veio alterar a redação do artigo 1º-F da Lei 9.494/97, para disciplinar os critérios de correção monetária e de juros de mora a serem observados nas "condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza", quais sejam, "os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança".*
- 2. A Corte Especial, em sessão de 18.06.2011, por ocasião do julgamento dos EREsp n. 1.207.197/RS, entendeu por bem alterar entendimento até então adotado, firmando posição no sentido de que a Lei 11.960/2009, a qual traz novo regramento concernente à atualização monetária e aos juros de mora devidos pela Fazenda Pública, deve ser aplicada, de imediato, aos processos em andamento, sem, contudo, retroagir a período anterior à sua vigência.*
- 3. Nesse mesmo sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, ao decidir que a Lei 9.494/97, alterada pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001, que também tratava de consectário da condenação (juros de mora), devia ser aplicada imediatamente aos feitos em curso.*
- 4. Assim, os valores resultantes de condenações proferidas contra a Fazenda Pública após a entrada em vigor da Lei 11.960/09 devem observar os critérios de atualização (correção monetária e juros) nela disciplinados, enquanto vigorarem. Por outro lado, no período anterior, tais acessórios deverão seguir os parâmetros definidos pela legislação então vigente.*
- 5. No caso concreto, merece prosperar a insurgência da recorrente no que se refere à incidência do art. 5º da Lei n. 11.960/09 no período subsequente a 29/06/2009, data da edição da referida lei, ante o princípio do tempus regit actum.*
- 6. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.*
- 7. Cessam os efeitos previstos no artigo 543-C do CPC em relação ao Recurso Especial Repetitivo n. 1.086.944/SP, que se referia tão somente às modificações legislativas impostas pela MP 2.180-35/01, que acrescentou o art. 1º-F à Lei 9.494/97, alterada pela Lei 11.960/09, aqui tratada.*
- 8. Recurso especial parcialmente provido para determinar, ao presente feito, a imediata aplicação do art. 5º da Lei 11.960/09, a partir de sua vigência, sem efeitos retroativos."*

(REsp 1.205.946, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, DJe 02/02/2012)

No entanto, por ocasião do julgamento do RE 870947, ocorrido em 20/09/2017, o C. STF expressamente afastou a incidência da Lei nº 11.960/2009 como critério de atualização monetária, fixando a seguinte tese:

"1) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput); quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09; e 2) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina."

Desse modo, para o cálculo dos juros de mora e correção monetária, aplicam-se os critérios estabelecidos no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal vigente à época da elaboração da conta de liquidação, observando-se, contudo, o quanto decidido pelo C. STF no julgamento do RE 870947.

Ante o exposto, **indefiro** o efeito suspensivo pleiteado.

Comunique-se ao MM. Juízo *a quo*.

Intime-se o agravado, nos termos do art. 1.019, II, do CPC.

Int.

São Paulo, de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5013722-93.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

AGRAVADO: FELIPE FANTONE
Advogado do(a) AGRAVADO: EDUARDO RECHE FEITOSA - SP211064
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS, contra decisão proferida em sede de cumprimento de sentença, que homologou cálculo apresentado pela Contadoria Judicial, em desacordo com a Lei 11.960/2009.

A agravante sustenta que a partir de 29.06.2009, data da vigência do novel diploma, incidirão os juros de mora aplicáveis à caderneta de poupança, vez que os baixos índices inflacionários não mais justificam a utilização de 1% de juros de mora, ainda acrescido de índice de correção monetária. Ressalta que a atual redação do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 não mais versa apenas sobre condenações referentes às verbas devidas a servidores públicos, mas sim a toda e qualquer condenação suportada pela Fazenda Pública, independentemente de sua natureza, inclusive nas lides previdenciárias. Aduz, também, que o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que tal previsão é compatível com a Constituição Federal de 1988, sendo legítima a fixação dos juros de mora, quanto aos débitos da Administração Pública no percentual de 6% ao ano, diferentemente da previsão geral do art.406 do Código Civil.

Nesse sentido, requer o provimento do recurso, com atribuição de efeito suspensivo, para que sejam acolhidos os cálculos apresentados pelo INSS, com a correta aplicação da Lei nº 11.960/09 quanto aos juros e correção monetária.

É o relatório. DECIDO.

O artigo 1.019, inciso I, do CP/15, determina que o relator “*poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão*”, desde que a eficácia da decisão recorrida gere “*risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso*” (artigo 995, parágrafo único, do CPC/15).

Ou seja, para a atribuição do efeito suspensivo ao agravo de instrumento, é necessário que a ausência deste resulte lesão grave ou de difícil reparação ao recorrente.

No caso dos autos, malgrado tenha o agravante pleiteado a atribuição de efeito suspensivo ao agravo, não se alegou, tampouco se demonstrou que a manutenção da decisão agravada até o julgamento final do presente recurso tenha o condão de lhe gerar qualquer dano concreto.

Sendo assim, não há como se divisar que a manutenção da decisão agravada até o final julgamento deste recurso possa ensejar efetiva lesão grave e de difícil reparação à parte agravante, o que interdita a atribuição de efeito suspensivo ao recurso, eis que não atendidos os requisitos do artigo 1.019, inciso I, c.c o artigo 995, parágrafo único, ambos do CPC/15.

Com tais considerações, INDEFIRO O EFEITO SUSPENSIVO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.

Comunique-se ao juízo a quo e intime-se a parte agravada, nos termos dos incisos I e II, do artigo 1.019, do Código de Processo Civil.

Publique-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5014379-35.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORUYAMAMOTO

AGRAVANTE: NOEL RODRIGUES

Advogados do(a) AGRAVANTE: FLAVIO ANTONIO MENDES - SP238643-N, LUIZ JOSE RODRIGUES NETO - SP315956-N

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL- INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela parte autora contra a r. decisão que, em sede de ação previdenciária, objetivando a concessão de benefício assistencial, declinou da competência, determinando a remessa dos autos à Justiça Federal de Sorocaba/SP.

Inconformado com a decisão, o agravante interpõe o presente recurso, aduzindo, em síntese, a competência da Vara da Comarca de Cesário Lange, vez que o ajuizamento da ação se deu em 12/12/2019, quando ainda não vigorava o artigo 3º da Lei 13.876/19,

Decido.

Tendo em vista a declaração apresentada, defiro ao agravante os benefícios da assistência judiciária gratuita. Desnecessário, portanto, o recolhimento das custas processuais.

De início, cabe salientar que o STJ, acerca da taxatividade do rol do artigo 1.015 do CPC, no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.696.396/MT, de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi, publicado no DJ Eletrônico em 19.12.2018, fixou a seguinte tese jurídica:

"O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.

Transcrevo, por oportuno:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. NATUREZA JURÍDICA DO ROL DO ART. 1.015 DO CPC/2015. IMPUGNAÇÃO IMEDIATA DE DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NÃO PREVISTAS NOS INCISOS DO REFERIDO DISPOSITIVO LEGAL. POSSIBILIDADE. TAXATIVIDADE MITIGADA. EXCEPCIONALIDADE DA IMPUGNAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. REQUISITOS. 1 - O propósito do presente recurso especial, processado e julgado sob o rito dos recursos repetitivos, é definir a natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC/15 e verificar a possibilidade de sua interpretação extensiva, analógica ou exemplificativa, a fim de admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente previstas nos incisos do referido dispositivo legal. 2 - Ao restringir a recorribilidade das decisões interlocutórias proferidas na fase de conhecimento do procedimento comum e dos procedimentos especiais, exceção feita ao inventário, pretendeu o legislador salvaguardar apenas as "situações que, realmente, não podem aguardar rediscussão futura em eventual recurso de apelação". 3 - A enunciação, em rol pretensamente exaustivo, das hipóteses em que o agravo de instrumento seria cabível revela-se, na esteira da majoritária doutrina e jurisprudência, insuficiente e em desconformidade com as normas fundamentais do processo civil, na medida em que sobrevivem questões urgentes fora da lista do art. 1.015 do CPC e que tornam inviável a interpretação de que o referido rol seria absolutamente taxativo e que deveria ser lido de modo restritivo. 4 - A tese de que o rol do art. 1.015 do CPC seria taxativo, mas admitiria interpretações extensivas ou analógicas, mostra-se igualmente ineficaz para a conferir ao referido dispositivo uma interpretação em sintonia com as normas fundamentais do processo civil, seja porque ainda remanescerão hipóteses em que não será possível extrair o cabimento do agravo das situações enunciadas no rol, seja porque o uso da interpretação extensiva ou da analogia pode desnaturar a essência de institutos jurídicos ontologicamente distintos. 5 - A tese de que o rol do art. 1.015 do CPC seria meramente exemplificativo, por sua vez, resultaria na repristinação do regime recursal das interlocutórias que vigorava no CPC/73 e que fora conscientemente modificado pelo legislador do novo CPC, de modo que estaria o Poder Judiciário, nessa hipótese, substituindo a atividade e a vontade expressamente externada pelo Poder Legislativo. 6 - Assim, nos termos do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, fixa-se a seguinte tese jurídica: O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação. 7 - Embora não haja risco de as partes que confiaram na absoluta taxatividade serem surpreendidas pela tese jurídica firmada neste recurso especial repetitivo, pois somente haverá preclusão quando o recurso eventualmente interposto pela parte venha a ser admitido pelo Tribunal, modulam-se os efeitos da presente decisão, a fim de que a tese jurídica apenas seja aplicável às decisões interlocutórias proferidas após a publicação do presente acórdão. 8 - Na hipótese, dá-se provimento em parte ao recurso especial para determinar ao TJ/MT que, observados os demais pressupostos de admissibilidade, conheça e dê regular prosseguimento ao agravo de instrumento no que se refere à competência, reconhecendo-se, todavia, o acerto do acórdão recorrido em não examinar à questão do valor atribuído à causa que não se reveste, no particular, de urgência que justifique o seu reexame imediato. 9 - Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

Nesse contexto, entendo que é de rigor interpretar o artigo 1.015 do CPC no sentido de abranger as decisões interlocutórias que versem sobre competência, dada a necessidade de possibilitar meio para que, em face delas, a parte que se sentir prejudicada possa se insurgir de imediato, não tendo que aguardar toda a instrução processual e manifestar sua irresignação apenas no momento da interposição da apelação (art. 1.009, § 1º), inclusive em face do disposto no artigo 64, § 3º, do referido diploma legal, segundo o qual "o juiz decidirá imediatamente a alegação de incompetência".

Passo à análise do mérito.

O artigo 109, §3º, da Constituição Federal faculta aos segurados ou beneficiários o ajuizamento de ações propostas em face da Autarquia Previdenciária perante a Justiça Estadual, no foro de seu domicílio, desde que este não seja sede de vara de Juízo Federal.

No caso dos autos, a parte autora ajuizou a demanda subjacente perante o Juízo do local de seu domicílio, onde não há sede de vara da Justiça Federal

Nesse sentido, a Súmula nº 24 deste Tribunal:

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

Por outro lado, o artigo 15, III, da Lei nº 5.010/66, na nova redação conferida pela Lei nº 13.876, de 20 de setembro de 2019, limitou o exercício da competência delegada às comarcas situadas a mais de 70 km de municípios em que localizadas varas federais.

No entanto, referido diploma legal só entrou em vigência a partir de 1º de janeiro de 2020, conforme expressamente previsto em seu artigo 5º, inciso I.

Dessa forma, o Conselho da Justiça Federal editou a Resolução nº 603, de 12 de novembro de 2019, cujo artigo 4º estabelece que:

"As ações, em fase de conhecimento ou de execução, ajuizadas anteriormente a 1º de janeiro de 2020, continuarão a ser processadas e julgadas no juízo estadual, nos termos em que previsto pelo § 3º do art. 109 da Constituição Federal, pelo inciso III do art. 15 da Lei n. 5.010, de 30 de maio de 1965, em sua redação original, e pelo art. 43 do Código de Processo Civil".

Assim, verifica-se que a restrição ao exercício da competência federal delegada prevista na Lei 13.876/2019 somente pode atingir as ações propostas a partir de 01/01/2020, permanecendo hígida a delegação para os processos em trâmite na Justiça comunitária estadual ajuizados até o ano de 2019.

No caso, tendo em vista que a ação foi ajuizada em 12/12/2019, remanesce a competência do Juízo da Comarca de Cesário Lange/SP.

Ante o exposto, **deiro o efeito suspensivo**, nos termos da fundamentação.

Comunique-se a presente decisão ao MM. Juízo *a quo*.

Intime-se o agravado nos termos do art. 1.019, II, do CPC.

Int.

Após, dê vista dos autos ao Ministério Público Federal.

São Paulo, de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5013459-61.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: FRANCISCO ALVES DA COSTA

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ SOUZA TASSINARI - SP143388-N

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela parte autora contra a r. decisão que, em sede de ação previdenciária em fase de cumprimento de sentença, julgou extinta a execução, nos termos do artigo 924, II, do CPC/2015.

Decido.

No caso, a decisão agravada julgou extinta a execução, com base no artigo 924, II, do atual CPC, pondo fim ao processo de execução.

Verifica-se, assim, que a decisão recorrida possui natureza de sentença, uma vez que o processo foi extinto, desafiando, assim, impugnação via apelação.

Desse modo, sendo inadequada a via recursal eleita, o agravo de instrumento interposto não merece conhecimento.

Nesse sentido, trago os seguintes julgados:

"AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. EXTINÇÃO. PRESCRIÇÃO RECONHECIDA. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. DECISÃO EXTINTIVA DO FEITO. INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 522 DO CPC/1973. INADEQUAÇÃO. ERRO GROSSEIRO. FUNGIBILIDADE RECURSAL. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES.

1. Consoante a jurisprudência desta Corte Superior, a decisão que extingue a execução é impugnável pela via da apelação, configurando erro grosseiro, em casos tais, a interposição de agravo de instrumento, situação que afasta inclusive a possibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade recursal.

2. Agravo interno não provido.

(AgInt nos EDcl no AREsp 147.396/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 24/10/2016)

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO. ART. 475-M, § 3º, DO CPC. RECURSO CABÍVEL.

1. De acordo com a jurisprudência desta Corte, o recurso cabível contra decisão que, em sede de impugnação ao cumprimento de sentença, importe a extinção da execução é a apelação, e não o agravo de instrumento.

2. Agravo regimental a que se nega provimento."

(AgRg no AREsp 825802/RS, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 09/03/2016)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. EXTINÇÃO. RECURSO CABÍVEL. APELAÇÃO. INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. ERRO GROSSEIRO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. NÃO APLICAÇÃO. PRECEDENTES. 1. A jurisprudência desta Corte de Justiça é pacífica no sentido de que o recurso cabível contra decisão extintiva do cumprimento de sentença é a apelação, e não o agravo de instrumento, à luz do art. 475-M, § 3º, do Código de Processo Civil. 2. No caso, a interposição de agravo de instrumento caracteriza erro grosseiro e não permite a aplicação do princípio da fungibilidade recursal, cabível apenas na hipótese de dúvida objetiva. 3. Agravo regimental não provido. (STJ, AGARESP 201402529882, TERCEIRA TURMA, Rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, DJe 23/02/2016)

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 475-M, § 3º, DO CPC. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. REJEIÇÃO. PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO. RECURSO CABÍVEL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ERRO GROSSEIRO. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I. Hipótese em que, em sede de cumprimento de sentença, o Juízo de 1ª Grau rejeitou a impugnação oferecida pela CEDAE, ora agravante, determinando, expressamente, o prosseguimento da execução. Interposta Apelação na origem, o recurso não fora conhecido, diante de sua manifesta inadmissibilidade. II. O acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência desta Corte sobre o tema, no sentido de que o agravo de instrumento é o recurso cabível contra decisão que resolve impugnação ao cumprimento de sentença, mas não extingue a execução - como na hipótese -, não sendo possível a incidência do princípio da fungibilidade recursal, por se tratar de erro grosseiro. Nesse sentido: STJ, AgRg no REsp 1.485.710/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 19/12/2014; STJ, AgRg no AREsp 534.529/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 10/10/2014; STJ, AgRg no AREsp 514.118/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 27/06/2014; STJ, AgRg no AREsp 462.168/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 27/03/2015. Incidência da Súmula 83/STJ. III. Agravo Regimental improvido. (STJ, AGARESP 201401555773, SEGUNDA TURMA, Rel. Min. ASSUSETE MAGALHÃES, DJe 23/02/2016)

"PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. IMPUGNAÇÃO. DECISÃO QUE IMPORTOU NA EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO. RECURSO CABÍVEL. APELAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.

1. "A decisão que resolver a impugnação é recorrível mediante agravo de instrumento, salvo quando importar extinção da execução, caso em que caberá apelação." (art. 475-M, § 3º, CPC/73)
2. A r. decisão impugnada, embora formalmente se amolde mais a uma decisão interlocutória, em verdade importou na extinção da execução, razão porque, cabível na hipótese, o recurso de apelação.
3. Embora cabíveis honorários advocatícios em fase de cumprimento de sentença (REsp 1134186/RS), verificada a sucumbência de ambas as partes no presente feito, cada qual deve arcar com os honorários de seus respectivos patronos.
4. Preliminar de inadequação da via eleita suscitada em contrarrazões afastada. Apelação desprovida." (TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1650268 - 0007082-81.2009.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA, julgado em 16/08/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:31/08/2017)

Ante o exposto, a teor do disposto no art. 932, III, do CPC, **não conheço** do agravo de instrumento.

Int.

Observadas as formalidades legais, remetam-se os autos à Vara de Origem.

São Paulo, de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5014149-90.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA

AGRAVANTE: UELENY FERREIRA DA CRUZ

Advogado do(a) AGRAVANTE: CLAUDELI RIBEIRO MARTINS ROMERO - SP134192-A

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL- INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo interposto por UELENY FERREIRA DA CRUZ , contra decisão proferida em sede de cumprimento de sentença, que deixou de fixar honorários de sucumbência aos seus patronos.

O agravante sustenta que o STJ firmou entendimento no sentido de que o cumprimento espontâneo da obrigação pelo ente público devedor na chamada EXECUÇÃO INVERTIDA afasta a condenação em honorários advocatícios, contudo, havendo discordância pelo Exequente devem ser arbitrados sobre os valores controversos.

Dessa forma, equivoca-se a decisão agravada, uma vez que tendo o Instituto Agravado dado início à Execução Invertida, com cujos valores o Agravante não concordou, sendo obrigado a iniciar a fase de cumprimento de sentença, perfeitamente cabível a condenação da Autarquia Executada aos honorários sucumbências sobre os valores controversos, em vista do princípio da causalidade.

Nesse sentido, requer a reforma da decisão agravada, com a fixação de honorários ao patrono da agravante.

É o relatório. Decido.

Nos termos do artigo 932, III, do CPC/2015, “*Incumbe ao relator: (...) III - não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida*”.

No caso vertente, verifica-se que o agravo de instrumento manejado se mostra inadmissível, em razão da ilegitimidade do recorrente e da ausência de interesse recursal, o que impõe o não conhecimento de recurso.

Realmente, considerando que o recurso de instrumento tem por objeto, exclusivamente, a fixação de honorários advocatícios, tem-se que apenas o (a) advogado (a) (e não o autor/a) sucumbiu em face da decisão agravada, de modo que, nesse caso, apenas ele (a) é que teria legitimidade e interesse recursal.

Sendo assim, considerando que o recurso de instrumento foi interposto em nome da parte autora, constata-se que o recurso de instrumento, de fato, é inadmissível, conforme se infere da jurisprudência desta C. Turma:

PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. LEGITIMIDADE RECURSAL EXCLUSIVA DO ADVOGADO. INEXISTÊNCIA DE SUCUMBÊNCIA DA PARTE AUTORA. RECURSO NÃO CONHECIDO. AGRAVO DE INSTRUMENTO, CONVERTIDO EM RETIDO. AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO DE Apreciação. RECURSO NÃO CONHECIDO. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. AUXÍLIO-DOENÇA. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. APELAÇÃO DO INSS PROVIDA. SENTENÇA REFORMADA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. INVERSÃO DAS VERBAS DE SUCUMBÊNCIA. DEVER DE PAGAMENTO SUSPENSO. GRATUIDADE DA JUSTIÇA. REVOGAÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA.

1 - Recurso adesivo da parte autora não conhecido. De acordo com disposição contida no art. 18 do CPC/15 (anteriormente reproduzida pelo art. 6º do CPC/73), "ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico". Por outro lado, o art. 23 da Lei nº 8.906/94 é claro ao estabelecer que os honorários "pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor". Nesse passo, a verba honorária (tanto a contratual como a sucumbencial) possui caráter pessoal, detendo seu titular, exclusivamente, a legitimidade para pleiteá-los, vedado à parte fazê-lo, na medida em que a decisão não lhe trouxe prejuízo. Em outras palavras, não tendo a parte autora experimentado qualquer sucumbência com a prolação da decisão impugnada, ressentido-se, nitidamente, de interesse recursal. Versando o presente recurso insurgência referente, exclusivamente, a honorários advocatícios, patente a ilegitimidade da parte autora no manejo do presente apelo. Precedente desta Turma.

[...]

(TRF 3ª Região, SÉTIMA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1541554 - 0033637-44.2010.4.03.9999, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO, julgado em 02/10/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/10/2017)

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL (ART.557, § 1º, DO CPC). DESTAQUE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AUTOR. PARTE ILEGÍTIMA. REDISSCUSSÃO DA MATÉRIA JÁ DECIDIDA. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER.

1. O agravo previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil tem o propósito de submeter ao órgão colegiado o controle da extensão dos poderes do relator, bem como a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando à rediscussão de matéria já decidida.

2. Inexistente qualquer ilegalidade ou abuso de poder na decisão questionada que justifique a sua reforma, sendo que os seus fundamentos estão em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria.

3. Os honorários advocatícios estabelecidos por contrato entre o advogado e seu constituinte têm caráter personalíssimo, sendo do advogado, e somente dele, a legitimidade para pleitear.

4. Agravo legal desprovido. (TRF 3ª Região, Nona Turma, AI 201003000350476, julg. 14.03.2011, v. u., Rel. Lucia Ursaia, DJF3 CJI Data:18.03.2011 Página: 1110)

Destarte, tratando-se de direito personalíssimo do advogado, não pode a parte pleiteá-lo em nome daquele, à míngua de previsão legal autorizando tal legitimidade extraordinária.

Ademais, diante da legitimidade recursal exclusiva do patrono, caberia ao mesmo o recolhimento das custas de preparo, eis que somente à parte autora é que foi concedida a gratuidade de justiça.

Friso, desde já, que não há que se falar em legitimidade recursal concorrente, pois esta só fica caracterizada quando o recurso, além da verba honorária, tem por objeto outras pretensões do interesse da parte, sendo esta a inteligência do artigo 23 da Lei n.º 8.906/94 e do artigo 85, § 4º, do CPC/15.

Por fim, ressalto que não há que se falar em ofensa ao art. 932, parágrafo único, do CPC, tendo em vista que não se trata de vício formal passível de saneamento, e sim de pressuposto recursal (legitimidade de parte), que é vício de natureza insanável, nos termos do Enunciado n.º 06 do Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, nego seguimento ao agravo de instrumento.

P.I.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5153239-89.2020.4.03.9999

RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA

APELANTE: MADALENA HIRANO

Advogado do(a) APELANTE: CLEBER STEVENS GERAGE - SP355105-N

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de demanda em que se discute a possibilidade de aplicação da regra definitiva prevista no art. 29, I e II da Lei 8.213/1991, na apuração do salário de benefício, quando se revelar mais favorável do que a regra de transição contida no art. 30. da Lei 9.876/1999.

A questão *sub judice* foi afetada e apreciada pelo C. STJ (Tema 999), no julgamento dos Recursos Especiais n. 1.554.596 e 1.596.203, submetidos a sistemática de recursos repetitivos.

Inconformado como o entendimento assentado pelo C. STJ, o INSS interpôs Recurso Extraordinário, o qual foi admitido como representativo de controvérsia, oportunidade em que se determinou “a suspensão de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a mesma controvérsia em trâmite em todo o território nacional”.

Por tais razões, com base no artigo 932, I, c.c o artigo 1.36, §1º, ambos do CPC/2015, DETERMINO O SOBRESTAMENTO do presente feito.

Após intimação das partes, PROCEDA a Subsecretaria com as anotações pertinentes.

P.I.C.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5013739-32.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

AGRAVADO: MARIA DA GLORIA DINI MONTEIRO
Advogado do(a) AGRAVADO: JOSE PAULO BARBOSA - SP185984-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, contra decisão proferida em sede de cumprimento de sentença, que homologou o cálculo do contador do juízo quanto ao JUROS e a CORREÇÃO MONETÁRIA, SEM APLICAÇÃO DA LEI Nº 11.960/09.

Requer o provimento do recurso, com efeito suspensivo, para que seja acolhido os cálculos apresentados pelo INSS, com a aplicação da Lei 11.960/2009 para os juros e correção monetária.

É o relatório. Decido.

O artigo 1.019, inciso I, do CP/15, determina que o relator “poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão”, desde que a eficácia da decisão recorrida gere “risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso” (artigo 995, parágrafo único, do CPC/15).

Ou seja, para a atribuição do efeito suspensivo ao agravo de instrumento, é necessário que a ausência deste resulte lesão grave ou de difícil reparação ao recorrente.

No caso dos autos, não se alegou, tampouco se demonstrou que a manutenção da decisão agravada até o julgamento final do presente recurso tenha o condão de lhe gerar qualquer dano concreto.

Sendo assim, não há como se divisar que a manutenção da decisão agravada até o final julgamento deste recurso possa ensejar efetiva lesão grave e de difícil reparação à parte agravante, o que interdita a atribuição de efeito suspensivo ao recurso, eis que não atendidos os requisitos do artigo 1.019, inciso I, c.c o artigo 995, parágrafo único, ambos do CPC/15.

Com tais considerações, INDEFIRO O EFEITO SUSPENSIVO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.

Comunique-se ao juízo a quo e intime-se a parte agravada, nos termos dos incisos I e II, do artigo 1.019, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5002683-53.2017.4.03.6128

RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA

APELANTE: OSMAR JOSE DA SILVA

Advogados do(a) APELANTE: VILMA POZZANI - SP187081-A, REGINA CELIA CANDIDO GREGORIO - SP156450-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5002683-53.2017.4.03.6128

RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA

APELANTE: OSMAR JOSE DA SILVA

Advogados do(a) APELANTE: VILMA POZZANI - SP187081-A, REGINA CELIA CANDIDO GREGORIO - SP156450-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA (RELATORA): Trata-se de embargos de declaração opostos pelo INSS (id 75930027) contra o acórdão (id .67683400), que restou assim ementado:

PREVIDENCIÁRIO. TERMO INICIAL DA REVISÃO DO BENEFÍCIO NA DATA DO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. CRITÉRIOS DO CÁLCULO DA CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. ESPECIFICADOS DE OFÍCIO.

- Na r. sentença, restou fixado o termo inicial da revisão do benefício na data da citação, 03/11/2014, os documentos que ensejaram a averbação nos períodos reconhecidos não foram apresentados para análise do INSS.
- Em vistas aos autos originários (0008324–15.2014.403.6128), observa-se que à ocasião do requerimento administrativo, o autor forneceu ao ente autárquico formulários, laudos técnicos e PPP, os mesmos que possibilitaram ao juízo sentenciante a averbação especial dos períodos de 14/08/1974 a 26/11/1980 e 03/12/1998 a 04/09/2006.
- Com tais considerações, o termo inicial de revisão do benefício deve ser fixado na data do requerimento administrativo, 03/05/2011.
- Não há que se falar em prescrição quinquenal, conquanto a ação foi ajuizada em 15.07.2014, decorrido pouco mais de três anos da concessão do benefício.
- Para o cálculo dos juros de mora e correção monetária aplicam-se, (1) até a entrada em vigor da Lei nº 11.960/2009, os índices previstos no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pelo Conselho da Justiça Federal; e, (2) na vigência da Lei nº 11.960/2009, considerando a natureza não-tributária da condenação, os critérios estabelecidos pelo Egrégio STF, no julgamento do RE nº 870.947/SE, realizado em 20/09/2017, na sistemática de Repercussão Geral, quais sejam, (2.1) os juros moratórios serão calculados segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança, nos termos do disposto no artigo 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009; e (2.2) a correção monetária, segundo o Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial - IPCA-E..
- Apelação do autor provida.
- De ofício, especificados os critérios para cálculo da correção monetária e juros de mora.

Alega, em síntese, que o acórdão embargado está eivado de omissão, contradição e obscuridade, eis que: (i) o fator de risco inerente à eletricidade em tensões superiores acima de 250 volts não é mais admitida desde a edição do Decreto 2.172/97; (ii) ausência da prévia fonte de custeio; (iii) o termo inicial do benefício deve ser fixado na data do laudo técnico que possibilitou a averbação do labor especial; (iv) a correção monetária deve obedecer a Lei 11.960/09.

Pede, assim, sejam sanadas as irregularidades, reformando-se o acórdão, até porque o esclarecimento se faz necessário para fins de prequestionamento.

É O RELATÓRIO.

VOTO

A EXMA. SRA. DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA (RELATORA): Embargos de declaração opostos tempestivamente, a teor dos artigos 183 c.c. 1.023 do CPC/2015.

Não há, no acórdão embargado, qualquer omissão, obscuridade ou contradição, nem erro material, a ser esclarecido via embargos de declaração.

Com efeito, o aresto embargado examinou toda matéria colocada "sub judice", sendo absolutamente desnecessário qualquer outro discurso a respeito.

O que se observa da leitura das razões expendidas pela parte embargante é sua intenção de alterar o julgado, devendo, para isso, se valer do recurso próprio.

Aliás, a jurisprudência é no sentido de que os embargos de declaração não se prestam a instaurar uma nova discussão sobre a controvérsia jurídica já apreciada:

	<i>"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU ERRO MATERIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.</i>
--	---

	<i>1. Os embargos de declaração têm a finalidade simples e única de completar, aclarar ou corrigir uma decisão omissa, obscura, contraditória ou que incorra em erro material, afirmação que se depreende dos incisos do próprio art. 1.022 do CPC/2015. Portanto, só é admissível essa espécie recursal quando destinada a atacar, especificamente, um desses vícios do ato decisório, e não para que se adeque a decisão ao entendimento dos embargantes, nem para o acolhimento de pretensões que refletem mero inconformismo, e menos ainda para rediscussão de matéria já resolvida.</i>
--	--

	<i>2. Não havendo omissão, obscuridade, contradição ou erro material, merecem ser rejeitados os embargos declaratórios interpostos com o propósito infringente.</i>
--	--

	<i>3. Embargos de declaração rejeitados."</i>
--	--

	<i>(EDcl no AgRg no AREsp nº 859.232/SP, 2ª Turma, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 31/05/2016)</i>
--	---

Ademais, as questões arguidas a respeito da especialidade do labor fator de risco inerente à eletricidade em tensões superiores acima de 250 volts não ser mais admitida desde a edição do Decreto 2.172/97 e ausência da prévia fonte de custeio) restam abarcadas pela coisa julgada, conquanto prolatada sentença a favor da averbação do labor especial e do benefício vindicado, não houve qualquer insurgência autárquica em sede de apelação.

E se o embargante pretende recorrer às superiores instâncias, com prequestionamento, lembro que os embargos de declaração não se prestam a tal finalidade se neles não se evidenciam qualquer das hipóteses elencadas no artigo 1022 do CPC/2015.

Por fim, em razão do julgamento definitivo do RE 840.947/SP é de se esclarecer os critérios da correção monetária e dos juros de mora.

Para o cálculo dos juros de mora e correção monetária, devem ser aplicados os índices previstos no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pelo Conselho da Justiça Federal, à exceção da correção monetária a partir de julho de 2009, período em que deve ser observado o Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial - IPCA-e, critério estabelecido pelo Pleno do Egrégio Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 870.947/SE, realizado em 20/09/2017, na sistemática de Repercussão Geral, e confirmado em 03/10/2019, com a rejeição dos embargos de declaração opostos pelo INSS.

Se a sentença determinou a aplicação de critérios de juros de mora e correção monetária diversos, ou, ainda, se ela deixou de estabelecer os índices a serem observados, pode esta Corte alterá-los ou fixá-los, inclusive de ofício, para adequar o julgado ao entendimento pacificado nos Tribunais Superiores.

Diante do exposto, **REJEITO os embargos de declaração e, DE OFÍCIO, explícito os critérios de cálculo dos juros e da correção monetária, em razão do julgamento definitivo do RE 870.947/SE**, nos termos expendidos.

É COMO VOTO.

EMENTA

PROCESSO CIVIL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU ERRO MATERIAL.

1. Não há, no acórdão embargado, qualquer omissão, obscuridade ou contradição, nem erro material, a ser esclarecido via embargos de declaração.
2. Não podem ser acolhidos os embargos de declaração com o propósito de instaurar nova discussão sobre a controvérsia jurídica já apreciada, e ou com fim de prequestionamento, se não restarem evidenciadas as hipóteses indicadas no art. 1022 do CPC/2015.
3. Ademais, as questões arguidas a respeito da especialidade do labor fator de risco inerente à eletricidade em tensões superiores acima de 250 volts não ser mais admitida desde a edição do Decreto 2.172/97 e ausência da prévia fonte de custeio) restam abarcadas pela coisa julgada, conquanto prolatada sentença a favor da averbação do labor especial e do benefício vindicado, não houve qualquer insurgência autárquica em sede de apelação.
4. Por fim, em razão do julgamento definitivo do RE 840.947/SP é de se esclarecer os critérios da correção monetária e dos juros de mora.

5. Para o cálculo dos juros de mora e correção monetária, devem ser aplicados os índices previstos no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pelo Conselho da Justiça Federal, à exceção da correção monetária a partir de julho de 2009, período em que deve ser observado o Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial- IPCA-e, critério estabelecido pelo Pleno do Egrégio Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 870.947/SE, realizado em 20/09/2017, na sistemática de Repercussão Geral, e confirmado em 03/10/2019, com a rejeição dos embargos de declaração opostos pelo INSS.

6. Se a sentença determinou a aplicação de critérios de juros de mora e correção monetária diversos, ou, ainda, se ela deixou de estabelecer os índices a serem observados, pode esta Corte alterá-los ou fixá-los, inclusive de ofício, para adequar o julgado ao entendimento pacificado nos Tribunais Superiores.

7. Embargos rejeitados.

8. De ofício, explicitados os critérios de cálculo da correção monetária e juros de mora.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sétima Turma, por unanimidade, decidiu REJEITAR os embargos de declaração e, DE OFÍCIO, explicitar os critérios de cálculo dos juros e da correção monetária, em razão do julgamento definitivo do RE 870.947/SE, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0040023-46.2017.4.03.9999

RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA

APELANTE: AMELIA DOS SANTOS THEODORO

Advogado do(a) APELANTE: NATALIA FERNANDES BOLZAN DE ANDRADE - SP299697-N

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0040023-46.2017.4.03.9999

RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA

EMBARGANTE: AMELIA DOS SANTOS THEODORO

Advogado do(a) APELANTE: NATALIA FERNANDES BOLZAN DE ANDRADE - SP299697-N

EMBARGADO: V. ACÓRDÃO ID 10488926 - fls. 50/53

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA (RELATORA): Trata-se de embargos de declaração em embargos de declaração em embargos de declaração opostos por AMELIA DOS SANTOS THEODORO, no qual alega, mais uma vez, erro de fato crasso na análise da segunda via da certidão de óbito juntada aos autos, expedida no ano de 2014, que apenas ratifica as informações prestadas por ocasião da declaração do óbito ocorrido em 06/11/1995.

Requer, mais uma vez, a reconsideração do acórdão prolatado para sanar o erro de fato relatado, e assim dar provimento do recurso de apelação com o reconhecimento de que as provas produzidas foram aptas a comprovar o trabalho rural desempenhado pelo de cujus. Subsidiariamente, que seja aclarado sobre quais vínculos constantes do CNIS do de cujus foram considerados como sendo de natureza urbana.

Pede, assim, seja sanada a irregularidade, reformando-se o acórdão, até porque o esclarecimento se faz necessário para fins de prequestionamento.

É O RELATÓRIO.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0040023-46.2017.4.03.9999
RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA
EMBARGANTE: AMELIA DOS SANTOS THEODORO
Advogado do(a) APELANTE: NATALIA FERNANDES BOLZAN DE ANDRADE - SP299697-N
EMBARGADO: V. ACÓRDÃO ID 10488926 - fls. 50/53
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

VOTO

A EXMA. SRA. DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA (RELATORA): Embargos de declaração opostos tempestivamente, a teor dos artigos 183 c.c. 1.023 do CPC/2015.

A oposição de embargos declaratórios só se faz cabível em caso de omissão, obscuridade ou contradição (art. 1.022, CPC/2015).

Não há, no acórdão embargado, qualquer omissão, obscuridade ou contradição, nem erro material, a ser esclarecido via embargos de declaração.

Com efeito, o aresto embargado examinou toda matéria colocada "sub judice", sendo absolutamente desnecessário qualquer outro discurso a respeito, veja *in verbis*:

Não há, no acórdão embargado, qualquer omissão, obscuridade ou contradição, nem erro material, a ser esclarecido via embargos de declaração. Trata-se de mera repetição do quanto alegado e fundamentadamente enfrentado em sede de apelação julgada pela C. 7ª Turma desta Corte Regional na sessão de julgamento de 10/09/2018, bem como nos primeiros embargos de declaração opostos pela parte autora, julgados em 25/03/2019. Com efeito, esta instância recursal já se posicionou a respeito da não comprovação da atividade rural do instituidor da pensão a partir do último vínculo empregatício constante da CTPS e de sua perda de qualidade de segurado quando do óbito, extinguindo o processo sem resolução do mérito, com fulcro no artigo 485, IV do CPC/2015, encerrando, assim, sua função jurisdicional sobre o tema. Vejamos: 'O v. acórdão foi claro em consignar que o instituidor da pensão havia perdido a qualidade de segurado na data do óbito, ou em considerar as provas produzidas insuficientes para o reconhecimento de sua qualidade de segurado especial ou boia fria, passível de ser comparado com segurado especial. Com efeito, as provas produzidas demonstraram que o autor possuía vínculos de trabalho com empregadores rurais e urbanos, não sendo possível saber que tipo de função desempenhava nas empresas, tendo seu último vínculo empregatício finalizado em 18/07/1992. Diante da escassez das provas, entendeu-se que a certidão de óbito, emitida 19 anos depois do evento, cuja profissão nela consignada é feita por mera declaração da parte, tem sua força probante fragilizada, ou pelo menos não é suficiente, para demonstrar que o falecido era segurado especial ou boia fria na data do óbito.' Ressalta-se que eventual insistência no enfrentamento das questões postas deverá ser feita perante os Tribunais Superiores. (ID 104288926 - fls. 50/53 - destaques meus).

Salta aos olhos, portanto, a inexistência de omissão, contradição ou obscuridade no julgado. O ocorrido nesta demanda, mais do que afrontar o senso comum, enseja a perpetuação da lide e não pode mais ser tolerado nos dias atuais, em que se busca, de forma incessante, julgar as demandas com celeridade, de forma a garantir a duração razoável do processo, alçada, inclusive, a princípio constitucional.

Dito isso, reconhecido o caráter manifestamente protelatório do presente recurso, a caracterizar o abuso do direito de recorrer, entendo que o caso se subsume, às inteiras, à hipótese prevista no §2º do art. 1.026 do Código de Processo Civil, fixados em 2% (dois por cento) do valor atribuído à causa, atualizado, com a advertência de seu recolhimento ao final, pelo autor, por ser beneficiário da gratuidade de justiça, a contento do disposto no §3º do mesmo artigo.

Confira-se, nesse sentido, o recente julgado do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

AUSÊNCIA DOS VÍCIOS ELENCADOS NO ART. 1.022 DO NCPC. IMPOSSIBILIDADE DE EFEITOS INFRINGENTES. MAJORAÇÃO DA MULTA. ART. 1.026, § 3º, DO NCPC.

1. Os embargos declaratórios somente são cabíveis para modificar o julgado que se apresentar omissivo, contraditório ou obscuro, bem como para sanar possível erro material existente no acórdão.

2. O embargante, na verdade, não aponta nenhuma omissão, contradição, obscuridade ou erro material nas razões dos embargos de declaração. Busca tão somente a modificação do decidido no acórdão recorrido e o prequestionamento de dispositivo constitucional, o que é inviável.

3. O embargante, nesses terceiros embargos de declaração, insiste na existência de uma segunda publicação do acórdão agravado, que tornou seu recurso intempestivo, republicação esta, afastada pela Coordenadoria da Segunda Turma desta Corte, bem como pelo Ministério Público Federal em suas manifestações.

4. Diante do caráter manifestamente protelatório dos presentes embargos de declaração, deve ser majorada a multa à parte embargante, no importe de 10 % (dez por cento) sobre o valor da causa, com base no art. 1.026, § 3º, do Novo Código de Processo Civil.

Embargos de declaração rejeitados com aplicação de multa.

(EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016)

Por tais fundamentos, REJEITO os embargos de declaração e CONDENO a embargante ao pagamento de multa, prevista no artigo 1026, §2º do CPC/15, que fixo em 2% (dois por cento) do valor atualizado da causa, observado, quanto ao seu recolhimento, o disposto no art. 1.026, §3º, do Código de Processo Civil.

Saliento, por fim, que a oposição de novos embargos acarretará na aplicação do §3º do art. 1026 do CPC.

É COMO VOTO.

/gabiv/ifbarbos

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - PROCESSUAL CIVIL - CARÁTER MANIFESTAMENTE PROTELATÓRIO - IMPOSIÇÃO DE MULTA. RECURSO REJEITADO.

1 - A oposição de embargos declaratórios só se faz cabível em caso de omissão, obscuridade ou contradição (art. 1.022, CPC/15).

2 - O aresto embargado examinou toda matéria colocada "sub judice", sendo absolutamente desnecessário qualquer outro discurso a respeito.

3 - Reconhecido o caráter manifestamente protelatório do presente recurso, a caracterizar o abuso do direito de recorrer, o caso se subsume à hipótese prevista no §2º do art. 1.026 do Código de Processo Civil.

4 - Embargos de declaração rejeitados. Imposição de multa, em favor do INSS, fixada em 2% (dois por cento) sobre o valor atualizado da causa, observado, quanto ao seu recolhimento, o disposto no art. 1.026, §3º, do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sétima Turma, por unanimidade, decidiu REJEITAR os embargos de declaração e CONDENAR a embargante ao pagamento de multa, prevista no artigo 1026, §2º do CPC/15, que fixo em 2% (dois por cento) do valor atualizado da causa, observado, quanto ao seu recolhimento, o disposto no art. 1.026, §3º, do Código de Processo Civil,

nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007723-96.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA
AGRAVANTE: GUILHERME AUGUSTO SOARES DA SILVA
Advogado do(a) AGRAVANTE: RODOLFO NASCIMENTO FIOREZI - SP184479-A
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL- INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007723-96.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA
AGRAVANTE: GUILHERME AUGUSTO SOARES DA SILVA
Advogado do(a) AGRAVANTE: RODOLFO NASCIMENTO FIOREZI - SP184479-A
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL- INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA (RELATORA): Trata-se de embargos de declaração opostos pela exequente contra o acórdão de ID 121942276 que, por unanimidade, não conheceu de seu agravo interno, oposto em face de decisão que negou seguimento ao agravo de instrumento por ela interposto, em razão de sua ilegitimidade para pleitear a condenação do INSS ao pagamento de honorários advocatícios.

A embargante alega que há no julgado omissão, reiterando seus argumentos no sentido de que o INSS seja condenado ao pagamento de honorários em sede de cumprimento de sentença.

Pede, assim, seja sanada a irregularidade, reformando-se o acórdão, até porque o esclarecimento se faz necessário para fins de prequestionamento.

É O RELATÓRIO.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007723-96.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA
AGRAVANTE: GUILHERME AUGUSTO SOARES DA SILVA
Advogado do(a) AGRAVANTE: RODOLFO NASCIMENTO FIOREZI - SP184479-A
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL- INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A EXMA. SRA. DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA (RELATORA): Embargos de declaração opostos tempestivamente, a teor dos artigos 183 c.c. 1.023 do CPC/2015.

Não há, no acórdão embargado, qualquer omissão a ser esclarecida via embargos de declaração.

Com efeito, o aresto embargado não conheceu do agravo interno oferecido, dada a ausência de impugnação aos fundamentos da decisão agravada, que concluiu pela ilegitimidade da agravante.

Nos embargos de declaração em exame, a agravante reitera os fundamentos de seus agravos de instrumento e interno, no sentido de ser devida a condenação do INSS ao pagamento de honorários advocatícios em sede de cumprimento de sentença.

Assim, o que se observa da leitura das razões expendidas pela parte embargante é a intenção de alterar o julgado, devendo, para isso, se valer do recurso próprio.

Aliás, a jurisprudência é no sentido de que os embargos de declaração não se prestam a instaurar uma nova discussão sobre a controvérsia jurídica já apreciada:

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU ERRO MATERIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Os embargos de declaração têm a finalidade simples e única de completar, aclarar ou corrigir uma decisão omissa, obscura, contraditória ou que incorra em erro material, afirmação que se depreende dos incisos do próprio art. 1.022 do CPC/2015. Portanto, só é admissível essa espécie recursal quando destinada a atacar, especificamente, um desses vícios do ato decisório, e não para que se adeque a decisão ao entendimento dos embargantes, nem para o acolhimento de pretensões que refletem mero inconformismo, e menos ainda para rediscussão de matéria já resolvida.

2. Não havendo omissão, obscuridade, contradição ou erro material, merecem ser rejeitados os embargos declaratórios interpostos com o propósito infringente.

3. Embargos de declaração rejeitados."

(EDcl no AgRg no AREsp nº 859.232/SP, 2ª Turma, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 31/05/2016)

E se os embargantes pretendem recorrer às superiores instâncias, com prequestionamento, lembro que os embargos de declaração não se prestam a tal finalidade se neles não se evidenciam qualquer das hipóteses elencadas no artigo 1.022 do CPC/2015.

Diante do exposto, rejeito os embargos de declaração.

É O VOTO.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO/5007723-96. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

- Não há, no acórdão embargado, qualquer omissão a ser esclarecida via embargos de declaração.

- Não podem ser acolhidos os embargos de declaração com o propósito de instaurar nova discussão sobre a controvérsia jurídica já apreciada, ou com fim de prequestionamento, se não restarem evidenciadas as hipóteses indicadas no art. 1.022 do CPC/2015.

- Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sétima Turma, por unanimidade, decidiu rejeitar os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5019563-18.2018.4.03.6183

RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: AGNALDO YUGO FUKUI
Advogado do(a) APELADO: VERA ANDRADE DE OLIVEIRA - SP312462-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de demanda em que se discute a possibilidade de aplicação da regra definitiva prevista no art. 29, I e II da Lei 8.213/1991, na apuração do salário de benefício, quando se revelar mais favorável do que a regra de transição contida no art. 30. da Lei 9.876/1999.

A questão *sub judice* foi afetada e apreciada pelo C. STJ (Tema 999), no julgamento dos Recursos Especiais n. 1.554.596 e 1.596.203, submetidos a sistemática de recursos repetitivos.

Inconformado com o entendimento assentado pelo C. STJ, o INSS interpôs Recurso Extraordinário, o qual foi admitido como representativo de controvérsia, oportunidade em que se determinou “a suspensão de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a mesma controvérsia em trâmite em todo o território nacional”.

Por tais razões, com base no artigo 932, I, c.c o artigo 1.36, §1º, ambos do CPC/2015, DETERMINO O SOBRESTAMENTO do presente feito.

Após intimação das partes, PROCEDA a Subsecretaria com as anotações pertinentes.

P.I.C.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 6196405-91.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORU YAMAMOTO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: I. F. D. S.
REPRESENTANTE: JOCELINE APARECIDA FORTI
Advogado do(a) APELADO: DIOGO SIMIONATO ALVES - SP195990-N,
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 6196405-91.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORU YAMAMOTO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: I. F. D. S.
REPRESENTANTE: JOCELINE APARECIDA FORTI
Advogado do(a) APELADO: DIOGO SIMIONATO ALVES - SP195990-N,
OUTROS PARTICIPANTES:

R E L A T Ó R I O

O Exmo. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

Trata-se de ação previdenciária ajuizada em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, objetivando a concessão do benefício de auxílio reclusão, previsto no artigo 80 da Lei nº 8.213/91.

A sentença julgou parcialmente procedente o pedido, para condenar o INSS a conceder as autoras o benefício de auxílio-reclusão a partir da data do requerimento administrativo (27/04/2017) até o livramento, as parcelas vencidas serão acrescidas de correção monetária e juros de mora nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal. Condenou ainda ao pagamento das despesas processuais e aos honorários advocatícios fixados em percentual mínimo do valor das parcelas vencidas até a sentença.

Dispensado o reexame necessário.

O INSS interpôs apelação alegando que a parte autora não preenche os requisitos necessários à concessão do benefício.

Com as contrarrazões vieram os autos a E. Corte.

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 6196405-91.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORU YAMAMOTO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: I. F. D. S.
REPRESENTANTE: JOCELINE APARECIDA FORTI
Advogado do(a) APELADO: DIOGO SIMIONATO ALVES - SP195990-N,
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

Verifico, em juízo de admissibilidade, que o recurso ora analisado mostra-se formalmente regular, motivado (artigo 1.010 CPC) e com partes legítimas, preenchendo os requisitos de adequação (art. 1009 CPC) e tempestividade (art. 1.003 CPC). Assim, presente o interesse recursal e inexistindo fato impeditivo ou extintivo, recebo-o e passo a apreciá-lo nos termos do artigo 1.011 do Código de Processo Civil.

O benefício de auxílio-reclusão encontra-se disciplinado pelo art. 201, inciso IV, da Constituição Federal, com as alterações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 20/98, art. 80 da Lei nº 8.213/91 e arts. 116 a 119 do Decreto nº 3.048/99.

O art. 201, inciso IV, da CF, prescreve: "A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (...) IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda".

Por sua vez, dispõe o artigo 80, da Lei nº 8.213/91 que: "O auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão, que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço".

Acrescenta o seu parágrafo único: "O requerimento do auxílio-reclusão deverá ser instruído com certidão do efetivo recolhimento à prisão, sendo obrigatória, para a manutenção do benefício, a apresentação de declaração de permanência na condição de presidiário".

A Emenda Constitucional nº 20/98, disciplinou, em seu artigo 13: "até que a lei discipline o acesso ao salário-família e auxílio-reclusão para os servidores, segurados e seus dependentes, esses benefícios serão concedidos apenas àqueles que tenham renda bruta mensal igual ou inferior a R\$ 360,00 (trezentos e sessenta reais), que, até a publicação da lei, serão corrigidos pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social".

Os dispositivos mencionados foram regulamentados pelo Decreto nº 3.048/99, nos artigos 116 a 119. Frisa a necessidade de manutenção da qualidade de segurado e a presença da dependência econômica (§ 1º do art. 116). Estabelece que "serão aplicados ao auxílio-reclusão as normas referentes à pensão por morte, sendo necessária, no caso de qualificação de dependentes após a reclusão ou detenção do segurado, a preexistência da dependência econômica" (§ 3º do art. 116) e que "a data de início do benefício será fixada na data do efetivo recolhimento do segurado à prisão, se requerido até trinta dias depois desta, ou na data do requerimento, se posterior" (§ 4º do art. 116).

É hoje prestação que independe de carência - de um número mínimo de contribuições por parte do segurado -, segundo o disposto no art. 26 da Lei nº 8.213/91.

Destaque-se, por oportuno, que é vedada a concessão do auxílio-reclusão aos dependentes do segurado que perder essa qualidade, nos termos do art. 15 da Lei nº 8.213/91.

Para comprovar o alegado, foi acostado aos autos certidão de nascimento da autora com registro em 01/04/2013, certidão de recolhimento prisional em nome do recluso, indicando início da última prisão em 27/12/2016 e permanecendo recluso na data de emissão (30/10/2018) e requerimento administrativo protocolado em 27/04/2017.

Em relação à qualidade de segurado do pai da autora foi acostado aos autos cópia da CTPS com último registro em 03/05/2014 a 13/08/2016, corroborado pelo extrato do sistema CNIS/DATAPREV.

A parte autora comprovou ser filha do recluso através da certidão de nascimento, tomando-se dispensável a prova da dependência econômica, que é presumida.

Prosseguindo, no que tange ao limite da renda, o segurado não possuía rendimentos à época da prisão, vez que se encontrava desempregado.

Dessa forma, inexistente óbice à concessão do benefício aos dependentes, por não restar ultrapassado o limite previsto no art. 13 da Emenda Constitucional nº. 20 de 1998.

Vale frisar que o § 1º do art. 116 do Decreto n.º 3048/99 permite, nesses casos, a concessão do benefício, desde que mantida a qualidade de segurado, in verbis:

"Art. 116 (...)

§ 1º É devido auxílio-reclusão aos dependentes do segurado quando não houver salário-de-contribuição na data do seu efetivo recolhimento à prisão, desde que mantida a qualidade de segurado"

No mesmo sentido é a jurisprudência desta C. Corte, que ora colaciono:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA. AUXÍLIO-RECLUSÃO. TUTELA ANTECIPADA CONTRA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. IRREVERSIBILIDADE. CAUÇÃO.

1. Encontrando-se o segurado desempregado no momento de seu recolhimento à prisão, evidenciada, portanto, a ausência de renda superior ao limite de que trata o art. 13 da EC nº 20/98, os seus dependentes fazem jus ao benefício de auxílio-reclusão.

2. Não é parâmetro aferidor da renda, para fins de concessão do auxílio-reclusão, salário-de-contribuição verificado em momento muito anterior à prisão do segurado, porquanto não tem aptidão de revelar, quando do encarceramento, condição de suficiência financeira que constitua óbice ao deferimento do benefício. Aliás, o § 1º do art. 116 do Decreto nº 3.048/99 sinaliza no sentido de que o salário-de-contribuição a se considerar é aquele da data do efetivo recolhimento à prisão, tanto assim que dispôs ser devido auxílio-reclusão aos dependentes do segurando quando não houver salário-de-contribuição na data do seu efetivo recolhimento à prisão, desde que mantida a qualidade de segurado.

3. Diante do regramento estabelecido pela Lei nº 9.494/97, é insita a possibilidade de concessão de tutela antecipada e execução provisória contra pessoa jurídica de direito público.

4. Tratando-se de relação jurídica de trato sucessivo, como é o caso do benefício previdenciário, não se pode falar em irreversibilidade da medida antecipatória da tutela, pois ela não esgota a um só tempo o objeto da demanda, podendo o pagamento do benefício ser suspenso a qualquer tempo, se alterada a situação fática que alicerçou a tutela antecipada.

5. Dispensável a caução, nos termos do disposto no § 2º do art. 588, c.c. o § 3º do art. 273, ambos do CPC. 6. Agravo de instrumento improvido.

(TRF3 - AG 200203000430311 - AG - Agravo de Instrumento - 164969 - Décima Turma - DJU data:25/05/2005, página: 492 - Data da decisão 26/04/2005 - Data da Publicação 25/05/2005 - Relator Juiz Galvão Miranda)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUXÍLIO-RECLUSÃO. TUTELA ANTECIPADA. PRESENÇA DOS REQUISITOS.

I - Prevê o art. 273, caput, do Código de Processo Civil, que o magistrado poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação.

II - Considerando que o segurado recluso não percebia renda à época de seu recolhimento à prisão, vez que estava desempregado, há que se reconhecer que restaram preenchidos os requisitos necessários para a concessão do provimento antecipado.

III - Agravo de instrumento do INSS improvido.

(TRF - 3ª Região - AI 201003000074047 - AI - Agravo de Instrumento - 400821 - Décima Turma - DJF3 CJI data: 25/08/2010 página: 396 - Juiz Sergio Nascimento)

Em suma, comprovado o preenchimento dos requisitos legais para concessão de auxílio-reclusão, o direito que persegue a autora merece ser reconhecido.

O termo inicial do benefício deve ser fixado na data do requerimento administrativo (27/04/2017), conforme determinado pelo juiz sentenciante.

Aplicam-se, para o cálculo dos juros de mora e correção monetária, os critérios estabelecidos pelo Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal vigente à época da elaboração da conta de liquidação, observando-se o decidido nos autos do RE 870947.

Determino ainda a majoração da verba honorária em 2% (dois por cento) a título de sucumbência recursal, nos termos do §11 do artigo 85 do CPC/2015.

Ante ao exposto, **nego provimento à apelação do INSS**, mantendo a r. sentença proferida, nos termos acima expostas.

É o voto.

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-RECLUSÃO. REQUISITOS PREENCHIDOS. BENEFÍCIO CONCEDIDO.

1. Pedido de auxílio-reclusão, formulado pela parte autora, que dependia economicamente do recluso.
2. A parte autora comprovou ser filha do recluso por meio da apresentação de sua certidão de nascimento, sendo a dependência econômica presumida.
3. O recluso possuía a qualidade de segurado por ocasião da prisão.
4. Prosseguindo, no que tange ao limite da renda, o segurado não possuía rendimentos à época da prisão, vez que se encontrava desempregado.
5. Em suma, comprovado o preenchimento dos requisitos legais para concessão de auxílio-reclusão, o direito que persegue aos autores merece ser reconhecido.
6. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sétima Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento à apelação do INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6080445-87.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORU YAMAMOTO
APELANTE: MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE SAO PAULO
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, L. G.
REPRESENTANTE: MARIA VALENTINA ALVES FERREIRA
Advogado do(a) APELADO: RAFAELA ALVES DO CARMO - SP365545-N,
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6080445-87.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORU YAMAMOTO
APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, L. G.
REPRESENTANTE: MARIA VALENTINA ALVES FERREIRA
Advogado do(a) APELADO: RAFAELA ALVES DO CARMO - SP365545-N,
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

Trata-se de ação previdenciária ajuizada em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, objetivando a concessão do benefício de auxílio reclusão, previsto no artigo 80 da Lei nº 8.213/91.

A sentença julgou procedente o pedido, para condenar o INSS a conceder ao autor o benefício de auxílio-reclusão a partir da data do requerimento administrativo (07/05/2018) até a data do livramento, as parcelas vencidas serão acrescidas de correção monetária pelo IPCA e juros de mora nos termos da Lei 11.960/09. Condenou ainda ao pagamento dos honorários advocatícios fixados em 10% do valor das parcelas vencidas até a sentença. Isento de custas. Por fim concedeu a tutela antecipada.

Dispensado o reexame necessário.

O Ministério Público Estadual interpôs pleiteando a decretação de nulidade do feito a partir do momento em que não apresentou parecer dentro do prazo recursal.

O INSS deixou de apresentar apelação.

Com as contrarrazões do autor, vieram os autos a E. Corte.

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6080445-87.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORU YAMAMOTO
APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, L. G.
REPRESENTANTE: MARIA VALENTINA ALVES FERREIRA
Advogado do(a) APELADO: RAFAELA ALVES DO CARMO - SP365545-N,
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

Verifico, em juízo de admissibilidade, que o recurso ora analisado mostra-se formalmente regular, motivado (artigo 1.010 CPC) e com partes legítimas, preenchendo os requisitos de adequação (art. 1009 CPC) e tempestividade (art. 1.003 CPC). Assim, presente o interesse recursal e inexistindo fato impeditivo ou extintivo, recebo-o e passo a apreciá-lo nos termos do artigo 1.011 do Código de Processo Civil.

De início, observo que o INSS e a parte autora não interpôs recurso de apelação. Desse modo, considerando não ser caso de conhecimento de remessa oficial, ocorreu o trânsito em julgado da parte da sentença que concedeu o benefício de auxílio reclusão à parte autora.

Assim, passo à análise da matéria objeto de apelação do Ministério Público.

Nos termos do artigo 127 da Constituição Federal, compete ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Quanto à necessidade de participação do Ministério Público especificamente no presente feito, dispõe o art. 82, I, do Código de Processo Civil que: "*Compete ao Ministério Público intervir: I - nas causas em que há interesses de incapazes; (...)*"

A ausência de intervenção do Ministério Público nestes autos é causa de nulidade absoluta, a teor do disposto no artigo 246, *caput*, do CPC, sobretudo ao se considerar que sua não atuação pode ter importado em prejuízo à parte autora, que teve seu pleito julgado improcedente.

Entretanto no presente caso o Ministério público foi devidamente intimado (Id. 98144250) e certificado o decurso de prazo (Id. 9812252), assim incabível a alegação de nulidade da sentença.

Assim, comprovado o preenchimento dos requisitos legais para concessão de auxílio-reclusão, o direito que persegue o autor merece ser reconhecido.

Apliquem-se, para o cálculo dos juros de mora e correção monetária, os critérios estabelecidos pelo Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal vigente à época da elaboração da conta de liquidação, observando-se o decidido nos autos do RE 870947.

Ante ao exposto, **nego provimento à apelação do Ministério Público** mantendo a r. sentença proferida, nos termos acima expostas.

É o voto.

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-RECLUSÃO. REQUISITOS PREENCHIDOS. BENEFÍCIO CONCEDIDO.

1. Pedido de auxílio-reclusão, formulado pela parte autora, que dependia economicamente do recluso.

2. Nos termos do artigo 127 da Constituição Federal, compete ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.
3. Quanto à necessidade de participação do Ministério Público especificamente no presente feito, dispõe o art. 82, I, do Código de Processo Civil que: "*Compete ao Ministério Público intervir: I - nas causas em que há interesses de incapazes; (...)*".
4. A ausência de intervenção do Ministério Público nestes autos é causa de nulidade absoluta, a teor do disposto no artigo 246, *caput*, do CPC, sobretudo ao se considerar que sua não atuação pode ter importado em prejuízo à parte autora, que teve seu pleito julgado improcedente.
5. Entretanto no presente caso o Ministério público foi devidamente intimado e certificado o decurso de prazo, assim incabível a alegação de nulidade da sentença.
6. Assim, comprovado o preenchimento dos requisitos legais para concessão de auxílio-reclusão, o direito que persegue o autor merece ser reconhecido.
7. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sétima Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento à apelação do Ministério Público, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 6196925-51.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORU YAMAMOTO
APELANTE: FRANCIELI GOMES MAZZUCATO DE VICENTE
REPRESENTANTE: JOSE ODAIR DE VICENTE
Advogado do(a) APELANTE: HUBSILLER FORMICI - SP380941-N,
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 6196925-51.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORU YAMAMOTO
APELANTE: F. G. M. D. V.
REPRESENTANTE: JOSE ODAIR DE VICENTE
Advogado do(a) APELANTE: HUBSILLER FORMICI - SP380941-N,
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

Trata-se de ação previdenciária ajuizada em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, objetivando a concessão do amparo social.

A r. sentença julgou improcedente o pedido, ante a ausência de deficiência, condenando a parte autora ao pagamento das despesas processuais e aos honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa, ressalvando-se, contudo, a concessão da justiça gratuita.

Inconformada, a autora ofertou apelação, alegando que se encontra incapacitada para o trabalho e faz jus ao benefício pleiteado na inicial.

Sem contrarrazões, subiram os autos a este e. Tribunal.

O Órgão do Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 6196925-51.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORU YAMAMOTO
APELANTE: F. G. M. D. V.
REPRESENTANTE: JOSE ODAIR DE VICENTE
Advogado do(a) APELANTE: HUBSILLER FORMICI - SP380941-N,
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

Verifico, em juízo de admissibilidade, que o recurso ora analisado mostra-se formalmente regular, motivado (artigo 1.010 CPC) e com partes legítimas, preenchendo os requisitos de adequação (art. 1009 CPC) e tempestividade (art. 1.003 CPC). Assim, presente o interesse recursal e inexistindo fato impeditivo ou extintivo, recebo-o e passo a apreciá-lo nos termos do artigo 1.011 do Código de Processo Civil.

Em face dos critérios de direito intertemporal, e tendo em vista a legislação vigente à data da formulação do pedido, que provoca a presente análise recursal, os requisitos (independentes de carência ou contribuição, por força do art. 203, caput, do ordenamento constitucional vigente) a serem observados para a concessão do benefício assistencial são os previstos no art. 203, V, da Constituição Federal, versado na Lei n. 8.742/1993. Por força desses diplomas, a concessão do benefício de prestação continuada depende de, cumulativamente: a) idade igual ou superior a 65 anos (art. 34 da Lei 10.741/2003) ou invalidez para o exercício de atividade remunerada (comprovada mediante exame pericial); b) não ter outro meio de prover o próprio sustento; c) família (ou pessoa de quem dependa obrigatoriamente, desde que vivam sob o mesmo teto) impossibilitada de promover o sustento do requerente, devendo apresentar renda mensal per capita não superior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo. A ausência de prova de qualquer um dos requisitos implica o indeferimento do pleito.

Observe-se que o Supremo Tribunal Federal, na Reclamação (RCL) 4374 e, sobretudo, nos Recursos Extraordinários (REs) 567985 e 580963 (ambos com repercussão geral), em 17 e 18 de abril de 2013, reconheceu superado o decidido na ADI 1.232-DF, de tal modo que o critério de renda per capita de ¼ do salário mínimo não é mais aplicável, motivo pelo qual a miserabilidade deverá ser aferida pela análise das circunstâncias concretas do caso analisado (à míngua de novo critério normativo). Aliás, esse já era o entendimento que vinha sendo consagrado pela jurisprudência, como se pode notar no julgamento do REsp 314264/SP pelo Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, Rel. Min. Félix Fischer, j. 15/05/2001, v.u., DJ 18/06/2001, p. 185, afirmando que "o preceito contido no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 não é o único critério válido para comprovar a condição de miserabilidade preceituada no artigo 203, V, da Constituição Federal. A renda familiar per capita inferior a ¼ do salário-mínimo deve ser considerada como um limite mínimo, um quantum objetivamente considerado insuficiente à subsistência do portador de deficiência e do idoso, o que não impede que o julgador faça uso de outros fatores que tenham o condão de comprovar a condição de miserabilidade da família do autor". No mesmo sentido, também no STJ, vale mencionar o decidido nos EDcl no AgRg no REsp 658705/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 08/03/2005, v.u., DJ 04/04/2005, p. 342, e ainda o teor do REsp 308711/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 19/09/2002, v.u., DJ 10/03/2003, p. 323.

In casu, a parte postulante propôs ação requerendo a concessão de benefício assistencial social à pessoa portadora de deficiência física.

Entretanto, não ocorreu comprovação da deficiência, física ou mental, incapacitante à vida independente e ao trabalho (art. 20, § 2º, Lei 8.742/1993).

O laudo pericial realizado em 16/04/2019 refere que a periciada com 16 anos é portadora de hidrocefalia, sem apresentar incapacidade.

Cabe lembrar que o indivíduo pode padecer de determinada patologia e, ainda assim, deter capacidade para a execução de atividades laborativas, ainda que para funções não equivalentes às suas habituais.

Desse modo, não restou comprovado que a parte autora sofre impedimento de longo prazo que obstrui ou dificulta sua participação em igualdade de condições com as demais pessoas.

Ausente a incapacidade ao desempenho de atividades da vida diária e ao labor, primeiro dos pressupostos hábeis ao deferimento da prestação, despidendo investigar se a requerente desfruta de meios para prover o próprio sustento, ou de tê-lo provido pela família.

É este o entendimento desta E. Corte:

"PREVIDÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. INEXISTÊNCIA DE INCAPACIDADE. CONJUNTO PROBATÓRIO INSUFICIENTE PARA OBTENÇÃO DO BENEFÍCIO. PEDIDO IMPROCEDENTE. - Conjunto probatório insuficiente à concessão do benefício postulado. - A parte autora não tem direito ao amparo assistencial, uma vez que não preenche o requisito da incapacidade. - O preenchimento dos requisitos necessários à obtenção do benefício assistencial devem ser cumulativamente preenchidos, de tal sorte que a não observância de um deles prejudica a análise do pedido relativamente à exigência subsequente. - Apelação da parte autora não provida."

(TRF da 3ª Região, AC 00040818920134039999, Relator (a) Des. Federal Vera Jucovsky, Oitava Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/04/2013)"

Vale ressaltar que a qualquer tempo, poderá a parte ingressar com nova ação, com base em fatos novos ou direito novo, transcorrido tempo hábil a fim de que a situação se modifique.

Como se vê, pelos elementos de convicção trazidos, de se indeferir a benesse vindicada.

Ante o exposto, **nego provimento à apelação da parte autora**, nos termos acima consignados.

É o voto.

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL AO DEFICIENTE. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. DEFICIÊNCIA NÃO COMPROVADA. BENEFÍCIO NÃO CONCEDIDO.

1. O benefício de prestação continuada, de um salário mínimo mensal, previsto no art. 203, V, da Constituição Federal e regulamentado pelo art. 20 e parágrafos da Lei nº 8.742/93, é devido à pessoa portadora de deficiência (sem limite de idade) e ao idoso, com mais de 65 anos, que comprovem não ter condições econômicas de se manter e nem de ter sua subsistência mantida pela família.

2. O E. STF, na Reclamação (RCL) 4374 e sobretudo nos Recursos Extraordinários (REs) 567985 e 580963 (ambos com repercussão geral), em 17 e 18 de abril de 2013, reconheceu superado o decidido na ADI 1.232-DF, de tal modo que o critério de renda per capita de ¼ do salário mínimo não é mais aplicável, motivo pelo qual a miserabilidade deverá ser aferida pela análise das circunstâncias concretas do caso analisado (à míngua de novo critério normativo). Aliás, esse já era o entendimento que vinha sendo consagrado pela jurisprudência, como se pode notar no E. STJ, no REsp 314264/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Félix Fischer, j. 15/05/2001, v.u., DJ 18/06/2001, p. 185, afirmando que "o preceito contido no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 não é o único critério válido para comprovar a condição de miserabilidade preceituada no artigo 203, V, da Constituição Federal. A renda familiar per capita inferior a ¼ do salário-mínimo deve ser considerada como um limite mínimo, um quantum objetivamente considerado insuficiente à subsistência do portador de deficiência e do idoso, o que não impede que o julgador faça uso de outros fatores que tenham o condão de comprovar a condição de miserabilidade da família do autor". No mesmo sentido, também no STJ, vale mencionar o decidido nos EDcl no AgRg no REsp 658705/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 08/03/2005, v.u., DJ 04/04/2005, p. 342, e ainda o contido no REsp 308711/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 19/09/2002, v.u., DJ 10/03/2003, p. 323.

3 - Entretanto, incorreu comprovação da deficiência, física ou mental, incapacitante à vida independente e ao trabalho (art. 20, § 2º, Lei 8.742/1993).

4. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sétima Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento à apelação da parte autora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0021332-52.2015.4.03.9999

RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) APELANTE: RAFAEL DUARTE RAMOS - SP269285-N

APELADO: NEUSA LISBOA DA CRUZ

Advogado do(a) APELADO: CLAUDIO JORGE DE OLIVEIRA - SP247618-N

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

O processo supra foi incluído na sessão abaixo indicada, **a qual será realizada em ambiente exclusivamente eletrônico**, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Ficam as partes intimadas para que, no prazo de 5 (cinco dias), por meio do endereço UTU7@trf3.jus.br, demonstrem interesse em que o julgamento seja realizado de forma presencial, para fins de sustentação oral ou por outro motivo relevante, ficando o feito automaticamente adiado para a sessão presencial subsequente, independentemente de nova intimação.

Sessão de Julgamento

Data: 20.07.2020

Horário: 14:00 hs

Local: - SÉTIMA TURMA - Av. Paulista, 1842, Torre Sul, Cerqueira Cesar, São Paulo - SP

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0001522-47.2013.4.03.6124

RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO

APELANTE: AILTON CHIDEROLLI

Advogado do(a) APELANTE: FELISBERTO FAIDIGA - SP277199-N

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

O processo supra foi incluído na sessão abaixo indicada, **a qual será realizada em ambiente exclusivamente eletrônico**, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Ficam as partes intimadas para que, no prazo de 5 (cinco dias), por meio do endereço UTU7@trf3.jus.br, demonstrem interesse em que o julgamento seja realizado de forma presencial, para fins de sustentação oral ou por outro motivo relevante, ficando o feito automaticamente adiado para a sessão presencial subsequente, independentemente de nova intimação.

Sessão de Julgamento

Data: 20.07.2020

Horário: 14:00 hs

Local: - SÉTIMA TURMA - Av. Paulista, 1842, Torre Sul, Cerqueira Cesar, São Paulo - SP

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5002165-85.2020.4.03.9999

RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: MARIA JULIA DOS SANTOS

Advogados do(a) APELADO: JEAN HENRY COSTA DE AZAMBUJA - MS12732-A, JAYSON FERNANDES NEGRI - MS11397-S

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5002165-85.2020.4.03.9999

RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: MARIA JULIA DOS SANTOS

Advogados do(a) APELADO: JEAN HENRY COSTA DE AZAMBUJA - MS12732-A, JAYSON FERNANDES NEGRI - MS11397-S

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA (RELATORA): Trata-se de apelação interposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS em face da sentença que julgou procedente o pedido de concessão do benefício de aposentadoria por idade de trabalhador rural, condenando-o a pagar o benefício, **verbis**:

"Ante o exposto, com fulcro no art. 487, inciso I, do NCPC, JULGO PROCEDENTE o pedido formulado na inicial, para o fim de condenar o réu INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS a implantar benefício de aposentadoria por idade em favor da parte autora no valor equivalente a um salário mínimo por mês, devidos a partir do Requerimento Administrativo, ou seja, desde 06.06.2016 (f. 32 - art. 49, II, L. 8213/91), devendo ser descontados os valores que foram eventualmente pagos neste período pela autarquia federal em caso implantação do benefício pleiteado na via administrativa. Deverá, ainda, ser observada a prescrição quinquenal, nos termos do art. 1º, do Decreto 20910/32. As prestações em atraso devem ser pagas de uma só vez, devendo a incidência de correção monetária e juros de mora seguir o posicionamento adotado pelo STF, no julgamento do TEMA de Repercussão Geral nº 810 (Resp nº 870.947, Relator Ministro Luiz Fux, julgamento finalizado no plenário em 20.09.2017). No tocante à atualização monetária devida para a fase de conhecimento, esta incidirá a partir da data em que cada parcela deveria ser paga, neste caso, a partir de 06.06.2016 - f. 32, e deverá ser feita pelo índice de preços do consumidor - IPCA-E (ADIs 4357 e 4425, do STF) Os juros moratórios incidirão a partir da citação, de uma única vez até o efetivo pagamento, devendo ser observados os critérios fixados pela legislação infraconstitucional, notadamente os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança que, atualmente é a "TR", conforme dispõe o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09. Com fundamento no art. 85, § 1º c/c §3º, inciso I, do Novo Código de Processo Civil, condeno ainda o réu no pagamento de honorários advocatícios, os quais arbitro em 10% (dez por cento) do valor da condenação. Deixo de condenar o requerido nas custas processuais por ser isento nos termos da Lei. Deixo de determinar a remessa dos autos à Instância Superior, eis que a presente sentença não está sujeita ao reexame necessário, nos termos do art. 496, §3º, inciso I, do NCPC. Com o trânsito em julgado, remetam-se os autos ao arquivo, com as baixas de estilo. Publique-se. Registre-se. Intimem-se."

O recorrente pede a reforma da sentença, em síntese, sob os seguintes fundamentos: não comprovação dos requisitos necessários à concessão do benefício pleiteado; termo inicial do benefício; juros de mora e correção monetária.

Regularmente processado o feito, os autos subiram a este Eg. Tribunal.

É O RELATÓRIO.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002165-85.2020.4.03.9999

RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: MARIA JULIA DOS SANTOS

Advogados do(a) APELADO: JEAN HENRY COSTA DE AZAMBUJA - MS12732-A, JAYSON FERNANDES NEGRI - MS11397-S

VOTO

A EXMA. SRA. DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA (RELATORA): Recebo a apelação interposta sob a égide do Código de Processo Civil/2015, e, em razão de sua regularidade formal, possível sua apreciação, nos termos do artigo 1.011 do Código de Processo Civil.

A parte autora pleiteia a concessão de aposentadoria por idade rural, prevista no artigo 48, §§1º e 2º da Lei nº 8.213/91, **verbis**:

"Art. 48. A aposentadoria por idade será devida ao segurado que, cumprida a carência exigida nesta Lei, completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta), se mulher.

§ 1º Os limites fixados no caput são reduzidos para sessenta e cinquenta e cinco anos no caso de trabalhadores rurais, respectivamente homens e mulheres, referidos na alínea a do inciso I, na alínea g do inciso V e nos incisos VI e VII do art. 11.

§ 2º Para os efeitos do disposto no § 1º deste artigo, o trabalhador rural deve comprovar o efetivo exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência do benefício pretendido, computado o período a que se referem os incisos III a VIII do § 9º do art. 11 desta Lei."

Em síntese, para a obtenção da aposentadoria por idade, deve o requerente comprovar o preenchimento dos seguintes requisitos: (i) idade mínima e (ii) efetivo exercício da atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, por tempo igual ao da carência exigida para a sua concessão.

Em se tratando de segurado filiado ao Regime Geral de Previdência Social até 24/07/91, deve ser considerada a tabela progressiva inserta no artigo 142 da Lei de Benefícios, não havendo que se falar em exigência de contribuição ao trabalhador rural, bastando a comprovação do efetivo exercício da atividade rural, ainda que de forma descontínua, em número de meses idêntico à carência do referido benefício.

Aos que ingressaram no sistema após essa data, aplica-se a regra prevista no art. 25, inc. II, da Lei de Benefícios que exige a comprovação de 180 contribuições mensais.

COMPROVAÇÃO DO LABOR RURAL

A comprovação do tempo de serviço em atividade rural, seja para fins de concessão de benefício previdenciário ou para averbação de tempo de serviço, deve ser feita mediante a apresentação de início de prova material, conforme preceitua o artigo 55, § 3º, da Lei de Benefícios, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, entendimento cristalizado na Súmula nº 149, do C. STJ.

Ademais, diante das precárias condições em que se desenvolve o trabalho do lavrador e as dificuldades na obtenção de prova material do seu labor, quando do julgamento do REsp. 1.321.493/PR, realizado segundo a sistemática de recurso representativo da controvérsia (CPC, art. 543-C), abrandou-se a exigência da prova admitindo-se início de prova material sobre parte do lapso temporal pretendido, a ser complementada por idônea e robusta prova testemunhal.

Destaca-se, ainda, que, diante da dificuldade do trabalhador rural na obtenção da prova escrita, o Eg. STJ vem admitindo outros documentos além daqueles previstos no artigo 106, parágrafo único, da Lei nº 8.213/91, cujo rol não é taxativo, mas sim, exemplificativo (AgRg no REsp nº 1362145/SP, 2ª Turma, Relator Ministro Mauro Campell Marques, DJe 01/04/2013; AgRg no Ag nº 1419422/MG, 6ª Turma, Relatora Ministra Assusete Magalhães, DJe 03/06/2013; AgRg no AREsp nº 324.476/SE, 2ª Turma, Relator Ministro Humberto Martins, DJe 28/06/2013).

Importante dizer que a necessidade da demonstração do exercício da atividade campesina em período imediatamente anterior ao implemento do requisito etário, restou sedimentada pelo C. STJ, no julgamento do REsp nº 1.354.908/SP, sob a sistemática dos recursos representativos de controvérsia repetitiva.

Conforme entendimento jurisprudencial sedimentado, a prova testemunhal possui aptidão para ampliar a eficácia probatória da prova material trazida aos autos, sendo desnecessária a sua contemporaneidade para todo o período de carência que se pretende comprovar (Recurso Especial Repetitivo 1.348.633/SP, (Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, DJe 5/12/2014) e Súmula 577 do Eg. STJ.

SEGURADO ESPECIAL - PESCADOR ARTESANAL

O conceito de segurado especial está inserto no artigo 11, inciso VII, da Lei n.º 8.213/91:

" Art. 11. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

(...)

VII - como segurado especial: a pessoa física residente no imóvel rural ou em aglomerado urbano ou rural próximo a ele que, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, na condição de: (Redação dada pela Lei nº 11.718, de 2008)

a) produtor, seja proprietário, usufrutuário, possuidor, assentado, parceiro ou meeiro outorgados, comodatário ou arrendatário rurais, que explore atividade: (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008)

1. agropecuária em área de até 4 (quatro) módulos fiscais; (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008)

2. de seringueiro ou extrativista vegetal que exerça suas atividades nos termos do inciso XII do caput do art. 2º da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, e faça dessas atividades o principal meio de vida; (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008)

b) pescador artesanal ou a este assemelhado que faça da pesca profissão habitual ou principal meio de vida; e (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008)

c) cônjuge ou companheiro, bem como filho maior de 16 (dezesesseis) anos de idade ou a este equiparado, do segurado de que tratam as alíneas a e b deste inciso, que, comprovadamente, trabalhem com o grupo familiar respectivo."

Da leitura do comando normativo em comento consideram-se segurados especiais, em regime de economia familiar, os produtores, parceiros, meeiros, arrendatários rurais, pescadores artesanais e assemelhados, que exerçam atividades individualmente ou com auxílio eventual de terceiros, bem como seus respectivos cônjuges ou companheiros e filhos, ou a eles equiparados, desde que trabalhem, comprovadamente, com o grupo familiar respectivo, residindo na área rural ou em imóvel próximo ao local onde a atividade rural é exercida e com participação significativa nas atividades rurais do grupo familiar.

O § 1º, do artigo 11 da Lei n.º 8.213/91 define o regime de economia familiar estabelecendo que o trabalho dos membros da família é indispensável à própria subsistência e ao desenvolvimento socioeconômico do núcleo familiar e é exercido em condições de mútua dependência e colaboração, sem o auxílio de empregados permanentes. Admite-se, contudo, auxílio eventual de terceiros, prestados por ocasião de colheita ou plantio, desde que inexistente relação de subordinação ou remuneração, caso em que a mão-de-obra assalariada o equipara a segurado contribuinte individual.

Por sua vez, o artigo 39 da Lei 8.213/91 estabelece:

" Art. 39. Para os segurados especiais, referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, fica garantida a concessão:

I - de aposentadoria por idade ou por invalidez, de auxílio-doença, de auxílio-reclusão ou de pensão, no valor de 1 (um) salário mínimo, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período, imediatamente anterior ao requerimento do benefício, igual ao número de meses correspondentes à carência do benefício requerido. "

Especificamente em relação aos segurados especiais, o artigo 26, III, da Lei 8.213/91, dispõe que:

"Art. 26. Independe de carência a concessão das seguintes prestações.

(....)

III - os benefícios concedidos na forma do inciso I do art. 39, aos segurados especiais referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei;

Em outras palavras, temos que o segurado especial, uma vez comprovado o exercício da atividade rural, terá direito a todos os benefícios previstos na Lei n. 8.213/91, com exceção das aposentadorias por tempo de contribuição e especial, sem qualquer contribuição à Previdência Social.

CASO CONCRETO

A idade mínima exigida para obtenção do benefício restou comprovada, tendo a parte autora nascido em 28/11/1959.

Como implemento do requisito etário em 28/11/2014, a parte autora deve comprovar o exercício do labor rural no período imediatamente anterior a 2014, mesmo que de forma descontínua, por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência do benefício requerido (180), não tendo o Instituto-réu conseguido infirmar a validade dos depoimentos prestados e dos documentos trazidos.

A autora alega que sempre prestou serviços na qualidade de pescadora artesanal em regime de economia familiar em companhia de seu esposo, Senhor Benedito Aparecido Flores, também pescador, cadastrado junto à Colônia de Pescadores Profissionais Z05, no município de Miranda-MS, desde 1989.

Sustenta a autora que embora sempre tenha desempenhado atividade de pescadora ao lado de seu esposo, filiou-se na Colônia de Pescadores de Miranda somente no ano de 2008.

Para comprovar suas alegações, a parte autora apresentou os seguintes documentos: **certidão de casamento (08.02.1994 – ID 130566982); cópia da carteira de pescador profissional de seu esposo, onde consta como data do primeiro registro 13.05.2013 (ID 130566982); carteira de autorização ambiental para pesca comercial em nome de seu marido, onde consta como data do registro 21.05.2014 (ID 130566982); recibos da compra de alimentos e produtos domésticos, correspondentes ao ano de 2001, 2003 (ID 130566982); carteira de vacinação da requerente do ano de 1989 (ID 130566982); cópia da sua carteira de pescadora profissional, onde consta que seu primeiro registro ocorreu no ano de 2008; carteira de autorização para pesca comercial da requerente, onde consta que seu cadastro ocorreu em 06.08.2013 (ID 130566982); termo de rescisão de contrato de trabalho da requerente referente ao ano de 1994 (ID 130566982); nota fiscal de vendas de pescado, datadas do ano de 2016 (f. 28-30); e, cópias de comprovantes de pagamento da mensalidade da colônia de pescadores em nome do seu esposo, referente aos anos de 1997, 1998.**

A certidão de casamento - ano de 1994 - não pode ser aceita como início de prova porque nela consta que a autora é cozinheira e seu marido operador de máquinas.

Todavia, os documentos anteriores ao período de carência, não repercutem na caracterização de segurado especial da autora, que trouxe início suficiente de prova material de seu labor na pesca artesanal.

Por sua vez, a prova testemunhal produzida nos autos evidenciou de forma segura e incontestável o labor rural como pescadora da parte autora, sendo que os depoentes, que a conhecem há muitos anos, foram unânimes em suas declarações.

A testemunha Maria Loudes de Jesus disse conhecer a requerente há 20 anos. Afirmou que conheceu a requerente quando esta morava na região do brejão, neste município. Informou que a requerente e sua família sempre desenvolveram atividade de pesca, como forma de subsistência. Afirmou que, pelo que se lembra, a requerente trabalha como pescadora há aproximadamente 17 anos. Sustentou que a requerente nunca desenvolveu atividade urbana. Por fim, quando inquirida, afirmou que o esposo da requerente, por algumas vezes, desenvolveu atividade urbana.

A testemunha Maria Aparecida Ferreira dos Santos afirmou que conhece a requerente há mais de trinta anos. Sustentou que conheceu a requerente quando esta morava em uma chácara na região do brejão, neste município. Informou que desde que a requerente se casou, exerce atividade de pesca, contudo afirma que nunca os viu pescando. Assevera que nunca viu a requerente ou seu esposo exercendo atividades urbanas. Por fim, afirmou a requerente sobrevive da atividade de pesca há mais de vinte anos.

É certo que o CNIS do seu marido (ID 130566983) indica que ele exerceu atividades urbanas. Entretanto, tal se deu por curto período de tempo, o que não descaracteriza a condição de segurado especial.

Assim sendo, o início de prova material, corroborado por robusta e coesa prova testemunhal, comprova a atividade de pesca exercida pela parte autora.

CONCLUSÃO

Desse modo, presentes os pressupostos legais para a concessão do benefício, vez que implementado o requisito da idade e demonstrado o exercício da atividade de pesca artesanal, por período equivalente ao da carência exigida pelo artigo 142 da Lei nº 8213/91, a procedência do pedido era de rigor.

Relativamente ao termo inicial do benefício, o artigo 49 da Lei 8.213/91 dispõe:

"Art. 49. A aposentadoria por idade será devida:

I - ao segurado empregado, inclusive o doméstico, a partir: a) da data do desligamento do emprego, quando requerida até essa data ou até 90 (noventa) dias depois dela; ou b) da data do requerimento, quando não houver desligamento do emprego ou quando for requerida após o prazo previsto na alínea "a";

II - para os demais segurados, da data da entrada do requerimento."

Portanto, o termo inicial do benefício deve ser mantido a partir do requerimento administrativo, observada a prescrição quinquenal.

Vale destacar que a inconstitucionalidade do critério de correção monetária introduzido pela Lei nº 11.960/2009 foi declarada pelo Egrégio STF, ocasião em que foi determinada a aplicação do IPCA-e (RE nº 870.947/SE, repercussão geral).

Tal índice deve ser aplicado ao caso, até porque o efeito suspensivo concedido em 24/09/2018 pelo Egrégio STF aos embargos de declaração opostos contra o referido julgado para a modulação de efeitos para atribuição de eficácia prospectiva, surtirá efeitos apenas quanto à definição do termo inicial da incidência do IPCA-e, o que deverá ser observado na fase de liquidação do julgado.

E, apesar da recente decisão do Superior Tribunal de Justiça (REsp repetitivo nº 1.495.146/MG), que estabelece o INPC/IBGE como critério de correção monetária, não é o caso de adotá-lo, porque em confronto com o julgado acima mencionado.

Para o cálculo dos juros de mora e correção monetária, portanto, aplicam-se, (1) até a entrada em vigor da Lei nº 11.960/2009, os índices previstos no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pelo Conselho da Justiça Federal; e, (2) na vigência da Lei nº 11.960/2009, considerando a natureza não-tributária da condenação, os critérios estabelecidos pelo Egrégio STF, no julgamento do RE nº 870.947/SE, realizado em 20/09/2017, na sistemática de Repercussão Geral, quais sejam, (2.1) os juros moratórios serão calculados segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança, nos termos do disposto no artigo 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009; e (2.2) a correção monetária, segundo o Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial - IPCA-E.

Vencido o INSS, a ele incumbe o pagamento de honorários advocatícios, mantidos em 10%, mas restringindo a sua base de cálculo ao valor das prestações vencidas até a data da sentença, para adequá-los aos termos da Súmula nº 111/STJ.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso para que os honorários advocatícios, mantidos em 10%, tenham sua base de cálculo restrita ao valor das prestações vencidas até a data da sentença, para adequá-los aos termos da Súmula nº 111/STJ.

É COMO VOTO.

*/gabiv/.soliveir..

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO: APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. ARTIGO 48, §§ 1º E 2º DA LEI Nº 8.213/91. REQUISITOS SATISFEITOS. COMPROVAÇÃO.

I - Para a obtenção da aposentadoria por idade, deve o requerente comprovar o preenchimento dos seguintes requisitos: (i) idade mínima e (ii) efetivo exercício da atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, por tempo igual ao da carência exigida para a sua concessão.

II - Em se tratando de segurado filiado ao Regime Geral de Previdência Social até 24/07/91, deve ser considerada a tabela progressiva inserta no artigo 142 da Lei de Benefícios, não havendo que se falar em exigência de contribuição ao trabalhador rural, bastando a comprovação do efetivo exercício da atividade rural, ainda que de forma descontínua, em número de meses idêntico à carência do referido benefício.

III - Aos que ingressaram no sistema após essa data, aplica-se a regra prevista no art. 25, inc. II, da Lei de Benefícios que exige a comprovação de 180 contribuições mensais., devendo se observar o caso concreto.

IV - A comprovação do tempo de serviço em atividade rural, seja para fins de concessão de benefício previdenciário ou para averbação de tempo de serviço, deve ser feita mediante a apresentação de início de prova material, conforme preceitua o artigo 55, § 3º, da Lei de Benefícios, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, entendimento cristalizado na Súmula nº 149, do C. STJ.

V - Considerando as precárias condições em que se desenvolve o trabalho do lavrador e as dificuldades na obtenção de prova material do seu labor, quando do julgamento do REsp. 1.321.493/PR, realizado segundo a sistemática de recurso representativo da controvérsia (CPC, art. 543-C), abrandou-se a exigência da prova admitindo-se início de prova material sobre parte do lapso temporal pretendido, a ser complementada por idônea e robusta prova testemunhal.

VI - Conforme entendimento jurisprudencial sedimentado, a prova testemunhal possui aptidão para ampliar a eficácia probatória da prova material trazida aos autos, sendo desnecessária a sua contemporaneidade para todo o período de carência que se pretende comprovar (Recurso Especial Repetitivo 1.348.633/SP, (Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, DJe 5/12/2014) e Súmula 577 do Eg STJ.

VII- Como o implemento do requisito etário em 28/11/2014, a parte autora deve comprovar o exercício do labor rural no período imediatamente anterior a 2014, mesmo que de forma descontínua, por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência do benefício requerido (180), não tendo o Instituto-réu conseguido infirmar a validade dos depoimentos prestados e dos documentos trazidos.

VIII - Consideram-se segurados especiais, em regime de economia familiar, os produtores, parceiros, meeiros, arrendatários rurais, pescadores artesanais e assemelhados, que exerçam atividades individualmente ou com auxílio eventual de terceiros, bem como seus respectivos cônjuges ou companheiros e filhos, ou a eles equiparados, desde que trabalhem, comprovadamente, como o grupo familiar respectivo, residindo na área rural ou em imóvel próximo ao local onde a atividade rural é exercida e com participação significativa nas atividades rurais do grupo familiar.

IX - O segurado especial, uma vez comprovado o exercício da atividade rural, terá direito a todos os benefícios previstos na Lei n. 8.213/91, com exceção das aposentadorias por tempo de contribuição e especial, sem qualquer contribuição à Previdência Social.

X - Para comprovar suas alegações, a parte autora apresentou os seguintes documentos: **certidão de casamento (08.02.1994 – ID 130566982); cópia da carteira de pescador profissional de seu esposo, onde consta como data do primeiro registro 13.05.2013 (ID 130566982); carteira de autorização ambiental para pesca comercial em nome de seu marido, onde consta como data do registro 21.05.2014 (ID 130566982); recibos da compra de alimentos e produtos domésticos, correspondentes ao ano de 2001, 2003 (ID 130566982); carteira de vacinação da requerente do ano de 1989 (ID 130566982); cópia da sua carteira de pescadora profissional, onde consta que seu primeiro registro ocorreu no ano de 2008; carteira de autorização para pesca comercial da requerente, onde consta que seu cadastro ocorreu em 06.08.2013 (ID 130566982); termo de rescisão de contrato de trabalho da requerente referente ao ano de 1994 (ID 130566982); nota fiscal de vendas de pescado, datadas do ano de 2016 (f. 28-30); e, cópias de comprovantes de pagamento da mensalidade da colônia de pescadores em nome do seu esposo, referente aos anos de 1997, 1998.**

XI - Os documentos trazidos pela parte autora constituem início razoável de prova material que, corroborado por robusta e coesa prova testemunhal, comprova a atividade campesina exercida pela parte autora.

XII - Presentes os pressupostos legais para a concessão do benefício, vez que implementado o requisito da idade e demonstrado o exercício da atividade rural, por período equivalente ao da carência exigida pelo artigo 142 da Lei nº 8213/91, a procedência do pedido era de rigor.

XIII - O termo inicial do benefício deve ser mantido a partir do requerimento administrativo, observada a prescrição quinquenal.

XIV - Vale destacar que a inconstitucionalidade do critério de correção monetária introduzido pela Lei nº 11.960/2009 foi declarada pelo Egrégio STF, ocasião em que foi determinada a aplicação do IPCA-e (RE nº 870.947/SE, repercussão geral).

XV - Tal índice deve ser aplicado ao caso, até porque o efeito suspensivo concedido em 24/09/2018 pelo Egrégio STF aos embargos de declaração opostos contra o referido julgado para a modulação de efeitos para atribuição de eficácia prospectiva, surtirá efeitos apenas quanto à definição do termo inicial da incidência do IPCA-e, o que deverá ser observado na fase de liquidação do julgado.

XVI - Apesar da recente decisão do Superior Tribunal de Justiça (REsp repetitivo nº 1.495.146/MG), que estabelece o INPC/IBGE como critério de correção monetária, não é o caso de adotá-lo, porque em confronto com o julgado acima mencionado.

XVII - Para o cálculo dos juros de mora e correção monetária, portanto, aplicam-se, (1) até a entrada em vigor da Lei nº 11.960/2009, os índices previstos no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pelo Conselho da Justiça Federal; e, (2) na vigência da Lei nº 11.960/2009, considerando a natureza não-tributária da condenação, os critérios estabelecidos pelo Egrégio STF, no julgamento do RE nº 870.947/SE, realizado em 20/09/2017, na sistemática de Repercussão Geral, quais sejam, (2.1) os juros moratórios serão calculados segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança, nos termos do disposto no artigo 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009; e (2.2) a correção monetária, segundo o Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial - IPCA-E.

XVIII - Vencido o INSS, a ele incumbe o pagamento de honorários advocatícios, mantidos em 10%, mas restringindo a sua base de cálculo ao valor das prestações vencidas até a data da sentença, para adequá-los aos termos da Súmula nº 111/STJ.

XIX - Recurso parcialmente provido para que os honorários advocatícios, mantidos em 10%, tenham sua base de cálculo restrita ao valor das prestações vencidas até a data da sentença, para adequá-los aos termos da Súmula nº 111/STJ.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sétima Turma, por unanimidade, decidiu dar parcial provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5001070-44.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

AGRAVADO: LUIS CARLOS FERRAZ
Advogado do(a) AGRAVADO: EVA APARECIDA PINTO - SP290770-A

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

O processo supra foi incluído na sessão abaixo indicada, **a qual será realizada em ambiente exclusivamente eletrônico**, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Ficam as partes intimadas para que, no prazo de 5 (cinco dias), por meio do endereço UTU7@trf3.jus.br, demonstrem interesse em que o julgamento seja realizado de forma presencial, para fins de sustentação oral ou por outro motivo relevante, ficando o feito automaticamente adiado para a sessão presencial subsequente, independentemente de nova intimação.

Sessão de Julgamento

Data: 20.07.2020

Horário: 14:00 hs

Local: - SÉTIMA TURMA - Av. Paulista, 1842, Torre Sul, Cerqueira Cesar, São Paulo - SP

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0050222-71.2014.4.03.6301
RELATOR: Gab. 24 - DES. FED. PAULO DOMINGUES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: ROBERTO DE TOLEDO LOPES

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

O processo supra foi incluído na sessão abaixo indicada, **a qual será realizada em ambiente exclusivamente eletrônico**, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Ficam as partes intimadas para que, no prazo de 5 (cinco dias), por meio do endereço UTU7@trf3.jus.br, demonstrem interesse em que o julgamento seja realizado de forma presencial, para fins de sustentação oral ou por outro motivo relevante, ficando o feito automaticamente adiado para a sessão presencial subsequente, independentemente de nova intimação.

Sessão de Julgamento

Data: 20.07.2020

Horário: 14:00 hs

Local: - SÉTIMA TURMA - Av. Paulista, 1842, Torre Sul, Cerqueira Cesar, São Paulo - SP

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0036075-96.2017.4.03.9999

RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: DJALMA DINIZ BULGARELLI

Advogado do(a) APELADO: LILIAN CRISTINA BONATO - SP171720-N

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0036075-96.2017.4.03.9999

RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: DJALMA DINIZ BULGARELLI

Advogado do(a) APELADO: LILIAN CRISTINA BONATO - SP171720-N

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA (RELATORA): Trata-se de apelação interposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, contra a sentença que julgou procedente o pedido deduzido na inicial, no seguinte sentido:

"(...) Ante ao exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido formulado por DJALMA DINIZ BULGARELLI contra o INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS e o faço para reconhecer como especial, com a devida conversão em comum, o tempo trabalhado nos períodos de 01.03.1985-30.08.1985, 01.09.1985-12.02.1987, 01.04.1987-30.11.1988 e 01.06.1992-13.04.1999, procedendo a Autarquia-ré à devida averbação. Concedo, ainda, a aposentadoria por tempo de contribuição integral desde a data do requerimento administrativo (06.06.2013). Arcará o réu com o pagamento das parcelas daí advindas, incluindo abonos, respeitada, se o caso, a prescrição quinquenal, corrigidos monetariamente a partir de cada vencimento, e acrescido de juros de mora que incidirão, uma única vez, de 0,5% (meio por cento), aplicados à caderneta de poupança, nos termos do art. 1º F, da Lei 9.494/97, desde a citação (artigo 240 do Código de Processo Civil). Condeno, ainda, o réu no pagamento dos honorários advocatícios, que arbitro em 10% sobre o valor das prestações devidas até a data da sentença, nos termos da Súmula 111 do STJ. Indevida condenação em custas, face ao teor do artigo 9º, inciso I da Lei 6.032/74 e artigo 8º, § 1º da Lei 8.620/93. Oficie-se ao INSS para implantação do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, fixando a data do início do benefício na data do requerimento administrativo (06.06.2013 fls. 16). Prazo: 30 dias. Por fim, julgo extinto o processo, com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, inciso I do Código de Processo Civil. Decorridos os prazos para os recursos voluntários, remetam-se os autos à Superior Instância, observando-se a competência recursal, para o reexame necessário. P.R.I."

O INSS requer a reversão do julgado, aduzindo que o autor não logrou comprovar o exercício da atividade especial, eis que: (i) embasada por prova técnica pericial realizada por similaridade; (ii) a perícia foi parcial, uma vez realizada com informações fornecidas exclusivamente pelo autor; (iii) não há prova de exposição habitual e permanente a agentes nocivos nos períodos requeridos; e (iv) o autor não reúne os requisitos para fazer jus à aposentadoria por tempo de contribuição, seja na forma proporcional ou integral.

Apresentado ofício de cumprimento da tutela antecipada, arguindo o ente autárquico tempo insuficiente para implantação do benefício.

Em resposta ao ofício, aduz a autora que a autarquia federal não computou como especial o intervalo de 01.04.1989 a 30.10.1991, porquanto a sentença foi omissa nesse ponto, e que verteu contribuições individuais a partir de julho/2000, requerendo que o benefício seja concedido com tempo de contribuição no curso da ação.

Com contrarrazões, os autos subiram a esta Corte Regional.

Certificado pela Subsecretaria da Sétima Turma, nos termos da Ordem de Serviço nº 13/2016, artigo 8º, que a apelação foi interposta no prazo legal.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0036075-96.2017.4.03.9999
RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: DJALMA DINIZ BULGARELLI
Advogado do(a) APELADO: LILIAN CRISTINA BONATO - SP171720-N

VOTO

A EXMA DESEMBARGADORA FEDERAL DRA. INÊS VIRGÍNIA (Relatora) : Por primeiro, recebo a apelação interposta sob a égide do Código de Processo Civil/2015, e, em razão de sua regularidade formal, possível sua apreciação, nos termos do artigo 1.011 do Codex processual.

SENTENÇA CITRA PETITA

De ofício, observo que a r. sentença é *citra petita*, eis que não apreciou o pedido de reconhecimento da atividade especial no período entre 01.04.1989 a 30.10.1991.

Cuida-se de pedido de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição, mediante averbação de trabalho em condições especiais, estando o magistrado impedido decidir além (*ultra petita*), aquém (*citra petita*) ou diversamente do pedido (*extra petita*), consoante o art. 492 do CPC/2015.

No caso *sub examen*, a sentença concedeu à parte autora aposentadoria por tempo de contribuição, não apreciando o pedido de averbação de labor especial no intervalo de 01.04.1989 a 30.10.1991, configurando sentença *citra petita*, eis que expressamente não foi analisado o pedido em questão, formulado na inicial, restando violado o princípio da congruência inculcado. Assim, nos termos do art. 281 do CPC/2015, deixo de declarar a nulidade total da sentença, adequando o julgado aos termos do pedido do autor.

DO NÃO CABIMENTO DO REEXAME NECESSÁRIO

A hipótese dos autos não demanda reexame necessário.

A sentença recorrida foi proferida sob a égide do Novo Código de Processo Civil, o qual afasta a submissão da sentença proferida contra a União e suas respectivas autarquias e fundações de direito público ao reexame necessário quando a condenação imposta for inferior a 1.000 (mil) salários mínimos (art. 496, I c.c. § 3º, I, do CPC/2015).

In casu, considerando os elementos dos autos - o INSS foi condenado a averbar períodos especiais de labor e, por conseguinte, implantar e pagar a aposentadoria por tempo de contribuição desde a data do requerimento administrativo (06.06.2013) até o deferimento do benefício, ocorrido em 16.08.2016, quando da prolação da r. sentença -, o montante da condenação não excederá a 1.000 (mil) salários mínimos, ainda que o valor da aposentadoria seja igual ao teto previdenciário.

Sendo assim, considerando (i) o termo inicial do benefício (06.06.2013), e (ii) que a sentença foi prolatada em 16.08.2016 e supondo que a autora fizesse jus ao teto do benefício àquela época (R\$ 5.189,82), ou seja, 5,9 salários mínimos (R\$ 880,00), tem-se que a condenação não ultrapassará 41 prestações mensais (incluindo os abonos anuais).

Vale frisar que, em agosto/2016, quando da prolação da sentença, o salário mínimo era de R\$ 880,00. Assim, a condenação corresponderá, hipoteticamente em seu limite máximo, a aproximadamente 242 salários mínimos.

Logo, a r. sentença não está sujeita ao reexame necessário, que não deve ser conhecido.

Nesse sentido, precedente desta C. 7ª Turma:

PREVIDENCIÁRIO. REMESSA NECESSÁRIA. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. VALOR DA CONDENAÇÃO INFERIOR A 1.000 SALÁRIOS MÍNIMOS. REMESSA NÃO CONHECIDA.

1. Exame da admissibilidade da remessa oficial prevista no artigo 496 do CPC/15.
2. O valor total da condenação não alcançará a importância de 1.000 (mil) salários mínimos.
3. Remessa necessária não conhecida.

(REO 0020789-78.2017.4.03.9999, 7ª Turma, Relator Desembargador Federal Paulo Domingues, 28/09/2017)

Portanto, não conheço do reexame necessário.

REGRA GERAL PARA APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO/CONTRIBUIÇÃO-

Como é sabido, pela regra anterior à Emenda Constitucional 20, de 16.12.98 (EC 20/98), a aposentadoria por tempo de serviço (atualmente denominada aposentadoria por tempo de contribuição) poderia ser concedida na forma proporcional, ao segurado que completasse 25 (vinte e cinco) anos de serviço, se do sexo feminino, ou 30 (trinta) anos de serviço, se do sexo masculino, restando assegurado o direito adquirido, para aquele que tivesse implementado todos os requisitos anteriormente a vigência da referida Emenda (Lei 8.213/91, art. 52).

Após a EC 20/98, aquele que pretende se aposentar com proventos proporcionais impõe-se o cumprimento das seguintes condições: estar filiado ao RGPS quando da entrada em vigor da Emenda; contar com 53 anos de idade, se homem, e 48 anos de idade, se mulher; somar no mínimo 30 anos, homem, e 25 anos, mulher, de tempo de serviço; e adicionar o "pedágio" de 40% sobre o tempo faltante ao tempo de serviço exigido para a aposentadoria proporcional.

Vale lembrar que, para os segurados filiados ao RGPS posteriormente ao advento da EC/98, não há mais que se falar em aposentadoria proporcional, sendo extinto tal instituto.

De outro lado, comprovado o exercício de 35 (trinta e cinco) anos de serviço, se homem, e 30 (trinta) anos, se mulher, concede-se a aposentadoria na forma integral, pelas regras anteriores à EC 20/98, se preenchido o requisito temporal antes da vigência da Emenda, ou pelas regras permanentes estabelecidas pela referida Emenda, se após a mencionada alteração constitucional (Lei 8.213/91, art. 53, I e II).

Ressalta-se que, além do tempo de serviço, deve o segurado comprovar, também, o cumprimento da carência, nos termos do art. 25, II, da Lei 8213/91. Aos já filiados quando do advento da mencionada lei, vige a tabela de seu art. 142 (norma de transição), em que, para cada ano de implementação das condições necessárias à obtenção do benefício, relaciona-se um número de meses de contribuição inferior aos 180 exigidos pela regra permanente do citado art. 25, II.

Por fim, insta salientar que o art. 4º, da referida Emenda estabeleceu que o tempo de serviço reconhecido pela lei vigente deve ser considerado como tempo de contribuição, para efeito de aposentadoria no Regime Geral da Previdência Social (art. 55 da Lei 8213/91).

DO TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS - CONSIDERAÇÕES INICIAIS.

O artigo 57, da Lei 8.213/91, estabelece que "*A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei (180 contribuições), ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei*".

Desde a edição da Lei 9.032/95, que conferiu nova redação ao artigo 57, §§ 3º e 4º, da Lei 8.213/91, o segurado passou a ter que comprovar o trabalho permanente em condições especiais que prejudiquem a sua saúde ou a sua integridade física; a efetiva exposição a agentes físicos, químicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou integridade física. Até então, reconhecia-se a especialidade do labor de acordo com a categoria profissional, presumindo-se que os trabalhadores de determinadas categorias se expunham a ambiente insalubre.

O RPS - Regulamento da Previdência Social, no seu artigo 65, reputa trabalho permanente "*aquele que é exercido de forma não ocasional nem intermitente, no qual a exposição do empregado, do trabalhador avulso ou do cooperado ao agente nocivo seja indissociável da produção do bem ou da prestação do serviço*". Não se exige, portanto, que o trabalhador se exponha durante todo o período da sua jornada ao agente nocivo.

Consoante o artigo 58, da Lei 8.213/91, cabe ao Poder Público definir quais agentes configuram o labor especial e a forma como este será comprovado. A relação dos agentes reputados nocivos pelo Poder Público é trazida, portanto, por normas regulamentares, de que é exemplo o Decreto n. 2.172/97. Contudo, se a atividade exercida pelo segurado realmente importar em exposição a fatores de risco, ainda que ela não esteja prevista em regulamento, é possível reconhecê-la como especial. Segundo o C. STJ, "As normas regulamentadoras que estabelecem os casos de agentes e atividades nocivos à saúde do trabalhador são exemplificativas, podendo ser tido como distinto o labor que a técnica médica e a legislação correlata considerarem como prejudiciais ao obreiro, desde que o trabalho seja permanente, não ocasional, nem intermitente, em condições especiais (art. 57, § 3º, da Lei 8.213/1991)" (Tema Repetitivo 534, REsp 1306113/SC).

Diante das inúmeras alterações dos quadros de agentes nocivos, a jurisprudência consolidou o entendimento no sentido de que deve se aplicar, no particular, o princípio *tempus regit actum*, reconhecendo-se como especiais os tempos de trabalho se na época respectiva a legislação de regência os reputava como tal.

Tal é a *ratio decidendi* extraída do julgamento do Recurso Especial nº 1.398.260/PR, sob o rito do art. 543-C do CPC/73, no qual o C. STJ firmou a tese de que "O limite de tolerância para configuração da especialidade do tempo de serviço para o agente ruído deve ser de 90 dB no período de 6.3.1997 a 18.11.2003, conforme Anexo IV do Decreto 2.172/1997 e Anexo IV do Decreto 3.048/1999, sendo impossível aplicação retroativa do Decreto 4.882/2003, que reduziu o patamar para 85 dB, sob pena de ofensa ao art. 6º da LINDB (ex-LICC)" (Tema Repetitivo 694).

Já quanto à conversão do tempo de trabalho, deve-se obedecer à legislação vigente no momento do respectivo requerimento administrativo, o que também já foi objeto de decisão proferida pelo C. STJ em sede de recurso representativo de controvérsia repetitiva (art. 543-C, do CPC/73), no qual se firmou a seguinte tese: "A lei vigente por ocasião da aposentadoria é a aplicável ao direito à conversão entre tempos de serviço especial e comum, independentemente do regime jurídico à época da prestação do serviço" (Tese Repetitiva 546, REsp 1310034/PR).

As condições de trabalho podem ser provadas pelos instrumentos previstos nas normas de proteção ao ambiente laboral (PPRA, PGR, PCMAT, PCMSO, LTCAT, PPP, SB-40, DISES BE 5235, DSS-8030, DIRBEN-8030 e CAT), sem prejuízos de outros meios de prova, sendo de se frisar que apenas a partir da edição do Decreto 2.172, de 05.03.1997, tomou-se exigível a apresentação de laudo técnico a corroborar as informações constantes nos formulários, salvo para o agente ruído e calor, que sempre exigiu laudo técnico.

Desde 01.01.2004, é obrigatório o fornecimento aos segurados expostos a agentes nocivos do PPP - Perfil Profissiográfico Previdenciário, documento que retrata o histórico laboral do segurado, evidencia os riscos do respectivo ambiente de trabalho e consolida as informações constantes nos instrumentos previstos nas normas de proteção ao ambiente laboral antes mencionados.

No julgamento do ARE 664335, o E. STF assentou a tese segundo a qual "o direito à aposentadoria especial pressupõe a efetiva exposição do trabalhador a agente nocivo a sua saúde, de modo que, se o Equipamento de Proteção Individual (EPI) for realmente capaz de neutralizar a nocividade, não haverá respaldo constitucional à aposentadoria especial". Nessa mesma oportunidade, a Corte assentou ainda que "na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites legais de tolerância, a declaração do empregador, no âmbito do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), da eficácia do Equipamento de Proteção Individual (EPI), não descaracteriza o tempo de serviço especial para aposentadoria".

Nos termos do artigo 57, §5º, da Lei 8.213/91, admite-se a conversão de tempo de atividade especial para comum, devendo-se observar a tabela do artigo 70, do Decreto 3.048/99, a qual estabelece (i) o multiplicador 2,00 para mulheres e 2,33 para homens, nos casos em que aposentadoria especial tem lugar após 15 anos de trabalho; (ii) o multiplicador 1,50 para mulheres e 1,75 para homens, nos casos em que aposentadoria especial tem lugar após 20 anos de trabalho; e (iii) o multiplicador 1,2 para mulheres e 1,4 para homens, nos casos em que aposentadoria especial tem lugar após 25 anos de trabalho.

Pelo exposto, pode-se concluir que (i) a aposentadoria especial será concedida ao segurado que comprovar ter exercido trabalho permanente em ambiente no qual estava exposto a agente nocivo à sua saúde ou integridade física; (ii) o agente nocivo deve, em regra, assim ser definido em legislação contemporânea ao labor, admitindo-se excepcionalmente que se reconheça como nociva para fins de reconhecimento de labor especial a sujeição do segurado a agente não previsto em regulamento, desde que comprovada a sua efetiva danosidade; (iii) reputa-se permanente o labor exercido de forma não ocasional nem intermitente, no qual a exposição do segurado ao agente nocivo seja indissociável da produção do bem ou da prestação do serviço; e (iv) as condições de trabalho podem ser provadas pelos instrumentos previstos nas normas de proteção ao ambiente laboral (PPRA, PGR, PCMAT, PCMSO, LTCAT, PPP, SB-40, DISES BE 5235, DSS-8030, DIRBEN-8030 e CAT) ou outros meios de prova.

DO LAUDO EXTEMPORÂNEO

O laudo técnico não contemporâneo não invalida suas conclusões a respeito do reconhecimento de tempo de trabalho dedicado em atividade de natureza especial, primeiro, porque não existe tal previsão decorrente da legislação e, segundo, porque a evolução da tecnologia aponta para o avanço das condições ambientais em relação àquelas experimentadas pelo trabalhador à época da execução dos serviços.

Nesse sentido é o entendimento desta Egrégia Corte Regional, conforme se verifica dos seguintes julgados:

PREVIDENCIÁRIO. ESPECIAL. RUÍDO. CONTEMPORANEIDADE DO LAUDO PARA PROVA DE ATIVIDADE ESPECIAL. DESNECESSIDADE. HONORÁRIOS. DANOS MORAIS.

(...) - Quanto à extemporaneidade do laudo, observo que a jurisprudência desta Corte destaca a desnecessidade de contemporaneidade do laudo/PPP para que sejam consideradas válidas suas conclusões, tanto porque não há tal previsão em lei quanto porque a evolução tecnológica faz presumir serem as condições ambientais de trabalho pretéritas mais agressivas do que quando da execução dos serviços. (...)

- Recurso de apelação a que se dá parcial provimento.

(AC 0012334-39.2011.4.03.6183, 8ª Turma, Desembargador Federal Luiz Stefanini, DE 19/03/2018)

PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. REVISIONAL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. ATIVIDADE ESPECIAL. SERRALHEIRO. FUNÇÃO ANÁLOGA À DE ESMERILHADOR. CATEGORIA PROFISSIONAL. EXPOSIÇÃO A AGENTES NOCIVOS. RUÍDO. COMPROVAÇÃO. OBSERVÂNCIA DA LEI VIGENTE À ÉPOCA PRESTAÇÃO DA ATIVIDADE. EPI. PPP EXTEMPORÂNEO. IRRELEVANTE. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REVISÃO IMEDIATA DO BENEFÍCIO.

(...) VI - O fato de os PPP"s ou laudo técnico terem sido elaborados posteriormente à prestação do serviço não afasta a validade de suas conclusões, vez que tal requisito não está previsto em lei e, além disso, a evolução tecnológica propicia condições ambientais menos agressivas à saúde do obreiro do que aquelas vivenciadas à época da execução dos serviços. (...)

XII - Apelação do réu e remessa oficial parcialmente providas.

(AC/ReO 0027585-63.2013.4.03.6301, 10ª Turma, Relator Desembargador Federal Sérgio Nascimento)

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO / CONTRIBUIÇÃO. APOSENTADORIA ESPECIAL. TEMPO DE LABOR EXERCIDO SOB CONDIÇÕES ESPECIAIS. CONVERSÃO INVERSA

(...) - A apresentação de Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP substitui o laudo técnico, sendo documento suficiente para aferição das atividades nocivas a que esteve sujeito o trabalhador: A extemporaneidade do documento (formulário, laudo técnico ou Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP) não obsta o reconhecimento de tempo de trabalho sob condições especiais. (...)

- Dado parcial provimento tanto à remessa oficial como ao recurso de apelação da autarquia previdenciária, e negado provimento à apelação da parte Autora.

(AC/ReO 0012008-74.2014.4.03.6183, 7ª Turma, Relator Desembargador Federal Fausto de Sanctis, DE 17/10/2017)

Na mesma linha, temos a Súmula nº 68, da Turma de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, publicada no dia Diário Oficial da União aos 24/09/2012, cujo enunciado é o seguinte:

"O laudo pericial não contemporâneo ao período trabalhado é apto à comprovação da atividade especial do segurado."

HABITUALIDADE DA EXPOSIÇÃO

Constando da perícia que o segurado ficava exposto a agente nocivo, seja pela simples presença do agente no ambiente, ou porque estava acima do limite de tolerância, deve-se concluir que tal exposição era, nos termos do artigo 65, do RPS - Regulamento da Previdência Social, habitual, não ocasional nem intermitente e indissociável da produção do bem ou da prestação do serviço. Nesse sentido, a jurisprudência desta C. Turma: APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 1773938 - 0008160-27.2011.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO, julgado em 12/03/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:20/03/2018.

DO AGENTE NOCIVO - RUÍDO

A regulamentação sobre a nocividade do ruído sofreu algumas alterações.

Até a edição do Decreto 2.171/1997 (06.03.1997), considerava-se especial a atividade exercida com exposição a ruído superior a 80 decibéis. A partir de então, passou-se a considerar como especial o trabalho realizado em ambiente em que o nível de ruído fosse superior a 90 decibéis. Por fim, com a entrada em vigor do Decreto 4.882, em 18.11.2003, o limite de tolerância a esse agente físico foi reduzido para 85 decibéis.

Considerando tal evolução normativa e o princípio *tempus regit actum* - segundo o qual o trabalho é reconhecido como especial de acordo com a legislação vigente no momento da respectiva prestação -, reconhece-se como especial o trabalho sujeito a ruído superior a 80 dB (até 05/03/1997); superior a 90 dB (de 06/03/1997 a 18/11/2003); e superior a 85 dB, a partir de 19/11/2003.

O C. STJ, quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.398.260/PR, sob o rito do art. 543-C do CPC/73, firmou a tese de que não se pode aplicar retroativamente o Decreto 4.882/2003: "O limite de tolerância para configuração da especialidade do tempo de serviço para o agente ruído deve ser de 90 dB no período de 6.3.1997 a 18.11.2003, conforme Anexo IV do Decreto 2.172/1997 e Anexo IV do Decreto 3.048/1999, sendo impossível aplicação retroativa do Decreto 4.882/2003, que reduziu o patamar para 85 dB, sob pena de ofensa ao art. 6º da LINDB (ex-LICC)" (Tema Repetitivo 694).

O E. STF, de seu turno, no julgamento do ARE 664335, assentou a tese segundo a qual "na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites legais de tolerância, a declaração do empregador, no âmbito do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), da eficácia do Equipamento de Proteção Individual (EPI), não descaracteriza o tempo de serviço especial para aposentadoria".

A Corte Suprema assim decidiu, pois o EPI não elimina o agente nocivo, mas apenas reduz os seus efeitos, de sorte que o trabalhador permanece sujeito à nocividade, existindo estudos científicos que demonstram inexistir meios de se afastar completamente a pressão sonora exercida sobre o trabalhador, mesmo nos casos em que haja utilização de protetores auriculares.

Logo, no caso de ruído, ainda que haja registro no PPP de que o segurado fazia uso de EPI ou EPC, reconhece-se a especialidade do labor quando os níveis de ruído forem superiores ao tolerado, não havendo como se sonegar tal direito do segurado sob o argumento de ausência de prévia fonte de custeio (195, §§ 5º e 6º, da CF/88 e artigo 57, §§ 6º e 7º, da Lei 8.213/91), até porque o não recolhimento da respectiva contribuição não pode ser atribuído ao trabalhador, mas sim à inércia estatal no exercício do seu poder de polícia.

DA AUSÊNCIA DA PRÉVIA FONTE DE CUSTEIO

Não há como se sonegar o direito do segurado de averbar períodos laborados em condições especiais sob o argumento de ausência de prévia fonte de custeio (195, §§ 5º e 6º, da CF/88 e artigo 57, §§ 6º e 7º, da Lei 8.213/91), até porque o não recolhimento da respectiva contribuição não pode ser atribuído ao trabalhador, mas sim à inércia estatal no exercício do seu poder de polícia.

Nesse particular, restou consignado no Recurso Extraordinário com Agravo nº 664.335/SC, de Relatoria do Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, em sede de Repercussão Geral, que a ausência de prévia fonte de custeio não prejudica o direito dos segurados à aposentadoria especial, em razão de não haver ofensa ao princípio da preservação do equilíbrio financeiro e atuarial, eis que o art. 195, § 5º, da Constituição Federal (que veda a criação, majoração ou a extensão de benefícios previdenciários sem a correspondente fonte de custeio), contém norma dirigida ao legislador ordinário, disposição inexigível quando se trata de benefício criado diretamente pela própria constituição, como é o caso da aposentadoria especial.

DAS ATIVIDADES ESPECIAIS - CASO CONCRETO

A sentença reconheceu as atividades laborativas exercidas em condições especiais pelo autor, nos períodos de 01.03.1985-30.08.1985, 01.09.1985-12.02.1987, 01.04.1987-30.11.1988 e 01.06.1992-13.04.1999 e restou omissa quanto ao período alegado como especial de 01.04.1989 a 30.10.1991.

O INSS requer a reversão do julgado, aduzindo que o autor não logrou comprovar o exercício da atividade especial, eis que: (i) embasada por prova técnica pericial realizada por similaridade; (ii) a perícia foi parcial, uma vez realizada com informações fornecidas exclusivamente pelo autor; (iii) não há prova de exposição habitual e permanente a agentes nocivos nos períodos requeridos; e (iv) o autor não reúne os requisitos para fazer jus à aposentadoria por tempo de contribuição, seja na forma proporcional ou integral.

Vejamos.

No período de 01.03.1985-30.08.1985, o autor não logrou trazer aos autos comprovantes do alegado labor nocivo na qualidade de serviços gerais da indústria A. H. Diniz Pimenta. Realizada perícia técnica na L.S. Ind. de Limas Ltda. (fls. 204/210), por similaridade (eis que inativa - fls. 194/195), apurou-se a exposição habitual e permanente ao agente nocivo ruído na intensidade de 92,1 dB e óleo lubrificante, o que permite o enquadramento especial do intervalo nos termos dos itens 1.1.5, 1.1.6, 1.2.10 e 1.2.11 dos Decretos 53.831/64 e 83.080/79.

No período de 01.09.1985-12.02.1987, consoante PPP (fls. 48/49), o autor exercia a atividade de picador para Indústria de Limas Diniz Ltda., inativa (fls. 194/195), embora descreva a exposição do autor ao agente nocivo ruído, não menciona a intensidade. Realizada a perícia por similaridade na L.S. Ind. de Limas Ltda. (fls. 204/210), apurou-se a exposição habitual e permanente ao agente nocivo ruído na intensidade de 92,1 dB e óleo lubrificante, o que permite o enquadramento especial do intervalo nos termos dos itens 1.1.5, 1.1.6, 1.2.10 e 1.2.11 dos Decretos 53.831/64 e 83.080/79.

No período de 01.04.1987-30.11.1988, consoante PPP (fls. 50/51), o autor exercia a atividade de chefe de picagem na C.S.D. Indústrias de Limas Ltda.-ME, o que o expunha habitual e permanentemente ao agente nocivo ruído, na intensidade de 92 dB, o que permite o enquadramento especial do intervalo nos termos dos itens 1.1.5 e 1.1.6 dos Decretos 53.831/64 e 83.080/79.

Quanto ao intervalo, o laudo pericial também assinala a exposição a ruído de 92,1 dB e a óleo lubrificante, permitindo, assim, o enquadramento da especialidade do labor também nos termos dos itens 1.2.11 do Decreto 53.831/64, 1.2.10 do Anexo I do Decreto nº 83.080/79.

No período de 01.04.1989 a 30.10.1991, consoante PPP (fls. 52/53), o autor exercia a atividade de picador 'A', na C.S.D. Indústrias de Limas Ltda.-ME, incorporada pela L.S. Ind. de Limas Ltda., o que o expunha habitual e permanentemente ao agente nocivo ruído, na intensidade de 92 dB, o que permite o enquadramento especial do intervalo nos termos dos itens 1.1.5 e 1.1.6 dos Decretos 53.831/64 e 83.080/79.

No período de 01.06.1992-13.04.1999, consoante PPP (fls. 54/55), o autor exercia a atividade de picador 'A', na L.S. Indústria de Limas Ltda.-EPP, o que o expunha habitual e permanentemente ao agente nocivo ruído, na intensidade de 92 dB, o que permite o enquadramento especial do intervalo nos termos dos itens 1.1.5 e 1.1.6 dos Decretos 53.831/64 e 83.080/79.

Quanto ao intervalo, o laudo pericial também assinala a exposição a ruído de 92,1 dB e a óleo lubrificante, permitindo, assim, o enquadramento da especialidade do labor também nos termos dos itens 1.2.11 do Decreto 53.831/64, 1.2.10 do Anexo I do Decreto nº 83.080/79 e 1.0.19 do anexo IV do Decreto 2.172/97 e do Decreto 3.048/99.

Embora nos períodos tenha sido assinalado que o autor fazia uso de EPI, é certo que sua alegada eficácia não pode elidir a presunção da nocividade do labor quanto ao agente ruído, consoante entendimento pacificado no ARE 664335 do STF. Ademais, não comprovado nos autos a eficácia do EPI quanto ao agente químico hidrocarboneto.

Por outro lado, mesmo que os laudos (PPP e laudo técnico pericial) não sejam contemporâneos aos períodos laborados, não invalida suas conclusões a respeito do reconhecimento de tempo de trabalho dedicado em atividade de natureza especial, primeiro, porque não existe tal previsão decorrente da legislação e, segundo, porque a evolução da tecnologia aponta para o avanço das condições ambientais em relação às aquelas experimentadas pelo trabalhador à época da execução dos serviços.

Ressalto que as assertivas feitas pelo INSS para desconstituir a presunção de nocividade aceita pelo ordenamento jurídico da época não encontra respaldo no conjunto probatório. Ademais, a perícia judicial foi realizada por similaridade e *in loco*, em empresa que incorporou as demais empresas onde o autor laborou, com informações prestadas pelos responsáveis pelas empresas e não exclusivamente pelo autor.

Assevero, ainda, que o laudo técnico pericial é prova suficiente do labor especial, mesmo que realizado em empresas paradigmas, eis que mensurou a exposição aos agentes nocivos de acordo com a atividade exercida pelo autor em cada período. Enfim, com esses dados e análise profunda constante da perícia judicial - elaborada por engenheiro de segurança do trabalho, profissional de confiança do Juízo, que trouxe os dados necessários para aferição das condições de trabalho -, entendo que restou satisfatoriamente comprovada a especialidade das atividades laborativas executadas pelo autor, nos termos das conclusões do *expert* e fundamentos.

Em reforço, friso que o INSS teve oportunidade de designar assistente técnico para impugnar satisfatoriamente as condições em que foram realizadas as atividades do autor nos períodos controversos, mas ficou-se inerte, insurgindo-se exclusivamente que a perícia não poderia ter sido realizada em empresas similares.

Por tais razões, devem ser rejeitadas as alegações do INSS.

DA APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO

Somados os períodos de labor comum do autor, constantes de sua CTPS e CNIS, aos períodos especiais ora reconhecidos/ratificados, perfaz o autor na data do requerimento administrativo (06.06.2013 - fl. 95) apenas 34 anos e 19 dias de tempo de contribuição, não fazendo jus ao benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, nos termos da planilha I abaixo:

Havendo pedido expresso do autor para que seja apreciado tempo de serviço posterior a DER e ao longo do curso da ação, reafirmando-se a DER, ressalto que, o C. STJ, no julgamento do Tema Repetitivo nº 995, com base no art. 493, do CPC/2015, firmou entendimento de que é possível requerer a reafirmação da DER até segunda instância, considerando-se contribuições vertidas após o início da ação judicial até o momento em que o Segurado houver implementado os requisitos para a benesse postulada.

Desta feita, observo que somadas as contribuições individuais vertidas pelo autor até 31.10.2018 (por ser data mais vantajosa para concessão do benefício), consoante pesquisa CNIS, perfaz 39 anos, 5 meses e 14 dias de tempo de contribuição. Somado aludido período à sua idade à época, de 56 anos, redunda 95 pontos, possibilitando que a renda mensal inicial do benefício seja calculada nos termos do art. 29-C da Lei 8.213/91, com redação dada pela Lei 13.183/15, ou seja, sem a incidência do fator previdenciário, conforme planilha II abaixo:

Não se olvida que o C. STJ, em sede de Incidente de Uniformização de Jurisprudência, firmou entendimento no sentido de que a DIB será fixada na data do requerimento administrativo se nessa data estiverem preenchidos os requisitos, ainda que a comprovação da especialidade da atividade tenha surgido em momento posterior, como, por exemplo, após proposta a ação judicial (STJ - Petição nº 9.582 - RS 2012/0239062-7).

Porém, os requisitos não foram preenchidos na data da DIB, mas sim na data da reafirmação, 31.10.2018. Assim, os efeitos financeiros devem retroagir à data da reafirmação da DER.

Para o cálculo dos juros de mora e correção monetária, devem ser aplicados os índices previstos no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pelo Conselho da Justiça Federal, à exceção da correção monetária a partir de julho de 2009, período em que deve ser observado o Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial - IPCA-e, critério estabelecido pelo Pleno do Egrégio Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 870.947/SE, realizado em 20/09/2017, na sistemática de Repercussão Geral, e confirmado em 03/10/2019, com a rejeição dos embargos de declaração opostos pelo INSS.

Se a sentença determinou a aplicação de critérios de juros de mora e correção monetária diversos, ou, ainda, se ela deixou de estabelecer os índices a serem observados, pode esta Corte alterá-los ou fixá-los, inclusive de ofício, para adequar o julgado ao entendimento pacificado nos Tribunais Superiores.

Diante do parcial provimento do recurso do INSS, reconhecimento de trabalho em condições especiais e como indeferimento do pedido de aposentadoria por tempo de contribuição na data da DER, a hipótese dos autos é de sucumbência recíproca, motivo pelo qual as despesas processuais devem ser proporcionalmente distribuídas entre as partes, na forma do artigo 86, do CPC/15, não havendo como se compensar as verbas honorárias, por se tratar de verbas de titularidade dos advogados e não da parte (artigo 85, § 14, do CPC/15).

Por tais razões, com base no artigo 85, §§ 2º e 3º, do CPC/15, condeno a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios aos patronos do INSS, que fixo em 10% do valor atualizado da causa, considerando que não se trata de causa de grande complexidade, mas sim repetitiva, o que facilita o trabalho realizado pelo advogado, diminuindo o tempo exigido para o seu serviço.

Suspendo, no entanto, a sua execução, nos termos do artigo 98, § 3º, do CPC/2015, por ser a parte autora beneficiária da Justiça Gratuita.

DA TUTELA ANTECIPADA

Por fim, havendo pedido expresso da parte autora, considerando as evidências coligidas nos autos, nos termos supra fundamentado, bem como o caráter alimentar do benefício, que está relacionado à sobrevivência de quem o pleiteia, deve ser concedida a tutela antecipada.

Assim, independentemente do trânsito em julgado, determino, com base no artigo 497 do CPC/2015, a expedição de e-mail ao INSS, instruído com cópia dos documentos do segurado, DJALMA DINIZ BULGARELLI, para que cumpra a obrigação de fazer consistente na imediata implantação do Benefício de Aposentadoria por Tempo de Contribuição Integral, com data de início (DIB) em 31.10.2018 (data de reafirmação da DER), em valor a ser calculado pelo INSS, de acordo com o art. 29-C da Lei 8.213/91.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, de ofício, integro ao julgado a análise e reconhecimento da especialidade do labor no período de 01.04.1989 a 30.10.1991, não conheço da remessa oficial e dou parcial provimento à apelação autárquica, a fim de que seja o INSS condenado a conceder o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição apenas na reafirmação da DER, em 31.10.2018, a partir de quando devem surtir os efeitos financeiros da condenação, acrescidas as parcelas devidas de juros e correção monetária e estabelecer a sucumbência recíproca, nos termos expendidos.

Deferida a antecipação dos efeitos da tutela, DETERMINO a expedição de e-mail ao INSS, instruído com cópia dos documentos do(a) segurado(a) DJALMA DINIZ BULGARELLI, para que cumpra a obrigação de fazer consistente na imediata implantação do benefício de APOSENTADORIA POR TERMO DE CONTRIBUIÇÃO, nos termos do art. 29-C da Lei 8.213/91, com data de início (DIB) em 31.10.2018 (data da reafirmação da DER e renda mensal a ser calculada de acordo com o art. 29-C da Lei 8.213/91.

OFICIE-SE.

É o voto.

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. SENTENÇA *CITRA PETITA*. OFENSA AO ART. 492 DO CPC. PEDIDO JULGADO PARA INTEGRAÇÃO À LIDE. REMESSA OFICIAL NÃO CONHECIDA. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO.. TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS. EXPOSIÇÃO AO AGENTES NOCIVOS RUÍDO E QUÍMICOS. REAFIRMAÇÃO DA DER. POSSIBILIDADE. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.

- De ofício, observa-se que a sentença proferida é *citra petita*, uma vez que não apreciado o pedido de averbação de labor especial no intervalo de 01.04.1989 a 30.10.1991, configurando sentença *citra petita*, eis que expressamente não foi analisado o pedido em questão, formulado na inicial, restando violado o princípio da congruência insculpido no art. 492 do CPC/2015. Assim, nos termos do art. 281 do CPC/2015, não declarada a nulidade total da sentença, mas adequado o julgado aos termos do pedido do autor.

- A sentença recorrida foi proferida sob a égide do Novo Código de Processo Civil, o qual afasta a submissão da sentença proferida contra a União e suas respectivas autarquias e fundações de direito público ao reexame necessário quando a condenação imposta for inferior a 1.000 (mil) salários mínimos (art. 496, I c.c. § 3º, I, do CPC/2015).

- *In casu*, considerando os elementos dos autos - o INSS foi condenado a averbar períodos especiais de labor e, por conseguinte, implantar e pagar a aposentadoria por tempo de contribuição desde a data do requerimento administrativo (06.06.2013) até o deferimento do benefício, ocorrido em 16.08.2016, quando da prolação da r. sentença -, o montante da condenação não excederá a 1.000 (mil) salários mínimos, ainda que o valor da aposentadoria seja igual ao teto previdenciário. Sendo assim, considerando (i) o termo inicial do benefício (06.06.2013), e (ii) que a sentença foi prolatada em 16.08.2016 e supondo que a autora fizesse jus ao teto do benefício àquela época (R\$ 5.189,82), ou seja, 5,9 salários mínimos (R\$ 880,00), tem-se que a condenação não ultrapassará 41 prestações mensais (incluindo os abonos anuais) e o valor de R\$ 212.782,62. Vale frisar que, em agosto/2016, quando da prolação da sentença, o salário mínimo era de R\$ 880,00. Assim, a condenação corresponderá, hipoteticamente em seu limite máximo, a aproximadamente 242 salários mínimos. Logo, a r. sentença não está sujeita ao reexame necessário, que não deve ser conhecido.

- A aposentadoria por tempo de contribuição integral, antes ou depois da EC/98, necessita da comprovação de 35 anos de serviço, se homem, e 30 anos, se mulher, além do cumprimento da carência, nos termos do art. 25, II, da Lei 8213/91. Aos já filiados quando do advento da mencionada lei, vige a tabela de seu art. 142 (norma de transição), em que, para cada ano de implementação das condições necessárias à obtenção do benefício, relaciona-se um número de meses de contribuição inferior aos 180 exigidos pela regra permanente do citado art. 25, II. O art. 4º, por sua vez, estabeleceu que o tempo de serviço reconhecido pela lei vigente deve ser considerado como tempo de contribuição, para efeito de aposentadoria no regime geral da previdência social (art. 55 da Lei 8213/91).

- Sobre o tempo de atividade especial, o artigo 57, da Lei 8.213/91, estabelece que "A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei (180 contribuições), ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei". Considerando a evolução da legislação de regência pode-se concluir que (i) a aposentadoria especial será concedida ao segurado que comprovar ter exercido trabalho permanente em ambiente no qual estava exposto a agente nocivo à sua saúde ou integridade física; (ii) o agente nocivo deve, em regra, assim ser definido em legislação contemporânea ao labor, admitindo-se excepcionalmente que se reconheça como nociva para fins de reconhecimento de labor especial a sujeição do segurado a agente não previsto em regulamento, desde que comprovada a sua efetiva danosidade; (iii) reputa-se permanente o labor exercido de forma não ocasional nem intermitente, no qual a exposição do segurado ao agente nocivo seja indissociável da produção do bem ou da prestação do serviço; e (iv) as condições de trabalho podem ser provadas pelos instrumentos previstos nas normas de proteção ao ambiente laboral (PPRA, PGR, PCMAT, PCMSO, LTCAT, PPP, SB-40, DISES BE 5235, DSS-8030, DIRBEN-8030 e CAT) ou outros meios de prova.

- Apresentando o segurado um laudo que indique sua exposição a um agente nocivo, e inexistindo prova de que o EPI eventualmente

fornecido ao trabalhador era efetivamente capaz de neutralizar a nocividade do ambiente laborativo, a configurar uma dúvida razoável no particular, deve-se reconhecer o labor como especial.

- Constando da perícia que o segurado ficava exposto a agente nocivo, seja pela simples presença do agente no ambiente, ou porque estava acima do limite de tolerância, deve-se concluir que tal exposição era, nos termos do artigo 65, do RPS - Regulamento da Previdência Social, habitual, não ocasional nem intermitente e indissociável da produção do bem ou da prestação do serviço.

- A regulamentação sobre a nocividade do ruído sofreu algumas alterações. Considerando tal evolução normativa e o princípio *tempus regit actum* - segundo o qual o trabalho é reconhecido como especial de acordo com a legislação vigente no momento da respectiva prestação -, reconhece-se como especial o trabalho sujeito a ruído superior a 80 dB (até 05/03/1997); superior a 90 dB (de 06/03/1997 a 18/11/2003); e superior a 85 dB, a partir de 19/11/2003.

- Não há como se sonegar o direito do segurado de averbar períodos laborados em condições especiais sob o argumento de ausência de prévia fonte de custeio (195, §§ 5º e 6º, da CF/88 e artigo 57, §§ 6º e 7º, da Lei 8.213/91), até porque o não recolhimento da respectiva contribuição não pode ser atribuído ao trabalhador, mas sim à inércia estatal no exercício do seu poder de polícia. Nesse particular, restou consignado no Recurso Extraordinário com Agravo nº 664.335/SC, de Relatoria do Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, em sede de Repercussão Geral, que a ausência de prévia fonte de custeio não prejudica o direito dos segurados à aposentadoria especial, em razão de não haver ofensa ao princípio da preservação do equilíbrio financeiro e atuarial, eis que o art. 195, § 5º, da Constituição Federal (que veda a criação, majoração ou a extensão de benefícios previdenciários sem a correspondente fonte de custeio), contém norma dirigida ao legislador ordinário, disposição inexigível quando se trata de benefício criado diretamente pela própria constituição, como é o caso da aposentadoria especial.

- A sentença reconheceu as atividades laborativas exercidas em condições especiais pelo autor, nos períodos de 01.03.1985-30.08.1985, 01.09.1985-12.02.1987, 01.04.1987-30.11.1988 e 01.06.1992-13.04.1999 e restou omissa quanto ao período alegado como especial de 01.04.1989 a 30.10.1991.

- No período de 01.03.1985-30.08.1985, o autor não logrou trazer aos autos comprovantes do alegado labor nocivo na qualidade de serviços gerais da indústria A. H. Diniz Pimenta. Realizada perícia técnica na L.S. Ind. de Limas Ltda., por similaridade (eis que inativa), apurou-se a exposição habitual e permanente ao agente nocivo ruído na intensidade de 92,1 dB e óleo lubrificante, o que permite o enquadramento especial do intervalo nos termos dos itens 1.1.5, 1.1.6, 1.2.10 e 1.2.11 dos Decretos 53.831/64 e 83.080/79.

- No período de 01.09.1985-12.02.1987, consoante PPP, o autor exercia a atividade de picador para Indústria de Limas Diniz Ltda., inativa, embora descreva a exposição do autor ao agente nocivo ruído, não menciona a intensidade. Realizada a perícia por similaridade na L.S. Ind. de Limas Ltda., apurou-se a exposição habitual e permanente ao agente nocivo ruído na intensidade de 92,1 dB e óleo lubrificante, o que permite o enquadramento especial do intervalo nos termos dos itens 1.1.5, 1.1.6, 1.2.10 e 1.2.11 dos Decretos 53.831/64 e 83.080/79.

- No período de 01.04.1987-30.11.1988, consoante PPP, o autor exercia a atividade de chefe de picagem na C.S.D. Indústrias de Limas Ltda.-ME, o que o expunha habitual e permanentemente ao agente nocivo ruído, na intensidade de 92 dB, o que permite o enquadramento especial do intervalo nos termos dos itens 1.1.5 e 1.1.6 dos Decretos 53.831/64 e 83.080/79. Quanto ao intervalo, o laudo pericial também assinala a exposição a ruído de 92,1 dB e a óleo lubrificante.

- No período de 01.04.1989 a 30.10.1991, consoante PPP, o autor exercia a atividade de picador 'A', na C.S.D. Indústrias de Limas Ltda.-ME, incorporada pela L.S. Ind. de Limas Ltda., o que o expunha habitual e permanentemente ao agente nocivo ruído, na intensidade de 92 dB, o que permite o enquadramento especial do intervalo nos termos dos itens 1.1.5 e 1.1.6 dos Decretos 53.831/64 e 83.080/79.

- No período de 01.06.1992-13.04.1999, consoante PPP, o autor exercia a atividade de picador 'A', na L.S. Indústria de Limas Ltda.-EPP, o que o expunha habitual e permanentemente ao agente nocivo ruído, na intensidade de 92 dB, o que permite o enquadramento especial do intervalo nos termos dos itens 1.1.5 e 1.1.6 dos Decretos 53.831/64 e 83.080/79. Quanto ao intervalo, o laudo pericial também assinala a exposição a ruído de 92,1 dB e a óleo lubrificante.

- Embora nos períodos tenha sido assinalado que o autor fazia uso de EPI, é certo que sua alegada eficácia não pode elidir a presunção da nocividade do labor quanto ao agente ruído, consoante entendimento pacificado no ARE 664335 do STF.

- Por outro lado, mesmo que os laudos (PPP e laudo técnico pericial) não sejam contemporâneos aos períodos laborados, não invalida suas conclusões a respeito do reconhecimento de tempo de trabalho dedicado em atividade de natureza especial, primeiro, porque não existe tal previsão decorrente da legislação e, segundo, porque a evolução da tecnologia aponta para o avanço das condições ambientais em relação àquelas experimentadas pelo trabalhador à época da execução dos serviços.

- As assertivas feitas pelo INSS para desconstituir a presunção de nocividade aceita pelo ordenamento jurídico da época não encontra respaldo no conjunto probatório. Ademais, a perícia judicial foi realizada por similaridade e *in loco*, em empresa que incorporou as demais empresas onde o autor laborou, com informações prestadas pelos responsáveis pelas empresas e não exclusivamente pelo autor.

- O laudo técnico pericial é prova suficiente do labor especial, mesmo que realizado em empresas paradigmas, eis que mensurou a exposição aos agentes nocivos de acordo com a atividade exercida pelo autor em cada período. Enfim, com esses dados e análise profunda constante da perícia judicial - elaborada por engenheiro de segurança do trabalho, profissional de confiança do Juízo, que trouxe os dados necessários para aferição das condições de trabalho -, restou satisfatoriamente comprovada a especialidade das atividades laborativas executadas pelo autor, nos termos das conclusões do *expert* e fundamentos.

- Em reforço, o INSS teve oportunidade de designar assistente técnico para impugnar satisfatoriamente as condições em que foram realizadas as atividades do autor nos períodos controversos, mas quedou-se inerte, insurgindo-se exclusivamente que a perícia não poderia ter sido realizada em empresas similares.

- Somados os períodos de labor comum do autor, constantes de sua CTPS e CNIS, aos períodos especiais ora reconhecidos/ratificados, perfaz o autor na data do requerimento administrativo (06.06.2013), apenas 34 anos e 19 dias de tempo de contribuição, não fazendo jus ao benefício de aposentadoria por tempo de contribuição.

- Havendo pedido expresso do autor para que seja apreciado tempo de serviço posterior a DER e ao longo do curso da ação, reafirmando-se a DER, ressalto que, o C. STJ, no julgamento do Tema Repetitivo nº 995, com base no art. 493, do CPC/2015, firmou entendimento de que é possível requerer a reafirmação da DER até segunda instância, considerando-se contribuições vertidas após o início da ação judicial até o momento em que o Segurado houver implementado os requisitos para a benesse postulada.

- Desta feita, somadas as contribuições individuais vertidas pelo autor até 31.10.2018 (por ser data mais vantajosa para concessão do benefício), perfaz 39 anos, 5 meses e 14 dias de tempo de contribuição. Somado aludido período à sua idade à época, de 56 anos, redonda 95 pontos, possibilitando que a renda mensal inicial do benefício seja calculada nos termos do art. 29-C da Lei 8.213/91, com redação dada pela Lei 13.183/15, ou seja, sem a incidência do fator previdenciário.

- Por fim, não se olvida que o C. STJ, em sede de Incidente de Uniformização de Jurisprudência, firmou entendimento no sentido de que a DIB será fixada na data do requerimento administrativo se nessa data estiverem preenchidos os requisitos, ainda que a comprovação da especialidade da atividade tenha surgido em momento posterior, como, por exemplo, após proposta a ação judicial (STJ - Petição nº 9.582 - RS 2012/0239062-7).

- Porém, os requisitos não foram preenchidos na data da DIB, mas sim na data da reafirmação, 31.10.2018. Assim, os efeitos financeiros devem retroagir à data da reafirmação da DER.

- Para o cálculo dos juros de mora e correção monetária, devem ser aplicados os índices previstos no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pelo Conselho da Justiça Federal, à exceção da correção monetária a partir de julho de 2009, período em que deve ser observado o Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial - IPCA-e, critério estabelecido pelo Pleno do Egrégio Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 870.947/SE, realizado em 20/09/2017, na sistemática de Repercussão Geral, e confirmado em 03/10/2019, com a rejeição dos embargos de declaração opostos pelo INSS.

- Se a sentença determinou a aplicação de critérios de juros de mora e correção monetária diversos, ou, ainda, se ela deixou de estabelecer os índices a serem observados, pode esta Corte alterá-los ou fixá-los, inclusive de ofício, para adequar o julgado ao entendimento pacificado nos Tribunais Superiores.

- Diante do parcial provimento do recurso do INSS, reconhecimento de trabalho em condições especiais e como indeferimento do pedido de aposentadoria por tempo de contribuição na data da DER, a hipótese dos autos é de sucumbência recíproca, motivo pelo qual as despesas processuais devem ser proporcionalmente distribuídas entre as partes, na forma do artigo 86, do CPC/15, não havendo como se compensar as verbas honorárias, por se tratar de verbas de titularidade dos advogados e não da parte (artigo 85, § 14, do CPC/15).
- Por tais razões, com base no artigo 85, §§2º e 3º, do CPC/15, condenada a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios aos patronos do INSS, fixados em 10% do valor atualizado da causa, considerando que não se trata de causa de grande complexidade, mas sim repetitiva, o que facilita o trabalho realizado pelo advogado, diminuindo o tempo exigido para o seu serviço. Suspensa, no entanto, a sua execução, nos termos do artigo 98, § 3º, do CPC/2015, por ser a parte autora beneficiária da Justiça Gratuita.
- Havendo pedido expresso da parte autora, considerando as evidências coligidas nos autos, bem como o caráter alimentar do benefício, que está relacionado à sobrevivência de quem o pleiteia, deve ser concedida a tutela antecipada.
- De ofício, integrado ao julgado a análise e averbação do labor especial no período de 01.04.1989 a 30.10.1991.
- Remessa oficial não conhecida.
- Apelação autárquica parcialmente procedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sétima Turma, por unanimidade, decidiu, de ofício, integrar ao julgado a análise e reconhecimento da especialidade do labor no período de 01.04.1989 a 30.10.1991, não conhecer da remessa oficial e dar parcial provimento à apelação autárquica, a fim de que seja o INSS condenado a conceder o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição apenas na reafirmação da DER, em 31.10.2018, a partir de quando devem surtir os efeitos financeiros da condenação, acrescidas as parcelas devidas de juros e correção monetária e estabelecer a sucumbência recíproca, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001470-05.2004.4.03.6112
RELATOR: Gab. 24 - DES. FED. PAULO DOMINGUES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELANTE: BRUNO SANTHIAIGO GENOVEZ - SP202785
APELADO: WALDOMIR DOS SANTOS MENDES
Advogado do(a) APELADO: FATIMA ANTONIA DA SILVA BATALHOTI - SP143767

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

O processo supra foi incluído na sessão abaixo indicada, **a qual será realizada em ambiente exclusivamente eletrônico**, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Ficam as partes intimadas para que, no prazo de 5 (cinco dias), por meio do endereço UTU7@trf3.jus.br, demonstrem interesse em que o julgamento seja realizado de forma presencial, para fins de sustentação oral ou por outro motivo relevante, ficando o feito automaticamente adiado para a sessão presencial subsequente, independentemente de nova intimação.

Sessão de Julgamento

Data: 20.07.2020

Horário: 14:00 hs

Local: - SÉTIMA TURMA - Av. Paulista, 1842, Torre Sul, Cerqueira Cesar, São Paulo - SP

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5153945-72.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: LUCIMAR VALDETE REGINALDO CAMPOS
Advogado do(a) APELADO: CELSO RIBEIRO DIAS - SP193956-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5153945-72.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: LUCIMAR VALDETE REGINALDO CAMPOS
Advogado do(a) APELADO: CELSO RIBEIRO DIAS - SP193956-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA (RELATORA): Trata-se de apelação interposta contra sentença que julgou PROCEDENTE o pedido, com fundamento na incapacidade laborativa da parte autora, condenando o INSS a conceder o benefício de APOSENTADORIA POR INVALIDEZ desde 31/10/2018, data do indeferimento administrativo, com a aplicação de juros de mora e correção monetária e ao pagamento de honorários advocatícios, antecipando, ainda, os efeitos da tutela, para implantação imediata do benefício.

Em suas razões de recurso, sustenta o INSS:

- prescrição quinquenal;
- a presunção de legitimidade e veracidade da perícia do INSS;
- que a incapacidade não é total, não fazendo a parte autora jus à concessão nem mesmo do auxílio-doença;
- que a incapacidade não é total e definitiva, mas apenas parcial, não impedindo a parte autora de exercer atividades leves, como a sua atividade habitual;
- que o termo inicial do benefício deve ser fixado à data da citação;

- que o benefício não pode ser pago no período em que a parte autora trabalhou.

Com contrarrazões, os autos foram remetidos a esta E. Corte Regional.

É O RELATÓRIO.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5153945-72.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: LUCIMAR VALDETE REGINALDO CAMPOS
Advogado do(a) APELADO: CELSO RIBEIRO DIAS - SP193956-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A EXMA. SRA. DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA (RELATORA): Recebo a apelação interposta sob a égide do Código de Processo Civil/2015, e, em razão de sua regularidade formal, possível sua apreciação, nos termos do artigo 1.011 do Código de Processo Civil.

Considerando que a ação foi ajuizada dentro do quinquênio legal, contado do requerimento administrativo, não há que se falar em prescrição.

Os **benefícios por incapacidade**, previstos na Lei nº 8.213/91, destinam-se aos segurados que, após o cumprimento da carência de 12 (doze) meses (artigo 25, inciso I), sejam acometidos por incapacidade laboral: (i) incapacidade total e definitiva para qualquer atividade laborativa, no caso de **aposentadoria por invalidez** (artigo 42), ou (ii) incapacidade para a atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos, no caso de **auxílio-doença** (artigo 59).

No tocante ao auxílio-doença, especificamente, vale destacar que se trata de um benefício provisório, que cessa com o término da incapacidade, no caso de ser temporária, ou com a reabilitação do segurado para outra atividade que lhe garanta a subsistência, se a incapacidade for definitiva para a atividade habitual, podendo, ainda, ser convertido em aposentadoria por invalidez, caso o segurado venha a ser considerado insusceptível de reabilitação.

Em relação à carência, nos termos do artigo 26, inciso II, da Lei nº 8.213/91, dela está dispensado o requerente nos casos em que a incapacidade é decorrente de acidente de qualquer natureza ou causa, de doença profissional ou do trabalho, ou ainda das doenças e afecções elencadas no artigo 151 da mesma lei.

Como se vê, para a obtenção dos benefícios por incapacidade, deve o requerente comprovar o preenchimento dos seguintes requisitos: (i) qualidade de segurado, (ii) cumprimento da carência, quando for o caso, e (iii) incapacidade laboral.

No caso dos autos, o exame médico, realizado pelo perito oficial, concluiu que a parte autora está incapacitada de forma total e permanente para o exercício da atividade laboral, como se vê do laudo oficial.

Assim, ainda que o magistrado não esteja adstrito às conclusões do laudo pericial, conforme dispõem o artigo 436 do CPC/1973 e o artigo 479 do CPC/2015, estas devem ser consideradas, por se tratar de prova técnica, elaborada por profissional da confiança do Juízo e equidistante das partes.

O laudo em questão foi realizado por profissional habilitado, equidistante das partes, capacitado, especializado em perícia médica, e de confiança do r. Juízo, cuja conclusão encontra-se lançada de forma objetiva e fundamentada, não havendo que se falar em realização de nova perícia judicial.

Outrossim, o laudo pericial atendeu às necessidades do caso concreto, possibilitando concluir que o perito realizou minucioso exame clínico, respondendo aos quesitos formulados. Além disso, levou em consideração, para formação de seu convencimento, a documentação médica colacionada aos autos.

Desse modo, demonstrada, através do laudo elaborado pelo perito judicial, a incapacidade total e permanente para o exercício da atividade laboral, é possível conceder a aposentadoria por invalidez, até porque preenchidos os demais requisitos legais.

Trago à colação precedentes deste E. Tribunal corroborando o entendimento aqui esposado:

PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. PRELIMINARES DE SUSPENSÃO DA TUTELA E CONHECIMENTO DA REMESSA NECESSÁRIA REJEITADAS. AUXÍLIO DOENÇA. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INCAPACIDADE LABORAL PERMANENTE E MULTIPROFISSIONAL. TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. MANUAL DE CÁLCULOS NA JUSTIÇA FEDERAL LEI Nº 11.960/2009.

1. Valor da condenação inferior a 1.000 salários mínimos. Remessa necessária não conhecida.

2. Preliminar de suspensão da tutela antecipada rejeitada. A presente ação é de natureza alimentar o que por si só evidencia o risco de dano irreparável tornando viável a antecipação dos efeitos da tutela.

3. Trata-se de pedido de concessão de auxílio doença com conversão em aposentadoria por invalidez.

4. O conjunto probatório indica a existência de incapacidade laboral desde o pedido administrativo de auxílio doença, que deve ser concedido a partir da data de entrada do pedido, e convertido em aposentadoria por invalidez na data da citação, considerando o caráter permanente e total da incapacidade laboral da autora. REsp nº 1.369.165/SP).

5. Honorários de advogado mantidos, eis que fixados consoante o entendimento desta Turma e o disposto §§ 2º e 3º do artigo 85 do Código de Processo Civil/2015. Súmula nº 111 do Superior Tribunal de Justiça.

6. Juros e correção monetária de acordo com os critérios do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, naquilo que não conflitar como o disposto na Lei nº 11.960/2009.

7. Preliminares arguidas pela autarquia rejeitadas. Apelação do INSS parcialmente providas.

(AC nº 0017498-70.2017.4.03.9999/SP, 7ª Turma, Relator Desembargador Federal Paulo Domingues, DE 20/10/2017)

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. REQUISITOS PREENCHIDOS. BENEFÍCIO CONCEDIDO.

1. A concessão de aposentadoria por invalidez reclama que o requerente seja segurado da Previdência Social, tenha cumprido o período de carência de 12 (doze) contribuições, e esteja incapacitado, total e definitivamente, ao trabalho (art. 201, I, da CR/88 e arts. 18, I, "a"; 25, I e 42 da Lei nº 8.213/91). Idênticos requisitos são exigidos à outorga de auxílio-doença, cuja diferença centra-se na duração da incapacidade (arts. 25, I, e 59 da Lei nº 8.213/91).

2. No que concerne às duas primeiras condicionantes, vale recordar premissas estabelecidas pela lei de regência, cuja higidez já restou encampada na moderna jurisprudência: o beneficiário de auxílio-doença mantém a condição de segurado, nos moldes estampados no art. 15 da Lei nº 8.213/91; o desaparecimento da condição de segurado sucede, apenas, no dia 16 do segundo mês seguinte ao término dos prazos fixados no art. 15 da Lei nº 8.213/91 (os chamados períodos de graça); eventual afastamento do labor, em decorrência de enfermidade, não prejudica a outorga da benesse, quando preenchidos os requisitos, à época, exigidos; durante o período de graça, a filiação e consequentes direitos, perante a Previdência Social, ficam mantidos.

3. Remessa oficial não conhecida e apelação improvida.

(ApelReex nº 0000050-84.2017.4.03.9999/SP, 7ª Turma, Relator Desembargador Federal Toru Yamamoto, DE 07/08/2017)

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. ART. 42, CAPUT E § 2º DA LEI 8.213/91. ATIVIDADE URBANA. QUALIDADE DE SEGURADO. CARÊNCIA. INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE REVELADA PELO CONJUNTO PROBATÓRIO E CONDIÇÕES PESSOAIS DA PARTE AUTORA. REQUISITOS PRESENTES. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ DEVIDA. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. CUSTAS PROCESSUAIS.

1. Comprovada a incapacidade total e permanente para o trabalho, diante do conjunto probatório e das condições pessoais da parte autora, bem como presentes os demais requisitos previstos nos artigos 42, caput e §2º da Lei n.º 8.213/91, é devida a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez.

2. O termo inicial do benefício é a data do requerimento administrativo, de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Neste sentido: REsp nº 200100218237, Relator Ministro Felix Fischer. DJ 28/05/2001, p. 208.

3. Os juros de mora e a correção monetária deverão observar o decidido pelo Plenário do C. STF, no julgamento do RE 870.947/SE, em Repercussão Geral, em 20/09/2017, Rel. Min. Luiz Fux, adotando-se no tocante à fixação dos juros moratórios o índice de remuneração da caderneta de poupança, nos termos do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, e quanto à atualização monetária, o Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E).

4. No tocante aos juros de mora, falta interesse recursal à autarquia previdenciária, uma vez que a condenação se deu nos termos do seu inconformismo.

5. Por fim, no tocante às custas processuais, falta interesse recursal à autarquia previdenciária, haja vista que não houve condenação neste sentido.

6. Apelação do INSS em parte não conhecida e, na parte conhecida, não provida. Apelação da parte autora provida.

(AC nº 0017543-74.2017.4.03.9999/SP, 10ª Turma, Relatora Desembargadora Federal Lúcia Ursaiá, DE 23/10/2017)

Quanto ao preenchimento dos demais requisitos (condição de segurado e cumprimento da carência), a matéria não foi questionada pelo INSS, em suas razões de apelo, devendo subsistir, nesse ponto, o que foi estabelecido pela sentença.

O termo inicial do benefício, em regra, deverá ser fixado à data do requerimento administrativo ou, na sua ausência, à data da citação (Súmula nº 576/STJ) ou, ainda, na hipótese de auxílio-doença cessado indevidamente, no dia seguinte ao da cessação indevida do benefício.

Tal entendimento, pacificado no Egrégio Superior Tribunal de Justiça, está embasado no fato de que "*o laudo pericial norteia somente o livre convencimento do juiz quanto aos fatos alegados pelas partes, mas não serve como parâmetro para fixar termo inicial de aquisição de direitos*" (AgRg no AREsp 95.471/MG, 5ª Turma, Relator Ministro Jorge Mussi, DJe 09/05/2012), sendo descabida, portanto, a fixação do termo inicial do benefício à data da perícia ou da juntada do laudo, ou ainda da data de início da incapacidade estabelecida pelo perito.

No caso, o termo inicial do benefício fica mantido em 31/10/2018, data do indeferimento administrativo.

Não é o caso de se descontar, do montante devido, suposto período remunerado, pois, como se depreende do extrato CNIS, a parte autora, ao contrário do alegado pelo INSS, não retornou à atividade laboral.

E tendo em que o benefício foi concedido com base na incapacidade definitiva para o exercício da atividade laborativa, não há que se falar em fixação de prazo para a sua cessação, cabendo à autarquia previdenciária submeter a parte autora às avaliações periódicas, de acordo com a lei (artigo Lei da Lei 8.213/1991).

Para o cálculo dos juros de mora e correção monetária, devem ser aplicados os índices previstos no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pelo Conselho da Justiça Federal, à exceção da correção monetária a partir de julho de 2009, período em que deve ser observado o Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial - IPCA-e, critério estabelecido pelo Pleno do Egrégio Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 870.947/SE, realizado em 20/09/2017, na sistematização de Repercussão Geral, e confirmado em 03/10/2019, com a rejeição dos embargos de declaração opostos pelo INSS.

Se a sentença determinou a aplicação de critérios de juros de mora e correção monetária diversos, ou, ainda, se ela deixou de estabelecer os índices a serem observados, pode esta Corte alterá-los ou fixá-los, inclusive de ofício, para adequar o julgado ao entendimento pacificado nos Tribunais Superiores.

Presentes os requisitos - verossimilhança das alegações, conforme exposto na sentença, e o perigo da demora, o qual decorre da natureza alimentar do benefício -, confirmo a tutela anteriormente concedida.

Os honorários recursais foram instituídos pelo CPC/2015, em seu artigo 85, parágrafo 11, como um desestímulo à interposição de recursos protelatórios, e consistem na majoração dos honorários de sucumbência em razão do trabalho adicional exigido do advogado da parte contrária, não podendo a verba honorária de sucumbência, na sua totalidade, ultrapassar os limites estabelecidos na lei.

Assim, desprovido o apelo do INSS interposto na vigência da nova lei, os honorários fixados na sentença devem, no caso, ser majorados em 2%, nos termos do artigo 85, parágrafo 11, do CPC/2015.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, condenando o INSS ao pagamento de honorários recursais; e, de ofício, determino a alteração dos juros de mora e da correção monetária.

É COMO VOTO.

/gabiv/jb

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO - CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ - JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. Por ter sido a sentença proferida sob a égide do Código de Processo Civil de 2015 e, em razão de sua regularidade formal, conforme certificado nos autos, a apelação interposta deve ser recebida e apreciada em conformidade com as normas ali inscritas.
2. Os **benefícios por incapacidade**, previstos na Lei nº 8.213/91, destinam-se aos segurados que, após o cumprimento da carência de 12 (doze) meses (art. 25, I), sejam acometidos por incapacidade laboral: (i) incapacidade total e definitiva para qualquer atividade laborativa, no caso de **aposentadoria por invalidez** (art. 42), ou (ii) incapacidade para a atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos, no caso de **auxílio-doença** (art. 59).
3. No caso dos autos, o exame médico, realizado pelo perito oficial, concluiu que a parte autora está incapacitada de forma total e permanente para o exercício da atividade laboral, como se vê do laudo oficial. Ainda que o magistrado não esteja adstrito às conclusões do laudo pericial, conforme dispõem os artigos 436 do CPC/73 e artigo 479 do CPC/2015, estas devem ser consideradas, por se tratar de prova técnica, elaborada por profissional da confiança do Juízo e equidistante das partes. O laudo em questão foi realizado por profissional habilitado, equidistante das partes, capacitado, especializado em perícia médica, e de confiança do r. Juízo, cuja conclusão encontra-se lançada de forma objetiva e fundamentada, não havendo que falar em realização de nova perícia judicial. Atendeu, ademais, às necessidades do caso concreto, possibilitando concluir que o perito realizou minucioso exame clínico, respondendo aos quesitos formulados, e levou em consideração, para formação de seu convencimento, a documentação médica colacionada aos autos. O INSS, ao impugnar o laudo oficial, não apresentou qualquer documento técnico idôneo capaz de infirmar as suas conclusões.
4. Demonstrada, através do laudo elaborado pelo perito judicial, a incapacidade total e permanente para o exercício da atividade laboral, é possível conceder a aposentadoria por invalidez, se preenchidos os demais requisitos legais.
5. Restou incontroverso, nos autos, que a parte autora é segurada da Previdência Social e cumpriu a carência de 12 (doze) contribuições, exigida pelo artigo 25, inciso I, da Lei nº 8.213/91.

6. O termo inicial do benefício, em regra, deverá ser fixado à data do requerimento administrativo ou, na sua ausência, à data da citação (Súmula nº 576/STJ) ou, ainda, na hipótese de auxílio-doença cessado indevidamente, no dia seguinte ao da cessação indevida do benefício. Tal entendimento, pacificado no Egrégio Superior Tribunal de Justiça, está embasado no fato de que "*o laudo pericial norteia somente o livre convencimento do juiz quanto aos fatos alegados pelas partes, mas não serve como parâmetro para fixar termo inicial de aquisição de direitos*" (AgRg no AREsp 95.471/MG, 5ª Turma, Relator Ministro Jorge Mussi, DJe 09/05/2012), sendo descabida, portanto, a fixação do termo inicial do benefício à data da perícia ou da juntada do laudo, ou ainda da data de início da incapacidade estabelecida pelo perito. No caso, o termo inicial do benefício fica mantido em 31/10/2018, data do indeferimento administrativo.

6. Não é o caso de se descontar, do montante devido, suposto período remunerado, pois, como se depreende do extrato CNIS, a parte autora, ao contrário do alegado pelo INSS, não retornou à atividade laboral.

7. Tendo em que o benefício foi concedido com base na incapacidade definitiva para o exercício da atividade laborativa, não há que se falar em fixação de prazo para a sua cessação, cabendo à autarquia previdenciária submeter a parte autora às avaliações periódicas, de acordo com a lei (artigo Lei da Lei 8.213/1991).

8. Para o cálculo dos juros de mora e correção monetária, devem ser aplicados os índices previstos no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pelo Conselho da Justiça Federal, à exceção da correção monetária a partir de julho de 2009, período em que deve ser observado o Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial - IPCA-e, critério estabelecido pelo Pleno do Egrégio Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 870.947/SE, realizado em 20/09/2017, na sistemática de Repercussão Geral, e confirmado em 03/10/2019, com a rejeição dos embargos de declaração opostos pelo INSS.

9. Confirmada a tutela anteriormente concedida, vez que presentes os seus requisitos - verossimilhança das alegações, conforme exposto na sentença, e o perigo da demora, o qual decorre da natureza alimentar do benefício.

10. Desprovido o apelo do INSS interposto na vigência da nova lei, os honorários fixados na sentença devem, no caso, ser majorados em 2%, nos termos do artigo 85, parágrafo 11, do CPC/2015.

11. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sétima Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, condenando o INSS ao pagamento de honorários recursais; e, de ofício, determinar a alteração dos juros de mora e da correção monetária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0015929-97.2018.4.03.9999
RELATOR: Gab. 24 - DES. FED. PAULO DOMINGUES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: SUELI POCCI DA SILVA
Advogado do(a) APELADO: EDIVALDO APARECIDO LUBECK - SP206417

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

O processo supra foi incluído na sessão abaixo indicada, **a qual será realizada em ambiente exclusivamente eletrônico**, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Ficam as partes intimadas para que, no prazo de 5 (cinco dias), por meio do endereço UTU7@trf3.jus.br, demonstrem interesse em que o julgamento seja realizado de forma presencial, para fins de sustentação oral ou por outro motivo relevante, ficando o feito automaticamente adiado para a sessão presencial subsequente, independentemente de nova intimação.

Sessão de Julgamento

Data: 20.07.2020

Horário: 14:00 hs

Local: - SÉTIMA TURMA - Av. Paulista, 1842, Torre Sul, Cerqueira Cesar, São Paulo - SP

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0038415-81.2015.4.03.9999
RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELANTE: FLAVIA BIZUTTI MORALES - SP184692-N
APELADO: TERESINHA APARECIDA DE SOUZA
Advogado do(a) APELADO: MARILIA ZUCCARI BISSACOT COLINO - SP259226-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0038415-81.2015.4.03.9999
RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELANTE: FLAVIA BIZUTTI MORALES - SP184692-N
APELADO: TERESINHA APARECIDA DE SOUZA
Advogado do(a) APELADO: MARILIA ZUCCARI BISSACOT COLINO - SP259226-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA (RELATORA): Trata-se de embargos de declaração opostos pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS contra o acórdão de ID 121951965.

O INSS alega que o acórdão embargado está eivado de omissão, contradição e obscuridade, reiterando os argumentos quanto à impossibilidade de percepção de benefício por incapacidade em período de exercício de atividade laborativa ou de recolhimento previdenciário.

Pede, assim, seja sanada a irregularidade, reformando-se o acórdão, até porque o esclarecimento se faz necessário para fins de prequestionamento.

É O RELATÓRIO.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0038415-81.2015.4.03.9999
RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELANTE: FLAVIA BIZUTTI MORALES - SP184692-N
APELADO: TERESINHA APARECIDA DE SOUZA
Advogado do(a) APELADO: MARILIA ZUCCARI BISSACOT COLINO - SP259226-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A EXMA. SRA. DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA (RELATORA): Embargos de declaração opostos tempestivamente, a teor dos artigos 183 c.c. 1.023 do CPC/2015.

A oposição de embargos declaratórios só se faz cabível em caso de omissão, obscuridade ou contradição (art. 1.022, CPC/15).

A omissão passível de ser sanada por embargos de declaração fica configurada quando a decisão deixa de se manifestar sobre uma questão jurídica suscitada, não ficando caracterizada se a matéria tiver sido decidida de forma fundamentada.

Nesse sentido, a jurisprudência do C. STJ:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS ACOLHIDOS PARA AFASTAR INTEMPESTIVIDADE DOS PRIMEIROS EMBARGOS. INCIDÊNCIA DO PRAZO EM DOBRO DO ART. 186, § 3º, DO NCPC. APRECIÇÃO DA MATÉRIA VEICULADA NOS PRIMEIROS EMBARGOS. AUSÊNCIA DOS VÍCIOS QUE ENSEJAM O RECURSO INTEGRATIVO.

1. Na hipótese, aplica-se o Enunciado Administrativo n. 3 do Pleno do STJ: "Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC." 2. Devem ser acolhidos os embargos de declaração para afastar a intempestividade dos primeiros aclaratórios, porquanto deve ser observada a dobra legal do art. 186, § 3º, do novo CPC. 3. Os embargos de declaração têm como objetivo sanar eventual existência de obscuridade, contradição, omissão ou erro material (CPC/2015, art. 1.022), de modo que é inadmissível a sua oposição para rediscutir questões tratadas e devidamente fundamentadas no acórdão embargado, já que não são cabíveis para provocar novo julgamento da lide.

4. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl nos EDcl no AgInt nos EDcl no AREsp 1076319/MG, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 16/08/2018, DJe 22/08/2018)

Não há que se falar em omissão, pois, ao reverso do quanto alegado pelo embargante, a C. Turma já decidiu a questão suscitada nos embargos - possibilidade de recebimento de prestações vencidas de benefício por incapacidade em período em que realizada atividade laboral remunerada - fazendo-o de forma devidamente fundamentada, conforme se infere do seguinte trecho do julgado:

"No caso, tem-se que a causa extintiva da obrigação ora invocada pelo INSS não é superveniente ao título, motivo pelo qual ela não é alegável em sede de embargos à execução (artigo 475-L, inciso VI, do CPF/1973, atual artigo 535, inciso VI).

Com efeito, a decisão executada concedeu aposentadoria por invalidez a partir de 18.05.2009, com trânsito em julgado em 17.05.2013 (ID 90021288, págs. 129/130, 215/219 e 222), e não abordou o tema em questão, até porque não houve provocação da ré. Por outro lado, as contribuições a que o INSS faz referência são relativas a período a partir de 08.2003 (CNIS ID 90021289, pág. 27).

Por ser anterior à consolidação do título exequendo e, por não ter sido arguida no momento oportuno, qual seja, na fase de conhecimento, a pretensão deduzida pela autarquia nesta sede restou atingida pela eficácia preclusiva da coisa julgada (artigo 474, CPC/1973, atual artigo 508), não devendo ser acolhida.

Destaca-se que o C. STJ afetou, sob o número 1.013, o tema da "Possibilidade de recebimento de benefício por incapacidade do Regime Geral de Previdência Social de caráter substitutivo da renda (auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez) concedido judicialmente em período de abrangência concomitante ao que o segurado estava trabalhando e aguardando o deferimento do benefício".

Ocorre que, no voto em que se propôs o julgamento do tema sob a sistemática de recurso representativo de controvérsia (REsp 1.786.590/SP), o Ministro Relator Herman Benjamin frisou o seguinte:

Acho importante, todavia, destacar que a presente afetação não abrange as seguintes hipóteses:

a) o segurado está recebendo benefício por incapacidade regularmente e passa a exercer atividade remunerada incompatível; e

b) o INSS somente alega o fato impeditivo do direito (o exercício de trabalho pelo segurado) na fase de Cumprimento da Sentença.

Na hipótese "a", há a distinção de que não há o caráter da necessidade de sobrevivência como elemento de justificação da cumulação, pois o segurado recebe regularmente o benefício e passa a trabalhar, o que difere dos casos que ora se pretende submeter ao rito dos recursos repetitivos.

Já na situação "b" acima, há elementos de natureza processual a serem considerados, que merecem análise específica e que também não são tratados nos casos ora afetados."

Assim, por se tratar da hipótese excepcionada no item 'b' antes mencionado, não há que se falar em suspensão do presente feito.

Destarte, considerando que o período de recolhimento em discussão é anterior à condenação, é devido o pagamento do benefício por incapacidade concedido à autora mesmo nos períodos concomitantes, em deferência à segurança jurídica."

Logo, não há a omissão alegada.

Obscuridade significa falta de clareza e precisão no julgado, impedindo a exata compreensão do quanto decidido. Sobre o tema, assim tem se manifestado o C. STJ:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. IPERGS. PLANO DE SAÚDE. CONTRADIÇÃO, OMISSÃO E OBSCURIDADE INEXISTENTES. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DO INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL REJEITADOS. 1. Os Embargos de Declaração destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade, eliminar contradição ou corrigir erro material existente no julgado. 2. No caso em apreço, não se constata a presença de qualquer vício a macular o acórdão embargado que, de forma clara e expressa, reafirmou a jurisprudência desta Corte Superior de que há dano moral in re ipsa na hipótese de recusa indevida do plano de saúde de realização de procedimento cirúrgico necessário, como ocorreu nos autos, não sendo o caso de incidência do óbice da Súmula 7 do STJ. 3. Assim, não havendo a presença de quaisquer dos vícios elencados no art. 1.022 do CPC/2015; a discordância da parte quanto ao conteúdo da decisão não autoriza o pedido de declaração, que tem pressupostos específicos, e não podem ser ampliados. 4. Embargos de Declaração do INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL rejeitados. (STJ PRIMEIRA TURMA EDAIRES 201301653465 EDAIRES - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL - 1385638, NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO DJE DATA:02/08/2018)

In casu, não há que se falar em obscuridade, pois o acórdão foi claro e preciso, permitindo a exata compreensão do quanto decidido: para que a alegação do INSS pudesse ser deduzida em sede de execução, seria necessário que o fato fosse superveniente ao trânsito em julgado, o que não ocorreu na espécie, restando assentado, ainda, que a matéria não poderia ser invocada, em razão de ter ocorrido sua preclusão, nos termos do artigo 474 do CPC/1973, atual artigo 508 do CPC/2015.

Ademais, ao contrário do que afirma o INSS, o acórdão não "admitiu a possibilidade de percepção do benefício sem desconto do período trabalhado", não obstante ter restado comprovado o exercício do trabalho pela autora. Em realidade, foi determinado o cumprimento do título exequendo, dado que, em sede de execução, é vedado discutir de novo a lide.

A contradição que autoriza a oposição dos aclaratórios ocorre quando há no julgado assertivas inconciliáveis entre si; contradição interna. Tal remédio processual não é adequado para sanar suposta contradição externa, ou seja, a contradição entre a decisão embargada e um parâmetro externo, seja este um julgado, um dispositivo de lei ou o entendimento da parte.

Isso é o que se extrai da jurisprudência pátria:

EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CONTRADIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. EMBARGOS REJEITADOS. 1. Somente são devidos embargos de declaração para a correção de contradição interna do julgado, ou seja, aquela verificada entre a fundamentação e a conclusão da decisão. 2. Não se caracteriza contradição, para os fins do art. 1.022 do CPC/2015, quando o acórdão proferido pelo órgão competente, julgando recurso adequadamente interposto pela parte interessada, reforma decisão monocrática anteriormente prolatada pelo Relator. 3. Embargos de declaração rejeitados. (STJ QUARTA TURMA EAINTARESP 201603203012 EAINTARESP - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - 1028884, LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO) DJE DATA:25/04/2018)

Não prospera a alegação de contradição, eis que não há, no julgado embargado, assertivas inconciliáveis entre si, sendo de se frisar que eventual contradição entre o decisum embargado e um parâmetro externo, seja este um julgado, um dispositivo de lei ou o entendimento da parte acerca de um elemento probatório residente nos autos, não configura contradição passível de ser sanada em sede de embargos declaratórios, devendo o embargante, se assim quiser, manejar o recurso próprio para deduzir tal alegação.

Assim, verifica-se que todas as questões suscitadas nos embargos já foram devidamente decididas.

O que se observa da leitura das razões expendidas pela parte embargante é a intenção de alterar o julgado, devendo, para isso, valer-se do recurso próprio.

Aliás, a jurisprudência é no sentido de que os embargos de declaração não se prestam a instaurar uma nova discussão sobre a controvérsia jurídica já apreciada:

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU ERRO MATERIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Os embargos de declaração têm a finalidade simples e única de completar, aclarar ou corrigir uma decisão omissa, obscura, contraditória ou que incorra em erro material, afirmação que se depreende dos incisos do próprio art. 1.022 do CPC/2015. Portanto, só é admissível essa espécie recursal quando destinada a atacar, especificamente, um desses vícios do ato decisório, e não para que se adeque a decisão ao entendimento dos embargantes, nem para o acolhimento de pretensões que refletem mero inconformismo, e menos ainda para rediscussão de matéria já resolvida.

2. Não havendo omissão, obscuridade, contradição ou erro material, merecem ser rejeitados os embargos declaratórios interpostos com o propósito infringente.

3. Embargos de declaração rejeitados."

(EDcl no AgRg no AREsp nº 859.232/SP, 2ª Turma, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 31/05/2016)

E se os embargantes pretendem recorrer às superiores instâncias, com prequestionamento, lembro que os embargos de declaração não se prestam a tal finalidade se neles não se evidenciam qualquer das hipóteses elencadas no artigo 1.022 do CPC/2015.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É O VOTO.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO/0038415-81. APELAÇÃO EM EMBARGOS À EXECUÇÃO. AUSÊNCIA DE OBSCURIDADE, OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

- Não há, no acórdão embargado, qualquer obscuridade, omissão ou contradição a serem esclarecidas via embargos de declaração.

- Não podem ser acolhidos os embargos de declaração com o propósito de instaurar nova discussão sobre a controvérsia jurídica já apreciada, ou com fim de prequestionamento, se não restarem evidenciadas as hipóteses indicadas no art. 1.022 do CPC/2015.

- Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sétima Turma, por unanimidade, decidiu rejeitar os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5040990-69.2018.4.03.9999
RELATOR: Gab. 24 - DES. FED. PAULO DOMINGUES
APELANTE: LIOSVALDO GOMES JARDIM, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELANTE: DANIELLI COQUE SIMOES SANTOS - SP277626-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, LIOSVALDO GOMES JARDIM
Advogado do(a) APELADO: DANIELLI COQUE SIMOES SANTOS - SP277626-N

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

O processo supra foi incluído na sessão abaixo indicada, **a qual será realizada em ambiente exclusivamente eletrônico**, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Ficam as partes intimadas para que, no prazo de 5 (cinco dias), por meio do endereço UTU7@trf3.jus.br, demonstrem interesse em que o julgamento seja realizado de forma presencial, para fins de sustentação oral ou por outro motivo relevante, ficando o feito automaticamente adiado para a sessão presencial subsequente, independentemente de nova intimação.

Sessão de Julgamento

Data: 20.07.2020

Horário: 14:00 hs

Local: - SÉTIMA TURMA - Av. Paulista, 1842, Torre Sul, Cerqueira Cesar, São Paulo - SP

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0001532-33.2018.4.03.9999
RELATOR: Gab. 24 - DES. FED. PAULO DOMINGUES
APELANTE: JUAREZ DE ALMEIDA MURTA
Advogado do(a) APELANTE: LAIS MODELLI DE ANDRADE - SP241903-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

O processo supra foi incluído na sessão abaixo indicada, **a qual será realizada em ambiente exclusivamente eletrônico**, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Ficam as partes intimadas para que, no prazo de 5 (cinco dias), por meio do endereço UTU7@trf3.jus.br, demonstrem interesse em que o julgamento seja realizado de forma presencial, para fins de sustentação oral ou por outro motivo relevante, ficando o feito automaticamente adiado para a sessão presencial subsequente, independentemente de nova intimação.

Sessão de Julgamento

Data: 20.07.2020

Horário: 14:00 hs

Local: - SÉTIMA TURMA - Av. Paulista, 1842, Torre Sul, Cerqueira Cesar, São Paulo - SP

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0008422-85.2018.4.03.9999

RELATOR: Gab. 24 - DES. FED. PAULO DOMINGUES

APELANTE: NORIVAL LOPES CAVALHEIRO, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) APELANTE: GABRIELA DE SOUZA E SILVA - SP295856-N

APELADO: NORIVAL LOPES CAVALHEIRO, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) APELADO: GABRIELA DE SOUZA E SILVA - SP295856-N

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

O processo supra foi incluído na sessão abaixo indicada, **a qual será realizada em ambiente exclusivamente eletrônico**, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Ficam as partes intimadas para que, no prazo de 5 (cinco dias), por meio do endereço UTU7@trf3.jus.br, demonstrem interesse em que o julgamento seja realizado de forma presencial, para fins de sustentação oral ou por outro motivo relevante, ficando o feito automaticamente adiado para a sessão presencial subsequente, independentemente de nova intimação.

Sessão de Julgamento

Data: 20.07.2020

Horário: 14:00 hs

Local: - SÉTIMA TURMA - Av. Paulista, 1842, Torre Sul, Cerqueira Cesar, São Paulo - SP

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0041669-28.2016.4.03.9999
RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: SANTINO DONIZETI FERREIRA
Advogado do(a) APELADO: JOSE CLAUDIO GOMES - SC17265

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

O processo supra foi incluído na sessão abaixo indicada, **a qual será realizada em ambiente exclusivamente eletrônico**, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Ficam as partes intimadas para que, no prazo de 5 (cinco dias), por meio do endereço UTU7@trf3.jus.br, demonstrem interesse em que o julgamento seja realizado de forma presencial, para fins de sustentação oral ou por outro motivo relevante, ficando o feito automaticamente adiado para a sessão presencial subsequente, independentemente de nova intimação.

Sessão de Julgamento

Data: 20.07.2020

Horário: 14:00 hs

Local: - SÉTIMA TURMA - Av. Paulista, 1842, Torre Sul, Cerqueira Cesar, São Paulo - SP

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0004310-51.2013.4.03.6183
RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO
APELANTE: CLAUDIO APARECIDO MARTINS, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELANTE: AIRTON FONSECA - SP59744-A
APELADO: CLAUDIO APARECIDO MARTINS, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELADO: AIRTON FONSECA - SP59744-A

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

O processo supra foi incluído na sessão abaixo indicada, **a qual será realizada em ambiente exclusivamente eletrônico**, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Ficam as partes intimadas para que, no prazo de 5 (cinco dias), por meio do endereço UTU7@trf3.jus.br, demonstrem interesse em que o julgamento seja realizado de forma presencial, para fins de sustentação oral ou por outro motivo relevante, ficando o feito automaticamente adiado para a sessão presencial subsequente, independentemente de nova intimação.

Sessão de Julgamento

Data: 20.07.2020

Horário: 14:00 hs

Local: - SÉTIMA TURMA - Av. Paulista, 1842, Torre Sul, Cerqueira Cesar, São Paulo - SP

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0012319-24.2018.4.03.9999

RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: JOAO ROBERTO BARBOSA

Advogado do(a) APELADO: CELSO ROBERT MARTINHO BARBOSA - SP340016-N

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

O processo supra foi incluído na sessão abaixo indicada, **a qual será realizada em ambiente exclusivamente eletrônico**, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Ficam as partes intimadas para que, no prazo de 5 (cinco dias), por meio do endereço UTU7@trf3.jus.br, demonstrem interesse em que o julgamento seja realizado de forma presencial, para fins de sustentação oral ou por outro motivo relevante, ficando o feito automaticamente adiado para a sessão presencial subsequente, independentemente de nova intimação.

Sessão de Julgamento

Data: 20.07.2020

Horário: 14:00 hs

Local: - SÉTIMA TURMA - Av. Paulista, 1842, Torre Sul, Cerqueira Cesar, São Paulo - SP

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0005470-70.2017.4.03.9999
RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: JOAO ANTONIO BUENO
Advogado do(a) APELADO: PEDRO CARLOS DO AMARAL SOUZA - SP38423

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

O processo supra foi incluído na sessão abaixo indicada, **a qual será realizada em ambiente exclusivamente eletrônico**, podendo, entretanto, nesta ou nas subseqüentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Ficam as partes intimadas para que, no prazo de 5 (cinco dias), por meio do endereço UTU7@trf3.jus.br, demonstrem interesse em que o julgamento seja realizado de forma presencial, para fins de sustentação oral ou por outro motivo relevante, ficando o feito automaticamente adiado para a sessão presencial subseqüente, independentemente de nova intimação.

Sessão de Julgamento

Data: 20.07.2020

Horário: 14:00 hs

Local: - SÉTIMA TURMA - Av. Paulista, 1842, Torre Sul, Cerqueira Cesar, São Paulo - SP

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0053882-10.2013.4.03.6301
RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: MARINHO ZILDO DOS SANTOS
Advogado do(a) APELADO: MARCIA GERALDO CAVALCANTE - SP183156

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

O processo supra foi incluído na sessão abaixo indicada, **a qual será realizada em ambiente exclusivamente eletrônico**, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Ficam as partes intimadas para que, no prazo de 5 (cinco dias), por meio do endereço UTU7@trf3.jus.br, demonstrem interesse em que o julgamento seja realizado de forma presencial, para fins de sustentação oral ou por outro motivo relevante, ficando o feito automaticamente adiado para a sessão presencial subsequente, independentemente de nova intimação.

Sessão de Julgamento

Data: 20.07.2020

Horário: 14:00 hs

Local: - SÉTIMA TURMA - Av. Paulista, 1842, Torre Sul, Cerqueira Cesar, São Paulo - SP

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0007842-46.2013.4.03.6114

RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: VITOR AUGUSTO DOS SANTOS

Advogado do(a) APELADO: IRENE SALGUEIRO DIAS - SP254909

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

O processo supra foi incluído na sessão abaixo indicada, **a qual será realizada em ambiente exclusivamente eletrônico**, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Ficam as partes intimadas para que, no prazo de 5 (cinco dias), por meio do endereço UTU7@trf3.jus.br, demonstrem interesse em que o julgamento seja realizado de forma presencial, para fins de sustentação oral ou por outro motivo relevante, ficando o feito automaticamente adiado para a sessão presencial subsequente, independentemente de nova intimação.

Sessão de Julgamento

Data: 20.07.2020

Horário: 14:00 hs

Local: - SÉTIMA TURMA - Av. Paulista, 1842, Torre Sul, Cerqueira Cesar, São Paulo - SP

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0004882-63.2017.4.03.9999

RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO

APELANTE: REGINA MESSIAS

Advogado do(a) APELANTE: DENILSON MARTINS - SP153940-N

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

O processo supra foi incluído na sessão abaixo indicada, **a qual será realizada em ambiente exclusivamente eletrônico**, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Ficam as partes intimadas para que, no prazo de 5 (cinco dias), por meio do endereço UTU7@trf3.jus.br, demonstrem interesse em que o julgamento seja realizado de forma presencial, para fins de sustentação oral ou por outro motivo relevante, ficando o feito automaticamente adiado para a sessão presencial subsequente, independentemente de nova intimação.

Sessão de Julgamento

Data: 20.07.2020

Horário: 14:00 hs

Local: - SÉTIMA TURMA - Av. Paulista, 1842, Torre Sul, Cerqueira Cesar, São Paulo - SP

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0006122-22.2014.4.03.6110

RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: MARCIA COUTO GALVANI

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

O processo supra foi incluído na sessão abaixo indicada, **a qual será realizada em ambiente exclusivamente eletrônico**, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Ficam as partes intimadas para que, no prazo de 5 (cinco dias), por meio do endereço UTU7@trf3.jus.br, demonstrem interesse em que o julgamento seja realizado de forma presencial, para fins de sustentação oral ou por outro motivo relevante, ficando o feito automaticamente adiado para a sessão presencial subsequente, independentemente de nova intimação.

Sessão de Julgamento

Data: 20.07.2020

Horário: 14:00 hs

Local: - SÉTIMA TURMA - Av. Paulista, 1842, Torre Sul, Cerqueira Cesar, São Paulo - SP

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5000219-04.2018.4.03.6134

RELATOR: Gab. 24 - DES. FED. PAULO DOMINGUES

PARTE AUTORA: CARLOS ALBERTO VIOLA

JUIZO RECORRENTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE AMERICANA/SP - 1ª VARA FEDERAL

Advogados do(a) PARTE AUTORA: ANGELO ARY GONCALVES PINTO JUNIOR - SP289642-A, MARCOS JOSE DE SOUZA - SP378224-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

O processo supra foi incluído na sessão abaixo indicada, **a qual será realizada em ambiente exclusivamente eletrônico**, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Ficam as partes intimadas para que, no prazo de 5 (cinco dias), por meio do endereço UTU7@trf3.jus.br, demonstrem interesse em que o julgamento seja realizado de forma presencial, para fins de sustentação oral ou por outro motivo relevante, ficando o feito automaticamente adiado para a sessão presencial subsequente, independentemente de nova intimação.

Sessão de Julgamento

Data: 20.07.2020

Horário: 14:00 hs

Local: - SÉTIMA TURMA - Av. Paulista, 1842, Torre Sul, Cerqueira Cesar, São Paulo - SP

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5004212-03.2018.4.03.9999

RELATOR: Gab. 24 - DES. FED. PAULO DOMINGUES

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

APELADO: T. C. D. S.

Advogado do(a) APELADO: CLAUDINEIA ARANTES DA CONCEICAO - MS16348

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

O processo supra foi incluído na sessão abaixo indicada, **a qual será realizada em ambiente exclusivamente eletrônico**, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Ficam as partes intimadas para que, no prazo de 5 (cinco dias), por meio do endereço UTU7@trf3.jus.br, demonstrem interesse em que o julgamento seja realizado de forma presencial, para fins de sustentação oral ou por outro motivo relevante, ficando o feito automaticamente adiado para a sessão presencial subsequente, independentemente de nova intimação.

Sessão de Julgamento

Data: 20.07.2020

Horário: 14:00 hs

Local: - SÉTIMA TURMA - Av. Paulista, 1842, Torre Sul, Cerqueira Cesar, São Paulo - SP

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0032792-65.2017.4.03.9999
RELATOR: Gab. 24 - DES. FED. PAULO DOMINGUES
APELANTE: BRUNO RAFAEL DE OLIVEIRA
Advogado do(a) APELANTE: LUIZ DOS SANTOS NETTO - SP233465-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

TERCEIRO INTERESSADO: EVA RODRIGUES DO ESPIRITO SANTO
ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: LUIZ DOS SANTOS NETTO

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

O processo supra foi incluído na sessão abaixo indicada, **a qual será realizada em ambiente exclusivamente eletrônico**, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Ficam as partes intimadas para que, no prazo de 5 (cinco dias), por meio do endereço UTU7@trf3.jus.br, demonstrem interesse em que o julgamento seja realizado de forma presencial, para fins de sustentação oral ou por outro motivo relevante, ficando o feito automaticamente adiado para a sessão presencial subsequente, independentemente de nova intimação.

Sessão de Julgamento

Data: 20.07.2020

Horário: 14:00 hs

Local: - SÉTIMA TURMA - Av. Paulista, 1842, Torre Sul, Cerqueira Cesar, São Paulo - SP

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0032792-65.2017.4.03.9999
RELATOR: Gab. 24 - DES. FED. PAULO DOMINGUES
APELANTE: BRUNO RAFAEL DE OLIVEIRA
Advogado do(a) APELANTE: LUIZ DOS SANTOS NETTO - SP233465-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

TERCEIRO INTERESSADO: EVA RODRIGUES DO ESPIRITO SANTO
ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: LUIZ DOS SANTOS NETTO

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

O processo supra foi incluído na sessão abaixo indicada, **a qual será realizada em ambiente exclusivamente eletrônico**, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Ficam as partes intimadas para que, no prazo de 5 (cinco dias), por meio do endereço UTU7@trf3.jus.br, demonstrem interesse em que o julgamento seja realizado de forma presencial, para fins de sustentação oral ou por outro motivo relevante, ficando o feito automaticamente adiado para a sessão presencial subsequente, independentemente de nova intimação.

Sessão de Julgamento

Data: 20.07.2020

Horário: 14:00 hs

Local: - SÉTIMA TURMA - Av. Paulista, 1842, Torre Sul, Cerqueira Cesar, São Paulo - SP

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0030150-22.2017.4.03.9999

RELATOR: Gab. 24 - DES. FED. PAULO DOMINGUES

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: COSMO SALES DE ARAUJO

Advogado do(a) APELADO: TULIO CESAR DE CASTRO MATTOS - SP347117-N

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

O processo supra foi incluído na sessão abaixo indicada, **a qual será realizada em ambiente exclusivamente eletrônico**, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Ficam as partes intimadas para que, no prazo de 5 (cinco dias), por meio do endereço UTU7@trf3.jus.br, demonstrem interesse em que o julgamento seja realizado de forma presencial, para fins de sustentação oral ou por outro motivo relevante, ficando o feito automaticamente adiado para a sessão presencial subsequente, independentemente de nova intimação.

Sessão de Julgamento

Data: 20.07.2020

Horário: 14:00 hs

Local: - SÉTIMA TURMA - Av. Paulista, 1842, Torre Sul, Cerqueira Cesar, São Paulo - SP

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0016952-49.2016.4.03.9999
RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO
APELANTE: ALMERINDA BRITO DOMINGUES
Advogado do(a) APELANTE: MARIANE FAVARO MACEDO - SP245229-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELADO: CAMILA DE CAMARGO SILVA VENTURELLI - SP287406-N

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

O processo supra foi incluído na sessão abaixo indicada, **a qual será realizada em ambiente exclusivamente eletrônico**, podendo, entretanto, nesta ou nas subseqüentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Ficam as partes intimadas para que, no prazo de 5 (cinco dias), por meio do endereço UTU7@trf3.jus.br, demonstrem interesse em que o julgamento seja realizado de forma presencial, para fins de sustentação oral ou por outro motivo relevante, ficando o feito automaticamente adiado para a sessão presencial subseqüente, independentemente de nova intimação.

Sessão de Julgamento

Data: 20.07.2020

Horário: 14:00 hs

Local: - SÉTIMA TURMA - Av. Paulista, 1842, Torre Sul, Cerqueira Cesar, São Paulo - SP

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5179460-12.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORU YAMAMOTO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: RITA MARGARETH MORANDI
Advogado do(a) APELADO: ROSANGELA DE ARAUJO MAUTONE - SP218822-N

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

O processo supra foi incluído na sessão abaixo indicada, **a qual será realizada em ambiente exclusivamente eletrônico**, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Ficam as partes intimadas para que, no prazo de 5 (cinco dias), por meio do endereço UTU7@trf3.jus.br, demonstrem interesse em que o julgamento seja realizado de forma presencial, para fins de sustentação oral ou por outro motivo relevante, ficando o feito automaticamente adiado para a sessão presencial subsequente, independentemente de nova intimação.

Sessão de Julgamento

Data: 20.07.2020

Horário: 14:00 hs

Local: - SÉTIMA TURMA - Av. Paulista, 1842, Torre Sul, Cerqueira Cesar, São Paulo - SP

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002122-44.2017.4.03.9999
RELATOR: Gab. 24 - DES. FED. PAULO DOMINGUES
APELANTE: WALTER ODAIR SENEME
Advogado do(a) APELANTE: ROSA MARIA BRAGAIA - SP217404
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

O processo supra foi incluído na sessão abaixo indicada, **a qual será realizada em ambiente exclusivamente eletrônico**, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Ficam as partes intimadas para que, no prazo de 5 (cinco dias), por meio do endereço UTU7@trf3.jus.br, demonstrem interesse em que o julgamento seja realizado de forma presencial, para fins de sustentação oral ou por outro motivo relevante, ficando o feito automaticamente adiado para a sessão presencial subsequente, independentemente de nova intimação.

Sessão de Julgamento

Data: 20.07.2020

Horário: 14:00 hs

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0002692-06.2013.4.03.6140

RELATOR: Gab. 24 - DES. FED. PAULO DOMINGUES

APELANTE: FRANCISCA APARECIDA DOS SANTOS

Advogado do(a) APELANTE: MARCIA CRISTINA DOS SANTOS - SP224450

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, JACKELINE CLARICE DE ARAUJO, KARINA CLARICE DE ARAUJO

Advogado do(a) APELADO: MARCELA DE OLIVEIRA CUNHA VESARI - SP160402-A

Advogado do(a) APELADO: MARCELA DE OLIVEIRA CUNHA VESARI - SP160402-A

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

O processo supra foi incluído na sessão abaixo indicada, **a qual será realizada em ambiente exclusivamente eletrônico**, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Ficam as partes intimadas para que, no prazo de 5 (cinco dias), por meio do endereço UTU7@trf3.jus.br, demonstrem interesse em que o julgamento seja realizado de forma presencial, para fins de sustentação oral ou por outro motivo relevante, ficando o feito automaticamente adiado para a sessão presencial subsequente, independentemente de nova intimação.

Sessão de Julgamento

Data: 20.07.2020

Horário: 14:00 hs

Local: - SÉTIMA TURMA - Av. Paulista, 1842, Torre Sul, Cerqueira Cesar, São Paulo - SP

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5005795-37.2019.4.03.6103

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

APELANTE: AUDEMIR BASTOS BARROSO

Advogado do(a) APELANTE: MICHELE PETROSINO JUNIOR - SP182845-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Vistos.

Cumpra observar que a Terceira Seção desta E. Corte, em Sessão realizada em 12/12/2019, admitiu o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR (processo nº 5022820-39.2019.4.03.0000), instaurado pelo INSS, objetivando a fixação das seguintes teses jurídicas em precedente de observância obrigatória: *“a) para os benefícios concedidos antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 é vedada a utilização do RE 546.354-SE para fins de alteração do “menor valor teto” ou, mais amplamente, de qualquer alteração da metodologia de cálculo do valor do benefício; b) Considerando a ausência de limites temporais em relação ao decidido no RE 546.354-SE, tal readequação aos novos tetos estabelecidos pelas Emendas Constitucionais n. 20/98 e 41/03 depende da demonstração, na fase de conhecimento, que ocorreu limitação do benefício à 90% do “maior valor teto”, sob pena de improcedência da demanda”*.

Por consequência da admissão do IRDR, foi determinada a suspensão de todos processos pendentes, individuais ou coletivos, que tenham como objeto a temática posta no referido incidente e que tramitam nesta 3ª Região, inclusive dos feitos que correm nos Juizados Especiais Federais, nos termos do artigo 982, I, do CPC/2015.

Nesses termos, levando-se em conta a questão discutida na presente demanda, determino a suspensão do feito até o julgamento definitivo do IRDR acima citado.

Intimem-se.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000805-40.2018.4.03.6102
RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO
APELANTE: MARILU BOLELI
Advogado do(a) APELANTE: HILARIO BOCCHI JUNIOR - SP90916-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DECISÃO

Recebo o(s) apelo(s) interposto(s) em ambos os efeitos, nos termos do art. 1.012, *caput*, do Código de Processo Civil - CPC/2015.

Intimem-se.

Após, tomem conclusos para julgamento em momento oportuno.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5166852-79.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORU YAMAMOTO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: CARMEN MUNHOZ BATISTA
Advogado do(a) APELADO: ALESSANDRA DE ARAUJO BENAALVES - SP319599-N

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

O processo supra foi incluído na sessão abaixo indicada, **a qual será realizada em ambiente exclusivamente eletrônico**, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Ficam as partes intimadas para que, no prazo de 5 (cinco dias), por meio do endereço UTU7@trf3.jus.br, demonstrem interesse em que o julgamento seja realizado de forma presencial, para fins de sustentação oral ou por outro motivo relevante, ficando o feito automaticamente adiado para a sessão presencial subsequente, independentemente de nova intimação.

Sessão de Julgamento

Data: 20.07.2020

Horário: 14:00 hs

Local: - SÉTIMA TURMA - Av. Paulista, 1842, Torre Sul, Cerqueira Cesar, São Paulo - SP

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000615-50.2018.4.03.6111
RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO
APELANTE: SERGIO GALATI PEDROSA
Advogado do(a) APELANTE: EMANUELLE SILVEIRA DOS SANTOS BOSCARDIN - RJ189680-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DECISÃO

Recebo o(s) apelo(s) interposto(s) em ambos os efeitos, nos termos do art. 1.012, *caput*, do Código de Processo Civil- CPC/2015.

Compulsando os autos, verifico que esta demanda envolve controvérsia acerca do termo inicial da prescrição quinquenal, para recebimento de parcelas de benefício previdenciário, em ação ajuizada visando a adequação da renda mensal inicial aos tetos fixados pelas Emendas Constitucionais nº 20/1998 e nº 41/2003.

Registro que o C. Superior Tribunal de Justiça afetou os Recursos Especiais nº 1.761.874/SC, nº 1.766.553/SC e nº 1.751.667/RS como representativos da controvérsia, tendo a questão sido cadastrada como Tema Repetitivo nº 1.005, determinando a suspensão de todos os processos que versem sobre a mesma matéria.

Desta feita, de rigor o sobrestamento do presente feito, até o julgamento da controvérsia pela Corte Superior, nos termos do art. 1.036, §1º, do CPC/2015.

Proceda a Subsecretaria às anotações de praxe.

Intimem-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000565-65.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO
APELANTE: NADIR FELICIANO
Advogado do(a) APELANTE: MARTA SIBELE GONCALVES MARCONDES - SP166586-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DECISÃO

Recebo o(s) apelo(s) interposto(s) em ambos os efeitos, nos termos do art. 1.012, *caput*, do Código de Processo Civil- CPC/2015.

Intimem-se.

Após, tomem conclusos para julgamento em momento oportuno.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6136922-33.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: MARIA ISABEL FIDELIS BRITO
CURADOR: NEUSA DE SOUSA CARVALHO ESPIRITO
Advogado do(a) APELANTE: IVANICE RODRIGUES ROCCHI - SP190961-N,
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

O processo supra foi incluído na sessão abaixo indicada, **a qual será realizada em ambiente exclusivamente eletrônico**, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Ficam as partes intimadas para que, no prazo de 5 (cinco dias), por meio do endereço UTU7@trf3.jus.br, demonstrem interesse em que o julgamento seja realizado de forma presencial, para fins de sustentação oral ou por outro motivo relevante, ficando o feito automaticamente adiado para a sessão presencial subsequente, independentemente de nova intimação.

Sessão de Julgamento

Data: 20.07.2020

Horário: 14:00 hs

Local: - SÉTIMA TURMA - Av. Paulista, 1842, Torre Sul, Cerqueira Cesar, São Paulo - SP

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6136922-33.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORU YAMAMOTO
APELANTE: MARIA ISABEL FIDELIS BRITO
CURADOR: NEUSA DE SOUSA CARVALHO ESPIRITO
Advogado do(a) APELANTE: IVANICE RODRIGUES ROCCHI - SP190961-N,
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

O processo supra foi incluído na sessão abaixo indicada, **a qual será realizada em ambiente exclusivamente eletrônico**, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Ficam as partes intimadas para que, no prazo de 5 (cinco dias), por meio do endereço UTU7@trf3.jus.br, demonstrem interesse em que o julgamento seja realizado de forma presencial, para fins de sustentação oral ou por outro motivo relevante, ficando o feito automaticamente adiado para a sessão presencial subsequente, independentemente de nova intimação.

Sessão de Julgamento

Data: 20.07.2020

Horário: 14:00 hs

Local: - SÉTIMA TURMA - Av. Paulista, 1842, Torre Sul, Cerqueira Cesar, São Paulo - SP

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000105-85.2019.4.03.6116

RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO

APELANTE: GERMANO DE ALMEIDA GOMES

Advogados do(a) APELANTE: MARCIA PIKEL GOMES - SP123177-A, ALEXANDRE PIKEL GOMES EL KHOURI - SP405705-A, LAILA PIKEL GOMES EL KHOURI - SP388886-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DECISÃO

Recebo o(s) apelo(s) interposto(s) em ambos os efeitos, nos termos do art. 1.012, *caput*, do Código de Processo Civil - CPC/2015.

Intimem-se.

Após, tomem conclusos para julgamento em momento oportuno.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6213799-14.2019.4.03.9999

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

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: JUCELAINÉ APARECIDA DE GODOI OLIVEIRA CANTORANI

Advogado do(a) APELADO: IVANICE RODRIGUES ROCCHI - SP190961-N

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

O processo supra foi incluído na sessão abaixo indicada, **a qual será realizada em ambiente exclusivamente eletrônico**, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Ficam as partes intimadas para que, no prazo de 5 (cinco dias), por meio do endereço UTU7@trf3.jus.br, demonstrem interesse em que o julgamento seja realizado de forma presencial, para fins de sustentação oral ou por outro motivo relevante, ficando o feito automaticamente adiado para a sessão presencial subsequente, independentemente de nova intimação.

Sessão de Julgamento

Data: 20.07.2020

Horário: 14:00 hs

Local: - SÉTIMA TURMA - Av. Paulista, 1842, Torre Sul, Cerqueira Cesar, São Paulo - SP

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6213799-14.2019.4.03.9999

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

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: JUCELAINÉ APARECIDA DE GODOI OLIVEIRA CANTORANI

Advogado do(a) APELADO: IVANICE RODRIGUES ROCCHI - SP190961-N

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

O processo supra foi incluído na sessão abaixo indicada, **a qual será realizada em ambiente exclusivamente eletrônico**, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Ficam as partes intimadas para que, no prazo de 5 (cinco dias), por meio do endereço UTU7@trf3.jus.br, demonstrem interesse em que o julgamento seja realizado de forma presencial, para fins de sustentação oral ou por outro motivo relevante, ficando o feito automaticamente adiado para a sessão presencial subsequente, independentemente de nova intimação.

Sessão de Julgamento

Data: 20.07.2020

Horário: 14:00 hs

Local: - SÉTIMA TURMA - Av. Paulista, 1842, Torre Sul, Cerqueira Cesar, São Paulo - SP

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5006685-25.2019.4.03.6119
RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: EDMILSON ANTONIO DA CRUZ
Advogado do(a) APELADO: MAURICIO DE AQUINO RIBEIRO - SP230107-A

DECISÃO

Recebo o(s) apelo(s) interposto(s), no que se refere à tutela antecipadamente deferida, tão somente no efeito devolutivo, conforme disposto no art. 1.012, § 1º, V, do Código de Processo Civil - CPC.

No mais, em seus regulares efeitos, nos termos do *caput* do mesmo dispositivo.

Registro que o presente feito se encontra na listagem fornecida pelo Setor de Estatística desta Corte para subsidiar o questionário da Inspeção 2020 do CJF, como processo conclusos há mais de 10 dias, com requerimento de tutela provisória não apreciado.

No entanto, compulsando os autos verifico não haver pedido desse teor aguardando decisão deste Relator.

Por essa razão, **retifique-se a autuação**, a fim de constar a opção “Não” no campo “Tutela/Liminar”.

Cumpra-se. Intimem-se.

Após, tomem conclusos.

São Paulo, 16 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5168199-50.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORUYAMAMOTO
APELANTE: MARIA APARECIDA COSTA FELIX
Advogado do(a) APELANTE: DUIDSON ITAVAR DE OLIVEIRA - SP412462-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

O processo supra foi incluído na sessão abaixo indicada, **a qual será realizada em ambiente exclusivamente eletrônico**, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Ficam as partes intimadas para que, no prazo de 5 (cinco dias), por meio do endereço UTU7@trf3.jus.br, demonstrem interesse em que o julgamento seja realizado de forma presencial, para fins de sustentação oral ou por outro motivo relevante, ficando o feito automaticamente adiado para a sessão presencial subsequente, independentemente de nova intimação.

Sessão de Julgamento

Data: 20.07.2020

Horário: 14:00 hs

Local: - SÉTIMA TURMA - Av. Paulista, 1842, Torre Sul, Cerqueira Cesar, São Paulo - SP

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5006865-41.2019.4.03.6119
RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: JOSE DO NASCIMENTO DUARTE
Advogados do(a) APELADO: CARMEN MARTINS MORGADO DE JESUS - SP303405-A, EDMILSON
CAMARGO DE JESUS - SP168731-A

DECISÃO

Recebo o(s) apelo(s) interposto(s), no que se refere à tutela antecipadamente deferida, tão somente no efeito devolutivo, conforme disposto no art. 1.012, § 1º, V, do Código de Processo Civil - CPC.

No mais, em seus regulares efeitos, nos termos do *caput* do mesmo dispositivo.

Registro que o presente feito se encontra na listagem fornecida pelo Setor de Estatística desta Corte para subsidiar o questionário da Inspeção 2020 do CJF, como processo conclusos há mais de 10 dias, com requerimento de tutela provisória não apreciado.

No entanto, compulsando os autos verifico não haver pedido desse teor aguardando decisão deste Relator.

Por essa razão, **retifique-se a autuação**, a fim de constar a opção “Não” no campo “Tutela/Liminar”.

Cumpra-se. Intimem-se.

Após, tomem conclusos.

São Paulo, 17 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5168572-81.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORU YAMAMOTO
APELANTE: JENI GENEROSA MORAES POSSEBON
Advogado do(a) APELANTE: FABIANA MAFFEI ALTHEMAN BROLEZI - SP275672-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

O processo supra foi incluído na sessão abaixo indicada, **a qual será realizada em ambiente exclusivamente eletrônico**, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Ficam as partes intimadas para que, no prazo de 5 (cinco dias), por meio do endereço UTU7@trf3.jus.br, demonstrem interesse em que o julgamento seja realizado de forma presencial, para fins de sustentação oral ou por outro motivo relevante, ficando o feito automaticamente adiado para a sessão presencial subsequente, independentemente de nova intimação.

Sessão de Julgamento

Data: 20.07.2020

Horário: 14:00 hs

Local: - SÉTIMA TURMA - Av. Paulista, 1842, Torre Sul, Cerqueira Cesar, São Paulo - SP

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001885-22.2018.4.03.6140
RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO
APELANTE: EDSON TAVARES DA SILVA
Advogado do(a) APELANTE: EDIMAR HIDALGO RUIZ - SP206941-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DECISÃO

Recebo o(s) apelo(s) interposto(s) em ambos os efeitos, nos termos do art. 1.012, *caput*, do Código de Processo Civil-CPC/2015.

Registro que o presente feito se encontra na listagem fornecida pelo Setor de Estatística desta Corte para subsidiar o questionário da Inspeção 2020 do CJF, como processo conclusos há mais de 10 dias, com requerimento de tutela provisória não apreciado.

No entanto, compulsando os autos verifico não haver pedido desse teor aguardando decisão deste Relator.

Por essa razão, **retifique-se a autuação**, a fim de constar a opção “Não” no campo “Tutela/Liminar”.

Cumpra-se. Intimem-se.

Após, tomem conclusos para julgamento em momento oportuno.

São Paulo, 17 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003375-56.2019.4.03.6104
RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO
APELANTE: CLAUDINO VIEIRA MENDONCA
Advogado do(a) APELANTE: MARI CLEUSA GENTILE SCARPARO - SP262710-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DECISÃO

Recebo o(s) apelo(s) interposto(s) em ambos os efeitos, nos termos do art. 1.012, *caput*, do Código de Processo Civil - CPC/2015.

Registro que o presente feito se encontra na listagem fornecida pelo Setor de Estatística desta Corte para subsidiar o questionário da Inspeção 2020 do CJF, como processo conclusos há mais de 10 dias, com requerimento de tutela provisória não apreciado.

No entanto, compulsando os autos verifico não haver pedido desse teor aguardando decisão deste Relator.

Por essa razão, **retifique-se a autuação**, a fim de constar a opção “Não” no campo “Tutela/Liminar”.

Cumpra-se. Intimem-se.

Após, tomem conclusos para julgamento em momento oportuno.

São Paulo, 17 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5004575-89.2018.4.03.6183
RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: SEBASTIAO BISPO DE LIMA
Advogado do(a) APELADO: ALVARO BARBOSA DA SILVA JUNIOR - SP206388-A

DECISÃO

Recebo o(s) apelo(s) interposto(s), no que se refere à tutela antecipadamente deferida, tão somente no efeito devolutivo, conforme disposto no art. 1.012, § 1º, V, do Código de Processo Civil- CPC.

No mais, em seus regulares efeitos, nos termos do *caput* do mesmo dispositivo.

Registro que o presente feito se encontra na listagem fornecida pelo Setor de Estatística desta Corte para subsidiar o questionário da Inspeção 2020 do CJF, como processo conclusos há mais de 10 dias, com requerimento de tutela provisória não apreciado.

No entanto, compulsando os autos verifico não haver pedido desse teor aguardando decisão deste Relator.

Por essa razão, **retifique-se a autuação**, a fim de constar a opção “Não” no campo “Tutela/Liminar”.

Cumpra-se. Intimem-se.

Após, tomem conclusos.

São Paulo, 17 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001665-05.2018.4.03.6114
RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: JOSE NILTON CORREIA
Advogado do(a) APELADO: ANA TELMA SILVA - SP217575-A

DECISÃO

Recebo o(s) apelo(s) interposto(s) em ambos os efeitos, nos termos do art. 1.012, *caput*, do Código de Processo Civil - CPC/2015.

Registro que o presente feito se encontra na listagem fornecida pelo Setor de Estatística desta Corte para subsidiar o questionário da Inspeção 2020 do CJF, como processo conclusos há mais de 10 dias, com requerimento de tutela provisória não apreciado.

No entanto, compulsando os autos verifico não haver pedido desse teor aguardando decisão deste Relator.

Por essa razão, **retifique-se a autuação**, a fim de constar a opção “Não” no campo “Tutela/Liminar”.

Cumpra-se. Intimem-se.

Após, tomem conclusos para julgamento em momento oportuno.

São Paulo, 17 de junho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5020765-30.2018.4.03.6183
RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: CLAUDEMIR MACHADO
Advogados do(a) APELADO: SERGIO MORENO - SP372460-A, NATALIA MATIAS MORENO - SP376201-A

DECISÃO

Recebo o(s) apelo(s) interposto(s), no que se refere à tutela antecipadamente deferida, tão somente no efeito devolutivo, conforme disposto no art. 1.012, § 1º, V, do Código de Processo Civil - CPC.

No mais, em seus regulares efeitos, nos termos do *caput* do mesmo dispositivo.

Registro que o presente feito se encontra na listagem fornecida pelo Setor de Estatística desta Corte para subsidiar o questionário da Inspeção 2020 do CJF, como processo conclusos há mais de 10 dias, com requerimento de tutela provisória não apreciado.

No entanto, compulsando os autos verifico não haver pedido desse teor aguardando decisão deste Relator.

Por essa razão, **retifique-se a autuação**, a fim de constar a opção “Não” no campo “Tutela/Liminar”.

Cumpra-se. Intimem-se.

Após, tomem conclusos.

São Paulo, 17 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001475-85.2017.4.03.6111
RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: WALKIRIA APARECIDA DOS SANTOS
Advogado do(a) APELADO: ANDERSON CEGA - SP131014-A

DECISÃO

ID. n.º 115306480: deixo de encaminhar o feito para prevenção, haja vista o enunciado de súmula n.º 235 do c. Superior Tribunal de Justiça.

Recebo o(s) apelo(s) interposto(s), no que se refere à tutela antecipadamente deferida, tão somente no efeito devolutivo, conforme disposto no art. 1.012, § 1º, V, do Código de Processo Civil - CPC.

No mais, em seus regulares efeitos, nos termos do *caput* do mesmo dispositivo.

Registro que o presente feito se encontra na listagem fornecida pelo Setor de Estatística desta Corte para subsidiar o questionário da Inspeção 2020 do CJF, como processo conclusos há mais de 10 dias, com requerimento de tutela provisória não apreciado.

No entanto, compulsando os autos verifico não haver pedido desse teor aguardando decisão deste Relator.

Por essa razão, **retifique-se a autuação**, a fim de constar a opção “Não” no campo “Tutela/Liminar”.

Cumpra-se. Intimem-se.

Após, tornem conclusos.

São Paulo, 17 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5003575-67.2018.4.03.6114
RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: JOSE ANTONIO DOS SANTOS FILHO
Advogado do(a) APELADO: EDIMAR HIDALGO RUIZ - SP206941-A

DECISÃO

Recebo o(s) apelo(s) interposto(s), no que se refere à tutela antecipadamente deferida, tão somente no efeito devolutivo, conforme disposto no art. 1.012, § 1º, V, do Código de Processo Civil- CPC.

No mais, em seus regulares efeitos, nos termos do *caput* do mesmo dispositivo.

Ademais, compulsando os autos, verifico que parte da matéria tratada na presente demanda versa sobre a *possibilidade de reconhecimento da especialidade da atividade de vigilante, exercida após a edição da Lei 9.032/1995 e do Decreto 2.172/1997.*

Registro que o C. Superior Tribunal de Justiça afetou os Recursos Especiais nº 1.831.371/SP, 1.831.377/PR e 1.830.508/RS como representativos da controvérsia, tendo a questão sido cadastrada como Tema Repetitivo nº 1.031, determinando a suspensão de todos os processos que versem sobre a mesma matéria.

Desta feita, de rigor o **sobrestamento do presente feito**, até o julgamento da controvérsia pela Corte Superior, nos termos do artigo 1.036, §1º, do CPC/2015.

Proceda a Subsecretaria às devidas anotações.

Registro que o presente feito se encontra na listagem fornecida pelo Setor de Estatística desta Corte para subsidiar o questionário da Inspeção 2020 do CJF, como processo conclusos há mais de 10 dias, com requerimento de tutela provisória não apreciado.

No entanto, compulsando os autos verifico não haver pedido desse teor aguardando decisão deste Relator.

Por essa razão, **retifique-se a autuação**, a fim de constar a opção “Não” no campo “Tutela/Liminar”.

Cumpra-se. Intimem-se.

Após, tornem conclusos.

São Paulo, 16 de junho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5006995-04.2017.4.03.6183

RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: ROBSON LUIZ DE FIGUEIREDO

Advogado do(a) APELADO: ANA PAULA ROCA VOLPERT - SP373829-A

DECISÃO

Recebo o(s) apelo(s) interposto(s) em ambos os efeitos, nos termos do art. 1.012, *caput*, do Código de Processo Civil - CPC/2015.

Registro que o presente feito se encontra na listagem fornecida pelo Setor de Estatística desta Corte para subsidiar o questionário da Inspeção 2020 do CJF, como processo conclusos há mais de 10 dias, com requerimento de tutela provisória não apreciado.

No entanto, compulsando os autos verifico não haver pedido desse teor aguardando decisão deste Relator.

Por essa razão, **retifique-se a autuação**, a fim de constar a opção “Não” no campo “Tutela/Liminar”.

Cumpra-se. Intimem-se.

Após, tornem conclusos para julgamento em momento oportuno.

São Paulo, 17 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5007235-22.2019.4.03.6183

RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: JOAO BATISTA DOS SANTOS

Advogados do(a) APELADO: CHARLES GONCALVES PATRICIO - SP234608-A, SONIA REGINA DE ARAUJO - SP350221-A

DECISÃO

Recebo o(s) apelo(s) interposto(s), no que se refere à tutela antecipadamente deferida, tão somente no efeito devolutivo, conforme disposto no art. 1.012, § 1º, V, do Código de Processo Civil- CPC.

No mais, em seus regulares efeitos, nos termos do *caput* do mesmo dispositivo.

Registro que o presente feito se encontra na listagem fornecida pelo Setor de Estatística desta Corte para subsidiar o questionário da Inspeção 2020 do CJF, como processo conclusos há mais de 10 dias, com requerimento de tutela provisória não apreciado.

No entanto, compulsando os autos verifico não haver pedido desse teor aguardando decisão deste Relator.

Por essa razão, **retifique-se a autuação**, a fim de constar a opção “Não” no campo “Tutela/Liminar”.

Cumpra-se. Intimem-se.

Após, tomem conclusos.

São Paulo, 16 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0005495-50.2016.4.03.6109
RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA
APELANTE: LEANDRO DOS REIS SPINOLA
Advogado do(a) APELANTE: RENATA ZONARO BUTOLO - SP204351-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Cuida-se de recurso em que a questão discutida se encontra sob exame do Superior Tribunal de Justiça, em decorrência de Recursos Repetitivos (Tema nº 979):

Tema nº 979 - Possibilidade de devolução de valores recebidos de boa-fé, a título de benefício previdenciário, por força de interpretação errônea, má aplicação da lei ou erro da Previdência Social. Precedente: REsp nº 1381734/RN

Ante o exposto e com fundamento no artigo 1.037, inciso II, do Código de Processo Civil, que regula os procedimentos relativos à tramitação dos recursos cuja matéria foi submetida ao regime dos Recursos Repetitivos e de Repercussão Geral, determino o sobrestamento do feito até o julgamento final da controvérsia pelo Superior Tribunal de Justiça.

Após intimação das partes, PROCEDA a Subsecretaria com as anotações pertinentes.

P. I.

São Paulo, 17 de junho de 2020.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5190275-68.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORUYAMAMOTO
PARTE AUTORA: LUZIA DE LOURDES HUCK CAMARGO
Advogado do(a) PARTE AUTORA: ANA PAULA REZENDE LEITE - SP317030-N
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de ação previdenciária ajuizada em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, objetivando a concessão da aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença.

A r. sentença julgou procedente o pedido, para condenar o INSS a conceder o benefício de aposentadoria por invalidez à parte autora desde 06.09.2018 (data da cessação do benefício), incidindo correção monetária e juros de mora sobre as parcelas vencidas. Condenou ainda o INSS ao pagamento de despesas processuais e honorários advocatícios, em percentual a ser fixado em sede de liquidação do julgado, nos termos do art. 85, §4º, II, do CPC e Súmula 111 do STJ, isentando-o, porém, de custas processuais.

Sentença submetida ao reexame necessário.

Sem a interposição de recursos voluntários pelas partes, subiram os autos a esta E. Corte, por força da remessa oficial.

É o relatório. Decido.

Em virtude da não interposição de recursos voluntários pelas partes, passo a analisar a questão relativa à remessa oficial.

O artigo 496 do CPC de 2015 (vigente quando da prolação da sentença), dispõe o que segue:

Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal.

§ 1º Nos casos previstos neste artigo, não interposta a apelação no prazo legal, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, e, se não o fizer, o presidente do respectivo tribunal avocá-los-á.

§ 2º Em qualquer dos casos referidos no § 1º, o tribunal julgará a remessa necessária.

§ 3º Não se aplica o disposto neste artigo quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa foi de valor certo e líquido inferior a:

I - 1.000 (mil) salários-mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

...

§ 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em:

I - súmula de tribunal superior;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

Cumprido observar que, embora a sentença tenha sido desfavorável ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, não se encontra condicionada ao reexame necessário, considerados o valor do benefício e o lapso temporal de sua implantação, não excedente a 1.000 (mil) salários mínimos (art. 496, I, NCPC).

Com efeito, considerando que o termo inicial da aposentadoria por invalidez foi fixado em 06.09.2018 e a sentença foi proferida em 15.01.2020, conclui-se que o valor da condenação não ultrapassará 1.000 (mil) salários mínimos, o que permite a aplicação da regra constante do dispositivo legal supracitado, motivo pelo qual não conheço da remessa oficial.

Ante o exposto, **não conheço da remessa oficial**, nos termos acima consignados.

Intime-se.

Após, retornemos autos à Vara de Origem.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015215-08.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: ANTONIO DOS REIS DE SOUZA

Advogado do(a) AGRAVANTE: CAIO GONCALVES DE SOUZA FILHO - SP191681-N

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela parte autora contra a r. decisão proferida pelo MM. Juízo *a quo* que, em sede de ação previdenciária, objetivando a concessão de aposentadoria especial, indeferiu o pedido de justiça gratuita.

Inconformado com a decisão, o agravante interpõe o presente recurso, aduzindo, em síntese, que basta a declaração de que não está em condições de arcar com as custas e demais despesas processuais sem prejuízo de seu próprio sustento e de sua família.

Decido.

Recebo o presente recurso nos termos dos artigos 101 c.c. 1.015, V, ambos do Novo Código de Processo Civil, independentemente de preparo porquanto a questão controvertida é a própria hipossuficiência.

Com efeito, estabelece o artigo 98, *caput*, do Código de Processo Civil de 2015, que:

"Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei."

Por sua vez, o artigo 99, § 3º, reza que o pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado em diversas fases do processo, presumindo-se sua veracidade em caso de pessoa física, *verbis*:

"Art. 99. O pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso."

(...)

§ 3º Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural."

Por seu turno, o artigo 5º da Lei n. 1.060/1950, que não foi revogado pelo novo CPC, é explícito ao afirmar que se o juiz tiver fundadas razões para indeferir o pedido de assistência judiciária gratuita, a partir de elementos constantes dos autos, deverá julgá-lo de plano:

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

(...)"

A propósito, a jurisprudência tem entendido que a presunção de pobreza, para fins de concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, é relativa, sendo possível o seu indeferimento caso o magistrado verifique a existência de elementos que invalidem a hipossuficiência declarada.

Neste sentido:

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

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

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. JUSTIÇA GRATUITA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA. INDEFERIMENTO DO BENEFÍCIO."

I - Dispõe o art. 4º, da Lei nº 1.060/1950, que a parte pode gozar dos benefícios da assistência judiciária mediante simples afirmação, na petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo, sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

II - Ressalva-se ao juiz a possibilidade de indeferir a pretensão se apresentados motivos que infirmem a presunção estabelecida no § 1º do artigo 4º da Lei nº 1.060/50.

III - O agravante não demonstrou que apresenta dificuldade financeira capaz de prejudicar o seu sustento ou de sua família, razão pela qual não é cabível a concessão da justiça gratuita. Precedentes deste Tribunal.

IV - Agravo de instrumento provido."

(TRF 3ª Região, AG nº 2008.03.00.045765-3, Terceira Turma, Rel. Des. Fed. Márcio Moraes, j. 19/03/2009, DJU 31/03/2009, p. 24)

É facultado ao juiz, portanto, independentemente de impugnação da parte contrária, indeferir o benefício da assistência judiciária gratuita quando houver, nos autos, elementos de prova que indiquem ter o requerente condições de suportar os ônus da sucumbência

No caso, verifica-se dos autos que autor recebeu remuneração líquida de R\$ 1.551,38, em 02/2020.

Vale destacar que esta C. Sétima Turma tem decidido que a presunção de hipossuficiência, apta a ensejar a concessão do benefício, resta configurada na hipótese em que o interessado auferir renda mensal de até R\$ 3.000,00 (três mil reais), o que corresponde a cerca de 3 (três) salários mínimos, de modo que, identificando-se renda mensal superior a tal limite, a concessão somente se justifica se houver a comprovação de despesas ou circunstâncias excepcionais que impeçam o interessado de suportar as despesas processuais sem prejuízo de sua subsistência.

Nesse sentido, trago à colação:

"PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FASE DE CUMPRIMENTO. GRATUIDADE DA JUSTIÇA. REVOGAÇÃO. RECURSO PROVIDO. Para a concessão do benefício de gratuidade da justiça, basta a simples afirmação da sua necessidade. Trata-se, porém, de presunção que admite prova em contrário (art. 4º, caput da Lei nº 1.060/50; art. 99, §§2º a 4º do CPC/15). Vale destacar que esta C. Sétima Turma tem decidido que a presunção de hipossuficiência, apta a ensejar a concessão do benefício, resta configurada na hipótese em que o interessado auferir renda mensal de até R\$ 3.000,00 (três mil reais), o que corresponde a cerca de 3 (três) salários-mínimos, de modo que, identificando-se renda mensal superior a tal limite, a concessão somente se justifica se houver a comprovação de despesas ou circunstâncias excepcionais que impeçam o interessado de suportar as despesas processuais sem prejuízo de sua subsistência. Tal entendimento segue o critério utilizado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo (DPE/SP). Comprovada a renda mensal incompatível com a condição de hipossuficiência, o benefício da gratuidade da justiça é indevido. Agravo de instrumento provido. (TRF 3ª Região, 7ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5001671-84.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal PAULO SERGIO DOMINGUES, julgado em 05/08/2019, Intimação via sistema DATA: 09/08/2019)

Ante o exposto, **de firo** o efeito suspensivo.

Comunique-se a presente decisão ao MM. Juízo *a quo*.

Intime-se o agravado nos termos do art. 1.019, II, do CPC.

Int.

São Paulo, de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5009555-79.2018.4.03.6183
RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: MARCELO FIGUEIREDO PUERTAS
Advogado do(a) APELADO: JOSE EDUARDO DO CARMO - SP108928-A

DECISÃO

Recebo o(s) apelo(s) interposto(s), no que se refere à tutela antecipadamente deferida, tão somente no efeito devolutivo, conforme disposto no art. 1.012, § 1º, V, do Código de Processo Civil- CPC.

No mais, em seus regulares efeitos, nos termos do *caput* do mesmo dispositivo.

Intimem-se.

Após, tomem conclusos.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5483275-75.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: GONSALO CONCEICAO DA SILVA
Advogados do(a) APELADO: LUCIANA SANTOS DA SILVA - SP245646-N, VANIA DA PAIXAO LANA
ONWUDIWE - SP346077-N

DECISÃO

Tendo em vista que a r. sentença recorrida condenou a autarquia na implantação de benefício previdenciário, cuja natureza é eminentemente alimentar (Arts. 114 e 33 da Lei nº 8.213/91 c/c. 1.012, § 1º, II, do Código de Processo Civil), recebo o(s) apelo(s), neste aspecto, tão somente no efeito devolutivo, facultando ao interessado a execução provisória, em primeiro grau de jurisdição, da obrigação de fazer.

No tocante ao pagamento das quantias atrasadas, recebo o(s) recurso(s) em ambos os efeitos legais, na medida em que, além de dependerem da expedição de precatório e, com isto, do trânsito em julgado da r. decisão, não possuem natureza alimentar, eis que se tratam de valores em atraso.

Intimem-se.

Após, tomem conclusos.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5525795-50.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: JOACIR DAS NEVES

Advogado do(a) APELADO: RENILDO DE OLIVEIRA COSTA - SP323749-N

DECISÃO

Recebo o(s) apelo(s) interposto(s), no que se refere à tutela antecipadamente deferida, tão somente no efeito devolutivo, conforme disposto no art. 1.012, § 1º, V, do Código de Processo Civil - CPC.

No mais, em seus regulares efeitos, nos termos do *caput* do mesmo dispositivo.

Intimem-se.

Após, tomem conclusos.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5172695-59.2019.4.03.9999

RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: ANTONIO APARECIDO AMARAGI

Advogado do(a) APELADO: HILARIO BOCCHI JUNIOR - SP90916-A

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Tendo em vista que a r. sentença recorrida condenou a autarquia na implantação de benefício previdenciário, cuja natureza é eminentemente alimentar (Arts. 114 e 33 da Lei nº 8.213/91 c/c. 1.012, § 1º, II, do Código de Processo Civil), recebo o(s) apelo(s), neste aspecto, tão somente no efeito devolutivo, facultando ao interessado a execução provisória, em primeiro grau de jurisdição, da obrigação de fazer.

No tocante ao pagamento das quantias atrasadas, recebo o(s) recurso(s) em ambos os efeitos legais, na medida em que, além de dependerem da expedição de precatório e, com isto, do trânsito em julgado da r. decisão, não possuem natureza alimentar, eis que se tratam de valores em atraso.

ID. n.º 134045744: Proceda a Subsecretaria às devidas anotações, anote-se com as respectivas alterações no sistema processual.

Pleiteia a parte autora a inclusão do processo em pauta de julgamento.

Considerando a data de ingresso nesta Corte, verifico que o presente feito não se encontra abrangido pela Meta 2/2020 do CNJ e pelo Plano de Trabalho estabelecido por esta unidade jurisdicional para o ano em curso.

Registre-se, por oportuno, que este gabinete, integrante da 3ª Seção, especializada em matéria previdenciária e assistencial (art. 10, §3º, do Regimento Interno), devido à natureza dos interesses discutidos nas lides distribuídas, tem por característica tratar com jurisdicionados, no mais das vezes, idosos ou portadores de necessidades ou enfermidades, situação peculiar que torna prioritário, praticamente, todo o acervo.

Aguarde-se, pois, a oportuna inclusão em pauta para julgamento.

Intime-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0006565-11.2015.4.03.6183
RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: SEBASTIAO CACIANO DA CRUZ
Advogado do(a) APELADO: MARCIO SCARIOT - SP163161-A

DECISÃO

Recebo o(s) apelo(s) interposto(s), no que se refere à tutela antecipadamente deferida, tão somente no efeito devolutivo, conforme disposto no art. 1.012, § 1º, V, do Código de Processo Civil - CPC.

No mais, em seus regulares efeitos, nos termos do *caput* do mesmo dispositivo.

Intimem-se.

Após, tomem conclusos.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0008905-25.2015.4.03.6183

RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA

APELANTE: MARINALVA BATISTA DOS SANTOS HENRIQUES, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) APELANTE: CLAITON LUIS BORK - SP303899-A

APELADO: MARINALVA BATISTA DOS SANTOS HENRIQUES, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) APELADO: CLAITON LUIS BORK - SP303899-A

D E C I S Ã O

Cuida-se de recurso em que a questão discutida se encontra sob exame do Superior Tribunal de Justiça, em decorrência de Recursos Repetitivos (Tema nº 1005):

Tema nº 1005 - Fixação do termo inicial da prescrição quinquenal, para recebimento de parcelas de benefício previdenciários reconhecidas judicialmente, em ação individual ajuizada para adequação da renda mensal aos tetos fixados pelas Emendas Constitucionais 20/98 e 41/2003, cujo pedido coincide com aquele anteriormente formulado em ação civil pública. Precedentes: REsp 1.761.874/SC, REsp 1.766.553/SC, REsp 1.751.667/RS.

Ante o exposto e com fundamento no artigo 1.037, inciso II, do Código de Processo Civil, que regula os procedimentos relativos à tramitação dos recursos cuja matéria foi submetida ao regime dos Recursos Repetitivos e de Repercussão Geral, determino o sobrestamento do feito até o julgamento final da controvérsia pelo Superior Tribunal de Justiça.

Após intimação das partes, PROCEDA a Subsecretaria com as anotações pertinentes.

P. I.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5014385-42.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA

AGRAVANTE: FELIPE FANTONE

Advogado do(a) AGRAVANTE: EDUARDO RECHE FEITOSA - SP211064

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por FELIPE FANTONE , contra decisão proferida em sede de cumprimento de sentença, que deixou de fixar honorários de sucumbência aos seus patronos, sob o fundamento de que se trata de mero acerto de contas.

O agravante sustenta que o artigo 85 do novo Código de Processo Civil dispõe que “A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor”, acrescentando seu § 1º que “São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente”. Além disso, estipula o § 7º, daquele mesmo dispositivo legal, que “Não serão devidos honorários no cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública que enseje expedição de precatório, desde que não tenha sido impugnada.” Assim, os honorários de sucumbência são devidos, tendo em vista que a impugnação do Agravado foi rejeitada, sendo julgada improcedente.

Nesse sentido, requer seja concedido efeito ativo ao presente agravo de instrumento, concedendo antecipação da tutela recursal, tal como estabelece o artigo 1019, I do Código de Processo Civil de 2015, tendo em vista que a verba honorária tem caráter alimentar, e a data final para a expedição de precatório neste ano se avizinha. Ao final, seja o recurso provido e arbitrado os honorários de sucumbência, nos termos da lei processual civil.

É o relatório. Decido.

Nos termos do artigo 932, III, do CPC/2015, “*Incumbe ao relator: (...) III - não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida*”.

No caso vertente, verifica-se que o agravo de instrumento manejado se mostra inadmissível, em razão da ilegitimidade do recorrente e da ausência de interesse recursal, o que impõe o não conhecimento de recurso.

Realmente, considerando que o recurso de instrumento tem por objeto, exclusivamente, a fixação de honorários advocatícios, tem-se que apenas o (a) advogado (a) (e não o autor/a) sucumbiu em face da decisão agravada, de modo que, nesse caso, apenas ele (a) é que teria legitimidade e interesse recursal.

Sendo assim, considerando que o recurso de instrumento foi interposto em nome da parte autora, constata-se que o recurso de instrumento, de fato, é inadmissível, conforme se infere da jurisprudência desta C. Turma:

PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. LEGITIMIDADE RECURSAL EXCLUSIVA DO ADVOGADO. INEXISTÊNCIA DE SUCUMBÊNCIA DA PARTE AUTORA. RECURSO NÃO CONHECIDO. AGRAVO DE INSTRUMENTO, CONVERTIDO EM RETIDO. AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO DE Apreciação. RECURSO NÃO CONHECIDO. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. AUXÍLIO-DOENÇA. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. APELAÇÃO DO INSS PROVIDA. SENTENÇA REFORMADA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. INVERSÃO DAS VERBAS DE SUCUMBÊNCIA. DEVER DE PAGAMENTO SUSPENSO. GRATUIDADE DA JUSTIÇA. REVOGAÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA.

1 - Recurso adesivo da parte autora não conhecido. De acordo com disposição contida no art. 18 do CPC/15 (anteriormente reproduzida pelo art. 6º do CPC/73), "ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico". Por outro lado, o art. 23 da Lei nº 8.906/94 é claro ao estabelecer que os honorários "pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor". Nesse passo, a verba honorária (tanto a contratual como a sucumbencial) possui caráter pessoal, detendo seu titular, exclusivamente, a legitimidade para pleiteá-los, vedado à parte fazê-lo, na medida em que a decisão não lhe trouxe prejuízo. Em outras palavras, não tendo a parte autora experimentado qualquer sucumbência com a prolação da decisão impugnada, ressentido-se, nitidamente, de interesse recursal. Versando o presente recurso insurgência referente, exclusivamente, a honorários advocatícios, patente a ilegitimidade da parte autora no manejo do presente apelo. Precedente desta Turma.

[...]

(TRF 3ª Região, SÉTIMA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1541554 - 0033637-44.2010.4.03.9999, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO, julgado em 02/10/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/10/2017)

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL (ART.557, § 1º, DO CPC). DESTAQUE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AUTOR. PARTE ILEGÍTIMA. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA JÁ DECIDIDA. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER.

1.O agravo previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil tem o propósito de submeter ao órgão colegiado o controle da extensão dos poderes do relator; bem como a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando à rediscussão de matéria já decidida.

2.Inexistente qualquer ilegalidade ou abuso de poder na decisão questionada que justifique a sua reforma, sendo que os seus fundamentos estão em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria.

3.Os honorários advocatícios estabelecidos por contrato entre o advogado e seu constituinte têm caráter personalíssimo, sendo do advogado, e somente dele, a legitimidade para pleitear.

4. Agravo legal desprovido. (TRF 3ª Região, Nona Turma, AI 201003000350476, julg. 14.03.2011, v. u., Rel. Lucia Ursaia, DJF3 CJ1 Data:18.03.2011 Página: 1110)

Destarte, tratando-se de direito personalíssimo do advogado, não pode a parte pleiteá-lo em nome daquele, à míngua de previsão legal autorizando tal legitimidade extraordinária.

Ademais, diante da legitimidade recursal exclusiva do patrono, caberia ao mesmo o recolhimento das custas de preparo, eis que somente à parte autora é que foi concedida a gratuidade de justiça.

Friso, desde já, que não há que se falar em legitimidade recursal concorrente, pois esta só fica caracterizada quando o recurso, além da verba honorária, tem por objeto outras pretensões do interesse da parte, sendo esta a inteligência do artigo 23 da Lei n.º 8.906/94 e do artigo 85, § 4º, do CPC/15.

Por fim, ressalto que não há que se falar em ofensa ao art. 932, parágrafo único, do CPC, tendo em vista que não se trata de vício formal passível de saneamento, e sim de pressuposto recursal (legitimidade de parte), que é vício de natureza insanável, nos termos do Enunciado nº 06 do Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, nego seguimento ao agravo de instrumento.

P.I.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) N° 5012085-10.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

AGRAVADO: WALDIR SOARES LOPES
Advogado do(a) AGRAVADO: GUILHERME DE CARVALHO - SP229461-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto ARISTON NUNES NASCIMENTO, contra decisão proferida em sede de cumprimento de sentença, que acolheu as informações da Contadoria Judicial ID 19698965 e cálculos doc ID 19699584, no valor de R\$ 33.844,27, no qual foram aplicados o disposto na Lei nº 11.960/2009 ou seja a TR na correção monetária.

A agravante alega que a decisão contraria o título executivo, eis que o RE 870.947/STF determinou que seja utilizado o IPCA-E.

Requer a reforma da decisão agravada, para que seja afastada a aplicação da Lei 11.960/09 quanto a correção monetária determinando a substituição da TR pelo índice IPCA-E, acolhendo os cálculos do Agravante ou o refazimento dos cálculos pelo contador aplicando o índice aqui decidido.

É o relatório. DECIDO.

O artigo 1.019, inciso I, do CP/15, determina que o relator “*poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão*”, desde que a eficácia da decisão recorrida gere “*risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso*” (artigo 995, parágrafo único, do CPC/15).

Ou seja, para a atribuição do efeito suspensivo ao agravo de instrumento, é necessário que a ausência deste resulte lesão grave ou de difícil reparação ao recorrente.

No caso dos autos, malgrado tenha o agravante pleiteado a atribuição de efeito suspensivo ao agravo, não se alegou, tampouco se demonstrou que a manutenção da decisão agravada até o julgamento final do presente recurso tenha o condão de lhe gerar qualquer dano concreto.

Sendo assim, não há como se divisar que a manutenção da decisão agravada até o final julgamento deste recurso possa ensejar efetiva lesão grave e de difícil reparação à parte agravante, o que interdita a atribuição de efeito suspensivo ao recurso, eis que não atendidos os requisitos do artigo 1.019, inciso I, c.c o artigo 995, parágrafo único, ambos do CPC/15.

Com tais considerações, INDEFIRO O EFEITO SUSPENSIVO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.

Comunique-se ao juízo a quo e intime-se a parte agravada, nos termos dos incisos I e II, do artigo 1.019, do Código de Processo Civil.

Publique-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0011272-56.2014.4.03.6183
RELATOR: Gab. 24 - DES. FED. PAULO DOMINGUES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: SOSTENIS ISRAEL DA SILVA
Advogado do(a) APELADO: FABIO FEDERICO - SP150697-A

VISTA

Vista à parte autora para manifestação ao agravo interno interposto pelo INSS, nos termos do Art. 1021, §2º, do Código de Processo Civil e do Art. 11, da Ordem de Serviço 13/2016, de 17 de março de 2016, desta Subsecretaria da 7ª Turma.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0040521-79.2016.4.03.9999
RELATOR: Gab. 24 - DES. FED. PAULO DOMINGUES
APELANTE: ADELINO MOREIRA RAMALHOSA
Advogado do(a) APELANTE: KLEBER ELIAS ZURI - SP294631-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO

Vista à parte autora para manifestação ao agravo interno interposto pelo INSS, nos termos do Art. 1021, §2º, do Código de Processo Civil e do Art. 11, da Ordem de Serviço 13/2016, de 17 de março de 2016, desta Subsecretaria da 7ª Turma.

São Paulo, 20 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0011171-13.2015.4.03.6303
RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: ARLINDA MARIA DA SILVA
Advogado do(a) APELADO: LUCIANA MARTINEZ FONSECA - SP198054-A
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO

Vista à parte autora para manifestação ao agravo interno interposto pelo INSS, nos termos do Art. 1021, §2º, do Código de Processo Civil e do Art. 11, da Ordem de Serviço 13/2016, de 17 de março de 2016, desta Subsecretaria da 7ª Turma.

São Paulo, 20 de junho de 2020.

RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORUYAMAMOTO

AGRAVANTE: MISLENE APARECIDA COELHO VIEIRA, ESPÓLIO DE MISLENE APARECIDO VIEIRA COELHO

Advogado do(a) AGRAVANTE: ROBERTA LUCIANA MELO DE SOUZA - SP150187-N

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO

Vista à parte autora para manifestação ao agravo interno interposto pelo INSS, nos termos do Art. 1021, §2º, do Código de Processo Civil e do Art. 11, da Ordem de Serviço 13/2016, de 17 de março de 2016, desta Subsecretaria da 7ª Turma.

São Paulo, 20 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001391-78.2017.4.03.6113

RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA

APELANTE: CLAUDIO ERNESTO FONTANA

Advogado do(a) APELANTE: JULLYO CEZZAR DE SOUZA - SP175030-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO

Vista à parte autora para manifestação ao agravo interno interposto pelo INSS, nos termos do Art. 1021, §2º, do Código de Processo Civil e do Art. 11, da Ordem de Serviço 13/2016, de 17 de março de 2016, desta Subsecretaria da 7ª Turma.

São Paulo, 20 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5014715-39.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORUYAMAMOTO

SUCESSOR: IZOLDA DE CAMPOS BRIZOLARI

Advogado do(a) SUCESSOR: JOMARBE CARLOS MARQUES BESERRA - SP77517-A

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela parte autora contra a r. decisão proferida pelo MM. Juízo *a quo* que, em sede de ação previdenciária em fase de cumprimento de sentença, acolheu em parte a impugnação apresentada, determinando o prosseguimento do feito pelo valor apontado pela contadoria judicial.

Inconformado com a decisão, o agravante interpõe o presente recurso, aduzindo, em síntese, que a RMI foi calculada de forma incorreta.

Tendo em vista a declaração, defiro os benefícios da assistência judiciária gratuita. Desnecessário, portanto, o recolhimento das custas processuais.

Considerando-se que o presente agravo de instrumento foi interposto sem pedido liminar, intime-se o agravado para resposta, nos termos do artigo 1.019, II, do Código de Processo Civil.

Int.

São Paulo, de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016225-87.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO

AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) AGRAVANTE: ADRIANO BUENO DE MENDONCA - SP183789-N

AGRAVADO: MILTON DE SOUZA BUENO

Advogado do(a) AGRAVADO: FERNANDO VALDRIGHI - SP158011-N

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Intime-se a parte agravada para resposta, nos termos do artigo 1.019, inciso II, do Código de Processo Civil vigente.

Após, retomemos os autos conclusos para inclusão em pauta de julgamento.

Publique-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002011-39.2013.4.03.6139

RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORUYAMAMOTO

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: OSVALDO RIBEIRO DA SILVA

Advogado do(a) APELADO: LUCIANE TIEMI MENDES MAEDALANZOTTI - SP232246-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0002011-39.2013.4.03.6139
RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORU YAMAMOTO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: OSVALDO RIBEIRO DA SILVA
Advogado do(a) APELADO: LUCIANE TIEMI MENDES MAEDA LANZOTTI - SP232246-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

Trata-se de ação previdenciária ajuizada em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, objetivando a concessão de benefício de prestação continuada.

A r. sentença julgou procedente a ação, para condenar o INSS à conceder o benefício de amparo social ao deficiente, a partir do requerimento administrativo (08/02/2012), no valor de um salário mínimo mensal, devendo as parcelas em atraso serem acrescidas de correção monetária e juros de mora nos termos do Manual de Cálculo da Justiça Federal. Condenou, ainda, a autarquia ao pagamento dos honorários advocatícios fixados em 10% do valor das parcelas vencidas até a sentença. Isento de custas.

Dispensado o reexame necessário.

O INSS apresentou apelação, alegando que a parte autora não preenche os requisitos necessários à concessão do benefício, ante a ausência de incapacidade. Subsidiariamente requer a incidência da Lei 11.960/09.

Com as contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

O órgão do Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0002011-39.2013.4.03.6139
RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORU YAMAMOTO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: OSVALDO RIBEIRO DA SILVA
Advogado do(a) APELADO: LUCIANE TIEMI MENDES MAEDA LANZOTTI - SP232246-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

Verifico, em juízo de admissibilidade, que o recurso ora analisado mostra-se formalmente regular, motivado (artigo 1.010 CPC) e com partes legítimas, preenchendo os requisitos de adequação (art. 1009 CPC) e tempestividade (art. 1.003 CPC). Assim, presente o interesse recursal e inexistindo fato impeditivo ou extintivo, recebo-o e passo a apreciá-lo nos termos do artigo 1.011 do Código de Processo Civil.

Em face dos critérios de direito intertemporal, e tendo em vista a legislação vigente à data da formulação do pedido, que provoca a presente análise recursal, os requisitos (independentes de carência ou contribuição, por força do art. 203, caput, do ordenamento constitucional vigente) a serem observados para a concessão do benefício assistencial são os previstos no art. 203, V, da Constituição Federal, versado na Lei n. 8.742/1993. Por força desses diplomas, a concessão do benefício de prestação continuada depende de, cumulativamente: a) idade igual ou superior a 65 anos (art. 34 da Lei 10.741/2003) ou invalidez para o exercício de atividade remunerada (comprovada mediante exame pericial); b) não ter outro meio de prover o próprio sustento; c) família (ou pessoa de quem dependa obrigatoriamente, desde que vivam sob o mesmo teto) impossibilitada de promover o sustento do requerente, devendo apresentar renda mensal per capita não superior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo. A ausência de prova de qualquer um dos requisitos implica o indeferimento do pleito.

Observe-se que o Supremo Tribunal Federal, na Reclamação (RCL) 4374 e, sobretudo, nos Recursos Extraordinários (REs) 567985 e 580963 (ambos com repercussão geral), em 17 e 18 de abril de 2013, reconheceu superado o decidido na ADI 1.232-DF, de tal modo que o critério de renda per capita de 1/4 do salário mínimo não é mais aplicável, motivo pelo qual a miserabilidade deverá ser aferida pela análise das circunstâncias concretas do caso analisado (à míngua de novo critério normativo). Aliás, esse já era o entendimento que vinha sendo consagrado pela jurisprudência, como se pode notar no julgamento do REsp 314264/SP pelo Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, Rel. Min. Félix Fischer, j. 15/05/2001, v.u., DJ 18/06/2001, p. 185, afirmando que "o preceito contido no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 não é o único critério válido para comprovar a condição de miserabilidade preceituada no artigo 203, V, da Constituição Federal. A renda familiar per capita inferior a 1/4 do salário-mínimo deve ser considerada como um limite mínimo, um quantum objetivamente considerado insuficiente à subsistência do portador de deficiência e do idoso, o que não impede que o julgador faça uso de outros fatores que tenham o condão de comprovar a condição de miserabilidade da família do autor". No mesmo sentido, também no STJ, vale mencionar o decidido nos EDcl no AgRg no REsp 658705/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 08/03/2005, v.u., DJ 04/04/2005, p. 342, e ainda o teor do REsp 308711/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 19/09/2002, v.u., DJ 10/03/2003, p. 323.

No presente caso, pleiteia o autor a concessão do benefício de assistência social ao portador de deficiência.

Entretanto, incorreu comprovação da deficiência, física ou mental, incapacitante à vida independente e ao trabalho (art. 20, § 2º, Lei 8.742/1993).

O laudo pericial realizado em 02/06/2014 refere que o periciado com 61 anos é portador de lombociatalgia, estando incapacitado de forma parcial e permanente, foi realizada nova perícia em 14/04/2015, onde constatou que o autor é portador de hérnia de disco lombar, sem, contudo, apresentar incapacidade laborativa.

Assim não faz jus a concessão do amparo social ao deficiente.

Entretanto, oportuno observar que o autor implementou o requisito etário, durante o curso do processo.

Resta perquirir se o demandante pode ter a subsistência provida pela família.

A propósito, não incumbe investigar, aqui, se a proteção social seria supletiva à prestação de alimentos pela família. É bastante analisar, por ora, se o demandante poderia ter a subsistência provida pelos seus (art. 20 da Lei 8.742/1993). Só então, evidenciada a impossibilidade, buscar-se-ia o amparo do Estado.

Nessa seara, colhe-se do relatório social, realizado em 29/09/2014, que o autor com 61 anos, reside em companhia de sua esposa Sra. Maria Aparecida dos Santos Silva com 60 anos, em imóvel de próprio composto de 04 (quatro) cômodos simples em regular estado de conservação e higiene, a família recebe uma cesta básica mensal da igreja.

Relata, ainda, a Assistente Social que a renda familiar é proveniente do trabalho informal do autor como cabelereiro no valor de R\$ 100,00 sua esposa é beneficiária do programa bolsa família no valor de R\$ 70,00, os gastos somam R\$ 170,36.

Em consulta ao extrato do sistema CNIS/DATAPREV verifica-se que foi concedido administrativamente ao autor amparo social ao idoso desde 14/05/2018.

Verifica-se que a autora implementou o requisito etário para a concessão do benefício assistencial ao idoso no curso do processo, em 10/05/2018, sendo que tal fato não pode, pois, ser ignorado, visto que se subsume ao quanto ditado pelo artigo 462 do CPC (atual artigo 493, do CPC/2015), *in verbis*: "Art. 462: Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença."

Tecidas essas considerações, entendo demonstrada, *quantum satis*, no caso em comento, situação de miserabilidade, prevista no art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993, a ensejar a concessão do benefício assistencial.

Assim, positivados os requisitos legais, reconhece-se o direito da autora ao benefício assistencial ao idoso, no valor de um salário mínimo, a ser implantado na data em que implementou o requisito etário (10/05/2018), data em que preencheu todos os requisitos necessários a concessão do benefício pleiteado.

Apliquem-se, para o cálculo dos juros de mora e correção monetária, os critérios estabelecidos pelo Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal vigente à época da elaboração da conta de liquidação, observando-se o decidido nos autos do RE 870947.

Ante ao exposto, **dou parcial provimento à apelação do INSS** para esclarecer a incidência da correção monetária, mantendo no mais a r. sentença proferida.

É COMO VOTO

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL AO DEFICIENTE. REQUISITO PARCIALMENTE PREENCHIDO. IMPLEMENTAÇÃO DE REQUISITO ETÁRIO NO CURSO DO PROCESSO. BENEFÍCIO CONCEDIDO.

1. O benefício de prestação continuada, de um salário mínimo mensal, previsto no art. 203, V, da Constituição Federal e regulamentado pelo art. 20 e parágrafos da Lei nº 8.742/93, é devido à pessoa portadora de deficiência (sem limite de idade) e ao idoso, com mais de 65 anos, que comprovem não ter condições econômicas de se manter e nem de ter sua subsistência mantida pela família.

2. O E. STF, na Reclamação (RCL) 4374 e sobretudo nos Recursos Extraordinários (REs) 567985 e 580963 (ambos com repercussão geral), em 17 e 18 de abril de 2013, reconheceu superado o decidido na ADI 1.232-DF, de tal modo que o critério de renda per capita de ¼ do salário mínimo não é mais aplicável, motivo pelo qual a miserabilidade deverá ser aferida pela análise das circunstâncias concretas do caso analisado (à míngua de novo critério normativo). Aliás, esse já era o entendimento que vinha sendo consagrado pela jurisprudência, como se pode notar no E. STJ, no REsp 314264/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Félix Fischer, j. 15/05/2001, v.u., DJ 18/06/2001, p. 185, afirmando que "o preceito contido no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 não é o único critério válido para comprovar a condição de miserabilidade preceituada no artigo 203, V, da Constituição Federal. A renda familiar per capita inferior a ¼ do salário-mínimo deve ser considerada como um limite mínimo, um quantum objetivamente considerado insuficiente à subsistência do portador de deficiência e do idoso, o que não impede que o julgador faça uso de outros fatores que tenham o condão de comprovar a condição de miserabilidade da família do autor". No mesmo sentido, também no STJ, vale mencionar o decidido nos EDcl no AgRg no REsp 658705/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 08/03/2005, v.u., DJ 04/04/2005, p. 342, e ainda o contido no REsp 308711/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 19/09/2002, v.u., DJ 10/03/2003, p. 323.

3 - Restou demonstrada, *quantum satis*, no caso em comento, situação de miserabilidade, prevista no art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993, a ensejar a concessão do benefício assistencial, bem como a incapacidade laborativa.

4. Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sétima Turma, por unanimidade, decidiu dar parcial provimento à apelação do INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 6103221-81.2019.4.03.9999

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

APELANTE: ANALIA DE SOUZA DO CARMO

Advogado do(a) APELANTE: ANDREI RAI A FERRANTI - SP164113-N

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 6103221-81.2019.4.03.9999

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

APELANTE: ANALIA DE SOUZA DO CARMO

Advogado do(a) APELANTE: ANDREI RAI A FERRANTI - SP164113-N

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

Trata-se de ação previdenciária ajuizada em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, objetivando a concessão de benefício de prestação continuada.

A r. sentença julgou improcedente o pedido, em virtude da ausência de miserabilidade, condenando a autora ao pagamento das custas processuais e aos honorários advocatício fixados em R\$ 800,00, ressalvando-se contudo a concessão da assistência judiciária gratuita.

A autora interpôs apelação, sustentando que preenche os requisitos necessários para a obtenção do benefício pleiteado.

Semas contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

O órgão do Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 6103221-81.2019.4.03.9999

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

APELANTE: ANALIA DE SOUZA DO CARMO

Advogado do(a) APELANTE: ANDREI RAI A FERRANTI - SP164113-N

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

Verifico, em juízo de admissibilidade, que o recurso ora analisado mostra-se formalmente regular, motivado (artigo 1.010 CPC) e com partes legítimas, preenchendo os requisitos de adequação (art. 1009 CPC) e tempestividade (art. 1.003 CPC). Assim, presente o interesse recursal e inexistindo fato impeditivo ou extintivo, recebo-o e passo a apreciá-lo nos termos do artigo 1.011 do Código de Processo Civil.

Em face dos critérios de direito intertemporal, e tendo em vista a legislação vigente à data da formulação do pedido, que provoca a presente análise recursal, os requisitos (independentes de carência ou contribuição, por força do art. 203, caput, do ordenamento constitucional vigente) a serem observados para a concessão do benefício assistencial são os previstos no art. 203, V, da Constituição Federal, versado na Lei n. 8.742/1993. Por força desses diplomas, a concessão do benefício de prestação continuada depende de, cumulativamente: a) idade igual ou superior a 65 anos (art. 34 da Lei 10.741/2003) ou invalidez para o exercício de atividade remunerada (comprovada mediante exame pericial); b) não ter outro meio de prover o próprio sustento; c) família (ou pessoa de quem dependa obrigatoriamente, desde que vivam sob o mesmo teto) impossibilitada de promover o sustento do requerente, devendo apresentar renda mensal per capita não superior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo. A ausência de prova de qualquer um dos requisitos implica o indeferimento do pleito.

Observe-se que o Supremo Tribunal Federal, na Reclamação (RCL) 4374 e, sobretudo, nos Recursos Extraordinários (REs) 567985 e 580963 (ambos com repercussão geral), em 17 e 18 de abril de 2013, reconheceu superado o decidido na ADI 1.232-DF, de tal modo que o critério de renda per capita de ¼ do salário mínimo não é mais aplicável, motivo pelo qual a miserabilidade deverá ser aferida pela análise das circunstâncias concretas do caso analisado (à míngua de novo critério normativo). Aliás, esse já era o entendimento que vinha sendo consagrado pela jurisprudência, como se pode notar no julgamento do REsp 314264/SP pelo Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, Rel. Min. Félix Fischer, j. 15/05/2001, v.u., DJ 18/06/2001, p. 185, afirmando que "o preceito contido no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 não é o único critério válido para comprovar a condição de miserabilidade preceituada no artigo 203, V, da Constituição Federal. A renda familiar per capita inferior a ¼ do salário-mínimo deve ser considerada como um limite mínimo, um quantum objetivamente considerado insuficiente à subsistência do portador de deficiência e do idoso, o que não impede que o julgador faça uso de outros fatores que tenham o condão de comprovar a condição de miserabilidade da família do autor". No mesmo sentido, também no STJ, vale mencionar o decidido nos EDcl no AgRg no REsp 658705/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 08/03/2005, v.u., DJ 04/04/2005, p. 342, e ainda o teor do REsp 308711/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 19/09/2002, v.u., DJ 10/03/2003, p. 323.

No presente caso, pleiteia a autora a concessão de benefício de assistência social ao idoso.

Nesse passo, verifico que o documento acostado aos autos comprova que a autora, nascida em 26/06/1952, completou 65 anos de idade em 26/06/2017 preenchendo, assim, o requisito da idade para obtenção do benefício de prestação continuada.

Resta perquirir se a demandante pode ter a subsistência provida pela família.

A propósito, não incumbe investigar, aqui, se a proteção social seria supletiva à prestação de alimentos pela família. É bastante analisar, por ora, se a demandante poderia ter a subsistência provida pelos seus (art. 20 da Lei 8.742/1993). Só então, evidenciada a impossibilidade, buscar-se-ia o amparo do Estado.

Nessa seara, colhe-se do relatório social realizado em 21/03/2018, que a autora com 65 anos, reside em imóvel próprio da COHAB composto de 06 (seis) cômodos em regular estado de conservação, em companhia de seu marido Sr. José Prudenciano do Carmo com 67 anos e seu neto José Vítor do Carmo com 12 anos.

Relata, ainda, a Assistente Social que a renda familiar é proveniente da aposentadoria recebida pelo marido no valor de R\$ 954,00 e do programa bolsa família no valor de R\$ 85,00, os gastos somam R\$ 1.250,00.

Em consulta ao extrato do sistema CNIS/DATAPREV, verifica-se que o marido da autora recebe aposentadoria por tempo de contribuição desde 02/07/2013, no valor de R\$ 1.810,75.

Tecidas essas considerações, entendo não demonstrada, no caso em comento, situação de miserabilidade, prevista no art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993.

Cumprido ressaltar, que o benefício em questão possui caráter nitidamente assistencial, devendo ser destinado somente àquele que dele necessita e comprova a necessidade, o que não é o caso dos autos.

Neste sentido o artigo 203, V, da Constituição Federal estabelece que o benefício é devido quando o idoso ou deficiente em situação de vulnerabilidade, não puder prover o próprio sustento ou tê-lo provido pela família.

Assim o dever de sustento do Estado é subsidiário, não afastando a obrigação da família de prestar a assistência, pelo que o artigo 20, § 3º, da LOAS não pode ser interpretado de forma isolada na apuração da miserabilidade.

Nesse sentido, a decisão proferida pela Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU), datada de 23 de fevereiro de 2017, em sede de pedido de uniformização de jurisprudência formulado pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS nos autos do processo nº 0517397-48.2012.4.05.8300, que firmou posicionamento no sentido que "o benefício assistencial de prestação continuada pode ser indeferido se ficar demonstrado que os devedores legais podem prestar alimentos civis sem prejuízo de sua manutenção".

Em suma, as provas coligidas para os autos são suficientes para evidenciar que a parte autora não faz jus ao estabelecimento do benefício pleiteado.

Oportuno destacar que o benefício assistencial não cumpre com a função de complementar a renda familiar, visto que o seu fim precípua é o de proporcionar as mínimas condições necessárias para a existência digna do indivíduo.

Vale ressaltar que a qualquer tempo, poderá a parte ingressar com nova ação, com base em fatos novos ou direito novo, transcorrido tempo hábil a fim de que a situação se modifique.

Impõe-se, por isso, a improcedência da pretensão.

Determino ainda a majoração da verba honorária em 2% (dois por cento) a título de sucumbência recursal, nos termos do §11 do artigo 85 do CPC/2015.

Ante o exposto, **nego provimento à apelação da autora** mantendo a r. sentença recorrida.

É COMO VOTO.

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL AO IDOSO. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. MISERABILIDADE NÃO COMPROVADA. BENEFÍCIO NÃO CONCEDIDO.

1. O benefício de prestação continuada, de um salário mínimo mensal, previsto no art. 203, V, da Constituição Federal e regulamentado pelo art. 20 e parágrafos da Lei nº 8.742/93, é devido à pessoa portadora de deficiência (sem limite de idade) e ao idoso, com mais de 65 anos, que comprovem não ter condições econômicas de se manter e nem de ter sua subsistência mantida pela família.

2. O E. STF, na Reclamação (RCL) 4374 e sobretudo nos Recursos Extraordinários (REs) 567985 e 580963 (ambos com repercussão geral), em 17 e 18 de abril de 2013, reconheceu superado o decidido na ADI 1.232-DF, de tal modo que o critério de renda per capita de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo não é mais aplicável, motivo pelo qual a miserabilidade deverá ser aferida pela análise das circunstâncias concretas do caso analisado (à míngua de novo critério normativo). Aliás, esse já era o entendimento que vinha sendo consagrado pela jurisprudência, como se pode notar no E. STJ, no REsp 314264/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Félix Fischer, j. 15/05/2001, v.u., DJ 18/06/2001, p. 185, afirmando que "o preceito contido no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 não é o único critério válido para comprovar a condição de miserabilidade preceituada no artigo 203, V, da Constituição Federal. A renda familiar per capita inferior a $\frac{1}{4}$ do salário-mínimo deve ser considerada como um limite mínimo, um quantum objetivamente considerado insuficiente à subsistência do portador de deficiência e do idoso, o que não impede que o julgador faça uso de outros fatores que tenham o condão de comprovar a condição de miserabilidade da família do autor". No mesmo sentido, também no STJ, vale mencionar o decidido nos EDcl no AgRg no REsp 658705/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 08/03/2005, v.u., DJ 04/04/2005, p. 342, e ainda o contido no REsp 308711/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 19/09/2002, v.u., DJ 10/03/2003, p. 323.

3 - Tecidas essas considerações, entendo não demonstrada, no caso em comento, situação de miserabilidade, prevista no art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993.

4. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sétima Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento à apelação da autora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001543-40.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORUYAMAMOTO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

APELADO: JORGE TOSTANOVSKI
Advogado do(a) APELADO: ROSELI BAUER - MS11662-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos.

Verifico que foi interposto recurso extraordinário pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, com fundamento no art. 102, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça que, no julgamento do Recurso Especial Representativo da Controvérsia 1.554.596/SC, fixou a seguinte tese (Tema 999): "Aplica-se a regra definitiva prevista no art. 29, I e II da Lei 8.213/1991, na apuração do salário de benefício, quando mais favorável do que a regra de transição contida no art. 3o. da Lei 9.876/1999, aos Segurado que ingressaram no Regime Geral da Previdência Social até o dia anterior à publicação da Lei 9.876/1999".

Presentes os pressupostos de admissibilidade, nos termos do artigo 1.036, § 1º, do Código de Processo Civil, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Vice-Presidente do Superior Tribunal de Justiça, admitiu o recurso extraordinário como representativo de controvérsia, determinando a suspensão de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a mesma controvérsia em trâmite em todo o território nacional.

Assim, levando-se em conta a questão discutida na presente demanda, determino o sobrestamento do feito.

Intimem-se.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0025232-14.2013.4.03.9999
RELATOR: Gab. 24 - DES. FED. PAULO DOMINGUES
APELANTE: MARIA DO CARMO CAMARGO, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELANTE: HENRIQUE AYRES SALEM MONTEIRO - SP191283-N
APELADO: MARIA DO CARMO CAMARGO, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELADO: HENRIQUE AYRES SALEM MONTEIRO - SP191283-N
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Id 131640468 - De firo o pedido de entrega dos autos em suporte físico, ressaltando que deverão ser preservados pelo seu detentor, até o trânsito em julgado da sentença, a preclusão da decisão final ou, quando admitido, o final do prazo para a propositura de ação rescisória, certificando-se nos autos a retirada pelo interessado, que se obrigará a manter sua guarda e a apresentá-las ao juízo, quando determinado, conforme disposto no art. 10, parágrafo único da Resolução PRES N° 278, de 26/06/2019.

Intime-se o requerente para que providencie a retirada dos autos no prazo de 10 (dez) dias, que serão contados após o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (COVID-19), previsto nas Portarias Conjuntas PRES/CORE TRF-3 n°s 1, 2 e 3, 5, 6, 7 e 8 de 2020 e eventual normatização superveniente.

Como retorno das atividades presenciais, promovam-se os atos necessários para cumprimento integral desta determinação e posterior sobrestamento deste feito conforme Id 124962319 .

São Paulo, 10 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) N° 5014189-72.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: ROSANGELA RIZZO, VIVIANNE RIZZO, CHRISTIANNE RIZZO

Advogados do(a) AGRAVANTE: ELENICE PAVELOSQUE GUARDACHONE - PR72393-A, JOSI PAVELOSQUE - SP357048-A

Advogados do(a) AGRAVANTE: ELENICE PAVELOSQUE GUARDACHONE - PR72393-A, JOSI PAVELOSQUE - SP357048-A

Advogados do(a) AGRAVANTE: ELENICE PAVELOSQUE GUARDACHONE - PR72393-A, JOSI PAVELOSQUE - SP357048-A

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela autoras contra a r. decisão proferida pelo MM. Juízo *a quo* que, em sede de ação previdenciária em fase de cumprimento de sentença, deixou de condenar o INSS em honorários de sucumbência.

Inconformadas com a decisão, a agravante interpõem o presente recurso, aduzindo, em síntese, que devem ser fixados honorários de sucumbência na fase de cumprimento de sentença.

Decido.

O feito comporta julgamento monocrático, nos termos do artigo 932, III c/c artigo 1019, *caput*, ambos do novo CPC.

Comefeito, dispõe o artigo 18 do CPC/15 (artigo 6º do CPC/73) que "*ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico*".

Ademais, o artigo 23 da Lei nº 8.906/94 é claro ao estabelecer que os honorários "pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor".

Assim, apenas o procurador tem legitimidade para postular acerca da verba honorária (tanto a contratual como a sucumbencial), vedado à parte fazê-lo, na medida em que a decisão não lhe trouxe prejuízo.

A propósito:

"PREVIDENCIÁRIO. AGRADO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. LEGITIMIDADE RECURSAL EXCLUSIVA DO ADVOGADO. INEXISTÊNCIA DE SUCUMBÊNCIA DA PARTE AUTORA. AGRADO NÃO CONHECIDO.

1 - De acordo com disposição contida no art. 18 do CPC/15 (anteriormente reproduzida pelo art. 6º do CPC/73), "ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico".

2 - Por outro lado, o art. 23 da Lei nº 8.906/94 é claro ao estabelecer que os honorários "pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor".

3 - Nesse passo, a verba honorária (tanto a contratual como a sucumbencial) pertence ao advogado, detendo seu titular, exclusivamente, a legitimidade para pleiteá-los, vedado à parte fazê-lo, na medida em que a decisão não lhe trouxe prejuízo. Em outras palavras, não tendo a parte autora experimentado qualquer sucumbência com a prolação da decisão impugnada, ressente-se, nitidamente, de interesse recursal.

4 - Versando o presente recurso insurgência referente, exclusivamente, a honorários advocatícios, patente a ilegitimidade da parte autora no manejo do presente agravo. Precedente desta Turma.

5 - Assentada a legitimidade recursal exclusiva do patrono, o que, de per si, conduz ao não conhecimento do apelo, caberia ao mesmo o recolhimento das custas respectivas, máxime em razão de não ser a ele extensiva a gratuidade de justiça conferida à parte autora.

6 - Agravo de instrumento interposto pelos autores não conhecido.

(TRF 3ª Região, SÉTIMA TURMA, AI - AGRADO DE INSTRUMENTO - 594110 - 0001063-45.2017.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO, julgado em 25/02/2019, e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/03/2019)

Ante o exposto, a teor do disposto no art. 932, III, do CPC, **não conheço** do agravo de instrumento.

Int.

Observadas as formalidades legais, remetam-se os autos à Vara de Origem.

São Paulo, de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5014389-79.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORU YAMAMOTO
AGRAVANTE: ANDERSON APARECIDO ALVES
Advogado do(a) AGRAVANTE: LUCIELIO REZENDE - SP342214
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela parte autora contra a r. decisão proferida pelo MM. Juízo *a quo* que, em sede de ação previdenciária, objetivando a concessão/restabelecimento de auxílio-doença, manteve a decisão de fls. 78/79 (autos originários).

Sustenta, em síntese, que a decisão agravada não merece prosperar tendo em vista que afronta o disposto no art. 344 do CPC, vez que o deixou de aplicar os efeitos da revelia e confissão quanto a matéria de fato, após o exaurimento do prazo para apresentação da contestação.

Decido.

Analisando a irresignação posta, observo que a decisão apontada como agravada no presente recurso apenas manteve despacho anterior.

O feito comporta julgamento monocrático, nos termos do art. 932, III c/c art. 1019, *caput*, ambos do novo CPC.

É pacífico o entendimento na jurisprudência de que o mero pedido de reconsideração não tem o condão de interromper ou suspender o prazo recursal.

Neste sentido, transcrevo os seguintes julgados:

"PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRAZO. INTEMPESTIVIDADE. 1. O pedido de reconsideração não interrompe e nem suspende o prazo para interposição de agravo de instrumento, que deve ser contado a partir do ato gerador do inconformismo. 2. In casu, o primeiro despacho proferido em 07 de janeiro de 2008 (e-STJ fls. 178/179) detinha cunho decisório, tendo o magistrado se manifestado sobre o requerido pelos recorrentes. Inclusive, os mesmos reconhecem isso em seu petítório de e-STJ fls. 192/194 quando afirmam que, verbis: "Este r. Juízo indeferiu o pedido dos autores Elson, Sofia e Vitor, sob o fundamento de que os depósitos judiciais já haviam sido levantados. Há equívoco nessa decisão (...)" e ao final, reconhecendo o caráter de decisão interlocutória, requereu "caso não seja esse o entendimento, seja a presente recebida como agravo retido". Portanto, interposto recurso de agravo de instrumento somente após o segundo pronunciamento do magistrado, é notória a intempestividade do mesmo. 3. A doutrina assevera que "Tanto a doutrina quanto a jurisprudência ensinam que o simples pedido de reconsideração não ocasiona a interrupção nem a suspensão do prazo recursal" (in Souza, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. São Paulo, Saraiva, 2009, p.123) 4. Agravo regimental desprovido". (STJ, 1ª T, AGRESP nº 1202874, Rel. Min. Luiz Fux, j. 21/10/2010, DJE Data:03/11/2010).

"Processual civil. Agravo no agravo de instrumento. Intempestividade. Pedido de reconsideração. Ausência de interrupção do prazo recursal. - O pedido de reconsideração, por não ter natureza recursal, não suspende e nem interrompe o prazo para interposição do recurso cabível. Agravo não conhecido". (STJ, 3ª T, AGA nº 1141839, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 23/03/2010, DJE DATA:06/04/2010)

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 557, CPC. AGRAVO LEGAL. INTEMPESTIVIDADE. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO.

- A reiteração ou pedido de reconsideração não interrompem e nem suspendem o prazo para interposição de agravo de instrumento, que deve ser contado a partir do ato que causa o inconformismo.

- Da primeira decisão, que efetivamente causou o gravame ao recorrente, não foi interposto recurso e o pedido posterior não tem o condão de interromper o prazo recursal, tratando-se de mera reiteração de pedido já indeferido, possuindo natureza de reconsideração.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decisum a ponto de demonstrar qualquer desacerto.

- Agravo interno improvido.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5030850-97.2018.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal MONICA A UTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 21/08/2019, e - DJF3 Judicial I DATA: 26/08/2019)

"AGRAVO INTERNO. AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO CONHECIDO. INTEMPESTIVIDADE. DECISÃO QUE MANTÉM OUTRA ANTERIORMENTE PROFERIDA. INÍCIO DO PRAZO RECURSAL. PRIMEIRA DECISÃO. ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER INEXISTENTES.

I – O agravo de instrumento ora interposto veicula insurgência contra a decisão de fls. 70 dos autos principais, que se limitou a manter aquela anteriormente proferida em 27/03/2018 (fls. 61 do processo originário).

II – Nota-se que este recurso, na realidade, é dirigido contra a decisão proferida às fls. 61 da ação originária, já que a decisão ora recorrida apenas manteve a decisão anterior.

III – A decisão de fls. 61 dos autos principais foi publicada na imprensa oficial em 09/04/2018. Portanto, é de se concluir pela intempestividade do agravo de instrumento, já que interposto após o término do prazo recursal.

IV – Ao contrário do que alega o agravante, o Juízo a quo não indeferiu a justiça gratuita, mas, sim, apenas manteve a determinação de juntada de outros documentos para comprovação da hipossuficiência.

V – No agravo interno, a controvérsia limita-se ao exame da ocorrência, ou não, de flagrante ilegalidade ou abuso de poder, a gerar dano irreparável ou de difícil reparação para a parte, vícios inexistentes na decisão.

VI – Razões recursais que não contrapõem tal fundamento a ponto de demonstrar o desacerto do decisum, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele decidida.

VII – Agravo interno não provido.

(TRF 3ª Região, 9ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5016550-33.2018.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal MARISA FERREIRA DOS SANTOS, julgado em 20/03/2019, Intimação via sistema DATA: 22/03/2019)

Ante o exposto, **não conheço** do presente recurso, a teor do art. 932, III, do CPC.

Observadas as formalidades legais, remetam-se os autos à Vara de Origem.

Intime-se.

São Paulo, de junho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5005179-90.2019.4.03.6126

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

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: NORBERTO FRANCISCO BARBOSA

Advogados do(a) APELADO: DANILO PEREZ GARCIA - SP195512-A, ADRIANE BRAMANTE DE CASTRO

LADENTHIN - SP125436-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos.

Conforme se constata dos autos, a matéria versada no presente “writ” refere-se a pedido de concessão de segurança para determinar que a autoridade impetrada proceda à imediata a conclusão do requerimento administrativo relacionado ao NB.: 42/180.299.900-8.

É a síntese do necessário.

Decido.

De início, destaco que a matéria debatida ao caso em tela não se insere na competência desta E. Terceira Seção, porquanto não está afeta à Previdência e Assistência Social, nos termos do artigo 10, § 3º, do Regimento Interno deste Tribunal, que dispõe:

"Art. 10 - A competência das Seções e das respectivas Turmas, que as integram, é fixada em função da matéria e da natureza da relação jurídica litigiosa.

(...)

§ 3º - À Terceira Seção cabe processar e julgar os feitos relativos à Previdência e Assistência Social, excetuada a competência da Primeira Seção."

Conforme se verifica do processado, a presente ação não versa, em especial, sobre pedido de concessão/revisão de benefício previdenciário, mas sim sobre a demora na conclusão da postulação administrativa realizada. Assim sendo, a competência para julgar o recurso interposto é de uma das Turmas da Segunda Seção deste Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, consoante precedentes desta E. Corte.

Neste sentido:

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. ANÁLISE DE REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. COMPETÊNCIA DA 2ª SEÇÃO DO TRIBUNAL.

1. Os precedentes do Órgão Especial são no sentido de que compete à 2ª Seção do Tribunal a análise de mandado de segurança em que não se postula a concessão de benefício previdenciário, mas que se determine à autoridade impetrada a análise de requerimento administrativo, sob o fundamento de que há excessiva demora da Autarquia, com descumprimento de prazos legais e desrespeito aos princípios da eficiência e da razoável duração do processo administrativo (TRF da 3ª Região, Órgão Especial, CC n. 0003547-33.2017.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Nery Júnior, j. 11.04.18; CC n. 0003622-72.2017.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Nelton dos Santos, j. 25.10.17; CC n. 0014775-39.2016.4.03.0000, Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, j. 10.05.17).

2. No caso dos autos, postula a impetrante a concessão de segurança para que o Gerente Executivo do Posto do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS em Guarulhos “analise de vez o requerimento de Aposentadoria por Idade nº 41/177.911.216-2 apresentado pela Impetrante, concedendo o mesmo se for o caso, desde o requerimento administrativo ocorrido em 03/02/2017”.

3. Conflito de competência julgado procedente para declarar a 6ª Turma da 2ª Seção do Tribunal competente para a análise do reexame necessário em mandado de segurança.” (TRF 3ª Região, CC 5007662-41.2019.4.03.0000, Órgão Especial, Rel. Des. Fed. ANDRÉ NEKATSCHALOW).

Ante o exposto, redistribua-se a um dos integrantes da Colenda 2ª Seção, nos termos do Regimento Interno desta Corte.

Intimem-se.

São Paulo, .

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000289-13.2020.4.03.6114

RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORUYAMAMOTO

APELANTE: ANTONIO NILSON DE ALMEIDA

Advogado do(a) APELANTE: JORGE AUGUSTO GUARCHE MATANO - SP135387-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos.

Conforme se constata dos autos, a matéria versada no presente “writ” refere-se a pedido de concessão de segurança para determinar que a autoridade impetrada proceda à imediata conclusão da análise do processo administrativo nº 46/184.216.858-1.

É a síntese do necessário.

Decido.

De início, destaco que a matéria debatida ao caso em tela não se insere na competência desta E. Terceira Seção, porquanto não está afeta à Previdência e Assistência Social, nos termos do artigo 10, § 3º, do Regimento Interno deste Tribunal, que dispõe:

"Art. 10 - A competência das Seções e das respectivas Turmas, que as integram, é fixada em função da matéria e da natureza da relação jurídica litigiosa.

(...)

§ 3º - À Terceira Seção cabe processar e julgar os feitos relativos à Previdência e Assistência Social, excetuada a competência da Primeira Seção."

Conforme se verifica do processado, a presente ação não versa, em especial, sobre pedido de concessão/revisão de benefício previdenciário, mas sim sobre a demora na conclusão da postulação administrativa realizada. Assim sendo, a competência para julgar o recurso interposto é de uma das Turmas da Segunda Seção deste Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, consoante precedentes desta E. Corte.

Neste sentido:

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. ANÁLISE DE REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. COMPETÊNCIA DA 2ª SEÇÃO DO TRIBUNAL.

1. Os precedentes do Órgão Especial são no sentido de que compete à 2ª Seção do Tribunal a análise de mandado de segurança em que não se postula a concessão de benefício previdenciário, mas que se determine à autoridade impetrada a análise de requerimento administrativo, sob o fundamento de que há excessiva demora da Autarquia, com descumprimento de prazos legais e desrespeito aos princípios da eficiência e da razoável duração do processo administrativo (TRF da 3ª Região, Órgão Especial, CC n. 0003547-33.2017.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Nery Júnior, j. 11.04.18; CC n. 0003622-72.2017.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Nilton dos Santos, j. 25.10.17; CC n. 0014775-39.2016.4.03.0000, Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, j. 10.05.17).

2. No caso dos autos, postula a impetrante a concessão de segurança para que o Gerente Executivo do Posto do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS em Guarulhos “analise de vez o requerimento de Aposentadoria por Idade nº 41/177.911.216-2 apresentado pela Impetrante, concedendo o mesmo se for o caso, desde o requerimento administrativo ocorrido em 03/02/2017”.

3. Conflito de competência julgado procedente para declarar a 6ª Turma da 2ª Seção do Tribunal competente para a análise do reexame necessário em mandado de segurança.” (TRF 3ª Região, CC 5007662-41.2019.4.03.0000, Órgão Especial, Rel. Des. Fed. ANDRÉ NEKATSCHALOW).

Ante o exposto, redistribua-se a um dos integrantes da Colenda 2ª Seção, nos termos do Regimento Interno desta Corte.

Intimem-se.

São Paulo, .

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5006780-34.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORUYAMAMOTO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: ISMAIL MELLO
Advogado do(a) APELADO: LEONARDO DINIZ HOMEM BAHIA - MG114022-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de ação previdenciária ajuizada em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, objetivando a revisão de aposentadoria especial (NB 088.270.490-7- DIB 01/03/1991), mediante a readequação do valor do benefício aos novos tetos estabelecidos pelas Emendas Constitucionais n. 20/98 e 41/03, com o pagamento das diferenças integralizadas, acrescido de consectários legais.

A r. sentença julgou parcialmente procedentes os pedidos, para determinar ao INSS que pague o benefício do autor correspondente a 100% do salário de benefício, conforme fixado no ato de concessão do benefício, o qual perfaz o montante de R\$3.337,42 para outubro de 2018. Condeno ainda o réu a pagar as diferenças, desde 01/08/2013, parcelas não prescritas, devidamente corrigidas e acrescidas de juros até a data do efetivo pagamento, observando-se a evolução do salário de benefício constante da planilha de ID nº 11635543. Condenou, ainda, o INSS ao pagamento de honorários advocatícios, a ser liquidado oportunamente, no percentual mínimo previsto no inciso I, do § 3º, respeitada tal proporção, em eventual aplicação dos incisos II a V, a teor do § 5º, todos do art. 85, do NCPC, cujo percentual deverá incidir sobre a condenação calculada até a presente data. Sem condenação no pagamento das custas por ser o réu isento.

Sentença não submetida ao reexame necessário.

Apelou o INSS, sustentando a improcedência do pedido. Se esse não for o entendimento, requer a incidência de correção monetária e juros de mora na forma da Lei 11.960/2009.

Com contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

Foi determinada a remessa dos autos ao Setor de Cálculos desta Corte.

Após informações prestadas pela contadoria, devidamente intimadas, as partes não se manifestaram.

É o relatório.

Decido.

Inicialmente, entendo ser possível a prolação de decisão monocrática no presente caso, a teor do artigo 932, incisos IV e V, do CPC de 2015.

Verifico, em juízo de admissibilidade, que o recurso, ora analisado, mostra-se formalmente regular, motivado (artigo 1.010 CPC) e com partes legítimas, preenchendo os requisitos de adequação (art. 1009 CPC) e tempestividade (art. 1.003 CPC). Assim, presente o interesse recursal e inexistindo fato impeditivo ou extintivo, recebo-o e passo a apreciá-lo nos termos do artigo 1.011 do Código de Processo Civil.

In casu, verifico que o objeto da revisão é o benefício em manutenção e não o ato de seu deferimento, descabe falar na ocorrência da decadência prevista no art. 103 da Lei 8.213/91, que se refere ao perecimento do direito de como se calcula a renda mensal inicial.

Ainda que a decadência tenha sido inserida no art. 103 da Lei 8.213/91 somente com a redação dada pela Medida Provisória nº 1523-9, DOU de 28/06/1997 (e, posteriormente, pelas Leis 9.528/1997, 9.711/1998 e 10.839/2004), a presente ação busca a revisão de benefício previdenciário, mediante a aplicação dos limites máximos (teto) revistos na EC 20/98 e EC 41/03 aos cálculos originais, de modo que não há que se falar em decadência, por não haver qualquer pretensão à revisão da renda inicial do benefício.

Cuida-se de ação em que pleiteia a parte autora a revisão da renda mensal de seu benefício, mediante a observância dos novos tetos constitucionais.

Com efeito, observo que as Emendas Constitucionais ns. 20, de 16/12/1998, e 41, de 31/12/2003, reajustaram o teto máximo de pagamento da Previdência Social, ao disporem, *in verbis*:

Art. 14 - O limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal é fixado em R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), devendo, a partir da data da publicação desta Emenda, ser reajustado de forma a preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social. (EC n. 20/1998)

Art. 5º O limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal é fixado em R\$ 2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais), devendo, a partir da data de publicação desta Emenda, ser reajustado de forma a preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social. (EC n. 41 /2003).

Contudo, o tema, antes controvertido, restou pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de Repercussão Geral, no julgamento dos autos RE 564354/SE, cuja relatora foi a Ministra Cármen Lúcia, sendo a decisão publicada no DJe-030 de 14-02-2011:

DIREITOS CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. ALTERAÇÃO NO TETO DOS BENEFÍCIOS DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA. REFLEXOS NOS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS ANTES DA ALTERAÇÃO. EMENDAS CONSTITUCIONAIS N. 20/1998 E 41/2003. DIREITO INTERTEMPORAL: ATO JURÍDICO PERFEITO. NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO DA LEI INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DAS LEIS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Há pelo menos duas situações jurídicas em que a atuação do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição da República demanda interpretação da legislação infraconstitucional: a primeira respeita ao exercício do controle de constitucionalidade das normas, pois não se declara a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei sem antes entendê-la; a segunda, que se dá na espécie, decorre da garantia constitucional da proteção ao ato jurídico perfeito contra lei superveniente, pois a solução de controvérsia sob essa perspectiva pressupõe sejam interpretadas as leis postas em conflito e determinados os seus alcances para se dizer da existência ou ausência da retroatividade constitucionalmente vedada. 2. Não ofende o ato jurídico perfeito a aplicação imediata do art. 14 da Emenda Constitucional n. 20/1998 e do art. 5º da Emenda Constitucional n. 41/2003 aos benefícios previdenciários limitados a teto do regime geral de previdência estabelecido antes da vigência dessas normas, de modo a que passem a observar o novo teto constitucional. 3. Negado provimento ao recurso extraordinário.

Assim, tais dispositivos possuem aplicação imediata, sem qualquer ofensa ao direito adquirido, à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito, de modo que seus comandos devem alcançar os benefícios previdenciários limitados ao teto do regime geral de previdência, ainda que concedidos antes da vigência dessas normas, bem como os que forem concedidos a partir delas, passando todos os que se enquadrarem nessa situação a observar o novo teto constitucional.

Ressalte-se que não é necessário que o segurado esteja recebendo o valor limitado ao teto vigente ao tempo da promulgação das respectivas Emendas Constitucionais, pois, conforme se extrai de trechos do voto da Ministra Cármen Lúcia, a aplicação imediata do novo teto é possível àqueles que percebem seus benefícios com base em limitador anterior, ou seja, basta que tenham sido limitados ao teto vigente quando de sua concessão.

Mister ressaltar que o intuito de tal entendimento é diminuir a perda sofrida pelo segurado que teve seu salário de benefício limitado ao teto, razão pela qual somente esses casos enquadram-se nessa equiparação, pois não se está aplicando um mero reajuste.

In casu, a contadoria desta Corte (ID 12551860) verificou que nem todas as premissas lançadas no RE 564.354/SE foram atendidas, mais especificamente, (I) a média dos salários de contribuição corrigidos superou o teto máximo de contribuição, todavia, num segundo momento, (II) a renda mensal devida revisada em 12/1998 não superou, sequer, o teto máximo pago pelo INSS (R\$ 1.081,50).

Desta forma, o segurado não obteve vantagem com o julgado, cabendo reconhecer a improcedência do pedido.

Condeno a parte autora ao pagamento de honorários fixados em R\$ 1.000,00 (mil reais), cuja exigibilidade observará o disposto no artigo 12 da Lei nº 1.060/1950 (artigo 98, § 3º, do Código de Processo Civil/2015), por ser beneficiária da justiça gratuita.

Ante o exposto, dou provimento à apelação do INSS, para determinar a reforma da r. sentença e julgar improcedente o pedido, nos termos da fundamentação.

Oportunamente, remetam-se os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5177717-64.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORUYAMAMOTO
APELANTE: JOSUE DE GODOI
Advogado do(a) APELANTE: FABIO DOS SANTOS ROSA - SP152889-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos.

Conforme se constata dos autos, é certo que a matéria debatida ao caso não se insere na competência desta 3ª Seção desta E. Corte, sendo fixada, em princípio, na competência da E. Segunda Seção.

Confira-se:

"Art. 10 - A competência das Seções e das respectivas Turmas, que as integram, é fixada em função da matéria e da natureza da relação jurídica litigiosa.

"(...)

§ 2º - À Segunda Seção cabe processar e julgar os feitos relativos ao direito público, ressalvados os que se incluem na competência da Primeira e Terceira Seções, dentre outros:

I - matéria constitucional, incluindo nacionalidade, opção e naturalização, excetuadas as competências do Órgão Especial, da Primeira e Terceira Seções;

II - licitações;

III - nulidade e anulabilidade de atos administrativos, excetuada a matéria da Primeira e Terceira Seções;

IV - ensino superior;

V - inscrição e exercício profissional;

VI - tributos em geral e preços públicos;

VII - contribuições, excetuadas as de competência da Primeira Seção "

Ante o exposto, redistribua-se o presente feito a um dos integrantes da Colenda 2ª Seção, nos termos do Regimento Interno desta E. Corte.

Intimem-se.

São Paulo, .

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 6084057-33.2019.4.03.9999

RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORUYAMAMOTO

APELANTE: IZAURA DE SOUZA LOPES

Advogados do(a) APELANTE: ELLEN SIMOES PIRES - SP343717-N, CASSIA MARTUCCI MELILLO BERTOZO - SP211735-N

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 6084057-33.2019.4.03.9999

RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORUYAMAMOTO

APELANTE: IZAURA DE SOUZA LOPES

Advogados do(a) APELANTE: ELLEN SIMOES PIRES - SP343717-N, CASSIA MARTUCCI MELILLO BERTOZO - SP211735-N

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

Trata-se de ação previdenciária ajuizada em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, objetivando a concessão de benefício de prestação continuada.

A r. sentença julgou improcedente a ação, ante a ausência de deficiência, condenou a parte autora ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa, ressalvando-se, contudo, a concessão da Justiça Gratuita.

A autora interpôs apelação, sustentando que preenche os requisitos necessários para a obtenção do benefício pleiteado.

Semas contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

O órgão do Ministério Público Federal deixou de apresentar manifestação.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 6084057-33.2019.4.03.9999

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

APELANTE: IZAURA DE SOUZA LOPES

Advogados do(a) APELANTE: ELLEN SIMOES PIRES - SP343717-N, CASSIA MARTUCCI MELILLO BERTOZO - SP211735-N

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

Verifico, em juízo de admissibilidade, que o recurso ora analisado mostra-se formalmente regular, motivado (artigo 1.010 CPC) e com partes legítimas, preenchendo os requisitos de adequação (art. 1009 CPC) e tempestividade (art. 1.003 CPC). Assim, presente o interesse recursal e inexistindo fato impeditivo ou extintivo, recebo-o e passo a apreciá-lo nos termos do artigo 1.011 do Código de Processo Civil.

Em face dos critérios de direito intertemporal, e tendo em vista a legislação vigente à data da formulação do pedido, que provoca a presente análise recursal, os requisitos (independentes de carência ou contribuição, por força do art. 203, caput, do ordenamento constitucional vigente) a serem observados para a concessão do benefício assistencial são os previstos no art. 203, V, da Constituição Federal, versado na Lei n. 8.742/1993. Por força desses diplomas, a concessão do benefício de prestação continuada depende de, cumulativamente: a) idade igual ou superior a 65 anos (art. 34 da Lei 10.741/2003) ou invalidez para o exercício de atividade remunerada (comprovada mediante exame pericial); b) não ter outro meio de prover o próprio sustento; c) família (ou pessoa de quem dependa obrigatoriamente, desde que vivam sob o mesmo teto) impossibilitada de promover o sustento do requerente, devendo apresentar renda mensal per capita não superior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo. A ausência de prova de qualquer um dos requisitos implica o indeferimento do pleito.

Observe-se que o Supremo Tribunal Federal, na Reclamação (RCL) 4374 e, sobretudo, nos Recursos Extraordinários (REs) 567985 e 580963 (ambos com repercussão geral), em 17 e 18 de abril de 2013, reconheceu superado o decidido na ADI 1.232-DF, de tal modo que o critério de renda per capita de ¼ do salário mínimo não é mais aplicável, motivo pelo qual a miserabilidade deverá ser aferida pela análise das circunstâncias concretas do caso analisado (à míngua de novo critério normativo). Aliás, esse já era o entendimento que vinha sendo consagrado pela jurisprudência, como se pode notar no julgamento do REsp 314264/SP pelo Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, Rel. Min. Félix Fischer, j. 15/05/2001, v.u., DJ 18/06/2001, p. 185, afirmando que "o preceito contido no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 não é o único critério válido para comprovar a condição de miserabilidade preceituada no artigo 203, V, da Constituição Federal. A renda familiar per capita inferior a ¼ do salário-mínimo deve ser considerada como um limite mínimo, um quantum objetivamente considerado insuficiente à subsistência do portador de deficiência e do idoso, o que não impede que o julgador faça uso de outros fatores que tenham o condão de comprovar a condição de miserabilidade da família do autor". No mesmo sentido, também no STJ, vale mencionar o decidido nos EDcl no AgRg no REsp 658705/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 08/03/2005, v.u., DJ 04/04/2005, p. 342, e ainda o teor do REsp 308711/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalho, j. 19/09/2002, v.u., DJ 10/03/2003, p. 323.

No presente caso, pleiteia a autora a concessão do benefício de assistência social ao portador de deficiência.

Entretanto, incorreu comprovação da deficiência, física ou mental, incapacitante à vida independente e ao trabalho (art. 20, § 2º, Lei 8.742/1993).

O laudo pericial realizado em 20/03/2018 refere que a periciada com 64 anos é portadora de hipertensão arterial artrose de coluna, sem apresentar incapacidade laborativa.

Entretanto, oportuno observar que a autora implementou o requisito etário, durante o curso do processo.

Resta perquirir se a demandante pode ter a subsistência provida pela família.

A propósito, não incumbe investigar, aqui, se a proteção social seria supletiva à prestação de alimentos pela família. É bastante analisar, por ora, se a demandante poderia ter a subsistência provida pelos seus (art. 20 da Lei 8.742/1993). Só então, evidenciada a impossibilidade, buscar-se-ia o amparo do Estado.

Nessa seara, colhe-se do relatório social, realizado em 02/03/2018, que a autora reside em imóvel próprio composto de 04 (quatro) cômodos em companhia de seu marido Sr. José Antonio Lopes com 71 anos, destaca ainda, que divide o imóvel com a família de seu filho Denis Lopes de 33 anos, sua nora e neto de 11 anos.

Relata, ainda, a Assistente Social que a renda familiar é proveniente do amparo social ao idoso recebido pelo marido no valor de um salário mínimo e os gastos somam R\$ 988,53, destaca que as contas de energia elétrica e fornecimento de água são divididas como filho.

Assim, verifica-se que a autora implementou o requisito etário para a concessão do benefício assistencial ao idoso no curso do processo, em 02/08/2018, sendo que tal fato não pode, pois, ser ignorado, visto que se subsume ao quanto ditado pelo artigo 462 do CPC (atual artigo 493, do CPC/2015), *in verbis*: "Art. 462: Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença."

Em consulta ao extrato do sistema CNIS/DATAPREV verifica-se que foi concedido administrativamente a autora amparo social ao idoso a partir de 06/09/2018 no valor de um salário mínimo, o marido é beneficiário de amparo social ao idoso desde 10/01/2012 no valor de R\$ 1.045,00 e seu filho possui registro com admissão em 02/05/2019 no valor de R\$ 2.223,76.

Tecidas essas considerações, entendo não demonstrada, no caso em comento, situação de miserabilidade, prevista no art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993.

Cumprе ressaltar, que o benefício em questão possui caráter nitidamente assistencial, devendo ser destinado somente àquele que dele necessita e comprova a necessidade, o que não é o caso dos autos.

Neste sentido o artigo 203, V, da Constituição Federal estabelece que o benefício é devido quando o idoso ou deficiente em situação de vulnerabilidade, não puder prover o próprio sustento ou tê-lo provido pela família.

Assim o dever de sustento do Estado é subsidiário, não afastando a obrigação da família de prestar a assistência, pelo que o artigo 20, § 3º, da LOAS não pode ser interpretado de forma isolada na apuração da miserabilidade.

Nesse sentido, a decisão proferida pela Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU), datada de 23 de fevereiro de 2017, em sede de pedido de uniformização de jurisprudência formulado pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS nos autos do processo nº 0517397-48.2012.4.05.8300, que firmou posicionamento no sentido que "o benefício assistencial de prestação continuada pode ser indeferido se ficar demonstrado que os devedores legais podem prestar alimentos civis sem prejuízo de sua manutenção".

Em suma, as provas coligidas para os autos são suficientes para evidenciar que a parte autora não faz jus ao estabelecimento do benefício pleiteado.

Oportuno destacar que o benefício assistencial não cumpre com a função de complementar a renda familiar, visto que o seu fim precípuo é o de proporcionar as mínimas condições necessárias para a existência digna do indivíduo.

Vale ressaltar que a qualquer tempo, poderá a parte ingressar com nova ação, com base em fatos novos ou direito novo, transcorrido tempo hábil a fim de que a situação se modifique.

Impõe-se, por isso, a improcedência da pretensão.

Determino ainda a majoração da verba honorária em 2% (dois por cento) a título de sucumbência recursal, nos termos do §11 do artigo 85 do CPC/2015.

Ante o exposto, **nego provimento à apelação da autora** mantendo a r. sentença recorrida.

É COMO VOTO.

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL AO DEFICIENTE. SEM DEFICIÊNCIA. IDADE NO CURSO. NÃO COMPROVA MISERABILIDADE. BENEFÍCIO NÃO CONCEDIDO.

1. O benefício de prestação continuada, de um salário mínimo mensal, previsto no art. 203, V, da Constituição Federal e regulamentado pelo art. 20 e parágrafos da Lei nº 8.742/93, é devido à pessoa portadora de deficiência (sem limite de idade) e ao idoso, com mais de 65 anos, que comprovem não ter condições econômicas de se manter e nem de ter sua subsistência mantida pela família.

2. O E. STF, na Reclamação (RCL) 4374 e sobretudo nos Recursos Extraordinários (REs) 567985 e 580963 (ambos com repercussão geral), em 17 e 18 de abril de 2013, reconheceu superado o decidido na ADI 1.232-DF, de tal modo que o critério de renda per capita de ¼ do salário mínimo não é mais aplicável, motivo pelo qual a miserabilidade deverá ser aferida pela análise das circunstâncias concretas do caso analisado (à míngua de novo critério normativo). Aliás, esse já era o entendimento que vinha sendo consagrado pela jurisprudência, como se pode notar no E. STJ, no REsp 314264/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Félix Fischer, j. 15/05/2001, v.u., DJ 18/06/2001, p. 185, afirmando que "o preceito contido no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 não é o único critério válido para comprovar a condição de miserabilidade preceituada no artigo 203, V, da Constituição Federal. A renda familiar per capita inferior a ¼ do salário-mínimo deve ser considerada como um limite mínimo, um quantum objetivamente considerado insuficiente à subsistência do portador de deficiência e do idoso, o que não impede que o julgador faça uso de outros fatores que tenham o condão de comprovar a condição de miserabilidade da família do autor". No mesmo sentido, também no STJ, vale mencionar o decidido nos EDcl no AgRg no REsp 658705/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 08/03/2005, v.u., DJ 04/04/2005, p. 342, e ainda o contido no REsp 308711/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 19/09/2002, v.u., DJ 10/03/2003, p. 323.

3. Entretanto, incorreu comprovação da deficiência, física ou mental, incapacitante à vida independente e ao trabalho (art. 20, § 2º, Lei 8.742/1993).

4. Assim, verifica-se que o autor implementou o requisito etário para a concessão do benefício assistencial ao idoso no curso do processo, sendo que tal fato não pode, pois, ser ignorado, visto que se subsume ao quanto ditado pelo artigo 462 do CPC (atual artigo 493, do CPC/2015), *in verbis*: "Art. 462: Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença."

5. Tecidas essas considerações, entendendo não demonstrada, no caso em comento, situação de miserabilidade, prevista no art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993.

6. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sétima Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento à apelação da autora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6141117-61.2019.4.03.9999

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

APELANTE: V. G. D. S. S.

REPRESENTANTE: RAYANE SILVA SANTOS

Advogados do(a) APELANTE: LENISE MARIA DO VALLE GONCALVES - SP389958-N, FABIANO DE MELLO

BELENTANI - SP218242-N,

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6141117-61.2019.4.03.9999

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

APELANTE: V. G. D. S. S.

REPRESENTANTE: RAYANE SILVA SANTOS

Advogados do(a) APELANTE: LENISE MARIA DO VALLE GONCALVES - SP389958-N, FABIANO DE MELLO

BELENTANI - SP218242-N,

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

Trata-se de ação previdenciária ajuizada em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, objetivando a concessão do amparo social.

A r. sentença julgou improcedente o pedido, ante a ausência de deficiência, condenando a parte autora ao pagamento das custas, despesas processuais e aos honorários advocatícios fixados em R\$ 500,00, ressalvando-se, contudo, a concessão da justiça gratuita.

Inconformado, o autor ofertou apelação, alegando que se encontra incapacitado para o trabalho e faz jus ao benefício pleiteado na inicial.

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

O Órgão do Ministério Público Federal opinou pelo prosseguimento do feito.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 6141117-61.2019.4.03.9999

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

APELANTE: V. G. D. S. S.

REPRESENTANTE: RAYANE SILVA SANTOS

Advogados do(a) APELANTE: LENISE MARIA DO VALLE GONCALVES - SP389958-N, FABIANO DE MELLO

BELENTANI - SP218242-N,

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

Verifico, em juízo de admissibilidade, que o recurso ora analisado mostra-se formalmente regular, motivado (artigo 1.010 CPC) e com partes legítimas, preenchendo os requisitos de adequação (art. 1009 CPC) e tempestividade (art. 1.003 CPC). Assim, presente o interesse recursal e inexistindo fato impeditivo ou extintivo, recebo-o e passo a apreciá-lo nos termos do artigo 1.011 do Código de Processo Civil.

Em face dos critérios de direito intertemporal, e tendo em vista a legislação vigente à data da formulação do pedido, que provoca a presente análise recursal, os requisitos (independentes de carência ou contribuição, por força do art. 203, caput, do ordenamento constitucional vigente) a serem observados para a concessão do benefício assistencial são os previstos no art. 203, V, da Constituição Federal, versado na Lei n. 8.742/1993. Por força desses diplomas, a concessão do benefício de prestação continuada depende de, cumulativamente: a) idade igual ou superior a 65 anos (art. 34 da Lei 10.741/2003) ou invalidez para o exercício de atividade remunerada (comprovada mediante exame pericial); b) não ter outro meio de prover o próprio sustento; c) família (ou pessoa de quem dependa obrigatoriamente, desde que vivam sob o mesmo teto) impossibilitada de promover o sustento do requerente, devendo apresentar renda mensal per capita não superior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo. A ausência de prova de qualquer um dos requisitos implica o indeferimento do pleito.

Observe-se que o Supremo Tribunal Federal, na Reclamação (RCL) 4374 e, sobretudo, nos Recursos Extraordinários (REs) 567985 e 580963 (ambos com repercussão geral), em 17 e 18 de abril de 2013, reconheceu superado o decidido na ADI 1.232-DF, de tal modo que o critério de renda per capita de ¼ do salário mínimo não é mais aplicável, motivo pelo qual a miserabilidade deverá ser aferida pela análise das circunstâncias concretas do caso analisado (à míngua de novo critério normativo). Aliás, esse já era o entendimento que vinha sendo consagrado pela jurisprudência, como se pode notar no julgamento do REsp 314264/SP pelo Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, Rel. Min. Félix Fischer, j. 15/05/2001, v.u., DJ 18/06/2001, p. 185, afirmando que "o preceito contido no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 não é o único critério válido para comprovar a condição de miserabilidade preceituada no artigo 203, V, da Constituição Federal. A renda familiar per capita inferior a ¼ do salário-mínimo deve ser considerada como um limite mínimo, um quantum objetivamente considerado insuficiente à subsistência do portador de deficiência e do idoso, o que não impede que o julgador faça uso de outros fatores que tenham o condão de comprovar a condição de miserabilidade da família do autor". No mesmo sentido, também no STJ, vale mencionar o decidido nos EDcl no AgRg no REsp 658705/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 08/03/2005, v.u., DJ 04/04/2005, p. 342, e ainda o teor do REsp 308711/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalho, j. 19/09/2002, v.u., DJ 10/03/2003, p. 323.

In casu, a parte postulante propôs ação requerendo a concessão de benefício assistencial social à pessoa portadora de deficiência física.

Entretanto, não ocorreu comprovação da deficiência, física ou mental, incapacitante à vida independente e ao trabalho (art. 20, § 2º, Lei 8.742/1993).

O laudo pericial realizado em 27/03/2019 refere que o periciado com 1 ano e cinco meses é portador de rim esquerdo não funcionante e rim direito normal, sem apresentar incapacidade laborativa.

Cabe lembrar que o indivíduo pode padecer de determinada patologia e, ainda assim, deter capacidade para a execução de atividades laborativas, ainda que para funções não equivalentes às suas habituais.

Desse modo, não restou comprovado que a parte autora sofre impedimento de longo prazo que obstrui ou dificulta sua participação em igualdade de condições com as demais pessoas.

Ausente a incapacidade ao desempenho de atividades da vida diária e ao labor, primeiro dos pressupostos hábeis ao deferimento da prestação, despidendo investigar se a requerente desfruta de meios para prover o próprio sustento, ou de tê-lo provido pela família.

É este o entendimento desta E. Corte:

"PREVIDÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. INEXISTÊNCIA DE INCAPACIDADE. CONJUNTO PROBATÓRIO INSUFICIENTE PARA OBTENÇÃO DO BENEFÍCIO. PEDIDO IMPROCEDENTE. - Conjunto probatório insuficiente à concessão do benefício postulado. - A parte autora não tem direito ao amparo assistencial, uma vez que não preenche o requisito da incapacidade. - O preenchimento dos requisitos necessários à obtenção do benefício assistencial devem ser cumulativamente preenchidos, de tal sorte que a não observância de um deles prejudica a análise do pedido relativamente à exigência subsequente. - Apelação da parte autora não provida."

(TRF da 3ª Região, AC 00040818920134039999, Relator (a) Des. Federal Vera Jucovsky, Oitava Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/04/2013)"

Vale ressaltar que a qualquer tempo, poderá a parte ingressar com nova ação, com base em fatos novos ou direito novo, transcorrido tempo hábil a fim de que a situação se modifique.

Como se vê, pelos elementos de convicção trazidos, de se indeferir a benesse vindicada.

Ante o exposto, **nego provimento à apelação da parte autora**, nos termos acima consignados.

É o voto.

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL AO DEFICIENTE. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. DEFICIÊNCIA NÃO COMPROVADA. BENEFÍCIO NÃO CONCEDIDO.

1. O benefício de prestação continuada, de um salário mínimo mensal, previsto no art. 203, V, da Constituição Federal e regulamentado pelo art. 20 e parágrafos da Lei nº 8.742/93, é devido à pessoa portadora de deficiência (sem limite de idade) e ao idoso, com mais de 65 anos, que comprovem não ter condições econômicas de se manter e nem de ter sua subsistência mantida pela família.

2. O E. STF, na Reclamação (RCL) 4374 e sobretudo nos Recursos Extraordinários (REs) 567985 e 580963 (ambos com repercussão geral), em 17 e 18 de abril de 2013, reconheceu superado o decidido na ADI 1.232-DF, de tal modo que o critério de renda per capita de ¼ do salário mínimo não é mais aplicável, motivo pelo qual a miserabilidade deverá ser aferida pela análise das circunstâncias concretas do caso analisado (à míngua de novo critério normativo). Aliás, esse já era o entendimento que vinha sendo consagrado pela jurisprudência, como se pode notar no E. STJ, no REsp 314264/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Félix Fischer, j. 15/05/2001, v.u., DJ 18/06/2001, p. 185, afirmando que "o preceito contido no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 não é o único critério válido para comprovar a condição de miserabilidade preceituada no artigo 203, V, da Constituição Federal. A renda familiar per capita inferior a ¼ do salário-mínimo deve ser considerada como um limite mínimo, um quantum objetivamente considerado insuficiente à subsistência do portador de deficiência e do idoso, o que não impede que o julgador faça uso de outros fatores que tenham o condão de comprovar a condição de miserabilidade da família do autor". No mesmo sentido, também no STJ, vale mencionar o decidido nos EDcl no AgRg no REsp 658705/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 08/03/2005, v.u., DJ 04/04/2005, p. 342, e ainda o contido no REsp 308711/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 19/09/2002, v.u., DJ 10/03/2003, p. 323.

3 - Entretanto, incorreu comprovação da deficiência, física ou mental, incapacitante à vida independente e ao trabalho (art. 20, § 2º, Lei 8.742/1993).

4. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sétima Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento à apelação da parte autora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5872106-26.2019.4.03.9999

RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO

APELANTE: ROSALIA APARECIDA PACCELO

Advogados do(a) APELANTE: ISIDORO PEDRO AVI - SP140426-N, MARIA SANTINA CARRASQUI AVI - SP254557-N

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DECISÃO

Recebo o(s) apelo(s) interposto(s) em ambos os efeitos, nos termos do art. 1.012, *caput*, do Código de Processo Civil - CPC/2015.

Trata a presente demanda de pleito para concessão do adicional de 25% sobre o valor do benefício de natureza previdenciária diverso da aposentação por invalidez, quando comprovada a necessidade de assistência permanente de terceiro.

Em que pese o julgamento pelo c. STJ do tema n.º 982, fixando-se a tese de que “comprovadas a invalidez e a necessidade de assistência permanente de terceiro, é devido o acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento), previsto no art. 45 da Lei n. 8.213/91, a todos os aposentados pelo RGPS, independentemente da modalidade de aposentadoria”, verifica-se que a 1ª Turma do e. Supremo Tribunal Federal determinou a suspensão do trâmite das ações que tratam do referido tema:

“PETIÇÃO PARA CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO. “AUXÍLIO-ACOMPANHANTE”. ART. 45 DA LEI N.º 8.213/1991. APLICAÇÃO DIRETA DE NORMAS CONSTITUCIONAIS. FUMUS BONI IURIS QUANTO À ADMISSÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PERICULUM IN MORA CONFIGURADO. RISCO DE IMPACTO BILIONÁRIO SOBRE AS CONTAS PÚBLICAS. SUSPENSÃO DE TODOS OS PROCESSOS QUE VERSEM SOBRE O TEMA EM TERRITÓRIO NACIONAL. POSSIBILIDADE. ARTS. 1.029, § 5º, I, 1.035, § 5º, 301 e 932, II, DO CPC/2015. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.1. O Art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (incluído pela Lei n.º 13.655/2018) dispõe, verbis: “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”. 2. O Magistrado tem o dever de examinar as consequências imediatas e sistêmicas que o seu pronunciamento irá produzir na realidade social, porquanto, ao exercer seu poder de decisão nos casos concretos com os quais se depara, os Juízes alocam recursos escassos. Doutrina: POSNER, Richard. Law, Pragmatism and Democracy. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 60-64.3. A segurança jurídica prevista no Código de Processo Civil de 2015, representa o cânone que consagra diversos mecanismos para o sobrestamento de causas similares com vistas à aplicação de orientação uniforme em todos eles (art. 1.035, § 5º; art. 1.036, § 1º; art. 1.037, II; art. 982, § 3º), juntamente com a estabilização da jurisprudência, a isonomia e a economia processual.4. A doutrina sobre o tema assevera que, verbis: “trata-se de uma preocupação central do Código, cujo art. 926 impõe aos Tribunais a uniformização de sua jurisprudência para mantê-la estável, íntegra e coerente. Repise-se que a segurança jurídica quanto ao entendimento dos Tribunais pauta não apenas a atuação dos órgãos hierarquicamente inferiores, mas também o comportamento extraprocessual de pessoas envolvidas em controvérsias cuja solução já foi pacificada pela jurisprudência.” (FUX, Luiz; BODART, Bruno. Notas sobre o princípio da motivação e a uniformização da jurisprudência no novo Código de Processo Civil à luz da análise econômica do Direito. In: Revista de Processo, v. 269, jun. 2017, pp. 421-432).5. O julgamento dos embargos de declaração opostos em face de acórdão do Superior Tribunal de Justiça no bojo de Recurso Especial autoriza a remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal para apreciação do Recurso Extraordinário, na forma do art. 1.031, § 1º, do CPC/2015.6. O efeito suspensivo conferível ao Recurso Extraordinário pode envolver a antecipação da eficácia de todos os consectários processuais de seu processamento, inclusive a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional (art. 1.035, § 5º, do CPC/2015), no exercício judicial do poder geral de cautela (arts. 301, in fine, e 932, II, do CPC/2015).7. In casu: (i) os acórdãos do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Regional Federal da 4ª Região invocaram os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB) e da isonomia (art. 5º, caput, CRFB), bem como os direitos sociais (art. 6º CRFB), para estender o adicional de assistência permanente previsto no art. 45 da Lei n.º 8.213/91 a beneficiários diversos dos aposentados por invalidez, indicando o fumus boni iuris quanto à admissão do Recurso Extraordinário; (ii) o risco de lesão grave a ser afastado com a suspensão dos processos que versem sobre a controvérsia debatida nos autos consiste no impacto bilionário causado aos já combalidos cofres públicos.8. Agravo Regimental a que se dá provimento, na forma do art. 1.021, § 2º, do CPC/2015, para suspender todos os processos, individuais ou coletivos, em qualquer fase e em todo o território nacional, que versem sobre a extensão do “auxílio-acompanhante”, previsto no art. 45 da Lei n.º 8.213/1991 para os segurados aposentados por invalidez, às demais espécies de aposentadoria do Regime Geral da Previdência Social.” (STF, 1ª Turma, Agr/Pet 8002, relator Ministro Luiz Fux, j.12.03.2019)

Assim, suspendo a tramitação do feito até o julgamento da controvérsia pela Corte Suprema.

Intimem-se.

Após, tornem conclusos para julgamento em momento oportuno.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5926536-25.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO
APELANTE: VANESSA GOMES PEREIRA, N. G. P., T. G. P., M. G. P.
REPRESENTANTE: VANESSA GOMES PEREIRA

Advogado do(a) APELANTE: RAFAEL CHUERI GURGEL - SP384906-N
Advogado do(a) APELANTE: RAFAEL CHUERI GURGEL - SP384906-N,
Advogado do(a) APELANTE: RAFAEL CHUERI GURGEL - SP384906-N,
Advogado do(a) APELANTE: RAFAEL CHUERI GURGEL - SP384906-N,
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DECISÃO

Recebo o(s) apelo(s) interposto(s) em ambos os efeitos, nos termos do art. 1.012, *caput*, do Código de Processo Civil - CPC/2015.

ID 90379271 e 132065046: dê-se vista ao INSS pelo prazo de 15 (quinze) dias.

Intinem-se.

Após, encaminhem-se os autos ao MPF para parecer e tornem conclusos para julgamento em momento oportuno.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6074696-89.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: SEBASTIAO VORUSSI
Advogados do(a) APELADO: VALDEMAR GULLO JUNIOR - SP302886-N, ANTONIO GUERCHE FILHO - SP112769-N

DECISÃO

Recebo o(s) apelo(s) interposto(s), no que se refere à tutela antecipadamente deferida, tão somente no efeito devolutivo, conforme disposto no art. 1.012, § 1º, V, do Código de Processo Civil - CPC.

No mais, em seus regulares efeitos, nos termos do *caput* do mesmo dispositivo.

ID 130358422: questões atinentes ao cumprimento provisório de sentença devem ser deduzidas diretamente no juízo da execução, a teor do artigo 520 e seguintes do CPC.

Intimem-se.

Após, tornem conclusos.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0005816-91.2015.4.03.6183
RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

APELADO: JOSE SANTANA MATOS
Advogado do(a) APELADO: PATRICIA CONCEIÇÃO MORAIS - SP208436-A

DECISÃO

Recebo o(s) apelo(s) interposto(s) em ambos os efeitos, nos termos do art. 1.012, *caput*, do Código de Processo Civil - CPC/2015.

Intimem-se.

Após, tornem conclusos para julgamento em momento oportuno.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003106-67.2017.4.03.6110
RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: ROSA YOSHIKO FURUKAWA
Advogado do(a) APELADO: ALESSANDRA CRISTINA DOMINGUES ANDRADE - SP361982-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de demanda em que se discute a possibilidade de aplicação da regra definitiva prevista no art. 29, I e II da Lei 8.213/1991, na apuração do salário de benefício, quando se revelar mais favorável do que a regra de transição contida no art. 3o. da Lei 9.876/1999.

A questão *sub judice* foi afetada e apreciada pelo C. STJ (Tema 999), no julgamento dos Recursos Especiais n. 1.554.596 e 1.596.203, submetidos a sistemática de recursos repetitivos.

Inconformado com o entendimento assentado pelo C. STJ, o INSS interpôs Recurso Extraordinário, o qual foi admitido como representativo de controvérsia, oportunidade em que se determinou “a suspensão de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a mesma controvérsia em trâmite em todo o território nacional”.

Por tais razões, com base no artigo 932, I, c.c o artigo 1.36, §1º, ambos do CPC/2015, DETERMINO O SOBRESTAMENTO do presente feito.

Após intimação das partes, PROCEDA a Subsecretaria com as anotações pertinentes.

P.I.C.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6099386-85.2019.4.03.9999

RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORUYAMAMOTO

APELANTE: MARCOS ANTONIO CURRIEL, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) APELANTE: MARIA ADRIANA DE OLIVEIRA - SP322504-N

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, MARCOS ANTONIO CURRIEL

Advogado do(a) APELADO: MARIA ADRIANA DE OLIVEIRA - SP322504-N

OUTROS PARTICIPANTES:

TERCEIRO INTERESSADO: ARAPREV, RENATO ROLAND CORREA DA SILVA

ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: SILMARA CRISTINA FLAVIO PACAGNELLA

D E C I S Ã O

Vistos.

Verifico que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça afetou os Recursos Especiais 1.831.371/SP, 1.831.377/PR e 1.830.508/RS, todos da relatoria do Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, para julgamento pelo sistema dos recursos repetitivos (CPC, art. 1.036). A matéria neles debatida, consistente na discussão quanto à: "Possibilidade de reconhecimento da especialidade da atividade de vigilante, exercida após a edição da Lei 9.032/1995 e do Decreto 2.172/1997, com ou sem o uso de arma de fogo."

A questão em análise foi cadastrada como "TEMA REPETITIVO N. 1031" na base de dados do Superior Tribunal de Justiça, observando, ainda, a determinação de suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional (acórdão publicado no DJe de 21/10/2019).

Nesses termos, levando-se em conta a questão discutida na presente demanda, determino o sobrestamento do feito.

Intimem-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5255293-36.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO
PARTE AUTORA: VALDECI SORATO
Advogado do(a) PARTE AUTORA: LUCAS FORATTO SILVA - SP357312-N
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DECISÃO

Trata-se de remessa necessária de sentença de procedência que condenou o INSS a conceder o benefício de aposentadoria por invalidez.

Não houve interposição de recurso voluntário.

Decido.

Descabida a remessa necessária no presente caso.

A sentença submetida à apreciação desta Corte foi proferida em 05 de fevereiro de 2020, sob a égide, portanto, do Código de Processo Civil de 2015.

De acordo como artigo 496, §3º, do CPC/2015:

"Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal.

§ 1º Nos casos previstos neste artigo, não interposta a apelação no prazo legal, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, e, se não o fizer, o presidente do respectivo tribunal avocá-los-á.

§ 2º Em qualquer dos casos referidos no § 1º, o tribunal julgará a remessa necessária.

§ 3º Não se aplica o disposto neste artigo quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a:

I - 1.000 (mil) salários-mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - 500 (quinhentos) salários-mínimos para os Estados, o Distrito Federal, as respectivas autarquias e fundações de direito público e os Municípios que constituam capitais dos Estados;

III - 100 (cem) salários-mínimos para todos os demais Municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público.

§ 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em:

I - súmula de tribunal superior;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa."

No caso, o pedido foi julgado procedente para condenar o INSS a conceder o benefício de aposentadoria por invalidez à parte autora, a partir da citação (13.06.2018).

Constata-se, portanto, que desde o termo inicial do benefício até a prolação da sentença, somam-se 20 (vinte) meses, totalizando, assim, idêntico número de prestações, cujo montante, mesmo que considerado o teto da Previdência Social, devidamente corrigido e com a incidência dos juros de mora e verba honorária, se afigurará muito inferior ao limite de alçada estabelecido na lei processual.

Por estes fundamentos, **não conheço** da remessa necessária, nos termos do artigo 496, § 3º, I, do CPC/2015.

Intimem-se.

Decorrido o prazo recursal, devolvam-se os autos ao Juízo de 1º grau, para cumprimento da r. sentença qualificada com o trânsito em julgado.

São Paulo, 20 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5257636-39.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: SELMA LOPES DE SOUZA
Advogado do(a) APELADO: FILIPE DA SILVA RODRIGUES CORREA - SP329547-N

DECISÃO

Recebo o(s) apelo(s) interposto(s), no que se refere à tutela antecipadamente deferida, tão somente no efeito devolutivo, conforme disposto no art. 1.012, § 1º, V, do Código de Processo Civil- CPC.

No mais, em seus regulares efeitos, nos termos do *caput* do mesmo dispositivo.

Intimem-se.

Após, tornem conclusos.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5224536-93.2019.4.03.9999

RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO

APELANTE: JOEL RODRIGUES DE CARVALHO, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL- INSS

Advogado do(a) APELANTE: CAIO GONCALVES DE SOUZA FILHO - SP191681-N

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL- INSS, JOEL RODRIGUES DE CARVALHO

Advogado do(a) APELADO: CAIO GONCALVES DE SOUZA FILHO - SP191681-N

DECISÃO

Tendo em vista que a r. sentença recorrida condenou a autarquia na implantação de benefício previdenciário, cuja natureza é eminentemente alimentar (Arts. 114 e 33 da Lei nº 8.213/91 c/c. 1.012, § 1º, II, do Código de Processo Civil), recebo o(s) apelo(s), neste aspecto, tão somente no efeito devolutivo, facultando ao interessado a execução provisória, em primeiro grau de jurisdição, da obrigação de fazer.

No tocante ao pagamento das quantias atrasadas, recebo o(s) recurso(s) em ambos os efeitos legais, na medida em que, além de dependerem da expedição de precatório e, com isto, do trânsito em julgado da r. decisão, não possuem natureza alimentar, eis que se tratam de valores em atraso.

Intimem-se.

Após, tornem conclusos.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5293246-68.2019.4.03.9999

RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO

APELANTE: ELISANGELA DOS SANTOS SALGADO, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL- INSS

Advogado do(a) APELANTE: CAMILA MARIA OLIVEIRA PACAGNELLA - SP262009-N

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL- INSS, ELISANGELA DOS SANTOS SALGADO

DECISÃO

Recebo o(s) apelo(s) interposto(s), no que se refere à tutela antecipadamente deferida, tão somente no efeito devolutivo, conforme disposto no art. 1.012, § 1º, V, do Código de Processo Civil- CPC.

No mais, em seus regulares efeitos, nos termos do *caput* do mesmo dispositivo.

Intimem-se.

Após, tomem conclusos.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5354176-52.2019.4.03.9999

RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO

APELANTE: RENATO MARTINS DA SILVA

Advogado do(a) APELANTE: VAGNER ALEXANDRE CORREA - SP240429-N

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DECISÃO

Recebo o(s) apelo(s) interposto(s), no que se refere à tutela antecipadamente deferida, tão somente no efeito devolutivo, conforme disposto no art. 1.012, § 1º, V, do Código de Processo Civil- CPC.

No mais, em seus regulares efeitos, nos termos do *caput* do mesmo dispositivo.

ID. n.º 67955902, 67955903 e 67955904: Dê-se vista ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS aos documentos juntados pela parte autora, pelo prazo de 15 (quinze) dias.

Intimem-se.

Após, tomem conclusos.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001456-23.2018.4.03.6183
RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: FERNANDO AMARAL CIRILLO
Advogado do(a) APELADO: SILMAR BRASIL - SP116160-A

DECISÃO

Recebo o(s) apelo(s) interposto(s) em ambos os efeitos, nos termos do art. 1.012, *caput*, do Código de Processo Civil - CPC/2015.

Verifico que esta demanda envolve controvérsia relativa à possibilidade de aplicação da regra definitiva prevista no art. 29, I e II da Lei 8.213/1991, na apuração do salário de benefício, quando mais favorável do que a regra de transição contida no art. 3º da Lei 9.876/1999, aos Segurados que ingressaram no sistema antes de 26.11.1999.

Registro que o C. Superior Tribunal de Justiça afetou os Recursos Especiais nºs 1.554.596/SC e 1.596.203/PR como representativos da controvérsia, tendo a questão sido cadastrada como Tema Repetitivo nº 999.

No julgamento ocorrido em 11.12.2019, a 1ª Seção daquela Corte firmou tese assegurando o direito revisional, contudo, foi interposto recurso extraordinário pela autarquia.

O c. STJ, em juízo de admissibilidade, admitiu o recurso excepcional como representativo de controvérsia, determinando a suspensão de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a mesma controvérsia em trâmite em todo o território nacional, determinando a suspensão de todos os processos que versem sobre a mesma matéria.

Desta feita, de rigor o sobrestamento do presente feito, até o julgamento da controvérsia pela Corte Suprema, nos termos do art. 1.036, §1º, do CPC/2015.

Proceda a Subsecretaria às anotações de praxe.

Intimem-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5522716-63.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO
APELANTE: TANIA MARIA ALCANTARA DE OLIVEIRA PEREIRA
Advogado do(a) APELANTE: GUILHERME HENRIQUE BARBOSA FIDELIS - SP209097-N

DECISÃO

Recebo o(s) apelo(s) interposto(s), no que se refere à tutela antecipadamente deferida, tão somente no efeito devolutivo, conforme disposto no art. 1.012, § 1º, V, do Código de Processo Civil - CPC.

No mais, em seus regulares efeitos, nos termos do *caput* do mesmo dispositivo.

Intimem-se.

Após, tomem conclusos.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5608986-90.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: MARIA DE FATIMA DA SILVA
Advogado do(a) APELADO: RAPHAEL APARECIDO DE OLIVEIRA - SP267737-N

DECISÃO

Tendo em vista que a r. sentença recorrida condenou a autarquia na implantação de benefício previdenciário, cuja natureza é eminentemente alimentar (Arts. 114 e 33 da Lei nº 8.213/91 c/c. 1.012, § 1º, II, do Código de Processo Civil), recebo o(s) apelo(s), neste aspecto, tão somente no efeito devolutivo, facultando ao interessado a execução provisória, em primeiro grau de jurisdição, da obrigação de fazer.

No tocante ao pagamento das quantias atrasadas, recebo o(s) recurso(s) em ambos os efeitos legais, na medida em que, além de dependerem da expedição de precatório e, com isto, do trânsito em julgado da r. decisão, não possuem natureza alimentar, eis que se tratam de valores em atraso.

Intimem-se.

Após, tomem conclusos.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5443516-07/2019.4.03.9999

RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO

APELANTE: ROBERTA QUEIROZ DOS SANTOS, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) APELANTE: WENDELL HELIODORO DOS SANTOS - SP225922-N

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, ROBERTA QUEIROZ DOS SANTOS

Advogado do(a) APELADO: WENDELL HELIODORO DOS SANTOS - SP225922-N

DECISÃO

Recebo o(s) apelo(s) interposto(s), no que se refere à tutela antecipadamente deferida, tão somente no efeito devolutivo, conforme disposto no art. 1.012, § 1º, V, do Código de Processo Civil - CPC.

No mais, em seus regulares efeitos, nos termos do *caput* do mesmo dispositivo.

Intimem-se.

Após, tomem conclusos.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5668446-08.2019.4.03.9999

RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA

APELANTE: CARLOS ROBERTO LUIZ

Advogado do(a) APELANTE: GESLER LEITAO - SP201023-N

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de demanda em que se discute a possibilidade de aplicação da regra definitiva prevista no art. 29, I e II da Lei 8.213/1991, na apuração do salário de benefício, quando se revelar mais favorável do que a regra de transição contida no art. 30. da Lei 9.876/1999.

A questão *sub judice* foi afetada e apreciada pelo C. STJ (Tema 999), no julgamento dos Recursos Especiais n. 1.554.596 e 1.596.203, submetidos a sistemática de recursos repetitivos.

Inconformado com o entendimento assentado pelo C. STJ, o INSS interpôs Recurso Extraordinário, o qual foi admitido como representativo de controvérsia, oportunidade em que se determinou “a suspensão de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a mesma controvérsia em trâmite em todo o território nacional”.

Por tais razões, com base no artigo 932, I, c.c o artigo 1.36, §1º, ambos do CPC/2015, DETERMINO O SOBRESTAMENTO do presente feito.

Após intimação das partes, PROCEDA a Subsecretaria com as anotações pertinentes.

P.I.C.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000298-13.2017.4.03.6103

RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORUYAMAMOTO

APELANTE: HERMANTINA SILVA DE FARIA

Advogado do(a) APELANTE: KEILA GARCIA GASPAR - SP279589-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Vistos.

Tendo em vista o informado pela Contadoria (ID 132001633), intimem-se as partes para eventual manifestação, em cinco dias.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5936138-40.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: CLEONICE XAVIER DE LIMA
Advogado do(a) APELADO: ANGELA FABIANA CAMPOPIANO - SP226489-N

DECISÃO

Tendo em vista que a r. sentença recorrida condenou a autarquia na implantação de benefício previdenciário, cuja natureza é eminentemente alimentar (Arts. 114 e 33 da Lei nº 8.213/91 c/c. 1.012, § 1º, II, do Código de Processo Civil), recebo o(s) apelo(s), neste aspecto, tão somente no efeito devolutivo, facultando ao interessado a execução provisória, em primeiro grau de jurisdição, da obrigação de fazer.

No tocante ao pagamento das quantias atrasadas, recebo o(s) recurso(s) em ambos os efeitos legais, na medida em que, além de dependerem da expedição de precatório e, com isto, do trânsito em julgado da r. decisão, não possuem natureza alimentar, eis que se tratam de valores em atraso.

Intinem-se.

Após, tomem conclusos.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5910248-02.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: MARIA DE LURDES RODRIGUES
Advogado do(a) APELADO: SERGIO PAULO BATISTA - SP112470-N

DECISÃO

Recebo o(s) apelo(s) interposto(s), no que se refere à tutela antecipadamente deferida, tão somente no efeito devolutivo, conforme disposto no art. 1.012, § 1º, V, do Código de Processo Civil - CPC.

No mais, em seus regulares efeitos, nos termos do *caput* do mesmo dispositivo.

Intinem-se.

Após, tomem conclusos.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003858-43.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA
APELANTE: JUVENAL AUGUSTO DE MORAES
Advogado do(a) APELANTE: MARCUS ELY SOARES DOS REIS - SP304381-S
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

D E C I S Ã O

Discute-se neste feito a possibilidade de readequação de benefício previdenciário calculado e concedido antes da Constituição Federal de 1988 aos novos tetos dos salários-de-contribuição de R\$ 1.200,00 e de R\$ 2.400,00, fixados, respectivamente, pelas EC nº 20/98 e EC nº 41/2003.

A matéria aqui debatida constitui objeto do IRDR - INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - 5022820-39.2019.4.03.0000, de minha relatoria, no qual a C. Terceira Seção desta Corte determinou “a suspensão dos processos pendentes, individuais ou coletivos, que tenham como objeto a temática posta neste incidente e que tramitam nesta 3ª Região, inclusive dos feitos que correm nos Juizados Especiais Federais (artigo 982, I, do CPC/2015)”.

Por tais razões, com base no artigo 932, I, c.c os artigos 313, IV e 982, I, todos do CPC/2015, DETERMINO O SOBRESTAMENTO do presente feito.

Após intimação das partes, PROCEDA a Subsecretaria com as anotações pertinentes.

P.I.C.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5012078-70.2019.4.03.6105
RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORUYAMAMOTO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: EUVANI RAFAEL AMANCO DA SILVA
Advogado do(a) APELADO: ROGERIO MOREIRA DA SILVA - SP225095-N
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos.

Conforme se constata dos autos, a matéria versada no presente “writ” refere-se a pedido de concessão de segurança para determinar que a autoridade impetrada proceda à conclusão do pedido administrativo de aposentadoria por tempo de contribuição (NB 42/183.202.526-5).

É a síntese do necessário.

Decido.

De início, destaco que a matéria debatida ao caso em tela não se insere na competência desta E. Terceira Seção, porquanto não está afeta à Previdência e Assistência Social, nos termos do artigo 10, § 3º, do Regimento Interno deste Tribunal, que dispõe:

"Art. 10 - A competência das Seções e das respectivas Turmas, que as integram, é fixada em função da matéria e da natureza da relação jurídica litigiosa.

(...)

§ 3º - À Terceira Seção cabe processar e julgar os feitos relativos à Previdência e Assistência Social, excetuada a competência da Primeira Seção."

Conforme se verifica do processado, a presente ação não versa, em especial, sobre pedido de concessão/revisão de benefício previdenciário, mas sim sobre a demora na conclusão da postulação administrativa realizada. Assim sendo, a competência para julgar o recurso interposto é de uma das Turmas da Segunda Seção deste Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, consoante precedentes desta E. Corte.

Neste sentido:

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. ANÁLISE DE REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. COMPETÊNCIA DA 2ª SEÇÃO DO TRIBUNAL.

1. Os precedentes do Órgão Especial são no sentido de que compete à 2ª Seção do Tribunal a análise de mandado de segurança em que não se postula a concessão de benefício previdenciário, mas que se determine à autoridade impetrada a análise de requerimento administrativo, sob o fundamento de que há excessiva demora da Autarquia, com descumprimento de prazos legais e desrespeito aos princípios da eficiência e da razoável duração do processo administrativo (TRF da 3ª Região, Órgão Especial, CC n. 0003547-33.2017.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Nery Júnior, j. 11.04.18; CC n. 0003622-72.2017.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Nelton dos Santos, j. 25.10.17; CC n. 0014775-39.2016.4.03.0000, Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, j. 10.05.17).

2. No caso dos autos, postula a impetrante a concessão de segurança para que o Gerente Executivo do Posto do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS em Guarulhos “analise de vez o requerimento de Aposentadoria por Idade nº 41/177.911.216-2 apresentado pela Impetrante, concedendo o mesmo se for o caso, desde o requerimento administrativo ocorrido em 03/02/2017”.

3. Conflito de competência julgado procedente para declarar a 6ª Turma da 2ª Seção do Tribunal competente para a análise do reexame necessário em mandado de segurança.” (TRF 3ª Região, CC 5007662-41.2019.4.03.0000, Órgão Especial, Rel. Des. Fed. ANDRÉ NEKATSCHALOW).

Ante o exposto, redistribua-se a um dos integrantes da Colenda 2ª Seção, nos termos do Regimento Interno desta Corte.

Intimem-se.

São Paulo, .

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0004048-60.2017.4.03.9999

RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: WANTUIL GONCALVES RIBEIRO

Advogado do(a) APELADO: FABIO EDUARDO DE LAURENTIZ - SP170930-N

DECISÃO

Compulsando os autos, verifico que parte da matéria tratada na presente demanda versa sobre a *possibilidade de reconhecimento da especialidade da atividade de vigilante, exercida após a edição da Lei 9.032/1995 e do Decreto 2.172/1997*.

Registro que o C. Superior Tribunal de Justiça afetou os Recursos Especiais nº 1.831.371/SP, 1.831.377/PR e 1.830.508/RS como representativos da controvérsia, tendo a questão sido cadastrada como Tema Repetitivo nº 1.031, determinando a suspensão de todos os processos que versem sobre a mesma matéria.

Desta feita, de rigor o **sobrestamento do presente feito**, até o julgamento da controvérsia pela Corte Superior, nos termos do artigo 1.036, §1º, do CPC/2015.

Proceda a Subsecretaria às devidas anotações.

Intimem-se. Cumpra-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5201858-84.2019.4.03.9999

RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: AMADEU RODRIGUES

Advogado do(a) APELADO: MARCELO BASSI - SP204334-N

DECISÃO

Tendo em vista que a r. sentença recorrida condenou a autarquia na implantação de benefício previdenciário, cuja natureza é eminentemente alimentar (Arts. 114 e 33 da Lei nº 8.213/91 c/c. 1.012, § 1º, II, do Código de Processo Civil), recebo o(s) apelo(s) e o recurso adesivo, neste aspecto, tão somente no efeito devolutivo, facultando ao interessado a execução provisória, em primeiro grau de jurisdição, da obrigação de fazer.

No tocante ao pagamento das quantias atrasadas, recebo o(s) recurso(s) em ambos os efeitos legais, na medida em que, além de dependerem da expedição de precatório e, com isto, do trânsito em julgado da r. decisão, não possuem natureza alimentar, eis que se tratam de valores em atraso.

Intimem-se.

Após, tomem conclusos.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5508288-76.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO
APELANTE: PEDRO TEIXEIRA DA SILVA
Advogado do(a) APELANTE: LUCILENE CERVIGNE BARRETO - SP108107-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DECISÃO

Recebo o(s) apelo(s) interposto(s) em ambos os efeitos, nos termos do art. 1.012, *caput*, do Código de Processo Civil - CPC/2015.

Intimem-se.

Após, tomem conclusos para julgamento em momento oportuno.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5558328-62.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: ESTELA DE FATIMA BRANCO DA PAIXAO
Advogado do(a) APELADO: ADRIANA BEAZINI DE SOUZA BAHIA - SP243790-N

DECISÃO

Tendo em vista que a r. sentença recorrida condenou a autarquia na implantação de benefício previdenciário, cuja natureza é eminentemente alimentar (Arts. 114 e 33 da Lei nº 8.213/91 c/c. 1.012, § 1º, II, do Código de Processo Civil), recebo o(s) apelo(s), neste aspecto, tão somente no efeito devolutivo, facultando ao interessado a execução provisória, em primeiro grau de jurisdição, da obrigação de fazer.

No tocante ao pagamento das quantias atrasadas, recebo o(s) recurso(s) em ambos os efeitos legais, na medida em que, além de dependerem da expedição de precatório e, com isto, do trânsito em julgado da r. decisão, não possuem natureza alimentar, eis que se tratam de valores em atraso.

Intimem-se.

Após, tomem conclusos.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5177668-23.2020.4.03.9999

RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORUYAMAMOTO

APELANTE: JOSE APARECIDO DE ANDRADE

Advogado do(a) APELANTE: PAULO CESAR DE MACEDO - SP343414-N

APELADO: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVAVEIS

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Vistos.

Conforme se constata dos autos, é certo que a matéria debatida ao caso não se insere na competência desta 3ª Seção desta E. Corte, sendo fixada, em princípio, na competência da E. Segunda Seção, segundo certificado pela Distribuição:

Confira-se:

"Art. 10 - A competência das Seções e das respectivas Turmas, que as integram, é fixada em função da matéria e da natureza da relação jurídica litigiosa.

"(...)

§ 2º - À Segunda Seção cabe processar e julgar os feitos relativos ao direito público, ressalvados os que se incluem na competência da Primeira e Terceira Seções, dentre outros:

I - matéria constitucional, incluindo nacionalidade, opção e naturalização, excetuadas as competências do Órgão Especial, da Primeira e Terceira Seções;

II - licitações;

III - nulidade e anulabilidade de atos administrativos, excetuada a matéria da Primeira e Terceira Seções;

IV - ensino superior;

V - inscrição e exercício profissional;

VI - tributos em geral e preços públicos;

VII - contribuições, excetuadas as de competência da Primeira Seção "

Ante o exposto, redistribua-se o presente feito a um dos integrantes da Colenda 2ª Seção, nos termos do Regimento Interno desta E. Corte.

Intimem-se.

São Paulo, .

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6072238-02.2019.4.03.9999

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

APELANTE: LUIZ DIAS DA SILVA

Advogado do(a) APELANTE: FABIANA LOPES PEREIRA KALLAS - SP306776-N

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos.

Conforme comunicação oriunda do C. Superior Tribunal de Justiça, informo que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça por unanimidade afetou o Recurso Especial 1.803.154/RS e 1.767.789 PR, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, para julgamento pelo sistema dos recursos repetitivos (art. 1.036, § 5º do CPC/2015 e art. 256-I do RISTJ, incluído pela Emenda Regimental nº 24, de 28 de setembro de 2016). A matéria neles debatida, consistente na discussão quanto à: "*questão relativa à possibilidade ou não de o segurado do Regime Geral de Previdência Social receber parcelas pretéritas de aposentadoria concedida judicialmente até a data inicial de aposentadoria concedida administrativa pelo INSS*".

A comunicação recebida ainda esclarece que, nos termos do parágrafo único do art. 257-C do RISTJ, a questão em análise foi cadastrada como "TEMA REPETITIVO N. 1018", na base de dados do Superior Tribunal de Justiça, informando, ainda, que a Primeira Seção do C. STJ determinou a "*suspensão do processamento de todos os processos, individuais ou coletivos, que versem sobre a mesma matéria e tramitem no território nacional*".

Nesses termos, levando-se em conta a questão discutida na presente demanda, determino o sobrestamento do feito.

Intimem-se.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5014216-55.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORU YAMAMOTO
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

AGRAVADO: INES AMELIA DALLARA
Advogado do(a) AGRAVADO: MARCIO AURELIO REZE - SP73658-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS contra a r. decisão proferida pelo MM. Juízo *a quo* que, em sede de mandado de segurança, objetivando a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, deferiu em parte a liminar, para que a autoridade impetrada reconheça, para efeito de carência e tempo de contribuição, o período de 02/06/2003 a 10/07/2006, em que a autora esteve em gozo do benefício de auxílio-doença, e proceda ao recálculo do número total de contribuições vertidas.

Inconformado com a decisão, o agravante interpõe o presente recurso, aduzindo, em síntese, que é inconcebível que se compute o período de Auxílio-Doença/Aposentadoria por Invalidez como tempo de carência, tendo em vista que no período não há contribuição do segurado, mas tão-somente percepção de benefício pago pela autarquia.

Decido.

Discute-se nos autos a possibilidade de utilização do tempo em que o segurado esteve em gozo de auxílio-doença, para fins de carência.

Verifica-se, ainda, que a parte autora esteve em gozo do benefício previdenciário auxílio-doença no período de 02/06/2003 a 10/07/2006, durante ou intercaladamente aos registros ou recolhimentos que efetuou à Previdência Social.

Coerente com as disposições do art. 29, § 5º, e art. 55, II, ambos da Lei 8.213/1991, os incisos III e IX do art. 60 do Decreto 3.048/1999, asseguram, até que lei específica discipline a matéria, que são contados como tempo de contribuição o período em que o segurado esteve recebendo auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez (entre períodos de atividade), bem como o período em que o segurado esteve recebendo benefício por incapacidade por acidente do trabalho (intercalado ou não).

A propósito, os seguintes julgados:

"PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. FILIAÇÃO APÓS 24.07.1991. CÔMPUTO DO PERÍODO DE AUXÍLIO DOENÇA. REQUISITOS PREENCHIDOS.

1. O benefício de aposentadoria por idade está previsto no Art. 48, da Lei nº 8.213/91, e é devida ao segurado, que cumprida a carência, completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta), se mulher.
2. Para a concessão do benefício de aposentadoria por idade para trabalhador urbano, exige-se um mínimo de 180 contribuições mensais (Art. 25, II, da Lei nº 8.213/91) relativamente aos novos filiados, ou contribuições mínimas que variam de 60 a 180 (Art. 142, da Lei nº 8.213/91), em relação aos segurados já inscritos na Previdência Social, na data da publicação da Lei nº 8.213, em 24 de julho de 1991.
3. Os períodos em que a autora esteve em gozo do benefício de auxílio doença, por estarem intercalados com períodos contributivos, devem ser computados como tempo de contribuição e para fins de carência. Precedentes do STJ.
4. Remessa oficial desprovida.

(TRF 3ª Região, DÉCIMA TURMA, *ReeNec - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 364974 - 0001697-93.2012.4.03.6118*, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA, julgado em 20/03/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:27/03/2018)

"PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. ART. 48, "CAPUT", DA LEI 8.213/91. PERÍODO EM GOZO DE BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE. CÔMPUTO PARA FINS DE CARÊNCIA. POSSIBILIDADE. BENEFÍCIO DEVIDO.

1. Implementada a idade mínima e cumprida a carência exigida, é devida a concessão do benefício de aposentadoria por idade urbana prevista no artigo 48, "caput", da Lei nº 8.213/91.
2. O período em que a autora esteve em gozo do benefício previdenciário de auxílio-doença, devidamente intercalado com períodos de atividade, deve ser contado tanto para fins de tempo de contribuição como para carência.
3. Apelação do INSS desprovida.

(TRF 3ª Região, DÉCIMA TURMA, *AC - APELAÇÃO CÍVEL - 2213468 - 0042754-49.2016.4.03.9999*, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA, julgado em 28/03/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/04/2017)

Ante o exposto, **indefero** o efeito suspensivo.

Comunique-se ao Juízo de origem.

Intime-se o agravado para resposta, nos termos do artigo 1.019, II, do Código de Processo Civil.

Intime-se.

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

São Paulo, de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015798-90.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORU YAMAMOTO
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PROCURADOR: YVES SANFELICE DIAS
Advogado do(a) AGRAVANTE: YVES SANFELICE DIAS - SP173705
AGRAVADO: MARIA CLARA BARBOSA
Advogado do(a) AGRAVADO: SONIA REGINA PERETTO - SP76215
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS contra a r. decisão proferida pelo MM. Juízo *a quo* que, em sede de ação previdenciária, objetivando a concessão de benefício assistencial, deferiu a tutela de urgência.

Inconformado com a decisão, o agravante interpõe o presente recurso, aduzindo, em síntese, que não estão demonstrados os requisitos para a concessão do benefício.

Decido

Consoante o artigo 300 do CPC, a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

O benefício assistencial pleiteado está previsto no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal, bem como na Lei nº 8.742/93.

Nesta fase de análise sumária, do exame que faço da decisão impugnada, não vislumbro eventual ilegalidade e/ou abuso de poder a viciá-la, motivo pelo qual determino o processamento do feito, independente da concessão da providência requerida.

Cumprе ressaltar que a tutela antecipada tem caráter provisório, podendo ser cassada no caso de ser afastada a prova de verossimilhança das alegações da parte autora.

Ademais, à luz do princípio da proporcionalidade, entre eventual impossibilidade de repetição de numerários adiantados e a sobrevivência da parte vindicante, inclino-me pelo resguardo do segundo bem jurídico, em virtude da necessidade da preservação do direito fundamental à vida e da dignidade da pessoa humana, hierarquicamente superiores, na tutela constitucional.

Ante o exposto, **indefiro** o efeito suspensivo.

Comunique-se ao MM. Juízo de origem.

Intime-se o agravado para resposta, nos termos do artigo 1.019, II, do Código de Processo Civil.

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

Intime-se.

São Paulo, de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5014218-25.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORU YAMAMOTO
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

AGRAVADO: HEUBEN DE ANDRADE GOMES
Advogado do(a) AGRAVADO: DIOGO HENRIQUE DOS SANTOS - SP398083-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, em face de decisão que, em sede de cumprimento de sentença, homologou os cálculos de liquidação elaborados pela contadoria judicial.

Em suas razões de inconformismo, aduz, em síntese, que os cálculos acolhidos contrariam a legislação de regência atinente aos juros de mora, devendo ser aplicado o artigo 1º-F da Lei n. 9.494/97, na redação dada pela Lei n. 11.960/2009, a partir de sua vigência.

Decido.

Da análise dos autos, verifica-se que o feito de origem objetiva o cumprimento de Sentença através da Execução de Título Judicial, da sentença proferida na Ação Civil Pública nº 0011237-82.2003.403.6183, que determinou a aplicação do IRSM.

Destaco que o título executivo judicial, datado de 10.02.2009, portanto, anterior à edição da Lei n. 11.960/09, determinou a aplicação de correção monetária nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, bem como o acréscimo de juros de mora à ordem de 1% ao mês, a partir da data da citação.

Sobre os critérios de juros de mora e de correção monetária, cabe ressaltar que o E. STF, no julgamento do mérito do RE 870.947/SE, realizado em 20.09.2017, firmou a seguinte tese em relação à correção monetária: "*O artigo 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina*".

Já no que se refere aos juros de mora, a Suprema Corte fixou o entendimento de que "*a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no artigo 1º-F da Lei 9.494/1997 com a redação dada pela Lei 11.960/2009*".

A adoção dos índices estabelecidos no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal para a elaboração da conta de liquidação é medida de rigor, porquanto suas diretrizes são estabelecidas pelo Conselho da Justiça Federal, observando estritamente os ditames legais e a jurisprudência dominante, e objetivando a unificação dos critérios de cálculo a serem adotados na fase de execução de todos os processos sob a sua jurisdição.

Os Manuais de Cálculos são aprovados por Resoluções do Conselho da Justiça Federal - CJF e sofrem periódicas atualizações, sendo substituídos por novos manuais, para adequarem-se às modificações legislativas supervenientes, devendo, assim, ser observada a versão mais atualizada do manual, vigente na fase de execução do julgado.

No caso, procede a irrisignação do INSS, eis que o r. julgado, prolatado na vigência do Novo Código Civil, estabeleceu a incidência dos juros de mora a razão de 1% ao mês, de modo que tal percentual deve ser adequado à legislação superveniente, qual seja, à Lei nº 11.960/2009, que alterou o artigo 1º-F da Lei nº 9.494/1997 e estabeleceu juros de mora de 0,5% (meio por cento) ao mês.

A propósito, já decidi esta C. Sétima Turma:

"PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. JUROS DE MORA. TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL FORMADO ANTES DA EDIÇÃO DA LEI Nº 11.960/09. APLICABILIDADE IMEDIATA AOS PROCESSOS EM CURSO. PRECEDENTE. CORREÇÃO MONETÁRIA. PRINCÍPIO DA FIDELIDADE AO TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. APLICAÇÃO DO MANUAL DE ORIENTAÇÃO E PROCEDIMENTOS PARA CÁLCULOS NA JUSTIÇA FEDERAL. UTILIZAÇÃO DA VERSÃO ATUALIZADA, VIGENTE À ÉPOCA DA EXECUÇÃO DO JULGADO. PRECEDENTE. LEI Nº 11.960/09. APLICABILIDADE. DESCABIMENTO. RECURSO DO INSS PARCIALMENTE PROVIDO.

1 - O art. 509, §4º, do Código de Processo Civil, consagrou o princípio da fidelidade ao título executivo judicial, pelo qual se veda, em sede de liquidação, rediscutir a lide ou alterar os elementos da condenação. Assim, a execução deve limitar-se aos exatos termos do título que a suporta, não se admitindo modificá-los ou mesmo neles inovar; em respeito à coisa julgada.

2 - Por outro lado, as alterações legislativas acerca dos critérios de juros de mora em momento posterior ao título formado devem ser observadas, por ser norma de trato sucessivo, razão pela qual os efeitos da Lei nº 11.960/09 têm aplicação imediata aos processos em curso, consoante decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso representativo de controvérsia repetitiva (REsp nº 1.205.946/SP), não se admitindo apenas a sua retroatividade.

3 - A conclusão acima abarca a mudança operada a posteriori da decisão os fixou, pois a parte não possuía, à época, interesse recursal. Por outro lado, se a sentença já foi proferida sob a égide da novel legislação, neste particular, prevalecem os efeitos da coisa julgada, pois o prejudicado tinha meios de apresentar a impugnação cabível.

4 - O título executivo judicial formado na Ação Civil Pública nº 2003.61.83.011237-8 data de 10 de fevereiro de 2009, oportunidade em que determinou a incidência de juros de mora, a contar da citação, à taxa de 1% ao mês.

5 - Nesse passo, exclusivamente no tocante aos juros de mora, de rigor a aplicabilidade da Lei nº 11.960/09, diploma legal que atribuiu nova redação ao art. 1º-F da Lei nº 9.494/97. Precedente desta Turma.

6 - No que diz com a correção monetária, o julgado exequendo assegurou a revisão da RMI dos benefícios, corrigindo-se os salários-de-contribuição pelo IRSM de fevereiro/1994, com o pagamento dos valores apurados corrigidos monetariamente, de acordo com o Manual de Orientação e Procedimentos para Cálculos na Justiça Federal.

7 - Referido Manual de Cálculos teve suas balizas estabelecidas pelo Conselho da Justiça Federal observando estritamente os ditames legais e a jurisprudência dominante, objetivando a unificação dos critérios de cálculo a serem adotados na fase de execução de todos os processos sob a sua jurisdição. Assim, ainda que a decisão judicial faça menção expressa a determinado normativo que remetia à aplicação do Manual de Cálculos vigente à época, não há se falar em coisa julgada em relação aos critérios de correção monetária previstos em Manual aprovado por Resolução, se afigurando, no mínimo, esdríxulo falar-se em aplicação de ato revogado. Bem por isso, há que ser utilizada a versão mais atualizada do Manual, vigente à época da execução do julgado (Resolução CJF nº 267/13), a qual não contemplou as alterações promovidas pela Lei nº 11.960/09. Precedente.

8 - Retorno dos autos à Contadoria Judicial de origem, a fim de que seja refeita a memória de cálculo, com a incidência de juros moratórios, a partir de 1º de julho de 2009, na forma do disposto na Lei nº 11.960/09.

9 - Agravo de instrumento interposto pelo INSS parcialmente provido.

(TRF 3ª Região, 7ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5002589-88.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CARLOS EDUARDO DELGADO, julgado em 29/01/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 04/02/2020)

"PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. JUROS MORATÓRIOS. PERCENTUAL. LEI 11.960/09. SUPERVENIÊNCIA. APLICAÇÃO IMEDIATA.

I. O Colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.205.946/SP, processado sob o regime do art. 543-C do CPC, decidiu que as disposições contidas na Lei nº 11.960/09, em razão de sua índole processual, possuem aplicação imediata às execuções em curso, não se admitindo apenas a sua retroatividade.

II. No caso em tela, a sentença antes da vigência da Lei 11.960/2009 determinou expressamente a incidência dos juros moratórios à razão de 1% (um por cento) ao mês.

III. A fixação do percentual dos juros foi estabelecida na sentença exequenda de acordo com os parâmetros legislativos da época de sua prolação, o que não impede a adequação dos cálculos às modificações legislativas supervenientes, segundo entendimento consolidado na jurisprudência.

IV. Apelação provida."

(AC nº 2013.03.99.039170-3/SP, Relator Des. Federal Paulo Domingues, DE 18/04/2017)

Assim, não obstante se revele indevida a aplicação da TR - Taxa Referencial como índice de correção monetária, a irresignação recursal procede quanto aos juros de mora.

Ante o exposto, **defiro a antecipação da tutela recursal**, nos termos da fundamentação.

Intime-se o agravado para resposta, nos termos do art. 1.019, inciso II, do CPC.

Comunique-se o juízo de origem.

Int.

São Paulo, de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 6209126-75.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORU YAMAMOTO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL
APELADO: Y. G. V. R.
REPRESENTANTE: APARECIDA RODRIGUES VILLELA RIBEIRO
Advogado do(a) APELADO: ADILSON GALLO - SP122178-N,
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 6209126-75.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORU YAMAMOTO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

APELADO: Y. G. V. R.
REPRESENTANTE: APARECIDA RODRIGUES VILLELA RIBEIRO
Advogado do(a) APELADO: ADILSON GALLO - SP122178-N,
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

Trata-se de ação previdenciária ajuizada em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, objetivando a concessão do benefício de auxílio reclusão, previsto no artigo 80 da Lei nº 8.213/91.

A sentença julgou procedente o pedido, para condenar o INSS a conceder ao autor o benefício de auxílio-reclusão a partir da data do requerimento administrativo (17/09/2015), as parcelas vencidas serão acrescidas de correção monetária e juros de mora. Condenou ainda ao pagamento dos honorários advocatícios fixados em R\$ 2.000,00. Isento de custas.

Dispensado o reexame necessário.

O INSS interpôs apelação alegando que a parte autora não preenche os requisitos necessários à concessão do benefício.

Com as contrarrazões vieram os autos a E. Corte.

O Órgão do Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6209126-75.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORU YAMAMOTO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

APELADO: Y. G. V. R.
REPRESENTANTE: APARECIDA RODRIGUES VILLELA RIBEIRO
Advogado do(a) APELADO: ADILSON GALLO - SP122178-N,
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

Verifico, em juízo de admissibilidade, que o recurso ora analisado mostra-se formalmente regular, motivado (artigo 1.010 CPC) e com partes legítimas, preenchendo os requisitos de adequação (art. 1009 CPC) e tempestividade (art. 1.003 CPC). Assim, presente o interesse recursal e inexistindo fato impeditivo ou extintivo, recebo-o e passo a apreciá-lo nos termos do artigo 1.011 do Código de Processo Civil.

O benefício de auxílio-reclusão encontra-se disciplinado pelo art. 201, inciso IV, da Constituição Federal, com as alterações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 20/98, art. 80 da Lei nº 8.213/91 e arts. 116 a 119 do Decreto nº 3.048/99.

O art. 201, inciso IV, da CF, prescreve: "A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (...) IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda".

Por sua vez, dispõe o artigo 80, da Lei nº 8.213/91 que: "O auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão, que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço".

Acrescenta o seu parágrafo único: "O requerimento do auxílio-reclusão deverá ser instruído com certidão do efetivo recolhimento à prisão, sendo obrigatória, para a manutenção do benefício, a apresentação de declaração de permanência na condição de presidiário".

A Emenda Constitucional nº 20/98, disciplinou, em seu artigo 13: "até que a lei discipline o acesso ao salário-família e auxílio-reclusão para os servidores, segurados e seus dependentes, esses benefícios serão concedidos apenas àqueles que tenham renda bruta mensal igual ou inferior a R\$ 360,00 (trezentos e sessenta reais), que, até a publicação da lei, serão corrigidos pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social".

Os dispositivos mencionados foram regulamentados pelo Decreto nº 3.048/99, nos artigos 116 a 119. Frisa a necessidade de manutenção da qualidade de segurado e a presença da dependência econômica (§ 1º do art. 116). Estabelece que "serão aplicados ao auxílio-reclusão as normas referentes à pensão por morte, sendo necessária, no caso de qualificação de dependentes após a reclusão ou detenção do segurado, a preexistência da dependência econômica" (§ 3º do art. 116) e que "a data de início do benefício será fixada na data do efetivo recolhimento do segurado à prisão, se requerido até trinta dias depois desta, ou na data do requerimento, se posterior" (§ 4º do art. 116).

É hoje prestação que independe de carência - de um número mínimo de contribuições por parte do segurado -, segundo o disposto no art. 26 da Lei nº 8.213/91.

Destaque-se, por oportuno, que é vedada a concessão do auxílio-reclusão aos dependentes do segurado que perder essa qualidade, nos termos do art. 15 da Lei nº 8.213/91.

Para comprovar o alegado, foi acostado aos autos certidão de nascimento do autor com registro em 04/10/2011, certidão de recolhimento prisional em nome do recluso, indicando início da última prisão em 06/04/2015, permanecendo recluso por ocasião da emissão desta em 17/04/2015 e requerimento administrativo protocolado em 17/09/2015.

Em relação à qualidade de segurado do recluso verifica-se no extrato do sistema CNIS/DATAPREV que possui último registro em 22/09/2014 a 03/10/2014.

A parte autora comprovou ser filho do recluso através da certidão de nascimento, tornando-se dispensável a prova da dependência econômica, que é presumida.

Prosseguindo, no que tange ao limite da renda, o segurado não possuía rendimentos à época da prisão, vez que se encontrava desempregado.

Dessa forma, inexistente óbice à concessão do benefício aos dependentes, por não restar ultrapassado o limite previsto no art. 13 da Emenda Constitucional nº. 20 de 1998.

Vale frisar que o § 1º do art. 116 do Decreto n.º 3048/99 permite, nesses casos, a concessão do benefício, desde que mantida a qualidade de segurado, in verbis:

"Art. 116 (...)

§ 1º É devido auxílio-reclusão aos dependentes do segurado quando não houver salário-de-contribuição na data do seu efetivo recolhimento à prisão, desde que mantida a qualidade de segurado"

No mesmo sentido é a jurisprudência desta C. Corte, que ora colaciono:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA. AUXÍLIO-RECLUSÃO. TUTELA ANTECIPADA CONTRA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. IRREVERSIBILIDADE. CAUÇÃO.

1. Encontrando-se o segurado desempregado no momento de seu recolhimento à prisão, evidenciada, portanto, a ausência de renda superior ao limite de que trata o art. 13 da EC nº 20/98, os seus dependentes fazem jus ao benefício de auxílio-reclusão.

2. Não é parâmetro aferidor da renda, para fins de concessão do auxílio-reclusão, salário-de-contribuição verificado em momento muito anterior à prisão do segurado, porquanto não tem aptidão de revelar, quando do encarceramento, condição de suficiência financeira que constitua óbice ao deferimento do benefício. Aliás, o § 1º do art. 116 do Decreto nº 3.048/99 sinaliza no sentido de que o salário-de-contribuição a se considerar é aquele da data do efetivo recolhimento à prisão, tanto assim que dispôs ser devido auxílio-reclusão aos dependentes do segurando quando não houver salário-de-contribuição na data do seu efetivo recolhimento à prisão, desde que mantida a qualidade de segurado.

3. Diante do regramento estabelecido pela Lei nº 9.494/97, é insita a possibilidade de concessão de tutela antecipada e execução provisória contra pessoa jurídica de direito público.

4. Tratando-se de relação jurídica de trato sucessivo, como é o caso do benefício previdenciário, não se pode falar em irreversibilidade da medida antecipatória da tutela, pois ela não esgota a um só tempo o objeto da demanda, podendo o pagamento do benefício ser suspenso a qualquer tempo, se alterada a situação fática que alicerçou a tutela antecipada.

5. Dispensável a caução, nos termos do disposto no § 2º do art. 588, c.c. o § 3º do art. 273, ambos do CPC. 6. Agravo de instrumento improvido.

(TRF3 - AG 200203000430311 - AG - Agravo de Instrumento - 164969 - Décima Turma - DJU data:25/05/2005, página: 492 - Data da decisão 26/04/2005 - Data da Publicação 25/05/2005 - Relator Juiz Galvão Miranda)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUXÍLIO-RECLUSÃO. TUTELA ANTECIPADA. PRESENÇA DOS REQUISITOS.

I - Prevê o art. 273, caput, do Código de Processo Civil, que o magistrado poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação.

II - Considerando que o segurado recluso não percebia renda à época de seu recolhimento à prisão, vez que estava desempregado, há que se reconhecer que restaram preenchidos os requisitos necessários para a concessão do provimento antecipado.

III - Agravo de instrumento do INSS improvido.

(TRF - 3ª Região - AI 201003000074047 - AI - Agravo de Instrumento - 400821 - Décima Turma - DJF3 CJI data: 25/08/2010 página: 396 - Juiz Sergio Nascimento)

Em suma, comprovado o preenchimento dos requisitos legais para concessão de auxílio-reclusão, o direito que persegue a autora merece ser reconhecido.

O termo inicial do benefício deve ser fixado na data do requerimento administrativo (17/09/2015), conforme determinado pelo juiz sentenciante.

Aplicam-se, para o cálculo dos juros de mora e correção monetária, os critérios estabelecidos pelo Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal vigente à época da elaboração da conta de liquidação, observando-se o decidido nos autos do RE 870947.

Determino ainda a majoração da verba honorária em 2% (dois por cento) a título de sucumbência recursal, nos termos do §11 do artigo 85 do CPC/2015.

Ante ao exposto, **nego provimento à apelação do INSS**, mantendo a r. sentença proferida, nos termos acima expostas.

É o voto.

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-RECLUSÃO. REQUISITOS PREENCHIDOS. BENEFÍCIO CONCEDIDO.

1. Pedido de auxílio-reclusão, formulado pela parte autora, que dependia economicamente do recluso.
2. A parte autora comprovou ser filho do recluso por meio da apresentação de sua certidão de nascimento, sendo a dependência econômica presumida.
3. O recluso possuía a qualidade de segurado por ocasião da prisão.
4. Prosseguindo, no que tange ao limite da renda, o segurado não possuía rendimentos à época da prisão, vez que se encontrava desempregado.
5. Em suma, comprovado o preenchimento dos requisitos legais para concessão de auxílio-reclusão, o direito que persegue aos autores merece ser reconhecido.
6. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sétima Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento à apelação do INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6195306-86.2019.4.03.9999

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

APELANTE: M. L. B. G.

REPRESENTANTE: ELIANE BRONETE DONATO

Advogado do(a) APELANTE: MARCO AURELIO CARRASCOSSI DA SILVA - SP213007-N,

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6195306-86.2019.4.03.9999

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

APELANTE: M. L. B. G.

REPRESENTANTE: ELIANE BRONETE DONATO

Advogado do(a) APELANTE: MARCO AURELIO CARRASCOSSI DA SILVA - SP213007-N,

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

Trata-se de ação previdenciária ajuizada em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, objetivando a concessão do benefício de auxílio reclusão, previsto no artigo 80 da Lei nº 8.213/91.

A sentença julgou improcedente o pedido, condenando a parte autora ao pagamento das custas, despesas processuais e aos honorários advocatícios fixado em 10% do valor da causa, ressalvando-se, contudo, a concessão da justiça gratuita.

Inconformada parte autora interpôs apelação, sustentando, que preenche os requisitos necessários para a concessão do benefício.

Sema apresentação de contrarrazões, subiram os autos a esta Corte Regional.

O Órgão do Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6195306-86.2019.4.03.9999

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

APELANTE: M. L. B. G.

REPRESENTANTE: ELIANE BRONETE DONATO

Advogado do(a) APELANTE: MARCO AURELIO CARRASCOSSI DA SILVA - SP213007-N,

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

Verifico, em juízo de admissibilidade, que o recurso ora analisado mostra-se formalmente regular, motivado (artigo 1.010 CPC) e com partes legítimas, preenchendo os requisitos de adequação (art. 1009 CPC) e tempestividade (art. 1.003 CPC). Assim, presente o interesse recursal e inexistindo fato impeditivo ou extintivo, recebo-o e passo a apreciá-lo nos termos do artigo 1.011 do Código de Processo Civil.

O benefício de auxílio-reclusão encontra-se disciplinado pelo art. 201, inciso IV, da Constituição Federal, com as alterações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 20/98, art. 80 da Lei nº 8.213/91 e arts. 116 a 119 do Decreto nº 3.048/99.

O art. 201, inciso IV, da CF, prescreve: "A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (...) IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda".

Por sua vez, dispõe o artigo 80, da Lei nº 8.213/91 que: "O auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão, que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço".

Acrescenta o seu parágrafo único: "O requerimento do auxílio-reclusão deverá ser instruído com certidão do efetivo recolhimento à prisão, sendo obrigatória, para a manutenção do benefício, a apresentação de declaração de permanência na condição de presidiário".

A Emenda Constitucional nº 20/98, disciplinou, em seu artigo 13: "até que a lei discipline o acesso ao salário-família e auxílio-reclusão para os servidores, segurados e seus dependentes, esses benefícios serão concedidos apenas àqueles que tenham renda bruta mensal igual ou inferior a R\$ 360,00 (trezentos e sessenta reais), que, até a publicação da lei, serão corrigidos pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social".

Os dispositivos mencionados foram regulamentados pelo Decreto nº 3.048/99, nos artigos 116 a 119. Frisa a necessidade de manutenção da qualidade de segurado e a presença da dependência econômica (§ 1º do art. 116). Estabelece que "serão aplicados ao auxílio-reclusão as normas referentes à pensão por morte, sendo necessária, no caso de qualificação de dependentes após a reclusão ou detenção do segurado, a preexistência da dependência econômica" (§ 3º do art. 116) e que "a data de início do benefício será fixada na data do efetivo recolhimento do segurado à prisão, se requerido até trinta dias depois desta, ou na data do requerimento, se posterior" (§ 4º do art. 116).

É hoje prestação que independe de carência - de um número mínimo de contribuições por parte do segurado -, segundo o disposto no art. 26 da Lei nº 8.213/91.

Destaque-se, por oportuno, que é vedada a concessão do auxílio-reclusão aos dependentes do segurado que perder essa qualidade, nos termos do art. 15 da Lei nº 8.213/91.

Para comprovar o alegado, foi acostado aos autos certidão de nascimento da autora com registro em 21/03/2011, certidão de recolhimento prisional em nome do pai da autora, indicando início da última prisão em 02/10/2015, permanecendo recluso por ocasião da emissão do documento (06/09/2018) e requerimento administrativo protocolado em 11/09/2018.

Em relação à qualidade de segurado verifica-se no extrato do sistema CNIS/DATAPREV, que o recluso possui último registro em 01/03/2013 e última remuneração em 11/2013 no valor de R\$ 525,52, entretanto se refere a período parcial de trabalho, em 10/2013 sua remuneração foi de R\$ 1.784,68, ademais o recluso recebeu benefício de auxílio doença no período de 16/06/2013 a 15/08/2018 no valor de R\$ 1.240,00.

A autora comprovou ser filha do recluso através da certidão de nascimento, tornando-se dispensável a prova da dependência econômica, que é presumida.

De outro lado, o recluso possuía a qualidade de segurado por ocasião da prisão (02/10/2015).

Em relação ao limite dos rendimentos, o montante estabelecido pela EC n.º 20/98 e pelo artigo 116 do Decreto nº 3.048/99 (R\$ 360,00) vem sendo atualizado por meio de Portaria do Ministério da Previdência Social.

Nesse ponto, alinho-me à orientação assente no E. Supremo Tribunal Federal, que decidiu, no julgamento dos Recursos Extraordinários 587365 e 486413, reconhecendo a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada que, para a concessão do auxílio-reclusão, deve ser considerada a renda do segurado recluso.

Nesse sentido, confira-se:

PREVIDENCIÁRIO. CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUXÍLIO-RECLUSÃO. ART. 201, IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. LIMITAÇÃO DO UNIVERSO DOS CONTEMPLADOS PELO AUXÍLIO-RECLUSÃO. BENEFÍCIO RESTRITO AOS SEGURADOS PRESOS DE BAIXA RENDA. RESTRIÇÃO INTRODUZIDA PELA EC 20/1998. SELETIVIDADE FUNDADA NA RENDA DO SEGURADO PRESO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.

I - Segundo decorre do art. 201, IV, da Constituição, a renda do segurado preso é que a deve ser utilizada como parâmetro para a concessão do benefício e não a de seus dependentes.

II - Tal compreensão se extrai da redação dada ao referido dispositivo pela EC 20/1998, que restringiu o universo daqueles alcançados pelo auxílio-reclusão, a qual adotou o critério da seletividade para apurar a efetiva necessidade dos beneficiários.

III - Diante disso, o art. 116 do Decreto 3.048/1999 não padece do vício da inconstitucionalidade.

IV - Recurso extraordinário conhecido e provido.

(STF - RE 587365 RG/SC - Santa Catarina - data de publicação DJE 08/05/2009 - ATA N° 13/2009. DJE n° 84, divulgado em 07/05/2009 Rel min. Ricardo Lewandowski)

CONSTITUCIONAL. AUXÍLIO-RECLUSÃO. ART. 201, IV E ART. 13 DA EC 20/98. SABER SE A RENDA A SER CONSIDERADA PARA EFEITOS DE CONCESSÃO DO AUXÍLIO-RECLUSÃO DEVE SER A DO SEGURADO RECLUSO OU A DE SEUS DEPENDENTES INTERPRETAÇÃO DOS DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.

Decisão: O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencidos os Ministros Celso de Mello, Cármen Lúcia, Eros Grau, Joaquim Barbosa e Menezes Direito. Não se manifestaram os Ministros Cezar Peluso e Gilmar Mendes.

(STF RE 587365 RG/SC - Santa Catarina - Repercussão Geral no Recurso DJE 117 - Julgamento: 12/06/2008 public 24/06/2008)

Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski)

PREVIDENCIÁRIO. CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUXÍLIO-RECLUSÃO. ART. 201, IV, DA CF. DESTINATÁRIO. DEPENDENTE DO SEGURADO. ART. 13 DA EC 20/98. LIMITAÇÃO DE ACESSO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO IMPROVIDO.

I - Nos termos do art. 201, IV, da CF, o destinatário do auxílio-reclusão é o dependente do segurado recluso.

II - Dessa forma, até que sobrevenha lei, somente será concedido o benefício ao dependente que possua renda bruta mensal inferior ao estipulado pelo Constituinte Derivado, nos termos do art. 13 da EC 20/98.

III - Recurso extraordinário conhecido e provido.

(STF - RE 486413 / SP - SÃO PAULO Julgamento: 25/03/2009 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno DJE 07/05/2008 public 08/05/2009 Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski)

Esse entendimento foi firmado em detrimento das decisões que consideravam a renda dos dependentes como base para a concessão do benefício.

No caso dos autos, ao tempo do recolhimento à prisão, a renda mensal do segurado consistia em R\$ 1.240,00, valor do auxílio doença recebido à época, superior, portanto ao teto fixado, que na época correspondia a R\$ 1.089,72, conforme Portaria nº 13, de 09/01/2015.

Esclareça-se que o art. 116, *caput*, do Decreto nº 3.048/99 prevê como parâmetro de renda o "*último salário-de-contribuição*", o que afasta a adoção de qualquer outro valor.

Convém salientar que o auxílio-reclusão, pago aos dependentes, não pode ser cumulado com auxílio-doença, aposentadoria, abono de permanência em serviço ou salário-maternidade do mesmo instituidor que se encontra preso.

Em suma, não comprovado o preenchimento dos requisitos legais para concessão do auxílio-reclusão, o direito que persegue a autora não merece ser reconhecido.

Impõe-se, por isso, a improcedência da pretensão.

Condeno a parte autora ao pagamento de honorários fixados em R\$ 1.000,00 (mil reais), cuja exigibilidade observará o disposto no artigo 12 da Lei nº 1.060/1950 (artigo 98, § 3º, do Código de Processo Civil/2015), por ser beneficiária da justiça gratuita.

Ante o exposto, **nego provimento à apelação da autora**, mantendo a r. sentença proferida.

É o voto.

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-RECLUSÃO. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. RENDA SUPERIOR AO LIMITE LEGAL. BENEFÍCIO NÃO CONCEDIDO.

1. Pedido de auxílio-reclusão, formulado pela parte autora, que dependia economicamente do recluso.
2. A parte autora comprovou ser dependente do recluso por meio da apresentação de documentos, sendo a dependência econômica presumida.
3. O recluso possuía a qualidade de segurado por ocasião da prisão, vez que ostentava vínculo empregatício contemporâneo ao encarceramento.
4. Em relação ao limite dos rendimentos, o montante estabelecido pela EC n.º 20/98 e pelo artigo 116 do Decreto nº 3.048/99 (R\$ 360,00) vem sendo atualizado por meio de Portaria do Ministério da Previdência Social; alinhamento à orientação assente no E. Supremo Tribunal Federal, que decidiu, no julgamento dos Recursos Extraordinários 587365 e 486413, reconhecendo a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada que, para a concessão do auxílio-reclusão, deve ser considerada a renda do segurado recluso. Esse entendimento foi firmado em detrimento das decisões que consideravam a renda dos dependentes como base para a concessão do benefício.

5. O art. 116, *caput*, do Decreto nº 3.048/99 prevê como parâmetro de renda o "*último salário-de-contribuição*", o que afasta a adoção de qualquer outro valor.

6. Não comprovado o preenchimento dos requisitos legais para concessão do auxílio-reclusão, o direito que persegue a autora não merece ser reconhecido.

7. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sétima Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento à apelação da autora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6120006-21.2019.4.03.9999

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

APELANTE: A. R. T. D. S.

REPRESENTANTE: LOURDES GENEROSO DOS SANTOS

Advogado do(a) APELANTE: FERNANDA NEGRINI TOSATTI - SP251278-N,

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6120006-21.2019.4.03.9999

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

APELANTE: A. R. T. D. S.

REPRESENTANTE: LOURDES GENEROSO DOS SANTOS

Advogado do(a) APELANTE: FERNANDA NEGRINI TOSATTI - SP251278-N,

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

Trata-se de ação previdenciária ajuizada em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, objetivando a concessão do benefício de auxílio reclusão, previsto no artigo 80 da Lei nº 8.213/91.

A sentença julgou improcedente o pedido, condenando a parte autora ao pagamento das custas processuais e aos honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa, ressalvando-se, contudo, a concessão da justiça gratuita.

Inconformada parte autora interpôs apelação, sustentando, que preenche os requisitos necessários para a concessão do benefício.

Sema apresentação de contrarrazões, subiram os autos a esta Corte Regional.

O Órgão do Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6120006-21.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORU YAMAMOTO
APELANTE: A. R. T. D. S.
REPRESENTANTE: LOURDES GENEROSO DOS SANTOS
Advogado do(a) APELANTE: FERNANDA NEGRINI TOSATTI - SP251278-N,
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

Verifico, em juízo de admissibilidade, que o recurso ora analisado mostra-se formalmente regular, motivado (artigo 1.010 CPC) e com partes legítimas, preenchendo os requisitos de adequação (art. 1009 CPC) e tempestividade (art. 1.003 CPC). Assim, presente o interesse recursal e inexistindo fato impeditivo ou extintivo, recebo-o e passo a apreciá-lo nos termos do artigo 1.011 do Código de Processo Civil.

O benefício de auxílio-reclusão encontra-se disciplinado pelo art. 201, inciso IV, da Constituição Federal, com as alterações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 20/98, art. 80 da Lei nº 8.213/91 e arts. 116 a 119 do Decreto nº 3.048/99.

O art. 201, inciso IV, da CF, prescreve: "A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (...) IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda".

Por sua vez, dispõe o artigo 80, da Lei nº 8.213/91 que: "O auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão, que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço".

Acrescenta o seu parágrafo único: "O requerimento do auxílio-reclusão deverá ser instruído com certidão do efetivo recolhimento à prisão, sendo obrigatória, para a manutenção do benefício, a apresentação de declaração de permanência na condição de presidiário".

A Emenda Constitucional nº 20/98, disciplinou, em seu artigo 13: "até que a lei discipline o acesso ao salário-família e auxílio-reclusão para os servidores, segurados e seus dependentes, esses benefícios serão concedidos apenas àqueles que tenham renda bruta mensal igual ou inferior a R\$ 360,00 (trezentos e sessenta reais), que, até a publicação da lei, serão corrigidos pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social".

Os dispositivos mencionados foram regulamentados pelo Decreto nº 3.048/99, nos artigos 116 a 119. Frisa a necessidade de manutenção da qualidade de segurado e a presença da dependência econômica (§ 1º do art. 116). Estabelece que "serão aplicados ao auxílio-reclusão as normas referentes à pensão por morte, sendo necessária, no caso de qualificação de dependentes após a reclusão ou detenção do segurado, a preexistência da dependência econômica" (§ 3º do art. 116) e que "a data de início do benefício será fixada na data do efetivo recolhimento do segurado à prisão, se requerido até trinta dias depois desta, ou na data do requerimento, se posterior" (§ 4º do art. 116).

É hoje prestação que independe de carência - de um número mínimo de contribuições por parte do segurado -, segundo o disposto no art. 26 da Lei nº 8.213/91.

Destaque-se, por oportuno, que é vedada a concessão do auxílio-reclusão aos dependentes do segurado que perder essa qualidade, nos termos do art. 15 da Lei nº 8.213/91.

Para comprovar o alegado, foram acostados aos autos certidão de nascimento do autor com registro em 09/05/2006, certidão de recolhimento prisional em nome do pai do autor, indicando início da última prisão em 29/04/2016, permanecendo recluso por ocasião da emissão do documento (02/05/2019) e requerimento administrativo protocolado em 04/05/2018.

Em relação à qualidade de segurado o autor acostou aos autos cópia da CTPS com último registro em 15/03/2016 a 12/06/2016, corroborado pelo extrato do sistema CNIS/DATAPREV, com última remuneração em 04/2016 no valor de R\$ 1.263,00.

O autor comprovou ser filho do recluso através da certidão de nascimento, tornando-se dispensável a prova da dependência econômica, que é presumida.

De outro lado, o recluso possuía a qualidade de segurado por ocasião da prisão (29/04/2016).

Em relação ao limite dos rendimentos, o montante estabelecido pela EC nº 20/98 e pelo artigo 116 do Decreto nº 3.048/99 (R\$ 360,00) vem sendo atualizado por meio de Portaria do Ministério da Previdência Social.

Nesse ponto, alinhando-me à orientação assente no E. Supremo Tribunal Federal, que decidiu, no julgamento dos Recursos Extraordinários 587365 e 486413, reconhecendo a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada que, para a concessão do auxílio-reclusão, deve ser considerada a renda do segurado recluso.

Nesse sentido, confira-se:

PREVIDENCIÁRIO. CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUXÍLIO-RECLUSÃO. ART. 201, IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. LIMITAÇÃO DO UNIVERSO DOS CONTEMPLADOS PELO AUXÍLIO-RECLUSÃO. BENEFÍCIO RESTRITO AOS SEGURADOS PRESOS DE BAIXA RENDA. RESTRIÇÃO INTRODUZIDA PELA EC 20/1998. SELETIVIDADE FUNDADA NA RENDA DO SEGURADO PRESO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.

I - Segundo decorre do art. 201, IV, da Constituição, a renda do segurado preso é que a deve ser utilizada como parâmetro para a concessão do benefício e não a de seus dependentes.

II - Tal compreensão se extrai da redação dada ao referido dispositivo pela EC 20/1998, que restringiu o universo daqueles alcançados pelo auxílio-reclusão, a qual adotou o critério da seletividade para apurar a efetiva necessidade dos beneficiários.

III - Diante disso, o art. 116 do Decreto 3.048/1999 não padece do vício da inconstitucionalidade.

IV - Recurso extraordinário conhecido e provido.

(STF - RE 587365 RG/SC - Santa Catarina - data de publicação DJE 08/05/2009 - ATA Nº 13/2009. DJE nº 84, divulgado em 07/05/2009 Rel min. Ricardo Lewandowski)

CONSTITUCIONAL. AUXÍLIO-RECLUSÃO. ART. 201, IV E ART. 13 DA EC 20/98. SABER SE A RENDA A SER CONSIDERADA PARA EFEITOS DE CONCESSÃO DO AUXÍLIO-RECLUSÃO DEVE SER A DO SEGURADO RECLUSO OU A DE SEUS DEPENDENTES INTERPRETAÇÃO DOS DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.

Decisão: O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencidos os Ministros Celso de Mello, Cármen Lúcia, Eros Grau, Joaquim Barbosa e Menezes Direito. Não se manifestaram os Ministros Cezar Peluso e Gilmar Mendes.

(STF RE 587365 RG/SC - Santa Catarina - Repercussão Geral no Recurso DJE 117 - Julgamento: 12/06/2008 public 24/06/2008)

Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski)

PREVIDENCIÁRIO. CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUXÍLIO-RECLUSÃO. ART. 201, IV, DA CF. DESTINATÁRIO. DEPENDENTE DO SEGURADO. ART. 13 DA EC 20/98. LIMITAÇÃO DE ACESSO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO IMPROVIDO.

I - Nos termos do art. 201, IV, da CF, o destinatário do auxílio-reclusão é o dependente do segurado recluso.

II - Dessa forma, até que sobrevenha lei, somente será concedido o benefício ao dependente que possua renda bruta mensal inferior ao estipulado pelo Constituinte Derivado, nos termos do art. 13 da EC 20/98.

III - Recurso extraordinário conhecido e provido.

(STF - RE 486413 / SP - SÃO PAULO Julgamento: 25/03/2009 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno DJE 07/05/2008 public 08/05/2009 Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski)

Esse entendimento foi firmado em detrimento das decisões que consideravam a renda dos dependentes como base para a concessão do benefício.

No caso dos autos, ao tempo do recolhimento à prisão, a renda mensal do segurado consistia em R\$ 1.263,50, superior, portanto ao teto fixado, que na época correspondia a R\$ 1.212,64, conforme Portaria nº 1, de 08/01/2016.

Esclareça-se que o art. 116, *caput*, do Decreto nº 3.048/99 prevê como parâmetro de renda o "último salário-de-contribuição", o que afasta a adoção de qualquer outro valor.

Em suma, não comprovado o preenchimento dos requisitos legais para concessão do auxílio-reclusão, o direito que persegue a autora não merece ser reconhecido.

Impõe-se, por isso, a improcedência da pretensão.

Condeno a parte autora ao pagamento de honorários fixados em R\$ 1.000,00 (mil reais), cuja exigibilidade observará o disposto no artigo 12 da Lei nº 1.060/1950 (artigo 98, § 3º, do Código de Processo Civil/2015), por ser beneficiária da justiça gratuita.

Ante o exposto, **nego provimento à apelação do autor**, mantendo a r. sentença proferida.

É o voto.

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-RECLUSÃO. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. RENDA SUPERIOR AO LIMITE LEGAL. BENEFÍCIO NÃO CONCEDIDO.

1. Pedido de auxílio-reclusão, formulado pela parte autora, que dependia economicamente do recluso.

2. A parte autora comprovou ser dependente do recluso por meio da apresentação de documentos, sendo a dependência econômica presumida.

3. O recluso possuía a qualidade de segurado por ocasião da prisão, vez que ostentava vínculo empregatício contemporâneo ao encarceramento.
4. Em relação ao limite dos rendimentos, o montante estabelecido pela EC n.º 20/98 e pelo artigo 116 do Decreto nº 3.048/99 (R\$ 360,00) vem sendo atualizado por meio de Portaria do Ministério da Previdência Social; alinhamento à orientação assente no E. Supremo Tribunal Federal, que decidiu, no julgamento dos Recursos Extraordinários 587365 e 486413, reconhecendo a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada que, para a concessão do auxílio-reclusão, deve ser considerada a renda do segurado recluso. Esse entendimento foi firmado em detrimento das decisões que consideravam a renda dos dependentes como base para a concessão do benefício.
5. O art. 116, *caput*, do Decreto nº 3.048/99 prevê como parâmetro de renda o "*último salário-de-contribuição*", o que afasta a adoção de qualquer outro valor.
6. Não comprovado o preenchimento dos requisitos legais para concessão do auxílio-reclusão, o direito que persegue a autora não merece ser reconhecido.
7. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sétima Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento à apelação do autor, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 6164496-31.2019.4.03.9999

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

APELANTE: P. R. C. D. Q.

REPRESENTANTE: CRISTINA ROSARIA DA CRUZ

Advogado do(a) APELANTE: MARIA CRISTINA DE SOUZA RODRIGUES - SP384479-N,

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 6164496-31.2019.4.03.9999

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

APELANTE: P. R. C. D. Q.

REPRESENTANTE: CRISTINA ROSARIA DA CRUZ

Advogado do(a) APELANTE: MARIA CRISTINA DE SOUZA RODRIGUES - SP384479-N,

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

Trata-se de ação previdenciária ajuizada em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, objetivando a concessão do amparo social.

A r. sentença julgou improcedente o pedido, ante a ausência de deficiência, condenando a parte autora ao pagamento das custas, despesas processuais e aos honorários advocatícios fixados em R\$ 500,00, ressalvando-se, contudo, a concessão da justiça gratuita.

Inconformado, o autor ofertou apelação, alegando que se encontra incapacitado e faz jus ao benefício pleiteado na inicial.

Sem contrarrazões, subiram os autos a este e. Tribunal.

O Órgão do Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 6164496-31.2019.4.03.9999

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

APELANTE: P. R. C. D. Q.

REPRESENTANTE: CRISTINA ROSARIA DA CRUZ

Advogado do(a) APELANTE: MARIA CRISTINA DE SOUZA RODRIGUES - SP384479-N,

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

Verifico, em juízo de admissibilidade, que o recurso ora analisado mostra-se formalmente regular, motivado (artigo 1.010 CPC) e com partes legítimas, preenchendo os requisitos de adequação (art. 1009 CPC) e tempestividade (art. 1.003 CPC). Assim, presente o interesse recursal e inexistindo fato impeditivo ou extintivo, recebo-o e passo a apreciá-lo nos termos do artigo 1.011 do Código de Processo Civil.

Em face dos critérios de direito intertemporal, e tendo em vista a legislação vigente à data da formulação do pedido, que provoca a presente análise recursal, os requisitos (independentes de carência ou contribuição, por força do art. 203, caput, do ordenamento constitucional vigente) a serem observados para a concessão do benefício assistencial são os previstos no art. 203, V, da Constituição Federal, versado na Lei n. 8.742/1993. Por força desses diplomas, a concessão do benefício de prestação continuada depende de, cumulativamente: a) idade igual ou superior a 65 anos (art. 34 da Lei 10.741/2003) ou invalidez para o exercício de atividade remunerada (comprovada mediante exame pericial); b) não ter outro meio de prover o próprio sustento; c) família (ou pessoa de quem dependa obrigatoriamente, desde que vivam sob o mesmo teto) impossibilitada de promover o sustento do requerente, devendo apresentar renda mensal per capita não superior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo. A ausência de prova de qualquer um dos requisitos implica o indeferimento do pleito.

Observe-se que o Supremo Tribunal Federal, na Reclamação (RCL) 4374 e, sobretudo, nos Recursos Extraordinários (REs) 567985 e 580963 (ambos com repercussão geral), em 17 e 18 de abril de 2013, reconheceu superado o decidido na ADI 1.232-DF, de tal modo que o critério de renda per capita de ¼ do salário mínimo não é mais aplicável, motivo pelo qual a miserabilidade deverá ser aferida pela análise das circunstâncias concretas do caso analisado (à míngua de novo critério normativo). Aliás, esse já era o entendimento que vinha sendo consagrado pela jurisprudência, como se pode notar no julgamento do REsp 314264/SP pelo Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, Rel. Min. Félix Fischer, j. 15/05/2001, v.u., DJ 18/06/2001, p. 185, afirmando que "o preceito contido no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 não é o único critério válido para comprovar a condição de miserabilidade preceituada no artigo 203, V, da Constituição Federal. A renda familiar per capita inferior a ¼ do salário-mínimo deve ser considerada como um limite mínimo, um quantum objetivamente considerado insuficiente à subsistência do portador de deficiência e do idoso, o que não impede que o julgador faça uso de outros fatores que tenham o condão de comprovar a condição de miserabilidade da família do autor". No mesmo sentido, também no STJ, vale mencionar o decidido nos EDcl no AgRg no REsp 658705/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Félix Fischer, j. 08/03/2005, v.u., DJ 04/04/2005, p. 342, e ainda o teor do REsp 308711/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalho, j. 19/09/2002, v.u., DJ 10/03/2003, p. 323.

In casu, a parte postulante propôs ação requerendo a concessão de benefício assistencial social à pessoa portadora de deficiência física.

Entretanto, não ocorreu comprovação da deficiência, física ou mental, incapacitante à vida independente e ao trabalho (art. 20, § 2º, Lei 8.742/1993).

O laudo pericial realizado em 10/05/2018 refere que o periciado com 06 anos é portador de má formação de membro superior esquerdo, sem apresentar incapacidade, destaca que por se tratar de uma criança não está incapacitado de frequentar a escola e realizar atividades compatíveis com sua idade.

Cabe lembrar que o indivíduo pode padecer de determinada patologia e, ainda assim, deter capacidade para a execução de atividades laborativas, ainda que para funções não equivalentes às suas habituais.

Desse modo, não restou comprovado que a parte autora sofre impedimento de longo prazo que obstrui ou dificulta sua participação em igualdade de condições com as demais pessoas.

Ausente a incapacidade ao desempenho de atividades da vida diária e ao labor, primeiro dos pressupostos hábeis ao deferimento da prestação, despidendo investigar se a requerente desfruta de meios para prover o próprio sustento, ou de tê-lo provido pela família.

É este o entendimento desta E. Corte:

"PREVIDÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. INEXISTÊNCIA DE INCAPACIDADE. CONJUNTO PROBATÓRIO INSUFICIENTE PARA OBTENÇÃO DO BENEFÍCIO. PEDIDO IMPROCEDENTE. - Conjunto probatório insuficiente à concessão do benefício postulado. - A parte autora não tem direito ao amparo assistencial, uma vez que não preenche o requisito da incapacidade. - O preenchimento dos requisitos necessários à obtenção do benefício assistencial devem ser cumulativamente preenchidos, de tal sorte que a não observância de um deles prejudica a análise do pedido relativamente à exigência subsequente. - Apelação da parte autora não provida."

(TRF da 3ª Região, AC 00040818920134039999, Relator (a) Des. Federal Vera Jucovsky, Oitava Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/04/2013)"

Vale ressaltar que a qualquer tempo, poderá a parte ingressar com nova ação, com base em fatos novos ou direito novo, transcorrido tempo hábil a fim de que a situação se modifique.

Como se vê, pelos elementos de convicção trazidos, de se indeferir a benesse vindicada.

Ante o exposto, **nego provimento à apelação da parte autora**, nos termos acima consignados.

É o voto.

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL AO DEFICIENTE. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. DEFICIÊNCIA NÃO COMPROVADA. BENEFÍCIO NÃO CONCEDIDO.

1. O benefício de prestação continuada, de um salário mínimo mensal, previsto no art. 203, V, da Constituição Federal e regulamentado pelo art. 20 e parágrafos da Lei nº 8.742/93, é devido à pessoa portadora de deficiência (sem limite de idade) e ao idoso, com mais de 65 anos, que comprovem não ter condições econômicas de se manter e nem de ter sua subsistência mantida pela família.

2. O E. STF, na Reclamação (RCL) 4374 e sobretudo nos Recursos Extraordinários (REs) 567985 e 580963 (ambos com repercussão geral), em 17 e 18 de abril de 2013, reconheceu superado o decidido na ADI 1.232-DF, de tal modo que o critério de renda per capita de ¼ do salário mínimo não é mais aplicável, motivo pelo qual a miserabilidade deverá ser aferida pela análise das circunstâncias concretas do caso analisado (à míngua de novo critério normativo). Aliás, esse já era o entendimento que vinha sendo consagrado pela jurisprudência, como se pode notar no E. STJ, no REsp 314264/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Félix Fischer, j. 15/05/2001, v.u., DJ 18/06/2001, p. 185, afirmando que "o preceito contido no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 não é o único critério válido para comprovar a condição de miserabilidade preceituada no artigo 203, V, da Constituição Federal. A renda familiar per capita inferior a ¼ do salário-mínimo deve ser considerada como um limite mínimo, um quantum objetivamente considerado insuficiente à subsistência do portador de deficiência e do idoso, o que não impede que o julgador faça uso de outros fatores que tenham o condão de comprovar a condição de miserabilidade da família do autor". No mesmo sentido, também no STJ, vale mencionar o decidido nos EDcl no AgRg no REsp 658705/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 08/03/2005, v.u., DJ 04/04/2005, p. 342, e ainda o contido no REsp 308711/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 19/09/2002, v.u., DJ 10/03/2003, p. 323.

3 - Entretanto, incorreu comprovação da deficiência, física ou mental, incapacitante à vida independente e ao trabalho (art. 20, § 2º, Lei 8.742/1993).

4. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sétima Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento à apelação da parte autora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6086708-38.2019.4.03.9999

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

APELANTE: VALDETE NUNES PEREIRA

Advogado do(a) APELANTE: SERGIO ALVES LEITE - SP225113-N

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6086708-38.2019.4.03.9999

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

APELANTE: VALDETE NUNES PEREIRA
Advogado do(a) APELANTE: SERGIO ALVES LEITE - SP225113-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

Trata-se de ação previdenciária ajuizada em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, objetivando a concessão de benefício de prestação continuada.

A r. sentença julgou improcedente o pedido, em virtude da ausência de miserabilidade, condenando a autora ao pagamento das custas processuais e aos honorários advocatícios fixados em R\$ 300,00, ressalvando-se contudo a concessão da assistência judiciária gratuita.

A autora interpôs apelação, sustentando que preenche os requisitos necessários para a obtenção do benefício pleiteado.

Semas contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

O órgão do Ministério Público Federal opinou pelo desprovisionamento do recurso.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6086708-38.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORU YAMAMOTO
APELANTE: VALDETE NUNES PEREIRA
Advogado do(a) APELANTE: SERGIO ALVES LEITE - SP225113-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

Verifico, em juízo de admissibilidade, que o recurso ora analisado mostra-se formalmente regular, motivado (artigo 1.010 CPC) e com partes legítimas, preenchendo os requisitos de adequação (art. 1009 CPC) e tempestividade (art. 1.003 CPC). Assim, presente o interesse recursal e inexistindo fato impeditivo ou extintivo, recebo-o e passo a apreciá-lo nos termos do artigo 1.011 do Código de Processo Civil.

Em face dos critérios de direito intertemporal, e tendo em vista a legislação vigente à data da formulação do pedido, que provoca a presente análise recursal, os requisitos (independentes de carência ou contribuição, por força do art. 203, caput, do ordenamento constitucional vigente) a serem observados para a concessão do benefício assistencial são os previstos no art. 203, V, da Constituição Federal, versado na Lei n. 8.742/1993. Por força desses diplomas, a concessão do benefício de prestação continuada depende de, cumulativamente: a) idade igual ou superior a 65 anos (art. 34 da Lei 10.741/2003) ou invalidez para o exercício de atividade remunerada (comprovada mediante exame pericial); b) não ter outro meio de prover o próprio sustento; c) família (ou pessoa de quem dependa obrigatoriamente, desde que vivam sob o mesmo teto) impossibilitada de promover o sustento do requerente, devendo apresentar renda mensal per capita não superior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo. A ausência de prova de qualquer um dos requisitos implica o indeferimento do pleito.

Observe-se que o Supremo Tribunal Federal, na Reclamação (RCL) 4374 e, sobretudo, nos Recursos Extraordinários (REs) 567985 e 580963 (ambos com repercussão geral), em 17 e 18 de abril de 2013, reconheceu superado o decidido na ADI 1.232-DF, de tal modo que o critério de renda per capita de 1/4 do salário mínimo não é mais aplicável, motivo pelo qual a miserabilidade deverá ser aferida pela análise das circunstâncias concretas do caso analisado (à míngua de novo critério normativo). Aliás, esse já era o entendimento que vinha sendo consagrado pela jurisprudência, como se pode notar no julgamento do REsp 314264/SP pelo Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, Rel. Min. Félix Fischer, j. 15/05/2001, v.u., DJ 18/06/2001, p. 185, afirmando que "o preceito contido no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 não é o único critério válido para comprovar a condição de miserabilidade preceituada no artigo 203, V, da Constituição Federal. A renda familiar per capita inferior a 1/4 do salário-mínimo deve ser considerada como um limite mínimo, um quantum objetivamente considerado insuficiente à subsistência do portador de deficiência e do idoso, o que não impede que o julgador faça uso de outros fatores que tenham o condão de comprovar a condição de miserabilidade da família do autor". No mesmo sentido, também no STJ, vale mencionar o decidido nos EDcl no AgRg no REsp 658705/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 08/03/2005, v.u., DJ 04/04/2005, p. 342, e ainda o teor do REsp 308711/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 19/09/2002, v.u., DJ 10/03/2003, p. 323.

No presente caso, pleiteia a autora a concessão de benefício de assistência social ao idoso.

Nesse passo, verifico que o documento acostado aos autos comprova que a autora, nascida em 09/03/1953, completou 65 anos de idade em 09/03/2018 preenchendo, assim, o requisito da idade para obtenção do benefício de prestação continuada.

Resta perquirir se a demandante pode ter a subsistência provida pela família.

A propósito, não incumbe investigar, aqui, se a proteção social seria supletiva à prestação de alimentos pela família. É bastante analisar, por ora, se a demandante poderia ter a subsistência provida pelos seus (art. 20 da Lei 8.742/1993). Só então, evidenciada a impossibilidade, buscar-se-ia o amparo do Estado.

Nessa seara, colhe-se do relatório social realizado em 20/12/2018, que a autora com 65 anos, reside em imóvel próprio localizado em área rural, composto de 05 (cinco) cômodos em regular estado de conservação e inacabado e bom estado de organização, em companhia de sua filha Tânia Cristina Nunes Neves com 43 anos e seus netos Mariana Nunes de Macedo com 06 anos e Henrique Nunes de Macedo com 03 anos.

Relata, ainda, a Assistente Social que a renda familiar é proveniente do trabalho da filha como empregada doméstica no valor de R\$ 1.012,00, valor insuficiente para a manutenção do núcleo familiar.

Em consulta ao extrato do sistema CNIS/DATAPREV, verifica-se que a filha da autora possui registro desde 01/12/2011, no valor de um salário mínimo, R\$ 1.163,55.

No caso em comento, há elementos para se afirmar que se trata de família que vive em estado de miserabilidade. Os recursos obtidos pela família do requerente são insuficientes para cobrir os gastos ordinários, bem como os tratamentos médicos e cuidados especiais imprescindíveis.

O benefício de prestação continuada é devido a partir da data do requerimento administrativo (28/08/2018).

Apliquem-se, para o cálculo dos juros de mora e correção monetária, os critérios estabelecidos pelo Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal vigente à época da elaboração da conta de liquidação, observando-se o decidido nos autos do RE 870947.

A verba honorária de sucumbência incide no montante de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, conforme entendimento desta Turma (artigo 85, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Civil/2015), aplicada a Súmula 111 do C. Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual os honorários advocatícios, nas ações de cunho previdenciário, não incidem sobre o valor das prestações vencidas após a data da prolação da sentença.

O INSS é isento de custas processuais, arcando com as demais despesas, inclusive honorários periciais (Res. CJF nºs. 541 e 558/2007), além de reembolsar as custas recolhidas pela parte contrária, o que não é o caso dos autos, ante a gratuidade processual concedida (art. 4º, I e parágrafo único, da Lei 9.289/1996, art. 24-A da Lei 9.028/1995, n.r., e art. 8º, § 1º, da Lei 8.620/1993).

Anote-se, na espécie, a obrigatoriedade da dedução, na fase de liquidação, dos valores eventualmente pagos à parte autora após o termo inicial assinalado à benesse outorgada, ao mesmo título ou cuja cumulação seja vedada por lei (art. 124 da Lei 8.213/1991 e art. 20, § 4º, da Lei 8.742/1993).

Do exposto, enfrentadas as questões pertinentes à matéria em debate, **dou provimento à apelação da autora**, para conceder o benefício pleiteado.

Independentemente do trânsito em julgado, determino, com fundamento no artigo 497 do Código de Processo Civil, a expedição de e-mail ao INSS, instruído com os documentos da segurada VALDETE NUNES PEREIRA para que cumpra a obrigação de fazer consistente na imediata implantação do AMPARO SOCIAL AO IDOSO, com data de início - DIB 28/08/2018 (data do requerimento administrativo), e renda mensal a ser calculada de acordo com a legislação vigente.

É COMO VOTO.

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL À PESSOA IDOSA. PREENCHIDOS OS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. BENEFÍCIO CONCEDIDO

1. O benefício de prestação continuada, de um salário mínimo mensal, previsto no art. 203, V, da Constituição Federal e regulamentado pelo art. 20 e parágrafos da Lei nº 8.742/93, é devido à pessoa portadora de deficiência (sem limite de idade) e ao idoso, com mais de 65 anos, que comprovem não ter condições econômicas de se manter e nem de ter sua subsistência mantida pela família.

2. O E. STF, na Reclamação (RCL) 4374 e sobretudo nos Recursos Extraordinários (REs) 567985 e 580963 (ambos com repercussão geral), em 17 e 18 de abril de 2013, reconheceu superado o decidido na ADI 1.232-DF, de tal modo que o critério de renda per capita de ¼ do salário mínimo não é mais aplicável, motivo pelo qual a miserabilidade deverá ser aferida pela análise das circunstâncias concretas do caso analisado (à míngua de novo critério normativo). Aliás, esse já era o entendimento que vinha sendo consagrado pela jurisprudência, como se pode notar no E. STJ, no REsp 314264/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Félix Fischer, j. 15/05/2001, v.u., DJ 18/06/2001, p. 185, afirmando que "o preceito contido no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 não é o único critério válido para comprovar a condição de miserabilidade preceituada no artigo 203, V, da Constituição Federal. A renda familiar per capita inferior a ¼ do salário-mínimo deve ser considerada como um limite mínimo, um quantum objetivamente considerado insuficiente à subsistência do portador de deficiência e do idoso, o que não impede que o julgador faça uso de outros fatores que tenham o condão de comprovar a condição de miserabilidade da família do autor". No mesmo sentido, também no STJ, vale mencionar o decidido nos EDcl no AgRg no REsp 658705/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 08/03/2005, v.u., DJ 04/04/2005, p. 342, e ainda o contido no REsp 308711/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 19/09/2002, v.u., DJ 10/03/2003, p. 323.

3. Assim por aplicação analógica do parágrafo único do art. 34 do Estatuto do Idoso, não somente os valores referentes ao benefício assistencial ao idoso devem ser descontados do cálculo da renda familiar, mas também aqueles referentes ao amparo social ao deficiente e os decorrentes de aposentadoria no importe de um salário mínimo.

4. Restou demonstrada, *quantum satis*, no caso em comento, situação de miserabilidade, prevista no art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993, a ensejar a concessão do benefício assistencial.

5. Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sétima Turma, por unanimidade, decidiu dar provimento à apelação da autora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5008198-64.2018.4.03.6183
RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO
APELANTE: ANDRE RICARDO BARBOSA BORGES
Advogado do(a) APELANTE: PALMIRA BEZERRA LEITE DA SILVA - SP170381-A
APELADO: UNIAO FEDERAL

DECISÃO

Recebo o(s) apelo(s) interposto(s) em ambos os efeitos, nos termos do art. 1.012, *caput*, do Código de Processo Civil - CPC/2015.

Registro que o presente feito se encontra na listagem fornecida pelo Setor de Estatística desta Corte para subsidiar o questionário da Inspeção 2020 do CJF, como processo conclusos há mais de 10 dias, com requerimento de tutela provisória não apreciado.

No entanto, compulsando os autos verifico não haver pedido desse teor aguardando decisão deste Relator.

Por essa razão, **retifique-se a autuação**, a fim de constar a opção “Não” no campo “Tutela/Liminar”.

Cumpra-se. Intimem-se.

Após, tomem conclusos para julgamento em momento oportuno.

São Paulo, 17 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5032868-57.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

AGRAVADO: MARIA APARECIDA DE MELO SANTANA
Advogado do(a) AGRAVADO: KELLEN ALINY DE SOUZA FARIA CLOZA - SP293104-N
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Ratifico a decisão de id. 118108890.
Intime-se a parte agravada, nos termos do art. 1019, inciso II, do CPC.
P.I.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5011501-74.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 24 - DES. FED. PAULO DOMINGUES
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

AGRAVADO: NILCE REIKO YOSHINAGA
Advogado do(a) AGRAVADO: LUCIANA ANGELONI CUSIN - SP211802
OUTROS PARTICIPANTES:

A T O O R D I N A T Ó R I O

Vista à parte autora para manifestação ao agravo interno interposto pelo INSS, nos termos do Art. 1021, §2º, do Código de Processo Civil e do Art. 11, da Ordem de Serviço 13/2016, de 17 de março de 2016, desta Subsecretaria da 7ª Turma.

São Paulo, 22 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5014996-92.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORU YAMAMOTO
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) AGRAVANTE: FELIPE DE SOUZA PINTO - SP408865-N
AGRAVADO: LUIZ CARLOS PIETRO
Advogado do(a) AGRAVADO: ESTEVAN TOZI FERRAZ - SP230862-N
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS contra a r. decisão proferida pelo MM. Juízo a quo, em sede de ação previdenciária em fase de cumprimento de sentença, rejeitou a impugnação apresentada pelo agravante.

Inconformado com a decisão, o agravante interpõe o presente recurso, aduzindo, em síntese, a desnecessidade da imposição de multa, em razão da evidente justa causa no atraso ocorrido. Sustenta, ainda, a necessidade de redução da multa diária fixada.

Decido.

Com efeito, é possível a fixação de multa diária por atraso na implantação de benefício previdenciário, em razão de tratar-se de obrigação de fazer, não existindo qualquer ilegalidade quanto à sua aplicação.

Na imposição da multa deve ser respeitado o princípio da proporcionalidade, nos termos do art. 461, § 6º do CPC/73 e art. 537, § 1º do atual CPC, *in verbis*:

"Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.

§ 1º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que:

I - se tornou insuficiente ou excessiva;

II - o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento."

Extrai-se, pois, que a multa diária, por sua própria natureza, não produz coisa julgada material, podendo ser modificada a qualquer tempo, caso se revele insuficiente ou excessiva.

Entendo, porém, que multa diária imposta à entidade autárquica, correspondente a R\$ 200,00 (duzentos reais) por dia de atraso é excessiva, impondo-se sua redução para 1/30 do valor do benefício em discussão, pois não se justifica que o segurado receba um valor maior a título de multa do que a título de prestações em atraso, ante o princípio da razoabilidade.

Neste sentido:

"AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. MULTA DIÁRIA. DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL. REDUÇÃO DO VALOR TOTAL. 1. É possível a redução do valor da multa por descumprimento de decisão judicial (art. 461 do Código de Processo Civil) quando se tornar exorbitante e desproporcional. 2. O valor da multa cominatória estabelecido na sentença não é definitivo, pois poderá ser revisto em qualquer fase processual, caso se revele excessivo ou insuficiente (CPC, art. 461, § 6º). 3. Agravo interno a que se nega provimento." (STJ - 4ª Turma, AgInt no REsp 1481282/MA, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. em 16/08/2016, DJe em 24/08/2016).

"PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MULTA DIÁRIA. REDUÇÃO CABÍVEL. OMISSÃO EXISTENTE. EMBARGOS ACOLHIDOS EM PARTE. 1. Embargos de declaração opostos com fundamento no CPC/1973. 2. São cabíveis embargos de declaração quando o provimento jurisdicional padece de omissão, contradição ou obscuridade, bem como quando há erro material a ser sanado. Não servem os embargos de declaração para a rediscussão da causa. 3. A multa pecuniária deve ser modificada. Comumente, a imposição da aludida multa justifica-se em face da larga demora na implantação do benefício, fundamentando-se nos arts. 461 c.c. 644 e 645 do CPC de 1973, atualmente retratada no Novo Código de Processo Civil nos arts. 497 a 537 e 814. 4. Para que não se configure enriquecimento sem causa, cabível a redução da multa para 1/30 (um trinta avos) do valor da RMI do benefício, por dia de atraso. Destarte, computar-se-á a multa aplicada no prazo determinado na sentença, utilizando-se o valor diário de 1/30 do valor da RMI. 5. Embargos de declaração parcialmente acolhidos para sanar omissão." (TRF 3ª Região, Décima Turma, APELREEX 0034248-65.2008.4.03.9999, Rel. Des. Fed. Lucia Ursaia, j. em 19/04/2016, e-DJF3 Judicial 1 em 27/04/2016)

"CONSTITUCIONAL. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. REQUISITOS LEGAIS. PREENCHIMENTO. IMPLANTAÇÃO DO BENEFÍCIO. REDUÇÃO DA MULTA DIÁRIA PARA 1/30 DO VALOR DO BENEFÍCIO. I - Tem-se, ainda, que os artigos 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 e 4º, IV, do Decreto n. 6.214/07 não são os únicos critérios objetivos para aferição da hipossuficiência, razão pela qual é de se reconhecer que muitas vezes o quadro de pobreza há de ser aferido em função da situação específica da pessoa que pleiteia o benefício. (Precedentes do E. STJ). II - Como o autor é portador de deficiência e não tem condições de prover seu próprio sustento, ou tê-lo provido por sua família, impõe-se a concessão do benefício assistencial previsto no art. 203, V, da Constituição da República, observado o disposto nos artigos n. 42, 47 e 48 do Decreto n. 6.214/07. III - O benefício deve ser implantado de imediato, tendo em vista o artigo 461 do Código de Processo Civil. IV - Ante o princípio da razoabilidade não se justifica que o segurado receba um valor maior a título de multa do que a título de prestações em atraso, sendo assim, deve a multa ser reduzida para 1/30 (um trinta avos) do valor do benefício em questão. V - Apelação do INSS improvida. Multa diária reduzida, de ofício, para 1/30 do valor do benefício." (TRF 3ª Região, Décima Turma, AC 0002115-35.2005.4.03.6002, Rel. Des. Fed. Sergio Nascimento, j. em 23/09/2008, DJF3 em 08/10/2008)

Ante o exposto, **defiro em parte** o efeito suspensivo, nos termos da fundamentação.

Comunique-se ao MM. Juízo a quo.

Intime-se o agravado, nos termos do art. 1.019, II, do CPC.

Int.

São Paulo, de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5014018-18.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORU YAMAMOTO
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

AGRAVADO: MARINA GARCIA DE MEDEIROS
Advogado do(a) AGRAVADO: FERNANDO HENRIQUE VIEIRA - SP223968-N
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS contra a r. decisão proferida pelo MM. Juízo *a quo* que, em sede de ação previdenciária, objetivando a concessão de benefício assistencial, deferiu a tutela antecipada.

Inconformado com a decisão, o agravante interpõe o presente recurso, aduzindo, em síntese, que não estão demonstrados os requisitos para a concessão do benefício.

Decido

Consoante o artigo 300 do CPC, a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

O benefício assistencial pleiteado está previsto no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal, bem como na Lei nº 8.742/93.

Segundo estabelece o artigo 203, V, da CF, a assistência social será prestada à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem "não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família".

Por sua vez, a Lei n. 8.742/93 estabelece em seu artigo 20 os requisitos para sua concessão, quais sejam, ser pessoa incapaz para a vida independente e para o trabalho ou pessoa idosa, bem como ter renda familiar inferior a 1/4 do salário mínimo, nos termos do parágrafo 3º, do referido artigo.

No entanto, a inconstitucionalidade do parágrafo 3º do artigo 20 da norma acima mencionada foi confirmada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal na Reclamação nº 4374. Também foi reconhecida a inconstitucionalidade do artigo 34 da Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso).

Desta forma, a retirada do ordenamento jurídico dos mencionados artigos pela Suprema Corte somente veio a confirmar a posição que vinha sendo adotada pela jurisprudência, no sentido de que o critério estabelecido pelos referidos dispositivos para a concessão de benefício a idosos ou deficientes, que previa que a renda mensal per capita inferior a um quarto do salário mínimo, estava defasado para caracterizar a situação de miserabilidade.

Assim, ante a ausência de regulamentação sobre a definição legal de miserabilidade para a concessão do benefício assistencial no tocante ao preenchimento deste requisito, o magistrado deverá analisar caso a caso, levando em consideração principalmente o estudo social realizado, bem como utilizar-se de outros meios probatórios para demonstrar a carência de recursos para a subsistência.

Esta é a orientação do STJ:

"PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. AGRAVO REGIMENTAL. ART. 203, V, DA CF/88, § 3º, DA LEI 8.742/93. INCIDÊNCIA DOS VERBETES SUMULARES 7 E 83/STJ. PRECEDENTES.

1. A Terceira Seção deste Superior Tribunal, no âmbito da Quinta e da Sexta Turma, consolidou entendimento de que a comprovação do requisito da renda familiar per capita não superior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo não exclui outros fatores que tenham o condão de aferir a condição de miserabilidade da parte autora e de sua família, necessária à concessão do benefício assistencial.

2. A reapreciação do contexto fático-probatório em que se baseou o Tribunal de origem para deferir o benefício pleiteado, pela via do recurso especial, esbarra no óbice do enunciado sumular nº 7/STJ.

3. Agravo Regimental improvido."

(STJ, AgRg no RESP 529.928, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 3ª S., j. 06.12.2005, DJ 03.04.2006).

"PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. ASSISTÊNCIA SOCIAL. PREVISÃO CONSTITUCIONAL. BENEFÍCIO RECEBIDO POR PARENTE DO AUTOR. CÔMPUTO DO VALOR PARA VERIFICAÇÃO DE MISERABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE. ART. 34 DA LEI Nº 10.741/2003. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA AO BPC. ART. 20, § 3º, DA LEI Nº 8.742/93. POSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO DA MISERABILIDADE POR OUTROS MEIOS. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. O benefício de prestação continuada é uma garantia constitucional, de caráter assistencial, previsto no art. 203, inciso V, da Constituição Federal, e regulamentado pelo art. 20 da Lei nº 8.742/93, que consiste no pagamento de um salário mínimo mensal aos portadores de deficiência ou idosos que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida pelo núcleo familiar.

2. O art. 34 da Lei nº 10.741/2003 veda o cômputo do valor do benefício de prestação continuada percebido por qualquer membro da família no cálculo da renda per capita mensal.

3. A Terceira Seção deste Superior Tribunal consolidou o entendimento de que o critério de aferição da renda mensal previsto no § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93 deve ser tido como um limite mínimo, um quantum considerado insatisfatório à subsistência da pessoa portadora de deficiência ou idosa, não impedindo, contudo, que o julgador faça uso de outros elementos probatórios, desde que aptos a comprovar a condição de miserabilidade da parte e de sua família.

4. Recurso especial a que se dá provimento."

(STJ, RESP 841.060, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., j. 12.06.2007, DJ 25.06.2007)

Compulsando os autos, verifico que os documentos médicos trazidos demonstram que a parte autora é portadora de retardo mental leve e esquizofrenia paranóide, sendo totalmente incapaz de se autogerir e de administrar seus bens em caráter definitivo (fls. 129/130 dos autos originários - laudo elaborado em ação de interdição).

Por sua vez, a análise social assinala que o recebimento do Benefício Assistencial ofertará oportunidades positivas para seu bem-estar cotidiano, que em decorrência das dificuldades financeiras, não vem ocorrendo, ressaltando que, com o recebimento do benefício, a família poderá suprir suas necessidades básicas, pois necessita de cuidados especiais com saúde, alimentação, higiene pessoal, convívio social e comunitário. Assevera, ainda, que o recebimento do benefício é de grande valia para gerar uma melhor qualidade de vida para a autora, que necessita de recurso financeiro para garantir segurança de uma vida mais tranquila e digna (fls. 104/111 dos autos originários).

Entendo, dessa forma, que restou satisfatoriamente demonstrada a situação de miserabilidade em que se encontra a autora, nos termos do disposto no art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993, fazendo jus ao benefício ora pleiteado.

Cumprido ressaltar, por fim, que a tutela antecipada tem caráter provisório, podendo ser cassada no caso de ser afastada a prova de verossimilhança das alegações da parte autora.

Ademais, à luz do princípio da proporcionalidade, entre eventual impossibilidade de repetição de numerários adiantados e a sobrevivência da parte vindicante, inclino-me pelo resguardo do segundo bem jurídico, em virtude da necessidade da preservação do direito fundamental à vida e da dignidade da pessoa humana, hierarquicamente superiores, na tutela constitucional.

Ante o exposto, **indefero** o efeito suspensivo.

Comunique-se ao MM. Juízo de origem.

Intime-se o agravado para resposta, nos termos do artigo 1.019, II, do Código de Processo Civil.

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

Intime-se.

São Paulo, de junho de 2020.

SUBSECRETARIA DA 8ª TURMA

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5003240-75.2019.4.03.6126

RELATOR: Gab. 28 - DES. FED. DAVID DANTAS

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: ODAIR APARECIDO DOS REIS

Advogado do(a) APELADO: ANA PAULA ROCA VOLPERT - SP373829-A

ATO ORDINATÓRIO

O(A) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a) determina a intimação do agravado para manifestar-se sobre o recurso de AGRAVO INTERNO, nos termos do § 2º do artigo 1.021 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0010002-08.2012.4.03.6105

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

APELANTE: CICERO DE OLIVEIRA

Advogado do(a) APELANTE: LUCIANA MARA VALLINI COSTA - SP225959-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

ATO ORDINATÓRIO

O(A) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a) determina a intimação do agravado para manifestar-se sobre o recurso de AGRAVO INTERNO, nos termos do § 2º do artigo 1.021 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6072207-79.2019.4.03.9999

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

APELANTE: LUZIA ROSSI FURLAN

Advogados do(a) APELANTE: JAQUELINE CONESSA CARINHATO DE OLIVEIRA - SP328581-N, PAULO

HENRIQUE DE OLIVEIRA ROMANI - SP307426-N, CRISTIANO ALEX MARTINS ROMEIRO - SP251787-N

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6072207-79.2019.4.03.9999

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

APELANTE: LUZIA ROSSI FURLAN

Advogados do(a) APELANTE: JAQUELINE CONESSA CARINHATO DE OLIVEIRA - SP328581-N, PAULO

HENRIQUE DE OLIVEIRA ROMANI - SP307426-N, CRISTIANO ALEX MARTINS ROMEIRO - SP251787-N

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA (RELATOR): Trata-se de ação ajuizada em face do INSS - Instituto Nacional do Seguro Social, visando à concessão de aposentadoria por idade, mediante a conjugação de períodos de atividades rural e urbana (modalidade *híbrida*). Para tanto, pleiteia o reconhecimento da atividade rural exercida sem registro em CTPS, no período de 21/1/73 a dezembro de 1990.

Foram deferidos à parte autora os benefícios da assistência judiciária gratuita.

O Juízo *a quo* julgou improcedente o pedido.

Inconformada, apelou a parte autora, pleiteando a reforma da R. sentença, com a consequente condenação da autarquia ao pagamento do benefício requerido, bem como de honorários advocatícios fixados em 20% sobre o valor total da execução até a data da prolação da sentença.

Sem contrarrazões, subiram os autos a esta E. Corte.

É o breve relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6072207-79.2019.4.03.9999

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

APELANTE: LUZIA ROSSI FURLAN

Advogados do(a) APELANTE: JAQUELINE CONESSA CARINHATO DE OLIVEIRA - SP328581-N, PAULO HENRIQUE DE OLIVEIRA ROMANI - SP307426-N, CRISTIANO ALEX MARTINS ROMEIRO - SP251787-N

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA (RELATOR): Dispõe o art. 48 da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei nº 11.718/08, *in verbis*:

"A aposentadoria por idade será devida ao segurado que, cumprida a carência exigida nesta Lei, completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta), se mulher.

§ 1º Os limites fixados no caput são reduzidos para sessenta e cinquenta e cinco anos no caso de trabalhadores rurais, respectivamente homens e mulheres, referidos na alínea 'a' do inciso I, na alínea 'g' do inciso V e nos incisos VI e VII do art. 11.

§ 2º Para os efeitos do disposto no § 1º deste artigo, o trabalhador rural deve comprovar o efetivo exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência do benefício pretendido, computado o período a que se referem os incisos III a VIII do § 9º do art. 11 desta Lei.

§ 3º Os trabalhadores rurais de que trata o § 1º deste artigo que não atendam ao disposto no § 2º deste artigo, mas que satisfaçam essa condição, se forem considerados períodos de contribuição sob outras categorias do segurado, farão jus ao benefício ao completarem 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta) anos, se mulher.

(...)"

Da leitura dos §§ 1º e 2º acima transcritos, depreende-se que o **trabalhador rural**, ao completar **60 (sessenta) anos**, se homem, e **55 (cinquenta e cinco) anos**, se mulher, tem direito à aposentadoria por idade desde que comprove o efetivo exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período *imediatamente* anterior ao requerimento do benefício (ou implemento do requisito etário, conforme jurisprudência pacífica sobre o tema), por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência, observada a tabela constante do art. 142 da Lei nº 8.213/91. Cumpre ressaltar, adicionalmente, que a Terceira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o Incidente de Uniformização - Petição nº 7.476/PR, firmou posicionamento no sentido de que o § 1º do art. 3º da Lei nº 10.666/03 dirige-se apenas ao trabalhador urbano.

No que tange ao disposto no § 3º, se o **trabalhador rural** não comprovar o exercício de atividade no campo no período imediatamente anterior ao requerimento da aposentadoria (ou implemento do requisito etário) e nem possuir o tempo de atividade rural equivalente à carência, poderá valer-se dos períodos de contribuição da atividade urbana para aposentar-se. Nessa hipótese, o requisito etário é majorado para **65 (sessenta e cinco) e 60 (sessenta) anos**, respectivamente, homem e mulher.

O C. Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o **Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.788.404/PR**, firmou a seguinte tese: "*o tempo de serviço rural, ainda que remoto e descontínuo, anterior ao advento da Lei 8.213/1991, pode ser computado para fins da carência necessária à obtenção da aposentadoria híbrida por idade, ainda que não tenha sido efetivado o recolhimento das contribuições, nos termos do art. 48, § 3o. da Lei 8.213/1991, seja qual for a predominância do labor misto exercido no período de carência ou o tipo de trabalho exercido no momento do implemento do requisito etário ou do requerimento administrativo.*" No referido julgado pacificou-se, dessa forma, o entendimento no sentido de ser possível a "*concessão de aposentadoria híbrida, mesmo nos casos em que toda a atividade rural foi realizada antes de 1991*", assegurada a "*dispensabilidade das contribuições referentes ao labor rural exercido antes de 1991*".

Com relação à comprovação do labor no campo, o C. Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o **Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.348.633-SP**, firmou posicionamento no sentido de ser possível o reconhecimento do "*tempo de serviço rural mediante apresentação de um início de prova material sem delimitar o documento mais remoto como termo inicial do período a ser computado, contanto que corroborado por testemunhos idôneos a elastecer sua eficácia*" (Primeira Seção, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, por maioria, j. 28/08/2013, DJe 05/12/14).

O período de carência encontra-se previsto nos artigos 25 e 142, da Lei nº 8.213/91.

Passo à análise do caso concreto.

A parte autora nasceu em 28/3/51 e implementou o requisito etário (60 anos) em 28/3/11. Logo, a carência a ser cumprida é de **180 meses**.

No tocante ao exercício de atividade rural, a parte autora acostou aos autos a certidão de seu casamento, celebrado em 21/1/73, qualificando seu marido como lavrador.

Referidas provas, somada aos depoimentos testemunhais (sistema de gravação audiovisual), formam um conjunto harmônico, apto a colmatar a convicção de que a parte autora exerceu atividades no campo no período de 21/1/73 a 31/12/90.

Ademais, o período de carência encontra-se previsto no art. 142 da Lei nº 8.213/91, sendo que o tempo de atividade rural poderá ser considerado para tal fim, nas hipóteses de concessão da aposentadoria por idade de trabalhador rural considerado segurado especial, bem como na modalidade "*híbrida*".

Dessa forma, somando-se o período de atividade rural reconhecido (21/1/73 a 31/12/90), aos demais períodos em que a autora efetuou o recolhimento de contribuições previdenciárias, conforme se verifica no extrato do Cadastro Nacional de Informações Sociais acostado aos autos (01/06/1994 a 31/08/1994, 01/02/1995 a 28/02/1995, 01/04/1995 a 30/04/1995, 01/06/1995 a 30/06/1995, 01/08/1995 a 31/08/1995, 01/10/1995 a 31/10/1999, 01/11/1999 a 30/06/2000, 01/08/2000 a 30/09/2000, 01/11/2002 a 30/11/2002, 01/04/2003 a 31/12/2003, 01/09/2014 a 31/10/2014 e 01/12/2014 a 31/05/2015), perfaz a requerente período superior a 180 meses.

Assim sendo, comprovando a parte autora o cumprimento dos requisitos exigidos pelo art. 48, § 3º, da Lei n.º 8.213/91, faz jus a parte autora ao benefício pleiteado.

O termo inicial da concessão do benefício deve ser fixado na data do pedido na esfera administrativa, nos termos do art. 49 da Lei n.º 8.213/91.

O valor do benefício deve ser apurado conforme o §4º do art. 48 da Lei n.º 8.213/91.

A correção monetária deve incidir desde a data do vencimento de cada prestação e os juros moratórios a partir da citação, momento da constituição do réu em mora.

Com relação aos **índices de atualização monetária e taxa de juros**, devem ser observados os posicionamentos firmados na Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n.º 870.947 (**Tema 810**) e no Recurso Especial Repetitivo n.º 1.492.221 (**Tema 905**), adotando-se, dessa forma, o IPCA-E nos processos relativos a benefício assistencial e o INPC nos feitos previdenciários. Quadra ressaltar haver constado expressamente do voto do Recurso Repetitivo que *“a adoção do INPC não configura afronta ao que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral (RE 870.947/SE). Isso porque, naquela ocasião, determinou-se a aplicação do IPCA-E para fins de correção monetária de benefício de prestação continuada (BPC), o qual se trata de benefício de natureza assistencial, previsto na Lei 8.742/93. Assim, é imperioso concluir que o INPC, previsto no art. 41-A da Lei 8.213/91, abrange apenas a correção monetária dos benefícios de natureza previdenciária.”* Outrossim, como bem observou o E. Desembargador Federal João Batista Pinto Silveira: *“Importante ter presente, para a adequada compreensão do eventual impacto sobre os créditos dos segurados, que os índices em referência – INPC e IPCA-E tiveram variação muito próxima no período de julho de 2009 (data em que começou a vigorar a TR) e até setembro de 2019, quando julgados os embargos de declaração no RE 870947 pelo STF (IPCA-E: 76,77%; INPC 75,11), de forma que a adoção de um ou outro índice nas decisões judiciais já proferidas não produzirá diferenças significativas sobre o valor da condenação.”* (TRF-4ª Região, AI n.º 5035720-27.2019.4.04.0000/PR, 6ª Turma, v.u., j. 16/10/19).

A taxa de juros deve incidir de acordo com a remuneração das cadernetas de poupança (art. 1º-F da Lei n.º 9.494/97 com a redação dada pela Lei n.º 11.960/09), conforme determinado na Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n.º 870.947 (Tema 810) e no Recurso Especial Repetitivo n.º 1.492.221 (Tema 905).

A verba honorária fixada à razão de 10% sobre o valor da condenação remunera condignamente o serviço profissional prestado, nos termos do art. 85 do CPC/15 e precedentes desta Oitava Turma.

No que se refere à sua base de cálculo, considerando que o direito pleiteado pela parte autora foi reconhecido somente no Tribunal, passo a adotar o posicionamento do C. STJ de que os honorários devem incidir até o julgamento do recurso nesta Corte, *in verbis*: *“Nos termos da Súmula n. 111 do Superior Tribunal de Justiça, o marco final da verba honorária deve ser o decisum no qual o direito do segurado foi reconhecido, que no caso corresponde ao acórdão proferido pelo Tribunal a quo.”* (AgRg no Recurso Especial n.º 1.557.782-SP, 2ª Turma, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, j. em 17/12/15, v.u., DJe 18/12/15)

Incabível a condenação do réu em custas, uma vez que a parte autora litigou sob o manto da assistência judiciária gratuita e não efetuou nenhuma despesa ensejadora de reembolso.

Outrossim, as autarquias são isentas do pagamento de custas, nos feitos que tramitam na Justiça Federal, em conformidade com a Lei n. 9.289/96 (art. 4º, inc. I) e nas ações ajuizadas na Justiça do Estado de São Paulo, na forma da Lei Estadual/SP n.º 11.608/03 (art. 6º).

Na hipótese de a parte autora estar recebendo aposentadoria, auxílio-doença ou abono de permanência em serviço, deve ser facultado ao demandante a percepção do benefício mais vantajoso, sendo vedado o recebimento conjunto, nos termos do art. 124 da Lei n.º 8.213/91.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação da parte autora, para condenar o INSS ao pagamento da aposentadoria por idade, a partir da data da entrada do requerimento administrativo, acrescida de correção monetária, juros e honorários advocatícios na forma acima indicada.

É o meu voto.

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. CÔMPUTO DE ATIVIDADE RURAL E URBANA. MODALIDADE HÍBRIDA. TERMO INICIAL. VALOR DO BENEFÍCIO. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CUSTAS.

I- Os requisitos para a concessão da aposentadoria por idade, na modalidade "*híbrida*", compreendem a idade (60 anos, se mulher e 65 anos, se homem) e o cumprimento da carência, computando-se períodos de atividades rural e urbana. O C. Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o **Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.788.404/PR**, firmou a seguinte tese: "*o tempo de serviço rural, ainda que remoto e descontínuo, anterior ao advento da Lei 8.213/1991, pode ser computado para fins da carência necessária à obtenção da aposentadoria híbrida por idade, ainda que não tenha sido efetivado o recolhimento das contribuições, nos termos do art. 48, § 3º, da Lei 8.213/1991, seja qual for a predominância do labor misto exercido no período de carência ou o tipo de trabalho exercido no momento do implemento do requisito etário ou do requerimento administrativo.*"

II- Tratando-se de comprovação de tempo de serviço, é indispensável a existência de início razoável de prova material da atividade rural, contemporânea à época dos fatos, corroborada por coerente e robusta prova testemunhal.

III- Preenchidos, *in casu*, os requisitos previstos no art. 48, § 3º, da Lei de Benefícios, há de ser concedida a aposentadoria por idade.

IV- O termo inicial do benefício deve ser fixado na data do pedido na esfera administrativa, nos termos do art. 49 da Lei nº 8.213/91.

V- O valor do benefício deve ser apurado nos termos do §4º do art. 48 da Lei nº 8.213/91.

VI- A correção monetária deve incidir desde a data do vencimento de cada prestação e os juros moratórios a partir da citação, momento da constituição do réu em mora. Com relação aos **índices de atualização monetária e taxa de juros**, devem ser observados os posicionamentos firmados na Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 870.947 (**Tema 810**) e no Recurso Especial Repetitivo nº 1.492.221 (**Tema 905**), adotando-se, dessa forma, o IPCA-E nos processos relativos a benefício assistencial e o INPC nos feitos previdenciários. A taxa de juros deve incidir de acordo com a remuneração das cadernetas de poupança (art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09).

VII- A verba honorária fixada, no presente caso, à razão de 10% sobre o valor da condenação remunera condignamente o serviço profissional prestado. No que se refere à sua base de cálculo, considerando que o direito pleiteado pela parte autora foi reconhecido somente no Tribunal, os honorários devem incidir até o julgamento do recurso nesta Corte, conforme o posicionamento do C. STJ.

VIII- Incabível a condenação do réu em custas, uma vez que a parte autora litigou sob o manto da assistência judiciária gratuita e não efetuou nenhuma despesa ensejadora de reembolso. Outrossim, as autarquias são isentas do pagamento de custas, nos feitos que tramitam na Justiça Federal, em conformidade com a Lei n. 9.289/96 (art. 4º, inc. I) e nas ações ajuizadas na Justiça do Estado de São Paulo, na forma da Lei Estadual/SP nº 11.608/03 (art. 6º).

IX- Apelação da parte autora parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Oitava Turma, por unanimidade, decidiu dar parcial provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001819-60.2018.4.03.6134
RELATOR: Gab. 27 - DES. FED. THEREZINHA CAZERTA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: I. N. C., C. V. C. J.
REPRESENTANTE: CRISTIANE SILVA NASCIMENTO
Advogado do(a) APELADO: RAQUEL JAQUELINE DA SILVA - SP223525-A,
Advogado do(a) APELADO: RAQUEL JAQUELINE DA SILVA - SP223525-A,

ATO ORDINATÓRIO

O(A) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a) determina a intimação do agravado para manifestar-se sobre o recurso de AGRAVO INTERNO, nos termos do § 2º do artigo 1.021 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001739-46.2018.4.03.6183
RELATOR: Gab. 28 - DES. FED. DAVID DANTAS
APELANTE: VALQUIRIA MARIA CARDOSO, M. C. P., Y. C. P., INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
REPRESENTANTE: VALQUIRIA MARIA CARDOSO
Advogado do(a) APELANTE: CARLOS ROBERTO DA COSTA - SP273079-A
Advogado do(a) APELANTE: CARLOS ROBERTO DA COSTA - SP273079-A,
Advogado do(a) APELANTE: CARLOS ROBERTO DA COSTA - SP273079-A,
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, M. C. P., VALQUIRIA MARIA CARDOSO, Y. C. P.
REPRESENTANTE: VALQUIRIA MARIA CARDOSO
Advogado do(a) APELADO: CARLOS ROBERTO DA COSTA - SP273079-A,
Advogado do(a) REPRESENTANTE: CARLOS ROBERTO DA COSTA - SP273079-A
Advogado do(a) APELADO: CARLOS ROBERTO DA COSTA - SP273079-A
Advogado do(a) APELADO: CARLOS ROBERTO DA COSTA - SP273079-A,

ATO ORDINATÓRIO

O(A) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a) determina a intimação do agravado para manifestar-se sobre o recurso de AGRAVO INTERNO, nos termos do § 2º do artigo 1.021 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000617-09.2016.4.03.6105

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

APELANTE: DORIVAL RUI

Advogados do(a) APELANTE: LEANDRO NAGLIATE BATISTA - SP220192-A, CLAUDIO MELO DA SILVA - SP282523-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

ATO ORDINATÓRIO

O(A) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a) determina a intimação do agravado para manifestar-se sobre o recurso de AGRAVO INTERNO, nos termos do § 2º do artigo 1.021 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5007019-62.2018.4.03.6000

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

APELANTE: ANTONIO EDEVALDO DE SOUZA

Advogado do(a) APELANTE: WALTER FERREIRA - MS1310-S

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

ATO ORDINATÓRIO

O(A) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a) determina a intimação do agravado para manifestar-se sobre o recurso de AGRAVO INTERNO, nos termos do § 2º do artigo 1.021 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5232738-25.2020.4.03.9999

RELATOR: Gab. 28 - DES. FED. DAVID DANTAS

APELANTE: FRANCISCO DE SALES ALBERTO DA SILVA

Advogados do(a) APELANTE: EDSON LUIZ MARTINS PEREIRA JUNIOR - SP318575-N, JOSE ANTONIO CARVALHO DA SILVA - SP97178-N

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

ATO ORDINATÓRIO

O(A) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a) determina a intimação do agravado para manifestar-se sobre o recurso de AGRAVO INTERNO, nos termos do § 2º do artigo 1.021 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001464-66.2016.4.03.9999
RELATOR: Gab. 29 - DES. FED. LUIZ STEFANINI
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: VILSON JOSE TONDATO
Advogado do(a) APELADO: GISELE BAGGIO DA SILVA SARTOR - MS10855

ATO ORDINATÓRIO

O(A) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a) determina a intimação do agravado para manifestar-se sobre o recurso de AGRAVO INTERNO, nos termos do § 2º do artigo 1.021 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 22 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5002858-74.2017.4.03.6119
RELATOR: Gab. 28 - DES. FED. DAVID DANTAS
APELANTE: SHIRLEI MARIA SILVA DE OLIVEIRA, VINICIUS SILVA DE OLIVEIRA
Advogado do(a) APELANTE: DANILO SCHETTINI RIBEIRO LACERDA - SP339850-A
Advogado do(a) APELANTE: DANILO SCHETTINI RIBEIRO LACERDA - SP339850-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

ATO ORDINATÓRIO

O(A) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a) determina a intimação do agravado para manifestar-se sobre o recurso de AGRAVO INTERNO, nos termos do § 2º do artigo 1.021 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 22 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000618-80.2018.4.03.6183
RELATOR: Gab. 29 - DES. FED. LUIZ STEFANINI
DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 23/06/2020 3820/4253

APELANTE: JOSE ALVES PEREIRA
Advogado do(a) APELANTE: VALQUIRIA VIEIRA ZAMBROTTA - SP279186-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

ATO ORDINATÓRIO

O(A) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a) determina a intimação do agravado para manifestar-se sobre o recurso de AGRAVO INTERNO, nos termos do § 2º do artigo 1.021 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 22 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6076120-69.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 29 - DES. FED. LUIZ STEFANINI
SUCESSOR: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

SUCESSOR: EVA FLAUZINA GONCALVES
Advogado do(a) SUCESSOR: PRISCILA FERNANDES RELA - SP247831-A

ATO ORDINATÓRIO

O(A) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a) determina a intimação do agravado para manifestar-se sobre o recurso de AGRAVO INTERNO, nos termos do § 2º do artigo 1.021 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 22 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5772620-68.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 28 - DES. FED. DAVID DANTAS
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: WALDIR BARBOSA DE SOUZA
Advogados do(a) APELADO: RODRIGO VICENTE FERNANDEZ - SP186603-A, ADRIANA ACCESSOR COSTA
FERNANDEZ - SP199498-A

ATO ORDINATÓRIO

O(A) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a) determina a intimação do agravado para manifestar-se sobre o recurso de AGRAVO INTERNO, nos termos do § 2º do artigo 1.021 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 22 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000923-47.2017.4.03.6103
RELATOR: Gab. 29 - DES. FED. LUIZ STEFANINI
APELANTE: EDSON MENEGUSSI
Advogado do(a) APELANTE: DEBORA DINIZ ENDO - SP259086-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

ATO ORDINATÓRIO

O(A) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a) determina a intimação do agravado para manifestar-se sobre o recurso de AGRAVO INTERNO, nos termos do § 2º do artigo 1.021 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 22 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5956241-68.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 27 - DES. FED. THEREZINHA CAZERTA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: JURANDIR ANSELMO
Advogado do(a) APELADO: FABIO ROBERTO PIOZZI - SP167526-N

ATO ORDINATÓRIO

O(A) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a) determina a intimação do agravado para manifestar-se sobre o recurso de AGRAVO INTERNO, nos termos do § 2º do artigo 1.021 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 22 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0030720-13.2014.4.03.9999
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
APELANTE: EDVALDE DA SILVA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELANTE: LUIS ROBERTO OLIMPIO - SP135997-N
Advogado do(a) APELANTE: ADRIANA FUGAGNOLLI - SP140789-N
APELADO: EDVALDE DA SILVA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELADO: LUIS ROBERTO OLIMPIO - SP135997-N
Advogado do(a) APELADO: ADRIANA FUGAGNOLLI - SP140789-N
DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 23/06/2020 3822/4253

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0030720-13.2014.4.03.9999

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

APELANTE: EDVALDE DA SILVA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) APELANTE: LUIS ROBERTO OLIMPIO - SP135997-N

Advogado do(a) APELANTE: ADRIANA FUGAGNOLLI - SP140789-N

APELADO: EDVALDE DA SILVA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) APELADO: LUIS ROBERTO OLIMPIO - SP135997-N

Advogado do(a) APELADO: ADRIANA FUGAGNOLLI - SP140789-N

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA (RELATOR): Trata-se de ação ajuizada em 2/2/09 em face do INSS - Instituto Nacional do Seguro Social, visando à **concessão da aposentadoria por tempo de contribuição** desde a data do requerimento administrativo, mediante o reconhecimento do caráter especial das atividades mencionadas na petição inicial, bem como de labor rural sem registro em CTPS. Requer indenização por danos morais.

Foram deferidos à parte autora os benefícios da assistência judiciária gratuita.

O Juízo a quo **julgou parcialmente procedente** o pedido, para reconhecer o labor rural exercido no período de **14/7/1968 a 24/8/77**, bem como a especialidade dos períodos de **23/11/78 a 11/4/79, 12/4/79 a 7/8/86, 8/8/86 a 16/2/91, 17/6/91 a 4/10/96 e 4/11/96 a 15/12/98**, e para condenar o INSS ao pagamento da **aposentadoria por tempo de contribuição a partir da data do requerimento administrativo** (20/9/00), acrescida de correção monetária nos termos da Resolução nº 134/10 e juros de mora desde a citação, observado o disposto na Lei nº 11.960/09. Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios, diante da sucumbência recíproca.

Inconformada, apelou a parte autora, pleiteando a condenação do INSS ao pagamento da verba honorária, a ser fixada em 15% sobre o valor da condenação.

A autarquia também recorreu, sustentando a improcedência do pedido.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta E. Corte.

É o breve relatório.

Newton De Lucca

Desembargador Federal Relator

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0030720-13.2014.4.03.9999
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
APELANTE: EDVALDE DA SILVA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELANTE: LUIS ROBERTO OLIMPIO - SP135997-N
Advogado do(a) APELANTE: ADRIANA FUGAGNOLLI - SP140789-N
APELADO: EDVALDE DA SILVA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELADO: LUIS ROBERTO OLIMPIO - SP135997-N
Advogado do(a) APELADO: ADRIANA FUGAGNOLLI - SP140789-N
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA (RELATOR): No que tange ao **reconhecimento de tempo de serviço rural**, dispõe o § 3º do artigo 55 da Lei nº 8.213/91, *in verbis*:

"A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta Lei, inclusive mediante justificção administrativa ou judicial, conforme o disposto no Art. 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento."

Da simples leitura do referido dispositivo legal, bem como da análise da legislação pertinente e da observância da jurisprudência dominante, depreende-se que para o reconhecimento do tempo de serviço é indispensável a existência de início de prova material, corroborado por coerente e robusta prova testemunhal. Outrossim, nos termos da Súmula nº 149, do C. Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

"A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rural, para efeito da obtenção de benefício previdenciário."

O C. Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o **Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.348.633-SP**, firmou posicionamento no sentido de ser possível o reconhecimento do *"tempo de serviço rural mediante apresentação de um início de prova material sem delimitar o documento mais remoto como termo inicial do período a ser computado, contanto que corroborado por testemunhos idôneos a elastecer sua eficácia"* (Primeira Seção, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, por maioria, j. 28/08/2013, DJe 05/12/14). O E. Relator, em seu voto, deixou consignada a regra que se deve adotar ao afirmar: *"Nessa linha de compreensão, mostra-se possível o reconhecimento de tempo de serviço rural anterior ao documento mais antigo, desde que amparado por convincente prova testemunhal, colhida sob o contraditório."*

Ressalto, adicionalmente, que o C. STJ possui diversos julgados no sentido de que o Recurso Especial Representativo de Controvérsia acima mencionado autorizou o reconhecimento do tempo de serviço rural não apenas relativamente ao período *anterior* ao documento mais antigo, mas também *posterior* à prova material mais recente, desde que amparado por prova testemunhal robusta. Nesse sentido: **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.452.001/SP**, 1ª Turma, Relator Ministro Sérgio Kukina, j. em 5/3/15, v.u., DJ 12/3/15 e **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.347.289/SP**, 2ª Turma, Relator Ministro Og Fernandes, j. em 24/4/14, v.u., DJ 20/5/14).

Anoto que o convencimento da verdade de um fato ou de uma determinada situação jurídica raramente decorre de circunstância isoladamente considerada. Os indícios de prova material, singularmente analisados, talvez não fossem, por si sós, suficientes para formar a convicção do magistrado. Nem tampouco as testemunhas provavelmente o seriam. Mas a conjugação de ambos os meios probatórios - todos juridicamente idôneos para formar a convicção do juiz - torna inquestionável a comprovação da atividade laborativa rural.

Com relação às contribuições previdenciárias, dispõe o §2º do art. 55 da Lei nº 8.213/91 que o tempo de serviço do segurado trabalhador rural, *"anterior à data de início de vigência desta Lei, será computado independentemente do recolhimento das contribuições a ele correspondentes, exceto para efeito de carência, conforme dispuser o Regulamento."* Havendo período posterior ao advento da Lei de Benefícios, sem o recolhimento das contribuições, o mesmo somente poderá ser utilizado para os fins específicos previstos no art. 39, inc. I, da Lei de Benefícios. Quadra mencionar que o C. Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o **Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.352.791/SP**, adotou o entendimento de que o período de atividade rural *registrado em carteira profissional* deve ser computado como carência.

No que se refere ao **reconhecimento da atividade especial**, a jurisprudência é pacífica no sentido de que deve ser aplicada a lei vigente à época em que exercido o trabalho, à luz do princípio *tempus regit actum* (Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.310.034-PR).

Quanto aos **meios de comprovação** do exercício da atividade em condições especiais, **até 28/4/95**, bastava a constatação de que o segurado exercia uma das atividades constantes dos anexos dos Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79. O rol dos referidos anexos é considerado meramente exemplificativo (Súmula nº 198 do extinto TFR).

Com a edição da Lei nº 9.032/95, **a partir de 29/4/95** passou-se a exigir por meio de formulário específico a comprovação da efetiva exposição ao agente nocivo perante o Instituto Nacional do Seguro Social.

A Medida Provisória nº 1.523 de 11/10/96, a qual foi convertida na Lei nº 9.528 de 10/12/97, ao incluir o § 1º ao art. 58 da Lei nº 8.213/91, dispôs sobre a necessidade da comprovação da efetiva sujeição do segurado a agentes nocivos à saúde do segurado por meio de laudo técnico, motivo pelo qual considerava necessária a apresentação de tal documento a partir de 11/10/96.

No entanto, a fim de não dificultar ainda mais o oferecimento da prestação jurisdicional, passei a adotar o posicionamento no sentido de exigir a apresentação de laudo técnico somente **a partir 6/3/97**, data da publicação do Decreto nº 2.172, de 5/3/97, que aprovou o Regulamento dos Benefícios da Previdência Social. Nesse sentido, quadra mencionar os precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça: Incidente de Uniformização de Jurisprudência, Petição nº 9.194/PR, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, 1ª Seção, j. em 28/5/14, v.u., DJe 2/6/14; AgRg no AREsp. nº 228.590, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, j. em 18/3/14, v.u., DJe 1º/4/14; bem como o acórdão proferido pela Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais no julgamento do Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal nº 0024288-60.2004.4.03.6302, Relator para Acórdão Juiz Federal Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves, j. 14/2/14, DOU 14/2/14.

Por fim, observo que o art. 58 da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Medida Provisória nº 1.523 de 11/10/96, a qual foi convertida na Lei nº 9.528 de 10/12/97, em seu § 4º, instituiu o **Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP)**, sendo que, com a edição do Decreto nº 4.032/01, o qual alterou a redação dos §§ 2º e 6º e inseriu o § 8º ao art. 68 do Decreto nº 3048/99, passou-se a admitir o referido PPP para a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos. O art. 68 do Decreto nº 8.123/13 também traz considerações sobre o referido PPP.

Devo salientar que o laudo (ou PPP) não contemporâneo ao exercício das atividades não impede a comprovação de sua natureza especial, desde que não tenha havido alteração expressiva no ambiente de trabalho.

Ademais, se em data posterior ao trabalho realizado foi constatada a presença de agentes nocivos, é de bom senso imaginar que a sujeição dos trabalhadores à insalubridade não era menor à época do labor, haja vista os avanços tecnológicos e a evolução da segurança do trabalho que certamente sobrevieram como o passar do tempo.

Quadra ressaltar, por oportuno, que o PPP é o formulário padronizado, redigido e fornecido pela própria autarquia, sendo que no referido documento não consta campo específico indagando sobre a *habitualidade e permanência* da exposição do trabalhador ao agente nocivo, diferentemente do que ocorria nos anteriores formulários SB-40, DIRBEN 8030 ou DSS 8030, nos quais tal questionamento encontrava-se de forma expressa e com campo próprio para aposição da informação. Dessa forma, não me parece razoável que a deficiência contida no PPP possa prejudicar o segurado e deixar de reconhecer a especialidade da atividade à míngua de informação expressa com relação à habitualidade e permanência.

Vale ressaltar que o uso de equipamentos de proteção individual - **EPI não é suficiente para descaracterizar a especialidade da atividade**, a não ser que comprovada a real efetividade do aparelho na neutralização do agente nocivo, sendo que, em se tratando, especificamente, do agente ruído, não há, no momento, equipamento capaz de neutralizar a nocividade gerada pelo referido agente agressivo, conforme o julgamento realizado, em sessão de 4/12/14, pelo Plenário do C. Supremo Tribunal Federal, na **Repercussão Geral reconhecida no Recurso Extraordinário com Agravo nº 664.335/SC**, de Relatoria do E. Ministro Luiz Fux.

Observo, ainda, que a informação registrada pelo empregador no Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP) sobre a eficácia do EPI não tem o condão de descaracterizar a sujeição do segurado aos agentes nocivos. Conforme tratado na decisão proferida pelo C. STF na Repercussão Geral acima mencionada, a legislação previdenciária criou, com relação à aposentadoria especial, uma sistemática na qual é colocado a cargo do empregador o dever de elaborar laudo técnico voltado a determinar os fatores de risco existentes no ambiente de trabalho, ficando o Ministério da Previdência Social responsável por fiscalizar a regularidade do referido laudo. Ao mesmo tempo, autoriza-se que o empregador obtenha benefício tributário caso apresente simples declaração no sentido de que existiu o fornecimento de EPI eficaz ao empregado.

Notório que o sistema criado pela legislação é falho e incapaz de promover a real comprovação de que o empregado esteve, de fato, absolutamente protegido contra o fator de risco. A respeito, é precisa a observação do E. Ministro Luís Roberto Barroso, ao sustentar que *"considerar que a declaração, por parte do empregador, acerca do fornecimento de EPI eficaz consiste em condição suficiente para afastar a aposentadoria especial, e, como será desenvolvido adiante, para obter relevante isenção tributária, cria incentivos econômicos contrários ao cumprimento dessas normas"* (Normas Regulamentadoras relacionadas à Segurança do Trabalho).

Exata, ainda, a manifestação do E. Ministro Marco Aurélio, ao invocar o *princípio da primazia da realidade*, segundo o qual uma verdade formal não pode se sobrepor aos fatos que realmente ocorrem - sobretudo em hipótese na qual a declaração formal é prestada com objetivos econômicos.

Logo, se a legislação previdenciária cria situação que resulta, na prática, na inexistência de dados confiáveis sobre a eficácia ou não do EPI, não se pode impor ao segurado - que não concorre para a elaboração do laudo, nem para sua fiscalização - o dever de fazer prova da ineficácia do equipamento de proteção que lhe foi fornecido. Caberá, portanto, ao INSS o ônus de provar que o trabalhador foi totalmente protegido contra a situação de risco, pois não se pode impor ao empregado - que labora em condições nocivas à sua saúde - a obrigação de suportar individualmente os riscos inerentes à atividade produtiva perigosa, cujos benefícios são compartilhados por toda a sociedade.

Ressalto, adicionalmente, que a Corte Suprema, ao apreciar a Repercussão Geral acima mencionada, afastou a alegação, suscitada pelo INSS, de ausência de **prévia fonte de custeio** para o direito à aposentadoria especial. O E. Relator, em seu voto, deixou bem explicitada a regra que se deve adotar ao afirmar: "*Destarte, não há ofensa ao princípio da preservação do equilíbrio financeiro e atuarial, pois existe a previsão na própria sistemática da aposentadoria especial da figura do incentivo (art. 22, II e § 3º, Lei n.º 8.212/91), que, por si só, não consubstancia a concessão do benefício sem a correspondente fonte de custeio (art. 195, § 5º, CRFB/88). Corroborando o supra esposado, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal considera que o art. 195, § 5º, da CRFB/88, contém norma dirigida ao legislador ordinário, disposição inexigível quando se tratar de benefício criado diretamente pela própria constituição*".

Com relação à **conversão de tempo especial em comum**, parece de todo conveniente traçar um breve relato de sua evolução histórica na ordenação jurídica brasileira.

Inicialmente, observo que a aposentadoria especial foi instituída pelo art. 31 da Lei nº 3.807, de 26/8/60 (Lei Orgânica da Previdência Social).

A Lei nº 6.887/80 acrescentou o § 4º ao art. 9º, da Lei nº 5.890/73, dispondo: "*O tempo de serviço exercido alternadamente em atividades comuns e em atividades que, na vigência desta Lei, sejam ou venham a ser consideradas penosas, insalubres ou perigosas, será somado, após a respectiva conversão segundo critérios de equivalência a serem fixados pelo Ministério da Previdência Social, para efeito de aposentadoria de qualquer espécie.*"

Após diversas alterações legislativas, a Lei nº 8.213/91 dispôs sobre a aposentadoria especial em seus artigos 57 e 58.

A possibilidade de conversão do tempo especial em comum havia sido revogada pela edição do art. 28, da Medida Provisória nº 1.663 de 28/5/98. No entanto, o referido dispositivo legal foi suprimido quando da conversão na Lei nº 9.711/98, razão pela qual, forçoso reconhecer que permanece em vigor a possibilidade dessa conversão. Ademais, a questão ficou pacificada com a edição do Decreto nº 4.827, de 3/9/03, que incluiu o § 2º ao art. 70 do Decreto nº 3.048/99, estabelecendo que "*As regras de conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum constantes deste artigo aplicam-se ao trabalho **prestado em qualquer período.***" Nesse sentido, cabe ressaltar que o C. Superior Tribunal de Justiça firmou posicionamento no sentido de ser possível a conversão de tempo especial em comum no período anterior a 1º/1/81, bem como posterior à edição do art. 28, da Medida Provisória nº 1.663 de 28/5/98.

A questão relativa ao **fator de conversão** foi objeto de julgamento pelo C. Superior Tribunal de Justiça no **Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.151.363/MG** (2009/0145685-8). O E. Relator Ministro Jorge Mussi, em seu voto, bem explicitou a regra que se deve adotar ao asseverar: "*Importa notar que a legislação em vigor na ocasião da prestação do serviço regula a caracterização e a comprovação da atividade sob condições especiais, conforme dispõe o § 1º supra. Ou seja, **observa-se o regramento da época do trabalho para a prova da exposição aos agentes agressivos à saúde**: se pelo mero enquadramento da atividade nos anexos dos Regulamentos da Previdência, se mediante as anotações de formulários do INSS ou, ainda, pela existência de laudo assinado por médico do trabalho. **Diversamente, no tocante aos efeitos da prestação laboral vinculada ao Sistema Previdenciário, a obtenção de benefício fica submetida às regras da legislação em vigor na data do requerimento.** Por essa razão, o § 2º deixa expresso que as regras de conversão do art. 70 aplicam-se ao trabalho prestado em qualquer período. Isso é possível porque a adoção deste ou daquele fator de conversão depende, tão somente, do tempo de contribuição total exigido em lei para a aposentadoria integral, ou seja, deve corresponder ao valor tomado como parâmetro, numa relação de proporcionalidade, o que corresponde a um mero cálculo matemático. Explica-se: O fator de conversão é o resultado da **divisão** do número máximo de **tempo comum** (35 para homem e 30 para mulher) pelo número máximo de **tempo especial** (15, 20 e 25). **Ou seja, o fator a ser aplicado ao tempo especial laborado pelo homem para convertê-lo em comum será 1,40, pois 35/25=1,40. Se o tempo for trabalhado por uma mulher, o fator será de 1,20, pois 30/25=1,20.** Se o tempo especial for de 15 ou 20 anos, a regra será a mesma. **Trata-se de regra matemática pura e simples e não de regra previdenciária.** Observando-se os Decretos ns. 53.831/1964 e 83.080/1979, os quais traziam a lista de agentes nocivos e atividades insalubres, extrai-se a informação de que, em ambos os decretos, o tempo máximo de exposição aos agentes a que esteve exposto o recorrido (ruído e frio) era de 25 anos. Todavia, o tempo de serviço comum, para efeito de aposentadoria, constante daqueles decretos, era de, no máximo, 30 anos; portanto, o fator de conversão utilizado nessa hipótese era de 1,2. Destarte, o índice de 1,2 para conversão de tempo especial em aposentadoria comum com 30 anos de contribuição e o índice de 1,4 em relação à aposentadoria com 35 anos têm a mesma função. Converter para comum o tempo de serviço especial relativo à atividade com limite de 25 anos utilizando o fator de 1,2 seria prejudicial ao segurado (homem), porquanto a norma de regência exige, como tempo de contribuição, os 35 anos, como é de notório conhecimento.(...) Nesse contexto, com a alteração dada pelo Decreto n. 4.827/2003 ao Decreto n. 3.048/99, a Previdência Social, na via administrativa, passou a converter os períodos de tempo especial desenvolvidos em qualquer época pelas novas regras da tabela definida no artigo 70, que, para o tempo de serviço especial correspondente a 25 anos utiliza como fator de conversão, para homens, o multiplicador 1,40. É o que se denota do artigo 173 da Instrução Normativa n. 20/2007". (grifos meus)*

Quanto à **aposentadoria por tempo de contribuição**, para os segurados que cumpriram os requisitos anteriormente à vigência da Emenda Constitucional nº 20/98, devem ser observadas as disposições dos artigos 52 e 53, da Lei nº 8.213/91, em atenção ao princípio *tempus regit actum*.

Havendo a necessidade de utilização do período posterior à referida Emenda, deverão ser observadas as alterações realizadas pela referida Emenda aos artigos 201 e 202 da Constituição Federal de 1988, que extinguiu a aposentadoria proporcional por tempo de serviço no âmbito do regime geral de previdência social.

Transcrevo o §7º do art. 201 da Carta Magna com a nova redação:

"§ 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições:

I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

II - sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher; reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar; nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal."

Por sua vez, o art. 9º de referida Emenda criou uma regra de transição, ao estabelecer:

"Art. 9º - Observado o disposto no art. 4º desta Emenda e ressalvado o direito de opção a aposentadoria pelas normas por ela estabelecidas para o regime geral de previdência social, é assegurado o direito à aposentadoria ao segurado que se tenha filiado ao regime geral de previdência social, até a data de publicação desta Emenda, quando, cumulativamente, atender aos seguintes requisitos:

I - contar com cinquenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito anos de idade, se mulher; e

II - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher; e

b) um período adicional de contribuição equivalente a vinte por cento do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior.

§ 1º - O segurado de que trata este artigo, desde que atendido o disposto no inciso I do "caput", e observado o disposto no art. 4º desta Emenda, pode aposentar-se com valores proporcionais ao tempo de contribuição, quando atendidas as seguintes condições:

I - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) trinta anos, se homem, e vinte e cinco anos, se mulher; e

b) um período adicional de contribuição equivalente a quarenta por cento do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior;

II - o valor da aposentadoria proporcional será equivalente a setenta por cento do valor da aposentadoria a que se refere o "caput", acrescido de cinco por cento por ano de contribuição que supere a soma a que se refere o inciso anterior; até o limite de cem por cento.

§ 2º - O professor que, até a data da publicação desta Emenda, tenha exercido atividade de magistério e que opte por aposentar-se na forma do disposto no "caput", terá o tempo de serviço exercido até a publicação desta Emenda contado com o acréscimo de dezessete por cento, se homem, e de vinte por cento, se mulher, desde que se aposente, exclusivamente, com tempo de efetivo exercício de atividade de magistério."

Contudo, no que tange à aposentadoria integral, cumpre ressaltar que, na redação do Projeto de Emenda à Constituição, o inciso I do §7º do art. 201, da Constituição Federal, associava tempo mínimo de contribuição (35 anos, para homem e 30 anos, para mulher) à idade mínima de 60 anos e 55 anos, respectivamente. Não sendo aprovada a exigência da idade mínima quando da promulgação da Emenda nº 20, a regra de transição para a aposentadoria integral tornou-se inócua, uma vez que, no texto permanente (art. 201, §7º, inc. I), a aposentadoria integral será concedida levando-se em conta somente o tempo de contribuição.

Quadra mencionar que, havendo o cômputo do tempo de serviço posterior a 28/11/99, devem ser observados os dispositivos constantes da Lei nº 9.876/99 no que se refere ao cálculo do valor do benefício, consoante o julgamento realizado, em 10/9/08, pelo Tribunal Pleno do C. Supremo Tribunal Federal, na Repercussão Geral reconhecida no Recurso Extraordinário nº 575.089, de Relatoria do Exmo. Ministro Ricardo Lewandowski.

Passo à análise do caso concreto.

Relativamente ao reconhecimento de tempo de serviço rural do autor, nascido em 4/7/54 (107161920, p. 62), encontram-se acostadas aos autos as cópias dos seguintes documentos:

1. Notas de produtor em nome de terceiro
2. Documentos escolares;
3. Certificado de Dispensa de Incorporação, emitido em 2/3/73, no qual o autor foi qualificado como lavrador;
4. Título Eleitoral, emitido em 7/8/72, no qual consta a qualificação do autor como lavrador.

Os documentos supramencionados constituem inícios razoáveis de prova material para comprovar a condição de rurícola do requerente no período pleiteado.

Com relação à prova testemunhal, destaco que as testemunhas Izaul Daniel de Souza e Albina Inez Geralda de Paula afirmaram que o autor laborou como trabalhador rural por cerca de 10 anos na Fazenda Irara, juntamente com sua família, por volta da década de 1970.

Os documentos considerados como início de prova material, somados aos depoimentos testemunhais, formam um conjunto harmônico apto a demonstrar que o autor exerceu atividades no campo, no período de **14/7/1968 a 24/8/77**.

Ressalvo que o mencionado tempo não poderá ser utilizado para fins de carência.

Passo a apreciar o pedido de reconhecimento de tempo especial.

1) Período: 23/11/78 a 11/4/79.

Empresa: Cia Brasileira de Petróleo Ibrasil.

Atividades/funções: auxiliar de custo.

Agente(s) nocivo(s): gases e vapores provenientes de solventes, hidrocarbonetos aromáticos e alifáticos, lubrificantes.

Enquadramento legal: código 1.2.11 do Anexo do Decreto nº 53.831/64 e código 1.2.10 do Anexo do Decreto n.º 83.080/79 (hidrocarbonetos).

Provas: Formulário (107161920, p. 67), datado de 19/5/99.

Conclusão: Ficou devidamente comprovado nos autos o exercício de atividade especial no período acima mencionado, em decorrência da exposição, de forma habitual e permanente, a hidrocarbonetos.

2) Período: 12/4/79 a 7/8/86.

Empresa: Cobradis – Cia Brasileira de Distribuição de Produtos de Petróleo.

Atividades/funções: auxiliar de custo.

Agente(s) nocivo(s): gases e vapores provenientes de solventes, hidrocarbonetos aromáticos e alifáticos, lubrificantes.

Enquadramento legal: código 1.2.11 do Anexo do Decreto nº 53.831/64 e código 1.2.10 do Anexo do Decreto nº 83.080/79 (hidrocarbonetos).

Provas: Formulário (107161920, p. 68), datado de 19/5/99.

Conclusão: Ficou devidamente comprovado nos autos o exercício de atividade especial no período acima mencionado, em decorrência da exposição, de forma habitual e permanente, a hidrocarbonetos.

3) Períodos: 8/8/86 a 16/2/91, 17/6/91 a 4/10/96 e 4/11/96 a 15/12/98.

Empresa: Molypart Ind. e Co. de Graxas e Lubrificantes Ltda.

Atividades/funções: auxiliar de planejamento produção e encarregado de transportes.

Agente(s) nocivo(s): agentes químicos (hidrocarbonetos, sílica, chumbo).

Enquadramento legal: código 1.2.11 do Anexo do Decreto nº 53.831/64 e código 1.2.10 do Anexo do Decreto nº 83.080/79 (hidrocarbonetos). Códigos 1.2.4 e 1.2.10 do Anexo do Decreto nº 53.831/64.

Provas: Formulários (107161920, p. 69/70), datados de 19/5/99.

Conclusão: Ficou devidamente comprovado nos autos o exercício de atividade especial nos períodos de **8/8/86 a 16/2/91, 17/6/91 a 4/10/96 e 4/11/96 a 5/3/97**, em decorrência da exposição, de forma habitual e permanente, a hidrocarbonetos. No entanto, não ficou comprovada a exposição do período de **6/3/97 a 15/12/98**, à míngua de Laudo técnico ou PPP.

Ressalto que as testemunhas ouvidas corroboraram que o autor laborou no setor de produção das indústrias acima mencionadas.

Em se tratando de **agentes químicos**, impende salientar que a constatação dos mesmos deve ser realizada mediante *avaliação qualitativa e não quantitativa*, bastando a exposição do segurado aos referidos agentes para configurar a especialidade do labor.

Neste sentido, colaciono a jurisprudência abaixo transcrita, *in verbis*:

"PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ATIVIDADE ESPECIAL. AGENTES QUÍMICOS NOCIVOS. AVALIAÇÃO QUALITATIVA.

Os riscos ocupacionais gerados pela exposição a agentes químicos são constatados a partir da avaliação qualitativa; não requerem análise quantitativa da concentração ou intensidade máxima a que submetido o trabalhador."

(TRF4, EINF nº 5000295-67.2010.404.7108/RS, Terceira Seção, Rel. Des. Fed. Luiz Carlos de Castro Lugon, j. 11/12/14, v.u., DE 4/2/15, grifos meus)

"PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. REQUISITOS PREENCHIDOS. CONCESSÃO.

(...)

6. Os riscos ocupacionais gerados pela exposição a agentes químicos são constatados a partir da avaliação qualitativa; não requerem análise quantitativa da concentração ou intensidade máxima a que submetido o trabalhador.

(...)

10. Comprovando o exercício da atividade especial por mais de 25 anos, o segurado faz jus à concessão da aposentadoria especial, nos termos do artigo 57, caput, e § 1º, da lei 8.213, de 24-07-1991, observado, ainda, o disposto art. 18, I, 'd', c/c 29, II, da LB, a contar da data do requerimento administrativo."

Relativamente ao pedido de **aposentadoria por tempo de contribuição**, observo que convertendo os períodos especiais em comuns e somando-os aos demais períodos trabalhados, cumpriu a parte autora os requisitos necessários para a concessão da aposentadoria por tempo de serviço prevista na legislação anterior ao advento da Emenda Constitucional nº 20/98, bem como para cumpriu os requisitos da **aposentadoria por tempo de contribuição** com base no texto permanente (art. 201, §7º, inc. I, da CF/88).

Dessa forma, sendo possível a concessão do benefício em mais de uma hipótese, **deve ser assegurada à parte autora o direito à opção pela aposentadoria mais benéfica**, de acordo com a legislação mencionada na fundamentação acima.

Tratando-se de segurado inscrito na Previdência Social em momento anterior à Lei nº 8.213/91, o período de carência é o previsto na tabela do art. 142 de referido diploma, o qual, no presente caso, foi em muito superado.

Quadra ressaltar que, no que tange à prescrição, é absolutamente pacífica a jurisprudência no sentido de que o caráter continuado do benefício previdenciário torna imprescritível esse direito, somente sendo atingidas pela *praescriptio* as parcelas anteriores ao quinquênio legal que antecede o ajuizamento da ação, o que ocorreu no presente caso, tendo em vista a propositura da ação somente em 2/2/09.

A correção monetária deve incidir desde a data do vencimento de cada prestação e os juros moratórios a partir da citação, momento da constituição do réu em mora.

Com relação aos **índices de atualização monetária e taxa de juros**, devem ser observados os posicionamentos firmados na Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 870.947 (**Tema 810**) e no Recurso Especial Repetitivo nº 1.492.221 (**Tema 905**), adotando-se, dessa forma, o IPCA-E nos processos relativos a benefício assistencial e o INPC nos feitos previdenciários. Quadra ressaltar haver constado expressamente do voto do Recurso Repetitivo que *“a adoção do INPC não configura afronta ao que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral (RE 870.947/SE). Isso porque, naquela ocasião, determinou-se a aplicação do IPCA-E para fins de correção monetária de benefício de prestação continuada (BPC), o qual se trata de benefício de natureza assistencial, previsto na Lei 8.742/93. Assim, é imperioso concluir que o INPC, previsto no art. 41-A da Lei 8.213/91, abrange apenas a correção monetária dos benefícios de natureza previdenciária.”* Outrossim, como bem observou o E. Desembargador Federal João Batista Pinto Silveira: *“Importante ter presente, para a adequada compreensão do eventual impacto sobre os créditos dos segurados, que os índices em referência – INPC e IPCA-E tiveram variação muito próxima no período de julho de 2009 (data em que começou a vigorar a TR) e até setembro de 2019, quando julgados os embargos de declaração no RE 870947 pelo STF (IPCA-E: 76,77%; INPC 75,11), de forma que a adoção de um ou outro índice nas decisões judiciais já proferidas não produzirá diferenças significativas sobre o valor da condenação.”* (TRF-4ª Região, AI nº 5035720-27.2019.4.04.0000/PR, 6ª Turma, v.u., j. 16/10/19).

A taxa de juros deve incidir de acordo com a remuneração das cadernetas de poupança (art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09), conforme determinado na Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 870.947 (Tema 810) e no Recurso Especial Repetitivo nº 1.492.221 (Tema 905).

Diante da sucumbência mínima da autora, não há que se falar em sucumbência recíproca. A verba honorária fixada à razão de 10% sobre o valor da condenação remunera condignamente o serviço profissional prestado, nos termos do art. 20 do CPC/73 e precedentes desta Oitava Turma.

No que se refere à sua base de cálculo, devem ser levadas em conta apenas as parcelas vencidas até a data da prolação da sentença, nos termos da Súmula nº 111, do C. STJ.

Considerando que a sentença tornou-se pública, ainda, sob a égide do CPC/73, entendo não ser possível a aplicação do art. 85 do novo Estatuto Processual Civil, sob pena de afronta ao princípio da segurança jurídica, consoante autorizada doutrina a respeito da matéria e Enunciado nº 7 do C. STJ: *“Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016 será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, §11, do NCPC.”*

Na hipótese de a parte autora estar recebendo aposentadoria, auxílio-doença ou abono de permanência em serviço, deve ser facultado ao demandante a percepção do benefício mais vantajoso, sendo vedado o recebimento conjunto, nos termos do art. 124 da Lei nº 8.213/91.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação do INSS para excluir a especialidade do período de **6/3/97 a 15/12/98** e dou parcial provimento da parte autora para fixar a verba honorária na forma acima indicada, devendo a correção monetária incidir nos termos da fundamentação.

É o meu voto.

Newton De Lucca

Desembargador Federal Relator

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. RURAL. ATIVIDADE ESPECIAL. AGENTES QUÍMICOS. CONVERSÃO DE TEMPO ESPECIAL EM COMUM. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

I- Tratando-se de comprovação de tempo de serviço, é indispensável a existência de início razoável de prova material da atividade rural, contemporânea à época dos fatos, corroborada por coerente e robusta prova testemunhal.

II- O Colendo Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento no sentido de que é possível o reconhecimento de tempo de serviço rural anterior ao documento mais antigo acostado aos autos como início de prova material, desde que amparado por prova testemunhal idônea.

III- O C. STJ possui diversos julgados no sentido de que o Recurso Especial Representativo de Controvérsia acima mencionado autorizou o reconhecimento do tempo de serviço rural não apenas relativamente ao período anterior ao documento mais antigo, mas também posterior à prova material mais recente, desde que amparado por prova testemunhal robusta.

IV- No caso concreto, o acervo probatório permite o reconhecimento da atividade rural no período pleiteado. **Ressalva-se que o mencionado tempo não poderá ser utilizado para fins de carência.**

V- No que se refere à conversão do tempo de serviço especial em comum, a jurisprudência é pacífica no sentido de que deve ser aplicada a lei vigente à época em que exercido o trabalho, à luz do princípio *tempus regit actum*.

VI- A documentação apresentada permite o reconhecimento da atividade especial em parte do período pleiteado.

VII- No tocante à aposentadoria por tempo de contribuição, a parte autora cumpriu os requisitos legais necessários à obtenção do benefício.

VIII- A correção monetária deve incidir desde a data do vencimento de cada prestação e os juros moratórios a partir da citação, momento da constituição do réu em mora. Com relação aos **índices de atualização monetária e taxa de juros**, devem ser observados os posicionamentos firmados na Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 870.947 (**Tema 810**) e no Recurso Especial Repetitivo nº 1.492.221 (**Tema 905**), adotando-se, dessa forma, o IPCA-E nos processos relativos a benefício assistencial e o INPC nos feitos previdenciários. A taxa de juros deve incidir de acordo com a remuneração das cadernetas de poupança (art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09), conforme determinado na Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 870.947 (Tema 810) e no Recurso Especial Repetitivo nº 1.492.221 (Tema 905).

IX- A verba honorária fixada, no presente caso, à razão de 10% sobre o valor da condenação remunera condignamente o serviço profissional prestado. No que se refere à sua base de cálculo, devem ser levadas em conta apenas as parcelas vencidas até a data da prolação da sentença, nos termos da Súmula nº 111, do C. STJ. Considerando que a sentença tornou-se pública, ainda, sob a égide do CPC/73, impossível a aplicação do art. 85 do novo Estatuto Processual Civil, sob pena de afronta ao princípio da segurança jurídica, consoante autorizada doutrina a respeito da matéria e Enunciado nº 7 do C. STJ: "*Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016 será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, §11, do NCPC.*"

X- Apelação do INSS parcialmente provida. Apelação da parte autora parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Oitava Turma, por unanimidade, decidiu dar parcial provimento à apelação do INSS e dar parcial provimento à apelação da parte autora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5117926-38.2018.4.03.9999

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

APELANTE: VAGNER FRANCO

Advogado do(a) APELANTE: PERICKLES AUGUSTO FERREIRA - SP329110-N

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

ATO ORDINATÓRIO

O(A) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a) determina a intimação do agravado para manifestar-se sobre o recurso de AGRAVO INTERNO, nos termos do § 2º do artigo 1.021 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 22 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000526-42.2008.4.03.6183

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

APELANTE: JOSE BENEDITO CAMACHO

Advogado do(a) APELANTE: JOSE EDUARDO DO CARMO - SP108928-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

ATO ORDINATÓRIO

O(A) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a) determina a intimação do agravado para manifestar-se sobre o recurso de AGRAVO INTERNO, nos termos do § 2º do artigo 1.021 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 22 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000759-58.2016.4.03.6183
RELATOR: Gab. 27 - DES. FED. THEREZINHA CAZERTA
APELANTE: JOSE CARLOS DE OLIVEIRA FERREIRA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELANTE: SHELADOS SANTOS LIMA - SP216438-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, JOSE CARLOS DE OLIVEIRA FERREIRA
Advogado do(a) APELADO: SHELADOS SANTOS LIMA - SP216438-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Vistos.

Petição (Id. 48997132): tendo em conta a proposta de acordo, dê-se vista à parte contrária para manifestação.

Após, conclusos.

Intimem-se.

São Paulo, data registrada em sistema eletrônico.

THEREZINHA CAZERTA
Desembargadora Federal Relatora

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5179589-17.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 27 - DES. FED. THEREZINHA CAZERTA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: LAIDE DOS SANTOS RIBEIRO
Advogado do(a) APELADO: ANA MARIA FRIAS PENHARBEL - SP272816-N

ATO ORDINATÓRIO

O(A) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a) determina a intimação do agravado para manifestar-se sobre o recurso de AGRAVO INTERNO, nos termos do § 2º do artigo 1.021 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 22 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5011905-91.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 27 - DES. FED. THEREZINHA CAZERTA
AGRAVANTE: EUDENICE MARQUES PARPINELLI

D E C I S Ã O

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto de decisão que não reconheceu o direito da parte autora à gratuidade da justiça.

A decisão agravada foi disponibilizada no Diário Eletrônico da Justiça em 4.3.2020 (f. 17, Id. 132160481), devendo ser considerada publicada no primeiro dia útil subsequente.

O agravo de instrumento foi interposto em 11.3.2020 no Tribunal de Justiça de São Paulo (f. 21, Id. 132160481).

Remetido a esta Corte, por correspondência eletrônica, em 13.5.2020 (Id. 132160478), e autuado no PJe em 15.5.2020.

A ação foi proposta perante o Juízo de Direito da 2.^a Vara de Penápolis/SP, no exercício da competência delegada, sendo certo que os recursos cabíveis devem ser apresentados perante o Tribunal Regional Federal na área de jurisdição do juiz de primeiro grau, conforme determina o artigo 109, § 4.^o, da Constituição Federal.

A interposição de recurso perante Tribunal incompetente para sua apreciação configura erro grosseiro, não havendo que se falar em suspensão ou interrupção de prazo.

Destaque-se que o Tribunal de Justiça de São Paulo não está incluído no sistema de protocolo integrado da Justiça Federal, conforme disposto no Provimento n.º 308/2009, com as alterações trazidas pelo Provimento n.º 309/2010, ambos do Conselho da Justiça Federal da 3.^a Região.

Nesse sentido, a jurisprudência desta Corte:

“AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO INTERPOSTO.

I - O agravo de instrumento foi protocolado no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no dia 3/7/18, tendo sido distribuído neste Tribunal somente no dia 23/11/18. O sistema integrado da Terceira Região inclui apenas os protocolos das subseções da Justiça Federal de primeira instância das seções judiciárias de São Paulo e do Mato Grosso do Sul, as quais estão autorizadas a receber petições dirigidas ao TRF-3^a Região, nos termos do art. 2º do Provimento nº 308, de 17/12/09, do CJF da 3^a Região. Incabível cogitar-se, por óbvio, da extensão das regras atinentes ao protocolo integrado no âmbito da Justiça Federal da Terceira Região à Justiça Estadual.

II - Tendo sido as razões do agravo de instrumento protocoladas na Justiça Estadual, o recurso somente pôde ser considerado como interposto na data de seu efetivo registro neste Tribunal, fato que ocorreu apenas em 23/11/18, tornando irrefutável a sua intempestividade.

III – Saliente-se que apesar de ter sido protocolado inicialmente em órgão incompetente, se o recurso fosse recebido nesta Corte dentro do prazo legal, imperioso seria o seu recebimento e processamento. Entretanto, não foi o que ocorreu no presente caso. Precedentes jurisprudenciais.

IV - Agravo improvido.”

(TRF3^a, 8.^a Turma, AI n.º 5029519-80.2018.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Newton De Lucca, julgado em 09.03.2020)

“PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO (ART. 1.021, DO CPC). AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERPOSIÇÃO EM TRIBUNAL INCOMPETENTE. ERRO GROSSEIRO. INTEMPESTIVIDADE.

- O denominado agravo interno (artigo Art. 1.021 do CPC/15) tem o propósito de impugnar especificadamente os fundamentos da decisão agravada e, em caso de não retratação, possa ter assegurado o direito de ampla defesa, com submissão das suas impugnações ao órgão colegiado, o qual, cumprindo o princípio da colegialidade, fará o controle da extensão dos poderes do relator e, bem assim, a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando, afora essas circunstâncias, à rediscussão, em si, de matéria já decidida, mediante reiterações de manifestações anteriores ou à mingua de impugnação específica e fundamentada da totalidade ou da parte da decisão agravada, objeto de impugnação.

- Em que pese a irresignação do agravante, a interposição do recurso - ainda que tempestiva - em Tribunal incompetente para ao conhecimento da matéria versada, caracteriza erro grosseiro, de modo que inviabiliza a suspensão ou interrupção do prazo para a sua propositura (precedentes do e. STJ).

- Sendo assim, na hipótese, a decisão agravada não padece de qualquer ilegalidade ou abuso de poder, estando seus fundamentos em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria devolvida a este E. Tribunal.

- Agravo interno improvido.”

(TRF3ª, 9.ª Turma, AI n.º 5020327-89.2019.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Gilberto Jordan, julgado em 24.01.2020, e-DJF3 Judicial I de 29.01.2020)

“AGRAVO INTERNO. ART. 1.021 DO CPC/2015. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTEMPESTIVO. ENDEREÇAMENTO ERRÔNEO. ERRO GROSSEIRO. ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER INEXISTENTES.

I - Tratando-se de agravo de instrumento interposto contra decisão de juiz estadual no exercício de jurisdição federal delegada, afigura-se erro grosseiro o seu endereçamento ao Tribunal de Justiça, órgão manifestamente desprovido de competência recursal por imperativo de ordem constitucional, o que afasta a aplicação do princípio da fungibilidade dos recursos.

II - O recurso protocolado no Tribunal de Justiça Estadual não tem efeito de interrupção da contagem do prazo recursal, por não se tratar de protocolo integrado que permita o recebimento de petições endereçadas a este Tribunal Regional Federal, existente tão somente entre as subseções da Justiça Federal de Primeira Instância localizadas no interior do Estado de São Paulo, assim como na Seção Judiciária de Mato Grosso do Sul, consoante disciplina do Item I do Provimento 106, de 24/11/1994, do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região.

III - Considera-se a data da interposição do recurso o dia 09.10.2018, que foi a data do seu recebimento no setor de protocolo desta Corte, do que resulta sua manifesta intempestividade, eis que após o termo final do prazo recursal, uma vez que a decisão recorrida foi publicada na imprensa oficial em 03.09.2018, conforme consulta ao Sistema de Informação Processual do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

IV - No agravo interno, a controvérsia limita-se ao exame da ocorrência, ou não, de flagrante ilegalidade ou abuso de poder, a gerar dano irreparável ou de difícil reparação para a parte, vícios inexistentes na decisão.

V - Razões recursais que não contrapõem tal fundamento a ponto de demonstrar o desacerto do decisor, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele decidida.

VI - Agravo interno não provido.

(TRF3ª, 9.ª Turma, AI n.º 5025409-38.2018.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Marisa Santos, julgado em 10.07.2019)

No mesmo sentido, precedentes do Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do que segue transcrito, mobilizado como fundamento em decisão monocrática que manteve o entendimento acima exposto em situação análoga (ARESp n.º 645.221/SP, Rel. Min. Humberto Martins, 21.5.2014):

“PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROTOCOLO EM TRIBUNAL INCOMPETENTE. INTEMPESTIVIDADE.

1. Não se presta a interferir no exame da tempestividade a data do protocolo do recurso perante Tribunal incompetente. Precedentes do STJ.

2. A intempestividade do recurso na origem prejudica a análise da matéria de fundo, ante a ocorrência de preclusão.

3. Agravo Regimental não provido."

(STJ, 2.ª Turma, AgRg no REsp 1.393.874/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, 12/11/2013)

No caso concreto, é manifesta a intempestividade do agravo, uma vez que protocolado nesta Corte em 13.5.2020, data posterior ao prazo estabelecido no § 5.º do art. 1.003, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, não conheço do agravo de instrumento, a teor do disposto no art. 932, inciso III, do Código de Processo Civil.

Decorrido o prazo recursal, archive-se.

Intimem-se.

São Paulo, data registrada em sistema eletrônico.

THEREZINHA CAZERTA
Desembargadora Federal Relatora

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015450-72.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 27 - DES. FED. THEREZINHA CAZERTA

AGRAVANTE: VALDETE INACIO MACHADO

Advogado do(a) AGRAVANTE: NATALIE AXELROD LATORRE - SP361238-A

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto de decisão que não reconheceu o direito da parte autora à gratuidade de justiça.

A decisão agravada foi disponibilizada no Diário Eletrônico da Justiça em 30.3.2020 (f. 28, Id. 134209284), devendo ser considerada publicada no primeiro dia útil subsequente.

O agravo de instrumento foi interposto em 14.4.2020 no Tribunal de Justiça de São Paulo (f. 29 do Doc. Id. 134209284).

Remetido a esta Corte, por correspondência eletrônica, em 8.6.2020 (Id. 134208779), e autuado no PJe em 10.6.2020.

A ação foi proposta perante o Juízo de Direito da 1.ª Vara Cível de Guarujá/SP, no exercício da competência delegada, sendo certo que os recursos cabíveis devem ser apresentados perante o Tribunal Regional Federal na área de jurisdição do juiz de primeiro grau, conforme determina o art. 109, § 4.º, da Constituição Federal.

A interposição de recurso perante Tribunal incompetente para sua apreciação configura erro grosseiro, não havendo que se falar em suspensão ou interrupção de prazo.

Destaque-se que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo não está incluído no sistema de protocolo integrado da Justiça Federal, conforme disposto no Provimento n.º 308/2009, com as alterações trazidas pelo Provimento n.º 309/2010, ambos do Conselho da Justiça Federal da 3.ª Região.

Nesse sentido, a jurisprudência desta Corte:

“AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO INTERPOSTO.

I - O agravo de instrumento foi protocolado no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no dia 3/7/18, tendo sido distribuído neste Tribunal somente no dia 23/11/18. O sistema integrado da Terceira Região inclui apenas os protocolos das subseções da Justiça Federal de primeira instância das seções judiciárias de São Paulo e do Mato Grosso do Sul, as quais estão autorizadas a receber petições dirigidas ao TRF-3ª Região, nos termos do art. 2º do Provimento nº 308, de 17/12/09, do CJF da 3ª Região. Incabível cogitar-se, por óbvio, da extensão das regras atinentes ao protocolo integrado no âmbito da Justiça Federal da Terceira Região à Justiça Estadual.

II - Tendo sido as razões do agravo de instrumento protocoladas na Justiça Estadual, o recurso somente pôde ser considerado como interposto na data de seu efetivo registro neste Tribunal, fato que ocorreu apenas em 23/11/18, tornando irrefutável a sua intempestividade.

III – Saliente-se que apesar de ter sido protocolado inicialmente em órgão incompetente, se o recurso fosse recebido nesta Corte dentro do prazo legal, imperioso seria o seu recebimento e processamento. Entretanto, não foi o que ocorreu no presente caso. Precedentes jurisprudenciais.

IV - Agravo improvido.”

(TRF3ª, 8.ª Turma, AI n.º 5029519-80.2018.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Newton De Lucca, 09.03.2020)

“PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO (ART. 1.021, DO CPC). AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERPOSIÇÃO EM TRIBUNAL INCOMPETENTE. ERRO GROSSEIRO. INTEMPESTIVIDADE.

- O denominado agravo interno (artigo Art. 1.021 do CPC/15) tem o propósito de impugnar especificadamente os fundamentos da decisão agravada e, em caso de não retratação, possa ter assegurado o direito de ampla defesa, com submissão das suas impugnações ao órgão colegiado, o qual, cumprindo o princípio da colegialidade, fará o controle da extensão dos poderes do relator e, bem assim, a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando, afóra essas circunstâncias, à rediscussão, em si, de matéria já decidida, mediante reiterações de manifestações anteriores ou à mingua de impugnação específica e fundamentada da totalidade ou da parte da decisão agravada, objeto de impugnação.

- Em que pese a irresignação do agravante, a interposição do recurso - ainda que tempestiva - em Tribunal incompetente para ao conhecimento da matéria versada, caracteriza erro grosseiro, de modo que inviabiliza a suspensão ou interrupção do prazo para a sua propositura (precedentes do e. STJ).

- Sendo assim, na hipótese, a decisão agravada não padece de qualquer ilegalidade ou abuso de poder, estando seus fundamentos em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria devolvida a este E. Tribunal.

- Agravo interno improvido.”

(TRF3ª, 9.ª Turma, AI n.º 5020327-89.2019.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Gilberto Jordan, julgado em 24.01.2020, 29.01.2020)

“AGRAVO INTERNO. ART. 1.021 DO CPC/2015. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTEMPESTIVO. ENDEREÇAMENTO ERRÔNEO. ERRO GROSSEIRO. ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER INEXISTENTES.

I - Tratando-se de agravo de instrumento interposto contra decisão de juiz estadual no exercício de jurisdição federal delegada, afigura-se erro grosseiro o seu endereçamento ao Tribunal de Justiça, órgão manifestamente desprovido de competência recursal por imperativo de ordem constitucional, o que afasta a aplicação do princípio da fungibilidade dos recursos.

II - O recurso protocolado no Tribunal de Justiça Estadual não tem efeito de interrupção da contagem do prazo recursal, por não se tratar de protocolo integrado que permita o recebimento de petições endereçadas a este Tribunal Regional Federal, existente tão somente entre as subseções da Justiça Federal de Primeira Instância localizadas no interior do Estado de São Paulo, assim como na Seção Judiciária de Mato Grosso do Sul, consoante disciplina do Item I do Provimento 106, de 24/11/1994, do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região.

III - Considera-se a data da interposição do recurso o dia 09.10.2018, que foi a data do seu recebimento no setor de protocolo desta Corte, do que resulta sua manifesta intempestividade, eis que após o termo final do prazo recursal, uma vez que a decisão recorrida foi publicada na imprensa oficial em 03.09.2018, conforme consulta ao Sistema de Informação Processual do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

IV - No agravo interno, a controvérsia limita-se ao exame da ocorrência, ou não, de flagrante ilegalidade ou abuso de poder, a gerar dano irreparável ou de difícil reparação para a parte, vícios inexistentes na decisão.

V - Razões recursais que não contrapõem tal fundamento a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele decidida.

VI - Agravo interno não provido.

(TRF3ª, 9.ª Turma, AI n.º 5025409-38.2018.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Marisa Santos, 10.07.2019)

No mesmo sentido, precedentes do Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do que segue transcrito, mobilizado como fundamento em decisão monocrática que manteve o entendimento acima exposto em situação análoga (ARESp n.º 645.221/SP, Rel. Min. Humberto Martins, 21.5.2014):

"PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROTOCOLO EM TRIBUNAL INCOMPETENTE. INTEMPESTIVIDADE.

1. Não se presta a interferir no exame da tempestividade a data do protocolo do recurso perante Tribunal incompetente. Precedentes do STJ.

2. A intempestividade do recurso na origem prejudica a análise da matéria de fundo, ante a ocorrência de preclusão.

3. Agravo Regimental não provido."

(STJ, 2.ª Turma, AgRg no REsp 1.393.874/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, 12/11/2013)

No caso concreto, é manifesta a intempestividade do agravo, uma vez que protocolizado nesta Corte em 8.6.2020, data posterior ao prazo estabelecido no § 5.º do art. 1.003 do Código de Processo Civil.

Civil. Ante o exposto, não conheço do agravo de instrumento, a teor do disposto no art. 932, inciso III, do Código de Processo

Decorrido o prazo recursal, archive-se.

Intimem-se.

São Paulo, data registrada em sistema eletrônico.

THEREZINHA CAZERTA
Desembargadora Federal Relatora

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) N° 5011517-91.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 27 - DES. FED. THEREZINHA CAZERTA

AGRAVANTE: EDINA APARECIDA DA SILVA FREITAS

Advogado do(a) AGRAVANTE: ALEXANDRE DE OLIVEIRA MORAIS - SP279486-N

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto de decisão que indeferiu “o pedido de tutela de urgência, tendo em vista o risco de irreversibilidade dos efeitos da decisão, na medida em que o INSS não conseguirá reaver os valores pagos antecipadamente.”

A decisão agravada foi disponibilizada no Diário Eletrônico da Justiça em 12.7.2019 (f. 68, Id. 131991914), devendo ser considerada publicada no primeiro dia útil subsequente.

O agravo de instrumento foi interposto em 5.8.2019 no Tribunal de Justiça de São Paulo (f. 74, Id. 131991914).

Remetido a esta Corte, por correspondência eletrônica, em 12.5.2020 (Id. 131991906), e autuado no PJe em 13.5.2020.

A ação foi proposta perante o Juízo de Direito da 3.^a Vara Cível de Itu/SP, no exercício da competência delegada, sendo certo que os recursos cabíveis devem ser apresentados perante o Tribunal Regional Federal na área de jurisdição do juiz de primeiro grau, conforme determina o artigo 109, § 4.^o, da Constituição Federal.

A interposição de recurso perante Tribunal incompetente para sua apreciação configura erro grosseiro, não havendo que se falar em suspensão ou interrupção de prazo.

Destaque-se que o Tribunal de Justiça de São Paulo não está incluído no sistema de protocolo integrado da Justiça Federal, conforme disposto no Provimento n.º 308/2009, com as alterações trazidas pelo Provimento n.º 309/2010, ambos do Conselho da Justiça Federal da 3.^a Região.

Nesse sentido, a jurisprudência desta Corte:

“AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO INTERPOSTO.

I - O agravo de instrumento foi protocolado no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no dia 3/7/18, tendo sido distribuído neste Tribunal somente no dia 23/11/18. O sistema integrado da Terceira Região inclui apenas os protocolos das subseções da Justiça Federal de primeira instância das seções judiciárias de São Paulo e do Mato Grosso do Sul, as quais estão autorizadas a receber petições dirigidas ao TRF-3.^a Região, nos termos do art. 2º do Provimento nº 308, de 17/12/09, do CJF da 3.^a Região. Incabível cogitar-se, por óbvio, da extensão das regras atinentes ao protocolo integrado no âmbito da Justiça Federal da Terceira Região à Justiça Estadual.

II - Tendo sido as razões do agravo de instrumento protocoladas na Justiça Estadual, o recurso somente pôde ser considerado como interposto na data de seu efetivo registro neste Tribunal, fato que ocorreu apenas em 23/11/18, tomando irrefutável a sua intempestividade.

III – Saliente-se que apesar de ter sido protocolado inicialmente em órgão incompetente, se o recurso fosse recebido nesta Corte dentro do prazo legal, imperioso seria o seu recebimento e processamento. Entretanto, não foi o que ocorreu no presente caso. Precedentes jurisprudenciais.

IV - Agravo improvido.”

(TRF3, AI 5029519-80.2018.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Newton De Lucca, 8.^a Turma, j. 09/03/2020)

“PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO (ART. 1.021, DO CPC). AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERPOSIÇÃO EM TRIBUNAL INCOMPETENTE. ERRO GROSSEIRO. INTEMPESTIVIDADE.

- O denominado agravo interno (artigo Art. 1.021 do CPC/15) tem o propósito de impugnar especificadamente os fundamentos da decisão agravada e, em caso de não retratação, possa ter assegurado o direito de ampla defesa, com submissão das suas impugnações ao órgão colegiado, o qual, cumprindo o princípio da colegialidade, fará o controle da extensão dos poderes do relator e, bem assim, a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando, afóra essas circunstâncias, à rediscussão, em si, de matéria já decidida, mediante reiterações de manifestações anteriores ou à mingua de impugnação específica e fundamentada da totalidade ou da parte da decisão agravada, objeto de impugnação.

- Em que pese a irresignação do agravante, a interposição do recurso - ainda que tempestiva - em Tribunal incompetente para ao conhecimento da matéria versada, caracteriza erro grosseiro, de modo que inviabiliza a suspensão ou interrupção do prazo para a sua propositura (precedentes do e. STJ).

- Sendo assim, na hipótese, a decisão agravada não padece de qualquer ilegalidade ou abuso de poder, estando seus fundamentos em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria devolvida a este E. Tribunal.

- Agravo interno improvido.”

(TRF3, AI 5020327-89.2019.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Gilberto Jordan, 9.^a Turma, j. 24/01/2020, DJe 29/01/2020)

“AGRAVO INTERNO. ART. 1.021 DO CPC/2015. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTEMPESTIVO. ENDEREÇAMENTO ERRÔNEO. ERRO GROSSEIRO. ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER INEXISTENTES.

I - Tratando-se de agravo de instrumento interposto contra decisão de juiz estadual no exercício de jurisdição federal delegada, afigura-se erro grosseiro o seu endereçamento ao Tribunal de Justiça, órgão manifestamente desprovido de competência recursal por imperativo de ordem constitucional, o que afasta a aplicação do princípio da fungibilidade dos recursos.

II - O recurso protocolado no Tribunal de Justiça Estadual não tem efeito de interrupção da contagem do prazo recursal, por não se tratar de protocolo integrado que permita o recebimento de petições endereçadas a este Tribunal Regional Federal, existente tão somente entre as subseções da Justiça Federal de Primeira Instância localizadas no interior do Estado de São Paulo, assim como na Seção Judiciária de Mato Grosso do Sul, consoante disciplina do Item I do Provimento 106, de 24/11/1994, do Conselho da Justiça Federal da 3^a Região.

III - Considera-se a data da interposição do recurso o dia 09.10.2018, que foi a data do seu recebimento no setor de protocolo desta Corte, do que resulta sua manifesta intempestividade, eis que após o termo final do prazo recursal, uma vez que a decisão recorrida foi publicada na imprensa oficial em 03.09.2018, conforme consulta ao Sistema de Informação Processual do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

IV - No agravo interno, a controvérsia limita-se ao exame da ocorrência, ou não, de flagrante ilegalidade ou abuso de poder, a gerar dano irreparável ou de difícil reparação para a parte, vícios inexistentes na decisão.

V - Razões recursais que não contrapõem tal fundamento a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele decidida.

VI - Agravo interno não provido.

(TRF3, AI 5025409-38.2018.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Marisa Santos, 9.^a Turma, j. 10.07.2019)

No mesmo sentido, precedentes do Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do que segue transcrito, mobilizado como fundamento em decisão monocrática que manteve o entendimento acima exposto em situação análoga (ARESp n.º 645.221/SP, Rel. Min. Humberto Martins, 21.5.2014):

"PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROTOCOLO EM TRIBUNAL INCOMPETENTE. INTEMPESTIVIDADE.

1. Não se presta a interferir no exame da tempestividade a data do protocolo do recurso perante Tribunal incompetente. Precedentes do STJ.

2. A intempestividade do recurso na origem prejudica a análise da matéria de fundo, ante a ocorrência de preclusão.

3. Agravo Regimental não provido."

(STJ, 2.^a Turma, AgRg no REsp 1.393.874/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, 12/11/2013)

No caso concreto, é manifesta a intempestividade do agravo, uma vez que protocolado nesta Corte em 15.5.2020, data posterior ao prazo estabelecido no § 5.º do art. 1.003, do Código de Processo Civil.

Civil.

Ante o exposto, não conheço do agravo de instrumento, a teor do disposto no art. 932, inciso III, do Código de Processo

Decorrido o prazo recursal, archive-se.

Intimem-se.

São Paulo, data registrada em sistema eletrônico.

THEREZINHA CAZERTA
Desembargadora Federal Relatora

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5009919-05.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 27 - DES. FED. THEREZINHA CAZERTA

AGRAVANTE: CLAUDEMIR RIBEIRO LEITE

Advogado do(a) AGRAVANTE: ERIKA DOS SANTOS OLIVEIRA - SP295846-N

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto de decisão que indeferiu a antecipação de tutela, determinou a realização de perícia e a intimação da parte contrária para contestação.

A decisão agravada foi disponibilizada no Diário Eletrônico da Justiça em 01.10.2019 (f. 46, Id. 130899873), devendo ser considerada publicada no primeiro dia útil subsequente.

O agravo de instrumento foi interposto em 15.10.2019 no Tribunal de Justiça de São Paulo (f. 67, Id. 130899873).

Remetido a esta Corte, por correspondência eletrônica, em 23.04.2020 (Id. 130899871), e autuado no PJe em 28.04.2020.

A ação foi proposta perante o Juízo de Direito da Vara Única de Itaí/SP, no exercício da competência delegada, sendo certo que os recursos cabíveis devem ser apresentados perante o Tribunal Regional Federal na área de jurisdição do juiz de primeiro grau, conforme determina o artigo 109, § 4.º, da Constituição Federal.

A interposição de recurso perante Tribunal incompetente para sua apreciação configura erro grosseiro, não havendo que se falar em suspensão ou interrupção de prazo.

Destaque-se que o Tribunal de Justiça de São Paulo não está incluído no sistema de protocolo integrado da Justiça Federal, conforme disposto no Provimento n.º 308/2009, com as alterações trazidas pelo Provimento n.º 309/2010, ambos do Conselho da Justiça Federal da 3.ª Região.

Nesse sentido, a jurisprudência desta Corte:

“AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO INTERPOSTO.

I - O agravo de instrumento foi protocolado no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no dia 3/7/18, tendo sido distribuído neste Tribunal somente no dia 23/11/18. O sistema integrado da Terceira Região inclui apenas os protocolos das subseções da Justiça Federal de primeira instância das seções judiciárias de São Paulo e do Mato Grosso do Sul, as quais estão autorizadas a receber petições dirigidas ao TRF-3ª Região, nos termos do art. 2º do Provimento nº 308, de 17/12/09, do CJF da 3ª Região. Incabível cogitar-se, por óbvio, da extensão das regras atinentes ao protocolo integrado no âmbito da Justiça Federal da Terceira Região à Justiça Estadual.

II - Tendo sido as razões do agravo de instrumento protocoladas na Justiça Estadual, o recurso somente pôde ser considerado como interposto na data de seu efetivo registro neste Tribunal, fato que ocorreu apenas em 23/11/18, tornando irrefutável a sua intempestividade.

III – Saliente-se que apesar de ter sido protocolado inicialmente em órgão incompetente, se o recurso fosse recebido nesta Corte dentro do prazo legal, imperioso seria o seu recebimento e processamento. Entretanto, não foi o que ocorreu no presente caso. Precedentes jurisprudenciais.

IV - Agravo improvido.”

(TRF3ª, 8.ª Turma, AI n.º 5029519-80.2018.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Newton De Lucca, julgado em 09.03.2020)

“PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO (ART. 1.021, DO CPC). AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERPOSIÇÃO EM TRIBUNAL INCOMPETENTE. ERRO GROSSEIRO. INTEMPESTIVIDADE.

- O denominado agravo interno (artigo Art. 1.021 do CPC/15) tem o propósito de impugnar especificadamente os fundamentos da decisão agravada e, em caso de não retratação, possa ter assegurado o direito de ampla defesa, com submissão das suas impugnações ao órgão colegiado, o qual, cumprindo o princípio da colegialidade, fará o controle da extensão dos poderes do relator e, bem assim, a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando, afora essas circunstâncias, à rediscussão, em si, de matéria já decidida, mediante reiterações de manifestações anteriores ou à mingua de impugnação específica e fundamentada da totalidade ou da parte da decisão agravada, objeto de impugnação.

- Em que pese a irresignação do agravante, a interposição do recurso - ainda que tempestiva - em Tribunal incompetente para ao conhecimento da matéria versada, caracteriza erro grosseiro, de modo que inviabiliza a suspensão ou interrupção do prazo para a sua propositura (precedentes do e. STJ).

- Sendo assim, na hipótese, a decisão agravada não padece de qualquer ilegalidade ou abuso de poder, estando seus fundamentos em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria devolvida a este E. Tribunal.

- Agravo interno improvido.”

(TRF3ª, 9.ª Turma, AI n.º 5020327-89.2019.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Gilberto Jordan, julgado em 24.01.2020, e-DJF3 Judicial I de 29.01.2020)

“AGRAVO INTERNO. ART. 1.021 DO CPC/2015. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTEMPESTIVO. ENDEREÇAMENTO ERRÔNEO. ERRO GROSSEIRO. ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER INEXISTENTES.

I - Tratando-se de agravo de instrumento interposto contra decisão de juiz estadual no exercício de jurisdição federal delegada, afigura-se erro grosseiro o seu endereçamento ao Tribunal de Justiça, órgão manifestamente desprovido de competência recursal por imperativo de ordem constitucional, o que afasta a aplicação do princípio da fungibilidade dos recursos.

II - O recurso protocolado no Tribunal de Justiça Estadual não tem efeito de interrupção da contagem do prazo recursal, por não se tratar de protocolo integrado que permita o recebimento de petições endereçadas a este Tribunal Regional Federal, existente tão somente entre as subseções da Justiça Federal de Primeira Instância localizadas no interior do Estado de São Paulo, assim como na Seção Judiciária de Mato Grosso do Sul, consoante disciplina do Item I do Provimento 106, de 24/11/1994, do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região.

III - Considera-se a data da interposição do recurso o dia 09.10.2018, que foi a data do seu recebimento no setor de protocolo desta Corte, do que resulta sua manifesta intempestividade, eis que após o termo final do prazo recursal, uma vez que a decisão recorrida foi publicada na imprensa oficial em 03.09.2018, conforme consulta ao Sistema de Informação Processual do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

IV - No agravo interno, a controvérsia limita-se ao exame da ocorrência, ou não, de flagrante ilegalidade ou abuso de poder, a gerar dano irreparável ou de difícil reparação para a parte, vícios inexistentes na decisão.

V - Razões recursais que não contrapõem tal fundamento a ponto de demonstrar o desacerto do decisum, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele decidida.

VI - Agravo interno não provido.

(TRF3ª, 9.ª Turma, AI n.º 5025409-38.2018.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Marisa Santos, julgado em 10.07.2019)

No mesmo sentido, precedentes do Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do que segue transcrito, mobilizado como fundamento em decisão monocrática que manteve o entendimento acima exposto em situação análoga (ARESp n.º 645.221/SP, Rel. Min. Humberto Martins, 21.5.2014):

"PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROTOCOLO EM TRIBUNAL INCOMPETENTE. INTEMPESTIVIDADE.

1. Não se presta a interferir no exame da tempestividade a data do protocolo do recurso perante Tribunal incompetente. Precedentes do STJ.
2. A intempestividade do recurso na origem prejudica a análise da matéria de fundo, ante a ocorrência de preclusão.
3. Agravo Regimental não provido."

(STJ, 2.ª Turma, AgRg no REsp 1.393.874/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, 12/11/2013)

No caso concreto, é manifesta a intempestividade do agravo, uma vez que protocolado nesta Corte em 23.04.2020, data posterior ao prazo estabelecido no § 5.º do art. 1.003, do Código de Processo Civil.

Civil. Ante o exposto, não conheço do agravo de instrumento, a teor do disposto no art. 932, inciso III, do Código de Processo

Decorrido o prazo recursal, archive-se.

Intimem-se.

São Paulo, data registrada em sistema eletrônico.

THEREZINHA CAZERTA
Desembargadora Federal Relatora

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) N.º 5010272-45.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 27 - DES. FED. THEREZINHA CAZERTA
AGRAVANTE: JOSE CARDOSO DA SILVA
Advogado do(a) AGRAVANTE: LEACI DE OLIVEIRA SILVA - SP231450-A
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto de decisão que, em cumprimento de sentença, acolheu o cálculo apresentado pelo INSS.

A decisão agravada foi disponibilizada no Diário Eletrônico da Justiça em 13.9.2018 (f. 81, Id. 131290836), devendo ser considerada publicada no primeiro dia útil subsequente.

O agravo de instrumento foi interposto em 5.10.2018 no Tribunal de Justiça de São Paulo (f. 83, Id. 131290836).

Remetido a esta Corte, por correspondência eletrônica, em 6.4.2020 (Id. 131290833), e autuado no PJe em 4.5.2020.

A ação foi proposta perante o Juízo de Direito da 3.^a Vara de Diadema/SP, no exercício da competência delegada, sendo certo que os recursos cabíveis devem ser apresentados perante o Tribunal Regional Federal na área de jurisdição do juiz de primeiro grau, conforme determina o artigo 109, § 4.^o, da Constituição Federal.

A interposição de recurso perante Tribunal incompetente para sua apreciação configura erro grosseiro, não havendo que se falar em suspensão ou interrupção de prazo.

Destaque-se que o Tribunal de Justiça de São Paulo não está incluído no sistema de protocolo integrado da Justiça Federal, conforme disposto no Provimento n.º 308/2009, com as alterações trazidas pelo Provimento n.º 309/2010, ambos do Conselho da Justiça Federal da 3.^a Região.

Nesse sentido, a jurisprudência desta Corte:

“AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO INTERPOSTO.

I - O agravo de instrumento foi protocolado no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no dia 3/7/18, tendo sido distribuído neste Tribunal somente no dia 23/11/18. O sistema integrado da Terceira Região inclui apenas os protocolos das subseções da Justiça Federal de primeira instância das seções judiciárias de São Paulo e do Mato Grosso do Sul, as quais estão autorizadas a receber petições dirigidas ao TRF-3^a Região, nos termos do art. 2º do Provimento nº 308, de 17/12/09, do CJF da 3^a Região. Incabível cogitar-se, por óbvio, da extensão das regras atinentes ao protocolo integrado no âmbito da Justiça Federal da Terceira Região à Justiça Estadual.

II - Tendo sido as razões do agravo de instrumento protocoladas na Justiça Estadual, o recurso somente pôde ser considerado como interposto na data de seu efetivo registro neste Tribunal, fato que ocorreu apenas em 23/11/18, tornando irrefutável a sua intempestividade.

III – Saliente-se que apesar de ter sido protocolado inicialmente em órgão incompetente, se o recurso fosse recebido nesta Corte dentro do prazo legal, imperioso seria o seu recebimento e processamento. Entretanto, não foi o que ocorreu no presente caso. Precedentes jurisprudenciais.

IV - Agravo improvido.”

(TRF3^a, 8.^a Turma, AI n.º 5029519-80.2018.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Newton De Lucca, julgado em 09.03.2020)

“PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO (ART. 1.021, DO CPC). AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERPOSIÇÃO EM TRIBUNAL INCOMPETENTE. ERRO GROSSEIRO. INTEMPESTIVIDADE.

- O denominado agravo interno (artigo Art. 1.021 do CPC/15) tem o propósito de impugnar especificadamente os fundamentos da decisão agravada e, em caso de não retratação, possa ter assegurado o direito de ampla defesa, com submissão das suas impugnações ao órgão colegiado, o qual, cumprindo o princípio da colegialidade, fará o controle da extensão dos poderes do relator e, bem assim, a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando, afora essas circunstâncias, à rediscussão, em si, de matéria já decidida, mediante reiterações de manifestações anteriores ou à mingua de impugnação específica e fundamentada da totalidade ou da parte da decisão agravada, objeto de impugnação.

- Em que pese a irrisignação do agravante, a interposição do recurso - ainda que tempestiva - em Tribunal incompetente para ao conhecimento da matéria versada, caracteriza erro grosseiro, de modo que inviabiliza a suspensão ou interrupção do prazo para a sua propositura (precedentes do e. STJ).

- Sendo assim, na hipótese, a decisão agravada não padece de qualquer ilegalidade ou abuso de poder, estando seus fundamentos em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria devolvida a este E. Tribunal.

- Agravo interno improvido.”

(TRF3ª, 9.ª Turma, AI n.º 5020327-89.2019.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Gilberto Jordan, julgado em 24.01.2020, e-DJF3 Judicial 1 de 29.01.2020)

“AGRAVO INTERNO. ART. 1.021 DO CPC/2015. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTEMPESTIVO. ENDEREÇAMENTO ERRÔNEO. ERRO GROSSEIRO. ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER INEXISTENTES.

I - Tratando-se de agravo de instrumento interposto contra decisão de juiz estadual no exercício de jurisdição federal delegada, afigura-se erro grosseiro o seu endereçamento ao Tribunal de Justiça, órgão manifestamente desprovido de competência recursal por imperativo de ordem constitucional, o que afasta a aplicação do princípio da fungibilidade dos recursos.

II - O recurso protocolado no Tribunal de Justiça Estadual não tem efeito de interrupção da contagem do prazo recursal, por não se tratar de protocolo integrado que permita o recebimento de petições endereçadas a este Tribunal Regional Federal, existente tão somente entre as subseções da Justiça Federal de Primeira Instância localizadas no interior do Estado de São Paulo, assim como na Seção Judiciária de Mato Grosso do Sul, consoante disciplina do Item I do Provimento 106, de 24/11/1994, do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região.

III - Considera-se a data da interposição do recurso o dia 09.10.2018, que foi a data do seu recebimento no setor de protocolo desta Corte, do que resulta sua manifesta intempestividade, eis que após o termo final do prazo recursal, uma vez que a decisão recorrida foi publicada na imprensa oficial em 03.09.2018, conforme consulta ao Sistema de Informação Processual do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

IV - No agravo interno, a controvérsia limita-se ao exame da ocorrência, ou não, de flagrante ilegalidade ou abuso de poder, a gerar dano irreparável ou de difícil reparação para a parte, vícios inexistentes na decisão.

V - Razões recursais que não contrapõem tal fundamento a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele decidida.

VI - Agravo interno não provido.

(TRF3ª, 9.ª Turma, AI n.º 5025409-38.2018.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Marisa Santos, julgado em 10.07.2019)

No mesmo sentido, precedentes do Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do que segue transcrito, mobilizado como fundamento em decisão monocrática que manteve o entendimento acima exposto em situação análoga (ARESp n.º 645.221/SP, Rel. Min. Humberto Martins, 21.5.2014):

"PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROTOCOLO EM TRIBUNAL INCOMPETENTE. INTEMPESTIVIDADE.

1. Não se presta a interferir no exame da tempestividade a data do protocolo do recurso perante Tribunal incompetente. Precedentes do STJ.

2. A intempestividade do recurso na origem prejudica a análise da matéria de fundo, ante a ocorrência de preclusão.

3. Agravo Regimental não provido."

(STJ, 2.ª Turma, AgRg no REsp 1.393.874/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, 12/11/2013)

No caso concreto, é manifesta a intempestividade do agravo, uma vez que protocolado nesta Corte em 6.4.2020, data posterior ao prazo estabelecido no § 5.º do art. 1.003, do Código de Processo Civil.

Civil. Ante o exposto, não conheço do agravo de instrumento, a teor do disposto no art. 932, inciso III, do Código de Processo

Decorrido o prazo recursal, archive-se.

Intimem-se.

THEREZINHA CAZERTA
Desembargadora Federal Relatora

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5011745-66.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 27 - DES. FED. THEREZINHA CAZERTA
AGRAVANTE: MARCO ANTONIO DA SILVA MACHADO
Advogado do(a) AGRAVANTE: VALQUIRIA CARRILHO - SP280649-A
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto de decisão que indeferiu “a tutela de urgência pleiteada ante a imprescindibilidade de dilação probatória, notadamente a realização de prova pericial médica.”

A decisão agravada foi disponibilizada no Diário Eletrônico da Justiça em 9.10.2019 (f. 144, Id. 132077887), devendo ser considerada publicada no primeiro dia útil subsequente.

O agravo de instrumento foi interposto em 31.10.2019 no Tribunal de Justiça de São Paulo (f. 179, Id. 132077887).

Remetido a esta Corte, por correspondência eletrônica, em 13.5.2020 (Id. 132077885), e autuado no PJe em 14.5.2020.

A ação foi proposta perante o Juízo de Direito da 3.^a Vara Cível de Rio Claro/SP, no exercício da competência delegada, sendo certo que os recursos cabíveis devem ser apresentados perante o Tribunal Regional Federal na área de jurisdição do juiz de primeiro grau, conforme determina o artigo 109, § 4.^o, da Constituição Federal.

A interposição de recurso perante Tribunal incompetente para sua apreciação configura erro grosseiro, não havendo que se falar em suspensão ou interrupção de prazo.

Destaque-se que o Tribunal de Justiça de São Paulo não está incluído no sistema de protocolo integrado da Justiça Federal, conforme disposto no Provimento n.º 308/2009, com as alterações trazidas pelo Provimento n.º 309/2010, ambos do Conselho da Justiça Federal da 3.^a Região.

Nesse sentido, a jurisprudência desta Corte:

“AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO INTERPOSTO.

I - O agravo de instrumento foi protocolado no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no dia 3/7/18, tendo sido distribuído neste Tribunal somente no dia 23/11/18. O sistema integrado da Terceira Região inclui apenas os protocolos das subseções da Justiça Federal de primeira instância das seções judiciárias de São Paulo e do Mato Grosso do Sul, as quais estão autorizadas a receber petições dirigidas ao TRF-3^a Região, nos termos do art. 2º do Provimento nº 308, de 17/12/09, do CJF da 3^a Região. Incabível cogitar-se, por óbvio, da extensão das regras atinentes ao protocolo integrado no âmbito da Justiça Federal da Terceira Região à Justiça Estadual.

II - Tendo sido as razões do agravo de instrumento protocoladas na Justiça Estadual, o recurso somente pôde ser considerado como interposto na data de seu efetivo registro neste Tribunal, fato que ocorreu apenas em 23/11/18, tornando irrefutável a sua intempestividade.

III – Saliente-se que apesar de ter sido protocolado inicialmente em órgão incompetente, se o recurso fosse recebido nesta Corte dentro do prazo legal, imperioso seria o seu recebimento e processamento. Entretanto, não foi o que ocorreu no presente caso. Precedentes jurisprudenciais.

IV - Agravo improvido.”

(TRF3, AI 5029519-80.2018.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Newton De Lucca, 8.^a Turma, j. 09/03/2020)

“PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO (ART. 1.021, DO CPC). AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERPOSIÇÃO EM TRIBUNAL INCOMPETENTE. ERRO GROSSEIRO. INTEMPESTIVIDADE.

- O denominado agravo interno (artigo Art. 1.021 do CPC/15) tem o propósito de impugnar especificadamente os fundamentos da decisão agravada e, em caso de não retratação, possa ter assegurado o direito de ampla defesa, com submissão das suas impugnações ao órgão colegiado, o qual, cumprindo o princípio da colegialidade, fará o controle da extensão dos poderes do relator e, bem assim, a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando, afora essas circunstâncias, à rediscussão, em si, de matéria já decidida, mediante reiterações de manifestações anteriores ou à mingua de impugnação específica e fundamentada da totalidade ou da parte da decisão agravada, objeto de impugnação.

- Em que pese a irrisignação do agravante, a interposição do recurso - ainda que tempestiva - em Tribunal incompetente para ao conhecimento da matéria versada, caracteriza erro grosseiro, de modo que inviabiliza a suspensão ou interrupção do prazo para a sua propositura (precedentes do e. STJ).

- Sendo assim, na hipótese, a decisão agravada não padece de qualquer ilegalidade ou abuso de poder, estando seus fundamentos em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria devolvida a este E. Tribunal.

- Agravo interno improvido.”

(TRF3, AI 5020327-89.2019.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Gilberto Jordan, 9.^a Turma, j. 24/01/2020, DJe 29/01/2020)

“AGRAVO INTERNO. ART. 1.021 DO CPC/2015. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTEMPESTIVO. ENDEREÇAMENTO ERRÔNEO. ERRO GROSSEIRO. ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER INEXISTENTES.

I - Tratando-se de agravo de instrumento interposto contra decisão de juiz estadual no exercício de jurisdição federal delegada, afigura-se erro grosseiro o seu endereçamento ao Tribunal de Justiça, órgão manifestamente desprovido de competência recursal por imperativo de ordem constitucional, o que afasta a aplicação do princípio da fungibilidade dos recursos.

II - O recurso protocolado no Tribunal de Justiça Estadual não tem efeito de interrupção da contagem do prazo recursal, por não se tratar de protocolo integrado que permita o recebimento de petições endereçadas a este Tribunal Regional Federal, existente tão somente entre as subseções da Justiça Federal de Primeira Instância localizadas no interior do Estado de São Paulo, assim como na Seção Judiciária de Mato Grosso do Sul, consoante disciplina do Item I do Provimento 106, de 24/11/1994, do Conselho da Justiça Federal da 3^a Região.

III - Considera-se a data da interposição do recurso o dia 09.10.2018, que foi a data do seu recebimento no setor de protocolo desta Corte, do que resulta sua manifesta intempestividade, eis que após o termo final do prazo recursal, uma vez que a decisão recorrida foi publicada na imprensa oficial em 03.09.2018, conforme consulta ao Sistema de Informação Processual do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

IV - No agravo interno, a controvérsia limita-se ao exame da ocorrência, ou não, de flagrante ilegalidade ou abuso de poder, a gerar dano irreparável ou de difícil reparação para a parte, vícios inexistentes na decisão.

V - Razões recursais que não contrapõem tal fundamento a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele decidida.

VI - Agravo interno não provido.

(TRF3, AI 5025409-38.2018.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Marisa Santos, 9.^a Turma, j. 10.07.2019)

No mesmo sentido, precedentes do Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do que segue transcrito, mobilizado como fundamento em decisão monocrática que manteve o entendimento acima exposto em situação análoga (ARESp n.º 645.221/SP, Rel. Min. Humberto Martins, 21.5.2014):

"PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROTOCOLO EM TRIBUNAL INCOMPETENTE. INTEMPESTIVIDADE.

1. Não se presta a interferir no exame da tempestividade a data do protocolo do recurso perante Tribunal incompetente. Precedentes do STJ.
2. A intempestividade do recurso na origem prejudica a análise da matéria de fundo, ante a ocorrência de preclusão.
3. Agravo Regimental não provido."

(STJ, 2.ª Turma, AgRg no REsp 1.393.874/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, 12/11/2013)

No caso concreto, é manifesta a intempestividade do agravo, uma vez que protocolado nesta Corte em 15.05.2020, data posterior ao prazo estabelecido no § 5.º do art. 1.003, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, não conheço do agravo de instrumento, a teor do disposto no art. 932, inciso III, do Código de Processo Civil.

Decorrido o prazo recursal, archive-se.

Intimem-se.

São Paulo, data registrada em sistema eletrônico.

THEREZINHA CAZERTA
Desembargadora Federal Relatora

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5009309-37.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 27 - DES. FED. THEREZINHA CAZERTA
AGRAVANTE: LUCAS DA SILVA BUENO
Advogado do(a) AGRAVANTE: JOSIELE DA SILVA BUENO - SP265857
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto de decisão que indeferiu a antecipação de tutela em ação proposta para concessão de auxílio-doença.

Segundo informado pela agravante, no item "I – DA TEMPESTIVIDADE DO RECURSO" de seu recurso, "o presente Agravo de Instrumento é tempestivo, visto que a intimação ocorreu em 09/12/2019. Assim o prazo de 15 dias úteis para interposição do recurso termina no dia 28/01/2020 (Recesso Forense 20/12/2019 a 20/01/2020)" (f. 2, Id. 130455432).

O agravo de instrumento foi interposto em 17.12.2019 no Tribunal de Justiça de São Paulo (f. 17, Id. 130455432).

Remetido a esta Corte, por correspondência eletrônica, em 03.04.2020 (Id. 130455327), e autuado no PJe em 23.04.2020.

A ação foi proposta perante o Juízo de Direito da 3.^a Vara de Rio Claro/SP, no exercício da competência delegada, sendo certo que os recursos cabíveis devem ser apresentados perante o Tribunal Regional Federal na área de jurisdição do juiz de primeiro grau, conforme determina o artigo 109, § 4.^o, da Constituição Federal.

A interposição de recurso perante Tribunal incompetente para sua apreciação configura erro grosseiro, não havendo que se falar em suspensão ou interrupção de prazo.

Destaque-se que o Tribunal de Justiça de São Paulo não está incluído no sistema de protocolo integrado da Justiça Federal, conforme disposto no Provimento n.º 308/2009, com as alterações trazidas pelo Provimento n.º 309/2010, ambos do Conselho da Justiça Federal da 3.^a Região.

Nesse sentido, a jurisprudência desta Corte:

“AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO INTERPOSTO.

I - O agravo de instrumento foi protocolado no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no dia 3/7/18, tendo sido distribuído neste Tribunal somente no dia 23/11/18. O sistema integrado da Terceira Região inclui apenas os protocolos das subseções da Justiça Federal de primeira instância das seções judiciárias de São Paulo e do Mato Grosso do Sul, as quais estão autorizadas a receber petições dirigidas ao TRF-3.^a Região, nos termos do art. 2º do Provimento n.º 308, de 17/12/09, do CJF da 3.^a Região. Incabível cogitar-se, por óbvio, da extensão das regras atinentes ao protocolo integrado no âmbito da Justiça Federal da Terceira Região à Justiça Estadual.

II - Tendo sido as razões do agravo de instrumento protocoladas na Justiça Estadual, o recurso somente pôde ser considerado como interposto na data de seu efetivo registro neste Tribunal, fato que ocorreu apenas em 23/11/18, tornando irrefutável a sua intempestividade.

III – Saliente-se que apesar de ter sido protocolado inicialmente em órgão incompetente, se o recurso fosse recebido nesta Corte dentro do prazo legal, imperioso seria o seu recebimento e processamento. Entretanto, não foi o que ocorreu no presente caso. Precedentes jurisprudenciais.

IV - Agravo improvido.”

(TRF3.^a, 8.^a Turma, AI n.º 5029519-80.2018.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Newton De Lucca, julgado em 09.03.2020)

“PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO (ART. 1.021, DO CPC). AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERPOSIÇÃO EM TRIBUNAL INCOMPETENTE. ERRO GROSSEIRO. INTEMPESTIVIDADE.

- O denominado agravo interno (artigo Art. 1.021 do CPC/15) tem o propósito de impugnar especificadamente os fundamentos da decisão agravada e, em caso de não retratação, possa ter assegurado o direito de ampla defesa, com submissão das suas impugnações ao órgão colegiado, o qual, cumprindo o princípio da colegialidade, fará o controle da extensão dos poderes do relator e, bem assim, a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando, afóra essas circunstâncias, à rediscussão, em si, de matéria já decidida, mediante reiterações de manifestações anteriores ou à mingua de impugnação específica e fundamentada da totalidade ou da parte da decisão agravada, objeto de impugnação.

- Em que pese a irrisignação do agravante, a interposição do recurso - ainda que tempestiva - em Tribunal incompetente para ao conhecimento da matéria versada, caracteriza erro grosseiro, de modo que inviabiliza a suspensão ou interrupção do prazo para a sua propositura (precedentes do e. STJ).

- Sendo assim, na hipótese, a decisão agravada não padece de qualquer ilegalidade ou abuso de poder, estando seus fundamentos em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria devolvida a este E. Tribunal.

- Agravo interno improvido.”

(TRF3.^a, 9.^a Turma, AI n.º 5020327-89.2019.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Gilberto Jordan, julgado em 24.01.2020, e-DJF3 Judicial 1 de 29.01.2020)

“AGRAVO INTERNO. ART. 1.021 DO CPC/2015. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTEMPESTIVO. ENDEREÇAMENTO ERRÔNEO. ERRO GROSSEIRO. ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER INEXISTENTES.

I - Tratando-se de agravo de instrumento interposto contra decisão de juiz estadual no exercício de jurisdição federal delegada, afigura-se erro grosseiro o seu endereçamento ao Tribunal de Justiça, órgão manifestamente desprovido de competência recursal por imperativo de ordem constitucional, o que afasta a aplicação do princípio da fungibilidade dos recursos.

II - O recurso protocolado no Tribunal de Justiça Estadual não tem efeito de interrupção da contagem do prazo recursal, por não se tratar de protocolo integrado que permita o recebimento de petições endereçadas a este Tribunal Regional Federal, existente tão somente entre as subseções da Justiça Federal de Primeira Instância localizadas no interior do Estado de São Paulo, assim como na Seção Judiciária de Mato Grosso do Sul, consoante disciplina do Item I do Provimento 106, de 24/11/1994, do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região.

III - Considera-se a data da interposição do recurso o dia 09.10.2018, que foi a data do seu recebimento no setor de protocolo desta Corte, do que resulta sua manifesta intempestividade, eis que após o termo final do prazo recursal, uma vez que a decisão recorrida foi publicada na imprensa oficial em 03.09.2018, conforme consulta ao Sistema de Informação Processual do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

IV - No agravo interno, a controvérsia limita-se ao exame da ocorrência, ou não, de flagrante ilegalidade ou abuso de poder, a gerar dano irreparável ou de difícil reparação para a parte, vícios inexistentes na decisão.

V - Razões recursais que não contrapõem tal fundamento a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele decidida.

VI - Agravo interno não provido.

(TRF3ª, 9ª Turma, AI n.º 5025409-38.2018.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Marisa Santos, julgado em 10.07.2019)

No mesmo sentido, precedentes do Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do que segue transcrito, mobilizado como fundamento em decisão monocrática que manteve o entendimento acima exposto em situação análoga (ARESP n.º 645.221/SP, Rel. Min. Humberto Martins, 21.5.2014):

"PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROTOCOLO EM TRIBUNAL INCOMPETENTE. INTEMPESTIVIDADE.

1. Não se presta a interferir no exame da tempestividade a data do protocolo do recurso perante Tribunal incompetente. Precedentes do STJ.

2. A intempestividade do recurso na origem prejudica a análise da matéria de fundo, ante a ocorrência de preclusão.

3. Agravo Regimental não provido."

(STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.393.874/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, 12/11/2013)

No caso concreto, é manifesta a intempestividade do agravo, uma vez que protocolado nesta Corte em 23.04.2020, data posterior ao prazo estabelecido no § 5.º do art. 1.003, do Código de Processo Civil.

Civil. Ante o exposto, não conheço do agravo de instrumento, a teor do disposto no art. 932, inciso III, do Código de Processo

Decorrido o prazo recursal, archive-se.

Intimem-se.

São Paulo, data registrada em sistema eletrônico.

THEREZINHA CAZERTA
Desembargadora Federal Relatora

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5009840-26.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 27 - DES. FED. THEREZINHA CAZERTA
AGRAVANTE: WELLINGTON RODRIGO FELIX
Advogados do(a) AGRAVANTE: URIEL CORNELIO CORREIA - SP398941-N, JULIO DE FARIS GUEDES PINTO - SP353636-N, WELLINGTON LUCAS AFONSO - SP376314-N
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto de decisão que não reconheceu o direito da parte autora à gratuidade da justiça.

A decisão agravada foi disponibilizada no Diário Eletrônico da Justiça em 20.08.2019 (f. 24, Id. 130891059), devendo ser considerada publicada no primeiro dia útil subsequente.

O agravo de instrumento foi interposto em 11.09.2019 no Tribunal de Justiça de São Paulo (f. 148, Id. 130891059).

Remetido a esta Corte, por correspondência eletrônica, em 23.04.2020 (Id. 130891043), e autuado no PJe em 28.04.2020.

A ação foi proposta perante o Juízo de Direito da Vara Única de Santa Adélia/SP, no exercício da competência delegada, sendo certo que os recursos cabíveis devem ser apresentados perante o Tribunal Regional Federal na área de jurisdição do juiz de primeiro grau, conforme determina o artigo 109, § 4.º, da Constituição Federal.

A interposição de recurso perante Tribunal incompetente para sua apreciação configura erro grosseiro, não havendo que se falar em suspensão ou interrupção de prazo.

Destaque-se que o Tribunal de Justiça de São Paulo não está incluído no sistema de protocolo integrado da Justiça Federal, conforme disposto no Provimento n.º 308/2009, com as alterações trazidas pelo Provimento n.º 309/2010, ambos do Conselho da Justiça Federal da 3.ª Região.

Nesse sentido, a jurisprudência desta Corte:

“AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO INTERPOSTO.

I - O agravo de instrumento foi protocolado no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no dia 3/7/18, tendo sido distribuído neste Tribunal somente no dia 23/11/18. O sistema integrado da Terceira Região inclui apenas os protocolos das subseções da Justiça Federal de primeira instância das seções judiciárias de São Paulo e do Mato Grosso do Sul, as quais estão autorizadas a receber petições dirigidas ao TRF-3ª Região, nos termos do art. 2º do Provimento nº 308, de 17/12/09, do CJF da 3ª Região. Incabível cogitar-se, por óbvio, da extensão das regras atinentes ao protocolo integrado no âmbito da Justiça Federal da Terceira Região à Justiça Estadual.

II - Tendo sido as razões do agravo de instrumento protocoladas na Justiça Estadual, o recurso somente pôde ser considerado como interposto na data de seu efetivo registro neste Tribunal, fato que ocorreu apenas em 23/11/18, tornando irrefutável a sua intempestividade.

III – Saliente-se que apesar de ter sido protocolado inicialmente em órgão incompetente, se o recurso fosse recebido nesta Corte dentro do prazo legal, imperioso seria o seu recebimento e processamento. Entretanto, não foi o que ocorreu no presente caso. Precedentes jurisprudenciais.

IV - Agravo improvido.”

(TRF3ª, 8.ª Turma, AI n.º 5029519-80.2018.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Newton De Lucca, julgado em 09.03.2020)

“PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO (ART. 1.021, DO CPC). AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERPOSIÇÃO EM TRIBUNAL INCOMPETENTE. ERRO GROSSEIRO. INTEMPESTIVIDADE.

- O denominado agravo interno (artigo Art. 1.021 do CPC/15) tem o propósito de impugnar especificadamente os fundamentos da decisão agravada e, em caso de não retratação, possa ter assegurado o direito de ampla defesa, com submissão das suas impugnações ao órgão colegiado, o qual, cumprindo o princípio da colegialidade, fará o controle da extensão dos poderes do relator e, bem assim, a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando, afora essas circunstâncias, à rediscussão, em si, de matéria já decidida, mediante reiterações de manifestações anteriores ou à mingua de impugnação específica e fundamentada da totalidade ou da parte da decisão agravada, objeto de impugnação.

- Em que pese a irresignação do agravante, a interposição do recurso - ainda que tempestiva - em Tribunal incompetente para ao conhecimento da matéria versada, caracteriza erro grosseiro, de modo que inviabiliza a suspensão ou interrupção do prazo para a sua propositura (precedentes do e. STJ).

- Sendo assim, na hipótese, a decisão agravada não padece de qualquer ilegalidade ou abuso de poder, estando seus fundamentos em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria devolvida a este E. Tribunal.

- Agravo interno improvido.”

(TRF3ª, 9.ª Turma, AI n.º 5020327-89.2019.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Gilberto Jordan, julgado em 24.01.2020, e-DJF3 Judicial I de 29.01.2020)

“AGRAVO INTERNO. ART. 1.021 DO CPC/2015. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTEMPESTIVO. ENDEREÇAMENTO ERRÔNEO. ERRO GROSSEIRO. ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER INEXISTENTES.

I - Tratando-se de agravo de instrumento interposto contra decisão de juiz estadual no exercício de jurisdição federal delegada, afigura-se erro grosseiro o seu endereçamento ao Tribunal de Justiça, órgão manifestamente desprovido de competência recursal por imperativo de ordem constitucional, o que afasta a aplicação do princípio da fungibilidade dos recursos.

II - O recurso protocolado no Tribunal de Justiça Estadual não tem efeito de interrupção da contagem do prazo recursal, por não se tratar de protocolo integrado que permita o recebimento de petições endereçadas a este Tribunal Regional Federal, existente tão somente entre as subseções da Justiça Federal de Primeira Instância localizadas no interior do Estado de São Paulo, assim como na Seção Judiciária de Mato Grosso do Sul, consoante disciplina do Item I do Provimento 106, de 24/11/1994, do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região.

III - Considera-se a data da interposição do recurso o dia 09.10.2018, que foi a data do seu recebimento no setor de protocolo desta Corte, do que resulta sua manifesta intempestividade, eis que após o termo final do prazo recursal, uma vez que a decisão recorrida foi publicada na imprensa oficial em 03.09.2018, conforme consulta ao Sistema de Informação Processual do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

IV - No agravo interno, a controvérsia limita-se ao exame da ocorrência, ou não, de flagrante ilegalidade ou abuso de poder, a gerar dano irreparável ou de difícil reparação para a parte, vícios inexistentes na decisão.

V - Razões recursais que não contrapõem tal fundamento a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele decidida.

VI - Agravo interno não provido.

(TRF3ª, 9.ª Turma, AI n.º 5025409-38.2018.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Marisa Santos, julgado em 10.07.2019)

No mesmo sentido, precedentes do Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do que segue transcrito, mobilizado como fundamento em decisão monocrática que manteve o entendimento acima exposto em situação análoga (ARESp n.º 645.221/SP, Rel. Min. Humberto Martins, 21.5.2014):

"PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROTOCOLO EM TRIBUNAL INCOMPETENTE. INTEMPESTIVIDADE.

1. Não se presta a interferir no exame da tempestividade a data do protocolo do recurso perante Tribunal incompetente. Precedentes do STJ.
2. A intempestividade do recurso na origem prejudica a análise da matéria de fundo, ante a ocorrência de preclusão.
3. Agravo Regimental não provido."

(STJ, 2.^a Turma, AgRg no REsp 1.393.874/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, 12/11/2013)

No caso concreto, é manifesta a intempestividade do agravo, uma vez que protocolado nesta Corte em 23.04.2020, data posterior ao prazo estabelecido no § 5.º do art. 1.003, do Código de Processo Civil.

Civil. Ante o exposto, não conheço do agravo de instrumento, a teor do disposto no art. 932, inciso III, do Código de Processo

Decorrido o prazo recursal, archive-se.

Intimem-se.

São Paulo, data registrada em sistema eletrônico.

THEREZINHA CAZERTA
Desembargadora Federal Relatora

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5188712-39.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 27 - DES. FED. THEREZINHA CAZERTA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: ROSEMEIRE BEZERRA DA SILVA
Advogado do(a) APELADO: ALINE APARECIDA JAZE WOLPERT - SP349212-N
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de demanda proposta objetivando a concessão de pensão por morte de ex-cônjuge falecido em 02/08/2006, nos termos do art. 74, da Lei nº 8.213/91.

Regularmente citado, a autarquia federal previdenciária apresentou contestação.

Houve réplica.

O juízo *a quo* julgou antecipadamente o pedido, nos termos do art. 335, I, do CPC, reconhecendo à parte autora o direito ao benefício pretendido, a partir da data do requerimento administrativo. Concedeu a tutela antecipada.

O INSS, então, protocolou contestação (Id 126594339), alegando, em preliminar, a prescrição quinquenal e, no mérito, requerendo a improcedência do pleito formulado, diante da não comprovação da união estável.

Comcontrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

Sentenciado o feito, pela procedência do pedido inicial, o INSS apresenta contestação, em vez do recurso apropriado.

O Código de Processo Civil prevê, expressamente, que da sentença cabe apelação, que será encaminhada ao tribunal competente para sua apreciação, nos termos do art. 1.009 e seguintes, ou embargos de declaração, cabível contra qualquer decisão, para sanar omissão, obscuridade, contradição ou erro material, conforme disposto no art. 1.022 e seguintes.

Assim, não se pode admitir a apresentação de contestação, em face da sentença de procedência do pedido, por se tratar de momento processual inoportuno para tanto.

Logo, a apresentação de contestação nesta fase processual configura erro grosseiro, circunstância que, por si só, obsta a aplicação do princípio da fungibilidade recursal.

Por oportuno, trago à colação entendimento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça, transcrito nas seguintes ementas:

AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO ADMITIDO. RECURSO MANIFESTAMENTE INCABÍVEL. ARTS. 1.030, § 1º, E 1.042 DO CPC. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. PRAZO RECURSAL NÃO INTERROMPIDO. CERTIFICAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO.

1. Contra a decisão monocrática que não admite o recurso extraordinário, nos termos do art. 1.030, V, do CPC, não cabe agravo interno, mas agravo para o Supremo Tribunal Federal, conforme previsão expressa dos artigos 1.030, § 1º, e 1.042 do Estatuto Processual Civil.

2. Há, na espécie, erro grosseiro, a impossibilitar a aplicação do princípio da fungibilidade recursal.

3. Tratando-se de recurso manifestamente incabível, que não suspende nem interrompe o prazo para a interposição de outro recurso, constata-se a ocorrência do trânsito em julgado da decisão que não admitiu o recurso extraordinário.

4. Agravo interno não conhecido.

(AIREEDRESP - AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL - 1612818 2016.01.80943-6, MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, STJ - CORTE ESPECIAL, DJE DATA:13/12/2019)

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO NO TRIBUNAL LOCAL. DECISÃO DENEGATÓRIA. RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ERRO GROSSEIRO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. INAPLICÁVEL.

1. A hipótese dos autos se insere na regra prevista no art. 105, II, b, da Constituição Federal, segundo o qual compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar, em recurso ordinário, "os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão".

2. A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que constitui erro grosseiro a interposição de recurso equivocado, quando o recurso correto para impugnar determinada decisão judicial encontra suas hipóteses de cabimento delineadas claramente na legislação.

3. Agravo interno a que se nega provimento

(AINTARESP - AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - 1481918 2019.00.95994-0, SÉRGIO KUKINA, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:05/12/2019)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. HABILITAÇÃO DE CRÉDITO. IMPUGNAÇÃO. RECURSO CABÍVEL. FUNGIBILIDADE. DÚVIDA OBJETIVA. INEXISTÊNCIA. DECISÃO RECORRIDA NO MESMO SENTIDO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA N. 83 DO STJ. DECISÃO MANTIDA.

1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a existência de previsão legal expressa impede a aplicação do princípio da fungibilidade, pois afasta a dívida objetiva e impõe o reconhecimento de erro grosseiro pela utilização de meio processual inadequado. Precedentes.

2. A Súmula n. 83 do STJ aplica-se aos recursos especiais interpostos com fundamento tanto na alínea "c" quanto na alínea "a" do permissivo constitucional.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AINTARESP - AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - 1351839 2018.02.17422-0, ANTONIO CARLOS FERREIRA, STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA:12/11/2019)

PROCESSUAL CIVIL - RECURSOS - FUNGIBILIDADE. INAPLICAÇÃO.

A fungibilidade recursal subordina-se a três requisitos: a) dívida objetiva sobre qual o recurso a ser interposto; b) inexistência de erro grosseiro (v.g. interposição de recurso impróprio, quando o correto encontra-se expressamente indicado na lei, sobre o qual não se opõe nenhuma dívida; c) que o recurso erroneamente interposto tenha sido interposto no prazo do que se pretende transformá-lo.

Ausente qualquer destes pressupostos, não incide o princípio da fungibilidade.

Recurso não conhecido.

(STJ, 1ª Turma, AGRMC 747-PR, rel. Min. Humberto Gomes Barros, j. 02.06.1997, v.u., DJU 03.04.2000)

No mesmo sentido também vem decidindo monocraticamente esta E. Corte em situações análogas (AR 0003602-18.2016.4.03.0000/SP – Relator Des. Fed. Toru Yamamoto - e-DJF3 Judicial 1 DATA: 24/05/2019; Ap.Civ. 0024695-42.2018.4.03.9999/SP – Rel. Juiz Fed. Conv. Rodrigo Zacharias - e-DJF3 Judicial 1 DATA: 07/05/2019; Ap.Civ. 0011178-09.2014.4.03.9999/SP – Rel. Juíza Fed. Conv. Vanessa Mello - e-DJF3 Judicial 1 DATA: 07/05/2019; Ap/Rem.Nec 0024703-19.2018.4.03.9999/SP – Rel. Des. Fed. David Dantas - e-DJF3 Judicial 1 DATA: 06/05/2019; Ap.Civ. 0005067-38.2016.4.03.9999/SP – Rel. Des. Fed. Paulo Domingues - e-DJF3 Judicial 1 DATA: 25/04/2019; Ap.Civ. 0022068-65.2018.4.03.9999/SP – Rel. Des. Fed. Gilberto Jordan - e-DJF3 Judicial 1 DATA: 16/04/2019).

Com efeito, ausente pressuposto necessário à sua admissão, resta impossível admitir como recurso de apelação a contestação apresentada.

Posto isso, com fundamento no art. 932, inciso III, do CPC, não conheço da insurgência protocolizada pelo INSS (Id 126594339).

Intimem-se, baixando o presente feito, oportunamente, à vara de origem.

São Paulo, data registrada em sistema eletrônico.

THEREZINHA CAZERTA
Desembargadora Federal Relatora

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5012122-37.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 27 - DES. FED. THEREZINHA CAZERTA

AGRAVANTE: SINVAL MIRANDA DUTRA JUNIOR, CARVALHO E DUTRA ADVOGADOS ASSOCIADOS

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

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

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Vistos.

Certidão (Id. 132474532): intime-se a parte agravante para regularizar o pagamento das custas (código), nos termos da Resolução PRES n.º 138, de 6 de julho de 2017, que dispõe sobre o recolhimento de custas no âmbito da Justiça Federal da 3ª Região, c/c o § 4.º do art. 1.007, do Código de Processo Civil, no prazo de cinco dias, sob pena de deserção.

São Paulo, data registrada em sistema eletrônico.

THEREZINHA CAZERTA
Desembargadora Federal Relatora

SUBSECRETARIA DA 9ª TURMA

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) N° 5010708-04.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

AGRAVADO: PALOMA FIRMINO HOFFEMANN

Advogado do(a) AGRAVADO: ENY SEVERINO DE FIGUEIREDO PRESTES - SP61181-N

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) em face da decisão que deferiu pedido de antecipação de tutela jurídica para a concessão do benefício de auxílio-doença à parte autora.

Sustenta o não preenchimento dos requisitos que ensejam a concessão a tutela de urgência.

Alega, em síntese, que a tutela foi concedida antes da realização da perícia judicial, com base em atestados médicos produzidos unilateralmente, não podendo contrapor ato administrativo com presunção de legitimidade e veracidade, que concluiu pela inexistência de incapacidade.

Requer a concessão de efeito suspensivo, tendo em vista o risco de irreversibilidade do provimento.

É o relatório.

Recebo o presente recurso nos termos do artigo 1.015, I, do Código de Processo Civil/2015.

O benefício de auxílio-doença é devido ao segurado que, havendo cumprido - quando for o caso -, o período de carência exigido, ficar incapacitado total e temporariamente para o trabalho ou para a atividade habitual.

O Juízo *a quo* fundamentou sua decisão nos documentos acostados aos autos e, à luz dos quais, concluiu estarem presentes os requisitos ensejadores da concessão da medida.

No caso, pelos documentos carreados aos autos até o momento, não vislumbro a alegada ausência dos requisitos a ensejar a suspensão da tutela jurídica concedida.

Com efeito, os atestados médicos (Id 131481971 - p. 1/4), de setembro, outubro e novembro de 2019, subscritos por médicos especialistas das Prefeituras de Pedemeiras, Macatuba e Botucatu, informam que a parte autora está em acompanhamento psiquiátrico devido a “quadro grave de transtorno de personalidade, agravado com sintomas psicóticos e prejuízo funcional acentuado, inclusive, com histórico de internação em setembro/2019” (CID F60.3, F31).

A qualidade de segurada, em princípio, restou comprovada por meio da Carteira de Trabalho da Previdência Social (CTPS), acostada aos autos da ação subjacente, onde consta vínculo encerrado em junho de 2019 com cumprimento do período de carência exigido para a concessão do benefício pleiteado.

Embora a perícia médica realizada pelo INSS tenha concluído pela capacidade da parte autora, entendo que, em princípio, deve ser mantida a decisão agravada, em razão da doença que a acomete.

Ademais, o risco de lesão ao segurado supera eventual prejuízo material da parte agravante, que sempre poderá compensá-la em prestações previdenciárias futuras.

Saliente-se, ainda, que "*a exigência da irreversibilidade inserida no § 2º do art. 273 do CPC não pode ser levada ao extremo, sob pena de o novel instituto da tutela antecipatória não cumprir a excelsa missão a que se destina (STJ-2ª T., REsp 144-656-ES, rel. Min. Adhemar Maciel, j. 6.10.97, não conheceram, v.u., DJU 27.10.97, p. 54.778)*". (NEGRÃO, Theotônio e GOUVÊA, José Roberto Ferreira. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 36ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, nota 20 ao art. 273, § 2º, p.378)

No mesmo sentido é a disposição do § 3º do artigo 300 do Código de Processo Civil.

Havendo indícios de irreversibilidade, para ambos os polos do processo, é o juiz premido pelas circunstâncias e levado a optar pelo mal menor. *In casu*, o dano possível ao INSS é proporcionalmente inferior ao severamente imposto àquele que carece do benefício.

Diante do exposto, nesta análise perfunctória, deve ser mantida a decisão agravada, até o pronunciamento definitivo da Turma.

Com estas considerações, determino o processamento do presente agravo **sem efeito suspensivo**.

Apresente o agravado a resposta que queira, em decorrência da incidência do artigo 1.019, II, do CPC.

Intimem-se.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5223968-43.2020.4.03.9999

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

APELANTE: MARLENE APARECIDA LOPES GONCALVES, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL- INSS

Advogado do(a) APELANTE: REYNALDO CALHEIROS VILELA - SP245019-N

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL- INSS, MARLENE APARECIDA LOPES GONCALVES

Advogado do(a) APELADO: REYNALDO CALHEIROS VILELA - SP245019-N

OUTROS PARTICIPANTES:

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO VIRTUAL

São Paulo, 19 de junho de 2020

Destinatário: APELANTE: MARLENE APARECIDA LOPES GONCALVES, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 23/06/2020 3857/4253

SOCIAL- INSS

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, MARLENE APARECIDA LOPES GONCALVES

O processo nº 5223968-43.2020.4.03.9999 foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Sessão de Julgamento

Data: 22/07/2020 14:00:00

Local: Sala de audiências da 9ª Turma - Tribunal Regional Federal da 3ª Região - São Paulo/SP

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5007239-30.2017.4.03.6183

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

APELANTE: JOSE ERIVALDO DOS SANTOS

Advogado do(a) APELANTE: ANTONIA EDMAR VIEIRA MOREIRA - SP362026-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

ATO ORDINATÓRIO

Interpostos **Embargos de Declaração/Agravo Interno**. Vista para contrarrazões nos termos do artigo 1.º, inciso II / artigo 1.º, inciso I da Ordem de Serviço n.º 1/2.016-UTU9/T.R.F.-3.ª Região, conforme os artigos 1.023, § 2.º / 1.021, § 2.º, ambos do Novo Código de Processo Civil.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA(1728) Nº 5147781-91.2020.4.03.9999

RELATOR: Gab. 33 - DES. FED. GILBERTO JORDAN

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: GENI RODRIGUES MARTINEZ

Advogados do(a) APELADO: BRUNO BORGES SCOTT - SP323996-N, MARCOS JASOM DA SILVA PEREIRA - SP286251-N

ATO ORDINATÓRIO

Interpostos **Embargos de Declaração/Agravo Interno**. Vista para contrarrazões nos termos do artigo 1.º, inciso II / artigo 1.º, inciso I da Ordem de Serviço n.º 1/2.016-UTU9/T.R.F.-3.ª Região, conforme os artigos 1.023, § 2.º / 1.021, § 2.º, ambos do Novo Código de Processo Civil.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000704-78.2020.4.03.9999

RELATOR: Gab. 33 - DES. FED. GILBERTO JORDAN

APELANTE: DINA DALVA DE COKI SANTANA

Advogado do(a) APELANTE: FERNANDA APARECIDA DE SOUZA - MS14898-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Intime-se a parte autora para colacionar aos autos cópia integral do processo administrativo.

Prazo: 30 (trinta) dias.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5149647-37.2020.4.03.9999

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

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: ENISE FLORENCIO DA ROCHA

Advogado do(a) APELADO: FILIPE ADAMO GUERREIRO - SP318607-N

ATO ORDINATÓRIO

Interpostos **Embargos de Declaração/Agravo Interno**. Vista para contrarrazões nos termos do artigo 1.º, inciso II / artigo 1.º, inciso I da Ordem de Serviço n.º 1/2.016-UTU9/T.R.F.-3.ª Região, conforme os artigos 1.023, § 2.º / 1.021, § 2.º, ambos do Novo Código de Processo Civil.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5004038-23.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 31 - DES. FED. DALDICE SANTANA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: JOANA CELIA DA SILVA
Advogado do(a) APELADO: VAGNER LEANDRO DA CAMARA - SP405112-N

DESPACHO

Diante da existência de anterior distribuição da Apelação Cível n. 0045060-30.2012.4.03.9999, da relatoria do Juiz Federal Convocado Leonardo Safi, em nome da autora, na qual requereu o benefício de aposentadoria por idade rural, dê-se vista à parte autora para manifestação sobre eventual ocorrência de coisa julgada, no prazo de 5 (cinco) dias.

Cumprida a determinação, abra-se vista ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

Em seguida, voltem conclusos para apreciação do recurso.

Intime-se.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5004528-18.2018.4.03.6183
RELATOR: Gab. 31 - DES. FED. DALDICE SANTANA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: MEIRE ALVES
Advogado do(a) APELADO: EMERSON YUKIO KANEOYA - SP281791-A

ATO ORDINATÓRIO

Interpostos **Embargos de Declaração/Agravo Interno**. Vista para contrarrazões nos termos do artigo 1.º, inciso II / artigo 1.º, inciso I da Ordem de Serviço n.º 1/2.016-UTU9/T.R.F.-3.ª Região, conforme os artigos 1.023, § 2.º / 1.021, § 2.º, ambos do Novo Código de Processo Civil.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5270069-41.2020.4.03.9999

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

APELANTE: MARCO ANTONIO SIMOES PEGORARO

Advogado do(a) APELANTE: ELIZANDRA MARCIA DE SOUZA BERNO - SP173750-N

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Cuida-se de apelação interposta em face de sentença que extinguiu o feito, sem resolução de mérito, nos termos do artigo 485, IV, do Código do Processo Civil, em razão das alterações constitucionais que modificaram a competência delegada.

Em suas alegações, a parte autora aduz que as ações ajuizadas até 31/12/2019 devam prosseguir na Justiça Estadual.

É o relatório.

Nos termos do disposto no artigo 932, do Código de Processo Civil (CPC), estão presentes os requisitos para a prolação de decisão monocrática.

O artigo 109, § 3º, da Constituição Federal, em sua **redação original**, dispunha:

"(...) serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal."

Entretanto, a competência delegada sofreu alteração constitucional (Emenda Constitucional n. 103, de 12/11/2019), passando a norma inserida no artigo 109 em referência a ter o seguinte teor:

"Art. 109 (...)

§3º Lei poderá autorizar que as causas de competência da Justiça Federal em que forem parte instituição de previdência social e segurado possam ser processadas e julgadas na justiça estadual quando a comarca do domicílio do segurado não for sede de vara federal."

De igual modo, o texto da Lei n. 5.010/1966 foi modificado com a edição da Lei n. 13.876, de 20/9/2019, e passou a disciplinar a matéria nos seguintes termos:

"Art. 15. Quando a Comarca não for sede de Vara Federal, poderão ser processadas e julgadas na Justiça Estadual:

(...)

III – as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado e que se referirem a benefícios de natureza pecuniária, quando a Comarca de domicílio do segurado estiver localizada a mais de 70 Km (setenta quilômetros) de Município sede de Vara Federal;

(...)

§ 1º Sem prejuízo do disposto no art. 42 desta Lei e no parágrafo único do art. 237 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), poderão os Juízes e os auxiliares da Justiça Federal praticar atos e diligências processuais no território de qualquer Município abrangido pela seção, subseção ou circunscrição da respectiva Vara Federal.

§ 2º Caberá ao respectivo Tribunal Regional Federal indicar as Comarcas que se enquadram no critério de distância previsto no inciso III do caput deste artigo."

Essa modificação legal, contudo, passou a vigorar em 1º/1/2020, conforme estabelecido no artigo 5º, I, da Lei n. 13.876/2019.

No caso, a demanda foi distribuída em 31/12/2019 e, desse modo, está abrangida pelo teor da decisão proferida no Conflito de Competência n. 170.051 (STJ), admitido para julgamento sob o rito de Incidente de Assunção de Competência (IAC 6), no qual contesta-se a redistribuição de ações previdenciárias propostas perante a Justiça Estadual antes da entrada em vigor da Lei n. 13.876/2019.

Assim, o douto Juízo *a quo* deveria ter observado a decisão do Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, a qual determinou "*a imediata suspensão, em todo o território nacional, de qualquer ato destinado a redistribuição de processos pela Justiça Estadual (no exercício da jurisdição federal delegada) para a Justiça Federal, até o julgamento definitivo do presente Incidente de Assunção de Competência no Conflito e Competência*" e que "*os processos ajuizados em tramitação no âmbito da Justiça Estadual, no exercício da jurisdição federal delegada, deverão ter regular tramitação e julgamento, independentemente do julgamento do presente Incidente de Assunção de Competência no Conflito de Competência*".

Diante do exposto, nos termos do art. 932 do CPC, **dou provimento** à apelação da parte autora, para determinar o retorno dos autos à Vara de origem, a fim de que a ação tenha regular processamento.

Intimem-se.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5002469-89.2018.4.03.6140

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

APELANTE: JONAS GABRIEL PENA

Advogados do(a) APELANTE: MARCIO HENRIQUE BOCCHI - SP137682-A, CAROLINA LUVIZOTTO BOCCHI - SP344412-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

ATO ORDINATÓRIO

Interpostos **Embargos de Declaração/Agravo Interno**. Vista para contrarrazões nos termos do artigo 1.º, inciso II / artigo 1.º, inciso I da Ordem de Serviço n.º 1/2.016-UTU9/T.R.F.-3.ª Região, conforme os artigos 1.023, § 2.º / 1.021, § 2.º, ambos do Novo Código de Processo Civil.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5032020-70.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 33 - DES. FED. GILBERTO JORDAN

AGRAVANTE: MARCIA SANTANA DE MELLO SOUZA

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCIO SCARIOT - SP163161-A

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

id - 12803889- Intimem-se as partes para que se manifestem acerca das informações e cálculos apresentados pela contadoria judicial.

Após, conclusos.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000358-02.2016.4.03.6109
RELATOR: Gab. 33 - DES. FED. GILBERTO JORDAN
APELANTE: FRANCISCO JUSTINO DE SOUSA SOBRINHO
Advogado do(a) APELANTE: ADRIANO MELLEGA - SP187942-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

ATO ORDINATÓRIO

Interpostos **Embargos de Declaração/Agravo Interno**. Vista para contrarrazões nos termos do artigo 1.º, inciso II / artigo 1.º, inciso I da Ordem de Serviço n.º 1/2.016-UTU9/TR.F.-3.ª Região, conforme os artigos 1.023, § 2.º / 1.021, § 2.º, ambos do Novo Código de Processo Civil.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5009217-08.2018.4.03.6183
RELATOR: Gab. 32 - JUÍZA CONVOCADA LEILA PAIVA
APELANTE: AGENOR CREMONESE JUNIOR
Advogado do(a) APELANTE: TATIANA RAGOSTA MARCHTEIN - SP162216-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

A questão referente à “Possibilidade de aplicação da regra definitiva prevista no art. 29, I e II da Lei 8.213/1991, na apuração do salário de benefício, quando mais favorável do que a regra de transição contida no art. 3º da Lei 9.876/1999, aos Segurados que ingressaram no sistema antes de 26.11.1999 (data de edição da Lei 9.876/1999)” foi afetada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça no Tema 999, por meio dos Recursos Especiais nºs 1.554.596/SC e 1.596.203/PR, em 05/11/2018.

Os representativos de controvérsia foram julgados, com acórdão publicado no DJe de 17/12/2109, firmando-se a seguinte tese: “*Aplica-se a regra definitiva prevista no art. 29, I e II da Lei 8.213/1991, na apuração do salário de benefício, quando mais favorável do que a regra de transição contida no art. 3o. da Lei 9.876/1999, aos Segurado que ingressaram no Regime Geral da Previdência Social até o dia anterior à publicação da Lei 9.876/1999.*”

Contudo, decisão da Vice-Presidência do Colendo Tribunal Superior, publicada no DJe de 02/06/2020, determinou novamente a suspensão de todos os feitos ao admitir o recurso extraordinário como representativo de controvérsia.

Diante da nova ordem de suspensão “*de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a mesma controvérsia em trâmite em todo o território nacional*” e tendo em vista a identidade da matéria aqui discutida, **determino o sobrestamento** do presente feito até julgamento definitivo pela Suprema Corte.

Publique-se. Intime-se.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5004992-19.2018.4.03.6126
RELATOR: Gab. 32 - JUÍZA CONVOCADA LEILA PAIVA
APELANTE: SILVIO DE SOUZA DIAS
Advogado do(a) APELANTE: MURILO GURJAO SILVEIRA AITH - SP251190-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

A questão referente à “Possibilidade de aplicação da regra definitiva prevista no art. 29, I e II da Lei 8.213/1991, na apuração do salário de benefício, quando mais favorável do que a regra de transição contida no art. 3º da Lei 9.876/1999, aos Segurados que ingressaram no sistema antes de 26.11.1999 (data de edição da Lei 9.876/1999)” foi afetada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça no Tema 999, por meio dos Recursos Especiais nºs 1.554.596/SC e 1.596.203/PR, em 05/11/2018.

Os representativos de controvérsia foram julgados, com acórdão publicado no DJe de 17/12/2109, firmando-se a seguinte tese: “*Aplica-se a regra definitiva prevista no art. 29, I e II da Lei 8.213/1991, na apuração do salário de benefício, quando mais favorável do que a regra de transição contida no art. 3o. da Lei 9.876/1999, aos Segurado que ingressaram no Regime Geral da Previdência Social até o dia anterior à publicação da Lei 9.876/1999.*”

Contudo, decisão da Vice-Presidência do Colendo Tribunal Superior, publicada no DJe de 02/06/2020, determinou novamente a suspensão de todos os feitos ao admitir o recurso extraordinário como representativo de controvérsia.

Diante da nova ordem de suspensão “*de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a mesma controvérsia em trâmite em todo o território nacional*” e tendo em vista a identidade da matéria aqui discutida, **determino o sobrestamento** do presente feito até julgamento definitivo pela Suprema Corte.

Publique-se. Intime-se.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000291-38.2018.4.03.6183
RELATOR: Gab. 32 - JUÍZA CONVOCADA LEILA PAIVA
APELANTE: IZAIAS CARLOS DA SILVA
Advogado do(a) APELANTE: DANGEL CANDIDO DA SILVA - SP276384-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

A questão referente à “*Possibilidade de aplicação da regra definitiva prevista no art. 29, I e II da Lei 8.213/1991, na apuração do salário de benefício, quando mais favorável do que a regra de transição contida no art. 3º da Lei 9.876/1999, aos Segurados que ingressaram no sistema antes de 26.11.1999 (data de edição da Lei 9.876/1999)*” foi afetada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça no Tema 999, por meio dos Recursos Especiais nºs 1.554.596/SC e 1.596.203/PR, em 05/11/2018.

Os representativos de controvérsia foram julgados, com acórdão publicado no DJe de 17/12/2109, firmando-se a seguinte tese: “*Aplica-se a regra definitiva prevista no art. 29, I e II da Lei 8.213/1991, na apuração do salário de benefício, quando mais favorável do que a regra de transição contida no art. 3o. da Lei 9.876/1999, aos Segurado que ingressaram no Regime Geral da Previdência Social até o dia anterior à publicação da Lei 9.876/1999.*”

Contudo, decisão da Vice-Presidência do Colendo Tribunal Superior, publicada no DJe de 02/06/2020, determinou novamente a suspensão de todos os feitos ao admitir o recurso extraordinário como representativo de controvérsia.

Diante da nova ordem de suspensão “*de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a mesma controvérsia em trâmite em todo o território nacional*” e tendo em vista a identidade da matéria aqui discutida, **determino o sobrestamento** do presente feito até julgamento definitivo pela Suprema Corte.

Publique-se. Intime-se.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5032081-38.2018.4.03.9999
RELATOR: Gab. 31 - DES. FED. DALDICE SANTANA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: JAIR MOTA SIQUEIRA
Advogado do(a) APELADO: CAMILA LOPES - SP329319-N

ATO ORDINATÓRIO

Interpostos **Embargos de Declaração/Agravo Interno**. Vista para contrarrazões nos termos do artigo 1.º, inciso II / artigo 1.º, inciso I da Ordem de Serviço n.º 1/2.016-UTU9/T.R.F.-3.ª Região, conforme os artigos 1.023, § 2.º / 1.021, § 2.º, ambos do Novo Código de Processo Civil.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000031-92.2017.4.03.6183
RELATOR: Gab. 32 - JUÍZA CONVOCADA LEILA PAIVA
APELANTE: NEUTON SHOZI FUJITA
Advogado do(a) APELANTE: LIGIA APARECIDA SIGIANI PASCOTE - SP115661-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

A questão referente à “*Possibilidade de aplicação da regra definitiva prevista no art. 29, I e II da Lei 8.213/1991, na apuração do salário de benefício, quando mais favorável do que a regra de transição contida no art. 3º da Lei 9.876/1999, aos Segurados que ingressaram no sistema antes de 26.11.1999 (data de edição da Lei 9.876/1999)*” foi afetada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça no Tema 999, por meio dos Recursos Especiais nºs 1.554.596/SC e 1.596.203/PR, em 05/11/2018.

Os representativos de controvérsia foram julgados, com acórdão publicado no DJe de 17/12/2019, firmando-se a seguinte tese: “*Aplica-se a regra definitiva prevista no art. 29, I e II da Lei 8.213/1991, na apuração do salário de benefício, quando mais favorável do que a regra de transição contida no art. 3º da Lei 9.876/1999, aos Segurados que ingressaram no Regime Geral da Previdência Social até o dia anterior à publicação da Lei 9.876/1999.*”

Contudo, decisão da Vice-Presidência do Colendo Tribunal Superior, publicada no DJe de 02/06/2020, determinou novamente a suspensão de todos os feitos ao admitir o recurso extraordinário como representativo de controvérsia.

Diante da nova ordem de suspensão “*de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a mesma controvérsia em trâmite em todo o território nacional*” e tendo em vista a identidade da matéria aqui discutida, **determino o sobrestamento** do presente feito até julgamento definitivo pela Suprema Corte.

Publique-se. Intime-se.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5014007-23.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 33 - DES. FED. GILBERTO JORDAN

AGRAVANTE: FRANCISCA GOMES GONZALEZ, ANTONIO JOIOSO, JULIO CEZAR FROLINI, JOSE FRANCO DA ROCHA, ROZALINA RAZUK BAGARELE

Advogado do(a) AGRAVANTE: DANIEL RODRIGO GOULART - SP202065-A

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Intimem-se as partes para que se manifestem acerca das informações e cálculos apresentados pela contadoria judicial (id 134788442, id 134788445, 134788444, 134788447, 134788446), realizados conforme determinado no id 134302898.

Após, conclusos.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5270546-64.2020.4.03.9999

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

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: LUZIA TAGLIARI MARTINS

Advogado do(a) APELADO: ROSE CRISTINA OLIVARI DE OLIVEIRA HOMEM - SP324985-A

DESPACHO

Tendo em vista que a apelação adesiva versa exclusivamente sobre honorários de sucumbência, comprove o recorrente o recolhimento em dobro do preparo, inclusive, se for o caso, porte de remessa e retorno, sob pena de deserção, no prazo de 5 (cinco) dias, consoante o disposto nos artigos 99, § 5º; 1.007, § 4º e 932, parágrafo único, todos do CPC.

Após, voltem conclusos.

Intime-se.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5010596-35.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 32 - JUÍZA CONVOCADA LEILA PAIVA

AGRAVANTE: OSMAR FELIX SOARES

Advogado do(a) AGRAVANTE: ROSEMARIE GAZETTA MARCONATO - SP139831-N

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por **OSMAR FELIX SOARES** contra a r. decisão proferida pelo Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Ibitinga/SP que, nos autos do processo nº 1000814-68.2020.8.26.0236, declinou de sua competência para uma das Varas Federais do Município de Araraquara-SP.

Pretende o recorrente a manutenção do processo na Justiça Estadual, sob o argumento de que “a distância em quilômetros da sede da Comarca onde é domiciliado o jurisdicionado (Rua Tiradentes, 519, Centro, Ibitinga – SP, CEP: 14910-000) até a sede da Justiça Federal que receberá doravante os efeitos (Av. Padre Francisco Salles Culturato, 658 - Vila Nice, Araraquara - SP, 14801-209), equivale a 73,80Km rodados”.

Pleiteia a concessão da tutela antecipada.

É a síntese do necessário.

Decido.

O Código de Processo Civil (CPC), em seu artigo 1.015, apresenta um rol taxativo das decisões interlocutórias que comportam impugnação por meio de agravo de instrumento.

Ocorre, entretanto, que a Corte Especial do Colendo Superior Tribunal de Justiça, por maioria de votos e em sede de análise de recurso repetitivo, pacificou o precedente no sentido de ampliar a interpretação do artigo 1.015 do CPC para admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que trate de hipóteses que não estejam expressamente previstas (**Tema 988**, julgamento dos REsp ns. 1.704.520 e 1.696.396).

De acordo com a decisão daquela Colenda Corte Superior de Justiça, é possível a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação, tendo, na oportunidade, modulado os efeitos da decisão, “a fim de que a tese jurídica apenas seja aplicável às decisões interlocutórias proferidas após a publicação do presente acórdão.” (acórdão publicado no DJe de 19/12/2018)

O r. *decisum* recorrido não consta no rol taxativo do artigo 1.015 do CPC, no entanto, por se tratar de recurso contra decisão declinatória de competência, afigura-se possível o seu conhecimento nesta oportunidade, nos termos do recurso paradigmático.

Apresentadas as premissas necessárias, passo a análise do efeito suspensivo.

A r. decisão agravada encontra-se assim fundamentada (ID 131465998):

‘A competência federal delegada foi alterada pela Lei Federal nº 13.876, de 20 de setembro de 2019, que, por seu art. 3º, limitou o exercício da referida competência às comarcas situadas a mais de 70 km de municípios sede de Vara Federal, sendo que, ainda por seu art. 5º, estabeleceu a entrada em vigor de tal regra a partir de 1º de janeiro de 2020.

A Resolução nº 603/2019 do Conselho da Justiça Federal, de 12 de novembro de 2019, por meio de seu art. 2º, estabeleceu que “O exercício da competência delegada é restrito às comarcas estaduais localizadas a mais de 70 quilômetros do Município sede da vara federal cuja circunscrição abranja o Município sede da comarca”, e determinou, por meio de seu art. 3º, que “(...) os Tribunais Regionais Federais farão publicar, até o dia 15 de dezembro de 2019, lista das comarcas com competência federal delegada”.

Foi então que, dando estrito cumprimento ao quanto determinado, o E. TRF da 3ª Região editou a Resolução PRES nº 322, de 12 de dezembro de 2019, alterada pela Resolução PRES nº 334, de 27 de fevereiro de 2020, dispondo em seu art. 2º que “As comarcas que permanecem com competência federal delegada estão elencadas nos Anexos I (São Paulo) e II (Mato Grosso do Sul) desta Resolução”, encontrando-se no Anexo I (já na redação conferida pela Resolução PRES nº 334/20), relativamente à Sede da Subseção Araraquara, o município de Borborema como aquele que permanece com a competência federal delegada, não se encontrando em tal rol a presente comarca.

Amparado pela legislação acima citada, declino a competência deste juízo para uma das Varas Federais do Município de Araraquara-SP, sede desta comarca.

Redistribua-se.

Ao distribuidor para regularização.

Intimem-se. Ibitinga, 24 de abril de 2020.

Em análise inicial dos autos, adequada a esta fase de cognição sumária, não verifico elementos suficientes para conceder o efeito suspensivo pleiteado, na forma estabelecida no art. 300 do CPC.

A competência da Justiça Federal tem sua previsão expressa no texto constitucional.

Estabelece o artigo 109, inciso I, da Constituição da República (CR) competir aos juízes federais o julgamento de causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho. Trata-se, portanto, de modalidade de competência absoluta em razão da pessoa jurídica de direito público envolvida.

O § 3º do do artigo 109, com redação da Emenda Constitucional nº 103, de 2019, permite à Justiça Estadual processar e julgar causas em que for parte instituição de previdência social e segurado na estrita hipótese de inexistência de instalação de Vara Federal na comarca de domicílio do autor, consistindo, portanto, em uma verdadeira exceção à regra prevista em seu *caput*.

A Lei 5.010/66 organiza a Justiça Federal de primeira instância e regulamenta, em seu artigo 15, as causas que poderão ser processadas e julgadas na Justiça Estadual, enquadrando-se em seu inciso III, em sua redação originária, “os feitos ajuizados contra instituições previdenciárias por segurados ou beneficiários residentes na Comarca, que se referirem a benefícios de natureza pecuniária.”

A Lei n. 13.876, de 20/09/2019, por sua vez, alterou significativamente o referido dispositivo legal, impondo **limitação à delegação** de competência federal às comarcas estaduais, *in verbis*:

Art. 3º O art. 15 da Lei nº 5.010, de 30 de maio de 1966, passa a vigorar com a seguinte redação: (Vigência)

“Art. 15. Quando a Comarca não for sede de Vara Federal, poderão ser processadas e julgadas na Justiça Estadual:

(...)

III - as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado e que se referirem a benefícios de natureza pecuniária, quando a Comarca de domicílio do segurado estiver localizada a mais de 70 km (setenta quilômetros) de Município sede de Vara Federal;

(...)

§ 1º Sem prejuízo do disposto no art. 42 desta Lei e no parágrafo único do art. 237 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), poderão os Juízes e os auxiliares da Justiça Federal praticar atos e diligências processuais no território de qualquer Município abrangido pela seção, subseção ou circunscrição da respectiva Vara Federal.

§ 2º Caberá ao respectivo Tribunal Regional Federal indicar as Comarcas que se enquadram no critério de distância previsto no inciso III do caput deste artigo.” (NR)

Com intuito dar cumprimento à determinação prevista no § 2º do artigo 3º acima transcrito, bem como exercendo a atribuição concedida pela norma do artigo 96, inciso I, letra "a", da CR, para dispor sobre "a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos", a Egrégia Presidência desta Colenda Corte publicou a **Resolução nº 322, em 12/12/2019**, que dispõe sobre o exercício da competência delegada no âmbito da Justiça Federal da 3ª Região.

Constam dos §§ 1º e 2º do artigo 1º da aludida Resolução:

§1º Para definição das comarcas dotadas de competência delegada federal, (...) deverá ser considerada a distância entre o centro urbano do município sede da comarca estadual e o centro urbano do município sede da vara federal mais próxima, em nada interferindo o domicílio do autor.

§2º A apuração da distância, conforme previsto no parágrafo anterior, deverá considerar a tabela de distâncias indicada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE ou por outra ferramenta de medição de distâncias disponível.

Na mesma oportunidade, elaborou-se uma lista das comarcas com competência federal delegada, listagem que foi posteriormente atualizada pela **Resolução PRES n. 334, de 27/02/2020**.

Derradeiro acrescentar que a Lei 13.876, de 20/09/2019 ainda destacou, em seu artigo 5º, a vigência da modificação da competência federal delegada a partir de 1º de janeiro de 2020.

Passo a analisar o caso concreto.

Cuida-se de demanda previdenciária ajuizada pelo agravante no r. Juízo Estadual da Comarca de Ibitinga/SP, em abril/2020 (ID 131465984), quando já estavam vigentes as novas regras de competência delegada previstas na Lei nº 13.876, de 20/09/2019.

A comarca de Ibitinga encontra-se sob a jurisdição da Subseção da Justiça Federal de Araraquara/SP (<https://www.trf3.jus.br/scaj/foruns-e-juizados/jurisdicoes-das-varas-e-jefs/jurisdicoes-por-municipios/>).

Ocorre, todavia, que em razão da alteração legislativa, a citada comarca deixou de possuir competência federal delegada para assuntos de natureza previdenciária por se encontrar a menos de 70 quilômetros de distância de Araraquara, município sede de Vara Federal, nos termos do Anexo I da Resolução PRES n. 322/2019, atualizada pela Resolução PRES n. 334/2020.

Posto isso, em juízo inicial e perfunctório, **não concedo** efeito suspensivo ao presente agravo de instrumento.

Cumpra-se o artigo 1.019, II, do Código de Processo Civil.

Após, retornem-se os autos à conclusão.

Intimem-se.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5002461-23.2019.4.03.6126
RELATOR: Gab. 31 - DES. FED. DALDICE SANTANA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: JADIR VENANCIO DA SILVA
Advogado do(a) APELADO: JAIRO GERALDO GUIMARAES - SP238659-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Analisados os autos, constata-se que este caso envolve questão submetida ao rito dos recursos repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), com determinação de suspensão dos casos análogos em todo território nacional, para dirimir a seguinte controvérsia cadastrada como **Tema Repetitivo n. 1.031** (REsp n. 1.831.371/SP, 1.831.377/SP e 1.830.508/RS - acórdão publicado no DJe de 21/10/2019):

“Possibilidade de reconhecimento da especialidade da atividade de vigilante, exercida após a edição da Lei 9.032/1995 e do Decreto 2.172/1997, com ou sem o uso de arma de fogo.”

Em razão disso, **suspendo** este processo, até ulterior deliberação.

Intimem-se.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5259927-75.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 31 - DES. FED. DALDICE SANTANA
APELANTE: MARCIA AUXILIADORA DA SILVA
Advogado do(a) APELANTE: GUSTAVO ANTONIO TEIXEIRA - SP260383-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de apelação interposta pela parte autora em face de sentença que julgou improcedente pedido de benefício por incapacidade.

Nas razões de apelação, a parte autora alega o preenchimento de todos os requisitos necessários à obtenção do benefício pretendido, razão pela qual requer a reforma do julgado.

Sem contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Decido.

Nos termos do disposto no artigo 932, IV e V, do Código de Processo Civil (CPC), estão presentes os requisitos para a prolação de decisão monocrática, porque as questões controvertidas já estão consolidadas nos tribunais, havendo entendimento dominante sobre o tema (Súmula n. 568 do Superior Tribunal de Justiça).

O recurso atende aos pressupostos de admissibilidade e merece ser conhecido.

No mérito, discute-se nos autos o direito da parte autora a benefício por incapacidade.

A cobertura do evento invalidez é garantia constitucional prevista no Título VIII, Capítulo II da Seguridade Social, especialmente no artigo 201, I, da Constituição Federal (CF/1988), com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 20/1998, que tem o seguinte teor:

“Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada (...)”.

Já a Lei n. 8.213/1991, aplicando o princípio da distributividade (artigo 194, parágrafo único, III, da CF/1988), estabelece as condições para a concessão desse tipo de benefício.

A *aposentadoria por invalidez*, segundo a dicção do artigo 42 da Lei n. 8.213/1991, é devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz para o trabalho, de forma omniprofissional, e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência.

O *auxílio-doença* é devido a quem ficar temporariamente incapacitado, à luz do disposto no artigo 59 da mesma lei, mas a incapacidade se refere *“não para quaisquer atividades laborativas, mas para aquela exercida pelo segurado (sua atividade habitual)”* (Direito da Seguridade Social, Simone Barbisan Fortes e Leandro Paulsen, Livraria do Advogado e Esmafê, Porto Alegre, 2005, p. 128).

Assim, o evento determinante para a concessão desses benefícios é a *incapacidade para o trabalho*.

São requisitos para a concessão desses benefícios: a qualidade de segurado, a carência de doze contribuições mensais, quando exigida, a incapacidade para o trabalho de forma permanente e insusceptível de recuperação ou de reabilitação para outra atividade que garanta a subsistência (aposentadoria por invalidez) e a incapacidade temporária (auxílio-doença), bem como a demonstração de que o segurado não estava previamente incapacitado ao filiar-se ao Regime Geral da Previdência Social.

Caso reconhecida a incapacidade apenas *parcial* para o trabalho, o juiz deve analisar as condições pessoais e sociais do segurado para a concessão de aposentadoria por invalidez ou de auxílio-doença. Pode, ainda, conceder auxílio-acidente, na forma do artigo 86 da Lei n. 8.213/1991, se a parcial incapacidade decorre de acidente de trabalho, ou de qualquer natureza, ou ainda de doença profissional ou do trabalho (artigo 20, I e II, da mesma lei).

O reconhecimento da incapacidade, total ou parcial, depende da realização de perícia médica, por perito nomeado pelo Juízo, nos termos do Código de Processo Civil (CPC). Contudo, o juiz não está adstrito unicamente às suas conclusões, podendo valer-se de outros elementos pessoais, profissionais ou sociais para a formação de sua convicção, desde que constantes dos autos.

Alguns enunciados da Turma Nacional de Uniformização (TNU) são pertinentes a esse tema.

Súmula 33 da TNU: *“Quando o segurado houver preenchido os requisitos legais para a concessão da aposentadoria por tempo de serviço na data do requerimento administrativo, esta data será o termo inicial da concessão do benefício”.*

Súmula 47 da TNU: *Uma vez reconhecida a incapacidade parcial para o trabalho, o juiz deve analisar as condições pessoais e sociais do segurado para a concessão de aposentadoria por invalidez.*

Súmula 53 da TNU: *Não há direito a auxílio-doença ou a aposentadoria por invalidez quando a incapacidade para o trabalho é preexistente ao reingresso do segurado no Regime Geral de Previdência Social.*

Súmula 77 da TNU: *O julgador não é obrigado a analisar as condições pessoais e sociais quando não reconhecer a incapacidade do requerente para a sua atividade habitual.*

No caso dos autos, a perícia médica judicial (fls. 38/45 – pdf) atestou a ausência de incapacidade laboral da autora (qualificada no laudo como cozinheira, nascida em 1964), conquanto portadora de osteoartrose e hipertensão arterial.

O perito esclareceu:

“(a autora) está incapacitada para qualquer atividade laboral que requeira esforço físico acentuado. Não está incapacitada para as atividades laborais que requeiram esforços físicos leves e/ou moderados. Não está incapacitada para a atividade laboral de cozinheira (requer esforço físico moderado).”

Lembro, por oportuno, que o magistrado não está adstrito ao laudo pericial. Nestes autos, contudo, os demais elementos de prova não autorizam convicção em sentido diverso.

Atestados e exames particulares juntados não possuem o condão de alterar a convicção formada pelas conclusões do laudo, esse produzido sob o pálio do contraditório.

Apesar de preocupar-se com os fins sociais do direito, o juiz não pode julgar com base em critérios subjetivos, quando estiver patenteada no laudo a ausência de incapacidade para o trabalho.

O fato de o segurado ter doenças não significa, necessariamente, que ele está incapaz para o labor. Doença e incapacidade são conceitos distintos com diferentes reflexos no mundo jurídico.

Assim, não configurada a incapacidade, não está patenteada a contingência necessária à concessão de benefício pretendido.

É o que expressa a orientação jurisprudencial predominante:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. ARTIGO 42 DA LEI Nº 8.213/91. AUSÊNCIA DE INCAPACIDADE TOTAL PARA O TRABALHO RECONHECIDA PELO TRIBUNAL A QUO. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. 1. Para a concessão da aposentadoria por invalidez, é de mister que o segurado comprove a incapacidade total e definitiva para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência. 2. Tal incapacidade deve ser observada do ponto de vista físico-funcional, sendo irrelevante, assim, na concessão do benefício, os aspectos sócio-econômicos do segurado e de seu meio, à ausência de previsão legal e porque o benefício previdenciário tem natureza diversa daqueloutros de natureza assistencial. Precedentes. 3. Agravo regimental improvido.” (AgRg no REsp 501859 / SP AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2003/0025879-0 Relator(a) Ministro HAMILTON CARVALHIDO (1112) Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA Data do Julgamento 24/02/2005 Data da Publicação/Fonte DJ 09/05/2005 p. 485)

“PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ OU AUXÍLIO-DOENÇA. LAUDO PERICIAL CONCLUSIVO. AUSÊNCIA DE INCAPACIDADE. CUSTAS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. A incapacidade permanente ou temporária da parte autora não ficou comprovada pela perícia médica. Não preenchidos, de forma indubitável, os requisitos necessários à obtenção de qualquer um dos benefícios previdenciários pretendidos (artigos 42 e 59 da Lei nº 8.213/91), não há de ser concedido nenhum deles. (...) Apelação parcialmente provida.” (TRF/3ª Região, AC 1171863, Proc. 2007.03.99.003507-8, 8ª Turma, Rel. Des. Fed. Newton de Lucca, DJ 27/06/2007)

“PREVIDENCIÁRIO - AGRAVO LEGAL - APOSENTADORIA POR INVALIDEZ - AUXÍLIO DOENÇA - INCAPACIDADE TOTAL - INOCORRÊNCIA - LAUDO PERICIAL - CONDIÇÕES PESSOAIS - LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO I. Para concessão de aposentadoria por invalidez é necessário comprovar a condição de segurado, o cumprimento da carência, salvo quando dispensada, e a incapacidade total e permanente para o trabalho. O auxílio-doença tem os mesmos requisitos, ressalvando-se a incapacidade, que deve ser total e temporária. II. O autor, apesar das queixas relatadas, não se mostrou com incapacidade em grau suficiente para fazer jus ao recebimento do benefício III. Quanto às condições pessoais do segurado, é prestigiando o entendimento de que a avaliação das provas deve ser realizada de forma global, aplicando o princípio do livre convencimento motivado. IV. Agravo legal improvido.” (AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1672154 Processo: 0033670-97.2011.4.03.9999 UF:SP Órgão Julgador: NONA TURMA Data do Julgamento:16/04/2012 Fonte: e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/04/2012 Relator: JUIZ CONVOCADO LEONARDO SAFI)

“PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ OU AUXÍLIO-DOENÇA. NÃO PREENCHIDOS OS REQUISITOS LEGAIS. DECISÃO FUNDAMENTADA. I - Não procede a insurgência da parte agravante porque não preenchidos os requisitos legais para a concessão de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença. II - Perícia médica judicial informa que, à época, a autora era portadora de espondilartrose, doença que surgiu quando a pericianda tinha, aproximadamente, 40 anos, idade em que têm início os processos degenerativos. Acrescenta que a falecida autora, no momento da perícia, dedicava-se somente aos afazeres domésticos. Concluiu pela existência de incapacidade parcial e definitiva para o trabalho, não estando incapaz para os atos da vida diária, nem necessitando de assistência permanente de terceiros para estas atividades (...) IX - Vigora no processo civil brasileiro o princípio do livre convencimento motivado: de acordo com o artigo 131 do CPC, o magistrado apreciará livremente a prova, indicando na sentença os motivos que lhe formaram o convencimento. X - Consolidando este entendimento, o artigo 436 do CPC estabelece que o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos. XI - O início de doença não se confunde com início de incapacidade laborativa, para fins de obtenção de benefício por incapacidade. XII - Decisão monocrática com fundamento no art. 557, caput e § 1º-A, do C.P.C., que confere poderes ao relator para decidir recurso manifestamente improcedente, prejudicado, deserto, intempestivo ou contrário a jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, sem submetê-lo ao órgão colegiado, não importa em infringência ao C.P.C. ou aos princípios do direito. XIII - É pacífico o entendimento nesta E. Corte, segundo o qual não cabe alterar decisões proferidas pelo relator, desde que bem fundamentadas e quando não se verificar qualquer ilegalidade ou abuso de poder que possa gerar dano irreparável ou de difícil reparação à parte. XIV - Não merece reparos a decisão recorrida, que deve ser mantida, porque calcada em precedentes desta E. Corte e do C. Superior Tribunal de Justiça. XV - Agravo improvido.” (AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1471967 Processo: 0000282-73.2006.4.03.6122 UF: SP Órgão Julgador: OITAVA TURMA Data do Julgamento: 05/12/2011 Fonte: e-DJF3 Judicial 1 DATA:15/12/2011 Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL MARIANINA GALANTE)

Fica mantida a condenação da parte autora a pagar custas processuais e honorários de advogado, arbitrados em 12% (doze por cento) sobre o valor atualizado da causa, já majorados em razão da fase recursal, conforme critérios do artigo 85, §§ 1º e 11, do CPC, suspensa, porém, a exigibilidade, na forma do artigo 98, § 3º, do mesmo diploma processual, por tratar-se de beneficiária da justiça gratuita.

Diante do exposto, **nego provimento** à apelação.

Intimem-se.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5242873-96.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 31 - DES. FED. DALDICE SANTANA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: CLARICE DE FATIMA BORDIN
Advogado do(a) APELADO: VALDIR CUSTODIO MEDRADO - SP207368-N
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Sem prejuízo da possibilidade de juntada aos autos, pelas próprias partes, dos arquivos digitais contendo os depoimentos coletados em audiência, aguarde-se a vinda da mídia eletrônica (CD ou DVD) com os depoimentos coletados em audiência, haja vista o Comunicado Conjunto n. 1.823/2018 - Presidência do TJSP e Corregedoria Geral da Justiça do TJSP.

Caso não se constate a vinda da respectiva mídia no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, tornem conclusos.

Intimem-se.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015647-27.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 33 - DES. FED. GILBERTO JORDAN
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

AGRAVADO: GILMAR DA SILVA NUNES
Advogado do(a) AGRAVADO: LUCIANA CESAR PASSOS TOMAGNINI LIMA - SP412961-N
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS, em face de decisão proferida em execução, que rejeitou a impugnação apresentada para acolher os cálculos apresentados pela parte exequente e declarar como devida a importância de R\$3.000,00, a título de multa. Condenou a parte executada ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em R\$800,00.

Em suas razões de inconformismo, requer a parte agravante a exclusão da multa, sob o fundamento de que a parte autora não teve prejuízo algum, pois recebeu seu benefício corrigido e na íntegra. Ainda, se insurge contra a condenação ao pagamento de honorários advocatícios.

Pugna pela suspensão da eficácia da decisão agravada.

É o relatório.

DECIDO.

Com efeito, a multa diária é o meio coercitivo criado para o cumprimento de obrigação e encontra amparo no §1º do artigo 536 do Código de Processo Civil/2015, que conferiu ao Magistrado tal faculdade, como forma de assegurar efetividade no cumprimento da ordem expedida.

Essa medida inibe o devedor de descumprir a obrigação de fazer, ou de não fazer, e visa assegurar a observância das ordens judiciais, bem como garantir a efetividade do direito reconhecido em prazo razoável.

Efetivamente, até mesmo pela literalidade da Lei (art. 537 § 1º do CPC), a jurisprudência pátria tem entendido pela possibilidade de redução da astreinte quando se mostrar desproporcional em relação ao bem da obrigação principal (*Nesse sentido: Agravo de Instrumento nº 5003288-50.2017.4.03.0000, TRF 3ª Região, Terceira Seção, Relator Desembargador Federal Luiz de Lima Stefanini, Intimação via sistema: 07/08/2018*).

No caso, foi determinado pelo magistrado *a quo* o restabelecimento do benefício de auxílio-doença, e sua conversão em aposentadoria por invalidez em favor da parte autora, no prazo de 45 dias corridos, sob pena de multa de R\$3.000,00 (id Num. 134302442 - Pág. 23).

O INSS foi devidamente intimado para o cumprimento da ordem em 13/11/2019 - AR (Num. 134302442 - Pág. 25), tendo informado a implantação do benefício somente em 14/02/2020.

Assim, considerando que o benefício foi implantado após o esgotamento do prazo estipulado (45 dias), se justifica a execução da multa.

Empese as alegações do recorrente, considerando o lapso transcorrido para o cumprimento da ordem, entendo que o valor total a título de multa se mostrou adequado à realidade dos autos, não cabendo sua redução.

No mais, é expressa a previsão legal de arbitramento de honorários advocatícios na fase de cumprimento de sentença, conforme art. 85, §1º, do CPC

Desta feita, ao menos nesta sede de cognição sumária, não há plausibilidade nas alegações da parte agravante a justificar a suspensão da eficácia da decisão agravada.

Ante o exposto, **nego o efeito suspensivo** ao agravo.

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

Int.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5001081-10.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 32 - JUÍZA CONVOCADA LEILA PAIVA
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

AGRAVADO: MOACIR ROSA
Advogado do(a) AGRAVADO: RODOLFO NASCIMENTO FIOREZI - SP184479-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Intime-se a parte agravada para contraminuta sobre todo o alegado e documentado, nos termos do artigo 1.019, II, do CPC.

Após, tornemos autos conclusos.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5013835-93.2018.4.03.6183
RELATOR: Gab. 31 - DES. FED. DALDICE SANTANA
APELANTE: VALDIR RIBEIRO DOS SANTOS
Advogado do(a) APELANTE: FERNANDO JORGE DE LIMA GERVASIO - SP253104-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

ATO ORDINATÓRIO

Interpostos **Embargos de Declaração/Agravo Interno**. Vista para contrarrazões nos termos do artigo 1.º, inciso II / artigo 1.º, inciso I da Ordem de Serviço n.º 1/2.016-UTU9/T.R.F.-3.ª Região, conforme os artigos 1.023, § 2.º / 1.021, § 2.º, ambos do Novo Código de Processo Civil.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0011983-95.2013.4.03.6183
RELATOR: Gab. 31 - DES. FED. DALDICE SANTANA
APELANTE: JOSE JURANDYR GALEAZZO
Advogado do(a) APELANTE: CARINA CONFORTI SLEIMAN - SP244799-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELADO: WILSON HARUAKI MATSUOKA JUNIOR - SP210114
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Discute-se a readequação aos novos tetos instituídos pelas Emendas Constitucionais n. 20/1998 e 41/2003 para benefício previdenciário concedidos antes da Constituição Federal de 1988.

Comefeito, a Terceira Seção desta Corte, na sessão de julgamento de 12/12/2019, deliberou pela admissão de instauração de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) sobre essa questão e determinou a suspensão dos processos análogos, individuais ou coletivos, que tramitam nesta Terceira Região (IRDR n. 5022820-39.2019.4.03.0000).

Emrazão disso, **suspendo** este processo, até ulterior deliberação.

Intimem-se.

APELAÇÃO / REMESSANECESSÁRIA(1728) Nº 0005542-86.2009.4.03.6103
RELATOR: Gab. 32 - JUÍZA CONVOCADA LEILA PAIVA
APELANTE: ANTONIO VELO, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELANTE: RODRIGO MARZULO MARTINS - SP169880
Advogado do(a) APELANTE: LEILA KARINA ARAKAKI - SP268718
APELADO: ANTONIO VELO, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

D E C I S Ã O

Trata-se de embargos de declaração opostos por ANTÔNIO VELO, contra a decisão monocrática que não conheceu da remessa oficial, negou seguimento à apelação do autor, e deu parcial provimento à apelação do INSS para restringir o período de trabalho reconhecido como especial para o interregno de 04/01/1988 a 28/04/1995.

Sustenta o embargante que a decisão embargada padece de omissão, nos seguintes pontos: a) não apreciou a matéria invocada em sede recursal constante no Recurso Representativo de Controvérsia, Recurso Especial nº 1.151.363-MG, Registro nº 2009/0145685-8, julgado pelo Excelso Superior Tribunal de Justiça sob o Regime da Súmula Impeditiva de Recursos Repetitivos, nos termos do artigo 543-C, § 1º do Código de Processo Civil e artigo 1º e 2º da Resolução nº 8/2008 do E. Superior Tribunal de Justiça, conforme Acórdão transitado em julgado já apresentado nos autos, o qual determina o reconhecimento da atividade desenvolvida em condições especiais em qualquer época, desde que conste no quadro anexo do Decreto nº 3048/99 ou haja laudo ou documento equivalente enquadrando o labor em condições especiais; b) ao deixar de analisar o pedido subsidiário de concessão de aposentadoria por tempo de serviço - contribuição em atividade comum, mediante a conversão do trabalhado em atividade especial reconhecido por esta instância superior e consignado no relatório do *decisum*.

Requer o acolhimento dos embargos de declaração para que sejam sanados os vícios apontados e para que lhes sejam atribuídos efeitos infringentes.

A parte embargada, intimada para apresentar impugnação aos embargos de declaração, quedou-se inerte.

É o relatório.

Decido.

Os embargos de declaração são cabíveis para esclarecer obscuridade, eliminar contradição, corrigir erro material ou suprir omissão de ponto ou questão sobre a qual o magistrado não se manifestou de ofício ou a requerimento das partes, nos termos do artigo 1.022 do Código de Processo Civil de 2015.

No caso em tela, é plenamente possível aferir-se o exato alcance da decisão embargada e de seus fundamentos. Não há ponto omissivo, obscuro ou contraditório no julgado, que apreciou as questões suscitadas pelo embargante de forma satisfatória ao julgamento, mediante apreciação da disciplina normativa incidente à hipótese.

Constam da decisão embargada os seguintes argumentos que afastam a pretensão dos presentes embargos:

“(…) Quanto ao interregno a ser reconhecido como especial, qual seja, de 04.01.1988 a 25.09.2006, foi juntado aos autos o Perfil Profissiográfico Previdenciário PPP de fls. 45/46, donde se extrai que a requerente laborou junto à empresa VARIO S/A, exercendo as funções de Agente de Tráfego, Aluno Comissário e Comissário de Bordo, no período supra. Assim, possível o enquadramento do período de 04.01.1988 a 28.04.1995, no código 2.4.1, do Decreto nº 53.831/64 e código 2.4.3, Decreto nº 83.080/79.

Entretanto, a partir de 29.04.1995, o enquadramento da atividade especial se faz mediante a comprovação da exposição do autor ao agente nocivo, o que não restou demonstrado nos autos, tendo em vista que não constou do PPP de fls. 45/46 o fator de risco ao qual o autor esteve exposto a partir de 29.04.1995, não podendo, assim, ser reconhecida sua especialidade (…)”

Registre-se que a r. sentença (Id 104184653 – pág. 165) limitou-se a declarar o período de 01/06/1990 a 28/05/1998 como de trabalho especial, deixando de abordar o pedido subsidiário de conversão do tempo especial em comum para o fim de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição e, por sua vez, a apelação do autor (páginas 211/216) limitou-se à questão da ampliação de tal reconhecimento para o período de 04/01/1988 a 25/09/2006, e à concessão da aposentadoria especial. Assim, não foi devolvida à apreciação desta Corte o pedido subsidiário de conversão do tempo especial em comum para concessão de aposentadoria por tempo de contribuição, de modo que descabe tal apreciação nesta sede de embargos de declaração.

Em verdade, denota-se a pretensão de reapreciação da matéria e o inconformismo com o resultado do julgamento, não passíveis de análise por meio dos embargos de declaração.

Com efeito, é de se atentar que o acolhimento de teses desfavoráveis à parte embargante não configura quaisquer das hipóteses do artigo 1.022 do Código de Processo Civil de 2015, pois é fruto da manifestação do princípio do livre convencimento do julgador.

A propósito, já decidiu o C. STJ que "como o descontentamento da parte não se insere dentre os requisitos viabilizadores dos embargos declaratórios, impende a rejeição do recurso manejado com a mera pretensão de reexame da causa." (EDREsp nº 547.235, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, j. 05/8/2004, v. u., DJ 20/9/2004, p. 190).

Nesse sentido, a discordância da parte embargante deve ser ventilada pela via recursal adequada.

De outra parte, ainda que os embargos de declaração tenham como propósito o prequestionamento da matéria, faz-se imprescindível, para o acolhimento do recurso, que se constate a existência de qualquer dos vícios previstos no artigo 1.022 do Código de Processo Civil de 2015, sem o que se torna inviável seu acolhimento. Nesse quadro, a título ilustrativo, consulte-se o seguinte precedente: EDcl nos EDcl no REsp 1107543/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Seção, julgado em 26/10/2011, DJe 18/11/2011.

Outrossim, é de se registrar que o art. 1.025 do Código de Processo Civil/2015 dispõe, para fins de prequestionamento, que são considerados incluídos na decisão os elementos que o embargante suscitou ainda que os declaratórios sejam inadmitidos ou rejeitados, "caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade".

Em conclusão, das considerações procedidas, constata-se que mediante alegação de omissão, o embargante atua no sentido de manifestar seu inconformismo, almejando efeito modificativo ao julgado, pretensão esta que não se ajusta aos estreitos limites de atuação do presente recurso, o qual se destina apenas à correção dos vícios apontados no art. 1022, incisos I, II e III, do Código de Processo Civil/2015.

Ante o exposto, **rejeito** os embargos de declaração.

Após as cautelas de praxe, arquivem-se.

Int.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6216461-48.2019.4.03.9999

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

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: ROSIVALDO RODRIGUES DA SILVA

Advogado do(a) APELADO: JEFFERSON RODRIGUES STORTINI - SP320676-N

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 23/06/2020 3878/4253

ATO ORDINATÓRIO

Interpostos **Embargos de Declaração/Agravo Interno**. Vista para contrarrazões nos termos do artigo 1.º, inciso II / artigo 1.º, inciso I da Ordem de Serviço n.º 1/2.016-UTU9/T.R.F.-3.ª Região, conforme os artigos 1.023, § 2.º / 1.021, § 2.º, ambos do Novo Código de Processo Civil.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 6162168-31.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 33 - DES. FED. GILBERTO JORDAN
APELANTE: ANTONIO CARLOS DOS SANTOS
Advogado do(a) APELANTE: DIVINA LEIDE CAMARGO PAULA - SP127831-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

ATO ORDINATÓRIO

Interpostos **Embargos de Declaração/Agravo Interno**. Vista para contrarrazões nos termos do artigo 1.º, inciso II / artigo 1.º, inciso I da Ordem de Serviço n.º 1/2.016-UTU9/T.R.F.-3.ª Região, conforme os artigos 1.023, § 2.º / 1.021, § 2.º, ambos do Novo Código de Processo Civil.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5010722-85.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 32 - JUÍZA CONVOCADA LEILA PAIVA
AGRAVANTE: EDNA REGINA BARBOZA DOS SANTOS
Advogado do(a) AGRAVANTE: SHEILA CRISTINA FERMINO OSPEDAL - SP384271-N
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por EDNA REGINA BARBOZA DOS SANTOS ALVES em face de decisão que, em sede de ação previdenciária visando à concessão de aposentadoria por tempo de contribuição, indeferiu o pedido de assistência judiciária gratuita, sob o fundamento de que o rendimento auferido pela parte autora supera o limite de isenção para fins de declaração de imposto de renda. Na mesma decisão, determinou o recolhimento das custas processuais em 15 (quinze) dias, sob pena de cancelamento da distribuição (ID 131482804).

Sustenta, a agravante, em síntese, não possuir condições financeiras de arcar com as custas e despesas do processo, bem como alega não existir no autos prova suficiente a descaracterizar a presunção de pobreza que detém o documento que acompanhou sua petição inicial.

Requer a antecipação da tutela recursal e o provimento do presente agravo.

É o necessário.

Decido.

O artigo 5º, LXXIX, da Constituição da República estendeu, de forma ampla, a fruição da gratuidade judiciária por todos aqueles que comprovarem insuficiência de recursos. O Código de Processo Civil (CPC) veicula, em seu artigo 98, que a pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios têm direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

A prova da situação de insuficiência, necessária à gratuidade da justiça, deve observar o disposto pelos §§ 2º e 3º do artigo 99 do CPC. É possível aceitar a declaração da pessoa natural no sentido de que não pode arcar com os custos do processo sem comprometer o sustento de sua família (artigo 99, § 3º, CPC), presumindo-a verdadeira. Trata-se, à evidência, de presunção relativa (*juris tantum*), pois a própria lei processual prevê que o magistrado pode, após determinar a prova da situação financeira, indeferir o benefício quando houver nos autos elementos que evidenciam a falta dos pressupostos legais para a concessão (artigo 99, § 2º, CPC).

No caso em exame, a agravante que sua renda é o único meio de subsistência de sua família, pois seu marido encontra-se desempregado.

O r. Magistrado *a quo* concluiu pelo indeferimento da gratuidade da justiça sob a justificativa de que a parte autora teria vencimentos mensais que ultrapassam o limite estabelecido pela legislação para que seja dispensada da declaração do imposto de renda.

No entanto, cotejando os documentos apresentados, evidencia-se que a agravante comprovou sua incapacidade financeira para suportar as despesas processuais, de forma a ter direito à gratuidade da justiça.

A fim de se criar um parâmetro justo e objetivo para análise e deferimento do benefício pleiteado, há entendimento firmado no âmbito desta e. Nona Turma no sentido de que o valor do teto salarial pago pelo INSS seria o limite de renda para se aferir a hipossuficiência do requerente que, em 2019 era de R\$5.839,45 e, atualmente, está fixado em R\$ 6.101,06 (2020).

Nesse sentido são os seguintes precedentes desta e. Turma:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. JUSTIÇA GRATUITA. REVOGAÇÃO. COMPROVAÇÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA.

- A concessão da justiça gratuita depende da simples afirmação de insuficiência de recursos pela parte (artigo 99, § 3º, do CPC), a qual, no entanto, por gozar de presunção juris tantum de veracidade, pode ser ilidida por prova em contrário.

- Segundo o artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal, é devida a justiça gratuita a quem "comprovar" a insuficiência de recursos. Logo, a norma constitucional prevalece sobre a legislação ordinária, podendo o juiz indeferir a gratuidade a quem não comprovar hipossuficiência real.

- O teto fixado para os benefícios previdenciários, atualmente no valor de R\$ 6.101,06, é um critério legítimo e razoável para a aferição do direito à justiça gratuita.

- À época da distribuição da ação (maio/2018), a parte autora auferia rendimentos mensais em torno de R\$ 3.800,00, e, atualmente, continua trabalhando na mesma empresa com salário aproximado de R\$ 4.100,00.

- Diante do caráter alimentar do rendimento, o valor recebido não deve ser considerado bastante para a exclusão da possibilidade de obtenção da gratuidade.

- O patrocínio da causa por advogado particular não afasta a possibilidade de concessão da justiça gratuita.

- Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, 9ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5028216-94.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal DALDICE MARIA SANTANA DE ALMEIDA, julgado em 25/04/2020, Intimação via sistema DATA: 30/04/2020)

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. JUSTIÇA GRATUITA. DEFERIMENTO.

- Comprovada a hipossuficiência da parte autora em arcar com as custas e despesas processuais.

- Deferimento dos benefícios da Justiça Gratuita.

- Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, 9ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5030087-62.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal GILBERTO RODRIGUES JORDAN, julgado em 06/05/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 11/05/2020)

De acordo com os dados extraídos do CNIS, constata-se que a agravante percebe remuneração na faixa de R\$ 3.000,00 (ID 131483055 – p. 23), valor inferior ao teto.

Ainda, a agravante acostou cópia da declaração de imposto de renda na qual demonstra ter auferido total de rendimentos de R\$ 28.907,78 no ano-calendário de 2018 (ID. 131483055, p. 181-191).

Outrossim, esclareceu ao Juízo *a quo* (ID. 131483055, p. 179-180) que deixou de “apresentar a Declaração de imposto de renda do esposo, pois ele esteve por quase todo o ano de 2018 desempregado, e por este motivo não estava desobrigado de declarar por encontra-se na faixa de isento”. Anexou extrato do CNIS, contendo as remunerações do esposo José Arlindo Alves e demonstrando que o mesmo voltou a trabalhar somente em novembro/2018, constando último salário, em maio/2019 de R\$ 1.715,24 (ID. 131483055, p. 200).

Assim, conclui-se que a situação econômica da parte autora autoriza a concessão dos benefícios da assistência judiciária.

Ante o exposto, **de firo o pedido de antecipação da tutela recursal** para conceder os benefícios da assistência judiciária gratuita.

Dê-se ciência ao d. Juízo de origem do teor desta decisão.

Cumpra-se o disposto no artigo 1.019, II, do CPC.

Após, retornem-se os autos conclusos.

Intimem-se.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0012541-31.2014.4.03.9999
RELATOR: Gab. 31 - DES. FED. DALDICE SANTANA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: PAULO ANTUNES DE JESUS ALMEIDA

ATO ORDINATÓRIO

Interpostos **Embargos de Declaração/Agravo Interno**. Vista para contrarrazões nos termos do artigo 1.º, inciso II / artigo 1.º, inciso I da Ordem de Serviço n.º 1/2.016-UTU9/T.R.F.-3.ª Região, conforme os artigos 1.023, § 2.º / 1.021, § 2.º, ambos do Novo Código de Processo Civil.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) N° 0001990-84.2017.4.03.9999

RELATOR: Gab. 33 - DES. FED. GILBERTO JORDAN

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: SERGIO APARECIDO DIAS

Advogado do(a) APELADO: LUIZ ARTHUR PACHECO - SP206462-N

ATO ORDINATÓRIO

Interpostos **Embargos de Declaração/Agravo Interno**. Vista para contrarrazões nos termos do artigo 1.º, inciso II / artigo 1.º, inciso I da Ordem de Serviço n.º 1/2.016-UTU9/T.R.F.-3.ª Região, conforme os artigos 1.023, § 2.º / 1.021, § 2.º, ambos do Novo Código de Processo Civil.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) N° 6209832-58.2019.4.03.9999

RELATOR: Gab. 33 - DES. FED. GILBERTO JORDAN

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: EDSON ROBERTO DA SILVA

Advogado do(a) APELADO: CRISTIANO RODRIGO DE GOUVEIA - SP278638-N

ATO ORDINATÓRIO

Interpostos **Embargos de Declaração/Agravo Interno**. Vista para contrarrazões nos termos do artigo 1.º, inciso II / artigo 1.º, inciso I da Ordem de Serviço n.º 1/2.016-UTU9/T.R.F.-3.ª Região, conforme os artigos 1.023, § 2.º / 1.021, § 2.º, ambos do Novo Código de Processo Civil.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6211433-02.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 33 - DES. FED. GILBERTO JORDAN
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: ANTONIO CESAR MOREIRA
Advogado do(a) APELADO: LUIS MANOEL FULGUEIRAL BELL - SP328766-N

ATO ORDINATÓRIO

Interpostos **Embargos de Declaração/Agravo Interno**. Vista para contrarrazões nos termos do artigo 1.º, inciso II / artigo 1.º, inciso I da Ordem de Serviço n.º 1/2.016-UTU9/T.R.F.-3.ª Região, conforme os artigos 1.023, § 2.º / 1.021, § 2.º, ambos do Novo Código de Processo Civil.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5013981-88.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 31 - DES. FED. DALDICE SANTANA
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) AGRAVANTE: WALERY GISLAINE FONTANA LOPES MARTINHO - SP256160-N
AGRAVADO: FLAVIO MACEGOSA GUIRADO
Advogado do(a) AGRAVADO: ILZO MARQUES TAOSES - SP229782-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo INSS em face de decisão que, em liquidação de sentença, acolheu o cálculo do exequente, no valor de R\$ 69.630,46, atualizado para setembro de 2019. Sem condenação em honorários advocatícios.

Em síntese, busca a reforma da decisão homologatória de cálculo, que entende ter ocorrido à sua revelia, mormente por ter sido apurada a renda mensal inicial (RMI) pela parte autora, tornando incertas as diferenças apuradas, cuja falta de liquidez acarreta a inexigibilidade do título executivo.

Com isso, pede que seja expedido ofício à Agência de Demandas Judiciais, para que seja apurada e implantada a RMI devida, para, em seguida, a contadoria do juízo conferir os cálculos, conferindo oportunidade às partes o direito de manifestação, em obediência ao princípio do contraditório e ampla defesa.

Requer a atribuição do efeito suspensivo ao recurso.

É o relatório.

Recebo este recurso nos termos do parágrafo único do artigo 1.015 do Código de Processo Civil (CPC).

Trata-se de execução de *decisum*, a qual determinou a conversão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição em aposentadoria especial, desde a data de início do benefício, em 20/3/2016, com acréscimo das demais cominações legais.

Cinge-se a matéria ao valor da Renda Mensal Inicial (RMI), da qual derivam as diferenças devidas, cuja apuração não decorreu de implantação da revisão pelo INSS.

Como o pedido de inexigibilidade do título executivo tangencia o mérito, assim será analisado, pois o **processo está em condições de imediato julgamento**, (art. 1.013, §1º, II, CPC).

Inicialmente, torna imperioso consignar o fato de que, da análise de todo o processado nos autos de cumprimento de sentença n. 5000938-62.2018.4.03.6141, não vislumbro tratar-se de decisão à revelia do INSS.

Ao revés, quando os autos retornaram à Vara de origem, na data de 23/5/2019, o magistrado *a quo* determinou a **intimação do INSS para proceder à execução invertida**, com prazo de 60 (sessenta) dias.

Somente com o decurso do prazo em 4/9/2019, procedeu-se à intimação do exequente, para que fossem elaborados os cálculos de liquidação.

Logo após a juntada dos cálculos pela parte autora em 2/10/2019, o magistrado *a quo* determinou a **intimação do INSS para proceder à impugnação** dos cálculos do exequente, no prazo legal, posteriormente reiterado na data de 26/11/2019.

Por fim, na data de 19/2/2020, o magistrado *a quo* proferiu a seguinte decisão agravada:

“Diante da ausência de manifestação do INSS, nada obstante intimado em mais de uma ocasião, homologo os cálculos apresentados pela parte autora, devendo a execução prosseguir com base neles.”

Vê-se que, por diversas oportunidades, o INSS poderia ter apurado/implantado a RMI, bem como ter elaborado os cálculos de liquidação, o que não o fez, o que **afasta** a alegação de revelia.

Feitas essas considerações, passo então à análise dos cálculos à luz do *decisum*.

Por tratar-se de conversão de aposentadoria por tempo de contribuição em aposentadoria especial, cujo critério de apuração da RMI difere apenas no afastamento, nesta última, do fator previdenciário, resulta que não há excesso da parte autora quanto ao seu valor.

Colhe-se da Memória de Cálculo do benefício acostada aos autos de cumprimento de sentença (Id 5325658, p. 1/2) que o salário de benefício – antes da aplicação do fator previdenciário – resultou no valor de R\$ 4.868,05, inferior ao teto legal (R\$ 5.189,82).

Comefeito, o valor de R\$ 4.868,05 deve ser fixado como a RMI da aposentadoria especial da parte autora.

Todavia, não poderá prevalecer o cálculo acolhido, elaborado pela parte autora.

Não obstante o acerto da RMI por ele apurada, a mesma circunstância não se verifica quanto ao seu reajustamento.

Efetivamente, a RMI é apurada mediante a correção monetária dos salários-de-contribuição até a data anterior à concessão do benefício, fixada em 20/3/2016.

Isso torna devido somente o acerto complementar, representativo da parte faltante, no lapso temporal entre as datas de início do benefício e do reajuste seguinte (4,01%), a integralizar o primeiro reajuste (6,58%), sob pena de ser aplicado duplo reajuste.

Assim, descabida a conduta da parte autora, que passou a RMI devida, no período de março de 2016 a janeiro de 2017, do valor de R\$ 4.868,05 para R\$ 5.188,37, obtida pela aplicação do reajuste integral (6,58%), como se tratasse de benefício iniciado até 31/1/2016.

Como a parte autora adotou os mesmos índices de reajuste para as rendas mensais pagas, o equívoco supramencionado é revelado no Histórico de Créditos (Id 5325736, p. 2/5), por que dele desborda.

À evidência, a duplicidade do primeiro índice de reajuste majora as rendas mensais devidas, e, portanto, as diferenças corrigidas, base de cálculo dos valores atrasados, desnaturando o cálculo.

Do mesmo modo, à vista de tratar-se de benefício com início fixado em 20/3/2016, a primeira diferença comporta o pagamento de 11 (onze) dias, descabendo apurar a integralidade, como fez a parte autora.

Em adição, a parte autora considera a primeira gratificação natalina (2016) na razão de 10/12 avos, olvidando-se de que a mesma deve ser apurada na razão de 1/12 avos por mês ou fração igual ou superior a quinze dias dentro do mês, o que colima em 9/12 avos.

Pertinente aos juros de mora, o percentual acumulado até a data da citação (7,90%) não reflete o Histórico das taxas de juros fixadas pelo Copom, com prejuízo dos percentuais posteriores, até por ter sido considerada a taxa fixa de 0,5% (meio por cento) ao mês.

Para efeito do percentual de juro mensal, o STF manteve o texto da Lei n. 11.960/2009, com as alterações da Medida Provisória n. 567/2012, convertida na Lei n. 12.703/2012, do qual não poderá desbordar o cálculo de liquidação, por este consubstanciar-se no critério determinado no *decisum*.

Desse modo, instituído o sistema de metas da taxa SELIC (MP 567/2012, convertida na Lei n. 12.703/2012), alterando a taxa de juro mensal prevista na Lei n. 11.960/2009 (0,5%), mantida para o caso de a meta da taxa SELIC anual resultar superior a 8,5% (taxa máxima), de rigor que, na forma deste normativo legal, considere a partir de maio/2012, o percentual de juro mensal, correspondente a 70% da meta da taxa SELIC ao ano (mensalizada).

Com isso, a taxa de juro mensal poderá ser inferior a 0,5% (meio por cento) ao mês, situação que ocorreu na hipótese, do que se descurou o exequente.

No mais, a correção monetária empregada pela parte autora não desborda do título judicial em execução, a qual, reconhecendo a inconstitucionalidade da Taxa Referencial (TR), decidiu que a correção monetária se faça "*nos termos da Lei n. 6.899/81 e da legislação superveniente, bem como do Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos na Justiça Federal, aplicando-se o IPCA-E (Repercussão Geral no RE n. 870.947, em 20/9/2017, Rel. Min. Luiz Fux)*".

Na hipótese, a literalidade do *decisum*, em que a Taxa Referencial (TR) foi substituída pelo IPCA-E, afasta a aplicação do INPC, conforme manual de cálculos vigente (Resolução CJF n. 267/2013), preterido para aplicar a tese firmada pela suprema Corte, na sessão de julgamento do Plenário do STF, realizada em 20/9/2017.

Nesse contexto, far-se-á necessário refazer os cálculos, razão pela qual, em homenagem ao princípio da celeridade processual, seguemos nos termos expendidos nesta decisão, os quais a integram.

Fixo, portanto, a condenação no total de **R\$ 65.812,25**, atualizado para **setembro de 2019**, assim distribuído: R\$ 61.365,66 – crédito do exequente – e R\$ 4.446,60 – honorários advocatícios.

Essa situação impõe o acerto das rendas mensais pagas (obrigação de fazer), a partir da competência seguinte à última abrangida no cálculo (out/2019), com reflexo na gratificação natalina.

Em decorrência, entendo estar presente a relevância da fundamentação, a ensejar a concessão do efeito suspensivo, para corrigir o erro material no cálculo acolhido, elaborado pela parte autora.

Diante do exposto, presentes os requisitos do artigo 1.019, I, do CPC, **defiro parcialmente** o efeito suspensivo à decisão agravada, somente para **corrigir o erro material** no cálculo acolhido, até o pronunciamento final da Turma Julgadora, conforme fundamentação deste julgamento.

Dê-se ciência ao Juízo de origem do teor desta decisão, para integral cumprimento.

Apresente o agravado a resposta que queira, em decorrência da incidência do artigo 1.019, II, do CPC.

Intimem-se.

São Paulo, 17 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6211133-40.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 33 - DES. FED. GILBERTO JORDAN
APELANTE: CELSO DORIVAL CROSATTE, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELANTE: SIDNEI PLACIDO - SP74106-N
APELADO: CELSO DORIVAL CROSATTE, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELADO: SIDNEI PLACIDO - SP74106-N

ATO ORDINATÓRIO

Interpostos **Embargos de Declaração/Agravo Interno**. Vista para contrarrazões nos termos do artigo 1.º, inciso II / artigo 1.º, inciso I da Ordem de Serviço n.º 1/2.016-UTU9/T.R.F.-3.ª Região, conforme os artigos 1.023, § 2.º / 1.021, § 2.º, ambos do Novo Código de Processo Civil.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016075-09.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 31 - DES. FED. DALDICE SANTANA
AGRAVANTE: ALEXANDRE MORIS
Advogado do(a) AGRAVANTE: RAQUEL DE MARTINI CASTRO CARRARO - SP194870-A
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela parte autora em face da decisão que indeferiu pedido de justiça gratuita e determinou o recolhimento das custas processuais, no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de extinção do processo.

Em síntese, sustenta que não há possibilidade de arcar com as custas processuais, pois a sua renda está totalmente comprometida com o pagamento das despesas necessárias a sua subsistência e de sua família, militando a seu favor a presunção de veracidade da alegação de hipossuficiência financeira, apta à concessão da justiça gratuita, não sendo necessário que o beneficiário seja miserável, mas apenas que não detenha recursos capazes de custear a demanda judicial.

Requer a concessão dos benefícios da justiça gratuita e do efeito suspensivo a este recurso.

É o relatório.

Recebo o recurso nos termos do artigo 1.015, V, do Código de Processo Civil (CPC), independentemente de preparo porquanto a questão controvertida é a própria hipossuficiência.

Discute-se o indeferimento do pedido de justiça gratuita e a determinação do recolhimento das custas processuais.

Destaco, inicialmente, que o CPC, em seu artigo 1.072, revogou expressamente os artigos 2º, 3º, 4º, 6º, 7º, 11, 12 e 17 da Lein. 1.060/1950, por serem incompatíveis com as disposições trazidas pelos artigos 98 e 99 do novo diploma processual civil.

Dispõe o artigo 99, § 3º, do CPC:

“O pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso.

(...)

§ 3º Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.”

Assim, em princípio, tem-se que a concessão desse benefício depende da simples afirmação de insuficiência de recursos pela parte, a qual, no entanto, por gozar de presunção *juris tantum* de veracidade, pode ser ilidida por prova em contrário.

Além disso, cabe ao juiz verificar se os requisitos estão satisfeitos, pois, segundo o artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal, é devida a justiça gratuita a quem “**comprovar**” a insuficiência de recursos.

Esse é o sentido constitucional da justiça gratuita, que prevalece sobre o teor da legislação ordinária.

A assistência judiciária prestada pela Defensoria Pública da União (DPU) alcança somente quem percebe renda inferior a R\$ 2.000,00 - valor próximo do limite de **isenção da incidência de Imposto de Renda** (Resolução CSDPU n. 134, editada em 7/12/2016, publicada no DOU de 2/5/2017).

Esse critério, bastante objetivo, poderia ser seguido como regra não absoluta, de modo que quem recebe renda superior àquele valor tenha contra si presunção *juris tantum* de ausência de hipossuficiência, cabendo ao julgador possibilitar a comprovação de eventual miserabilidade por circunstâncias excepcionais. Alegações de existência de dívidas ou de abatimento de valores da remuneração ou de benefício por empréstimos consignados não constituiriam desculpas legítimas para a obtenção da gratuidade, exceto se motivadas por circunstâncias extraordinárias ou imprevistas devidamente comprovadas. Esse entendimento induziria maior cuidado na propositura de ações temerárias ou aventureiras, semeando a ideia de maior responsabilidade do litigante.

Não se desconhece que há outros critérios, igualmente relevantes, para a apuração da hipossuficiência.

Contudo, adoto como critério legítimo e razoável para a aferição do direito à justiça gratuita o teto fixado para os benefícios previdenciários, atualmente no valor de R\$ 6.101,06.

Com essas ponderações, passo à análise do caso concreto.

A decisão agravada considerou que os documentos apresentados nos autos demonstram que a parte autora tem condições de arcar com as custas processuais.

Segundo dados do Cadastro Nacional do Seguro Social (CNIS), a parte autora auferiu rendimento mensal de mais de R\$ 11.000,00, como dentista da Dental Morelli Ltda., além do vínculo com o Município de Ipero, sem data fim, indicando outra fonte de renda.

A Declaração de Renda apresentada do Exercício 2019 - Ano 2018 (Id 134616162 - p. 2/12) confirma rendimento anual de R\$ 259.260,53, equivalendo a renda mensal em torno de R\$ 20.000,00, além da existência de imóveis, veículo e aplicações financeiras.

Não se pode tachar, portanto, tal situação de pobreza; pelo contrário, indica situação financeira incompatível com a insuficiência alegada, o que afasta a afirmação de ausência de capacidade econômica. Nessas circunstâncias, não faz jus ao benefício pretendido.

Ademais, a agravante não trouxe a estes autos prova hábil a confirmar a alegada insuficiência de recursos, ou seja, que possui despesas que justifiquem a concessão de tal benefício.

Nesse sentido, trago à colação o seguinte precedente jurisprudencial do Egrégio Superior Tribunal de Justiça (g. n.):

"PROCESSUAL CIVIL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA SITUAÇÃO DE DIFICULDADE FINANCEIRA. INDEFERIMENTO COM BASE NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. 1. A declaração de hipossuficiência, para fins de obtenção da assistência judiciária gratuita, possui presunção juris tantum, podendo ser elidida pelo magistrado. Precedentes do STJ. 2. O STJ não tem admitido a decretação de deserção quando negada a assistência judiciária, sem que tenha sido oportunizado à parte o recolhimento das custas recursais. 3. Na hipótese, o Tribunal a quo, analisando as provas contidas nos autos, manteve a decisão que indeferiu o benefício. A alteração desse entendimento esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. 4. A Corte de origem, em cumprimento à decisão judicial proferida por este Tribunal Superior, no Recurso Especial 1.078.865/RS, concedeu oportunidade à ora agravante para realizar o recolhimento do preparo, o que, in casu, não foi cumprido. 5. Assim, considerando que a determinação do STJ foi respeitada e o preparo não foi realizado, torna-se correta a decretação da deserção. 6. Agravo Regimental não provido." (AGA 201000887794, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, 14/09/2010)

Diante do exposto, nesta análise perfunctória, deve ser mantida a decisão agravada, até o pronunciamento definitivo da Turma.

Com estas considerações, determino o processamento do presente agravo **sem efeito suspensivo**.

Apresente o agravado a resposta que queira, em decorrência da incidência do artigo 1.019, II, do CPC.

Intimem-se.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5014591-56.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

AGRAVADO: VIVIANE GODOY MANTEZE DOS SANTOS

Advogado do(a) AGRAVADO: SIBELI STELATA DE CARVALHO - SP133950-N

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) em face da decisão que, em sede de cumprimento de sentença, rejeitou a sua impugnação quanto ao desconto do período laborado na condenação do processo.

Sustenta, em síntese, ser necessário o desconto do período trabalhado na apuração dos atrasados do benefício por incapacidade, a fim de evitar o enriquecimento ilícito.

Requer a concessão do efeito suspensivo ao recurso, tendo em vista o risco de irreversibilidade do provimento.

É o relatório.

Recebo o recurso nos termos do parágrafo único do artigo 1.015 do Código de Processo Civil.

A parte autora/exequente teve reconhecido o direito ao benefício por incapacidade, mas o título executivo nada estabeleceu sobre o desconto de períodos em que esta exerceu atividade remunerada.

Muito embora o INSS, por meio do Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS), dispusesse, já no curso da ação de conhecimento, dos dados relacionados ao período de trabalho exercido pela parte autora, quedou-se inerte, conformando-se com a decisão nos exatos termos em que proferida.

Consoante já decidido pela Terceira Seção desta Corte, é defeso, em sede de execução, debater matérias passíveis de serem suscitadas na fase cognitiva e reavivar temáticas sobre as quais se operou a coisa julgada.

Nesse sentido:

"PREVIDENCIÁRIO - PROCESSO CIVIL - EMBARGOS INFRINGENTES EM EMBARGOS À EXECUÇÃO - APOSENTADORIA POR INVALIDEZ - ATIVIDADE LABORATIVA - INCAPACIDADE RECONHECIDA - ESTADO DE NECESSIDADE. SUPRESSÃO DOS VALORES NO PERÍODO LABORADO. NÃO RECONHECIMENTO. RESPEITO À COISA JULGADA. 1. A execução deve limitar-se aos exatos termos do título que a suporta, não se admitindo modificá-los ou mesmo neles inovar; em respeito à coisa julgada. 2. A alegada atividade profissional incompatível é contemporânea ao curso da ação de conhecimento, ou seja, ocorreu até a competência de setembro/2008, antes do trânsito em julgado da decisão final da ação principal, ocorrido em 12 de dezembro de 2008. 3. Inadequada a via eleita para fins de questionar a supressão dos valores do benefício no período, eis que não autorizada no título executivo. 4. A permanência do autor no exercício das atividades laborativas, para o provimento das suas necessidades básicas, por si só não impede a concessão do benefício vindicado, razão pela qual não há se falar em desconto da execução do período no qual a parte embargada manteve vínculo empregatício." (Embargos Infringentes nº 0040325-22.2010.4.03.9999, Relator Desembargador Gilberto Jordan, publicado no DJE em 28/11/2016)

Em consequência, neste caso, indevido é o desconto dos valores referentes ao período em que a parte autora exerceu atividade remunerada.

Diante do exposto, nesta análise perfunctória, deve ser mantida a decisão agravada, até o pronunciamento definitivo da Turma.

Com estas considerações, determino o processamento do presente agravo **sem efeito suspensivo**.

Apresente o agravado a resposta que queira, em decorrência da incidência do artigo 1.019, II, do CPC.

Intimem-se.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000976-16.2018.4.03.6128

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

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: JOAO LUIS VIEIRA

Advogados do(a) APELADO: TAMIRES RODRIGUES DE SOUZA - SP380581-A, CATIA CRISTINA PEREIRA ROCHA

- SP399724-A, BRUNA FELIS ALVES - SP374388-A, DANIELA APARECIDA FLAUSINO NEGRINI MACHADO -

SP241171-A

ATO ORDINATÓRIO

Interpostos **Embargos de Declaração/Agravo Interno**. Vista para contrarrazões nos termos do artigo 1.º, inciso II / artigo 1.º, inciso I da Ordem de Serviço n.º 1/2.016-UTU9/T.R.F.-3.ª Região, conforme os artigos 1.023, § 2.º / 1.021, § 2.º, ambos do Novo Código de Processo Civil.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5169269-05.2020.4.03.9999

RELATOR: Gab. 33 - DES. FED. GILBERTO JORDAN

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: REGINALDO GANASSIM

Advogados do(a) APELADO: NATALIA APARECIDA ROSSI ARTICO - MS16128-N, DENILSON ARTICO FILHO - SP326478-N

ATO ORDINATÓRIO

Interpostos **Embargos de Declaração/Agravo Interno**. Vista para contrarrazões nos termos do artigo 1.º, inciso II / artigo 1.º, inciso I da Ordem de Serviço n.º 1/2.016-UTU9/T.R.F.-3.ª Região, conforme os artigos 1.023, § 2.º / 1.021, § 2.º, ambos do Novo Código de Processo Civil.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0009360-64.2014.4.03.6105

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

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: EVANDO DA COSTA MELO

Advogado do(a) APELADO: FABIANO AURELIO MARTINS - SP303176-N

ATO ORDINATÓRIO

Interpostos **Embargos de Declaração/Agravo Interno**. Vista para contrarrazões nos termos do artigo 1.º, inciso II / artigo 1.º, inciso I da Ordem de Serviço n.º 1/2.016-UTU9/T.R.F.-3.ª Região, conforme os artigos 1.023, § 2.º / 1.021, § 2.º, ambos do Novo Código de Processo Civil.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5004783-37.2019.4.03.6119
RELATOR: Gab. 31 - DES. FED. DALDICE SANTANA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
APELADO: ERCILIA FERNANDES COSTA
Advogado do(a) APELADO: JORGE LUIZ MARTINS BASTOS - SP309981-A

ATO ORDINATÓRIO

Interpostos **Embargos de Declaração/Agravo Interno**. Vista para contrarrazões nos termos do artigo 1.º, inciso II / artigo 1.º, inciso I da Ordem de Serviço n.º 1/2.016-UTU9/T.R.F.-3.ª Região, conforme os artigos 1.023, § 2.º / 1.021, § 2.º, ambos do Novo Código de Processo Civil.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5006386-21.2017.4.03.6183
RELATOR: Gab. 33 - DES. FED. GILBERTO JORDAN
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: PAULO ROBERTO TAVARES DE ARAUJO
Advogado do(a) APELADO: JOSE EDUARDO DO CARMO - SP108928-A

ATO ORDINATÓRIO

Interpostos **Embargos de Declaração/Agravo Interno**. Vista para contrarrazões nos termos do artigo 1.º, inciso II / artigo 1.º, inciso I da Ordem de Serviço n.º 1/2.016-UTU9/T.R.F.-3.ª Região, conforme os artigos 1.023, § 2.º / 1.021, § 2.º, ambos do Novo Código de Processo Civil.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5002960-07.2019.4.03.6126
RELATOR: Gab. 31 - DES. FED. DALDICE SANTANA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: DOUGLAS RINALDO TEIXEIRA
Advogado do(a) APELADO: REGINA RIBEIRO DE SOUSA CRUZES - SP120391-A

ATO ORDINATÓRIO

Interpostos **Embargos de Declaração/Agravo Interno**. Vista para contrarrazões nos termos do artigo 1.º, inciso II / artigo 1.º, inciso I da Ordem de Serviço n.º 1/2.016-UTU9/T.R.F.-3.ª Região, conforme os artigos 1.023, § 2.º / 1.021, § 2.º, ambos do Novo Código de Processo Civil.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA(1728) Nº 5000549-77.2017.4.03.6120
RELATOR: Gab. 33 - DES. FED. GILBERTO JORDAN
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: CLAUDIO LEANDRO
Advogado do(a) APELADO: DEISI MACHINI MARQUES - SP95312-N

ATO ORDINATÓRIO

Interpostos **Embargos de Declaração/Agravo Interno**. Vista para contrarrazões nos termos do artigo 1.º, inciso II / artigo 1.º, inciso I da Ordem de Serviço n.º 1/2.016-UTU9/T.R.F.-3.ª Região, conforme os artigos 1.023, § 2.º / 1.021, § 2.º, ambos do Novo Código de Processo Civil.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5183162-63.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 31 - DES. FED. DALDICE SANTANA
APELANTE: MARCIO PEREIRA
Advogado do(a) APELANTE: NILVA MARIA PIMENTEL - SP136867-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

ATO ORDINATÓRIO

Interpostos **Embargos de Declaração/Agravo Interno**. Vista para contrarrazões nos termos do artigo 1.º, inciso II / artigo 1.º, inciso I da Ordem de Serviço n.º 1/2.016-UTU9/T.R.F.-3.ª Região, conforme os artigos 1.023, § 2.º / 1.021, § 2.º, ambos do Novo Código de Processo Civil.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5156771-71.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 31 - DES. FED. DALDICE SANTANA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: REGINALDO CIRILO
Advogados do(a) APELADO: MARIA SANTINA CARRASQUI AVI - SP254557-N, ISIDORO PEDRO AVI - SP140426-N

ATO ORDINATÓRIO

Interpostos **Embargos de Declaração/Agravo Interno**. Vista para contrarrazões nos termos do artigo 1.º, inciso II / artigo 1.º, inciso I da Ordem de Serviço n.º 1/2.016-UTU9/T.R.F.-3.ª Região, conforme os artigos 1.023, § 2.º / 1.021, § 2.º, ambos do Novo Código de Processo Civil.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 6074861-39.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 32 - JUÍZA CONVOCADA LEILA PAIVA
DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 23/06/2020 3893/4253

APELANTE: NATALICIO ALVES DA SILVA
CURADOR: NUBIA ALVES DA SILVA
Advogado do(a) APELANTE: ROSANA MARIA DO CARMO NITO - SP239277-N,
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

ATO ORDINATÓRIO

Interpostos **Embargos de Declaração/Agravo Interno**. Vista para contrarrazões nos termos do artigo 1.º, inciso II / artigo 1.º, inciso I da Ordem de Serviço n.º 1/2.016-UTU9/T.R.F.-3.ª Região, conforme os artigos 1.023, § 2.º / 1.021, § 2.º, ambos do Novo Código de Processo Civil.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6072485-80.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 31 - DES. FED. DALDICE SANTANA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: LUCY ELENA ZUCCOLLOTTO TAVARES
Advogado do(a) APELADO: LUIS MANOEL FULGUEIRAL BELL - SP328766-N
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Não conheço do pedido formulado no Id 132154768.

Trata-se de cumprimento provisório de sentença, procedimento de competência do 1º grau, onde tramitou a ação subjacente.

Diferentemente da extração de carta de sentença, prevista no CPC/1973, o pedido de cumprimento provisório do julgado pode ser feito por simples petição dirigida ao Juízo competente, na forma do parágrafo único do art. 522 do CPC.

A conveniência da realização desse procedimento no 1º grau revela-se importante porque nele irá tramitar o cumprimento da obrigação de dar, cujos marcos inicial e final dos atrasados estarão intimamente relacionados ao cumprimento da obrigação de fazer (implantação do benefício).

Intime-se a parte autora.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6071237-79.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 31 - DES. FED. DALDICE SANTANA
APELANTE: CLEONICE FERREIRA BASTOS

Advogado do(a) APELANTE: MIGUEL TADEU GIGLIO PAGLIUSO - SP191029-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Não conheço do pedido formulado no Id 130230123.

Trata-se de cumprimento provisório de sentença, procedimento de competência do 1º grau, onde tramitou a ação subjacente.

Diferentemente da extração de carta de sentença, prevista no CPC/1973, o pedido de cumprimento provisório do julgado pode ser feito por simples petição dirigida ao Juízo competente, na forma do parágrafo único do art. 522 do CPC.

A conveniência da realização desse procedimento no 1º grau revela-se importante porque nele irá tramitar o cumprimento da obrigação de dar, cujos marcos inicial e final dos atrasados estarão intimamente relacionados ao cumprimento da obrigação de fazer (implantação do benefício).

Intime-se a parte autora.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001096-88.2018.4.03.6183

RELATOR: Gab. 33 - DES. FED. GILBERTO JORDAN

APELANTE: JOSE LUIS CANDIDO

Advogados do(a) APELANTE: CYNTHIALICE HOSS ROCHA - SP164534-A, RUBENS GARCIA FILHO - SP108148-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

ATO ORDINATÓRIO

Interpostos **Embargos de Declaração/Agravo Interno**. Vista para contrarrazões nos termos do artigo 1.º, inciso II / artigo 1.º, inciso I da Ordem de Serviço n.º 1/2.016-UTU9/T.R.F.-3.ª Região, conforme os artigos 1.023, § 2.º / 1.021, § 2.º, ambos do Novo Código de Processo Civil.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5815815-06.2019.4.03.9999

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

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: RAIMUNDO RODRIGUES PEREIRA

Advogado do(a) APELADO: GUILHERME HENRIQUE BARBOSA FIDELIS - SP209097-N

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Não conheço do pedido formulado no Id 132010154.

Trata-se de cumprimento provisório de sentença, procedimento de competência do 1º grau, onde tramitou a ação subjacente.

Diferentemente da extração de carta de sentença, prevista no CPC/1973, o pedido de cumprimento provisório do julgado pode ser feito por simples petição dirigida ao Juízo competente, na forma do parágrafo único do art. 522 do CPC.

A conveniência da realização desse procedimento no 1º grau revela-se importante porque nele irá tramitar o cumprimento da obrigação de dar, cujos marcos inicial e final dos atrasados estarão intimamente relacionados ao cumprimento da obrigação de fazer (implantação do benefício).

Intime-se a parte autora.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016071-69.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 33 - DES. FED. GILBERTO JORDAN

AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDREA DE SOUZA AGUIAR - PR31682-N

AGRAVADO: ROSA MARIA DO NASCIMENTO

Advogado do(a) AGRAVADO: ARISMAR AMORIM JUNIOR - SP161990-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, em face de decisão proferida em cumprimento de sentença, que acolheu os cálculos da contadoria, fixando o valor da condenação em R\$160.942,12 (cento e sessenta mil, novecentos e quarenta e dois reais e doze centavos), com data de atualização em 08/2018. Condenou a parte impugnante ao pagamento de honorários sucumbenciais, nos termos do artigo 85, §§1º, 2º e 3º os quais fixo em 10% sobre o valor da condenação homologado, vez que não ofertou cálculos.

Em suas razões de inconformismo, a parte agravante alega que a exequente não possui legitimidade ativa para pleitear as diferenças do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição NB 103.466.951-3, de que não é titular.

Pugna pela concessão de efeito suspensivo.

É o relatório.

DECIDO.

Trata-se de ação de Cumprimento de sentença de título judicial, ajuizada contra o INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS, visando ao recebimento de valores em atraso, relativos à decisão proferida na Ação Civil Pública – ACP nº 0011237-82.2003.406.6183, que determinou a aplicação do IRSM de fevereiro de 1994.

O cerne da questão diz respeito à legitimidade da parte exequente na percepção de valores em atraso do benefício originário.

Conforme consta dos autos do Cumprimento de Sentença n.º 5007641-08.2018.4.03.6109, regularmente intimado, o INSS apresentou impugnação ao cumprimento de sentença, alegando, preliminarmente – da ilegitimidade de parte da pensionista e, no mais, excesso de execução (id 11804895 – Pje 1ª Instância).

A parte exequente requereu a rejeição da impugnação ofertada.

Ato contínuo, conforme se infere do cumprimento de sentença (Processo n.º 0000411-55.2007.4.03.6183), foi proferida decisão pela magistrada *a quo*, afastando as preliminares de mérito arguidas e determinando a remessa dos autos à contadoria judicial, *in verbis*:

“Em relação à preliminar de ilegitimidade de parte, afasto-a, uma vez que o pleiteado pelos sucessores habilitados é tão somente a revisão do benefício que fora anteriormente concedido ao falecido, de mero caráter patrimonial, sem, contudo, adentrar no que diz respeito ao direito personalíssimo do beneficiário.

Neste aspecto, diz a jurisprudência:

“PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO (ART. 557, § 1º, CPC) - CARÊNCIA DA AÇÃO NÃO VERIFICADA - REVISÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO - SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO DE FEVEREIRO DE 1994 - INCIDÊNCIA DO IRSM - AGRAVO IMPROVIDO. - Afastada a alegação de carência da ação por ilegitimidade ativa, pois, na ausência de dependentes ficam os sucessores do "de cujus", na ordem posta no Código Civil, habilitados ao recebimento de valores não recebidos por ele em vida. - A concessão dos benefícios da parte autora se submete ao § 1º, do art. 21 da Lei n. 8.880/94 que determinou a conversão em URV dos salários-de-contribuição anteriores a março/94, com a inclusão do percentual referente ao IRSM de fevereiro/94, que continha toda a variação inflacionária verificada no período compreendido entre o primeiro e o último dia deste mês. Assim, os salários-de-contribuição anteriores a março/94 devem ser corrigidos pelo IRSM, até o mês de fevereiro/94 (fixado em 39,67% pela Resolução IBGE 20/94, publ. no DOU 22/3/94), observado o valor teto legal. - Agravo improvido.”

(ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 1227092 0038095-12.2007.4.03.9999, DESEMBARGADORA FEDERAL EVA REGINA, TRF3 - SÉTIMA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:22/06/2009 PÁGINA: 1504, grifo nosso)

Também não merece prosperar a arguição de ocorrência de prescrição da pretensão executória, a qual, segundo orientação sufragada pela Suprema Corte, sumulada no Enunciado nº 1500, dispõe que “Prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação”. A pretensão executória, portanto, não se confunde com a pretensão condenatória. Em conformidade com a Súmula nº 150/STF, nota-se que a jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que é de cinco anos o prazo prescricional para a propositura de ação executiva contra a Fazenda Pública, contados a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Neste sentido, seguem os seguintes precedentes:

(...)

Considerando a divergência das partes relativamente ao valor devido ao exequente, remeta-se o feito ao Setor de Cálculos e Liquidações para parecer.

Após, intemem-se as partes para que, no prazo de 10 (dez) dias, manifestem-se sobre o parecer contábil.

Intemem-se e cumpra-se.”

O INSS tomou ciência da referida decisão em 01/04/2019.

Após a apresentação dos cálculos pela contadoria judicial a parte autora peticionou, informando concordância com os cálculos ofertados, tendo o prazo decorrido *in albis* para o INSS.

Pois bem. Ocorre, no caso, a **preclusão temporal**, a impedir o conhecimento do presente recurso, pois toda a irresignação do presente agravo de instrumento deveria ter sido oposta em face da decisão anterior, sobre a qual as partes foram regularmente intimadas.

Nesse sentido, colaciono os seguintes julgados (g.n.):

“TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. CRITÉRIO DE CÁLCULOS. MATÉRIA PRECLUSA. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. HONORÁRIOS FIXADOS EM SEDE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA PROFERIDA EM MANDADO DE SEGURANÇA. DESCABIMENTO. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A Agravante inconformada com decisão proferida anteriormente pelo Juízo a quo, que determinou sua intimação para efetivar o direito da parte autora no prazo de 60 (sessenta) dias, e não com a sentença homologatória dos cálculos por ela oferecidos. **In casu, pretende discutir critérios que já foram definidos, de maneira que restou preclusa qualquer discussão acerca da efetivação do direito da Autor, inclusive já efetivado. 2. A preclusão consiste na perda, ou na extinção ou na consumação de uma faculdade processual. A teor do disposto no art. 183 do antigo CPC (art. 223 do novo CPC) se, decorrido o prazo assinalado, a parte deixou de praticar o ato no momento oportuno, extingue-se o direito de fazê-lo posteriormente, excetuados os casos em que provar que não o realizou, por justa causa, não sendo este o caso dos autos em tela. 3. Tendo o Código de Processo Civil adotado um sistema rígido no que toca à ordem em que os atos devem ser praticados, impondo a perda da faculdade de praticá-los quando aquele a quem foi atribuído o ônus não observa o momento oportuno, decorrido o prazo, verifica-se a preclusão temporal, acarretando a perda da faculdade de praticar o ato processual. (...) 7. Agravo de instrumento parcialmente provido para afastar a condenação em honorários.” (AG - Agravo de Instrumento - Agravos - Recursos - Processo Cível e do Trabalho 0101941-10.2014.4.02.0000, MARCUS ABRAHAM, TRF2 - 3ª TURMA ESPECIALIZADA.)**

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO CONHECIDO. PRECLUSÃO. AGRAVO INTERNO. ARTIGO 1.021 E §§ DO CPC.

- A decisão do relator não deve ser alterada quando fundamentada e nela não se vislumbrar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em dano irreparável ou de difícil reparação para a parte.

- O agravo de instrumento foi interposto em face da decisão que determinou o prosseguimento da execução pelo valor apresentado pelo INSS, com a expedição dos ofícios requisitórios. **O recurso não foi conhecido porque o agravante não impugnou, oportunamente, a decisão que definiu o critério de correção monetária, restando preclusa a matéria.**

- As questões de ordem pública podem ser arguidas a qualquer momento, desde que não tenham sido decididas anteriormente, situação que torna imprescindível a impugnação oportuna, sob pena de preclusão, conforme entendimento do c. Superior Tribunal de Justiça

- Agravo interno desprovido.

(TRF3ª Região, AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5023862-60.2018.4.03.0000, RELATOR: Gab. 31 - DES. FED. DALDICE SANTANA, 9ª Turma, D. 28/03/2019, DJU.: 03/04/2019).

Registre-se que as questões de ordem pública podem ser arguidas a qualquer momento, desde que não tenham sido decididas anteriormente, situação que torna imprescindível a impugnação oportuna, sob pena de preclusão, conforme entendimento do c. Superior Tribunal de Justiça:

“AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO DA DECISÃO RECORRIDA. SÚMULA 284/STF. COBERTURA SECURITÁRIA. INOPONIBILIDADE DE RESTRIÇÃO CONTRATUAL SEM DESTAQUE À PARTE CONTRÁRIA. SÚMULAS 283/STF E 5 E 7 S T J . PRECLUSÃO. CONHECIMENTO DE MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA (PRESCRIÇÃO) OBJETO DE PRÉVIA DECISÃO NÃO IMPUGNADA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO DESPROVIDO. (...) 3. As matérias de ordem pública podem ser apreciadas a qualquer tempo nas instâncias ordinárias, todavia, existindo decisão anterior, opera-se a preclusão caso não haja impugnação no momento processual oportuno (cf. AgInt no REsp 1.447.224/MG, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 20/2/2018, DJe 26/2/2018). Caso concreto no qual não houve conhecimento da alegação de prescrição da pretensão, sob o fundamento de tal matéria ter sido objeto de despacho saneador, sem que o agravo retido interposto contra esta decisão tenha tido o conhecimento requerido nas razões de apelação. 4. Agravo interno desprovido.” (AgInt no AgRg no AgRg no Ag 1352510/PR, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/12/2018, DJe 06/12/2018)

Diante do exposto, nos termos do artigo 932, III, do CPC, **não conheço do recurso de agravo de instrumento.**

Int.

Após, baixemos autos à Vara de origem.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5191547-97.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 33 - DES. FED. GILBERTO JORDAN
APELANTE: MARLINDO DE SOUZA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogados do(a) APELANTE: PAULO HENRIQUE DE OLIVEIRA ROMANI - SP307426-N, CRISTIANO ALEX MARTINS ROMEIRO - SP251787-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, MARLINDO DE SOUZA
Advogados do(a) APELADO: CRISTIANO ALEX MARTINS ROMEIRO - SP251787-N, PAULO HENRIQUE DE OLIVEIRA ROMANI - SP307426-N

ATO ORDINATÓRIO

Interpostos **Embargos de Declaração/Agravo Interno**. Vista para contrarrazões nos termos do artigo 1.º, inciso II / artigo 1.º, inciso I da Ordem de Serviço n.º 1/2.016-UTU9/T.R.F.-3.ª Região, conforme os artigos 1.023, § 2.º / 1.021, § 2.º, ambos do Novo Código de Processo Civil.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5070647-56.2018.4.03.9999
RELATOR: Gab. 33 - DES. FED. GILBERTO JORDAN
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: JOSE SANTOS CARVALHO
Advogado do(a) APELADO: MARIA APARECIDA GIANDOSO - SP155399-N

ATO ORDINATÓRIO

Interpostos **Embargos de Declaração/Agravo Interno**. Vista para contrarrazões nos termos do artigo 1.º, inciso II / artigo 1.º, inciso I da Ordem de Serviço n.º 1/2.016-UTU9/T.R.F.-3.ª Região, conforme os artigos 1.023, § 2.º / 1.021, § 2.º, ambos do Novo Código de Processo Civil.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 6173402-10.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: TEREZINHA DE MORAES, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogados do(a) APELANTE: FLAVIA VAZ RABELLO - SP262057-N, JEAN FERNANDO VIEIRA - SP250761-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, TEREZINHA DE MORAES
Advogados do(a) APELADO: FLAVIA VAZ RABELLO - SP262057-N, JEAN FERNANDO VIEIRA - SP250761-N
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 6173402-10.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: TEREZINHA DE MORAES, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogados do(a) APELANTE: FLAVIA VAZ RABELLO - SP262057-N, JEAN FERNANDO VIEIRA - SP250761-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, TEREZINHA DE MORAES
Advogados do(a) APELADO: FLAVIA VAZ RABELLO - SP262057-N, JEAN FERNANDO VIEIRA - SP250761-N
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Demanda proposta objetivando a concessão de aposentadoria por idade a trabalhadora rural, prevista no art. 143 da Lei n.º 8.213/91.

O juízo *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido formulado, condenando o INSS a reconhecer o labor rural de 01/01/1963 a 31/12/1982, bem assim para conceder à autora o benefício de aposentadoria por idade híbrida, a partir 19/08/2017 (data em que autora completou o requisito etário).

Foram opostos embargos de declaração pela parte autora, os quais foram rejeitados.

O INSS apela, requerendo, preliminarmente que “o Tribunal conheça da matéria referente ao presente feito, em sede de remessa necessária.” No mérito, pleiteia a reforma da sentença, sustentando, em síntese, o não cumprimento dos requisitos legais necessários à concessão em questão.

A parte autora apresentou contrarrazões e recurso de apelação, requerendo a reforma parcial da sentença, “*apenas para ajustar a data de início do benefício para 10/11/2013 (data do indeferimento administrativo)*”.

Sem contrarrazões do INSS, subiram os autos.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6173402-10.2019.4.03.9999

RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES

APELANTE: TEREZINHA DE MORAES, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogados do(a) APELANTE: FLAVIA VAZ RABELLO - SP262057-N, JEAN FERNANDO VIEIRA - SP250761-N

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, TEREZINHA DE MORAES

Advogados do(a) APELADO: FLAVIA VAZ RABELLO - SP262057-N, JEAN FERNANDO VIEIRA - SP250761-N

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

No caso em apreço, o INSS, nas razões de apelação, requer, preliminarmente, que “o Tribunal conheça da matéria referente ao presente feito, em sede de remessa necessária.”

Esclareça-se não ser caso de se ter submetida a decisão de 1.º grau ao reexame necessário, considerando o disposto no art. 496, § 3.º, inciso I, do Código de Processo Civil, que afasta a exigência do duplo grau de jurisdição quando a condenação ou o proveito econômico for inferior a 1.000 salários mínimos.

Tempestivos os recursos e presentes os demais requisitos de admissibilidade, passa-se ao exame da insurgência propriamente dita, considerando-se a matéria objeto de devolução.

APOSENTADORIA POR IDADE (RURAL)

O benefício de aposentadoria por idade a trabalhador rural encontra-se disciplinado nos arts. 39, inciso I; 48, §§ 1.º e 2.º; e 143 da Lei n.º 8.213/91.

Antes mesmo do advento da Lei de Benefícios, a Lei Complementar n.º 11, de 25 de maio de 1971, que instituiu o Programa de Assistência ao Trabalhador Rural, em seu art. 4.º dispunha que a aposentadoria seria devida quando se completassem 65 anos de idade, cabendo a concessão do benefício apenas ao respectivo chefe ou arrimo de família (parágrafo único).

Por sua vez, de acordo com o art. 5.º da Lei Complementar n.º 16/73, o trabalhador rural deveria comprovar a sua atividade pelo menos nos três últimos anos anteriores à data do pedido do benefício.

Referidos dispositivos não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, que passou para 60 anos, para homens, e 55, para mulheres, a idade mínima exigida para a concessão do benefício (art. 201, § 7.º, inciso II), excluindo a exigência da condição de chefe de família.

Além do requisito etário (60 anos, se homem, e 55 anos, se mulher), o trabalhador rural deve comprovar o exercício de atividade rural, mesmo que descontinua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses idêntico à carência do benefício.

O dispositivo legal citado deve ser analisado em consonância com o art. 142 da Lei de Benefícios.

Não se exige do trabalhador rural o cumprimento de carência (art. 26, inciso III), como o dever de verter contribuição por determinado número de meses, senão a comprovação do exercício laboral durante o período respectivo.

Vale dizer: em relação às contribuições previdenciárias, é assente, desde sempre, o entendimento de serem desnecessárias, sendo suficiente a comprovação do efetivo exercício de atividade no meio rural (STJ, REsp n.º 207.425, 5.ª Turma, j. em 21/9/1999, v.u., DJ de 25/10/1999, p. 123, Rel. Ministro Jorge Scartezini; e STJ, RESP n. 502.817, 5.ª Turma, j. em 14/10/2003, v.u., DJ de 17/11/2003, p. 361, Rel. Ministra Laurita Vaz).

Noutro passo, com relação ao art. 143 da Lei n.º 8.213/91, a regra transitória assegurou aos rurícolas o direito de requerer aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo, durante 15 (quinze) anos, contados da vigência da referida Lei.

Assim, o referido prazo expiraria em 25/7/2006.

Entretanto, em relação ao trabalhador rural enquadrado como segurado empregado ou como segurado contribuinte individual, que presta serviços de natureza rural, em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego, o aludido prazo foi prorrogado por mais 2 (dois) anos, estendendo-se até 25/7/2008, em face do disposto na MP n.º 312/06, convertida na Lei n.º 11.368/06.

Posteriormente, a Medida Provisória n.º 410/07, convertida na Lei n.º 11.718/08, estabeleceu nova prorrogação para o prazo previsto no art. 143 da Lei n.º 8.213/91, ao determinar, em seu art. 2.º, que “Para o trabalhador rural empregado, o prazo previsto no art. 43 da Lei n.º 8.213/91, de 24 de julho de 1991, fica prorrogado até o dia 31 de dezembro de 2010” (art. 2.º) e, em seu art. 3.º, que “Na concessão de aposentadoria por idade do empregado rural, em valor equivalente ao salário mínimo, serão contados para efeito de carência: I - até 31 de dezembro de 2010, a atividade comprovada na forma do art. 143 da Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991; II - de janeiro de 2011 a dezembro de 2015, cada mês comprovado de emprego, multiplicado por 3 (três), limitado a 12 (doze) meses, dentro do respectivo ano civil; e III - de janeiro de 2016 a dezembro de 2020, cada mês comprovado de emprego, multiplicado por 2 (dois), limitado a 12 (doze) meses dentro do respectivo ano civil”.

É de observar-se que, para os empregados rurais e contribuintes individuais eventuais, a regra permanente do art. 48 da Lei n.º 8.213/91 continua a exigir, para concessão de aposentadoria por idade a rurícolas, apenas a comprovação do efetivo exercício de “atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência do benefício pretendido”, consoante §§ 1.º e 2.º do referido dispositivo.

Essa comprovação do labor rural, nos termos dos arts. 48 e 143 da Lei de Benefícios, dar-se-á por meio de prova documental, ainda que incipiente, e, nos termos do art. 55, § 3.º, da retrocitada Lei, corroborada por prova testemunhal.

Acrescente-se que a jurisprudência de longa data vem atentando para a necessidade dessa conjunção de elementos probatórios (início de prova documental e colheita de prova testemunhal), o que resultou até mesmo na edição do verbete n.º 149 da Súmula da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: ”

“A prova exclusivamente testemunhal não basta a comprovação da atividade rurícola, para efeito de obtenção do benefício previdenciário”.

DO CASO DOS AUTOS

O requisito etário restou satisfeito, pois a parte autora completou a idade mínima para obtenção do benefício de aposentadoria por idade rural em 19/08/2012, devendo fazer prova do exercício de atividade rural por 180 meses.

Para demonstrar as alegações, juntou documentos, entre os quais destacam-se:

- Certidão de Batizado da autora em 05/10/1957;
- Declaração Escolar da Secretaria de Cultura de Cianorte/PR de que a autora estudou na Escola Rural Municipal Tiradentes de 1967 a 1970, além de atas de exames escolares do 1.º ao 4.º ano letivo de seus três irmãos (Claudio de Moraes, Clóvis de Moraes e Maria Conceição de Moraes), Boletim de Notas, Boletim de Informações c/assinatura dos pais, controle de faltas, comparecimento escolar e certificado escolar;
- Certidão de Casamento, celebrado em 31/01/1976, com a qualificação do cônjuge da autora (Nilson Vaz Rabello) como lavrador e a profissão da demandante como lavradora. Insta salientar que consta averbação da separação do casal em outra certidão (expedida em 31/10/2007);
- Certidão de nascimento da filha do casal (Flávia Vaz Rabello) em 11/01/1979 e respectiva Carteira de Vacinação, ambas qualificando o pai como lavrador.
- Declaração do Sindicato Rural de Exercício de Atividade Rural de Cianorte, atestando que a autora esteve filiada, laborando no campo nos períodos de 19/08/1969 a 31/12/1976 e de 01/01/1977 a 31/12/1979, em regime de economia familiar;
- Declaração de proprietário do imóvel rural (sítio de café) no qual a autora laborou, a saber: Sr. Gabriel Sousa de Abreu, herdeiro do Sr. João Evangelista de Abreu, afirmando que a autora teria trabalhado como “*porcenteira agrícola*”, em regime de economia familiar, na propriedade rural de seu falecido pai, no período compreendido entre janeiro de 1977 e agosto de 1982, cultivando lavoura cafeeira;
- Declaração da Sra. Orides Rosa da Silva, herdeira do Sr. Arlindo Rosa da Silva, no sentido que a autora teria trabalhado como “*porcenteira*” na propriedade rural de seu falecido pai, no período compreendido entre o início de 1965 e o final de 1976.

Cumprе mencionar que a exordial relata que a demandante e sua família mudaram para a cidade de Indaiatuba/SP no final de 1982, passando a exercer trabalho urbano.

Cabe ressaltar a existência de prova oral.

O Termo da Audiência realizada no dia 25/09/2018, perante o MM. Juízo da 2.^a Vara Cível da Comarca de Indaiatuba, Estado de São Paulo, perante o Juízo revela que “*pela patrona da requerente foi requerida a retificação da inicial nos seguintes termos: Requeiro a retificação de folhas 02 quarto parágrafo, vez a que a autora iniciou os trabalhos aos 5 anos de idade no ano de 1962, estudando na escola rural e trabalhando na lavoura até o final de 1982, conforme documento do sindicato rural de folhas 68 que comprova a filiação até os 25 anos, em 1982.*”

As testemunhas declaram que conhecem a parte autora há bastante tempo e confirmam o alegado labor rural.

Saliente-se que a testemunha OLANIRO LONGO declarou “*que a autora trabalhava no sítio de Arlindo Rosa, no cultivo de café. Que trabalhava com a família: pais e irmãos. Que, em 1981, o depoente veio para Indaiatuba e não teve mais contato com a autora. Que se tratava de cultivo de café. Que, depois de casada, a autora continuou trabalhando como rural com o esposo em outra propriedade. Que a primeira filha do casal nasceu quando ainda estavam no Paraná. Que, pelo que tem conhecimento, a autora trabalhou como rural até 1982. Que não tinham maquinários e não tinham empregados. Que a autora frequentava a escola rural.*” (ID n.º 105040031 - Pág. 1 – g.n.).

Por sua vez, a testemunha APARECIDA TERARDI LONGO declarou que: “*conheceu a autora em 1963, que ambas exerciam trabalho rural em municípios diferentes em Cianorte, no Paraná. Que a autora trabalhava com os pais e morava no local. Que, em 1982, a autora veio para Indaiatuba. A depoente veio no começo de 1981. Que a autora se casou no Paraná e continuou trabalhando como rural com o esposo. Que estudava em escola rural. Que em Cianorte havia o sindicato rural. Que como eram propriedades muito pequenas não trabalhavam com maquinários. Sem repreguntas do INSS.*” (ID n.º 105040032 - Pág. 1 - g.n.).

Por fim, a testemunha MARIA NEUSA BIASOTTO LONGO afirmou que “*morava próximo ao sítio onde trabalhava a autora na colheita de café, em Cianorte/PR. Que a autora trabalhava na colheita de café junto com os pais. Que a autora frequentava a escola rural. Que a depoente saiu de Cianorte e veio para Indaiatuba. Que a autora continuou como rural. Que Nilson era esposo da depoente e também era rural. Que em Cianorte havia sindicato de trabalhador rural. Que a autora também trabalhava com seus irmãos. Que a autora continuou trabalhando como rural depois de casada. Que o primeiro filho do casal nasceu no Paraná. Que trabalhou como rural até vir para Indaiatuba.*” (ID n.º 105040033 - Pág. 1 - g.n.).

É incontestado o valor probatório dos documentos de qualificação civil, dos quais é possível inferir a profissão exercida pela parte autora, à época dos fatos que se pretende comprovar.

E os documentos juntados constituem início de prova material, o que foi corroborado pela prova testemunhal, confirmando a atividade campesina da parte autora até 1982.

Não se pode perder de vista que, de acordo com a CTPS juntada aos autos, a autora laborou em **atividades urbanas** nos períodos de 03/01/1983 a 15/05/1984, de 08/02/1990 a 21/02/1996, de 01/04/1997 a 18/11/1998, de 18/10/1999 a 10/09/2003 e de 01/02/2007 até a ocasião da prolação da sentença.

A anotação em CTPS da requerente, indicando que começou a trabalhar em atividade urbana em 03/01/1983, está em harmonia com os depoimentos das testemunhas, que declararam que a autora trabalhou na lavoura até 1982.

Dessa forma, até o requerimento administrativo (10/11/2013), a autora não demonstrou o exercício do labor *rural* no período de carência para a concessão do benefício vindicado (aposentadoria rural por idade - artigo 48, § 1.º da Lei n.º 8.213/91).

Inviabilizada a concessão da aposentadoria por *idade rural*, MM. Juízo *a quo* analisou se a demandante teria direito à aposentadoria por *idade*, na modalidade híbrida, prevista no art. 48, §§ 3.º e 4.º, da Lei n.º 8.213/91, tendo em vista as peculiaridades do caso concreto.

Tenha-se presente que a possibilidade de flexibilização dos pedidos formulados nas exordiais está em consonância com o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Veja-se:

“PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR IDADE HÍBRIDA. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CPC. NÃO CARACTERIZAÇÃO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO OCORRÊNCIA. ARTIGO 48, §§ 3º E 4º DA LEI 8.213/1991, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.718/2008. OBSERVÂNCIA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. A Lei 11.718/2008 introduziu no sistema previdenciário brasileiro uma nova modalidade de aposentadoria por idade denominada aposentadoria por idade híbrida.

2. Neste caso, permite-se ao segurado mesclar o período urbano ao período rural e vice-versa, para implementar a carência mínima necessária e obter o benefício etário híbrido.

3. Não atendendo o segurado rural à regra básica para aposentadoria rural por idade com comprovação de atividade rural, segundo a regra de transição prevista no artigo 142 da Lei 8.213/1991, o § 3º do artigo 48 da Lei 8.213/1991, introduzido pela Lei 11.718/2008, permite que aos 65 anos, se homem e 60 anos, mulher, o segurado preencha o período de carência faltante com períodos de contribuição de outra qualidade de segurado, calculando-se o benefício de acordo com o § 4º do artigo 48.

4. Considerando que a intenção do legislador foi a de permitir aos trabalhadores rurais, que se enquadrem nas categorias de segurado empregado, contribuinte individual, trabalhador avulso e segurado especial, o aproveitamento do tempo rural mesclado ao tempo urbano, preenchendo inclusive carência, o direito à aposentadoria por idade híbrida deve ser reconhecido.

5. Recurso especial conhecido e não provido.

(RESP n.º 201300429921 e RESP n.º 1367479, ambos da 2.ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJE 10.09.2014).

No mesmo sentido, precedente desta Corte: “é de rigor que se aquilate a factibilidade de aposentadoria por idade, com aproveitamento de tempos de labor rural e urbano. **Possibilidade de flexibilização na apropriação dos pedidos deduzidos nas exordiais, em razão da própria hipossuficiência denotada pela parte autora, a mitigar-se o rigorismo próprio da legislação processual, permitindo-se certa fungibilidade na valoração da prestação pleiteada.**” (AC n.º 0028804-36.2017.4.03.9999/SP, 9.ª Turma, Rel. Des. Fed. Ana Pezari, D.E. 15/08/2018). Oportuno ainda mencionar: AC n.º 0031792-35.2014.4.03.9999/SP, 9.ª Turma, Rel. Des. Fed. Marisa Santos - D.E. 28/02/2020.

APOSENTADORIA POR IDADE (HÍBRIDA)

É relevante destacar que, no presente caso, o Magistrado sentenciante concedeu à autora o benefício de aposentadoria por idade híbrida (artigo 48, § 3.º da Lei n.º 8.213/91), reconhecendo o período de trabalho rural de 01/01/1963 a 31/12/1982 (20 anos), aliado às referidas anotações da seara urbana em CTPS.

Vale registrar que o Colendo Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre a possibilidade de cômputo do período laborado em atividade rural antes dos 14 anos de idade, por entender que “o art. 7º, XXXIII, da Constituição não pode ser interpretado em prejuízo da criança ou do adolescente que exerce atividade laboral, haja vista que a regra constitucional foi criada para a proteção e defesa dos trabalhadores, não podendo ser utilizada para privá-los dos seus direitos” (RE n.º 537.040, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 09/08/2011). E ainda: RE n.º 597.930, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 25/05/2011; RE n.º 600.616, Rel. Min. Roberto Barroso, DJ de 10/09/2014; RE n.º 455.241.

Ainda que não fosse considerado o lapso temporal do labor campesino antes dos 14 anos de idade na hipótese vertente, a autora faria jus à aposentadoria por idade híbrida, tendo em vista que preenche os requisitos estabelecidos pelo artigo 48, § 3.º da Lei n.º 8.213/91, quais sejam: idade (60 anos – em 19/08/2017) + 180 meses, compostos pela soma dos períodos de atividade rural com os registros em CTPS de atividade urbana, que, por si só, já perfazem 19 anos, 08 meses e 01 dia, conforme bem ressaltou o Juiz *a quo*.

De rigor, portanto, a manutenção da sentença de deferimento do benefício de aposentadoria por idade híbrida, porquanto comprovados os requisitos exigidos a tanto.

Cabe lembrar que a apelação da parte autora se restringe a requer a reforma sentença para ajustar a data de início do benefício para 10/11/2013 (data do indeferimento administrativo), não lhe assistindo razão, eis que a aposentadoria por idade híbrida só é possível após completar 60 anos, o que ocorreu em 2017.

O benefício etário híbrido será calculado de acordo com o § 4.º do artigo 48 da Lei n.º 8.213/91.

Devida a gratificação natalina, nos termos preconizados no art. 7.º, inciso VIII, da Constituição da República.

A correção monetária das parcelas vencidas se dará nos termos da normatização de regência (Lei n.º 6.899/1981 e legislação superveniente), bem como do Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos na Justiça Federal, observado o decidido, sob a sistemática da repercussão geral, no Recurso Extraordinário n.º 870.947, de 20/9/2017, sob relatoria do Ministro Luiz Fux.

Fica afastada a incidência da Taxa Referencial (TR) na condenação, pois o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar embargos declaratórios no recurso extraordinário em questão, decidiu pela não modulação dos efeitos.

Os juros moratórios são devidos à razão de 0,5% (meio por cento) ao mês, a contar da citação, nos termos dos arts. 1.062 do Código Civil de 1916 e 240 do Código de Processo Civil. A partir da vigência do novo Código Civil (Lei n.º 10.406/2002), deverão ser computados nos termos do art. 406 deste diploma, em 1% (um por cento) ao mês, nesse caso até 30/6/2009. A partir de 1.º de julho de 2009, incidirão, uma única vez, até a conta final que servir de base para a expedição do precatório, para fins de atualização monetária e de juros, os índices oficiais de remuneração básica e de juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos do art. 1.º-F da Lei n.º 9.494/97, com a redação dada pela Lei n.º 11.960/2009 (Repercussão Geral no RE n.º 870.947), observada, quanto ao termo final da incidência, a tese firmada em Repercussão Geral no RE n.º 579.431, de 19/4/2017, Rel. Ministro Marco Aurélio.

Nos termos do art. 4.º, inciso I, da Lei Federal n.º 9.289/1996, o INSS está isento do pagamento de custas processuais nas ações de natureza previdenciária ajuizadas nesta Justiça Federal, assim como o está naquelas aforadas na Justiça do estado de São Paulo, por força do art. 6.º da Lei Estadual n.º 11.608/2003, c. c. o art. 1.º, § 1.º, da mesma Lei n.º 9.289/1996, circunstância que não o exime, porém, de arcar com as custas e as despesas processuais em restituição à parte autora, em decorrência da sucumbência, na hipótese de pagamento prévio.

Já no que diz respeito às ações propostas perante a Justiça do estado de Mato Grosso do Sul, as normativas que tratavam da aludida isenção (Leis Estaduais n.º 1.135/91 e n.º 1.936/98) restaram revogadas a partir da edição da Lei Estadual n.º 3.779/09 (art. 24, §§ 1.º e 2.º), pelo que, nos feitos advindos daquela Justiça Estadual, de rigor a imposição à autarquia previdenciária do pagamento das custas processuais, exigindo-se o recolhimento apenas ao final da demanda, caso caracterizada a sucumbência.

À vista do quanto previsto no art. 85 do Código de Processo Civil, sendo o caso de sentença ilíquida, o percentual da verba honorária deverá ser fixado na liquidação do julgado, com observância ao disposto no inciso II do § 4.º, c. c. o § 11, ambos do art. 85 do CPC, bem como no art. 86 do mesmo diploma legal.

Os honorários advocatícios incidem sobre as parcelas vencidas até a sentença de procedência (STJ, Súmula 111). Na hipótese em que a pretensão do segurado somente seja deferida em sede recursal, a verba honorária incidirá sobre as parcelas vencidas até a data da decisão ou acórdão, em atenção ao disposto no § 11 do art. 85 do CPC.

Posto isso, rejeito a matéria preliminar e, no mérito, nego provimento às apelações, fixando os critérios dos consectários e determinando a incidência de verba honorária nos termos da fundamentação, *supra*.

É o voto.

DECLARAÇÃO DE VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal Daldice Santana: O Desembargador Federal Batista Gonçalves rejeitou a matéria preliminar e, no mérito, negou provimento às apelações, apenas ajustando os critérios dos consectários e os honorários advocatícios.

Não obstante os judiciosos fundamentos expostos no voto, ousou apresentar divergência apenas quanto à concessão de aposentadoria por idade híbrida, já que a aposentadoria por idade rural já foi corretamente rejeitada pelo relator.

De fato, consoante se verifica da redação dos §§ 3º e 4º do art. 48 da Lei n. 8.213/91, a Lei n. 11.718/2008 introduziu nova modalidade de aposentadoria por idade, a qual permite ao segurado somar períodos de trabalho rural e urbano para completar o tempo correspondente à carência exigida, desde que alcançado o requisito etário de 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta), se mulher. É a denominada aposentadoria por idade híbrida.

Não obstante, o fato é que a apreciação dos requisitos exigidos à concessão da aposentadoria por idade híbrida configuraria julgamento *extra petita*, consoante os termos dos artigos 141 e 492 do CPC.

Ao final das contas, tais artigos, que conformam o princípio da congruência, servem para proteger um direito constitucionalmente protegido, que é o do contraditório e ampla defesa, haja vista que decisões ultra petita ou extra petita incorrem em violação das garantias constantes do artigo 5º, LIV e LV, da Constituição Federal:

"LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal"

"LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;"

Com efeito, a autora requereu expressamente aposentadoria por idade rural (segurado especial), aduzindo tão-somente o exercício de trabalhos rurais e o implemento da idade reduzida de 55 (cinquenta e cinco) anos.

Nesse sentido, verifica-se que o pedido não poderia mesmo ser diferente, haja vista que no requerimento administrativo de aposentadoria por tempo de contribuição (22/10/2013), a autora não contava a idade mínima de 60 (sessenta) anos exigida dos segurados do sexo feminino à concessão da aposentadoria híbrida.

Em verdade, a autora, nascida em 19/8/1957, só alcançou essa idade em 19/8/2017, apenas 7 (sete) dias antes do ajuizamento da ação.

É impossível ignorar que a autora não requereu administrativamente o benefício de aposentadoria por idade.

Nunca é demais lembrar que o pedido não poderia ser alterado depois do saneamento do processo, sem o consentimento do réu, nos termos do art. 329, I e II, do CPC.

Em suma, a aposentadoria híbrida é benefício diverso que não pode ser apreciado, sobretudo porque o INSS não pode se defender desse pleito, exsurgindo ofensa ao contraditório e à ampla defesa.

Invertida a sucumbência, condeno a parte autora a pagar custas processuais e honorários de advogado, arbitrados em 12% (doze por cento) sobre o valor atualizado da causa, já majorados em razão da fase recursal, conforme critérios do artigo 85, §§ 1º, 2º, 3º, I, e 4º, III, do CPC, suspensa, porém, a exigibilidade, na forma do artigo 98, § 3º, do mesmo estatuto processual, por tratar-se de beneficiária da justiça gratuita.

Diante do exposto, **anulo, de ofício, a sentença**, no tocante à concessão de aposentadoria por idade híbrida, por se tratar de julgamento *extra petita*, mantendo-se, no mais, a improcedência do pedido de aposentadoria por idade rural, nos moldes da fundamentação do relator. **Prejudicadas** as apelações.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO OCORRÊNCIA. ARTIGO 48, §§ 3.º E 4.º DA LEI 8.213/1991, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.718/2008. OBSERVÂNCIA. APOSENTADORIA POR IDADE HÍBRIDA. COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE DE RURÍCOLA E DO LABOR URBANO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.

- No caso do não preenchimento dos requisitos normativos para obtenção do benefício de aposentadoria por idade rural, o § 3.º do artigo 48 da Lei n.º 8.213/1991, com a redação dada pela Lei n.º 11.718/2008, permite que, aos 65 anos, se homem, e 60 anos, se mulher, o segurado mescle o período de labor urbano ao tempo rural e vice-versa, para implementar a carência mínima necessária e obter o benefício etário híbrido, calculado de acordo como § 4.º do artigo 48.

- A atividade rural deve ser demonstrada por meio de início de prova material, aliada à prova testemunhal.

- O conjunto probatório é suficiente a ensejar o reconhecimento do tempo de serviço na condição de rurícola, circunstância que, somada ao período de trabalho urbano anotado em CTPS, autoriza a concessão do benefício de aposentadoria por idade híbrida.

- Reconhecimento da procedência do pedido formulado. Apelações a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por maioria, decidiu rejeitar a matéria preliminar e, no mérito, negar provimento às apelações, nos termos do voto do Relator, que foi acompanhado pela Juíza Federal Convocada Leila Paiva e pela Desembargadora Federal Inês Virgínia (5º voto). Vencida a Desembargadora Federal Daldice Santana, que anulava, de ofício, a sentença, no tocante à concessão de aposentadoria por idade híbrida, por se tratar de julgamento *extra petita*, mantendo-se, no mais, a improcedência do pedido de aposentadoria por idade rural, e julgava prejudicadas as apelações, no que foi acompanhada pelo Desembargador Federal Gilberto Jordan (4º voto). Julgamento nos termos do disposto no art. 942, caput e § 1º, do CPC, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5813897-64.2019.4.03.9999

RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: INES APARECIDA GIOLO LIVOLIS

Advogado do(a) APELADO: JOSE LUIZ PEREIRA JUNIOR - SP96264-N

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5813897-64.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: INES APARECIDA GIOLO LIVOLIS
Advogado do(a) APELADO: JOSE LUIZ PEREIRA JUNIOR - SP96264-N
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Demanda proposta objetivando a concessão de aposentadoria por idade a trabalhadora rural, prevista no art. 143 da Lei nº 8.213/91.

O juízo *a quo* julgou procedente o pedido formulado, reconhecendo à parte autora o direito ao benefício pretendido, a partir da data do requerimento administrativo. Sentença submetida ao reexame necessário.

O INSS apela, pleiteando a reforma da sentença, sustentando, em síntese, o não cumprimento dos requisitos legais necessários à concessão em questão. Subsidiariamente, requer a reforma parcial da sentença para que seja fixada a DIB na data da sentença. Requer, ainda, a aplicação de juros e correção monetária nos termos do art. 1.º-F da Lei nº 9.494/97 (redação dada pela Lei nº 11.960/2009), incidentes somente até a data da conta, bem como a redução dos honorários advocatícios. Ao final, prequestiona a matéria.

Com contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5813897-64.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: INES APARECIDA GIOLO LIVOLIS
Advogado do(a) APELADO: JOSE LUIZ PEREIRA JUNIOR - SP96264-N
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Inicialmente, esclareça-se não ser caso de se ter submetida a decisão de 1.º grau ao reexame necessário, considerando o disposto no art. 496, § 3.º, inciso I, do Código de Processo Civil, que afasta a exigência do duplo grau de jurisdição quando a condenação ou o proveito econômico for inferior a 1.000 salários mínimos.

Tempestivo o recurso e presentes os demais requisitos de admissibilidade, passa-se ao exame da insurgência propriamente dita, considerando-se a matéria objeto de devolução.

APOSENTADORIA POR IDADE (RURAL)

O benefício de aposentadoria por idade a trabalhador rural encontra-se disciplinado nos arts. 39, inciso I; 48, §§ 1.º e 2.º; e 143 da Lei n.º 8.213/91.

Antes mesmo do advento da Lei de Benefícios, a Lei Complementar n.º 11, de 25 de maio de 1971, que instituiu o Programa de Assistência ao Trabalhador Rural, em seu art. 4.º dispunha que a aposentadoria seria devida quando se completassem 65 anos de idade, cabendo a concessão do benefício apenas ao respectivo chefe ou arrimo de família (parágrafo único).

Por sua vez, de acordo com o art. 5.º da Lei Complementar n.º 16/73, o trabalhador rural deveria comprovar a sua atividade pelo menos nos três últimos anos anteriores à data do pedido do benefício.

Referidos dispositivos não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, que passou para 60 anos, para homens, e 55, para mulheres, a idade mínima exigida para a concessão do benefício (art. 201, § 7.º, inciso II), excluindo a exigência da condição de chefe de família.

Além do requisito etário (60 anos, se homem, e 55 anos, se mulher), o trabalhador rural deve comprovar o exercício de atividade rural, mesmo que descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses idêntico à carência do benefício.

O dispositivo legal citado deve ser analisado em consonância com o art. 142 da Lei de Benefícios.

Não se exige do trabalhador rural o cumprimento de carência (art. 26, inciso III), como o dever de verter contribuição por determinado número de meses, senão a comprovação do exercício laboral durante o período respectivo.

Vale dizer: em relação às contribuições previdenciárias, é assente, desde sempre, o entendimento de serem desnecessárias, sendo suficiente a comprovação do efetivo exercício de atividade no meio rural (STJ, REsp n.º 207.425, 5.ª Turma, j. em 21/9/1999, v.u., DJ de 25/10/1999, p. 123, Rel. Ministro Jorge Scartezini; e STJ, RESP n.º 502.817, 5.ª Turma, j. em 14/10/2003, v.u., DJ de 17/11/2003, p. 361, Rel. Ministra Laurita Vaz).

Noutro passo, com relação ao art. 143 da Lei n.º 8.213/91, a regra transitória assegurou aos rurícolas o direito de requerer aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo, durante 15 (quinze) anos, contados da vigência da referida Lei.

Assim, o referido prazo expiraria em 25/7/2006.

Entretanto, em relação ao trabalhador rural enquadrado como segurado empregado ou como segurado contribuinte individual, que presta serviços de natureza rural, em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego, o aludido prazo foi prorrogado por mais 2 (dois) anos, estendendo-se até 25/7/2008, em face do disposto na MP n.º 312/2006, convertida na Lei n.º 11.368/2006.

Posteriormente, a Medida Provisória n.º 410/2007, convertida na Lei n.º 11.718/2008, estabeleceu nova prorrogação para o prazo previsto no art. 143 da Lei n.º 8.213/1991, ao determinar, em seu art. 2.º, que "Para o trabalhador rural empregado, o prazo previsto no art. 43 da Lei n.º 8.213/1991, de 24 de julho de 1991, fica prorrogado até o dia 31 de dezembro de 2010" (art. 2.º) e, em seu art. 3.º, que "*Na concessão de aposentadoria por idade do empregado rural, em valor equivalente ao salário mínimo, serão contados para efeito de carência: I - até 31 de dezembro de 2010, a atividade comprovada na forma do art. 143 da Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991; II - de janeiro de 2011 a dezembro de 2015, cada mês comprovado de emprego, multiplicado por 3 (três), limitado a 12 (doze) meses, dentro do respectivo ano civil; e III - de janeiro de 2016 a dezembro de 2020, cada mês comprovado de emprego, multiplicado por 2 (dois), limitado a 12 (doze) meses dentro do respectivo ano civil*".

É de observar-se que, para os empregados rurais e contribuintes individuais eventuais, a regra permanente do art. 48 da Lei n.º 8.213/1991 continua a exigir, para concessão de aposentadoria por idade a rurícolas, apenas a comprovação do efetivo exercício de "atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência do benefício pretendido", consoante §§ 1.º e 2.º do referido dispositivo.

Essa comprovação do labor rural, nos termos dos arts. 48 e 143 da Lei de Benefícios, dar-se-á por meio de prova documental, ainda que incipiente, e, nos termos do art. 55, § 3.º, da retrocitada Lei, corroborada por prova testemunhal.

Acrescente-se que a jurisprudência de longa data vem atentando para a necessidade dessa conjunção de elementos probatórios (início de prova documental e colheita de prova testemunhal), o que resultou até mesmo na edição do verbete n.º 149 da Súmula da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: "

"A prova exclusivamente testemunhal não basta a comprovação da atividade rurícola, para efeito de obtenção do benefício previdenciário".

DO CASO DOS AUTOS

O requisito etário restou satisfeito, pois a parte autora completou a idade mínima em 21/01/2011, devendo fazer prova do exercício de atividade rural por 180 meses.

A autora afirmou que sempre residiu e trabalhou em propriedades rurais em sistema de economia familiar. Sustenta ter começado a trabalhar com os pais, que adquiriram uma pequena área rural, denominada “Sítio Santo Antônio”, localizado em Bebedouro – SP. Esclarece, ainda, que passou a recolher para os cofres do INSS desde dezembro de 2008, na qualidade de contribuinte individual, até maio de 2016.

Para demonstrar as alegações, juntou documentos, entre os quais destacam-se:

- certidão emitida pelo Cartório de Registro de Imóveis de Bebedouro/SP do imóvel rural denominado “Sítio Santo Antônio” (no qual a autora alega ter laborado em regime de economia familiar), constando como proprietários: ARLINDO GIOLLO e HELENA GOMES GIOLLO (pais da autora) – “*imóvel havido por força de escritura pública de 29/02/1972*”; na referida certidão há registro de que “*conforme formal de partilha datado de 02 de março de 2001*”, “*nos termos da Ação de Arrolamento dos bens deixados por falecimento de ARLINDO GIOLLO, o imóvel objeto desta matrícula coube na proporção de 50% à viúva HELENA GOMES GIOLLO e a outra metade, ou seja, 50%, à herdeira INÊS APARECIDA GIOLLO LIVOLIS*”.

- recibos de entrega de declaração do Imposto sobre a Propriedade Rural - ITR, relativos ao Imóvel “Sítio Santo Antônio”, em nome da autora, relativos aos anos de 2010, 2011 e 2015;

- cópia da consulta ao CNIS (Cadastro Nacional de Informações Sociais) em nome da autora, revelando o recolhimento de contribuições previdenciárias no período compreendido entre 01/12/2008 e 31/05/2016 (contribuinte individual).

Cabe ressaltar a existência de prova oral. Consta do Termo da audiência realizada em 07/02/2018, perante o MM. Juízo da 1.^a Vara do Foro de Bebedouro, Estado de São Paulo, que as testemunhas declaram que conhecem a parte autora há bastante tempo e confirmam o alegado labor rural.

A testemunha BENEDITA DA SILVA ALVES DE SOUZA, sob o crivo do contraditório, afirmou que “*a autora está com 62 anos de idade; faz 40 anos que conhece a autora. Desde a adolescência, foram vizinhas de sítio, razão pela qual a depoente tem conhecimento de que a autora sempre trabalhou na lavoura em propriedade da família denominada Sítio Santo Antônio. Não tinham empregados, só a família que trabalhava na propriedade rural, de onde tiravam o sustento. Plantavam laranja. Até hoje a autora reside no Sítio Santo Antônio. Pelo que tem conhecimento, o Sítio Santo Antônio tem 3 alqueires. O pai e a mãe da autora também viviam e trabalhavam na mesma propriedade rural. Hoje em dia, existe criação de porcos, galinhas, horta no Sítio Santo Antônio, de onde sai o sustento*”. (ID n.º 75402806- Pág. 1)

Por sua vez, a testemunha ANTÔNIO CARLOS MESSAS GALHARDO declarou “*que a autora está com 62 anos de idade e a conhece desde criança. São vizinhos de propriedade até hoje. Ela sempre morou e trabalhou na lavoura, em propriedade da família denominada Sítio Santo Antônio. Não tinham empregados, só a família que trabalhava naquela propriedade rural, de onde tiravam o sustento. Até hoje, a autora reside no Sítio Santo Antônio, criando porcos, galinhas e cultivando horta para sustento. A propriedade em questão tem em torno de 3 a 4 alqueires*.” (ID n.º 75402807- Pág. 1).

E os documentos juntados constituem início de prova material, o que foi corroborado pela prova testemunhal, confirmando a atividade campesina da parte autora.

Tenha-se presente que os recolhimentos como contribuinte individual e facultativo constantes da consulta ao CNIS tiveram por fim preservar a qualidade de segurada da autora e não impedem a concessão do benefício vindicado.

Esclareça-se que o art. 39, II, da Lei n.º 8.213/91 autoriza o segurado especial a realizar recolhimentos previdenciários, na condição de segurado facultativo, o que não afasta a sua condição de trabalhador rural (9.^a Turma: APELAÇÃO CÍVEL / SP 5651025-05.2019.4.03.9999 – Relatora: Desembargadora Federal MARISA FERREIRA DOS SANTOS – eDJF3 Judicial 02/03/2020; APELAÇÃO CÍVEL / SP 5002327-30.2017.4.03.6105 – Relator: Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS – eDJF3 Judicial 12/07/2019).

Conforme destacou o Magistrado sentenciante, “*a prova produzida nos autos evidencia que a autora se encontra com 62 anos de idade e sempre trabalhou na lavoura, em regime de economia familiar, autorizando a procedência do pedido de aposentadoria por idade, de modo a afastar os óbices alegados na contestação apresentada pelo INSS*.” (ID n.º 75402816 - Pág. 2)

De rigor, portanto, o deferimento do benefício, porquanto comprovado o exercício de atividade rural pelo período de carência legalmente exigido.

A aposentadoria corresponde ao valor de um salário mínimo mensal, nos termos do art. 143 da Lei n.º 8.213/91.

O termo inicial do benefício previdenciário deve retroagir à data do requerimento administrativo, de acordo com a previsão contida no inciso II do art. 49 da Lei n.º 8.213/91. Na ausência de demonstração do requerimento, o termo inicial deve retroagir à data da citação, ocasião em que a autarquia tomou conhecimento da pretensão.

No caso, existe comprovação de requerimento (em 20/05/2016), devendo o termo inicial ser nele fixado.

Devida a gratificação natalina, nos termos preconizados no art. 7.º, inciso VIII, da Constituição da República.

A correção monetária das parcelas vencidas se dará nos termos da normatização de regência (Lei n.º 6.899/1981 e legislação superveniente), bem como do Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos na Justiça Federal, observado o decidido, sob a sistemática da repercussão geral, no Recurso Extraordinário n.º 870.947, de 20/9/2017, sob relatoria do Ministro Luiz Fux.

Fica afastada a incidência da Taxa Referencial (TR) na condenação, pois o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar embargos declaratórios no recurso extraordinário em questão, decidiu pela não modulação dos efeitos.

Os juros moratórios são devidos à razão de 0,5% (meio por cento) ao mês, a contar da citação, nos termos dos arts. 1.062 do Código Civil de 1916 e 240 do Código de Processo Civil. A partir da vigência do novo Código Civil (Lei n.º 10.406/2002), deverão ser computados nos termos do art. 406 deste diploma, em 1% (um por cento) ao mês, nesse caso até 30/6/2009. A partir de 1.º de julho de 2009, incidirão, uma única vez, até a conta final que servir de base para a expedição do precatório, para fins de atualização monetária e de juros, os índices oficiais de remuneração básica e de juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos do art. 1.º-F da Lei n.º 9.494/97, com a redação dada pela Lei n.º 11.960/2009 (Repercussão Geral no RE n.º 870.947), observada, quanto ao termo final da incidência, a tese firmada em Repercussão Geral no RE n.º 579.431, de 19/4/2017, Rel. Ministro Marco Aurélio.

Nos termos do art. 4.º, inciso I, da Lei Federal n.º 9.289/1996, o INSS está isento do pagamento de custas processuais nas ações de natureza previdenciária ajuizadas nesta Justiça Federal, assim como o está naquelas aforadas na Justiça do estado de São Paulo, por força do art. 6.º da Lei Estadual n.º 11.608/2003, c. c. o art. 1.º, § 1.º, da mesma Lei n.º 9.289/1996, circunstância que não o exime, porém, de arcar com as custas e as despesas processuais em restituição à parte autora, em decorrência da sucumbência, na hipótese de pagamento prévio.

Já no que diz respeito às ações propostas perante a Justiça do estado de Mato Grosso do Sul, as normativas que tratavam da aludida isenção (Leis Estaduais n.º 1.135/91 e n.º 1.936/98) restaram revogadas a partir da edição da Lei Estadual n.º 3.779/09 (art. 24, §§ 1.º e 2.º), pelo que, nos feitos advindos daquela Justiça Estadual, de rigor a imposição à autarquia previdenciária do pagamento das custas processuais, exigindo-se o recolhimento apenas ao final da demanda, caso caracterizada a sucumbência.

À vista do quanto previsto no art. 85 do Código de Processo Civil, sendo o caso de sentença ilíquida, o percentual da verba honorária deverá ser fixado na liquidação do julgado, com observância ao disposto no inciso II do § 4.º, c. c. o § 11, ambos do art. 85 do CPC, bem como no art. 86 do mesmo diploma legal.

Os honorários advocatícios incidem sobre as parcelas vencidas até a sentença de procedência (STJ, Súmula 111).

Quanto ao prequestionamento suscitado, saliente-se inexistir contrariedade alguma a legislação federal ou a dispositivos constitucionais.

Posto isso, não conheço do reexame necessário e nego provimento à apelação.

É o voto.

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE A TRABALHADOR RURAL. ART. 143 DA LEI N.º 8.213/91. COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE DE RURÍCOLA NO PERÍODO ANTERIOR AO REQUERIMENTO. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.

- Não conhecimento do reexame necessário, conforme disposto no art. 496, § 3.º, inciso I, do Código de Processo Civil, que afasta a exigência do duplo grau de jurisdição quando a condenação ou o proveito econômico for inferior a 1.000 salários mínimos.
- A atividade rural deve ser comprovada por meio de início de prova material, aliada à prova testemunhal.
- O conjunto probatório é suficiente para ensejar a concessão do benefício vindicado.
- Reconhecimento da procedência do pedido formulado. Apelação não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu não conhecer do reexame e negar provimento à apelação do INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5500610-10.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: MARIA FIGUEIREDO DOS SANTOS
Advogado do(a) APELADO: LOURDES ROSELY GALLETTI MARTINEZ FACCIOLI - SP58206-N
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5500610-10.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: MARIA FIGUEIREDO DOS SANTOS
Advogado do(a) APELADO: LOURDES ROSELY GALLETTI MARTINEZ FACCIOLI - SP58206-N
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Demanda proposta objetivando a concessão de aposentadoria por idade a trabalhadora rural, prevista no art. 143 da Lei n.º 8.213/91.

O juízo *a quo* julgou procedente o pedido formulado, reconhecendo à parte autora o direito ao benefício pretendido, a partir da data do requerimento administrativo (15/09/2016).

O INSS apela, pleiteando a reforma da sentença, sustentando, em síntese, o não cumprimento dos requisitos legais à concessão em questão. Subsidiariamente, requer a reforma parcial da sentença para que seja fixada a DIB na data da citação, bem como, a aplicação de juros e correção monetária nos termos do art. 1.º-F da Lei n.º 9.494/97 (redação dada pela Lei n.º 11.960/2009), incidentes somente até a data da conta. Ao final, prequestiona a matéria.

Sem contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5500610-10.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: MARIA FIGUEIREDO DOS SANTOS
Advogado do(a) APELADO: LOURDES ROSELY GALLETTI MARTINEZ FACCIOLI - SP58206-N
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Tempestivo o recurso e presentes os demais requisitos de admissibilidade, passa-se ao exame da insurgência propriamente dita, considerando-se a matéria objeto de devolução.

APOSENTADORIA POR IDADE (RURAL)

O benefício de aposentadoria por idade a trabalhador rural encontra-se disciplinado nos arts. 39, inciso I; 48, §§ 1.º e 2.º; e 143 da Lei n.º 8.213/91.

Antes mesmo do advento da Lei de Benefícios, a Lei Complementar n.º 11, de 25 de maio de 1971, que instituiu o Programa de Assistência ao Trabalhador Rural, em seu art. 4.º dispunha que a aposentadoria seria devida quando se completassem 65 anos de idade, cabendo a concessão do benefício apenas ao respectivo chefe ou arrimo de família (parágrafo único).

Por sua vez, de acordo com o art. 5.º da Lei Complementar n.º 16/73, o trabalhador rural deveria comprovar a sua atividade pelo menos nos três últimos anos anteriores à data do pedido do benefício.

Referidos dispositivos não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, que passou para 60 anos, para homens, e 55, para mulheres, a idade mínima exigida para a concessão do benefício (art. 201, § 7.º, inciso II), excluindo a exigência da condição de chefe de família.

Além do requisito etário (60 anos, se homem, e 55 anos, se mulher), o trabalhador rural deve comprovar o exercício de atividade rural, mesmo que descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses idêntico à carência do benefício.

O dispositivo legal citado deve ser analisado em consonância com o art. 142 da Lei de Benefícios.

Não se exige do trabalhador rural o cumprimento de carência (art. 26, inciso III), como o dever de verter contribuição por determinado número de meses, senão a comprovação do exercício laboral durante o período respectivo.

Vale dizer: em relação às contribuições previdenciárias, é assente, desde sempre, o entendimento de serem desnecessárias, sendo suficiente a comprovação do efetivo exercício de atividade no meio rural (STJ, REsp n.º 207.425, 5.ª Turma, j. em 21/9/1999, v.u., DJ de 25/10/1999, p. 123, Rel. Ministro Jorge Scartezini; e STJ, RESP n. 502.817, 5.ª Turma, j. em 14/10/2003, v.u., DJ de 17/11/2003, p. 361, Rel. Ministra Laurita Vaz).

Noutro passo, com relação ao art. 143 da Lei n.º 8.213/91, a regra transitória assegurou aos rurícolas o direito de requerer aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo, durante 15 (quinze) anos, contados da vigência da referida Lei.

Assim, o referido prazo expiraria em 25/7/2006.

Entretanto, em relação ao trabalhador rural enquadrado como segurado empregado ou como segurado contribuinte individual, que presta serviços de natureza rural, em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego, o aludido prazo foi prorrogado por mais 2 (dois) anos, estendendo-se até 25/7/2008, em face do disposto na MP n.º 312/06, convertida na Lei n.º 11.368/06.

Posteriormente, a Medida Provisória n.º 410/07, convertida na Lei n.º 11.718/08, estabeleceu nova prorrogação para o prazo previsto no art. 143 da Lei n.º 8.213/91, ao determinar, em seu art. 2.º, que “*Para o trabalhador rural empregado, o prazo previsto no art. 43 da Lei n.º 8.213/91, de 24 de julho de 1991, fica prorrogado até o dia 31 de dezembro de 2010*” (art. 2.º) e, em seu art. 3.º, que “*Na concessão de aposentadoria por idade do empregado rural, em valor equivalente ao salário mínimo, serão contados para efeito de carência: I - até 31 de dezembro de 2010, a atividade comprovada na forma do art. 143 da Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991; II - de janeiro de 2011 a dezembro de 2015, cada mês comprovado de emprego, multiplicado por 3 (três), limitado a 12 (doze) meses, dentro do respectivo ano civil; e III - de janeiro de 2016 a dezembro de 2020, cada mês comprovado de emprego, multiplicado por 2 (dois), limitado a 12 (doze) meses dentro do respectivo ano civil*”.

É de observar-se que, para os empregados rurais e contribuintes individuais eventuais, a regra permanente do art. 48 da Lei n.º 8.213/91 continua a exigir, para concessão de aposentadoria por idade a rurícolas, apenas a comprovação do efetivo exercício de “atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência do benefício pretendido”, consoante §§ 1.º e 2.º do referido dispositivo.

Essa comprovação do labor rural, nos termos dos arts. 48 e 143 da Lei de Benefícios, dar-se-á por meio de prova documental, ainda que incipiente, e, nos termos do art. 55, § 3.º, da retrocitada Lei, corroborada por prova testemunhal.

Acrescente-se que a jurisprudência de longa data vem atentando para a necessidade dessa conjunção de elementos probatórios (início de prova documental e colheita de prova testemunhal), o que resultou até mesmo na edição do verbete n.º 149 da Súmula da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, in verbis:

"A prova exclusivamente testemunhal não basta a comprovação da atividade rurícola, para efeito de obtenção do benefício previdenciário".

DO CASO DOS AUTOS

O requisito etário restou satisfeito, pois a parte autora completou a idade mínima em 24/12/2015, devendo comprovar o exercício de atividade rural por 180 meses.

A autora afirmou que, desde sua mocidade, sempre laborou “*na roça, com e sem registro na CTPS em regime de economia familiar*”. Sustenta ter começado a trabalhar com os pais, em propriedades rurais no Estado da Bahia, no cultivo de milho, feijão, arroz, abóbora, entre outros. Aos 18 anos, mudou-se para o município de Leme-SP, e continuou o labor campesino ao lado do marido, tendo residido em várias propriedades rurais, tal como Fazenda Jatobá, onde colhiam algodão e laranja. Também trabalhou em vários sítios e fazendas nos bairros do Caju e de Taquari, ambos localizados no município de Leme-SP, no cultivo de algodão e de laranja.

Para demonstrar as alegações, juntou documentos, dentre os quais destaca-se a cópia reprográfica da sua CTPS, com diversos registros do labor rural (de 1986 até 2008), de forma descontínua, conforme se transcreve a seguir:

- de 05.08.1986 a 16.03.1987 – CARGIL CITRUS LTDA, no cargo de “*trabalhadora rural safrista*”, com “*remuneração variável, dependendo da quantidade de frutas colhidas*”;
- de 11.05.1987 a 24.10.1987 - AGROPECUÁRIA CRESCIUMAL S.A, no cargo de “*trabalhadora rural*”, na “*FAZENDA CRESCIUMAL*”;
- de 04.01.1988 a 06.02.1988 - AGROPECUÁRIA CRESCIUMAL S.A, no cargo de “*trabalhadora rural*”, na “*FAZENDA CRESCIUMAL*”;
- de 20.06.1988 a 19.09.1988 - MANOEL RUÍZ, no “*SÍTIO NOSSA SENHORA APARECIDA*” – Leme-SP, no cargo de “*cortadora de cana*”;
- de 01.08.1994 a 05.12.1994 - KIKI COMERCIAL EXP.IMP. LTDA, no cargo de “*colhedora de laranjas*”;
- de 02.01.1995 a 10.03.1995 - J.O. AGROPECUÁRIA S/A, no cargo de “*trabalhadora rural*”, na “*FAZENDA SANTA LÚCIA*”;
- de 07.08.1995 a 05.09.1995 - RUTH DO COUTO RIBEIRO DA LUZ, no cargo de “*colhedora de café*” na “*FAZENDA TERRA NOVA*” – Leme-SP, com “*remuneração variável*”, dependendo da “*quantidade de café colhido*”;
- de 17.07.2000 a 13.09.2000 – na “*FAZENDA SETE LAGOAS S.A*”, no cargo de “*trabalhadora rural*”;
- de 15.01.2001 a 19.03.2001 - PALMEIRAS AGRÍCOLA LTDA, na “*FAZENDA PALMEIRAS*”, espécie do estabelecimento: “*citricultura*”, no cargo de “*colhedora*”;
- de 01.08.2005 a 01.10.2005 - L. C. PASCHOALINOTO EPP, no cargo de “*colhedora*”, espécie: “*serviço de colheita*”;

- de 18.06.2007 a 03.07.2007 - AMBIENTAL - N. BATISTA EPP, no cargo de “trabalhador(a) na citricultura/colhedor(a)”, espécie: “atividades rurais”;
- de 01.07.2008 a 13.12.2008 - JOSÉ APARECIDO FONTANARI E OUTROS CONSORCIO CITRICULTORES SANTA RITA (espécie: Produtor Rural), no “SÍTIO BOA ESPERANÇA”, Cascalho, Pirassununga/SP, no cargo de “colhedora”.

O INSS juntou consulta ao Sistema CNIS da Previdência Social (Id Num. 50511863 - Pág. 1), que confirma os doze vínculos indicados na CTPS da autora.

Cabe ressaltar a existência de prova oral. As testemunhas JOSÉ FERREIRA LIMA e MARIA IZABEL ALVES declaram que conhecem a parte autora há bastante tempo e confirmam o alegado labor rural, não havendo nenhum fato que possa macular os testemunhos, em especial pela simetria de tudo quanto relatado.

Conforme enfatizou o MM. Juiz de Direito da 2.^a Vara Cível da Comarca de Leme/SP, “as testemunhas ouvidas em juízo corroboraram o teor da prova material, pois foram uniformes em reconhecer o efetivo labor rural desenvolvido pela autora, que se estendeu por aproximadamente 30 anos, em áreas rurais da região, nos bairros Caju e Taquari, com os torneiros Borges, Luizinho Boff e Antonio Luiz. A peregrinação da autora ao longo da vida, (pelo menos até 2016 - p. 62) envolveu o plantio e colheita de algodão, feijão e laranja.”

Neste caso, a carteira de trabalho constitui início de prova material, o que foi corroborado pela prova testemunhal, confirmando a atividade campesina desempenhada pela parte autora.

De rigor, portanto, o deferimento do benefício, porquanto comprovado o exercício de atividade rural pelo período de carência legalmente exigido.

A aposentadoria corresponde ao valor de um salário mínimo mensal, nos termos do art. 143 da Lei n.º 8.213/91.

O termo inicial do benefício previdenciário deve retroagir à data do requerimento administrativo, de acordo com a previsão contida no inciso II do art. 49 da Lei n.º 8.213/91. Na ausência de demonstração do requerimento, o termo inicial deve retroagir à data da citação, ocasião em que a autarquia tomou conhecimento da pretensão.

No caso, existe comprovação de requerimento, devendo o termo inicial ser nele fixado.

Devida a gratificação natalina, nos termos preconizados no art. 7.º, inciso VIII, da Constituição da República.

A correção monetária das parcelas vencidas se dará nos termos da normatização de regência (Lei n.º 6.899/1981 e legislação superveniente), bem como do Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos na Justiça Federal, observado o decidido, sob a sistemática da repercussão geral, no Recurso Extraordinário n.º 870.947, de 20/9/2017, sob relatoria do Ministro Luiz Fux.

Fica afastada a incidência da Taxa Referencial (TR) na condenação, pois o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar embargos declaratórios no recurso extraordinário em questão, decidiu pela não modulação dos efeitos.

Os juros moratórios são devidos à razão de 0,5% (meio por cento) ao mês, a contar da citação, nos termos dos arts. 1.062, do Código Civil de 1916, e 240, do Código de Processo Civil. A partir da vigência do novo Código Civil (Lei n.º 10.406/2002), deverão ser computados nos termos do art. 406 deste diploma, em 1% (um por cento) ao mês, nesse caso até 30/06/2009. A partir de 1.º de julho de 2009, incidirão, uma única vez, até a conta final que servir de base para a expedição do precatório, para fins de atualização monetária e de juros, os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos do art. 1.º-F, da Lei n.º 9.494/97, com a redação dada pela Lei n.º 11.960/2009 (Repercussão Geral no RE n.º 870.947), observada, quanto ao termo final da incidência, a tese firmada em Repercussão Geral no RE n.º 579.431, de 19/4/2017, Rel. Ministro Marco Aurélio.

Nos termos do art. 4.º, inciso I, da Lei Federal n.º 9.289/1996, o INSS está isento do pagamento de custas processuais nas ações de natureza previdenciária ajuizadas nesta Justiça Federal, assim como o está naquelas aforadas na Justiça do Estado de São Paulo, por força do art. 6.º da Lei Estadual n.º 11.608/2003, c. c. o art. 1.º, § 1.º, da mesma Lei n.º 9.289/1996, circunstância que não o exime, porém, de arcar com as custas e as despesas processuais em restituição à parte autora, em decorrência da sucumbência, na hipótese de pagamento prévio.

Em relação aos honorários advocatícios, conforme previsto no art. 85 do Código de Processo Civil, sendo o caso de sentença íliquida, o percentual da verba honorária deverá ser fixado na liquidação do julgado, com observância ao disposto no inciso II do § 4.º, c. c. o § 11, ambos do art. 85 do CPC, bem como no art. 86 do mesmo diploma legal, devendo incidir os honorários advocatícios sobre as parcelas vencidas até a sentença de procedência (STJ, Súmula 111).

Quanto ao prequestionamento suscitado, saliente-se inexistir contrariedade alguma a legislação federal ou a dispositivos constitucionais.

Posto isso, nego provimento à apelação.

É o voto.

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE A TRABALHADOR RURAL. ART. 143 DA LEI N.º 8.213/91. COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE DE RURÍCOLA NO PERÍODO ANTERIOR AO REQUERIMENTO. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.

- A atividade rural deve ser comprovada por meio de início de prova material, aliada à prova testemunhal.
- O conjunto probatório é suficiente para ensejar a concessão do benefício vindicado.
- Reconhecimento da procedência do pedido formulado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento à apelação do INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 6171751-40.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: DENEVAL VIEIRA DE OLIVEIRA
Advogado do(a) APELANTE: JACKCELI MENDES CARDOZO - SP348871-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 6171751-40.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: DENEVAL VIEIRA DE OLIVEIRA
Advogado do(a) APELANTE: JACKCELI MENDES CARDOZO - SP348871-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Demanda proposta objetivando a concessão de aposentadoria por idade a trabalhador rural, prevista no art. 143 da Lei n.º 8.213/91.

O juízo *a quo* julgou improcedente o pedido formulado.

A parte autora apela, pleiteando a reforma da sentença, sustentando, em síntese, o cumprimento dos requisitos legais à concessão pretendida. Requer a concessão da tutela provisória de urgência.

Sem contrarrazões, subiram os autos.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6171751-40.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: DENEVAL VIEIRA DE OLIVEIRA
Advogado do(a) APELANTE: JACK CELI MENDES CARDOZO - SP348871-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Tempestivo o recurso e presentes os demais requisitos de admissibilidade, passa-se ao exame da insurgência propriamente dita, considerando-se a matéria objeto de devolução.

APOSENTADORIA POR IDADE (RURAL)

O benefício de aposentadoria por idade a trabalhador rural encontra-se disciplinado nos arts. 39, inciso I; 48, §§ 1.º e 2.º; e 143 da Lei n.º 8.213/91.

Antes mesmo do advento da Lei de Benefícios, a Lei Complementar n.º 11, de 25 de maio de 1971, que instituiu o Programa de Assistência ao Trabalhador Rural, em seu art. 4.º dispunha que a aposentadoria seria devida quando se completassem 65 anos de idade, cabendo a concessão do benefício apenas ao respectivo chefe ou arrimo de família (parágrafo único).

Por sua vez, de acordo com o art. 5.º da Lei Complementar n.º 16/73, o trabalhador rural deveria comprovar a sua atividade pelo menos nos três últimos anos anteriores à data do pedido do benefício.

Referidos dispositivos não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, que passou para 60 anos, para homens, e 55, para mulheres, a idade mínima exigida para a concessão do benefício (art. 201, § 7.º, inciso II), excluindo a exigência da condição de chefe de família.

Além do requisito etário (60 anos, se homem, e 55 anos, se mulher), o trabalhador rural deve comprovar o exercício de atividade rural, mesmo que descontinua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses idêntico à carência do benefício.

O dispositivo legal citado deve ser analisado em consonância com o art. 142 da Lei de Benefícios.

Não se exige do trabalhador rural o cumprimento de carência (art. 26, inciso III), como o dever de verter contribuição por determinado número de meses, senão a comprovação do exercício laboral durante o período respectivo.

Vale dizer: em relação às contribuições previdenciárias, é assente, desde sempre, o entendimento de serem desnecessárias, sendo suficiente a comprovação do efetivo exercício de atividade no meio rural (STJ, REsp n.º 207.425, 5.ª Turma, j. em 21/9/1999, v.u., DJ de 25/10/1999, p. 123, Rel. Ministro Jorge Scartezini; e STJ, RESP n. 502.817, 5.ª Turma, j. em 14/10/2003, v.u., DJ de 17/11/2003, p. 361, Rel. Ministra Laurita Vaz).

Noutro passo, com relação ao art. 143 da Lei n.º 8.213/91, a regra transitória assegurou aos rurícolas o direito de requerer aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo, durante 15 (quinze) anos, contados da vigência da referida Lei.

Assim, o referido prazo expiraria em 25/7/2006.

Entretanto, em relação ao trabalhador rural enquadrado como segurado empregado ou como segurado contribuinte individual, que presta serviços de natureza rural, em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego, o aludido prazo foi prorrogado por mais 2 (dois) anos, estendendo-se até 25/7/2008, em face do disposto na MP n.º 312/06, convertida na Lei n.º 11.368/06.

Posteriormente, a Medida Provisória n.º 410/07, convertida na Lei n.º 11.718/08, estabeleceu nova prorrogação para o prazo previsto no art. 143 da Lei n.º 8.213/91, ao determinar, em seu art. 2.º, que “Para o trabalhador rural empregado, o prazo previsto no art. 43 da Lei n.º 8.213/91, de 24 de julho de 1991, fica prorrogado até o dia 31 de dezembro de 2010” (art. 2.º) e, em seu art. 3.º, que “Na concessão de aposentadoria por idade do empregado rural, em valor equivalente ao salário mínimo, serão contados para efeito de carência: I - até 31 de dezembro de 2010, a atividade comprovada na forma do art. 143 da Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991; II - de janeiro de 2011 a dezembro de 2015, cada mês comprovado de emprego, multiplicado por 3 (três), limitado a 12 (doze) meses, dentro do respectivo ano civil; e III - de janeiro de 2016 a dezembro de 2020, cada mês comprovado de emprego, multiplicado por 2 (dois), limitado a 12 (doze) meses dentro do respectivo ano civil”.

É de observar-se que, para os empregados rurais e contribuintes individuais eventuais, a regra permanente do art. 48 da Lei n.º 8.213/91 continua a exigir, para concessão de aposentadoria por idade a rurícolas, apenas a comprovação do efetivo exercício de “atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência do benefício pretendido”, consoante §§ 1.º e 2.º do referido dispositivo.

Essa comprovação do labor rural, nos termos dos arts. 48 e 143 da Lei de Benefícios, dar-se-á por meio de prova documental, ainda que incipiente, e, nos termos do art. 55, § 3.º, da retrocitada Lei, corroborada por prova testemunhal.

Acrescente-se que a jurisprudência de longa data vem atentando para a necessidade dessa conjunção de elementos probatórios (início de prova documental e colheita de prova testemunhal), o que resultou até mesmo na edição do verbete n.º 149 da Súmula da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: ”

“A prova exclusivamente testemunhal não basta a comprovação da atividade rural, para efeito de obtenção do benefício previdenciário”.

DO CASO DOS AUTOS

O requisito etário restou satisfeito, pois a parte autora completou a idade mínima em 29/11/2015, devendo comprovar o exercício de atividade rural por 180 meses.

Na exordial, o Autor afirma que exercia labor urbano desde 1975 e, após ter casado com ONEZIA BERNARDO, em 17/04/1982, passou a exercer atividade rural, em regime de economia familiar. Esclarece que sua esposa sempre auxiliou o pai na lavoura e que, após o casamento, o autor passou a residir na propriedade rural do sogro (Sítio Água Marinha), auxiliando a família no labor campesino.

Para comprovar as alegações, juntou muitos documentos, dentre os quais destacam-se:

- recibo de compra e venda, registrado em cartório, do imóvel rural “com 01 (um) alqueire paulista, situado no bairro Pindaíba do Meio, no município de Jacupiranga, Estado de São Paulo”, comprovando a aquisição do “Sítio Água Marinha” pelo sogro do requerente - Sr. BRAULIO BERNARDO (lavrador) em 30/12/1970;

- certidão de casamento, celebrado em 17/04/1982, com ONEZIA BERNARDO;

- declaração, emitida em 04/06/1982, pelo Ministério da Agricultura de cadastro do referido imóvel rural (“Sítio Água Marinha”), classificado como “terra apropriada para lavoura”, registrando o cultivo de banana;

- “Histórico escolar do 1.º Grau” de GLEICE KELLY DE OLIVEIRA (filha do casal), nascida em 14/01/1983, com timbre da Secretaria de Estado da Educação de São Paulo, revelando que esteve matriculada na Unidade Escolar denominada “EEPG (R) Sítio São José” – em Jacupiranga-SP, de 1990 a 1993, prosseguindo seus estudos na unidade escolar rural denominada “EEPG - Prof.ª Mary Azevedo de Carvalho”, de 1995 a 1998 – em Cajati – SP;

- “Histórico escolar – Ensino Fundamental” de DENIS MARCELO DE OLIVEIRA (filho do casal), nascido em 17/05/1993, com timbre da Secretaria de Estado da Educação de São Paulo, revelando que esteve matriculado na unidade escolar rural denominada “EM. Prof. Francisco José de Lima Jr.” – em Cajati – SP, de 2000 a 2003 e na unidade escolar rural de Jacupiranga-SP, de 2004 a 2005;

- documentos emitidos pelo Ministério da Fazenda – Secretaria da Receita Federal, com Informação e Atualização Cadastral (DIAC) sobre o imóvel denominado “Sítio Água Marinha” para Declaração do Imposto Territorial Rural (ITR) nos exercícios de 1998 e 2017 (com identificação do apelante como contribuinte);

- diversos recibos de entrega da declaração do ITR à Secretaria da Receita Federal do imóvel “Sítio Água Marinha” - relativos exercícios de 2002 a 2018;

- Certificado de Cadastro de Imóvel Rural (CCIR), referente ao “Sítio Água Marinha”, emitido pelo Ministério do Desenvolvimento Agrário (MDA) – Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) nos anos de 2002 a 2005;

- Termo de doação (em 2008), devidamente registrado em cartório, do imóvel rural conhecido como “Sítio Água Marinha, situado no bairro Pindaíba do Meio, no município de Jacupiranga, Estado de São Paulo”, constando como doadores: Sr. BRÁULIO BERNARDO e sua esposa MARIA RANGEL BERNARDO (respectivamente, sogro e sogra do apelante) e donatários: DENEVAL VIEIRA DE OLIVEIRA e ONEZIA BERNARDO DE OLIVEIRA;

- Cadastro Ambiental Rural (CAR) do “Sítio Água Marinha”, constando como atividade principal: “agricultura”, emitido pelo Sistema Ambiental Paulista, em nome de DENEVAL VIEIRA DE OLIVEIRA (agricultor familiar);

- notas fiscais de compras em expressiva quantidade, com timbre da Cooperativa denominada “Família do Vale”, em nome de DENEVAL VIEIRA DE OLIVEIRA, identificado como agricultor remetente das mercadorias, comprovando a produção (por todo o período de carência), na aludida propriedade rural, de cheiro verde, couve, abóbora, chuchu, banana prata, alface, mandioca, maracujá, pepino, quiabo, banana nanica, rúcula, beterraba, jiló, feijão, berinjela, inhame, banana, limão, abacate, abobrinha e vagem;

- diversos recibos (todos dentro do período de carência), comprovando o pagamento feito pelo demandante, relativamente à “mensalidade SINTRAVALÉ”;

- comprovante de inscrição e de situação cadastral “ativa” perante a Receita Federal, em nome do demandante, comprovando o cultivo de banana e de maracujá na referida propriedade rural (em 21/11/2012);

- cópias de Roteiros Simplificados de Propostas para Crédito Rural, subscritos pelo requerente, em relação ao empreendimento no “Sítio Água Marinha”, especificamente para plantio de banana, constando como valor do financiamento: R\$ 2.000,00 (dois mil reais) em 24/08/2009 e em 26/10/2010 e R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) em 18/02/2013;

- Declarações de Aptidão ao PRONAF, emitidas em 24/09/2009, 25/06/2010 e 17/09/2012 (com validade até 17/09/2018), constando o cadastro de agricultores familiares em nome de DENEVAL VIEIRA DE OLIVEIRA e de sua esposa ONEZIA BERNARDO DE OLIVEIRA – local de residência: estabelecimento rural denominado “Sítio Água Marinha”;

- declaração emitida pela Cooperativa denominada “FAMÍLIA DO VALE, Cooperativa Agroecológica dos Agricultores Familiares do Vale do Ribeira e Litoral Sul”, comprovando a atividade campesina do demandante e de sua esposa, em regime de economia familiar, no “Sítio Águas Marinhas”, em Jacupiranga - São Paulo, entregando produtos naquela Cooperativa no período de 28/06/2010 a 22/10/2018;

- declaração emitida pela Secretaria de Agricultura e Abastecimento do Governo do Estado de São Paulo, acerca da conformidade da atividade agropecuária exercida por DENEVAL VIEIRA DE OLIVEIRA (em 18/12/2012), dando conta do “cultivo de espécies de interesse agrícola temporárias semi-perenes e perenes (investimento na cultura da banana)”, no “Sítio Águas Marinhas - área a qual se refere a atividade declarada: 1,50 ha”;

- declaração, subscrita pela proprietária da Agropecuária denominada “Mina do Vale” em 14/02/2017, atestando que o Sr. DENEVAL VIEIRA DE OLIVEIRA (identificado como proprietário rural residente no referido sítio) “compra produtos agrícolas desde o ano de 1995”;

- diversos recibos de compra e venda de insumos e de produtos de plantio para entrega no “Sítio Água Marinha”, todos em nome de DENEVAL VIEIRA DE OLIVEIRA e dentro do aludido período de carência;

- declaração, com data de 03/12/2018, de que o DENEVAL VIEIRA DE OLIVEIRA, residente no “Sítio Águas Marinhas, “é cliente há mais de 15 anos” do estabelecimento Agropecuário Mina do Vale.

Cabe ressaltar a existência de prova oral. As testemunhas declaram que conhecem a parte autora há bastante tempo e confirmam o alegado labor rural, há mais de 20 anos, em regime de economia familiar.

Saliente-se que a testemunha ALINE SANTOS DE NOVAIS declarou conhecer DENEVAL VIEIRA DE OLIVEIRA “há uns 20 anos; que ele é produtor rural; que trabalha até hoje produzindo; que conta com a ajuda da família apenas; que ele participa dos programas que a depoente também participa na cooperativa e na merenda da Prefeitura Municipal” (Termo de depoimento - ID. n.º 104914069 - Pág. 1)

Por sua vez, a testemunha MARIA CÉLIA DUNGA NASCIMENTO disse “que conhece o autor há muitos anos, pois trabalha no sítio próximo; que também é agricultora familiar e que entregam a produção juntos; que no sítio o autor tinha a ajuda da esposa, filho e sogro, o qual pela idade não auxilia mais na propriedade, contando atualmente com a ajuda da esposa e filho.” (Termo de depoimento - ID. n.º 104914070 - Pág. 1).

Por fim, a testemunha NÉLIO LIBERATO, Presidente da Cooperativa Família do Vale disse que conhece DENEVAL VIEIRA DE OLIVEIRA “desde 2009; que ele é agricultor familiar; que o depoente atualmente é presidente na Cooperativa Família do Vale e o autor é cooperado, entregando à Cooperativa os produtos que são o resultado do seu trabalho de plantio no sítio”. Afirmou “que existem requisitos a serem cumpridos para participar da cooperativa e ser um cooperado e que um deles é a comprovação de produção em regime familiar, o qual é comprovado com a DAP – Declaração de Aptidão ao PRONAF – que é um documento emitido pelo Governo Federal para o agricultor familiar; como se fosse um RG, provando que é agricultor familiar e que para a emissão da DAP há várias normas a serem observadas.” (Termo de depoimento - ID. n.º 104914071 - Pág. 1).

É relevante enfatizar que a improcedência do pleito teve por premissa a alegação de ausência de apresentação de “início de prova material que demonstrasse o exercício de atividade rural”, “não sendo possível a concessão do benefício somente com base em prova testemunhal”. (ID. n.º 104914067 - Pág. 2).

Em que pese a argumentação do Juízo *a quo*, não se pode perder de vista que a robusta prova documental juntada aos autos constitui início de prova material, o que foi corroborado pela prova testemunhal, confirmando a atividade campesina da parte autora pelo período de carência.

Frise-se que o fato de o autor ter exercido atividade urbana de 1977 a 1990 não afasta seu direito ao benefício vindicado, eis que restou provada a predominância da atividade rural durante todo o período de carência.

Nesse sentido, esta Corte assim vem decidindo:

“PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. DECISÃO FUNDAMENTADA.

(...) III - Não há que se considerar o registro em trabalho urbano do cônjuge, para descaracterizar a atividade rurícola alegada, porque se deu por período curto e muito provavelmente em época de entressafra, em que o trabalhador rural necessita buscar outra atividade que lhe garanta a subsistência.

IV - Vínculos empregatícios em atividade urbana, se deram de forma descontínua, por pequenos lapsos temporais.

V - A interpretação da regra contida no artigo 143 possibilita a adoção da orientação imprimida nos autos. É que a expressão "atividade rural, ainda que descontínua", inserta na norma, permite concluir que tal descontinuidade possa corresponder a tantos períodos quantos forem aqueles em que o trabalhador exerceu a atividade no campo. Mesmo que essa interrupção, ou descontinuidade se refira ao último período.

VI - Autor(a) trabalhou no campo por mais de 13 (treze) anos. É o que mostra o exame da prova produzida. Completou 60 anos em 2006, tendo, portanto, atendido às exigências legais quanto à carência, segundo o artigo 142 da Lei n.º 8.213/91, por prazo superior a 150 meses.

VII - Não se exige, para efeito de aposentadoria por idade, que o trabalhador rural contribua para os cofres da Previdência, segundo preceito inserto nos referidos arts. 26, III, 39, I e 143, c.c. art. 55 § 2º.

VIII - Matéria dispensa maior digressão, estando comprovado o exercício da atividade no campo, com razoável início de prova documental.

IX - Agravo não provido.”

(TRF 3ªR, AC 200761230003146, Relatora JUIZA MARIANINA GALANTE, OITAVA TURMA, DJF3 CJI DATA:27/07/2010 PÁGINA: 849)

“PREVIDENCIÁRIO/PROCESSUAL CIVIL. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. REQUISITOS PREENCHIDOS. ATIVIDADE RURAL PELO PERÍODO DE CARÊNCIA COMPROVADA. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR CONFIGURADO. CARÊNCIA MÍNIMA E QUALIDADE DE SEGURADO ESPECIAL CONFIRMADA. TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. APELAÇÃO DO INSS PARCIALMENTE PROVIDA. SENTENÇA MANTIDA EM PARTE.

1. A aposentadoria por idade de rurícola reclama idade mínima de 60 anos, se homem, e 55 anos, se mulher (§ 1º do art. 48 da Lei n.º 8.213/91), além da demonstração do exercício de atividade rural, bem como o cumprimento da carência mínima exigida no art. 142 da referida lei. De acordo com a jurisprudência, é suficiente a tal demonstração o início de prova material corroborado por prova testemunhal.

2. A parte autora pleiteia a aposentadoria por idade rural em regime de economia familiar, alegando o trabalho conjuntamente com seu marido na propriedade pertencente à família do marido e, para comprovar o alegado acostou aos autos cópias de sua certidão de casamento, contraído no ano de 1984 e certidões de nascimento dos filhos, nascidos respectivamente nos anos de 1991, 2002 e 1986, em cujas certidões a autora se declarou como sendo do lar e seu marido como lavrador; CTPS da autora constando um pequeno contrato de trabalho exercido como empregada doméstica no período compreendido entre o ano de 2004 e 2005; CTPS do marido constando apenas sua qualificação civil; formal de partilha e averbação quinhão de herança recebida pelo marido da autora no ano de 1993, constando uma área rural de 4,95 hectares de terras, ou seja, 2,04 alqueires; ITR em nome do genitor de seu marido; notas fiscais de venda de produtos no referido imóvel nos anos de 2010, 2012 e 2017 em nome de seu marido e fotografia da família da autora dos tempos de outrora.

3. Esses documentos demonstram que seu marido sempre exerceu atividade rural e em regime de economia familiar, seja com seus pais, seja com a autora, visto não constar nenhum documento que comprove o contrário, aliado ao fato de que em todos os documentos apresentados seu marido se apresenta como lavrador e, nesse sentido, é cediço que a extensão da qualidade de trabalhador rural só é possível quando o trabalho é exercido em regime de economia familiar, conforme o caso in tela.

4. Observo que a parte autora exerceu por um curto período, compreendido entre 31/05/2004 a 11/03/2005 atividade como empregada doméstica o que não desfaz sua condição de trabalhadora rural em regime de economia familiar juntamente com seu marido, visto se tratar de um pequeno período de trabalho e pelos depoimentos testemunhais que demonstraram de forma precisa que o trabalho da autora se deu sempre na companhia do marido no pequeno imóvel da família, plantando milho, feijão e outros cereais, conforme demonstram as notas fiscais apresentadas, em nome de seu marido nos anos de 2010, 2011 e 2017.

5. A prova material demonstra o trabalho rural da autora em regime de economia familiar pelo período de carência exigido, assim como seu labor rural no alegado regime de trabalho até a data do seu implemento etário, sendo corroborada pelas testemunhas ouvidas em juízo, sob o crivo do contraditório, as quais corroboraram as alegações da autora sendo ambas uníssonas em afirmar que a autora sempre trabalhou na lavoura prestando serviços a terceiros.

6. Os recolhimentos esparsos vertidos pela parte autora nos interstícios de outubro de 2013 a março de 2016 não desfaz sua condição de trabalhadora rural em regime de economia familiar, visto que estes apenas reforçam o direito da parte autora em receber um benefício previdenciário, não podendo ser prejudicada por verter contribuições a fim de preservar a garantida de seu direito à um benefício de aposentadoria que lhe garanta seu sustento e de sua família num futuro.

7. Do conjunto probatório apresentado, restou satisfatoriamente demonstrado o trabalho rural da autora no alegado regime de economia familiar, útil a subsidiar todo período de carência necessário para a concessão da aposentadoria por idade rural, devendo ser mantida a sentença de procedência do pedido, visto que presentes os requisitos necessários para seu deferimento.

8. No concernente ao termo inicial do benefício, mantendo o determinado na sentença, a partir do requerimento administrativo (13.12.2017), tendo em vista trata-se de um direito adquirido, embora tenha sido reconhecido tardiamente, não havendo reforma nesse sentido.

9. Quanto ao cálculo dos juros de mora e correção monetária, apliquem-se os critérios estabelecidos pelo Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal vigente à época da elaboração da conta de liquidação, observando-se o decidido nos autos do RE 870947.

10. A verba honorária de sucumbência incide no montante de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, conforme entendimento desta Turma (artigo 85, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Civil/2015), aplicada a Súmula 111 do C. superior Tribunal de Justiça, segundo a qual os honorários advocatícios, nas ações de cunho previdenciário, não incidem sobre o valor das prestações vencidas após a data da prolação da sentença.

11. Apelação do INSS parcialmente provida.

12. Sentença mantida em parte.”

(TRF 3ªR, AC 5481404-10.2019.4.03.9999, Relator Desembargador Federal TORU YAMAMOTO, SÉTIMA TURMA, v.u., j. 27.01.20, DJe 09.03.20)

No mesmo sentido, precedente do C. Superior Tribunal de Justiça:

“PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. CONDIÇÃO DE RURÍCOLA. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE URBANA POR CURTOS PERÍODOS. POSSIBILIDADE.

1. O trabalhador rural, considerado segurado especial, deve comprovar o efetivo trabalho rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício.

2. A intercalação do labor campesino com curtos períodos de trabalho não rural não afasta a condição de segurado especial do lavrador.

3. Agravo regimental não provido.” (g.n.)

(AgRg no Ag n.º 167.141, Primeira Turma, Relator Ministro Benedito Gonçalves, v.u., j. 25.06.13, DJe 02.08.13)

De rigor, portanto, o deferimento do benefício, porquanto comprovado o exercício de atividade rural pelo período legalmente exigido.

A aposentadoria corresponde ao valor de um salário mínimo mensal, nos termos do art. 143 da Lei n.º 8.213/91.

O termo inicial do benefício previdenciário deve retroagir à data do requerimento administrativo, de acordo com a previsão contida no inciso II do art. 49 da Lei n.º 8.213/91.

Na ausência de demonstração do requerimento, o termo inicial deve retroagir à data da citação, ocasião em que a autarquia tomou conhecimento da pretensão.

No caso, existe comprovação de requerimento (28/08/2018), devendo o termo inicial ser nele fixado.

Devida a gratificação natalina, nos termos preconizados no art. 7.º, inciso VIII, da Constituição da República.

A correção monetária das parcelas vencidas se dará nos termos da normatização de regência (Lei n.º 6.899/1981 e legislação superveniente), bem como do Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos na Justiça Federal, observado o decidido, sob a sistemática da repercussão geral, no Recurso Extraordinário n.º 870.947, de 20/9/2017, sob relatoria do Ministro Luiz Fux.

Fica afastada a incidência da Taxa Referencial (TR) na condenação, pois o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar embargos declaratórios no recurso extraordinário em questão, decidiu pela não modulação dos efeitos.

Os juros moratórios são devidos à razão de 0,5% (meio por cento) ao mês, a contar da citação, nos termos dos arts. 1.062 do Código Civil de 1916 e 240 do Código de Processo Civil. A partir da vigência do novo Código Civil (Lei n.º 10.406/2002), deverão ser computados nos termos do art. 406 deste diploma, em 1% (um por cento) ao mês, nesse caso até 30/6/2009. A partir de 1.º de julho de 2009, incidirão, uma única vez, até a conta final que servir de base para a expedição do precatório, para fins de atualização monetária e de juros, os índices oficiais de remuneração básica e de juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos do art. 1.º-F da Lei n.º 9.494/97, com a redação dada pela Lei n.º 11.960/2009 (Repercussão Geral no RE n.º 870.947), observada, quanto ao termo final da incidência, a tese firmada em Repercussão Geral no RE n.º 579.431, de 19/4/2017, Rel. Ministro Marco Aurélio.

Nos termos do art. 4.º, inciso I, da Lei Federal n.º 9.289/1996, o INSS está isento do pagamento de custas processuais nas ações de natureza previdenciária ajuizadas nesta Justiça Federal, assim como o está naquelas aforadas na Justiça do estado de São Paulo, por força do art. 6.º da Lei Estadual n.º 11.608/2003, c. c. o art. 1.º, § 1.º, da mesma Lei n.º 9.289/1996, circunstância que não o exime, porém, de arcar com as custas e as despesas processuais em restituição à parte autora, em decorrência da sucumbência, na hipótese de pagamento prévio.

Já no que diz respeito às ações propostas perante a Justiça do estado de Mato Grosso do Sul, as normativas que tratavam da aludida isenção (Leis Estaduais n.º 1.135/91 e n.º 1.936/98) restaram revogadas a partir da edição da Lei Estadual n.º 3.779/09 (art. 24, §§ 1.º e 2.º), pelo que, nos feitos advindos daquela Justiça Estadual, de rigor a imposição à autarquia previdenciária do pagamento das custas processuais, exigindo-se o recolhimento apenas ao final da demanda, caso caracterizada a sucumbência.

À vista do quanto previsto no art. 85 do Código de Processo Civil, sendo o caso de sentença ilíquida, o percentual da verba honorária deverá ser fixado na liquidação do julgado, com observância ao disposto no inciso II do § 4.º, c. c. o § 11, ambos do art. 85 do CPC, bem como no art. 86 do mesmo diploma legal.

Os honorários advocatícios incidem sobre as parcelas vencidas até a sentença de procedência (STJ, Súmula 111), à exceção da hipótese em que a pretensão do segurado somente seja deferida em sede recursal, quando a verba honorária incidirá sobre as parcelas vencidas até a data da decisão ou acórdão, ematenção ao disposto no § 11 do art. 85 do CPC.

Posto isso, dou provimento à apelação, para reformar a sentença e julgar procedente o pedido formulado, fixando os critérios dos consectários e determinando a incidência de verba honorária nos termos da fundamentação, *supra*.

Defiro o pedido de tutela provisória de urgência, nos termos dos arts. 300, caput, 302, inciso I, 536, caput, e 537, todos do Código de Processo Civil, observando-se os efeitos do decidido no âmbito do Recurso Especial n.º 1.734.685 - SP (2018/0082173-0), para determinar ao INSS a imediata concessão da prestação em causa, tendo em vista a idade avançada da parte autora e o caráter alimentar do benefício.

O benefício é de aposentadoria por idade de trabalhador rural, no valor de um salário mínimo, com DIB em 28/08/2018.

Ofício-se

É o voto.

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. CARÊNCIA CUMPRIDA. COMPROVADA A ATIVIDADE RURAL POR INÍCIO DE PROVA MATERIAL CORROBORADO POR TESTEMUNHOS. APELAÇÃO PROVIDA.

- Requisito etário adimplido.

- Início eficaz de prova material corroborado por testemunhos firmes e convincentes.

- Comprovação de carência exigida.

- De acordo como art. 49, II, da Lei nº 8.213/91, e como entendimento esposado pela jurisprudência dominante, o termo inicial do benefício deve ser estabelecido a partir do requerimento administrativo.

- Sobre os valores em atraso incidirão juros e correção monetária em conformidade com os critérios legais compendiados no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, observadas as teses fixadas no julgamento final do RE 870.947, de relatoria do Ministro Luiz Fux.

- Deve o INSS arcar com os honorários advocatícios em percentual a ser definido na fase de liquidação, nos termos do inciso II do § 4º do art. 85 do novo Código de Processo Civil, observando-se o disposto nos §§ 3º, 5º e 11 desse mesmo dispositivo legal e considerando-se as parcelas vencidas até a data da decisão concessiva do benefício, conforme Súmula n. 111 do STJ.

- No tocante às custas processuais, delas está isenta a Autarquia Previdenciária, nos termos das Leis Federais n. 6.032/74, 8.620/93 e 9.289/96, bem como nas Leis Estaduais n. 4.952/85 e 11.608/03 (Estado de São Paulo). Contudo, tal isenção não exime a Autarquia Previdenciária do pagamento das custas e despesas processuais em restituição à parte autora, por força da sucumbência, na hipótese de pagamento prévio.

- Apelação provida para julgar procedente o pedido, concedendo-lhe o benefício de aposentadoria rural por idade, nos termos da fundamentação lançada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu dar provimento à apelação da parte autora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5559373-04.2019.4.03.9999

RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES

APELANTE: JOAO SCHIMIDT

Advogado do(a) APELANTE: MARCO ANTONIO DE MORAIS TURELLI - SP73062-N

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5559373-04.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: JOAO SCHIMIDT
Advogado do(a) APELANTE: MARCO ANTONIO DE MORAIS TURELLI - SP73062-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

8.213/91. Demanda proposta objetivando a concessão de aposentadoria por idade a trabalhador rural, prevista no art. 143 da Lei nº

O juízo *a quo* julgou improcedente o pedido formulado.

A parte autora apela, pleiteando a reforma da sentença, sustentando, em síntese, o cumprimento dos requisitos legais necessários à concessão pretendida.

Sem contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5559373-04.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: JOAO SCHIMIDT
Advogado do(a) APELANTE: MARCO ANTONIO DE MORAIS TURELLI - SP73062-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Inicialmente, esclareça-se não ser caso de se ter submetida a decisão de 1.º grau ao reexame necessário, considerando o disposto no art. 496, § 3.º, inciso I, do Código de Processo Civil, que afasta a exigência do duplo grau de jurisdição quando a condenação ou o proveito econômico for inferior a 1.000 salários mínimos.

Tempestivo o recurso e presentes os demais requisitos de admissibilidade, passa-se ao exame da insurgência propriamente dita, considerando-se a matéria objeto de devolução.

APOSENTADORIA POR IDADE (RURAL)

O benefício de aposentadoria por idade a trabalhador rural encontra-se disciplinado nos arts. 39, inciso I; 48, §§ 1.º e 2.º; e 143 da Lei n.º 8.213/91.

Antes mesmo do advento da Lei de Benefícios, a Lei Complementar n.º 11, de 25 de maio de 1971, que instituiu o Programa de Assistência ao Trabalhador Rural, em seu art. 4.º dispunha que a aposentadoria seria devida quando se completassem 65 anos de idade, cabendo a concessão do benefício apenas ao respectivo chefe ou arrimo de família (parágrafo único).

Por sua vez, de acordo com o art. 5.º da Lei Complementar n.º 16/73, o trabalhador rural deveria comprovar a sua atividade pelo menos nos três últimos anos anteriores à data do pedido do benefício.

Referidos dispositivos não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, que passou para 60 anos, para homens, e 55, para mulheres, a idade mínima exigida para a concessão do benefício (art. 201, § 7.º, inciso II), excluindo a exigência da condição de chefe de família.

Além do requisito etário (60 anos, se homem, e 55 anos, se mulher), o trabalhador rural deve comprovar o exercício de atividade rural, mesmo que descontinua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses idêntico à carência do benefício.

O dispositivo legal citado deve ser analisado em consonância com o art. 142 da Lei de Benefícios.

Não se exige do trabalhador rural o cumprimento de carência (art. 26, inciso III), como o dever de verter contribuição por determinado número de meses, senão a comprovação do exercício laboral durante o período respectivo.

Vale dizer: em relação às contribuições previdenciárias, é assente, desde sempre, o entendimento de serem desnecessárias, sendo suficiente a comprovação do efetivo exercício de atividade no meio rural (STJ, REsp n.º 207.425, 5.ª Turma, j. em 21/9/1999, v.u., DJ de 25/10/1999, p. 123, Rel. Ministro Jorge Scartezini; e STJ, RESP n. 502.817, 5.ª Turma, j. em 14/10/2003, v.u., DJ de 17/11/2003, p. 361, Rel. Ministra Laurita Vaz).

Noutro passo, com relação ao art. 143 da Lei n.º 8.213/91, a regra transitória assegurou aos rurícolas o direito de requerer aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo, durante 15 (quinze) anos, contados da vigência da referida Lei.

Assim, o referido prazo expiraria em 25/7/2006.

Entretanto, em relação ao trabalhador rural enquadrado como segurado empregado ou como segurado contribuinte individual, que presta serviços de natureza rural, em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego, o aludido prazo foi prorrogado por mais 2 (dois) anos, estendendo-se até 25/7/2008, em face do disposto na MP n.º 312/06, convertida na Lei n.º 11.368/06.

Posteriormente, a Medida Provisória n.º 410/07, convertida na Lei n.º 11.718/08, estabeleceu nova prorrogação para o prazo previsto no art. 143 da Lei n.º 8.213/91, ao determinar, em seu art. 2.º, que “Para o trabalhador rural empregado, o prazo previsto no art. 43 da Lei n.º 8.213/91, de 24 de julho de 1991, fica prorrogado até o dia 31 de dezembro de 2010” (art. 2.º) e, em seu art. 3.º, que “Na concessão de aposentadoria por idade do empregado rural, em valor equivalente ao salário mínimo, serão contados para efeito de carência: I - até 31 de dezembro de 2010, a atividade comprovada na forma do art. 143 da Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991; II - de janeiro de 2011 a dezembro de 2015, cada mês comprovado de emprego, multiplicado por 3 (três), limitado a 12 (doze) meses, dentro do respectivo ano civil; e III - de janeiro de 2016 a dezembro de 2020, cada mês comprovado de emprego, multiplicado por 2 (dois), limitado a 12 (doze) meses dentro do respectivo ano civil”.

É de observar-se que, para os empregados rurais e contribuintes individuais eventuais, a regra permanente do art. 48 da Lei n.º 8.213/91 continua a exigir, para concessão de aposentadoria por idade a rurícolas, apenas a comprovação do efetivo exercício de “atividade rural, ainda que de forma descontinua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência do benefício pretendido”, consoante §§ 1.º e 2.º do referido dispositivo.

Essa comprovação do labor rural, nos termos dos arts. 48 e 143 da Lei de Benefícios, dar-se-á por meio de prova documental, ainda que incipiente, e, nos termos do art. 55, § 3.º, da retrocitada Lei, corroborada por prova testemunhal.

Acrescente-se que a jurisprudência de longa data vem atentando para a necessidade dessa conjunção de elementos probatórios (início de prova documental e colheita de prova testemunhal), o que resultou até mesmo na edição do verbete n.º 149 da Súmula da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

"A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rural, para efeito de obtenção do benefício previdenciário".

DO CASO DOS AUTOS

O requisito etário restou satisfeito, pois a parte autora completou a idade mínima em 02/02/2014, devendo fazer prova do exercício de atividade rural por 180 meses.

Para demonstrar as alegações, juntou documentos, entre os quais destacam-se:

- certidão de casamento, celebrado em 1976, qualificando o autor como operário;
- CTPS com diversos registros de vínculos trabalhistas.

Cabe ressaltar a existência de prova oral. As testemunhas declaram genericamente que conhecem a parte autora e afirmam o alegado labor rural.

O valor probatório dos documentos de qualificação civil, dos quais é possível inferir a profissão exercida pela parte autora, à época dos fatos que se pretende comprovar, é incontestável.

Pela verificação da CTPS, verifica-se trabalho de natureza urbana nos períodos 04/02/1975 a 24/08/1977, 15/09/1977 a 17/10/1977, 18/07/1980 a 19/12/1980, 27/03/1981 a 19/07/1981, 09/12/1981 a 08/05/1982, 07/01/1983 a 30/03/1983, 25/09/1983 a 02/12/1983, 02/05/1984 a 22/03/1988, 01/08/2001 a 03/09/2007 e 01/11/1988 a 10/10/2000, perfazendo o total de 26 anos, 1 mês e 25 dias.

Das atividades de natureza rural, consta em CTPS os períodos de 13/06/2001 a 16/07/2001, 01/10/2008 a 20/11/2008, 01/09/2009 a 30/01/2010, 01/03/2010 a 03/04/2010, 20/04/2010 a 30/12/2010, 02/05/2011 a 24/02/2013, 17/09/2013 a 28/02/2014, 08/07/2014 a 24/02/2015, 24/09/2015 a 01/11/2016 e 25/01/2017 a 28/04/2017, perfazendo o total de 5 anos, 8 meses e 12 dias.

Dessa forma, a documentação juntada demonstra longo período de labor urbano, muito superior ao período de atividades de natureza rural, não contribuindo para o pleito da parte.

De rigor, portanto, o indeferimento do benefício, porquanto não comprovado o exercício de atividade rural pelo período de carência legalmente exigido.

Condene a parte autora a pagar custas processuais e honorários de advogado, arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, suspensa, porém, a exigibilidade, na forma do artigo 98, § 3º, do CPC, por se tratar de beneficiária da gratuidade da justiça.

Posto isso, nego provimento à apelação.

É o voto.

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. CARÊNCIA NÃO CUMPRIDA. SIGNIFICATIVO LAPSO TEMPORAL EM ATIVIDADES DE NATUREZA URBANA. APELAÇÃO IMPROVIDA.

- Requisito etário adimplido.

- A documentação juntada demonstra longo período de labor urbano, muito superior ao período de atividades de natureza rural, não contribuindo para o pleito da parte.

- Apelação da parte autora improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento à apelação da parte autora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5866980-92.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: APARECIDA BATISTA DA SILVA ROMERO
Advogado do(a) APELANTE: ROGER HENRY JABUR - SP126742-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5866980-92.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: APARECIDA BATISTA DA SILVA ROMERO
Advogado do(a) APELANTE: ROGER HENRY JABUR - SP126742-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

8.213/91. Demanda proposta objetivando a concessão de aposentadoria por idade a trabalhador rural, prevista no art. 143 da Lei n.º

O juízo *a quo* julgou improcedente o pedido formulado.

A parte autora apela, pleiteando a reforma da sentença, sustentando, em síntese, o cumprimento dos requisitos legais necessários à concessão pretendida.

Sem contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5866980-92.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: APARECIDA BATISTA DA SILVA ROMERO
Advogado do(a) APELANTE: ROGER HENRY JABUR - SP126742-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Tempestivo o recurso e presentes os demais requisitos de admissibilidade, passa-se ao exame da insurgência propriamente dita, considerando-se a matéria objeto de devolução.

APOSENTADORIA POR IDADE (RURAL)

O benefício de aposentadoria por idade a trabalhador rural encontra-se disciplinado nos arts. 39, inciso I; 48, §§ 1.º e 2.º; e 143 da Lei n.º 8.213/91.

Antes mesmo do advento da Lei de Benefícios, a Lei Complementar n.º 11, de 25 de maio de 1971, que instituiu o Programa de Assistência ao Trabalhador Rural, em seu art. 4.º dispunha que a aposentadoria seria devida quando se completassem 65 anos de idade, cabendo a concessão do benefício apenas ao respectivo chefe ou arrimo de família (parágrafo único).

Por sua vez, de acordo com o art. 5.º da Lei Complementar n.º 16/73, o trabalhador rural deveria comprovar a sua atividade pelo menos nos três últimos anos anteriores à data do pedido do benefício.

Referidos dispositivos não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, que passou para 60 anos, para homens, e 55, para mulheres, a idade mínima exigida para a concessão do benefício (art. 201, § 7.º, inciso II), excluindo a exigência da condição de chefe de família.

Além do requisito etário (60 anos, se homem, e 55 anos, se mulher), o trabalhador rural deve comprovar o exercício de atividade rural, mesmo que descontinua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses idêntico à carência do benefício.

O dispositivo legal citado deve ser analisado em consonância com o art. 142 da Lei de Benefícios.

Não se exige do trabalhador rural o cumprimento de carência (art. 26, inciso III), como o dever de verter contribuição por determinado número de meses, senão a comprovação do exercício laboral durante o período respectivo.

Vale dizer: em relação às contribuições previdenciárias, é assente, desde sempre, o entendimento de serem desnecessárias, sendo suficiente a comprovação do efetivo exercício de atividade no meio rural (STJ, REsp n.º 207.425, 5.ª Turma, j. em 21/9/1999, v.u., DJ de 25/10/1999, p. 123, Rel. Ministro Jorge Scartezini; e STJ, RESP n. 502.817, 5.ª Turma, j. em 14/10/2003, v.u., DJ de 17/11/2003, p. 361, Rel. Ministra Laurita Vaz).

Noutro passo, com relação ao art. 143 da Lei n.º 8.213/91, a regra transitória assegurou aos rurícolas o direito de requerer aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo, durante 15 (quinze) anos, contados da vigência da referida Lei.

Assim, o referido prazo expiraria em 25/7/2006.

Entretanto, em relação ao trabalhador rural enquadrado como segurado empregado ou como segurado contribuinte individual, que presta serviços de natureza rural, em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego, o aludido prazo foi prorrogado por mais 2 (dois) anos, estendendo-se até 25/7/2008, em face do disposto na MP n.º 312/06, convertida na Lei n.º 11.368/06.

Posteriormente, a Medida Provisória n.º 410/07, convertida na Lei n.º 11.718/08, estabeleceu nova prorrogação para o prazo previsto no art. 143 da Lei n.º 8.213/91, ao determinar, em seu art. 2.º, que “Para o trabalhador rural empregado, o prazo previsto no art. 43 da Lei n.º 8.213/91, de 24 de julho de 1991, fica prorrogado até o dia 31 de dezembro de 2010” (art. 2.º) e, em seu art. 3.º, que “*Na concessão de aposentadoria por idade do empregado rural, em valor equivalente ao salário mínimo, serão contados para efeito de carência: I - até 31 de dezembro de 2010, a atividade comprovada na forma do art. 143 da Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991; II - de janeiro de 2011 a dezembro de 2015, cada mês comprovado de emprego, multiplicado por 3 (três), limitado a 12 (doze) meses, dentro do respectivo ano civil; e III - de janeiro de 2016 a dezembro de 2020, cada mês comprovado de emprego, multiplicado por 2 (dois), limitado a 12 (doze) meses dentro do respectivo ano civil*”.

É de observar-se que, para os empregados rurais e contribuintes individuais eventuais, a regra permanente do art. 48 da Lei n.º 8.213/91 continua a exigir, para concessão de aposentadoria por idade a rurícolas, apenas a comprovação do efetivo exercício de “*atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência do benefício pretendido*”, consoante §§ 1.º e 2.º do referido dispositivo.

Essa comprovação do labor rural, nos termos dos arts. 48 e 143 da Lei de Benefícios, dar-se-á por meio de prova documental, ainda que incipiente, e, nos termos do art. 55, § 3.º, da retrocitada Lei, corroborada por prova testemunhal.

Acrescente-se que a jurisprudência de longa data vem atentando para a necessidade dessa conjunção de elementos probatórios (início de prova documental e colheita de prova testemunhal), o que resultou até mesmo na edição do verbete n.º 149 da Súmula da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: ”

"A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rural, para efeito de obtenção do benefício previdenciário".

DO CASO DOS AUTOS

O requisito etário restou satisfeito, pois a parte autora completou a idade mínima em 14/09/2015, devendo fazer prova do exercício de atividade rural por 180 meses.

Para demonstrar as alegações, juntou documentos, entre os quais destacam-se:

- certidão de transcrição das transmissões de propriedade realizada em 1954 em nome de José Pedro da Silva;
- certidão de casamento datada de 1976 – não constam profissões
- histórico escolar em nome da autora – dos anos 1963, 1965, 1966 e 1967 – em estabelecimentos em meio rural

Cabe ressaltar a existência de prova oral. As testemunhas JOSÉ CARLOS TUSCO e JOSÉ LÁZARO TUSCO declaram conhecer a autora desde a adolescência, que a autora residia em propriedade rural até o início da década de 1990, onde trabalhou na roça na plantação de café, mandioca e mamona.

O valor probatório dos documentos de qualificação civil, dos quais é possível inferir a profissão exercida pela parte autora, à época dos fatos que se pretende comprovar, é incontestável.

No entanto, verifica-se que o início de prova material encartado aos autos é frágil, posto que:

- a certidão de transcrição das transmissões de propriedade são em nome de José Pedro da Silva, não constando nos autos documentos que comprovem se tratar de avô da autora, além de ser datado em ano anterior ao seu nascimento;
- a certidão de nascimento não contém as profissões dos cônjuges;
- o histórico escolar, em que pese indicar permanência em área rural, não pode servir de meio para comprovação de labor rural.

Dessa forma, a documentação juntada não é suficiente para início de prova material a corroborar o exercício da atividade rural, eis que o conjunto probatório é insuficiente para demonstrá-lo pelo prazo exigido em lei.

De rigor, portanto, o indeferimento do benefício, porquanto não comprovado o exercício de atividade rural pelo período de carência legalmente exigido.

Condeno a parte autora a pagar custas processuais e honorários de advogado, arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, suspensa, porém, a exigibilidade, na forma do artigo 98, § 3º, do CPC, por se tratar de beneficiária da gratuidade da justiça.

Posto isso, nego provimento à apelação.

É o voto.

E M E N T A

PREVIDENCIÁRIO. ART. 143 DA LEI N.º 8.213/91. APOSENTADORIA POR IDADE A TRABALHADOR RURAL. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE DE RURÍCOLA NO PERÍODO ANTERIOR AO REQUERIMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.

- A atividade rural deve ser comprovada por meio de início de prova material, aliada à prova testemunhal.
- A prova produzida, inconsistente, é insuficiente para ensejar a concessão do benefício vindicado.
- Reconhecimento da improcedência do pedido formulado.

A C Ó R D Ã O

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento à apelação da parte autora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002991-51.2014.4.03.6106

RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES

APELANTE: SONIA MARIA RODERO MEDEIROS

Advogado do(a) APELANTE: MARCOS ALVES PINTAR - SP199051-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) APELADO: ADEVAL VEIGA DOS SANTOS - SP153202-N

OUTROS PARTICIPANTES:

D E S P A C H O

A apelante, vempor meio de seu advogado em petição Id.132704369 indicar inconsistências na digitalização dos autos físicos.

Analisando os autos, verifiquei não constar prejuízo à parte da forma em que encontra, bastando utilizar recursos de informática para visualização.

Além disso, deve ser lembrado que em virtude das restrições impostas pela COVID, o acesso aos autos é impossível e eventual paralisação da marcha processual pode prejudicar a parte apelante, que deverá aguardar eventual retorno das atividades presenciais.

Nos termos acima expostos, determino o prosseguimento do feito.

Intime-se. Cumpra-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 6206852-41.2019.4.03.9999

RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: ELIAS LUIZ DA SILVA

Advogados do(a) APELADO: RAFAEL FELIPPE DE SOUZA COLNAGO - SP356006-N, DANILO BERNARDES

MATHIAS - SP281589-N

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 6206852-41.2019.4.03.9999 RELATOR:

Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: ELIAS LUIZ DA SILVA

Advogados do(a) APELADO: RAFAEL FELIPPE DE SOUZA COLNAGO - SP356006-N, DANILO BERNARDES

MATHIAS - SP281589-N

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação autárquica, tirada de sentença, submetida à remessa oficial, que, em autos de concessão de aposentadoria por idade rural, julgou procedente o pedido e condenou o réu ao pagamento das prestações vencidas, a partir do requerimento administrativo, discriminados os consectários. Arbitrou-se verba honorária à ordem de 10% sobre o valor da condenação. Antecipados os efeitos da tutela.

O INSS pugna pela reforma da decisão combatida, ao argumento de ausência de início de prova material da atividade rural exercida no período de carência. Alega a necessidade de recebimento do apelo em seu duplo efeito.

Ofertadas contrarrazões, subiram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 6206852-41.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: ELIAS LUIZ DA SILVA
Advogados do(a) APELADO: RAFAEL FELIPPE DE SOUZA COLNAGO - SP356006-N, DANILO BERNARDES
MATHIAS - SP281589-N
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Inicialmente, não se afigura correta a submissão da r. sentença à remessa oficial.

De fato, o art. 496, § 3º, inciso I, do novo Código de Processo Civil, que entrou em vigor em 18 de março de 2016, dispõe que não está sujeita ao reexame necessário a sentença em ações movidas contra a União Federal e respectivas autarquias e fundações e cujo direito controvertido não exceda mil salários mínimos.

No caso dos autos, considero as datas do termo inicial do benefício e da prolação da sentença, em 16 de setembro de 2019. Atenho-me ao teto para o salário-de-benefício como parâmetro de determinação do valor da benesse. Verifico que a hipótese em exame não excede os mil salários mínimos.

Não sendo, pois, o caso de conhecer da remessa oficial, passo à análise do recurso interposto, uma vez cumpridos os requisitos de admissibilidade previstos no diploma processual.

A aposentadoria por idade de rurícola exige idade mínima de 60 anos-homem e 55 anos-mulher, bem assim comprovação do exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses idêntico à carência da benesse, conforme tabela progressiva, de cunho transitório, inserta no art. 142 da Lei nº 8.213/91, a ser manejada conforme o ano de implementação do requisito etário, ficando afastada a obrigatoriedade de contribuições. Findo o período de vigência da norma de transição, imperioso aplicar-se a regra permanente estampada no art. 48 e parágrafos do mesmo diploma, na dicção da Lei nº 11.718/2008, fincada, nesse particular, a exigência de demonstração do exercício de labor rural por 180 meses-carência da aposentadoria por idade.

Muito se debateu a respeito da comprovação da atividade rural para efeito de concessão do aludido benefício e, atualmente, reconhece-se na jurisprudência elenco de posicionamentos assentados sobre o assunto, a nortear apreciação das espécies e a valoração dos respectivos conjuntos probatórios. Dentre esses entendimentos, podem-se destacar os seguintes:

(i) é suficiente à demonstração do labor rural início de prova material, v.g., documentos expedidos por órgãos públicos que contemplem a qualificação rurícola da parte autora, não sendo taxativo o rol de documentos previsto no art. 106 da Lei nº 8.213/91, corroborado por prova testemunhal coesa e harmônica, sendo inservível a tal finalidade prova exclusivamente testemunhal, Súmula STJ 149, inclusive para os chamados "boias-frias", vide REsp nº 1.321.493/PR, apreciado na sistemática do art. 543-C do CPC

(ii) são extensíveis à mulher, a partir da celebração do matrimônio ou do liníar da união estável, os documentos em que os cônjuges, ou conviventes, aparecem qualificados como lavradores, v.g., STJ, AGARESP 201402280175, Relatora Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJE 11/12/2014;

(iii) não se enquadra como princípio documental certidão recente da Justiça Eleitoral, preenchida de acordo com informações fornecidas pelo próprio postulante do jubramento, assemelhando-se, portanto, à singela declaração unilateral de atividade profissional, e.g., TRF3, AC 00160584920114039999, Relator Juiz Convocado Valdeci dos Santos, Décima Turma, e-DJF3 01/07/2015; AC 00025385620104039999, AC 1482334, Relatora Desembargadora Federal Tania Marangoni, Oitava Turma, e-DJF3 16/04/2015;

(iv) o afastamento do ofício rural, após o preenchimento de todos os requisitos exigidos à aposentadoria, não interfere em sua concessão, sendo, contudo, inaplicável aos rurícolas o estatuído no art. 3º, da Lei nº 10.666/2003, vide STJ, PET nº 7.476/PR, 3ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 13/12/2010, Rel. p/ acórdão Min. Jorge Mussi; AgRg no REsp nº 1.253.184, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 06/09/2011; AgRg no REsp nº 1.242.720, 6ª Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, j. 02/02/2012; REsp nº 1.304.136, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 21/02/2013, DJe 07/03/2013, sob pena, inclusive, de se atribuir aos trabalhadores rurais regime híbrido em que se mesclariam as vantagens típicas dos camponeses e outras inerentes exclusivamente aos obreiros urbanos;

(v) possível o reconhecimento de tempo de serviço rural antecedente ou ulterior ao princípio de prova documental apresentado, desde que ratificado por testemunhos idôneos, vide STJ, REsp nº 1.348.633/SP, Relator Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, j. 28/08/2013, DJE 05/12/2014.

A despeito de toda evolução exegética a respeito da matéria, certo é que alguns pontos permaneceram polêmicos por anos e apenas recentemente experimentaram pacificação. Talvez o maior deles diga respeito, justamente, à necessidade de demonstração da labuta rural no período imediatamente anterior ao requerimento da benesse.

Respeitáveis posições recusavam uma resposta apriorística do que viesse a se entender pela expressão período imediatamente anterior, sob o argumento de que a solução da controvérsia passa por acurado estudo de cada caso concreto, com destaque à cronologia laboral da parte autora, a fim de definir se verdadeiramente se está diante de pessoa que dedicou sua vida profissional às lides rurais.

Sem embargo, o dissenso acabou desfechado pelo c. STJ em sede de recurso representativo de controvérsia, in verbis:

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE RURAL NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO REQUERIMENTO. REGRA DE TRANSIÇÃO PREVISTA NO art. 143 DA LEI 8.213/1991. REQUISITOS QUE DEVEM SER PREENCHIDOS DE FORMA CONCOMITANTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Tese delimitada em sede de representativo da controvérsia, sob a exegese do art. 55, § 3º combinado com o art. 143 da Lei 8.213/1991, no sentido de que o segurado especial tem que estar laborando no campo, quando completar a idade mínima para se aposentar por idade rural, momento em que poderá requerer seu benefício. Se, ao alcançar a faixa etária exigida no art. 48, § 1º, da Lei 8.213/1991, o segurado especial deixar de exercer atividade rural, sem ter atendido a regra transitória da carência, não fará jus à aposentadoria por idade rural pelo descumprimento de um dos dois únicos critérios legalmente previstos para a aquisição do direito. Ressalvada a hipótese do direito adquirido em que o segurado especial preencheu ambos os requisitos de forma concomitante, mas não requereu o benefício. 2. Recurso especial do INSS conhecido e provido, invertendo-se o ônus da sucumbência. Observância do art. 543-C do Código de Processo Civil." Vide RESP 201202472193, RESP - RECURSO ESPECIAL - 1354908, Relator MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJE 10/02/2016.

No mesmo sentido:

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. CARÊNCIA. LABOR RURAL NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO REQUERIMENTO DO BENEFÍCIO. REQUISITO. SÚMULA 83/STJ. 1. A jurisprudência do STJ se firmou no sentido de que é necessária a prova do labor rural no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício de aposentadoria por idade, conforme arts. 39, I, e 143 da Lei 8.213/1991. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.342.355/SP, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 26.8.2013; AgRg no AREsp 334.161/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 6.9.2013. (...) Vide 201401789810, Relator Min. HERMAN BENJAMIN, STJ, SEGUNDA TURMA, DJE 28/11/2014.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CORROBORADO POR PROVA TESTEMUNHAL. EXISTÊNCIA. COMPROVADO EFETIVO DESEMPENHO DE ATIVIDADE RURAL NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO, NOS TERMOS DO ART. 143 DA LEI Nº 8.213/91. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. O trabalhador rural pode requerer aposentadoria por idade, no valor de 1 (um) salário mínimo, durante o prazo de 15 (quinze) anos contados da promulgação da Lei Federal nº 8.213/91. Para tanto, deverá comprovar o exercício da atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao mês em que cumprir o requisito idade, em número de meses idêntico à carência exigida para a concessão do benefício. (...) 3. Agravo regimental improvido." Vide AGA 200501236124, Relatora Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, STJ, SEXTA TURMA, DJE 19/10/2009.

"PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. TRABALHADORA RURAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CORROBORADO POR ROBUSTA PROVA TESTEMUNHAL. 1. O entendimento jurisprudencial do STJ é no sentido de que a atividade urbana exercida no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício ou ao implemento do requisito etário impede a concessão da aposentadoria por idade rural, conforme arts. 142 e 143 da Lei 8.213/1991. (...) Agravo regimental improvido." Vide AGARESP 201301680980, Relator HUMBERTO MARTINS, STJ, SEGUNDA TURMA, DJE 26/08/2013.

"PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO. APOSENTADORIA POR IDADE. ATIVIDADE RURAL NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO REQUISITO ETÁRIO NÃO CUMPRIDO. POSSIBILIDADE DE AVERBAÇÃO DOS INTERSTÍCIOS COMPROVADOS NOS AUTOS, A PARTIR DOS 12 ANOS. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1967. MULTA DIÁRIA. PREJUDICADA. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE. (...) III - A autora deixou o labor rural no máximo ano de 1992, visto que a partir daí passou a trabalhar como costureira, um dos requisitos externados no art. 143 da Lei nº 8.213/91 não foi cumprido, qual seja, o labor rural até a data do implemento do quesito etário. Sendo assim, não faz jus à concessão do benefício de aposentadoria rural por idade, não obstante tenha direito à averbação do período de atividade rural devidamente comprovado nos autos. (...)" Vide AC 00098544720154039999, Relator DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO NASCIMENTO, TRF3, DÉCIMA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 09/12/2015.

Da análise dos entendimentos jurisprudenciais coletados, penso que a concessão da aposentadoria por idade de trabalhador rural há de se atrelar à comprovação do desempenho de labor rural quando da propositura da ação, da formulação do requerimento administrativo ou, ao menos, por ocasião do atingimento do requisito etário, como, de resto, textualmente deliberado por esta E. Corte em paradigma da Terceira Seção:

"EMBARGOS INFRINGENTES. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE DE RURÍCOLA. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE RURAL NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO CUMPRIMENTO DO REQUISITO ETÁRIO OU REQUERIMENTO DO BENEFÍCIO. - Atividade rural, mesmo que descontínua, não comprovada no período imediatamente anterior ao implemento da idade ou requerimento do benefício, enseja a negação da aposentadoria de rurícola vindicada. - Inaplicabilidade à hipótese do art. 3º, §1º, da Lei 10.666/03, segundo a jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça (...) - Permanecem arraigadas as exigências do art. 143 da Lei 8.213/91 à concessão de aposentadoria por idade a trabalhador rural, na medida em que os benefícios de valor mínimo pagos aos rurícolas em geral possuem disciplina própria, em que a carência independe de contribuições mensais, daí que obrigatória, mesmo de forma descontínua, a prova do efetivo exercício da atividade no campo. - Embora comportando temperamentos, via de regra, o abandono do posto de lavrador anteriormente ao implemento do requisito etário ou formulação do requerimento administrativo ou judicial, mormente quando contemporâneo ao emprego em atividade urbana do cônjuge que empresta à esposa requerente a qualidade de segurado, acaba inviabilizando por completo o deferimento da benesse postulada". Vide EI 00139351020134039999, Relatora DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA, TRF3, TERCEIRA SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 10/06/2015.

Postas as balizas, passa-se ao exame do caso dos autos.

De pronto, verifica-se o cumprimento pela parte autora do requisito etário em 28 de abril de 2018, incumbindo-lhe, pois, demonstrar atividade campestre por 180 meses.

A título de início de prova material, foram colacionados documentos em nome do autor, em que se acha qualificado como lavrador, a saber, Carteira de Trabalho e Previdência Social-CTPS, indicando vínculos rurais, em períodos intermitentes de junho de 1984 a agosto de 2017.

Observo que a anotação em Carteira de Trabalho e Previdência Social-CTPS é prova plena do labor campestre, no lapso nela indicado, e funciona como vestígio de prova no que concerne ao restante do interregno a ser comprovado, sendo apta, em linha de princípio, a amparar o trabalho agrícola no intervalo necessário, desde que ratificada por prova oral coesa e harmônica.

Acerca da possibilidade de referido documento fazer as vezes de início de prova material, impende conferir os seguintes julgados deste Tribunal: AC 00145693520154039999, Relator DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO DOMINGUES, SÉTIMA TURMA, e-DJF3 Judicial 03/03/2016; AC 00542011520084039999, Relatora DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA, NONA TURMA, e-DJF3 06/07/2011.

Resulta evidenciada a presença de princípios de prova documental do labor rural.

Os depoimentos autoral e testemunhais, colhidos em audiência sob o crivo do contraditório, foram firmes e convincentes no sentido do exercício de atividades rurícolas no período de carência.

Deveras, o autor afirmou que trabalha, desde os dezessete anos de idade, em serviços de lavoura, ora com registro em carteira, ora sem registro. Indicou as propriedades rurais de Hidebrand, Joaquim e na Santa Mercedes, na cultura de cana e criação de gado.

Edilma e Maria do Socorro, que conhecem o autor há mais de trinta anos, corroboraram seu depoimento, confirmando as culturas e propriedades rurais. Acrescentaram que ele permanece na lida campesina até os dias atuais, numa chácara. Esclareceram que, no local, ele planta milho, mandioca e maxixe, além de criar galinhas, para consumo próprio.

Nesse contexto, estou em que a prova testemunhal produzida favorece o pleito autoral, sendo coesa e harmônica no que tange à prestação do trabalho rural pelo interregno necessário à concessão do benefício requerido, a acenar à procedência do pedido deduzido.

Tendo em vista o teor da presente decisão, resta prejudicado o pleito de efeito suspensivo formulado pelo INSS em suas razões recursais.

Ante o exposto, não conheço da remessa oficial. Nego provimento à apelação do INSS, nos termos da fundamentação.

É como voto.

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. CARÊNCIA CUMPRIDA. COMPROVADA A ATIVIDADE RURAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CORROBORADO POR TESTEMUNHOS. APELAÇÃO DO INSS IMPROVIDA.

- Requisito etário adimplido.
- Início eficaz de prova material corroborado por testemunhos firmes e convincentes.
- Comprovação de carência exigida.
- Remessa oficial não conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu não conhecer da remessa oficial e negar provimento à apelação do INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5156475-49.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
PARTE AUTORA: SEBASTIAO CARLOS RUSSO
Advogado do(a) PARTE AUTORA: EDINEI CARLOS RUSSO - SP188711-N
PARTE RÉ: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) PARTE RÉ: LIVIA MEDEIROS FALCONI - SP210429-N
OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5156475-49.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
PARTE AUTORA: SEBASTIAO CARLOS RUSSO
Advogado do(a) PARTE AUTORA: EDINEI RUSSO - SP188711-N
PARTE RÉ: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) PARTE RÉ: LIVIA MEDEIROS FALCONI - SP210429-N
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Demanda proposta objetivando a concessão de aposentadoria por idade, nos termos do artigo 48 da Lei n. 8.213/91.

O juízo *a quo* julgou procedente o pedido formulado, reconhecendo à parte autora o direito ao benefício pretendido, a partir do requerimento administrativo (15/05/2017).

Sentença submetida ao reexame necessário.

Sem recurso voluntário, subiram os autos.

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5156475-49.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
PARTE AUTORA: SEBASTIAO CARLOS RUSSO
Advogado do(a) PARTE AUTORA: EDINEI CARLOS RUSSO - SP188711-N
PARTE RÉ: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) PARTE RÉ: LIVIA MEDEIROS FALCONI - SP210429-N
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Inicialmente, esclareça-se não ser caso de se ter submetida a decisão de 1.º grau ao reexame necessário, considerando o disposto no art. 496, § 3.º, inciso I, do Código de Processo Civil, que afasta a exigência do duplo grau de jurisdição quando a condenação ou o proveito econômico for inferior a 1.000 salários mínimos, *in verbis*:

“Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal.

§ 1º Nos casos previstos neste artigo, não interposta a apelação no prazo legal, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, e, se não o fizer, o presidente do respectivo tribunal avocá-los-á.

§ 2º Em qualquer dos casos referidos no § 1º, o tribunal julgará a remessa necessária.

§ 3º Não se aplica o disposto neste artigo quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a:

I - 1.000 (mil) salários-mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

(...)” (g.n.)

In casu, considerando-se o termo inicial do benefício (15/05/2017), seu valor (implantado em 01/05/2019 com RMI correspondente a R\$ 2.021,98), e o montante a ser auferido a título de atrasados, é possível se depreender que o valor da condenação, nada obstante ilíquido, certamente é inferior ao montante fixado no dispositivo em epígrafe.

Nesse sentido – e, em particular, quanto às ações previdenciárias –, o Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. REMESSA NECESSÁRIA. SENTENÇA ILÍQUIDA. ART. 496, § 3o., I DO CÓDIGO FUX.

CONDENAÇÃO OU PROVEITO ECONÔMICO INFERIOR A MIL SALÁRIOS MÍNIMOS.

VALOR AFERÍVEL POR CÁLCULO ARITMÉTICO. POSSIBILIDADE DE MENSURAÇÃO.

RECURSO ESPECIAL DO INSS A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Esta Corte, no julgamento do REsp. 1.101.727/PR, representativo de controvérsia, fixou a orientação de que, tratando-se de sentença ilíquida, deverá ser ela submetida ao reexame necessário, uma vez que não possui valor certo, estabelecendo que a dispensabilidade da remessa necessária pressupunha a certeza de que o valor da condenação não superaria o limite de 60 salários mínimos.

2. Contudo, a nova legislação processual excluiu da remessa necessária a sentença proferida em desfavor da União e suas respectivas Autarquias cujo proveito econômico seja inferior a 1.000 salários-mínimos.

3. As ações previdenciárias, mesmo nas hipóteses em que reconhecido o direito do Segurado à percepção de benefício no valor do teto máximo previdenciário, não alcançarão valor superior a 1.000 salários mínimos. 4. Assim, não obstante a aparente iliquidez das condenações em causas de natureza previdenciária, a sentença que defere benefício previdenciário é espécie absolutamente mensurável, visto que pode ser aferível por simples cálculos aritméticos, os quais são expressamente previstos na lei de regência, e, invariavelmente, não alcançará valor superior a 1.000 salários mínimos.

5. Recurso Especial do INSS a que se nega provimento”.

(STJ, 1.^a Turma, REsp 1844937/PR, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 22.11.2019)

Posto isso, não conheço do reexame necessário.

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. ART. 48 DA LEI N.º 8.213/91. REMESSA OFICIAL. NÃO CONHECIMENTO.

- Não conhecimento do reexame necessário, conforme disposto no art. 496, § 3.º, inciso I, do Código de Processo Civil, que afasta a exigência do duplo grau de jurisdição quando a condenação ou o proveito econômico for inferior a 1.000 salários mínimos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu não conhecer do reexame necessário, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 6070884-39.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: JOAQUIM MARIO DOS REIS
Advogado do(a) APELADO: AIALA DELA CORT MENDES - SP261537-N
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 6070884-39.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: JOAQUIM MARIO DOS REIS
Advogado do(a) APELADO: AIALA DELA CORT MENDES - SP261537-N
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Demanda proposta objetivando a concessão de aposentadoria por idade a trabalhador rural, prevista no art. 143 da Lei n.º 8.213/91.

O juízo *a quo* julgou procedente o pedido formulado, reconhecendo à parte autora o direito ao benefício pretendido, a partir da data do requerimento administrativo.

O INSS apela, pleiteando a reforma da sentença, sustentando, em síntese, o não cumprimento dos requisitos legais necessários à concessão em questão.

Com contrarrazões, em que veiculada matéria preliminar, subiram os autos.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 6070884-39.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: JOAQUIM MARIO DOS REIS
Advogado do(a) APELADO: AIALA DELA CORT MENDES - SP261537-N
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Inicialmente, esclareça-se não ser caso de se ter submetida a decisão de 1.º grau ao reexame necessário, considerando o disposto no art. 496, § 3.º, inciso I, do Código de Processo Civil, que afasta a exigência do duplo grau de jurisdição quando a condenação ou o proveito econômico for inferior a 1.000 salários mínimos.

Tempestivo o recurso e presentes os demais requisitos de admissibilidade, passa-se ao exame da insurgência propriamente dita, considerando-se a matéria objeto de devolução.

APOSENTADORIA POR IDADE (RURAL)

O benefício de aposentadoria por idade a trabalhador rural encontra-se disciplinado nos arts. 39, inciso I; 48, §§ 1.º e 2.º; e 143 da Lei n.º 8.213/91.

Antes mesmo do advento da Lei de Benefícios, a Lei Complementar n.º 11, de 25 de maio de 1971, que instituiu o Programa de Assistência ao Trabalhador Rural, em seu art. 4.º dispunha que a aposentadoria seria devida quando se completassem 65 anos de idade, cabendo a concessão do benefício apenas ao respectivo chefe ou arrimo de família (parágrafo único).

Por sua vez, de acordo com o art. 5.º da Lei Complementar n.º 16/73, o trabalhador rural deveria comprovar a sua atividade pelo menos nos três últimos anos anteriores à data do pedido do benefício.

Referidos dispositivos não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, que passou para 60 anos, para homens, e 55, para mulheres, a idade mínima exigida para a concessão do benefício (art. 201, § 7.º, inciso II), excluindo a exigência da condição de chefe de família.

Além do requisito etário (60 anos, se homem, e 55 anos, se mulher), o trabalhador rural deve comprovar o exercício de atividade rural, mesmo que descontinua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses idêntico à carência do benefício.

O dispositivo legal citado deve ser analisado em consonância com o art. 142 da Lei de Benefícios.

Não se exige do trabalhador rural o cumprimento de carência (art. 26, inciso III), como o dever de verter contribuição por determinado número de meses, senão a comprovação do exercício laboral durante o período respectivo.

Vale dizer: em relação às contribuições previdenciárias, é assente, desde sempre, o entendimento de serem desnecessárias, sendo suficiente a comprovação do efetivo exercício de atividade no meio rural (STJ, REsp n.º 207.425, 5.ª Turma, j. em 21/9/1999, v.u., DJ de 25/10/1999, p. 123, Rel. Ministro Jorge Scartezini; e STJ, RESP n. 502.817, 5.ª Turma, j. em 14/10/2003, v.u., DJ de 17/11/2003, p. 361, Rel. Ministra Laurita Vaz).

Noutro passo, com relação ao art. 143 da Lei n.º 8.213/91, a regra transitória assegurou aos rurícolas o direito de requerer aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo, durante 15 (quinze) anos, contados da vigência da referida Lei.

Assim, o referido prazo expiraria em 25/7/2006.

Entretanto, em relação ao trabalhador rural enquadrado como segurado empregado ou como segurado contribuinte individual, que presta serviços de natureza rural, em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego, o aludido prazo foi prorrogado por mais 2 (dois) anos, estendendo-se até 25/7/2008, em face do disposto na MP n.º 312/06, convertida na Lei n.º 11.368/06.

Posteriormente, a Medida Provisória n.º 410/07, convertida na Lei n.º 11.718/08, estabeleceu nova prorrogação para o prazo previsto no art. 143 da Lei n.º 8.213/91, ao determinar, em seu art. 2.º, que “Para o trabalhador rural empregado, o prazo previsto no art. 43 da Lei n.º 8.213/91, de 24 de julho de 1991, fica prorrogado até o dia 31 de dezembro de 2010” (art. 2.º) e, em seu art. 3.º, que “Na concessão de aposentadoria por idade do empregado rural, em valor equivalente ao salário mínimo, serão contados para efeito de carência: I - até 31 de dezembro de 2010, a atividade comprovada na forma do art. 143 da Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991; II - de janeiro de 2011 a dezembro de 2015, cada mês comprovado de emprego, multiplicado por 3 (três), limitado a 12 (doze) meses, dentro do respectivo ano civil; e III - de janeiro de 2016 a dezembro de 2020, cada mês comprovado de emprego, multiplicado por 2 (dois), limitado a 12 (doze) meses dentro do respectivo ano civil”.

É de observar-se que, para os empregados rurais e contribuintes individuais eventuais, a regra permanente do art. 48 da Lei n.º 8.213/91 continua a exigir, para concessão de aposentadoria por idade a rurícolas, apenas a comprovação do efetivo exercício de “atividade rural, ainda que de forma descontinua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência do benefício pretendido”, consoante §§ 1.º e 2.º do referido dispositivo.

Essa comprovação do labor rural, nos termos dos arts. 48 e 143 da Lei de Benefícios, dar-se-á por meio de prova documental, ainda que incipiente, e, nos termos do art. 55, § 3.º, da retrocitada Lei, corroborada por prova testemunhal.

Acrescente-se que a jurisprudência de longa data vem atentando para a necessidade dessa conjunção de elementos probatórios (início de prova documental e colheita de prova testemunhal), o que resultou até mesmo na edição do verbete n.º 149 da Súmula da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

"A prova exclusivamente testemunhal não basta a comprovação da atividade rural, para efeito de obtenção do benefício previdenciário".

DO CASO DOS AUTOS

O requisito etário restou satisfeito, pois a parte autora completou a idade mínima em 29/01/2018, devendo fazer prova do exercício de atividade rural por 180 meses.

Para demonstrar as alegações, juntou documentos, entre os quais destacam-se:

- cópia de extrato do CNIS constando registro de vínculo empregatício com 'Jorge Wolney Atalla e outros' no período de 07/06/1993 a 15/10/1993;

- pesquisa de dados cadastrais de Cadastro Específico do INSS (CEI), constando que o empregador Jorge Wolney Atalla e outros é produtor rural;

- CTPS em que consta vínculos trabalhistas de natureza rural nos períodos de 01/04/2008 a 16/09/2014, 01/06/2015 a 02/01/2018;

- comprovante de endereço deste ano, constando que ele reside em zona rural, no Bairro Taquarussu;

Cabe ressaltar a existência de prova oral. As testemunhas declaram que conhecem a parte autora há bastante tempo e confirmam o alegado labor rural. A testemunha Carlos Alberto Passos declarou conhecer o autor há 20 anos, que o autor roça e carpe bananal e que o autor nunca trabalhou com outra profissão nos últimos 20 anos.

A testemunha Eduardo gomes Pereira declarou conhecer o autor há mais de vinte anos, que o autor roça e desbasta bananal e que nunca trabalhou com outra profissão nos anos em que o conhece. Disse que o autor trabalha para o mesmo patrão que o seu, desbastando banana, que o autor trabalha beme e que já o viu trabalhando.

A testemunha Valter Pereira da Cruz declarou conhecer o autor de 9 a 10 anos e o autor trabalha em sítio de banana, roçando, desbastando banana. O autor nunca trabalhou com outra profissão no tempo que ele o conhece. Disse que já trabalhou no mesmo local que o autor, já o viu trabalhando, desbastando banana na ocasião, salientou que o autor trabalha beme e que era elogiado pelo patrão.

Acrescente-se a declaração por escrito de empregador afirmando que o autor trabalhara no Sítio das Graças, nos anos de 1999 à 2001.

É incontestado o valor probatório dos documentos de qualificação civil, dos quais é possível inferir a profissão exercida pela parte autora, à época dos fatos que se pretende comprovar.

E os documentos juntados constituem início de prova material, o que foi corroborado pela prova testemunhal, confirmando a atividade campesina da parte autora.

De rigor, portanto, o deferimento do benefício, porquanto comprovado o exercício de atividade rural pelo período de carência legalmente exigido.

A aposentadoria corresponde ao valor de um salário mínimo mensal, nos termos do art. 143 da Lei n.º 8.213/91.

O termo inicial do benefício previdenciário deve retroagir à data do requerimento administrativo, de acordo com a previsão contida no inciso II do art. 49 da Lei n.º 8.213/91. Na ausência de demonstração do requerimento, o termo inicial deve retroagir à data da citação, ocasião em que a autarquia tomou conhecimento da pretensão.

No caso, existe comprovação de requerimento, devendo o termo inicial ser nele fixado.

Devida a gratificação natalina, nos termos preconizados no art. 7.º, inciso VIII, da Constituição da República.

A correção monetária das parcelas vencidas se dará nos termos da normatização de regência (Lei n.º 6.899/1981 e legislação superveniente), bem como do Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos na Justiça Federal, observado o decidido, sob a sistemática da repercussão geral, no Recurso Extraordinário n.º 870.947, de 20/9/2017, sob relatoria do Ministro Luiz Fux.

Fica afastada a incidência da Taxa Referencial (TR) na condenação, pois o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar embargos declaratórios no recurso extraordinário em questão, decidiu pela não modulação dos efeitos.

Os juros moratórios são devidos à razão de 0,5% (meio por cento) ao mês, a contar da citação, nos termos dos arts. 1.062 do Código Civil de 1916 e 240 do Código de Processo Civil. A partir da vigência do novo Código Civil (Lei n.º 10.406/2002), deverão ser computados nos termos do art. 406 desse diploma, em 1% (um por cento) ao mês, neste caso até 30/6/2009. A partir de 1.º de julho de 2009, incidirão, uma única vez, até a conta final que servir de base para a expedição do precatório, para fins de atualização monetária e de juros, os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos do art. 1.º-F da Lei n.º 9.494/97, com a redação dada pela Lei n.º 11.960/2009 (Repercussão Geral no RE n.º 870.947), observada, quanto ao termo final da incidência, a tese firmada em Repercussão Geral no RE n.º 579.431, de 19/4/2017, Rel. Ministro Marco Aurélio.

Nos termos do art. 4.º, inciso I, da Lei Federal n.º 9.289/1996, o INSS está isento do pagamento de custas processuais nas ações de natureza previdenciária ajuizadas nesta Justiça Federal, assim como o está naquelas aforadas na Justiça do estado de São Paulo, por força do art. 6.º da Lei Estadual n.º 11.608/2003, c. c. o art. 1.º, § 1.º, da mesma Lei n.º 9.289/1996, circunstância que não o exime, porém, de arcar com as custas e as despesas processuais em restituição à parte autora, em decorrência da sucumbência, na hipótese de pagamento prévio.

Já no que diz respeito às ações propostas perante a Justiça do estado de Mato Grosso do Sul, as normativas que tratavam da aludida isenção (Leis Estaduais n.º 1.135/91 e n.º 1.936/98) restaram revogadas a partir da edição da Lei Estadual n.º 3.779/09 (art. 24, §§ 1.º e 2.º), pelo que, nos feitos advindos daquela Justiça Estadual, de rigor a imposição à autarquia previdenciária do pagamento das custas processuais, exigindo-se o recolhimento apenas ao final da demanda, caso caracterizada a sucumbência.

À vista do quanto disposto no art. 85 do Código de Processo Civil, sendo o caso de sentença ilíquida, o percentual da verba honorária deverá ser fixado na liquidação do julgado, com observância ao disposto no inciso II do § 4.º, c. c. o § 11, ambos do art. 85 do CPC, bem como no art. 86 do mesmo diploma legal.

Os honorários advocatícios incidem sobre as parcelas vencidas até a sentença de procedência (STJ, Súmula 111). Na hipótese em que a pretensão do segurado somente seja deferida em sede recursal, a verba honorária incidirá sobre as parcelas vencidas até a data da decisão ou acórdão, em atenção ao disposto no § 11 do art. 85 do CPC.

Quanto ao prequestionamento suscitado, saliente-se inexistir contrariedade alguma a legislação federal ou a dispositivos constitucionais.

Posto isso, nego provimento à apelação.

É o voto.

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE A TRABALHADOR RURAL. ART. 143 DA LEI N.º 8.213/91. COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE DE RURÍCOLA NO PERÍODO ANTERIOR AO REQUERIMENTO. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.

- A atividade rural deve ser comprovada por meio de início de prova material, aliada à prova testemunhal.
- O conjunto probatório é suficiente para ensejar a concessão do benefício vindicado.
- Reconhecimento da procedência do pedido formulado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5898712-91.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: ADEMIR COGGO

Advogado do(a) APELADO: GISELE TELLES SILVA - SP230527-N
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5898712-91.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: ADEMIR COGGO
Advogado do(a) APELADO: GISELE TELLES SILVA - SP230527-N
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Demanda proposta objetivando a concessão de aposentadoria por idade a trabalhador rural, prevista no art. 143 da Lei nº 8.213/91.

O juízo *a quo* julgou procedente o pedido formulado, reconhecendo à parte autora o direito ao benefício pretendido, a partir da data do requerimento administrativo.

O INSS apela, pleiteando a reforma da sentença, sustentando, em síntese, o não cumprimento dos requisitos legais necessários à concessão em questão.

Sem contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5898712-91.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: ADEMIR COGGO

VOTO

Inicialmente, esclareça-se não ser caso de se ter submetida a decisão de 1.º grau ao reexame necessário, considerando o disposto no art. 496, § 3.º, inciso I, do Código de Processo Civil, que afasta a exigência do duplo grau de jurisdição quando a condenação ou o proveito econômico for inferior a 1.000 salários mínimos.

Tempestivo o recurso e presentes os demais requisitos de admissibilidade, passa-se ao exame da insurgência propriamente dita, considerando-se a matéria objeto de devolução.

APOSENTADORIA POR IDADE (RURAL)

O benefício de aposentadoria por idade a trabalhador rural encontra-se disciplinado nos arts. 39, inciso I; 48, §§ 1.º e 2.º; e 143 da Lei n.º 8.213/91.

Antes mesmo do advento da Lei de Benefícios, a Lei Complementar n.º 11, de 25 de maio de 1971, que instituiu o Programa de Assistência ao Trabalhador Rural, em seu art. 4.º dispunha que a aposentadoria seria devida quando se completassem 65 anos de idade, cabendo a concessão do benefício apenas ao respectivo chefe ou arrimo de família (parágrafo único).

Por sua vez, de acordo com o art. 5.º da Lei Complementar n.º 16/73, o trabalhador rural deveria comprovar a sua atividade pelo menos nos três últimos anos anteriores à data do pedido do benefício.

Referidos dispositivos não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, que passou para 60 anos, para homens, e 55, para mulheres, a idade mínima exigida para a concessão do benefício (art. 201, § 7.º, inciso II), excluindo a exigência da condição de chefe de família.

Além do requisito etário (60 anos, se homem, e 55 anos, se mulher), o trabalhador rural deve comprovar o exercício de atividade rural, mesmo que descontinua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses idêntico à carência do benefício.

O dispositivo legal citado deve ser analisado em consonância com o art. 142 da Lei de Benefícios.

Não se exige do trabalhador rural o cumprimento de carência (art. 26, inciso III), como o dever de verter contribuição por determinado número de meses, senão a comprovação do exercício laboral durante o período respectivo.

Vale dizer: em relação às contribuições previdenciárias, é assente, desde sempre, o entendimento de serem desnecessárias, sendo suficiente a comprovação do efetivo exercício de atividade no meio rural (STJ, REsp n.º 207.425, 5.ª Turma, j. em 21/9/1999, v.u., DJ de 25/10/1999, p. 123, Rel. Ministro Jorge Scartezini; e STJ, RESP n. 502.817, 5.ª Turma, j. em 14/10/2003, v.u., DJ de 17/11/2003, p. 361, Rel. Ministra Laurita Vaz).

Noutro passo, com relação ao art. 143 da Lei n.º 8.213/91, a regra transitória assegurou aos rurícolas o direito de requerer aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo, durante 15 (quinze) anos, contados da vigência da referida Lei.

Assim, o referido prazo expiraria em 25/7/2006.

Entretanto, em relação ao trabalhador rural enquadrado como segurado empregado ou como segurado contribuinte individual, que presta serviços de natureza rural, em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego, o aludido prazo foi prorrogado por mais 2 (dois) anos, estendendo-se até 25/7/2008, em face do disposto na MP n.º 312/06, convertida na Lei n.º 11.368/06.

Posteriormente, a Medida Provisória n.º 410/07, convertida na Lei n.º 11.718/08, estabeleceu nova prorrogação para o prazo previsto no art. 143 da Lei n.º 8.213/91, ao determinar, em seu art. 2.º, que “Para o trabalhador rural empregado, o prazo previsto no art. 43 da Lei n.º 8.213/91, de 24 de julho de 1991, fica prorrogado até o dia 31 de dezembro de 2010” (art. 2.º) e, em seu art. 3.º, que “Na concessão de aposentadoria por idade do empregado rural, em valor equivalente ao salário mínimo, serão contados para efeito de carência: I - até 31 de dezembro de 2010, a atividade comprovada na forma do art. 143 da Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991; II - de janeiro de 2011 a dezembro de 2015, cada mês comprovado de emprego, multiplicado por 3 (três), limitado a 12 (doze) meses, dentro do respectivo ano civil; e III - de janeiro de 2016 a dezembro de 2020, cada mês comprovado de emprego, multiplicado por 2 (dois), limitado a 12 (doze) meses dentro do respectivo ano civil”.

É de observar-se que, para os empregados rurais e contribuintes individuais eventuais, a regra permanente do art. 48 da Lei n.º 8.213/91 continua a exigir, para concessão de aposentadoria por idade a rurícolas, apenas a comprovação do efetivo exercício de "atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência do benefício pretendido", consoante §§ 1.º e 2.º do referido dispositivo.

Essa comprovação do labor rural, nos termos dos arts. 48 e 143 da Lei de Benefícios, dar-se-á por meio de prova documental, ainda que incipiente, e, nos termos do art. 55, § 3.º, da retrocitada Lei, corroborada por prova testemunhal.

Acrescente-se que a jurisprudência de longa data vem atentando para a necessidade dessa conjunção de elementos probatórios (início de prova documental e colheita de prova testemunhal), o que resultou até mesmo na edição do verbete n.º 149 da Súmula da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: "

"A prova exclusivamente testemunhal não basta a comprovação da atividade rural, para efeito de obtenção do benefício previdenciário".

DO CASO DOS AUTOS

O requisito etário restou satisfeito, pois a parte autora completou a idade mínima em 20/08/2016, devendo fazer prova do exercício de atividade rural por 180 meses.

Para demonstrar as alegações, juntou documentos, entre os quais destacam-se:

- certidão de casamento celebrado em 1984 qualificando o autor como 'lavrador';
- cópia do Certificado de Dispensa de Incorporação Militar datado de 21/05/1975, constando a profissão do autor como 'lavrador';
- cópia da CTPS do autor constando registros trabalhistas de natureza rural entre 28/08/1977 a 25/08/1978, 26/08/1978 a 23/08/1979, 24/08/1979 a 25/08/1980, 26/08/1980 a 24/08/1981, 25/08/1981 a 25/08/1982, 26/08/1982 a 24/08/1983, 25/08/1983 a 24/08/1984, 25/08/1984 a 22/08/1985, 23/08/1985 a 09/12/1987, 12/12/1987 a 09/03/1988, 17/03/1988 a 28/02/1989, 01/03/1989 a 30/10/1990, 01/10/1996 a 01/02/1998, 04/02/1998 a 27/10/1998, 10/05/2000 a 20/12/2000, 04/05/2001 a 11/12/2002, 01/12/2003 a 01/01/2004 e 01/08/2008 a 03/02/2009, perfazendo o total de 18 anos e 10 dias.

Cabe ressaltar a existência de prova oral. As testemunhas declaram que conhecem a parte autora há bastante tempo e confirmam o alegado labor rural.

É incontestado o valor probatório dos documentos de qualificação civil, dos quais é possível inferir a profissão exercida pela parte autora, à época dos fatos que se pretende comprovar.

E os documentos juntados constituem início de prova material, o que foi corroborado pela prova testemunhal, confirmando a atividade campesina da parte autora.

De rigor, portanto, o deferimento do benefício, porquanto comprovado o exercício de atividade rural pelo período de carência legalmente exigido.

A aposentadoria corresponde ao valor de um salário mínimo mensal, nos termos do art. 143 da Lei n.º 8.213/91.

O termo inicial do benefício previdenciário deve retroagir à data do requerimento administrativo, de acordo com a previsão contida no inciso II do art. 49 da Lei n.º 8.213/91. Na ausência de demonstração do requerimento, o termo inicial deve retroagir à data da citação, ocasião em que a autarquia tomou conhecimento da pretensão.

No caso, existe comprovação de requerimento, devendo o termo inicial ser nele fixado.

Devida a gratificação natalina, nos termos preconizados no art. 7.º, inciso VIII, da Constituição da República.

A correção monetária das parcelas vencidas se dará nos termos da normatização de regência (Lei n.º 6.899/1981 e legislação superveniente), bem como do Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos na Justiça Federal, observado o decidido, sob a sistemática da repercussão geral, no Recurso Extraordinário n.º 870.947, de 20/9/2017, sob relatoria do Ministro Luiz Fux.

Fica afastada a incidência da Taxa Referencial (TR) na condenação, pois o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar embargos declaratórios no recurso extraordinário em questão, decidiu pela não modulação dos efeitos.

Os juros moratórios são devidos à razão de 0,5% (meio por cento) ao mês, a contar da citação, nos termos dos arts. 1.062 do Código Civil de 1916 e 240 do Código de Processo Civil. A partir da vigência do novo Código Civil (Lei n.º 10.406/2002), deverão ser computados nos termos do art. 406 desse diploma, em 1% (um por cento) ao mês, neste caso até 30/6/2009. A partir de 1.º de julho de 2009, incidirão, uma única vez, até a conta final que servir de base para a expedição do precatório, para fins de atualização monetária e de juros, os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos do art. 1.º-F da Lei n.º 9.494/97, com a redação dada pela Lei n.º 11.960/2009 (Repercussão Geral no RE n.º 870.947), observada, quanto ao termo final da incidência, a tese firmada em Repercussão Geral no RE n.º 579.431, de 19/4/2017, Rel. Ministro Marco Aurélio.

Nos termos do art. 4.º, inciso I, da Lei Federal n.º 9.289/1996, o INSS está isento do pagamento de custas processuais nas ações de natureza previdenciária ajuizadas nesta Justiça Federal, assim como o está naquelas aforadas na Justiça do estado de São Paulo, por força do art. 6.º da Lei Estadual n.º 11.608/2003, c. c. o art. 1.º, § 1.º, da mesma Lei n.º 9.289/1996, circunstância que não o exime, porém, de arcar com as custas e as despesas processuais em restituição à parte autora, em decorrência da sucumbência, na hipótese de pagamento prévio.

Quanto ao prequestionamento suscitado, saliente-se inexistir contrariedade alguma a legislação federal ou a dispositivos constitucionais.

Posto isso, nego provimento à apelação.

É o voto.

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE A TRABALHADOR RURAL. ART. 143 DA LEI N.º 8.213/91. COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE DE RURÍCOLA NO PERÍODO ANTERIOR AO REQUERIMENTO. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.

- A atividade rural deve ser comprovada por meio de início de prova material, aliada à prova testemunhal.
- O conjunto probatório é suficiente para ensejar a concessão do benefício vindicado.
- Reconhecimento da procedência do pedido formulado.
- Apelo do INSS improvido

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento à apelação do INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001083-27.2018.4.03.6139

RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES

APELANTE: RODRIGO PEDROSO

Advogado do(a) APELANTE: MAISA RODRIGUES GARCIA DE SILVEIRA PORTELLA - SP174674-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001083-27.2018.4.03.6139
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: RODRIGO PEDROSO
Advogado do(a) APELANTE: MAISA RODRIGUES GARCIA DE SILVEIRA PORTELLA - SP174674-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Demanda proposta objetivando a concessão de aposentadoria por idade a trabalhador rural, prevista no art. 143 da Lei n.º 8.213/91.

O juízo *a quo* julgou improcedente o pedido formulado.

A parte autora apela, “*buscando, primeiramente, a anulação da sentença*”, pois “*não atende a exigência do devido dever de fundamentação*”. No mérito, pleiteia a reforma da sentença, sustentando, em síntese, o cumprimento dos requisitos legais necessários à concessão pretendida. Ao final, prequestiona a matéria.

Sem contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

VOTO

Tempestivo o recurso e presentes os demais requisitos de admissibilidade, passa-se ao exame da insurgência propriamente dita, considerando-se a matéria objeto de devolução.

No tocante à preliminar arguida, não assiste razão à parte autora, senão vejamos.

Alega o apelante que a sentença “*não atende à exigência do devido dever de fundamentação*”, ao argumento de que “*no caso em tela, sentença o nobre magistrado que a parte autora trouxe aos autos prova documental, a qual considerou “deveras boa”*”. No entanto, afasta a prova testemunhal produzida, “*com argumento genérico e sem qualquer fundamento nas razões pelas quais tais depoimentos produzidos foram considerados por si como ‘inservíveis’*”.

Pois bem. Convém ressaltar que a fundamentação e a motivação são consectários do devido processo legal. Na doutrina, sobreleva a lição do ilustre Professor Daniel Amorim Assumpção Neves sobre o tema, *in verbis*:

“A fundação da decisão é essencial, sendo inclusive um dos princípios constitucionais, previsto no art. 93, IX da CF. Sendo a sentença um ato decisório de extrema importância no processo, é evidente que a fundamentação não pode ser dispensada. Na fundamentação, o juiz deve enfrentar todas as questões de fato e de direito que sejam relevantes para a solução da demanda, justificando a conclusão a que se chegará no dispositivo.” (Código de Processo Civil Comentado/ Daniel Amorim Assumpção Neves – 5.ª edição, revista e atualizada – Salvador: Editora JusPodivm, 2020, pag. 489).

Veja-se, ainda, os seguintes comentários ao Código de Processo Civil:

“Há duas técnicas distintas de fundamentação das decisões judiciais: exauriente (ou completa) e suficiente. Na fundamentação exauriente, o juiz é obrigado a enfrentar todas as alegações das partes, enquanto na fundamentação suficiente basta que enfrente e decida todas as causas de pedir do autor e todos os fundamentos de defesa do réu. Como cada causa de pedir e cada fundamento de defesa podem ser baseados em várias alegações, na fundamentação suficiente o juiz não é obrigado a enfrentar todas elas, desde que justifique o acolhimento ou a rejeição da causa de pedir ou do fundamento de defesa.

O direito brasileiro adota a técnica da fundamentação suficiente, sendo nesse sentido a tranquila jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ao afirmar que não é obrigação do juiz enfrentar todas as alegações das partes, bastando ter um motivo suficiente para fundamentar a decisão.

Nos termos do dispositivo, é possível concluir que a partir do advento do Novo CPC não bastará ao juiz enfrentar as causas de pedir e fundamentos de defesa, mas todos os argumentos que os embasam. O dispositivo legal, entretanto, deixou uma brecha ao juiz quando prevê que a exigência de enfrentamento se limita aos argumentos em tese aptos a infirmar o convencimento judicial.”

(Novo Código de Processo Civil: Inovações, Alterações e Supressões Comentadas/ Daniel Amorim Assumpção Neves – 5.ª edição, revista e atualizada – São Paulo: Editora Método, 2015, pag. 36).

Tenha-se presente que o guardião da Constituição Federal por diversas vezes debruçou-se sobre a fundamentação das decisões sob a ótica da Carta Magna.

Oportuno transcrever trecho de precedente que revela o entendimento do Plenário do Colendo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, *in verbis*:

“O art. 93, IX, da CF exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.” (AI 791.292QORG, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, DJE de 13-8-2010, com repercussão geral).

No mesmo sentido: AI 737.693AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJE de 26-11-2010; AI 749.496AgR, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJE de 11-9-2009; AI 697.623AgREDAgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJE de 1º-7-2009; AI 402.819AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ de 5-9-2000.

Ressalte-se que a Corte Suprema asseverou que *“a falta de fundamentação não se confunde com fundamentação sucinta. Interpretação que se extrai do inciso IX do art. 93 da CF/1988.”* (HC 105.349AgR, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 23-11-2010, Segunda Turma, DJE de 17-2-2011).

Nessa linha, rejeito a matéria preliminar arguida, tendo em vista que o MM. Juiz *a quo*, ao concluir pela improcedência do pedido, o fez de forma fundamentada, ainda que tenha valorado sucintamente a prova testemunhal produzida nos autos.

APOSENTADORIA POR IDADE (RURAL)

O benefício de aposentadoria por idade a trabalhador rural encontra-se disciplinado nos arts. 39, inciso I; 48, §§ 1.º e 2.º; e 143 da Lein.º 8.213/91.

Antes mesmo do advento da Lei de Benefícios, a Lei Complementar n.º 11, de 25 de maio de 1971, que instituiu o Programa de Assistência ao Trabalhador Rural, em seu art. 4.º dispunha que a aposentadoria seria devida quando se completassem 65 anos de idade, cabendo a concessão do benefício apenas ao respectivo chefe ou arrimo de família (parágrafo único).

Por sua vez, de acordo com o art. 5.º da Lei Complementar n.º 16/73, o trabalhador rural deveria comprovar a sua atividade pelo menos nos três últimos anos anteriores à data do pedido do benefício.

Referidos dispositivos não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, que passou para 60 anos, para homens, e 55, para mulheres, a idade mínima exigida para a concessão do benefício (art. 201, § 7.º, inciso II), excluindo a exigência da condição de chefe de família.

Além do requisito etário (60 anos, se homem, e 55 anos, se mulher), o trabalhador rural deve comprovar o exercício de atividade rural, mesmo que descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses idêntico à carência do benefício.

O dispositivo legal citado deve ser analisado em consonância com o art. 142 da Lei de Benefícios.

Não se exige do trabalhador rural o cumprimento de carência (art. 26, inciso III), como o dever de verter contribuição por determinado número de meses, senão a comprovação do exercício laboral durante o período respectivo.

Vale dizer: em relação às contribuições previdenciárias, é assente, desde sempre, o entendimento de serem desnecessárias, sendo suficiente a comprovação do efetivo exercício de atividade no meio rural (STJ, REsp n.º 207.425, 5.ª Turma, j. em 21/9/1999, v.u., DJ de 25/10/1999, p. 123, Rel. Ministro Jorge Scartezzini; e STJ, RESP n.º 502.817, 5.ª Turma, j. em 14/10/2003, v.u., DJ de 17/11/2003, p. 361, Rel. Ministra Laurita Vaz).

Noutro passo, com relação ao art. 143 da Lei n.º 8.213/91, a regra transitória assegurou aos rurícolas o direito de requerer aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo, durante 15 (quinze) anos, contados da vigência da referida Lei.

Assim, o referido prazo expiraria em 25/7/2006.

Entretanto, em relação ao trabalhador rural enquadrado como segurado empregado ou como segurado contribuinte individual, que presta serviços de natureza rural, em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego, o aludido prazo foi prorrogado por mais 2 (dois) anos, estendendo-se até 25/7/2008, em face do disposto na MP n.º 312/2006, convertida na Lei n.º 11.368/2006.

Posteriormente, a Medida Provisória n.º 410/2007, convertida na Lei n.º 11.718/2008, estabeleceu nova prorrogação para o prazo previsto no art. 143 da Lei n.º 8.213/1991, ao determinar, em seu art. 2.º, que “Para o trabalhador rural empregado, o prazo previsto no art. 43 da Lei n.º 8.213/91, de 24 de julho de 1991, fica prorrogado até o dia 31 de dezembro de 2010” (art. 2.º) e, em seu art. 3.º, que “Na concessão de aposentadoria por idade do empregado rural, em valor equivalente ao salário mínimo, serão contados para efeito de carência: I - até 31 de dezembro de 2010, a atividade comprovada na forma do art. 143 da Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991; II - de janeiro de 2011 a dezembro de 2015, cada mês comprovado de emprego, multiplicado por 3 (três), limitado a 12 (doze) meses, dentro do respectivo ano civil; e III - de janeiro de 2016 a dezembro de 2020, cada mês comprovado de emprego, multiplicado por 2 (dois), limitado a 12 (doze) meses dentro do respectivo ano civil”.

É de observar-se que, para os empregados rurais e contribuintes individuais eventuais, a regra permanente do art. 48 da Lei n.º 8.213/1991 continua a exigir, para concessão de aposentadoria por idade a rurícolas, apenas a comprovação do efetivo exercício de “atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência do benefício pretendido”, consoante §§ 1.º e 2.º do referido dispositivo.

Essa comprovação do labor rural, nos termos dos arts. 48 e 143 da Lei de Benefícios, dar-se-á por meio de prova documental, ainda que incipiente, e, nos termos do art. 55, § 3.º, da retrocitada Lei, corroborada por prova testemunhal.

Acrescente-se que a jurisprudência de longa data vem atentando para a necessidade dessa conjunção de elementos probatórios (início de prova documental e colheita de prova testemunhal), o que resultou até mesmo na edição do verbete n.º 149 da Súmula da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: ”

"A prova exclusivamente testemunhal não basta a comprovação da atividade rurícola, para efeito de obtenção do benefício previdenciário".

DO CASO DOS AUTOS

O requisito etário restou satisfeito, pois a parte autora completou a idade mínima em 22/03/2010, devendo fazer prova do exercício de atividade rural por 174 meses.

Para demonstrar as alegações, juntou documentos, dentre os quais destacam-se:

- certidão de nascimento da filha (GLAUCIA DOS SANTOS PEDROSO) em 14/09/1985, qualificando o requerente como lavrador;
- certidão de nascimento do filho (RAFAEL DOS SANTOS PEDROSO) em 15/05/1996, qualificando o pai como lavrador;
- CTPS, com dez registros do labor campesino, de forma descontínua, revelando contratos de trabalho;
- no cargo de “trabalhador rural”, para o empregador ARI ARNALDO DE ALMEIDA, no Sítio São João (espécie de estabelecimento: “agricultura”), localizada no município de Fartura, em São Paulo, de 03/03/2003 a 29/08/2003 (ID n.º 56702490 - Pág. 10);

- no cargo de “serviços rurais gerais”, para o empregador DORIVAL CORREA DOS SANTOS, no Sítio Nossa Senhora Aparecida (espécie de estabelecimento: “exploração agrícola”), localizada no município de Ribeirão Branco, em São Paulo, de 10/03/2004 a 01/10/2004 (ID n.º 56702490 - Pág. 10);

- no cargo de “trabalhador braçal”, para o empregador CLAUDINEI RIBEIRO DA SILVA, na Fazenda Santa Tereza, localizada no município de Fartura, em São Paulo, de 01/08/2005 a 01/12/2005 (ID n.º 56702490 - Pág. 11);

- no cargo de “serviços rurais gerais”, para o empregador EDSON RODRIGUES DA SILVA, em estabelecimento agrícola localizado no município de Ribeirão Branco, em São Paulo, de 01/11/2007 a 09/11/2007 (ID n.º 56702490 - Pág. 11);

- no cargo de “safista” para o empregador CELSO ANTÔNIO MONTICELI, no Sítio dos Pinheiros - Feijoa, no município de Ouro Fino – MG de 01/04/2011 a 01/09/2011 (ID n.º 56702490 - Pág. 12);

- no cargo de “trabalhador rural” no cultivo de plantas para o empregador ANTÔNIO MARCOS GABETTA, em estabelecimento agrícola localizado no município de Campinas, em São Paulo, de 29/05/2012 a 18/09/2012 (ID n.º 56702490 - Pág. 13);

- no cargo de “ajudante geral”, para o empregador GILBERTO BATISTA FORIGATO, na Fazenda Vale Formoso”, localizada no município de Campinas, em São Paulo, de 01/10/2012 a 22/10/2012 (ID n.º 56702490 - Pág. 13);

- no cargo de “serviços rurais gerais”, para o empregador IRAILSON RODRIGUES DE OLIVEIRA, na Fazenda Irmãos Oliveira (espécie de estabelecimento: “exploração agrícola”), localizada no município de Ribeirão Branco, em São Paulo, de 01/11/2011 a 02/05/2012, de 01/12/2012 a 01/06/2013 e de 01/09/2013 a 01/05/2014 (ID n.º 56702490 - Págs. 8 e 12).

A Autarquia ré anexou aos autos extrato de Consulta ao Cadastro Nacional de Informações Sociais – CNIS/DATAPREV (ID n.º 56702492 - Págs. 15 e 16), confirmando todos esses vínculos e ainda outros contratos, abrangendo o período compreendido entre 1977 e 2015, para os quais não foram indicadas as ocupações respectivas, conforme se transcreve a seguir:

- de 03/01/1977 a 03/04/1978 - para a empregadora MARQUESA S/A;

- de 01/05/1978 a 16/12/1980 - para o empregador JAN HAASJES;

- de 01/07/1986 a 16/04/1991 - para o Município de Ribeirão Branco;

- de 24/04/1991 a 07/06/1991 - para a empregadora ARAUCÁRIA SERVIÇOS FLORESTAIS SC LTDA;

- de 01/07/1991 a 18/08/1993 - para a empregadora MGB MADEIRAS LTDA ME;

- de 02/05/1995 a 17/07/1995 – para a empregadora ES REFLORESTAMENTO LTDA;

- de 01/11/1996 a 30/09/1997 – para a empregadora MIRIANE HALLECK KINOL RIBEIRÃO BRANCO;

- a partir de 01/08/1998, sem registro de “data fim”, mas constando a última remuneração em 04/1999 - para a empregadora MGB MADEIRAS LTDA ME;

- a partir de 02/04/2001, sem registro de “data fim”, mas constando a última remuneração em 05/2001 - para a empregadora DIONELLO SERRARIA INDUSTRIAL RIBEIRÃO BRANCO LTDA ME;

- de 17/05/2002 a 13/11/2002 - para o empregador CARLOS EDUARDO FAVARETO;

- de 03/03/2003 a 29/08/2003 - para o empregador ARI ARNALDO DE ALMEIDA;

- de 10/03/2004 a 01/10/2004 - para o empregador DORIVAL CORREA DOS SANTOS;

- de 01/11/2007 a 09/11/2007 - para o empregador EDSON RODRIGUES DA SILVA;

- de 01/04/2011 a 01/09/2011 - para o empregador CELSO ANTÔNIO MONTICELI;

- de 01/11/2011 a 02/05/2012 - para o empregador IRAILSON RODRIGUES DE OLIVEIRA;

- de 29/05/2012 a 18/09/2012 – para o empregador ANTÔNIO MARCOS GABETTA;

- de 01/10/2012 a 22/10/2012 – para o empregador GILBERTO BATISTA FORIGATO;

- de 01/12/2012 a 01/06/2013 - para o empregador IRAILSON RODRIGUES DE OLIVEIRA;

- de 01/09/2013 a 01/05/2014 - para o empregador IRAILSON RODRIGUES DE OLIVEIRA;

- de 01/11/2014 a 02/05/2015 - para o empregador ROGÉRIO FINENCIO.

Não se pode perder de vista que o MM. Juiz de 1.º grau considerou “*que a prova documental é deveras boa, eis que o autor ostenta vários registros de trabalho rural...*” (ID. n.º 56702494 – Págs. 06 e 07).

Cabe ressaltar a existência de prova oral. Embora não haja transcrição dos depoimentos nos autos, da oitiva das mídias constantes do processo no Sistema PJe (ID. n.º [56702500](#) e ID. n.º [56702499](#)), é possível verificar que a testemunha NELSON CORREA afirmou que “*é conhecido do autor*” e que “*mora em Ribeirão Branco desde criança*”; que “*trabalha na Prefeitura como carpinteiro desde 1986, há trinta anos*”; que conheceu o Sr. Rodrigo, pois lá naquela região todos se conhecem; que “*Rodrigo planta na lavoura de tomate no Sítio do SEBINHO*”; que já viu o autor plantando tomate no Sítio; que ele “*planta para IRAILSON SEBINHO e JOAQUIM MACHADO*”; que o autor “*sempre trabalhou no serviço da roça*”; (sic) “*já vi ele trabalhando na lavoura de tomates porque eu ando pelas lavouras direto e via*”; que “*ele sempre trabalhou na lavoura e eu sempre vi*”; que “*ele nunca fez outra coisa ou serviços na cidade*”. Não houve perguntas pelo INSS.

Por sua vez, a testemunha ANTÔNIO IRINEU DE SOUZA, em seu depoimento, declarou que conheceu o Sr. Rodrigo, pois foi seu vizinho; que “*o autor planta lavoura de tomate*”; “*trabalhei junto com ele na lavoura de tomate para o IRAILSON, que a gente chama de “SEBINHO”*”; “*fui diarista e ele também, para colher tomate na lavoura, por dia, sem registro na carteira*”; “*Rodrigo continuou na lavoura para o SEBINHO e MACHADO*”; que depois, a testemunha foi trabalhar na prefeitura, no cargo de “*serviços gerais*” e atualmente é pedreiro, mas que “*sempre via o Sr. Rodrigo na lavoura, trabalhando com tomate*”, pois “*a região é pequenininha*” e “*todos se conhecem*”. Não houve perguntas pelo INSS.

É inconteste o valor probatório dos documentos de qualificação civil, nos quais é possível inferir a profissão exercida pela parte autora, à época dos fatos que se pretende comprovar.

E os documentos juntados constituem início de prova material. Insta salientar que a consulta atualizada ao Sistema CNIS confirma os já mencionados vínculos empregatícios, o que foi corroborado pela prova testemunhal, confirmando a atividade campesina da parte autora.

Com efeito, o Colendo Superior Tribunal de Justiça, atento às precárias condições em que se desenvolve o trabalho do lavrador e as dificuldades na obtenção de prova material do seu labor, quando do julgamento do REsp. .º 1.321.493/PR, realizado segundo a sistemática de recurso representativo da controvérsia (CPC, art. 543-C), abrandou a exigência da prova, admitindo início de prova material sobre parte do lapso temporal pretendido, a ser complementada por prova testemunhal.

Assinale-se que, no julgamento do Recurso Especial n.º 1.348.633/SP, também representativo de controvérsia, a 1ª Seção do C. STJ admitiu, inclusive, o tempo de serviço rural anterior à prova documental, desde que corroborado por prova testemunhal idônea. Precedente da E. 7ª Turma deste Tribunal (AC 2013.03.99.020629-8/SP, Des. Fed. Paulo Domingues, DJ 09/04/2018).

Com efeito, a jurisprudência sedimentou o entendimento de que a prova testemunhal possui aptidão para ampliar a eficácia probatória da prova material trazida aos autos, sendo desnecessária a sua contemporaneidade para todo o período de carência que se pretende comprovar (Recurso Especial Repetitivo n.º 1.348.633/SP, (Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, DJe 5/12/2014) e Súmula 577 do C. STJ.

No mesmo sentido, precedentes do C STJ: AgRg no REsp. 1.372.590/SP, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, 2.ª Turma, DJe 28/03/2019; REsp 1.803.581/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, 2.ª Turma, DJe 18/10/2019, bem como desta Corte: ApCiv 6078342-10.2019.4.03.9999/SP, Relatora: Desembargadora Federal DALDICE SANTANA, 9.ª Turma, DJF3 de 10/03/2020; ApReeNec 5904040-02.2019.4.03.9999/SP, Relatora: Desembargadora Federal DALDICE SANTANA, 9.ª Turma, DJF3 de 11/03/2020.

Tenha-se presente que a consulta atualizada ao Sistema CNIS revela que o apelante recebe o benefício n.º 7029028237, da espécie 88 (AMPARO SOCIAL AO IDOSO) desde 02/05/2017 (situação do benefício: ativo).

Esclareça-se que o fato do requerente receber o benefício de amparo social ao idoso não afasta seu direito à aposentadoria por idade a trabalhador rural vindicada, tendo em vista que se deu posteriormente ao indeferimento administrativo do benefício de aposentadoria por idade rural (em 2014).

De rigor, portanto, o deferimento do benefício, porquanto comprovado o exercício de atividade rural pelo período de carência legalmente exigido.

A aposentadoria corresponde ao valor de um salário mínimo mensal, nos termos do art. 143 da Lei n.º 8.213/91.

O termo inicial do benefício previdenciário deve retroagir à data do requerimento administrativo, de acordo com a previsão contida no inciso II do art. 49 da Lei n.º 8.213/91.

Na ausência de demonstração do requerimento, o termo inicial deve retroagir à data da citação, ocasião em que a autarquia tomou conhecimento da pretensão.

No caso, existe comprovação de requerimento, devendo o termo inicial ser nele fixado (04/09/2014), compensando-se os valores recebidos a título de benefício de amparo social ao idoso e observando-se ser devida a gratificação natalina, nos termos preconizados no art. 7.º, inciso VIII, da Constituição da República.

A correção monetária das parcelas vencidas se dará nos termos da normatização de regência (Lei n.º 6.899/1981 e legislação superveniente), bem como do Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos na Justiça Federal, observado o decidido, sob a sistemática da repercussão geral, no Recurso Extraordinário n.º 870.947, de 20/9/2017, sob relatoria do Ministro Luiz Fux.

Fica afastada a incidência da Taxa Referencial (TR) na condenação, pois o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar embargos declaratórios no recurso extraordinário em questão, decidiu pela não modulação dos efeitos.

Os juros moratórios são devidos à razão de 0,5% (meio por cento) ao mês, a contar da citação, nos termos dos arts. 1.062 do Código Civil de 1916 e 240 do Código de Processo Civil. A partir da vigência do novo Código Civil (Lei n.º 10.406/2002), deverão ser computados nos termos do art. 406 deste diploma, em 1% (um por cento) ao mês, nesse caso até 30/6/2009. A partir de 1.º de julho de 2009, incidirão, uma única vez, até a conta final que servir de base para a expedição do precatório, para fins de atualização monetária e de juros, os índices oficiais de remuneração básica e de juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos do art. 1.º-F da Lei n.º 9.494/97, com a redação dada pela Lei n.º 11.960/2009 (Repercussão Geral no RE n.º 870.947), observada, quanto ao termo final da incidência, a tese firmada em Repercussão Geral no RE n.º 579.431, de 19/4/2017, Rel. Ministro Marco Aurélio.

Nos termos do art. 4.º, inciso I, da Lei Federal n.º 9.289/1996, o INSS está isento do pagamento de custas processuais nas ações de natureza previdenciária ajuizadas nesta Justiça Federal, assim como o está naquelas aforadas na Justiça do estado de São Paulo, por força do art. 6.º da Lei Estadual n.º 11.608/2003, c. c. o art. 1.º, § 1.º, da mesma Lei n.º 9.289/1996, circunstância que não o exime, porém, de arcar com as custas e as despesas processuais em restituição à parte autora, em decorrência da sucumbência, na hipótese de pagamento prévio.

Já no que diz respeito às ações propostas perante a Justiça do estado de Mato Grosso do Sul, as normativas que tratavam da aludida isenção (Leis Estaduais n.º 1.135/91 e n.º 1.936/98) restaram revogadas a partir da edição da Lei Estadual n.º 3.779/09 (art. 24, §§ 1.º e 2.º), pelo que, nos feitos advindos daquela Justiça Estadual, de rigor a imposição à autarquia previdenciária do pagamento das custas processuais, exigindo-se o recolhimento apenas ao final da demanda, caso caracterizada a sucumbência.

À vista do quanto previsto no art. 85 do Código de Processo Civil, sendo o caso de sentença ilíquida, o percentual da verba honorária deverá ser fixado na liquidação do julgado, com observância ao disposto no inciso II do § 4.º, c. c. o § 11, ambos do art. 85 do CPC, bem como no art. 86 do mesmo diploma legal.

Os honorários advocatícios incidem sobre as parcelas vencidas até a sentença de procedência (STJ, Súmula 111). Na hipótese em que a pretensão do segurado somente seja deferida em sede recursal, a verba honorária incidirá sobre as parcelas vencidas até a data da decisão ou acórdão, ematenção ao disposto no § 11 do art. 85 do CPC.

Quanto ao prequestionamento suscitado, saliente-se inexistir contrariedade alguma a legislação federal ou a dispositivos constitucionais.

Posto isso, rejeito a matéria preliminar arguida e dou provimento à apelação, para reformar a sentença e julgar procedente o pedido formulado, fixando os critérios dos consectários e determinando a incidência de verba honorária nos termos da fundamentação *supra*, compensando-se os valores recebidos a título de benefício de amparo social ao idoso, igualmente nos moldes acima consignados.

O benefício é de aposentadoria por idade de trabalhador rural, no valor de um salário mínimo, com DIB em 04/09/2014 (data do requerimento administrativo).

É o voto.

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE A TRABALHADOR RURAL. ART. 143 DA LEI N.º 8.213/91. COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE DE RURÍCOLA NO PERÍODO ANTERIOR AO REQUERIMENTO. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.

- A atividade rural deve ser comprovada por meio de início de prova material, aliada à prova testemunhal.
- O conjunto probatório é suficiente para ensejar a concessão do benefício vindicado.
- Reconhecimento da procedência do pedido formulado.
- Apelo da parte autora provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu rejeitar a matéria preliminar arguida e dar provimento à apelação da parte autora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5732252-17.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: GENTIL JOAQUIM DA SILVA
Advogado do(a) APELADO: EDSON LUIZ MARTINS PEREIRA JUNIOR - SP318575-N
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5732252-17.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: GENTIL JOAQUIM DA SILVA
Advogado do(a) APELADO: EDSON LUIZ MARTINS PEREIRA JUNIOR - SP318575-N
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Demanda proposta objetivando a concessão de aposentadoria por invalidez ou o restabelecimento do benefício de auxílio-doença, desde a data da cessação administrativa (30.09.2016).

O juízo *a quo* julgou procedente o pedido formulado, reconhecendo à parte autora o direito ao benefício de auxílio-doença, a partir da cessação administrativa (30.09.2016), descontados os valores porventura recebidos após essa data. Deferida a antecipação dos efeitos da tutela. Correção monetária fixada nos termos da Lei n.º 11.960/09. Verba honorária arbitrada em “15% sobre o valor total das prestações mensais vencidas que deixou de pagar ao autor até a presente data (Súmula 111 do STJ)”.

O INSS apela, pleiteando a suspensão dos efeitos da antecipação de tutela e a integral reforma da sentença, sustentando, em síntese, o não cumprimento dos requisitos legais à concessão em questão. Se vencido, requer a fixação do termo inicial do benefício na data da juntada do laudo pericial aos autos, bem como a modificação dos índices de juros e de correção monetária, a redução dos honorários advocatícios constantes da condenação e a isenção do pagamento de custas judiciais.

Apela, também, a parte autora, pleiteando a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez.

Comcontrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5732252-17.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: GENTIL JOAQUIM DA SILVA
Advogado do(a) APELADO: EDSON LUIZ MARTINS PEREIRA JUNIOR - SP318575-N
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Inicialmente, esclareça-se não ser caso de se ter submetida a decisão de 1.º grau ao reexame necessário, considerando o disposto no art. 496, § 3.º, inciso I, do Código de Processo Civil, que afasta a exigência do duplo grau de jurisdição quando a condenação ou o proveito econômico for inferior a 1.000 salários mínimos.

Tempestivo o recurso e presentes os demais requisitos de admissibilidade, passa-se ao exame da insurgência propriamente dita, considerando-se a matéria objeto de devolução.

A preliminar de atribuição de efeito suspensivo deve ser rejeitada, nos termos do art. 1.012, § 1.º, V, do CPC, que determina que a sentença que confirma, concede ou revoga tutela provisória produz efeitos imediatos.

In casu, ao ser determinada a implantação imediata do benefício no decreto monocrático, deferiu-se tutela específica de urgência, de natureza satisfativa, perfeitamente enquadrada na hipótese do art. 497 do Código de Processo Civil, qual seja, a procedência do pedido, a revelar cumprimento de uma obrigação de fazer, vislumbrada a necessidade de medida assecuratória do resultado específico desse adimplemento.

A decisão acha-se suficientemente fundamentada, referindo-se o magistrado a quo à natureza alimentar do benefício concedido, e a alegação de ausência dos requisitos necessários à concessão da medida diz respeito, na verdade, ao mérito, e como tal deve ser apreciada.

DA APOSENTADORIA POR INVALIDEZ E DO AUXÍLIO-DOENÇA

Os requisitos da aposentadoria por invalidez encontram-se preceituados nos arts. 42 e seguintes da Lei n.º 8.213/91, consistindo, mais precisamente, na presença da qualidade de segurado, na existência de incapacidade total e permanente para o trabalho e na ocorrência do cumprimento da carência, quando exigida.

O auxílio-doença, por sua vez, tem seus pressupostos previstos nos art. 59 e seguintes do mesmo diploma legal, sendo concedido nos casos de incapacidade temporária.

Excepcionalmente, com base em entendimento jurisprudencial consolidado, admite-se a concessão de tais benefícios mediante comprovação pericial de incapacidade parcial e definitiva para o desempenho da atividade laborativa, que seja incompatível com a ocupação habitual do requerente e que implique em limitações tais que restrinjam sobremaneira a possibilidade de recolocação no mercado de trabalho, diante das profissões que exerceu durante sua vida profissional (STJ: AgRg no AREsp 36.281/MS, rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, 6.ª Turma, DJe de 01/03/2013; e AgRg no AREsp 136474/MG, rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, 1.ª Turma, DJe de 29/06/2012).

Imprescindível, ainda, o preenchimento do requisito da qualidade de segurado, nos termos dos arts. 11 e 15, ambos da Lei de Benefícios.

"Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições:

I - sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício;

II - até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração;

III - até 12 (doze) meses após cessar a segregação, o segurado acometido de doença de segregação compulsória;

IV - até 12 (doze) meses após o livramento, o segurado retido ou recluso;

V - até 3 (três) meses após o licenciamento, o segurado incorporado às Forças Armadas para prestar serviço militar;

VI - até (seis) meses após a cessação das contribuições, o segurado facultativo.

§ 1º O prazo do inciso II será prorrogado para até 24 (vinte e quatro) meses se o segurado já tiver pago mais de 120 (cento e vinte) contribuições mensais sem interrupção que acarrete a perda da qualidade de segurado.

§ 2º Os prazos do inciso II ou do § 1º serão acrescidos de 12 (doze) meses para o segurado desempregado, desde que comprovada essa situação pelo registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social.

§ 3º Durante os prazos deste artigo, o segurado conserva todos os seus direitos perante a Previdência Social.

§ 4º A perda da qualidade de segurado ocorrerá no dia seguinte ao do término do prazo fixado no Plano de Custeio da Seguridade Social para recolhimento da contribuição referente ao mês imediatamente posterior ao do final dos prazos fixados neste artigo e seus parágrafos."

A perda da qualidade de segurado, portanto, ocorrerá no 16.º dia do segundo mês seguinte ao término do prazo fixado no art. 30, II, da Lei n.º 8.212/91, salvo na hipótese do § 1.º do art. 102 da Lei n.º 8.213/91 – qual seja, em que comprovado que a impossibilidade econômica de continuar a contribuir decorreu da incapacidade laborativa.

Registre-se que, perdida a qualidade de segurado, imprescindível o recolhimento de, pelo menos, seis meses, para que seja considerado novamente filiado ao regime, nos exatos termos do art. 27-A da Lei de Benefícios.

Por fim, necessário o cumprimento do período de carência, nos termos do art. 25 dessa mesma lei, a saber:

"Art. 25. A concessão das prestações pecuniárias do Regime Geral de Previdência Social depende dos seguintes períodos de carência, ressalvado o disposto no artigo 26:

Em casos específicos, em que demonstrada a necessidade de assistência permanente de outra pessoa, possível, ainda, com base no art. 45 da Lei de Benefícios, o acréscimo de 25% ao valor da aposentadoria por invalidez porventura concedida.

DO CASO DOS AUTOS (INCAPACIDADE PARCIAL E PERMANENTE COM REPERCUSSÃO NEGATIVA SOBRE AS ATIVIDADES HABITUAIS)

A qualidade de segurado restou provada pelo extrato do Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS) que registra que o autor recolheu contribuições previdenciárias nos períodos de 06.1988 a 05.1989, 07.1989 a 10.1991 e 12.1991, cadastrou-se como segurado especial em 31.12.2005 e recebeu benefício previdenciário de auxílio-doença de 30.10.2012 a 15.01.2013, 30.03.2016 a 30.09.2016, 10.01.2018 a 20.06.2018 e de 21.06.2018 a 31.08.2018 (Id. 68647331)

Assim, tomam-se desnecessárias maiores considerações a respeito desse requisito, restando demonstrada a inoccorrência da perda da qualidade de segurada, nos termos do art. 15, inciso II, da Lei n.º 8.213/91, e tendo em vista o ajuizamento da ação em 07.06.2019.

O requerimento administrativo foi apresentado em 06.04.2017 (Id. 68647309).

Demonstrou, outrossim, ter atendido à exigência legal de recolhimento de doze contribuições previdenciárias para ensejar direito à aposentadoria por invalidez (art. 25 da Lei n.º 8.213/91).

No tocante à incapacidade, a perícia médica concluiu ser, o autor, portador de lipoma (“*tumor benigno que não oferece risco e nem o incapacita*”), alterações degenerativas da coluna lombossacra (protusão discal com redução parcial do canal vertebral) e adenocarcinoma de próstata. Considerou-o incapacitado para o trabalho de forma parcial e definitiva desde meados de janeiro de 2017 (data de exame de imagem acostado), esclarecendo que “*deve evitar realizar esforço físico moderado/intenso, pegar peso, deambular longa distância, permanecer longo tempo em pé, agachar, subir e descer escada*” e que é “*incapaz de realizar serviços rurais que exijam esforços intensos*” (Id. 68647322).

Não obstante a incapacidade se restrinja às atividades que demandem esforço físico, considerando a idade do autor (69 anos) as limitações que as patologias lhe impõem são grandes e restringem em muito a possibilidade de colocação no mercado de trabalho, diante da profissão braçal que sempre exerceu.

Desse modo, o conjunto probatório restou suficiente para a concessão de aposentadoria por invalidez.

O termo inicial do benefício deve ser a data do requerimento administrativo, ocasião em que a autarquia tomou conhecimento da pretensão.

A correção monetária das parcelas vencidas se dará nos termos da normatização de regência (Lei n.º 6.899/1981 e legislação superveniente), bem como do Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos na Justiça Federal, observado o decidido, sob a sistemática da repercussão geral, no Recurso Extraordinário n.º 870.947, de 20/9/2017, sob relatoria do Ministro Luiz Fux.

Fica afastada a incidência da Taxa Referencial (TR) na condenação, pois o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar embargos declaratórios no recurso extraordinário em questão, decidiu pela não modulação dos efeitos.

Os juros moratórios são devidos à razão de 0,5% (meio por cento) ao mês, a contar da citação, nos termos dos arts. 1.062 do Código Civil de 1916 e 240 do Código de Processo Civil. A partir da vigência do novo Código Civil (Lei n.º 10.406/2002), deverão ser computados nos termos do art. 406 desse diploma, em 1% (um por cento) ao mês, neste caso até 30/6/2009. A partir de 1.º de julho de 2009, incidirão, uma única vez, até a conta final que servir de base para a expedição do precatório, para fins de atualização monetária e de juros, os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos do art. 1.º-F da Lei n.º 9.494/97, com a redação dada pela Lei n.º 11.960/2009 (Repercussão Geral no RE n.º 870.947), observada, quanto ao termo final da incidência, a tese firmada em Repercussão Geral no RE n.º 579.431, de 19/4/2017, Rel. Ministro Marco Aurélio.

Nos termos do art. 4.º, inciso I, da Lei Federal n.º 9.289/1996, o INSS está isento do pagamento de custas processuais nas ações de natureza previdenciária ajuizadas nesta Justiça Federal, assim como o está naquelas aforadas na Justiça do estado de São Paulo, por força do art. 6.º da Lei Estadual n.º 11.608/2003, c. c. o art. 1.º, § 1.º, da mesma Lei n.º 9.289/1996, circunstância que não o exime, porém, de arcar com as custas e as despesas processuais em restituição à parte autora, em decorrência da sucumbência, na hipótese de pagamento prévio.

À vista do quanto disposto no art. 85 do Código de Processo Civil, sendo o caso de sentença ilíquida, o percentual da verba honorária deverá ser fixado na liquidação do julgado, com observância ao disposto no inciso II do § 4.º, c. c. o § 11, ambos do art. 85 do CPC, bem como no art. 86 do mesmo diploma legal.

Os honorários advocatícios incidem sobre as parcelas vencidas até a sentença de procedência (STJ, Súmula 111). Na hipótese em que a pretensão do segurado somente seja deferida em sede recursal, a verba honorária incidirá sobre as parcelas vencidas até a data da decisão ou acórdão, em atenção ao disposto no § 11 do art. 85 do CPC.

Posto isso, rejeito a matéria preliminar, dou parcial provimento à apelação do INSS, para fixar os consectários nos termos da fundamentação, *supra*, e provimento à apelação do autor para conceder-lhe o benefício de aposentadoria por invalidez desde 06.04.2017, descontando-se os valores recebidos, desde então, a título de auxílio-doença.

É o voto.

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. MANUTENÇÃO DA QUALIDADE DE SEGURADO. INCAPACIDADE PARCIAL E PERMANENTE RECONHECIDA. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.

- Não conhecimento do reexame necessário, considerando o disposto no art. 496, § 3.º, inciso I, do Código de Processo Civil, que afasta a exigência do duplo grau de jurisdição quando a condenação ou o proveito econômico for inferior a 1.000 salários mínimos.
- A preliminar de atribuição de efeito suspensivo deve ser rejeitada. Nos termos do artigo 1.012, § 1º, V, do CPC, a sentença que confirma, concede ou revoga tutela provisória produz efeitos imediatos.
- Satisfeitos os requisitos legais previstos no art. 42 da Lei nº 8.213/91 - quais sejam, qualidade de segurado, incapacidade total e permanente e cumprimento do período de carência (12 meses) - é de rigor a concessão de aposentadoria por invalidez.
- Necessária a contextualização do indivíduo para a aferição da incapacidade laborativa. Impossibilidade de exigir a reabilitação de trabalhador com baixo grau de instrução, a atividade diversa de sua habitual. Incapacidade total e permanente configurada. Precedentes do STJ.
- O termo inicial do benefício deve ser a data do requerimento administrativo, ocasião em que a autarquia tomou conhecimento da pretensão, nos termos do entendimento consolidado pelo STJ
- Reconhecimento da procedência do pedido formulado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu rejeitar a matéria preliminar, dar parcial provimento à apelação do INSS e provimento à apelação do autor, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5840331-90.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: ANTONIO GUIDE FILHO
Advogados do(a) APELADO: DANILO TEIXEIRA - SP273312-N, EDUARDO JOSE BERTIN - SP399482-N
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5840331-90.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: ANTONIO GUIDE FILHO
Advogados do(a) APELADO: DANILO TEIXEIRA - SP273312-N, EDUARDO JOSE BERTIN - SP399482-N
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Demanda proposta objetivando a concessão de aposentadoria por idade a trabalhador rural, prevista no art. 143 da Lei n.º 8.213/91.

O juízo *a quo* julgou procedente o pedido formulado, reconhecendo à parte autora o direito ao benefício pretendido, a partir da data de entrada do requerimento administrativo.

O INSS apela, pleiteando a reforma da sentença, sustentando, em síntese, o não cumprimento dos requisitos legais necessários à concessão em questão.

Com contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5840331-90.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: ANTONIO GUIDE FILHO
Advogados do(a) APELADO: DANILO TEIXEIRA - SP273312-N, EDUARDO JOSE BERTIN - SP399482-N
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Inicialmente, esclareça-se não ser caso de se ter submetida a decisão de 1.º grau ao reexame necessário, considerando o disposto no art. 496, § 3.º, inciso I, do Código de Processo Civil, que afasta a exigência do duplo grau de jurisdição quando a condenação ou o proveito econômico for inferior a 1.000 salários mínimos.

Tempestivo o recurso e presentes os demais requisitos de admissibilidade, passa-se ao exame da insurgência propriamente dita, considerando-se a matéria objeto de devolução.

APOSENTADORIA POR IDADE (RURAL)

O benefício de aposentadoria por idade a trabalhador rural encontra-se disciplinado nos arts. 39, inciso I; 48, §§ 1.º e 2.º; e 143 da Lei n.º 8.213/91.

Antes mesmo do advento da Lei de Benefícios, a Lei Complementar n.º 11, de 25 de maio de 1971, que instituiu o Programa de Assistência ao Trabalhador Rural, em seu art. 4.º dispunha que a aposentadoria seria devida quando se completassem 65 anos de idade, cabendo a concessão do benefício apenas ao respectivo chefe ou arrimo de família (parágrafo único).

Por sua vez, de acordo com o art. 5.º da Lei Complementar n.º 16/73, o trabalhador rural deveria comprovar a sua atividade pelo menos nos três últimos anos anteriores à data do pedido do benefício.

Referidos dispositivos não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, que passou para 60 anos, para homens, e 55, para mulheres, a idade mínima exigida para a concessão do benefício (art. 201, § 7.º, inciso II), excluindo a exigência da condição de chefe de família.

Além do requisito etário (60 anos, se homem, e 55 anos, se mulher), o trabalhador rural deve comprovar o exercício de atividade rural, mesmo que descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses idêntico à carência do benefício.

O dispositivo legal citado deve ser analisado em consonância com o art. 142 da Lei de Benefícios.

Não se exige do trabalhador rural o cumprimento de carência (art. 26, inciso III), como o dever de verter contribuição por determinado número de meses, senão a comprovação do exercício laboral durante o período respectivo.

Vale dizer: em relação às contribuições previdenciárias, é assente, desde sempre, o entendimento de serem desnecessárias, sendo suficiente a comprovação do efetivo exercício de atividade no meio rural (STJ, REsp n.º 207.425, 5.ª Turma, j. em 21/9/1999, v.u., DJ de 25/10/1999, p. 123, Rel. Ministro Jorge Scartezini; e STJ, RESP n. 502.817, 5.ª Turma, j. em 14/10/2003, v.u., DJ de 17/11/2003, p. 361, Rel. Ministra Laurita Vaz).

Noutro passo, com relação ao art. 143 da Lei n.º 8.213/91, a regra transitória assegurou aos rurícolas o direito de requerer aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo, durante 15 (quinze) anos, contados da vigência da referida Lei.

Assim, o referido prazo expiraria em 25/7/2006.

Entretanto, em relação ao trabalhador rural enquadrado como segurado empregado ou como segurado contribuinte individual, que presta serviços de natureza rural, em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego, o aludido prazo foi prorrogado por mais 2 (dois) anos, estendendo-se até 25/7/2008, em face do disposto na MP n.º 312/06, convertida na Lei n.º 11.368/06.

Posteriormente, a Medida Provisória n.º 410/07, convertida na Lei n.º 11.718/08, estabeleceu nova prorrogação para o prazo previsto no art. 143 da Lei n.º 8.213/91, ao determinar, em seu art. 2.º, que “Para o trabalhador rural empregado, o prazo previsto no art. 43 da Lei n.º 8.213/91, de 24 de julho de 1991, fica prorrogado até o dia 31 de dezembro de 2010” (art. 2.º) e, em seu art. 3.º, que “Na concessão de aposentadoria por idade do empregado rural, em valor equivalente ao salário mínimo, serão contados para efeito de carência: I - até 31 de dezembro de 2010, a atividade comprovada na forma do art. 143 da Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991; II - de janeiro de 2011 a dezembro de 2015, cada mês comprovado de emprego, multiplicado por 3 (três), limitado a 12 (doze) meses, dentro do respectivo ano civil; e III - de janeiro de 2016 a dezembro de 2020, cada mês comprovado de emprego, multiplicado por 2 (dois), limitado a 12 (doze) meses dentro do respectivo ano civil”.

É de observar-se que, para os empregados rurais e contribuintes individuais eventuais, a regra permanente do art. 48 da Lei n.º 8.213/91 continua a exigir, para concessão de aposentadoria por idade a rurícolas, apenas a comprovação do efetivo exercício de “atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência do benefício pretendido”, consoante §§ 1.º e 2.º do referido dispositivo.

Essa comprovação do labor rural, nos termos dos arts. 48 e 143 da Lei de Benefícios, dar-se-á por meio de prova documental, ainda que incipiente, e, nos termos do art. 55, § 3.º, da retrocitada Lei, corroborada por prova testemunhal.

Acrescente-se que a jurisprudência de longa data vem atentando para a necessidade dessa conjunção de elementos probatórios (início de prova documental e colheita de prova testemunhal), o que resultou até mesmo na edição do verbete n.º 149 da Súmula da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

"A prova exclusivamente testemunhal não basta a comprovação da atividade rurícola, para efeito de obtenção do benefício previdenciário".

DO CASO DOS AUTOS

O requisito etário restou satisfeito, pois a parte autora completou a idade mínima em 13/06/2017, devendo fazer prova do exercício de atividade rural por 180 meses.

Para demonstrar as alegações, juntou documentos, entre os quais destacam-se:

- cópia de certificado de cadastro de imóvel rural – Sítio Bom Jesus - cuja titularidade pertence à genitora do autor, nos anos de 2006 a 2009;

- cópia da certidão de matrícula de imóvel rural, em que consta o autor como ‘agricultor’;

- notas fiscais de produtor rural em nome do autor e de sua genitora com comercialização de produtor agrícolas, nos anos de 2000, 2001, 2002, 2011, 2013, 2014, 2015 e 2016;

- cópia de declaração de aptidão ao PRONAF de cadastro do irmão – Osmar Guide – como agricultor familiar, no sítio Bom Jesus.

Cabe ressaltar a existência de prova oral. As testemunhas são uníssonas em atestar o trabalho da parte autora na propriedade familiar, sítio Bom Jesus, em regime de economia familiar, por, pelo menos, quarenta anos, laborando nessa localidade até os dias do testemunho.

É inconteste o valor probatório dos documentos de qualificação civil, dos quais é possível inferir a profissão exercida pela parte autora, à época dos fatos que se pretende comprovar.

E os documentos juntados constituem início de prova material, o que foi corroborado pela prova testemunhal, confirmando a atividade campesina da parte autora em regime de economia familiar.

De rigor, portanto, o deferimento do benefício, porquanto comprovado o exercício de atividade rural pelo período de carência legalmente exigido.

A aposentadoria corresponde ao valor de um salário mínimo mensal, nos termos do art. 143 da Lei n.º 8.213/91.

O termo inicial do benefício previdenciário deve retroagir à data do requerimento administrativo, de acordo com a previsão contida no inciso II do art. 49 da Lei n.º 8.213/91. Na ausência de demonstração do requerimento, o termo inicial deve retroagir à data da citação, ocasião em que a autarquia tomou conhecimento da pretensão.

No caso, existe comprovação de requerimento, devendo o termo inicial ser nele fixado.

Devida a gratificação natalina, nos termos preconizados no art. 7.º, inciso VIII, da Constituição da República.

A correção monetária das parcelas vencidas se dará nos termos da normatização de regência (Lei n.º 6.899/1981 e legislação superveniente), bem como do Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos na Justiça Federal, observado o decidido, sob a sistemática da repercussão geral, no Recurso Extraordinário n.º 870.947, de 20/9/2017, sob relatoria do Ministro Luiz Fux.

Fica afastada a incidência da Taxa Referencial (TR) na condenação, pois o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar embargos declaratórios no recurso extraordinário em questão, decidiu pela não modulação dos efeitos.

Os juros moratórios são devidos à razão de 0,5% (meio por cento) ao mês, a contar da citação, nos termos dos arts. 1.062 do Código Civil de 1916 e 240 do Código de Processo Civil. A partir da vigência do novo Código Civil (Lei n.º 10.406/2002), deverão ser computados nos termos do art. 406 desse diploma, em 1% (um por cento) ao mês, neste caso até 30/6/2009. A partir de 1.º de julho de 2009, incidirão, uma única vez, até a conta final que servir de base para a expedição do precatório, para fins de atualização monetária e de juros, os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos do art. 1.º-F da Lei n.º 9.494/97, com a redação dada pela Lei n.º 11.960/2009 (Repercussão Geral no RE n.º 870.947), observada, quanto ao termo final da incidência, a tese firmada em Repercussão Geral no RE n.º 579.431, de 19/4/2017, Rel. Ministro Marco Aurélio.

Nos termos do art. 4.º, inciso I, da Lei Federal n.º 9.289/1996, o INSS está isento do pagamento de custas processuais nas ações de natureza previdenciária ajuizadas nesta Justiça Federal, assim como o está naquelas aforadas na Justiça do estado de São Paulo, por força do art. 6.º da Lei Estadual n.º 11.608/2003, c. c. o art. 1.º, § 1.º, da mesma Lei n.º 9.289/1996, circunstância que não o exime, porém, de arcar com as custas e as despesas processuais em restituição à parte autora, em decorrência da sucumbência, na hipótese de pagamento prévio.

À vista do quanto disposto no art. 85 do Código de Processo Civil, sendo o caso de sentença ilíquida, o percentual da verba honorária deverá ser fixado na liquidação do julgado, com observância ao disposto no inciso II do § 4.º, c. c. o § 11, ambos do art. 85 do CPC, bem como no art. 86 do mesmo diploma legal.

Os honorários advocatícios incidem sobre as parcelas vencidas até a sentença de procedência (STJ, Súmula 111). Na hipótese em que a pretensão do segurado somente seja deferida em sede recursal, a verba honorária incidirá sobre as parcelas vencidas até a data da decisão ou acórdão, ematenção ao disposto no § 11 do art. 85 do CPC.

Quanto ao prequestionamento suscitado, saliente-se inexistir contrariedade alguma a legislação federal ou a dispositivos constitucionais.

Posto isso, dou parcial provimento à apelação, para fixar os honorários advocatícios nos termos da fundamentação, *supra*.

É o voto.

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE A TRABALHADOR RURAL. ART. 143 DA LEI N.º 8.213/91. COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE DE RURÍCOLA NO PERÍODO ANTERIOR AO REQUERIMENTO. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.

- A atividade rural deve ser comprovada por meio de início de prova material, aliada à prova testemunhal.
- O conjunto probatório é suficiente para ensejar a concessão do benefício vindicado.
- Reconhecimento da procedência do pedido formulado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu dar parcial provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5064049-86.2018.4.03.9999
RELATOR: Gab. 32 - JUÍZA CONVOCADA LEILA PAIVA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: NARCIZA VENTURA DE MELLO BITTENCOURT
Advogado do(a) APELADO: ANTONIO ALVES DE SENANETO - SP153619-N
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5064049-86.2018.4.03.9999
RELATOR: Gab. 32 - JUÍZA CONVOCADA LEILA PAIVA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: NARCIZA VENTURA DE MELLO BITTENCOURT
Advogado do(a) APELADO: ANTONIO ALVES DE SENANETO - SP153619-N
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação do INSS, interposta em face da r. sentença, submetida ao reexame necessário, que julgou procedente o pedido deduzido na inicial, condenando a Autarquia Previdenciária a conceder, à parte autora, o benefício assistencial ao idoso, desde a data de entrada do requerimento administrativo, em 16/03/2015, com atualização monetária conforme especificado na Lei de Benefícios e nos Provimentos expedidos pelo TRF 3ª Região, juros moratórios a contar da citação, isenção de custas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre as parcelas vencidas até a sentença, nos termos da Súmula nº 111 do c. Superior Tribunal de Justiça, antecipados os efeitos da tutela de mérito. Vide docs. 7443033, 7443275 e 7443295.

Postula o INSS, preambularmente, a recepção do apelo no duplo efeito. No mérito, pretende seja reformado o julgado, sustentando, em síntese, a ausência de comprovação de miserabilidade. Requer seja decretada a prescrição quinquenal parcelar, insurgindo-se, ainda, quanto ao termo inicial do benefício, correção monetária, juros de mora, custas processuais e honorários advocatícios. Suscita, por fim, o prequestionamento legal para efeito de interposição de recursos.

Com as contrarrazões, coligidas ao doc. 7443310, subiram os autos a este Tribunal.

O Ministério Público Federal manifestou-se no doc. 22981194, deliberando pela ausência de fundamentos à sua intervenção nos autos e requerendo a prossecução do feito.

Diante da divergência no valor dos benefícios de pensão por morte titularizados pela autora e por sua filha, integrante do seu núcleo familiar, foi apresentado, pelo INSS, nos docs. 59152892, 59152894 e 59152897, o histórico de pagamento das aludidas benesses, desde o mês de março de 2015, data de entrada do requerimento administrativo.

Aberta vista à parte autora, nos termos do art. 933 do Código de Processo Civil, decorreu *in albis* o prazo para manifestação.

Na sequência, o Órgão Ministerial deu-se por ciente dos documentos juntados pela entidade securitária, reiterando sua deliberação anterior.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5064049-86.2018.4.03.9999
RELATOR: Gab. 32 - JUÍZA CONVOCADA LEILA PAIVA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: NARCIZA VENTURA DE MELLO BITTENCOURT
Advogado do(a) APELADO: ANTONIO ALVES DE SENA NETO - SP153619-N
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Afigura-se incorreta a submissão da r. sentença à remessa oficial.

De fato, o art. 496, § 3º, inciso I do Código de Processo Civil atual, que entrou em vigor em 18 de março de 2016, dispõe que a sentença não será submetida ao reexame necessário quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a 1.000 (mil) salários mínimos, em desfavor da União ou das respectivas autarquias e fundações de direito público.

No caso dos autos, considero as datas do termo inicial do benefício e da prolação da sentença, quando houve a antecipação dos efeitos da tutela, em 18/07/2018 (doc. 7443275). Atenho-me ao valor da benesse, de um salário mínimo. Verifico que a hipótese em exame não excede os mil salários mínimos.

Não sendo, pois, o caso de submeter o *decisum* de primeiro grau à remessa oficial, passo à análise do recurso em seus exatos limites, uma vez cumpridos os requisitos de admissibilidade previstos no Código de Processo Civil atual.

Previsto no art. 203, *caput*, da Constituição Federal e disciplinado pela Lei nº 8.742/1993, de natureza assistencial e não previdenciária, o benefício de prestação continuada tem sua concessão desvinculada do cumprimento dos quesitos de carência e de qualidade de segurado, atrelando-se, cumulativamente, ao implemento de requisito etário ou à detecção de deficiência, nos termos do art. 20, §2º, da Lei nº 8.742/93, demonstrada por exame pericial; à verificação da ausência de meios hábeis ao provimento da subsistência do postulante da benesse, ou de tê-lo suprido pela família; e, originalmente, à constatação de renda mensal *per capita* não superior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo. Recorde-se, a este passo, da sucessiva redução da idade mínima, primeiramente de 70 para 67 anos, pelo art. 1º da Lei nº 9.720/98 e, ao depois, para 65 anos, conforme art. 34 da Lei nº 10.741/2003.

No que diz respeito ao critério da deficiência, as sucessivas alterações legislativas ocorridas na redação do § 2º, do art. 20 da Lei Orgânica da Assistência Social demonstram evidente evolução na sua conceituação.

Em sua redação originária, a Lei 8.742/1993 definia a pessoa portadora de deficiência, para efeito de concessão do benefício assistencial, aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho.

Posteriormente, a Lei n. 12.435/2011 promoveu modificação ao dispositivo legal, ampliando o conceito de deficiência, com base no Decreto n. 6.949/2009, que promulgou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

O § 2º da art. 20 da Lei n. 8.742 passou então a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 20

(...)

§ 2º - para efeito de concessão deste benefício, considera-se:

I - pessoa com deficiência, aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas.

II - impedimentos de longo prazo: aqueles que incapacitam a pessoa com deficiência para a vida independente e para o trabalho pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos."

Vê-se, portanto, que ao fixar o entendimento da expressão "impedimentos de longo prazo", a Lei n. 12.435/2011 optou por restringir a concessão do benefício exclusivamente às pessoas com deficiência que apresentem incapacidade para a vida independente e para o trabalho pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos.

Atualmente, o dispositivo em exame encontra-se vigendo com a redação conferida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei n. 13.146/2015, a qual explicitou a definição legal de pessoa com deficiência:

"Para efeito de concessão do benefício de prestação continuada, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas."

De se registrar que o § 10 do mesmo dispositivo, incluído pela Lei n. 12.470/2011, considera de longo prazo o impedimento cujos efeitos perduram pelo prazo mínimo de 02 (dois) anos.

Acerca do derradeiro pressuposto, o C. STF, no âmbito da Reclamação nº 4374 e dos Recursos Extraordinários nºs. 567985 e 580963, submetidos à sistemática da repercussão geral, reputou defasado esse método aritmético de aferição de contexto de miserabilidade, suplantando, assim, o que outrora restou decidido na ADI 1.232-DF, ajuizada pelo Procurador-Geral da República e em cujo âmbito se declarou a constitucionalidade do §3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93. A motivação empregada pela Excelsa Corte, no RE nº 580963, reside no fato de terem sido "*editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas*".

À vista disso, a mensuração da hipossuficiência não mais se restringe ao parâmetro da renda familiar, devendo, sim, aflorar da análise desse requisito e das demais circunstâncias concretas de cada caso, na linha do que já preconizava a jurisprudência majoritária, no sentido de que a diretiva do art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 não consistiria em singular meio para se verificar a condição de miserabilidade preceituada na Carta Magna, cuidando-se, tão-apesas, de critério objetivo mínimo, a revelar a impossibilidade de subsistência do portador de deficiência e do idoso, não empecendo a utilização, pelo julgador, de outros fatores igualmente capazes de denotar a condição de precariedade financeira da parte autora. Veja-se, a exemplo, STJ: REsp nº 314264/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Félix Fischer, j. 15/05/2001, v.u., DJ 18/06/2001, p. 185; EDcl no AgRg no REsp 658705/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 08/03/2005, v.u., DJ 04/04/2005, p. 342; REsp 308711/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalho, j. 19/09/2002, v.u., DJ 10/03/2003, p. 323.

Em plena sintonia como acima esposado, o c. STJ, quando da apreciação do RESP n. 1.112.557/MG, acentuou que o art. 20, § 3º, da Lei n. 8.742/93 comporta exegese tendente ao amparo do cidadão vulnerável, donde concluir-se que a delimitação do valor de renda familiar *per capita* não pode ser tida como único meio de prova da condição de miserabilidade do beneficiado.

Em substituição à diretriz inicialmente estampada na lei, a jurisprudência vem evoluindo para eleger a renda mensal familiar *per capita* inferior à metade do salário mínimo como indicativo de situação de precariedade financeira, tendo em conta que outros programas sociais, dentre eles o bolsa família, o Programa Nacional de Acesso à Alimentação e o bolsa escola, instituídos pelas Leis nºs 10.836/04, 10.689/03 e 10.219/01, nessa ordem, contemplassem patamar.

Consultem-se arestos da Terceira Seção nesse diapasão:

“AGRAVO LEGAL EM EMBARGOS INFRINGENTES. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL À PESSOA IDOSA. PREENCHIDOS OS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. AGRAVO IMPROVIDO (...) 3 - Da análise do sistema CNIS/DATAPREV, verifica-se que o filho da autora possui apenas pequenos vínculos de trabalho, na maioria inferior a 03 meses, sendo que na maior parte do tempo esteve desempregado. Desse modo, mesmo incluindo a aposentadoria do marido da autora, a renda familiar per capita corresponde a pouco mais de R\$ 300,00, ou seja, inferior a meio salário mínimo. 4 - Restou demonstrada, quantum satis, no caso em comento, situação de miserabilidade, prevista no art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993, a ensejar a concessão do benefício assistencial. 5 - Agravo improvido.” (EI 00072617120124036112, Relator Desembargador Federal Toru Yamamoto, TRF3, j. 22/10/2015, e-DJF3 05/11/2015)

“PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL (LOAS). EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO LEGAL. CARÁTER INFRINGENTE. IMPOSSIBILIDADE. CONTRADIÇÃO INEXISTENTE. (...) - No caso em exame, não há omissão a ser sanada, sendo o benefício indeferido pelo fato da renda familiar "per capita" ser superior a 1/2 salário mínimo. (...) 5- Embargos de declaração rejeitados.” (AR 00082598120084030000, Relator Juiz Convocado Silva Neto, TRF3, j. 25/09/2014, e-DJF3 08/10/2014)

Nesse exercício de sopesamento do conjunto probatório, importa averiguar a necessidade, na precisão da renda familiar, de abatimento do benefício de valor mínimo percebido por idoso ou deficiente, pertencente à unidade familiar. Nesta quadra, há, inclusive, precedente do egrégio STF, no julgamento do RE nº 580.963/PR, disponibilizado no DJe 14.11.2013, submetido à sistemática da repercussão geral, em que se consagrou a inconstitucionalidade por omissão do art. 34, parágrafo único, do Estatuto do Idoso, considerando a "inexistência de justificativa plausível para discriminação dos portadores de deficiência em relação aos idosos, bem como dos idosos beneficiários da assistência social em relação aos idosos titulares de benefícios previdenciários no valor de até um salário mínimo."

Quanto à questão da composição da renda familiar *per capita*, o C. STJ, no julgamento do RESP n. 1.355.052/SP, exarado na sistemática dos recursos representativos de controvérsia, assentou, no mesmo sentido, a aplicação analógica do parágrafo único do art. 34 do Estatuto do Idoso, com vistas à exclusão do benefício previdenciário recebido por idoso ou por deficiente, no valor de um salário mínimo, no cálculo da renda *per capita* prevista no art. 20, § 3º, da Lei n. 8.742/93

De se realçar que a jurisprudência - antes, mesmo, do aludido recurso repetitivo - já se firmara no sentido da exclusão de qualquer benefício de valor mínimo recebido por idoso com mais de 65 anos, por analogia ao disposto no art. 34, parágrafo único, da Lei nº 10.741/2003, preceito esse que, na origem, limitava-se a autorizar a desconsideração de benefício de prestação continuada percebido pelos referidos idosos.

Note-se que os precedentes não autorizam o descarte do benefício de valor mínimo recebido por qualquer idoso, assim compreendidas pessoas com idade superior a 60 anos, mas, sim, pelos idosos com idade superior a 65 anos.

Essa é a inteligência reinante na jurisprudência. A propósito, os seguintes julgados: STJ, AGP 8479, Rel. Des. Convocada Marilza Maynard, 3ª Seção, DJE 03/02/2014; STJ, AGP 8609, Rel. Min. Assusete Magalhães, 3ª Seção, DJE 25/11/2013; STJ, AGRESP 1178377, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, DJE 19/3/2012. E da atenta leitura da íntegra do acórdão do recurso representativo de controvérsia - nº 1.355.052/SP - chega-se à idêntica conclusão.

Outro dado sobremodo relevante diz respeito à aceção de família, para a finalidade da Lei nº 8.742/1993, cujo conceito experimentou modificação ao longo do tempo. Num primeiro lance, o art. 20, § 1º, do citado diploma nomeava família "a unidade mononuclear, vivendo sob o mesmo teto, cuja economia é mantida pela contribuição de seus integrantes". Ao depois, a Lei nº 9.720, em 30/11/98, fruto de conversão da Medida Provisória nº 1.473-34, de 11/08/97, passou a compreendê-la como o conjunto de pessoas elencadas no art. 16 da Lei nº 8.213/91, dês que conviventes sob mesmo teto. Finalmente, na vigência da Lei nº 12.435/2011, é havida como o núcleo integrado pelo requerente, cônjuge ou companheiro, os pais, ou, na ausência destes, pela madrasta ou padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, todos, também, sob o mesmo teto.

SITUAÇÃO DOS AUTOS

No caso vertente, verifica-se, pelos documentos 7442978 e 7443033, que a parte autora, nascida em 03/06/1941, possuía 73 anos de idade em 16/03/2015, data de entrada do requerimento aviado na senda administrativa, restando, pois, implementado o requisito etário.

Avançando, então, na análise da hipossuficiência, importa examinar o estudo social coligido ao doc. 7443236, produzido em 08/08/2017.

Segundo o laudo adrede confeccionado, a parte autora reside no município de Bebedouro/SP, com uma filha, de 58 anos, idade correspondente à data do estudo socioeconômico. Ambas são viúvas.

Transcrevo, por oportuno, excerto do laudo social, concernente às condições de moradia:

“O bairro onde a autora reside é anexo ao residencial União, bairro este conhecido pelo elevado índice de drogatização e tráfico de drogas.

(...)

A autora reside na casa de uma das filhas sendo a mesma constituída por três cômodos pequenos que ficam no fundo da casa de outra filha casada. Um cômodo serve de quarto onde dorme a filha, sendo que a autora dorme na cozinha, onde a janela está com todos os vidros quebrados, permitindo a entrada de muito frio principalmente à noite. O banheiro fica fora de casa, tendo o mesmo degrau, dificultando assim a acessibilidade da autora a qual é pessoa idosa e faz uso de andador. A casa é de alvenaria, cobertura de telhas de barro com exceção do banheiro, cuja cobertura é de telhas de Eternit, forro somente no quarto, mas este se encontra danificado. As paredes estão com muita umidade. Piso de cerâmica nos dois cômodos. As paredes apresentam umidade. O banheiro não tem piso e nem revestimento nas paredes.

A casa não é adaptada para proporcionar à autora melhor mobilidade e não tem o mínimo de conforto. Não é possível nem ter fogão, pois a cozinha é muito pequena e recebeu uma cama onde dorme a autora. As refeições são preparadas na casa da frente.”

A autora informou que não realiza nenhuma tarefa doméstica devido à osteoporose e fratura nos dois fêmures, tendo dificuldades para andar e equilibrar-se. Faz uso de andador e é a filha quem lhe dá banho. Recebe apoio emocional, afetivo e proteção dos filhos.

As despesas, à época do laudo, consistiam em tarifas de água (R\$ 100,00), gás (R\$ 60,00), supermercado (R\$ 800,00), padaria (R\$ 200,00), vestuário (R\$ 200,00) e farmácia (R\$ 400,00).

Há, ainda, o relato de parcelas de empréstimo consignado, no valor de R\$ 632,56, bem como de “8 anos de imposto atrasado” e “15 parcelas de água”.

A perita consignou que a renda mensal familiar, na competência de agosto de 2017, totalizava R\$ 2.286,78, advindos do benefício de pensão por morte recebido pela filha, no valor de R\$ 1.812,28, e da cota parte de idêntico benefício, percebido pela autora, no importe de R\$ 468,50.

Contudo, ambas asseguraram, à assistente social, que “não recebem nenhuma das rendas descritas acima”.

Foi, então, acostado pelo INSS, aos docs. 59152892, 59152894 e 59152897, o histórico dos benefícios por elas titularizados, desde o mês de março de 2015, data de entrada do requerimento administrativo, confirmando os valores apontados pela assistente social.

Com efeito, haure-se, dos aludidos registros, que a proponente recebe pensão por morte previdenciária desde 02/04/1990. Em março de 2015, o benelplácito perfazia o valor de meio salário mínimo, passando a um salário mínimo a partir do mês de novembro de 2017.

A filha recebe pensão por morte desde 05/10/2010. Em março de 2015, recebeu R\$ 1.528,04, no ano de 2016, R\$ 1.700,40, em 2017, R\$ 1.812,28, em 2018, R\$ 1.849,79, e, atualmente, R\$ 1.913,23.

De se lembrar que, nos termos do art. 4º, inc. VI, do Decreto nº 6.214/2007, que regulamenta o benefício de prestação continuada da assistência social devido à pessoa com deficiência e ao idoso de que trata a Lei nº 8.742/93, para fins de cálculo da renda familiar *per capita*, deve ser considerada a soma dos rendimentos brutos auferidos mensalmente pelos membros da família.

Considerado, assim, o núcleo de duas pessoas, tem-se que a renda familiar *per capita*, desde a data em que agilizado o requerimento administrativo, suplantava um salário mínimo. De se esclarecer que, no ano de 2015, o salário mínimo era de R\$ 788,00, em 2016, de R\$ 880,00, em 2017, de R\$ 937,00, em 2018, de R\$ 954,00, e, em 2019, de R\$ 998,00.

Por sua vez, sabe-se que, nos ditames do art. 20, § 4º, da Lei nº 8.742/93, o benefício assistencial não pode ser acumulado, pelo beneficiário, com qualquer outro no âmbito da seguridade social ou de outro regime, salvo os da assistência médica e da pensão especial de natureza indenizatória.

Como visto, a proponente titularizava uma cota parte do benefício de pensão por morte, no valor de meio salário mínimo, desde 02/04/1990.

Na competência de novembro de 2017, passou a receber um salário mínimo, fato que obsta, desde então, a concessão do amparo social.

Nesse sentido, a jurisprudência desta Nona Turma:

“CONSTITUCIONAL. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. ARTIGO 203, CAPUT, DA CR/88, E LEI Nº 8.742/1993. PENSÃO POR MORTE. ART. 20, § 4º, DA LEI Nº 8.742/93. INACUMULABILIDADE.

- O recebimento da pensão por morte constitui fator impeditivo à concessão do Benefício de Prestação Continuada, considerando a vedação de cumulação com qualquer outro benefício pecuniário no âmbito da Seguridade Social ou de outro regime previdenciário, na forma do que dispõe o art. 20, §4º, da Lei nº 8.742/93.

- Apelação da parte autora desprovida.”

(Apelação Cível nº 0026237-32.2017.4.03.9999/SP, Relatora: Desembargadora Federal Ana Pesarini, D.E. 22/03/2018)

Contudo, a percepção da cota parte da pensão previdenciária pela demandante, entre março de 2015 a outubro de 2017, não lhe prejudica o direito à outorga da benesse assistencial, desde que preenchidas as condicionantes para tanto, considerando a obrigação do INSS de conceder o melhor benefício devido e orientar o segurado quanto a isso.

Neste sentido, as seguintes disposições normativas, aplicáveis ao caso, por analogia:

Enunciado n. 5 do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS (DOU 18/01/1994)

"A Previdência Social deve conceder o melhor benefício a que o segurado fizer jus, cabendo ao servidor orientá-lo nesse sentido."

Instrução Normativa INSS/PRES n. 20/2007, com redação dada pela IN INSS/PRES n. 29/2008

"Art. 458 - (...)

§ 4º A Previdência Social deve conceder o melhor benefício a que o segurado fizer jus, cabendo ao servidor orientar nesse sentido."

Instrução Normativa INSS/PRES Nº 77/2015

"Art. 687. O INSS deve conceder o melhor benefício a que o segurado fizer jus, cabendo ao servidor orientar nesse sentido."

Art. 688. Quando, por ocasião da decisão, for identificado que estão satisfeitos os requisitos para mais de um tipo de benefício, cabe ao INSS oferecer ao segurado o direito de opção, mediante a apresentação dos demonstrativos financeiros de cada um deles."

Na mesma trilha, o entendimento desta E. Corte, tirado de situações parelhas:

“CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. PRELIMINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA, POR AUSÊNCIA DE PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL. INOCORRÊNCIA. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. ART. 203, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E LEI Nº 8.742/1993. PENSÃO POR MORTE. DIREITO AO MELHOR BENEFÍCIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. - Compete ao Magistrado, no uso do seu poder instrutório, analisar a suficiência da prova para formular seu convencimento. - A prova técnica é essencial nas causas que versem sobre benefício de prestação continuada, sendo impertinente a prova testemunhal. - O fato de o requerente receber a cota parte do benefício de pensão pela morte do filho não lhe prejudica o direito à outorga da benesse assistencial, caso preenchidas as condicionantes para tanto, considerando a obrigação do INSS de conceder o melhor benefício devido e orientar o segurado quanto a isso. Precedentes. - Atrelem-se, cumulativamente, à concessão do benefício de prestação continuada, o implemento de requisito etário ou a detecção de deficiência, demonstrada por exame pericial, e a verificação da ausência de meios hábeis ao provimento da subsistência do postulante da benesse, ou de tê-la suprida pela família. - Não comprovada situação de hipossuficiência, de rigor o indeferimento do benefício. - Preliminar rejeitada. - Apelação da parte autora desprovida.”

(ApCiv 5259912-43.2019.4.03.9999, Juiz Federal Convocado VANESSA VIEIRA DE MELLO, TRF3 - 9ª Turma, Intimação via sistema DATA: 30/07/2019.)

“AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, V, DO CPC/73. CUMULAÇÃO DA PENSÃO POR MORTE COM O BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. VIOLAÇÃO AO ART. 20, § 4º, DA LEI 8.742/93. DEFICIÊNCIA E INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS PARA A PRÓPRIA MANUTENÇÃO. REQUISITOS PREENCHIDOS. RESCISÃO PARCIAL DO JULGADO. NOVO JULGAMENTO. GARANTIA DE OPÇÃO PELO BENEFÍCIO MAIS VANTAJOSO. 1. A concessão do benefício assistencial a quem já era detentor de pensão por morte representa afronta direta ao disposto no Art. 20, § 4º, da Lei 8.742/93, que prescreve que esse benefício não pode ser acumulado com qualquer outro no âmbito da seguridade social ou de outro regime, salvo os da assistência médica e da pensão especial de natureza indenizatória. 2. A perícia médica judicial e o estudo socioeconômico elaborados na ação subjacente permitem a conclusão que o réu é portador de deficiência e não possui recursos para garantir a própria manutenção, nem de tê-la provida por sua família, uma vez que, em razão da natureza de sua enfermidade, possui sérias restrições à vida autônoma, e a renda familiar é insuficiente para assegurar-lhe o necessário para o sustento. Portanto, faz jus ao benefício assistencial. 3. De outra parte, considerada a impossibilidade de cumulação desse benefício com a pensão por morte de que é titular, é de se estabelecer a rescisão parcial do julgado, para o fim de obstar essa cumulação e, em novo julgamento, garantir o seu direito de opção pelo benefício mais vantajoso, sem a necessidade de restituição de valores, por ser tratar de verba alimentar, recebida de boa-fé pelo beneficiário. 4. Pedido de desconstituição do julgado a que se dá parcial procedência. Pedido originário parcialmente procedente.”

(AR - AÇÃO RESCISÓRIA - 9029 0034247-65.2012.4.03.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA, TRF3 - TERCEIRA SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA:05/08/2016)

“PROCESSUAL CIVIL BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. PRELIMINAR. TUTELA ANTECIPADA. REQUISITOS LEGAIS. IMPOSSIBILIDADE DE ACUMULAÇÃO DE BENEFÍCIOS. OPÇÃO PELO MAIS VANTAJOSO. TERMO INICIAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. I - Perfeitamente possível a concessão de tutela antecipada em questões envolvendo a Fazenda Pública, desde que não haja a necessidade de expedição de precatório. II - O reexame necessário configura pressuposto da excecutoriedade da sentença em caráter definitivo, não restando atingido pela precariedade que cerca o deferimento de tutela antecipatória para imediata implantação do benefício. III - Tem-se, ainda, que os artigos 20, parágrafo 3º, da Lei nº 8.742/93 e 4º, inciso IV, do Decreto n. 6.214/07 não são os únicos critérios objetivos para aferição da hipossuficiência, razão pela qual é de se reconhecer que muitas vezes o quadro de pobreza há de ser aferido em função da situação específica da pessoa que pleiteia o benefício. (Precedentes do E. STJ). IV - Como o apelado é portador de deficiência e não tem condições de prover seu próprio sustento, ou tê-lo provido por sua família, impõe-se a concessão do benefício assistencial previsto no art. 203, V, da Constituição da República, observado o disposto nos artigos n. 42, 47 e 48 do Decreto n. 6.214/07. V - **Considerando que o autor é beneficiário de pensão por morte desde 22.06.2003, há impedimento, em tese, de receber o benefício ora vindicado, em face da vedação de acumulação do benefício de prestação continuada com qualquer outro benefício no âmbito da seguridade social ou de outro regime. Todavia, uma vez reconhecido o direito ao benefício de prestação continuada, o autor poderá optar pelo benefício mais vantajoso. Desta forma, é indubitado que no caso vertente o benefício assistencial ora vindicado trará maiores dividendos financeiros, pois este equivale a um salário mínimo enquanto o montante percebido a título de pensão por morte representa a cota-parte a que faz jus o autor, ou seja, meio salário mínimo.** VI - Tendo em vista que o termo inicial do benefício foi corretamente fixado a contar da citação (13.10.2006), ante a ausência de requerimento administrativo, impõe-se observar que a cota de meio salário mínimo referente a pensão do autor terá seu pagamento suspenso a partir do aludido ato citatório, prevalecendo tal suspensão durante todo o período em que o autor estiver recebendo o benefício assistencial. Os valores já recebidos a título de pensão serão abatidos na conta de liquidação. VII - A correção monetária incide sobre as prestações em atraso, desde as respectivas competências, na forma da legislação de regência, observando-se que a partir de 11.08.2006 o IGP-DI deixa de ser utilizado como índice de atualização dos débitos previdenciários, devendo ser adotado, da retro aludida data (11.08.2006) em diante, o INPC em vez do IGP-DI, nos termos do art. 31 da Lei nº 10.741/2003 c.c o art. 41-A da Lei nº 8.213/91, com a redação que lhe foi dada pela Medida Provisória nº 316, de 11 de agosto de 2006, posteriormente convertida na Lei nº 11.430, de 26.12.2006. VIII - Os juros de mora de meio por cento ao mês incidem, a partir da citação, de forma decrescente, até a data da conta de liquidação que der origem ao precatório ou a requisição de pequeno valor - RPV (STF - AI - AgR 492.779-DF, Relator Min. Gilmar Mendes, DJ 03.03.2006). Após o dia 10.01.2003, a taxa de juros de mora passa a ser de 1% ao mês, nos termos do art. 406 do Código Civil e do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional IX - Ante a sucumbência recíproca, cada uma das partes arcará com as despesas que efetuou, inclusive verba honorária de seus respectivos patronos, nos termos do art. 21 do Código de Processo Civil. X - Preliminar argüida pelo INSS rejeitada. Apelo do réu parcialmente provido.”

(AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1249836 0045499-17.2007.4.03.9999, DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO NASCIMENTO, TRF3 - DÉCIMA TURMA, e-DJF3 Judicial 2 DATA:28/01/2009 PÁGINA: 1701, negritei)

Nesse interregno, conquanto a renda *per capita* suplante um salário mínimo, divisa-se caracterizada conjuntura de miserabilidade, face às peculiaridades do caso, apontadas no parecer social:

“A autora é pessoa idosa, 75 anos, e recebe apenas ½ salário mínimo, sendo esta quantia insuficiente para suprir suas necessidades básicas. A mesma começou a trabalhar com 12 anos de idade na lavoura, é analfabeta e apresenta vários problemas de saúde, tendo gastos significativos com medicamentos, além de necessitar de alimentação balanceada devido à sua idade avançada, não tendo acesso à mesma. A filha da genitora é viúva, recebe pensão por morte e está com dívidas às quais não consegue sanar; mesmo tendo recorrido a empréstimo consignado. A autora reside em uma casa sem nenhum conforto, pelo contrário, inadequada e insalubre. A energia elétrica é clandestina, além de estarem devendo várias parcelas de taxa de água, devido a problemas na rede hidráulica. A filha da autora informou não ter condições de melhorar as condições de moradia devido à falta de recursos financeiros.

Pelo estudo social realizado, constatamos a hipossuficiência econômica da família da autora para que a mesma possa usufruir de uma vida digna.”

Assim, restou demonstrada situação de hipossuficiência econômica entre março de 2015 a outubro de 2017, como indicado no sobredito paradigma do C. Supremo Tribunal Federal, exarado em repercussão geral, a autorizar o implante da benesse nesse período.

De acordo com o entendimento esposado pela jurisprudência dominante, o termo inicial do benefício deve ser mantido a partir do requerimento administrativo. Nesse sentido: APELREEX 00122689420114036139, Nona Turma, Relatora Desembargadora Federal Marisa Santos, j. 30/05/2016, e-DJF3 13/06/2016; APELREEX 00331902220114039999, Nona Turma, Relator Juiz Convocado Rodrigo Zacharias, j. 14/03/2016, e-DJF3 31/03/2016.

Averbe-se que o laudo pericial apenas retratou situação ensejadora da outorga da benesse, preexistente à sua confecção.

O termo final da benesse deve ser estabelecido em 1º/11/2017, data a partir da qual a autora passou a receber um salário mínimo a título de pensão por morte.

Passo à análise dos consectários.

Cumpra esclarecer que, em 20 de setembro de 2017, o STF concluiu o julgamento do RE 870.947, definindo as seguintes teses de repercussão geral sobre a incidência da Lei n. 11.960/2009: "1) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput); quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09; e 2) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina."

Assim, a questão relativa à aplicação da Lei n. 11.960/2009, no que se refere aos juros de mora e à correção monetária, não comporta mais discussão, cabendo apenas o cumprimento da decisão exarada pelo STF em sede de repercussão geral.

Nesse cenário, sobre os valores em atraso incidirão juros e correção monetária em conformidade com os critérios legais compendiados no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, observadas as teses fixadas no julgamento final do RE 870.947, de relatoria do Ministro Luiz Fux.

Cumpra, apenas, assentar que, consideradas as datas de entrada do requerimento administrativo, em 16/03/2015, e do ajuizamento da demanda, em 05/08/2016, conforme consulta ao sistema e-SAJ do c. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não há, *in casu*, prescrição a ser contabilizada.

Conquanto imperiosa a manutenção da condenação da autarquia em honorários advocatícios, esta deve ser fixada em percentual mínimo a ser definido na fase de liquidação, nos termos do inciso II do § 4º do art. 85 do Código de Processo Civil, observando-se o disposto nos §§ 3º, 5º e 11 desse mesmo dispositivo legal e considerando-se as parcelas vencidas até a data da decisão concessiva do benefício, nos termos da Súmula n. 111 do Superior Tribunal de Justiça.

No que tange às custas processuais, não conheço do apelo nessa porção, à míngua de condenação nesse sentido.

Acerca do prequestionamento suscitado, assinalo não haver qualquer infringência à legislação federal ou a dispositivos constitucionais.

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO DA REMESSA OFICIAL E DE PARTE DO RECURSO DE APELAÇÃO DO INSS E, NA PARCELA CONHECIDA DESTA, DOU-LHE PARCIAL PROVIMENTO, para estabelecer o termo final da benesse em 01/11/2017 e fixar os juros de mora e a correção monetária, bem assim a verba honorária, nos termos da fundamentação supra.

Independentemente do trânsito em julgado, dê-se ciência ao INSS para cancelamento do benefício implantado por força da tutela antecipada concedida na sentença.

É como voto.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Trata-se de apelação em ação ajuizada em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL-INSS, objetivando a concessão do benefício assistencial, previsto no art. 203, V, da Constituição Federal.

A e. Relatora não conheceu da remessa oficial e de parte do recurso de apelação do INSS e, na parcela conhecida deste, deu-lhe parcial provimento, "para estabelecer o termo final da benesse em 01/11/2017", com os consectários que especifica.

Acompanho o voto da e. relatora no tocante ao não conhecimento da remessa oficial, bem como de parte do recurso do INSS.

Ouso, contudo, com a máxima vênia, divergir da e. Relatora quanto ao preenchimento do requisito da miserabilidade no período de 16/03/2015(DER) a 01/11/2017.

O estudo social (id 7443236), de 02/08/2017, informou que *“a autora reside na casa de uma das filhas sendo a mesma constituída por três cômodos pequenos que ficam no fundo da casa de outra filha casada... um cômodo serve de quarto onde dorme a filha, sendo que a autora dorme na cozinha, onde a janela está com todos os vidros quebrados, permitindo a entrada de muito frio principalmente à noite... o banheiro fica fora de casa, tendo o mesmo degrau, dificultando assim a acessibilidade da autora a qual é pessoa idosa e faz uso de andador... a casa é de alvenaria, cobertura de telhas de barro com exceção do banheiro, cuja cobertura é de telhas de Eternit, forro somente no quarto, mas este se encontra danificado... as paredes estão com muita umidade... piso de cerâmica nos dois cômodos... as paredes apresentam umidade... o banheiro não tem piso e nem revestimento nas paredes... a casa não é adaptada para proporcionar à autora melhor mobilidade e não tem o mínimo de conforto... não é possível nem ter fogão, pois a cozinha é muito pequena e recebeu uma cama onde dorme a autora... as refeições são preparadas na casa da frente”... “em bairro este conhecido pelo elevado índice de drogatização e tráfico de drogas”.*

Conforme consulta ao extrato do CNIS (id 59152894), verifica-se que a parte autora recebeu pensão por morte, a partir de março de 2015, no valor de R\$ 394,00, até janeiro de 2016, quando tal benefício passou para R\$ 440,00, alterado em janeiro de 2017 para R\$ 468,50 e no valor de um salário-mínimo após novembro de 2017.

A filha da parte autora, componente do núcleo familiar, consoante dados do CNIS (id 59152897) recebeu pensão por morte a partir de março de 2015, no valor de R\$ 1.528,04, sofrendo alteração em janeiro de 2016 para R\$ 1.700,40 e no mesmo mês de 2017 para R\$ 1.812,28.

Assim sendo, diante dos rendimentos auferidos pelos componentes do núcleo familiar, verifico que a renda *per capita*, sempre ficou acima de um salário mínimo, em todo o período pleiteado, ou seja, desde a data da entrada do requerimento administrativo (16/03/2015 – id 7443033).

Em que pese o estado precário da construção em que reside a parte autora, descrito no laudo social, entendo que tal condição, por si só, não se revela justificativa plausível para a concessão do benefício assistencial.

Ademais, o imóvel em questão é de propriedade de duas filhas da parte autora que, inclusive, compartilham o mesmo terreno em que edificaram suas casas, não havendo, a meu ver, demonstração nos autos da insuficiência de recursos que justifique a precária conservação do imóvel.

Conquanto a assistente social qualifique o local em que reside a parte autora como anexo a bairro *“conhecido pelo elevado índice de drogatização e tráfico de drogas”*, extrai-se do referido laudo que a requerente possui disponibilidade de *“serviços, sistemas e políticas dos serviços públicos”*, como *“abastecimento de água, energia elétrica, saneamento básico, coleta de lixo”*, *“transporte coletivo”* e diversos serviços públicos havendo acesso, portanto, à toda a infraestrutura pública.

Vale ressaltar, ainda, que o fato da residência da autora estar localizada em bairro com alto índice de uso de drogas não se traduz em critério para obtenção de benefício assistencial, considerando que sua residência é atendida pelos serviços públicos, conforme também relatado no laudo social.

Assim, com a devida vênia da e. Relatora, diante do conjunto probatório produzido nos presentes autos, entendo não caracterizada a miserabilidade, requisito essencial à concessão do benefício assistencial, sendo de rigor a rejeição do pedido inicial.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Condeno a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios no valor de R\$ 1.000,00, a teor do disposto no art. 85, §8, do CPC/2015, ficando suspensa sua exigibilidade, por ser beneficiária da justiça gratuita, nos termos do §3º do art. 98 do CPC.

Pelo exposto, voto pelo não conhecimento da remessa oficial e de parte do recurso do INSS e, na parte conhecida, dou provimento à sua apelação, para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido da autora, observados os honorários advocatícios, na forma acima fundamentada.

É o voto.

EMENTA

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. REMESSA OFICIAL. NÃO CABIMENTO. ART. 496, § 3º, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. ART. 203, *CAPUT*, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E LEI Nº 8.742/1993. REQUISITOS PREENCHIDOS. BENEFÍCIO CONCEDIDO.

- A hipótese em exame não excede os 1.000 salários mínimos, sendo incabível a remessa oficial, nos termos do art. 496, § 3º, inciso I, do Código de Processo Civil.
- Atrêlam-se, cumulativamente, à concessão do benefício de prestação continuada, o implemento de requisito etário ou a detecção de deficiência, demonstrada por exame pericial, e a verificação da ausência de meios hábeis ao provimento da subsistência do postulante da benesse, ou de tê-la suprida pela família.
- A percepção da cota parte do benefício de pensão pela morte, pela parte autora, não lhe prejudica o direito à outorga da benesse assistencial, desde que preenchidas as condicionantes para tanto, considerando a obrigação do INSS de conceder o melhor benefício devido e orientar o segurado quanto a isso. Precedentes.
- Implementado o requisito etário e constatada pelo laudo socioeconômico a hipossuficiência, é devido o Benefício de Prestação Continuada, a partir da data de entrada do requerimento administrativo. Precedentes.
- Termo final da benesse estabelecido em 01/11/2017, data a partir da qual a autora passou a receber um salário mínimo a título de pensão por morte.
- Juros de mora e correção monetária fixados na forma explicitada.
- Honorários advocatícios a cargo do INSS em percentual mínimo a ser definido na fase de liquidação.
- Remessa oficial não conhecida.
- Apelação do INSS parcialmente provida, na parcela em que conhecida.
- Tutela antecipada de mérito revogada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu não conhecer da remessa oficial e de parte do recurso de apelação do INSS e, por maioria, na parte conhecida, decidiu dar parcial provimento à apelação, nos termos do voto da então Relatora, Juíza Federal Convocada Vanessa Mello, que foi acompanhada pela Desembargadora Federal Marisa Santos e pela Desembargadora Federal Inês Virginia (5º voto). Vencido o Desembargador Federal Gilberto Jordan, que, na parte conhecida, dava provimento à apelação, no que foi acompanhado pela Desembargadora Federal Daldice Santana (4º voto). Julgamento nos termos do disposto no art. 942, caput e § 1º, do CPC. Lavrará acórdão a Juíza Federal Convocada Vanessa Mello, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5867340-27.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: MARIA AUGUSTA GIROTTO
Advogado do(a) APELANTE: MARIA ROSANGELA DE CAMPOS - SP283780-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5867340-27.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: MARIA AUGUSTA GIROTTO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Demanda proposta objetivando a declaração de tempo de serviço rural.

O juízo a quo julgou improcedente o pedido formulado.

A parte autora apela, pleiteando a reforma da sentença, sustentando, em síntese, a comprovação do tempo de serviço reconhecido.

Sem contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

BATISTA GONÇALVES

Desembargador Federal Relator

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5867340-27.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: MARIA AUGUSTA GIOTTO
Advogado do(a) APELANTE: MARIA ROSANGELA DE CAMPOS - SP283780-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Tempestivo o recurso e presentes os demais requisitos de admissibilidade, passa-se ao exame da insurgência propriamente dita, considerando-se a matéria objeto de devolução.

RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO RURAL

A parte autora alega ter desenvolvido atividade rural sem registro em CTPS e pleiteia o reconhecimento do labor campesino.

O art. 55, § 3.º, da Lei n.º 8.213/91, dispõe sobre a obrigatoriedade de início de prova documental para a comprovação de tempo de serviço, para fins previdenciários, sendo insuficiente a produção de prova exclusivamente testemunhal, a qual, por si só, não é válida à demonstração do desempenho do trabalho tido como realizado.

Especificamente a respeito do reconhecimento da atividade de natureza rural, a orientação de há muito conferida pelo Superior Tribunal de Justiça acerca da imprestabilidade da prova exclusivamente testemunhal (verbete n.º 149 da Súmula da Jurisprudência do STJ) apresenta-se preservada, consoante se observa da ementa do acórdão tirado do julgamento do REsp 1.133.863/RN, sob a sistemática do art. 543-C do diploma processual de 1973 (3.ª Seção, relator Desembargador Convocado do TJ/SP Celso Limongi, DJe de 15.4.2011), reafirmando-se as premissas em prevalece o entendimento de que a prova exclusivamente testemunhal não basta, para o fim de obtenção de benefício previdenciário, à comprovação do trabalho rural, devendo ser acompanhada, necessariamente, de um início razoável de prova material (art. 55, § 3º, da Lei n. 8.213/91 e Súmula 149 deste Superior Tribunal de Justiça)

A Corte Superior consolidou o entendimento de que, não obstante sua indispensabilidade, o fato de o início de prova material não abranger todo o lapso temporal pretendido não implica violação da Súmula 149/STJ, cuja aplicação é mitigada se a reduzida prova material for complementada por prova testemunhal idônea e consistente que lhe amplie a eficácia.

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. APOSENTADORIA POR IDADE. TRABALHADOR RURAL. TEMA STJ 554. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. ABRANGÊNCIA DE TODO O PERÍODO PRETENDIDO. DESNECESSIDADE. EXTENSÃO DA EFICÁCIA PROBATÓRIA PELA PROVA TESTEMUNHAL. POSSIBILIDADE. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

(...)

3. O Recurso Especial combatia decisum da Corte a quo que considerou suficiente a prova material dos autos para atestar o exercício da atividade rural, em caso de aposentadoria por idade de trabalhador boia-fria.

4. O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial representativo da controvérsia, pacificou o assunto ora tratado nos seguintes termos: "Tema STJ 554 - Aplica-se a Súmula 149/STJ (A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeitos da obtenção de benefício previdenciário) aos trabalhadores rurais denominados 'boias-frias', sendo imprescindível a apresentação de início de prova material. Por outro lado, considerando a inerente dificuldade probatória da condição de trabalhador campesino, a apresentação de prova material somente sobre parte do lapso temporal pretendido não implica violação da Súmula 149/STJ, cuja aplicação é mitigada se a reduzida prova material for complementada por idônea e robusta prova testemunhal".

(...)

7. Ainda que assim não fosse, conforme jurisprudência do STJ, os documentos trazidos aos autos pela autora, caracterizados como início de prova material, podem ser corroborados por prova testemunhal firme e coesa, e estender sua eficácia tanto para períodos anteriores como posteriores aos das provas apresentadas.

Nesse sentido: REsp 1.348.633/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, DJe 5/12/2014, acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC/1973; AgRg no REsp 1.435.797/PB, Rel. Ministro

Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 10/11/2016, AgInt no AREsp 673.604/PR, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 14/2/2017.

9. Agravo conhecido para conhecer parcialmente do Recurso Especial, apenas no tocante à citada violação do art. 1.022 do CPC/2015, e, nessa parte, não provido.

(AREsp 1550603/PR, Segunda Turma, Min. Herman Benjamin, DJe 11/10/2019)

Por fim, ainda sob o rito do referido art. 543-C do Código de Processo Civil, o Superior Tribunal de Justiça apreciou o REsp 1.348.633/SP, de relatoria do Ministro Arnaldo Esteves Lima (DJe de 05/12/2014), pacificando a possibilidade de reconhecimento de trabalho rural desenvolvido anteriormente ao documento mais antigo apresentado como início de prova material, desse entendimento resultando a Súmula 577/STJ: mais antigo apresentado, desde que amparado em convincente prova.

Sob outro aspecto, com relação ao recolhimento de contribuições previdenciárias, mister a observância do previsto no art. 55, § 2.º, da Lei n.º 8.213/91, que preceitua: "O tempo de serviço do segurado trabalhador rural, anterior à data de início de vigência desta lei, será computado independentemente do recolhimento das contribuições a ele correspondentes, exceto para efeito de carência, conforme dispuser o regulamento".

Desse dispositivo legal, depreende-se que a atividade rural desempenhada em data anterior a novembro de 1991 pode ser considerada para averbação do tempo de serviço, sem necessidade de recolhimento de contribuições previdenciárias, exceto para fins de carência.

A partir do advento da Lei n.º 8.213/91, cabe ao segurado especial o recolhimento de contribuições previdenciárias facultativas, se pretender o cômputo do tempo de serviço rural para fins de obtenção de outros benefícios que não os arrolados no inciso I do art. 39.

Nesse sentido, inclusive, a Súmula n.º 272 do Superior Tribunal de Justiça, que expressamente determina que o segurado especial somente faz jus à aposentadoria por tempo de serviço se recolher as contribuições facultativas.

Dessa forma, o reconhecimento de período posterior, sem contribuições previdenciárias facultativas, servirá somente para futura concessão de aposentadoria por idade ou por invalidez, auxílio-doença, auxílio-reclusão ou pensão, ficando vedado o aproveitamento para os demais fins previdenciários.

DO CASO DOS AUTOS

A autora afirma ter exercido atividade rural em regime de economia familiar no período de 15/08/1968 a 12/1988.

Objetivando comprovar o alegado juntou documentos que comprovam a sua residência na Fazenda Santa Helena, em Lutécia – SP até o ano em que se casou, em 31/01/1981 (título de eleitor, declarações escolares e certidão de casamento).

O único documento do qual se depreende diretamente o labor campesino da autora trata-se de uma declaração à direção da faculdade do município de Marília, datada de 03/01/1979, solicitando dispensa das aulas de Educação Física por trabalhar mais de 8 horas diárias na propriedade agrícola de seu pai.

Consta de seu histórico escolar, relativo aos anos de 1978 a 1980, que era dispensada das aulas de Educação Física nos termos do Decreto-Lei Federal n.º 69.450/71, art. 6º, *a*. Tal dispositivo previa a facultatividade das atividades físicas “*aos alunos do curso noturno que comprovarem, mediante carteira profissional ou funcional, devidamente assinada, exercer emprego remunerado em jornada igual ou superior a seis horas*”. Tal documento, contudo, não esclarece a atividade desenvolvida na época.

A declaração do Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Paraguaçu Paulista não pode ser considerada como início de prova documental, equivalendo a simples depoimento unilateral reduzido a termo e não submetido ao crivo do contraditório. Está, portanto, em patamar inferior à prova testemunhal colhida em juízo, por não garantir a bilateralidade de audiência.

O documento, ainda, é extemporâneo à época dos fatos, porquanto subscrito em 26/01/2017, posterior ao ajuizamento da ação.

As fotografias anexadas são registros pontuais de cenas que não evidenciam o exercício habitual de atividade campesina, nas condições exigidas pela lei.

Em contrapartida, há farta documentação da atividade rural desenvolvida por seu pai, especialmente relativa à comercialização de gado, porém não só. Verifica-se que no imóvel de 69 hectares havia também plantio e comercialização de café.

Observa-se, no entanto, que as atividades desenvolvidas na propriedade não se enquadram no trabalho em regime de economia familiar.

Autorização para Impressão de Nota de Produtor e de Nota Fiscal registra que o primeiro livro de Registro de Movimento de Gado data de 15/08/1967 (ID 80056796), e há declaração do mesmo ano para fins de registro de marca de gado. Há notas de produtor referentes à venda de bovinos, chegando a 20 bovinos. Registro de vacinação contra febre aftosa indica de 600 bovinos vacinados em 1978 (ID 80056836). Em recibo de serviço de instalação de marcos para divisão de um terreno, datado de 23/03/1981, o genitor da demandante é qualificado profissionalmente como pecuarista (ID 80058828).

A quantidade de animais existentes na propriedade descaracteriza o trabalho familiar em auxílio mútuo para fins de subsistência, nos termos do art. 11, inciso VII, § 1.º, da Lei de Benefícios.

Dessa forma, verifica-se que o genitor da autora equipara-se a empresário e, neste caso, o reconhecimento do trabalho no período pretendido somente seria possível se comprovado o recolhimento de contribuições.

Em que pese a prova testemunhal confirme a atividade desempenhada pela parte autora em regime de economia familiar, é, por si só, insuficiente para acolher a sua pretensão, porquanto produzida prova em contrário.

Impossível, portanto, reconhecer o exercício de atividade rural em regime de economia familiar nos períodos de 15/08/1968 a 31/12/1988.

Registre-se não ser caso de aplicar o decidido no REsp 1.352.721/SP e extinguir o processo sem resolução do mérito porque, diferentemente da situação em que o início de prova documental é inexistente ou frágil, no caso em análise o conjunto probatório foi robusto no sentido de descaracterizar o regime de economia familiar, o que leva ao decreto de improcedência.

Posto isso, nego provimento à apelação.

É o voto.

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. DECLARATÓRIA DE TEMPO DE SERVIÇO. TRABALHO RURAL. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR NÃO CONFIGURADO. IMPOSSIBILIDADE.

- Para o reconhecimento do tempo de serviço de trabalhador rural, mister a conjugação do início de prova material com prova testemunhal (Artigo 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91, Súmula 149 do STJ e REsp 1.133.863/RN).
- Os documentos coligidos aos autos descaracterizam o regime de economia familiar (art. 11, VII, § 1.º, da Lei de Benefícios).
- Reconhecimento da improcedência do pedido formulado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5009979-24.2018.4.03.6183
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: JULIO CESAR DA SILVA
Advogado do(a) APELADO: HILARIO BOCCHI JUNIOR - SP90916-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5009979-24.2018.4.03.6183
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: JULIO CESAR DA SILVA
Advogado do(a) APELADO: HILARIO BOCCHI JUNIOR - SP90916-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo INSS, em face da r. sentença proferida aos 09 de fevereiro de 2018, não submetida ao reexame necessário, que julgou procedente o pedido deduzido na inicial, para condenar o INSS à concessão do benefício de aposentadoria especial, mediante o reconhecimento de período de atividade especial.

Foi arbitrada a verba relativa aos honorários advocatícios em 10% do valor da condenação e explicitados os critérios de juros de mora e de correção monetária. Deferida a antecipação de tutela (fls. 239/245).

Em suas razões recursais, sustenta o INSS ser equivocado o reconhecimento do labor nocivo no intervalo declinado, e aduz que a exposição do autor ao agente nocivo biológico se dava de forma intermitente. Pugna pela reforma da sentença e total improcedência do pedido. Subsidiariamente, requer a retificação dos critérios de correção monetária.

Apresentadas as contrarrazões pela parte autora subiram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5009979-24.2018.4.03.6183
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: JULIO CESAR DA SILVA
Advogado do(a) APELADO: HILARIO BOCCHI JUNIOR - SP90916-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

DA REMESSA NECESSÁRIA

Inicialmente, afigura-se correta a não submissão da r. sentença à remessa oficial.

É importante salientar que, de acordo com o art. 496, § 3º, inciso I, do Código de Processo Civil atual, não será aplicável o duplo grau de jurisdição quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a 1.000 (mil) salários-mínimos.

Na hipótese dos autos, embora a sentença seja ilíquida, resta evidente que a condenação ou o proveito econômico obtido na causa não ultrapassa o limite legal previsto, enquadrando-se perfeitamente à norma insculpida no parágrafo 3º, I, art. 496 da atual lei processual, razão pela qual impõe-se o afastamento do reexame necessário.

Não sendo, pois, o caso de conhecer da remessa oficial, passo à análise do(s) recurso (s) da(s) parte(s) em seus exatos limites, uma vez cumpridos os requisitos de admissibilidade previstos no Código de Processo Civil atual.

DA APOSENTADORIA ESPECIAL

A aposentadoria especial - modalidade de aposentadoria por tempo de contribuição com tempo mínimo reduzido - é devida ao segurado que tiver trabalhado, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, conforme disposição legal, a teor do preceituado no art. 57 da Lei nº 8.213/91 e no art. 201, § 1º, da Constituição Federal.

O período de carência exigido, por sua vez, está disciplinado pelo art. 25, inciso II, da Lei de Planos de Benefícios da Previdência Social, o qual prevê 180 (cento e oitenta) contribuições mensais, bem como pela norma transitória contida em seu art. 142.

Registre-se, por oportuno, que o Colendo Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1310034/PR, Primeira Seção, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 19/12/2012, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC/1973, decidiu que a "lei vigente por ocasião da aposentadoria é a aplicável ao direito à conversão entre tempos de serviço especial e comum, independentemente do regime jurídico à época da prestação do serviço", de modo que a conversão do tempo de atividade comum em especial, para fins de aposentadoria especial, é possível apenas no caso de o benefício haver sido requerido antes da entrada em vigor da Lei nº 9.032/95, que deu nova redação ao art. 57, § 3º, da Lei nº 8.213/91, exigindo que todo o tempo de serviço seja especial.

A caracterização e comprovação da atividade especial, de acordo com o art. 70, § 1º, do Decreto nº 3.048/1999, "obedecerá ao disposto na legislação em vigor na época da prestação do serviço", como já preconizava a jurisprudência existente acerca da matéria e restou sedimentado em sede de recurso repetitivo, no julgamento do REsp 1151363/MG, Terceira Seção, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 05/04/2011, e do REsp 1310034/PR, citado acima.

Dessa forma, até o advento da Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995, para a configuração da atividade especial, bastava o seu enquadramento nos Anexos dos Decretos nºs. 53.831/64 e 83.080/79, os quais foram validados pelos Decretos nºs. 357/91 e 611/92, possuindo, assim, vigência concomitante.

Consoante entendimento consolidado de nossos tribunais, a relação de atividades consideradas insalubres, perigosas ou penosas constantes em regulamento é meramente exemplificativa, não exaustiva, sendo possível o reconhecimento da especialidade do trabalho executado mediante comprovação nos autos. Nesse sentido, a súmula 198 do extinto Tribunal Federal de Recursos: "Atendidos os demais requisitos, é devida a aposentadoria especial se perícia judicial constata que a atividade exercida pelo segurado é perigosa, insalubre ou penosa, mesmo não inscrita em Regulamento".

A partir de referida Lei nº 9.032/95, que alterou o art. 57, §§ 3º e 4º, da Lei nº 8.213/91, não mais se permite a presunção de insalubridade, tornando-se necessária a comprovação da efetiva exposição a agentes prejudiciais à saúde ou integridade física do segurado e, ainda, que o tempo trabalhado em condições especiais seja permanente, não ocasional nem intermitente.

A propósito: STJ, AgRg no AREsp 547559/RS, Segunda Turma, Relator Ministro Humberto Martins, j. 23/09/2014, DJe 06/10/2014.

A comprovação podia ser realizada por meio de formulário específico emitido pela empresa ou seu preposto - SB-40, DISES BE 5235, DSS 8030 ou DIRBEN 8030, atualmente, Perfil Profissiográfico Previdenciário-PPP -, ou outros elementos de prova, independentemente da existência de laudo técnico, com exceção dos agentes agressivos ruído e calor, os quais sempre exigiram medição técnica.

Posteriormente, a Medida Provisória n.º 1.523/96, com início de vigência na data de sua publicação, em 14/10/1996, convertida na Lei n.º 9.528/97 e regulamentada pelo Decreto n.º 2.172, de 05/03/97, acrescentou o § 1º ao art. 58 da Lei n.º 8.213/91, determinando a apresentação do aludido formulário "com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho". Portanto, a partir da edição do Decreto n.º 2.172/97, que trouxe o rol dos agentes nocivos, passou-se a exigir, além das informações constantes dos formulários, a apresentação do laudo técnico para fins de demonstração da efetiva exposição aos referidos agentes.

Ademais, o INSS editou a Instrução Normativa INSS/PRES n.º 77, de 21/01/2015, estabelecendo, em seu art. 260, que: "Consideram-se formulários legalmente previstos para reconhecimento de períodos alegados como especiais para fins de aposentadoria, os antigos formulários em suas diversas denominações, sendo que, a partir de 1º de janeiro de 2004, o formulário a que se refere o § 1º do art. 58 da Lei n.º 8.213, de 1991, passou a ser o PPP".

À luz da legislação de regência e nos termos da citada Instrução Normativa, o PPP deve apresentar, primordialmente, dois requisitos: assinatura do representante legal da empresa e identificação dos responsáveis técnicos habilitados para as medições ambientais e/ou biológicas.

Na atualidade, a jurisprudência tem admitido o PPP - perfil profissiográfico previdenciário como substitutivo tanto do formulário como do laudo técnico, desde que devidamente preenchido.

A corroborar o entendimento esposado acima, colhe-se o seguinte precedente: STJ, AgRg no REsp 1340380/CE, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 23/09/2014, DJe 06/10/2014.

Quanto ao uso de Equipamento de Proteção Individual - EPI, no julgamento do ARE n.º 664.335/SC, em que restou reconhecida a existência de repercussão geral do tema ventilado, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o mérito, decidiu que, se o aparelho "for realmente capaz de neutralizar a nocividade não haverá respaldo constitucional à aposentadoria especial". Destacou-se, ainda, que, havendo divergência ou dúvida sobre a sua real eficácia, "a premissa a nortear a Administração e o Judiciário é pelo reconhecimento do direito ao benefício da aposentadoria especial".

Especificamente em relação ao agente agressivo ruído, estabeleceu-se que, na hipótese de a exposição ter se dado acima dos limites legais de tolerância, a declaração do empregador, no âmbito do Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP, no sentido da eficácia do EPI, "não descaracteriza o tempo de serviço especial para aposentadoria". Isso porque não há como garantir, mesmo com o uso adequado do equipamento, a efetiva eliminação dos efeitos nocivos causados por esse agente ao organismo do trabalhador, os quais não se restringem apenas à perda auditiva.

Outrossim, como consignado no referido julgado, não há que se cogitar em concessão de benefício sem a correspondente fonte de custeio, haja vista os termos dos §§ 6º e 7º do art. 57 da Lei n.º 8.213/91, com a redação dada pela Lei n.º 9.732/98:

"Art. 57. [...]"

§ 6º O benefício previsto neste art. será financiado com os recursos provenientes da contribuição de que trata o inciso II do art. 22 da Lei n.º 8.212, de 24 de julho de 1991, cujas alíquotas serão acrescidas de doze, nove ou seis pontos percentuais, conforme a atividade exercida pelo segurado a serviço da empresa permita a concessão de aposentadoria especial após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição, respectivamente.

§ 7º O acréscimo de que trata o parágrafo anterior incide exclusivamente sobre a remuneração do segurado sujeito às condições especiais referidas no caput.

[...]."

Ademais, sendo responsabilidade exclusiva do empregador o desconto devido a esse título, a sua ausência ou recolhimento incorreto não obsta o reconhecimento da especialidade verificada, pois não pode o obreiro ser prejudicado pela conduta de seu patrão.

SITUAÇÃO DOS AUTOS

Passa-se ao exame do período debatido, reconhecido na r. sentença, em face das provas apresentadas:

- 23/05/1986 a 13/06/2011

Empregador: Fundação Casa – Centro de Atendimento Sócio Educativo ao Adolescente

Atividade profissional: Auxiliar de Serviços/ operador de caldeira / técnico e agente de apoio operacional

Descrição das atividades:

- **de 23/05/1986 a 30/05/1989** – auxiliar de serviços – “O ocupante do cargo executa tarefas de receber os alimentos preparados na cozinha central.(...) executa serviços diversos relacionado ao preparo de alimentos, (...)visando atender às necessidades da área, recolhe lixo acumulado na cozinha, acondicionando-os em saco plástico, a fim de depositá-los em locais determinados (...)executa serviços auxiliares junto à lavanderia e rouparia.”

- **de 31/05/1989 a 31/05/2002**- Operador de Caldeira – “opera caldeiras de vapor, acionando válvulas, registros e outros dispositivos de controle, fornecendo vapor para a produção de calor e energia para a cozinha da Fundação.”

- **de 1º/06/2002 a 13/07/2011**- Técnico e Agente de Apoio Operacional : “O ocupante da função executa serviços de auxiliar nos reparos, montagens de alvenaria, concreto e outros materiais (...) construir; reformar; reparar prédios e obras similares, visando o atendimento adequado das necessidades da instituição.”

- **Prova(s):**

- **anotação em CTPS para o cargo de “servente” -fl. 39.**

-**PPP de fls. 46/48, com emissão em 25/08/2014 e PPP de fls. 156/158, com emissão em 17/08/2016, com a discriminação de exposição aos seguintes agentes nocivos:**

- de 12/12/1989 a 12/12/1990- ruído de 85 dB

- de 1º/04/2008 a 1º/04/2009- ruído de 91,2 dB e agente químico cal hidratada e cimento;

- de 1º/03/2011 a 13/07/2011- ruído de 90 dB e agente químico cal hidratada e cimento.

Laudo do Perito Judicial – com emissão em 11/09/2017 – fls. 204/213 e respectivas complementações às fls. 215/217 e fls. 229/230.

Conclusão da perícia judicial:

Em resposta aos quesitos formulados pelas partes, informou o Perito Judicial que o exame foi realizado na unidade da Fundação Casa, localizada à Rua Domingos Paiva, nº618, Brás- Capital-SP, esclarecendo que o autor, prestou seus serviços em outras 118 unidades similares à periciada (fl.207).

Após considerar a diversidade de funções exercidas pelo autor, no intervalo laboral de **23/05/1986 a 13/07/2011**, descreveu essas atividades nos seguintes termos: “Operacionaliza projeto de instalações de tubulações de esgoto, define traçados e dimensiona tubulações de esgoto; especifica, quantifica e inspeciona materiais; prepara locais para instalações de tubulações de esgoto, realiza pré-montagem e instala tubulações. Realiza testes operacionais e pressão de fluidos e testes de estanqueidade. Protege instalações e faz manutenção em equipamentos e acessórios.”

Considerou no mais, o perito, como destacou-se na fundamentação da r. sentença, que “quanto ao fato das funções serem determinadas auxiliar de serviços, operador de caldeira e técnico operacional, o perito ressaltou que o autor, quando era operador de caldeira, operava caldeira, mas exercia as atividades descritas no laudo a maior parte do tempo. Logo é possível considerar que o autor, basicamente, exercia suas funções laborando em tubulações de esgoto diariamente.”

Informou o *expert*, em conclusão do laudo, a exposição do demandante a agentes biológicos, de forma habitual e permanente, durante a realização de atividades de manutenção.

Conclusão: Cabível o enquadramento de todo o intervalo laboral, nos termos dos códigos 3.0.1 do Anexo IV dos Decretos nº 2.172/97 e nº 3.048/99, em razão da comprovação da sujeição da parte autora, a agentes biológicos agressivos.

Outrossim, vale salientar, a possibilidade, de considerados apenas os PPP’s apresentados, enquadrar-se apenas os períodos indicados nesses documentos, pela exposição aos agentes nocivos ruído e químico, nos termos dos códigos 1.1.6 e 1.2.11 dos Decretos nº 53.831/64.

Ainda, impende assinalar, a título de esclarecimentos, que, no tocante aos agentes biológicos, a jurisprudência tem se direcionado no sentido de ser dada maior flexibilidade ao conceito de permanência, de sorte a considerar a especialidade do trabalho em razão da potencialidade do risco de contato com esses agentes e não do contato propriamente dito.

É certo também que, sendo o risco imaneente à rotina laboral, como ocorre na situação em tela, o uso do EPI realmente não tem o condão de arredar a nocividade do mister, como se vê do julgado a seguir transcrito:

PREVIDENCIÁRIO. TEMPO ESPECIAL. CATEGORIA PROFISSIONAL. AGENTES BIOLÓGICOS. CONTRIBUINTE INDIVIDUAL. APOSENTADORIA ESPECIAL. REAFIRMAÇÃO DA DER. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. LEI 11.960/09. CRITÉRIOS DE ATUALIZAÇÃO. DIFERIMENTO PARA A FASE PRÓPRIA (EXECUÇÃO).

1. Demonstrado o exercício de tarefa sujeita a enquadramento por categoria profissional, o período respectivo deve ser considerado especial.

2. Em se tratando de agentes biológicos, é desnecessário que o contato se dê de forma permanente, já que o risco de acidente independe do tempo de exposição e, ainda que ocorra a utilização de EPI, eles não são capazes de elidir, de forma absoluta, o risco proveniente do exercício da atividade com exposição a agentes de natureza infecto-contagiosa.

3. O tempo de serviço sujeito a condições nocivas à saúde, prestado pela parte autora na condição de contribuinte individual, deve ser reconhecido como especial.

4. Em condições excepcionais esta Corte tem admitido a contagem de tempo posterior à entrada do requerimento para completar o tempo de serviço necessário à concessão da aposentadoria, desde que devidamente registrado no CNIS a continuidade do vínculo que mantinha na DER, através de consulta feita nos termos do artigo 29-A da Lei 8.213/91, o que possibilita sua reafirmação, caso em que a data de início do benefício será a data do ajuizamento do feito, com o tempo de contribuição contado até esse momento.

5. Tem direito à aposentadoria especial o segurado que possui 25 anos de tempo de serviço especial e implementa os demais requisitos para a concessão do benefício.

6. As teses relativas ao percentual de juros e o índice de correção monetária devem ser diferidas para a fase de execução, de modo a racionalizar o andamento do presente processo de conhecimento.

(TRF4, AC 5002922-74.2010.404.7001, Sexta Turma, Relatora Salise Monteiro Sanchotene, data da decisão: 24/08/2016, juntado aos autos em 29/08/2016 - destaquei)

Cite-se, outrossim, por similitude temática:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. REQUISITOS PREENCHIDOS. APELAÇÃO PROVIDA.

1. Da análise do Perfil Profissiográfico Previdenciários (PPP) juntados aos autos (fls. 20/22) e, de acordo com a legislação previdenciária vigente à época, o autor comprovou o exercício da atividade especial nos seguintes períodos: - 04/08/1989 a 31/03/1998, uma vez que trabalhou como vigilante em ambiente hospitalar; estando exposto de forma habitual e permanente a agentes nocivos a saúde (vírus e bactérias/agentes físicos), enquadrando-se nos códigos 1.3.2 e 2.5.7 do Anexo III do Decreto nº 53.831/64 e código 1.3.2, Anexo II do Decreto nº 83.080/79; - 01/04/1998 a 13/05/2015, pois exerceu atividade laborativa como recepcionista em ambiente hospitalar; recepcionando e prestando serviços de apoio a pacientes, marcando consultas, averiguando suas necessidades e os dirigindo ao lugar procurado, estando, de igual forma, exposto de forma habitual e permanente a agentes nocivos a saúde (vírus e bactérias/agentes físicos), enquadrando-se no código 1.3.2, Anexo III do Decreto nº 53.831/64 e código 1.3.2, Anexo II do Decreto nº 83.080/79. [...]

5. Apelação provida.

(TRF 3ª Região, AC 0022921-45.2016.4.03.9999, Sétima Turma, Rel. Desembargador Federal Toru Yamamoto, julgado em 26/06/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:06/07/2017).

Atente-se à regularidade formal dos documentos apresentados, inexistindo necessidade de contemporaneidade do formulário ou laudo ao período de exercício da atividade insalubre, à falta de previsão legal nesse sentido e de comprovação de significativa alteração no ambiente laboral.

Frise-se, ainda, que o simples fato de a empresa informar a utilização do EPI pelo trabalhador não elide a configuração do trabalho insalubre, havendo a necessidade da comprovação de sua eficácia, o que não ocorreu no caso vertente.

Portanto, cabível o enquadramento do período de 23/05/1986 a 13/07/2011, o que torna de rigor a manutenção da r. sentença.

Somado o período de atividade especial reconhecido nestes autos, verifica-se, que o demandante conta, na data do requerimento administrativo formulado aos 06/11/2014 (DER), com tempo de serviço especial superior a 25 (vinte e cinco).

O termo inicial do benefício deve ser fixado na data do requerimento administrativo. (vide decisão do STJ, em caso similar, no REsp 1568343/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 05/02/2016).

Passo à análise dos consectários.

Cumpra esclarecer que, em 20 de setembro de 2017, o STF concluiu o julgamento do RE 870.947, definindo as seguintes teses de repercussão geral: "1) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput); quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09; e 2) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina."

Assim, a questão relativa à aplicação da Lei n. 11.960/2009, no que se refere aos juros e à correção monetária, não comporta mais discussão, cabendo apenas o cumprimento da decisão exarada pelo STF em sede de repercussão geral.

Nesse cenário, sobre os valores em atraso incidirão juros e correção monetária em conformidade com os critérios legais compendiados no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, observadas as teses fixadas no julgamento final do RE 870.947, de relatoria do Ministro Luiz Fux.

Mantida a verba honorária na forma arbitrada na r. sentença.

Ante o exposto, NEGOU PROVIMENTO À APELAÇÃO DO INSS.

É o voto.

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. REMESSA OFICIAL. NÃO CABIMENTO. APOSENTADORIA ESPECIAL. ATIVIDADE ESPECIAL. RUIDO E AGENTES BIOLÓGICOS. POSSIBILIDADE. REQUISITOS PREENCHIDOS. BENEFÍCIO CONCEDIDO.

- A hipótese em exame não excede 1.000 salários mínimos, sendo incabível a remessa oficial, nos termos do art. 496, § 3º, inciso I, do NCPC.

- O conjunto probatório dos autos revela o exercício de labor com exposição aos agentes nocivos ruído e agentes biológicos, nos intervalos indicados, devendo ser reconhecida a especialidade.

- Preenchidos os requisitos legais, é devida a concessão de aposentadoria especial a partir da data do requerimento administrativo.

- Juros e correção monetária em conformidade com os critérios legais compendiados no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, observadas as teses fixadas no julgamento final do RE 870.947, de relatoria do Ministro Luiz Fux.

- Improvida a apelação do INSS.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento à apelação do INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6137693-11.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: DJANIRA ALVES DE OLIVEIRA
Advogado do(a) APELANTE: SUELI SILVA DE AGUIAR - SP179766-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6137693-11.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: DJANIRA ALVES DE OLIVEIRA
Advogado do(a) APELANTE: SUELI SILVA DE AGUIAR - SP179766-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Demanda proposta objetivando a concessão de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença, desde a data do requerimento administrativo (14.05.2018).

O juízo *a quo* julgou improcedente o pedido formulado, condenando a autora ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em “R\$ 1.000,00, nos termos do art. 85, § 8º, do Código de Processo Civil, observado o disposto no § 3º, do art. 98, do mesmo códex”.

A autora apela, pleiteando a reforma da sentença, sustentando, em síntese, o cumprimento dos requisitos legais à concessão pretendida.

Sem contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6137693-11.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: DJANIRA ALVES DE OLIVEIRA
Advogado do(a) APELANTE: SUELI SILVA DE AGUIAR - SP179766-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Tempestivo o recurso e presentes os demais requisitos de admissibilidade, passa-se ao exame da insurgência propriamente dita, considerando-se a matéria objeto de devolução.

DA APOSENTADORIA POR INVALIDEZ E DO AUXÍLIO-DOENÇA

Os requisitos da aposentadoria por invalidez encontram-se preceituados nos arts. 42 e seguintes da Lei n.º 8.213/91, consistindo, mais precisamente, na presença da qualidade de segurado, na existência de incapacidade total e permanente para o trabalho e na ocorrência do cumprimento da carência, quando exigida.

O auxílio-doença, por sua vez, tem seus pressupostos previstos nos art. 59 e seguintes do mesmo diploma legal, sendo concedido nos casos de incapacidade temporária.

Excepcionalmente, com base em entendimento jurisprudencial consolidado, admite-se a concessão de tais benefícios mediante comprovação pericial de incapacidade parcial e definitiva para o desempenho da atividade laborativa, que seja incompatível com a ocupação habitual do requerente e que implique em limitações tais que restrinjam sobremaneira a possibilidade de recolocação no mercado de trabalho, diante das profissões que exerceu durante sua vida profissional (STJ: *AgRg no AREsp 36.281/MS, rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, 6.ª Turma, DJe de 01/03/2013; e AgRg no AREsp 136474/MG, rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, 1.ª Turma, DJe de 29/06/2012*).

Imprescindível, ainda, o preenchimento do requisito da qualidade de segurado, nos termos dos arts. 11 e 15, ambos da Lei de Benefícios.

"Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições:

I - sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício;

II - até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração;

III - até 12 (doze) meses após cessar a segregação, o segurado acometido de doença de segregação compulsória;

IV - até 12 (doze) meses após o livramento, o segurado retido ou recluso;

V - até 3 (três) meses após o licenciamento, o segurado incorporado às Forças Armadas para prestar serviço militar;

VI - até (seis) meses após a cessação das contribuições, o segurado facultativo.

§ 1º O prazo do inciso II será prorrogado para até 24 (vinte e quatro) meses se o segurado já tiver pago mais de 120 (cento e vinte) contribuições mensais sem interrupção que acarrete a perda da qualidade de segurado.

§ 2º Os prazos do inciso II ou do § 1º serão acrescidos de 12 (doze) meses para o segurado desempregado, desde que comprovada essa situação pelo registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social.

§ 3º Durante os prazos deste artigo, o segurado conserva todos os seus direitos perante a Previdência Social.

§ 4º A perda da qualidade de segurado ocorrerá no dia seguinte ao do término do prazo fixado no Plano de Custeio da Seguridade Social para recolhimento da contribuição referente ao mês imediatamente posterior ao do final dos prazos fixados neste artigo e seus parágrafos."

A perda da qualidade de segurado, portanto, ocorrerá no 16.º dia do segundo mês seguinte ao término do prazo fixado no art. 30, II, da Lei n.º 8.212/91, salvo na hipótese do § 1.º do art. 102 da Lei n.º 8.213/91 – qual seja, em que comprovado que a impossibilidade econômica de continuar a contribuir decorreu da incapacidade laborativa.

Registre-se que, perdida a qualidade de segurado, imprescindível o recolhimento de, pelo menos, seis meses, para que seja considerado novamente filiado ao regime, nos exatos termos do art. 27-A da Lei de Benefícios.

Por fim, necessário o cumprimento do período de carência, nos termos do art. 25 dessa mesma lei, a saber:

“Art. 25. A concessão das prestações pecuniárias do Regime Geral de Previdência Social depende dos seguintes períodos de carência, ressalvado o disposto no artigo 26:

I – auxílio-doença e aposentadoria por invalidez: 12 (doze) contribuições mensais;”

Em casos específicos, em que demonstrada a necessidade de assistência permanente de outra pessoa, possível, ainda, com base no art. 45 da Lei de Benefícios, o acréscimo de 25% ao valor da aposentadoria por invalidez porventura concedida.

DO CASO DOS AUTOS (PREEXISTÊNCIA DA INCAPACIDADE À FILIAÇÃO)

No tocante ao requisito da qualidade de segurada, extrato do Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS) registra que autora recolheu contribuições previdenciárias, na condição de contribuinte facultativo, no períodos de 11.2002 a 11.2003, 08.2004 a 03.2005, 07.2005 a 11.2005 e de 04.2017 a 09.2018, e que passou a receber pensão por morte previdenciária em 20.10.2018 (Id. 102389210, p. 5/10).

Considerando-se apenas o momento em que ajuizada a ação (11.07.2018), poder-se-ia reconhecer a qualidade de segurada à autora.

Análise mais aprofundada demonstra, contudo, a inviabilidade de se atender à sua pretensão.

Isto porque, não obstante a existência de vínculo com a Previdência a partir de abril de 2017, verifica-se que o ingresso da autora ao sistema ocorreu quando já incapacitada, circunstância que impede a concessão dos benefícios por incapacidade, nos termos do disposto nos arts. 42, § 2.º, e 59, § 2.º, ambos da Lei n.º 8.213/91.

A perícia técnica fixou o termo inicial da incapacidade parcial e permanente para o trabalho em meados de 2017, em virtude de quadro clínico de “*artrose e outros transtornos de discos intervertebrais de coluna lombar (CID M19 e M51) e insuficiência venosa em membros inferiores (CID I87.2)*”. Esclareceu, o Sr. Perito: “*pericianda refere ter trabalhado como lavradora até os 43 anos de idade. Posteriormente passou a trabalhar como do lar. Refere estar desde 2017 sem condições de trabalhar, pois passou a apresentar dor na coluna lombar e dor em membros inferiores*” (Id. 102389241).

Dessa forma, a hipótese dos autos não se insere na previsão da exceção do § 2.º do art. 42 da Lei de Benefícios – “*A doença ou lesão de que o segurado já era portador ao filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social não lhe conferirá direito à aposentadoria por invalidez, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão.*” -, porquanto evidenciado tratar-se o referido dispositivo de reingresso de segurado apto ao trabalho, que venha a ser atingido pelo evento incapacitante após a nova filiação.

Nesse sentido:

“PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INCAPACIDADE PREEXISTENTE À FILIAÇÃO. ARTIGO 42, §2º, DA LEI 8.213/1991. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. BENEFÍCIO INDEVIDO. SUCUMBÊNCIA RECURSAL. TUTELA JURÍDICA PROVISÓRIA REVOGADA.

- São exigidos à concessão dos benefícios: a qualidade de segurado, a carência de doze contribuições mensais - quando exigida, a incapacidade para o trabalho de forma permanente e insuscetível de recuperação ou de reabilitação para outra atividade que garanta a subsistência (aposentadoria por invalidez) e a incapacidade temporária (auxílio-doença), bem como a demonstração de que o segurado não era portador da alegada enfermidade ao filiar-se ao Regime Geral da Previdência Social.

- Comprovada a incapacidade da parte autora, preexistente ao seu ingresso no Regime Geral da Previdência Social, é indevido o benefício, conforme disposto no artigo 42, § 2º, da Lei n. 8.213/1991.

- Invertida a sucumbência, condeno a parte autora a pagar custas processuais e honorários de advogado, arbitrados em 12% (doze por cento) sobre a mesma base de cálculo fixada na sentença, já majorados em razão da fase recursal, conforme critérios do artigo 85, §§ 1º, 2º, 3º, I, e 4º, III, do CPC, suspensa, porém, a exigibilidade, na forma do artigo 98, § 3º, do mesmo estatuto processual, por tratar-se de beneficiária da justiça gratuita.

- Tutela jurídica provisória revogada.

- Apelação da autarquia provida.”

(TRF 3ª Região, APELAÇÃO CÍVEL / SP 5902070-64.2019.4.03.9999, Rel. Desembargadora Federal Daldice Santana, Nona Turma, e-DJF3 Judicial 1, data: 03/03/2020)

Desconsideradas as contribuições realizadas a partir do ano de 2017, clara a perda da qualidade de segurado da autora.

O prazo de 12 meses, previsto no art. 15 da Lei n.º 8.213/91, foi excedido, eis que o registro anterior encerrou-se em 11.2005, tendo requerido o benefício administrativamente somente em 14.05.2018 e ajuizado a ação em 11.07.2018, não sendo hipótese de dilação nos termos dos §§ 1.º e 2.º do dispositivo retromencionado.

Inviabilizada, ainda, a aplicação do § 1.º do art. 102 da Lei n.º 8.213/91, porquanto o termo inicial da incapacidade remonta ao ano de 2017, ocasião em que a apelada, com 73 anos de idade e dedicada exclusivamente às lides em sua própria residência, já havia perdido a qualidade de segurada.

Assim, a incapacidade laborativa atingiu a apelada quando esta não mais ostentava a qualidade de segurada e sua nova filiação ocorreu após o advento das patologias incapacitantes, razão pela qual não há como se conceder o benefício pleiteado.

Forçoso, portanto, o reconhecimento da improcedência do pedido.

Condeno a parte autora a pagar custas processuais e honorários de advogado, arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, suspensa, porém, a exigibilidade, na forma do art. 98, § 3.º, do CPC, por se tratar de beneficiária da gratuidade da justiça.

Posto isso, nego provimento à apelação.

É o voto.

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. AUXÍLIO-DOENÇA. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. PREEXISTÊNCIA DA INCAPACIDADE À FILIAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.

- Os requisitos à aposentadoria por invalidez, conforme preceituam os arts. 42 e seguintes da Lei n.º 8.213/91, consistem na presença da qualidade de segurado, na existência de incapacidade total e permanente para o trabalho e na ocorrência do cumprimento da carência, nas hipóteses em que exigida. O auxílio-doença, por sua vez, é concedido nos casos de incapacidade temporária.
- Constatada a preexistência da incapacidade à nova filiação, indevida a aposentadoria por invalidez. Precedentes da Turma.
- Reconhecimento da improcedência do pedido formulado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5928603-60.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: MARIA DONIZETI DA SILVA SANTOS
Advogado do(a) APELADO: PEDRO ROBERTO CESTARI JUNIOR - SP394517-N
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5928603-60.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: MARIA DONIZETI DA SILVA SANTOS
Advogado do(a) APELADO: PEDRO ROBERTO CESTARI JUNIOR - SP394517-N

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Demanda proposta objetivando a concessão de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença previdenciário, desde a data do requerimento administrativo (02.02.2018).

O juízo *a quo* julgou procedente o pedido formulado, reconhecendo à parte autora o direito ao restabelecimento do benefício de auxílio-doença previdenciário, a partir de 06.11.2018 (data do laudo médico pericial). Deferida a antecipação dos efeitos da tutela.

Apela, o ente autárquico, pleiteando a suspensão dos efeitos da antecipação de tutela e, no mérito, a integral reforma da sentença, sustentando, em síntese, o não cumprimento dos requisitos legais à concessão em questão.

Com contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5928603-60.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: MARIA DONIZETI DA SILVA SANTOS
Advogado do(a) APELADO: PEDRO ROBERTO CESTARI JUNIOR - SP394517-N
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Tempestivo o recurso e presentes os demais requisitos de admissibilidade, passa-se ao exame da insurgência propriamente dita, considerando-se a matéria objeto de devolução.

A preliminar de atribuição de efeito suspensivo deve ser rejeitada, nos termos do art. 1.012, § 1.º, V, do CPC, que determina que a sentença que confirma, concede ou revoga tutela provisória produz efeitos imediatos.

In casu, ao ser determinada a implantação imediata do benefício no decreto monocrático, deferiu-se tutela específica de urgência, de natureza satisfativa, perfeitamente enquadrada na hipótese do art. 497 do Código de Processo Civil, qual seja, a procedência do pedido, a revelar cumprimento de uma obrigação de fazer, vislumbrada a necessidade de medida assecuratória do resultado específico desse adimplemento.

A decisão acha-se suficientemente fundamentada, referindo-se o magistrado a quo à natureza alimentar do benefício concedido, e a alegação de ausência dos requisitos necessários à concessão da medida diz respeito, na verdade, ao mérito, e como tal deve ser apreciada.

DA APOSENTADORIA POR INVALIDEZ E DO AUXÍLIO-DOENÇA

Os requisitos da aposentadoria por invalidez encontram-se preceituados nos arts. 42 e seguintes da Lei n.º 8.213/91, consistindo, mais precisamente, na presença da qualidade de segurado, na existência de incapacidade total e permanente para o trabalho e na ocorrência do cumprimento da carência, quando exigida.

O auxílio-doença, por sua vez, tem seus pressupostos previstos nos art. 59 e seguintes do mesmo diploma legal, sendo concedido nos casos de incapacidade temporária.

Excepcionalmente, com base em entendimento jurisprudencial consolidado, admite-se a concessão de tais benefícios mediante comprovação pericial de incapacidade parcial e definitiva para o desempenho da atividade laborativa, que seja incompatível com a ocupação habitual do requerente e que implique em limitações tais que restrinjam sobremaneira a possibilidade de recolocação no mercado de trabalho, diante das profissões que exerceu durante sua vida profissional (STJ: *AgRg no AREsp 36.281/MS, rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, 6.ª Turma, DJe de 01/03/2013; e AgRg no AREsp 136474/MG, rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, 1.ª Turma, DJe de 29/06/2012*).

Imprescindível, ainda, o preenchimento do requisito da qualidade de segurado, nos termos dos arts. 11 e 15, ambos da Lei de Benefícios.

"Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições:

I - sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício;

II - até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração;

III - até 12 (doze) meses após cessar a segregação, o segurado acometido de doença de segregação compulsória;

IV - até 12 (doze) meses após o livramento, o segurado retido ou recluso;

V - até 3 (três) meses após o licenciamento, o segurado incorporado às Forças Armadas para prestar serviço militar;

VI - até (seis) meses após a cessação das contribuições, o segurado facultativo.

§ 1º O prazo do inciso II será prorrogado para até 24 (vinte e quatro) meses se o segurado já tiver pago mais de 120 (cento e vinte) contribuições mensais sem interrupção que acarrete a perda da qualidade de segurado.

§ 2º Os prazos do inciso II ou do § 1º serão acrescidos de 12 (doze) meses para o segurado desempregado, desde que comprovada essa situação pelo registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social.

§ 3º Durante os prazos deste artigo, o segurado conserva todos os seus direitos perante a Previdência Social.

§ 4º A perda da qualidade de segurado ocorrerá no dia seguinte ao do término do prazo fixado no Plano de Custeio da Seguridade Social para recolhimento da contribuição referente ao mês imediatamente posterior ao do final dos prazos fixados neste artigo e seus parágrafos."

A perda da qualidade de segurado, portanto, ocorrerá no 16.º dia do segundo mês seguinte ao término do prazo fixado no art. 30, II, da Lei n.º 8.212/91, salvo na hipótese do § 1.º do art. 102 da Lei n.º 8.213/91 – qual seja, em que comprovado que a impossibilidade econômica de continuar a contribuir decorreu da incapacidade laborativa.

Registre-se que, perdida a qualidade de segurado, imprescindível o recolhimento de, pelo menos, seis meses, para que seja considerado novamente filiado ao regime, nos exatos termos do art. 27-A da Lei de Benefícios.

Por fim, necessário o cumprimento do período de carência, nos termos do art. 25 dessa mesma lei, a saber:

“Art. 25. A concessão das prestações pecuniárias do Regime Geral de Previdência Social depende dos seguintes períodos de carência, ressalvado o disposto no artigo 26:

I – auxílio-doença e aposentadoria por invalidez: 12 (doze) contribuições mensais;”

Em casos específicos, em que demonstrada a necessidade de assistência permanente de outra pessoa, possível, ainda, com base no art. 45 da Lei de Benefícios, o acréscimo de 25% ao valor da aposentadoria por invalidez porventura concedida.

DO CASO DOS AUTOS (INCAPACIDADE TOTAL E TEMPORÁRIA)

O requisito da qualidade de segurada está provado pelo extrato do Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS), do qual se infere que recolheu contribuições previdenciárias nos períodos de 02.2009 a 06.2010, 11.2012 a 10.2013, 01.2015 a 06.2015 e em 09.2015 e que recebeu auxílio-doença previdenciário no período de 11.08.2016 a 04.10.2017 (Id. 85461533).

Assim, tornam-se desnecessárias maiores considerações a respeito desse requisito, restando demonstrada a inocorrência da perda da qualidade de segurada, nos termos do art. 15, inciso II, da Lei n.º 8.213/91, e tendo em vista o ajuizamento da ação em 11.07.2018.

Demonstrou, outrossim, ter atendido à exigência legal de recolhimento de doze contribuições previdenciárias para ensejar direito à aposentadoria por invalidez (art. 25 da Lei n.º 8.213/91).

No concernente à incapacidade, a perícia médica concluiu ser, a apelada, portadora de “*alteração degenerativa com hérnia de disco C5/C6*” e depressão. Considerou-a incapacitada para o trabalho de forma total e temporária em virtude do quadro depressivo, esclarecendo que o início da incapacidade pode ser fixado, com base nos relatos da autora quanto à interrupção das atividades laborativas, em meados de maio de 2018 (Id. 85461534).

Desse modo, constatada a incapacidade temporária para o exercício de atividades laborativas, o conjunto probatório restou suficiente para, nos termos do pedido, reconhecer o direito da parte autora ao auxílio-doença.

O benefício deve ser mantido até que identificada melhora nas condições clínicas ora atestadas, ou que haja reabilitação do segurado para atividade diversa compatível, facultada pela lei a realização de exames periódicos a cargo do INSS, após o trânsito em julgado, para que se avalie a perenidade ou não das moléstias diagnosticadas, nos termos do artigo 101 da Lei nº 8.213/91.

Posto isso, rejeito a matéria preliminar e nego provimento à apelação.

É o voto.

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA PREVIDENCIÁRIO. MANUTENÇÃO DA QUALIDADE DE SEGURADO. INCAPACIDADE TOTAL E TEMPORÁRIA RECONHECIDA. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.

- A preliminar de atribuição de efeito suspensivo dever ser rejeitada. Nos termos do artigo 1.012, §1º, V, do CPC, a sentença que confirma, concede ou revoga tutela provisória produz efeitos imediatos.

- Satisfeitos os requisitos legais previstos no art. 59 da Lei nº 8.213/91 - quais sejam, qualidade de segurado, incapacidade total e temporária e cumprimento do período de carência (12 meses) - é de rigor a concessão do auxílio-doença.

- Necessária a contextualização do indivíduo para a aferição da incapacidade laborativa. Os requisitos insertos no artigo 42, da Lei de Benefícios, devem ser observados em conjunto com as condições sócio-econômica, profissional e cultural do trabalhador.

- Reconhecimento da procedência do pedido formulado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu rejeitar a matéria preliminar e negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 6075665-07.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
SUCESSOR: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

SUCESSOR: CLODOALDO RIBAS DE CASTRO
Advogado do(a) SUCESSOR: ALESSANDRO CARMONA DA SILVA - SP140057-N
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 6075665-07.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
SUCESSOR: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

SUCESSOR: CLODOALDO RIBAS DE CASTRO
Advogado do(a) SUCESSOR: ALESSANDRO CARMONA DA SILVA - SP140057-N
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Demanda proposta objetivando o restabelecimento do benefício de auxílio-doença ou a concessão de aposentadoria por invalidez, desde a data da cessação administrativa (16.06.2017).

O juízo *a quo* julgou procedente o pedido formulado, reconhecendo à parte autora o direito ao benefício de aposentadoria por invalidez, a partir da cessação administrativa, deferindo a antecipação dos efeitos a tutela.

O INSS apela, pleiteando a integral reforma da sentença, sustentando, em síntese, o não cumprimento dos requisitos legais à concessão em questão. Se vencido, requer a modificação dos índices de correção monetária e juros de mora. Prequestionou a matéria para fins recursais.

Comcontrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 6075665-07.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
SUCESSOR: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

SUCESSOR: CLODOALDO RIBAS DE CASTRO
Advogado do(a) SUCESSOR: ALESSANDRO CARMONA DA SILVA - SP140057-N
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Inicialmente, esclareça-se não ser caso de se ter submetida a decisão de 1.º grau ao reexame necessário, considerando o disposto no art. 496, § 3.º, inciso I, do Código de Processo Civil, que afasta a exigência do duplo grau de jurisdição quando a condenação ou o proveito econômico for inferior a 1.000 salários mínimos.

Tempestivo o recurso e presentes os demais requisitos de admissibilidade, passa-se ao exame da insurgência propriamente dita, considerando-se a matéria objeto de devolução.

DA APOSENTADORIA POR INVALIDEZ E DO AUXÍLIO-DOENÇA

Os requisitos da aposentadoria por invalidez encontram-se preceituados nos arts. 42 e seguintes da Lei n.º 8.213/91, consistindo, mais precisamente, na presença da qualidade de segurado, na existência de incapacidade total e permanente para o trabalho e na ocorrência do cumprimento da carência, quando exigida.

O auxílio-doença, por sua vez, tem seus pressupostos previstos nos art. 59 e seguintes do mesmo diploma legal, sendo concedido nos casos de incapacidade temporária.

Excepcionalmente, com base em entendimento jurisprudencial consolidado, admite-se a concessão de tais benefícios mediante comprovação pericial de incapacidade parcial e definitiva para o desempenho da atividade laborativa, que seja incompatível com a ocupação habitual do requerente e que implique em limitações tais que restrinjam sobremaneira a possibilidade de recolocação no mercado de trabalho, diante das profissões que exerceu durante sua vida profissional (STJ: *AgRg no AREsp 36.281/MS, rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, 6.ª Turma, DJe de 01/03/2013; e AgRg no AREsp 136474/MG, rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, 1.ª Turma, DJe de 29/06/2012*).

Imprescindível, ainda, o preenchimento do requisito da qualidade de segurado, nos termos dos arts. 11 e 15, ambos da Lei de Benefícios.

"Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições:

I - sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício;

II - até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração;

III - até 12 (doze) meses após cessar a segregação, o segurado acometido de doença de segregação compulsória;

IV - até 12 (doze) meses após o livramento, o segurado retido ou recluso;

V - até 3 (três) meses após o licenciamento, o segurado incorporado às Forças Armadas para prestar serviço militar;

VI - até (seis) meses após a cessação das contribuições, o segurado facultativo.

§ 1º O prazo do inciso II será prorrogado para até 24 (vinte e quatro) meses se o segurado já tiver pago mais de 120 (cento e vinte) contribuições mensais sem interrupção que acarrete a perda da qualidade de segurado.

§ 2º Os prazos do inciso II ou do § 1º serão acrescidos de 12 (doze) meses para o segurado desempregado, desde que comprovada essa situação pelo registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social.

§ 3º Durante os prazos deste artigo, o segurado conserva todos os seus direitos perante a Previdência Social.

§ 4º A perda da qualidade de segurado ocorrerá no dia seguinte ao do término do prazo fixado no Plano de Custeio da Seguridade Social para recolhimento da contribuição referente ao mês imediatamente posterior ao do final dos prazos fixados neste artigo e seus parágrafos."

A perda da qualidade de segurado, portanto, ocorrerá no 16.º dia do segundo mês seguinte ao término do prazo fixado no art. 30, II, da Lei n.º 8.212/91, salvo na hipótese do § 1.º do art. 102 da Lei n.º 8.213/91 – qual seja, em que comprovado que a impossibilidade econômica de continuar a contribuir decorreu da incapacidade laborativa.

Registre-se que, perdida a qualidade de segurado, imprescindível o recolhimento de, pelo menos, seis meses, para que seja considerado novamente filiado ao regime, nos exatos termos do art. 27-A da Lei de Benefícios.

Por fim, necessário o cumprimento do período de carência, nos termos do art. 25 dessa mesma lei, a saber:

“Art. 25. A concessão das prestações pecuniárias do Regime Geral de Previdência Social depende dos seguintes períodos de carência, ressalvado o disposto no artigo 26:

I – auxílio-doença e aposentadoria por invalidez: 12 (doze) contribuições mensais;”

Em casos específicos, em que demonstrada a necessidade de assistência permanente de outra pessoa, possível, ainda, com base no art. 45 da Lei de Benefícios, o acréscimo de 25% ao valor da aposentadoria por invalidez porventura concedida.

DO CASO DOS AUTOS (INCAPACIDADE PARCIAL E PERMANENTE COM REPERCUSSÃO NEGATIVA SOBRE AS ATIVIDADES HABITUAIS)

O requisito da qualidade de segurado restou comprovado pelo extrato do Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS), que registra que o autor manteve vínculos de trabalho no período descontínuo de 01.04.1976 a 01.2005 e que recebeu benefício previdenciário de auxílio-doença de 28.01.2005 a 16.06.2017 (Id. 97792330).

Assim, tornam-se desnecessárias maiores considerações a respeito desse requisito, restando demonstrada a inocorrência da perda da qualidade de segurado, nos termos do art. 15, inciso II, da Lei n.º 8.213/91, e tendo em vista o ajuizamento da ação em 19.04.2017.

O requerimento administrativo foi apresentado em 16.06.2017 (Id. 97792320).

Demonstrou, outrossim, ter atendido à exigência legal de recolhimento de 12 contribuições previdenciárias para ensejar direito à aposentadoria por invalidez (art. 25 da Lei n.º 8.213/91).

No concernente à incapacidade, a perícia médica atestou a incapacidade parcial e permanente do autor para o exercício de atividades laborativas que *“envolvam esforços físicos, carregamento de peso, movimentos repetitivos e postura viciosa”*. Esclareceu, o Sr. Perito, que *“o periciado é portador de artrose de coluna lombar + abaulamentos discais L4-L5, L5-S1, tendinopatia no supraespinhoso bilateral + tendinopatia subescapular ombro direito, depressão e transtorno bipolar”*. Esclareceu, por fim, que a data de início da incapacidade pode ser estimada, com base nos elementos colacionados aos autos, em meados de 2005 (Id. 97792354).

Não obstante a incapacidade se restrinja às atividades que demandem condições específicas, considerando a idade do autor (63 anos), as limitações que as patologias lhe impõem são grandes e restringem, em muito, a possibilidade de colocação no mercado de trabalho, diante da profissão que sempre exerceu, já considerado o fato de que recebeu benefício previdenciário durante mais de 10 anos e não logrou reabilitar-se profissionalmente.

Desse modo, o conjunto probatório restou suficiente para a concessão de aposentadoria por invalidez.

A correção monetária das parcelas vencidas se dará nos termos da normatização de regência (Lei n.º 6.899/1981 e legislação superveniente), bem como do Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos na Justiça Federal, observado o decidido, sob a sistemática da repercussão geral, no Recurso Extraordinário n.º 870.947, de 20/9/2017, sob relatoria do Ministro Luiz Fux.

Fica afastada a incidência da Taxa Referencial (TR) na condenação, pois o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar embargos declaratórios no recurso extraordinário em questão, decidiu pela não modulação dos efeitos.

Os juros moratórios são devidos à razão de 0,5% (meio por cento) ao mês, a contar da citação, nos termos dos arts. 1.062 do Código Civil de 1916 e 240 do Código de Processo Civil. A partir da vigência do novo Código Civil (Lei n.º 10.406/2002), deverão ser computados nos termos do art. 406 desse diploma, em 1% (um por cento) ao mês, neste caso até 30/6/2009. A partir de 1.º de julho de 2009, incidirão, uma única vez, até a conta final que servir de base para a expedição do precatório, para fins de atualização monetária e de juros, os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos do art. 1.º-F da Lei n.º 9.494/97, com a redação dada pela Lei n.º 11.960/2009 (Repercussão Geral no RE n.º 870.947), observada, quanto ao termo final da incidência, a tese firmada em Repercussão Geral no RE n.º 579.431, de 19/4/2017, Rel. Ministro Marco Aurélio.

Quanto ao prequestionamento suscitado, inexistente contrariedade alguma à legislação federal ou a dispostos constitucionais.

Posto isso, nego provimento à apelação.

É o voto.

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. MANUTENÇÃO DA QUALIDADE DE SEGURADO. INCAPACIDADE PARCIAL E PERMANENTE RECONHECIDA. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.

- Não conhecimento do reexame necessário, considerando o disposto no art. 496, § 3.º, inciso I, do Código de Processo Civil, que afasta a exigência do duplo grau de jurisdição quando a condenação ou o proveito econômico for inferior a 1.000 salários mínimos.
- Satisfeitos os requisitos legais previstos no art. 42 da Lei nº 8.213/91 - quais sejam, qualidade de segurado, incapacidade total e permanente e cumprimento do período de carência (12 meses) - é de rigor a concessão de aposentadoria por invalidez.
- Necessária a contextualização do indivíduo para a aferição da incapacidade laborativa. Impossibilidade de exigir a reabilitação de trabalhador com baixo grau de instrução, a atividade diversa de sua habitual. Incapacidade total e permanente configurada. Precedentes do STJ.
- Reconhecimento da procedência do pedido formulado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002449-47.2016.4.03.6111
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: ALFREDO RIBEIRO DA SILVA FILHO
REPRESENTANTE: FABIO HENRIQUE RIBEIRO DA SILVA
Advogado do(a) APELADO: MARILIA VERONICA MIGUEL - SP259460-A,
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002449-47.2016.4.03.6111
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: ALFREDO RIBEIRO DA SILVA FILHO
REPRESENTANTE: FABIO HENRIQUE RIBEIRO DA SILVA
Advogado do(a) APELADO: MARILIA VERONICA MIGUEL - SP259460-A,
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Demanda proposta objetivando a concessão de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença previdenciário, desde o requerimento administrativo.

Foi nomeado curador ao autor (Id. 39876452, p. 98).

O juízo *a quo* julgou procedente o pedido formulado, reconhecendo à parte autora o direito ao benefício pretendido de aposentadoria por invalidez, a partir do pedido administrativo (01.12.2015). Deferida a antecipação dos efeitos da tutela. Correção monetária e juros de mora fixados nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal. Verba honorária arbitrada em 10% do valor da condenação, incidente sobre as parcelas vencidas até a sentença, nos termos da Súmula nº 111 do c. Superior Tribunal de Justiça.

O INSS apela, pleiteando a suspensão dos efeitos da antecipação de tutela e, no mérito, a integral reforma da sentença, sustentando, em síntese, o não cumprimento dos requisitos legais à concessão em questão. Se vencido, requer a modificação dos índices de correção monetária e juros de mora.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovimento do recurso (Id. 62056267).

Com contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002449-47.2016.4.03.6111
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: ALFREDO RIBEIRO DA SILVA FILHO
REPRESENTANTE: FABIO HENRIQUE RIBEIRO DA SILVA
Advogado do(a) APELADO: MARILIA VERONICA MIGUEL - SP259460-A,
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Inicialmente, esclareça-se não ser caso de se ter submetida a decisão de 1.º grau ao reexame necessário, considerando o disposto no art. 496, § 3.º, inciso I, do Código de Processo Civil, que afasta a exigência do duplo grau de jurisdição quando a condenação ou o proveito econômico for inferior a 1.000 salários mínimos.

Tempestivo o recurso e presentes os demais requisitos de admissibilidade, passa-se ao exame da insurgência propriamente dita, considerando-se a matéria objeto de devolução.

A preliminar de atribuição de efeito suspensivo dever ser rejeitada, nos termos do art. 1.012, § 1.º, V, do CPC, que determina que a sentença que confirma, concede ou revoga tutela provisória produz efeitos imediatos.

In casu, ao ser determinada a implantação imediata do benefício no decreto monocrático, deferiu-se tutela específica de urgência, de natureza satisfativa, perfeitamente enquadrada na hipótese do art. 497 do Código de Processo Civil, qual seja, a procedência do pedido, a revelar cumprimento de uma obrigação de fazer, vislumbrada a necessidade de medida assecuratória do resultado específico desse adimplemento.

A decisão acha-se suficientemente fundamentada, referindo-se o magistrado a quo à natureza alimentar do benefício concedido, e a alegação de ausência dos requisitos necessários à concessão da medida diz respeito, na verdade, ao mérito, e como tal deve ser apreciada.

DA APOSENTADORIA POR INVALIDEZ E DO AUXÍLIO-DOENÇA

Os requisitos da aposentadoria por invalidez encontram-se preceituados nos arts. 42 e seguintes da Lei n.º 8.213/91, consistindo, mais precisamente, na presença da qualidade de segurado, na existência de incapacidade total e permanente para o trabalho e na ocorrência do cumprimento da carência, quando exigida.

O auxílio-doença, por sua vez, tem seus pressupostos previstos nos art. 59 e seguintes do mesmo diploma legal, sendo concedido nos casos de incapacidade temporária.

Excepcionalmente, com base em entendimento jurisprudencial consolidado, admite-se a concessão de tais benefícios mediante comprovação pericial de incapacidade parcial e definitiva para o desempenho da atividade laborativa, que seja incompatível com a ocupação habitual do requerente e que implique em limitações tais que restrinjam sobremaneira a possibilidade de recolocação no mercado de trabalho, diante das profissões que exerceu durante sua vida profissional (STJ: *AgRg no AREsp 36.281/MS, rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, 6.ª Turma, DJe de 01/03/2013; e AgRg no AREsp 136474/MG, rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, 1.ª Turma, DJe de 29/06/2012*).

Imprescindível, ainda, o preenchimento do requisito da qualidade de segurado, nos termos dos arts. 11 e 15, ambos da Lei de Benefícios.

"Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições:

I - sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício;

II - até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração;

III - até 12 (doze) meses após cessar a segregação, o segurado acometido de doença de segregação compulsória;

IV - até 12 (doze) meses após o livramento, o segurado retido ou recluso;

V - até 3 (três) meses após o licenciamento, o segurado incorporado às Forças Armadas para prestar serviço militar;

VI - até (seis) meses após a cessação das contribuições, o segurado facultativo.

§ 1º O prazo do inciso II será prorrogado para até 24 (vinte e quatro) meses se o segurado já tiver pago mais de 120 (cento e vinte) contribuições mensais sem interrupção que acarrete a perda da qualidade de segurado.

§ 2º Os prazos do inciso II ou do § 1º serão acrescidos de 12 (doze) meses para o segurado desempregado, desde que comprovada essa situação pelo registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social.

§ 3º Durante os prazos deste artigo, o segurado conserva todos os seus direitos perante a Previdência Social.

§ 4º A perda da qualidade de segurado ocorrerá no dia seguinte ao do término do prazo fixado no Plano de Custeio da Seguridade Social para recolhimento da contribuição referente ao mês imediatamente posterior ao do final dos prazos fixados neste artigo e seus parágrafos."

A perda da qualidade de segurado, portanto, ocorrerá no 16.º dia do segundo mês seguinte ao término do prazo fixado no art. 30, II, da Lei n.º 8.212/91, salvo na hipótese do § 1.º do art. 102 da Lei n.º 8.213/91 – qual seja, em que comprovado que a impossibilidade econômica de continuar a contribuir decorreu da incapacidade laborativa.

Registre-se que, perdida a qualidade de segurado, imprescindível o recolhimento de, pelo menos, seis meses, para que seja considerado novamente filiado ao regime, nos exatos termos do art. 27-A da Lei de Benefícios.

Por fim, necessário o cumprimento do período de carência, nos termos do art. 25 dessa mesma lei, a saber:

“Art. 25. A concessão das prestações pecuniárias do Regime Geral de Previdência Social depende dos seguintes períodos de carência, ressalvado o disposto no artigo 26:

I – auxílio-doença e aposentadoria por invalidez: 12 (doze) contribuições mensais;”

Em casos específicos, em que demonstrada a necessidade de assistência permanente de outra pessoa, possível, ainda, com base no art. 45 da Lei de Benefícios, o acréscimo de 25% ao valor da aposentadoria por invalidez porventura concedida.

DO CASO DOS AUTOS (INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE)

Objetivando comprovar a qualidade de segurado, o autor acostou CTPS da qual se infere o registro de vínculos de trabalho nos períodos de 10.06.1976 a 31.03.1977, 12.04.1977 a 06.09.1978, 10.11.1995 a 01.12.1997 e de 01.12.2008 a 27.12.2009 (Id. 39876451, p. 24-42), bem como comprovantes de recolhimentos de contribuições previdenciárias efetuados nos períodos de 07.1979 a 12.1979, 05.1980, 09.1980, 06.1981, 02.1986 a 05.1988, 01.1989 a 04.1989, 11.2013 a 08.2014 e de 11.2015 a 02.2016 (mesmo ID, p. 44-97).

Acostou, também, extrato do Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS), do qual se infere que recolheu contribuições previdenciárias nos períodos ininterrupto de 11.2013 a 04.2016 e que recebeu auxílio-doença previdenciário de 17.11.2010 a 17.11.2010 (Id. 39876469).

Assim, tornam-se desnecessárias maiores considerações a respeito desse requisito, restando demonstrada a inoccorrência da perda da qualidade de segurada, nos termos do art. 15, inciso II, da Lei n.º 8.213/91, e tendo em vista o ajuizamento da ação em 02.06.2016.

O requerimento administrativo foi formulado em 01.12.2015 (Id. 39876451, p. 107).

Demonstrou, outrossim, ter atendido à exigência legal de recolhimento de doze contribuições previdenciárias para ensejar direito à aposentadoria por invalidez (art. 25 da Lei n.º 8.213/91).

No concernente à incapacidade, o laudo médico pericial atestou que “o autor está incapaz de exercer toda e qualquer atividade laborativa” em virtude de quadro clínico de “demência vascular e infarto cerebral”. Esclareceu, o Sr. Perito, que “no ano de 2008, após surto hipertensivo, iniciou com disartria e hemi paresia direita e após 90 dias as sequelas regrediram e o autor voltou ao trabalho normalmente. Em janeiro de 2015, o autor começou apresentar quadro demencial com alterações do comportamento e da memória recente. Em novembro de 2015, foi submetido a ressonância nuclear do encéfalo, que revelou extensa lesão isquêmica em área parieto occipital esquerda, com redução do volume cerebral” (Id. 39876452, p. 4).

Em sentido análogo, perícias administrativas acostadas pelo INSS corroboram a existência de AVC ocorrido em meados de 2008, contudo, as avaliações realizadas pelos peritos do quadro do ente autárquico apresentaram conclusões diversas, que não podem prevalecer sobre aquela registrada pelo perito designado nos autos. Com efeito, os exames clínicos revelaram, em 25.08.2010, 03.09.2010 e 26.06.2011, a inexistência de incapacidade laborativa, contudo, em sentido oposto, indicaram incapacidade para o trabalho com DII em 25.08.2008 nas perícias realizadas em 22.05.2013, 21.06.2013, 02.04.2015 e 28.12.2015 (Id. 39876468).

Desse modo, o conjunto probatório restou suficiente para a concessão de aposentadoria por invalidez.

Passo à análise dos consectários.

Cumpra esclarecer que, em 20 de setembro de 2017, o STF concluiu o julgamento do RE 870.947, definindo as seguintes teses de repercussão geral sobre a incidência da Lei n. 11.960/2009: "1) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput); quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09; e 2) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina."

Assim, a questão relativa à aplicação da Lei n. 11.960/2009, no que se refere aos juros de mora e à correção monetária, não comporta mais discussão, cabendo apenas o cumprimento da decisão exarada pelo STF em sede de repercussão geral.

Nesse cenário, sobre os valores em atraso incidirão juros e correção monetária em conformidade com os critérios legais compendiados no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, observadas as teses fixadas no julgamento final do RE 870.947, de relatoria do Ministro Luiz Fux.

Diante da sucumbência recursal e da regra prevista no § 11 do art. 85 do Código de Processo Civil, considerando a devida majoração da verba honorária, seu percentual passa a ser fixado em 20% sobre a base cálculo considerada pelo Juízo *a quo*.

Posto isso, rejeito a matéria preliminar e nego provimento à apelação. Majoro a verba honorária de sucumbência recursal, na forma delimitada.

É o voto.

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. MANUTENÇÃO DA QUALIDADE DE SEGURADO. INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE RECONHECIDA. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.

- Não conhecimento do reexame necessário, considerando o disposto no art. 496, § 3.º, inciso I, do Código de Processo Civil, que afasta a exigência do duplo grau de jurisdição quando a condenação ou o proveito econômico for inferior a 1.000 salários mínimos.

- A preliminar de atribuição de efeito suspensivo deve ser rejeitada. Nos termos do artigo 1.012, §1º, V, do CPC, a sentença que confirma, concede ou revoga tutela provisória produz efeitos imediatos.

- Satisfeitos os requisitos legais previstos no art. 42 da Lei nº 8.213/91 - quais sejam, qualidade de segurado, incapacidade total e permanente e cumprimento do período de carência (12 meses) - é de rigor a concessão de aposentadoria por invalidez.
- Juros de mora e correção monetária fixados na forma explicitada.
- Verba honorária de sucumbência recursal majorada na forma do § 11 do art. 85 do Código de Processo Civil.
- Apelo do INSS desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5703436-25.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: ALCIDES SOUZA GOMES
Advogado do(a) APELADO: ELIANI APARECIDA RAMOS NASCIBENI - SP219814-N
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5703436-25.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: ALCIDES SOUZA GOMES
Advogado do(a) APELADO: ELIANI APARECIDA RAMOS NASCIBENI - SP219814-N
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Demanda proposta objetivando o restabelecimento do benefício de auxílio-doença ou a concessão de aposentadoria por invalidez, desde a data do requerimento administrativo (19.09.2018).

O juízo *a quo* julgou procedente o pedido formulado, reconhecendo à parte autora o direito ao benefício de aposentadoria por invalidez, a partir do indeferimento do pedido administrativo (10.10.2018). Deferiu a antecipação dos efeitos da tutela. Fixou juros de mora nos termos das Súmulas 148 do STJ e 8 deste TRF3 e correção monetária na forma da Lei n.º 11.960/09.

O INSS apela, pleiteando a suspensão dos efeitos da antecipação de tutela e, no mérito, a integral reforma da sentença, sustentando, em síntese, o não cumprimento dos requisitos legais à concessão em questão. Se vencido, requer a aplicação da Lei n.º 11.960/09 no tocante à fixação dos índices de juros moratórios e correção monetária.

Comcontrarrrazões, subiram os autos.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5703436-25.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: ALCIDES SOUZA GOMES
Advogado do(a) APELADO: ELIANI APARECIDA RAMOS NASCIMBENI - SP219814-N
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Tempestivo o recurso e presentes os demais requisitos de admissibilidade, passa-se ao exame da insurgência propriamente dita, considerando-se a matéria objeto de devolução.

A preliminar de atribuição de efeito suspensivo deve ser rejeitada, nos termos do art. 1.012, § 1.º, V, do CPC, que determina que a sentença que confirma, concede ou revoga tutela provisória produz efeitos imediatos.

In casu, ao ser determinada a implantação imediata do benefício no decreto monocrático, deferiu-se tutela específica de urgência, de natureza satisfativa, perfeitamente enquadrada na hipótese do art. 497 do Código de Processo Civil, qual seja, a procedência do pedido, a revelar cumprimento de uma obrigação de fazer, vislumbrada a necessidade de medida assecuratória do resultado específico desse adimplemento.

A decisão acha-se suficientemente fundamentada, referindo-se o magistrado a quo à natureza alimentar do benefício concedido, e a alegação de ausência dos requisitos necessários à concessão da medida diz respeito, na verdade, ao mérito, e como tal deve ser apreciada.

DA APOSENTADORIA POR INVALIDEZ E DO AUXÍLIO-DOENÇA

Os requisitos da aposentadoria por invalidez encontram-se preceituados nos arts. 42 e seguintes da Lei n.º 8.213/91, consistindo, mais precisamente, na presença da qualidade de segurado, na existência de incapacidade total e permanente para o trabalho e na ocorrência do cumprimento da carência, quando exigida.

O auxílio-doença, por sua vez, tem seus pressupostos previstos nos art. 59 e seguintes do mesmo diploma legal, sendo concedido nos casos de incapacidade temporária.

Excepcionalmente, com base em entendimento jurisprudencial consolidado, admite-se a concessão de tais benefícios mediante comprovação pericial de incapacidade parcial e definitiva para o desempenho da atividade laborativa, que seja incompatível com a ocupação habitual do requerente e que implique em limitações tais que restrinjam sobremaneira a possibilidade de recolocação no mercado de trabalho, diante das profissões que exerceu durante sua vida profissional (STJ:AgRg no AREsp 36.281/MS, rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, 6.ª Turma, DJe de 01/03/2013; e AgRg no AREsp 136474/MG, rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, 1.ª Turma, DJe de 29/06/2012).

Imprescindível, ainda, o preenchimento do requisito da qualidade de segurado, nos termos dos arts. 11 e 15, ambos da Lei de Benefícios.

"Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições:

I - sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício;

II - até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração;

III - até 12 (doze) meses após cessar a segregação, o segurado acometido de doença de segregação compulsória;

IV - até 12 (doze) meses após o livramento, o segurado retido ou recluso;

V - até 3 (três) meses após o licenciamento, o segurado incorporado às Forças Armadas para prestar serviço militar;

VI - até (seis) meses após a cessação das contribuições, o segurado facultativo.

§ 1º O prazo do inciso II será prorrogado para até 24 (vinte e quatro) meses se o segurado já tiver pago mais de 120 (cento e vinte) contribuições mensais sem interrupção que acarrete a perda da qualidade de segurado.

§ 2º Os prazos do inciso II ou do § 1º serão acrescidos de 12 (doze) meses para o segurado desempregado, desde que comprovada essa situação pelo registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social.

§ 3º Durante os prazos deste artigo, o segurado conserva todos os seus direitos perante a Previdência Social.

§ 4º A perda da qualidade de segurado ocorrerá no dia seguinte ao do término do prazo fixado no Plano de Custeio da Seguridade Social para recolhimento da contribuição referente ao mês imediatamente posterior ao do final dos prazos fixados neste artigo e seus parágrafos."

A perda da qualidade de segurado, portanto, ocorrerá no 16.º dia do segundo mês seguinte ao término do prazo fixado no art. 30, II, da Lei n.º 8.212/91, salvo na hipótese do § 1.º do art. 102 da Lei n.º 8.213/91 – qual seja, em que comprovado que a impossibilidade econômica de continuar a contribuir decorreu da incapacidade laborativa.

Registre-se que, perdida a qualidade de segurado, imprescindível o recolhimento de, pelo menos, seis meses, para que seja considerado novamente filiado ao regime, nos exatos termos do art. 27-A da Lei de Benefícios.

Por fim, necessário o cumprimento do período de carência, nos termos do art. 25 dessa mesma lei, a saber:

"Art. 25. A concessão das prestações pecuniárias do Regime Geral de Previdência Social depende dos seguintes períodos de carência, ressalvado o disposto no artigo 26:

I – auxílio-doença e aposentadoria por invalidez: 12 (doze) contribuições mensais;"

Em casos específicos, em que demonstrada a necessidade de assistência permanente de outra pessoa, possível, ainda, com base no art. 45 da Lei de Benefícios, o acréscimo de 25% ao valor da aposentadoria por invalidez porventura concedida.

DO CASO DOS AUTOS (INCAPACIDADE TOTAL E TEMPORÁRIA COM REPERCUSSÃO NEGATIVA SOBRE AS ATIVIDADES HABITUAIS)

Objetivando comprovar a qualidade de segurado, o autor juntou cópia de sua CTPS com registro de vínculo empregatício de 01.02.2003 a 16.08.2017 (Id. 66289058).

Acostado, também, extrato do Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS), do qual se infere que, além do vínculo *supra*, desenvolveu atividades laborativas no período descontínuo de 01.02.1978 a 28.10.1991 e recebeu benefício previdenciário de auxílio-doença de 23.02.2007 a 30.06.2010 e de 20.11.2007 a 10.04.2017, este decorrente de ação judicial (Id. 66289903).

Assim, tornam-se desnecessárias maiores considerações a respeito desse requisito, restando demonstrada a inoccorrência da perda da qualidade de segurada, nos termos do art. 15, inciso II, §1º, da Lei n.º 8.213/91, e tendo em vista o ajuizamento da ação em 31.05.2019.

O requerimento administrativo foi apresentado em 19.09.2018 (Id. 66289058).

Demonstrou, outrossim, ter atendido à exigência legal de recolhimento de doze contribuições previdenciárias para ensejar direito à aposentadoria por invalidez (art. 25 da Lei n.º 8.213/91).

No concernente à incapacidade, a perícia médica concluiu ser, o apelado, portador de encefalopatia de Wernick (E51.2), demência não especificada (F03), transtorno orgânico de personalidade (F07.0), outros transtornos psicóticos agudos, essencialmente delirantes (F23.3) e episódio depressivo grave sem sintomas psicóticos (F32.3). Considerou-o incapacitado para o trabalho de forma total e temporária, fixando o termo de início da incapacidade laborativa, com base na documentação médica particular acostada aos autos, em 05.12.2018 (Id. 66289137).

Não obstante a incapacidade tenha sido classificada como temporária, considerando a idade do autor (62 anos) e o fato de que o autor está afastado do mercado de trabalho já há alguns anos, em gozo de benefício previdenciário, as limitações que as patologias lhe impõem são grandes e restringem em muito a possibilidade de colocação no mercado de trabalho.

Desse modo, o conjunto probatório restou suficiente para a concessão de aposentadoria por invalidez.

Passo à análise dos consectários.

Cumpra esclarecer que, em 20 de setembro de 2017, o STF concluiu o julgamento do RE 870.947, definindo as seguintes teses de repercussão geral sobre a incidência da Lei n. 11.960/2009: "1) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput); quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09; e 2) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina."

Assim, a questão relativa à aplicação da Lei n. 11.960/2009, no que se refere aos juros de mora e à correção monetária, não comporta mais discussão, cabendo apenas o cumprimento da decisão exarada pelo STF em sede de repercussão geral.

Nesse cenário, sobre os valores em atraso incidirão juros e correção monetária em conformidade com os critérios legais compendiados no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, observadas as teses fixadas no julgamento final do RE 870.947, de relatoria do Ministro Luiz Fux.

Posto isso, rejeito a matéria preliminar e dou parcial provimento à apelação, para fixar os critérios de incidência da correção monetários e dos juros de mora, nos termos da fundamentação, *supra*.

É o voto.

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. MANUTENÇÃO DA QUALIDADE DE SEGURADO. INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE RECONHECIDA. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.

- A preliminar de atribuição de efeito suspensivo dever ser rejeitada. Nos termos do artigo 1.012, §1º, V, do CPC, a sentença que confirma, concede ou revoga tutela provisória produz efeitos imediatos.
- Satisfeitos os requisitos legais previstos no art. 42 da Lei nº 8.213/91 - quais sejam, qualidade de segurado, incapacidade total e permanente e cumprimento do período de carência (12 meses) - é de rigor a concessão de aposentadoria por invalidez.
- Necessária a contextualização do indivíduo para a aferição da incapacidade laborativa. Impossibilidade de exigir a reabilitação de trabalhador com baixo grau de instrução, a atividade diversa de sua habitual. Incapacidade total e permanente configurada. Precedentes do STJ.
- Juros de mora e correção monetária fixados na forma explicitada.
- Apelação do INSS parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu dar parcial provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0048261-95.2014.4.03.6301
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: AMAURI DO NASCIMENTO RODRIGUES, LUCAS DOS REIS RODRIGUES, G. D. R. R.
SUCEDIDO: ERIKA PATRICIA CRISTINA DOS REIS RODRIGUES
REPRESENTANTE: AMAURI DO NASCIMENTO RODRIGUES
Advogado do(a) APELADO: BRUNO DE OLIVEIRA BONIZOLLI - SP255312-A,
Advogado do(a) APELADO: BRUNO DE OLIVEIRA BONIZOLLI - SP255312-A,
Advogado do(a) APELADO: BRUNO DE OLIVEIRA BONIZOLLI - SP255312-A,
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0048261-95.2014.4.03.6301
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: AMAURI DO NASCIMENTO RODRIGUES, LUCAS DOS REIS RODRIGUES, G. D. R. R.
SUCEDIDO: ERIKA PATRICIA CRISTINA DOS REIS RODRIGUES
REPRESENTANTE: AMAURI DO NASCIMENTO RODRIGUES
Advogado do(a) APELADO: BRUNO DE OLIVEIRA BONIZOLLI - SP255312-A,
Advogado do(a) APELADO: BRUNO DE OLIVEIRA BONIZOLLI - SP255312-A,
Advogado do(a) APELADO: BRUNO DE OLIVEIRA BONIZOLLI - SP255312-A,
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Demanda proposta objetivando o restabelecimento do benefício de auxílio-doença previdenciário ou a concessão de aposentadoria por invalidez, desde a indevida cessação administrativa.

Em virtude do óbito da autora, ocorrido em 20.12.2014 (Id. 31379799, p. 118), procedeu-se à habilitação de seus herdeiros (p. 136).

O juízo *a quo* julgou procedente o pedido formulado, reconhecendo aos sucessores da parte autora o direito ao recebimento do benefício de aposentadoria por invalidez no período de 25.06.2013 a 20.12.2014.

O INSS apela, pleiteando a integral reforma da sentença, sustentando, em síntese, o não cumprimento dos requisitos legais à concessão em questão. Se vencido, requer a modificação dos índices de correção monetária e juros de mora.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovimento do recurso, porém, pelo conhecimento da remessa oficial, tida por ocorrida, para fixar o termo de início do benefício em 09.05.2013 (Id. 82409769).

Com contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0048261-95.2014.4.03.6301
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: AMAURI DO NASCIMENTO RODRIGUES, LUCAS DOS REIS RODRIGUES, G. D. R. R.
SUCEDIDO: ERIKA PATRÍCIA CRISTINA DOS REIS RODRIGUES
REPRESENTANTE: AMAURI DO NASCIMENTO RODRIGUES
Advogado do(a) APELADO: BRUNO DE OLIVEIRA BONIZOLLI - SP255312-A,
Advogado do(a) APELADO: BRUNO DE OLIVEIRA BONIZOLLI - SP255312-A,
Advogado do(a) APELADO: BRUNO DE OLIVEIRA BONIZOLLI - SP255312-A,
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Tempestivo o recurso e presentes os demais requisitos de admissibilidade, passa-se ao exame da insurgência propriamente dita, considerando-se a matéria objeto de devolução.

DA APOSENTADORIA POR INVALIDEZ E DO AUXÍLIO-DOENÇA

Os requisitos da aposentadoria por invalidez encontram-se preceituados nos arts. 42 e seguintes da Lei n.º 8.213/91, consistindo, mais precisamente, na presença da qualidade de segurado, na existência de incapacidade total e permanente para o trabalho e na ocorrência do cumprimento da carência, quando exigida.

O auxílio-doença, por sua vez, tem seus pressupostos previstos nos art. 59 e seguintes do mesmo diploma legal, sendo concedido nos casos de incapacidade temporária.

Excepcionalmente, com base em entendimento jurisprudencial consolidado, admite-se a concessão de tais benefícios mediante comprovação pericial de incapacidade parcial e definitiva para o desempenho da atividade laborativa, que seja incompatível com a ocupação habitual do requerente e que implique em limitações tais que restrinjam sobremaneira a possibilidade de recolocação no mercado de trabalho, diante das profissões que exerceu durante sua vida profissional (STJ: *AgRg no AREsp 36.281/MS, rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, 6.ª Turma, DJe de 01/03/2013; e AgRg no AREsp 136474/MG, rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, 1.ª Turma, DJe de 29/06/2012*).

Imprescindível, ainda, o preenchimento do requisito da qualidade de segurado, nos termos dos arts. 11 e 15, ambos da Lei de Benefícios.

"Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições:

I - sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício;

II - até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração;

III - até 12 (doze) meses após cessar a segregação, o segurado acometido de doença de segregação compulsória;

IV - até 12 (doze) meses após o livramento, o segurado retido ou recluso;

V - até 3 (três) meses após o licenciamento, o segurado incorporado às Forças Armadas para prestar serviço militar;

VI - até (seis) meses após a cessação das contribuições, o segurado facultativo.

§ 1º O prazo do inciso II será prorrogado para até 24 (vinte e quatro) meses se o segurado já tiver pago mais de 120 (cento e vinte) contribuições mensais sem interrupção que acarrete a perda da qualidade de segurado.

§ 2º Os prazos do inciso II ou do § 1º serão acrescidos de 12 (doze) meses para o segurado desempregado, desde que comprovada essa situação pelo registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social.

§ 3º Durante os prazos deste artigo, o segurado conserva todos os seus direitos perante a Previdência Social.

§ 4º A perda da qualidade de segurado ocorrerá no dia seguinte ao do término do prazo fixado no Plano de Custeio da Seguridade Social para recolhimento da contribuição referente ao mês imediatamente posterior ao do final dos prazos fixados neste artigo e seus parágrafos."

A perda da qualidade de segurado, portanto, ocorrerá no 16.º dia do segundo mês seguinte ao término do prazo fixado no art. 30, II, da Lei n.º 8.212/91, salvo na hipótese do § 1.º do art. 102 da Lei n.º 8.213/91 – qual seja, em que comprovado que a impossibilidade econômica de continuar a contribuir decorreu da incapacidade laborativa.

Registre-se que, perdida a qualidade de segurado, imprescindível o recolhimento de, pelo menos, seis meses, para que seja considerado novamente filiado ao regime, nos exatos termos do art. 27-A da Lei de Benefícios.

Por fim, necessário o cumprimento do período de carência, nos termos do art. 25 dessa mesma lei, a saber:

“Art. 25. A concessão das prestações pecuniárias do Regime Geral de Previdência Social depende dos seguintes períodos de carência, ressalvado o disposto no artigo 26:

I – auxílio-doença e aposentadoria por invalidez: 12 (doze) contribuições mensais;”

Em casos específicos, em que demonstrada a necessidade de assistência permanente de outra pessoa, possível, ainda, com base no art. 45 da Lei de Benefícios, o acréscimo de 25% ao valor da aposentadoria por invalidez porventura concedida.

DO CASO DOS AUTOS (INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE)

O requisito da qualidade de segurado restou provado pelo extrato do Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS), do qual se infere o registro de vínculos de trabalho nos períodos de 03.12.1997 a 09.1999, 18.02.2003 a 15.09.2003 e de 19.04.2004 a 13.03.2007, bem como comprovantes de recolhimentos de contribuições previdenciárias efetuados nos períodos de 06.2009 a 02.2010, 03.2013 e de 10.2014 a 12.2014 e, por fim, o recebimento de benefícios previdenciários de auxílio-doença de 14.06.2005 a 02.02.2006, 06.03.2006 a 26.04.2006, 16.11.2006 a 05.02.2007 e de 21.07.2010 a 07.04.2011 (Id. 31379799, p. 92/104).

Ajuizou a ação em 30.09.2014.

No caso em exame, ainda que o prazo de 12 meses, previsto no art. 15, II, da Lei n.º 8.213/91, tenha sido excedido, possível à concessão do benefício.

Com efeito, a perícia médica indireta atestou que *“a pericianda foi diagnosticada com uma neoplasia maligna de colo de útero em 25/06/10 através de um exame de colposcopia. Constatamos a ocorrência de incapacidade laborativa total e temporária por período de 6 meses com dia de início da incapacidade 06/07/10, quando iniciou o tratamento da neoplasia. Em 09/05/13 constatou-se a reincidência da doença neoplásica e a posterior disseminação da neoplasia para pulmões, fígado e gânglios. Constatamos a ocorrência da incapacidade laborativa total em 09/05/13 por progressão da doença neoplásica diagnosticada em 25/06/10”*. Concluiu, portanto, pela incapacidade total e permanente para o exercício de atividades laborativas desde 09.05.2013 (Id. 31379799, p. 157-164).

Assim, embora a autora tenha deixado de contribuir por mais de doze meses, verifica-se que deixou de fazê-lo em razão de não mais possuir condições econômicas para o recolhimento, porquanto se encontrava incapacitada para o labor.

O entendimento adotado se coaduna com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. A PREEXISTÊNCIA DE DOENÇA OU LESÃO NÃO IMPEDE A CONCESSÃO DE BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE, SE COMPROVADA QUE A INCAPACIDADE DECORREU DO AGRAVAMENTO OU PROGRESSÃO DA DOENÇA OU LESÃO. LAUDO MÉDICO NÃO PODE SER USADO PARA FIXAR O MARCO INICIAL DA AQUISIÇÃO DE DIREITOS. O TERMO INICIAL DA APOSENTADORIA POR INVALIDEZ CORRESPONDE AO DIA SEGUINTE À CESSAÇÃO DO BENEFÍCIO ANTERIORMENTE CONCEDIDO OU DO PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. SUBSIDIARIAMENTE, QUANDO AUSENTES AS CONDIÇÕES ANTERIORES, O MARCO INICIAL PARA PAGAMENTO SERÁ A DATA DA CITAÇÃO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL DO INSS A QUE SE NEGA PROVIMENTO. RECURSO ESPECIAL DA SEGURADA PROVIDO.

1. Os benefícios por incapacidade foram idealizados com o intuito de amparar o Trabalhador em situações excepcionais, quando, por eventos cujas ocorrências não podem ser controladas, o Segurado tem reduzida sua capacidade para exercer sua atividade de trabalho. Concretizam, assim, a proteção garantida ao Trabalhador no contrato de seguro firmado com a Previdência Social.

2. Importante a compreensão de que o requisito legal para a concessão do benefício é a existência de incapacidade para exercício da atividade laboral e que tal incapacidade não seja preexistente à filiação do Segurado ao Regime Geral de Previdência.

3. Assim, não há óbice que a doença que atinge o Segurado seja preexistente à sua filiação, desde que tal enfermidade não interfira em sua capacidade para o trabalho e fique comprovado que a incapacidade se deu em razão do agravamento ou da progressão da doença ou lesão que já acometia o segurado.

4. Na hipótese dos autos, a Corte de origem, com base no acervo probatório dos autos, concluiu que a incapacidade da Segurada é decorrente do agravamento progressivo da patologia que apresenta, não merecendo, assim, qualquer reparo o acórdão neste ponto.

5. O laudo pericial ou o laudo da junta médica administrativa norteiam somente o livre convencimento do Juiz quanto aos fatos alegados pelas partes, portanto, não servem como parâmetro para fixar termo inicial de aquisição de direitos.

(...)

7. Agravo em Recurso Especial do INSS a que se nega provimento. Recurso Especial da Segurada provido para fixar o termo inicial do benefício na data do requerimento administrativo.

(STJ, PRIMEIRA TURMA, REsp. 1471461/SP, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 16.04.2018).

Demonstrou, outrossim, ter atendido à exigência legal de recolhimento de 12 contribuições previdenciárias para ensejar direito à aposentadoria por invalidez (art. 25 da Lei n.º 8.213/91).

Desse modo, o conjunto probatório restou suficiente para a concessão de aposentadoria por invalidez no período compreendido entre 25.06.2013 a 20.12.2014, nos limites da matéria devolvida à apreciação desta Corte.

A correção monetária das parcelas vencidas se dará nos termos da normatização de regência (Lei n.º 6.899/1981 e legislação superveniente), bem como do Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos na Justiça Federal, observado o decidido, sob a sistemática da repercussão geral, no Recurso Extraordinário n.º 870.947, de 20/9/2017, sob relatoria do Ministro Luiz Fux.

Fica afastada a incidência da Taxa Referencial (TR) na condenação, pois o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar embargos declaratórios no recurso extraordinário em questão, decidiu pela não modulação dos efeitos.

Os juros moratórios são devidos à razão de 0,5% (meio por cento) ao mês, a contar da citação, nos termos dos arts. 1.062 do Código Civil de 1916 e 240 do Código de Processo Civil. A partir da vigência do novo Código Civil (Lei n.º 10.406/2002), deverão ser computados nos termos do art. 406 desse diploma, em 1% (um por cento) ao mês, neste caso até 30/6/2009. A partir de 1.º de julho de 2009, incidirão, uma única vez, até a conta final que servir de base para a expedição do precatório, para fins de atualização monetária e de juros, os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos do art. 1.º-F da Lei n.º 9.494/97, com a redação dada pela Lei n.º 11.960/2009 (Repercussão Geral no RE n.º 870.947), observada, quanto ao termo final da incidência, a tese firmada em Repercussão Geral no RE n.º 579.431, de 19/4/2017, Rel. Ministro Marco Aurélio.

Posto isso, nego provimento à apelação.

É o voto.

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ AUXÍLIO-DOENÇA. MANUTENÇÃO DA QUALIDADE DE SEGURADO. INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE RECONHECIDA. INOCORRÊNCIA DA PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.

- A concessão do benefício de aposentadoria por invalidez exige qualidade de segurado, incapacidade para o trabalho e cumprimento de carência, quando exigida. O auxílio-doença, por sua vez, é concedido nos casos de incapacidade temporária.
- Necessária a contextualização do indivíduo para a aferição da incapacidade laborativa. Os requisitos insertos na Lei de Benefícios devem ser observados em conjunto com as condições sócio-econômica, profissional e cultural do trabalhador.
- O fato de a parte autora ter deixado de contribuir por mais de doze meses até a data da propositura da ação não importa perda da qualidade de segurado se o afastamento decorreu do acometimento de doença grave.
- Reconhecimento da procedência do pedido formulado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0034944-86.2017.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: ISABEL CRISTINA GOMES RODRIGUES
Advogado do(a) APELANTE: CATARINA LUIZA RIZZARDO ROSSI - SP67145-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:
TERCEIRO INTERESSADO: EDINEI GOMES MARTINS

ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: CATARINA LUIZA RIZZARDO ROSSI

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0034944-86.2017.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: ISABEL CRISTINA GOMES RODRIGUES
Advogado do(a) APELANTE: CATARINA LUIZA RIZZARDO ROSSI - SP67145-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:
TERCEIRO INTERESSADO: EDINEI GOMES MARTINS
ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: CATARINA LUIZA RIZZARDO ROSSI

RELATÓRIO

Trata-se de demanda objetivando a concessão de benefício assistencial, previsto no art. 203, inciso V, da Constituição da República.

O juízo *a quo* julgou improcedente o pedido formulado.

A parte autora apela, pleiteando a reforma da sentença, sustentando, em síntese, o cumprimento dos requisitos legais ao amparo pretendido.

Sem contrarrazões, subiram os autos.

Parecer do Ministério Público Federal pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0034944-86.2017.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: ISABEL CRISTINA GOMES RODRIGUES
Advogado do(a) APELANTE: CATARINA LUIZA RIZZARDO ROSSI - SP67145-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:
TERCEIRO INTERESSADO: EDINEI GOMES MARTINS
ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: CATARINA LUIZA RIZZARDO ROSSI

VOTO

Tempestivo o recurso e presentes os demais requisitos de admissibilidade, passa-se ao exame da insurgência propriamente dita, considerando-se a matéria objeto de devolução.

BENEFÍCIO ASSISTENCIAL (PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA)

O benefício de prestação continuada é “a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família”, conforme disposto no art. 203, inciso V, da Constituição Federal, e regulamentado pelos arts. 20 a 21-A, da Lei n.º 8.742/1993.

A legislação exige a presença cumulativa de dois requisitos para a concessão do benefício.

Primeiro, o requerente deve, alternativamente, ter idade igual ou superior a 65 anos (art. 20, *caput*, da Lei n.º 8.742/1993) ou ser deficiente, isto é, deter “impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas (art. 20, § 2.º).

Segundo, o beneficiário deve comprovar situação de miserabilidade, caracterizada pela inexistência de condições econômicas para prover o próprio sustento ou tê-lo provido por alguém da família, consoante art. 20, § 3.º. da Lei n.º 8.742/1993 – dispositivo objeto de declaração parcial de inconstitucionalidade, pela qual firmou o Supremo Tribunal Federal que “*sob o ângulo da regra geral, deve prevalecer o critério fixado pelo legislador no artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93*”, mas “*Ante razões excepcionais devidamente comprovadas, é dado ao intérprete do Direito constatar que a aplicação da lei à situação concreta conduz à inconstitucionalidade, presente o parâmetro material da Carta da República, qual seja, a miserabilidade, assim frustrando os princípios observáveis – solidariedade, dignidade, erradicação da pobreza, assistência aos desamparados*” sendo que “*Em tais casos, pode o Juízo superar a norma legal sem declará-la inconstitucional, tornando prevalecentes os ditames constitucionais*” (STF, Plenário, RE n.º 567.985, Rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, 2.10.2013).

DO CASO DOS AUTOS

A parte autora é portadora de Síndrome de Down (retardo mental), apresentando incapacidade total e permanente para o exercício de atividade laborativa, esse requisito não foi objeto de perícia dado ser fato incontroverso nos autos, reconhecido pela parte ré conforme consta na página 50 dos autos físicos.

Considerando-se a patologia comprovada, a idade da parte e a ausência de qualificação profissional, conclui-se que o quadro apresentado se ajusta ao de impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial exigido pela legislação, restando presente, portanto, o requisito do art. 20, § 2., da Lei n.º 8.742/1993.

Quanto ao requisito da miserabilidade, de acordo com o estudo social ID 107618294, fls. 19/25, a parte autora reside em imóvel próprio (oriundo de doação), em estado regular de conservação.

As despesas do núcleo familiar, segundo relatado, totalizam R\$ 3.488,94 reais.

Quanto à renda familiar, consta nos autos que a parte autora não percebe rendimentos.

Ademais, residem com a parte autora sua genitora e três irmãos. A esse respeito, depreende-se dos autos que a genitora Sebastiana Gomes Martins recebe R\$ 1.908,00 reais, provenientes de aposentadoria e pensão; a irmã Elizabeth Gomes Martins recebe R\$ 954,00 reais, provenientes de benefício assistencial; o irmão Claudécir Gomes Martins recebe R\$ 1.454,00, provenientes de atividade laborativa, a irmã Márcia Cristina Gomes Martins, não percebe quaisquer valores. A renda familiar, portanto, soma o montante de R\$ 4.316,00 reais.

Cabe considerar, a esse respeito, que os valores percebidos pela genitora da parte autora, no mais das vezes, devem ser desconsiderados para o cômputo da renda familiar até o limite de um salário mínimo, uma vez que, tratando-se de benefício previdenciário, incide a aplicação analógica do art. 34, parágrafo único, da Lei n.º 10.741/2003, nos termos fixados pelo Supremo Tribunal Federal no RE n.º 580.963 (STF, Plenário, Rel. Min. Gilmar Mendes, 14.11.2013), depois objeto de apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça, sob a sistemática dos recursos repetitivos, no REsp n.º 1.355.052/SP (STJ, Primeira Seção, Rel. Min. Benedito Gonçalves, 5.11.2015).

Nada obstante, e parafraseando o entendimento consignado pela Excelentíssima Senhora Desembargadora Federal Daldice no âmbito da Apelação Cível de registro n.º 6078022-57.2019.4.03.9999, trazida a julgamento em 18/3/2020, “*a despeito do teor do RE n. 580.963 (STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe n. 225, 14/11/2013 – repercussão geral), não há que se falar em hipossuficiência no caso*”, como consignado até mesmo pelo magistrado sentenciante, notadamente quando os elementos de prova estão a indicar a ausência de penúria, revelando, ao contrário, que a parte autora tem acesso aos mínimos sociais, inclusive casa própria.

Ademais, “*se o critério da baixa renda não é ‘taxativo’, pode ser levado em conta tanto para a concessão quanto para o indeferimento do pleito*”.

Por isso que “*a regra contida no § 3º do artigo 20 da LOAS não pode ser reduzida ao critério matemático, cabendo a aferição individual da situação socioeconômica*”.

Veja-se, quanto ao mais, do voto proferido por Sua Excelência no feito acima mencionado:

“*(...) diante do entendimento consagrado por ocasião do julgamento do RE n. 580963, abriu-se a possibilidade de exclusão, do cálculo da renda familiar, dos benefícios assistenciais recebidos por idosos e por deficientes e também dos benefícios previdenciários concedidos ao idoso, no valor de até um salário mínimo.*”

A decisão concluiu, ainda, que a mera interpretação gramatical do preceito, por si só, pode resultar no indeferimento da prestação assistencial em casos nos quais, embora o limite legal de renda per capita seja ultrapassado, evidencia-se um quadro de notória hipossuficiência econômica.

Essa insuficiência da regra decorre não apenas das modificações fáticas (políticas, econômicas e sociais), mas principalmente das alterações legislativas que ocorreram no País desde a edição da Lei Orgânica da Assistência Social, em 1993.

A legislação federal recente, por exemplo, reiterada pela adoção de vários programas assistenciais destinados a famílias carentes, considera pobres aqueles que possuem renda mensal per capita de até meio salário mínimo (nesse sentido, a Lei n. 9.533, de 10/12/1997, regulamentada pelos Decretos n. 2.609/1998 e 2.728/1999, as Portarias n. 458 e 879, de 03/12/2001, da Secretaria da Assistência Social, o Decreto n. 4.102/2002, a Lei n. 10.689/2003, criadora do Programa Nacional de Acesso à Alimentação).

Assim, não há como considerar o critério previsto no artigo 20, § 3º, da Lei n. 8.742/1993 como absoluto e único para aferição da situação de miserabilidade, até porque o próprio Estado Brasileiro elegeu outros parâmetros, como os defluentes da legislação acima citada.

Deve-se verificar, na questão in concreto, a ocorrência de situação de pobreza – entendida como a falta de recursos e de acesso ao mínimo existencial –, para se concluir se é devida ou não a prestação pecuniária da assistência social constitucionalmente prevista.

Assim, ao menos desde 14/11/2013 (RE n. 580963), o critério da miserabilidade contido no § 3º do artigo 20 da Lei n. 8.742/1993 não impede o julgador de levar em conta outros dados, a fim de identificar a situação de vida do idoso ou do deficiente, principalmente quando estiverem presentes peculiaridades, a exemplo de necessidades especiais com medicamentos ou com educação.

Nesse diapasão, podem-se estabelecer alguns parâmetros norteadores da análise individual de cada caso, como, por exemplo: (i) todos os que recebem renda familiar per capita inferior a ¼ do salário mínimo são miseráveis; (ii) nem todos os que percebem renda familiar per capita superior a ¼ do salário mínimo e inferior a ½ salário mínimo são miseráveis; (iii) nem todos os que percebem renda familiar per capita superior a ½ salário mínimo deixam de ser miseráveis; (iv) todos os que perceberem renda mensal familiar superior a um salário mínimo (artigo 7º, IV, da Constituição Federal) não são miseráveis.

Dessa forma, em todos os casos, outras circunstâncias devem ser levadas em conta, mormente se o patrimônio do requerente também se subsume à noção de hipossuficiência, devendo ser apurado se vive em casa própria, com ou sem ar condicionado, se possui veículo, telefones celulares, auxílio permanente de parentes ou de terceiros etc.

Cumpra salientar que o benefício de prestação continuada foi previsto, na impossibilidade de atender a um público maior, para socorrer aos desamparados (artigo 6º, caput, da CF), ou seja, àquelas pessoas que nem sequer teriam possibilidade de equacionar um orçamento doméstico, pelo fato de não terem renda ou de ser essa insignificante.”

Do exposto, constata-se que a parte autora reside com familiares em imóvel próprio, não havendo gasto com aluguel, denotando-se que o sustento do núcleo familiar é provido por sua genitora e seus irmãos. Ademais, as despesas mencionadas não comprometem a totalidade do orçamento doméstico, e que, a despeito da condição simples de vida, não há desamparo nem abandono da parte autora.

Ressalte-se, a esse respeito, que o objetivo do benefício assistencial não é complementar a renda, mas fornecer o mínimo àqueles que vivem em situação verdadeiramente indigna, cuja precariedade coloca em risco a própria sobrevivência, exigindo-se, para tanto, a constatação de extrema vulnerabilidade – o que não é o caso dos autos.

O quadro apresentado, dessa forma, não se ajusta ao de miserabilidade exigido pelo diploma legal a que se fez menção acima.

De rigor, portanto, o indeferimento do benefício, porquanto não comprovado um dos requisitos indispensáveis à sua concessão.

Posto isso, nego provimento à apelação.

É o voto.

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. ART. 203, INCISO V, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO CUMULATIVA DE IMPEDIMENTO DE LONGO PRAZO E DE HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA. AUSÊNCIA DE MISERABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO AMPARO ASSISTENCIAL.

- O benefício de prestação continuada exige para a sua concessão que a parte comprove, alternativamente, ter idade igual ou superior a 65 anos ou deter impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial e, cumulativamente, não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família (art. 20, *caput* e § 2.º, da Lei n.º 8.742/1993).

- Os elementos constantes dos autos são insuficientes para demonstrar a existência de miserabilidade apta a ensejar a concessão do benefício pleiteado.

- Reconhecimento da improcedência do pedido formulado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) N° 5002003-93.2019.4.03.6000

RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: RITO JACQUES DOS REIS

Advogado do(a) APELADO: ILDO MIOLA JUNIOR - MS14653-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) N° 5002003-93.2019.4.03.6000

RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: RITO JACQUES DOS REIS

Advogado do(a) APELADO: ILDO MIOLA JUNIOR - MS14653-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Demanda objetivando o benefício previdenciário de auxílio-doença ou de benefício assistencial ao deficiente, desde a data do indeferimento administrativo, bem como o pagamento das prestações vencidas.

Laudo pericial pela incapacidade total e permanente.

Estudo sócio-econômico também realizado.

Sentença pela procedência do pedido, para condenar o réu ao pagamento do benefício de auxílio-doença, no período compreendido entre 14/04/2008 a 03/09/2013, convertendo-o em aposentadoria por invalidez a partir de 04/09/2013.

Antecipação da tutela deferida.

Atrasados corrigidos e acrescidos de juros de mora a partir da citação calculados nos moldes do Manual de Cálculos da Justiça Federal.

Sem custas. Condenação do INSS ao pagamento de honorários advocatícios fixados no percentual mínimo previsto no § 3º do art. 85 do CPC, de acordo com o inciso correspondente ao valor da condenação/proveito econômico obtido pelo autor, devendo observância ao disposto no § 4º, II, e § 5º por ocasião da apuração do montante a ser pago.

Submissão da sentença ao reexame necessário.

Apelação do INSS pela qual aduz que a jurisprudência é assente ao afirmar que o início do benefício de aposentadoria por invalidez quando obtido por via judicial é a data da juntada aos autos do laudo pericial. Questiona também o valor da verba honorária que, julga, excessivo e desproporcional considerando-se a natureza do processo originário, o tempo despendido e o trabalho realizado pelo defensor da causa, fatores que não foram apreciados quando da prolação da sentença. Requer, por isso, que a verba honorária seja fixada em 5% somente do valor das parcelas vencidas até a data da sentença. Por fim, requer a aplicação da Lei n.º 11.960/2009 no cálculo da correção monetária.

Comcontrarrazões.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) N° 5002003-93.2019.4.03.6000
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: RITO JACQUES DOS REIS
Advogado do(a) APELADO: ILDO MIOLA JUNIOR - MS14653-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Inicialmente, a sentença de primeiro grau não deve ser submetida ao reexame necessário, considerando o disposto no art. 496, § 3.º, inciso I, do Código de Processo Civil, que afasta a exigência do duplo grau de jurisdição quando a condenação ou o proveito econômico for inferior a 1.000 salários mínimos.

Tempestivo o recurso e presentes os demais requisitos de admissibilidade, passa-se ao exame da insurgência propriamente dita, considerando-se a matéria objeto de devolução.

O INSS, ora apelante, contesta a data de início da incapacidade fixada na sentença, argumentando que a data deve ser a da juntada do laudo pericial aos autos.

Porém, o perito foi claro ao proclamar a data de início da doença e a data de início da incapacidade, considerando documentos médicos apresentados pelo segurado e as sequelas de uma cirurgia abdominal realizada.

Passo à análise da correção monetária.

Cumpre esclarecer que, em 20 de setembro de 2017, o STF concluiu o julgamento do RE 870.947, definindo as seguintes teses de repercussão geral sobre a incidência da Lei n. 11.960/09: "1) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput); quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09; e 2) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina."

Assim, a questão relativa à aplicação da Lei n. 11.960/2009, no que se refere à correção monetária não comporta mais discussão, cabendo apenas o cumprimento da decisão exarada pelo STF em sede de repercussão geral.

Nesse cenário, sobre os valores em atraso, incidirá correção monetária em conformidade com os critérios legais compendiados no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, observadas as teses fixadas no julgamento final do RE 870.947, de relatoria do Ministro Luiz Fux.

Os juros moratórios são devidos à razão de 0,5% (meio por cento) ao mês, a contar da citação, nos termos dos arts. 1.062 do Código Civil de 1916 e 240 do Código de Processo Civil. A partir da vigência do novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), deverão ser computados nos termos do art. 406 deste diploma, em 1% (um por cento) ao mês, nesse caso até 30/6/2009. A partir de 1º de julho de 2009, incidirão, uma única vez, até a conta final que servir de base para a expedição do precatório, para fins de atualização monetária e de juros, os índices oficiais de remuneração básica e de juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009 (Repercussão Geral no RE nº 870.947), observada, quanto ao termo final da incidência, a tese firmada em Repercussão Geral no RE nº 579.431, de 19/4/2017, Rel. Ministro Marco Aurélio.

Conquanto imperiosa a manutenção da condenação da autarquia em honorários advocatícios, esta deve ser fixada em percentual mínimo a ser definido na fase de liquidação, nos termos do inciso II do § 4º do artigo 85 do NCPC, observando-se o disposto nos §§ 3º, 5º e 11 desse mesmo dispositivo legal e considerando-se as parcelas vencidas até a data da decisão concessiva do benefício (Súmula n. 111 do STJ).

Outrossim, deferida na sentença a antecipação da tutela, o valor do proveito econômico corresponderá aos atrasados até a data da sentença, motivo pelo qual inócuo o pedido do apelante nesse sentido.

Posto isso, não conheço da remessa oficial e nego provimento à apelação. Explicitados o modo de incidência de correção monetária e juros de mora, nos termos desta fundamentação.

É o voto.

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. MATÉRIA DEVOLVIDA PELA APELAÇÃO. DII. CORREÇÃO MONETÁRIA PELA TR. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

- Não se conhece o reexame necessário, considerando o disposto no art. 496, § 3.º, inciso I, do Código de Processo Civil, que afasta a exigência do duplo grau de jurisdição quando a condenação ou o proveito econômico for inferior a 1.000 salários mínimos.
- Data de início da incapacidade claramente identificada pelo perito judicial.
- Correção monetária e juros de mora em conformidade com os critérios legais compendiados no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, observadas as teses fixadas no julgamento final do RE 870.947, de relatoria do Ministro Luiz Fux.
- Os honorários advocatícios devem ser fixados em percentual mínimo a ser definido na fase de liquidação, nos termos do inciso II do § 4º do artigo 85 do NCPC, observando-se o disposto nos §§ 3º, 5º e 11 desse mesmo dispositivo legal e considerando-se as parcelas vencidas até a data da decisão concessiva do benefício (Súmula n. 111 do STJ).
- Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu não conhecer da remessa oficial e negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0011396-05.2015.4.03.6183
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: ROBERTO MARQUES DA SILVA

Advogados do(a) APELADO: ANA AMELIA PEREIRA MATOS - SP411120-A, ALMIRA OLIVEIRA RUBBO - SP384341-A, LAIS CAROLINA PROCOPIO GARCIA - SP411436-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0011396-05.2015.4.03.6183
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: ROBERTO MARQUES DA SILVA
Advogados do(a) APELADO: ANA AMELIA PEREIRA MATOS - SP411120-A, ALMIRA OLIVEIRA RUBBO - SP384341-A, LAIS CAROLINA PROCOPIO GARCIA - SP411436-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Demanda proposta objetivando a concessão de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença previdenciário, desde o termo da indevida cessação deste.

O juízo *a quo* julgou procedente o pedido formulado, reconhecendo à parte autora o direito ao benefício pretendido de aposentadoria por invalidez, a partir do dia seguinte ao da cessação do benefício anteriormente recebido (31.08.2016), descontando-se os valores porventura recebidos a título de auxílio-doença previdenciário após essa data. Deferiu a antecipação dos efeitos da tutela. Fixou correção monetária e juros de mora nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal.

O INSS apela, pleiteando a suspensão dos efeitos da tutela e a integral reforma da sentença, sustentando, em síntese, o não cumprimento dos requisitos legais à concessão em questão. Se vencido, requer a fixação do termo inicial do benefício na data da juntada do laudo médico pericial, bem como a modificação dos índices de correção monetária e juros de mora.

Com contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

APELADO: ROBERTO MARQUES DA SILVA
Advogados do(a) APELADO: ANA AMELIA PEREIRA MATOS - SP411120-A, ALMIRA OLIVEIRA RUBBO - SP384341-A, LAIS CAROLINA PROCOPIO GARCIA - SP411436-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Tempestivo o recurso e presentes os demais requisitos de admissibilidade, passa-se ao exame da insurgência propriamente dita, considerando-se a matéria objeto de devolução.

A preliminar de atribuição de efeito suspensivo dever ser rejeitada, nos termos do art. 1.012, § 1.º, V, do CPC, que determina que a sentença que confirma, concede ou revoga tutela provisória produz efeitos imediatos.

In casu, ao ser determinada a implantação imediata do benefício no decreto monocrático, deferiu-se tutela específica de urgência, de natureza satisfativa, perfeitamente enquadrada na hipótese do art. 461 do Código de Processo Civil, qual seja, a procedência do pedido, a revelar cumprimento de uma obrigação de fazer, vislumbrada a necessidade de medida assecuratória do resultado específico desse adimplemento.

A decisão acha-se suficientemente fundamentada, referindo-se o magistrado a quo à natureza alimentar do benefício concedido, e a alegação de ausência dos requisitos necessários à concessão da medida diz respeito, na verdade, ao mérito, e como tal deve ser apreciada.

DA APOSENTADORIA POR INVALIDEZ E DO AUXÍLIO-DOENÇA

Os requisitos da aposentadoria por invalidez encontram-se preceituados nos arts. 42 e seguintes da Lei n.º 8.213/91, consistindo, mais precisamente, na presença da qualidade de segurado, na existência de incapacidade total e permanente para o trabalho e na ocorrência do cumprimento da carência, quando exigida.

O auxílio-doença, por sua vez, tem seus pressupostos previstos nos art. 59 e seguintes do mesmo diploma legal, sendo concedido nos casos de incapacidade temporária.

Excepcionalmente, com base em entendimento jurisprudencial consolidado, admite-se a concessão de tais benefícios mediante comprovação pericial de incapacidade parcial e definitiva para o desempenho da atividade laborativa, que seja incompatível com a ocupação habitual do requerente e que implique em limitações tais que restrinjam sobremaneira a possibilidade de recolocação no mercado de trabalho, diante das profissões que exerceu durante sua vida profissional (STJ: *AgRg no AREsp 36.281/MS, rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, 6.ª Turma, DJe de 01/03/2013; e AgRg no AREsp 136474/MG, rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, 1.ª Turma, DJe de 29/06/2012*).

Imprescindível, ainda, o preenchimento do requisito da qualidade de segurado, nos termos dos arts. 11 e 15, ambos da Lei de Benefícios.

"Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições:

I - sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício;

II - até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração;

III - até 12 (doze) meses após cessar a segregação, o segurado acometido de doença de segregação compulsória;

IV - até 12 (doze) meses após o livramento, o segurado retido ou recluso;

V - até 3 (três) meses após o licenciamento, o segurado incorporado às Forças Armadas para prestar serviço militar;

VI - até (seis) meses após a cessação das contribuições, o segurado facultativo.

§ 1º O prazo do inciso II será prorrogado para até 24 (vinte e quatro) meses se o segurado já tiver pago mais de 120 (cento e vinte) contribuições mensais sem interrupção que acarrete a perda da qualidade de segurado.

§ 2º Os prazos do inciso II ou do § 1º serão acrescidos de 12 (doze) meses para o segurado desempregado, desde que comprovada essa situação pelo registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social.

§ 3º Durante os prazos deste artigo, o segurado conserva todos os seus direitos perante a Previdência Social.

§ 4º A perda da qualidade de segurado ocorrerá no dia seguinte ao do término do prazo fixado no Plano de Custeio da Seguridade Social para recolhimento da contribuição referente ao mês imediatamente posterior ao do final dos prazos fixados neste artigo e seus parágrafos."

A perda da qualidade de segurado, portanto, ocorrerá no 16.º dia do segundo mês seguinte ao término do prazo fixado no art. 30, II, da Lei n.º 8.212/91, salvo na hipótese do § 1.º do art. 102 da Lei n.º 8.213/91 – qual seja, em que comprovado que a impossibilidade econômica de continuar a contribuir decorreu da incapacidade laborativa.

Registre-se que, perdida a qualidade de segurado, imprescindível o recolhimento de, pelo menos, seis meses, para que seja considerado novamente filiado ao regime, nos exatos termos do art. 27-A da Lei de Benefícios.

Por fim, necessário o cumprimento do período de carência, nos termos do art. 25 dessa mesma lei, a saber:

“Art. 25. A concessão das prestações pecuniárias do Regime Geral de Previdência Social depende dos seguintes períodos de carência, ressalvado o disposto no artigo 26:

I – auxílio-doença e aposentadoria por invalidez: 12 (doze) contribuições mensais;”

Em casos específicos, em que demonstrada a necessidade de assistência permanente de outra pessoa, possível, ainda, com base no art. 45 da Lei de Benefícios, o acréscimo de 25% ao valor da aposentadoria por invalidez porventura concedida.

DO CASO DOS AUTOS (INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE)

Objetivando comprovar a qualidade de segurado, o autor acostou CTPS da qual se infere que manteve vínculos de trabalho no período descontinuo de 08.05.1978 a 22.11.1992 (Id. 55499313, p. 26-59).

Extrato do Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS), por sua vez, demonstra que ele também desenvolveu atividades laborativas nos períodos de 01.06.2011 a 31.08.2012 e de 01.10.2012 a 31.01.2015 e que recebeu auxílio-doença previdenciário de 02.02.2015 a 30.09.2015, 31.08.2016 a 25.08.2017 e de 26.02.2018 a 20.02.2019 (Id. 55499313, p. 184-185).

Assim, tornam-se desnecessárias maiores considerações a respeito desse requisito, restando demonstrada a inoccorrência da perda da qualidade de segurada, nos termos do art. 15, inciso II, da Lei n.º 8.213/91, e tendo em vista o ajuizamento da ação em 04.12.2015.

Demonstrou, outrossim, ter atendido à exigência legal de recolhimento de doze contribuições previdenciárias para ensejar direito à aposentadoria por invalidez (art. 25 da Lei n.º 8.213/91).

No concernente à incapacidade, a perícia médica, realizada em 02.06.2017, concluiu ser, o apelado, portador de espondilodiscoartrose cervical e lombar. Considerou-o incapacitado para o trabalho de forma total e definitiva, esclarecendo que “o periciando tem idade avançada, alterações degenerativas acentuadas, em coluna lombar; está em tratamento há vários anos, sem melhora, não podendo mais exercer atividades laborativas”. Fixou a data de início da incapacidade, considerando exame de ressonância magnética apresentado, desde 31.08.2016 (Id. 55499313, p. 138/148).

Desse modo, o conjunto probatório restou suficiente para a concessão de aposentadoria por invalidez.

O termo inicial do benefício previdenciário deveria retroagir à data da citação (03.08.2016), ocasião em que a autarquia tomou conhecimento da pretensão, já considerada a falta de requerimento administrativo, consoante entendimento consolidado pelo E. Superior Tribunal de Justiça por ocasião da análise do Tema Repetitivo 626 – “A citação válida informa o litígio, constitui em mora a autarquia previdenciária federal e deve ser considerada como termo inicial para a implantação da aposentadoria por invalidez concedida na via judicial quando ausente a prévia postulação administrativa” (1.ª Seção, REsp 1369165 / SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, DJe 07/03/2014, RSSTJ vol. 46 p. 323).

Tendo em vista que o entendimento representaria prejuízo ao apelante, mantenho-o nos termos fixados na sentença (31.08.2016), nos limites da matéria devolvida à apreciação desta Corte.

Passo à análise da correção monetária e dos juros de mora.

Cumprе esclarecer que, em 20 de setembro de 2017, o STF concluiu o julgamento do RE 870.947, definindo as seguintes teses de repercussão geral sobre a incidência da Lei n. 11.960/09: "1) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput); quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09; e 2) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina."

Assim, a questão relativa à aplicação da Lei n. 11.960/2009, no que se refere à correção monetária não comporta mais discussão, cabendo apenas o cumprimento da decisão exarada pelo STF em sede de repercussão geral.

Nesse cenário, sobre os valores em atraso, incidirá correção monetária em conformidade com os critérios legais compendiados no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, observadas as teses fixadas no julgamento final do RE 870.947, de relatoria do Ministro Luiz Fux.

Os juros moratórios são devidos à razão de 0,5% (meio por cento) ao mês, a contar da citação, nos termos dos arts. 1.062 do Código Civil de 1916 e 240 do Código de Processo Civil. A partir da vigência do novo Código Civil (Lei n.º 10.406/2002), deverão ser computados nos termos do art. 406 desse diploma, em 1% (um por cento) ao mês, neste caso até 30/6/2009. A partir de 1.º de julho de 2009, incidirão, uma única vez, até a conta final que servir de base para a expedição do precatório, para fins de atualização monetária e de juros, os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos do art. 1.º-F da Lei n.º 9.494/97, com a redação dada pela Lei n.º 11.960/2009 (Repercussão Geral no RE n.º 870.947), observada, quanto ao termo final da incidência, a tese firmada em Repercussão Geral no RE n.º 579.431, de 19/4/2017, Rel. Ministro Marco Aurélio.

Posto isso, rejeito a matéria preliminar e dou parcial provimento à apelação para fixar os critérios de incidência da correção monetária e dos juros de mora, nos termos da fundamentação, *supra*.

É o voto.

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. MANUTENÇÃO DA QUALIDADE DE SEGURADO. INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE RECONHECIDA. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.

- A preliminar de atribuição de efeito suspensivo dever ser rejeitada. Nos termos do artigo 1.012, §1º, V, do CPC, a sentença que confirma, concede ou revoga tutela provisória produz efeitos imediatos.

- Satisfeitos os requisitos legais previstos no art. 42 da Lei nº 8.213/91 - quais sejam, qualidade de segurado, incapacidade total e permanente e cumprimento do período de carência (12 meses) - é de rigor a concessão de aposentadoria por invalidez.

- Correção monetária e juros de mora em conformidade com os critérios legais compendiados no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, observadas as teses fixadas no julgamento final do RE 870.947, de relatoria do Ministro Luiz Fux.

- Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu dar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 6079847-36.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 33 - DES. FED. GILBERTO JORDAN
APELANTE: APARECIDO DE FREITAS
Advogado do(a) APELANTE: ANTONIO LAFAIETE DA SILVA JUNIOR - SP357810-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DESPACHO

Trata-se de ação ajuizada pela parte autora em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, objetivando a revisão do benefício previdenciário para adequar a renda mensal aos novos limites estabelecidos pelas Emendas Constitucionais nº 20/98 e nº 41/03.

Assim sendo, determino a remessa dos autos à Seção de Cálculos Judiciais - RCAL, deste Tribunal, para realização de cálculos, para que seja constatado se o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, NB 1050151108, com DIB em 02/07/1997 (id 98102532 - Pág. 44), foi limitado ao teto, inclusive em revisões posteriores à data de início do benefício.

Em não estando corretos os valores dos respectivos benefícios, deverá o Sr. contador apresentar esclarecimentos elucidativos da questão de modo a permitir o julgamento da lide.

Cumpridas essas determinações por parte do Setor de Cálculos, dê-se vista às partes, sucessivamente, pelo prazo de 10 (dez) dias.

Decorridos os prazos, com ou sem manifestações, venhamos autos à conclusão para julgamento.

São Paulo, 26 de fevereiro de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 6077496-90.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: LEONARDO PASSARELI LEAL
REPRESENTANTE: VALDIENE PASARELI LEAL
Advogado do(a) APELANTE: EVELISE SIMONE DE MELO ANDREASSA - SP135328-N,
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 6077496-90.2019.4.03.9999

RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES

APELANTE: LEONARDO PASSARELI LEAL

REPRESENTANTE: VALDIENE PASARELI LEAL

Advogado do(a) APELANTE: EVELISE SIMONE DE MELO ANDREASSA - SP135328-N,

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de demanda objetivando a concessão de benefício assistencial, previsto no art. 203, inciso V, da Constituição da República.

O juízo *a quo* julgou improcedente o pedido formulado.

A parte autora apela, pleiteando a reforma da sentença, sustentando, em síntese, o cumprimento dos requisitos legais ao amparo pretendido.

Sem contrarrazões, subiram os autos.

Parecer do Ministério Público Federal pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 6077496-90.2019.4.03.9999

RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES

APELANTE: LEONARDO PASSARELI LEAL

REPRESENTANTE: VALDIENE PASARELI LEAL

Advogado do(a) APELANTE: EVELISE SIMONE DE MELO ANDREASSA - SP135328-N,

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

VOTO

Tempestivo o recurso e presentes os demais requisitos de admissibilidade, passa-se ao exame da insurgência propriamente dita, considerando-se a matéria objeto de devolução.

BENEFÍCIO ASSISTENCIAL (PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA)

O benefício de prestação continuada é “a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família”, conforme disposto no art. 203, inciso V, da Constituição Federal, e regulamentado pelos arts. 20 a 21-A, da Lei n.º 8.742/1993.

A legislação exige a presença cumulativa de dois requisitos para a concessão do benefício.

Primeiro, o requerente deve, alternativamente, ter idade igual ou superior a 65 anos (art. 20, *caput*, da Lei n.º 8.742/1993) ou ser deficiente, isto é, deter “impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas (art. 20, § 2.º).

Segundo, o beneficiário deve comprovar situação de miserabilidade, caracterizada pela inexistência de condições econômicas para prover o próprio sustento ou tê-lo provido por alguém da família, consoante art. 20, § 3.º, da Lei n.º 8.742/1993 – dispositivo objeto de declaração parcial de inconstitucionalidade, pela qual firmou o Supremo Tribunal Federal que “sob o ângulo da regra geral, deve prevalecer o critério fixado pelo legislador no artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93”, mas “Ante razões excepcionais devidamente comprovadas, é dado ao intérprete do Direito constatar que a aplicação da lei à situação concreta conduz à inconstitucionalidade, presente o parâmetro material da Carta da República, qual seja, a miserabilidade, assim frustrando os princípios observáveis – solidariedade, dignidade, erradicação da pobreza, assistência aos desamparados” sendo que “Em tais casos, pode o Juízo superar a norma legal sem declará-la inconstitucional, tornando prevalecentes os ditames constitucionais” (STF, Plenário, RE n.º 567.985, Rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, 2.10.2013).

DO CASO DOS AUTOS

O laudo médico pericial ID 97938700, fls. 1/7 informa que a parte autora, que tem 15 anos de idade, é portadora de epilepsia, apresentando incapacidade para o exercício de atividade laborativa. Em razão de ser menor de 16 (dezesseis anos) no momento da proposição da ação, a análise feita deve atentar ao disposto no art. 4.º, §1.º, do Decreto n.º 6214/2007: “Para fins de reconhecimento do direito ao Benefício de Prestação Continuada às crianças e adolescentes menores de dezesseis anos de idade, deve ser avaliada a existência da deficiência e o seu impacto na limitação do desempenho de atividade e restrição da participação social, compatível com a idade.”

Resta evidenciado no laudo médico e no estudo social as limitações experimentadas pelo autor no desempenho de suas atividades rotineiras, além disso, o experto consignou que o autor é altamente dependente de terceiros para as tarefas básicas do dia-a-dia e com cognitivo rebaixado.

Considerando-se a patologia comprovada via laudo pericial, a idade da parte e a ausência de qualificação profissional, conclui-se que o quadro apresentado se ajusta ao de impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial exigido pela legislação, restando presente, portanto, o requisito do art. 20, § 2., da Lei n.º 8.742/1993.

Quanto ao requisito da miserabilidade, de acordo com o estudo social ID 97938682, fls. 1/21, a parte autora reside em imóvel próprio (financiado), em estado regular de conservação. Além disso, a família possui também um automóvel e o MPF indicou que o genitor do menor contribui para a previdência social desde 2010, o que indica que possui vínculo empregatício estável.

As despesas do núcleo familiar, segundo relatado, totalizam R\$ 1.906,66 reais.

Quanto à renda familiar, consta nos autos que o genitor da parte autora percebe, mensalmente, R\$ 820,00 reais, pelo exercício de atividades como jardineiro.

Ademais, residem com a parte autora sua sobrinha, que não percebe quaisquer rendimentos e sua genitora que auferir renda de aproximadamente R\$ 450,00 por seu labor como vendedora de salgadinhos.

Nada obstante, e parafraseando o entendimento consignado pela Excelentíssima Senhora Desembargadora Federal Daldice no âmbito da Apelação Cível de registro n.º 6078022-57.2019.4.03.9999, trazida a julgamento em 18/3/2020, “a despeito do teor do RE n. 580.963 (STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe n. 225, 14/11/2013 – repercussão geral), não há que se falar em hipossuficiência no caso”, como consignado até mesmo pelo magistrado sentenciante, notadamente quando os elementos de prova estão a indicar a ausência de penúria, revelando, ao contrário, que a parte autora tem acesso aos mínimos sociais, inclusive casa própria.

Ademais, “se o critério da baixa renda não é ‘taxativo’, pode ser levado em conta tanto para a concessão quanto para o indeferimento do pleito”.

Por isso que “a regra contida no § 3º do artigo 20 da LOAS não pode ser reduzida ao critério matemático, cabendo a aferição individual da situação socioeconômica”.

Veja-se, quanto ao mais, do voto proferido por Sua Excelência no feito acima mencionado:

“(…) diante do entendimento consagrado por ocasião do julgamento do RE n. 580963, abriu-se a possibilidade de exclusão, do cálculo da renda familiar, dos benefícios assistenciais recebidos por idosos e por deficientes e também dos benefícios previdenciários concedidos ao idoso, no valor de até um salário mínimo.

A decisão concluiu, ainda, que a mera interpretação gramatical do preceito, por si só, pode resultar no indeferimento da prestação assistencial em casos nos quais, embora o limite legal de renda per capita seja ultrapassado, evidencia-se um quadro de notória hipossuficiência econômica.

Essa insuficiência da regra decorre não apenas das modificações fáticas (políticas, econômicas e sociais), mas principalmente das alterações legislativas que ocorreram no País desde a edição da Lei Orgânica da Assistência Social, em 1993.

A legislação federal recente, por exemplo, reiterada pela adoção de vários programas assistenciais destinados a famílias carentes, considera pobres aqueles que possuem renda mensal per capita de até meio salário mínimo (nesse sentido, a Lei n. 9.533, de 10/12/1997, regulamentada pelos Decretos n. 2.609/1998 e 2.728/1999, as Portarias n. 458 e 879, de 03/12/2001, da Secretaria da Assistência Social, o Decreto n. 4.102/2002, a Lei n. 10.689/2003, criadora do Programa Nacional de Acesso à Alimentação).

Assim, não há como considerar o critério previsto no artigo 20, § 3º, da Lei n. 8.742/1993 como absoluto e único para aferição da situação de miserabilidade, até porque o próprio Estado Brasileiro elegeu outros parâmetros, como os defluentes da legislação acima citada.

Deve-se verificar, na questão in concreto, a ocorrência de situação de pobreza – entendida como a falta de recursos e de acesso ao mínimo existencial –, para se concluir se é devida ou não a prestação pecuniária da assistência social constitucionalmente prevista.

Assim, ao menos desde 14/11/2013 (RE n. 580963), o critério da miserabilidade contido no § 3º do artigo 20 da Lei n. 8.742/1993 não impede o julgador de levar em conta outros dados, a fim de identificar a situação de vida do idoso ou do deficiente, principalmente quando estiverem presentes peculiaridades, a exemplo de necessidades especiais com medicamentos ou com educação.

Nesse diapasão, podem-se estabelecer alguns parâmetros norteadores da análise individual de cada caso, como, por exemplo: (i) todos os que recebem renda familiar per capita inferior a ¼ do salário mínimo são miseráveis; (ii) nem todos os que percebem renda familiar per capita superior a ¼ do salário mínimo e inferior a ½ salário mínimo são miseráveis; (iii) nem todos os que percebem renda familiar per capita superior a ½ salário mínimo deixam de ser miseráveis; (iv) todos os que perceberem renda mensal familiar superior a um salário mínimo (artigo 7º, IV, da Constituição Federal) não são miseráveis.

Dessa forma, em todos os casos, outras circunstâncias devem ser levadas em conta, mormente se o patrimônio do requerente também se subsume à noção de hipossuficiência, devendo ser apurado se vive em casa própria, com ou sem ar condicionado, se possui veículo, telefones celulares, auxílio permanente de parentes ou de terceiros etc.

Cumpra salientar que o benefício de prestação continuada foi previsto, na impossibilidade de atender a um público maior, para socorrer aos desamparados (artigo 6º, caput, da CF), ou seja, àquelas pessoas que nem sequer teriam possibilidade de equacionar um orçamento doméstico, pelo fato de não terem renda ou de ser essa insignificante.”

Do exposto, constata-se que a parte autora reside com familiares em imóvel próprio, não havendo gasto com aluguel, denotando-se que o sustento do núcleo familiar é provido pelos genitores do autor. Ademais, muito embora as despesas mencionadas comprometem a totalidade do orçamento doméstico descrito, verifica-se que a família não possui empréstimos listados nos gastos declarados, utiliza automóvel para locomoção e o genitor do autor contribui para a Previdência Social, o que indica que existem outras fontes de renda não elencadas, as quais mantêm satisfatoriamente a subsistência do núcleo familiar.

Ressalte-se, a esse respeito, que o objetivo do benefício assistencial não é complementar a renda, mas fornecer o mínimo àqueles que vivem em situação verdadeiramente indigna, cuja precariedade coloca em risco a própria sobrevivência, exigindo-se, para tanto, a constatação de extrema vulnerabilidade – o que não é o caso dos autos.

O quadro apresentado, dessa forma, não se ajusta ao de miserabilidade exigido pelo diploma legal a que se fez menção acima.

De rigor, portanto, o indeferimento do benefício, porquanto não comprovado um dos requisitos indispensáveis à sua concessão.

Posto isso, nego provimento à apelação.

É o voto.

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. ART. 203, INCISO V, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO CUMULATIVA DE IMPEDIMENTO DE LONGO PRAZO E DE HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA. AUSÊNCIA DE MISERABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO AMPARO ASSISTENCIAL.

- O benefício de prestação continuada exige para a sua concessão que a parte comprove, alternativamente, ter idade igual ou superior a 65 anos ou deter impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial e, cumulativamente, não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família (art. 20, *caput* e § 2.º, da Lei n.º 8.742/1993).

- Os elementos constantes dos autos são insuficientes para demonstrar a existência de miserabilidade apta a ensejar a concessão do benefício pleiteado.

- Reconhecimento da improcedência do pedido formulado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001059-95.2017.4.03.6183
RELATOR: Gab. 32 - JUÍZA CONVOCADA LEILA PAIVA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

APELADO: MARA OLIVEIRA DO PRADO
Advogado do(a) APELADO: HILARIO BOCCHI JUNIOR - SP90916-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001059-95.2017.4.03.6183
RELATOR: Gab. 32 - JUÍZA CONVOCADA VANESSA MELLO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

APELADO: MARA OLIVEIRA DO PRADO
Advogado do(a) APELADO: HILARIO BOCCHI JUNIOR - SP90916-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação do INSS, interposto em face da r. sentença, não submetida ao reexame necessário, que julgou procedente o pedido formulado em ação previdenciária com vistas ao reconhecimento da especialidade do labor realizado no período de 12/03/1982 a 29/10/2012, com a condenação do INSS à modificação da espécie do benefício para aposentadoria especial.

A r. sentença foi proferida aos 14 de fevereiro de 2018, reconheceu a especialidade no intervalo requerido e condenou o INSS à revisão e conversão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição em aposentadoria especial, desde a concessão administrativa em 29/10/2012, observada a prescrição quinquenal. Determinou-se o pagamento de honorários advocatícios, em percentual a ser definido na fase de liquidação de sentença, nos termos do art.85, § 4º, inciso II do CPC, observada a Súmula 111 do STJ (id 1925903-pág.01-05).

Em suas razões recursais, requer o INSS a reforma da sentença e a total improcedência do pedido. Aduz, que o PPP juntado aos autos apresenta-se irregular, uma vez que não houve a indicação de responsável técnico para todo o intervalo de labor. Subsidiariamente, requer a alteração do termo inicial da revisão para a data de citação, que sejam descontados os períodos nos quais a parte autora esteve em gozo de auxílio-doença, os quais devem ser considerados períodos de labor comum, e por fim, seja considerada a utilização da “TR”, no que se refere à atualização monetária.

Apresentadas as contrarrazões pela parte autora, subiram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001059-95.2017.4.03.6183
RELATOR: Gab. 32 - JUÍZA CONVOCADA VANESSA MELLO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

APELADO: MARA OLIVEIRA DO PRADO
Advogado do(a) APELADO: HILARIO BOCCHI JUNIOR - SP90916-A

VOTO

Inicialmente, afigura-se correta a não submissão da r. sentença à remessa oficial.

É importante salientar que, de acordo com o art. 496, § 3º, inciso I, do Código de Processo Civil atual, não será aplicável o duplo grau de jurisdição quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a 1.000 (mil) salários-mínimos.

Na hipótese dos autos, embora a sentença seja ilíquida, resta evidente que a condenação ou o proveito econômico obtido na causa não ultrapassa o limite legal previsto, enquadrando-se perfeitamente à norma insculpida no parágrafo 3º, I, art. 496 da atual lei processual, razão pela qual impõe-se o afastamento do reexame necessário.

Não sendo, pois, o caso de conhecer da remessa oficial, passo à análise do recurso da parte em seus exatos limites, uma vez cumpridos os requisitos de admissibilidade previstos no Código de Processo Civil atual.

Passo ao exame do mérito.

A aposentadoria especial - modalidade de aposentadoria por tempo de contribuição com tempo mínimo reduzido - é devida ao segurado que tiver trabalhado, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, conforme disposição legal, a teor do preceituado no art. 57 da Lei nº 8.213/91 e no art. 201, § 1º, da Constituição Federal.

O período de carência exigido, por sua vez, está disciplinado pelo art. 25, inciso II, da Lei de Planos de Benefícios da Previdência Social, o qual prevê 180 (cento e oitenta) contribuições mensais, bem como pela norma transitória contida em seu art. 142.

Registre-se, por oportuno, que o Colendo Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1310034/PR, Primeira Seção, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 19/12/2012, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC/1973, decidiu que a "lei vigente por ocasião da aposentadoria é a aplicável ao direito à conversão entre tempos de serviço especial e comum, independentemente do regime jurídico à época da prestação do serviço", de modo que a conversão do tempo de atividade comum em especial, para fins de aposentadoria especial, é possível apenas no caso de o benefício haver sido requerido antes da entrada em vigor da Lei nº 9.032/95, que deu nova redação ao art. 57, § 3º, da Lei nº 8.213/91, exigindo que todo o tempo de serviço seja especial.

A caracterização e comprovação da atividade especial, de acordo com o art. 70, § 1º, do Decreto nº 3.048/1999, "obedecerá ao disposto na legislação em vigor na época da prestação do serviço", como já preconizava a jurisprudência existente acerca da matéria e restou sedimentado em sede de recurso repetitivo, no julgamento do REsp 1151363/MG, Terceira Seção, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 05/04/2011, e do REsp 1310034/PR, citado acima.

Dessa forma, até o advento da Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995, para a configuração da atividade especial, bastava o seu enquadramento nos Anexos dos Decretos n.ºs. 53.831/64 e 83.080/79, os quais foram validados pelos Decretos n.ºs. 357/91 e 611/92, possuindo, assim, vigência concomitante.

Consoante entendimento consolidado de nossos tribunais, a relação de atividades consideradas insalubres, perigosas ou penosas constantes em regulamento é meramente exemplificativa, não exaustiva, sendo possível o reconhecimento da especialidade do trabalho executado mediante comprovação nos autos. Nesse sentido, a súmula 198 do extinto Tribunal Federal de Recursos: "Atendidos os demais requisitos, é devida a aposentadoria especial se perícia judicial constata que a atividade exercida pelo segurado é perigosa, insalubre ou penosa, mesmo não inscrita em Regulamento".

A partir de referida Lei nº 9.032/95, que alterou o art. 57, §§ 3º e 4º, da Lei nº 8.213/91, não mais se permite a presunção de insalubridade, tornando-se necessária a comprovação da efetiva exposição a agentes prejudiciais à saúde ou integridade física do segurado e, ainda, que o tempo trabalhado em condições especiais seja permanente, não ocasional nem intermitente.

A propósito: STJ, AgRg no AREsp 547559/RS, Segunda Turma, Relator Ministro Humberto Martins, j. 23/09/2014, DJe 06/10/2014.

A comprovação podia ser realizada por meio de formulário específico emitido pela empresa ou seu preposto - SB-40, DISES BE 5235, DSS 8030 ou DIRBEN 8030, atualmente, Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP -, ou outros elementos de prova, independentemente da existência de laudo técnico, com exceção dos agentes agressivos ruído e calor, os quais sempre exigiram medição técnica.

Posteriormente, a Medida Provisória n.º 1.523/96, com início de vigência na data de sua publicação, em 14/10/1996, convertida na Lei n.º 9.528/97 e regulamentada pelo Decreto n.º 2.172, de 05/03/97, acrescentou o § 1º ao art. 58 da Lei n.º 8.213/91, determinando a apresentação do aludido formulário "com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho". Portanto, a partir da edição do Decreto n.º 2.172/97, que trouxe o rol dos agentes nocivos, passou-se a exigir, além das informações constantes dos formulários, a apresentação do laudo técnico para fins de demonstração da efetiva exposição aos referidos agentes.

Ademais, o INSS editou a Instrução Normativa INSS/PRES n.º 77, de 21/01/2015, estabelecendo, em seu art. 260, que: "Consideram-se formulários legalmente previstos para reconhecimento de períodos alegados como especiais para fins de aposentadoria, os antigos formulários em suas diversas denominações, sendo que, a partir de 1º de janeiro de 2004, o formulário a que se refere o § 1º do art. 58 da Lei n.º 8.213, de 1991, passou a ser o PPP".

À luz da legislação de regência e nos termos da citada Instrução Normativa, o PPP deve apresentar, primordialmente, dois requisitos: assinatura do representante legal da empresa e identificação dos responsáveis técnicos habilitados para as medições ambientais e/ou biológicas.

Na atualidade, a jurisprudência tem admitido o PPP - perfil profissiográfico previdenciário como substitutivo tanto do formulário como do laudo técnico, desde que devidamente preenchido.

A corroborar o entendimento esposado acima, colhe-se o seguinte precedente: STJ, AgRg no REsp 1340380/CE, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 23/09/2014, DJe 06/10/2014.

Quanto ao uso de Equipamento de Proteção Individual - EPI, no julgamento do ARE n.º 664.335/SC, em que restou reconhecida a existência de repercussão geral do tema ventilado, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o mérito, decidiu que, se o aparelho "for realmente capaz de neutralizar a nocividade não haverá respaldo constitucional à aposentadoria especial". Destacou-se, ainda, que, havendo divergência ou dúvida sobre a sua real eficácia, "a premissa a nortear a Administração e o Judiciário é pelo reconhecimento do direito ao benefício da aposentadoria especial".

Especificamente em relação ao agente agressivo ruído, estabeleceu-se que, na hipótese de a exposição ter se dado acima dos limites legais de tolerância, a declaração do empregador, no âmbito do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), no sentido da eficácia do EPI, "não descaracteriza o tempo de serviço especial para aposentadoria". Isso porque não há como garantir, mesmo com o uso adequado do equipamento, a efetiva eliminação dos efeitos nocivos causados por esse agente ao organismo do trabalhador, os quais não se restringem apenas à perda auditiva.

Outrossim, como consignado no referido julgado, não há que se cogitar em concessão de benefício sem a correspondente fonte de custeio, haja vista os termos dos §§ 6º e 7º do art. 57 da Lei n.º 8.213/91, com a redação dada pela Lei n.º 9.732/98:

"Art. 57. [...]"

§ 6º O benefício previsto neste art. será financiado com os recursos provenientes da contribuição de que trata o inciso II do art. 22 da Lei n.º 8.212, de 24 de julho de 1991, cujas alíquotas serão acrescidas de doze, nove ou seis pontos percentuais, conforme a atividade exercida pelo segurado a serviço da empresa permita a concessão de aposentadoria especial após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição, respectivamente.

§ 7º O acréscimo de que trata o parágrafo anterior incide exclusivamente sobre a remuneração do segurado sujeito às condições especiais referidas no caput.

[...]."

Ademais, sendo responsabilidade exclusiva do empregador o desconto devido a esse título, a sua ausência ou recolhimento incorreto não obsta o reconhecimento da especialidade verificada, pois não pode o obreiro ser prejudicado pela conduta de seu patrão.

Postas as balizas, passa-se ao exame **do caso concreto**, face às provas coligidas aos autos.

- de 12/03/1982 a 29/10/2002

Empregador(a): Fundação Casa – Centro de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente

Atividade(s):

-Atendente -12/03/1982 a 1º/03/1990

- Auxiliar de Educação – 02/03/1990 a 30/06/1997

- Monitor I – 1º/07/1997 a 31/05/2002

-Agente de Apoio Técnico – de 1º/06/2002 a 05/10/2009

-Agente de Apoio Socioeducativo- de 06/10/2009 a 03/01/2012.

Prova(s): PPP com emissão em 04/08/2015, id 1925892 (pág 08-11) e laudo pericial elaborado em sentença trabalhista (fls. 150/157 do processo administrativo, com emissão em 28/10/2010).

Agente nocivo: agentes biológicos – doenças infecto-contagiosas, sangue, fezes, vírus, bactérias, fungos, parasitas, microorganismos.

Conclusão: vide abaixo.

Atente-se à regularidade formal dos documentos apresentados, inexistindo necessidade de contemporaneidade do formulário ou laudo ao período de exercício da atividade insalubre, à falta de previsão legal nesse sentido e de comprovação de significativa alteração no ambiente laboral.

Frise-se, ainda, que o simples fato de a empresa informar a utilização do EPI pelo trabalhador não elide a configuração do trabalho insalubre, havendo a necessidade da comprovação de sua eficácia, o que não ocorreu no caso vertente.

Por fim, a despeito de entender pela possibilidade de reconhecimento da especialidade apenas no período que em há indicação do responsável técnico no PPP, observo que minha orientação restou isolada nesta Egrégia Turma. Assim, ressalvo meu entendimento pessoal e passo a acompanhar aquele consagrado no âmbito da Turma, em respeito aos princípios da colegialidade e da segurança jurídica.

Com relação ao laudo pericial apresentado como prova emprestada, encartado às fls. 150/157 do processo administrativo que tramitou perante a Autarquia Previdenciária, saliente-se, que o perito do Juízo trabalhista, nos autos da ação nº 00811-2009048-02-00-6, movida pela autora em face da empregadora Fundação Centro de Atendimento Sócio Educativo ao Adolescente-Fundação Casa, a qual tramitou perante a 48ª Vara do Trabalho de São Paulo, concluiu pela existência de insalubridade pela exposição a agentes biológicos, em decorrência do acompanhamento de menores doentes à enfermarias ou hospitais, em contato diário com menores acometidos de doenças de toda a espécie. Referido exame pericial relaciona-se, expressamente ao intervalo laboral compreendido desde 12/03/1982 até a data de sua emissão em 28/10/2010, de maneira a complementar o intervalo laboral não abrangido no PPP fornecido pela empregadora da parte autora.

Outrossim, é perfeitamente admissível a comprovação de labor nocivo por meio de laudo produzido em reclamação trabalhista, sendo irrelevante a ausência de participação do INSS na lide laboral, desde que propiciado o contraditório em relação à prova, possibilitando o debate em torno de sua higidez, como ocorreu no caso em tela.

Nessa linha:

"PREVIDENCIÁRIO. ATIVIDADE ESPECIAL. LAUDO TÉCNICO OU PPP. RUÍDO. PRODUTOS INFLAMÁVEIS. SENTENÇA TRABALHISTA. PROVA EMPRESTADA. APOSENTADORIA ESPECIAL. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. BENEFÍCIO INDEVIDO.

1. É firme a jurisprudência no sentido de que a legislação aplicável para a caracterização do denominado trabalho em regime especial é a vigente no período em que a atividade a ser considerada foi efetivamente exercida.

2. Salvo no tocante aos agentes físicos ruído e calor, é inexigível laudo técnico das condições ambientais de trabalho para a comprovação de atividade especial até o advento da Lei nº 9.528/97, ou seja, até 10/12/97. Precedentes do STJ.

3. Embora o INSS não tenha sido parte na Ação Trabalhista, não retira a validade da prova, pois, além da garantia do contraditório, é certo que a Corte Especial do Egrégio Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou no sentido da desnecessidade da identidade de partes para se admitir a prova empresta desde que se mantenha hígida a garantia do contraditório, conforme verificado na hipótese dos autos. (EREsp 617428/SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, j. 04/06/2014, DJe 14/06/2014).

4. Não cumpridos os requisitos legais, o segurado não faz jus à concessão da aposentadoria especial, nos termos do art. 57, da Lei nº 8.213/91.

5. Reexame necessário, apelação do INSS e apelação da parte autora parcialmente providos." (TRF 3ª Região, ApReeNec 0015354-49.2009.4.03.6105, Décima Turma, Rel. Desembargadora Federal Lucia Ursaiá, julgado em 14/11/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:24/11/2017)."

Em relação aos intervalos nos quais a parte autora esteve em gozo de benefício de auxílio-doença e auxílio-acidentário, não merece reparos a r. sentença que considerou tais períodos intercalados ao labor nocivo, como períodos de atividade especial, em conformidade com o entendimento jurisprudencial do C. STJ, sobre o tema, exarado no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia de nº REsp 1759098/RS, (Tema nº 998)- acórdão publicado no DJe de 01/08/2019, ocasião em que fixada a tese de que "o segurado em gozo de auxílio-doença, seja acidentário ou previdenciário, faz jus ao cômputo desse mesmo período como tempo de serviço especial".

Face às considerações acima, apresenta-se possível o reconhecimento da especialidade para o período de **12/03/1982 a 29/10/2012** nos termos dos códigos 3.0.1 do Anexo IV dos Decretos nº 2.172/97 e nº 3.048/99, em razão da comprovação da sujeição do autor, a agentes biológicos agressivos.

Ainda, impende assinalar, a título de esclarecimentos, que, no tocante aos agentes biológicos, a jurisprudência tem se direcionado no sentido de ser dada maior flexibilidade ao conceito de permanência, de sorte a considerar a especialidade do trabalho em razão da potencialidade do risco de contato com esses agentes e não do contato propriamente dito. É certo também que, sendo o risco imanente à rotina laboral, como ocorre na situação em tela, o uso do EPI realmente não tem o condão de arredar a nocividade do mister, como se vê do julgado a seguir transcrito:

"PREVIDENCIÁRIO. TEMPO ESPECIAL. CATEGORIA PROFISSIONAL. AGENTES BIOLÓGICOS. CONTRIBUINTE INDIVIDUAL. APOSENTADORIA ESPECIAL. REAFIRMAÇÃO DA DER. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. LEI 11.960/09. CRITÉRIOS DE ATUALIZAÇÃO. DIFERIMENTO PARA A FASE PRÓPRIA (EXECUÇÃO).

1. Demonstrado o exercício de tarefa sujeita a enquadramento por categoria profissional, o período respectivo deve ser considerado especial.

2. Em se tratando de agentes biológicos, é desnecessário que o contato se dê de forma permanente, já que o risco de acidente independe do tempo de exposição e, ainda que ocorra a utilização de EPI, eles não são capazes de elidir, de forma absoluta, o risco proveniente do exercício da atividade com exposição a agentes de natureza infecto-contagiosa.

3. O tempo de serviço sujeito a condições nocivas à saúde, prestado pela parte autora na condição de contribuinte individual, deve ser reconhecido como especial.

4. Em condições excepcionais esta Corte tem admitido a contagem de tempo posterior à entrada do requerimento para completar o tempo de serviço necessário à concessão da aposentadoria, desde que devidamente registrado no CNIS a continuidade do vínculo que mantinha na DER, através de consulta feita nos termos do artigo 29-A da Lei 8.213/91, o que possibilita sua reafirmação, caso em que a data de início do benefício será a data do ajuizamento do feito, com o tempo de contribuição contado até esse momento.

5. Tem direito à aposentadoria especial o segurado que possui 25 anos de tempo de serviço especial e implementa os demais requisitos para a concessão do benefício.

6. As teses relativas ao percentual de juros e o índice de correção monetária devem ser diferidas para a fase de execução, de modo a racionalizar o andamento do presente processo de conhecimento.

(TRF4, AC 5002922-74.2010.404.7001, Sexta Turma, Relatora Salise Monteiro Sanchotene, data da decisão: 24/08/2016, juntado aos autos em 29/08/2016 - destaquei)"

Cite-se, outrossim, por similitude temática:

"PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. REQUISITOS PREENCHIDOS. APELAÇÃO PROVIDA.

1. Da análise do Perfil Profissiográfico Previdenciários (PPP) juntados aos autos (fls. 20/22) e, de acordo com a legislação previdenciária vigente à época, o autor comprovou o exercício da atividade especial nos seguintes períodos: - 04/08/1989 a 31/03/1998, uma vez que trabalhou como vigilante em ambiente hospitalar, estando exposto de forma habitual e permanente a agentes nocivos a saúde (vírus e bactérias/agentes físicos), enquadrando-se nos códigos 1.3.2 e 2.5.7 do Anexo III do Decreto nº 53.831/64 e código 1.3.2, Anexo II do Decreto nº 83.080/79; - 01/04/1998 a 13/05/2015, pois exerceu atividade laborativa como recepcionista em ambiente hospitalar; recepcionando e prestando serviços de apoio a pacientes, marcando consultas, averiguando suas necessidades e os dirigindo ao lugar procurado, estando, de igual forma, exposto de forma habitual e permanente a agentes nocivos a saúde (vírus e bactérias/agentes físicos), enquadrando-se no código 1.3.2, Anexo III do Decreto nº 53.831/64 e código 1.3.2, Anexo II do Decreto nº 83.080/79. [...]

5. Apelação provida.

(TRF 3ª Região, AC 0022921-45.2016.4.03.9999, Sétima Turma, Rel. Desembargador Federal Toru Yamamoto, julgado em 26/06/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:06/07/2017)”

Ainda no que se relaciona sobre o tema, cite-se os precedentes jurisprudenciais desta E. Corte:

Nesse sentido, já se pronunciou esta Corte Regional:

*PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO/CONTRIBUIÇÃO. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA AFASTADA. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. ARTIGO 333, I, CPC/73. ÔNUS PROBATÓRIO DA PARTE AUTORA. **COMPROVAÇÃO DAS CONDIÇÕES ESPECIAIS. INSPECTOR DE ALUNOS, MONITOR I, COORDENADOR DE TURNO, AGENTE DE APOIO TÉCNICO E COORDENADOR DE EQUIPE DA FEBEM. IMPLEMENTAÇÃO DOS REQUISITOS. DIB. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. MANUAL DE CÁLCULOS NA JUSTIÇA FEDERAL. LEI Nº 11.960/2009. INVERSÃO DO ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. CUSTAS. JUSTIÇA FEDERAL. ISENÇÃO.***

[...]

5. Atividades de Inspetor de Alunos, Monitor, Coordenador de Turno, Agente de Apoio Técnico e Coordenador de Equipe da FEBEM. Caracterizada a exposição habitual e permanente a condições insalubres (agentes biológicos) permite o enquadramento, por analogia, no código 1.3.2 do Decreto nº 53.831/64 e código 1.3.4 do Decreto nº 83.080/79.

[...]

11. Preliminar rejeitada. No mérito, apelação provida.

(AC nº 0003939-83.2011.4.03.6110, Sétima Turma, Rel. Desembargador Federal Paulo Domingues, julgado em 13/08/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:22/08/2018)”(g.n.)

“PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. ATIVIDADE URBANA SEM REGISTRO EM CTPS. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. PROVA TESTEMUNHAL VAGA E IMPRECISA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. ATIVIDADE ESPECIAL. AGENTES BIOLÓGICOS. LAUDO PERICIAL. RECONHECIMENTO. BENEFÍCIO CONCEDIDO. APOSENTADORIA COM PROVENTOS INTEGRAIS. TERMO INICIAL. DATA DA CITAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÕES DA PARTE AUTORA E DO INSS PARCIALMENTE PROVIDAS.

[...]

17 - Para comprovar que suas atividades, no período de 23/05/1988 a 26/05/2003, foram exercidas em condições especiais, o autor coligiu aos autos os formulários de fls. 28/29, os quais revelam ter desempenhado as funções de "Monitor I/Agente de Apoio Técnico" e "Coordenador de Turno/Coordenador de Equipe" junto à "Fundação Estadual do Bem Estar do Menor/FEBEM-SP", nos períodos de 23/05/1988 a 01/07/1996 e 02/07/1996 a 04/06/1999, respectivamente.

18 - Durante a fase instrutória, sobreveio o laudo pericial de fls. 170/178, tendo expert realizado a inspeção in loco, e apresentado a conclusão de que, durante as atividades desenvolvidas na FEBEM/SP, no período de 23/05/1988 a 26/05/2003, "o Autor mantinha contato direto com diversos Menores Infratores, portadores de doenças infecto-contagiosas, ficando, portanto, exposto de modo habitual e permanente, não ocasional e nem intermitente, a agentes biológicos", enquadrando-as, por fim, no "Código 1.3.2 do Decreto 53.831 de 1964 (enquadramento válido até 05 de março de 1997)", bem como no "Código 3.0.1 do anexo IV do Decreto 2.172 de 1997, substituído pelo Decreto nº 3.048 de 1999 (enquadramento válido a partir de 06 de março de 1997)".

19 - Enquadrado como especial o período compreendido entre 23/05/1988 a 26/05/2003.

[...]

25 - Remessa necessária e apelações da parte autora e do INSS parcialmente providas.

(ApReeNec n.º 0002566-51.2005.4.03.6102, Sétima Turma, Rel. Desembargador Federal Carlos Delgado, julgado em 11/12/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:22/01/2018)” (g.n.)

“PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE URBANA, DE NATUREZA COMUME ESPECIAL. MONITOR DA FEBEM. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO, EM SUA FORMA PROPORCIONAL. VIABILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. TERMO INICIAL. VALOR. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS PERICIAIS.

[...]

XIX - A atividade exercida pelo apelado a partir de 11 de julho de 1980 e até 30 de novembro de 1998 foi a de Monitor junto à Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor (FEBEM), conforme formulário SB-40 fornecido pela empregadora, trazido com a inicial, de cujos termos extrai-se que, dentre as muitas tarefas então desempenhadas, uma delas consistia no acompanhamento diuturno de criança e adolescente internados em prontos-socorros e hospitais, o que por si seria suficiente para atrair o caráter insalubre ao trabalho então exercido pelo autor.

XX - A perícia realizada em sede deste feito, não obstante, confirma integralmente os termos do documento anteriormente citado, e atesta a exposição do apelado a agentes biológicos, implicando em que a atividade exercida junto à FEBEM mostra-se, a um só tempo, perigosa e insalubre, em face não somente do tipo de trabalho desempenhado, mas também da precariedade das condições em que prestado.

XXI - A atividade de Monitor da FEBEM pode ser equiparada àquela prevista nos Códigos 1.3.2 e 2.1.3 do Quadro a que se refere o artigo 2º do Decreto nº 53.831/64, e nos Códigos 1.3.4 e 2.1.3 dos Anexos I e II, respectivamente, do Decreto 83.080/79.

XXII - Descabe falar-se que a natureza especial do trabalho prestado pelo apelado tem seu limite na edição do Decreto nº 2.172, de 05 de março de 1997, por força da inexistência de previsão de nocividade dos agentes a que exposto o autor no Anexo IV do diploma regulamentar em comento.

XXIII - A assertiva não prospera, porque as condições que determinavam a insalubridade em época anterior a 05 de março de 1997 não desapareceram por conta da simples edição do decreto 3/4 para tanto, seria preciso que a FEBEM sofresse uma transformação de tal ordem nas suas práticas que não se imagina seja possível sequer a médio prazo 3/4, mormente em se considerando, como já afirmado, que o caráter especial de uma atividade não está restrito à sua indicação em norma legal, podendo ser extraída de qualquer trabalho, desde que afirmada sua natureza insalubre, penosa ou perigosa.

XXIV - Além disso, o próprio Decreto nº 3.048/99, que veio suceder o Decreto nº 2.172/97, traz em seu Anexo IV previsão em tudo semelhante àquelas presentes nos regulamentos anteriores, ao inserir, no Código 3.0.0, "exposição aos agentes citados unicamente nas atividades relacionadas.", a sujeição a microorganismos e parasitas infecciosos vivos e suas toxinas no Código 3.0.1.a 3/4 "trabalhos em estabelecimentos de saúde em contato com pacientes portadores de doenças infectocontagiosas ou com manuseio de materiais contaminados".

XXV - De rigor a averbação, como especial, do tempo de serviço exercido no período de 11 de julho de 1980 a 30 de novembro de 1998 junto à FEBEM.

[...]

XXXIII - Apelação e remessa oficial parcialmente providas.

(AC n.º 0002937-25.1999.4.03.6102, Nona Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, julgado em 27/11/2006, DJU DATA:15/12/2006 PÁGINA: 448)”

“PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO PREVISTO NO § 1º DO ARTIGO 557 DO CPC. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. ATIVIDADES ESPECIAIS. COMPROVAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. LEI 11.960/09.

I - O labor especial do autor junto à FEBEM restou suficientemente comprovado nos autos, tendo em vista o formulário de atividade especial em nome de colega que também exercia a função de "monitor I", bem como os laudos técnicos elaborados por engenheiros de segurança do trabalho, os quais atestam que a função de monitor é exercida em condições agressivas à saúde, com exposição a agentes biológicos nocivos, devido ao contato com internos portadores de doenças infecto-contagiosas.

[...]

V - Recurso não conhecido em relação ao termo final da incidência dos juros de mora, tendo em vista que a decisão agravada dispôs no mesmo sentido da pretensão do ora agravante.

VI - Agravo do INSS não conhecido em parte e, na parte conhecida, parcialmente provido (CPC, art. 557, §1º).

(ApReeNec n.º 0002629-90.2006.4.03.6183, Décima Turma, Rel. Desembargador Federal Sergio Nascimento, julgado em 30/08/2011, e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/09/2011 PÁGINA: 1603)''

Somado o período insalubre reconhecido neste feito, de **12/03/1982 a 29/10/2012**, verifica-se que possui a parte autora, até a data do requerimento administrativo - dia **29/10/2012 (DER)**, tempo total 30 anos, 7 meses e 20 dias de atividade especial. Cuida-se de tempo suficiente para concessão da aposentadoria especial, cuja exigência pressupõe comprovação de 25 anos, conforme demonstrado na planilha encartada na r. sentença.

O termo inicial dos efeitos financeiros da revisão deve ser fixado a contar da concessão do benefício pelo INSS, observada a prescrição quinquenal, em harmonia com a jurisprudência do c. STJ, *in verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. RENDA MENSAL INICIAL. EFEITOS FINANCEIROS DA REVISÃO. DATA DE INÍCIO DO BENEFÍCIO.

1. O termo inicial dos efeitos financeiros da revisão deve retroagir à data de início do benefício previdenciário, uma vez que o deferimento da ação revisional representa o reconhecimento tardio de direito já incorporado ao patrimônio jurídico do segurado, observada a prescrição quinquenal. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.467.290/SP, REL. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJE 28.10.2014;

REsp 1.108.342/RS, Quinta Turma, Relator Ministro Jorge Mussi, DJe 3.8.2009.

2. Recurso Especial provido."

(REsp 1719607/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 27/02/2018, DJe 02/08/2018) (g.n.)"

Os valores já pagos na via administrativa deverão ser integralmente abatidos do débito.

Cumprido esclarecer que, em 20 de setembro de 2017, o STF concluiu o julgamento do RE 870.947, definindo as seguintes teses de repercussão geral sobre a incidência da Lei n. 11.960/2009: "1) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput); quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09; e 2) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina."

Assim, a questão relativa à aplicação da Lei n. 11.960/2009, no que se refere aos juros de mora, não comporta mais discussão, cabendo apenas o cumprimento da decisão exarada pelo STF em sede de repercussão geral.

Nesse cenário, sobre os valores em atraso, incidirão juros em conformidade com os critérios legais compendiados no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, observadas as teses fixadas no julgamento final do RE 870.947, de relatoria do Ministro Luiz Fux.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO À APELAÇÃO DO INSS**. Remanescem explicitados os critérios de juros de mora e de correção monetária, nos termos da fundamentação acima.

É o voto.

VANESSA MELLO

Juíza Federal Convocada

DECLARAÇÃO DE VOTO

A Desembargadora Federal MARISA SANTOS: Cuida-se de declarar o voto proferido no julgamento da apelação interposta pelo INSS contra sentença que julgou procedente o pedido de conversão de aposentadoria por tempo de contribuição em aposentadoria especial.

Na sessão de julgamento de 11 de dezembro, a senhora Relatora negou provimento ao recurso do INSS, sendo divergente o voto desta Magistrada que lhe dava parcial provimento.

Passo a declarar o voto.

A exposição a agentes biológicos está prevista na legislação especial e a natureza especial das atividades com exposição a tal agente agressivo pode ser reconhecida até 28.04.1995, ocasião em que passou a ser obrigatória a apresentação do formulário específico e, a partir de 05.03.1997, do laudo técnico ou do PPP.

Entretanto, o laudo técnico confeccionado na reclamação trabalhista indica exposição a agente biológico somente *“quando era identificado qualquer tipo de doença infecto contagiosa o menor era transferido para um hospital a fim de que fosse colocado em isolamento (acompanhado pelos Agentes de Proteção)”*.

Dessa forma, a alegada exposição a agente biológico, quando ocorria, se dava de maneira eventual e intermitente, o que impede o reconhecimento da natureza especial das atividades exercidas de 12.03.1982 a 29.10.2012.

Com essas considerações, pedindo vênias, dirijo da senhora Relatora para dar parcial provimento à apelação do INSS, julgando improcedente o pedido de conversão do benefício em aposentadoria especial.

É como voto.

E M E N T A

PREVIDENCIÁRIO. REMESSA OFICIAL. NÃO CABIMENTO. REVISÃO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. CONVERSÃO EM APOSENTADORIA ESPECIAL. RECONHECIMENTO DE ATIVIDADE ESPECIAL. AGENTES BIOLÓGICOS. POSSIBILIDADE. REQUISITOS PREENCHIDOS.

- A hipótese em exame não excede mil salários mínimos. Não se mostra possível a remessa oficial, nos termos do art. 496, § 3º, inciso I, do NCPC.
- O conjunto probatório dos autos revela o exercício de atividade especial pela exposição da demandante ao agente nocivo biológico no intervalo indicado, devendo ser reconhecida a especialidade.
- No tocante aos agentes biológicos, a jurisprudência tem se direcionado no sentido de ser dada maior flexibilidade ao conceito de permanência, de sorte a considerar a especialidade do trabalho em razão da potencialidade do risco de contato com esses agentes e não do contato propriamente dito. Sendo o risco imaneente à rotina laboral o uso do EPI realmente não tem o condão de arredar a nocividade
- O segurado em gozo de auxílio-doença, seja acidentário ou previdenciário, faz jus ao cômputo desse mesmo período como tempo de serviço especial, conforme tese fixada no Recurso Especial Representativo de Controvérsia de nº REsp 1759098/RS, (Tema nº 998)- acórdão publicado no DJe de 01/08/2019.
- Tendo a parte autora laborado por 25 anos sob condições especiais, há direito à percepção de aposentadoria especial, desde a concessão, observada a prescrição quinquenal.
- O termo inicial dos efeitos financeiros da revisão deve ser fixado a contar da concessão do benefício pelo INSS, observada a prescrição quinquenal, em harmonia com a jurisprudência do C. STJ.
- Improvida a apelação do INSS.

VANESSA MELLO

Juíza Federal Convocada

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por maioria, decidiu negar provimento à apelação do INSS, nos termos do voto da então Relatora, Juíza Federal Convocada Vanessa Mello, que foi acompanhada pelo Desembargador Federal Gilberto Jordan (4º voto) e pela Desembargadora Federal Inês Virgínia (5º voto). Vencida a Desembargadora Federal Marisa Santos, que dava parcial provimento à apelação, no que foi acompanhada pela Desembargadora Federal Daldice Santana. Julgamento nos termos do disposto no art. 942, caput e § 1º, do CPC. Lavrará acórdão a Juíza Federal Convocada Vanessa Mello, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 6085761-81.2019.4.03.9999

RELATOR: Gab. 32 - JUÍZA CONVOCADA LEILA PAIVA

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: APARECIDO TEODORO DA SILVA

Advogado do(a) APELADO: MARIA CLARA AGUIAR NOVAES DE PAULA - SP318011-N

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 6085761-81.2019.4.03.9999

RELATOR: Gab. 32 - JUÍZA CONVOCADA VANESSA MELLO

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: APARECIDO TEODORO DA SILVA

Advogado do(a) APELADO: MARIA CLARA AGUIAR NOVAES DE PAULA - SP318011-N

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação, interposta pelo INSS, em face da r. sentença, não submetida ao reexame necessário, que julgou procedente o pedido deduzido na inicial, condenando a Autarquia Previdenciária a conceder aposentadoria por invalidez à parte autora, desde o requerimento administrativo, em 02/03/2018, discriminados os consectários, arbitrados os honorários em 10% do valor da condenação.

Pretende a autarquia a reforma da sentença em razão da perda da qualidade de segurado em 15/09/2016, pleiteando, subsidiariamente, a isenção de custas e despesas processuais, bem como que os honorários sejam fixados nos termos da Súmula 111 do STJ. Sustenta a aplicabilidade da Lei n. 11.960/2009 quanto aos juros e à correção monetária.

Com contrarrazões, subiram os autos a este Tribunal

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 6085761-81.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 32 - JUÍZA CONVOCADA VANESSA MELLO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: APARECIDO TEODORO DA SILVA
Advogado do(a) APELADO: MARIA CLARA AGUIAR NOVAES DE PAULA - SP318011-N
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Inicialmente, afigura-se correta a não submissão da sentença ao reexame necessário.

De fato, o art. 496, § 3º, inciso I do Código de Processo Civil atual, que entrou em vigor em 18 de março de 2016, dispõe que a sentença não será submetida ao reexame necessário quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a 1.000 (mil) salários mínimos, em desfavor da União ou das respectivas autarquias e fundações de direito público.

No caso dos autos, considero as datas do termo inicial do benefício e da prolação da sentença, em 26/08/2019. Atenho-me ao teto para o salário-de-benefício como parâmetro de determinação do valor da benesse. Verifico que a hipótese em exame não excede os mil salários mínimos.

Não sendo, pois, o caso de submeter o *decisum* de primeiro grau à remessa oficial, passo à análise do recurso em seus exatos limites, uma vez cumpridos os requisitos de admissibilidade previstos no Código de Processo Civil atual.

Discute-se o direito da parte autora a benefício por incapacidade.

Nos termos do art. 42 da Lei n. 8.213/91, a aposentadoria por invalidez é devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz para o trabalho e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência.

Por sua vez, o auxílio-doença é devido ao segurado temporariamente incapacitado, nos termos do disposto no art. 59 da mesma lei. Trata-se de incapacidade "não para quaisquer atividades laborativas, mas para aquela exercida pelo segurado (sua atividade habitual)" (Direito da Seguridade Social, Simone Barbisan Fortes e Leandro Paulsen, Livraria do Advogado e Esmafê, Porto Alegre, 2005, pág. 128).

Assim, o evento determinante para a concessão desses benefícios é a incapacidade para o trabalho de forma permanente e insuscetível de recuperação ou de reabilitação para outra atividade que garanta a subsistência (aposentadoria por invalidez) ou a incapacidade temporária (auxílio-doença), observados os seguintes requisitos: 1 - a qualidade de segurado; 2 - cumprimento da carência de doze contribuições mensais - quando exigida; e 3 - demonstração de que o segurado não era portador da alegada enfermidade ao filiar-se ao Regime Geral da Previdência Social, salvo se a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão.

Realizada a perícia médica, em 31/10/2018, o laudo apresentado considerou o autor, nascido em 10/04/1961, rurícola/pedreiro, total e permanentemente incapacitado para qualquer atividade laborativa, por ser portador de *encefalopatia hipertensiva e transtornos de discos lombares e de outros discos intervertebrais com radiculopatia*, sendo insuscetível de reabilitação (Id 98541096, fls. 100/113).

O perito fixou a DII em 20/06/2017, data da realização de angio-ressonância magnética de artéria cerebral. Vide Id 98541056, fl. 38.

Consta que *“o periciado permaneceu internado de 20 de junho a 05 de julho de 2017 devido a Encefalopatia Hipertensiva, CID-10 I67.4 (Encefalopatia Hipertensiva) permanecendo internado em Unidade de Terapia Intensiva, recebendo alta com confusão mental”*. Atualmente, apresenta *“hemiparesia em membros inferiores, associado a encurtamento muscular de membros inferiores e confusão mental.”*

Outrossim, de acordo com as informações do CNIS do autor, constam diversos vínculos empregatícios, desde 06/05/1985, sendo que o mais recente foi estabelecido entre 20/04/2015 e 17/07/2015. Atualmente, encontra-se em gozo de amparo social à pessoa portadora de deficiência, desde 03/06/2019 – NB 704.361.162-9. Vide Id 98541111, fls. 149/160.

E consoante o art. 15, inciso II, § 1º, da Lei n.º 8.213/91, a qualidade de segurado é mantida até 12 (doze) meses após a última contribuição, sendo tal prazo prorrogável para até 24 meses, se o segurado já tiver recolhido mais de 120 (cento e vinte) contribuições mensais.

Na hipótese, verifica-se que houve o recolhimento de 130 contribuições previdenciárias.

Assim, é de se reconhecer que, após a cessação do último vínculo empregatício, em 17/07/2015, houve a manutenção da qualidade de segurado nos vinte e quatro meses subsequentes, nos termos do referido art. 15, inciso II e § 2º, da Lei n.º 8.213/91, pelo que não houve perda da qualidade de segurado do autor.

Passo ao exame dos consectários legais.

Cumprido esclarecer que, em 20 de setembro de 2017, o STF concluiu o julgamento do RE 870.947, definindo as seguintes teses de repercussão geral sobre a incidência da Lei n. 11.960/09: "1) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput); quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09; e 2) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina."

Consequentemente, a questão relativa à aplicação da Lei n. 11.960/2009, no que se refere à correção monetária e aos juros não comporta mais discussão, cabendo apenas o cumprimento da decisão exarada pelo STF em sede de repercussão geral.

Nesse cenário, sobre os valores em atraso, incidirão juros e correção monetária em conformidade com os critérios legais compendiados no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, observadas as teses fixadas no julgamento final do RE 870.947, de relatoria do Ministro Luiz Fux.

Conquanto imperiosa a manutenção da condenação da autarquia em honorários advocatícios, esta deve ser fixada em percentual mínimo a ser definido na fase de liquidação, nos termos do inciso II do § 4º do art. 85 do Código de Processo Civil atual, observando-se o disposto nos §§ 3º, 5º e 11 desse mesmo dispositivo legal e considerando-se as parcelas vencidas até a data da decisão concessiva do benefício (Súmula n. 111 do STJ).

Quanto às custas processuais, delas está isenta a Autarquia Previdenciária, nos termos das Leis Federais n. 6.032/74, 8.620/93 e 9.289/96, bem como nas Leis Estaduais n. 4.952/85 e 11.608/03 (Estado de São Paulo). Contudo, tal isenção não exime a Autarquia Previdenciária do pagamento das custas e despesas processuais em restituição à parte autora, por força da sucumbência, na hipótese de pagamento prévio.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO AO APELO DO INSS, explicitando os critérios de incidência dos juros, correção monetária e da verba honorária.

É como voto.

DECLARAÇÃO DE VOTO

A Desembargadora Federal Therezinha Cazerta. Em discussão, apelação interposta pelo INSS contra sentença que julgou procedente pedido de concessão de aposentadoria por invalidez.

Das razões recursais extrai-se o argumento da perda da qualidade de segurado.

De fato, é o que o conjunto probatório está a indicar.

Vênia devida da Excelentíssima Senhora Relatora, considerando-se que o laudo pericial fixou o termo inicial da incapacidade em 20.6.2017, fato é que o requerente já havia perdido a qualidade de segurado, uma vez que o último vínculo empregatício que tivera findou em 17.7.2015, razão pela qual permaneceu ele vinculado à Previdência Social até 15.9.2016.

Nesse sentido, cabe mencionar que são inaplicáveis as hipóteses de prorrogação do período de graça, que constam da Lei n.º 8.213, art. 15, §§ 1.º e 2.º.

Primeiro, porque análise do CNIS presente nos autos indica que a parte autora não verteu mais de 120 contribuições sem que tivesse ocorrido a perda da qualidade de segurado, não incidindo, portanto, a hipótese do art. 15, § 1.º, da Lei n.º 8.213 – notadamente à vista dos intervalos contributivos ali detectados.

Ademais, não há evidência de desemprego, o qual deve ser comprovado pelo requerente, constando nos autos, pelo contrário, indícios no sentido de que a parte laborava nos momentos anteriores aos da incapacidade, uma vez que sua esposa relatou, ao médico que subscreveu o laudo pericial, que o beneficiário exercia a atividade de pedreiro antes do infortúnio.

Dessa forma, ausentes hipóteses de prorrogação, a parte perdeu a qualidade de segurada em 15.9.2016, momento anterior, portanto, à data inicial da incapacidade, que ocorreu quando já tinha se operada a caducidade dos direitos inerentes a essa situação, conforme art. 102, da Lei n.º 8.213/1991.

Ausente, por isso, um dos pressupostos legais para a concessão do benefício em questão, o reconhecimento da improcedência do pedido impõe-se de rigor.

Condene a parte autora a pagar custas processuais e honorários de advogado, arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, suspensa, porém, a exigibilidade, na forma do art. 98, § 3.º, do CPC, por se tratar de beneficiária da gratuidade da justiça.

Isso tudo considerado, divirjo para dar provimento à apelação, reformando a sentença para julgar improcedente o pedido formulado.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. REMESSA OFICIAL. NÃO CABIMENTO. ART. 496, § 3º, I, NCPC. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. LEI 8.213/1991. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS. VERBA HONORÁRIA.

- Considerando as datas do termo inicial do benefício concedido e da prolação da sentença, bem como o valor da benesse, verifica-se que a hipótese em exame não excede os 1.000 salários mínimos, sendo incabível a remessa oficial, nos termos do art. 496, § 3º, inciso I, do Código de Processo Civil atual.
- A aposentadoria por invalidez é devida ao segurado que, cumprida a carência mínima, quando exigida, for considerado incapaz para o trabalho e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência.
- Correção monetária e juros em conformidade com os critérios legais compendiados no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, observadas as teses fixadas no julgamento final do RE 870.947, de relatoria do Ministro Luiz Fux.
- Conquanto imperiosa a manutenção da condenação da autarquia em honorários advocatícios, esta deve ser fixada em percentual mínimo a ser definido na fase de liquidação, nos termos do inciso II do § 4º do artigo 85 do Código de Processo Civil atual, observando-se o disposto nos §§ 3º, 5º e 11 desse mesmo dispositivo legal e considerando-se as parcelas vencidas até a data da decisão concessiva do benefício (Súmula n. 111 do STJ).
- Apelação do INSS desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por maioria, decidiu negar provimento ao apelo do INSS, nos termos do voto da então Relatora, Juíza federal Convocada Vanessa Mello, que foi acompanhada pelo Desembargador Federal Gilberto Jordan (4º voto) e pela Desembargadora Federal Inês Virgínia (5º voto). Vencida a Desembargadora Federal Therezinha Cazerta, que dava provimento ao apelo, no que foi acompanhada pela Desembargadora Federal Daldice Santana. Julgamento nos termos do disposto no art. 942, caput e § 1º, do CPC. Lavrará acórdão a Juíza Federal Convocada Vanessa Mello, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001277-36.2017.4.03.6111
RELATOR: Gab. 32 - JUÍZA CONVOCADA LEILA PAIVA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: MARIO MENDONCA
Advogado do(a) APELADO: RHOBSON LUIZ ALVES - SP275223-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001277-36.2017.4.03.6111
RELATOR: Gab. 32 - JUÍZA CONVOCADA VANESSA MELLO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: MARIO MENDONCA
Advogado do(a) APELADO: ROSINALDO APARECIDO RAMOS - SP170780-A

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pelo INSS, e recurso adesivo manejado pela parte autora, em face da r. sentença, não submetida ao reexame necessário, que julgou parcialmente procedente o pleito deduzido na inicial. Condenou a Autarquia Previdenciária a conceder à parte autora o benefício de aposentadoria especial, desde a data do pedido administrativo de revisão da aposentadoria por tempo de contribuição - NB 163.045.245-6, isto é, dia 22/08/2016, conforme documento em Id 34877499, p. 20. Foram discriminados os consectários legais e, diante da sucumbência mínima da parte autora, condenou-se o requerido ao pagamento de honorários advocatícios, a serem fixados na fase de liquidação da sentença.

Sustenta o INSS a impossibilidade de se conceder ao autor o benefício de aposentadoria especial, por ele permanecer na mesma atividade que o sujeita à exposição aos agentes nocivos apontados. Pugna, assim, pela alteração do termo inicial do benefício para a data da cessação da referida atividade, bem como pela aplicação da Lei nº 11.960/2009 quanto à correção monetária, questionando a matéria para fins recursais.

O demandante, em seu recurso adesivo, pleiteia o pagamento das parcelas em atraso, a título de aposentadoria especial, desde a data de entrada do requerimento administrativo em 03/04/2013.

Com as contrarrazões de recurso da parte autora, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001277-36.2017.4.03.6111
RELATOR: Gab. 32 - JUÍZA CONVOCADA VANESSA MELLO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: MARIO MENDONCA
Advogado do(a) APELADO: ROSINALDO APARECIDO RAMOS - SP170780-A

VOTO

Inicialmente, tempestivos os recursos e respeitados os demais pressupostos de admissibilidade recursais, passo ao exame da matéria objeto de devolução.

É importante salientar que, de acordo com o art. 496, § 3º, inciso I, do Código de Processo Civil atual, não será aplicável o duplo grau de jurisdição quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a 1.000 (mil) salários-mínimos.

Na hipótese dos autos, embora a sentença seja ilíquida, resta evidente que a condenação ou o proveito econômico obtido na causa não ultrapassa o limite legal previsto, enquadrando-se perfeitamente à norma insculpida no parágrafo 3º, I, art. 496 da atual lei processual, razão pela qual impõe-se o afastamento do reexame necessário.

Passo, portanto, à análise dos recursos interpostos.

A aposentadoria especial - modalidade de aposentadoria por tempo de contribuição com tempo mínimo reduzido - é devida ao segurado que tiver trabalhado, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, conforme disposição legal, a teor do preceituado no art. 57 da Lei nº 8.213/91 e no art. 201, § 1º, da Constituição Federal.

O período de carência exigido, por sua vez, está disciplinado pelo art. 25, inciso II, da Lei de Planos de Benefícios da Previdência Social, o qual prevê 180 (cento e oitenta) contribuições mensais, bem como pela norma transitória contida em seu art. 142.

Registre-se, por oportuno, que o Colendo Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1310034/PR, Primeira Seção, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 19/12/2012, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC/1973, decidiu que a *"lei vigente por ocasião da aposentadoria é a aplicável ao direito à conversão entre tempos de serviço especial e comum, independentemente do regime jurídico à época da prestação do serviço"*, de modo que a conversão do tempo de atividade comum em especial, para fins de aposentadoria especial, é possível apenas no caso de o benefício haver sido requerido antes da entrada em vigor da Lei n.º 9.032/95, que deu nova redação ao art. 57, § 3º, da Lei n.º 8.213/91, exigindo que todo o tempo de serviço seja especial.

A caracterização e comprovação da atividade especial, de acordo com o art. 70, § 1º, do Decreto n.º 3.048/1999, *"obedecerá ao disposto na legislação em vigor na época da prestação do serviço"*, como já preconizava a jurisprudência existente acerca da matéria e restou sedimentado em sede de recurso repetitivo, no julgamento do REsp 1151363/MG, Terceira Seção, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 05/04/2011, e do REsp 1310034/PR, citado acima.

Dessa forma, até o advento da Lei n.º 9.032, de 28 de abril de 1995, para a configuração da atividade especial, bastava o seu enquadramento nos Anexos dos Decretos n.ºs. 53.831/64 e 83.080/79, os quais foram validados pelos Decretos n.ºs. 357/91 e 611/92, possuindo, assim, vigência concomitante.

Consoante entendimento consolidado de nossos tribunais, a relação de atividades consideradas insalubres, perigosas ou penosas constantes em regulamento é meramente exemplificativa, não exaustiva, sendo possível o reconhecimento da especialidade do trabalho executado mediante comprovação nos autos. Nesse sentido, a súmula 198 do extinto Tribunal Federal de Recursos: *"Atendidos os demais requisitos, é devida a aposentadoria especial se perícia judicial constata que a atividade exercida pelo segurado é perigosa, insalubre ou penosa, mesmo não inscrita em Regulamento"*.

A partir de referida Lei n.º 9.032/95, que alterou o art. 57, §§ 3º e 4º, da Lei n.º 8.213/91, não mais se permite a presunção de insalubridade, tornando-se necessária a comprovação da efetiva exposição a agentes prejudiciais à saúde ou integridade física do segurado e, ainda, que o tempo trabalhado em condições especiais seja permanente, não ocasional nem intermitente.

A propósito: STJ, AgRg no AREsp 547559/RS, Segunda Turma, Relator Ministro Humberto Martins, j. 23/09/2014, DJe 06/10/2014.

A comprovação podia ser realizada por meio de formulário específico emitido pela empresa ou seu preposto - SB-40, DISES BE 5235, DSS 8030 ou DIRBEN 8030, atualmente, Perfil Profissiográfico Previdenciário-PPP -, ou outros elementos de prova, independentemente da existência de laudo técnico, com exceção dos agentes agressivos ruído e calor, os quais sempre exigiram medição técnica.

Posteriormente, a Medida Provisória n.º 1.523/96, com início de vigência na data de sua publicação, em 14/10/1996, convertida na Lei n.º 9.528/97 e regulamentada pelo Decreto n.º 2.172, de 05/03/97, acrescentou o § 1º ao art. 58 da Lei n.º 8.213/91, determinando a apresentação do aludido formulário *"com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho"*. Portanto, a partir da edição do Decreto n.º 2.172/97, que trouxe o rol dos agentes nocivos, passou-se a exigir, além das informações constantes dos formulários, a apresentação do laudo técnico para fins de demonstração da efetiva exposição aos referidos agentes.

Ademais, o INSS editou a Instrução Normativa INSS/PRES n.º 77, de 21/01/2015, estabelecendo, em seu art. 260, que: *"Consideram-se formulários legalmente previstos para reconhecimento de períodos alegados como especiais para fins de aposentadoria, os antigos formulários em suas diversas denominações, sendo que, a partir de 1º de janeiro de 2004, o formulário a que se refere o § 1º do art. 58 da Lei n.º 8.213, de 1991, passou a ser o PPP"*.

À luz da legislação de regência e nos termos da citada Instrução Normativa, o PPP deve apresentar, primordialmente, dois requisitos: assinatura do representante legal da empresa e identificação dos responsáveis técnicos habilitados para as medições ambientais e/ou biológicas.

Na atualidade, a jurisprudência tem admitido o PPP - perfil profissiográfico previdenciário como substitutivo tanto do formulário como do laudo técnico, desde que devidamente preenchido.

A corroborar o entendimento esposado acima, colhe-se o seguinte precedente: STJ, AgRg no REsp 1340380/CE, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 23/09/2014, DJe 06/10/2014.

Quanto ao uso de Equipamento de Proteção Individual - EPI, no julgamento do ARE n.º 664.335/SC, em que restou reconhecida a existência de repercussão geral do tema ventilado, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o mérito, decidiu que, se o aparelho *"for realmente capaz de neutralizar a nocividade não haverá respaldo constitucional à aposentadoria especial"*. Destacou-se, ainda, que, havendo divergência ou dúvida sobre a sua real eficácia, *"a premissa a nortear a Administração e o Judiciário é pelo reconhecimento do direito ao benefício da aposentadoria especial"*.

Especificamente em relação ao agente agressivo ruído, estabeleceu-se que, na hipótese de a exposição ter se dado acima dos limites legais de tolerância, a declaração do empregador, no âmbito do Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP, no sentido da eficácia do EPI, "não descaracteriza o tempo de serviço especial para aposentadoria". Isso porque não há como garantir, mesmo com o uso adequado do equipamento, a efetiva eliminação dos efeitos nocivos causados por esse agente ao organismo do trabalhador, os quais não se restringem apenas à perda auditiva.

Outrossim, como consignado no referido julgado, não há que se cogitar em concessão de benefício sem a correspondente fonte de custeio, haja vista os termos dos §§ 6º e 7º do art. 57 da Lei n.º 8.213/91, com a redação dada pela Lei n.º 9.732/98:

"Art. 57. [...]

§ 6º O benefício previsto neste art. será financiado com os recursos provenientes da contribuição de que trata o inciso II do art. 22 da Lei n.º 8.212, de 24 de julho de 1991, cujas alíquotas serão acrescidas de doze, nove ou seis pontos percentuais, conforme a atividade exercida pelo segurado a serviço da empresa permita a concessão de aposentadoria especial após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição, respectivamente.

*§ 7º O acréscimo de que trata o parágrafo anterior incide exclusivamente sobre a remuneração do segurado sujeito às condições especiais referidas no **caput**.*

[...]."

Ademais, sendo responsabilidade exclusiva do empregador o desconto devido a esse título, a sua ausência ou recolhimento incorreto não obsta o reconhecimento da especialidade verificada, pois não pode o obreiro ser prejudicado pela conduta de seu patrão.

SITUAÇÃO DOS AUTOS

Trata-se de ação em que se pretende a conversão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição auferido pelo autor – NB 163.045.245-6, em aposentadoria especial.

Na exordial, ressalta o demandante que o INSS já procedera ao cômputo, como tempo de atividade especial, dos interregnos de 02/05/1984 a 31/08/1987, 1º/02/1988 a 26/08/1991, 1º/02/1992 a 06/01/1994, 1º/08/1995 a 06/06/1997 e de 02/05/1998 a 18/08/2016, períodos estes cuja soma resultaria em tempo suficiente para a concessão de aposentadoria especial.

De fato, a "Análise e Decisão Técnica de Atividade Especial" em Id 34877507 - p. 1/2, bem como o "Resumo de Documentos para Cálculo de Tempo de Contribuição" em Id 34877507 - p. 5/6, comprovam que os lapsos acima indicados já tiveram a especialidade reconhecida na seara administrativa.

Assim, somados tais períodos, verifica-se a seguinte contagem de tempo de serviço/contribuição:

CONTAGEM DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO

- Data de nascimento: 19/11/1960

- Sexo: Masculino

- DER: 03/04/2013

- Período 1 - 02/05/1984 a 31/08/1987 - 3 anos, 3 meses e 29 dias

- Período 2 - 01/02/1988 a 26/08/1991 - 3 anos, 6 meses e 26 dias

- Período 3 - 01/02/1992 a 06/01/1994 - 1 anos, 11 meses e 6 dias

- Período 4 - 01/08/1995 a 06/06/1997 - 1 anos, 10 meses e 6 dias

- Período 5 - 02/05/1998 a 08/08/2016 - 18 anos, 3 meses e 7 dias (Período parcialmente posterior à DER)

**** Não há períodos concomitantes.***

- Soma até 03/04/2013 (DER): 25 anos, 7 meses, 9 dias

**** Para visualizar esta planilha acesse <https://planilha.tramitacaointeligente.com.br/planilhas/VN3ND-KKRQZ-GQ>***

Verifica-se, destarte, que o autor possui, até a data de entrada do requerimento, em 03/04/2013, o total de **25 anos, 7 meses e 9 dias** de tempo de trabalho em condições especiais. Cuida-se de tempo suficiente para concessão da aposentadoria especial, cuja exigência pressupõe comprovação de 25 anos.

Portanto, presentes os requisitos, é devido o benefício da aposentadoria especial a partir da data de entrada do requerimento administrativo, isto é, dia 03/04/2013, conforme documento em Id 34877499, p. 6.

Cito, por oportuno, decisão do STJ em caso similar, no REsp 1568343/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 05/02/2016.

Todavia, considerando que o autor já recebe benefício previdenciário por força de ato administrativo, qual seja, a aposentadoria por tempo de contribuição – NB 163.045.245-6, cuja cumulação é vedada por lei, deverá optar por aquele que entender mais vantajoso - o atual benefício percebido ou o concedido nos presentes autos. Caso opte pela aposentadoria deferida no presente feito, os valores já pagos, na via administrativa, deverão ser integralmente abatidos do débito. Por outro lado, a questão de eventual mescla de efeitos financeiros dos benefícios deve observar o deslinde final da controvérsia versada nos REsp nºs 1.803.154/RS e 1.767.789/PR, afetada ao Tema nº 1018, do Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, quanto à alegação do INSS acerca da impossibilidade de cumulação da aposentadoria especial e rendimentos da atividade enquadrada como especial, a jurisprudência da E. Nona Turma desta Corte caminha no sentido de que a continuidade do trabalho em condições especiais, após a data do pedido administrativo (DIB), não impossibilita o pagamento da aposentadoria especial desde essa época, haja vista o caráter protetivo da norma contida no supracitado dispositivo legal.

Neste sentido, cito os seguintes julgados: Agravo interno na AC n. 0001898-78.2013.4.03.6109, Relatora Desembargadora Federal Marisa Santos, j. 10/10/2018, v.u., e-DJF3 25/10/2018; EDE na AC n. 0005163-82.2018.4.03.9999, Relator Desembargador Federal Gilberto Jordan, j. 12/09/2018, v.u., e-DJF3 26/09/2018; EDE na AC n. 0010529-39.2017.4.03.9999, Relator Juiz Federal Convocado Rodrigo Zacharias, j. 21/02/2018, e-DJF3 07/03/2018; Agravo legal na AC n. 0000622-06.2013.4.03.6111, Relator Juiz Federal Convocado Rodrigo Zacharias, j. 07/11/2016, v.u., e-DJF3 23/11/2016; AC n. 0043810-93.2011.4.03.9999, Relatora Desembargadora Federal Ana Pezarini, decisão monocrática disponibilizada no DJF3 em 14/01/2019.

Solucionado o mérito, passo à análise da correção monetária.

Cumprido esclarecer que, em 20 de setembro de 2017, o STF concluiu o julgamento do RE 870.947, definindo as seguintes teses de repercussão geral sobre a incidência da Lei n. 11.960/2009: "1) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, *caput*); quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09; e 2) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina."

Desse modo, a questão relativa à aplicação da Lei n. 11.960/2009, no que se refere à correção monetária, não comporta mais discussão, cabendo apenas o cumprimento da decisão exarada pelo STF em sede de repercussão geral.

Nesse cenário, sobre os valores em atraso incidirá correção monetária em conformidade com os critérios legais compendiados no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, observadas as teses fixadas no julgamento final do RE 870.947, de relatoria do Ministro Luiz Fux.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** à apelação do INSS, explicitando os critérios de incidência da correção monetária, e **DOU PROVIMENTO** ao recurso adesivo da parte autora, para fixar o termo inicial do benefício da aposentadoria especial na data de entrada do requerimento administrativo, descontados os valores percebidos, anteriormente, a título de benefício previdenciário.

É como voto.

A Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA. Em discussão, demanda objetivando o reconhecimento da especialidade de período trabalho e consequente conversão do benefício por tempo de contribuição auferido pela parte autora em aposentadoria especial, em que a sentença de parcial procedência do pedido formulado, como bem anotado pela Excelentíssima Senhora Relatora, “condenou a Autarquia Previdenciária a conceder à parte autora o benefício de aposentadoria especial, desde a data do pedido administrativo de revisão da aposentadoria por tempo de contribuição - NB 163.045.245-6, isto é, dia 22/08/2016, conforme documento em Id 34877499, p. 20”.

Acompanho o voto de Sua Excelência, exceto no que diz respeito à reforma da decisão de 1.º grau quanto ao termo inicial dos efeitos financeiros da concessão do benefício.

Isso porque, na hipótese versada nos presentes autos, a comprovação da especialidade da atividade pretendida somente veio a acontecer a partir do novo PPP apresentado pela autora no âmbito do requerimento administrativo de revisão, conforme se fez menção.

Isso tudo considerado, divirjo da Relatora para negar provimento ao recurso adesivo, acompanhando-a quanto ao mais negar provimento à apelação do INSS.

É o voto.

THEREZINHA CAZERTA

Desembargadora Federal

E M E N T A

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. REMESSA OFICIAL. NÃO CABIMENTO. ART. 496, § 3º, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. APOSENTADORIA ESPECIAL. REQUISITOS PREENCHIDOS. BENEFÍCIO DEVIDO.

- A condenação ou o proveito econômico obtido na presente causa não excede 1.000 salários mínimos, sendo incabível a remessa oficial, nos termos do art. 496, § 3º, inciso I, do Código de Processo Civil.

- O conjunto probatório dos autos revela que o INSS já procedera ao cômputo, como tempo de atividade especial, dos interregnos de 02/05/1984 a 31/08/1987, 1º/02/1988 a 26/08/1991, 1º/02/1992 a 06/01/1994, 1º/08/1995 a 06/06/1997 e de 02/05/1998 a 18/08/2016, períodos estes cuja soma resulta em tempo suficiente para a concessão de aposentadoria especial.

- Preenchidos os requisitos, é devido o benefício da aposentadoria especial a partir da data de entrada do requerimento administrativo. Precedente do Superior Tribunal de Justiça.

- Considerando que o autor já recebe benefício previdenciário por força de ato administrativo, qual seja, a aposentadoria por tempo de contribuição – NB 163.045.245-6, cuja cumulação é vedada por lei, deverá optar por aquele que entender mais vantajoso – o atual benefício percebido ou o concedido nos presentes autos. Caso opte pela aposentadoria deferida no presente feito, os valores já pagos, na via administrativa, deverão ser integralmente abatidos do débito. Por outro lado, a questão de eventual mescla de efeitos financeiros dos benefícios deve observar o deslinde final da controvérsia versada nos REsp nºs 1.803.154/RS e 1.767.789/PR, afêta ao Tema nº 1018, do Superior Tribunal de Justiça.

- A continuidade do trabalho em condições especiais, após a data do pedido administrativo (DIB), não impossibilita o pagamento da aposentadoria especial desde essa época, haja vista o caráter protetivo da norma contida no supracitado dispositivo legal. Precedentes desta Turma.

- Correção monetária em conformidade com os critérios legais compendiados no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, observadas as teses fixadas no julgamento final do RE 870.947, de relatoria do Ministro Luiz Fux.

- Apelação do INSS desprovida.

- Recurso adesivo da parte autora provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento à apelação do INSS e, por maioria, dar provimento ao recurso adesivo da parte autora, nos termos do voto da então Relatora, Juíza Federal Convocada Vanessa Mello, que foi acompanhada pelo Desembargador Federal Gilberto Jordan (4º voto) e pela Desembargadora Federal Inês Virgínia (5º voto). Vencida a Desembargadora Federal Therezinha Cazerta, que negava provimento ao recurso adesivo, no que foi acompanhada pela Desembargadora Federal Daldice Santana. Julgamento nos termos do disposto no art. 942, caput e § 1º, do CPC. Lavrará acórdão a Juíza Federal Convocada Vanessa Mello, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5114714-38.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: ZILDA MARIA DE OLIVEIRA
Advogado do(a) APELADO: DONIZETI ELIAS DA CRUZ - SP310432-N
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5114714-38.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: ZILDA MARIA DE OLIVEIRA
Advogado do(a) APELADO: DONIZETI ELIAS DA CRUZ - SP310432-N
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Demanda proposta objetivando a concessão de aposentadoria por idade a trabalhador rural, prevista no art. 143 da Lei nº 8.213/91.

O juízo *a quo* julgou procedente o pedido formulado, reconhecendo à parte autora o direito ao benefício pretendido, a partir do requerimento administrativo.

O INSS apela, pleiteando a reforma da sentença, sustentando, em síntese, o não cumprimento dos requisitos legais à concessão em questão e ao final prequestiona a matéria.

Com contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5114714-38.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: ZILDA MARIA DE OLIVEIRA
Advogado do(a) APELADO: DONIZETI ELIAS DA CRUZ - SP310432-N
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Tempestivo o recurso e presentes os demais requisitos de admissibilidade, passa-se ao exame da insurgência propriamente dita, considerando-se a matéria objeto de devolução.

APOSENTADORIA POR IDADE (RURAL)

O benefício de aposentadoria por idade a trabalhador rural encontra-se disciplinado nos arts. 39, inciso I; 48, §§ 1.º e 2.º; e 143 da Lei n.º 8.213/91.

Antes mesmo do advento da Lei de Benefícios, a Lei Complementar n.º 11, de 25 de maio de 1971, que instituiu o Programa de Assistência ao Trabalhador Rural, em seu art. 4.º dispunha que a aposentadoria seria devida quando se completassem 65 anos de idade, cabendo a concessão do benefício apenas ao respectivo chefe ou arrimo de família (parágrafo único).

Por sua vez, de acordo com o art. 5.º da Lei Complementar n.º 16/73, o trabalhador rural deveria comprovar a sua atividade pelo menos nos três últimos anos anteriores à data do pedido do benefício.

Referidos dispositivos não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, que passou para 60 anos, para homens, e 55, para mulheres, a idade mínima exigida para a concessão do benefício (art. 201, § 7.º, inciso II), excluindo a exigência da condição de chefe de família.

Além do requisito etário (60 anos, se homem, e 55 anos, se mulher), o trabalhador rural deve comprovar o exercício de atividade rural, mesmo que descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses idêntico à carência do benefício.

O dispositivo legal citado deve ser analisado em consonância com o art. 142 da Lei de Benefícios.

Não se exige do trabalhador rural o cumprimento de carência (art. 26, inciso III), como o dever de verter contribuição por determinado número de meses.

Vale dizer: em relação às contribuições previdenciárias, é assente, desde sempre, o entendimento de serem desnecessárias, sendo suficiente a comprovação do efetivo exercício de atividade no meio rural (STJ, REsp n.º 207.425, 5.ª Turma, j. em 21/9/1999, v.u., DJ de 25/10/1999, p. 123, Rel. Ministro Jorge Scartezini; e STJ, RESP n. 502.817, 5.ª Turma, j. em 14/10/2003, v.u., DJ de 17/11/2003, p. 361, Rel. Ministra Laurita Vaz).

Noutro passo, com relação ao art. 143 da Lei n.º 8.213/91, a regra transitória assegurou aos rurícolas o direito de requerer aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo, durante 15 (quinze) anos, contados da vigência da referida Lei.

Assim, o referido prazo expiraria em 25/7/2006.

Entretanto, em relação ao trabalhador rural enquadrado como segurado empregado ou como segurado contribuinte individual, que presta serviços de natureza rural, em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego, o aludido prazo foi prorrogado por mais 2 (dois) anos, estendendo-se até 25/7/2008, em face do disposto na MP n.º 312/06, convertida na Lei n.º 11.368/06.

Posteriormente, a Medida Provisória n.º 410/07, convertida na Lei n.º 11.718/08, estabeleceu nova prorrogação para o prazo previsto no art. 143 da Lei n.º 8.213/91, ao determinar, em seu art. 2.º, que “Para o trabalhador rural empregado, o prazo previsto no art. 43 da Lei n.º 8.213/91, de 24 de julho de 1991, fica prorrogado até o dia 31 de dezembro de 2010” (art. 2.º) e, em seu art. 3.º, que “*Na concessão de aposentadoria por idade do empregado rural, em valor equivalente ao salário mínimo, serão contados para efeito de carência: I - até 31 de dezembro de 2010, a atividade comprovada na forma do art. 143 da Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991; II - de janeiro de 2011 a dezembro de 2015, cada mês comprovado de emprego, multiplicado por 3 (três), limitado a 12 (doze) meses, dentro do respectivo ano civil; e III - de janeiro de 2016 a dezembro de 2020, cada mês comprovado de emprego, multiplicado por 2 (dois), limitado a 12 (doze) meses dentro do respectivo ano civil*”.

É de observar-se que, para os empregados rurais e contribuintes individuais eventuais, a regra permanente do art. 48 da Lei n.º 8.213/91 continua a exigir, para concessão de aposentadoria por idade a rurícolas, apenas a comprovação do efetivo exercício de “*atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência do benefício pretendido*”, consoante §§ 1.º e 2.º do referido dispositivo.

Essa comprovação do labor rural, nos termos dos arts. 48 e 143 da Lei de Benefícios, dar-se-á por meio de prova documental, ainda que incipiente, e, nos termos do art. 55, § 3.º, da retrocitada Lei, corroborada por prova testemunhal.

Acrescente-se que a jurisprudência de longa data vem atentando para a necessidade dessa conjunção de elementos probatórios (início de prova documental e colheita de prova testemunhal), o que resultou até mesmo na edição do verbete n.º 149 da Súmula da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: ”

“A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito de obtenção do benefício previdenciário”.

DO CASO DOS AUTOS

O requisito etário restou satisfeito, pois a parte autora completou a idade mínima em 2017, devendo fazer prova do exercício de atividade rural por 180 meses.

Para demonstrar as alegações, juntou documentos, dentre os quais se destacam:

- contrato de arrendamento de imóvel rural, para fins de exploração agrícola de parte do imóvel, relativa a 1.0 ha, firmado em 23/09/2017, pela autora e seu marido, ambos lavradores e arrendatários rurais;
- certidão de nascimento de filho, em 25/10/96, constando a autora e o cônjuge lavradores;
- CTPS do marido, indicando os seguintes vínculos empregatícios, a saber:
 - de 01/08/90 a 26/09/90, para Joaquim Brisola Ferreira-ME, como ajudante de pedreiro;
 - de 02/05/2011 a 06/09/2012, para Renato Domingues de Lima-ME, como trabalhador rural; e
 - de 01/11/2013 a 10/04/2015, para Renato Domingues de Lima-ME, como trabalhador rural.
- certidão de casamento da filha, lavradora, em 28/06/2008; e
- certidão de casamento, em 27/09/80, constando o marido como operário.

O INSS juntou consulta ao Sistema CNIS da Previdência Social, confirmando os registros em CTPS do marido e que nada consta em relação à autora.

Cabe ressaltar a existência de prova oral. As testemunhas declaram que conhecem a parte autora e confirmam o trabalho rural.

É incontestado o valor probatório dos documentos de qualificação civil, nos quais é possível inferir a profissão exercida pela parte autora, à época dos fatos que se pretende comprovar.

E os documentos juntados constituem início de prova material, o que foi corroborado pela prova testemunhal, confirmando a atividade campesina da parte autora.

Esclareça-se que o Colendo Superior Tribunal de Justiça estabeleceu, no julgamento do RESP n.º 1.354.908/SP, sob a sistemática dos recursos representativos de controvérsia repetitiva, a necessidade da demonstração do exercício da atividade campesina em período imediatamente anterior ao implemento do requisito etário.

Neste caso, a autora juntou o contrato de arrendamento rural e a certidão de nascimento de filho, constando ela lavradora e o fato do marido ter laborado em atividade urbana não afasta seu direito ao benefício vindicado, eis que referido labor se deu há bastante tempo e restou provada a predominância da atividade rural durante o período de carência.

De rigor, portanto, o deferimento do benefício, porquanto comprovado o exercício de atividade rural pelo período de carência legalmente exigido.

A aposentadoria corresponde ao valor de um salário mínimo mensal, nos termos do art. 143 da Lei n.º 8.213/91.

O termo inicial do benefício previdenciário deve retroagir à data do requerimento administrativo, de acordo com a previsão contida no inciso II do art. 49 da Lei n.º 8.213/91. Na ausência de demonstração do requerimento, o termo inicial deve retroagir à data da citação, ocasião em que a autarquia tomou conhecimento da pretensão.

No caso, existe comprovação de requerimento, devendo o termo inicial ser nele fixado.

Devida a gratificação natalina, nos termos preconizados no art. 7.º, inciso VIII, da Constituição da República.

A correção monetária das parcelas vencidas se dará nos termos da normatização de regência (Lei n.º 6.899/1981 e legislação superveniente), bem como do Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos na Justiça Federal, observado o decidido, sob a sistemática da repercussão geral, no Recurso Extraordinário n.º 870.947, de 20/9/2017, sob relatoria do Ministro Luiz Fux.

Fica afastada a incidência da Taxa Referencial (TR) na condenação, pois o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar embargos declaratórios no recurso extraordinário em questão, decidiu pela não modulação dos efeitos.

Os juros moratórios são devidos à razão de 0,5% (meio por cento) ao mês, a contar da citação, nos termos dos arts. 1.062, do Código Civil de 1916, e 240, do Código de Processo Civil. A partir da vigência do novo Código Civil (Lei n.º 10.406/2002), deverão ser computados nos termos do art. 406 deste diploma, em 1% (um por cento) ao mês, neste caso até 30/06/2009. A partir de 1.º de julho de 2009, incidirão, uma única vez, até a conta final que servir de base para a expedição do precatório, para fins de atualização monetária e de juros, os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos do art. 1.º-F, da Lei n.º 9.494/97, com a redação dada pela Lei n.º 11.960/2009 (Repercussão Geral no RE n.º 870.947), observada, quanto ao termo final da incidência, a tese firmada em Repercussão Geral no RE n.º 579.431, de 19/4/2017, Rel. Ministro Marco Aurélio.

Nos termos do art. 4.º, inciso I, da Lei Federal n.º 9.289/1996, o INSS está isento do pagamento de custas processuais nas ações de natureza previdenciária ajuizadas nesta Justiça Federal, assim como o está naquelas aforadas na Justiça do Estado de São Paulo, por força do art. 6.º da Lei Estadual n.º 11.608/2003, c. c. o art. 1.º, § 1.º, da mesma Lei n.º 9.289/1996, circunstância que não o exime, porém, de arcar com as custas e as despesas processuais em restituição à parte autora, em decorrência da sucumbência, na hipótese de pagamento prévio.

Quanto ao prequestionamento suscitado, saliente-se inexistir contrariedade alguma à legislação federal ou a dispostos constitucionais.

Posto isso, nego provimento à apelação.

O benefício é de aposentadoria por idade de trabalhador rural, no valor de um salário mínimo, com DIB em 16.10.2017 (data do requerimento administrativo).

É o voto.

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE A TRABALHADOR RURAL. ART. 143 DA LEI N.º 8.213/91. COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE DE RURÍCOLA NO PERÍODO ANTERIOR AO REQUERIMENTO. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.

- A atividade rural deve ser comprovada por meio de início de prova material, aliada à prova testemunhal.
- O conjunto probatório é suficiente para ensejar a concessão do benefício vindicado.
- Reconhecimento da procedência do pedido formulado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6166112-41.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: MARIA APARECIDA DE SOUZA
Advogado do(a) APELANTE: DANIEL BELZ - SP62246-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6166112-41.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: MARIA APARECIDA DE SOUZA
Advogado do(a) APELANTE: DANIEL BELZ - SP62246-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Demanda proposta objetivando a concessão de aposentadoria por idade a trabalhador rural, prevista no art. 143 da Lei n.º 8.213/91.

O juízo *a quo* julgou improcedente o pedido formulado.

A parte autora apela, pleiteando a reforma da sentença, sustentando, em síntese, o cumprimento dos requisitos legais necessários à concessão pretendida.

Sem contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6166112-41.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: MARIA APARECIDA DE SOUZA
Advogado do(a) APELANTE: DANIEL BELZ - SP62246-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Tempestivo o recurso e presentes os demais requisitos de admissibilidade, passa-se ao exame da insurgência propriamente dita, considerando-se a matéria objeto de devolução.

APOSENTADORIA POR IDADE (RURAL)

O benefício de aposentadoria por idade a trabalhador rural encontra-se disciplinado nos arts. 39, inciso I; 48, §§ 1.º e 2.º; e 143 da Lei n.º 8.213/91.

Antes mesmo do advento da Lei de Benefícios, a Lei Complementar n.º 11, de 25 de maio de 1971, que instituiu o Programa de Assistência ao Trabalhador Rural, em seu art. 4.º dispunha que a aposentadoria seria devida quando se completassem 65 anos de idade, cabendo a concessão do benefício apenas ao respectivo chefe ou arrimo de família (parágrafo único).

Por sua vez, de acordo com o art. 5.º da Lei Complementar n.º 16/73, o trabalhador rural deveria comprovar a sua atividade pelo menos nos três últimos anos anteriores à data do pedido do benefício.

Referidos dispositivos não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, que passou para 60 anos, para homens, e 55, para mulheres, a idade mínima exigida para a concessão do benefício (art. 201, § 7.º, inciso II), excluindo a exigência da condição de chefe de família.

Além do requisito etário (60 anos, se homem, e 55 anos, se mulher), o trabalhador rural deve comprovar o exercício de atividade rural, mesmo que descontinua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses idêntico à carência do benefício.

O dispositivo legal citado deve ser analisado em consonância com o art. 142 da Lei de Benefícios.

Não se exige do trabalhador rural o cumprimento de carência (art. 26, inciso III), como o dever de verter contribuição por determinado número de meses, senão a comprovação do exercício laboral durante o período respectivo.

Vale dizer: em relação às contribuições previdenciárias, é assente, desde sempre, o entendimento de serem desnecessárias, sendo suficiente a comprovação do efetivo exercício de atividade no meio rural (STJ, REsp n.º 207.425, 5.ª Turma, j. em 21/9/1999, v.u., DJ de 25/10/1999, p. 123, Rel. Ministro Jorge Scartezini; e STJ, RESP n. 502.817, 5.ª Turma, j. em 14/10/2003, v.u., DJ de 17/11/2003, p. 361, Rel. Ministra Laurita Vaz).

Noutro passo, com relação ao art. 143 da Lei n.º 8.213/91, a regra transitória assegurou aos rurícolas o direito de requerer aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo, durante 15 (quinze) anos, contados da vigência da referida Lei.

Assim, o referido prazo expiraria em 25/7/2006.

Entretanto, em relação ao trabalhador rural enquadrado como segurado empregado ou como segurado contribuinte individual, que presta serviços de natureza rural, em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego, o aludido prazo foi prorrogado por mais 2 (dois) anos, estendendo-se até 25/7/2008, em face do disposto na MP n.º 312/06, convertida na Lei n.º 11.368/06.

Posteriormente, a Medida Provisória n.º 410/07, convertida na Lei n.º 11.718/08, estabeleceu nova prorrogação para o prazo previsto no art. 143 da Lei n.º 8.213/91, ao determinar, em seu art. 2.º, que “Para o trabalhador rural empregado, o prazo previsto no art. 43 da Lei n.º 8.213/91, de 24 de julho de 1991, fica prorrogado até o dia 31 de dezembro de 2010” (art. 2.º) e, em seu art. 3.º, que “Na concessão de aposentadoria por idade do empregado rural, em valor equivalente ao salário mínimo, serão contados para efeito de carência: I - até 31 de dezembro de 2010, a atividade comprovada na forma do art. 143 da Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991; II - de janeiro de 2011 a dezembro de 2015, cada mês comprovado de emprego, multiplicado por 3 (três), limitado a 12 (doze) meses, dentro do respectivo ano civil; e III - de janeiro de 2016 a dezembro de 2020, cada mês comprovado de emprego, multiplicado por 2 (dois), limitado a 12 (doze) meses dentro do respectivo ano civil”.

É de observar-se que, para os empregados rurais e contribuintes individuais eventuais, a regra permanente do art. 48 da Lei n.º 8.213/91 continua a exigir, para concessão de aposentadoria por idade a rurícolas, apenas a comprovação do efetivo exercício de “atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência do benefício pretendido”, consoante §§ 1.º e 2.º do referido dispositivo.

Essa comprovação do labor rural, nos termos dos arts. 48 e 143 da Lei de Benefícios, dar-se-á por meio de prova documental, ainda que incipiente, e, nos termos do art. 55, § 3.º, da retrocitada Lei, corroborada por prova testemunhal.

Acrescente-se que a jurisprudência de longa data vem atentando para a necessidade dessa conjunção de elementos probatórios (início de prova documental e colheita de prova testemunhal), o que resultou até mesmo na edição do verbete n.º 149 da Súmula da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: ”

“A prova exclusivamente testemunhal não basta a comprovação da atividade rurícola, para efeito de obtenção do benefício previdenciário”.

DO CASO DOS AUTOS

O requisito etário restou satisfeito, pois a parte autora completou a idade mínima em 08.05.2017, devendo fazer prova do exercício de atividade rural por 180 meses.

Para demonstrar as alegações, juntou documentos, entre os quais destaca-se:

- CTPS da autora, com registros de atividades em serviços rurais nos períodos de 24.07.2000 a 10.02.2000, 11.06.2000 a 14.01.2003, 23.08.2004 a 20.10.2004, 15.11.2004 a 23.01.2005, 19.12.2005 a 08.02.2006, 14.07.2008 a 25.01.2009 e 04.07.2011 a 16.02.2012.

Cabe ressaltar a existência de prova oral. As testemunhas declaram que conhecem a parte autora há bastante tempo e confirmam o alegado labor rural. A testemunha Sr. João Batista de Souza, declarou que conhece a autora há mais de 30 anos, que trabalhou com a requerente em diversas fazendas e sempre como diarista. Aduziu, ainda, que trabalhou para o depoente na lavoura de pimentão, jiló e abobrinha em fevereiro de 2018. Já a testemunha Sr. Idelfonso Bonani Fortes, asseverou que conheceu a autora na Fazenda Ventura, que a demandante trabalhou neste local por aproximadamente 8 ou 9 anos na cultura de laranja, que a autora sempre laborou como diarista, tendo trabalhado até fevereiro de 2018. Por sua vez, a testemunha Sr. Antonio de Lima Serrão, afirmou que trabalhou com a autora na época em que atuava como empreiteiro e recrutou a demandante para o trabalho em diversas fazendas até 20 anos atrás, que a autora continuou como diarista, indagado até quando a requerente atuou na lavoura, informou que presenciou o trabalho na lavoura de tomate e pimentão no final de 2017.

É inconteste o valor probatório dos documentos de qualificação civil, dos quais é possível inferir a profissão exercida pela parte autora, à época dos fatos que se pretende comprovar.

E os documentos juntados constituem início de prova material, o que foi corroborado pela prova testemunhal, confirmando a atividade campesina da parte autora.

De rigor, portanto, o deferimento do benefício, porquanto comprovado o exercício de atividade rural pelo período de carência legalmente exigido.

A aposentadoria corresponde ao valor de um salário mínimo mensal, nos termos do art. 143 da Lei n.º 8.213/91.

O termo inicial do benefício previdenciário deve retroagir à data do requerimento administrativo, de acordo com a previsão contida no inciso II do art. 49 da Lei n.º 8.213/91. Na ausência de demonstração do requerimento, o termo inicial deve retroagir à data da citação, ocasião em que a autarquia tomou conhecimento da pretensão.

No caso, existe comprovação de requerimento, devendo o termo inicial ser nele fixado.

Devida a gratificação natalina, nos termos preconizados no art. 7.º, inciso VIII, da Constituição da República.

A correção monetária das parcelas vencidas se dará nos termos da normatização de regência (Lei n.º 6.899/1981 e legislação superveniente), bem como do Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos na Justiça Federal, observado o decidido, sob a sistemática da repercussão geral, no Recurso Extraordinário n.º 870.947, de 20/9/2017, sob relatoria do Ministro Luiz Fux.

Fica afastada a incidência da Taxa Referencial (TR) na condenação, pois o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar embargos declaratórios no recurso extraordinário em questão, decidiu pela não modulação dos efeitos.

Os juros moratórios são devidos à razão de 0,5% (meio por cento) ao mês, a contar da citação, nos termos dos arts. 1.062 do Código Civil de 1916 e 240 do Código de Processo Civil. A partir da vigência do novo Código Civil (Lei n.º 10.406/2002), deverão ser computados nos termos do art. 406 desse diploma, em 1% (um por cento) ao mês, nesse caso até 30/6/2009. A partir de 1.º de julho de 2009, incidirão, uma única vez, até a conta final que servir de base para a expedição do precatório, para fins de atualização monetária e de juros, os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos do art. 1.º-F da Lei n.º 9.494/97, com a redação dada pela Lei n.º 11.960/2009 (Repercussão Geral no RE n.º 870.947), observada, quanto ao termo final da incidência, a tese firmada em Repercussão Geral no RE n.º 579.431, de 19/4/2017, Rel. Ministro Marco Aurélio.

Nos termos do art. 4.º, inciso I, da Lei Federal n.º 9.289/1996, o INSS está isento do pagamento de custas processuais nas ações de natureza previdenciária ajuizadas nesta Justiça Federal, assim como o está naquelas aforadas na Justiça do estado de São Paulo, por força do art. 6.º da Lei Estadual n.º 11.608/2003, c. c. o art. 1.º, § 1.º, da mesma Lei n.º 9.289/1996, circunstância que não o exime, porém, de arcar com as custas e as despesas processuais em restituição à parte autora, em decorrência da sucumbência, na hipótese de pagamento prévio.

Já no que diz respeito às ações propostas perante a Justiça do estado de Mato Grosso do Sul, as normativas que tratavam da aludida isenção (Leis Estaduais n.º 1.135/91 e n.º 1.936/98) restaram revogadas a partir da edição da Lei Estadual n.º 3.779/09 (art. 24, §§ 1.º e 2.º), pelo que, nos feitos advindos daquela Justiça Estadual, de rigor a imposição à autarquia previdenciária do pagamento das custas processuais, exigindo-se o recolhimento apenas ao final da demanda, caso caracterizada a sucumbência.

À vista do quanto disposto no art. 85 do Código de Processo Civil, sendo o caso de sentença ilíquida, o percentual da verba honorária deverá ser fixado na liquidação do julgado, com observância ao disposto no inciso II do § 4.º, c. c. o § 11, ambos do art. 85 do CPC, bem como no art. 86 do mesmo diploma legal.

Os honorários advocatícios incidem sobre as parcelas vencidas até a sentença de procedência (STJ, Súmula 111). Na hipótese em que a pretensão do segurado somente seja deferida em sede recursal, a verba honorária incidirá sobre as parcelas vencidas até a data da decisão ou acórdão, ematenção ao disposto no § 11 do art. 85 do CPC.

Posto isso, dou provimento à apelação, para reformar a sentença e julgar procedente o pedido formulado, fixando os critérios dos consectários e determinando a incidência de verba honorária nos termos da fundamentação, *supra*.

O benefício é de aposentadoria por idade de trabalhador rural, no valor de um salário mínimo, com DIB em 10.05.2017.

É o voto.

E M E N T A

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE A TRABALHADOR RURAL. ART. 143 DA LEI N.º 8.213/91. COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE DE RURÍCOLA NO PERÍODO ANTERIOR AO REQUERIMENTO. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.

- A atividade rural deve ser comprovada por meio de início de prova material, aliada à prova testemunhal.
- O conjunto probatório é suficiente para ensejar a concessão do benefício vindicado.
- Reconhecimento da procedência do pedido formulado.
- Apelação da parte autora provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu dar provimento à apelação da parte autora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6161616-66.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: CECILIA CRAVO DE OLIVEIRA COSTA
Advogado do(a) APELADO: HIROSI KACUTA JUNIOR - SP174420-N
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6161616-66.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: CECILIA CRAVO DE OLIVEIRA COSTA
Advogado do(a) APELADO: HIROSI KACUTA JUNIOR - SP174420-N
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

8.213/91. Demanda proposta objetivando a concessão de aposentadoria por idade a trabalhador rural, prevista no art. 143 da Lei n.º

O juízo *a quo* julgou procedente o pedido formulado, reconhecendo à parte autora o direito ao benefício pretendido, a partir da data do pedido administrativo (24.12.2018).

O INSS apela, pleiteando a reforma da sentença, sustentando, em síntese, o não cumprimento dos requisitos legais necessários à concessão em questão.

Com contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

THEREZINHA CAZERTA

Desembargadora Federal Relatora

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 6161616-66.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: CECILIA CRAVO DE OLIVEIRA COSTA
Advogado do(a) APELADO: HIROSI KACUTA JUNIOR - SP174420-N
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Tempestivo o recurso e presentes os demais requisitos de admissibilidade, passa-se ao exame da insurgência propriamente dita, considerando-se a matéria objeto de devolução.

O benefício de aposentadoria por idade a trabalhador rural encontra-se disciplinado nos arts. 39, inciso I; 48, §§ 1.º e 2.º; e 143 da Lei n.º 8.213/91.

Antes mesmo do advento da Lei de Benefícios, a Lei Complementar n.º 11, de 25 de maio de 1971, que instituiu o Programa de Assistência ao Trabalhador Rural, em seu art. 4.º dispunha que a aposentadoria seria devida quando se completassem 65 anos de idade, cabendo a concessão do benefício apenas ao respectivo chefe ou arrimo de família (parágrafo único).

Por sua vez, de acordo com o art. 5.º da Lei Complementar n.º 16/73, o trabalhador rural deveria comprovar a sua atividade pelo menos nos três últimos anos anteriores à data do pedido do benefício.

Referidos dispositivos não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, que passou para 60 anos, para homens, e 55, para mulheres, a idade mínima exigida para a concessão do benefício (art. 201, § 7.º, inciso II), excluindo a exigência da condição de chefe de família.

Além do requisito etário (60 anos, se homem, e 55 anos, se mulher), o trabalhador rural deve comprovar o exercício de atividade rural, mesmo que descontinua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses idêntico à carência do benefício.

O dispositivo legal citado deve ser analisado em consonância com o art. 142 da Lei de Benefícios.

Não se exige do trabalhador rural o cumprimento de carência (art. 26, inciso III), como o dever de verter contribuição por determinado número de meses, senão a comprovação do exercício laboral durante o período respectivo.

Vale dizer: em relação às contribuições previdenciárias, é assente, desde sempre, o entendimento de serem desnecessárias, sendo suficiente a comprovação do efetivo exercício de atividade no meio rural (STJ, REsp n.º 207.425, 5.ª Turma, j. em 21/9/1999, v.u., DJ de 25/10/1999, p. 123, Rel. Ministro Jorge Scartezini; e STJ, RESP n. 502.817, 5.ª Turma, j. em 14/10/2003, v.u., DJ de 17/11/2003, p. 361, Rel. Ministra Laurita Vaz).

Noutro passo, com relação ao art. 143 da Lei n.º 8.213/91, a regra transitória assegurou aos rurícolas o direito de requerer aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo, durante 15 (quinze) anos, contados da vigência da referida Lei.

Assim, o referido prazo expiraria em 25/7/2006.

Entretanto, em relação ao trabalhador rural enquadrado como segurado empregado ou como segurado contribuinte individual, que presta serviços de natureza rural, em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego, o aludido prazo foi prorrogado por mais 2 (dois) anos, estendendo-se até 25/7/2008, em face do disposto na MP n.º 312/06, convertida na Lei n.º 11.368/06.

Posteriormente, a Medida Provisória n.º 410/07, convertida na Lei n.º 11.718/08, estabeleceu nova prorrogação para o prazo previsto no art. 143 da Lei n.º 8.213/91, ao determinar, em seu art. 2.º, que “Para o trabalhador rural empregado, o prazo previsto no art. 43 da Lei n.º 8.213/91, de 24 de julho de 1991, fica prorrogado até o dia 31 de dezembro de 2010” (art. 2.º) e, em seu art. 3.º, que “*Na concessão de aposentadoria por idade do empregado rural, em valor equivalente ao salário mínimo, serão contados para efeito de carência: I - até 31 de dezembro de 2010, a atividade comprovada na forma do art. 143 da Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991; II - de janeiro de 2011 a dezembro de 2015, cada mês comprovado de emprego, multiplicado por 3 (três), limitado a 12 (doze) meses, dentro do respectivo ano civil; e III - de janeiro de 2016 a dezembro de 2020, cada mês comprovado de emprego, multiplicado por 2 (dois), limitado a 12 (doze) meses dentro do respectivo ano civil*”.

É de observar-se que, para os empregados rurais e contribuintes individuais eventuais, a regra permanente do art. 48 da Lei n.º 8.213/91 continua a exigir, para concessão de aposentadoria por idade a rurícolas, apenas a comprovação do efetivo exercício de “atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência do benefício pretendido”, consoante §§ 1.º e 2.º do referido dispositivo.

Essa comprovação do labor rural, nos termos dos arts. 48 e 143 da Lei de Benefícios, dar-se-á por meio de prova documental, ainda que incipiente, e, nos termos do art. 55, § 3.º, da retrocitada Lei, corroborada por prova testemunhal.

Acrescente-se que a jurisprudência de longa data vem atentando para a necessidade dessa conjunção de elementos probatórios (início de prova documental e colheita de prova testemunhal), o que resultou até mesmo na edição do verbete n.º 149 da Súmula da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: ”

“A prova exclusivamente testemunhal não basta a comprovação da atividade rurícola, para efeito de obtenção do benefício previdenciário”.

DO CASO DOS AUTOS

O requisito etário restou satisfeito, pois a parte autora completou a idade mínima em 09.04.2017, devendo fazer prova do exercício de atividade rural por 180 meses.

Para demonstrar as alegações, juntou documentos, entre os quais destacam-se:

- - certidão de casamento, celebrado em 16.03.1985, qualificando-a como “*lavradora*”;
- certidão de nascimento da filha do casal, com registro em 01.08.1996, na qual consta a qualificação da autora como “*lavradora*”;
- certidão do Juízo da 37.^a Zona Eleitoral de São Paulo, revelando a inscrição da demandante em 18.19.1986, “*onde consta de sua inscrição a profissão de ‘AGRICULTOR’*”;
- recibos de entrega da Relação Anual de Informações Sociais – RAIS, em nome da requerente, nas quais constam o “*CNAE 0111302-cultivo de milho*” no ano-base 2014 e “*CNAE 0119999-cultivo de outras plantas de lavoura temporária não especificadas*” no ano-base 2017 e
- notas fiscais de comercialização da produção, em nome da autora, referentes aos anos 2014, 2015 e 2018.

Cabe ressaltar a existência de prova oral. Embora não haja transcrição dos depoimentos nos autos, da oitiva da mídia é possível constatar que a testemunha Sr. João Domingues da Cruz, declarou que conhece a parte autora há 30 anos e confirma o alegado labor rural durante todo esse período, sendo que nos últimos quinze anos a requerente exerce suas atividades rurais em uma propriedade arrendada com área de meio alqueire.

É inconteste o valor probatório dos documentos de qualificação civil, dos quais é possível inferir a profissão exercida pela parte autora, à época dos fatos que se pretende comprovar.

E os documentos juntados constituem início de prova material, o que foi corroborado pela prova testemunhal, confirmando a atividade campesina da parte autora.

De rigor, portanto, o deferimento do benefício, porquanto comprovado o exercício de atividade rural pelo período de carência legalmente exigido.

A aposentadoria corresponde ao valor de um salário mínimo mensal, nos termos do art. 143 da Lei n.º 8.213/91.

O termo inicial do benefício previdenciário deve retroagir à data do requerimento administrativo, de acordo com a previsão contida no inciso II do art. 49 da Lei n.º 8.213/91. Na ausência de demonstração do requerimento, o termo inicial deve retroagir à data da citação, ocasião em que a autarquia tomou conhecimento da pretensão.

No caso, existe comprovação de requerimento, devendo o termo inicial ser nele fixado.

Devida a gratificação natalina, nos termos preconizados no art. 7.º, inciso VIII, da Constituição da República.

A correção monetária das parcelas vencidas se dará nos termos da normatização de regência (Lei n.º 6.899/1981 e legislação superveniente), bem como do Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos na Justiça Federal, observado o decidido, sob a sistemática da repercussão geral, no Recurso Extraordinário n.º 870.947, de 20/9/2017, sob relatoria do Ministro Luiz Fux.

Fica afastada a incidência da Taxa Referencial (TR) na condenação, pois o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar embargos declaratórios no recurso extraordinário em questão, decidiu pela não modulação dos efeitos.

Os juros moratórios são devidos à razão de 0,5% (meio por cento) ao mês, a contar da citação, nos termos dos arts. 1.062 do Código Civil de 1916 e 240 do Código de Processo Civil. A partir da vigência do novo Código Civil (Lei n.º 10.406/2002), deverão ser computados nos termos do art. 406 desse diploma, em 1% (um por cento) ao mês, nesse caso até 30/6/2009. A partir de 1.º de julho de 2009, incidirão, uma única vez, até a conta final que servir de base para a expedição do precatório, para fins de atualização monetária e de juros, os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos do art. 1.º-F da Lei n.º 9.494/97, com a redação dada pela Lei n.º 11.960/2009 (Repercussão Geral no RE n.º 870.947), observada, quanto ao termo final da incidência, a tese firmada em Repercussão Geral no RE n.º 579.431, de 19/4/2017, Rel. Ministro Marco Aurélio.

Nos termos do art. 4.º, inciso I, da Lei Federal n.º 9.289/1996, o INSS está isento do pagamento de custas processuais nas ações de natureza previdenciária ajuizadas nesta Justiça Federal, assim como o está naquelas aforadas na Justiça do estado de São Paulo, por força do art. 6.º da Lei Estadual n.º 11.608/2003, c. c. o art. 1.º, § 1.º, da mesma Lei n.º 9.289/1996, circunstância que não o exime, porém, de arcar com as custas e as despesas processuais em restituição à parte autora, em decorrência da sucumbência, na hipótese de pagamento prévio.

Já no que diz respeito às ações propostas perante a Justiça do estado de Mato Grosso do Sul, as normativas que tratavam da aludida isenção (Leis Estaduais n.º 1.135/91 e n.º 1.936/98) restaram revogadas a partir da edição da Lei Estadual n.º 3.779/09 (art. 24, §§ 1.º e 2.º), pelo que, nos feitos advindos daquela Justiça Estadual, de rigor a imposição à autarquia previdenciária do pagamento das custas processuais, exigindo-se o recolhimento apenas ao final da demanda, caso caracterizada a sucumbência.

Posto isso, nego provimento à apelação.

É o voto.

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE A TRABALHADOR RURAL. ART. 143 DA LEI N.º 8.213/91. COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE DE RURÍCOLA NO PERÍODO ANTERIOR AO REQUERIMENTO. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.

- A atividade rural deve ser comprovada por meio de início de prova material, aliada à prova testemunhal.
- O conjunto probatório é suficiente para ensejar a concessão do benefício vindicado.
- Reconhecimento da procedência do pedido formulado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento ao apelo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5796216-81.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: JOSE FERREIRA DA LUZ
Advogados do(a) APELADO: CASSIA MARTUCCI MELILLO BERTOZO - SP211735-N, CARMEM ALINE AGAPITO DE OLIVEIRA - SP389530-N
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5796216-81.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: JOSE FERREIRA DA LUZ
Advogados do(a) APELADO: CASSIA MARTUCCI MELILLO BERTOZO - SP211735-N, CARMEM ALINE AGAPITO DE OLIVEIRA - SP389530-N
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Demanda proposta objetivando a concessão de aposentadoria por idade a trabalhador rural, prevista no art. 143 da Lei nº 8.213/91.

O juízo *a quo* julgou procedente o pedido formulado, reconhecendo à parte autora o direito ao benefício pretendido, a partir da citação.

Foram opostos embargos de declaração pela parte autora, os quais foram acolhidos para sanar obscuridade presente na sentença, com relação ao termo inicial, fixando o *“início do pagamento do benefício previdenciário na data do requerimento administrativo, qual seja, a data de 20.03.2018”*.

O INSS apela, pleiteando a reforma da sentença, sustentando, em síntese, o não cumprimento dos requisitos legais necessários à concessão em questão.

Com contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5796216-81.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: JOSE FERREIRA DA LUZ
Advogados do(a) APELADO: CASSIA MARTUCCI MELILLO BERTOZO - SP211735-N, CARMEM ALINE AGAPITO DE OLIVEIRA - SP389530-N
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Tempestivo o recurso e presentes os demais requisitos de admissibilidade, passa-se ao exame da insurgência propriamente dita, considerando-se a matéria objeto de devolução.

APOSENTADORIA POR IDADE (RURAL)

O benefício de aposentadoria por idade a trabalhador rural encontra-se disciplinado nos arts. 39, inciso I; 48, §§ 1.º e 2.º; e 143 da Lei nº 8.213/91.

Antes mesmo do advento da Lei de Benefícios, a Lei Complementar nº 11, de 25 de maio de 1971, que instituiu o Programa de Assistência ao Trabalhador Rural, em seu art. 4.º dispunha que a aposentadoria seria devida quando se completassem 65 anos de idade, cabendo a concessão do benefício apenas ao respectivo chefe ou arrimo de família (parágrafo único).

Por sua vez, de acordo com o art. 5.º da Lei Complementar nº 16/73, o trabalhador rural deveria comprovar a sua atividade pelo menos nos três últimos anos anteriores à data do pedido do benefício.

Referidos dispositivos não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, que passou para 60 anos, para homens, e 55, para mulheres, a idade mínima exigida para a concessão do benefício (art. 201, § 7.º, inciso II), excluindo a exigência da condição de chefe de família.

Além do requisito etário (60 anos, se homem, e 55 anos, se mulher), o trabalhador rural deve comprovar o exercício de atividade rural, mesmo que descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses idêntico à carência do benefício.

O dispositivo legal citado deve ser analisado em consonância com o art. 142 da Lei de Benefícios.

Não se exige do trabalhador rural o cumprimento de carência (art. 26, inciso III), como o dever de verter contribuição por determinado número de meses, senão a comprovação do exercício laboral durante o período respectivo.

Vale dizer: em relação às contribuições previdenciárias, é assente, desde sempre, o entendimento de serem desnecessárias, sendo suficiente a comprovação do efetivo exercício de atividade no meio rural (STJ, REsp n.º 207.425, 5.ª Turma, j. em 21/9/1999, v.u., DJ de 25/10/1999, p. 123, Rel. Ministro Jorge Scartezini; e STJ, RESP n. 502.817, 5.ª Turma, j. em 14/10/2003, v.u., DJ de 17/11/2003, p. 361, Rel. Ministra Laurita Vaz).

Noutro passo, com relação ao art. 143 da Lei n.º 8.213/91, a regra transitória assegurou aos rurícolas o direito de requerer aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo, durante 15 (quinze) anos, contados da vigência da referida Lei.

Assim, o referido prazo expiraria em 25/7/2006.

Entretanto, em relação ao trabalhador rural enquadrado como segurado empregado ou como segurado contribuinte individual, que presta serviços de natureza rural, em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego, o aludido prazo foi prorrogado por mais 2 (dois) anos, estendendo-se até 25/7/2008, em face do disposto na MP n.º 312/06, convertida na Lei n.º 11.368/06.

Posteriormente, a Medida Provisória n.º 410/07, convertida na Lei n.º 11.718/08, estabeleceu nova prorrogação para o prazo previsto no art. 143 da Lei n.º 8.213/91, ao determinar, em seu art. 2.º, que “Para o trabalhador rural empregado, o prazo previsto no art. 43 da Lei n.º 8.213/91, de 24 de julho de 1991, fica prorrogado até o dia 31 de dezembro de 2010” (art. 2.º) e, em seu art. 3.º, que “*Na concessão de aposentadoria por idade do empregado rural, em valor equivalente ao salário mínimo, serão contados para efeito de carência: I - até 31 de dezembro de 2010, a atividade comprovada na forma do art. 143 da Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991; II - de janeiro de 2011 a dezembro de 2015, cada mês comprovado de emprego, multiplicado por 3 (três), limitado a 12 (doze) meses, dentro do respectivo ano civil; e III - de janeiro de 2016 a dezembro de 2020, cada mês comprovado de emprego, multiplicado por 2 (dois), limitado a 12 (doze) meses dentro do respectivo ano civil*”.

É de observar-se que, para os empregados rurais e contribuintes individuais eventuais, a regra permanente do art. 48 da Lei n.º 8.213/91 continua a exigir, para concessão de aposentadoria por idade a rurícolas, apenas a comprovação do efetivo exercício de “atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência do benefício pretendido”, consoante §§ 1.º e 2.º do referido dispositivo.

Essa comprovação do labor rural, nos termos dos arts. 48 e 143 da Lei de Benefícios, dar-se-á por meio de prova documental, ainda que incipiente, e, nos termos do art. 55, § 3.º, da retrocitada Lei, corroborada por prova testemunhal.

Acrescente-se que a jurisprudência de longa data vem atentando para a necessidade dessa conjunção de elementos probatórios (início de prova documental e colheita de prova testemunhal), o que resultou até mesmo na edição do verbete n.º 149 da Súmula da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: ”

“A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito de obtenção do benefício previdenciário”.

DO CASO DOS AUTOS

O requisito etário restou satisfeito, pois a parte autora completou a idade mínima em 14.09.2015, devendo fazer prova do exercício de atividade rural por 180 meses.

Para demonstrar as alegações, juntou documentos, entre os quais destacam-se:

- certidão de casamento, celebrado em 29.12.1979, qualificando-o como lavrador;
- CTPS com registros de atividades em serviços rurais nos períodos de 19.08.1982 a 16.03.1983, 01.06.1988 a 29.08.1988, 05.09.1988 a 25.10.1988, 01.09.1989 a 19.10.1989, 27.12.1989 a 15.03.1991, 01.07.1991 a 28.02.1992 e 17.03.1994 a 25.03.1994.

Cabe ressaltar a existência de prova oral. As testemunhas declaram genericamente que conhecem a parte autora e afirmam o alegado labor rural.

O valor probatório dos documentos de qualificação civil, dos quais é possível inferir a profissão exercida pela parte autora, à época dos fatos que se pretende comprovar, é incontestável.

No entanto, verifica-se que o início de prova material encartado aos autos é bastante antigo, não tendo sido confirmado pela prova testemunhal, cujos depoimentos foram vagos e imprecisos, não esclarecendo detalhes sobre a atividade campesina da parte autora, apenas afirmando genericamente o labor rural.

A primeira testemunha, Sr. Arlindo Fernandes de Oliveira, afirmou que conhece o autor desde 1973, apenas afirmando genericamente o trabalho no campo, tendo perdido contato com o autor a partir de 1995. Por sua vez, a testemunha Sr. Paulo Jardim de Oliveira ouvida na qualidade de informante, também prestou depoimento vago e impreciso, não esclarecendo detalhes sobre a atividade campesina da parte autora, apenas afirmando genericamente o labor rural.

Dessa forma, embora a documentação juntada qualifique o demandante como lavrador, não é suficiente esse início de prova material a corroborar o exercício da atividade rural, eis que o conjunto probatório é insuficiente para demonstrá-lo pelo prazo exigido em lei.

De rigor, portanto, o indeferimento do benefício, porquanto não comprovado o exercício de atividade rural pelo período de carência legalmente exigido.

Condeno a parte autora a pagar custas processuais e honorários de advogado, arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, suspensa, porém, a exigibilidade, na forma do artigo 98, § 3º, do CPC, por se tratar de beneficiária da gratuidade da justiça.

Posto isso, dou provimento à apelação, para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido formulado.

É o voto.

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. ART. 143 DA LEI N.º 8.213/91. APOSENTADORIA POR IDADE A TRABALHADOR RURAL. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE DE RURÍCOLA NO PERÍODO ANTERIOR AO REQUERIMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.

- A atividade rural deve ser comprovada por meio de início de prova material, aliada à prova testemunhal.
- A prova produzida, inconsistente, é insuficiente para ensejar a concessão do benefício vindicado.

- Reconhecimento da improcedência do pedido formulado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu dar provimento à apelação do INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 6079559-88.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: MARIA HELENA RIBEIRO
Advogado do(a) APELADO: RAFAEL ALMEIDA MARQUES - SP306935-N
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 6079559-88.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: MARIA HELENA RIBEIRO
Advogado do(a) APELADO: RAFAEL ALMEIDA MARQUES - SP306935-N
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Demanda proposta objetivando a concessão de aposentadoria por idade a trabalhador rural, prevista no art. 143 da Lei nº 8.213/91.

O juízo *a quo* julgou procedente o pedido formulado, reconhecendo à parte autora o direito ao benefício pretendido, a partir do pedido administrativo (10.04.2018), “*sem prejuízo do 13.º salário, devendo as prestações em atraso serem pagas de uma só vez*”. Determinou que “*As parcelas serão corrigidas monetariamente a partir do respectivo vencimento nos termos do REsp 1.270.439/PR, Relator Ministro Castro Meira, submetido à sistemática dos recursos repetitivos em consonância com o Recurso Repetitivo-RE 870947 do STF que afastou definitivamente os índices da caderneta de poupança, declarando inconstitucional o Artigo 5º da lei 11.960/09 neste ponto, alterando posição anterior deste Juízo, deve se aplicar como forma de correção monetária, por garantir a manutenção do valor da moeda no período, o IPCA. Os juros de mora são devidos desde a citação no percentual de caderneta de poupança, conforme posicionamento recente no Recurso Repetitivo do STF - RE 870947 que declarou constitucional o Artigo 5º da Lei 11.960/09, neste ponto*”. Os honorários advocatícios foram arbitrados em 10% sobre o total das prestações vencidas até a data da sentença. Sem custas.

Sentença submetida ao reexame necessário.

O INSS apela, pleiteando a reforma da sentença, sustentando, em síntese, o não cumprimento dos requisitos legais necessários à concessão em questão. Alega, ainda, a ausência de prova material contemporânea e que a autora possui vínculos urbanos. Se vencido, insurge-se com relação ao termo inicial de concessão do benefício e correção monetária. Ao final, prequestiona a matéria.

Sem contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 6079559-88.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: MARIA HELENA RIBEIRO
Advogado do(a) APELADO: RAFAEL ALMEIDA MARQUES - SP306935-N
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Inicialmente, esclareça-se não ser caso de se ter submetida a decisão de 1.º grau ao reexame necessário, considerando o disposto no art. 496, § 3.º, inciso I, do Código de Processo Civil, que afasta a exigência do duplo grau de jurisdição quando a condenação ou o proveito econômico for inferior a 1.000 salários mínimos.

Tempestivo o recurso e presentes os demais requisitos de admissibilidade, passa-se ao exame da insurgência propriamente dita, considerando-se a matéria objeto de devolução.

APOSENTADORIA POR IDADE (RURAL)

O benefício de aposentadoria por idade a trabalhador rural encontra-se disciplinado nos arts. 39, inciso I; 48, §§ 1.º e 2.º; e 143 da Lei n.º 8.213/91.

Antes mesmo do advento da Lei de Benefícios, a Lei Complementar n.º 11, de 25 de maio de 1971, que instituiu o Programa de Assistência ao Trabalhador Rural, em seu art. 4.º dispunha que a aposentadoria seria devida quando se completassem 65 anos de idade, cabendo a concessão do benefício apenas ao respectivo chefe ou arrimo de família (parágrafo único).

Por sua vez, de acordo com o art. 5.º da Lei Complementar n.º 16/73, o trabalhador rural deveria comprovar a sua atividade pelo menos nos três últimos anos anteriores à data do pedido do benefício.

Referidos dispositivos não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, que passou para 60 anos, para homens, e 55, para mulheres, a idade mínima exigida para a concessão do benefício (art. 201, § 7.º, inciso II), excluindo a exigência da condição de chefe de família.

Além do requisito etário (60 anos, se homem, e 55 anos, se mulher), o trabalhador rural deve comprovar o exercício de atividade rural, mesmo que descontinua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses idêntico à carência do benefício.

O dispositivo legal citado deve ser analisado em consonância com o art. 142 da Lei de Benefícios.

Não se exige do trabalhador rural o cumprimento de carência (art. 26, inciso III), como o dever de verter contribuição por determinado número de meses, senão a comprovação do exercício laboral durante o período respectivo.

Vale dizer: em relação às contribuições previdenciárias, é assente, desde sempre, o entendimento de serem desnecessárias, sendo suficiente a comprovação do efetivo exercício de atividade no meio rural (STJ, REsp n.º 207.425, 5.ª Turma, j. em 21/9/1999, v.u., DJ de 25/10/1999, p. 123, Rel. Ministro Jorge Scartezini; e STJ, RESP n. 502.817, 5.ª Turma, j. em 14/10/2003, v.u., DJ de 17/11/2003, p. 361, Rel. Ministra Laurita Vaz).

Noutro passo, com relação ao art. 143 da Lei n.º 8.213/91, a regra transitória assegurou aos rurícolas o direito de requerer aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo, durante 15 (quinze) anos, contados da vigência da referida Lei.

Assim, o referido prazo expiraria em 25/7/2006.

Entretanto, em relação ao trabalhador rural enquadrado como segurado empregado ou como segurado contribuinte individual, que presta serviços de natureza rural, em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego, o aludido prazo foi prorrogado por mais 2 (dois) anos, estendendo-se até 25/7/2008, em face do disposto na MP n.º 312/06, convertida na Lei n.º 11.368/06.

Posteriormente, a Medida Provisória n.º 410/07, convertida na Lei n.º 11.718/08, estabeleceu nova prorrogação para o prazo previsto no art. 143 da Lei n.º 8.213/91, ao determinar, em seu art. 2.º, que “Para o trabalhador rural empregado, o prazo previsto no art. 43 da Lei n.º 8.213/91, de 24 de julho de 1991, fica prorrogado até o dia 31 de dezembro de 2010” (art. 2.º) e, em seu art. 3.º, que “Na concessão de aposentadoria por idade do empregado rural, em valor equivalente ao salário mínimo, serão contados para efeito de carência: I - até 31 de dezembro de 2010, a atividade comprovada na forma do art. 143 da Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991; II - de janeiro de 2011 a dezembro de 2015, cada mês comprovado de emprego, multiplicado por 3 (três), limitado a 12 (doze) meses, dentro do respectivo ano civil; e III - de janeiro de 2016 a dezembro de 2020, cada mês comprovado de emprego, multiplicado por 2 (dois), limitado a 12 (doze) meses dentro do respectivo ano civil”.

É de observar-se que, para os empregados rurais e contribuintes individuais eventuais, a regra permanente do art. 48 da Lei n.º 8.213/91 continua a exigir, para concessão de aposentadoria por idade a rurícolas, apenas a comprovação do efetivo exercício de “atividade rural, ainda que de forma descontinua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência do benefício pretendido”, consoante §§ 1.º e 2.º do referido dispositivo.

Essa comprovação do labor rural, nos termos dos arts. 48 e 143 da Lei de Benefícios, dar-se-á por meio de prova documental, ainda que incipiente, e, nos termos do art. 55, § 3.º, da retrocitada Lei, corroborada por prova testemunhal.

Acrescente-se que a jurisprudência de longa data vem atentando para a necessidade dessa conjunção de elementos probatórios (início de prova documental e colheita de prova testemunhal), o que resultou até mesmo na edição do verbete n.º 149 da Súmula da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “

"A prova exclusivamente testemunhal não basta a comprovação da atividade rurícola, para efeito de obtenção do benefício previdenciário".

DO CASO DOS AUTOS

O requisito etário restou satisfeito, pois a parte autora completou a idade mínima em 03.01.2018, devendo fazer prova do exercício de atividade rural por 180 meses.

Para demonstrar as alegações, juntou documentos, entre os quais destacam-se:

- Carteira do Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Patos de Minas, em nome da requerente, com data de admissão em 18.04.1988;

- Carteira e Declaração da Cooperativa dos Trabalhadores de Guaíra e Região Ltda. - COTRAG, revelando que a demandante foi inscrita como associada trabalhadora rural em 17.03.1997 e

- CTPS com registros de atividades em serviços rurais nos períodos de 11.10.1993 a 09.01.1994 e 26.09.1994 a 07.11.1994.

Insta asseverar que na referida CTPS constam registros de atividades urbanas nos períodos de 01.07.2004 a 21.06.2005 e 01.10.2014 a 13.10.2015.

Cabe ressaltar a existência de prova oral. As testemunhas declaram genericamente que conhecem a parte autora, a primeira há mais de 50 anos e a segunda há aproximadamente 20 anos, afirmando o alegado labor rural.

O valor probatório dos documentos de qualificação civil, dos quais é possível inferir a profissão exercida pela parte autora, à época dos fatos que se pretende comprovar, é incontestado.

No entanto, verifica-se que o início de prova material encartado aos autos é bastante antigo, não tendo sido confirmado pela prova testemunhal, cujos depoimentos foram vagos e imprecisos, não esclarecendo detalhes sobre a atividade campesina da parte autora, apenas afirmando genericamente o labor rural, atestando sua ocorrência por todo o tempo e sem fazer qualquer menção aos vínculos empregatícios de natureza urbana, mantidos em lapsos temporais durante o período de carência.

Dessa forma, embora a documentação juntada qualifique-a como trabalhadora rural, não é suficiente esse início de prova material a corroborar o exercício da atividade rural, eis que o conjunto probatório é insuficiente para demonstrá-lo pelo prazo exigido em lei.

De rigor, portanto, o indeferimento do benefício, porquanto não comprovado o exercício de atividade rural conforme legalmente exigido.

Condeno a parte autora a pagar custas processuais e honorários de advogado, arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, suspensa, porém, a exigibilidade, na forma do art. 98, § 3.º, do CPC, por se tratar de beneficiária da gratuidade da justiça.

Posto isso, não conheço do reexame necessário e dou provimento à apelação, para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido formulado.

É o voto.

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. ART. 143 DA LEI N.º 8.213/91. APOSENTADORIA POR IDADE A TRABALHADOR RURAL. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE DE RURÍCOLA NO PERÍODO ANTERIOR AO REQUERIMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.

- Não conhecimento do reexame necessário, conforme disposto no art. 496, § 3.º, inciso I, do Código de Processo Civil, que afasta a exigência do duplo grau de jurisdição quando a condenação ou o proveito econômico for inferior a 1.000 salários mínimos.

- A atividade rural deve ser comprovada por meio de início de prova material, aliada à prova testemunhal.

- A prova produzida, inconsistente, é insuficiente para ensejar a concessão do benefício vindicado.

- Reconhecimento da improcedência do pedido formulado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu não conhecer do reexame necessário e dar provimento à apelação do INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6191295-14.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: EVARISTO VICENTE PAULA
Advogado do(a) APELADO: SALVADOR PITARO NETO - SP73505-N
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6191295-14.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: EVARISTO VICENTE PAULA
Advogado do(a) APELADO: SALVADOR PITARO NETO - SP73505-N
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Demanda proposta objetivando a concessão de aposentadoria por idade a trabalhador rural, prevista no art. 143 da Lei nº 8.213/91. Pleiteia a tutela de urgência.

O juízo *a quo* julgou procedente o pedido formulado, reconhecendo à parte autora o direito ao benefício pretendido, a partir do requerimento administrativo (04.04.2018). Concedeu a tutela de urgência.

O INSS apela, pleiteando a reforma da sentença, sustentando, em síntese, o não cumprimento dos requisitos legais necessários à concessão em questão.

Sem contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 6191295-14.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: EVARISTO VICENTE PAULA
Advogado do(a) APELADO: SALVADOR PITARO NETO - SP73505-N
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Tempestivo o recurso e presentes os demais requisitos de admissibilidade, passa-se ao exame da insurgência propriamente dita, considerando-se a matéria objeto de devolução.

APOSENTADORIA POR IDADE (RURAL)

O benefício de aposentadoria por idade a trabalhador rural encontra-se disciplinado nos arts. 39, inciso I; 48, §§ 1.º e 2.º; e 143 da Lei n.º 8.213/91.

Antes mesmo do advento da Lei de Benefícios, a Lei Complementar n.º 11, de 25 de maio de 1971, que instituiu o Programa de Assistência ao Trabalhador Rural, em seu art. 4.º dispunha que a aposentadoria seria devida quando se completassem 65 anos de idade, cabendo a concessão do benefício apenas ao respectivo chefe ou arrimo de família (parágrafo único).

Por sua vez, de acordo com o art. 5.º da Lei Complementar n.º 16/73, o trabalhador rural deveria comprovar a sua atividade pelo menos nos três últimos anos anteriores à data do pedido do benefício.

Referidos dispositivos não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, que passou para 60 anos, para homens, e 55, para mulheres, a idade mínima exigida para a concessão do benefício (art. 201, § 7.º, inciso II), excluindo a exigência da condição de chefe de família.

Além do requisito etário (60 anos, se homem, e 55 anos, se mulher), o trabalhador rural deve comprovar o exercício de atividade rural, mesmo que descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses idêntico à carência do benefício.

O dispositivo legal citado deve ser analisado em consonância com o art. 142 da Lei de Benefícios.

Não se exige do trabalhador rural o cumprimento de carência (art. 26, inciso III), como o dever de verter contribuição por determinado número de meses, senão a comprovação do exercício laboral durante o período respectivo.

Vale dizer: em relação às contribuições previdenciárias, é assente, desde sempre, o entendimento de serem desnecessárias, sendo suficiente a comprovação do efetivo exercício de atividade no meio rural (STJ, REsp n.º 207.425, 5.ª Turma, j. em 21/9/1999, v.u., DJ de 25/10/1999, p. 123, Rel. Ministro Jorge Scartezini; e STJ, RESP n. 502.817, 5.ª Turma, j. em 14/10/2003, v.u., DJ de 17/11/2003, p. 361, Rel. Ministra Laurita Vaz).

Noutro passo, com relação ao art. 143 da Lei n.º 8.213/91, a regra transitória assegurou aos rurícolas o direito de requerer aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo, durante 15 (quinze) anos, contados da vigência da referida Lei.

Assim, o referido prazo expiraria em 25/7/2006.

Entretanto, em relação ao trabalhador rural enquadrado como segurado empregado ou como segurado contribuinte individual, que presta serviços de natureza rural, em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego, o aludido prazo foi prorrogado por mais 2 (dois) anos, estendendo-se até 25/7/2008, em face do disposto na MP n.º 312/06, convertida na Lei n.º 11.368/06.

Posteriormente, a Medida Provisória n.º 410/07, convertida na Lei n.º 11.718/08, estabeleceu nova prorrogação para o prazo previsto no art. 143 da Lei n.º 8.213/91, ao determinar, em seu art. 2.º, que “Para o trabalhador rural empregado, o prazo previsto no art. 43 da Lei n.º 8.213/91, de 24 de julho de 1991, fica prorrogado até o dia 31 de dezembro de 2010” (art. 2.º) e, em seu art. 3.º, que “*Na concessão de aposentadoria por idade do empregado rural, em valor equivalente ao salário mínimo, serão contados para efeito de carência: I - até 31 de dezembro de 2010, a atividade comprovada na forma do art. 143 da Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991; II - de janeiro de 2011 a dezembro de 2015, cada mês comprovado de emprego, multiplicado por 3 (três), limitado a 12 (doze) meses, dentro do respectivo ano civil; e III - de janeiro de 2016 a dezembro de 2020, cada mês comprovado de emprego, multiplicado por 2 (dois), limitado a 12 (doze) meses dentro do respectivo ano civil*”.

É de observar-se que, para os empregados rurais e contribuintes individuais eventuais, a regra permanente do art. 48 da Lei n.º 8.213/91 continua a exigir, para concessão de aposentadoria por idade a rurícolas, apenas a comprovação do efetivo exercício de “*atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência do benefício pretendido*”, consoante §§ 1.º e 2.º do referido dispositivo.

Essa comprovação do labor rural, nos termos dos arts. 48 e 143 da Lei de Benefícios, dar-se-á por meio de prova documental, ainda que incipiente, e, nos termos do art. 55, § 3.º, da retrocitada Lei, corroborada por prova testemunhal.

Acrescente-se que a jurisprudência de longa data vem atentando para a necessidade dessa conjunção de elementos probatórios (início de prova documental e colheita de prova testemunhal), o que resultou até mesmo na edição do verbete n.º 149 da Súmula da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: ”

“A prova exclusivamente testemunhal não basta a comprovação da atividade rurícola, para efeito de obtenção do benefício previdenciário”.

DO CASO DOS AUTOS

O requisito etário restou satisfeito, pois a parte autora completou a idade mínima em 27.10.2017, devendo fazer prova do exercício de atividade rural por 180 meses.

Para demonstrar as alegações, juntou documentos, entre os quais destacam-se:

- CTPS com registros de atividades em serviços rurais nos períodos de 01.10.1984 a 29.08.1985, 01.09.1985 a 01.07.1987, 01.08.1987, sem data de saída, 01.04.1990 a 30.07.1990, 01.09.1993 a 25.03.1994 e 01.09.1997 a 09.01.1998 e

- notas fiscais de comercialização da produção em nome do requerente, referentes aos anos de 2012 a 2018.

Frise-se que o fato de o autor ter exercido atividade urbana em curto período, conforme revela a consulta realizada no CNIS, acostada aos autos pelo INSS com a contestação (04.09.2000 a 30.06.2003) e a CTPS juntada pelo autor (12.08.1992 a 10.09.1992), não afasta seu direito ao benefício vindicado, eis que restou provada a predominância da atividade rural durante todo o período produtivo de exercício laboral.

Nesse sentido, esta Corte assim vem decidindo:

“PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. DECISÃO FUNDAMENTADA.

(...)

III - Não há que se considerar o registro em trabalho urbano do cônjuge, para descaracterizar a atividade rurícola alegada, porque se deu por período curto e muito provavelmente em época de entressafra, em que o trabalhador rural necessita buscar outra atividade que lhe garanta a subsistência.

IV - Vínculos empregatícios em atividade urbana, se deram de forma descontínua, por pequenos lapsos temporais.

V - A interpretação da regra contida no artigo 143 possibilita a adoção da orientação imprimida nos autos. É que a expressão "atividade rural, ainda que descontínua", inserta na norma, permite concluir que tal descontinuidade possa corresponder a tantos períodos quantos forem aqueles em que o trabalhador exerceu a atividade no campo. Mesmo que essa interrupção, ou descontinuidade se refira ao último período.

VI - Autor(a) trabalhou no campo por mais de 13 (treze) anos. É o que mostra o exame da prova produzida. Completou 60 anos em 2006, tendo, portanto, atendido às exigências legais quanto à carência, segundo o artigo 142 da Lei nº 8.213/91, por prazo superior a 150 meses.

VII - Não se exige, para efeito de aposentadoria por idade, que o trabalhador rural contribuía para os cofres da Previdência, segundo preceito inserto nos referidos arts. 26, III, 39, I e 143, c.c.art. 55 § 2º.

VIII - Matéria dispensa maior digressão, estando comprovado o exercício da atividade no campo, com razoável início de prova documental.

IX - Agravo não provido."

(TRF 3ªR, AC 200761230003146, Relatora JUIZA MARIANA GALANTE, OITAVA TURMA, DJF3 CJI DATA:27/07/2010 PÁGINA: 849)

PREVIDENCIÁRIO/PROCESSUAL CIVIL. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. REQUISITOS PREENCHIDOS. ATIVIDADE RURAL PELO PERÍODO DE CARÊNCIA COMPROVADA. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR CONFIGURADO. CARÊNCIA MÍNIMA E QUALIDADE DE SEGURADO ESPECIAL CONFIRMADA. TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. APELAÇÃO DO INSS PARCIALMENTE PROVIDA. SENTENÇA MANTIDA EMPARTE.

1. A aposentadoria por idade de rurícola reclama idade mínima de 60 anos, se homem, e 55 anos, se mulher (§ 1º do art. 48 da Lei nº 8.213/91), além da demonstração do exercício de atividade rural, bem como o cumprimento da carência mínima exigida no art. 142 da referida lei. De acordo com a jurisprudência, é suficiente a tal demonstração o início de prova material corroborado por prova testemunhal.

2. A parte autora pleiteia a aposentadoria por idade rural em regime de economia familiar, alegando o trabalho conjuntamente com seu marido na propriedade pertencente à família do marido e, para comprovar o alegado acostou aos autos cópias de sua certidão de casamento, contraído no ano de 1984 e certidões de nascimento dos filhos, nascidos respectivamente nos anos de 1991, 2002 e 1986, em cujas certidões a autora se declarou como sendo do lar e seu marido como lavrador; CTPS da autora constando um pequeno contrato de trabalho exercido como empregada doméstica no período compreendido entre o ano de 2004 e 2005; CTPS do marido constando apenas sua qualificação civil; formal de partilha e averbação quinhão de herança recebida pelo marido da autora no ano de 1993, constando uma área rural de 4,95 hectares de terras, ou seja, 2,04 alqueires; ITR em nome do genitor de seu marido; notas fiscais de venda de produtos no referido imóvel nos anos de 2010, 2012 e 2017 em nome de seu marido e fotografia da família da autora dos tempos de outrora.

3. Esses documentos demonstram que seu marido sempre exerceu atividade rural e em regime de economia familiar; seja com seus pais, seja com a autora, visto não constar nenhum documento que comprove o contrário, aliado ao fato de que em todos os documentos apresentados seu marido se apresenta como lavrador e, nesse sentido, é cediço que a extensão da qualidade de trabalhador rural só é possível quando o trabalho é exercido em regime de economia familiar; conforme o caso in tela.

4. **Observe que a parte autora exerceu por um curto período, compreendido entre 31/05/2004 a 11/03/2005 atividade como empregada doméstica o que não desfaz sua condição de trabalhadora rural em regime de economia familiar juntamente com seu marido, visto se tratar de um pequeno período de trabalho e pelos depoimentos testemunhais que demonstraram de forma precisa que o trabalho da autora se deu sempre na companhia do marido no pequeno imóvel da família, plantando milho, feijão e outros cereais, conforme demonstram as notas fiscais apresentadas, em nome de seu marido nos anos de 2010, 2011 e 2017.**

5. A prova material demonstra o trabalho rural da autora em regime de economia familiar pelo período de carência exigido, assim como seu labor rural no alegado regime de trabalho até a data do seu implemento etário, sendo corroborada pelas testemunhas ouvidas em juízo, sob o crivo do contraditório, as quais corroboraram as alegações da autora sendo ambas uníssonas em afirmar que a autora sempre trabalhou na lavoura prestando serviços a terceiros.

6. Os recolhimentos esparsos vertidos pela parte autora nos interstícios de outubro de 2013 a março de 2016 não desfaz sua condição de trabalhadora rural em regime de economia familiar; visto que estas apenas reforçam o direito da parte autora em receber um benefício previdenciário, não podendo ser prejudicada por verter contribuições a fim de preservar a garantida de seu direito à um benefício de aposentadoria que lhe garanta seu sustento e de sua família num futuro.

7. Do conjunto probatório apresentado, restou satisfatoriamente demonstrado o trabalho rural da autora no alegado regime de economia familiar; útil a subsidiar todo período de carência necessário para a concessão da aposentadoria por idade rural, devendo ser mantida a sentença de procedência do pedido, visto que presentes os requisitos necessários para seu deferimento.

8. No concernente ao termo inicial do benefício, mantendo o determinado na sentença, a partir do requerimento administrativo (13.12.2017), tendo em vista trata-se de um direito adquirido, embora tenha sido reconhecido tardiamente, não havendo reforma nesse sentido.

9. Quanto ao cálculo dos juros de mora e correção monetária, apliquem-se os critérios estabelecidos pelo Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal vigente à época da elaboração da conta de liquidação, observando-se o decidido nos autos do RE 870947.

10. A verba honorária de sucumbência incide no montante de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, conforme entendimento desta Turma (artigo 85, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Civil/2015), aplicada a Súmula 111 do C. superior Tribunal de Justiça, segundo a qual os honorários advocatícios, nas ações de cunho previdenciário, não incidem sobre o valor das prestações vencidas após a data da prolação da sentença.

11. Apelação do INSS parcialmente provida.

12. Sentença mantida em parte." (g.n.)

(TRF 3ªR, AC 5481404-10.2019.4.03.9999, Relator Desembargador Federal TORU YAMAMOTO, SÉTIMA TURMA, v.u., j. 27.01.20, DJe 09.03.20)

No mesmo sentido, precedente do C. Superior Tribunal de Justiça:

“PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. CONDIÇÃO DE RURÍCOLA. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE URBANA POR CURTOS PERÍODOS. POSSIBILIDADE.

1. O trabalhador rural, considerado segurado especial, deve comprovar o efetivo

trabalho rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente ao

requerimento do benefício.

2. A intercalação do labor campesino com curtos períodos de trabalho não rural não afasta a condição de segurado especial do lavrador.

3. Agravo regimental não provido." (g.n.)

(AgRg no Ag nº 167.141, Primeira Turma, Relator Ministro Benedito Gonçalves, v.u., j. 25.06.13, DJe 02.08.13)

Esclareça-se que o fato de ter recolhido como contribuinte "Facultativo", nos períodos de 01.01.1999 a 28.02.1999 e 01.07.2004 a 31.07.2004, conforme informações do referido Sistema CNIS da Previdência Social, não afasta a sua qualificação de trabalhador rural, tendo em vista que a Lei nº 8.213/91, em seu artigo 39, inciso II, autoriza o segurado especial a recolher nesta condição.

Outrossim, insta asseverar que o fato de ter recolhido como contribuinte individual de 01.02.2000 a 31.08.2000, 01.05.2006 a 31.08.2007 e 01.09.2007 a 31.08.2013, conforme revela a mencionada consulta, em nada afasta o trabalho campesino desempenhado em regime de economia familiar, uma vez que os documentos juntados aos autos indicam que o demandante exerceu suas atividades no meio rural. Importante, ainda, acrescentar que efetuados os recolhimentos sobre o valor de um salário mínimo.

Cabe ressaltar a existência de prova oral. Em audiência realizada em 18.07.2019, as testemunhas declaram que conhecem a parte autora há bastante tempo e confirmam o alegado labor rural. A testemunha Sr. Dezário Soares Panan afirmou que o autor trabalhou como diarista na propriedade dele, bem como do irmão do depoente, nos anos de 2003 até 2005. Aduziu que o requerente recebeu um lote de terras, no qual até a época da audiência, está trabalhando em regime de economia familiar. Já a testemunha João José da Silva, aduziu que é vizinho do autor desde de 2003, que o requerente planta verdura, cebolinha, mandioca, e trabalha diariamente na lavoura sem ajuda de empregados, e que durante esse período não tem conhecimento de outra atividade do requerente. Por sua vez, a testemunha Joaquim Antonio Dias, asseverou que conhece o autor há 17 anos, que o mesmo sobrevive da lavoura de milho, cebolinha, mandioca, feijão e continua trabalhando no local sem ajuda de empregados.

É incontestado o valor probatório dos documentos de qualificação civil, dos quais é possível inferir a profissão exercida pela parte autora, à época dos fatos que se pretende comprovar.

E os documentos juntados constituem início de prova material, o que foi corroborado pela prova testemunhal, confirmando a atividade campesina da parte autora.

De rigor, portanto, o deferimento do benefício, porquanto comprovado o exercício de atividade rural pelo período de carência legalmente exigido.

A aposentadoria corresponde ao valor de um salário mínimo mensal, nos termos do art. 143 da Lei n.º 8.213/91.

O termo inicial do benefício previdenciário deve retroagir à data do requerimento administrativo, de acordo com a previsão contida no inciso II do art. 49 da Lei n.º 8.213/91. Na ausência de demonstração do requerimento, o termo inicial deve retroagir à data da citação, ocasião em que a autarquia tomou conhecimento da pretensão.

No caso, existe comprovação de requerimento, devendo o termo inicial ser nele fixado.

Devida a gratificação natalina, nos termos preconizados no art. 7.º, inciso VIII, da Constituição da República.

A correção monetária das parcelas vencidas se dará nos termos da normatização de regência (Lei n.º 6.899/1981 e legislação superveniente), bem como do Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos na Justiça Federal, observado o decidido, sob a sistemática da repercussão geral, no Recurso Extraordinário n.º 870.947, de 20/9/2017, sob relatoria do Ministro Luiz Fux.

Fica afastada a incidência da Taxa Referencial (TR) na condenação, pois o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar embargos declaratórios no recurso extraordinário em questão, decidiu pela não modulação dos efeitos.

Os juros moratórios são devidos à razão de 0,5% (meio por cento) ao mês, a contar da citação, nos termos dos arts. 1.062 do Código Civil de 1916 e 240 do Código de Processo Civil. A partir da vigência do novo Código Civil (Lei n.º 10.406/2002), deverão ser computados nos termos do art. 406 desse diploma, em 1% (um por cento) ao mês, nesse caso até 30/6/2009. A partir de 1.º de julho de 2009, incidirão, uma única vez, até a conta final que servir de base para a expedição do precatório, para fins de atualização monetária e de juros, os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos do art. 1.º-F da Lei n.º 9.494/97, com a redação dada pela Lei n.º 11.960/2009 (Repercussão Geral no RE n.º 870.947), observada, quanto ao termo final da incidência, a tese firmada em Repercussão Geral no RE n.º 579.431, de 19/4/2017, Rel. Ministro Marco Aurélio.

Nos termos do art. 4.º, inciso I, da Lei Federal n.º 9.289/1996, o INSS está isento do pagamento de custas processuais nas ações de natureza previdenciária ajuizadas nesta Justiça Federal, assim como o está naquelas aforadas na Justiça do estado de São Paulo, por força do art. 6.º da Lei Estadual n.º 11.608/2003, c. c. o art. 1.º, § 1.º, da mesma Lei n.º 9.289/1996, circunstância que não o exime, porém, de arcar com as custas e as despesas processuais em restituição à parte autora, em decorrência da sucumbência, na hipótese de pagamento prévio.

Já no que diz respeito às ações propostas perante a Justiça do estado de Mato Grosso do Sul, as normativas que tratavam da aludida isenção (Leis Estaduais n.º 1.135/91 e n.º 1.936/98) restaram revogadas a partir da edição da Lei Estadual n.º 3.779/09 (art. 24, §§ 1.º e 2.º), pelo que, nos feitos advindos daquela Justiça Estadual, de rigor a imposição à autarquia previdenciária do pagamento das custas processuais, exigindo-se o recolhimento apenas ao final da demanda, caso caracterizada a sucumbência.

Posto isso, nego provimento à apelação.

É o voto.

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE A TRABALHADOR RURAL. ART. 143 DA LEI N.º 8.213/91. COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE DE RURÍCOLA NO PERÍODO ANTERIOR AO REQUERIMENTO. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.

- A atividade rural deve ser comprovada por meio de início de prova material, aliada à prova testemunhal.
- O conjunto probatório é suficiente para ensejar a concessão do benefício vindicado.
- Reconhecimento da procedência do pedido formulado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5720937-89.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: IRACI APARECIDA FLORINDO
Advogado do(a) APELADO: HELDER ANDRADE COSSI - SP286167-N
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5720937-89.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: IRACI APARECIDA FLORINDO
Advogado do(a) APELADO: HELDER ANDRADE COSSI - SP286167-N
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Demanda proposta objetivando a concessão de aposentadoria por idade a trabalhador rural, prevista no art. 143 da Lei nº 8.213/91.

O juízo *a quo* julgou procedente o pedido formulado, reconhecendo à parte autora o direito ao benefício pretendido, a partir da citação. Determinou que “Os valores em atraso serão apurados na forma da Lei 8.213 /91 com atualização pelo IGP-DI e acrescidos de juros de mora (estes à base mensal conforme Lei 11.960 /09), adequando-se, no que couber, a modulação que advier do Supremo Tribunal Federal por força do julgamento da ADI 4.357”. Concedeu a tutela antecipada.

O INSS apela, requerendo, preliminarmente, o recebimento do recurso no duplo efeito. No mérito, pleiteia a reforma da sentença, sustentando, em síntese, o não cumprimento dos requisitos legais necessários à concessão em questão. Se vencido, insurge-se com relação à correção monetária e juros. Ao final, prequestiona a matéria.

Sem contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5720937-89.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: IRACI APARECIDA FLORINDO
Advogado do(a) APELADO: HELDER ANDRADE COSSI - SP286167-N
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Tempestivo o recurso e presentes os demais requisitos de admissibilidade, passa-se ao exame da insurgência propriamente dita, considerando-se a matéria objeto de devolução.

A preliminar de atribuição de efeito suspensivo dever ser rejeitada, nos termos do art. 1.012, § 1.º, inciso V, do CPC, que determina que a sentença que confirma, concede ou revoga tutela provisória produz efeitos imediatos

APOSENTADORIA POR IDADE (RURAL)

O benefício de aposentadoria por idade a trabalhador rural encontra-se disciplinado nos arts. 39, inciso I; 48, §§ 1.º e 2.º; e 143 da Lei n.º 8.213/91.

Antes mesmo do advento da Lei de Benefícios, a Lei Complementar n.º 11, de 25 de maio de 1971, que instituiu o Programa de Assistência ao Trabalhador Rural, em seu art. 4.º dispunha que a aposentadoria seria devida quando se completassem 65 anos de idade, cabendo a concessão do benefício apenas ao respectivo chefe ou arrimo de família (parágrafo único).

Por sua vez, de acordo com o art. 5.º da Lei Complementar n.º 16/73, o trabalhador rural deveria comprovar a sua atividade pelo menos nos três últimos anos anteriores à data do pedido do benefício.

Referidos dispositivos não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, que passou para 60 anos, para homens, e 55, para mulheres, a idade mínima exigida para a concessão do benefício (art. 201, § 7.º, inciso II), excluindo a exigência da condição de chefe de família.

Além do requisito etário (60 anos, se homem, e 55 anos, se mulher), o trabalhador rural deve comprovar o exercício de atividade rural, mesmo que descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses idêntico à carência do benefício.

O dispositivo legal citado deve ser analisado em consonância com o art. 142 da Lei de Benefícios.

Não se exige do trabalhador rural o cumprimento de carência (art. 26, inciso III), como o dever de verter contribuição por determinado número de meses, senão a comprovação do exercício laboral durante o período respectivo.

Vale dizer: em relação às contribuições previdenciárias, é assente, desde sempre, o entendimento de serem desnecessárias, sendo suficiente a comprovação do efetivo exercício de atividade no meio rural (STJ, REsp n.º 207.425, 5.ª Turma, j. em 21/9/1999, v.u., DJ de 25/10/1999, p. 123, Rel. Ministro Jorge Scartezini; e STJ, RESP n. 502.817, 5.ª Turma, j. em 14/10/2003, v.u., DJ de 17/11/2003, p. 361, Rel. Ministra Laurita Vaz).

Noutro passo, com relação ao art. 143 da Lei n.º 8.213/91, a regra transitória assegurou aos rurícolas o direito de requerer aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo, durante 15 (quinze) anos, contados da vigência da referida Lei.

Assim, o referido prazo expiraria em 25/7/2006.

Entretanto, em relação ao trabalhador rural enquadrado como segurado empregado ou como segurado contribuinte individual, que presta serviços de natureza rural, em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego, o aludido prazo foi prorrogado por mais 2 (dois) anos, estendendo-se até 25/7/2008, em face do disposto na MP n.º 312/06, convertida na Lei n.º 11.368/06.

Posteriormente, a Medida Provisória n.º 410/07, convertida na Lei n.º 11.718/08, estabeleceu nova prorrogação para o prazo previsto no art. 143 da Lei n.º 8.213/91, ao determinar, em seu art. 2.º, que “Para o trabalhador rural empregado, o prazo previsto no art. 43 da Lei n.º 8.213/91, de 24 de julho de 1991, fica prorrogado até o dia 31 de dezembro de 2010” (art. 2.º) e, em seu art. 3.º, que “*Na concessão de aposentadoria por idade do empregado rural, em valor equivalente ao salário mínimo, serão contados para efeito de carência: I - até 31 de dezembro de 2010, a atividade comprovada na forma do art. 143 da Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991; II - de janeiro de 2011 a dezembro de 2015, cada mês comprovado de emprego, multiplicado por 3 (três), limitado a 12 (doze) meses, dentro do respectivo ano civil; e III - de janeiro de 2016 a dezembro de 2020, cada mês comprovado de emprego, multiplicado por 2 (dois), limitado a 12 (doze) meses dentro do respectivo ano civil*”.

É de observar-se que, para os empregados rurais e contribuintes individuais eventuais, a regra permanente do art. 48 da Lei n.º 8.213/91 continua a exigir, para concessão de aposentadoria por idade a rurícolas, apenas a comprovação do efetivo exercício de “atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência do benefício pretendido”, consoante §§ 1.º e 2.º do referido dispositivo.

Essa comprovação do labor rural, nos termos dos arts. 48 e 143 da Lei de Benefícios, dar-se-á por meio de prova documental, ainda que incipiente, e, nos termos do art. 55, § 3.º, da retrocitada Lei, corroborada por prova testemunhal.

Acrescente-se que a jurisprudência de longa data vem atentando para a necessidade dessa conjunção de elementos probatórios (início de prova documental e colheita de prova testemunhal), o que resultou até mesmo na edição do verbete n.º 149 da Súmula da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: ”

“A prova exclusivamente testemunhal não basta a comprovação da atividade rurícola, para efeito de obtenção do benefício previdenciário”.

DO CASO DOS AUTOS

O requisito etário restou satisfeito, pois a parte autora completou a idade mínima em 28.06.2014, devendo fazer prova do exercício de atividade rural por 180 meses.

Para demonstrar as alegações, juntou documentos, entre os quais destacam-se:

- certidão de casamento, celebrado em 11.10.1986, qualificando o cônjuge como lavrador;
- Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS da requerente, com registros de atividades em serviços rurais nos períodos de 01.11.1994 a 25.07.1995 e 18.05.2009 a 03.08.2009;

- CTPS do marido, com registros de atividades em estabelecimentos do meio rural nos períodos de 07.05.1973 a 31.10.1973, 01.11.1973 a 09.05.1974, 10.05.1974 a 09.12.1974, 20.12.1974 a 26.01.1975, 28.03.1975 a 22.05.1975, 23.05.1975 a 18.12.1975, 19.12.1975 a 12.05.1976, 13.05.1976 a 12.01.1977, 13.01.1977 a 11.05.1977, 12.05.1977 a 22.12.1977, 23.12.1977 a 10.05.1978, 11.05.1978 a 20.12.1978, 17.01.1980 a 30.04.1980, 13.05.1980 a 17.12.1980, 18.12.1980 a 06.05.1981, 07.05.1981 a 25.11.1981, 26.11.1981 a 05.05.1982, 06.05.1982 a 30.11.1982, 01.12.1982 a 03.05.1983, 04.05.1983 a 27.12.1983, 28.12.1983 a 03.04.1984, 04.04.1984 a 27.11.1984, 28.11.1984 a 30.04.1985, 01.05.1985 a 29.10.1985, 30.10.1985 a 29.04.1986, 30.04.1986 a 16.12.1986, 17.12.1986 a 07.01.1987, 01.09.1987 a 05.01.1988, 06.01.1988 a 26.04.1988, 27.04.1988 a 29.11.1988, 30.11.1988 a 02.05.1989, 03.05.1989 a 28.11.1989, 29.11.1989 a 20.04.1992 e 12.08.1992, sem data de saída.

Cabe ressaltar a existência de prova oral. As testemunhas declaram que conhecem a parte autora há bastante tempo e confirmam o alegado labor rural.

Como ressaltou o Juízo *a quo*, “foram ouvidas testemunhas que corroboraram o início de prova documental. **Maria de Fátima** disse que é vizinha da autora no Distrito de Igarai e trabalhou com a autora nas lavouras por cerca de vinte anos, em diversas fazendas. Alegou que a autora parou de em 2014 para cuidar do pai e da mãe. Não se recorda qual foi a última fazenda que a autora trabalhou. Pelo que sabe a autora nunca trabalhou na cidade. Esclareceu que somente trabalhavam em períodos de safra. **Maria Cristina** disse que conhece a autora há cerca de vinte e cinco anos. Trabalhava com a autora nas fazendas do Olavo Barbosa durante as safras. Trabalhou com ela também na fazenda Pedra Branca. Trabalhou com ela no ano passado na safra de café na Fazenda Santa Maria de propriedade de Olavo Barbosa, em Igarai. Sabe que a autora continua trabalhando na safra de café. Não sabe se autora trabalhou na cidade. Conheceu quando ela era solteira e conhece seu marido Reinaldo. Ela trabalhava separada do marido que trabalha na Fazenda Itaiquara. A autora nunca trabalhou na Itaiquara. Desta feita, conclui-se que, desde a década de 1990 até a data da propositura da ação a parte autora exerceu pelo período atividade rural, como empregada”.

É inconteste o valor probatório dos documentos de qualificação civil, dos quais é possível inferir a profissão exercida pela parte autora, à época dos fatos que se pretende comprovar.

E os documentos juntados constituem início de prova material, o que foi corroborado pela prova testemunhal, confirmando a atividade campesina da parte autora.

Esclareça-se que o fato de ter recolhido como contribuinte facultativa, no período de 01.01.2016 a 31.05.2019, conforme informações do Sistema CNIS da Previdência Social, não afasta a sua qualificação de trabalhadora rural, tendo em vista que a Lei nº 8.213/91, em seu artigo 39, inciso II, autoriza o segurado especial a recolher nesta condição. Importante, ainda, acrescentar que a parte autora efetuou recolhimentos sobre o valor de um salário mínimo.

De rigor, portanto, o deferimento do benefício, porquanto comprovado o exercício de atividade rural pelo período de carência legalmente exigido.

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

O termo inicial do benefício previdenciário deve retroagir à data do requerimento administrativo, de acordo com a previsão contida no inciso II do art. 49 da Lei nº 8.213/91. Na ausência de demonstração do requerimento, o termo inicial deve retroagir à data da citação, ocasião em que a autarquia tomou conhecimento da pretensão.

No caso, existe comprovação de requerimento, devendo o termo inicial ser nele fixado.

Devida a gratificação natalina, nos termos preconizados no art. 7.º, inciso VIII, da Constituição da República.

A correção monetária das parcelas vencidas se dará nos termos da normatização de regência (Lei nº 6.899/1981 e legislação superveniente), bem como do Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos na Justiça Federal, observado o decidido, sob a sistemática da repercussão geral, no Recurso Extraordinário nº 870.947, de 20/9/2017, sob relatoria do Ministro Luiz Fux.

Fica afastada a incidência da Taxa Referencial (TR) na condenação, pois o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar embargos declaratórios no recurso extraordinário em questão, decidiu pela não modulação dos efeitos.

Os juros moratórios são devidos à razão de 0,5% (meio por cento) ao mês, a contar da citação, nos termos dos arts. 1.062 do Código Civil de 1916 e 240 do Código de Processo Civil. A partir da vigência do novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), deverão ser computados nos termos do art. 406 desse diploma, em 1% (um por cento) ao mês, nesse caso até 30/6/2009. A partir de 1.º de julho de 2009, incidirão, uma única vez, até a conta final que servir de base para a expedição do precatório, para fins de atualização monetária e de juros, os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos do art. 1.º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009 (Repercussão Geral no RE nº 870.947), observada, quanto ao termo final da incidência, a tese firmada em Repercussão Geral no RE nº 579.431, de 19/4/2017, Rel. Ministro Marco Aurélio.

Nos termos do art. 4.º, inciso I, da Lei Federal nº 9.289/1996, o INSS está isento do pagamento de custas processuais nas ações de natureza previdenciária ajuizadas nesta Justiça Federal, assim como o está naquelas aforadas na Justiça do estado de São Paulo, por força do art. 6.º da Lei Estadual nº 11.608/2003, c. c. o art. 1.º, § 1.º, da mesma Lei nº 9.289/1996, circunstância que não o exime, porém, de arcar com as custas e as despesas processuais em restituição à parte autora, em decorrência da sucumbência, na hipótese de pagamento prévio.

Já no que diz respeito às ações propostas perante a Justiça do estado de Mato Grosso do Sul, as normativas que tratavam da aludida isenção (Leis Estaduais n.º 1.135/91 e n.º 1.936/98) restaram revogadas a partir da edição da Lei Estadual n.º 3.779/09 (art. 24, §§ 1.º e 2.º), pelo que, nos feitos advindos daquela Justiça Estadual, de rigor a imposição à autarquia previdenciária do pagamento das custas processuais, exigindo-se o recolhimento apenas ao final da demanda, caso caracterizada a sucumbência.

Quanto ao prequestionamento suscitado, saliente-se inexistir contrariedade alguma a legislação federal ou a dispositivos constitucionais.

Posto isso, rejeito a matéria preliminar e, no mérito, nego provimento à apelação.

É o voto.

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE A TRABALHADOR RURAL. ART. 143 DA LEI N.º 8.213/91. COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE DE RURÍCOLA NO PERÍODO ANTERIOR AO REQUERIMENTO. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.

- Rejeição da preliminar de atribuição de efeito suspensivo à apelação: nos termos do art. 1.012, § 1.º, inciso V, do CPC, a sentença que confirma, concede ou revoga tutela provisória produz efeitos imediatos.
- A atividade rural deve ser comprovada por meio de início de prova material, aliada à prova testemunhal.
- O conjunto probatório é suficiente para ensejar a concessão do benefício vindicado.
- Reconhecimento da procedência do pedido formulado.
- Apelo do INSS improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 6086837-43.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: SINIRA DAS DORES RODRIGUES
Advogado do(a) APELADO: LICELE CORREDA DA SILVA FERNANDES - SP129377-N

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 6086837-43.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: SINIRA DAS DORES RODRIGUES
Advogado do(a) APELADO: LICELE CORREDA DA SILVA FERNANDES - SP129377-N
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Demanda proposta objetivando a concessão de aposentadoria por idade a trabalhador rural, prevista no art. 143 da Lei n.º 8.213/91.

O juízo *a quo* julgou procedente o pedido formulado, reconhecendo à parte autora o direito ao benefício pretendido, a partir da data do indeferimento administrativo.

O INSS apela, pleiteando a reforma da sentença, sustentando, em síntese, o não cumprimento dos requisitos legais necessários à concessão em questão. Se vencido, requerida a alteração do termo inicial do benefício, bem como da correção monetária. Ao final, prequestiona a matéria.

Com contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 6086837-43.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: SINIRA DAS DORES RODRIGUES
Advogado do(a) APELADO: LICELE CORREDA DA SILVA FERNANDES - SP129377-N
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Tempestivo o recurso e presentes os demais requisitos de admissibilidade, passa-se ao exame da insurgência propriamente dita, considerando-se a matéria objeto de devolução.

APOSENTADORIA POR IDADE (RURAL)

O benefício de aposentadoria por idade a trabalhador rural encontra-se disciplinado nos arts. 39, inciso I; 48, §§ 1.º e 2.º; e 143 da Lei n.º 8.213/91.

Antes mesmo do advento da Lei de Benefícios, a Lei Complementar n.º 11, de 25 de maio de 1971, que instituiu o Programa de Assistência ao Trabalhador Rural, em seu art. 4.º dispunha que a aposentadoria seria devida quando se completassem 65 anos de idade, cabendo a concessão do benefício apenas ao respectivo chefe ou arrimo de família (parágrafo único).

Por sua vez, de acordo com o art. 5.º da Lei Complementar n.º 16/73, o trabalhador rural deveria comprovar a sua atividade pelo menos nos três últimos anos anteriores à data do pedido do benefício.

Referidos dispositivos não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, que passou para 60 anos, para homens, e 55, para mulheres, a idade mínima exigida para a concessão do benefício (art. 201, § 7.º, inciso II), excluindo a exigência da condição de chefe de família.

Além do requisito etário (60 anos, se homem, e 55 anos, se mulher), o trabalhador rural deve comprovar o exercício de atividade rural, mesmo que descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses idêntico à carência do benefício.

O dispositivo legal citado deve ser analisado em consonância com o art. 142 da Lei de Benefícios.

Não se exige do trabalhador rural o cumprimento de carência (art. 26, inciso III), como o dever de verter contribuição por determinado número de meses, senão a comprovação do exercício laboral durante o período respectivo.

Vale dizer: em relação às contribuições previdenciárias, é assente, desde sempre, o entendimento de serem desnecessárias, sendo suficiente a comprovação do efetivo exercício de atividade no meio rural (STJ, REsp n.º 207.425, 5.ª Turma, j. em 21/9/1999, v.u., DJ de 25/10/1999, p. 123, Rel. Ministro Jorge Scartezini; e STJ, RESP n. 502.817, 5.ª Turma, j. em 14/10/2003, v.u., DJ de 17/11/2003, p. 361, Rel. Ministra Laurita Vaz).

Noutro passo, com relação ao art. 143 da Lei n.º 8.213/91, a regra transitória assegurou aos rurícolas o direito de requerer aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo, durante 15 (quinze) anos, contados da vigência da referida Lei.

Assim, o referido prazo expiraria em 25/7/2006.

Entretanto, em relação ao trabalhador rural enquadrado como segurado empregado ou como segurado contribuinte individual, que presta serviços de natureza rural, em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego, o aludido prazo foi prorrogado por mais 2 (dois) anos, estendendo-se até 25/7/2008, em face do disposto na MP n.º 312/06, convertida na Lei n.º 11.368/06.

Posteriormente, a Medida Provisória n.º 410/07, convertida na Lei n.º 11.718/08, estabeleceu nova prorrogação para o prazo previsto no art. 143 da Lei n.º 8.213/91, ao determinar, em seu art. 2.º, que “Para o trabalhador rural empregado, o prazo previsto no art. 43 da Lei n.º 8.213/91, de 24 de julho de 1991, fica prorrogado até o dia 31 de dezembro de 2010” (art. 2.º) e, em seu art. 3.º, que “Na concessão de aposentadoria por idade do empregado rural, em valor equivalente ao salário mínimo, serão contados para efeito de carência: I - até 31 de dezembro de 2010, a atividade comprovada na forma do art. 143 da Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991; II - de janeiro de 2011 a dezembro de 2015, cada mês comprovado de emprego, multiplicado por 3 (três), limitado a 12 (doze) meses, dentro do respectivo ano civil; e III - de janeiro de 2016 a dezembro de 2020, cada mês comprovado de emprego, multiplicado por 2 (dois), limitado a 12 (doze) meses dentro do respectivo ano civil”.

É de observar-se que, para os empregados rurais e contribuintes individuais eventuais, a regra permanente do art. 48 da Lei n.º 8.213/91 continua a exigir, para concessão de aposentadoria por idade a rurícolas, apenas a comprovação do efetivo exercício de “atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência do benefício pretendido”, consoante §§ 1.º e 2.º do referido dispositivo.

Essa comprovação do labor rural, nos termos dos arts. 48 e 143 da Lei de Benefícios, dar-se-á por meio de prova documental, ainda que incipiente, e, nos termos do art. 55, § 3.º, da retrocitada Lei, corroborada por prova testemunhal.

Acrescente-se que a jurisprudência de longa data vem atentando para a necessidade dessa conjunção de elementos probatórios (início de prova documental e colheita de prova testemunhal), o que resultou até mesmo na edição do verbete n.º 149 da Súmula da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: ”

"A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito de obtenção do benefício previdenciário".

DO CASO DOS AUTOS

O requisito etário restou satisfeito, pois a parte autora completou a idade mínima em 20.11.2005, devendo fazer prova do exercício de atividade rural por 144 meses.

Para demonstrar as alegações, juntou a Declaração do Sindicato dos Trabalhadores e Empregados Rurais de Pilar do Sul-SP, emitida em 19.03.2009, constando que a autora laborou para Alydo Nishioka, no Sítio “NISHIOKA”, no período de 1975 a 1982 e para Hisashi Anbo, no Sítio “NOTAKYO”, de 1983 a 1989, como trabalhadora rural, bem como as declarações de terceiros datadas de 15.02.2009, declarando o desempenho da autora nesses locais nos mencionados períodos.

Com efeito, até a edição da Lei nº 13.846, de 18/06/2019, que alterou o artigo 106 da Lei nº 8.213/91, revogando o inciso III, a Declaração do Sindicato dos Trabalhadores Rurais constituía início de prova material da comprovação do exercício de atividade rural, desde que homologada pelo órgão competente.

Neste caso, a parte autora juntou a Declaração do Sindicato dos Trabalhadores e Empregados Rurais de Pilar do Sul-SP, sem homologação do órgão competente, bem como de terceiros, não podendo ser consideradas como início de prova documental, equivalendo a simples depoimento unilateral reduzido a termo e não submetido ao crivo do contraditório.

Portanto, está em patamar inferior à prova testemunhal colhida em juízo, porquanto não garantida a bilateralidade de audiência.

Assim, insuficiente o valor probatório da documentação em questão.

Insta asseverar que também estão acostadas aos autos a certidão de casamento, celebrado em 1969, qualificando o cônjuge como lavrador e a ficha de filiação de associado do Sindicato dos Trabalhadores e Empregados Rurais de Pilar do Sul-SP, em nome da requerente, datada de 10.08.2008.

Cabe ressaltar a existência de prova oral. As testemunhas declaram genericamente que conhecem a parte autora há bastante tempo e afirmam o alegado labor rural.

O valor probatório dos documentos de qualificação civil, dos quais é possível inferir a profissão exercida pela parte autora, à época dos fatos que se pretende comprovar, é inconteste.

Entretanto, conforme consulta no Sistema Dataprev da Previdência Social, acostada aos autos, verifica-se que a apelada percebeu o benefício assistencial à pessoa com deficiência de 18.11.1996 a 01.12.2002, bem como auxílio doença previdenciário de 21.06.2004 a 24.05.2005 e de 16.08.2017 a 16.10.2017.

Cumprе salientar que na consulta no Sistema CNIS, juntada pelo INSS, observa-se que o cônjuge da autora possui vínculos urbanos em 01.08.1975, 01.11.1978, de 01.02.1982 a 28.01.1983, 02.01.1985 a 02.04.1986, 01.06.1986 a 20.07.1992, bem como filiou-se ao Regime Geral da Previdência Social como “Autônomo”, efetuando recolhimento de contribuições de 01.04.1997 a 30.11.1999 e de 01.12.1999 a 31.01.2002 e 01.08.2002 a 31.05.2004, como contribuinte individual, tendo recebido auxílio doença de 18.01.2002 a 07.08.2002 e 16.06.2004 a 12.09.2005 e a partir de 13.09.2005 recebe aposentadoria por invalidez.

Importante ressaltar que o início de prova material encartado aos autos é bastante antigo, não tendo sido confirmado pela prova testemunhal, cujos depoimentos foram vagos e imprecisos, não esclarecendo detalhes sobre a atividade campesina da parte autora, apenas afirmando genericamente o labor rural, sendo até mesmo contraditórios com os documentos acostados aos autos.

Dessa forma, apesar de os testemunhos colhidos terem afirmado a atividade rurícola da autora, são insuficientes para, por si só, comprovar o labor no período exigido em lei.

De rigor, portanto, o indeferimento do benefício, porquanto não comprovado o exercício de atividade rural pelo período de carência legalmente exigido.

Condeno a parte autora a pagar custas processuais e honorários de advogado, arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, suspensa, porém, a exigibilidade, na forma do artigo 98, § 3º, do CPC, por se tratar de beneficiária da gratuidade da justiça.

Posto isso, dou provimento à apelação, para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido formulado.

É o voto.

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. ART. 143 DA LEI N.º 8.213/91. APOSENTADORIA POR IDADE A TRABALHADOR RURAL. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE DE RURÍCOLA NO PERÍODO ANTERIOR AO REQUERIMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.

- A atividade rural deve ser comprovada por meio de início de prova material, aliada à prova testemunhal.
- A prova produzida, inconsistente, é insuficiente para ensejar a concessão do benefício vindicado.
- Reconhecimento da improcedência do pedido formulado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu dar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0351929-52.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: BENEDITA DA SILVA PEDAIS
Advogados do(a) APELADO: LUIZ JOSE RODRIGUES NETO - SP315956-N, FLAVIO ANTONIO MENDES - SP238643-N
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0351929-52.2020.4.03.9999

RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: BENEDITA DA SILVA PEDAIS
Advogados do(a) APELADO: LUIZ JOSE RODRIGUES NETO - SP315956-N, FLAVIO ANTONIO MENDES - SP238643-N
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Demanda proposta objetivando a concessão de aposentadoria por idade a trabalhador rural, prevista no art. 143 da Lei n.º 8.213/91.

O juízo *a quo* julgou procedente o pedido formulado, reconhecendo à parte autora o direito ao benefício pretendido, a partir do indeferimento administrativo.

O INSS apela, pleiteando a reforma da sentença, sustentando, em síntese, o não cumprimento dos requisitos legais necessários à concessão em questão. Subsidiariamente, requer a reforma parcial da sentença, com a alteração dos critérios de incidência da correção monetária e dos juros de mora. Ao final, prequestiona a matéria.

Com contrarrazões, requerendo a majoração da verba honorária, subiram os autos.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0351929-52.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: BENEDITA DA SILVA PEDAIS
Advogados do(a) APELADO: LUIZ JOSE RODRIGUES NETO - SP315956-N, FLAVIO ANTONIO MENDES - SP238643-N
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Tempestivo o recurso e presentes os demais requisitos de admissibilidade, passa-se ao exame da insurgência propriamente dita, considerando-se a matéria objeto de devolução.

APOSENTADORIA POR IDADE (RURAL)

O benefício de aposentadoria por idade a trabalhador rural encontra-se disciplinado nos arts. 39, inciso I; 48, §§ 1.º e 2.º; e 143 da Lei n.º 8.213/91.

Antes mesmo do advento da Lei de Benefícios, a Lei Complementar n.º 11, de 25 de maio de 1971, que instituiu o Programa de Assistência ao Trabalhador Rural, em seu art. 4.º dispunha que a aposentadoria seria devida quando se completassem 65 anos de idade, cabendo a concessão do benefício apenas ao respectivo chefe ou arrimo de família (parágrafo único).

Por sua vez, de acordo com o art. 5.º da Lei Complementar n.º 16/73, o trabalhador rural deveria comprovar a sua atividade pelo menos nos três últimos anos anteriores à data do pedido do benefício.

Referidos dispositivos não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, que passou para 60 anos, para homens, e 55, para mulheres, a idade mínima exigida para a concessão do benefício (art. 201, § 7.º, inciso II), excluindo a exigência da condição de chefe de família.

Além do requisito etário (60 anos, se homem, e 55 anos, se mulher), o trabalhador rural deve comprovar o exercício de atividade rural, mesmo que descontinua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses idêntico à carência do benefício.

O dispositivo legal citado deve ser analisado em consonância com o art. 142 da Lei de Benefícios.

Não se exige do trabalhador rural o cumprimento de carência (art. 26, inciso III), como o dever de verter contribuição por determinado número de meses.

Vale dizer: em relação às contribuições previdenciárias, é assente, desde sempre, o entendimento de serem desnecessárias, sendo suficiente a comprovação do efetivo exercício de atividade no meio rural (STJ, REsp n.º 207.425, 5.ª Turma, j. em 21/9/1999, v.u., DJ de 25/10/1999, p. 123, Rel. Ministro Jorge Scartezini; e STJ, RESP n. 502.817, 5.ª Turma, j. em 14/10/2003, v.u., DJ de 17/11/2003, p. 361, Rel. Ministra Laurita Vaz).

Noutro passo, com relação ao art. 143 da Lei n.º 8.213/91, a regra transitória assegurou aos rurícolas o direito de requerer aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo, durante 15 (quinze) anos, contados da vigência da referida Lei.

Assim, o referido prazo expiraria em 25/7/2006.

Entretanto, em relação ao trabalhador rural enquadrado como segurado empregado ou como segurado contribuinte individual, que presta serviços de natureza rural, em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego, o aludido prazo foi prorrogado por mais 2 (dois) anos, estendendo-se até 25/7/2008, em face do disposto na MP n.º 312/06, convertida na Lei n.º 11.368/06.

Posteriormente, a Medida Provisória n.º 410/07, convertida na Lei n.º 11.718/08, estabeleceu nova prorrogação para o prazo previsto no art. 143 da Lei n.º 8.213/91, ao determinar, em seu art. 2.º, que “Para o trabalhador rural empregado, o prazo previsto no art. 43 da Lei n.º 8.213/91, de 24 de julho de 1991, fica prorrogado até o dia 31 de dezembro de 2010” (art. 2.º) e, em seu art. 3.º, que “*Na concessão de aposentadoria por idade do empregado rural, em valor equivalente ao salário mínimo, serão contados para efeito de carência: I - até 31 de dezembro de 2010, a atividade comprovada na forma do art. 143 da Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991; II - de janeiro de 2011 a dezembro de 2015, cada mês comprovado de emprego, multiplicado por 3 (três), limitado a 12 (doze) meses, dentro do respectivo ano civil; e III - de janeiro de 2016 a dezembro de 2020, cada mês comprovado de emprego, multiplicado por 2 (dois), limitado a 12 (doze) meses dentro do respectivo ano civil*”.

É de observar-se que, para os empregados rurais e contribuintes individuais eventuais, a regra permanente do art. 48 da Lei n.º 8.213/91 continua a exigir, para concessão de aposentadoria por idade a rurícolas, apenas a comprovação do efetivo exercício de “atividade rural, ainda que de forma descontinua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência do benefício pretendido”, consoante §§ 1.º e 2.º do referido dispositivo.

Essa comprovação do labor rural, nos termos dos arts. 48 e 143 da Lei de Benefícios, dar-se-á por meio de prova documental, ainda que incipiente, e, nos termos do art. 55, § 3.º, da retrocitada Lei, corroborada por prova testemunhal.

Acrescente-se que a jurisprudência de longa data vem atentando para a necessidade dessa junção de elementos probatórios (início de prova documental e colheita de prova testemunhal), o que resultou até mesmo na edição do verbete n.º 149 da Súmula da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: ”

“A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito de obtenção do benefício previdenciário”.

DO CASO DOS AUTOS

O requisito etário restou satisfeito, pois a parte autora completou a idade mínima em 1996, devendo fazer prova do exercício de atividade rural por 90 meses.

Para demonstrar as alegações, juntou documentos, dentre os quais se destacam:

- certidão de casamento, em 10/1957, constando o marido lavrador;
- certidão de nascimento de filho, em 22/12/1962, constando a autora e o cônjuge lavradores; e

- CTPS da autora, constando os seguintes vínculos empregatícios rurais, a saber:
- para Companhia Agrícola Botucatu, em serviço geral rural, de 15/12/86 a 16/01/87 e de 16/02/87 a 20/03/87;
- para José Luiz Fioretto e Outros, como operador agrícola, de 01/11/89 a 09/01/90; e
- para Estância Nossa Senhora Menina, como trabalhadora rural, de 15/07/96 a 21/07/96.

O INSS juntou consulta ao Sistema CNIS da Previdência Social, constando um vínculo urbano em nome da autora, de 19/11/86 a 10/12/86 para a empresa Adria Alimentos do Brasil Ltda e que recolheu como contribuinte facultativa em 05/2002 e de 07 a 09/2002.

Em nome do marido, a consulta indicou a existência de vínculos rurais e urbanos, sendo:

- para Companhia Agrícola Luiz Zillo e Sobrinhos, de 16/11/82 a 07/09/83 e de 10/09/83 a 01/02/84;
- para Canavieira Serviços Rurais SC Ltda, de 16/01/84 a 17/11/84;
- para a empresa de Código nº 03.597.08048/00 (não consta o nome da empresa), de 01/05/87 a 10/08/88;
- para Eucatex Florestal Ltda, de 10/02/89 a 05/10/90; e
- para o Município de São Manuel, de 01/12/90, com última remuneração em 03/2003.

Cabe ressaltar a existência de prova oral. As testemunhas declaram que conhecem a parte autora há muitos anos e confirmam que ela sempre trabalhou no campo.

É inconteste o valor probatório dos documentos de qualificação civil, nos quais é possível inferir a profissão exercida pela parte autora, à época dos fatos que se pretende comprovar.

E os documentos juntados constituem início de prova material, o que foi corroborado pela prova testemunhal, confirmando a atividade campesina da parte autora.

Frise-se que o fato de a autora ter exercido atividade urbana não afasta seu direito ao benefício vindicado, eis que se deu por curto período e restou provada a predominância da atividade rural durante o período de carência.

Nesse sentido, esta Corte assim vem decidindo:

“PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. DECISÃO FUNDAMENTADA.

(...)

III - Não há que se considerar o registro em trabalho urbano do cônjuge, para descaracterizar a atividade rurícola alegada, porque se deu por período curto e muito provavelmente em época de entressafra, em que o trabalhador rural necessita buscar outra atividade que lhe garanta a subsistência.

IV - Vínculos empregatícios em atividade urbana, se deram de forma descontínua, por pequenos lapsos temporais.

V - A interpretação da regra contida no artigo 143 possibilita a adoção da orientação imprimida nos autos. É que a expressão "atividade rural, ainda que descontínua", inserta na norma, permite concluir que tal descontinuidade possa corresponder a tantos períodos quantos forem aqueles em que o trabalhador exerceu a atividade no campo. Mesmo que essa interrupção, ou descontinuidade se refira ao último período.

VI - Autor(a) trabalhou no campo por mais de 13 (treze) anos. É o que mostra o exame da prova produzida. Completou 60 anos em 2006, tendo, portanto, atendido às exigências legais quanto à carência, segundo o artigo 142 da Lei nº 8.213/91, por prazo superior a 150 meses.

VII - Não se exige, para efeito de aposentadoria por idade, que o trabalhador rural contribua para os cofres da Previdência, segundo preceito inserto nos referidos arts. 26, III, 39, I e 143, c.c.art. 55 § 2º.

VIII - Matéria dispensa maior digressão, estando comprovado o exercício da atividade no campo, com razoável início de prova documental.

IX - Agravo não provido.

(TRF 3ªR, AC 200761230003146, Relatora JUIZA MARIANINA GALANTE, OITAVA TURMA, DJF3 CJI DATA:27/07/2010 PÁGINA: 849)

PREVIDENCIÁRIO/PROCESSUAL CIVIL. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. REQUISITOS PREENCHIDOS. ATIVIDADE RURAL PELO PERÍODO DE CARÊNCIA COMPROVADA. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR CONFIGURADO. CARÊNCIA MÍNIMA E QUALIDADE DE SEGURADO ESPECIAL CONFIRMADA. TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. APELAÇÃO DO INSS PARCIALMENTE PROVIDA. SENTENÇA MANTIDA EMPARTE.

1. A aposentadoria por idade de rurícola reclama idade mínima de 60 anos, se homem, e 55 anos, se mulher (§ 1º do art. 48 da Lei nº 8.213/91), além da demonstração do exercício de atividade rural, bem como o cumprimento da carência mínima exigida no art. 142 da referida lei. De acordo com a jurisprudência, é suficiente a tal demonstração o início de prova material corroborado por prova testemunhal.

2. A parte autora pleiteia a aposentadoria por idade rural em regime de economia familiar; alegando o trabalho conjuntamente com seu marido na propriedade pertencente à família do marido e, para comprovar o alegado acostou aos autos cópias de sua certidão de casamento, contraído no ano de 1984 e certidões de nascimento dos filhos, nascidos respectivamente nos anos de 1991, 2002 e 1986, em cujas certidões a autora se declarou como sendo do lar e seu marido como lavrador; CTPS da autora constando um pequeno contrato de trabalho exercido como empregada doméstica no período compreendido entre o ano de 2004 e 2005; CTPS do marido constando apenas sua qualificação civil; formal de partilha e averbação quinhão de herança recebida pelo marido da autora no ano de 1993, constando uma área rural de 4,95 hectares de terras, ou seja, 2,04 alqueires; ITR em nome do genitor de seu marido; notas fiscais de venda de produtos no referido imóvel nos anos de 2010, 2012 e 2017 em nome de seu marido e fotografia da família da autora dos tempos de outrora.

3. Esses documentos demonstram que seu marido sempre exerceu atividade rural e em regime de economia familiar; seja com seus pais, seja com a autora, visto não constar nenhum documento que comprove o contrário, aliado ao fato de que em todos os documentos apresentados seu marido se apresenta como lavrador e, nesse sentido, é cediço que a extensão da qualidade de trabalhador rural só é possível quando o trabalho é exercido em regime de economia familiar; conforme o caso in tela.

4. Observo que a parte autora exerceu por um curto período, compreendido entre 31/05/2004 a 11/03/2005 atividade como empregada doméstica o que não desfaz sua condição de trabalhadora rural em regime de economia familiar juntamente com seu marido, visto se tratar de um pequeno período de trabalho e pelos depoimentos testemunhais que demonstraram de forma precisa que o trabalho da autora se deu sempre na companhia do marido no pequeno imóvel da família, plantando milho, feijão e outros cereais, conforme demonstram as notas fiscais apresentadas, em nome de seu marido nos anos de 2010, 2011 e 2017.

5. A prova material demonstra o trabalho rural da autora em regime de economia familiar pelo período de carência exigido, assim como seu labor rural no alegado regime de trabalho até a data do seu implemento etário, sendo corroborada pelas testemunhas ouvidas em juízo, sob o crivo do contraditório, as quais corroboraram as alegações da autora sendo ambas uníssonas em afirmar que a autora sempre trabalhou na lavoura prestando serviços a terceiros.

6. Os recolhimentos esparsos vertidos pela parte autora nos interstícios de outubro de 2013 a março de 2016 não desfaz sua condição de trabalhadora rural em regime de economia familiar; visto que estes apenas reforçam o direito da parte autora em receber um benefício previdenciário, não podendo ser prejudicada por verter contribuições a fim de preservar a garantida de seu direito à um benefício de aposentadoria que lhe garanta seu sustento e de sua família num futuro.

7. Do conjunto probatório apresentado, restou satisfatoriamente demonstrado o trabalho rural da autora no alegado regime de economia familiar; útil a subsidiar todo período de carência necessário para a concessão da aposentadoria por idade rural, devendo ser mantida a sentença de procedência do pedido, visto que presentes os requisitos necessários para seu deferimento.

8. No concernente ao termo inicial do benefício, mantendo o determinado na sentença, a partir do requerimento administrativo (13.12.2017), tendo em vista trata-se de um direito adquirido, embora tenha sido reconhecido tardiamente, não havendo reforma nesse sentido.

9. Quanto ao cálculo dos juros de mora e correção monetária, apliquem-se os critérios estabelecidos pelo Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal vigente à época da elaboração da conta de liquidação, observando-se o decidido nos autos do RE 870947.

10. A verba honorária de sucumbência incide no montante de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, conforme entendimento desta Turma (artigo 85, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Civil/2015), aplicada a Súmula 111 do C. superior Tribunal de Justiça, segundo a qual os honorários advocatícios, nas ações de cunho previdenciário, não incidem sobre o valor das prestações vencidas após a data da prolação da sentença.

11. *Apelação do INSS parcialmente provida.*

12. *Sentença mantida em parte.*” (g.n.)

(TRF 3ªR, AC 5481404-10.2019.4.03.9999, Relator Desembargador Federal TORU YAMAMOTO, SÉTIMA TURMA, v.u., j. 27.01.20, DJe 09.03.20)

No mesmo sentido, precedente do C. Superior Tribunal de Justiça:

“PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. CONDIÇÃO DE RURÍCOLA. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE URBANA POR CURTOS PERÍODOS. POSSIBILIDADE.

1. *O trabalhador rural, considerado segurado especial, deve comprovar o efetivo trabalho rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente ao requerimento do benefício.*

2. *A intercalação do labor campesino com curtos períodos de trabalho não rural não afasta a condição de segurado especial do lavrador.*

3. *Agravo regimental não provido.*” (g.n.)

(AgRg no Ag nº 167.141, Primeira Turma, Relator Ministro Benedito Gonçalves, v.u., j. 25.06.13, DJe 02.08.13)

Acrescente-se ainda, que o fato do marido ter passado a laborar para o Município de São Manuel, a partir de 1990, também não afasta a condição de trabalhadora rural da autora, comprovada por início de prova material da própria requerente, corroborada pela prova testemunhal.

Além do que, em consulta ao Sistema CNIS verifica-se que o cônjuge trabalhou como auxiliar de serviços gerais-manutenção, atividade exercida por pessoas de baixa instrução e pouca qualificação profissional, à semelhança daquelas que laboram no campo.

De rigor, portanto, o deferimento do benefício, porquanto comprovado o exercício de atividade rural pelo período de carência legalmente exigido.

A aposentadoria corresponde ao valor de um salário mínimo mensal, nos termos do art. 143 da Lei n.º 8.213/91.

O termo inicial do benefício previdenciário deve retroagir à data do requerimento administrativo, de acordo com a previsão contida no inciso II do art. 49 da Lei n.º 8.213/91. Na ausência de demonstração do requerimento, o termo inicial deve retroagir à data da citação, ocasião em que a autarquia tomou conhecimento da pretensão.

No caso, à míngua de recurso para sua alteração, o termo inicial fica mantido na data do indeferimento administrativo.

Devida a gratificação natalina, nos termos preconizados no art. 7.º, inciso VIII, da Constituição da República.

A correção monetária das parcelas vencidas se dará nos termos da normatização de regência (Lei n.º 6.899/1981 e legislação superveniente), bem como do Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos na Justiça Federal, observado o decidido, sob a sistemática da repercussão geral, no Recurso Extraordinário n.º 870.947, de 20/9/2017, sob relatoria do Ministro Luiz Fux.

Fica afastada a incidência da Taxa Referencial (TR) na condenação, pois o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar embargos declaratórios no recurso extraordinário em questão, decidiu pela não modulação dos efeitos.

Os juros moratórios são devidos à razão de 0,5% (meio por cento) ao mês, a contar da citação, nos termos dos arts. 1.062, do Código Civil de 1916, e 240, do Código de Processo Civil. A partir da vigência do novo Código Civil (Lei n.º 10.406/2002), deverão ser computados nos termos do art. 406 deste diploma, em 1% (um por cento) ao mês, nesse caso até 30/06/2009. A partir de 1.º de julho de 2009, incidirão, uma única vez, até a conta final que servir de base para a expedição do precatório, para fins de atualização monetária e de juros, os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos do art. 1.º-F, da Lei n.º 9.494/97, com a redação dada pela Lei n.º 11.960/2009 (Repercussão Geral no RE n.º 870.947), observada, quanto ao termo final da incidência, a tese firmada em Repercussão Geral no RE n.º 579.431, de 19/4/2017, Rel. Ministro Marco Aurélio.

Nos termos do art. 4.º, inciso I, da Lei Federal n.º 9.289/1996, o INSS está isento do pagamento de custas processuais nas ações de natureza previdenciária ajuizadas nesta Justiça Federal, assim como o está naquelas aforadas na Justiça do Estado de São Paulo, por força do art. 6.º da Lei Estadual n.º 11.608/2003, c. c. o art. 1.º, § 1.º, da mesma Lei n.º 9.289/1996, circunstância que não o exime, porém, de arcar com as custas e as despesas processuais em restituição à parte autora, em decorrência da sucumbência, na hipótese de pagamento prévio.

Quanto ao prequestionamento suscitado, saliente-se inexistir contrariedade alguma à legislação federal ou a dispostos constitucionais.

Por fim, não merece conhecimento o pedido formulado em contrarrazões, de majoração dos honorários sucumbenciais, tendo em vista a inadequação da via utilizada pela parte autora.

Posto isso, não conheço do pedido formulado em contrarrazões e nego provimento à apelação.

O benefício é de aposentadoria por idade de trabalhador rural, no valor de um salário mínimo, com DIB em 01.06.2016 (data do indeferimento administrativo).

É o voto.

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE A TRABALHADOR RURAL. ART. 143 DA LEI N.º 8.213/91. COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE DE RURÍCOLA NO PERÍODO ANTERIOR AO REQUERIMENTO. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.

- A atividade rural deve ser comprovada por meio de início de prova material, aliada à prova testemunhal.
- O conjunto probatório é suficiente para ensejar a concessão do benefício vindicado.
- Reconhecimento da procedência do pedido formulado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6097875-52.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: APARECIDA ALVES DE ABREU
Advogado do(a) APELADO: IVAN LUIZ ROSSI ANUNCIATO - SP213905-N

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 6097875-52.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: APARECIDA ALVES DE ABREU
Advogado do(a) APELADO: IVAN LUIZ ROSSI ANUNCIATO - SP213905-N
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Demanda proposta objetivando a concessão de aposentadoria por idade a trabalhador rural, prevista no art. 143 da Lei nº 8.213/91.

O juízo *a quo* julgou procedente o pedido formulado, reconhecendo à parte autora o direito ao benefício pretendido, a partir da data do indeferimento administrativo. Concedeu a tutela antecipada.

O INSS apela, pleiteando a reforma da sentença, sustentando, em síntese, o não cumprimento dos requisitos legais necessários à concessão em questão. Se vencido, requerida a alteração da correção monetária e verba honorária. Ao final, prequestiona a matéria.

Sem contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

BATISTA GONÇALVES

Desembargador Federal Relator

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 6097875-52.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: APARECIDA ALVES DE ABREU
Advogado do(a) APELADO: IVAN LUIZ ROSSI ANUNCIATO - SP213905-N
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Tempestivo o recurso e presentes os demais requisitos de admissibilidade, passa-se ao exame da insurgência propriamente dita, considerando-se a matéria objeto de devolução.

APOSENTADORIA POR IDADE (RURAL)

O benefício de aposentadoria por idade a trabalhador rural encontra-se disciplinado nos arts. 39, inciso I; 48, §§ 1.º e 2.º; e 143 da Lei n.º 8.213/91.

Antes mesmo do advento da Lei de Benefícios, a Lei Complementar n.º 11, de 25 de maio de 1971, que instituiu o Programa de Assistência ao Trabalhador Rural, em seu art. 4.º dispunha que a aposentadoria seria devida quando se completassem 65 anos de idade, cabendo a concessão do benefício apenas ao respectivo chefe ou arrimo de família (parágrafo único).

Por sua vez, de acordo com o art. 5.º da Lei Complementar n.º 16/73, o trabalhador rural deveria comprovar a sua atividade pelo menos nos três últimos anos anteriores à data do pedido do benefício.

Referidos dispositivos não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, que passou para 60 anos, para homens, e 55, para mulheres, a idade mínima exigida para a concessão do benefício (art. 201, § 7.º, inciso II), excluindo a exigência da condição de chefe de família.

Além do requisito etário (60 anos, se homem, e 55 anos, se mulher), o trabalhador rural deve comprovar o exercício de atividade rural, mesmo que descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses idêntico à carência do benefício.

O dispositivo legal citado deve ser analisado em consonância com o art. 142 da Lei de Benefícios.

Não se exige do trabalhador rural o cumprimento de carência (art. 26, inciso III), como o dever de verter contribuição por determinado número de meses, senão a comprovação do exercício laboral durante o período respectivo.

Vale dizer: em relação às contribuições previdenciárias, é assente, desde sempre, o entendimento de serem desnecessárias, sendo suficiente a comprovação do efetivo exercício de atividade no meio rural (STJ, REsp n.º 207.425, 5.ª Turma, j. em 21/9/1999, v.u., DJ de 25/10/1999, p. 123, Rel. Ministro Jorge Scartezzini; e STJ, RESP n. 502.817, 5.ª Turma, j. em 14/10/2003, v.u., DJ de 17/11/2003, p. 361, Rel. Ministra Laurita Vaz).

Noutro passo, com relação ao art. 143 da Lei n.º 8.213/91, a regra transitória assegurou aos rurícolas o direito de requerer aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo, durante 15 (quinze) anos, contados da vigência da referida Lei.

Assim, o referido prazo expiraria em 25/7/2006.

Entretanto, em relação ao trabalhador rural enquadrado como segurado empregado ou como segurado contribuinte individual, que presta serviços de natureza rural, em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego, o aludido prazo foi prorrogado por mais 2 (dois) anos, estendendo-se até 25/7/2008, em face do disposto na MP n.º 312/06, convertida na Lei n.º 11.368/06.

Posteriormente, a Medida Provisória n.º 410/07, convertida na Lei n.º 11.718/08, estabeleceu nova prorrogação para o prazo previsto no art. 143 da Lei n.º 8.213/91, ao determinar, em seu art. 2.º, que “Para o trabalhador rural empregado, o prazo previsto no art. 43 da Lei n.º 8.213/91, de 24 de julho de 1991, fica prorrogado até o dia 31 de dezembro de 2010” (art. 2.º) e, em seu art. 3.º, que “Na concessão de aposentadoria por idade do empregado rural, em valor equivalente ao salário mínimo, serão contados para efeito de carência: I - até 31 de dezembro de 2010, a atividade comprovada na forma do art. 143 da Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991; II - de janeiro de 2011 a dezembro de 2015, cada mês comprovado de emprego, multiplicado por 3 (três), limitado a 12 (doze) meses, dentro do respectivo ano civil; e III - de janeiro de 2016 a dezembro de 2020, cada mês comprovado de emprego, multiplicado por 2 (dois), limitado a 12 (doze) meses dentro do respectivo ano civil”.

É de observar-se que, para os empregados rurais e contribuintes individuais eventuais, a regra permanente do art. 48 da Lei n.º 8.213/91 continua a exigir, para concessão de aposentadoria por idade a rurícolas, apenas a comprovação do efetivo exercício de "atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência do benefício pretendido", consoante §§ 1.º e 2.º do referido dispositivo.

Essa comprovação do labor rural, nos termos dos arts. 48 e 143 da Lei de Benefícios, dar-se-á por meio de prova documental, ainda que incipiente, e, nos termos do art. 55, § 3.º, da retrocitada Lei, corroborada por prova testemunhal.

Acrescente-se que a jurisprudência de longa data vem atentando para a necessidade dessa conjunção de elementos probatórios (início de prova documental e colheita de prova testemunhal), o que resultou até mesmo na edição do verbete n.º 149 da Súmula da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

"A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito de obtenção do benefício previdenciário".

DO CASO DOS AUTOS

O requisito etário restou satisfeito, pois a parte autora completou a idade mínima em 22.08.2017, devendo fazer prova do exercício de atividade rural por 180 meses.

Para demonstrar as alegações, juntou os seguintes documentos:

- certidão de casamento, celebrado em 20.09.1980, sem a qualificação dos nubentes;
- comprovante de pagamento da conta de energia elétrica, referente ao mês de fevereiro/2018, em nome do marido da demandante;
- ficha de cadastro do Departamento Municipal de Saúde – Prefeitura Municipal de Miracatu, em nome da requerente, sem a qualificação, data e assinatura de responsável;
- resultado de exame médico da autora, datado de 21.09.2017;
- declaração da empresa Agro Pet Center, no sentido de que a autora reside na “Estrada Sumidouro Chácara Shalom Faú, Miracatu”, datada de 05.08.2018, sem assinatura do responsável;
- declaração da empresa Barateria Confecções, constando que a ora apelada é “residente e domiciliada a Estrada Sumidouro, Chácara Shalom, Faú, Miracatu, São Paulo”, datada de 19.07.2018;
- Instrumento Particular de Doação, revelando que a autora e seu marido receberam um lote de terras com área de 175 metros quadrados em 28.08.2012, qualificando o cônjuge como “Pedreiro” e a demandante “do lar” e
- notificações do ITESP- FUNDAÇÃO INSTITUTO DE TERRAS DO ESTADO DE SÃO PAULO – Ministério do Desenvolvimento Agrário – Governo do Estado de São Paulo, solicitando o comparecimento do cônjuge da autora para apresentar cópias de documentos, datados de 10.08.2012 e 28.08.2012.

Cabe ressaltar que os documentos juntados aos autos não permitem assegurar o exercício da atividade rural pela autora, já que, neste caso, não há possibilidade sequer de estender a ela a qualificação de seu esposo, cuja profissão constou ser pedreiro.

Em que pese os documentos revelando o local da residência da autora, estes não tem o condão de comprovar o trabalho campesino desempenhado pela apelada.

Logo, ausente o início de prova material, a prova exclusivamente testemunhal não é suficiente para o reconhecimento do trabalho rural.

Importante ressaltar que a Corte Especial do E. Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp nº 1.352.721/SP, em sede de Recurso Representativo de Controvérsia, de Relatoria do Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, firmou posição na linha de que a ausência de prova material apta a comprovar o exercício de atividade rural implica a extinção do processo, sem resolução de mérito, por falta de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido, possibilitando ao segurado o ajuizamento de nova demanda, caso reúna os elementos necessários à concessão do benefício.

Confira-se, a propósito, a ementa do aludido julgado:

"DIREITO PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. RESOLUÇÃO No. 8/STJ. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. AUSÊNCIA DE PROVA MATERIAL APTA A COMPROVAR O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE RURAL. CARÊNCIA DE PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO VÁLIDO DO PROCESSO. EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, DE MODO QUE A AÇÃO PODE SER REPROPOSTA, DISPONDO A PARTE DOS ELEMENTOS NECESSÁRIOS PARA COMPROVAR O SEU DIREITO. RECURSO ESPECIAL DO INSS DESPROVIDO.

1. Tradicionalmente, o Direito Previdenciário se vale da processualística civil para regular os seus procedimentos, entretanto, não se deve perder de vista as peculiaridades das demandas previdenciárias, que justificam a flexibilização da rígida metodologia civilista, levando-se em conta os cânones constitucionais atinentes à Seguridade Social, que tem como base o contexto social adverso em que se inserem os que buscam judicialmente os benefícios previdenciários.

2. As normas previdenciárias devem ser interpretadas de modo a favorecer os valores morais da Constituição Federal/1988, que prima pela proteção do Trabalhador Segurado da Previdência Social, motivo pelo qual os pleitos previdenciários devem ser julgados no sentido de amparar a parte hipossuficiente e que, por esse motivo, possui proteção legal que lhe garante a flexibilização dos rígidos institutos processuais. Assim, deve-se procurar encontrar na hermenêutica previdenciária a solução que mais se aproxime do caráter social da Carta Magna, a fim de que as normas processuais não venham a obstar a concretude do direito fundamental à prestação previdenciária a que faz jus o segurado.

3. Assim como ocorre no Direito Sancionador, em que se afastam as regras da processualística civil em razão do especial garantismo conferido por suas normas ao indivíduo, deve-se dar prioridade ao princípio da busca da verdade real, diante do interesse social que envolve essas demandas.

4. A concessão de benefício devido ao trabalhador rural configura direito subjetivo individual garantido constitucionalmente, tendo a CF/88 dado primazia à função social do RGPS ao erigir como direito fundamental de segunda geração o acesso à Previdência do Regime Geral; sendo certo que o trabalhador rural, durante o período de transição, encontra-se constitucionalmente dispensado do recolhimento das contribuições, visando à universalidade da cobertura previdenciária e a inclusão de contingentes desassistidos por meio de distribuição de renda pela via da assistência social.

5. A ausência de conteúdo probatório eficaz a instruir a inicial, conforme determina o art. 283 do CPC, implica a carência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo, impondo a sua extinção sem o julgamento do mérito (art. 267, IV do CPC) e a consequente possibilidade de o autor intentar novamente a ação (art. 268 do CPC), caso reúna os elementos necessários à tal iniciativa.

6. Recurso Especial do INSS desprovido."

De rigor, portanto, a extinção do processo tal como decidido pelo STJ no REsp 1.352.721/SP, porquanto ausente o início de prova material do exercício de atividade rural.

Condeno a parte autora a pagar custas processuais e honorários de advogado, arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, suspensa, porém, a exigibilidade, na forma do art. 98, § 3.º, do CPC, por se tratar de beneficiária da gratuidade da justiça.

Posto isso, de ofício, julgo extinto o feito, sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, inciso IV e § 3.º, do CPC, restando prejudicada a análise do recurso de apelação. Revogo a antecipação dos efeitos da tutela concedida.

É o voto.

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. ART. 143 DA LEI N.º 8.213/91. APOSENTADORIA POR IDADE A TRABALHADOR RURAL. AUSÊNCIA DE INÍCIO DE PROVA MATERIAL. RESP REPETITIVO 1.352.721/SP. EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.

- A atividade rural deve ser comprovada por meio de início de prova material, aliada à prova testemunhal.
- Ausente o início de prova material do exercício de labor campesino, a extinção do feito, sem resolução do mérito (CPC, art. 485, inciso IV), impõe-se de rigor diante do quanto decidido pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.352.721/SP.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu extinguir o feito sem julgamento do mérito, prejudicada a apelação do INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5133807-21.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: SANTINA ISABEL MARTINS NEVES
Advogado do(a) APELANTE: LUCILENE CERVIGNE BARRETO - SP108107-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5133807-21.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: SANTINA ISABEL MARTINS NEVES
Advogado do(a) APELANTE: LUCILENE CERVIGNE BARRETO - SP108107-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

8.213/91. Demanda proposta objetivando a concessão de aposentadoria por idade a trabalhador rural, prevista no art. 143 da Lei n.º

O juízo *a quo* julgou improcedente o pedido formulado.

A parte autora apela, pleiteando a reforma da sentença, sustentando, em síntese, o cumprimento dos requisitos legais necessários à concessão pretendida.

Sem contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5133807-21.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: SANTINA ISABEL MARTINS NEVES
Advogado do(a) APELANTE: LUCILENE CERVIGNE BARRETO - SP108107-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Tempestivo o recurso e presentes os demais requisitos de admissibilidade, passa-se ao exame da insurgência propriamente dita, considerando-se a matéria objeto de devolução.

APOSENTADORIA POR IDADE (RURAL)

O benefício de aposentadoria por idade a trabalhador rural encontra-se disciplinado nos arts. 39, inciso I; 48, §§ 1.º e 2.º; e 143 da Lei n.º 8.213/91.

Antes mesmo do advento da Lei de Benefícios, a Lei Complementar n.º 11, de 25 de maio de 1971, que instituiu o Programa de Assistência ao Trabalhador Rural, em seu art. 4.º dispunha que a aposentadoria seria devida quando se completassem 65 anos de idade, cabendo a concessão do benefício apenas ao respectivo chefe ou arrimo de família (parágrafo único).

Por sua vez, de acordo com o art. 5.º da Lei Complementar n.º 16/73, o trabalhador rural deveria comprovar a sua atividade pelo menos nos três últimos anos anteriores à data do pedido do benefício.

Referidos dispositivos não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, que passou para 60 anos, para homens, e 55, para mulheres, a idade mínima exigida para a concessão do benefício (art. 201, § 7.º, inciso II), excluindo a exigência da condição de chefe de família.

Além do requisito etário (60 anos, se homem, e 55 anos, se mulher), o trabalhador rural deve comprovar o exercício de atividade rural, mesmo que descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses idêntico à carência do benefício.

O dispositivo legal citado deve ser analisado em consonância com o art. 142 da Lei de Benefícios.

Não se exige do trabalhador rural o cumprimento de carência (art. 26, inciso III), como o dever de verter contribuição por determinado número de meses, senão a comprovação do exercício laboral durante o período respectivo.

Vale dizer: em relação às contribuições previdenciárias, é assente, desde sempre, o entendimento de serem desnecessárias, sendo suficiente a comprovação do efetivo exercício de atividade no meio rural (STJ, REsp n.º 207.425, 5.ª Turma, j. em 21/9/1999, v.u., DJ de 25/10/1999, p. 123, Rel. Ministro Jorge Scartezini; e STJ, RESP n. 502.817, 5.ª Turma, j. em 14/10/2003, v.u., DJ de 17/11/2003, p. 361, Rel. Ministra Laurita Vaz).

Noutro passo, com relação ao art. 143 da Lei n.º 8.213/91, a regra transitória assegurou aos rurícolas o direito de requerer aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo, durante 15 (quinze) anos, contados da vigência da referida Lei.

Assim, o referido prazo expiraria em 25/7/2006.

Entretanto, em relação ao trabalhador rural enquadrado como segurado empregado ou como segurado contribuinte individual, que presta serviços de natureza rural, em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego, o aludido prazo foi prorrogado por mais 2 (dois) anos, estendendo-se até 25/7/2008, em face do disposto na MP n.º 312/06, convertida na Lei n.º 11.368/06.

Posteriormente, a Medida Provisória n.º 410/07, convertida na Lei n.º 11.718/08, estabeleceu nova prorrogação para o prazo previsto no art. 143 da Lei n.º 8.213/91, ao determinar, em seu art. 2.º, que “Para o trabalhador rural empregado, o prazo previsto no art. 43 da Lei n.º 8.213/91, de 24 de julho de 1991, fica prorrogado até o dia 31 de dezembro de 2010” (art. 2.º) e, em seu art. 3.º, que “Na concessão de aposentadoria por idade do empregado rural, em valor equivalente ao salário mínimo, serão contados para efeito de carência: I - até 31 de dezembro de 2010, a atividade comprovada na forma do art. 143 da Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991; II - de janeiro de 2011 a dezembro de 2015, cada mês comprovado de emprego, multiplicado por 3 (três), limitado a 12 (doze) meses, dentro do respectivo ano civil; e III - de janeiro de 2016 a dezembro de 2020, cada mês comprovado de emprego, multiplicado por 2 (dois), limitado a 12 (doze) meses dentro do respectivo ano civil”.

É de observar-se que, para os empregados rurais e contribuintes individuais eventuais, a regra permanente do art. 48 da Lei n.º 8.213/91 continua a exigir, para concessão de aposentadoria por idade a rurícolas, apenas a comprovação do efetivo exercício de “atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência do benefício pretendido”, consoante §§ 1.º e 2.º do referido dispositivo.

Essa comprovação do labor rural, nos termos dos arts. 48 e 143 da Lei de Benefícios, dar-se-á por meio de prova documental, ainda que incipiente, e, nos termos do art. 55, § 3.º, da retrocitada Lei, corroborada por prova testemunhal.

Acrescente-se que a jurisprudência de longa data vem atentando para a necessidade dessa conjunção de elementos probatórios (início de prova documental e colheita de prova testemunhal), o que resultou até mesmo na edição do verbete n.º 149 da Súmula da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “

"A prova exclusivamente testemunhal não basta a comprovação da atividade rural, para efeito de obtenção do benefício previdenciário".

DO CASO DOS AUTOS

O requisito etário restou satisfeito, pois a parte autora completou a idade mínima em 24.06.2016, devendo fazer prova do exercício de atividade rural por 180 meses.

Para comprovar as alegações, juntou somente a cópia da consulta datada de 21.06.2016, referente à entrega de Declaração de ITR do ano 2002 da Fazenda Vereda Alta, não havendo qualquer indicação do alegado serviço rural da requerente.

Cabe destacar a existência de prova oral.

Logo, ausente o início de prova material, a prova exclusivamente testemunhal não é suficiente para o reconhecimento do trabalho rural.

Importante ressaltar que a Corte Especial do E. Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp nº 1.352.721/SP, em sede de Recurso Representativo de Controvérsia, de Relatoria do Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, firmou posição na linha de que a ausência de prova material apta a comprovar o exercício de atividade rural implica a extinção do processo, sem resolução de mérito, por falta de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido, possibilitando ao segurado o ajuizamento de nova demanda, caso reúna os elementos necessários à concessão do benefício.

Confira-se, a propósito, a ementa do aludido julgado:

"DIREITO PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. RESOLUÇÃO No. 8/STJ. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. AUSÊNCIA DE PROVA MATERIAL APTA A COMPROVAR O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE RURAL. CARÊNCIA DE PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO VÁLIDO DO PROCESSO. EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, DE MODO QUE A AÇÃO PODE SER REPROPOSTA, DISPONDO A PARTE DOS ELEMENTOS NECESSÁRIOS PARA COMPROVAR O SEU DIREITO. RECURSO ESPECIAL DO INSS DESPROVIDO.

1. Tradicionalmente, o Direito Previdenciário se vale da processualística civil para regular os seus procedimentos, entretanto, não se deve perder de vista as peculiaridades das demandas previdenciárias, que justificam a flexibilização da rígida metodologia civilista, levando-se em conta os cânones constitucionais atinentes à Seguridade Social, que tem como base o contexto social adverso em que se inserem os que buscam judicialmente os benefícios previdenciários.

2. As normas previdenciárias devem ser interpretadas de modo a favorecer os valores morais da Constituição Federal/1988, que prima pela proteção do Trabalhador Segurado da Previdência Social, motivo pelo qual os pleitos previdenciários devem ser julgados no sentido de amparar a parte hipossuficiente e que, por esse motivo, possui proteção legal que lhe garante a flexibilização dos rígidos institutos processuais. Assim, deve-se procurar encontrar na hermenêutica previdenciária a solução que mais se aproxime do caráter social da Carta Magna, a fim de que as normas processuais não venham a obstar a concretude do direito fundamental à prestação previdenciária a que faz jus o segurado.

3. Assim como ocorre no Direito Sancionador, em que se afastam as regras da processualística civil em razão do especial garantismo conferido por suas normas ao indivíduo, deve-se dar prioridade ao princípio da busca da verdade real, diante do interesse social que envolve essas demandas.

4. A concessão de benefício devido ao trabalhador rural configura direito subjetivo individual garantido constitucionalmente, tendo a CF/88 dado primazia à função social do RGPS ao erigir como direito fundamental de segunda geração o acesso à Previdência do Regime Geral; sendo certo que o trabalhador rural, durante o período de transição, encontra-se constitucionalmente dispensado do recolhimento das contribuições, visando à universalidade da cobertura previdenciária e a inclusão de contingentes desassistidos por meio de distribuição de renda pela via da assistência social.

5. A ausência de conteúdo probatório eficaz a instruir a inicial, conforme determina o art. 283 do CPC, implica a carência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo, impondo a sua extinção sem o julgamento do mérito (art. 267, IV do CPC) e a consequente possibilidade de o autor intentar novamente a ação (art. 268 do CPC), caso reúna os elementos necessários à tal iniciativa.

6. Recurso Especial do INSS desprovido."

De rigor, portanto, a extinção do processo tal como decidido pelo STJ no REsp 1.352.721/SP, porquanto ausente o início de prova material do exercício de atividade rural.

Condene a parte autora a pagar custas processuais e honorários de advogado, arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, suspensa, porém, a exigibilidade, na forma do art. 98, § 3.º, do CPC, por se tratar de beneficiária da gratuidade da justiça.

Posto isso, de ofício, julgo extinto o feito, sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, inciso IV e § 3.º, do CPC, restando prejudicada a análise do recurso de apelação.

É o voto.

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. ART. 143 DA LEI N.º 8.213/91. APOSENTADORIA POR IDADE A TRABALHADOR RURAL. AUSÊNCIA DE INÍCIO DE PROVA MATERIAL. RESP REPETITIVO 1.352.721/SP. EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.

- A atividade rural deve ser comprovada por meio de início de prova material, aliada à prova testemunhal.
- Ausente o início de prova material do exercício de labor campesino, a extinção do feito, sem resolução do mérito (CPC, art. 485, inciso IV), impõe-se de rigor diante do quanto decidido pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.352.721/SP.
- Apelação da parte autora prejudicada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu extinguir o feito sem julgamento do mérito e julgar prejudicada a apelação da parte autora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5786673-54.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: NEIDE FRANCA DE ALMEIDA COSTA
Advogado do(a) APELADO: IVAN LUIZ ROSSI ANUNCIATO - SP213905-N
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5786673-54.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: NEIDE FRANCA DE ALMEIDA COSTA
Advogado do(a) APELADO: IVAN LUIZ ROSSI ANUNCIATO - SP213905-N
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Demanda proposta objetivando a concessão de aposentadoria por idade a trabalhador rural, prevista no art. 143 da Lei n.º 8.213/91.

O juízo *a quo* julgou procedente o pedido formulado, reconhecendo à parte autora o direito ao benefício pretendido, a partir da data do pedido administrativo. Concedeu a tutela antecipada.

O INSS apela, pleiteando a reforma da sentença, sustentando, em síntese, o não cumprimento dos requisitos legais necessários à concessão em questão. Se vencido, requerida a alteração da correção monetária e juros, bem como da verba honorária. Ao final, prequestiona a matéria.

Comcontrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5786673-54.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: NEIDE FRANCA DE ALMEIDA COSTA
Advogado do(a) APELADO: IVAN LUIZ ROSSI ANUNCIATO - SP213905-N
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Tempestivo o recurso e presentes os demais requisitos de admissibilidade, passa-se ao exame da insurgência propriamente dita, considerando-se a matéria objeto de devolução.

APOSENTADORIA POR IDADE (RURAL)

O benefício de aposentadoria por idade a trabalhador rural encontra-se disciplinado nos arts. 39, inciso I; 48, §§ 1.º e 2.º; e 143 da Lei n.º 8.213/91.

Antes mesmo do advento da Lei de Benefícios, a Lei Complementar n.º 11, de 25 de maio de 1971, que instituiu o Programa de Assistência ao Trabalhador Rural, em seu art. 4.º dispunha que a aposentadoria seria devida quando se completassem 65 anos de idade, cabendo a concessão do benefício apenas ao respectivo chefe ou arrimo de família (parágrafo único).

Por sua vez, de acordo com o art. 5.º da Lei Complementar n.º 16/73, o trabalhador rural deveria comprovar a sua atividade pelo menos nos três últimos anos anteriores à data do pedido do benefício.

Referidos dispositivos não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, que passou para 60 anos, para homens, e 55, para mulheres, a idade mínima exigida para a concessão do benefício (art. 201, § 7.º, inciso II), excluindo a exigência da condição de chefe de família.

Além do requisito etário (60 anos, se homem, e 55 anos, se mulher), o trabalhador rural deve comprovar o exercício de atividade rural, mesmo que descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses idêntico à carência do benefício.

O dispositivo legal citado deve ser analisado em consonância com o art. 142 da Lei de Benefícios.

Não se exige do trabalhador rural o cumprimento de carência (art. 26, inciso III), como o dever de verter contribuição por determinado número de meses, senão a comprovação do exercício laboral durante o período respectivo.

Vale dizer: em relação às contribuições previdenciárias, é assente, desde sempre, o entendimento de serem desnecessárias, sendo suficiente a comprovação do efetivo exercício de atividade no meio rural (STJ, REsp n.º 207.425, 5.ª Turma, j. em 21/9/1999, v.u., DJ de 25/10/1999, p. 123, Rel. Ministro Jorge Scartezini; e STJ, RESP n. 502.817, 5.ª Turma, j. em 14/10/2003, v.u., DJ de 17/11/2003, p. 361, Rel. Ministra Laurita Vaz).

Noutro passo, com relação ao art. 143 da Lei n.º 8.213/91, a regra transitória assegurou aos rurícolas o direito de requerer aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo, durante 15 (quinze) anos, contados da vigência da referida Lei.

Assim, o referido prazo expiraria em 25/7/2006.

Entretanto, em relação ao trabalhador rural enquadrado como segurado empregado ou como segurado contribuinte individual, que presta serviços de natureza rural, em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego, o aludido prazo foi prorrogado por mais 2 (dois) anos, estendendo-se até 25/7/2008, em face do disposto na MP n.º 312/06, convertida na Lei n.º 11.368/06.

Posteriormente, a Medida Provisória n.º 410/07, convertida na Lei n.º 11.718/08, estabeleceu nova prorrogação para o prazo previsto no art. 143 da Lei n.º 8.213/91, ao determinar, em seu art. 2.º, que “Para o trabalhador rural empregado, o prazo previsto no art. 43 da Lei n.º 8.213/91, de 24 de julho de 1991, fica prorrogado até o dia 31 de dezembro de 2010” (art. 2.º) e, em seu art. 3.º, que “*Na concessão de aposentadoria por idade do empregado rural, em valor equivalente ao salário mínimo, serão contados para efeito de carência: I - até 31 de dezembro de 2010, a atividade comprovada na forma do art. 143 da Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991; II - de janeiro de 2011 a dezembro de 2015, cada mês comprovado de emprego, multiplicado por 3 (três), limitado a 12 (doze) meses, dentro do respectivo ano civil; e III - de janeiro de 2016 a dezembro de 2020, cada mês comprovado de emprego, multiplicado por 2 (dois), limitado a 12 (doze) meses dentro do respectivo ano civil*”.

É de observar-se que, para os empregados rurais e contribuintes individuais eventuais, a regra permanente do art. 48 da Lei n.º 8.213/91 continua a exigir, para concessão de aposentadoria por idade a rurícolas, apenas a comprovação do efetivo exercício de “atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência do benefício pretendido”, consoante §§ 1.º e 2.º do referido dispositivo.

Essa comprovação do labor rural, nos termos dos arts. 48 e 143 da Lei de Benefícios, dar-se-á por meio de prova documental, ainda que incipiente, e, nos termos do art. 55, § 3.º, da retrocitada Lei, corroborada por prova testemunhal.

Acrescente-se que a jurisprudência de longa data vem atentando para a necessidade dessa conjunção de elementos probatórios (início de prova documental e colheita de prova testemunhal), o que resultou até mesmo na edição do verbete n.º 149 da Súmula da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: ”

“A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito de obtenção do benefício previdenciário”.

DO CASO DOS AUTOS

O requisito etário restou satisfeito, pois a parte autora completou a idade mínima em 24.08.2016, devendo fazer prova do exercício de atividade rural por 180 meses.

Para demonstrar as alegações na inicial de que “*exerceu juntamente com seu esposo: Persio Martis Costa e filhos; Celio, Benedito, Rafael e Gabriel atividade rural ... em regime de economia familiar, em sua pequena propriedade de terra ou em terras cedidas pelo patrão*”, juntou documentos, entre os quais destacam-se:

- certidão de casamento, celebrado em 16.05.1992, qualificando o cônjuge como lavrador;
- certidão de casamento dos filhos da autora, com assento em 04.09.1999 e 23.10.2009, qualificando-os como lavradores.

Cabe ressaltar a existência de prova oral. As testemunhas declaram genericamente que conhecem a parte autora há 30 anos e afirmam o alegado labor rural.

O valor probatório dos documentos de qualificação civil, dos quais é possível inferir a profissão exercida pela parte autora, à época dos fatos que se pretende comprovar, é inconteste.

Em que pese a prova documental apresentada pela autora em nome de seu marido e filhos, não se pode perder de vista que o INSS juntou extratos do Sistema CNIS da Previdência Social, revelando que o núcleo familiar exerceu **atividade urbana** durante vários anos, a saber: o cônjuge da autora trabalhou no AUTO POSTO VALE DO RIBEIRA LTDA em 01.03.1976, de 02.01.1977 a 02.02.1978 e de 15.05.1979 a 28.07.1980, para João Josefino de 01.09.1982 a 04.10.1982, na empresa EMPREENDIMENTOS JAVIM LTDA de 01.06.1987 a 30.04.1988, 01.04.1992 a 28.12.1993, para Wilson Roberto Pereira de 01.06.1996 a 15.07.1999, como capataz e recebeu auxílio doença de 09.01.2001 a 24.04.2002.

Já, o filho da requerente Sr. Celio Roberto França Martins da Costa possui registros de atividades urbanas para Ademir Timoteo Nunes, a partir de 03.01.2000, com última remuneração em outubro de 2003, para Seikiti Miazato, como caseiro, de 01.10.2006 a 10.10.2008, 01.09.2009 a 20.08.2012 e 02.05.2013 a 25.06.2018 e para Isejima & Cia Ltda. desde 26.03.2019, no cargo faxineiro.

Por sua vez, o Sr. Rafael França Martins da Costa possui registros com natureza de atividade urbana nos períodos de 01.03.2000 a 02.02.2001, 01.07.2003 a 26.11.2003, 01.04.2008 a 04.02.2011, 03.12.2012 a 30.10.2013, 16.05.2014 a 16.08.2017, 02.05.2019 a 30.09.2019 e também a partir de 02.05.2019 para a empresa N. Materiais de Construção, sem data de saída.

O Sr. Benedito Neves Costa Neto, possuiu vínculo empregatício com Seikiti Miazato, como caseiro, nos períodos de 01.04.2009 a 14.07.2011 e 02.05.2012 a 04.07.2013, foi contribuinte individual, com recolhimento de contribuições de 01.08.2012 a 31.12.2012 e a partir de 05.11.2013 labora na Associação Beneficente Lar dos Idosos de Miracatu, no cargo “cuidador de idosos”.

Por fim, o Sr. Gabriel França Martins da Costa, exerceu atividade urbana de 07.07.2008 a 17.03.2011, 01.12.2011 a 13.05.2013 e 02.01.2014 a 04.02.2019.

Tal situação, por expressa disposição legal prevista no art.11, VII, §§ 9.º e 10 da Lei n.º 8.213/91, afasta a alegação do labor campesino da autora, em regime de economia familiar, no período de carência, que, na hipótese vertente, abrange o interregno compreendido entre **2001 e 2016** (180 meses).

Dessa forma, embora a documentação juntada qualifique o cônjuge como lavrador, não é suficiente esse início de prova material a corroborar o exercício da atividade rural, eis que o conjunto probatório é insuficiente para demonstrá-lo pelo prazo exigido em lei.

Impondo-se de rigor a modificação da decisão conferida no âmbito do 1.º grau, condeno a parte autora a pagar custas processuais e honorários de advogado, arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, suspensa, porém, a exigibilidade, na forma do art. 98, § 3.º, do CPC, por se tratar de beneficiária da gratuidade da justiça.

Posto isso, dou provimento à apelação, para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido formulado, revogando a antecipação dos efeitos da tutela concedida.

É o voto.

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. ART. 143 DA LEI N.º 8.213/91. APOSENTADORIA POR IDADE A TRABALHADOR RURAL. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE DE RURÍCOLA NO PERÍODO ANTERIOR AO REQUERIMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.

- A atividade rural deve ser comprovada por meio de início de prova material, aliada à prova testemunhal.
- A prova produzida, inconsistente, é insuficiente para ensejar a concessão do benefício vindicado.
- Reconhecimento da improcedência do pedido formulado.
- Apelação do INSS provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu dar provimento à apelação do INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6214974-43.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 31 - DES. FED. DALDICE SANTANA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: DIRCE LARA NUNES
Advogado do(a) APELADO: NATHALIA WERNER KRAPF - SP263480-N
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6214974-43.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 31 - DES. FED. DALDICE SANTANA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: DIRCE LARA NUNES
Advogado do(a) APELADO: NATHALIA WERNER KRAPF - SP263480-N
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal Daldice Santana: cuida-se de apelação interposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) em face de sentença que julgou procedente o pedido de benefício assistencial. A tutela provisória foi antecipada.

Nas razões de apelação, sustenta ser indevido o benefício ante a ausência do requisito da hipossuficiência. Subsidiariamente, impugna os consectários.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Trata-se de apelação em ação ajuizada em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, objetivando a concessão do benefício assistencial, previsto no art. 203, V, da Constituição Federal.

A e. Relatora proferiu voto dando provimento à apelação do INSS, reformando a r. sentença como improcedência do pedido inicial.

Coma máxima vênia, divirjo da e. Relatora no tocante ao requisito da miserabilidade.

O estudo social (id 108867832) informou que a parte autora vive em casa cedida pelo filho, *“de alvenaria, piso frio e sem forro... possui energia elétrica, a água é oriunda de poço e não possui rede de esgoto”*, com um quarto contendo uma cama de solteiro e dois guarda-roupas; uma cozinha com uma mesa com quatro cadeiras, dois armários, um fogão de quatro bocas, um microondas, e uma geladeira... a mobília é arcaica, em pouca quantidade e praticamente todos os móveis estão quebrados.

A parte autora não possui renda, apenas conta como auxílio do filho para o pagamento da despesa com energia elétrica.

Assim sendo, de acordo com as informações trazidas pelo estudo social, entendo que a requerente está submetida a risco social.

Ademais, a Assistente Social concluiu que *“o benefício assistencial é de suma importância para a parte autora, onde a mesma poderá servir como transformação social, tornando a parte autora menos vulnerável”*.

No tocante à obrigação de prestar alimentos por parte dos familiares da requerente, que possui dois filhos (ambos contribuintes individuais, com renda declarada de R\$ 5.000,00 e R\$ 4.000,00 – id 108867854 e id 108867856), nenhum residindo no mesmo imóvel, não reconheço eventual afastamento da responsabilidade estatal, apesar de subsidiária, tendo em vista a ausência de notícia nos autos de possível recebimento ou solicitação de prestação de tal natureza.

Partindo de tais premissas, verifico que a parte autora comprovou o preenchimento da miserabilidade, razão pela qual entendo que faz jus à concessão do benefício assistencial, nos termos da r. sentença.

TERMO INICIAL

O dies a quo do benefício de prestação continuada deve corresponder à data em que a Autarquia Previdenciária tomou conhecimento do direito da parte autora e se recusou a concedê-lo, ou seja, na data do requerimento administrativo (em31/01/2019 – id 108867813), nos termos da r. sentença.

CONSECTÁRIOS LEGAIS

JUROS DE MORA

Não conheço do apelo do INSS no tocante aos juros de mora, tendo em vista que a insurgência ocorreu nos exatos termos da r. sentença.

CORREÇÃO MONETÁRIA

A correção monetária deve ser aplicada em conformidade com a Lei n. 6.899/81 e legislação superveniente (conforme o Manual de Cálculos da Justiça Federal), observados os termos da decisão final no julgamento do RE n. 870.947, Rel. Min. Luiz Fux.

VERBA HONORÁRIA

Com o advento do novo Código de Processo Civil, foram introduzidas profundas mudanças no princípio da sucumbência, e em razão destas mudanças e sendo o caso de sentença ilíquida, a fixação do percentual da verba honorária deverá ser definida somente na liquidação do julgado, com observância ao disposto no inciso II, do § 4º c.c. § 11, ambos do artigo 85, do CPC/2015, bem como o artigo 86, do mesmo diploma legal.

Os honorários advocatícios, a teor da Súmula 111 do E. STJ incidem sobre as parcelas vencidas até a sentença de procedência.

Ante o exposto, coma máxima vênia da e. Relatora, voto para não conhecer de parte do apelo do INSS sendo que, na parte conhecida, dar-lhe parcial provimento, tão somente para ajustar a correção monetária, observados os honorários advocatícios, nos termos da fundamentação.

Éo voto.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6214974-43.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 31 - DES. FED. DALDICE SANTANA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: DIRCE LARA NUNES
Advogado do(a) APELADO: NATHALIA WERNER KRAPF - SP263480-N
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal Daldice Santana: conheço do recurso em razão da satisfação de seus requisitos.

Discute-se o preenchimento dos requisitos necessários à concessão do benefício assistencial de prestação continuada previsto no artigo 20 da Lei n. 8.742/1993, regulamentado, atualmente, pelos Decretos n. 6.214/2007 e 7.617/2011.

Essa lei conferiu eficácia ao inciso V do artigo 203 da Constituição Federal ao estabelecer, no citado artigo, as condições para a concessão do benefício da assistência social, a saber: ser o postulante portador de deficiência ou idoso e, em ambas as hipóteses, comprovar a situação de miserabilidade ou hipossuficiência, ou seja, não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

DA HIPOSSUFICIÊNCIA OU MISERABILIDADE

A respeito do requisito objetivo, o tema foi levado à apreciação do Pretório Excelso por meio de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, movida pelo Procurador Geral da República, na qual, em meio à análise de outros temas, decidiu-se que o benefício de que trata o art. 203, inciso V, da Constituição Federal pode ser exigido somente a partir da edição da Lei n. 8.742/1993.

Trata-se da ADIN n. 1.232-2, de 27/08/1998, publicada no DJU de 01/06/2001, de relatoria do Ministro Maurício Correa (RTJ 154/818), na qual o Supremo Tribunal Federal reputou constitucional a restrição contida no § 3º do artigo 20 da Lei n. 8.742/1993.

Posteriormente, em controle difuso de constitucionalidade, o STF manteve aquele entendimento (vide RE n. 213.736-SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Informativo STF n. 179; RE 256.594-6, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 28/04/2000, Informativo STF n. 186; RE n. 280.663-3, São Paulo, j. 06/09/2001, Rel. Min. Maurício Corrêa).

Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça, em vários precedentes, considerou que a presunção objetiva absoluta de miserabilidade, da qual fala a lei, não afasta a possibilidade de comprovação da condição de miserabilidade por outros meios de prova (REsp n. 435.871, 5ª T., Rel. Min. Felix Fischer, j. 19/09/2002, DJ 21/10/2002, p. 61; REsp n. 222.764, STJ, 5ª T., Rel. Min. Gilson Dipp, j. 13/02/2001, DJ 12/03/2001, p. 512; REsp n. 223.603/SP, STJ, 5ª T., Rel. Min. Edson Vidigal, DJU 21/02/2000, p. 163).

Recentemente, o STF reviu seu posicionamento e, em sede de repercussão geral, reconheceu que o requisito do artigo 20, § 3º, da Lei n. 8.742/1993 não pode ser considerado taxativo (RE n. 580963, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe n. 225, 14/11/2013).

No mesmo julgamento, ao examinar, *incidenter tantum*, a constitucionalidade do parágrafo único do artigo 34 do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003), o Plenário do STF manifestou-se pela “*inexistência de justificativa plausível para discriminação dos portadores de deficiência em relação aos idosos, bem como dos idosos beneficiários da assistência social em relação aos idosos titulares de benefícios previdenciários no valor de até um salário mínimo*”.

Referido normativo dispõe expressamente que o valor do benefício assistencial auferido por idoso “*não será computado para os fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere a LOAS*”.

Contudo, diante do entendimento consagrado por ocasião do julgamento do RE n. 580963, abriu-se a possibilidade de exclusão, do cálculo da renda familiar, dos benefícios assistenciais recebidos por idosos e por deficientes e também dos benefícios previdenciários concedidos ao idoso, no valor de até um salário mínimo.

A decisão concluiu, ainda, que a mera interpretação gramatical do preceito, por si só, pode resultar no indeferimento da prestação assistencial em casos nos quais, embora o limite legal de renda *per capita* seja ultrapassado, evidencia-se um quadro de notória hipossuficiência econômica.

Essa insuficiência da regra decorre não apenas das modificações fáticas (políticas, econômicas e sociais), mas principalmente das alterações legislativas que ocorreram no País desde a edição da Lei Orgânica da Assistência Social, em 1993.

A legislação federal recente, por exemplo, reiterada pela adoção de vários programas assistenciais destinados a famílias carentes, considera pobres aqueles que possuem renda mensal *per capita* de até meio salário mínimo (nesse sentido, a Lei n. 9.533, de 10/12/1997, regulamentada pelos Decretos n. 2.609/1998 e 2.728/1999, as Portarias n. 458 e 879, de 03/12/2001, da Secretaria da Assistência Social, o Decreto n. 4.102/2002, a Lei n. 10.689/2003, criadora do Programa Nacional de Acesso à Alimentação).

Assim, não há como considerar o critério previsto no artigo 20, § 3º, da Lei n. 8.742/1993 como absoluto e único para aferição da situação de miserabilidade, até porque o próprio Estado Brasileiro elegeu outros parâmetros, como os defluentes da legislação acima citada.

Deve-se verificar, na questão *in concreto*, a ocorrência de situação de pobreza – entendida como a falta de recursos e de acesso ao mínimo existencial –, para se concluir se é devida ou não a prestação pecuniária da assistência social constitucionalmente prevista.

Assim, ao menos desde 14/11/2013 (RE n. 580963), o critério da miserabilidade contido no § 3º do artigo 20 da Lei n. 8.742/1993 não impede o julgador de levar em conta outros dados, a fim de identificar a situação de vida do idoso ou do deficiente, principalmente quando estiverem presentes peculiaridades, a exemplo de necessidades especiais com medicamentos ou com educação.

Nesse diapasão, podem-se estabelecer alguns parâmetros norteadores da análise individual de cada caso, como, por exemplo: **(i)** todos os que recebem renda familiar *per capita* inferior a ¼ do salário mínimo são miseráveis; **(ii)** nem todos os que percebem renda familiar *per capita* superior a ¼ do salário mínimo e inferior a ½ salário mínimo são miseráveis; **(iii)** nem todos os que percebem renda familiar *per capita* superior a ½ salário mínimo deixam de ser miseráveis; **(iv)** todos os que perceberem renda mensal familiar superior a um salário mínimo (artigo 7º, IV, da Constituição Federal) não são miseráveis.

Dessa forma, em todos os casos, outras circunstâncias devem ser levadas em conta, mormente se o patrimônio do requerente também se subsume à noção de hipossuficiência, devendo ser apurado se vive em casa própria, com ou sem ar condicionado, se possui veículo, telefones celulares, auxílio permanente de parentes ou de terceiros etc.

Cumprido salientar que o benefício de prestação continuada foi previsto, na impossibilidade de atender a um público maior, para socorrer aos desamparados (artigo 6º, *caput*, da CF), ou seja, àquelas pessoas que nem sequer teriam possibilidade de equacionar um orçamento doméstico, pelo fato de não terem renda ou de ser essa insignificante.

CONCEITO DE FAMÍLIA

Para apurar se a renda *per capita* do requerente atinge ou não o âmbito da hipossuficiência, faz-se necessário abordar o conceito de **família**.

Nesse sentido, o artigo 20 da Lei n. 8.742/1993 estabelecia, para efeitos de concessão do benefício, os conceitos de família (conjunto de pessoas do art. 16 da Lei n. 8.213/1991, desde que vivendo sob o mesmo teto - § 1º), de pessoa portadora de deficiência (aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho - § 2º) e de família incapacitada de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa (aquela com renda mensal *per capita* inferior a um quarto do salário mínimo - § 3º).

A Lei n. 12.435, vigente desde 07/07/2011, alterou os §§ 1º e 2º do artigo 20 da Lei n. 8.742/1993 e estabeleceu que a família, para fins de concessão do benefício assistencial, deve ser aquela composta pelo requerente, pelo cônjuge ou companheiro, pelos pais e, na ausência de um deles, pela madrasta ou pelo padrasto, pelos irmãos solteiros, pelos filhos e enteados solteiros e pelos menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto.

Ao mesmo tempo, o dever de sustento familiar (dos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles) não pode ser substituído pela intervenção Estatal, pois o próprio artigo 203, V, da Constituição Federal estabelece que o benefício será devido *quando o sustento não puder ser provido pela família*. Essa conclusão tem arrimo no princípio da solidariedade social, conformado no artigo 3º, I, do Texto Magno.

Com isso, à guisa de regra mínima de coexistência entre as pessoas em sociedade, a técnica de proteção social prioritária é a família, em cumprimento ao disposto no artigo 229 da Constituição Federal, que assim estabelece: “*Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade*”.

A propósito, a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU), ao analisar um pedido de uniformização formulado pelo Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), fixou a tese de que “*o benefício assistencial de prestação continuada pode ser indeferido se ficar demonstrado que os devedores legais podem prestar alimentos civis sem prejuízo de sua manutenção*”. A decisão foi proferida durante sessão realizada em 23/02/2017, em Brasília. Quanto ao mérito, o relator afirmou em seu voto que a interpretação do art. 20, § 1º, da Lei n. 8.742/1993, conforme as normas veiculadas pelos artigos 203, V, 229 e 230, da Constituição da República de 1988, deve ser a de que “*a assistência social estatal não deve afastar a obrigação de prestar alimentos devidos pelos parentes da pessoa em condição de miserabilidade socioeconômica (arts. 1694 e 1697, do Código Civil), em obediência ao princípio da subsidiariedade*”.

SUBSIDIARIEDADE DA ASSISTÊNCIA SOCIAL

À vista da preponderância do dever familiar de sustento, hospedado no artigo 229 da Constituição Federal, a Assistência Social, tal como regulada na Lei n. 8.742/1993, terá caráter **subsidiário** em relação às demais técnicas de proteção social (previdência social, previdência privada, caridade, família, poupança etc.), considerada a gratuidade de suas prestações.

Com efeito, levando-se em conta o alto custo do pretendido “Estado de bem-estar social”, forjado no Brasil pela Constituição Federal de 1988 quando a grande maioria dos países europeus já havia reconhecido sua inviabilidade financeira, é lícito inferir que ela só deve ser prestada em casos de real necessidade, sob pena de comprometer – dada a crescente dificuldade de custeio – a proteção social da coletividade, não apenas das futuras gerações, mas também da atual.

De fato, o benefício previsto no art. 203, V, da Constituição Federal tem o valor de 1 (um) salário mínimo, ou seja, a mesma quantia paga a milhões de brasileiros que se aposentaram no Regime Geral de Previdência Social mediante o pagamento de contribuições, durante vários anos.

Destarte, a assistência social deve ser fornecida com critério, pois, de outro modo, serão gerados privilégios e desigualdades, em oposição à própria natureza dos direitos sociais, que é a de propiciar igualdade e isonomia de condições a todos, observados os fins sociais (não individuais) da norma, à luz do artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

Diga-se, de passagem, que a concessão indiscriminada do benefício assistencial, mediante interpretação extensiva ou ampliativa dos requisitos constitucionais, geraria não apenas injustiça aos contribuintes da previdência social, mas incentivo para que esses deixem de contribuir, ou mesmo não se filiem ou não contribuam para a Seguridade Social, o que constituiria situação anômala e gravíssima do ponto de vista atuarial, apta a comprometer o custeio de todo o sistema.

É pertinente rememorar, *in casu*, o ensinamento do professor de direito previdenciário Wagner Balera a respeito da dimensão do **princípio da subsidiariedade**: “*O Estado é, sobretudo, o guardião dos direitos e garantias dos indivíduos. Cumpre-lhe, assinala Leão XIII, agir em favor dos fracos e dos indigentes exigindo que sejam por todos respeitados os direitos dos pequenos. Mas, segundo o princípio da subsidiariedade - que é noção fundamental para a compreensão do conteúdo da doutrina social cristã - o Estado não deve sobrepor-se aos indivíduos e aos grupos sociais na condução do interesse coletivo. Há de se configurar uma permanente simbiose entre o Estado e a sociedade, de tal sorte que ao primeiro não cabe destruir, nem muito menos exaurir a dinâmica da vida social I (é o magistério de Pio XI, na Encíclica comemorativa dos quarenta anos da 'Rerum Novarum', a 'Quadragesimo Anno', pontos 79-80).*” (Centenárias Situações e Novidade da 'Rerum Novarum', p. 545).

Por fim, quanto a esse tópico, é lícito concluir que quem está coberto pela previdência social está, em regra, fora da abrangência da assistência social. Nesse sentido, prelecionou Celso Bastos: “*A Assistência Social tem como propósito satisfazer as necessidades de pessoas que não podem gozar dos benefícios previdenciários, mas o faz de uma maneira comedida, para não incentivar seus assistidos à ociosidade. Concluimos, portanto, que os beneficiários da previdência social estão automaticamente excluídos da assistência social. O benefício da assistência social, frise-se, não pode ser cumulado pelo beneficiário com qualquer outro no âmbito da seguridade social ou de outro regime, salvo o de assistência médica.*” (Celso Bastos e Ives Gandra Martins, in Comentários à Constituição do Brasil, 8o Vol., Saraiva, 2000, p. 429).

IDOSOS E PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Na hipótese de postulante **idoso**, a idade mínima de 70 (setenta) anos foi reduzida para 67 (sessenta e sete) anos pela Lei n. 9.720/1998, a partir de 1º de janeiro de 1998, e, mais recentemente, para 65 (sessenta e cinco) anos, com a entrada em vigor do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003).

No que se refere ao conceito de **pessoa com deficiência** - previsto no § 2º do artigo 20 da Lei n. 8.742/1993, com a redação dada pela Lei n. 13.146/2015, passou a ser considerada aquela com impedimentos de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, possam obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Assim, ratificou-se o entendimento consolidado nesta Corte de que o rol previsto no art. 4º do Decreto n. 3.298/1999 (regulamentador da Lei n. 7.853/1989, que dispõe sobre a Política Nacional da Pessoa Portadora de Deficiência) não era exaustivo. Constatado, portanto, que os males sofridos pelo postulante impedem sua inserção social, restará preenchido um dos requisitos exigidos para a percepção do benefício.

Menciona-se também o conceito apresentado pela ONU, elaborado por meio da Resolução n. 3.447 (XXX): “*1. O termo 'pessoa deficiente' refere-se a qualquer pessoa incapaz de assegurar a si mesma, total ou parcialmente, as necessidades de uma vida individual ou social normal, em decorrência de uma deficiência, congênita ou não, em suas capacidades físicas ou mentais*”.

Esse conceito dá maior ênfase à necessidade, inclusive da vida individual, ao passo que o conceito proposto por Luiz Alberto David Araujo prioriza a questão da integração social, como se verá.

Nair Lemos Gonçalves apresentou os principais requisitos para sua definição: “*desvio acentuado dos mencionados padrões médios e sua relação com o desenvolvimento físico, mental, sensorial ou emocional, considerados esses aspectos do desenvolvimento separada, combinada ou globalmente*” (Verbete Excepcionais. In: Enciclopédia Saraiva de Direito, n. XXXIV. São Paulo: Saraiva, 1999).

Luiz Alberto David Araujo, por sua vez, compilou muitos significados da palavra “deficiente”, extraídos dos dicionários de Língua Portuguesa. Observa ele que, geralmente, os dicionários trazem a ideia de que a pessoa deficiente sofre de falta, de carência ou de falha.

Esse autor critica essas noções porque a ideia de deficiência não se apresenta tão simples, à medida em que as noções de falta, de carência ou de falha não abrangem todas as situações de deficiência, como, por exemplo, o caso dos superdotados, ou o de um portador do vírus HIV que consiga levar a vida normalmente, sem manifestação da doença, ou ainda o de um trabalhador intelectual que tenha um dedo amputado.

Por serem noções de falta, de carência ou de falha insuficientes à caracterização da deficiência, Luiz Alberto David Araujo propõe um norte mais seguro para a identificação da pessoa protegida, cujo fator determinante do enquadramento ou não no conceito de pessoa com deficiência seja o meio social:

“O indivíduo portador de deficiência, quer por falta, quer por excesso sensorial ou motor, deve apresentar dificuldades para seu relacionamento social. O que define a pessoa portadora de deficiência não é falta de um membro nem a visão ou audição reduzidas. O que caracteriza a pessoa portadora de deficiência é a dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade. O grau de dificuldade para a sua integração social é o que definirá quem é ou não portador de deficiência.” (A Proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 18-22)

Assim, quanto mais complexo o meio social, maior rigor se exigirá da pessoa com deficiência para sua adaptação social. De outra parte, na vida em comunidades mais simples, como nos meios agrícolas, a pessoa com deficiência poderá integrar-se com mais facilidade.

Desse modo, o conceito de Luiz Alberto David Araujo é adequado e de acordo com a norma constitucional, motivo pelo qual é possível seu acolhimento para a caracterização desse grupo de pessoas protegidas nas várias situações reguladas pela Constituição Federal, nos artigos 7º, XXXI, 23, II, 24, XIV, 37, VIII, 203, V e 208, III.

Mas é preciso delimitar a proteção constitucional apenas àquelas pessoas que realmente dela necessitam, porquanto existem graus de deficiência que apresentam menores dificuldades de adaptação à pessoa. E essa verificação somente poderá ser feita diante de um caso concreto.

Luiz Alberto David Araujo salienta que os casos-limite podem, desde logo, ser excluídos, como o exemplo do bibliotecário que perde um dedo ou do operário que perde um artelho; em ambos os casos, as pessoas continuam integradas socialmente. Em outro exemplo, pequenas manifestações de retardo mental (deficiência mental leve) podem passar despercebidas em comunidades simples, pois essa pessoa poderá *“não encontrar problemas de adaptação a sua realidade social (escola, trabalho, família)”*, de maneira que não se pode afirmar que ela deverá receber proteção, *“tal como aquele que sofre restrições sérias em seu meio social”* (obra citada, p. 42-43).

“A questão, assim, não se resolve sob o ângulo da deficiência, mas, sim sob o prisma da integração social. Há pessoas portadoras de deficiência que não encontram qualquer problema de adaptação no meio social. Dentro de uma comunidade de doentes, isolados por qualquer motivo, a pessoa portadora de deficiência não encontra qualquer outro problema de integração, pois todos têm o mesmo tipo de dificuldade” (obra citada, p. 43).

Enfim, a constatação da existência de graus de deficiência é de fundamental importância para identificar aqueles que receberão a proteção social prevista no art. 203, V, da Constituição Federal.

Feitas essas considerações, torna-se possível inferir que não será qualquer pessoa com deficiência que se subsumirá no molde jurídico protetor da Assistência Social.

Noutro passo, o conceito de pessoa com deficiência, para fins de concessão do benefício de amparo social, foi tipificado no artigo 20, § 2º, da Lei n. 8.742/1993, que em sua redação original assim dispunha:

“§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho.”

Como se vê, pressupunha-se que o deficiente era aquele que: (i) tinha necessidade de trabalhar, mas não podia, em razão da deficiência; (ii) estava também incapacitado para a vida independente. Assim, o benefício era devido a quem deveria trabalhar, mas não poderia e, além disso, não tinha capacidade para a vida independente sem a ajuda de terceiros.

É lícito concluir que, tal como os benefícios previdenciários, o benefício de amparo social, enquanto vigente a redação original do artigo 20, § 2º, da Lei n. 8.742/1993, era substitutivo do salário. Isto é, era reservado aos que tinham a possibilidade jurídica de trabalhar, mas não tinham a possibilidade física ou mental para tanto.

Mas a redação original do artigo 20, § 2º, da LOAS foi alterada pelo Congresso Nacional, exatamente porque sua dicção gerava um sem número de controvérsias interpretativas na jurisprudência, sobrevivendo a Lei n. 12.435/2011, alterando o teor do dispositivo, que passou a vigorar com a seguinte redação:

“§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, considera-se:

I - pessoa com deficiência: aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas;

II - impedimentos de longo prazo: aqueles que incapacitam a pessoa com deficiência para a vida independente e para o trabalho pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos.”

Com a novel legislação, o benefício continuou sendo destinado àqueles deficientes que: (i) tinham necessidade de trabalhar, mas não podiam, por conta de limitações físicas ou mentais; (ii) estavam também incapacitados para a vida independente.

Todavia, o legislador, não satisfeito, novamente alterou a redação do artigo 20, § 2º, da Lei n. 8.742/1993 e o conceito de pessoa com deficiência foi uma vez mais alterado, pela Lei n. 12.470/2011, passando a ter a seguinte dicção:

“§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.”

Nota-se que, com o advento dessa lei, dispensou-se a menção à incapacidade para o trabalho ou à incapacidade para a vida independente como requisito à concessão do benefício assistencial.

Finalmente, a Lei n. 13.146/2015, que “*institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência*”, com início de vigência em 02/01/2016, novamente alterou a redação do artigo 20, § 2º, da LOAS:

“§ 2º Para efeito de concessão do benefício de prestação continuada, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.”

Reafirma-se, assim, que o foco, doravante, para fins de identificação da pessoa com deficiência, passa a ser a existência de impedimentos de longo prazo, apenas e tão somente, tornando-se despicienda a referência à necessidade de trabalho.

CASO CONCRETO

O requisito da **hipossuficiência** não restou atendido.

Segundo o relatório do estudo social realizado em 16/5/2019:

(i) parte autora mora sozinha;

(ii) reside em imóvel cedido por seu filho, com um quarto, uma cozinha e um banheiro. A água é oriunda de poço e praticamente todos os móveis estão quebrados;

(iii) não possui fonte de renda, recebe bolsa família de R\$ 87,00;

(iv) a única despesa mensal que tem é com alimentação (R\$ 90,00). As demais são arcadas pelo filho;

No caso, a parte autora tem acesso aos mínimos sociais.

A família é a técnica de proteção social prioritária, em cumprimento ao disposto no artigo 229 da Constituição Federal, segundo o qual “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos **maiores** têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

E, nesse sentido, o dever familiar de sustento previsto na norma constitucional citada não pode ser substituído pela intervenção Estatal, pois o próprio artigo 203, V, da Constituição Federal estabelece que o benefício é devido **somente** quando o sustento não puder ser provido pela família.

Convém salientar, por fim, que o benefício de prestação continuada foi previsto, na impossibilidade de atender a um público maior, para socorrer os **desamparados** (artigo 6º, caput, da CF), ou seja, aquelas pessoas que nem sequer teriam possibilidade de equacionar um orçamento doméstico, pelo fato de não terem renda ou de ser essa insignificante.

Em razão disso, a concessão do benefício assistencial **não pode** ter como finalidade propiciar mais conforto e comodidade a quem o reclama, assemelhando-se a uma complementação de renda.

Nesse contexto, é indevido o benefício, impondo-se a reforma da r. sentença.

Invertida a sucumbência, condeno a parte autora a pagar custas processuais e honorários de advogado, arbitrados em 12% (doze por cento) sobre o valor da causa, já majorados em razão da fase recursal, conforme critérios do artigo 85, §§ 1º e 11 do CPC, suspensa, porém, a exigibilidade, na forma do artigo 98, § 3º, do mesmo diploma processual, por tratar-se de beneficiária da justiça gratuita.

Diante do exposto, **dou provimento** à apelação do INSS para julgar improcedente o pedido.

Comunique-se, via e-mail, para fins de revogação da tutela provisória de urgência anteriormente concedida.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. ART. 203, V, CF/88, LEI N. 8.742/93 E 12.435/2011. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. TERMO INICIAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

- O benefício de prestação continuada é devido ao portador de deficiência ou idoso que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

- Na hipótese dos autos, a parte autora logrou demonstrar o preenchimento dos requisitos legais necessários à concessão do benefício.

- O dies a quo do benefício de prestação continuada deve corresponder à data em que a Autarquia Previdenciária tomou conhecimento do direito da parte autora e se recusou a concedê-lo, ou seja, na data do requerimento administrativo, nos termos da r. sentença.

- A correção monetária deve ser aplicada em conformidade com a Lei n. 6.899/81 e legislação superveniente (conforme o Manual de Cálculos da Justiça Federal), observados os termos da decisão final no julgamento do RE n. 870.947, Rel. Min. Luiz Fux.

- Os honorários advocatícios deverão ser fixados na liquidação do julgado, nos termos do inciso II, do § 4º, c.c. §11, do artigo 85, do CPC/2015.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por maioria, decidiu não conhecer de parte do apelo do INSS e, na parte conhecida, dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Desembargador Federal Gilberto Jordan, que foi acompanhado pelo Desembargador Federal Batista Gonçalves e pela Juíza Federal Convocada Leila Paiva (4º voto). Vencida a Relatora, que dava provimento à apelação. Julgamento nos termos do disposto no art. 942, caput e § 1º, do CPC. Lavrará acórdão o Desembargador Federal Gilberto Jordan, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6101761-59.2019.4.03.9999

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

APELANTE: DOLIRIA OLIVEIRA MARQUES

Advogados do(a) APELANTE: ANA CLAUDIA DE MORAES BARDELLA - SP318500-N, CASSIA MARTUCCI

MELILLO BERTOZO - SP211735-N, GUSTAVO MARTIN TEIXEIRA PINTO - SP206949-N, LARISSA BORETTI

MORESSI - SP188752-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6101761-59.2019.4.03.9999

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

APELANTE: DOLIRIA OLIVEIRA MARQUES

Advogados do(a) APELANTE: ANA CLAUDIA DE MORAES BARDELLA - SP318500-N, CASSIA MARTUCCI

MELILLO BERTOZO - SP211735-N, GUSTAVO MARTIN TEIXEIRA PINTO - SP206949-N, LARISSA BORETTI

MORESSI - SP188752-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal Daldice Santana: cuida-se de apelação interposta pela parte autora em face de sentença que julgou improcedente pedido de concessão de benefício assistencial.

Nas razões de recurso, alega, em síntese, preencher os requisitos para a obtenção do benefício, razão pela qual requer a reforma do julgado.

Com contrarrazões, os autos subiram a esta Corte.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso.

É o relatório.

DECLARAÇÃO DEVOTO

Trata-se de apelação em ação ajuizada em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, objetivando a concessão do benefício assistencial, previsto no art. 203, V, da Constituição Federal.

A e. Relatora proferiu voto negando provimento à apelação da parte autora, mantendo a improcedência do pedido inicial, nos termos da r. sentença *a quo*.

Coma máxima vênia, divirjo da e. Relatora quanto ao preenchimento do requisito da hipossuficiência.

O estudo social (id 99692538) informou que a parte autora reside como seu cônjuge e três netos, em “*casa própria, sendo esta edificada em alvenaria, sem acabamento, telhado de fibrocimento, sem ferro, piso de cimento queimado, composta por 3 quartos, 1 sala, 1 cozinha e 1 banheiro, em bom estado de higiene e conservação; móveis básicos, simples e em boas condições de uso*”.

Consiste a renda familiar, exclusivamente, do benefício previdenciário de aposentadoria por invalidez, auferido pelo cônjuge da parte autora, no valor de R\$ 1.51927.

Destarte, o núcleo familiar, constituído por cinco integrantes conta, tão somente, com a renda supracitada para sua sobrevivência, restando a parte autora submetida a evidente risco social.

No tocante à obrigação de prestar alimentos por parte dos familiares da parte autora, que possui sete filhos que não residem com a mesma, não reconheço eventual afastamento da responsabilidade estatal, apesar de subsidiária, tendo em vista a ausência de notícia nos autos de possível recebimento ou solicitação de prestação de tal natureza.

Ademais, o laudo social emitiu parecer “*favorável à concessão do benefício*” ora vindicado.

Ressalto que a parte autora, atualmente com 68 anos de idade (nascida em 13/05/1952), já havia preenchido o requisito etário quando do requerimento administrativo (24/07/2017), não havendo necessidade de eventual comprovação de deficiência.

Assim sendo, verifico que a parte autora comprovou o preenchimento dos requisitos exigidos, razão pela qual entendo que faz jus à concessão do benefício assistencial vindicado.

TERMO INICIAL

O *dies a quo* do benefício de prestação continuada deve corresponder à data em que a Autarquia Previdenciária tomou conhecimento do direito da parte autora e se recusou a concedê-lo, sendo, no presente caso, a data do requerimento administrativo (24/07/2017 – id 99692486 - Pág. 79).

CONSECTÁRIOS

JUROS DE MORA

Conforme disposição inserta no art. 219 do Código de Processo Civil 1973 (atual art. 240 Código de Processo Civil - Lei nº 13.105/2015), os juros de mora são devidos a partir da citação na ordem de 6% (seis por cento) ao ano, até a entrada em vigor da Lei nº 10.406/02, após, à razão de 1% ao mês, consoante com o art. 406 do Código Civil e, a partir da vigência da Lei nº 11.960/2009 (art. 1º-F da Lei 9.494/1997), calculados nos termos deste diploma legal.

CORREÇÃO MONETÁRIA

A correção monetária deve ser aplicada em conformidade com a Lei n. 6.899/81 e legislação superveniente (conforme o Manual de Cálculos da Justiça Federal), observados os termos da decisão final no julgamento do RE n. 870.947, Rel. Min. Luiz Fux.

VERBA HONORÁRIA

Como advento do novo Código de Processo Civil, foram introduzidas profundas mudanças no princípio da sucumbência, e em razão destas mudanças e sendo o caso de sentença ilíquida, a fixação do percentual da verba honorária deverá ser definida somente na liquidação do julgado, com observância ao disposto no inciso II, do § 4º c.c. § 11, ambos do artigo 85, do CPC/2015, bem como o artigo 86, do mesmo diploma legal.

Os honorários advocatícios, a teor da Súmula 111 do E. STJ incidem sobre as parcelas vencidas até a sentença de procedência; contudo, uma vez que a pretensão do segurado somente foi deferida nesta sede recursal, a condenação da verba honorária incidirá sobre as parcelas vencidas até a data da presente decisão ou acórdão, atendendo ao disposto no § 11 do artigo 85, do CPC.

CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS

A teor do disposto no art. 4º, I, da Lei Federal nº 9.289/96, as Autarquias são isentas do pagamento de custas na Justiça Federal.

De outro lado, o art. 1º, § 1º, deste diploma legal, delega à legislação estadual normatizar sobre a respectiva cobrança nas causas ajuizadas perante a Justiça Estadual no exercício da competência delegada.

Assim, o INSS está isento do pagamento de custas processuais nas ações de natureza previdenciária ajuizadas nesta Justiça Federal e naquelas aforadas na Justiça do Estado de São Paulo, por força da Lei Estadual/SP nº 11.608/03 (art. 6º).

Contudo, a legislação do Estado de Mato Grosso do Sul que dispunha sobre a isenção referida (Leis nº 1.135/91 e 1.936/98) fora revogada a partir da edição da Lei nº 3.779/09 (art. 24, § 1º e 2º), razão pela qual é de se atribuir ao INSS o ônus do pagamento das custas processuais nos feitos que tramitam naquela unidade da Federação.

De qualquer sorte, é de se ressaltar, que o recolhimento somente deve ser exigido ao final da demanda, se sucumbente.

A isenção referida não abrange as despesas processuais que houver efetuado, bem como aquelas devidas a título de reembolso à parte contrária, por força da sucumbência.

Ante o exposto, coma máxima vênia da e. Relatora, dou provimento à apelação da parte autora, para reformar a r. sentença e julgar procedente o pedido, observados os honorários advocatícios, nos termos da fundamentação.

É o voto.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6101761-59.2019.4.03.9999

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

APELANTE: DOLIRIA OLIVEIRA MARQUES

Advogados do(a) APELANTE: ANA CLAUDIA DE MORAES BARDELLA - SP318500-N, CASSIA MARTUCCI

MELILLO BERTOZO - SP211735-N, GUSTAVO MARTIN TEIXEIRA PINTO - SP206949-N, LARISSA BORETTI

MORESSI - SP188752-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal Daldice Santana: conheço do recurso em razão da satisfação de seus requisitos.

Discute-se o preenchimento dos requisitos necessários à concessão do benefício assistencial de prestação continuada previsto no artigo 20 da Lei n. 8.742/1993, regulamentado, atualmente, pelos Decretos n. 6.214/2007 e 7.617/2011.

Essa lei conferiu eficácia ao inciso V do artigo 203 da Constituição Federal ao estabelecer, no citado artigo, as condições para a concessão do benefício da assistência social, a saber: ser o postulante portador de deficiência ou idoso e, em ambas as hipóteses, comprovar a situação de miserabilidade ou hipossuficiência, ou seja, não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

DA HIPOSSUFICIÊNCIA OU MISERABILIDADE

A respeito do requisito objetivo, o tema foi levado à apreciação do Pretório Excelso por meio de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, movida pelo Procurador Geral da República, na qual, em meio à análise de outros temas, decidiu-se que o benefício de que trata o art. 203, inciso V, da Constituição Federal pode ser exigido somente a partir da edição da Lei n. 8.742/1993.

Trata-se da ADIN n. 1.232-2, de 27/08/1998, publicada no DJU de 01/06/2001, de relatoria do Ministro Maurício Correa (RTJ 154/818), na qual o Supremo Tribunal Federal reputou constitucional a restrição contida no § 3º do artigo 20 da Lei n. 8.742/1993.

Posteriormente, em controle difuso de constitucionalidade, o STF manteve aquele entendimento (vide RE n. 213.736-SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Informativo STF n. 179; RE 256.594-6, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 28/04/2000, Informativo STF n. 186; RE n. 280.663-3, São Paulo, j. 06/09/2001, Rel. Min. Maurício Corrêa).

Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça, em vários precedentes, considerou que a presunção objetiva absoluta de miserabilidade, da qual fala a lei, não afasta a possibilidade de comprovação da condição de miserabilidade por outros meios de prova (REsp n. 435.871, 5ª T., Rel. Min. Felix Fischer, j. 19/09/2002, DJ 21/10/2002, p. 61; REsp n. 222.764, STJ, 5ª T., Rel. Min. Gilson Dipp, j. 13/02/2001, DJ 12/03/2001, p. 512; REsp n. 223.603/SP, STJ, 5ª T., Rel. Min. Edson Vidigal, DJU 21/02/2000, p. 163).

Recentemente, o STF reviu seu posicionamento e, em sede de repercussão geral, reconheceu que o requisito do artigo 20, § 3º, da Lei n. 8.742/1993 não pode ser considerado taxativo (RE n. 580963, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe n. 225, 14/11/2013).

No mesmo julgamento, ao examinar, *incidenter tantum*, a constitucionalidade do parágrafo único do artigo 34 do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003), o Plenário do STF manifestou-se pela “*inexistência de justificativa plausível para discriminação dos portadores de deficiência em relação aos idosos, bem como dos idosos beneficiários da assistência social em relação aos idosos titulares de benefícios previdenciários no valor de até um salário mínimo*”.

Referido normativo dispõe expressamente que o valor do benefício assistencial auferido por idoso “*não será computado para os fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere a LOAS*”.

Contudo, diante do entendimento consagrado por ocasião do julgamento do RE n. 580963, abriu-se a possibilidade de exclusão, do cálculo da renda familiar, dos benefícios assistenciais recebidos por idosos e por deficientes e também dos benefícios previdenciários concedidos ao idoso, no valor de até um salário mínimo.

A decisão concluiu, ainda, que a mera interpretação gramatical do preceito, por si só, pode resultar no indeferimento da prestação assistencial em casos nos quais, embora o limite legal de renda *per capita* seja ultrapassado, evidencia-se um quadro de notória hipossuficiência econômica.

Essa insuficiência da regra decorre não apenas das modificações fáticas (políticas, econômicas e sociais), mas principalmente das alterações legislativas que ocorreram no País desde a edição da Lei Orgânica da Assistência Social, em 1993.

A legislação federal recente, por exemplo, reiterada pela adoção de vários programas assistenciais destinados a famílias carentes, considera pobres aqueles que possuem renda mensal *per capita* de até meio salário mínimo (nesse sentido, a Lei n. 9.533, de 10/12/1997, regulamentada pelos Decretos n. 2.609/1998 e 2.728/1999, as Portarias n. 458 e 879, de 03/12/2001, da Secretaria da Assistência Social, o Decreto n. 4.102/2002, a Lei n. 10.689/2003, criadora do Programa Nacional de Acesso à Alimentação).

Assim, não há como considerar o critério previsto no artigo 20, § 3º, da Lei n. 8.742/1993 como absoluto e único para aferição da situação de miserabilidade, até porque o próprio Estado Brasileiro elegeu outros parâmetros, como os defluentes da legislação acima citada.

Deve-se verificar, na questão *in concreto*, a ocorrência de situação de pobreza – entendida como a falta de recursos e de acesso ao mínimo existencial –, para se concluir se é devida ou não a prestação pecuniária da assistência social constitucionalmente prevista.

Assim, ao menos desde 14/11/2013 (RE n. 580963), o critério da miserabilidade contido no § 3º do artigo 20 da Lei n. 8.742/1993 não impede o julgador de levar em conta outros dados, a fim de identificar a situação de vida do idoso ou do deficiente, principalmente quando estiverem presentes peculiaridades, a exemplo de necessidades especiais com medicamentos ou com educação.

Nesse diapasão, podem-se estabelecer alguns parâmetros norteadores da análise individual de cada caso, como, por exemplo: **(i)** todos os que recebem renda familiar *per capita* inferior a ¼ do salário mínimo são miseráveis; **(ii)** nem todos os que percebem renda familiar *per capita* superior a ¼ do salário mínimo e inferior a ½ salário mínimo são miseráveis; **(iii)** nem todos os que percebem renda familiar *per capita* superior a ½ salário mínimo deixam de ser miseráveis; **(iv)** todos os que perceberem renda mensal familiar superior a um salário mínimo (artigo 7º, IV, da Constituição Federal) não são miseráveis.

Dessa forma, em todos os casos, outras circunstâncias devem ser levadas em conta, mormente se o patrimônio do requerente também se subsume à noção de hipossuficiência, devendo ser apurado se vive em casa própria, com ou sem ar condicionado, se possui veículo, telefones celulares, auxílio permanente de parentes ou de terceiros etc.

Cumprido salientar que o benefício de prestação continuada foi previsto, na impossibilidade de atender a um público maior, para socorrer aos desamparados (artigo 6º, *caput*, da CF), ou seja, àquelas pessoas que nem sequer teriam possibilidade de equacionar um orçamento doméstico, pelo fato de não terem renda ou de ser essa insignificante.

CONCEITO DE FAMÍLIA

Para apurar se a renda *per capita* do requerente atinge ou não o âmbito da hipossuficiência, faz-se necessário abordar o conceito de **família**.

Nesse sentido, o artigo 20 da Lei n. 8.742/1993 estabelecia, para efeitos de concessão do benefício, os conceitos de família (conjunto de pessoas do art. 16 da Lei n. 8.213/1991, desde que vivendo sob o mesmo teto - § 1º), de pessoa portadora de deficiência (aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho - § 2º) e de família incapacitada de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa (aquela com renda mensal *per capita* inferior a um quarto do salário mínimo - § 3º).

A Lei n. 12.435, vigente desde 07/07/2011, alterou os §§ 1º e 2º do artigo 20 da Lei n. 8.742/1993 e estabeleceu que a família, para fins de concessão do benefício assistencial, deve ser aquela composta pelo requerente, pelo cônjuge ou companheiro, pelos pais e, na ausência de um deles, pela madrasta ou pelo padrasto, pelos irmãos solteiros, pelos filhos e enteados solteiros e pelos menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto.

Ao mesmo tempo, o dever de sustento familiar (dos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles) não pode ser substituído pela intervenção Estatal, pois o próprio artigo 203, V, da Constituição Federal estabelece que o benefício será devido *quando o sustento não puder ser provido pela família*. Essa conclusão tem arrimo no princípio da solidariedade social, conformado no artigo 3º, I, do Texto Magno.

Com isso, à guisa de regra mínima de coexistência entre as pessoas em sociedade, a técnica de proteção social prioritária é a família, em cumprimento ao disposto no artigo 229 da Constituição Federal, que assim estabelece: “*Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade*”.

A propósito, a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU), ao analisar um pedido de uniformização formulado pelo Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), fixou a tese de que “*o benefício assistencial de prestação continuada pode ser indeferido se ficar demonstrado que os devedores legais podem prestar alimentos civis sem prejuízo de sua manutenção*”. A decisão foi proferida durante sessão realizada em 23/02/2017, em Brasília. Quanto ao mérito, o relator afirmou em seu voto que a interpretação do art. 20, § 1º, da Lei n. 8.742/1993, conforme as normas veiculadas pelos artigos 203, V, 229 e 230, da Constituição da República de 1988, deve ser a de que “*a assistência social estatal não deve afastar a obrigação de prestar alimentos devidos pelos parentes da pessoa em condição de miserabilidade socioeconômica (arts. 1694 e 1697, do Código Civil), em obediência ao princípio da subsidiariedade*”.

SUBSIDIARIEDADE DA ASSISTÊNCIA SOCIAL

À vista da preponderância do dever familiar de sustento, hospedado no artigo 229 da Constituição Federal, a Assistência Social, tal como regulada na Lei n. 8.742/1993, terá caráter **subsidiário** em relação às demais técnicas de proteção social (previdência social, previdência privada, caridade, família, poupança etc.), considerada a gratuidade de suas prestações.

Com efeito, levando-se em conta o alto custo do pretendido “Estado de bem-estar social”, forjado no Brasil pela Constituição Federal de 1988 quando a grande maioria dos países europeus já havia reconhecido sua inviabilidade financeira, é lícito inferir que ela só deve ser prestada em casos de real necessidade, sob pena de comprometer – dada a crescente dificuldade de custeio – a proteção social da coletividade, não apenas das futuras gerações, mas também da atual.

De fato, o benefício previsto no art. 203, V, da Constituição Federal tem o valor de 1 (um) salário mínimo, ou seja, a mesma quantia paga a milhões de brasileiros que se aposentaram no Regime Geral de Previdência Social mediante o pagamento de contribuições, durante vários anos.

Destarte, a assistência social deve ser fornecida com critério, pois, de outro modo, serão gerados privilégios e desigualdades, em oposição à própria natureza dos direitos sociais, que é a de propiciar igualdade e isonomia de condições a todos, observados os fins sociais (não individuais) da norma, à luz do artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

Diga-se, de passagem, que a concessão indiscriminada do benefício assistencial, mediante interpretação extensiva ou ampliativa dos requisitos constitucionais, geraria não apenas injustiça aos contribuintes da previdência social, mas incentivo para que esses deixem de contribuir, ou mesmo não se filiem ou não contribuam para a Seguridade Social, o que constituiria situação anômala e gravíssima do ponto de vista atuarial, apta a comprometer o custeio de todo o sistema.

É pertinente rememorar, *in casu*, o ensinamento do professor de direito previdenciário Wagner Balera a respeito da dimensão do **princípio da subsidiariedade**: “O Estado é, sobretudo, o guardião dos direitos e garantias dos indivíduos. Cumpra-lhe, assinala Leão XIII, agir em favor dos fracos e dos indigentes exigindo que sejam por todos respeitados os direitos dos pequenos. Mas, segundo o princípio da subsidiariedade - que é noção fundamental para a compreensão do conteúdo da doutrina social cristã - o Estado não deve sobrepor-se aos indivíduos e aos grupos sociais na condução do interesse coletivo. Há de se configurar uma permanente simbiose entre o Estado e a sociedade, de tal sorte que ao primeiro não cabe destruir, nem muito menos exaurir a dinâmica da vida social I (é o magistério de Pio XI, na Encíclica comemorativa dos quarenta anos da 'Rerum Novarum', a 'Quadragesimo Anno', pontos 79-80).” (Centenárias Situações e Novidade da 'Rerum Novarum', p. 545).

Por fim, quanto a esse tópico, é lícito concluir que quem está coberto pela previdência social está, em regra, fora da abrangência da assistência social. Nesse sentido, prelecionou Celso Bastos: “A Assistência Social tem como propósito satisfazer as necessidades de pessoas que não podem gozar dos benefícios previdenciários, mas o faz de uma maneira comedida, para não incentivar seus assistidos à ociosidade. Concluimos, portanto, que os beneficiários da previdência social estão automaticamente excluídos da assistência social. O benefício da assistência social, frise-se, não pode ser cumulado pelo beneficiário com qualquer outro no âmbito da seguridade social ou de outro regime, salvo o de assistência médica.” (Celso Bastos e Ives Gandra Martins, in Comentários à Constituição do Brasil, 8º Vol., Saraiva, 2000, p. 429).

IDOSOS E PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Na hipótese de postulante **idoso**, a idade mínima de 70 (setenta) anos foi reduzida para 67 (sessenta e sete) anos pela Lei n. 9.720/1998, a partir de 1º de janeiro de 1998, e, mais recentemente, para 65 (sessenta e cinco) anos, com a entrada em vigor do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003).

No que se refere ao conceito de **pessoa com deficiência** - previsto no § 2º do artigo 20 da Lei n. 8.742/1993, com a redação dada pela Lei n. 13.146/2015, passou a ser considerada aquela com impedimentos de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, possam obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Assim, ratificou-se o entendimento consolidado nesta Corte de que o rol previsto no art. 4º do Decreto n. 3.298/1999 (regulamentador da Lei n. 7.853/1989, que dispõe sobre a Política Nacional da Pessoa Portadora de Deficiência) não era exaustivo. Constatado, portanto, que os males sofridos pelo postulante impedem sua inserção social, restará preenchido um dos requisitos exigidos para a percepção do benefício.

Menciona-se também o conceito apresentado pela ONU, elaborado por meio da Resolução n. 3.447 (XXX): “1. O termo ‘pessoa deficiente’ refere-se a qualquer pessoa incapaz de assegurar a si mesma, total ou parcialmente, as necessidades de uma vida individual ou social normal, em decorrência de uma deficiência, congênita ou não, em suas capacidades físicas ou mentais”.

Esse conceito dá maior ênfase à necessidade, inclusive da vida individual, ao passo que o conceito proposto por Luiz Alberto David Araujo prioriza a questão da integração social, como se verá.

Nair Lemos Gonçalves apresentou os principais requisitos para sua definição: “desvio acentuado dos mencionados padrões médios e sua relação com o desenvolvimento físico, mental, sensorial ou emocional, considerados esses aspectos do desenvolvimento separada, combinada ou globalmente” (Verbete Excepcionais. In: Enciclopédia Saraiva de Direito, n. XXXIV. São Paulo: Saraiva, 1999).

Luiz Alberto David Araujo, por sua vez, compilou muitos significados da palavra “deficiente”, extraídos dos dicionários de Língua Portuguesa. Observa ele que, geralmente, os dicionários trazem a ideia de que a pessoa deficiente sofre de falta, de carência ou de falha.

Esse autor critica essas noções porque a ideia de deficiência não se apresenta tão simples, à medida em que as noções de falta, de carência ou de falha não abrangem todas as situações de deficiência, como, por exemplo, o caso dos superdotados, ou o de um portador do vírus HIV que consiga levar a vida normalmente, sem manifestação da doença, ou ainda o de um trabalhador intelectual que tenha um dedo amputado.

Por serem as noções de falta, de carência ou de falha insuficientes à caracterização da deficiência, Luiz Alberto David Araujo propõe um norte mais seguro para a identificação da pessoa protegida, cujo fator determinante do enquadramento ou não no conceito de pessoa com deficiência seja o meio social:

“O indivíduo portador de deficiência, quer por falta, quer por excesso sensorial ou motor, deve apresentar dificuldades para seu relacionamento social. O que define a pessoa portadora de deficiência não é falta de um membro nem a visão ou audição reduzidas. O que caracteriza a pessoa portadora de deficiência é a dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade. O grau de dificuldade para a sua integração social é o que definirá quem é ou não portador de deficiência.” (A Proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 18-22)

Assim, quanto mais complexo o meio social, maior rigor se exigirá da pessoa com deficiência para sua adaptação social. De outra parte, na vida em comunidades mais simples, como nos meios agrícolas, a pessoa com deficiência poderá integrar-se com mais facilidade.

Desse modo, o conceito de Luiz Alberto David Araujo é adequado e de acordo com a norma constitucional, motivo pelo qual é possível seu acolhimento para a caracterização desse grupo de pessoas protegidas nas várias situações reguladas pela Constituição Federal, nos artigos 7º, XXXI, 23, II, 24, XIV, 37, VIII, 203, V e 208, III.

Mas é preciso delimitar a proteção constitucional apenas àquelas pessoas que realmente dela necessitam, porquanto existem graus de deficiência que apresentam menores dificuldades de adaptação à pessoa. E essa verificação somente poderá ser feita diante de um caso concreto.

Luiz Alberto David Araujo salienta que os casos-limite podem, desde logo, ser excluídos, como o exemplo do bibliotecário que perde um dedo ou do operário que perde um artelho; em ambos os casos, as pessoas continuam integradas socialmente. Em outro exemplo, pequenas manifestações de retardo mental (deficiência mental leve) podem passar despercebidas em comunidades simples, pois essa pessoa poderá *“não encontrar problemas de adaptação a sua realidade social (escola, trabalho, família)”*, de maneira que não se pode afirmar que ela deverá receber proteção, *“tal como aquele que sofre restrições sérias em seu meio social”* (obra citada, p. 42-43).

“A questão, assim, não se resolve sob o ângulo da deficiência, mas, sim sob o prisma da integração social. Há pessoas portadoras de deficiência que não encontram qualquer problema de adaptação no meio social. Dentro de uma comunidade de doentes, isolados por qualquer motivo, a pessoa portadora de deficiência não encontra qualquer outro problema de integração, pois todos têm o mesmo tipo de dificuldade” (obra citada, p. 43).

Enfim, a constatação da existência de graus de deficiência é de fundamental importância para identificar aqueles que receberão a proteção social prevista no art. 203, V, da Constituição Federal.

Feitas essas considerações, torna-se possível inferir que não será qualquer pessoa com deficiência que se subsumirá no molde jurídico protetor da Assistência Social.

Noutro passo, o conceito de pessoa com deficiência, para fins de concessão do benefício de amparo social, foi tipificado no artigo 20, § 2º, da Lei n. 8.742/1993, que em sua redação original assim dispunha:

“§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho.”

Como se vê, pressupunha-se que o deficiente era aquele que: (i) tinha necessidade de trabalhar, mas não podia, em razão da deficiência; (ii) estava também incapacitado para a vida independente. Assim, o benefício era devido a quem deveria trabalhar, mas não poderia e, além disso, não tinha capacidade para a vida independente sem a ajuda de terceiros.

É lícito concluir que, tal como os benefícios previdenciários, o benefício de amparo social, enquanto vigente a redação original do artigo 20, § 2º, da Lei n. 8.742/1993, era substitutivo do salário. Isto é, era reservado aos que tinham a possibilidade jurídica de trabalhar, mas não tinham a possibilidade física ou mental para tanto.

Mas a redação original do artigo 20, § 2º, da LOAS foi alterada pelo Congresso Nacional, exatamente porque sua dicção gerava um sem número de controvérsias interpretativas na jurisprudência, sobrevindo a Lei n. 12.435/2011, alterando o teor do dispositivo, que passou a vigorar com a seguinte redação:

“§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, considera-se:

I - pessoa com deficiência: aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas;

II - impedimentos de longo prazo: aqueles que incapacitam a pessoa com deficiência para a vida independente e para o trabalho pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos.”

Com a novel legislação, o benefício continuou sendo destinado àqueles deficientes que: (i) tinham necessidade de trabalhar, mas não podiam, por conta de limitações físicas ou mentais; (ii) estavam também incapacitados para a vida independente.

Todavia, o legislador, não satisfeito, novamente alterou a redação do artigo 20, § 2º, da Lei n. 8.742/1993 e o conceito de pessoa com deficiência foi uma vez mais alterado, pela Lei n. 12.470/2011, passando a ter a seguinte dicção:

“§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.”

Nota-se que, com o advento dessa lei, dispensou-se a menção à incapacidade para o trabalho ou à incapacidade para a vida independente como requisito à concessão do benefício assistencial.

Finalmente, a Lei n. 13.146/2015, que “*institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência*”, com início de vigência em 02/01/2016, novamente alterou a redação do artigo 20, § 2º, da LOAS:

“§ 2º Para efeito de concessão do benefício de prestação continuada, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.”

Reafirma-se, assim, que o foco, doravante, para fins de identificação da pessoa com deficiência, passa a ser a existência de impedimentos de longo prazo, apenas e tão somente, tornando-se despicienda a referência à necessidade de trabalho.

CASO CONCRETO

Inicialmente, verifica-se que a parte autora é **ídosa** para fins assistenciais, pois nascida em 13/5/1952, conforme documentação constante dos autos.

Quanto ao requisito da **hipossuficiência**, porém, não restou atendido.

Segundo o relatório do estudo social, realizado em 25/9/2018:

(i) a parte autora reside com o cônjuge e três netos (dois deles menores de idade) em casa própria, sendo esta edificada em alvenaria, sem acabamento, telhado de fibrocimento, sem forro, piso de cimento queimado, composta por 3 quartos, 1 sala, 1 cozinha e 1 banheiro, em bom estado de higiene e conservação; móveis básicos, simples e em boas condições de uso;

(ii) a requerente informou que os genitores dos netos não auxiliam com nada e que todo o sustento da família é feito somente como o salário da aposentadoria por invalidez, recebida por seu esposo, no valor de **R\$ 1.519,27**.

(iii) os gastos mensais declarados totalizam aproximadamente **R\$ 1.150,00**, neles incluídas as despesas com água, alimentação, medicamentos, IPTU, luz;

(iv) o casal possui sete filhos.

Depreende-se do estudo socioeconômico que a família não vivencia a condição de miserabilidade apta a ensejar a concessão do benefício.

Deve ser afastado o critério estritamente matemático para o cálculo da renda e investigada a real condição social e econômica do núcleo familiar, sob pena de abusos e de flagrante malversação da função constitucional da assistência social, que é a de conceder dignidade a “desamparados” (artigo 6º da CF), e não a de complementar renda.

No caso, não há que se falar em hipossuficiência, pois a parte autora, embora pobre, tem acesso aos mínimos sociais (casa própria, combanheiro, eletrodoméstico, serviços de água encanada, energia elétrica e saneamento básico).

Ademais, a parte autora possui sete filhos, sendo um deles genitor dos três netos que moram com ela.

A **família** é a técnica de proteção social prioritária, em cumprimento ao disposto no artigo 229 da Constituição Federal, segundo o qual “*os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade*”.

E, nesse sentido, o dever familiar de sustento previsto no artigo 229 da Constituição Federal não pode ser substituído pela intervenção Estatal, pois a própria norma constitucional, em seu artigo 203, V, estabelece que o benefício é devido **somente** quando o sustento não puder ser provido pela família.

Cumprе salientar que o benefício de prestação continuada foi previsto, na impossibilidade de atender a um público maior, para socorrer os **desamparados** (artigo 6º, *caput*, da CF), ou seja, aquelas pessoas que nem sequer teriam possibilidade de equacionar um orçamento doméstico, pelo fato de não terem renda ou de ser essa insignificante.

Assim, considerada a necessidade da coexistência de requisitos cumulativos para a concessão do benefício assistencial, a teor do disposto no artigo 20, *caput*, da Lei n. 8.742/1993, ausente o requisito da hipossuficiência, tornando-se inviável a concessão do benefício.

Fica mantida a condenação da parte autora a pagar custas processuais e honorários de advogado, arbitrados em 12% (doze por cento) sobre o valor atualizado da causa, já majorados em razão da fase recursal, conforme critérios do artigo 85, §§ 1º e 11, do CPC, suspendendo-se, porém, a exigibilidade, na forma do artigo 98, § 3º, do mesmo diploma legal, por tratar-se de beneficiária da justiça gratuita.

Diante do exposto, **nego provimento** à apelação.

É como voto.

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. ART. 203, V, CF/88, LEI N. 8.742/93 E 12.435/2011. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. CONECTIVOS LEGAIS.

- O benefício de prestação continuada é devido ao portador de deficiência ou idoso que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

- Na hipótese dos autos, a parte autora demonstrou o preenchimento dos requisitos necessários à concessão do benefício assistencial.

- O *dies a quo* do benefício de prestação continuada deve corresponder à data em que a Autarquia Previdenciária tomou conhecimento do direito da parte autora e se recusou a concedê-lo, ou seja, na data do requerimento administrativo.

- Os juros de mora são devidos a partir da citação na ordem de 6% (seis por cento) ao ano, até a entrada em vigor da Lei nº 10.406/02, após, à razão de 1% ao mês, consoante com o art. 406 do Código Civil e, a partir da vigência da Lei nº 11.960/2009 (art. 1º-F da Lei 9.494/1997), calculados nos termos deste diploma legal.

- A correção monetária deve ser aplicada em conformidade com a Lei n. 6.899/81 e legislação superveniente (conforme o Manual de Cálculos da Justiça Federal), observados os termos da decisão final no julgamento do RE n. 870.947, Rel. Min. Luiz Fux.

- Os honorários advocatícios deverão ser fixados na liquidação do julgado, nos termos do inciso II, do § 4º, c.c. §11, do artigo 85, do CPC/2015.

- Apelação do autor provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por maioria, decidiu dar provimento à apelação da parte autora, nos termos do voto do Desembargador Federal Gilberto Jordan, que foi acompanhado pelo Desembargador Federal Batista Gonçalves e pela Desembargadora Federal Inês Virgínia (5º voto). Vencida a Relatora, que negava provimento à apelação, no que foi acompanhada pela Juíza Federal Convocada Leila Paiva (4º voto). Julgamento nos termos do disposto no art. 942, caput e § 1º, do CPC. Lavrará acórdão o Desembargador Federal Gilberto Jordan, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 6099614-60.2019.4.03.9999

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

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: N. R. C. N.

REPRESENTANTE: ALINE RAFAELA DE SOUSA CELLO

Advogados do(a) APELADO: PAULA CRISTINA CARAPETICOF - SP338727-N, RICARDO DONISETI FERNANDES - SP338276-N,

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 6099614-60.2019.4.03.9999

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

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: N. R. C. N.

REPRESENTANTE: ALINE RAFAELA DE SOUSA CELLO

Advogados do(a) APELADO: PAULA CRISTINA CARAPETICOF - SP338727-N, RICARDO DONISETI FERNANDES - SP338276-N,

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal Daldice Santana: cuida-se de apelação interposta pelo INSS em face de sentença que julgou procedente o pedido de benefício assistencial. A tutela de urgência foi antecipada.

Nas razões de apelação, sustenta ser indevido o benefício ante a ausência do requisito da deficiência. Subsidiariamente, impugna os consectários.

Sem contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovimento do recurso autárquico.

É o relatório.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Trata-se de apelação em ação ajuizada em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, objetivando a concessão do benefício assistencial, previsto no art. 203, V, da Constituição Federal.

A e. Relatora proferiu voto dando provimento à apelação do INSS, reformando a r. sentença como improcedência do pedido inicial.

Coma máxima vênia, divirjo da e. Relatora quanto ao preenchimento do requisito da deficiência.

O laudo perícia médica (id 99540026), de 09/05/2019, concluiu que o requerente, portador de “*transtorno de epilepsia grave*”, a princípio, congênita, patologia definitiva, que acarreta “*limitações que serão, certamente, observadas em sua vida adulta*”.

O requerente contava, na data da perícia médica, com 4 anos de idade (nascido em 03/08/2014), devendo a análise da deficiência ser feita sob a óptica do art. 4º, § 1º, do Decreto nº 6.214/2007, com redação dada pelo Decreto nº 6.564/2008, *in verbis*:

"Art. 4º Para os fins do reconhecimento do direito ao benefício, considera-se:

(...)

§ 1º Para fins de reconhecimento do direito ao Benefício de Prestação Continuada às crianças e adolescentes menores de dezesseis anos de idade, deve ser avaliada a existência da deficiência e o seu impacto na limitação do desempenho de atividade e restrição da participação social, compatível com a idade".

A despeito de o senhor perito haver informado que o Autor pode realizar suas atividades regulares, verifico que tal conclusão deveu-se pela pouca idade deste no momento da perícia, visto que ressalva que haverá, certamente, limitações futuras.

Ademais, informa o experto que foram evidenciadas restrições objetivas em variados aspectos, “*basicamente em decorrência das crises e... da medicação em uso*”, o que entendo denotar impossibilidade do requerente de realizar suas atividades sem constante supervisão, que conta com os exclusivos cuidados de sua genitora, que necessita realizar atividades para suprir as necessidades do Autor, referindo ganhos irrisórios com a realização de faxinas, que geram renda de R\$ 70,00 por tarefa.

Assim sendo, entendo preenchido o requisito da deficiência, razão pela qual entendo que o requerente faz jus à concessão do benefício assistencial vindicado.

Saliento que, ante a inexistência de impugnação, no apelo do INSS, acerca da miserabilidade do Autor, deixo de analisar o seu preenchimento.

CORREÇÃO MONETÁRIA

A correção monetária deve ser aplicada em conformidade com a Lei n. 6.899/81 e legislação superveniente (conforme o Manual de Cálculos da Justiça Federal), observados os termos da decisão final no julgamento do RE n. 870.947, Rel. Min. Luiz Fux.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Com o advento do novo Código de Processo Civil, foram introduzidas profundas mudanças no princípio da sucumbência, e em razão destas mudanças e sendo o caso de sentença ilíquida, a fixação do percentual da verba honorária deverá ser definida somente na liquidação do julgado, com observância ao disposto no inciso II, do § 4º c.c. § 11, ambos do artigo 85, do CPC/2015, bem como o artigo 86, do mesmo diploma legal.

Os honorários advocatícios, a teor da Súmula 111 do E. STJ incidem sobre as parcelas vencidas até a sentença de procedência.

Ante o exposto, com a máxima vênia da e. Relatora, dou parcial provimento à apelação do INSS, tão somente para ajustar a correção monetária, observados os honorários advocatícios, nos termos da fundamentação.

É o voto.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6099614-60.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 31 - DES. FED. DALDICE SANTANA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: N. R. C. N.
REPRESENTANTE: ALINE RAFAELA DE SOUSA CELLO
Advogados do(a) APELADO: PAULA CRISTINA CARAPETICO F - SP338727-N, RICARDO DONISETI FERNANDES - SP338276-N,
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal Daldice Santana: conheço do recurso em razão da satisfação de seus requisitos.

Discute-se o preenchimento dos requisitos necessários à concessão do benefício assistencial de prestação continuada previsto no artigo 20 da Lei n. 8.742/1993, regulamentado, atualmente, pelos Decretos n. 6.214/2007 e 7.617/2011.

Essa lei conferiu eficácia ao inciso V do artigo 203 da Constituição Federal ao estabelecer, no citado artigo, as condições para a concessão do benefício da assistência social, a saber: ser o postulante portador de deficiência ou idoso e, em ambas as hipóteses, comprovar a situação de miserabilidade ou hipossuficiência, ou seja, não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

DA HIPOSSUFICIÊNCIA OU MISERABILIDADE

A respeito do requisito objetivo, o tema foi levado à apreciação do Pretório Excelso por meio de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, movida pelo Procurador Geral da República, na qual, em meio à análise de outros temas, decidiu-se que o benefício de que trata o art. 203, inciso V, da Constituição Federal pode ser exigido somente a partir da edição da Lei n. 8.742/1993.

Trata-se da ADIN n. 1.232-2, de 27/08/1998, publicada no DJU de 01/06/2001, de relatoria do Ministro Maurício Correa (RTJ 154/818), na qual o Supremo Tribunal Federal reputou constitucional a restrição contida no § 3º do artigo 20 da Lei n. 8.742/1993.

Posteriormente, em controle difuso de constitucionalidade, o STF manteve aquele entendimento (vide RE n. 213.736-SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Informativo STF n. 179; RE 256.594-6, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 28/04/2000, Informativo STF n. 186; RE n. 280.663-3, São Paulo, j. 06/09/2001, Rel. Min. Maurício Corrêa).

Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça, em vários precedentes, considerou que a presunção objetiva absoluta de miserabilidade, da qual fala a lei, não afasta a possibilidade de comprovação da condição de miserabilidade por outros meios de prova (REsp n. 435.871, 5ª T., Rel. Min. Felix Fischer, j. 19/09/2002, DJ 21/10/2002, p. 61; REsp n. 222.764, STJ, 5ª T., Rel. Min. Gilson Dipp, j. 13/02/2001, DJ 12/03/2001, p. 512; REsp n. 223.603/SP, STJ, 5ª T., Rel. Min. Edson Vidigal, DJU 21/02/2000, p. 163).

Recentemente, o STF reviu seu posicionamento e, em sede de repercussão geral, reconheceu que o requisito do artigo 20, § 3º, da Lei n. 8.742/1993 não pode ser considerado taxativo (RE n. 580963, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe n. 225, 14/11/2013).

No mesmo julgamento, ao examinar, *incidenter tantum*, a constitucionalidade do parágrafo único do artigo 34 do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003), o Plenário do STF manifestou-se pela “*inexistência de justificativa plausível para discriminação dos portadores de deficiência em relação aos idosos, bem como dos idosos beneficiários da assistência social em relação aos idosos titulares de benefícios previdenciários no valor de até um salário mínimo*”.

Referido normativo dispõe expressamente que o valor do benefício assistencial auferido por idoso “*não será computado para os fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere a LOAS*”.

Contudo, diante do entendimento consagrado por ocasião do julgamento do RE n. 580963, abriu-se a possibilidade de exclusão, do cálculo da renda familiar, dos benefícios assistenciais recebidos por idosos e por deficientes e também dos benefícios previdenciários concedidos ao idoso, no valor de até um salário mínimo.

A decisão concluiu, ainda, que a mera interpretação gramatical do preceito, por si só, pode resultar no indeferimento da prestação assistencial em casos nos quais, embora o limite legal de renda *per capita* seja ultrapassado, evidencia-se um quadro de notória hipossuficiência econômica.

Essa insuficiência da regra decorre não apenas das modificações fáticas (políticas, econômicas e sociais), mas principalmente das alterações legislativas que ocorreram no País desde a edição da Lei Orgânica da Assistência Social, em 1993.

A legislação federal recente, por exemplo, reiterada pela adoção de vários programas assistenciais destinados a famílias carentes, considera pobres aqueles que possuem renda mensal *per capita* de até meio salário mínimo (nesse sentido, a Lei n. 9.533, de 10/12/1997, regulamentada pelos Decretos n. 2.609/1998 e 2.728/1999, as Portarias n. 458 e 879, de 03/12/2001, da Secretaria da Assistência Social, o Decreto n. 4.102/2002, a Lei n. 10.689/2003, criadora do Programa Nacional de Acesso à Alimentação).

Assim, não há como considerar o critério previsto no artigo 20, § 3º, da Lei n. 8.742/1993 como absoluto e único para aferição da situação de miserabilidade, até porque o próprio Estado Brasileiro elegeu outros parâmetros, como os defluentes da legislação acima citada.

Deve-se verificar, na questão *in concreto*, a ocorrência de situação de pobreza – entendida como a falta de recursos e de acesso ao mínimo existencial –, para se concluir se é devida ou não a prestação pecuniária da assistência social constitucionalmente prevista.

Assim, ao menos desde 14/11/2013 (RE n. 580963), o critério da miserabilidade contido no § 3º do artigo 20 da Lei n. 8.742/1993 não impede o julgador de levar em conta outros dados, a fim de identificar a situação de vida do idoso ou do deficiente, principalmente quando estiverem presentes peculiaridades, a exemplo de necessidades especiais com medicamentos ou com educação.

Nesse diapasão, podem-se estabelecer alguns parâmetros norteadores da análise individual de cada caso, como, por exemplo: (i) todos os que recebem renda familiar *per capita* inferior a ¼ do salário mínimo são miseráveis; (ii) nem todos os que percebem renda familiar *per capita* superior a ¼ do salário mínimo e inferior a ½ salário mínimo são miseráveis; (iii) nem todos os que percebem renda familiar *per capita* superior a ½ salário mínimo deixam de ser miseráveis; (iv) todos os que perceberem renda mensal familiar superior a um salário mínimo (artigo 7º, IV, da Constituição Federal) não são miseráveis.

Dessa forma, em todos os casos, outras circunstâncias devem ser levadas em conta, mormente se o patrimônio do requerente também se subsume à noção de hipossuficiência, devendo ser apurado se vive em casa própria, com ou sem ar condicionado, se possui veículo, telefones celulares, auxílio permanente de parentes ou de terceiros etc.

Cumprе salientar que o benefício de prestação continuada foi previsto, na impossibilidade de atender a um público maior, para socorrer aos desamparados (artigo 6º, *caput*, da CF), ou seja, àquelas pessoas que nem sequer teriam possibilidade de equacionar um orçamento doméstico, pelo fato de não terem renda ou de ser essa insignificante.

CONCEITO DE FAMÍLIA

Para apurar se a renda *per capita* do requerente atinge ou não o âmbito da hipossuficiência, faz-se necessário abordar o conceito de **família**.

Nesse sentido, o artigo 20 da Lei n. 8.742/1993 estabelecia, para efeitos de concessão do benefício, os conceitos de família (conjunto de pessoas do art. 16 da Lei n. 8.213/1991, desde que vivendo sob o mesmo teto - § 1º), de pessoa portadora de deficiência (aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho - § 2º) e de família incapacitada de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa (aquela com renda mensal *per capita* inferior a um quarto do salário mínimo - § 3º).

A Lei n. 12.435, vigente desde 07/07/2011, alterou os §§ 1º e 2º do artigo 20 da Lei n. 8.742/1993 e estabeleceu que a família, para fins de concessão do benefício assistencial, deve ser aquela composta pelo requerente, pelo cônjuge ou companheiro, pelos pais e, na ausência de um deles, pela madrasta ou pelo padrasto, pelos irmãos solteiros, pelos filhos e enteados solteiros e pelos menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto.

Ao mesmo tempo, o dever de sustento familiar (dos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles) não pode ser substituído pela intervenção Estatal, pois o próprio artigo 203, V, da Constituição Federal estabelece que o benefício será devido *quando o sustento não puder ser provido pela família*. Essa conclusão tem arrimo no princípio da solidariedade social, conformado no artigo 3º, I, do Texto Magno.

Com isso, à guisa de regra mínima de coexistência entre as pessoas em sociedade, a técnica de proteção social prioritária é a família, em cumprimento ao disposto no artigo 229 da Constituição Federal, que assim estabelece: “*Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade*”.

A propósito, a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU), ao analisar um pedido de uniformização formulado pelo Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), fixou a tese de que “*o benefício assistencial de prestação continuada pode ser indeferido se ficar demonstrado que os devedores legais podem prestar alimentos civis sem prejuízo de sua manutenção*”. A decisão foi proferida durante sessão realizada em 23/02/2017, em Brasília. Quanto ao mérito, o relator afirmou em seu voto que a interpretação do art. 20, § 1º, da Lei n. 8.742/1993, conforme as normas veiculadas pelos artigos 203, V, 229 e 230, da Constituição da República de 1988, deve ser a de que “*a assistência social estatal não deve afastar a obrigação de prestar alimentos devidos pelos parentes da pessoa em condição de miserabilidade socioeconômica (arts. 1694 e 1697, do Código Civil), em obediência ao princípio da subsidiariedade*”.

SUBSIDIARIEDADE DA ASSISTÊNCIA SOCIAL

À vista da preponderância do dever familiar de sustento, hospedado no artigo 229 da Constituição Federal, a Assistência Social, tal como regulada na Lei n. 8.742/1993, terá caráter **subsidiário** em relação às demais técnicas de proteção social (previdência social, previdência privada, caridade, família, poupança etc.), considerada a gratuidade de suas prestações.

Com efeito, levando-se em conta o alto custo do pretendido “Estado de bem-estar social”, forjado no Brasil pela Constituição Federal de 1988 quando a grande maioria dos países europeus já havia reconhecido sua inviabilidade financeira, é lícito inferir que ela só deve ser prestada em casos de real necessidade, sob pena de comprometer – dada a crescente dificuldade de custeio – a proteção social da coletividade, não apenas das futuras gerações, mas também da atual.

De fato, o benefício previsto no art. 203, V, da Constituição Federal tem o valor de 1 (um) salário mínimo, ou seja, a mesma quantia paga a milhões de brasileiros que se aposentaram no Regime Geral de Previdência Social mediante o pagamento de contribuições, durante vários anos.

Destarte, a assistência social deve ser fornecida com critério, pois, de outro modo, serão gerados privilégios e desigualdades, em oposição à própria natureza dos direitos sociais, que é a de propiciar igualdade e isonomia de condições a todos, observados os fins sociais (não individuais) da norma, à luz do artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

Diga-se, de passagem, que a concessão indiscriminada do benefício assistencial, mediante interpretação extensiva ou ampliada dos requisitos constitucionais, geraria não apenas injustiça aos contribuintes da previdência social, mas incentivo para que esses deixem de contribuir, ou mesmo não se filiem ou não contribuam para a Seguridade Social, o que constituiria situação anômala e gravíssima do ponto de vista atuarial, apta a comprometer o custeio de todo o sistema.

É pertinente rememorar, *in casu*, o ensinamento do professor de direito previdenciário, Wagner Balera, a respeito da dimensão do **princípio da subsidiariedade**:

“O Estado é, sobretudo, o guardião dos direitos e garantias dos indivíduos. Cumpra-lhe, assinala Leão XIII, agir em favor dos fracos e dos indigentes exigindo que sejam por todos respeitados os direitos dos pequenos. Mas, segundo o princípio da subsidiariedade - que é noção fundamental para a compreensão do conteúdo da doutrina social cristã - o Estado não deve sobrepor-se aos indivíduos e aos grupos sociais na condução do interesse coletivo. Há de se configurar uma permanente simbiose entre o Estado e a sociedade, de tal sorte que ao primeiro não cabe destruir, nem muito menos exaurir a dinâmica da vida social I (é o magistério de Pio XI, na Encíclica comemorativa dos quarenta anos da 'Rerum Novarum', a 'Quadragesimo Anno', pontos 79-80).” (Centenárias Situações e Novidade da 'Rerum Novarum', p. 545).

Por fim, quanto a esse tópico, é lícito concluir que quem está coberto pela previdência social está, em regra, fora da abrangência da assistência social. Nesse sentido, prelecionou Celso Bastos:

“A Assistência Social tem como propósito satisfazer as necessidades de pessoas que não podem gozar dos benefícios previdenciários, mas o faz de uma maneira comedida, para não incentivar seus assistidos à ociosidade. Concluímos, portanto, que os beneficiários da previdência social estão automaticamente excluídos da assistência social. O benefício da assistência social, frise-se, não pode ser cumulado pelo beneficiário com qualquer outro no âmbito da seguridade social ou de outro regime, salvo o de assistência médica.” (Celso Bastos e Ives Gandra Martins, in Comentários à Constituição do Brasil, 8o Vol., Saraiva, 2000, p. 429).

IDOSOS E PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Na hipótese de postulante **idoso**, a idade mínima de 70 (setenta) anos foi reduzida para 67 (sessenta e sete) anos pela Lei n. 9.720/1998, a partir de 1º de janeiro de 1998, e, mais recentemente, para 65 (sessenta e cinco) anos, com a entrada em vigor do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003).

No que se refere ao conceito de **pessoa com deficiência** - previsto no § 2º do artigo 20 da Lei n. 8.742/1993, com a redação dada pela Lei n. 13.146/2015, passou a ser considerada aquela com impedimentos de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, possam obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Assim, ratificou-se o entendimento consolidado nesta Corte de que o rol previsto no art. 4º do Decreto n. 3.298/1999 (regulamentador da Lei n. 7.853/1989, que dispõe sobre a Política Nacional da Pessoa Portadora de Deficiência) não era exaustivo. Constatado, portanto, que os males sofridos pelo postulante impedem sua inserção social, restará preenchido um dos requisitos exigidos para a percepção do benefício.

Menciona-se também o conceito apresentado pela ONU, elaborado por meio da Resolução n. 3.447 (XXX): *“1. O termo ‘pessoa deficiente’ refere-se a qualquer pessoa incapaz de assegurar a si mesma, total ou parcialmente, as necessidades de uma vida individual ou social normal, em decorrência de uma deficiência, congênita ou não, em suas capacidades físicas ou mentais”*.

Esse conceito dá maior ênfase à necessidade, inclusive da vida individual, ao passo que o conceito proposto por Luiz Alberto David Araujo prioriza a questão da integração social, como se verá.

Nair Lemos Gonçalves apresentou os principais requisitos para sua definição: *“desvio acentuado dos mencionados padrões médios e sua relação com o desenvolvimento físico, mental, sensorial ou emocional, considerados esses aspectos do desenvolvimento separada, combinada ou globalmente”* (Verbete Excepcionais. In: Enciclopédia Saraiva de Direito, n. XXXIV. São Paulo: Saraiva, 1999).

Luiz Alberto David Araujo, por sua vez, compilou muitos significados da palavra “deficiente”, extraídos dos dicionários de Língua Portuguesa. Observa ele que, geralmente, os dicionários trazem a ideia de que a pessoa deficiente sofre de falta, de carência ou de falha.

Esse autor critica essas noções porque a ideia de deficiência não se apresenta tão simples, à medida em que as noções de falta, de carência ou de falha não abrangem todas as situações de deficiência, como, por exemplo, o caso dos superdotados, ou o de um portador do vírus HIV que consiga levar a vida normalmente, sem manifestação da doença, ou ainda o de um trabalhador intelectual que tenha um dedo amputado.

Por serem noções de falta, de carência ou de falha insuficientes à caracterização da deficiência, Luiz Alberto David Araujo propõe um norte mais seguro para a identificação da pessoa protegida, cujo fator determinante do enquadramento ou não no conceito de pessoa com deficiência seja o meio social:

“O indivíduo portador de deficiência, quer por falta, quer por excesso sensorial ou motor, deve apresentar dificuldades para seu relacionamento social. O que define a pessoa portadora de deficiência não é falta de um membro nem a visão ou audição reduzidas. O que caracteriza a pessoa portadora de deficiência é a dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade. O grau de dificuldade para a sua integração social é o que definirá quem é ou não portador de deficiência.” (A Proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 18-22)

Assim, quanto mais complexo o meio social, maior rigor se exigirá da pessoa com deficiência para sua adaptação social. De outra parte, na vida em comunidades mais simples, como nos meios agrícolas, a pessoa com deficiência poderá integrar-se com mais facilidade.

Desse modo, o conceito de Luiz Alberto David Araujo é adequado e de acordo com a norma constitucional, motivo pelo qual é possível seu acolhimento para a caracterização desse grupo de pessoas protegidas nas várias situações reguladas pela Constituição Federal, nos artigos 7º, XXXI, 23, II, 24, XIV, 37, VIII, 203, V e 208, III.

Mas é preciso delimitar a proteção constitucional apenas àquelas pessoas que realmente dela necessitam, porquanto existem graus de deficiência que apresentam menores dificuldades de adaptação à pessoa. E essa verificação somente poderá ser feita diante de um caso concreto.

Luiz Alberto David Araujo salienta que os casos-limite podem, desde logo, ser excluídos, como o exemplo do bibliotecário que perde um dedo ou do operário que perde um artelho; em ambos os casos, as pessoas continuam integradas socialmente. Em outro exemplo, pequenas manifestações de retardo mental (deficiência mental leve) podem passar despercebidas em comunidades simples, pois essa pessoa poderá “*não encontrar problemas de adaptação a sua realidade social (escola, trabalho, família)*”, de maneira que não se pode afirmar que ela deverá receber proteção, “*tal como aquele que sofre restrições sérias em seu meio social*” (obra citada, p. 42-43).

“A questão, assim, não se resolve sob o ângulo da deficiência, mas, sim sob o prisma da integração social. Há pessoas portadoras de deficiência que não encontram qualquer problema de adaptação no meio social. Dentro de uma comunidade de doentes, isolados por qualquer motivo, a pessoa portadora de deficiência não encontra qualquer outro problema de integração, pois todos têm o mesmo tipo de dificuldade” (obra citada, p. 43).

Enfim, a constatação da existência de graus de deficiência é de fundamental importância para identificar aqueles que receberão a proteção social prevista no art. 203, V, da Constituição Federal.

Feitas essas considerações, torna-se possível inferir que não será qualquer pessoa com deficiência que se subsumirá no molde jurídico protetor da Assistência Social.

Noutro passo, o conceito de pessoa com deficiência, para fins de concessão do benefício de amparo social, foi tipificado no artigo 20, § 2º, da Lei n. 8.742/1993, que em sua redação original assim dispunha:

“§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho.”

Como se vê, pressupunha-se que o deficiente era aquele que: (i) tinha necessidade de trabalhar, mas não podia, em razão da deficiência; (ii) estava também incapacitado para a vida independente. Assim, o benefício era devido a quem deveria trabalhar, mas não poderia e, além disso, não tinha capacidade para a vida independente sem a ajuda de terceiros.

É lícito concluir que, tal como os benefícios previdenciários, o benefício de amparo social, enquanto vigente a redação original do artigo 20, § 2º, da Lei n. 8.742/1993, era substitutivo do salário. Isto é, era reservado aos que tinham a possibilidade jurídica de trabalhar, mas não tinham a possibilidade física ou mental para tanto.

Mas a redação original do artigo 20, § 2º, da LOAS foi alterada pelo Congresso Nacional, exatamente porque sua dicção gerava um sem número de controvérsias interpretativas na jurisprudência, sobrevindo a Lei n. 12.435/2011, alterando o teor do dispositivo, que passou a vigorar com a seguinte redação:

“§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, considera-se:

I - pessoa com deficiência: aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas;

II - impedimentos de longo prazo: aqueles que incapacitam a pessoa com deficiência para a vida independente e para o trabalho pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos.”

Com a novel legislação, o benefício continuou sendo destinado àqueles deficientes que: (i) tinham necessidade de trabalhar, mas não podiam, por conta de limitações físicas ou mentais; (ii) estavam também incapacitados para a vida independente.

Todavia, o legislador, não satisfeito, novamente alterou a redação do artigo 20, § 2º, da Lei n. 8.742/1993 e o conceito de pessoa com deficiência foi uma vez mais alterado, pela Lei n. 12.470/2011, passando a ter a seguinte dicção:

“§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.”

Nota-se que, com o advento dessa lei, dispensou-se a menção à incapacidade para o trabalho ou à incapacidade para a vida independente como requisito à concessão do benefício assistencial.

Finalmente, a Lei n. 13.146/2015, que “*institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência*”, com início de vigência em 02/01/2016, novamente alterou a redação do artigo 20, § 2º, da LOAS:

“§ 2º Para efeito de concessão do benefício de prestação continuada, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.”

Reafirma-se, assim, que o foco, doravante, para fins de identificação da pessoa com deficiência, passa a ser a existência de impedimentos de longo prazo, apenas e tão somente, tornando-se despicienda a referência à necessidade de trabalho.

CASO CONCRETO

A parte autora – atualmente com 5 anos de idade –, não pode ser considerada pessoa com deficiência para fins assistenciais.

De acordo com o laudo médico pericial, o requerente tem epilepsia grave. Ao final, concluiu que há restrições em decorrência das crises e do uso da medicação, mas que não há como prever a intensidade dessas restrições na vida adulta.

Nesse contexto, como já explicitado neste voto, não é qualquer doença ou dificuldade que caracteriza a condição de pessoa com deficiência para fins assistenciais.

As dificuldades constatadas na perícia não constituem barreiras, mas sim limitações, já que a parte autora não se encontra inválida. Na realidade, a parte autora não experimenta propriamente a segregação experimentada por pessoas com deficiência.

Evidentemente, o juiz não está adstrito ao laudo pericial. Contudo, não há nos autos elementos probatórios que possam infirmar as conclusões da perícia médica.

De todo modo, *in casu*, a parte autora **não se amolda** ao conceito de pessoa com deficiência tipificado no artigo 20, § 2º, da Lei n. 8.742/1993.

A concessão do benefício assistencial requer a coexistência de requisitos cumulativos, a teor do disposto no artigo 20, *caput*, da Lei n. 8.742/1993.

Assim, ausente o requisito da deficiência, está prejudicada a análise do requisito hipossuficiência, tornando-se inviável a concessão do benefício.

Invertida a sucumbência, condeno a parte autora a pagar custas processuais e honorários de advogado, arbitrados em 12% (doze por cento) sobre o valor da causa, já majorados em razão da fase recursal, conforme critérios do artigo 85, §§ 1º e 11 do CPC, suspensa, porém, a exigibilidade, na forma do artigo 98, § 3º, do mesmo diploma processual, por tratar-se de beneficiária da justiça gratuita.

Diante do exposto, **dou provimento** à apelação do INSS para julgar improcedente o pedido.

Comunique-se, via e-mail, para fins de revogação da tutela provisória de urgência anteriormente concedida.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL E PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. ART. 203, V, CF/88, LEI N. 8.742/93 E 12.435/2011. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. CORREÇÃO MONETÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

- O benefício de prestação continuada é devido ao portador de deficiência ou idoso que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

- Na hipótese dos autos, a parte autora logrou demonstrar o preenchimento dos requisitos legais necessários à concessão do benefício.

- A correção monetária deve ser aplicada em conformidade com a Lei n. 6.899/81 e legislação superveniente (conforme o Manual de Cálculos da Justiça Federal), observados os termos da decisão final no julgamento do RE n. 870.947, Rel. Min. Luiz Fux.

- Os honorários advocatícios deverão ser fixados na liquidação do julgado, nos termos do inciso II, do § 4º, c.c. §11, do artigo 85, do CPC/2015.

- Apelação provida em parte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por maioria, decidiu dar parcial provimento à apelação, nos termos do voto do Desembargador Federal Gilberto Jordan, que foi acompanhado pelo Desembargador Federal Batista Gonçalves e pela Desembargadora Federal Inês Virgínia (5º voto). Vencida a Relatora, que dava provimento à apelação, no que foi acompanhada pela Juíza Federal Convocada Leila Paiva (4º voto). Julgamento nos termos do disposto no art. 942, caput e § 1º, do CPC. Lavrará acórdão o Desembargador Federal Gilberto Jordan, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5910018-57.2019.4.03.9999

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

APELANTE: GENI FELICIO DE SOUZA

Advogado do(a) APELANTE: EVELISE SIMONE DE MELO ANDREASSA - SP135328-N

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5910018-57.2019.4.03.9999

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

APELANTE: GENI FELICIO DE SOUZA

Advogado do(a) APELANTE: EVELISE SIMONE DE MELO ANDREASSA - SP135328-N

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal Daldice Santana: cuida-se de apelação interposta pela parte autora em face de sentença que julgou improcedente pedido de concessão de benefício assistencial.

Nas razões de recurso, alega, em síntese, preencher os requisitos para a obtenção do benefício, razão pela qual requer a reforma do julgado.

Sem contrarrazões, os autos subiram a esta Corte.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Trata-se de apelação em ação ajuizada em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, objetivando a concessão do benefício assistencial, previsto no art. 203, V, da Constituição Federal.

A e. Relatora proferiu voto negando provimento à apelação da parte autora, mantendo a improcedência do pedido inicial, nos termos da r. sentença *aquo*.

Coma máxima vênia, divirjo da e. Relatora quanto ao preenchimento do requisito da hipossuficiência.

O estudo social (id 83734184) informou que a parte autora reside com o seu cônjuge, em imóvel próprio, constituído por “4 cômodos e 1 banheiro... localizado em área urbana, possui acabamento (piso, azulejo, laje e pintura), os móveis são antigos, porém conservados, a casa possui organização e higiene... possui os seguintes móveis: - Sala: 1 sofá de 3 lugares, 1 sofá de 2 lugares, 1 TV de aproximadamente 32 polegadas (modelo novo) e 1 ventilador; - Cozinha: 1 mesa, 4 cadeiras, 1 fogão de 4 bocas, 1 geladeira, 1 microondas, 1 talha e 1 armário; - Quarto 1: 2 camas de solteiro, 1 guarda-roupa, 1 rack e 1 ventilador; - Quarto 2: 1 cama de casal, 1 guarda-roupa, 1 cômoda e 1 ventilador; - Banheiro: 1 chuveiro, 1 vaso sanitário e 1 pia; - Área externa: 1 máquina de lavar, 1 tanque, 1 armário e 4 cadeiras”.

A renda familiar advém de benefício de aposentadoria auferido pelo cônjuge da parte autora, de R\$ 998,00 mensais, somada à renda variável obtida pela requerente, no valor de R\$ 300,00, decorrente da “venda de cosméticos, catálogo da Avon”.

Entretanto, o benefício previdenciário do cônjuge da parte autora, idoso (nascido em 15/05/1940), no valor de um salário-mínimo mensal, deve ser excluído do cômputo da renda familiar, nos termos da fundamentação.

Portanto, verifico que a parte autora dispõe para sua sobrevivência, tão somente, da renda decorrente de atividade informal relacionada à venda esporádica de cosméticos, que sequer é habitual.

No tocante à obrigação de prestar alimentos por parte dos familiares da parte autora, que possui cinco filhos que não residem com a mesma, não reconheço eventual afastamento da responsabilidade estatal, apesar de subsidiária, tendo em vista a ausência de notícia nos autos de possível recebimento ou solicitação de prestação de tal natureza.

Ressalto que a parte autora, atualmente com 74 anos de idade (nascida em 05/09/1945), preencheu o requisito etário, não havendo necessidade de eventual comprovação de deficiência.

Assim sendo, verifico que a parte autora comprovou o preenchimento dos requisitos exigidos, razão pela qual entendo que faz jus à concessão do benefício assistencial vindicado.

TERMO INICIAL

O *die a quo* do benefício de prestação continuada deve corresponder à data em que a Autarquia Previdenciária tomou conhecimento do direito da parte autora e se recusou a concedê-lo, sendo, no presente caso, a data do requerimento administrativo (10/04/2018 – id 83734143).

CONSECTÁRIOS

JUROS DE MORA

Conforme disposição inserta no art. 219 do Código de Processo Civil 1973 (atual art. 240 Código de Processo Civil - Lei nº 13.105/2015), os juros de mora são devidos a partir da citação na ordem de 6% (seis por cento) ao ano, até a entrada em vigor da Lei nº 10.406/02, após, à razão de 1% ao mês, consonante com art. 406 do Código Civil e, a partir da vigência da Lei nº 11.960/2009 (art. 1º-F da Lei 9.494/1997), calculados nos termos deste diploma legal.

CORREÇÃO MONETÁRIA

A correção monetária deve ser aplicada em conformidade com a Lei n. 6.899/81 e legislação superveniente (conforme o Manual de Cálculos da Justiça Federal), observados os termos da decisão final no julgamento do RE n. 870.947, Rel. Min. Luiz Fux.

VERBA HONORÁRIA

Como advento do novo Código de Processo Civil, foram introduzidas profundas mudanças no princípio da sucumbência, e em razão destas mudanças e sendo o caso de sentença ilíquida, a fixação do percentual da verba honorária deverá ser definida somente na liquidação do julgado, com observância ao disposto no inciso II, do § 4º c.c. § 11, ambos do artigo 85, do CPC/2015, bem como o artigo 86, do mesmo diploma legal.

Os honorários advocatícios, a teor da Súmula 111 do E. STJ incidem sobre as parcelas vencidas até a sentença de procedência; contudo, uma vez que a pretensão do segurado somente foi deferida nesta sede recursal, a condenação da verba honorária incidirá sobre as parcelas vencidas até a data da presente decisão ou acórdão, atendendo ao disposto no § 11 do artigo 85, do CPC.

CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS

A teor do disposto no art. 4º, I, da Lei Federal nº 9.289/96, as Autarquias são isentas do pagamento de custas na Justiça Federal.

De outro lado, o art. 1º, § 1º, deste diploma legal, delega à legislação estadual normatizar sobre a respectiva cobrança nas causas ajuizadas perante a Justiça Estadual no exercício da competência delegada.

Assim, o INSS está isento do pagamento de custas processuais nas ações de natureza previdenciária ajuizadas nesta Justiça Federal e naquelas aforadas na Justiça do Estado de São Paulo, por força da Lei Estadual/SP nº 11.608/03 (art. 6º).

Contudo, a legislação do Estado de Mato Grosso do Sul que dispunha sobre a isenção referida (Leis nº 1.135/91 e 1.936/98) fora revogada a partir da edição da Lei nº 3.779/09 (art. 24, § 1º e 2º), razão pela qual é de se atribuir ao INSS o ônus do pagamento das custas processuais nos feitos que tramitam naquela unidade da Federação.

De qualquer sorte, é de se ressaltar, que o recolhimento somente deve ser exigido ao final da demanda, se sucumbente.

A isenção referida não abrange as despesas processuais que houver efetuado, bem como aquelas devidas a título de reembolso à parte contrária, por força da sucumbência.

Ante o exposto, com a máxima vênia da e. Relatora, dou provimento à apelação da parte autora, para reformar a r. sentença e julgar procedente o pedido, observados os honorários advocatícios, nos termos da fundamentação.

É o voto.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5910018-57.2019.4.03.9999

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

APELANTE: GENI FELICIO DE SOUZA

Advogado do(a) APELANTE: EVELISE SIMONE DE MELO ANDREASSA - SP135328-N

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal Daldice Santana: conheço do recurso em razão da satisfação de seus requisitos.

Discute-se o preenchimento dos requisitos necessários à concessão do benefício assistencial de prestação continuada previsto no artigo 20 da Lei n. 8.742/1993, regulamentado, atualmente, pelos Decretos n. 6.214/2007 e 7.617/2011.

Essa lei conferiu eficácia ao inciso V do artigo 203 da Constituição Federal ao estabelecer, no citado artigo, as condições para a concessão do benefício da assistência social, a saber: ser o postulante portador de deficiência ou idoso e, em ambas as hipóteses, comprovar a situação de miserabilidade ou hipossuficiência, ou seja, não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

DA HIPOSSUFICIÊNCIA OU MISERABILIDADE

A respeito do requisito objetivo, o tema foi levado à apreciação do Pretório Excelso por meio de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, movida pelo Procurador Geral da República, na qual, em meio à análise de outros temas, decidiu-se que o benefício de que trata o art. 203, inciso V, da Constituição Federal pode ser exigido somente a partir da edição da Lei n. 8.742/1993.

Trata-se da ADIN n. 1.232-2, de 27/08/1998, publicada no DJU de 01/06/2001, de relatoria do Ministro Maurício Correa (RTJ 154/818), na qual o Supremo Tribunal Federal reputou constitucional a restrição contida no § 3º do artigo 20 da Lei n. 8.742/1993.

Posteriormente, em controle difuso de constitucionalidade, o STF manteve aquele entendimento (vide RE n. 213.736-SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Informativo STF n. 179; RE 256.594-6, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 28/04/2000, Informativo STF n. 186; RE n. 280.663-3, São Paulo, j. 06/09/2001, Rel. Min. Maurício Corrêa).

Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça, em vários precedentes, considerou que a presunção objetiva absoluta de miserabilidade, da qual fala a lei, não afasta a possibilidade de comprovação da condição de miserabilidade por outros meios de prova (REsp n. 435.871, 5ª T., Rel. Min. Felix Fischer, j. 19/09/2002, DJ 21/10/2002, p. 61; REsp n. 222.764, STJ, 5ª T., Rel. Min. Gilson Dipp, j. 13/02/2001, DJ 12/03/2001, p. 512; REsp n. 223.603/SP, STJ, 5ª T., Rel. Min. Edson Vidigal, DJU 21/02/2000, p. 163).

Recentemente, o STF reviu seu posicionamento e, em sede de repercussão geral, reconheceu que o requisito do artigo 20, § 3º, da Lei n. 8.742/1993 não pode ser considerado taxativo (RE n. 580963, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe n. 225, 14/11/2013).

No mesmo julgamento, ao examinar, *incidenter tantum*, a constitucionalidade do parágrafo único do artigo 34 do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003), o Plenário do STF manifestou-se pela “*inexistência de justificativa plausível para discriminação dos portadores de deficiência em relação aos idosos, bem como dos idosos beneficiários da assistência social em relação aos idosos titulares de benefícios previdenciários no valor de até um salário mínimo*”.

Referido normativo dispõe expressamente que o valor do benefício assistencial auferido por idoso “*não será computado para os fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere a LOAS*”.

Contudo, diante do entendimento consagrado por ocasião do julgamento do RE n. 580963, abriu-se a possibilidade de exclusão, do cálculo da renda familiar, dos benefícios assistenciais recebidos por idosos e por deficientes e também dos benefícios previdenciários concedidos ao idoso, no valor de até um salário mínimo.

A decisão concluiu, ainda, que a mera interpretação gramatical do preceito, por si só, pode resultar no indeferimento da prestação assistencial em casos nos quais, embora o limite legal de renda *per capita* seja ultrapassado, evidencia-se um quadro de notória hipossuficiência econômica.

Essa insuficiência da regra decorre não apenas das modificações fáticas (políticas, econômicas e sociais), mas principalmente das alterações legislativas que ocorreram no País desde a edição da Lei Orgânica da Assistência Social, em 1993.

A legislação federal recente, por exemplo, reiterada pela adoção de vários programas assistenciais destinados a famílias carentes, considera pobres aqueles que possuem renda mensal *per capita* de até meio salário mínimo (nesse sentido, a Lei n. 9.533, de 10/12/1997, regulamentada pelos Decretos n. 2.609/1998 e 2.728/1999, as Portarias n. 458 e 879, de 03/12/2001, da Secretaria da Assistência Social, o Decreto n. 4.102/2002, a Lei n. 10.689/2003, criadora do Programa Nacional de Acesso à Alimentação).

Assim, não há como considerar o critério previsto no artigo 20, § 3º, da Lei n. 8.742/1993 como absoluto e único para aferição da situação de miserabilidade, até porque o próprio Estado Brasileiro elegeu outros parâmetros, como os defluentes da legislação acima citada.

Deve-se verificar, na questão *in concreto*, a ocorrência de situação de pobreza – entendida como a falta de recursos e de acesso ao mínimo existencial –, para se concluir se é devida ou não a prestação pecuniária da assistência social constitucionalmente prevista.

Assim, ao menos desde 14/11/2013 (RE n. 580963), o critério da miserabilidade contido no § 3º do artigo 20 da Lei n. 8.742/1993 não impede o julgador de levar em conta outros dados, a fim de identificar a situação de vida do idoso ou do deficiente, principalmente quando estiverem presentes peculiaridades, a exemplo de necessidades especiais com medicamentos ou com educação.

Nesse diapasão, podem-se estabelecer alguns parâmetros norteadores da análise individual de cada caso, como, por exemplo: (i) todos os que recebem renda familiar *per capita* inferior a ¼ do salário mínimo são miseráveis; (ii) nem todos os que percebem renda familiar *per capita* superior a ¼ do salário mínimo e inferior a ½ salário mínimo são miseráveis; (iii) nem todos os que percebem renda familiar *per capita* superior a ½ salário mínimo deixam de ser miseráveis; (iv) todos os que perceberem renda mensal familiar superior a um salário mínimo (artigo 7º, IV, da Constituição Federal) não são miseráveis.

Dessa forma, em todos os casos, outras circunstâncias devem ser levadas em conta, mormente se o patrimônio do requerente também se subsume à noção de hipossuficiência, devendo ser apurado se vive em casa própria, com ou sem ar condicionado, se possui veículo, telefones celulares, auxílio permanente de parentes ou de terceiros etc.

Cumpra salientar que o benefício de prestação continuada foi previsto, na impossibilidade de atender a um público maior, para socorrer aos desamparados (artigo 6º, *caput*, da CF), ou seja, àquelas pessoas que nem sequer teriam possibilidade de equacionar um orçamento doméstico, pelo fato de não terem renda ou de ser essa insignificante.

CONCEITO DE FAMÍLIA

Para apurar se a renda *per capita* do requerente atinge ou não o âmbito da hipossuficiência, faz-se necessário abordar o conceito de **família**.

Nesse sentido, o artigo 20 da Lei n. 8.742/1993 estabelecia, para efeitos de concessão do benefício, os conceitos de família (conjunto de pessoas do art. 16 da Lei n. 8.213/1991, desde que vivendo sob o mesmo teto - § 1º), de pessoa portadora de deficiência (aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho - § 2º) e de família incapacitada de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa (aquela com renda mensal *per capita* inferior a um quarto do salário mínimo - § 3º).

A Lei n. 12.435, vigente desde 07/07/2011, alterou os §§ 1º e 2º do artigo 20 da Lei n. 8.742/1993 e estabeleceu que a família, para fins de concessão do benefício assistencial, deve ser aquela composta pelo requerente, pelo cônjuge ou companheiro, pelos pais e, na ausência de um deles, pela madrasta ou pelo padrasto, pelos irmãos solteiros, pelos filhos e enteados solteiros e pelos menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto.

Ao mesmo tempo, o dever de sustento familiar (dos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles) não pode ser substituído pela intervenção Estatal, pois o próprio artigo 203, V, da Constituição Federal estabelece que o benefício será devido *quando o sustento não puder ser provido pela família*. Essa conclusão tem arrimo no princípio da solidariedade social, conformado no artigo 3º, I, do Texto Magno.

Com isso, à guisa de regra mínima de coexistência entre as pessoas em sociedade, a técnica de proteção social prioritária é a família, em cumprimento ao disposto no artigo 229 da Constituição Federal, que assim estabelece: “*Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade*”.

A propósito, a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU), ao analisar um pedido de uniformização formulado pelo Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), fixou a tese de que “*o benefício assistencial de prestação continuada pode ser indeferido se ficar demonstrado que os devedores legais podem prestar alimentos civis sem prejuízo de sua manutenção*”. A decisão foi proferida durante sessão realizada em 23/02/2017, em Brasília. Quanto ao mérito, o relator afirmou em seu voto que a interpretação do art. 20, § 1º, da Lei n. 8.742/1993, conforme as normas veiculadas pelos artigos 203, V, 229 e 230, da Constituição da República de 1988, deve ser a de que “*a assistência social estatal não deve afastar a obrigação de prestar alimentos devidos pelos parentes da pessoa em condição de miserabilidade socioeconômica (arts. 1694 e 1697, do Código Civil), em obediência ao princípio da subsidiariedade*”.

SUBSIDIARIEDADE DA ASSISTÊNCIA SOCIAL

À vista da preponderância do dever familiar de sustento, hospedado no artigo 229 da Constituição Federal, a Assistência Social, tal como regulada na Lei n. 8.742/1993, terá caráter **subsidiário** em relação às demais técnicas de proteção social (previdência social, previdência privada, caridade, família, poupança etc.), considerada a gratuidade de suas prestações.

Com efeito, levando-se em conta o alto custo do pretendido “Estado de bem-estar social”, forjado no Brasil pela Constituição Federal de 1988 quando a grande maioria dos países europeus já havia reconhecido sua inviabilidade financeira, é lícito inferir que ela só deve ser prestada em casos de real necessidade, sob pena de comprometer – dada a crescente dificuldade de custeio – a proteção social da coletividade, não apenas das futuras gerações, mas também da atual.

De fato, o benefício previsto no art. 203, V, da Constituição Federal tem o valor de 1 (um) salário mínimo, ou seja, a mesma quantia paga a milhões de brasileiros que se aposentaram no Regime Geral de Previdência Social mediante o pagamento de contribuições, durante vários anos.

Destarte, a assistência social deve ser fornecida com critério, pois, de outro modo, serão gerados privilégios e desigualdades, em oposição à própria natureza dos direitos sociais, que é a de propiciar igualdade e isonomia de condições a todos, observados os fins sociais (não individuais) da norma, à luz do artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

Diga-se, de passagem, que a concessão indiscriminada do benefício assistencial, mediante interpretação extensiva ou ampliativa dos requisitos constitucionais, geraria não apenas injustiça aos contribuintes da previdência social, mas incentivo para que esses deixem de contribuir, ou mesmo não se filiem ou não contribuam para a Seguridade Social, o que constituiria situação anômala e gravíssima do ponto de vista atuarial, apta a comprometer o custeio de todo o sistema.

É pertinente rememorar, *in casu*, o ensinamento do professor de direito previdenciário Wagner Balera a respeito da dimensão do **princípio da subsidiariedade**: “O Estado é, sobretudo, o guardião dos direitos e garantias dos indivíduos. Cumpre-lhe, assinala Leão XIII, agir em favor dos fracos e dos indigentes exigindo que sejam por todos respeitados os direitos dos pequenos. Mas, segundo o princípio da subsidiariedade - que é noção fundamental para a compreensão do conteúdo da doutrina social cristã - o Estado não deve sobrepor-se aos indivíduos e aos grupos sociais na condução do interesse coletivo. Há de se configurar uma permanente simbiose entre o Estado e a sociedade, de tal sorte que ao primeiro não cabe destruir, nem muito menos exaurir a dinâmica da vida social I (é o magistério de Pio XI, na Encíclica comemorativa dos quarenta anos da 'Rerum Novarum', a 'Quadragesimo Anno', pontos 79-80).” (Centenárias Situações e Novidade da 'Rerum Novarum', p. 545).

Por fim, quanto a esse tópico, é lícito concluir que quem está coberto pela previdência social está, em regra, fora da abrangência da assistência social. Nesse sentido, prelecionou Celso Bastos: “A Assistência Social tem como propósito satisfazer as necessidades de pessoas que não podem gozar dos benefícios previdenciários, mas o faz de uma maneira comedida, para não incentivar seus assistidos à ociosidade. Concluimos, portanto, que os beneficiários da previdência social estão automaticamente excluídos da assistência social. O benefício da assistência social, frise-se, não pode ser cumulado pelo beneficiário com qualquer outro no âmbito da seguridade social ou de outro regime, salvo o de assistência médica.” (Celso Bastos e Ives Gandra Martins, *in* Comentários à Constituição do Brasil, 8º Vol., Saraiva, 2000, p. 429).

IDOSOS E PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Na hipótese de postulante **idoso**, a idade mínima de 70 (setenta) anos foi reduzida para 67 (sessenta e sete) anos pela Lei n. 9.720/1998, a partir de 1º de janeiro de 1998, e, mais recentemente, para 65 (sessenta e cinco) anos, com a entrada em vigor do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003).

No que se refere ao conceito de **pessoa com deficiência** - previsto no § 2º do artigo 20 da Lei n. 8.742/1993, com a redação dada pela Lei n. 13.146/2015, passou a ser considerada aquela com impedimentos de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, possam obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Assim, ratificou-se o entendimento consolidado nesta Corte de que o rol previsto no art. 4º do Decreto n. 3.298/1999 (regulamentador da Lei n. 7.853/1989, que dispõe sobre a Política Nacional da Pessoa Portadora de Deficiência) não era exaustivo. Constatado, portanto, que os males sofridos pelo postulante impedem sua inserção social, restará preenchido um dos requisitos exigidos para a percepção do benefício.

Menciona-se também o conceito apresentado pela ONU, elaborado por meio da Resolução n. 3.447 (XXX): “1. O termo ‘pessoa deficiente’ refere-se a qualquer pessoa incapaz de assegurar a si mesma, total ou parcialmente, as necessidades de uma vida individual ou social normal, em decorrência de uma deficiência, congênita ou não, em suas capacidades físicas ou mentais”.

Esse conceito dá maior ênfase à necessidade, inclusive da vida individual, ao passo que o conceito proposto por Luiz Alberto David Araujo prioriza a questão da integração social, como se verá.

Nair Lemos Gonçalves apresentou os principais requisitos para sua definição: “*desvio acentuado dos mencionados padrões médios e sua relação com o desenvolvimento físico, mental, sensorial ou emocional, considerados esses aspectos do desenvolvimento separada, combinada ou globalmente*” (Verbete Excepcionais. In: Enciclopédia Saraiva de Direito, n. XXXIV. São Paulo: Saraiva, 1999).

Luiz Alberto David Araujo, por sua vez, compilou muitos significados da palavra “deficiente”, extraídos dos dicionários de Língua Portuguesa. Observa ele que, geralmente, os dicionários trazem a ideia de que a pessoa deficiente sofre de falta, de carência ou de falha.

Esse autor critica essas noções porque a ideia de deficiência não se apresenta tão simples, à medida em que as noções de falta, de carência ou de falha não abrangem todas as situações de deficiência, como, por exemplo, o caso dos superdotados, ou o de um portador do vírus HIV que consiga levar a vida normalmente, sem manifestação da doença, ou ainda o de um trabalhador intelectual que tenha um dedo amputado.

Por serem as noções de falta, de carência ou de falha insuficientes à caracterização da deficiência, Luiz Alberto David Araujo propõe um norte mais seguro para a identificação da pessoa protegida, cujo fator determinante do enquadramento ou não no conceito de pessoa com deficiência seja o meio social:

“O indivíduo portador de deficiência, quer por falta, quer por excesso sensorial ou motor, deve apresentar dificuldades para seu relacionamento social. O que define a pessoa portadora de deficiência não é falta de um membro nem a visão ou audição reduzidas. O que caracteriza a pessoa portadora de deficiência é a dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade. O grau de dificuldade para a sua integração social é o que definirá quem é ou não portador de deficiência.” (A Proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 18-22)

Assim, quanto mais complexo o meio social, maior rigor se exigirá da pessoa com deficiência para sua adaptação social. De outra parte, na vida em comunidades mais simples, como nos meios agrícolas, a pessoa com deficiência poderá integrar-se com mais facilidade.

Desse modo, o conceito de Luiz Alberto David Araujo é adequado e de acordo com a norma constitucional, motivo pelo qual é possível seu acolhimento para a caracterização desse grupo de pessoas protegidas nas várias situações reguladas pela Constituição Federal, nos artigos 7º, XXXI, 23, II, 24, XIV, 37, VIII, 203, V e 208, III.

Mas é preciso delimitar a proteção constitucional apenas àquelas pessoas que realmente dela necessitam, porquanto existem graus de deficiência que apresentam menores dificuldades de adaptação à pessoa. E essa verificação somente poderá ser feita diante de um caso concreto.

Luiz Alberto David Araujo salienta que os casos-limite podem, desde logo, ser excluídos, como o exemplo do bibliotecário que perde um dedo ou do operário que perde um artelho; em ambos os casos, as pessoas continuam integradas socialmente. Em outro exemplo, pequenas manifestações de retardo mental (deficiência mental leve) podem passar despercebidas em comunidades simples, pois essa pessoa poderá “*não encontrar problemas de adaptação a sua realidade social (escola, trabalho, família)*”, de maneira que não se pode afirmar que ela deverá receber proteção, “*tal como aquele que sofre restrições sérias em seu meio social*” (obra citada, p. 42-43).

“A questão, assim, não se resolve sob o ângulo da deficiência, mas, sim sob o prisma da integração social. Há pessoas portadoras de deficiência que não encontram qualquer problema de adaptação no meio social. Dentro de uma comunidade de doentes, isolados por qualquer motivo, a pessoa portadora de deficiência não encontra qualquer outro problema de integração, pois todos têm o mesmo tipo de dificuldade” (obra citada, p. 43).

Enfim, a constatação da existência de graus de deficiência é de fundamental importância para identificar aqueles que receberão a proteção social prevista no art. 203, V, da Constituição Federal.

Feitas essas considerações, torna-se possível inferir que não será qualquer pessoa com deficiência que se subsumirá no molde jurídico protetor da Assistência Social.

Noutro passo, o conceito de pessoa com deficiência, para fins de concessão do benefício de amparo social, foi tipificado no artigo 20, § 2º, da Lei n. 8.742/1993, que em sua redação original assim dispunha:

“§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho.”

Como se vê, pressupunha-se que o deficiente era aquele que: (i) tinha necessidade de trabalhar, mas não podia, em razão da deficiência; (ii) estava também incapacitado para a vida independente. Assim, o benefício era devido a quem deveria trabalhar, mas não poderia e, além disso, não tinha capacidade para a vida independente sem a ajuda de terceiros.

É lícito concluir que, tal como os benefícios previdenciários, o benefício de amparo social, enquanto vigente a redação original do artigo 20, § 2º, da Lei n. 8.742/1993, era substitutivo do salário. Isto é, era reservado aos que tinham a possibilidade jurídica de trabalhar, mas não tinham a possibilidade física ou mental para tanto.

Mas a redação original do artigo 20, § 2º, da LOAS foi alterada pelo Congresso Nacional, exatamente porque sua dicção gerava um sem número de controvérsias interpretativas na jurisprudência, sobrevivendo a Lei n. 12.435/2011, alterando o teor do dispositivo, que passou a vigorar com a seguinte redação:

“§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, considera-se:

I - pessoa com deficiência: aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas;

II - impedimentos de longo prazo: aqueles que incapacitam a pessoa com deficiência para a vida independente e para o trabalho pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos.”

Com a novel legislação, o benefício continuou sendo destinado àqueles deficientes que: (i) tinham necessidade de trabalhar, mas não podiam, por conta de limitações físicas ou mentais; (ii) estavam também incapacitados para a vida independente.

Todavia, o legislador, não satisfeito, novamente alterou a redação do artigo 20, § 2º, da Lei n. 8.742/1993 e o conceito de pessoa com deficiência foi uma vez mais alterado, pela Lei n. 12.470/2011, passando a ter a seguinte dicção:

“§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.”

Nota-se que, com o advento dessa lei, dispensou-se a menção à incapacidade para o trabalho ou à incapacidade para a vida independente como requisito à concessão do benefício assistencial.

Finalmente, a Lei n. 13.146/2015, que *“institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência”*, com início de vigência em 02/01/2016, novamente alterou a redação do artigo 20, § 2º, da LOAS:

“§ 2º Para efeito de concessão do benefício de prestação continuada, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.”

Reafirma-se, assim, que o foco, doravante, para fins de identificação da pessoa com deficiência, passa a ser a existência de impedimentos de longo prazo, apenas e tão somente, tornando-se despicienda a referência à necessidade de trabalho.

CASO CONCRETO

Inicialmente, verifica-se que a parte autora é **idosa** para fins assistenciais, pois nascida em 5/9/1945, conforme documentação constante dos autos.

Quanto ao requisito da **hipossuficiência**, porém, não restou atendido.

Segundo o relatório do estudo social, realizado em 2/1/2019:

(i) a parte autora reside com o cônjuge em 4 cômodos e 1 banheiro localizado em área urbana, possui acabamento (piso, azulejo, laje e pintura), os móveis são antigos, porém conservados, a casa possui organização e higiene.;

(ii) a moradia é guarnecida com mobiliário e eletrodomésticos suficientes às necessidades da família, dos quais destacam-se “TV de aproximadamente 32 polegadas (modelo novo), 1 fogão de 4 bocas, 1 geladeira, 1 microondas, 1 máquina de lavar”;

(iii) a renda mensal corresponde a 1 (um) salário mínimo, proveniente de benefício previdenciário percebido pelo esposo;

(iv) os gastos mensais declarados totalizam **R\$ 1.100,00**, neles incluídas as despesas com água e energia elétrica (R\$ 140,00), alimentação (R\$ 300,00), telefone (R\$ 59,00) e medicamentos (R\$ 400,00);

(v) O imóvel é próprio, há outra casa no quintal que a parte autora afirma ter cedido para a prima que se mudou do Paraná com 3 filhos. Segundo ela, essa família passa por privações, e esporadicamente ajudam nas despesas de água e energia elétrica;

(vi) relata que às vezes o filho Rafael ajuda com 1 cesta básica;

(vii) o casal possui 5 (cinco) filhos.

Depreende-se do estudo socioeconômico que a família não vivencia a condição de miserabilidade apta a ensejar a concessão do benefício.

É fato que deve ser respeitada a orientação emanada do RE n. 580.963 (STF, Tribunal Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe n. 225, 14/11/2013 – repercussão geral), devendo ser “desconsiderada” a renda do benefício previdenciário percebido pelo cônjuge da parte autora (aposentadoria por idade) – artigo 34, parágrafo único, do Estatuto do Idoso.

No entanto, mesmo diante do teor do RE n. 580.963, o benefício pretendido não pode ser concedido. Isso porque, se o critério da baixa renda não é “taxativo”, pode ser levado em conta tanto para a concessão quanto para o indeferimento do pleito.

Dessa forma, deve ser afastado o critério estritamente matemático para o cálculo da renda e investigada a real condição social e econômica do núcleo familiar, sob pena de abusos e de flagrante malversação da função constitucional da assistência social, que é a de conceder dignidade a “desamparados” (artigo 6º da CF), e não a de complementar renda.

No caso, não há que se falar em hipossuficiência, pois a parte autora, embora pobre, tem acesso aos mínimos sociais (casa própria, banheiro, eletrodoméstico, serviços de água encanada, energia elétrica e saneamento básico).

Ademais, a parte autora possui cinco filhos.

A **família** é a técnica de proteção social prioritária, em cumprimento ao disposto no artigo 229 da Constituição Federal, segundo o qual “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos **maiores** têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

E, nesse sentido, o dever familiar de sustento previsto no artigo 229 da Constituição Federal não pode ser substituído pela intervenção Estatal, pois a própria norma constitucional, em seu artigo 203, V, estabelece que o benefício é devido **somente** quando o sustento não puder ser provido pela família.

Cumprido salientar que o benefício de prestação continuada foi previsto, na impossibilidade de atender a um público maior, para socorrer os **desamparados** (artigo 6º, *caput*, da CF), ou seja, aquelas pessoas que nem sequer teriam possibilidade de equacionar um orçamento doméstico, pelo fato de não terem renda ou de ser essa insignificante.

Assim, considerada a necessidade da coexistência de requisitos cumulativos para a concessão do benefício assistencial, a teor do disposto no artigo 20, *caput*, da Lei n. 8.742/1993, ausente o requisito da hipossuficiência, tornando-se inviável a concessão do benefício.

Fica mantida a condenação da parte autora a pagar custas processuais e honorários de advogado, arbitrados em 12% (doze por cento) sobre o valor atualizado da causa, já majorados em razão da fase recursal, conforme critérios do artigo 85, §§ 1º e 11, do CPC, suspendendo-se, porém, a exigibilidade, na forma do artigo 98, § 3º, do mesmo diploma legal, por tratar-se de beneficiária da justiça gratuita.

Diante do exposto, **nego provimento** à apelação.

É como voto.

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. ART. 203, V, CF/88, LEI N. 8.742/93 E 12.435/2011. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. CONECTIVOS LEGAIS.

- O benefício de prestação continuada é devido ao portador de deficiência ou idoso que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

- Na hipótese dos autos, a parte autora demonstrou o preenchimento dos requisitos necessários à concessão do benefício assistencial.

- O *dies a quo* do benefício de prestação continuada deve corresponder à data em que a Autarquia Previdenciária tomou conhecimento do direito da parte autora e se recusou a concedê-lo, ou seja, na data do requerimento administrativo.

- Os juros de mora são devidos a partir da citação na ordem de 6% (seis por cento) ao ano, até a entrada em vigor da Lei nº 10.406/02, após, à razão de 1% ao mês, consoante com o art. 406 do Código Civil e, a partir da vigência da Lei nº 11.960/2009 (art. 1º-F da Lei 9.494/1997), calculados nos termos deste diploma legal.

- A correção monetária deve ser aplicada em conformidade com a Lei n. 6.899/81 e legislação superveniente (conforme o Manual de Cálculos da Justiça Federal), observados os termos da decisão final no julgamento do RE n. 870.947, Rel. Min. Luiz Fux.

- Os honorários advocatícios deverão ser fixados na liquidação do julgado, nos termos do inciso II, do § 4º, c.c. §11, do artigo 85, do CPC/2015.

- Apelação do autor provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por maioria, decidiu dar provimento à apelação da parte autora, nos termos do voto do Desembargador Federal Gilberto Jordan, que foi acompanhado pelo Desembargador Federal Batista Gonçalves e pela Desembargadora Federal Inês Virgínia (5º voto). Vencida a Relatora, que negava provimento à apelação, no que foi acompanhada pela Juíza Federal Convocada Leila Paiva (4º voto). Julgamento nos termos do disposto no art. 942, caput e § 1º, do CPC. Lavrará acórdão o Desembargador Federal Gilberto Jordan, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000366-07.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 31 - DES. FED. DALDICE SANTANA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
APELADO: MARIA DE FATIMA BORGES DA SILVA ARAUJO
Advogado do(a) APELADO: CYNTHIA LUCIANA NERI BOREGAS PEDRAZZOLI - MS 10752-S
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000366-07.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 31 - DES. FED. DALDICE SANTANA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
APELADO: MARIA DE FATIMA BORGES DA SILVA ARAUJO
Advogado do(a) APELADO: CYNTHIA LUCIANA NERI BOREGAS PEDRAZZOLI - MS 10752-S

RELATÓRIO

A Exma. Sr. Desembargadora Federal Daldice Santana: Trata-se de apelação interposta em face de sentença que julgou procedente pedido de aposentadoria por idade rural, desde a data do requerimento administrativo, com acréscimo dos consectários legais.

Houve a antecipação da tutela jurídica.

Em suas razões, o réu alega a não comprovação da condição de segurada da parte autora pelo período exigido em lei. Subsidiariamente requer seja o termo inicial fixado na data da audiência de instrução e julgamento; determinado o cômputo de juros e correção nos moldes do art. 1º-F da Lei n. 9494/1997, alterado pela Lei n. 11.960/2009; e seja isento o INSS do pagamento de custas. Ao final, prequestiona a matéria.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Com a máxima vênia da douta Relatora, **ouso divergir** de seu voto, no tocante ao preenchimento dos requisitos legais para a concessão do benefício de aposentadoria por idade rural, pelas razões que passo a discorrer:

Verifico que o requisito legal da idade restou comprovado.

No entanto, a parte autora coligiu aos autos documentos insuficientes para fins de constituição e início de prova material do labor campesino.

De fato, a certidão de casamento do marido, referente a matrimônio anterior, na qual ele foi qualificado como lavrador, não aproveita à autora, mormente ante o fato de que, em documento atual, ele constou com a qualificação profissional de motorista.

A certidão eleitoral, por sua vez, não traz a informação acerca do momento em que o marido da autora se declarou trabalhador rural, razão pela qual não é apta a constituir início de prova material do labor campesino.

Não obstante, divergindo do entendimento da Excelentíssima Relatora, ante a inexistência de prova material, entendo ser o caso de aplicar a deliberação do e. Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 1.352.721/SP, no qual assentou que a ausência de eficaz conjunto probatório traduz-se em ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo, dando ensejo à extinção do processo sem resolução de mérito, *verbis*:

"DIREITO PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. RESOLUÇÃO No. 8/STJ. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. AUSÊNCIA DE PROVA MATERIAL APTA A COMPROVAR O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE RURAL. CARÊNCIA DE PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO VÁLIDO DO PROCESSO. EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, DE MODO QUE A AÇÃO PODE SER REPROPOSTA, DISPONDO A PARTE DOS ELEMENTOS NECESSÁRIOS PARA COMPROVAR O SEU DIREITO. RECURSO ESPECIAL DO INSS DESPROVIDO.

1. Tradicionalmente, o Direito Previdenciário se vale da processualística civil para regular os seus procedimentos, entretanto, não se deve perder de vista as peculiaridades das demandas previdenciárias, que justificam a flexibilização da rígida metodologia civilista, levando-se em conta os cânones constitucionais atinentes à Seguridade Social, que tem como base o contexto social adverso em que se inserem os que buscam judicialmente os benefícios previdenciários.

2. As normas previdenciárias devem ser interpretadas de modo a favorecer os valores morais da Constituição Federal/1988, que prima pela proteção do Trabalhador Segurado da Previdência Social, motivo pelo qual os pleitos previdenciários devem ser julgados no sentido de amparar a parte hipossuficiente e que, por esse motivo, possui proteção legal que lhe garante a flexibilização dos rígidos institutos processuais. Assim, deve-se procurar encontrar na hermenêutica previdenciária a solução que mais se aproxime do caráter social da Carta Magna, a fim de que as normas processuais não venham a obstar a concretude do direito fundamental à prestação previdenciária a que faz jus o segurado.

3. Assim como ocorre no Direito Sancionador, em que se afastam as regras da processualística civil em razão do especial garantismo conferido por suas normas ao indivíduo, deve-se dar prioridade ao princípio da busca da verdade real, diante do interesse social que envolve essas demandas.

4. A concessão de benefício devido ao trabalhador rural configura direito subjetivo individual garantido constitucionalmente, tendo a CF/88 dado primazia à função social do RGPS ao erigir como direito fundamental de segunda geração o acesso à Previdência do Regime Geral; sendo certo que o trabalhador rural, durante o período de transição, encontra-se constitucionalmente dispensado do recolhimento das contribuições, visando à universalidade da cobertura previdenciária e a inclusão de contingentes desassistidos por meio de distribuição de renda pela via da assistência social.

5. A ausência de conteúdo probatório eficaz a instruir a inicial, conforme determina o art. 283 do CPC, implica a carência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo, impondo a sua extinção sem o julgamento do mérito (art. 267, IV do CPC) e a conseqüente possibilidade de o autor intentar novamente a ação (art. 268 do CPC), caso reúna os elementos necessários à tal iniciativa.

6. Recurso Especial do INSS desprovido." (RESP 201202342171, NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, STJ - CORTE ESPECIAL, DJE 28/04/2016)

Ressalto, ainda, que a egrégia Terceira Seção desta Corte, também vem adotando o entendimento da Corte Superior, conforme julgado recente de Relatoria do e. Desembargador Federal Sergio Nascimento, cuja ementa transcrevo:

"PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. ATIVIDADE URBANA DO CÔNJUGE. INÍCIO DE PROVA MATERIAL DESCARACTERIZADO. VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO LEGAL. OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE INÍCIO DE PROVA MATERIAL. DESNECESSIDADE DE VALORAÇÃO DOS DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS. SÚMULA N. 149 DO E. STJ. IMPEDIMENTO PARA O DESENVOLVIMENTO REGULAR DO PROCESSO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. RESTITUIÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS POR FORÇA DE TÍTULO JUDICIAL QUE ORA SE RESCINDE. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA ALIMENTAR E BOA-FÉ. REVELIA. NÃO APLICAÇÃO DOS ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. (...) IX - A finalidade do legislador e da jurisprudência ao afastar a prova exclusivamente testemunhal não foi criar dificuldades inúteis para a comprovação do tempo de serviço urbano ou rural e encontra respaldo na segunda parte do art. 400 do CPC de 1973, atual artigo 443 do Novo CPC. X - A interpretação teleológica dos dispositivos legais que versam sobre a questão em exame leva à conclusão que a ausência nos autos de documento tido por início de prova material é causa de extinção do feito sem resolução do mérito, com base no art. 485, IV, do Novo CPC, pois o art. 55, § 3º, da Lei n. 8.213/91 e a Súmula 149 do E. STJ, ao vedarem a prova exclusivamente testemunhal em tais casos, criaram um óbice de procedibilidade nos processos que envolvam o reconhecimento de tempo de serviço, que a rigor acarretaria o indeferimento da inicial, nos termos dos arts. 320 e 321 do atual CPC. XI - Carece a autora da ação subjacente de comprovação material sobre o exercício de atividade rural por ela desempenhado (art. 39, I, da Lei nº 8.213/91), restando prejudicada a apreciação do pedido de reconhecimento da atividade rural. (...) XIV - Ação rescisória cujo pedido se julga procedente. Processo subjacente que se julga extinto, sem resolução do mérito. Tutela que se concede em maior extensão". (AR 00086993320154030000, e-DJF3 Judicial 1 17/06/2016).

Desta forma, de rigor a extinção do feito sem resolução do mérito.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Condene a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios no valor de 10% do valor da causa, suspensa sua exigibilidade, por ser a parte autora beneficiária da assistência judiciária gratuita, nos termos dos §§2º e 3º do art. 98 do CPC.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, **de ofício, julgo extinto o feito sem resolução de mérito**, observado o exposto acerca dos honorários.
Prejudicada a apelação.

É o voto.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000366-07.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 31 - DES. FED. DALDICE SANTANA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
APELADO: MARIA DE FATIMA BORGES DA SILVA ARAUJO
Advogado do(a) APELADO: CYNTHIA LUCIANA NERI BOREGAS PEDRAZZOLI - MS10752-S

VOTO

A Exma. Sr. Desembargadora Federal Daldice Santana: O recurso preenche os pressupostos de admissibilidade e merece ser conhecido.

Discute-se o preenchimento dos requisitos para a concessão de aposentadoria por idade ao rústico, consoante o disposto na Lei n. 8.213/1991.

A comprovação de atividade rural, para o segurado especial e para os demais trabalhadores rurais, inclusive os denominados “boias-frias”, deve ser feita por meio de início de prova material, a qual possui eficácia probatória tanto para o período anterior quanto para o posterior à sua data de referência, desde que corroborado por robusta prova testemunhal (Súmula n. 149 do STJ e Recursos Especiais Repetitivos n. 1.348.633 e 1.321.493).

No mais, segundo o entendimento firmado no REsp n. 1.354.908, pela sistemática de recurso representativo da controvérsia (CPC/1973, art. 543-C), faz-se necessária a comprovação do tempo de atividade rural no período imediatamente anterior ao requerimento ou à aquisição da idade:

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE RURAL NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO REQUERIMENTO. REGRA DE TRANSIÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 143 DA LEI 8.213/1991. REQUISITOS QUE DEVEM SER PREENCHIDOS DE FORMA CONCOMITANTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Tese delimitada em sede de representativo da controvérsia, sob a exegese do artigo 55, § 3º combinado com o artigo 143 da Lei 8.213/1991, no sentido de que o segurado especial tem que estar laborando no campo, quando completar a idade mínima para se aposentar por idade rural, momento em que poderá requerer seu benefício. Se, ao alcançar a faixa etária exigida no artigo 48, § 1º, da Lei 8.213/1991, o segurado especial deixar de exercer atividade rural, sem ter atendido a regra transitória da carência, não fará jus à aposentadoria por idade rural pelo descumprimento de um dos dois únicos critérios legalmente previstos para a aquisição do direito. Ressalvada a hipótese do direito adquirido em que o segurado especial preencheu ambos os requisitos de forma concomitante, mas não requereu o benefício. 2. Recurso especial do INSS conhecido e provido, invertendo-se o ônus da sucumbência. Observância do art. 543-C do Código de Processo Civil." (RECURSO ESPECIAL Nº 1.354.908 - SP (2012/0247219-3), RELATOR: MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES, DJ 09/09/2015)

Em relação às contribuições previdenciárias, é assente o entendimento de serem elas desnecessárias, bastando a comprovação do efetivo exercício de atividade no meio rural (STJ, REsp 207.425, 5ª Turma, j. em 21/9/1999, v.u., DJ de 25/10/1999, p. 123, Rel. Ministro Jorge Scartezini; STJ, RESP n. 502.817, 5ª Turma, j. em 14/10/2003, v.u., DJ de 17/11/2003, p. 361, Rel. Ministra Laurita Vaz).

No caso em discussão, o requisito etário restou preenchido em **13/6/2013**, quando a parte autora completou 55 (cinquenta e cinco) anos de idade.

A parte autora alega que trabalhara na lide rural desde tenra idade, tendo cumprido a carência exigida na Lei n. 8.213/1991.

Pois bem, segundo a prova oral coletada nos autos, formada pelas testemunhas Maria das Graças Silva e Ivonete de Souza, a autora teria trabalhado nas lides rurais, como boia-fria, nas fazendas de Toninho Vacaro, Barolo, Nonô, Binha e Ivonei.

Registro, entretanto, que não há um único elemento de prova material do alegado trabalho rural, de modo que se aplica ao caso a Súmula n. 149 do Superior Tribunal de Justiça.

A certidão de casamento, celebrado em 21/6/2008, o atual cônjuge da autora foi qualificado como motorista. O fato dele ter sido qualificado como lavrador quando de seu primeiro casamento, em 1977, não aproveita à autora, já que anterior às núpcias com a requerente.

No mesmo sentido a certidão de casamento da filha, na qual o genro qualificou-se como campeiro, já que ele possui núcleo familiar próprio.

Em relação à certidão eleitoral, expedida em 2014, embora anote a ocupação do cônjuge da autora de trabalhador rural, não há referência ao momento em que foi declarada essa profissão, impossibilitando aferir a relação de contemporaneidade existente entre a declaração e a prestação laboral.

As fichas de aquisição de mercadorias no mercado local ou atendimento médico não servem para a finalidade pretendida pela autora, pois não são conferidas por quem assina, sem descuidar que emitidas por quem não está minimamente interessado na profissão indicada.

Segundo o artigo 55, § 3º, da LBPS, é preciso haver início de prova material para comprovação do labor rural.

E, nesse contexto, o pretense direito ao benefício não se sustenta, à falta de início de prova do exercício de atividade rural.

Invertida a sucumbência, condeno a parte autora a pagar custas processuais e honorários de advogado, arbitrados em 12% (doze por cento) sobre o valor atualizado da causa, já majorados em razão da fase recursal, conforme critérios do artigo 85, §§ 1º, 2º, 3º, I, e 4º, III, do CPC, suspensa, porém, a exigibilidade, na forma do artigo 98, § 3º, do mesmo estatuto processual, por tratar-se de beneficiária da justiça gratuita.

Diante do exposto, **dou provimento** à apelação, para julgar improcedente o pedido de aposentadoria por idade rural.

Comunique-se, via e-mail, para fins de revogação da tutela antecipatória de urgência concedida.

É o voto.

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. TEMPO DE LABOR RURAL. AUSÊNCIA DE INÍCIO DE PROVA MATERIAL. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO.

- É assegurado o benefício da aposentadoria por idade aos trabalhadores rurais, na forma da Lei n. 8.213/91, ao segurado que completar 60 (sessenta) anos de idade, se homem ou 55 (cinquenta e cinco) anos, se mulher mediante a comprovação do exercício da atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período equivalente à carência exigida, nos termos do art. 26, III, e art. 142 do referido texto legal.

- Ausência de início de prova material do labor rurícola. Extinção do feito sem resolução de mérito.

- Honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa, suspensa sua exigibilidade, por ser a parte autora beneficiária da assistência judiciária gratuita, nos termos dos §§2º e 3º do art. 98 do CPC.

- Extinto o feito, de ofício, sem resolução de mérito. Prejudicada a apelação.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por maioria, decidiu, de ofício, julgar extinto o feito sem resolução de mérito e prejudicada a apelação, nos termos do voto do Desembargador Federal Gilberto Jordan, que foi acompanhado pela Juíza Federal Convocada Leila Paiva (4º voto) e pela Desembargadora Federal Inês Virgínia (5º voto). Vencida a Relatora, que dava provimento à apelação, no que foi acompanhada pelo Desembargador Federal Batista Gonçalves. Julgamento nos termos do disposto no art. 942, caput e § 1º, do CPC. Lavrará acórdão o Desembargador Federal Gilberto Jordan, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0035531-11.2017.4.03.9999

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

APELANTE: SUELI APARECIDA SGOBI

Advogado do(a) APELANTE: MARTA CRISTINA BARBEIRO - SP109515-N

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0035531-11.2017.4.03.9999

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

APELANTE: SUELI APARECIDA SGOBI

Advogado do(a) APELANTE: MARTA CRISTINA BARBEIRO - SP109515-N

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal Daldice Santana: cuida-se de apelação interposta pela parte autora em face de sentença que julgou improcedente o pedido de concessão de benefício assistencial.

Em suas razões, alega preencher os requisitos para a obtenção do benefício, razão pela qual requer a reforma do julgado.

Sem contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

A Procuradoria Regional da República manifestou-se pelo provimento do recurso.

É o relatório.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Trata-se de apelação em ação ajuizada em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, objetivando a concessão do benefício assistencial, previsto no art. 203, V, da Constituição Federal.

A e. Relatora proferiu voto negando provimento à apelação da parte autora, mantendo a improcedência do pedido inicial, nos termos da r. sentença *a quo*.

Coma máxima vênia, divirjo da e. Relatora quanto ao preenchimento do requisito da hipossuficiência.

O estudo social (id 121850208), de 09/11/2015, informou que a parte autora reside com seus genitores, em “*casa própria, composta por (03) quartos, banheiro, duas (02) salas, cozinha e varanda, com piso cerâmico e forro de madeira... quintal cimentado e murado... atendida pelo saneamento básico... apresentava boas condições de proteção aos seus moradores, devidamente limpa... os móveis e eletrodomésticos da residência são antigos e apresentavam bom estado de conservação... não observamos aparelhos eletroeletrônicos modernos*”.

Consiste a renda familiar na soma dos benefícios previdenciários auferidos por cada um dos genitores da parte autora, ambos no valor de R\$ 788,00 (valor do salário mínimo vigente à época de realização do estudo social).

O Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 580.963/PR (DJe 14.11.2013), assentou a inconstitucionalidade por omissão do artigo 34, parágrafo único, do Estatuto do Idoso, considerando a “*inexistência de justificativa plausível para discriminação dos portadores de deficiência em relação aos idosos, bem como dos idosos beneficiários da assistência social em relação aos idosos titulares de benefícios previdenciários no valor de até um salário mínimo*.” Assim, entendo que deve ser excluído do cômputo da renda *per capita* o valor decorrente de benefício de valor mínimo recebido por idoso ou inválido, pertencente ao núcleo familiar.

Nesse sentido, o C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1355052, submetido ao regimento do art. 543-C do CPC, assentou que não se computa o valor de um salário mínimo percebido por idoso a título de benefício assistencial ou previdenciário para aferição de hipossuficiência de núcleo familiar.

Sob esse aspecto, os valores percebidos pelos genitores da parte autora, idosos (pai nascido em 30/08/1937 e mãe em 27/05/1938), no valor de um salário-mínimo mensal, devem ser excluídos do cômputo da renda familiar.

Portanto, a parte autora não possui renda, o que por si só comprova a situação de miserabilidade, estando submetida a risco social.

Acerca da deficiência, extrai-se dos laudos das perícias médicas realizadas (id 121850208, pág. 100/107 e id 121850208, pág. 187/192) que a parte autora padece de “*hérnia discal, depressão e convulsões*”, padecendo de “*redução de sua capacidade laborativa de forma total e permanente*”, consistindo em “*impedimento de longa duração*”, com início em “*12/07/2010*”.

Destarte, nos termos do voto da e. Relatora, acompanho seu entendimento acerca do preenchimento do requisito da deficiência, conforme Lei assistencial (§ 2º: “*...considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas*”).

Assim sendo, vislumbro preenchidos ambos os requisitos necessários à concessão do benefício assistencial, fazendo jus a requerente à concessão do benefício assistencial vindicado.

TERMO INICIAL

O *dies a quo* do benefício de prestação continuada deve corresponder à data em que a Autarquia Previdenciária tomou conhecimento do direito da parte autora e se recusou a concedê-lo, sendo, no presente caso, a data do requerimento administrativo (30/09/2014 - id 121850208 - Pág. 21).

CONSECTÁRIOS

JUROS DE MORA

Conforme disposição inserta no art. 219 do Código de Processo Civil 1973 (atual art. 240 Código de Processo Civil - Lei nº 13.105/2015), os juros de mora são devidos a partir da citação na ordem de 6% (seis por cento) ao ano, até a entrada em vigor da Lei nº 10.406/02, após, à razão de 1% ao mês, consonante como art. 406 do Código Civil e, a partir da vigência da Lei nº 11.960/2009 (art. 1º-F da Lei 9.494/1997), calculados nos termos deste diploma legal.

CORREÇÃO MONETÁRIA

A correção monetária deve ser aplicada em conformidade com a Lei n. 6.899/81 e legislação superveniente (conforme o Manual de Cálculos da Justiça Federal), observados os termos da decisão final no julgamento do RE n. 870.947, Rel. Min. Luiz Fux.

VERBA HONORÁRIA

Como advento do novo Código de Processo Civil, foram introduzidas profundas mudanças no princípio da sucumbência, e em razão destas mudanças e sendo o caso de sentença ilíquida, a fixação do percentual da verba honorária deverá ser definida somente na liquidação do julgado, com observância ao disposto no inciso II, do § 4º c.c. § 11, ambos do artigo 85, do CPC/2015, bem como o artigo 86, do mesmo diploma legal.

Os honorários advocatícios, a teor da Súmula 111 do E. STJ incidem sobre as parcelas vencidas até a sentença de procedência; contudo, uma vez que a pretensão do segurado somente foi deferida nesta sede recursal, a condenação da verba honorária incidirá sobre as parcelas vencidas até a data da presente decisão ou acórdão, atendendo ao disposto no § 11 do artigo 85, do CPC.

CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS

A teor do disposto no art. 4º, I, da Lei Federal nº 9.289/96, as Autarquias são isentas do pagamento de custas na Justiça Federal.

De outro lado, o art. 1º, §1º, deste diploma legal, delega à legislação estadual normatizar sobre a respectiva cobrança nas causas ajuizadas perante a Justiça Estadual no exercício da competência delegada.

Assim, o INSS está isento do pagamento de custas processuais nas ações de natureza previdenciária ajuizadas nesta Justiça Federal e naquelas aforadas na Justiça do Estado de São Paulo, por força da Lei Estadual/SP nº 11.608/03 (art. 6º).

Contudo, a legislação do Estado de Mato Grosso do Sul que dispunha sobre a isenção referida (Leis nº 1.135/91 e 1.936/98) fora revogada a partir da edição da Lei nº 3.779/09 (art. 24, §§1º e 2º), razão pela qual é de se atribuir ao INSS o ônus do pagamento das custas processuais nos feitos que tramitam naquela unidade da Federação.

De qualquer sorte, é de se ressaltar, que o recolhimento somente deve ser exigido ao final da demanda, se sucumbente.

A isenção referida não abrange as despesas processuais que houver efetuado, bem como aquelas devidas a título de reembolso à parte contrária, por força da sucumbência.

Ante o exposto, com a máxima vênia da e. Relatora, dou provimento à apelação da parte autora, para reformar a r. sentença e julgar procedente o pedido, observados os honorários advocatícios, nos termos da fundamentação.

É o voto.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0035531-11.2017.4.03.9999

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

APELANTE: SUELI APARECIDA SGOBI

Advogado do(a) APELANTE: MARTA CRISTINA BARBEIRO - SP109515-N

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal Daldice Santana: conheço do recurso em razão da satisfação de seus requisitos.

Discute-se o preenchimento dos requisitos necessários à concessão do benefício assistencial de prestação continuada previsto no artigo 20 da Lei n. 8.742/1993, regulamentado, atualmente, pelos Decretos n. 6.214/2007 e 7.617/2011.

Essa lei conferiu eficácia ao inciso V do artigo 203 da Constituição Federal ao estabelecer, no citado artigo, as condições para a concessão do benefício da assistência social, a saber: ser o postulante portador de deficiência ou idoso e, em ambas as hipóteses, comprovar a situação de miserabilidade ou hipossuficiência, ou seja, não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

DA HIPOSSUFICIÊNCIA OU MISERABILIDADE

A respeito do requisito objetivo, o tema foi levado à apreciação do Pretório Excelso por meio de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, movida pelo Procurador Geral da República, na qual, em meio à análise de outros temas, decidiu-se que o benefício de que trata o art. 203, inciso V, da Constituição Federal pode ser exigido somente a partir da edição da Lei n. 8.742/1993.

Trata-se da ADIN n. 1.232-2, de 27/08/1998, publicada no DJU de 01/06/2001, de relatoria do Ministro Maurício Correa (RTJ 154/818), na qual o Supremo Tribunal Federal reputou constitucional a restrição contida no § 3º do artigo 20 da Lei n. 8.742/1993.

Posteriormente, em controle difuso de constitucionalidade, o STF manteve aquele entendimento (vide RE n. 213.736-SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Informativo STF n. 179; RE 256.594-6, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 28/04/2000, Informativo STF n. 186; RE n. 280.663-3, São Paulo, j. 06/09/2001, Rel. Min. Maurício Corrêa).

Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça, em vários precedentes, considerou que a presunção objetiva absoluta de miserabilidade, da qual fala a lei, não afasta a possibilidade de comprovação da condição de miserabilidade por outros meios de prova (REsp n. 435.871, 5ª T., Rel. Min. Felix Fischer, j. 19/09/2002, DJ 21/10/2002, p. 61; REsp n. 222.764, STJ, 5ª T., Rel. Min. Gilson Dipp, j. 13/02/2001, DJ 12/03/2001, p. 512; REsp n. 223.603/SP, STJ, 5ª T., Rel. Min. Edson Vidigal, DJU 21/02/2000, p. 163).

Recentemente, o STF reviu seu posicionamento e, em sede de repercussão geral, reconheceu que o requisito do artigo 20, § 3º, da Lei n. 8.742/1993 não pode ser considerado taxativo (RE n. 580963, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe n. 225, 14/11/2013).

No mesmo julgamento, ao examinar, *incidenter tantum*, a constitucionalidade do parágrafo único do artigo 34 do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003), o Plenário do STF manifestou-se pela “*inexistência de justificativa plausível para discriminação dos portadores de deficiência em relação aos idosos, bem como dos idosos beneficiários da assistência social em relação aos idosos titulares de benefícios previdenciários no valor de até um salário mínimo*”.

Referido normativo dispõe expressamente que o valor do benefício assistencial auferido por idoso “*não será computado para os fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere a LOAS*”.

Contudo, diante do entendimento consagrado por ocasião do julgamento do RE n. 580963, abriu-se a possibilidade de exclusão, do cálculo da renda familiar, dos benefícios assistenciais recebidos por idosos e por deficientes e também dos benefícios previdenciários concedidos ao idoso, no valor de até um salário mínimo.

A decisão concluiu, ainda, que a mera interpretação gramatical do preceito, por si só, pode resultar no indeferimento da prestação assistencial em casos nos quais, embora o limite legal de renda *per capita* seja ultrapassado, evidencia-se um quadro de notória hipossuficiência econômica.

Essa insuficiência da regra decorre não apenas das modificações fáticas (políticas, econômicas e sociais), mas principalmente das alterações legislativas que ocorreram no País desde a edição da Lei Orgânica da Assistência Social, em 1993.

A legislação federal recente, por exemplo, reiterada pela adoção de vários programas assistenciais destinados a famílias carentes, considera pobres aqueles que possuem renda mensal *per capita* de até meio salário mínimo (nesse sentido, a Lei n. 9.533, de 10/12/1997, regulamentada pelos Decretos n. 2.609/1998 e 2.728/1999, as Portarias n. 458 e 879, de 03/12/2001, da Secretaria da Assistência Social, o Decreto n. 4.102/2002, a Lei n. 10.689/2003, criadora do Programa Nacional de Acesso à Alimentação).

Assim, não há como considerar o critério previsto no artigo 20, § 3º, da Lei n. 8.742/1993 como absoluto e único para aferição da situação de miserabilidade, até porque o próprio Estado Brasileiro elegeu outros parâmetros, como os defluentes da legislação acima citada.

Deve-se verificar, na questão *in concreto*, a ocorrência de situação de pobreza – entendida como a falta de recursos e de acesso ao mínimo existencial –, para se concluir se é devida ou não a prestação pecuniária da assistência social constitucionalmente prevista.

Assim, ao menos desde 14/11/2013 (RE n. 580963), o critério da miserabilidade contido no § 3º do artigo 20 da Lei n. 8.742/1993 não impede o julgador de levar em conta outros dados, a fim de identificar a situação de vida do idoso ou do deficiente, principalmente quando estiverem presentes peculiaridades, a exemplo de necessidades especiais com medicamentos ou com educação.

Nesse diapasão, podem-se estabelecer alguns parâmetros norteadores da análise individual de cada caso, como, por exemplo: **(i)** todos os que recebem renda familiar *per capita* inferior a ¼ do salário mínimo são miseráveis; **(ii)** nem todos os que percebem renda familiar *per capita* superior a ¼ do salário mínimo e inferior a ½ salário mínimo são miseráveis; **(iii)** nem todos os que percebem renda familiar *per capita* superior a ½ salário mínimo deixam de ser miseráveis; **(iv)** todos os que perceberem renda mensal familiar superior a um salário mínimo (artigo 7º, IV, da Constituição Federal) não são miseráveis.

Dessa forma, em todos os casos, outras circunstâncias devem ser levadas em conta, mormente se o patrimônio do requerente também se subsume à noção de hipossuficiência, devendo ser apurado se vive em casa própria, com ou sem ar condicionado, se possui veículo, telefones celulares, auxílio permanente de parentes ou de terceiros etc.

Cumpra salientar que o benefício de prestação continuada foi previsto, na impossibilidade de atender a um público maior, para socorrer aos desamparados (artigo 6º, *caput*, da CF), ou seja, àquelas pessoas que nem sequer teriam possibilidade de equacionar um orçamento doméstico, pelo fato de não terem renda ou de ser essa insignificante.

CONCEITO DE FAMÍLIA

Para apurar se a renda *per capita* do requerente atinge ou não o âmbito da hipossuficiência, faz-se necessário abordar o conceito de **família**.

Nesse sentido, o artigo 20 da Lei n. 8.742/1993 estabelecia, para efeitos de concessão do benefício, os conceitos de família (conjunto de pessoas do art. 16 da Lei n. 8.213/1991, desde que vivendo sob o mesmo teto - § 1º), de pessoa portadora de deficiência (aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho - § 2º) e de família incapacitada de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa (aquela com renda mensal *per capita* inferior a um quarto do salário mínimo - § 3º).

A Lei n. 12.435, vigente desde 07/07/2011, alterou os §§ 1º e 2º do artigo 20 da Lei n. 8.742/1993 e estabeleceu que a família, para fins de concessão do benefício assistencial, deve ser aquela composta pelo requerente, pelo cônjuge ou companheiro, pelos pais e, na ausência de um deles, pela madrasta ou pelo padrasto, pelos irmãos solteiros, pelos filhos e enteados solteiros e pelos menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto.

Ao mesmo tempo, o dever de sustento familiar (dos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles) não pode ser substituído pela intervenção Estatal, pois o próprio artigo 203, V, da Constituição Federal estabelece que o benefício será devido *quando o sustento não puder ser provido pela família*. Essa conclusão tem arrimo no princípio da solidariedade social, conformado no artigo 3º, I, do Texto Magno.

Com isso, à guisa de regra mínima de coexistência entre as pessoas em sociedade, a técnica de proteção social prioritária é a família, em cumprimento ao disposto no artigo 229 da Constituição Federal, que assim estabelece: “*Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade*”.

A propósito, a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU), ao analisar um pedido de uniformização formulado pelo Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), fixou a tese de que “*o benefício assistencial de prestação continuada pode ser indeferido se ficar demonstrado que os devedores legais podem prestar alimentos civis sem prejuízo de sua manutenção*”. A decisão foi proferida durante sessão realizada em 23/02/2017, em Brasília. Quanto ao mérito, o relator afirmou em seu voto que a interpretação do art. 20, § 1º, da Lei n. 8.742/1993, conforme as normas veiculadas pelos artigos 203, V, 229 e 230, da Constituição da República de 1988, deve ser a de que “*a assistência social estatal não deve afastar a obrigação de prestar alimentos devidos pelos parentes da pessoa em condição de miserabilidade socioeconômica (arts. 1694 e 1697, do Código Civil), em obediência ao princípio da subsidiariedade*”.

SUBSIDIARIEDADE DA ASSISTÊNCIA SOCIAL

À vista da preponderância do dever familiar de sustento, hospedado no artigo 229 da Constituição Federal, a Assistência Social, tal como regulada na Lei n. 8.742/1993, terá caráter **subsidiário** em relação às demais técnicas de proteção social (previdência social, previdência privada, caridade, família, poupança etc.), considerada a gratuidade de suas prestações.

Com efeito, levando-se em conta o alto custo do pretendido “Estado de bem-estar social”, forjado no Brasil pela Constituição Federal de 1988 quando a grande maioria dos países europeus já havia reconhecido sua inviabilidade financeira, é lícito inferir que ela só deve ser prestada em casos de real necessidade, sob pena de comprometer – dada a crescente dificuldade de custeio – a proteção social da coletividade, não apenas das futuras gerações, mas também da atual.

De fato, o benefício previsto no art. 203, V, da Constituição Federal tem o valor de 1 (um) salário mínimo, ou seja, a mesma quantia paga a milhões de brasileiros que se aposentaram no Regime Geral de Previdência Social mediante o pagamento de contribuições, durante vários anos.

Destarte, a assistência social deve ser fornecida com critério, pois, de outro modo, serão gerados privilégios e desigualdades, em oposição à própria natureza dos direitos sociais, que é a de propiciar igualdade e isonomia de condições a todos, observados os fins sociais (não individuais) da norma, à luz do artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

Diga-se, de passagem, que a concessão indiscriminada do benefício assistencial, mediante interpretação extensiva ou ampliada dos requisitos constitucionais, geraria não apenas injustiça aos contribuintes da previdência social, mas incentivo para que esses deixem de contribuir, ou mesmo não se filiem ou não contribuam para a Seguridade Social, o que constituiria situação anômala e gravíssima do ponto de vista atuarial, apta a comprometer o custeio de todo o sistema.

É pertinente rememorar, *in casu*, o ensinamento do professor de direito previdenciário Wagner Balera a respeito da dimensão do **princípio da subsidiariedade**: “O Estado é, sobretudo, o guardião dos direitos e garantias dos indivíduos. Cumpra-lhe, assinala Leão XIII, agir em favor dos fracos e dos indigentes exigindo que sejam por todos respeitados os direitos dos pequenos. Mas, segundo o princípio da subsidiariedade - que é noção fundamental para a compreensão do conteúdo da doutrina social cristã - o Estado não deve sobrepor-se aos indivíduos e aos grupos sociais na condução do interesse coletivo. Há de se configurar uma permanente simbiose entre o Estado e a sociedade, de tal sorte que ao primeiro não cabe destruir, nem muito menos exaurir a dinâmica da vida social I (é o magistério de Pio XI, na Encíclica comemorativa dos quarenta anos da 'Rerum Novarum', a 'Quadragesimo Anno', pontos 79-80).” (Centenárias Situações e Novidade da 'Rerum Novarum', p. 545).

Por fim, quanto a esse tópico, é lícito concluir que quem está coberto pela previdência social está, em regra, fora da abrangência da assistência social. Nesse sentido, prelecionou Celso Bastos: “A Assistência Social tem como propósito satisfazer as necessidades de pessoas que não podem gozar dos benefícios previdenciários, mas o faz de uma maneira comedida, para não incentivar seus assistidos à ociosidade. Concluímos, portanto, que os beneficiários da previdência social estão automaticamente excluídos da assistência social. O benefício da assistência social, frise-se, não pode ser cumulado pelo beneficiário com qualquer outro no âmbito da seguridade social ou de outro regime, salvo o de assistência médica.” (Celso Bastos e Ives Gandra Martins, in Comentários à Constituição do Brasil, 8º Vol., Saraiva, 2000, p. 429).

IDOSOS E PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Na hipótese de postulante **idoso**, a idade mínima de 70 (setenta) anos foi reduzida para 67 (sessenta e sete) anos pela Lei n. 9.720/1998, a partir de 1º de janeiro de 1998, e, mais recentemente, para 65 (sessenta e cinco) anos, com a entrada em vigor do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003).

No que se refere ao conceito de **pessoa com deficiência** - previsto no § 2º do artigo 20 da Lei n. 8.742/1993, com a redação dada pela Lei n. 13.146/2015, passou a ser considerada aquela com impedimentos de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, possam obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Assim, ratificou-se o entendimento consolidado nesta Corte de que o rol previsto no art. 4º do Decreto n. 3.298/1999 (regulamentador da Lei n. 7.853/1989, que dispõe sobre a Política Nacional da Pessoa Portadora de Deficiência) não era exaustivo. Constatado, portanto, que os males sofridos pelo postulante impedem sua inserção social, restará preenchido um dos requisitos exigidos para a percepção do benefício.

Menciona-se também o conceito apresentado pela ONU, elaborado por meio da Resolução n. 3.447 (XXX): “1. O termo ‘pessoa deficiente’ refere-se a qualquer pessoa incapaz de assegurar a si mesma, total ou parcialmente, as necessidades de uma vida individual ou social normal, em decorrência de uma deficiência, congênita ou não, em suas capacidades físicas ou mentais”.

Esse conceito dá maior ênfase à necessidade, inclusive da vida individual, ao passo que o conceito proposto por Luiz Alberto David Araujo prioriza a questão da integração social, como se verá.

Nair Lemos Gonçalves apresentou os principais requisitos para sua definição: “desvio acentuado dos mencionados padrões médios e sua relação com o desenvolvimento físico, mental, sensorial ou emocional, considerados esses aspectos do desenvolvimento separada, combinada ou globalmente” (Verbete Excepcionais. In: Enciclopédia Saraiva de Direito, n. XXXIV. São Paulo: Saraiva, 1999).

Luiz Alberto David Araujo, por sua vez, compilou muitos significados da palavra “deficiente”, extraídos dos dicionários de Língua Portuguesa. Observa ele que, geralmente, os dicionários trazem a ideia de que a pessoa deficiente sofre de falta, de carência ou de falha.

Esse autor critica essas noções porque a ideia de deficiência não se apresenta tão simples, à medida em que as noções de falta, de carência ou de falha não abrangem todas as situações de deficiência, como, por exemplo, o caso dos superdotados, ou o de um portador do vírus HIV que consiga levar a vida normalmente, sem manifestação da doença, ou ainda o de um trabalhador intelectual que tenha um dedo amputado.

Por serem as noções de falta, de carência ou de falha insuficientes à caracterização da deficiência, Luiz Alberto David Araujo propõe um norte mais seguro para a identificação da pessoa protegida, cujo fator determinante do enquadramento ou não no conceito de pessoa com deficiência seja o meio social:

“O indivíduo portador de deficiência, quer por falta, quer por excesso sensorial ou motor, deve apresentar dificuldades para seu relacionamento social. O que define a pessoa portadora de deficiência não é falta de um membro nem a visão ou audição reduzidas. O que caracteriza a pessoa portadora de deficiência é a dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade. O grau de dificuldade para a sua integração social é o que definirá quem é ou não portador de deficiência.” (A Proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 18-22)

Assim, quanto mais complexo o meio social, maior rigor se exigirá da pessoa com deficiência para sua adaptação social. De outra parte, na vida em comunidades mais simples, como nos meios agrícolas, a pessoa com deficiência poderá integrar-se com mais facilidade.

Desse modo, o conceito de Luiz Alberto David Araujo é adequado e de acordo com a norma constitucional, motivo pelo qual é possível seu acolhimento para a caracterização desse grupo de pessoas protegidas nas várias situações reguladas pela Constituição Federal, nos artigos 7º, XXXI, 23, II, 24, XIV, 37, VIII, 203, V e 208, III.

Mas é preciso delimitar a proteção constitucional apenas àquelas pessoas que realmente dela necessitam, porquanto existem graus de deficiência que apresentam menores dificuldades de adaptação à pessoa. E essa verificação somente poderá ser feita diante de um caso concreto.

Luiz Alberto David Araujo salienta que os casos-limite podem, desde logo, ser excluídos, como o exemplo do bibliotecário que perde um dedo ou do operário que perde um artelho; em ambos os casos, as pessoas continuam integradas socialmente. Em outro exemplo, pequenas manifestações de retardo mental (deficiência mental leve) podem passar despercebidas em comunidades simples, pois essa pessoa poderá *“não encontrar problemas de adaptação a sua realidade social (escola, trabalho, família)”*, de maneira que não se pode afirmar que ela deverá receber proteção, *“tal como aquele que sofre restrições sérias em seu meio social”* (obra citada, p. 42-43).

“A questão, assim, não se resolve sob o ângulo da deficiência, mas, sim sob o prisma da integração social. Há pessoas portadoras de deficiência que não encontram qualquer problema de adaptação no meio social. Dentro de uma comunidade de doentes, isolados por qualquer motivo, a pessoa portadora de deficiência não encontra qualquer outro problema de integração, pois todos têm o mesmo tipo de dificuldade” (obra citada, p. 43).

Enfim, a constatação da existência de graus de deficiência é de fundamental importância para identificar aqueles que receberão a proteção social prevista no art. 203, V, da Constituição Federal.

Feitas essas considerações, torna-se possível inferir que não será qualquer pessoa com deficiência que se subsumirá no molde jurídico protetor da Assistência Social.

Noutro passo, o conceito de pessoa com deficiência, para fins de concessão do benefício de amparo social, foi tipificado no artigo 20, § 2º, da Lei n. 8.742/1993, que em sua redação original assim dispunha:

“§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho.”

Como se vê, pressupunha-se que o deficiente era aquele que: (i) tinha necessidade de trabalhar, mas não podia, em razão da deficiência; (ii) estava também incapacitado para a vida independente. Assim, o benefício era devido a quem deveria trabalhar, mas não poderia e, além disso, não tinha capacidade para a vida independente sem a ajuda de terceiros.

É lícito concluir que, tal como os benefícios previdenciários, o benefício de amparo social, enquanto vigente a redação original do artigo 20, § 2º, da Lei n. 8.742/1993, era substitutivo do salário. Isto é, era reservado aos que tinham a possibilidade jurídica de trabalhar, mas não tinham a possibilidade física ou mental para tanto.

Mas a redação original do artigo 20, § 2º, da LOAS foi alterada pelo Congresso Nacional, exatamente porque sua dicção gerava um sem número de controvérsias interpretativas na jurisprudência, sobrevivendo a Lei n. 12.435/2011, alterando o teor do dispositivo, que passou a vigorar com a seguinte redação:

“§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, considera-se:

I - pessoa com deficiência: aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas;

II - impedimentos de longo prazo: aqueles que incapacitam a pessoa com deficiência para a vida independente e para o trabalho pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos.”

Com a novel legislação, o benefício continuou sendo destinado àqueles deficientes que: (i) tinham necessidade de trabalhar, mas não podiam, por conta de limitações físicas ou mentais; (ii) estavam também incapacitados para a vida independente.

Todavia, o legislador, não satisfeito, novamente alterou a redação do artigo 20, § 2º, da Lei n. 8.742/1993 e o conceito de pessoa com deficiência foi uma vez mais alterado, pela Lei n. 12.470/2011, passando a ter a seguinte dicção:

“§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.”

Nota-se que, com o advento dessa lei, dispensou-se a menção à incapacidade para o trabalho ou à incapacidade para a vida independente como requisito à concessão do benefício assistencial.

Finalmente, a Lei n. 13.146/2015, que *“institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência”*, com início de vigência em 02/01/2016, novamente alterou a redação do artigo 20, § 2º, da LOAS:

“§ 2º Para efeito de concessão do benefício de prestação continuada, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.”

Reafirma-se, assim, que o foco, doravante, para fins de identificação da pessoa com deficiência, passa a ser a existência de impedimentos de longo prazo, apenas e tão somente, tornando-se despicienda a referência à necessidade de trabalho.

CASO CONCRETO

De acordo com o laudo médico pericial, a parte autora tem depressão, hérnia discal e convulsões. Assevera, ainda, que tem incapacidade laborativa total e permanente.

Em razão disso, estão atendidos os requisitos do artigo 20, § 2º, da Lei n. 8.742/1993.

Contudo, independentemente da configuração da condição de deficiente, o benefício não pode ser concedido por não estar patenteada a miserabilidade para fins assistenciais.

Segundo o relatório do estudo social, a parte autora reside com seus genitores (aposentados com um salário mínimo cada) “em casa própria, composta por (03) quartos, banheiro, duas (02) salas, cozinha e varanda, com piso cerâmico e forro de madeira. Quintal cimentado e murado. Atendida pelo saneamento básico. A residência apresenta boas condições de proteção aos seus moradores, devidamente limpa. Os móveis e eletrodomésticos da residência são antigos e apresentavam bom estado de conservação.” Não houve detalhamento das despesas, nem foi relatado quais bens que guarnecem o imóvel. Concluiu-se que a família em tela não atende ao valor estipulado na Lei 8742/93.

Diante desse contexto, ainda que se reconheça a existência de dificuldades enfrentadas pela parte autora, a situação apresentada não é de vulnerabilidade social.

Mesmo diante do teor do RE n. 580.963 (STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe n. 225, 14/11/2013 – repercussão geral), não há que se falar em hipossuficiência, como bem observou o magistrado *a quo*.

Diante disso, verifica-se que a renda *per capita* apurada na ocasião da realização do estudo social é superior à prevista no artigo 20, § 3º, da LOAS.

Trata-se, portanto, de valores incompatíveis com a noção de miserabilidade.

Registra-se, por fim, que o dever familiar de sustento previsto na norma constitucional citada não pode ser substituído pela intervenção Estatal, pois o próprio artigo 203, V, da Constituição Federal estabelece que o benefício é devido **somente** quando o sustento não puder ser provido pela família.

Cumprе salientar que o benefício de prestação continuada foi previsto, na impossibilidade de atender a um público maior, para socorrer os **desamparados** (artigo 6º, *caput*, da CF), ou seja, aquelas pessoas que nem sequer teriam possibilidade de equacionar um orçamento doméstico, pelo fato de não terem renda ou de ser essa insignificante.

Desse modo, ausente um dos requisitos legais, é indevido o benefício.

Fica mantida a condenação da parte autora a pagar custas processuais e honorários de advogado, arbitrados em 12% (doze por cento) sobre o valor atualizado da causa, já majorados em razão da fase recursal, conforme critérios do artigo 85, §§ 1º e 11, do CPC, suspendendo-se, porém, a exigibilidade, na forma do artigo 98, § 3º, do CPC, por tratar-se de beneficiária da justiça gratuita.

Diante do exposto, **nego provimento** à apelação.

É como voto.

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. ART. 203, V, CF/88, LEI N. 8.742/93 E 12.435/2011. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. CONSECUTÓRIOS LEGAIS.

- O benefício de prestação continuada é devido ao portador de deficiência ou idoso que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

- Na hipótese dos autos, a parte autora demonstrou o preenchimento dos requisitos necessários à concessão do benefício assistencial.

- O *dies a quo* do benefício de prestação continuada deve corresponder à data em que a Autarquia Previdenciária tomou conhecimento do direito da parte autora e se recusou a concedê-lo, ou seja, na data do requerimento administrativo.

- Os juros de mora são devidos a partir da citação na ordem de 6% (seis por cento) ao ano, até a entrada em vigor da Lei nº 10.406/02, após, à razão de 1% ao mês, consoante como art. 406 do Código Civil e, a partir da vigência da Lei nº 11.960/2009 (art. 1º-F da Lei 9.494/1997), calculados nos termos deste diploma legal.

- A correção monetária deve ser aplicada em conformidade com a Lei n. 6.899/81 e legislação superveniente (conforme o Manual de Cálculos da Justiça Federal), observados os termos da decisão final no julgamento do RE n. 870.947, Rel. Min. Luiz Fux.

- Os honorários advocatícios deverão ser fixados na liquidação do julgado, nos termos do inciso II, do § 4º, c.c. §11, do artigo 85, do CPC/2015.

- Apelação do autor provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por maioria, decidiu dar provimento à apelação da parte autora, nos termos do voto do Desembargador Federal Gilberto Jordan, que foi acompanhado pelo Desembargador Federal Batista Gonçalves e pela Desembargadora Federal Inês Virgínia (5º voto). Vencida a Relatora, que negava provimento à apelação, no que foi acompanhada pela Juíza Federal Convocada Leila Paiva (4º voto). Julgamento nos termos do disposto no art. 942, caput e § 1º, do CPC. Lavrará acórdão o Desembargador Federal Gilberto Jordan, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 6175182-82.2019.4.03.9999

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

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: ANTONIO OSWALDO TEIXEIRA

Advogado do(a) APELADO: REYNALDO CALHEIROS VILELA - SP245019-N

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 6175182-82.2019.4.03.9999

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

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: ANTONIO OSWALDO TEIXEIRA

Advogado do(a) APELADO: REYNALDO CALHEIROS VILELA - SP245019-N

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal Daldice Santana: cuida-se de apelação interposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) em face de sentença que julgou procedente o pedido de benefício assistencial. A tutela provisória foi antecipada.

Nas razões de apelação, sustenta ser indevido o benefício ante a ausência do requisito da hipossuficiência. Subsidiariamente, impugna os consectários.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento parcial do recurso.

É o relatório.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Trata-se de apelação em ação ajuizada em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, objetivando a concessão do benefício assistencial, previsto no art. 203, V, da Constituição Federal.

A e. Relatora proferiu voto dando provimento à apelação do INSS, reformando a r. sentença com improcedência do pedido inicial.

Coma máxima vênia, divirjo da e. Relatora no tocante ao requisito da miserabilidade.

O estudo social (id 105167501), de 15/03/2019, informou que o requerente vive sozinho, em “*em uma borracharia alugada pelo filho... pernoitando em um cômodo composto por cama, geladeira, pia, fogão e um pequeno guarda roupas... o banheiro é externo ao cômodo, sendo o mesmo utilizado pelos clientes do comércio... residência de alvenaria, sem forro e piso frio. com quase nenhum equipamento eletrônico e/ou eletrodomésticos... a borracharia não possui muros, sendo o cômodo ocupado pelo requerente de fácil acesso para possíveis furtos ou outras causas humanas*”.

A renda auferida pelo Autor advém, exclusivamente, da ajuda mensal prestada pelo seu filho, no valor aproximado de R\$ 100,00.

Assim sendo, de acordo com as informações trazidas pelo estudo social, contando o Autor com a renda referida, entendo que o requerente está submetido a risco social.

Ademais, a Assistente Social concluiu que, caso concedido o benefício assistencial ao Autor, “*poderá assegurar seus direitos civis e sociais, ofertar cidadania, qualidade de vida e autonomia do indivíduo*”, sugerindo “*encaminhamento da requerente para os equipamentos de assistência social de baixa complexidade a fim de coibir possíveis violações de direitos e ser inserido em políticas públicas destinadas à sua faixa etária e classe social*”.

No tocante à obrigação de prestar alimentos por parte dos familiares do requerente, que possui outros filhos, nenhum residindo no mesmo imóvel, não reconheço eventual afastamento da responsabilidade estatal, apesar de subsidiária, tendo em vista a ausência de notícia nos autos de possível recebimento ou solicitação de prestação de tal natureza.

Partindo de tais premissas, verifico que a parte autora comprovou o preenchimento da miserabilidade, razão pela qual entendo que faz jus à concessão do benefício assistencial vindicado, nos termos da r. sentença.

CORREÇÃO MONETÁRIA

A correção monetária deve ser aplicada em conformidade com a Lei n. 6.899/81 e legislação superveniente (conforme o Manual de Cálculos da Justiça Federal), observados os termos da decisão final no julgamento do RE n. 870.947, Rel. Min. Luiz Fux.

VERBA HONORÁRIA

Com o advento do novo Código de Processo Civil, foram introduzidas profundas mudanças no princípio da sucumbência, e em razão destas mudanças e sendo o caso de sentença ilíquida, a fixação do percentual da verba honorária deverá ser definida somente na liquidação do julgado, com observância ao disposto no inciso II, do § 4º c.c. § 11, ambos do artigo 85, do CPC/2015, bem como o artigo 86, do mesmo diploma legal.

Os honorários advocatícios, a teor da Súmula 111 do E. STJ incidem sobre as parcelas vencidas até a sentença de procedência.

Ante o exposto, com a máxima vênia da e. Relatora, voto para dar parcial provimento ao apelo do INSS, para ajustar a correção monetária, observados os honorários advocatícios, nos termos da fundamentação.

É o voto.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 6175182-82.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 31 - DES. FED. DALDICE SANTANA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL- INSS

APELADO: ANTONIO OSWALDO TEIXEIRA
Advogado do(a) APELADO: REYNALDO CALHEIROS VILELA - SP245019-N
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal Daldice Santana: conheço do recurso em razão da satisfação de seus requisitos.

Discute-se o preenchimento dos requisitos necessários à concessão do benefício assistencial de prestação continuada previsto no artigo 20 da Lei n. 8.742/1993, regulamentado, atualmente, pelos Decretos n. 6.214/2007 e 7.617/2011.

Essa lei conferiu eficácia ao inciso V do artigo 203 da Constituição Federal ao estabelecer, no citado artigo, as condições para a concessão do benefício da assistência social, a saber: ser o postulante portador de deficiência ou idoso e, em ambas as hipóteses, comprovar a situação de miserabilidade ou hipossuficiência, ou seja, não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

DA HIPOSSUFICIÊNCIA OU MISERABILIDADE

A respeito do requisito objetivo, o tema foi levado à apreciação do Pretório Excelso por meio de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, movida pelo Procurador Geral da República, na qual, em meio à análise de outros temas, decidiu-se que o benefício de que trata o art. 203, inciso V, da Constituição Federal pode ser exigido somente a partir da edição da Lei n. 8.742/1993.

Trata-se da ADIN n. 1.232-2, de 27/08/1998, publicada no DJU de 01/06/2001, de relatoria do Ministro Maurício Correa (RTJ 154/818), na qual o Supremo Tribunal Federal reputou constitucional a restrição contida no § 3º do artigo 20 da Lei n. 8.742/1993.

Posteriormente, em controle difuso de constitucionalidade, o STF manteve aquele entendimento (vide RE n. 213.736-SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Informativo STF n. 179; RE 256.594-6, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 28/04/2000, Informativo STF n. 186; RE n. 280.663-3, São Paulo, j. 06/09/2001, Rel. Min. Maurício Corrêa).

Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça, em vários precedentes, considerou que a presunção objetiva absoluta de miserabilidade, da qual fala a lei, não afasta a possibilidade de comprovação da condição de miserabilidade por outros meios de prova (REsp n. 435.871, 5ª T., Rel. Min. Felix Fischer, j. 19/09/2002, DJ 21/10/2002, p. 61; REsp n. 222.764, STJ, 5ª T., Rel. Min. Gilson Dipp, j. 13/02/2001, DJ 12/03/2001, p. 512; REsp n. 223.603/SP, STJ, 5ª T., Rel. Min. Edson Vidigal, DJU 21/02/2000, p. 163).

Recentemente, o STF reviu seu posicionamento e, em sede de repercussão geral, reconheceu que o requisito do artigo 20, § 3º, da Lei n. 8.742/1993 não pode ser considerado taxativo (RE n. 580963, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe n. 225, 14/11/2013).

No mesmo julgamento, ao examinar, *incidenter tantum*, a constitucionalidade do parágrafo único do artigo 34 do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003), o Plenário do STF manifestou-se pela “*inexistência de justificativa plausível para discriminação dos portadores de deficiência em relação aos idosos, bem como dos idosos beneficiários da assistência social em relação aos idosos titulares de benefícios previdenciários no valor de até um salário mínimo*”.

Referido normativo dispõe expressamente que o valor do benefício assistencial auferido por idoso “*não será computado para os fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere a LOAS*”.

Contudo, diante do entendimento consagrado por ocasião do julgamento do RE n. 580963, abriu-se a possibilidade de exclusão, do cálculo da renda familiar, dos benefícios assistenciais recebidos por idosos e por deficientes e também dos benefícios previdenciários concedidos ao idoso, no valor de até um salário mínimo.

A decisão concluiu, ainda, que a mera interpretação gramatical do preceito, por si só, pode resultar no indeferimento da prestação assistencial em casos nos quais, embora o limite legal de renda *per capita* seja ultrapassado, evidencia-se um quadro de notória hipossuficiência econômica.

Essa insuficiência da regra decorre não apenas das modificações fáticas (políticas, econômicas e sociais), mas principalmente das alterações legislativas que ocorreram no País desde a edição da Lei Orgânica da Assistência Social, em 1993.

A legislação federal recente, por exemplo, reiterada pela adoção de vários programas assistenciais destinados a famílias carentes, considera pobres aqueles que possuem renda mensal *per capita* de até meio salário mínimo (nesse sentido, a Lei n. 9.533, de 10/12/1997, regulamentada pelos Decretos n. 2.609/1998 e 2.728/1999, as Portarias n. 458 e 879, de 03/12/2001, da Secretaria da Assistência Social, o Decreto n. 4.102/2002, a Lei n. 10.689/2003, criadora do Programa Nacional de Acesso à Alimentação).

Assim, não há como considerar o critério previsto no artigo 20, § 3º, da Lei n. 8.742/1993 como absoluto e único para aferição da situação de miserabilidade, até porque o próprio Estado Brasileiro elegeu outros parâmetros, como os defluentes da legislação acima citada.

Deve-se verificar, na questão *in concreto*, a ocorrência de situação de pobreza – entendida como a falta de recursos e de acesso ao mínimo existencial –, para se concluir se é devida ou não a prestação pecuniária da assistência social constitucionalmente prevista.

Assim, ao menos desde 14/11/2013 (RE n. 580963), o critério da miserabilidade contido no § 3º do artigo 20 da Lei n. 8.742/1993 não impede o julgador de levar em conta outros dados, a fim de identificar a situação de vida do idoso ou do deficiente, principalmente quando estiverem presentes peculiaridades, a exemplo de necessidades especiais com medicamentos ou com educação.

Nesse diapasão, podem-se estabelecer alguns parâmetros norteadores da análise individual de cada caso, como, por exemplo: (i) todos os que recebem renda familiar *per capita* inferior a ¼ do salário mínimo são miseráveis; (ii) nem todos os que percebem renda familiar *per capita* superior a ¼ do salário mínimo e inferior a ½ salário mínimo são miseráveis; (iii) nem todos os que percebem renda familiar *per capita* superior a ½ salário mínimo deixam de ser miseráveis; (iv) todos os que perceberem renda mensal familiar superior a um salário mínimo (artigo 7º, IV, da Constituição Federal) não são miseráveis.

Dessa forma, em todos os casos, outras circunstâncias devem ser levadas em conta, mormente se o patrimônio do requerente também se subsume à noção de hipossuficiência, devendo ser apurado se vive em casa própria, com ou sem ar condicionado, se possui veículo, telefones celulares, auxílio permanente de parentes ou de terceiros etc.

Cumpra salientar que o benefício de prestação continuada foi previsto, na impossibilidade de atender a um público maior, para socorrer aos desamparados (artigo 6º, *caput*, da CF), ou seja, àquelas pessoas que nem sequer teriam possibilidade de equacionar um orçamento doméstico, pelo fato de não terem renda ou de ser essa insignificante.

CONCEITO DE FAMÍLIA

Para apurar se a renda *per capita* do requerente atinge ou não o âmbito da hipossuficiência, faz-se necessário abordar o conceito de **família**.

Nesse sentido, o artigo 20 da Lei n. 8.742/1993 estabelecia, para efeitos de concessão do benefício, os conceitos de família (conjunto de pessoas do art. 16 da Lei n. 8.213/1991, desde que vivendo sob o mesmo teto - § 1º), de pessoa portadora de deficiência (aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho - § 2º) e de família incapacitada de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa (aquela com renda mensal *per capita* inferior a um quarto do salário mínimo - § 3º).

A Lei n. 12.435, vigente desde 07/07/2011, alterou os §§ 1º e 2º do artigo 20 da Lei n. 8.742/1993 e estabeleceu que a família, para fins de concessão do benefício assistencial, deve ser aquela composta pelo requerente, pelo cônjuge ou companheiro, pelos pais e, na ausência de um deles, pela madrasta ou pelo padrasto, pelos irmãos solteiros, pelos filhos e enteados solteiros e pelos menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto.

Ao mesmo tempo, o dever de sustento familiar (dos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles) não pode ser substituído pela intervenção Estatal, pois o próprio artigo 203, V, da Constituição Federal estabelece que o benefício será devido *quando o sustento não puder ser provido pela família*. Essa conclusão tem arrimo no princípio da solidariedade social, conformado no artigo 3º, I, do Texto Magno.

Com isso, à guisa de regra mínima de coexistência entre as pessoas em sociedade, a técnica de proteção social prioritária é a família, em cumprimento ao disposto no artigo 229 da Constituição Federal, que assim estabelece: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

A propósito, a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU), ao analisar um pedido de uniformização formulado pelo Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), fixou a tese de que “o benefício assistencial de prestação continuada pode ser indeferido se ficar demonstrado que os devedores legais podem prestar alimentos civis sem prejuízo de sua manutenção”. A decisão foi proferida durante sessão realizada em 23/02/2017, em Brasília. Quanto ao mérito, o relator afirmou em seu voto que a interpretação do art. 20, § 1º, da Lei n. 8.742/1993, conforme as normas veiculadas pelos artigos 203, V, 229 e 230, da Constituição da República de 1988, deve ser a de que “a assistência social estatal não deve afastar a obrigação de prestar alimentos devidos pelos parentes da pessoa em condição de miserabilidade socioeconômica (arts. 1694 e 1697, do Código Civil), em obediência ao princípio da subsidiariedade”.

SUBSIDIARIEDADE DA ASSISTÊNCIA SOCIAL

À vista da preponderância do dever familiar de sustento, hospedado no artigo 229 da Constituição Federal, a Assistência Social, tal como regulada na Lei n. 8.742/1993, terá caráter **subsidiário** em relação às demais técnicas de proteção social (previdência social, previdência privada, caridade, família, poupança etc.), considerada a gratuidade de suas prestações.

Com efeito, levando-se em conta o alto custo do pretendido “Estado de bem-estar social”, forjado no Brasil pela Constituição Federal de 1988 quando a grande maioria dos países europeus já havia reconhecido sua inviabilidade financeira, é lícito inferir que ela só deve ser prestada em casos de real necessidade, sob pena de comprometer – dada a crescente dificuldade de custeio – a proteção social da coletividade, não apenas das futuras gerações, mas também da atual.

De fato, o benefício previsto no art. 203, V, da Constituição Federal tem o valor de 1 (um) salário mínimo, ou seja, a mesma quantia paga a milhões de brasileiros que se aposentaram no Regime Geral de Previdência Social mediante o pagamento de contribuições, durante vários anos.

Destarte, a assistência social deve ser fornecida com critério, pois, de outro modo, serão gerados privilégios e desigualdades, em oposição à própria natureza dos direitos sociais, que é a de propiciar igualdade e isonomia de condições a todos, observados os fins sociais (não individuais) da norma, à luz do artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

Diga-se, de passagem, que a concessão indiscriminada do benefício assistencial, mediante interpretação extensiva ou ampliada dos requisitos constitucionais, geraria não apenas injustiça aos contribuintes da previdência social, mas incentivo para que esses deixem de contribuir, ou mesmo não se filiem ou não contribuam para a Seguridade Social, o que constituiria situação anômala e gravíssima do ponto de vista atuarial, apta a comprometer o custeio de todo o sistema.

É pertinente rememorar, *in casu*, o ensinamento do professor de direito previdenciário Wagner Balera a respeito da dimensão do **princípio da subsidiariedade**: “O Estado é, sobretudo, o guardião dos direitos e garantias dos indivíduos. Cumpre-lhe, assinala Leão XIII, agir em favor dos fracos e dos indigentes exigindo que sejam por todos respeitados os direitos dos pequenos. Mas, segundo o princípio da subsidiariedade - que é noção fundamental para a compreensão do conteúdo da doutrina social cristã - o Estado não deve sobrepor-se aos indivíduos e aos grupos sociais na condução do interesse coletivo. Há de se configurar uma permanente simbiose entre o Estado e a sociedade, de tal sorte que ao primeiro não cabe destruir, nem muito menos exaurir a dinâmica da vida social I (é o magistério de Pio XI, na Encíclica comemorativa dos quarenta anos da 'Rerum Novarum', a 'Quadragesimo Anno', pontos 79-80).” (Centenárias Situações e Novidade da 'Rerum Novarum', p. 545).

Por fim, quanto a esse tópico, é lícito concluir que quem está coberto pela previdência social está, em regra, fora da abrangência da assistência social. Nesse sentido, prelecionou Celso Bastos: “A Assistência Social tem como propósito satisfazer as necessidades de pessoas que não podem gozar dos benefícios previdenciários, mas o faz de uma maneira comedida, para não incentivar seus assistidos à ociosidade. Concluímos, portanto, que os beneficiários da previdência social estão automaticamente excluídos da assistência social. O benefício da assistência social, frise-se, não pode ser cumulado pelo beneficiário com qualquer outro no âmbito da seguridade social ou de outro regime, salvo o de assistência médica.” (Celso Bastos e Ives Gandra Martins, *in* Comentários à Constituição do Brasil, 8o Vol., Saraiva, 2000, p. 429).

IDOSOS E PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Na hipótese de postulante **idoso**, a idade mínima de 70 (setenta) anos foi reduzida para 67 (sessenta e sete) anos pela Lei n. 9.720/1998, a partir de 1º de janeiro de 1998, e, mais recentemente, para 65 (sessenta e cinco) anos, com a entrada em vigor do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003).

No que se refere ao conceito de **pessoa com deficiência** - previsto no § 2º do artigo 20 da Lei n. 8.742/1993, com a redação dada pela Lei n. 13.146/2015, passou a ser considerada aquela com impedimentos de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, possam obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Assim, ratificou-se o entendimento consolidado nesta Corte de que o rol previsto no art. 4º do Decreto n. 3.298/1999 (regulamentador da Lei n. 7.853/1989, que dispõe sobre a Política Nacional da Pessoa Portadora de Deficiência) não era exaustivo. Constatado, portanto, que os males sofridos pelo postulante impedem sua inserção social, restará preenchido um dos requisitos exigidos para a percepção do benefício.

Menciona-se também o conceito apresentado pela ONU, elaborado por meio da Resolução n. 3.447 (XXX): *“1. O termo ‘pessoa deficiente’ refere-se a qualquer pessoa incapaz de assegurar a si mesma, total ou parcialmente, as necessidades de uma vida individual ou social normal, em decorrência de uma deficiência, congênita ou não, em suas capacidades físicas ou mentais”*.

Esse conceito dá maior ênfase à necessidade, inclusive da vida individual, ao passo que o conceito proposto por Luiz Alberto David Araujo prioriza a questão da integração social, como se verá.

Nair Lemos Gonçalves apresentou os principais requisitos para sua definição: *“desvio acentuado dos mencionados padrões médios e sua relação com o desenvolvimento físico, mental, sensorial ou emocional, considerados esses aspectos do desenvolvimento separada, combinada ou globalmente”* (Verbetes Excepcionais. In: Enciclopédia Saraiva de Direito, n. XXXIV. São Paulo: Saraiva, 1999).

Luiz Alberto David Araujo, por sua vez, compilou muitos significados da palavra “deficiente”, extraídos dos dicionários de Língua Portuguesa. Observa ele que, geralmente, os dicionários trazem a ideia de que a pessoa deficiente sofre de falta, de carência ou de falha.

Esse autor critica essas noções porque a ideia de deficiência não se apresenta tão simples, à medida em que as noções de falta, de carência ou de falha não abrangem todas as situações de deficiência, como, por exemplo, o caso dos superdotados, ou o de um portador do vírus HIV que consiga levar a vida normalmente, sem manifestação da doença, ou ainda o de um trabalhador intelectual que tenha um dedo amputado.

Por serem as noções de falta, de carência ou de falha insuficientes à caracterização da deficiência, Luiz Alberto David Araujo propõe um norte mais seguro para a identificação da pessoa protegida, cujo fator determinante do enquadramento ou não no conceito de pessoa com deficiência seja o meio social:

“O indivíduo portador de deficiência, quer por falta, quer por excesso sensorial ou motor, deve apresentar dificuldades para seu relacionamento social. O que define a pessoa portadora de deficiência não é falta de um membro nem a visão ou audição reduzidas. O que caracteriza a pessoa portadora de deficiência é a dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade. O grau de dificuldade para a sua integração social é o que definirá quem é ou não portador de deficiência.” (A Proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 18-22)

Assim, quanto mais complexo o meio social, maior rigor se exigirá da pessoa com deficiência para sua adaptação social. De outra parte, na vida em comunidades mais simples, como nos meios agrícolas, a pessoa com deficiência poderá integrar-se com mais facilidade.

Desse modo, o conceito de Luiz Alberto David Araujo é adequado e de acordo com a norma constitucional, motivo pelo qual é possível seu acolhimento para a caracterização desse grupo de pessoas protegidas nas várias situações reguladas pela Constituição Federal, nos artigos 7º, XXXI, 23, II, 24, XIV, 37, VIII, 203, V e 208, III.

Mas é preciso delimitar a proteção constitucional apenas àquelas pessoas que realmente dela necessitam, porquanto existem graus de deficiência que apresentam menores dificuldades de adaptação à pessoa. E essa verificação somente poderá ser feita diante de um caso concreto.

Luiz Alberto David Araujo salienta que os casos-limite podem, desde logo, ser excluídos, como o exemplo do bibliotecário que perde um dedo ou do operário que perde um artelho; em ambos os casos, as pessoas continuam integradas socialmente. Em outro exemplo, pequenas manifestações de retardo mental (deficiência mental leve) podem passar despercebidas em comunidades simples, pois essa pessoa poderá *“não encontrar problemas de adaptação a sua realidade social (escola, trabalho, família)”*, de maneira que não se pode afirmar que ela deverá receber proteção, *“tal como aquele que sofre restrições sérias em seu meio social”* (obra citada, p. 42-43).

“A questão, assim, não se resolve sob o ângulo da deficiência, mas, sim sob o prisma da integração social. Há pessoas portadoras de deficiência que não encontram qualquer problema de adaptação no meio social. Dentro de uma comunidade de doentes, isolados por qualquer motivo, a pessoa portadora de deficiência não encontra qualquer outro problema de integração, pois todos têm o mesmo tipo de dificuldade” (obra citada, p. 43).

Enfim, a constatação da existência de graus de deficiência é de fundamental importância para identificar aqueles que receberão a proteção social prevista no art. 203, V, da Constituição Federal.

Feitas essas considerações, torna-se possível inferir que não será qualquer pessoa com deficiência que se subsumirá no molde jurídico protetor da Assistência Social.

Noutro passo, o conceito de pessoa com deficiência, para fins de concessão do benefício de amparo social, foi tipificado no artigo 20, § 2º, da Lei n. 8.742/1993, que em sua redação original assim dispunha:

“§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho.”

Como se vê, pressupunha-se que o deficiente era aquele que: (i) tinha necessidade de trabalhar, mas não podia, em razão da deficiência; (ii) estava também incapacitado para a vida independente. Assim, o benefício era devido a quem deveria trabalhar, mas não poderia e, além disso, não tinha capacidade para a vida independente sem a ajuda de terceiros.

É lícito concluir que, tal como os benefícios previdenciários, o benefício de amparo social, enquanto vigente a redação original do artigo 20, § 2º, da Lei n. 8.742/1993, era substitutivo do salário. Isto é, era reservado aos que tinham a possibilidade jurídica de trabalhar, mas não tinham a possibilidade física ou mental para tanto.

Mas a redação original do artigo 20, § 2º, da LOAS foi alterada pelo Congresso Nacional, exatamente porque sua dicção gerava um sem número de controvérsias interpretativas na jurisprudência, sobrevivendo a Lei n. 12.435/2011, alterando o teor do dispositivo, que passou a vigorar com a seguinte redação:

“§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, considera-se:

I - pessoa com deficiência: aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas;

II - impedimentos de longo prazo: aqueles que incapacitam a pessoa com deficiência para a vida independente e para o trabalho pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos.”

Com a novel legislação, o benefício continuou sendo destinado àqueles deficientes que: (i) tinham necessidade de trabalhar, mas não podiam, por conta de limitações físicas ou mentais; (ii) estavam também incapacitados para a vida independente.

Todavia, o legislador, não satisfeito, novamente alterou a redação do artigo 20, § 2º, da Lei n. 8.742/1993 e o conceito de pessoa com deficiência foi uma vez mais alterado, pela Lei n. 12.470/2011, passando a ter a seguinte dicção:

“§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.”

Nota-se que, com o advento dessa lei, dispensou-se a menção à incapacidade para o trabalho ou à incapacidade para a vida independente como requisito à concessão do benefício assistencial.

Finalmente, a Lei n. 13.146/2015, que “*institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência*”, com início de vigência em 02/01/2016, novamente alterou a redação do artigo 20, § 2º, da LOAS:

“§ 2º Para efeito de concessão do benefício de prestação continuada, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.”

Reafirma-se, assim, que o foco, doravante, para fins de identificação da pessoa com deficiência, passa a ser a existência de impedimentos de longo prazo, apenas e tão somente, tornando-se despicienda a referência à necessidade de trabalho.

CASO CONCRETO

O requisito da **hipossuficiência** não restou atendido.

Segundo o relatório do estudo social realizado em 15/3/2019:

(i) a parte autora mora sozinha;

(ii) reside em um cômodo, dentro da borracharia de seu filho, com cama, geladeira, pia, fogão e um pequeno guarda-roupa. O banheiro é externo, sendo o mesmo utilizado pelos clientes do comércio. Reside nesse cômodo para cuidar do estabelecimento e também para não ter que pagar aluguel;

(iii) não possui fonte de renda, recebe R\$ 100,00 (cem reais) de seu filho para se alimentar;

(iv) possui 4 filhos no total.

No caso, a parte autora tem acesso aos mínimos sociais.

A família é a técnica de proteção social prioritária, em cumprimento ao disposto no artigo 229 da Constituição Federal, segundo o qual “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos **maiores** têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

E, nesse sentido, o dever familiar de sustento previsto na norma constitucional citada não pode ser substituído pela intervenção Estatal, pois o próprio artigo 203, V, da Constituição Federal estabelece que o benefício é devido **somente** quando o sustento não puder ser provido pela família.

Convém salientar, por fim, que o benefício de prestação continuada foi previsto, na impossibilidade de atender a um público maior, para socorrer os **desamparados** (artigo 6º, caput, da CF), ou seja, aquelas pessoas que nem sequer teriam possibilidade de equacionar um orçamento doméstico, pelo fato de não terem renda ou de ser essa insignificante.

Em razão disso, a concessão do benefício assistencial **não pode** ter como finalidade propiciar mais conforto e comodidade a quem o reclama, assemelhando-se a uma complementação de renda.

Nesse contexto, é indevido o benefício, impondo-se a reforma da r. sentença.

Invertida a sucumbência, condeno a parte autora a pagar custas processuais e honorários de advogado, arbitrados em 12% (doze por cento) sobre o valor da causa, já majorados em razão da fase recursal, conforme critérios do artigo 85, §§ 1º e 11 do CPC, suspensa, porém, a exigibilidade, na forma do artigo 98, § 3º, do mesmo diploma processual, por tratar-se de beneficiária da justiça gratuita.

Diante do exposto, **dou provimento** à apelação do INSS para julgar improcedente o pedido.

Comunique-se, via e-mail, para fins de revogação da tutela provisória de urgência anteriormente concedida.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL E PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. ART. 203, V, CF/88, LEI N. 8.742/93 E 12.435/2011. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. CORREÇÃO MONETÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

- O benefício de prestação continuada é devido ao portador de deficiência ou idoso que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

- Na hipótese dos autos, a parte autora logrou demonstrar o preenchimento dos requisitos legais necessários à concessão do benefício.

- A correção monetária deve ser aplicada em conformidade com a Lei n. 6.899/81 e legislação superveniente (conforme o Manual de Cálculos da Justiça Federal), observados os termos da decisão final no julgamento do RE n. 870.947, Rel. Min. Luiz Fux.

- Os honorários advocatícios deverão ser fixados na liquidação do julgado, nos termos do inciso II, do § 4º, c.c. §11, do artigo 85, do CPC/2015.

- Apelação do INSS provida em parte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por maioria, decidiu dar parcial provimento ao apelo do INSS, nos termos do voto do Desembargador Federal Gilberto Jordan, que foi acompanhado pelo Desembargador Federal Batista Gonçalves e pela Juíza Federal Convocada Leila Paiva (4º voto). Vencida a Relatora, que dava provimento ao apelo. Julgamento nos termos do disposto no art. 942, caput e § 1º, do CPC. Lavrará acórdão o Desembargador Federal Gilberto Jordan, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 6084962-38.2019.4.03.9999

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

APELANTE: JOSE LUIZ CANDIDO

Advogado do(a) APELANTE: CLAUDINEI BARRINHA BRAGATTO - SP339023-N

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 6084962-38.2019.4.03.9999

RELATOR: Gab. 31 - DES. FED. DALDICE SANTANA
APELANTE: JOSE LUIZ CANDIDO
Advogado do(a) APELANTE: CLAUDINEI BARRINHA BRAGATTO - SP339023-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal Daldice Santana: Trata-se de ação de conhecimento proposta em face do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), na qual a parte autora pleiteia a averbação de tempo de serviço rural, desenvolvido sem registro em Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS).

A sentença julgou improcedente o pedido, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, e determinou o pagamento da verba honorária.

Inconformada, a parte autora interpôs recurso de apelação, no qual reitera os termos da prefacial no tocante ao reconhecimento do labor rural, sem anotação em carteira de trabalho.

Sem contrarrazões, os autos subiram a esta Corte.

É o relatório.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Com a devida vênia da eminente Relatora, entendo comprovado o labor rural exercido, sem registro em CTPS, no intervalo de 15/05/1977 a 23/07/1991.

Para comprovação do trabalho rural, a parte autora instruiu a demanda com diversos documentos, valendo destacar as notas fiscais de produtor em nome de seu genitor, entre os anos de 1976 e 1984 (ID 98486386 – págs. 01/20), além das Declarações do Produtor Rural, também em nome de seu pai, entre os anos de 1976 e 1981 (ID 98486390, págs. 01/12).

Tendo em vista a juntada de documentação em nome de seu genitor apontando o desempenho da fãina campesina, entendo presente início de prova do labor rural pretendido.

Nesse sentido, colhe-se de precedente do Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO FUNDADO NO CPC/73. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA RURAL. EXERCÍCIO DE TRABALHO URBANO PELO CÔNJUGE. AUSÊNCIA DE INÍCIO DE PROVA MATERIAL EM NOME DA PARTE AUTORA. REVISÃO DO ENTENDIMENTO DA CORTE DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ.

1. Nos termos da jurisprudência do STJ, para fins de comprovação do labor campesino, são aceitos, como início de prova material, os documentos em nome de outros membros da família, inclusive cônjuge ou genitor, que o qualifiquem como lavrador, desde que acompanhados de robusta prova testemunhal (AgRg no AREsp 188.059/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 11/09/2012).

2. Observe-se que o exercício de atividade urbana pelo cônjuge, por si só, não descaracteriza a parte autora como segurada especial, mas afasta a eficácia probatória dos documentos apresentados em nome do consorte, devendo ser juntada prova material em nome próprio. (REsp 1.304.479/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/10/2012, DJe 19/12/2012).

3. In casu, o acórdão recorrido afastou a qualidade de segurada especial da autora, tendo em vista a ausência de documentação em nome próprio, não sendo possível estender-lhe a condição de rurícola do cônjuge, na medida em que este passou a exercer atividade urbana. Rever tal entendimento implicaria na atração da Súmula 7/STJ.

4. Agravo Regimental a que se nega provimento”.

(AgRg no AREsp 573308/SP, Rel. Min. Sérgio Kukina, j. em 14/06/2016 – grifo nosso)

Prosseguindo, conforme ressaltado em sentença, bem como no voto proferido pela e. Relatora, os depoimentos colhidos permitem o reconhecimento da condição de rurícola, eis que as testemunhas confirmaram que a parte autora trabalhou nas lides campesinas.

Dessa forma, entendo de rigor a procedência do pedido, com a averbação do tempo laborado na roça no período de 15/05/1977 a 23/07/1991.

Destaco que o tempo de trabalho rural ora reconhecido não poderá ser computado para efeito de carência, nos termos do §2º, do artigo 55, da Lei nº 8.213/91.

Condeno o INSS ao pagamento de honorários advocatícios no valor de R\$ 1.000,00, a teor do disposto no art. 85, §8, do CPC/2015,

Ante o exposto, com a máxima vênia da eminente Des. Fed. Relatora, **dou provimento à apelação da parte autora**, reformando a sentença para reconhecer a atividade rural no período de 15/05/1977 a 23/07/1991, observando-se os honorários advocatícios na forma acima fundamentada.

É o voto.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6084962-38.2019.4.03.9999

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

APELANTE: JOSE LUIZ CANDIDO

Advogado do(a) APELANTE: CLAUDINEI BARRINHA BRAGATTO - SP339023-N

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal Daldice Santana: O recurso atende aos pressupostos de admissibilidade e merece ser conhecido

Passo à análise das questões trazidas a julgamento.

Do tempo de serviço rural

Segundo o artigo 55 e respectivos parágrafos da Lei n. 8.213/1991:

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

(...)

§ 1º A averbação de tempo de serviço durante o qual o exercício da atividade não determinava filiação obrigatória ao anterior Regime de Previdência Social Urbana só será admitida mediante o recolhimento das contribuições correspondentes, conforme dispuser o Regulamento, observado o disposto no § 2º.

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

§ 3º A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta Lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento."

Também dispõe o artigo 106 da mesma Lei:

"Art. 106. Para comprovação do exercício de atividade rural será obrigatória, a partir 16 de abril de 1994, a apresentação da Carteira de Identificação e Contribuição - CIC referida no § 3º do art. 12 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

Parágrafo único. A comprovação do exercício de atividade rural referente a período anterior a 16 de abril de 1994, observado o disposto no § 3º do art. 55 desta Lei, far-se-á alternativamente através de:

I - contrato individual de trabalho ou Carteira de Trabalho e Previdência Social;

II - contrato de arrendamento, parceria ou comodato rural;

III - declaração do sindicato de trabalhadores rurais, desde que homologada pelo INSS;

IV - comprovante de cadastro do INCRA, no caso de produtores em regime de economia familiar;

V - bloco de notas do produtor rural."

Sobre a prova do tempo de exercício da atividade rural, certo é que o legislador, ao garantir a contagem de tempo de serviço sem registro anterior, exigiu o início de prova material, no que foi secundado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça quando da edição da Súmula n. 149.

Também está assente, na jurisprudência daquela Corte, ser: "(...) prescindível que o início de prova material abranja necessariamente esse período, dès que a prova testemunhal amplie a sua eficácia probatória ao tempo da carência, vale dizer; desde que a prova oral permita a sua vinculação ao tempo de carência." (AgRg no REsp n. 298.272/SP, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, in DJ 19/12/2002)

Busca a parte autora o reconhecimento do labor rural desempenhado no intervalo estabelecido entre 15/5/1977 a 23/7/1991.

Contudo, não logrou carrear, em nome próprio, indícios razoáveis de prova material capazes de demonstrar a faina agrária aventada.

Nesse contexto, a parte autora não juntou aos autos documentos como certificado de dispensa de incorporação ou título eleitoral, - comumente utilizados para essa finalidade -, capazes de estabelecer liame entre o alegado ofício rural e a forma de sua ocorrência.

Ressalta-se que as anotações rurais em nome dos genitores, como notas fiscais de produtor, documentos de imóvel rural e declarações de produtor rural - únicos documentos acostados nos autos -, não foram indicativas do labor rural asseverado; pois não caracterizaram, de forma convincente, a real participação do requerente nas atividades rurais asseveradas.

Embora os testemunhos colhidos tenham declarado que a parte autora laborou nas lides campesinas, inexistem elementos de prova material relativos ao fato em contenda, de modo a embasar as alegações expendidas na exordial.

Vale dizer: não se soma a aceitabilidade dos documentos com a coerência e especificidade dos testemunhos. Na verdade, se os documentos apresentados nos autos não se prestam como início de prova material, a prova testemunhal tornar-se-ia isolada.

Sublinhe-se que, mesmo para a comprovação da atividade rural em relação a qual, por natureza, predomina o informalismo, cuja consequência é a escassez da prova material, a jurisprudência pacificou entendimento de não ser bastante para demonstrá-la apenas a prova testemunhal, consoante Súmula n. 149 do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

"A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito de obtenção de benefício previdenciário."

Ademais, extrai-se da carteira de trabalho da parte autora, a existência de vínculo empregatício urbano desde 2/8/2005.

Assim, joeirado o conjunto probatório, entendo que o labor rural em contenda não restou demonstrado.

Irretorquível é, pois, o julgado *a quo*.

Diante do exposto, **nego provimento** à apelação da parte autora.

É o voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. AVERBAÇÃO DE PERÍODO DE ATIVIDADE RURAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CORROBORADO POR PROVA TESTEMUNHAL. POSSIBILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

I - O reconhecimento de período de atividade rural depende da apresentação de início de prova material, o qual deve ser corroborado por prova testemunhal.

II - No caso dos autos, restou comprovada a atividade rural alegada.

III - Honorários advocatícios fixados em conformidade com o §8º do art. 85 do CPC/2015.

IV - Apelação da parte autora provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por maioria, decidiu dar provimento à apelação, nos termos do voto do Desembargador Federal Gilberto Jordan, que foi acompanhado pelo Desembargador Federal Batista Gonçalves e pela Desembargadora Federal Inês Virgínia (5º voto). Vencida a Relatora, que negava provimento à apelação, no que foi acompanhada pela Juíza Federal Convocada Leila Paiva (4º voto). Julgamento nos termos do disposto no art. 942, caput e § 1º, do CPC. Lavrará acórdão o Desembargador Federal Gilberto Jordan, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0003635-02.2012.4.03.6126

RELATOR: Gab. 33 - DES. FED. GILBERTO JORDAN

APELANTE: EDIMAR DONIZETI PIROLA

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

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) APELADO: LUIZ CLAUDIO SALDANHA SALES - SP311927-N

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Intimem-se as partes e o Ministério Público Federal para que, sucessivamente e no prazo de 10 (dez) dias, manifestem-se a respeito do incidente de restauração de autos.

Após, tornemos autos à conclusão para julgamento.

Publique-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5005283-93.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 33 - DES. FED. GILBERTO JORDAN

AGRAVANTE: IOSHIE SASAKI NEVES

Advogado do(a) AGRAVANTE: RAFAEL AUGUSTO SASAKI NEVES - SP276169

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por IOSHIE SASAKI NEVES em face de decisão, proferida em ação que objetiva a concessão de benefício previdenciário, que reconheceu a incompetência da 10ª Vara Previdenciária Federal de São Paulo, prolatora do *decisum* e determinou a remessa dos autos para a subseção judiciária de Barueri/SP.

Em suas razões de inconformismo, sustenta a agravante que a decisão impugnada contraria o disposto no art. 65 do Código de Processo Civil, Súmula 33 STJ e Súmula 689 STF.

Foi concedido o efeito suspensivo (ID 127860003).

Contrarrazões não apresentadas.

É o relatório.

DECIDO.

A decisão que apreciou o pedido liminar formulado no agravo de instrumento foi prolatada nos seguintes termos:

...

“Em recente julgamento proferido em Recurso Especial Representativo de Controvérsia (REsp 1704520/MT), o C. STJ entendeu que a taxatividade do art. 1.015 do CPC deve ser mitigada, quando a questão não puder ser discutida em posterior recurso de apelação.

O caso dos autos amolda-se ao referido entendimento jurisprudencial, razão conheço do mérito do agravo de instrumento.

A matéria versada no presente recurso é objeto da Súmula/STF n. 689:

“O segurado pode ajuizar ação contra a instituição previdenciária perante o Juízo Federal do seu domicílio ou nas Varas Federais da capital do Estado-membro.”

Alie-se ainda o entendimento da 3ª Seção do STJ sobre o tema:

PREVIDENCIÁRIO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO CONTRA O INSS AJUIZADA PERANTE A VARA FEDERAL DA CAPITAL DO ESTADO-MEMBRO EM DATA POSTERIOR À INSTALAÇÃO DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA COM JURISDIÇÃO SOBRE O MUNICÍPIO DE DOMICÍLIO DO SEGURADO. COMPETÊNCIA RELATIVA. SÚMULA 689/STF. PARECER DO MPF PELA COMPETÊNCIA DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA.

1. O segurado pode ajuizar ação contra a Instituição Previdenciária perante o Juízo Federal do seu domicílio ou em qualquer das Varas Federais da Capital do Estado-Membro, a teor da Súmula 689/STF.

2. Nessa hipótese, trata-se de competência territorial relativa, que não pode, portanto, ser declinada de ofício, nos termos do art. 112 e 114 do CPC e do enunciado da Súmula 33/STJ.

3. Conflito de Competência conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 35ª Vara da Seção Judiciária do Rio de Janeiro para processar e julgar a presente demanda, não obstante o parecer do MPF.

(CC 87.962/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/03/2008, DJe 29/04/2008)

Ademais, tratando-se de competência relativa, de caráter territorial, afigura-se inviável a sua declinação *ex officio*, nos termos da Súmula nº 33 do STJ:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. COMPETÊNCIA RELATIVA. PRINCÍPIO DA PERPETUATIO JURISDICTIONIS. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA TRANSITADA EM JULGADO. SÚMULA 33 DO STJ.

1. A incompetência relativa deve ser arguida por meio de exceção, não podendo ser declarada de ofício. Incidência da Súmula 33 do STJ.

2. Consectariamente, tratando-se de competência territorial, transitada em julgado a decisão que acolheu a exceção de incompetência, não pode o juiz a quem foram remetidos os autos, de ofício, recusar a competência relativa, suscitando o conflito.

3. "Transitada em julgado a decisão proferida pelo Juízo suscitado, que acolheu a exceção de incompetência formulada por uma das partes, não pode o Juízo destinatário recusar a sua competência. Sendo territorial a competência, de natureza relativa, incide o verbete nº 33 da jurisprudência da Corte". (CC 26.625/PR, 2ª Seção, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 03/11/99)

4. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 14ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, o suscitante.

(STJ, CC 40972, Proc: 200302200108-RJ, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ: 25/10/2004)

Cumprir registrar que o atual entendimento jurisprudencial da Corte Superior de Justiça não discrepa do que dispõe os arts. 64 e 65, do CPC-2015.

Destarte, por ora, suspendo a eficácia da decisão agravada.

Ante o exposto, **concedo o efeito** suspensivo e determino o imediato regular processamento do feito no Juízo de origem."

...

Não há nos autos novos elementos aptos a infirmar a fundamentação da decisão transcrita.

Ante o exposto, **dou provimento** ao agravo de instrumento, para convalidar em definitiva a decisão ID 127860003.

Int.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007409-19.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 33 - DES. FED. GILBERTO JORDAN
AGRAVANTE: CONCEICAO CANDIDA DE OLIVEIRA
Advogado do(a) AGRAVANTE: JEFERSON LEANDRO DE SOUZA - SP208650-A
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Conceição Candida de Oliveira, em face de decisão proferida em ação de concessão de benefício previdenciário cumulado com pedido de indenização por dano moral, que reduziu de ofício o valor da causa atribuído pelo(a) autor(a) e declinou da competência em favor do Juizado Especial Federal da mesma Subseção Judiciária.

Em suas razões de inconformismo, aduz o(a) agravante que atribuiu corretamente o valor da causa, tendo em vista que este corresponde à soma das quantias devidas a título da aposentadoria por idade pleiteada (R\$ 20.831,01) com o dano moral pretendido (R\$ 48.000,00), totalizando R\$68.831,01, razão pela qual ultrapassa sessenta salários mínimos.

Assim, é insubsistente a decisão impugnada.

Pugna pelo provimento do recurso, a fim de determinar o processamento e julgamento da ação no Juízo Federal da 2ª Vara Federal de Guarulhos/SP.

Foi indeferido o efeito suspensivo (ID 129489396).

Contrarrazões não apresentadas.

É o relatório.

DECIDO.

A decisão que apreciou o pedido liminar formulado no agravo de instrumento foi prolatada nos seguintes termos:

...

“Em recente proferido em Recurso Especial Representativo de Controvérsia (REsp 1704520/MT), o C. STJ entendeu que a taxatividade do art. 1.015 do CPC deve ser mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.

Cumpra considerar a possibilidade de se cumular, numa mesma ação, a concessão de benefício previdenciário e a indenização de danos morais em consequência do indeferimento administrativo considerado irregular.

A teor do art. 327 do CPC (art. 292 do CPC/73), permite-se cumulação de vários pedidos num único processo, independentemente de serem ou não conexos, desde que compatíveis entre si, observadas a competência do mesmo juízo para conhecer de todas as pretensões formuladas e a adequação do tipo de procedimento, neste caso admitido o ordinário se diversos os modos de processamento (§1º, incisos I, II, e III).

A concessão ou restabelecimento de benefícios previdenciários, embasada no indeferimento administrativo, compete à justiça federal (art. 109, I, da CF) porque deduzida a respectiva ação em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, ressalvada a competência dos juízos estaduais nas comarcas onde não exista vara federal (§3º).

Já a reparação por dano moral tem seu fundamento no suposto ato ilícito praticado pela Administração Pública, nos termos do art. 37, §6º, da Constituição Federal, exurgindo daí o nexo causa l entre a lesão suportada pelo segurado e seu direito à concessão do benefício pretendido junto ao Instituto Autárquico que o indeferiu.

E porque ambas as questões conexas à matéria previdenciária, admite-se a cumulação entre os dois pedidos.

Aliás, a 3ª Seção deste E. Tribunal já decidiu que "se a lide tem por objeto não só a concessão de benefício previdenciário, mas também a indenização por danos morais, cuja causa de pedir reside na falha do serviço, é de se admitir a cumulação dos pedidos, perante a Justiça Estadual, pois se cuida de causa em que são partes o INSS e o segurado, na forma do art. 109, § 3º da Constituição de 1988." (CC nº 2007.03.00.084572-7, Rel. Des. Fed. Castro Guerra, j. 13/12/2007, DJU 25/02/2008, p. 1130).

E para tanto, a fixação do valor da causa também deve observar a cumulação, a fim de corresponder ao benefício econômico pretendido pelo autor em razão da demanda.

Nesse sentido a jurisprudência da 3ª Seção do C. Superior Tribunal de Justiça:

PREVIDENCIÁRIO. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA . JUÍZO FEDERAL COMUM E JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PEDIDO DE CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE PRESTAÇÕES VENCIDAS E VINCENDAS, ALÉM DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. FIXAÇÃO DO VALOR DA CAUSA E DA COMPETÊNCIA . ARTS. 258, 259, II, E 260 DO CPC C/C 3º, § 2º, DA LEI 10.259/01. PRECEDENTES DO STJ. COMPETÊNCIA DO JUÍZO COMUM FEDERAL.

1. A indenização por danos morais soma-se aos demais pedidos, a teor do art. 59, II, do Código de Processo Civil. 2. O conteúdo econômico da lide é determinante para a fixação do valor da causa e, por conseguinte, da competência do juizado Especial Federal. In casu, o montante de 60 salários mínimos, previsto na Lei 10.259/01, foi superado. 3. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da Vara Cível de Canoas - SJ/RS, o suscitado. ...EMEN:(CC 200802071429, ARNALDO ESTEVES LIMA, STJ - TERCEIRA SEÇÃO, DJE DATA:04/02/2009

De outro lado, em se tratando de ação onde se cumula o ressarcimento de danos morais e a aposentação, para fins de fixação do valor da causa, a indenização por dano moral não deve ultrapassar o dano material.

Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA . JUÍZO FEDERAL COMUM E JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PEDIDO DE CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE PRESTAÇÕES VENCIDAS E VINCENDAS, ALÉM DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. FIXAÇÃO DO VALOR DA CAUSA E DA COMPETÊNCIA . ARTS. 258, 259, II, E 260 DO CPC C/C 3º, § 2º, DA LEI 10.259/01. PRECEDENTES DO STJ. COMPETÊNCIA DO JUÍZO COMUM FEDERAL.

1. A indenização por danos morais soma-se aos demais pedidos, a teor do art. 259, II, do Código de Processo Civil. 2. O conteúdo econômico da lide é determinante para a fixação do valor da causa e, por conseguinte, da competência do juizado Especial Federal. In casu, o montante de 60 salários mínimos, previsto na Lei 10.259/01, foi superado. 3. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da Vara Cível de Canoas - SJ/RS, o suscitado. ...EMEN:(CC 200802071429, ARNALDO ESTEVES LIMA, STJ - TERCEIRA SEÇÃO, DJE DATA:04/02/2009

"PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. RESTABELECIMENTO DE BENEFÍCIO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ALTERAÇÃO VALOR DA CAUSA DE OFÍCIO. REMESSA DOS AUTOS AO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL DESCABIDA.

- Possível a alteração de ofício do valor da causa por se tratar de matéria de ordem pública, implicando, até, na complementação das custas processuais.

(...)

- Em princípio, o valor do dano moral é estimado pelo autor. Mas, se o propósito de burlar regra de competência é evidente, o juiz pode alterá-lo de ofício, devendo, porém, indicar valor razoável e justificado. O valor deve ser compatível com o dano material, não devendo ultrapassá-lo, de regra, salvo situações excepcionais devidamente esclarecidas na petição inicial.

(...)

- *Agravo de instrumento a que se dá provimento para que a demanda seja processada e julgada na Justiça Federal de Piracicaba.*"

(AI nº 2008.03.00.031332-1/SP, 8ª Turma, Rel. Des. Fed. Therezinha Cazerta, DJF3 07/07/2009, p. 541).

E, ainda:

"PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARTIGO 557, § 1º, DO CPC. CUMULAÇÃO DE PEDIDOS DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO E DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ADEQUAÇÃO DO VALOR DA CAUSA. REMESSA DOS AUTOS AO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. 1. Não há óbice à cumulação dos pedidos de concessão de benefício previdenciário e de indenização por danos morais, já que o Juízo a quo é competente para apreciar ambos os pedidos formulados, isto é, tanto a matéria previdenciária quanto a cível. O pedido indenizatório constitui questão secundária e indissociável da pretensão principal, tendo em vista que a procedência daquele pedido dependerá de a parte autora demonstrar a ocorrência do dano e seu nexo de causalidade com a conduta (supostamente ilícita) do INSS de indeferir, em âmbito administrativo, o benefício pleiteado.

2. Tendo o valor da causa reflexos na competência do Juízo para a demanda (art. 3º, § 3º, Lei nº 10.259/2001), bem como na verba de sucumbência e nas custas processuais, não pode o autor fixá-lo ao seu livre arbítrio. O valor da causa deve corresponder ao proveito econômico perseguido pela parte, podendo o magistrado, de ofício, com base nos elementos fáticos do processo, determinar a sua adequação.

3. É certo que, havendo cumulação dos pedidos de concessão de benefício previdenciário e de indenização por danos morais, os respectivos valores devem ser somados para efeito de apuração do valor da causa (inteligência do art. 259, II, do CPC). Contudo, a pretensão secundária não poderia ser desproporcional em relação à principal, de modo que, para definição do valor correspondente aos danos morais, deveria ter sido utilizado como parâmetro o quantum referente ao total das parcelas vencidas e vincendas do benefício previdenciário pretendido.

4. Sendo excessivo o valor atribuído à indenização por danos morais, vale dizer, ultrapassando o valor pretendido o limite equivalente ao total das parcelas vencidas mais doze vincendas do benefício (inteligência do art. 260 do CPC), é perfeitamente possível que o Juízo reduza, de ofício, o valor da causa, ao menos provisoriamente, com vistas à fixação da competência para o julgamento do feito.

5. No caso em análise, apurou-se, em princípio, que a soma das parcelas vencidas mais doze vincendas do benefício totalizaria a quantia de R\$ 12.842,62, de modo que, se acrescermos a mesma quantia (considerada como valor limite para a indenização por danos morais), o valor total da causa não ultrapassaria sessenta vezes o salário mínimo vigente à época do ajuizamento, do que se conclui que deve ser mantida a decisão de remeter os autos ao juízo Especial Federal.

6. Agravo Legal a que se nega provimento."

(AI nº 2012.03.00.034397-3/SP, 7ª Turma, Rel. Des. Fed. Fausto de Sanctis, DJF3 29/05/2013).

In casu, verifica-se, que a autora quantificou em R\$ 20.831,01, a soma das prestações vencidas e mais 12 prestações vincendas atualizadas até o ajuizamento da ação, assim, o valor mensurado para os danos morais não podem ultrapassar este valor, pois há que guardar proporcionalidade com o valor do benefício previdenciário pretendido.

Neste sentido, o valor da causa deve ser fixado em R\$ 41.662,02, quantia que não ultrapassa o limite estabelecido pelo art. 3º, *caput*, da Lei 10.259/01.

Destarte, a princípio, verifico que consoante determinado na decisão *a quo*, a hipótese em questão é de competência do JEF.

Ante o exposto, **indeferir** o efeito suspensivo. "

...

Não há nos autos novos elementos aptos a infirmar a fundamentação da decisão transcrita.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo de instrumento, para convalidar em definitiva a decisão ID 129489396.

Int.

São Paulo, 20 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015224-67.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 31 - DES. FED. DALDICE SANTANA
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) AGRAVANTE: FELIPE DE SOUZA PINTO - SP408865-N
AGRAVADO: NELSON FERRARI
Advogado do(a) AGRAVADO: JOSE DARIO DA SILVA - SP142170-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) em face da decisão que, em sede de cumprimento de sentença, rejeitou a sua impugnação e acolheu o cálculo de liquidação apresentado pela parte autora/exequente.

Em síntese, sustenta haver equívoco no cálculo acolhido, por não ter respeitado a Lei n. 11.960/09 no que toca à correção monetária, em desacordo como o título judicial transitado em julgado, razão pela qual deve ser reformada a decisão.

Requer a concessão do efeito suspensivo ao recurso, tendo em vista o risco de irreversibilidade do provimento.

É o relatório.

Nos termos do disposto no artigo 932, IV e V, do Código de Processo Civil (CPC), estão presentes os requisitos para a prolação de decisão monocrática.

Tal qual o pretérito artigo 557 do CPC de 1973, a regra do artigo 932 do CPC vigente reveste-se de plena constitucionalidade, ressaltando-se que alegações de descabimento da decisão monocrática ou nulidade perdem o objeto com a mera submissão do agravo ao crivo da Turma (*mutatis mutandis*, vide REsp Repetitivo n. 1.049.974, Ministro Luiz Fux, DJe 3/8/2010).

A controvérsia cinge-se exclusivamente ao índice de correção monetária aplicado no cálculo de liquidação elaborado pela parte autora/exequente e acolhido pelo Juízo.

Sobre a correção monetária, cabe breve relato, por tratar-se de matéria há muito controvertida, sobretudo, porque o Supremo Tribunal Federal (STF), em sessão de 25/3/2015, ao modular os efeitos da decisão na questão de ordem suscitada nas ADIs n. 4.357 e 4.425, dispôs que a inconstitucionalidade da TR, então declarada, referia-se tão somente à fase de precatório.

Com isso, a Suprema Corte veio a reconhecer, no RE n. 870.947, em 17/4/2015, a existência de nova repercussão geral (**Tema n. 810**).

Em sessão de julgamento realizada no dia 20/9/2017, o Plenário do STF dirimiu a questão, ao **fixar**, em sede de repercussão geral, a seguinte tese no RE n. 870.947, relativa à correção monetária:

"2) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina."

Publicado o acórdão em 20/11/2017, esse precedente jurisprudencial passou a ser adotado pelas instâncias inferiores do Poder Judiciário, perdendo objeto as alegações e teses contrárias a ele, nos termos dos artigos 927, III, e 1.040, do CPC.

Não obstante, o STF **deferiu**, excepcionalmente, **efeito suspensivo** aos embargos de declaração interpostos pelo INSS, obstando a aplicação imediata da tese firmada no RE n. 870.947 pelas Instâncias inferiores, as quais deveriam aguardar o desfecho do aludido RE, com a possibilidade de o Juízo da execução expedir ofício requisitório do valor incontroverso, salvaguardando, porém, o direito de a parte autora poder executar possível saldo remanescente, em conformidade com a modulação dos seus efeitos.

Ao final, o STF, por maioria, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, decidiu pela rejeição de todos os embargos de declaração interpostos e pela não modulação dos efeitos da decisão anteriormente proferida no RE n. 870.947, conforme certidão de julgamento da sessão extraordinária de 03/10/2019.

No caso, o título judicial em discussão determinou que a correção monetária ocorresse "*nos termos da Lei n. 6.899/1981 e da legislação superveniente, bem como do Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos na Justiça Federal, observado o disposto na Lei n. 11.960/2009, consoante Repercussão Geral no RE n. 870.947, em 16/4/2015, Rel. Min. Luiz Fux.*"

Vê-se que o *decisum* **condicionou** a aplicação da Lei n. 11.960/2009 à Repercussão Geral no RE n. 870.947.

Diante da orientação do STF de que "*a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional*", importa dizer que, no caso concreto, os valores atrasados deverão ser corrigidos segundo a Resolução n. 267/2013 do CJF (INPC), **por tratar-se do manual vigente por ocasião da execução**, cuja aplicação foi **expressamente** determinada no *decisum* e que **não** contraria a tese firmada no RE n. 870.947.

Desse modo, impõe-se a manutenção do cálculo da contadoria judicial, acolhido pelo Juízo *a quo*, por estar em consonância com o *decisum*.

Diante do exposto, **nego provimento** ao agravo de instrumento.

Intimem-se.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002344-48.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 32 - JUÍZA CONVOCADA LEILA PAIVA
AGRAVANTE: GENIRA DE MORAIS CARVALHO
Advogado do(a) AGRAVANTE: RODRIGO GOMES SERRAO - SP255252-N
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL- INSS

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo GENIRA DE MORAIS CARVALHO em face de decisão proferida no Procedimento Comum nº 0009157-22.2010.8.26.0624, que acolheu a impugnação ofertada pela autarquia (ID 472989).

A parte agravada não apresentou contraminuta.

Relatado, **decido**.

O presente recurso deve ser julgado com base no artigo 932, III, do CPC.

Em consulta de acompanhamento processual no e-SAJ (Tribunal de Justiça de São Paulo) de primeira instância, verifico que, em 04/04/2018, foi proferida sentença no feito originário, julgando extinto o cumprimento de sentença, com fundamento no artigo 924, II, do Código de Processo Civil.

Verifica-se também, que a r. sentença transitou em julgado em 25/06/2018, sendo os autos originários arquivados definitivamente em 28/06/2018, restando prejudicado, portanto, o presente recurso.

Pelo exposto, **julgo prejudicado** o agravo de instrumento, ante a perda de seu objeto.

Intimem-se.

Após as cautelas de praxe, arquivem-se os autos.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5005491-26.2018.4.03.6183
RELATOR: Gab. 32 - JUÍZA CONVOCADA LEILA PAIVA
APELANTE: JOAQUIM BATISTA ROCHA
Advogado do(a) APELANTE: JOAQUIM BATISTA ROCHA - SP273256-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

A questão referente à “Possibilidade de aplicação da regra definitiva prevista no art. 29, I e II da Lei 8.213/1991, na apuração do salário de benefício, quando mais favorável do que a regra de transição contida no art. 3º da Lei 9.876/1999, aos Segurados que ingressaram no sistema antes de 26.11.1999 (data de edição da Lei 9.876/1999)” foi afetada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça no Tema 999, por meio dos Recursos Especiais nºs 1.554.596/SC e 1.596.203/PR, em 05/11/2018.

Os representativos de controvérsia foram julgados, com acórdão publicado no DJe de 17/12/2109, firmando-se a seguinte tese: “*Aplica-se a regra definitiva prevista no art. 29, I e II da Lei 8.213/1991, na apuração do salário de benefício, quando mais favorável do que a regra de transição contida no art. 3o. da Lei 9.876/1999, aos Segurado que ingressaram no Regime Geral da Previdência Social até o dia anterior à publicação da Lei 9.876/1999.*”

Contudo, decisão da Vice-Presidência do Colendo Tribunal Superior, publicada no DJe de 02/06/2020, determinou novamente a suspensão de todos os feitos ao admitir o recurso extraordinário como representativo de controvérsia.

Diante da nova ordem de suspensão “*de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a mesma controvérsia em trâmite em todo o território nacional*” e tendo em vista a identidade da matéria aqui discutida, **determino o sobrestamento** do presente feito até julgamento definitivo pela Suprema Corte.

Publique-se. Intime-se.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000711-65.2017.4.03.6183
RELATOR: Gab. 32 - JUÍZA CONVOCADA LEILA PAIVA
APELANTE: EMILIA FRANCISCA DOS SANTOS
Advogado do(a) APELANTE: TONIA ANDREA INOCENTINI GALLETI - SP177889-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

A questão referente à “Possibilidade de aplicação da regra definitiva prevista no art. 29, I e II da Lei 8.213/1991, na apuração do salário de benefício, quando mais favorável do que a regra de transição contida no art. 3º da Lei 9.876/1999, aos Segurados que ingressaram no sistema antes de 26.11.1999 (data de edição da Lei 9.876/1999)” foi afetada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça no Tema 999, por meio dos Recursos Especiais nºs 1.554.596/SC e 1.596.203/PR, em 05/11/2018.

Os representativos de controvérsia foram julgados, com acórdão publicado no DJe de 17/12/2109, firmando-se a seguinte tese: “Aplica-se a regra definitiva prevista no art. 29, I e II da Lei 8.213/1991, na apuração do salário de benefício, quando mais favorável do que a regra de transição contida no art. 3o. da Lei 9.876/1999, aos Segurado que ingressaram no Regime Geral da Previdência Social até o dia anterior à publicação da Lei 9.876/1999.”

Contudo, decisão da Vice-Presidência do Colendo Tribunal Superior, publicada no DJe de 02/06/2020, determinou novamente a suspensão de todos os feitos ao admitir o recurso extraordinário como representativo de controvérsia.

Diante da nova ordem de suspensão “de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a mesma controvérsia em trâmite em todo o território nacional” e tendo em vista a identidade da matéria aqui discutida, **determino o sobrestamento** do presente feito até julgamento definitivo pela Suprema Corte.

Publique-se. Intime-se.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5004344-60.2018.4.03.9999
RELATOR: Gab. 32 - JUÍZA CONVOCADA LEILA PAIVA
APELANTE: FABIO GNOATTO
Advogado do(a) APELANTE: MARIA ANGELICA MENDONCA ROYG - MS8595-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

A questão referente à “Possibilidade de aplicação da regra definitiva prevista no art. 29, I e II da Lei 8.213/1991, na apuração do salário de benefício, quando mais favorável do que a regra de transição contida no art. 3º da Lei 9.876/1999, aos Segurados que ingressaram no sistema antes de 26.11.1999 (data de edição da Lei 9.876/1999)” foi afetada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça no Tema 999, por meio dos Recursos Especiais nºs 1.554.596/SC e 1.596.203/PR, em 05/11/2018.

Os representativos de controvérsia foram julgados, com acórdão publicado no DJe de 17/12/2109, firmando-se a seguinte tese: “Aplica-se a regra definitiva prevista no art. 29, I e II da Lei 8.213/1991, na apuração do salário de benefício, quando mais favorável do que a regra de transição contida no art. 3o. da Lei 9.876/1999, aos Segurado que ingressaram no Regime Geral da Previdência Social até o dia anterior à publicação da Lei 9.876/1999.”

Contudo, decisão da Vice-Presidência do Colendo Tribunal Superior, publicada no DJe de 02/06/2020, determinou novamente a suspensão de todos os feitos ao admitir o recurso extraordinário como representativo de controvérsia.

Diante da nova ordem de suspensão “*de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a mesma controvérsia em trâmite em todo o território nacional*” e tendo em vista a identidade da matéria aqui discutida, **determino o sobrestamento** do presente feito até julgamento definitivo pela Suprema Corte.

Publique-se. Intime-se.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5007424-68.2017.4.03.6183
RELATOR: Gab. 32 - JUÍZA CONVOCADA LEILA PAIVA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: MAGALI MACIEL DE ALMEIDA
Advogado do(a) APELADO: LUCIANA CRISTINA QUIRICO - SP149729-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

A questão referente à “*Possibilidade de aplicação da regra definitiva prevista no art. 29, I e II da Lei 8.213/1991, na apuração do salário de benefício, quando mais favorável do que a regra de transição contida no art. 3º da Lei 9.876/1999, aos Segurados que ingressaram no sistema antes de 26.11.1999 (data de edição da Lei 9.876/1999)*” foi afetada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça no Tema 999, por meio dos Recursos Especiais nºs 1.554.596/SC e 1.596.203/PR, em 05/11/2018.

Os representativos de controvérsia foram julgados, com acórdão publicado no DJe de 17/12/2109, firmando-se a seguinte tese: “*Aplica-se a regra definitiva prevista no art. 29, I e II da Lei 8.213/1991, na apuração do salário de benefício, quando mais favorável do que a regra de transição contida no art. 3o. da Lei 9.876/1999, aos Segurado que ingressaram no Regime Geral da Previdência Social até o dia anterior à publicação da Lei 9.876/1999.*”

Contudo, decisão da Vice-Presidência do Colendo Tribunal Superior, publicada no DJe de 02/06/2020, determinou novamente a suspensão de todos os feitos ao admitir o recurso extraordinário como representativo de controvérsia.

Diante da nova ordem de suspensão “*de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a mesma controvérsia em trâmite em todo o território nacional*” e tendo em vista a identidade da matéria aqui discutida, **determino o sobrestamento** do presente feito até julgamento definitivo pela Suprema Corte.

Publique-se. Intime-se.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001429-74.2017.4.03.6183
RELATOR: Gab. 32 - JUÍZA CONVOCADA LEILA PAIVA
APELANTE: JOAO AUGUSTO
Advogado do(a) APELANTE: RODOLFO NASCIMENTO FIOREZI - SP184479-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

A questão referente à “Possibilidade de aplicação da regra definitiva prevista no art. 29, I e II da Lei 8.213/1991, na apuração do salário de benefício, quando mais favorável do que a regra de transição contida no art. 3º da Lei 9.876/1999, aos Segurados que ingressaram no sistema antes de 26.11.1999 (data de edição da Lei 9.876/1999)” foi afetada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça no Tema 999, por meio dos Recursos Especiais nºs 1.554.596/SC e 1.596.203/PR, em 05/11/2018.

Os representativos de controvérsia foram julgados, com acórdão publicado no DJe de 17/12/2019, firmando-se a seguinte tese: “Aplica-se a regra definitiva prevista no art. 29, I e II da Lei 8.213/1991, na apuração do salário de benefício, quando mais favorável do que a regra de transição contida no art. 3º da Lei 9.876/1999, aos Segurados que ingressaram no Regime Geral da Previdência Social até o dia anterior à publicação da Lei 9.876/1999.”

Contudo, decisão da Vice-Presidência do Colendo Tribunal Superior, publicada no DJe de 02/06/2020, determinou novamente a suspensão de todos os feitos ao admitir o recurso extraordinário como representativo de controvérsia.

Diante da nova ordem de suspensão “de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a mesma controvérsia em trâmite em todo o território nacional” e tendo em vista a identidade da matéria aqui discutida, **determino o sobrestamento** do presente feito até julgamento definitivo pela Suprema Corte.

Publique-se. Intime-se.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5011179-20.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 32 - JUÍZA CONVOCADA LEILA PAIVA

AGRAVANTE: CLAUDIA MARIA BAPTISTA

Advogado do(a) AGRAVANTE: ROSEMARIE GAZETTA MARCONATO - SP139831-N

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por CLAUDIA MARIA BAPTISTA VILAS BOAS contra a r. decisão proferida pelo Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Ibitinga/SP que, nos autos do processo nº 1000811-16.2020.8.26.0236, declinou de sua competência para uma das Varas Federais do Município de Araraquara-SP (ID [131822772](#)).

Pretende a recorrente a manutenção do processo na Justiça Estadual, sob o argumento de que “a distância em quilômetros da sede da Comarca onde é domiciliado o jurisdicionado (Rua Tiradentes, 519, Centro, Ibitinga – SP, CEP: 14910-000) até a sede da Justiça Federal que receberá doravante os efeitos (Av. Padre Francisco Salles Culturato, 658 - Vila Nice, Araraquara - SP, 14801-209), equivale a 73,80Km rodados”.

Pleiteia a concessão da tutela antecipada.

É a síntese do necessário.

Decido.

O Código de Processo Civil (CPC), em seu artigo 1.015, apresenta um rol taxativo das decisões interlocutórias que comportam impugnação por meio de agravo de instrumento.

Ocorre, entretanto, que a Corte Especial do Colendo Superior Tribunal de Justiça, por maioria de votos e em sede de análise de recurso repetitivo, pacificou o precedente no sentido de ampliar a interpretação do artigo 1.015 do CPC para admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que trate de hipóteses que não estejam expressamente previstas (**Tema 988**, julgamento dos REsp ns. 1.704.520 e 1.696.396).

De acordo com a decisão daquela Colenda Corte Superior de Justiça, é possível a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação, tendo, na oportunidade, modulado os efeitos da decisão, “*a fim de que a tese jurídica apenas seja aplicável às decisões interlocutórias proferidas após a publicação do presente acórdão.*” (acórdão publicado no DJe de 19/12/2018)

O r. *decisum* recorrido não consta no rol taxativo do artigo 1.015 do CPC, no entanto, por se tratar de recurso contra decisão declinatoria de competência, afigura-se possível o seu conhecimento nesta oportunidade, nos termos do recurso paradigmático.

Apresentadas as premissas necessárias, passo a análise do efeito suspensivo.

A r. decisão agravada encontra-se assim fundamentada (ID [131822772](#)):

‘A competência federal delegada foi alterada pela Lei Federal nº 13.876, de 20 de setembro de 2019, que, por seu art. 3º, limitou o exercício da referida competência às comarcas situadas a mais de 70 km de municípios sede de Vara Federal, sendo que, ainda por seu art. 5º, estabeleceu a entrada em vigor de tal regra a partir de 1º de janeiro de 2020.

A Resolução nº 603/2019 do Conselho da Justiça Federal, de 12 de novembro de 2019, por meio de seu art. 2º, estabeleceu que “O exercício da competência delegada é restrito às comarcas estaduais localizadas a mais de 70 quilômetros do Município sede da vara federal cuja circunscrição abranja o Município sede da comarca”, e determinou, por meio de seu art. 3º, que “(...) os Tribunais Regionais Federais farão publicar, até o dia 15 de dezembro de 2019, lista das comarcas com competência federal delegada”

Foi então que, dando estrito cumprimento ao quanto determinado, o E. TRF da 3ª Região editou a Resolução PRES nº 322, de 12 de dezembro de 2019, alterada pela Resolução PRES nº 334, de 27 de fevereiro de 2020, dispondo em seu art. 2º que “As comarcas que permanecem com competência federal delegada estão elencadas nos Anexos I (São Paulo) e II (Mato Grosso do Sul) desta Resolução”, encontrando-se no Anexo I (já na redação conferida pela Resolução PRES nº 334/20), relativamente à Sede da Subseção Araraquara, o município de Borborema como aquele que permanece com a competência federal delegada, não se encontrando em tal rol a presente comarca.

Amparado pela legislação acima citada, declino a competência deste juízo para uma das Varas Federais do Município de Araraquara-SP, sede desta comarca.

Redistribua-se.

Ao distribuidor para regularização.

Intimem-se.

Ibitinga, 23 de abril de 2020.’

Em análise inicial dos autos, adequada a esta fase de cognição sumária, não verifico elementos suficientes para conceder o efeito suspensivo pleiteado, na forma estabelecida no art. 300 do CPC.

A competência da Justiça Federal tem sua previsão expressa no texto constitucional.

Estabelece o artigo 109, inciso I, da Constituição da República (CR) competir aos juízes federais o julgamento de causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho. Trata-se, portanto, de modalidade de competência absoluta em razão da pessoa jurídica de direito público envolvida.

O § 3º do do artigo 109, com redação da Emenda Constitucional nº 103, de 2019, permite à Justiça Estadual processar e julgar causas em que for parte instituição de previdência social e segurado na estrita hipótese de inexistência de instalação de Vara Federal na comarca de domicílio do autor, consistindo, portanto, em uma verdadeira exceção à regra prevista em seu *caput*.

A Lei 5.010/66 organiza a Justiça Federal de primeira instância e regulamenta, em seu artigo 15, as causas que poderão ser processadas e julgadas na Justiça Estadual, enquadrando-se em seu inciso III, em sua redação originária, “os feitos ajuizados contra instituições previdenciárias por segurados ou beneficiários residentes na Comarca, que se referirem a benefícios de natureza pecuniária.”

A Lei n. 13.876, de 20/09/2019, por sua vez, alterou significativamente o referido dispositivo legal, impondo **limitação à delegação** de competência federal às comarcas estaduais, *in verbis*:

Art. 3º O art. 15 da Lei nº 5.010, de 30 de maio de 1966, passa a vigorar com a seguinte redação: (Vigência)

“Art. 15. Quando a Comarca não for sede de Vara Federal, poderão ser processadas e julgadas na Justiça Estadual:

(...)

III - as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado e que se referirem a benefícios de natureza pecuniária, quando a Comarca de domicílio do segurado estiver localizada a mais de 70 km (setenta quilômetros) de Município sede de Vara Federal;

(...)

§ 1º Sem prejuízo do disposto no art. 42 desta Lei e no parágrafo único do art. 237 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), poderão os Juízes e os auxiliares da Justiça Federal praticar atos e diligências processuais no território de qualquer Município abrangido pela seção, subseção ou circunscrição da respectiva Vara Federal.

§ 2º Caberá ao respectivo Tribunal Regional Federal indicar as Comarcas que se enquadram no critério de distância previsto no inciso III do caput deste artigo.” (NR)

Com intuito dar cumprimento à determinação prevista no § 2º do artigo 3º acima transcrito, bem como exercendo a atribuição concedida pela norma do artigo 96, inciso I, letra "a", da CR, para dispor sobre "a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos", a Egrégia Presidência desta Colenda Corte publicou a **Resolução nº 322, em 12/12/2019**, que dispõe sobre o exercício da competência delegada no âmbito da Justiça Federal da 3ª Região.

Constam dos §§ 1º e 2º do artigo 1º da aludida Resolução:

§1º Para definição das comarcas dotadas de competência delegada federal, (...) deverá ser considerada a distância entre o centro urbano do município sede da comarca estadual e o centro urbano do município sede da vara federal mais próxima, em nada interferindo o domicílio do autor.

§2º A apuração da distância, conforme previsto no parágrafo anterior, deverá considerar a tabela de distâncias indicada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE ou por outra ferramenta de medição de distâncias disponível.

Na mesma oportunidade, elaborou-se uma lista das comarcas com competência federal delegada, listagem que foi posteriormente atualizada pela **Resolução PRES n. 334, de 27/02/2020**.

Derradeiro acrescentar que a Lei 13.876, de 20/09/2019 ainda destacou, em seu artigo 5º, a vigência da modificação da competência federal delegada a partir de 1º de janeiro de 2020.

Passo a analisar o caso concreto.

Cuida-se de demanda previdenciária ajuizada pela agravante no r. Juízo Estadual da Comarca de Ibitinga/SP, em 23/04/2020 (ID 131822766), quando já estavam vigentes as novas regras de competência delegada previstas na Lei nº 13.876, de 20/09/2019.

A comarca de Ibitinga encontra-se sob a jurisdição da Subseção da Justiça Federal de Araraquara/SP (<https://www.trf3.jus.br/scaj/foruns-e-juizados/jurisdicoes-das-varas-e-jefs/jurisdicoes-por-municipios/>).

Ocorre, todavia, que em razão da alteração legislativa, a citada comarca deixou de possuir competência federal delegada para assuntos de natureza previdenciária por se encontrar a menos de 70 quilômetros de distância de Araraquara, município sede de Vara Federal, nos termos do Anexo I da Resolução PRES n. 322/2019, atualizada pela Resolução PRES n. 334/2020.

Posto isso, em juízo inicial e perfunctório, **não concedo** efeito suspensivo ao presente agravo de instrumento.

Cumpra-se o artigo 1.019, II, do Código de Processo Civil.

Após, retornem-se os autos à conclusão.

Intimem-se.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5011110-85.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 31 - DES. FED. DALDICE SANTANA
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) AGRAVANTE: CARLA CRUZ MURTA DE CASTRO - SP172776-N
AGRAVADO: CATARINA DIAS NASCIMENTO
Advogado do(a) AGRAVADO: CLAITON LUIS BORK - SP303899-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) em face de decisão, que, em fase de cumprimento de sentença, acolheu cálculo da contadoria do juízo, no total de R\$ 261.531,64, na data de novembro de 2019, e determinou a expedição dos ofícios requisitórios. Condenou-o ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% do excedente pretendido.

Em síntese, suscita prejuízo das diferenças apuradas na conta acolhida, porque lastreadas em rendas mensais superiores ao que foi autorizado no *decisum*, devendo prevalecer as rendas mensais apuradas no cálculo da autarquia.

Requer a atribuição do efeito suspensivo ao recurso.

É o relatório.

Recebo este recurso nos termos do parágrafo único do artigo 1.015 do Código de Processo Civil (CPC).

Verifica-se, de plano, flagrante erro material na r. decisão agravada, por ter expurgado da planilha acolhida (Id 25094968 – p. 1/8) o valor dos honorários advocatícios (R\$ 26.153,16), de modo que sua integração ao crédito do exequente (R\$ 261.531,64) perfaz o total acolhido, atualizado para novembro de 2019, de R\$ 287.684,80, o que fica aqui corrigido.

Passo então à análise da questão de fundo, à luz do *decisum*.

Trata-se de execução de sentença que condenou o INSS à readequação do salário-de-benefício aos tetos previstos nas Emendas Constitucionais n. 20/1998 e 41/2003 de aposentadoria por tempo de contribuição, com início em **12/5/1989** e Renda Mensal Inicial (RMI) limitada ao teto vigente à época, observada a prescrição quinquenal.

Em sede de execução invertida, o INSS apresentou cálculos no total de R\$ 14.334,42, contraditados pelo exequente, que contabilizou o montante de R\$ 254.413,40, ambos na mesma data (nov/2018).

Diante da controvérsia, a contadoria do juízo elaborou cálculos nos totais de R\$ 252.956,87 (nov/2018) e de R\$ 287.684,80 (nov/2019), tendo sido os últimos acolhidos pela decisão agravada.

O pedido do INSS merece parcial provimento.

De fato, a contadoria do juízo **reajustou** o benefício, **a partir do seu início, em 12/5/1989**, pelos índices da Ordem de Serviço do INSS n. 121/1992 (INPC), editada para dar cumprimento à revisão prevista no artigo 144 da Lei n. 8.213/1991.

Esse procedimento **não** traria, a princípio, rendas mensais superiores ao reajustamento da média corrigida dos salários-de-contribuição, com observância aos novos limites estabelecidos nas Emendas Constitucionais n. 20/1998 e 41/2003.

Todavia, quando o assunto é a adequação do salário-de-benefício aos novos tetos das mencionadas emendas, passa a ser relevante a **diversidade** dos índices de reajustamento entre os diferentes regimes jurídicos, **antes e após a revisão** do artigo 144 da Lei n. 8.213/1991 (redação original), que assim estabelecia:

“Até 1º de junho de 1992, todos os benefícios de prestação continuada concedidos pela Previdência Social, entre 5 de outubro de 1988 e 5 de abril de 1991, devem ter sua renda mensal inicial recalculada e reajustada, de acordo com as regras estabelecidas nesta lei.

Parágrafo único. A renda mensal recalculada de acordo com o disposto no caput deste artigo, substituirá para todos os efeitos a que prevalecia até então, não sendo devido, entretanto, o pagamento de quaisquer diferenças decorrentes da aplicação deste artigo referentes às competências de outubro de 1988 a maio de 1992.”

Esse dispositivo legal prescreveu a forma pela qual ocorreria o recálculo da Renda Mensal Inicial (RMI) – correção de todos os salários-de-contribuição pela variação integral do INPC, indexador que também serviu ao reajustamento dos benefícios concedidos **sob a égide** da Lei n. 8.213/1991 (artigos 29, § 2º, 31 e 41, II) –, o que não é o caso.

Após o recálculo da RMI, previsto no artigo 144 da Lei n. 8.213/1991, com a finalidade de apurar a renda mensal na data de seus efeitos (junho/1992), conforme Ordem de Serviço n. 121/1992, o INSS reajustou os benefícios desde a concessão pelo INPC, **antecipando os efeitos** da Lei n. 8.213/1991, que **somente** entrou **em vigor na data de 5/4/1991** (art. 145).

Os benefícios concedidos até março de 1991 foram reajustados, em setembro de 1991, segundo a variação do salário mínimo desde março de 1991 (147,06%) - superior ao reajuste pelo INPC (79,96%).

Com efeito, a ação civil pública do índice de 147,06% prorrogou a aplicação da equivalência em salários mínimos até dezembro de 1991, tendo como fundamento norma constitucional transitória (art. 58), **somente** aplicável aos benefícios iniciados antes de 6/10/1988, o que não é o caso.

Esta não foi, porém, a mesma sistemática adotada para a obtenção dos limites máximos dos salários-de-contribuição e do salário-de-benefício.

Desde dezembro de 1981, os limites máximos dos salários-de-contribuição correspondiam a vinte salários mínimos, passando, em junho de 1987, a vinte salários mínimos de referência, reduzidos para dez salários mínimos em julho de 1989, por ter sido revogada a Lei n. 6.950/1981 pela Lei n. 7.787/1989, cujo último valor também foi fixado para o limite máximo do salário-de-benefício.

Vê-se que, a partir de 1/7/1989, os valores desses limitadores seguiram os mesmos índices que reajustavam os benefícios previdenciários, previstos na Consolidação da Legislação da Previdência Social (CLPS), em vigor até maio de 1992, dados os efeitos da revisão, na forma do artigo 144 da Lei n. 8.213/1991, somente a partir de junho de 1992.

Diante do permissivo legal, no lapso temporal acima referido e antes de 1/7/1989, os segurados podiam verter contribuições até o limite de vinte salários mínimos/salários mínimos de referência, superiores aos tetos das Emendas Constitucionais n. 20/1998 e 41/2003 (10 salários mínimos).

Como se nota, a apuração da RMI, consoante atualização integral desses limites (INPC), faz preservar seus valores reais, de modo que a contenção da média resultante no teto máximo configura o excedente.

A antecipação do critério de reajuste previsto na Lei n. 8.213/1991, conjugada com a substituição do INPC em setembro de 1991 (79,96%) pela aplicação do artigo 58 do ADCT (147,06%), rompeu com a relação biunívoca entre o limite máximo do salário-de-benefício e os índices de reajustes, cuja aplicação é histórica na legislação previdenciária.

Com efeito, a Ordem de Serviço n. 121/1992, aplicada pelo INSS para fins da revisão disposta no artigo 144 da Lei n. 8.213/1991, exorbitou o seu poder regulamentar, porque “criou” **critério de reajuste não previsto no ordenamento jurídico**.

Não é à toa que a revisão do artigo 144 da Lei n. 8.213/1991, nos moldes previstos na Ordem de Serviço n. 121/1992, resultou, na data de seus efeitos (junho/1992), em rendas mensais superiores ao limite máximo, ainda que o salário-de-benefício, na data de concessão, não tenha sido limitado ao teto legal.

O artigo 145 da Lei n. 8.213/1991 (redação original), de forma expressa, **desautoriza a retroação** dos índices de reajustes previstos nessa lei (INPC), para o período anterior a 5/4/1991, do que se descuriou referida ordem de serviço.

Na realidade, o artigo 28, § 5º, da Lei n. 8.212/1991, ao **restabelecer o limite máximo** fixado na Lei n. 7.787/1989 (10 salários mínimos), promoveu **aumento** dos valores dos tetos previstos na legislação previdenciária precedente, até então apurados segundo os mesmos índices da política salarial, os quais são sempre inferiores à variação do salário mínimo.

Tivesse sido mantido o regime jurídico anterior à revisão prevista na Lei 8.213/1991, o limite máximo do salário-de-benefício, fixado em Cr\$ 127.120,76 para o período de março a julho de 1991, resultaria, em junho de 1992, no valor de Cr\$ 1.590.387,54 (Cr\$ 127.120,76 x 2,4706 x 2,1982342 x 2,303616), **inferior** ao valor de Cr\$ 2.126.842,49, fruto da elevação do limite máximo do salário-de-benefício pela Lei n. 8.213/1991 (dez salários mínimos).

Diante da **vedação de retroatividade da norma** para alcançar período em que a Lei n. 8.213/1991 nem sequer existia e, com isso, suplantando os limites máximos nela estabelecidos, o artigo 144 da Lei n. 8.213/1991, cuja constitucionalidade do seu parágrafo único foi declarada pelo STF (RE 193.456), estabeleceu não serem devidas diferenças decorrentes da revisão nele prevista em data anterior a junho de 1992.

À evidência, a retroação do reajustamento previsto no artigo 41, inciso II, da Lei n. 8.213/1991 (INPC), antes da data autorizada no artigo 145 do referido normativo legal (5/4/1991), **materializa reajuste não previsto no ordenamento jurídico.**

Desse modo, para efeito de adequação do limite máximo do salário-de-benefício aos tetos das Emendas Constitucionais n. 20/1998 e 41/2003, **não é lícito** o mero repasse do índice de aumento do teto às rendas mensais, pois isso implicaria elevá-lo à categoria de reajuste, **não previsto** na legislação previdenciária.

O certo é que há a proibição legal de reajustamento dos benefícios sem o corresponde repasse aos limites máximos dos salários-de-contribuição, conforme artigos 20, § 1º, e 28, § 5º, da Lei n. 8.212/1991, para que se evite o seu achatamento, porém o contrário viola a Constituição Federal.

Não por outro motivo, esta Corte, ao julgar o processo de conhecimento, preocupou-se em aclarar o que restou assentado no RE n. 564.354, fazendo constar em sua fundamentação o decidido no “*voto proferido no aludido recurso extraordinário pela Excelentíssima Ministra Carmen Lúcia, no qual esclarece que (g. n.): ‘(...) não se trata - nem se pediu reajuste automático de nada - de reajuste. Discute-se apenas se, majorado o teto, aquela pessoa que tinha pago a mais, que é o caso do recorrido, poderia também ter agora o reajuste até aquele patamar máximo (...). Não foi concedido aumento ao Recorrido, mas reconhecido o direito de ter o valor de seu benefício calculado com base em limitador mais alto, fixado por norma constitucional emendada (...).’*”.

Vê-se que o acórdão exequendo, à luz do decidido, **de forma expressa**, no RE 564.354, é claro ao dispor que o repasse aos benefícios, por decorrência da elevação dos tetos das Emendas Constitucionais n. 20/1998 e 41/2003, deverá espelhar o índice de defasagem entre a média dos salários-de-contribuição e o teto do Regime Geral da Previdência Social (RGPS), na data de concessão do benefício.

Com efeito, **não há no decisum autorização** para que os reajustes previstos no artigo 41, inciso II, da Lei n. 8.213/1991 (INPC), **retroajam a período anterior** ao estabelecido no artigo 145 da aludida lei (5/4/1991), até porque isso estaria a subverter referida norma, autorizadora da revisão, que elevou os limites máximos vigentes na Consolidação das Leis da Previdência Social (CLPS) para dez salários mínimos, **objeto de restabelecimento** pelas Emendas Constitucionais n. 20/1998 e 41/2003.

O contrário caracterizaria regime jurídico híbrido, que conjuga aspectos mais favoráveis da legislação precedente – antes do advento da Lei n. 7.787/1989, os tetos máximos eram fixados em 20 salários mínimos/salários mínimos de referência – com a Lei n. 8.213/1991, cujos índices de reajustes eram substancialmente superiores aos da CLPS (INPC).

A Lei n. 8.213/1991 fixou os parâmetros para a concessão de benefícios concedidos a partir de 5/4/1991 (art. 145) e, para o recálculo da RMI, os índices de reajustes nela estabelecidos assumem caráter sucessivo e não conjugado, sem nenhum efeito financeiro no período anterior a junho de 1992 (art. 144).

Por tudo isso, a apuração do índice de defasagem entre a média corrigida dos salários-de-contribuição e o limite máximo, para que se respeite a paridade entre contribuição e benefício, somente se faz sentir no ato de concessão.

Colhe-se do demonstrativo da RMI da parte autora que a média apurada – NCz\$ 1.211,29 – restou contida no teto do salário-de-benefício na data de início do benefício – NCz\$ 936,00 –, de modo que a diferença percentual entre ambos figura no índice de 1,2941, a ser repassado às rendas mensais pagas do benefício do exequente.

O cálculo acolhido, elaborado pela contadoria do juízo, assim como o do exequente, faz uso do índice teto supracitado (1,2941), **porém**, a ele acresce o índice de 1,027838 (2,7838%), já incorporado ao índice teto, diante da impossibilidade de retroação dos índices de reajuste previstos no artigo 145 da Lei n. 8.213/1991 (INPC), para comportar nova contenção no teto.

Como dito, isso estaria a subverter a própria Lei n. 8.213/1991, autorizadora do recálculo da RMI (art. 144), sobretudo porque referida norma **elevou** os tetos máximos vigentes no regramento anterior (CLPS), que depois foram restabelecidos pelas Emendas Constitucionais n. 20/1998 e 41/2003, cuja aplicação se pretende.

Pela mesma razão, descabe considerar o índice de 1,027838 (2,7838%) como índice teto a ser passado ao benefício, como fez o INSS em seu cálculo, razão pela qual apurou valor muito inferior.

Disso decorre que não se poderá manter o cálculo acolhido, elaborado pela contadoria do juízo, tampouco acolher o cálculo do INSS, pois evadidos de **erro material**, na contramão do que restou decidido no RE n. 564.354 e no *decisum*.

Como se sabe, a execução deve operar como instrumento de efetividade do processo de conhecimento, motivo pelo qual segue rigorosamente os limites impostos pelo julgado.

Está vedada a rediscussão, em sede de execução, da matéria já decidida no processo principal, sob pena de ofensa à garantia constitucional da coisa julgada, em salvaguarda à certeza das relações jurídicas (*REsp 531.804/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/11/2003, DJ 16/02/2004, p. 216*).

Impõe-se, então, o refazimento dos cálculos, para que se amoldem ao *decisum*.

Em homenagem ao princípio da celeridade processual, mormente o largo tempo decorrido, seguem cálculos de liquidação nos termos expendidos nesta decisão, os quais a integram.

Fixo, portanto, a condenação no total de R\$ 245.762,01, atualizado para novembro de 2019, assim distribuído: R\$ 229.571,67 - crédito da parte autora - e R\$ 16.190,34 - honorários advocatícios -, esses últimos apurados até a data da sentença (28/8/2015), na forma do *decisum* (Súmula 111/STJ).

Com isso, está configurado o excesso das rendas mensais devidas consideradas na conta acolhida, a impor o cancelamento dos ofícios requisitórios expedidos.

Essa situação exige o acerto das rendas mensais pagas (obrigação de fazer), a partir da competência seguinte à última abrangida no cálculo (nov/2019), com reflexo na gratificação natalina.

Por ter havido a sucumbência mínima da parte autora – valor mais próximo –, é de rigor manter a sucumbência do INSS.

Em decorrência, entendo configurada a relevância da fundamentação, a ensejar a concessão do efeito suspensivo para corrigir o erro material no cálculo acolhido, elaborado pela contadoria do juízo.

Diante do exposto, presentes os requisitos do artigo 1.019, I, do CPC, **defiro parcialmente** o efeito suspensivo à decisão agravada, somente para **corrigir o erro material** no cálculo acolhido, até o pronunciamento final da Turma Julgadora, conforme fundamentação deste julgado.

Dê-se ciência ao Juízo de origem do teor desta decisão, para integral cumprimento.

Apresente o agravado a resposta que queira, em decorrência da incidência do artigo 1.019, II, do CPC.

Intimem-se.

SUBSECRETARIA DA 10ª TURMA

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0005525-50.2019.4.03.9999

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

APELANTE: YASUO OGATA

Advogado do(a) APELANTE: EMERSON BARJUD ROMERO - SP194384-N

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0005525-50.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 36 - DES. FED. LUCIA URSAIA
APELANTE: YASUO OGATA
Advogado do(a) APELANTE: EMERSON BARJUD ROMERO - SP194384-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A Senhora Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora): Proposta ação de conhecimento de natureza previdenciária, objetivando a concessão de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença, sobreveio sentença de procedência do pedido, condenando-se a autarquia previdenciária a conceder o benefício de aposentadoria por invalidez, desde a data da incapacidade (19/03/2015), com correção monetária e juros de mora, além da condenação ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas vencidas até a data da sentença, nos termos da Súmula 111 do STJ. Por fim, determina a imediata implantação do benefício.

A r. sentença foi submetida ao reexame necessário.

Inconformada, a parte autora interpôs recurso de apelação pugnando pela reforma da sentença quanto ao termo inicial do benefício, à correção monetária, à verba honorária e aos honorários recursais.

Semas contrarrazões, os autos foram remetidos a este Tribunal.

Houve a concessão de tutela antecipada no curso da demanda (Id 112430602, páginas 31/33).

É o relatório.

RELATOR: Gab. 36 - DES. FED. LUCIA URSAIA
APELANTE: YASUO OGATA
Advogado do(a) APELANTE: EMERSON BARJUD ROMERO - SP194384-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora): Recebo o recurso de apelação, haja vista que tempestivo, nos termos do artigo 1.010 do novo Código de Processo Civil.

Com fundamento no inciso I do § 3º do artigo 496 do atual Código de Processo Civil, já vigente à época da prolação da r. sentença, a remessa necessária não se aplica quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a 1.000 (mil) salários mínimos.

Verifico que a sentença se apresentou ilíquida, uma vez que julgou procedente o pedido inicial para condenar a Autarquia Previdenciária a conceder o benefício e pagar diferenças, sem fixar o valor efetivamente devido. Esta determinação, na decisão de mérito, todavia, não impõe que se conheça da remessa necessária, uma vez que o proveito econômico daquela condenação não atingirá o valor de mil salários mínimos ou mais.

Observo que esta Corte vem firmando posicionamento no sentido de que, mesmo não sendo de valor certo, quando evidente que o proveito econômico da sentença não atingirá o limite de mil salários mínimos resta dispensada a remessa necessária, com recorrente não conhecimento de tal recurso de ofício (*Apelação/Reexame Necessário nº 0003371-69.2014.4.03.6140 – Relator Des. Fed. Paulo Domingues; Apelação/Remessa Necessária nº 0003377-59.2015.4.03.6102/SP – Relator Des. Fed. Luiz Stefanini; Apelação/Reexame Necessário nº 5882226-31.2019.4.03.9999 – Relator Des. Fed. Newton de Lucca*).

Assim, considerando que não é hipótese de reexame necessário e o recurso versa apenas sobre consectários da condenação, deixo de apreciar o mérito relativo à concessão do benefício, passando a analisar a matéria objeto do recurso interposto.

O termo inicial do benefício deve ser fixado no dia imediatamente posterior à cessação indevida do auxílio-doença anteriormente concedido à parte autora (26/08/2014 – Id 112430602, página 72), uma vez que o conjunto probatório existente nos autos revela que o mal de que ela é portadora não cessou desde então, não tendo sido recuperada a capacidade laborativa, devendo ser descontados eventuais valores pagos administrativamente.

A correção monetária e os juros de mora serão aplicados de acordo com o vigente Manual de Cálculos da Justiça Federal, atualmente a Resolução nº 267/2013, observado o julgamento final do RE 870.947/SE em Repercussão Geral.

Sustenta, ainda, a parte autora inaplicabilidade da súmula 111 do STJ diante das regras específicas trazidas no CPC/2015.

A súmula 111 do STJ é específica em relação aos benefícios previdenciários não tendo sofrido alteração ou revogação em razão das disposições do Novo CPC em relação às condenações contra a Fazenda Pública.

A interpretação da súmula 111 do Superior Tribunal de Justiça é a de que a base de cálculo da verba honorária nas ações previdenciárias é composta das parcelas vencidas até a data da decisão judicial em que o direito do segurado foi reconhecido.

No caso dos autos, o marco final da verba honorária corresponde à data da prolação da sentença recorrida.

Por essa razão, tratando-se de condenação ilíquida, o percentual da verba honorária deverá ser fixado somente na liquidação do julgado, na forma do disposto no art. 85, § 3º, § 4º, II, do CPC/2015, e incidirá sobre as parcelas vencidas até a data da decisão que reconheceu o direito ao benefício, no caso, a data da sentença recorrida, conforme teor da súmula 111 do Superior Tribunal de Justiça.

Em relação ao termo final da incidência da verba honorária, confira-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIOS EM ESPÉCIE. AUXÍLIO-RECLUSÃO. HONORÁRIOS NÃO FIXADOS. INEXISTÊNCIA. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 111 DO STJ. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA DO STJ. PRETENSÃO DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO.

I - De fato a decisão recorrida deixou de fixar os honorários na forma requerida no recurso especial, limitando-se à inversão dos ônus da sucumbência.

II - A jurisprudência desta Corte é no sentido de que o marco final da verba honorária deve ser a decisão em que o direito do segurado foi reconhecido (enunciado n. 111/STJ). Como o benefício somente foi reconhecido nesta Corte quando foi proferida a decisão monocrática de fls. 255-258 é este o marco final (AgRg no REsp 1557782/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 18/12/2015).

III - A revisão da verba honorária por outro lado, implica, como regra, reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado em Recurso Especial (Enunciado n. 7 da Súmula do STJ). Excepciona-se apenas a hipótese de valor irrisório ou exorbitante, o que não se configura neste caso.

IV - Ante o exposto, dou parcial provimento ao agravo interno para considerar que o marco final da verba honorária deve ser a decisão em que o direito do segurado foi reconhecido.

V - Agravo interno improvido." (AgInt nos EDcl no REsp 1654553/SP, Relator Ministro FRANCISCO FALCÃO, j. 13/11/2018, DJe 14/12/2018);

"A respeito do termo final da verba honorária, a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça é a de que deve ser fixado na data do julgamento favorável à concessão do benefício pleiteado, excluindo-se as parcelas vencidas, conforme determina a súmula 111 desta Corte. Precedentes." (AgRg no REsp 1470351/RS, Relator Ministro GURGEL DE FARIA, j. 02/06/2016, DJe 29/06/2016)

Por fim, ante o trabalho adicional do patrono da parte autora, os honorários advocatícios devem ser fixados nos termos do artigo 85, §§ 3º e 11, do Novo Código de Processo Civil/2015.

Diante do exposto, **NÃO CONHEÇO DO REEXAME NECESSÁRIO E DOU PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO DA PARTE AUTORA** para alterar o termo inicial do benefício, fixar a incidência da correção monetária e majorar os honorários advocatícios, nos termos da fundamentação.

É o voto.

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. REEXAME NECESSÁRIO. INCABÍVEL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. ART. 42, CAPUTE § 2º DA LEI 8.213/91. TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO. CORREÇÃO MONETÁRIA. VERBA HONORÁRIA. HONORÁRIOS RECURSAIS.

- Incabível o reexame necessário, nos termos do inciso I do § 3º do artigo 496 do Código de Processo Civil de 2015, já que a condenação não ultrapassa o limite de 1.000 (mil) salários mínimos. Precedentes desta eg. Corte.

- O termo inicial do benefício deve ser fixado no dia imediatamente posterior à cessação indevida do auxílio-doença anteriormente concedido à parte autora, uma vez que o conjunto probatório existente nos autos revela que o mal de que ela é portadora não cessou desde então, não tendo sido recuperada a capacidade laborativa, devendo ser descontados eventuais valores pagos administrativamente.

- A correção monetária e os juros de mora serão aplicados de acordo com o vigente Manual de Cálculos da Justiça Federal, atualmente a Resolução nº 267/2013, observado o julgamento final do RE 870.947/SE em Repercussão Geral.

- A Súmula 111 do STJ é específica em relação aos benefícios previdenciários não tendo sofrido alteração ou revogação em razão das disposições do Novo CPC em relação às condenações contra a Fazenda Pública.

- A interpretação da Súmula 111 do Superior Tribunal de Justiça é a de que a base de cálculo da verba honorária nas ações previdenciárias é composta das parcelas vencidas até a data da decisão judicial em que o direito do segurado foi reconhecido.

- No caso dos autos, o marco final da verba honorária corresponde à data da prolação do v. acórdão embargado.

- Tratando-se de condenação ilíquida, o percentual da verba honorária deverá ser fixado somente na liquidação do julgado, na forma do disposto no art. 85, § 3º, § 4º, II, do CPC/2015, e incidirá sobre as parcelas vencidas até a data da decisão que reconheceu o direito ao benefício, no caso, a data do acórdão embargado, conforme teor da Súmula 111 do Superior Tribunal de Justiça.

- Ante o trabalho adicional do patrono da parte autora, os honorários advocatícios devem ser fixados nos termos do artigo 85, §§ 3º e 11, do Novo Código de Processo Civil/2015.

- Reexame necessário não conhecido. Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Decima Turma, por unanimidade, decidiu não conhecer do reexame necessário e dar parcial provimento a apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5140500-84.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 36 - DES. FED. LUCIA URSAIA
APELANTE: MARIA APARECIDA DA SILVA
Advogado do(a) APELANTE: ELIAS SALES PEREIRA - SP304234-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5140500-84.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 36 - DES. FED. LUCIA URSAIA
APELANTE: MARIA APARECIDA DA SILVA
Advogado do(a) APELANTE: ELIAS SALES PEREIRA - SP304234-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A Senhora Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora): Proposta ação de conhecimento de natureza previdenciária, objetivando a concessão do benefício de pensão por morte, sobreveio sentença de improcedência do pedido, condenando-se a parte autora ao pagamento das custas e honorários advocatícios, ressalvada a gratuidade da justiça.

Inconformada, a parte autora interpôs recurso de apelação, pugnando pela integral reforma da sentença, para que seja julgado procedente o pedido, sustentando ter preenchido os requisitos legais para a concessão do benefício.

Sem as contrarrazões, os autos foram remetidos a este Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5140500-84.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 36 - DES. FED. LUCIA URSAIA
APELANTE: MARIA APARECIDA DA SILVA
Advogado do(a) APELANTE: ELIAS SALES PEREIRA - SP304234-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora): Inicialmente, recebo o recurso de apelação da parte autora, haja vista que tempestivo, nos termos do artigo 1.010 do novo Código de Processo Civil.

A pensão por morte é benefício previdenciário devido ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, não sendo exigível o cumprimento de carência, nos termos dos artigos 74 e 26 da Lei nº 8.213/91.

Para a concessão do benefício de pensão por morte é necessário o preenchimento dos seguintes requisitos: qualidade de dependente, nos termos da legislação vigente à época do óbito; comprovação da qualidade de segurado do de cujus, ou, em caso de perda da qualidade de segurado, o preenchimento dos requisitos para a concessão da aposentadoria (artigos 15 e 102 da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei nº 9.528/97).

O óbito de Vera Aparecida Marin da Silva, genitora da autora, ocorrido em 23/11/2017, restou devidamente comprovado através da cópia da certidão de óbito (ID. 122284500 - Pág. 4).

Quanto à qualidade de segurada, está presente tal requisito, uma vez que a falecida recebia o benefício de aposentadoria por idade (NB. 1496104800), conforme documento extraído do banco de dados da previdência social (ID. 122284511 - Pág. 1).

A questão controvertida nos autos é relativa à dependência econômica da autora em relação à segurada falecida.

Nos termos do artigo 16 da Lei 8.213/91, são beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente; (Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011)

II - os pais;

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente; (Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011)

§ 1º A existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes.

§ 2º O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento. (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997)

§ 3º Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

§ 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.

Indiscutível nos autos ser a autora filha da segurada falecida (ID. 122284500 - Pág. 1), bem como sua condição de incapaz para o exercício de atividade laborativa. Contudo, o fato de a autora comprovar a sua incapacidade para o trabalho na data do óbito, por si só, não autoriza a concessão do benefício, pois a prova juntada aos autos demonstra que a apelante não dependia economicamente da sua genitora, eis que recebia benefício de aposentadoria por invalidez desde 2005 (NB 6008432189, ID. 122284512 - Pág. 1).

Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO - PENSÃO POR MORTE - FILHO MAIOR INVÁLIDO - PRESUNÇÃO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA RELATIVA - SUPRIDA POR PROVA EM SENTIDO CONTRÁRIO - REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO - SÚMULA 7/STJ - PRECEDENTES.

1. O § 4º do art. 16 da Lei n. 8.213/91 prescreve uma presunção relativa de dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I do mesmo dispositivo, e, como tal, pode ser suprimida por provas em sentido contrário. Precedentes.

2. É inadmissível o recurso especial se a análise da pretensão da recorrente demanda o reexame de provas.

3. Agravo regimental não provido. (STJ, REsp 396.299/SP, Relatora Ministra ELIANA CALMON, j. 17/12/2013, DJe 07/02/2014).

AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. FILHO MAIOR INVÁLIDO. TITULAR DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. COMPROVAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA Nº 7/STJ.

1. Nas hipóteses em que o filho inválido é titular de benefício de aposentadoria por invalidez, sendo o marco inicial anterior ao óbito da instituidora da pensão, a dependência econômica deve ser comprovada, porque a presunção desta, acaba sendo afastada diante da percepção de renda própria.

2. A irrisignação que busca desconstituir os pressupostos fáticos adotados pelo acórdão recorrido encontra óbice no enunciado nº 7 da Súmula desta Corte.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, REsp 1.241.558/PR, Relator Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), j. 14/04/2011, DJe 06/06/2011).

Ademais, não foi produzida prova testemunhal, embora devidamente oportunizada, bem como se observa que a falecida, à época do óbito, residia no Lar de Anciãos, conforme residência apontada na cópia da certidão de óbito, não havendo que se falar com comprovação de dependência econômica entre a autora e sua mãe falecida.

Portanto, em que pese a autora ter comprovado a sua condição de filha inválida não restou demonstrada a sua condição de dependente econômico em relação a ele, uma vez que possui renda própria.

Assim, ausente o requisito da dependência econômica, o autor não faz jus ao benefício de pensão por morte, restando mantida a r. sentença recorrida.

Diante do exposto, **NEGO PROVIMENTO À APELAÇÃO DA PARTE AUTORA.**

É o voto.

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. ARTIGOS 74 E SEQUINTE DA LEI 8.213/91. QUALIDADE DE SEGURADO. CONDIÇÃO DE DEPENDENTE NÃO COMPROVADA. REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS. BENEFÍCIO INDEVIDO.

1. A pensão por morte é benefício previdenciário concedido aos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, nos termos do artigo 74 da Lei nº 9.213/91.

2. O inciso I do artigo 16 da Lei 8.213/91 arrola como dependentes somente o filho menor de 21 (vinte e um) anos não emancipado, ou o filho inválido.

3. Na data do falecimento do genitor, a parte autora contava com mais de 21 (vinte e um) anos e embora tenha comprovado a invalidez, não restou demonstrada a sua condição de dependente econômico em relação ao segurado falecido, uma vez que possuía renda própria.

4. Apelação da parte autora desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Decima Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento a apelação da parte autora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5896225-51.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO

APELANTE: ANA ROSA DA SILVA

Advogados do(a) APELANTE: EDSON RICARDO PONTES - SP179738-N, GUSTAVO MARTIN TEIXEIRA PINTO - SP206949-N, FABIO ROBERTO PIOZZI - SP167526-N, LARISSA BORETTI MORESSI - SP188752-A, CASSIA MARTUCCI MELILLO BERTOZO - SP211735-N

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos, etc.

Trata-se de apelação de sentença pela qual foi julgado improcedente pedido formulado em ação previdenciária, em que objetiva a autora a concessão do benefício de pensão por morte, decorrente do falecimento de João Antonio de Castro, ocorrido em 02.09.2015, ao argumento de que não restou comprovada a qualidade de dependente da demandante, na condição de companheira. A demandante foi condenada ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários de advogado, estes fixados em R\$ 1.000,00, cuja exigibilidade restou suspensa, ante o disposto no art. 98, §3º, do Código de Processo Civil.

Em suas razões recursais, alega a parte autora, em síntese, que foram carreados aos autos documentos suficientes à comprovação da união estável que manteve como segurado falecido, os quais foram corroborados pelos depoimentos testemunhais. Pugna pela condenação do réu ao pagamento de honorários advocatícios na proporção de 20% sobre o valor da condenação até a liquidação.

Com contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Recebo a apelação da parte autora, na forma do artigo 1.011 do CPC.

Da decisão monocrática.

De início, ressalte-se que o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na nova sistemática processual civil, sendo passível de controle por meio de agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, cumprindo o princípio da colegialidade.

Ademais, estabelece a Súmula nº 568 do STJ:

O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema. (Súmula 568, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/03/2016, DJe 17/03/2016).

Sendo assim, por estarem presentes os requisitos extraídos das normas fundamentais do Código de Processo Civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente.

Do mérito.

Objetiva a autora a concessão do benefício previdenciário de Pensão por Morte, na qualidade de companheira de João Antonio de Castro, falecido em 02.09.2015, conforme certidão de óbito acostada aos autos.

A alegada união estável entre a autora e o falecido restou demonstrada nos autos. Como efeito, do cotejo do endereço constante da certidão de óbito com aquele declinado na petição inicial, verifica-se que ambos possuíam o mesmo domicílio (Rua Marcelo Giorgio, nº 127, Vila Ipiranga, São Manuel/SP). Consta da certidão de óbito, outrossim, anotação no sentido de que o finado mantinha união estável com a requerente. Foram apresentados, ainda, contrato de prestação de serviços funerários em nome de Giovana Daniela Fernandes, em que a demandante e o *de cujus* estão designados como beneficiários, na qualidade de sogra e sogro, bem como fotografias retratando ambos em relacionamento típico de casal.

Por seu turno, as testemunhas ouvidas durante a instrução processual foram categóricas no sentido de que a autora e o finado viveram juntos por mais de vinte anos, como marido e mulher, tendo o relacionamento perdurado até a data do óbito do Sr. João Antonio de Castro, salientando, inclusive, que o extinto criou o filho da demandante como se dele fosse.

Importante ressaltar que, até o advento da Medida Provisória nº 871, de 18.01.2019, a comprovação da união estável podia ser feita por qualquer meio probatório, não prevendo a legislação uma forma específica.

Tendo em vista que a lei aplicável à pensão por morte é aquela vigente à época do óbito, momento no qual se verificou a ocorrência do fato com aptidão, em tese, para gerar o direito da autora ao benefício vindicado, não há que se falar, *in casu*, em aplicação das disposições da referida Medida Provisória.

Ante a comprovação da relação marital entre a autora e o falecido há que se reconhecer a sua condição de dependente, sendo, pois, desnecessário trazer aos autos qualquer outra prova de dependência econômica, eis que esta é presumida, nos termos do § 4º, do artigo 16, da Lei nº 8.213/91, por se tratar de dependentes arrolados no inciso I do mesmo dispositivo.

A qualidade de segurado do falecido é inquestionável, haja vista que era titular do benefício de aposentadoria por invalidez.

Evidenciado, pois, o direito da autora à percepção do benefício de Pensão por Morte em razão do óbito de João Antonio Castro.

O benefício é devido a partir da data do requerimento administrativo de concessão da pensão por morte (13.10.2015), a teor do disposto no artigo 74, II, da Lei nº 8.213/91, na redação vigente à data do óbito e deverá ser calculado na forma do artigo 75 do referido diploma legal.

Ajuizada a presente ação em 22.07.2019, não há que se falar em incidência de prescrição quinquenal.

A correção monetária e os juros de mora deverão ser calculados de acordo com a lei de regência.

A verba honorária fica arbitrada em 15% das parcelas vencidas até a presente data, visto que o pedido foi julgado improcedente pelo Juízo *a quo*.

No tocante às custas processuais, as autarquias são isentas delas (artigo 4º, inciso I da Lei 9.289/96), porém devem reembolsar, quando vencidas, as despesas judiciais feitas pela parte vencedora (artigo 4º, parágrafo único).

Diante do exposto, **dou parcial provimento à apelação da parte autora, para julgar parcialmente procedente o pedido**, e condenar o INSS a conceder-lhe o benefício de pensão por morte, desde a data do requerimento administrativo (13.10.2015). As prestações em atraso serão resolvidas em fase de liquidação de sentença.

Determino que, independentemente do trânsito em julgado, **comunique-se ao INSS (Gerência Executiva)**, a fim de serem adotadas as providências cabíveis para que seja o benefício de **PENSÃO POR MORTE** implantado de imediato em favor da parte autora **ANA ROSA DA SILVA**, com data de início - **DIB em 13.10.2015**, e renda mensal inicial a ser calculada pelo INSS, tendo em vista o *caput* do artigo 497 do NCPC.

Decorrido o prazo recursal, remetam-se os autos ao Juízo de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 17 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5170259-93.2020.4.03.9999

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

APELANTE: GIOVANI DE MORAES

Advogados do(a) APELANTE: BRUNA MUCCIACITO - SP372790-A, ROBERTO APARECIDO RODRIGUES FILHO - SP268688-A, SIDIEL APARECIDO LEITE JUNIOR - SP221889-A, ROSANA RUBIN DE TOLEDO - SP152365-A, EGNALDO LAZARO DE MORAES - SP151205-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos, etc.

Trata-se de apelação de sentença pela qual foi julgado improcedente pedido em ação previdenciária, na qual objetiva o demandante a concessão de benefício de pensão por morte, na qualidade de filho inválido de Maria Aparecida Sartori, falecida em 21.06.2017. A parte autora foi condenada ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% do valor da causa, observada a gratuidade da justiça que lhe foi concedida.

Em suas razões recursais, argui a parte autora, preliminarmente, a nulidade da sentença, por cerceamento de defesa, ante o indeferimento do pedido de produção de nova prova pericial, a ser realizada por especialista em neurologia. No mérito, alega, em síntese, que faz jus ao benefício pleiteado, visto que anexou aos autos documentos comprobatórios do óbito de sua genitora, de sua qualidade de segurada ante à percepção de benefício previdenciário, documentos médicos para atestar sua incapacidade e demais documentos comprobatórios da dependência econômica.

Sem contrarrazões, vieram os autos a esta E. Corte.

É o breve relatório. Decido.

Nos termos do artigo 1.011 do CPC, recebo a apelação interposta pelo autor.

Da decisão monocrática.

De início, ressalte-se que o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na nova sistemática processual civil, sendo passível de controle por meio de agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, cumprindo o princípio da colegialidade.

Ademais, estabelece a Súmula nº 568 do STJ:

O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema. (Súmula 568, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/03/2016, DJe 17/03/2016).

Sendo assim, por estarem presentes os requisitos extraídos das normas fundamentais do Código de Processo Civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente.

Da preliminar:

Rejeito a preliminar de cerceamento de defesa, em virtude do indeferimento do pedido de produção de nova prova pericial, a ser realizada por especialista em neurologia, visto que os elementos constantes dos autos revelam-se suficientes ao deslinde da matéria.

Do mérito.

Objetiva o autor a concessão do benefício previdenciário de pensão por morte, na qualidade de filho inválido de Maria Aparecida Sartori, falecida em 21.06.2017, conforme certidão de óbito acostada aos autos.

Indiscutível ser o requerente filho da *de cuius*, tendo em vista a carteira de identidade doc. ID Num. 125003343 - Pág. 1.

O julgado recorrido rejeitou a pretensão da parte autora, ao argumento de que a doença incapacitante foi adquirida posteriormente ao óbito de sua genitora.

Entendo, entretanto, que a condição de dependente do autor em relação à *de cuius*, na figura de filho inválido, restou devidamente caracterizada.

Como efeito o laudo pericial judicial produzido na presente demanda, embora tenha afirmado categoricamente ser o autor portador de deficiência auditiva em uso de prótese, epilepsia, esquizofrenia e glaucoma, patologias que lhe acarretam incapacidade permanente para o exercício de qualquer atividade laborativa, fixou a data de início da incapacidade laborativa em 10.08.2018, momento da identificação dos sistemas incapacitantes da esquizofrenia.

Ocorre que foi apresentado outro laudo médico-pericial judicial, elaborado por especialista em psiquiatria nos autos da ação nº 5001366-98.2018.4.03.6123, a qual tramita perante a Vara Federal de Bragança Paulista/SP, e em que o demandante pleiteia a concessão de benefício previdenciário por incapacidade, que atesta que aquele apresenta quadro psicopatológico compatível com diagnóstico de Transtorno Psicótico Orgânico (F06.2 de acordo com a CID10) associado a doença neurológica de base Epilepsia (G40 – CID10), encontrando-se incapaz, de forma total e permanente, desde 06.12.2016.

Quanto ao ponto, destaco que a juntada de documentos apenas em momento posterior às razões de apelação não impede o conhecimento do seu teor, diante do comando legal contido no artigo 435 do Código de Processo Civil, até porque foi dada vista à parte adversa, respeitando-se o contraditório. Nesse sentido, o precedente do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. JUNTADA DE DOCUMENTO COMA APELAÇÃO. POSSIBILIDADE. ART. 397 DO CPC. PRECEDENTES. RECURSO DESPROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte tem admitido a juntada de documentos que não os produzidos após a inicial e a contestação, em outras fases do processo, até mesmo na via recursal, desde que respeitado o contraditório e ausente a má-fé.

2. Não é absoluta a exigência de juntar documentos na inicial ou na contestação. A juntada de documentos em sede de apelação é possível, tendo a outra parte a oportunidade de sobre eles manifestar-se em contra-razões. O art. 397 do CPC assim dispõe: "É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapor-los aos que foram produzidos nos autos."

3. Recurso especial desprovido.

(REsp 780.396/PB, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23.10.2007, DJ 19.11.2007 p. 188)

De outro giro, convém frise-se que o juiz não está adstrito ao disposto no laudo pericial judicial produzido nos próprios autos, podendo, segundo sua livre convicção, decidir de maneira diversa. Nesse sentido, precedente desta Egrégia Corte Regional: TRF 3ª Região, AC nº 93.03.083360-0, 2ª Turma, Rel. Juiz Célio Benevides, DJ 25.10.1995, pág. 73289.

Destarte, tudo indica que o autor preenchia o requisito relativo à incapacidade laborativa à época do óbito de sua genitora, situação que se mantém até hoje.

Outrossim, verifica-se pelos dados constantes do Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS, que o demandante manteve vínculo empregatício formal até 26.10.2010 e que recolheu contribuições previdenciárias, na qualidade de facultativo, de 01.11.2010 a 30.04.2020, no valor de um salário mínimo, não sendo titular, ao menos até o presente momento, de qualquer benefício previdenciário.

Destaco, quanto ao ponto, que ainda que venha a ser reconhecido seu direito a benefício por incapacidade nos autos da ação nº 5001366-98.2018.4.03.6123, tal fato não obsta a concessão do benefício pleiteado, visto que a dependência econômica dos filhos inválidos em relação aos pais é presumida.

Cumprе salientar, ainda, que o que justifica a concessão do benefício de pensão por morte é a situação de invalidez do requerente e a manutenção de sua dependência econômica para com seu g

enitor, sendo irrelevante o momento em que a incapacidade para o labor tenha surgido, ou seja, se antes da maioridade ou depois. Nesse sentido, confira-se a jurisprudência: TRF 3; AC 2004.61.11.000942-9; 10ª Turma; Rel. Juiz Federal Convocado David Diniz, j. 19.02.2008; DJ 05.03.2008.

Ressalto que a qualidade de segurada da finada não é questionada pelo INSS, já que era titular de aposentadoria por idade.

Resta, pois, configurado o direito da demandante à concessão do benefício de pensão por morte decorrente do falecimento de Maria Aparecida Sartori.

O termo inicial do benefício deve ser estabelecido na data do óbito (21.06.2017), haja vista o protocolo de requerimento administrativo em 10.08.2017, a teor do disposto no artigo 74, I, da Lei nº 8.213/91, com redação dada pela Lei nº 13.183/2015.

A renda mensal inicial será calculada nos termos do artigo 75 da LBPS.

Os juros de mora e a correção monetária deverão observar o disposto na legislação de regência.

A verba honorária a cargo do INSS, fica arbitrada em 15% das parcelas vencidas até a presente data, tendo em vista que o pedido foi julgado improcedente pelo Juízo *a quo*.

No tocante às custas processuais, as autarquias são isentas destas (artigo 4º, inciso I da Lei 9.289/96), porém devem reembolsar, quando vencidas, as despesas judiciais feitas pela parte vencedora (artigo 4º, parágrafo único).

Diante do exposto, nos termos do artigo 932 do CPC, **rejeito a preliminar arguida e, no mérito, dou provimento à apelação da parte autora, para julgar procedente o pedido**, e condenar o INSS a conceder-lhe o benefício de pensão por morte, desde a data do óbito da segurada instituidora (21.06.2017). Os valores em atraso serão resolvidos em liquidação de sentença.

Determino que, independentemente do trânsito em julgado, **comunique-se ao INSS (Gerência Executiva)**, a fim de serem adotadas as providências cabíveis para que seja implantado à parte autora **GIOVANI DE MORAES** o benefício de **PENSÃO POR MORTE**, desde 21.06.2017, em valor a ser calculado pela Autarquia, tendo em vista o *caput* do artigo 497 do CPC.

Decorrido o prazo recursal, remetam-se os autos ao Juízo de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 17 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5168916-62.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
APELANTE: JOANA APARECIDA DE MORAES
Advogado do(a) APELANTE: LUBIA DE PAULA - SP334609-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos.

Trata-se de apelação interposta pela parte autora em face de sentença que julgou procedente o pedido para condenar o réu a conceder-lhe o benefício de auxílio-doença a partir da data da perícia (01/07/2019). Sobre as prestações atrasadas deverá incidir correção monetária e juros de mora calculados conforme Manual de Cálculos elaborado pela Justiça Federal, nos termos do artigo 1º-F da lei 9.494/97, que foi dada pela Lei 11.960/09. O réu foi condenado, ainda, ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% do valor atribuído à causa. Sem condenação em custas processuais. Noticiada a implantação do benefício pelo réu, com DIB em 01.07.2019, encontrado-se ativo atualmente consoante se verifica dos dados do CNIS.

A parte autora recorre, arguindo, em preliminar, cerceamento de defesa, posto que o perito deixou de responder a todos os seus requisitos, tendo sido proferida a sentença, sem que fosse atendido seu pedido para complementação do laudo pericial. No mérito, pugna pela fixação do termo inicial do benefício quando da cessação do auxílio-doença.

Sem contrarrazões do réu.

Após breve relatório, passo a decidir.

Nos termos do art. 1011 do CPC, recebo a apelação da parte autora.

Da decisão monocrática

De início, ressalte-se que o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na nova sistemática processual civil, sendo passível de controle por meio de agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, cumprindo o princípio da colegialidade.

Ademais, estabelece a Súmula nº 568 do STJ:

O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema. (Súmula 568, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/03/2016, DJe 17/03/2016).

Sendo assim, por estarem presentes os requisitos extraídos das normas fundamentais do Código de Processo Civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente.

Da remessa oficial tida por interposta

Retomando entendimento inicial, aplica-se ao caso o Enunciado da Súmula 490 do E. STJ, que assim dispõe:

A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas.

Da preliminar

A matéria deduzida em preliminar, arguida pela parte autora, confunde-se como mérito e comele será analisado.

Do mérito

A autora, nascida em 30.10.1978, pleiteou a concessão do benefício de auxílio-doença, ou aposentadoria por invalidez, os quais estão previstos nos arts. 59 e 42 da Lei nº 8.213/91, que dispõem:

A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

O laudo, cuja perícia foi realizada em 01.07.2019, atesta que a autora, 40 anos de idade, com escolaridade de ensino médio completo, laborando em montagem de impressoras para computador e máquinas de cartão de crédito; afastada há dois meses, relatou apresentar dores na região do cotovelo esquerdo há três anos. Não foi operada. Faz fisioterapia duas vezes por semana. Não usava medicação no momento do exame. O perito concluiu ser portadora de epicondilitis lateral em cotovelo esquerdo e bursite em ombro esquerdo, diagnosticadas em 04/06/2019. O perito concluiu pela incapacidade parcial (tarefas com esforços do membro superior esquerdo) e temporária para a atividade habitual (montadora), estimando o tempo para sua recuperação em sessenta dias. Fixou o início da incapacidade em 01/07/2019, data da avaliação pericial.

No que tange à peça técnica apresentada, verifico que se encontra bem elaborada, por profissional de confiança do Juízo e equidistante das partes, sendo suficiente para o deslinde da matéria, não se verificando omissão ou contradição nas respostas do *expert* que pudesse ensejar a necessidade de realização de nova perícia.

Colhe-se dos dados do Cadastro Nacional de Informações Sociais, que a autora esteve filiada ao RGPS desde 2001, constando o último vínculo entre 13.12.2017 a 05/2019. Gozou do benefício de auxílio-doença no período de 30.03.2019 a 26.04.2019, quando foi cessado, ensejando o ajuizamento da presente ação em maio do mesmo ano. Inconteste o preenchimento da carência e manutenção de sua qualidade de segurada.

Assim, tendo em vista as patologias apresentadas pela autora, constatada pelo perito a incapacidade para o desempenho de sua atividade laborativa de forma temporária e a possibilidade de sua recuperação, entendo que se justifica a concessão do benefício de auxílio-doença, tal como deferido.

O termo inicial do benefício deve ser fixado a contar do dia seguinte à data da cessação do auxílio-doença ocorrida em 26.04.2019, fixando o termo final do benefício após quatro meses a contar da data do presente julgamento, tendo em vista as ponderações do perito, podendo a autora, antes do final do prazo, agendar perícia junto ao INSS para eventual prorrogação do benefício. Devem ser compensadas, quando da liquidação, as parcelas pagas a título de antecipação de tutela.

A correção monetária e os juros de mora deverão ser calculados de acordo com a lei de regência.

Honorários advocatícios mantidos, também, como fixado, ou seja a ser calculado na liquidação do julgado, na forma do artigo 85, § 4º, inciso II do CPC.

Diante do exposto, nos termos do art. 932 do CPC, **rejeito a preliminar arguida pela parte autora** e, no mérito, **dou provimento à sua apelação** para fixar o termo inicial do benefício de auxílio-doença a contar do dia seguinte à data da cessação do auxílio-doença ocorrida em 26.04.2019 e **dou parcial provimento à remessa oficial tida por interposta** para fixar o termo final do benefício após quatro meses a contar da data do presente julgamento.

Comunique-se ao INSS (Gerência Executiva) a alteração da DIB do auxílio-doença para 27.04.2019, bem como o termo final do benefício após quatro meses a contar da data do presente julgamento.

Decorrido “in albis” o prazo recursal, retornemos autos à Vara de origem.

Int.

São Paulo, 17 de junho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5102508-89.2020.4.03.9999

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

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: CLEUZA CARDOSO DE ALMEIDA

Advogados do(a) APELADO: GUSTAVO MARTIN TEIXEIRA PINTO - SP206949-N, MAYARA MARIOTTO MORAES SOUZA - SP364256-N, CASSIA MARTUCCI MELILLO BERTOZO - SP211735-N

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos.

Trata-se de remessa oficial e apelação interposta pelo réu em face de sentença que julgou procedente o pedido, para condená-lo a pagar à autora o benefício de aposentadoria por invalidez a partir do requerimento administrativo (13/07/2017), acrescido de 25%, além de abono anual, a serem apurados em liquidação de sentença. Sobre as prestações atrasadas deverá incidir juros legais, a partir da citação, e correção monetária a partir do vencimento de cada prestação do benefício. O réu foi condenado, ainda, ao pagamento de honorários advocatícios a serem fixados em execução de sentença, além de despesas processuais (inclusive honorários periciais). Isento de custas, na forma da lei. Mantida a tutela de urgência antes deferida, que havia determinado a implantação do benefício de auxílio-doença, tendo sido noticiado o cumprimento da decisão judicial pelo réu.

O réu recorre aduzindo não restarem preenchidos os requisitos para a concessão do benefício por incapacidade, posto que não configuradas a qualidade de segurada e inaptidão laborativa.

Contrarrazões.

Após breve relatório, passo a decidir.

Nos termos do art. 1011 do CPC, recebo a apelação do réu.

Da decisão monocrática

De início, ressalte-se que o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na nova sistemática processual civil, sendo passível de controle por meio de agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, cumprindo o princípio da colegialidade.

Ademais, estabelece a Súmula nº 568 do STJ:

O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema. (Súmula 568, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/03/2016, DJe 17/03/2016).

Sendo assim, por estarem presentes os requisitos extraídos das normas fundamentais do Código de Processo Civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente.

Do mérito

A autora, nascida em 25.06.1954 pleiteou a concessão do benefício de auxílio-doença, ou aposentadoria por invalidez, os quais estão previstos nos arts. 59 e 42 da Lei nº 8.213/91, que dispõem:

A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

O laudo, cuja perícia foi realizada em 12.11.2018, atesta que a autora, conseguiu trabalhar sem problemas de saúde até há cerca de dois ou três anos quando houve agravamento de quadro crônico de dor nas grandes articulações e lombar baixa. Em 2017 teve enfarto do miocárdio e manifestou diabetes mellitus não insulino dependente. Frequentemente consultas cardiológicas e com clínico geral a cada mês. Queixas atuais cansaço, falta de ar, e dor em membros inferiores, com edema. O perito concluiu que é portadora de obesidade não especificada, diabetes mellitus não-insulino dependente, hipertensão essencial (primária), dor lombar não especificada, gonartroses primárias, insuficiência cardíaca não especificada/infarto antigo do miocárdio. Concluiu que está incapacitada de forma total e permanente para o trabalho, fixando o início das limitações impostas pela doença em meados de 2016, como sendo verossímil do ponto de vista fisiopatológico. A datação está fundamentada no exame clínico, principalmente, confrontado com os relatos, com laudos trazidos e colhidos das peças dos autos. Aduziu o perito que a autora "carece de desenvoltura para os atos do cotidiano, ou seja, locomover-se, comer, vestir-se, banhar-se de forma autônoma em razão do comprometimento orgânico."

Colhe-se dos autos e dados do Cadastro Nacional de Informações Sociais, que a autora esteve filiada ao RGPS, desde o ano de 1996, contando com vínculos em períodos interpolados, constando o último período entre 04.05.2015 a 10.2015, requerendo administrativamente o benefício de auxílio-doença em 13.07.2017, que foi indeferido sob o fundamento de ausência de incapacidade, ensejando o ajuizamento da presente ação.

Presente os requisitos da carência e manutenção de sua qualidade de segurada, vez que já estava incapacitada para o trabalho quando do requerimento administrativo, como atestado pelo perito.

Irreparável, portanto, a r. sentença que concedeu-lhe o benefício de aposentadoria por invalidez, estando incapacitada de forma total e permanente para o trabalho, contando atualmente com 65 anos de idade e exercendo a profissão de trabalhadora rural, razões pelas quais não há como se deixar de reconhecer o cabimento da concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, posto que inviável a sua recuperação ou readaptação para o exercício do labor.

De outro turno, entendo que se justifica a concessão do adicional de 25%, tal como deferido, posto que o perito destacou que "embora mantenha a capacidade conativo-volitiva preservada, carece de desenvoltura para os atos do cotidiano, ou seja, locomover-se, comer, vestir-se, banhar-se de forma autônoma em razão do comprometimento orgânico.", implicando a necessidade da ajuda de terceiros para os atos do cotidiano.

Mantido o termo inicial do benefício de auxílio-doença a contar da data do requerimento administrativo (13/07/2017), devendo ser compensadas as parcelas pagas a título de antecipação de tutela, quando da liquidação da sentença.

A correção monetária e os juros de mora deverão ser calculados de acordo com a lei de regência.

Honorários advocatícios a serem fixados em execução de sentença.

Diante do exposto, nos termos do art. 932 do CPC, **nego provimento à remessa oficial e à apelação do réu.**

Determino que, independentemente do trânsito em julgado, **comunique-se ao INSS (Gerência Executiva)**, a fim de serem adotadas as providências cabíveis para que seja implantado a parte autora, **Cleusa Cardoso de Almeida** o benefício de aposentadoria por invalidez, em substituição ao benefício de auxílio-doença, a contar da data do presente julgamento, com renda mensal inicial - RMI a ser calculada pelo INSS, tendo em vista o "caput" do artigo 497 do CPC.

Decorrido “in albis” o prazo recursal, retornemos autos à Vara de origem.

Int.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5190230-64.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: JOSE BENEDITO PINTO
Advogado do(a) APELADO: FERNANDA MENDES DE SOUZA - SP330723-N
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Vistos.

Tendo em vista as razões expendidas na petição Id. n. 134529255, expeça-se ofício ao INSS (Gerência Executiva), a fim de traga aos autos as guias para o recolhimento das contribuições previdenciárias, devidamente atualizadas, referentes às competências de junho a dezembro de 2011 e janeiro a dezembro de 2012, do autor José Benedito Pinto (CPF: 870.328.058-68), conforme estabelecido pela sentença.

Prazo: 30 (trinta) dias.

Intimem-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 6084777-97.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: CARMO DOMINGOS DE OLIVEIRA
Advogado do(a) APELADO: GUILHERME AUGUSTO DOS SANTOS DE ALBUQUERQUE - SP309231-N
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de apelação de sentença pela qual foi julgado procedente pedido em ação previdenciária para condenar a autarquia a conceder ao autor o benefício de aposentadoria por invalidez, a partir do dia seguinte à cessação administrativa do benefício de auxílio-doença (27.04.2018). As prestações em atraso deverão ser pagas com correção monetária e juros de mora pela Lei 11.960/09. O INSS foi, ainda, condenado ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação até a data da sentença, e custas, as quais não esteja isento. Concedida a antecipação dos efeitos da tutela para a implantação do benefício no prazo de 30 dias, sob pena de multa no valor de R\$ 1.000,00.

Concedida anteriormente a antecipação dos efeitos da tutela, foi noticiada a implantação do benefício de auxílio-doença, e posteriormente sua conversão em aposentadoria por invalidez.

Em apelação o INSS aduz que não restaram preenchidos os requisitos necessários à concessão do benefício em comento.

Após contrarrazões, os autos vieram a esta Corte.

É o relatório.

Nos termos do art. 1011 do CPC/2015, recebo a apelação do INSS.

Da decisão monocrática

De início cumpre observar que o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na nova sistemática processual civil, sendo passível de controle por meio de agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, cumprindo o princípio da colegialidade.

Sendo assim, por estarem presentes os requisitos extraídos das normas fundamentais do Código de Processo Civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente.

Passo a decidir monocraticamente.

Da remessa oficial tida por interposta

Retomando o entendimento inicial aplica-se ao caso o Enunciado da Súmula 490 do E. STJ, que assim dispõe: A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas.

Do mérito

Os benefícios pleiteados pelo autor, nascido em 15.07.1962, estão previstos nos arts. 42 e 59, respectivamente, da Lei 8.213/91 que dispõem:

A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

O laudo médico-pericial, elaborado em 13.08.2018, atestou que o autor é portador de alterações ortopédicas com redução na amplitude dos movimentos de abdução, adução e elevação do membro superior direito em razão de ruptura completa do tendão do supraespinhal, aguardando cirurgia, e que lhe trazem incapacidade laborativa de forma total e temporária para o exercício de atividade laborativa, desde 2016. Apontou um período de 7 meses para recuperação.

Destaco que o autor possui vínculos intercalados entre dezembro/2016 e abril/2018, e recebeu auxílio-doença de 19.12.2016 a 26.04.2017 e de 27.04.2017 a 26.04.2018 (concessão judicial e cessação administrativa), razão pela qual não se justifica qualquer discussão acerca do não cumprimento do período de carência ou inexistência da qualidade de segurado, tendo sido ajuizada a presente ação em junho/2018.

Dessa forma, tendo em vista as patologias apresentadas pelo autor revelando sua incapacidade para o labor, bem como sua atividade (rural/carpinteiro), grau de instrução (fundamental incompleto), e a sua idade (57 anos), havendo possibilidade de melhora somente por meio de cirurgia, resta inviável seu retorno ao trabalho, não havendo, tampouco, possibilidade de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garantisse a subsistência, principalmente levando-se em conta tratar-se de pessoa de pouca instrução que sempre desenvolveu atividade braçal, mesmo concluindo o laudo pela incapacidade temporária, razão pela qual faz jus ao benefício de aposentadoria por invalidez, nos termos do art. 42 da Lei 8.213/91.

O termo inicial do benefício de auxílio-doença deve ser mantido no dia seguinte à cessação administrativa (27.04.2018), eis que não houve recuperação da parte autora, e devido até a data da sentença (02.07.2019), quando será convertido em aposentadoria por invalidez.

A correção monetária e os juros de mora deverão ser calculados de acordo com a lei de regência.

Mantidos os honorários advocatícios em 10% do valor das prestações que seriam devidas até a data da sentença, nos termos da Súmula 111 do E. STJ - em sua nova redação, e entendimento firmado por esta 10ª Turma, conforme previsto no art. 85, § 11, do Novo CPC.

As autarquias são isentas das custas processuais (artigo 4º, inciso I da Lei 9.289/96), porém devem reembolsar, quando vencidas, as despesas judiciais feitas pela parte vencedora (artigo 4º, parágrafo único).

Prejudicada a questão relativa à multa diária, tendo em vista a inexistência de mora na implantação do benefício.

As parcelas recebidas a título de antecipação de tutela serão resolvidas quando da liquidação da sentença.

Diante do exposto, **dou parcial provimento à apelação do INSS e à remessa oficial tida por interposta** para julgar parcialmente procedente o pedido e condená-lo a conceder à parte autora o benefício de auxílio-doença, desde 27.04.2018, e convertê-lo em aposentadoria por invalidez a partir da data da sentença (02.07.2019). **Dou, ainda, parcial provimento à remessa oficial tida por interposta** para excluir as custas da condenação.

Determino que, independentemente do trânsito em julgado, **comunique-se ao INSS (Gerência Executiva)**, a fim de serem adotadas as providências cabíveis para que seja alterado o termo inicial do benefício de aposentadoria por invalidez implantado à parte autora **Carmo Domingos de Oliveira** (DIB em)

Decorrido *in albis* o prazo recursal, retornemos os autos à Vara de ori02.07.2019gem

Intimem-se.

São Paulo, 17 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5904324-10.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: VALDECI GOMES DA ROCHA
Advogado do(a) APELADO: FERNANDO VIDOTTI FAVARON - SP143716-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos

Trata-se de apelação de sentença pela foi julgado precedente pedido para condenar o INSS a conceder à parte autora o benefício de pensão por morte decorrente do falecimento de Elizabeth de Souza Lima, ocorrido em 13.12.2015, desde a data de entrada do requerimento administrativo. A autarquia previdenciária foi condenada ao pagamento das prestações em atraso, com incidência de correção monetária, de acordo com o IPCA-E, e juros moratórios, a partir da citação, calculados conforme o índice oficial de remuneração básica aplicado à caderneta de poupança, nos termos do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09. Honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor do débito atualizado, que deverão incidir tão-somente sobre as prestações vencidas até a sentença. Não houve condenação ao pagamento de custas.

Objetiva o INSS a reforma de tal sentença, aduzindo que não há provas nos autos de que a autora e o falecido residiam no mesmo teto, pois, conforme certidão de óbito, a suposta instituidora era viúva, sendo que a parte autora sequer foi declarante em seu atestado de óbito; que o documento juntado em nome da filha, bem como o da seguradora, foram produzidos unilateralmente, não havendo certeza quanto a relação marital supostamente vivida entre as partes; que não houve comprovação de endereço comum, motivo pelo qual a parte autora não faz jus ao benefício ora postulado, ainda mais por prazo superior a 4 meses nos termos da legislação. Subsidiariamente, pleiteia pela fixação do termo inicial do benefício na data da citação e pela fixação dos critérios de cálculo da correção monetária e dos juros de mora segundo os ditames da Lei n. 11.960-2009.

Comas contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

É o breve relatório, passo a decidir.

Recebo a apelação do INSS, nos termos do art. 1.011 do CPC.

DA DECISÃO MONOCRÁTICA.

De início, cumpre observar que a matéria veiculada no presente recurso foi objeto de precedente do e. STJ, o que autoriza a prolação da presente decisão monocrática, nos termos do artigo 932 do CPC.

Ressalte-se que o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na nova sistemática processual civil, sendo passível de controle por meio de agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, cumprindo o princípio da colegialidade.

Sendo assim, por estarem presentes os requisitos extraídos das normas fundamentais do Código de Processo Civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105-2015), passo a decidir monocraticamente.

DA REMESSA OFICIAL TIDA POR INTERPOSTA.

O § 3º do art. 496 do novo CPC ao fazer referência expressa a "valor certo e líquido", não permite que se afaste a remessa oficial sem que a sentença preencha tal requisito, caso contrário não faria sentido essa exigência de liquidez e certeza, ou seja, a lei estabelece dois requisitos cumulativos: valor certo e líquido e que não ultrapasse o limite em salários mínimos legalmente fixado.

Em consequência, retomando o entendimento inicial, aplica-se ao caso o Enunciado da Súmula 490 do E. STJ, que assim dispõe:

"A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas".

DO MÉRITO.

Objetiva o autor a concessão do benefício previdenciário de Pensão por Morte, na qualidade de companheiro de Elizabeth de Souza Lima, falecida em 13.12.2015, conforme certidão de óbito id. 83208941 – pág. 05.

Sustenta o demandante que viveu em união estável com a *de cujus*, viúva, por mais de 20 (vinte) anos, até a data de seu passamento.

A parte autora carrou os seguintes documentos para fins de comprovação da alegada união estável, a saber: proposta de renovação de contrato de seguro de automóvel destinado ao espólio de Elizabeth de Souza Lima, datado de 28.01.2016, em que o ora demandante figura como principal condutor, constando como endereço a Av. Marechal Eurico Gaspar Dutra n. 1.650, São Paulo (id. 83208941 – pág. 10-25); certidão de registro de casamento entre Werner Aguiar Tonn Júnior e Kelly Hellen de Souza Lima (filha da falecida), ocorrido em 28.08.2013, no qual o autor e a Sra. Elizabeth de Souza Lima ostentam a condição de testemunhas, com endereço em comum na Travessa Felice Bonaventura, n. 77, Vila Mazzei, São Paulo (id. 83208941 – pág. 26-29); recibo de venda de automóvel, datado de 07.06.2011, em que a finada figura como compradora, com endereço na Av. Marechal Eurico Gaspar Dutra n. 1.650, São Paulo (id. 83208941 – pág. 41); correspondência destinada à falecida, constando o endereço Rua Inglesa, n. 96 (id.83208941 – pág. 43); telegrama destinado ao autor, em que está consignado como seu endereço Av. Marechal Eurico Gaspar Dutra n. 1.650, São Paulo (id. 83208941 – págs. 44-45); e fotografias retratando o casal em diversos ambientes e em vários eventos sociais, com anotações de data em 1995, 1996, 2001, 2002, 2011 e 2014 (id. 83208946 pág. 01-20).

Com efeito, a despeito da existência de vários endereços em nome da falecida, é possível concluir que o autor e a Sra. Elizabeth de Souza Lima possuíam o mesmo domicílio à época do óbito (Travessa Felice Bonaventura, n. 77, Vila Mazzei, São Paulo), conforme se vê do cotejo dos dados lançados na certidão de óbito com aqueles constantes do registro de casamento acima reportado.

Outrossim, as fotografias e o telegrama carreados aos autos evidenciam a proximidade do casal pelo menos desde 1995, destacando-se, ainda, o fato de o autor e a falecida figurarem como padrinhos-testemunhas do casamento da filha Kelly Hellen de Souza Lima no ano de 2013.

Por seu turno, os depoimentos testemunhais transcritos na sentença asseveraram que o autor e a *de cujus* viviam na mesma residência há muitos anos, apresentando-se perante a sociedade como marido e mulher, tendo tal relacionamento perdurado até a data do evento morte.

Importante ressaltar que a comprovação da união estável pode ser feita por qualquer meio probatório, não prevendo a legislação uma forma específica.

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. UNIÃO ESTÁVEL COMPROVADA PELA PROVA TESTEMUNHAL. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO CONTRÁRIO À JURISPRUDÊNCIA DO STJ. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU.

1. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem indeferiu o pedido de pensão por morte, porquanto não ficou comprovada a condição de dependente da autora em relação ao de cujus. Asseverou (fl. 160, e-STJ): "As testemunhas arroladas as fls. 81/82 e 103, foram uníssonas em comprovar que a autora vivia em união estável com o de cujus e ele custeava os gastos familiares, porém somente a prova testemunhal é insuficiente para comprovar o alegado".

2. No entanto, o entendimento acima manifestado está em confronto com a jurisprudência do STJ de que a legislação previdenciária não exige início de prova material para a comprovação de união estável, para fins de concessão de benefício de pensão por morte, sendo bastante, para tanto, a prova testemunhal, uma vez que não cabe ao julgador criar restrições quando o legislador assim não o fez.

3. Nesse sentido, os seguintes precedentes: AgRg no REsp. 1.536.974/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 18.12.2015; AR 3.905/PE, Terceira Seção, Rel. Min. conv. Campos Marques, DJe 1.8.2013; AgRg no REsp. 1.184.839/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 31.5.2010; REsp. 783.697/GO, Sexta Turma, Rel. Min. Nilson Naves, DJU 9.10.2006, p. 372.

4. Recurso Especial de Cleuza Aparecida Balthazar provido para restabelecer a sentença de primeiro grau. Agravo do INSS prejudicado.

(STJ, REsp n. 1824663-SP; 2ª Turma; Rel. Ministro Hermann Benjamin; j. 03.09.2019)

Destarte, do conjunto de provas materiais acostados aos autos em conjugação com os depoimentos testemunhais colhidos em audiência e transcritos na sentença, conclui-se pela efetiva existência de união estável entre o autor e a finada por período superior a 02 (dois) anos.

Nesse passo, há que se reconhecer a condição de dependente do autor, sendo, pois, desnecessário trazer aos autos qualquer outra prova de dependência econômica, eis que esta é presumida, nos termos do § 4º, do artigo 16, da Lei nº 8.213/91, por se tratar de dependente arrolado no inciso I do mesmo dispositivo.

A qualidade de segurado da falecida é inquestionável, tendo em vista que ela se encontrava albergada pelo período de “graça” previsto no art. 15, II, da Lei n. 8.213-91, ante o transcurso temporal inferior a 12 (doze) meses entre a data de sua última contribuição (30.11.2015; id. 83208941 – pág. 08) e a data do evento morte (13.12.2015).

Evidenciado, pois, o direito do autor à percepção do benefício de Pensão por Morte em razão do óbito de Elizabeth de Souza Lima, no valor a ser apurado na forma prevista no art. 75 da Lei n. 8.213-91.

O termo inicial do benefício deve ser mantido na data de entrada do requerimento administrativo (21.03.2016; id. 83208941 – pág. 09), nos termos do art. 74, II, da Lei n. 8.213-91 e em conformidade com jurisprudência do e. STJ (AgrV Int no AREsp 2016-0143682 – 0; 2ª Turma; Rel. Ministro Francisco Falcão; j. 20.02.2018; DJe 26.02.2018)

Por outro lado, considerando que o óbito da *de cujus* se deu em dezembro de 2015, há que se atentar para as condicionantes constantes do art. 77, inciso V, “b” e “c”, da Lei n. 8.213-91, coma redação dada pela Lei n. 13.135-2015.

Assim sendo, tendo em vista a efetiva comprovação de que a falecida contava com mais 18 contribuições mensais, bem como mais de 02 anos de união estável, consoante acima explanado, impõe-se o afastamento da hipótese prevista na letra “b” do aludido preceito legal, consistente na percepção do benefício pelo período de 04 meses.

Por outro lado, dado que o autor, nascido em 22.01.1961, possuía 54 anos de idade na data do óbito, é de se aplicar o item 06, da letra “c”, do inciso V, do art. 77 da Lei n. 8.213-91, autorizando-se o pagamento de forma vitalícia.

A correção monetária e os juros de mora deverão ser calculados de acordo com a lei de regência, observando-se as teses firmadas pelo E. STF no julgamento do RE 870.947. Quanto aos juros de mora será observado o índice de remuneração da caderneta de poupança a partir de 30.06.2009. Observo que não se exige o trânsito em julgado do acórdão paradigma para aplicação da tese firmada pelo E. STF aos processos em curso, mormente em se tratando de tema com repercussão geral reconhecida.

Portanto, em relação aos juros de mora, inexistente interesse em recorrer, posto que a pretensão recursal está no mesmo sentido do disposto na r. sentença recorrida.

Os honorários advocatícios devem ser mantidos na forma estabelecida pela sentença, cumprindo esclarecer que, ante o desprovimento do apelo do INSS e o trabalho adicional da parte autora, consistente na apresentação de contrarrazões, é de se impor a sua majoração mediante a extensão da base de cálculo desde o termo inicial até a data da presente decisão, nos termos do §11 do art. 85 do CPC.

Diante do exposto, nos termos do art. 932, III e IV, do CPC, **não conheço de parte da apelação do INSS**, quanto aos juros de mora, e, na parte conhecida, **nego-lhe provimento e nego provimento à remessa oficial tida por interposta**. Verbas acessórias e honorários advocatícios na forma acima explicitada.

Determino que, independentemente do trânsito em julgado, **comunique-se ao INSS (Gerência Executiva)**, a fim de serem adotadas as providências cabíveis para que seja implantado a parte autora **VALDECI GOMES DA ROCHA** o benefício de **PENSÃO POR MORTE**, com data de início - **DIB em 21.03.2016**, com renda mensal inicial a ser apurada pelo INSS, tendo em vista o *caput* do artigo 497 do CPC. As prestações em atraso serão resolvidas em liquidação de sentença.

Decorrido o prazo recursal, remetam-se os autos à Vara de origem.

Intimem-se

São Paulo, 17 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6119116-82.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
APELANTE: JORGE APARECIDO DE OLIVEIRA
Advogado do(a) APELANTE: MITIKO MARCIA URASHIMA YAMAMOTO - SP73831-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos, etc.

Trata-se de apelação de sentença pela qual foi julgado improcedente o pedido em ação previdenciária que objetivava a concessão do benefício de aposentadoria por idade rural, sob o fundamento de que não restou comprovado o efetivo exercício de atividade rural no período alegado, sendo inadmissível a prova exclusivamente testemunhal. Sem condenação em custas processuais e honorários advocatícios.

Objetiva a parte autora a reforma da sentença alegando, em síntese, que foi trazido aos autos início de prova material, bem como prova testemunhal, comprovando, assim, os requisitos exigidos pelos artigos 48, § 3º, 142 e 143 da Lei nº 8.213/91 para a percepção da aposentadoria por idade rural.

Sem as contrarrazões de apelação, vieram os autos a esta E. Corte.

Após breve relatório, passo a decidir.

Nos termos do artigo 1.011 do CPC/2015, recebo a apelação interposta pelo autor.

Da decisão monocrática

De início, cumpre observar que as matérias veiculadas no caso dos autos já foram objeto de precedentes dos tribunais superiores, julgadas no regime de recursos repetitivos e de repercussão geral, o que autoriza a prolação da presente decisão monocrática, nos termos do artigo 932, IV, “a” e “b”, do Novo Código de Processo Civil de 2015, e da Súmula/STJ nº 568. Nesse sentido:

RESP 1348633/SP (POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DO PERÍODO DE TRABALHO MAIS ANTIGO, DESDE QUE AMPARADO POR CONVINCENTE PROVA TESTEMUNHAL, COLHIDA SOB CONTRADITÓRIO); RESP 1354908/SP (ATIVIDADE RURAL DEVE SER COMPROVADA NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO REQUERIMENTO); SÚMULA 149 DO STJ (VEDAÇÃO DE PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL); REsp 1321493/PR (A APRESENTAÇÃO DE PROVA MATERIAL SOMENTE SOBRE PARTE DO LAPSO TEMPORAL PRETENDIDO NÃO IMPLICA VIOLAÇÃO DA SÚMULA 149/STJ, CUJA APLICAÇÃO É MITIGADA SE A REDUZIDA PROVA MATERIAL FOR COMPLEMENTADA POR IDÔNEA E ROBUSTA PROVA TESTEMUNHAL).

Ressalte-se que o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na nova sistemática processual civil, sendo passível de controle por meio de agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, cumprindo o princípio da colegialidade.

Sendo assim, por estarem presentes os requisitos extraídos das normas fundamentais do Código de Processo Civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente.

Do mérito

O autor, nascido em 01.07.1953, completou 60 (sessenta) anos de idade em 01.07.2013, devendo comprovar 15 (quinze) anos de atividade rural, nos termos dos artigos 142 e 143 da Lei nº 8.213/91, para a obtenção do benefício em epígrafe.

Cumpra esclarecer que, do entendimento combinado dos artigos 2º e 3º da Lei 11.718/08, infere-se que não há estabelecimento de prazo decadencial para a hipótese de aposentadoria rural por idade após 31.12.2010, mas tão somente o estabelecimento de regras específicas a serem aplicadas para a comprovação de atividade rural após este prazo. Nesse sentido, já decidiu a C. Décima Turma, no julgamento da AC 0019725-43.2011.4.03.9999. Rel. Des. Fed. Baptista Pereira. J. 04.10.2011. DJE 13.10.2011, p. 2079.

Por sua vez, de acordo como estabelecido no art. 3º da Lei 11.718/08, a partir de 01.01.2011 há necessidade de recolhimento das contribuições previdenciárias, uma vez que o período de 15 anos a que se refere o artigo 143 da Lei nº 8.213/91 exauriu-se em 31.12.2010, conforme disposto no artigo 2º da Lei nº 11.718/08, que assim dispõe:

"Art. 2º. Para o trabalhador rural empregado, o prazo previsto no art. 143 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, fica prorrogado até o dia 31 de dezembro de 2010."

Entretanto, cabe destacar que, em face do caráter protetivo social de que se reveste a Previdência Social, não se pode exigir do trabalhador campesino o recolhimento de contribuições previdenciárias, quando é de notório conhecimento a informalidade em que suas atividades são desenvolvidas, cumprindo aqui dizer que dentro dessa informalidade se verifica uma pseudo-subordinação, uma vez que a contratação acontece ou diretamente pelo produtor rural ou pelos chamados "gatos", seria retirar desta qualquer possibilidade de auferir o benefício conferido em razão do implemento do requisito etário e do cumprimento da carência. Ademais disso, o trabalhador designado "boia-fria" deve ser equiparado ao empregado rural, uma vez que enquadrá-lo na condição de contribuinte individual seria imputar-lhe a responsabilidade contributiva conferida aos empregadores, os quais são responsáveis pelo recolhimento das contribuições daqueles que lhe prestam serviços. Nesse sentido: AC 837138/SP; TRF3, 9ª Turma; Rel. Es. Fed. Marisa Santos; j. DJ 02.10.2003, p. 235.

Quanto à comprovação da atividade rural, a jurisprudência do E. STJ firmou-se no sentido de que é insuficiente apenas a produção de prova testemunhal para a comprovação de atividade rural, na forma da Súmula 149 - STJ.

No caso em tela, consta dos autos cópia da certidão de casamento (1974), na qual o autor foi qualificado como oleiro e na sua certidão de alistamento militar (1971) como lavrador, constituindo início de prova material de seu labor rural. Trouxe, ainda, sua CTPS, na qual há vínculos de natureza rural nos períodos, alternados, entre 1977 e 1986, constituindo prova plena nos períodos a que se refere, e início razoável de prova material de seu histórico campesino.

As testemunhas ouvidas em Juízo afirmam que conhecem o autor há mais de 55 anos e que ele sempre trabalhou na roça, com serviço braçal, em diversos sítios da região, nas plantações de milho, café, arroz e banana. Informaram, ainda, que ele nunca trabalhou na cidade.

Destaco que os 04 meses que o autor manteve vínculo empregatício de natureza urbana, não elide sua condição de rurícola, eis que é comum o trabalhador com baixa qualificação e residente em regiões limítrofes entre a cidade e o campo alternar o trabalho agrícola e urbano de natureza braçal, havendo, no caso concreto, prova do seu retorno às lides rurais.

Dessa forma, havendo prova material plena e início razoável de prova material corroborada por prova testemunhal, impõe-se reconhecer que a parte autora comprovou o exercício de atividade rural ao tempo do implemento do requisito etário, por período superior ao legalmente exigido.

Assim sendo, tendo o autor completado 60 anos de idade em 01.07.2013, bem como comprovado o exercício de atividade rural ao tempo do implemento do requisito etário, por período superior ao legalmente exigido, consoante os artigos 142 e 143 da Lei n. 8.213/91, é de se conceder a aposentadoria rural por idade.

O termo inicial do benefício deve ser fixado a partir da data do requerimento administrativo (16.07.2018), em conformidade com sólido entendimento jurisprudencial.

A correção monetária e os juros de mora deverão ser calculados de acordo com a lei de regência.

Fixo os honorários advocatícios em 15% (quinze por cento) sobre o valor das prestações vencidas até a presente data, de acordo com o entendimento firmado por esta 10ª Turma, vez que o pedido foi julgado improcedente no Juízo “a quo”.

Diante do exposto, **com fulcro no artigo 932 do CPC, dou provimento à apelação da parte autora para julgar procedente o pedido**, condenando o réu a conceder-lhe o benefício de aposentadoria rural por idade, no valor de 01 (um) salário mínimo, a partir da data do requerimento administrativo. Honorários advocatícios arbitrados em 15% das prestações vencidas até a presente data. As prestações em atraso serão resolvidas em liquidação.

Determino que, independentemente do trânsito em julgado, **comunique-se ao INSS (Gerência Executiva)**, a fim de serem adotadas as providências cabíveis para que seja implantado a parte autora **JORGE APARECIDO DE OLIVEIRA**, o benefício de **APOSENTADORIA RURAL POR IDADE** implantado de imediato, **com data de início - DIB - em 16.07.2018**, no valor de 01 (um) salário mínimo, tendo em vista o *caput* do artigo 497 do Código de Processo Civil.

Decorrido *in albis* o prazo recursal, retornem os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000736-83.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
APELADO: MARILENE DIAS SANTANA BATISTA
Advogado do(a) APELADO: SEBASTIANA OLIVIA NOGUEIRA COSTA - MS10664-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos, etc.

Trata-se de apelação interposta em face de sentença pela qual foi julgado procedente o pedido realizado em ação previdenciária, condenando o INSS a conceder à autora o benefício da aposentadoria rural por idade, no valor de 1 (um) salário mínimo, desde o requerimento administrativo (23.03.2017). Sobre as parcelas em atraso deverá incidir correção monetária pelo IPCA e juros de mora, conforme critérios da Lei nº 11.960/2009. Pela sucumbência, o réu foi condenado ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R\$ 3.500,00. Foi concedida tutela determinando a imediata implantação do benefício.

O benefício foi implantado pelo réu, conforme informações no CNIS.

Em razões de apelação, sustenta o réu que a parte autora não comprovou o efetivo exercício da atividade rural no período imediatamente anterior ao preenchimento do requisito etário, por período suficiente ao cumprimento da carência, sendo inadmissível a prova exclusivamente testemunhal, não havendo nos autos documentos que sirvam como início de prova material do seu labor rural. Subsidiariamente, requer que o termo inicial do benefício seja fixado a partir da data da audiência de instrução, que os juros e correção monetária sejam atualizados nos termos da Lei nº 11.960/09, bem como a exclusão das custas processuais.

Com as contrarrazões, vieram os autos a esta E. Corte.

Após breve relatório, passo a decidir.

Nos termos do artigo 1.011 do CPC/2015, recebo a apelação interposta pelo INSS.

Da decisão monocrática

De início, cumpre observar que as matérias veiculadas no caso dos autos já foram objeto de precedentes dos tribunais superiores, julgadas no regime de recursos repetitivos e de repercussão geral, o que autoriza a prolação da presente decisão monocrática, nos termos do artigo 932, IV, “a” e “b”, do Novo Código de Processo Civil de 2015, e da Súmula/STJ n.º 568. Nesse sentido:

RESP 1348633/SP (POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DO PERÍODO DE TRABALHO MAIS ANTIGO, DESDE QUE AMPARADO POR CONVINCENTE PROVA TESTEMUNHAL, COLHIDA SOB CONTRADITÓRIO); RESP 1354908/SP (ATIVIDADE RURAL DEVE SER COMPROVADA NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO REQUERIMENTO); SÚMULA 149 DO STJ (VEDAÇÃO DE PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL); REsp 1321493/PR (A APRESENTAÇÃO DE PROVA MATERIAL SOMENTE SOBRE PARTE DO LAPSO TEMPORAL PRETENDIDO NÃO IMPLICA VIOLAÇÃO DA SÚMULA 149/STJ, CUJA APLICAÇÃO É MITIGADA SE A REDUZIDA PROVA MATERIAL FOR COMPLEMENTADA POR IDÔNEA E ROBUSTA PROVA TESTEMUNHAL).

Ressalte-se que o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na nova sistemática processual civil, sendo passível de controle por meio de agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, cumprindo o princípio da colegialidade.

Sendo assim, por estarem presentes os requisitos extraídos das normas fundamentais do Código de Processo Civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente.

Da remessa oficial tida por interposta

Retomando o entendimento inicial, aplica-se ao caso o Enunciado da Súmula 490 do E. STJ, que assim dispõe:

A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilícitas.

Do mérito

A autora, nascida em 14.01.1961, completou 55 (cinquenta e cinco) anos de idade em 14.01.2016, devendo comprovar 15 (quinze) anos de atividade rural, nos termos dos artigos 142 e 143 da Lei n. 8.213/91, para a obtenção do benefício em epígrafe.

Cumpra esclarecer que, do entendimento combinado dos artigos 2º e 3º da Lei 11.718/08, infere-se que não há estabelecimento de prazo decadencial para a hipótese de aposentadoria rural por idade após 31.12.2010, mas tão somente o estabelecimento de regras específicas a serem aplicadas para a comprovação de atividade rural após este prazo. Nesse sentido, já decidiu a C. Décima Turma, no julgamento da AC 0019725-43.2011.4.03.9999. Rel. Des. Fed. Baptista Pereira. J. 04.10.2011. DJE 13.10.2011, p. 2079.

Por sua vez, de acordo como estabelecido no art. 3º da Lei 11.718/08, a partir de 01.01.2011 há necessidade de recolhimento das contribuições previdenciárias, uma vez que o período de 15 anos a que se refere o artigo 143 da Lei nº 8.213/91 exauriu-se em 31.12.2010, conforme disposto no artigo 2º da Lei nº 11.718/08, que assim dispõe:

Art. 2º. Para o trabalhador rural empregado, o prazo previsto no art. 143 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, fica prorrogado até o dia 31 de dezembro de 2010.

Entretanto, cabe destacar que, em face do caráter protetivo social de que se reveste a Previdência Social, não se pode exigir do trabalhador camponês o recolhimento de contribuições previdenciárias, quando é de notório conhecimento a informalidade em que suas atividades são desenvolvidas, cumprindo aqui dizer que dentro dessa informalidade se verifica uma pseudo-subordinação, uma vez que a contratação acontece ou diretamente pelo produtor rural ou pelos chamados gatos, seria retirar desta qualquer possibilidade de auferir o benefício conferido em razão do implemento do requisito etário e do cumprimento da carência. Ademais disso, o trabalhador designado boia-fria; deve ser equiparado ao empregado rural, uma vez que enquadrá-lo na condição de contribuinte individual seria imputar-lhe a responsabilidade contributiva conferida aos empregadores, os quais são responsáveis pelo recolhimento das contribuições daqueles que lhe prestam serviços. Nesse sentido: AC 837138/SP; TRF3, 9ª Turma; Rel. Es. Fed. Marisa Santos; j. DJ 02.10.2003, p. 235.

Quanto à comprovação da atividade rural, a jurisprudência do E. STJ firmou-se no sentido de que é insuficiente apenas a produção de prova testemunhal para a comprovação de atividade rural, na forma da Súmula 149 - STJ, in verbis:

A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito de obtenção de benefício previdenciário.

No caso em apreço, a autora trouxe aos autos cópia das certidões de casamento e de nascimento de filhos (1988 e 1996), nas quais o seu marido fora qualificado como lavrador, constituindo início de prova material do histórico camponês do casal.

De outra parte, as testemunhas ouvidas em juízo foram uníssonas no sentido de que conhecem a autora há muitos anos e que ela sempre trabalhou na roça.

Dessa forma, havendo início razoável de prova material corroborado por prova testemunhal idônea, impõe-se reconhecer que a parte autora comprovou o exercício de atividade rural ao tempo do implemento do requisito etário, por período superior ao legalmente exigido.

Assim sendo, tendo a autora completado 55 anos de idade em 14.01.2016, bem como comprovado o exercício de atividade rural ao tempo do implemento do requisito etário, por período superior ao legalmente exigido, consoante os artigos 142 e 143 da Lei n. 8.213/91, é de se conceder a aposentadoria rural por idade.

Mantenho o termo inicial do benefício na data do requerimento administrativo (14.01.2016), conforme entendimento jurisprudencial sedimentado nesse sentido, devendo ser compensadas as parcelas recebidas a título de antecipação de tutela.

A correção monetária e os juros de mora deverão ser calculados de acordo com a lei de regência, observando-se as teses firmadas pelo E.STF no julgamento do RE 870.947, realizado em 20.09.2017. Quanto aos juros de mora será observado o índice de remuneração da caderneta de poupança a partir de 30.06.2009.

Tendo em vista o trabalho adicional do patrono da parte autora em grau recursal, nos termos do artigo 85, § 11, do Novo Código de Processo Civil de 2015, fixo os honorários advocatícios em R\$ 3800,00.

No que tange à exclusão do pagamento de custas processuais, destaco que no Estado do Mato Grosso do Sul, a isenção era conferida ao INSS pelas Leis nºs 1.936/98 e 2.185/2000. Atualmente, no entanto, vige a Lei Estadual/MS nº 3.779, de 11.11.2009, que prevê expressamente o pagamento de custas pela autarquia previdenciária, as quais devem ser recolhidas ao final do feito, pela parte vencida, em consonância com o artigo 27 do Código de Processo Civil.

As parcelas recebidas a título de antecipação de tutela serão compensadas em liquidação de sentença.

Diante do exposto, com fulcro no artigo 902 do CPC, **nego provimento à apelação do INSS e à remessa oficial tida por interposta.**

Decorrido in albis o prazo recursal, retornemos autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 6077535-87.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: ANITA RIBEIRO DOS SANTOS MARANGONI
Advogado do(a) APELADO: JOAQUIM ARTUR FRANCISCO SABINO - SP119281-N
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos, etc.

Trata-se de apelação interposta em face de sentença que julgou parcialmente procedente o pedido formulado em ação previdenciária, para reconhecer o período de atividade rural em regime de economia familiar, de 14.01.1976 a 23.07.1991, bem como condenar o réu a conceder à autora o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, a partir da data do requerimento administrativo (05.12.2017). As prestações em atraso serão corrigidas monetariamente pelo INPC, com acréscimo de juros de mora na forma da Lei n. 11.960/09. Pela sucumbência, o réu foi condenado ao pagamento dos honorários de sucumbência fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor das prestações vencidas até a data da sentença. Sem custas.

O réu apelante requer a reforma da sentença, ao argumento de que não restou efetivamente comprovado o exercício de atividade rural em regime de economia familiar, especialmente no período anterior ao casamento, sendo inadmissível a prova exclusivamente testemunhal. Aduz, assim, que a autora não preenche os requisitos para a concessão do benefício almejado. Subsidiariamente, requer sejam observados os critérios de correção monetária previstos pela Lei n. 11.960/09, bem como a fixação do termo inicial do benefício a partir da data da citação.

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

Após breve relatório, passo a decidir.

Nos termos do artigo 1.011 do CPC, recebo a apelação interposta pelo INSS.

Da decisão monocrática

De início, cumpre observar que as matérias veiculadas no caso dos autos já foram objeto de precedentes dos tribunais superiores, julgadas no regime de recursos repetitivos e de repercussão geral, o que autoriza a prolação da presente decisão monocrática, nos termos do artigo 932, IV, “a” e “b”, do Novo Código de Processo Civil de 2015, e da Súmula/STJ n.º 568. Nesse sentido:

RESP 1348633/SP (POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DO PERÍODO DE TRABALHO MAIS ANTIGO, DESDE QUE AMPARADO POR CONVINCENTE PROVA TESTEMUNHAL, COLHIDA SOB CONTRADITÓRIO); RESP 1354908/SP (ATIVIDADE RURAL DEVE SER COMPROVADA NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO REQUERIMENTO); SÚMULA 149 DO STJ (VEDAÇÃO DE PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL; REsp 1321493/PR (A APRESENTAÇÃO DE PROVA MATERIAL SOMENTE SOBRE PARTE DO LAPSO TEMPORAL PRETENDIDO NÃO IMPLICA VIOLAÇÃO DA SÚMULA 149/STJ, CUJA APLICAÇÃO É MITIGADA SE A REDUZIDA PROVA MATERIAL FOR COMPLEMENTADA POR IDÔNEA E ROBUSTA PROVA TESTEMUNHAL).

Ressalte-se que o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na nova sistemática processual civil, sendo passível de controle por meio de agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, cumprindo o princípio da colegialidade.

Sendo assim, por estarem presentes os requisitos extraídos das normas fundamentais do Código de Processo Civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente.

Da remessa oficial tida por interposta

Retomando posicionamento anterior, tenho por interposta a remessa oficial, nos termos da Súmula n. 490 do C. STJ, por se tratar de sentença íliquida.

Do mérito

Na petição inicial, busca a autora, nascida em 14.01.1964, o reconhecimento de atividade rural em regime de economia familiar, desde os onze anos de idade, em 14.01.1975, até 31.12.1993. Em consequência, requer a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, a partir da data do requerimento administrativo efetuado em 05.12.2017.

A jurisprudência do E. STJ firmou-se no sentido de que é insuficiente apenas a produção de prova testemunhal para a comprovação de atividade rural, na forma da Súmula 149 - STJ, *in verbis*:

A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito de obtenção de benefício previdenciário.

No caso, a autora trouxe aos autos os seguintes documentos: (i) certidão de casamento contraído em 13.04.1985, na qual seu cônjuge fora qualificado como *lavrador*; revelando o domicílio da autora na Fazenda São João da Boa Sorte; (ii) Declaração Cadastral de Produtor Rural (1986, 1988, 1994); (iii) Pedidos de Talonários de Produtor Rural (1980, 1986, 1988, 1991); (iv) Notas Fiscais de Produtor Rural (1980/1993) e (v) Notas de Crédito Rural (1986/1987). Tais documentos constituem início razoável de prova material de seu labor agrícola.

Observo que, muito embora tais documentos sejam contemporâneos ao período posterior ao casamento, a certidão de casamento revela que a autora residia, anteriormente, com seus pais, na Fazenda São João da Boa Sorte, tal como alegado. Anoto, ainda, que os dados do CNIS demonstram que seu genitor, o Sr. Fernandes Ribeiro dos Santos, é beneficiário de aposentadoria por velhice de trabalhador rural.

De outra parte, as testemunhas ouvidas em Juízo corroboraram o quanto alegado. A testemunha *Genésio Pupim Pizzoleto* declarou que conhece a autora há mais de 50 (cinquenta) anos, quando ela ainda era criança; disse que a autora trabalhou na propriedade de seus pais, juntamente com a família; a autora começou a trabalhar com 11 (onze) anos; a família da autora era meeira na plantação de café; a autora permaneceu na propriedade de seu pai até 1984, quando então se casou e foi morar na propriedade de Osáudio Pupim; o Sr. Osáudio é seu tio; nesta propriedade a autora realizava o mesmo tipo de trabalho, ou seja, parceria de café; a autora ficou na propriedade de seu tio por cerca de 10 (dez) anos; atualmente a autora trabalha como empregada doméstica. A testemunha *Zélio Oércio Pupim* afirmou que conhece a autora há muito tempo, desde quando ela e a família dela moravam na propriedade de seu tio *Ângelo Pissoleto*; a família da autora era empregada de seu tio; quando a autora se casou, ela e o marido foram morar na propriedade de seu pai Osáudio; a autora sempre ajudou a tocar a lavoura de café; na propriedade de seu pai, ela e o esposo eram meeiros; disse que a autora ficou na propriedade de seus pais até 1993; a autora sempre trabalhou em atividades rurais ligadas a lavoura de café.

Conforme entendimento desta 10ª Turma é possível a averbação de atividade rural, a partir dos doze anos de idade, uma vez que a Constituição da República de 1967, no artigo 158, inciso X, passou a admitir ter o menor com 12 anos aptidão física para o trabalho braçal.

A orientação colegiada é pacífica no sentido de que razoável início de prova material não se confunde com prova plena, ou seja, constitui indício que deve ser complementado pela prova testemunhal quanto à totalidade do interregno que se pretende ver reconhecido. Portanto, os documentos apresentados, complementados por prova testemunhal idônea, comprovam o labor rural antes das datas neles assinaladas.

Dessa forma, ante o conjunto probatório, tenho de ser mantido o reconhecimento do labor rural da autora no intervalo de **14.01.1976 a 23.07.1991**, devendo ser procedida à contagem de tempo de serviço cumprido no citado interregno, independentemente do recolhimento das respectivas contribuições previdenciárias, exceto para efeito de carência, nos termos do art. 55, parágrafo 2º, da Lei 8.213/91.

Somados o período de atividade rural ora reconhecido aos demais períodos incontroversos, a autora totaliza **15 anos, 06 meses e 10 dias de tempo de serviço até 15.12.1998 e 30 anos, 06 meses e 22 dias de tempo de serviço** até a data do requerimento administrativo, em 05.12.2017, conforme planilha elaborada, parte integrante da presente decisão.

Esclareço que a autora cumpriu o requisito da carência, comprovados 182 (cento e oitenta e duas) contribuições mensais.

Insta ressaltar que o art. 201, §7º, inciso I, da Constituição da República de 1988, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98, garante o direito à aposentadoria integral, independentemente de idade mínima, àquela que completou 30 anos de tempo de serviço.

Dessa forma, a autora faz jus à aposentadoria integral por tempo de contribuição, calculado nos termos do art. 29, I, da Lei 8.213/91, na redação dada pela Lei 9.876/99, tendo em vista que cumpriu os requisitos necessários à jubilação após o advento da E.C. nº 20/98 e Lei 9.876/99.

O termo inicial do benefício deve ser mantido a partir da data do requerimento administrativo (05.12.2017), em conformidade com sólido entendimento jurisprudencial, eis que a autora já havia implementado os requisitos à aposentação.

A correção monetária e os juros de mora deverão ser calculados de acordo com a lei de regência, observando-se as teses firmadas pelo E. STF no julgamento do RE 870.947, realizado em 20.09.2017. Quanto aos juros de mora será observado o índice de remuneração da caderneta de poupança a partir de 30.06.2009.

Tendo em vista o trabalho adicional do patrono da parte autora em grau recursal, a teor do disposto no artigo 85, § 11, do Novo Código de Processo Civil de 2015, os honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento), deverão incidir sobre o valor das prestações vencidas até a data da presente decisão, em conformidade com entendimento desta Décima Turma.

As autarquias são isentas das custas processuais (artigo 4º, inciso I da Lei 9.289/96), porém devem reembolsar, quando vencidas, as despesas judiciais feitas pela parte vencedora (artigo 4º, parágrafo único).

As parcelas em atraso serão resolvidas em fase de liquidação de sentença.

Diante do exposto, **nos termos do artigo 932 do CPC, nego provimento à remessa oficial tida por interposta e à apelação do INSS.**

Determino que independentemente do trânsito em julgado, comunique-se ao INSS (Gerência Executiva), a fim de serem adotadas as providências cabíveis para que seja implantado a parte autora **ANITA RIBEIRO DOS SANTOS MARANGONI**, o benefício de **APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO INTEGRAL**, com data de início - **DIB em 05.12.2017**, com renda mensal inicial a ser calculada pelo INSS, nos termos do artigo 497, *caput*, do CPC.

Decorrido *in albis* o prazo recursal, retornemos os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6152837-25.2019.4.03.9999

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

APELANTE: FRANCISCA VITOR VIGETA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) APELANTE: TADASHI MURAKAWA - SP213322-N

Advogado do(a) APELANTE: ANDREA TERLIZZI SILVEIRA - SP194936-N

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, FRANCISCA VITOR VIGETA

Advogado do(a) APELADO: TADASHI MURAKAWA - SP213322-N

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos, etc.

Trata-se de apelações interpostas em face de sentença que julgou parcialmente procedente o pedido formulado em ação previdenciária, para determinar a averbação, para todos os fins, do período trabalhado pela parte autora, na condição de trabalhadora rural, de 07.08.1971 a 15.02.1980, julgando improcedente o pedido de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição. Diante da sucumbência recíproca, cada parte arcará com os honorários advocatícios de seus respectivos patronos. Não houve condenação em custas processuais.

O réu apelante, em suas razões, alega que não restou comprovado, por início razoável de prova material, o período de atividade rural reconhecido, sendo inadmissível a prova exclusivamente testemunhal. Subsidiariamente, requer sejam observados os critérios de correção monetária e juros de mora previstos na Lei n. 11.960/09.

Em sua apelação, busca a autora a reforma da sentença alegando, em síntese, que restou comprovado o exercício de atividade rural exercido em regime de economia familiar no período de 27.06.1984 a 31.01.1996, de modo que faz jus à concessão da aposentadoria por tempo de contribuição, a partir da data do requerimento administrativo, efetuado em 26.12.2017.

Com as contrarrazões da parte autora, vieram os autos a esta Corte.

Após breve relatório, passo a decidir:

Nos termos do artigo 1.011 do CPC, recebo os recursos de apelação interpostos pelo INSS e pela autora.

Da decisão monocrática

De início, cumpre observar que as matérias veiculadas no caso dos autos já foram objeto de precedentes dos tribunais superiores, julgadas no regime de recursos repetitivos e de repercussão geral, o que autoriza a prolação da presente decisão monocrática, nos termos do artigo 932, IV, “a” e “b”, do Novo Código de Processo Civil de 2015, e da Súmula/STJ n.º 568. Nesse sentido:

RESP 1348633/SP (POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DO PERÍODO DE TRABALHO MAIS ANTIGO, DESDE QUE AMPARADO POR CONVINCENTE PROVA TESTEMUNHAL, COLHIDA SOB CONTRADITÓRIO); RESP 1354908/SP (ATIVIDADE RURAL DEVE SER COMPROVADA NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO REQUERIMENTO); SÚMULA 149 DO STJ (VEDAÇÃO DE PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL; REsp 1321493/PR (A APRESENTAÇÃO DE PROVA MATERIAL SOMENTE SOBRE PARTE DO LAPSO TEMPORAL PRETENDIDO NÃO IMPLICA VIOLAÇÃO DA SÚMULA 149/STJ, CUJA APLICAÇÃO É MITIGADA SE A REDUZIDA PROVA MATERIAL FOR COMPLEMENTADA POR IDÔNEA E ROBUSTA PROVA TESTEMUNHAL).

Ressalte-se que o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na nova sistemática processual civil, sendo passível de controle por meio de agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, cumprindo o princípio da colegialidade.

Sendo assim, por estarem presentes os requisitos extraídos das normas fundamentais do Código de Processo Civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente.

Do mérito

Na petição inicial, busca a autora, nascida em 06.08.1959, o reconhecimento de atividade rural em regime de economia familiar nos períodos de 07.08.1971 a 15.02.1980 e 27.06.1984 a 31.01.1996, bem como a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, a partir da data do requerimento administrativo efetuado em 26.12.2017.

A jurisprudência do E. STJ firmou-se no sentido de que é insuficiente apenas a produção de prova testemunhal para a comprovação de atividade rural, na forma da Súmula 149 - STJ, *in verbis*:

A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito de obtenção de benefício previdenciário.

No caso em apreço, a autora apresentou certidão de casamento de seus genitores no ano de 1950, certidão de nascimento (1959) e cópias de livro de registro escolar, relativas ao ano de 1967, documentos nos quais seu genitor fora qualificado como *lavrador*. Trouxe, também, certidão de casamento contraído em 17.05.1980, em que seu cônjuge fora qualificado como *lavrador*. Tais documentos constituem, em tese, início razoável de prova material de seu labor agrícola.

Por seu turno, as testemunhas ouvidas em Juízo foram coerentes e harmônicas no sentido de que conhecem a autora desde a infância e que ela já trabalhava na roça ao lado dos pais, na Fazenda Macaúba, em regime de economia familiar. Afirmaram, também, que ela se mudou para a cidade após o casamento, tendo retornado para a fazenda após uns quatro anos, aproximadamente, voltando a trabalhar na roça.

Observa-se, no entanto, que os dados do CNIS revelam que o cônjuge da demandante passou a exercer atividade urbana, após o ano de 1980, de modo que não há nos autos início razoável de prova material do exercício de atividade rural relativamente ao período de 1984/1996.

Conforme entendimento desta 10ª Turma é possível a averbação de atividade rural, a partir dos doze anos de idade, uma vez que a Constituição da República de 1967, no artigo 158, inciso X, passou a admitir ter o menor com 12 anos aptidão física para o trabalho braçal.

Dessa forma, ante o conjunto probatório, deve ser mantido o reconhecimento do labor rural da autora, no período de **07.08.1971 a 15.02.1980**, devendo ser procedida à contagem de tempo de serviço cumprido nos citados interregnos, independentemente do recolhimento das respectivas contribuições previdenciárias, exceto para efeito de carência, nos termos do art. 55, parágrafo 2º, da Lei 8.213/91.

Somados o período de atividade rural ora reconhecidos aos demais períodos incontroversos, a autora totaliza **09 anos, 11 meses e 28 dias de tempo de serviço até 15.12.1998 e 25 anos, 11 meses e 28 dias de tempo de serviço** até a data do requerimento administrativo, em 26.12.2017, conforme planilha elaborada, parte integrante da presente decisão.

Observo, no entanto, que apesar de comprovado o período de carência, a autora não cumpriu o pedágio exigido pela Lei n. 9.876/99, correspondente, no caso, a 06 anos e 01 dia, de modo que não faz jus à aposentação, nem mesmo em sua modalidade proporcional.

Assinalo que não merece ser conhecido o apelo do réu no que tange aos critérios de correção monetária, uma vez que não houve condenação pecuniária.

Destaco, por fim, que os dados do CNIS revelam a concessão de aposentadoria por idade à autora, com DIB em 12.08.2019.

Tendo em vista a interposição de recursos de ambas as partes, mantidos os honorários advocatícios na forma fixada pela sentença.

Diante do exposto, **nos termos do artigo 932 do CPC, não conheço de parte da apelação do INSS e, na parte conhecida, nego-lhe provimento, bem como nego provimento à apelação da autora.**

Determino que independentemente do trânsito em julgado, comunique-se ao INSS (Gerência Executiva), a fim de serem adotadas as providências cabíveis para que seja imediatamente averbado à parte autora **FRANCISCA VITOR VIGETA**, o período de atividade rural de **07.08.1971 a 15.02.1980**, independentemente do recolhimento das contribuições previdenciárias, exceto para efeito de carência, nos termos do artigo 497, *caput*, do CPC.

Decorrido *in albis* o prazo recursal, retornem os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 6210738-48.2019.4.03.9999

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

APELANTE: MARCIA MORAIS NASCIMENTO

Advogado do(a) APELANTE: SANDRA ELI APARECIDA GRITTI DE LIMA - SP292072-N

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos, etc.

Trata-se de apelação interposta em face de sentença que julgou improcedente pedido formulado em ação previdenciária, em que busca a parte autora o restabelecimento do benefício previdenciário de pensão por morte decorrente do falecimento de seu companheiro, ocorrido em 10.09.2018, cessado em virtude do disposto no 77, § 2º, inc. V, b, da Lei nº 8.213/1991, incluído pela Lei nº 13.135/2015. A demandante foi condenada ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% sobre o valor atualizado da causa, observada a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita.

Em suas razões recursais, alega autora, em síntese, que trouxe aos autos escritura pública que comprova que manteve com o falecido união estável por mais de dois anos, a qual foi confirmada pela prova testemunhal produzida no curso da instrução processual. Pugna pela antecipação dos efeitos da tutela e pelo restabelecimento da pensão por morte, pelo prazo de quinze anos, nos termos do artigo 77, V, letra c, 4 da Lei 8.213/91.

Sem contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

É o breve relatório. Decido.

Recebo a apelação da parte autora, na forma do artigo 1.011 do CPC.

Da decisão monocrática.

De início, ressalte-se que o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na nova sistemática processual civil, sendo passível de controle por meio de agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, cumprindo o princípio da colegialidade.

Ademais, estabelece a Súmula nº 568 do STJ:

O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema. (Súmula 568, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/03/2016, DJe 17/03/2016).

Sendo assim, por estarem presentes os requisitos extraídos das normas fundamentais do Código de Processo Civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente.

Do mérito.

Busca a parte autora o restabelecimento do benefício de pensão por morte, na qualidade de companheira de Gilmar Lixandrão, falecido em 10.09.2018, consoante a certidão de óbito acostada aos autos.

A qualidade de segurado do *de cuius* é incontroversa, uma vez que o benefício já havia sido instituído em favor da demandante, porém foi cessado após 04 (quatro) meses, em 10.01.2019, a teor do disposto no artigo 77, § 2º, inc. V, b, da Lei nº 8.213/1991, incluído pela Lei nº 13.135/2015.

Ocorre que, *in casu*, o óbito ocorreu em 10.09.2018, ou seja, na vigência da Lei nº 13.135/2015, que, dentre outras inovações promovidas em relação à pensão por morte, passou a estabelecer, em seu art. 77, § 2º, inciso V, "b", que esse benefício cessará após o decurso de 04 (quatro) meses para o cônjuge ou companheiro se o casamento ou a união estável tiverem sido iniciados em menos de 02 (dois) anos antes do óbito do segurado.

Com esteio nessa nova norma, o INSS cessou o benefício, considerando que a escritura pública de declaração de união estável da autora e do *de cuius* foi lavrada em 13.08.2018, e que, até o óbito do instituidor, em 10.09.2018, transcorreram menos de 02 anos.

Com a presente demanda, a autora sustenta que seu benefício não deveria ter sido cessado, pois, na verdade, já convivia maritalmente como *de cuius* desde antes de formalizar a relação.

A alegação da autora restou demonstrada nos autos. Com efeito, foi apresentada escritura pública de declaração, firmada por ela e pelo *de cuius* em 13.08.2018, na qual resta consignado que eles já viviam como se casados fossem há mais de dois anos da lavratura do documento.

A seu turno, as testemunhas ouvidas no curso da instrução processual foram categóricas ao afirmar que a demandante e o *de cuius* já moraram juntos, comportando-se como marido e mulher, durante cinco anos.

Importante ressaltar que, até o advento da Medida Provisória nº 871, de 18.01.2019, a comprovação da união estável podia ser feita por qualquer meio probatório, não prevendo a legislação uma forma específica.

Tendo em vista que a lei aplicável à pensão por morte é aquela vigente à época do óbito, momento no qual se verificou a ocorrência do fato com aptidão, em tese, para gerar o direito da autora ao benefício vindicado, não há que se falar, *in casu*, em aplicação das disposições da referida Medida Provisória.

Ante a comprovação de que a relação marital entre a autora e o falecido foi iniciada em mais de dois anos antes do óbito do segurado, faz aquela jus à pensão por quinze anos, visto que contava com 40 anos na data do evento morte do instituidor, nos termos do artigo 77, § 2º, V, c, 4, da Lei nº 8.213/91.

O benefício deve ser restabelecido desde a cessação em 10.01.2019.

A correção monetária e os juros de mora deverão ser calculados de acordo com a lei de regência.

Honorários advocatícios arbitrados em 15% das parcelas vencidas até a presente data, consoante o entendimento desta Turma, tendo em vista que o pedido foi julgado improcedente em primeiro grau de jurisdição.

As autarquias são isentas das custas processuais (artigo 4º, inciso I da Lei 9.289/96), porém devem reembolsar, quando vencidas, as despesas judiciais feitas pela parte vencedora (artigo 4º, parágrafo único).

Diante do exposto, nos termos do artigo 932 do CPC, **dou provimento à apelação da parte autora, para julgar procedente o pedido**, a fim de condenar o INSS a restabelecer o benefício de pensão por morte concedido à autora em decorrência do falecimento de Gilmar Lixandrão, ocorrido em 10.09.2018, a contar da data da cessação indevida (10.01.2019). O benefício é devido por 15 anos a contar da concessão (10.09.2018). As prestações em atraso serão resolvidas em liquidação se sentença.

Determino que, independentemente do trânsito em julgado, **comunique-se ao INSS (Gerência Executiva)**, a fim de serem adotadas as providências cabíveis para que seja reimplantado a partir de 10.01.2019, em favor da parte autora **MARCIA MORAIS NASCIMENTO (DIB10.09.2018)** o benefício de **PENSÃO POR MORTE** NB 21/190.179.558-3, em valor a ser calculado pelo INSS, tendo em vista o *caput* do artigo 497 do CPC.

Decorrido o prazo recursal, remetam-se os autos ao Juízo de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 6118011-70.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
APELANTE: BENEDITA PINTO DA SILVA
Advogado do(a) APELANTE: YURI CEZARE VILELA - SP360506-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos, etc.

Trata-se de apelação de sentença pela qual foi julgado improcedente o pedido realizado em ação previdenciária que visava à concessão do benefício da aposentadoria rural por idade, sob o fundamento de que não houve comprovação do exercício da atividade campesina por parte da autora no período imediatamente anterior ao cumprimento do requisito etário. Houve condenação em custas e honorários advocatícios fixados em R\$ 300,00 (trezentos reais), observada a concessão da gratuidade de justiça de que é beneficiária.

A parte autora, em razões de recurso, requer a reforma da r. sentença alegando, em síntese, que foi trazido aos autos início de prova material, bem como prova testemunhal, comprovando assim os requisitos exigidos pelos artigos 142 e 143 da Lei nº 8.213/91 para a percepção do benefício almejado.

Sem contrarrazões de apelação pelo INSS, vieram os autos a esta E. Corte.

Após breve relatório, passo a decidir.

Nos termos do art. 1011 do CPC/2015, recebo a apelação da parte autora.

Da decisão monocrática

De início, cumpre observar que as matérias veiculadas no caso dos autos já foram objeto de precedentes dos tribunais superiores, julgadas no regime de recursos repetitivos e de repercussão geral, o que autoriza a prolação da presente decisão monocrática, nos termos do artigo 932, IV, "a" e "b", do Novo Código de Processo Civil de 2015, e da Súmula/STJ n.º 568. Nesse sentido:

RESP 1348633/SP (POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DO PERÍODO DE TRABALHO MAIS ANTIGO, DESDE QUE AMPARADO POR CONVINCENTE PROVA TESTEMUNHAL, COLHIDA SOB CONTRADITÓRIO); RESP 1354908/SP (ATIVIDADE RURAL DEVE SER COMPROVADA NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO REQUERIMENTO); SÚMULA 149 DO STJ (VEDAÇÃO DE PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL; REsp 1321493/PR (A APRESENTAÇÃO DE PROVA MATERIAL SOMENTE SOBRE PARTE DO LAPSO TEMPORAL PRETENDIDO NÃO IMPLICA VIOLAÇÃO DA SÚMULA 149/STJ, CUJA APLICAÇÃO É MITIGADA SE A REDUZIDA PROVA MATERIAL FOR COMPLEMENTADA POR IDÔNEA E ROBUSTA PROVA TESTEMUNHAL).

Ressalte-se que o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na nova sistemática processual civil, sendo passível de controle por meio de agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, cumprindo o princípio da colegialidade.

Sendo assim, por estarem presentes os requisitos extraídos das normas fundamentais do Código de Processo Civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente.

Do mérito

A autora, nascida em 16.10.1961, completou 55 anos de idade em 16.10.2016, devendo, assim, comprovar 15 (quinze) anos de atividade rural, nos termos dos arts. 142 e 143 da Lei n. 8.213/91, para a obtenção do benefício em epígrafe.

Cumpra esclarecer que, do entendimento combinado dos artigos 2º e 3º da Lei 11.718/08, infere-se que não há estabelecimento de prazo decadencial para a hipótese de aposentadoria rural por idade após 31.12.2010, mas tão somente o estabelecimento de regras específicas a serem aplicadas para a comprovação de atividade rural após este prazo. Nesse sentido, já decidiu a C. Décima Turma, no julgamento da AC 0019725-43.2011.4.03.9999. Rel. Des. Fed. Baptista Pereira. J. 04.10.2011. DJE 13.10.2011, p. 2079.

Por sua vez, de acordo como estabelecido no art. 3º da Lei 11.718/08, a partir de 01.01.2011 há necessidade de recolhimento das contribuições previdenciárias, uma vez que o período de 15 anos a que se refere o artigo 143 da Lei nº 8.213/91 exauriu-se em 31.12.2010, conforme disposto no artigo 2º da Lei nº 11.718/08, que assim dispõe:

"Art. 2º. Para o trabalhador rural empregado, o prazo previsto no art. 143 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, fica prorrogado até o dia 31 de dezembro de 2010."

Entretanto, cabe destacar que, em face do caráter protetivo social de que se reveste a Previdência Social, não se pode exigir do trabalhador campesino o recolhimento de contribuições previdenciárias, quando é de notório conhecimento a informalidade em que suas atividades são desenvolvidas, cumprindo aqui dizer que dentro dessa informalidade se verifica uma pseudo-subordinação, uma vez que a contratação acontece ou diretamente pelo produtor rural ou pelos chamados "gatos", seria retirar desta qualquer possibilidade de auferir o benefício conferido em razão do implemento do requisito etário e do cumprimento da carência. Ademais disso, o trabalhador designado "boia-fria" deve ser equiparado ao empregado rural, uma vez que enquadrá-lo na condição de contribuinte individual seria imputar-lhe a responsabilidade contributiva conferida aos empregadores, os quais são responsáveis pelo recolhimento das contribuições daqueles que lhe prestam serviços. Nesse sentido: AC 837138/SP; TRF3, 9ª Turma; Rel. Es. Fed. Marisa Santos; j. DJ 02.10.2003, p. 235.

Quanto à comprovação da atividade rural, a jurisprudência do E. STJ firmou-se no sentido de que é insuficiente apenas a produção de prova testemunhal para a comprovação de atividade rural, na forma da Súmula 149 - STJ, *in verbis*:

A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito de obtenção de benefício previdenciário.

No caso em tela, a requerente acostou aos autos cópia de sua CTPS, com diversos vínculos de natureza rural, alternados, entre 1979 e 2012, constituindo prova plena no período a que se refere, e início razoável de prova material de seu histórico rural.

De outra parte, a testemunha ouvida em Juízo afirmou que conhece a demandante há 40 anos e que ela sempre trabalhou na roça. Informou, ainda, que morava próximo dela e que sempre viu ela se dirigindo para lavoura.

Dessa forma, havendo prova material plena e início razoável de prova material corroborada por prova testemunhal, impõe-se reconhecer que a parte autora comprovou o exercício de atividade rural ao tempo do implemento do requisito etário, por período superior ao legalmente exigido.

Assim sendo, tendo a autora completado 55 anos de idade em 16.10.2016, bem como comprovado o exercício de atividade rural ao tempo do implemento do requisito etário, por período superior ao legalmente exigido, consoante os artigos 142 e 143 da Lei n. 8.213/91, é de se conceder a aposentadoria rural por idade.

Fixo o termo inicial do benefício na data do requerimento administrativo (25.04.2017), conforme entendimento jurisprudencial sedimentado nesse sentido.

Os juros de mora e correção monetária deverão ser calculados pela lei de regência.

Fixo os honorários advocatícios em 15% sobre o valor das parcelas vencidas até a presente data, nos termos da Súmula 111 do STJ, eis que o pedido foi julgado improcedente no juízo *a quo*, e de acordo com o entendimento firmado por esta 10ª Turma.

As autarquias são isentas das custas processuais (artigo 4º, inciso I da Lei 9.289/96), devendo reembolsar, quando vencidas, as despesas judiciais feitas pela parte vencedora (artigo 4º, parágrafo único).

Diante do exposto, com fulcro no artigo 932 do CPC, **dou provimento à apelação da autora**, para julgar procedente o seu pedido, condenando o réu a conceder-lhe o benefício de aposentadoria rural por idade, no valor de 01 (um) salário mínimo, a partir da data do requerimento administrativo (25.04.2017). Honorários advocatícios arbitrados em 15% das prestações vencidas até a presente data. As prestações em atraso serão resolvidas em liquidação de sentença.

Determino que independentemente do trânsito em julgado, **comunique-se ao INSS (Gerência Executiva)**, a fim de serem adotadas as providências cabíveis para que seja **implantado** à parte **BENEDITA PINTO DA SILVA** o benefício de **APOSENTADORIA RURAL POR IDADE**, com data de início - **DIB em 25.04.2017**, no valor de um salário mínimo, tendo em vista o "caput" do artigo 497 do CPC de 2015.

Decorrido *in albis* o prazo recursal, retornemos os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6090854-25.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
SUCESSOR: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
SUCESSOR: ROSILDA JORGE DOMINGUES DE OLIVEIRA
Advogado do(a) SUCESSOR: ANDREIA OLIVEIRA - SP282492-N
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos, etc.

Trata-se de apelação interposta em face de sentença pela qual foi julgado procedente o pedido realizado em ação previdenciária, condenando o INSS a conceder à autora o benefício da aposentadoria rural por idade, no valor de 1 (um) salário mínimo, desde o requerimento administrativo. Sobre as parcelas em atraso deverá incidir correção monetária, conforme critérios adotados por esta Corte e juros de mora, de acordo com a Lei nº 11.960/2009. Pela sucumbência, o réu foi condenado ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o total das prestações vencidas até a data da sentença, nos termos da Súmula 111 do STJ.

Em razão de apelação, sustenta o réu que a parte autora não comprovou o efetivo exercício da atividade rural no período imediatamente anterior ao preenchimento do requisito etário, por período suficiente ao cumprimento da carência, sendo inadmissível a prova exclusivamente testemunhal, não havendo nos autos documentos que sirvam como início de prova material do seu labor rural.

Com as contrarrazões, vieram os autos a esta E. Corte.

Após breve relatório, passo a decidir.

Nos termos do artigo 1.011 do CPC/2015, recebo a apelação interposta pelo INSS.

Da decisão monocrática

De início, cumpre observar que as matérias veiculadas no caso dos autos já foram objeto de precedentes dos tribunais superiores, julgadas no regime de recursos repetitivos e de repercussão geral, o que autoriza a prolação da presente decisão monocrática, nos termos do artigo 932, IV, “a” e “b”, do Novo Código de Processo Civil de 2015, e da Súmula/STJ n.º 568. Nesse sentido:

RESP 1348633/SP (POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DO PERÍODO DE TRABALHO MAIS ANTIGO, DESDE QUE AMPARADO POR CONVINCENTE PROVA TESTEMUNHAL, COLHIDA SOB CONTRADITÓRIO); RESP 1354908/SP (ATIVIDADE RURAL DEVE SER COMPROVADA NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO REQUERIMENTO); SÚMULA 149 DO STJ (VEDAÇÃO DE PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL); REsp 1321493/PR (A APRESENTAÇÃO DE PROVA MATERIAL SOMENTE SOBRE PARTE DO LAPSO TEMPORAL PRETENDIDO NÃO IMPLICA VIOLAÇÃO DA SÚMULA 149/STJ, CUJA APLICAÇÃO É MITIGADA SE A REDUZIDA PROVA MATERIAL FOR COMPLEMENTADA POR IDÔNEA E ROBUSTA PROVA TESTEMUNHAL).

Ressalte-se que o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na nova sistemática processual civil, sendo passível de controle por meio de agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, cumprindo o princípio da colegialidade.

Sendo assim, por estarem presentes os requisitos extraídos das normas fundamentais do Código de Processo Civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente.

Da remessa oficial tida por interposta

Retomando o entendimento inicial, aplica-se ao caso o Enunciado da Súmula 490 do E. STJ, que assim dispõe:

A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas.

Do mérito

A autora, nascida em 02.04.1962, completou 55 (cinquenta e cinco) anos de idade em 02.04.2017, devendo comprovar 15 (quinze) anos de atividade rural, nos termos dos artigos 142 e 143 da Lei n. 8.213/91, para a obtenção do benefício em epígrafe.

Cumpra esclarecer que, do entendimento combinado dos artigos 2º e 3º da Lei 11.718/08, infere-se que não há estabelecimento de prazo decadencial para a hipótese de aposentadoria rural por idade após 31.12.2010, mas tão somente o estabelecimento de regras específicas a serem aplicadas para a comprovação de atividade rural após este prazo. Nesse sentido, já decidiu a C. Décima Turma, no julgamento da AC 0019725-43.2011.4.03.9999. Rel. Des. Fed. Baptista Pereira. J. 04.10.2011. DJE 13.10.2011, p. 2079.

Por sua vez, de acordo como estabelecido no art. 3º da Lei 11.718/08, a partir de 01.01.2011 há necessidade de recolhimento das contribuições previdenciárias, uma vez que o período de 15 anos a que se refere o artigo 143 da Lei nº 8.213/91 exauriu-se em 31.12.2010, conforme disposto no artigo 2º da Lei nº 11.718/08, que assim dispõe:

Art. 2º. Para o trabalhador rural empregado, o prazo previsto no art. 143 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, fica prorrogado até o dia 31 de dezembro de 2010.

Entretanto, cabe destacar que, em face do caráter protetivo social de que se reveste a Previdência Social, não se pode exigir do trabalhador camponês o recolhimento de contribuições previdenciárias, quando é de notório conhecimento a informalidade em que suas atividades são desenvolvidas, cumprindo aqui dizer que dentro dessa informalidade se verifica uma pseudo-subordinação, uma vez que a contratação acontece ou diretamente pelo produtor rural ou pelos chamados gatos, seria retirar desta qualquer possibilidade de auferir o benefício conferido em razão do implemento do requisito etário e do cumprimento da carência. Ademais disso, o trabalhador designado boia-fria; deve ser equiparado ao empregado rural, uma vez que enquadrá-lo na condição de contribuinte individual seria imputar-lhe a responsabilidade contributiva conferida aos empregadores, os quais são responsáveis pelo recolhimento das contribuições daqueles que lhe prestam serviços. Nesse sentido: AC 837138/SP; TRF3, 9ª Turma; Rel. Es. Fed. Marisa Santos; j. DJ 02.10.2003, p. 235.

Quanto à comprovação da atividade rural, a jurisprudência do E. STJ firmou-se no sentido de que é insuficiente apenas a produção de prova testemunhal para a comprovação de atividade rural, na forma da Súmula 149 - STJ, in verbis:

A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito de obtenção de benefício previdenciário.

No caso em apreço, a autora trouxe aos autos cópia da certidão de casamento (1981), na qual o seu marido fora qualificado como lavrador, declaração escolar do filho, onde consta a localização como zona rural (1991/1998) e documento de sítio em nome do sogro, no qual ela reside desde o casamento, constituindo início de prova material do histórico camponês do casal.

De outra parte, as testemunhas ouvidas em juízo foram uníssonas no sentido de que conhecem a autora há muitos anos e que ela sempre trabalhou na lavoura e ainda permanece como rural.

Dessa forma, havendo início razoável de prova material corroborado por prova testemunhal idônea, impõe-se reconhecer que a parte autora comprovou o exercício de atividade rural ao tempo do implemento do requisito etário, por período superior ao legalmente exigido.

Assim sendo, tendo a autora completado 55 anos de idade em 02.04.2017, bem como comprovado o exercício de atividade rural ao tempo do implemento do requisito etário, por período superior ao legalmente exigido, consoante os artigos 39, I, 142 e 143 da Lei n. 8.213/91, é de se conceder a aposentadoria rural por idade.

Mantenho o termo inicial do benefício na data do requerimento administrativo (20.08.2018), conforme entendimento jurisprudencial sedimentado nesse sentido.

A correção monetária e os juros de mora deverão ser calculados de acordo com a lei de regência, observando-se as teses firmadas pelo E.STF no julgamento do RE 870.947, realizado em 20.09.2017. Quanto aos juros de mora será observado o índice de remuneração da caderneta de poupança a partir de 30.06.2009.

Tendo em vista o trabalho adicional do patrono da parte autora em grau recursal, nos termos do artigo 85, § 11, do Novo Código de Processo Civil de 2015, fixo os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas vencidas até a data da presente decisão, eis que de acordo como entendimento da 10ª Turma desta E. Corte.

Diante do exposto, com fulcro no artigo 902 do CPC, **nego provimento à apelação do INSS e à remessa oficial tida por interposta.**

Determino que independentemente do trânsito em julgado, comunique-se ao INSS (Gerência Executiva), a fim de serem adotadas as providências cabíveis para que seja implantado a parte **ROSILDA JORGE DOMINGUES DE OLIVEIRA** o benefício de **APOSENTADORIA RURAL POR IDADE**, com data de início - DIB em **20.08.2018**, no valor de um salário mínimo, tendo em vista o caput do artigo 497 do CPC de 2015.

Decorrido in albis o prazo recursal, retornemos autos à Vara de origem.

Intimem-se

São Paulo, 18 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015815-29.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 34 - DES. FED. BAPTISTA PEREIRA
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
AGRAVADO: ORIVALDO DE OLIVEIRA DA ROCHA
Advogado do(a) AGRAVADO: OTAVIO AUGUSTO CUSTODIO DE LIMA - SP122801-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que determinou a compensação dos valores recebidos a título de seguro desemprego das prestações vencidas do benefício de aposentadoria especial.

O executado agravante sustenta, em síntese, que deve ser excluído integral do período em que foi pago benefício de seguro desemprego ao exequente e não apenas a compensação do montante recebido.

É o relatório. Decido.

Reconheço, em juízo sumário de cognição, a existência do requisito de relevância dos fundamentos.

Verifico que os precedentes desta Turma são no sentido de que a aplicação parágrafo único do Art. 124 da Lei 8.213/91 importa na exclusão integral do período em que recebido o benefício e não apenas a compensação do montante pago, a exemplo:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PERCEPÇÃO CONCOMITANTE DE SEGURO-DESEMPREGO E APOSENTADORIA. VEDAÇÃO LEGAL. PRECEDENTES. CONECTÁRIOS LEGAIS.

I – De rigor a exclusão do período em que a parte interessada percebeu seguro-desemprego, haja vista que há previsão legal que veda o recebimento conjunto daquela benesse com qualquer benefício previdenciário, com exceção da pensão por morte e do auxílio-acidente, na forma disposta no art. 124, parágrafo único, da Lei n. 8.213/91. Precedentes.

II – No que tange aos conectários legais, devem ser mantidos os critérios fixados pelo Juízo de origem, vez que em harmonia com o título judicial e com o entendimento firmado pela Corte Suprema no julgamento do RE 870.947/SE.

III – Agravo de instrumento interposto pelo INSS parcialmente provido.

(AI 5026625-97.2019.4.03.0000, 10ª Turma, Rel. Desembargador Federal Sergio Nascimento, j. 05.03.2020, eDJF3 13.03.2020); e

PREVIDENCIÁRIO. EXECUÇÃO. APOSENTADORIA ESPECIAL. SEGURO-DESEMPREGO. CUMULAÇÃO. VEDAÇÃO LEGAL. EXCLUSÃO DO PERÍODO. DESCONTO INTEGRAL.

1. Exclusão do período em que foi recebido o benefício de seguro-desemprego das prestações vencidas de aposentadoria especial. Inteligência do Parágrafo único, do Art. 124, da Lei 8.213/91.

2. Agravo desprovido.

(AI 5018222-13.2017.4.03.0000, 10ª Turma, Rel. Desembargador Baptista Pereira, j. 19.12.2019, eDJF3 21.01.2020).

Ante o exposto, **DEFIRO o efeito suspensivo pleiteado.**

Intime-se a parte agravada para apresentar resposta ao recurso.

Dê-se ciência e, após, à conclusão.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5825819-05.2019.4.03.9999

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

APELANTE: IVAN PENTEADO

Advogado do(a) APELANTE: ELCIMENE APARECIDA FERRIELLO SARUBBI - SP110352-N

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Remetam-se os autos à Contadoria Judicial para conferência do cálculo da RMI acolhido pela sentença recorrida de modo a verificar se há saldo residual decorrente de readequação aos tetos constitucionais ou se o valor excedente já fora absorvido pela aplicação do mecanismo legal de recuperação da parcela excedente ao limite máximo do benefício, nos termos dos artigos 26 da Lei 8.870/94 e Art. 21, § 3º da Lei 8.880/94.

Realizada a perícia contábil, intimem-se as partes para que se manifestem, no prazo de 15 dias, nos termos dos artigos 10 e 477, § 1º do CPC.

Dê-se ciência e, após, à conclusão.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016249-18.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: JOAO RAIMUNDO DE TORRES

Advogados do(a) AGRAVANTE: LUIZ JOSE RODRIGUES NETO - SP315956-N, FLAVIO ANTONIO MENDES - SP238643-N

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de pedido de efeito suspensivo em agravo de instrumento, interposto contra decisão de indeferimento do pleito de assistência judiciária gratuita.

Alega a parte agravante que não reúne condições de arcar com as despesas processuais sem comprometer o sustento familiar.

A declaração de pobreza goza de presunção de legitimidade, e não havendo prova nos autos em sentido diverso, deve ser tida como suficiente para concessão dos benefícios da justiça gratuita, nos termos do Art. 99, §§ 2º e 3º do CPC.

Demais disso, a renda mensal no valor de pouco menos de R\$ 3.300,00, por si só, não possui o condão de infirmar a hipossuficiência declarada. Com efeito, de tal dado não se pressupõe abundância de recursos financeiros.

Cumprе salientar que a benesse pode ser revogada, desde que a parte adversa reúna provas de que o beneficiário detém condições de arcar com as custas processuais.

Ante o exposto, **DEFIRO o efeito suspensivo pleiteado.**

Comunique-se o Juízo *a quo* e intime-se a parte agravada para apresentar resposta ao recurso.

Dê-se ciência e, após, à conclusão.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5014808-02.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) AGRAVANTE: FERNANDA ZAFFALON - SP318963

AGRAVADO: MARCELO SOARES DA SILVA

Advogado do(a) AGRAVADO: CRISTIVALDO FERREIRA DOS SANTOS - MS17494-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que indeferiu pedido de expedição de RPV para pagamento de custas judiciais, em sede de jurisdição delegada na Justiça Estadual de Mato Grosso do Sul em que a autarquia previdenciária não goza de isenção de acordo com a norma local, determinando o recolhimento do valor em guia própria.

Alega o agravante, em síntese, que o pagamento de custas judiciais está sujeito ao regime de precatório nos termos do Art. 100 da Constituição da República.

É o relatório. Decido.

Reconheço, em juízo sumário de cognição, a existência do requisito de relevância dos fundamentos.

Observo que a Suprema Corte firmou entendimento de que o pagamento de custas não pode ser destacado do pagamento do valor principal, a exemplo:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. REQUISICÃO DE PEQUENO VALOR. PAGAMENTO DE CUSTAS PROCESSUAIS. FRACIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

(RE 556388 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 10/05/2011, DJe-099 DIVULG 25-05-2011 PUBLIC 26-05-2011 EMENT VOL-02530-02 PP-00251); e

Recurso Extraordinário. 2. Alegação de ofensa ao art. 87 do ADCT e ao § 4º do art. 100 da Constituição Federal. Ocorrência. 3. Fracionamento do valor de precatório em execução de sentença, com o objetivo de efetuar o pagamento das custas processuais por meio de requisição de pequeno valor (RPV). Impossibilidade. 4. Recurso extraordinário provido.

(RE 592619, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2010, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-218 DIVULG 12-11-2010 PUBLIC 16-11-2010 EMENT VOL-02431-01 PP-00179 RTJ VOL-00219-01 PP-00603 RSJADV dez., 2010, p. 41-43 RJTJRS v. 46, n. 280, 2011, p. 29-34)

Portanto, não há que se falar em recolhimento antecipado conforme determinado na decisão agravada.

Ante o exposto, **DEFIRO o efeito suspensivo pleiteado.**

Intime-se a parte agravada para apresentar resposta ao recurso.

Dê-se ciência e, após, à conclusão.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016345-33.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: SANDRA REGINA GONCALVES DIAS

Advogados do(a) AGRAVANTE: MARCIO NEIDSON BARRIONUEVO DA SILVA - SP185933-A, RAFAEL HENRIQUE CERON LACERDA - SP358438-A

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de pedido de efeito suspensivo em agravo de instrumento, interposto contra decisão de indeferimento do pleito de assistência judiciária gratuita.

Alega a parte agravante que não reúne condições de arcar com as despesas processuais sem comprometer o sustento familiar.

A declaração de pobreza goza de presunção de legitimidade, e não havendo prova nos autos em sentido diverso, deve ser tida como suficiente para concessão dos benefícios da justiça gratuita, nos termos do Art. 99, §§ 2º e 3º do CPC.

Demais disso, a renda mensal líquida no valor de pouco mais de R\$ 1.700,00, por si só, não possui o condão de infirmar a hipossuficiência declarada. Com efeito, de tal dado não se pressupõe abundância de recursos financeiros.

Cumprе salientar que a benesse pode ser revogada, desde que a parte adversa reúna provas de que o beneficiário detém condições de arcar com as custas processuais.

Ante o exposto, **DEFIRO o efeito suspensivo pleiteado.**

Comunique-se o Juízo *a quo* e intime-se a parte agravada para apresentar resposta ao recurso.

Dê-se ciência e, após, à conclusão.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5066012-32.2018.4.03.9999

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

APELANTE: EDVIGES MANCIN CARDONIO

Advogado do(a) APELANTE: GIOVANA HELENA VIEIRA RIBEIRO NEGRIO - SP263891-N

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E S P A C H O

Verifico que os autos estão incompletos, não tendo sido juntada a sentença e a apelação, dentre outros documentos.

Nestes termos, comunique-se à vara de origem requisitando nova remessa de cópias dos autos eletrônicos.

Após, retornemos autos à conclusão

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016189-45.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) AGRAVANTE: FABIO MAXIMILIANO SANTIAGO DE PAULI - SP170160-N

AGRAVADO: ESMERALDA MORAES MARINHO MALTA MOREIRA

Advogado do(a) AGRAVADO: ELENICE PAVELOSQUE GUARDACHONE - PR72393-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que acolheu em parte impugnação ao cumprimento de sentença para determinar o prosseguimento da execução nos termos do cálculo da contadoria judicial.

O exequente agravante sustenta, em síntese, que não foi observada a taxa de juros de mora prevista na Lei 11.960/09, bem como que aplica-se o INPC e não o IPCA-E como índice de correção monetária nas ações previdenciárias como é o caso dos autos.

É o relatório. Decido.

Reconheço, em juízo sumário de cognição, a existência do requisito de relevância dos fundamentos.

Verifico que o e. STF, em regime de julgamento de recursos repetitivos, reconheceu a inconstitucionalidade do Art. 1º-F da Lei 9.494/97 no período que antecede a expedição do precatório, conforme se vê no julgamento do RE 870.947:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS INCIDENTE SOBRE CONDENAÇÕES JUDICIAIS DA FAZENDA PÚBLICA. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97 COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.960/09. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DO ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE (CRFB, ART. 5º, XXII). INADEQUAÇÃO MANIFESTA ENTRE MEIOS E FINS. INCONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DO RENDIMENTO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO ÍNDICE DEFINIDOR DOS JUROS MORATÓRIOS DE CONDENAÇÕES IMPOSTAS À FAZENDA PÚBLICA, QUANDO ORIUNDAS DE RELAÇÕES JURÍDICO-TRIBUTÁRIAS. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA ENTRE DEVEDOR PÚBLICO E DEVEDOR PRIVADO (CRFB, ART. 5º, CAPUT). RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput), no seu núcleo essencial, revela que o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, os quais devem observar os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito; **nas hipóteses de relação jurídica diversa da tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional**, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto legal supramencionado.

2. **O direito fundamental de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII) repugna o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, porquanto a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina.**

3. A correção monetária tem como escopo preservar o poder aquisitivo da moeda diante da sua desvalorização nominal provocada pela inflação. É que a moeda fiduciária, enquanto instrumento de troca, só tem valor na medida em que capaz de ser transformada em bens e serviços. A inflação, por representar o aumento persistente e generalizado do nível de preços, distorce, no tempo, a correspondência entre valores real e nominal (cf. MANKIWI, N.G. Macroeconomia. Rio de Janeiro, LTC 2010, p. 94; DORNBUSH, R.; FISCHER, S. e STARTZ, R. Macroeconomia. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 2009, p. 10; BLANCHARD, O. Macroeconomia. São Paulo: Prentice Hall, 2006, p. 29).

4. A correção monetária e a inflação, posto fenômenos econômicos conexos, exigem, por imperativo de adequação lógica, que os instrumentos destinados a realizar a primeira sejam capazes de capturar a segunda, razão pela qual os índices de correção monetária devem consubstanciar autênticos índices de preços.

5. Recurso extraordinário parcialmente provido.

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

Como se vê a Suprema Corte declarou inconstitucional da aplicação da TR, mas reconheceu a higidez da taxa de juros de mora prevista na Lei 11.960/09 para as ações não tributárias.

Nestes termos, considerando que o título executivo é anterior à Lei 11.960/09, que fixou a taxa de juros de mora em 0,5% a.m., bem como que a referida lei, conforme entendimento fundado consolidado no e. STJ, tem natureza processual impõe-se a sua aplicação imediata (REsp 1.180.065).

De outro lado, sobre a correção monetária, verifico que o E. STJ, ao reexaminar a matéria após a declaração de inconstitucionalidade da TR pela Suprema Corte, firmou entendimento de que se aplica o INPC e não o IPCA-E às ações previdenciárias, a exemplo:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. REPERCUSSÃO GERAL. ARTIGO 1030, INCISO II, DO NOVO CPC. INAPLICABILIDADE DO ART. 1º-F DA LEI 9.494/97, COM A ALTERAÇÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.180-35/2001 (JUROS DE MORA DE 6% AO ANO), A OUTRAS AÇÕES QUE NÃO AS QUE TRATEM DE VERBAS REMUNERATÓRIAS DEVIDAS A SERVIDORES E EMPREGADOS PÚBLICOS. ART. 1º-F DA LEI 9.494/97, COM A REDAÇÃO DA LEI 11.960/2009: MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA QUE SE CONHECE DE OFÍCIO. RE 870.947: TEMA 810. CONDENAÇÕES JUDICIAIS REFERENTES A AÇÕES DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA. SUPERVENIÊNCIA DE REPETITIVO DESTA CORTE NO MESMO SENTIDO.

1. O art. 1º-F da Lei 9.494/97, na redação da Medida Provisória n. 2.180-35/2001, restringia a aplicação dos juros de mora nela estabelecidos ao pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos. Assim sendo, não se aplica a ações de natureza previdenciária.

2. De outro lado, a Lei 11.960/2009 também alterou o art. 1º-F da Lei 9.494/97, estabelecendo juros de mora aplicáveis a condenações impostas à Fazenda Pública, mas sem restringir sua incidência a determinados tipos de matéria.

3. No julgamento do REsp n. 1.207.197/RS, em maio/2011, a Corte Especial deste Superior Tribunal pacificou o entendimento de que o art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997, tanto com a redação dada pela MP n. 2.180-35/2001 quanto com a redação dada pela Lei 11.960/2009, tem aplicação imediata aos processos em curso, por ser consectário da condenação e, portanto, possuir natureza processual. 4. Mais tarde, examinando a nova redação dada ao art. 1º-F da Lei 9.494/97 pela Lei 11.960/2009, o Supremo Tribunal Federal julgou, em setembro/2017, o Recurso Extraordinário n. 870.947/SE, também em sede de repercussão geral, assentando o Tema 810: "O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput); quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09".

5. Diante desse quadro, recentemente a Primeira Seção desta Corte reexaminou a matéria em recurso especial repetitivo, no qual assentou que "As condenações impostas à Fazenda Pública de natureza previdenciária sujeitam-se à incidência do INPC, para fins de correção monetária, no que se refere ao período posterior à vigência da Lei 11.430/2006, que incluiu o art. 41-A na Lei 8.213/91. Quanto aos juros de mora, incidem segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança (art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei n. 11.960/2009)" (REsp 1.492.221/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Primeira Seção, julgado em 22/02/2018, DJe 20/03/2018) 6. No presente caso, impõe-se a adequação do julgado do STJ à orientação jurisprudencial superveniente da Suprema Corte, para reconhecer a aplicabilidade, à condenação imposta à União, dos juros de mora estabelecidos no art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação da Lei 11.960/2009, independentemente da data em que a ação foi ajuizada, já que não se trata de relação jurídica tributária.

7. Daí se depreende que, nas condenações impostas à União em ações previdenciárias, independentemente da data de seu ajuizamento, os juros e a correção monetária obedecerão aos seguintes parâmetros: (a) juros de mora: até junho/2009, 1% ao mês, sujeitos à capitalização simples (aplicação do art. 3º do Decreto-Lei 2.322/87); a partir de julho/2009: remuneração oficial da caderneta de poupança (art. 1º-F da Lei 9.494/1997, na redação da Lei 11.960/2009); (b) quanto à correção monetária, no período anterior à vigência da Lei 11.430, de 26/12/2006, que acrescentou o art. 41-A à Lei 8.213/1991, os índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal; de jan/2007 em diante, o INPC.

8. Embargos de declaração da União acolhidos, com efeitos infringentes, para dar parcial provimento a seu agravo regimental e, conseqüentemente, dar parcial provimento a seu recurso especial, apenas para estabelecer que a taxa de juros de mora estabelecida no art. 1º-F da Lei 9.494/97, na redação da Lei 11.960/2009, aplica-se, também, às ações propostas antes da entrada em vigor da Lei 11.960/2009.

(EDcl no AgRg no REsp 1176910/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2018, DJe 09/05/2018)

Na mesma linha, observo que houve atualização do entendimento desta 10ª Turma quanto à manutenção da aplicação do INPC. É o que se vê no julgado abaixo colacionado:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. ADIs n.º 4357 e 4425 e RE n.º 870.947/SE.

- Os embargos de declaração consubstanciam instrumento processual apto a esclarecer obscuridade ou eliminar contradição, suprir omissão do julgado ou dele corrigir erro material, nos termos do art. 1.022 do CPC.

- A apuração do valor devido será fixada de acordo com o vigente Manual de Cálculos da Justiça Federal, atualmente a Resolução nº 267/2013, observado o julgamento final dos Embargos de Declaração do RE 870.947/SE em Repercussão Geral, com a incidência de juros moratórios equivalentes ao índice de remuneração da caderneta de poupança e correção monetária com base no INPC.

- Embargos de declaração parcialmente acolhidos.

(Emb decl em AC 5003902-96.2018.4.03.6183, 10ª Turma, Rel. Juiz Federal convocado Nilson Martins, j. 31.03.2020)

Ante o exposto, **DEFIRO** o efeito suspensivo pleiteado.

Intime-se a parte agravada para apresentar resposta ao recurso.

Dê-se ciência e, após, à conclusão.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5003986-47.2017.4.03.6114
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: GILBERTO RODRIGUES DA SILVEIRA
Advogado do(a) APELADO: ANA TELMA SILVA - SP217575-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos, etc.

Trata-se de apelação interposta em face de sentença que julgou extinto o feito sem resolução do mérito, quanto ao pedido de reconhecimento de atividade especial no período de 01.02.1990 a 05.03.1997 e julgou parcialmente procedente o pedido, para reconhecer o período de atividade especial de 02.02.1987 a 31.01.1990. Diante da sucumbência recíproca, condenadas ambas as partes ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, observando-se, quanto à parte autora, a gratuidade judiciária concedida. Sem custas.

Em sua apelação, busca o réu a reforma da sentença alegando, em síntese, que o autor não logrou êxito em comprovar o exercício de atividade especial no período reconhecido, tendo em vista que não restou demonstrada a efetiva exposição a agentes nocivos à sua saúde, de forma habitual e permanente. Sustenta a necessidade de apresentação de laudo contemporâneo.

Sema apresentação de contrarrazões pelo autor, vieram os autos a esta E. Corte.

Após breve relatório, passo a decidir:

Nos termos do artigo 1.011 do CPC, recebo o recurso de apelação interposto pelo INSS.

Da decisão monocrática

De início, cumpre observar que as matérias veiculadas no caso dos autos já foram objeto de precedentes dos tribunais superiores, julgadas no regime de recursos repetitivos e de repercussão geral, o que autoriza a prolação da presente decisão monocrática, nos termos do artigo 932, IV, “a” e “b”, do Novo Código de Processo Civil de 2015, e da Súmula/STJ n.º 568. Nesse sentido:

Conversão de tempo de serviço especial em comum: ARE 664335 (USO DE EPI. INSALUBRIDADE. RUÍDO. NÃO DESCARACTERIZAÇÃO DA ATIVIDADE ESPECIAL EM RAZÃO DA DECLARAÇÃO DE NEUTRALIZAÇÃO DO AGENTE NO PPP. CUSTEIO DA ATIVIDADE ESPECIAL); REsp 1398260/PR (INSALUBRIDADE. LIMITES. RUÍDO. APLICAÇÃO DA LEI VIGENTE À ÉPOCA DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO); REsp 1310034/PR (POSSIBILIDADE DA CONVERSÃO DE TEMPO ESPECIAL EM COMUM DE ATIVIDADE EXERCIDA ANTES DA LEI N. 6.887/1980); REsp 1151363/MG (POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DE ATIVIDADE ESPECIAL APÓS A LEI N. 9.711/1998. FATOR DE CONVERSÃO) e; REsp 1306113/SC (ELETRICIDADE. INSALUBRIDADE. NATUREZA EXEMPLIFICATIVA DO ROL DOS AGENTES NOCIVOS PREVISTOS EM REGULAMENTO).

Ressalte-se que o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na nova sistemática processual civil, sendo passível de controle por meio de agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, cumprindo o princípio da colegialidade.

Sendo assim, por estarem presentes os requisitos extraídos das normas fundamentais do Código de Processo Civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente.

Do mérito

Na petição inicial, busca o autor, nascido em 02.11.1972, o reconhecimento de atividade especial no período de 02.02.1987 a 06.06.2016, bem como a concessão do benefício de aposentadoria especial ou por tempo de contribuição, desde a data do requerimento administrativo (06.06.2016).

Diante da ausência de recurso do autor, a controvérsia cinge-se sobre o período reconhecido especial pela sentença, de 02.02.1987 a 31.01.1990.

No que tange à atividade especial, a jurisprudência pacificou-se no sentido de que a legislação aplicável para sua caracterização é a vigente no período em que a atividade a ser avaliada foi efetivamente exercida.

Em se tratando de matéria reservada à lei, o Decreto 2.172/1997 somente teve eficácia a partir da edição da Lei nº 9.528, de 10.12.1997, razão pela qual apenas para atividades exercidas a partir de então é exigível a apresentação de laudo técnico. Neste sentido: STJ; Resp 436661/SC; 5ª Turma; Rel. Min. Jorge Scartezini; julg. 28.04.2004; DJ 02.08.2004, pág. 482.

Pode, então, em tese, ser considerada especial a atividade desenvolvida até 10.12.1997, mesmo sem a apresentação de laudo técnico, pois em razão da legislação de regência a ser considerada até então, era suficiente para a caracterização da denominada atividade especial a apresentação dos informativos SB-40, DSS-8030 ou CTPS.

Tendo em vista o dissenso jurisprudencial sobre a possibilidade de se aplicar retroativamente o disposto no Decreto 4.882/2003, para se considerar prejudicial, desde 05.03.1997, a exposição a ruídos de 85 decibéis, a questão foi levada ao Colendo STJ que, no julgamento do Recurso Especial 1398260/PR, em 14.05.2014, submetido ao rito do artigo 1.036 do Novo Código de Processo Civil de 2015, Recurso Especial Repetitivo, fixou entendimento pela impossibilidade de se aplicar de forma retroativa o Decreto 4.882/2003, que reduziu o patamar de ruído para 85 decibéis (REsp 1398260/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/05/2014, DJe 05/12/2014).

Conforme acima destacado, está pacificado no E. STJ (Resp 1398260/PR) o entendimento de que a norma que rege o tempo de serviço é aquela vigente no momento da prestação, devendo, assim, ser observado o limite de 80 decibéis até 05.03.1997, 90 decibéis no período de 06.03.1997 a 18.11.2003, e, a partir de então, de 85 decibéis.

No caso dos autos, deve ser mantido o reconhecimento da especialidade do período de 02.02.1987 a 31.01.1990, em que o autor laborou como aprendiz de ajustador mecânico, junto à empresa Wheaton Brasil Vidros S.A, incorporada pela empresa Viton Equipamentos e Máquinas Ltda., conforme anotações em CTPS e PPP (Id. n. 90400803, pág. 51), que revela a exposição a ruídos de 82 a 84 dB, superiores ao limite legal para o período, agente nocivo previsto no Decreto nº 53.831/1964 - código 1.1.6; Decreto nº 2.172/1997 - código 2.0.1 e Decretos nº 4.882/2003 e 3.048/1999 - código 2.0.1.

O Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP, instituído pelo art. 58, §4º, da Lei 9.528/97, é documento que retrata as características do trabalho do segurado, e traz a identificação do engenheiro ou perito responsável pela avaliação das condições de trabalho, sendo apto para comprovar o exercício de atividade sob condições especiais, fazendo as vezes do laudo técnico.

Ressalte-se que o fato de o PPP/laudo técnico ter sido elaborado posteriormente à prestação do serviço, não afasta a validade de suas conclusões, vez que tal requisito não está previsto em lei e, ademais, a evolução tecnológica propicia condições ambientais menos agressivas à saúde do obreiro do que aquelas vivenciadas à época da execução dos serviços.

No julgamento do Recurso Extraordinário em Agravo (ARE) 664335, em 04.12.2014, com repercussão geral reconhecida, o E. STF estabeleceu que, na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites legais de tolerância, a declaração de eficácia do EPI feita pelo empregador no Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP) não descaracteriza o tempo de serviço especial, tendo em vista que no cenário atual não existe equipamento individual capaz de neutralizar os malefícios do ruído, pois que atinge não só a parte auditiva, mas também óssea e outros órgãos. Além disso, relativamente a outros agentes (químicos, biológicos, etc.), pode-se dizer que a multiplicidade de tarefas desenvolvidas pelo autor demonstra a impossibilidade de atestar a utilização do EPI durante toda a jornada diária, ou seja, geralmente a utilização é intermitente.

Mantidos os honorários advocatícios na forma fixada pela sentença.

As autarquias são isentas das custas processuais (artigo 4º, inciso I da Lei 9.289/96), porém devem reembolsar, quando vencidas, as despesas judiciais feitas pela parte vencedora (artigo 4º, parágrafo único).

Diante do exposto, **nos termos do artigo 932 do CPC, nego provimento à apelação do INSS.**

Determino que independentemente do trânsito em julgado, comunique-se ao INSS (Gerência Executiva), a fim de serem adotadas as providências cabíveis para que seja imediatamente averbado em favor de **GILBERTO RODRIGUES DASILVEIRA**, o período de atividade especial de **02.02.1987 a 31.01.1990**, tendo em vista o artigo 497 do CPC/2015.

Decorrido *in albis* o prazo recursal, retornem os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016107-14.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: MARCELO SOARES

Advogado do(a) AGRAVANTE: ROBERTA ALINE OLIVEIRA VISOTTO - SP290665

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de pedido de efeito suspensivo em agravo de instrumento, interposto contra decisão de indeferimento do pleito de assistência judiciária gratuita.

Alega a parte agravante que não reúne condições de arcar com as despesas processuais sem comprometer o sustento familiar.

A declaração de pobreza goza de presunção de legitimidade, nos termos do Art. 4º, § 1º da Lei 1.060/50, e não havendo prova nos autos em sentido diverso, deve ser tida como suficiente para concessão dos benefícios da justiça gratuita.

Demais disso, a renda mensal líquida informada nos autos, de pouco mais de cerca de R\$ 2.592,33, por si só, não possui o condão de infirmar a hipossuficiência declarada. Com efeito, de tal dado não se pressupõe abundância de recursos financeiros.

Cumprе salientar que a benesse pode ser revogada, desde que a parte adversa reúna provas de que o beneficiário detém condições de arcar com as custas processuais.

Ante o exposto, **DEFIRO o efeito suspensivo pleiteado.**

Comunique-se o Juízo *a quo* e intime-se a parte agravada para apresentar resposta ao recurso.

Dê-se ciência e, após, à conclusão.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5074427-04.2018.4.03.9999
RELATOR: Gab. 34 - DES. FED. BAPTISTA PEREIRA
APELANTE: THAINAN CHAVES RODRIGUES
Advogado do(a) APELANTE: SILVIA TEREZINHA DA SILVA - SP269674-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Chamo o feito à ordem. Constatado a ocorrência de distribuição em duplicidade com o processo nº 0022099-85.2018.4.03.9999, anteriormente distribuído.

Baixemos autos à vara de origem com a observação de que foi constatada a ocorrência de distribuição em duplicidade.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016296-89.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 34 - DES. FED. BAPTISTA PEREIRA
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
AGRAVADO: CREUSA APARECIDA PIRES
Advogado do(a) AGRAVADO: WADIIH JORGE ELIAS TEOFILO - SP214018-N
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que acolheu em parte impugnação ao cumprimento de sentença.

O executado agravante sustenta, em síntese, que devem ser excluídos os períodos em que há registro no CNIS de exercício de atividade remunerada, por ser incompatível com a percepção de benefício por incapacidade laborativa.

É o relatório. Decido.

Preliminarmente a afetação de tese referente ao Tema 1013 do STJ não se aplica ao caso concreto, tendo em vista que o julgamento do recurso está fundado em questão processual que impede o conhecimento da questão de mérito, nos seguintes termos.

Verifico que a autarquia previdenciária conhecia previamente a circunstância de que a ora embargada vinha recolhendo contribuição social e, portanto, exercia atividade remunerada em período coincidente com aquele em que pleiteava o benefício de auxílio doença, conforme demonstra o extrato do Cadastro Nacional de Informações Sociais.

Entretanto, tal circunstância não foi mencionada na ação de conhecimento e a r. decisão, objeto de execução, transitou em julgado sem que tenha sido interposto recurso.

Nestes termos, não sendo caso de fato superveniente à data do trânsito em julgado, o conhecimento, em sede de impugnação ao cumprimento de sentença, da alegação de vedação à cumulação de auxílio doença e exercício de atividade remunerada encontra óbice no Art. 535, VI do CPC *in verbis*:

Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir:

(...)

VI - qualquer causa modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes ao trânsito em julgado da sentença."

Este o entendimento firmado pelo e. STJ, sob regime dos recursos representativos de controvérsia:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ N.º 08/2008. SERVIDORES DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS-UFAL. DOCENTES DE ENSINO SUPERIOR. ÍNDICE DE 28,86%. COMPENSAÇÃO COM REAJUSTE ESPECÍFICO DA CATEGORIA. LEIS 8.622/93 E 8.627/93. ALEGAÇÃO POR MEIO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO. TÍTULO EXECUTIVO QUE NÃO PREVÊ QUALQUER LIMITAÇÃO AO ÍNDICE. VIOLAÇÃO DA COISA JULGADA. ARTS. 474 E 741, VI, DO CPC.

1. As Leis 8.622/93 e 8.627/93 instituíram uma revisão geral de remuneração, nos termos do art. 37, inciso X, da Constituição da República, no patamar médio de 28,86%, razão pela qual o Supremo Tribunal Federal, com base no princípio da isonomia, decidiu que este índice deveria ser estendido a todos os servidores públicos federais, tanto civis como militares.

2. Algumas categorias de servidores públicos federais também foram contempladas com reajustes específicos nesses diplomas legais, como ocorreu com os docentes do ensino superior. Em razão disso, a Suprema Corte decidiu que esses aumentos deveriam ser compensados, no âmbito de execução, com o índice de 28,86%. Entretanto, transitado em julgado o título judicial sem qualquer limitação ao pagamento integral do índice de 28,86%, não cabe à União e às autarquias federais alegar, por meio de embargos, a compensação com tais reajustes, sob pena de ofender-se a coisa julgada. Precedentes das duas Turmas do Supremo Tribunal Federal.

3. Tratando-se de processo de conhecimento, é devida a compensação do índice de 28,86% com os reajustes concedidos por essas leis.

4. Não ofende a coisa julgada, todavia, a compensação do índice de 28,86% com reajustes concedidos por leis posteriores à última oportunidade de alegação da objeção de defesa no processo cognitivo, marco temporal que pode coincidir com a data da prolação da sentença, o exaurimento da instância ordinária ou mesmo o trânsito em julgado, conforme o caso.

5. Nos embargos à execução, a compensação só pode ser alegada se não pôde ser objetada no processo de conhecimento. Se a compensação baseia-se em fato que já era passível de ser invocado no processo cognitivo, estará a matéria protegida pela coisa julgada. É o que preceitua o art. 741, VI, do CPC: "Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre (...) qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença".

6. No caso em exame, tanto o reajuste geral de 28,86% como o aumento específico da categoria do magistério superior originaram-se das mesmas Leis 8.622/93 e 8.627/93, portanto, anteriores à sentença exequenda. Desse modo, a compensação poderia ter sido alegada pela autarquia recorrida no processo de conhecimento.

7. Não arguida, oportunamente, a matéria de defesa, incide o disposto no art. 474 do CPC, reputando-se "deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento como à rejeição do pedido".

8. Portanto, deve ser reformado o aresto recorrido por violação da coisa julgada, vedando-se a compensação do índice de 28,86% com reajuste específico da categoria previsto nas Leis 8.622/93 e 8.627/93, por absoluta ausência de previsão no título judicial exequendo.

9. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao art. 543-C do CPC e à Resolução STJ n.º 08/2008.

(REsp 1235513/AL, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/06/2012, DJe 20/08/2012)".

Ante o exposto, com fundamento no Art. 932, IV, *b* do CPC, nego provimento ao agravo de instrumento.

Dê-se ciência e após, decorrido o prazo legal, arquivem-se os autos.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016247-48.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: HYGGE SECURITIZADORA DE ATIVOS S.A

INTERESSADO: MARCIO MELCHIORETTO

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARIA CAROLINA DANTAS CUNHA - SP383566

Advogado do(a) INTERESSADO: SIMONE APARECIDA DE MEDEIROS MORIM - SP271323-A

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de pedido de efeito suspensivo em agravo de instrumento, interposto contra decisão denegatória de homologação de cessão de crédito previdenciário ao recorrente em razão da sua natureza fiduciária, como garantia de débito não vencido.

Sustenta a parte agravante que a cessão de créditos, na forma pleiteada, é permitida de acordo com a legislação vigente e admitida pela jurisprudência.

É o relatório. Decido.

Observo que o E. STJ tem analisado a questão da cessão de crédito sob o prisma constitucional, tendo em vista o disposto nos parágrafos 13 e 14 do Art. 100, com redação dada pela EC nº 62, *in verbis*:

Art. 100 (...)

§ 13. O credor poderá ceder, total ou parcialmente, seus créditos em precatórios a terceiros, independentemente da concordância do devedor, não se aplicando ao cessionário o disposto nos §§ 2º e 3º.

§ 14. A cessão de precatórios somente produzirá efeitos após comunicação, por meio de petição protocolizada, ao tribunal de origem e à entidade devedora.

Neste sentido colaciono:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. PRECATÓRIO DE NATUREZA ALIMENTAR. CESSÃO DE CRÉDITO. HABILITAÇÃO DO CESSIONÁRIO. POSSIBILIDADE.

I. No julgamento do REsp 1.091.443/SP, representativo da controvérsia, a Corte Especial do STJ deliberou que, "em havendo regra específica aplicável ao processo de execução (art. 567, II, do CPC), que prevê expressamente a possibilidade de prosseguimento da execução pelo cessionário, não há falar em incidência, na execução, de regra que se aplica somente ao processo de conhecimento no sentido da necessidade de anuência do adversário para o ingresso do cessionário no processo (arts. 41 e 42 do CPC). 'Acerca do prosseguimento na execução pelo cessionário, cujo direito resulta de título executivo transferido por ato entre vivos - art. 567, inciso II do Código de Processo Civil -, esta Corte já se manifestou, no sentido de que a norma inserta no referido dispositivo deve ser aplicada independentemente do prescrito pelo art. 42, § 1º do mesmo CPC, porquanto as regras do processo de conhecimento somente podem ser aplicadas ao processo de execução quando não há norma específica regulando o assunto' (AgRg nos EREsp 354569/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, CORTE ESPECIAL, DJe 13/08/2010). Com o advento da Emenda Constitucional nº 62, de 9 de dezembro de 2009, todas as cessões de precatórios anteriores à nova redação do artigo 100 da Constituição Federal foram convalidadas independentemente da anuência do ente político devedor do precatório, seja comum ou alimentício, sendo necessária apenas a comunicação ao tribunal de origem responsável pela expedição do precatório e à respectiva entidade (STJ, REsp 1.102.473/RS, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, CORTE ESPECIAL, DJe de 27/08/2012).

II. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp 1.104.018 / RS, Agravo Regimental no Recurso Especial 2008/0247026-1, Sexta Turma, Relatora Ministra Assusete Magalhães, Julgado: 07/02/2013, DJe 25/04/2013); e

PROCESSUAL CIVIL. CESSÃO DE CRÉDITOS. EXECUÇÃO. PRECATÓRIO. SUCESSÃO PELO CESSIONÁRIO. ANUÊNCIA DO DEVEDOR. DESNECESSIDADE. ARTIGO 567, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009. AGRAVO DESPROVIDO.

I - Consoante entendimento desta Corte, a teor do art. 567, II, do Código de Processo Civil, é garantido ao cessionário o direito de promover a execução, ou nela prosseguir; quando o direito resultante do título executivo lhe foi transferido por ato entre vivos, não se exigindo o prévio consentimento da parte contrária, a que se refere o art. 42, § 1º, do mesmo Código. II - A Emenda Constitucional nº 62, de 9 de dezembro de 2009 dispõe que todas as cessões de precatórios anteriores à nova redação do artigo 100 da Constituição Federal foram convalidadas, independentemente da concordância da entidade devedora do precatório, ainda que se trate de créditos de natureza alimentar. III - Agravo interno desprovido.

(STJ, AGRESP 200802228903AGRESP - Agravo Regimental No recurso Especial - 1097495, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJE 23/8/2012);

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART.543-C DO CPC. PROCESSO CIVIL. CESSÃO DE CRÉDITO. EXECUÇÃO. PRECATÓRIO. SUCESSÃO PELO CESSIONÁRIO. INEXISTÊNCIA DE OPOSIÇÃO DO CEDENTE. ANUÊNCIA DO DEVEDOR. DESNECESSIDADE. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART.567, II, DO CPC. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009.

(...)

3. Com o advento da Emenda Constitucional nº 62, de 9 de dezembro de 2009, todas as cessões de precatórios anteriores à nova redação do artigo 100 da Constituição Federal foram convalidadas independentemente da anuência do ente político devedor do precatório, seja comum ou alimentício, sendo necessária apenas a comunicação ao tribunal de origem responsável pela expedição do precatório e à respectiva entidade.

4. Recurso Especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

Na hipótese dos autos, o autor cedeu fiduciariamente seu precatório como garantia de operação de crédito instrumentalizado por Cédula de Crédito Bancário com data de vencimento em 05/01/2021.

Embora não vencido o débito, consta do instrumento de cessão, na cláusula 1.4, que o cedente autoriza, desde já, a habilitação da cessionária como credora fiduciária nos autos do precatório (ID 26852512, pp. 4 dos autos de origem).

Assim, ao menos nesse juízo de cognição sumária, vislumbro a plausibilidade do pedido liminar para que seja determinado o bloqueio e conversão em depósito judicial do precatório PRC20190139341, até o julgamento do agravo.

Ante o exposto, DEFIRO o efeito suspensivo pleiteado.

Comunique-se o juízo a quo e intimem-se a parte agravada e o interessado para apresentar resposta ao recurso.

Dê-se ciência e, após, à conclusão.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5014930-15.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) AGRAVANTE: CYRO FAUCON FIGUEIREDO MAGALHAES - SP262215-N

AGRAVADO: LUIS CARLOS DA GUIA, ODETTE FARIA GALVAO, MARILENA CESARONI MORETTI GALVAO DE ABREU, TEREZINHA DE BARROS LIMA, GELSON PEREIRA DE FARIA, JOSE ALBERTO GALVAO

Advogado do(a) AGRAVADO: ROBERTO VIRIATO RODRIGUES NUNES - SP62870-A

Advogado do(a) AGRAVADO: ROBERTO VIRIATO RODRIGUES NUNES - SP62870-A

Advogado do(a) AGRAVADO: ROBERTO VIRIATO RODRIGUES NUNES - SP62870-A

Advogado do(a) AGRAVADO: ROBERTO VIRIATO RODRIGUES NUNES - SP62870-A

Advogado do(a) AGRAVADO: ROBERTO VIRIATO RODRIGUES NUNES - SP62870-A

Advogado do(a) AGRAVADO: ROBERTO VIRIATO RODRIGUES NUNES - SP62870-A

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

1. Considerando a decisão (Num. 21275811 - Pág. 106/107), oficie-se o R. Juízo a quo para que preste informações.

2. Intimem-se os agravados, nos termos do artigo 1.019, II, do CPC.

3. Após, voltem-me conclusos.

P. e I.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0009785-91.2011.4.03.6139
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
APELANTE: EDVALDO LUIZ DA SILVA
Advogados do(a) APELANTE: LUIZ DONIZETI DE SOUZA FURTADO - SP108908-N, ALESSANDRA BAPTISTA DA
SILVEIRA ESPOSITO - SP211155-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DESPACHO

Consta do termo de audiência (*Id.82679089 - pdf93*) que a inquirição das testemunhas foi realizada mediante sistema de gravação em audiovisual no Foro Distrital de Buri - Comarca de Itapeva, não tendo, contudo, tais depoimentos sido anexados nestes autos. Assim, comunique-se à Vara de Origem (Vara Federal de Itapeva), para que providencie, com a maior brevidade possível, o envio da mídia digital contendo referidos depoimentos, ou sua inserção no feito.

Após, retorne conclusos para oportuno julgamento.

São Paulo, 22 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5639912-54.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
APELANTE: DORIVAL BUENO DE OLIVEIRA
Advogado do(a) APELANTE: ALINE BOSQUETI CAETANO - SP368042-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DESPACHO

Consta do termo de audiência (Id. 61215761 - pdf: 185) que a inquirição das testemunhas foi realizada mediante sistema de gravação em audiovisual, não tendo, contudo, tais depoimentos sido anexados nestes autos.

Assim, comunique-se à Vara de Origem, para que providencie, com a maior brevidade possível, o envio da mídia digital contendo referidos depoimentos.

Após, retorne o feito concluso para oportuno julgamento.

São Paulo, 22 de junho de 2020.

SUBSECRETARIA DA 11ª TURMA

HABEAS CORPUS CRIMINAL(307) Nº 5016244-93.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 38 - DES. FED. FAUSTO DE SANCTIS
PACIENTE: THIAGO RODRIGUES MIRANDA
IMPETRANTE: LIVIA ROBERTA MONTEIRO
Advogado do(a) PACIENTE: LIVIA ROBERTA MONTEIRO - MS22281-A
IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE PONTA PORÃ/MS - 1ª VARA FEDERAL
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos.

Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido liminar, impetrado por Livia Roberta Monteiro, em favor de THIAGO RODRIGUES MIRANDA (nascido aos 26.05.1991), em razão de constrangimento ilegal oriundo de ato imputado ao r. Juízo da 1ª Vara Federal de Ponta Porã/MS, que indeferiu pedido de liberdade provisória, nos autos nº 5000624-68.2020.6005.

Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante, aos 06.05.2020, pela prática, em tese, do crime previsto no artigo 33, *caput*, c.c. artigo 40, inciso I, ambos, da Lei n.º 11.343, de 23.08.2006.

Sinteticamente, a impetração sustenta que: a) não estão satisfeitos os requisitos autorizadores da prisão preventiva estabelecidos no artigo 312 do Código de Processo Penal, considerando que o paciente é primário, pai de família, possui residência fixa e exerce atividade lícita; b) a decisão combatida carece de fundamentação idônea; c) o crime praticado, em tese, pelo paciente não se caracteriza pela violência ou grave ameaça. Apela ainda pela aplicação da Recomendação nº 62/2020, do CNJ, em face da pandemia do COVID-19.

Requer, liminarmente, a revogação da prisão preventiva, com a concessão de liberdade provisória, ou alternativamente, a fixação de medidas cautelares; no mérito, a confirmação da medida, de modo a tornar definitiva a liminar requerida.

É o relatório.

Decido.

A ação de *Habeas Corpus* tem pressuposto específico de admissibilidade, consistente na demonstração *primo actu oculi* da violência atual ou iminente, qualificada pela ilegalidade ou pelo abuso de poder que repercute, mediata ou imediatamente, no direito à livre locomoção, conforme previsão do artigo 5º, LXVIII, da Constituição Federal, e artigo 647 do Código de Processo Penal.

Sob essa ótica, cumpre analisar a presente impetração.

DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA

O Código de Processo Penal, em seu Título IX e, especificamente, no Capítulo III, dispõe acerca da prisão preventiva, cabendo salientar que tal instituto foi reformulado por força da edição da Lei nº 12.403, de 04.05.2011, que teve o objetivo de estabelecer que a custódia cautelar deve ser interpretada e ser decretada apenas quando não cabível no caso concreto qualquer outra medida (também de natureza cautelar) dentre aquelas elencadas no artigo 319 do Diploma Processual (inteligência do artigo 282, § 6º, de indicado Código, que prevê a prisão cautelar como *ultima ratio*).

Dentro desse contexto, mostra-se adequada a prisão cautelar quando os postulados que compõem a proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) indicarem que a medida excepcional de constrição da liberdade antes da formação da culpa é imperiosa diante do caso concreto.

Por se revestir de natureza cautelar, a prisão preventiva somente poderá ser decretada caso presentes no caso concreto tanto o *-fumus boni iuris* (chamado especificamente de *fumus commissi delicti*) como o *periculum in mora* (nominado especificamente de *periculum libertatis*), o que, a teor do artigo 312 do Código de Processo Penal, consistem na necessidade de prova da materialidade delitiva e de indícios suficientes de autoria (*fumus commissi delicti*) e no fato de que a segregação preventiva tenha como escopo a garantia da ordem pública ou da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal ou o asseguramento da aplicação da lei penal (*periculum libertatis*). Destaque-se, outrossim, que a prisão preventiva também poderá ser imposta em decorrência do descumprimento de quaisquer das medidas constantes do artigo 319 do Diploma Processual (conforme autorização expressa do parágrafo único do artigo 312 do Código de Processo Penal).

Sem prejuízo do exposto, ainda que concorrentes no caso concreto os pressupostos anteriormente listados (*fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*), faz-se necessária para a decretação da preventiva que a infração penal imputada àquele que se objetiva encarcerar cautelarmente enquadre-se nos parâmetros trazidos pelo artigo 313 do Código de Processo Penal: (a) crime doloso punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 anos; (b) agente já condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do *caput* do artigo 64 do Código Penal; e (c) crime envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher, a criança, o adolescente, o idoso, o enfermo ou a pessoa com deficiência para garantir a execução das medidas protetivas de urgência (independentemente do *quantum* de pena cominada). Admite-se, ademais, a decretação da preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la (devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após sua identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida) - artigo 313, parágrafo único, do Diploma Processual Penal.

Todavia, conforme comando expresso do artigo 314 do Código de Processo Penal, incabível cogitar-se na segregação cautelar em análise se restar verificado pelo juiz, a teor das provas constantes dos autos, que o agente levou a efeito a infração, escudado por uma das causas excludentes da ilicitude elencadas no artigo 23 do Código Penal (estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito).

Importante ser dito que a privação de liberdade, ora em comento, pode ser decretada em qualquer fase da investigação policial ou em sede de processo penal (artigo 311 do Código de Processo Penal), devendo a decisão que a decretar, a substituir por outras medidas cautelares ou a denegar ser sempre motivada (seja por força do que prevê o artigo 315 do Código Processual Penal, seja, principalmente, em razão do comando inserto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal).

Consigne-se, por fim, que tal privação de liberdade deve ser analisada sempre com supedâneo na cláusula *rebus sic stantibus*, vale dizer, os pressupostos autorizadores da preventiva devem estar presentes no momento de sua decretação, bem como ao longo do período de sua vigência. Nesse sentido, vide o artigo 316 do Código de Processo Penal, que estabelece que *o juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem*.

DA DECISÃO IMPETRADA

Extrai-se dos autos que o Ministério Público Federal ofereceu denúncia em face do paciente pela prática, em tese, dos crimes previstos no art. 33, *caput*, c/c art. 40, inciso I, da Lei nº 11.343/2006, recebida pelo juízo *a quo*. De acordo com a exordial acusatória, no dia 06.05.2020, THIAGO RODRIGUES MIRANDA, juntamente com outro indivíduo, foi abordado transportando 13 kg (treze quilos) de “maconha”.

O pedido de liberdade provisória, objeto da presente impetração, restou indeferido, cuja íntegra passa-se a transcrever (processo digital 5000624-68.2020.403.6005):

Trata-se de pedido de liberdade provisória formulado por THIAGO RODRIGUES MIRANDA, preso em flagrante no dia 06/05/2020, pela prática do crime previsto no artigo 33, caput c/c artigo 40, I, ambos da Lei 11.343/2006, pela suposta prática de tráfico transnacional de drogas 13 kg (treze quilos) de maconha.

Sustentou ter residência fixa na cidade de Fortaleza/Ceará, ocupação lícita (pintor e motorista de aplicativo), ser primário e ter bons antecedentes.

Juntou comprovante de residência em seu nome (ID 32813333), certidões negativas Justiça Federal e da Justiça Estadual do Ceará (comarca de Fortaleza) e da Justiça Federal de Mato Grosso do Sul; carta de recomendação fornecida pela empresa CONEXÃO ENGENHARIA PROJETOS E INSTALAÇÕES LTDA (ID 32813335).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo indeferimento da Liberdade Provisória, destacando a necessidade de garantir a ordem pública, bem como para conveniência da instrução criminal. (ID 32972351).

É O RELATÓRIO DO NECESSÁRIO.

DECIDO.

Segundo basilar lição de Francesco Ferrara:

“O direito opera por comandos abstractos. Mas a realização forçada destes comandos efectua-se por imposição judiciária.(...) O juiz, porém, está submetido às leis, decide como a lei lhe ordena, é o executor e não o criador da lei. A sua função específica consiste na aplicação do direito. (...) As tarefas preliminares da atividade judicial são pois: o apuramento do facto, da relação material a julgar, e a determinação do direito a que o facto está subordinado.” (in FERRARA, Francesco. Interpretação e Aplicação das Leis. Tradução Manuel A. D. de Andrade. 2. ed. São Paulo: Livraria Acadêmica/Saraiva & Cia, 1937.p. 01/02).

Nessa senda, a Constituição Federal de 1988, no rol dos direitos e garantias fundamentais, traz a prisão cautelar como exceção, ou seja, havendo o preenchimento dos requisitos legais autorizadores, o investigado deve, com absoluta preferência, responder ao processo em liberdade. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, por sua vez, prevê que “(...) prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral (...)” (art. 9º, 3).

Destarte, toda interpretação sobre o cabimento de prisão cautelar deve ter como eixo norteador os direitos fundamentais e a sua natureza excepcional de ultima ratio, pois a regra é a observância do princípio do estado de inocência, garantia fundamental insculpida no art. 5º, LVII, do texto constitucional (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”).

Eugênio Pacelli de Oliveira observa que:

“Com a Constituição Federal de 1988, duas conseqüências imediatas se fizeram sentir no âmago do sistema prisional:

- a) a instituição de um princípio afirmativo da situação de inocência de todo aquele que estiver submetido à persecução penal;*
- b) a garantia de que toda prisão seja efetivamente fundamentada e por ordem escrita de autoridade judiciária competente.*

A mudança é muito mais radical do que pode parecer a um primeiro e superficial exame.

E assim é porque o reconhecimento da situação jurídica de inocente (art. 5º, LVII) impõe a necessidade de fundamentação judicial para toda e qualquer privação da liberdade, tendo em vista que só o Judiciário poderá determinar a prisão de um inocente. E mais: que essa fundamentação seja construída em bases cautelares, isto é, que a prisão seja decretada como acautelamento dos interesses da jurisdição penal, com a marca da indisponibilidade e da necessidade da medida.” (in OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 414.)

Nesse contexto, a decretação da prisão preventiva ou temporária, para que se mostre legítima, exige que estejam evidenciados, com fundamento em base empírica idônea, motivos justificadores da imprescindibilidade da medida excepcional.

Noutro ponto, como toda medida de natureza acautelatória, a prisão em questão submete-se à cláusula rebus sic standibus, no sentido de que havendo alteração das condições que embasaram a sua decretação, a necessidade e adequação da medida deve ser reapreciada.

Assim, alteradas as circunstâncias fáticas vigentes quando de sua decretação, não mais subsistindo os motivos que a justificaram, torna-se viável a sua revogação.

Em sentido inverso, pode ocorrer de surgirem elementos, inicialmente inexistentes, que indiquem a necessidade posterior de decretação da prisão.

*No caso em tela, na senda do pensamento do Ministério Público Federal, **obervo que as razões de fato e de direito que motivaram a medida cautelar de prisão permanecem inalteradas, porquanto subsistem seus pressupostos legais e constitucionais.***

Ademais, há fortes indícios de autoria de crimes graves, cuja pena cominada é superior a 04 (quatro) anos de pena privativa de liberdade, bem como prova da materialidade delitiva.

Vale frisar, outrossim, que os documentos trazidos pela defesa, nos pontos que mais interessam à análise do caso, não comprovam, por si sós, ao menos neste juízo de cognição sumária, a impossibilidade da prática do crime, bem como pelo perigo de fuga, o que frustrará a aplicação da lei penal.

O fato de o custodiados ter sido preso em conhecida rota de tráfico de drogas terrestre, além de não haver comprovação suficiente de atividade lícita, uma vez que a Carta de Recomendação da empresa apenas indica que o custodiado “foi funcionário desta Empresa” – o que não permite concluir que THIAGO RODRIGUES MIRANDA exercia ocupação lícita quando foi preso, são fatores que permitem concluir, neste dado momento processual, que a sua soltura precoce comprometeria a ordem pública concretamente considerada.

Deste modo, embora a quantidade de droga apreendida não seja expressiva em comparação com o que costumeiramente ocorre nesta região, os fatos permitem concluir, neste dado momento processual, que o custodiado não tem vínculo com o distrito da culpa e que a sua soltura precoce comprometeria de fato a instrução processual penal com a devida aplicação da lei penal, bem como a ordem pública concretamente considerada, conforme muito bem exposto pelo MPF em sua manifestação.

Deste modo, tais circunstâncias não impedem, per se, a segregação cautelar, conforme a jurisprudência pátria. Vejamos.

*PROCESSUAL PENAL E PENAL: HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. DECISÃO FUNDAMENTADA. REQUISITOS PREVISTOS NO ARTIGO 312 DO CPP. ORDEM DENEGADA. I - Emerge dos autos que o paciente foi preso em 04/12/2015 acusado da prática dos delitos capitulados no artigo 334, 1º, inciso III, e artigo 273, 1º-B, inciso I, ambos do Código Penal, por terem sido surpreendidos na área central de Sorocaba/SP, comercializando cigarros da marca Eight e medicamentos Pramil de origem estrangeira. II - Estamos diante de hipótese que gera a necessidade de conversão da prisão em flagrante em preventiva em relação a JOSEMILDO OLIVEIRA DA SILVA, já que é possível visualizar uma reiteração criminosa envolvendo tipos de delitos similares em curto espaço de tempo. III - A decisão impugnada está alicerçada em elementos concretos, os quais demonstram a necessidade de decretação da prisão preventiva nos termos do que dispõe o artigo 312 do Código de Processo Penal, cumprindo o escopo inserto no artigo 93, IX da Constituição Federal. IV - Há prova da materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria, como se infere da própria decisão guerreada. V - O crime em tese praticado pelo paciente possui pena máxima em abstrato superior a quatro anos, encontrando-se preenchido, também, o requisito previsto no artigo 313, I, do Código de Processo Penal. VI - **Quanto à alegação de que o paciente é primário, possui residência fixa e ocupação lícita, não constituem circunstâncias garantidoras da liberdade provisória, quando demonstrada a presença de outros elementos que justificam a medida constritiva excepcional (RHC 9.888, rel. Min. Gilson Dipp, DJU 23.10.00; HC 40.561/MG, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 20.06.05, pág. 314).** (TRF3. HC N. 65979. DÉCIMA PRIMEIRA TURMA. DATA JULG. 29/03/2016. DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO).*

Dessa forma, há de se concluir que não houve alteração da situação fática ou mesmo jurídica do acusado a ponto de justificar a revogação da medida cautelar, devidamente ancorada em dados concretos.

Assim, sob esse ponto de vista, temerária, por ora, a revogação da prisão preventiva.

Pelas mesmas razões, também não se mostra cabível, por enquanto, a adoção de qualquer das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, a teor do que dispõe o artigo 282, inciso II, do mesmo diploma, eis que verifico que a prisão preventiva permanece adequada e necessária ao caso em tela, especialmente, considerando o momento processual dos presentes autos e os crimes, em tese, perpetrados.

Destaco, ainda, que a Recomendação n. 62 do Conselho Nacional de Justiça que prevê em seu art. 4º, III a excepcionalidade na decretação da prisão preventiva em razão da pandemia do COVID19 não constitui um salvo conduto ou um “laissez faire, laissez aller, laissez passer” [ii] ou revogação das normas processuais penais, mas sim, uma exigência que a decretação da prisão preventiva seja devidamente pormenorizada, verificando se o custodiados é do grupo de risco, etc.

No caso em tela, o custodiado não integra grupo de risco, seja pela idade, seja pela ausência de doenças crônicas.

*Por fim, ressalto que, nos autos do processo principal nº 5000530-23.2020.4.03.6005, foi designada audiência de instrução e julgamento para o dia **19 de Junho de 2020, às 14hs (fuso do Mato Grosso do Sul, 15hs fuso de Brasília)**, vale dizer, em data próxima, que poderá restar frustrada em sendo o réu colocado em liberdade, diante do risco à instrução criminal que sua soltura representa. Nesse ponto, a eventual confissão dos fatos diante da autoridade policial não poderá isoladamente fundamentar decisão, de modo que a importância da manutenção da prisão preventiva para viabilizar a instrução criminal é medida que se impõe, nos termos do artigo 155 do Código de Processo Penal.*

Ante o exposto, INDEFIRO o pedido de liberdade provisória.

Não merece reparo a r. decisão do juízo de origem que indeferiu a revogação da prisão preventiva do paciente, considerando presentes os requisitos dos artigos 312 e 313, incisos I, ambos, do Código de Processo Penal.

Trata-se de crime doloso punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 (quatro) anos, restando configurada hipótese autorizativa do artigo 313, I, do Código de Processo Penal.

O fumus comissi delicti e o *periculum libertatis* restaram comprovados.

A prova da materialidade delitiva e os indícios suficientes de autoria são revelados pela própria situação de flagrância, eis que o paciente foi surpreendido transportando a substância entorpecente.

No tocante ao *periculum libertatis*, justifica-se para a garantia da aplicação da lei penal, haja vista que o paciente não demonstrou ter vínculo com o distrito da culpa, haja vista que o endereço declinado nos autos é de Fortaleza/CE.

Observa-se ainda que, nos moldes do artigo 312 do Código de Processo Penal, a manutenção da segregação do paciente faz-se necessária para garantia da aplicação da lei penal, uma vez que o paciente também não demonstrou possuir ocupação lícita, teria juntado apenas carta de recomendação de ex-empregador.

Não obstante, a aparente primariedade do paciente, e ainda que tivesse comprovado sua ocupação lícita, tal fato não impediria, *per se*, a segregação cautelar.

Resta evidente, portanto, que se colocado em liberdade ou se conferido ao paciente medidas cautelares diversas da prisão, há chances efetivas de reiteração criminosa ou fuga e ocultação, frustrando a aplicação da lei penal.

De qualquer modo, eventuais condições favoráveis, como residência fixa, família constituída e ocupação lícita não constituem circunstâncias aptas a garantir a revogação da prisão preventiva, quando existem outros elementos que justificam a necessidade da segregação cautelar, como se observa no caso em tela. (RHC 9.888, rel. Min. Gilson Dipp, DJU 23.10.00; HC 40.561/MG, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 20.06.05, pág. 314).

In casu, a prisão cautelar, ao menos por ora, mostra-se como a única medida capaz de assegurar a ordem pública, não sendo suficiente a adoção de qualquer outra medida cautelar prevista no artigo 319 do Código de Processo Penal.

Saliente-se, ainda, que, segundo entendimento das Cortes Superiores, eventuais condições subjetivas favoráveis, por si só, não afastam a possibilidade da prisão cautelar, pois demonstrada sua necessidade no caso concreto (Cf. STF, HC 171377 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 25/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-250 DIVULG 12-11-2019 PUBLIC 18-11-2019 e STJ, HC 540.907/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 26/11/2019, DJe 05/12/2019).

Por fim, observa-se que a Recomendação CNJ n. 62/2020 não gera direito subjetivo público, não se tratando de institutos jurídicos previstos em lei. Ademais, trata-se de matérias sujeitas à jurisdição necessária, que deve ser prestada no âmbito jurisdicional, não administrativo.

Assim é que com **prudência** o CNJ insta os magistrados de todo o Brasil a ter olhar diferenciado para a questão do sistema prisional, no momento excepcionalíssimo que vivemos, em decorrência da pandemia causada pelo coronavírus.

Igualmente, com prudência, devem ser analisadas as recomendações.

Não há notícias de que o paciente seja idoso, possua qualquer deficiência que o enquadre no denominado grupo de risco ou tampouco seja o único responsável por criança até doze anos ou por pessoa com deficiência.

Ademais, como é de conhecimento público, o Departamento Penitenciário - DEPEN e os Governos do Estado de São Paulo e do Mato Grosso do Sul suspenderam visitas nas unidades prisionais, o que significa o isolamento necessário para evitar a rápida proliferação da doença, conforme orientação da OMS - Organização Mundial de Saúde e do Ministério da Saúde.

Por outro lado, não há prova nos autos de que a unidade prisional, embora com lotação superior à esperada, esteja sem condições sanitárias no presente momento. Note-se que unidades prisionais, *per se*, são ambientes propícios à transmissão de doenças, assim como escolas, ambientes de trabalho, meios de transporte lotados como vivenciamos diariamente etc, de modo que esse fato *isoladamente*, sem elementos mais concretos não pode fundamentar a colocação em liberdade. Aliás, por se tratar de privação de liberdade, todos quantos vivem suas vidas livres devem pensar nas consequências de seus atos, pois hoje todos nós, condenados ou não, estamos privados de grande parte de nossa liberdade. E quanto tem-nos custado!

Logo, devidamente justificada a prisão cautelar imposta em desfavor do paciente, nos termos dos artigos 5º, inciso LXI e 93, inciso IX, ambos da Constituição Federal e 315 do Código de Processo Penal.

Diante de tais considerações não se vislumbra, portanto, a existência de constrangimento ilegal passível de ser sanada pela concessão da ordem de *Habeas Corpus*.

Ausentes os pressupostos autorizadores, **INDEFIRO** a liminar pleiteada.

Requisitem-se informações.

Após, ao MPF.

São Paulo, 19 de junho de 2020

HABEAS CORPUS CRIMINAL(307) N° 5016226-72.2020.4.03.0000

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

PACIENTE: BRENDA ROCA TOLEDO

IMPETRANTE: JOSE EDUARDO LAVINAS BARBOSA

Advogado do(a) PACIENTE: JOSE EDUARDO LAVINAS BARBOSA - SP217870-A

IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE ARAÇATUBA/SP - 1ª VARA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelo advogado José Eduardo Lavinias Barbosa, em favor de BRENDA ROCA TOLEDO, contra ato da 1ª Vara Federal de Araçatuba/SP que, nos autos nº 5001001-24.2020.4.03.6107, à vista do art. 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal (CPP), manteve a prisão preventiva da paciente, decretada após ela ter sido presa em flagrante pela prática, em tese, do crime de tráfico transnacional de drogas.

O impetrante alega, em síntese, que o presídio onde a paciente se encontra está superlotado e com grande circulação de pessoas e presos; que ela é primária, com bons antecedentes e não apresenta perigo à preservação da ordem pública, além de atender os requisitos elencados no art. 4º, I, "a", da Recomendação CNJ nº 62/2020, vez que tem 45 anos de idade e pressão alta, estando, assim, no grupo de risco se infectada pelo Covid-19.

Pleiteia, por isso, a concessão liminar da ordem para que seja revogada a prisão preventiva da paciente e ela possa aguardar o desfecho da ação penal em liberdade provisória.

É o relatório. **DECIDO.**

A prisão preventiva é espécie de prisão cautelar que pode ser decretada pelo juiz em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial, sempre que estiverem preenchidos os requisitos previstos em lei, havendo prova da existência do crime, indícios suficientes de autoria e diante do perigo gerado pelo estado de liberdade do indiciado/acusado, e desde que medidas cautelares outras revelarem-se inadequadas ou insuficientes (CPP, arts. 312 e 319, com a redação dada pela Lei nº 13.964/2019). E uma vez decretada, deve o magistrado "revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal" (CPP, art. 316, parágrafo único, incluído pela Lei nº 13.964/2019).

Atento ao comando exposto (CP, art. 316, parágrafo único), a autoridade impetrada reavaliou a necessidade da prisão da paciente, considerando a data da última reavaliação (20.03.2020), concluindo pela sua manutenção (ID 134698174).

Aduziu, para tanto, que o fato novo oriundo da condenação do companheiro da paciente na ação penal de origem, que fora desmembrada em relação à paciente dada a revogação do mandato do advogado que a representava, na véspera da audiência de instrução, reforça a higidez da medida constritiva.

Ambos foram flagrados transportando 35 kg de cocaína e, embora a paciente tenha negado saber que a droga estava acondicionada no veículo, o que foi corroborado pelo seu companheiro em sede policial, segundo o juízo, "se trata de versão pouco crível, já que Brenda era companheira de Cayo, o que induz presunção de convivência íntima e ciência das atividades por ele exercidas". Aduziu que a paciente "não produziu prova de que ela, ou Cayo, exerciam atividade lícita, o que faz remanescer a presunção de que obtém renda da atividade criminosa pela qual foram flagrados", de modo que "a conclusão que se pode extrair de todas as circunstâncias do caso, até o presente momento, é de que Brenda participou da internação e do transporte ilícito da droga".

Pois bem. O fato é que a participação ou não da paciente na empreitada criminosa é matéria de mérito e, como tal, haverá de ser dirimida na ação penal, cuja audiência de instrução está prestes a ser designada.

No que tange à prisão, o que há nos autos é que a paciente é cidadã boliviana, sem vínculos com o Brasil, e foi flagrada com seu companheiro, trazendo de Santa Cruz de La Sierra, na Bolívia, grande quantidade de droga. Não há como negar, nesse contexto, a gravidade concreta do crime e o risco que a liberdade da paciente implicaria à instrução e à aplicação de eventual sanção penal. A chance de que, em liberdade, retorne ao seu país de origem, pelas regras de experiência, não pode ser desprezada.

Portanto, em juízo de cognição sumária, há elementos concretos que justificam a manutenção da prisão da paciente, que vem sendo constantemente reavaliada pela autoridade impetrada, em atenção aos comandos normativos vigentes.

Quanto à Recomendação CNJ nº 62/2020, observo, desde logo, que não há comprovação nos autos de que isso tenha sido previamente levado ao juízo de origem para que examinasse se a paciente encontra-se no grupo de risco de que trata seu art. 4º, I. Dito isso, qualquer decisão deste Tribunal sobre a questão implicaria indevida supressão de instância, inclusive porque o prontuário acostado aos autos (ID 134698169) não evidencia risco manifesto à vida da paciente, a justificar a concessão, de ofício, de qualquer medida por este Tribunal.

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

Solicitem-se informações à autoridade impetrada, a serem prestadas no prazo de 5 (cinco) dias.

Após, dê-se vista dos autos ao Ministério Público Federal para manifestação, vindo, em seguida, conclusos.

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

São Paulo, 19 de junho de 2020.

HABEAS CORPUS CRIMINAL (307) Nº 5020247-28.2019.4.03.0000

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

PACIENTE: MICENO ROSSI NETO, CLAUDIA MARTINS BORBA

IMPETRANTE: AURY CELSO LIMA LOPES JUNIOR, EMMANUEL JOSE PINARELI RODRIGUES DE SOUZA, VIRGINIA PACHECO LESSA, VITOR PACZEK MACHADO, ANTONIO BRUM BROSSARD DE SOUZA PINTO

Advogados do(a) PACIENTE: AURY CELSO LIMA LOPES JUNIOR - RS31549-A, EMMANUEL JOSE PINARELI RODRIGUES DE SOUZA - SP248847-A, VIRGINIA PACHECO LESSA - RS57401, VITOR PACZEK MACHADO - RS97603, ANTONIO BRUM BROSSARD DE SOUZA PINTO - RS110857

Advogados do(a) PACIENTE: AURY CELSO LIMA LOPES JUNIOR - RS31549-A, EMMANUEL JOSE PINARELI RODRIGUES DE SOUZA - SP248847-A, VIRGINIA PACHECO LESSA - RS57401, VITOR PACZEK MACHADO - RS97603, ANTONIO BRUM BROSSARD DE SOUZA PINTO - RS110857

IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE CAMPINAS/SP - 9ª VARA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

1. **Dê-se ciência aos impetrantes**, pelo meio menos oneroso e mais célere possível, que o feito será apresentado em mesa, **na sessão de 25.06.2020, às 9h30.**

Dê-se ciência, ainda, que em virtude das medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrentes dos riscos de infecção humana pelo coronavírus (COVID-19), **a sessão será realizada em ambiente exclusivamente eletrônico**, com o uso de ferramenta de videoconferência, para fins de sustentações orais, qual seja **a solução de videoconferência atualmente contratada no âmbito da 3.ª Região (CISCO), com acesso via videoconf.trf3.jus.br.**

Assim, fica a impetrante INTIMADA a encaminhar ao correio eletrônico da 11ª Turma (ut11@trf3.jus.br), **no prazo máximo de 48 horas antes do início da realização da sessão**, confirmação da manutenção do pedido de sustentação oral já realizado, indicação do advogado/defensor que fará a mesma, bem como informar seu endereço eletrônico e número de telefone válidos (**preferencialmente o número de telefone celular**) para eventual contato imediato e envio das instruções para a realização da sustentação oral pelo sistema eletrônico de videoconferência acima citado.

Ademais, é de **responsabilidade do advogado/procurador** zelar pelas condições técnicas necessárias para a transmissão audiovisual de sua sustentação oral por meio do sistema indicado pelo Tribunal, não sendo admissível pedido de adiamento por indisponibilidade de sistema ou de problemas técnicos.

Registro, por fim, que a sessão realizada com o auxílio de ferramenta de videoconferência equivale à sessão presencial para todos os efeitos legais

2. Providencie-se o necessário. Certifique-se. Cumpra-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

HABEAS CORPUS CRIMINAL (307) Nº 5017638-72.2019.4.03.0000

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

IMPETRANTE: EURO BENTO MACIEL FILHO, GABRIEL HUBERMAN TYLES, ANTONIO CARLOS DE ALMEIDA CASTRO, ROBERTA CRISTINA RIBEIRO DE CASTRO QUEIROZ

PACIENTE: GABRIEL PAULO GOUVEA DE FREITAS JUNIOR, FERNANDA FERRAZ BRAGA DE LIMA DE FREITAS

Advogado do(a) IMPETRANTE: EURO BENTO MACIEL FILHO - SP153714

Advogado do(a) IMPETRANTE: EURO BENTO MACIEL FILHO - SP153714

Advogado do(a) PACIENTE: EURO BENTO MACIEL FILHO - SP153714

Advogado do(a) PACIENTE: EURO BENTO MACIEL FILHO - SP153714

IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 6ª VARA FEDERAL CRIMINAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

1. ID 85009564: intinem-se os impetrantes quanto à apresentação do feito em mesa, na sessão virtual da Décima Primeira Turma a se realizar no dia 25.06.2019, às 09h30.

2. Providencie-se o necessário. Cumpra-se.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

Expediente Processual (Despacho/Decisão) Nro 67595/2020

00001 APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0001155-02.2016.4.03.6000/MS

	2016.60.00.001155-7/MS
--	------------------------

RELATOR	:	Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS
APELANTE	:	Justica Publica
APELANTE	:	ADEMIR LOURENCO DE MORAES reu/ré preso(a)
ADVOGADO	:	MS009632 LUIZ RENE GONCALVES DO AMARAL e outros(as)
	:	MS007490 NESTOR LOUREIRO MARQUES
APELANTE	:	JUAN JOSE BAEZ GONZALEZ reu/ré preso(a)
ADVOGADO	:	MS005291 ELTON JACO LANG e outro(a)
APELADO(A)	:	Justica Publica
APELADO(A)	:	EDSON JORGE CORREA ZATORRE
ADVOGADO	:	MS013468 RODRIGO CORREADO COUTO e outro(a)
ABSOLVIDO(A)	:	EDMAR MACIEL DOS SANTOS JUNIOR
No. ORIG.	:	00011550220164036000 3 Vr CAMPO GRANDE/MS

Vistos.

1. Cuida-se de petição encaminhada a este Gabinete de Trabalho via correio eletrônico pelo *Dr. Luiz René Gonçalves do Amaral*, advogado inscrito na OAB/MS sob o nº 9.632, em defesa do réu **Ademir Lourenço Moraes**, objetivando a retirada do processo físico nº 0001155-02.2016.4.03.6000/MS da pauta da Sessão Virtual de julgamento marcada para 25.06.2020. Argumenta, em síntese, que em razão da pandemia ocasionada pela Covid-19 e a consequente suspensão dos prazos dos processos físicos, ficou impossibilitado de acessar os autos, preparar adequadamente a defesa do réu, enviar memoriais aos magistrados e exercer a sustentação oral. Além disso, sustenta que tem duas audiências de instrução e julgamento em ações penais com réus presos designados para o mesmo dia da mencionada Sessão Virtual (25.06.2020).

É imperioso ressaltar, ainda, que no corpo do e-mail enviado à Secretaria, o ilustre causídico informa que não subscreveu o recurso de Apelação interposto nos mencionados autos e foi constituído *a posteriori* para sustentar oralmente as razões de inconformismo perante a E. Décima Turma julgadora.

O petição foi encampado com certidão oriunda do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, informando que o causídico foi intimado em **03.06.2020** para audiência a realizar-se nos autos 0021665-98.2019.8.12.0001, em 25.06.2020, às 8h30m.

É o caso de deferir-se o pedido.

Em primeiro lugar, anota-se que o novo advogado recebe o processo no estado que se encontra, com os prazos fluindo, de maneira que não há razão para adiar-se o julgamento do feito por ter sido constituído *a posteriori*. Entender de forma diversa, a fim de permitir a prorrogação do julgamento do feito criminal para advogado constituído após a interposição do recurso, violaria os princípios da segurança jurídica e da razoabilidade, pois permitiria manobras objetivando a protelação do feito, a refletir em institutos diversos, como o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva ou a postergação de eventual cumprimento da pena imposta pelo Poder Judiciário.

A propósito, o **Superior Tribunal de Justiça** já se manifestou em sentido análogo:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INTEMPESTIVIDADE DO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONSTITUIÇÃO NOVO ADVOGADO. RECEBIMENTO DOS AUTOS NO ESTADO EM QUE SE ENCONTRAM. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. O prazo para interposição do agravo em recurso especial é de 15 (quinze) dias, contados a partir da publicação do acórdão recorrido. **2. A constituição de outro advogado não legitima a renovação de atos processuais em andamento ou já concluídos. O novo patrono recebe os autos no estado em que se encontram.** 3. O órgão julgador não está obrigado a se manifestar sobre todos os pontos alegados pela parte, mas somente sobre os que entender necessários ao deslinde da controvérsia, de acordo com o livre convencimento motivado, tal como ocorre no presente caso. 4. É firme a jurisprudência do STJ no sentido de que não há falar em vício de omissão acerca do enfrentamento de matéria de mérito, quando o recurso sequer ultrapassa o juízo de admissibilidade. 5. Agravo regimental não provido.

(STJ - AgInt nos EDcl no AREsp: 1236351 PR 2018/0009269-8, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 26/06/2018, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/08/2018)

"PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANIFESTAMENTE INTEMPESTIVO. DEVOLUÇÃO DO PRAZO POR INGRESSO DE NOVO ADVOGADO. IMPOSSIBILIDADE. FALTA DE BASE LEGAL, PROVIDÊNCIA QUE, CASO DEFERIDA, VIOLARIA O SISTEMA PROCESSUAL. RECURSO INTEMPESTIVO QUE NÃO INTERROMPE PRAZO PARA EVENTUAL RECLAMO SUBSEQUENTE. TRÂNSITO EM PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA 5 JULGADO. INÍCIO IMEDIATO DA EXECUÇÃO PENAL. 1. Os aclaratórios são manifestamente intempestivos, pois opostos quando já escoado o prazo de 2 dias, previsto no art. 619 do Código de Processo Penal. 2. Não há possibilidade de devolução do prazo recursal, pois não há base legal para o pedido, além do que tal providência violaria o sistema processual. **3. A inércia do advogado constituído pelo réu, que deixa de interpor recurso, não é causa de suspensão ou interrupção de prazos. Eventual constituição de novo causídico, como na hipótese, só gera efeitos a partir da protocolização da comunicação, sendo válidos todos os atos praticados até então, inclusive eventual intimação e seus efeitos (preclusão).** 4. Entender de forma diversa, de maneira a admitir a reabertura de prazo recursal para advogado constituído após a perda do lapso recursal pelo causídico anterior, violaria os princípios da segurança jurídica, da razoabilidade, da lealdade processual e da boa-fé objetiva, pois permitiria manobras ardilosas objetivando a reabertura de prazo recursal diante da inércia da defesa dentro do prazo previsto em lei (precedente do STJ). 5. Diante da manifesta intempestividade dos aclaratórios, não ocorreu a interrupção do prazo recursal para eventual interposição de recurso subsequente, sendo assim, é possível concluir que ocorreu o trânsito em julgado da condenação, razão pela qual deve ter início a execução. 6. Embargos de declaração não conhecidos, com determinação de início imediato da execução penal.

(STJ, EDcl no AgRg no AREsp 842.406/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 02/08/2016, DJe 23/08/2016)

Além disso, a conversão da sessão de julgamento presencial em virtual não obsta que os advogados utilizem o sistema de videoconferência para a sustentação oral, assegurando-se, ainda, a distribuição de Memoriais por correio eletrônico aos magistrados, permitindo-se, assim, o exercício pleno da ampla defesa constitucionalmente assegurada.

Por outro lado, do documento anexado ao petição verifica-se que o causídico signatário possui outra audiência designada em Campo Grande/MS (autos 0021665-98.2019.8.12.0001 - TJMS), para a mesma data, vale repetir, 25.06.2020, às 8:30m, sendo certo que a intimação ocorreu em **03.06.2020**, ou seja, antes da publicação da pauta pela E. Décima Primeira Turma (**06.06.2020**).

2. Feitas estas considerações, **DEFIRO** o pedido em análise, determinado a retirada do processo nº 0001155-02.2016.4.03.6000/MS da pauta da Sessão Virtual de julgamento de 25.06.2020, **adiando-o para a próxima Sessão**, com data prevista para 23.07.2020, **oportunidade em que deverá ser levado em Mesa.**

3. **A Secretaria deverá adotar as cautelas de estilo para a retirada do processo da pauta e intimar as partes pela via mais célere.** São Paulo, 18 de junho de 2020.

FAUSTO DE SANCTIS

Desembargador Federal

APELAÇÃO CRIMINAL (417) Nº 0000804-29.2016.4.03.6000
RELATOR: Gab. 40 - DES. FED. NINO TOLDO
APELANTE: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP

ACUSADO - PUNIBILIDADE EXTINTA: ELIDIO JOSE DEL PINO, AIRES DO AMARAL, MILTON TRELHA
GAUNA

APELADO: NELSON CHAIA JUNIOR

Advogados do(a) APELADO: NELSON CHAIA JUNIOR - MS9550-A, ODIL TADEU GIORDANO - MS2550-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de recurso interposto pelo Ministério Público Federal (ID 134044555) em face da sentença proferida pela 5ª Vara Federal de Campo Grande/MS que, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal, absolveu o réu NELSON CHAIA JÚNIOR da imputação de prática do crime tipificado no art. 179, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal (ID 134044547).

Foram apresentadas contrarrazões (ID 134044559).

A Procuradoria Regional da República opinou pelo desprovimento do recurso e seja declarada a extinção da punibilidade do recorrido (ID 134294463).

É o relatório. **DECIDO.**

A pena do crime imputado ao apelado (CP, art. 179) é de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos de detenção ou multa. Além disso, a imputação foi pela forma tentada, o que faria incidir a respectiva causa de diminuição da pena (CP, art. 14, II). Trata-se, portanto, de crime de menor potencial ofensivo, de competência do Juizado Especial Federal Criminal (Lei nº 9.099/95, art. 61, com a redação dada pela Lei nº 11.313/2006) e, no caso, a competência para o exame do recurso compete à Turma Recursal de Mato Grosso do Sul.

Posto isso, reconheço a incompetência deste Tribunal Regional Federal para processar e julgar o recurso e **determino a remessa dos autos à Turma Recursal do Juizado Especial Federal da Seção Judiciária do Mato Grosso do Sul.**

Dê-se ciência à Procuradoria Regional da República.

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

São Paulo, 19 de junho de 2020.

HABEAS CORPUS CRIMINAL (307) Nº 5015896-75.2020.4.03.0000

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

PACIENTE: CHIHU WISSAL

IMPETRANTE: ANGELA MARIA PERRETTI

Advogado do(a) PACIENTE: ANGELA MARIA PERRETTI - SP125488-A

IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE GUARULHOS/SP - 1ª VARA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos.

Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido liminar, impetrado por Ângela Maria Perretti em favor de CHIH WISSAL, contra ato imputado ao Juízo Federal da 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Guarulhos/SP, nos autos da ação penal nº 0003014-16.2018.4.03.6119.

A impetrante alega, em síntese, que foi condenada em primeira instância pela prática do delito previsto no artigo 33, *caput*, c.c. artigo 40, I, da Lei 11.343/06, ao cumprimento de pena consistente em 02 anos, 06 meses e 20 dias de reclusão no regime inicial aberto e pagamento de 257 dias-multa, com substituição da pena restritiva de liberdade por restritiva de direitos, através de prestação de serviços à comunidade. A defesa não recorreu da sentença. Por sua vez, a apelação interposta pelo MPF encontra-se pendente de julgamento. Aduz que requereu perante a autoridade coatora a expedição de Guia de Execução Provisória em favor da paciente, no entanto, o pedido foi indeferido tendo em vista o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal (HC 126.292). No mesmo sentido, foram os julgados nesta instância dos *Habeas Corpus* n. 5029608-69.2019.4.03.0000 e n. 504910-24.2020.4.03.0000 (expedição de guia de execução provisória e inclusão em pauta do julgamento da apelação). Requer seja a paciente autorizada a retornar à França imediatamente, independentemente da pendência do julgamento do recurso de apelação da acusação, considerando a recente decisão proferida pelo eminente Desembargador Federal Nino Toldo na Apelação Criminal nº 0001694-28.2018.4.03.6119, na qual autorizou o cumprimento de pena na França, devido à pandemia de coronavírus (COVID-19). No mérito, a confirmação da liminar, de modo a tornar definitiva a liminar requerida.

A inicial veio acompanhada de documentação digitalizada (ID134536197, ID134536205, ID134536208 e ID134536219).

Dispensadas as informações, tendo em vista que os autos principais encontram-se nesta E. Corte Regional para julgamento do Recurso de Apelação da acusação.

A apreciação do pleito liminar foi postergada para após a manifestação do Ministério Público Federal, considerando que o Recurso de Apelação interposto na ação penal nº 0003014-16.2018.4.03.6119 é da acusação.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento da impetração diante da ausência de constrangimento ilegal praticado pela autoridade coatora e, no mérito, pela não concessão da liminar e, ao final, não concessão da ordem (ID134781873).

É o breve relatório.

Decido.

A ação de *Habeas Corpus* tem pressuposto específico de admissibilidade, consistente na demonstração *primo ictu oculi* da violência atual ou iminente, qualificada pela ilegalidade ou pelo abuso de poder que repercute, mediata ou imediatamente, no direito à livre locomoção, conforme previsão do artigo 5º, LXVIII, da Constituição Federal, e artigo 647 do Código de Processo Penal.

Extrai-se dos autos que a paciente foi condenada nos autos da ação penal nº 0003014-16.2018.4.03.6119, pela prática do delito previsto no artigo 33, *caput*, c.c. o artigo 40, inciso I, ambos da Lei Federal nº 11.343/2006, à pena de 02 (dois) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, bem como ao pagamento de 257 (duzentos e cinquenta e sete) dias-multa, a ser cumprida em regime inicialmente aberto. A pena privativa de liberdade foi convertida por uma restritiva de direitos e pelo pagamento de prestação pecuniária, no valor equivalente a 3 (três) salários mínimos.

A defesa não recorreu, ocorrendo o trânsito em julgado para a acusada.

Por sua vez, o Ministério Público Federal apresentou recurso de apelação, encontrando-se os autos neste E. Tribunal aguardando o julgamento.

A impetrante requer a autorização para retornar à França imediatamente, independentemente da pendência do julgamento do recurso de apelação da acusação, considerando a recente decisão proferida pelo eminente Desembargador Federal Nino Toldo na Apelação Criminal nº 0001694-28.2018.4.03.6119, na qual autorizou o cumprimento de pena na França, devido à pandemia de coronavírus (COVID-19).

Consigno, por oportuno, que em 13.12.2019 houve o julgamento do *Habeas Corpus* nº 5029608-69.2019.4.03.0000, que por unanimidade, denegou a ordem de *Habeas Corpus* impetrada a favor da paciente, com o escopo de que fosse expedida a de guia de execução provisória, cujo acórdão restou assimmentado:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO DO C. STF FIRMADO NAS ADCS 43, 44 E 54. ORDEM DENEGADA.

- A paciente foi condenada nos autos da ação penal nº 0003014-16.2018.4.03.6119, pela prática do delito previsto no artigo 33, caput, c.c. o artigo 40, inciso I, ambos da Lei Federal nº 11.343/2006, à pena de 02 (dois) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, bem como ao pagamento de 257 (duzentos e cinquenta e sete) dias-multa, a ser cumprida em regime inicialmente aberto. A pena privativa de liberdade foi convertida por uma restritiva de direitos e pelo pagamento de prestação pecuniária, no valor equivalente a 3 (três) salários mínimos.

- A defesa não recorreu, ocorrendo o trânsito em julgado para a acusada. Por sua vez, o Ministério Público Federal **apresentou recurso de apelação**, encontrando-se os autos neste E. Tribunal, pendentes de distribuição.

- O MM. Juízo a quo indeferiu o pedido de expedição de Guia de Execução Provisória, considerando que ainda não ocorrera o julgamento do recurso de apelação pela segunda instância, nos termos do entendimento do C. STF (HC 126.292) vigente à época. Note-se que a decisão foi publicada em 13.09.2019.

- Posteriormente, em 09.11.2019, o STF ao julgar as ADC n. 43, 44 e 54 considerou não ser possível a execução definitiva da sentença condenatória sem o trânsito em julgado.

- Assim, à falta sequer do julgamento da apelação interposta pela acusação, pressuposto lógico da aplicação do precedente HC STF 126.292, e ainda não havendo o trânsito em julgado para ambas as partes, no sentido do quanto decidido em controle concentrado de constitucionalidade, resta inviável, nesta sede de cognição sumária, o deferimento do pedido da paciente.

- Ressalvado meu entendimento pessoal, e forte na novel orientação da Corte Suprema, vê-se agora como alterado o marco temporal para a execução provisória, restando condicionado o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da condenação.

- Ordem denegada. - g.n.

Infere-se do panorama delineado que não ocorreu nenhuma alteração, fática ou jurídica, apta a ensejar nova decisão diferente da já prolatada.

É sabido que o estrangeiro condenado no Brasil **por sentença transitada em julgado** pode cumprir a pena privativa de liberdade no país de nacionalidade ou país em que tiver residência habitual ou vínculo pessoal, desde que expresse interesse nesse sentido e preencha os requisitos legais previstos nos artigos 104 e 105 da Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017 (Lei da Migração).

Em que pesem as alegações da impetrante, o precedente jurisprudencial trazido à baila não se coaduna com o caso da paciente, haja vista que na Apelação Criminal nº 0001694-28.2018.4.03.6119, o pedido fora formulado nos autos da execução penal provisória nº 0007192-42.2019.8.26.0026.

Ademais, a paciente encontra-se atualmente em liberdade, de modo que não se lhe aplica a Recomendação CNJ 62/2020 (Recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo).

Desta feita, nos termos do artigo 188, *caput*, do Regimento Interno desta Corte, quando o pedido deduzido em *Habeas Corpus* for incabível ou for reiteração de outro com os mesmos fundamentos, seu indeferimento liminar é de rigor.

Por esses fundamentos, **INDEFIRO LIMINARMENTE** o presente *Habeas Corpus*.

Intimem-se e archive-se, observadas as formalidades legais.

São Paulo, 19 de junho de 2020.

Expediente Processual (Despacho/Decisão) Nro 67596/2020

	2014.61.03.007958-5/SP
--	------------------------

RELATOR	:	Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS
APELANTE	:	JOAO LUIZ OLIVEIRA
ADVOGADO	:	DF040928 ANTONIO VINICIUS VIEIRA (Int.Pessoal)
	:	SP0000DPU DEFENSORIA PUBLICA DA UNIAO (Int.Pessoal)
APELANTE	:	CLAUDEMIR NORBERTO OLIVEIRA
ADVOGADO	:	RJ082191 ALEXANDRE DE SANTANNA MAINENTE
APELADO(A)	:	Justica Publica
No. ORIG.	:	00079585120144036103 3 Vr SAO JOSE DOS CAMPOS/SP

DESPACHO

Nos termos da liminar deferida pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça nos autos do Habeas Corpus n.º 582.243/SP, intime-se a Defesa, pela forma mais expedita possível, acerca da apresentação da presente Ação Penal na sessão de julgamento designada para o dia 25.06.2020.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

FAUSTO DE SANCTIS

Desembargador Federal

	2018.61.81.010142-1/SP
--	------------------------

RELATOR	:	Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS
APELANTE	:	FREDERICO GUSTAVO TROIANO BUHRER reu/ré preso(a)
ADVOGADO	:	SP125337 JOSE PEDRO SAID JUNIOR
	:	SP146938 PAULO ANTONIO SAID
	:	SP331009 GABRIEL MARTINS FURQUIM
APELADO(A)	:	Justica Publica
No. ORIG.	:	00101429520184036181 9P Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

O DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS:

Cuida-se de novo pedido de liberdade provisória formulado pela defesa técnica de **FREDERICO GUSTAVO BUHRER**, enviado eletronicamente a este Gabinete de Trabalho, pleiteando a revogação da prisão preventiva, com a concessão de medida cautelar, com fulcro na Recomendação CNJ n° 62/2020.

Emsíntese, afirma a douta defesa que o réu está preso cautelarmente por tempo considerável e "quase expirado o prazo de 90 dias para a revisão da prisão preventiva (art. 316, parágrafo único, do CPP)", havendo excesso de prazo. No mais, sustenta que as informações médicas aportadas recentemente aos autos em análise indicam quadro clínico de "febre, pneumonia e repetição de tuberculose", demonstrando "doenças respiratórias" que insere o réu no grupo de risco da COVID-19.

É a síntese do necessário.

Em que pese o inconformismo do réu, **MANTÉM-SE** a decisão vergastada, vazada nos seguintes fundamentos:

Dispõe o artigo 4º da Recomendação CNJ n° 62 que:

Art. 4º Recomendar aos magistrados com competência para a fase de conhecimento criminal que, com vistas à redução dos riscos

epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerem as seguintes medidas:

I - a reavaliação das prisões provisórias, nos termos do art. 316, do Código de Processo Penal, priorizando-se:

- a) mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até doze anos ou por pessoa com deficiência, assim como idosos, indígenas, pessoas com deficiência ou que se enquadrem no grupo de risco;
- b) pessoas presas em estabelecimentos penais que estejam com ocupação superior à capacidade, que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, que estejam sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão do sistema de jurisdição internacional, ou que disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo coronavírus;
- c) prisões preventivas que tenham excedido o prazo de 90 (noventa) dias ou que estejam relacionadas a crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa;

II - a suspensão do dever de apresentação periódica ao juízo das pessoas em liberdade provisória ou suspensão condicional do processo, pelo prazo de 90 (noventa) dias;

III - a máxima excepcionalidade de novas ordens de prisão preventiva, observado o protocolo das autoridades sanitárias.

Adentrando ao caso concreto, extrai-se da r. sentença penal condenatória, publicada no sítio do TRF da 3ª Região, que o réu nasceu em 04.12.1978 e, portanto, não é idoso. Não há notícias de que seja responsável por criança até doze anos ou por pessoa com deficiência, tampouco de que possuía ele qualquer deficiência que o enquadre no denominado grupo de risco.

Outrossim, não foram acostados aos autos quaisquer documentos e laudos médicos que comprovassem ser o peticionário portador do alegado enfisema pulmonar. A propósito, a própria defesa confirma que não possui qualquer relatório médico comprovando a mencionada moléstia, já que afirma, em seu petítório, ter tomado conhecimento da doença por intermédio de informações da companheira do apelante.

Embora tenham alegado que o estabelecimento prisional esteja com a lotação máxima superada, os causídicos não demonstraram a inexistência de assistência médica no ergástulo em que se encontra recolhido o réu ou, então, que exista qualquer notícia de contágio ou comprovada disseminação do denominado COVID-19.

Ademais, como é de conhecimento público, o Governo do Estado de São Paulo suspendeu visitas nas unidades prisionais, o que significa o isolamento necessário para evitar a rápida proliferação da doença, conforme orientação da OMS - Organização Mundial de Saúde e do Ministério da Saúde.

Quanto à alegação de que o réu está preso provisoriamente há mais de 90 (noventa dias), é imperioso ressaltar que se cuida de feito complexo, com pluralidade de crimes (tráfico internacional de drogas e associação para o tráfico transnacional) e de réus, sendo certo que se fez necessário o desmembramento do feito em relação aos denunciados Remy Marlon Herrera Fischer, José Daniel Paredes, Jenifer da Silva Gomes e Magalyz Sanchez Hechevarria, ante a grandiosidade do processo. Outrossim, houve a impetração de Habeas Corpus pela defesa com vistas à conversão do julgamento em diligência, a fim de que o juízo monocrático ouvisse o corréu Remy, o que contribuiu ainda mais para o adiamento do deslinde do feito.

Ademais, comprovou-se na sentença monocrática que o réu é líder de uma associação criminosa formada para a prática de tráfico internacional de drogas, por meio de envio de "mulas" ao exterior cooptadas dentre garotas de programa, o que, aliada à sua vantajosa condição financeira, anotando-se que reside no bairro nobre dos Jardins e possuía, dentre seu vasto patrimônio, veículos luxuosos (a exemplo de uma Mercedes-Benz AMG GLE 43), revela risco concreto de reiteração criminosa, caso seja posto em liberdade.

Remanesce, assim, diante do grau de complexidade da associação criminosa, a gravidade concreta do delito, equiparado a hediondo, bem como o risco concreto de reiteração delitiva, a necessidade da manutenção da prisão cautelar.

Outrossim, sopesando as peculiaridades do caso em apreço, sobretudo a gravidade dos crimes e o destacado risco de reiteração delitiva, entendo que as medidas cautelares alternativas são insuficientes.

Logo, a Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020, do Conselho Nacional de Justiça, não se aplica ao peticionário.

De se ressaltar também que o relatório mais recente apresentado pelo Hospital São Paulo, datado de 22.04.2019, às 19h30m (data e hora da consulta médica), diagnosticou "CID10 - R05 - tosse" e "272.0 - uso de tabaco". Embora o réu tenha sido diagnosticado com "tuberculose pulmonar" em 24.01.2019, não houve a repetição do diagnóstico no relatório mais recente, não havendo falar em "repetição de tuberculose", como alega a defesa. Ademais, o profissional de saúde não demonstrou a vulnerabilidade do paciente em relação ao COVID-19, tampouco se demonstrou a inexistência de assistência médica no ergástulo em que se encontra recolhido o peticionário ou, então, que exista qualquer notícia de contágio ou comprovada disseminação do vírus naquele sistema prisional.

Além disso, o excesso de prazo deve ser analisado à luz do princípio da razoabilidade, ou seja, levando-se em conta a complexidade do caso concreto. Na situação da ação penal subjacente, não é possível reconhecer demora injustificável no andamento do feito, que vem se desenvolvendo de forma razoável. Isso porque, conforme já decidido na decisão vergastada, cuida-se de feito complexo, com pluralidade de crimes (tráfico internacional de drogas e associação para o tráfico transnacional) e de réus, sendo certo que se fez necessário o desmembramento do feito, ante a grandiosidade do processo. Outrossim, houve a impetração de Habeas Corpus pela defesa com vistas à conversão do julgamento em diligência, o que contribuiu ainda mais para o adiamento do deslinde do feito.

De qualquer modo, os prazos procedimentais previstos na lei não são peremptórios e sua dilação, dentro dos limites razoáveis, justifica-se diante das circunstâncias do caso concreto. Com efeito, tais prazos servem apenas como parâmetro geral, razão pela qual a jurisprudência uníssona os tem mitigado. Confira-se:

PROCESSUAL PENAL E PENAL: HABEAS CORPUS. EXCESSO DE PRAZO. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. INSTRUÇÃO ENCERRADA. SÚMULA 52 DO STJ. PRECARIÉDADE DA INSTRUÇÃO DO WRIT. I -

Como é cediço, eventual ilegalidade da prisão cautelar por excesso de prazo deve ser analisada de acordo com as peculiaridades do

caso concreto, não resultando da simples soma aritmética de prazos abstratamente previstos na lei processual penal, porquanto tais prazos não são absolutos, mas parâmetros para efetivação do direito à razoável duração do processo (Constituição da República, art. 5º, LXXVIII) e do princípio da presunção de inocência (Constituição da República, art. 5º, LVII), ao evitar a antecipação executória da sanção penal. II - No caso concreto, em razão das peculiaridades (necessidade de expedição de carta precatória, pedido de redesignação de audiência e pedido de substituição de testemunhas feitos pela defesa e pedido de quebra de sigilo telefônico feito pelo parquet por ocasião da audiência, em razão de sua imprescindibilidade) não vejo como ser aferido eventual excesso de prazo para a formação da culpa do paciente. III - Ademais, em consulta ao sistema informatizado da primeira instância haure-se que a instrução está encerrada, tendo a defesa sido intimada, em 14/02/2017, para apresentar alegações finais, não havendo constrangimento ilegal por excesso de prazo (Súmula 52 do STJ). [...] V - Ordem denegada. -g.n. (TRF3. HC 00003186520174030000. Relatora Cecilia Mello. Décima Primeira Turma. e-DJF3 Judicial 1 DATA:24/03/2017). HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. HOMICÍDIO QUALIFICADO. MOTIVO FÚTIL. PRISÃO CAUTELAR. EXCESSO DE PRAZO. NÃO OCORRÊNCIA. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. NÃO CONHECIMENTO. [...] 2. A questão do excesso de prazo na formação da culpa não se esgota na simples verificação aritmética dos prazos previstos na lei processual, devendo ser analisada à luz do princípio da razoabilidade, segundo as circunstâncias detalhadas de cada caso concreto. 3. As fases não exorbitaram prazo razoável, sendo que o intervalo entre a pronúncia e as diligências do art. 422 do CPP deu-se em razão do próprio e legítimo exercício do direito de defesa. 4. Encerrada a instrução, resta superada a alegação de excesso de prazo. Súmula 52/STJ. 5. Habeas corpus não conhecido. -g.n. (STJ. HC 201304026895. Relatora Min. Maria Thereza de Assis Moura. DJe 29/08/2014).

Por essas razões, **INDEFERE-SE** o pedido de revogação da prisão preventiva formulado pela douta defesa técnica em favor do réu.

Comunique-se ao Ministério Público Federal pela via mais diligente, enviando-lhe cópia da presente decisão.

Intime-se a defesa.

São Paulo, 17 de junho de 2020.

FAUSTO DE SANCTIS

Desembargador Federal